

ภาวะการพิสูจน์ในหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

นายทศที่ปต์ อภิญาสกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2554

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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 Graduate School.

BURDEN OF PROOF ON THE BUSINESS JUDGMENT RULE

Mr. Thosatheap Apinyasakul

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 2011

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ภาวะการพิสูจน์ในหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

โดย

นายทศที่ปต์ อภิญาสกุล

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์สำเรียง เมฆเกรียงไกร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วน
หนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ฐนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ พิเศษ เสตเสถียร)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์วสันต์ เทียนหอม)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์สุทธิชัย จิตรวาณิช)

ทศที่ปต์ อภิญาสาฤล : ภาะการพืสุจันในหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ. (BURDEN OF PROOF ON THE BUSINESS JUDGMENT RULE) อ. ที่ปริกาษาวิทยาณิพนธ์หลัก: รศ. สำเรียง เมฆเกรียงไกร, 204 หน้า.

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้นำเอาหลักกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการมาบัญญัติไว้เพิ่มเติมเพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น เช่น “Fiduciary Duty” หรือ “หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ” ซึ่งประกอบไปด้วย 2 หน้าที่หลัก คือ “หน้าที่แห่งความระมัดระวัง” และ “หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต” นอกจากนี้ ยังได้สร้างกรอบในการพิจารณา การใช้ดุลพินิจหรือการตัดสินใจ ในการดำเนินการทางธุรกิจของกรรมการตาม “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” หรือ “Business Judgment Rule” เพื่อเป็นเกราะคุ้มครองความรับผิดชอบของกรรมการจากผลร้ายของการตัดสินใจนั้น

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมุ่งที่จะศึกษาเกี่ยวกับกรอบในการพิจารณา การใช้ดุลพินิจหรือการตัดสินใจ ในการดำเนินการทางธุรกิจของกรรมการตาม “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” หรือ “Business Judgment Rule” ซึ่งได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 โดยมุ่งศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดผู้มีภาระการพิสูจน์ของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ เนื่องจากภาระการพิสูจน์ในเรื่องดังกล่าวตามกฎหมายไทยมีความแตกต่างจากหลักการของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้สร้างหลักการตัดสินใจทางธุรกิจขึ้น ทำให้ภาระการพิสูจน์เรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามกฎหมายไทยตกอยู่แก่ฝ่ายกรรมการ

นอกจากนั้นยังได้ศึกษาเกี่ยวกับการเชื่อถือฟังพหุข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น เนื่องจากกรรมการแต่ละคนย่อมมีความเชี่ยวชาญหรือประสบการณ์ที่แตกต่างกัน และอาจต้องพิจารณาในเรื่องที่ตนเองไม่มีความรู้ความชำนาญ ดังนั้น จึงควรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวขึ้น เพื่อให้กรรมการสามารถปฏิบัติตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจได้อย่างถูกต้อง และยังสามารถศึกษาเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) เพื่อคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการมากยิ่งขึ้น

สาขาวิชา นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติ.....
ปีการศึกษา 2554..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกาษาวิทยาณิพนธ์หลัก.....

5185973134 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : BUSINESS /JUDGMENT/RULE

THOSATHEEP APINYASAKUL: BURDEN OF PROOF ON THE BUSINESS JUDGMENT RULE. ADVISOR: ASSOC. PROF. SAMRIENG MEKKRIENGKRAI, 204 pp.

The Securities and Exchange Act (No. 4) Act B.E. 2551 has adapted the foreign laws regarding the duties and liabilities of directors, then legislated the clearer definition of "Fiduciary Duty", which consists of two duties, "the duty of care" and "the duty of loyalty". Moreover, the early-mentioned law has created a framework for consideration, discretion or decision making of directors in accordance with the "Business Judgment Rule", to be a safe harbor for directors from any liability of the adverse effects of that decision.

Clearly, the main objective of this research concentrates on the framework for consideration, discretion or decision making of directors in accordance with the "Business Judgment Rule" as provided in the Securities and Exchange Act (No. 4) Act B.E. 2551 by focusing on issues related to the burden of proof on the Business Judgment Rule. According to the burden of proof on the Business Judgment Rule under Thai laws are completely different from the doctrine of precedence in the United States, which the rule was initiated. Therefore, the burden of proof on the Business Judgment Rule under Thai law falls into the director's responsibility.

In addition, the thesis considers regarding the reliance on reliable information or provided-useful advice by others. Due to each director has diversely expertise and occasionally might have to consider in terms of their lack of expertise, such the criterias should be enacted in order that the directors can comply with the Business Judgment Rule properly. Finally, the thesis focuses on the indemnification of liability or compensation for damages arising from the performance of the directors (Indemnification), in order to protect the performance of directors' duties greater.

Field of Study : Laws..... Student's Signature

Academic Year : 2011..... Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้อย่างสมบูรณ์ ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์สำเริง เมฆเกรียงไกร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งได้ให้ความกรุณา ให้คำปรึกษาแนะนำ ตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ถูกต้องสมบูรณ์ และขอกราบขอบพระคุณกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่านเป็นอย่างสูงซึ่งได้แก่ รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร ซึ่งได้สละเวลาอันมีค่าในการเป็นประธานกรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ ตลอดจนอาจารย์สุทธิชัย จิตรวานิช และอาจารย์วสันต์ เทียนหอม กรรมการสอบ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยรู้สึกซาบซึ้งในความอนุเคราะห์ที่ได้รับ จึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่าง สูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้วิจัยขอขอบคุณผู้ให้การสนับสนุนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทุกท่านไม่ว่า จะเป็นเพื่อนร่วมคณะนิสิตศาสตร์ เพื่อนร่วมงานและผู้บังคับบัญชาของผู้วิจัยทุกท่าน ซึ่งได้ให้ความ ช่วยเหลือในการสืบค้นข้อมูล แลกเปลี่ยนความรู้ความคิดเห็น ให้กำลังใจ ตลอดจนให้คำแนะนำ และคำปรึกษาที่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวของผู้วิจัย ซึ่งได้ อุปการะเลี้ยงดูให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนผู้วิจัยเป็นอย่างดีในทุกๆ ด้าน โดยเฉพาะการให้ โอกาสทางการศึกษา ตลอดจนคุณครู อาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้วิจัย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษาและสังคม ผู้วิจัยขอมอบให้บิดา มารดา และครูอาจารย์ทุกท่านที่ได้อบรมสั่งสอนมาตลอด ตลอดจนผู้มีพระคุณทุกท่าน

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	5
1.3 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	5
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	6
บทที่ 2 หน้าที่ ความรับผิดชอบของกรรมการ และหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามกฎหมายไทย.....	7
2.1 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ (บริษัทจำกัด) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	10
2.1.1 หน้าที่โดยทั่วไป.....	10
2.1.2 หน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ.....	11
2.1.3 ความรับผิดทางแพ่งของกรรมการ.....	14
2.1.4 ข้อยกเว้นความรับผิดของกรรมการ.....	21
2.2 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ (บริษัทมหาชนจำกัด) ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535.....	22
2.2.1 หน้าที่โดยทั่วไป.....	23
2.2.2 หน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ.....	24
2.2.3 ความรับผิดทางแพ่งของกรรมการ.....	31
2.2.4 ข้อยกเว้นความรับผิดของกรรมการ.....	37

2.3	หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ (บริษัทจดทะเบียน) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551.....	39
2.3.1	หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of Care).....	39
	1) มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง.....	40
	2) หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ.....	41
	3) ปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง.....	45
2.3.2	หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และไม่กระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท.....	46
2.3.3	ความรับผิดชอบของกรรมการ.....	50
2.3.4	ข้อห้ามกรรมการใช้มติหรือการให้สัตยาบันของคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นข้ออ้างให้ตนพ้นความรับผิด.....	53
บทที่ 3	ภาระการพิสูจน์การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวังตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ.....	57
3.1	ภาระการพิสูจน์ตามกฎหมายไทย.....	57
3.1.1	ความหมายของภาระการพิสูจน์.....	57
3.1.2	ภาระการพิสูจน์เป็นกติกากำหนดเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่สำคัญมาก โดยเฉพาะในระบบที่เป็นวิธีพิจารณาแบบมีคู่ความเป็นคู่ปรปักษ์.....	59
3.1.3	ภาระการพิสูจน์เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ตายตัว ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้.....	60
3.1.4	ภาระการพิสูจน์เป็นไปตามประเด็นข้อพิพาท.....	61
3.1.5	หลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์”.....	66
3.1.6	ข้อยกเว้นของหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์”.....	70
3.2	ข้อสันนิษฐาน.....	72
3.2.1	ข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย.....	75
	1) ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด.....	75
	2) ข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด.....	76
3.2.2	ข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริง.....	83
3.3	มาตรฐานการพิสูจน์.....	85

3.4	ภาระการพิสูจน์การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวังตาม หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ.....	86
3.4.1	ภาระการพิสูจน์ในคดีเกี่ยวกับการฟ้องเรียกชดเชยให้กรรมการรับผิด เพราะไม่ใช้ความรอบคอบระมัดระวัง.....	87
3.4.2	ความเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดทางกฎหมาย.....	88
3.4.3	ผลของการสันนิษฐานทางกฎหมายและการกำหนดภาระ การพิสูจน์ในการดำเนินคดี.....	89
บทที่ 4	หน้าที่ ความรับผิดของกรรมการ และหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ตามกฎหมาย ต่างประเทศ.....	91
4.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	91
4.1.1	หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care).....	93
4.1.2	หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty).....	100
4.1.3	หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule).....	108
4.1.4	การให้ความคุ้มครองความรับผิดแก่กรรมการ.....	126
	1. การชด ใช้ ค่า เสีย หาย แก่ กรรมการ ที่ ต้ อ ง ร ับ ผิด (indemnification).....	126
	2. การทำประกันความรับผิด (insurance).....	130
4.2	ประเทศอังกฤษ.....	131
4.2.1	หน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (duty of care and skill).....	132
4.2.2	หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty).....	134
4.3	ประเทศออสเตรเลีย.....	140
4.3.1	หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duties to act in good faith).....	141
4.3.2	หน้าที่แห่งความระมัดระวังรอบคอบ (duties of care and diligence).....	142
4.3.3	หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule).....	143

4.3.3.1 การพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น (Reliance on information or advice provided by others).....	146
4.3.3.2 ภาวะการพิสูจน์ในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ.....	148
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้เป็น ลายลักษณ์อักษร และการให้ความคุ้มครองความรับผิดของกรรมการ.....	149
5.1 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดผู้มีภาวะการพิสูจน์ของการปฏิบัติหน้าที่ของ กรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ.....	149
5.2 ประเด็นเกี่ยวกับการเชื่อถือพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น ใน การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังของกรรมการตาม หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ.....	157
5.3 ประเด็นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชย ค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification)....	162
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	168
6.1 บทสรุป.....	168
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	192
รายการอ้างอิง.....	200
ภาคผนวก.....	202
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	204

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการประกอบธุรกิจจำเป็นที่จะต้องมีผู้บริหารงาน ผู้ดำเนินการ ซึ่งในกิจการขนาดเล็กหรือกิจการครอบครัว ส่วนมากเจ้าของเงิน กิจการ และผู้บริหารกิจการมักจะรวมอยู่ในบุคคลคนเดียวหรือบุคคลในครอบครัว ดังนั้น สิ่งที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริหารจัดการ ก็มักจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของเงิน ครอบครัว และกิจการไปด้วยโดยปริยาย

แต่เมื่อกิจการมีความเจริญเติบโต ขยายกิจการใหญ่ขึ้น มีการระดมทุนจากประชาชนหรือบุคคลภายนอกเข้ามาด้วย ลักษณะการบริหารจัดการก็จำเป็นต้องเปลี่ยนไป เพื่อให้สอดคล้องกับขนาดของกิจการที่ขยายใหญ่ขึ้น ซึ่งกิจการที่มีลักษณะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้น บทบาทของ “เจ้าของเงิน” “บริษัท” และ “ผู้บริหารจัดการ” ล้วนแยกจากกัน โดยผู้เป็นเจ้าของเงินหรือผู้ถือหุ้นมิได้เป็นผู้บริหารกิจการโดยตรง แต่จะทำการแต่งตั้ง “กรรมการ” เป็นผู้แทนเข้าไปเพื่อบริหารกิจการ รวมทั้งเป็นผู้แทนของนิติบุคคลด้วย ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีการแบ่งแยกความเป็นเจ้าของและอำนาจในการจัดการบริษัท (Separation of Ownership and Control) โดยในการบริหารกิจการของกรรมการนั้น กรรมการอาจแต่งตั้งผู้จัดการหรือหัวหน้าเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการ (Chief Executive Director) เป็นผู้บริหารงานรายวัน (Day to Day Business) เพื่อเป็นผู้บริหารงานในระดับปฏิบัติอีกชั้นหนึ่ง

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริษัทมหาชนที่ระดมทุนจากประชาชนโดยการนำหุ้นของบริษัทเข้าจดทะเบียนซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (ซึ่งในการวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า “บริษัทจดทะเบียน”) การแบ่งแยกความเป็นเจ้าของและอำนาจในการจัดการบริษัท (Separation of Ownership and Control) นั้นจะสังเกตเห็นได้ชัดเจนมากกว่าบริษัทจำกัด หรือบริษัทที่มีได้นำหุ้นเข้าจดทะเบียนซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ ด้วยเหตุที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียนมีการเปลี่ยนแปลงได้ง่ายและรวดเร็ว เนื่องจากการซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์มีสภาพคล่องสูง สามารถเปลี่ยนมือกันได้อย่างรวดเร็ว อีกทั้งยังมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเข้ามากำกับดูแลควบคุมการดำเนินกิจการมากกว่า เช่น การกำหนดให้มีกรรมการตรวจสอบและกรรมการอิสระ หรือการดำเนินการบางอย่างต้องขออนุมัติจากมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ส่วนการตัดสินใจหรือดำเนินการอื่นๆ ทั่วไป กรรมการสามารถดำเนินการได้เอง

แต่ด้วยเหตุที่บริษัทจดทะเบียนในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นบริษัทที่มีพื้นฐานมาจากบริษัทครอบครัว (กิจการในครอบครัว) จึงทำให้การถือหุ้นและอำนาจการบริหารงานในบริษัทมีลักษณะกระจุกตัว (Concentration of Ownership) ในกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ซึ่งโครงสร้างดังกล่าวเอื้ออำนวยให้ผู้ถือหุ้นรายใหญ่สามารถดำเนินการในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบผู้ลงทุนรายย่อยหรือผู้ลงทุนภายนอกได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นรายใหญ่มีโอกาสมากกว่าในการเสนอผู้แทนเข้าไปดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการบริษัทและผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่จึงอยู่ในสถานะที่ได้เปรียบผู้ถือหุ้นรายย่อยค่อนข้างมาก อาจกล่าวได้ว่า การแบ่งแยกความเป็นเจ้าของและอำนาจในการจัดการบริษัท (Separation of Ownership and Control) ของบริษัทจดทะเบียนส่วนใหญ่มีลักษณะที่มีผู้ถือหุ้นรายย่อย (มีสัดส่วนการถือหุ้นน้อย) จำนวนมาก ทำให้คะแนนเสียงกระจายกระจายและไม่สามารถรวมตัวกันเพื่อใช้สิทธิตามกฎหมายได้ จึงเป็นโอกาสที่กรรมการและผู้บริหารซึ่งมักจะเป็นตัวแทนของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ อาจจะไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัทและผู้ถือหุ้น หรือสามารถอาศัยตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ง่าย เนื่องจากเป็นผู้ใกล้ชิดและเข้าถึงข้อมูลได้มากกว่าผู้ลงทุนทั่วไป

ดังนั้น จึงควรมีมาตรการทางกฎหมายเข้ามาป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากโครงสร้างผู้ถือหุ้นในลักษณะดังกล่าวข้างต้น ได้แก่ การกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการตลอดจนผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนได้อย่างชัดเจน ซึ่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นี้ได้กำหนดบทบัญญัติหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนไว้ โดยได้นำเอาหลักกฎหมายของต่างประเทศ เช่น “Fiduciary Duty” หรือ “หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ” มาบัญญัติไว้ให้มีความชัดเจน ซึ่ง Fiduciary Duty นี้ประกอบไปด้วย 2 หน้าที่หลักด้วยกัน คือ “หน้าที่แห่งความระมัดระวัง” หรือ “Duty of Care” และ “หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต” หรือ “Duty of Loyalty” เพิ่มขึ้นจากหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการตามกฎหมายที่มีอยู่ ได้แก่ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 รวมทั้งกฎหมายเฉพาะที่ควบคุมการประกอบธุรกิจบางประเภทไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ธุรกิจสถาบันการเงิน ธุรกิจประกันชีวิต ประกันวินาศภัย เป็นต้น

เมื่อมีหน้าที่ที่กรรมการต้องปฏิบัติแล้ว กฎหมายยังได้สร้างกรอบในการพิจารณาการใช้ดุลยพินิจหรือการตัดสินใจใดๆ ในการดำเนินการทางธุรกิจของกรรมการให้เป็นตาม “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” หรือ “Business Judgment Rule” (นักวิชาการบางท่านอาจแปลว่า

“หลักคุณพินิจทางธุรกิจ” หรือ “หลักวินิจัยทางการค้า”) เพื่อเป็นเกราะป้องกัน (Safe Harbor) คู่มครองการตัดสินใจของกรรมการหรือผู้บริหาร โดยไม่ต้องรับผิดชอบในผลร้ายของการตัดสินใจนั้น และเพื่อป้องกันการเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินธุรกิจของบริษัทจดทะเบียนโดยอำนาจศาล

กรรมการเป็นผู้มีบทบาทอย่างยิ่งในการดำเนินธุรกิจของบริษัทจดทะเบียน ตามทฤษฎีหรือหลักกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเป็นเพียงนิติบุคคลหรือบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นมาเท่านั้น นิติบุคคลย่อมไม่สามารถแสดงออกซึ่งเจตนาได้ การแสดงเจตนาของนิติบุคคลต้องกระทำผ่านตัวแทนของนิติบุคคลนั้น ซึ่งตัวแทนหรือผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด ได้แก่ กรรมการ ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับกรรมการจึงมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์แบบตัวการและตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะหลักการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการในบริษัทจดทะเบียนซึ่งเป็นบริษัทมหาชนเท่านั้น

โดยทั่วไปกรรมการของบริษัทจดทะเบียนมีอยู่สามกลุ่มหลักๆ ด้วยกัน คือ

1. กรรมการที่เป็นตัวแทนของเจ้าของกิจการหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ โดยเข้ามาเป็นกรรมการที่มีอำนาจบริหารงานและจะเข้ามาเพื่อรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มของตนเอง
2. กรรมการอิสระและกรรมการตรวจสอบ ซึ่งบริษัทจดทะเบียนต้องแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎเกณฑ์ต่างๆ เข้ามาเป็นกรรมการอิสระและกรรมการตรวจสอบ เพื่อให้บริษัทจดทะเบียนมีคุณสมบัติตามที่ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยกำหนด
3. กรรมการที่บริษัทจดทะเบียนได้เชิญบุคคลที่มีชื่อเสียงเข้ามาเป็นกรรมการ เพื่อเป็นเกียรติให้แก่บริษัทนั้นๆ สำหรับหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียนนั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่สองฉบับหลักๆ ได้แก่ หน้าที่ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 และหน้าที่ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการไม่ว่าจะเป็นบริษัทที่มีขนาดเล็กหรือใหญ่ บริษัทครอบครัวหรือบริษัทจดทะเบียน ย่อมเป็นงานหรือหน้าที่ที่ท้าทายความสามารถของบุคคลนั้นๆ เนื่องจากในการประกอบธุรกิจนั้น เป็นเรื่องที่มีความสลับซับซ้อน ต้องอาศัยจังหวะและโอกาสอันเหมาะสม และไม่มีใครสามารถคาดการณ์ถึงสถานการณ์ที่แน่นอนล่วงหน้าได้ อีกทั้งยังต้องต่อสู้กับคู่แข่งทางธุรกิจและต้องดำเนินกิจการเพื่อสนองต่อความต้องการและพึงพอใจของลูกค้า เพื่อประโยชน์ (กำไร) สูงสุดให้แก่บริษัท และตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นถึงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัท ซึ่งมีความสัมพันธ์ในลักษณะของตัวการและตัวแทน ดังนั้น โดยปกติกรรมการซึ่งเป็นตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อบุคคลภายนอกใน

ความรับผิดของบริษัท เว้นแต่ ในบางกรณี เช่น กรรมการกระทำการนอกขอบอำนาจของตนเอง หรือนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท หรือกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ หรือกระทำผิดกฎหมาย

การที่กรรมการอาจต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวนี้เอง ทำให้เกิดหลักกฎหมายที่จะใช้คุ้มครองกรรมการซึ่งปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและใช้ความระมัดระวังอย่างดีแล้ว ให้ไม่ต้องรับผิดชอต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินงานหรือการตัดสินใจของตน ได้แก่ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

ในกรณีเกิดเหตุการณ์ (ทางธุรกิจ) ที่ไม่คาดฝันไว้ และเป็นผลทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย หรือขาดทุน อันเกิดจากการบริหารกิจการของกรรมการหรือคณะกรรมการของบริษัท ผู้ถือหุ้นของบริษัทย่อมได้รับความเสียหายไปพร้อมตัวบริษัท ทำให้อาจเกิดเหตุการณ์ที่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทฟ้องร้องเรียกให้กรรมการหรือคณะกรรมการของบริษัทรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงาน หรือที่เรียกว่า “Derivative Action” หรือ “การให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทในการฟ้องร้องแทนบริษัท” นี้ เป็นเครื่องมือในการอำนวยความยุติธรรมอย่างหนึ่ง หมายถึง เป็นหลักการคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อย โดยการอนุญาตให้ผู้ถือหุ้น (คนเดียวหรือหลายคนรวมกัน และถือหุ้นตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด) ฟ้องร้องกับกรรมการ คณะกรรมการ หรืออดีตกรรมการของบริษัท ที่ทำความเสียหายให้กับบริษัท แทนบริษัท ในกรณีที่บริษัทไม่ประสงค์จะฟ้องร้องหรือไม่สามารถฟ้องร้องเองได้

เมื่อเกิดกรณีที่กรรมการบริษัทถูกฟ้องเป็นคดีในศาล เรียกให้รับผิดในความเสียหายของบริษัท กรรมการอาจยกข้อต่อสู้ว่าตนเองได้กระทำการไปตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว เพื่อเป็นเกราะป้องกันไม่ให้ตนต้องรับผิด ซึ่งในการพิจารณาคดีของศาลในประเทศไทยที่ใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา โดยมีหลักการเบื้องต้นที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ” กรรมการจึงเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์หรือเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบว่าตนเองได้ปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการทางธุรกิจนั้นไปครบถ้วนตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว ซึ่งแตกต่างจากวิธีการพิจารณาคดี “Derivative Action” เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์เรื่อง หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ของศาล Common Law ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้สร้างหลักการตัดสินใจทางธุรกิจขึ้น ดังนั้นจึงสมควรทำการศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ เพื่อนำหลักการตัดสินใจทางธุรกิจมาปรับใช้กับประเทศไทยได้อย่างเหมาะสมตามจุดมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ

1.2 สมมติฐานของการวิจัย

ภาวะการพิสูจน์เรื่อง หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มีความแตกต่างจากภาวะการพิสูจน์เรื่อง หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้สร้างหลักการตัดสินใจทางธุรกิจขึ้น ทำให้ภาวะการพิสูจน์เรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามกฎหมายไทยตกอยู่แก่ฝ่ายกรรมการ

1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ในแง่มุมเกี่ยวกับภาวะการพิสูจน์ และความเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย

2. เพื่อให้ทราบถึงภาวะการพิสูจน์และวิธีการพิสูจน์หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 และความเหมาะสมในการนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ในประเทศไทย

3. เพื่อเปรียบเทียบกับภาวะการพิสูจน์หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในต่างประเทศ และวิเคราะห์ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ตลอดจนเสนอแนวทางในการพัฒนาที่จะเป็นประโยชน์ต่อการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

4. เพื่อหาแนวทางและข้อสรุปในการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาวะการพิสูจน์หลักการตัดสินใจทางธุรกิจให้ถูกต้องเหมาะสม และสอดคล้องกับหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ความเป็นธรรมของคู่กรณี และการนำไปบังคับใช้ได้จริง

5. เพื่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการ ทั้งต่อผู้ที่เกี่ยวข้องและผู้สนใจศึกษาทั่วไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้มุ่งศึกษาเฉพาะในรายละเอียดเกี่ยวกับภาวะการพิสูจน์ในหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับภาวะการพิสูจน์ในหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามกฎหมายต่างประเทศ

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยวิธีการศึกษาค้นคว้าจากเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ เป็นการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์จากหนังสือ บทความวารสาร จุลสาร กฎหมายในประเทศ กฎหมายต่างประเทศ เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานเอกชน การสอบถามหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างๆ ความคิดเห็นทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ และข้อมูลส่วนใหญ่เป็นข้อมูลที่ได้ผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อที่จะนำข้อมูลมาสังเคราะห์เพื่อให้เป็นข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด เจตนารมณ์ และแนวการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) และภาระการพิสูจน์ในหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ
2. ทำให้ทราบถึงประโยชน์ของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551
3. ทำให้สามารถเสนอแนวทาง และข้อสรุปในการตีความและบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาระการพิสูจน์ในหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ
4. เพื่อนำหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) มาปรับใช้กับประเทศไทยได้อย่างเหมาะสมตามจุดมุ่งหมายและเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าว
5. ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการ ทั้งต่อผู้ที่เกี่ยวข้องและผู้สนใจศึกษาทั่วไป

บทที่ 2

หน้าที่ ความรับผิดชอบของกรรมการ และหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามกฎหมายไทย

นิติบุคคลในรูปแบบบริษัท ทั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น จึงไม่สามารถดำเนินงานได้เอง ย่อมต้องมีบุคคลธรรมดาเข้ามาดำเนินการแทน แต่ถ้าจะให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเปรียบเสมือนเป็นเจ้าของบริษัททุกคนเข้ามาดำเนินการแทนก็จะเป็นการไม่สะดวกสำหรับบริษัทที่ผู้ถือหุ้นจำนวนมาก ประกอบกับแนวความคิดพื้นฐานของการดำเนินธุรกิจในรูปแบบบริษัทซึ่งต้องการแบ่งแยกความเป็นเจ้าของและอำนาจในการจัดการบริษัทออกจากกัน (Separation of Ownership and Control) เพราะไม่ต้องการให้ผู้ถือหุ้นเข้าไปบริหารงานเอง โดยอาจให้ผู้ถือหุ้นบางคนหรือให้บุคคลภายนอกเข้าไปดำเนินการแทนโดยผ่านการแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นเป็นเพียงผู้ลงทุนซึ่งคอยรับผลตอบแทนในทุนที่ลงไป กรรมการจึงเป็นผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้นทั้งหมด ซึ่งต้องดำเนินงานอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ถือหุ้นทั้งหลายในที่ประชุมใหญ่¹ ดังนั้น กรรมการจึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น ซึ่งหน้าที่ของกรรมการแบ่งได้เป็น

1. หน้าที่ของกรรมการโดยทั่วไป และ
2. หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

1. หน้าที่ของกรรมการโดยทั่วไป

กรรมการมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ตลอดจนข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความควบคุมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นโดยอยู่บนพื้นฐานของหน้าที่ 2 ประการ คือ หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) และหน้าที่แห่งความระมัดระวัง

¹ โสภณ รัตนากกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), หน้า 359.

(duty of care) เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัท² โดยหน้าที่ทั่วไปทั้งสองประการนั้น อาจรวมเรียกว่า หน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duties) โดยมีที่มาจากหลักกฎหมายอภิปรัชญาของอังกฤษ ซึ่งผู้ที่ได้รับความไว้วางใจให้กระทำในนามหรือเพื่อผู้อื่นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามประการที่เรียกว่า หน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duties) หน้าที่นี้ในตอนแรกใช้กับทรัสต์ แต่ต่อมาศาลได้นำมาใช้กับกรรมการบริษัทด้วย เพราะเห็นว่ากรรมการเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจให้เข้าดูแลทรัพย์สินและจัดการงานของบริษัทคล้ายทรัสต์ ผิดกันแต่เพียงว่าทรัพย์สินยังคงเป็นของบริษัทอยู่ มิได้เป็นของกรรมการ³

ทรัสต์ หรือทรัสต์ (trust) เป็นหลักกฎหมายอภิปรัชญาของอังกฤษ “ทรัสต์” หมายถึง กองทรัพย์สิน ในหลายกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินไม่สามารถจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ (เช่น ต้องไปออกรบหรือเสียชีวิตไปแล้ว) จึงต้องโอนทรัพย์สินไปให้ผู้อื่นจัดการให้แทน โดยเจ้าของมักจะกำหนดแนวทางจัดการทรัพย์สิน และบุคคลที่จะได้รับประโยชน์ของทรัพย์สินเอาไว้ (เช่น ทายาท) เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้จัดการทรัพย์สินปฏิบัติ⁴

ผู้จัดการทรัพย์สิน หรือที่เรียกว่าทรัสต์ (trustee) ซึ่งตามศัพท์แปลว่า ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ที่เรียกอย่างนี้เพราะทรัสต์มีชื่อเป็นเจ้าของทรัพย์สิน แต่ต้องจัดการทรัพย์สินเพื่อคนอื่น ดังนั้น ทรัสต์จึงต้องจัดการทรัพย์สินนั้นด้วยความระมัดระวัง ซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของบุคคลที่เจ้าของทรัพย์สินกำหนด ให้สมกับความเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจ⁵

หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังรอบคอบ (duty of care) ของกรรมการรวมถึงการใช้ความรอบคอบในการแต่งตั้งและควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ด้วย กรรมการและเจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่บกพร่องหรือประมาทเลินเล่อ

ตามหลักกฎหมายอภิปรัชญา ผู้ได้รับเข้ากระทำการแทนหรือให้คำแนะนำแก่ผู้อื่น จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและมีฝีมือ (duty of care and skill) กฎหมายอังกฤษกำหนดว่า

² พิเศษ เสตเสตีเยร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), หน้า 55.

³ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 398.

⁴ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน เล่ม 1 บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของ “กรรมการ” และ “คณะกรรมการ” (กรุงเทพมหานคร, 2547), หน้า 9.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

กรรมการผู้ทำงานต่ำกว่าระดับมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังและฝีมือ ต้องรับผิดชอบต่อบริษัทและจะขาดคุณสมบัติที่จะมาเป็นกรรมการบริษัทด้วย⁶

หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) ของกรรมการอาจเกินความหมายมากกว่าความหมายทั่วไป กล่าวคือ นอกจากจะต้องกระทำการโดยไม่ทุจริตแล้ว การปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการยังต้องประกอบไปด้วยหน้าที่หลายประการ เช่น การไม่ค้าแข่งกับบริษัท การไม่แย่งโอกาสทางธุรกิจของบริษัท หรือไม่นำข้อมูลและโอกาสของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น ต้องไม่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท (conflict of interest) ต้องกระทำการโดยมีจุดมุ่งหมายโดยชอบ (proper purpose) เป็นต้น

2. หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

หน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะนั้น โดยส่วนใหญ่จะระบุไว้ในกฎหมายแห่งการจัดตั้งนั้นๆ เช่น บริษัทจำกัดจะระบุอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือบริษัทมหาชนจำกัดจะระบุอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด เป็นต้น นอกจากนี้ หากเป็นการประกอบธุรกิจที่มีกฎหมายกำหนดควบคุมไว้เฉพาะ ก็อาจมีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย

ในปัจจุบัน เนื่องจากระบบเศรษฐกิจพัฒนามากขึ้นจึงมีแนวคิดเกี่ยวกับ หลักการบริหารจัดการที่ดี หรือบรรษัทภิบาล (good corporate governance) หรือในบางครั้งอาจเรียกว่า “การกำกับดูแลกิจการที่ดี” เพื่อให้การพัฒนาเศรษฐกิจเป็นไปในแนวทางที่ดีและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริษัทมหาชนจำกัดเนื่องจากผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมาก กรรมการ หรือ คณะกรรมการของบริษัทนอกจากจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้แล้ว จะต้องทำการด้วยความสุจริต ซื่อสัตย์สุจริต และด้วยความรอบคอบระมัดระวัง เพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัท โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ลูกจ้าง และเจ้าหน้าที่ของบริษัท ตลอดจนสังคมทั่วไปด้วย⁷

⁶ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 399.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 400.

2.1 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ (บริษัทจำกัด) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.1.1 หน้าที่โดยทั่วไป

แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติให้นำหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duties) มาใช้กับกรรมการโดยตรง แต่มาตรา 1167 ให้นำบทบัญญัติเรื่องตัวแทนมาใช้กับความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการ บริษัท และบุคคลภายนอก เนื่องจากตัวแทนเป็นผู้มีหน้าที่ดังเช่นผู้ได้รับความไว้วางใจเช่นกัน กรรมการจึงมีหน้าที่ดังกล่าวไปโดยปริยาย กล่าวคือ กรรมการต้องทำหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริต เช่น ต้องส่งมอบเงินและทรัพย์สินอื่นใดที่ได้มาในการทำหน้าที่ และสิทธิทั้งหลายที่ได้รับมาในนามตนเองแก่บริษัท (มาตรา 810) ต้องไม่ทำนิติกรรมกับบริษัทในนามตนเอง หรือในฐานะเป็นตัวแทนบุคคลภายนอก โดยบริษัทไม่ได้ยินยอม (มาตรา 805) และมาตรา 1168 วรรคสาม ห้ามมิให้กรรมการทำการค้าแข่งกับบริษัทโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท ซึ่งเป็นเรื่องที่กรรมการต้องหลีกเลี่ยงมิให้ผลประโยชน์ของตนเองและของบริษัทขัดแย้งกันนั่นเอง⁸ ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับกรปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) นั่นเอง

นอกจากนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง...” หมายความว่าในการบริหารงานของบริษัทนั้น กรรมการต้องบริหารงานตามแบบอย่างของนักธุรกิจ มิใช่อย่างชาวบ้านหรือบุคคลธรรมดา⁹ และแม้กฎหมายจะกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องตัวแทนมาใช้กับความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการกับบริษัทก็ตาม แต่ด้วยเหตุที่กรรมการเป็นผู้ดำเนินงานของบริษัทเอง มีแต่เพียงที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งจะสามารถเข้าครอบงำได้เป็นครั้งคราวอยู่ห่างๆ และไม่ใกล้ชิดกับการดำเนินการของกรรมการ กฎหมายจึงกำหนดหน้าที่ของกรรมการว่าจะต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง กล่าวคือ กรรมการต้องเอาใจใส่เป็นพิเศษในการจัดการงานของ

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 400.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 400.

บริษัทยิ่งกว่าวิญญูชนธรรมดาและยิ่งกว่างานของตนเอง¹⁰ ซึ่งเป็นตัวกำหนดมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการว่าจะต้องใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานของบุคคลธรรมดาทั่วไปไม่ได้ และจะกระทำการใดๆ โดยประมาทเลินเล่อก็ไม่ได้เช่นกัน ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความระมัดระวังรอบคอบ (duty of care) ได้เช่นกัน

2.1.2 หน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

กรรมการเป็นผู้มีหน้าที่ในการบริหารกิจการหรือจัดการงานของบริษัท โดยกรรมการต้องจัดการบริษัทให้เป็นไปตามข้อบังคับของบริษัท และต้องทำภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทตามที่ได้จดทะเบียนไว้ ตลอดจนมติที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นด้วย¹¹ นอกจากนี้ กรรมการยังมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เฉพาะด้วย คือ

1. หน้าที่โดยเฉพาะตามมาตรา 1168 วรรคสอง ซึ่งวางหลักว่า “...กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันในประการต่าง ๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) การใช้เงินค่าหุ้นนั้น ได้ใช้กันจริง
- (2) จัดให้มีและรักษาไว้ให้เรียบร้อย ซึ่งบรรดาสมุดบัญชีและเอกสารที่กฎหมายกำหนดไว้
- (3) การแจกเงินปันผลหรือดอกเบี้ยให้เป็นไปโดยถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้
- (4) บังคับการให้เป็นไปโดยถูกต้องตามมติของที่ประชุมใหญ่”

การบริหารงานบริษัทหรือการทำหน้าที่ต่างๆ ของกรรมการนั้น โดยปกติกรรมการอาจแบ่งหน้าที่กันทำ หรืออาจมอบหมายงานบางอย่างให้ผู้จัดการหรืออนุกรรมการที่ตั้งขึ้นตามมาตรา 1164¹² กระทำการแทนได้ แต่สำหรับหน้าที่ตาม 1168 อนุมาตรา (1) – (4) นี้ กฎหมาย

¹⁰ ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสว่าง, 2504), หน้า 419-420.

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144 บัญญัติว่า “บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง”

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1164 บัญญัติว่า “กรรมการจะมอบอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดของตนให้แก่ผู้จัดการหรือให้แก่อนุกรรมการซึ่งตั้งขึ้นจากผู้ที่เป็นกรรมการด้วยกันก็ได้ ในการใช้อำนาจ

บัญญัติให้กรรมการรับผิดชอบร่วมกัน ฉะนั้น หน้าที่ต่างๆ เหล่านี้ แม้จะมีการมอบหมายให้กรรมการผู้ได้รับไปทำโดยเฉพาะ กรรมการอื่นก็ยังคงคอยดูแลให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนด้วย หากมีความบกพร่องเสียหายขึ้นกรรมการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบ จะปฏิเสธความรับผิดชอบโดยอ้างว่าเป็นหน้าที่ของกรรมการคนอื่นไม่ได้¹³

2. หน้าที่ที่จะไม่ประกอบกิจการค้าแข่งขันกับกิจการของบริษัท ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสาม และวรรคสี่ บัญญัติไว้ว่า

“อนึ่ง ท่านห้ามมิให้ผู้เป็นกรรมการประกอบการค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่น หรือไปเข้าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และแข่งขันกับกิจการของบริษัท โดยมีได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น

บทบัญญัติที่กล่าวมาข้างบนนี้ให้ใช้บังคับตลอดถึงบุคคลซึ่งเป็นผู้แทนของกรรมการด้วย”

บทบัญญัตินี้ดังกล่าว สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. กรรมการต้องไม่ทำการค้าแข่งขันกับบริษัท เนื่องจากอาจทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) ขึ้น และทำให้บริษัทเสื่อมเสียประโยชน์ได้ กฎหมายจึงประสงค์จะป้องกันไม่ให้เกิดเหตุดังกล่าวขึ้น โดยการที่จะถือว่าเป็นค้าแข่งขันกับบริษัทนั้นจะต้องเป็น 1. การค้าซึ่งมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันกับบริษัท และ 2. เป็นการแข่งขันกับบริษัทด้วย ดังนั้น การค้าที่มีสภาพต่างกันย่อมไม่เป็นการแข่งขันกับบริษัทหรือทำให้บริษัทเสื่อมเสียประโยชน์แต่อย่างใด และแม้การค้านั้นจะมีสภาพอย่างเดียวกันแต่ถ้าทำการค้าคนละท้องที่และไม่มีการแย่งลูกค้ากัน ย่อมไม่เป็นการแข่งขันกัน¹⁴

ซึ่งได้มอบหมายเช่นนั้น ผู้จัดการทุกคนหรืออนุกรรมการทุกคนต้องทำตามคำสั่งหรือข้อบังคับซึ่งกรรมการทั้งหลายได้กำหนดให้ทุกอย่างทุกประการ”

¹³ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 405.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 406.

หากกรรมการได้ทำการค้าแข่งกับบริษัทแล้วไม่ว่าเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือของผู้อื่นก็จะกระทำไม่ได้ นอกจากนั้นยังน่าจะรวมถึงการเข้าเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนสามัญอีกด้วย¹⁵

การห้ามประกอบการค้าแข่งตามมาตรา นี้ กฎหมายบัญญัติห้ามไว้สำหรับกรรมการทุกคน ไม่ว่ากรรมการนั้นจะเป็นกรรมการผู้มีอำนาจในการบริหารกิจการของบริษัทหรือไม่ก็ตาม แต่กฎหมายไม่ได้ห้ามผู้ถือหุ้นของบริษัทประกอบการค้าแข่งกับบริษัทแต่อย่างใด¹⁶

ในการพิจารณาว่ากรรมการคนใดกระทำการค้าแข่งกับบริษัทหรือไม่นั้น ย่อมต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของบริษัทและประเพณีทางการค้าของบริษัทควบคู่ไปด้วย¹⁷ ประกอบกับลักษณะและสภาพของกิจการ เวลาและสถานที่ในการประกอบกิจการด้วย¹⁸ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ราวกรณีไป

ข. กรรมการต้องไม่เข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างซึ่งทำการค้าแข่งกับบริษัท คำว่า “หุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด” นี้ น่าจะหมายความรวมถึงผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ และผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดด้วย โดยกฎหมายไม่ค้ำประกันว่ากรรมการได้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่งคือไม่ค้ำประกันว่ากรรมการมีส่วนในการค้าแข่งกับบริษัทโดยตรงหรือไม่ เนื่องจากในข้อนี้พิจารณาถึงการค้าของห้างมากกว่า¹⁹

เหตุที่กฎหมายกำหนดห้ามเช่นนี้ คงเป็นเพราะผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทนี้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นในของห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดมีสิทธิเข้าจัดการงานของห้าง และมักจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียส่วนใหญ่ในการจัดการงานและผลประโยชน์ของห้าง²⁰

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 407.

¹⁶ ธีระ สิงห์พันธ์, คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 177.

¹⁷ ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 424.

¹⁸ ธีระ สิงห์พันธ์, คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย หุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 176.

¹⁹ ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 407.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 407.

ค. ที่ประชุมใหญ่อาจยินยอมให้กรรมการทำการค้าแข่งกับบริษัทได้

ง. ผู้แทนของกรรมการก็ต้องห้ามด้วย คำว่า “ผู้แทน” นี้ น่าจะหมายความถึง บรรดาผู้มีอำนาจกระทำการแทนกรรมการ หรือทำการตามที่กรรมการมอบหมายในการบริหารงานของบริษัทซึ่งล่วงรู้ความลับในการค้าของบริษัทด้วย เช่น ผู้จัดการ ตามมาตรา 1164 เป็นต้น²¹

การที่กฎหมายห้ามมิให้กรรมการทำการค้าแข่งกับบริษัท หรือไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างซึ่งค้าแข่งกับบริษัทนั้น เพราะกรรมการย่อมล่วงรู้ความลับและนโยบายในทางการค้าของบริษัท (หรืออาจเป็นผู้วางนโยบายของบริษัทเอง) ตลอดจนลู่ทางที่จะหาผลประโยชน์หรือกำไรในทางการค้าของบริษัท หากยอมให้กรรมการไปทำการค้าแข่งกับบริษัทได้ บริษัทย่อมอยู่ในฐานะเสียเปรียบและอาจขาดรายได้หรือผลประโยชน์²²

2.1.3 ความรับผิดทางแพ่งของกรรมการ

กรรมการผู้ที่กระทำผิดหรือละเลยต่อหน้าที่จนทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท แต่ในกรณีที่การบริหารงานบริษัทดำเนินการในรูปแบบของคณะกรรมการ ซึ่งประกอบไปด้วยกรรมการหลายท่าน และกรรมการบางท่านทำหน้าที่ด้วยการเข้าประชุมเป็นครั้งคราว ไม่ได้ทำงานประจำ ซึ่งความรับผิดชอบ (ในการบริหารกิจการของบริษัท) ของกรรมการแต่ละท่านอาจไม่เท่ากัน ดังนั้น กรรมการที่ไม่มีส่วนรู้เห็นหรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิดจนทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทย่อมไม่ควรต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้กรรมการทุกคนรับผิดชอบร่วมกันดังเช่นในมาตรา 1168 วรรคสอง ซึ่งกรรมการทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกัน ทั้งนี้ แต่เดิมมีคำพิพากษาฎีกาที่ 1980/2519 วินิจฉัยว่า

“กรรมการบริษัทที่ไม่ใช่ผู้จัดการ ไม่มีหน้าที่จัดธุรกิจของบริษัท คงเป็นแต่ผู้แทนของบริษัทในฐานะที่บริษัทเป็นนิติบุคคล และมีหน้าที่ให้คำปรึกษาในการประชุมกรรมการแก่ผู้จัดการเท่านั้น ปรากฏว่าการจัดธุรกิจของบริษัทซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้จัดการ ได้ทำให้บริษัทต้องเสียหาย ดังนี้ หากการกระทำนั้นมิได้อยู่ในข้อหนึ่งข้อใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและ

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 408.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 408.

พาณิชย์ มาตรา 1168 ซึ่งกรรมการของบริษัทจะต้องรับผิดชอบร่วมกันแล้ว กรรมการที่ไม่ใช่ผู้จัดการก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

การที่กรรมการบริษัทละเลยไม่เรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อแจ้งให้ทราบว่าเป็นบริษัทขาดทุนตลอดมาทุกปี และเมื่อบริษัทขาดทุนลงถึงกึ่งจำนวนต้นทุน กรรมการก็ไม่เคยเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อแจ้งให้ทราบถึงการขาดทุนนั้น เป็นข้อที่น่าตำหนิ แต่ก็มีสาเหตุโดยตรงที่ทำให้บริษัทเสียหาย กรรมการบริษัทจึงไม่ต้องรับผิดชอบ”

อย่างไรก็ดี ต่อมาเมื่อปี พ.ศ.2541 ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2191/2541 ซึ่งได้วินิจฉัยกลับหลักเดิม โดยวินิจฉัยว่ากรรมการทุกคนต้องมีหน้าที่เพื่อสอดส่องในการดูแลกิจการของบริษัทและจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น มิใช่เฉพาะแต่เพียงกิจการ 4 ประการที่บัญญัติในมาตรา 1168 วรรคสอง ดังนี้

“จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 3 ต่างก็เป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ของโจทก์ต่างวาระกัน มีหน้าที่ดูแลกิจการทั้งหมดของธนาคารโจทก์ให้พนักงานปฏิบัติตามระเบียบของธนาคารที่ได้วางไว้ตลอดถึงการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ เมื่อมีการปล่อยสินเชื่อให้กู้ยืมเงิน การค้ำประกันและอวัลตัวเงินไม่เป็นไปตามระเบียบปกติของธนาคาร มิได้เร่งรัดติดตามหนี้สิน หรือดำเนินการใดเพื่อแก้ไขหนี้ดังกล่าวเป็นเหตุให้ธนาคารโจทก์ได้รับความเสียหาย จำเลยที่ 1 และที่ 3 ได้ชี้ว่าทำละเมิดต่อโจทก์ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์ สำหรับจำเลยที่ 4 แม้มิใช่เป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่แต่มีหน้าที่ดูแลด้านสินเชื่อภายในประเทศ ซึ่งจำเลยที่ 4 ได้รับการสรุปภาระหนี้สินของธนาคารโจทก์จาก ป. หลายครั้งเพื่อให้สั่งการ แต่จำเลยที่ 4 ก็มิได้สั่งการแต่ประการใดเป็นเหตุให้ไม่สามารถติดตามหนี้สินจากลูกหนี้ของธนาคารโจทก์ได้ การที่จำเลยที่ 4 ละเว้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่และระเบียบปฏิบัติของธนาคารโจทก์ จำเลยที่ 4 ได้ชี้ว่าทำละเมิดต่อโจทก์ เป็นเหตุให้โจทก์เสียหายจำเลยที่ 4 ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์ **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการประกอบกิจการบริษัทของกรรมการซึ่งอำนาจของกรรมการจะมีเพียงใดโดยยอมเป็นไปตามมาตรา 1158 ถึง 1164 ส่วนมาตรา 1168 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ ซึ่งมาตรา 1168 วรรคแรก บัญญัติให้กรรมการใช้ความเชื่อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง ส่วนวรรคสองหมายถึง กิจการที่จะต้องระมัดระวังเป็นพิเศษมากขึ้น หาได้หมายความว่ากรรมการจะต้องร่วมกันรับผิดชอบเฉพาะกิจการ 4 ประการที่บัญญัติในวรรคสอง มาตรา 1168 เท่านั้นไม่เมื่อมาตรา 1168 บัญญัติให้กรรมการทุกคนต้องมีหน้าที่เพื่อสอดส่อง การจะเป็นกรรมการของบริษัทใด กรรมการผู้นั้นจึง**

ต้องประกอบด้วยความรู้ความเข้าใจในการประกอบกิจการของบริษัทนั้นด้วย มิฉะนั้น กรรมการก็ไม่อาจเอื้อเพื่อสอดส่องกิจการให้ได้ ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ต้องอาศัย กรรมการผู้มีความรอบรู้ในธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ด้วย เพื่อให้เอื้อเพื่อสอดส่องกิจการของ ธนาคารให้ลุล่วงไปด้วยดี การที่ธุรกิจของโจทก์ประสบปัญหามาเป็นเวลานานตั้งแต่ปี 2523 ไม่ว่าจะ การดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องอยู่ในระดับไม่พอใช้จนถึงด้อยคุณภาพจัดชั้นเป็นสูญเสียและสงสัย จำนวนสูง การแสดงผลกำไรตั้งแต่ปี 2522 ผิดพลาดเพราะแท้จริงแล้วธุรกิจของโจทก์ขาดทุนมิใช่ กำไร มีการให้สินเชื่อแก่กลุ่มผู้บริหารมาก แม้ว่าการให้สินเชื่อดังกล่าวจะไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติ การธนาคารพาณิชย์ มาตรา 12 (2) และมาตรา 12 ทวิ ก็ตาม แต่หนึ่งในกลุ่มดังกล่าว หลักประกัน ไม่คุ้มหรือไม่มีเลย ดังนั้น เมื่อได้ความว่าจำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 เป็นกรรมการของโจทก์มี หน้าที่ต้องดูแลการบริหารกิจการของโจทก์มิให้เสียหาย กลับปล่อยให้มีการให้สินเชื่อโดย หลักประกันไม่คุ้ม เมื่อหนี้ถูกจัดเป็นหนี้เสียก็มิได้เร่งรัดติดตามหนี้ แม้ธนาคารแห่งประเทศไทย จะแจ้งให้มีการแก้ไขข้อผิดพลาดในการปฏิบัติงานดังกล่าว จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 ก็หาได้ ดำเนินการใดเพื่อแก้ไขไม่ ดังนั้น เมื่อตามพฤติการณ์ควรจะรู้ข้อปัญหาดังกล่าว หรือโดยสามัญ สำนึกของวิญญูชนผู้ประกอบการค้าเช่นนั้นควรจะพึงรู้ได้ แต่มิได้กระทำการใดเพื่อปกป้อง ความเสียหายอันจะเกิดแก่โจทก์ จึงถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 มิได้ใช้ความเอื้อเพื่อ สอดส่องในการประกอบกิจการของโจทก์ **จะอ้างว่าไม่รับรู้การบริหารงานของโจทก์หรือ มิได้มาทำงานเป็นประจำก็ดี ไม่มีหน้าที่ที่ดีเพื่อขัดความรับผิดชอบของตนหาได้ไม่** จำเลยที่ 2 เป็นกรรมการโจทก์ระหว่างวันที่ 16 กันยายน 2508 ถึงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2526 จำเลยที่ 5 เป็น กรรมการโจทก์ระหว่างวันที่ 19 พฤศจิกายน 2519 ถึงวันที่ 27 สิงหาคม 2527 จำเลยที่ 6 เป็น กรรมการโจทก์ระหว่างวันที่ 19 พฤษภาคม 2523 ถึงวันที่ 27 สิงหาคม 2527 และจำเลยที่ 7 เป็น กรรมการโจทก์ระหว่างวันที่ 29 พฤษภาคม 2518 ถึงวันที่ 27 สิงหาคม 2527 ดังนั้น หน้าที่ใน การเอื้อเพื่อสอดส่องของกรรมการ จึงมีเพียงในช่วงเวลาดังกล่าว การที่จะให้จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 รับผิดชอบในหนี้ที่ก่อหรืออนุมัติภายหลังจากที่จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 พ้นจากการเป็น กรรมการโจทก์แล้วจึงไม่ชอบ”

จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า กรรมการทุกคนไม่ว่าจะเป็นกรรมการ ผู้มีอำนาจในการบริหารงาน (กรรมการผู้จัดการ) หรือ กรรมการที่มาเข้าร่วมประชุมเพียง อย่างเดียวโดยไม่มีอำนาจบริหารงานของบริษัท ต้องมีหน้าที่ในการเอื้อเพื่อสอดส่องกิจการของ บริษัทอย่างเช่นบุคคลค้าขายผู้ประกอบการด้วยความระมัดระวังตลอดจนมีความรับผิดชอบร่วมกันอย่าง เท่าเทียมกัน จะยึดถือหลักที่ว่ากรรมการที่ไม่มีส่วนรู้เห็นหรือมีส่วนร่วมในการกระทำผิดไม่ต้อง

รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่บริษัท เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้กรรมการทุกคนรับผิดชอบร่วมกันดังเช่นในมาตรา 1168 วรรคสอง ไม่ได้แล้ว

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 บัญญัติว่า

“ถ้ากรรมการทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัท บริษัทจะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นว่าก็ได้

อนึ่ง การเรียกร้องเช่นนี้ เจ้าหนี้ของบริษัทจะเป็นผู้เรียกบังคับก็ได้เท่าที่เจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิเรียกร้องแก่บริษัทอยู่”

บทบัญญัติมาตรานี้กล่าวในทำนองว่า ถ้ากรรมการทำความเสียหายให้แก่บริษัท บริษัทจะฟ้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการได้ทุกกรณี แต่เจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ได้มีเจตนาเช่นนั้น เพราะธรรมดาในทางการค้าย่อมมีการได้การเสีย (กำไรหรือขาดทุน) ถ้าหากว่ากรรมการได้กระทำการใดไปโดยประกอบด้วยความระมัดระวังอย่างบุคคลผู้ค้าขาย และได้ใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องดีแล้ว แต่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป การกระทำของกรรมการนั้นทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือทำให้บริษัทขาดทุน กรรมการคงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทแต่อย่างใด โดยการจะให้กรรมการรับผิดชอบนั้น ต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว มิใช่การคาดคะเนว่าจะเกิดขึ้น และต้องได้ความว่าเป็นการประมาทเลินเล่อของกรรมการ ซึ่งตรงกันข้ามกับการเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง และรวมถึงการกระทำโดยทุจริตของกรรมการด้วย²³

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนากร ยังได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับมาตรา 1169 เอาไว้ว่า

“ข้อความที่ว่า “ถ้ากรรมการทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัท บริษัทจะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้” นั้น จะแปลว่าเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดสิทธิฟ้องร้องแก่บริษัทนั้นจะไม่ได้ กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อบริษัทเพราะทำผิดข้อบังคับ ผิดหนังสือบริคณห์สนธิหรือมติของที่ประชุมใหญ่ หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ทำผิดสัญญาต่อบริษัทหรือละเลยต่อหน้าที่ก็ได้ เพียงแต่กรรมการกระทำการอะไรลงไปแล้วเกิดความเสียหายแก่บริษัท

²³ ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 426 – 427.

เท่านั้นหากก่อให้เกิดสิทธิที่จะฟ้องร้องกรรมการได้ เช่น กรรมการมิได้ทำผิดอะไรดังกล่าวข้างต้น หากแต่วินิจฉัยปัญหาหรือใช้ดุลพินิจผิดพลาดโดยสุจริต หรือทำงานไม่ได้ผลดีเท่าที่ควรเนื่องจาก ความรู้ความสามารถไม่พอ ดังนี้แม้จะเกิดความเสียหายขึ้นแก่บริษัท ก็เป็นเรื่องบริษัทเลือกคนไม่มีความรู้ความสามารถขึ้นมาบริหารงานเอง จะไปเรียกค่าเสียหายจากกรรมการได้อย่างไร อย่างมากก็ถอดกรรมการนั้นเสีย”²⁴

ทั้งนี้ เนื่องจากการบริหารงานของกรรมการย่อมมีการคาดการณ์ผิดพลาดได้ ถ้า กรรมการได้วินิจฉัยปัญหาด้วยความรอบคอบระมัดระวังแล้วหากเกิดผิดพลาดขึ้นเพราะเหตุอื่นที่ไม่อาจคาดหมายได้ บริษัทก็จะเอาผิดกับกรรมการหาได้ไม่ เพราะกรรมการมิใช่ผู้รับประกันว่า ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นกับบริษัท อย่างเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลักเรื่องการวินิจฉัยทาง การค้า (Business Judgment Rule) ว่าในการจัดการงานของบริษัทนั้น กรรมการย่อมมีอิสระที่จะ ตัดสินใจ หรือใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัท หากกรรมการได้ทำด้วยเหตุผล ด้วย ความรอบคอบระมัดระวัง และด้วยความซื่อสัตย์แล้ว แม้จะเกิดผลร้ายที่เสียหายแก่บริษัทอย่างไร กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบ²⁵

โดยทั่วไปแล้ว ใครได้รับความเสียหายผู้นั้นควรต้องเป็นผู้ฟ้องเรียกค่าเสียหายเอง แต่ในมาตรา 1169 นี้ ได้บัญญัติไว้แตกต่างจากหลักทั่วไป โดยในกรณีที่กรรมการทำให้เกิด ความเสียหายขึ้นแก่บริษัท ผู้ที่สามารถฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบได้มีด้วยกัน 3 ประเภท ได้แก่

1. **บริษัท** โดยปกติเมื่อกรรมการผู้ใดทำให้บริษัทเสียหาย บริษัทย่อมเป็นผู้ฟ้องร้องเรียกให้กรรมการผู้นั้นชดเชยค่าเสียหายให้แก่บริษัท เว้นแต่บริษัทจะอนุมัติต่อการกระทำ นั้นตามมาตรา 1170 ซึ่งผู้ที่จะดำเนินการฟ้องคดีให้แก่บริษัทก็คือกรรมการนั่นเอง บางกรณี กรรมการอาจไม่ประสงค์จะฟ้องกันเองหรือฟ้องตัวเอง กฎหมายจึงอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ ของบริษัทฟ้องคดีได้ด้วย²⁶

2. **ผู้ถือหุ้น** การฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นอาจแบ่งได้เป็น 2 ชนิด คือ การฟ้องคดีด้วย สิทธิของตนเอง (direct action) และการฟ้องร้องคดีด้วยสิทธิของบริษัท (derivative action)

²⁴ ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 410.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 403.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 411.

การฟ้องคดีด้วยสิทธิของตนเอง (direct action) เป็นกรณีที่กรรมการกระทำผิดหน้าที่ต่อผู้ถือหุ้นโดยตรง เช่น กรรมการไม่คืนเงินค่าหุ้นไว้ในกรณีที่ไม่สามารถจดทะเบียนได้ภายใน 3 เดือน (มาตรา 1112) หรือ กรรมการประมาทเลินเล่อไม่ทำสมุดจดทะเบียนผู้ถือหุ้นหรือใบหุ้นให้เรียบร้อยถูกต้อง (มาตรา 1168 (2)) เป็นเหตุให้ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายเกี่ยวกับการโอนหุ้นหรือจำนวนเงินค่าหุ้น หรือกรรมการกลับแก้งให้ผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งได้รับความเสียหาย เป็นต้น ดังนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นคนใดได้รับความเสียหายเป็นส่วนตัว ย่อมมีสิทธิฟ้องให้กรรมการชดเชยค่าเสียหายแก่ตนโดยตรงได้²⁷

การฟ้องร้องคดีด้วยสิทธิของบริษัท (derivative action) แต่เดิมนั้น กฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่ากรรมการมีหน้าที่ต่อบริษัทเท่านั้น หากมีหน้าที่ต่อผู้ถือหุ้นไม่ โดยเฉพาะหน้าที่ของกรรมการที่เกิดจากความไว้วางใจของบริษัทให้กรรมการเข้ามาดำเนินงาน (fiduciary duties) ดังนั้น เมื่อกรรมการทำผิดหน้าที่ต่อบริษัท บริษัทเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหายที่จะฟ้องเอาจากกรรมการ ผู้ถือหุ้นจะเอาเรื่องจากกรรมการก็ได้แต่ต้องนำไปว่ากล่าวในที่ประชุมใหญ่เท่านั้น ซึ่งในที่ประชุมใหญ่อาจมีมติถอดถอนกรรมการนั้นเสียก็ได้ แต่ถ้ากรรมการคุมเสียงส่วนใหญ่ของในที่ประชุมได้ ผู้ถือหุ้นก็ไม่มีทางแก้ไขแต่อย่างใด ต่อมาศาลของประเทศอังกฤษจึงได้สร้างหลักกติกาวีซีขึ้นมาให้ผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการได้ในกรณีที่บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องกรรมการผู้ทำผิดหน้าที่ โดยถือว่าผู้ถือหุ้นได้รับสิทธิการฟ้องคตินั้นมาจากบริษัท เป็นการฟ้องคดีแทนหรือเพื่อประโยชน์ของบริษัท เนื่องจากบริษัทไม่ยอมฟ้องคดีเอง แม้จะเป็นเรื่องที่กรรมการกระทำผิดต่อบริษัทแต่ก็มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นด้วย คดีที่ผู้ถือหุ้นมักจะฟ้องคดีแทนบริษัทได้แก่การฟ้องห้ามมิให้กรรมการกระทำผิดวัตถุประสงค์ของบริษัท ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่กรรมการไม่ซื่อสัตย์สุจริตหรือบกพร่องต่อหน้าที่²⁸

Derivative Action หมายถึง การที่ผู้ถือหุ้นจะเข้าไปให้สิทธิของบริษัทในการเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ในกรณีที่บริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงละเลยไม่ใช้สิทธิดังกล่าว สาเหตุส่วนใหญ่ของการที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลที่ก่อความเสียหายให้แก่บริษัท มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ก่อความเสียหายให้แก่บริษัท คือ กรรมการอาจจะชักจูงกรรมการของบริษัทซึ่งเป็นพวกเดียวกันให้ลงเขว หรือเกรงอกเกรงใจไม่ฟ้องคดี และยอมผัดผ่อนยืดเยื้อไม่เรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการผู้ก่อ

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 418.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 412.

ความเสียหายให้แก่บริษัทนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทสามารถเอาคดีนั้นขึ้น ว่ากล่าวแก่กรรมการนั้นได้ หลักเกณฑ์ในเรื่อง Derivative Action จึงเกิดขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นต้องได้รับความเสียหายจากการที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้อง โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะให้ สิทธิผู้ถือหุ้นที่จะเรียกร้องค่าเสียหายแทนบริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงในกรณีที่บริษัทโดย คณะกรรมการละเลยไม่ใช้สิทธิดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผลประโยชน์ที่ได้จากการเรียกร้องจะตก เป็นของบริษัท มิใช่เป็นของผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องร้อง เนื่องจากเป็นการที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิแทน บริษัทหรือเป็นการใช้สิทธิซึ่งมาจากบริษัท (Derivative) มิใช่ทำในนามตนเองเป็นการส่วนตัว²⁹

จากบทบัญญัติในมาตรา 1169 ผู้ถือหุ้นจะทำการฟ้องคดีแทนบริษัทเองได้ ก็ ต่อเมื่อบริษัทมีสิทธิฟ้องได้เองแต่บริษัทไม่ใช้สิทธินั้น ถ้าบริษัทเองไม่มีสิทธิฟ้อง เช่น ที่ประชุมใหญ่ ได้อนุมัติการกระทำที่จะฟ้องนั้นแล้ว ผู้ถือหุ้นก็ไม่มีสิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัท หรือกรณีบริษัท ใช้สิทธิฟ้องกรรมการแล้ว ผู้ถือหุ้นก็ไม่มีสิทธิฟ้องแทนบริษัท นอกจากนั้น ในคำฟ้องของผู้ถือหุ้น ต้องระบุว่าโจทก์เป็นผู้ถือหุ้นฟ้องแทนบริษัทเพราะบริษัทไม่ยอมฟ้องเอง มิฉะนั้นศาลอาจยกฟ้อง โจทก์ได้เพราะโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องได้³⁰ (คำพิพากษาฎีกาที่ 220/2484)³¹ และเมื่อการที่ผู้ถือหุ้น ฟ้องร้องแทนหรือเพื่อประโยชน์ของบริษัท ดังนั้น ค่าสินไหมทดแทนที่เรียกมาย่อมเรียกมาให้แก่ บริษัท³²

ทั้งนี้ การฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนจากกรรมการ เป็นการเรียกร้องเอา ค่าสินไหมทดแทนจากการทำละเมิดต่อบริษัท ดังนั้น อายุความในการฟ้องร้องคดีจึงต้องเป็นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 448 ด้วย กล่าวคือ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่

²⁹ สุทิน โชติสิงห์, “สถานภาพ อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารและ กรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหาร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 153.

³⁰ ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 413.

³¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 220/2484 “คดีนี้โจทก์เป็นผู้ถือหุ้น ฟ้องกรรมการบริษัทเป็นจำเลยที่ 1 โดยโจทก์ อ้างว่าจำเลยที่ 1 ทำให้โจทก์เสียหาย จึงอ้างประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 มาฟ้องจำเลย ศาลฎีกา วินิจฉัยว่า โจทก์อ้างมาตรา 1169 มาฟ้องจำเลยไม่ได้ เนื่องจากข้อที่โจทก์อ้างในฟ้องว่าจำเลยทำให้เสียหายแก่ บริษัทนั้นโจทก์มิได้ฟ้องแทนหรือฟ้องในนามของบริษัท จึงอ้างอำนาจตามมาตรา 1169 ไม่ได้ เพราะมาตรานี้ ไม่ได้ให้อำนาจโจทก์ฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเป็นของโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง”

³² ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 414.

วันที่รู้ถึงการทำให้เสียหายและรู้ตัวผู้ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน แต่ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ทำให้เกิดความเสียหาย³³

แม้มาตรา 1169 จะให้สิทธิผู้ถือหุ้นแม้เพียงคนเดียวฟ้องกรรมการได้โดยไม่มีข้อจำกัดอะไร แต่ในทางปฏิบัติยังไม่เกิดผลเท่าที่ควร ทั้งนี้อาจเป็นเพราะยังไม่มียกเว้นข้อบัญญัติให้บริษัทให้การสนับสนุนในด้านค่าใช้จ่ายแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องแล้วดำเนินคดี และผู้ถือหุ้นคงไม่อาจเข้าถึงข้อมูลต่างๆ อันจะนำมาพิสูจน์ความรับผิดชอบของกรรมการได้โดยง่าย³⁴ นอกจากนี้ ยังอาจเป็นเพราะในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย บริษัทจำกัดส่วนใหญ่มีลักษณะเป็นกิจการในครอบครัวหรือกิจการส่วนตัว การแบ่งแยกระหว่างอำนาจบริหารงานและความเป็นเจ้าของไม่ชัดเจน และส่วนใหญ่กรรมการและผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทจำกัดก็มักจะเป็นกลุ่มบุคคลเดียวกันหรือเป็นเครือญาติกัน การฟ้องร้องคดีโดยผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1169 จึงไม่เกิดขึ้นมากนัก

3. เจ้าหนี้ของบริษัท การที่เจ้าหนี้ของบริษัทฟ้องกรรมการให้รับผิดชอบนี้ ต้องถือว่าเป็นการฟ้องเพราะบริษัทไม่ยอมฟ้องเช่นกัน แต่ไม่ใช่การฟ้องแทนหรือเพื่อประโยชน์ของบริษัท เจ้าหนี้มีอำนาจฟ้องคดีด้วยตนเองในฐานะเจ้าหนี้เพื่อให้ได้รับชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงสามารถฟ้องเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบได้เพียงเฉพาะส่วนที่บริษัทยังเป็นหนี้เท่านั้น³⁵

2.1.4 ข้อยกเว้นความรับผิดของกรรมการ

ผู้ถือหุ้นนั้นเปรียบเสมือนเจ้าของที่แท้จริงของบริษัท ดังนั้น เมื่อการกระทำของกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัทได้รับความเห็นชอบหรืออนุมัติโดยเสียงส่วนใหญ่ของ

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5806/2539 “โจทก์ฟ้องขอให้ใช้สิทธิเรียกร้องแทนบริษัท บ. โดยอ้างว่าก่อนที่จำเลยจะพ้นจากการเป็นกรรมการบริษัท บ. จำเลยเบียดบังทรัพย์สินของบริษัท บ. ไปโดยทุจริต บริหารงานหรือจัดการทรัพย์สินของบริษัท บ. ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท บ. ซึ่งเท่ากับกล่าวอ้างว่าจำเลยละเมิดต่อบริษัท บ. บริษัท บ. ขอจะฟ้องร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยได้ โจทก์เป็นเจ้าหนี้ของบริษัท บ. ขอจะใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1169 ฟ้องเรียกร้องบังคับเอาจากจำเลยแทนบริษัท บ. เท่าที่โจทก์มีสิทธิเรียกร้องแก่บริษัท บ. อยู่ การเรียกร้องดังกล่าวเป็นการเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากจำเลยที่กระทำละเมิดต่อบริษัท บ. มีอายุความตามมาตรา 448 เมื่อการกระทำละเมิดเกิดขณะจำเลยเป็นกรรมการบริษัท บ. อยู่ คือ ก่อนวันที่ 17 กันยายน 2525 ซึ่งเป็นวันที่จำเลยลาออกจากบริษัท บ. โจทก์ยื่นฟ้องวันที่ 23 กันยายน 2535 พ้นกำหนดสิบปีนับแต่วันที่จำเลยได้กระทำละเมิดแล้ว คดีของโจทก์จึงขาดอายุความ”

³⁴ ไสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 416.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 416.

ที่ประชุมใหญ่แล้ว แม้การนั้นจะก่อความเสียหายให้แก่บริษัท บริษัทหรือผู้ถือหุ้นนั้นก็ไมควรรจะมาฟ้องร้องให้กรรมการรับผิดในการกระทำนั้น ด้วยเหตุนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1170 จึงบัญญัติว่า

“เมื่อการซึ่งกรรมการคนใดได้ทำไปได้รับอนุมัติของที่ประชุมใหญ่แล้ว ท่านว่า กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้อนุมัติหรือต่อบริษัทอีกต่อไป

ท่านห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้ให้อนุมัติด้วยนั้นฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาหกเดือนนับแต่วันที่ประชุมใหญ่ให้อนุมัติแก่การเช่นนั้น”

คำว่า “อนุมัติ” ในมาตรานี้ น่าจะแปลว่าเป็นการให้ความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ต่อการกระทำใดๆ ของกรรมการ ไม่ว่าจะได้ให้ความเห็นชอบไว้ก่อนหรือหลังการกระทำของกรรมการ และรวมทั้งการที่ที่ประชุมใหญ่ให้สัตยาบันต่อการกระทำของกรรมการด้วย เช่น การที่กรรมการกระทำการเกินขอบอำนาจหรือนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท หรือกรณีที่กรรมการกระทำการผิดหน้าที่แล้วยอมรับผิด และที่ประชุมใหญ่ได้ให้สัตยาบันหรือให้อภัยและไม่เอาผิดแก่กรรมการ เป็นต้น

ทั้งนี้ ที่ประชุมใหญ่ไม่สามารถอนุมัติหรือให้สัตยาบันต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายได้ เช่น การจ่ายเงินปันผลผิดพลาด หรือกรรมการยกยอกทรัพย์สินบริษัท เป็นต้น³⁶ แม้ที่ประชุมใหญ่จะให้การอนุมัติหรือให้สัตยาบันต่อการกระทำที่ผิดกฎหมายก็ไม่สามารถทำให้กรรมการหลุดพ้นความรับผิดได้ อย่างไรก็ดี กฎหมายมิได้คุ้มครองกรรมการให้หลุดพ้นจากความรับผิดจากเจ้าหน้าที่ของบริษัทและผู้ถือหุ้นที่มีได้ให้ความเห็นชอบแก่การนั้นด้วย เพียงแต่ผู้ถือหุ้นที่มีได้ลงมติให้ความเห็นชอบด้วยการกระทำของกรรมการนั้น ต้องฟ้องกรรมการภายใน 6 เดือน นับแต่วันที่ประชุมใหญ่มีมติอนุมัติแก่การเช่นนั้น

2.2 หน้าที่และความรับผิดของกรรมการ (บริษัทมหาชนจำกัด) ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

หน้าที่ของกรรมการในบริษัทมหาชนมี 2 ประเภท ได้แก่ หน้าที่โดยทั่วไป และหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกับกรรมการในบริษัทจำกัด แต่ด้วยเหตุที่บริษัทมหาชนจำกัดเป็นการดำเนินธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประชาชนเป็นจำนวนมาก

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 417.

มากกว่าบริษัทจำกัด ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนโดยรวม รัฐจึงพยายามควบคุมการปฏิบัติงานของกรรมการในบริษัทมหาชนจำกัดเข้มงวดกว่าการปฏิบัติงานของกรรมการในบริษัทจำกัด โดยมีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) เป็นกฎหมายหลักที่ใช้ในการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการไว้ในหลายมาตราด้วยกัน และเช่นเดียวกับในบริษัทจำกัด กรรมการในบริษัทมหาชนต้องปฏิบัติหน้าที่และดำเนินกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ได้แก่

2.2.1 หน้าที่โดยทั่วไป (หน้าที่ในการดำเนินกิจการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง)

ในการดำเนินกิจการของบริษัทมหาชน กรรมการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยอยู่บนพื้นฐานของหน้าที่ 2 ประการ คือ หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) โดยในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฯ มาตรา 85 วรรค 1 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท...”

หน้าที่ในข้อนี้สอดคล้องกับหลัก “Fiduciary Duty” หรือ “หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับ ความไว้วางใจ” ตามกฎหมายอิตาลีซึ่งได้กล่าวไปแล้วในส่วนของบริษัทจำกัด โดยกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดต้องปฏิบัติหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตและหน้าที่แห่งความระมัดระวัง เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัทซึ่งก็คือ ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นนั่นเอง โดยเป็นที่น่าสังเกตว่าหน้าที่ของกรรมการในการบริหารกิจการของบริษัทด้วยความระมัดระวังตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นั้น มิได้บัญญัติกำหนดมาตรฐานของการใช้ความระมัดระวังของกรรมการว่าต้องใช้ความระมัดระวังถึงระดับใด เหมือนดังเช่นกรรมการในระดับบริษัทจำกัดที่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในระดับมาตรฐานของบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง กล่าวคือ กรรมการต้องเอาใจใส่เป็นพิเศษในการจัดการงานของบริษัทยิ่งกว่าวิญญูชนธรรมดาและยิ่งกว่างานของตนเอง

อย่างไรก็ดี แม้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มิได้บัญญัติถึงมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังไว้ชัดเจน แต่ด้วยเหตุที่บริษัทมหาชนเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประชาชนและผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมาก ดังนั้น กรรมการของบริษัทมหาชนควรจะต้องใช้ความระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทด้วยระดับที่ไม่ต่ำกว่ากรรมการในบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) ประกอบกับหลักการของบริษัทมหาชนนั้นมีบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการไว้อย่างเข้มงวดกว่าบริษัทเอกชน แต่ถ้ากลับกำหนดให้กรรมการใช้มาตรฐานความระมัดระวังต่ำกว่ากรรมการในบริษัทจำกัดคงจะไม่เป็นการถูกต้อง³⁷

สำหรับหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตนั้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดว่าการกระทำอย่างไรก็ดีถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต แต่เป็นที่เข้าใจตรงกันว่าหมายถึงการกระทำด้วยความซื่อตรง ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัท โดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ส่วนตนหรือบุคคลอื่นโดยมิชอบ³⁸

2.2.2 หน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติหน้าที่ของกรรมการไว้เป็นการเฉพาะหลายหน้าที่ด้วยกัน โดยผู้วิจัยขอกล่าวถึงเฉพาะหน้าที่ที่สำคัญๆ เช่น

1. **หน้าที่ที่จะไม่ประกอบกิจการค้าแข่งขันกับกิจการของบริษัท**
เช่นเดียวกับในกรณีของบริษัทจำกัด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสาม และวรรคสี่) โดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86 วรรค 1 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบ

³⁷ สุทิน โชติคสิงห์, “สถานภาพ อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารและกรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหาร,” หน้า 111-112.

³⁸ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 51.

กิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะกระทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนมีมติแต่งตั้ง...”

จากมาตรา 86 สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1. กรรมการต้องไม่กระทำการค้าแข่งกับบริษัท เนื่องจากอาจทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) ขึ้น และทำให้บริษัทเสื่อมเสียประโยชน์ได้ โดยมีปัจจัยในการพิจารณาเช่นเดียวกับบริษัทจำกัด

2. กรรมการต้องไม่เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งทำการค้าแข่งกับบริษัท

3. กรรมการต้องไม่เป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นซึ่งทำการค้าแข่งกับบริษัท ซึ่งหลักเกณฑ์ในข้อนี้แตกต่างจากหน้าที่ของกรรมการบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสาม ที่ได้กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ โดยไม่มีหลักเกณฑ์นี้บัญญัติใช้กับกรรมการในบริษัทจำกัด ทั้งที่การเข้าเป็นกรรมการในบริษัทอื่นอาจทำความเสียหายแก่บริษัทที่กรรมการทำหน้าที่บริหารจัดการอยู่ไม่น้อยกว่าการที่กรรมการเข้าไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนอื่นก็ตาม³⁹

4. กรรมการสามารถกระทำการค้าแข่งกับบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างที่ทำการค้าแข่งกับบริษัทได้ หากได้แจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะมีมติแต่งตั้ง กล่าวคือ ผู้ที่กระทำการค้าแข่งกับบริษัทอยู่ก่อนแล้ว สามารถเป็นกรรมการบริษัทมหาชนได้ หากได้แจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่ผู้ถือหุ้นจะมีมติแต่งตั้งเป็นกรรมการ โดยกฎหมายถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งกรรมการ หากผู้ถือหุ้นได้รับทราบข้อมูลข้อเท็จจริงแล้วว่าผู้ที่จะเลือกให้ดำรงตำแหน่งกรรมการนั้น กระทำการค้าแข่งหรือดำเนินการใดๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัทแล้ว ผู้นั้นก็สมควรได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นให้เป็นกรรมการได้

หน้าที่ในข้อนี้ เป็นข้อที่กรรมการในบริษัทใหญ่ๆ ควรระมัดระวังเป็นพิเศษ เพราะในบริษัทใหญ่ๆ มักจะมีบริษัทในเครือหลายบริษัทที่ประกอบกิจการทำนองเดียวกันและ

³⁹ สุทิน โชติคสิงห์, “สถานภาพ อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารและกรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหาร,” หน้า 117.

มีคณะกรรมการชุดเดียวกัน ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทได้⁴⁰

2. หน้าทีงดเว้นจากการซื้อทรัพย์สินของบริษัทหรือทำธุรกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัทโดยพลการ

เนื่องจากการซื้อขายทรัพย์สินหรือทำธุรกิจนั้นย่อมต้องแสวงหาผลประโยชน์หรือกำไรเป็นหลัก ดังนั้นหากกรรมการเข้าเป็นคู่สัญญากับบริษัทแล้วย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) ระหว่างผลประโยชน์ของบริษัทและผลประโยชน์ของกรรมการเป็นส่วนตัว อีกทั้งเป็นการยากที่กรรมการจะรักษาผลประโยชน์ของบริษัท กฎหมายจึงห้ามกรรมการไม่ให้ซื้อทรัพย์สินของบริษัทหรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัท หรือทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัทไม่ว่าในนามตนเองหรือของบุคคลอื่น โดยมีได้รับความยินยอมจากบริษัท (คณะกรรมการ) ก่อน ซึ่งเป็นมาตรการที่สำคัญเพื่อป้องกันมิให้กรรมการเอาใจเอาเปรียบบริษัท โดยการทำสัญญาซึ่งบริษัทตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบ โดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 87 บัญญัติไว้ว่า

“กรรมการคนใดซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทหรือกระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามของตนหรือของบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว การซื้อขายหรือกระทำธุรกิจนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท”

การที่กฎหมายใช้คำว่า “การทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามของตนหรือของบุคคลอื่น” เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างมาก ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการหลบเลี่ยงของกรรมการที่ประสงค์จะแสวงหาประโยชน์ส่วนตนจากการซื้อ ขาย หรือทำธุรกิจกับบริษัทโดยอาศัยบุคคลอื่นบังหน้า ดังนั้น ไม่ว่าจะกระทำในนามตนเองหรือบุคคลอื่น กิจการนั้นก็ไม่มีผลผูกพันบริษัท⁴¹

ผลของการฝ่าฝืนมาตรานี้ คือ หากกรรมการทำการซื้อขายทรัพย์สินของบริษัท หรือทำธุรกรรมกับบริษัทโดยไม่ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการ นิติกรรมนั้นจะไม่ผูกพัน

⁴⁰ พิเศษ เสตเสตียร์, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 57.

⁴¹ สุชาติ สัตตบุศย์, กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: บริษัท 21 เซ็นจูรี จำกัด, 2537), หน้า 119-120.

บริษัท หากมีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นกับบุคคลภายนอก กรรมการต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวด้วยตัวเอง

3. หน้าที่ในการรายงานส่วนได้เสีย (มาตรา 88)

กรรมการมีหน้าที่แจ้งให้บริษัททราบโดยไม่ชักช้าเมื่อมีเหตุที่กรรมการเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือเข้าถือหุ้นหรือหุ้นกู้ของบริษัทหรือบริษัทในเครือ โดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 88 บัญญัติว่า

“ให้กรรมการแจ้งให้บริษัททราบโดยไม่ชักช้าเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาใดๆ ที่บริษัททำขึ้นระหว่างรอบปีบัญชี โดยระบุข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ชื่อของคู่สัญญา และส่วนได้เสียของกรรมการในสัญญานี้ (ถ้ามี)

(2) ถือหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทและบริษัทในเครือ โดยระบุจำนวนทั้งหมดที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงในระหว่างปีบัญชี (ถ้ามี)”

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันผลประโยชน์ขัดกันระหว่างกรรมการและบริษัท กรรมการมีหน้าที่แจ้งให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียที่เกิดขึ้นทั้ง 2 กรณี อย่างไรก็ตาม ฎหมายไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนว่ากรรมการต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียภายในเมื่อใด เพียงแต่กำหนดว่าต้องแจ้งให้บริษัททราบโดยมิชักช้า ดังนั้น กรรมการจึงควรแจ้งให้บริษัททราบในทันทีที่มีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น นอกจากนั้น ฎหมายยังกำหนดบทลงโทษสำหรับกรรมการผู้ฝ่าฝืนหน้าที่ตาม มาตรา 88 ไว้ใน มาตรา 203⁴² โดยกำหนดบทลงโทษสำหรับกรรมการที่ฝ่าฝืนจงใจปกปิดข้อมูลการมีส่วนได้เสีย หรือเปิดเผยข้อมูลเท็จ หรือไม่ครบถ้วนไว้อย่างชัดเจน และยังส่งผลดังต่อไปนี้ด้วย⁴³

⁴² พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 203 บัญญัติว่า “กรรมการบริษัทคนใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 88 หรือปฏิบัติตามแต่ไม่ครบถ้วนหรือไม่ตรงกับความจริง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท”

⁴³ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 56.

1. บริษัทจะกำหนดข้อบังคับยกเว้นความรับผิดให้แก่กรรมการไม่ได้ หากฝ่าฝืนถือว่าข้อบังคับตกเป็นโมฆะ เพราะเป็นการขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย (เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดโทษปรับ (โทษทางอาญา) ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน)

2. ผู้กล่าวอ้างว่ากรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ตามมาตรา ๓๒ เพียงพิสูจน์ว่ามีกรกระทำ ความผิดเกิดขึ้นจริง แม้ยังไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น กรรมการก็ต้องรับผิด

ทั้งนี้ มีข้อพึงสังเกตว่า การถือหุ้นของบริษัทในเครือนี้ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดนิยามไว้โดยเฉพาะ แต่คำนิยามดังกล่าวกลับปรากฏอยู่ในกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ.2535) ออกตามความไว้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งได้กำหนดให้เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับบริษัทในเครือ ในรายงานประจำปีของคณะกรรมการบริษัท โดยกำหนดนิยามไว้ว่า

“บริษัทในเครือ หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัดบริษัทหนึ่ง ซึ่งมีความสัมพันธ์กับบริษัทเอกชนหรือบริษัทมหาชนจำกัดบริษัทใดบริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัทในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) บริษัทหนึ่งมีอำนาจควบคุมเกี่ยวกับการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ ซึ่งมีอำนาจจัดการทั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ของอีกบริษัทหนึ่ง

(2) บริษัทหนึ่งถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้ว

ในกรณีที่บริษัทแรกและ/หรือบริษัทในเครือบริษัทเดียวหรือหลายบริษัท หรือบริษัทแรกและ/หรือบริษัทในเครือในลำดับขั้นแรกและ/หรือในขั้นต่อไป บริษัทเดียวหรือหลายบริษัทถือหุ้นของบริษัทใดมีจำนวนรวมกันเกินกว่าร้อยละห้าสิบของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้ว ให้ถือว่าบริษัทนั้นเป็นบริษัทในเครือของบริษัทแรกด้วย”

ดังนั้น กรณีในการพิจารณาว่าบริษัทใดถือเป็นบริษัทในเครือนั้นจะต้องพิจารณาจากหลักใดหลักหนึ่งคือหลักในเรื่องอำนาจการครอบงำการจัดการอย่างหนึ่ง และหลักการถือหุ้นอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยเฉพาะในหลักเกณฑ์แรกนั้น ถ้อยคำที่กฎหมายใช้มีความหมายกว้างและยัง

ไม่ชัดเจนว่า ในกรณีใดที่ จะถือว่าบริษัทหนึ่งมีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการ ของอีกบริษัทหนึ่ง⁴⁴

4. หน้าที่งดเว้นจากการกู้ยืมเงินจากบริษัท

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 89 ได้กำหนดห้ามมิให้ บริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างของบริษัท เว้นแต่ 1. เป็นการให้กู้ยืมเงินตาม ระเบียบการสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง หรือ 2. เป็นการให้กู้ยืมเงินตามกฎหมายว่าด้วยการ ธนาคารพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิตหรือกฎหมายอื่น และในมาตรา 89 วรรคสอง ยังกำหนดขยายขอบเขตการห้ามบริษัทให้กู้ยืมเงินแก่บุคคลดังต่อไปนี้ด้วย

- (ก) คู่สมรส หรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง
- (ข) ห้างหุ้นส่วนสามัญที่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง คู่สมรส หรือบุตรที่ยัง ไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างนั้นเป็นหุ้นส่วน
- (ค) ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง คู่สมรส หรือบุตรที่ยัง ไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างนั้นเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด
- (ง) บริษัทอื่นหรือบริษัทเอกชนที่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง คู่สมรส หรือบุตร ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างนั้นถือหุ้นรวมกันเกินกึ่งหนึ่งของจำนวน หุ้นทั้งหมดของบริษัทอื่นหรือบริษัทเอกชนนั้น

นอกจากนั้น มาตรา 89 วรรคสาม ยังกำหนดให้การให้กู้ยืมเงิน หมายความว่า รวมถึงการค้ำประกัน การรับซื้อหรือซื้อลดตัวเงิน และการให้หลักประกันเกี่ยวกับเงินที่กู้ยืมอีกด้วย

ทั้งนี้ เนื่องจากการกู้ยืมเงินอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ได้ง่าย เนื่องจากโดยปกติผู้ให้กู้ย่อมต้องการได้ผลตอบแทนที่ดีจากการนั้น เช่น อัตราดอกเบี้ยที่สูง หรือ สามารถใช้สิทธิเรียกร้องได้ทันทีเมื่อถึงกำหนดชำระ หรือสิทธิในการเรียกและบังคับหลักประกัน เป็นต้น ในขณะที่เดียวกันผู้กู้ย่อมต้องการเสียดอกเบี้ยในอัตราที่ต่ำ ดังนั้น หากกรรมการหรือผู้ที่ เกี่ยวข้องกับกรรมการมาขอกู้เงินกับบริษัท กรรมการ (ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท) ย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการพิจารณาอนุมัติการให้กู้ยืมเงินและอาจเกิดความไม่เป็นธรรมใน การพิจารณาอนุมัติเงินกู้ของบริษัทได้

⁴⁴ พิเศษ เสตเสตีเยร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 60-61.

นอกจากนั้น กฎหมายยังกำหนดบทลงโทษสำหรับกรรมการผู้ฝ่าฝืนหน้าที่ตามมาตรา 89 ไว้ในมาตรา 204 คือต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือสองเท่าของจำนวนเงินที่ให้กับกู้ยืม แล้วแต่จำนวนใดจะมากกว่า และยังส่งผลเช่นเดียวกับการฝ่าฝืนตามมาตรา 88 ด้วย คือ

1. บริษัทจะกำหนดข้อบังคับขบถเว้นความรับผิดชอบให้แก่กรรมการไม่ได้ หากฝ่าฝืนถือว่าข้อบังคับตกเป็นโมฆะ เพราะเป็นการขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย
2. ผู้กล่าวอ้างว่ากรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ตามมาตรา 89 เพียงพิสูจน์ว่ามี การกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง แม้ยังไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น กรรมการก็ต้องรับผิดชอบ

โดยผลของสัญญากู้ยืมเงินที่ฝ่าฝืนตามมาตรา 89 นี้จะมีผลเป็นโมฆะ เพราะเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา บริษัทสามารถเรียกเงินคืนจากผู้กู้ได้ในฐานลาภมิควรได้ และกรรมการอาจต้องรับผิดชอบความเสียหายในทางแพ่งที่เกิดขึ้นต่อบริษัทอีกด้วย⁴⁵

สำหรับในทางปฏิบัติ กรณีบริษัทเป็นบริษัทที่มีหุ้นจดทะเบียนหรือเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ กรณีที่จะมีการทำธุรกรรมที่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ จะต้องทำการเปิดเผยข้อมูลตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์⁴⁶ นอกเหนือจากข้อกำหนดในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งธุรกรรมที่มีลักษณะเป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์ตามข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์เรียกว่า “รายการที่เกี่ยวข้องกัน” (connected transaction) ซึ่งหมายถึงรายการที่บริษัทจดทะเบียนทำกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกัน อันได้แก่ ผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท เป็นต้น หากรายการที่เกี่ยวข้องกันใดไม่เข้าข้อยกเว้นตามข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์แล้ว บริษัทจดทะเบียนจะเข้าทำรายการนั้นโดยทันทีไม่ได้ จะต้องทำตามขั้นตอนของข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์เสียก่อน ด้วยการเปิดเผยข้อมูลให้ผู้ถือหุ้นได้ทราบถึง

⁴⁵ สุพรรณษา จิโรตติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการค้ากับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 58.

⁴⁶ ปัจจุบันคือ ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเปิดเผยสารสนเทศ และการปฏิบัติการใดๆ ของบริษัทจดทะเบียน ลงวันที่ 15 กันยายน 2538 (แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดตามข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเปิดเผยสารสนเทศ และการปฏิบัติการใดๆ ของบริษัทจดทะเบียน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2553 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2553

รายละเอียดของรายการนั้น โดยมีที่ปรึกษาทางการเงินทำความเข้าใจเกี่ยวกับราคาที่ยุติธรรมและความสมเหตุสมผลของรายการนั้น จากนั้นบริษัทจดทะเบียนต้องเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อลงมติให้ความเห็นชอบให้บริษัทเข้าทำรายการนั้น หากบริษัทไม่ได้รับมติความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น บริษัทก็จะเข้าทำรายการนั้นไม่ได้⁴⁷

2.2.3 ความรับผิดชอบทางแพ่งของกรรมการ

1. กรรมการมีความรับผิดชอบร่วมกันต่อบริษัทตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 91 ซึ่งบัญญัติเอาไว้ว่า

“กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นแก่บริษัทในกรณีดังต่อไปนี้

(1) การเรียกให้ผู้ถือหุ้นชำระเงินค่าหุ้น หรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่บริษัทโดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา 37 หรือมาตรา 38

(2) การนำเงินค่าหุ้นไปใช้จ่ายหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้รับชำระเป็นค่าหุ้นของบริษัทโดยฝ่าฝืนมาตรา 43

(3) การดำเนินการใดๆ โดยฝ่าฝืนมาตรา 85

(4) การให้กู้ยืมเงินโดยฝ่าฝืนมาตรา 89

(5) การจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการโดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา 90

(6) การจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยฝ่าฝืนมาตรา 115 หรือการรับผิดตามมาตรา 118 เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการโดยสุจริตและอาศัยหลักฐานหรือรายงานทางการเงินที่ประธานกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ทางการเงินของบริษัทหรือผู้สอบบัญชีรับรองว่าถูกต้องแล้ว

(7) การไม่จัดทำหรือเก็บรักษาบัญชี ทะเบียน หรือเอกสารของบริษัทตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการอันสมควรเพื่อมิให้มีการฝ่าฝืนแล้ว”

ความรับผิดชอบของกรรมการทั้ง 7 กรณีตามมาตรา 91 นี้ เป็นความรับผิดชอบทางแพ่ง คือเป็นการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายแก่บริษัท โดยกรรมการทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกัน แม้จะกระทำโดยกรรมการเพียงบางคน หรือได้มอบหมายให้กรรมการผู้ใดเป็นผู้รับผิดชอบโดยเฉพาะ กรรมการอื่นๆ ทุกคน ยังต้องคอยกำกับตรวจสอบดูแลให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน

⁴⁷ พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 61-62.

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า กรณีตามมาตรา 91 (3) การดำเนินการใดๆ โดยฝ่าฝืน มาตรา 85 คือ การที่กรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ในการบริหารจัดการบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและ ระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งโดยปกติการบกพร่องต่อหน้าที่ในข้อนี้ น่าจะเป็นเรื่อง เฉพาะบุคคลของกรรมการแต่ละคน โดยหลักก็น่าจะเป็นกรรมการผู้ฝ่าฝืนแต่ผู้เดียวที่จะต้อง รับผิด แต่ในมาตรา 91 (3) กำหนดให้กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกัน เพื่อความเสียหายใดๆ อัน เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนมาตรา 85 ด้วย ผลจึงเป็นว่าการฝ่าฝืนของกรรมการคนหนึ่งปฏิบัติหน้าที่ ไม่ซื่อสัตย์สุจริตและไม่ระมัดระวังผลประโยชน์ของบริษัท หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้ว กรรมการคนอื่นๆ จะต้องเป็นผู้ร่วมรับผิดชอบด้วย ผู้ที่จะเข้าไปเป็นกรรมการในบริษัทมหาชน จึงต้องตรวจสอบความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการคนอื่นๆ ด้วยว่ามีความไว้วางใจได้เพียงใด เพราะหากมีการไม่ซื่อสัตย์สุจริตโดยกรรมการคนอื่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็เป็นเรื่องที่ กรรมการทั้งหลายต้องรับผิดชอบร่วมกัน เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้คงเพื่อประสงค์จะคุ้มครอง ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ให้กรรมการตรวจสอบการทำงานของกรรมการอื่นด้วยว่าซื่อสัตย์สุจริต หรือไม่ ไม่เช่นนั้นก็จะมึลักษณะการเอาหูไปนาเอาตาไปไร่ในเรื่องที่กรรมการคนอื่นทำ โดยถือว่า ตนไม่เกี่ยวไม่ต้องรับผิดชอบร่วมด้วย ปล่อยให้คนอื่นกระทำการที่ไม่ซื่อสัตย์ แสวงหาผลประโยชน์ ขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทได้ กฎหมายจึงกำหนดให้ความเสียหายอันเกิดจากความไม่ซื่อสัตย์ สุจริตของกรรมการคนใดคนหนึ่งเป็นความเสียหายที่กรรมการทั้งหลายต้องรับผิดชอบร่วมกัน⁴⁸ อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 92 ได้เปิดโอกาสให้กรรมการ แต่ละคนสามารถพิสูจน์ข้อยกเว้นความรับผิดได้

2. นอกจากความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการต่อบริษัททั้ง 7 กรณีตาม มาตรา 91 แล้ว กฎหมายยังกำหนดให้กรรมการต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นและบุคคลซึ่ง เกี่ยวข้องกับบริษัท เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้นด้วย โดยบัญญัติ ไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 94 ว่า

“กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นแก่ผู้ถือหุ้นและ บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัทในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำ ความผิดนั้นด้วย

(1) การแจ้งข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะ การเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทในการเสนอขายหุ้น หุ้นกู้ หรือตราสารการเงินของบริษัท

⁴⁸ สุธาบดี สัตตบุศย์, กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 129-130.

(2) การแสดงข้อความหรือลงรายการในเอกสารที่ยื่นต่อนายทะเบียนโดยข้อความหรือรายการนั้นเป็นเท็จหรือไม่ตรงกับบัญชี ทะเบียน หรือเอกสารของบริษัท

(3) การจัดทำบัญชีและบัญชีกำไรขาดทุน รายงานการประชุมผู้ถือหุ้น หรือรายงานการประชุมคณะกรรมการอันเป็นเท็จ”

3. ความรับผิดของกรรมการอันเกิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและรอบคอบระมัดระวัง กรรมการที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทฐานละเมิด ยกเว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดโทษทางอาญาไว้อย่างชัดเจน⁴⁹

ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามหลัก Fiduciary Duty กล่าวคือ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่บริษัท บริษัทและ/หรือผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี อาจดำเนินการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นหรือขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำ รวมทั้งอาจขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้ โดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 85 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทหรือผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณี อาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อย ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้อยก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

⁴⁹ สุพรรณษา จิโรตติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดของกรรมการ,” หน้า 59.

(2) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้

ผู้ถือหุ้นซึ่งดำเนินการตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้วแต่กรณี”

บทบัญญัติในมาตรานี้ มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับหลักการฟ้องร้องคดีด้วยสิทธิของบริษัท (Derivative Action) ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างกันสามารถพิจารณาได้ ดังนี้

ก. การกำหนดตัวผู้ที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการปฏิบัติผิดหน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด แตกต่างจากในกรณีของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดไว้เพียง 2 ประเภท คือ 1.บริษัท และ 2.ผู้ถือหุ้น (ไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ฟ้องร้องให้กรรมการรับผิดชอบเช่นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169)

ทั้งนี้ การอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัท โดยส่วนรวมหรือที่เรียกว่า "Derivative Action" ของบริษัทมหาชนจำกัดนั้น กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมแตกต่างไป ซึ่งไม่ปรากฏในกรณีของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดจะใช้สิทธิฟ้องร้องแทนบริษัทนั้น กฎหมายกำหนดเอาไว้ว่าต้องเป็น "ผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัท" และก่อนการฟ้อง ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้องแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการเสียก่อน หากแจ้งแล้วบริษัทไม่ดำเนินการ ผู้ถือหุ้นจึงสามารถนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทได้ ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุผลว่ากฎหมายต้องการป้องกันกรณีที่ผู้ถือหุ้นรายย่อยใช้สิทธิที่กฎหมายบัญญัติ

ไว้ในทางที่ไม่ถูกต้อง ทำการก่อกวนไม่เป็นประโยชน์แก่ผู้ใดเลยจนอาจเป็นเหตุในบริษัทล้มเลิกไปในที่สุด⁵⁰

ข. นอกจากฟ้องเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการปฏิบัติผิดหน้าที่เป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายแล้ว ผู้ถือหุ้นยังอาจขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายก็ได้ และยังสามารถขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสองประการนี้ไม่ปรากฏในบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด

ในการขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายนี้ แม้ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้นจริงก็สามารถขอให้ศาลสั่งได้ เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ผู้ถือหุ้นสามารถขัดขวางไม่ให้กรรมการกระทำการตามอำเภอใจเพื่อประโยชน์ของตนเองได้ หรือแม้จะไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของกรรมการนั่นเอง แต่หากเป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ ผู้ถือหุ้นก็สามารถขัดขวางได้ ซึ่งในประเด็นนี้คงจะเป็นประเด็นข้อพิพาทสำคัญที่จะต้องถกเถียงกันต่อไปในอนาคตว่า การกระทำอย่างไรที่จะถือว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายให้กับบริษัท⁵¹ และยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายยังให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่จะร้องขอต่อศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้

ค. ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องร้องแทนบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 85 วรรคสองและวรรคสาม **ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท** (แล้วแต่กรณี) ซึ่งในกรณีของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายไม่ได้กำหนดเอาไว้ เหตุที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขในข้อนี้เอาไว้ เนื่องจากกฎหมายเปิดโอกาสให้เฉพาะผู้ถือหุ้นที่มีส่วนได้เสียอยู่ในขณะกรรมการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับหรืออาจได้รับความเสียหายเท่านั้น เพราะผู้ถือหุ้นที่เข้ามาภายหลัง (อาจจะรับโอนหุ้นมา) ถือว่าไม่มีส่วนได้เสีย จึงไม่สามารถใช้สิทธิตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ได้⁵²

⁵⁰ สุทิน โชติสิงห์, “สถานภาพ อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารและกรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหาร,” หน้า 159.

⁵¹ พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 56.

⁵² สุธาบดี สัตตบุศย์, กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด, หน้า 117.

4. ความรับผิดชอบของกรรมการอันเกิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่จะไม่ทำการค้าแข่งกับบริษัท กรรมการอาจถูกเรียกให้รับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากการที่กรรมการคนนั้นทำการค้าแข่งกับบริษัทได้ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 86 วรรคสองและวรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า

“ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถพิจารณาได้ดังนี้

ก. มาตรานี้เป็นการฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัท ในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายจากการที่กรรมการทำผิดหน้าที่ที่จะไม่ค้าแข่งกับบริษัทตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา มาตรา 86 วรรคแรก

ข. บริษัทต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืน แต่ต้องไม่เกินสองปีนับแต่วันที่กรรมการคนดังกล่าวกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งแตกต่างการฟ้องเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการในกรณีที่กรรมการฝ่าฝืนหรือปฏิบัติผิดหน้าที่โดยทั่วไปซึ่งถือเป็นการทำละเมิดต่อบริษัทและอายุความในการฟ้องร้องคดีเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 448

ค. ในกรณีที่บริษัทไม่ยอมดำเนินการฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทจากความเสียหายที่กรรมการทำผิดหน้าที่ที่จะไม่ค้าแข่งกับบริษัท ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ ถ้าผู้ถือหุ้นดังกล่าวได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องและบริษัทไม่ยอมดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง หรืออายุความ

ตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 86 วรรคสอง นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นอาจขอให้ศาลสั่งให้กรรมการระงับการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท และยังสามารถขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้ โดยได้อนุโลมให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจจะทำให้บริษัทเสียหายแล้วแต่กรณี

2.2.4 ข้อยกเว้นความรับผิดของกรรมการ

1. ข้อยกเว้นความรับผิดของกรรมการตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 92 ซึ่งเป็นการยกเว้นความรับผิดของกรรมการจากการปฏิบัติฝ่าฝืนหรือผิดหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 91 โดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 92 บัญญัติไว้ว่า

“กรรมการไม่ต้องรับผิดตามมาตรา 91 ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) พิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ร่วมกระทำกิจการนั้นๆ หรือกิจการดังกล่าวได้กระทำไปโดยมิได้อาศัยมติของที่ประชุมคณะกรรมการ

(2) ได้คัดค้านในที่ประชุมคณะกรรมการโดยปรากฏในรายงานการประชุมหรือได้ทำหนังสือยื่นต่อประธานที่ประชุมภายในสามวันนับแต่สิ้นสุดการประชุม”

ตามมาตรา 91 นั้น กรรมการต้องร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทจากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกรณีทั้ง 7 ในมาตราดังกล่าว และถ้าบริษัทไม่ได้รับความเสียหายก็ไม่ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม แม้จะเข้ากรณีทั้ง 7 แล้ว ก็มิได้หมายความว่ากรรมการจะต้องรับผิดชอบร่วมกันเสมอไป ถ้ากรรมการคนอื่นที่มีได้กระทำความผิดสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ร่วมกระทำกิจการนั้นๆ หรือกิจการดังกล่าวได้กระทำไปโดยมิได้อาศัยมติของที่ประชุมคณะกรรมการ โดยปรากฏในรายงานการประชุมหรือได้ทำหนังสือยื่นต่อประธานที่ประชุมภายใน 3 วันนับแต่สิ้นสุดการประชุม ภาระการพิสูจน์จึงตกแก่กรรมการอื่น ๆ ที่มีได้เป็นผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน⁵³

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 123-124.

2. ข้อยกเว้นความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการที่มีต่อผู้ถือหุ้นและบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัท ในกรณีที่กรรมการพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 94 (โดยกรรมการไม่ต้องทำคำคัดค้านเหมือนอย่างกรณีความรับผิดชอบร่วมกันของกรรมการต่อบริษัท)

3. การหลุดพ้นจากความรับผิดโดยการที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุมัติหรือให้สัตยาบันในการกระทำของกรรมการ โดยการนำเรื่องที่ตนดำเนินการไม่ว่าจะเกิดความเสียหายแก่บริษัทแล้วหรือไม่ก็ตามเข้าสู่การประชุมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อพิจารณา เมื่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้อนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้วกรรมการก็จะพ้นจากความรับผิด แม้ความเสียหายจะเกิดภายหลังจากนั้นก็ตาม ซึ่งกรรมการในบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้อนุมัติ โดยผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้อนุมัติยังสามารถฟ้องกรรมการได้ภายในหกเดือนนับแต่วันที่ที่ประชุมใหญ่ได้อนุมัติการนั้นๆ แล้ว แต่สำหรับกรรมการบริษัทมหาชนนั้น เมื่อได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแล้ว แม้จะมีผู้ถือหุ้นบางคนคัดค้าน กรรมการก็พ้นจากความรับผิดไปโดยสิ้นเชิงตั้งแต่เมื่อที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอนุมัติแล้ว⁵⁴ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 95 ว่า

“กรรมการคนใดกระทำการใดที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว แม้ต่อมาจะมีการเพิกถอนมตินั้น กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดในการกระทำนั้นต่อบริษัท ผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท”

บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดของกรรมการตามกฎหมาย ซึ่งบัญญัติขึ้นสอดคล้องกับมาตรา 1170 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีเหตุผลที่ไม่ยอมให้บริษัทและผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการเมื่อการกระทำของกรรมการได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่แล้วเช่นเดียวกันกับในบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเนื่องมาจากบริษัทเป็นนิติบุคคลแยกจากผู้ถือหุ้น การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทย่อมเป็นเรื่องที่บริษัทจะพิจารณาว่าสมควรฟ้องหรือไม่ ถ้าที่ประชุมใหญ่มีมติให้กรรมการกระทำการอย่างใดหรืออนุมัติรับรองการกระทำใดๆ ของกรรมการแล้ว แม้การนั้นจะเป็นที่เสียหายต่อบริษัท เมื่อบริษัทไม่สนใจเอาเรื่องบริษัทหรือผู้ถือหุ้นก็ย่อมมาฟ้องร้องกรรมการอีกไม่ได้

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 125.

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดโทษอาญาเอาไว้ อย่างชัดเจน เช่น มาตรา 88 และมาตรา 89 มีความเห็นว่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่อาจอนุมัติหรือให้สัตยาบันแก่การกระทำของกรรมการได้⁵⁵

2.3 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ (บริษัทจดทะเบียน) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นั้น บทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทจดทะเบียน ซึ่งเป็นบริษัทมหาชนจำกัดนั้นบัญญัติไว้อยู่เฉพาะในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 เท่านั้น ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทจดทะเบียนไว้เช่นกัน เพื่อเสริมสร้างการบริหารจัดการที่ดีของบริษัทที่มีการระดมทุนในตลาดทุนในด้านหน้าที่ความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร⁵⁶ ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียนจึงต้องพิจารณาพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับควบคู่กัน โดยหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ที่นำมาศึกษาประกอบการวิจัยในครั้งนี้ พอจะสรุปได้ ดังนี้

2.3.1 หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of Care)

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) มาตรา 89/7 บัญญัติไว้ ดังนี้

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัทและมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น”

⁵⁵ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 62.

⁵⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

บทบัญญัติในมาตรานี้ มีเนื้อหาทำนองเดียวกับมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งมีได้บัญญัติถึงมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเอาไว้ และเพื่อให้กรรมการบริษัทจดทะเบียนปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามมาตรฐาน มีการตัดสินใจทางธุรกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้นตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี⁵⁷ เมื่อมีการแก้ไขในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 จึงได้เพิ่มเติมหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังให้ชัดเจนขึ้น โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น คือ

1) **มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง** โดยในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง กรรมการต้อง **กระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบการ** เช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน (พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/8 วรรคแรก)

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่า หน้าที่ของกรรมการในการบริหารกิจการของบริษัทด้วยความระมัดระวังตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 มิได้บัญญัติกำหนดมาตรฐานของการใช้ความระมัดระวังของกรรมการว่าต้องใช้ความระมัดระวังเหมือนกรรมการในระดับบริษัทจำกัดที่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในระดับมาตรฐานของบุคคลค้าขายผู้ประกอบการด้วยความระมัดระวัง แต่ด้วยเหตุที่บริษัทมหาชนเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประชาชนและผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมาก ดังนั้น จึงถือกันว่ากรรมการของบริษัทมหาชนควรจะต้องใช้ความระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทด้วยระดับที่ไม่ต่ำกว่ากรรมการในบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด)

อย่างไรก็ดี เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ปัญหาดังกล่าวจะหมดไปสำหรับบริษัทมหาชนจำกัดที่เป็นบริษัทจดทะเบียน เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า กรรมการบริษัทจดทะเบียนต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบการ เช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน ไม่ต้องมีการตีความกันอีก

⁵⁷ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 64.

2) หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule⁵⁸) ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการนั้นเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทางธุรกิจ (Decision Making) เนื่องจากกรรมการจะถูกคาดหวังว่าจะต้องตัดสินใจในเชิงธุรกิจที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อบริษัท โดยจะต้องตัดสินใจด้วยความระมัดระวังรอบคอบเช่นวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน (เยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน) รวมทั้งวางอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่เชื่อถือได้⁵⁹ กฎหมายจึงได้นำเอาหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หรือ Business Judgment Rule มาบัญญัติไว้เป็นบทสันนิษฐานถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวังของกรรมการ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/8 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว การตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่าในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติถึงหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หรือ Business Judgment Rule ในลักษณะที่เป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย และเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดด้วย กล่าวคือ หากกรรมการสามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่าตนได้ปฏิบัติครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว คู่พิพาทหรือคู่กรณีอีกฝ่ายจะไม่สามารถนำข้อเท็จจริงอื่นใดมาพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนี้ได้อีก ซึ่งผู้วิจัยจะนำเสนอโดย

⁵⁸ในตำราภาษาอังกฤษบางเล่มเขียนว่า “Business Judgement Rule”

⁵⁹สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการค้ากับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 65.

ละเอียดในส่วนถัดไป ทั้งนี้ สามารถแยกองค์ประกอบของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามมาตรานี้ได้ 4 ประการ ดังนี้

1. **ต้องมีการตัดสินใจ** ซึ่งการตัดสินใจของกรรมการในข้อนี้ น่าจะมีความหมายรวมทั้งการกระทำและงดเว้นการกระทำ

2. **การตัดสินใจนั้นเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท** โดยคำว่า “เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ” หมายถึง การตัดสินใจกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดๆ ของกรรมการได้คำนึงถึงประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัท และเหนือกว่าประโยชน์ของบุคคลอื่น ซึ่งน่าจะหมายความรวมถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวมทุกคน และถึงแม้ว่าผลของการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น บริษัทจะไม่ได้รับ “ประโยชน์สูงสุด (best interest)” ก็ตาม ถือได้ว่ากรรมการผู้นั้นหรือคณะกรรมการได้ตัดสินใจด้วยความระมัดระวังรอบคอบแล้ว⁶⁰ อย่างไรก็ดี ควรต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

3. **การตัดสินใจนั้นได้กระทำไปบนพื้นฐานของข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ** การตัดสินใจของกรรมการในบริษัทจดทะเบียนมักอยู่ในรูปของมติคณะกรรมการ ซึ่งกระบวนการลงมติของคณะกรรมการจะต้องมีข้อมูลที่ครบถ้วนและเพียงพอ เพื่อให้กรรมการแต่ละท่านได้ตัดสินใจลงมติ โดยคณะกรรมการอาจแต่งตั้งให้ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นหรือหน่วยงานในบริษัทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาตัดสินใจของคณะกรรมการ หรืออาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญภายนอก เช่น ที่ปรึกษาทางการเงิน ที่ปรึกษาทางกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญเรื่องภาษี เพื่อให้ความเห็นที่เป็นอิสระ (Fairness Opinion) แก่คณะกรรมการประกอบการตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ ทั้งนี้ กรรมการจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจลงมติโดยจะเชื่อถือในข้อมูลนั้นหรือไม่ก็ได้ แต่การตัดสินใจของกรรมการตามคำแนะนำของที่ปรึกษาจากภายนอกหรือการพิจารณาประกอบกับความเห็นที่เป็นอิสระ (Fairness Opinion) อาจสามารถนำมาใช้เป็นบทพิสูจน์การทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการประการหนึ่งได้

อย่างไรก็ดี การจ้างหรือการแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญภายนอกเพื่อให้คำปรึกษาแก่กรรมการบริษัท คณะกรรมการต้องใช้ความรอบคอบและระมัดระวังในการพิจารณาคัดสรรแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญภายนอกด้วยเช่นกัน โดยกรรมการควรพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถ

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

ความเชี่ยวชาญ ตลอดจนความเป็นอิสระของผู้เชี่ยวชาญภายนอกที่จะมาเป็นที่ปรึกษาให้แก่คณะกรรมการด้วยเช่นกัน

4. กรรมการต้องไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น

ส่วนได้เสียทางตรง คือ กรรมการมีส่วนได้เสียโดยตรงในการทำสัญญากับบริษัท เช่น นายหนึ่งเป็นกรรมการบริษัท A – Land จำกัด (มหาชน) ประกอบธุรกิจให้เช่าพื้นที่อาคารสำนักงาน นอกจากนี้ นายหนึ่งยังเป็นเจ้าของบริษัท Safety จำกัด ประกอบธุรกิจรักษาความปลอดภัยของอาคารรวมทั้งจำหน่ายอุปกรณ์ติดตั้งรักษาความปลอดภัยของอาคาร ต่อมาบริษัท A – Land จำกัด (มหาชน) ได้ว่าจ้างบริษัท Safety จำกัด ให้เป็นผู้ดูแลรักษาความปลอดภัยของอาคาร เช่นนี้ถือว่า นายหนึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในการตัดสินใจ⁶¹

ส่วนได้เสียทางอ้อม เช่น ผลของการที่บริษัททำสัญญากับบุคคลอื่น ทำให้กรรมการได้รับประโยชน์โดยอ้อม เช่น บริษัท A – Land จำกัด (มหาชน) ได้ว่าจ้างบริษัท Best Guard จำกัด ให้เป็นผู้ดูแลรักษาความปลอดภัยของอาคาร บริษัท Best Guard ได้ทำสัญญาซื้ออุปกรณ์รักษาความปลอดภัยจากบริษัท Safety จำกัด เช่นนี้ถือว่า นายหนึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยอ้อมในการตัดสินใจ⁶²

นอกจากนี้ การตัดสินใจของกรรมการที่ทำให้ผู้เกี่ยวข้องกับกรรมการ เช่น คู่สมรสหรือบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ได้รับประโยชน์ถือว่าเป็นการที่กรรมการมีส่วนได้เสียทางอ้อมด้วย⁶³

ทั้งนี้ กรรมการที่จะได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายในผลร้ายจากการตัดสินใจของตนตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ในมาตรานี้ กรรมการต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบครบถ้วนทั้ง 4 ข้อ แต่หากไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ครบทั้ง 4 ข้อ กรรมการคนนั้นก็ยังคงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการตัดสินใจนั้นโดยทันที เพียงแต่จะไม่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรอบคอบตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

วัตถุประสงค์ของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ มีดังนี้

1. เพื่อเป็นเกราะป้องกัน (Safe Harbor) คุ้มครองการตัดสินใจของกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและระมัดระวัง เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบในผลร้ายของการตัดสินใจนั้น
2. เพื่อเป็นการสนับสนุนการทำหน้าที่ของกรรมการซึ่งเป็นผู้ที่ต้องรับความเสี่ยงในความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นอย่างไม่เต็มใจ
3. เพื่อสนับสนุนให้องค์ธุรกิจ (บริษัทจดทะเบียน) ลดความเสี่ยงของการตัดสินใจที่ผิดพลาดของกรรมการ⁶⁴
4. เพื่อป้องกันการเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินธุรกิจของบริษัทโดยอำนาจศาลโดยไม่พึงประสงค์⁶⁵

ประโยชน์ของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น นอกจากจะเป็นประโยชน์แก่ตัวกรรมการ เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวแล้ว ยังมีประโยชน์ต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอื่นอีกหลายประการด้วยกัน โดยสามารถสรุปได้ดังนี้

● ประโยชน์โดยตรง

1. เป็นกรอบมาตรฐานในการตัดสินใจของกรรมการ
2. ทำให้กรรมการและผู้บริหารมีความตระหนักถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของตน
3. เพื่อลดความเสี่ยงจากการบริหารกิจการโดยปราศจากความระมัดระวัง
4. กรรมการและผู้บริหารจะเกิดการพัฒนาและฝึกฝน ตลอดจนมีความกระตือรือร้นในการรับฟังข้อมูลข่าวสาร เพื่อให้เกิดความรู้ความชำนาญ

⁶⁴ Bayer v. Beran, 49 N.Y.S.2d 2 (Sup. Ct. 1944)

⁶⁵ Joy v. North, 692 F.2d 880, 886 (2d Cir. 1982)

● ประโยชน์โดยอ้อม

1. การใช้ความระมัดระวังในการตัดสินใจของกรรมการเป็นการลดความเสี่ยงที่กรรมการจะตัดสินใจหรือดำเนินการใดๆ ไปตามอำเภอใจ โดยกรรมการต้องพิจารณาประกอบข้อมูลต่างๆ ก่อนตัดสินใจ ดังนั้น จึงน่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ (กำไร) แก่บริษัทมากยิ่งขึ้น

2. ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เนื่องจากกรรมการกล้าที่จะคิดและลงทุนในสิ่งแปลกใหม่หรือมีความท้าทายมากขึ้น เนื่องจากไม่ต้องเกรงกลัวว่าจะต้องรับผิดชอบหากเกิดผลร้ายจากการตัดสินใจนั้น

3. ส่งเสริมให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถเข้ามาเป็นกรรมการ เพื่อบริหารกิจการให้เจริญเติบโตยิ่งขึ้น เนื่องจากบุคคลดังกล่าวไม่ต้องกังวลว่าตนเองจะต้องรับผิดชอบต่อผลร้ายที่อาจเกิดขึ้นแก่บริษัท

3) **ปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง** ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นอกจากจะเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ยังได้เพิ่มเติมปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการบริษัทจดทะเบียนอีกด้วย เพื่อให้ประกอบการศึกษาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการ โดยในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/9 ได้บัญญัติไว้ว่า

“ในการพิจารณาว่ากรรมการหรือผู้บริหารแต่ละคนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่ ให้คำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) ตำแหน่งในบริษัทที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ ณ เวลานั้น
- (2) ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าวตามที่กำหนดโดยกฎหมายหรือตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ และ
- (3) คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง”

โดยกฎหมายได้กำหนดปัจจัยที่จะใช้ในการพิจารณาถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการแต่ละคนว่ากรรมการแต่ละคนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่ โดยให้พิจารณาปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ ประกอบด้วย

1. ตำแหน่งที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ในขณะนั้น เช่น ตำแหน่งประธานคณะกรรมการ หรือกรรมการผู้จัดการ ซึ่งน่าจะต้องมีความรับผิดชอบและมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่ากรรมการทั่วไป
2. ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าว ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 1.ขอบเขตความรับผิดชอบตามที่กำหนดโดยกฎหมาย เช่น ประธานกรรมการ กรรมการอิสระ กรรมการตรวจสอบ เป็นต้น และ 2.ขอบเขตความรับผิดชอบตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ เช่น กรรมการที่มีตำแหน่งทางบริหารเป็นหัวหน้าเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการฝ่ายการเงิน (Chief Financial Officer) น่าจะต้องใช้ความระมัดระวังในการตัดสินใจด้านการเงินมากกว่ากรรมการทั่วไป
3. คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง เนื่องจากคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ของกรรมการแต่ละคนมีความแตกต่างกัน มาตรฐานการใช้ความชำนาญจึงต้องพิจารณาของกรรมการแต่ละคนแยกจากกัน

2.3.2 หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และไม่กระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

นอกจากกรรมการจะมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินกิจการของบริษัทด้วยความรอบคอบระมัดระวังแล้ว กรรมการยังต้องดำเนินกิจการของบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายหลักทรัพย์จึงได้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตให้ชัดเจนยิ่งขึ้น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/10 จึงบัญญัติว่า

“ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการและผู้บริหารต้อง

- (1) กระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

- (2) **กระทำการที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม และ**
- (3) **ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ”**

ในมาตรานี้ มีลักษณะเป็นมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตกรรมการต้อง⁶⁶

1. **กระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ** หมายถึง ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

2. **กระทำการโดยที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม** โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของบริษัท และมีแนวทางพิจารณาเช่นเดียวกับหน้าที่ตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535

3. **ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ** โดยกฎหมายกำหนดบทสันนิษฐานการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ซื่อสัตย์สุจริตไว้ในมาตรา 89/11

บทสันนิษฐานการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ซื่อสัตย์สุจริต (กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ) ในมาตรา 89/11 พระราชบัญญัติเดียวกันนี้ ได้กำหนดบทสันนิษฐานถึงการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญไว้ โดยวางหลักไว้ในมาตรา 89/11 ว่า

“การกระทำดังต่อไปนี้ ซึ่งเป็นผลให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

⁶⁶ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 73.

(1) การทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง โดยไม่เป็นไปตามมาตรา 89/12⁶⁷ หรือมาตรา 89/13⁶⁸

⁶⁷ มาตรา 89/12 “กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องจะกระทำธุรกรรมกับบริษัทหรือบริษัทย่อยได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าวได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว เว้นแต่ธุรกรรมดังกล่าวจะเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ธุรกรรมที่เป็นข้อตกลงทางการค้าในลักษณะเดียวกับที่วิญญูชนจะพึงกระทำกับคู่สัญญาทั่วไปในสถานการณ์เดียวกัน ด้วยอำนาจต่อรองทางการค้าที่ปราศจากอิทธิพลในการที่ตนมีสถานะเป็นกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี และเป็นข้อตกลงทางการค้าที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการหรือเป็นไปตามหลักการที่คณะกรรมการอนุมัติไว้แล้ว

(2) การให้กู้ยืมเงินตามระเบียบสงเคราะห์พนักงานและลูกจ้าง

(3) ธุรกรรมที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งของบริษัทหรือคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสถานะเป็น

(ก) บริษัทย่อยที่บริษัทเป็นผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละเก้าสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทย่อย หรือ

(ข) บริษัทย่อยที่กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ถือหุ้นหรือมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ไม่เกินจำนวน อัตรา หรือมีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

(4) ธุรกรรมในประเภทหรือที่มีมูลค่าไม่เกินจำนวนหรืออัตราที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

ในการประกาศกำหนดตาม (3) (ข) หรือ (4) คณะกรรมการกำกับตลาดทุนอาจกำหนดให้ธุรกรรมที่กำหนดต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการด้วยก็ได้

มีให้นำความในมาตรา 87 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทหรือบริษัทย่อย”

⁶⁸ มาตรา 89/13 “ในกรณีมีเหตุสมควร โดยพิจารณาจากผลของธุรกรรมที่มีนัยสำคัญต่อบริษัทหรือความสัมพันธ์ของธุรกรรมกับธุรกิจปกติของบริษัท ให้คณะกรรมการกำกับตลาดทุนมีอำนาจประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ เพื่อใช้บังคับกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้

(1) การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมดังกล่าวต่อผู้ลงทุนเป็นการทั่วไปหรือในหนังสือนัดประชุมคณะกรรมการหรือหนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้น

(2) จำนวนคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว

(3) หลักเกณฑ์ในการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงการจัดให้มีบัตรออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น การจัดให้มีผู้ตรวจการการประชุม หรือการพิจารณาส่วนได้เสียเป็นพิเศษของผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียง”

(2) การใช้ข้อมูลของบริษัทที่ล่วงรู้มา เว้นแต่เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว หรือ

(3) การใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติทั่วไปตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด”

ทั้งนี้ การปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต อาจมีความกว้างกว่าความหมายทั่วไปของคำว่า “ซื่อสัตย์สุจริต” เนื่องจากความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการนั้น จะหมายความรวมถึง

- การกระทำที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบ (proper purpose)
- การกระทำนั้นไม่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) ไม่ว่าจะ
จะเป็นผลประโยชน์ของกรรมการเองโดยตรงหรือผลประโยชน์ของบุคคลอื่นที่
ตัวกรรมการมีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น ประโยชน์ของครอบครัว ญาติ พี่น้อง เป็นต้น
เว้นแต่การกระทำนั้นจะผ่านการตัดสินใจจากผู้ไม่มีส่วนได้เสีย ซึ่งเห็นว่าเป็น
ประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว
- การไม่นำข้อมูลหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือ
เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

นอกจากหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) แล้ว กรรมการบริษัทจดทะเบียนยังมีหน้าที่อื่นๆ
เพิ่มเติมจากการเป็นกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้เป็นบริษัทจดทะเบียนอีก ตามที่ได้แก้ไข
เพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 เช่น หน้าที่ใน
การรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง⁶⁹ หรือ
หน้าที่ในการจัดให้มีการแต่งตั้งเลขานุการบริษัทเพื่อทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการจัดทำและ
จัดเก็บเอกสารทางทะเบียนที่สำคัญของบริษัท⁷⁰ เป็นต้น

⁶⁹ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/14

⁷⁰ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/15

2.3.3 ความรับผิดชอบของกรรมการ

นอกจากการดำเนินการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 85 และ มาตรา 86 ที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/18 ยังได้กำหนดช่องทางให้มีการฟ้องร้องกรรมการที่กระทำผิดหน้าที่ได้อีกช่องทางหนึ่ง โดยบัญญัติว่า

“นอกจากการดำเนินการกับกรรมการตามมาตรา 85 และมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แล้ว ในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบ บริษัทอาจฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ดังกล่าวให้แก่บริษัทได้

ในกรณีผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว และบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง ผู้ถือหุ้นดังกล่าวสามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนประโยชน์ตามวรรคหนึ่งแทนบริษัทได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดำเนินการกับกรรมการตามมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด เห็นว่าการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปโดยสุจริต ให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้บริษัทชดใช้ค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิดังกล่าว และเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่ายดังกล่าว ให้ศาลมีอำนาจเรียกให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าว พิจารณาได้ดังนี้

1. การฟ้องร้องตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/18 นี้ ต้องเป็นกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต และเป็นเหตุให้กรรมการหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบ จึงจะเกิดสิทธิในการฟ้องร้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบส่งคืนประโยชน์ให้แก่บริษัท แต่ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 85 เป็นกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท อันเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย กล่าวคือ เพียงแต่บริษัทได้รับความเสียหายโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้ใดได้รับประโยชน์จากการนั้นก็เกิดสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการแล้ว ความรับผิดชอบของกรรมการตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 จึงไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำหรือละเว้นกระทำนั้นทำให้กรรมการหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบหรือไม่

2. ในวรรคสองกฎหมายได้อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียนมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทโดยส่วนรวม หรือ “Derivative Action” เช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดที่ไม่ได้เป็นบริษัทจดทะเบียนตามที่ได้กล่าวไปแล้ว โดยกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขว่า ผู้ถือหุ้นที่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องแทนบริษัทต้องถือหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท กล่าวคือ กฎหมายได้คำนึงถึงทั้งจำนวนหุ้นที่ถือและจำนวนสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นด้วย ซึ่งแตกต่างจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 85

นอกจากนั้น ก่อนการฟ้องร้องคดีแทนบริษัท ผู้ถือหุ้นดังกล่าวต้องทำการแจ้งเป็นหนังสือเพื่อให้บริษัทดำเนินการฟ้องร้องกรรมการที่กระทำการหรือละเว้นกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ตามวรรคแรกก่อน และหากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจึงจะสามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนประโยชน์แทนบริษัทได้

3. หากศาลเห็นว่ากรณีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องคดีแทนบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทโดยส่วนรวมเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต ศาลอาจกำหนดให้บริษัทชดใช้ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินคดีที่เกิดขึ้นจริงแก่ผู้ถือหุ้นได้ และยังกำหนดให้ศาลมีอำนาจเรียกบริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีเพื่อการชดใช้ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินคดีด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการจูงใจให้แก่ผู้ถือหุ้นที่จะทำการฟ้องร้องคดีแทนบริษัท เนื่องจากการฟ้องร้องคดีเรียกคืนผลประโยชน์ที่กรรมการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องของกรรมการได้รับไปโดยมิชอบจากการเป็นกรรมการบริษัทนั้นเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของบริษัทโดยส่วนรวม ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องร้องคดีแทนบริษัทก็ถือว่าเป็นการทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทเช่นกัน หากกฎหมายไม่กำหนดให้บริษัทชดใช้ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินคดีให้แก่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเองทั้งหมดซึ่งไม่เป็นการส่งเสริมให้ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท

นอกจากความรับผิดทางแพ่งแล้ว พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ที่แก้ไขโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 ยังกำหนดให้กรรมการมีความรับผิดทางอาญาจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริตตามมาตรา 89/7 ด้วย โดยในมาตรา 281/2 ได้บัญญัติไว้ว่า

“กรรมการหรือผู้บริหารบริษัทผู้ใดไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายหรือทำให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตตามบทบัญญัติในมาตรานี้ ดังนี้⁷¹

1. ความรับผิดตามมาตรา 281/2 จะต้องมีความเสียหายที่แท้จริงเกิดขึ้น ต่างจากกรณีตามมาตรา 89/18 ซึ่งให้สิทธิแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นฟ้องเรียกผลประโยชน์คืนจากกรรมการที่ได้รับไปโดยมิชอบ แม้ว่าบริษัทจะยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้นกับบริษัทก็ตาม

2. แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีที่กรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ตามมาตรา 89/7 จะน้อยกว่าห้าแสนบาท กรรมการต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนด โดยค่าปรับในส่วนที่เกินความเสียหายนั้นต้องนำส่งให้แก่รัฐ โดยมีได้ตกแก่ผู้เสียหายหรือบริษัทแต่อย่างใด

3. บริษัทไม่สามารถกำหนดข้อบังคับยกเว้นความรับผิดของกรรมการที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามมาตรา 89/7 ไม่ว่าในกรณีใดๆ เนื่องจากเป็นกรณีที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดเจนโดย

⁷¹ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดของกรรมการ,” หน้า 82.

กฎหมาย และมีโทษปรับซึ่งเป็นโทษทางอาญา และเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หากฝ่าฝืน ข้อบังคับจะตกเป็นโมฆะ

2.3.4 ข้อห้ามกรรมการใช้มติหรือการให้สัตยาบันของคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นข้ออ้างให้ตนพ้นความรับผิดชอบ

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/21 บัญญัติว่า

“กรรมการหรือผู้บริหารที่กระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรือเสียประโยชน์ที่ควรได้ จะยกเหตุที่ได้รับอนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือคณะกรรมการมาทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบมิได้

การกระทำการหรือละเว้นกระทำการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกรณีดังต่อไปนี้ด้วย

(1) การขอมติคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยแสดงข้อความที่เป็นเท็จในสาระสำคัญหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ

(2) กรณีที่เกี่ยวข้องกับการเบียดบังเอาทรัพย์สินหรือประโยชน์ของบริษัท

(3) กรณีที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของบริษัท”

ข้อห้ามในเรื่องนี้เป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักเรื่องการอนุมัติหรือให้สัตยาบันในการกระทำของกรรมการโดยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ที่ได้กล่าวไว้แล้วก่อนหน้านี้ โดยบัญญัติห้ามกรรมการใช้วิธีการอนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือคณะกรรมการมาทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบที่ได้กระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรือเสียประโยชน์ที่ควรได้

การที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 บัญญัติห้ามในเรื่องนี้ไว้ โดยที่ไม่สอดคล้องกับหลักเรื่องการอนุมัติหรือให้สัตยาบันในการกระทำของกรรมการโดยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ที่ได้กล่าวไว้แล้วก่อนหน้านี้ น่าจะมีเหตุผลอันเนื่องมาจากลักษณะโครงสร้างของผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียนใน

ประเทศไทยที่มีพื้นฐานมาจากการเป็นบริษัทครอบครัวเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งประกอบไปด้วยกลุ่มผู้ถือหุ้นใหญ่ (มีจำนวนผู้ถือหุ้นน้อยรายแต่มีเสียงกลุ่มใหญ่หรือเสียงข้างมาก) กับผู้ถือหุ้นรายย่อย (มีผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมากแต่เป็นเสียงข้างน้อยหรือมีเสียงกระจัดกระจาย) โดยกลุ่มผู้ถือหุ้นใหญ่จะส่งคนเข้ามาเป็นกรรมการหรือผู้บริหาร เพื่อปกป้องและรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ดังนั้น หากปล่อยให้กรรมการที่ทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงสามารถยกเหตุที่ได้รับอนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น (เสียงข้างมาก) หรือคณะกรรมการมาทำให้หลุดพ้นจากความรับผิด ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้ถือหุ้นรายย่อยซึ่งมีเป็นจำนวนมาก จึงถือได้ว่าข้อห้ามนี้เป็นมาตรการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อย (Minority Protection) วิธีการหนึ่ง

ข้อสังเกต การห้ามกรรมการใช้มติหรือการให้สัตยาบันของคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นข้ออ้างให้ตนพ้นความรับผิดในข้อนี้ จำกัดเฉพาะเพียงการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และมีได้เป็นการห้ามคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการให้สัตยาบันแก่การกระทำหรือละเว้นการกระทำของกรรมการแต่อย่างใด เพียงแต่กรรมการผู้นั้นจะนำการให้สัตยาบันนั้นมาใช้เป็นข้ออ้างเพื่อยกเว้นความรับผิดมิได้

2.4 ขอบเขตของการบังคับใช้หลักเกณฑ์เรื่องหน้าที่และความรับผิดของกรรมการ (บริษัทจดทะเบียน) ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

2.4.1 ขอบเขตในระดับบุคคล

บุคคลที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เรื่องหน้าที่และความรับผิดของกรรมการตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้แก่

- กรรมการบริษัท
- ผู้บริหาร ได้แก่ ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการบริหารงานของบริษัทจดทะเบียน ไม่ว่าโดยพฤตินัยหรือโดยได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนกำหนด⁷²

⁷² ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 23/2551 เรื่อง กำหนดบทนิยามผู้บริหารเพื่อการปฏิบัติตามหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ข้อ 1 กำหนดไว้ดังนี้

- ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน และกรรมการผู้บริหารของบริษัท ในกรณีที่บริษัทจดทะเบียนปฏิบัติตามแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายล้มละลาย
- ผู้ชำระบัญชี
- กรรมการและผู้บริหารของบริษัทย่อย⁷³
- เลขานุการบริษัท

2.4.2 ขอบเขตในระดับบริษัท

ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ หมวด 3/1 การบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ ได้กำหนดนิยามของคำว่า “บริษัท” ไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 89/1 ดังนี้

“บริษัท” หมายความว่า

(1) บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับอนุญาตให้เสนอขายหุ้นต่อประชาชน เว้นแต่บริษัทมหาชนที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด⁷⁴

“เว้นแต่จะมีประกาศกำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นประการอื่น “ผู้บริหาร” ของบริษัทหรือบริษัทย่อยตามหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 หมายความว่า ผู้จัดการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารที่รายชื่อรายแรกนับต่อจากผู้จัดการลงมา ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่ากับผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารรายชื่อที่สี่ทุกราย และให้หมายความรวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารในสายงานบัญชีหรือการเงินที่เป็นระดับผู้จัดการฝ่ายขึ้นไปหรือเทียบเท่า”

⁷³ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/1

“.. “บริษัทย่อย” หมายความว่า

- (1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่บริษัทมีอำนาจควบคุมกิจการ
- (2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่บริษัทย่อยตาม (1) มีอำนาจควบคุมกิจการ...”

⁷⁴ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 22/2551 เรื่อง กำหนดลักษณะของบริษัทที่ได้รับยกเว้นไม่อยู่ภายใต้บังคับของหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ข้อ 2 กำหนดไว้ ดังนี้

(2) บริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์”

“ให้บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับอนุญาตให้เสนอขายหุ้นต่อประชาชน และมีลักษณะดังต่อไปนี้ได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้บังคับของหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

(1) บริษัทที่ได้ดำเนินการเพิกถอนหุ้นของตนจากการเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ โดยความสมัครใจ และบริษัทได้จัดให้มีการเสนอซื้อหุ้นจากผู้ถือหุ้นทั้งหมดแล้วตามข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน และภายหลังการเสนอซื้อ มีผู้ถือหุ้นรายอื่นซึ่งมิใช่ผู้ทำคำเสนอซื้อ บุคคลที่ร่วมกันตามมาตรา 247 และผู้ที่เกี่ยวข้องของแต่ละบุคคลดังกล่าวถือหุ้นรวมกันไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัท

เพื่อประโยชน์ตาม (1) “ผู้ที่เกี่ยวข้อง” หมายความว่า บุคคลตามมาตรา 258 (1) ถึง (9)

(2) บริษัทที่มีได้มีหุ้นเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ และมีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(ก) บริษัทที่ไม่มีการกระจายหุ้นในวงกว้าง ซึ่งเคยเสนอขายหุ้นโดยไม่มีหน้าที่ยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์ หรือยื่นแบบดังกล่าวต่อสำนักงานแล้ว แต่ยังไม่ีผลใช้บังคับ หรือไม่สามารถขายหุ้นได้ภายในระยะเวลาที่สำนักงานอนุญาต

(ข) ภายหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาที่สำนักงานอนุญาตให้เสนอขายหุ้นตามคำขออนุญาตแล้ว บริษัทมีจำนวนผู้ถือหุ้นรวมกันไม่เกินหนึ่งร้อยราย

(ค) บริษัทที่ถูศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์เด็ดขาด

(ง) บริษัทที่เป็นสถาบันการเงินที่ถูกระงับการดำเนินกิจการตามคำสั่งของเจ้าพนักงานหรือหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

(จ) บริษัทที่ได้รับอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ต่อผู้ลงทุนในต่างประเทศ และมีได้มีหน้าที่จัดทำและส่งรายงานเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทต่อสำนักงานตามมาตรา 56 เนื่องจากการเสนอขายหุ้น

(3) บริษัทต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้เสนอขายหลักทรัพย์ต่อกรรมการหรือพนักงานของบริษัท บริษัทร่วม บริษัทย่อย หรือสาขาของบริษัทดังกล่าว ในประเทศไทย

บริษัทตามวรรคหนึ่ง (1) และ (2) (ข) ที่มีจำนวนผู้ถือหุ้นเกินกว่าที่กำหนดไว้ในแต่ละกรณีดังกล่าว หากได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้ถือหุ้นทุกรายว่าไม่ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ให้ได้รับยกเว้นไม่อยู่ภายใต้บังคับของหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย”

บทที่ 3

ภาระการพิสูจน์การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวัง ตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

3.1 ภาระการพิสูจน์ตามกฎหมายไทย¹

3.1.1 ความหมายของภาระการพิสูจน์

ภาระการพิสูจน์ หรือ Burden of Proof เป็นหลักกฎหมายพยานที่สำคัญอย่างมากหลักหนึ่ง โดยมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่มีได้บัญญัติบทนิยามหรือความหมายอย่างชัดเจนไว้

อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์ ประมุข สุวรรณศรี ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “ภาระการพิสูจน์ หมายถึง หน้าที่ที่คู่ความฝ่ายหนึ่งจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้ศาลเห็นความจริงตามที่กล่าวอ้าง”²

นอกจากนั้น ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนากร ได้อธิบายว่า “ภาระการพิสูจน์ หมายถึง หน้าที่ของคู่ความที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามข้ออ้างของตนให้ถึงมาตรฐานที่กฎหมายต้องการเพื่อตนจะได้ชนะคดี”³

¹ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงเฉพาะภาระการพิสูจน์ในการดำเนินคดีแพ่งเท่านั้น เนื่องในคดีอาญา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” ดังนั้นเมื่อโจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำความผิดอาญา โจทก์ในคดีอาญาจึงเป็นฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์เสมอ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายสันนิษฐานข้อเท็จจริงบางประการอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ซึ่งจำเลยต้องมีหน้าที่ในการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานเหล่านั้น ซึ่งมีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้อยู่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมา

² ประมุข สุวรรณศรี, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิ-การพิมพ์, 2526), หน้า 2.

³ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 59.

คำว่า "ภาระการพิสูจน์" เริ่มมีการนำมาใช้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี พ.ศ. 2550 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 84/1⁴ คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

โดยแต่เดิมก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี พ.ศ. 2550 นั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใช้คำว่า “หน้าที่นำสืบ” ในความหมายเดียวกับภาระการพิสูจน์ในปัจจุบัน และใช้คำว่า “หน้าที่นำสืบก่อน” ในความหมายของการนำพยานหลักฐานเข้าสืบลำดับแรก ซึ่งเป็นเรื่องลำดับการสืบพยาน ทำให้เกิดความเข้าใจสับสนในหมุ่นักกฎหมาย ดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในปี พ.ศ. 2550 จึงได้มีการแก้ไขโดยใช้คำว่า “ภาระการพิสูจน์” แทน “หน้าที่นำสืบ” เพื่อแบ่งแยกให้ชัดเจน ดังนั้น ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาก่อนปี พ.ศ. 2550 ศาลจะใช้คำว่า “หน้าที่นำสืบ” ในความหมายของคำว่า “ภาระการพิสูจน์” เป็นส่วนมาก

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากต้นร่างภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มีการใช้คำว่าหน้าที่นำสืบใน 2 ความหมายแตกต่างกัน ถ้าใช้ในความหมายว่าเป็นภาระการพิสูจน์ ภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า “burden of proof” ถ้าใช้ในความหมายว่าเป็นหน้าที่นำพยานเข้าสืบ ภาษาอังกฤษจะใช้คำว่า “to adduce evidence” หรือ “adducing evidence”⁵ จึงเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่สนับสนุนให้แยกคำว่าภาระการพิสูจน์และหน้าที่นำสืบออกจากกัน

⁴ แก้ไขโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 23) พ.ศ. 2550

⁵ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 59.

3.1.2 ภาระการพิสูจน์เป็นกติกากี่ยวกับพยานหลักฐานที่สำคัญมาก โดยเฉพาะในระบบที่เป็นวิธีพิจารณาแบบมีคู่ความเป็นคู่ปรปักษ์

ระบบวิธีพิจารณาแบบมีคู่ความเป็นคู่ปรปักษ์⁶ หรือที่เรียกกันติดปากโดยทั่วไปว่า “ระบบกล่าวหา” (ประเทศอังกฤษเรียกว่า Accusatorial ประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Adversary)⁷ ในระบบกล่าวหาถือว่าศาลหรือผู้พิพากษาต้องวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัด การพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่างๆ เป็นหน้าที่ของคู่ความซึ่งต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือตามที่ศาลสั่ง และถือว่าภาระการพิสูจน์เป็นของคู่ความ ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่พิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งตนมีภาระการพิสูจน์ย่อมแพ้ในประเด็นนั้น ระบบกล่าวหาจึงมีกฎเกณฑ์ในเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานอย่างละเอียดเคร่งครัด คู่ความทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานเพื่อเข้ามาพิสูจน์คำกล่าวอ้างของตนเอง ตลอดจนหักล้างข้อกล่าวอ้างของคู่พิพาทฝ่ายตรงข้าม โดยที่ศาลหรือผู้พิพากษามีหน้าที่เพียงรับฟังและชี้แจงนำพยานหลักฐานที่แต่ละฝ่ายกล่าวอ้าง และศาลไม่มีหน้าที่ในการไต่สวนหรือเรียกพยานหลักฐานจากฝ่ายใดแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ในกฎหมายลักษณะพยานของไทยแม้จะใช้วิธีการพิจารณาในระบบกล่าวหา แต่ศาลยังมีอำนาจที่จะแสวงหาพยานหลักฐานเข้ามาในคดีนั้นในฐานะพยานหลักฐานของศาลได้ เช่น ในคดีแพ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคสาม⁸ บัญญัติว่า “เมื่อศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม เป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานอื่นอันเกี่ยวกับประเด็นในคดีมาสืบเพิ่มเติม ให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไป

⁶ ตรงข้ามกับ “ระบบไต่สวน (Inquisitorial)” ซึ่งถือว่าหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริงหรือภาระการพิสูจน์เป็นของศาล ศาลจะสืบพยานหรือดลสืบพยานใดก็ได้ แม้คู่ความมีสิทธินำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลได้ แต่ถือเป็นเพียงการช่วยเหลือศาลให้ทำหน้าที่ได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเท่านั้น สำหรับการถามพยานก็จะให้ศาลเป็นผู้ซักถามก่อนแล้วคู่ความจึงซักถามพยานได้ กฎหมายลักษณะพยานจึงไม่มีบทบาทมากนัก

⁷ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2553), หน้า 5.

⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1888/2547 เมื่อศาลมีอำนาจจะเรียกพยานหลักฐานใดที่เห็นสมควรมาสืบเองในฐานะพยานหลักฐานของศาล เพราะฉะนั้นศาลจึงมีอำนาจที่จะกำหนดประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับจำนวนความเสียหายของโจทก์ในคดีนั้นว่ามีอยู่เพียงใด เพิ่มขึ้นจากที่เคยกำหนดไว้เดิมได้ด้วย และเมื่อกำหนดประเด็นข้อพิพาทเรื่องจำนวนความเสียหายของโจทก์ว่ามีมากขึ้นเพียงใดเพิ่มขึ้นแล้ว ศาลจึงให้คู่ความนำสืบพยานหลักฐานหรือเรียกพยานหลักฐานของศาลมาสืบเอง ในประเด็นเกี่ยวกับจำนวนความเสียหายของโจทก์ได้

ซึ่งอาจรวมทั้งการที่จะเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ” แสดงให้เห็นว่า ศาลไม่จำเป็นต้องนั่งเฉย (passive) เหมือนในระบบกล่าวหาตั้งเดิมเสมอไป อีกทั้งมีกฎหมายที่ให้อำนาจศาลสามารถทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเพื่อให้เกิดความยุติธรรมสูงสุด แต่ในทางปฏิบัติ ศาลไทยยังใช้อำนาจตามมาตรา 86 วรรคสาม นี้น้อยมาก แทบจะไม่ได้ใช้เลย⁹ หรืออย่างในคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 228 กล่าวคือ ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานเข้ามาสืบในคดีในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานของศาลเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะคดีจะอยู่ในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณา ตราบใดที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษา

แต่ในกรณีที่คู่ความทุกฝ่ายต่างไม่นำพยานหลักฐานเข้าสืบหรือพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตน หรือต่างนำสืบพยานที่รับฟังไม่ได้ หรือต่างสืบพยานได้มีน้ำหนักความน่าเชื่อถือเท่าๆ กัน ในกรณีเช่นนี้หากไม่มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์จะทำให้ศาลไม่สามารถพิจารณาคดีได้เลย แต่ถ้ามีหลักเกณฑ์เรื่องภาระการพิสูจน์ก็จะทำให้ศาลสามารถพิจารณาคดีนั้นๆ ได้ โดยศาลจะต้องพิจารณาก่อนว่าในคดีดังกล่าวฝ่ายใดเป็นผู้มีหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตน (ฝ่ายใดเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์) แต่ไม่ได้ให้นำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตน หรือนำพยานหลักฐานเข้าสืบแล้วแต่ไม่สามารถพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนได้ ฝ่ายนั้นก็จะเป็นฝ่ายแพ้คดีไป ทำให้กฎเกณฑ์เรื่องภาระการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบนี้มีความสำคัญมาก เพราะทำให้เกิดผลแพ้ชนะคดีกันโดยตรง

3.1.3 ภาระการพิสูจน์เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ตายตัว ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้

ในกรณีที่ศาลจะวินิจฉัยให้คู่ความฝ่ายใดแพ้หรือชนะกันโดยอาศัยหลักกฎหมายเรื่องภาระการพิสูจน์นี้ ศาลจะต้องวิเคราะห์หาหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายเสียก่อน หากศาลกำหนดภาระการพิสูจน์ผิดไป แม้คู่ความมิได้โต้แย้งคัดค้านไว้ ศาลก็ต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปตามภาระการพิสูจน์ที่ถูกต้อง จะถือเอาภาระการพิสูจน์ที่ศาลกำหนดไว้ผิดนั้นมาเป็นหลักในการพิพากษาคดีไม่ได้¹⁰ และในกรณีที่คดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลสูงไม่ว่าในชั้นอุทธรณ์หรือชั้นฎีกา ศาลสูงก็ไม่จำเป็นต้องถูกผูกมัดให้ต้องถือเอาการกำหนด

⁹ จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักฝึกอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2553), หน้า 168.

¹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 776/2525 การที่ศาลพิพากษาให้ฝ่ายใดชนะคดีโดยถือหน้าที่นำสืบเป็นหลักนั้น ต้องถือตามหน้าที่นำสืบที่ถูกต้อง

ภาระการพิสูจน์ที่ผิดพลาดของศาลชั้นต้นนั้นมาพิจารณา หากศาลสูงต้องการจะนำกฎเกณฑ์เรื่องภาระการพิสูจน์มาตัดสินให้คู่ความแพ้หรือชนะคดีกัน ศาลสูงชอบที่จะต้องกำหนดภาระการพิสูจน์ใหม่ให้ถูกต้องเสียก่อน แล้วจึงจะสามารถใช้ภาระการพิสูจน์ที่ถูกต้องนั้นไปเป็นเหตุในการตัดสินให้คู่ความแพ้ชนะในทางคดีได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าคู่ความจะได้อุทธรณ์โต้แย้งขึ้นมาหรือไม่ก็ตาม

อย่างไรก็ดี หากศาลสูงไม่ได้นำเอาเรื่องภาระการพิสูจน์มาใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินให้คู่ความแพ้ชนะกัน ถึงแม้ศาลชั้นต้นจะกำหนดภาระการพิสูจน์มาไม่ถูกต้อง ก็ไม่ถือว่าเป็นเหตุให้ศาลสูงจะต้องยกคำพิพากษาศาลชั้นต้นแล้วย้อนสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาใหม่แต่อย่างใด และศาลสูงก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในเรื่องภาระการพิสูจน์ใหม่ให้ถูกต้องแทนการกำหนดภาระการพิสูจน์ที่ศาลชั้นต้นกำหนดมาผิดพลาดด้วยเช่นกัน¹¹

3.1.4 ภาระการพิสูจน์เป็นไปตามประเด็นข้อพิพาท

คำว่า “ประเด็นข้อพิพาท” กฎหมายไม่ได้นิยามศัพท์ไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกับกับคำว่า “ภาระการพิสูจน์” อย่างไรก็ตาม ศาลตรวจราชการพิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล ได้ให้คำนิยามไว้ว่า

“ประเด็นข้อพิพาท” หมายถึง ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทระหว่างคู่ความในคดีที่มีนัยสำคัญต่อผลในทางคดี ซึ่งได้ยกขึ้นกล่าวอ้างไว้ในคำคู่ความแล้ว¹²

ในคดีแพ่ง การกำหนดภาระการพิสูจน์ต้องพิจารณาจากประเด็นข้อพิพาท กล่าวคือ การพิจารณาคดีแพ่งคู่ความต่างฝ่ายต่างกล่าวอ้างข้อเท็จจริงหลายประการ กฎหมายจึงกำหนดให้มีการชี้สองสถานเพื่อกำหนดประเด็นข้อพิพาท เมื่อทราบถึงประเด็นข้อพิพาทแล้วจึงนำมาพิจารณาว่าเป็นประเด็นข้อกฎหมายหรือเป็นประเด็นข้อเท็จจริง ศาลจะไม่อนุญาตให้คู่ความสืบพยานในประเด็นข้อกฎหมายเพราะเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะ ส่วนประเด็น

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1656/2545 แม้ภาระการพิสูจน์ของคู่ความต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และหากชั้นชี้สองสถานศาลกำหนดภาระการพิสูจน์ผิดพลาดไป ศาลย่อมมีอำนาจที่จะพิพากษาคดีไปตามภาระการพิสูจน์ที่ถูกต้องได้ แต่เมื่อโจทก์และจำเลยได้สืบพยานไปตามคำสั่งศาลชั้นต้นจนสิ้นกระแสความแล้ว โดยศาลล่างทั้งสองได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในประเด็นข้อพิพาทโดยมิได้ยกเอาหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์มาเป็นเหตุพิพากษาให้จำเลยแพ้คดี และคดีก็ยังคงห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริงอีกด้วย ดังนั้น แม้ฝ่ายใดจะมีภาระการพิสูจน์ ผลแห่งคดีก็จะไม่เปลี่ยนแปลงไป การที่จำเลยฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวจึงไม่เป็นสาระแก่คดีอันควรได้รับการวินิจฉัย

¹² จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 176.

ข้อเท็จจริงศาลต้องรับฟังพยานหลักฐานจากคู่ความแล้วชี้ขาดไปตามประเด็นนั้น ศาลไม่สามารถกำหนดขึ้นเองตามอำเภอใจได้

ประเด็นข้อพิพาทมีความสำคัญมากในคดีแพ่ง เพราะมีความสัมพันธ์กับภาระการพิสูจน์ ศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีไปตามประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น จะพิจารณาพิพากษานอกประเด็น เกินหรือขาดประเด็นใดไม่ได้ เว้นแต่เป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹³ และความสำคัญของประเด็นข้อพิพาทอีกประการ คือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 86 วรรคสอง ซึ่งห้ามไม่ให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานที่ฟุ่มเฟือย ประวิงให้ชักช้า หรือไม่เกี่ยวแก่ประเด็น มาตรา 87 (1) วางหลักว่า ถ้าเป็นพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวแก่ประเด็นแล้วห้ามไม่ให้ศาลรับฟัง ไม่ให้คู่ความนำสืบ และมาตรา 118 วรรคสาม (1) ห้ามไม่ให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถามพยานด้วยคำถามอันไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี ซึ่งทั้งสามมาตราเป็นบทตัดพยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี ซึ่งในทางปฏิบัติจะใช้ได้อย่างถูกต้องต่อเมื่อทราบประเด็นข้อพิพาทว่ามีอย่างไรเสียก่อน จึงจะวินิจฉัยได้ว่าพยานหลักฐานนั้นๆ เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีหรือไม่¹⁴

ประเด็นข้อพิพาทจะเกิดจากคำคู่ความ¹⁵ ในคดีและจะต้องเป็นข้อโต้แย้งกันซึ่งมีผลกระทบและมีนัยสำคัญต่อผลในทางคดีเสมอ กล่าวคือ ประเด็นข้อพิพาทจะเกิดจากคำฟ้อง¹⁶ และคำให้การ¹⁷ ของคู่ความซึ่งไม่รับกัน สำหรับคำแถลงของคู่ความไม่สามารถก่อให้เกิดประเด็นข้อพิพาทได้ แต่คู่ความอาจยื่นคำแถลงเพื่อขอลดประเด็นได้ นอกจากนั้น ศาลจะสอบถามคู่ความ

¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 (5)

¹⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 175.

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (5) “คำคู่ความ” หมายความว่า บรรดาคำฟ้อง คำให้การ หรือคำร้องทั้งหลายที่ยื่นต่อศาลเพื่อตั้งประเด็นระหว่างคู่ความ

¹⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (3) “คำฟ้อง” หมายความว่า กระบวนพิจารณาใดๆ ที่โจทก์ได้เสนอข้อหาต่อศาลไม่ว่าจะได้เสนอด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือ ไม่ว่าจะได้เสนอต่อศาลชั้นต้น หรือชั้นอุทธรณ์ หรือฎีกา ไม่ว่าจะได้เสนอในขณะที่เริ่มคดีโดยคำฟ้องหรือคำร้องขอหรือเสนอในภายหลังโดยคำฟ้องเพิ่มเติมหรือแก้ไข หรือฟ้องแย้งหรือโดยสอดเข้ามาในคดีไม่ว่าด้วยสมัครใจหรือถูกบังคับหรือโดยมีคำขอให้พิจารณาใหม่

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (4) “คำให้การ” หมายความว่า กระบวนพิจารณาใดๆ ซึ่งคู่ความฝ่ายหนึ่งยกข้อต่อสู้เป็นข้อแก้คำฟ้องตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้ นอกจากคำแถลงการณ์

เพื่อให้เกิดประเด็นข้อพิพาทขึ้นมาไม่ได้เช่นกัน แต่ศาลสามารถสอบถามเพื่อลดประเด็นข้อพิพาทได้ ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่คู่ความรับหรือถือว่ารับกันแล้วในศาลจึงไม่เป็นประเด็นข้อพิพาทที่ศาลต้องวินิจฉัย กล่าวได้ว่าการกำหนดประเด็นข้อพิพาทเป็นเงื่อนไขในการกำหนดภาวะการพิสูจน์ที่ถูกต้อง

การกำหนดประเด็นข้อพิพาทอยู่ในขั้นตอนของการชี้สองสถาน ซึ่งการชี้สองสถานนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 182¹⁸ เมื่อได้ยื่นคำฟ้อง คำให้การ และคำให้การแก้ฟ้องแย้งถ้าหากมีแล้ว ให้ศาลทำการชี้สองสถานโดยแจ้งกำหนดวันชี้สองสถานให้คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) จำเลยคนใดคนหนึ่งขาดนัดยื่นคำให้การ
- (2) คำให้การของจำเลยเป็นการยอมรับโดยชัดแจ้งตามคำฟ้องโจทก์ทั้งสิ้น
- (3) คำให้การของจำเลยเป็นคำให้การปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ทั้งสิ้น โดยไม่มีเหตุแห่งการปฏิเสธ ซึ่งศาลเห็นว่าไม่จำเป็นต้องมีการชี้สองสถาน
- (4) ศาลเห็นสมควรวินิจฉัยชี้ขาดคดีให้เสร็จไปทั้งเรื่องโดยไม่ต้องสืบพยาน
- (5) คดีมีในสำเนาตามมาตรา 189 หรือคดีไม่มีข้อยุ่งยากตามมาตรา 196
- (6) คดีที่ศาลเห็นว่าไม่ประเด็นข้อพิพาทไม่ยุ่งยากหรือไม่จำเป็นที่จะต้องชี้สองสถาน

ในกรณีที่ไม่ต้องมีการชี้สองสถาน ให้ศาลมีคำสั่งงดการชี้สองสถานและกำหนดวันสืบพยาน ถ้าหากมีแล้วให้ส่งคำสั่งดังกล่าวให้คู่ความทราบตามมาตรา 184 เว้นแต่คู่ความฝ่ายใดจะได้ทราบหรือถือว่าได้ทราบคำสั่งดังกล่าวแล้ว

คู่ความอาจตกลงกันกะประเด็นข้อพิพาทโดยยื่นคำแถลงร่วมกันต่อศาลในกรณีเช่นว่านี้ ให้กำหนดประเด็นข้อพิพาทไปตามนั้น แต่ถ้าศาลเห็นว่าคำแถลงนั้นไม่ถูกต้อง ก็ให้ศาลมีอำนาจที่จะมีคำสั่งยกคำแถลงนั้น แล้วดำเนินการชี้สองสถานไปตามมาตรา 183”

¹⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 182 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2538

“มาตรา 183¹⁹ ในวันขึ้นสองสถาน ให้คู่ความมาศาล และให้ศาลตรวจคำคู่ความ และคำแถลงของคู่ความ แล้วนำข้ออ้าง ข้อเถียง ที่ปรากฏในคำคู่ความและคำแถลงของคู่ความ เทียบกันดู และสอบถามคู่ความทุกฝ่ายถึงข้ออ้าง ข้อเถียง และพยานหลักฐานที่จะยื่นต่อศาลว่า ฝ่ายใดยอมรับหรือโต้แย้งข้ออ้าง ข้อเถียงนั้นอย่างไร ข้อเท็จจริงใดที่คู่ความยอมรับกันก็เป็นอันยุติ ไปตามนั้น ส่วนข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายหนึ่งยกขึ้นอ้างแต่คำคู่ความฝ่ายอื่นไม่รับ และเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับประเด็นข้อพิพาทตามคำคู่ความให้ศาลกำหนดไว้เป็นประเด็นข้อพิพาท และกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดนำพยานหลักฐานมาสืบในประเด็นข้อใดก่อนหรือหลังก็ได้ในการสอบถามคู่ความตามวรรคหนึ่ง คู่ความแต่ละฝ่ายต้องตอบคำถามที่ศาลถามเองหรือถามตาม คำขอของคู่ความฝ่ายอื่นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่คู่ความฝ่ายอื่นยกขึ้นเป็นข้ออ้างข้อเถียง และ พยานหลักฐานต่างๆ ที่คู่ความจะยื่นต่อศาล ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่ตอบคำถามเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ใดหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงใดโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ถือว่ายอมรับข้อเท็จจริงนั้นแล้ว เว้นแต่ คู่ความฝ่ายนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะตอบหรือแสดงเหตุผลแห่งการปฏิเสธได้ในขณะนั้น

คู่ความมีสิทธิคัดค้านว่าประเด็นข้อพิพาทหรือหน้าที่นำสืบที่ศาลกำหนดไว้ นั้น ไม่ถูกต้อง โดยแถลงด้วยวาจาต่อศาลในขณะนั้นหรือยื่นคำร้องต่อศาลภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ ศาลสั่งกำหนดประเด็นข้อพิพาทหรือหน้าที่นำสืบ ให้ศาลชี้ขาดคำคัดค้านนั้นก่อนวันสืบพยาน คำชี้ขาดคำคัดค้านดังกล่าวให้อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 226”

จากบทบัญญัติทั้ง 2 มาตราข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการขึ้นสองสถานมี ความสัมพันธ์กับการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและส่งผลต่อไปยังการกำหนดภาระการพิสูจน์ด้วย จึงต้องศึกษาถึงการขึ้นสองสถานด้วย ซึ่งตามหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้ กำหนดให้ศาลต้องทำการขึ้นสองสถานในทุกคดี ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 182 ได้บัญญัติถึงกรณีที่ไม่ต้องทำการขึ้นสองสถานไว้แล้ว

ในกรณีที่ศาลเห็นสมควรให้มีการขึ้นสองสถาน ศาลต้องแจ้งกำหนดวันขึ้นสองสถาน ให้คู่ความทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 15 วัน และโดยปกติศาลจะกำหนดวันขึ้นสองสถานในวันรับ คำฟ้องเลย เพราะถือได้ว่าโจทก์ผู้ยื่นฟ้องได้ทราบนัดขึ้นสองสถานแล้ว และจำเลยจะทราบพร้อมกับการส่งหมายเรียกและสำนวนคำฟ้อง เมื่อถึงวันขึ้นสองสถาน คู่ความทุกฝ่ายต้องมาศาล หากไม่มา กฎหมายได้กำหนดบทลงโทษไว้ คือ ให้ศาลทำการขึ้นสองสถานไปได้ โดยถือว่าคู่ความฝ่ายที่ไม่มา

¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2538

ศาลได้ทราบกระบวนการพิจารณาในวันขึ้นสองสถานแล้ว และไม่มีสิทธิคัดค้านประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีและหน้าที่นำสืบตามที่ศาลกำหนดได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ไม่สามารถมาศาลได้ในวันขึ้นสองสถานเพราะเหตุจำเป็นอันไม่อาจก้าวล่วงได้ หรือเป็นการคัดค้านในเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน²⁰

เมื่อศาลทำการขึ้นสองสถานแล้ว หากคู่ความฝ่ายใดประสงค์จะคัดค้านการกำหนดประเด็นข้อพิพาทและกำหนดหน้าที่นำสืบของศาล คู่ความฝ่ายนั้นต้องแถลงคัดค้านด้วยวาจาต่อหน้าศาล หรือยื่นคำร้องคัดค้านต่อศาลภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ศาลกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำสืบ เมื่อศาลได้รับคำคัดค้านแล้วต้องชี้ขาดคำคัดค้านนั้นก่อนวันสืบพยาน คำสั่งศาลดังกล่าวเป็นคำสั่งระหว่างพิจารณา คู่ความจะอุทธรณ์ทันทีไม่ได้ ต้องโต้แย้งไว้เพื่อสิทธิในการอุทธรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 226

การกำหนดประเด็นข้อพิพาทและกำหนดหน้าที่นำสืบของศาลในวันขึ้นสองสถานนั้น ศาลต้องตรวจดูคำคู่ความและคำแถลงเสนอประเด็นข้อพิพาทของคู่ความทั้งสองฝ่าย ประเด็นข้อพิพาทจะเกิดจากคำคู่ความ คือ คำฟ้องและคำให้การ เท่านั้น ส่วนคำแถลงเสนอประเด็นข้อพิพาทเป็นเพียงความเห็นของคู่ความเท่านั้น ไม่อาจตั้งประเด็นขึ้นมาใหม่ได้ แต่อาจมีผลเป็นการลดประเด็นลงได้ เมื่อพิจารณาคำคู่ความแล้ว ศาลอาจถามคำถามคู่ความทุกฝ่ายว่ามีประเด็นใดที่คู่ความสามารถยอมรับกันได้ ถ้าคู่ความยอมรับกันก็เป็นอันยุติในประเด็นนั้น แต่ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่ยอมรับคำถามของศาลหรือของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง หรือตอบปฏิเสธข้อเท็จจริงแต่ไม่มีเหตุแห่งการปฏิเสธโดยชัดแจ้ง กฎหมายให้ถือว่าคู่ความฝ่ายนั้นยอมรับตามข้อเท็จจริงนั้นแล้ว เว้นแต่คู่ความฝ่ายนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะตอบหรือแสดงเหตุผลแห่งการปฏิเสธได้ในขณะนั้น และเป็นข้อเท็จจริงที่จำเป็นต่อการกำหนดประเด็นข้อพิพาท นอกจากนั้น ตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 182 วรรคท้าย ยังได้กำหนดให้คู่ความสามารถตกลงกะประเด็นพิพาทโดยยื่นคำแถลงร่วมกันต่อศาล ในกรณีเช่นว่านี้ให้ศาลกำหนดประเด็นข้อพิพาทไปตามนั้น แต่ถ้าศาลเห็นว่าคำแถลงนั้นไม่ถูกต้อง ศาลมีอำนาจยกคำแถลงนั้นได้ แล้วศาลก็ดำเนินการขึ้นสองสถานต่อไป

เมื่อศาลได้ดำเนินการตามวรรคก่อนแล้ว หลังจากนั้นจะเหลือประเด็นที่คู่ความไม่รับกัน เรียกว่า “**ประเด็นข้อพิพาท**” ซึ่งมีทั้งประเด็นข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายและ

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ทวิ

ประเด็นข้อพิพาทในปัญหาข้อเท็จจริง สำหรับประเด็นข้อพิพาทในปัญหาข้อกฎหมายเป็นเรื่องที่ศาลพิจารณาได้จากหลักกฎหมาย ศาลจะไม่กำหนดภาระการพิสูจน์ให้คู่ความในประเด็นข้อกฎหมาย ส่วนประเด็นข้อพิพาทในปัญหาข้อเท็จจริง ศาลต้องกำหนดว่าคู่ความฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์ในประเด็นใด ถ้าศาลตรวจดูแล้วไม่มีประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงเหลืออยู่เลย ศาลต้องดสืบพยานและมีคำพิพากษาได้เลย แต่ถ้ายังมีประเด็นข้อเท็จจริงอยู่แม้เพียงประเด็นเดียว ศาลต้องกำหนดให้มีการสืบพยาน ซึ่งโดยปกติศาลจะกำหนดให้ฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์นำพยานเข้าสืบก่อน แต่ถ้าคดีนั้นมีหลายประเด็นในปัญหาข้อเท็จจริง ศาลควรพิจารณาว่าฝ่ายใดมีภาระการพิสูจน์มากกว่า ก็ควรให้ฝ่ายนั้นนำพยานเข้าสืบก่อน หรืออาจกำหนดให้หน้าที่น่าสืบก่อนหลังสลับกันไปมาก็ได้ นอกจากนี้ คู่ความยังสามารถตกลงกันให้ฝ่ายใดนำพยานเข้าสืบก่อนก็ได้²¹

3.1.5 หลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์”

หลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” เป็นหลักกฎหมายพยานหลักฐานเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ซึ่งใช้ได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาโดยมีที่มาจากสุภาษิตกฎหมายละตินที่ว่า “ei qui affirmat non ei qui negat incunbit protatio” (ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องพิสูจน์ ผู้ปฏิเสธหาหน้าที่ต้องพิสูจน์ไม่)²² ซึ่งเป็นไปตามเหตุผลตามตรรกะธรรมดา เมื่อคู่ความฝ่ายใดจะขอให้ศาลตัดสินให้ตนชนะคดีโดยอ้างเหตุหรือข้อเท็จจริงอย่างไร ก็ต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่ามีเหตุหรือข้อเท็จจริงดังที่กล่าวอ้างนั้นก่อน หลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกบัญญัติรับรองไว้แล้วตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ซึ่งวางหลักว่า “คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น...” อันเป็นที่มาของหลักกฎหมายพยานที่เรียกกันทั่วไปว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” ซึ่งแต่เดิมก่อนมีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2550 หลักนี้บัญญัติอยู่ในมาตรา 84 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่น่าสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง...” เดิมจึงเรียกหลักนี้ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ” ตามคำในบทบัญญัติเดิม

²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 696/2503 ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 103/2 ที่แก้ไขใหม่

²² โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 72.

การที่คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด คู่ความฝ่ายนั้นย่อมมีภาระการพิสูจน์
ในข้อเท็จจริงนั้น อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. กรณีคำฟ้องของโจทก์บรรยายข้อเท็จจริงใดมา และจำเลยให้การปฏิเสธ ไม่ว่าจะปฏิเสธลอยหรือปฏิเสธโดยอ้างเหตุแห่งการนั้นชัดเจน โจทก์ต้องเป็นฝ่ายมีภาระการพิสูจน์ เพราะโจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้น เช่น คดีที่โจทก์ฟ้องเรียกเงินกู้ ซึ่งจำเลยต่อสู้ว่า โจทก์แก้ไขจำนวนเงินกู้ในหนังสือสัญญาให้สูงขึ้น เป็นการที่จำเลยปฏิเสธความถูกต้องแท้จริงแห่งเอกสาร โจทก์มีหน้าที่ต้องนำสืบถึงความถูกต้องแท้จริงแห่งเอกสารสัญญา (คำพิพากษาฎีกาที่ 244/2479) หรือ กรณีจำเลยต่อสู้ว่าสัญญาปลอมโดยโจทก์หลอกให้จำเลยลงชื่อว่าเป็นการสำรวจไร่นา ดังนี้โจทก์มีหน้าที่นำสืบด้วยเช่นกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1501/2497) ในคดีละเมิดโจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดทำไฟลุกลามมาถึงห้องของโจทก์ จำเลยให้การปฏิเสธ โจทก์มีหน้าที่นำสืบว่าจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เพียงแต่เพลิงเกิดจากห้องของจำเลยไม่มีข้อสันนิษฐานว่าจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1307/2501) ฯลฯ

2. กรณีที่จำเลยให้การรับหรือถือว่ารับในประเด็นที่โจทก์กล่าวอ้าง แต่ยกข้อต่อสู้ขึ้นใหม่ ดังนี้มีผลทำให้ประเด็นที่โจทก์กล่าวอ้างยอมรับฟังเป็นยุติ (ไม่เป็นประเด็นข้อพิพาท) และข้อต่อสู้ที่จำเลยกล่าวอ้างยอมกลายเป็นประเด็นข้อพิพาทขึ้นมาใหม่ จำเลยจึงเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าว เช่น โจทก์ฟ้องเรียกเงินที่จำเลยค้างชำระตามสัญญาซื้อขาย จำเลยต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้วเป็นหน้าที่ของจำเลยต้องนำสืบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1414/2479) จำเลยรับว่าได้กู้ยืมเงินโจทก์ แต่อ้างว่าได้มีการเปลี่ยนสัญญาใหม่แล้ว จึงเป็นการอ้างว่ามี การแปลงหนี้ใหม่ มีผลให้โจทก์ขอรับชำระหนี้ตามสัญญาเก่าไม่ได้ จำเลยมีภาระการพิสูจน์เรื่อง การแปลงหนี้ใหม่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 149/2544) โจทก์ฟ้องจำเลยผิดสัญญาไม่ส่งมอบข้าวสารตามสัญญาซื้อขาย จำเลยต่อสู้ว่าได้มีข้อตกลงกำหนดวันให้โจทก์มารับข้าวแต่โจทก์ผิดสัญญา จำเลยต้องมีหน้าที่นำสืบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 597/2485) หรือคดีที่โจทก์ฟ้องให้จำเลยชำระหนี้ตามสัญญา จำเลยต่อสู้ว่าสัญญาไม่สมบูรณ์เพราะเป็นนิติกรรมอำพราง เป็นโมฆียกรรมที่ถูกลบออกแล้ว หรือสัญญาเป็นโมฆะ จำเลยเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ ฯลฯ

ปัญหาการกำหนดภาระการพิสูจน์นั้น ในบางกรณีอาจต้องทำความเข้าใจหรือให้ความ
ความสนใจเป็นพิเศษ คือ

ก. การกำหนดภาวะการพิสูจน์เรื่องอายุความในคดีแพ่ง หากพิจารณาตามหลักการกำหนดภาวะการพิสูจน์อย่างตรงไปตรงมา ภาวะการพิสูจน์น่าจะตกอยู่กับฝ่ายที่ยกอายุความขึ้นต่อสู้เพราะเป็นข้อกล่าวอ้างของฝ่ายนั้น แต่ในความเป็นจริง โดยสภาพของคดีที่จะมีการต่อสู้เรื่องอายุความ ฝ่ายที่เป็นโจทก์มักจะมาฟ้องคดีเมื่อเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเป็นอายุความในเรื่องนั้นๆ แต่อ้างว่ามีเหตุที่ทำให้อายุความไม่ขาด ดังนั้น เมื่อฝ่ายจำเลยยกข้อต่อสู้ว่าขาดอายุความ โจทก์ต้องมีภาวะการพิสูจน์ว่ามีข้อเท็จจริงที่ทำให้คดีของตนไม่ขาดอายุความ ทั้งนี้ การกำหนดภาวะการพิสูจน์เรื่องอายุความในลักษณะนี้ใช้เฉพาะประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกำหนดอายุความฟ้องร้องคดีเท่านั้น ถ้าเป็นอายุความมรดกที่ทายาทไม่ได้ครอบครองทรัพย์สินมรดกจะต้องฟ้องร้องเรียกทรัพย์สินมรดกจากทายาทที่ครอบครองภายใน 1 ปีนั้น ไม่ใช่อายุความสิทธิเรียกร้อง ต้องพิจารณาว่าฝ่ายใดถูกอ้างเรื่องอายุความมายัน ฝ่ายนั้นต้องมีภาวะการพิสูจน์ว่าสิทธิของตนยังไม่ขาดอายุความ²³

อายุความโดยทั่วไปย่อมต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า คดีมีอายุความตามอายุความทั่วไปของสิทธิเรียกร้อง เช่น ฟ้องตามสัญญา ต้องถือไว้ก่อนว่ามีอายุความ 10 ปี ฟ้องตามมูลละเมิด มีอายุความ 1 ปี ดังนั้น ถ้าฝ่ายใดกล่าวอ้างว่ามีข้อเท็จจริงอื่นที่ทำให้อายุความไม่เป็นไปตามอายุความทั่วไป ฝ่ายที่อ้างต้องมีภาวะการพิสูจน์

ข. กรณีโจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดตามสัญญาที่ทำไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จำเลยรับว่าได้ทำเอกสารนั้นจริง แต่หนีตามเอกสารยังไม่สมบูรณ์ หรือทำสัญญาโดยสำคัญผิด ถูกขอร้อง ถูกข่มขู่ ถือว่าจำเลยยอมรับว่ามีการทำสัญญาดังที่โจทก์ฟ้องจริง แต่ยกข้อต่อสู้ขึ้นใหม่ว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุต่างๆ จำเลยจึงต้องมีภาวะการพิสูจน์

ค. กรณีโจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดตามสัญญาที่ทำไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จำเลยรับว่าได้ทำเอกสารนั้นจริง แต่ปฏิเสธว่าไม่มีนิติสัมพันธ์ตามเอกสารนั้น หรือข้อความในเอกสารไม่ตรงกับความเป็นจริง ถือว่าจำเลยยอมรับว่ามีการทำสัญญาดังที่โจทก์ฟ้องจริง แต่ยกข้อต่อสู้ขึ้นใหม่ว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุต่างๆ จำเลยจึงต้องมีภาวะการพิสูจน์

ง. ในกรณีที่โจทก์ฟ้องขอให้ศาลบังคับให้จำเลยปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา จำเลยยอมรับว่ามีนิติสัมพันธ์เช่นนั้นจริง แต่ตนได้ชำระหนี้หมดสิ้นแล้ว ดังนั้นจำเลยต้องเป็นผู้มี

²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 543/2512

ภาระการพิสูจน์ ฝ่ายใดกล่าวอ้างว่ามีการชำระหนี้แล้ว ฝ่ายนั้นต้องนำสืบ²⁴ ซึ่งหลักนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 385 บัญญัติว่า

“ถ้าลูกหนี้โต้แย้งการรับเบี่ยปรับ โดยอ้างเหตุว่าได้ชำระหนี้แล้วไซ้ ท่านว่าลูกหนี้ต้องพิสูจน์การชำระหนี้ เว้นแต่การชำระหนี้ของตนจะต้องทำนั้น เป็นการหึ่งดเว้นการอันใดอันหนึ่ง”

หลักเกณฑ์ตามมาตรานี้มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1315 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นหลักทั่วไปว่า ผู้ใดอ้างว่ามีหนี้ ผู้นั้นต้องนำสืบ และผู้ใดอ้างว่าตนหลุดพ้นจากหนี้ นั้นด้วยประการใด ผู้นั้นต้องนำสืบตามหลักในกฎหมายลักษณะพยานที่ว่า ฝ่ายใดกล่าวอ้างฝ่ายนั้นต้องนำสืบ²⁵

สำหรับกรณีที่โจทก์ฟ้องว่าจำเลยผิดสัญญาและเรียกค่าเสียหาย ถ้าจำเลยให้การต่อสู้ว่าจำเลยมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญานั้น ความจริงการที่โจทก์อ้างว่าจำเลยผิดสัญญา ก็คือการอ้างว่าจำเลยไม่ชำระหนี้นั่นเอง ซึ่งต้องมีการพิสูจน์ความผิดของลูกหนี้ก่อนที่จะให้ลูกหนี้รับผิดชอบต่างจากการเรียกร้องวัตถุแห่งหนี้โดยตรง ในกรณีเช่นนี้ ถ้าจำเลยอ้างว่ามีได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา ข้อที่โจทก์อ้าง โจทก์จะต้องเป็นฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ตามหลักทั่วไป แต่ในกรณีที่จำเลยให้การว่าจำเลยได้กระทำการอันเป็นการผิดสัญญาตามที่โจทก์อ้างจริง แต่จำเลยมีอำนาจกระทำโดยไม่ถือว่าผิดสัญญา เท่ากับว่าจำเลยยอมรับการกระทำตามที่โจทก์อ้างแล้ว แต่ตั้งประเด็นต่อสู้ขึ้นใหม่ว่าตนมีอำนาจกระทำได้ จำเลยจึงต้องมีภาระการพิสูจน์²⁶

²⁴ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2009/2500

²⁵ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), หน้า 84.

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 6443/2544 จำเลยให้การยอมรับว่าได้ซื้อสินค้าตามฟ้องจริง จำเลยจึงมีหน้าที่ชำระราคาสินค้าให้แก่โจทก์ การที่จำเลยต่อสู้ว่าไม่มีภาระหน้าที่จะต้องชำระราคาสินค้าที่ซื้อขายกันให้แก่โจทก์ โดยอ้างเหตุว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญาที่แต่งตั้งให้จำเลยเป็นตัวแทนจำหน่ายสินค้าของโจทก์แต่ผู้เดียวในประเทศไทยแล้ว โจทก์กลับจำหน่ายสินค้าให้แก่บุคคลหลายรายในประเทศไทยในราคาต่ำกว่าจำหน่ายให้แก่จำเลย ทั้งโจทก์ได้รับประกันสินค้าเป็นเวลา 1 ปี นับจากวันที่ผู้ซื้อสินค้ารับสินค้าไป แต่โจทก์บ่ายเบี่ยงไม่ดำเนินการเปลี่ยนสินค้าให้ใหม่โดยไม่คิดมูลค่า จึงเป็นการที่จำเลยได้ยกข้อต่อสู้ขึ้นมาใหม่เพื่อปิดความรับผิดชอบที่ไม่ชำระราคาสินค้าให้แก่โจทก์ ภาระการพิสูจน์จึงตกแก่จำเลย

จ. ภาระการพิสูจน์เรื่องค่าเสียหายในเรื่องละเมิดนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 บัญญัติว่า

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด”

ส่วนในเรื่องสัญญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 383 ซึ่งบัญญัติให้อำนาจศาลลดเบี้ยปรับที่สูงเกินส่วน ดังนั้น ค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาจึงอยู่ในดุลยพินิจของศาลที่จะกำหนดให้ตามสมควรเช่นกัน ทำให้ภาระการพิสูจน์เรื่องค่าเสียหายต่างจากหลักทั่วไปอยู่บ้าง กล่าวคือ ฝ่ายที่เรียกร้องค่าเสียหายจะต้องเป็นฝ่ายมีภาระการพิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายตามจำนวนที่กล่าวอ้างจริง ไม่ว่าจะคู่ความอีกฝ่ายจะให้การต่อสู้เป็นประเด็นข้อพิพาทหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากหากฝ่ายที่เรียกร้องค่าเสียหายไม่สามารถพิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายตามจำนวนที่กล่าวอ้างหรือไม่อาจแสดงค่าเสียหายที่แน่นอนได้ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายให้ได้ตามที่เห็นสมควร

อนึ่ง การฟ้องเรียกทรัพย์สินหรือให้ใช้ราคาทรัพย์สินไม่ใช่การฟ้องเรียกค่าเสียหาย จึงอยู่ในบังคับของหลักทั่วไปคือ “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์”

3.1.6 ข้อยกเว้นของหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์”

แม้การกำหนดภาระการพิสูจน์ส่วนใหญ่ศาลจะใช้หลักทั่วไปตามที่กล่าวข้างต้น แต่ในบางคดีอาจมีกรณีที่ไม่เหมาะสมจะกำหนดภาระการพิสูจน์โดยใช้เพียงหลักทั่วไป การกำหนดภาระการพิสูจน์ตามหลักทั่วไปจึงมีข้อยกเว้นอยู่ 3 ประการ ได้แก่

1. เมื่อมีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอันเป็นคุณแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 บัญญัติว่า

“คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือ... คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

โดยข้อสันนิษฐานนี้ต้องเป็นประโยชน์กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และมีเงื่อนไขการรับประโยชน์ว่า ฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์ต้องพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานครบถ้วนแล้ว

ผลของข้อสันนิษฐานต่อภาระการพิสูจน์ คือ ถ้าข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานรับฟังเป็นที่ยุติเพราะคู่ความรับกัน ภาระการพิสูจน์ในประเด็นข้อพิพาทจะตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่ไม่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน แต่ถ้าข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขนั้นยังไม่อาจรับฟังเป็นที่ยุติ คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขนั้นต้องมีภาระการพิสูจน์ตามเงื่อนไขของการสันนิษฐานนั้นอยู่ โดยผู้เขียนจะขอกล่าวถึงข้อสันนิษฐานตามกฎหมายโดยละเอียดในส่วนถัดไป

2. เมื่อมีผู้กล่าวอ้างพฤติการณ์หรือข้อเท็จจริงที่ผิดปกติไปจากธรรมดา ผู้นั้นต้องมีภาระการพิสูจน์ นอกจากบทสันนิษฐานตามกฎหมายแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ยังได้บัญญัติถึงข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงไว้ว่า

“...แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

ข้อสันนิษฐานในลักษณะนี้กล่าวได้ว่าเป็นการกำหนดข้อสันนิษฐานตามความจริงตามธรรมชาติ โดยถือว่าเหตุการณ์ทั่วไปย่อมเป็นไปตามสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์นั้น ถ้าคู่ความฝ่ายใดอ้างเหตุการณ์ที่ผิดปกติไม่เป็นไปตามธรรมดาของเหตุการณ์นั้น คู่ความฝ่ายนั้นต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงความผิดปกติธรรมดาตามที่ตนกล่าวอ้าง

3. กรณีคู่ความฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างถึงข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยเฉพาะ ควรให้คู่ความฝ่ายนั้นเป็นฝ่ายมีหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้น (exclusive knowledge)²⁷ อาจมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น เมื่อได้ความจากพยานหลักฐานของโจทก์ประกอบด้วยคำให้การของจำเลยทั้งสองว่า จำเลยที่ 1 เป็นลูกจ้าง และมีหน้าที่ขับรถยนต์ของจำเลยที่ 2 ได้ขับรถยนต์ของจำเลยที่ 2 ด้วยความประมาทชนโจทก์บาดเจ็บและเสียหาย ถือได้ว่า

²⁷ จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 194.

จำเลยที่ 1 ได้ทำละเมิดในทางการที่จ้าง แม้จำเลยที่ 2 ต่อสู้ว่า มิได้ใช้ให้จำเลยที่ 1 ขับรถออกไป จำเลยที่ 1 ลอบเอารถไปใช้ในกิจกรรมส่วนตัวของจำเลยที่ 1 เอง จำเลยที่ 2 ก็ต้องมีหน้าที่นำสืบ เมื่อจำเลยที่ 2 นำสืบไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 ลอบเอารถไปใช้ในกิจกรรมส่วนตัวตามที่ต่อสู้ไว้ จำเลยที่ 2 จึงต้องร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1²⁸

นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 ได้ นำหลัก exclusive knowledge มาใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค โดยบัญญัติว่า

“ประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใดๆ ซึ่งศาล เห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ให้ ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจนั้น”

ดังนั้น หากมีคดีที่ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และมี ประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใดๆ ซึ่งอยู่ในความรู้เห็นของฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจหรือ ผู้ประกอบการโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะฝ่ายใดจะเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้น ภาระการพิสูจน์ในประเด็น นี้จึงตกอยู่กับฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้ประกอบการเสมอ

3.2 ข้อสันนิษฐาน

ข้อสันนิษฐานเป็นข้อยกเว้นที่สำคัญประการหนึ่งของหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมี ภาระการพิสูจน์” เป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือหรือเครื่องช่วยในการพิสูจน์ ข้อเท็จจริงใดโดยยึดหลักว่าสิ่งทั้งหลายทั้งปวงย่อมเป็นไปตามกฎธรรมชาติ และบุคคลทั้งปวงย่อม ทำการไปโดยสุจริต และในบางครั้งการพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอาจเป็นเรื่องยาก โดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่ต้องพิสูจน์ในจิตใจมนุษย์

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 บัญญัติถึง ข้อสันนิษฐานไว้ 2 ประเภท คือ

1. ข้อสันนิษฐานที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย หรือ “ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย” และ

²⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 445/2512

2. ข้อเสนอพื้นฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ หรือ “ข้อเสนอพื้นฐานตามความเป็นจริง”

โดยเมื่อมีข้อเสนอพื้นฐานที่เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดแล้ว คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์ เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อเสนอพื้นฐานนั้น ซึ่งหมายถึง การผลักรากการพิสูจน์ไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งนั่นเอง

การที่กฎหมายกำหนดให้มีเรื่องข้อเสนอพื้นฐานมาเกี่ยวพันหลักการกำหนดภาระ การพิสูจน์ทั่วไปมีเหตุผลหลายประการ²⁹ ได้แก่

1. เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้สุจริต

เนื่องจากข้อเสนอพื้นฐานเกือบทั้งหมดเป็นข้อเสนอพื้นฐานที่เป็นไปตามธรรมชาติ หลักความเป็นธรรม และหลักความถูกต้อง เป็นวิถีของคนที่ดีและสังคมที่ดี ดังนั้นจึงต้องมี บทกฎหมายคุ้มครองสุจริตชนไว้ มิฉะนั้นอาจมีการอาศัยช่องทางแห่งกฎหมายฟ้องร้องแย่ง สิทธิของผู้อื่นได้ง่าย เช่น ข้อเสนอพื้นฐานเรื่องทรัพย์สินตามที่บัญญัติไว้ในบรรพ 4 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. เพื่อความสะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการรับฟัง พยานหลักฐาน

ปรัชญาของกฎหมายลักษณะพยานมิได้ประสงค์จะฟังพยานหลักฐานโดยไม่มี ข้อยุติ แม้เป้าหมายสูงสุดของกฎหมายลักษณะพยานคือการนำข้อเท็จจริงความจริงให้ปรากฏแก่ ศาล แต่การดำเนินคดีในศาลนั้นต้องใช้ทั้งเวลาและทรัพยากรมากมาย สังคมไม่สามารถจะยอมให้ มีการสืบพยานโดยไม่มีข้อจำกัดได้ ดังนั้น การมีข้อเสนอพื้นฐานจึงช่วยให้ประเด็นในการพิจารณา น้อยลงและเด่นชัดมากขึ้น

3. เพื่อขจัดปัญหาที่อาจพิสูจน์ไม่ได้หรือพิสูจน์ได้ยากลำบาก

เนื่องจากข้อเท็จจริงในบางกรณีอาจพิสูจน์ความจริงไม่ได้หรือพิสูจน์ได้แต่เป็น การยากลำบาก เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 17 บัญญัติว่า “ในกรณีบุคคล

²⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 76.

หลายคนตายในเหตุภัยอันตรายร่วมกัน ถ้าเป็นการพนันวิสัยที่จะกำหนดได้ว่าคนไหนตายก่อนหลัง ให้ถือว่าตายพร้อมกัน” เป็นต้น

4. เพื่อความเป็นธรรมตามรัฐประศาสนโยบาย

เนื่องจากข้อเท็จจริงบางเรื่องเป็นเรื่องเกี่ยวกับปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ถ้าไม่จำเป็นจริงๆ แล้ว รัฐไม่ต้องการให้มีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงกัน เช่น เรื่องความสัมพันธ์ทางครอบครัว ถือกันว่ามนุษย์เกิดมาเป็นผู้บริสุทธิ์ มนุษย์ทุกคนเกิดมามีอ้อมอกมีบิดาหรืออย่างน้อยมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 ซึ่งบัญญัติว่า

“เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

หรือในมาตรา 1536 บัญญัติว่า

“เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภรรยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดกัน ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี”

หรือในเรื่องความรับผิดชอบละเมิด มาตรา 437 วรรคแรก

“บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใด ๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อการเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง”

5. เพื่อขจัดความไม่ยุติธรรมที่อาจเกิดขึ้นในการดำเนินคดี

ในบางสถานการณ์ คู่ความฝ่ายหนึ่งอาจมีความได้เปรียบอย่างมากในการหาพยานหลักฐานอย่างใดอย่างหนึ่งมาพิสูจน์ข้อเท็จจริง เพื่อขจัดความอยุติธรรมในข้อนี้ กฎหมายจึงกำหนดบทสันนิษฐานในบางกรณีให้คู่ความฝ่ายที่เสียเปรียบกลับมาได้เปรียบ หากคู่ความฝ่ายนั้นพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเองได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว

ตำราวิชาการทางกฎหมายลักษณะพยานในปัจจุบัน มักจะแบ่งข้อสันนิษฐานออกเป็น 2 ประเภท คือ ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายและข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริง ซึ่งข้อสันนิษฐานทางกฎหมายยังสามารถแบ่งออกได้เป็นอีก 2 ประเภท คือ ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดและข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด³⁰ กล่าวคือ ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หมายถึงข้อสันนิษฐานที่กำหนดให้รับฟังข้อเท็จจริงโดยเด็ดขาด คู่ความไม่สามารถนำพยานหลักฐานเข้าสืบหักล้างได้ โดยส่วนใหญ่จะใช้คำว่า “ให้ถือว่า” (รวมทั้งคำว่า “ให้ถือเอา” หรือ “ให้ถือตาม”) ในบทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด ถ้าใช้ถ้อยคำเป็นอย่างอื่น ศาลมักจะตีความไปในทางว่าเป็นข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด³¹ ส่วนข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด หมายถึงข้อสันนิษฐานที่คู่ความสามารถนำพยานหลักฐานเข้าสืบหักล้างข้อสันนิษฐานอันเป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในเนื้อหาส่วนถัดไป

3.2.1 ข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย

ข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย หรือ ข้อสันนิษฐานที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย (Statutory presumption) อาจมีได้ทั้งในกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ และตามที่กล่าวแล้วว่าข้อสันนิษฐานทางกฎหมายสามารถแบ่งออกได้อีก 2 ประเภท คือ ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดและข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด ดังนี้

1. **ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด** หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้เป็นเด็ดขาด หมายถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่เปิดโอกาสให้มีการนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้าง โดยผลจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนใหญ่ในต้วบทกฎหมายของข้อสันนิษฐานเด็ดขาดมักจะใช้คำว่า “ให้ถือว่า” หรือ “ให้ถือเอา” หรือ “ให้ถือตาม” นอกจากนั้นยังมีถ้อยคำอื่นในทำนองนี้ด้วย เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า

“การกระทำผิดในเรือไทยหรืออากาศยานไทย ไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ให้ถือว่า การกระทำผิดในราชอาณาจักร” หรือมาตรา 60 *“ผู้ใดเจตนาที่จะกระทำต่อบุคคลหนึ่ง แต่ผลของการกระทำเกิดแก่อีกบุคคลหนึ่งโดยพลาดไป ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำโดยเจตนาแก่บุคคลซึ่งได้รับผลร้ายจากการกระทำนั้น แต่ในกรณีกฎหมายบัญญัติให้ลงโทษหนักขึ้น เพราะฐานะของบุคคล*

³⁰ บางตำราเรียกว่า “ข้อสันนิษฐานเบื้องต้น”

³¹ ประมุข สุวรรณศรี, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*, หน้า 20-21.

หรือเพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้กระทำกับบุคคลที่ได้รับผลร้าย มิให้นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับ เพื่อลงโทษผู้กระทำให้หนักขึ้น”

หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 17 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่บุคคลหลายคนตายในเหตุภัยอันตรายร่วมกัน ถ้าเป็นการพ้นวิสัยที่จะ กำหนดได้ว่าคนไหนตายก่อนหลัง ให้ถือว่าตายพร้อมกัน”

หรือมาตรา 1546 บัญญัติว่า

“เด็กเกิดจากหญิงที่ได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เป็นต้น

ข้อสันนิษฐานประเภทนี้ เมื่อคู่ความฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนำสืบ ได้สมตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน มีผลทำให้ข้อสันนิษฐานกลายเป็นข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้ง ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (2) กฎหมายไม่เปิดโอกาสให้มีการนำ พยานหลักฐานมาสืบหักล้างอีก ผลจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้

2. ข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด ข้อสันนิษฐานประเภทนี้คู่ความมีสิทธินำ พยานหลักฐานเข้ามาสืบหักล้างหรือโต้แย้งได้ ผลของข้อสันนิษฐานจึงเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ของ คู่ความ กล่าวคือ ถ้ามีข้อสันนิษฐานเป็นคุณแก่ฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าตนได้ ปฏิบัติหน้าที่ตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว มีผล ทำให้กฎหมายบังคับให้ศาลถือตามข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานไว้ก่อนเป็นเบื้องต้น ส่วนหน้าที่ใน การพิสูจน์หักล้างหรือโต้แย้งข้อเท็จจริงอันเป็นผลจากข้อสันนิษฐานนั้นเป็นหน้าที่ของคู่ความ ฝ่ายตรงข้าม จึงเป็นข้อยกเว้นของหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” และเป็นการโยน หรือผลักภาระการพิสูจน์ไปให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งแทน

ข้อสันนิษฐานประเภทนี้มีอยู่ในกฎหมายสารบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ และพระราชบัญญัติต่างๆ และในกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง แต่โดยส่วนมากจะอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น หลักทั่วไป มาตรา 5, 6 ประโยชน์แห่งเงื่อนไขเวลา มาตรา 192 เรื่องหนี้ มาตรา 203, 327, 385 เรื่อง นิติกรรม มาตรา 154, 363, 366 เรื่องละเมิด มาตรา 429, 430, 433, 437 เรื่องซื้อขาย มาตรา 490 เรื่องจ้างแรงงาน มาตรา 567, 580 เรื่องเช่าทรัพย์สิน มาตรา 561, 565 เรื่องขนของ

มาตรา 616 เรื่องรับชนคนโดยสาร มาตรา 634 เรื่องนายหน้า มาตรา 849 เรื่องฝากเงิน มาตรา 672 เรื่องฝากทรัพย์ มาตรา 662-664, 672-673 เรื่องตัวแทน มาตรา 802, 804 เรื่องการพนัน มาตรา 855 เรื่องประกันภัย มาตรา 887 เรื่องหุ้นส่วนบริษัท มาตรา 1344, 1346, 1348, 1357, 1358, 1369, 1373, 1418, 1430 และเรื่องครอบครัว มาตรา 1474, 1536-1538 หรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น เรื่องการไม่ยอมนำเอกสารมาแสดง มาตรา 124 เรื่องเอกสารมหาชน มาตรา 127 เป็นต้น

ทั้งนี้ ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายทั้ง 2 ประเภท มีข้อควรพิจารณา ดังนี้

1. ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้เป็นเด็ดขาด (absolute or irrebuttable presumption) **ไม่มีผลกระทบกับเรื่องหน้าที่น่าสืบ ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์** แต่ไปมีผลตามมาตรา 84 (2) คือ ทำให้ข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐานเด็ดขาดนั้น กลายเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความไม่อาจโต้แย้งได้ ศาลเองก็โต้แย้งเป็นอย่างอื่นไม่ได้ ต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปตามที่ข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาดนั้น ซึ่งในบางครั้งตำราวิชาการกฎหมายลักษณะพยาน**ไม่ถือว่าข้อสันนิษฐานเด็ดขาดเป็นข้อสันนิษฐานตามความหมายของกฎหมายลักษณะพยาน**

2. ก่อนจะใช้ทั้งข้อสันนิษฐานเด็ดขาดและข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาดนั้น ต้องแยกแยะระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน และข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐาน โดยข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน ภาษาอังกฤษใช้คำว่า “basic fact” ส่วนข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐาน ภาษาอังกฤษเรียกว่า “presumed fact” เมื่อแยกได้แล้ว ส่วนของข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน หรือ basic fact นั้น ถ้าโต้แย้งกันยังต้องใช้หลักทั่วไป คือ “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นต้องพิสูจน์” ยังไม่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน จนกระทั่งได้ข้อเท็จจริงที่เป็น basic fact ครบแล้ว จึงจะเกิดเป็นข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐาน (presumed fact) ซึ่งจะส่งผลกับมาตรา 84 และ 84/1 เช่น บทสันนิษฐานความรับผิดชอบเบื้องต้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 วรรคแรก ซึ่งก่อนจะสันนิษฐานความรับผิดชอบตามมาตรานี้ได้ ต้องมี basic fact สองข้อด้วยกัน คือ 1. ความเสียหายของโจทก์เกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักร และ 2. จำเลยเป็นผู้ครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะนั้น ถ้ามี basic fact ครบสองประการนี้จึงจะทำให้เข้าข้อสันนิษฐานตามมาตราดังกล่าว มีผลให้จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ จำเลยตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว เช่น เหตุดังกล่าวเป็นเหตุสุดวิสัย หรือเกิดจากความผิดของผู้เสียหาย (โจทก์) เองทั้งสิ้น จึงจะหลุดพ้นจากความรับผิด

แต่ถ้าคู่ความพิพาทกันตรง basic fact เช่น ความเสียหายในครั้งนี้นี้เกิดจากยานพาหนะอันใดด้วย กำลังเครื่องจักรหรือไม่ หรือจำเลยเป็นผู้ครอบครองหรือควบคุมยานพาหนะนั้นหรือไม่ ข้อสันนิษฐานจะยังไม่ทำงาน ต้องย้อนกลับไปใช้หลักทั่วไปที่ว่าผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์ ยังไม่อาจใช้ข้อสันนิษฐานมาเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ได้ สรุปได้ว่า การจะเปลี่ยนหรือผลักภาระการพิสูจน์นั้น ผู้ที่ได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานเสียก่อนจึงจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้น

3. ในกรณีที่คู่ความทั้งสองฝ่ายต่างได้รับประโยชน์จากบทสันนิษฐานตามกฎหมายด้วยกันทั้งคู่ยืนกันอยู่ โจทก์ย่อมอ้างว่าตนได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายบทนี้ ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับจำเลย ในขณะที่เดียวกันจำเลยก็อ้างว่าตนได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอีกบทหนึ่ง ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับโจทก์ ดังนี้ ผลของการกำหนดภาระการพิสูจน์ต้องแยกพิจารณาเป็นดังนี้

ก. ต้องพิจารณาก่อนว่าข้อสันนิษฐานที่ทั้งสองฝ่ายอ้างมาแย้งกันนั้น ชัดแย้งกันหรือไม่ ถ้าไม่ถึงกับขัดแย้งกัน ต้องพิจารณาต่อไปว่าข้อสันนิษฐานบทไหนใช้กับข้อเท็จจริงข้อใด และปรับใช้ข้อสันนิษฐานทั้งสองบทตามความเหมาะสมไปด้วยกัน เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2759/2539 ที่ดินพิพาทเป็นที่ดินมีโฉนด ย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าผู้มีชื่อในโฉนดเป็นเจ้าของที่ดินนั้น เมื่อจำเลยซึ่งมีชื่อในที่ดินพิพาทอ้างว่าจำเลยถือกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทและสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินดังกล่าวแทนนางสาวมุกดา จำเลยย่อมมีภาระการพิสูจน์ ทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1474 วรรคสอง บัญญัติว่า "ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์อย่างหนึ่งเป็นสินสมรสหรือไม่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรส" โจทก์ย่อมได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนี้ จำเลยกล่าวอ้างว่าที่ดินและสิ่งปลูกสร้างพิพาทมิใช่สินสมรสย่อมมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายดังกล่าว แม้ศาลชั้นต้นจะกำหนดให้โจทก์นำสืบก่อน ก็ไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ของจำเลยและหาทำให้โจทก์ต้องมีหน้าที่พิสูจน์ไม่ และฟังพยานหลักฐานแล้วเห็นว่า ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่าจำเลยถือกรรมสิทธิ์ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างพิพาทแทนนางสาวมุกดา ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างพิพาทเป็นทรัพย์สินที่จำเลยได้มาระหว่างเป็นคู่สมรสกับโจทก์ จึงเป็นสินสมรสระหว่างโจทก์และจำเลยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1474

คดีนี้ภริยาเป็นโจทก์ฟ้องขอแบ่งที่ดินมีโฉนดซึ่งเป็นสินสมรสครึ่งหนึ่งจากสามี ซึ่งในโฉนดระบุชื่อสามีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียว โดยสามีซื้อที่ดินแปลงนี้มาหลังจากจดทะเบียนสมรสกับภริยาแล้ว ภริยาฟ้องขอแบ่งครึ่งโดยอ้างว่าเป็นสินสมรส สามีให้การโต้แย้งว่าที่ดินแปลงนี้เป็นสินส่วนตัว ในประเด็นนี้ภริยาอ้างเอาข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1474 (1) ที่ว่าสินสมรสได้แก่ทรัพย์สินที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส และความในวรรคสองบัญญัติว่า “ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นสินสมรสหรือมิใช่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรส” เมื่อเป็นเช่นนี้ ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับฝ่ายสามีที่ต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานบทนี้ แต่ในขณะเดียวกันสามีก็อ้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอีกบทหนึ่ง คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1373 “ถ้าทรัพย์สินเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จัดไว้ในทะเบียนที่ดิน ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลผู้มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง” และด้วยเหตุที่โฉนดที่ดินเป็นเอกสารมหาชนจึงได้รับการสันนิษฐานเบื้องต้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 127 ว่าเป็นเอกสารที่ถูกต้องแท้จริง เพราะฉะนั้นผู้ใดจะได้แย้งเอกสารดังกล่าวจะต้องมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว ในกรณีนี้ที่ต่างฝ่ายต่างอ้างข้อสันนิษฐานตามกฎหมายมาแย้งกันเช่นนี้ จึงต้องพิจารณาก่อนว่าข้อสันนิษฐานทั้งสองบทขัดแย้งกันหรือไม่ ซึ่งในคดีนี้ไม่ถือว่าขัดแย้งกันแต่อย่างใด เป็นเพียงแต่ข้อสันนิษฐานคนละประเด็นกัน ข้อสันนิษฐานของจำเลยเป็นบทสันนิษฐานเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ ถ้าคดีนี้พิพาทกันด้วยเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทเป็นของใคร ต้องใช้ข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1373 ที่จำเลยอ้างไว้ แต่ในคดีนี้ประเด็นข้อพิพาทไม่ได้พิพาทกันในเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ประเด็นข้อพิพาทมีอยู่ว่าที่ดินพิพาทเป็นสินสมรสหรือสินส่วนตัว อันเป็นคนละประเด็นกับข้อสันนิษฐานของจำเลย เมื่อประเด็นข้อพิพาทเป็นเช่นนี้จึงต้องใช้ข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1474 วรรคสอง ซึ่งให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรส เมื่อจำเลยผู้เป็นสามีโต้แย้งว่าเป็นสินส่วนตัว จึงต้องเป็นฝ่ายมีภาระการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานในบทนี้

ข. ในกรณีข้อสันนิษฐานที่โจทก์และจำเลยอ้างนั้นขัดแย้งกันโดยตรง กรณีเช่นนี้ต้องพิจารณาเปรียบเทียบน้ำหนักว่าข้อสันนิษฐานของฝ่ายใดเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดและข้อสันนิษฐานเบื้องต้น โดยที่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาดมีน้ำหนักมากกว่าข้อสันนิษฐานเบื้องต้น ถ้าข้อสันนิษฐานของฝ่ายใดเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดขัดแย้งกับข้อสันนิษฐานเบื้องต้น ต้องบังคับตามข้อสันนิษฐานเด็ดขาด เนื่องจากข้อสันนิษฐานเด็ดขาดทำให้ข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐาน

กลายเป็นข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (2) ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น เช่น

ในคดีรถชนคนซึ่งผู้เสียหายที่ถูกรถชนมาฟ้องร้องคนขับรถยนต์ในคดีแพ่ง ผู้เสียหายจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 วรรคแรก จำเลยผู้ควบคุมดูแลรถยนต์ต้องมีภาระการพิสูจน์ เพื่อพิสูจน์หักล้างให้เห็นว่าอุบัติเหตุเกิดจากเหตุวิสัยหรือเกิดจากความผิดของผู้เสียหายเอง แต่ในขณะเดียวกันหากคนขับรถถูกพนักงานอัยการฟ้องเป็นจำเลยในคดีอาญาว่าขับรถโดยประมาทชนผู้เสียหายบาดเจ็บสาหัส ศาลในคดีอาญามีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าจำเลยไม่ได้ประมาท จำเลยขับรถถูกต้องตามกฎหมายและไม่ได้ประมาท จึงไม่ต้องรับผิด ศาลยกฟ้อง คดีนี้เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาจึงต้องรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามคำพิพากษาในคดีอาญา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 จำเลยจึงอ้างเอาประโยชน์จากมาตราดังกล่าวที่คดีอาญาพิพากษาหรือวินิจฉัยถึงที่สุดแล้วว่าจำเลยไม่ได้ประมาท เป็นการวินิจฉัยในข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นโดยตรงในคดีอาญา ศาลในคดีแพ่งจึงต้องผูกพันตามนั้น และบทสันนิษฐานหรือข้อสันนิษฐานนี้เป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด มีน้ำหนักมากกว่าข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 ที่โจทก์อ้าง ทำให้ศาลในคดีแพ่งต้องวินิจฉัยตามบทสันนิษฐานเด็ดขาดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46 ว่าจำเลยไม่ได้ประมาทโดยงดสืบพยานหลักฐาน แล้วพิพากษายกฟ้องไปเลย

ค. ในกรณีข้อสันนิษฐานที่โจทก์และจำเลยอ้างนั้นขัดแย้งกันโดยตรงและข้อสันนิษฐานของทั้งสองฝ่ายใดเป็นข้อสันนิษฐานในระดับเดียวกัน ซึ่งกฎหมายลักษณะพยานในบางประเทศกำหนดให้ต่างฝ่ายต่างอ้างเอาประโยชน์จากข้อสันนิษฐานได้ทั้งคู่ แต่ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์จะบังคับใช้ในทางตรงกันข้าม คือ ให้ถือว่าทั้งสองฝ่ายต่างไม่อาจอ้างเอาประโยชน์จากข้อสันนิษฐานด้วยกันทั้งคู่ และให้ทั้งสองฝ่ายกลับมาใช้หลักทั่วไปที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” ซึ่งศาลไทยก็ใช้แนวเดียวกับศาลคอมมอนลอว์ ตัวอย่างที่ชัดเจนและพบเห็นได้บ่อย คือ กรณีคดีละเมิดที่รถยนต์ชนรถยนต์ ทั้งสองฝ่ายต่างฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากกันและกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาฟ้อง ทั้งสองฝ่ายต่างอ้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 วรรคหนึ่ง เหมือนกันทั้งคู่ ซึ่งศาลฎีกาของไทยบอกว่า ทั้งสองฝ่ายไม่อาจอ้างเอาประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามมาตรา 437 วรรคแรกด้วยกันทั้งคู่ การฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายฐานละเมิดต้องไปฟ้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ มาตรา 420 และการกำหนดหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ ต้องกำหนดตามหลักทั่วไป “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” ไม่อาจใช้บทสันนิษฐานทางกฎหมายมาเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ได้ ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 828/2490, 1091/2523, 396/2544 เป็นต้น

ในกรณีที่ฝ่ายโจทก์ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเบื้องต้นบทหนึ่ง แต่จำเลยกลับได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเบื้องต้นอีกบทหนึ่ง แต่เป็นกฎหมายคนละบทขัดแย้งกัน ในกรณีเช่นนี้มีแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 975/2510 ซึ่งเป็นคดีที่เรือหางยาวชนกระบือที่เจ้าของไม่ดูแลปล่อยให้เข้าไปนอนแช่อยู่ในลำคลองขวางทางเรือ ถ้าเปรียบเทียบกันมาเกิดขึ้นในสมัยปัจจุบัน น่าจะเทียบเคียงได้กับกรณีรถยนต์ชนวัวที่เดินข้ามถนนหลวง เกิดความเสียหายทั้งสองฝ่าย รถยนต์พังและคนขับอาจได้รับบาดเจ็บ เจ้าของวัวก็เสียหายเพราะวัวตาย เจ้าของรถยนต์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของวัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 433 ซึ่งสันนิษฐานความรับผิดเบื้องต้นไปที่เจ้าของสัตว์ ภาระการพิสูจน์จึงตกอยู่กับเจ้าของสัตว์ที่ต้องพิสูจน์หักล้างให้เห็นว่าได้ใช้ความระมัดระวังดูแลสัตว์ของตนตามสมควรแก่การเลี้ยง การรักษา ตามชนิดและนิสัยของสัตว์นั้นแล้ว จึงหลุดพ้นจากความรับผิดได้ แต่ในทางกลับกันฝ่ายเจ้าของวัวก็มีสิทธิฟ้องแย้งเรียกค่าเสียหายจากเจ้าของรถยนต์ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 วรรคแรก เพราะความเสียหายเกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยเครื่องจักรกล คนขับรถยนต์ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลต้องรับผิดชอบ เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าเหตุดังกล่าวเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือความผิดของผู้เสียหายโดยแน่แท้ ซึ่งภาระการพิสูจน์อยู่ที่เจ้าของรถยนต์ ทั้งสองฝ่ายต่างอ้างบทสันนิษฐานเบื้องต้นเหมือนกัน ขัดแย้งในประเด็นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้โดยตรง แต่วินิจฉัยว่า เจ้าของเรือเห็นกระบือแล้วไม่หยุด กลับเลี้ยงขับเรือฝ่าไปจึงเป็นฝ่ายประมาทและต้องรับผิด แสดงว่าศาลฎีกาวินิจฉัยให้เจ้าของเรือต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ไม่ใช่ตามมาตรา 437 วรรคแรก เพราะถ้าให้รับผิดตามมาตรา 437 วรรคแรก ก็ไม่จำเป็นต้องวิเคราะห์ถึงความประมาทของเจ้าของเรือ ซึ่งคล้ายกับแนวของประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ว่า ถ้าเป็นข้อสันนิษฐานในระดับเดียวกันและยืนยันกัน ต่างฝ่ายต่างอ้างประโยชน์จากข้อสันนิษฐานไม่ได้ทั้งคู่ ต้องกลับไปใช้หลักทั่วไปที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” สำหรับการวิเคราะห์ความรับผิดของเจ้าของกระบือ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า เจ้าของกระบือก็มีส่วนผิดอยู่ด้วยเพราะไม่รีบตามกระบือที่หลุดไปให้กลับมาโดยเร็ว แต่กลับไปอ้างบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 433 ซึ่งทำให้ขัดแย้งกัน เพราะการที่ให้เจ้าของกระบือต้องรับผิดตามมาตรา 433 หมายความว่าเจ้าของเรืออ้างเอาประโยชน์จากบทสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 433 ได้ ซึ่งไม่

ถูกต้อง ความจริงในเนื้อความศาลฎีกาบอกว่า เจ้าของกระป๋องมีส่วนผิดอยู่ด้วย ไม่ใช่เพราะมาตรา 433 แต่เพราะไม่รีบตามกระป๋องที่หลุดไปกลับมาโดยเร็ว เพราะฉะนั้น ตรงนี้ถ้าจะไม่ให้สืบสันก็ ต้องเปลี่ยนเลขมาตราจาก 433 เป็น 420 แต่เจ้าของกระป๋องก็มีส่วนผิดอยู่ด้วยเพราะไม่รีบตามกระป๋องที่หลุดไปกลับมาโดยเร็วจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 เช่นเดียวกัน จึงต้องเอาส่วนผิดนี้มาหักลบกันตามส่วน³²

4. ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามกฎหมายลิขสิทธิ์บัญญัติไว้ไม่เหมือนกับข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในกฎหมายอื่นๆ ซึ่งตามปกติ การกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นนั้นมักจะกำหนดว่าถ้ามีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (basic fact) แล้ว จึงจะเกิดข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐาน (presumed fact) ขึ้น เว้นแต่จะมีการพิสูจน์ให้เห็นว่าเป็นอย่างอื่น แต่ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 62 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“คดีเกี่ยวกับลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะเป็ นคดีแพ่งหรือคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่างานที่มีการฟ้องร้องในคดีนั้น เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดงตามพระราชบัญญัตินี้ และโจทก์เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงใน งานดังกล่าว เว้นแต่จำเลยจะได้แย้งว่าไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง หรือ ได้แย้งสิทธิของโจทก์...”

หมายความว่า ในการฟ้องคดีเกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา ให้สันนิษฐานไว้เลยว่า งานที่มีการฟ้องร้องกันนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และโจทก์ผู้มาฟ้องคดีเป็น เจ้าของลิขสิทธิ์ (รวมถึงสิทธินักแสดงด้วย) แต่การกำหนดข้อยกเว้นการใช้บทสันนิษฐานในมาตรา นี้ บัญญัติไว้ไม่เหมือนกฎหมายทั่วไป เพราะจำเลยไม่ต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว เพียงแต่จำเลยได้แย้งไว้ในคำให้การหรือในการต่อสู้คดีของจำเลยว่ามีผู้ใดเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือโจทก์ไม่ใช่เจ้าของลิขสิทธิ์ ก็ถือว่าลบล้างบทสันนิษฐานนี้ไปแล้ว ข้อสันนิษฐานนี้จึงลบล้างได้ โดยง่าย

ผลในทางปฏิบัติของข้อสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ จึงเป็นว่า ถ้าจำเลยไม่ได้แย้งข้อสันนิษฐานซึ่งเป็นคุณกับโจทก์ไว้ในคำให้การหรือในการต่อสู้คดี ศาลต้องฟัง ข้อเท็จจริงเบื้องต้นตามบทสันนิษฐานว่างานที่พิพาทกันเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และโจทก์เป็นเจ้าของ

³²จรัญ ภักดีธนากุล, *กฎหมายลิขสิทธิ์และพยาน*, หน้า 208-209.

งานอันมีลิขสิทธิ์นั้น โจทก์ไม่ต้องเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในประเด็นนี้ แต่ถ้าจำเลยได้ยกข้อโต้แย้งข้อสันนิษฐานไว้ในคำให้การหรือจะโต้แย้งในคำแถลงการณ์ต่อผู้คดีอย่างอื่นก็ตาม ถือว่าจำเลยได้โต้แย้งข้อสันนิษฐานแล้วตามข้อยกเว้นในมาตราดังกล่าว ข้อสันนิษฐานจึงตกไปไม่มีผลบังคับแต่อย่างใด จึงต้องย้อนกลับมาใช้หลักภาระการพิสูจน์ทั่วไปนั่นคือ “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” ภาระการพิสูจน์ถึงความเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จึงตกอยู่แก่ฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นฝ่ายกล่าวอ้าง

3.2.2 ข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริง

ข้อสันนิษฐานทางข้อเท็จจริง หรือ ข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริง หรือ ข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ (factual presumption) แต่เดิมไม่มีหลักนี้อยู่ในกฎหมายไทย จนเมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ครั้งที่ 23 เมื่อปี พ.ศ. 2551 จึงได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 84/1 โดยเป็นที่เข้าใจกันว่าได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า “res ipsa loquitur”³³ แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า Things speak for themselves. ซึ่งอาจแปลเป็นภาษาไทยว่า สรรพสิ่งย่อมประกาศตัวของมันเอง สิ่งทั้งหลายย่อมแสดงตัวของมันเองหรือพูดแทนตัวของมันเองโดยไม่ต้องให้ใครมาพิสูจน์ อาจสรุปความหมายได้ว่า ทุกสิ่งทุกอย่างย่อมเป็นไปตามหลักตามปกติธรรมดาของเหตุการณ์ที่ควรจะเป็น³⁴

“res ipsa loquitur” เป็นข้อสันนิษฐานที่มีพื้นฐานมาจากหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องละเมิด (torts) ใช้มากในการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของจำเลยในคดีละเมิด ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว โจทก์จะเป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ โจทก์ต้องเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบในประเด็นนี้ แต่ในบางสถานการณ์ที่สภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์แสดงตัวของมันอยู่ว่าจำเลยน่าจะประมาท ถ้าจำเลยไม่ประมาทแล้วเหตุร้ายหรืออุบัติเหตุไม่น่าจะเกิดขึ้น เช่นนี้ศาลอาจปรับใช้หลัก “res ipsa loquitur” มีผลทำให้เกิดข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริง เปลี่ยนภาระการพิสูจน์จากฝ่ายโจทก์ที่ต้องพิสูจน์ว่าจำเลยประมาทให้ตกอยู่กับฝ่ายจำเลยซึ่งต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้นว่าตนไม่ได้ประมาทเพราะอะไร หรือตนได้ใช้ความระมัดระวังเพียงพอแล้วในสถานการณ์นั้นอย่างไร ถ้าจำเลยนำสืบไม่ได้หรือนำสืบ

³³ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 79.

³⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 195.

ไม่สมมาตรฐานการพิสูจน์ จำเลยต้องเป็นฝ่ายแพ้ในประเด็นนี้³⁵ หรือกล่าวได้ว่ามีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง คือ หากศาลเห็นว่าคู่ความฝ่ายใดได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานในข้อนี้ คู่ความฝ่ายนั้นก็พิสูจน์เพียงว่าตนได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว เช่น เครื่องดื่มประเภทน้ำบรรจุขวดที่มีวางจำหน่ายทั่วไปย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าปลอดภัย ดื่มแล้วไม่มีอันตรายต่อร่างกาย แต่ถ้าผู้บริโภคได้ดื่มน้ำของผู้ผลิตรายใดแล้วเกิดได้รับอันตรายขึ้น ย่อมถือว่าผู้นั้นได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานที่เป็นคุณเพราะสภาพปกติของเหตุการณ์นั้น น้ำดื่มบรรจุขวดไม่ควรจะเกิดอันตราย ภาระการพิสูจน์ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ผลิตน้ำดื่ม ส่วนผู้ที่ได้รับอันตรายเพียงแต่พิสูจน์ว่าตนได้ดื่มน้ำในสภาพปกติของเหตุการณ์เป็นต้น³⁶

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551³⁷ กฎหมายนี้กำหนดให้ผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าเป็นฝ่ายมีภาระการพิสูจน์หากสินค้านั้นทำให้เกิดอันตรายแก่ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคไม่ต้องพิสูจน์ในเรื่องความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของการผลิตหรือการจำหน่ายสินค้า³⁸ หมายความว่า ในกรณีที่

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 195.

³⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 76-77.

³⁷ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 “เหตุในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ โดยที่สินค้าในปัจจุบันไม่ว่าจะผลิตภายในประเทศหรือนำเข้า มีกระบวนการผลิตที่ใช้ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสูงขึ้นเป็นลำดับ การที่ผู้บริโภคจะตรวจพบว่าสินค้าไม่ปลอดภัยกระทำได้น้อยมาก เมื่อผู้บริโภคนำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไปใช้ อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกาย สุขภาพ อนามัย จิตใจ หรือทรัพย์สินของผู้บริโภคหรือบุคคลอื่นได้ แต่การฟ้องคดีในปัจจุบันเพื่อเรียกค่าเสียหายมีความยุ่งยาก เนื่องจากภาระในการพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการกระทำผิดของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า ตกเป็นหน้าที่ของผู้ได้รับความเสียหายตามหลักกฎหมายทั่วไป เพราะยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าโดยมีการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบในความเสียหายของผู้ผลิตหรือผู้เกี่ยวข้องไว้โดยตรง จึงสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ อันจะมีผลให้ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า ตลอดจนได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นธรรม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

³⁸ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5

ผู้บริโภคได้รับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยและฟ้องผู้ประกอบการให้รับผิดชอบในความเสียหายนั้น ผู้บริโภคไม่ต้องพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการ โดยนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้ มีผลต่อการกำหนดภาระการพิสูจน์และทำให้ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยของสินค้า แสดงให้เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติไว้ให้สอดคล้องตามหลักเรื่องข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริงที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีความแพ่ง มาตรา 84/1

3.3 มาตรฐานการพิสูจน์ (Standard of Proof)

มาตรฐานการพิสูจน์มีความสำคัญมากในทางปฏิบัติสำหรับผู้พิจารณาคดีในการวิเคราะห์น้ำหนักพยานหลักฐานว่า พยานหลักฐานจะมีน้ำหนักให้เชื่อข้อเท็จจริงไปในทางใด โดยต้องนำไปเปรียบเทียบกับมาตรฐานการพิสูจน์ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับคดีประเภทนั้นๆ โดยในคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227³⁹ ได้บัญญัติวางมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาไว้ค่อนข้างสูง โดยใช้มาตรฐานที่ว่าโจทก์ต้องพิสูจน์ในศาลเห็น **โดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย**ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ถ้ามีเหตุอันควรสงสัยอย่างใดอย่างหนึ่งว่าจำเลยอาจไม่ใช่คนร้ายที่กระทำผิด ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย ซึ่งมาตรฐานนี้เป็นมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาที่เป็นมาตรฐานสากลใช้กันแทบทุกประเทศ โดยเรียกมาตรฐานการพิสูจน์นี้ว่า “proof beyond reasonable doubt”

สำหรับในคดีแพ่งจะใช้มาตรฐานการพิสูจน์ที่ต่ำกว่า “proof beyond reasonable doubt” อีกระดับหนึ่ง คือ “proof on the balance of probability” โดยยังไม่มีกรนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย แต่ก็ปรากฏในทางตำราและคำพิพากษาฎีกา โดยมักเรียกชื่อกันในทางสื่อความหมายกันได้อย่างชัดเจนว่าเป็น **“มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่ง”** คือผู้มีหน้าที่นำสืบจะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นความโน้มเอียงของข้อเท็จจริงว่าน่าจะเป็นไปในทิศทางใดก็

“ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม”

³⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติว่า

“ให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น

เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

เพียงพอแล้ว ดังนั้น จึงมักกล่าวกันว่ามาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งเป็นการพิสูจน์เพียงให้เกิน 50% ก็ได้มาตรฐานแล้ว หากผู้มีหน้าที่นำสืบฝ่ายแรกนำสืบได้เกิน 50% แล้ว หลังจากนั้นก็ทำให้เกิด tactical burden of proof คือหน้าที่นำสืบในเชิงคดีของฝ่ายตรงข้ามที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างทำลายน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานของฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบตามกฎหมายนั้น ถ้าหักล้างทำลายน้ำหนักพยานหลักฐานให้ต่ำลงไปกว่า 50% ได้ ข้อเท็จจริงก็กลับโน้มเอียงไปฝ่ายตรงข้าม กล่าวคือ โน้มเอียงไปในทางที่เป็นโทษแก่ฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ตอนต้น แต่ถ้าฝ่ายตรงข้ามนำสืบหักล้างไม่ได้ก็ต้องถือว่าข้อเท็จจริงน่าจะเป็นไปอย่างฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ได้นำสืบพิสูจน์ได้⁴⁰

3.4 ภาระการพิสูจน์การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวังตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวังตามหลักเรื่องการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) เป็นเรื่องใหม่สำหรับกฎหมายไทย โดยเป็นการบัญญัติขึ้นครั้งแรกเมื่อมีการแก้ไขในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) เมื่อปี พ.ศ. 2551 ที่ผ่านมา จึงยังไม่ปรากฏว่ามีแนวคำพิพากษาฎีกาหรือแนวบรรทัดฐานที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ของกรรมการเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวังตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่มีความใกล้เคียงกับเรื่องนี้ เช่น หลักการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคแรก, พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม) ซึ่งพอจะมีการฟ้องคดีเรียกให้กรรมการรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอยู่บ้าง ซึ่งผู้จัดทำวิทยานิพนธ์จะขอแนะนำเอากฎหมาย คดี หรือคำพิพากษาฎีกาของคดีเหล่านั้นมาเป็นตัวอย่างเทียบเคียง เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับการศึกษาวิจัยเรื่องภาระการพิสูจน์ของกรรมการเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวังตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในครั้งนี้

⁴⁰ จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 256-257.

3.4.1 ภาระการพิสูจน์ในคดีเกี่ยวกับการฟ้องเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบ เพราะไม่ใช้ความรอบคอบระมัดระวัง

ด้วยเหตุที่ความรับผิดของกรรมการอันเกิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและรอบคอบระมัดระวัง กรรมการที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทฐานละเมิด⁴¹ ดังนั้น ภาระการพิสูจน์ในเรื่องนี้จึงอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์เรื่องละเมิดโดยทั่วไป และเป็นไปตามหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” ซึ่งโดยปกติของการฟ้องร้องให้รับผิดชอบฐานละเมิด โจทก์หรือผู้ได้รับความเสียหายจะมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบของความรับผิด 4 ประการ ได้แก่ 1.การกระทำหรือละเว้นกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย 2.การกระทำหรือละเว้นกระทำการดังกล่าวเกิดขึ้นจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้นั้น 3.ความเสียหายและค่าเสียหายที่เกิดขึ้น 4.ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำหรือละเว้นกระทำการกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Causation)

สำหรับรูปแบบการฟ้องร้องคดีเรียกให้กรรมการรับผิดชอบเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทนั้น ทั้งในกรณีบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด มักจะเกิดขึ้นเนื่องมาจากบริษัทได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ รวมทั้งกรณีที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทซึ่งคิดว่าบริษัทได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ แต่บริษัทไม่ยอมใช้สิทธิฟ้องร้องกรรมการ ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจึงใช้สิทธิฟ้องเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบแทนบริษัท หรือที่เรียกว่า Derivative action นั้นเอง บริษัทหรือผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะเป็นผู้เริ่มต้นฟ้องคดีต่อศาลให้กรรมการเหล่านั้นรับผิดชอบ หรืออาจกล่าวได้ว่าฝ่ายบริษัทหรือผู้ถือหุ้น (รวมทั้งผู้ใช้สิทธิฟ้องแทนบริษัท) จะเป็นโจทก์ในคดีเสมอ และกรรมการจะเป็นฝ่ายจำเลยในคดีเสมอ ดังนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักทั่วไปของการกำหนดภาระการพิสูจน์ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” บริษัทหรือผู้ถือหุ้น (รวมทั้งผู้ใช้สิทธิฟ้องแทนบริษัท) ซึ่งเป็นโจทก์จะต้องเป็นผู้กล่าวอ้างและนำสืบข้อเท็จจริงพิสูจน์ต่อศาลให้ศาลเชื่อว่า

1. การกระทำหรือละเว้นกระทำการของกรรมการเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ฝ่าฝืนหรือปฏิบัติผิดหน้าที่) บริษัทหรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่า

⁴¹ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดของกรรมการ,” หน้า 59.

การปฏิบัติหน้าที่ (การกระทำหรือละเว้นกระทำการ) ของกรรมการ เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขาดความระมัดระวังรอบคอบอย่างไร

2. การกระทำหรือละเว้นกระทำการดังกล่าวของกรรมการเกิดขึ้นจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ บริษัทหรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อว่าการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขาดความระมัดระวังรอบคอบตามข้อ 1. นั้น เกิดขึ้นจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของกรรมการ

3. ความเสียหายและค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการนั้น บริษัทหรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าบริษัทได้รับความเสียหายอย่างไร และควรได้รับค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนเท่าไร

4. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำหรือละเว้นกระทำการกับความเสียหายที่เกิดขึ้น (Causation) บริษัทหรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำหรือละเว้นกระทำการของกรรมการ

หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นพ้องตามข้อกล่าวอ้างของตน ศาลจะต้องยกฟ้องโจทก์

อย่างไรก็ดี จากการค้นคว้าคำพิพากษาฎีกา ยังไม่พบว่ามิตติที่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องแทนบริษัท เรียกให้กรรมการรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ โดยมีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์โดยตรง แต่พอมิตติตัวอย่างเกี่ยวกับการฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2191/254, คำพิพากษาฎีกาที่ 14451/2530 และคำพิพากษาฎีกาที่ 3747/2526 เป็นต้น

3.4.2 ความเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดทางกฎหมาย

แม้ว่าภาระการพิสูจน์ในคดีเกี่ยวกับการฟ้องเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบเพราะไม่ใช้ความรอบคอบระมัดระวังในการบริหารกิจการของบริษัทตามข้อ 3.4.1 ข้างต้นจะดูเหมือนว่าภาระการพิสูจน์ทั้งหมดตกอยู่กับฝ่ายบริษัทหรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/8 วรรคสอง ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการวัดหรือพิจารณาการใช้ความระมัดระวังรอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการที่เรียกว่า “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” เพื่อใช้ขยายความถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวัง

ของกรรมการ โดยบัญญัติไว้ในลักษณะของการเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย และยังเป็นข้อสันนิษฐานประเภท “ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด” อีกด้วย โดยหากกรรมการสามารถพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่ตนพิจารณาเรื่องใด การตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ **ให้ถือว่า** กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความ**เชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ**

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐาน**ข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ** และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตน**ไม่มีส่วนได้เสีย** ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น

ทั้งนี้ เพื่อให้กรรมการได้ตระหนักถึงความสำคัญในการตัดสินใจดำเนินการใดๆ หรือปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องกระทำไปโดยครบองค์ประกอบทั้งสามประการ และในกรณีที่มีการฟ้องร้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบ กรรมการต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเองได้ตัดสินใจหรือปฏิบัติหน้าที่เป็นไปตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

3.4.3 ผลของการสันนิษฐานทางกฎหมายและการกำหนดภาระการพิสูจน์ในการดำเนินคดี

เมื่อพิจารณาได้แล้วว่าหลักเกณฑ์เรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/8 เป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย อันเป็นข้อสันนิษฐานซึ่งเป็นคุณแก่ฝ่ายกรรมการ และยังเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เด็ดขาดอีกด้วย เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติโดยใช้คำว่า “**ให้ถือว่า**” ดังนั้นหากกรรมการที่ถูกฟ้องนำข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน (ข้อเท็จจริงเบื้องต้น หรือ “basic fact”) มาพิสูจน์ต่อศาลให้ศาลเชื่อได้ครบตามเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน กรรมการจะได้รับการพิจารณาจากศาลว่าตนเองได้ทำหน้าที่โดยใช้หลักของการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว กรรมการคนนั้นก็จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานที่**ให้ถือว่า**กรรมการคนนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังแล้ว โดยศาลต้องรับฟังเป็นยุติ และบริษัทหรือผู้ถือหุ้นซึ่งใช้สิทธิฟ้องแทนบริษัทไม่สามารถนำข้อเท็จจริงและหลักฐานมาสู้ให้ศาลเห็นเป็นอย่างอื่นได้

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่าความเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/8 นั้น อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการพิสูจน์ของกรรมการในการต่อสู้คดีได้ ตลอดจนผลของข้อสันนิษฐานเด็ดขาดที่ศาลไม่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นได้ก็อาจเกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมต่อคู่ความอีกฝ่ายได้เช่นกัน โดยผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวต่อไป

บทที่ 4

หน้าที่ ความรับผิดชอบของกรรมการ และหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามกฎหมายต่างประเทศ

4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

บริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งออกได้เป็นสองลักษณะด้วยกัน ได้แก่ บริษัทมหาชน (Publicly Held) และบริษัทเอกชน (Closely Held) โดยที่บริษัทมหาชน (Publicly Held) นั้นจะมีเจ้าของ (ผู้ถือหุ้น) จำนวนมากกระจายเป็นวงกว้าง และมีการซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ การซื้อขายผ่านตลาดเจรจาต่อรอง (Over-The-Counter) รวมทั้งการซื้อขายผ่านทางอินเทอร์เน็ต บริษัทมหาชน (Publicly Held) โดยส่วนใหญ่จะมีผู้บริหารงานที่เป็นมืออาชีพ จากกลุ่มผู้ถือหุ้นที่พอจะรวบรวมหุ้นที่กระจัดกระจายนั้นได้¹ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามีความคล้ายคลึงกันกับบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ที่ได้นำหุ้นเข้าจดทะเบียนซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง

สำหรับในส่วนของบริษัทเอกชน (Closely Held) นั้นมักจะตั้งขึ้นโดยมีผู้ถือหุ้นจำนวนไม่กี่ราย โดยไม่มีการนำเอาหุ้นของบริษัทเข้าซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์แต่อย่างใด และโดยส่วนใหญ่มักจะบริหารงานโดยผู้ถือหุ้นเองหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นนั้น² ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าบริษัทเอกชน (Closely Held) มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นอย่างยิ่ง

ทั้งนี้ ที่มาของกฎหมายที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทเอกชน (Closely Held) รวมถึงบริษัทมหาชน (Publicly Held) ในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า มีที่มาจากพื้นฐานจากแนวคำพิพากษาของศาล (Decisional law หรือ Common Law) เป็นส่วนสำคัญ ต่อมาจึงเริ่มมีบทบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ (Statue) เข้ามาเพื่อเสริมหน้าที่ที่เกิดจากคำพิพากษา เช่น กฎหมายของมลรัฐ (State Corporation Act) รวมทั้งกฎหมายของรัฐบาลกลาง (Federal Act) ซึ่งดูเหมือนว่าหน้าที่ของกรรมการตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะถูกกำหนดโดยรัฐบาลกลาง (Federalize) แต่อย่างไรก็ตาม ท่ามกลางศาล Supreme Court of USA ได้วาง

¹ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.: Westpublishing Co., 2000), p.2.

² Ibid., p.2.

แนววินิจฉัยที่ทำให้อำนาจของกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางลดลงและให้ความสำคัญกับกฎหมายในระดับมลรัฐมากขึ้น นอกจากนี้ คณะกรรมการกฎหมายบริษัทแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (Committee on Corporate Law of American Bar Association) ได้มีบทบาทในการจัดทำ Model Business Corporation Act โดยเป็นการนำกฎหมายของแต่ละมลรัฐมาพิจารณาในการสร้างกฎหมายเอกรูป (กฎหมายต้นแบบ หรือ Model Law) เพื่อประโยชน์ในการแก้ปัญหาหรือเพิ่มเติมกฎหมายของมลรัฐต่างๆ ให้นำไปบังคับใช้กับบริษัทมหาชนและบริษัทจำกัดต่อไป อนึ่ง สาระสำคัญของ Model Business Corporation Act นั้นได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข (Revise) ตามที่คณะกรรมการกฎหมายบริษัทแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกันได้เห็นสมควรให้มีการปรับปรุง โดยฉบับปัจจุบันที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษา คือ Model Business Corporation Act 2005³ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับถัดไป

หน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการแบ่งออกเป็น 3 หน้าที่หลักๆ คือ⁴

- 1) ต้องปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบอำนาจของตนและอยู่ภายใต้ขอบอำนาจที่ได้รับ (to act intra vires and within their respective authority)
- 2) ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรอบคอบ (to exercise due care) และ
- 3) ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (to observe applicable fiduciary duties)

หากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนครบทั้ง 3 หน้าที่ข้างต้น ตัวกรรมการนั้นก็จะได้รับความคุ้มครอง และกรรมการก็จะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดใดๆ ที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งเรียกหลักนี้ว่า “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” (the transaction is usually immune from attack, and the director is usually immune from liability under the so-called “business judgment rule”)⁵ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับถัดไป

³ www.abanet.org

⁴ Herry G. Henn, Law of Corporation and Other Business Enterprises Law (St. Paul Minn.: Westpublishing Co., 1970), p.450.

⁵ Ibid., p.451.

โดยทั่วไป กรรมการนั้นมีความรับผิดชอบต่อตัวบริษัทโดยรวมมากกว่าที่มีต่อผู้ถือหุ้นเป็นรายบุคคลหรือผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง (directors owe duties to the corporation as a whole rather than individual shareholder or to individual classes of shareholders.) แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่กรรมการได้ทำความเสียหายให้แก่ผู้ถือหุ้นรายใดโดยตรง กรรมการย่อมต้องมีความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นนั้นๆ โดยตรงเช่นกัน⁶

การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความระมัดระวังรอบคอบนั้น จะเกี่ยวข้องกับคุณภาพของกระบวนการตัดสินใจของกรรมการ (the quality of decision making by directors) ในขณะที่การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตนั้นจะเกี่ยวข้องกับการประเมินผลความถูกต้องเหมาะสมของธุรกรรมเป็นรายกรณีไป (an assessment of the propriety of specific transactions)⁷

4.1.1 หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care)

กรรมการมีหน้าที่ต่อบริษัทที่จะต้องกระทำการด้วยความเอาใจใส่ ระมัดระวังรอบคอบในกิจการของบริษัท หากกรรมการฝ่าฝืนหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความระมัดระวังนี้ กรรมการจะต้องรับผิดชอบต่อบริษัทเฉพาะในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อขาดความรอบคอบระมัดระวังเท่านั้น ซึ่งกรรมการที่ร่วมกันกระทำการ (ซึ่งขาดความรอบคอบระมัดระวังหรือประมาทเลินเล่อ) นั้น ต้องรับผิดชอบร่วมกันในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัท อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความระมัดระวังรอบคอบมิใช่เป็นการรับประกันได้ว่าจะไม่เกิดความเสียหายขึ้นต่อบริษัทแต่อย่างใด ดังนั้น กรรมการจึงไม่ใช่ผู้รับประกันความเสียหายและไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับบริษัท หากว่ากรรมการได้กระทำการไต่ลงไปด้วยความเชี่ยวชาญที่เหมาะสมและด้วยความระมัดระวังรอบคอบแล้ว⁸ โดยหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care) เป็นหน้าที่ของกรรมการทุกคน กล่าวคือ กรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารจัดการบริษัท (non executive director) หรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาเป็นกรรมการเพื่อเป็นเกียรติให้แก่บริษัทย่อมต้องปฏิบัติหน้าที่

⁶ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a nutshell*, p.445.

⁷ *Ibid.*, p.444.

⁸ Herry G. Henn, *Law of Corporation and Other Business Enterprises Law*, p.453-454.

ของตนด้วยความระมัดระวังรอบคอบ⁹ เช่นเดียวกับกับกรรมการที่มีอำนาจบริหารจัดการบริษัท และกรรมการอื่นทุกคน

ในการปฏิบัติหน้าที่การเป็นกรรมการบริษัทนั้น กรรมการทุกคนควรเข้าร่วมการประชุมคณะกรรมการทุกครั้ง เพื่อแสดงความคิดเห็น ข้อเสนอแนะ หรือข้อคัดค้านของตนในที่ประชุม ให้ความใส่ใจ เอาใจใส่ในกิจการของบริษัท ตลอดจนศึกษาและทำความเข้าใจกับสถานะทางการเงินต่างๆ ของบริษัทซึ่งจัดเตรียมโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบัญชีของบริษัท และรับฟังความเห็นหรือข้อเสนอแนะทางกฎหมายต่างๆ จากที่ปรึกษากฎหมายประจำบริษัท รวมถึงควรพิจารณาตนเองในการลาออกจากรับตำแหน่งกรรมการบริษัท เมื่อเห็นว่าตนเองไม่สามารถที่จะรับผิดชอบหน้าที่ต่างๆ ในฐานะกรรมการของบริษัทได้อีกต่อไป¹⁰

มาตรฐานการใช้ความระมัดระวัง (Standard of care) คือ เกณฑ์การพิจารณาว่า กรรมการได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเพียงพอหรือไม่ ซึ่งจากแนวคำพิพากษาของศาลได้กำหนดไว้หลายระดับด้วยกัน ได้แก่

- 1) ระดับวิญญูชนทั่วไปพึงกระทำ (reasonably prudent man)¹¹
- 2) ระดับวิญญูชนของกรรมการในธุรกิจลักษณะเดียวกันพึงกระทำ (ordinary prudent director in similar business)¹²
- 3) ระดับวิญญูชนของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของธุรกิจนั่นเองพึงกระทำ (an ordinary prudent man would exercise in the management of his own affairs)¹³

⁹ Ibid., p.454.

¹⁰ Ibid., p.454.

¹¹ คดี Anderson v. Akers, 7 F.Supp. 924 (W.D.Ky.1934) อ้างใน Herry G. Henn, Law of Corporation and Other Business Enterprises Law, p.454.

¹² คดี Anderson v. Akers, 7 F.Supp. 924 (W.D.Ky.1934) อ้างใน Herry G. Henn, Law of Corporation and Other Business Enterprises Law, p.454-455.

¹³ คดี Simon v. Socony-Vacuum Oil Co., 179 Misc.202, 38 N.Y.S.2d 270 (Sup.Ct.1942) อ้างใน Herry G. Henn, Law of Corporation and Other Business Enterprises Law, p.455.

ในการพิจารณาการใช้ระดับความระมัดระวังนี้ ศาลจะพิจารณาทั้งข้อเท็จจริงทางอัตวิสัย (subjective) และข้อเท็จจริงทางภาวะวิสัย (objective) ประกอบกัน ไม่ว่าจะกรรมการนั้นจะปฏิบัติหน้าที่แบบเต็มเวลา (full time or part time director) หรือกรรมการจะได้รับค่าตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ก็ตาม หรือกรณีกรรมการมีถิ่นที่อยู่ห่างไกล ทำให้ไม่สามารถเข้าร่วมประชุมได้ หรือกรรมการจะมีคุณสมบัติ ความรู้ความชำนาญในเรื่องใดเป็นพิเศษหรือไม่ก็ตาม ศาลจะปรับใช้มาตรฐานระดับความระมัดระวังตามลักษณะการประกอบธุรกิจ¹⁴ ทั้งนี้ การปรับใช้มาตรฐานในการใช้ความระมัดระวังของศาลจะใช้พิจารณาเฉพาะขั้นตอนการกระทำ (manner) ของกรรมการเท่านั้น ไม่ได้ปรับใช้กับผลของการตัดสินใจของกรรมการว่าเป็นการตัดสินใจที่ถูกต้องหรือไม่ (correctness of the decision made)

โดยกรรมการต้องกระทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังบนพื้นฐานของความรู้ความสามารถของตัวกรรมการนั่นเอง ประกอบกับข้อมูล ข้อเท็จจริงเพื่อประกอบการตัดสินใจที่กรรมการนั้นควรได้รับด้วยความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญหรือความชำนาญของตนอย่างเหมาะสม ดังนั้นการเชื่อถือข้อมูลจากผู้อื่นจึงเป็นเครื่องมือที่จำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อประกอบการตัดสินใจหรือปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ¹⁵

แม้ว่าหากมีความเสียหายเกิดขึ้นกับบริษัท ก็มีได้หมายความว่ากรรมการจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้นเสมอไป เนื่องจากกรรมการจะต้องรับผิดชอบต่อบริษัท เฉพาะในกรณีที่ความเสียหายดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับการกระทำของกรรมการในลักษณะเป็นผลหรือมีสาเหตุมาจากการขาดความรอบคอบระมัดระวังหรือความประมาทเลินเล่อ (negligence) ของกรรมการซึ่งโดยปกติแล้ว ในกรณีที่พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัททำความเสียหายให้กับบริษัทนั้น ผู้นั้นย่อมต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้นเอง แต่มีบางกรณีที่กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้นด้วย เฉพาะในกรณีที่กรรมการขาดความระมัดระวังรอบคอบหรือประมาทเลินเล่อในการคัดสรรบุคคลากร (negligent in selecting) หรือขาดความระมัดระวังรอบคอบหรือประมาทเลินเล่อในตรวจสอบ (negligent in supervising)¹⁶ การทำงานที่ผิดพลาดของพนักงานหรือลูกจ้างผู้ทำความเสียหายให้แก่บริษัท

¹⁴ Herry G. Henn, *Law of Corporation and Other Business Enterprises Law*, p.455.

¹⁵ Ibid., p.455.

¹⁶ Ibid., p.456.

โดยปกติแล้ว หากกรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังแล้ว แม้เกิดความเสียหายขึ้น กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว เนื่องจากได้รับความคุ้มครองตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ แต่หากเกิดความเสียหายขึ้นเนื่องจากกรรมการปฏิบัติงานโดยฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความรอบคอบระมัดระวังหรือกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ กรรมการก็จะต้องได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดดังกล่าว ซึ่งภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ช้อเท็จจริงในประเด็นนี้จะตกเป็นหน้าที่ของฝ่ายโจทก์ผู้ฟ้องคดี ที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีในศาล ให้เห็นถึงความบกพร่องในหน้าที่หรือความประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่ของกรรมการ ตลอดจนพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่บริษัทได้รับ ซึ่งกระบวนการพิจารณาคดีในเรื่องนี้โดยปกติจะใช้องค์กฏการตัดสินคดีโดยลูกขุน แม้แต่การพิจารณาคดีในศาลอัครคดี เช่น การที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องกรรมการ (derivative action) ก็ใช้การพิจารณาคดีในระบบลูกขุนเช่นเดียวกัน¹⁷

คดีตัวอย่างเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความระมัดระวังรอบคอบของกรรมการ จนเป็นเหตุให้กรรมการต้องรับผิดชอบต่อบริษัท ซึ่งเป็นคดีที่เป็นรู้จักกันกันดี คือคดี Francis v. United Jersey Bank (N.J.1981) โดยลูกชายของผู้ก่อตั้งบริษัทรับประกันภัยต่อซึ่งเสียชีวิตไปแล้ว ได้ทำการยกย้ายถ่ายเทเงินจำนวนมหาศาลออกจากบริษัทในรูปของการให้กู้โดยไม่มีหลักประกันและการจ่ายเงินที่ไม่เหมาะสมให้แก่สมาชิกในครอบครัว ในที่สุดบริษัทก็ได้ล้มละลาย และนำไปสู่การดำเนินคดีล้มละลาย โดย Mrs.Pritchard ซึ่งเป็นภรรยาหม้ายของผู้ก่อตั้งบริษัทถูกฟ้องร้องดำเนินคดี เนื่องจากเธอดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการของบริษัทอยู่ในขณะที่มีการให้กู้และการจ่ายเงินอย่างไม่เหมาะสมนั้น ซึ่งในข้อเท็จจริงนั้น Mrs.Pritchard ไม่ได้ดูแลเอาใจใส่ในกิจการของบริษัทเลยในช่วงเวลานั้น เธอเป็นเพียงหญิงชราที่ติดสุรา และยังคงเศร้าโศกเสียใจกับการจากไปของสามี อีกทั้งเธอไม่ได้เป็นผู้ที่มีความคุ้นเคยกับธุรกิจรับประกันภัยต่อแม้แต่น้อย ทั้งๆ ที่รายการธุรกรรมที่ไม่เหมาะสมทั้ง 2 ประการดังกล่าว ได้ปรากฏอยู่ในเอกสารทางการเงินของบริษัทซึ่งบริษัทได้จัดทำเอาไว้ เธอก็ไม่ทราบเนื่องจากไม่ได้ใส่ใจที่จะพิจารณาตรวจสอบเลย ดังนั้น ศาลจึงได้พิจารณาพิพากษาให้เธอชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงินถึง 10,000,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา โดยศาลให้เหตุผลว่า เธอไม่ได้ใช้ความพยายามแม้เพียงเล็กน้อยในการรับผิดชอบต่อหน้าที่ในฐานะที่เป็นกรรมการบริษัท (she never made the slightest effort to discharge any responsibilities as a director)

¹⁷ Ibid., p.456.

นอกจากหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care) ตามแนวคำพิพากษาของศาลตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ดังกล่าวของกรรมการ โดยใน Model Business Corporation Act 2005 ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายบริษัทแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (Committee on Corporation Law of American Bar Association) โดยการนำเอากฎหมายของแต่ละมลรัฐมาพิจารณาในการสร้างกฎหมายต้นแบบ เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของมลรัฐ ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับบริษัทมหาชนและบริษัทจำกัด โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่แห่งความระมัดระวังของกรรมการไว้ในมาตรา 8.30 ดังนี้

มาตรา 8.30 (a) กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความสุจริต และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังซึ่งกรรมการเชื่อว่าเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท (a director shall act: (1) in good faith, and (2) in manner the director reasonably believes to be in the best interest of the corporation.)

นอกจากนั้นในมาตรา 8.30 (b) แห่ง Model Business Corporation Act ยังได้บัญญัติถึงมาตรฐานการใช้ความระมัดระวัง (Standard of care) ไว้อย่างชัดเจน ดังนี้

มาตรา 8.30 (b) ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือต้องมีการตัดสินใจใดๆ กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรอบคอบดังเช่นบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะเช่นนั้นเชื่อว่ามีเหตุผลที่เหมาะสมที่จะกระทำในสถานการณ์เช่นเดียวกันนั้น (the member of the board, when becoming informed in connection with their decision making or devoting their attention to oversight function, shall discharged their duty with care that person in like a position would reasonably believes appropriate under similar circumstance)

โดยในมาตราเดียวกันนี้เอง Model Business Corporation Act ยังได้กล่าวถึงการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความระมัดระวังไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหลายประเด็นด้วยกัน ดังนี้

1. **หน้าที่เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของกรรมการในที่ประชุมคณะกรรมการ** โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในกรณีที่ต้องมีการตัดสินใจนั้น

กรรมการต้องกระทำด้วยความระมัดระวังดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8.30 (b) ดังที่ได้กล่าวข้างต้น ในมาตรา 8.30 (c) จึงได้กำหนดให้ กรรมการที่ทราบข้อมูลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจหรือในการควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของบริษัท ควรเปิดเผยข้อมูลนั้นให้แก่กรรมการทุกคนทราบ เว้นแต่การเปิดเผยนั้นไม่ได้เป็นการอธิบายความเพิ่มเติม อีกทั้งกรรมการมีความเชื่อโดยสุจริตว่าการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความลับหรือจรรยาบรรณทางธุรกิจ (a director shall disclose, or cause to be disclose, to 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 of imposed under law, a legally enforceable obligation of confidentiality, or a professional ethics rule)

2. การรับฟังและเชื่อถือข้อมูลที่ได้จากผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลที่กรรมการได้มอบหมาย เนื่องจากกรรมการแต่ละคนอาจมีความรู้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญคนละด้านแตกต่างกันไป เช่น กรรมการที่มีความเชี่ยวชาญด้านการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ อาจไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านราคาสินค้าเกษตร เป็นต้น ดังนั้น Model Business Corporation Act มาตรา 8.30 (d) จึงได้กำหนดหลักการว่า กรรมการที่ไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องใดเป็นพิเศษ กรรมการคนนั้นสามารถเชื่อถือข้อมูลที่บุคคลซึ่งคณะกรรมการบริษัทมอบหมายให้ดำเนินการ ทั้งที่แต่งตั้งอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการก็ตาม โดยการมอบหมายอำนาจนั้นจะต้องกระทำภายใต้กฎหมายกำหนด (a director who does not have knowledge that make reliance unwarranted is entitled to rely on the performance by any of the persons specified in subsection (f) 1 or (f) 3 to whom the board may have delegate, formally or informally by course of conduct, the authority or duty to perform one or more of the board's function that delegate under applicable law)

ในมาตรา 8.30 (e) ได้กำหนดหลักการว่า กรรมการที่ไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องใดเป็นพิเศษ สามารถให้ความเชื่อถือในข้อมูล รายงาน ข้อมูลทางการเงินของบริษัท หรือความคิดเห็นของบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญชำนาญในด้านนั้นๆ เป็นการเฉพาะ (a director who does not have knowledge that make reliance unwarranted is entitled to rely on

information, opinion, reports or statements, including financial statements and other financial data, prepared or presented by any of persons specified in subsection (f)

โดยในมาตรา 8.30 (f) ได้กำหนดบุคคลที่กรรมการสามารถเชื่อถือข้อมูลได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8.30 (d) และ (e) ได้แก่

(1) พนักงานคนใดคนหนึ่งของบริษัท ที่กรรมการเชื่อโดยสุจริตว่ามีความรู้ความสามารถเพียงพอ และมีหน้าที่เกี่ยวกับข้อมูลหรือในการให้ความเห็นนั้น (one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the functions performed or the information, opinions, reports or statements provides)

(2) ที่ปรึกษาด้านกฎหมาย นักบัญชี หรือผู้ใด ซึ่งที่กรรมการเชื่อโดยสุจริตว่ามีความเชี่ยวชาญชำนาญหรือมีประสบการณ์ซ้ำของในด้านนั้นๆ (legal counsel, public accountants, or other persons retained by the corporation as to matters involving skills or expertise the director reasonably believes are matters (i) within the particular person's professional or expert competence or (ii) as to which the particular person merits confidence)

(3) คณะอนุกรรมการ ที่คณะกรรมการมอบหมายไว้วางใจ (a committee of the board of directors of which the director is not a member if the director reasonably believes the committee merits confidence)

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า Model Business Corporation Act ได้กำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท โดยมีมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ในระดับเดียวกับบุคคลที่มีฐานะเป็นกรรมการพึงกระทำในฐานะและสถานการณ์เช่นเดียวกัน โดยเชื่อว่ามีเหตุผลที่เหมาะสมที่จะกระทำ และกรรมการสามารถเชื่อถือข้อมูล รายงาน หรือความเห็นจากพนักงานหรือผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน รวมทั้งอนุกรรมการผู้ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะได้

4.1.2 หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty)

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดเป็นคดีความ และทำให้กรรมการต้องรับผิดชอบจากการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งสามารถแบ่งคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์ (duty of loyalty) ออกได้เป็น 5 ประเภท¹⁸ ดังนี้

1. คดีเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท (self-dealing)
2. คดีเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทที่มีกรรมการร่วมกัน (transactions between corporations with one or more common directors)
3. คดีที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท (a director taking advantage of an opportunity which arguably may belong to the corporation)
4. คดีเกี่ยวกับการค้าแข่งกับบริษัท (director competes against the corporation in its business) และ
5. คดีที่กรรมการจงใจให้ข้อมูลที่ผิดแก่ผู้ถือหุ้น หรือทำให้ผู้ถือหุ้นเข้าใจผิดในเรื่องที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้น (directors distribute false or misleading information to shareholders, usually in connection with transaction that requires shareholder approval)

1. คดีเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท (self-dealing)
โดยธุรกรรมที่กระทำระหว่างกรรมการกับบริษัท หมายถึง กรณีที่มีการธุรกรรมระหว่างบริษัทกับกรรมการ ซึ่งรวมถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับกรรมการด้วย โดยแนวคำพิพากษาของศาลที่ตัดสินเกี่ยวกับผลของธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทนั้นมีหลายแนวทางและมีพัฒนาการตามระยะเวลาที่เปลี่ยนไป¹⁹ โดยเริ่มแรกในช่วงปี ค.ศ.1880 ศาลวางหลักว่าธุรกรรมดังกล่าวไม่มีผล

¹⁸ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a nutshell*, p.467.

¹⁹ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการค้ากับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 98 – 99.

ผูกพันบริษัทโดยอัตโนมัติ บริษัทสามารถเลือกได้ว่าจะให้สัญญาามีผลหรือไม่ ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1910 ศาลวินิจฉัยว่าธุรกรรมที่กรรมการทำกับบริษัทจะมีผลสมบูรณ์ ถ้าได้รับการรับรองจากที่ประชุมคณะกรรมการ โดยกรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องงดออกเสียงในมติดังกล่าว ทั้งนี้ ศาลยังคงมีดุลพินิจที่จะเพิกถอนธุรกรรมที่ไม่เป็นธรรม (unfair) หรือฉ้อฉล (fraudulent) ได้ แต่ถ้ากรรมการทั้งหมดทุกคนมีส่วนได้เสีย ศาลจะถือว่าธุรกรรมนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัททันที โดยไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นธรรมหรือมีการฉ้อฉลหรือไม่ แต่ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1960 ศาลได้มีแนวคำวินิจฉัยว่าธุรกรรมที่กรรมการทำกับบริษัทมีผลใช้บังคับได้ ถ้าได้รับการรับรองจากที่ประชุมคณะกรรมการ โดยไม่ต้องพิจารณาว่ากรรมการทุกคนมีส่วนได้เสียหรือไม่ แต่ศาลยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการเพิกถอนธุรกรรมดังกล่าวได้ ถ้าศาลได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเข้มงวดตรวจพบว่าธุรกรรมนั้นไม่เป็นธรรมกับบริษัท และตั้งแต่วันที่ ค.ศ. 1975 จนกระทั่งปัจจุบัน ศาลจะไม่วินิจฉัยในประเด็นที่ว่าธุรกรรมที่กรรมการทำกับบริษัทจะมีผลผูกพันบริษัทหรือไม่ แต่จะพิจารณาดังนี้

- ธุรกรรมดังกล่าวเป็นธรรมกับบริษัทหรือเป็นการฉ้อฉลหรือไม่ ถ้าเป็นการฉ้อฉลศาลจะเพิกถอนธุรกรรมดังกล่าว

- ถ้าธุรกรรมไม่เกี่ยวกับการฉ้อฉล แต่กรรมการไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นธุรกรรมที่เป็นธรรมกับบริษัท ธุรกรรมนั้นจะมีผลสมบูรณ์ถ้าได้รับการรับรองจากที่ประชุมคณะกรรมการ โดยกรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องงดออกเสียงในเรื่องที่พิจารณา หรือได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

อนึ่ง ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท (self-dealing) ภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับความถูกต้องเหมาะสมของธุรกรรมนั้นตกเป็นหน้าที่ของกรรมการในการพิสูจน์ (the burden is typically placed on the director to prove the propriety of the transaction)²⁰

2. คดีเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทที่มีกรรมการร่วมกัน (transactions between corporations with one or more common directors)

เนื่องจากธุรกรรมที่กระทำขึ้นระหว่างบริษัทที่มีกรรมการร่วมกันนั้น กรรมการจะต้องทำหน้าที่ของตนและรักษาผลประโยชน์ของทั้งสองบริษัท ทำให้เกิดความขัดแย้ง

²⁰ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a nutshell*, p.467.

ทางผลประโยชน์ได้และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับบริษัทที่เสียประโยชน์ได้ ซึ่งธุรกรรมในลักษณะนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท (self-dealing) นั่นเอง

ค่าตอบแทนของกรรมการ (Executive Compensation)

เนื่องจากการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่กรรมการถือเป็นการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท (self-dealing) อย่างหนึ่ง ซึ่งบริษัทมหาชนจำนวนมากหลีกเลี่ยงปัญหานี้ด้วยการจัดตั้งคณะกรรมการกำหนดค่าตอบแทน (Compensation Committees) ซึ่งมาจากคณะกรรมการอิสระ (independent directors) เพื่อทำหน้าที่พิจารณากำหนดค่าตอบแทนให้แก่กรรมการ ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของเงินเดือน เงินบำนาญ (retirement plans) สำหรับค่าตอบแทนของกรรมการอิสระ บริษัทส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้กรรมการอิสระได้รับค่าตอบแทนเป็นหุ้นมากกว่าการให้เป็นเงินสด และในการจ่ายค่าตอบแทนนั้นจะต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับภาษีของรัฐบาลกลางด้วย (federal income tax rules) ซึ่งประมวลรัษฎากรได้กำหนดให้บริษัทสามารถหักค่าลดหย่อนค่าตอบแทนพิเศษที่จ่ายให้กับกรรมการได้ในจำนวนที่สมเหตุสมผล (reasonable allowance) ที่ได้จ่ายไปจริงเท่านั้น²¹

ทั้งนี้ มีคดีที่น่าสนใจที่ตัดสินเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการปรับลดค่าตอบแทนของกรรมการ คือ คดี Heller v. Boylan (N.Y.1941)²² โดยศาลได้วางหลักไว้ว่า ถึงแม้ว่าศาลจะมีอำนาจในการแก้ไขปรับลดการจ่ายค่าตอบแทนกรรมการ แต่อำนาจดังกล่าวก็เกิดมาจากการสังเคราะห์ประดิษฐ์สร้างขึ้น (synthetic and artificial) ไม่ได้เกิดจากการวิเคราะห์หรือหลักเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์ (analytic or scientific) ซึ่งแม้จะเปรียบเทียบกับค่าตอบแทนในอุตสาหกรรมภาพยนตร์ ศิลปิน ผู้พิพากษา หรือประธานาธิบดี ก็ไม่สามารถนำมาสร้างเป็นหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่แน่นอนได้

ศาลมีความยากลำบาก (ill-equipped) ที่จะตัดสินปัญหาดังกล่าว ซึ่งเป็นปัญหาทางเศรษฐศาสตร์ โดยศาลจะพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในการบริหารงานบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ซึ่งหากกรรมการได้รับค่าตอบแทนที่สมเหตุสมผลแล้ว ก็ไม่ใช่การกระทำที่ก่อให้เกิดความสิ้นเปลืองแก่บริษัท (commit waste) หรือเป็นการกระทำไปในการมิชอบแก่บริษัท

²¹ Ibid., p.474-475.

²² คดี Heller v. Boylan (N.Y.1941) อ้างใน Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, p.477-478.

(misuse or abuse) แต่อย่างไรก็ตาม โดยหากว่ามีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลก็สามารถปรับลดค่าตอบแทนของกรรมการได้

3. คดีที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท (a director taking advantage of an opportunity which arguably may belong to the corporation)

เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ซึ่งส่วนหนึ่งของหน้าที่ดังกล่าว คือ กรรมการจะต้องไม่ใช่ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจซึ่งเป็นของบริษัทด้วยโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท ได้แก่ โอกาสทางธุรกิจที่เป็นทรัพย์สินหรือสิทธิของบริษัท หรือความคาดหวังในโอกาสทางธุรกิจของบริษัท หรือโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทโดยชอบธรรม (the opportunity which in justice should belong to the corporation) เช่น โอกาสที่บริษัทเป็นผู้แสวงหาค้นพบโอกาสทางธุรกิจนั้น หรือโอกาสทางธุรกิจที่ถูกเสนอให้แก่บริษัท หรือโอกาสทางธุรกิจที่ได้ใช้ทุนของบริษัทหรือได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากบริษัท²³ หากกรรมการขวยโอกาสช่วงชิงโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไป ถือว่ากรรมการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว

คำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาได้วางหลักในการวินิจฉัยว่าสิ่งใดถือเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไว้ 2 ประการ²⁴ ได้แก่

1. หลัก Line of Business คือ ความใกล้เคียงกับลักษณะหรือรูปแบบในการประกอบธุรกิจของบริษัท หากโอกาสในทางธุรกิจนั้นมีความใกล้เคียง คล้ายคลึง หรือเหมือนกับลักษณะธุรกิจของบริษัทที่ประกอบกิจการอยู่ในปัจจุบัน ศาลจะถือว่าโอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นของบริษัท กรรมการไม่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวหรือนำไปแข่งขันกับบริษัทได้

2. หลัก Fairness คือ การพิจารณาถึงความเป็นธรรมในกรณีที่กรรมการนำเอาโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้ประโยชน์ว่ากรณีดังกล่าวมีความสมควรและเป็นธรรมกับกรรมการหรือไม่ เช่น กรณีบริษัทสละโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทแล้ว เป็นต้น

ทั้งนี้ แนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ให้กรรมการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจแก่บริษัทมีความแตกต่างกันไป เช่น กรรมการต้องนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้แก่บริษัท

²³ Herry G. Henn, Law of Corporation and Other Business Enterprises Law, p.462-463.

²⁴ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, p.479-480.

เป็นลำดับแรกในทุกกรณี²⁵ หรือกรรมการไม่จำเป็นต้องนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้แก่บริษัทก่อน ในทุกครั้ง โดยศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์ว่าเหมาะสมหรือไม่ที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยไม่ได้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้บริษัทพิจารณา²⁶ โดยกรรมการเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ว่าการกระทำของตนไม่ได้เป็นการชกฉวยโอกาสทางธุรกิจของบริษัท โดยปราศจากการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจนั้นอย่างเป็นทางการแก่บริษัท ซึ่งการนำเสนอแก่บริษัทนั้น กรรมการจะต้องกระทำอย่างเป็นทางการพร้อมทั้งเปิดเผยข้อมูลต่างๆ ให้ครบถ้วน จึงจะสามารถสร้างเกราะคุ้มกันกรรมการจากการถูกกล่าวหาว่าใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยมิชอบ²⁷

4. คดีเกี่ยวกับการค้าแข่งกับบริษัท (director competes against the corporation in its business)

โดยทั่วไป มีความเป็นไปได้ที่กรรมการของบริษัทจะประกอบธุรกิจหรือมีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ใกล้เคียงกับการประกอบธุรกิจของบริษัท ซึ่งหากว่ากรรมการได้กระทำไปโดยความซื่อสัตย์สุจริตและไม่ได้ทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย ก็ไม่ถือว่ากรรมการกระทำผิดหน้าที่ต่อบริษัท แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว กรรมการที่กระทำการค้าแข่งกับบริษัทมักจะกระทำผิดต่อหน้าที่ เช่น การกระทำที่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท การนำความลับทางธุรกิจหรือรายชื่อลูกค้าของบริษัทไปใช้ประโยชน์ เป็นต้น ซึ่งความผิดของกรรมการในการฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตในข้อนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับความรับผิดฐานละเมิดตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (tort concept of unfair competition)²⁸

นอกจากหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) ตามแนวคำพิพากษาของศาลตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ดังกล่าวของกรรมการ โดย Model Business Corporation Act 2005 ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ สรุปได้ดังนี้

²⁵ คดี Demoulas v. Demoulas Super Market, Inc. (Mass.1997) อ้างใน Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, p.483.

²⁶ คดี Broz v. Cellular Information System, Inc. (Del.1996) อ้างใน Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, p.483.

²⁷ Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, p.483.

²⁸ Ibid., p.483.

ในมาตรา 8.60 – 8.63 ได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทไว้ โดยในมาตรา 8.60 ได้กำหนดให้นิยามของการทำธุรกรรมของกรรมการที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท (conflict of interest transaction) หมายถึง ธุรกรรม (transaction) หรือข้อเสนอ (proposed) ที่บริษัท (หรือนิติบุคคลที่ควบคุมโดยบริษัท) กระทำขึ้น โดย

- ในขณะที่กรรมการเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (the director is a party) หรือ
- ในขณะที่ กรรมการได้ทราบว่ากรรมการจะได้รับผลประโยชน์ทางการเงินที่สำคัญ (material financial interest)
- ในขณะที่ กรรมการได้ทราบว่าบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับตนเอง (a related person) เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือเป็นผู้ที่จะได้รับประโยชน์ทางการเงินที่สำคัญ

ทั้งนี้ ผลของการทำธุรกรรมของกรรมการที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท ได้กำหนดไว้ในมาตรา 8.62 และ 8.63 โดยกำหนดว่าการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัทจะมีผลต่อเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่ง ดังนี้

1. เมื่อเสียงข้างมากของที่ประชุมกรรมการได้ให้การรับรองหรือให้สัตยาบัน โดยกรรมการที่มีส่วนได้เสียจะต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดและต้องไม่เข้าร่วมในการพิจารณาและออกเสียงในมติดังกล่าว (มาตรา 8.62(a))

ในกรณีที่กรรมการไม่อาจเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของตนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตนเองได้ เนื่องจากอาจเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่หรือจรรยาบรรณทางธุรกิจหรือขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อมูล ในการขออนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าวจากที่ประชุมคณะกรรมการ กรรมการผู้มีส่วนได้เสียต้องเปิดเผยข้อมูลดังต่อไปนี้ต่อที่ประชุม (มาตรา 8.62(b))

1) ข้อเท็จจริงทั้งหมดยกเว้นข้อเท็จจริงในส่วนที่หากเปิดเผยแล้วจะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย (all information required to be disclosed that is not so violate)

2) ผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับจากการทำธุรกรรมดังกล่าว (existence and nature of the director's conflict of interest)

3) ข้อเท็จจริงที่อ้างว่าเป็นหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับ (the nature of the conflict director's duty not to disclose the confidential information)

2. เมื่อเสียงข้างมากของที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทกับกรรมการ ภายหลังจากที่ได้ดำเนินการดังนี้

1) ส่งหนังสือแจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบล่วงหน้าถึงการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทกับกรรมการ พร้อมทั้งให้ข้อมูลที่กรรมการมีหน้าที่ต้องเปิดเผยและเพียงพอแก่ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมดังกล่าว (มาตรา 8.63(a))

2) ก่อนการลงมติอนุมัติการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทกับกรรมการของผู้ถือหุ้น กรรมการต้องแจ้งเป็นหนังสือให้เลขานุการบริษัท เจ้าหน้าที่ หรือตัวแทนบริษัทผู้จัดการประชุม ได้ทราบถึงจำนวนหุ้นที่ตนเองถืออยู่ในบริษัท ซึ่งกรรมการไม่สามารถออกเสียงตามจำนวนหุ้นที่ตนเองถืออยู่ได้ (มาตรา 8.63(b))

3) เมื่อพิจารณาได้ว่าการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทกับกรรมการดังกล่าว มีความเป็นธรรมกับบริษัทในสถานะและสถานการณ์เช่นนั้น (the transaction, judged according to the circumstances at the relevant time, is established to have been fair to the corporation) (มาตรา 8.61(b)(3))

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนของกรรมการ ได้ถูกกำหนดไว้ใน Model Business Corporation Act 2005 มาตรา 8.11 ซึ่งได้กำหนดว่า ถ้าไม่มีข้อบังคับของบริษัทหรือกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น คณะกรรมการอาจกำหนดค่าตอบแทนของกรรมการที่แน่นอนได้ (Unless the articles of incorporation or bylaw provided otherwise, the board of directors may fix the compensation of directors)

โดยผลของมาตรานี้ทำให้คำถามที่ว่ากรรมการสามารถกำหนดค่าตอบแทนให้กับกรรมการได้หรือไม่ เป็นที่ยุติลง แนวปฏิบัติที่ผ่านมาเห็นว่าการให้คณะกรรมการสามารถเป็นผู้กำหนดค่าตอบแทนกรรมการดูจะเหมาะสมกับการปฏิบัติหน้าที่ แต่ในบริษัทมหาชนส่วนใหญ่ มักจะกำหนดให้กรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (nonmanagement director) เป็นผู้กำหนดค่าตอบแทน

กรรมการ เนื่องจากกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหารถูกคาดหวังว่าจะอุทิศตนและให้ความสำคัญเป็นอย่างมากกับการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่บริษัท²⁹

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาประกอบมาตรา 2.02 ซึ่งได้บัญญัติถึงเรื่องที่ต้องมีในข้อบังคับของบริษัท บริษัทส่วนใหญ่จะกำหนดให้ค่าตอบแทนของกรรมการต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วย³⁰

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจของบริษัท (Usurpation of Corporate Opportunities) คือ Model Business Corporation Act 2005 มาตรา 8.70(a) โดยได้วางหลักการไว้ว่า กรรมการที่ได้รับประโยชน์ทั้งทางตรงหรือทางอ้อมจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท จะไม่ได้รับการคุ้มครองหรือได้รับการชดเชยความเสียหายใดๆ จากการถูกฟ้องร้อง หากโอกาสทางธุรกิจนั้นควรจะได้ถูกนำเสนอกับบริษัทก่อน (should have first been offered to the corporation) และถือเป็นหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องนำเสนอโอกาสทางธุรกิจนั้นให้บริษัทพิจารณาก่อน โดยมีข้อยกเว้น 2 กรณี คือ

1. คณะกรรมการมีมติเห็นชอบให้ปฏิเสธโอกาสทางธุรกิจของบริษัท โดยกรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องไม่เข้าร่วมการพิจารณา (มาตรา 8.70 (a) (1)) หรือ

2. ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้ปฏิเสธโอกาสทางธุรกิจของบริษัท โดยกรรมการที่มีส่วนได้เสียต้องไม่เข้าร่วมการพิจารณา (มาตรา 8.70 (a) (2))

โดยในการพิจารณานั้น กรรมการต้องเปิดเผยข้อมูลต่อคณะ กรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้น (แล้วแต่กรณี) ล่วงหน้า เกี่ยวกับข้อเท็จจริงทั้งหมดซึ่งเกี่ยวข้องกับโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการได้รับทราบมา (all material facts concerning the business opportunity that are then known to the director)

และนอกจากนั้น กรณีที่กรรมการได้ใช้โอกาสทางธุรกิจใดๆ ไปโดยไม่ได้ขออนุมัติจากคณะ กรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้น (แล้วแต่กรณี) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 8.70(a) ซึ่ง

²⁹ Model Business Corporation Act 2005 Official comment, p.349-350.

³⁰ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการค้ากับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 102.

ไม่จำเป็นว่าโอกาสทางธุรกิจนั้นจะต้องถูกนำเสนอให้แก่บริษัทก่อน และไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงหรือผลักระการพิสูจน์ความรับผิดชอบไปยังกรรมการ ให้ต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว (มาตรา 8.70(b)) ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 8.70 (b) บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นเกราะคุ้มครองความรับผิดชอบให้แก่กรรมการ (safe harbor) เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดนิยามของการกระทำที่เป็นการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไว้อย่างชัดเจน หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังมีความคลุมเครือ อีกทั้งยังมีความแตกต่างระหว่างโอกาสทางธุรกิจโดยทั่วไป (business opportunity) และโอกาสทางธุรกิจของบริษัท (corporate opportunity) กฎหมายจึงกำหนดให้กรรมการยังคงจำเป็นต้องมีเกราะคุ้มกันว่า ในการใช้โอกาสทางธุรกิจทั่วไปที่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ในกิจการของตนเอง มิใช่เป็นการผิดหน้าที่ของกรรมการจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเสมอไป³¹

4.1.3 หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ³² (Business Judgment Rule)

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นหลักการพื้นฐานของการตัดสินใจทางธุรกิจของคณะกรรมการบริษัท โดยหากคณะกรรมการได้ทำการตัดสินใจทางธุรกิจใดๆ ไปโดยใช้ข้อมูลที่เหมาะสมและประกอบด้วยความสมเหตุสมผล (reasonable information and with rationality) จะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดใดๆ แก่กรรมการ ถึงแม้ว่าผลของการตัดสินใจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลร้ายหรือความเสียหายแก่บริษัท (badly or disastrously) นอกจากนี้ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจยังส่งผลให้การตัดสินใจของคณะกรรมการมีความถูกต้องและมีผลผูกพันบริษัทโดยชอบด้วยกฎหมาย (valid and binding upon the corporation) และยังเป็นกำบังปกป้องไม่ให้ผู้ถือหุ้นเข้ามายุ่งเกี่ยวในการบริหารของบริษัทอีกด้วย (cannot enjoined or attacked by shareholders)³³

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ได้รับการพัฒนาและได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น (judicial doctrine)³⁴

³¹ Model Business Corporation Act 2005 Official comment, p.498-499.

³² ในบางตำรา อาจแปล “Business Judgment Rule” ว่า “หลักดุลพินิจทางการค้า”

³³ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a nutshell*, p.453.

³⁴ วสันต์ เทียนหอม, “การพัฒนามาตรการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการซื้อฉลในบริษัทจดทะเบียนและการซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดทุนไทย,” (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรผู้บริหารระบวงการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 11 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2551), หน้า 71.

โดยหลักดังกล่าวเป็นหลักการที่ศาลสร้างขึ้นเพื่อเป็นเกราะคุ้มกันกรรมการของบริษัทมิให้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท หากการตัดสินใจดังกล่าวเป็นไปด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ปราศจากการขัดกันของผลประโยชน์ รวมทั้งกรรมการได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีพอและเชื่อว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท แม้ว่าการตัดสินใจนั้นจะทำให้บริษัทเสียหายก็ตาม โดยในการพิจารณาความรับผิดของกรรมการนั้น ศาลได้กำหนดขอบเขตในการพิจารณาโดยจะตรวจสอบว่ากรรมการได้ทำหน้าที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ส่วนดุลพินิจของกรรมการว่าจะตัดสินใจอย่างไรและการตัดสินใจนั้นทำให้บริษัทเสียหายหรือไม่ ศาลจะไม่เข้าไปพิจารณา³⁵

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ มีผลทำให้กรรมการของบริษัทมีความสมบูรณ์ และเป็นเกราะป้องกันความรับผิดของกรรมการจากการทำธุรกรรมที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจและขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ตลอดจนกระทำด้วยความรอบคอบระมัดระวังและปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตโดยชอบแล้ว (the business judgment rule sustains corporate transactions and immunize management from liability where the transaction is within the power of the corporation (intra vires) and the authority of management, and involves the exercise of due care and compliance with applicable fiduciary duties.)³⁶ โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ หากว่าได้ตัดสินใจใดๆ โดยดำเนินการอยู่ภายใต้ขอบอำนาจและขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทและอยู่บนพื้นฐานของความมีเหตุผล ตลอดจนกระทำด้วยความรอบคอบระมัดระวังและปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต โดยใช้ดุลพินิจอย่างเป็นอิสระและไม่ได้อยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งใดนอกเหนือไปจากความเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ศาลจะไม่เข้าไปรบกวนขัดขวางการทำหน้าที่ (การตัดสินใจ) บริหารงานภายในของบริษัท หรือให้กรรมการรับผิดในผลที่เสียหายจากการนั้น³⁷

โดยความคิดพื้นฐาน (basic aspect) ของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ คือการป้องกันไม่ให้ศาลเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการประเมินสาระของการตัดสินใจทางธุรกิจ (the

³⁵ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดของกรรมการ,” หน้า 109.

³⁶ Herry G. Henn, *Law of Corporation and Other Business Enterprises Law*, p.482.

³⁷ คดี Shlensky v. Wrigley, 95 111.App.2d 173,237 N.E.2d 776 (1968) อ้างใน Herry G. Henn, *Law of Corporation and Other Business Enterprises Law*, p.482.

substantive evaluation) หากแต่ให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการของการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น (examines the process or procedure by which the judgment was made) โดยอาศัยความเชื่ออย่างมีเหตุผล (rational belief) เป็นเครื่องมือช่วยในการตรวจสอบ³⁸

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ เป็นหลักกฎหมายที่ศาล (ผู้พิพากษา) สร้างขึ้น หรือที่เรียกว่า “judge-made law” โดยสร้างขึ้นอย่างเป็นทางการในช่วงประมาณปี ค.ศ. 1927 ซึ่งศาลสูงสุดของมลรัฐ Delaware ได้พิพากษาไว้ในคดีระหว่าง Bodell v. General Gas & Electric Corp โดยศาลอธิบายถึงเหตุผลที่อยู่เบื้องหลังว่า “เนื้อหาของสาระของการดำเนินการหรือตัดสินใจทางธุรกิจต้องไม่ถูกตรวจสอบหรือทบทวนโดยศาล ตราบเท่าที่การดำเนินการหรือตัดสินใจนั้นเป็นไปโดยสุจริต พิจารณาอย่างรอบคอบและเชื่อว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทและผู้ถือหุ้นของบริษัท”³⁹

ดังนั้น การดำเนินการหรือการตัดสินใจของคณะกรรมการจะไม่ถูกรบกวนขัดขวาง ถ้าอ้างเหตุว่าเป็นการดำเนินการทางธุรกิจ ศาลจะไม่เข้าไปข้องเกี่ยวหรือใช้ความเห็นส่วนตัว (ของผู้พิพากษา) ในเรื่องทางธุรกิจ⁴⁰ ด้วยเหตุนี้ นักวิชาการของต่างประเทศบางท่านจึงได้เรียกหลักการตัดสินใจทางธุรกิจว่าเป็น **หลักการไม่เข้าตรวจสอบ (a standard of non-review)** หรือการวางเงื่อนไขที่จะไม่ทบทวนหรือตรวจสอบความถูกต้องของการตัดสินใจทางธุรกิจที่ได้กระทำขึ้น⁴¹ หรือกล่าวได้ว่า หลักการตัดสินใจทางธุรกิจไม่ใช่กฎเกณฑ์ตายตัวที่ต้องปฏิบัติหรือไม่ต้องปฏิบัติ แต่เป็นเพียงมาตรฐานการทบทวนหรือตรวจสอบโดยอำนาจศาล และเป็นมาตรฐานที่ผู้พิพากษาต้องยึดถือเมื่อต้องพิจารณาทบทวนตรวจสอบการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการ⁴²

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในฐานะที่เป็น **“ข้อสันนิษฐาน”** อันเป็นคุณแก่กรรมการ โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการจะถูกสันนิษฐานว่าได้ดำเนินการหรือตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความระมัดระวัง (due care) อย่างซื่อสัตย์

³⁸ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a nutshell*, p.455.

³⁹ Bodell v. General Gas & Electric Corp., 140 A. 264 (Del. 1927)

⁴⁰ Sinclair Oil Corp. v. Levien, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971)

⁴¹ Branson, Douglas M., “The Rule That Isn't a Rule - The Business Judgment Rule,” in *Valparaiso University Law Review*, Vol. 36, (2002), p.631.

⁴² Brainbridge, Stephen M., “The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine,” in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, (2004), p.83.

สุจริต และโดยเชื่อว่าพวกเขาได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยถือว่าการดำเนินการหรือการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการของบริษัทนั้นได้ดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของการรับทราบข้อมูลด้วยความสุจริต และโดยเชื่ออย่างสุจริตว่าการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยผ่านการไตร่ตรองอย่างดีแล้ว ศาลจะให้ความเคารพในการดำเนินการหรือตัดสินใจนั้น⁴³

การปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในฐานะที่เป็น “ข้อสันนิษฐาน” มีเหตุผลหลายประการแบ่งออกเป็นเหตุผลพื้นฐาน (Traditional Grounds) และเหตุผลในยุคปัจจุบัน (Modern Grounds) โดยเหตุผลพื้นฐานประการแรก คือ

1. ศาล (ผู้พิพากษา) ไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะทำการทบทวนหรือตรวจสอบการตัดสินใจทางธุรกิจ⁴⁴ เช่น คำถามว่า บริษัทควรจะซื้อรถบรรทุกใหม่หรือไม่? หรือควรขึ้นเงินเดือนให้พนักงานคนนี้หรือไม่? ศาล (ผู้พิพากษา) ไม่สามารถให้คำตอบกับคำถามเช่นว่านี้ได้ เนื่องจากศาลไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญหรือมีประสบการณ์ในเรื่องธุรกิจ อีกทั้งระบบของการบริหารงานในบริษัทสนับสนุนให้การบริหารงานหรือการตัดสินใจในเรื่องทางธุรกิจควรเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการหรือผู้จัดการซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นๆ ผู้พิพากษาไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านในการดำเนินกิจการของบริษัท ผู้พิพากษาเป็นเพียงนักกฎหมาย ไม่ใช่ นักธุรกิจ ดังนั้น จึงไม่สามารถมาจัดการบริหารงานบุคคล ทรัพยากร การเงิน หรือธุรกรรมทางธุรกิจใดๆ ได้⁴⁵

⁴³ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del.1984) , the most quoted by Delaware courts state that the business judgment rule is “a presumption that in making a business decision the directors of the corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company”

⁴⁴ Brainbridge, Stephen M. ได้โต้แย้งเหตุผลข้อนี้ไว้ในบทความ The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine เนื่องจาก Brainbridge เห็นว่า การให้เหตุผลว่าผู้พิพากษาไม่มีความรู้ความสามารถในเรื่องธุรกิจนั้น เป็นเหตุผลที่ไม่ถูกต้องเสมอไป เนื่องจากผู้พิพากษาของศาลในมลรัฐ Delaware ได้แสดงให้เห็นถึงความเชี่ยวชาญในกฎหมายธุรกิจและหุ้นส่วนบริษัทอย่างมากมาย อีกทั้งผู้พิพากษาของศาลในมลรัฐ Delaware ยังถือเป็นศูนย์กลางการเรียนรู้ออกกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทอีกด้วย

⁴⁵ Carlos Anderes Laguado Giraldo, “Factors Governing the Application of the Business Judgment Rule: an Empirical Study of the U.S., U.K. Australia and the E.U.,” (LL.M. International Business and Trade Law, Erasmus University, 2004-2005), p.112.

2. ข้อเท็จจริงที่ว่าไม่มีมาตรฐานหรือเกณฑ์ใดสามารถใช้วัดความถูกต้องของการตัดสินใจทางธุรกิจ⁴⁶ ข้อเท็จจริงนี้เป็นรากฐานของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

นอกจากเหตุผลพื้นฐาน 2 ประการข้างต้น ยังมีเหตุผลอื่นเข้ามาสนับสนุนหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยผู้วิจัยขอเรียกว่าเหตุผลในยุคปัจจุบัน โดยอ้างอิงความคิดทางเศรษฐศาสตร์และการบริหารจัดการ ได้แก่

1. ทฤษฎีการจัดสรรความเสี่ยง (Risk Allocation) ตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ American Law Institute หลักการตัดสินใจทางธุรกิจมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อป้องกันกรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัทจากความเสี่ยงที่มีอยู่ตามปกติภายหลังจากการตัดสินใจทางธุรกิจ และหลีกเลี่ยงความเสี่ยงจากกิจกรรมทางธุรกิจที่แปลกใหม่หรือที่มีความเสี่ยง เหตุผลในข้อนี้เหมาะสมกับเป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ในการให้อิสระและความสะดวกแก่การตัดสินใจของกรรมการ เพื่อแลกกับประสิทธิภาพในการสร้างประโยชน์ให้กับผู้ถือหุ้น

2. การเคารพเจตนาของมติของผู้ถือหุ้น เนื่องจากผู้ถือหุ้นเป็นคัดเลือกบุคคลที่ผู้ถือหุ้นคิดว่าเหมาะสม เข้ามาเพื่อเป็นกรรมการของบริษัท เพื่อทำหน้าที่ดำเนินการทางธุรกิจ หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้ทำการตัดสินใจเลือกเข้ามาลงทุนในบริษัทซึ่งบริหารกิจการโดยกรรมการนั้นๆ อยู่แล้ว⁴⁷ ดังนั้น จึงเป็นการยากและไม่เหมาะสมที่ศาลจะเข้ามาทบทวนหรือตรวจสอบการตัดสินใจของกรรมการบริษัท และสมควรให้นำเอาหลักการตัดสินใจทางธุรกิจมาปรับใช้กับการแก้ปัญหาในข้อนี้

3. ทฤษฎีการปกครอง (บริหารงาน) โดยกรรมการ หรือ “Directors Sovereignty” โดยมีกรกล่าวถึงอย่างชัดเจนในคดีระหว่าง Smith v. Van Gorkom ดังนี้

“หลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นผลผลิตมาจากรากฐานที่สำคัญที่ว่า... การดำเนินธุรกิจและการประกอบกิจการต่างๆ ของบริษัทในมลรัฐ Delaware ถูกดำเนินการโดยหรืออยู่ภายใต้การกระทำของคณะกรรมการ... หลักการตัดสินใจทางธุรกิจมีอยู่เพื่อป้องกันและสนับสนุนคุ้มครองความสมบูรณ์และความอิสระในการใช้อำนาจทำหน้าที่ในการบริหารกิจการ

⁴⁶ Greenhow, Annette, “The Statutory Business Judgment Rule: Putting the Wind into Directors’ Sails,” in *Bond Law Review*, Vol. 11:Iss. 1, Article 4, (1999), p.52.

⁴⁷ In *Joy v. North.*, 692 f2D 880 (1982)

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หลักนี้มีอยู่เพื่อทำให้มั่นใจได้ว่าความผิดพลาดจะได้รับการยอมรับในฐานะที่อำนาจของคณะกรรมการเป็นศูนย์กลางของอำนาจในการตัดสินใจและเป็นผู้ตัดสินใจคนสุดท้าย”⁴⁸

เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่ในการทำให้การลงทุนของผู้ถือหุ้นเกิดประโยชน์สูงสุด (ทำให้บริษัทมีกำไรมากที่สุด) ดังนั้น กรรมการจึงจำเป็นต้องยอมรับความเสี่ยงและตัดสินใจในเรื่องต่างๆ อย่างเหมาะสม แม้ว่าบางครั้งจะกระทำไปโดยไม่ได้รับข้อมูลที่ครบถ้วนหรือสมบูรณ์แบบ จึงเป็นการไม่ยุติธรรมและไม่สามารถยึดถือเป็นแบบอย่างได้ หากจะเรียกร้องความรับผิดชอบทั้งหมดจากกรรมการในกรณีที่ขาดแคลนข้อมูลที่ครบถ้วน

นอกจากนี้ยังมีความเสี่ยงที่สำคัญบางอย่างซึ่งทั้งผู้ถือหุ้นเองและศาล (ผู้พิพากษา) ก็ไม่สามารถที่กำจัดให้หมดไปได้ เพราะว่าในบางครั้งผลเสียหายบางอย่างสามารถคาดเห็นได้และได้ป้องกันผลนั้นแล้ว แต่ผลเสียหายนั้นยังคงเกิดขึ้นในท้ายที่สุด หากกรรมการต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น โดยไม่คำนึงถึงการตัดสินใจก่อนหน้านั้นหรือกระบวนการในการตัดสินใจนั้น กรรมการก็จะมีกำลังใจสนับสนุนในการยอมรับความเสี่ยงนั้น

นอกจากนี้ แนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ยังเป็นสิ่งยืนยันได้อีกว่า การจำกัดความนึกคิดของมนุษย์มักจะเป็นผลทำให้เกิดการตัดสินใจที่ผิดพลาดในการก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด⁴⁹ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะกรรมการหรือผู้พิพากษาก็ไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างสมบูรณ์แบบ ดังนั้น การเชื่อถือการตัดสินใจหรือการดำเนินการทางธุรกิจโดยอยู่บนพื้นฐานของความสุจริตและการไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นๆ ก็น่าจะเป็นเหตุผลที่เพียงพอที่จะสนับสนุนหลักการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว ตามที่ผู้พิพากษา Jackson แห่งศาลสูงสุดได้กล่าวไว้ว่า “พวกเราไม่ใช่ที่สิ้นสุดเพราะพวกเราไม่รู้จักผิดพลาด แต่พวกเราไม่รู้จักทำผิดพลาดเพียงเพราะพวกเราเป็นที่สิ้นสุด”⁵⁰ ดังนั้น ไม่ว่าจะผู้พิพากษาหรือคณะกรรมการบริษัทยอมเป็นผู้ไม่รู้จักผิดพลาดได้ด้วยกันทั้งสองฝ่าย

⁴⁸ Brainbridge, Stephen M., “The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine,” p.83.

⁴⁹ Brainbridge, Stephen Conference The Business Judgment Rule as an Abstention Doctrine, at Syracuse University. January 23, 2004.

⁵⁰ “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.”

แต่ต้องมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นที่สิ้นสุด ฉะนั้น จึงเกิดคำถามว่า ฝ่ายใดควรจะเป็นผู้เหมาะสมที่สุดในการเป็นที่สิ้นสุดระหว่างผู้พิพากษาหรือคณะกรรมการบริษัท?⁵¹

คำถามนี้สามารถตอบได้โดยวัตถุประสงค์พื้นฐานหนึ่งของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจที่ต้องการหลีกเลี่ยงไม่ให้ศาล (ผู้พิพากษา) เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินกิจการของคณะกรรมการบริษัท ซึ่งอาจทำลายหน้าที่ของการเป็นองค์คณะในส่วนยอดสูงสุดของขั้นตอนการตัดสินใจของคณะกรรมการ ซึ่งมีลักษณะเป็นสมาชิกที่หลากหลายเข้ามาเป็นองค์คณะนั้น การตัดสินใจบังเกิดโดยความยินยอมพร้อมใจของสมาชิกทั้งหลายขององค์คณะนั้น⁵² ซึ่งลักษณะของการเป็นองค์คณะนี้เป็นผลดีต่อการตัดสินใจมากกว่าการตัดสินใจจากบุคคลเพียงลำพังหรือจากปัจเจกบุคคล เนื่องจากปัจเจกบุคคลจะมีแรงกดดันบีบคั้นจากสถานการณ์และถูกยั่วยุให้เข้าไปมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องได้มากกว่า การตัดสินใจโดยองค์คณะย่อมให้ผลที่ดีกว่า เนื่องจากการคิดอย่างเป็นระบบ ซึ่งรวบรวมเอาแหล่งข้อมูลที่หลากหลายจากปัจเจกบุคคลซึ่งมีความรู้ความชำนาญที่แตกต่างกันในแต่ละด้านมาประกอบกัน⁵³

การให้บุคคลภายนอก (ศาลหรือผู้พิพากษา) เข้ามาทบทวนหรือตรวจสอบการตัดสินใจทางธุรกิจของคณะกรรมการไม่เพียงแต่เป็นการยากในการกระทำ ยังอาจเกิดผลเสียต่อโครงสร้างโดยรวมของคณะกรรมการอีกด้วย ประสิทธิภาพและการทำงานประสานกันของคณะกรรมการขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์และวิธีการทำงานซึ่งสมาชิกแต่ละคนพัฒนาขึ้นอย่างสมดุล สมาชิกแต่ละคนแสดงทั้งบทบาทพื้นฐานและบทบาทเฉพาะของแต่ละบุคคล ซึ่งการละเว้นหน้าที่ของสมาชิกคนใดคนหนึ่งสามารถทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการได้ จึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ตอบคำถามว่าการทบทวนหรือตรวจสอบการตัดสินใจทางธุรกิจโดยบุคคลภายนอกควรได้รับการปฏิเสธ

ดังนั้น หน้าที่ที่สำคัญที่สุดของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ คือ การลดหรือกำจัดการให้บุคคลภายนอกเข้ามารบกวนขัดขวางการดำเนินการของคณะกรรมการ เพื่อป้องกัน

⁵¹ Brainbridge, Stephen Conference The Business Judgment Rule as an Abstention Doctrine, at Syracuse University. January 23, 2004.

⁵² Brainbridge, Stephen Conference The Business Judgment Rule as an Abstention Doctrine, at Syracuse University. January 23, 2004

⁵³ Brainbridge, Stephen Conference The Business Judgment Rule as an Abstention Doctrine, at Syracuse University. January 23, 2004

โครงสร้างและความเป็นหนึ่งเดียวของคณะกรรมการบริษัท จำกัดให้เฉพาะบางกรณี เช่น การทุจริต การมีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นๆ หรือเมื่อสมาชิกของคณะกรรมการกระทำการใดไปซึ่งหลอกลวงหรือไม่ซื่อสัตย์ต่อกรรมการอื่นๆ ไปโดยลำพังอย่างเป็นประจำ⁵⁴

คดี Smith v. Van Gorkom⁵⁵

คดี Smith v. Van Gorkom เป็นคดีที่มีความสำคัญต่อหลักการตัดสินใจทางธุรกิจคดีหนึ่ง โดยมีข้อเท็จจริงในคดีว่า Van Gorkom เป็นประธานเจ้าหน้าที่บริหาร (chief executive officer) ของ Trans Union Corporation ซึ่งเป็นบริษัทมหาชน นาย Van Gorkom ซึ่งอยู่ในวัยใกล้เกษียณและเป็นผู้ถือหุ้นอยู่จำนวน 75,000 หุ้นจากจำนวนหุ้นทั้งหมด 20,000,000 หุ้น ได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการขายกิจการ (leveraged buyout) โดยพิจารณาว่าจะขายหุ้นในส่วนของตนในราคาหุ้นละ 55 เหรียญ ซึ่งในขณะนั้นหุ้นของบริษัทมีการซื้อขายอยู่ช่วงราคา ระหว่าง 24 – 39 เหรียญ โดยนาย Van Gorkom ได้พิจารณาการกำหนดราคาดังกล่าวร่วมกับกลุ่มผู้บริหารของบริษัท โดยไม่มีการตรวจสอบเพื่อกำหนดมูลค่าที่แท้จริงของบริษัท ต่อมา นาย Van Gorkom จึงได้ติดต่อนาย Pritzker ซึ่งเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงในการ Takeover โดยไม่ได้ติดต่อผู้จะซื้อรายอื่นเลย และต่อมานาย Pritzker ได้ตอบตกลงจะซื้อหุ้นของ Trans Union Corporation ในราคาหุ้นละ 55 เหรียญ โดยให้เวลา Trans Union Corporation ในการพิจารณาคำเสนอของตนภายใน 3 วัน

ทั้งนี้ ผู้บริหารบางคนของ Trans Union Corporation ได้คัดค้านว่าราคาดังกล่าวเป็นราคาที่ต่ำเกินไปและไม่ได้รับประเมินมูลค่าอย่างเพียงพอ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการได้ถูกจัดขึ้นอย่างเร่งด่วนเพื่อให้มีการพิจารณาและมติขายหุ้นในราคาหุ้นละ 55 เหรียญ ในระยะ 3 วันตามที่กำหนด โดยนาย Van Gorkom อ้างว่า ราคาดังกล่าวเป็นราคาตลาด และประธานเจ้าหน้าที่ฝ่ายการเงิน (chief finance officer) ของบริษัทให้ความเห็นว่า ราคาดังกล่าวเป็น “ราคาที่ยุติธรรมแต่อยู่ในจุดเริ่มต้นของช่วงราคา” (“fair but at the beginning of the range”) ทั้งนี้ คณะกรรมการบริษัทได้อนุมัติกรรมการขายหุ้นดังกล่าวโดย

⁵⁴ Carlos Anderes Laguado Giraldo, “Factors Governing the Application of the Business Judgment Rule: an Empirical Study of the U.S., U.K. Australia and the E.U.,” p.125.

⁵⁵ คดี Smith v. Van Gorkom (Del.1985) อ้างใน Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell (St. Paul Minn.: Westpublishing Co.,2000), p.455-459.

ไม่มีการซักถามใดๆ หรือแสดงความเห็นใดๆ เพิ่มเติมเลย และนาย Van Gorkom ได้รับดำเนินการให้ได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยไม่ได้พิจารณาถึงทางเลือกอื่นแต่อย่างใด แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีผู้เสนอซื้อหุ้นในราคาหุ้นละ 60 เหรียญก็ตาม

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ยังปรากฏอีกว่า นาย Van Gorkom ได้ลงนามในเอกสารการขายหุ้นของบริษัทในขณะที่เข้าชมการแสดงโอเปร่า โดยไม่ได้อ่านบททวนเอกสารดังกล่าวก่อนลงนามเลย โดยผลการพิจารณาของที่ประชุมผู้ถือหุ้นปรากฏว่าได้รับความเห็นชอบร้อยละ 69.9 และมีผู้ไม่เห็นด้วยร้อยละ 7.25

จากข้อเท็จจริงที่กล่าวมา ศาลสูงในมลรัฐ Delaware จึงได้ตัดสินว่า กรรมการไม่ได้รับข้อมูลที่เพียงพอในการพิจารณาเกี่ยวกับมูลค่าหุ้นของบริษัทและข้อเสนอซื้อหุ้นของบริษัท จึงถือได้ว่ากรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence) มิได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรอบคอบ ส่งผลให้กรรมการไม่ได้รับความคุ้มครองความรับผิดจากหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

โดยการพิจารณาของศาลในคดีนี้ ดูเหมือนว่าศาลจะพิจารณาระดับการใช้ความระมัดระวังของกรรมการที่เป็นผู้มีอำนาจบริหารแตกต่างจากกรรมการที่ไม่มีอำนาจในการบริหารหรือกรรมการที่มาจากบุคคลภายนอก แต่อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาของศาล คณะกรรมการซึ่งเป็นจำเลยใช้กลยุทธ์ในการต่อสู้คดีร่วมกัน (“one for all and all for one”) จึงไม่มีการหยิบยกข้อต่อสู้ว่ากรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารควรมีระดับการใช้ความระมัดระวังและควรมีความรับผิดแตกต่างจากกรรมการผู้มีอำนาจบริหารบริษัทขึ้นมาพิจารณาแต่อย่างใด

จากคำตัดสินของศาลในคดีนี้ ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก โดยได้มีผู้ให้ความเห็นโต้แย้งต่อคำพิพากษาดังกล่าวเอาไว้ เช่น

1. ในการพิจารณาค่าเสนอซื้อหุ้นนั้น ควรจะถือว่ากรรมการได้พิจารณาค่าเสนอซื้อหุ้นของบริษัทแล้วโดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ด้านการเงินของตัวเอง (their own financial experience) โดยพึ่งพาและเชื่อถือจากความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ในอดีตของนาย Van Gorkom (in reliance on Van Gorkom's experience and background)

2. กรรมการได้ใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาขายหุ้นแล้ว โดยการพิจารณาขายหุ้นในราคาหุ้นละ 55 เหรียญ ถือได้ว่าเป็นจำนวนที่สูงกว่ามูลค่าหุ้นที่ซื้อขายกันอยู่ในขณะนั้น ซึ่งอยู่ระหว่างราคาหุ้นละ 24 - 39 เหรียญ ถือได้ว่ามีความแตกต่างกันอยู่พอสมควรแล้ว (substance difference) เมื่อพิจารณาถึงการเชี่ยวชาญด้านการเงินของกรรมการภายนอกหรือกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารบริษัท (outside directors)

3. การกำหนดค่าเสียหาย หากศาลเห็นว่าค่าเสียหายควรเป็นจำนวนหุ้นละ 5 เหรียญ (หากพิจารณาจากส่วนต่างของราคาหุ้นที่มีผู้อื่นเสนอในราคาหุ้นละ 60 เหรียญ) ดังนั้นศาลควรกำหนดให้กรรมการต้องรับผิดชอบเป็นจำนวน 63,500,000 เหรียญ (คำนวณจากจำนวนหุ้นทั้งหมดหักด้วยจำนวนหุ้นที่นาย Van Gorkom ถืออยู่ และคูณด้วยส่วนต่าง 5 เหรียญต่อหุ้น) อย่างไรก็ตาม ศาลได้กำหนดค่าเสียหายในคดีนี้ไว้ที่ 22,000,000 เหรียญ

นอกจากนั้น ผลที่ตามมาจากคำตัดสินในคดีนี้ ทำให้ทนายความและบริษัทที่ปรึกษากฎหมายได้ส่งหนังสือไปยังลูกความของตนเพื่อแจ้งเตือนเกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาเรื่องที่มีความสำคัญกับบริษัทว่าต้องได้รับความแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้คำปรึกษาแก่คณะกรรมการประกอบการพิจารณา เพื่อกรรมการจะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ และยังส่งผลให้กรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารทั้งหลายพิจารณาทบทวนการรับตำแหน่งเป็นกรรมการของตน และจากเหตุการณ์ดังกล่าวพบว่าการลาออกเป็นจำนวนมาก ทนายความปฏิเสธที่จะเข้าเป็นกรรมการในบริษัทของลูกความ และพบว่าเกิดความยากลำบากในการเชิญบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นกรรมการบริษัท ถึงแม้ว่าจะมีการชดเชยความเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิด (indemnification) และการทำประกันภัย (insurance) ให้แก่กรรมการก็ตาม

**มาตรา 102 (b) (7) ของกฎหมาย GENERAL CORPORATION LAW แห่ง
มลรัฐ Delaware⁵⁶**

จากผลของคำพิพากษาในคดี Smith v. Van Gorkom ทำให้มลรัฐ Delaware ได้ออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยในปี ค.ศ.1986 ได้ทำการแก้ไขมาตรา 102 (b) (7)⁵⁷ แห่ง DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW โดยได้อำนาจให้บริษัทสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับบริษัทเพื่อกำจัดหรือจำกัด (eliminate or limit) ความรับผิดที่เป็นตัวเงินของกรรมการได้ (personal liability of a director for monetary damages) โดยมีข้อยกเว้นที่กรรมการไม่สามารถจำกัดความรับผิดของตนได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

1. กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (breach of duty of loyalty)
2. กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยไม่ซื่อสัตย์สุจริตหรือจงใจประพฤตินอกหน้าที่หรือจงใจกระทำการโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (acts or omissions not in good faith or intentional misconduct or knowing violation of law)
3. กรณีเป็นการทำธุรกรรมที่กรรมการได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวที่ไม่เหมาะสม (transaction from which the director derived an improper personal benefit)

⁵⁶ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a nutshell*, p.459 - 460.

⁵⁷ มาตรา 102 (b) (7) แห่ง DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW บัญญัติว่า

“A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title.”

การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้บริษัทในมลรัฐ Delaware จำนวนมาก ได้ขอแก้ไขข้อบังคับบริษัทเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการแก้ไขในครั้งนี้ และทำให้มลรัฐอื่นๆ แก้ไขกฎหมายบริษัทในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 102 (b) (7) นี้ อีกทั้ง ในบางมลรัฐยังนำไปแก้ไขโดยให้การจำกัดความรับผิดของกรรมการดังกล่าวมีผลกับบริษัททุกแห่งโดยอัตโนมัติ เว้นแต่ข้อบังคับของบริษัทนั้นๆ จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (an opt out election)

ผลของการเป็นบทสันนิษฐานของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจต่อภาระการพิสูจน์ในการพิจารณาคดี

ด้วยเหตุที่มาตรฐานการใช้ความระมัดระวังของกรรมการในประเทศสหรัฐอเมริกา อยู่ในเกณฑ์ที่ค่อนข้างต่ำ โดยเห็นได้อย่างชัดเจน เช่น ในคดีระหว่าง Aronson v. Lewis ในปี ค.ศ. 1984 ซึ่งถือเป็นคดีที่วางหลักเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจที่สำคัญคดีหนึ่ง โดยศาลในคดีนี้ได้วางหลักเรื่องมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังของกรรมการไว้ค่อนข้างต่ำ คือ ใช้มาตรฐานความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือ gross negligence⁵⁸ และยิ่งไปกว่านั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้เคร่งครัดและมีความยืดหยุ่นต่อหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์และสุจริตในการบริหารงานของบริษัท⁵⁹

แม้ว่ามาตรฐานการใช้ความระมัดระวังของกรรมการในประเทศสหรัฐอเมริกา อยู่ในเกณฑ์ที่ค่อนข้างต่ำ แต่ก็ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบของบริษัทหรือองค์กรธุรกิจ เนื่องจากปัญหาดังกล่าวถูกทดแทนด้วยความสามารถของผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องอย่างง่ายตาย หรือการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทในการฟ้องกรรมการให้รับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท หรือที่เรียกว่า “Derivative Action” ซึ่งเป็นเรื่องที่กรรมการมีความกังวลในเรื่องนี้อย่างมากในการบริหารกิจการหรือการตัดสินใจทางธุรกิจ

การให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทในการฟ้องร้องแทนบริษัท หรือ “Derivative Action” หมายถึง เครื่องมือในการอำนวยความสะดวกอย่างหนึ่ง โดยการอนุญาตให้ผู้ถือหุ้น

⁵⁸ Moran, J.P. Business Judgment Rule Or Relic?: Cede V. Technicolor And The Continuing Metamorphosis Of Director Duty Of Care. Emory Law Journal Emory University School of Law, 1996
A reference to Aronson v Lewis (473 A.2d 805 n.6 (Del. 1984)

⁵⁹ Cole v. National Cash Credit Ass'n 156 A. 183 (Del. Ch. 1931)

ฟ้องเรียกชดเชยกับทั้งบุคคลภายในหรือภายนอกบริษัทซึ่งทำความเสียหายให้กับบริษัทแทนบริษัท
ในกรณีที่บริษัทไม่ประสงค์จะฟ้องร้องหรือไม่สามารถฟ้องร้องเองได้⁶⁰

ในประเทศสหรัฐอเมริกา คดีที่เป็น “Derivative Action” มีความสำคัญอย่างมาก และมีอยู่เป็นจำนวนมาก เพราะว่าผู้ถือหุ้นจะได้รับการสนับสนุนและกระตุ้นอย่างมากจาก ทนายความ เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้ทนายความสามารถคิดค่าทนายความเป็น สัดส่วนกับเงินค่าเสียหายที่ได้รับตามที่ศาลสั่ง (“Contingency Fees”) เช่น คิดค่าทนายความใน อัตราส่วนหนึ่งในสามส่วนของเงินที่จะได้รับตามคำพิพากษาของศาลหากชนะคดี แต่ถ้าไม่ชนะคดี ทนายความก็จะไม่ได้ค่าทนายความ⁶¹

วิธีการปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ มักจะประกอบไปด้วยหลักกฎหมาย สามเรื่องด้วยกัน ได้แก่ 1. หน้าที่ตามหลัก “Fiduciary Duty” หรือ “หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับ ความไว้วางใจ” ของกรรมการบริษัท ซึ่งประกอบไปด้วย 2 หน้าที่หลักด้วยกัน คือ “หน้าที่แห่ง ความระมัดระวัง” หรือ “Duty of Care” และ “หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต” หรือ “Duty of Loyalty” 2. การให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทในการฟ้องร้องแทนบริษัท หรือ “Derivative Action” เนื่องจากเมื่อกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนต่อ “Fiduciary Duty” หรือ “หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับ ความไว้วางใจ” และบริษัทไม่ยอมดำเนินการเรียกร้องเอาค่ากรรมการดังกล่าว ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ก็จะทำให้เกิดสิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องแทนบริษัท และ 3. หลักการตัดสินใจ ทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) เพราะเมื่อผู้ถือหุ้นดำเนินการฟ้องร้องกรรมการเนื่องจากการ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามหลัก “Fiduciary Duty” ฝ่ายผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์ต้องพิสูจน์หักล้าง หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ซึ่งเป็นบทสันนิษฐานอันเป็นคุณแก่ กรรมการ

ตามที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้แล้วว่า ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในฐานะที่เป็นบทสันนิษฐานอันเป็นคุณแก่กรรมการว่า การดำเนินการ ทางธุรกิจหรือการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการได้ดำเนินการหรือตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความ ระมัดระวัง (due care) โดยสุจริต และโดยเชื่อว่าพวกเขาได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุด

⁶⁰ Carlos Anderes Laguado Giraldo, “Factors Governing the Application of the Business Judgment Rule: an Empirical Study of the U.S., U.K. Australia and the E.U.,” p.127-128.

⁶¹ Ibid., p.128.

ของบริษัท โดยถือว่าการดำเนินการหรือตัดสินใจในทางธุรกิจของกรรมการบริษัทนั้น ได้ดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของการรับทราบข้อมูลด้วยความสุจริตและโดยเชื่ออย่างสุจริตว่าการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยผ่านการไตร่ตรองอย่างดีแล้ว

ดังนั้น หากเกิดกรณีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องกรรมการของบริษัท (Derivative Action) ได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่ ภาวะการพิสูจน์เพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานนี้จึงตกอยู่กับฝ่ายผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทย์ในการที่จะพิสูจน์เพื่อหักล้างบทสันนิษฐานดังกล่าว ผู้ถือหุ้นหรือโจทก์ต้องเป็นผู้มีภาวะการพิสูจน์แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการบริษัทตัดสินใจไปโดยมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (the board was infected by conflicts of interest)⁶² หรือผู้ถือหุ้นต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าคณะกรรมการทำหน้าที่เป็นเพียงตรายางให้แก่การตัดสินใจของประธานเจ้าหน้าที่บริหาร กรรมการมิได้ตัดสินใจด้วยตนเอง (the directors merely rubber-stamped the CEO's decision, and has not made a judgment or decision of their own)⁶³

ภายใต้การปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในฐานะที่เป็นข้อสันนิษฐานอันเป็นคุณแก่กรรมการบริษัทของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์ต้องพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของความบกพร่องของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น

(1) กรรมการมิได้เป็นผู้กระทำการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างแท้จริง (the directors did not in fact make a decision)⁶⁴

⁶² Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984) อ้างใน Branson, Douglas M., "The Rule That Isn't a Rule - The Business Judgment Rule," in *Valparaiso University Law Review*, Vol. 36, (2002), p.635.

⁶³ Cede & Co. V. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345, 363-365 (Del.1993) อ้างใน Branson, Douglas M., "The Rule That Isn't a Rule - The Business Judgment Rule," in *Valparaiso University Law Review*, Vol. 36, (2002), p.635.

⁶⁴ Kaplan v. Centex Corp, 284 A2d 119, 124 (Del Ch 1971). วางหลักว่า "หลักการตัดสินใจทางธุรกิจไม่คุ้มครองกรรมการในกรณีที่กรรมการผู้นั้นไม่ได้กระทำการตัดสินใจ" (The rule does not shield directors where they did not make a decision.)

(2) การตัดสินใจของกรรมการไม่ได้อาศัยการรับทราบข้อมูล (the directors' decision was uninformed)⁶⁵

(3) กรรมการมีส่วนได้เสีย หรือไม่ได้กระทำอย่างเป็นอิสระ (the directors were not disinterested or independent)⁶⁶

(4) กรรมการกระทำไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (the directors were grossly negligent)⁶⁷

หากโจทก์ (บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท) สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่เพียงประการใดประการหนึ่ง ภาวะการพิสูจน์ก็จะถูกผลัดมายังฝ่ายกรรมการซึ่งเป็นจำเลยในคดี เป็นผู้มีส่วนที่พิสูจน์ความถูกต้องสมบูรณ์ของธุรกรรมที่ตนได้กระทำลงไป

ในการพิจารณา “หน้าที่แห่งความระมัดระวัง” หรือ “Duty of Care” ของกรรมการ ศาลจะให้ความสำคัญกับความตั้งใจหรือความพยายามของกรรมการในการดำเนินการหรือการตัดสินใจทางธุรกิจมากกว่าความสนใจในความฉลาดหลักแหลมของการตัดสินใจนั้น จึงทำให้หลักกฎหมายทั้งสอง (หน้าที่แห่งความระมัดระวังและหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ) สามารถดำเนินควบคู่ไปด้วยกันได้ เพื่อเป็นการรับประกันว่าเนื้อหาของสาระของการตัดสินใจทางธุรกิจจะได้รับความคุ้มครองจากการถูกท้าทาย หากว่ากรรมการได้กระทำหรือตัดสินใจไปโดยรอบคอบและใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอแล้ว⁶⁸

ภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจนี้ กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบในความบกพร่องหรือความผิดพลาดโดยสุจริต (directors are not liable for honest errors or mistakes of judgment)⁶⁹ หากกรรมการเหล่านั้นกระทำไปโดยสุจริตและปราศจากเจตนาทุจริตหลง⁷⁰

⁶⁵ Smith v. Van Gorkom, 488 A2d 858 (Del 1985). วางหลักว่า “หากกรรมการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการรับทราบข้อมูล หลักการตัดสินใจทางธุรกิจจะไม่ปกป้องกรรมการผู้นั้น” (If the directors were grossly negligent in informing themselves, the business judgment rule will not protect them.)

⁶⁶ Aronson v. Lewis, 473 A2d 805, 812 (Del 1984).

⁶⁷ In re Walt Disney Derivative Litigation, 906 A2d 27 (Del 2006)

⁶⁸ McMullin v. Beran, 765 A2d 910(Del 2000)

⁶⁹ Aronson v. Lewis, 473 A2d 805, 812 (Del 1984).

โดยในการพิจารณาถึงความสุจริตของกรรมการนั้น ศาลจะพิจารณาความสุจริตในเวลาที่เกิดกรรมการได้กระทำการตัดสินใจนั้น⁷¹

นอกจากนั้น ในคดีระหว่าง Cede & Co. v. Technicolor, Inc. (CEDE) (1993) ศาลได้วางเกณฑ์เกี่ยวกับการรับทราบข้อมูลของกรรมการขึ้นใหม่ โดยยกมาตรฐานของการรับรู้ข้อมูลของกรรมการสูงขึ้นกว่าตามแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาในมลรัฐ Delaware ที่ผ่านมา โดยศาลได้เปลี่ยนหลักที่เคยวางไว้เดิมจาก “กรรมการต้องได้รับข้อมูลที่สามารถจัดหามาได้อย่างสมเหตุสมผลและเพียงพอต่อการตัดสินใจของตน” โดยเพิ่มจากมาตรฐานเดิมเป็น “กรรมการจะต้องกระทำการค้นคว้าอย่างรอบคอบเพื่อหาทางเลือกอื่นและมีความกระตือรือร้นในการดำเนินการตั้งแต่ต้นจนจบกระบวนการ” หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรฐานการรับทราบข้อมูลเพื่อประกอบมติตัดสินใจนั้น ได้เปลี่ยนจากการกระทำเชิงรับเป็นเชิงรุก ซึ่งกรรมการต้องมีหน้าที่ขวนขวายหาข้อมูลอย่างมากและต้องหาข้อมูลทางเลือกอื่นมาเปรียบเทียบให้มากที่สุด

อย่างไรก็ดี ในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นกรณีที่ศาลจะไม่นำหลักการตัดสินใจทางธุรกิจมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองความรับผิดของกรรมการอย่างแน่นอน เช่น ในกรณีที่กรรมการกระทำการโดยทุจริต⁷² การดำเนินการนอกขอบอำนาจหรือนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท⁷³ การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัท⁷⁴ การกระทำที่ผิดกฎหมาย⁷⁵ การกระทำโดยไม่สุจริตหรือด้วยเจตนาทุจริตคอร์รัปชัน⁷⁶ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจจะไม่คุ้มครองความรับผิดของกรรมการผู้ที่ได้รับประโยชน์ส่วนตัวหรือมีส่วนได้เสียจากการดำเนินการนั้น⁷⁷ ในกรณีที่กรรมการหรือคณะกรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูล⁷⁸ หรือฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์⁷⁹

⁷⁰ In re Walt Disney Derivative Litigation, 906 A2d 27 (Del 2006).

⁷¹ Smith v. Van Gorkom, 488 A2d858 (Del).

⁷² Kelly v. Bell, 254 A2d 62 (Del Ch 1969)

⁷³ Adams v. Smith, 153 So 2d 221 (Ala 1963)

⁷⁴ Gotlieb v. Heyden Chemical Corp., 91 A2d 57 (Del Ch 1952)

⁷⁵ Desimone v. Barrows, 924 A2d 908 (Del Ch 2007).

⁷⁶ McGowan v. Ferro, 859 A2d 1012 (Del Ch 2004)

⁷⁷ In re LNR Property Corp. Shareholders Litigation, 896 A2d 169 (Del Ch 2005)

⁷⁸ In re Anderson, Clayton Shareholders Litigation, 519 A2d 669, 674 (Del Ch 1986)

⁷⁹ Desimone v. Barrows, 924 A2d 908 (Del Ch 2007)

โดยฝ่าฝืนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัท⁸⁰ การดำเนินการของกรรมการเจ้าหน้าที่ไปโดยลำพัง⁸¹ หรือไม่ได้ดำเนินการหรือปฏิบัติงานเพื่อบริษัท⁸²

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ซึ่งจัดทำโดย American Law Institute (“ALI”)

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) เป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นและจนถึงปัจจุบันยังไม่มีให้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ALI ได้เสนอร่างค่านิยมของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ไว้ใน “หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ ALI” หรือ “ALI’s Principles of Corporate Governance” โดยใน “หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ ALI” ข้อ 4.01 (c) กำหนดไว้ดังนี้

“กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความซื่อสัตย์สุจริตภายใต้ข้อนี้ หากว่ากรรมการหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าว (A director or officer who makes a *business judgment in good faith fulfils the duty under this Section if the director or officer;*

(1) ไม่มีส่วนได้เสียในการตัดสินใจนั้น (is not interested in the subject of the *business judgment;*)

(2) ได้รับแจ้งข้อมูลที่กรรมการหรือเจ้าหน้าที่เชื่อโดยสุจริตอย่างสมเหตุสมผลว่าเพียงพอเหมาะสมในการตัดสินใจทางธุรกิจ ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น และ (is informed with respect to the subject of the *business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and)*

(3) เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าการตัดสินใจทางธุรกิจดังกล่าวจะเป็นประโยชน์สูงสุดของบริษัท (rationally believes that the *business judgment is in the best interests of the corporation*)”⁸³

⁸⁰ Blasius Industries, Inc. v. Atlas Corp., 564 A2d 651, 661 (Del Ch 1988)

⁸¹ Thompson's Point Inc. v. Safe Harbor Development, 862 F Supp 594 (D Me 1994)

⁸² Simmons v. Miller, 261 Va 561, 544 SE2d 666 (2001)

จากกฎหมายต้นแบบดังกล่าวพิจารณาได้ว่า หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ของ American Law Institute นี้ประกอบไปด้วย 4 เงื่อนไข ได้แก่

- 1) ต้องมีการตัดสินใจเกิดขึ้น (there must have been a decision)
- 2) กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ต้องตัดสินใจด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (the directors or officers must have made the decision in good faith)
- 3) กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ต้องไม่มีส่วนได้เสียในการตัดสินใจนั้น (the directors or officers must have had no interest in the decision)
- 4) กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ต้องได้รับข้อมูลที่เหมาะสมเพียงพอในประเด็นนั้น (the director or officer must have been reasonably informed on the issues involved)⁸⁴

ทั้งนี้ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ในรูปแบบของ ALI มีความแตกต่างจากหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ในรูปแบบดั้งเดิมที่ศาลสร้างขึ้น (“judge-made law”) โดยหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ในรูปแบบของ ALI มีลักษณะเป็นเกราะคุ้มครอง (safe harbor) การตัดสินใจทางธุรกิจ (business decisions) มากกว่าการเป็นบทสันนิษฐาน (presumption) ว่าการตัดสินใจทางธุรกิจนั้นเกิดขึ้นด้วยความระมัดระวังที่เหมาะสมเพียงพอแล้ว⁸⁵ ซึ่งการบัญญัติในลักษณะที่เป็นเกราะคุ้มครอง (safe harbor) ความรับผิดชอบของกรรมการนี้ ทำให้ในการปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบของ ALI กรรมการต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการตัดสินใจทางธุรกิจของตนเองเป็นไปโดยครบองค์ประกอบของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว จึงกล่าวได้ว่าภาระและหน้าที่ในการพิสูจน์หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบของ ALI นั้นตกอยู่กับฝ่ายกรรมการ⁸⁶

ดังนั้น ข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบ

⁸³ American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (1994).

⁸⁴ Branson, Douglas M., “The Rule That Isn't a Rule - The Business Judgment Rule,” p.634.

⁸⁵ Delaware's version of the business judgment rule, see § 1032.

⁸⁶ Branson, Douglas M., “The Rule That Isn't a Rule - The Business Judgment Rule,” p.636.

ของ ALI กับหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบดั้งเดิมที่ศาลสร้างขึ้น (“judge-made law”) คือภาระหน้าที่ในการพิสูจน์หรือ Burden of Proof โดยหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบของ ALI ภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ตกอยู่กับฝ่ายกรรมการ แต่หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบดั้งเดิมที่ศาลสร้างขึ้น (“judge-made law”) ซึ่งถือว่าหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นข้อสันนิษฐาน (presumption) อันเป็นคุณแก่ฝ่ายกรรมการ ดังนั้น ภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ตกอยู่กับฝ่ายผู้ถือหุ้น (โจทก์) ซึ่งต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนี้ให้ได้

4.1.4 การให้ความคุ้มครองความรับผิดแก่กรรมการ

บริษัทสามารถให้ความคุ้มครองแก่กรรมการจากการถูกฟ้องร้องนั้น บริษัทสามารถจัดให้มีการคุ้มครองแก่กรรมการได้โดยแบ่งเป็น 3 ระดับ⁸⁷ ได้แก่

1. การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท (in articles of incorporation) เช่น มาตรา 102 (b) (7) แห่ง DELAWARE GENERAL CORPORATION LAW ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว
2. การชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการ (indemnification) และรวมถึงการออกค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีให้แก่กรรมการล่วงหน้า (advances of expenses)
3. การทำประกันความรับผิด (D&O Insurance)

การชดเชยค่าเสียหายแก่กรรมการที่ต้องรับผิด (indemnification)

การชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิด (indemnification)⁸⁸ นั้น หมายถึง การที่บริษัทชดเชยหรือชดเชยค่าใช้จ่ายให้แก่จำเลยซึ่งเป็นกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท ซึ่งได้จ่ายไปเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีซึ่งเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่บริษัท โดยรวมถึงค่าจ้างทนายความ (legal fees) และจำนวนเงินที่ได้จ่ายไปเพื่อทำให้การดำเนินคดียุติลง (amounts paid in settlement of suits or to satisfy a judgment) หรือเพื่อเป็นค่าปรับจากการถูกตัดสินให้แพ้คดี (fines imposed upon conviction) ด้วย นอกจากนี้ ยังมี การออกค่าใช้จ่ายล่วงหน้า (advances of expenses) ให้แก่กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทซึ่งถูกฟ้องคดีเป็นจำเลยเพื่อใช้ในการต่อสู้คดีอีกด้วย

⁸⁷ Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a nutshell*, p.525.

⁸⁸ Ibid., p.524-532.

ทั้งนี้ การกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นกรรมการของบริษัทนั้น มีเหตุผล 3 ประการสำคัญ ได้แก่

1. เป็นการสนับสนุนการต่อสู้คดีของกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้อง (encourages innocent directors to resist unjust charges)
2. เป็นการส่งเสริมสนับสนุนบุคคลที่มีความสามารถ เข้ามารับหน้าที่เป็นกรรมการในบริษัท (encourages responsible persons to agree to serve as director) และ
3. เป็นการกีดกันการฟ้องร้องคดีจากผู้ถือหุ้นโดยที่ไม่มีเหตุผลเพียงพอ (discourages groundless shareholder litigation)

อย่างไรก็ดี เหตุผลของการกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นกรรมการของบริษัทที่มีความสำคัญที่สุด ก็คือ เป็นเครื่องมือที่บริษัทใช้ดึงดูดใจให้บุคคลที่บริษัทต้องการนั้นเข้ามารับตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทนั่นเอง เนื่องจากว่าการฟ้องร้องคดีโดยตรงจากผู้ถือหุ้นหรือการฟ้องร้องคดีโดยใช้สิทธิของบริษัท (direct or derivative litigation) โดยที่ยังไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือเป็นเรื่องที่ยังมีข้อกังขา (groundless or doubtful validity) นั้นมีจำนวนมาก และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีในลักษณะนี้ค่อนข้างสูง ดังนั้น เพื่อจะไม่ต้องกังวลกับการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี คนที่มีฐานะค่อนข้างดีจึงมักจะปฏิเสธที่จะเข้ามารับตำแหน่งหน้าที่เป็นกรรมการของบริษัท เว้นแต่ว่าจะได้รับความคุ้มครองจากการถูกฟ้องร้องอย่างสูงที่สุดเท่าที่บริษัทสามารถกระทำได้

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วอาจพบว่าหลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการ (indemnification) นั้นขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานนโยบายสาธารณะ (public policy) เพราะการชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการ (indemnification) ก็คือ ใช้เงินทุนของบริษัทในการระงับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่เหมาะสมหรือการกระทำโดยจงใจทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย ซึ่งควรจะเป็นตัวกรรมการผู้นั้นเองที่ต้องเป็นผู้รับผิดชอบใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท (derivative action) และมีการจ่ายเงินตามคำพิพากษาหรือเพื่อการยุติคดี ซึ่งหลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการ (indemnification) นั้น ทำให้ท้ายที่สุดบริษัทกลายเป็นผู้ที่ต้องออกเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่กรรมการผู้เป็นจำเลยในคดีเพื่อจ่ายเงินจำนวนดังกล่าวคืนให้แก่บริษัทนั่นเอง

นอกจากนี้ Model Business Corporation Act 2005 ยังได้บัญญัติเรื่องการชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ (indemnification) ไว้ในมาตรา 8.50 – 8.53 โดยสามารถพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

1) กรณีที่กฎหมายอนุญาตให้บริษัทชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ (Permissible Indemnification)

โดยในมาตรา 8.51 บัญญัติไว้ว่า เว้นแต่บทบัญญัติในหมวดนี้จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น บริษัทควรจัดให้มีการชดเชยให้แก่กรรมการจากความรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีดังนี้ (Except as otherwise provided in this section, a corporation may indemnify an individual who is a party to a proceeding because he is a director against liability incurred in the proceeding if)

a. กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทและไม่มี การกระทำใดที่เป็น การขัดขวางผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของบริษัท (conducted himself in good faith; reasonably believed that his conduct was in the best interests of the corporation; and his conduct was at least not opposed to the best interests of the corporation) หรือเป็นกรณีที่การกระทำของกรรมการได้รับความคุ้มครองตามข้อบังคับของบริษัท (engaged in conduct for which broader indemnification has been made permissible or obligatory under a provision of the articles of incorporation)

b. กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยเชื่ออย่างสุจริตว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้เกี่ยวข้อง (he reasonably believed to be in the interests of the participants in, and the beneficiaries of)

c. คำพิพากษาหรือคำสั่งหรือการยุติคดีไม่ได้ตัดสินว่ากรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตน (The termination of a proceeding by judgment, order, settlement, or conviction, or upon a plea or its equivalent, is not determinative that the director did not meet the relevant standard of conduct)

d. เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งใดๆ บริษัทไม่จำเป็นต้องให้การชดเชยค่าเสียหายให้แก่

กรรมการในกรณีดังต่อไปนี้ (Unless ordered by a court, a corporation may not indemnify a director:)

(1) กรณีเป็นสิทธิของบริษัท เว้นแต่ค่าเสียหายดังกล่าวเป็นจำนวนเงินที่เหมาะสม และกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตราฐานความระมัดระวังแล้ว (the right of the corporation, except for reasonable expenses incurred in connection with the proceeding if it is determined that the director has met the relevant standard of conduct) หรือ

(2) ในกรณีที่ศาลได้ตัดสินว่ากรรมการมีความผิดโดยได้รับประโยชน์ทางการเงินโดยมิชอบ (in connection with any proceeding with respect to conduct for which he was adjudged liable on the basis that he received a financial benefit to which he was not entitled, whether or not involving action in his official capacity)

2) กรณีที่กฎหมายกำหนดให้บริษัทต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ (Mandatory Indemnification)

ในมาตรา 8.52 ได้บัญญัติให้บริษัทต้องกำหนดให้มีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่อุทิศตนในการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่บริษัทอย่างเต็มกำลังความสามารถและถูกฟ้องร้องคดีจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น โดยค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีต้องเป็นจำนวนที่มีความเหมาะสม (A corporation shall indemnify a director who was wholly successful, on the merits or otherwise, in the defense of any proceeding to which he was a party because he was a director of the corporation against reasonable expenses incurred by him in connection with the proceeding.)

3) กรณีที่ศาลสั่งให้บริษัทต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ (Court-Order Indemnification)

ในมาตรา 8.54 เป็นบทบัญญัติที่เปิดช่องให้ศาลมีอำนาจสั่งให้บริษัทชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ได้ตามที่ศาลเห็นสมควรได้และเหมาะสม (fair and reasonable)

การทำประกันความรับผิด (Insurance)

การทำประกันความรับผิดให้แก่กรรมการเจ้าหน้าที่ของบริษัท (Directors and Officers Liability Insurance หรือ D&O Insurance) คือ การทำประกันภัยไว้กับบริษัทประกันภัย โดยเอาประกันภัยในค่าใช้จ่ายของบริษัท กรรมการ และพนักงานที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีความ ซึ่งการทำประกันความรับผิด D&O Insurance นี้ อาจครอบคลุมไปถึงจำนวนเงินที่ได้จ่ายไปเพื่อทำให้การดำเนินคดียุติลงอีกด้วย (amounts paid in settlement of suits or to satisfy a judgment)⁸⁹

การทำประกันความรับผิด D&O Insurance เป็นเครื่องมือที่สำคัญของการให้ความคุ้มครองแก่กรรมการจากการถูกฟ้องร้อง เนื่องจากทำให้กรรมการที่ถูกฟ้องร้องดำเนินคดี และเป็นผู้มีสิทธิที่จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่ต้องรับผิดจากบริษัท (indemnification) มีความมั่นใจได้ว่าจะสามารถจ่ายค่าเสียหายหรือค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีได้ แม้ว่าบริษัทจะประสบปัญหาด้านการเงินอยู่หรืออยู่ในระหว่างการปรับโครงสร้างขององค์กร ซึ่งในบางกรณีการทำประกันความรับผิด D&O Insurance ยังให้การรับประกันครอบคลุมไปถึงส่วนที่บริษัทไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่กรรมการ ด้วยการชดเชยค่าเสียหายที่ต้องรับผิดด้วย (indemnification) นอกจากนี้ ยังเป็นประโยชน์แก่บริษัท เนื่องจากบริษัทประกันจะเป็นผู้จ่ายเงินซึ่งเป็นหน้าที่ของบริษัทที่ต้องจ่ายจากการให้ความคุ้มครองความรับผิดของกรรมการอีกด้วย

อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปบริษัทประกันที่รับประกันความรับผิดของกรรมการ D&O Insurance จะให้การรับประกันครอบคลุมถึงเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากการประมาทเลินเล่อ (negligence) หรือเรื่องการจัดกาที่ผิดพลาด (misconduct) แต่ไม่รวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความไม่ซื่อสัตย์สุจริตหรือเป็นการทุจริต (dishonesty or bad faith) และการใช้ข้อมูลเท็จหรือข้อมูลที่ทำความเข้าใจผิดในการเปิดเผยข้อมูลนั้นๆ (false or misleading statements in disclosure documents⁹⁰)

⁸⁹ Ibid., p.524.

⁹⁰ Ibid., p.533.

4.2 ประเทศอังกฤษ

ความทั่วไป⁹¹

1. ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษแล้วกรรมการมีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบต่อตัวบริษัทโดยรวม (owe duties to the company as a whole) ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าตรงกับหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้ อีกทั้ง เมื่อพิจารณาตามจารีตประเพณีแล้วกรรมการไม่มีหน้าที่ต่อสมาชิกของบริษัทเป็นรายบุคคลอีกด้วย (the traditional view is that directors owe no general duty to individual members)

2. กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริตเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทโดยรวม (directors must act bone fide in interests of company as a whole) การกระทำของกรรมการซึ่งขาดเหตุผลที่เหมาะสมว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทนั้น อาจทำให้ศาลมีอำนาจเข้ามาแทรกแซงการกระทำนั้น (interfere) และทำให้ศาลเข้ามาตรวจสอบความสุจริตของกรรมการได้

3. กรรมการต้องใช้อำนาจภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (directors must exercise their powers for proper purpose) เช่น ต้องใช้อำนาจในฐานะกรรมการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามวัตถุประสงค์ของบริษัทตามที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ

หน้าที่ของกรรมการตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นมีพัฒนาการจากแนวความคิดว่า กรรมการเปรียบเสมือนทรัสต์ (directors as trustees) โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับที่ตัวทรัพย์สินว่าทั้งกรรมการของบริษัทและทรัสต์ของกองทรัสต์นั้น ต่างทำหน้าที่ควบคุมหรือบริหารเงินหรือตัวทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น (ผู้ถือหุ้นในบริษัทหรือผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์) อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของกรรมการบริษัทและทรัสต์แห่งกองทรัสต์ มีความแตกต่างที่สำคัญในเรื่องการใช้ดุลพินิจและการคำนึงถึงความเสี่ยง (discretion and risk) เนื่องจากการใช้ดุลพินิจของทรัสต์มีค่อนข้างจำกัด โดยทรัสต์มีหน้าที่ป้องกันรักษาทรัพย์สินและใช้ทรัพย์สินดังกล่าวได้เฉพาะตามที่ผู้ก่อตั้งกองทรัสต์กำหนดไว้เท่านั้น ทรัสต์จึงมีหน้าที่ที่ต้องระมัดระวังรักษาทรัพย์สินและหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่อาจกระทบกับกองทรัสต์โดยไม่จำเป็น ซึ่ง

⁹¹ Inns of Court School of Law, *Company Law in Practice*, 6th edition (London: Oxford University Press, 2005), p.81-82.

กรรมการในบริษัทไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวได้ เนื่องจากบริษัทเป็นหน่วยธุรกิจ (แสวงหากำไรในเชิงพาณิชย์) จึงจำเป็นต้องเผชิญหน้าความเสี่ยงหรือความท้าทาย เพื่อให้ได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่า โดยกรรมการจะไม่คำนึงถึงการหลีกเลี่ยงความเสี่ยง แต่กรรมการจะต้องพิจารณาว่าความเสี่ยงดังกล่าวมีความคุ้มค่าพอที่จะตัดสินใจรับความเสี่ยงนั้นหรือไม่⁹²

แนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการในปัจจุบันของประเทศไทย แบ่งออกได้เป็น 2 หน้าที่ คือ 1. หน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (duty of care and skill) และ 2. หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty)

4.2.1 หน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (duty of care and skill)

กฎหมายจากคำพิพากษา (case law) ของประเทศไทยได้วางหลักหน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (duty of care and skill) ไว้ในมาตรฐานค่อนข้างต่ำ (fairly low standard) โดยมีคำพิพากษาในคดี Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd (1925) Ch 407 ได้วางหลักการที่สำคัญไว้ 3 ประการ⁹³ คือ

1) กรรมการไม่จำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยระดับทักษะความชำนาญที่สูงกว่าระดับทักษะความชำนาญที่อาจคาดหมายได้อย่างมีเหตุผลจากบุคคลผู้มีความรู้และประสบการณ์อย่างตน (a director need not exhibit in the performance of his or her duties a greater degree of skill than may reasonably expected from a person of his or her knowledge and experience)

กรรมการไม่ต้องรับผิดเพียงเพราะการตัดสินใจที่ผิดพลาด (directors are not liable for mere errors of judgment)

2) กรรมการไม่ต้องให้ความเอาใจใส่อย่างต่อเนื่องตลอดเวลาต่อกิจการทั้งหลายของบริษัท (a director is not bound to give continuous attention to the affairs of the company) หน้าที่ของกรรมการประการหนึ่งที่มีสภาพการปฏิบัติอย่างเป็นครั้งคราว คือ

⁹² Andrew Hicks and S.H. Goo, *Cases & Materials on Company Law* (London: Blackstone Press Limited, 1994), p.301-305.

⁹³ Inns of Court School of Law, *Company Law in Practice*, p.81-82.

การเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการ รวมทั้งการเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการตามที่ตนได้รับมอบหมาย (a director's duties are of an intermittent nature to be performed at periodic board meetings and meetings of any committee of the board upon which he or she happens to be placed)

อนึ่ง ผู้วิจัยมีความเห็นว่าหลักเกณฑ์ในข้อ 2 นี้ น่าจะมีความเหมาะสมกับกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร (non-executive directors) หรือกรรมการที่มาจากบุคคลภายนอกเท่านั้น เนื่องจากในทางปฏิบัติหรือในความเป็นจริงของการบริหารงานในฐานะเป็นกรรมการผู้มีอำนาจบริหาร (executive directors) ย่อมได้รับความคาดหวังว่ากรรมการผู้มีอำนาจบริหารต้องติดตามเอาใจใส่ดูแลกิจการของบริษัทอย่างใกล้ชิด อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่เหมาะสมกับกรรมการในบริษัทมหาชน เนื่องจากบริษัทมหาชนส่วนใหญ่คาดหวังให้กรรมการทุกคนเอาใจใส่ติดตามการดำเนินงานของบริษัทอย่างใกล้ชิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมการที่มีใช่ผู้บริหารซึ่งจะถูกคาดหวังให้ทำหน้าที่เป็นกรรมการตรวจสอบของบริษัท (internal audit committee) อย่างเข้มข้น⁹⁴

3) ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการมีสิทธิมอบหมายงานในหน้าที่ของตนให้แก่พนักงานของบริษัทเป็นผู้กระทำแทนได้ แต่ต้องขึ้นอยู่กับความจำเป็นเร่งด่วนของธุรกิจและข้อบังคับบริษัท โดยต้องไม่มีความคลางแคลงใจในความเชื่อถือต่อพนักงานของบริษัทว่าจะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวอย่างตรงไปตรงมา (In respect of all duties that, having regard to the exigencies of business and the article of association, may properly be left to some official, a director is, in the absence of grounds for suspicion, justified in trusting that official to perform such duties honestly)

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยทักษะและความชำนาญ (duty of skill) และด้วยความเอาใจใส่ระมัดระวังรอบคอบ (duty of care) ไปพร้อมๆ กัน โดยมีมาตรฐานการพิจารณาดังนี้⁹⁵

⁹⁴ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 137.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

1. การพิจารณาระดับทักษะและความชำนาญของกรรมการ (duty of skill) จะใช้มาตรฐานอัตวิสัย (subjective test) โดยพิจารณาจากทักษะ ประสบการณ์ของกรรมการเป็นการเฉพาะบุคคล (the reasonable man is deemed to have the knowledge and experience of particular individual)

2. การพิจารณาระดับความเอาใจใส่ระมัดระวังรอบคอบ (duty of care) จะใช้มาตรฐานภาวะวิสัย (objective test) โดยพิจารณาจากบุคคลตามปกติธรรมดาที่คาดหมายได้ว่าพึงกระทำในสถานการณ์เช่นนั้น (standard of reasonable man)

ทั้งนี้ นอกจากหน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (duty of care and skill) ที่ได้วางหลักไว้ตามคำพิพากษา (case law) แล้ว ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ขยายหน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญไว้โดยอ้อม คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย (Insolvency Act 1986) มาตรา 214 โดยบัญญัติวางหลักไว้ว่า กรรมการอาจต้องรับผิดชอบว่าในเวลา ก่อนที่บริษัทจะเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย กรรมการรู้หรือควรได้รู้ว่าไม่มีเหตุผลที่จะหลีกเลี่ยงที่จะนำบริษัทเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย (a director will be liable to contribute to the company's assets if at some time before commencement of liquidation he or she knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation) จนเป็นเหตุให้บริษัทตลอดจนเจ้าหน้าที่ได้รับความเสียหาย

4.2.2 หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty)

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty) นอกจากหน้าที่ที่กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริตเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทโดยรวม (directors must act bone fide in interests of company as a whole) และหน้าที่ที่ต้องใช้อำนาจภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (directors must exercise their powers for proper purpose) แล้ว กรรมการยังมีหน้าที่ต้องไม่กระทำการอันก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (no conflict of interest rules) ซึ่งประกอบไปด้วยหน้าที่ย่อยหลายประการด้วยกัน⁹⁶

⁹⁶ Inns of Court School of Law, Company Law in Practice, p.83.

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจตามหลักความเป็นธรรมทั่วไป (General equitable principle) มี 4 ประการ⁹⁷ คือ

1. **หน้าที่ที่ต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Acting in good faith)** โดยคดีส่วนใหญ่ศาลจะพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการโดยใช้หลักสามัญสำนึก (commonsense principles) โดยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ากรรมการได้กระทำโดยสุจริตในระดับมาตรฐานที่วิญญูชนผู้สุจริตที่ประกอบธุรกิจคาดหมายได้ว่าพึงกระทำ (behaved as honest men of business might be expected to act) ซึ่งกรรมการย่อมถูกคาดหมายว่าต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และการพิจารณาถึงประโยชน์ของบริษัทนั้นเป็นดุลพินิจของกรรมการ มิใช่ดุลพินิจของศาล (directors are required to act “bona fide in what they consider- not what a court may consider- is in the interest of company) ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ ศาลจะใช้เกณฑ์ทางอัตวิสัย (subjective) ในการพิจารณา

2. **หน้าที่ที่ต้องกระทำการภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (proper purpose)** หากกรรมการได้กระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์โดยชอบหรือเกินกว่าอำนาจที่ตนได้รับมา (exceed their authority) กรรมการอาจต้องรับผิดชอบจากกรณีนั้นได้ และถึงแม้ว่าจะสามารถแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำที่เกินกว่าขอบอำนาจ (an excess of authority) กับการกระทำที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจแต่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม (an improper purpose) ได้ แต่การกระทำทั้ง 2 กรณีดังกล่าวก็ถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจของกรรมการที่ต้องกระทำการภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม

ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่ากรรมการได้กระทำการภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมหรือไม่นั้น พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของบริษัท โดยใช้มาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่เช่นวิญญูชนผู้ประกอบกิจการเช่นนั้น เรียกได้ว่าเป็นการใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัย (objective) ในการพิจารณา⁹⁸

⁹⁷ Gower L.B.C., *Gower's Principle of Modern Company Law* (London: Sweet and Maxwell, 1992), p.551.

⁹⁸ สุพรรณษา จิโรติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 122

3. **หน้าที่ที่จะต้องไม่กำจัดการใช้ดุลพินิจของตนเอง (Unfettered discretion)** ถึงแม้ว่าหน้าที่นี้จะไม่ถูกกล่าวถึงหรือได้รับความสนใจมากนัก แต่ถือได้ว่าเป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ กล่าวคือ หากว่ากรรมการได้ตัดสินใจทางธุรกิจเพื่อกระทำการใดๆ ในช่วงเวลาที่เหมาะสมและกระทำไปโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท การกระทำนั้นย่อมมีผลผูกพันบริษัทและไม่มีเหตุผลที่บริษัทจะไม่เข้าผูกพันแม้ว่าการกระทำนั้นจะต้องกระทำผ่านที่ประชุมคณะกรรมการ⁹⁹

4. **หน้าที่ที่จะไม่กระทำการอันก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท (Conflict of duty and interest)** ในฐานะที่กรรมการเปรียบเสมือนผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายของบริษัท กรรมการจึงต้องมีหน้าที่ไม่นำตนเองเข้าไปข้องเกี่ยวกับความขัดแย้งในหน้าที่ของตนที่มีต่อบริษัท หรือก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างตนกับบริษัท ซึ่งรวมถึงหน้าที่หรือผลประโยชน์ต่อบุคคลอื่นด้วย นอกจากนี้ ยังห้ามมิให้กรรมการนำตนเองเข้าไปอยู่ในตำแหน่งที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม (biased) ในการตัดสินใจได้

ในการบังคับใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ โดยเฉพาะกรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท (conflict of interest) ไม่ว่าด้วยประการใดๆ ศาลของประเทศอังกฤษจะบังคับใช้อย่างเข้มงวด โดยสันนิษฐานไว้ก่อนว่าพฤติการณ์แห่งการกระทำของกรรมการนั้นเป็นการขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท แม้กรณีปรากฏความจริงต่อมาว่าความขัดแย้งของผลประโยชน์นั้นจะไม่เกิดขึ้นเลยก็ตาม นอกจากนี้ หากกรรมการมีส่วนได้เสียจากการกระทำที่เป็นการขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท แม้กรรมการจะไม่ได้รับผลประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวเลยก็ตาม ศาลก็ยังถือว่ากรรมการฝ่าฝืนหน้าที่โดยสุจริต¹⁰⁰

หน้าที่ที่จะไม่กระทำการอันก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท (Conflict of duty and interest) แยกพิจารณาได้เป็น 3 ประการ ได้แก่

1. **การทำธุรกรรมกับบริษัท (Transactions with the company)** เนื่องจากกรรมการมีฐานะคล้ายกับทรัสต์ที่ได้รับความไว้วางใจจากสมาชิกของกองทรัสต์ ซึ่งศาลก็จะ

⁹⁹ Gower L.B.C., *Gower's Principle of Modern Company Law*, p.558.

¹⁰⁰ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการค้ากับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 122.

พิจารณาอย่างเคร่งครัดว่าธุรกรรมที่กรรมการทำกับบริษัทไม่มีผลผูกพันบริษัท ถึงแม้ว่าธุรกรรมที่กรรมการทำกับบริษัทนั้นจะเป็นธุรกรรมที่เป็นธรรมกับบริษัทก็ตาม¹⁰¹

กฎหมายของประเทศอังกฤษจึงค่อนข้างเคร่งครัดในเรื่องการทำธุรกรรมของกรรมการกับบริษัท โดยวิธีเดียวที่กรรมการสามารถจะกระทำธุรกรรมกับบริษัทได้ คือ ต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นตามที่บัญญัติในมาตรา 29 ของ first Joint Stock Act of 1984 แต่ต่อมาบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกแก้ไขและแทนที่โดยการกำหนดให้เป็นข้อบังคับบริษัท (an article in the optional Table หรือที่ต่อมาเรียกว่า Table A) ซึ่งได้มีสาระสำคัญ คือ การวางหลักเรื่องการขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการ (disqualifying rules) กล่าวคือ กรรมการที่ได้รับประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจากธุรกรรมที่กับบริษัท (เว้นแต่เป็นเพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่น) จะถือว่ากรรมการผู้นั้นขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการของบริษัทและต้องพ้นจากตำแหน่งไป (be disqualified and vacate the office) ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่เหมาะสมในการดำเนินธุรกิจ ทำให้บริษัทมักจะพยายามแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงการนำเอาหลักการขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการ (disqualifying rules) มาบังคับใช้ และต่อมาในปี ค.ศ. 1948 หลักการขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการ (disqualifying rules) จึงถูกตัดออกจาก Table A และคงไว้แต่หลักการให้กรรมการที่จะทำธุรกรรมกับบริษัทต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

ตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1929 มาตรา 149 ยังได้กำหนดหน้าที่ของกรรมการที่ต้องแจ้งผลประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย (Statutory duty to declare interests) โดยสืบเนื่องจากเรื่องการทำธุรกรรมของกรรมการกับบริษัท กรรมการจึงมีหน้าที่ในการแจ้งผลประโยชน์ที่ตนได้รับหรืออาจได้รับจากธุรกรรมนั้นต่อที่ประชุมคณะกรรมการ ซึ่งต่อมาพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 317 ยังได้ขยายความหน้าที่การแจ้งผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับ โดยครอบคลุมไปถึงผลประโยชน์ที่ตนได้รับหรืออาจได้รับจากสัญญา (contracts) ธุรกรรม (transactions) และการเตรียมการใดๆ (arrangement) ด้วย

2. การใช้ทรัพย์สิน โอกาส หรือข้อมูลของบริษัท (Use of corporate property, opportunity or information) เป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งในหลักเรื่องหน้าที่แห่ง

¹⁰¹ คดี Aberdeen Railway v. Blaikie (1854) 1 Macq.H.L. 461 อ้างใน Gower L.B.C., Gower's Principle of Modern Company Law, p.559.

ความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty) โดยกรรมการต้องไม่นำตนเข้าไปในตำแหน่งที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในการไม่ใช้ทรัพย์สิน โอกาส หรือข้อมูลของบริษัทเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนเองโดยไม่ได้รับอนุญาตจากบริษัท และหลักการนี้ไม่สามารถใช้วิธีการแก้ไขข้อบังคับเพื่อหลีกเลี่ยงไม่นำหลักการนี้มาบังคับใช้ได้ โดยศาลในประเทศอังกฤษได้บังคับใช้หลักการนี้อย่างเข้มงวด เช่น ในคดี Regal (Hastings) Ltd. V. Gulliver.¹⁰² ศาลได้วางหลักให้กรรมการต้องรับผิดชอบบริษัท เนื่องจากกรรมการที่ได้รับผลประโยชน์จากการใช้โอกาสทางธุรกิจที่ใกล้เคียงกับโอกาสทางธุรกิจของบริษัท (so related to the affairs of the company) ประกอบกับการกระทำของกรรมการเป็นเหตุให้เกิดกำไรซึ่งควรตกแก่บริษัท (that what they did resulted in a profit to themselves)

นอกจากนั้น ถึงแม้ว่ากรณีผลประโยชน์ที่ตกแก่กรรมการนั้น เป็นผลเนื่องมาจากการที่กรรมการได้รับทราบข้อมูลในขณะที่ดำรงตำแหน่งอยู่ แต่ต่อมาจะลาออกไปจากบริษัทแล้ว ศาลก็ตัดสินให้อดีตกรรมการผู้นั้นคืนผลประโยชน์ที่ตนได้รับให้แก่บริษัท เนื่องจากถือว่ากรรมการนำเอาข้อมูลและโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง¹⁰³

3. การค้าแข่งกับบริษัท (Competing with the company) โดยหลักการนี้มีที่มาจากหลักเรื่องหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty) เช่นกัน โดยกรรมการจะถูกห้ามอย่างเด็ดขาด (strictly precluded) จากการค้าแข่งกับบริษัท ซึ่งได้รับแนวความคิดมาจากหน้าที่แห่งความจงรักภักดีในความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง (duty of fidelity from the relationship of master and servant) ซึ่งลูกจ้างมีหน้าที่โดยสุจริตที่จะไม่ทำงานอื่นที่มีลักษณะเป็นการค้าแข่งกับนายจ้าง แม้เป็นเวลาว่างของลูกจ้างก็ตาม ซึ่งกรรมการย่อมต้องมีหน้าที่ดังกล่าวต่อบริษัทในระดับที่สูงกว่าลูกจ้างมีต่อนายจ้าง นอกจากนี้ Lord Denning¹⁰⁴ ยังได้แสดงความเห็นว่า การดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัทสองแห่งซึ่งเป็นผู้แข่งทางธุรกิจต่อกัน เปรียบได้กับการเดินบนเชือกที่ตึง จึงมีความเสี่ยงที่กรรมการจะไม่สามารถ

¹⁰² คดี Regal (Hastings) Ltd. V. Gulliver. (1942) 1 All E.R. 378 อ้างใน Gower L.B.C., Gower's Principle of Modern Company Law, p.565.

¹⁰³ คดี Industrial Development Consultants v. Cooley (1972) 1 W.L.R. 443 (Roskill J.) อ้างใน Gower L.B.C., Gower's Principle of Modern Company Law, p.567.

¹⁰⁴ คดี Scottish Co-op Wholesale Society v. Mayer อ้างใน Gower L.B.C., Gower's Principle of Modern Company Law, p.571.

ปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างยุติธรรมให้แก่บริษัททั้งสองแห่ง (one who is a director of two rivals concerns is walking a tight-rope and at risk if he fails to deal fairly with both)

นอกจากหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจตามหลักความเป็นธรรมทั่วไป (General equitable principle) แล้ว ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เข้ามาเสริมในเรื่องหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ ได้แก่ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.1985 (The Company Act 1985) โดยแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ

1. การจำกัดความรับผิดของกรรมการตามมาตรา 310 โดยได้รับการสืบทอดมาจากมาตรา 205 ของพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.1948 ซึ่งบัญญัติให้บริษัทสามารถกำหนดข้อบังคับเพื่อยกเว้นความรับผิดของพนักงานบริษัทได้ หากไม่ใช่ความผิดที่เกิดจากการฉ้อฉลหรือเจตนาทำให้บริษัทเสียหาย (not guilty of fraud or willful default) โดยในพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.1985 ได้วางหลักว่า บทบัญญัติใดที่มีขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดของพนักงานหรือผู้สอบบัญชีของบริษัท หรือกำหนดมาตรการชดเชยค่าเสียหายแก่ความผิดที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ ความบกพร่อง ฝ่าฝืนหน้าที่ของตน ฝ่าฝืนต่อความไว้วางใจ จะไม่มีผลใช้บังคับ (be void) ไม่ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะอยู่ในรูปข้อบังคับของบริษัทหรือสัญญาของบริษัทหรือข้อตกลงในลักษณะอื่น

ผลของมาตรานี้ ทำให้บริษัทต่างๆ โดยเฉพาะบริษัทมหาชนมีความยากลำบากในการหาบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัท เนื่องจากกรรมการบริษัทได้รับความเสี่ยงจากการที่อาจต้องรับผิดต่อบริษัท เว้นแต่บริษัทจะได้จัดให้มีการทำประกันความรับผิดให้แก่กรรมการ

อย่างไรก็ดี มาตรา 310 (3) ได้อนุญาตให้บริษัทสามารถกำหนดมาตรการชดเชยค่าเสียหาย (indemnify) ให้แก่พนักงานหรือผู้สอบบัญชีของบริษัทจากการต่อสู้คดี (ทั้งทางแพ่งและอาญา) เฉพาะในกรณีที่ผลการตัดสินเป็นคุณแก่ฝ่ายจำเลย

2. หลัก Fair Dealing โดยมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ 1) เพิ่มจำนวนธุรกรรมที่ห้ามกรรมการกระทำ 2) กำหนดให้การทำธุรกรรมบางประเภทของบริษัทจะต้องได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น 3) กำหนดให้มีการเปิดเผยธุรกรรมที่บริษัททำกับกรรมการ ซึ่งประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 5 เรื่อง ได้แก่

2.1 การห้ามบริษัทจ่ายภาษีแทนกรรมการ (Tax-free emoluments) ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 311

2.2 การแจ้งผลประโยชน์ที่ได้รับ (Declarations of interest) ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 317

2.3 การควบคุมการจ่ายค่าตอบแทนกรรมการ (Restraints on directors' remuneration) ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 318-319

2.4 การห้ามทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีนัยสำคัญ (Substantial property transactions) ตามมูลค่าที่กฎหมายกำหนด ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 320-322 และ

2.5 การห้ามให้สินเชื่อแก่กรรมการ (Loans, quasi-loans and credit transactions) ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 330

4.3 ประเทศออสเตรเลีย

หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทในประเทศออสเตรเลีย มีที่มาพื้นฐานจากหลักเรื่องหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (the director as a fiduciary) โดยหน้าที่ของกรรมการบางประการจะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับหน้าที่ของทรัสต์ดี เช่น หน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ตนเองโดยมิชอบ และต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัทจากการนั้น และด้วยเหตุนี้กรรมการจึงถูกคาดหวังว่าจะมีมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตในระดับที่สูง (a high standard of loyalty)

อย่างไรก็ดี การกำหนดหน้าที่ของกรรมการนั้น จะต้องเป็นการรักษาสมดุลระหว่างความรับผิดชอบของกรรมการในการรักษาผลประโยชน์ของบริษัทกับการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจซึ่งจะเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ (directors' duties must achieve a balance between keeping directors accountable to the interests of the company while allowing them discretion to make decisions which inevitable involve a degree of risk)¹⁰⁵

ทั้งนี้ หน้าที่ตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย สามารถพิจารณาได้ดังนี้

¹⁰⁵ Ford H.A.J., Ford's Principle of Corporations Law (Australia: Lexis Nexis Butterworths, 2003), p.308.

4.3.1 **หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duties to act in good faith)** ตามหลักความเป็นธรรมโดยทั่วไป (general law duties) ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นหน้าที่ 3 ประการ ได้แก่

1.1 หน้าที่ที่ต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (duty to act in good faith in the interest of the company)

1.2 หน้าที่ที่ต้องกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ของบริษัทที่เหมาะสมโดยชอบ (duty to act for proper purpose)

1.3 หน้าที่ที่จะไม่จำกัดการใช้ดุลพินิจของตนเอง (duty not to fetter discretions) ซึ่งประกอบไปด้วยหน้าที่ย่อยอีก 2 ประการ คือ 1) หน้าที่ในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจที่เพียงพอ (duty to give adequate consideration) และ 2) หน้าที่รักษาไว้ซึ่งการใช้ดุลพินิจของตน (duty to retain discretion)

นอกจากหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duties to act in good faith) ตามหลักความเป็นธรรมโดยทั่วไป (general law duties) แล้ว ยังมีกฎหมายในรูปแบบหลายลักษณะ อักษรที่ได้นำเอาหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการมาบัญญัติไว้ ได้แก่ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 (The Corporate Act 2001) มาตรา 181 (1) โดยได้บัญญัติถึงหน้าที่ของกรรมการและพนักงานไว้ว่า

(1) กรรมการและพนักงานของบริษัทต้องใช้อำนาจของตนและปฏิบัติหน้าที่ของตน (A director or other officer of a corporation must exercise their powers and discharge their duties)

(a) ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (in good faith in the best interests of the corporation) และ

(b) เพื่อวัตถุประสงค์ของบริษัทที่เหมาะสมโดยชอบ (for a proper purpose)

นอกจากนั้น ในมาตรา 182 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันนี้ ยังได้วางหลักเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องไม่ใช่ตำแหน่งหน้าที่ของตนเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือสร้างความเสียหายให้แก่บริษัท (a director must not improperly use their position to gain

an advantage for themselves or someone else; or cause detriment to the corporation) และในมาตรา 183 ยังได้วางหลักเรื่องการใช้ประโยชน์จากข้อมูล (Use of information) โดยห้ามไม่ให้กรรมการใช้ประโยชน์จากข้อมูลที่ตนรับทราบมาในขณะที่ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือสร้างความเสียหายให้แก่บริษัท (a director who obtains information because they are, or have been, a director or other officer or employee of a corporation must not improperly use the information to gain an advantage for themselves or someone else; or cause detriment to the corporation)

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 (The Corporate Act 2001) นอกจากจะ ได้กำหนดบทลงโทษทางแพ่ง (a civil penalty) สำหรับกรรมการที่ฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์ สุจริต ยังได้กำหนดบทลงโทษทางอาญา (a criminal penalty) สำหรับกรรมการที่ฝ่าฝืนหน้าที่แห่ง ความซื่อสัตย์สุจริตไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย

4.3.2 หน้าที่แห่งความระมัดระวังรอบคอบ (duties of care and diligence)

ตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 (The Corporate Act 2001) มาตรา 180 (1) ได้บัญญัติถึง หน้าที่แห่งการใช้ความระมัดระวังรอบคอบของกรรมการเอาไว้ โดยบัญญัติว่า กรรมการจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความระมัดระวังรอบคอบดังเช่นวิญญูชนผู้มีฐานะเป็น กรรมการบริษัทพึงกระทำ โดยมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกันและอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน

(a director must exercise their powers and discharge their duties with the degree of care and diligence that a reasonable person would exercise if they:

(a) were a director of a corporation in the corporation's circumstances; and

(b) occupied the office held by, and had the same responsibilities within the corporation as, the director or officer)

หากกรรมการกระทำผิดต่อหน้าที่แห่งการใช้ความระมัดระวังรอบคอบนี้ จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดแก่กรรมการจากการฝ่าฝืนหน้าที่ ดังกล่าว โดยเป็นความรับผิดทางแพ่ง (a civil penalty) เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ แต่เดิมก่อนมี การบังคับใช้พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 (The Corporate Act 2001) นี้ กรรมการที่ฝ่าฝืน

ต่อหน้าที่แห่งการใช้ความระมัดระวังรอบคอบนี้จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทอาจได้รับโทษทางอาญา (a criminal penalty) ด้วย (โทษปรับไม่เกิน 200,000 เหรียญ หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ) แต่คณะกรรมการผู้ร่างพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 เห็นว่าการกำหนดโทษทางอาญาแก่กรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่แห่งการใช้ความระมัดระวังรอบคอบมีความไม่เหมาะสม เนื่องจากการกำหนดโทษทางอาญานั้นมีเพื่อต้องการให้กรรมการมีความตื่นตัวในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตมากกว่าการลงโทษ (ทางอาญา) กรรมการที่ขาดความระมัดระวัง ดังนั้น จึงเหลือแต่เพียงความรับผิดชอบทางแพ่ง (a civil penalty) เพียงอย่างเดียวเท่านั้น¹⁰⁶

4.3.3 หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

ประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หรือ Business Judgment Rule ไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลังจากผ่านการพิจารณาและโต้แย้งกันเป็นระยะเวลายาวนาน โดยเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิรูประบบกฎหมายองค์กรธุรกิจทางเศรษฐกิจ (Corporate Law Economic Reform Progress Bill of 1998 หรือ CLERP) ทั้งนี้ ได้ปรากฏความเห็นถึงความจำเป็นในการบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นการคุ้มครองกรรมการจากการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและด้วยความระมัดระวังรอบคอบ¹⁰⁷ อย่างไรก็ดี ได้มีข้อโต้แย้งว่าไม่มีความจำเป็นในการบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากการบัญญัติหลักการดังกล่าวไม่ได้ให้ความคุ้มครองที่ดีไปกว่าหลักการตัดสินใจทางธุรกิจที่ศาลได้สร้างขึ้นและวางหลักไว้อย่างยาวนาน ซึ่งได้คุ้มครองป้องกันการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการจากการถูกตรวจสอบโดยศาลอย่างไม่เหมาะสม (protect the business judgments from inappropriate hindsight review by courts) รวมทั้งป้องกันการตรวจสอบความถูกต้องของการตัดสินใจทางธุรกิจ (review of the merits of the business judgments)¹⁰⁸

¹⁰⁶ Ibid., p.351.

¹⁰⁷ The Explanatory Memorandum of CLERP, อ้างใน Ford H.A.J., Ford's Principle of Corporations Law (Australia: Lexis Nexis Butterworths, 2003), p.355.

¹⁰⁸ Ford H.A.J., Ford's Principle of Corporations Law, p.355.

โดยใน The Corporate Act 2001 มาตรา 180 (2)¹⁰⁹ ซึ่งวางหลักไว้ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามมาตรา 180 (1) และหน้าที่ตามหลักทั่วไป การตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการต้องมีลักษณะครบถ้วน ดังต่อไปนี้

(ก) ได้ตัดสินใจดำเนินการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย (make a judgment in good faith for a proper purpose)

(ข) ไม่มีส่วนได้เสียที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องที่ตนตัดสินใจดำเนินการ (do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment)

(ค) ได้ใช้วิจารณญาณในเรื่องที่ตัดสินใจดำเนินการตามที่ตนเชื่อตามสมควรว่าเหมาะสมแก่กรณีแล้ว (inform themselves about the subject matter of the judgment to extent they reasonably to be appropriate)

(ง) เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าการตัดสินใจดำเนินการนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (reasonably believe that the judgment is in the best interest of the corporation)

โดยการเชื่อว่าการตัดสินใจของตนเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสิ่งสำคัญ หรือเชื่อว่ามีเหตุผลที่เหมาะสม ใช้มาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำ (The believe that the judgment is in the best of the corporation is a rational one unless the belief is one that no reasonable person in their position would hold.)

หลักการในส่วนนี้ปรับใช้กับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามมาตรา 180 (1) และหน้าที่อื่นที่เทียบเคียงได้ตามกฎหมายคอมมอนลอว์หรือตามหลักกฎหมายอิคิวตี (รวมทั้งหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง ซึ่งเกิดขึ้นจากหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่กำหนดความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ) และหลักการในนี้จะไม่ปรับใช้กับหน้าที่อื่นๆ ภายใต้อกฎหมายฉบับนี้หรือตามกฎหมายอื่น (This subsection only operates in relation to duties

¹⁰⁹ Business Judgment Rule ตามที่บัญญัติไว้ใน The Corporate Act 2001 มาตรา 180 (2) ของประเทศออสเตรเลีย ได้ยกร่างตาม Business Judgment Rule ที่บัญญัติไว้ใน “หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ ALI” หรือ “ALI’s Principles of Corporate Governance” ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ที่จัดทำโดย American Law Institute (“ALI”), อ้างใน Ford H.A.J., Ford’s Principle of Corporations Law, p.356.

under this section and their equivalent duties at common law or in equity (including the duty of care that arises under common law principles governing liability for negligence) – it does not operate in relation to duties under any other provision of this Law or under any other laws.)

โดยเฉพาะในข้อนี้ การตัดสินใจทางธุรกิจ หมายถึง การตัดสินใจใดๆ เพื่อกระทำการหรือละเว้นการกระทำในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางธุรกิจของบริษัท (In this section: business judgment means any decision to take or not take action in respect of matter relevant to the business operations of the corporation.)¹¹⁰

ทั้งนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่า การบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศออสเตรเลียนั้น อาจกล่าวได้ว่าเหตุผลประการหนึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลสูงในประเทศออสเตรเลียเอง เนื่องจากเดิมศาลของประเทศออสเตรเลียมีการแบ่งแยกการพิจารณามาตรฐานการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการระหว่างกรรมการผู้มีอำนาจบริหาร Executive directors ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เต็มเวลาและมักจะมีสถานะเป็นลูกจ้างของบริษัทด้วย และกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร Non-executive directors ซึ่งมักจะไม่ได้ทำงานเป็นกรรมการเต็มเวลาและถูกแต่งตั้งมาเป็นกรรมการเพื่ออาศัยประสบการณ์หรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และการแต่งตั้งบุคคลที่คุณสมบัติดี น่าเชื่อถือ ยังสร้างชื่อเสียงให้คณะกรรมการบริษัทได้ด้วย ซึ่งกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารนี้มักจะมาเฉพาะเพื่อเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการบริษัทและมีส่วนร่วมเฉพาะในบางเรื่อง เช่น ให้ความเห็นอย่างเหมาะสมถึงข้อดีและข้อเสียของการตัดสินใจอันเกี่ยวกับนโยบายของบริษัท หรือมีส่วนร่วมให้คำแนะนำเฉพาะในด้านที่ตนเองมีประสบการณ์หรือที่ต้องอาศัยความสามารถเฉพาะทาง หรือควบคุมการดำเนินงานของบริษัทและให้คำแนะนำแก่คณะกรรมการที่จำเป็นเฉพาะด้านเพื่อการดำเนินงานเป็นไปอย่างถูกต้องตามที่ควรจะเป็น¹¹¹

แต่อย่างไรก็ดี ในคดีระหว่าง AWA Ltd v Daniels ศาลอุทธรณ์วางหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวใหม่ โดยวางหลักไว้ว่า “กรรมการทุกคนมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังเป็น

¹¹⁰ Greenhow, Annette, “The Statutory Business Judgment Rule: Putting the Wind into Directors’ Sails,” p.36.

¹¹¹ AWA Ltd v Daniels (1992) 10 A.C.L.C. 933

มาตรฐานเดียวกันและต้องไม่มีมาตรฐานต่ำอย่างมาตรฐานของการประมาทเดินเล่ออย่างร้ายแรง” ดังนั้น จึงเกิดปฏิกิริยาจากกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร ซึ่งได้รับผลกระทบอย่างมากจากหลักตามคำพิพากษานี้ ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการสนับสนุนอย่างมากโดยเฉพาะจากกรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหาร ให้บัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹¹²

4.3.3.1 การพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น (Reliance on information or advice provided by others)

เนื่องจากการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น กรรมการจะต้องมีข้อมูลที่ถูกต้องและเชื่อถือได้เพื่อใช้ในการพิจารณาประกอบการตัดสินใจ The Corporate Act 2001 จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์การพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น (Reliance on information or advice provided by others) เพื่อให้กรรมการสามารถใช้พิจารณาว่าสามารถเชื่อถือข้อมูลจากใครได้บ้าง ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ รวมทั้งเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยความชอบธรรมของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 189 ว่า

(a) หากกรรมการได้อาศัยพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษา ซึ่งได้จัดเตรียมโดย (if a director relies on information, or professional or expert advice, given or prepared by:)

(i) พนักงานของบริษัท ซึ่งเป็นบุคคลที่กรรมการเชื่อว่าจะมีความสามารถในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ (an employee of the corporation whom the director believes on reasonable grounds to be reliable and competent in relation to the matters concerned) หรือ

(ii) ผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษา ซึ่งเป็นบุคคลที่กรรมการเชื่อว่าจะมีความเชี่ยวชาญชำนาญในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ (a professional

¹¹² Tomasic, Roman. “The theoretical foundations of Australian Corporations Law Reform: Some Lessons for Reformers,” in *Journal of International Commercial Law*, Vol. 1, No. 3 (Ashgate Publishing, 2003), p. 323-349.

adviser or expert in relation to matters that the director believes on reasonable grounds to be within the person's professional or expert competence) หรือ

(iii) กรรมการหรือพนักงานอื่น ซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการนั้นตามหน้าที่ (another director or officer in relation to matters within the director's or officer's authority) หรือ

(iv) คณะอนุกรรมการที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งกรรมการต้องไม่ได้หน้าที่ให้ เป็น คณะอนุกรรมการดังกล่าว (a committee of directors on which the director did not serve in relation to matters within the committee's authority)

(b) โดยการเชื่อถือข้อมูลหรือคำแนะนำข้างต้น เป็นผลมาจาก (the reliance was made)

(i) ความเชื่อโดยสุจริต (in good faith) และ

(ii) ภายหลังได้ประเมินผลข้อมูลและคำแนะนำอย่างเป็นอิสระ โดยคำนึงถึง ความรู้ความสามารถของกรรมการ ความซับซ้อนของโครงสร้าง และการดำเนินธุรกิจของบริษัท (after making an independent assessment of the information or advice, having regard to the director's knowledge of the corporation and the complexity of the structure and operations of the corporation) และ

(c) การเชื่อถือข้อมูลหรือคำแนะนำนี้เกิดจากความเชื่ออย่างมีเหตุมีผลของ กรรมการ โดยผ่านกระบวนการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดหรือเป็นไปตาม หลักความเป็นธรรมทั่วไปแล้ว (the reasonableness of the director's reliance on the information or advice arises in proceedings brought to determine whether a director has performed a duty under this Part or an equivalent general law duty)

การพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำของกรรมการดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นการกระทำที่มีเหตุมีผล เว้นแต่ผู้กล่าวอ้างจะพิสูจน์ได้ว่าเป็นประการอื่น (the director's reliance on the information or advice is taken to be reasonable unless the contrary is proved)

4.3.3.2 ภาระการพิสูจน์ในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

จากบทบัญญัติในมาตรา 180 (2) พิจารณาได้ว่า เงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หรือ Business Judgment Rule ที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร นั้นมีมาตรฐานค่อนข้างสูง กล่าวคือ ต้องตัดสินใจดำเนินการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย (making a judgment in good faith for a proper purpose) ไม่มีส่วนได้เสียที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องที่ตนตัดสินใจดำเนินการ (not having a material personal interest in the subject matter of the judgment) และได้รับข้อมูลที่เพียงพอในการพิจารณาเรื่องที่ได้ตัดสินใจ (having sufficient information about the subject matter of the judgment) ซึ่งเงื่อนไขที่มีมาตรฐานค่อนข้างสูงนี้ ทำให้ต้องพิจารณาว่าใครจะเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ (the onus of proof) ในเรื่องนี้ ระหว่างกรรมการหรือผู้ที่เรียกร้องให้กรรมการต้องรับผิดชอบจากการนั้น โดยเมื่อพิจารณาจากบันทึกคำอธิบาย (The Explanatory Memorandum) ของคณะผู้ร่างกฎหมายนั้นระบุว่า หลักการตัดสินใจทางธุรกิจที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ปรับใช้อย่างเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่กรรมการ (a presumption in favour of a director) แต่อย่างไรก็ดี มีผู้ไม่เห็นด้วยกับบันทึกคำอธิบาย (The Explanatory Memorandum) ของคณะผู้ร่างกฎหมาย โดยให้ความเห็นว่า คำอธิบายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของบทบัญญัติ เนื่องจากกรรมการจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติเฉพาะในกรณี “หากว่า” กรรมการดำเนินการครบทั้ง 4 เงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ (only “if” a director meets the four stated criterias) จากความเห็นโต้แย้งดังกล่าวจึงดูเหมือนว่ามีความเป็นไปได้มากกว่าที่กรรมการน่าจะตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 180 (2) นี้ โดยกรรมการน่าจะต้องพิสูจน์ว่าตนได้ดำเนินการโดยครบทั้ง 4 เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด มากกว่าการที่โจทก์หรือผู้ที่เรียกร้องให้กรรมการต้องรับผิดชอบ จะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่ากรรมการดำเนินการไปโดยขาดเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดจาก 4 ข้อตามที่กฎหมายกำหนด¹¹³

¹¹³ Ford H.A.J., *Ford's Principle of Corporations Law*, p.356.

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร และการให้ความคุ้มครองความรับผิดชอบของกรรมการ

ในบทนี้จะเป็นการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการตีความหรือบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นหลักกฎหมายที่มีต้นกำเนิดจากแนวคำพิพากษาของศาล (Judge-made law) ซึ่งไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด ตลอดจนมาตรฐานการเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่ความรับผิดชอบของกรรมการ ซึ่งอาจยังมีไม่เพียงพอเท่าที่ควร

5.1 ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดผู้มีภาระการพิสูจน์ของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทนั้น กรรมการเป็นบุคคลที่มีความสำคัญต่อบริษัทอย่างยิ่ง เพราะบริษัทเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นจึงไม่สามารถแสดงออกซึ่งเจตนาได้ กรรมการจะเป็นผู้แสดงเจตนาแทนบริษัท กรรมการเปรียบเสมือนทรัพย์สินของต่างประเทศ ซึ่งมีหน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพย์สินของผู้อื่น กรรมการจึงมีหน้าที่ดังผู้ได้รับความไว้วางใจ (a fiduciary) แต่กรรมการกับทรัพย์สินมีหน้าที่บางอย่างที่แตกต่างกัน เนื่องจากบริษัทเป็นหน่วยทางธุรกิจจำเป็นต้องแสวงหากำไรในเชิงพาณิชย์ การทำหน้าที่บริหารงานของกรรมการบริษัทจึงจำเป็นต้องเผชิญกับความเสี่ยงทางธุรกิจเพื่อได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่า แต่ทรัพย์สินมีหน้าที่เพียงดูแลรักษาทรัพย์สินของกองทรัสต์ให้มั่นคงปลอดภัยที่สุด และใช้ทรัพย์สินได้เพียงตามที่กำหนดไว้เท่านั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องเผชิญกับความเสี่ยงใดๆ

เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการที่มีต่อบริษัท สามารถแบ่งออกเป็นหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

1. หน้าที่แห่งการใช้ความระมัดระวังรอบคอบ (duty of care) และ
2. หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์ (duty of loyalty)

โดยหากกรรมการกระทำการโดยฝ่าฝืนหน้าที่ประการใดประการหนึ่งหรือทั้งสองประการดังกล่าว จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการย่อมต้องมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท

เมื่อพิจารณาด้วยบทกฎหมายต่างๆ เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ ตามกฎหมายไทย ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หมวด 4 ว่าด้วยเรื่องบริษัทจำกัด พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (และแก้ไขเพิ่มเติม) และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 (และแก้ไขเพิ่มเติม) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนของประเทศไทย ต่างได้นำเอาหลักการเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการทั้งสองประการมาบัญญัติไว้ด้วยกันทั้งสิ้น

นอกจากนี้ ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ซึ่งได้มีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ.2551 โดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นั้น ได้มีการนำเอาหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หรือ Business Judgment Rules มาบัญญัติไว้ โดยในมาตรา 89/8 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว การตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

- (1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ
- (2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ
- (3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”

ซึ่งการกำหนดเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกรอบที่กรรมการสามารถใช้พิจารณาการตัดสินใจของตน และยังเป็นเกราะป้องกัน (Safe Harbor) คู่คุ้มครองการตัดสินใจของกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและระมัดระวัง เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลร้ายของการตัดสินใจนั้น

อย่างไรก็ดี ลักษณะของคดีที่จะต้องนำเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการและหลักการตัดสินใจทางธุรกิจมาปรับใช้ โดยส่วนใหญ่จะเกิดจากการที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่บริษัทอันเนื่องมาจากกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่อง เมื่อบริษัทได้รับความเสียหายจากการบกพร่องต่อหน้าที่ บริษัทจึงเป็นผู้มีสิทธิตามกฎหมายในการฟ้องร้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบบริษัท แต่อย่างไรก็ดี ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าบริษัทจะต้องมีบุคคลเป็นผู้กระทำการแทน ซึ่งก็คือตัวกรรมการนั่นเอง ดังนั้น กฎหมายจึงได้เปิดช่องทางให้แก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเปรียบเสมือนเจ้าของตัวจริงได้มีสิทธิฟ้องร้องให้กรรมการรับผิดชอบต่อบริษัท ในกรณีที่บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเอง หรือเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า Derivative action เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้ากรรมการทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัท บริษัทจะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นมาก็ได้”

หรือ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86 วรรคสอง และวรรคสาม บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

และในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/18 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ยังได้บัญญัติขยายความสิทธิในการฟ้องร้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท ซึ่งบังคับใช้กับบริษัทที่นำหุ้นเข้าจดทะเบียนซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ โดยบัญญัติไว้ว่า

“นอกจากการดำเนินการกับกรรมการตามมาตรา 85 และ มาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แล้ว ในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบ บริษัทอาจฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ดังกล่าวให้แก่บริษัทได้

ในกรณีผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว และบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง ผู้ถือหุ้นดังกล่าวสามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนประโยชน์ตามวรรคหนึ่งแทนบริษัทได้”

ทั้งนี้ ผู้วิจัยพบว่าในการแก้ไขกฎหมายตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 โดยเพิ่มเติมและบัญญัติเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ร่างน่าจะต้องการให้เกิดความชัดเจนในแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความรับผิดชอบต่อความระมัดระวัง ซึ่งจะกลายเป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ และยังเป็นกรอบในการพิจารณาความชอบธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการให้แก่ศาลหรือบุคคลภายนอกด้วย โดยบัญญัติให้มีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเนื่องจากมีการใช้คำว่า “ให้ถือว่า” โดยพิจารณาจากตัวบทกฎหมายตามมาตรา 89/8 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว การตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ **ให้ถือว่า** กรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบต่อความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”

การที่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีการใช้คำว่า “ให้ถือว่า” เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยาน พิจารณาได้ว่าบทบัญญัตินี้มีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เด็ดขาด หรือเรียกง่าย ๆ ว่า “**ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด**”¹ ซึ่งข้อสันนิษฐานประเภทนี้ เมื่อคู่ความฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนำสืบข้อเท็จจริงเบื้องต้นได้สมตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน มีผลทำให้ข้อสันนิษฐานกลายเป็นข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ แต่ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด**ไม่มีผลกระทบต่อเรื่องหน้าที่นำสืบ ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์** กล่าวคือ คู่ความฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานต้องนำสืบข้อเท็จจริงเบื้องต้นให้ได้ครบตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐานอย่างชัดเจนเด็ดขาดจึงจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน แตกต่างจากข้อสันนิษฐานแบบไม่เด็ดขาด เนื่องจากข้อสันนิษฐานแบบไม่เด็ดขาดนั้นคู่ความมีสิทธินำพยานหลักฐานเข้ามาสืบหักล้างหรือโต้แย้งได้ ผลของข้อสันนิษฐานแบบไม่เด็ดขาดจึงเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ของคู่ความ กล่าวคือ ถ้ามีข้อสันนิษฐานเป็นคุณแก่ฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว มีผลทำให้กฎหมายบังคับให้ศาลถือตามข้อเท็จจริงที่สันนิษฐานไว้ก่อนเป็นเบื้องต้น ส่วนหน้าที่ในการพิสูจน์หักล้างหรือโต้แย้งข้อเท็จจริงอันเป็นผลจากข้อสันนิษฐานนั้นเป็นหน้าที่ของคู่ความฝ่ายตรงข้าม จึงเป็นข้อยกเว้นของหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์” และเป็นการโยนหรือผลักภาระการพิสูจน์ไปให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งแทน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะคดีที่อาจเกิดขึ้นจากการฟ้องร้องให้กรรมการต้องรับผิดชอบบริษัท ในเรื่องหน้าที่ความรับผิดชอบของกรรมการและหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ประกอบกับการพิจารณาหลักกฎหมายพยานในเรื่องการกำหนดภาระการพิสูจน์พบว่า หากบริษัทหรือผู้ถือหุ้นใช้สิทธิแทนบริษัทในการฟ้องร้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบต่อบริษัทจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นกรรมการให้แก่บริษัท กรรมการซึ่งตกเป็นจำเลยตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์การปฏิบัติหน้าที่ของตนว่าเป็นไปตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ อีกทั้ง การใช้คำว่า “ให้ถือว่า” จึงมีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด กล่าวคือ ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวัง กรรมการตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ถึงการปฏิบัติหน้าที่ว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่โดยครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ 1) การตัดสินใจของตนได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท 2) กระทำบน

¹ ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หรือบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้เป็นเด็ดขาด หมายถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่เปิดโอกาสให้มีการนำพยานหลักฐานมาหักล้าง โดยผลจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้

พื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ 3) กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยหากว่ากรรมการสามารถพิสูจน์ได้ครบตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดจะส่งผลให้กรรมการได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานดังกล่าว และบริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องแทนบริษัทไม่สามารถนำข้อเท็จจริงอื่นมาหักล้างได้และศาลไม่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นได้

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาถึงประเทศที่มีการบัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน The Corporate Act 2001 มาตรา 180 (2) พบว่าปัญหาเรื่องผู้มีภาระการพิสูจน์ (the onus of proof) นี้ ถึงแม้ว่าตาม "บันทึกคำอธิบาย" (The Explanatory Memorandum) ของคณะผู้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจะระบุว่าหลักการตัดสินใจทางธุรกิจที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ เป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่กรรมการ (a presumption in favour of a director) แต่ในทางปฏิบัติคำอธิบายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของบทบัญญัติ เนื่องจากกรรมการจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติเฉพาะในกรณีที่กรรมการดำเนินการครบทั้ง 4 เงื่อนไขตามที่ได้บัญญัติไว้ ซึ่งดูเหมือนว่ากรรมการน่าจะตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 180 (2) โดยกรรมการน่าจะต้องพิสูจน์ว่าตนได้ดำเนินการโดยครบทั้ง 4 เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด มากกว่าการที่โจทก์หรือผู้ที่เรียกร้องให้กรรมการต้องรับผิดชอบจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่ากรรมการดำเนินการไปโดยขาดเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดจาก 4 ข้อตามที่กฎหมายกำหนด

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ศาล (ผู้พิพากษา) ได้พัฒนาและได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น (judicial doctrine) หรือ (judge-made law) โดยมีวัตถุประสงค์หลักสองประการคือ

1) เพื่อคุ้มครองความรับผิดของกรรมการที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวังแล้ว แต่ผลของการดังกล่าวก่อให้เกิดผลร้ายหรือความเสียหายแก่บริษัท

2) เพื่อคุ้มครองตัวการกระทำของกรรมการ ไม่ให้ศาลเข้าไปตรวจสอบการกระทำ

นั้น

โดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ในลักษณะที่เป็น “ข้อสันนิษฐาน” อันเป็นคุณแก่กรรมการ โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการจะถูกสันนิษฐานว่าได้ดำเนินการหรือตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความระมัดระวัง (due care) อย่างซื่อสัตย์สุจริต และโดยเชื่อว่าพวกเขาได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยถือว่าการดำเนินการหรือตัดสินใจในทางธุรกิจของกรรมการของบริษัทนั้นได้ดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของการรับทราบข้อมูลด้วยความสุจริต และโดยเชื่ออย่างสุจริตว่าการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยผ่านการไตร่ตรองอย่างดีแล้ว ศาลจะให้ความเคารพในการดำเนินการหรือตัดสินใจนั้น²

ดังนั้น หากการฟ้องร้องคดีเรียกให้กรรมการรับผิดชอบจากการที่กรรมการบกพร่องต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวังในประเทศสหรัฐอเมริกา โจทก์ในคดี (บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท) ตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ โดยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้นไม่ได้เป็นไปตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยโจทก์ต้องพิสูจน์หรือแสดงให้ศาลเห็นถึงความบกพร่องของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น

(1) กรรมการมิได้เป็นผู้กระทำการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างแท้จริง (the directors did not in fact make a decision)³

(2) การตัดสินใจของกรรมการไม่ได้อาศัยการรับทราบข้อมูล (the directors' decision was uninformed)⁴

² Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 812 (Del.1984) , the most quoted by Delaware courts state that the business judgment rule is “a presumption that in making a business decision the directors of the corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company”

³ Kaplan v. Centex Corp, 284 A2d 119, 124 (Del Ch 1971). (The rule does not shield directors where they did not make a decision.)

⁴ Smith v. Van Gorkom, 488 A2d 858 (Del 1985). วางหลักว่า “หากกรรมการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการรับทราบข้อมูล หลักการตัดสินใจทางธุรกิจจะไม่ปกป้องกรรมการผู้นั้น” (If the directors were grossly negligent in informing themselves, the business judgment rule will not protect them.)

(3) กรรมการมีส่วนได้เสีย หรือไม่ได้กระทำอย่างเป็นอิสระ (the directors were not disinterested or independent)⁵

(4) กรรมการกระทำไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (the directors were grossly negligent)⁶

หากโจทก์ (บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท) สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่เพียงประการใดประการหนึ่ง ภาระการพิสูจน์ก็จะถูกผลักมายังฝ่ายกรรมการซึ่งเป็นจำเลยในคดี เป็นผู้มีหน้าที่พิสูจน์ความถูกต้องสมบูรณ์ของธุรกรรมที่ตนได้กระทำลงไป

ดังนั้น ในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดผู้มีภาระการพิสูจน์ของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามมาตรา 89/8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ จึงตกเป็นภาระแก่กรรมการซึ่งเป็นจำเลยในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ซึ่งมีความแตกต่างจากการปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในต่างประเทศ เช่น การปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งโจทก์ในคดี (บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท) ตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ โดยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้นไม่ได้เป็นไปตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

ทั้งนี้ เนื่องจากว่าข้อเท็จจริงเบื้องต้นทั้งสามประการตามมาตรา 89/8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ได้แก่ 1) การตัดสินใจของกรรมการได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท 2) กรรมการกระทำการไปบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ 3) กรรมการกระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้อันเห็นของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยเฉพาะ (exclusive knowledge) ตามกฎหมายลักษณะพยาน โดยในที่นี้ข้อเท็จจริงทั้งสามประการดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้อันเห็นของกรรมการแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยเฉพาะ

⁵ Aronson v. Lewis, 473 A2d 805, 812 (Del 1984).

⁶ In re Walt Disney Derivative Litigation, 906 A2d 27 (Del 2006).

นอกจากนั้น การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในมาตรา 89/8 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ มีการใช้คำว่า “ให้ถือว่า” จึงทำให้บทบัญญัติแห่งมาตราดังกล่าวมีลักษณะเป็น “ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด” ซึ่งข้อสันนิษฐานประเภทนี้ เมื่อคู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากข้อสันนิษฐานนำสืบข้อเท็จจริงเบื้องต้นได้สมตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน มีผลทำให้ข้อสันนิษฐานกลายเป็นข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ ทำให้อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ใจทุกในคดี (บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท) ในการนำพยานหลักฐานอื่นเข้ามาสืบเพื่อต่อสู้หักล้างหรือทำลายน้ำหนักพยานหลักฐานของกรรมการซึ่งเป็นจำเลยในคดี

5.2 ประเด็นเกี่ยวกับการเชื่อถือฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่นในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

เนื่องจากองค์ประกอบข้อหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ คือ การตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เนื่องจากกรรมการจำเป็นต้องมีข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอที่จะใช้ในการตัดสินใจ ซึ่งถึงแม้ว่ากรรมการควรจะต้องเป็นผู้ที่มีความรอบรู้หรือเชี่ยวชาญในเรื่องเกี่ยวกับธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท แต่ในความเป็นจริงกรรมการแต่ละคนย่อมมีความเชี่ยวชาญหรือมีประสบการณ์ในแต่ละด้านที่แตกต่างกัน และในการดำเนินธุรกิจของบริษัท กรรมการอาจต้องเข้าไปมีส่วนในการพิจารณาตัดสินใจในเรื่องที่ตนเองไม่มีความรู้ความชำนาญ ตลอดจนไม่มีข้อมูลที่เพียงพอเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจในเรื่องดังกล่าว ดังนั้น เมื่อมีการบัญญัติถึงหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้อย่างชัดเจนแล้ว จึงสมควรที่จะมีการกำหนดถึงแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อถือฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น เพื่อให้กรรมการสามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างถูกต้อง และน่าจะส่งผลดีต่อกรรมการลดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการตีความว่าข้อมูลใดจะถือได้ว่าเพียงพอแล้ว อีกทั้ง ยังทำให้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจบรรลุตามวัตถุประสงค์ในแง่ของการคุ้มครองความรับผิดชอบของกรรมการได้ดียิ่งขึ้น

ทั้งนี้ ในต่างประเทศได้มีการกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น เพื่อให้กรรมการสามารถยึดเป็นแนวปฏิบัติ สรุปได้ดังนี้

5.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากกรรมการแต่ละคนอาจมีความรู้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญคนละด้านแตกต่างกันไป เช่น กรรมการที่มีความเชี่ยวชาญด้านการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์อาจไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านราคาสินค้าเกษตร เป็นต้น ดังนั้น Model Business Corporation Act มาตรา 8.30 (d) (e) (f) จึงได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการรับฟังและเชื่อถือข้อมูลที่มาจากผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลที่กรรมการได้มอบหมายไว้ ดังนี้

1) กรรมการที่ไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องใดเป็นพิเศษ กรรมการคนนั้นสามารถเชื่อถือข้อมูลที่บุคคลซึ่งคณะกรรมการบริษัทมอบหมายให้ดำเนินการ ทั้งที่แต่งตั้งอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการก็ตาม โดยการมอบหมายอำนาจนั้นจะต้องกระทำภายใต้กฎหมายกำหนด

2) กรรมการที่ไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องใดเป็นพิเศษ กรรมการคนนั้นสามารถเชื่อถือข้อมูล รายงาน ข้อมูลทางการเงินของบริษัท หรือความคิดเห็นของบุคคลที่มีความชำนาญในด้านนั้นๆ เป็นการเฉพาะ เช่น พนักงานคนใดคนหนึ่งของบริษัทที่กรรมการเชื่อถือโดยสุจริตว่ามีความรู้ความสามารถเพียงพอ และมีหน้าที่เกี่ยวกับข้อมูลหรือในการให้ความเห็นตลอดจนที่ปรึกษาด้านกฎหมาย นักบัญชี หรือผู้ใดซึ่งกรรมการเชื่อถือโดยสุจริตว่ามีความเชี่ยวชาญชำนาญ หรือมีประสบการณ์ซ้ำซ้อนในด้านนั้นๆ

นอกจากนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีรูปแบบการทำธุรกรรมที่ซับซ้อน นิยมจัดให้มีการทำความเห็นอิสระ (Fairness Opinion) โดยที่ปรึกษาทางการเงินจะเป็นผู้ทำรายงานให้แก่คณะกรรมการเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจในกรณีที่คณะกรรมการต้องมีการตัดสินใจทางธุรกิจที่มีความสำคัญ หรือเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อน ทั้งนี้ เพื่อให้ผลของการตัดสินใจเป็นไปอย่างรอบคอบและเป็นประโยชน์สูงสุดต่อบริษัท⁷

⁷ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการค้ากับดูแลกิจการที่ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ,” หน้า 156.

5.2.2 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีการบัญญัติหลักการพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่นเพื่อให้กรรมการนำไปปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ หลัก **Reliance on information or advice provided by others** โดยกำหนดไว้ใน The Corporate Act 2001 มาตรา 187 ซึ่งบัญญัติว่า

(a) หากกรรมการได้อาศัยพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษา ซึ่งได้จัดเตรียมโดย (if a director relies on information, or professional or expert advice, given or prepared by :)

(i) พนักงานของบริษัท ซึ่งเป็นบุคคลที่กรรมการเชื่อว่าจะมีความสามารถในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ (an employee of the corporation whom the director believes on reasonable grounds to be reliable and competent in relation to the matters concerned) หรือ

(ii) ผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษา ซึ่งเป็นบุคคลที่กรรมการเชื่อว่าจะมีความเชี่ยวชาญชำนาญในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ (a professional adviser or expert in relation to matters that the director believes on reasonable grounds to be within the person's professional or expert competence) หรือ

(iii) กรรมการหรือพนักงานอื่น ซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการนั้นตามหน้าที่ (another director or officer in relation to matters within the director's or officer's authority) หรือ

(iv) คณะอนุกรรมการที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งกรรมการต้องไม่ได้มีหน้าที่ให้เป็น คณะอนุกรรมการดังกล่าว (a committee of directors on which the director did not serve in relation to matters within the committee's authority)

(b) โดยการเชื่อถือข้อมูลหรือคำแนะนำข้างต้น เป็นผลมาจาก (the reliance was made)

(i) ความเชื่อโดยสุจริต (in good faith) และ

(ii) ภายหลังได้ประเมินผลข้อมูลและคำแนะนำอย่างเป็นอิสระ โดยคำนึงถึงความรู้ความสามารถของกรรมการ ความซับซ้อนของโครงสร้างและการดำเนินธุรกิจของบริษัท (after making an independent assessment of the information or advice, having regard to the director's knowledge of the corporation and the complexity of the structure and operations of the corporation) และ

(c) การเชื่อถือข้อมูลหรือคำแนะนำนี้ เกิดจากความเชื่ออย่างมีเหตุมีผลของกรรมการ โดยผ่านกระบวนการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นไปตามหลักความเป็นธรรมทั่วไปแล้ว (the reasonableness of the director's reliance on the information or advice arises in proceedings brought to determine whether a director has performed a duty under this Part or an equivalent general law duty)

การพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำของกรรมการดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นกรกระทำที่มีเหตุมีผล เว้นแต่ผู้กล่าวอ้างจะพิสูจน์ได้เป็นประการอื่น (the director's reliance on the information or advice is taken to be reasonable unless the contrary is proved)

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า เพื่อให้เกิดแนวทางในการปฏิบัติที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ให้แก่กรรมการ การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในระยะที่ว่าการตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ ซึ่งจำเป็นต้องมีข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอที่จะใช้ในการตัดสินใจ จึงสมควรที่จะมีการกำหนดถึงแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อถือพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น นอกจากนี้ ยังเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่กรรมการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กรรมการต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องที่ตนเองไม่มีความเชี่ยวชาญ ซึ่งหากมีการกำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อถือพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น ย่อมเป็นประโยชน์แก่การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการโดยรวม โดยจะทำให้กรรมการทราบว่าตนจะสามารถเชื่อถือหรือควรจะได้รับคำแนะนำจากใครได้บ้าง

อีกทั้ง จากการวิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดผู้มีภาวะการพิสูจน์ของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในข้อ 5.1 ซึ่งสรุปได้ว่า กรรมการตกเป็นผู้มีภาวะการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการเป็นไปตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว ซึ่งองค์ประกอบข้อหนึ่งของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามพระราชบัญญัติ

หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ซึ่งได้มีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ.2551 โดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 นั้น ในมาตรา 89/8 วรรคสอง คือ การตัดสินใจของกรรมการนั้นได้ตัดสินใจไปโดยอยู่บนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ ดังนั้น หากมีการกำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อถือฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น ย่อมจะเป็นหลักฐานหรือเครื่องมืออย่างหนึ่งที่กรรมการสามารถใช้แสดงให้ศาลเห็นถึงการให้ความระมัดระวังรอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอีกอย่างหนึ่งด้วย

ด้วยเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรมีการกำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อถือฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น เพื่อใช้สำหรับให้กรรมการนำไปปฏิบัติประกอบการตัดสินใจของตนได้อย่างถูกต้องตามหลักการใช้ความระมัดระวังรอบคอบตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยนำเอาหลักการรับฟังและเชื่อถือข้อมูลที่มาจากผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลที่กรรมการได้มอบหมายของกฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการกำหนดและปรับใช้ ดังนี้

ในการปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการ หากกรรมการได้ดำเนินการตัดสินใจโดยอาศัยความเชื่อถือในข้อมูลหรือคำแนะนำหรือความเห็นซึ่งได้จัดเตรียมโดยบุคคลดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นการตัดสินใจที่ได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอตามหน้าที่ของกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวัง เว้นแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น

1. พนักงานหรือผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาของบริษัทผู้รับผิดชอบในการนั้น และต้องเป็นบุคคลที่กรรมการเชื่อว่ามีความรู้ความสามารถในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ หรือ
2. ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือที่ปรึกษา เช่น ที่ปรึกษาทางการเงิน ที่ปรึกษาทางกฎหมาย ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก และกรรมการเชื่อว่ามีความรู้ความสามารถในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ หรือ
3. คณะอนุกรรมการหรือบุคคลที่คณะกรรมการมอบหมายให้กระทำ

ทั้งนี้ การรับฟังและเชื่อถือในข้อมูลหรือคำแนะนำหรือความเห็นดังกล่าว กรรมการต้องเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจว่าจะเชื่อถือในข้อมูลนั้นหรือไม่และเพียงใด โดยกระทำด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

5.3 ประเด็นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification)

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น ประกอบไปด้วยหน้าที่หลายประการด้วยกัน เช่น หน้าที่แห่งความรอบคอบระมัดระวัง และหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต เป็นต้น นอกจากนั้น ยังมีหน้าที่อื่นๆ ตามที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้กำหนดไว้ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ฯลฯ นอกจากนั้น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ยังได้นำเอาหลักการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามกฎหมายต่างประเทศ รวมทั้งนำเอาหลักกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการที่มีอยู่มาบัญญัติเพิ่มเติมถึงหน้าที่ของกรรมการให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เมื่อมีการกำหนดหน้าที่ต่างๆ ของกรรมการตามกฎหมายที่กล่าวมา ย่อมมีการกำหนดเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการตามไปด้วย ดังนั้น การกำหนดหน้าที่และความรับผิดที่มีเพิ่มมากขึ้นดังกล่าว แม้จะมีผู้มองว่าเป็นการกำหนดเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติหน้าที่แก่กรรมการมากยิ่งขึ้น ทำให้กรรมการต้องใช้ความระมัดระวังรอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่มากยิ่งขึ้น และยังส่งผลให้เป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ถือหุ้นของบริษัทไปโดยปริยาย แต่ในมุมมองของกรรมการหรือบุคคลที่ได้รับการทาบทามให้เป็นกรรมการบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บริษัทจดทะเบียน อาจมีความเห็นว่า การกำหนดหน้าที่และความรับผิดที่เพิ่มมากขึ้นนี้เป็นภาระที่หนักเกินไปหรือมีความเสี่ยงที่มากเกินไปหากต้องรับผิดชอบเป็นกรรมการให้แก่บริษัท และตัวบริษัทเองก็อาจเห็นว่าเป็นภาระแก่บริษัทในการสรรหาหรือทาบทามบุคคลที่บริษัทเห็นว่ามีความสามารถและเหมาะสมที่จะเข้าดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัท เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นอาจปฏิเสธในการเข้ารับตำแหน่ง เนื่องจากเห็นว่าหน้าที่และความรับผิดในการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่บริษัทมีภาระที่หนักเกินไปหรือมีความเสี่ยงแก่ตนเองมากเกินไป

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ พบว่ามีการกำหนดให้บริษัทสามารถกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) ได้ รวมทั้งให้มีการทำประกันความรับผิด (Insurance) ให้แก่กรรมการโดยบริษัทเป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกัน โดยมาตรการดังกล่าวจะเป็น

เครื่องมืออย่างหนึ่งที่ทำให้กรรมการคลายความกังวลใจจากความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ได้ โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา การชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิด (indemnification) นั้น หมายถึง การที่บริษัทชดเชยหรือชดใช้ค่าใช้จ่ายให้แก่จำเลยซึ่งเป็นกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท ซึ่งได้จ่ายไปเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีซึ่งเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่บริษัท โดยรวมถึงค่าจ้างทนายความ (legal fees) และจำนวนเงินที่ได้จ่ายไปเพื่อทำให้การดำเนินคดียุติลง (amounts paid in settlement of suits or to satisfy a judgment) หรือเพื่อเป็นค่าปรับจากการถูกตัดสินให้แพ้คดี (fines imposed upon conviction) ด้วย นอกจากนี้ยังมีการออกค่าใช้จ่ายล่วงหน้า (advances of expenses) ให้แก่กรรมการซึ่งถูกฟ้องคดีเป็นจำเลย เพื่อใช้ในการต่อสู้คดีอีกด้วย และใน Model Business Corporation Act 2005 ยังได้บัญญัติเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ (indemnification) ไว้ 3 กรณี ได้แก่

- 1) กรณีที่กฎหมายอนุญาตให้บริษัทชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ (Permissible Indemnification)
- 2) กรณีที่กฎหมายกำหนดให้บริษัทต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ (Mandatory Indemnification) และ
- 3) กรณีที่ศาลสั่งให้บริษัทต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดจากการปฏิบัติหน้าที่ (Court-Order Indemnification)

ถึงแม้ว่าการกำหนดให้บริษัทสามารถกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องในเชิงนโยบายว่าบริษัทควรจัดให้มีหรือไม่ เนื่องจากเงินทุนของบริษัท หากนำไปใช้เพื่อคุ้มครองกรรมการผู้ซึ่งอาจจะทำการไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ก็จะไม่เกิดผลดีแก่บริษัท ทั้งยังเป็นการทำลายความตั้งใจของผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องคดีกรรมการที่ฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อบริษัท⁸ ก็ตาม แต่เหตุผลที่มีความสำคัญที่สุดของการกำหนดให้บริษัทสามารถกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) ก็คือ การใช้เป็นเครื่องมือที่บริษัทใช้ดึงดูดใจให้บุคคลที่

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 111.

บริษัทต้องการนั้นเข้ามารับตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัท เนื่องจากว่าการถูกฟ้องร้องโดยที่ยังไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือเป็นเรื่องที่ยังมีข้อกังขานั้นมีจำนวนมาก และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีในลักษณะนี้ค่อนข้างสูง นอกจากนั้น ยังมีเหตุผลสนับสนุนอีก 3 ประการ ได้แก่

1. เป็นการสนับสนุนการต่อสู้คดีของกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้อง
2. เป็นการส่งเสริมสนับสนุนบุคคลที่มีความสามารถเข้ามารับหน้าที่เป็นกรรมการในบริษัท และ
3. เป็นการกีดกันการฟ้องร้องคดีจากผู้ถือหุ้นโดยที่ไม่มีเหตุผลเพียงพอ

จากการศึกษาวิจัยพบว่า ในประเทศไทยมีแนวความคิดเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งกรรมการ ซึ่งปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยข้อหาหรือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งได้ตอบข้อหาหรือเรื่อง “ข้อบังคับของบริษัทมหาชนจำกัด กรณีการจ่ายค่าชดเชยความรับผิดของกรรมการ”

โดยมีประเด็นปัญหาว่า

“บริษัทสามารถกำหนดข้อบังคับให้กรรมการของบริษัทมีสิทธิได้รับค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งกรรมการภายใต้ขอบอำนาจของตน และค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการต่อสู้คดีหรือไม่”

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวมีแนวคำวินิจฉัย ดังนี้

“การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการของบริษัทภายใต้ขอบอำนาจแห่งตน หากเกิดความเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดหรือมีค่าใช้จ่ายจำเป็นตามสมควรอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น ซึ่งกรรมการในฐานะตัวแทนของบริษัทได้ออกเงินทตรงหรือออกเงินค่าใช้จ่ายไปก่อน กรรมการย่อมมีสิทธิจะเรียกเอาเงินชดใช้จากบริษัทในฐานะตัวการได้ตามมาตรา 816 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ดังนั้น ในประเด็นตามข้อหาหรือ บริษัทจึงสามารถกำหนดไว้ในข้อบังคับได้”⁹

⁹ หนังสือกระทรวงพาณิชย์ เลขที่ พณ 0803.03/319 ฉบับลงวันที่ 25 มีนาคม 2548

ทั้งนี้ จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อสังเกตดังนี้

1. แม้ว่าบริษัทสามารถกำหนดข้อบังคับของบริษัทให้กรรมการของบริษัทมีสิทธิได้รับค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งกรรมการภายใต้ขอบอำนาจของตน และค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการต่อสู้คดี แต่จากแนวคำวินิจฉัยยังมีความไม่ชัดเจนเพียงพอว่า ค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายดังกล่าวนั้นมีความครอบคลุมถึงค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายในเรื่องใดบ้าง กล่าวคือ ค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายนี้มีความหมายรวมถึง ค่าจ้างทนายความ หรือจำนวนเงินที่ได้จ่ายไปเพื่อทำให้การดำเนินคดียุติลง หรือค่าปรับหรือจำนวนเงินที่ได้จ่ายตามคำพิพากษาจากการถูกตัดสินให้แพ้คดีด้วยหรือไม่ และมีข้อจำกัดหรือการกำหนดมูลค่าขั้นสูงไว้หรือไม่

อีกทั้ง ความตอนหนึ่งของคำวินิจฉัยที่ระบุว่า “ค่าใช้จ่ายจำเป็นตามสมควร” ซึ่งทำให้เกิดคำถามว่า จำนวนเงินที่ได้จ่ายไปเพื่อทำให้การดำเนินคดียุติลง หรือค่าปรับหรือจำนวนเงินที่ได้จ่ายตามคำพิพากษาจากการถูกตัดสินให้แพ้คดีเป็นค่าใช้จ่ายจำเป็นตามสมควรจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการหรือไม่ และจำนวนเท่าใดจึงจะถือได้ว่าจำเป็นตามสมควรแล้ว

2. แม้ว่าข้อเท็จจริงในประเด็นคำถามจะเป็นกรณีข้อบังคับของบริษัทมหาชนจำกัด แต่ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะนำไปปรับใช้กับบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ เนื่องจากเหตุผลในแนวคำวินิจฉัยได้อาศัยหลักความสัมพันธ์ของตัวการตัวแทนมาใช้ในการประกอบการวินิจฉัย จึงน่าจะสามารถนำไปเทียบเคียงกับความสัมพันธ์ของบริษัทกับกรรมการในบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เช่นกัน

3. จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นลักษณะของการที่กรรมการได้ออกเงินตรองหรือออกเงินค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นไปก่อนด้วยตนเอง แล้วกรรมการจึงมีสิทธิจะเรียกเอาเงินชดเชยจากบริษัทตามลักษณะความสัมพันธ์ในฐานะตัวการตัวแทน โดยไม่มีลักษณะที่บ่งบอกถึงการออกค่าใช้จ่ายล่วงหน้าให้แก่กรรมการของบริษัทซึ่งถูกฟ้องคดีเป็นจำเลยเพื่อใช้ในการต่อสู้คดี (advances of expenses) ดังเช่นในต่างประเทศ

4. จากแนวคำวินิจฉัย ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขหรือข้อยกเว้นกรณีที่กรรมการไม่สามารถได้รับประโยชน์จากการกำหนดข้อบังคับดังกล่าว เช่น กรณีกรรมการกระทำการภายใต้ขอบอำนาจแห่งตนแต่ผิดวัตถุประสงค์ของบริษัท หรือประมาทเลินเล่อไม่ใช้

ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ หรือมีส่วนได้เสีย หรือต้องเป็นกรณีที่กรรมการขณะคดีที่ถูกฟ้อง ฯลฯ เป็นต้น เนื่องจากแนวคำวินิจฉัยระยะนี้ไว้กว้างๆ แต่เพียงว่า “การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการของบริษัทภายใต้ขอบอำนาจแห่งตน”

นอกจากนั้น ถึงแม้ว่าในปัจจุบันการจัดให้มีการประกันภัยความรับผิดของกรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัท (“Directors and Officers Insurance” หรือ “D&O Insurance”) ให้แก่กรรมการและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัท โดยบริษัทเป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกันภัยให้ นั้น บริษัทในประเทศไทยสามารถกระทำได้ ซึ่งการทำประกันภัย D&O Insurance โดยบริษัทเป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกันภัยให้ ยังไม่มีกฎหมายใดออกมารองรับไว้เป็นการเฉพาะ ในปัจจุบันจึงถือว่าเป็นการให้ค่าตอบแทนแก่กรรมการอย่างหนึ่ง และต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายค่าตอบแทนหรือบำเหน็จให้แก่กรรมการ ได้แก่ การได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1150 (กรณีบริษัทจำกัด) หรือ ต้องกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท หากข้อบังคับของบริษัทมิได้กำหนดไว้ ก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดฯ มาตรา 90 (กรณีบริษัทมหาชน)

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าควรมีการกำหนดการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) อย่างชัดเจนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หมวด 4 ว่าด้วยเรื่องบริษัทจำกัด และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แล้วแต่กรณี) โดยควรกำหนดถึงประเด็นดังต่อไปนี้

1. ขอบเขตของการปฏิบัติหน้าที่ที่จะได้รับความคุ้มครองความรับผิดหรือได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการไว้อย่างชัดเจน รวมถึงการกำหนดข้อยกเว้นด้วย เช่น กรณีศาลตัดสินว่ากรรมการมีความผิดเนื่องจากกรรมการได้รับประโยชน์อันมิชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ เป็นต้น

2. ขอบเขต ประเภท และมูลค่าของค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายที่กรรมการมีสิทธิได้รับจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว เช่น ควรรวมถึงจำนวนเงินที่ได้จ่ายเพื่อยุติคดีความหรือจำนวนเงินที่ต้องจ่ายตามคำพิพากษาให้แก่คดีด้วยหรือไม่

นอกจากนั้น ควรกำหนดให้การประกันภัยความรับผิดชอบของกรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัท (“Directors and Officers Insurance” หรือ “D&O Insurance”) โดยบริษัท เป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกันภัยให้ เป็นส่วนหนึ่งของการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) ด้วย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

นิติบุคคลในรูปแบบบริษัท ทั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น จึงไม่สามารถดำเนินงานได้เอง ย่อมต้องมีบุคคลธรรมดาเข้ามาดำเนินการแทน แต่ถ้าจะให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเปรียบเสมือนเป็นเจ้าของบริษัททุกคนเข้ามาดำเนินการแทนก็จะเป็นการไม่สะดวกสำหรับบริษัทที่ผู้ถือหุ้นจำนวนมาก ประกอบกับแนวความคิดพื้นฐานในการแบ่งแยกความเป็นเจ้าของและอำนาจในการจัดการบริษัทออกจากกัน (Separation of Ownership and Control) โดยอาจให้ผู้ถือหุ้นบางคนหรือให้บุคคลภายนอกเข้าไปดำเนินการแทนโดยผ่านการแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น จึงแต่งตั้งให้กรรมการเป็นผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้นทั้งหมด และต้องดำเนินงานอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ถือหุ้นทั้งหลายในที่ประชุมใหญ่ ดังนั้น กรรมการจึงมีหน้าที่และต้องมีความรับผิดชอบต่อบริษัท ซึ่งหน้าที่ของกรรมการแบ่งได้เป็น

1. **หน้าที่ของกรรมการโดยทั่วไป** แบ่งออกเป็นหน้าที่ 2 ประการ คือ หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) และหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care) เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัท โดยหน้าที่ทั่วไปทั้งสองประการนั้น อาจรวมเรียกว่า หน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duties)

2. **หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ** โดยส่วนใหญ่จะระบุไว้ในกฎหมายแห่งการจัดตั้งนั้นๆ นอกจากนั้น ในกรณีที่บริษัทเป็นบริษัทมหาชนที่นำหลักทรัพย์เข้าจดทะเบียนซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ (“บริษัทจดทะเบียน”) กรรมการยังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่และความรับผิดชอบที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 ซึ่งเพิ่มเติมหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการที่กรรมการต้องปฏิบัติไว้อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น

หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ ในบางกรณีอาจเป็นเพียงการนำเอาหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการ (หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตและหน้าที่แห่งความระมัดระวัง) มา

บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้กรรมการนำไปปฏิบัติได้อย่างถูกต้อง แต่ในบางครั้งก็เป็นการเพิ่มหน้าที่และความรับผิดชอบที่กรรมการควรต้องปฏิบัติ เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเจ้าของบริษัทที่แท้จริงนั่นเอง

โดยในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 ได้มีการเพิ่มเติมหลักการที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบ รับผิดชอบ ระวังตัวของกรรมการ หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต และยังเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของกรรมการที่มีต่อบริษัทอีกด้วย นั่นคือ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) โดยได้บัญญัติหลักการดังกล่าวขึ้นมาเพื่อให้กรรมการใช้เป็นกรอบที่ชัดเจนในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบต่อระวัง และเพื่อเป็นเกราะป้องกัน (Safe Harbor) คุ้มครองความรับผิดชอบของกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตและระมัดระวัง เพื่อไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลร้ายของการตัดสินใจนั้น หลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นหลักกฎหมายที่ศาลได้พัฒนาและได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น (judicial doctrine) หรือ (judge-made law) โดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในลักษณะที่เป็น “ข้อสันนิษฐาน” อันเป็นคุณแก่กรรมการ โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการจะถูกสันนิษฐานว่าได้ดำเนินการหรือตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความระมัดระวัง (due care) อย่างซื่อสัตย์สุจริต แต่เนื่องจากการวิเคราะห์การปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามมาตรา 89/8 พบว่า กรรมการบริษัทจดทะเบียนตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์และไม่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน จึงอาจทำให้ไม่เป็นการสมตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายในส่วนนี้

โดยในบทนี้จะขอสรุปหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องและตามกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศออสเตรเลีย

6.1.1 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

1. **หน้าที่โดยทั่วไป** (หน้าที่ในการดำเนินกิจการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง) ในการดำเนินกิจการของบริษัทมหาชน กรรมการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยอยู่บนพื้นฐานของหน้าที่ 2 ประการ คือหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และหน้าที่แห่ง

ความระมัดระวัง (Duty of Care) โดยในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฯ มาตรา 85 วรรค 1 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท...”

2. หน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติหน้าที่ของกรรมการไว้เป็นการเฉพาะหลายหน้าที่ด้วยกัน โดยผู้วิจัยขอกล่าวถึงเฉพาะหน้าที่ที่สำคัญๆ เช่น

1. หน้าที่ที่จะไม่ประกอบกิจการค้าแข่งขันกับกิจการของบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86 วรรคหนึ่ง
2. หน้าที่งดเว้นจากการซื้อทรัพย์สินของบริษัทหรือทำธุรกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัทโดยพลการตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 87
3. หน้าที่ในการรายงานส่วนได้เสีย กรรมการมีหน้าที่แจ้งให้บริษัททราบโดยไม่ชักช้าเมื่อมีเหตุที่กรรมการเข้าไปมีส่วนได้เสียในสัญญาหรือเข้าถือหุ้นหรือหุ้นกู้ของบริษัทหรือบริษัทในเครือตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 88
4. หน้าที่งดเว้นจากการกู้ยืมเงินจากบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 89

3. ความรับผิดชอบทางแพ่งของกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด

1. กรรมการมีความรับผิดชอบร่วมกันต่อบริษัทตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 91 ซึ่งบัญญัติเอาไว้ว่า

“กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นแก่บริษัท ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) การเรียกให้ผู้จองหุ้นชำระเงินค่าหุ้น หรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่บริษัท โดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา 37 หรือมาตรา 38

(2) การนำเงินค่าหุ้นไปใช้จ่ายหรือจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้รับชำระเป็นค่าหุ้นของบริษัทโดยฝ่าฝืนมาตรา 43

(3) การดำเนินการใดๆ โดยฝ่าฝืนมาตรา 85

(4) การให้กู้ยืมเงินโดยฝ่าฝืนมาตรา 89

(5) การจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการโดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา 90

(6) การจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยฝ่าฝืนมาตรา 115 หรือความรับผิดชอบตามมาตรา 118 เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการโดยสุจริตและอาศัยหลักฐานหรือรายงานทางการเงินที่ประธานกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ทางการเงินของบริษัท หรือผู้สอบบัญชีรับรองว่าถูกต้องแล้ว

(7) การไม่จัดทำหรือเก็บรักษาบัญชี ทะเบียน หรือเอกสารของบริษัทตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้กระทำการอันสมควรเพื่อมิให้มีการฝ่าฝืนแล้ว”

ความรับผิดชอบของกรรมการทั้ง 7 กรณีตามมาตรา 91 นี้ เป็นความรับผิดชอบทางแพ่ง คือเป็นการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายแก่บริษัท โดยกรรมการทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกัน แม้จะกระทำโดยกรรมการเพียงบางคนหรือได้มอบหมายให้กรรมการผู้ใดเป็นผู้รับผิดชอบโดยเฉพาะ กรรมการอื่นๆ ทุกคนยังต้องคอยกำกับ ตรวจสอบ ดูแลให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน

2. กรรมการต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นและบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัทในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำ ความผิดนั้นด้วยตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 94

(1) การแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทในการเสนอขายหุ้น หุ้นกู้ หรือตราสารการเงินของบริษัท

(2) การแสดงข้อความหรือลงรายการในเอกสารที่ยื่นต่อนายทะเบียนโดยข้อความหรือรายการนั้นเป็นเท็จ หรือไม่ตรงกับบัญชี ทะเบียน หรือเอกสารของบริษัท

(3) การจัดทำงบดุลและบัญชีกำไรขาดทุน รายงานการประชุมผู้ถือหุ้น หรือรายงานการประชุมคณะกรรมการอันเป็นเท็จ

3. ความรับผิดชอบของกรรมการอันเกิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและรอบคอบระมัดระวัง กรรมการที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทฐานละเมิด ในกรณีที่มีกรรมการคนใดกระทำหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามหลัก Fiduciary Duty กล่าวคือ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่บริษัท บริษัทและ/หรือผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณีอาจดำเนินการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นหรือขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำ รวมทั้งอาจขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้ โดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 85 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทหรือผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณี อาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อย ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้อยก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

(2) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้

ผู้ถือหุ้นซึ่งดำเนินการตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้วแต่กรณี”

4. ความรับผิดของกรรมการอันเกิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่จะไม่ทำการค้าแข่งกับบริษัท กรรมการอาจถูกเรียกให้รับผิดค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นทำการค้าแข่งกับบริษัทได้ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 86 วรรคสองและวรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า

“ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

4. ข้อยกเว้นความรับผิดของกรรมการ

1. กรรมการไม่ต้องรับผิดต่อบริษัทตามมาตรา 91 ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) พิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ร่วมกระทำกิจการนั้นๆ หรือกิจการดังกล่าวได้กระทำไปโดยมิได้อาศัยมติของที่ประชุมคณะกรรมการ

(2) ได้คัดค้านในที่ประชุมคณะกรรมการโดยปรากฏในรายงานการประชุมหรือได้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อประธานที่ประชุมภายในสามวันนับแต่สิ้นสุดการประชุม

2. ข้อยกเว้นความรับผิดร่วมกันของกรรมการที่มีต่อผู้ถือหุ้นและบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัท ในกรณีที่กรรมการพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 94 (โดยกรรมการไม่ต้องทำคำคัดค้านเหมือนอย่างกรณีความรับผิดร่วมกันของกรรมการต่อบริษัท)

3. การหลุดพ้นจากความรับผิดโดยการที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุมัติหรือให้สัตยาบันในการกระทำของกรรมการ โดยการนำเรื่องที่ตนดำเนินการไม่ว่าจะเกิดความเสียหายแก่บริษัทแล้วหรือไม่ก็ตามเข้าสู่การประชุมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อพิจารณา เมื่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้

อนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้วกรรมการก็จะพ้นจากความรับผิด แม้ความเสียหายจะเกิดภายหลัง จากนั้นก็ตาม ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 95

6.1.2 หน้าที่และความรับผิดของกรรมการบริษัทจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551

1. หน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of Care) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม) มาตรา 89/7 บัญญัติไว้ ดังนี้

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัทและมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น”

บทบัญญัติในมาตรานี้ ได้เพิ่มเติมหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังให้ชัดเจนขึ้นจากมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น คือ

1) **มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง** โดยในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง กรรมการต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจ เช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน (พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/8 วรรคแรก)

2) **หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)** ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการนั้นเกี่ยวข้องกับหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Decision Making) เนื่องจากกรรมการจะถูกคาดหวังว่าจะต้องตัดสินใจในเชิงธุรกิจที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อบริษัท โดยจะต้องตัดสินใจด้วยความระมัดระวังรอบคอบ รวมทั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่เชื่อถือได้ กฎหมายจึงได้นำเอาหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หรือ Business Judgment Rule มาบัญญัติไว้เป็นบทสันนิษฐานถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวังของกรรมการ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/8 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า

“การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว การตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”

โดยกรรมการที่จะได้รับความคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายในผลร้ายจากการตัดสินใจของตนตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ในมาตรานี้ กรรมการต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบครบถ้วนทั้ง 4 ข้อ แต่หากไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ครบทั้ง 4 ข้อ กรรมการคนนั้นก็ยังคงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการตัดสินใจนั้นโดยทันที เพียงแต่จะไม่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรอบคอบตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

3) **ปัจจัยการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง** เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการ โดยในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/9 ได้กำหนดปัจจัยที่จะใช้ในการพิจารณาถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการแต่ละคนว่ากรรมการแต่ละคนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่ โดยให้พิจารณาปัจจัยต่างๆ เหล่านี้ประกอบด้วย

1. ตำแหน่งที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ในขณะนั้น เช่น ตำแหน่งประธานคณะกรรมการ หรือกรรมการผู้จัดการ ซึ่งน่าจะต้องมีความรับผิดชอบและความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่ากรรมการทั่วไป

2. ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าว ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 1.ขอบเขตความรับผิดชอบตามที่กำหนดโดยกฎหมาย เช่น ประธานกรรมการ

กรรมการอิสระ กรรมการตรวจสอบ เป็นต้น และ 2.ขอบเขตความรับผิดชอบตามที่ได้รับมอบหมาย จากคณะกรรมการ เช่น กรรมการที่มีตำแหน่งทางบริหารเป็นหัวหน้าเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการ ฝ่ายการเงิน (Chief Financial Officer) น่าจะต้องใช้ความระมัดระวังในการตัดสินใจด้านการเงิน มากกว่ากรรมการทั่วไป

3. คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง เนื่องจากคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ของกรรมการแต่ละคนมีความแตกต่างกัน มาตรฐานในการใช้ความชำนาญจึงต้องพิจารณาของกรรมการแต่ละคนแยกจากกัน

2. หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และไม่กระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

1. เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการเป็นไปด้วยความซื่อสัตย์สุจริต พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 จึงได้กำหนดนิยามการปฏิบัติหน้าที่ความซื่อสัตย์สุจริตไว้อย่างชัดเจน ในมาตรา 89/10 จึงบัญญัติว่า

“ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการและผู้บริหารต้อง

(1) กระทำการโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) กระทำการที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม และ

(3) ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ”

2. บทสันนิษฐานการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ซื่อสัตย์สุจริต (กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ) ในมาตรา 89/11 พระราชบัญญัติเดียวกันนี้ได้กำหนดบทสันนิษฐานถึงการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญไว้ โดยวางหลักไว้ในมาตรา 89/11 ว่า

“การกระทำได้ต่อไปนี้ ซึ่งเป็นผลให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง ได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือเป็นเหตุให้

บริษัทได้รับความเสียหาย ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

(1) การทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง โดยไม่เป็นไปตามมาตรา 89/12 หรือมาตรา 89/13

(2) การใช้ข้อมูลของบริษัทที่ล่วงรู้มา เว้นแต่เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว หรือ

(3) การใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติทั่วไปตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด”

นอกจากนี้ กรรมการบริษัทจดทะเบียนยังมีหน้าที่อื่นๆ เพิ่มเติมจากการเป็นกรรมการบริษัทมหาชนจำกัดที่มีได้เป็นบริษัทจดทะเบียนอีก ตามที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551 เช่น หน้าที่ในการรายงานให้บริษัททราบถึงการมีส่วนได้เสียของตนหรือของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง หรือหน้าที่ในการจัดให้มีการแต่งตั้งเลขานุการบริษัทเพื่อทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการจัดทำและจัดเก็บเอกสารทางทะเบียนที่สำคัญของบริษัท เป็นต้น

3. ความรับผิดชอบของกรรมการจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/18 ได้กำหนดช่องทางให้มีการฟ้องร้องกรรมการที่กระทำผิดหน้าที่ได้ โดยบัญญัติว่า

“นอกจากการดำเนินการกับกรรมการตามมาตรา 85 และมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แล้ว ในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบ บริษัทอาจฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ดังกล่าวให้แก่บริษัทได้

ในกรณีผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัท

ดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว และบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่ วันที่แจ้ง ผู้ถือหุ้นดังกล่าวสามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนประโยชน์ตามวรรคหนึ่งแทนบริษัทได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดำเนินการกับกรรมการตามมาตรานี้แทนบริษัท หากศาล เห็นว่าการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปโดยสุจริต ให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้บริษัทชดใช้ค่าใช้จ่าย ตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิดังกล่าว และเพื่อประโยชน์ใน การกำหนดค่าใช้จ่ายดังกล่าว ให้ศาลมีอำนาจเรียกให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วย”

นอกจากความรับผิดทางแพ่งแล้ว กรรมการมีความรับผิดทางอาญาจาก การไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริตตาม มาตรา 89/7 ด้วย โดยในมาตรา 281/2 ได้บัญญัติไว้ว่า

“กรรมการหรือผู้บริหารบริษัทผู้ใดไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายหรือทำให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าว ต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้กระทำโดยทุจริต ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

4. ข้อห้ามกรรมการที่ทุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงใช้มติหรือ การให้สัตยาบันของคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นข้ออ้างให้ตนพ้นความรับผิด

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/21 บัญญัติว่า

“กรรมการหรือผู้บริหารที่กระทำการหรือละเว้นกระทำการโดยทุจริตหรือประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรือเสียประโยชน์ที่ควรได้ จะยกเหตุที่ได้รับ อนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือคณะกรรมการมาทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด มิได้

การกระทำการหรือละเว้นการทำการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกรณีดังต่อไปนี้ด้วย

(1) การขอมติคณะ กรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยแสดงข้อความที่เป็นเท็จในสาระสำคัญหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ

(2) กรณีที่เกี่ยวข้องกับการเบียดบังเอาทรัพย์สินหรือประโยชน์ของบริษัท

(3) กรณีที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของบริษัท”

6.1.3 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการในประเทศสหรัฐอเมริกา

หน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการแบ่งออกเป็น 3 หน้าที่หลักๆ คือ

- 1) ต้องปฏิบัติหน้าที่ภายในขอบอำนาจของตนและอยู่ภายใต้ขอบอำนาจที่ได้รับ
- 2) ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรอบคอบ และ
- 3) ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

หากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนครบทั้ง 3 หน้าที่ข้างต้น ตัวกรรมการนั้นก็จะได้รับความคุ้มครอง และกรรมการก็จะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดใดๆ ที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งเรียกหลักนี้ว่า “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” โดยทั่วไปกรรมการนั้นมีความรับผิดชอบต่อตัวบริษัทโดยรวมมากกว่าที่มีต่อผู้ถือหุ้นเป็นรายบุคคลหรือผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care)

กรรมการมีหน้าที่ต่อบริษัทที่จะต้องกระทำการด้วยความเอาใจใส่ ระมัดระวังรอบคอบในกิจการของบริษัท หากกรรมการฝ่าฝืนหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แห่งความระมัดระวังนี้ กรรมการจะต้องรับผิดชอบต่อบริษัทเฉพาะในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อขาดความรอบคอบระมัดระวังเท่านั้น ซึ่งกรรมการที่ร่วมกันกระทำการ (ซึ่งขาดความรอบคอบระมัดระวังหรือประมาทเลินเล่อ) นั้น ต้องรับผิดชอบร่วมกันในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัท โดยหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care) เป็นหน้าที่ของกรรมการทุกคน กล่าวคือ กรรมการที่ไม่มีอำนาจบริหารจัดการบริษัท (non executive director) หรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาเป็นกรรมการเพื่อเป็นเกียรติให้แก่บริษัท ย่อมต้องปฏิบัติหน้าที่

ของตนด้วยความระมัดระวังรอบคอบเช่นเดียวกับกรรมการที่มีอำนาจบริหารจัดการบริษัทและกรรมการอื่นๆ ทุกคน

โดยกรรมการต้องกระทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังบนพื้นฐานของความรู้ความสามารถของตัวกรรมการนั่นเอง ประกอบกับข้อมูล ข้อเท็จจริง เพื่อประกอบการตัดสินใจที่กรรมการนั้นควรได้รับด้วยความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญหรือความชำนาญของตนอย่างเหมาะสม ดังนั้น การเชื่อถือข้อมูลจากผู้อื่นจึงเป็นเครื่องมือที่จำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อประกอบการตัดสินใจหรือปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

หากกรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังแล้ว แม้เกิดความเสียหายขึ้น กรรมการก็จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว เนื่องจากได้รับความคุ้มครองตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ แต่หากเกิดความเสียหายขึ้นเนื่องจากกรรมการปฏิบัติงานโดยฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความรอบคอบระมัดระวังหรือกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ กรรมการก็จะต้องได้รับความคุ้มครองจากความรับผิดดังกล่าว ซึ่งภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ข้อเท็จจริงในประเด็นนี้จะตกเป็นหน้าที่ของฝ่ายโจทก์ผู้ฟ้องคดี ที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงในการพิจารณาคดีในศาลให้เห็นถึงความบกพร่องในหน้าที่หรือความประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

นอกจากหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care) ตามแนวคำพิพากษาของศาลตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ดังกล่าวของกรรมการ โดยใน Model Business Corporation Act 2005 ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายบริษัทแห่งเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (Committee on Corporation Law of American Bar Association) โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่แห่งความระมัดระวังของกรรมการไว้ในมาตรา 8.30 ดังนี้

มาตรา 8.30 (a) กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความสุจริต และต้องปฏิบัติหน้าที่ความระมัดระวังซึ่งกรรมการเชื่อว่าเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท

นอกจากนั้นในมาตรา 8.30 (b) ยังได้บัญญัติถึงมาตรฐานการใช้ความระมัดระวัง (Standard of care) ไว้อย่างชัดเจน โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือต้องมีการตัดสินใจใดๆ กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังรอบคอบดังเช่นบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะเช่นนั้นเชื่อว่ามีเหตุผลอันเหมาะสมที่จะกระทำในสถานการณ์

เช่นเดียวกันนั้น และยังสามารถกล่าวถึงการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความระมัดระวังไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหลายประเด็นด้วยกัน ดังนี้

1. หน้าที่เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของกรรมการในที่ประชุม คณะกรรมการ

2. การรับฟังและเชื่อถือข้อมูลที่ได้จากผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลที่กรรมการได้มอบหมาย เนื่องจากกรรมการแต่ละท่านอาจมีความรู้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญคนละด้านแตกต่างกัน จึงได้กำหนดหลักการว่า กรรมการที่ไม่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องใดเป็นพิเศษ กรรมการคนนั้นสามารถเชื่อถือข้อมูลทีบุคคลซึ่งคณะกรรมการบริษัทมอบหมายให้ดำเนินการ ทั้งที่แต่งตั้งอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการก็ตาม โดยการมอบหมายอำนาจนั้นจะต้องกระทำภายใต้กฎหมายกำหนด เช่น สามารถให้ความเชื่อถือในข้อมูล รายงาน ข้อมูลทางการเงินของบริษัท หรือความคิดเห็นของบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญชำนาญในด้านนั้นๆ เป็นการเฉพาะกำหนดประกอบการพิจารณาตัดสินใจของตนได้

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty)

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) ซึ่งสามารถแบ่งคดีที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับหน้าที่ความซื่อสัตย์ ออกได้เป็น 5 ประเภท ดังนี้

1. คดีเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท
2. คดีเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทที่มีกรรมการรวมกัน
3. คดีที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท
4. คดีเกี่ยวกับการค้าแข่งกับบริษัท และ
5. คดีที่กรรมการจงใจให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องแก่ผู้ถือหุ้น หรือทำให้ผู้ถือหุ้นเข้าใจผิดในเรื่องที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้น

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจได้รับการพัฒนาและได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้น (judicial doctrine) โดยหลักดังกล่าวเป็นหลักการที่ศาลสร้างขึ้น เพื่อเป็นเกราะคุ้มกันกรรมการของบริษัทมิให้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท หากการตัดสินใจดังกล่าวเป็นไปด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ปราศจากการขัดกันของผลประโยชน์ รวมทั้งกรรมการได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีพอ และเชื่อว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท แม้ว่าการตัดสินใจนั้นจะทำให้บริษัทเสียหายก็ตาม โดยในการพิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการนั้น ศาลได้กำหนดขอบเขตในการพิจารณา โดยจะตรวจสอบว่ากรรมการได้ทำหน้าที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ส่วนดุลพินิจของกรรมการว่าจะตัดสินใจอย่างไรและการตัดสินใจนั้นทำให้บริษัทเสียหายหรือไม่ ศาลจะไม่เข้าไปพิจารณา

หากกรรมการได้ทำการตัดสินใจทางธุรกิจใดๆ ไปโดยใช้ข้อมูลที่เพียงพอเหมาะสม และประกอบด้วยความสมเหตุสมผล (reasonable information and with rationality) จะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดใดๆ แก่กรรมการ ถึงแม้ว่าผลของการตัดสินใจดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลร้ายหรือความเสียหายแก่บริษัท (badly or disastrously) นอกจากนี้ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจยังส่งผลให้การตัดสินใจของคณะกรรมการมีความถูกต้องและมีผลผูกพันบริษัทโดยชอบด้วยกฎหมาย (valid and binding upon the corporation) และยังเป็นกำบังป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นเข้ามายุ่งเกี่ยวในการบริหารของบริษัทอีกด้วย (cannot enjoined or attacked by shareholders)

ผลของการเป็นบทสันนิษฐานของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจต่อภาระการพิสูจน์ในการพิจารณาคดี

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในฐานะที่เป็นบทสันนิษฐานอันเป็นคุณแก่กรรมการว่า การดำเนินการทางธุรกิจหรือการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการได้ดำเนินการหรือตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความระมัดระวัง (due care) โดยสุจริต และโดยเชื่อว่าพวกเขาได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยถือว่าในการดำเนินการหรือตัดสินใจในทางธุรกิจของกรรมการของบริษัทนั้นดำเนินอยู่บนพื้นฐานของการรับทราบข้อมูลด้วยความสุจริต และโดยเชื่ออย่างสุจริตว่าการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทโดยผ่านการไตร่ตรองอย่างดีแล้ว ดังนั้น หากเกิดกรณีที่มีผู้ถือหุ้นฟ้องร้องกรรมการของบริษัท (Derivative

Action) ให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่ ภาวะการพิสูจน์เพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานนี้จึงตกอยู่กับฝ่ายผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์ โดยต้องพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของความบกพร่องของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอย่างใดอย่างหนึ่งใน 4 ข้อดังต่อไปนี้

- (1) กรรมการมิได้เป็นผู้กระทำการตัดสินใจด้วยตนเองอย่างแท้จริง
- (2) การตัดสินใจของกรรมการไม่ได้อาศัยการรับทราบข้อมูล
- (3) กรรมการมีส่วนได้เสีย หรือไม่ได้กระทำอย่างเป็นอิสระ
- (4) กรรมการกระทำไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ภายใต้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจนี้ กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบในความบกพร่องหรือความผิดพลาดโดยสุจริต หากกรรมการเหล่านั้นกระทำไปโดยสุจริตและปราศจากเจตนาทุจริต โดยในการพิจารณาถึงความสุจริตของกรรมการนั้น ศาลจะพิจารณาความสุจริตในเวลาที่กรรมการได้กระทำการตัดสินใจนั้น

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ตามกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ซึ่งจัดทำโดย American Law Institute (“ALI”)

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) เป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นและจนถึงปัจจุบันยังไม่มีให้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ALI ได้เสนอร่างคำนิยามของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ไว้ใน “หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ ALI” หรือ “ALI’s Principles of Corporate Governance” โดยในข้อ 4.01 (c) กำหนดไว้ดังนี้

“กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ได้ดำเนินการตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ภายใต้ข้อนี้ หากว่ากรรมการหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าว

- (1) ไม่มีส่วนได้เสียในการตัดสินใจนั้น
- (2) ได้รับแจ้งข้อมูลที่กรรมการหรือเจ้าหน้าที่เชื่อโดยสุจริตอย่างสมเหตุสมผลว่าเพียงพอ เหมาะสมในการตัดสินใจทางธุรกิจ ภายใต้สถานการณ์เช่นนั้น และ

(3) เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าการตัดสินใจทางธุรกิจดังกล่าวจะเป็นประโยชน์สูงสุดของบริษัท”

ทั้งนี้ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบของ ALI มีความแตกต่างจากหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบดั้งเดิมที่ศาลสร้างขึ้น โดยในรูปแบบของ ALI มีลักษณะเป็นเกราะคุ้มครอง (safe harbor) การตัดสินใจทางธุรกิจมากกว่าการเป็นบทสันนิษฐาน (presumption) ว่าการตัดสินใจทางธุรกิจนั้นเกิดขึ้นด้วยความระมัดระวังที่เหมาะสมเพียงพอแล้ว ซึ่งการบัญญัติในลักษณะที่เป็นเกราะคุ้มครองความรับผิดของกรรมการนี้ ทำให้ในการปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบของ ALI กรรมการต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินการตัดสินใจทางธุรกิจของตนเองเป็นไปโดยครบองค์ประกอบของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจแล้ว จึงกล่าวได้ว่าภาระและหน้าที่ในการพิสูจน์หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบของ ALI นั้นตกอยู่กับฝ่ายกรรมการ

ดังนั้น ข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบของ ALI กับหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบดั้งเดิมที่ศาลสร้างขึ้น คือ เรื่องภาระการพิสูจน์ หรือ Burden of Prove โดยหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบของ ALI ภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ตกอยู่กับฝ่ายกรรมการ แต่หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในรูปแบบดั้งเดิมที่ศาลสร้างขึ้น ซึ่งถือว่าหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเป็นบทสันนิษฐาน (presumption) อันเป็นคุณแก่ฝ่ายกรรมการ ดังนั้น ภาระหน้าที่ในการพิสูจน์จึงตกอยู่กับฝ่ายผู้ถือหุ้น (โจทก์) ซึ่งต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนี้ให้ได้

การให้ความคุ้มครองความรับผิดแก่กรรมการ

การให้ความคุ้มครองแก่กรรมการจากการถูกฟ้องร้องนั้น บริษัทสามารถจัดให้มีการให้ความคุ้มครองแก่กรรมการได้ โดยแบ่งเป็น 3 ระดับ ได้แก่

1. การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท (in articles of incorporation)
2. การชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการ (indemnification) หมายถึง การที่บริษัทชดเชยหรือชดเชยค่าใช้จ่ายให้แก่จำเลยซึ่งเป็นกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท ซึ่งได้จ่ายไปเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีซึ่งเกิดการการปฏิบัติหน้าที่ให้แก่บริษัท โดยรวมถึงค่าจ้างทนายความ (legal fees) และจำนวนเงินที่ได้จ่ายไปเพื่อทำให้การดำเนินคดียุติลง

(amounts paid in settlement of suits or to satisfy a judgment) หรือเพื่อเป็นค่าปรับจากการถูกตัดสินให้แพ้อคดี (fines imposed upon conviction) ด้วย นอกจากนี้ยังรวมถึงการออกค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีล่วงหน้า (advances of expenses) ให้แก่กรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทซึ่งถูกฟ้องคดีเป็นจำเลย เพื่อใช้ในการต่อสู้คดีอีกด้วย

นอกจากนี้ Model Business Corporation Act 2005 ยังได้บัญญัติเรื่องการชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ (indemnification) ไว้ในมาตรา 8.50 – 8.53 โดยสามารถพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

- 1) กรณีที่กฎหมายอนุญาตให้บริษัทชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ (Permissible Indemnification) (มาตรา 8.51)
- 2) กรณีที่กฎหมายกำหนดให้บริษัทต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ (Mandatory Indemnification) (มาตรา 8.52)
- 3) กรณีที่ศาลสั่งให้บริษัทต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่กรรมการที่ต้องรับผิดชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ (Court-Order Indemnification) (มาตรา 8.54)

3. การทำประกันความรับผิดให้แก่กรรมการเจ้าหน้าที่ของบริษัท (Directors and Officers Liability Insurance หรือ D&O Insurance) คือ การทำประกันภัยไว้กับบริษัทประกันภัย โดยเอาประกันภัยในค่าใช้จ่ายของบริษัท กรรมการ และพนักงานที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีความ ซึ่งการทำประกันความรับผิด D&O Insurance นี้ อาจครอบคลุมไปถึงจำนวนเงินที่ได้จ่ายไปเพื่อทำให้การดำเนินคดียุติลงด้วย อย่างไรก็ตามโดยทั่วไปบริษัทประกันที่รับประกันความรับผิดของกรรมการ D&O Insurance จะให้การรับประกันครอบคลุมถึงเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากการประมาทเลินเล่อ (negligence) หรือเรื่องการจัดการที่ผิดพลาด (misconduct) แต่ไม่รวมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความไม่ซื่อสัตย์สุจริตหรือเป็นการทุจริต (dishonesty or bad faith) และการใช้ข้อมูลเท็จหรือข้อมูลที่ทำความเข้าใจผิดในการเปิดเผยข้อมูลนั้นๆ

6.1.4 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการในประเทศอังกฤษ

แนวคิดเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการในปัจจุบันของประเทศอังกฤษ แบ่งออกเป็น 2 หน้าที่ คือ

1. หน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (duty of care and skill)

กฎหมายจากคำพิพากษา (case law) ของประเทศอังกฤษได้วางหลักหน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญไว้ในมาตรฐานค่อนข้างต่ำ โดยมีคำพิพากษาในคดี Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd (1925) Ch 407 ได้วางหลักการที่สำคัญไว้ 3 ประการ¹ คือ

1) กรรมการไม่จำเป็นต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยระดับทักษะความชำนาญที่สูงกว่าระดับทักษะความชำนาญที่อาจคาดหมายได้อย่างมีเหตุผลจากบุคคลผู้มีความรู้และประสบการณ์อย่างตน และ**กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบเพราะการตัดสินใจที่ผิดพลาด**

2) กรรมการไม่ต้องให้ความเอาใจใส่อย่างต่อเนื่องตลอดเวลาต่อกิจการทั้งหลายของบริษัท หน้าที่ของกรรมการประการหนึ่งที่มีสภาพการปฏิบัติอย่างเป็นครั้งคราว คือ การเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการ รวมทั้งการเข้าร่วมประชุมคณะอนุกรรมการตามที่ตนได้รับมอบหมาย

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ในข้อ 2 นี้ น่าจะมีความเหมาะสมกับกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารหรือกรรมการที่มาจากภายนอกเท่านั้น

3) ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการมีสิทธิมอบหมายงานในหน้าที่ของตนให้แก่พนักงานของบริษัทเป็นผู้กระทำแทนได้ แต่ต้องขึ้นอยู่กับความจำเป็นเร่งด่วนของธุรกิจและข้อบังคับบริษัท โดยต้องไม่มีความคลางแคลงใจในความเชื่อถือต่อพนักงานของบริษัทว่าจะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวอย่างตรงไปตรงมา

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยทักษะและความชำนาญ (duty of skill) และด้วยความเอาใจใส่ระมัดระวังรอบคอบ (duty of care) ไป

¹ Inns of Court School of Law, *Company Law in Practice*, 6th edition (London: Oxford University Press, 2005), p.86-87.

พร้อมๆ กัน โดยในการพิจารณาระดับทักษะและความชำนาญของกรรมการ (duty of skill) จะใช้มาตรฐานอัตวิสัย (subjective test) โดยพิจารณาจากทักษะ ประสบการณ์ของกรรมการเป็นการเฉพาะบุคคล สำหรับการพิจารณาระดับความเอาใจใส่ระมัดระวังรอบคอบ (duty of care) จะใช้มาตรฐานภาวะวิสัย (objective test) โดยพิจารณาจากบุคคลตามปกติธรรมดาที่คาดหมายได้ว่าพึงกระทำในสถานการณ์เช่นนั้น

2. หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty)

หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty) นอกจากหน้าที่ที่กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริตเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทโดยรวม และหน้าที่ที่ต้องใช้อำนาจภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่กล่าวมาแล้ว กรรมการยังมีหน้าที่ต้องไม่กระทำการอันก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (no conflict of interest rules) ซึ่งประกอบไปด้วยหน้าที่ย่อยหลายประการด้วยกัน โดยหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจตามหลักความเป็นธรรมทั่วไป (General equitable principle) มี 4 ประการ² คือ

1. หน้าที่ที่ต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Acting in good faith) โดยคดีส่วนใหญ่ศาลจะพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ โดยใช้หลักสามัญสำนึก (commonsense principles) ซึ่งต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ากรรมการได้กระทำโดยสุจริตในระดับมาตรฐานที่วิญญูชนผู้สุจริตที่ประกอบธุรกิจคาดหมายได้ว่าพึงกระทำ

2. หน้าที่ที่ต้องกระทำการภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (proper purpose) หากกรรมการได้กระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์โดยชอบหรือเกินกว่าอำนาจที่ตนได้รับมา (exceed their authority) กรรมการอาจต้องรับผิดชอบจากการนั้นได้ และถึงแม้ว่าจะสามารถแยกความแตกต่างระหว่างการกระทำที่เกินกว่าขอบอำนาจ (an excess of authority) กับการกระทำที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจแต่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม (an improper purpose) ได้ แต่การกระทำทั้ง 2 กรณีดังกล่าวก็ถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจของกรรมการที่ต้องกระทำการภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม

² Gower L.B.C., Gower's Principle of Modern Company Law (London: Sweet and Maxwell, 1992), p.551.

3. หน้าที่ที่จะต้องไม่กำจัดการใช้ดุลพินิจของตนเอง (Unfettered discretion)

4. หน้าที่ที่จะไม่กระทำการอันก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท (Conflict of duty and interest)

ในการบังคับใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ โดยเฉพาะกรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท (conflict of interest) ศาลของประเทศอังกฤษจะบังคับใช้อย่างเข้มงวด โดยสันนิษฐานไว้ก่อนว่าพฤติการณ์แห่งการกระทำของกรรมการนั้นเป็นการขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท

หน้าที่ที่จะไม่กระทำการอันก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท แยกพิจารณาได้เป็น 3 ประการ ได้แก่

- 1) การทำธุรกรรมกับบริษัท
- 2) การใช้ทรัพย์สิน โอกาส หรือข้อมูลของบริษัท
- 3) การค้าแข่งกับบริษัท

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เข้ามาเสริมในเรื่องหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ ได้แก่ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.1985 (The Company Act 1985) โดยแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ

1. การจำกัดความรับผิดของกรรมการตามมาตรา 310 โดยได้วางหลักว่าบทบัญญัติใดซึ่งมีขึ้นเพื่อยกเว้นความรับผิดของพนักงานหรือผู้สอบบัญชีของบริษัท หรือกำหนดมาตรการชดเชยค่าเสียหายแก่ความผิดที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ ความบกพร่อง ฝ่าฝืนหน้าที่ของตน ฝ่าฝืนต่อความไว้น้ำใจ จะไม่มีผลใช้บังคับ (be void) ไม่ว่าบทบัญญัตินี้จะอยู่ในรูปข้อบังคับของบริษัท สัญญาของบริษัท หรือข้อตกลงในลักษณะอื่น

ทั้งนี้ บริษัทสามารถกำหนดมาตรการชดเชยค่าเสียหาย (indemnify) ให้แก่พนักงานหรือผู้สอบบัญชีของบริษัทจากการต่อสู้คดี (ทั้งทางแพ่งและอาญา) เฉพาะในกรณีที่เกิดการตัดสินเป็นคุณแก่ฝ่ายจำเลย

2. หลัก Fair Dealing โดยมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ 1) เพิ่มจำนวนธุรกรรมที่ห้ามกรรมการกระทำ 2) กำหนดให้การทำธุรกรรมบางประเภทของบริษัทจะต้องได้รับการรับรองจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และ 3) กำหนดให้มีการเปิดเผยธุรกรรมที่บริษัททำกับกรรมการ

6.1.5 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการในประเทศออสเตรเลีย

หน้าที่ตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย สามารถพิจารณาได้ดังนี้

1. **หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duties to act in good faith)** ตามหลักความเป็นธรรมโดยทั่วไป (general law duties) ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นหน้าที่ 3 ประการ ได้แก่

1.1 หน้าที่ที่ต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

1.2 หน้าที่ที่ต้องกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ของบริษัทที่เหมาะสมโดยชอบ

1.3 หน้าที่ที่จะไม่จำกัดการใช้ดุลพินิจของตนเอง

นอกจากนั้น ยังมีกฎหมายในรูปแบบลายลักษณ์อักษรที่ได้นำเอาหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการมาบัญญัติไว้ ได้แก่ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 (The Corporate Act 2001) มาตรา 181 (1) โดยได้บัญญัติถึงหน้าที่ของกรรมการและพนักงานไว้ว่า

(1) กรรมการและพนักงานของบริษัทต้องใช้อำนาจของตนและปฏิบัติหน้าที่ของตน

(a) ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และ

(b) เพื่อวัตถุประสงค์ของบริษัทที่เหมาะสมโดยชอบ

นอกจากนั้น ในมาตรา 182 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันนี้ ยังได้วางหลักเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องไม่ใช่ตำแหน่งหน้าที่ของตนเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือสร้างความเสียหายให้แก่บริษัท และในมาตรา 183 ยังได้วางหลักเรื่องการใช้ประโยชน์จากข้อมูล โดยห้ามไม่ให้กรรมการใช้ประโยชน์จากข้อมูลที่ตนรับทราบมาในขณะดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัท เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือสร้างความเสียหายให้แก่บริษัท

2. **หน้าที่แห่งความระมัดระวังรอบคอบ (duties of care and diligence)** ตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2001 (The Corporate Act 2001) มาตรา 180 (1) ได้บัญญัติถึงหน้าที่แห่งการใช้ความระมัดระวังรอบคอบของกรรมการเอาไว้ว่า กรรมการจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความระมัดระวังรอบคอบดังเช่นวิญญูชนผู้มีฐานะเป็นกรรมการบริษัทพึงกระทำ โดยมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกันและอยู่ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน

3. หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule)

ประเทศออสเตรเลียได้บัญญัติหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ หรือ Business Judgment Rule ไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นการคุ้มครองกรรมการจากการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและด้วยความระมัดระวังรอบคอบ

โดยใน The Corporate Act 2001 มาตรา 180 (2)³ ซึ่งวางหลักไว้ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามมาตรา 180 (1) และหน้าที่ตามหลักทั่วไป การตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการต้องมีลักษณะครบถ้วน ดังต่อไปนี้

- (ก) ได้ตัดสินใจดำเนินการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย
- (ข) ไม่มีส่วนได้เสียที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องที่ตนตัดสินใจดำเนินการ
- (ค) ได้ใช้วิจารณญาณในเรื่องที่ตัดสินใจดำเนินการตามที่ตนเชื่อตามสมควรว่าเหมาะสมแก่กรณีแล้ว
- (ง) เชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าการตัดสินใจดำเนินการนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

³ Business Judgment Rule ตามที่บัญญัติใน The Corporate Act 2001 มาตรา 180 (2) ของประเทศออสเตรเลีย ได้ยกวางตาม Business Judgment Rule ที่บัญญัติไว้ใน “หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ ALI” หรือ “ALI’s Principles of Corporate Governance” ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบ (Model Law) ที่จัดทำโดย American Law Institute (“ALI”), อ้างใน Ford H.A.J., Ford’s Principle of Corporations Law (Australia: Lexis Nexis Butterworths, 2003), p.356.

โดยการเชื่อว่าการตัดสินใจของตนเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ หรือเชื่อว่ามีเหตุผลที่เหมาะสมใช้มาตรฐานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำ

หลักการพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น (Reliance on information or advice provided by others)

เนื่องจากการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น กรรมการจะต้องมีข้อมูลที่ถูกต้องและเชื่อถือได้เพื่อใช้ในการพิจารณาประกอบการตัดสินใจ The Corporate Act 2001 จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์การพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น (Reliance on information or advice provided by others) เพื่อให้กรรมการสามารถใช้พิจารณาว่าสามารถเชื่อถือข้อมูลจากใครได้บ้าง ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ รวมทั้งเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยความชอบธรรมของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 189 ว่า

“(a) หากกรรมการได้อาศัยพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษา ซึ่งได้จัดเตรียมโดย

(i) พนักงานของบริษัทซึ่งเป็นบุคคลที่กรรมการเชื่อว่ามีความสามารถในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ หรือ

(ii) ผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาซึ่งเป็นบุคคลที่กรรมการเชื่อว่ามี ความเชี่ยวชาญชำนาญในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ หรือ

(iii) กรรมการหรือพนักงานอื่น ซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับการนั้นตามหน้าที่ หรือ

(iv) คณะอนุกรรมการที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งกรรมการต้องไม่ได้มีหน้าที่ให้ เป็นคณะอนุกรรมการดังกล่าว

(b) โดยการเชื่อถือข้อมูลหรือคำแนะนำข้างต้น เป็นผลมาจาก

(i) ความเชื่อโดยสุจริต และ

(ii) ภายหลังได้ประเมินผลข้อมูลและคำแนะนำอย่างเป็นอิสระ โดยคำนึงถึง ความรู้ความสามารถของกรรมการ ความซับซ้อนของโครงสร้าง และการดำเนินธุรกิจของบริษัท และ

(c) การเชื่อถือข้อมูลหรือคำแนะนำนี้ เกิดจากความเชื่ออย่างมีเหตุมีผลของกรรมการโดยผ่านกระบวนการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดหรือเป็นไปตามหลักความเป็นธรรมทั่วไปแล้ว

การพึ่งพาข้อมูลหรือคำแนะนำของกรรมการดังกล่าวข้างต้น ถือเป็นกรกระทำที่มีเหตุมีผล เว้นแต่ผู้กล่าวอ้างจะพิสูจน์ได้ว่าประการอื่น”

ภาระการพิสูจน์ในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

ตามบันทึกคำอธิบาย (The Explanatory Memorandum) ของคณะผู้ร่างกฎหมายนั้นระบุว่า หลักการตัดสินใจทางธุรกิจที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ปรับใช้อย่างเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่กรรมการ (a presumption in favour of a director) แต่อย่างไรก็ดี มีผู้ไม่เห็นด้วยกับบันทึกคำอธิบายของคณะผู้ร่างกฎหมาย โดยให้ความเห็นว่าคำอธิบายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของบทบัญญัติ เนื่องจากกรรมการจะได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติเฉพาะในกรณีที่ “หากว่า” กรรมการดำเนินการครบทั้ง 4 เงื่อนไขตามที่ได้บัญญัติไว้ (only “if” a director meets the four stated criterias) จากความเห็นโต้แย้งดังกล่าวจึงดูเหมือนว่ามีความเป็นไปได้มากที่กรรมการน่าจะตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามที่ได้บัญญัติไว้ โดยกรรมการน่าจะต้องพิสูจน์ว่าตนได้ดำเนินการโดยครบทั้ง 4 เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด มากกว่าการที่โจทก์หรือผู้ที่เรียกกร้องให้กรรมการต้องรับผิดชอบจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่ากรรมการดำเนินการไปโดยขาดเงื่อนไขข้อหนึ่งข้อใดจาก 4 ข้อตามที่กฎหมายกำหนด

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการตามหลักการตัดสินใจธุรกิจ เปรียบเทียบกับการปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจของต่างประเทศ ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า การปรับใช้หลักการตัดสินใจธุรกิจของประเทศไทยและต่างประเทศมีความแตกต่างกัน และตามกฎหมายไทย กรรมการตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากข้อเท็จจริงเบื้องต้นทั้งสามประการตามมาตรา 89/8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของกรรมการ แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยเฉพาะ (exclusive knowledge) และบทบัญญัติดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด ซึ่งหากคู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากข้อสันนิษฐานเด็ดขาดนำสืบ

ข้อเท็จจริงเบื้องต้นได้สมตามเงื่อนไข จะส่งผลให้ข้อสันนิษฐานกลายเป็นข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ ทำให้อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ นอกจากนี้ ยังขาดหลักเกณฑ์ให้กรรมการนำไปปฏิบัติได้อย่างถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อีกทั้ง จากการศึกษาวิจัยทำให้เห็นว่า กรรมการของบริษัทในประเทศไทยยังไม่ได้รับความคุ้มครองจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนที่เพียงพอเมื่อเปรียบเทียบกับกรรมการในต่างประเทศ ผู้วิจัยจึงได้ขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไข เพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและเพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปปรับปรุงกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้น โดยสรุปได้ดังนี้

6.2.1 การกำหนดผู้มีภาระการพิสูจน์ของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะพยาน บทบัญญัติในเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจมีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเด็ดขาด หรือเรียกง่าย ๆ ว่า “ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด” ซึ่งไม่มีผลกระทบกับเรื่องหน้าที่นำสืบ ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ แต่หากว่าคู่ความฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน สามารถนำสืบได้สมตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน จะส่งผลทำให้ข้อสันนิษฐานนี้กลายเป็นข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (2) และไม่เปิดโอกาสให้มีการนำพยานหลักฐานมาสืบหักล้างอีก ทำให้อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งในการนำพยานหลักฐานอื่นเข้านำสืบเพื่อต่อสู้หักล้างหรือทำลายน้ำหนักพยานหลักฐานของคู่ความฝ่ายแรกได้

ดังนั้น ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับหน้าที่ความรับผิดชอบของกรรมการและหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ กรรมการจึงตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์การปฏิบัติหน้าที่ของตนว่าเป็นไปตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยได้ปฏิบัติหน้าที่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ได้แก่ 1) การตัดสินใจของตนได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท 2) กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ 3) กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยหากว่ากรรมการสามารถพิสูจน์ได้ครบตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนด จะส่งผลให้กรรมการได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานดังกล่าว และบริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องแทนบริษัทไม่สามารถนำข้อเท็จจริงอื่นมาหักล้างได้ และศาลไม่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นได้

เมื่อเปรียบเทียบกับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้ปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ในลักษณะที่เป็น “ข้อสันนิษฐาน” อันเป็นคุณแก่กรรมการ โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการจะถูกละเว้นข้อสันนิษฐานว่าได้ดำเนินการหรือตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความระมัดระวัง (due care) อย่างซื่อสัตย์สุจริต และโดยเชื่อว่ากรรมการได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยถือว่าการดำเนินการหรือตัดสินใจในทางธุรกิจของกรรมการของบริษัทนั้นได้ดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของการรับทราบข้อมูลด้วยความสุจริต และโดยเชื่ออย่างสุจริตว่าการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทโดยผ่านการไตร่ตรองอย่างดีแล้ว หากการฟ้องร้องคดีเรียกให้กรรมการรับผิดชอบจากการที่กรรมการบกพร่องต่อหน้าที่แห่งความระมัดระวังใจทกในคดี (บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท) ตกเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ โดยต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้นไม่ได้เป็นไปตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยใจทกต้องพิสูจน์หรือแสดงให้เห็นถึงความบกพร่องของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น

ดังนั้น ในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดผู้มีภาระการพิสูจน์ถึงการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ ตกเป็นภาระแก่กรรมการผู้เป็นจำเลยในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ซึ่งแตกต่างกับการปรับใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในต่างประเทศ เนื่องจากข้อเท็จจริงเบื้องต้นทั้งสามประการตามมาตรา 89/8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของคู่ความฝ่ายกรรมการแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยเฉพาะ (exclusive knowledge) และการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในมาตรา 89/8 วรรคสอง ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มีการใช้คำว่า “ให้ถือว่า” ทำให้บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาด หากว่ากรรมการผู้เป็นคู่ความฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานสามารถนำสืบได้สมตามเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน จะส่งผลทำให้ข้อสันนิษฐานนี้กลายเป็นข้อเท็จจริงซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (2) ทำให้อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ใจทกในคดี (บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท) ในการนำพยานหลักฐานอื่นเข้านำสืบเพื่อต่อสู้หักล้างหรือทำลายน้ำหนักพยานหลักฐานของกรรมการซึ่งเป็นจำเลยในคดี

ด้วยเหตุที่กล่าวมา ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ในมาตรา 89/8 วรรคสอง เพื่อให้การกำหนดภาระการพิสูจน์ในหลักการตัดสินใจทางธุรกิจมีความเหมาะสมแก่คู่ความทั้งสองฝ่ายมากยิ่งขึ้น และทำให้ใจทกใน

คดี (บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท) สามารถนำพยานหลักฐานอื่นเข้านำเสนอเพื่อต่อสู้หักล้างหรือทำลายน้ำหนักพยานหลักฐานของกรรมการ โดยมีหลักการดังนี้

“การใดที่กรรมการหรือผู้บริหาร ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว การตัดสินใจของตนมีลักษณะดังต่อไปนี้ **ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า** กรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวาระหนึ่งแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”

6.2.2 การเชื่อถือฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่นในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

เนื่องจากองค์ประกอบข้อหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ คือ การตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะกรรมการจำเป็นต้องมีข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอที่จะใช้ในการตัดสินใจ และในความเป็นจริงกรรมการแต่ละคนย่อมมีความเชี่ยวชาญหรือมีประสบการณ์ในแต่ละด้านที่แตกต่างกัน ในการดำเนินธุรกิจของบริษัท กรรมการอาจต้องเข้าไปมีส่วนในการพิจารณาตัดสินใจในเรื่องที่ตนเองไม่มีความรู้ความชำนาญ ตลอดจนไม่มีข้อมูลที่เพียงพอเพื่อใช้ประกอบการตัดสินใจในเรื่องดังกล่าว ดังนั้น เมื่อมีการบัญญัติถึงหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้อย่างชัดเจนแล้ว จึงสมควรที่จะมีการกำหนดถึงแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อถือฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น เพื่อให้กรรมการสามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างถูกต้องและน่าจะส่งผลดีต่อกรรมการ ลดปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการตีความว่าข้อมูลใดจึงจะถือได้ว่าเพียงพอแล้ว อีกทั้ง ยังทำให้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจบรรลุตามวัตถุประสงค์ในแง่ของการคุ้มครองความรับผิดชอบของกรรมการได้ดียิ่งขึ้น

ดังนั้น เพื่อให้เกิดแนวทางในการปฏิบัติที่ชัดเจนยิ่งขึ้นแก่กรรมการ การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวังของกรรมการตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจในประเด็นที่ว่า ด้วยการตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ ซึ่งจำเป็นต้องมีข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอที่จะใช้ในการตัดสินใจ จึงสมควรที่จะมีการกำหนดถึงแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อถือฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น นอกจากนั้น ยังเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่กรรมการ และยังสามารถใช้เป็นหลักฐานหรือเครื่องมืออย่างหนึ่งที่กรรมการสามารถใช้แสดงให้ศาลเห็นถึงการให้ความระมัดระวังรอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอีกอย่างหนึ่งด้วย

ด้วยเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรมีการกำหนดแนวทางหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเชื่อถือฟังพาข้อมูลหรือคำแนะนำจากบุคคลอื่น เพื่อให้กรรมการนำไปปฏิบัติประกอบการตัดสินใจของตนได้อย่างถูกต้องตามหลักการให้ความระมัดระวังรอบคอบตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยนำเอาหลักการรับฟังและเชื่อถือข้อมูลที่มาจากผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลที่กรรมการได้มอบหมายตามกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการกำหนดและปรับใช้ ดังนี้

“ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังของกรรมการ หากกรรมการได้ดำเนินการตัดสินใจโดยอาศัยความเชื่อถือนในข้อมูลหรือคำแนะนำหรือความเห็นซึ่งได้จัดเตรียมโดยบุคคลดังต่อไปนี้ ถือว่าเป็นการตัดสินใจที่ได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ ตามหน้าที่ของกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบระมัดระวัง เว้นแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น

1. พนักงานหรือผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาของบริษัทผู้รับผิดชอบในการนั้น และต้องเป็นบุคคลที่กรรมการเชื่อว่ามีความรู้ความสามารถในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ หรือ
2. ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือที่ปรึกษา เช่น ที่ปรึกษาทางการเงิน ที่ปรึกษาทางกฎหมาย ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก และกรรมการเชื่อว่ามีความรู้ความสามารถในเรื่องนั้นๆ เพียงพอที่กรรมการจะให้ความเชื่อถือได้ หรือ
3. คณะอนุกรรมการหรือบุคคลที่คณะกรรมการมอบหมายให้กระทำ

ทั้งนี้ การรับฟังและเชื่อถือในข้อมูล คำแนะนำ หรือความเห็นดังกล่าว กรรมการ ต้องเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจว่าจะเชื่อถือในข้อมูลนั้นหรือไม่และเพียงใด โดยกระทำด้วยความเชื่อโดย สุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ”

6.2.3 การให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification)

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น ประกอบไปด้วยหน้าที่หลายประการ ตลอดจนการกำหนดเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการ ดังนั้น ในมุมมองของกรรมการหรือบุคคลที่ ได้รับการทาบทามให้เป็นกรรมการบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่บริษัทจดทะเบียน อาจมีความเห็นว่า การกำหนดหน้าที่และความรับผิดนี้เป็นภาระที่หนักเกินไปหรือมีความเสี่ยงที่มาก เกินไปหากต้องรับผิดชอบเป็นกรรมการให้แก่บริษัท และทำให้เกิดความยากลำบากแก่บริษัทใน การสรรหาหรือทาบทามบุคคลที่บริษัทเห็นว่ามีความสามารถและเหมาะสมที่จะเข้าดำรงตำแหน่ง เป็นกรรมการในบริษัท โดยมาตรการหนึ่งที่สามารถช่วยแก้ปัญหาให้กับทั้งกรรมการและบริษัทได้ นั้นคือ การกำหนดให้บริษัทสามารถกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชย ค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) ได้ รวมทั้งให้มีการทำ ประกันความรับผิด (Insurance) ให้แก่กรรมการโดยบริษัทเป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกัน เนื่องจาก มาตรการดังกล่าวจะเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่ทำให้กรรมการคลายความกังวลใจจากความรับผิด ที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ได้

ถึงแม้ว่าการกำหนดให้บริษัทสามารถกำหนดมาตรการให้ความคุ้มครอง ความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) ยังเป็นเรื่องที่ถกเถียงในเชิงนโยบายว่าบริษัทควรจัดให้มีหรือไม่ เนื่องจากเงินทุนของบริษัทหาก นำไปใช้เพื่อคุ้มครองกรรมการผู้ที่อาจกระทำการไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ก็จะไม่เกิดผลดีแก่บริษัท ทั้งยังเป็นการทำลายความตั้งใจของผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องคดีกรรมการที่ ผ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อบริษัท⁴ แต่เหตุผลที่มีความสำคัญที่สุดของการกำหนดให้บริษัทสามารถกำหนด มาตรการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของ

⁴ สุพรรณษา จิรโชติขจรกุล, “ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ ดี ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิด ของกรรมการ,” หน้า 111.

กรรมการ (Indemnification) ก็คือการใช้เป็นเครื่องมือที่บริษัทใช้ดึงดูดใจให้บุคคลที่บริษัทต้องการ นั้น ให้เข้ามารับตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัท เนื่องจากว่าการถูกฟ้องร้องโดยที่ยังไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือเป็นเรื่องที่ยังมีข้อกังขานั้นมีจำนวนมาก และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการต่อสู้คดีในลักษณะนี้ค่อนข้างสูง

จากการศึกษาวิจัย พบว่าในประเทศไทยมีแนวความคิดเกี่ยวกับการจ่ายค่าชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งกรรมการได้ปรากฏตามแนวคำวินิจฉัยข้อหาหรือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งได้ตอบข้อหาหรือเรื่อง “ข้อบังคับของบริษัทมหาชนจำกัด กรณีการจ่ายค่าชดเชยความรับผิดของกรรมการ” แต่ยังไม่มีความไม่ชัดเจนในหลายประเด็น เช่น ค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายมีความครอบคลุมถึงในเรื่องใดบ้าง รวมถึงค่าจ้างทนายความหรือจำนวนเงินที่ได้จ่ายไปเพื่อทำให้การดำเนินคดียุติลง หรือค่าปรับหรือจำนวนเงินที่ได้จ่ายตามคำพิพากษาจากการถูกตัดสินให้แพ้คดีหรือไม่ และมีข้อจำกัดหรือการกำหนดมูลค่าขั้นสูงไว้หรือไม่ หรือรวมถึงการออกค่าใช้จ่ายล่วงหน้าให้แก่กรรมการของบริษัทซึ่งถูกฟ้องคดีเป็นจำเลยเพื่อใช้ในการต่อสู้คดี (advances of expenses) เป็นต้น

นอกจากนั้น การประกันภัยความรับผิดของกรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัท (“Directors and Officers Insurance” หรือ “D&O Insurance”) โดยบริษัทเป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกันภัยให้ นั้น ยังถือว่าเป็นการให้ค่าตอบแทนแก่กรรมการอย่างหนึ่ง จึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายค่าตอบแทนหรือบำเหน็จให้แก่กรรมการ

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรมีการกำหนดการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) อย่างชัดเจนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หมวด 4 ว่าด้วยเรื่องบริษัทจำกัด และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แล้วแต่กรณี) ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเรื่องดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับนโยบายทางกฎหมาย ผู้วิจัยจึงไม่ขอเสนอแนะในลักษณะร่างกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า ในการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ ผู้พิจารณาควรคำนึงถึงประเด็นดังต่อไปนี้

1. ขอบเขตของการปฏิบัติหน้าที่ที่จะได้รับความคุ้มครองความรับผิดหรือได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการไว้อย่างชัดเจน เช่น ต้องปฏิบัติหน้าที่

ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท เป็นต้น รวมถึงการกำหนดข้อยกเว้นด้วย เช่น กรณีศาลตัดสินว่ากรรมการมีความผิดเนื่องจากกรรมการปฏิบัติหน้าที่หรือได้รับประโยชน์อันมิชอบจากการปฏิบัติหน้าที่ เป็นต้น

2. ขอบเขต ประเภท และมูลค่าของค่าเสียหายและค่าใช้จ่ายที่กรรมการมีสิทธิได้รับจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว เช่น รวมถึงจำนวนเงินที่ได้จ่ายเพื่อยุติคดีความหรือจำนวนเงินที่ต้องจ่ายตามคำพิพากษาให้แก่คดีด้วยหรือไม่ เป็นต้น

นอกจากนั้น ควรกำหนดให้การประกันภัยความรับผิดชอบของกรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัท (“Directors and Officers Insurance” หรือ “D&O Insurance”) โดยบริษัทเป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกันภัยให้ เป็นส่วนหนึ่งของการให้ความคุ้มครองความรับผิดหรือการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ (Indemnification) ด้วย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551.

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. สำนักงาน. คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน. กรุงเทพฯ, 2547.

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. สำนักงาน. คู่มือกรรมการของบริษัทหลักทรัพย์. กรุงเทพฯ, 2547.

จรัญ ภักดีธนากุล. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553.

จันตรี สิ้นสุภฤกษ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

ทวี เจริญพิทักษ์. คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสว่าง, 2504.

ธีระ สิงห์พันธ์. คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543.

พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.

พิเศษ เสตเสถียร. ความรับผิดของผู้บริหารบริษัท มหาชน จำกัด. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2535.

_____. หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548.

วสันต์ เทียนหอม. การพัฒนามาตรการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการฉ้อฉลในบริษัทจดทะเบียนและการซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดทุนไทย. เอกสารวิชาการส่วนบุคคลหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) วิทยาลัยยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2551.

สุพรรณษา จิโรติจิระกุล. ปัญหากฎหมายบางประการเกี่ยวกับมาตรการส่งเสริมการกำกับดูแลกิจการที่ดีตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีหน้าที่และความรับผิดของกรรมการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายกฎหมายหุ้นส่วน บริษัท. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547.

ภาษาอังกฤษ

Andrew Hicks and S.H. Goo. Case and Material on Company Law. London: Blackstone Press, 1994.

Brainbridge, Stephen M. The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. Vanderbilt Law Review, Vol. 57 (2004): p.83-130.

Branson, Douglas M. The Rule Isn't a Rule – The Business Judgment Rule. Valparaiso University Law Review, Vol. 36 (2002): p.631-651.

Carlos Anderes Laguado Giraldo. Factors Governing the Application of the Business Judgment Rule: an Empirical Study of the U.S., U.K. Australia and the E.U. LL.M. International Business and Trade Law, Erasmus University, 2004-2005.

Committee on Corporate Law, American Bar Association. Model Business Corporation Act annotated: official text with official comment revised though 2005.

Ford Harold, Arther John. Ford's Principles of Corporations Law. 11th edition. Australia: Lexis Nexis Butterworths, 2003.

Greenhow, Annette, The Statutory Business Judgment Rule: Putting the Wild into Directors' Sails, in Bond Law Review, Vol. 11:Iss. 1, Article 4 (1999): p.33-58.

Grower L.C.B. Grower's Principles of Modern Company Law. London: Sweet and Maxwell, 1997.

Herry G.Henn. Law of Corporation and Other Business Enterprises. St. Paul Minn.: West Publishing, 1978.

Inn of Court School of Law. Company Law in Practice, 6th edition. New York: Oxford University Press, 2006.

Organization for Economic Co-Operation and Development. OECD Principles of Corporate Governance 2004 Edition.

Robert W. Hamilton. The Law of Corporations in a Nutshell. 5th edition. USA: West Group, 2000.

ภาคผนวก

ชื่อกฎหมาย	เรื่อง	ประเด็นปัญหา	คำวินิจฉัย	หมายเหตุ
<p>- พระราชบัญญัติ บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 97 - ประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องตัวการ ตัวแทน มาตรา 816</p>	<p>ข้อบังคับของ บริษัทมหาชน จำกัด กรณีการ จ่ายค่าชดเชย ความรับผิด ของกรรมการ</p>	<p>บริษัทสามารถกำหนด ข้อบังคับให้กรรม การของบริษัทมีสิทธิ ได้รับค่าชดเชยความ เสียหายอันเกิดจาก การปฏิบัติหน้าที่ใน ตำแหน่งกรรมการ ภายใต้ขอบอำนาจ ของตน และค่าใช้จ่าย อันเกิดจากการสูคดี ได้หรือไม่</p>	<p>การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ ของบริษัทภายใต้ขอบอำนาจแห่งตน หากเกิดความเสียหายอย่างหนึ่ง อย่างใดหรือมีค่าใช้จ่ายจำเป็นตาม สมควรอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ นั้นซึ่งกรรมการในฐานะตัวแทนของ บริษัทได้ออกเงินทรองหรือออก เงินค่าใช้จ่ายไปก่อน กรรมการย่อม มีสิทธิจะเรียกเอาเงินชดใช้จากบริษัท ในฐานะตัวการได้ตาม ม.816 แห่ง ป.พ.พ. ประกอบ ม. 97 แห่ง พ.ร.บ.บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ดังนั้น ในประเด็นตามข้อ หรือบริษัทจึงสามารถกำหนดไว้ใน ข้อบังคับได้</p>	<p>พณ 0803.03/319 ลงวันที่ 25 มี.ค.48</p>

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายทศพีต อภิญาสกุล เกิดที่กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2528

สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาปลายจากโรงเรียนสวนกุหลาบวิทยาลัย รุ่น 121

สำเร็จการศึกษาระดับอุดมศึกษาปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สำเร็จการศึกษาเนติบัณฑิตไทย รุ่นที่ 61

ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งผู้ช่วยผู้จัดการ แผนกกฎหมาย บริษัท พรุเด็นเซียล ประกันชีวิต (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน)