

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน



นายนิติพัทธ์ กลั่นบิดา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

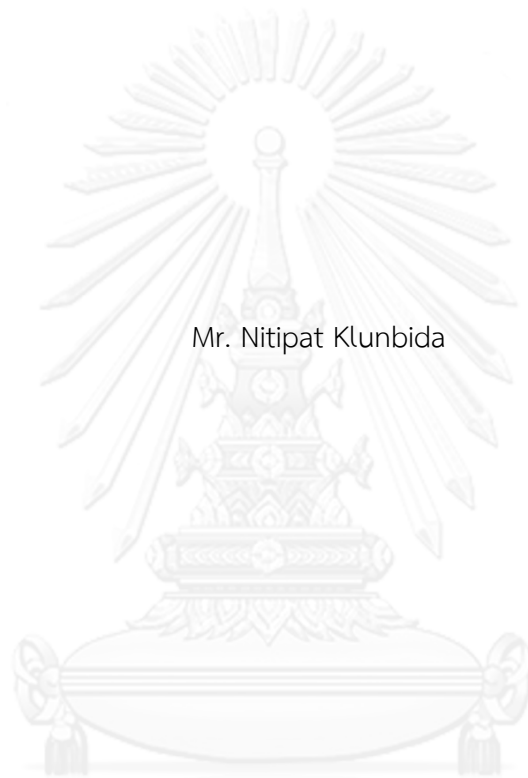
บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

LEGAL PROBLEMS CONCERNING INDEPENDENT DIRECTORS IN A LISTED COMPANY

Mr. Nitipat Klunbida



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

โดย

นายนิติพัทธ์ กลั่นบิดา

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อาจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์(พิเศษ)สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(อาจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ)

.....กรรมการ

(รองศาสตราจารย์อติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(อาจารย์สุทธิชัย จิตรวาณิช)

นิติพัทธ์ กลั่นบิดา : ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน.  
(LEGAL PROBLEMS CONCERNING INDEPENDENT DIRECTORS IN A LISTED  
COMPANY) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อ. ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ, 182 หน้า.

กรรมการอิสระ (Independent Director) เป็นกรรมการจากภายนอกที่มีได้เป็นกรรมการบริหาร และไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารงานประจำ รวมถึงมีความเป็นอิสระจากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ และมีคุณสมบัติเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด โดยเป็นกลไกสำคัญในเรื่องการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Corporate Governance) ที่จะทำหน้าที่ในการสนับสนุนนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้น หรือคัดค้านเมื่อเห็นว่าบริษัทอาจตัดสินใจไม่โปร่งใส เป็นธรรม ดังนั้น กรรมการอิสระจึงต้องมีความเป็นอิสระจากการควบคุมของผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับบริษัท อีกทั้งควรมีจำนวนที่มากเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจของกรรมการทั้งคณะ เพื่อให้การบริหารจัดการของบริษัทมีความโปร่งใสและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวม

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนโดยเฉพาะ มีเพียงกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่กำหนดเฉพาะคุณสมบัติและสัดส่วนของกรรมการอิสระ ซึ่งไม่เพียงพอต่อการส่งเสริมให้เกิดความเป็นอิสระอย่างแท้จริง และไม่เอื้อต่อเข้ามาการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระทั้งภายในและต่างประเทศ จึงมีข้อเสนอแนะในประเด็นต่างๆ 4 เรื่อง ได้แก่ ควรมีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระให้มีความเหมาะสมและรัดกุมเพื่อป้องกันช่องว่างที่อาจจะเกิดขึ้น และเพื่อให้กรรมการอิสระสามารถใช้ดุลยพินิจหรือการตัดสินใจที่มีความอิสระอย่างแท้จริง โครงสร้างของคณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมากหรือมากกว่าครึ่งหนึ่งของคณะกรรมการทั้งคณะ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสของบริษัทจดทะเบียนและสามารถถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจของกรรมการทั้งคณะได้ ควรมีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้ไม่เกิน 3 วาระหรือไม่ควรเกิน 9 ปี และประการสุดท้าย ควรมีการกำหนดความรับผิดชอบของกรรมการอิสระให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นว่าในกรณีใดจึงจะต้องร่วมรับผิดชอบกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร หรือขอบเขตของความรับผิดชอบเป็นอย่างไร รวมถึงควรมีการพิจารณาถึงมาตรการเพื่อคุ้มครองกรรมการอิสระจากความรับผิดที่อาจจะเกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการอิสระมีความรับผิดมากเกินไป อันจะนำไปสู่ปัญหาการขาดแคลนกรรมการอิสระได้

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อนิติต .....  
.....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก .....

# # 5485993034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: DIRECTOR / INDEPENDENT DIRECTOR / PUBLIC COMPANY / LISTED COMPANY / CORPORATE GOVERNANCE

NITIPAT KLUNBIDA: LEGAL PROBLEMS CONCERNING INDEPENDENT DIRECTORS IN A LISTED COMPANY. ADVISOR: PATANAPORN KOWPATANAKIT, Ph.D., 182 pp.

An Independent Director is a non-executive director brought from outside of the company who possesses all qualifications required by the law and is otherwise free of material relations with the company's management, major shareholders, groups of shareholders or other stakeholders. To include the Independent Directors in the Company's board is a key to establish the Good Corporate Governance which ensures fair benefits for the shareholders and the transparency of the Company. Therefore, it is obliged that such Directors are independent from any controlling person or interest. Moreover, the number of the Independent Directors shall be sufficient for their views to carry significant weight in the board's decisions to ensure balanced decision in the Board, affirming shareholders of the Company's transparency in business management and fair benefits for all parties.

However, there has been no law stipulated specifically regarding Independent Directors of the Public Limited Company, but only subordinate regulations specifying the Independent Directors' qualifications and proportion in the Board. This is not adequate to truly ensure the absolute independency and the appointment of the Independent directors to the positions.

After an extensive research on regulations related to the Independent Directors both in Thailand and internationally, this study suggests four resolutions. First, There shall be a clearer specification on Independent Directors' qualifications to prevent potential gaps in the law. Second, The structure of the board shall be comprised of the Independent Directors for more than, or no less than half of all directors in order that their views carry significant weight in the board's decisions which reflects the balanced decisions making and Company's transparency. Third, The Independent directors shall not hold more than three consecutive terms or more than 9 years of directorship. At last, The scope of liability of the Independent Directors and to which extent they shall be jointly liable with executive directors shall be explicitly defined and the measure to protect the Independent Directors shall be considered and developed in order to prevent the concern over the paucity of Independent Director.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2013

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ด้วยความอนุเคราะห์และความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากบุคคลหลายท่านด้วยกัน ผู้วิจัยต้องขอขอบพระคุณ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาให้คำปรึกษาและให้ข้อคิดเห็นต่างๆ ตลอดการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์(พิเศษ)สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์อิทธิพันธุ์ เชื้อบุญชัย และอาจารย์สุทธิชัย จิตรวานิช ที่ได้สละเวลามาเป็นกรรมการสอบตั้งแต่เมื่อครั้งสอบโครงร่างวิทยานิพนธ์ และทำให้ผู้วิจัยได้รับข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หลายประการด้วยกัน รวมทั้งขอขอบพระคุณอาจารย์หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิตทุกๆ ท่าน ที่ได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์สำหรับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณคุณธวัชชัย ทิพย์โสภณ ผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายและพัฒนา และคุณรัชมาลย์ สุจิตจร ผู้ช่วยผู้อำนวยการฝ่ายส่งเสริมบริษัทภิบาล รวมถึงเจ้าหน้าที่ทุกท่านจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) คุณพรชัย ถาวรานนท์ รองผู้อำนวยการฝ่ายพัฒนาธรรมาภิบาลเพื่อตลาดทุน และเจ้าหน้าที่ทุกท่านจากตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ที่ได้ให้ความรู้และข้อเสนอแนะต่างๆ ที่เป็นประโยชน์สำหรับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิตทุกๆ ท่าน เจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รวมถึงเพื่อนๆ ในหลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจทุกๆ คน ที่คอยช่วยเหลือในเรื่องเรียนตลอดมา และขอบคุณเพื่อนร่วมงานที่สำนักงานเลขานุการบริษัท บริษัทปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน) ที่คอยให้ความช่วยเหลือแก่ผู้วิจัยในหลายๆ เรื่อง

สุดท้ายนี้ ผู้วิจัยขอขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวที่คอยให้ความช่วยเหลือสนับสนุนและเป็นกำลังใจให้ผู้วิจัยตลอดมา และท้ายที่สุด ขอขอบพระคุณผู้ที่เกี่ยวข้องทุกๆ ท่าน ที่มีส่วนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย .....	9
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย .....	9
1.4 วิธีการศึกษาวิจัยและขอบเขตการศึกษา .....	9
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	10
บทที่ 2 ที่มา บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน .....	11
2.1 ที่มาและความสำคัญของกรรมการอิสระ .....	12
2.1.1 ที่มาของกรรมการอิสระ.....	12
2.1.2 การได้มาซึ่งกรรมการอิสระ.....	17
2.1.3 บทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระ.....	21
2.1.3.1 บทบาทหน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราชบัญญัติบริษัท มหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 .....	21
2.1.3.2 บทบาทหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ตาม พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 .....	27
2.1.3.3 บทบาทหน้าที่ของกรรมการบริษัท ตามหลักการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance).....	34
2.1.3.4 บทบาทหน้าที่โดยเฉพาะของกรรมการอิสระ .....	44
2.1.3.5 บทบาทหน้าที่อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระ.....	47
2.2 คุณสมบัติของกรรมการอิสระ .....	50
2.2.1 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการ .....	50
2.2.3 คุณสมบัติเฉพาะ .....	52
2.3 โครงสร้างและองค์ประกอบของกรรมการบริษัทจดทะเบียน.....	56

2.4.1 การพ้นจากตำแหน่งตามวาระ.....	60
2.4.2 การพ้นจากตำแหน่งกรรมการโดยสมัครใจ.....	62
2.4.3 การพ้นจากตำแหน่งกรรมการอันเนื่องมาจากเหตุภายนอก .....	62
2.5 ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ .....	64
2.5.1 ความรับผิดชอบทางแพ่งของกรรมการ .....	64
2.5.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของกรรมการ .....	70
2.5.3 ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน .....	74
บทที่ 3 ที่มา บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในต่างประเทศ.....	79
3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	79
3.1.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายองค์กรธุรกิจของประเทศไทย.....	79
3.1.2 ที่มาและความสำคัญของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน.....	80
3.1.3 บทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระ.....	84
3.1.3.2 บทบาทหน้าที่โดยเฉพาะของกรรมการอิสระ .....	97
3.1.4 คุณสมบัติของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน.....	99
3.1.5 โครงสร้างและองค์ประกอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน .....	103
3.1.6 วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ .....	105
3.1.7 ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ.....	108
3.1.7.1 หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) .....	108
3.1.7.2 บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification).....	109
3.1.7.3 การประกันภัยความรับผิดชอบของกรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัท (Directors and Officers Liability Insurance).....	113
3.1.7.4 การประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการอิสระ (Independent Director Liability Insurance).....	114
3.2.1 ที่มาและความสำคัญของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน.....	116
3.2.2.1 บทบาทหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการบริษัท.....	119
3.2.2.2 บทบาทหน้าที่โดยเฉพาะของกรรมการอิสระ .....	124
3.2.3 คุณสมบัติของกรรมการอิสระ .....	124



3.2.4 โครงสร้างและองค์ประกอบของคณะกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด .....	126
3.2.5 วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ .....	128
3.2.6 ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ .....	130
3.2.7 บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ .....	130
3.2.7.1 หลักวินิจฉัยทางการค้า (Business Judgment Rule).....	130
3.2.7.2 การให้ความคุ้มครองแก่กรรมการ (Indemnities).....	131
3.2.7.3 การประกันความรับผิดแก่กรรมการบริษัท (Insurance for directors)....	132
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน.....	135
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระ .....	135
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน .....	139
4.3 ปัญหาเรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ .....	149
4.4 ปัญหาเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน .....	154
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	158
บทสรุป .....	158
ข้อเสนอแนะ .....	166
รายการอ้างอิง .....	169
ภาคผนวก.....	172
ภาคผนวก ก.....	173
ประกาศคณะกรรมการตลาดทุน ที่ ทจ.4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขาย หุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่2) และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขาย หุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่5).....	174
ภาคผนวก ข.....	177
Definitions of ‘Independent Director’ (and similar terms).....	178
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	182

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การกำกับดูแลกิจการหรือบรรษัทภิบาล (Corporate Governance) ตามความหมายของ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย หมายถึง ระบบที่จัดให้มีโครงสร้างและกระบวนการของ ความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการ ฝ่ายจัดการ และผู้ถือหุ้น เพื่อสร้างความสามารถในการแข่งขัน นำไปสู่ความเจริญเติบโตและเพิ่มมูลค่าให้กับผู้ถือหุ้นในระยะยาว โดยคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียอื่น<sup>1</sup>

การกำกับดูแลกิจการที่ดีมีความสำคัญต่อบริษัทจดทะเบียน โดยแสดงให้เห็นถึงการมีระบบ บริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใส ตรวจสอบได้ ซึ่งช่วยสร้างความเชื่อมั่นและความมั่นใจต่อผู้ถือ หุ้น ผู้ลงทุน ผู้มีส่วนได้เสีย และผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย จึงกล่าวได้ว่าการกำกับดูแลกิจการที่ดีเป็น เครื่องมือเพื่อเพิ่มมูลค่าและส่งเสริมการเติบโตอย่างยั่งยืนของบริษัท ซึ่งในปัจจุบันหลักเกณฑ์ที่ เกี่ยวข้องกับหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีได้พัฒนามาอย่างต่อเนื่อง เพื่อให้บริษัทจดทะเบียนมีระบบ การกำกับดูแลกิจการที่ดี และพัฒนาให้สามารถเทียบเคียงได้กับมาตรฐานสากล เพื่อประโยชน์ต่อ บริษัทและเพื่อประโยชน์โดยรวมต่อความสามารถในการแข่งขันและการเติบโตของตลาดทุนไทย ตลอดจนสนับสนุนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่ยั่งยืนของประเทศ<sup>2</sup>

กรรมการอิสระ (Independent Director) เป็นอีกกลไกหนึ่งของการกำกับดูแลกิจการที่ดี เนื่องจากเป็นกรรมการจากภายนอก ที่มีได้เป็นกรรมการบริหาร (Non-Executive Director) และ ไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารงานประจำและไม่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัท นอกจากนี้ ยังมี ความเป็นอิสระจากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ คือ ไม่เป็นกรรมการที่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มผู้มีส่วนได้ เสียอื่นๆ รวมถึงยังต้องมีคุณสมบัติเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด โดยกรรมการอิสระถือเป็นส่วนหนึ่ง ของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียนที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของทีมบริหารของบริษัท คอย

---

<sup>1</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน (2555), หน้า 56-57.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน

แสดงความคิดเห็นสนับสนุนนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้น หรือคัดค้านเมื่อเห็นว่าบริษัทอาจตัดสินใจไม่เป็นธรรมโปร่งใสซึ่งอาจกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ<sup>3</sup>

ในต่างประเทศ แนวคิดของการมีกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนพัฒนามาแนวคิดของการมีกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive Director) ซึ่งเกิดขึ้นมาจากความพยายามที่จะลดต้นทุนทางธุรกิจ (Agency Cost) ที่เกิดความต้องการที่แตกต่างกันระหว่างผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และฝ่ายจัดการ และเพื่อให้ผลการดำเนินงานของบริษัทดีขึ้น ซึ่งกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหารจะเป็นผู้ที่คอยติดตามและตรวจสอบการดำเนินงานของผู้บริหาร และมีความเป็นอิสระจากความสัมพันธ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท<sup>4</sup>

ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1960-1970 คณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดขนาดใหญ่มักจะประกอบด้วยกรรมการภายใน (Inside Director) เป็นส่วนใหญ่<sup>5</sup> ความแพร่หลายของการมีกรรมการจากภายนอก (Outside Director) หรือกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive Director) เริ่มเกิดขึ้นเนื่องจากพัฒนาการในเรื่องการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) ในช่วงปี ค.ศ. 1970-1980 และกลายมาเป็นมาตรฐานที่บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องปฏิบัติตามในช่วงปี ค.ศ. 1990-2000<sup>6</sup> ที่ต้องการกรรมการที่มีความเป็นอิสระจากผู้บริหาร เพื่อทำหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในระยะยาว และมีจำนวนเป็นเสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมการทั้งหมด<sup>7</sup>

ในบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น The New York Stock Exchange (NYSE) The American Stock Exchange (Amex) หรือ The NASDAQ Stock Market (NASDAQ) ต่างมีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

<sup>3</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, คู่มือกรรมการอิสระ, (2555).

<sup>4</sup> J. Lawrence and G. Stapledon, *Do Independent Directors Add Value?*, (Melbourne: Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Faculty of Law, The University of Melbourne, 1999).

<sup>5</sup> S. Bhagat and B. Black, "The Uncertain Relationship between Board Composition and Firm Performance," *BUS. LAW* 54, no. 921 (1999).

<sup>6</sup> J. D. Cox, "Managing and Monitoring Conflict of Interest: Empowering the Outside Directors with Independent Counsel," *Villanova Law Review* 48(2003),p.1077

<sup>7</sup> J. ZHU, "Liability of Outside Directors and Corporate Governance – a Comparative Study (Part1)," *The Overseas Young Chinese Forum* 3, no. 2 (2001).

รวมถึงมีการแก้ไขกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีความสอดคล้องกับ Sarbanes-Oxley Act of 2002 ที่เกิดขึ้นจากการต้องการปฏิรูประบบการกำกับดูแลกิจการของประเทศ เช่น การกำหนดให้สัดส่วนของคณะกรรมการมีกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก การให้นิยามคำว่ากรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น การกำหนดบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระให้สามารถช่วยสอดส่องดูแล รวมถึงป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจที่เป็นอิสระ

สำหรับประเทศออสเตรเลีย ได้มีแนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียน เช่น The Bosch Committee<sup>8</sup> หรือ Corporate Practice and Conduct 3<sup>rd</sup> Ed. 1995 ได้แนะนำว่าโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท โดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียน ควรประกอบด้วยกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารเป็นส่วนมาก<sup>9</sup> เนื่องจากมองว่ากรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารมีบทบาทหน้าที่หลากหลาย ทั้งการติดตามและควบคุมฝ่ายจัดการและกรรมการที่เป็นผู้บริหาร รวมถึงต้องคอยพัฒนาการดำเนินกลยุทธ์ของธุรกิจ ซึ่งกรรมการจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพหากมีความเป็นอิสระ<sup>10</sup> นอกจากนี้ จำนวนส่วนใหญ่ของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารควรเป็นกรรมการอิสระด้วย (Independent Non-executive Director) ซึ่งก็สอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ The Australian Investment Managers' Association<sup>11</sup> (AIMA Corporate Governance Guidelines) ที่กำหนดให้คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมากด้วยเช่นกัน<sup>12</sup>

สำหรับ The Australian Stock Exchange ได้มีการออกหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี 10 ประการสำหรับบริษัทจดทะเบียน (The ASX Principles of Good Corporate Governance) โดยมีการกำหนดหลักการในเรื่อง โครงสร้างของคณะกรรมการ ซึ่งได้กล่าวว่า บริษัทควรมีองค์ประกอบของคณะกรรมการที่มีประสิทธิผล มีขนาดและความรับผิดชอบที่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ

<sup>8</sup> คณะทำงานของสถาบันกรรมการบริษัทของประเทศออสเตรเลีย (The Australian Institute of Company Directors) โดยมี Henry Bosch AO เป็นประธานในขณะนั้น

<sup>9</sup> Dibbs, Barker, and Gosling, *Corporate Governance and Directors' Duties in Australia*, Global Counsel Handbook (2003).

<sup>10</sup> Ibid, p. 22

<sup>11</sup> ตัวแทนของกลุ่มนักลงทุนสถาบันขนาดใหญ่ในประเทศออสเตรเลีย

<sup>12</sup> I. M. Ramsay and Hoad R., "Disclosure of Corporate Governance Practices by Australian Companies," <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/Disclosureofcorporategovpractices2.pdf>.

กรรมการ และกำหนดในข้อ 2.1 ว่าคณะกรรมการควรประกอบด้วยสัดส่วนของกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก<sup>13</sup> ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่าการตัดสินใจของกรรมการจะไม่ถูกครอบงำโดยฝ่ายบริหาร และมีการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง นอกจากนี้กรรมการอิสระยังมีหน้าที่ในการติดตามและตรวจสอบผลการดำเนินงานของฝ่ายจัดการ รวมถึงดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น<sup>14</sup>

ในประเทศไทย ได้เริ่มมีการกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนจะต้องมีกรรมการอิสระเป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท ตั้งแต่ปีพ.ศ.2535 ในเริ่มแรกเรียกว่า กรรมการที่เป็นบุคคลภายนอก เนื่องจากเห็นว่า โครงสร้างของผู้ถือหุ้นได้เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่เป็นธุรกิจครอบครัว เมื่อนำบริษัทมาจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ทำให้ต้องมีการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนทั่วไป ทำให้กลุ่มของผู้ถือหุ้นมีบุคคลภายนอกเข้ามาถือหุ้นด้วย เป็นเหตุให้มีการกำหนดลักษณะโครงสร้างของกรรมการบริษัทว่าจะต้องมีกรรมการจากภายนอกอย่างน้อย 2 คน เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัท เพื่อมาช่วยถ่วงดุลอำนาจกับกรรมการภายใน จนต่อมาก็เริ่มมีการเพิ่มจำนวนกรรมการจากภายนอกเป็น 3 คน โดยไม่สนใจโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทว่ามีจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าใด หลังจากนั้นเมื่อมีแนวคิดเรื่องกรรมการตรวจสอบ ซึ่งได้มีประกาศกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบคุณสมบัติของคณะกรรมการตรวจสอบไว้ว่ากรรมการตรวจสอบต้องไม่ใช่กรรมการบริหาร/ผู้บริหาร พนักงาน หรือที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำจากบริษัท ต้องไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียทั้งด้านการเงินหรือบริหารงานกับบริษัท ซึ่งลักษณะดังกล่าวเป็นหนึ่งในคุณสมบัติของกรรมการอิสระ เพราะฉะนั้นโดยส่วนใหญ่แล้วคณะกรรมการตรวจสอบจึงมักจะมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ ส่งผลให้มีการพิจารณากันว่ากรรมการอิสระควรมีจำนวนที่เพิ่มมากขึ้น ประกอบกับในต่างประเทศ กฎเกณฑ์เรื่องจำนวนของกรรมการอิสระได้มีการกำหนดว่าควรมีจำนวนพอสมควร หรือเป็นส่วนมากของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงได้มีการแก้ไขกฎเกณฑ์ในเรื่องโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน เพราะหากกำหนดให้มีกรรมการอิสระเพียง 3 คนตามเกณฑ์เดิม ก็คงไม่สามารถถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจของกรรมการทั้งคณะได้ โดยเกณฑ์ใหม่กำหนดว่าต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระอย่างน้อยหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามคน ดังเช่นที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ตามประกาศคณะกรรมการตลาดทุน ที่ ทจ. 4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2552 มีผลใช้บังคับวันที่ 1 มีนาคม 2552 และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 5) ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 2554 มีผลใช้บังคับวันที่ 1 สิงหาคม 2554 ทั้งนี้

<sup>13</sup> ASX Corporate Governance Council, Corporate Governance Principles and Recommendation with 2010 Amendments, (2007). p. 16.

<sup>14</sup> Lawrence and Stapledon, *Do Independent Directors Add Value?*

หลักเกณฑ์ดังกล่าว กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนเริ่มถือปฏิบัติตั้งแต่การประชุมสามัญผู้ถือหุ้นประจำปี 2553 เป็นต้นไป

กรรมการอิสระถือเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการบริษัท เพราะฉะนั้นบทบาทหน้าที่ของ กรรมการอิสระจึงจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายทั้งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ซึ่งได้กำหนดหลักการปฏิบัติ หน้าที่ที่พื้นฐานของกรรมการเอาไว้ ได้แก่ การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ (Accountability) หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of loyalty) คือการไม่กระทำการใดๆ ที่จะ เป็นปฏิปักษ์หรือเป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น และหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยความ ระมัดระวัง (Duty of care) เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ<sup>15</sup> รวมถึงยังมี หน้าที่สำหรับกรรมการอิสระโดยเฉพาะ โดยจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร คอยแสดงความคิดเห็นสนับสนุนนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ โดยการกระตุ้นให้บริษัทคำนึงถึงความคาดหวังของผู้ถือหุ้นรายย่อยที่มีต่อ บริษัทในเรื่องที่สำคัญ หรือดำเนินการคัดค้านเมื่อเห็นว่าบริษัทอาจตัดสินใจไม่เป็นธรรมโปร่งใส โดย จะต้องมั่นใจได้ว่าการตัดสินใจในเรื่องใดๆ นั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของ บริษัท และมติของคณะกรรมการตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีการทำ รายการทางธุรกิจ และการทำรายการกับผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ รวมถึงดูแลเรื่องระบบการควบคุมภายใน และการบริหารความเสี่ยงให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

นอกจากจะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการของบริษัทแล้ว กรรมการอิสระยังอาจได้รับแต่งตั้ง ให้ดำรงตำแหน่งเป็นคณะกรรมการชุดย่อยหรือคณะอนุกรรมการชุดต่างๆ เช่น คณะกรรมการ ตรวจสอบ คณะกรรมการสรรหา หรือคณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณะกรรมการตรวจสอบที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ที่เข้าดำรงตำแหน่งคณะกรรมการตรวจสอบต้องมี คุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระตามที่ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระโดยเฉพาะจะพบว่า ยังไม่มี การบัญญัติถึงกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระอย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการ ดำรงตำแหน่ง บทบาทหน้าที่ และประเด็นที่สำคัญคือเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ ทำให้ กฎเกณฑ์ในหลายๆ เรื่อง ต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 ซึ่งบางเรื่องก็ไม่สอดคล้อง

<sup>15</sup> วีระวงศ์ จิตต์มิตรภาพ, "จากหลักกฎหมายสู่หลักปฏิบัติ พ.ร.บ.หลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับแก้ไข)," (2551).

กับบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ เช่น เรื่องข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระ ตามที่ประกาศคณะกรรมการตลาดทุน ที่ ทจ. 4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 2) และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 5) กำหนด ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังมีคุณสมบัติบางข้อที่มีประเด็นให้พิจารณาว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือไม่เมื่อเปรียบเทียบกับข้อกำหนดคุณสมบัติของต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดของ The New York Stock Exchange (NYSE) The American Stock Exchange (Amex) หรือ The NASDAQ Stock Market (NASDAQ) ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือข้อกำหนดของ The Australian Stock Exchange ของประเทศออสเตรเลีย

ประเด็นในเรื่องจำนวนของกรรมการอิสระ แม้ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนจะกำหนดว่าโครงสร้างของกรรมการบริษัทจดทะเบียนจะต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระจำนวนหนึ่งในสามของกรรมการทั้งคณะ และต้องมีไม่ต่ำกว่าสามคน แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น ด้วยบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ จำนวนดังกล่าวอาจไม่เพียงพอที่จะถ่วงดุลอำนาจกับกรรมการที่เป็นผู้บริหารได้ จึงควรมีการกำหนดจำนวนของกรรมการอิสระให้มีความเหมาะสมต่อการปฏิบัติหน้าที่ทั้งในฐานะกรรมการบริษัทและคณะอนุกรรมการชุดต่างๆ ซึ่งตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี รวมถึงแนวปฏิบัติของบริษัทจดทะเบียนในต่างประเทศ เช่น The New York Stock Exchange หรือ The NASDAQ Stock Market ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ The Australian Stock Exchange ของประเทศออสเตรเลีย ต่างก็ได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก

ประเด็นที่สาม คือ เรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ ที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดเรื่องการครบรอบออกตามวาระของกรรมการอิสระเอาไว้โดยเฉพาะ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์การพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 71 วรรคสองถึงวรรคสี่แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยบทบัญญัติในมาตรา 71 วรรคสุดท้ายได้บัญญัติว่า “กรรมการซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามมาตรานี้ อาจได้รับเลือกตั้งใหม่ได้” ด้วยเหตุนี้จึงทำให้กรรมการอิสระที่มีกำหนดครบรอบออกตามวาระ สามารถถูกเสนอชื่อเพื่อเข้ารับเลือกตั้งกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการต่อไปได้อีกไม่มีจำกัด ทำให้เกิดประเด็นว่า การที่กรรมการอิสระดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน จะทำให้ความเป็นอิสระหมดไปหรือไม่ และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี ที่ได้มีแนวปฏิบัติที่เห็นควรให้มีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ ทั้งนี้ก็เพื่อให้กรรมการอิสระมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง นอกจากนี้ ข้อดีของการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ คือการส่งเสริมในเรื่องความหลากหลายของคณะกรรมการ (board

diversity) ซึ่งในปัจจุบัน ได้มีแนวปฏิบัติที่ส่งเสริมและสนับสนุนให้องค์ประกอบของคณะกรรมการมีความหลากหลาย โดยเฉพาะประเด็นเรื่องกรรมการอิสระที่เป็นผู้หญิง<sup>16</sup>

ประเด็นสุดท้าย คือ เรื่องความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ทำให้กรรมการอิสระอาจต้องรับผิดชอบร่วมกับกรรมการที่เป็นผู้บริหารได้ โดยปัญหาดังกล่าวเป็นอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งของการสรรหากรรมการอิสระในปัจจุบัน แม้ว่าพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 จะได้กำหนดปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการไว้ว่า กรรมการแต่ละคนมีระดับความระมัดระวังที่ไม่เท่ากัน และการวินิจฉัยความรับผิดชอบของกรรมการต้องคำนึงตำแหน่งในบริษัท ขอบเขตความรับผิดชอบ หรือคุณสมบัติ ความรู้ความสามารถและประสบการณ์ ของกรรมการแต่ละคนประกอบด้วย ซึ่งแม้ช่วยคุ้มครองความรับผิดชอบของกรรมการอิสระได้ แต่เนื่องจากกรรมการอิสระ เป็นกรรมการที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการบริหารงาน จะมีหน้าที่เฉพาะเวลาที่มีการประชุมเท่านั้น ทำให้ในบางครั้งอาจได้รับข้อมูลที่ไม่เพียงพอเมื่อเทียบกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร ดังนั้นจึงควรมีปัจจัยการพิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทที่แตกต่างกัน โดยนอกเหนือจากหลักในการพิจารณาเรื่องความระมัดระวังที่ว่า กรรมการแต่ละคนมีระดับความระมัดระวังที่ไม่เท่ากัน และการวินิจฉัยความรับผิดชอบของกรรมการต้องคำนึงถึงขอบเขตการแต่งตั้ง หรือที่มาของการแต่งตั้งประกอบด้วยแล้ว ยังควรมีการกำหนดความรับผิดชอบของกรรมการอิสระให้มีความชัดเจนว่ากรณีใดจึงจะต้องร่วมรับผิดชอบกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร หรือขอบเขตของความรับผิดชอบมีมากน้อยแค่ไหน ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการอิสระมีความรับผิดชอบมากเกินไป รวมถึงอาจมีการพิจารณาในเรื่องการคุ้มครองการปฏิบัติงานของกรรมการ และการทำกรรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดชอบสำหรับกรรมการอิสระ เพื่อให้กรรมการอิสระเกิดความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่ และเป็นเสมือนเครื่องมือที่ช่วยปกป้องกรรมการอิสระในกรณีที่จะถูกฟ้องร้องได้ เนื่องจากในปัจจุบันบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระที่นอกจากจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่พื้นฐานของกรรมการ คือ ต้องมีความรับผิดชอบ และปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังและหลักความซื่อสัตย์สุจริตแล้ว กรรมการอิสระยังมีหน้าที่เพิ่มเติมในการปกป้องและคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อย รวมถึงหากได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการชุดย่อยหรือคณะอนุกรรมการชุดต่างๆ เช่น คณะกรรมการตรวจสอบ คณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทน หรือคณะกรรมการสรรหา ก็จะทำให้กรรมการอิสระต้องมีภาระหน้าที่และความรับผิดชอบที่เพิ่มมากขึ้นไปอีก ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจส่งผลต่อการสรรหากรรมการอิสระของบริษัทจดทะเบียนได้

<sup>16</sup> R. McCord and [Online], "Business Forum: Time for Term Limits and Diversity on Boards " <http://www.post-gazette.com/Biz-opinion/2013/06/01/Business-Forum-Time-for-term-limits-and-diversity-on-boards/stories/201306010134>.



การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ ต้องการที่จะชี้ให้เห็นว่ากฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้บังคับกับกรรมการอิสระ ยังมีความไม่ชัดเจน และมีประเด็นปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ โดยจะมีศึกษาตั้งแต่ที่มา แนวคิด รวมถึงบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน เพื่อแสดงให้เห็นว่าเพราะเหตุใดกรรมการอิสระจึงมีความสำคัญถึงทำให้ต้องมีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระให้มีความเข้มมากยิ่งขึ้น รวมถึงแนวปฏิบัติของหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีที่กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนควรมีโครงสร้าง คณะกรรมการที่ประกอบด้วยกรรมการอิสระอย่างน้อยครึ่งหนึ่งหรือเป็นส่วนมาก และสาเหตุที่จะต้องมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้กรรมการอิสระมีความเป็นอิสระจากบริษัทอย่างแท้จริง และประเด็นสำคัญสุดท้ายที่ต้องการศึกษาก็คือเรื่อง ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ โดยจะวิเคราะห์พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ตั้งแต่ส่วนที่ 2 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร โดยเฉพาะมาตรา 89/7 มาตรา 89/8 และมาตรา 89/9 เพื่อพิจารณาปัจจัยในการกำหนดว่ากรรมการอิสระได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่ พร้อมทั้งเสนอแนวทางการในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้มีความสอดคล้องกัน

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาถึงความสำคัญ และบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน รวมถึงประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งในเรื่องข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระ สัดส่วนของกรรมการอิสระ วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ รวมถึงประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ
- 2) ศึกษาหลักการปฏิบัติหน้าที่ (Fiduciary Duty) ของกรรมการบริษัท ทั้งในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 รวมถึงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี ทั้งที่กำหนดโดยองค์กรภายในประเทศและต่างประเทศ
- 3) ศึกษาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของต่างประเทศในประเด็นที่เกี่ยวข้อง
- 4) แสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น และนำเสนอวิธีการแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าว

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนโดยเฉพาะ มีเพียงกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่กำหนดเฉพาะคุณสมบัติและสัดส่วนของกรรมการอิสระ ซึ่งไม่เพียงพอต่อการส่งเสริมให้เกิดความเป็นอิสระอย่างแท้จริง และไม่เอื้อต่อเข้ามการดำรงตำแหน่ง จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระให้มีความชัดเจน และมีปัจจัยการพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการอิสระที่แตกต่างจากกรรมการที่เป็นผู้บริหาร

## 1.4 วิธีการศึกษาวิจัยและขอบเขตการศึกษา

การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยจะทำการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ วารสารกฎหมายและวารสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง วิทยานิพนธ์ บทความต่างๆ ทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศ โดยจะศึกษาวิเคราะห์ตั้งแต่ความสำคัญและบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนทั้งหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด คือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 และตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Corporate Governance) โครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ รวมถึงประเด็นในเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ และแสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น พร้อมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของต่างประเทศ เพื่อเสนอแนะหลักเกณฑ์และแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมต่อไป

### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

- 1) เพื่อให้ทราบถึงความสำคัญ บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน
- 2) แสดงให้เห็นถึงหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติของหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระ ทั้งที่กำหนดโดยองค์กรภายในประเทศและต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้กับบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม
- 3) เพื่อให้ทราบถึงบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการในบริษัทจดทะเบียน ทั้งตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551
- 4) แสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนในเรื่องกรรมการอิสระ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะสำหรับการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันให้มีความชัดเจน และสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี
- 5) เพื่อช่วยแบ่งเบาภาระและความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน และช่วยแก้ไขปัญหาในเรื่องการสรรหากรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนได้

## บทที่ 2

### ที่มา บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

บริษัทเป็นนิติบุคคลโดยกฎหมายสมมติขึ้น จึงต้องมีบุคคลธรรมดาก่อตั้งบริษัท และจะต้องมีบุคคลธรรมดา คือคณะกรรมการของบริษัทเข้าไปบริหารงานของบริษัท นอกจากนั้น การที่เกิดขึ้นก็เพราะมีบุคคลประสงค์จะประกอบธุรกิจการค้าโดยตนเองมีความรับผิดชอบจำกัดเพียงเท่าที่ตนลงในหุ้นของบริษัท ผู้ถือหุ้นทั้งหลายเป็นผู้ให้ทุนแก่บริษัทในการดำเนินกิจการ เป็นเสมือนเจ้าของบริษัทและทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัท ผู้ถือหุ้นทั้งหมดจึงเป็นผู้แต่งตั้งและมอบหมายให้กรรมการบริษัทดำเนินงานของบริษัท เพื่อหากำไรมาแบ่งให้แก่ผู้ถือหุ้น<sup>1</sup>

การปฏิบัติงานของกรรมการบริษัทนั้น เมื่อกรรมการเป็นเพียงผู้แทนหรือตัวแทนของบริษัท กรรมการจึงต้องกระทำการภายในกรอบอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายเท่านั้น และจะกระทำการเกินอำนาจหน้าที่ที่บริษัทมีอยู่ก็ไม่ได้ โดยจะต้องปฏิบัติงานให้เป็นไปตามหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท นอกจากนั้น ในการเข้ามารับตำแหน่งกรรมการ อาจมีสัญญาข้อผูกพันกับบริษัทที่จะต้องปฏิบัติตาม แม้ในระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองก็อาจมีข้อตกลงกันเกี่ยวกับการตั้งกรรมการ หรือการดำเนินงานบางอย่างของบริษัทอีกด้วย แม้ว่าข้อตกลงนี้จะไม่ผูกมัดกรรมการโดยตรง แต่ถ้าข้อตกลงนั้นไม่ขัดกับหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับ กฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ก็บังคับกันได้ ซึ่งอาจมีผลถึงมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และส่งผลถึงการปฏิบัติงานของกรรมการและบริษัทได้โดยอ้อม<sup>2</sup>

สำหรับบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ได้มีประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน กำหนดให้โครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียนจะต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระที่มีคุณสมบัติเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด และมีจำนวนอย่างน้อยหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่งเป็นการแบ่งประเภทของกรรมการบริษัทเพื่อปฏิบัติหน้าที่โดยเฉพาะ

ในปัจจุบัน กรรมการอิสระ (Independent Director) ได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน โดยเป็นกลไกสำคัญในเรื่องการกำกับดูแลกิจการที่

---

<sup>1</sup> โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท, 12 ed.(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553), หน้า 342.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 343.

ดีเพื่อช่วยดูแลผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น เนื่องจากบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ จะมีกลุ่มของผู้ถือหุ้นภายนอกเข้ามาถือหุ้นในบริษัทด้วย เป็นเหตุให้ต้องมีกรรมการที่เป็นอิสระจากภายนอกเข้ามาช่วยคานอำนาจในการบริหารกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร เพื่อช่วยตรวจสอบถ่วงดุลให้บริษัทมีการบริหารกิจการที่เป็นธรรม โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ โดยกรรมการอิสระจะทำหน้าที่ในการสนับสนุนนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้น หรือคัดค้านเมื่อเห็นว่าบริษัทอาจตัดสินใจไม่เป็นธรรม โปร่งใสซึ่งอาจกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ ดังนั้น กรรมการอิสระจึงต้องมีความเป็นอิสระจากการควบคุมของผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในทางการเงินและบริหารของกิจการ เช่น การให้หรือรับความช่วยเหลือทางการเงิน การถือหุ้นในบริษัทย่อยของกิจการนั้น การเป็นลูกจ้างหรือพนักงานของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือเป็นที่ปรึกษาที่ได้เงินเดือนประจำ เป็นต้น อีกทั้งกรรมการอิสระควรมีจำนวนที่มากเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจของกรรมการทั้งคณะ ทั้งนี้เพื่อให้การบริหารจัดการของบริษัทมีความโปร่งใสและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวม มิใช่ผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง<sup>3</sup>

## 2.1 ที่มาและความสำคัญของกรรมการอิสระ

### 2.1.1 ที่มาของกรรมการอิสระ

กรรมการอิสระ (Independent Director) คือกรรมการที่มีได้เป็นกรรมการบริหาร (Non-executive Director) และไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารงานประจำและไม่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัท นอกจากนี้ ยังต้องมีความเป็นอิสระจากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ นั่นคือ ไม่ได้เป็นกรรมการที่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ และมีคุณสมบัติเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยกล่าวว่าวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งกรรมการอิสระก็เพื่อลดปัญหาในกรณีที่ผู้ลงทุนรายย่อยไม่มีตัวแทนของตนในคณะกรรมการ โดยถือว่ากรรมการอิสระเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไป นอกจากนี้กรรมการอิสระยังได้รับการคาดหวังว่าจะเป็นกลไกทำหน้าที่กำกับดูแลการทำงานของฝ่ายบริหารแทนผู้ถือหุ้นรายย่อย ซึ่งจะมีบทบาทหน้าที่แตกต่างจากกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-Executive Director) ที่เป็นกรรมการจากภายนอกที่ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับบริษัท แต่อาจเป็นตัวแทนจากผู้ที่มีผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียกับบริษัท กรรมการ

<sup>3</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, คู่มือกรรมการอิสระ.

ประเภทนี้อาจได้รับเลือกเข้ามาเป็นกรรมการเท่านั้น ไม่ได้ทำหน้าที่จัดการบริหารหรือออกคำสั่งใดๆ ในการบริหารจัดการ เช่น กรรมการภายนอกที่เป็นตัวแทนของเจ้าหนี้

ในต่างประเทศ แนวคิดของการมีกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนพัฒนามาแนวคิดของการมีกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive Director) ซึ่งเกิดขึ้นมาจากความพยายามที่จะลดต้นทุนทางธุรกิจ (Agency Cost) ที่เกิดความต้องการที่แตกต่างกันระหว่างผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและฝ่ายจัดการ และเพื่อให้ผลการดำเนินงานของบริษัทดีขึ้น ซึ่งกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหารจะเป็นผู้ที่คอยติดตามและตรวจสอบการดำเนินงานของผู้บริหาร และมีความเป็นอิสระจากความสัมพันธ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท<sup>4</sup>

ประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1960-1970 คณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดขนาดใหญ่มักจะประกอบด้วยกรรมการภายใน (Inside Director) เป็นส่วนใหญ่<sup>5</sup> ความแพร่หลายของการมีกรรมการจากภายนอก (Outside Director) หรือกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive Director) เริ่มเกิดขึ้นเนื่องจากพัฒนาการในเรื่องการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) ในช่วงปี ค.ศ. 1970-1980 และกลายมาเป็นมาตรฐานที่บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องปฏิบัติตามในช่วงปี ค.ศ. 1990-2000<sup>6</sup> ที่ต้องการกรรมการที่มีความเป็นอิสระจากผู้บริหาร เพื่อทำหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในระยะยาว และมีจำนวนเป็นเสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมการทั้งหมด<sup>7</sup>

Model Business Corporation Act ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ที่เกิดจากรวบรวมกฎหมายของแต่ละมลรัฐที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายบริษัทมหาชนและบริษัทจำกัด ได้บัญญัติในมาตรา 8.01 อนุมาตรา (c)(8) กำหนดว่า คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนควรให้ความใส่ใจในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการ โดยเฉพาะบทบาทของกรรมการอิสระ ซึ่งมีหน้าที่ในการช่วยควบคุมดูแลว่าการพิจารณาของคณะกรรมการมีการตัดสินใจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดบริษัทและผู้

<sup>4</sup> Lawrence and Stapledon, *Do Independent Directors Add Value?*

<sup>5</sup> Bhagat and Black, "The Uncertain Relationship between Board Composition and Firm Performance."

<sup>6</sup> Cox, "Managing and Monitoring Conflict of Interest: Empowering the Outside Directors with Independent Counsel," p. 1077.

<sup>7</sup> ZHU, "Liability of Outside Directors and Corporate Governance – a Comparative Study (Part1)."

ถือหุ้นหรือไม่ ข้อกำหนดมาตรฐานของบริษัทจดทะเบียนส่วนใหญ่จึงมีการกำหนดสัดส่วนของคณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่<sup>8</sup>

อย่างไรก็ดี นับตั้งแต่วิกฤตการณ์ล่มสลายของบริษัทขนาดใหญ่ เช่น เอนรอน เวิร์ดคอม เนื่องจากผู้บริหารระดับสูงใช้ประโยชน์จากนโยบายและวิธีการทางบัญชีเพื่อตกแต่งตัวเลขในรายงานทางการเงิน ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้น พนักงานและผู้มีส่วนเสียในกิจการดังกล่าว จนต้องสูญเสียคิดเป็นเงินมูลค่ามหาศาล จากเหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้นักลงทุนและนักการเมืองส่วนใหญ่เห็นว่าถึงเวลาแล้วที่ควรจะมีการปฏิรูประบบการกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. System of Corporate Governance) ส่งผลให้รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายที่มีชื่อว่า Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้มีการออกข้อกำหนดใหม่ๆ รวมถึงการควบคุมองค์ประกอบและบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ และขยายความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ รวมถึงกระตุ้นความสนใจเกี่ยวกับการควบคุมภายในด้านการจัดทำรายงานทางการเงินให้เพิ่มขึ้นอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้เพื่อขจัดข้อผิดพลาดหรือข้อมูลบิดเบือนที่อาจทำให้นักลงทุนเข้าใจผิดในงบการเงิน<sup>9</sup>

นอกจากนั้น ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น The New York Stock Exchange (NYSE) The American Stock Exchange (Amex) หรือ The NASDAQ Stock Market (NASDAQ) ต่างก็มีการแก้ไขกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีความสอดคล้องกับ Sarbanes-Oxley Act of 2002 เช่น การกำหนดให้สัดส่วนของคณะกรรมการมีกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก การให้นิยามคำว่ากรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น การกำหนดบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระให้สามารถช่วยสอดส่องดูแล รวมถึงป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจที่เป็นอิสระ

<sup>8</sup> Model Business Corporation Act § 8.01 (c)(8) Official Comment. (Official Comment คือ คำอธิบาย Model Business Corporation Act โดยคณะกรรมการกฎหมายบริษัท แห่งเนติบัณฑิตยสภา (Committee on Corporate Law of American Bar Association) ซึ่งจะเป็นการชี้แจงรายละเอียดและอธิบายวัตถุประสงค์ เหตุผล และวิธีการดำเนินการของแต่ละมาตรารวมถึงมีตัวอย่างประกอบ)

<sup>9</sup> เสกศักดิ์ จำเริญวงศ์, การบริหารการเงินธุรกิจ: แนวคิดและแนวปฏิบัติ(ปฐมธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 219.

สำหรับประเทศออสเตรเลีย ก็ได้มีแนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียน เช่น The Bosch Committee<sup>10</sup> หรือ Corporate Practice and Conduct 3<sup>rd</sup> Ed. 1995 ได้แนะนำว่าโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท โดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียน ควรประกอบด้วยกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารเป็นส่วนมาก โดยคำนึงถึงทักษะและประสบการณ์ของกรรมการแต่ละคนด้วย<sup>11</sup> เนื่องจากมองว่ากรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารมีบทบาทหน้าที่หลากหลาย ทั้งการติดตามและควบคุมฝ่ายจัดการและกรรมการที่เป็นผู้บริหาร รวมถึงต้องคอยพัฒนาการดำเนินงานกลยุทธ์ของธุรกิจ ซึ่งกรรมการจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพหากมีความเป็นอิสระ<sup>12</sup>

ทั้งนี้ The Bosch Committee ยังได้มีข้อเสนอเพิ่มเติมอีกว่า จำนวนส่วนใหญ่ของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารควรเป็นกรรมการอิสระ (Independent Non-executive Director) ซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ The Australian Investment Managers' Association<sup>13</sup> (AIMA Corporate Governance Guidelines) ที่กำหนดให้คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมากด้วยเช่นกัน<sup>14</sup>

ในปี 2003 The Australian Stock Exchange (ASX) ได้มีการออกหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี 10 ประการสำหรับบริษัทจดทะเบียน (The ASX Principles of Good Corporate Governance (ASX Principle)) โดยมีการกำหนดหลักการในข้อ 2 เรื่อง โครงสร้างของคณะกรรมการ ซึ่งได้กล่าวว่า บริษัทควรมีองค์ประกอบของคณะกรรมการที่มีประสิทธิภาพ มีขนาดและความรับผิดชอบที่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ และกำหนดในข้อ 2.1 ว่า คณะกรรมการควรประกอบด้วยสัดส่วนของกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก (Recommendation 2.1: A majority of the board should be independent directors.)<sup>15</sup> ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้

<sup>10</sup> คณะทำงานของสถาบันกรรมการบริษัทของประเทศออสเตรเลีย (The Australian Institute of Company Directors) โดยมี Henry Bosch AO เป็นประธานในขณะนั้น

<sup>11</sup> Dibbs, Barker, and Gosling, *Corporate Governance and Directors' Duties in Australia*.

<sup>12</sup> Ibid, p.22.

<sup>13</sup> ตัวแทนของกลุ่มนักลงทุนสถาบันขนาดใหญ่ในประเทศออสเตรเลีย

<sup>14</sup> Ramsay and Hoad R., "Disclosure of Corporate Governance Practices by Australian Companies".

<sup>15</sup> ASX Corporate Governance Council, *Corporate Governance Principles and Recommendation with 2010 Amendments*. p. 16.



ว่าการตัดสินใจของกรรมการจะไม่ถูกครอบงำโดยฝ่ายบริหาร และมีการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง นอกจากนี้กรรมการอิสระยังมีหน้าที่ในการติดตามและตรวจสอบผลการดำเนินงานของฝ่ายจัดการ รวมถึงดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นอีกด้วย<sup>16</sup>

ในประเทศไทย ได้เริ่มมีการกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนจะต้องมีกรรมการอิสระเป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท ตั้งแต่ปีพ.ศ.2535 ในเริ่มแรกเรียกว่า กรรมการที่เป็นบุคคลภายนอก เนื่องจากเห็นว่า โครงสร้างของผู้ถือหุ้นได้เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่เป็นธุรกิจครอบครัว เมื่อนำบริษัทมาจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ทำให้ต้องมีการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนทั่วไป ทำให้กลุ่มของผู้ถือหุ้นมีบุคคลภายนอกเข้ามาถือหุ้นด้วย เป็นเหตุให้มีการกำหนดลักษณะโครงสร้างของกรรมการบริษัทว่าจะต้องมีกรรมการจากภายนอกอย่างน้อย 2 คน เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัท เพื่อมาช่วยคานอำนาจกับกรรมการภายใน จนต่อมาก็เริ่มมีการเพิ่มจำนวนกรรมการจากภายนอกเป็น 3 คน โดยไม่สนใจโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทว่ามีจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าใด หลังจากนั้นเมื่อมีแนวคิดเรื่องกรรมการตรวจสอบ ซึ่งได้มีประกาศกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบและคุณสมบัติของคณะกรรมการตรวจสอบไว้ว่ากรรมการตรวจสอบต้องไม่ใช่กรรมการบริหาร/ผู้บริหาร พนักงาน หรือที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำจากบริษัท ต้องไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียทั้งด้านการเงินหรือบริหารงานกับบริษัท ซึ่งลักษณะดังกล่าวเป็นหนึ่งในคุณสมบัติของกรรมการอิสระ เพราะฉะนั้นจึงทำให้คณะกรรมการตรวจสอบต้องเป็นกรรมการอิสระด้วยเช่นกัน ส่งผลให้มีการพิจารณากันว่ากรรมการอิสระควรมีจำนวนที่เพิ่มมากขึ้น

ในปี 2551 สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้ร่วมกันปรับปรุงข้อกำหนดเกี่ยวกับกรรมการอิสระเพื่อให้สอดคล้องกันและเป็นไปตามมาตรฐานสากล โดยข้อกำหนดประการหนึ่งที่แก้ไขในครั้งนั้น คือ การกำหนดให้โครงสร้างของกรรมการบริษัทจดทะเบียน ต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามคน ดังเช่นที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ตามประกาศคณะกรรมการตลาดทุน ที่ ทจ. 4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 2) และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 5) เพราะหากกำหนดให้มีกรรมการอิสระเพียง 3 คนตามเกณฑ์เดิม ก็คงไม่สามารถถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจของกรรมการทั้งคณะได้ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่การประชุมผู้ถือหุ้นสามัญประจำปีจัดขึ้นในปี 2553 เป็นต้นไป

<sup>16</sup> Lawrence and Stapledon, *Do Independent Directors Add Value?*

## 2.1.2 การได้มาซึ่งกรรมการอิสระ

เนื่องจากบริษัทจดทะเบียน จะต้องเป็นบริษัทมหาชนจำกัด จึงทำให้กรรมการอิสระถือเป็นกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดด้วยเช่นกัน ดังนั้น การแต่งตั้งกรรมการมาเป็นกรรมการอิสระจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด โดยการได้มาซึ่งกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี คือ การได้มาซึ่งกรรมการในกรณีทั่วไป และการได้มาซึ่งกรรมการในกรณีพิเศษ

### 1) การได้มาซึ่งกรรมการในกรณีทั่วไป

ในการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด คณะกรรมการชุดแรกของบริษัทจะได้รับเลือกตั้งจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท ตามมาตรา 35(6) แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการชุดแรกพ้นจากตำแหน่งเมื่อครบวาระการดำรงตำแหน่งตามที่พระราชบัญญัติกำหนดหรือตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ก็จะต้องมีการเลือกตั้งคณะกรรมการชุดใหม่แทนคณะกรรมการชุดเดิม<sup>17</sup> โดยมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติได้บัญญัติว่า การเลือกตั้งกรรมการให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 70

ในเรื่องการเลือกตั้งกรรมการนั้น มาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติไว้ว่า

“เว้นแต่บริษัทจะมีข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กรรมการนั้นให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเลือกตั้งตามเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(๑) ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งมีคะแนนเสียงเท่ากับจำนวนหุ้นที่ตนถือด้วยจำนวนกรรมการที่จะเลือกตั้ง

(๒) ผู้ถือหุ้นแต่ละคนจะใช้คะแนนเสียงที่มีอยู่ทั้งหมดตาม (๑) เลือกตั้งบุคคลคนเดียวหรือหลายคนเป็นกรรมการก็ได้ ในกรณีที่เลือกตั้งบุคคลหลายคนเป็นกรรมการจะแบ่งคะแนนเสียงให้แก่ผู้ใดมากน้อยเพียงใดก็ได้

<sup>17</sup> นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด, 1 ed.(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 334.

(๓) บุคคลซึ่งได้รับคะแนนเสียงสูงสุดตามลำดับลงมาเป็นผู้ได้รับการเลือกตั้งเป็นกรรมการ เท่าจำนวนกรรมการที่จะพึงมี ในกรณีที่บุคคลซึ่งได้รับเลือกตั้งในลำดับถัดลงมา มีคะแนนเสียงเท่ากัน เกินจำนวนกรรมการที่จะพึงมี ให้เลือกโดยวิธีจับสลากเพื่อให้ได้จำนวนกรรมการที่จะพึงมี

ในกรณีที่บริษัทมีข้อบังคับกำหนดวิธีการเลือกกรรมการไว้เป็นอย่างอื่น ข้อบังคับนั้นจะต้อง ไม่มีลักษณะเป็นการตัดสิทธิผู้ถือหุ้นในการลงคะแนนเลือกกรรมการ”

วิธีการเลือกตั้งกรรมการตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าว เรียกว่า “การออกเสียงลงคะแนนแบบสะสม” (Cumulative Voting) ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อย หรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในการเสนอบุคคลที่เป็นตัวแทนของฝ่ายตนให้เป็นกรรมการ เพราะหากใช้วิธีเลือกกรรมการแต่ละรายด้วยการใช้เสียงข้างมากแบบ 1 หุ้น ต่อ 1 เสียง หากผู้ถือหุ้นรายย่อยหรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยเห็นต่างจากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ก็จะเป็นไปได้ยากที่จะสามารถเลือกกรรมการที่ตนพอใจเข้าไปเป็นกรรมการบริษัทได้<sup>18</sup>

การนับคะแนนด้วยวิธี Cumulative Voting นั้น จะกำหนดให้ผู้ถือหุ้นแต่ละรายมีคะแนนเสียงเท่ากับจำนวนหุ้นที่ตนมี คูณด้วยจำนวนกรรมการที่จะมีการเลือกตั้งในทั้งคณะ เช่น หากถือหุ้นทั้งหมด 100 หุ้น จำนวนกรรมการของบริษัททั้งคณะมี 12 คน เท่ากับว่าผู้ถือหุ้นคนนั้นจะมีคะแนนเสียงทั้งหมดในวาระเลือกตั้งกรรมการ 1,200 คะแนน ซึ่งคะแนนที่ว่ามีนี้ ผู้ถือหุ้นจะใช้คะแนนเสียงทั้งหมดเพื่อเลือกกรรมการคนใดคนหนึ่ง หรือจะแบ่งแยกคะแนนออกมาเพื่อเลือกกรรมการกี่รายก็ได้ โดยวิธีนี้กรรมการที่ได้รับเลือกตั้งจะเป็นผู้ที่ได้คะแนนเสียงสูงสุด และรองลงมาตามลำดับ ตามจำนวนกรรมการที่จะมีการเลือกตั้ง หากผู้ถือหุ้นรายย่อยหรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยต้องการที่จะเลือกกรรมการที่ตนเสนอ ก็สามารถรวมคะแนนเสียงกัน เพื่อเลือกกรรมการรายเดียวกัน ทำให้มีโอกาสที่กรรมการที่ตนเองเลือกจะมีสิทธิได้รับเลือกตั้งได้

อย่างไรก็ดี การเลือกตั้งกรรมการอาจกระทำโดยวิธีการอย่างอื่นที่แตกต่างไปก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าบริษัทมีข้อบังคับกำหนดวิธีการตั้งกรรมการเป็นอย่างอื่นหรือไม่ โดยกรณีที่บริษัทมีข้อบังคับกำหนดวิธีการเลือกตั้งกรรมการไว้เป็นการเฉพาะ จะไม่นำเอาวิธีการออกเสียงลงคะแนนแบบสะสมมาใช้ การเลือกตั้งคณะกรรมการของบริษัทก็ให้เป็นไปตามวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับนั้น ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว

<sup>18</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, "รู้จัก "ทางเลือก" ในการเลือกตั้งกรรมการ," คอลัมน์ ร่วมคิด-ชวนคุยกับ ก.ล.ต.(2552).

บริษัทมหาชนจำกัดส่วนใหญ่มักจะกำหนดวิธีการเลือกตั้งกรรมการของบริษัทไว้เป็นการเฉพาะในข้อบังคับของบริษัท<sup>19</sup>

ทั้งนี้ วิธีการเลือกตั้งกรรมการ จะส่งผลต่อการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการเมื่อครบวาระด้วย ซึ่งตามมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการไว้ดังนี้

“ในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นสามัญประจำปีทุกครั้ง ให้เลือกตั้งคณะกรรมการทั้งชุดพร้อมกันในคราวเดียว แต่ให้คณะกรรมการชุดเดิมรักษาการในตำแหน่งเพื่อดำเนินกิจการของบริษัทต่อไปพลางก่อนเท่าที่จำเป็นจนกว่าคณะกรรมการชุดใหม่จะเข้ารับหน้าที่

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีที่บริษัทมีข้อบังคับกำหนดวิธีการเลือกกรรมการแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 70 ซึ่งในกรณีเช่นนั้น ให้กรรมการออกจากตำแหน่งจำนวนหนึ่งในสามเป็นอัตรา ถ้าจำนวนกรรมการที่จะแบ่งออกให้ตรงเป็นสามส่วนไม่ได้ ก็ให้ออกโดยจำนวนใกล้เคียงที่สุดกับส่วนหนึ่งในสาม

กรรมการที่จะต้องออกจากตำแหน่งในปีแรกและปีที่สองภายหลังจดทะเบียนบริษัทนั้น ถ้าข้อบังคับมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ก็ให้จับสลากกัน ส่วนปีหลังๆ ต่อไปให้กรรมการคนที่อยู่ในตำแหน่งนานที่สุดนั้นเป็นผู้ออกจากตำแหน่ง

กรรมการซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา นี้ อาจได้รับเลือกตั้งใหม่ได้”

ในวรรคแรก เป็นกรณีที่บริษัทมหาชนจำกัด ไม่ได้มีการกำหนดข้อบังคับไว้เป็นอย่างอื่น การพ้นจากตำแหน่งกรรมการตามวรรคนี้จึงเป็นการพ้นจากตำแหน่งทั้งชุดในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นเป็นประจำทุกปี แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายกำหนดว่าให้คณะกรรมการชุดเดิมรักษาการในตำแหน่งกรรมการไปก่อนเพื่อดำเนินกิจการของบริษัท จนกว่าจะมีการเลือกตั้งกรรมการชุดใหม่เข้ามารับหน้าที่ดังกล่าว

แต่หากบริษัทมหาชนจำกัดมีการกำหนดข้อบังคับที่แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด จะนำวิธีการเลือกตั้งกรรมการตามมาตรา 70 มาใช้บังคับ แต่จะมีวิธีการตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ ซึ่งโดยมากจะเป็นการเลือกตั้งกรรมการแบบ 1 หุ้นต่อ 1 เสียง (one share one vote) และในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นแต่ละปี จะมีกรรมการที่ครบกำหนดออกตามวาระเป็นจำนวนหนึ่งในสาม แต่

<sup>19</sup> นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 335.

หากจำนวนกรรมการที่จะออกไม่สามารถแบ่งเป็นจำนวนหนึ่งในสามได้ ก็ให้ออกโดยจำนวนที่ใกล้ที่สุดกับหนึ่งในสาม ทั้งนี้ กรรมการที่จะต้องออกจากตำแหน่งในปีแรกและปีที่สองหลังจากมีการจดทะเบียนตั้งบริษัท ถ้าข้อบังคับของบริษัทไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ใช้วิธีจับสลาก ส่วนในปีต่อไปให้กรรมการที่อยู่ในตำแหน่งนานที่สุดนั้นเป็นผู้ออกจากตำแหน่ง ซึ่งเป็นไปตามที่มาตรา 71 วรรคสองและวรรคสามแห่งพระราชบัญญัติบัญญัติไว้ แต่อย่างไรก็ดี กรรมการซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอาจได้รับเลือกตั้งเป็นกรรมการอีกครั้งได้ ตามที่มาตรา 71 วรรคสี่แห่งพระราชบัญญัติกำหนดไว้

## 2) การได้มาซึ่งกรรมการในกรณีพิเศษ

นอกเหนือจากการเลือกตั้งโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นสามัญประจำปีแล้ว กรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดยังอาจมาจากการได้รับเลือกตั้งเป็นกรณีพิเศษโดยที่ประชุมคณะกรรมการ โดยการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการ นอกจากตามมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติแล้ว กรรมการอาจจะพ้นจากตำแหน่งได้ หากกรรมการเสียชีวิต ลาออก ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 68 ที่ประชุมผู้ถือหุ้นลงมติให้ออกตามมาตรา 7 หรือศาลมีคำสั่งให้ออก ในกรณีดังกล่าว มาตรา 75 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการลือบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 68 เข้าเป็นกรรมการแทนในการประชุมคณะกรรมการครั้งต่อไป เว้นแต่วาระของกรรมการรายนั้นจะเหลือน้อยกว่าสองเดือน ทั้งนี้ มติของคณะกรรมการจะต้องประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการที่เหลืออยู่ และบุคคลซึ่งเข้าเป็นกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างนั้นอยู่ในตำแหน่งได้เพียงเท่าวาระที่ยังเหลืออยู่ของกรรมการซึ่งตนแทน

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ตำแหน่งกรรมการว่างลงจนเหลือจำนวนน้อยกว่าจำนวนที่จะเป็นองค์ประชุมคณะกรรมการได้ มาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติให้กรรมการที่เหลืออยู่กระทำการในนามของคณะกรรมการได้แต่เฉพาะการจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อเลือกตั้งกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างทั้งหมดเท่านั้น ทั้งนี้ การประชุมเช่นนั้นจะต้องจัดให้มีขึ้นภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่จำนวนกรรมการว่างลงเหลือน้อยกว่าจำนวนที่จะเป็นองค์ประชุม บุคคลซึ่งเข้าเป็นกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างนั้นอยู่ในตำแหน่งเพียงเท่าวาระที่ยังเหลืออยู่ของกรรมการซึ่งตนแทน

### 2.1.3 บทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระ

เนื่องจากกรรมการอิสระ ถือเป็นกรรมการบริษัทคนหนึ่ง ดังนั้นจึงมีบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรรมการบริษัทคนอื่นๆ ทั้งกรรมการที่เป็นผู้บริหาร และกรรมการที่ไม่เป็นผู้บริหาร (Non-Executive Director) โดยบทบาทหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียนนั้น มีบัญญัติไว้ทั้งในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ซึ่งนอกจากบทบาทหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรรมการอิสระยังทำหน้าที่เป็นกลไกสำคัญในเรื่องการกำกับดูแลกิจการที่ดีเพื่อช่วยดูแลผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น โดยจะทำหน้าที่เพื่อช่วยคานอำนาจในการบริหารกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร ช่วยตรวจสอบถ่วงดุลให้บริษัทมีการบริหารหรือการดำเนินกิจการที่เป็นธรรม โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ นอกจากนี้ กรรมการอิสระยังทำหน้าที่ในการสนับสนุนนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้น หรือคัดค้านเมื่อเห็นว่าบริษัทอาจตัดสินใจไม่เป็นธรรมโปร่งใสซึ่งอาจกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ

ทั้งนี้ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้มีจัดทำ “คู่มือกรรมการอิสระ” โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กรรมการอิสระใช้เป็นแนวทางเบื้องต้นสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอิสระ ในการใช้ดุลพินิจ การพิจารณา การให้ความเห็น และการอนุมัติเรื่องต่างๆ ที่ฝ่ายจัดการนำเสนอมายังคณะกรรมการ ซึ่งบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระ สามารถอธิบายได้ ดังนี้

#### 2.1.3.1 บทบาทหน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535

มาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดไว้ว่า

*“คณะกรรมการมีอำนาจและหน้าที่จัดการบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น*

*คณะกรรมการอาจมอบหมายให้กรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนหรือบุคคลอื่นใดปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนกรรมการก็ได้ เว้นแต่บริษัทจะมีข้อบังคับไม่ให้คณะกรรมการมีอำนาจดังกล่าว โดยระบุไว้ชัดแจ้ง”*

จากมาตราดังกล่าว จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการมีอำนาจและหน้าที่จัดการบริษัทมหาชนให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยการจัดการงานต้องทำในลักษณะหมู่คณะร่วมกัน แต่อย่างไรก็ดีกรรมการอาจมอบหมายให้กรรมการหรือบุคคลอื่นๆ ที่ไม่ใช่กรรมการ

ปฏิบัติหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งแทนกรรมการได้ เว้นแต่ในเรื่องใดที่บริษัทกำหนดให้เป็นเรื่องเฉพาะตัวของกรรมการ ก็จะมีระบุไว้ชัดเจนในข้อบังคับของบริษัท

อีกทั้งมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติ ยังได้กำหนดว่า กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้ เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความ ซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

นอกจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จะได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการโดยชัดแจ้งแล้ว ยังได้กำหนดหลักการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ ไว้โดยเคร่งครัดอีกด้วย

### ก. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

#### (1) อำนาจหน้าที่ทั่วไปเกี่ยวกับการจัดการบริษัท

คณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดมีอำนาจหน้าที่ในการจัดการบริษัทเพื่อประโยชน์ของ บริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลาย อำนาจหน้าที่ในการจัดการบริษัทย่อมครอบคลุมการดำเนินการในเรื่อง ต่างๆ อย่างกว้างขวาง ทั้งในเรื่องเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ หรือการดำเนินกิจการต่างๆ ตาม วัตถุประสงค์ของบริษัท และเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับการจัดการภายในบริษัทด้วย เช่น การเรียกให้ผู้จอง หุ้นชำระเงินค่าหุ้นหรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่บริษัท การจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจน อำนาจหน้าที่อื่นๆ ที่พระราชบัญญัติกำหนด เช่น การจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นสามัญประจำปี หรือการ เรียกประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้น แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการอาจมอบหมายให้กรรมการคนหนึ่งหรือ หลายคน หรือบุคคลใดปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งแทนคณะกรรมการก็ได้ เว้นแต่บริษัทจะมี ข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น<sup>20</sup>

มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ ระหว่างกรรมการกับบริษัทและบริษัทกับบุคคลภายนอกไว้ว่า ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน โดยหลักแล้ว ตัวแทนมีหน้าที่ต่อตัวการเช่นไร กรรมการบริษัทย่อมมี หน้าที่ต่อบริษัทเช่นนั้น เช่น กรรมการจะเข้าทำนิติกรรมในนามของบริษัทกับตนเองหรือในฐานะที่ ตนเองเป็นตัวแทนบุคคลอื่นไม่ได้ เงินและทรัพย์สินที่กรรมการได้รับเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ใน

<sup>20</sup> นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 339.

ฐานะตัวแทนต้องส่งคืนให้บริษัท<sup>21</sup> ด้วยเหตุนี้ เมื่อกรรมการกระทำการใดภายใต้ข้อบัญญัติประสงค์ การนั้นย่อมผูกพันบริษัท นอกจากนี้ บรรดากิจการของบริษัทที่คณะกรรมการ กรรมการ หรือบุคคล ซึ่งได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ได้กระทำไปในนามของบริษัท ย่อมมีผลสมบูรณ์และผูกพัน บริษัท แม้จะปรากฏในภายหลังว่ามีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเลือกตั้ง แต่งตั้ง หรือคุณสมบัติของ กรรมการ<sup>22</sup> แต่ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความประมาทเลินเล่อของกรรมการ หรือกรรมการ กระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ กรรมการต้องรับผิดชอบ

## (2) อำนาจหน้าที่เฉพาะของกรรมการ

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่เฉพาะ ของกรรมการไว้โดยเคร่งครัด ซึ่งแบ่งออกได้เป็นสองลักษณะ ได้แก่ หน้าที่เฉพาะอันเกี่ยวกับความ ซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ และหน้าที่เฉพาะเพื่อความโปร่งใสของกรรมการ

### (2.1) หน้าที่เฉพาะอันเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ

ตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติว่า กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดจึงได้บัญญัติถึงหน้าที่ เฉพาะอันเกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ ไว้ในมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติ ดังนี้

- ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขัน กับกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือประโยชน์ผู้อื่น
- ห้ามมิให้กรรมการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่ จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดอื่นที่ ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทมหาชนจำกัดที่ตน เป็นกรรมการอยู่ ทั้งนี้ เว้นแต่กรรมการนั้นจะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติเลือกตั้งให้ ผู้นั้นเป็นกรรมการของบริษัท

<sup>21</sup> สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ and สหชน รัตนไพจิตร, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หุ้นส่วนบริษัท, 10 ed.(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2551), หน้า 225.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 340.



หน้าที่ดังกล่าว เกิดจากการที่ถือว่ากรรมการเป็นเสมือนทรัสต์ ซึ่งมีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินเพื่อผู้อื่นซึ่งเขามอบความไว้วางใจให้ จึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยกรรมการจะต้องจงรักภักดีต่อบริษัท และคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ<sup>23</sup>

อย่างไรก็ดี หากกรรมการมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดตามกฎหมาย มาตรา 86 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติกล่าวหาว่า บริษัทอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้น แต่ต้องฟ้องภายใน 1 ปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกิน 2 ปีนับแต่วันที่ฝ่าฝืน แต่กรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมด จะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ แต่ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง หรืออายุความเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อบริษัทก็ได้

## (2.2) หน้าที่เฉพาะเพื่อความโปร่งใสของกรรมการ

ในกรณีที่กรรมการมีการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท เช่น ซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้บริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามตนเองหรือผู้อื่น ต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการบริษัทก่อนเสมอ มิฉะนั้นการทำธุรกรรมนั้นจะไม่มีผลผูกพันบริษัท ทั้งนี้เพื่อการป้องกันในเรื่องของความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) ทำให้หากกรรมการมีการทำธุรกรรมที่เข้าข่ายเป็นการกระทำการดังกล่าว กรรมการคนนั้น ต้องแจ้งให้บริษัททราบโดยไม่ชักช้า ในกรณีที่กรรมการมีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยอาจแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรหรือแจ้งเป็นวาจาต่อคณะกรรมการบริษัท เพื่อให้มีการบันทึกข้อความไว้ในรายงานการประชุม

นอกจากจะมีหน้าที่ในการแจ้งกรณีที่กรรมการมีการทำธุรกรรมใดๆ กับบริษัทไม่ว่าโดยตรงและโดยอ้อมโดยไม่ชักช้าแล้ว กรรมการยังมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งการมีส่วนได้เสียอื่นๆ เช่น การถือหุ้นสามัญหรือหุ้นกู้ในบริษัทละบริษัทในเครือ โดยต้องระบุจำนวนที่มีการเพิ่มขึ้นหรือลดลงระหว่างรอบปีบัญชี และมีการเปิดเผยไว้ในรายงานประจำปีของบริษัทด้วย

<sup>23</sup> โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท, หน้า 405.

## ข. การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ

หน้าที่ของกรรมการ เป็นหลักสากลที่เรียกกันว่า fiduciary duties ซึ่งคำนี้มาจากหลักในเรื่องกฎหมายทรัสต์ (trust) ซึ่งเป็นหลักที่กฎหมายไทยยังไม่มี โดยทรัสต์ในที่นี้หมายถึง กองทรัสต์สิน ในหลายกรณีที่เจ้าของทรัสต์สินไม่สามารถจัดการทรัสต์สินของตนเองได้ จึงได้โอนทรัสต์สินดังกล่าวไปให้ผู้อื่นช่วยดูแลแทน โดยเจ้าของจะเป็นผู้กำหนดแนวทางในการจัดการทรัสต์สินเอาไว้<sup>24</sup>

ผู้ที่จัดการทรัสต์สิน เรียกกันว่า trustee ซึ่งตามศัพท์แปลว่า ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ เนื่องจาก trustee มีหน้าที่จัดการทรัสต์สินเพื่อคนอื่น ดังนั้นจึงต้องจัดการทรัสต์สินด้วยความระมัดระวัง ซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของผู้ที่เจ้าของทรัสต์สิน<sup>25</sup> เมื่อนำมาปรับใช้กับบริษัท trustee จึงหมายถึงกรรมการ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น โดยต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และมีความซื่อสัตย์สุจริต

การที่กฎหมายกำหนดหลักการไว้กว้างๆ ก็เพื่อให้กรรมการได้มีดุลยพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ เนื่องหากมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบไว้ทุกเรื่อง อาจทำให้ไม่มีใครอยากเข้ามาเป็นกรรมการได้ กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองกรรมการที่ทำหน้าที่โดยชอบ ให้ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ถ้าหากกรรมการมีการกระทำการโดยสุจริต (in good faith) และเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (best interest) ของบริษัท การตัดสินใจได้กระทำอย่างระมัดระวัง และซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท รวมถึงไม่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์

### (1) การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties)

มาตรา 85 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

อย่างไรก็ดี ความหมายของคำว่า “ซื่อสัตย์สุจริต” ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ในกฎหมายบริษัทมหาชน แต่เป็นที่เข้าใจได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตจะต้องเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่คำนึงถึงส่วนได้เสียหรือประโยชน์ส่วนตนของกรรมการ เช่น หากกรรมการมีการใช้

<sup>24</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน (เล่ม 1) บทบาท หน้าที่ ละความรับผิดชอบของกรรมการและคณะกรรมการ, (2547).

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน

ข้อมูลที่เป็นความลับไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบ การกระทำดังกล่าวย่อมถือว่าการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท<sup>26</sup>

หลักการปฏิบัติหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด เป็นหลักการปฏิบัติหน้าที่พื้นฐานของกรรมการ ซึ่งมีหน้าที่หลักสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of loyalty) คือการไม่กระทำการใดๆ ที่จะเป็นปฏิปักษ์หรือเป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น และหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง (Duty of care) เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ โดยนัยดังกล่าว หลักการปฏิบัติหน้าที่ทั้งสองประการนี้ย่อมเป็นผลมาจากความไว้วางใจที่บรรดาผู้ถือหุ้นทั้งหลายมอบให้กับกรรมการในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท<sup>27</sup>

## (2) การปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบอำนาจของกรรมการ

การดำเนินการของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และภายในขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากบริษัท เนื่องจากกรรมการถือเป็นผู้แทนของบริษัท หากมีการดำเนินการตามขอบอำนาจที่บริษัทได้ให้ไว้ การกระทำของกรรมการจึงจะมีผลผูกพันบริษัท แต่หากกรรมการฝ่าฝืนหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ หรือขอบอำนาจที่บริษัทได้ให้ไว้ การกระทำนั้นย่อมไม่ผูกพันบริษัท อีกทั้งกรรมการยังอาจถูกบริษัทหรือผู้ถือหุ้นฟ้องให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวได้ ตามหลักกฎหมายว่าด้วยตัวแทน เว้นแต่บริษัทจะได้ให้สัตยาบันแก่การกระทำนั้นๆ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย ภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทที่ได้จดทะเบียนไว้

แต่อย่างไรก็ดี ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้ กรณีบริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ถูกผู้ถือหุ้นร้องขอ ผู้ถือหุ้นนั้นจะนำคดีขึ้นฟ้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนบริษัทก็ได้ แต่ถ้การกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่

<sup>26</sup> ตลาตหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน(2540).

<sup>27</sup> นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 343.

บริษัท ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้<sup>28</sup>

### (3) การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยตนเอง

โดยหลักทั่วไป กรรมการเมื่อได้รับเลือกตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว ย่อมต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการบริษัทด้วยตัวเอง เนื่องจากเป็นการที่ผู้ถือหุ้นมอบความไว้วางใจให้กรรมการคนนั้นปฏิบัติหน้าที่แทน เพราะฉะนั้นจะมอบหมายให้ผู้อื่นเข้ามาทำหน้าที่แทนตนไม่ได้ โดยเฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวของกรรมการ เช่น การประชุมคณะกรรมการ ซึ่งกรรมการควรจะมีส่วนร่วมในการประชุมด้วยตนเอง เนื่องจากจะต้องมีการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาหรือตัดสินใจในเรื่องต่างๆ การมอบอำนาจให้ผู้อื่นเข้าประชุมแทนย่อมไม่สามารถทำได้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

#### 2.1.3.2 บทบาทหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

บริษัทมหาชนจำกัดที่มีการระดมทุนจากประชาชนโดยการเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จะมีกฎหมายที่เข้ามาควบคุมดูแลอยู่หลายฉบับ เนื่องจากการระดมทุนกับประชาชนจึงต้องมีการดูแลเพื่อไม่ให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มต่างๆ เกิดความเสียหายจากการบริหารงานของบริษัทจดทะเบียนได้ ทำให้คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียน มีหน้าที่และความรับผิดชอบในการบริหารงานเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของผู้ถือหุ้น ส่งผลให้กรรมการจะต้องมีมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ที่สูงกว่ากรรมการบริษัททั่วไป ต้องมีความซื่อสัตย์สุจริต มีจริยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ มีความเชี่ยวชาญและการตัดสินใจทางธุรกิจที่ดี ตลอดจนมีประสิทธิภาพในการดำเนินกิจการของบริษัท ต้องมีความเชี่ยวชาญ ความระมัดระวัง และความเอาใจใส่เท่าที่พึงคาดหวังได้จากผู้ซึ่งอยู่ในตำแหน่งกรรมการ กรรมการบริษัทจดทะเบียนต้องหลีกเลี่ยงการทำธุรกรรมที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม รวมถึงมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยการมีส่วนได้เสียต่างๆ เพื่อความโปร่งใส เช่น ข้อมูลส่วนตัว ข้อมูลการถือหลักทรัพย์ในบริษัทรวมถึงการเปลี่ยนแปลงในระหว่างรอบปีบัญชี โดยกฎหมายที่บังคับใช้หลักๆ ได้แก่ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีการ

<sup>28</sup> มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

แก้ไขครั้งสุดท้ายในปี 2551 รวมไปถึงระเบียบกฎเกณฑ์ต่างๆ ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียน มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ในหมวด 3/1 การบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ ส่วนที่ 2 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร โดยวางหลักการไว้ในมาตรา 89/7 ที่บัญญัติว่า

*“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น”*

การดำเนินการของกรรมการในบริษัทจดทะเบียน กฎหมายได้วางหลักการไว้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 คือกรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและความซื่อสัตย์สุจริต ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ มติที่ประชุมผู้ถือหุ้น เพียงแต่มาตรา 89/7 ได้เพิ่มในเรื่องของการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ (Accountability) รวมถึงต้องปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการบริษัทเข้ามาด้วย และนอกจากนี้ บทบัญญัติดังกล่าวยังใช้บังคับทั้งกรรมการและผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนและบริษัทย่อยของบริษัทจดทะเบียน เนื่องจากคณะกรรมการและผู้บริหารเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) จากผู้ถือหุ้น

การจัดการบริษัทจะอยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการบริษัทและผู้บริหาร ซึ่งทำหน้าที่ร่วมกันและไม่ซ้ำซ้อนกัน โดยคณะกรรมการบริษัทจะมี 2 บทบาท บทบาทแรกคือบทบาทด้านปฏิบัติการ (Performance Role) จะทำหน้าที่กำหนดกลยุทธ์และนโยบาย รวมทั้งแต่งตั้งฝ่ายบริหาร และบทบาทด้านกำกับดูแล (Conformance Role) จะมีหน้าที่ในการติดตามและกำกับดูแลการจัดการของฝ่ายบริหารให้มีการจัดการงานอย่างมีประสิทธิภาพภายใต้นโยบาย กฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท มติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ส่วนผู้บริหารนั้น ทำหน้าที่จัดการกิจการของบริษัทภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการ โดยอยู่ในกรอบของนโยบาย กฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท มติคณะกรรมการ และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น<sup>29</sup>

<sup>29</sup> วีระวงศ์ จิตต์มิตรภาพ, "จากหลักกฎหมายสู่หลักปฏิบัติ พ.ร.บ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับแก้ไข)."

การแสดงออกถึงความรับผิดชอบต่อหน้าที่ของตนเอง (Accountability) กระทำได้โดยการเปิดเผยข้อมูลอย่างเพียงพอและด้วยความโปร่งใส การจัดให้มีข้อมูลทางบัญชีที่ถูกต้อง รวมทั้งการเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นซักถามอย่างเต็มที่ในการประชุมผู้ถือหุ้น

### ก. หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of Care)

การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 89/8 บัญญัติว่า

“ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังกรรมการและผู้บริหารต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบการเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน

การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว การตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(๑) การตัดสินใจได้กระทำ ไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(๒) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(๓) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย กรรมการจะต้องกระทำการด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวัง เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัท และต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง เทียบเท่ากับความระมัดระวังที่วิญญูชนซึ่งอยู่ในสถานการณ์เช่นนั้นจะพึงปฏิบัติ โดยกรรมการควรมีการดำเนินการตามสมควรเพื่อให้สามารถกำกับดูแลกิจการของบริษัทและเพื่อให้เข้าใจสภาพธุรกิจของบริษัทได้ กรรมการไม่ควรอนุมัติการทำรายการใดๆ ที่ปราศจากข้อมูลที่ถูกต้อง หากกรรมการมีข้อสงสัยควรสอบถามข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญก่อน เพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัท

นอกจากจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเป็นการทั่วไปแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้กรรมการต้องไขความระมัดระวังเป็นการเฉพาะในเรื่องต่างๆ เช่น การเรียกให้ผู้จองหุ้นชำระเงินค่าหุ้น การจ่ายเงินปันผล การจัดทำและเก็บรักษาบัญชีทะเบียนหรือเอกสารอื่นๆ เป็นต้น<sup>30</sup>

ในการกระทำหรือตัดสินใจใดๆ ในฐานะกรรมการบริษัท จะถือว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังอย่างเพียงพอแล้ว หากการกระทำหรือการตัดสินใจนั้น ได้ทำในลักษณะดังนี้

- ตัดสินใจด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท
- ตัดสินใจโดยมีข้อมูลที่น่าเชื่อถือและเพียงพอ (Fully Informed) และไม่มีเหตุที่น่าสงสัยว่าข้อมูลนั้นจะไม่น่าเชื่อถือ
- ตัดสินใจโดยสมเหตุสมผลเยี่ยงกรรมการที่ดีที่อยู่ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นจะพึงกระทำ (Reasonable Judgment)
- ตัดสินใจโดยไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น
- ขยันและรอบคอบระมัดระวัง (Diligence)

หลักกฎหมายในส่วนนี้มีที่มาจากหลัก Business Judgment Rule ของต่างประเทศ ซึ่งวางหลักว่าแม้การตัดสินใจทางธุรกิจจะเกิดความเสียหายต่อบริษัท คณะกรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบหากพิสูจน์ได้ว่าการตัดสินใจนั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เพราะถือว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว

ด้วยเหตุนี้เอง จึงทำให้กรรมการมีหน้าที่และความรับผิดชอบ โดยเฉพาะการเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการบริษัทที่ควรเข้าร่วมอย่างสม่ำเสมอ ควรศึกษาวาระการประชุมและเอกสารต่างๆ เป็นการล่วงหน้า ในการพิจารณาเรื่องใดๆ ก็ควรมีเอกสารและข้อมูลประกอบการตัดสินใจที่เพียงพอ ถูกต้องน่าเชื่อถือ หากมีประเด็นใดที่ไม่เข้าใจก็ควรใช้สิทธิซักถามในที่ประชุมคณะกรรมการในกรณีที่เป็นเรื่องเฉพาะซึ่งต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ก็ควรขอให้บริษัทเตรียมความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญเพื่อประกอบการพิจารณาตัดสินใจ ก่อนที่จะอนุมัติการทำรายการใดๆ ภายหลังจากประชุมก็ควรตรวจสอบให้แน่ใจว่าได้มีการบันทึกรายงานการประชุมอย่างถูกต้อง โดยมีการระบุความเห็นและเหตุผลประกอบการตัดสินใจอย่างครบถ้วนแล้ว

---

<sup>30</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของ คณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน.

นอกจากนี้ การดำเนินการในเรื่องบางเรื่อง ถือเป็นกรณีที่น่าจะมีผลกระทบต่อบริษัท อย่างมีนัยสำคัญตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด ซึ่งคณะกรรมการ และฝ่ายบริหารจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น เช่น

- การได้มาหรือจำหน่ายไปซึ่งทรัพย์สิน ไม่ว่าจะทรัพย์สินนั้นจะเป็นของบริษัทหรือ บริษัทย่อย
- การโอนหรือสละสิทธิประโยชน์ รวมตลอดถึงการสละสิทธิเรียกร้องที่มีต่อผู้ที่ก่อ ความเสียหายแก่บริษัท ไม่ว่าจะสิทธิประโยชน์นั้นจะเกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินของบริษัทหรือบริษัทย่อย
- การเข้าทำ แก้วไข หรือเลิกสัญญาเกี่ยวกับการให้เช่าหรือให้เช่าซื้อกิจการหรือ ทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วน ไม่ว่าจะกิจการหรือทรัพย์สินนั้นจะดำเนินการโดยบริษัทหรือบริษัทย่อย
- การรวมกิจการกับบุคคลอื่น ซึ่งจะมีผลกระทบต่อโครงสร้างการบริหารจัดการบริษัท
- การให้กู้ยืม การให้สินเชื่อ การค้ำประกัน การทำนิติกรรมผูกพันบริษัทให้ต้อง รับภาระทางการเงินเพิ่มขึ้น ในกรณีที่บุคคลภายนอกขาดสภาพคล่องหรือไม่สามารถปฏิบัติการชำระ หนี้ได้ หรือการให้ความช่วยเหลือด้านการเงินในลักษณะอื่นใดแก่บุคคลอื่นและมีใช้ธุรกิจปกติของ บริษัท

#### ข. หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty)

โดยหลักทั่วไป กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อรักษาไว้ซึ่ง ผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท หน้าที่ของกรรมการในความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทจึงหมายถึงหน้าที่ใน การก่อประโยชน์ให้แก่บริษัทโดยไม่คำนึงถึงส่วนได้หรือประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติเรื่องความซื่อสัตย์ สุจริตไว้ในมาตรา 89/10 โดยวางหลักว่าในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการและ ผู้บริหารต้องปฏิบัติดังนี้

- กระทำโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ โดยตนเองไม่มีส่วน ได้เสีย (In good faith)
- กระทำไปโดยมีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม (Proper Purpose)
- ไม่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมอย่างมีนัยสำคัญ (Avoid Conflict of Interest)
- ไม่เป็นการนำข้อมูลหรือโอกาสของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือ บุคคลอื่น (Misuse of Information)



เรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ คือกรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ที่ขัดกันระหว่างประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัทกับประโยชน์ส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็ทางตรงหรือทางอ้อม กรรมการจะต้องไม่ประกอบกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการค้าแข่งกับบริษัท หรือไปเป็นหุ้นส่วนหรือกรรมการในกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการค้าแข่งกับบริษัท เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีการแต่งตั้ง

ดังนั้น เมื่อกรรมการได้ล่วงรู้ข่าวสารที่ยังไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ ควรระมัดระวังไม่ให้ข้อมูลข่าวสารของบริษัทที่ได้รับรู้มารั่วไหล หรือมีการนำไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น ระมัดระวังไม่นำทรัพย์สิน หรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น การตัดสินใจใดๆ เกี่ยวกับบริษัท ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัท โดยไม่มีผลประโยชน์แอบแฝง หากในการประชุมคณะกรรมการวาระใด กรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการมีส่วนได้เสีย ควรรีบแจ้งให้ประธานกรรมการทราบ และไม่ร่วมพิจารณาหรือออกจากห้องประชุม รวมถึงดูแลให้บริษัทมีกระบวนการพิจารณารายการที่เกี่ยวข้องกันอย่างเป็นธรรมและถูกต้องตามกฎหมายระเบียบ

### ค. หน้าที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งเลขานุการบริษัท

ในปัจจุบัน เลขานุการบริษัทเป็นตำแหน่งที่กฎหมายกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนทุกแห่งต้องมี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/15 โดยได้กำหนดหน้าที่ของเลขานุการบริษัทไว้ดังนี้

#### (1) จัดทำและเก็บรักษาเอกสารดังต่อไปนี้

(1.1) ทะเบียนกรรมการ  
(1.2) หนังสือนัดประชุมคณะกรรมการ รายงานการประชุมคณะกรรมการและรายงานประจำปีของบริษัท

(1.3) หนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้น และรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น

(2) เก็บรักษารายงานการมีส่วนได้เสียที่รายงานโดยกรรมการหรือผู้บริหาร

(3) ดำเนินการอื่นๆ ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

นอกจากนี้ มาตรา 89/23 ยังกำหนดให้เลขานุการบริษัทต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติตามกฎหมายวัตถุประสงค์ข้อบังคับของบริษัท มติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ส่งผลให้เลขานุการบริษัทต้องมี Fiduciary Duty เหมือนกับคณะกรรมการด้วยเช่นเดียวกัน

หน้าที่การแต่งตั้งเลขานุการบริษัท เป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่เป็นความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัท หากคณะกรรมการไม่มีการแต่งตั้งเลขานุการบริษัทจะมีความผิดตามมาตรา 281/4 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดโทษปรับสำหรับคณะกรรมการที่ฝ่าฝืนไม่แต่งตั้งเลขานุการบริษัท โดยเป็นความผิดที่คณะกรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกัน

### ง. หน้าที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล

การเปิดเผยข้อมูลมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้ผู้ถือหุ้นใช้ประกอบการตัดสินใจ ซึ่งแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ การตัดสินใจลงทุนหรือติดตามผลการลงทุน และการตัดสินใจใช้สิทธิออกเสียงในการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งคณะกรรมการมีหน้าที่ในการดูแลให้การเปิดเผยข้อมูลของบริษัทเป็นไปในแนวทาง ดังต่อไปนี้

- ข้อมูลที่เปิดเผยนั้นถูกต้อง ครบถ้วน เพียงพอ ตรงต่อความเป็นจริง ไม่เท็จ ไม่ทำให้สำคัญผิด และไม่ปกปิดข้อมูลที่ควรต้องแจ้งในสาระสำคัญ (Transparent)
- ข้อมูลที่เปิดเผยเป็นปัจจุบัน และทันตามกำหนดเวลา (Timely)
- ช่องทางที่เปิดเผยข้อมูลสามารถเข้าถึงได้ง่ายและเท่าเทียมกัน (Equality)

ในฐานะกรรมการบริษัท จึงมีหน้าที่ที่จะต้องกำกับดูแลให้บริษัทมีระบบบัญชี ระบบจัดเก็บเอกสารสำคัญ และระบบการจัดการฐานข้อมูล เพื่อให้สามารถบันทึกข้อมูลได้ถูกต้อง ครบถ้วน และตรวจสอบได้ รวมทั้งสามารถป้องกันมิให้บุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องเข้าถึงข้อมูลได้ กำกับดูแลให้มีผู้สอบบัญชีที่เป็นอิสระ ตรวจสอบและให้ความเห็นต่องบการเงิน

นอกจากนี้ต้องกำกับดูแลให้มีการจัดส่งรายงานข้อมูลประจำงวด เช่น งบการเงิน แบบแสดงรายการข้อมูลประจำปี (แบบ 56-1) และรายงานประจำปี (แบบ 56-2) ต่อตลาดหลักทรัพย์ฯ และ ก.ล.ต. อย่างถูกต้องครบถ้วน ภายในระยะเวลาที่กำหนด รวมถึงรายงานข่าวเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญและอาจมีผลกระทบต่อราคาหลักทรัพย์ตามข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์

สำหรับการประชุมผู้ถือหุ้น ต้องกำกับดูแลให้บริษัทจัดส่งหนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้นให้กับผู้ถือหุ้นล่วงหน้าไม่น้อยกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และอำนวยความสะดวกให้ผู้ถือหุ้นที่ไม่สามารถเข้าร่วมประชุมแต่ประสงค์จะใช้สิทธิออกเสียง โดยการจัดส่งหนังสือมอบฉันทะไปพร้อมกับหนังสือนัดประชุม ภายหลังการประชุมก็ต้องดูแลให้บริษัทจัดทำรายงานการประชุมผู้ถือหุ้นให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และดูแลให้บริษัทเผยแพร่ข้อมูลต่างๆ เช่น หนังสือนัดประชุม

รายงานการประชุมผู้ถือหุ้น รายงานประจำปี เป็นต้น ไว้ในเว็บไซต์ของบริษัท หรือผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ของตลาดหลักทรัพย์ เพื่อให้ผู้ถือหุ้นสามารถตรวจสอบความถูกต้อง และใช้สิทธิคัดค้านได้หากจำเป็น

### 2.1.3.3 บทบาทหน้าที่ของกรรมการบริษัท ตามหลักการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance)

การกำกับดูแลกิจการหรือบรรษัทภิบาล (Corporate Governance) หมายถึง ระบบที่ได้จัดให้มีโครงสร้างและกระบวนการของการควบคุมกิจการ โดยบุคคลที่ 3 ฝ่ายซึ่งรับผิดชอบร่วมกัน ได้แก่ คณะกรรมการ ฝ่ายจัดการ และผู้ถือหุ้น ซึ่งบุคคลทั้ง 3 ฝ่าย ต้องมีความรับผิดชอบตามหน้าที่ มีระบบการตรวจสอบและถ่วงดุล เพื่อให้การดำเนินงานบรรลุวัตถุประสงค์อันเป็นประโยชน์แก่องค์กรและผู้ถือหุ้นในระยะยาว โดยต้องมีการคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียอื่นประกอบ

Professor Oliver Hart แห่งมหาวิทยาลัยลอนดอน ได้ให้แนวคิดเกี่ยวกับเหตุผลและกลไกของ Corporate Governance ไว้ใน The Economic Journal ปี ค.ศ. 1995 สรุปได้ ดังนี้<sup>31</sup>

1) ธุรกิจโดยทั่วไปมีปัญหาตัวแทน (Agency Problem) กล่าวคือ ฝ่ายต่างๆ ในองค์กรธุรกิจ ได้แก่ ผู้บริหาร ผู้ถือหุ้น และเจ้าหนี้ ต่างเอาผลประโยชน์ส่วนตนเป็นหลัก (Maximize Own Benefit) นำมาซึ่งการเอาเปรียบกันและกัน ตัวอย่างเช่น ผู้บริหารจัดให้มีผลตอบแทน (Compensation Scheme) ที่สูงมากสำหรับกลุ่มของตน มีเงินโบนัสที่สูงมากถึง 8-9 เดือนของเงินเดือน มีสิ่งอำนวยความสะดวกที่หรูหราฟุ่มเฟือย (Perks) ซึ่งในกรณีนี้ผู้รับภาระค่าใช้จ่ายคือ ผู้ถือหุ้น เรียกปัญหานี้ว่าเป็น Moral Hazard Problem ในขณะที่เดียวกันผู้ถือหุ้นหรือเจ้าของกิจการสามารถเอาเปรียบเจ้าหนี้ได้ เช่น การลงทุนในธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูงมากเกินไป (Overinvestment) โดยหวังว่าการลงทุนที่มีความเสี่ยงนั้น หากประสบความสำเร็จจะทำให้เจ้าของกิจการได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่ ในขณะที่เจ้าหนี้ยังคงได้รับผลประโยชน์จากดอกเบี้ยในอัตราเท่าเดิม แต่การทำเช่นนี้จะทำให้มูลค่าของหนี้ลดลง เนื่องจากความเสี่ยงที่สูงขึ้นของกิจการ ทำให้ผู้เสียผลประโยชน์คือเจ้าหนี้ ซึ่งเรียกได้ว่าเป็น Moral Hazard Problem เช่นกัน<sup>32</sup>

<sup>31</sup> เสกศักดิ์ จำเริญวงศ์, การบริหารการเงินธุรกิจ: แนวคิดและแนวปฏิบัติ, หน้า 215-16.

<sup>32</sup> ปัญหาอันเกิดจากความไม่สมมาตรข้อมูล (Information Asymmetry) แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ 1) ปัญหาที่เกิดจาก Hidden Information คือ มีการปิดบังข้อมูลทำให้เกิดผลเสียหาย เช่น บริษัทปิดบังข้อมูลที่นักลงทุนควรจะรู้ ทำให้นักลงทุนตัดสินใจผิดพลาด เป็น Adverse

การขัดแย้งทางผลประโยชน์ในองค์กรธุรกิจดังกล่าว เป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ธุรกิจต้องมี Corporate Governance กล่าวคือ ถ้าทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจเอาผลประโยชน์รวมของธุรกิจเป็นหลัก (Maximize Business Benefit) โดยไม่มีการเอาเปรียบซึ่งกันและกันแล้ว ธุรกิจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมี Corporate Governance แต่ถ้าเพียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเอาผลประโยชน์ของตนเป็นหลัก กลไกของ Corporate Governance จะเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะมาควบคุมดูแลผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการทำธุรกิจ

2) ปัญหาตัวแทน (Agency Problem) เพียงอย่างเดียวจะไม่เป็นเหตุผลในการมี Corporate Governance กล่าวคือ การแก้ปัญหาการเอาผลประโยชน์แห่งตนเป็นหลักของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการทำธุรกิจจะสามารถทำได้ ถ้าทุกฝ่ายสามารถตกลงร่วมกันเขียนสัญญาคุ้มครองผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายได้โดยครบถ้วนในทุกสถานการณ์ของความขัดแย้ง (Complete Contract) แต่การทำสัญญาดังกล่าวในความเป็นจริงแล้วเป็นไปได้ยากมาก เนื่องจากต้นทุนในการทำสัญญาดังกล่าวสูงมาก ประกอบกับการคาดคะเนในความครบถ้วนของมูลเหตุหรือความน่าจะเป็นของความขัดแย้งดังกล่าวเป็นไปได้ยากมาก ส่วนใหญ่จึงมีแต่สัญญาที่ไม่ครบถ้วน (Incomplete Contract) จึงทำให้เป็นอีกเหตุผลที่จะต้องมีการมี Corporate Governance

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เป็นผู้ริเริ่มหรือต้นแบบเกี่ยวกับหลักบรรษัทภิบาล โดยได้มีการกระตุ้นให้บรรดาประเทศต่างๆ ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการที่องค์กรธุรกิจต่างๆ ที่ต้องมีการนำเอาแนวความคิดของบรรษัทภิบาลมาใช้ให้เกิดประโยชน์และมีประสิทธิภาพ ซึ่งหลักการที่เกิดขึ้นมีผลสืบเนื่องมาจากมีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับหลายๆ บริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาจนเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อบริษัท ประกอบกับผู้บริหารระดับสูงละเลยหรือเพิกเฉยต่อหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักบรรษัทภิบาล มีการใช้อำนาจหน้าที่ไปในทางที่มีชอบหรือทุจริตเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตน ทำให้มีการเรียกร้องให้มีกลไกในการกำกับดูแลกิจการ และตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหาร เพื่อทำให้เกิดความโปร่งใสและมีประสิทธิภาพ สร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนหรือผู้ถือหุ้น และทำให้เกิดคุณค่าสูงสุดต่อองค์กรในระยะยาว<sup>33</sup>

ในประเทศไทย เริ่มจากการนำหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) มาใช้กับภาครัฐ ที่จำเป็นต้องมีการสร้างหลักธรรมาภิบาลในแง่การเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เพื่อขจัดปัญหาระบบเส้น

---

Selection Problem 2) ปัญหาเกิดจาก Hidden Action คือ มีการปิดบังการกระทำ ทำให้เกิดผลเสียหาย เช่น ผู้บริหารกระทำการเอาผลประโยชน์เข้าตนเอง และไม่รักษาผลประโยชน์สูงสุดของกิจการ เป็น Moral Hazard Problem

<sup>33</sup> รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ, "มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมบรรษัทภิบาลในองค์กรธุรกิจ," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 31, no. 1 (2556): หน้า 56-57.

สายและการคอร์รัปชัน โดยการมีระบบที่สามารถตรวจสอบการบริหารงานในภาครัฐ เพื่อให้เกิดความโปร่งใส และต่อมาได้มีการแพร่หลายไปสู่องค์กรธุรกิจ โดยเรียกว่า หลักบรรษัท ภิบาล (Corporate Governance) ซึ่งหมายถึงการมีระบบบริหารจัดการที่ดีขององค์กรธุรกิจ โดยจะต้องมีความโปร่งใส ซื่อสัตย์สุจริต ไม่เอาเปรียบผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง และมีจรรยาบรรณในการทำธุรกิจ โดยมีการนำมาประยุกต์ใช้กับสถาบันการเงิน และบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และต่อมาเริ่มมีการตื่นตัวโดยเล็งเห็นว่าการบริหารจัดการที่ดีมีความสำคัญ และจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่องค์กรธุรกิจเป็นอย่างมาก รวมทั้งเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ<sup>34</sup>

การกำกับดูแลกิจการที่ดีหรือบรรษัทภิบาลมีความสำคัญต่อบริษัทจดทะเบียน โดยแสดงให้เห็นถึงการมีระบบบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ โปร่งใส ตรวจสอบได้ ซึ่งช่วยสร้างความเชื่อมั่นและความมั่นใจต่อผู้ถือหุ้น ผู้ลงทุน ผู้มีส่วนได้เสีย และผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย จึงกล่าวได้ว่าการกำกับดูแลกิจการที่ดีเป็นเครื่องมือเพื่อเพิ่มมูลค่าและส่งเสริมการเติบโตอย่างยั่งยืนของบริษัท

ในฐานะกรรมการบริษัท จึงต้องมีการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ถือหุ้น โดยตามหลักการกำกับดูแลกิจการ ความเชื่อมั่นจะเกิดขึ้นได้เมื่อการบริหารจัดการของบริษัทเป็นไปตามหลักการ 4 ประการ ดังนี้<sup>35</sup>

1. การเคารพสิทธิของผู้ถือหุ้น และปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้นทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน ควรคำนึงว่าผู้ถือหุ้นย่อมมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมตัดสินใจในเรื่องสำคัญ (สำหรับบริษัทคือการมีมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น) มีสิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนอย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย โดยไม่ถูกเบียดบัง และมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นจากจำนวนหุ้นที่ถือ หรือจากความสัมพันธ์กับผู้ถือหุ้นใหญ่

2. ความรับผิดชอบต่อหน้าที่ (accountability) ของกรรมการ กรรมการควรตระหนักว่า มีหน้าที่และความรับผิดชอบในการดำเนินงานเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยโครงสร้างองค์กรประกอบ และวิธีดำเนินงานของคณะกรรมการ ควรเอื้อให้เกิดความรับผิดชอบนี้

<sup>34</sup> รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ, "มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมบรรษัทภิบาลในองค์กรธุรกิจ," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 31, no. 1 (2556): หน้า 55 และ 57.

<sup>35</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน (เล่ม 1) บทบาท หน้าที่ ละความรับผิดชอบของกรรมการและคณะกรรมการ.

3. การเปิดเผยข้อมูลและความโปร่งใสในการดำเนินงาน การตัดสินใจ และการดำเนินงานภายในบริษัทควรเป็นอย่างโปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ และกรรมการในฐานะผู้บริหารกิจการแทนผู้ถือหุ้น มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลที่เพียงพอ และถูกต้องให้ผู้ถือหุ้นสามารถติดตามผลการดำเนินงานได้ รวมทั้งให้ผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นรายใหม่สามารถตัดสินใจลงทุนได้อย่างถูกต้อง

4. การปฏิบัติต่อผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholders) อย่างเป็นธรรม การที่บริษัทจะเติบโตอย่างต่อเนื่องในระยะยาว ควรต้องมีการปฏิบัติต่อผู้มีส่วนได้เสียแต่ละกลุ่มอย่างเป็นธรรม และรักษาไว้ซึ่งจริยธรรม ไม่ว่าผู้มีส่วนได้เสียนั้นจะเป็นพนักงาน ลูกค้า ผู้ขายสินค้า เจ้าหนี้ ชุมชน ฯลฯ

#### ก. หลักการของ OECD

องค์การเพื่อความร่วมมือด้านเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) ได้แนะนำหลักการพื้นฐาน 5 ประการเพื่อใช้อ้างอิงในการกำหนดแนวทางการกำกับดูแลกิจการที่ดีของประเทศต่างๆ ทั้งยังเพื่อพัฒนาหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีให้มีประสิทธิภาพ ดังนี้

- (1) การคำนึงถึงสิทธิของผู้ถือหุ้น
- (2) การปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้นอย่างเท่าเทียม
- (3) บทบาทการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสีย
- (4) การเปิดเผยข้อมูลและความโปร่งใส
- (5) ความรับผิดชอบของคณะกรรมการ

โดยหลักพื้นฐาน 5 ประการนี้ เป็นที่ยอมรับและหลายประเทศได้นำไปใช้เป็นเกณฑ์อ้างอิงสำหรับการปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของบริษัทจดทะเบียนอีกด้วย รวมทั้งในประเทศไทยเอง ก็ได้มีการนำหลักการนี้มาใช้ โดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และจัดทำเป็นหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555

## ข. ASEAN Corporate Governance Scorecard<sup>36</sup>

ที่มาเริ่มจากเมื่อปี ค.ศ. 2009 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังของประเทศต่างๆ ใน ASEAN ได้ให้การรับรองและสนับสนุนแผนดำเนินการของ ASEAN Capital Markets Forum (ACMF) เพื่อส่งเสริมการพัฒนาเกี่ยวกับการรวมตัวของตลาดทุนของประเทศต่างๆ ใน ASEAN แผนดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายให้เกิดความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของประชาคมเศรษฐกิจ ASEAN (ASEAN Economic Community) หลักๆ 4 ประการ คือ 1) เสริมสร้างสภาพแวดล้อมให้สามารถเกิดการรวมตัวในภูมิภาค 2) เสริมสร้างโครงสร้างพื้นฐาน ผลิตภัณฑ์ และสถาบันตัวกลางต่างๆ ของตลาดทุนในภูมิภาค 3) สร้างความแข็งแกร่งให้กับกระบวนการดำเนินงาน และ 4) เพิ่มพูนความเด่นชัด ความสุจริตน่าเชื่อถือของ ASEAN ให้เป็นสินทรัพย์ที่น่าลงทุน

ด้วยวัตถุประสงค์ดังกล่าว ต้นปี 2011 จึงมีการสร้างเครื่องมือเพื่อใช้วัดระดับการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียนต่างๆ ในประเทศ ASEAN ซึ่งเรียกว่า ASEAN Corporate Governance Scorecard โดยมีธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development Bank หรือ ADB) เป็นผู้สนับสนุนด้านค่าใช้จ่าย วัตถุประสงค์หลักๆ ของการสร้างเครื่องมือนี้คือ

1. เพื่อยกระดับมาตรฐานและแนวปฏิบัติการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียนต่างๆ ในประเทศ ASEAN
2. เพื่อเพิ่มพูนความเด่นชัดน่าสนใจและนำลงทุนของบริษัทจดทะเบียนที่มีการกำกับดูแลที่ดีใน ASEAN ต่อนานาประเทศ
3. เพื่อเป็นส่วนเสริมให้การดำเนินการตามวัตถุประสงค์อื่นๆ ทั้ง 4 ประการข้างต้นให้มีความสมบูรณ์ ซึ่งจะช่วยสนับสนุนเป็นสินทรัพย์นำลงทุนของ ASEAN ที่แท้จริง

ในการสร้าง Scorecard ได้กำหนดหลักการไว้ว่า Scorecard ที่สร้างขึ้นจะต้องสะท้อนตามหลักการสากลและเป็นที่ยอมรับว่าเป็นแนวปฏิบัติที่ดีของบริษัทจดทะเบียนที่จะนำไปใช้ปฏิบัติ ต้องเป็นแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับ Corporate Governance อย่างแท้จริง สามารถประยุกต์ใช้ได้กับตลาดทุนต่างๆ ในประเทศ ASEAN สามารถสะท้อนความเป็นรูปธรรมของการปฏิบัติตามหลักการและแนวปฏิบัติ ตลอดจนความมั่นใจในความเป็นอิสระและความน่าเชื่อถือของการประเมิน

---

<sup>36</sup> ยูทธ วรฉัตรธาร, "มีอะไรใน Asean Cg Scorecard?," *Money & Wealth*, มิถุนายน 2555 2555, หน้า 92-93.

หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติต่างๆ ที่ใช้เป็นตัววัดใน Scorecard พัฒนาโดยยึดหลักการ 5 หมวดของ OECD และแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ระดับ ระดับที่ 1 ประกอบด้วย 193 เกณฑ์หรือรายการที่ยึดตามหลักการของ OECD ดังนี้

- (1) สิทธิของผู้ถือหุ้น 27 รายการ
- (2) การปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้นอย่างเท่าเทียมกัน 18 รายการ
- (3) บทบาทผู้มีส่วนได้เสีย 21 รายการ
- (4) การเปิดเผยข้อมูลความโปร่งใส 44 รายการ
- (5) ความรับผิดชอบของคณะกรรมการ 83 รายการ

ระดับที่ 2 เป็นเกณฑ์ส่วนเพิ่มเพื่อให้เป็นคะแนนพิเศษหรือโบนัสสำหรับผู้ปฏิบัติได้สูงกว่ามาตรฐานมี 11 รายการ และสำหรับการลงโทษหรือหักคะแนนมี 18 รายการ รวมทั้ง 2 ระดับ จะมี 222 รายการ

ASEAN CG Scorecard เป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้วัดระดับการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียนในกลุ่มประเทศ ASEAN ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ความสำคัญของ ASEAN CG Scorecard คือ แม้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าว ในช่วงแรกจะมีการใช้ประเมินเฉพาะกับบริษัทจดทะเบียนที่มี Market Capitalization ขนาดใหญ่ 100 อันดับแรก และมีการเผยแพร่รายงานประจำปีเป็นภาษาอังกฤษ แต่ก็ทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมถึงบริษัทจดทะเบียนต่างๆ ใน ASEAN ต่างมีความตื่นตัวในเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างมาก แม้ว่าจะมีข้อจำกัดทั้งในเรื่องกฎระเบียบของตลาดหลักทรัพย์ในแต่ละประเทศ รวมถึงข้อกำหนดที่ใช้บังคับไม่เหมือนกัน แต่อย่างไรก็ดี หากหลักเกณฑ์ของ ASEAN CG Scorecard มีการปรับให้มีความเหมาะสมและถูกนำมาใช้ในการประเมินบริษัทจดทะเบียนทุกๆ บริษัทแล้ว อาจส่งผลให้แต่ละประเทศต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎระเบียบที่ใช้บังคับให้มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้น เพื่อรองรับ ASEAN Exchange และการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ในปี 2558 ต่อไป

ผลการประเมินของ ASEAN CG Scorecard ในปี 2555 ปรากฏว่าบริษัทจดทะเบียนไทยได้คะแนนเฉลี่ยสูงสุดเมื่อเทียบกับบริษัทจดทะเบียนในกลุ่มอาเซียนที่เข้าร่วมการประเมินคือ 67.66% และมีบริษัทจดทะเบียนไทยติดอันดับบริษัทที่มีบรรษัทภิบาลที่ดีมากที่สุดของบริษัทในอาเซียน คือ 20 บริษัท จากจำนวน 50 บริษัทจดทะเบียนในกลุ่มอาเซียน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความพร้อมของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย

แต่อย่างไรก็ดีจากผลการประเมินดังกล่าว ยังแสดงให้เห็นว่าบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทยยังได้คะแนนต่ำในหมวดบทบาทของผู้มีส่วนได้เสียและหมวดความรับผิดชอบต่อ



คณะกรรมการ จึงได้มีข้อเสนอแนะสำหรับบริษัทจดทะเบียนไทย คือ นอกเหนือจากการมีนโยบาย บรรษัทภิบาลที่มีประสิทธิผลแล้ว ควรเปิดเผยเรื่องการปฏิบัติจริงตามนโยบายต่างๆ อย่างสม่ำเสมอ ควรมีการเปิดเผยข้อมูลเป็นภาษาอังกฤษ เปิดเผยข้อมูลบนเว็บไซต์ และมีการปรับปรุงให้เป็นปัจจุบัน รวมถึงควรมีมาตรฐานในการเปิดเผยข้อมูลให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

**ค. หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555 ของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย<sup>37</sup>**

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้ให้นิยามคำว่า การกำกับดูแลที่ดี คือ ระบบที่ จัดให้มีกระบวนการและโครงสร้างของภาวะผู้นำและการควบคุมกิจการ ให้มีความรับผิดชอบตาม หน้าที่ด้วยความโปร่งใส และสร้างความสามารถในการแข่งขัน เพื่อรักษาเงินลงทุน และเพิ่มมูลค่า ให้กับผู้ถือหุ้นในระยะยาว ภายในกรอบการมีจริยธรรมที่ดี โดยคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียและสังคม โดยรวมประกอบ<sup>38</sup>

นับแต่ปี 2545 ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้รณรงค์และส่งเสริมให้บริษัทจดทะเบียนตระหนักถึงความสำคัญและประโยชน์ของการกำกับดูแลกิจการที่ดี โดยเสนอหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี 15 ข้อ ให้แก่บริษัทจดทะเบียนเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติในขั้นเริ่มแรก ซึ่งต่อมาในปี 2549 ได้มีการปรับปรุงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน โดยเทียบเคียงกับ หลักการกำกับดูแลกิจการของ The Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD Principles of Corporate Governance ปี 2004) และข้อเสนอแนะของ ธนาคารโลกจากการเข้าร่วมโครงการ Corporate Governance – Report on the Observance of Standard and Codes (CG-ROSC)

ตลาดหลักทรัพย์ฯ ได้ดำเนินการอย่างต่อเนื่องในการส่งเสริมให้บริษัทจดทะเบียนมี ระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี โดยมุ่งหวังให้คณะกรรมการและฝ่ายจัดการของบริษัทจดทะเบียนทุก บริษัทพัฒนาระดับการกำกับดูแลกิจการให้สามารถเทียบเคียงได้กับมาตรฐานสากล เพื่อประโยชน์ต่อ บริษัทและเพื่อประโยชน์โดยรวมต่อความสามารถในการแข่งขันและการเติบโตของตลาดทุนไทย

<sup>37</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน.

<sup>38</sup> สัจเวียน อินทวิชัย, in รวมบทความการกำกับดูแลกิจการที่ดี

ed. ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย(กรุงเทพมหานคร: บริษัทพรินต์ติ้งแอนพับลิคซิง จำกัด (มหาชน), 2545), หน้า 25.

ดังนั้นในปี 2555 ตลาดหลักทรัพย์ฯ จึงได้ทำการปรับปรุงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนอีกครั้ง โดยเป็นการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนของแนวปฏิบัติที่ดีของทั้ง 5 หมวด ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ASEAN Corporate Governance Scorecard (ASEAN CG Scorecard) ซึ่งเป็นเครื่องมือหนึ่งที่ใช้วัดระดับ “การกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียน” สำหรับประเทศในกลุ่ม ASEAN ซึ่งจะทำให้หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนปี 2555 มีความทันสมัยและสอดคล้องต่อสภาวะการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมตลาดทุน และเป็นการยกระดับมาตรฐานและการปฏิบัติด้านการกำกับดูแลกิจการที่ดีของบริษัทจดทะเบียนไทยให้มีมาตรฐานการกำกับดูแลกิจการที่สูงขึ้น นอกจากนี้ ยังเป็นการเตรียมความพร้อมให้แก่บริษัทจดทะเบียนไทยเข้าสู่การแข่งขันในระดับภูมิภาค ASEAN อีกด้วย

การปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนปี 2555

1. บริษัทจดทะเบียนควรนำหลักการไปปฏิบัติให้มากที่สุดหรือชี้แจงเหตุผล (Comply or Explain) โดยอาจปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของแต่ละบริษัท หรือชี้แจงข้อขัดข้องที่ทำไมไม่สามารถปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวได้ พร้อมเหตุผลหรือมาตรการทดแทนที่บริษัทนำมาใช้

2. การเปิดเผยข้อมูลผลของการนำหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีไปปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้น นักลงทุน ผู้มีส่วนได้เสียและผู้เกี่ยวข้อง เป็นหน้าที่ที่สำคัญของบริษัทจดทะเบียน โดยให้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวในแบบแสดงรายการข้อมูลประจำปี (แบบ 56-1) และรายงานประจำปี รวมถึงพิจารณาการเปิดเผยข้อมูลผ่านช่องทางอื่นตามที่เหมาะสม เช่น website ของบริษัท

ในส่วนของหมวดที่ 5 เรื่องความรับผิดชอบของคณะกรรมการนั้น ได้มีการวางหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการไว้ เช่น

- คณะกรรมการเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการกำกับดูแลกิจการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท คณะกรรมการจึงควรมีความรับผิดชอบต่อผลการปฏิบัติหน้าที่ต่อผู้ถือหุ้นและเป็นอิสระจากฝ่ายจัดการ

- คณะกรรมการควรมีภาวะผู้นำ วิสัยทัศน์ และมีความเป็นอิสระในการตัดสินใจเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทและผู้ถือหุ้นโดยรวม คณะกรรมการควรจัดให้มีระบบแบ่งแยกบทบาทหน้าที่ความรับผิดชอบระหว่างคณะกรรมการและฝ่ายจัดการที่ชัดเจน และดูแลให้บริษัทมีระบบงานที่ให้ความเชื่อมั่นได้ว่ากิจกรรมต่างๆ ของบริษัทได้ดำเนินไปในลักษณะที่ถูกต้องตามกฎหมายและมีจริยธรรม

- คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการที่มีคุณสมบัติหลากหลาย ทั้งในด้านทักษะ ประสบการณ์ ความสามารถเฉพาะด้านที่เป็นประโยชน์กับบริษัท รวมทั้งการอุทิศเวลาและความพยายามในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อเสริมสร้างให้บริษัทมีคณะกรรมการที่เข้มแข็ง
- คณะกรรมการทุกคนควรเข้าใจเป็นอย่างดีถึงหน้าที่ความรับผิดชอบของกรรมการและลักษณะการดำเนินธุรกิจของบริษัท พร้อมทั้งจะแสดงความคิดเห็นของตนอย่างเป็นอิสระและปรับปรุงตัวเองให้ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา กรรมการควรปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ระมัดระวังและรอบคอบ โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบริษัท และเป็นธรรมต่อผู้ถือหุ้นทุกคน โดยได้รับข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วน นอกจากนี้ กรรมการทุกคนควรอุทิศเวลาให้เพียงพอเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามความรับผิดชอบได้อย่างเต็มที่ และเป็นหน้าที่ของกรรมการที่ต้องเข้าประชุมคณะกรรมการทุกครั้ง ยกเว้นกรณีที่มีเหตุผลพิเศษจริงๆ

#### ง. หลักเกณฑ์การสำรวจ โครงการสำรวจการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียนไทย (Corporate Governance Report of Thai Listed Companies) ของสมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD)

โครงการสำรวจการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียนเริ่มขึ้นในปี 2544 โดยใช้ชื่อในครั้งแรกว่า Baseline Corporate Governance Practices of Thai Listed Companies อันเนื่องมาจากวัตถุประสงค์ที่ต้องการใช้ผลจากการสำรวจตามโครงการเป็นพื้นฐานในการติดตามและวัดผลการพัฒนาการกำกับดูแลกิจการในประเทศไทยเปรียบเทียบกับหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีตามมาตรฐานสากล โดยในปีแรกทางสมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD) ได้รับความร่วมมือจากบริษัทที่ปรึกษา McKinsey & Company ในการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการสำรวจและประเมินผล รวมถึงได้รับการสนับสนุนทางการเงินในการดำเนินโครงการจากธนาคารโลก (World Bank) ซึ่งทางสมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD) ได้นำผลจากการประเมินตามโครงการดังกล่าวจัดพิมพ์เผยแพร่ในรายงาน Strengthening Corporate Governance Practices of Thai Listed Companies

ในการสำรวจการกำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียนของไทยนับแต่ปี 2544 มุ่งหวังให้มีการสำรวจและวัดผลการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเปรียบเทียบกับมาตรฐานสากล รวมถึงวิเคราะห์จุดเด่นจุดด้อยในภาพรวม เพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องใช้เป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายและมาตรการในการพัฒนาการกำกับดูแลกิจการของบริษัทไทย ในขณะที่บริษัทจดทะเบียนก็สามารถนำผลการศึกษาตามโครงการดังกล่าวไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวปฏิบัติของตนเองเพื่อให้เกิดการพัฒนาปรับปรุงให้ดีขึ้นต่อไปได้ รวมทั้งยังสามารถใช้บริการจากสมาคมฯ ในการจัดทำรายงานวิเคราะห์ผลเฉพาะบริษัทได้

หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาตามโครงการนี้ได้รับการพัฒนาขึ้น โดยอาศัยหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของกลุ่มประเทศ OECD (OECD Principles of Corporate Governance) ซึ่งเป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับ และถูกนำไปใช้เป็นกรอบในการพัฒนาหลักการกำกับดูแลกิจการของประเทศต่างๆ รวมทั้งหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เป็นกรอบในการพิจารณา โดยแบ่งออกเป็น 5 หมวด ได้แก่ 1) สิทธิของผู้ถือหุ้น (Rights of Shareholders) 2) การปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้นอย่างเท่าเทียมกัน (Equitable Treatment of Shareholders) 3) การคำนึงถึงบทบาทของผู้มีส่วนได้เสีย (Roles of Stakeholders) 4) การเปิดเผยข้อมูลและความโปร่งใส (Disclosure and Transparency) และ 5) ความรับผิดชอบของคณะกรรมการ (Board Responsibilities)

โดยในแต่ละหมวดจะมีเกณฑ์ชี้วัดและประเมินการปฏิบัติตามหลักการดังกล่าว โดยมุ่งเน้นเครื่องมือชี้วัดที่เป็นรูปธรรมและสามารถวัดได้ในเชิงปริมาณ โดยพยายามหลีกเลี่ยงตัวชี้วัดที่เป็นนามธรรมหรือต้องใช้ความรู้สึกในการตัดสินซึ่งอาจเกิดการลำเอียงได้ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การประเมินดังกล่าวได้มีการทบทวนและพิจารณาปรับปรุงอย่างต่อเนื่องภายหลังจากที่บริษัทที่ปรึกษา McKinsey & Company ได้ช่วยพัฒนาขึ้นในปีแรก โดยมีจำนวนหลักเกณฑ์และการให้น้ำหนักในแต่ละหมวดเปลี่ยนแปลงไปในแต่ละปี

ในปี 2555 คณะกรรมการโครงการได้พิจารณาปรับเพิ่มหลักเกณฑ์ของโครงการใหม่อีกครั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของ ASEAN CG Scorecard โดยจะนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้ประเมินบริษัทจดทะเบียนในปี 2557 ซึ่งจะเป็นการผลการปฏิบัติงานของปี 2556 โดยในเรื่องความรับผิดชอบของคณะกรรมการนั้น ได้มีการเพิ่มเติมเกณฑ์ในการประเมินจาก 54 ข้อในปี 2554 เพิ่มเป็น 113 ข้อ ในปี 2557 และเพิ่มน้ำหนักในการประเมินจาก 25% เป็น 35%

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการในองค์กรธุรกิจให้มีประสิทธิภาพ จำเป็นจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายมารองรับการบังคับใช้มาตรการต่างๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการ เพื่อทำให้เกิดการกระตุ้นและสร้างแรงจูงใจในการนำหลักการกำกับดูแลกิจการมาใช้ในองค์กรธุรกิจ และทำให้เกิดการยอมรับเป็นที่แพร่หลายในวงกว้างมากยิ่งขึ้น<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ, "มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมบรรษัทภิบาลในองค์กรธุรกิจ," หน้า 75.

#### 2.1.3.4 บทบาทหน้าที่โดยเฉพาะของกรรมการอิสระ<sup>40</sup>

กรรมการอิสระเป็นกลไกสำคัญในเรื่องการกำกับดูแลกิจการที่ดี โดยกรรมการอิสระจะทำหน้าที่ในการสนับสนุนนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้น หรือคัดค้านเมื่อเห็นว่าบริษัทอาจตัดสินใจไม่เป็นธรรมโปร่งใสซึ่งอาจกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ ดังนั้น กรรมการอิสระต้องมีความเป็นอิสระจากการควบคุมของผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในทางการเงินและบริหารของกิจการ เช่น การให้หรือรับความช่วยเหลือทางการเงิน การถือหุ้นในบริษัทย่อยของกิจการนั้น การเป็นลูกจ้างหรือพนักงานของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือเป็นที่ปรึกษาที่ได้เงินเดือนประจำ เป็นต้น อีกทั้งกรรมการอิสระควรมีจำนวนที่มากเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจของกรรมการทั้งคณะ ทั้งนี้เพื่อให้การบริหารจัดการของบริษัทมีความโปร่งใสและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวม มิใช่ผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

ด้วยเหตุนี้ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จึงได้จัดทำคู่มือกรรมการอิสระ โดยได้รับความร่วมมือจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD) และบริษัท ไพร์ซวอเตอร์เฮาส์ คูเปอร์ จำกัด ที่ให้การสนับสนุนด้านข้อมูลและร่วมให้ข้อเสนอแนะ รวมถึงกรรมการอิสระผู้ทรงคุณวุฒิจากบริษัทจดทะเบียนหลายแห่ง ที่ช่วยพิจารณาและให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์กับการจัดทำคู่มือกรรมการอิสระ โดยเสนอว่า กรรมการอิสระควรคำนึงถึงเรื่องต่อไปนี้

1. ทำความเข้าใจหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะกรรมการตามที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พร้อมทั้งควรศึกษาแนวปฏิบัติจาก “คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียนเล่ม 1-3 ซึ่งจัดทำโดยสำนักงาน ก.ล.ต. และ “ข้อเตือนใจในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียน” ซึ่งจัดทำโดย สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย

2. กรรมการอิสระที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการชดเชย ได้แก่ คณะกรรมการตรวจสอบ และคณะกรรมการสรรหาและกำหนดค่าตอบแทน ควรศึกษาแนวปฏิบัติจาก “คู่มือคณะกรรมการตรวจสอบ” ซึ่งจัดทำโดยสำนักงาน ก.ล.ต. และ “แนวปฏิบัติเพิ่มเติมเรื่องคณะกรรมการสรรหา และแนวปฏิบัติเพิ่มเติมเรื่องคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทน” ซึ่งจัดทำโดย ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

<sup>40</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, คู่มือกรรมการอิสระ.

3. กระตุ้นและผลักดันให้บริษัทให้ความสำคัญกับการนำหลักการและแนวปฏิบัติที่ดีของการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนไปปฏิบัติอย่างจริงจัง
4. กระตุ้นและผลักดันให้กรรมการและผู้บริหารของบริษัทต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น
5. ในการประชุมคณะกรรมการบริษัท หากกรรมการอิสระมีความเห็นแตกต่างจากที่ประชุม กรรมการอิสระควรแสดงความคิดเห็นของตนเองอย่างเต็มที่ และต้องไม่ให้อิทธิพลใดๆ อยู่เหนือการตัดสินใจที่เป็นอิสระของตน
6. ในกรณีที่กรรมการอิสระมีความเห็นแย้งกับคณะกรรมการบริษัท กรรมการอิสระควรต้องขอให้มีการบันทึกความเห็นแย้งของตนไว้ในรายงานการประชุม ในกรณีที่ประชุมไม่ประสงค์จะบันทึกความเห็นแย้งของตนไว้ในรายงานการประชุม หรือในกรณีที่ตนไม่อาจเข้าร่วมประชุมได้และไม่เห็นด้วยในวาระหนึ่งวาระใด ให้ทำความเห็นแย้งของตนเป็นหนังสือแจ้งให้ประธานคณะกรรมการบริษัททราบภายใน 3 วันนับแต่สิ้นสุดการประชุม
7. ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่และเต็มความสามารถ เพื่อให้มั่นใจได้ว่าการดำเนินการใดๆ ของบริษัทเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท โดยเฉพาะกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย และผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ
8. เล็งเห็นถึงความคาดหวังของผู้ถือหุ้นที่มีต่อบริษัท และควรดำเนินการกระตุ้นให้บริษัทได้คำนึงถึงความคาดหวังของผู้ถือหุ้นรายย่อยที่มีต่อบริษัทในเรื่องที่สำคัญ
9. ในการพิจารณาเรื่องใดๆ ต้องมั่นใจได้ว่าการตัดสินใจนั้นไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย และริตรอนหรือละเมิดสิทธิของผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการทำรายการทางธุรกิจ และการทำรายการกับผู้มีส่วนได้เสียจะต้องให้ความสำคัญในเรื่องของราคาในการตกลงเข้าทำรายการ โดยจะต้องมีข้อมูลราคาตลาดประกอบการพิจารณาทุกครั้ง ทั้งนี้ พ้องมิให้บริษัทเสียเปรียบหรือเสียหายจากการดังกล่าว
10. ดูแลให้บริษัทกำหนดและเปิดเผยนโยบายด้านการดูแลการทำรายการที่เกี่ยวข้องกัน เช่น ระบบการตรวจสอบ การถ่วงดุลอำนาจ และขั้นตอนการเปิดเผยข้อมูลที่มีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นที่มั่นใจได้ว่าบริษัทได้จัดให้มีกระบวนการพิจารณารายการที่เกี่ยวข้องกันอย่างเป็นธรรม โปร่งใส และถูกต้องตามกฎหมายระเบียบ

ในการพิจารณารายการที่เกี่ยวข้องกันมีประเด็นที่กรรมการอิสระควรได้คำนึงถึง ดังนี้

ก) คู่สัญญาที่เข้าทำรายการที่เกี่ยวข้องแต่ละฝ่ายเป็นใคร ให้พิจารณาความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกัน เช่น เป็นบริษัทโฮลดิ้งค์ บริษัทย่อย หรือบริษัทลูกของบริษัทย่อยของบริษัทจดทะเบียน มีบุคคลเกี่ยวข้องเป็นผู้ถือหุ้น กรรมการ หรือผู้บริหารในบริษัทที่เป็นคู่สัญญา ฯลฯ

ข) สินทรัพย์ที่กำลังจะทำการจำหน่ายจ่ายโอน หากเป็นกรณีทรัพย์สินที่สามารถระบุและจับต้องได้ให้พิจารณาในเรื่องของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นว่าเอกสารสิทธิกับทรัพย์สินถูกต้องตรงกันและตรวจสอบได้ แต่หากเป็นการโอนการให้บริการจะต้องมีข้อกำหนด/สัญญาให้ชัดเจน เป็นต้น

ค) การประเมินราคาสินทรัพย์ บริษัทที่ทำการประเมินควรใช้วิธีการเปรียบเทียบกับสินทรัพย์ประเภทเดียวกัน ลักษณะอย่างเดียวกัน และควรต้องเข้าตรวจสอบสภาพและสภาพแวดล้อมของสินทรัพย์ ณ สถานที่ตั้งด้วย

ง) รูปแบบการชำระราคาสินทรัพย์เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้ทราบถึงการทำการนั้นชอบหรือไม่ เช่น เงินสด แลกเปลี่ยนเป็นหุ้น ฯลฯ

จ) คู่สัญญามีความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือไม่ โดยพิจารณาจากขนาดของรายการสถานะทางการเงินโดยรวมของกรรมการ ส่วนได้เสียของกรรมการจากการทำการขาย นัยสำคัญของส่วนได้เสีย ผลประโยชน์ที่บริษัทและผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องได้รับ

ฉ) ช่วงเวลาของการทำการรายการที่เกี่ยวข้อง ให้ตั้งคำถามว่าทำไมต้องเป็นช่วงเวลานี้ เพราะการประเมินมูลค่าสินทรัพย์และช่วงเวลา ณ ขณะทำการ เมื่อพิจารณาราคาตลาด ณ ขณะนั้น จะแสดงให้เห็นว่ากรรมการกระทำไปเพื่อประโยชน์ทั้งหมดของผู้ถือหุ้นหรือไม่

11. ดูแลให้บริษัทสร้างระบบการควบคุมภายใน และการบริหารความเสี่ยง ที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ รวมถึงการรายงานผลการปฏิบัติต่อคณะกรรมการอย่างสม่ำเสมอ

12. ดูแลให้บริษัทรายงานข่าว หรือเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเหตุการณ์สำคัญ หรือการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อราคาหลักทรัพย์ให้เป็นไปตามเงื่อนไขและระยะเวลาตามที่ข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์ฯ กำหนด

13. ดูแลให้บริษัทจัดเตรียมและนำเสนอข้อมูลให้แก่ผู้ถือหุ้นตามที่กฎหมายกำหนดอย่างถูกต้อง ครบถ้วนในสาระสำคัญ ตรงต่อความเป็นจริง และภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือเวลาอันสมควร เช่น การทำความเข้าใจของกิจการกรณีมีผู้ทำคำเสนอซื้อหุ้นของบริษัทจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไป (Tender offer) การจัดประชุมผู้ถือหุ้น เป็นต้น

14. กรณีที่บริษัทจะมีการแต่งตั้งที่ปรึกษาทางการเงินอิสระ และผู้ประเมินราคาทรัพย์สินอิสระ คณะกรรมการตรวจสอบควรเป็นผู้กำหนดกระบวนการสรรหาและคัดเลือก การพิจารณาและการกำหนดค่าตอบแทน และนำเสนอคณะกรรมการบริษัทเพื่อพิจารณาอนุมัติต่อไป

15. ดูแลให้บริษัทมีการประชุมเฉพาะกรรมการอิสระ โดยไม่มีกรรมการบริหาร และฝ่ายบริหารเข้าร่วมประชุมอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

16. กรณีผู้ถือหุ้นได้ซักถาม สอบถาม ร้องเรียน หรือเสนอแนะเรื่องใดๆมายังกรรมการอิสระ กรรมการอิสระควรพิจารณาข้อซักถามดังกล่าวอย่างรอบคอบและละเอียดถี่ถ้วน โดยหากเป็นเรื่องสำคัญต้องนำเสนอต่อคณะกรรมการบริษัทเพื่อให้มีการพิจารณาเรื่องดังกล่าว

17. ในกรณีที่กรรมการอิสระมีความเห็นที่แตกต่างกับคณะกรรมการบริษัทอย่างรุนแรง และหากการดำเนินการตามมติที่ประชุมคณะกรรมการด้วยคะแนนเสียงข้างมากนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท หรือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย กรรมการอิสระควรให้ความเห็นคัดค้าน และลาออก (ถ้าจำเป็น)

#### 2.1.3.5 บทบาทหน้าที่อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระ

##### ก. การดำรงตำแหน่งในคณะอนุกรรมการหรือคณะกรรมการชุดย่อย

กรรมการอิสระ นอกจากจะดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการของบริษัทแล้ว ยังอาจได้รับแต่งตั้งให้เข้าดำรงตำแหน่งเป็นคณะกรรมการชุดย่อยหรือคณะอนุกรรมการได้ โดยเฉพาะคณะกรรมการตรวจสอบที่มีการกำหนดว่ากรรมการตรวจสอบต้องมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ ตามประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ พ.ศ. 2551 เนื่องจากคณะกรรมการตรวจสอบถือเป็นเครื่องมือหรือกลไกที่สำคัญในการช่วยแบ่งเบาภาระของคณะกรรมการบริษัทเพื่อให้เกิดความคล่องตัวต่อการจัดการ การให้วิสัยทัศน์ และการให้ความเห็นที่ตรงไปตรงมาต่อรายงานทางการเงินและระบบการควบคุมภายใน ตลอดจนการเอื้อโอกาสให้ฝ่ายจัดการและผู้สอบบัญชีได้มีการปรึกษาหารือเพื่อจัดการความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นและเพื่อให้รายงานทางการเงินมีการเปิดเผยอย่างครบถ้วน ถูกต้อง เป็นไปตามมาตรฐาน



และข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะส่งผลให้รายงานทางการเงินมีความน่าเชื่อถือ มีคุณภาพที่ดี และมีมูลค่าเพิ่มต่อองค์กรในที่สุด<sup>41</sup>

ในปัจจุบัน คณะกรรมการกำกับตลาดทุนได้ออกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับองค์ประกอบ และคุณสมบัติของคณะกรรมการตรวจสอบไว้ และกำหนดให้กรรมการตรวจสอบต้องไม่ใช่ กรรมการบริหาร/ผู้บริหาร พนักงาน หรือที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำจากบริษัท ต้องไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียทั้งด้านการเงินหรือบริหารงานกับบริษัท และถือหุ้นในบริษัทไม่เกินร้อยละ 1 โดยนับรวมหุ้นที่ถือโดยผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นหนึ่งในคุณสมบัติของกรรมการอิสระ เพราะฉะนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วคณะกรรมการตรวจสอบจึงมักจะมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ เนื่องจากมีความสำคัญและมีภาระหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น สอบทานรายงานทางการเงิน ระบบควบคุม ภายในและระบบตรวจสอบภายใน พิจารณาคัดเลือกและเสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชี สอบทานการปฏิบัติงานตามข้อกำหนดของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น คณะกรรมการตรวจสอบจึงควรที่จะต้องมี ความเป็นอิสระจากการควบคุมของกรรมการที่เป็นผู้บริหารหรือผู้บริหาร เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ เป็นไปได้อย่างถูกต้องและเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555 ได้กำหนดแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับคณะกรรมการชุดย่อยไว้ดังนี้<sup>42</sup>

1. นอกจากคณะกรรมการตรวจสอบที่ต้องจัดให้มีตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ฯ แล้ว คณะกรรมการควรพิจารณาจัดให้มีคณะกรรมการชุดย่อยอื่นเพื่อการกำกับดูแลกิจการที่ดี ดังนี้

#### คณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทน

คณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทนควรประกอบด้วยสมาชิกส่วนใหญ่เป็นกรรมการอิสระ และประธานควรเป็นกรรมการอิสระ โดยทำหน้าที่พิจารณาหลักเกณฑ์ในการจ่ายและรูปแบบค่าตอบแทนของกรรมการและผู้บริหารระดับสูงเพื่อเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการ โดยคณะกรรมการเป็นผู้อนุมัติค่าตอบแทนของผู้บริหารระดับสูง ส่วนค่าตอบแทนของกรรมการ คณะกรรมการจะต้องนำเสนอที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้เป็นผู้อนุมัติ

<sup>41</sup> "แนวปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee)," (2542).

<sup>42</sup> หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน.

### คณะกรรมการสรรหา

คณะกรรมการสรรหาควรเป็นกรรมการอิสระทั้งคณะ โดยทำหน้าที่พิจารณาหลักเกณฑ์และกระบวนการในการสรรหาบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมเพื่อดำรงตำแหน่งกรรมการและผู้บริหารระดับสูง รวมทั้งคัดเลือกบุคคลตามกระบวนการสรรหาที่ได้กำหนดไว้ และเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการ ซึ่งจะนำเสนอที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้เป็นผู้แต่งตั้งกรรมการ ทั้งนี้ ควรเปิดเผยหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการสรรหากรรมการและผู้บริหารระดับสูงให้ทราบด้วย

2. ในกรณีที่คณะกรรมการได้แต่งตั้งบุคคลใดให้เป็นที่ปรึกษาของคณะกรรมการสรรหา หรือคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทน ควรมีการเปิดเผยข้อมูลของที่ปรึกษานั้นไว้ในรายงานประจำปี รวมทั้งความเป็นอิสระ หรือไม่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์

3. ประธานคณะกรรมการไม่ควรเป็นประธานหรือสมาชิกในคณะกรรมการชุดย่อย เพื่อให้การทำหน้าที่ของคณะกรรมการชุดย่อยมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง

4. เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหา และคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุล่วงวัตถุประสงค์ต่อหน้าที่และความรับผิดชอบที่รับมอบหมายจากคณะกรรมการ คณะกรรมการสรรหา และคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทน ควรมีการประชุมอย่างน้อย 2 ครั้งต่อปี เพื่อพิจารณาหารือ และดำเนินการใดๆ ให้สำเร็จลุล่วงตามหน้าที่ความรับผิดชอบของตน

สำหรับคณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทนและคณะกรรมการสรรหานั้น แม้ว่าจะยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะบังคับใช้ออกมา แต่แนวปฏิบัติข้างต้นก็กล่าวว่าการประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากการพิจารณาผลตอบแทนและการสรรหากรรมการ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และหากมีกรรมการที่เป็นผู้บริหารมาเป็นคณะกรรมการชุดย่อยแล้ว อาจเกิดประเด็นเรื่องส่วนได้เสียหรือความขัดแย้งทางผลประโยชน์ได้ ดังนั้นจึงควรที่จะให้กรรมการจากภายนอกหรือกรรมการอิสระมาทำหน้าที่ดังกล่าว เพื่อให้สามารถพิจารณาเรื่องต่างๆ ได้อย่างเป็นอิสระ

### **ข. กรรมการอิสระกับตำแหน่งประธานกรรมการ**

ตามหลักการกำกับกิจการที่ดี อีกหนึ่งประเด็นที่มีการพิจารณากันอย่างกว้างขวาง นั่นก็คือ ความเป็นอิสระของประธานกรรมการ (Chairman) เนื่องจากในอดีต ประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการใหญ่หรือประธานเจ้าหน้าที่บริหาร (President & CEO) มักจะเป็นคนคนเดียวกัน ทำให้เกิดคำถามว่า หากเป็นบุคคลเดียวกันแล้ว จะทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือไม่

อย่างไรก็ดีในเรื่องบทบาทหน้าที่ของประธานกรรมการนั้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บังคับว่าบริษัทมหาชนทุกบริษัทต้องมีประธานกรรมการ โดยบัญญัติอยู่ในมาตรา 78 และมาตรา 81 ได้บัญญัติเรื่องการเรียกประชุมกรรมการไว้ว่า ให้ประธานกรรมการเป็นผู้เรียกประชุมกรรมการ หรือกรรมการตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปอาจร้องขอให้เรียกประชุม ซึ่งประธานกรรมการต้องกำหนดวันประชุมภายใน 14 วันนับแต่วันที่ได้รับการร้องขอ มิเช่นนั้นประธานกรรมการอาจมีความผิด และได้รับโทษทางอาญาได้ นอกจากนี้มาตรา 80 ยังได้กำหนดหน้าที่ที่สำคัญของประธานกรรมการว่า ในกรณีที่ต้องมีการลงคะแนนเสียงในที่ประชุมกรรมการ แล้วผลปรากฏว่ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานกรรมการซึ่งเป็นประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาด (Casting Vote)

นอกจากประธานกรรมการจะทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมกรรมการแล้ว ยังอาจต้องเป็นประธานในที่ประชุมสามัญผู้ถือหุ้นด้วย ทำให้ประธานกรรมการมีบทบาทสำคัญ จึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่ต้องการให้ประธานกรรมการมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะการแยกบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการและประธานกรรมการให้เป็นคนละคนกัน เพราะมีบทบาทหน้าที่ที่แตกต่างกัน และหากเป็นบุคคลเดียวกัน อาจเกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรืออาจเกิดกรณีการมีส่วนได้เสียได้ นอกจากนี้ ยังได้แนะนำว่าประธานกรรมการควรจะเป็นกรรมการอิสระเพื่อให้มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง

## 2.2 คุณสมบัติของกรรมการอิสระ

### 2.2.1 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการ

ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดคุณสมบัติของกรรมการไว้ในมาตรา 68 บัญญัติว่า

“กรรมการต้องเป็นบุคคลธรรมดา และ

- (1) บรรลุนิติภาวะ
- (2) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (3) ไม่เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่ได้กระทำโดยทุจริต

(4) ไม่เคยถูกลงโทษไล่ออกหรือปลดออกจากราชการ หรือองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ  
ฐานทุจริตต่อหน้าที่”

กรรมการของบริษัทมหาชนจำกัด จะต้องมีความสมบูรณ์ คือ เป็นบุคคลธรรมดา บรรลุนิติภาวะ และกรรมการจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติ

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มิได้กำหนดว่ากรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ดังนั้น ผู้จะเป็นกรรมการของบริษัทจึงอาจเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทหรือบุคคลภายนอกก็ได้ ทั้งนี้ บริษัทจะกำหนดข้อจำกัดใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการกีดกันมิให้ผู้ถือหุ้นเป็นกรรมการมิได้ โดยผลของมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติ ในขณะที่บริษัทจำกัดอาจกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นกรรมการว่าต้องถือหุ้นในบริษัทเป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ แต่หุ้นนั้นต้องเป็นหุ้นที่มีใบหุ้นชนิดระบุชื่อ<sup>43</sup>

นอกจากจะต้องมีความสมบูรณ์ตามที่กฎหมายบริษัทมหาชนกำหนดแล้ว ผู้ที่จะเป็นกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม คือ ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ไม่เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้กระทำโดยทุจริต ไม่เคยถูกลงโทษไล่ออกหรือปลดออกจากราชการ หรือองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ ฐานทุจริตต่อหน้าที่ เนื่องจากลักษณะต้องห้ามดังกล่าวเป็นเรื่องที่กระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในการดำเนินกิจการของบริษัทในฐานะผู้แทนนิติบุคคล และกระทบต่อความไว้วางใจของผู้ถือหุ้นที่ได้มอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท

สำหรับบริษัทมหาชนจำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจนั้น นอกจากจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แล้ว ยังต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 ซึ่งมีข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการที่เข้มงวดกว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เช่น การกำหนดอายุของกรรมการว่าต้องมีอายุไม่เกิน 65 ปีบริบูรณ์ มีความดีและประสบการณ์ที่เหมาะสมกับกิจการของรัฐวิสาหกิจนั้นๆ ไม่เป็นกรรมการหรือผู้บริหาร หรือผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือมีส่วนได้เสียในนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับสัมปทาน ผู้ร่วมทุน หรือมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจนั้น

<sup>43</sup> มาตรา 1137 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สำหรับคุณสมบัติของกรรมการอิสระนั้น ประกอบด้วยคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะ ดังนี้

### 2.2.2 คุณสมบัติทั่วไป

1.1 มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

1.2 ไม่มีลักษณะที่แสดงถึงการขาดความเหมาะสมที่จะได้รับความไว้วางใจให้เป็นกรรมการในบริษัทที่มีมหาชนเป็นผู้ถือหุ้น ตามมาตรา 89/3 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 และตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 8/2553 เรื่อง การกำหนดลักษณะขาดความน่าไว้วางใจของกรรมการและผู้บริหารของบริษัท

### 2.2.3 คุณสมบัติเฉพาะ

ประกาศคณะกรรมการตลาดทุน ที่ ทจ. 4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2552 มีผลใช้บังคับวันที่ 1 มีนาคม 2552 และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 5) ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 2554 มีผลใช้บังคับวันที่ 1 สิงหาคม 2554 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของคุณสมบัติของกรรมการอิสระเอาไว้ ดังนี้

1.1 ถือหุ้นไม่เกินร้อยละหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต ทั้งนี้ ให้นับรวมการถือหุ้นของผู้ที่เกี่ยวข้องของกรรมการอิสระรายนั้นๆ ด้วย

1.2 ไม่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน ที่ปรึกษา ที่ได้เงินเดือนประจำ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือของผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน ทั้งนี้ ลักษณะต้องห้ามดังกล่าวไม่รวมถึงกรณีที่กรรมการอิสระเคยเป็นข้าราชการ หรือที่ปรึกษาของส่วนราชการ ซึ่งเป็น ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต

1.3 ไม่เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือโดยการจดทะเบียนตามกฎหมาย ในลักษณะที่เป็นบิดา มารดา คู่สมรส พี่น้อง และบุตร รวมทั้งคู่สมรสของบุตรของกรรมการ

รายอื่น ผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ผู้มีอำนาจควบคุม หรือบุคคลที่จะได้รับการเสนอให้เป็นกรรมการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต หรือบริษัทย่อย

1.4 ไม่มีหรือเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต ในลักษณะที่อาจเป็นการขัดขวางการใช้วิจารณญาณอย่างอิสระของตน รวมทั้งไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

ความสัมพันธ์ทางธุรกิจตามวรรคหนึ่งรวมถึงการทำรายการทางการค้าที่กระทำ เป็นปกติเพื่อประกอบกิจการ การเช่าหรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ รายการที่เกี่ยวกับสินทรัพย์หรือ บริการ หรือการให้หรือรับความช่วยเหลือทางการเงิน ด้วยการรับหรือให้กู้ยืม คำประกัน การให้ สินทรัพย์เป็นหลักประกันหนี้สิน รวมถึงพฤติกรรมอื่นทำนองเดียวกัน ซึ่งเป็นผลให้ผู้ขออนุญาตหรือ คู่สัญญาามีภาระหนี้ที่ต้องชำระต่ออีกฝ่ายหนึ่ง ตั้งแต่ร้อยละสามของสินทรัพย์ที่มีตัวตนสุทธิของผู้ขออนุญาตหรือตั้งแต่ยี่สิบล้านบาทขึ้นไป แล้วแต่จำนวนใดจะต่ำกว่า ทั้งนี้ การคำนวณภาระหนี้ดังกล่าว ให้เป็นไปตามวิธีการคำนวณมูลค่าของรายการที่เกี่ยวข้องกันตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาด ทูน่าด้วยหลักเกณฑ์ในการทำรายการที่เกี่ยวข้องกัน โดยอนุโลม แต่ในการพิจารณาภาระหนี้ดังกล่าว ให้นำรวมภาระหนี้ที่เกิดขึ้นในระหว่างหนึ่งปีก่อนวันที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับบุคคลเดียวกัน

1.5 ไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้สอบบัญชีของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัท ร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และไม่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย ผู้มีอำนาจ ควบคุม หรือหุ้นส่วนของสำนักงานสอบบัญชี ซึ่งมีผู้สอบบัญชีของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาตสังกัดอยู่ เว้นแต่จะได้พ้นจากการ มีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

1.6 ไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้ให้บริการทางวิชาชีพใดๆ ซึ่งรวมถึงการให้บริการเป็นที่ ปรีกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาทางการเงิน ซึ่งได้รับค่าบริการเกินกว่าสองล้านบาทต่อปีจากผู้ขอ อนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และไม่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย ผู้มีอำนาจควบคุม หรือหุ้นส่วนของผู้ให้บริการทางวิชาชีพนั้นด้วย เว้นแต่จะ ได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

1.7 ไม่เป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเพื่อเป็นตัวแทนของกรรมการของผู้ขอ อนุญาต ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้เกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่

1.8 ไม่ประกอบกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันที่มีนัยกับกิจการของผู้ขออนุญาตหรือบริษัทย่อย หรือไม่เป็นส่วนที่มีนัยในห้างหุ้นส่วน หรือเป็นกรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน ที่ปรึกษาที่รับเงินเดือนประจำ หรือถือหุ้นเกินร้อยละหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทอื่น ซึ่งประกอบกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันที่มีนัยกับกิจการของผู้ขออนุญาตหรือบริษัทย่อย

1.9 ไม่มีลักษณะอื่นใดที่ทำให้ไม่สามารถให้ความเห็นอย่างเป็นทางการเป็นอิสระเกี่ยวกับการดำเนินงานของผู้ขออนุญาต

สำหรับบริษัทจดทะเบียนที่ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ นอกจากจะมีข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนแล้ว ยังมีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง ธรรมนูญของสถาบันการเงิน โดยกล่าวว่า กรรมการอิสระต้องไม่มีธุรกิจ หรือส่วนร่วมในการบริหารงาน หรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับสถาบันการเงินอันมีผลกระทบต่อการศึกษาโดยอิสระของตน และหากมีการแต่งตั้งกรรมการอิสระเข้าไปอยู่ในคณะกรรมการบริหาร ซึ่งเป็นคณะกรรมการชุดย่อย ทำให้เกิดระบบการตรวจสอบถ่วงดุล (check and balance) ที่มีประสิทธิภาพ ธนาคารแห่งประเทศไทยจึงมีความเห็นสอดคล้องกับหลักการของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ว่า ภายหลังได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการอิสระที่มีลักษณะเป็นไปตามที่กำหนดแล้ว กรรมการอิสระอาจได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการให้ตัดสินใจในการดำเนินกิจการ โดยมีการตัดสินใจในรูปแบบขององค์คณะ (collective decision) ได้

อย่างไรก็ดี จากข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนฉบับดังกล่าว จะเห็นว่าข้อกำหนดบางข้อ อาจจะยังไม่สามารถแสดงว่า กรรมการที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนด จะใช้ดุลยพินิจในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ในที่ประชุมอย่างเป็นอิสระ หรือมีความเห็นที่เป็นอิสระโดยปราศจากส่วนได้เสียอย่างแท้จริง เช่น การที่กำหนดว่ากรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระได้นั้น จะต้องไม่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน ที่ปรึกษาที่ได้เงินเดือนประจำ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือของผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน ทั้งนี้ ลักษณะต้องห้ามดังกล่าวไม่รวมถึงกรณีที่กรรมการอิสระเคยเป็นข้าราชการ หรือที่ปรึกษาของส่วนราชการ ซึ่งเป็น ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต

จากข้อความข้างต้น จะเห็นว่า กฎหมายกำหนดเรื่องระยะเวลาไว้ว่า “...เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปี...” ซึ่งในประเด็นดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นว่า

ระยะเวลาเพียง 2 ปีอาจจะน้อยเกินไป ตัวอย่างเช่น หากมีอดีตผู้บริหารในบริษัทได้รับการสรรหาเข้ามาเป็นกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร เมื่อดำรงไปแล้วตำแหน่ง 2 ปี กรรมการผู้นั้นก็จะมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระได้ตามกฎหมาย ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้น จะทำให้กลไกของการมีกรรมการอิสระไม่ทำงาน และผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการมีกรรมการอิสระ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรมีการขยายระยะเวลาดังกล่าวให้ยาวนานขึ้น อย่างเช่นในหลายๆ ประเทศก็มีการกำหนดระยะเวลาการเว้นช่วงไว้ยาวนานมากกว่า 2 ปี

ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดการตั้งคำถามว่า ควรมีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดหรือไม่ แม้ว่าจริงๆ แล้ว บริษัทจดทะเบียนจะสามารถกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดกว่าข้อกำหนดของประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนได้ เช่น กำหนดเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นให้น้อยกว่าร้อยละหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต แต่สำหรับบางบริษัท อาจอาศัยช่องว่างดังกล่าว ในการสรรหากรรมการอิสระได้

อย่างไรก็ดี ปัญหาของกรรมการอิสระในประเทศไทยปัจจุบันคือ แม้ว่าจะมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด แต่การแสดงความคิดเห็นหรือการพิจารณาในเรื่องต่างๆ อาจไม่มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) หรือตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จึงใช้วิธีการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการปรับปรุงข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระของบริษัทจดทะเบียน ให้มีความเข้มงวดกว่าที่ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด โดยร่วมมือกับสถาบันต่างๆ เพื่อกระตุ้นให้บริษัทจดทะเบียนให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าว แต่จะยังไม่มีการแก้ไขกฎเกณฑ์ของประกาศฉบับดังกล่าวให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น เนื่องจากเห็นว่าหากมีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดจนเกินไป อาจจะสร้างภาระให้บริษัทจดทะเบียนได้ โดยจะวิเคราะห์ในบทที่ 4



## 2.3 โครงสร้างและองค์ประกอบของกรรมการบริษัทจดทะเบียน

เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดต้องมีบุคคลหลายคนเป็นกรรมการ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 จึงได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับจำนวนกรรมการไว้ในมาตรา 67 บัญญัติว่า

“บริษัทต้องมีกรรมการคณะหนึ่งเพื่อดำเนินกิจการของบริษัท ประกอบด้วยกรรมการอย่างน้อยห้าคน และกรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดจะมีรูปแบบเป็นองค์กรกลุ่ม (Collegial body) หรือคณะกรรมการ โดยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 5 คน และกรรมการไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งจะต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าบริษัทมหาชนจำกัดต้องมีกรรมการเป็นคนสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งเสมอ เพียงแต่หากมีกรรมการที่ไม่ได้สัญชาติไทย แต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ถ้านับรวมกับจำนวนกรรมการที่เป็นคนสัญชาติไทยแล้วมีจำนวนมากกว่าครึ่งหนึ่งของคณะกรรมการ ก็ถือว่าเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

สำหรับกรรมการอิสระ ถูกกำหนดไว้ในโครงสร้างกรรมการของบริษัทมหาชนที่จะเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ต่อประชาชน และบริษัทที่ประสงค์จะนำหุ้นของตนจดทะเบียนกับตลาดหลักทรัพย์ ต้องมีจำนวนกรรมการอิสระอย่างน้อยหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามคน ทั้งนี้ เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 2) และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 5)

ในปัจจุบันได้มีแนวปฏิบัติจากหลายประเทศทั่วโลก แนะนำให้องค์ประกอบของคณะกรรมการ ควรมีกรรมการอิสระมากกว่าครึ่งหนึ่ง หรือเป็นส่วนมาก (Majority) เนื่องจากเห็นว่ากรรมการอิสระมีบทบาทสำคัญ ในการช่วยถ่วงดุลอำนาจกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร อีกทั้งหากพิจารณาจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 80 เรื่องมติของที่ประชุมคณะกรรมการแล้ว จะพบว่ากฎหมายกำหนดให้การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก ซึ่งหากมีกรรมการอิสระเป็นเสียงส่วนน้อย ก็อาจจะทำให้ไม่สามารถถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจได้เท่าที่ควร

ตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555 โดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จึงได้กำหนดแนวปฏิบัติที่ดีในเรื่องของโครงสร้างคณะกรรมการไว้ และมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระ ดังนี้<sup>44</sup>

<sup>44</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน.

1.1 คณะกรรมการควรกำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการที่มีคุณสมบัติหลากหลายทั้งในด้านทักษะ ประสบการณ์ ความสามารถเฉพาะด้านที่เป็นประโยชน์กับบริษัท และต้องมีกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการบริหารอย่างน้อย 1 คนที่มีประสบการณ์ในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมหลักที่มีบริษัทดำเนินกิจการอยู่และคณะกรรมการควรจัดให้มีการเปิดเผยนโยบายในการกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการที่มีความหลากหลาย รวมถึงจำนวนปีการดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทของกรรมการแต่ละคนในรายงานประจำปี และบน website ของบริษัท

1.2 คณะกรรมการควรมีขนาดที่เหมาะสมและประกอบด้วยบุคคลที่มีความรู้ ประสบการณ์ และความสามารถที่เพียงพอ ที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 5 คน และไม่ควรมากกว่า 12 คน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับขนาด ประเภท และความซับซ้อนของธุรกิจ

1.3 คณะกรรมการควรมีกรรมการอิสระที่สามารถให้ความเห็นเกี่ยวกับการทำงานของฝ่ายจัดการได้อย่างอิสระในจำนวน ที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด และกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการอิสระ ควรเป็นไปตามสัดส่วนอย่างยุติธรรมของเงินลงทุนของผู้ถือหุ้นแต่ละกลุ่ม

1.4 ในกรณีต่อไปนี้ คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด

- (1) ประธานคณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการเป็นบุคคลเดียวกัน
- (2) ประธานคณะกรรมการไม่เป็นกรรมการอิสระ
- (3) ประธานคณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน
- (4) ประธานคณะกรรมการเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหาร หรือคณะทำงาน หรือมี หรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ความรับผิดชอบด้านการบริหาร

1.5 คณะกรรมการควรกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการไว้อย่างชัดเจน โดยระบุไว้ในนโยบายการกำกับดูแล

1.6 คณะกรรมการควรพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็น “กรรมการอิสระ” เพื่อให้กรรมการอิสระของบริษัทมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะบริษัท โดยความเป็นอิสระอย่างน้อยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. และตลาดหลักทรัพย์ฯ กำหนด นอกจากนี้คณะกรรมการควรกำหนดให้กรรมการอิสระมีวาระการดำรงตำแหน่งต่อเนื่องไม่เกิน 9 ปี นับจากวันที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระครั้งแรก ในกรณีที่แต่งตั้งกรรมการอิสระนั้นให้ดำรงตำแหน่งต่อไป คณะกรรมการควรพิจารณาอย่างสมเหตุสมผลถึงความจำเป็นดังกล่าว

1.7 ประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการมีหน้าที่ความรับผิดชอบต่างกัน คณะกรรมการควรกำหนดอำนาจหน้าที่ของประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการให้ชัดเจน และ

เพื่อไม่ให้คนใดคนหนึ่งมีอำนาจโดยจำกัด ควรแยกบุคคลที่ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการออกจากบุคคลที่ดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการ

1.8 คณะกรรมการควรเลือกให้กรรมการอิสระดำรงตำแหน่งประธานกรรมการ

1.9 คณะกรรมการควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้กรรมการดำรงตำแหน่งในบริษัทอื่น โดยพิจารณาถึงประสิทธิภาพการทำงานของกรรมการที่ดำรงตำแหน่งหลายบริษัทอย่างรอบคอบ และเพื่อให้มั่นใจว่ากรรมการสามารถทุ่มเทเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทได้อย่างเพียงพอ โดยควรกำหนดจำนวนบริษัทที่กรรมการแต่ละคนจะไปดำรงตำแหน่งให้เหมาะสมกับลักษณะหรือสภาพธุรกิจของบริษัท ซึ่งไม่ควรเกิน 5 บริษัทจดทะเบียน ทั้งนี้ เนื่องจากประสิทธิภาพของการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการบริษัทอาจลดลง หากจำนวนบริษัทที่กรรมการไปดำรงตำแหน่งมีมากเกินไป และควรให้มีการเปิดเผยหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้สาธารณชนทราบด้วย

1.10 คณะกรรมการควรกำหนดนโยบายและวิธีปฏิบัติในการไปดำรงตำแหน่งกรรมการที่บริษัทอื่นของกรรมการผู้จัดการและผู้บริหารระดับสูงของบริษัทอย่างชัดเจน ทั้งประเภทของตำแหน่งกรรมการและจำนวนบริษัทที่สามารถไปดำรงตำแหน่งได้ เช่น ต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการก่อน เป็นต้น

1.11 บริษัทควรมีเลขานุการบริษัทซึ่งทำหน้าที่ให้คำแนะนำด้านกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆที่คณะกรรมการจะต้องทราบและปฏิบัติหน้าที่ในการดูแลกิจกรรมของคณะกรรมการ รวมทั้งประสานงานให้มีการปฏิบัติตามมติคณะกรรมการ ดังนั้น คณะกรรมการควรจัดให้มีการกำหนดคุณสมบัติและประสบการณ์ของเลขานุการบริษัทที่เหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเลขานุการบริษัท นอกจากนี้ ควรเปิดเผยคุณสมบัติและประสบการณ์ของเลขานุการบริษัทในรายงานประจำปี และบน website ของบริษัท

1.12 เลขานุการบริษัทควรได้รับการฝึกอบรมและพัฒนาความรู้อย่างต่อเนื่องด้านกฎหมาย การบัญชีหรือการปฏิบัติหน้าที่เลขานุการบริษัท

จะเห็นว่าตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555 นั้น ได้กล่าวถึงกรรมการอิสระอยู่หลายประเด็น โดยเฉพาะเรื่องจำนวนของกรรมการอิสระ โดยกำหนดว่า คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด ในกรณีดังนี้

- ประธานคณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการเป็นบุคคลเดียวกัน
- ประธานคณะกรรมการไม่เป็นกรรมการอิสระ
- ประธานคณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน

- ประธานคณะกรรมการเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหาร หรือคณะทำงาน หรือมี หรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ความรับผิดชอบด้านการบริหาร

ทั้งนี้ เนื่องจากประธานกรรมการ ถือได้ว่าเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญจึงได้มีการบัญญัติถึงบทบาทหน้าที่ของประธานกรรมการไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยบัญญัติว่า ในบริษัทมหาชนทุกบริษัทต้องมีประธานกรรมการ ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 78 และมาตรา 81 ได้บัญญัติเรื่องการเรียกประชุมกรรมการไว้ว่า ให้ประธานกรรมการเป็นผู้เรียกประชุมกรรมการ หรือกรรมการตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปอาจร้องขอให้เรียกประชุม ซึ่งประธานกรรมการต้องกำหนดวันประชุมภายใน 14 วันนับแต่วันที่ได้รับการร้องขอ มิเช่นนั้นประธานกรรมการอาจมีความผิด และได้รับโทษทางอาญาได้ นอกจากนี้มาตรา 80 ยังได้กำหนดหน้าที่ที่สำคัญของประธานกรรมการว่า ในกรณีที่ต้องมีการลงคะแนนเสียงในที่ประชุมกรรมการ แล้วผลปรากฏว่ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานกรรมการซึ่งเป็นประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาด (Casting Vote)

นอกจากประธานกรรมการจะทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมกรรมการแล้ว ยังอาจต้องเป็นประธานในที่ประชุมสามัญผู้ถือหุ้นด้วย จึงทำให้หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีทั้งภายในประเทศและต่างประเทศได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับประธานกรรมการเอาไว้ในหลายประเด็นเนื่องจากในอดีต ประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการใหญ่หรือประธานเจ้าหน้าที่บริหาร (President & CEO) มักจะเป็นคนคนเดียวกัน ทำให้เกิดคำถามว่า หากเป็นบุคคลเดียวกันแล้ว จะทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือไม่

นอกจากตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยแล้ว ก็ยังมีองค์กรอื่นๆ อีกหลายองค์กรที่ได้ให้แนวปฏิบัติว่า คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ โดยจะมีการวิเคราะห์ในบทที่ 4

อย่างไรก็ดี สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ได้ให้แนวทางในเรื่องการปรับปรุงโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทให้เป็นไปตามข้อกำหนดของประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนไว้ 3 ประการ ดังนี้<sup>45</sup>

<sup>45</sup> ที่ ก.ล.ต.ก.(ว) 30/2552 เรื่อง จำนวนกรรมการอิสระ

### 1. แต่งตั้งกรรมการปัจจุบันให้ดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระอีก 1 ตำแหน่ง

บริษัทสามารถพิจารณาคุณสมบัติของกรรมการปัจจุบันว่า กรรมการของบริษัทรายได้ (นอกจากรายที่ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการอิสระอยู่แล้ว) มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระหรือไม่ หากมีบริษัทก็สามารถเสนอให้คณะกรรมการรายนั้นดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการอิสระ

### 2. ลดจำนวนกรรมการทั้งคณะ

บริษัทอาจพิจารณาความเป็นไปได้ในการปรับลดจำนวนกรรมการทั้งคณะลง เพื่อให้จำนวนกรรมการอิสระของบริษัทมีอย่างน้อย 1 ใน 3 ของกรรมการทั้งคณะ โดยแนวทางนี้จะทำให้บริษัทไม่ต้องสรรหากรรมการรายใหม่เพิ่มดังเช่นกรณีแรก

### 3. สรรหากรรมการรายใหม่เพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการอิสระ

บริษัทอาจใช้วิธีการสรรหากรรมการรายใหม่เพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการอิสระ โดยบริษัทอาจพิจารณาจากรายชื่อที่ปรากฏอยู่ใน Director Pool ของสมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD) ซึ่งมีทั้งรายชื่อกรรมการอาชีพในทำเนียบกรรมการ IOD (IOD Chartered Director) หรือรายชื่อสมาชิกผู้ทรงคุณวุฒิอาวุโส (Fellow Member) หรือรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ (Graduate Member) ของ IOD ซึ่งเป็นผู้ที่ผ่านการพัฒนาความรู้และทักษะในการทำหน้าที่ของกรรมการแล้ว

## 2.4 การพ้นจากตำแหน่งของกรรมการอิสระ

### 2.4.1 การพ้นจากตำแหน่งตามวาระ

การพ้นจากตำแหน่งตามวาระของกรรมการบริษัทจดทะเบียน เป็นไปตามมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยหากบริษัทไม่ได้มีการกำหนดข้อบังคับไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อถึงคราวประชุมสามัญผู้ถือหุ้นในแต่ละปี กรรมการจะพ้นจากตำแหน่งทั้งหมด เพื่อให้มีการเลือกตั้งกรรมการใหม่ทั้งหมด แต่หากมีการกำหนดข้อบังคับไว้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด ในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นคราวนั้นจะมีกรรมการที่ครบกำหนดออกตามวาระเป็นจำนวนหนึ่งในสาม แต่หากจำนวนกรรมการที่จะออกไม่สามารถแบ่งเป็นจำนวนหนึ่งในสามได้ ก็ให้ออกโดยจำนวนที่ใกล้ที่สุดกับหนึ่งในสาม

สำหรับกรรมการอิสระนั้น บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้มีการกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนต้องมีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระเอาไว้โดยเฉพาะ แต่จะใช้หลักเกณฑ์การออกจากตำแหน่งตามวาระเช่นเดียวกับกรรมการคนอื่นๆ ตามมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยจะเห็นได้ว่าเมื่อไม่มีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ

อิสระไว้โดยเฉพาะจะทำให้กรรมการอิสระสามารถถูกเสนอชื่อ เพื่อเลือกตั้งกลับเข้ามาดำรงตำแหน่ง กรรมการต่อไปได้อีกไม่มีจำกัด ทำให้เกิดประเด็นว่าการที่กรรมการอิสระดำรงตำแหน่งนานๆ จนเกิดความคุ้นเคยกับฝ่ายบริหารและกิจการ อาจจะทำให้ความเป็นอิสระหมดไปหรือไม่ ดังนั้นจึงได้เกิดหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่เห็นควรให้มีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ เพื่อให้กรรมการมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง

แนวปฏิบัติของสถาบันต่างๆ ทั้งภายในประเทศและระดับสากล ได้มีข้อเสนอแนะกำหนดว่าควร มีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้ เช่น คณะที่ปรึกษาของศูนย์พัฒนาการ กำกับดูแลกิจการบริษัทจดทะเบียน ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับแนวปฏิบัติที่ดีในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้าง คณะกรรมการ โดยระบุว่า คณะกรรมการควรกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการไว้อย่าง ชัดเจน โดยระบุไว้ในนโยบายการกำกับดูแลกิจการของบริษัท ในส่วนของกรรมการอิสระ เช่น ควร ดำรงตำแหน่งแต่ละวาระไม่เกิน 3 ปี และไม่ควรรักษาตำแหน่งเกิน 3 วาระติดต่อกัน เว้นแต่ คณะกรรมการเห็นว่า การดำรงตำแหน่งนานกว่า 3 วาระติดต่อกันไม่มีผลต่อคุณสมบัติความเป็นอิสระ เป็นต้น ซึ่งคณะกรรมการควรเปิดเผยความเห็นดังกล่าวให้ผู้ถือหุ้นทราบด้วย

อย่างไรก็ดี ในเรื่องดังกล่าว อาจพิจารณาเชื่อมโยงได้กับปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอิสระของ ผู้สอบบัญชี จากในอดีตบริษัทจดทะเบียนมักถูกตรวจสอบโดยสำนักงานสอบบัญชีเพียงแห่งเดียว หรือ Audit Partner เพียงคนเดียวเป็นระยะเวลานาน จนมีความสัมพันธ์ที่ยาวนานกับลูกค้า และอาจจะ ทำให้ดูเหมือนว่าผู้สอบบัญชีไม่เข้มงวดหรือละเลยนโยบายการสอบบัญชีที่ผู้บริหารเลือกที่จะใช้ใน กรณีที่มาตรฐานการบัญชีเปิดทางให้เลือก โดยอาจมีเหตุผลเนื่องมาจากผู้บริหารกับผู้สอบบัญชีมีความคุ้นเคยกัน เพราะผู้สอบบัญชีก็พยายามที่จะรักษารฐานลูกค้าไว้ให้อยู่กับผู้สอบบัญชีหรือสำนักงานสอบบัญชีให้นานเท่าที่จะเป็นไปได้ จากปัญหาเรื่องความเป็นอิสระดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการที่ จะต้องมีการหมุนเวียนผู้สอบบัญชี (Auditor Rotation)

สำหรับในประเทศไทย ก.ล.ต. ได้ออกกฎเกณฑ์เพื่อส่งเสริมความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี ตามหลักบรรษัทภิบาลที่ดี ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กจ. 39/2548 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการรายงานการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับฐานะการเงินและ ผลการดำเนินงานของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 20) ลงวันที่ 12 ตุลาคม 2548 โดยกำหนดให้ บริษัทจดทะเบียนต้องจัดให้มีการหมุนเวียนผู้สอบบัญชี (Auditor Rotation) ที่ลงลายมือชื่อรับรองงบ การเงิน ทุก 5 รอบปีบัญชี โดยสามารถหมุนเวียนไปใช้ผู้สอบบัญชีรายอื่นในสำนักงานสอบบัญชี เดียวกันได้ สำหรับผู้สอบบัญชีรายเดิมนั้น บริษัทจดทะเบียนต้องเว้นช่วงอย่างน้อย 2 รอบปีบัญชี ก่อนจะกลับมาใช้ผู้สอบบัญชีรายเดิมได้

จะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าว อาจนำมาศึกษาเพื่อใช้กับการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระได้ แม้ว่าบทบาทหน้าที่จะแตกต่างกัน แต่ทั้ง 2 ตำแหน่งต่างก็ต้องการความเป็นอิสระเช่นเดียวกัน

นอกจากการพ้นจากตำแหน่งเมื่อครบวาระของคณะกรรมการทั้งชุดหรือของกรรมการแล้วแต่กรณี กรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดยังอาจพ้นจากตำแหน่งได้จากเหตุประการอื่นๆ อีกด้วย ซึ่งอาจเป็นการพ้นจากตำแหน่งกรรมการโดยสมัครใจ หรือการพ้นจากตำแหน่งอันเนื่องมาจากเหตุภายนอก

#### 2.4.2 การพ้นจากตำแหน่งกรรมการโดยสมัครใจ

การดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการของบริษัทเป็นเรื่องของความสมัครใจที่บุคคลผู้ได้รับเลือกตั้งเป็นกรรมการจะเข้ามาดำรงตำแหน่งดังกล่าว ดังนั้น หากบุคคลผู้นั้นไม่ประสงค์ที่จะเป็นกรรมการของบริษัทอีกต่อไป บุคคลนั้นย่อมสามารถที่จะแสดงเจตนาลาออกจากตำแหน่งกรรมการได้ ตามมาตรา 72 (2) แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยการยื่นใบลาออกแก่บริษัท การลาออกจะมีผลนับตั้งแต่วันที่ใบลาออกไปถึงบริษัท กรรมการย่อมพ้นจากตำแหน่งโดยทันทีโดยผลแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กรรมการที่ลาออกนั้นจะแจ้งการลาออกของตนให้นายทะเบียนทราบด้วยก็ได้ ซึ่งจะสังเกตได้ว่าการลาออกของกรรมการในบริษัทมหาชนจำกัดนั้น จะต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้มีหลักฐานการลาออกที่ชัดเจน<sup>46</sup>

#### 2.4.3 การพ้นจากตำแหน่งกรรมการอันเนื่องมาจากเหตุภายนอก

นอกเหนือจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ และการพ้นจากตำแหน่งโดยสมัครใจแล้ว กรรมการอาจพ้นตำแหน่งกรรมการเนื่องมาจากเหตุภายนอกได้ โดยแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ การพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุอันเกี่ยวกับตัวกรรมการ และเหตุเพราะที่ประชุมผู้ถือหุ้นถอดถอน หรือศาลมีคำสั่งให้ออก

<sup>46</sup> นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 337.

### (ก) การพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุอันเกี่ยวกับตัวกรรมการ

การพ้นจากตำแหน่งดังกล่าว เกิดในกรณีที่กรรมการเสียชีวิต หรือขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามสำหรับการเป็นกรรมการ เช่น เป็นบุคคลล้มละลาย หรือเคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่ได้กระทำโดยทุจริต ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 68 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ในกรณีเช่นนี้ กรรมการย่อมพ้นจากตำแหน่งโดยทันทีโดยผลแห่งบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากเหตุดังกล่าว โดยเฉพาะในเรื่องการขาดคุณสมบัติดังกล่าว ย่อมกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ หรือกระทบต่อความไว้วางใจที่ผู้ถือหุ้นทั้งหมดได้มอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัทแทนผู้ถือหุ้น

### (ข) การพ้นจากตำแหน่งเพราะที่ประชุมผู้ถือหุ้นถอดถอน หรือศาลมีคำสั่งให้ออก

กรรมการอาจพ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นลงมติให้ออกจากตำแหน่งก่อนครบวาระ ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียง ตามมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะลงมติให้กรรมการคนใดออกจากตำแหน่งเมื่อใดก็สามารถทำได้เสมอ แม้กรรมการคนนั้นจะมีได้กระทำความผิด เนื่องจากเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นที่จะแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการ<sup>47</sup>

นอกจากนี้กรรมการยังอาจพ้นจากตำแหน่งเนื่องจากศาลมีคำสั่งให้ออกตามมาตรา 72 (5) ของพระราชบัญญัติ เช่น กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนและเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทผู้ถือหุ้นตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติกำหนดสามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้ และในกรณีเช่นนี้ ผู้ถือหุ้นสามารถขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งได้อีกด้วย ตามมาตรา 85 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติ<sup>48</sup>

<sup>47</sup> พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชน จำกัด, 8 ed.(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), หน้า 51.

<sup>48</sup> นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 338.



## 2.5 ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ

แนวความคิดพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด โดยเฉพาะบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ก็คือ บริษัทจดทะเบียนเป็นบริษัทที่มีการระดมเงินทุนจากประชาชนมาใช้ในกิจการ ดังนั้นจึงต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนซึ่งนำเงินมาลงทุนในกิจการของบริษัท ทำให้ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังเพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ แต่หากกรรมการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับของบริษัท หรือปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจที่ผู้ถือหุ้นมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท อันเป็นผลให้เกิดหรืออาจจะเกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อบริษัทได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่การกระทำของกรรมการได้รับอนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น<sup>49</sup>

กรรมการอิสระในฐานะที่เป็นกรรมการบริษัทด้วย จึงมีบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกรรมการบริษัทคนอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นกรรมการที่เป็นผู้บริหารหรือกรรมการที่ไม่เป็นผู้บริหาร โดยความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะสำคัญตามประเภทของความผิด คือ ความรับผิดทางแพ่ง และความรับผิดทางอาญา อธิบายได้ดังนี้

### 2.5.1 ความรับผิดทางแพ่งของกรรมการ

#### ก) ความรับผิดทางแพ่งของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด

กรรมการคนใดไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท หรือมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท อันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการคนนั้นอาจต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บริษัท โดยความรับผิดทางแพ่งของกรรมการแบ่งออกได้เป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนและเป็นเหตุให้เกิด

<sup>49</sup> นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 350.

ความเสียหายแก่บริษัทแล้ว และกรณีกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนและอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท<sup>50</sup>

กรณีกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนเองและเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรณีนี้บริษัทเป็นผู้เสียหายโดยตรงและย่อมสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นได้ อย่างไรก็ตาม กรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ แต่หากบริษัทไม่ดำเนินการ ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะฟ้องร้องต่อศาลเรียกค่าสินไหมทดแทนบริษัทก็ได้<sup>51</sup>

กรณีที่สอง คือกรณีกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนและอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรณีเช่นนี้ บริษัทยังไม่เกิดความเสียหายแต่อาจได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้<sup>52</sup>

อย่างไรก็ดี ผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องร้องกรรมการให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือร้องขอต่อศาลให้สั่งระงับการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการหรือละเว้นการกระทำดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 91 ได้กำหนดความรับผิดของกรรมการไว้ว่า กรรมการจะต้องรับผิดชอบร่วมกันสำหรับความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นแก่บริษัทในกรณีดังต่อไปนี้<sup>53</sup>

1. การเรียกให้ผู้จองหุ้นชำระเงินค่าหุ้นหรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่บริษัทโดยไม่ปฏิบัติตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด
2. การนำเงินค่าหุ้นไปใช้จ่ายหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้รับชำระเป็นค่าหุ้นของบริษัทไปก่อนจดทะเบียน

<sup>50</sup> นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 350.

<sup>51</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 352.

<sup>52</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 352.

<sup>53</sup> พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 64-66.

3. การดำเนินการใดๆ ที่ทำให้บริษัทได้รับความเสียหายหรืออาจได้รับความเสียหาย

4. การให้กู้ยืมเงินโดยฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมาย เช่น กรรมการบริษัทให้เงินกู้ยืมแก่พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัท และหากเกิดความเสียหายแก่บริษัท เช่น บริษัทไม่ได้รับชำระหนี้เงินที่ให้กู้ยืม คณะกรรมการจะต้องร่วมกันรับผิดชอบบริษัท ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจทำให้กรรมการผู้อนุมัติการให้กู้ยืมมีความผิดต้องได้รับโทษทางอาญาได้

อย่างไรก็ดี หากการให้กู้ยืมเงินนั้น เป็นการให้กู้ยืมเงินตามระเบียบการสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง หรือเป็นการให้กู้ยืมเงินตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยบริษัทประกันชีวิต หรือกฎหมายอื่น บริษัทย่อมให้กรรมการ พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัทกู้ยืมได้<sup>54</sup>

5. การจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

ในกรณีที่ข้อบังคับของบริษัทมิได้กำหนดการจ่ายค่าตอบแทนไว้ การจ่ายค่าตอบแทนจะต้องเป็นไปตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุม ตามมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535<sup>55</sup>

6. การจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการโดยสุจริตและอาศัยหลักฐานหรือรายงานทางการเงินที่ประธานกรรมการหรือเจ้าหน้าที่การเงินของบริษัท หรือผู้สอบบัญชีรับรองว่าถูกต้องแล้ว

การจ่ายเงินปันผลนั้น จะต้องจ่ายจากเงินกำไรเท่านั้น และในกรณีที่บริษัทยังมียอดขาดทุนสะสมอยู่จะจ่ายเงินปันผลไม่ได้ นอกจากนี้ หากกรณีจะมีการจ่ายเงินปันผล ต้องได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อน โดยให้แบ่งตามจำนวนหุ้น หุ้นละเท่าๆ กัน เว้นแต่จะมีข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ

นอกจากนี้ หากข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้ทำได้ คณะกรรมการอาจพิจารณาจ่ายเงินปันผลระหว่างกาลให้แก่ผู้ถือหุ้นได้เป็นครั้งคราว เมื่อเห็นว่าบริษัทมีกำไรพอสมควรที่

<sup>54</sup> ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม and ชัยพล ตราชูธรรม, บริษัทมหาชน, 2 ed.(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539), หน้า 85.

<sup>55</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

จะทำเช่นนั้นได้ และเมื่อจ่ายเงินปันผลแล้ว ให้รายงานให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบในการประชุมครั้งต่อไป ตามมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

7. การไม่จัดทำหรือเก็บรักษาบัญชี ทะเบียน หรือเอกสารของบริษัทที่กฎหมายกำหนด ไว้แต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการอันสมควรเพื่อมิให้มีการฝ่าฝืนแล้ว

ความรับผิดทั้ง 7 กรณีดังกล่าว เป็นความรับผิดทางแพ่ง คือ รับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท และกรรมการทุกคนต้องรับผิดร่วมกัน กล่าวคือ แม้จะกระทำโดยกรรมการเพียงบางคน กรรมการที่เหลือทั้งหมดก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบ ยกเว้นแต่กรรมการคนใดที่พิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ร่วมกระทำกิจการนั้นๆ หรือกิจการดังกล่าวได้กระทำไปโดยมิได้อาศัยมติของที่ประชุมคณะกรรมการ แต่เป็นการกระทำของกรรมการบางคนโดยเฉพาะ และได้คัดค้านในที่ประชุมคณะกรรมการโดยการให้จดคำคัดค้านไว้ในรายงานการประชุมคณะกรรมการ หรือได้ทำหนังสือคัดค้านยื่นต่อประธานที่ประชุมภายใน 3 วันนับแต่สิ้นสุดการประชุมแล้ว ทั้งนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 92 ดังนั้น การที่กรรมการแสดงความไม่เห็นด้วยในที่ประชุมอย่างเดียวยังไม่พอ จะต้องให้บริษัทจดคำคัดค้านไว้ในรายงานประชุม ทำการคัดค้านเป็นลายลักษณ์อักษรอีกครั้งหนึ่งด้วย

นอกจากนี้ กรรมการยังต้องรับผิดร่วมกันเพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นแก่ผู้ถือหุ้นและบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัท เช่น บุคคลที่เข้ามาทำนิติกรรมสัญญา กับบริษัท แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทก็ตาม โดยมีกำหนดไว้ในมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ในกรณีดังต่อไปนี้<sup>56</sup>

1. การแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความอันควร ต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทในการเสนอขายหุ้น หุ้นกู้ หรือตราสารทางการเงินของบริษัท
2. การแสดงข้อความหรือลงรายการในเอกสารที่ยื่นต่อนายทะเบียน โดยข้อความหรือรายการนั้นเป็นเท็จ หรือไม่ตรงกับบัญชีทะเบียน หรือเอกสารของบริษัท
3. การจัดทำบัญชีและบัญชีกำไรขาดทุน รายงานการประชุมผู้ถือหุ้น หรือรายงานการประชุมคณะกรรมการอันเป็นเท็จ

อย่างไรก็ดี เพื่อเป็นการคุ้มครองกรรมการผู้สุจริตซึ่งมิได้มีส่วนได้เสียในการกระทำ ความผิดดังกล่าวข้างต้น กรรมการสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนในการกระทำผิดนั้น โดยไม่จำเป็นต้องทำคำคัดค้าน

<sup>56</sup> พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 66.

อย่างไรก็ตาม การกระทำใดที่กรรมการคนใดได้กระทำไปโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติไว้แล้ว หรือมิให้มีการให้อำนาจไว้ แต่ต่อมาทางบริษัทได้ให้สัตยาบันแก่การกระทำนั้น แม้ต่อมาจะมีการเพิกถอนมติที่อนุมัติหรือให้สัตยาบันนั้นก็ตาม กรรมการคนนั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นต่อบริษัท ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท

#### ข้อสังเกต

1. กรณีที่กฎหมายกำหนดโทษการฝ่าฝืนไว้อย่างชัดเจน ที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะอนุมัติหรือให้สัตยาบันในการกระทำนั้นไม่ได้
2. กรรมการยังคงมีความผิดอยู่ แต่กฎหมายกำหนดให้กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบ ดังนั้น การกระทำของกรรมการยังคงมีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอก บริษัทต้องชดเชยค่าเสียหายหากมีความเสียหายเกิดขึ้น

#### **ข) ความรับผิดทางแพ่งของกรรมการบริษัทจดทะเบียน**

นอกจากความรับผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ยังได้บัญญัติความรับผิดสำหรับกรรมการและผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียน ทั้งที่เป็นความผิดเฉพาะบุคคลและความผิดร่วมกันของกรรมการทั้งคณะ สรุปได้ดังนี้

##### **1. ความรับผิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง รับผิดชอบ และซื่อสัตย์สุจริต (มาตรา 281/2)**

มาตรา 281/2 บัญญัติว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้ใดไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง รับผิดชอบ และซื่อสัตย์สุจริต จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย หรือทำให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหาย แต่ทั้งนี้ค่าปรับต้องไม่ต่ำกว่า 5 แสนบาท

การกำหนดหลักการให้กรรมการต้องรับผิดตามมาตรา 281/2 นี้ เป็นหลักการเดียวกับที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดไว้ โดยหากกรรมการฝ่าฝืนหน้าที่หรือทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการจะต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งความรับผิดตามมาตรา 281/2 นี้ จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้น ต่างจากกรณีตามมาตรา 89/18 ซึ่งให้สิทธิแก่บริษัท

หรือผู้ถือหุ้น ฟ้องเรียกผลประโยชน์คืนจากกรรมการที่ได้รับไปโดยมิชอบ แม้ว่าบริษัทจะยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น<sup>57</sup>

## 2. ความรับผิดจากการฝ่าฝืนไม่รายงานการมีส่วนได้เสีย (มาตรา 281/3)

มาตรา 89/14 กำหนดให้กรรมการต้องรายงานการมีส่วนได้เสียของตนหรือบุคคลที่ เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัทหรือบริษัทย่อย ทั้งนี้ตาม หลักเกณฑ์เงื่อนไขที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด แต่หากกรรมการฝ่าฝืนไม่รายงานการ มีส่วนได้เสียทั้งทางตรงและทางอ้อม จะต้องรับโทษตามมาตรา 281/3

## 3. ความรับผิดร่วมกันจากการฝ่าฝืนไม่แต่งตั้งเลขานุการบริษัท (มาตรา 281/4)

มาตรา 281/4 กำหนดโทษปรับสำหรับคณะกรรมการที่ฝ่าฝืนไม่แต่งตั้งเลขานุการ บริษัท โดยเป็นความผิดที่คณะกรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกัน และนอกจากนี้ในวรรค 2 ยังกำหนดโทษ ปรับสำหรับประธานกรรมการที่ฝ่าฝืนไม่แจ้งชื่อเลขานุการบริษัทภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ได้จัดให้มี ผู้รับผิดชอบ รวมทั้งกรณีที่ไม่ได้แจ้งสถานที่เก็บเอกสาร รายงานการมีส่วนได้เสียของกรรมการ หรือ เอกสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

## 4. ความรับผิดร่วมกันต่อบุคคลที่ซื้อขายหลักทรัพย์ในความเสียหายอันเกิดจาก การเปิดเผยข้อมูลเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอก (มาตรา 89/20)

มาตรา 89/20 กำหนดโทษให้กรรมการต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อบุคคลที่ซื้อขาย หลักทรัพย์ของบริษัท ในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริง ที่ควรแจ้งให้ทราบ แต่อย่างไรก็ดี กรรมการอาจไม่ต้องรับผิดชอบหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าโดยตำแหน่ง หน้าที่ตนไม่อาจล่วงรู้ถึงความแท้จริงของข้อมูลนั้น

นอกจากนี้ หากกรรมการกระทำการโดยทุจริต หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย จะยกเหตุที่ได้รับอนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือที่ประชุม คณะกรรมการบริษัทมาทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดมิได้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 89/21 ซึ่ง แตกต่างจากกรณีมาตรา 95 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งเมื่อที่ประชุมผู้ถือ หุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว แม้ต่อมาจะมีการเพิกถอนมตินั้น กรรมการไม่ต้องรับผิด ในการกระทำความผิดกล่าวต่อบริษัท ผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท

<sup>57</sup> สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, "ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับ ดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 : ศึกษา กรณีหน้าที่และความรับผิดของกรรมการ" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551).

นอกจากการกำหนดบทบาทหน้าที่ของกรรมการและผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียนแล้ว พระราชบัญญัติฉบับแก้ไขดังกล่าว ยังได้เพิ่มเติมบทคุ้มครองกรรมการและผู้บริหารที่ทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริต แต่หากกรณีที่กรรมการหรือผู้บริหารมีการกระทำโดยทุจริต ก็จะมีบทบัญญัติความรับผิดที่รุนแรงขึ้น

### 2.5.2 ความรับผิดทางอาญาของกรรมการ

การกระทำฝ่าฝืนกฎหมายบริษัทมหาชน นอกจากจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายแล้ว ในบางกรณีก็อาจมีความรับผิดทางอาญาด้วย เพราะถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความไว้วางใจที่ผู้ถือหุ้นมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท ซึ่งในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ก็ได้มีบทกำหนดโทษไว้ในหมวด 17 มาตรา 191-222 สำหรับความผิดในกรณีต่างๆ กัน ซึ่งความผิดส่วนใหญ่ โทษจะเป็นโทษปรับ ส่วนในกรณีความผิดที่เกี่ยวกับการทุจริตก็อาจมีโทษจำคุกด้วย<sup>58</sup> เช่น

- กรรมการของบริษัทใดโดยทุจริตแสดงออกซึ่งความเท็จหรือปกปิดความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นในเรื่องฐานะการเงินของบริษัทนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท
- กรรมการของบริษัทใดกระทำการหรือไม่กระทำการเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่บริษัทนั้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท
- กรรมการของบริษัทใดทำให้เปลี่ยนแปลงหรือปลอมบัญชี เอกสารของบริษัท หรือลงข้อความเท็จหรือไม่ลงข้อความสำคัญในบัญชีหรือเอกสารของบริษัท เพื่อลวงให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นขาดประโยชน์อันควรได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ทั้งนี้ สามารถแบ่งประเภทของความรับผิดของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดได้ 3 ประเภท<sup>59</sup> คือ

- ก) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ต่างๆ ไปที่กฎหมายกำหนด
- ข) ความรับผิดอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ที่ขัดกัน (Conflict of Interest)
- ค) ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต

<sup>58</sup> พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 67.

<sup>59</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, "ความรับผิดของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด" (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544).

กฎหมายบริษัทมหาชนกำหนดว่า ในกรณีที่บริษัทเป็นผู้กระทำความผิด กรรมการที่รู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น คือมีส่วนร่วมในการตัดสินใจให้กระทำความผิด เช่น กรรมการจงใจให้บริษัทออกไปหุ้นซ้ำหรือสมคบกับเจ้าหน้าที่ของบริษัททำเอกสารบัญชีเท็จ หรือกรรมการมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น เช่น ทราบว่ามีกรรมการบางคนจงใจให้บริษัทกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ก็มิได้ดำเนินการคัดค้านแต่อย่างใด กรรมการผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย ซึ่งการรับผิดร่วมของกรรมการกับบริษัทตามกฎหมายบริษัทมหาชนนี้ จะแตกต่างจากกฎหมายอื่นตรงที่ในกฎหมายอื่น หากบริษัทกระทำความผิด กรรมการทุกคนจะถูกถือว่ากระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้เห็นหรือเกี่ยวข้องด้วย แต่ในกฎหมายบริษัทมหาชน กฎหมายมิได้สันนิษฐานเช่นนั้น หากแต่กำหนดให้ฝ่ายผู้กล่าวหาจะต้องพิสูจน์ว่ากรรมการคนใดรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิด มิใช่ฝ่ายกรรมการเป็นผู้พิสูจน์อย่างในกฎหมายอื่น<sup>60</sup>

สำหรับกรรมการของบริษัทจดทะเบียน ก็อาจมีความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้ โดยบัญญัติไว้ในหมวด 12 ว่าด้วยบทกำหนดโทษ อธิบายได้ดังนี้

ก) ความรับผิดเกี่ยวกับการออกหลักทรัพย์และการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน

เนื่องจากบริษัทจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่มีการออกหลักทรัพย์เสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไป ทำให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนเป็นวงกว้าง จึงได้มีบทบัญญัติทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองประชาชน โดยกำหนดให้กรรมการและผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ในหมวด 2 เรื่องการออกหลักทรัพย์ของบริษัท และหมวด 3 เรื่อง การเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน ตั้งแต่มาตรา 32 ถึงมาตรา 89 หากไม่ปฏิบัติตามจะมีความรับผิดตามที่กำหนดไว้ในหมวด 12 บทกำหนดโทษ ตั้งแต่มาตรา 268 ถึงมาตรา 281

ข) ความรับผิดเกี่ยวกับการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์

การกระทำที่ไม่เป็นธรรมที่เกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์มี 3 ลักษณะ<sup>61</sup> คือ

(1) การสร้างข่าวหรือข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง (Misstatement)

<sup>60</sup> พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชน จำกัด, หน้า 67.

<sup>61</sup> พิเศษ เสตเสถียร, กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์(กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539), หน้า 142.



มาตรา 238 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 วางหลักไว้ว่าห้ามไม่ให้บริษัทหลักทรัพย์ หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินกิจการของบริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ หรือผู้มีส่วนได้เสียในหลักทรัพย์ บอกล่าวข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความใด โดยเจตนาให้ผู้อื่นสำคัญผิดในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับฐานะการเงิน ผลการดำเนินงาน หรือราคาซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัท หรือนิติบุคคลที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์

นอกจากนี้ มาตรา 239 ยังได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทหลักทรัพย์ หรือผู้บริหารบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ หรือผู้มีส่วนได้เสียในหลักทรัพย์ กระทำการแพร่ข่าว ไม่ว่าจะเปิดเผยแก่สื่อมวลชน หรือทำเอกสารเผยแพร่เกี่ยวกับข้อเท็จจริง อันอาจทำให้บุคคลอื่นเข้าใจว่าหลักทรัพย์ใดจะมีราคาสูงขึ้นหรือลดลง เว้นแต่จะเป็นการแพร่ข่าวในข้อเท็จจริงที่ได้แจ้งกับตลาดหลักทรัพย์ไว้แล้ว

## (2) การใช้ข้อมูลภายใน (Insider Trading)

**การใช้ข้อมูลภายใน (Insider Trading)** ได้แก่ การที่บุคคลใดอาศัยตำแหน่งหน้าที่ หรืออยู่ในฐานะที่สามารถล่วงรู้ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญของบริษัท อันเป็นสาระสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงราคาของหลักทรัพย์ และเข้ามาทำการซื้อหรือขายหลักทรัพย์โดยอาศัยข้อเท็จจริงดังกล่าว ก่อนที่ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะถูกเปิดเผยต่อประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งถือเป็นการเอาเปรียบบุคคลอื่นและเป็นการซื้อขายที่ไม่เป็นธรรม ตามที่บัญญัติในมาตรา 241 ซึ่งบุคคลในที่นี้ รวมถึงกรรมการ ผู้จัดการ ผู้รับผิดชอบการดำเนินงาน หรือผู้สอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียนด้วย

## (3) การสร้างราคาหลักทรัพย์ หรือการปั่นหุ้น (Market Manipulation)

ได้แก่ การที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลมีการซื้อขายในลักษณะจงใจหรือเจตนาบิดเบือนราคา และปริมาณการซื้อขายของหลักทรัพย์ให้ผิดไปจากสภาพปกติ โดยมีเจตนาหลอกลวงให้ผู้อื่นสำคัญผิดเกี่ยวกับราคาและปริมาณการซื้อขายของหลักทรัพย์นั้นๆ และหวังผลประโยชน์จากการลวงการซื้อขายนั้น เช่น<sup>62</sup>

- การผลักดันราคา โดยการพยายามทำให้ราคาหลักทรัพย์ปรับตัวสูงขึ้น เพื่อหวังประโยชน์ที่จะขายหลักทรัพย์ได้ในราคาสูง หรือ

<sup>62</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย,  
[http://www.set.or.th/th/regulations/supervision/surveillance\\_p1.html](http://www.set.or.th/th/regulations/supervision/surveillance_p1.html).

- การพุงราคา เพื่อรักษาระดับราคาหุ้นไม่ให้สูงหรือต่ำกว่าราคาที่ควรจะเป็น หรือ
- การกดราคา โดยการทำให้ราคาหลักทรัพย์ต่ำกว่าที่ควรจะเป็น เพื่อหวังประโยชน์จากการที่จะเข้าไปซื้อในราคาต่ำ หรือ
- การซื้อขายหลักทรัพย์ในลักษณะจับคู่กันเอง ซึ่งในที่สุดบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการซื้อขายนั้นเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเดียวกัน ไม่มีการเปลี่ยนมือกันจริง เพื่อลงให้บุคคลอื่นหลงผิดในราคาหรือปริมาณการซื้อขายหลักทรัพย์ เป็นต้น

ค) ความรับผิดชอบเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ

การเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ (Takeover) คือการที่ผู้ซื้อไม่ว่าคนเดียวหรือหลายคนร่วมกันเข้ามาทยอยซื้อหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนจนกระทั่งได้มาซึ่งอำนาจควบคุมและบริหารบริษัทจดทะเบียน และอาจส่งผลกระทบต่อบรรดาผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทจดทะเบียนที่เป็นเป้าหมาย เนื่องจากผู้ที่มีอำนาจควบคุมหรือครอบงำกิจการมีบทบาทสำคัญต่อการดำเนินงานของกิจการในอนาคต นอกจากนี้ยังสามารถแต่งตั้งกรรมการและผู้บริหารเพื่อเข้ามาจัดการได้อีกด้วย จึงทำให้ต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการกำกับดูแลการครอบงำกิจการเพื่อให้ผู้ถือหุ้นและผู้ถือหลักทรัพย์อื่นของกิจการได้รับความเป็นธรรมจากการถูกกระทบสิทธิ และเพื่อให้การเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อการครอบงำกิจการเป็นไปด้วยความโปร่งใสและเป็นธรรมมากที่สุด<sup>63</sup> โดยหากฝ่าฝืนจะต้องรับโทษตามมาตรา 298 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

ง) ความรับผิดชอบเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต

กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ระมัดระวัง และซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับบริษัท มติที่ประชุมคณะกรรมการ และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น หากกรรมการหรือผู้บริหารฝ่าฝืนหรือมีการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต และทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย จะต้องระวางโทษตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 313

<sup>63</sup> กิตติพงษ์ อรุณีพัฒน์พงศ์ and คณะ, การควบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย, 2 ed.(กรุงเทพฯ: บริษัทอัมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2553).

### 2.5.3 ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

กรรมการอิสระในฐานะที่เป็นกรรมการบริษัทคนหนึ่ง จึงต้องมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรรมการรายอื่นๆ ทั้งความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับผิดชอบทางอาญา โดยหากกรรมการอิสระไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับของบริษัท หรือปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจของผู้ถือหุ้น ส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการนั้นอาจต้องรับผิดชอบต่อบริษัทได้ หรือในบางกรณีแม้ไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิด แต่อาจต้องรับผิดชอบร่วมกับกรรมการบริษัทรายอื่นๆ สำหรับความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เช่น การเรียกให้ผู้จองหุ้นชำระเงินค่าหุ้นหรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่บริษัทโดยไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือการไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับบริษัท และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท นอกจากนี้ กรรมการอิสระยังอาจต้องร่วมรับผิดชอบ ตามมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 สำหรับความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัทในกรณีต่างๆ เช่น การแจ้งข้อความเท็จ หรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทในการเสนอขายหุ้น หุ้นกู้หรือตราสารทางการเงินของบริษัท

ความรับผิดชอบของกรรมการในการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังนั้น กรรมการจะต้องรับผิดชอบร่วมกันในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัท เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นไม่ต้องรับผิดจากการละเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ตามมาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ในกรณีดังนี้

- 1) กรรมการไม่ได้มีส่วนร่วมรู้เห็นในการละเว้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว
- 2) กรรมการพิสูจน์ได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยปราศจากมติของที่ประชุมคณะกรรมการ
- 3) กรรมการได้คัดค้านการกระทำดังกล่าวต่อที่ประชุมคณะกรรมการ และขอคัดค้านดังกล่าวได้มีการบันทึกลงในรายงานการประชุม หรือตนได้ยื่นหนังสือแสดงการคัดค้านต่อประธานของที่ประชุมภายใน 3 วันนับแต่วันที่การประชุมได้สิ้นสุดลง
- 4) ที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุมัติหรือให้สัตยาบันการกระทำดังกล่าว

ดังนั้น หากกรรมการอิสระสามารถพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยซื่อสัตย์สุจริตและความระมัดระวัง ภายใต้ความรู้ความสามารถและประสบการณ์ของตนแล้ว รวมถึงพิสูจน์ว่ากรรมการอิสระผู้

นั้นไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด จึงมิได้รู้เรื่องการกระทำผิดหรือไม่ได้มีเจตนากระทำความผิด ก็อาจยกข้อต่อสู้เพื่อปกป้องตัวเองจากความรับผิดได้<sup>64</sup>

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องบทคุ้มครองกรรมการและผู้บริหารที่ทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริตแล้ว รวมถึงได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดให้มีบทกำหนดโทษที่มากขึ้นหากกรรมการหรือผู้บริหารมีการกระทำโดยทุจริต

สำหรับบทบัญญัติที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการและผู้บริหาร คือ มาตรา 89/8 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ซึ่งได้มีการกำหนดลักษณะการตัดสินใจของกรรมการหรือผู้บริหารที่จะถือได้ว่าปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวังต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

- (1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ
- (2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ
- (3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้ส่วนเสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น

ดังนั้น การที่กรรมการและผู้บริหารจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติข้างต้น จึงต้องมีลักษณะการตัดสินใจที่ครบถ้วนตามเกณฑ์ข้างต้นทุกข้อ

การตัดสินใจที่นอกจากจะต้องกระทำด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลแล้ว การตัดสินใจดังกล่าวยังต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ ซึ่งการตัดสินใจเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ก็คือ ในการตัดสินใจของคณะกรรมการบริษัทได้คำนึงถึงประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัท ซึ่งหมายความรวมถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวมด้วย<sup>65</sup>

สำหรับการตัดสินใจโดยมีข้อมูลที่นำเชื่อถือและเพียงพอ นั้น เนื่องจากกรรมการอิสระเป็นกรรมการจากภายนอก ข้อมูลที่จะได้รับมักจะมาจากทางเดียว คือจากฝ่ายบริหารเท่านั้น ทำให้เกิด

<sup>64</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, "คำถาม-คำตอบ เกี่ยวกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับแก้ไข)," (2551).

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน

แนวคิดให้คณะกรรมการต้องมีที่ปรึกษาจากภายนอกเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการด้วย โดยจากบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ จะพบว่ากฎหมายบริษัทของหลายประเทศได้บัญญัติให้คณะกรรมการต้องมีที่ปรึกษาคณะกรรมการ เพื่อช่วยให้คำแนะนำแก่คณะกรรมการในเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น ด้านบัญชีหรือกฎหมาย เพื่อให้คณะกรรมการสามารถตัดสินใจได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยหากมีเรื่องใดที่ไม่เข้าใจก็สามารถสอบถามเพิ่มเติมจากที่ปรึกษาคณะกรรมการได้ แต่ทั้งนี้ ในการจ้างที่ปรึกษาเพื่อความเห็นต่อคณะกรรมการบริษัท เพื่อให้เป็นไปตามหลักความระมัดระวัง คณะกรรมการบริษัทควรต้องพิจารณา (ก) ความรู้ความสามารถของที่ปรึกษา และ (ข) ความสมเหตุสมผลของสมมติฐานที่ที่ปรึกษาใช้ด้วย<sup>66</sup>

หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการตัดสินใจในทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดขึ้นไว้เป็นเกราะคุ้มกันกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทไม่ให้อำนาจรับผิดชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท หากการตัดสินใจนั้นได้กระทำไปโดยสุจริตปราศจากการขัดกันของผลประโยชน์ มีความระมัดระวังเพียงพอ และมีความเชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจดังกล่าวเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท เพราะถือว่าการตัดสินใจดังกล่าวได้ดำเนินการภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว

ตัวอย่างคดีความในต่างประเทศที่ตัดสินว่ากรรมการได้ดำเนินการภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ เช่น คณะกรรมการบริษัท B จำกัด ได้แต่งตั้งนาย C เป็นกรรมการผู้จัดการ โดยคณะกรรมการได้ตัดสินใจด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและไม่ได้มีส่วนได้เสียในการแต่งตั้งดังกล่าว รวมถึงได้ใช้ความระมัดระวังในการศึกษาข้อมูลของนาย C อย่างดีพอ อีกทั้งยังเห็นว่านาย C เป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ แต่ต่อมานาย C เกิดทุจริตต่อหน้าที่และยกยอกเงินของบริษัทไป กรณีดังกล่าวได้มีการตัดสินว่าคณะกรรมการไม่ต้องรับผิดต่อบริษัท แม้ว่าการตัดสินใจทางธุรกิจของตนจะทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย เนื่องจากได้ปฏิบัติตามเกณฑ์ของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจครบทุกข้อแล้ว

อย่างไรก็ดี ก็มีตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศที่ได้ตัดสินว่ากรรมการไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ เช่น ในคดี Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del.1985) ซึ่งศาล Supreme Court ของรัฐ Delaware ได้ตัดสินว่าคณะกรรมการไม่ได้รับข้อมูลที่สำคัญอย่างเพียงพอ (uninformed) เกี่ยวกับราคาหุ้นที่แท้จริงและข้อเสนอซื้อหุ้นของบริษัท กรรมการจึงประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เนื่องจากการลงมติอนุมัติข้อเสนอการซื้อกิจการเป็นไปโดยขาดการพิจารณาอย่างรอบคอบ กรรมการจึงฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความ

<sup>66</sup> สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, "คำถาม-คำตอบ เกี่ยวกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับแก้ไข)," (2551).

ระมัดระวังที่มีต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ซึ่งในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว ศาลยอมรับว่ามีประเด็นที่กรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหารไม่ควรต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

จะเห็นได้ว่าแม้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจจะเปรียบเสมือนเกราะป้องกันกรรมการและผู้บริหารของบริษัทไม่ให้อำนาจรับผิดต่อบริษัทหากได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างครบถ้วนแล้ว แต่อย่างไรก็ดี ในบางครั้งกรรมการก็อาจจะต้องรับผิดชอบได้ โดยเฉพาะกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหารเหมือนอย่างในคดี Smith v. Van Gorkom ทั่วๆ ไปที่การตัดสินใจในบางเรื่อง กรรมการแต่ละคนอาจได้รับข้อมูลที่ไม่เท่ากัน กรรมการที่เป็นผู้บริหารย่อมได้รับข้อมูลที่ละเอียดกว่ากรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหารหรือกรรมการจากภายนอก ทำให้การวินิจฉัยความรับผิดของกรรมการควรมีปัจจัยอื่นๆ เข้ามาพิจารณาประกอบด้วย

การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์(ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 จึงได้มีการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาความรับผิดของกรรมการและผู้บริหารแต่ละคนว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่ไว้ในมาตรา 89/9 โดยบัญญัติไว้ว่า

“ในการพิจารณาว่ากรรมการหรือผู้บริหารแต่ละคนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบหรือระมัดระวังหรือไม่ ให้คำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ด้วย

1. ตำแหน่งในบริษัทที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ ณ เวลานั้น
2. ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าวตามที่กำหนดโดยกฎหมายหรือตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ และ
3. คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง”

บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองความรับผิดของกรรมการและผู้บริหารที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยรับผิดชอบและความระมัดระวัง แสดงให้เห็นว่า กฎหมายยอมรับหลักการที่ว่า กรรมการแต่ละคนมีระดับความระมัดระวังที่ไม่เท่ากัน โดยกรรมการที่มีฐานะเป็นผู้บริหาร ย่อมต้องมีระดับความระมัดระวังที่มากกว่ากรรมการที่มาจากภายนอก หรือกรรมการที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เรื่องใดเป็นพิเศษ ก็จะต้องมีระดับความระมัดระวังที่มากขึ้น เช่น คณะกรรมการตรวจสอบ แต่อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยความรับผิดของกรรมการก็ยังคงเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะตาม

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 หรือพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 89/7 แล้วแต่กรณี<sup>67</sup>

อย่างไรก็ดี แม้มาตรา 89/9 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 จะได้กำหนดปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการไว้ว่า กรรมการแต่ละคนมีระดับความระมัดระวังที่ไม่เท่ากัน และการวินิจฉัยความรับผิดชอบของกรรมการต้องคำนึงถึงขอบเขตการแต่งตั้ง หรือที่มาของการแต่งตั้ง ซึ่งแม้ช่วยป้องกันความรับผิดของกรรมการอิสระได้ในระดับหนึ่ง แต่เนื่องจากกรรมการอิสระ เป็นกรรมการที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการบริหารงาน จะมีหน้าที่ในการเข้าประชุมเป็นครั้งคราว ไม่ได้ทำหน้าที่ประจำวันเหมือนอย่างกับคณะกรรมการบริหาร ทำให้ในบางครั้งอาจได้รับข้อมูลที่ไม่เพียงพอ เมื่อเทียบกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร ความรับผิดชอบของกรรมการแต่ละคนจึงไม่เท่ากัน และประการสำคัญคือ บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่เคยถูกนำมาปรับใช้กับคดีความจริงๆ จึงทำให้เกิดผลกระทบต่อกรรมการอิสระได้ ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดความรับผิดชอบของกรรมการแต่ละประเภทให้มีความชัดเจน โดยเฉพาะกรรมการอิสระ ว่าในกรณีใดจึงจะต้องร่วมรับผิดกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร หรือขอบเขตของความรับผิดมีมากน้อยแค่ไหน ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้กรรมการอิสระมีความรับผิดมากเกินไป ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดปัญหาการขาดแคลนกรรมการอิสระได้ ซึ่งจะมีการวิเคราะห์อย่างละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

<sup>67</sup> สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, "ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 : ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดของกรรมการ."

## บทที่ 3

### ที่มา บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในต่างประเทศ

#### 3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

##### 3.1.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายองค์กรธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการปกครองในรูปแบบสหพันธรัฐ (Federal Republic) ซึ่งภายใต้รูปแบบนี้ รัฐบาลกลาง (National Government) มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้ในเมืองหลวงคือ Washington, D.C. และมลรัฐต่างๆ ทั้ง 50 มลรัฐ ภายใต้เงื่อนไขอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันมลรัฐต่างๆ ทั้ง 50 มลรัฐก็มีระบบกฎหมายของตนเอง มีศาลของตนเอง มีระบบการบังคับใช้กฎหมายของตนเอง ซึ่งแม้ว่ากฎหมายในแต่ละมลรัฐจะมีความคล้ายคลึงกัน แต่ทว่าแต่ละมลรัฐก็มีอำนาจในการตัดสินคดีเป็นของตนเอง<sup>1</sup>

กฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็นกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ (Federal Law) กับกฎหมายระดับมลรัฐ (State Law) ซึ่งมีความสำคัญในการปรับใช้กฎหมายและเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี เพราะหากข้อพิพาทเรื่องใดเกี่ยวข้องกับกฎหมายระดับสหพันธรัฐ ก็ต้องปรับใช้กฎหมายในระดับสหพันธรัฐ และศาลที่มีเขตอำนาจศาลก็คือศาลในระดับสหพันธรัฐ แต่หากข้อพิพาทใดเกี่ยวข้องกับกฎหมายในระดับมลรัฐ ก็ต้องปรับใช้ตามกฎหมายของมลรัฐนั้นๆ และศาลที่มีเขตอำนาจศาลก็คือศาลของมลรัฐนั้นๆ<sup>2</sup>

องค์กรธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ถูกจัดตั้งและควบคุมโดยกฎหมายในระดับมลรัฐ (State Corporation Act) โดยแต่ละมลรัฐตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การจัดตั้งองค์กรธุรกิจแต่ละประเภท เช่น Delaware General Corporation Law, California Corporation Code หรือ New York Business Corporation Law เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายที่เป็นเหมือนต้นแบบของกฎหมายองค์กรธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ Model Business Corporation Act (MBCA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่เสนอโดยคณะกรรมการกฎหมายบริษัทแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน

---

<sup>1</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, 1 ed.(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 62.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.



(Committee on Corporate Law of American Bar Association) โดยจะเป็นการนำกฎหมายของแต่ละมลรัฐมาพิจารณาในการสร้างเป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวข้องกับบริษัทมหาชน และบริษัทจำกัด โดย Model Business Corporation Act มีการแก้ไขครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2005 ทั้งนี้ มลรัฐที่นำบทบัญญัติของ Model Business Corporation Act ไปเป็นต้นแบบ เช่น รัฐ Florida โดยมีกฎหมายชื่อว่า Florida Business Corporation Act หรือ รัฐ Wisconsin นำไปเป็นต้นแบบของ Wisconsin Business Corporation Law

อย่างไรก็ดี ในช่วงศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา รัฐบาลกลางได้มีการตรากฎหมายในระดับสหพันธรัฐ (Federal Law) ที่มีผลกระทบต่อองค์กรธุรกิจ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐสภาภายใต้หลักการในเรื่องกิจการที่เกี่ยวกับพาณิชย์ (Commerce Clause) เพื่อควบคุมกิจกรรมทางพาณิชย์ระหว่างมลรัฐ กฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้หลักการนี้ได้แก่ Securities Act of 1933 และ Securities and Exchange Act of 1934 โดยมีองค์กรที่ดูแลและใช้อำนาจ คือ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (U.S. Securities and Exchange Commission (SEC))<sup>3</sup>

### 3.1.2 ที่มาและความสำคัญของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

กรรมการอิสระ (Independent Director) ในประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มมาจากแนวคิดในเรื่องของการมีกรรมการจากภายนอก (Outside Director) หรือกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive Director)<sup>4</sup> ซึ่งมีความเป็นอิสระจากฝ่ายจัดการสำหรับทำหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในระยะยาว นอกจากนี้ยังควรมีจำนวนเป็นเสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมการทั้งหมด<sup>5</sup>

<sup>3</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 145.

<sup>4</sup> อย่างไรก็ดี แม้คำว่ากรรมการจากภายนอก (Outside Director) กับกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive Director) ในบางครั้งจะสามารถใช้แทนกันได้ แต่ก็มีผู้วิจัยบางคนกล่าวว่า ในบางครั้งกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร อาจจะไม่ใช่กรรมการจากภายนอกก็ได้ เช่น กรรมการที่เป็นตัวแทนของพนักงาน (Donald C. Clarke, Three Concepts of the Independent Director, GW Law Faculty Publications & Other Works, 32 Del. J. Corp. L. 73 (2007).)

<sup>5</sup> ZHU, "Liability of Outside Directors and Corporate Governance – a Comparative Study (Part1)."

ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1960-1970 คณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดขนาดใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกา มักจะประกอบด้วยกรรมการภายในเป็นส่วนใหญ่<sup>6</sup> ความแพร่หลายของการมีกรรมการจากภายนอกหรือกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหารเริ่มเกิดขึ้นเนื่องจากพัฒนาการในเรื่องการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) ในช่วงปี ค.ศ. 1970-1980 และกลายมาเป็นมาตรฐานที่บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องปฏิบัติตามในช่วงปี ค.ศ. 1990-2000<sup>7</sup>

นักวิจัยชาวอเมริกันหลายคนได้อธิบายความแตกต่างระหว่างกรรมการภายใน (Inside Director) หรือกรรมการที่เป็นผู้บริหาร (Executive Director) กับกรรมการจากภายนอก (Outside Director) หรือกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive Director) ไว้ว่า กรรมการที่เป็นผู้บริหารคือ ผู้บริหารระดับสูงของบริษัทหรือลูกจ้างที่ปฏิบัติหน้าที่เต็มเวลาของบริษัท บริษัทย่อย หรือกิจการอื่นๆ ที่บริษัทมีอำนาจควบคุม ส่วนกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร คือ กรรมการที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัทไม่ว่าจะในฐานะพนักงานหรือลูกจ้าง มีความเป็นอิสระจากการประกอบธุรกิจของบริษัท หรือเป็นผู้เชี่ยวชาญในสายวิชาชีพที่มีความสัมพันธ์กับบริษัทหรือฝ่ายจัดการ<sup>8</sup>

Model Business Corporation Act มาตรา 8.01 อนุมาตรา (c)(8) ได้กำหนดว่า คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนควรให้ความใส่ใจในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการ โดยเฉพาะบทบาทของกรรมการอิสระ ซึ่งมีหน้าที่ในการช่วยควบคุมดูแลว่าการพิจารณาของคณะกรรมการมีการตัดสินใจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดบริษัทและผู้ถือหุ้นหรือไม่ ข้อกำหนดมาตรฐานของบริษัทจดทะเบียนส่วนใหญ่จึงมีการกำหนดสัดส่วนของคณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่<sup>9</sup>

ในปี ค.ศ. 2001 ประมวลร้อยละ 75 ของบริษัทที่จดทะเบียนใน The New York Stock Exchange (NYSE) มีโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทที่ประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็น

<sup>6</sup> Bhagat and Black, "The Uncertain Relationship between Board Composition and Firm Performance."

<sup>7</sup> Cox, "Managing and Monitoring Conflict of Interest: Empowering the Outside Directors with Independent Counsel," 1077.

<sup>8</sup> ZHU, "Liability of Outside Directors and Corporate Governance – a Comparative Study (Part1)."

<sup>9</sup> Model Business Corporation Act § 8.01 (c)(8) Official Comment.

ส่วนมาก<sup>10</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. 2003 มีผลการสำรวจบริษัทที่เป็นสมาชิกของ Business Roundtable ทั้งหมด 150 บริษัท พบว่าร้อยละ 80 มีโครงสร้างของคณะกรรมการที่ประกอบด้วยกรรมการอิสระอย่างน้อยร้อยละ 75 ของคณะกรรมการทั้งหมด และร้อยละ 90 มีโครงสร้างของคณะกรรมการที่ประกอบด้วยกรรมการอิสระคิดเป็น 2 ใน 3 ของคณะกรรมการทั้งหมด<sup>11</sup>

อย่างไรก็ดี นับตั้งแต่วิกฤตการณ์ล่มสลายของบริษัทขนาดใหญ่ เช่น เอนรอน เวิร์ดคอม เป็นต้น เนื่องจากผู้บริหารระดับสูงใช้ประโยชน์จากนโยบายและวิธีการทางบัญชีเพื่อตกแต่งตัวเลขในรายงานทางการเงิน ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้น พนักงานและผู้มีส่วนเสียในกิจการดังกล่าว จนต้องสูญเสียคิดเป็นเงินมูลค่ามหาศาล จากเหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลให้นักลงทุนและนักการเมืองส่วนใหญ่เห็นว่าถึงเวลาแล้วที่ควรจะมีการปฏิรูประบบการกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. System of Corporate Governance) ส่งผลให้รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายที่มีชื่อว่า Sarbanes-Oxley Act of 2002 (“SOX”) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้มีการออกข้อกำหนดใหม่ๆ รวมถึงการควบคุมองค์ประกอบและบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ และขยายความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ รวมถึงกระตุ้นความสนใจเกี่ยวกับการควบคุมภายในด้านการจัดทำรายงานทางการเงินให้เพิ่มขึ้นอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้เพื่อขจัดข้อผิดพลาดหรือข้อมูลบิดเบือนที่อาจทำให้นักลงทุนเข้าใจผิดในงบการเงิน<sup>12</sup>

นอกจากนั้น ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น The New York Stock Exchange (NYSE) The American Stock Exchange (Amex) หรือ The NASDAQ Stock Market (NASDAQ) ต่างก็มีการแก้ไขกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีความสอดคล้องกับ Sarbanes-Oxley Act of 2002 เช่น การกำหนดให้สัดส่วนของคณะกรรมการมีกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก การให้นิยามคำว่ากรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น การกำหนดบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระให้สามารถช่วยสอดส่องดูแล รวมถึงป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจที่เป็นอิสระ เป็นต้น

<sup>10</sup> J. S. Lublin, "Nyse Considers Rules to Boost Power of Boards—Fostering the Independence of Directors Could Improve Governance," *The Wall Street Journal* 2002.

<sup>11</sup> "The Business Roundtable Releases Corporate Governance Survey," news release, July 15, 2003, <http://www.brt.org/press.cfm/970>.

<sup>12</sup> เสกศักดิ์ จำเริญวงศ์, การบริหารการเงินธุรกิจ: แนวคิดและแนวปฏิบัติ, หน้า 219.

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้หลักการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) ถูกผลักดันให้มีการพัฒนา รวมถึงการสนับสนุนในเรื่องของการตรวจสอบและถ่วงดุลโดยการออกกฎหมายใหม่ๆ ที่มีความสำคัญ ส่งผลให้คณะกรรมการบริษัทและคณะกรรมการตรวจสอบต้องมีการปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีเนื่องจากมีบทบาทที่สำคัญในบริษัท<sup>13</sup>

U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) ได้นำข้อกำหนดของ Sarbanes-Oxley Act of 2002 มาปรับปรุงเป็นกฎระเบียบข้อบังคับสำหรับใช้กับบริษัทจดทะเบียน โดยการออกข้อกำหนดเกี่ยวกับคณะกรรมการบริษัท โดยกำหนดว่ากรรมการบริษัทควรให้ความสำคัญกับเรื่องดังต่อไปนี้

- ความเป็นอิสระ (Independence)
- การตัดสินใจที่เป็นอิสระ (Independent Decisions)
- แนวปฏิบัติในเรื่องการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Corporate Governance Guidelines)
- การควบคุมดูแลในเรื่องจริยธรรมและการกำกับการปฏิบัติงาน (Oversight of Ethical Conduct and Compliance)
- การรายงานข้อมูลเพิ่มเติมต่างๆ ต่อสาธารณะ (Reporting of Additional Information to the Public)

ในเรื่องความเป็นอิสระนั้น ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็น NYSE NASDAQ หรือ Amex ได้ให้ความสำคัญกับโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท โดยขณะปฏิบัติหน้าที่จะต้องมีการพิจารณาที่เป็นอิสระ อาทิเช่น The NYSE Corporate Accountability and Listing Standards Committee ได้มีการกำหนดแนวทางในเรื่องการเพิ่มความรับผิดชอบ ความซื่อสัตย์ สุจริต และความโปร่งใสของบริษัทที่จดทะเบียนใน NYSE โดยมีความเชื่อว่าการที่มีกรรมการอิสระมากกว่ากึ่งหนึ่งของคณะกรรมการทั้งคณะจะช่วยเพิ่มความสามารถในการควบคุมดูแลและป้องกันในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่จะอาจเกิดขึ้นได้<sup>14</sup>

ตลาดหลักทรัพย์ทั้ง 3 แห่งข้างต้นได้มีการกำหนดให้โครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทประกอบด้วยกรรมการอิสระมากกว่ากึ่งหนึ่งหรือเป็นส่วนใหญ่ของกรรมการทั้งคณะ และกำหนดเงื่อนไขของคุณสมบัติของกรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น โดยเงื่อนไขหลักๆ จะเน้นที่ความสัมพันธ์ไม่ว่าในปัจจุบันหรือในอดีตกับบริษัทผู้ตรวจสอบบัญชีจากภายนอก ซึ่งเงื่อนไขหลักๆ

<sup>13</sup> "The Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Current Proposals by Nyse, Amex and Nasdaq. Board and Audit Committee Roles in the Era of Corporate Reform: A White Paper," (Price Waterhouse Coopers, 2003), 1.

<sup>14</sup> Ibid., 6.

ของข้อกำหนดเกี่ยวกับความเป็นอิสระของตลาดหลักทรัพย์แต่ละแห่งก็จะมีผลคล้ายกัน เพียงแต่อาจมีความแตกต่างกันในบางประเด็นเท่านั้น<sup>15</sup>

การกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องความเป็นอิสระที่มีความเข้มงวดสำหรับกรรมการจากภายนอกที่ไม่ส่วนได้เสียกับบริษัทหรือผู้สอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียน จะทำให้สามารถสรรหากรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นอิสระเพื่อมารักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นได้อย่างแท้จริง

### 3.1.3 บทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระ

กรรมการอิสระถือเป็นหนึ่งในคณะกรรมการบริษัท ดังนั้นจึงมีบทบาทหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้วางใจต่อบริษัท คือปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) ภายใต้หลักการใหญ่ของ Fiduciary Duty ซึ่งเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น และมีความรับผิดชอบหากมีการฝ่าฝืนต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว นอกจากนี้กรรมการอิสระยังมีบทบาทหน้าที่อื่นๆ ในฐานะตัวแทนของผู้ถือหุ้นเพื่อคอยตรวจสอบถ่วงดุลกับฝ่ายบริหารของบริษัท โดยใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระ และป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์

#### 3.1.3.1 บทบาทหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการบริษัท

การกำหนดขอบเขตของหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้วางใจ ได้รับการพัฒนาขึ้นจากแนวบรรทัดฐานของศาลในระดับมลรัฐ เพื่อสร้างสมดุลระหว่างหน้าที่ดังกล่าวกับความคล่องตัวหรือความยืดหยุ่นในการบริหารจัดการบริษัท ส่งผลทำให้หน้าที่นี้อาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้วางใจ ก็มีลักษณะร่วมกันที่เป็นสาระสำคัญ<sup>16</sup> โดยสามารถแบ่งหน้าที่ที่กำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นได้เป็น 2 ประเภท คือ หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty)

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 161.

### (1) หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care)

ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง Model Business Corporation Act 2005 ได้กำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการเรียกว่า Standard of Conduct โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 8.30 โดยกล่าวว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการจะต้องปฏิบัติดังนี้

(1) กระทำการโดยสุจริต (in good faith)

(2) เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation)<sup>17</sup>

เมื่อคณะกรรมการบริษัทจะมีการพิจารณาตัดสินใจในเรื่องใดๆ หรือในการทำหน้าที่ควบคุมดูแลบริษัท คณะกรรมการควรปฏิบัติหน้าที่อย่างระมัดระวังอย่างเช่นวิญญูชนผู้มีฐานะเช่นนั้นจะพึงปฏิบัติ<sup>18</sup> หมายความว่า กรรมการต้องปฏิบัติงานในระดับบุคคลที่มีเหตุมีผลหรือบุคคลที่มีฐานะเช่นนั้นพึงกระทำ (Reasonable person) ในสภาวะการณ์เช่นนั้น (Similar circumstances) กล่าวอีกอย่างก็คือ การมีมาตรฐานในการเปรียบเทียบระดับความระมัดระวัง ซึ่งหากปฏิบัติต่ำกว่ามาตรฐานดังกล่าว ก็ถือว่าไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ โดยมาตรฐานก็เทียบกับคนที่มีเหตุมีผลซึ่งทำงานในประเภทเดียวกัน<sup>19</sup> และหากการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ หรือการไม่ได้ปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายกับบริษัท กรรมการย่อมต้องรับผิดชอบโดยการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท

ในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ กรรมการจะต้องเปิดเผยข้อมูล หรือทำให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่กรรมการอื่นๆ หรือคณะกรรมการยังไม่ทราบ แต่ตนเองทราบว่าเป็นข้อมูลที่สำคัญในการพิจารณาตัดสินใจหรือจำเป็นต่อการควบคุมดูแลกิจการ ยกเว้นกรรมการมีเหตุผลอันสมควรเชื่อได้ว่าการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวนั้นจะเป็นขัดต่อกฎหมาย<sup>20</sup>

อย่างไรก็ดี กรรมการมีสิทธิที่จะเชื่อในข้อมูล ความเห็น รายงานต่างๆ รวมทั้งข้อมูลทางการเงิน ถ้าหากข้อมูลต่างๆ ได้จัดทำโดยพนักงานหรือลูกจ้างของบริษัทที่กรรมการมีความเชื่ออย่าง

<sup>17</sup> Model Business Corporation Act § 8.30(a).

<sup>18</sup> Ibid, § 8.30(b).

<sup>19</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 162.

<sup>20</sup> Ibid, § 8.30(c).

สมเหตุสมผลว่าไว้ใจได้และเป็นคนที่มีความรู้ความสามารถในเรื่องต่างๆ ที่จัดทำ หรือเป็นข้อมูลที่มา จากที่ปรึกษากฎหมาย นักบัญชี หรือผู้เชี่ยวชาญ<sup>21</sup> แต่หากกรรมการตัดสินใจบนพื้นฐานที่กรรมการ รู้อยู่แล้วว่าข้อมูลนั้นไม่น่าเชื่อถือ แสดงว่ากรรมการไม่ได้กระทำการโดยสุจริต

มาตรา 8.30 วางหลักในเรื่องมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ โดยไม่ได้มุ่งเน้นใน เรื่องความถูกต้องในการใช้ดุลยพินิจของกรรมการว่าจะเป็นการตัดสินใจที่ถูกหรือผิด ดังนั้นหากกรรมการ ได้ตัดสินใจโดยสุจริต ตัดสินใจด้วยความระมัดระวังตามสมควร และเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุด ของบริษัทแล้ว กรรมการย่อมไม่ต้องรับผิดแม้การตัดสินใจนั้นจะทำให้ธุรกิจได้รับความเสียหายก็ตาม

ในการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความระมัดระวังตามแนวคำพิพากษา และกฎหมายลายลักษณ์อักษร แยกพิจารณาได้ 2 ประเด็น ดังนี้

### 1) มาตรฐานแห่งความระมัดระวัง (Standard of Care)

#### ก. มาตรฐานแห่งความระมัดระวังตามแนวคำพิพากษาของศาล

ปัจจัยที่ใช้พิจารณาว่ากรรมการได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่อย่าง เพียงพอหรือไม่นั้น แนวคำพิพากษาของศาลได้กำหนดไว้หลายระดับด้วยกัน ดังนี้

1. ระดับวิญญูชนทั่วไปพึงกระทำในฐานะและสภาวะการณ์เช่นนั้น
2. ระดับวิญญูชนในฐานะผู้เป็นเจ้าของธุรกิจพึงกระทำ

โดยแนวคำพิพากษาในอดีตเกี่ยวกับมาตรฐานความระมัดระวังนั้น ศาลจะพิจารณา โดยใช้ทั้งหลักอรรถวิสัยและภาวะวิสัยประกอบกัน ไม่ว่าจะกรรมการจะปฏิบัติหน้าที่เต็มเวลาหรือจะรับ ค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม หรือกรณีกรรมการมีถิ่นที่อยู่ห่างไกล ทำให้ไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้ หรือกรรมการจะมีคุณสมบัติ ความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษหรือไม่ก็ตาม ศาลจะปรับใช้มาตรฐาน ระดับความระมัดระวังตามลักษณะการประกอบธุรกิจ<sup>22</sup> และจะพิจารณาเฉพาะขั้นตอนการกระทำของ กรรมการเท่านั้น จะไม่ได้ปรับใช้กับผลการตัดสินใจของกรรมการว่าเป็นการตัดสินใจที่ถูกต้องหรือไม่

<sup>21</sup> Ibid, § 8.30(e),(f).

<sup>22</sup> H. G. Henn, *Law of Corporation and Other Business Enterprises Law*(St. Paul, MN: WEST PUBLISHING CO., 1970), 445.

ข. มาตรฐานแห่งความระมัดระวังตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร

กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้เข้ามามีบทบาทกำหนดมาตรฐานระดับความระมัดระวังของกรรมการเพิ่มเติมจากแนวคำพิพากษาของศาล โดยใน Model Business Corporation Act 2005 ได้กำหนดมาตรฐานระดับความระมัดระวังของกรรมการไว้ในมาตรา 8.30 (b) ดังนี้

มาตรา 8.30 (b) ในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการที่จะต้องมีการตัดสินใจหรือทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเช่นบุคคลในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำในฐานะและสภาวะการณ์เช่นนั้น (The members of the board of directors or a committee of the board, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.)<sup>23</sup>

นอกจากนี้ในมาตราดังกล่าว ยังได้กล่าวถึงการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความระมัดระวังไว้ ดังนี้

1. การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของกรรมการ

มาตรา 8.30 (c) ได้กำหนดหลักการไว้ว่า กรรมการควรเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจหรือในการควบคุมดูแลการปฏิบัติงานให้ที่ประชุมคณะกรรมการทราบ เว้นแต่มีเหตุที่ไม่ต้องเปิดเผย อีกทั้งมีความเชื่อโดยสุจริตว่าการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความลับ หรือจรรยาบรรณทางวิชาชีพ (In discharging board or committee duties a director shall disclose, or cause to be disclosed, to the other board or committee members information not already known by them but known by the director to be material to the discharge of their decision-making or oversight functions, except that disclosure is not required to the extent that the director reasonably believes that doing so would violate a duty imposed under law, a legally enforceable obligation of confidentiality, or a professional ethics rule.)<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Model Business Corporation Act § 8.30(b).

<sup>24</sup> Ibid, § 8.30(c).



2. กรรมการสามารถเชื่อข้อมูลที่มาจากผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ที่กรรมการได้มอบหมาย มาตรา 8.30 (d) ได้กำหนดว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ หากกรรมการไม่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องใดเป็นพิเศษ สามารถเชื่อถือข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญซึ่งคณะกรรมการได้มอบหมายอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ ให้มีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการภายใต้กฎหมาย (In discharging board or committee duties a director who does not have knowledge that makes reliance unwarranted is entitled to rely on the performance by any of the persons specified in subsection (f)(1) or subsection (f)(3) to whom the board may have delegated, formally or informally by course of conduct, the authority or duty to perform one or more of the board's functions that are delegable under applicable law.)<sup>25</sup>

## 2) มาตรฐานที่กำหนดให้กรรมการต้องรับผิดชอบ

### ก. ตามแนวคำพิพากษา

การพิจารณาว่ากรรมการที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังจะต้องรับผิดชอบเมื่อใดนั้น แนวคำพิพากษาของศาลมักจะไม่วางโทษกรรมการโดยพิจารณาที่การตัดสินใจผิดพลาดหรือพิจารณาโทษโดยดูว่ากรรมการประมาทเลินเล่อ (negligence) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) แต่เพียงอย่างเดียว ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงว่ากรรมการมีเจตนาทุจริตหรือไม่ประกอบ

ตัวอย่างคำพิพากษาสำคัญคือคดี Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del.1985) ซึ่งศาล Supreme Court ของรัฐ Delaware ได้ตัดสินว่าคณะกรรมการไม่ได้รับข้อมูลที่สำคัญอย่างเพียงพอ (uninformed) เกี่ยวกับราคาหุ้นที่แท้จริงและข้อเสนอซื้อหุ้นของบริษัท กรรมการจึงประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เนื่องจากการลงมติอนุมัติข้อเสนอการซื้อกิจการเป็นไปโดยขาดการพิจารณาอย่างรอบคอบ กรรมการจึงฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังที่มีต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

ประเด็นที่มีการวิพากษ์วิจารณ์กันเป็นอย่างมากและอาจเป็นข้อโต้แย้งคำพิพากษาของศาลได้ เช่น ในการพิจารณาข้อเสนอซื้อหุ้นบริษัท กรรมการได้พิจารณาโดยใช้ความรู้ทางการเงินของ

<sup>25</sup> Model Business Corporation Act § 8.30(d)

ตนเอง โดยอาจเชื่อถือความรู้ความสามารถของนาย Van Gorkom ได้ และราคาหุ้นที่ตัดสินใจขายก็เป็นราคาที่สูงกว่าราคาตลาด จึงอาจถือได้ว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างรอบคอบแล้ว

คดีนี้ ดูเหมือนว่าศาลจะยอมรับความแตกต่างระหว่างกรรมการที่เป็นผู้บริหารกับกรรมการที่มาจากภายนอกว่ามีระดับความรับผิดชอบต่อบริษัทแตกต่างกันกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร และควรจะได้รับ การปฏิบัติที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าคณะกรรมการใช้กลยุทธ์ในการต่อสู้คดีร่วมกัน (one for all) โดยไม่มีการหยิบยกประเด็นข้อต่อสู้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอิสระไม่ได้ฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังและควรมีความรับผิดชอบต่างจากกรรมการที่เป็นผู้บริหาร

ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำตัดสินในคดีดังกล่าว ทำให้กรรมการอิสระต้องกลับมาทบทวนบทบาทหน้าที่ของตนเอง เนื่องจากมีความเสี่ยงจากการถูกฟ้องร้อง ทำให้ไม่กล้ารับตำแหน่งกรรมการ รวมทั้งมีจำนวนกรรมการลาออกเพิ่มขึ้น แม้หลายบริษัทจะมีนโยบายทำประกันให้ความคุ้มครองกรรมการก็ตาม

อนึ่ง รัฐที่ตื่นตัวและให้ความสำคัญในเรื่องดังกล่าวคือ รัฐ Delaware ซึ่งได้เร่งแก้ไขกฎหมายให้บริษัทมหาชนสามารถกำหนดข้อบังคับของบริษัทเพื่อบรรเทาและจำกัดความรับผิดชอบบุคคลให้แก่กรรมการในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ให้บริษัทได้ ซึ่งในหลายมลรัฐ รวมทั้งบริษัทเอกชนหลายแห่งได้ยอมรับหลักการกฎหมายของรัฐ Delaware โดยได้นำไปใช้และมีการแก้ไขข้อบังคับของบริษัทให้สอดคล้องกัน

นอกจากนี้ ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำตัดสินในคดีดังกล่าว บริษัทที่ปรึกษากฎหมายหลายแห่งได้ทำหนังสือแจ้งบริษัทลูกค้าความของตนว่าในการพิจารณาเรื่องที่มีความสำคัญกับบริษัทซึ่งกรรมการอาจมิได้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในเรื่องนั้นๆ เช่น การขายกิจการ การปรับโครงสร้างบริษัท บริษัทควรจัดให้มีที่ปรึกษากฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญในด้านนั้นๆ เพื่อให้คำปรึกษาแก่คณะกรรมการด้วย

ทั้งนี้ ได้มีผู้แสดงความคิดเห็นว่าการกำหนดมาตรฐานความรับผิดชอบของกรรมการโดยให้กรรมการรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่มีการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถือเป็นมาตรฐานความรับผิดชอบที่เป็นธรรม (well justified) เพราะความเป็นจริงแล้ว กรรมการภายนอกคือบุคคลที่ทำงานให้แก่บริษัทเป็นครั้งคราว ดังนั้นการกำหนดให้กรรมการจะต้องรับผิดชอบในงานทุกอย่างของบริษัทจึงไม่เหมาะสม จึง

ควรกำหนดมาตรฐานแห่งความรับผิดชอบของกรรมการให้อยู่ในระดับประมาณเส้นเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและสอดคล้องกับสภาพการทำงานของกรรมการ<sup>26</sup>

ข. ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร

มาตรา 8.31 แห่ง Model Business Corporation Act 2005 ได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานที่ใช้วัดความผิดของกรรมการว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ในระดับใดจึงจะถือว่ากรรมการต้องรับผิด ดังนี้

(a) กรรมการไม่ต้องรับผิดในความเสียหายใดๆ ต่อบริษัท หรือผู้ถือหุ้นจากการตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำการใดๆ เว้นแต่ผู้เกี่ยวข้องพิสูจน์ได้ว่า

1. กรรมการไม่สามารถยกข้อต่อสู้ดังกล่าวได้ (no defense interposed by the director)

2. การกระทำดังกล่าวของกรรมการเป็นผลมาจาก

(i) การกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริต (action not in good faith)

(ii) การตัดสินใจโดยปราศจากเหตุผลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท หรือเป็นการตัดสินใจของกรรมการที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตในสถานการณ์เช่นนั้น (a decision which the director did not reasonably believe to be in the best interests of the corporation, or as to which the director was not informed to an extent the director reasonably believed appropriate in the circumstances.)

(iii) การกระทำที่มีอคติ เนื่องจากมีความสัมพันธ์ทางครอบครัว ความสัมพันธ์ทางการเงิน หรือความสัมพันธ์ทางธุรกิจของกรรมการ หรือขาดความเป็นอิสระอันเป็นผลจากการที่กรรมการอยู่ภายใต้การควบคุมของบุคคลอื่นที่มีผลประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญ (a lack of objectivity due to the director's familial, financial or business relationship with, or a lack of independence due to the director's domination or control by, another person having a material interest in the challenged conduct.)

(iv) กรรมการไม่สามารถอุทิศตนและเวลาในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อควบคุมดูแลการดำเนินงานของบริษัท เช่น การซักถามฝ่ายจัดการในที่ประชุมคณะกรรมการ หรือเอาใจใส่ต่อเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการทำงานของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ (a sustained failure of the director to devote attention to ongoing oversight of the business and affairs of the corporation, or a failure to devote timely attention, by making (or causing to be made) appropriate inquiry, when particular facts and

---

<sup>26</sup> D. J. Block, N. E. Barton, and S. A. Radin, *The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors*, (NJ: Prentice Hall Law & Business, 1989).

circumstances of significant concern materialize that would alert a reasonably attentive director to the need therefore.)

(v) กรรมการได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน จากการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายที่มีต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น (receipt of a financial benefit to which the director was not entitled or any other breach of the director's duties to deal fairly with the corporation and its shareholders that is actionable under applicable law.)

## (2) หลักการตัดสินใจในทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

หลักการตัดสินใจในทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) เป็นหลักที่ช่วยทำให้การตัดสินใจในทางธุรกิจภายใต้หลักการนี้ไม่เข้าข่ายเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง โดยหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังจะเป็นการพิจารณาว่าในการตัดสินใจใดๆ ในทางธุรกิจนั้น ได้มีการดำเนินการตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่รอบคอบหรือไม่ หากได้ดำเนินการไปอย่างรอบคอบแล้ว แม้การตัดสินใจนั้นในท้ายที่สุด จะก่อให้เกิดความผิดพลาดในการทำธุรกิจ ก็ไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง เพราะยอมเป็นธรรมดาของการทำธุรกิจที่จะมีได้และมีเสีย ไม่มีการตัดสินใจใดๆ ให้หลักประกันได้ว่าร้อยเปอร์เซ็นต์ว่าจะมีแต่ได้เท่านั้น ดังนั้น หากไม่มีหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเข้ามาช่วยหรือมาจำกัดหลักในเรื่องหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง ก็อาจทำให้กรรมการบริษัทไม่ตัดสินใจทำอะไรเลย เพราะการตัดสินใจที่แม้ได้ทำไปด้วยความรอบคอบ แต่หากเกิดความเสียหายก็ต้องรับผิดชอบ<sup>27</sup>

กฎหมายของบางมลรัฐจึงได้เข้ามาแก้ไขเปลี่ยนแปลงความรับผิดชอบของกรรมการหรือพนักงานจากการปฏิบัติฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง เช่น กฎหมายของ มลรัฐ Delaware เปิดช่องทางให้ผู้ถือหุ้นแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเพื่อกำหนดให้กรรมการหรือพนักงานไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเมื่อมีการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง กฎหมายบางมลรัฐจำกัดจำนวนความเสียหายที่จะเรียกร้องให้กรรมการหรือพนักงานบริษัทต้องรับผิดชอบเมื่อมีการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง กฎหมายของหลายมลรัฐอนุญาตให้บริษัทสามารถชดใช้เงิน (Indemnification) ให้แก่กรรมการหรือพนักงานบริษัทที่ต้องรับผิดชอบชดใช้ด้วยเหตุแห่งการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง<sup>28</sup>

<sup>27</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 162.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

### (3) หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty)

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) ของสหรัฐอเมริกา พิจารณาได้ 3 หัวข้อ คือ

3.1 การทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท (Self-Dealing)

3.2 การใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัทแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว (Usurpation of Corporate Opportunities)

3.3 การค้าแข่งกับบริษัท (Competition with the corporation)

#### 3.1 การทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท (Self-Dealing)

ธุรกรรมที่กรรมการกระทำกับบริษัท หมายถึง กรณีที่มีการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทกับกรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ เช่น สัญญาซื้อขายทรัพย์สิน สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาจ้างงาน เป็นต้น

Model Business Corporation Act 2005 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทที่ตนเองมีส่วนได้เสีย (Director's conflicting interest transaction) ไว้ในมาตรา 8.60 – 8.63 สรุปหลักการได้ดังนี้

มาตรา 8.60 ให้คำนิยามการทำธุรกรรมของกรรมการที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัทว่า หมายถึง การที่บริษัททำธุรกรรมหรือข้อเสนอ ซึ่งในขณะนั้น มีกรรมการเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง หรือในขณะนั้น กรรมการรู้หรือควรจะรู้ได้ว่าจะได้รับผลประโยชน์ทางการเงินที่สำคัญ หรือในขณะนั้น กรรมการรู้ว่าบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับตนเองเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายกับบริษัทหรือเป็นผู้ที่จะได้รับผลประโยชน์ทางการเงินที่สำคัญ

ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าว ศาลจะเข้ามาพิจารณาและมีคำสั่งให้ธุรกรรมนั้นตกเป็นอันเสียเปล่าไปโดยยกเลิกธุรกรรมนั้น (Rescission) หรือไม่ก็กำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายสำหรับการกระทำนั้นๆ ในกรณีที่ไม่สามารถยกเลิกธุรกรรมนั้นได้

อย่างไรก็ดี มาตรา 8.62 ได้กำหนดว่าการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทจะมีผลต่อเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งดังต่อไปนี้

1. ที่ประชุมคณะกรรมการโดยเสียงข้างมากได้รับรองหรือให้สัตยาบัน โดยที่กรรมการมีส่วนได้เสียจะต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมด และต้องไม่เข้าร่วมในการพิจารณา (มาตรา 8.62 (a)(b))

ในกรณีที่กรรมการไม่อาจเปิดเผยการมีส่วนได้เสียของตนหรือผู้เกี่ยวข้องได้เนื่องจากอาจฝ่าฝืนหน้าที่หรือจรรยาบรรณทางธุรกิจ หรือขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล ในการขออนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าวจากที่ประชุมคณะกรรมการ กรรมการผู้มีส่วนได้เสียดังกล่าวต้องเปิดเผยข้อมูลดังต่อไปนี้ต่อที่ประชุม (มาตรา 8.62 (c))

1) ข้อเท็จจริงทั้งหมดยกเว้นข้อเท็จจริงในส่วนที่หากเปิดเผยแล้วจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

2) ผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับจากการทำธุรกรรมดังกล่าว

3) ข้อเท็จจริงที่ว่า เป็นหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับ

2. ที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยเสียงข้างมากได้อนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าวภายหลังจากที่ได้ดำเนินการดังนี้

1) ส่งหนังสือแจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบล่วงหน้าถึงการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทกับกรรมการ พร้อมทั้งมีการให้ข้อมูลที่เพียงพอแก่ผู้ถือหุ้น (มาตรา 8.63 (a))

2) ก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะมีการลงมติ กรรมการต้องแจ้งให้เลขานุการบริษัทหรือตัวแทนบริษัทได้ทราบถึงจำนวนหุ้นที่ตนเองถืออยู่ในบริษัท และกรรมการไม่สามารถออกเสียงตามจำนวนหุ้นที่ตนเองถืออยู่ได้ (มาตรา 8.63 (b))

3. เมื่อพิจารณาได้ว่าการทำธุรกรรมกับบริษัทในสถานการณ์ดังกล่าวเป็นธรรมกับบริษัท (มาตรา 8.61 (b)) กรณีดังกล่าว ศาลจะถือว่าธุรกรรมนี้มีผลสมบูรณ์บังคับกันได้ ไม่ว่าธุรกรรมนี้จะได้รับการรับรองหรือให้สัตยาบันโดยกรรมการที่ไม่มีส่วนได้เสียในธุรกรรมนี้หรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้เพราะเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้ทำไปอย่างยุติธรรม บริษัทย่อมไม่ได้รับความเสียหาย<sup>29</sup>

ในเรื่องการจ่ายค่าตอบแทนของกรรมการก็ถือเป็นการทำธุรกรรมกับบริษัทที่ตนเองมีส่วนได้เสีย บริษัทมหาชนส่วนใหญ่จึงมักจะหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว โดยการตั้งคณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทน (Remuneration Committee) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกรรมการอิสระ เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาค่าตอบแทนของกรรมการซึ่งอาจอยู่ในรูปเงินเดือน หรือเงินบำนาญ โดยกรรมการอิสระส่วนใหญ่ก็มักจะได้อำนาจตอบแทนในรูปของหุ้นมากกว่าเงินสด โดยในการจ่ายค่าตอบแทนให้กรรมการนั้นจะต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ในเรื่องภาษีด้วย ซึ่งตามประมวลรัษฎากรอนุญาตให้บริษัทที่มีความจำเป็น

<sup>29</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 164.

สามารถหักค่าลดหย่อนค่าตอบแทนพิเศษที่จ่ายให้แก่กรรมการได้ในจำนวนที่สมเหตุสมผลและเป็นจำนวนที่เกิดขึ้นจริง<sup>30</sup>

แต่อย่างไรก็ดี หากการตัดสินใจเพื่อให้ค่าตอบแทนแก่กรรมการบริษัทมีลักษณะที่มากเกินไปกว่าจะยอมรับได้ และไม่สมเหตุสมผล แม้จะมีการอนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยผู้ถือหุ้น ศาลก็จะเข้ามาตรวจสอบว่าการให้ค่าตอบแทนที่สูงเกินกว่าจะยอมรับได้นี้ สัมพันธ์กับคุณค่าของสมรรถภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับค่าตอบแทนนี้หรือไม่<sup>31</sup>

### 3.2 กรณีที่กรรมการใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัทแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว (Usurpation of Corporate Opportunities)

หน้าที่ประการหนึ่งของกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต คือการไม่ใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัท โดยหลัก Common Law ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้โอกาสทางธุรกิจยอมรับว่าเป็นสิทธิของบริษัทที่จะใช้โอกาสในทางธุรกิจ (Corporate Opportunities) หากกรรมการแย่งชิงโอกาสที่ควรจะเป็นของบริษัทไปเป็นของตนเอง ถือว่ากรรมการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และบริษัทมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย รวมถึงผลกำไรที่คาดว่าจะได้รับจากโอกาสนั้นๆ อีกด้วย

นอกจากนี้ American Law Institute ยังได้ให้นิยามของคำว่าโอกาสในทางธุรกิจ (Corporate Opportunities) กับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการไว้ ดังนี้

1. กรรมการเชื่อโดยสุจริตว่าโอกาสนั้นถูกนำเสนอให้แก่บริษัท
2. กรรมการเชื่อโดยสุจริตว่าโอกาสนั้นจะเป็นประโยชน์แก่บริษัท
3. โอกาสนั้นใกล้ชิดหรือเกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัทหรือคาดหมายได้ว่าจะเกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

ในการวินิจฉัยว่าโอกาสในทางธุรกิจของบริษัท (Corporate Opportunities) หมายถึงอะไรเมื่อใดที่ถือว่าเกิดโอกาสในทางธุรกิจขึ้นกับบริษัท หรือเมื่อใดที่ถือว่าบริษัทไม่สามารถใช้ประโยชน์ในโอกาสทางธุรกิจได้ เป็นเหตุให้กรรมการสามารถใช้โอกาสในทางธุรกิจของบริษัทได้เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณา และมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละศาล โดยมีหลักสำคัญที่ใช้พิจารณา 4 หลัก ได้แก่

<sup>30</sup> R. W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*(St. Paul, MN: WEST PUBLISHING CO., 2002), 475-76.

<sup>31</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 165.

1. หลักในเรื่องส่วนได้เสียหรือความคาดหวัง (Interest or expectancy) กล่าวคือ บริษัทมีส่วนได้เสียในโอกาสนั้นเมื่อบริษัทได้เข้าไปมีสิทธิในทางสัญญา (Contract right) ในโอกาสอันนั้น นอกจากนั้น บริษัทมีความคาดหวังเกี่ยวกับโอกาสของบริษัทเมื่อการบริหารจัดการของบริษัทแสดงให้เห็นได้ว่ามีความคาดหวังที่บริษัทจะได้ผลประโยชน์จากโอกาสนั้น หลักข้อนี้เป็นหลักที่เก่าแก่ที่ใช้พิจารณาว่าเรื่องใดเป็นโอกาสของบริษัทหรือไม่<sup>32</sup>

2. หลักในเรื่องสายธุรกิจที่บริษัทประกอบกิจการอยู่ (Line of Business) กล่าวคือ เรื่องที่ถือว่าเป็นโอกาสของบริษัทนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่ใกล้ชิดเกี่ยวข้องกับธุรกิจที่บริษัททำอยู่หรือคาดว่าจะทำ โดยหลักข้อนี้เป็นหลักที่เป็นที่นิยมของศาลในการพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นโอกาสของบริษัทหรือไม่<sup>33</sup>

ข้อเท็จจริงอื่นที่ศาลใช้พิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจเป็นของบริษัท เช่น บริษัทมีแผนหรือได้เริ่มดำเนินการใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจนั้นแล้ว (Expectancy Test) โอกาสในทางธุรกิจถูกพัฒนาขึ้นโดยการใช้ทรัพย์สิน เงินทุน หรือข้อมูลของบริษัท (Appropriation Test) โอกาสทางธุรกิจที่นำเสนอต่อกรรมการโดยคาดหวังได้อย่างชัดเจนหรือเป็นนัยว่ากรรมการจะนำเสนอโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวให้แก่บริษัท (Capacity Test)<sup>34</sup>

กรณีที่ไม่ถือว่าเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท เช่น โอกาสทางธุรกิจถูกนำเสนอให้แก่กรรมการเฉพาะบุคคล โดยไม่เกี่ยวข้องกับการเป็นกรรมการ หรือไม่เกี่ยวข้องกับการใช้ทรัพย์สินของบริษัท หรือโอกาสทางธุรกิจอยู่นอกเหนือขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท (Ultra vires) หรือกรณีของบริษัทโดยความเห็นชอบของที่ประชุมคณะกรรมการ ปฏิเสธโอกาสทางธุรกิจนั้น

3. หลักในเรื่องความชอบธรรม (Fairness) กล่าวคือ เรื่องที่จะถือเป็นโอกาสของบริษัท จะพิจารณาจากข้อเท็จจริงโดยเฉพาะเจาะจงว่ามีความไม่ชอบธรรมในการที่กรรมการหรือผู้บริหารระดับสูงเข้าไปดำเนินการในเรื่องนั้น เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือไม่ หากมีความไม่ชอบธรรม ก็ถือว่าเป็นโอกาสของบริษัท<sup>35</sup>

<sup>32</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 167

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

<sup>34</sup> Model Business Corporation Act 2005 Official comment.

<sup>35</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.



4. การผสมผสานหลักต่างๆ เข้าด้วยกัน (Combination) กล่าวคือ ศาลบางศาลผสมผสานหลัก 2 หลักเข้าด้วยกัน โดยจะถือว่าเรื่องใดเป็นโอกาสของบริษัทหรือไม่ ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ในเรื่องสายธุรกิจที่บริษัทประกอบการอยู่ (Line of Business) และหลักในเรื่องความชอบธรรม (Fairness)<sup>36</sup>

กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจของบริษัท (Usurpation of Corporate Opportunities)

Model business Corporation Act มาตรา 8.70 (a) ได้บัญญัติเป็นหลักการไว้ว่า กรรมการที่ได้รับประโยชน์ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท จะไม่ได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการชดเชยความเสียหายใดๆ จากการถูกฟ้องร้องคดี หากโอกาสทางธุรกิจนั้นได้ถูกนำเสนอกับบริษัทก่อน และถือเป็นหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องนำเสนอโอกาสทางธุรกิจนั้นให้บริษัทพิจารณา โดยมีข้อยกเว้น 2 กรณี คือ

1. คณะกรรมการมีมติเห็นชอบให้ปฏิเสธโอกาสทางธุรกิจของบริษัท โดยกรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องไม่เข้าร่วมในการพิจารณา หรือ
2. ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้ปฏิเสธโอกาสทางธุรกิจของบริษัท โดยกรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องไม่เข้าร่วมในการพิจารณา

โดยในการพิจารณานั้น กรรมการต้องเปิดเผยต่อคณะกรรมการและที่ประชุมผู้ถือหุ้นล่วงหน้าเกี่ยวกับข้อเท็จจริงทั้งหมด ซึ่งเกี่ยวข้องกับโอกาสทางธุรกิจนั้นที่กรรมการได้รับทราบมา นอกจากนี้กรณีที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจทั่วไป โดยที่ไม่ได้ขออนุมัติจากที่ประชุมคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งไม่จำเป็นว่าโอกาสทางธุรกิจทั่วไปที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องถูกนำเสนอให้กับบริษัทก่อน และการกระทำดังกล่าวไม่เป็นเหตุอ้างเพื่อผลกภาระการพิสูจน์ความผิดไปยังกรรมการให้ต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ฝ่าฝืนหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริต

### 3.3 การค้าแข่งกับบริษัท (Competition with the corporation)

โดยทั่วไปแล้วมีความเป็นไปได้ที่กรรมการจะประกอบกิจการที่ใกล้เคียงกับธุรกิจของบริษัท โดยจะต้องมีการพิจารณาว่าการค้าแข่งกับบริษัทของกรรมการนั้น เป็นไปด้วยเจตนาสุจริตและไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือไม่ แต่หากมีการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการค้าแข่งกับกิจการของบริษัท เช่น กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท การฝ่าฝืนนำข้อมูลความลับทางการค้า หรือ

<sup>36</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 167.

รายชื่อลูกค้าของบริษัทไปใช้ประโยชน์ หรือการวางตนในตำแหน่งที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ เป็นต้น ซึ่งความผิดของกรรมการที่ฝ่าฝืนหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตนี้ ใกล้ชิดกับความรับผิดฐานละเมิดตามหลักกฎหมายเรื่องการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม (tort concept of unfair competition) นอกจากนี้ ยังมีธุรกรรมอีกหลายประเภทที่ถือว่าเป็นการแข่งกับบริษัท เช่น กรรมการขายหุ้นของตนเองนราคาต่ำกว่าที่บริษัทขาย เนื่องจากได้รับส่วนลด เช่นนี้ศาลจะพิจารณาตัดสินคดีโดยใช้หลักความเป็นธรรมหรือหลักการกระทำโดนเสมอภาค (fairness or fair play) เพื่อประเมินว่าการกระทำดังกล่าวของกรรมการเป็นไปตามหลักจริยธรรมทางธุรกิจหรือไม่<sup>37</sup>

### (3) หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูล (Duty of Disclosure)

หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูล กำหนดให้กรรมการบริษัทจะต้องมีการเปิดเผยข้อมูลที่ครบถ้วน เป็นธรรม และถูกต้องแก่ผู้ถือหุ้น<sup>38</sup>

#### 3.1.3.2 บทบาทหน้าที่โดยเฉพาะของกรรมการอิสระ

กรรมการอิสระนอกจากจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) ในฐานะกรรมการบริษัทแล้ว กรรมการอิสระยังมีบทบาทหน้าที่อื่นๆ ในฐานะตัวแทนของผู้ถือหุ้น เพื่อคอยตรวจสอบถ่วงดุลกับฝ่ายบริหารของบริษัท โดยการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระ และป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยอาจเรียกได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นอิสระ (Duty of Independence)

การปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นอิสระ (Duty of Independence) เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นกรรมการจากภายนอก ซึ่งนอกจากจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) แล้ว ยังควรมีการปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นอิสระ โดยเฉพาะในการพิจารณาหรือตัดสินใจในเรื่องต่างๆ รวมถึงคอยควบคุม ตรวจสอบดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการที่เป็น

<sup>37</sup> Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 484.

<sup>38</sup> "Guide for Independent Directors," (Loeb&Loeb's Corporate Governance Practice Group, 2008).

ผู้บริหาร และควรกำหนดเป็นมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของกรรมการอิสระหรือกรรมการจากภายนอก<sup>39</sup>

การตัดสินใจที่เป็นอิสระ (Independent Decisions) ถือเป็นหัวใจหลักของการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการอิสระ เนื่องจากกรรมการอิสระจะเป็นผู้ที่คอยตรวจสอบการทำงานของฝ่ายจัดการ ดังนั้นตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้เสนอว่าควรมีการประชุมของกรรมการที่ไม่ใช่ฝ่ายจัดการ (Executive Sessions) เพื่อเปิดโอกาสให้กรรมการมีความเป็นอิสระในการพิจารณาเรื่องที่มีความสำคัญหรือเสนอประเด็นใหม่ๆ โดยปราศจากแรงกดดันหรืออิทธิพลจากฝ่ายจัดการของบริษัท<sup>40</sup>

The Sarbanes-Oxley Act ได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัทจดทะเบียนในเรื่องเกี่ยวกับคณะกรรมการตรวจสอบ โดยได้กำหนดคำนิยามไว้ว่า คณะกรรมการตรวจสอบ หมายถึงคณะกรรมการที่แต่งตั้งขึ้นโดยคณะกรรมการบริษัท มีวัตถุประสงค์เพื่อให้คอยสอดส่องดูแลเกี่ยวกับรายงานทางบัญชีและการเงิน และตรวจสอบงบการเงินของบริษัทจดทะเบียน นอกจากนี้ยังมีการกำหนดมาตรฐานที่เหมาะสม และบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการตรวจสอบ และกำหนดว่าสมาชิกของกรรมการตรวจสอบต้องเป็นกรรมการอิสระ

นอกจากนี้ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ยังได้เสนอให้มีการจัดตั้งคณะอนุกรรมการที่มีความเป็นอิสระ เช่น The New York Stock Exchange (NYSE) ได้มีข้อกำหนดในเรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการสรรหา หรือคณะกรรมการบริษัทภิบาล และคณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทนไว้ว่า ภายในปีแรกของการออกกฎเกณฑ์ คณะอนุกรรมการแต่ละคณะควรประกอบด้วยกรรมการอิสระอย่างน้อย 1 คน และภายใน 2 ปีต่อมา คณะกรรมการทุกคนของแต่ละคณะควรเป็นกรรมการอิสระทุกคน ส่วน The NASDAQ Stock Market (NASDAQ) และ American Stock Exchange (Amex) เสนอให้มีการสรรหากรรมการผ่านคณะกรรมการสรรหา ซึ่งเป็นกรรมการอิสระทั้งคณะ หรือเป็นส่วนใหญ่ของคณะกรรมการสรรหาทั้งคณะ<sup>41</sup>

<sup>39</sup> ZHU, "Liability of Outside Directors and Corporate Governance – a Comparative Study (Part1)."

<sup>40</sup> "The Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Current Proposals by Nyse, Amex and Nasdaq. Board and Audit Committee Roles in the Era of Corporate Reform: A White Paper."

<sup>41</sup> Ibid.

การกำหนดให้คณะกรรมการชุดต่างๆ ประกอบด้วยกรรมการอิสระทั้งคณะเพื่อให้มีการใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นอิสระนั้น คณะกรรมการจำเป็นที่จะต้องทำงานโดยประสานงานกับฝ่ายบริหาร เพื่อให้ได้รับข้อมูลที่สำคัญ และสามารถนำมาพิจารณาในเรื่องต่างๆ ได้

ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการในบริษัทจดทะเบียนมีเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากบริษัทจดทะเบียนเป็นบริษัทที่มีผู้มีส่วนได้เสียเป็นจำนวนมาก โดยนอกจากจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริตแล้ว ยังต้องมีการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติต่างๆ ตามที่ตลาดหลักทรัพย์แต่ละแห่งกำหนด ซึ่งก็มีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้ หากบริษัทจดทะเบียนไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนด อาจถูกพิจารณาเพิกถอนการซื้อขายหลักทรัพย์ (de-listing) ได้

### 3.1.4 คุณสมบัติของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

ในเรื่องคุณสมบัติของกรรมการอิสระนั้น Model Business Corporation Act 2005 ไม่ได้มีการกำหนดไว้ชัดเจน แต่โดยทั่วไป กรรมการอิสระจะต้องไม่เป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัทปัจจุบัน ไม่เป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพที่มีความสัมพันธ์กับบริษัท เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย หรือผู้ตรวจสอบบัญชี หรือไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือพนักงานขององค์กรนั้นๆ รวมถึงไม่มีสมาชิกในครอบครัวของกรรมการเป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัท<sup>42</sup>

1) The New York Stock Exchange Listed Company Manual ได้กำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระไว้ในข้อ 303A.02 โดยกำหนดว่า กรรมการจะไม่มีความเป็นอิสระ ถ้ามีคุณสมบัติดังต่อไปนี้<sup>43</sup>

1. กรรมการเป็น หรือเคยเป็นพนักงานของบริษัทจดทะเบียน (รวมถึงบริษัทแม่และบริษัทย่อยของบริษัทจดทะเบียน) ภายในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา หรือมีบุคคลในครอบครัวเป็น หรือเคยเป็นผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนภายในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา

อย่างไรก็ดี หากดำรงตำแหน่งเป็นการชั่วคราว ไม่ว่าจะ เป็นตำแหน่งประธานกรรมการ กรรมการผู้จัดการ หรือผู้บริหารระดับสูงอื่นๆ จะไม่ถือว่าขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการอิสระตามข้อกำหนดข้างต้น

<sup>42</sup> Model Business Corporation Act, p.8-7.

<sup>43</sup> The New York Stock Exchange Listed Company Manual, Section 303A.02.

2. กรรมการ หรือบุคคลในครอบครัวได้รับค่าตอบแทนเป็นระยะเวลา 12 เดือน ต่อเนื่องกันจากบริษัทจดทะเบียน เป็นจำนวนมากกว่า 120,000 ดอลลาร์สหรัฐ เว้นแต่พ้นจากการ ได้รับค่าตอบแทนดังกล่าวมาแล้ว 3 ปี ทั้งนี้ ไม่รวมค่าธรรมเนียมกรรมการ เงินบำนาญ หรือ ค่าตอบแทนในรูปแบบอื่นๆ

3. (a) กรรมการเป็นหุ้นส่วน หรือพนักงานของบริษัทที่เป็นผู้ตรวจสอบบัญชีของ บริษัทจดทะเบียน (b) กรรมการมีสมาชิกในครอบครัวปัจจุบันเป็นหุ้นส่วนของบริษัทดังกล่าว (c) กรรมการมีสมาชิกในครอบครัวปัจจุบันเป็นพนักงานของบริษัทดังกล่าว และมีหน้าที่ตรวจสอบบัญชี ของบริษัทจดทะเบียน หรือ (d) กรรมการหรือสมาชิกในครอบครัวปัจจุบัน ในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ ผ่านมาเคยเป็นหุ้นส่วนหรือพนักงานของบริษัทตรวจสอบบัญชีดังกล่าว และมีหน้าที่ตรวจสอบบัญชี บริษัทจดทะเบียนในช่วงระยะเวลาดังกล่าว

4. กรรมการหรือสมาชิกในครอบครัวปัจจุบันเป็น หรือในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา เคยเป็นผู้บริหารระดับสูงในบริษัทอื่นซึ่งมีผู้บริหารระดับสูงของบริษัทจดทะเบียนดำรงตำแหน่ง คณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทนอยู่ด้วยในเวลาเดียวกัน

5. กรรมการที่ปัจจุบันเป็นพนักงานของบริษัท หรือมีสมาชิกในครอบครัวเป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัท ซึ่งบริษัทจดทะเบียนจะต้องจ่าย หรือจะได้รับค่าตอบแทนจากบริษัทจดทะเบียน เป็นทรัพย์สินหรือค่าบริการในช่วงระยะเวลารอบปีบัญชี 3 ปีที่ผ่านมา รวมมูลค่ามากกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือ 2% ของรายได้รวมของบริษัท

*หมายเหตุ:* บุคคลในครอบครัวปัจจุบัน (immediate family member) หมายถึง บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ ได้แก่ คู่สมรส บิดามารดา บุตร พี่น้องร่วมบิดามารดา พ่อสามีหรือแม่ สามี ลูกเขยและลูกสะใภ้ พี่หรือน้องเขย พี่หรือน้องสะใภ้ และรวมถึงบุคคลที่อยู่ร่วมบ้านเดียวกับ กรรมการ แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่บังคับใช้หากบุคคลเหล่านั้นไม่ได้เป็นบุคคลใน ครอบครัวอีกต่อไป อาจจะช่วยผลของกฎหมายหรือมีการหย่าร้าง หรือบุคคลผู้นั้นเสียชีวิต หรือตก เป็นคนไร้ความสามารถ

อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดดังกล่าวอาจไม่สามารถยืนยันถึงความเป็นอิสระได้อย่างแท้จริง ดังนั้น คณะกรรมการบริษัทจึงควรพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและสภาพการณ์ที่เกี่ยวข้องในการกำหนดว่า กรรมการผู้นั้นมีความเป็นอิสระจากฝ่ายจัดการหรือไม่ โดยไม่ใช่เพียงแค่พิจารณาเฉพาะความสัมพันธ์ ของกรรมการหรือผู้ที่ถูกเสนอชื่อเข้ามาเป็นกรรมการของบริษัทจดทะเบียน แต่ควรพิจารณาถึง

ความสัมพันธ์ต่อบริษัทจดทะเบียนขององค์กรต่างๆ ที่กรรมการหรือผู้ที่ถูกเสนอชื่อนั้นมีความเกี่ยวข้องด้วย<sup>44</sup>

2) NASDAQ Stock Market Rules ได้กำหนดนิยามกรรมการอิสระไว้ในหมวด 5600 เรื่อง ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance Requirements) ข้อ IM-5605(a) โดยกำหนดคำนิยามของกรรมการอิสระว่าหมายถึง บุคคลที่ไม่ใช่ผู้บริหารระดับสูงหรือพนักงานของบริษัท หรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นการแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระของกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ได้

สำหรับข้อกำหนดดังกล่าว ได้ให้นิยามคำว่า สมาชิกในครอบครัว (Family Member) ว่าหมายความถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับกรรมการในลักษณะเป็นคู่สมรส บิดามารดา บุตร พี่น้อง ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นทางสายโลหิต โดยการสมรส หรือรับเป็นบุตรบุญธรรมก็ได้ รวมถึงบุคคลที่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกันกับกรรมการด้วย นอกจากนี้ กรรมการอาจไม่มีความเป็นอิสระ หากมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้<sup>45</sup>

1. กรรมการเป็น หรือเคยเป็นพนักงานของบริษัทในระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา
2. กรรมการได้รับ หรือมีบุคคลในครอบครัวได้รับค่าตอบแทนจากบริษัท ในจำนวนที่มากกว่า 120,000 ดอลลาร์สหรัฐ เป็นระยะเวลา 12 เดือนต่อเนื่องกัน ภายในช่วงระยะเวลา 3 ปีก่อนหน้าที่จะถูกพิจารณาว่ามีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ ยกเว้นในกรณีดังต่อไปนี้
  - a) เป็นค่าตอบแทนสำหรับคณะกรรมการ
  - b) เป็นค่าตอบแทนที่จ่ายให้กับสมาชิกในครอบครัวที่เป็นพนักงาน (ไม่รวมสมาชิกในครอบครัวที่เป็นผู้บริหารระดับสูง) หรือ
  - c) ผลประโยชน์ภายใต้แผนภายหลังการเกษียณที่ได้รับผลประโยชน์ทางภาษี (tax-qualified retirement plan) หรือค่าตอบแทนที่กำหนดไว้แน่นอน (non-discretionary compensation)

<sup>44</sup> L. Goodman, V. A. Hing, and J. N. Ostrager, *Corporate Governance and Securities Laws: A Public Company Handbook*(Chicago: RR Donnelley, 2011), 145.

<sup>45</sup> NASDAQ Stock Market Rules, IM-5605(a)

3. กรรมการที่มีบุคคลในครอบครัวเป็น หรือเคยเป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัท ในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา

4. กรรมการเป็น หรือมีบุคคลในครอบครัวเป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุม หรือผู้บริหารระดับสูงของบริษัทที่บริษัทจดทะเบียนว่าจ้าง หรือบริษัทที่ได้รับค่าตอบแทน สำหรับการให้บริการในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา เป็นจำนวนมากกว่าร้อยละ 5 ของรายได้รวมของบริษัทจดทะเบียน หรือ 200,000 ดอลลาร์สหรัฐ แล้วแต่จำนวนใดจะมากกว่า ยกเว้นในกรณีดังต่อไปนี้

a) ค่าตอบแทนที่เกิดจากการลงทุนในหลักทรัพย์ของบริษัท

b) ค่าตอบแทนที่ให้เพื่อการกุศล

5. กรรมการของบริษัทเป็น หรือมีบุคคลในครอบครัวเป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัทอื่นๆ ภายในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา ซึ่งบริษัทนั้นมีผู้บริหารระดับสูงของบริษัทจดทะเบียนเป็นคณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทนอยู่ด้วย

6. กรรมการเป็น หรือมีบุคคลในครอบครัวเป็นหุ้นส่วนในปัจจุบันของบริษัทผู้ตรวจสอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียน หรือเคยเป็นหุ้นส่วนหรือพนักงานของบริษัทผู้ตรวจสอบบัญชี ซึ่งเคยตรวจสอบบัญชีของบริษัทในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา

กรรมการที่จะมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ ไม่ควรมีความสัมพันธ์ใดๆ กับบริษัทจดทะเบียนที่จะเป็นการลดทอนความเป็นอิสระลงได้ คณะกรรมการจึงมีหน้าที่ในการกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการอิสระกับบริษัทจดทะเบียนตามนิยามกรรมการอิสระใน Rule 5605 (a) ซึ่งได้มีการระบุถึงความสัมพันธ์ในรูปแบบต่างๆ ที่จะเป็นการช่วยคัดกรองแก่คณะกรรมการสำหรับการสรรหากรรมการอิสระ วัตถุประสงค์ก็เพื่อทำให้เกิดความโปร่งใสแก่นักลงทุนและบริษัทจดทะเบียนเอง

จากนิยามตามข้อกำหนดดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการที่ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น NYSE หรือ NASDAQ ต่างได้มีการแก้ไขข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดขึ้น ก็เพื่อป้องกันไม่ให้นักกรรมการอิสระมีส่วนได้เสียทั้งกับบริษัทหรือผู้สอบบัญชีจากภายนอก และสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระ (Independent Decision) ในการกำกับดูแลและควบคุมฝ่ายบริหารให้มีการดำเนินธุรกิจอย่างมีความรับผิดชอบ ซื่อสัตย์สุจริต โปร่งใสและตรวจสอบได้

### 3.1.5 โครงสร้างและองค์ประกอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน

โครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท ตาม Model Business Corporation Act 2005 บัญญัติไว้ในบทที่ 8 เรื่อง กรรมการและพนักงาน (Directors and Offices) โดยมาตรา 8.01(a) กำหนดให้บริษัททุกแห่งต้องมีคณะกรรมการ โดยอาจมีจำนวน 1 คนหรือมากกว่านั้นก็ได้ ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ยกเว้นมีการกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholder Agreement) ตามมาตรา 7.32 ที่อาจจะยกเว้นหรือจำกัดจำนวนกรรมการได้<sup>46</sup>

นอกจากนี้ มาตรา 8.01(b) ยังกำหนดหน้าที่ของกรรมการว่าเป็นผู้แทนของบริษัทในการจัดการงานของบริษัทภายใต้อำนาจที่ได้รับมอบหมายตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัท<sup>47</sup> ในกรณีของบริษัทจดทะเบียน มาตรา 8.01(c) กล่าวว่าคณะกรรมการจะมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่เพิ่มมากขึ้น สำหรับการดูแลในเรื่องต่างๆ เช่น การดำเนินธุรกิจและแผนการดำเนินงานของบริษัท การติดตามดูแลความเสี่ยงที่สำคัญ การประเมินผลการดำเนินงานและค่าตอบแทนของผู้บริหารระดับสูง ดูแลนโยบายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลตามกฎหมายและจรรยาบรรณธุรกิจ ดูแลเรื่องงบการเงิน การตรวจสอบภายใน การจัดเตรียมข้อมูลในเรื่องต่างๆ สำหรับกรรมการให้เพียงพอและตรงเวลา ดูแลเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการและคณะกรรมการให้มีความเหมาะสม รวมถึงให้ความสำคัญกับพิจารณาในเรื่องกรรมการอิสระของบริษัทจดทะเบียนด้วย<sup>48</sup>

ในเรื่องสัดส่วนของกรรมการอิสระในคณะกรรมการนั้น มาตรา 8.01 อนุมาตรา (c)(8) ได้กำหนดว่า คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนควรให้ความใส่ใจในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการ โดยเฉพาะบทบาทของกรรมการอิสระ ซึ่งมีหน้าที่ในการช่วยควบคุมดูแลว่าการพิจารณาของคณะกรรมการมีการตัดสินใจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดบริษัทและผู้ถือหุ้นหรือไม่ ข้อกำหนดมาตรฐานของบริษัทจดทะเบียนส่วนใหญ่ มีการกำหนดสัดส่วนของคณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งข้อกำหนดต่างๆ ในแต่ละตลาดหลักทรัพย์ก็แตกต่างกันไป ในส่วนนิยามของกรรมการอิสระ MBCA ไม่ได้กำหนดไว้ แต่โดยทั่วไป กรรมการอิสระจะต้องไม่เป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัทปัจจุบัน ไม่เป็นผู้เชี่ยวชาญในสายวิชาชีพที่มีความสัมพันธ์กับบริษัท เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย หรือผู้ตรวจสอบบัญชี หรือไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือพนักงานขององค์กรนั้นๆ รวมถึงไม่มีสมาชิกในครอบครัวของกรรมการเป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัท

<sup>46</sup> Model Business Corporation Act § 8.01(a).

<sup>47</sup> Ibid., § 8.01(b).

<sup>48</sup> Ibid., § 8.01(c).



ในปี ค.ศ. 2002 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระ และมีข้อกำหนดให้คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่และคณะกรรมการชุดต่างๆ เช่น คณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทน คณะกรรมการสรรหา และคณะกรรมการตรวจสอบ ควรประกอบด้วยกรรมการอิสระทั้งคณะ

สำหรับข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ผู้วิจัยจะกล่าวถึงตลาดหลักทรัพย์ 2 แห่งที่สำคัญ ได้แก่ The New York Stock Exchange (NYSE) และ The NASDAQ Stock Market (NASDAQ) โดยมีรายละเอียดดังนี้

1) **The New York Stock Exchange Listed Company Manual** ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัทที่จดทะเบียนใน NYSE ซึ่งในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการนั้น ได้มีการกำหนดในข้อ 303A ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับมาตรฐานการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance Standards) กำหนดว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก (majority of independent directors)<sup>49</sup> เนื่องจากคณะกรรมการที่มีประสิทธิภาพควรมีการพิจารณาในเรื่องต่างๆ อย่างเป็นอิสระ การที่มีกรรมการอิสระในสัดส่วนที่มากกว่ากึ่งหนึ่งหรือเป็นส่วนใหญ่จะช่วยส่งเสริมให้คณะกรรมการมีการระมัดระวังความผิดพลาดที่อาจจะเกิดขึ้น หรือป้องกันในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ได้

2) **NASDAQ Stock Market Rules** มีการกำหนดในเรื่องโครงสร้างของคณะกรรมการไว้ใน NASDAQ Listing Rules หมวด 5600 เรื่อง ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance Requirements) ข้อ IM-5605-1 กำหนดว่า คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก เนื่องจากกรรมการอิสระมีบทบาทสำคัญที่จะทำให้นักลงทุนเกิดความเชื่อมั่นแก่บริษัท โดยการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจที่เป็นอิสระ และช่วยตรวจสอบรวมถึงป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น การที่ NASDAQ Listing Rule กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว จะทำให้กรรมการแต่ละคนมีการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

<sup>49</sup> The New York Stock Exchange Listed Company Manual, Section 303A.01.

นอกจากนี้ ยังควรจัดให้มีการประชุมเฉพาะกรรมการอิสระ (executive sessions) เพื่อกระตุ้นและส่งเสริมให้มีการสื่อสารกันระหว่างกรรมการอิสระทุกคน อย่างน้อยปีละ 2 ครั้ง<sup>50</sup>

จะเห็นได้ว่า การที่ตลาดหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกามีข้อกำหนดในเรื่องจำนวนกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนให้มีกรรมการอิสระมากกว่ากึ่งหนึ่งหรือเป็นส่วนใหญ่ นั้น จะช่วยเพิ่มความสามารถในการควบคุมดูแลและป้องกันในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่จะอาจจะเกิดขึ้นได้ เพราะนอกจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการบริษัทแล้ว กรรมการอิสระยังอาจได้รับแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการชุดย่อย โดยเฉพาะคณะกรรมการตรวจสอบที่มีการกำหนดให้ต้องมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ โดย Sarbanes-Oxley Act of 2002 ได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัทจดทะเบียนในเรื่องเกี่ยวกับคณะกรรมการตรวจสอบ รวมถึงบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการตรวจสอบ และกำหนดว่าสมาชิกของกรรมการตรวจสอบต้องเป็นกรรมการอิสระ รวมถึง NYSE และ NASDAQ ก็มีข้อกำหนดให้คณะกรรมการตรวจสอบต้องเป็นกรรมการอิสระด้วยเช่นกัน

### 3.1.6 วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ

Model Business Corporation Act (MBCA) ได้กำหนดในเรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการบริษัทไว้ในมาตรา 8.05 เรื่อง Terms of Directors Generally โดยกำหนดว่า

a) วาระของกรรมการที่เป็นผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทสิ้นสุดลงในการประชุมผู้ถือหุ้นประจำปีครั้งแรกซึ่งจะต้องมีวาระการเลือกตั้งกรรมการ<sup>51</sup>

b) วาระของกรรมการรายอื่นๆ สิ้นสุดลงในการประชุมผู้ถือหุ้นประจำปีครั้งถัดไป หากแบ่งจำนวนกรรมการที่ออกตามวาระไม่ได้ให้ใช้ข้อกำหนดตามมาตรา 8.06<sup>52</sup>

มาตรา 8.06 กำหนดว่าการแบ่งวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการให้แบ่งเป็นสองหรือสามชุด และให้กรรมการออกจากตำแหน่งจำนวนหนึ่งในสองหรือหนึ่งในสาม ถ้าแบ่งไม่ได้ก็ให้ออกจำนวนที่ใกล้เคียงที่สุด ในกรณีดังกล่าว วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการชุดแรกจะสิ้นสุดในการประชุมผู้

<sup>50</sup> NASDAQ Stock Market Rules, IM-5605-1.

<sup>51</sup> Model Business Corporation Act § 8.05 (a).

<sup>52</sup> Ibid., § 8.05 (b).

ถือหุ้นประจำปีครั้งแรกหลังจากมีการเลือกตั้งกรรมการชุดใหม่ วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการชุดที่สองจะหมดลงในการประชุมผู้ถือหุ้นประจำปีครั้งที่สองหลังจากมีการเลือกตั้งกรรมการชุดใหม่ และวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการชุดที่สามจะหมดลงในการประชุมผู้ถือหุ้นประจำปีครั้งที่สามหลังจากมีการเลือกตั้งกรรมการชุดใหม่ตามลำดับ<sup>53</sup>

c) จำนวนกรรมการที่ลดลงไม่ได้ทำให้วาระในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการสั้นลง<sup>54</sup>

d) วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการที่ถูกเลือกเข้ามาแทนตำแหน่งกรรมการที่ว่างลงจะสิ้นสุดในการประชุมผู้ถือหุ้นครั้งถัดไป ซึ่งจะต้องมีวาระการเลือกตั้งกรรมการ<sup>55</sup>

e) แม้ว่าวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการจะสิ้นสุดลง กรรมการชุดเดิมจะรักษาการในตำแหน่งจนกว่าจะมีการเลือกตั้งกรรมการ<sup>56</sup>

อย่างไรก็ดี กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีบทบัญญัติเรื่องจำกัดจำนวนวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้โดยเฉพาะ ส่งผลให้กรรมการในหลายบริษัทดำรงตำแหน่งมาอย่างยาวนาน จนอาจทำให้บรรยากาศในการประชุมคณะกรรมการไม่เกิดความท้าทาย และการดำรงตำแหน่งมาอย่างยาวนานอาจทำให้เกิดความสนิทสนมคุ้นเคยกับฝ่ายบริหาร จนทำให้บางครั้งไม่กล้าแสดงความคิดเห็นที่ขัดหรือแย้งกับฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะกรรมการอิสระที่อาจไม่สามารถใช้ดุลยพินิจหรือการตัดสินใจที่เป็นอิสระได้หากมีการดำรงตำแหน่งมาอย่างยาวนาน ทั้งนี้จึงได้มีข้อเรียกร้องให้มีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งกรรมการว่าไม่ควรเกิน 2 หรือ 3 วาระ (วาระละ 3 ปี) โดยเฉพาะนักลงทุนสถาบันที่ต้องการให้บริษัทจดทะเบียนมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ เนื่องจากมองว่าหากมีการเปลี่ยนแปลงกรรมการเป็นคนใหม่แล้ว อาจทำให้เกิดมุมมองใหม่ๆ ในการประชุมคณะกรรมการ และยังเป็นส่งเสริมในเรื่องความหลากหลายของคณะกรรมการ (board diversity) อีกด้วย<sup>57</sup>

นอกจากนี้ มีหลักฐานที่พิสูจน์ว่าคณะกรรมการบริษัทที่มีผู้หญิงเป็นกรรมการจะช่วยทำให้ผลการดำเนินงานของบริษัทดีขึ้น โดย Credit Suisse ได้รายงานเกี่ยวกับผลการดำเนินงานของบริษัทกว่า 2,600 บริษัท พบว่าบริษัทขนาดใหญ่ที่มีกรรมการที่เป็นผู้หญิงมีผลการดำเนินงานดีกว่าบริษัทที่

<sup>53</sup> Model Business Corporation Act § 8.06.

<sup>54</sup> Ibid., § 8.05 (c).

<sup>55</sup> Ibid., § 8.05 (d).

<sup>56</sup> Ibid., § 8.05 (e).

<sup>57</sup> McCord and [Online], "Business Forum: Time for Term Limits and Diversity on Boards ".

ไม่กรรมการที่เป็นผู้หญิง โดยมีราคาหุ้นต่ำกว่าคิดเป็นร้อยละ 26 จากการประเมินตั้งแต่ปี 2005 ถึงปี 2011 ส่วนบริษัทขนาดกลางถึงขนาดเล็กที่มีกรรมการที่เป็นผู้หญิงมีราคาหุ้นที่ต่ำกว่าคิดว่าเป็นร้อยละ 17<sup>58</sup>

ในปัจจุบันพบว่ากรรมการบริษัทส่วนใหญ่ยังคงเป็นผู้ชาย โดยกรรมการบริษัทที่เป็นผู้หญิงมีสัดส่วนเพียงร้อยละ 16 ของบริษัททั้งหมดใน Fortune 500 จึงเป็นอีกเหตุผลที่มีการเรียกร้องให้มีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ<sup>59</sup>

อย่างไรก็ดี กรรมการบางคนมีความคิดเห็นว่าการที่กรรมการอิสระดำรงตำแหน่งมาเป็นระยะเวลายาวนานก็อาจเป็นประโยชน์กับบริษัทจดทะเบียนได้ เนื่องจากมีประสบการณ์ มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบริษัท ทั้งเรื่องกลยุทธ์ ระบบปฏิบัติการ และวัฒนธรรมองค์กร ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่สามารถปฏิบัติตามกันได้ง่ายนัก บ้างก็เห็นว่านอกจากกรรมการอิสระจะต้องมีภาระหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นแล้ว หากยังมีข้อจำกัดอีกหลายประการ ก็อาจส่งผลให้จำนวนกรรมการอิสระที่มีคุณภาพลดน้อยลงไป<sup>60</sup>

ถึงกระนั้นก็ตาม ได้มีผลวิจัยหลายชิ้นบ่งชี้ว่าการที่บริษัทจดทะเบียนมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการเพื่อให้มีการหมุนเวียนการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทส่งผลต่อการดำเนินงานของบริษัท นอกจากนี้ นักลงทุนยังให้ความสำคัญกับการดำรงตำแหน่งของกรรมการบริษัท โดยจากผลการสำรวจพบว่าร้อยละ 74 ของนักลงทุนที่ตอบแบบสำรวจกล่าวว่า การดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทมาอย่างยาวนานจะทำให้เป็นปัญหาได้ และนักลงทุนในจำนวนดังกล่าวร้อยละ 15 กล่าวว่า การดำรงตำแหน่งมาอย่างยาวนานจะทำให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นอิสระน้อยลง<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> B. Romanchek and J. Keckley, "Director Independence: A Focus on Board Tenure," <http://www.directorship.com/director-independence-a-focus-on-board-tenure>.

<sup>61</sup> ISS, "Director Tenure (Us and Canada)," <http://issgovernance.com/files/Directortenure-USandCanada.pdf>.

### 3.1.7 ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ

กรรมการอิสระมีบทบาทหน้าที่โดยทั่วไปในฐานะเป็นกรรมการบริษัท ทำให้ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความไว้เนื้อเชื่อใจต่อบริษัท คือปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) ภายใต้หลักการใหญ่ของ Fiduciary Duty ซึ่งเป็นหน้าที่ที่กำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น รวมถึงมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรรมการบริษัทคนอื่นๆ โดยมีทั้งความรับผิดทางแพ่ง (Civil Liability) และความรับผิดทางอาญา (Criminal Liability) ซึ่งโดยทั่วไป กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท หากกรรมการละเมิดหลักการดังกล่าว ก็อาจได้รับโทษตามกฎหมายได้ แต่สำหรับความรับผิดทางอาญานั้น จะขึ้นอยู่กับประเภทของความผิดด้วย โดยจะมีการพิสูจน์ว่าได้มีการใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอหรือไม่ หรือปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตหรือไม่ และในส่วนของกรรมการอิสระ ระดับของความรับผิดจะขึ้นอยู่กับระดับของความเกี่ยวข้องและความรู้ในเรื่องดังกล่าวด้วย<sup>62</sup>

สำหรับความรับผิดตามกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น Securities Act of 1933 ได้กำหนดความรับผิดของกรรมการจากการฝ่าฝืนหน้าที่ไว้ในมาตรา 11 ซึ่งกำหนดว่ากรรมการจะมีความรับผิดภายใต้กฎหมายดังกล่าวหากพบว่า มีข้อความที่ไม่เป็นความจริง หรือมีข้อความที่ไม่ครบถ้วนในการยื่นแบบต่อ SEC แม้ว่ากรรมการจะแสดงให้เห็นว่า กรรมการมีความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าข้อความนั้นเป็นความจริงก็ตาม หรือการกระทำผิดตามมาตรา 10(b) แห่ง Securities Exchange Act of 1934

อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศไทยได้มีการวางหลักที่ช่วยทำให้การตัดสินใจในทางธุรกิจภายใต้หลักการดังกล่าวไม่เข้าข่ายเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง เรียกว่า หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ซึ่งเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา อธิบายได้ ดังนี้

#### 3.1.7.1 หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

หลักเกณฑ์การตัดสินใจทางธุรกิจที่จะช่วยปกป้องไม่ให้เกิดความรับผิดเพราะเหตุแห่งการปฏิบัติฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังนั้นมีสาระสำคัญ 3 ประการ

<sup>62</sup> A. Gupta, B. S. Hothi, and S. L. Gupta, "Corporate: Independent Directors in the Board," *Global Journal of Management and Business Research* 11, no. 1 (2011).

- 1) กรรมการหรือพนักงานบริษัทจะไม่ได้รับการปกป้องภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หากการตัดสินใจนั้นๆ กรรมการหรือพนักงานบริษัทมีส่วนได้เสีย (Interest)
- 2) กรรมการหรือพนักงานบริษัทที่จะได้รับการปกป้องภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ต้องได้รับข้อมูลอย่างเหมาะสม (Reasonable amount of information) ประกอบการตัดสินใจ
- 3) กรรมการหรือพนักงานบริษัทที่จะได้รับการปกป้องภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ต้องตัดสินใจไปด้วยความเชื่อที่มีเหตุผล (Rational believed)

อย่างไรก็ดี แม้การตัดสินใจทางธุรกิจจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ข้อข้างต้น แต่หากการตัดสินใจหรือกระทำการนั้นๆ เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอาญา กรรมการหรือพนักงานบริษัทก็ไม่ได้รับการปกป้องภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ<sup>63</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ยังมีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัท โดยจะกำหนดให้บริษัทจ่ายค่าชดเชยความเสียหายให้แก่กรรมการหรือพนักงานบริษัทที่ถูกผู้ถือหุ้นฟ้องคดีในนามบริษัท หรือกรณีบุคคลภายนอกฟ้องกรรมการหรือพนักงานบริษัท ซึ่งกรรมการหรือพนักงานของบริษัทนั้นได้ต่อสู้คดีจนชนะ อธิบายได้ ดังนี้

### 3.1.7.2 บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification)

บทบัญญัติที่จำกัดความรับผิดของกรรมการนั้น Model Business Corporation Act 2005 ได้บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ในหมวดคณะกรรมการและเจ้าหน้าที่ บทย่อยที่ E เรื่อง การคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่และการจ่ายค่าชดเชยล่วงหน้า (Indemnification and Advance for Expenses) ตั้งแต่มาตราที่ 8.50-8.59

การให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification by the corporation) หมายถึง การที่บริษัทชดเชยความเสียหายจากการที่กรรมการหรือพนักงานบริษัทถูกกล่าวหาหรือฟ้องร้องคดี แต่หากกรรมการจงใจหรือเจตนาทำให้บริษัทเสียหาย หรือใช้ตำแหน่งหน้าที่

<sup>63</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 163.

ทรัพย์สินของบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตน จะไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยในการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น บริษัทจะรับผิดชอบ<sup>64</sup> ดังนี้

1. ค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีที่ถูกกล่าวหา หรือถูกดำเนินคดี (Litigation expenses) ซึ่งรวมถึงค่าทนาย (Attorney's fee) และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง

2. จำนวนเงินที่จ่ายสำหรับการยุติคดีความหรือตามคำพิพากษา

ในทางปฏิบัตินั้น การให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทมี 3 ระดับด้วยกัน คือ

1. กำหนดเป็นข้อบังคับบริษัท

2. บริษัทจัดให้มีการออกหนังสือให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

3. บริษัทซื้อประกันภัยความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Director and Officer Insurance (D&O Insurance))

การให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการเป็นประเด็นที่ถกเถียงในเชิงนโยบายว่า บริษัทควรจัดให้มีหรือไม่ เนื่องจากเป็นค่าใช้จ่ายที่มาจากเงินทุนของบริษัท หากนำไปใช้เพื่อการคุ้มครองกรรมการผู้ที่อาจกระทำการไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ก็จะไม่ส่งผลดีแก่บริษัท อีกทั้งยังเป็นการทำลายความตั้งใจของผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องคดีต่อกรรมการบริษัทที่ฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อบริษัท อย่างไรก็ตาม จุดประสงค์สำคัญของการให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ ได้แก่

1. กระตุ้นให้กรรมการที่ไม่ได้กระทำผิดต่อสู้การเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่เป็นธรรม

2. กระตุ้นให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถและมีความรับผิดชอบ เข้ารับตำแหน่งกรรมการบริษัท

นอกจากนี้ Model Business Corporation Act 2005 มาตรา 8.50 – 8.53 ได้บัญญัติเรื่อง การให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการไว้ 3 กรณี คือ

1. กรณีกฎหมายอนุญาตให้บริษัทให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Permissible Indemnification)

<sup>64</sup> Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 475-76.

MBCA 2005 มาตรา 8.51 กำหนดไว้ว่า เว้นแต่บทบัญญัติในหมวดนี้จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น บริษัทควรจัดให้มีการคุ้มครองกรรมการจากความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีดังนี้

1) กรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (conduct himself in good faith) และมีความเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัท (best interests of corporation) และไม่มี การกระทำใดที่เป็นการขัดขวางผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัท และสำหรับคดีอาญานั้น กรรมการต้องเชื่อโดยสุจริตว่าการกระทำไม่ได้ฝ่าฝืนกฎหมาย หรือเป็นกรณีที่กรรมการกระทำการใดๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อบังคับของบริษัท

2) กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยเชื่ออย่างสุจริตว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ที่เกี่ยวข้อง

3) คำพิพากษาของศาล คำสั่ง หรือการโต้แย้งใดๆ ที่ได้มีการยุติตามหมวดนี้ มิได้เป็นการตัดสินว่ากรรมการบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่

4) เว้นแต่ศาลมีคำสั่ง บริษัทไม่ต้องให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในกรณีดังต่อไปนี้

4.1 กรณีที่เป็นสิทธิของบริษัท เว้นแต่ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอยู่ในวงเงินเหมาะสม และกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานความระมัดระวัง

4.2 กรณีที่ศาลได้ตัดสินว่ากรรมการมีความผิดในฐานะรับผลประโยชน์ทางการเงินโดยมิชอบ

2. กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้บริษัทต้องให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Mandatory Indemnification)

MBCA 2005 มาตรา 8.52 บัญญัติว่าบริษัทต้องให้ความคุ้มครองกรรมการที่ได้อุทิศตนในการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่บริษัทอย่างเต็มกำลังความสามารถและถูกฟ้องร้องคดี โดยค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีนั้น ต้องอยู่ในวงเงินที่เหมาะสม



### 3. กรณีที่ศาลสั่งให้บริษัทต้องให้ความคุ้มครองกรรมการ (Indemnification by Court order)

MBCA 2005 มาตรา 8.54 ศาลสั่งให้บริษัทจ่ายค่าชดเชยให้กรรมการได้หากเห็นสมควร เช่น กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ของบริษัท ในจำนวนเงินที่เหมาะสม เป็นต้น

สำหรับกฎหมายระดับมลรัฐนั้น มลรัฐ Delaware ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Delaware General Corporation Law มาตรา 102 (b)(7) ให้บริษัทสามารถแก้ไขข้อบังคับให้จำกัด หรือยกเว้นความรับผิดของกรรมการในความเสียหายที่เป็นตัวเงิน อันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ให้บริษัท หรือการละเมิดการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไว้น้ำใจเชื่อใจของกรรมการต่อผู้ถือหุ้น เมื่อกรรมการไม่ถูกคุ้มครองตามหลักการตัดสินใจในทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) เช่น ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เว้นแต่ความรับผิดในกรณีดังต่อไปนี้ที่ไม่สามารถจำกัดความรับผิดของกรรมการได้

1. การฝ่าฝืนหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริตที่มีต่อบริษัท
2. การกระทำการ งดเว้นไม่กระทำการโดยไม่สุจริต จงใจฝ่าฝืนหน้าที่ หรือรู้อยู่แล้วว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย
3. การทำธุรกรรมใดๆ ที่ทำให้กรรมการได้รับประโยชน์ส่วนตนโดยไม่เหมาะสม

โดยบทบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดให้การแก้ไขข้อบังคับต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อน

หลักการจำกัดความรับผิดของกรรมการดังกล่าวนี้ หลายมลรัฐได้นำไปปรับใช้ในสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน เช่น รัฐอินเดียนาก็มีการนำหลักการจำกัดความรับผิดของกรรมการไปใช้ โดยกำหนดว่าบริษัทสามารถให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ และอนุญาตให้มีการซื้อประกันความรับผิดของกรรมการได้ เนื่องจากเห็นว่าหากไม่มีหลักการดังกล่าวแล้ว ก็คงจะเป็นการยากสำหรับบริษัทที่จะสรรหาบุคคลเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการ แต่บางมลรัฐอาจบัญญัติเป็นหลักการให้ข้อบังคับที่แก้ไขดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับทุกบริษัทโดยอัตโนมัติ เว้นแต่บริษัทใดจะปฏิเสธโดยชัดแจ้ง ซึ่งบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในลักษณะดังกล่าว ถือเป็น การขยายความคุ้มครองให้แก่กรรมการเพิ่มมากขึ้น

อย่างไรก็ดี ในกรณีของกฎหมายหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น SEC ไม่เห็นด้วยกับเรื่องการคุ้มครองหรือการจำกัดความรับผิดของกรรมการจากการกระทำผิดตามกฎหมาย

ดังกล่าว เนื่องจากมองว่าการจำกัดความรับผิดเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ จึงไม่สามารถคุ้มครองความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติในกฎหมายหลักทรัพย์ได้<sup>65</sup>

### 3.1.7.3 การประกันภัยความรับผิดของกรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัท (Directors and Officers Liability Insurance)

กรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดของกรรมการและเจ้าหน้าที่ หรือที่เรียกกันว่า กรมธรรม์ D&O (D&O Insurance) คือ การประกันภัยที่ให้ความคุ้มครองกรรมการและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัท สำหรับความสูญเสีย หรือค่าเสียหายทางการเงิน อันเนื่องมาจากการละเมิดหรือการกระทำผิด (wrongful acts) ที่กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย นอกจากนี้ การประกันภัยดังกล่าว ยังให้ความคุ้มครองตัวบริษัทในกรณีที่บริษัทได้รับอนุญาตหรือผูกพันที่จะต้องชดใช้ให้กับกรรมการ และ/หรือเจ้าหน้าที่สำหรับการกระทำผิดที่กรรมการ หรือเจ้าหน้าที่นั้นต้องรับผิดตามกฎหมาย

MBCA 2005 มาตรา 8.57 ได้บัญญัติว่า บริษัทควรซื้อกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดให้แก่กรรมการและพนักงาน ในฐานะที่บุคคลเหล่านั้นปฏิบัติหน้าที่ต่อบริษัท ไม่ว่าบริษัทจะมีนโยบายในการให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในการกระทำความผิดไว้หรือไม่ก็ตาม

สำหรับกรรมการอิสระนั้น ในฐานะที่เป็นกรรมการบริษัทแม้ว่าจะอาจได้รับความคุ้มครองทั้งตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) การคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) และการประกันภัยความรับผิดของกรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัท (Directors and Officers Liability Insurance) แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติและหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ยังคุ้มครองรวมไปถึงผู้บริหารระดับสูงด้วย ทำให้ในบางครั้งอาจไม่คุ้มครองกรรมการอิสระหรือกรรมการจากภายนอกได้ทั้งหมด ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการสรรหากรรมการอิสระที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่ง เนื่องจากต่างก็กลัวจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดี ด้วยเหตุนี้จึงเกิดมีแนวคิดที่จะสร้างบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองเฉพาะกรรมการอิสระ เพื่อช่วยป้องกันปัญหาดังกล่าวที่อาจจะเกิดขึ้น

<sup>65</sup> "Guide for Independent Directors," 13.

### 3.1.7.4 การประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการอิสระ (Independent Director Liability Insurance)

นับตั้งแต่เกิดวิกฤตการณ์ทางการเงินในประเทศสหรัฐอเมริกา หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างก็มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องบริษัทจดทะเบียน เช่น การที่ตลาดหลักทรัพย์แต่ละแห่งกำหนดให้มีการกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน ไปจนถึงการตรวจสอบการจ่ายค่าตอบแทนของผู้บริหารระดับสูงอย่างเข้มข้น มีคดีความและการฟ้องร้องกรรมการเกิดขึ้นมากมาย ทำให้เกิดการเรียกร้องความคุ้มครองกรรมการอิสระหรือกรรมการจากภายนอกจากความรับผิดที่อาจจะเกิดขึ้น วิธีการหนึ่งนั้นคือการซื้อประกันภัยความรับผิดของกรรมการ ซึ่งเป็นรูปแบบการคุ้มครองกรรมการในกรณีที่บทบัญญัติเพื่อคุ้มครองกรรมการไม่สามารถจ่ายค่าเสียหายเพื่อให้ความคุ้มครองกรรมการได้ หรืออาจจะมีข้อห้ามกำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ดีประกันภัยในลักษณะดังกล่าว ก็ไม่ได้ยืนยันได้ว่าจะสามารถช่วยป้องกันกรรมการอิสระหรือกรรมการภายนอกได้ จึงมีการกำหนดรูปแบบการประกันภัยเพื่อประโยชน์สำหรับกรรมการอิสระหรือกรรมการจากภายนอกไว้โดยเฉพาะ โดยมีชื่อเรียกว่า การประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการอิสระ (Independent Director Liability (“IDL”) Insurance) ซึ่งเป็นการประกันภัยแบบแยกต่างหากจากการประกันภัยความรับผิดของกรรมการโดยทั่วไป โดยบริษัทอาจมีการซื้อกรมธรรม์ให้กรรมการอิสระ หรือกรรมการอิสระอาจจะซื้อในนามส่วนตัวก็ได้ โดยรูปแบบของประกันภัยดังกล่าวก็มีทั้งแบบกรมธรรม์แยกต่างหาก หรือเป็นความคุ้มครองเพิ่มเติมในกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการทั่วไป (D&O insurance)<sup>66</sup>

การประกันภัยดังกล่าวเป็นเสมือนเครื่องมือที่จะช่วยลดความเสี่ยงและปกป้องกรรมการอิสระหากว่าการประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการไม่สามารถคุ้มครองได้ในบางกรณี โดยจะมีการคุ้มครองที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งจะเอื้อประโยชน์ต่อบริษัทในการสรรหากรรมการอิสระที่มีคุณภาพได้

อย่างไรก็ดี แม้ในปัจจุบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะยังไม่มียกเว้นในเรื่องการจำกัดความรับผิดของกรรมการอิสระหรือกรรมการจากภายนอกโดยเฉพาะ แต่ก็ได้มีการมีแนวคิดที่จะคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอิสระเกิดขึ้น เช่น การประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการอิสระ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอิสระมีความสำคัญต่อบริษัทจดทะเบียน และควรมีมาตรการการให้ความคุ้มครองผู้ที่จะมาปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวด้วย เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ากรรมการอิสระจะไม่ต้องถูกฟ้องร้องหรือดำเนินคดีหากตนปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริตอย่างเพียงพอแล้ว

<sup>66</sup> Baker&McKenzie, "Independent Directors Require Additional Protection in Financial Crisis Litigation," in *Global Financial Restructuring, Client Alert*(2008).

### 3.2 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียนีมีการออกข้อกำหนดทางกฎหมายและหน้าที่ความรับผิดชอบสำหรับบังคับใช้กับกรรมการของบริษัทจดทะเบียน ผู้บริหารระดับสูง รวมถึงเลขานุการบริษัท ภายใต้กฎหมายหลัก คือ Corporations Act 2001 และ Australian Securities Exchange (ASX) Listing Rules นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดเพิ่มเติม ได้แก่ The Australian Securities and Investments Commission (ASIC) policy และ The ASX Corporate Governance Council's Corporate Governance Principles and Recommendations<sup>67</sup> ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิรูประบบการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียนในประเทศออสเตรเลียในปี 2003

การปฏิรูประบบนโยบายในเรื่องหลักการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) ของประเทศออสเตรเลียนีมีสาเหตุเนื่องมาจากวิกฤตการณ์ล่มสลายขององค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ทั้งภายในและต่างประเทศในปี 2002 โดยบริษัทภายในประเทศ เช่น HIH Insurance และ One.Tel ส่วนบริษัทในต่างประเทศบริษัทที่เกิดวิกฤตการณ์ครั้งใหญ่และส่งผลกระทบต่อองค์กรธุรกิจของประเทศนั้นก็คือ Enron และ WorldCom ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการออกกฎหมายที่ชื่อว่า the Sarbanes-Oxley Act of 2002 เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาในลักษณะดังกล่าวอีก ส่วนในประเทศออสเตรเลียนั้น ก็ได้มีการรวบรวมกฎหมายต่างๆ ทั้งที่เป็นกฎหมายและไม่ใช่มติหมาย รวมถึงมีการปฏิรูประบบการตรวจสอบและการเปิดเผยข้อมูลของบริษัทที่เรียกว่า the Corporate Law Economic Reform Program ("CLERP 9") ให้สอดคล้องกับมาตรฐานการรายงานทางการเงินระหว่างประเทศ (International Financial Reporting Standards ("IFRS"))<sup>68</sup>

นอกจากนี้ ASX ยังมีการจัดตั้ง Corporate Governance Council ในปี ค.ศ. 2002 ซึ่งประกอบไปด้วย the ASX Group ในฐานะประธานในการจัดตั้ง องค์กรธุรกิจ 21 องค์กร รวมไปถึงถึงกลุ่มของนักลงทุนและผู้ถือหุ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่ากรอบของหลักการ

<sup>67</sup> Baker&Mckenzie (Australia), "Public Listed Companies Guide,"(2012).

<sup>68</sup> C. L. Cortese and Bowrey G., "A Profile of the Non-Executive Directors of Australia's Largest Public Companies,"  
<http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1446&context=commpapers>

พื้นฐานในเรื่องการกำกับดูแลกิจการจะสามารถดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่อง และเพื่อเป็นแนวปฏิบัติสำหรับบริษัทจดทะเบียน รวมไปถึงนักลงทุนและผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย<sup>69</sup>

### 3.2.1 ที่มาและความสำคัญของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

ประเทศออสเตรเลียมีโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทแบบชั้นเดียว (Unitary Board Structure) โดย Corporations Act 2001 ได้กำหนดจำนวนกรรมการขั้นต่ำของบริษัทย่อยที่บริษัทมหาชนจำกัดถือหุ้นทั้งหมด (proprietary company) ว่าต้องประกอบด้วยกรรมการอย่างน้อย 1 คน ส่วนบริษัทมหาชนจำกัด ต้องประกอบด้วยกรรมการอย่างน้อย 3 คน แต่ไม่ได้กำหนดจำนวนสูงสุดไว้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อบังคับของบริษัท นอกจากนี้ Corporations Act 2001 ยังไม่ได้กำหนดว่า คณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดจะต้องประกอบด้วยกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร (Non-executive Director) แต่อย่างก็ตีกฎหมายฉบับนี้ ก็ได้ให้การยอมรับ หากว่าบริษัทมหาชนจำกัดจะมีการแต่งตั้งกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร โดยกำหนดให้มีหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร<sup>70</sup>

แนวคิดของการมีกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร เกิดขึ้นมาจากความพยายามที่จะลดต้นทุนทางธุรกิจ (Agency Cost) ที่เกิดความต้องการที่แตกต่างกันระหว่างผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและฝ่ายจัดการ และเพื่อให้ผลการดำเนินงานของบริษัทดีขึ้น ซึ่งกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารจะเป็นผู้ที่คอยติดตามและตรวจสอบการดำเนินงานของผู้บริหาร และมีความเป็นอิสระจากความสัมพันธ์ใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท<sup>71</sup>

สำหรับแนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียน เช่น the Bosch Committee<sup>72</sup> หรือ Corporate Practice and Conduct 3<sup>rd</sup> Ed. 1995 ได้แนะนำว่า โครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท โดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียน ควรประกอบด้วยกรรมการที่ไม่ได้

<sup>69</sup> ASX Corporate Governance Council, *Corporate Governance Principles and Recommendation with 2010 Amendments*.

<sup>70</sup> Dibbs, Barker, and Gosling, *Corporate Governance and Directors' Duties in Australia*, 21.

<sup>71</sup> Lawrence and Stapledon, *Do Independent Directors Add Value?*

<sup>72</sup> คณะทำงานของสถาบันกรรมการบริษัทของประเทศออสเตรเลีย (The Australian Institute of Company Directors) โดยมี Henry Bosch AO เป็นประธานในขณะนั้น

เป็นผู้บริหารเป็นส่วนมาก โดยคำนึงถึงทักษะและประสบการณ์ของกรรมการแต่ละคนด้วย<sup>73</sup> เนื่องจากมองว่ากรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารมีบทบาทหน้าที่ที่หลากหลาย ทั้งการติดตามและควบคุมฝ่ายจัดการและกรรมการที่เป็นผู้บริหาร รวมถึงต้องคอยพัฒนาการดำเนินกลยุทธ์ของธุรกิจ ซึ่งกรรมการจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพหากมีความเป็นอิสระ<sup>74</sup>

ทั้งนี้ the Bosch Committee ยังได้มีข้อเสนอเพิ่มเติมอีกว่า จำนวนส่วนใหญ่ของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารควรเป็นกรรมการอิสระ (Independent Non-executive Director) ซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ The Australian Investment Managers' Association<sup>75</sup> (AIMA Corporate Governance Guidelines) ที่กำหนดให้คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมากด้วยเช่นกัน<sup>76</sup>

ในปี 2003 The Australian Stock Exchange (ASX) โดย the ASX's Corporate Governance Council ได้มีการออกหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี 10 ประการสำหรับบริษัทจดทะเบียน (The ASX Principles of Good Corporate Governance ("ASX Principle")) ซึ่งเป็นข้อแนะนำและแนวปฏิบัติที่ดี โดยมีเป้าหมายเพื่อทำให้การดำเนินงานของบริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ และสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือเรื่องของ กรรมการอิสระ (Independent Non-executive Director) โดย ASX Principle ได้กำหนดความหมายเอาไว้ว่า หมายถึง กรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร ไม่ได้เป็นฝ่ายจัดการ และไม่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจหรือความสัมพันธ์อื่นๆ หรือถูกเข้าใจว่ามีความเกี่ยวข้อง รวมถึงสามารถใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระ (a non-executive director who is not a member of management and who is free of any business or

<sup>73</sup> Surgeon. P. and Gosling, D. B., "Corporate Governance and Director's Duties in Australia," in *The Global Counsel Corporate Governance and Director's Duties Handbook*(2003).

<sup>74</sup> Dibbs, Barker, and Gosling, *Corporate Governance and Directors' Duties in Australia*, 22.

<sup>75</sup> ตัวแทนของกลุ่มนักลงทุนสถาบันขนาดใหญ่ในประเทศออสเตรเลีย

<sup>76</sup> Ramsay and Hoad R., "Disclosure of Corporate Governance Practices by Australian Companies".

other relationship that could materially interfere with, or could reasonably be perceived to materially interfere with, the independent exercise of their judgment.)<sup>77</sup>

นอกจากนี้ยังมีการกำหนดสัดส่วนของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน โดยได้มีการกำหนดไว้ในหลักการข้อ 2 เรื่อง โครงสร้างของคณะกรรมการ ซึ่งได้กล่าวว่า บริษัทควรมีองค์ประกอบของคณะกรรมการที่มีประสิทธิผล มีขนาดและความรับผิดชอบที่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ และกำหนดในข้อ 2.1 ว่าคณะกรรมการควรประกอบด้วยสัดส่วนของกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ (Recommendation 2.1: A majority of the board should be independent directors.)<sup>78</sup> ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่าการตัดสินใจของกรรมการจะไม่ถูกครอบงำโดยฝ่ายบริหาร และมีการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง นอกจากนี้กรรมการอิสระยังมีหน้าที่ในการติดตามและตรวจสอบผลการดำเนินงานของฝ่ายจัดการ รวมถึงดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นอีกด้วย<sup>79</sup>

ทั้งนี้ได้มีผลการศึกษาวิจัยของ Reiter and Rosenberg (2003) ได้สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว โดยกล่าวว่า การตัดสินใจที่ไม่มีไม่เอนเอียงหรือความขัดแย้งทางผลประโยชน์ จะทำให้การพิจารณามีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น และป้องกันไม่ให้เกิดวิกฤตการณ์เหมือนในอดีตที่ผ่านมา<sup>80</sup>

### 3.2.2 บทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระ

เนื่องจากกรรมการอิสระ ถือเป็นกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Independent Non-executive Director) ซึ่ง Corporations Act 2001 ได้ให้การรับรองถึงการมีอยู่ของกรรมการดังกล่าว และกำหนดว่าต้องมีบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร โดยต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) คือต้องมีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและมีความรับผิดชอบ รวมถึงมีความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ซึ่งอธิบายได้ ดังนี้

<sup>77</sup> ASX Corporate Governance Council, *Corporate Governance Principles and Recommendation with 2010 Amendments*. 16.

<sup>78</sup> Ibid, p.16.

<sup>79</sup> Lawrence and Stapledon, *Do Independent Directors Add Value?*

<sup>80</sup> Cortese and Bowrey G., "A Profile of the Non-Executive Directors of Australia's Largest Public Companies".

### 3.2.2.1 บทบาทหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการบริษัท

บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทในประเทศออสเตรเลีย ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เรียกว่า Corporations Act 2001 ในบทที่ 2D เรื่อง พนักงานและลูกจ้าง (Officers and employees) ซึ่งกฎหมายดังกล่าว ได้ให้คำนิยามคำว่า พนักงาน (officers) ไว้ว่า หมายรวมถึงถึงกรรมการ (director) ด้วยเช่นกัน โดยบทที่ 2D ได้แบ่งแยกเป็นหัวข้อที่สำคัญ เช่น บทบาทหน้าที่และขอบเขตอำนาจ (Duties and powers) ข้อจำกัดของความคุ้มครองและการประกันความรับผิด (Restrictions on indemnities and Insurance) การแต่งตั้ง การสรรหา และการสิ้นสุดการดำรงตำแหน่งกรรมการ (Appointment, remuneration and cessation of appointment of directors) การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับกรรมการและเลขานุการบริษัท เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและบริษัทมีลักษณะ Fiduciary กรรมการจึงถูกคาดหวังว่าจะมีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและมีความระมัดระวัง อธิบายได้ ดังนี้

#### 1) หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังและรับผิดชอบ (Duty of care and diligence)

Corporations Act 2001 มาตรา 180 เป็นเรื่อง ความระมัดระวังและความรับผิดชอบ (care and diligence) โดยได้บัญญัติว่าในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและความรับผิดชอบเช่นวิญญูชนผู้มีฐานะเป็นกรรมการบริษัทจะพึงกระทำ และมีความรับผิดชอบ ภายใต้อาณัติเดียวกัน<sup>81</sup>

กรรมการที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการนั้นต้องรับโทษทางแพ่ง ซึ่งมีทั้งโทษปรับ จ่ายค่าชดเชยสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น และอาจถูกเพิกถอนคุณสมบัติจากการเป็นกรรมการบริษัทได้<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Corporations Act 2001, Section 180.

<sup>82</sup> Ibid, Subsection 1317E.



## 2) หลักวินิจฉัยทางการค้า (Business Judgment Rule)

ประเทศออสเตรเลีย ได้บัญญัติเรื่องหลักวินิจฉัยทางการค้าหรือหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ไว้ใน Corporations Act 2001 มาตรา 180(2) บัญญัติว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามมาตรา 180(1) และหน้าที่ตามหลักทั่วไป (general law) การตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการต้องมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้<sup>83</sup>

- 1) การตัดสินใจด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ที่เหมาะสม และ
- 2) ไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนในเรื่องที่ตัดสินใจ และ
- 3) พิจารณาอยู่เสมอว่าการตัดสินใจของตนกระทำโดยเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่ามีความเหมาะสม และ
- 4) เชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

โดยกรรมการเชื่อว่าการตัดสินใจของตนเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท หรือเชื่อว่ามีเหตุผลที่เหมาะสมซึ่งวิญญูชนในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำ

มาตรา 180(3) ของ Corporations Act 2001 ได้กำหนดนิยามคำว่า การวินิจฉัยทางการค้า (Business Judgment) ว่าหมายถึง การตัดสินใจใดๆ ที่จะกระทำหรือไม่กระทำการในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของบริษัท<sup>84</sup>

ทั้งนี้ การคุ้มครองกรรมการบริษัทตามหลักวินิจฉัยทางการค้า (Business Judgment Rule) นั้น จะคุ้มครองเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังและรับผิดชอบ หรือเทียบเท่าการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักดังกล่าวเท่านั้น

## 3) หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต (Duty of good faith)

มาตรา 181(1) Corporations Act 2001 บัญญัติว่ากรรมการบริษัทต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และด้วยวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม ซึ่งหลักดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาได้ 2 ประเด็น ดังนี้

<sup>83</sup> Ibid, Section 180(2).

<sup>84</sup> Ibid, Section 180(3).

### 3.1 หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตตามหลักความเป็นธรรมทั่วไป (General Principle)

โดยหลักการดังกล่าวถูกพัฒนาการมาจากแนวคำพิพากษาของศาลหรือหลักความเป็นธรรมทั่วไป (equity) ซึ่งการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศออสเตรเลีย จะทำให้เห็นแนวทางการปรับใช้หลักกฎหมายแก่คดี ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการทำความเข้าใจหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากยิ่งขึ้น โดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 หัวข้อ ดังนี้

#### 3.1.1 หน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ของบริษัท (Duty to act in good faith in the interest of the company)

หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการที่มีต่อบริษัทเป็นหน้าที่ที่ถูกคาดหวังว่า จะต้องอยู่ในระดับที่สูงกว่าหน้าที่ของกรรมการที่ต้องกระทำต่อผู้เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจ (Arm's length relationship) และการกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัท (company as a whole)

ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับประโยชน์ทั้งหมดของบริษัท ซึ่งกรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงถึงบุคคลเหล่านั้นด้วย ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลได้ตัดสินไว้ว่าบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง เช่น ตัวบริษัทเองในฐานะที่เป็นหน่วยธุรกิจ (company as a commercial entity) สมาชิกในปัจจุบันและสมาชิกในอนาคต (Interests of existing and future members) เจ้าหนี้ (creditor) รวมทั้งประโยชน์ของพนักงาน ลูกค้า คู่สัญญา และสังคม

#### 3.1.2 หน้าที่กระทำการด้วยวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (Duty to act for proper purpose)

แม้กรรมการจะปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ภายใต้วัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (proper purpose) แต่หากการใช้อำนาจนั้นเกินกว่าอำนาจที่กรรมการได้รับมาหรือแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของผู้มอบอำนาจ กรรมการอาจมีความรับผิดชอบได้ และถึงแม้จะสามารถแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างกรรมการที่กระการเกินกว่าขอบอำนาจ กับการกระทำที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจ แต่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมได้ แต่ทั้งสองกรณีถือว่ากรรมการฝ่าฝืนหน้าที่โดยสุจริต

#### 3.1.3 หน้าที่ใช้ดุลยพินิจอย่างเพียงพอในการตัดสินใจ และไม่จำกัดดุลยพินิจของตนเอง (Duty to give adequate consideration and not to fetter discretion)

ศาลสูงของออสเตรเลียได้กล่าวไว้ในตอนหนึ่งของคำพิพากษาในคดี Thorby v. Goldberg (1964) 112 C.L.R 597, Aus.H.C. ว่าหากกรรมการได้ตัดสินใจทางธุรกิจหรือการเจรจาต่อรองสัญญาใดๆ ของบริษัท ในช่วงเวลาที่เหมาะสม และกรรมการได้ให้ความเห็นโดย

สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท การกระทำได้กล่าวว่ามีผลผูกพันบริษัท และไม่มีเหตุผลใดๆ ที่จะห้ามกรรมการกระทำการใดๆ ภายใต้สัญญาซึ่งคณะกรรมการได้กระทำไว้

**3.2 หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตตามที่กฎหมายบัญญัติ (Statutory Duties)** ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อเสริมแนวคำพิพากษาของศาล กฎหมายที่สำคัญคือ Corporations Act 2001 โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 181(1) กล่าวว่ากรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทและด้วยวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (A directors must exercise their powers and discharge their duties in good faith in the best interests of the corporation and for a propose purpose)

บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรมาตรา 181(1) นี้ พัฒนาการมาจากแนวคำพิพากษาของศาล เพื่อแก้ไขปัญหาการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยสามารถแยกพิจารณาได้ 2 ประเด็น คือ 1) หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต กระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และ 2) หน้าที่กระทำการโดยมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม

หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร นอกจากจะได้บัญญัติไว้ในมาตรา 181(1) แล้ว ยังมีบทบัญญัติในมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น

- หน้าที่ไม่ใช่ตำแหน่งหน้าที่ในฐานะกรรมการเพื่อประโยชน์ส่วนตน หรือสร้างความเสียหายให้แก่บริษัท (Use of position) ตามมาตรา 182 ของ Corporations Act 2001
- หน้าที่ไม่ใช่ข้อมูลที่ตนได้รับมาในฐานะกรรมการบริษัท เพื่อประโยชน์ส่วนตน หรือสร้างความเสียหายให้แก่บริษัท (Use of information) ตามมาตรา 183 ของ Corporations Act 2001 ซึ่งมาตรานี้ หากมีการใช้ข้อมูลที่ตนได้รับมาในขณะที่ตนเองเป็นกรรมการบริษัท เพื่อหาประโยชน์ส่วนตน หรือสร้างความเสียหายแก่บริษัท แม้บุคคลนั้นจะพ้นจากการดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทไปแล้วก็ตาม บุคคลผู้นั้นยังคงมีความรับผิดชอบต่อบริษัทอยู่ด้วย
- หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการต่อบริษัทย่อยที่บริษัทถือหุ้นทั้งหมด (Director of wholly owned subsidiaries) ตามมาตรา 187 ของ Corporations Act 2001 ซึ่งบัญญัติว่า กรรมการของบริษัทที่ถือหุ้นในบริษัทย่อยทั้งหมด (wholly-owned subsidiary) มีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์และกระทำไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทย่อยด้วยถ้า

1) ข้อบังคับของบริษัทย่อยกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรว่ากรรมการมีหน้าที่กระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท holding และ

2) กรรมการกระทำโดยซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท holding และ

3) บริษัทย่อยไม่ตกอยู่ในภาวะล้มละลายในช่วงเวลาที่กรรมการดำรงตำแหน่ง หรือจะไม่ล้มละลายเพราะการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

### 3.3 การเชื่อถือข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลภายนอก (Reliance on information or advice provided by others)

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ Corporations Act 2001 มาตรา 189 ได้มีการกำหนดข้อโต้แย้งที่กรรมการสามารถกล่าวอ้างได้ หากกรรมการเชื่อถือข้อมูลหรือคำแนะนำอย่างสมเหตุสมผล หากเป็นข้อมูลที่ได้รับมาจาก

1) พนักงานของบริษัท ซึ่งกรรมการเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าน่าเชื่อถือและเพียงพอในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว หรือ

2) ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าว ซึ่งกรรมการเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวอย่างเพียงพอ หรือ

3) กรรมการคนอื่น หรือพนักงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว หรือ

4) คณะกรรมการ ซึ่งไม่มีกรรมการที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว

และนอกจากนี้ ต้องกระทำการโดยซื่อสัตย์สุจริต ภายหลังจากที่ได้พิจารณาข้อมูลหรือความเห็นอย่างเป็นอิสระ

### 3.2.2.2 บทบาทหน้าที่โดยเฉพาะของกรรมการอิสระ

เนื่องจากการเกิดขึ้นของกรรมการอิสระ พัฒนามาจากแนวคิดของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร ทำให้กรรมการอิสระมีบทบาทหน้าที่ในการติดตามและควบคุมฝ่ายจัดการและกรรมการที่เป็นผู้บริหาร รวมถึงต้องคอยพัฒนาการดำเนินกลยุทธ์ของธุรกิจ และหากกรรมการมีความเป็นอิสระก็จะให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ ASX ได้มีการกำหนดคุณสมบัติความเป็นอิสระของกรรมการบริษัทจดทะเบียนไว้ใน ASX Principle และมีการกำหนดให้โครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน ควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก ทั้งนี้เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ โดยเฉพาะผู้ถือหุ้นและหน่วยงานกำกับดูแลเกิดความมั่นใจได้ว่าการตัดสินใจของกรรมการจะไม่ถูกครอบงำโดยฝ่ายบริหาร และมีการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง

### 3.2.3 คุณสมบัติของกรรมการอิสระ

ในเรื่องคุณสมบัติของกรรมการอิสระนั้น (The ASX Principles of Good Corporate Governance (“ASX Principle”)) ซึ่งเป็นข้อแนะนำและแนวปฏิบัติที่ดี โดยมีเป้าหมายเพื่อทำให้การดำเนินงานของบริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ และสามารถตรวจสอบได้ ได้กล่าวไว้ว่า กรรมการอิสระ (Independent Non-executive Director) หมายถึง กรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร ไม่ได้เป็นฝ่ายจัดการ และไม่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจหรือความสัมพันธ์อื่นๆ หรือถูกเข้าใจว่ามีความเกี่ยวข้อง รวมถึงสามารถใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระ (a non-executive director who is not a member of management and who is free of any business or other relationship that could materially interfere with, or could reasonably be perceived to materially interfere with, the independent exercise of their judgment.)<sup>85</sup>

นอกจากนี้ ใน ASX Principle ยังได้กำหนดลักษณะความสัมพันธ์ที่จะมีผลต่อสถานะความเป็นอิสระกรรมการไว้ เนื่องจากโดยปกติกรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ จะถูกระบุสถานะไว้ในไว้ในรายงานเรื่องการกำกับดูแลกิจการในรายงานประจำปีของบริษัทอย่างไรก็ดี ในกรณีที่เกิดมีลักษณะของความสัมพันธ์ที่อาจกระทบกับสถานะความเป็นกรรมการอิสระ คณะกรรมการควร

---

<sup>85</sup> ASX Corporate Governance Council, *Corporate Governance Principles and Recommendation with 2010 Amendments*.

ชี้แจงเหตุผล รวมถึงยังควรมีการเปิดเผยความสัมพันธ์ในลักษณะอื่นๆ ของของกรรมการในปัจจุบันด้วย<sup>86</sup>

สำหรับความสัมพันธ์ที่อาจกระทบกับสถานะความเป็นกรรมการอิสระนั้น ถูกปรับมาจากค่านิยามของความเป็นอิสระในคู่มือที่ชื่อว่า Corporate Governance: A Guide for Fund Managers and Corporations โดย Investment and Financial Services Association (IFSA) ซึ่งกล่าวว่าเมื่อมีการกำหนดสถานะความเป็นกรรมการอิสระแล้ว คณะกรรมการควรพิจารณาความสัมพันธ์ต่างๆ ต่อไปนี้ด้วย<sup>87</sup>

- เป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัยสำคัญ (Substantial Shareholder)<sup>88</sup> หรือเป็นพนักงาน หรือมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับผู้ถือหุ้นรายที่สำคัญของบริษัท
- เป็นลูกจ้าง หรือเคยเป็นลูกจ้างของบริษัทแต่พ้นจากการดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาไม่น้อยกว่า 3 ปี
- ภายในระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา เคยเป็นที่ปรึกษาของบริษัท หรือเป็นพนักงานในบริษัทที่ปรึกษานั้น
- เป็นคู่ค้า หรือลูกค้าของบริษัท หรือเป็นพนักงานหรือมีความสัมพันธ์โดยตรงและโดยอ้อมกับคู่ค้าหรือลูกค้า
- มีความสัมพันธ์อื่นๆ ตามสัญญา กับบริษัท นอกเหนือจากไปเป็นกรรมการ

ครอบครัวและการดำรงตำแหน่งกรรมการในลักษณะ cross-directorship อาจมีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาในเรื่องของผลประโยชน์และความสัมพันธ์ที่อาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระได้

ข้อกำหนดดังกล่าวอาจจะยังไม่ใช้ข้อกำหนดที่สมบูรณ์ที่สุด อย่างไรก็ตามบริษัทจึงควรพิจารณาว่าหลักเกณฑ์ใดที่จะมีความเหมาะสมกับการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนนั้นๆ มากที่สุด

<sup>86</sup> Ibid., 16.

<sup>87</sup> Ibid., 17.

<sup>88</sup> มาตรา 9 แห่ง Corporations Act 2001 ได้นิยามคำว่า substantial holding หมายถึง บุคคลที่ถือหุ้นในบริษัทตั้งแต่ร้อยละ 5 ของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมด หรือเป็นบุคคลผู้ทำรายการเพื่อเข้าครอบงำกิจการ (takeover)

### 3.2.4 โครงสร้างและองค์ประกอบของคณะกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด

Corporations Act 2001 ได้กำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดไว้ในเรื่อง การแต่งตั้ง การสรรหา และการสิ้นสุดการดำรงตำแหน่งกรรมการ (Appointment, remuneration and cessation of appointment of directors) มาตรา 201A โดยบัญญัติว่า บริษัทมหาชนจำกัดต้องมีกรรมการอย่างน้อย 3 คน (ไม่รวม alternate directors) และอย่างน้อย 2 คนต้องมีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลีย แต่ไม่ได้กำหนดจำนวนสูงสุดของคณะกรรมการเอาไว้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อบังคับของบริษัท<sup>89</sup>

ในส่วนของกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการบริหาร (Non-executive Directors) กฎหมาย Corporations Act 2001 ไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องมีจำนวนเท่าใด แต่อย่างไรก็ดี แนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการที่ดี เช่น the Bosch Committee หรือ Corporate Practice and Conduct 3<sup>rd</sup> Ed. 1995 ได้แนะนำว่าโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท โดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียน ควรประกอบด้วยกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการบริหาร (non-executive directors) เป็นส่วนมาก โดยคำนึงถึงทักษะและประสบการณ์ของกรรมการแต่ละคนด้วย และนอกจากนี้ the Bosch Committee ยังได้กำหนดเพิ่มเติมอีกว่า จำนวนส่วนใหญ่ของกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการบริหารควรเป็นกรรมการอิสระ ซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ The Australian Investment Managers' Association (AIMA Corporate Governance Guidelines) ที่กำหนดให้คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมากเช่นเดียวกัน

ในปี 2003 The Australian Stock Exchange (ASX) โดย the ASX's Corporate Governance Council ได้มีการออกหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี 10 ประการสำหรับบริษัทจดทะเบียน (The ASX Principles of Good Corporate Governance ("ASX Principle")) ซึ่งเป็นข้อแนะนำและแนวปฏิบัติที่ดี โดยมีเป้าหมายเพื่อให้การดำเนินงานของบริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ และสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือเรื่อง สัดส่วนของกรรมการอิสระ โดยได้มีการกำหนดไว้ในหลักการข้อ 2 เรื่อง โครงสร้างของคณะกรรมการ ซึ่งได้กล่าวว่า บริษัทควรมีองค์ประกอบของคณะกรรมการที่มีประสิทธิภาพ มีขนาดและความรับผิดชอบที่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ และกำหนดในข้อ 2.1 ว่าคณะกรรมการควรประกอบด้วยสัดส่วนของกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก (Recommendation 2.1: A majority of the board should be independent directors.)<sup>90</sup> ทั้งนี้เพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ โดยเฉพาะผู้ถือหุ้นและหน่วยงานกำกับดูแลเกิดความ

<sup>89</sup> Corporations Act 2001, Section 201A.

มั่นใจได้ว่าการตัดสินใจของกรรมการจะไม่ถูกครอบงำโดยฝ่ายบริหาร และมีการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง โดยมีผลการศึกษาวิจัยของ Reiter and Rosenberg (2003) ได้สนับสนุนแนวคิดดังกล่าว โดยกล่าวว่า การตัดสินใจที่ไม่มีไม่เอนเอียงหรือความขัดแย้งทางผลประโยชน์ จะทำให้การพิจารณามีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น และป้องกันไม่ให้เกิดวิกฤตการณ์เหมือนในอดีตที่ผ่านมา<sup>91</sup>

ASX Principle ได้มีการกำหนดเรื่องโครงสร้างของคณะกรรมการไว้ใน Recommendation 2.4 เรื่องการสรรหา กระบวนการแต่งตั้ง และการเลือกตั้งกรรมการ โดยได้กำหนดว่าคณะกรรมการควรพิจารณาถึงขนาดและโครงสร้างที่จะนำไปสู่กระบวนการตัดสินใจที่เหมาะสม คณะกรรมการควรมีขนาดใหญ่เพียงพอที่จะสามารถรวบรวมผู้ที่มีความคิดและทักษะที่หลากหลาย เพื่อเป็นตัวแทนในการรักษาผลประโยชน์สูงสุดของบริษัทโดยรวม มากกว่าการเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง<sup>92</sup>

นอกจากนี้ ASX Principle ยังได้มีการกล่าวถึงแนวปฏิบัติเกี่ยวกับโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทว่าประธานกรรมการควรเป็นกรรมการอิสระและไม่ควรเป็นกรรมการผู้จัดการอีกตำแหน่งหนึ่ง กล่าวคือ ควรมีการแยกบทบาทของประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการออกจากกัน<sup>93</sup> นอกจากนี้คณะกรรมการควรมีการจัดตั้งคณะกรรมการสรรหา เพื่อให้คำแนะนำในกรณีมีการเลือกตั้งกรรมการ บริษัทควรเปิดเผยวิธีการและขั้นตอนการประเมินผลการปฏิบัติงานของคณะกรรมการแบบทั้งคณะและรายบุคคล<sup>94</sup>

<sup>90</sup> ASX Corporate Governance Council, *Corporate Governance Principles and Recommendation with 2010 Amendments*. 16.

<sup>91</sup> Cortese and Bowrey G., "A Profile of the Non-Executive Directors of Australia's Largest Public Companies".

<sup>92</sup> Ibid, p.19.

<sup>93</sup> ASX Principle, Recommendation 2.3.

<sup>94</sup> ASX Principle, Recommendation 2.4.



### 3.2.5 วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ

ในเรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดนั้น Corporations Act 2001 ไม่ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการไว้ แต่อย่างไรก็ดี ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการบริษัทไว้ในมาตรา 203D โดยกำหนดว่าบริษัทมหาชนจำกัดอาจมีมติในการถอดถอนกรรมการให้พ้นจากตำแหน่งได้ หากมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท หรือข้อตกลงระหว่างบริษัทกับกรรมการ หรือข้อตกลงระหว่างพนักงานในบริษัทกับกรรมการอย่างใดอย่างหนึ่ง<sup>95</sup>

ในอดีต Corporations Act 2001 มีการบัญญัติเรื่องการจำกัดอายุกรรมการไว้ในมาตรา 201C โดยกล่าวว่ากรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดต้องเกษียณอายุเมื่อกรรมการผู้นั้นมีอายุ 72 ปี เว้นแต่ว่าได้รับการอนุมัติจากผู้ถือหุ้นในที่ประชุมสามัญผู้ถือหุ้นประจำปีให้ดำรงตำแหน่งต่ออีกวาระ<sup>96</sup> แต่อย่างไรก็ดี ในปี 2003 ข้อกำหนดดังกล่าวก็ได้ถูกยกเลิกไป

สำหรับบริษัทจดทะเบียนนั้น ASX Principle ได้มีการกำหนดเรื่องการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการไว้ใน Recommendation 2.4 เรื่อง การสรรหา กระบวนการแต่งตั้ง และการเลือกตั้งกรรมการ โดยมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร<sup>97</sup> สรุปได้ ดังนี้

- การกลับเข้ามาเป็นกรรมการอีกวาระ (Board renewal) เป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อการดำเนินงานของบริษัท และกรรมการควรจะได้รับทราบถึงช่วงวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการบริษัทแต่ละคนในแผนสืบทอดตำแหน่ง (succession planning)
- กรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารควรชี้แจงข้อมูลแก่คณะกรรมการสรรหา ก่อนที่จะมีการแต่งตั้งหรือเลือกกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งอีกครั้ง ควรมีความรู้เฉพาะทางที่เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจของบริษัท รวมถึงมีเวลาเพียงพอที่จะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว

<sup>95</sup> Corporations Act 2001, Section 203D (1).

<sup>96</sup> Dibbs, Barker, and Gosling, *Corporate Governance and Directors' Duties in Australia*, 21.

<sup>97</sup> ASX Corporate Governance Council, *Corporate Governance Principles and Recommendation with 2010 Amendments*. 19.

- คณะกรรมการสรรหาควรจะทบทวนระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร และกรรมการดังกล่าวควรแจ้งประธานกรรมการบริษัทและประธานกรรมการสรรหาก่อนที่จะยอมรับการแต่งตั้งเป็นกรรมการอิกวาระ
- กรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารควรมีวาระการดำรงตำแหน่งที่เฉพาะเจาะจง
- การเลือกกรรมการรายเดิมกลับเข้ามาเป็นกรรมการอิกวาระ ไม่ควรเป็นไปโดยอัตโนมัติ

หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่า The Australian Stock Exchange ได้ให้ความสำคัญกับเรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร โดยเฉพาะหากจะมีการเลือกตั้งกรรมการรายนั้นกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งอิกวาระที่จะต้องมีการพิจารณา และกำหนดเงื่อนไขหลายประการ เพื่อให้มั่นใจได้ว่าจะได้กรรมการที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

จากผลการสำรวจบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ออสเตรเลีย (Australian Securities Exchange: ASX) ในปี 2554 พบว่าค่าเฉลี่ยของวาระการดำรงตำแหน่งกรรมการอยู่ที่ 5.41 ปี โดยพบค่าเฉลี่ยของวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการผู้ขายเพิ่มขึ้นมากกว่าค่าเฉลี่ยของวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการผู้หญิง คือ 5.67 และ 3.63 ตามลำดับ

นอกจากนี้จากผลการสำรวจยังพบว่า กรรมการในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพมีวาระการดำรงตำแหน่งยาวนานที่สุด โดยมีค่าเฉลี่ย 9.29 ปี ในขณะที่กรรมการในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการอุปโภคบริโภคมีวาระการดำรงตำแหน่งเฉลี่ยน้อยที่สุด คือ 4.27 ปี

### 3.2.6 ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระ

กรรมการอิสระถือเป็นกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Independent Non-executive Director) ซึ่ง Corporations Act 2001 ได้ให้การรับรองถึงการมีอยู่ของกรรมการดังกล่าว และกำหนดว่าต้องมีบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร โดยต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) รวมถึงยังมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรรมการที่เป็นผู้บริหารด้วยเช่นกัน

กรรมการที่ฝ่าฝืนหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตตามมาตรา 181-183 นั้น Corporations Act 2001 ได้กำหนดความรับผิดไว้ทั้งทางแพ่งและทางอาญา โดยโทษทางแพ่งมีตั้งแต่ปรับ จำคุก ค่าชดเชยสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น และอาจถูกเพิกถอนคุณสมบัติในการเป็นกรรมการ สำหรับโทษทางอาญานั้นมีทั้งโทษปรับและจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับ โดยมาตรา 184 ได้แบ่งความรับผิดออกเป็น 3 ประเด็น<sup>98</sup> ได้แก่

- กรรมการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังหรือมีเจตนาที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริต และไม่ได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท หรือเพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม
- กรรมการมีการใช้ตำแหน่งหน้าที่โดยไม่ซื่อสัตย์สุจริต ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อรับประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย
- กรรมการใช้ข้อมูลที่ได้รับอย่างไม่สุจริต ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม เพื่อรับผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย

### 3.2.7 บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

#### 3.2.7.1 หลักกวีนิพนธ์ทางการค้า (Business Judgment Rule)

ประเทศออสเตรเลีย ได้บัญญัติเรื่องหลักกวีนิพนธ์ทางการค้าหรือหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ไว้ใน Corporations Act 2001 มาตรา 180(2) บัญญัติว่าในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามมาตรา 180(1) และหน้าที่ตามหลักทั่วไป (general law) การตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการต้องมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้<sup>99</sup>

- 1) การตัดสินใจด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ที่เหมาะสม และ
- 2) ไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนในเรื่องที่ตัดสินใจ และ

<sup>98</sup> Corporations Act 2001, Section 184.

<sup>99</sup> Ibid, Section 180(2).

3) พึงระลึกอยู่เสมอว่าการตัดสินใจของตนกระทำโดยเชื่อโดยสมเหตุสมผลว่ามีความเหมาะสม และ

4) เชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

โดยกรรมการเชื่อว่าการตัดสินใจของตนเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท หรือ เชื่อว่ามีเหตุผลที่เหมาะสมซึ่งวิญญูชนในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำ

นอกจากหลักวินิจฉัยทางการค้าแล้ว มาตรการในการให้ความคุ้มครองกรรมการจากความรับผิดส่วนบุคคลที่อาจเกิดขึ้น มี 2 มาตรการสำคัญ ได้แก่ การให้ความคุ้มครองแก่กรรมการ (Indemnities) และ การประกันความรับผิดแก่กรรมการบริษัท (Insurance) ซึ่งเป็นเรื่องที่แล้วแต่บริษัทจะกำหนด อย่างไรก็ตาม Corporations Act 2001 ได้มีการกำหนดข้อจำกัดของมาตรการคุ้มครองความรับผิดดังกล่าวไว้ใน ข้อ 2D.2 เรื่อง ข้อจำกัดของความคุ้มครองและการประกันความรับผิด (Restrictions on indemnities and Insurance) ในส่วน Division 1 เรื่อง การให้ความคุ้มครองและการประกันความรับผิดสำหรับพนักงานและผู้สอบบัญชี ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

### 3.2.7.2 การให้ความคุ้มครองแก่กรรมการ (Indemnities)

Corporations Act 2001 ได้กำหนดบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดหรือเป็นข้อยกเว้นของการให้ความคุ้มครองความรับผิดของกรรมการไว้ในมาตรา 199A โดยข้อ (1) กำหนดว่า ห้ามบริษัทยกเว้นความรับผิดไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมให้กับกรรมการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท (A company or a related body corporate must not exempt a person (whether directly or through an interposed entity) from a liability to the company incurred as an officer or auditor of the company.)<sup>100</sup>

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่กรรมการจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 199A โดยกำหนดไว้ในข้อ (2) หากมีการกระทำความผิด ในลักษณะดังต่อไปนี้

- ความผิดต่อบริษัท (a liability owed to the company itself)
- ความผิดที่มีบทลงโทษทางการเงิน (a liability for a pecuniary penalty or a compensation order)

<sup>100</sup> Corporations Act 2001, Section 199(A)(1).

- ความผิดต่อบุคคลอื่น ในกรณีที่ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างซื่อสัตย์สุจริต (a liability owed to a third party that did not arise out of conduct in good faith.)<sup>101</sup>

สำหรับเรื่องค่าธรรมเนียมทางกฎหมาย (legal costs) นั้น ได้มีบทบัญญัติในข้อ (3) กำหนดว่า ห้ามบริษัทให้ความคุ้มครองกรรมการในเรื่องค่าธรรมเนียมทางกฎหมาย (legal costs) ใน 4 กรณี<sup>102</sup> ดังนี้

- กรรมการมีการกระทำผิดตามมาตรา 199A(2)
- กรณีพบว่ากรรมการมีการกระทำผิดอาญา
- มีการดำเนินการทางกฎหมายโดย ASIC (the Australian Securities and Investment Commission) หรือ เจ้าหนี้ในกรณีบริษัทมีการเลิกกิจการ (ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในกระบวนการก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งฟ้อง)
- ศาลปฏิเสธคำสั่งคุ้มครอง

ทั้งนี้ บริษัทสามารถกำหนดรูปแบบของความคุ้มครองกรรมการ ไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้ แต่บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองกรรมการจะตกเป็นโมฆะ หากมีข้อความขัดแย้งกับมาตรา 199A ของ Corporations Act 2001

อย่างไรก็ดี หากบริษัทไม่ได้กำหนดความคุ้มครองของกรรมการไว้ในข้อบังคับบริษัท บริษัทสามารถให้ความคุ้มครองกรรมการได้โดยการทำเป็นสัญญาให้ความคุ้มครองแก่กรรมการได้

สำหรับในเรื่องค่าธรรมเนียมทางกฎหมายนั้น ยังไม่สามารถกำหนดได้จนกว่าคดีจะสิ้นสุด ความคุ้มครองกรรมการในกรณีนี้จึงไม่สามารถกำหนดได้แน่นอน แต่อย่างไรก็ดี บริษัทอาจจะมีการสำรองค่าใช้จ่ายล่วงหน้าไปก่อน ซึ่งในท้ายที่สุด หากมีพิจารณาแล้วว่ากรรมการมีความผิดจริง กรรมการผู้นั้นจึงค่อยจ่ายคืนให้กับบริษัท

### 3.2.7.3 การประกันความรับผิดแก่กรรมการบริษัท (Insurance for directors)

การประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการและพนักงานบริษัท (Directors and Officers Insurance (D&O Insurance)) เป็นสิ่งที่กรรมการควรจะแน่ใจว่าบริษัทมีการทำประกันดังกล่าวเพื่อคุ้มครองความรับผิดที่อาจจะเกิดขึ้นกับตนเอง และควรพิจารณาถึงขอบเขตของความ

<sup>101</sup> Ibid, Section 199(A)(2).

<sup>102</sup> Ibid, Section 199(A)(3).

คุ้มครองว่าครอบคลุมในเรื่องใดบ้าง โดยบริษัทอาจมีการกำหนดนโยบายดังกล่าวไว้ในข้อบังคับบริษัทได้ โดย D&O Insurance จะคุ้มครองเฉพาะในช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้ และคุ้มครองภายใน 7 ปีหลังจากพ้นจากการดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้ว

มาตรา 199B แห่ง Corporations Act 2001 ได้กำหนดข้อห้ามแก่บริษัทในการจ่ายหรือตกลงที่จะจ่ายเบี้ยประกันสำหรับนโยบายประกันความรับผิดของกรรมการ หากเกิดกรณี ดังนี้<sup>103</sup>

- มีพฤติกรรมเกี่ยวข้องกับการทุจริตต่อหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทโดยเจตนา (conduct involving a wilful breach of duty in relation to the company)

- ใช้ตำแหน่งหน้าที่โดยไม่เหมาะสม (improper use of position)

- ใช้ข้อมูลของบริษัทโดยไม่เหมาะสม (improper use of company information)

ทั้งนี้ บริษัทอาจจะจ่ายเบี้ยประกันในกรณีที่มีการประกันความรับผิดของกรรมการในกรณีมีคุ้มครองครอบคลุมทุกความรับผิด แม้ว่าบริษัทผู้รับประกันจะมีการจำกัดความรับผิดสำหรับการจ่ายเบี้ยประกันก็ตาม

นโยบายประกันความรับผิดของกรรมการสามารถครอบคลุมถึงการดำเนินการตามกระบวนการทางกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นก็ได้

อย่างไรก็ดี การประกันความรับผิดของกรรมการจะตกเป็นโมฆะ หากมีข้อความที่ขัดกับบทบัญญัติตามมาตรา 199B ของ Corporations Act 2001

อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศออสเตรเลียไม่ได้มีการแบ่งแยกความรับผิดของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารหรือกรรมการอิสระไว้โดยเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดีกรรมการเหล่านี้ก็สามารถถูกคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองกรรมการ (Indemnities) และการประกันความรับผิดของกรรมการ (D&O Insurance) ได้เช่นเดียวกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร แต่กฎหมายบริษัทของประเทศออสเตรเลียห้ามไม่ให้บริษัทคุ้มครองความรับผิดในค่าเสียหายของกรรมการซึ่งถูกพบว่าต้องรับผิดชอบตามกฎหมายหรือถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิด นอกจากนี้ยังไม่ให้คุ้มครองความผิดที่เกิดขึ้นจากการถูกฟ้องคดีโดยบริษัทหรือถูกดำเนินการตามกระบวนการของ the Australian Securities and Investment Commission (ASIC) แต่อนุญาตให้บริษัทชดใช้เงินคืนแก่กรรมการ

<sup>103</sup> Corporations Act, Section 199B.

สำหรับความเสียหายที่ต้องชำระแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดนอกจากบริษัทถ้ากรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต<sup>104</sup>

สำหรับประกันความรับผิดของกรรมการ (D&O Insurance) มักจะถูกซื้อโดยบริษัทมหาชน จำกัดส่วนใหญ่ของประเทศออสเตรเลีย โดยกรมธรรม์จะคุ้มครองความเสี่ยงเกือบทั้งหมด แต่ความคุ้มครองดังกล่าวก็ยังเกิดช่องว่างจนเป็นต้นเหตุให้กรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารได้รับความเสี่ยงได้ โดยมีคดีความที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลียที่ผลสุดท้ายบริษัทผู้รับประกันภัยไม่ต้องจ่ายค่าใช้จ่ายทางกฎหมายล่วงหน้า และประธานกรรมการที่ซึ่งเป็นกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารก็ถูกปฏิเสธการได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกัน<sup>105</sup> ในภายหลังบริษัทผู้รับประกันภัยจึงได้มีการปรับปรุงความคุ้มครองในกรมธรรม์ดังกล่าว เพื่ออุดช่องว่างที่อาจจะเกิดขึ้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>104</sup> B. R. Cheffins and B. S. Black, "Outside Director Liability across Countries," *Texas Law Review* 84, no. 1385 (2006): 1436-37.

<sup>105</sup> คดีของบริษัท One.Tel โดย The ASIC ได้ฟ้องว่ากรรมการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอจนทำให้บริษัทล้มละลาย ศาลได้พิพากษาขึ้นตามความเห็นของ The ASIC และตัดสินว่าประธานกรรมการมีหน้าที่ความรับผิดชอบมากกว่ากรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารคนอื่นๆ จึงต้องรับโทษทางแพ่ง โดยถูกปรับเป็นเงิน 20 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย (AUD)

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

บทนี้ จะเป็นการวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาของบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ กรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน เพื่อแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติที่มีอยู่ไม่สอดคล้องกับหลักการหรือ กลไกการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอิสระอย่างไร โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการกำกับดูแล กิจการที่ดีทั้งภายในประเทศและต่างประเทศประกอบการพิจารณา ทั้งนี้เพื่อหามาตรการที่เหมาะสม สำหรับนำมาปรับใช้กับประเทศไทยต่อไป

#### 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระ

ประกาศคณะกรรมการตลาดทุน ที่ ทจ. 4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้ เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 2) และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้ เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 5) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะของกรรมการอิสระ ไว้ 9 ประการ รวมถึงตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดแนวปฏิบัติในเรื่องกรรมการอิสระ ของบริษัทจดทะเบียนไว้ในหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนปี 2555 ดังนี้

“คณะกรรมการควรพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็น “กรรมการอิสระ” เพื่อให้ กรรมการอิสระของบริษัทมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะบริษัท โดยความ เป็นอิสระอย่างน้อยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. และตลาดหลักทรัพย์ฯ กำหนด นอกจากนี้คณะกรรมการควรกำหนดให้กรรมการอิสระมีวาระการดำรงตำแหน่งต่อเนื่องไม่เกิน 9 ปี นับจากวันที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระครั้งแรก ในกรณีที่จะแต่งตั้งกรรมการ อิสระนั้นให้ดำรงตำแหน่งต่อไป คณะกรรมการควรพิจารณาอย่างสมเหตุสมผลถึงความจำเป็น ดังกล่าว”

จากแนวปฏิบัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยกำหนดให้คุณสมบัติ ของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนนอกจากจะต้องมีคุณสมบัติตามประกาศคณะกรรมการตลาด ทุนแล้ว ยังกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของบริษัทจดทะเบียนในการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการ อิสระให้มีความเข้มงวดกว่าประกาศดังกล่าว

ในปัจจุบัน บริษัทจดทะเบียนหลายแห่งได้มีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระที่มี ความเข้มงวดกว่าข้อกำหนดขั้นต่ำที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด เช่น กำหนดว่า กรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 0.5 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออก



เสียงทั้งหมดของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต ทั้งนี้ ให้นับรวมการถือหุ้นของผู้ที่เกี่ยวข้องของกรรมการอิสระรายนั้นๆ ด้วย

อย่างไรก็ดี ในเรื่องคุณสมบัติของกรรมการอิสระนั้น ยังมีคุณสมบัติบางข้อที่มีประเด็นให้พิจารณาว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ เช่น การที่กำหนดว่ากรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระได้นั้น จะต้องไม่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน ที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือของผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน ทั้งนี้ ลักษณะต้องห้ามดังกล่าวไม่รวมถึงกรณีที่กรรมการอิสระเคยเป็นข้าราชการ หรือที่ปรึกษาของส่วนราชการ ซึ่งเป็น ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต

จากข้อความข้างต้น จะเห็นว่า กฎหมายกำหนดเรื่องระยะเวลาไว้ว่า “...เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปี...” ซึ่งในประเด็นดังกล่าวผู้วิจัยมีความเห็นวาระระยะเวลาเพียง 2 ปีอาจจะน้อยเกินไป ตัวอย่างเช่น หากมีอดีตผู้บริหารในบริษัทได้รับการสรรหาเข้ามาเป็นกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร เมื่อดำรงไปแล้วตำแหน่ง 2 ปี กรรมการผู้นั้นก็จะมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระได้ตามกฎหมาย ทั้งๆ ที่กรรมการผู้นั้นก็ยังคงดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทมาโดยตลอด เนื่องจากข้อกำหนดที่กล่าวว่าพ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี ไม่ได้กำหนดห้ามการดำรงตำแหน่งกรรมการที่ไม่เป็นผู้บริหาร ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้น จะทำให้กลไกของการมีกรรมการอิสระไม่ทำงาน และผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการมีกรรมการอิสระ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรมีการขยายระยะเวลาดังกล่าวให้ยาวนานขึ้นกว่านี้ อย่างเช่นในหลายๆ ประเทศก็มีการกำหนดระยะเวลาการเว้นช่วงไว้ยาวนานมากกว่า 2 ปี เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกามีการกำหนดว่ากรรมการที่จะเป็นกรรมการอิสระได้ ต้องพ้นจากการดำรงตำแหน่งที่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัทจดทะเบียนมาไม่น้อยกว่า 3 ปี นับแต่พ้นจากตำแหน่งดังกล่าว หรือประเทศออสเตรเลีย ก็กำหนดช่วงระยะเวลาการพ้นจากตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับบริษัทจดทะเบียนไว้ 3 ปีเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ คำว่ากรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ซึ่งตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนฯ ข้อ 3 (3) ได้ให้นิยามไว้ว่า หมายถึง กรรมการที่ดำรงตำแหน่งเป็นผู้บริหาร กรรมการที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินการใดๆ เยี่ยงผู้บริหาร และให้หมายความรวมถึงกรรมการที่มีอำนาจลงนามผูกพัน เว้นแต่จะแสดงได้ว่าเป็นการลงนามผูกพันตามรายการที่คณะกรรมการมีมติอนุมัติไว้แล้ว และเป็นการลงนามร่วมกันกับกรรมการรายอื่น ซึ่งนิยามดังกล่าวโดยเฉพาะคำว่า กรรมการที่ทำหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินการใดๆ เยี่ยงผู้บริหาร ก็ยังไม่มีความชัดเจนว่าการปฏิบัติหน้าที่อย่างไรถึงจะ

เข้านิยามดังกล่าว ทำให้ต้องอาศัยการตีความและเป็นดุลยพินิจของบริษัทจดทะเบียนในการกล่าวอ้างความเป็นอิสระของกรรมการประเภทดังกล่าว

ICGN (International Corporate Governance Network) ซึ่งเป็นเครือข่ายนักลงทุนสถาบันระดับโลก ได้กล่าวว่า ปัจจัยที่จะส่งผลต่อความเป็นอิสระของกรรมการจากฝ่ายบริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ อาทิเช่น

- การที่อดีตเคยร่วมงานกับบริษัท ไม่ว่าจะพ้นจากการดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาแล้วก็ตาม
- การที่มีความสัมพันธ์ส่วนตัว ความสัมพันธ์ทางธุรกิจหรือการเงินกับบริษัท
- ระยะเวลาการดำรงตำแหน่ง
- การได้รับผลประโยชน์จากบริษัท

นอกจากนั้น ประเด็นเรื่อง ความสัมพันธ์กับสมาชิกในครอบครัวก็มีความสำคัญ เนื่องจากตามประกาศของคณะกรรมการกำกับตลาดทุน กล่าวถึงความสัมพันธ์ของกรรมการไว้เพียงว่าจะต้องไม่เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือโดยการจดทะเบียนตามกฎหมาย ในลักษณะที่เป็นบิดา มารดา คู่สมรส พี่น้อง และบุตร รวมทั้งคู่สมรสของบุตรของกรรมการรายอื่น ผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ผู้มีอำนาจควบคุม หรือบุคคลที่จะได้รับการเสนอให้เป็นกรรมการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต หรือบริษัทย่อย

นิยามของกรรมการอิสระในต่างประเทศ ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระไว้ค่อนข้างละเอียด โดยเฉพาะเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา The New York Stock Exchange Listed Company Manual ได้กำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระว่า นอกจากกรรมการคนนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะใดๆ ตามที่ได้กำหนดกับบริษัทจดทะเบียนแล้ว บุคคลในครอบครัวปัจจุบันของกรรมการคนนั้น ก็จะต้องไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะใดๆ ตามที่ได้กำหนดกับบริษัทจดทะเบียนเช่นเดียวกัน<sup>1</sup> ตัวอย่างเช่น

3) (a) กรรมการเป็นหุ้นส่วน หรือพนักงานของบริษัทที่เป็นผู้ตรวจสอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียน (b) กรรมการมีสมาชิกในครอบครัวปัจจุบันเป็นหุ้นส่วนของบริษัทดังกล่าว (c) กรรมการมีสมาชิกในครอบครัวปัจจุบันเป็นพนักงานของบริษัทดังกล่าว และมีหน้าที่ตรวจสอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียน หรือ (d) กรรมการหรือสมาชิกในครอบครัวปัจจุบัน ในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมาเคยเป็นหุ้นส่วนหรือพนักงานของบริษัทตรวจสอบบัญชีดังกล่าว และมีหน้าที่ตรวจสอบบัญชีบริษัทจดทะเบียนในช่วงระยะเวลาดังกล่าว

<sup>1</sup> The New York Stock Exchange Listed Company Manual, Section 303A.02.

จะเห็นได้ว่า จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว นอกจากกรรมการจะต้องไม่เป็น หรือเคยเป็นหุ้นส่วนของบริษัทผู้ตรวจสอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียน หรือพนักงานของบริษัทผู้ตรวจสอบบัญชีและมีหน้าที่ตรวจสอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียนแล้ว ยังรวมไปถึงการที่ต้องไม่มีสมาชิกในครอบครัวปัจจุบันเป็น หรือเคยเป็นหุ้นส่วนหรือพนักงานของบริษัทผู้ตรวจสอบบัญชีด้วย เว้นแต่จะพ้นจากการดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี นอกจากนี้ ยังได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “สมาชิกในครอบครัวปัจจุบัน” (immediate family member) ว่าหมายถึง บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ ได้แก่ คู่สมรส บิดามารดา บุตร พี่น้องร่วมบิดามารดา พ่อสามีหรือแม่สามี ลูกเขยและลูกสะใภ้ พี่หรือน้องเขย พี่หรือน้องสะใภ้ และรวมถึงบุคคลที่อยู่ร่วมบ้านเดียวกับกรรมการ แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่บังคับใช้หากบุคคลเหล่านั้นไม่ได้เป็นบุคคลในครอบครัวอีกต่อไป อาจจะได้รับผลของกฎหมายหรือมีการหย่าร้าง หรือบุคคลผู้นั้นเสียชีวิต หรือตกเป็นคนที่ไร้ความสามารถ

สำหรับประเทศไทย ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนฯ ห้ามแต่เพียงว่ากรรมการที่จะมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระได้ ต้องไม่เป็น หรือเคยเป็นผู้สอบบัญชีของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และไม่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย ผู้มีอำนาจควบคุม หรือหุ้นส่วนของสำนักงานสอบบัญชี ซึ่งมีผู้สอบบัญชีของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาตสังกัดอยู่ เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน แต่ไม่ได้ห้ามกรณีมีบุคคลในครอบครัวเป็นผู้สอบบัญชี หรือหุ้นส่วนของสำนักงานสอบบัญชี

ทั้งนี้ได้มีการศึกษาของหลายบริษัท ที่มีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระไว้ แต่ก็อาจจะไม่สามารถป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบริษัทได้ หรือกรรมการอิสระไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระอย่างแท้จริง เนื่องจากยังมีช่องว่างหลายประการที่กฎเกณฑ์ต่างๆ ยังไม่อาจครอบคลุมถึงได้ เช่น การที่เป็นเพื่อนสนิท หรือมีความสัมพันธ์ทางสังคมในรูปแบบอื่นๆ เพราะการสรรหากรรมการส่วนใหญ่ มักจะพิจารณาจากความสัมพันธ์ส่วนตัวเป็นหลัก โดยมักถูกเสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ผู้มีอำนาจควบคุม กรรมการหรือผู้บริหารของบริษัท ซึ่งจะมีอิทธิพลต่อการสรรหากรรมการค่อนข้างมาก หรือตามที่ ICGN (International Corporate Governance Network) ได้กล่าวว่า การที่อดีตเคยร่วมงานกับบริษัท ไม่ว่าจะพ้นจากการดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาแล้วก็ปีก็ตาม ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระของกรรมการ จากฝ่ายบริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีการออกกฎเกณฑ์ในหลายเรื่อง เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวที่อาจจะเกิดขึ้น เช่น การจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ หรือการกำหนดอายุของกรรมการ เพื่อให้มีการหมุนเวียนภายในคณะกรรมการ ไม่ให้กรรมการเกิดความเคยชิน หรือความสนิทสนมกับฝ่ายบริหารมากจนทำให้ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ โดยใช้ดุลยพินิจหรือการตัดสินใจที่มีความอิสระอย่างแท้จริงได้ ซึ่งจะกล่าวในประเด็นถัดไป

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่าแม้การกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระอาจไม่สามารถป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบริษัทได้ทั้งหมด แต่อย่างน้อยก็เป็นจุดเริ่มต้นในการเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการอิสระของบริษัทจดทะเบียน เนื่องจากหากไม่มีการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวไว้ก็อาจจะทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัทได้ หรืออาจทำให้เกิดความไม่เชื่อมั่นของนักลงทุนรวมถึงผู้ถือหุ้นรายย่อยต่อบริษัทว่าในการพิจารณาทำธุรกรรมต่างๆ คณะกรรมการบริษัทได้มีการพิจารณาโดยโปร่งใส เป็นธรรม และคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรวมถึงผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มต่างๆ อย่างแท้จริง ซึ่งการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดที่กฎหมายกำหนดจะช่วยป้องกันความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นได้ และจะช่วยสร้างความเชื่อมั่นต่อนักลงทุนรวมถึงผู้ถือหุ้นรายย่อยว่ากรรมการอิสระที่ได้รับเลือกตั้งเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว จะเป็นเสมือนตัวแทนในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อผลประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นได้

#### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน

ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 2) และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่ 5) กำหนดให้บริษัทมหาชนที่จะเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ต่อประชาชน และบริษัทที่ประสงค์จะนำหุ้นของตนจดทะเบียนต้องมีจำนวนของกรรมการอิสระอย่างน้อยหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามคน

นอกจากนี้ ตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555 โดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้กำหนดแนวปฏิบัติที่ดีในเรื่องของโครงสร้างคณะกรรมการไว้ และมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกรรมการอิสระ<sup>2</sup> ดังนี้

1.13 คณะกรรมการควรกำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการที่มีคุณสมบัติหลากหลายทั้งในด้านทักษะ ประสบการณ์ ความสามารถเฉพาะด้านที่เป็นประโยชน์กับบริษัท และต้องมีกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการบริหารอย่างน้อย 1 คนที่มีประสบการณ์ในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมหลักที่มีบริษัทดำเนินกิจการอยู่และคณะกรรมการควรจัดให้มีการเปิดเผยนโยบายในการกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการที่มีความหลากหลาย รวมถึงจำนวนปีการดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทของกรรมการแต่ละคนในรายงานประจำปี และบน website ของบริษัท

<sup>2</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน.

1.14 คณะกรรมการควรมีขนาดที่เหมาะสมและประกอบด้วยบุคคลที่มีความรู้ ประสบการณ์ และความสามารถที่เพียงพอ ที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 5 คน และไม่ควรมากกว่า 12 คน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับขนาด ประเภท และความซับซ้อนของ ธุรกิจ

1.15 คณะกรรมการควรมีกรรมการอิสระที่สามารถให้ความเห็นเกี่ยวกับการทำงานของฝ่าย จัดการได้อย่างอิสระในจำนวน ที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด และกรรมการที่ไม่ได้เป็น กรรมการอิสระ ควรเป็นไปตามสัดส่วนอย่างยุติธรรมของเงินลงทุนของผู้ถือหุ้นแต่ละกลุ่ม

1.16 ในกรณีต่อไปนี้ คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระมากกว่ากึ่งหนึ่งของ จำนวนกรรมการทั้งหมด

- (5) ประธานคณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการเป็นบุคคลเดียวกัน
- (6) ประธานคณะกรรมการไม่เป็นกรรมการอิสระ
- (7) ประธานคณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน
- (8) ประธานคณะกรรมการเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหาร หรือคณะทำงาน หรือมี หรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ความรับผิดชอบด้านการบริหาร

1.17 คณะกรรมการควรกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการไว้อย่างชัดเจน โดย ระบุไว้ในนโยบายการกำกับดูแล

1.18 คณะกรรมการควรพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็น “กรรมการอิสระ” เพื่อให้ กรรมการอิสระของบริษัทมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะบริษัท โดยความ เป็นอิสระอย่างน้อยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. และตลาดหลักทรัพย์ฯ กำหนด นอกจากนี้คณะกรรมการควรกำหนดให้กรรมการอิสระมีวาระการดำรงตำแหน่งต่อเนื่องไม่เกิน 9 ปี นับจากวันที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระครั้งแรก ในกรณีที่แต่งตั้งกรรมการ อิสระนั้นให้ดำรงตำแหน่งต่อไป คณะกรรมการควรพิจารณาอย่างสมเหตุสมผลถึงความจำเป็นดังกล่าว

1.19 ประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการมีหน้าที่ความรับผิดชอบต่างกัน คณะกรรมการควรกำหนดอำนาจหน้าที่ของประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการให้ชัดเจน และ เพื่อไม่ให้คนใดคนหนึ่งมีอำนาจโดยจำกัด ควรแยกบุคคลที่ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการออกจาก บุคคลที่ดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการ

1.20 คณะกรรมการควรเลือกให้กรรมการอิสระดำรงตำแหน่งประธานกรรมการ

1.21 คณะกรรมการควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้กรรมการดำรงตำแหน่งในบริษัทอื่น โดยพิจารณาถึงประสิทธิภาพการทำงานของกรรมการที่ดำรงตำแหน่งหลายบริษัทอย่างรอบคอบ และ เพื่อให้มั่นใจว่ากรรมการสามารถทุ่มเทเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทได้อย่างเพียงพอ โดยควร กำหนดจำนวนบริษัทที่กรรมการแต่ละคนจะไปดำรงตำแหน่งให้เหมาะสมกับลักษณะหรือสภาพธุรกิจ

ของบริษัท ซึ่งไม่ควรเกิน 5 บริษัทจดทะเบียน ทั้งนี้ เนื่องจากประสิทธิภาพของการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการบริษัทอาจลดลง หากจำนวนบริษัทที่กรรมการไปดำรงตำแหน่งมีมากเกินไป และควรให้มีการเปิดเผยหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้สาธารณชนทราบด้วย

จะเห็นได้ว่าตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555 นั้น ได้กล่าวถึงกรรมการอิสระอยู่หลายประเด็น โดยในประเด็นเรื่องจำนวนของกรรมการอิสระ ได้กำหนดว่า คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด ในกรณีดังนี้

- ประธานคณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการเป็นบุคคลเดียวกัน
- ประธานคณะกรรมการไม่เป็นกรรมการอิสระ
- ประธานคณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน
- ประธานคณะกรรมการเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหาร หรือคณะทำงาน หรือมี หรือได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ความรับผิดชอบด้านการบริหาร

ทั้งนี้ เนื่องจากประธานกรรมการ ถือได้ว่าเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญจึงได้มีการบัญญัติถึงบทบาทหน้าที่ของประธานกรรมการไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยบัญญัติว่า ในบริษัทมหาชนทุกบริษัทต้องมีประธานกรรมการ ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 78 และมาตรา 81 ได้บัญญัติเรื่องการเรียกประชุมกรรมการไว้ว่า ให้ประธานกรรมการเป็นผู้เรียกประชุมกรรมการ หรือกรรมการตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปอาจร้องขอให้เรียกประชุม ซึ่งประธานกรรมการต้องกำหนดวันประชุมภายใน 14 วันนับแต่วันที่ได้รับการร้องขอ มิเช่นนั้นประธานกรรมการอาจมีความผิด และได้รับโทษทางอาญาได้ นอกจากนี้มาตรา 80 ยังได้กำหนดหน้าที่ที่สำคัญของประธานกรรมการว่า ในกรณีที่ต้องมีการลงคะแนนเสียงในที่ประชุมกรรมการ แล้วผลปรากฏว่ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานกรรมการซึ่งเป็นประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาด (Casting Vote)

นอกจากประธานกรรมการจะทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมกรรมการแล้ว ยังอาจต้องเป็นประธานในที่ประชุมสามัญผู้ถือหุ้นด้วย จึงทำให้หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีทั้งภายในประเทศและต่างประเทศได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับประธานกรรมการเอาไว้ในหลายประเด็นเนื่องจากในอดีต ประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการใหญ่หรือประธานเจ้าหน้าที่บริหาร (President & CEO) มักจะเป็นคนคนเดียวกัน ทำให้เกิดคำถามว่า หากเป็นบุคคลเดียวกันแล้ว จะทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือไม่ จึงทำให้มีการกำหนดแนวปฏิบัติสำหรับประธานกรรมการเอาไว้ในหลายประเด็น ดังนี้

องค์กรที่กำหนดหลักเกณฑ์	หลักเกณฑ์/แนวพิจารณา
OECD	ควรแยกบุคคลที่ดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการและประธานกรรมการออกจากกัน เนื่องจากจะช่วยถ่วงดุลอำนาจ สามารถตรวจสอบได้ และจะทำให้การตัดสินใจของคณะกรรมการมีความเป็นอิสระมากขึ้น
UK CG Code	กรรมการผู้จัดการไม่ควรเป็นประธานกรรมการในบริษัทเดียวกัน แต่หากคณะกรรมการเห็นว่าทั้ง 2 ตำแหน่งควรเป็นบุคคลเดียวกัน คณะกรรมการควรปรึกษาผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และชี้แจงเหตุผลให้ผู้ถือหุ้นทราบ
ASEAN CG Scorecard	<ul style="list-style-type: none"> <li>- มีการแยกบทบาทหน้าที่ของประธานกรรมการและกรรมการผู้จัดการหรือไม่</li> <li>- ประธานกรรมการมีคนในครอบครัวหรือธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารหรือไม่</li> <li>- ประธานกรรมการเป็นกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive committee)หรือไม่</li> <li>- ประธานกรรมการเป็นกรรมการอิสระหรือไม่</li> <li>- ประธานกรรมการเป็นกรรมการผู้จัดการคนปัจจุบันหรืออดีตกรรมการผู้จัดการที่เพิ่งพ้นจากตำแหน่งหรือไม่</li> <li>- มีการเปิดเผยบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของประธานกรรมการหรือไม่</li> </ul>
สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD)	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ประธานกรรมการและผู้บริหารสูงสุดขององค์กรมีหน้าที่ความรับผิดชอบต่างกัน จึงควรแยกบุคคลที่ดำรงตำแหน่งประธานกรรมการออกจากบุคคลที่ดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการ</li> <li>- คณะกรรมการควรเลือกให้กรรมการอิสระดำรงตำแหน่งประธานกรรมการ</li> </ul>

จากผลการศึกษาถึงความสัมพันธ์ของกลไกการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (SET 50) กับมูลค่าเพิ่มเชิงเศรษฐศาสตร์ของกิจการ กลไกการกำกับดูแลกิจการที่ศึกษาประกอบด้วย (1) บทบาทความรับผิดชอบของคณะกรรมการ และ (2) โครงสร้างของผู้ถือหุ้น โดยบทบาทความรับผิดชอบของคณะกรรมการศึกษาจาก (1.1) สัดส่วนของกรรมการที่เป็นอิสระ (1.2) ความเป็นอิสระของประธานกรรมการ และ (1.3) จำนวนครั้งการประชุม

ของคณะกรรมการบริษัท ผลการศึกษาแสดงให้เห็นว่ากลไกด้านการกำกับดูแลกิจการในเรื่องความเป็นอิสระของประธานกรรมการมีความสัมพันธ์ในทิศทางเดียวกับที่คาดไว้และมีผลอย่างมีนัยสำคัญกับมูลค่าเพิ่มเชิงเศรษฐศาสตร์ของกิจการ<sup>3</sup>

ผู้วิจัยเห็นว่า เนื่องจากตำแหน่งประธานกรรมการเป็นตำแหน่งที่มีบทบาทสำคัญ จึงควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่ประธานกรรมการมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะการแยกบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการและประธานกรรมการให้เป็นคนละคนกัน เพราะมีบทบาทหน้าที่ที่แตกต่างกัน เนื่องจากหากเป็นบุคคลเดียวกัน อาจทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรืออาจเกิดกรณีการมีส่วนได้เสียได้ นอกจากนี้ ยังเห็นด้วยกับแนวปฏิบัติที่กำหนดว่าประธานกรรมการควรจะเป็นกรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระเพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นกลาง โดยเฉพาะในเรื่องการลงคะแนนเสียงชี้ขาดในที่ประชุมกรรมการ ซึ่งหากประธานกรรมการเป็นกรรมการอิสระแล้ว ก็จะทำให้การพิจารณาตัดสินใจลงมติในวาระต่างๆ มีความเป็นธรรม โปร่งใสและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวม

สำหรับโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียนนั้น นอกจากตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยจะกำหนดแนวปฏิบัติว่า คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ (Majority) แล้ว ก็ยังมีองค์กรอื่นๆ อีกหลายองค์กรทั้งภายในประเทศ และองค์กรระดับนานาชาติ ที่ได้ให้แนวปฏิบัติสนับสนุนประเด็นดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่า กรรมการอิสระมีบทบาทสำคัญ ในการช่วยถ่วงดุลอำนาจกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร ซึ่งหากมีกรรมการอิสระเป็นเพียงส่วนน้อย ก็อาจจะทำให้ไม่สามารถถ่วงดุลอำนาจกับฝ่ายบริหารได้ ตัวอย่างเช่น

องค์กรที่กำหนดหลักเกณฑ์	หลักเกณฑ์/แนวพิจารณา
OECD	ควรมีกรรมการอิสระในจำนวนที่เพียงพอ
The New York Stock Exchange Listed Company Manual และ NASDAQ Stock Market Rules	องค์ประกอบของคณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ (majority of independent directors)

<sup>3</sup> ศิลปพร ศรีจันเพชร, "ความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัท โครงสร้างของผู้ถือหุ้นกับมูลค่าเพิ่มเชิงเศรษฐศาสตร์," วารสารวิชาวชิพบัญชี 4, no. 10 (2551): หน้า 28-41.



องค์กรที่กำหนดหลักเกณฑ์	หลักเกณฑ์/แนวพิจารณา
UK CG Code	มีจำนวนกรรมการอิสระ โดยไม่รวมประธานกรรมการ อย่างน้อยครั้งหนึ่ง
The ASX Principles of Good Corporate Governance	คณะกรรมการควรประกอบด้วยสัดส่วนของกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก
ASEAN CG Scorecard	มีกรรมการอิสระอย่างน้อย 3 คน และมีจำนวนเป็น 50% ของคณะกรรมการ
สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD)	คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการที่เป็นอิสระมากกว่า 50%

ประเด็นเรื่องโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทนั้น ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวปฏิบัติที่กำหนดว่าโครงสร้างหรือองค์ประกอบของคณะกรรมการ ควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมากหรือมากกว่าครั้งหนึ่ง เนื่องจากเป็นแนวปฏิบัติที่ดีและแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสของบริษัทจดทะเบียน ซึ่งจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันก็มีบริษัทจดทะเบียนหลายบริษัทที่มีโครงสร้างของคณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการอิสระคิดเป็น 50% ของจำนวนกรรมการทั้งหมด

สำหรับผลงานวิจัยในต่างประเทศที่สนับสนุนการที่มีกรรมการที่เป็นอิสระจากภายนอกเข้ามาเป็นคณะกรรมการของบริษัท เช่น

Fama (1980) ได้ทำการศึกษาเรื่อง “Agency problems and the theory of the firm” และเสนอว่ากรรมการที่มาจากบุคคลภายนอกจะช่วยลดปัญหาที่เกิดจากกรรมการที่มาจากบุคคลภายในหรือปัญหาที่ผู้บริหารร่วมกันหาผลประโยชน์จากความมั่งคั่งของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่กรรมการที่เป็นผู้บริหารมีอำนาจควบคุมคณะกรรมการได้ รวมถึงได้มีผลการศึกษาที่เป็นไปในลักษณะเดียวกัน เช่น Fama and Jensen (1983) ในเรื่อง “Separation of Ownership and Control” และ Kole and Lehn (1998) ในเรื่อง “Corporate Governance and Board Effectiveness”

แต่อย่างไรก็ดี ก็ได้เกิดข้อโต้แย้งที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างของกรรมการการ เช่น การอ้างว่าแม้โครงสร้างของคณะกรรมการจะมีจำนวนกรรมการอิสระเพียง 1 ใน 3 แต่ถ้าหากทำหน้าที่ได้ดีก็ถือ

ว่าเพียงพอแล้ว และอาจจะเป็นการดีกว่าการที่มีจำนวนกรรมการอิสระเป็น 50% ของกรรมการทั้งหมดก็เป็นได้

สำหรับประเด็นโต้แย้งข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นเรื่องที่ยืดหยุ่นได้มากกว่าการที่มีจำนวนกรรมการอิสระเป็นส่วนน้อยจะสามารถทำหน้าที่ได้ดีกว่าการที่มีจำนวนกรรมการอิสระมากกว่า และตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีนั้น การวัดด้วยจำนวนหรือตัวเลขย่อมสามารถพิสูจน์ให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ได้ง่ายกว่า ซึ่งจากผลการวิจัยทั้งในประเทศและต่างประเทศหลายๆ เรื่อง ก็มีการแสดงให้เห็นตัวเลขเชิงสถิติว่าจำนวนกรรมการอิสระมีผลต่อผลการดำเนินงานของบริษัทจดทะเบียนได้ และยังส่งผลให้นักลงทุนสถาบัน (Institution Investor) สนใจเข้ามาลงทุนกับบริษัทจดทะเบียนมากยิ่งขึ้น เนื่องจากนักลงทุนสถาบัน มักจะเลือกลงทุนในบริษัทที่มีหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี เช่น International Corporate Governance Network (ICGN) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีเครือข่ายสมาชิกที่เป็นกลุ่มนักลงทุนสถาบันจากประเทศต่างๆ กว่า 50 ประเทศ ที่มีภาระหน้าที่ในการยกระดับมาตรฐานการกำกับดูแลกิจการทั่วโลก ก็ได้สนับสนุนให้บริษัทจดทะเบียนมีกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก

นอกจากองค์ประกอบของคณะกรรมการบริษัทควรจะมีกรรมการอิสระเป็นส่วนมากแล้ว ยังมีการกำหนดให้คณะอนุกรรมการหรือคณะกรรมการชุดย่อยต่างๆ ควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมากเช่นเดียวกัน เช่น คณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทนหรือคณะกรรมการสรรหา นอกเหนือจากคณะกรรมการตรวจสอบที่มีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการตรวจสอบให้ต้องเป็นกรรมการอิสระ ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ 28/2551 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ ซึ่งกำหนดว่าให้โครงสร้างคณะกรรมการและการจัดการของผู้ขออนุญาต ต้องมีกรรมการตรวจสอบอย่างน้อย 3 คน และต้องมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระตามที่ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด ด้วยเหตุนี้การที่มีจำนวนกรรมการอิสระหลายคน ย่อมสามารถให้กรรมการอิสระแต่ละคนดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการชุดย่อยต่างๆ ได้คนละ 1 หรือ 2 คณะ ซึ่งจะช่วยให้กรรมการอิสระสามารถปฏิบัติหน้าที่ในคณะกรรมการชุดย่อยนั้นๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นด้วย เนื่องจากสามารถทุ่มเทเวลาให้กับคณะกรรมการชุดย่อยได้อย่างเต็มที่

อย่างไรก็ดี แม้ว่าเรื่องโครงสร้างหรือองค์ประกอบของคณะกรรมการจะมีข้อกำหนดว่าควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก แต่ในความเป็นจริงแล้ว ประเด็นดังกล่าวก็มีข้อจำกัดอยู่พอสมควร เช่น ปัญหาในเรื่องการสรรหากรรมการอิสระของบริษัทจดทะเบียนขนาดเล็ก หรือบริษัทที่เป็นธุรกิจในรอบครัว ที่มักจะมีจำนวนกรรมการอิสระเพียงไม่กี่รายตามเกณฑ์ขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากกรรมการอิสระของบางบริษัทจะไม่ได้รับค่าตอบแทนประจำ จะได้เฉพาะเบี้ยประชุมเป็นครั้งคราวเฉพาะเวลาที่มาประชุมเท่านั้น แต่กลับมีภาระหน้าที่รวมถึงความรับผิดชอบในบาง

กรณีนี้เท่ากับกรรมการที่เป็นผู้บริหารคนอื่นๆ ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการสรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งดังกล่าว

จากการศึกษาและสัมภาษณ์ผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนขนาดใหญ่ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ในดัชนี SET 50 ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทที่หลักทรัพย์มีมูลค่าตามราคาตลาด (Market Capitalization) สูง และการซื้อขายมีสภาพคล่องสูงอย่างสม่ำเสมอ พบว่าบริษัทจดทะเบียนขนาดใหญ่ที่มีการกำหนดให้คณะกรรมการบริษัทประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก ตัวอย่างเช่น ธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน) บริษัทปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัทปตท. สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) บริษัทไทยออยล์ จำกัด (มหาชน) บริษัทผลิตไฟฟ้าราชบุรี โฮลดิ้ง จำกัด (มหาชน) เป็นต้น แต่ก็ยังถือเป็นส่วนน้อย ส่วนบริษัทจดทะเบียนขนาดใหญ่ที่มีการกำหนดให้คณะกรรมการบริษัทประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นกึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด เช่น บริษัทปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน) หรือธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) เป็นต้น ในขณะที่บริษัทจดทะเบียนขนาดใหญ่บางบริษัท ก็มีจำนวนกรรมการอิสระเป็นไปตามเกณฑ์ที่ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนฯ ประกาศกำหนด แต่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด เช่น ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) หรือบริษัทบ้านปู จำกัด (มหาชน) เป็นต้น

ข้อเท็จจริงดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าการกำหนดให้คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก แม้จะเป็นแนวปฏิบัติที่แสดงให้เห็นถึงการกำกับดูแลกิจการที่ดีของบริษัทจดทะเบียน แต่ด้วยข้อจำกัดในหลายๆ ประเด็น ส่งผลให้การสรรหากรรมการอิสระให้มีจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งเป็นเรื่องที่ยากในทางปฏิบัติ แม้แต่บริษัทจดทะเบียนขนาดใหญ่ก็ยังปฏิบัติตามแนวปฏิบัติดังกล่าวได้เพียงบางบริษัทเท่านั้น และบริษัทจดทะเบียนบางบริษัทต้องการกรรมการอิสระที่เข้าใจธุรกิจของบริษัทเป็นอย่างดี จึงทำให้เกิดปัญหาในการสรรหากรรมการอิสระที่มีคุณสมบัติตามที่ต้องการได้

อย่างไรก็ดี มาตรการที่จะสามารถช่วยแก้ไขปัญหานี้ในเรื่องการสรรหากรรมการอิสระสำหรับบริษัทจดทะเบียนดังกล่าว ผู้วิจัยเสนอแนวทาง 2 ประเด็น คือ 1) การจำกัดจำนวนบริษัทจดทะเบียนที่กรรมการสามารถไปดำรงตำแหน่ง และ 2) การใช้ Director Pool ของ สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD) อธิบายได้ ดังนี้

### 1) การจำกัดจำนวนบริษัทจดทะเบียนที่กรรมการสามารถไปดำรงตำแหน่ง

ประเด็นเรื่องการกำหนดจำนวนบริษัทที่กรรมการแต่ละคนจะสามารถไปดำรงตำแหน่งได้นั้น บริษัทจดทะเบียนหลายแห่งได้กำหนดไว้ว่าให้กรรมการบริษัทดำรงตำแหน่งได้ไม่เกิน 5 บริษัท เพื่อให้

กรรมการสามารถอุทธรณ์เวลาการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในเรื่องนี้ หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนปี 2555 ได้กำหนดแนวทางไว้ ดังนี้

1. ประสิทธิภาพของการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการบริษัทอาจลดลง หากจำนวนบริษัทที่กรรมการไปดำรงตำแหน่งมีมากเกินไป ดังนั้น คณะกรรมการควรพิจารณาประสิทธิภาพการทำงานของกรรมการที่ดำรงตำแหน่งหลายบริษัทอย่างรอบคอบ หรือกำหนดจำนวนบริษัทที่กรรมการแต่ละคนจะไปดำรงตำแหน่งให้เหมาะสมกับลักษณะหรือสภาพธุรกิจของบริษัท และควรให้มีการเปิดเผยข้อมูลการดำรงตำแหน่งของกรรมการแต่ละคนให้ผู้ถือหุ้นทราบ

2. คณะกรรมการควรกำหนดนโยบายและวิธีปฏิบัติในการไปดำรงตำแหน่งกรรมการที่บริษัทอื่นของกรรมการผู้จัดการและผู้บริหารระดับสูงของบริษัทอย่างชัดเจน ทั้งประเภทของตำแหน่งกรรมการและจำนวนบริษัทที่สามารถไปดำรงตำแหน่งได้ เช่น ต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการก่อน เป็นต้น

นอกจากนี้ องค์กรต่างๆ ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการที่กรรมการในบริษัทจดทะเบียนจะสามารถไปดำรงตำแหน่งได้ไว้ ดังนี้

องค์กรที่กำหนดหลักเกณฑ์	หลักเกณฑ์/แนวพิจารณา
OECD	ควรมีการพิจารณาว่ากรรมการที่ดำรงกรรมการในหลายๆ บริษัท ยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ และเปิดเผยข้อมูลให้ผู้ถือหุ้นทราบ
ASEAN CG Scorecard	<ul style="list-style-type: none"> <li>- บริษัทที่มีการเปิดเผยว่ามีการจำกัดจำนวนบริษัทจดทะเบียนที่กรรมการจะสามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งได้ไม่เกิน 5 บริษัทหรือไม่</li> <li>- บริษัทที่มีกรรมการอิสระที่ดำรงตำแหน่งในบริษัทจดทะเบียนอื่นๆ มากกว่า 5 บริษัทหรือไม่</li> <li>- บริษัทที่มีกรรมการที่เป็นผู้บริหาร ดำรงตำแหน่งในบริษัทจดทะเบียนนอกกลุ่มธุรกิจมากกว่า 2 บริษัทหรือไม่</li> </ul>
สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD)	คณะกรรมการบริษัทควรพิจารณากำหนดจำนวนบริษัทจดทะเบียนที่กรรมการแต่ละคนจะไปดำรงตำแหน่งไม่เกิน 5 แห่ง โดยไม่มีข้อยกเว้น หรือหากสามารถกำหนดไว้ไม่เกิน 3 แห่งได้ ก็จะเป็นการดียิ่งขึ้น

ประเด็นดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เนื่องจากหากไม่มีการกำหนดจำนวนบริษัทเอาไว้ กรรมการอาจเข้าไปดำรงตำแหน่งกรรมการอยู่ในบริษัทจดทะเบียนหลายแห่ง จนอาจทำให้ไม่สามารถอุทิศเวลาในการปฏิบัติงานในฐานะกรรมการได้อย่างเต็มที่ จึงเสนอว่าบริษัทจดทะเบียนควรมีการจำกัดจำนวนบริษัทจดทะเบียนที่กรรมการจะไปดำรงตำแหน่งกรรมการในบริษัทจดทะเบียนอื่นๆ ไว้ไม่เกินกว่า 5 บริษัท โดยในส่วนของกรรมการของธนาคารพาณิชย์นั้น ธนาคารแห่งประเทศไทยได้กำหนดว่า กรรมการธนาคารพาณิชย์สามารถเป็นประธานกรรมการ กรรมการที่เป็นผู้บริหาร หรือกรรมการผู้มีอำนาจลงนามอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างในบริษัทอื่นได้ไม่เกิน 3 กลุ่มธุรกิจ นอกจากนี้ การดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจได้มีพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 บัญญัติในมาตรา 7 ไว้ว่า “ผู้ใดจะดำรงตำแหน่งกรรมการในรัฐวิสาหกิจเกินสามแห่งมิได้” และหากมีผู้ใดดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจเกินกว่าที่มาตรา 7 กำหนด มาตรา 13 ได้บัญญัติให้ผู้นั้นต้องลาออกจากรัฐวิสาหกิจใด รัฐวิสาหกิจหนึ่งในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่พระราชบัญญัติใช้บังคับ ถ้ามิได้ลาออกก็ให้ถือว่าพ้นจากตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งหลังสุดตามลำดับในวันที่ครบหนึ่งเดือน

สำหรับในต่างประเทศนั้น กรรมการส่วนใหญ่มักจะดำรงตำแหน่งอยู่ในบริษัทจดทะเบียนเพียง 1-2 แห่งเท่านั้น ซึ่งประเด็นดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่านอกจากจะช่วยให้กรรมการสามารถอุทิศเวลาเพื่อปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มที่แล้ว ยังสามารถช่วยแก้ไขปัญหาการขาดแคลนกรรมการได้ เนื่องจากจะทำให้กรรมการไม่ไปกระจุกตัวอยู่แต่เฉพาะบริษัทจดทะเบียนขนาดใหญ่เท่านั้น

## 2) การใช้ Director Pool ของ สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD)

Director Pool ของ IOD คือ การรวบรวมรายชื่อของบุคคลที่มีการเปิดเผยอยู่บนเว็บไซต์ของ IOD ซึ่งการที่จะมีชื่ออยู่ในรายชื่อดังกล่าวได้นั้น จะต้องผ่านหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. ต้องผ่านการอบรมหลักสูตร DCP ของ IOD (ปัจจุบันมีผู้ผ่านการอบรมแล้วกว่า 5,000 คน)
2. มีความสมัครใจที่จะเปิดเผยข้อมูลของตนเองบนเว็บไซต์ของ IOD
3. ต้องดำรงสถานะสมาชิกของ IOD

ในปัจจุบันมีรายชื่อของบุคคลที่อยู่ใน Director Pool ของ IOD จำนวนกว่า 2,000 คน

นอกจากนั้น ยังมีกรรมการที่เป็นกรรมการอาชีพในทำเนียบ IOD (IOD Chartered Director) ซึ่งเป็นกรรมการในบริษัทหรือองค์กรที่เทียบเท่า ที่ปัจจุบันปฏิบัติงานในฐานะกรรมการโดยอาชีพ เป็นบุคคลที่อุทิศตนให้การพัฒนาความรู้ และทักษะในการทำหน้าที่ของกรรมการ

โดยเฉพาะด้านการกำกับดูแลกิจการที่ดี มีพื้นฐานความรู้และประสบการณ์อันกว้างขวางสามารถดำรงความเป็นอิสระอย่างเข้มแข็ง และยึดมั่น ในคุณธรรมและจริยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่กรรมการ ตามมาตรฐานสากลอันเป็นที่ยอมรับของ IOD ปัจจุบันมีจำนวน 32 คน โดยกรรมการอาชีพในทำเนียบ IOD ก็เป็นส่วนหนึ่งที่อยู่ใน Director Pool ของ IOD เช่นกัน เพียงแต่บุคคลเหล่านี้จะต้องมีคุณสมบัติตามที่ IOD กำหนด และผ่านกระบวนการพิจารณาเพื่อเป็นกรรมการอาชีพในทำเนียบ IOD ตามขั้นตอนที่กำหนด

สำหรับกรรมการที่ผ่านการคัดเลือกให้เป็น “กรรมการอาชีพในทำเนียบ IOD” จะได้รับการนำรายชื่อบรรจุในฐานข้อมูล “กรรมการอาชีพในทำเนียบ IOD” บน website ของ IOD เพื่อเปิดโอกาสให้บริษัทจดทะเบียนที่ต้องการสรรหากรรมการอาชีพ สามารถเข้าดูและคัดสรรรายชื่อเพื่อทาบทามเป็นกรรมการ รวมถึงได้รับการคัดสรรรายชื่อเพื่อเสนอแนะแก่บริษัทที่แจ้งความประสงค์ให้ IOD เป็นสื่อกลางสรรหารายชื่อให้พิจารณา

จะเห็นได้ว่า การกำหนดโครงสร้างหรือองค์ประกอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียนให้ มีกรรมการอิสระมากกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการบริษัททั้งหมดเป็นเรื่องที่ควรให้ความสำคัญ เนื่องจากกรรมการอิสระมีบทบาทสำคัญ ในการช่วยถ่วงดุลอำนาจกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร ซึ่งหากมีกรรมการอิสระเป็นเสียงส่วนน้อย ก็อาจจะทำให้กลไกการทำงานของกรรมการอิสระไม่สามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เพื่อถ่วงดุลอำนาจหรือตรวจสอบการทำหน้าที่ของฝ่ายบริหารได้ ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียนให้สอดคล้องกับบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระ และเป็นไปตามข้อกำหนด รวมถึงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีขององค์กรต่างๆ ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ เพื่อให้บริษัทมีการดำเนินธุรกิจอย่างมีความโปร่งใส เป็นธรรม และสร้างมูลค่าแก่ผู้ถือหุ้นรวมถึงผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มต่างๆ ได้

#### 4.3 ปัญหาเรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ

ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มีการบัญญัติเรื่องการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการไว้ในมาตรา 71 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการประชุมผู้ถือหุ้นสามัญประจำปีทุกครั้ง ให้เลือกตั้งคณะกรรมการทั้งชุดพร้อมกันในคราวเดียว แต่ให้คณะกรรมการชุดเดิมรักษาการในตำแหน่งเพื่อดำเนินกิจการของบริษัทต่อไปพลางก่อนเท่าที่จำเป็นจนกว่าคณะกรรมการชุดใหม่จะเข้ารับหน้าที่”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เป็นการพ้นจากตำแหน่งกรรมการตามวาระ ในกรณีที่บริษัทมีวิธีการออกเสียงลงคะแนนแบบสะสม (Cumulative Voting) สำหรับวาระเลือกตั้งกรรมการ ตามมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แต่หากบริษัทมีการกำหนดข้อบังคับบริษัทไว้เป็นอย่างอื่น การพ้นจากตำแหน่งของกรรมการจะใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 71 วรรคสองถึงวรรคสี่ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติว่า

“ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีที่บริษัทมีข้อบังคับกำหนดวิธีการเลือกกรรมการแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 70 ซึ่งในกรณีเช่นนั้น ให้กรรมการออกจากตำแหน่งจำนวนหนึ่งในสามเป็นอัตรา ถ้าจำนวนกรรมการที่จะแบ่งออกให้ตรงเป็นสามส่วนไม่ได้ ก็ให้ออกโดยจำนวนใกล้เคียงที่สุดกับส่วนหนึ่งในสาม

กรรมการที่จะต้องออกจากตำแหน่งในปีแรกและปีที่สองภายหลังจดทะเบียนบริษัทนั้น ถ้าข้อบังคับมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ก็ให้จับสลากกัน ส่วนปีหลังๆ ต่อไปให้กรรมการคนที่อยู่ในตำแหน่งนานที่สุดนั้นเป็นผู้ออกจากตำแหน่ง

กรรมการซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา นี้ อาจได้รับเลือกตั้งใหม่ได้”

กรณีที่บริษัทมีการกำหนดข้อบังคับไว้เป็นอย่างอื่นในวาระการเลือกตั้งกรรมการ ในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นจะมีกรรมการที่พ้นจากตำแหน่งเป็นจำนวนหนึ่งในสามของกรรมการทั้งคณะ แต่อย่างไรก็ดี กรรมการที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็อาจได้รับเลือกกลับเข้ามาเป็นกรรมการใหม่ได้ ซึ่งสำหรับกรรมการอิสระ เมื่อไม่มีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้โดยเฉพาะ จึงต้องออกจากตำแหน่งตามวาระเช่นเดียวกับกรรมการอื่นๆ ตามมาตรา 71 ซึ่งจะทำให้กรรมการอิสระอาจถูกเสนอชื่อ เพื่อเลือกตั้งกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการต่อไปได้อีกไม่มีจำกัด ทำให้เกิดประเด็นว่าการที่กรรมการอิสระดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการบริษัทเป็นเวลานาน จะทำให้ความเป็นอิสระหมดไปหรือไม่ ดังนั้นจึงได้เกิดหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่เห็นควรให้มีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ เพื่อให้กรรมการมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง

หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนปี 2555 ได้กำหนดแนวปฏิบัติที่ดีในเรื่องวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้ ดังนี้

1) คณะกรรมการควรกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการไว้อย่างชัดเจน โดยระบุไว้ในนโยบายการกำกับดูแล

2) คณะกรรมการควรพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลที่จะเป็น “กรรมการอิสระ” เพื่อให้กรรมการอิสระของบริษัทมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะบริษัท โดยความเป็นอิสระอย่างน้อยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. และตลาดหลักทรัพย์ฯ กำหนด นอกจากนี้คณะกรรมการควรกำหนดให้กรรมการอิสระมีวาระการดำรงตำแหน่งต่อเนื่องไม่เกิน 9 ปี นับจากวันที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระครั้งแรก ในกรณีที่แต่งตั้งกรรมการอิสระนั้นให้ดำรงตำแหน่งต่อไป คณะกรรมการควรพิจารณาอย่างสมเหตุสมผลถึงความจำเป็นดังกล่าว

จะเห็นได้ว่า เรื่องวาระการดำรงตำแหน่งนั้น หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนปี 2555 ได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการให้มีความชัดเจน และกำหนดให้คณะกรรมการควรกำหนดให้กรรมการอิสระมีวาระการดำรงตำแหน่งต่อเนื่องไม่เกิน 9 ปี นับแต่วันที่ได้รับการดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระครั้งแรก ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าว ก็สอดคล้องกับแนวปฏิบัติอื่นๆ ของทั้งในประเทศและระดับสากล ดังนี้

องค์กรที่กำหนดหลักเกณฑ์	หลักเกณฑ์/แนวพิจารณา
UK CG Code	กรรมการอาจไม่มีความเป็นอิสระ หากมีการดำรงตำแหน่งกรรมการนับตั้งแต่วาระแรกจนถึงปัจจุบันมากกว่า 9 ปี
ASEAN CG Scorecard	บริษัทมีกรรมการอิสระที่ดำรงตำแหน่งนานกว่า 9 ปีหรือไม่
สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD)	คณะกรรมการควรระบุวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการไว้อย่างชัดเจนในนโยบายการกำกับดูแลกิจการของบริษัท โดยควรกำหนดไม่เกิน 9 ปี โดยไม่มีข้อยกเว้น หรือหากสามารถกำหนดได้ไม่เกิน 6 ปี โดยไม่มีข้อยกเว้นก็จะเป็นการดียิ่ง

ประเด็นเรื่องการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ เป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพูดกันอย่างมากในปัจจุบัน เนื่องจากหากไม่มีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว กรรมการอิสระรายนั้นเมื่อครบกำหนดออกตามวาระ ก็อาจถูกเลือกเพื่อเข้ารับดำรงตำแหน่งต่อไปเรื่อยๆ จนเกิดความคุ้นเคยกับฝ่ายบริหาร และอาจทำให้การตัดสินใจของตบตออยู่ภายใต้อิทธิพลดังกล่าว ซึ่งผู้วิจัยจึงมีความคิดเห็นสนับสนุนแนวคิดการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้ไม่เกิน 3 วาระตามที่หลายฝ่ายเสนอ เพราะนอกจากแนวปฏิบัติจะกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนมีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระว่าไม่ควรเกิน 9 ปีแล้ว UK Corporate Governance



Code ยังมีแนวปฏิบัติที่กล่าวว่า หากมีกรรมการอิสระคนใดดำรงตำแหน่งกรรมการมากกว่า 9 ปี คณะกรรมการต้องชี้แจงเหตุผลในการขอให้ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาอนุมัติเลือกกรรมการอิสระที่ดำรงตำแหน่งกรรมการไม่เกิน 9 ปี เป็นกรรมการอิสระต่อไปอีกวาระ เนื่องจากแนวปฏิบัติดังกล่าว กำหนดว่ากรรมการที่ไม่เป็นผู้บริหารควรมีการแต่งตั้งโดยมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งชัดเจน หากกรรมการดังกล่าวดำรงตำแหน่งไม่เกิน 6 ปี ควรมีการพิจารณาอย่างเคร่งครัด ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการที่จะเสนอให้กรรมการคนนั้นดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระต่อไปอีกวาระ จะต้องมิใช่เหตุผลที่ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้ถือหุ้นเลือกกรรมการคนนั้นกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งอีก

นอกจากนั้นแล้ว ข้อดีของการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ คือการส่งเสริมในเรื่องความหลากหลายของคณะกรรมการ (board diversity) เนื่องจากหากไม่มีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ ก็จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงภายในคณะกรรมการ ซึ่งในปัจจุบันได้มีแนวปฏิบัติที่ส่งเสริมและสนับสนุนให้องค์ประกอบของคณะกรรมการมีความหลากหลาย โดยเฉพาะประเด็นเรื่องกรรมการอิสระที่เป็นผู้หญิง

ทั้งนี้ บริษัทจดทะเบียนบางแห่งอาจมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการจำกัดอายุของกรรมการแทนการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ เช่น กำหนดว่ากรรมการบริษัทจะเกษียณอายุเมื่ออายุครบ 72 ปี หรือบริษัทจดทะเบียนบางแห่งจะกำหนดอายุของกรรมการไว้ไม่เกิน 70 ปี แต่ทั้งนี้ หากเป็นกรรมการของบริษัทจดทะเบียนที่เป็นรัฐวิสาหกิจ จะถูกจำกัดอายุการดำรงตำแหน่งกรรมการของบริษัท ตามพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 ซึ่งกำหนดว่ากรรมการต้องมีอายุไม่เกิน 65 ปีบริบูรณ์<sup>4</sup>

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาและสัมภาษณ์ผู้บริหารบริษัทจดทะเบียน พบว่าแม้การจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระจะเป็นแนวปฏิบัติที่ส่งเสริมให้บริษัทจดทะเบียนมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี แต่เนื่องจากข้อจำกัดหลายๆ ประการ จึงทำให้บริษัทจดทะเบียนส่วนมากยังไม่สามารถปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้อย่างจริงจัง หรือแม้กระทั่งบริษัทจดทะเบียนที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ก็อาจมีข้อยกเว้นไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ เพราะบริษัทจดทะเบียนบางบริษัทอาจต้องการกรรมการบริษัทที่มีความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ในธุรกิจนั้นๆ ซึ่งอาจไม่สามารถหาบุคคลอื่น ๆ ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญดังกล่าวมาดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทแทนกรรมการอิสระที่ดำรงตำแหน่งมาจนครบวาระได้ ด้วยเหตุนี้ บริษัทจดทะเบียนหลายบริษัทจึงใช้วิธีการอธิบายเหตุผลในที่ประชุมผู้ถือหุ้นว่าเพราะเหตุใดคณะกรรมการบริษัทจึงยังคงเสนอกรรมการ

<sup>4</sup> มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518

อิสระคนนั้นกลับเข้ามาเป็นกรรมการบริษัทอีก ซึ่งประเด็นดังกล่าวก็เป็นเรื่องของบริษัทจดทะเบียนจะต้องนำไปปรับปรุงต่อไป

แต่ทั้งนี้ เพื่อให้ไม่เป็นการสร้างภาระแก่บริษัทจดทะเบียนในการสรรหากรรมการอิสระมากจนเกินไป อาจมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้กรรมการอิสระที่ดำรงตำแหน่งครบ 3 วาระแล้ว สามารถกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระได้อีกครั้งหนึ่ง หากพ้นจากการดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระไปแล้ว 1-2 วาระ เพื่อให้มีการเว้นช่วงจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว โดยในเรื่องดังกล่าว อาจพิจารณาเชื่อมโยงได้กับปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี จากในอดีตบริษัทจดทะเบียนมักถูกตรวจสอบโดยสำนักงานสอบบัญชีเพียงแห่งเดียว หรือ Audit Partner เพียงคนเดียวเป็นระยะเวลาอันยาวนาน จนมีความสัมพันธ์ที่ยาวนานกับลูกค้า และอาจจะทำให้ดูเหมือนว่าผู้สอบบัญชีไม่เข้มงวดหรือละเลยนโยบายการสอบบัญชีที่ผู้บริหารเลือกที่จะใช้ในกรณีที่มาตราฐานการบัญชีเปิดทางให้เลือก โดยอาจมีเหตุผลเนื่องมาจากผู้บริหารกับผู้สอบบัญชีมีความคุ้นเคยกัน เพราะผู้สอบบัญชีก็พยายามที่จะรักษารฐานลูกค้าไว้ให้อยู่กับผู้สอบบัญชีหรือสำนักงานสอบบัญชีให้นานเท่าที่จะเป็นไปได้ จากปัญหาเรื่องความเป็นอิสระดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการที่จะต้องมีการหมุนเวียนผู้สอบบัญชี (Auditor Rotation)

สำหรับในประเทศไทยสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้ออกกฎเกณฑ์เพื่อส่งเสริมความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี ตามหลักบรรษัทภิบาลที่ดี ได้แก่ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กจ. 39/2548 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการรายงานการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 20) ลงวันที่ 12 ตุลาคม 2548 โดยกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนต้องจัดให้มีการหมุนเวียนผู้สอบบัญชี (Auditor Rotation) ที่ลงลายมือชื่อรับรองงบการเงิน ทุก 5 รอบปีบัญชี โดยสามารถหมุนเวียนไปใช้ผู้สอบบัญชีรายอื่นในสำนักงานสอบบัญชีเดียวกันได้ สำหรับผู้สอบบัญชีรายเดิมนั้น บริษัทจดทะเบียนต้องเว้นช่วงอย่างน้อย 2 รอบปีบัญชี ก่อนจะกลับมาใช้ผู้สอบบัญชีรายเดิมได้

จะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องการหมุนเวียนผู้สอบบัญชีดังกล่าว อาจนำมาศึกษาเพื่อใช้กับการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระได้ แม้ว่าบทบาทหน้าที่จะแตกต่างกัน แต่ทั้ง 2 ตำแหน่งต่างก็ต้องการความเป็นอิสระเช่นเดียวกัน

ดังนั้นการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ จึงเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการอิสระเกิดความสนิทสนมคุ้นเคยกับฝ่ายบริหารมากจนเกินไป จนอาจทำให้เกิดความเกรงใจซึ่งกันและกัน จนส่งผลให้ไม่อาจใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจที่เป็นอิสระได้อย่างแท้จริง ผู้วิจัยจึงเสนอว่าควรมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้ไม่เกิน 3 วาระหรือ 9 ปี เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการมีความตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกันอย่างแท้จริง และกรรมการอิสระ

สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงสร้างให้เกิดความหลากหลายภายในโครงสร้างของคณะกรรมการจากการเปลี่ยนแปลงกรรมการอีกด้วย

#### 4.4 ปัญหาเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

กรรมการอิสระถือเป็นหนึ่งในคณะกรรมการบริษัท จึงทำให้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 รวมถึงมีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวด้วยเช่นกัน ทั้งความรับผิดชอบทางแพ่งและความรับผิดชอบทางอาญา โดยหากกรรมการอิสระไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับของบริษัท หรือปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจของผู้ถือหุ้น ส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการนั้นอาจต้องรับผิดชอบต่อบริษัทได้หรือในบางกรณีแม้ไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิด แต่อาจต้องรับผิดชอบร่วมกับกรรมการบริษัทรายอื่นๆ สำหรับความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และกรรมการอิสระยังอาจต้องร่วมรับผิดชอบ ตามมาตรา 94 สำหรับความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นแก่ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัทในกรณีต่างๆ เช่น การแจ้งข้อความเท็จ หรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทในการเสนอขายหุ้น หุ้นกู้หรือตราสารทางการเงินของบริษัท

นอกจากความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ยังได้บัญญัติความรับผิดชอบสำหรับกรรมการและผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียน ทั้งที่เป็นความรับผิดชอบเฉพาะบุคคลและความผิดร่วมกันของกรรมการทั้งคณะ ทำให้ในบางครั้งกรรมการอิสระอาจจะต้องรับผิดชอบร่วมกับกรรมการที่เป็นผู้บริหารได้ เพราะแม้ว่าจะมีฐานะเป็นกรรมการบริษัทเหมือนกัน แต่มีบทบาทหน้าที่บางประการที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ดี หากกรรมการอิสระสามารถพิสูจน์ได้ว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยซื่อสัตย์สุจริตและความระมัดระวัง ภายใต้ความรู้ความสามารถและประสบการณ์ของตนแล้ว รวมถึงพิสูจน์ว่ากรรมการอิสระผู้นั้นไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด จึงมิได้รู้เรื่องการกระทำผิดหรือไม่ได้มีเจตนากระทำความผิด ก็อาจยกข้อต่อสู้เพื่อปกป้องตัวเองจากความรับผิดได้ โดยหากกรรมการอิสระได้มีการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและอาศัยความระมัดระวังอย่างเพียงพอแล้ว พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของ

กรรมการและผู้บริหารไว้ในมาตรา 89/8 โดยได้กำหนดลักษณะการตัดสินใจของกรรมการหรือผู้บริหารที่จะถือได้ว่าปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวังต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้ส่วนเสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น

รวมถึงมีการกำหนดปัจจัยในการพิจารณาว่ากรรมการหรือผู้บริหารแต่ละคนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่ไว้ในมาตรา 89/9 ดังนี้

1. ตำแหน่งในบริษัทที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ ณ เวลานั้น
2. ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าว ตามที่กำหนดโดยกฎหมาย หรือตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ และ
3. คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถและประสบการณ์ รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง

จากการที่กฎหมายกำหนดแนวทางให้มีปัจจัยในการพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังหรือไม่นั้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายยอมรับหลักการที่ว่า กรรมการแต่ละคนมีระดับความระมัดระวังที่ไม่เท่ากัน และการวินิจฉัยความรับผิดชอบของกรรมการต้องคำนึงถึงขอบเขตการแต่งตั้งหรือที่มาของการแต่งตั้งด้วย เนื่องจากกรรมการที่มีฐานะเป็นผู้บริหาร หรือได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เรื่องใดเป็นพิเศษ จะต้องมีความระมัดระวังมากขึ้นกว่าเดิมหากเทียบกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอิสระ ซึ่งเป็นกรรมการที่มาจากภายนอก และเป็นกรรมการที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการบริหารงาน จะมีหน้าที่เฉพาะเวลาที่มีการประชุมเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด ได้กำหนดในเรื่องของการประชุมคณะกรรมการไว้ว่า บริษัทมหาชนต้องจัดให้มีการประชุมกรรมการอย่างน้อย 3 เดือนต่อครั้ง ดังนั้นในปีหนึ่งอย่างน้อยต้องมีการประชุมกรรมการ 4 ครั้ง ทำให้ในบางครั้งอาจได้รับข้อมูลที่ไม่เพียงพอ เมื่อเทียบกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร นอกจากนี้ ปัญหาของบทบัญญัติในมาตรา 89/9 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ก็คือ มาตรการดังกล่าวยังไม่เคยถูกนำมาใช้ประกอบการพิจารณาจริงๆ จึงทำให้ไม่สามารถพิจารณาได้ว่า บทบัญญัติในมาตราดังกล่าวยังต้องปรับปรุงในประเด็นใดบ้าง ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดในเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบของกรรมการอิสระให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นว่าในกรณีใดจึงจะต้องร่วมรับ

ผิดกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร หรือขอบเขตของความรับผิดมีมากน้อยแค่ไหน ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้กรรมการอิสระมีความรับผิดมากจนเกินไป

ปัญหาความรับผิดของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนนั้น ได้มีเสียงสะท้อนมาจากผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนและกรรมการอิสระเอง ซึ่งปัญหาความไม่ชัดเจนเรื่องความรับผิดของกรรมการอิสระนั้น อาจนำไปสู่ปัญหาการขาดแคลนกรรมการอิสระได้ เนื่องจากกรรมการอิสระนั้นเป็นกรรมการที่ไม่ได้รับเงินเดือนประจำ จะได้รับค่าตอบแทนเฉพาะเบี้ยประชุมเท่านั้น นอกจากนี้ยังมีภาระหน้าที่และความรับผิดตามที่กล่าวข้างต้น ดังนั้นประเด็นในเรื่องความรับผิดของกรรมการ ไม่ว่าจะมีความรับผิดทางแพ่งหรือทางอาญา หรือบทกำหนดโทษต่างๆ ของกรรมการ จึงเป็นเรื่องที่กรรมการให้ความสำคัญเป็นลำดับต้นๆ ในการตัดสินใจเข้าดำรงตำแหน่งกรรมการ และส่งผลให้การสรรหาผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งดังกล่าวเกิดข้อจำกัด หรือในทางกลับกัน อาจทำให้เกิดการลาออกจากการดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทได้

ทั้งนี้ในต่างประเทศ แม้จะไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการแบ่งแยกความรับผิดระหว่างกรรมการที่เป็นผู้บริหารกับกรรมการที่ไม่เป็นผู้บริหาร หรือกรรมการอิสระไว้โดยตรง แต่ก็ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการไว้ในกฎหมายบริษัท เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติไว้ใน Model Business Corporation Act 2005 เรื่อง การคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่และการจ่ายค่าชดเชยล่วงหน้า (Indemnification and Advance for Expenses) ตั้งแต่มาตราที่ 8.50-8.59 รวมถึงกฎหมายในระดับรัฐก็ได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว โดยให้บริษัทสามารถแก้ไขข้อบังคับให้จำกัด หรือยกเว้นความรับผิดของกรรมการในความเสียหายที่เป็นตัวเงิน อันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ให้บริษัท หรือการละเมิดการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไว้นิ่งเชื่อใจของกรรมการต่อผู้ถือหุ้น เมื่อกรรมการไม่ถูกคุ้มครองตามหลักการตัดสินใจในทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) เช่น ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เว้นแต่เข้าชื่อยกเว้น เช่น กรรมการฝ่าฝืนหน้าที่โดยสุจริต หรือกรรมการได้รับประโยชน์ส่วนตนโดยไม่เหมาะสม หรือในประเทศออสเตรเลียที่บัญญัติว่าบริษัทสามารถกำหนดรูปแบบของความคุ้มครองกรรมการ ไว้ในข้อบังคับบริษัทได้ แต่บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองกรรมการจะตกเป็นโมฆะ หากมีข้อความขัดแย้งกับมาตรา 199A ของ Corporations Act 2001

นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่คุ้มครองความรับผิดของกรรมการในรูปของการซื้อกรมธรรม์สำหรับประกันภัยความรับผิดของกรรมการและเจ้าหน้าที่ หรือที่เรียกกันว่า กรมธรรม์ D&O (D&O Insurance) คือ การประกันภัยที่ให้ความคุ้มครองกรรมการและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัท สำหรับความสูญเสีย หรือค่าเสียหายทางการเงิน อันเนื่องมาจากการละเมิดหรือการกระทำผิด (wrongful acts) ที่กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทต้องรับผิดชดเชยตามกฎหมาย นอกจากนี้ การประกันภัย

ดังกล่าว ยังให้ความคุ้มครองตัวบริษัทในกรณีที่บริษัทได้รับอนุญาตหรือผูกพันที่จะต้องชดใช้ให้กับ กรรมการ และ/หรือเจ้าหน้าที่สำหรับการกระทำผิดที่กรรมการ หรือเจ้าหน้าที่นั้นต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

สำหรับกรรมการอิสระนั้น ในปัจจุบันได้มีความสำคัญและมีบทบาทในคณะกรรมการบริษัทเพิ่มมากขึ้น และรวมถึงมีแนวปฏิบัติในระดับสากลกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนมีสัดส่วนของกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดในเรื่องการประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการอิสระ (Independent Director Liability Insurance) ซึ่งเป็นการประกันภัยแบบแยกต่างหากจากการประกันภัยความรับผิดของกรรมการโดยทั่วไป โดยการประกันภัยดังกล่าวเป็นเสมือนเครื่องมือที่จะช่วยปกป้องกรรมการอิสระให้ได้รับความคุ้มครองที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งจะเอื้อประโยชน์ต่อบริษัทในการสรรหากรรมการอิสระที่มีคุณภาพได้

สำหรับประเทศไทย ในเรื่องการคุ้มครองการปฏิบัติงานของกรรมการ (Indemnity Agreement) แม้จะยังไม่ได้มีการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย แต่ก็พบว่าในปัจจุบันมีบริษัทจดทะเบียนหลายแห่งที่มีการทำข้อตกลงดังกล่าว นอกเหนือไปจากการซื้อกรมธรรม์สำหรับประกันภัยความรับผิดของกรรมการและเจ้าหน้าที่ (D&O Insurance) เพราะการให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการมีข้อดีคือทำให้กรรมการกล้าที่จะตัดสินใจในเรื่องที่เป็นประโยชน์กับบริษัท โดยเฉพาะในเรื่องที่มีความเสี่ยงสูง อีกทั้งยังส่งเสริมให้กรรมการอิสระมีความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อตรวจสอบถ่วงดุลกับกรรมการที่เป็นฝ่ายบริหารให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยบริษัทจะให้ความคุ้มครองสำหรับทุกกรณีที่ถูกเรียกร้อง เว้นแต่จะมีกฎหมายห้ามไว้ แต่จะไม่คุ้มครองหากเป็นกรณีที่กรรมการได้กระทำด้วยเจตนาทุจริต จงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

สรุปได้ว่าในประเด็นเรื่องความรับผิดของกรรมการอิสระนั้น ผู้วิจัยยังมีความเห็นว่าในเรื่องความรับผิดของกรรมการอิสระนั้น ควรมีปัจจัยการพิจารณาที่แตกต่างกัน โดยนอกเหนือจากหลักในการพิจารณาเรื่องความระมัดระวังที่ว่า กรรมการแต่ละคนมีระดับความระมัดระวังที่ไม่เท่ากัน และการวินิจฉัยความรับผิดของกรรมการต้องคำนึงถึงขอบเขตการแต่งตั้ง หรือที่มาของการแต่งตั้งประกอบด้วยแล้ว ยังควรมีการกำหนดความรับผิดของกรรมการอิสระให้มีความชัดเจนว่ากรณีใดจึงจะต้องร่วมรับผิดกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร หรือขอบเขตของความรับผิดมีมากน้อยแค่ไหน ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้กรรมการอิสระมีความรับผิดมากเกินไป และสามารถช่วยแก้ไขปัญหามองในเรื่องการสรรหากรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนได้ รวมถึงอาจมีการพิจารณาในเรื่องการคุ้มครองการปฏิบัติงานของกรรมการ และการทำกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการอิสระ เพื่อให้กรรมการอิสระเกิดความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่ และเป็นเสมือนเครื่องมือที่ช่วยปกป้องกรรมการอิสระในกรณีที่จะถูกฟ้องร้องได้

## บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### บทสรุป

กรรมการอิสระ เป็นกลไกสำคัญในเรื่องการกำกับดูแลกิจการที่ดี โดยกรรมการอิสระ จะทำหน้าที่ในการสนับสนุนนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้น หรือคัดค้านเมื่อเห็นว่าบริษัทอาจตัดสินใจไม่เป็นธรรมโปร่งใสซึ่งอาจกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ ดังนั้น กรรมการอิสระต้องมีความเป็นอิสระจากการควบคุมของผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในทางการเงินและบริหารของกิจการ เช่น การให้หรือรับความช่วยเหลือทางการเงิน การถือหุ้นในบริษัทย่อยของกิจการนั้น การเป็นลูกจ้างหรือพนักงานของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือเป็นที่ปรึกษาที่ได้เงินเดือนประจำ ส่งผลให้การกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระเป็นประเด็นที่มีความสำคัญ เนื่องจากเป็นปัจจัยที่จะส่งผลต่อความเป็นอิสระของกรรมการได้ ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดว่าหลักเกณฑ์ในปัจจุบันตามที่ประกาศคณะกรรมการตลาดทุนประกาศกำหนด หรือแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ในบางข้อให้มีความเหมาะสม เพื่อป้องกันในเรื่องส่วนได้เสียและความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ และจะทำให้ กรรมการอิสระมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง

นอกจากเรื่องคุณสมบัติของกรรมการอิสระแล้ว การที่จะทำให้กรรมการอิสระสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ บริษัทจดทะเบียนก็ควรมีจำนวนกรรมการอิสระที่มากเพียงพอจะทำให้สามารถถ่วงดุลอำนาจการตัดสินใจของกรรมการทั้งคณะโดยเฉพาะกรรมการที่เป็นผู้บริหารได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การบริหารจัดการของบริษัทมีความโปร่งใสและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวม มิใช่ผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทให้มีกรรมการอิสระมากกว่าครึ่งหนึ่งหรือเป็นส่วนมากของจำนวนกรรมการทั้งคณะ เพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ ความเป็นอิสระอาจจะหมดลงได้ หากกรรมการอิสระดำรงตำแหน่งอยู่ในคณะกรรมการบริษัทเป็นเวลานาน เนื่องจากอาจเกิดความสนิทสนมคุ้นเคยกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร จนทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นกรรมการอิสระได้อย่างเต็มที่ เพราะเกิดความเกรงใจซึ่งกันและกัน ดังนั้นจึงควรมีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ โดยไม่ควรดำรงตำแหน่งนานเกิน 3 วาระติดต่อกัน หรือไม่เกิน 9 ปี นับแต่วันที่ได้รับการดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระครั้งแรก ซึ่ง

นอกจากจะทำให้กรรมการสามารถใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจที่เป็นอิสระได้อย่างแท้จริงแล้ว ยังเป็นการส่งเสริมในเรื่องความหลากหลายของคณะกรรมการได้อีกประการหนึ่งด้วย

กรรมการอิสระนอกจากจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 แล้ว ยังมีหน้าที่เพิ่มเติมอีกหลายประการ รวมถึงหากได้รับการแต่งตั้งเป็นคณะกรรมการชุดย่อยหรือคณะกรรมการ เช่น คณะกรรมการตรวจสอบ ที่กฎหมายกำหนดว่ากรรมการตรวจสอบต้องเป็นกรรมการอิสระ หรือการดำรงตำแหน่งเป็นคณะกรรมการพิจารณาผลตอบแทน หรือคณะกรรมการสรรหา ก็จะทำให้มีภาระหน้าที่ที่เพิ่มมากขึ้น ดังนั้นจึงควรมีการกำหนดบทบาทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการอิสระไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้มีความชัดเจน เพราะแม้ว่ามาตรา 89/9 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 จะได้กำหนดปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการไว้ว่ากรรมการแต่ละคนมีระดับความระมัดระวังที่ไม่เท่ากัน และการวินิจฉัยความรับผิดชอบของกรรมการต้องคำนึงถึงขอบเขตการแต่งตั้ง หรือที่มาของการแต่งตั้ง ซึ่งแม้ช่วยป้องกันความรับผิดชอบของกรรมการอิสระได้ในระดับหนึ่ง แต่เนื่องจากกรรมการอิสระ เป็นกรรมการที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในการบริหารงาน จะมีหน้าที่เฉพาะเวลาที่มีการประชุมเท่านั้น ดังนั้นการกำหนดความรับผิดชอบของกรรมการอิสระให้มีความชัดเจน ว่าในกรณีใดจึงจะต้องร่วมรับผิดชอบกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร หรือขอบเขตของความรับผิดชอบมีมากน้อยแค่ไหน จะเป็นการช่วยป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการอิสระมีความรับผิดชอบมากเกินไป อีกทั้งยังสามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องการสรรหากรรมการอิสระของบริษัทจดทะเบียนโดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียนขนาดเล็กได้

สำหรับกรรมการอิสระในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น เริ่มเกิดขึ้นจากการมีกรรมการจากภายนอก (Outside Director) หรือกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-executive Director) เนื่องจากการพัฒนาการของการในเรื่องการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) ในช่วงปี ค.ศ. 1970-1980 และกลายมาเป็นมาตรฐานที่บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องปฏิบัติตามในช่วงปี ค.ศ. 1990-2000 ที่ต้องการกรรมการที่มีความเป็นอิสระจากผู้บริหาร เพื่อทำหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในระยะยาว และมีจำนวนเป็นเสียงส่วนใหญ่ของคณะกรรมการทั้งคณะ

อย่างไรก็ดี นับตั้งแต่วิกฤตการณ์ล่มสลายของบริษัทขนาดใหญ่ เช่น เอนรอน เวิร์ดคอม เนื่องจากผู้บริหารระดับสูงใช้ประโยชน์จากนโยบายและวิธีการทางบัญชีเพื่อตกแต่งตัวเลขในรายงานทางการเงิน ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้น พนักงานและผู้มีส่วนเสีย จนต้องสูญเสียคิดเป็นเงินมูลค่ามหาศาล จึงมีการปฏิรูประบบการกำกับดูแลของประเทศสหรัฐอเมริกา (U.S. System of Corporate Governance) ส่งผลให้รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาออกกฎหมายที่มีชื่อว่า Sarbanes-Oxley Act of 2002 (SOX) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้มีการออกข้อกำหนดใหม่ๆ รวมถึงการควบคุม



องค์ประกอบและบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ และขยายความรับผิดชอบของ กรรมการอิสระ รวมถึงกระตุ้นความสนใจเกี่ยวกับการควบคุมภายในด้านการจัดทำรายงานทางการเงินให้เพิ่มขึ้นอย่างแพร่หลาย นอกจากนี้ ตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น The New York Stock Exchange (NYSE) The American Stock Exchange (Amex) หรือ The NASDAQ Stock Market (NASDAQ) ต่างก็มีการแก้ไขกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีความ สอดคล้องกับ Sarbanes-Oxley Act of 2002 เช่น การกำหนดให้สัดส่วนของคณะกรรมการมี กรรมการอิสระเป็นส่วนมาก การให้นิยามคำว่ากรรมการอิสระให้มีความเข้มงวดมากยิ่งขึ้น การ กำหนดบทบาทหน้าที่ของกรรมการอิสระให้สามารถช่วยสอดส่องดูแล รวมถึงป้องกันไม่ให้เกิดความ ขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจที่เป็นอิสระ

ในเรื่องข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระนั้น Model Business Corporation Act 2005 ไม่ได้มีการกำหนดไว้ชัดเจน แต่โดยทั่วไป กรรมการอิสระจะต้องไม่เป็นผู้บริหารระดับสูงของ บริษัทปัจจุบัน ไม่เป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพที่มีความสัมพันธ์กับบริษัท เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย หรือผู้ตรวจสอบบัญชี หรือไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือพนักงานขององค์กรนั้นๆ รวมถึง ไม่มีสมาชิกในครอบครัวของกรรมการเป็นผู้บริหารระดับสูงของบริษัท ส่วนข้อกำหนดคุณสมบัติความ เป็นอิสระของตลาดหลักทรัพย์ อาทิเช่น NYSE และ NASDAQ จะใกล้เคียงกันคือ กรรมการที่เป็น อิสระจะต้องไม่เป็น หรือเคยเป็นพนักงานของบริษัทจดทะเบียนในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ผ่านมา เป็นหุ้นส่วน หรือพนักงานของสำนักงานตรวจสอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียนในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ ผ่านมาเคย ซึ่งรวมถึงมีสมาชิกในครอบครัวดำรงตำแหน่งที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวกับ บริษัทจดทะเบียนด้วย โดยใน NASDAQ Stock Market Rules ยังกล่าวเพิ่มเติมว่า กรรมการที่จะมี คุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ ไม่ควรมีความสัมพันธ์ใดๆ กับบริษัทจดทะเบียนที่จะเป็นการลดทอน ความเป็นอิสระลงได้ คณะกรรมการจึงมีหน้าที่ในการกำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการอิสระ กับบริษัทจดทะเบียนตามนิยามกรรมการอิสระที่กำหนด ซึ่งได้มีการระบุถึงความสัมพันธ์ในรูปแบบ ต่างๆ ที่จะเป็นการช่วยคัดกรองแก่คณะกรรมการสำหรับการสรรหากรรมการอิสระ วัตถุประสงค์ก็ เพื่อทำให้เกิดความโปร่งใสแก่นักลงทุนและบริษัทจดทะเบียนเอง

สำหรับโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ตาม Model Business Corporation Act 2005 บัญญัติไว้ในบทที่ 8 เรื่อง กรรมการและพนักงาน (Directors and Offices) โดยมาตรา 8.01 อนุมาตรา (c)(7) ได้กำหนดว่า คณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียน ควรให้ความสนใจในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการ โดยเฉพาะบทบาทของกรรมการอิสระ ซึ่งมี หน้าที่ในการช่วยควบคุมดูแลว่าการพิจารณาของคณะกรรมการมีการตัดสินใจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ สูงสุดบริษัทและผู้ถือหุ้นหรือไม่ ส่วนข้อกำหนดมาตรฐานของบริษัทจดทะเบียนส่วนใหญ่ มีการ

กำหนดสัดส่วนของคณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งข้อกำหนดต่างๆ ของตลาดหลักทรัพย์แต่ละแห่งก็มีความแตกต่างกันไป

ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น The New York Stock Exchange Listed Company Manual ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัทที่จดทะเบียนใน NYSE ซึ่งในเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการนั้น ได้มีการกำหนดในข้อ 303A ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับมาตรฐานการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance Standards) กำหนดว่า องค์ประกอบของคณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ (majority of independent directors) ซึ่งสอดคล้องกับ NASDAQ Stock Market Rules ข้อ IM-5605-1 ที่กำหนดว่า คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากกรรมการอิสระมีบทบาทสำคัญที่จะทำให้นักลงทุนเกิดความเชื่อมั่นแก่บริษัท โดยการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจที่เป็นอิสระ และช่วยตรวจสอบ รวมถึงป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น

ในเรื่องวาระการดำรงตำแหน่ง กฎหมายบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีบทบัญญัติไว้ โดยเฉพาะ แต่ทั้งนี้ก็ได้มีข้อกำหนดให้มีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งกรรมการว่าไม่ควรเกิน 2 หรือ 3 วาระ (วาระละ 3 ปี) โดยเฉพาะนักลงทุนสถาบันที่ต้องการให้บริษัทจดทะเบียนมีการกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ เนื่องจากมองว่าหากมีการเปลี่ยนแปลงกรรมการเป็นคนใหม่แล้ว อาจทำให้เกิดมุมมองใหม่ๆ ในการประชุมคณะกรรมการ และยังเป็นส่งเสริมในเรื่องความหลากหลายของคณะกรรมการ (board diversity)

หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการนั้น กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งหน้าที่ของกรรมการบริษัทออกเป็น 2 ประเภท คือ หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) โดยหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) คือต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติงานของบริษัทด้วยความระมัดระวัง เอาใจใส่ ปฏิบัติงานในระดับบุคคลที่มีเหตุมีผลซึ่งได้ปฏิบัติงานเรื่องเดียวกันนั้นๆ หากกรรมการบริษัทปฏิบัติกรใดอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการบริษัทจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท แต่หากในการปฏิบัติงาน กรรมการได้ใช้ความระมัดระวัง และดำเนินการตามกระบวนการหรือขั้นตอนที่ครบถ้วน กรรมการจะถูกคุ้มครองตามหลักการตัดสินใจในทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) แม้การตัดสินใจนั้นในท้ายที่สุด จะก่อให้เกิดความผิดพลาดในการทำธุรกิจ ก็ไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง แต่หากการตัดสินใจหรือกระทำการนั้นๆ เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอาญา กรรมการก็จะไม่ได้รับการปกป้องภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ส่วนหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) มีประเด็นที่สำคัญสำหรับเพื่อพิจารณาความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ 3 ประเด็น คือ การทำธุรกรรมระหว่างกรรมการ

กับบริษัท (Self Dealing) การใช้ประโยชน์จากโอกาสของบริษัท (Usurpation of Corporate Opportunities) และการค้าแข่งกับบริษัท (Competition with the corporation) ซึ่งกรรมการอิสระ ในฐานะเป็นกรรมการบริษัทเช่นเดียวกัน จึงมีบทบาทหน้าที่ตามที่กล่าวข้างต้น และมีบทบาทหน้าที่อื่นๆ ในฐานะตัวแทนของผู้ถือหุ้น เพื่อคอยตรวจสอบถ่วงดุลกับฝ่ายบริหารของบริษัท โดยใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระ และป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ รวมถึงมีความรับผิดชอบ เช่นเดียวกับคณะกรรมการอื่นๆ โดยมีทั้งความรับผิดทางแพ่ง (Civil Liability) และความรับผิดทางอาญา (Criminal Liability)

ในส่วนบทบัญญัติที่จำกัดความรับผิดของกรรมการนั้น Model Business Corporation Act 2005 และกฎหมายระดับมลรัฐ ได้บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) คือ การที่บริษัทชดเชยความเสียหายจากการที่กรรมการหรือพนักงานบริษัทถูกกล่าวหาหรือฟ้องร้องคดี แต่หากกรรมการจงใจหรือเจตนาทำให้บริษัทเสียหาย หรือใช้ตำแหน่งหน้าที่ ทรัพย์สินของบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตน จะไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยอาจกำหนดเป็นข้อบังคับบริษัท หรือออกเป็นหนังสือให้ความคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ หรือบริษัทอาจซื้อประกันภัยความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการหรือที่เรียกกันว่า กรมธรรม์ D&O (D&O Insurance) คือ การประกันภัยที่ให้ความคุ้มครองกรรมการและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัท สำหรับความสูญเสีย หรือค่าเสียหายทางการเงิน อันเนื่องมาจากการละเมิดหรือการกระทำผิด (wrongful acts) ที่กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย นอกจากนี้ การประกันภัยดังกล่าว

อย่างไรก็ดีการประกันภัยในลักษณะดังกล่าว ก็ไม่ได้ยืนยันได้ว่าจะสามารถช่วยป้องกันกรรมการอิสระหรือกรรมการภายนอกได้ จึงมีการกำหนดรูปแบบการประกันภัยเพื่อประโยชน์สำหรับกรรมการอิสระหรือกรรมการจากภายนอกไว้โดยเฉพาะ โดยมีชื่อเรียกว่า การประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการอิสระ (Independent Director Liability (“IDL”) Insurance) ซึ่งเป็นการประกันภัยแบบแยกต่างหากจากการประกันภัยความรับผิดของกรรมการโดยทั่วไป โดยรูปแบบของประกันภัยดังกล่าวก็มีทั้งแบบกรมธรรม์แยกต่างหาก หรือเป็นความคุ้มครองเพิ่มเติมในกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการทั่วไป (D&O insurance) ซึ่งเป็นเสมือนเครื่องมือที่จะช่วยปกป้องกรรมการอิสระ หากว่าประกัยภัยความรับผิดสำหรับกรรมการไม่สามารถคุ้มครองได้ในบางกรณี โดยจะมีการคุ้มครองที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งจะเอื้อประโยชน์ต่อบริษัทในการสรรหากรรมการอิสระที่มีคุณภาพได้

สำหรับประเทศออสเตรเลีย มีการออกข้อกำหนดทางกฎหมายและหน้าที่ความรับผิดชอบ สำหรับบังคับใช้กับกรรมการของบริษัทจดทะเบียน ผู้บริหารระดับสูง รวมถึงเลขานุการบริษัท ภายใต้

กฎหมายหลัก คือ Corporations Act 2001 และ Australian Securities Exchange (ASX) Listing Rules นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดเพิ่มเติม ได้แก่ The Australian Securities and Investments Commission (ASIC) policy และ The ASX Corporate Governance Council's Corporate Governance Principles and Recommendations

ประเทศออสเตรเลียมีโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทแบบชั้นเดียว (Unitary Board Structure) โดย Corporations Act 2001 ได้กำหนดจำนวนกรรมการขั้นต่ำของบริษัทมหาชนจำกัดว่าต้องประกอบด้วยกรรมการอย่างน้อย 3 คน แต่ไม่ได้กำหนดจำนวนสูงสุดไว้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อบังคับของบริษัท นอกจากนี้ Corporations Act 2001 ยังไม่ได้กำหนดว่าคณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดจะต้องประกอบด้วยกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร (Non-executive Director) แต่อย่างก็ดีกฎหมายฉบับนี้ ก็ได้ให้การยอมรับ หากว่าบริษัทมหาชนจำกัดจะมีการแต่งตั้งกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร โดยกำหนดให้มีหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร

แนวปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียน เช่น the Bosch Committee หรือ Corporate Practice and Conduct 3<sup>rd</sup> Ed. 1995 ได้แนะนำว่าโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท โดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียน ควรประกอบด้วยกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารเป็นจำนวนมาก เนื่องจากมองว่ากรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารมีบทบาทหน้าที่หลากหลาย ทั้งการติดตามและควบคุมฝ่ายจัดการและกรรมการที่เป็นผู้บริหาร รวมถึงต้องคอยพัฒนาการดำเนินกลยุทธ์ของธุรกิจ ซึ่งกรรมการจะสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพหากมีความเป็นอิสระ นอกจากนี้ ยังได้มีข้อเสนอเพิ่มเติมอีกว่า จำนวนส่วนใหญ่ของกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารควรเป็นกรรมการอิสระ (Independent Non-executive Director) ซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ The Australian Investment Managers' Association (AIMA Corporate Governance Guidelines) ที่กำหนดให้คณะกรรมการควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นจำนวนมากด้วยเช่นกัน

ในปี 2003 The Australian Stock Exchange (ASX) โดย the ASX's Corporate Governance Council ได้มีการออกหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี 10 ประการสำหรับบริษัทจดทะเบียน (The ASX Principles of Good Corporate Governance ("ASX Principle")) ซึ่งเป็นข้อแนะนำและแนวปฏิบัติที่ดี โดยมีเป้าหมายเพื่อทำให้การดำเนินงานของบริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี และสามารถตรวจสอบได้ โดยได้มีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระ และกำหนดสัดส่วนของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนว่า บริษัทควรมีองค์ประกอบของคณะกรรมการที่มีประสิทธิภาพ มีขนาดและความรับผิดชอบที่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ และควรประกอบด้วยสัดส่วนของกรรมการอิสระเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่าการตัดสินใจ

ของกรรมการจะไม่ถูกครอบงำโดยฝ่ายบริหาร และมีการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระอย่างแท้จริง นอกจากนี้กรรมการอิสระยังมีหน้าที่ในการติดตามและตรวจสอบผลการดำเนินงานของฝ่ายจัดการ รวมถึงดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นอีกด้วย

ในเรื่องคุณสมบัติของกรรมการอิสระนั้น ASX Principle ได้กล่าวไว้ว่า กรรมการอิสระ หมายถึง กรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (non-executive director) ไม่ได้เป็นฝ่ายจัดการ และไม่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจหรือความสัมพันธ์อื่นๆ หรือเข้าใจอย่างสมเหตุสมผล ในการพิจารณาตัดสินใจอย่างเป็นอิสระ และได้กำหนดลักษณะความสัมพันธ์ที่จะมีผลต่อสถานะความเป็นอิสระกรรมการไว้ เนื่องจากโดยปกติ กรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ จะถูกระบุสถานะไว้ในรายงานประจำปีของบริษัท ในกรณีที่เกิดมีลักษณะของความสัมพันธ์ที่อาจกระทบกับสถานะความเป็นกรรมการอิสระ คณะกรรมการควรชี้แจงเหตุผล

ในเรื่องการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ กฎหมายออสเตรเลียไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ แต่อย่างไรก็ดี ASX Principle ได้มีการกำหนดไว้ใน Recommendation 2.3 เรื่องการสรรหากรรมการ โดยกล่าวไว้ว่า ควรมีการกำหนดช่วงระยะเวลาการดำรงตำแหน่งกรรมการไว้ในแผนการดำเนินงานของบริษัท และจากการสำรวจบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ออสเตรเลีย ในปี 2554 พบว่าค่าเฉลี่ยของวาระการดำรงตำแหน่งกรรมการอยู่ที่ 5.41 ปี

กรรมการบริษัทในประเทศออสเตรเลีย ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและมีความระมัดระวัง โดยหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of care and diligence) คือการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและความรับผิดชอบเช่นวิญญูชนผู้มีฐานะเป็นกรรมการบริษัทจะพึงกระทำ และมีความรับผิดชอบ ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน หากฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการนั้นต้องรับโทษทางแพ่ง แต่หากปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง มีการตัดสินใจด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ที่เหมาะสม ไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนในเรื่องที่ตัดสินใจ เชื่อโดยสมเหตุสมผลและเชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท จะถูกคุ้มครองตามหลักกวีนิพนธ์ทางการค้า (Business Judgment Rule) นอกจากนี้ กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และด้วยวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม หรือหากเรื่องใดไม่มีความเชี่ยวชาญก็อาจขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เชี่ยวชาญ หรือที่ปรึกษา แต่หากกรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตจะมีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา

มาตรการในการให้ความคุ้มครองกรรมการจากความรับผิดส่วนบุคคลที่อาจเกิดขึ้น มี 2 มาตรการสำคัญ ได้แก่ การให้ความคุ้มครองแก่กรรมการ (Indemnities) และ การประกันความรับผิด

ผิดแก่กรรมการบริษัท (Insurance) ซึ่งเป็นเรื่องที่แล้วแต่บริษัทจะกำหนด แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายของประเทศออสเตรเลียก็ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการอิสระไว้โดยเฉพาะ

เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายรวมถึงหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่เกี่ยวกับกรรมการอิสระตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของทั้งในประเทศและต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย รวมถึงแนวปฏิบัติของหลักการกำกับดูแลกิจการขององค์กรระดับโลก เช่น OECD, ICGN หรือหลักเกณฑ์ที่จะมีใช้สำหรับบริษัทจดทะเบียนใน ASEAN ที่เรียกว่า ASEAN Corporate Governance Scorecard จะเห็นได้ว่าหากมีการนำหลักเกณฑ์ที่ได้ศึกษามาพัฒนาและปรับใช้กับประเทศไทย จะช่วยพัฒนาหลักการกำกับดูแลกิจการของประเทศไทยให้มีมาตรฐานสากลมากขึ้น และทำให้กรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง ซึ่งจะส่งผลให้การบริหารจัดการของบริษัทมีความโปร่งใสและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวมมากยิ่งขึ้น

## ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้

### 1. ข้อกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระ

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์คุณสมบัติของกรรมการอิสระตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนฯ ในบางข้อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อแก้ปัญหาการตีความและการใช้ดุลยพินิจของบริษัทจดทะเบียน เช่น การที่กำหนดว่ากรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระได้นั้น จะต้องพ้นจากการดำรงตำแหน่งต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี ซึ่งควรมีการขยายระยะเวลาดังกล่าวให้ยาวนานขึ้น รวมถึงกำหนดให้ชัดเจนว่าการพ้นจากตำแหน่งนั้นจะต้องไม่เคยดำรงตำแหน่งที่เกี่ยวข้องกับบริษัทเลยหรือไม่ นอกจากนี้ ควรมีการกำหนดเงื่อนไขความสัมพันธ์ของผู้ปฏิบัติหน้าที่บางกลุ่ม เช่น ผู้สอบบัญชีของบริษัทจดทะเบียน ให้ครอบคลุมมากขึ้น

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการกำหนดคุณสมบัติของกรรมการอิสระไว้ แต่ก็อาจไม่สามารถป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบริษัทได้ หรือกรรมการอิสระไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระอย่างแท้จริง เนื่องจากยังมีช่องว่างหลายประการที่กฎเกณฑ์ต่างๆ ยังไม่อาจครอบคลุมถึงได้ เช่น การที่เป็นเพื่อนสนิท หรือมีความสัมพันธ์ทางสังคมในรูปแบบอื่นๆ เพราะการสรรหากรรมการส่วนใหญ่ มักจะพิจารณาจากความสัมพันธ์ส่วนตัวเป็นหลัก ด้วยเหตุนี้จึงมีการออกกฎเกณฑ์ในหลายเรื่อง เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวที่อาจจะเกิดขึ้น เช่น การจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ หรือการกำหนดอายุของกรรมการ เพื่อให้มีการหมุนเวียนภายในคณะกรรมการ ไม่ให้กรรมการเกิดความเคยชิน หรือความสนิทสนมกับฝ่ายบริหารมากจนทำให้ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ โดยใช้ดุลยพินิจหรือการตัดสินใจที่มีความอิสระอย่างแท้จริงได้

### 2. โครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัทควรประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมากหรือมากกว่าครึ่งหนึ่งของคณะกรรมการทั้งคณะ เนื่องจากเป็นแนวปฏิบัติที่ดีและแสดงให้เห็นถึงความโปร่งใสของบริษัทจดทะเบียน นอกจากนี้ ผลการวิจัยทั้งในประเทศและต่างประเทศหลายๆ เรื่อง ก็มีการแสดงให้เห็นตัวเลขเชิงสถิติว่าจำนวนกรรมการอิสระมีผลต่อผลการดำเนินงานของบริษัทจดทะเบียนได้ และยังส่งผลให้นักลงทุนสถาบัน (Institution Investor) สนใจเข้ามาลงทุน

กับบริษัทจดทะเบียนมากยิ่งขึ้น รวมถึงควรมีการพิจารณาให้คณะกรรมการชุดต่างๆ นอกเหนือจากคณะกรรมการตรวจสอบประกอบด้วยกรรมการอิสระเป็นส่วนมาก

ทั้งนี้ ในเรื่องปัญหาการสรรหากรรมการอิสระของบริษัทจดทะเบียนนั้น ผู้วิจัยได้เสนอ มาตรการที่จะช่วยแก้ปัญหาในเรื่องดังกล่าว 2 แนวทาง ได้แก่ การจำกัดจำนวนบริษัทจดทะเบียนที่ กรรมการสามารถไปดำรงตำแหน่ง และการใช้ Director Pool ของ สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการ บริษัทไทย (IOD)

### 3. วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระ

ผู้วิจัยเสนอว่า ควรมีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระไว้ไม่เกิน 3 วาระ หรือไม่เกิน 9 ปี เพราะการที่กรรมการอิสระดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการบริษัทเป็นเวลานาน อาจทำให้ความเป็นอิสระหมดไป ดังนั้นการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอิสระจะทำให้ กรรมการมีความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง แต่ถ้าหากมีการเสนอให้กรรมการอิสระที่ดำรง ตำแหน่งครบ 3 วาระดำรงตำแหน่งต่อไปอีก คณะกรรมการต้องชี้แจงเหตุผลในการขอให้ประชุมผู้ ถือหุ้นพิจารณาอนุมัติเลือกกรรมการอิสระที่ดำรงตำแหน่งกรรมการมาเกิน 9 ปี เป็นกรรมการอิสระ ต่อไปอีกวาระ โดยจะต้องมีเหตุผลที่ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้ถือหุ้นเลือกกรรมการคนนั้นกลับเข้ามา ดำรงตำแหน่งอีก

นอกจากเรื่องความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารแล้ว ข้อดีของการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่ง ของกรรมการอิสระอีกประการ คือ การส่งเสริมในเรื่องความหลากหลายของคณะกรรมการ (board diversity) เนื่องจากหากไม่มีการจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการแล้ว ก็จะไม่มีการ เปลี่ยนแปลงภายในคณะกรรมการ ซึ่งในปัจจุบัน ได้มีแนวปฏิบัติที่ส่งเสริมและสนับสนุนให้ องค์ประกอบของคณะกรรมการมีความหลากหลาย โดยเฉพาะประเด็นเรื่องกรรมการอิสระที่เป็น ผู้หญิง

### 4. ความรับผิดชอบของกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียน

ในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการอิสระนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีปัจจัยการ พิจารณาความรับผิดชอบที่แตกต่างกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร โดยนอกเหนือจากหลักในการพิจารณา เรื่องความระมัดระวังที่ว่า กรรมการแต่ละคนมีระดับความระมัดระวังที่ไม่เท่ากัน และการวินิจฉัย ความรับผิดชอบของกรรมการต้องคำนึงถึงขอบเขตการแต่งตั้ง หรือที่มาของการแต่งตั้งประกอบด้วยแล้ว



ยังควรมีการกำหนดความรับผิดของกรรมการอิสระให้มีความชัดเจนว่ากรณีใดจึงจะต้องร่วมรับผิดกับกรรมการที่เป็นผู้บริหาร หรือขอบเขตของความรับผิดเป็นอย่างไร ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการอิสระมีความรับผิดมากเกินไป และสามารถช่วยแก้ไขปัญหาในเรื่องการสรรหากรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนได้ เนื่องจากประเด็นในเรื่องความรับผิดของกรรมการ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางแพ่งหรือทางอาญา หรือบทกำหนดโทษต่างๆ ของกรรมการบริษัท เป็นเรื่องที่กรรมการให้ความสำคัญเป็นลำดับต้นๆ ในการตัดสินใจเข้าดำรงตำแหน่งกรรมการ ความไม่ชัดเจนดังกล่าวจะส่งผลให้การสรรหาผู้ที่มาดำรงตำแหน่งดังกล่าวเกิดข้อจำกัด หรือในทางกลับกัน อาจทำให้เกิดการลาออกจากการดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทได้

นอกจากนี้ ควรมีการพิจารณาในเรื่องการคุ้มครองการปฏิบัติงานของกรรมการ (Indemnity Agreement) และการทำกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดสำหรับกรรมการ โดยเฉพาะกรรมการอิสระ (Independent Director Liability Insurance) โดยเฉพาะ เพื่อให้กรรมการอิสระเกิดความมั่นใจในการปฏิบัติหน้าที่ และเป็นเสมือนเครื่องมือที่ช่วยปกป้องกรรมการอิสระในกรณีที่จะถูกฟ้องร้องได้

## รายการอ้างอิง

- ASX Corporate Governance Council. Corporate Governance Principles and Recommendation with 2010 Amendments. 2007.
- Baker&McKenzie. "Independent Directors Require Additional Protection in Financial Crisis Litigation." In Global Financial Restructuring, Client Alert, 2008.
- Baker&McKenzie (Australia). "Public Listed Companies Guide." 2012.
- Bhagat, S., and B. Black. "The Uncertain Relationship between Board Composition and Firm Performance." BUS. LAW 54, no. 921 (1999).
- Block, D. J., N. E. Barton, and S. A. Radin. The Business Judgment Rule Fiduciary Duties of Corporate Directors. . NJ: Prentice Hall Law & Business, 1989.
- "The Business Roundtable Releases Corporate Governance Survey." news release., July 15, 2003, <http://www.brt.org/press.cfm/970>.
- Cheffins, B. R., and B. S. Black. "Outside Director Liability across Countries." Texas Law Review 84, no. 1385 (2006).
- Cortese, C. L., and Bowrey G. "A Profile of the Non-Executive Directors of Australia's Largest Public Companies." <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1446&context=commpapers>
- Cox, J. D. "Managing and Monitoring Conflict of Interest: Empowering the Outside Directors with Independent Counsel." Villanova Law Review 48 (2003).
- Dibbs, Barker, and Gosling. Corporate Governance and Directors' Duties in Australia. Global Counsel Handbook. 2003.
- Goodman, L., V. A. Hing, and J. N. Ostrager. Corporate Governance and Securities Laws: A Public Company Handbook. Chicago: RR Donnelley, 2011.
- "Guide for Independent Directors." Loeb&Loeb's Corporate Governance Practice Group, 2008.
- Gupta, A., B. S. Hothi, and S. L. Gupta. "Corporate: Independent Directors in the Board." Global Journal of Management and Business Research 11, no. 1 (February 2011).
- Hamilton, R. W. The Law of Corporations in a Nutshell. St. Paul, MN: WEST PUBLISHING CO., 2002.
- Henn, H. G. Law of Corporation and Other Business Enterprises Law. St. Paul, MN: WEST PUBLISHING CO., 1970.
- ISS. "Director Tenure (Us and Canada)." <http://issgovernance.com/files/Directortenure-USandCanada.pdf>.

- Lawrence, J., and G. Stapledon. Do Independent Directors Add Value? Melbourne: Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Faculty of Law, The University of Melbourne, 1999.
- Lublin, J. S. "Nyse Considers Rules to Boost Power of Boards—Fostering the Independence of Directors Could Improve Governance." *The Wall Street Journal*, 2002.
- McCord, R., and [Online]. "Business Forum: Time for Term Limits and Diversity on Boards" <http://www.post-gazette.com/Biz-opinion/2013/06/01/Business-Forum-Time-for-term-limits-and-diversity-on-boards/stories/201306010134>.
- Ramsay, I. M., and Hoad R. "Disclosure of Corporate Governance Practices by Australian Companies." <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/Disclosureofcorporategovpractices2.pdf>.
- Romanchek, B., and J. Keckley. "Director Independence: A Focus on Board Tenure." <http://www.directorship.com/director-independence-a-focus-on-board-tenure>.
- "The Sarbanes-Oxley Act of 2002 and Current Proposals by Nyse, Amex and Nasdaq. Board and Audit Committee Roles in the Era of Corporate Reform: A White Paper." Price Waterhouse Coopers, 2003.
- Surgeon. P., and Gosling. D. B. "Corporate Governance and Director's Duties in Australia." In *The Global Counsel Corporate Governance and Director's Duties Handbook*, 2003.
- ZHU, J. "Liability of Outside Directors and Corporate Governance – a Comparative Study (Part1)." *The Overseas Young Chinese Forum* 3, no. 2 (October 2001).
- กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์, and คณะ. *การควบคุมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย*. 2 ed. กรุงเทพฯ: บริษัทอัมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2553.
- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, and ชัยพล ตราชูธรรม. *บริษัทมหาชน*. 2 ed. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. [http://www.set.or.th/th/regulations/supervision/surveillance\\_p1.html](http://www.set.or.th/th/regulations/supervision/surveillance_p1.html).
- . *คู่มือกรรมการอิสระ*. 2555.
- . "แนวปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee)." 2542.
- . *บทบาทหน้าที่ และความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน*. 2540.
- . *หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน*. 2555.
- นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. *หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด*. 1 ed. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- ปกป้อง ศรีสนิท. "ความรับผิดชอบผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด." *จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 2544.
- พิเศษ เสตเสถียร. *หลักกฎหมายบริษัทมหาชน จำกัด*. 8 ed. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.

- มานิตย์ จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา. 1 ed. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ยุทธ วรรณธรร. "มีอะไรใน Asean Cg Scorecard?" Money & Wealth, มิถุนายน 2555 2555.
- รัฐสิทธิ์ ครูสุวรรณ. "มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมบรรษัทภิบาลในองค์กรธุรกิจ." วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 31, no. 1 (2556).
- วีระวงศ์ จิตต์มิตรภาพ. "จากหลักกฎหมายสู่หลักปฏิบัติ พ.ร.บ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับแก้ไข)." 2551.
- ศรีจันเพชร, ศิลปพร. "ความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัท โครงสร้างของผู้ถือหุ้นกับมูลค่าเพิ่มเชิงเศรษฐศาสตร์." วารสารวิชาชีพบัญชี 4, no. 10 (สิงหาคม 2551 2551).
- สังเวียน อินทวิชัย. In รวมบทความการกำกับดูแลกิจการที่ดี edited by ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: บริษัทพรินต์ติ้งแอนพับลิคซิง จำกัด (มหาชน), 2545.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. "คำถาม-คำตอบ เกี่ยวกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับแก้ไข)." 2551.
- . คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน (เล่ม 1) บทบาท หน้าที่ ละความรับผิดชอบของกรรมการและคณะกรรมการ. 2547.
- . "รู้จัก “ทางเลือก” ในการเลือกตั้งกรรมการ." คอลัมน์ ร่วมคิด-ชวนคุยกับ ก.ล.ต. (2552).
- สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล. "ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดีตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 : ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, and สหชน รัตนไพจิตร. ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท. 10 ed. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2551.
- เสกศักดิ์ จำเริญวงศ์. การบริหารการเงินธุรกิจ: แนวคิดและแนวปฏิบัติ. ปทุมธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- เสตเสถียร, พิเศษ. กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539.
- โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท. 12 ed. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY



ภาคผนวก ก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

ประกาศคณะกรรมการตลาดทุน ที่ ทจ.4/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขาย  
หุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่2) และที่ ทจ. 15/2554 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขาย  
หุ้นที่ออกใหม่ (ฉบับที่5)

“ข้อ 2 ให้ยกเลิกความในข้อ16 แห่งประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ.28/2551 เรื่อง การ  
ขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ ลงวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2551 และให้ใช้  
ความต่อไปนี้แทน

ข้อ 16 โครงสร้างคณะกรรมการและการจัดการของผู้ขออนุญาต ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) มีกรรมการอิสระอย่างน้อยหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดของผู้ขออนุญาต แต่  
ต้องไม่น้อยกว่าสามคน

(2) กรรมการอิสระแต่ละคนของผู้อนุญาตต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(ก) ถือหุ้นไม่เกินร้อยละหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ขอ  
อนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้อนุญาต  
ทั้งนี้ ให้นับรวมการถือหุ้นของผู้ที่เกี่ยวข้องของกรรมการอิสระรายนั้นๆด้วย

(ข) ไม่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน ที่ปรึกษา  
ที่ได้เงินเดือนประจำ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้อนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม  
บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือของผู้มีอำนาจควบคุมของผู้อนุญาต เว้นแต่จะได้  
พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน ทั้งนี้  
ลักษณะต้องห้ามดังกล่าวไม่รวมถึงกรณีที่กรรมการอิสระเคยเป็นข้าราชการ หรือที่ปรึกษาของส่วน  
ราชการ ซึ่งเป็น ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้อนุญาต

(ค) ไม่เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือโดยการจดทะเบียนตาม  
กฎหมาย ในลักษณะที่เป็นบิดา มารดา คู่สมรส พี่น้อง และบุตร รวมทั้งคู่สมรสของบุตรของกรรมการ  
รายอื่น ผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ผู้มีอำนาจควบคุม หรือบุคคลที่จะได้รับการเสนอให้เป็นกรรมการ  
ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้อนุญาต หรือบริษัทย่อย

(ง) ไม่มีหรือเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย  
บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้อนุญาต ในลักษณะที่อาจเป็นการขัดขวาง  
การใช้จรรยาบรรณอย่างอิสระของตน รวมทั้งไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย หรือผู้มีอำนาจควบคุม  
ของผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่

หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

ความสัมพันธ์ทางธุรกิจตามวรรคหนึ่งรวมถึงการทำรายการทางการค้าที่กระทำเป็นปกติเพื่อประกอบกิจการ การเช่าหรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ รายการที่เกี่ยวกับสินทรัพย์หรือบริการ หรือการให้หรือรับความช่วยเหลือทางการเงิน ด้วยการรับหรือให้กู้ยืม ค่าประกัน การให้สินทรัพย์เป็นหลักประกันหนี้สิน รวมถึงพฤติกรรมอื่นทำนองเดียวกัน ซึ่งเป็นผลให้ผู้ขออนุญาตหรือคู่สัญญาามีภาระหนี้ที่ต้องชำระต่ออีกฝ่ายหนึ่ง ตั้งแต่ร้อยละสามของสินทรัพย์ที่มีตัวตนสุทธิของผู้ขออนุญาตหรือตั้งแต่ยี่สิบล้านบาทขึ้นไป แล้วแต่จำนวนใดจะต่ำกว่า ทั้งนี้ การคำนวณภาระหนี้ดังกล่าวให้เป็นไปตามวิธีการคำนวณมูลค่าของรายการที่เกี่ยวข้องกันตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการทำรายการที่เกี่ยวข้องกัน โดยอนุโลม แต่ในการพิจารณาภาระหนี้ดังกล่าว ให้นำรวมภาระหนี้ที่เกิดขึ้นในระหว่างหนึ่งปีก่อนวันที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับบุคคลเดียวกัน

(จ) ไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้สอบบัญชีของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และไม่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย ผู้มีอำนาจควบคุม หรือหุ้นส่วนของสำนักงานสอบบัญชี ซึ่งมีผู้สอบบัญชีของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาตสังกัดอยู่ เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

(ฉ) ไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้ให้บริการทางวิชาชีพใดๆ ซึ่งรวมถึงการให้บริการเป็นที่ปรึกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาทางการเงิน ซึ่งได้รับค่าบริการเกินกว่าสองล้านบาทต่อปีจากผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และไม่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย ผู้มีอำนาจควบคุม หรือหุ้นส่วนของผู้ให้บริการทางวิชาชีพนั้นด้วย เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

(ช) ไม่เป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเพื่อเป็นตัวแทนของกรรมการของผู้ขออนุญาต ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้เกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่

(ซ) ไม่ประกอบกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันที่มีนัยกับกิจการของผู้ขออนุญาตหรือบริษัทย่อย หรือไม่เป็นหุ้นส่วนที่มีนัยในห้างหุ้นส่วน หรือเป็นกรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน ที่ปรึกษาที่รับเงินเดือนประจำ หรือถือหุ้นเกินร้อยละหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทอื่น ซึ่งประกอบกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันที่มีนัยกับกิจการของผู้ขออนุญาตหรือบริษัทย่อย



(ณ) ไม่มีลักษณะอื่นใดที่ทำให้ไม่สามารถให้ความเห็นอย่างเป็นทางการ  
ดำเนินงานของผู้ขออนุญาต

ภายหลังได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการอิสระที่มีลักษณะเป็นไปตามวรรคหนึ่ง (ก) ถึง (ณ) แล้ว กรรมการอิสระอาจได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ให้ตัดสินใจในการดำเนินกิจการของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต โดยมีการตัดสินใจในรูปแบบขององค์คณะ (collective decision) ได้

ความในวรรคหนึ่ง (ข) (ง) (จ) และ (ฉ) ในส่วนที่กำหนดให้พิจารณาคุณสมบัติของกรรมการอิสระของผู้ขออนุญาตในช่วงสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน ให้ใช้บังคับกับคำขออนุญาตที่ยื่นต่อสำนักงานตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2553 เป็นต้นไป

ในกรณีที่บุคคลที่ผู้ขออนุญาตแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระเป็นบุคคลที่มีหรือเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจหรือการให้บริการทางวิชาชีพเกินมูลค่าที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง (ง) หรือ (ฉ) ให้ผู้ขออนุญาตได้รับการผ่อนผันข้อห้ามการมีหรือเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจหรือการให้บริการทางวิชาชีพเกินมูลค่าดังกล่าว ก็ต่อเมื่อผู้ขออนุญาตได้จัดให้มีการเห็นคณะกรรมการบริษัทที่แสดงว่าได้พิจารณาตามหลักในมาตรา 89/7 แล้วว่า การแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่และการให้ความเห็นที่เป็นอิสระ และจัดให้มีการเปิดเผยข้อมูลต่อไปนี้ในหนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้นในวาระพิจารณาแต่งตั้งกรรมการอิสระด้วย

(ก) ลักษณะความสัมพันธ์ทางธุรกิจหรือการให้บริการทางวิชาชีพ ที่ทำให้บุคคลดังกล่าวมีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด

(ข) เหตุผลและความจำเป็นที่ยังคงหรือแต่งตั้งให้บุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการอิสระ

(ค) ความเห็นของคณะกรรมการของผู้ขออนุญาตในการเสนอให้มีการแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการอิสระ

เพื่อประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง (จ) และ (ฉ) คำว่า “หุ้นส่วน” หมายความว่า บุคคลที่ได้รับมอบหมายจากสำนักงานสอบบัญชี หรือผู้ให้บริการทางวิชาชีพ ให้เป็นผู้ลงลายมือชื่อในรายงานการสอบบัญชี หรือรายงานการให้บริการทางวิชาชีพ (แล้วแต่กรณี) ในนามของนิติบุคคลนั้น



ภาคผนวก ข

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

### Definitions of 'Independent Director' (and similar terms)

Stock market definitions, applicable to all directors:

#### **New York Stock Exchange** (*commentary omitted*):

(a) No director qualifies as “independent” unless the board of directors affirmatively determines that the director has no material relationship with the listed company (either directly or as a partner, shareholder or officer of an organization that has a relationship with the company). Companies must identify which directors are independent and disclose the basis for that determination.

(b) In addition, a director is not independent if:

(i) the director is, or has been within the last three years, an employee of the listed company, or an immediate family member is, or has been within the last three years, an executive officer of the listed company;

(ii) the director has received, or has an immediate family member who has received, during any 12-month period within the last three years, more than \$100,000 in direct compensation from the listed company, other than director and committee fees and pension or other forms of deferred compensation for prior service (provided such compensation is not contingent in any way on continued service);

(iii) (A) the director or an immediate family member is a current partner of a firm that is the company's internal or external auditor; (B) the director is a current employee of such a firm; (C) the director has an immediate family member who is a current employee of such a firm and who participates in the firm's audit, assurance or tax compliance (but not tax planning) practice; or (D) the director or an immediate family member was within the last three years (but is no longer) a partner or employee of such a firm and personally worked on the listed company's audit within that time;

(iv) the director or an immediate family member is, or has been within the last three years, employed as an executive officer of another company where any of the

listed company's present executive officers at the same time serve or served on that company's compensation committee; or

(v) the director is a current employee, or an immediate family member is a current executive officer, of a company that has made payments to, or received payments from, the listed company for property or services in an amount that, in any of the last three fiscal years, exceeds the greater of \$1 million or 2% of such other company's consolidated gross revenues.



**Nasdaq Stock Market:**

“Independent director” means a person other than an executive officer or employee of the company or any other individual having a relationship that, in the opinion of the company’s board of directors, would interfere with the exercise of independent judgment in carrying out the responsibilities of a director. The following persons shall not be considered independent:

- (a) a director who is, or at any time during the past three years was, employed by the company;
- (b) a director who accepted or who has a family member who accepted any compensation from the company in excess of \$120,000 during any period of 12 consecutive months within the three years preceding the determination of independence, other than the following:
  - (i) compensation for board or board committee service;
  - (ii) compensation paid to a family member who is an employee (other than an executive officer) of the company; or
  - (iii) benefits under a tax-qualified retirement plan or nondiscretionary compensation, provided, however, that in addition to the requirements contained in this paragraph (b), audit committee members are also subject to additional, more stringent requirements under Rule 4350(d).
- (c) a director who is a family member of an individual who is, or at any time during the past three years was, employed by the company as an executive officer;
- (d) a director who is, or has a family member who is, a partner in, or a controlling shareholder or an executive officer of any organization to which the company made, or from which the company received, payments for property or services in the current or any of the past three fiscal years that exceed 5% of the recipient’s consolidated gross revenues for that year or \$200,000, whichever is more, other than the following:

- (i) payments arising solely from investments in the company's securities; or
  - (ii) payments under nondiscretionary charitable contribution matching programs.
- (e) a director of the issuer who is, or has a family member who is, employed as an executive officer of another entity where at any time during the past three years any of the executive officers of the issuer served on the compensation committee of such other entity; or
- (f) a director who is, or has a family member who is, a current partner of the company's outside auditor, or was a partner or employee of the company's outside auditor who worked on the company's audit at any time during any of the past three years.

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายนิติพัทธ์ กลั่นบิดา เกิดเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2529 ที่จังหวัดเชียงใหม่ สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2552 เริ่มทำงานในตำแหน่ง เจ้าหน้าที่เลขานุการบริษัท สำนักงานเลขานุการบริษัท บริษัทปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน) ตั้งแต่ปี 2553 จนถึงปัจจุบัน



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY