

บทที่ 2

หลักความระมัดระวังของกรรมการ ตามกฎหมายต่างประเทศ

บทนี้ผู้วิจัยขอก้าวเปรียบเทียบข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักความระมัดระวังของกรรมการ
ตามกฎหมายต่างประเทศ โดยนำเหตุผลมาใช้พิจารณาประกอบการตีความหรือแปลความกฎหมาย
ไทย เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับหลักนี้ที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคตในประเทศไทย โดย
ผู้วิจัยจะขอแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วนใหญ่ๆ กล่าวคือ

ส่วนที่ 1 เป็นข้อพิจารณาตามแนวทางกฎหมายของประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย
คอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งจะขอพิจารณาเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ

ส่วนที่ 2 เป็นข้อพิจารณาตามแนวทางกฎหมายของประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย
ซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งจะขอพิจารณาเฉพาะประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น
โดยในแต่ละส่วนมีรายละเอียดของข้อพิจารณา ดังนี้

ส่วนที่ 1: กฎหมายของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศนี้ได้กำหนดหน้าที่ของกรรมการไม่ว่าบริษัทเอกชน (Closely Held Corporation) หรือบริษัทมหาชน (Publicly Held Corporation) ให้ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่และความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการจัดการบริหารกิจการของบริษัท หน้าที่นี้เป็นหลักกฎหมายที่มีพื้นฐานจากแนวคำพิพากษาศาล จนกระทั่งปัจจุบันได้รวบรวมขึ้นเพื่อบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะพิจารณาในรายละเอียดต่อไป

ความรับผิดชอบของกรรมการอันเกิดจากความประมาทเลินเล่ออาจพอสรุปเบื้องต้น
ได้ว่า เป็นผลมาจาก 2 สาเหตุ คือ¹

1. ความบกพร่องไม่จัดกิจการด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่และทักษะ และ
2. ความบกพร่องไม่เปิดเผยสภาพกิจการของบริษัทอย่างถูกต้องและเพียงพอ

มาตรฐานการพิจารณาเกี่ยวกับระดับความระมัดระวัง

โดยทั่วไปมาตรฐานความระมัดระวังที่ใช้บังคับกับกรรมการนั้น ศาลจะพิจารณาว่า "มี
ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ" ที่ผู้มีความเอาใจใส่และฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาพึงปฏิบัติ
ภายใต้สภาวะการณ์ที่เหมือนกันนั้น เช่น ในคดี Briggs v. Spaulding, 141 U.S. 132, 35 L.
Ed. 662, 11 Sup. Ct. 924 (1891) แต่กฎหมายบัญญัติในบางมลรัฐอย่างเช่นมลรัฐเพนซิลวาเนียนั้น
คดี Selheimer v. Manganese Corp., 423 Pa. 563, 224 A.2d 634 (1966) ได้นำมาใช้
กำหนดให้กรรมการต้องรับผิดชอบหน้าที่ในตำแหน่งของตน "ด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่และ
ทักษะซึ่งผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาพึงปฏิบัติภายใต้สภาวะการณ์เช่นนั้นในกิจการธุรกิจ
ของตน" โดยถือเป็นระดับความระมัดระวังที่สูงกว่ากฎหมายของมลรัฐอื่น จึงทำให้มีผู้เห็นว่า
มาตรฐานหรือระดับความระมัดระวังในมลรัฐนี้เคร่งครัดเกินไปเพราะเป็นการห้ามบุคคลผู้มีความ
ซื่อสัตย์เข้ามาดำรงตำแหน่งกรรมการ² นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประการต่อมาว่า มาตรฐาน
เรื่องนี้มุ่งหมายให้คณะกรรมการดำเนินกิจการของบริษัทให้เป็นไปด้วยดี จึงอาจทำให้ต้องนำเรื่อง

¹William E. Knepper, Liability of corporate officers and directors, 3rd ed. (Indianapolis, IN: The Allen Smith Company, 1978), p. 110.

²William L. Cary, Corporations cases and materials, 4th ed. (Mineola: The Foundation Press, Inc., 1969), p. 545.

ของประสพการณ์และความสามารถของกรรมการผู้หนึ่งเองมาพิจารณาประกอบด้วย³

ด้วยเหตุนี้การเข้าเป็นกรรมการเพียงฐานะหุ้นเชิดหรือเพียงเพื่อให้ความสะดวกแก่ธุรกิจบางอย่างของบริษัทเท่านั้นก็ไม่ได้เป็นการช่วยทำให้บุคคลเหล่านั้นพ้นจากหน้าที่ตามตำแหน่งหน้าที่ของตนนั้น ทำให้ผู้รับเป็นกรรมการโดยเพียงแต่ยอมให้บริษัทเอาชื่อไปใช้ก็อาจต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่บกพร่องหรือขาดความระมัดระวังได้เช่นกัน⁴ เห็นได้จากคำพิพากษานคดี Francis v. United Jersey Bank, 87N.J. 15, 432A.2d 814 (1981) และคดี Burroughs v. Fields, 546F.2d 215 (7th Cir. 1976) วางหลักว่า แม้เป็นเพียงกรรมการระดับหรือกรรมการหุ้นเชิด ต่างก็ต้องมีความรับผิดชอบที่เหมือนกับกรรมการอื่นๆ อีกทั้งบริษัทนี้ทำธุรกิจรับประกันภัยต่อจึงจำเป็นที่กรรมการนั้นไม่ควรละเลยการปฏิบัติหน้าที่ของตน เพราะตนได้รับความไว้วางใจและความเชื่อถือทั้งจากบริษัทที่ทำประกันและจากนายหน้าที่ทำประกันภัยต่อด้วย ดังนั้นนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า กรรมการธนาคารและสถาบันการเงินต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและทักษะสูงกว่าที่กรรมการบริษัทที่ทำธุรกิจปกติทั่วไปพึงกระทำ⁵ อย่างไรก็ตามในคดี Rowen v. Le Mars Mutual Insurance Co., 282N.W.2d 639 (Iowa 1979) ศาลได้เคยวินิจฉัยไปถึงกรรมการที่มาจากบุคคลภายนอก (Outside Director) ซึ่งไม่ได้มีหน้าที่หรือความรับผิดชอบในการปฏิบัติงานและกำหนดนโยบายงานแต่ละวัน จึงไม่มีเหตุผลสมควรที่จะให้กรรมการนั้นต้องให้ความเห็นวินิจฉัยปัญหาทางธุรกิจการค้าของบริษัท

³Gail McKnight Beckman, Walter F. Berdal, and David G. Brainard, Law for business and management (The United States of America: The Maple Press Company, 1975), p. 195.

⁴Harry G. Henn, Cases and materials on the law of corporations (St. Paul Minn.: West Publishing Co., 1974), p. 424.

⁵William L. Cary, Corporations cases and materials, p. 525.

แนวทางกฎหมายปัจจุบันในเรื่องระดับความระมัดระวัง

หลักการที่กล่าวมานั้นในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดชัดเจนถึงหน้าที่ที่กรรมการต้องใช้ความระมัดระวังในการจัดการบริหารบริษัทอย่างผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาพึงกระทำในสภาวะการณ์เช่นนั้น โดยบัญญัติไว้ใน Model Business Corporation Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่เสนอตั้งแต่ปี ค.ศ.1946 จากคณะกรรมการกฎหมายบริษัทแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (Committee on Corporate Law of the American Law Associations) ตามการเคลื่อนไหวในการสร้างกฎหมายเอกรูปร่างขึ้นด้วยการนำกฎหมายของแต่ละมลรัฐมาพิจารณารวมกัน⁶ กฎหมายนี้ใช้กับบริษัทมหาชนและบริษัทเอกชน โดยเป็นกฎหมายที่คำนึงถึงเรื่องสิทธิและหน้าที่ของผู้ถือหุ้น พนักงาน กรรมการ และบริษัท รวมถึงเรื่องผลประโยชน์ของมลรัฐด้วย

ในมาตรา 8.30 บัญญัติไว้โดยถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"(a) กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนในฐานะกรรมการและสมาชิกคณะอนุกรรมการ

(1) ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

(2) ด้วยความระมัดระวังซึ่งผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาที่อยู่ใน

ตำแหน่งเช่นนั้นพึงกระทำภายใต้สภาวะการณ์แวดล้อมที่เหมือนกันนั้น และ

(3) ด้วยวิธีการซึ่งกรรมการผู้นั้นเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรว่าเป็นประโยชน์ที่สุดของบริษัท"⁷

⁶มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, สาขาวิชานิติศาสตร์, เอกสารการสอนชุดวิชา
กฎหมายพาณิชย์4 หน่วยที่1-7, พิมพ์ครั้งที่ 4(กรุงเทพฯ:ทจก.โรงพิมพ์ธรรมดา,2528),หน้า 59.

⁷Banking & Business Law American Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated 3rd ed. (New York: Law & Business, Inc.), 2: 926.

เนื่องจากประเทศนี้มีหลายมลรัฐ คำพิพากษาของศาลแต่ละมลรัฐเกี่ยวกับหน้าที่ตามมาตรา 8.30 นั้นจึงอาจใช้ถ้อยคำสำนวนที่ต่างกัน แต่ปัจจุบันมลรัฐต่างๆหลายมลรัฐได้ให้การยอมรับหลักการตามกฎหมายมาตรานี้เป็นส่วนใหญ่ สำหรับมาตรา 8.30(a) นี้ตั้งมาตรฐานหรือระดับความระมัดระวังโดยทั่วไปสำหรับกรรมการทั้งหมดที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วย "ความระมัดระวังอย่างผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาในตำแหน่งหน้าที่เช่นเดียวกันนั้นจะพึงปฏิบัติ" แม้ในกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรของบางมลรัฐใช้ถ้อยคำต่างๆคือ "ความเอาใจใส่" "ความระมัดระวัง" และ "ทักษะ" เพื่อให้คำจำกัดความเกี่ยวกับหน้าที่ดังกล่าวเช่น North Carolina General Statute Annotated 55-35 (1975) เป็นต้น แต่คำเหล่านี้มิได้แตกต่างกันมากนักในการใช้พิจารณา เหตุที่กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช้คำว่า "ทักษะ" เพราะเห็นว่าเป็นคำที่ใช้กับบุคคลประเภทที่ทำงานโดยต้องอาศัยความสามารถทางเทคนิคตามสาขาวิชาเป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่ควรเป็นคุณสมบัติสำหรับตำแหน่งหน้าที่ของกรรมการ และเหตุที่ไม่ใช้คำว่า "ความเอาใจใส่" เพราะคำนี้มีความหมายที่มีอยู่ในแนวทางความหมายของคำว่า "ความระมัดระวัง" อยู่แล้ว ขณะที่ไม่นำคำว่า "การได้รับความไว้วางใจ" มาใช้เพราะเกรงว่าจะเกิดความสับสนกับกฎหมายเรื่องทรัสต์

นอกจากนั้นได้มีการอธิบายมาตรานี้อย่างเป็นทางการโดยคณะกรรมการร่างกฎหมายบริษัท (The Committee on Corporate Laws) โดยกล่าวถึงมาตรา 8.30(a) ว่า

(1) การอ้างถึง "ผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดา" นั้นมาจากการรวบรวมคำพิพากษาของศาล ซึ่งแสดงให้เห็นว่ามีมาตรฐานหรือระดับที่ตรงกันข้ามกับระดับของผู้เชี่ยวชาญโดยเหมือนกรณีของ "นักธุรกิจผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดา" ถ้อยคำที่อ้างถึงข้างต้นนั้นทำให้ต้องพิจารณาถึงความจำเป็นต้องสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ความจำเป็นต้องสร้างผลกำไร และพิจารณาถึงพื้นฐานของกรรมการผู้หนึ่งที่ต้องมีให้บริษัทไม่ว่าจะเป็นสามัญชน ความรอบรู้ในทางปฏิบัติ และการตัดสินใจด้วยความรอบรู้

(2) ถ้อยคำว่า "ในตำแหน่งเช่นนั้น" ทำให้ต้องพิจารณาถึงความระมัดระวังของ "ผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดา" ที่เป็นกรรมการของบริษัทนั้น

(3) ถ้อยคำว่า "ภายใต้สภาวะแวดล้อมที่เหมือนกันนั้น" ทำให้ต้องพิจารณาดังนี้

(3.1) สภาพและขอบเขตของความรับผิดชอบจะมีความแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับองค์ประกอบเช่น ขนาด ความซับซ้อน ความเร่งด่วน และที่ตั้งกิจกรรมของบริษัทนั้นๆ

(3.2) การตัดสินใจต้องทำขึ้นบนพื้นฐานของข้อมูลที่กรรมการทราบ โดยการตัดสินใจนั้นปราศจากผลประโยชน์แอบแฝง และ

(3.3) พื้นฐานเบื้องหลัง คุณสมบัติ และความรับผิดชอบในการจัดการบริหารงานที่กรรมการผู้นั้นมีเป็นพิเศษ อาจเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องในการประเมินมาตรฐานหรือระดับความระมัดระวังของกรรมการผู้นั้นก็ได้ แต่ก็ไม่ได้เป็นการปลดเปลื้องความรับผิดชอบแก่กรรมการคนใดที่ขาดประสิทธิภาพทางธุรกิจหรือความสามารถจากการใช้สามัญสำนึกของผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดา⁸

การมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหาร

ในคำพิพากษาศาลคดี *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 41 Del.Ch.78, 188A.2d125 (1963) นั้นศาลวินิจฉัยว่า กรรมการมีสิทธิพึ่งพาอาศัยความซื่อสัตย์และความมั่นคงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของผู้ได้บังคับบัญชาของตน จนกว่าจะมีเหตุเกิดขึ้นจนทำให้กรรมการนั้นเกิดความสงสัยว่ามีความไม่ถูกต้องที่จะใช้สิทธิเช่นนั้น หากไม่ปรากฏสาเหตุของความน่าสงสัยนั้นและกรรมการยังไม่มีเหตุที่จะเกิดความสงสัยเช่นนั้นแล้ว กรรมการนั้นก็ไม่ต้องมีหน้าที่จัดวางหรือดำเนินการให้มี "ระบบจรรยาบรรณของบริษัท" เพื่อกำจัดการกระทำที่ผิดแต่ประการใด จากหลักการนี้แสดงให้เห็นข้อสังเกตประการหนึ่งว่า หน้าที่ตามหลักความระมัดระวังของกรรมการไม่ได้ต้องการให้กรรมการต้องคอยค้นหาการกระทำที่ผิดของพนักงานหรือบุคคลอื่นใดที่ตนได้

⁸Ibid., 2: 929-930.

มอบหมายความรับผิดชอบให้ไป หากไม่ได้ปรากฏให้เห็นสัญญาเดือนหรือสิ่งชัดแจ้งอื่นใด⁹

แนวทางกฎหมายปัจจุบันในเรื่องการมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่น

ในเรื่องการพึ่งพาอาศัยบุคคลอื่นในการจัดการบริหารนั้นได้เป็นที่ยอมรับในเกือบทุกมลรัฐว่า ให้ถือหลักการตาม Model Business Corporation Act มาตรา 8.30 (b) และ (c) ซึ่งบัญญัติไว้โดยถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"(b) ในการปฏิบัติหน้าที่กรรมการมีสิทธิจะพึ่งพาอาศัยข้อมูล ความคิดเห็น รายงาน หรือถ้อยแถลง รวมทั้งถ้อยแถลงและข้อมูลทางการเงิน ถ้าสิ่งนี้ทำขึ้นหรือแสดงให้ปรากฏโดย

(1) พนักงานหรือลูกจ้างคนใดคนหนึ่งหรือมากกว่านั้นที่กรรมการนั้นเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรว่า เป็นผู้ที่สามารถพึ่งพาอาศัยและมีความสามารถในเรื่องนั้น

(2) ที่ปรึกษากฎหมาย ผู้สอบบัญชีรับอนุญาต หรือบุคคลอื่นใดตามแต่เรื่องที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกรรมการนั้นเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรว่า เป็นเรื่องที่อยู่ในการสามารถอย่างผู้เชี่ยวชาญหรืออย่างผู้มีวิชาชีพของบุคคลนั้น หรือ

(3) คณะอนุกรรมการของคณะกรรมการซึ่งกรรมการนั้นไม่เป็นสมาชิกในคณะถ้ากรรมการนั้นเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรว่า คณะอนุกรรมการนั้นมีคุณสมบัติน่าเชื่อถือไว้วางใจ

(c) หากกรรมการนั้นทราบเหตุที่ทำให้การพึ่งพาอาศัยที่ได้รับอนุญาตตามวรรคก่อนนั้นไม่สมควรมอบหมาย อาจถือได้ว่ากรรมการกำลังจะไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต"¹⁰

⁹Dennis J. Block, Nancy E. Barton, and Stephen A. Radin, The business judgement rule fiduciary duties of corporate directors, 3rd ed. (New York: Prentice Hall Law & Business, 1989), p. 34.

¹⁰Ibid., 2: 926-927.

มีข้อสังเกตว่าเงื่อนไขที่พิจารณาประกอบการพิจารณาจะตั้งอยู่บนความเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรว่า คณะอนุกรรมการนั้นต้องมีคุณสมบัติของ "ความน่าเชื่อถือไว้วางใจ" ซึ่งแตกต่างกับกรณีของผู้เชี่ยวชาญที่มาตรา 8.30(b)(2) ได้อ้างอิงคำว่า "ความสามารถของผู้เชี่ยวชาญ" ซึ่งต้องเข้าใจก่อนว่า ได้มีการคาดหมายให้บุคคลที่กรรมการพิจารณาจะตั้งต้องมีประสบการณ์ และส่วนใหญ่ต้องมีทักษะทางเทคนิคในการปฏิบัติหน้าที่ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในมาตรา 8.30(b)(3) นั้น แนวความคิดของคำว่า "ความน่าเชื่อถือไว้วางใจ" ได้แทนที่แนวคิดของคำว่า "ความสามารถ" เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงสิ่งที่แสดงว่าทักษะทางเทคนิคเป็นสิ่งจำเป็นในเบื้องต้น ส่วนมาตรา 8.30(c) นั้นมุ่งป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการพิจารณาข้อมูล ความเห็น รายงานหรือถ้อยแถลง ทั้งที่ตนได้ทราบความจริงถึงสิ่งที่ทำให้การพิจารณาของตนไม่สมควรที่จะมอบหมายเช่นนั้นอีก¹¹

นอกจากนี้มาตรา 8.30 ของกฎหมายฉบับนี้ในวรรคท้ายยังมีบทบัญญัติที่นำมาเสริมสร้างให้มาตรฐานตามมาตรานี้สมบูรณ์ขึ้น ซึ่งบัญญัติไว้ใน (d) ซึ่งถอดความเป็นภาษาไทยได้ว่า

"(d) กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำใดๆ ที่ทำขึ้นในฐานะกรรมการหรือไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการไม่กระทำใดๆ ถ้ากรรมการนั้นได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบมาตรานี้"

สำหรับมาตรา 8.30(d) นี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดบทบังคับในตัวเองและยังเป็นบทบัญญัติที่ปลดเปลื้องกรรมการแต่ละคนจากความรับผิดชอบให้เป็นไปโดยอัตโนมัติ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
การบริหารใช้หลักความระมัดระวังกับพนักงาน

แม้ว่ามาตรา 8.30 ของ Model Business Corporation Act จะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดมาตรฐานโดยทั่วไปในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการเท่านั้น แต่มาตรา 8.42 ของกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ตามมาตรา 8.30 ไปปรับใช้กับพนักงาน (Officers) ของบริษัทด้วย

¹¹Ibid., 2: 931-932.

เนื่องจากบุคคลเหล่านี้แม้ไม่ใช่กรรมการแต่ก็เป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจและเป็นผู้คุ้นเคยกับกิจการของบริษัท ซึ่งมาตรา 8.42 ดังกล่าวบัญญัติไว้โดยถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"(a) พนักงานผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนภายใต้อำนาจนั้น

(1) ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

(2) ด้วยความระมัดระวังซึ่งผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาที่อยู่ในตำแหน่ง เช่นนั้นพึงกระทำภายใต้สภาวะแวดล้อมที่เหมือนกันนั้น และ

(3) ด้วยวิธีที่พนักงานเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรว่าเป็นประโยชน์ที่สุดแก่บริษัท

(b) ในการปฏิบัติหน้าที่ พนักงานมีสิทธิพึงพาอาศัยข้อมูล ความคิดเห็น รายงานหรือถ้อยแถลงรวมทั้งถ้อยแถลงและข้อมูลทางการเงิน ถ้าสิ่งนั้นทำขึ้นหรือแสดงให้ปรากฏโดย

(1) พนักงานหรือลูกจ้างคนใดคนหนึ่งหรือมากกว่านั้นที่พนักงานนั้นเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรว่า เป็นผู้ที่สามารถพึงพาอาศัยและมีความสามารถในเรื่องนั้น หรือ

(2) ที่ปรึกษากฎหมาย ผู้สอบบัญชีรับอนุญาต หรือบุคคลอื่นใดตามแต่เรื่องที่เกี่ยวข้อง ซึ่งพนักงานนั้นเชื่ออย่างมีเหตุผลสมควรว่า เป็นเรื่องที่อยู่ในความสามารถอย่างผู้เชี่ยวชาญหรืออย่างผู้มีวิชาชีพของบุคคลนั้น

(c) หากพนักงานนั้นทราบเหตุที่ทำให้การพึงพาอาศัยที่ได้รับอนุญาตตามวรรคก่อนนั้น ไม่สมควรมอบหมาย อาจถือได้ว่าพนักงานนั้นกำลังจะไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

(d) พนักงานไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำใดๆ ที่ทำขึ้นในฐานะพนักงานหรือไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการไม่กระทำใดๆ ถ้าพนักงานนั้นได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบมาตรานี้"¹²

ความอิสระในการวินิจฉัยทางการค้า

โดยทั่วไปกรรมการเป็นผู้ตัดสินใจในทางธุรกิจ ศาลจึงไม่ควรเข้ารบกวนความอิสระใน

¹²Ibid., 2: 1066.

การตัดสินใจนั้น ทั้งนี้การตัดสินใจให้กรรมการต้องรับผิดชอบตามที่ต้องใช้ความระมัดระวังนี้ ศาลจะ
 นำเรื่องความเสียหายในการทำธุรกิจกับผลประโยชน์ของบริษัทมาเปรียบเทียบประกอบด้วย และ
 จุดนี้เป็นลักษณะของการใช้หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้า (Business Judgement Rule)
 หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้าที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 นี้เป็นเครื่องป้อง
 กันการตัดสินใจทั้งหลายที่กระทำขึ้นโดยคณะกรรมการบริษัทไม่ให้มีการพิจารณาจากศาลอีก หลักนี้
 วางอยู่บนเหตุผลที่ว่า ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ทำการเลือกตั้งคณะกรรมการเพื่อที่จะทำการตัดสินใจวินิจฉัยใน
 ทางธุรกิจสำหรับบริษัท อีกทั้งหลักนี้ยังรักษาอำนาจของคณะกรรมการที่จะจัดการบริหารบริษัทและ
 ปกป้องคุ้มครองกรรมการจากความรับผิดสำหรับการตัดสินใจวินิจฉัยใดๆที่กระทำขึ้นอย่างซื่อสัตย์สุจริต
 แต่ปรากฏความไม่ฉลาดในการทำเช่นนั้นเมื่อถึงเวลาต่อมา¹³ นอกจากนั้นในคดี Casey v.
 Woodruff, 49 N.Y.S.2d 625(Sup.Ct.1944) ศาลอธิบายหลักนี้เพื่อใช้กับกรรมการดังนี้

เมื่อใดที่ศาลจะไม่เข้าไปรบกวนในเรื่องการวินิจฉัยทางการค้า ก็ต้องสมมติไว้ล่วงหน้า
 ว่า การวินิจฉัยหรือการตัดสินใจนั้นได้กระทำด้วยความเอาใจใส่อย่างมีเหตุผลเพียงพอ อีกทั้ง
 กรรมการต้องไม่เพิกเฉยต่อสิ่งซึ่งกำลังเกิดขึ้นกับตนในการปฏิบัติหน้าที่ทางธุรกิจของบริษัท และ
 เมื่อใดที่กรรมการกล่าวอ้างว่า ตนกำลังปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยความอิสระในการวินิจฉัยทางการค้า
 การตัดสินใจหรือการวินิจฉัยนั้นต้องกระทำโดยมีความซื่อสัตย์และไม่มอคติ จึงจะถือเป็นการปฏิบัติ
 หน้าที่อย่างมีเหตุผลเพียงพอ

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้านี้เป็นเกราะป้องกันกรรมการ
 จากความรับผิด หากปรากฏให้เห็นถึงความระมัดระวังและความซื่อสัตย์สุจริตอย่างเพียงพอตามที่

¹³Mark A. Underberg, "Notes the business judgement rule in
 derivative suits against directors," Cornell Law Review 65
 (1979-1980): 600-633.

กรรมการผู้หนึ่งถึงกระนั้นแล้ว¹⁴ ทั้งนี้หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้ามีขึ้นเพียงเพื่อปกป้องคุ้มครอง การตัดสินใจหรือวินิจฉัยทางการค้าที่ไม่ใช่เป็นการละเว้นการกระทำหน้าที่ เช่น ความบกพร่อง ที่จะทำการตรวจสอบข้อมูลที่เกี่ยวข้อง โดยหลักนี้ปกป้องคุ้มครองการวินิจฉัยใดๆที่ได้รับข้อมูลด้วย มาตรฐานที่แตกต่างกันไปตามเวลาที่มีกับข้อมูลเท่าที่จะหาได้สำหรับการตัดสินใจหรือวินิจฉัยในเรื่อง นั้นๆ เทียบกับผลประโยชน์ของการติดต่อธุรกิจการค้านั้น¹⁵ ศาลจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะ ที่เกิดขึ้นในเวลาที่มีการตัดสินใจนั้นได้กระทำขึ้น โดยศาลไม่ควรนำข้อเท็จจริงซึ่งเกิดขึ้นในเวลา ต่อมาพิจารณา ความฉลาดรอบคอบของกรรมการที่พัฒนาขึ้นภายหลังจะไม่ใช่สิ่งที่ควรพิจารณา¹⁶

แม้ว่าก่อนที่จะบัญญัติ เรื่องหน้าที่ของกรรมการตามหลักความระมัดระวังเป็นกฎหมาย ปลายลักษณะอักษรที่กล่าวมาแล้วนั้น ศาลจะได้เคยวางหลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้าเพื่อนำมาใช้ ประกอบการพิจารณา แต่การบัญญัติกฎหมายมาตรา 8.30 ที่กล่าวมาใน Model Business Corporation Act ยังไม่ได้กล่าวถึงหลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้าที่กล่าวนี้ เนื่องจากประเด็น การพิจารณามาตรา 8.30 กับขอบข่ายของ "หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้า" นั้น เป็นเรื่องที่มี ความยากลำบากและเป็นประเด็นที่ยังถกเถียงกันอย่างมากในกฎหมายบริษัทของประเทศไทย เพราะ The Committee on Corporate Laws ซึ่งมีบทบาทต่อการร่างกฎหมายเห็นกันว่า จะซับซ้อน เกินไปที่จะนำหลักนี้มาทำการบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย และเห็นกันว่าควร

¹⁴Dennis J. Block et al., The business judgement rule fiduciary duties of corporate directors, p. 29.

¹⁵Paul Redmond, "The reform of director's duties," University of New South Wales Law Journal 15 (1991): 86-127.

¹⁶Bernhar Grossfeld, "Management and control of marketable share companies," International Encyclopedia of Comparative Law 12 (1972): 50-62.

จะปล่อยให้ไปเป็นไปตามการพัฒนาและการแปลความในทางพิจารณาพิพากษาคดีของศาล¹⁷

แต่ทว่าก็ได้ปรากฏแนวคิดขึ้นโดยสถาบันกฎหมายของชาวอเมริกัน (American Law Institute) ที่จะทำการร่างกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังของกรรมการและพนักงานกับหลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้า โดยขณะนี้ก็เป็นเพียงร่างกฎหมาย (Tentative Draft No.3, 1984) ซึ่งได้กำหนดหลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้าไว้ในมาตรา 4.01(d) ซึ่งถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"(d) กรรมการหรือพนักงานจะไม่กระทำผิดหน้าที่ของตนตามมาตราอื่นในเรื่องผลของการตัดสินใจทางธุรกิจ หากบุคคลนั้นกระทำดังต่อไปนี้

(1) บุคคลนั้นได้รับความรู้ในเรื่องที่จะทำการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยมีความรู้ถึงขนาดที่ตนเชื่ออย่างมีเหตุผลเพียงพอว่า มีความเหมาะสมภายใต้สภาวะการณ์นั้น

(2) บุคคลนั้นไม่ได้รับผลประโยชน์ในเรื่องที่จะทำการตัดสินใจทางธุรกิจ อีกทั้งบุคคลนั้นได้ทำการตัดสินใจไปด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และ

(3) บุคคลนั้นมีเหตุผลในการที่จะเชื่อว่า การตัดสินใจทางธุรกิจนั้นเป็นประโยชน์ที่สุดแก่บริษัท"¹⁸

¹⁷Banking & Business Law American Bar Association, Model Business Corporation Act Annotated 3rd ed., 2: 933-934.

¹⁸Joseph Hinsey IV, "Business judgement and the American Law Institute's Corporate Governance Project: The rule, the doctrine, and the reality," The George Washington Law Review 52 (May-August 1984): 609-610.

ช. ประเทศอังกฤษ

ประเทศนี้ได้แบ่งรูปแบบของบริษัทออกเป็น 2 ลักษณะสำคัญได้แก่ บริษัทมหาชน (Public Company) และบริษัทเอกชน (Private Company) โดยมีการกำหนดหน้าที่ของกรรมการต่อบริษัทให้ต้องปฏิบัติด้วยทักษะความระมัดระวังและความเอาใจใส่ ทั้งนี้ หน้าที่ดังกล่าวได้พัฒนาเป็นหลักอย่างชัดเจนจากคำพิพากษาของศาลในคดี Re City Equitable Fire Insurance Co. [1925] Ch.407,427

ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า กรรมการของบริษัทประกันภัยแห่งหนึ่งได้ปล่อยให้การบริหารกิจการของบริษัทเกือบทั้งหมดอยู่ในความดูแลของ A ซึ่งเป็นกรรมการผู้จัดการ ปรากฏว่า A ได้ยกยอทรัพย์สินของบริษัทไปเป็นจำนวนมาก โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่าในบัญชีงบดุลของบริษัทนั้นแม้หัวข้อที่ระบุไว้ว่า "เงินกู้เรียกเก็บเมื่อทวงถามหรือภายในระยะเวลาสั้น" และยังคงระบุไว้ว่า "เงินสดที่ธนาคารหรืออยู่ในมือ" โดยที่กรรมการไม่เคยสอบถามเกี่ยวกับรายละเอียดของงบดุลในหัวข้อดังกล่าวเลย ซึ่งหากกรรมการทำการตรวจสอบก็จะพบว่า เงินกู้ที่ว่่านั้นส่วนใหญ่จะเป็นเงินกู้ที่ให้ A กู้ และให้ผู้จัดการทั่วไปของบริษัทกู้ และเงินสดที่ระบุว่าจะอยู่ที่ธนาคารหรืออยู่ในมือนั้น ได้มีเงินจำนวนถึง 73,000 ปอนด์ อยู่ในความครอบครองของบริษัทนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ซึ่ง A เป็นหุ้นส่วนอยู่

ในคดีนี้ผู้พิพากษา Romer J. ซึ่งเป็นผู้หนึ่งที่พิจารณาตัดสินได้ให้ข้อสังเกตว่า

"(1) กรรมการไม่ต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยระดับของทักษะที่มากกว่าที่อาจคาดหมายได้อย่างมีเหตุผลเพียงพอจากผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์อย่างตน ตัวอย่างเช่น กรรมการของบริษัทประกันชีวิตไม่ได้เป็นการรับรองว่า ตนจะต้องมีทักษะในการคำนวณหาสถิติเกี่ยวกับการประกันภัยหรือทักษะทางการแพทย์ เมื่อเป็นเช่นนั้นบ้างที่อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบหากมีเหตุเพียงเพราะการที่ตนตัดสินใจผิดพลาดไปเท่านั้น

(2) กรรมการไม่ต้องให้ความสนใจเอาใจใส่อย่างต่อเนื่องตลอดเวลาต่อ

กิจการทั้งหลายของบริษัท กล่าวคือ โดยทั่วไปหน้าที่ของบุคคลเหล่านี้มีสภาพของความเป็นครั้ง เป็นคราวในการปฏิบัติหน้าที่เข้าประชุมคณะกรรมการ รวมทั้งการเข้าประชุมของคณะกรรมการ ซึ่งคณะกรรมการได้แต่งตั้งให้กรรมการผู้หนึ่งเป็นอนุกรรมการผู้หนึ่งในคณะนั้นด้วย แต่ทว่าก็ควรจะ เอาใจใส่เข้าร่วมการประชุมเมื่อใดก็ตามที่มีเหตุผลอันสมควรในสภาวะการณ์เช่นนั้นที่สามารถจะ เข้าร่วมการประชุมได้ ดังนั้นกรรมการก็ไม่ต้องเอาใจใส่เข้าร่วมการประชุมดังกล่าวทั้งหมดทุกครั้งไป

(3) ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการมีสิทธิมอบหน้าที่แก่พนักงาน คนอื่นๆของบริษัทได้ แต่ต้องขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของธุรกิจและข้อบังคับบริษัท เนื่องจากกรรมการ อาจมีเหตุผลเพียงพอในการให้ความไว้วางใจแก่พนักงานว่า พนักงานผู้นั้นจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ ซื่อสัตย์ โดยต้องไม่ปรากฏว่ามีสิ่งใดที่เป็นพื้นฐานให้เกิดความสงสัยในความไม่เหมาะสมในการให้ ความไว้วางใจต่อพนักงานนั้นเกิดขึ้นต่อกรรมการนั้นด้วย"

จากข้อสังเกตของผู้พิพากษา Romer J. ในคำพิพากษาคดีดังกล่าวพิจารณาได้ว่า

1. กรรมการไม่ต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญ ถ้าไม่ได้เลือกตั้งมาเพื่อการนั้น¹⁹

ในประเด็นนี้สามารถแสดงให้เห็นชัดเจนขึ้นจากคำพิพากษาในคดี Re Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd. [1911] 1 Ch.425,437. ซึ่ง วางหลักไว้ว่า

"กรรมการไม่จำเป็นต้องนำคุณสมบัติพิเศษมาใช้ต่อตำแหน่งหน้าที่ของตน กล่าวคือ กรรมการอาจรับเข้าจัดการบริหารบริษัทที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ยาง โดยที่กรรมการ นั้นได้เพิกเฉยอย่างชัดเจนต่อทุกสิ่งทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ยางก็ได้ แต่กรรมการผู้นั้นอาจ

¹⁹Francis Beaufort Palmer, Palmer's company law vol.1, 25th ed. (London: Sweet & Maxwell, 1992), p.8089.

ต้องมีความรับผิดชอบการ เพิกเฉยละเลยของตนเช่นนั้นก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในการจัดการบริหารบริษัท แต่หากกรรมการนั้นได้มีความคุ้นเคยกับธุรกิจเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ข้างนี้อยู่ กรรมการผู้นั้นต้องให้ความได้เปรียบแก่บริษัทตามความรู้ที่ตนมีเมื่อมีการ เจรจาดัดต่อธุรกิจของบริษัท"

แสดงให้เห็นว่า เริ่มมีความคิดยอมรับการแบ่งแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยทักษะในด้านหนึ่ง และหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยความเอาใจใส่ให้ความระมัดระวังในอีกด้านหนึ่งพร้อมกัน โดยวิเคราะห์กันว่ากรณีแรกคือระดับของทักษะนั้นได้พิจารณาโดยการอ้างอิงถึงทักษะและประสบการณ์ของกรรมการเป็นการเฉพาะเจาะจงบุคคล และในกรณีหลังคือระดับของความระมัดระวังและเอาใจใส่ได้พิจารณาโดยการอ้างอิงถึงมาตรฐานที่จะพึงคาดหมายจากบุคคลตามปกติธรรมดา ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาถึงกรรมการอย่างบุคคลที่มีลักษณะสมัครเล่นไม่ได้มีความชำนาญ ผู้ที่ไม่ได้มีทักษะใดๆในการบริหารเป็นการเฉพาะเจาะจงเรื่องใดเรื่องหนึ่งจึงไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะใช้มาตรฐานที่หนักในการพิจารณาถึงความระมัดระวังและทักษะของบุคคลนั้น²⁰ นั่นคือต้องพิจารณาด้วยว่าแม้มาตรฐานหรือระดับที่ใช้พิจารณาดังกล่าวไม่ควรจะเป็นไปในแง่ภาวะวิสัย (subjective) เสียทั้งหมดเสมอก็ตาม แต่กระทั้งบุคคลนั้นเป็นคนโง่เพียงใดหากพอมีประสบการณ์ด้วยตนเองที่เกี่ยวข้องกับกิจการนั้นๆก็ยังสามารถต้องใช้ระดับที่มีเหตุผลอันสมควรของทักษะตามความสัมพันธ์กับประสบการณ์ของตนนั้น²¹

ด้วยเหตุนี้การนำแนวทางจากหลักกฎหมายลักษณะตัวแทนมาพิจารณาประกอบนั้นคงจะช่วยได้บ้างเล็กน้อย เพราะขอบเขตของหลักทั้งสองจะเห็นข้อพิจารณาพอสมควร

²⁰John H Farrar et al., Farrar's company law, 3rd ed. (London: Butterworths, 1991), p.396.

²¹Barry A K Rider, The regulation of the British securities industry (London: T.J.Press (Padstow) Ltd., 1979), p.117.

ประเด็นนี้ตามลำดับ ดังนี้²²

- (1) ตัวแทนที่ เป็นผู้ปฏิบัติการวิชาชีพหรืออาชีพจะต้องใช้ระดับความระมัดระวังและทักษะ เท่ากับผู้ที่ เป็นสมาชิกที่มีความสามารถและซื่อตรงตามเหตุผลอันสมควรของกลุ่มวิชาชีพหรืออาชีพนั้นๆ
- (2) ส่วนตัวแทนอื่นๆต้องใช้ทักษะอย่างในฐานะที่ตนมีอยู่และต้องใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างผู้มีเหตุผลตามสมควร (Reasonable Man) ในสภาวะการณ์นั้น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลที่กล่าวมาได้วางหลักให้การเข้าดำรงตำแหน่งกรรมการนั้นถือเป็นเพียงผู้อยู่ในฐานะตามที่กล่าวในข้อนี้

โดยสรุปแล้วหลักเกณฑ์ในข้อแรกนี้ได้วางมาตรฐานหรือระดับของทักษะในการกระทำหน้าที่ในฐานะกรรมการว่า อาศัยสิ่งทดสอบ 2 ส่วนโดยพิจารณาจากแง่จิตใจส่วนหนึ่ง (ใช้มาตรฐานของผู้มีเหตุผลตามสมควร) และพิจารณาจากตัวผู้กระทำอีกส่วนหนึ่ง (พิจารณาผู้มีเหตุผลตามสมควรนั้นว่าจะต้องมีความรู้และประสบการณ์ของบุคคลนั้นๆเป็นการเฉพาะ)²³ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง มาตรฐานหรือระดับของความระมัดระวังที่ต้องการจากกรรมการได้รับการพิจารณาว่า อยู่ในฐานะที่พิจารณาแง่ภาวะวิสัยมากเกินไปจนต้องมีแนวโน้มที่จะนำมาตรฐานการพิจารณาแง่ของความเป็นอัตวิสัย (objectivity) มาพิจารณาด้วย²⁴

²²Allan L. Mackenzie, "A company director's obligations of care and skill," Journal of Business Law(1982): 460-477.

²³L.C.B. Gower, J.B. Cronin, A.J. Easson, Gower's principles of modern company law, 4th ed. (London: Stevens, 1979), p.604.

²⁴H.R. Hahlo and J.H. Farrar, Hahlo's cases and materials on company law (London: Sweet & Maxwell, 1987), p.375.

2. กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและเอาใจใส่ แต่ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการตัดสินใจผิดพลาด²⁵

ในเรื่องความรับผิดชอบของกรรมการผู้ที่มีส่วนร่วมในธุรกิจใดๆของบริษัท เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและเอาใจใส่อย่างบุคคลตามปกติธรรมดา นั้น ผู้พิพากษา Neville J. ได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาคดี Re Brazilian Rubber Plantations and Estates Ltd. [1911] 1 Ch.425,437 ว่า

"กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังอย่างมีเหตุผลเพียงพอในการเข้ามามีส่วนร่วมกับงานนั้น ทั้งนี้ความระมัดระวังอย่างมีเหตุผลเพียงพอเหล่านั้นจะต้องถูกวัดด้วยความระมัดระวังอย่างบุคคลตามปกติธรรมดาที่อาจคาดหมายได้ว่าพึงทำในสภาวะการณ์ที่เหมือนของตน และกรรมการไม่ต้องรับผิดชอบต่อค่าเสียหายที่เกิดจากการตัดสินใจผิดพลาดด้วยความบังเอิญ"

ทั้งนี้คงเป็นเพราะการดำเนินงานของวิสาหกิจประเภทบริษัทนั้น สารที่แท้จริงเป็นเรื่องของการที่ต้องตัดสินใจหรือวินิจฉัยอย่างในฐานะนักธุรกิจ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่ควรได้รับอำนาจให้สามารถทบทวนตรวจสอบการปฏิบัติการใช้อำนาจของกรรมการในลักษณะเช่นนั้น อีกทั้งการเสี่ยงภัยในทางการพาณิชย์นั้นต่างอยู่ในระดับของการคาดคะเนเสียทั้งหมด บริษัททั้งหลายจึงต้องเผชิญกับภัยนั้น ดังนั้นคงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้เป็นภาระหน้าที่ของกรรมการที่จะหลีกเลี่ยงภัยทั้งหลาย แต่ทว่ากรรมการก็ยังคงมีภาระหน้าที่ที่จะต้องตัดสินใจว่า ภัยนั้นมีค่าพอที่จะเข้าเสี่ยงหรือไม่ และภัยอันใดที่มีค่าเช่นนั้น²⁶

²⁵Francis Beaufort Palmer, Palmer's company law vol.1, p.8091.

²⁶L.S. Sealy, "The director as trustee," The Cambridge Law Journal (April 1967): 83-103.

จากประเด็นที่กล่าวข้างต้นนี้ได้สร้างผลต่อมาให้เห็นในคำวินิจฉัยของคำพิพากษาคดี *Re Faure Electric Accumulator Co.* (1888) 40 Ch.D.141.ว่า ในสภาพการณ์ที่มีความเหมาะสมนั้นกรรมการอาจจะพึงพาอาศัยความคิดเห็นของบุคคลภายนอก อาทิ เช่น ความคิดเห็นจากภายนอกของผู้เชี่ยวชาญทั้งหลาย เป็นต้น กล่าวคือ เมื่อใดที่กรรมการยังมีอำนาจที่จะทำการถ่ายโอนงานให้แก่บุคคลภายนอก กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับการถ่ายโอนงานนั้น หากคนได้ทำการได้ส่วนชั้กถามอย่างมีเหตุผลเพียงพอถึงตำแหน่งหน้าที่ของผู้รับการถ่ายโอนงาน และได้ดำเนินการตามกฎหมายเพื่อทำให้การถ่ายโอนงานนั้นมีผลสมบูรณ์ก่อนแล้ว ทั้งนี้อาจด้วยข้อความจริงประการหนึ่งที่ว่า กรรมการผู้ใดคนหนึ่งอาจจะไม่สามารถปฏิบัติการใช้ทักษะในเชิงวิชาชีพที่ใกล้เคียงกับทักษะ เช่นนั้นของที่ปรึกษากฎหมายหรือนักบัญชี หรือแม้กระทั่งผู้เชี่ยวชาญหรือนักวิชาชีพอื่นใดในกรณีที่ต้องมีการให้คำแนะนำในเรื่องนี้²⁷ เรื่องของการได้รับความแนะนำจากภายนอกในสภาพการณ์ที่มีความเหมาะสมนี้ได้รับการเน้นให้เห็นในคำพิพากษาของศาลในคดี *Sheffield and S. York Permanent Building Society v. Aizlewood* (1890) 44 Ch.D. 412,458-9.ว่า กลายเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับกรรมการในการจัดการบริหารบริษัท โดยอาจพิจารณาเบื้องต้นได้ว่า หากคุณสมบัติพิเศษของกรรมการที่ใช้ในการเข้ามีส่วนร่วมกับการกระทำที่กรรมการผู้นั้นต้องกระทำในการดำเนินธุรกิจของบริษัทยังมีน้อยเพียงใด ก็ยิ่งจะทำให้ความจำเป็นของกรรมการผู้นั้นที่จะต้องทำการพึ่งพาอาศัยบุคคลอื่น ๆ ก็ยิ่งมีมากขึ้นเพียงนั้น และในขณะเดียวกันก็ยิ่งทำให้พื้นฐานที่กรรมการผู้นั้นจะพบเห็นความน่าสงสัยจนน่าพิจารณาถึงความไม่เหมาะสมในการกระทำของบุคคลอื่นทั้งหลายนั้นจะยังมีน้อยลงตามไปด้วย²⁸

²⁷K M Stanton and A M Dugdale, "Recent developments in professional negligence-IV: Director's liability," *New Law Journal* 132 (March 1982): 251-255.

²⁸M.J. Trebilcock, "The liability of company directors for negligence," *The Modern Law Review* 32 (September, 1969): 499-515.

ดังนั้นด้วยตำแหน่งหน้าที่ของกรรมการสามารถกล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับการ
พึงพาอาศัยคำแนะนำของบุคคลภายนอกได้ ดังนี้²⁹

(1) กรรมการมีสิทธิที่จะพึงพาอาศัยคำแนะนำของบุคคลภายนอกที่มีความ
อิสระ และบางครั้งกรรมการอาจเป็นผู้ที่มีความประมาทเลินเล่อได้หากตนตัดสินใจโดยปราศจากคำ
แนะนำของผู้เชี่ยวชาญก่อนเป็นอันดับแรก (อาทิเช่น ผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย เป็นต้น) ดังจะ
เห็นได้จากคำพิพากษานคดี Re Duomatic Ltd. [1969] 2 Ch. 365,377.

(2) บุคคลภายนอกนั้นต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติพอให้คำแนะนำเรื่องนั้นๆ และ

(3) เมื่อได้รับคำแนะนำเช่นนั้นแล้วกรรมการต้องทำการตัดสินใจเมื่อเป็น
หน้าที่ของตนนั้นด้วยตนเอง

3. กรรมการมีสิทธิพึงพาอาศัยกรรมการร่วมและพนักงานได้ตามเหตุผลอันสมควร³⁰

ในประเด็นนี้เห็นได้ชัดเจนขึ้นจากคำพิพากษานคดี Dovey V. Cory [1901]
A.C. .477,485,492. ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ธนาคารแห่งหนึ่งต้องตกอยู่ในภาวะขาดทุนอย่างหนัก
เนื่องจากการจัดหางบดุลของธนาคารอย่างฉ้อฉลและยังปรากฏว่ามีการทรงจ่ายเงินล่วงหน้า
ไปให้แก่ลูกค้าของธนาคารอย่างไม่ต้องสมควรอีกด้วย โดยการกระทำเหล่านี้เกิดจากผู้จัดการ
และประธานกรรมการของธนาคาร ประเด็นปัญหาที่ขึ้นสู่ศาลเป็นคดีนี้ก็คือ กรรมการร่วมต้องรับผิดชอบ
ต่อธนาคารแห่งนี้สำหรับความประมาทเลินเล่อในการดำเนินการค้นหาถึงการกระทำฉ้อฉลเหล่านั้น
หรือไม่ แม้ในความเป็นจริงกรรมการผู้หนึ่งจะไม่ได้ทราบและสมรู้ร่วมคิดการกระทำด้วยก็ตาม
ปรากฏว่าคำพิพากษาคดีนี้ได้ตัดสินให้กรรมการร่วมไม่ต้องรับผิดชอบ โดยพิจารณาบนพื้นฐานที่กรรมการ
อาจจะมอบหมายหรือแบ่งหน้าที่งานที่เป็นรายละเอียดของการจัดการบริหารบริษัทแก่

²⁹Francis Beaufort Palmer, Palmer's company law, 1 : 8092.

³⁰Ibid.

ผู้ได้บังคับบัญชาทั้งหลายที่มีความน่าไว้วางใจได้ นอกจากนี้ผู้พิพากษานคดีท่านหนึ่งคือ Lord Halsbury L.C. ได้วางหลักไว้ด้วยว่า

"หากต้องให้กรรมการมีหน้าที่ในการคอยสืบหาการกระทำอันเป็นการฉ้อฉลแล้ว หน้าที่นั้นก็คงต้องถือเป็นการทำลายคุณค่าของความฉลาดรอบรู้ของแรงงานนั้นๆ ซึ่งไม่สมควรจะให้ เป็นไปในลักษณะเช่นนั้นได้ กรรมการไม่ควรจะมีหน้าที่คอยเฝ้าดูพนักงานลำดับต่ำกว่าในธนาคาร หรือคอยเฝ้าดูการตรวจสอบการคำนวณของผู้ตรวจสอบบัญชีด้วยตนเอง เพราะหากเป็นเช่นนั้นการ ดำเนินธุรกิจก็จะไม่สามารถดำเนินไปได้ เพราะจะส่งผลให้ไม่มีใครสามารถให้ความไว้วางใจกับ บุคคลอื่นที่อยู่ในตำแหน่งหน้าที่ที่ได้รับ ความไว้วางใจให้เข้ามามีส่วนร่วมเอาใจใส่กับรายละเอียด ของการจัดการบริหารได้เลย"

ยิ่งกว่านั้นผู้พิพากษาอีกท่านหนึ่งคือ Lord Davey ได้วางหลักเพิ่มเติมว่า

"แม้กรรมการร่วมต้องให้ความเอาใจใส่สนใจต่อเรื่องทั้งหลาย และต้องทำการ ตัดสินใจในฐานะผู้ทำงานในเรื่องใดๆซึ่งน่าชี้มาพิจารณาในการประชุมของคณะกรรมการในครั้งที่ ตนเข้าประชุมด้วย แต่กระนั้นกรรมการผู้นั้นก็ควรจะได้รับสิทธิที่จะพึ่งพาอาศัยการตัดสินใจ ข้อมูล และคำแนะนำของประธานกรรมการและผู้จัดการทั่วไปได้ตามความซื่อสัตย์ ทักตะและความ สามารถของบุคคลที่ตนพึ่งพานั้น ซึ่งกรรมการผู้นั้นจะต้องไม่ปรากฏเหตุผลอันใดที่จะมีความสงสัยใน คุณสมบัติเหล่านั้นของบุคคลนั้น" จากคำพิพากษาคดีที่กล่าวมาแสดงให้เห็นเบื้องต้นได้ว่า หาก กรรมการผู้ใดผู้หนึ่งกระทำอันเป็นการฉ้อฉลแล้ว กรรมการผู้อื่นไม่ต้องรับผิดชอบหาก การไม่สามารถค้นพบการกระทำอันเป็นการฉ้อฉลของกรรมการผู้นั้น หากไม่ปรากฏสภาวะการใดๆที่จะ ทำให้เกิดความน่าสงสัยถึงการฉ้อฉลนั้นแต่ประการใด³¹

³¹Geoffrey Morse, Charlesworth & Morse Company law, 14th ed. (London: Sweet & Maxwell/stevens, 1991), p.412.

อย่างไรก็ตามคำพิพากษาของศาลในคดี Land Credit Company of Ireland V. Fermoy (1869) L.R. 8 Eq. 7, 12 นั้นก็ได้วางหลักที่น่าสนใจว่า ในการพึ่งพาอาศัยของกรรมการต่อกรรมการร่วมทั้งหลายของตนและต่อพนักงานทั้งหลายของบริษัทนั้น ก็ควรจะได้มีการไต่ถามจากกรรมการผู้หนึ่งเองบ้างด้วย เพราะการที่เงินทุนของบริษัทได้มอบความไว้วางใจไปให้แก่กรรมการผู้อื่นและเมื่อกรรมการเหล่านั้นนำเงินนั้นไปใช้ในทางที่ผิด จะถือว่ากรรมการผู้ที่ไม่ได้รับมอบความไว้วางใจดังกล่าวด้วยหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้โดยอ้างเหตุอันเป็นข้อแก้ตัว ก็คงจะเป็นการกล่าวที่ไม่ถูกต้องสมควรนัก ดังนั้นโดยทั่วไปในการพึ่งพาอาศัยกรรมการร่วมโดยกรรมการที่ไม่ใช่กรรมการที่ทำหน้าที่บริหารงานเป็นประจำในแต่ละวันนั้น จะต้องพิจารณาถึงความรับผิดชอบที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อด้วยข้อเท็จจริงทั้งหลายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าเรื่องประสิทธิภาพของกรรมการหรือบันทึกที่แสดงให้เห็นความเอาใจใส่เข้าร่วมหรือความสนใจของกรรมการผู้ทำการพึ่งพาอาศัยนั้นเอง หรือแม้กระทั่งข้อเท็จจริงที่ว่ามิเหตุผลอันสมควรเพียงใดสำหรับบุคคลผู้หนึ่งที่จะทำการพึ่งพาอาศัยกรรมการร่วมคนนั้นในสภาพการจัดการบริหารของบริษัท ทั้งนี้ในกรณีที่ไม่ปรากฏถึงพื้นฐานที่ทำให้เกิดความสงสัยขึ้น บุคคลผู้หนึ่งอาจจะยังคงได้รับอนุญาตให้ทำการพึ่งพาอาศัยกรรมการร่วมที่ทำหน้าที่บริหารงานเป็นประจำในแต่ละวันเหล่านั้น หรือที่ทำหน้าที่จัดการบริหารในระดับที่สูงกว่าคนอื่นก็ได้ ก็แต่โดยเงื่อนไขว่าตนได้เอาใจใส่อย่างเป็นปกติทั่วไปต่อกิจการทั้งหลายของบริษัทซึ่งตนเป็นกรรมการผู้หนึ่งนั้นแล้ว³² ทั้งนี้แม้ว่ากรรมการทั้งหลายเป็นผู้ไม่มีความสามารถในเรื่องนั้น แต่ตนก็ต้องให้ความสนใจต่อเรื่องราวเหล่านั้นที่เกิดจากการกระทำของกรรมการร่วมที่ถือเป็นเพื่อนร่วมงานของตน อีกทั้งยังควรต้องพิจารณาเลยไปถึงความสามารถที่จะกระทำการคัดค้านเพื่อนร่วมงานทั้งหลายที่ไม่มีความสามารถเหล่านั้นด้วย³³

³²Barry A K Rider, The regulation of the British securities industry, p.117.

³³Vanessa Finch, "Company directors : Who cares about skill and care?", The Modern Law Review 55 (January 1992) : 179-215.

โดยสรุปแล้วสิ่งที่กล่าวมาเกี่ยวกับประเด็นนี้อาจด้วยเหตุผลประการสำคัญคือ เนื่องจากกรรมการทั้งหลายเมื่ออยู่ในฐานะเช่นนั้นจะไม่ต้องการให้ต้องเข้าควบคุมการปฏิบัติการอย่างใดทั้งหลายเป็นการเฉพาะให้สำเร็จลุล่วงไป และเนื่องจากความสำเร็จในการดำเนินธุรกิจนั้นต้องการการกระทำด้วยทักษะ ดังนั้นกรรมการที่ไม่มีความรู้ในบางเรื่องจึงมีความชัดเจนที่จะต้องพึ่งพาอาศัยพนักงานผู้เชี่ยวชาญทั้งหลาย พนักงานที่ไม่ใช่กรรมการทั้งหลายเหล่านี้เป็นตัวแทนและลูกจ้างของบริษัท ดังนั้นกรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบอย่างแทนกันสำหรับการกระทำที่ไม่ถูกต้องของบุคคลเหล่านั้น ถ้ากรรมการจะมีความรับผิดชอบก็สามารถเกิดขึ้นได้เพียงบนพื้นฐานของความประมาทส่วนบุคคลของตน ซึ่งการกระทำก่อนหน้าของพนักงานผู้นั้นต้องไม่ได้มีพื้นฐานของความน่าสงสัยแต่อย่างใด โดยหน้าที่ทั้งหลายจะต้องไม่มอบหมายความไว้วางใจกับพนักงานที่มีความไม่เหมาะสมหรือขาดคุณสมบัติอย่างชัดเจน³⁴

4. การละเลยไม่เข้าประชุมคณะกรรมการ

ในประเด็นนี้สามารถเห็นชัดเจนขึ้นจากคำพิพากษาในคดี Re Forest of Dean Co. (1876) 10 Ch.D.450,452. ซึ่งผู้พิพากษาท่านหนึ่งในคดีคือ Jessel M.R. ได้วางหลักว่า

"แม้ว่ากรรมการตามปกติธรรมดาเป็นผู้เพียงทำหน้าที่เอาใจใส่เข้าร่วมประชุมคณะกรรมการเป็นครั้งคราวนั้น แต่กรรมการเหล่านั้นก็ต้องให้ความเอาใจใส่อย่างยุติธรรมตามสมควรและมีเหตุผลเพียงพอในการจัดการบริหารกิจการทั้งหลายของบริษัท"

และในคำพิพากษาคดี Perry's Case (1876) 34 L.T. 716. นั้นผู้พิพากษาท่านหนึ่งคือ Bacon V.-C. ได้เคยให้ข้อสังเกตไว้ว่า "การเข้ามีส่วนในทุกการเจรจาติดต่อธุรกิจการค้าซึ่งพิจารณาในที่ประชุมคณะกรรมการไม่ใช่ส่วนหนึ่งในหน้าที่ของกรรมการ"

³⁴L.C.B. Gower et al., Principles of Modern Company Law, p.606.

หากพิจารณาไปแล้วการละเว้นไม่เข้าร่วมในการประชุมคณะกรรมการทั้งหลายนั้น ไม่เหมือนกับการเพิกเฉยละเลยหรือการละเว้นต่อหน้าที่ใดๆซึ่งควรที่จะต้องกระทำในการประชุม นั้นๆแต่ประการใด³⁵

มีข้อสังเกตว่าขณะที่ในสภาพปัจจุบันของการพัฒนากฎหมายนั้น หลักเกณฑ์ที่กล่าวมา ตามข้อ 1. และข้อ 2. นั้น ก็อาจจะเป็นไปได้ที่จะปรับใช้ได้อย่างยุติธรรมกับกรรมการผู้จัดการ ทั้งหลาย แต่หลักเกณฑ์ตามที่กล่าวในข้อที่ 4. นี้ยังไม่เป็นเช่นนั้นอย่างชัดเจนนัก กล่าวคือ หลักเกณฑ์ในข้อนี้มุ่งหมายแต่เพียงกับบุคคลที่เข้าดำรงตำแหน่งกรรมการที่ไม่ใช่กรรมการบริหาร ซึ่งมาจากผู้ที่ไม่อาจคาดหมายมากไปกว่าการเข้าร่วมประชุม และแม้อาจกล่าวได้ว่าบุคคลเหล่านี้ ควรต้องเข้าร่วมการประชุมเมื่อใดก็ตามที่สามารถทำได้ แต่สิ่งนี้ก็เพียงความหวังเพราะถ้า บางสิ่งบางอย่างงานที่ประชุมกำลังจะ เป็นการกระทำความผิดก็คงจะเป็นข้อดีอย่างมากในการไม่อยู่ งานที่นั้น แต่กรรมการผู้ที่หลบไปเสีย เช่นนั้นก็มีความเสี่ยงต่อการไม่ได้รับการแต่งตั้งกลับมา เมื่อ การเลือกตั้งครั้งต่อไปมาถึง นอกจากนั้นปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลกลายเป็น สิ่งที่มีความสำคัญอย่างมาก กล่าวคือ เกือบเป็นไปไม่ได้ที่จะแสดงให้เห็นว่าความเกียจคร้าน เจือยชาของกรรมการผู้หนึ่งเป็นสาเหตุของความเสียหาย หรือแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นจะเกิด ความแตกต่างไปหากกรรมการผู้หนึ่งเข้าร่วมการประชุม³⁶

³⁵John H Farrar et al., Farrar's Company law, P. 399.

³⁶L.C.B. Gower et al., Principles of modern Company law, p.605.

ส่วนที่ 2: กฎหมายของประเทศในระบอบกฎหมายซีวิลลอว์

ก. ประเทศเยอรมัน

ประเทศนี้จะมืองค์กรธุรกิจประเภทบริษัทอยู่ 2 รูปแบบคือ บริษัทมหาชน (Aktiengesellschaft)(AG) และบริษัทเอกชน (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)(GmbH)³⁷ สำหรับหน้าที่ของกรรมการบริษัทตามหลักความระมัดระวังในบริษัททั้งสองประเภทมีข้อพิจารณาที่แตกต่างกัน ซึ่งผู้วิจัยขอแยกพิจารณาตามประเภทของบริษัทดังนี้

(1) บริษัทมหาชน (AG)

บริษัทมหาชน (AG) ของประเทศนี้จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติบริษัท (COMPANIES ACT หรือ ภาษาเยอรมันเรียกว่า Aktiengesetz of 6 September 1965) (AktG) มืองค์กรหลักที่เกี่ยวข้องคือ คณะกรรมการจัดการบริหาร (Management Board หรือ ภาษาเยอรมันเรียกว่า Vorstand) คณะกรรมการควบคุมดูแล (Supervisory Board หรือ ภาษาเยอรมันเรียกว่า Aufsichtsrat) และที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น (Shareholder's Meeting หรือภาษาเยอรมันเรียกว่า Hauptversammlung) ซึ่งมีข้อพิจารณาดังนี้

³⁷S.N. Frommel and J.H. Thompson, Company Law in Europe (Deventer, The Netherlands : Kluwer, 1975), p. 238.

มาตรฐานการพิจารณาเกี่ยวกับระดับความระมัดระวัง

ในเรื่องมาตรฐานการพิจารณาเกี่ยวกับระดับความระมัดระวังนั้น จะปรากฏให้เห็นทฤษฎีที่คล้ายกันระหว่างคณะกรรมการจัดการบริหารกับคณะกรรมการควบคุมดูแล แต่เนื่องจากการปรับใช้อาจมีข้อพิจารณาที่แตกต่างกันดังนี้

ก. คณะกรรมการจัดการบริหาร

ตาม AktG มาตรา 93 นั้นเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ในการให้ความระมัดระวังเอาใจใส่ของกรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหาร ซึ่งบัญญัติไว้ด้วยความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"(1) ในการจัดการบริหารของกรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหารนั้นต้องให้ความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างผู้จัดการที่มีระเบียบแบบแผนและชื่อตรงตามสมควรผู้หนึ่ง

(2) กรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหารผู้ฝ่าฝืนหน้าที่ของตนต้องรับผิดชอบอย่างร่วมกันและแทนกันต่อบริษัท สำหรับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการฝ่าฝืนนั้น

(3) หากกล่าวโดยเฉพาะแล้ว กรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหารต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในกรณีดังต่อไปนี้ หากเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนี้

1. กรณีที่มีการจ่ายคืนทุนแก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลาย
2. กรณีที่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายได้รับดอกเบี้ยหรือเงินปันผล

....."38

³⁸Rudolf Mueller and Evan G. Galbraith, The German Stock Corporation Law, 2nd ed. (Frankfurt : Fritz Knapp Verlag, 1976), p. 115-117. (เอกสารนี้ได้ถอดความกฎหมายจากภาษาเยอรมันเป็นภาษาอังกฤษ)

โดยปกติกรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหารต้องปฏิบัติหน้าที่แก่บริษัทด้วยมาตรฐานหรือระดับความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างผู้จัดการผู้มีระเบียบแบบแผนและมีความซื่อตรงตามควร และอาจต้องรับผิดชอบบริษัทสำหรับความเสียหายใดๆที่เกิดจากการก่อความเสียหายโดยจงใจ หรือโดยความประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่³⁹ แต่ความบกพร่องต่อหน้าที่บางประการที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 93(3) นั้นก็อาจมีผลให้กรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหารต้องรับผิดชอบได้ด้วย นอกจากนั้นกรรมการจะต้องรับผิดชอบไม่เพียงเพราะการกระทำทั้งหลายของตนเองเท่านั้น แต่ยังต้องรับผิดชอบสำหรับความบกพร่องต่อหน้าที่จะควบคุมกิจกรรมทั้งหลายของเพื่อนร่วมคณะของตน⁴⁰ อย่างไรก็ตามเคยมีนักกฎหมายท่านหนึ่งให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า หากเทียบกับบทบัญญัติตามมาตรา 8.30 ของ Model Business Corporation Act ในประเทศสหรัฐอเมริกาแม้จะระบุถึงความระมัดระวังของกรรมการด้วยลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจงในรายละเอียดมากกว่า แต่ก็ไม่ได้แตกต่างกันในสาระสำคัญกับระดับของประเทศนี้แต่อย่างใด⁴¹

ข. คณะกรรมการควบคุมดูแล

เนื่องจากบริษัทมหาชน (AG) นั้นต้องจัดให้มีคณะกรรมการควบคุมดูแลขึ้นคณะหนึ่ง เพื่อเป็นผู้คอยควบคุมคณะกรรมการจัดการบริหาร แต่ไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจกระทำการใดๆในนาม

³⁹Enno W. Ercklentz, Modern German Corporation Law (New York : Oceana Publications, 1979), 1 : 161.

⁴⁰Bernhar Grossfeld, "Management and Control of Marketable Share Companies," International Encyclopedia of Comparative Law 12 (1972) : 50.

⁴¹Ewan Mckendrick, Comercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations (Oxford: Clarendon Press, 1992), p.123.

ของบริษัท⁴² โดยคณะกรรมการควบคุมดูแลจะต้องเฝ้าดูการดำเนินงานธุรกิจและจะต้องเรียกประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัท แต่ไม่สามารถเข้าจัดการในการจัดการบริหารที่แท้จริงของบริษัท หน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมดูแลจึงมีลักษณะที่คล้ายกับกรรมการที่เป็นบุคคลภายนอกหรือที่ไม่ใช่ผู้จัดการบริหารของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีส่วนที่อาจต่างกันคือ คณะกรรมการควบคุมดูแลจะมีข้อได้เปรียบกว่าอย่างน้อยที่สุดคือ สิทธิในการแสดงความคิดเห็นในการจัดการได้อย่างชัดเจนตามความจำเป็นในการควบคุม และคณะกรรมการควบคุมดูแลยังมีอำนาจแต่งตั้งกรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหาร⁴³ ทั้งนี้หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลตามหลักความระมัดระวังนั้นได้กำหนดไว้ใน AktG มาตรา 116 ซึ่งบัญญัติไว้ถอดความเป็นภาษาไทยได้ ดังนี้

"บทบัญญัติตามมาตรา 93 ในเรื่องหน้าที่ให้ความระมัดระวังเอาใจใส่และความรับผิดชอบของกรรมการของคณะกรรมการจัดการบริหารนั้น ให้นำมาปรับใช้กับหน้าที่ในการทำให้ความระมัดระวังเอาใจใส่และความรับผิดชอบของกรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแล"⁴⁴

ดังนั้นกรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลต้องพิจารณาพิจารณาการปฏิบัติงานทั้งหมดหลายของบริษัทด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างใกล้ชิดและยังต้องกระทำการอันเป็นการยืนยันถึงการปฏิบัติหน้าที่ของตนในการที่จะป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อบริษัทจากการ

⁴²Ernest I. Schuster, The Principles of German Civil Law (Oxford : The Clarendon Press, 1907), p. 44.

⁴³Norbert Horn, Hein Kotj and Hans G. Laser, German Private and Commercial Law : An Introduction, trans. Tony Weir (Oxford : Clarendon Press, 1982), p. 259-260.

⁴⁴Rudolf Mueller and Evan G. Galbraith, The German Stock Corporation Law, p. 145.

กระทำที่กฎหมายกำหนดเป็นการเฉพาะตามมาตรา 93(3) ด้วย ความรับผิดชอบทางกฎหมายของคณะกรรมการควบคุมดูแลจึงมีรูปแบบที่คล้ายกับกรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหาร⁴⁵ เว้นแต่หน้าที่ของแต่ละองค์ที่ต้องเข้ารับผิดชอบที่ทำให้มีความแตกต่างกันในการปรับใช้มาตรฐานนี้ โดยกรรมการของคณะกรรมการควบคุมดูแลต้องปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างผู้ดูแลที่มีความซื่อสัตย์ตามปกติ⁴⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจมีการปรับใช้กฎเกณฑ์ทั้งหลายนี้อย่างเคร่งครัดในกรณีบริษัทตกอยู่ในสภาพที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว⁴⁷

การประชุมคณะกรรมการ

ในเรื่องนี้จะปรากฏให้เห็นบทบาทผู้ดูแลที่มีความสำคัญกับการประชุมคณะกรรมการอย่างชัดเจนเฉพาะกรณีของคณะกรรมการควบคุมดูแล ดังที่ได้ถอดความเป็นภาษาไทยต่อไปนี้

มาตรา 108(1) บัญญัติว่า

"(1) คณะกรรมการควบคุมดูแลต้องทำการตัดสินใจเรื่องใดๆโดยอาศัยมติ"

และมาตรา 110(3) ก็ได้บัญญัติว่า

"คณะกรรมการควบคุมดูแลการประชุมอย่างน้อย 3 เดือนต่อครั้ง แต่ทั้งนี้ต้องประชุมอย่างน้อย 6 เดือนต่อครั้ง"

⁴⁵Julian Maitland-Walker, Guide to European Company Laws

(London : Sweet & Maxwell, 1993), p.165-166.

⁴⁶Enno W. Ercklentz, Modern German Corporation Law, 1 : 161.

⁴⁷Michael H Bocker et al., Germany Practical Commercial Law
(London: Longman Group Uk Ltd.,1992), p.68.

ดังนั้นคณะกรรมการควบคุมดูแลสามารถลงมติยอมรับเรื่องใดๆในบริษัทได้แต่โดยการประชุม โดยทุก 6 เดือนต้องจัดให้มีการประชุม 1 ครั้งเป็นอย่างน้อยที่สุด ส่วนคณะกรรมการจัดการบริหารมีเพียงข้อสังเกตว่า ในกรณีที่มีกรรมการตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปคณะกรรมการจัดการบริหารต้องทำการแสดงตนเป็นผู้แทนของบริษัทร่วมกัน เว้นแต่มีข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (AktG มาตรา 78(2))⁴⁸

การมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหาร

ในเรื่องนี้จะปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนเฉพาะกรณีของคณะกรรมการควบคุมดูแล ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติตามมาตรา 111(5) ที่ได้ถอดความเป็นภาษาไทย ดังนี้

"กรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลไม่สามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นใดทำการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมดูแลได้"

นั่นคือ กรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลไม่สามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นใดที่ไม่ใช่กรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลนี้ทำการปฏิบัติหน้าที่ของตน สำหรับคณะกรรมการจัดการบริหารมีข้อสังเกตเพียงเล็กน้อยว่า โดยปกติจะถือเป็นเรื่องทั่วไปในการที่ต้องแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งขึ้นเป็นประธานกรรมการหรือกรรมการผู้จัดการของคณะกรรมการ⁴⁹

⁴⁸Norbert Horn et al., German private and commercial law, p.259-260.

⁴⁹Michael H Bocker et al., Germany practical commercial law, p.66.

(2) บริษัทเอกชน (GmbH)

บริษัทเอกชนจะอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับบริษัทจำกัดความรับผิด (Law on Limited Liability Companies หรือภาษาเยอรมันเรียกว่า Gesetz uber die Gesellschaft mit beschränkter Haftung of 20 April 1892) (GmbHG) โดยทุกบริษัทต้องมีผู้จัดการ (Geschäftsführer) จำนวนหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น⁵⁰ กล่าวคือ ปกติบริษัทจะจัดแบ่งองค์การภายในเพียง 2 องค์การ ได้แก่ องค์การผู้ถือหุ้นคือ ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น (The Meeting of Member) และองค์การที่ทำหน้าที่บริหารคือ กรรมการผู้จัดการ (Managing Director หรือภาษาเยอรมันเรียกว่า Geschäftsfuehrer)⁵¹ อย่างไรก็ตามบริษัทเอกชนบางบริษัทอาจจัดตั้งคณะกรรมการควบคุมดูแลขึ้นโดยความสมัครใจด้วยการอาศัยอำนาจตามข้อบังคับของบริษัทก็ได้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ควบคุมบริษัทเอกชน (GmbHG) นั้นมีข้อสังเกตว่า นอกจากบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานการพิจารณาระดับความระมัดระวังแล้ว ไม่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการประชุมคณะกรรมการหรือการมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหารของกรรมการผู้จัดการเหมือนกรณีบริษัทมหาชน (AG) แต่อย่างใด ดังนั้นผู้วิจัยจึงขอนำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการพิจารณาระดับความระมัดระวังทั้งของกรรมการผู้จัดการ และของคณะกรรมการควบคุมดูแล มาพิจารณาตามลำดับดังรายละเอียดต่อไปนี้

⁵⁰Norbert Horn et al., German private and commercial law, p.253.

⁵¹Enno W. Ercklentz, Modern German corporation law, 1: 121.

ก. กรรมการผู้จัดการ

ตาม GmbHG มาตรา 43 บัญญัติไว้ถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"(1) กรรมการผู้จัดการต้องใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่ของนักธุรกิจผู้มีระเบียบแบบแผนผู้หนึ่งต่อเรื่องราวทั้งหลายของบริษัท

(2) กรรมการผู้จัดการผู้ฝ่าฝืนหน้าที่ของตนจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันต่อบริษัทสำหรับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว

(3) หากกล่าวเป็นการเฉพาะ กรรมการผู้จัดการต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายหากมีการจำหน่ายสินทรัพย์ของบริษัทซึ่งกันไว้เป็นทุนสำรอง โดยการกระทำนั้นได้กระทำไปขัดต่อบทบัญญัติตามมาตรา 30 หรือหากได้มีการยึดหุ้นของบริษัทมาโดยขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 33

....."52

เนื่องจากพื้นฐานความรับผิดชอบซึ่งใช้บังคับต่อกรรมการผู้จัดการของบริษัทเอกชน (GmbHG) นั้นคล้ายกับพื้นฐานความรับผิดชอบของกรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหารของบริษัทมหาชน (AG)⁵³ ดังนั้น GmbHG มาตรา 43 จึงกำหนดให้กรรมการผู้จัดการต้องทำการจัดการบริหารกิจการของบริษัทเอกชนด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างบุคคลผู้เป็นนักธุรกิจตามปกติธรรมดาสามัญคนหนึ่ง และจะต้องมีความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัทอันเป็นผลจากความบกพร่องในการปฏิบัติตามมาตรฐานนี้ มีข้อสังเกตว่าการจำหน่ายสินทรัพย์ของบริษัทซึ่งกันไว้เป็นทุนสำรองตามมาตรา 43(3) นั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะสินทรัพย์ที่เป็นเงินสดซึ่งอาจจ่าย

⁵²Rudolf Mueller, G M B H German law concerning the companies with limited liability, 3rd ed. (Frankfurt: Fritz Knapp Verlag, 1977), p. 53-55. (เอกสารนี้ได้ถอดความกฎหมายจากภาษาเยอรมันเป็นภาษาอังกฤษ)

⁵³Enno W.Ercklentz, Modern German corporation law, 1 : 222.

ในรูปของเงินปันผลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นผู้ใดผู้หนึ่งได้รับผลประโยชน์ใดๆ โดยการกระทำเช่นนั้นได้ทำให้สินทรัพย์สุทธิของบริษัทต้องลดลงต่ำกว่ามูลค่าที่ได้แสดงไว้⁵⁴

ข. คณะกรรมการควบคุมดูแล

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้บริษัทเอกชน (GmbH) ต้องมีคณะกรรมการควบคุมดูแลก็ให้นับบทบัญญัติของกฎหมายบริษัทมหาชน (AktG) มาปรับใช้ แต่หากมีการตั้งคณะกรรมการควบคุมดูแลขึ้นเองโดยความสมัครใจตามที่ข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้ ก็ให้นับบทบัญญัติของกฎหมายบริษัทมหาชนมาปรับใช้ เพียงเท่าที่ข้อบังคับบริษัทไม่ได้ระบุไว้ (GmbHG มาตรา 52) ทั้งนี้คงจะต้องมีการแบ่งแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างหน้าที่ของกรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลกับหน้าที่ของกรรมการผู้จัดการ ขณะที่กรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลต้องทำการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างผู้ควบคุมดูแลที่ซื่อสัตย์โดยปกตินั้น กรรมการผู้นั้นจะไม่ต้องปฏิบัติตนด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่ที่ต้องการอย่างกรรมการผู้จัดการ เพราะว่าหน้าที่ทั้งหลายของกรรมการผู้จัดการกับผู้ควบคุมดูแลอยู่ในสภาพที่แตกต่างกัน⁵⁵

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁴Storbl, Killius and Vorbrugg, Business law guide to Germany, 2nd ed. (n.p. : CCH Editions Limited, 1988), p. 93.

⁵⁵Enno W. Ercklentz, Modern German corporation law, 1 : 172.

ข. ประเทศฝรั่งเศส

รูปแบบขององค์กรธุรกิจในประเทศฝรั่งเศสที่จะมีลักษณะคล้ายคลึงกับบริษัทใน
ประเทศอังกฤษหรือประเทศสหรัฐอเมริกา มีชื่อเรียกที่แตกต่างกันดังนี้

(1) บริษัทมหาชน (societe anonyme หรือ SA)

(2) บริษัทเอกชน (societe a responsabilite limitee หรือ SARL)

โดยทั้ง 2 รูปแบบมีกฎหมายหลักที่บังคับใช้คือ Law No.66-537 of 24th July 1966, on
Commercial Companies, as amended) และ Decree No.67-236 of 23 rd March
1967 มีข้อสังเกตว่าในบางบริษัทมหาชน (SA) อาจประกอบไปด้วย 2 องค์กรคือ

(1) คณะกรรมการจัดการบริหาร (board of directors หรือภาษา
ฝรั่งเศสเรียกว่า directoire) เป็นผู้รับผิดชอบสำหรับการจัดการบริหารวันต่อวันของบริษัท

(2) คณะกรรมการควบคุมดูแล (supervisory board) ทำหน้าที่แต่งตั้ง
กรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหารและควบคุมดูแลเป็นการภายในกับการจัดการบริหาร⁵⁶
สำหรับประเทศนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบแห่งของกรรมการบริษัทอันเกี่ยวข้องกับหน้าที่
ตามหลักความระมัดระวังของกรรมการไว้ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

มาตรฐานการพิจารณาเกี่ยวกับระดับความระมัดระวัง

ตาม Law no. 66-537 of 24th July 1966 มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ที่น่าสนใจ ซึ่ง
ถอดความเป็นภาษาไทยโดยแยกพิจารณาตามประเภทของบริษัทได้ดังนี้

⁵⁶Julian Maitland-Walker, Guide to European company laws,

ก. บริษัทเอกชน (SARL)

มาตรา 52 วรรคแรก บัญญัติว่า

"ผู้จัดการต้องรับผิดชอบอย่างเป็นการเฉพาะบุคคลหรืออย่างร่วมกันในกรณีที่น่าจะเป็นเช่นนั้นต่อบริษัทหรือต่อบุคคลภายนอกฝ่ายที่สามอื่นใดทั้งหลาย ไม่ว่าสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎข้อบังคับที่ปรับใช้กับบริษัทเอกชน หรือสำหรับการฝ่าฝืนข้อบังคับใดๆของบริษัท หรือสำหรับความผิดใดๆที่ได้กระทำขึ้นในการจัดการบริหารของบุคคลเหล่านั้น"

ข. บริษัทมหาชน (SA)

มาตรา 244 บัญญัติว่า

"กรรมการต้องรับผิดชอบอย่างเป็นการเฉพาะบุคคลหรืออย่างร่วมกันตามแต่กรณีที่น่าจะเป็นต่อบริษัทหรือต่อบุคคลภายนอกฝ่ายที่สามอื่นใด สำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติใดๆเกี่ยวกับการจัดการบริหารที่ปรับใช้กับบริษัท และสำหรับการฝ่าฝืนข้อบังคับใดๆของบริษัท ตลอดจนสำหรับความผิดใดๆที่กระทำขึ้นในการจัดการบริหารของบุคคลเหล่านั้น"⁵⁷

และมาตรา 250 บัญญัติว่า

"กรรมการของคณะกรรมการควบคุมดูแลต้องรับผิดชอบเฉพาะสำหรับความผิดส่วนบุคคล ใดๆที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของตน บุคคลนี้ไม่ต้องมีความรับผิดชอบใดๆเพียงด้วยเหตุ

⁵⁷John H. Crabb, French business enterprises : Basic legislative texts (as amended to January 1, 1979) (Colorado : Fred B. Rothman & Co., 1979), p.37, 72-73 . (เอกสารนี้ได้ถอดความกฎหมายจากภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาอังกฤษ)

จากการกระทำใดๆในการจัดการบริหารและผลของการกระทำ ทั้งนี้บุคคลนี้อาจต้องรับผิดชอบทางแพ่ง
 สำหรับความผิดใดๆที่กระทำโดยกรรมการของคณะกรรมการจัดการบริหาร หากไม่ทำการเปิดเผย
 ความผิดเหล่านั้นต่อที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทั้งที่ตนทราบถึงความผิดเหล่านั้น"

นอกจากนี้มาตรา 249 วรรคแรก ได้บัญญัติว่า

"เมื่อใดที่บริษัทใดบริษัทหนึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติใดๆของมาตรา 118 ถึง 150
 กรรมการของคณะกรรมการจัดการบริหารต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบเหมือนกันกับในฐานะกรรมการ
 ที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 242 ถึง 248"⁵⁸

นั่นคือ ในระบบที่มีคณะกรรมการ 2 ชั้นซึ่งมีคณะกรรมการควบคุมดูแลกับคณะกรรมการ
 การจัดการบริหารนั้น ตามมาตรา 249 และ 250 กำหนดให้กรรมการในคณะกรรมการ
 จัดการบริหารต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบเหมือนกับกรรมการทั่วไป ส่วนกรรมการในคณะกรรมการ
 ควบคุมดูแลต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำผิดโดยส่วนตัวในการปฏิบัติหน้าที่ของตน แต่บุคคลเหล่านั้น
 ไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำใดๆที่จำกัดอยู่กับการจัดการบริหารและผลที่ตามมาของสิ่งนั้น
 อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบอาจเกิดจากความผิดที่กระทำขึ้นโดยคณะกรรมการจัดการบริหาร หาก
 กรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลเหล่านั้นไม่ได้รายงานถึงการกระทำนั้นๆต่อที่ประชุมใหญ่
 ผู้ถือหุ้นเมื่อตนทราบถึงการกระทำนั้น⁵⁹

⁵⁸Ibid., P.73.

⁵⁹Bernhar Grossfeld, "Management and Control of Marketable
 Share Companies," : 52.

การประชุมคณะกรรมการ

ในเรื่องนี้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการปรับใช้หลักความระมัดระวังของกรรมการโดยปรากฏเฉพาะกรณีของบริษัทมหาชน (SA) ตาม Decree no. 67-236 of 23 rd March 1967 มาตรา 86 บรรทัดแรกซึ่งบัญญัติโดยถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"รายงานการประชุมให้ระบุชื่อของกรรมการผู้เข้าร่วมอยู่หรือผู้มิเหตุยกเว้นไม่ต้องเข้าร่วมหรือผู้ไม่ได้เข้าร่วมอยู่ด้วย "60

การมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหาร

ในเรื่องนี้มีบทบัญญัติที่อาจเกี่ยวข้องกับการปรับใช้หลักความระมัดระวังของกรรมการโดยปรากฏเฉพาะกรณีของบริษัทมหาชน (SA) ตาม Decree no.67-236 of 23rd March 1967 ซึ่งมาตรา 90 บัญญัติไว้โดยถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"คณะกรรมการอาจจะมอบให้กรรมการของคณะคนใดคนหนึ่งหรือมากกว่านั้น หรือบุคคลภายนอกอื่นใดซึ่งจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือไม่ก็ได้ เพื่อมีอำนาจพิเศษใดๆตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงประการใดประการหนึ่งหรือมากกว่านั้นก็ได้

คณะกรรมการอาจจะตั้งคณะกรรมการตามเรื่องราวใดที่จะทำการศึกษา ซึ่งคณะกรรมการหรือประธานของคณะกรรมการอื่นส่งมาโดยแนะนำให้มีการตรวจสอบในเรื่องเหล่านั้น ทั้งนี้คณะกรรมการจะเป็นผู้กำหนดส่วนประกอบและตำแหน่งหน้าที่ของคณะกรรมการซึ่งจะปฏิบัติภารกิจด้วยความรับผิดชอบของตน"61

⁶⁰John H. Crabb, French business enterprises : Basic legislative texts (as amended to January 1, 1979), p. 38, 141.

⁶¹Ibid., p. 142.

ส่วนกรณีบริษัทมหาชนที่มีคณะกรรมการควบคุมดูแลพิจารณาได้จากมาตรา 99 บัญญัติว่า "หากข้อบังคับของบริษัทไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กรรมการของคณะกรรมการที่จัดการบริหารอาจแบ่งงานในระหว่างบุคคลเหล่านั้นเองได้ตามที่คณะกรรมการควบคุมดูแลให้อำนาจไว้ แต่การแบ่งเช่นนั้นไม่อาจส่งผลให้มีการเพิกถอนฐานะของตนจากคณะกรรมการจัดการบริหารซึ่งอยู่ในฐานะองค์การที่ทำการบัญชีงานของบริษัทได้"⁶²

บริษัทมหาชน (SA) นั้นโดยทั่วไปการจัดการบริหารวันต่อวันของบริษัทจะรับผิดชอบโดยประธานกรรมการทั่วไป และได้รับการช่วยเหลือจากกรรมการทั่วไปถ้าจำเป็น ทั้งนี้จะทำการรายงานการจัดการบริหารดังกล่าวต่อคณะกรรมการ ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการจะต้องรับผิดชอบได้กฎหมายแห่งกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมาย และหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท รวมทั้งรับผิดชอบสำหรับการกระทำใดๆที่เป็นปรปักษ์ต่อผลประโยชน์ของบริษัท และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีความประมาทเลินเล่อในการทำกิจการของบริษัท กรณีการใช้จ่ายเงินของบริษัทไปในทางที่ผิด และกรณีการขาดความระมัดระวังที่ถูกต้องสมควรของลูกค้าและของประธานกรรมการทั่วไป⁶³

แนวทางของศาลในการตีความหลักความระมัดระวัง

นอกจากสิ่งที่กล่าวมาแล้วนั้นประเทศนี้ยังได้นำเรื่องหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาปรับใช้เพิ่มเติมกับตำแหน่งหน้าที่ของกรรมการที่จัดการบริหารบริษัทอย่างในฐานะ "บิดาที่ดี" (good family father หรือที่ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า bon pere de famille) โดยก่อนที่จะมี the Law of July 24, 1966 มาบังคับใช้นั้น ศาลก็ได้พิจารณาหลักนี้จากประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code) มาตรา 1850

⁶²Ibid., p. 43, 143.

⁶³Julian Maitland-Walker, Guide to European company laws, p.145.

ดังนั้นความประมาทเลินเล่อหรือการจัดการบริหารไปในทางที่ผิดอย่างใดๆ แม้แต่เพียงเล็กน้อย ก็อาจจะทำให้กรรมการต้องรับผิดชอบบริษัท โดยความรับผิดชอบนี้ จะมีความเข้มงวดมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับว่า กรรมการนั้นได้รับสิ่งตอบแทนหรือไม่⁶⁴

นั่นคือ บุคคลนั้นต้องให้ความระมัดระวังเอาใจใส่เพียงอย่างบุคคลที่เป็นบิดาที่ดีเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องเอาใจใส่ใช้ความระมัดระวังอย่างบิดาที่ดีเลิศ คือไม่ต้องเกินไปกว่าธรรมดา โดยจะเรียกว่าปฏิบัติไม่ถูกต้องก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นระมัดระวังเอาใจใสน้อยกว่าบิดาที่ดีเท่ากัน คือกระทำความผิดอย่างเบา (culpa levis) การที่ไม่เอาใจใสนำใช้ความระมัดระวังอย่างบิดาที่ดีเลิศ คือ กระทำความผิดชนิดเบามาก (culpa levisima) ซึ่งไม่อาจถือว่าปฏิบัติไม่ถูกต้อง⁶⁵ ทั้งนี้ แนวทางคำพิพากษาของศาลในประเทศนี้ได้เคยวางหลักในเรื่องที่กรรมการต้องมีความรับผิดชอบอันเกิดจากการจัดการบริหารบริษัทไปในทางที่ผิดไว้ พอสรุปได้ดังนี้⁶⁶

- (1) ความประมาทเลินเล่อและการขาดความสุจริตมุ่งการณ์ไกล ได้แก่
 - การซื้อสิ่งหาวิเศษที่ติดภาระการงานองในราคาที่ไม่เหมาะสม
 - การให้ความไว้วางใจต่อบุคคลที่ทราบทั่วกันว่าเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว
 - การฝากเงินของบริษัทไว้กับธนาคารซึ่งกำลังจะเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว
 - ความบกพร่องไม่ถอนเงินจากธนาคารที่กรรมการทราบว่ามีฐานะไม่ดี
 - การลงทุนซื้อขายหลักทรัพย์ที่เสี่ยงโชคโดยไม่เข้าวัตถุประสงค์ของบริษัท

⁶⁴Edgar M. Church, Business associations under French law (London: Sweet and Maxwell Limited, 1960), p. 386.

⁶⁵จีต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 34.

⁶⁶EDGAR M. CHURCH, Business associations under French law, p. 387.

(2) การละเลยเพิกเฉยหรือการไร้ความสามารถในการจัดการบริหารและตรวจตราดูแลคณะกรรมการ ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท ตัวอย่างเช่น

- ความสูญหายของเอกสารสำคัญ
- ความล่าช้าในการเรียกชำระเงินค่าหุ้น
- ความบกพร่องไม่ต่อสัญญาประกันอัคคีภัย
- การให้ความไว้วางใจพนักงานเก็บเงินอย่างไม่ไตร่ตรองและไม่เคยทำการ

ตรวจสอบบัญชีของบุคคลเหล่านั้น เว้นแต่เป็นการให้ความไว้วางใจมากเกินไปเพียงเล็กน้อยและไม่ได้มีพฤติการณ์เพียงพอที่จะทำให้เกิดความน่าสงสัยถึงความน่าไว้วางใจขึ้นได้

นอกจากนั้นอำนาจของกรรมการจะจำกัดโดยแนวความคิดตาม "หลักการใช้สิทธิตามกฎหมายไปในทางที่ไม่ถูกต้อง" (Abuse of Legal Right หรือที่ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า "abus de droit") ภายใต้งบเกณฑ์นี้กรรมการต้องใช้อำนาจของบริษัทเพื่อสิ่งที่ดีตามธรรมดาทั่วไปของบริษัท ผลประโยชน์ส่วนบุคคลต้องเป็นรองกับผลประโยชน์ของบริษัท⁶⁷ คำตัดสินของศาลในคดี *Fruehauf v. Massardy* (1968) D.S. Jur.147, (1965) J.C.P. II 14, 274 bis (Cour d'appel, Paris) เป็นตัวอย่างหนึ่ง que เห็นถึงการใช้นี้ แนวความคิดตามหลักข้างต้น เพื่อที่จะทำลายการตัดสินใจของบริษัทที่สร้างขึ้นโดยเสียงข้างมาก ด้วยการอาศัยกระบวนการพิจารณาของบริษัทตามปกติธรรมดา หากการกระทำการตัดสินใจของฝ่ายข้างมากนั้น เป็นปรักหักกับผลประโยชน์ของบริษัท⁶⁸

⁶⁷Bernhar Grossfeld, "Management and control of marketable share companies," : 52.

⁶⁸William Laurence Craig, "Application of the trading with the enemy act to foreign corporations owned by Americans : Reflections on *Fruehauf v. Massardy*," in *Harward Law Review* 83(January 1970):579-601.

ค. ประเทศญี่ปุ่น

ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Code) ของประเทศญี่ปุ่นในส่วนที่ว่าด้วยกฎหมายบริษัทได้ใช้บังคับกับบริษัทที่ไม่จำกัดความรับผิด (Joint Stock Company หรือภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า kabushiki-gaisha) และกฎหมายอีกฉบับใช้บังคับกับบริษัทจำกัดความรับผิด (Limited Liability Company หรือภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า yugen-gaisha) คือกฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดความรับผิด (Law on limited liability companies No.74, 1938) ทั้งนี้ในบางบทบัญญัติของประมวลกฎหมายพาณิชย์ก็ได้ถูกปรับใช้กับบริษัทจำกัดความรับผิดด้วย⁶⁹ ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกรรมการและความสัมพันธ์ของกรรมการต่อบริษัทก็นำมาปรับใช้⁷⁰ โดยที่หน้าที่ของกรรมการในการจัดการบริหารต่างมีพื้นฐานอยู่บนกฎหมาย 2 ฉบับ ได้แก่

(1) ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา 254 วรรคสามซึ่งบัญญัติว่า

"ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับกรรมการให้บังคับตามบทบัญญัติทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องอำนาจที่ได้รับมอบหมายให้ปกครอง"⁷¹ และ

(2) ประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code) เล่มที่ 3 ว่าด้วยเรื่องหนี้ ในบทที่ 2 ลักษณะสัญญา หมวด 10 เกี่ยวกับเรื่องอำนาจที่ได้รับมอบหมายให้ปกครอง

⁶⁹Hiroshi Oda, Japanese law (London: Butterworths, 1992), p.263.

⁷⁰Michio Matsueda and kazuo Ihara, "Company law in general," in Doing business in Japan, ed. kitagawa (New York: Matthew Bender, 1991), 4: VII 1-92.

⁷¹The Ministry of Justice and the Codes Translation Committee, The Commercial Code of Japan, 6th ed. (Tokyo: Eibun-Horei-Sha, Inc., 1967), 2:II (JA 62).

ซึ่งไม่น่าแปลกนักที่กล่าวว่า ความสัมพันธ์ตามอำนาจที่ได้รับมอบหมายให้ปกครองที่
เกิดขึ้นระหว่างกรรมการกับบริษัทในประเทศญี่ปุ่นนั้น มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ที่คล้ายคลึงกันอย่าง
มากกับความสัมพันธ์ตามที่ได้รับมอบหมายให้วางใจระหว่างกรรมการกับบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา
หรือประเทศอังกฤษโดยต่างก็ถือเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญา⁷²

มาตรฐานการพิจารณาเกี่ยวกับระดับความระมัดระวัง

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา 254 วรรคสาม กำหนดให้บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมา
ปรับใช้ด้วยซึ่งมีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง ตั้งแต่มาตรา 643-656 โดยมาตราหนึ่งที่สำคัญ
ที่สุดและเกี่ยวข้องกับหลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท นั่นคือ มาตรา 644 ซึ่งบัญญัติว่า

"การรับมอบหมายให้มอบอำนาจให้ปกครองมีผลให้ต้องจัดการบริหารกิจการทั้งหลายที่ตน
ได้รับความไว้วางใจนั้นด้วยความระมัดระวังอย่างผู้จัดการที่ดีผู้หนึ่ง โดยต้องกระทำให้มีความ
สอดคล้องกันกับวิถีทางของอำนาจที่ได้รับให้ปกครอง"⁷³

นั่นคือ ผู้รับมอบอำนาจให้ปกครองต้องจัดการกับธุรกิจอย่างถูกต้องเหมาะสมตามเจตนาและ
วัตถุประสงค์แท้จริงของการมอบอำนาจให้ปกครองด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างผู้จัดการที่ดี

⁷²Robert W. Dziubia, "Enforcing corporate responsibility :
Japanese corporate directors' liability to third parties for failure
to supervise," Law in Japan an Annual 18 (1985) : 55-75.

⁷³The Ministry of Justice and the Codes Translation Committee,
The Civil Code of Japan(Tokyo:Eibun-Horei-Sha,Inc.,1966),1: FA(107).

ผู้หนึ่ง ซึ่งก็คือความระมัดระวังเอาใจใส่ที่อย่างบุคคลตามปกติธรรมดา⁷⁴ โดยต้องพิจารณาตรวจสอบธุรกิจและสภาพทรัพย์สินของบริษัท อีกทั้งอำนาจการดูแลผู้จัดการและลูกจ้างในระดับรองลงไป รวมทั้งเสริมสร้างผลประโยชน์ของบริษัทและป้องกันความสูญเสียทั้งหลายอีกด้วย⁷⁵ ซึ่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา 260 วรรคแรก ได้บัญญัติว่า

"คณะกรรมการจะต้องเป็นผู้ทำการตัดสินใจในการบริหารกิจการของบริษัท และจะต้องอำนาจการดูแลกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการทั้งหลาย"

มีข้อสังเกตตามบทบัญญัตินี้ว่า น่าจะสามารถถือเป็นเรื่องของความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารบริษัทตามหลักความระมัดระวังของกรรมการได้ประการหนึ่ง เนื่องจากกำหนดหน้าที่ให้กรรมการต้องอำนาจการดูแลกรรมการคนอื่น ๆ ในคณะกรรมการให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้อง

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา 254-2 ได้บัญญัติว่า

"กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎข้อบังคับที่ออกด้วยอำนาจกฎหมาย และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนเจตนาที่ได้รับการเห็นชอบโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยกระทำในนามของบริษัทหรือแทนบริษัท"

ทั้งนี้บทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นชัดเจนถึงหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปีค.ศ. 1950 ซึ่งก่อนหน้านั้นนักกฎหมายแปลความบทบัญญัติเดิมเป็น

⁷⁴J.E.de Becker, Annotated civil code of Japan, 1st ed.

(London : Butterworth & Co., 1909), 2 : 223.

⁷⁵The Codes Translation Committee, The League of Nations

Association of Japan, The Commercial Code of Japan (Tokyo: The Japan Times Printing Office, 1931), p.276-277.

เพียงหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังและเอาใจใส่ของผู้จัดการที่ดีผู้หนึ่ง เนื่องจากปรับใช้บทบัญญัติ
ทั่วไปในเรื่องความสัมพันธ์ตามที่ได้รับควมไว้วางใจ⁷⁶

การประชุมคณะกรรมการ

ด้วยเหตุที่กรรมการทั้งหลายเป็นองค์กรหนึ่งของบริษัทในการแสดงตนเป็นผู้แทนบริษัท
และในการดำเนินกิจการของบริษัท โดยกรรมการต้องมีอย่างน้อยที่สุดจำนวน 3 คน (ประมวล
กฎหมายพาณิชย์ มาตรา 255) แสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับกรรมการนั้นควบคุม
ด้วยบทบัญญัติทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการได้รับอำนาจให้ปกครอง⁷⁷ แม้ทางปฏิบัติคณะกรรมการ
อาจไม่ใช่ผู้ปฏิบัติการของบริษัทในแต่ละวัน แต่เป็นการกระทำให้ขึ้นโดยฝ่ายจัดการในบริษัทซึ่งชักนำ
มาโดยกรรมการผู้จัดการก็ตาม การตัดสินใจบางเรื่องก็ต้องได้ทำขึ้นโดยคณะกรรมการและ
ไม่สามารถมอบหมายหรือแบ่งสรรวไปให้แก่ฝ่ายจัดการได้ ซึ่งได้แก่

- (1) การจัดการและการรับโอนทรัพย์สินที่มีความสำคัญ
- (2) การก่อหนี้สินอย่างจำนวนมาก
- (3) การว่าจ้างหรือการปล่อยต่อพนักงานสำคัญอย่างเช่นผู้จัดการ
- (4) การก่อตั้งหรือปิดสาขาของบริษัท (ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา 260)⁷⁸

⁷⁶Arthur Taylor and Von Mehren, Law in Japan: The legal order in a changing society (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964), p. 555.

⁷⁷Joseph Ernest and De becker, Elements of Japanese Law (Washington, D.C. : University Publications of America, 1979), p.299.

⁷⁸Tord Eide, How to establish business in Japan (Deventer, The Netherlands : kluwer Law and Taxation Publishers, 1991), p.58.

สำหรับกรณีของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบมีข้อพิจารณาที่แตกต่างกับกรณีของบริษัทที่ไม่จำกัดความรับผิดชอบอยู่บางประการ คือ กรรมการของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบจำเป็นต้องประชุมพบปะกันทั้งหมด โดยการออกเสียงลงคะแนนของกรรมการอาจทำขึ้นในรูปของความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรหรือหนังสือเวียนแก่กรรมการทั้งหมด เมื่อจำเป็นต้องออกเสียงลงคะแนนในกิจการสำคัญ⁷⁹

การมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหาร

ในเรื่องนี้ประมวลกฎหมายพาณิชย์มีบทบัญญัติที่อาจเกี่ยวข้องกับการปรับใช้หลักความระมัดระวังของกรรมการ คือ มาตรา 261 วรรคแรก บัญญัติไว้ซึ่งถอดความเป็นภาษาไทยได้ดังนี้

"บริษัทต้องแต่งตั้งกรรมการผู้ใดผู้หนึ่งเป็นการเฉพาะโดยอาศัยมติของคณะกรรมการ เพื่อแสดงตนเป็นผู้แทนของบริษัท"⁸⁰

แต่ผลการสำรวจจากคดีความและเอกสารทางวิชาการกฎหมายกลับแสดงให้เห็นว่าโดยทั่วไปมีกรรมการ 4 ประเภท คือ กรรมการที่เป็นผู้แทนบริษัทซึ่งทำงานเต็มเวลา หรือในลักษณะหุ้นเชิด และกรรมการตามปกติที่ทำงานเต็มเวลา หรือในลักษณะหุ้นเชิด⁸¹ โดยมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า กรรมการของบริษัทส่วนใหญ่มาจากการจัดอันดับของลูกจ้างที่ผ่านการจัดการ

⁷⁹Isaac Shaprio, Legal aspects of doing business with Japan

(n.p. : Practising Law Institute, 1985),p. 150.

⁸⁰The Ministry of Justice and the Codes Translation Committee, The Commercial Code of Japan, 2 : II (JA 65).

⁸¹Robert W. Dziubia, "Enforcing corporate responsibility : Japanese corporate directors' liability to third parties for failure to supervise," : 55-75.

บริหารตลอด 20 หรือ 30 ปี โดยบุคคลเหล่านี้จะดำเนินงานในแผนกและส่วนงานของบริษัทอยู่
 ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่ากรรมการมี 3 หรือ 4 ระดับ ระดับที่ต่ำที่สุดคือกรรมการโดยปกติธรรมดา
 ทั่วไปผู้ซึ่งอาจจะเป็นหัวหน้าแผนกหรือผู้ซึ่งมีอำนาจออกคำสั่งระดับรองลงมาในฝ่าย ระดับต่อไปคือ
 ระดับของกรรมการผู้จัดการผู้ซึ่งโดยปกติรับผิดชอบ 2 หรือ 3 แผนกหรือฝ่ายเล็กๆ 1 ฝ่าย ใน
 ระดับเหนือขึ้นไปอีกก็คือ กรรมการผู้จัดการอาวุโสและรองประธานซึ่งรับผิดชอบหน่วยงานที่ใหญ่ขึ้น
 กว่า โดยมีประธานอยู่ที่ระดับสูงสุด⁸²

ความอิสระในการวินิจฉัยทางการค้า

ในประเทศนี้ได้ปรากฏให้เห็นทฤษฎีที่ทำการแนะนำหลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้าที่ได้
 รับการพัฒนาจากประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งยังปรากฏให้เห็นการยอมรับแนวทางการคิดค้นของ
 หลักนี้อีกด้วย ยิ่งกว่านั้นยังมีคำพิพากษาของศาลจำนวนมากที่ปรากฏให้เห็นการใช้หลักนี้เรื่อยมา
 ยกตัวอย่างเช่น คดี Nara Shinrin Kainatsu K.K. v. Matsumoto, Hanrei Taimuzu
 (No.437) 159 (Osaka Dist. Ct., November 18, 1980) เป็นต้น⁸³

แนวทางของศาลในการตีความหลักความระมัดระวัง

ในประเทศนี้เรื่องหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องอำนวยความสะดวกนั้นได้เคยมีคำพิพากษาของ
 ศาลสูงสุดในคดีหนึ่ง คือ คดี Hashimoto v. Kobayashi, 27 Minshu (No.5) 655 (Sup.

⁸²Rodney Clark, The Japanese company (The United States of
 America : Yale University Press, 1979), P.100.

⁸³Mitsuo kondo, "The management liability of directors,"
 trans. Donald C. Clarke, Law in Japan an Annual 20 (1987):150-172.

Ct., May 22, 1973) ได้ตัดสินแปลความเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องอำนวยความสะดวก
 อย่างไม่จำกัดเฉพาะเรื่องที่เสนอต่อคณะกรรมการ แต่ยังขยายไปถึงการอำนวยความสะดวกการปฏิบัติ
 หน้าที่ของกรรมการที่อยู่ในฐานะเป็นผู้แทนของบริษัทและกรรมการผู้อื่นทั้งหลายอีกด้วย

อย่างไรก็ตามยังปรากฏคำพิพากษาในอีกหลายคดีที่กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบตามข้อกล่าว
 อ้างของโจทก์ว่า กรรมการได้บกพร่องต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องอำนวยความสะดวก ตัวอย่างเช่น
 ในคดี Yamashita v. Segawa, Hanrei jiho (No.963) 96 (Osaka Dist. Ct.,
 March 28, 1980) ที่ตัดสินให้กรรมการแต่เพียงในนาม ไม่ต้องรับผิดชอบด้วยเหตุที่ตนไม่ได้รับค่า
 ตอบแทนจากบริษัทและไม่ได้มีส่วนร่วมในการวางแผน อีกทั้งไม่ได้ร่วมลงทุนในบริษัท⁸⁴

ศูนย์วิทยทรัพยากร
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸⁴Robert W. Dziubia, "Enforcing corporate responsibility :
 Japanese corporate directors' liability to third parties for failure
 to supervise," : 55-75.