



## บทที่ 4

### การคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อย

ตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน รวมทั้งกฎกระทรวงและประกาศต่างๆที่เกี่ยวข้อง ได้มีการบัญญัติไว้เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยอยู่บ้างแล้วบางกรณี และจากสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เองยังสามารถแยกพิจารณาการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้ตามฐานแห่งสิทธิ ซึ่งก็คือ ลักษณะความเป็นผู้ถือหุ้นว่าเป็นการถือหุ้นประเภทใด แต่อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่ากรรมการและผู้ถือหุ้นมีความสัมพันธ์กันตามโครงสร้างของบริษัท ดังนั้นการพิจารณาการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยจึงจะพิจารณาจากประเด็นทั้ง 2 ส่วนด้วย ซึ่งจะกล่าวเป็นลำดับต่อไป แต่ไม่ว่า “สิทธิ” ของผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่จะต้องได้รับความคุ้มครองจะมีพื้นฐานมาจากหุ้นอันเป็นฐานแห่งสิทธิหรือมาจากความสัมพันธ์กันระหว่างกรรมการและผู้ถือหุ้นตามโครงสร้างของบริษัทก็ตาม สิทธิที่ผู้ถือหุ้นดังกล่าวก็จะมีอยู่ในรูปสิทธิการออกเสียงและลงคะแนนตามที่กฎหมายเปิดช่องให้อำนาจไว้ในกรณีต่างๆ เช่น การเลือกตั้งกรรมการ ยิ่งไปกว่านั้นในปัจจุบัน ได้มีแนวความคิดเรื่องการบริหารจัดการให้มีประสิทธิภาพและโปร่งใส ซึ่งจะเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อย ดังนั้นในบทที่ 4 การคุ้มครองสิทธิผู้ถือหุ้นข้างน้อยนี้ จะกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิผู้ถือหุ้นข้างน้อยนี้ จะกล่าวถึงการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยโดยแบ่งออกเป็น 4 หัวข้อคือ

4.1 การคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน

4.2 การคุ้มครองสิทธิตามลักษณะของหุ้นที่ถือ

4.3 การคุ้มครองสิทธิตามโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการ

และผู้ถือหุ้นตามกฎหมายบริษัท

ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

#### 4.1 การคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน

การคุ้มครองสิทธิในประเด็นนี้จะพิจารณาจากการที่กฎหมายบัญญัติไว้ในปัจจุบัน รวมทั้งกฎและประกาศต่างๆด้วย ซึ่งจะเป็นการพิจารณาในภาพรวมว่าผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชน จำกัดมีสิทธิอย่างไรบ้าง

สิทธิต่างๆที่ผู้ถือหุ้นทุกคนไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากหรือข้างน้อยในบริษัทมหาชนจะมีเมื่อเข้าถือหุ้นในบริษัทแล้ว มีด้วยกัน 8 ประการคือ

(1) สิทธิที่จะได้รับใบหุ้น โอนหุ้น และขอแปลงสภาพหุ้น

สิทธิดังกล่าวต่อไปนี้เป็นสิทธิเกี่ยวกับตัวหุ้นเพื่อให้ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิต่างๆในฐานะผู้ถือหุ้น ได้สะดวกตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดและพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535

สิทธิที่จะได้รับใบหุ้นเกิดขึ้นเมื่อผู้ถือหุ้นได้ชำระเงินค่าหุ้นแล้ว บริษัทมหาชนต้องจัดทำ ใบหุ้นแก่ผู้ถือหุ้นภายใน 2 เดือน นับแต่วันที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนบริษัท หรือนับแต่วันที่ ได้รับชำระเงินค่าหุ้นครบถ้วนในกรณีที่บริษัทจำหน่ายหุ้นที่เหลือ หรือจำหน่ายหุ้นที่ออกใหม่ภายหลัง จากจดทะเบียนบริษัท (มาตรา 55 )

สิทธิที่จะโอนหุ้น การโอนหุ้นเป็นลักษณะสำคัญที่ทำให้บริษัทเอกชนและบริษัทมหาชน แตกต่างกัน เนื่องจากบริษัทมหาชนจะออกข้อบังคับจำกัดการโอนหุ้นไม่ได้ ในขณะที่บริษัทเอกชนสามารถกำหนดข้อบังคับเช่นนั้นได้ การออกข้อบังคับการโอนหุ้นในบริษัทมหาชนนั้นจะกำหนด ว่าสามารถทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการบริษัทก่อนไม่ได้ เว้นแต่เพื่อรักษาสิทธิและผลประโยชน์ที่บริษัทพึงได้ตามกฎหมาย หรือเพื่อเป็นการรักษาอัตราส่วน การถือหุ้นของคนไทยกับคนต่างด้าวหรือเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น (มาตรา 57) เช่น ตามกฎหมายธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น สำหรับการโอนหุ้นระบุชื่อของบริษัทมหาชนนั้น ไม่ต้องทำ เป็นตราสารการโอนหุ้นระบุชื่ออย่างของบริษัทจำกัด การโอนหุ้นย่อมสมบูรณ์เมื่อผู้โอนได้สลักหลัง ใบหุ้นโดยระบุชื่อผู้รับโอนและลงลายมือชื่อของผู้โอนกับผู้รับโอนและส่งมอบใบหุ้นให้แก่ผู้รับโอน อย่างไรก็ตามการโอนหุ้นบริษัทมหาชนนี้จะใช้บริษัทได้ต่อเมื่อบริษัทได้รับคำร้องขอให้ลงทะเบียน การโอนหุ้นแล้ว และจะใช้ยื่นบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อบริษัทได้ลงทะเบียนการโอนหุ้นแล้ว ซึ่งหาก การโอนหุ้นถูกต้องตามกฎหมาย บริษัทมีหน้าที่ต้องลงทะเบียนให้ภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ได้รับ คำร้องขอ แต่ถ้าบริษัทเห็นว่าการโอนหุ้นนั้นไม่ถูกต้องสมบูรณ์ ก็ต้องแจ้งแก่ผู้ยื่นคำขอภายใน 7 วัน (มาตรา 58) ซึ่งวิธีการโอนหุ้นของบริษัทมหาชนดังกล่าวนี้ เป็นวิธีโอนสำหรับหุ้นของบริษัท มหาชนที่มีได้เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย การโอนหุ้นจะสมบูรณ์ ต่อเมื่อบุคคลซึ่งเป็นผู้มีชื่อ แสดงว่าเป็นเจ้าของหรือผู้รับโอนหุ้นคนสุดท้ายได้ส่งมอบใบหุ้นหรือ หลักทรัพย์ดังกล่าวแก่ผู้รับโอนโดยลงลายมือชื่อสลักหลังแสดงการโอน และหากผู้รับโอนประสงค์ จะขอจดทะเบียนการโอน ให้ยื่นคำขอกับบริษัทที่ออกหุ้นหรือกับนายทะเบียนของบริษัทซึ่งบริษัท จดทะเบียนส่วนมากได้แต่งตั้งบริษัท ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ (ประเทศไทย) จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทในเครือ ของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเป็นนายทะเบียนพร้อมทั้งส่งมอบใบหุ้นที่ตนลงลายมือชื่อเป็นผู้ รับโอนในด้านหลังของใบหุ้น เมื่อบริษัทหรือนายทะเบียนได้รับคำขอดังกล่าวแล้ว ให้การโอนนั้น

ใช้ยื่นบริษัทที่ออกหุ้นได้ แต่จะใช้ยื่นบุคคลภายนอกได้เมื่อมีการลงทะเบียนการโอนแล้ว (พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 51 และมาตรา 53)

นอกจากนั้น ผู้ถือหุ้นยังมีสิทธิที่จะขอแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ ซึ่งตามกฎหมายแล้วการแปลงสภาพดังกล่าวจะทำได้ เว้นแต่บริษัทจะมีข้อกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น มีข้อบังคับของบริษัทกำหนดว่าให้แปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญได้ ถ้าเช่นนั้นแล้วผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทมหาชนสามารถแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิของตนเป็นหุ้นสามัญได้ โดยต้องยื่นคำขอต่อบริษัทพร้อมกับส่งมอบใบหุ้นคืน บริษัทต้องออกหุ้นใหม่ให้แก่ผู้ขอภายในกำหนดตามกฎหมาย

## (2) สิทธิที่จะได้รับเงินปันผล

สิทธิที่จะได้รับเงินปันผลของผู้ถือหุ้น มีในกรณีที่บริษัทมีกำไรจากการประกอบกิจการ ซึ่งการจ่ายเงินปันผลของบริษัทมหาชนมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักของบริษัทเอกชน กล่าวคือ จะต้องจ่ายจากเงินกำไรเท่านั้น จะจ่ายจากเงินประเภทอื่นที่มีใช้เงินกำไรนั้น ไม่ได้และในกรณีที่บริษัทยังมียอดขาดทุนสะสมอยู่ จะจ่ายเงินปันผลไม่ได้

การจ่ายเงินปันผลต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นและให้แบ่งจ่ายตามจำนวนหุ้นหุ้นละเท่าๆกัน เว้นแต่ข้อบังคับของบริษัทจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องของหุ้นบุริมสิทธิ เช่น ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนเป็นจำนวนแน่นอน

การจ่ายเงินปันผลระหว่างปีนั้น จะกระทำได้ต่อเมื่อมีการระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัทมหาชน กำหนดว่าให้ทำได้ โดยคณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาอนุมัติเมื่อเห็นว่าบริษัทมีกำไรพอสมควรที่จะทำเช่นนั้นได้ คณะกรรมการจะจ่ายเงินปันผลปีละกี่ครั้งก็ได้ตราบเท่าที่บริษัทยังมีกำไร และเมื่อได้จ่ายเงินปันผลระหว่างปีแล้ว คณะกรรมการต้องรายงานให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบถึงการจ่ายเงินปันผลนั้นในการประชุมคราวต่อไป

การจ่ายเงินปันผลต้องกระทำภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้น (สำหรับเงินปันผลประจำปี) หรือคณะกรรมการ (สำหรับเงินปันผลระหว่างปี) ลงมติอนุมัติแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ โดยแจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้ถือหุ้นและต้องโฆษณาคำบอกกล่าวการจ่ายเงินปันผลนั้นในหนังสือพิมพ์เป็นเวลา 3 วันติดต่อกันด้วย (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) มาตรา 115 ประกอบกับมาตรา 6)

## (3) สิทธิที่จะซื้อหุ้นเพิ่มทุนได้ก่อน

เมื่อบริษัทมหาชนดำเนินกิจการไปได้ระยะหนึ่ง บริษัทอาจต้องการเงินทุนมาขยายกิจการของบริษัท จึงต้องมีการเพิ่มทุนโดยวิธีการออกหุ้นใหม่ ซึ่งหุ้นที่ออกใหม่นี้จะเสนอขายทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ และจะเสนอขายต่อประชาชนหรือบุคคลอื่นไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามมติที่ประชุมของผู้ถือหุ้น ในส่วนของการเพิ่มทุนหรือออกหุ้นใหม่ หุ้นที่เพิ่มขึ้นนั้นบริษัทมหาชนจะนำออกเสนอขายที่เดียวทั้งหมดหรือจะเก็บบางส่วนไว้ก่อนก็ได้ และการเสนอขายนั้นจะออกเป็นสิทธิให้แก่ผู้ถือหุ้นเดิมตามส่วนจำนวนที่ผู้ถือหุ้นเดิมแต่ละคนมีอยู่แล้ว หรือจะเสนอ

ขายแก่ประชาชนเป็นการทั่วไป (Public Offering :P.O.) หรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ (Private Placement :P.P.) ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ โดยทั้งนี้เป็นไปตามมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่ลงมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้น ซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) มาตรา 136-137) จึงเห็นได้ว่าบริษัทมหาชนไม่จำเป็นต้องเสนอขายหุ้นให้ผู้ถือหุ้นเดิมเสียก่อนเหมือนอย่างในบริษัทเอกชน (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1222) เพียงแต่ถ้าจะขายให้แก่ผู้ถือหุ้นเดิมก็ต้องขายตามส่วนจำนวนที่ผู้ถือหุ้นเดิมแต่ละคนมีอยู่ หรือถ้าจะเสนอขายต่อประชาชนทั่วไปก็ต้องดำเนินการขออนุญาตต่อสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ด. ตามกฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ นอกจากนี้กฎหมายยังเปิดโอกาสให้บริษัทมหาชนสามารถนำหุ้นเพิ่มทุนเสนอขายต่อบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงได้ เช่นนี้ในกรณีบริษัทต่างประเทศมีความประสงค์จะเข้าร่วมทุนเพื่อดำเนินธุรกิจกับบริษัทมหาชน บริษัทมหาชนนั้นก็สามารเพิ่มทุนโดยให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นลงมติเสนอขายหุ้นแก่บริษัทต่างประเทศดังกล่าวนี้ได้ เพราะฉะนั้นในส่วนของผู้ถือหุ้นข้างน้อยจึงมีสิทธิเพียงการซื้อหุ้นเพิ่มทุนที่ออกใหม่ตามจำนวนหุ้นที่ตนถืออยู่หากบริษัทมหาชนนั้นลงมติให้เสนอขายแก่ผู้ถือหุ้นเดิม ซึ่งก็แล้วแต่ที่บริษัทมหาชนนั้นๆจะมีมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นอย่างไ ซึ่งอาจจะลงมติให้เสนอขายแก่ประชาชนทั่วไปหรือบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจงก็ได้

#### (4) สิทธิที่จะได้รับคืนทุนเมื่อมีการเลิกบริษัท

ผู้ถือหุ้นทุกรายมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าหุ้น และส่วนแบ่งในทรัพย์สินคืน หลังจากมีการเลิกบริษัทและได้มีการชำระบัญชีเรียบร้อยแล้ว (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) มาตรา 160(6) และมาตรา 172)

สิทธิของผู้ถือหุ้นตามข้อ (1)-(4) ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้ ถือเป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นมีเนื่องจากตนเป็นเจ้าของหุ้นดังกล่าว ซึ่งเป็นสิทธิคนละประเภทกับสิทธิของผู้ถือหุ้นตามข้อ (5) – (8) ที่จะกล่าวเป็นลำดับต่อไปนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวกับการควบคุมการบริหารงานของบริษัท ซึ่งถือเป็นสิทธิที่สำคัญมาก เพราะนอกจากสิทธิโดยทั่วไปที่ผู้ถือหุ้นข้างน้อยมีในฐานะการเป็นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งแล้ว ผู้ถือหุ้นข้างน้อยยังมีสิทธิเหมือนผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ในการใช้สิทธิควบคุมการบริหารจัดการบริษัทมหาชน ซึ่งเป็นสิทธิที่จะดูแลครอบงำกิจการเพื่อตรวจตราว่ากรรมการบริษัทตลอดจนผู้บริหารอื่นๆปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมใหญ่หรือไม่ เนื่องจากผู้ถือหุ้นทุกคนไม่สามารถที่จะเข้ามาบริหารบริษัทได้หมดทุกคน จึงจำเป็นต้องแต่งตั้งผู้แทนเข้ามาดำเนินกิจการแทนอันได้แก่ กรรมการบริษัท แต่งตั้งผู้สอบบัญชีเพื่อเข้ามาตรวจสอบฐานะทางการเงินของบริษัท และมีการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้คณะกรรมการรายงานผลการดำเนินงานและพิจารณาเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ตลอดจนมีสิทธิเข้าทำการตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่างๆของบริษัทได้ สิทธิดังที่กล่าวมาข้างต้นมีดังต่อไปนี้

(5) สิทธิการเลือกตั้งและถอดถอนกรรมการบริษัทมหาชนจำกัด

สิทธิในข้อนี้คือความรวมถึงสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญตามที่กฎหมายคุ้มครองด้วย เนื่องจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญที่กฎหมายคุ้มครองนี้มีพื้นฐานมาจากสิทธิออกเสียงเป็นสำคัญ ดังนั้นเมื่อหุ้นในบริษัทตามความหมายของ “ผู้ถือหุ้น” ในฐานะเจ้าของเงินทุน (เจ้าของบริษัท) มีอยู่ด้วยกัน 2 ชนิดคือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ เมื่อหุ้นทั้งสองมีลักษณะต่างกัน กล่าวคือ หุ้นสามัญหรือ ordinary share (บางแห่งเรียกว่า common stock) เป็นหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทซึ่งผู้ถือหุ้นมีสิทธิได้รับเงินปันผลต่อเมื่อบริษัทมีกำไรตามอัตราที่ที่ประชุมใหญ่กำหนดซึ่งเป็นการไม่แน่นอน ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเข้าประชุมและลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ตามปกติ ซึ่งความเป็น “ผู้ถือหุ้นสามัญ” นั้น ย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นดังกล่าวมีสิทธิต่างๆเท่าเทียมกัน เช่น สิทธิที่จะได้รับเงินปันผล สิทธิที่จะได้รับการแบ่งทรัพย์สินเมื่อเลิกบริษัท หรือสิทธิที่สำคัญคือสิทธิในการลงคะแนนเสียงและควบคุมการบริหารงานของบริษัทตามส่วนของหุ้น จึงจะเห็นได้ว่า ผู้ถือหุ้นสามัญถือเป็นหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท

แต่อย่างไรก็ดี ในฐานะของการเป็นผู้ถือหุ้นสามัญอันเป็นผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทนั้น ในส่วนของผู้ถือหุ้นสามัญด้วยกันเองก็สามารถจำแนกออกได้เป็น ผู้ถือหุ้นสามัญข้างมาก และผู้ถือหุ้นสามัญข้างน้อยด้วย เกณฑ์ในการแบ่งผู้ถือหุ้นออกเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากและผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่ง่ายที่สุดก็คือการถือตามจำนวนหุ้นที่ถือว่ามีจำนวนเท่าใด ดังนั้น ผู้ถือหุ้นสามัญที่มีจำนวนหุ้นที่ถืออยู่ในจำนวนมากจึงถือเป็น “ผู้ถือหุ้นข้างมาก” ตามความหมายนี้ ในทางกลับกัน “ผู้ถือหุ้นข้างน้อย” จึงหมายถึงผู้ถือหุ้นสามัญที่มีจำนวนหุ้นที่ถืออยู่ในจำนวนน้อยกว่า สำหรับความ “มาก” หรือ “น้อย” ของจำนวนหุ้นนั้นตามกฎหมายบริษัทเอกชนและกฎหมายบริษัทมหาชนไม่ปรากฏคำนิยามไว้แต่ประการใด แต่ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ได้วางข้อกำหนดไว้ในข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ กำหนดนิยามของผู้ถือหุ้นรายใหญ่เอาไว้ว่า “ผู้ถือหุ้นรายใหญ่” หมายความว่า “ผู้ที่ถือหุ้น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทจดทะเบียนรวมกันเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนชำระแล้วของบริษัทจดทะเบียน การถือหุ้นดังกล่าวให้นับรวมหุ้นที่ถือโดยผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย” เนื่องจากการดำเนินการงานและประกอบธุรกิจของบริษัทโดยทั่วไปแล้ว อำนาจในการดูแลกิจการ (corporate control) จะอยู่ที่ผู้ถือหุ้นซึ่งมีคะแนนเสียงเกิน 50% โดยปรากฏให้เห็นในเรื่องการยอมรับคะแนนเสียงของที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่ต้องอาศัยหลักเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ตัดสิน ดังนั้นผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงเกิน 50% ก็จะมีอำนาจครอบงำกิจการของบริษัท แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 : ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและผู้ถือหุ้นของบริษัท จะเห็นได้ว่านอกจากนิยามผู้ถือหุ้นข้างมากและผู้ถือหุ้นข้างน้อยตามจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นดังกล่าวถือครองอยู่แล้ว นิยามของผู้ถือหุ้นข้างมากยังมีความหมายรวมไปถึงผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นมากพอที่จะมีอำนาจในการควบคุมกิจการบริษัทหรือเป็นพวก controlling shareholder อีกด้วย ผู้ถือหุ้นข้างมากในความหมายนี้จะเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนหนึ่งที่มีความเป็นจริงเป็นผู้ที่มีอำนาจในการออกเสียงลงคะแนน (voting power) ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นคนอื่น โดยการใช้สิทธิที่มีอยู่ในการออกเสียงลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นนี้ ผู้ถือหุ้น

ข้างมากสามารถครอบงำการตัดสินใจของบริษัทและมีอำนาจควบคุมบริหารงานของบริษัท โดยผู้ถือหุ้นข้างมากนี้อาจจะเป็นบุคคลเพียงบุคคลเดียวที่มีหุ้นอยู่ในความครอบครองจำนวนมาก หรืออาจเป็นกลุ่มบุคคลที่ต่างคนต่างมีหุ้นอยู่มากบ้างน้อยบ้างตามแต่จำนวนแต่ได้รวมตัวกันเพื่อใช้สิทธิในการควบคุมกิจการงานของบริษัท

ไม่ว่านิยามของผู้ถือหุ้นข้างมากและผู้ถือหุ้นข้างน้อยจะเป็นไปในทางใดก็ตามใน ส่วนของผู้ถือหุ้นสามัญ สิ่งที่กฎหมายเล็งเห็นและต้องคุ้มครองในส่วนของผู้ถือหุ้นข้างน้อยก็คือ สิทธิในการออกเสียง ในการประชุมจะประกอบไปด้วยบุคคล 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายข้างมาก(majority) และฝ่ายข้างน้อย (minority) ซึ่งเจตนารมณ์ของคนส่วนใหญ่หรือคนหมู่มากของที่ประชุมจะต้องได้รับการยึดถือ การควบคุมโดยหลักเสียงข้างมากนี้ถือเป็นหลักการทางประชาธิปไตย ที่ใช้กันโดยทั่วไปเพื่อตัดสินใจปัญหาในกรณีที่มีคนเป็นจำนวนมากต้องออกเสียงหรือตัดสินใจในเรื่องใดๆก็ตาม ร่วมกัน หลักนี้ถือเป็นการเปิดโอกาสให้ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในการเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจ การแสดงมติแบบเสียงข้างมากยังแบ่งได้เป็นกรณีย่อยๆอีก 2 กรณี คือ เสียงข้างมากแบบธรรมดา ซึ่งหมายถึงการออกเสียงลงคะแนนที่เห็นชอบมากกว่าที่คัดค้าน ซึ่งจะแตกต่างจากการใช้เสียงข้างมากแบบพิเศษที่จะต้องพิจารณาถึงขนาดหรือจำนวนของเสียงข้างมากเป็นสำคัญ

การใช้มติในที่ประชุมแบบเสียงข้างมากธรรมดา นั้น มติในที่ประชุมนี้ก็คือ การให้คะแนนเสียงฝ่ายที่มากกว่าหนึ่งเป็นฝ่ายชนะ เหตุนี้จึงสามารถทำให้ทุกคนเป็นฝ่ายข้างมากเองได้ การตัดสินใจเช่นนี้จะทำให้เกิดการแบ่งเป็นสองจำพวก คือพวกที่เป็นฝ่ายข้างมากกับพวกที่เป็นฝ่ายข้างน้อย ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้หลักดังกล่าวจึงมีอยู่มากเพราะการใช้เสียงส่วนใหญ่ก็อาจกระทบต่อเสียงส่วนน้อยโดยปริยาย ขณะเดียวกันการที่ต้องยอมรับความคิดหรือยอมรับในสิ่งที่เสียงส่วนใหญ่เสนอมานั้นอาจจะเป็นกรณีที่ไม่เป็นธรรมต่อเสียงส่วนน้อย

ในการบริหารงานจัดการบริษัท เนื่องจากบริษัทประกอบด้วยผู้ถือหุ้นจำนวนมาก มารวมกัน การตัดสินใจปัญหาใดๆ โดยผู้ถือหุ้นทั้งหมดย่อมเป็นการยากที่จะทำให้ได้มติเอกฉันท์ หลักเสียงข้างมากจึงเป็นหลักที่นำมาใช้ และเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในกฎหมายบริษัทของหลายๆประเทศ หลักดังกล่าวยอมรับว่าเจตนารมณ์ของบริษัทสามารถแสดงออกโดยผู้ถือหุ้นทั้งหมดหรือผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ได้ และการกระทำส่วนใหญ่ถือเป็นการกระทำของคนทั้งหมด โดยที่ผู้ถือหุ้นทุกคนต้องยอมรับมติที่ได้มาจากเสียงข้างมากอันเป็นหลักการของระบบประชาธิปไตยที่เสียงส่วนมากยอมชนะเสียงส่วนน้อยแล้ว การเผด็จการ โดยเสียงข้างมากจึงอาจเกิดขึ้นได้ และนั่นก็คือเหตุผลที่กฎหมายจำต้องคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อย

ตามกฎหมายบริษัทเอกชน มติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นมี 2 วิธี คือ (1) วิธีการชูมือ (show of hands) วิธีนี้ให้นับตามจำนวนผู้ถือหุ้นที่เข้ามาประชุมหรือผู้รับมอบฉันทะ โดยผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีคะแนนเสียงคนละหนึ่งคะแนนเท่ากัน ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงจำนวนหุ้นที่แต่ละคนมีอยู่ และ (2) วิธีการลงคะแนนลับ (pool) วิธีการนี้ให้นับคะแนนตามจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีอยู่ โดยผู้ถือหุ้น

แต่แต่ละคนจะมีคะแนนหนึ่งเสียงต่อหนึ่งหุ้นที่ตนถือ ซึ่งการลงคะแนนลับนั้นกฎหมายกำหนดให้กระทำได้ในกรณีที่มีผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสองคนร้องขอในที่ประชุม ตามกฎหมายของ common law ก็สนับสนุนที่จะให้มีการตัดสินใจด้วยวิธีลับที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยการลงคะแนนลับเป็นอันมาก โดยทาง common law กล่าวตำหนิว่า การชูมือเป็นวิธีที่หยาบและรวดเร็วเกินไปสำหรับการที่จะทราบความเห็นของที่ประชุม การที่จะต้องตัดสินใจด้วยวิธีการใดนั้นเป็นปัญหาที่สำคัญที่มีผลต่อผู้ถือหุ้นข้างมาก เพราะจะเป็นทางก่อให้เกิดการได้เปรียบกันได้

โดยข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ถือหุ้นจำนวนมากนอกจากได้รับผลตอบแทนจากการถือหุ้น ในจำนวนที่มากแล้ว ยังจะได้รับความเสียหายมากกว่าผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นจำนวนน้อยกว่า ด้วยเหตุนี้เมื่อถึงปัญหาสำคัญที่จะต้องเอาแพ้ชนะกัน หรือประเด็นที่เกี่ยวข้องถึงผลประโยชน์แล้ว มักจะมีผู้ถือหุ้นเสนอให้ลงคะแนนลับเสมอ เพื่อที่ผู้ถือหุ้นจำนวนมากนั้นจะได้มีสิทธิในการตัดสินใจมากกว่า และ การใช้วิธีการลงคะแนนลับวิธีการนี้จะเป็นการเอื้อประโยชน์แก่คนที่ที่มีจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นมาประชุมกันมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ถึงแม้ฝ่ายตนจะมีจำนวนคนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นน้อยกว่า แต่อย่างไรก็ตามไม่ว่าการออกเสียงนั้นจะเป็นแบบชูมือ (show of hands) หรือวิธีการลงคะแนนลับ (poll) ก็ตาม หากคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ผู้เป็นประธานในที่ประชุมมีคะแนนเสียงอีกหนึ่งคะแนนเป็นคะแนนเสียงชี้ขาด ซึ่งเท่ากับว่ามติของที่ประชุมต้องมาจากคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่ง โดยคะแนนเสียงข้างมากที่จะเป็นมติดังกล่าวจะเป็นคะแนนเสียงข้างมากของบรรดาผู้ถือหุ้นที่มาประชุมด้วยตนเองหรือ โดยผู้รับมอบฉันทะ เว้นแต่กรณีที่ได้มีการกำหนดไว้เป็นพิเศษในข้อบังคับ หรือเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องเป็นการลงมติพิเศษ จึงอาจกล่าวได้ว่าในการลงมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นกรณีทั่วไปมักจะใช้หลักเสียงข้างมากปกติ (simple majority) ซึ่งก็คือจะต้องได้คะแนนเสียงเกินกว่า 50% ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุม เว้นแต่กรณีที่กฎหมายหรือข้อบังคับกำหนดให้ใช้เสียงข้างมากเป็นพิเศษ (qualified majority) ก็ต้องเป็นไปตามนั้น

ในทางปฏิบัติของบริษัทเอกชนนั้นมักจะกำหนดเอาไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ การลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นนั้นให้ใช้วิธีการลงคะแนนลับอย่างเดียวก่อนหรือกำหนดให้นับคะแนนเสียงตามจำนวนหุ้นเท่านั้น เพราะผู้ถือหุ้นจะมีคะแนนเสียงข้างมากตามหุ้นที่ตนถือ ผู้ถือหุ้นที่มีหุ้นจำนวนมากหรือรวมตัวกันจนได้หุ้นเป็นจำนวนมากก็จะมีคะแนนเสียงมาก การกำหนดเช่นนี้ทำให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในบริษัทสามารถควบคุมการตัดสินใจในเรื่องที่ที่ประชุมใหญ่พิจารณาวินิจฉัยได้ ดังนั้นมติของผู้ถือหุ้นที่มาจากเสียงส่วนใหญ่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือเอารัดเอาเปรียบผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้

ปัญหาการเอารัดเอาเปรียบผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่ปรากฏในบริษัทเอกชนทำให้เมื่อมีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจึงต้องหาทางแก้ไข ซึ่งก็คือ การกำหนดออกเสียงของผู้ถือหุ้นให้เป็น การลงคะแนนเสียงแบบสะสม (cumulative voting) ซึ่งจะใช้ในการแต่งตั้งกรรมการบริษัทหากไม่มีข้อบังคับบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การลงคะแนนเสียงแบบสะสมกำหนดให้เลือกกรรมการ

พร้อมกัน โดยผู้ถือหุ้นคนหนึ่งจะมีคะแนนเสียงเท่ากับจำนวนหุ้นที่ตนถือคูณด้วยจำนวนกรรมการที่จะเลือก และผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะเจาะจงลงคะแนนทั้งหมดให้แก่บุคคลใดแต่เพียงคนเดียวหรือจะแบ่งให้แก่บรรดาผู้รับสมัครรับเลือกเป็นจำนวนเท่าใดตามที่ผู้เลือกตั้งเห็นสมควรได้ ผู้ซึ่งได้รับคะแนนสูงสุดตามลำดับจะได้รับเลือกเป็นกรรมการ

กฎหมายบริษัทมหาชนวางหลักการลงคะแนนเสียงแบบสะสม (cumulative voting) ในกรณีเลือกกรรมการบริษัทเท่านั้น แต่กรณีการถอดถอนกรรมการบริษัทต้องประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่ถือ โดยผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียง

กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติเรื่องการลงคะแนนเสียงแบบสัดส่วน (Proportion Representation) ในการเลือกกรรมการบริษัทเหมือนที่ปรากฏในกฎหมายสหรัฐอเมริกา การลงคะแนนเสียงแบบสัดส่วนคือวิธีการเลือกตั้งกรรมการตามสัดส่วนจำนวนที่แน่นอนโดยขึ้นกับจำนวนหุ้นที่ตนถืออยู่

ตามกฎหมายอังกฤษ ใน Company Act 1985 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียงหนึ่งเสียงต่อหนึ่งหุ้นหรือหนึ่งเสียงต่อทุกสิบปอนด์ของหุ้นที่เขามี และในกรณีอื่น(นอกจากการแต่งตั้งกรรมการบริษัทแล้ว) ผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียงหนึ่งเสียง และกำหนดต่อไปว่าการลงคะแนนลับในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจะมีคะแนนเสียงมากกว่าหนึ่งเสียง ดังนั้นตามกฎหมายอังกฤษ ในการประชุมผู้ถือหุ้นกฎหมายได้กำหนดวิธีการออกเสียงของผู้ถือหุ้นไว้ 2 วิธี คือ (1) การชুমือ ซึ่งผู้ถือหุ้นแต่ละคนจะมีคะแนนเสียงหนึ่งคะแนน และ (2) วิธีการลงคะแนนลับ ซึ่งผู้ถือหุ้นจะมีคะแนนเสียงไปตามจำนวนหุ้นที่แต่ละคนมีอยู่ โดยกฎหมายยังกำหนดต่อไปด้วยว่าถ้ามีผู้ถือหุ้น 5 คนขึ้นไป หรือผู้ถือหุ้นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุม หรือผู้ถือหุ้นที่รวมจำนวนเงินค่าหุ้นที่ได้ชำระแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของทุนบริษัทที่ได้รับชำระแล้วได้ร้องขอให้มีการลงคะแนนลับ ประธานในที่ประชุมจะต้องจัดให้มีการลงคะแนนลับแทนวิธีการชুমือ

ตามกฎหมายเยอรมัน กฎหมายบริษัทเอกชนของเยอรมันกำหนดเรื่องมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการแต่งตั้งกรรมการเอาไว้ว่า มติดังกล่าวต้องเป็นมติโดยเสียงข้างมากของที่ประชุมและการนับคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้นนั้นผู้ถือหุ้นจะมีคะแนนเสียงหนึ่งคะแนน ต่อ 100 DM ของมูลค่าหุ้นที่เขามี<sup>1</sup>

จึงเห็นได้ว่า ตามกฎหมายไทยเรื่องบริษัทมหาชนได้วางหลักการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่เห็นได้ชัดในส่วนของผู้ถือหุ้นสามัญก็คือ วิธีการออกเสียงแบบคะแนนเสียงสะสม หรือ Cumulative voting ตามแบบของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ที่ผู้ถือหุ้นแต่ละคนจะมีคะแนนเสียงเท่ากับจำนวนหุ้นคูณด้วยกรรมการที่จะเลือก และให้สิทธิผู้ถือหุ้นลงคะแนนเสียงทั้งหมดให้บุคคลเดียว หรือแจกจ่ายคะแนนให้กับบุคคลที่จะเลือกเป็นกรรมการทั้งหมดตามจำนวนที่จะพึงมีหรือให้

<sup>1</sup> บุศรา เจตจำนงจิต, “การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัทเอกชนจำกัด”, (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 51



เพียงบางคนคนละเท่าใดก็ได้ วิธีการลงคะแนนแบบสะสมนี้ เป็นการเปิดโอกาสและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นโดยทั่วกันที่สามารถมีสิทธิเลือกกรรมการที่ตนต้องการให้เข้ามามีส่วนร่วมบริหารจัดการกิจการของบริษัทได้ โดยเฉพาะผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่จะมีทางชนะคะแนนเสียงได้หากรู้จักวิธีการใช้คะแนนเสียงของตนให้ถูกต้องเหมาะสม ซึ่งวิธีการออกคะแนนเสียงแบบสะสมนี้เป็นวิธีการที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535(แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) แล้ว

สำหรับการลงคะแนนเสียงแบบสัดส่วน ซึ่งเป็นวิธีหนึ่งของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ยังไม่ปรากฏว่ามีกรนำมาใช้ในกฎหมายไทย วิธีการลงคะแนนเสียงเช่นนี้ก็เป็นผลดีคือให้ความแน่นอนแก่ผู้ถือหุ้นในการที่จะเลือกกรรมการของตนตามสัดส่วนจำนวนที่แน่นอน โดยขึ้นอยู่กับจำนวนหุ้นที่ตนถืออยู่ ผู้ถือหุ้นข้างน้อยก็มีโอกาสจะได้กรรมการของตนเองเช่นกัน

ตัวอย่างเช่น บริษัทมีหุ้น 1000 หุ้น ต้องการกรรมการ 5 คน จะเห็นได้ว่าอัตราส่วนระหว่างกรรมการกับจำนวนหุ้นในบริษัทคือ กรรมการ 1 คน ต่อจำนวนหุ้น 200 หุ้น

ดังนั้น หากนาย ก. ถือหุ้น 400 หุ้น นาย ก. ก็มีสิทธิที่จะเลือกกรรมการได้ 2 คน หากนาย ข. มีหุ้น 200 หุ้น ก็ชอบที่จะเลือกกรรมการได้ 1 คน ตามสัดส่วนของจำนวนหุ้น

แม้วิธีการลงคะแนนแบบสัดส่วนจะเป็นเรื่องใหม่และดูยุ่งยาก แต่ก็ เป็นวิธีการที่ดีและเป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นมาก เนื่องจากผู้ถือหุ้นข้างน้อยมีสิทธิแต่งตั้งกรรมการได้ตามจำนวนที่แน่นอนอยู่แล้วตามสัดส่วนการถือหุ้น ดังนั้นหากนำหลักการลงคะแนนแบบสัดส่วนมาใช้ในกฎหมายบริษัทมหาชน ก็อาจจะเป็นช่องทางที่จะให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้มากกว่าเดิมได้ ซึ่งในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535(แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ที่ทำการแก้ไขใหม่นั้น ก็ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้แต่อย่างใด

นอกจากจุดเด่นในการลงคะแนนเสียงแบบสะสม (Cumulative Voting) ที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นสามัญประการหนึ่งแล้ว ผู้ถือหุ้นสามัญเองก็มีสิทธิต่างๆตามหัวข้อ 4.1 สิทธิตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น

ผู้ถือหุ้นทุกคนมีสิทธิลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นว่า จะเลือกตั้งกรรมการบริษัทเพื่อเข้ามาบริหารกิจการงานและมีสิทธิถอดถอนกรรมการบริษัทให้พ้นจากตำแหน่งได้

การเลือกตั้งกรรมการบริษัทมหาชน ถือเป็นเหตุที่สำคัญมากประการหนึ่งในการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นในการเลือกกรรมการมาทำหน้าที่บริหารงานของบริษัท เพราะการประกอบธุรกิจของบริษัทจะมีกำไรหรือขาดทุนหรือเสมอดังนั้นก็ขึ้นอยู่กับความสามารถของกรรมการและความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการ หากกรรมการไม่มีความสามารถก็อาจบริหารงานบริษัทขาดทุน หรือกรรมการไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตก็อาจแสวงหาประโยชน์จากบริษัท และเอาเปรียบโดยอาศัยโอกาสที่ตนเป็นผู้บริหารทำให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยเกิดความเสียหายได้ ดังนั้นในบริษัทมหาชนจึงได้กำหนดเกี่ยวกับ

การเลือกตั้งกรรมการบริษัทไว้ โดยกำหนดเรื่องคุณสมบัติของกรรมการบริษัทมหาชน และวิธีการเลือกตั้งกรรมการบริษัทมหาชนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544 ) มาตรา 67-71

การถอดถอนกรรมการบริษัทมหาชนนั้นเป็นคนละกรณีกับการถอดถอนกรรมการบริษัทเอกชน เนื่องจากในบริษัทจำกัดกรรมการบริษัทจะถูกถอดถอนได้เฉพาะแต่ในที่ประชุมใหญ่เท่านั้น (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151) ซึ่งเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นเท่านั้น และผู้ถือหุ้นจะมาฟ้องศาลขอให้ถอดถอนกรรมการไม่ได้ ส่วนในเรื่องการถอดถอนกรรมการของบริษัทมหาชนนั้น ผู้ถือหุ้นมีสิทธิร่วมกันใช้สิทธิในการถอดถอนกรรมการบริษัท(ซึ่งในส่วนสิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีนี้จะขอกว่าในส่วนของหัวข้อ 4.3 สิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ) โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นอาจลงมติให้กรรมการคนใดออกจากตำแหน่งก่อนถึงคราวออกตามวาระได้ ด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงและมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นที่ถือโดยผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียง (มาตรา 76) ตลอดจนผู้ถือหุ้นใช้สิทธิถอดถอนโดยร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ออก (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) มาตรา 72(5) และมาตรา 85 วรรค 2 และ 3 )

#### (6) สิทธิแต่งตั้งและถอดถอนผู้สอบบัญชีบริษัทมหาชนจำกัด

การจัดตั้งธุรกิจในรูปแบบบริษัทมหาชนนับเป็นการประกอบธุรกิจการค้าที่มีการระดมทุนจากประชาชนและมีผู้ร่วมลงทุนด้วยกันหลายคน ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายจัดการหรือฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะในเรื่องของบัญชี งบดุล งบการเงินหรือเอกสารที่แสดงฐานะทางการเงินซึ่งเป็นเรื่องสำคัญ จะให้ผู้ถือหุ้นซึ่งบางรายเป็นเพียงประชาชนธรรมดาที่ไม่มีความรู้ทางบัญชีหรือทางการเงินเข้ามาตรวจสอบย่อมเป็นการไม่สะดวกและไม่มีผลดีเท่าที่ควร จึงจำเป็นต้องให้ผู้มีความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญในด้านบัญชีและการเงินเข้ามาทำหน้าที่แทนผู้ถือหุ้น ซึ่งก็คือการมีผู้สอบบัญชีของบริษัท เพราะผู้สอบบัญชีจะเป็นบุคคลสำคัญที่ทราบฐานะทางการเงินของบริษัท ตลอดจนเรื่องของบริษัททรัพย์สินต่างๆ หรือหนี้สินของบริษัทและรายงานให้ผู้ถือหุ้นของบริษัททราบ ดังนี้เรื่องการแต่งตั้งหรือการถอดถอนผู้สอบบัญชีบริษัทจึงเป็นอีกเรื่องที่สำคัญมาก

การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี มีข้อนำพิจารณา(ตามกฎหมาย)อยู่ 5 ประการด้วยกันคือ

##### 1. วิธีการแต่งตั้งผู้สอบบัญชี

ในการประชุมจัดตั้งบริษัทมหาชน กิจการที่สำคัญซึ่งเป็นเรื่องที่ประชุมจัดตั้งบริษัทจะต้องจัดทำอีกเรื่องหนึ่งคือ การเลือกตั้งผู้สอบบัญชีชุดแรกของบริษัทและกำหนดจำนวนเงินค่าสอบบัญชีด้วยตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 35 (7) นอกจากนี้ให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นสามัญประชุมปีแต่งตั้งผู้สอบบัญชี และกำหนดจำนวน

เงินค่าสอบบัญชีของบริษัททุกปี โดยในการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีชุดต่อไปนั้นจะแต่งตั้งผู้สอบบัญชีชุดเดิมอีกก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 120)

## 2.คุณสมบัติของผู้สอบบัญชี

ตามกฎหมายบริษัทมหาชนกำหนดว่า ผู้สอบบัญชีต้องไม่เป็นกรรมการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ใดๆของบริษัท (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 121) ทั้งนี้เพื่อให้ผู้สอบบัญชีมีอิสระในการตรวจสอบบัญชีเอกสาร งบการเงิน และหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับกิจการของบริษัท เพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น กรณีบริษัทมหาชนที่เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ผู้สอบบัญชีที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นโดยปกติจะต้องเป็นผู้สอบบัญชีที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย แต่บริษัทมหาชนที่ไม่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบในการเลือกตั้งผู้สอบบัญชีเช่นบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

## 3.อำนาจของผู้สอบบัญชี

ผู้สอบบัญชีมีอำนาจตรวจสอบบัญชี เอกสาร และหลักฐานอื่นใดที่เกี่ยวกับรายได้รายจ่าย ตลอดจนทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทได้ในระหว่างเวลาทำการของบริษัท นอกจากนี้ให้มีอำนาจสอบถามกรรมการ พนักงาน ลูกจ้าง ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ใดๆของบริษัท และตัวแทนของบริษัท รวมทั้งให้ชี้แจงข้อเท็จจริงหรือส่งหลักฐานเกี่ยวกับการดำเนินงานของบริษัทได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 122)

## 4.หน้าที่ของผู้สอบบัญชี

ผู้สอบบัญชีมีหน้าที่ตรวจสอบการลงบัญชี โดยเปลี่ยนจากการตรวจค้นหาข้อผิดพลาดในการทำบัญชีและตรวจสอบการกระทำโดยทุจริต ซึ่งเป็นเรื่องที่ตรวจสอบยาก เนื่องจากส่วนใหญ่ในภาคปฏิบัติจะตรวจจากเอกสาร ในปัจจุบันจึงเปลี่ยนมาเป็นการตรวจสอบเพื่อแสดงความคิดเห็นว่า งบการเงินมีความถูกต้องน่าเชื่อถือเท่านั้น และวิธีการตรวจสอบได้เปลี่ยนจากการตรวจสอบโดยละเอียดมาใช้วิธีทดสอบโดยมีการประเมินผลการควบคุมภายในของกิจการ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้สอบบัญชีต้องตรวจสอบให้ได้ความแน่นอนถึงฐานะทางการเงินของบริษัทตามความเป็นจริง ต้องกระทำการโดยสุจริต ด้วยความรู้ความสามารถและด้วยความระมัดระวัง นอกจากนี้ผู้สอบบัญชียังมีหน้าที่ต่างๆ คือ ต้องทำรายงานเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นสามัญประจำปีตามกฎหมายว่าด้วยการสอบบัญชี (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 123) งบดุลบัญชีกำไรขาดทุน และรายงานของผู้สอบบัญชีของบริษัท ต้องจัดทำเป็นภาษาไทย โดยต้องจัดพิมพ์ให้เรียบร้อย(พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 124) นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่เข้าร่วมประชุมในการประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัททุกครั้งที่มีการพิจารณางบดุลบัญชีกำไรขาดทุนและปัญหาเกี่ยวกับบัญชีของบริษัทเพื่อชี้แจงการตรวจสอบบัญชีต่อผู้ถือหุ้น

ซึ่งผู้สอบบัญชีอาจทำคำชี้แจงเป็นหนังสือต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 125)

#### 5. ความรับผิดชอบของผู้สอบบัญชี

ผู้สอบบัญชีเป็นเพียงผู้รับรองงบการเงินหรืองบดุล รายงานฐานะทางการเงินของบริษัท ไม่ใช่ผู้รับประกันความถูกต้องในงบการเงินที่ลูกค้าทำขึ้น ผู้สอบบัญชีเพียงแต่แสดงความเห็นในฐานะผู้เชี่ยวชาญว่า งบการเงินนั้นเชื่อถือได้เพียงไร ผู้สอบบัญชีไม่ต้องรับผิดชอบในการสืบหาการทุจริตทั้งหมด หากการตรวจสอบนั้นเป็นไปตามมาตรฐานการสอบบัญชี เว้นแต่ผู้สอบบัญชีจะปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายบริษัทมหาชนในเรื่องความรับผิดชอบของผู้สอบบัญชานั้นไม่มีบทบัญญัติความรับผิด แต่เห็นได้ว่าการที่ผู้สอบบัญชีเข้ารับหน้าที่นั้นก็เท่ากับเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น และมีความสัมพันธ์กับบริษัทในฐานะคู่สัญญา ผู้สอบบัญชีจึงอาจอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติเรื่องตัวแทน และอาจต้องรับผิดตามสัญญาไม่ว่าโดยข้อตกลงที่ชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม นอกจากนั้นผู้สอบบัญชีอาจต้องรับผิดชอบต่อบริษัทและบุคคลภายนอกตามบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะละเมิดอีกด้วย นอกจากความรับผิดในทางแพ่งแล้ว อาจต้องรับผิดในทางอาญาได้ หากผู้สอบบัญชีทำผิดมารยาทเปิดเผยความลับของผู้อื่นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269 และหากผู้สอบบัญชีรับรองงบดุลอันใดไม่ถูกต้องก็อาจมีความผิดตามพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ.25499 มาตรา 31 ด้วย โดยผู้สอบบัญชีในบริษัทมหาชนจำกัดหากกระทำความผิดดังกล่าวมาข้างต้นก็ต้องรับผิดในความผิดนั้นๆ เหมือนกัน

การถอดถอนผู้สอบบัญชีเกิดจากกรณีที่ผู้สอบบัญชีไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ หรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบก็ควรถอดถอนผู้สอบบัญชีเสียแล้วแต่งตั้งผู้อื่นเป็นผู้สอบบัญชีแทนต่อไป โดยมีวิธีการตามที่ผู้สอบบัญชีได้รับการแต่งตั้งมา กล่าวคือ

(1) กรณีที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นผู้แต่งตั้งผู้สอบบัญชีในเวลาการประชุมจัดตั้งบริษัทหรือในเวลาการประชุมสามัญประจำปี เมื่อมีเหตุอันสมควร กล่าวคือ ผู้สอบบัญชีไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะเรียกประชุมผู้ถือหุ้น และขอให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นถอดถอนผู้สอบบัญชีที่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งไว้แล้ว และแต่งตั้งผู้อื่นแทนเมื่อไรก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 163 (3) และมาตรา 164)

(2) กรณีที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้สอบบัญชี ก็มีวิธีการถอดถอนผู้สอบบัญชีโดยศาลอยู่ 2 ประการคือ

2.1 กรณีผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการงานของบริษัทและเห็นว่าผู้สอบบัญชีที่ศาลแต่งตั้งนั้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องในการรับรองงบการเงินแล้ว จะร้องขอให้ศาล

ถอดถอนผู้สอบบัญชีนั้นเสีย และแต่งตั้งผู้อื่นแทนเมื่อไหร่ก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 163 (4) และมาตรา 164 วรรคแรก)

2.2 เมื่อผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งร้องขอและนายทะเบียนเห็นว่าผู้สอบบัญชีไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายบริษัทมหาชน นายทะเบียนจะร้องขอต่อศาลให้ถอดถอนผู้สอบบัญชี และแต่งตั้งผู้อื่นแทนเมื่อไหร่ก็ได้ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) มาตรา 163(4) และมาตรา 164 วรรคสอง)

โดยหลักการในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) นั้นได้วางหลักในเรื่องการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบให้เข้มงวดกว่าเดิม ดังที่ปรากฏในมาตรา 128 และ 129 ดังนี้

มาตรา 128 บัญญัติว่า “ผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด หรือผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดจะเข้าชื่อกันทำคำขอเป็นหนังสือให้นายทะเบียนแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเพื่อดำเนินการตรวจสอบกิจการและฐานะทางการเงินของบริษัทตลอดจนตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการด้วยก็ได้

(วรรคสอง) ในคำขอตามวรรคหนึ่ง ผู้ขอต้องระบุประเด็นที่จะให้ตรวจสอบโดยแจ้งชัดพร้อมกับแจ้งชื่อและสถานที่อยู่ของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งเป็นตัวแทนด้วย

(วรรคสาม)ให้นายทะเบียนมีสิทธิแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่คนหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้ตรวจสอบและในคำสั่งแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ นายทะเบียนต้องระบุประเด็นที่จะให้ตรวจสอบโดยแจ้งชัด”

มาตรา 129 บัญญัติว่า “นายทะเบียนจะแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่คนหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้ตรวจสอบเพื่อดำเนินการตรวจสอบบริษัทก็ได้เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่า

(1) บริษัทได้กระทำการเพื่อโกงเจ้าหน้าที่ของบริษัทหรือก่อนนี้โดยที่รู้ว่าจะไม่สามารถชำระคืนได้

(2) บริษัทฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือแจ้งข้อความที่เป็นเท็จในการขอลดทะเบียนในงบดุลหรือบัญชีกำไรขาดทุน หรือในรายงานที่ยื่นต่อนายทะเบียนหรือที่เปิดเผยแก่ประชาชนทั่วไป

(3) กรรมการหรือพนักงานชั้นบริหารของบริษัทดำเนินการผิดวัตถุประสงค์ของบริษัทหรือกระทำการทุจริตของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นของบริษัท

(4) มีการกระทำความผิดเป็นการทำให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยเสียเปรียบโดยไม่เป็นธรรม

(5) การบริหารกิจการของบริษัทอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้น

ในคำสั่งแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ นายทะเบียนต้องระบุประเด็นที่จะให้ตรวจสอบโดยแจ้งชัดและมีหนังสือแจ้งให้บริษัททราบ”

จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มีหลักการคุ้มครองผู้ถือหุ้นมากขึ้น คือเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบได้ใน 2 กรณีคือ 1.ร้องขอโดยผู้ถือหุ้น 2.นายทะเบียนเห็นเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการพัฒนาในเรื่องการคุ้มครองผู้ถือหุ้นมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 129 ข้อ (4) ในประเด็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อย

#### (7) สิทธิในการอนุมัติงบดุลและตรวจรายการเงินของบริษัท

การอนุมัติงบดุลและการตรวจงบการเงินเป็นสิทธิที่สำคัญอีกประการหนึ่งของผู้ถือหุ้นดังกล่าวต่อไปนี้

1. สิทธิอนุมัติงบดุล งบดุลเป็นหลักฐานที่สำคัญในการแสดงสภาพกิจการและฐานะของบริษัทว่าบริษัทมีฐานะทางการเงินจากการประกอบกิจการได้กำไรหรือขาดทุน มีรายการหนี้สินและทรัพย์สินของบริษัทแสดงอยู่ในบัญชีงบดุล ซึ่งทำให้ทราบได้ว่าบริษัทมหาชนนั้นประสบความสำเร็จหรือล้มเหลวในการบริหารกิจการงาน โดยคณะกรรมการจัดให้ผู้สอบบัญชีตรวจสอบงบดุลและบัญชีกำไรขาดทุน ณ วันสิ้นสุดของรอบปีบัญชี แล้วจึงนำเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการประชุมสามัญประจำปีหรือในระหว่างรอบปีบัญชี เพื่อผู้ถือหุ้นของบริษัทจะได้ใช้สิทธิในการพิจารณาอนุมัติงบดุลของบริษัทอันเป็นการตรวจสอบและรับรู้ถึงฐานะการเงินของบริษัท

2. สิทธิตรวจงบการเงินของบริษัท ผู้ถือหุ้นทุกคนมีสิทธิขอตรวจงบดุล บัญชีกำไรขาดทุน และรายงานของผู้สอบบัญชีของบริษัทได้ตลอดเวลาในระหว่างเวลาทำการของบริษัทและจะขอให้บริษัทส่งสำเนาเอกสารดังกล่าวพร้อมด้วยคำรับรองของบริษัทว่าถูกต้องก็ได้ โดยบริษัทอาจเรียกค่าใช้จ่ายได้ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 126) การที่ให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิตรวจและอนุมัติงบดุลของบริษัท เพราะถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการของบริษัท โดยบุคคลจะแสดงบัญชีรายการหนี้สินและทรัพย์สินของบริษัท โดยบุคคลจะแสดงบัญชีรายการหนี้สินและทรัพย์สินของบริษัท ทำให้ทราบฐานะทางการเงินของบริษัทว่ามีกำไรหรือขาดทุน

#### (8) สิทธิเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้น

การประชุมผู้ถือหุ้นไม่ว่าจะเป็นการประชุมใหญ่สามัญประจำปีหรือการประชุมวิสามัญของบริษัทนั้น เป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญต่อการบริหารกิจการงานของบริษัท และมีความหมายต่อผู้ถือหุ้นมาก เนื่องจากเป็นโอกาสที่ผู้ถือหุ้นจะได้ใช้สิทธิของตนในการออกเสียงเพื่อตรวจสอบดูแลครอบงำการบริหารงานของกรรมการในบริษัทมหาชน ทั้งนี้ ตามหลัก Collective Body Doctrine ซึ่งเป็นหลักที่พบใน Common Law องค์กรใดจะแสดงออกซึ่งมติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ก็แต่โดยผ่านที่ประชุม ซึ่งจะต้องมีการกระทำร่วมกัน การลงมติในเรื่องใดๆ โดยไม่ได้ผ่านการประชุม จึงทำ

ได้ในกรณีเฉพาะมีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ซึ่งจากหลักดังกล่าว กรณีของบริษัท ความประสงค์หรือคำตัดสินของผู้ถือหุ้นจึงทำได้ก็แต่โดยการลงมติผ่านที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

การประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเป็นเรื่องสำคัญซึ่งจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามข้อบังคับของบริษัท และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีเรื่องที่ต้องพิจารณาหลายเรื่องด้วยกัน เช่น เมื่อใดจึงจะต้องจัดการประชุม ใครมีอำนาจเรียกประชุม ต้องมีการส่งหนังสือนัดประชุมล่วงหน้าอย่างไร ใครเป็นผู้มีสิทธิเข้าประชุม องค์กรประชุม วาระการประชุม วิธีการประชุมและวิธีการลงคะแนน การมอบฉันทะให้ลงคะแนน วิธีการลงมติของที่ประชุม เรื่องเหล่านี้ถ้าปฏิบัติไม่ถูกต้องแล้ว มติของที่ประชุมอาจถูกเพิกถอนได้ ซึ่งย่อมเป็นที่เสียหายแก่บริษัทและบุคคลภายนอก เพราะกิจการที่นำไปแล้วอาจต้องเสียไป

ข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดวิธีการเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้นให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดให้ แต่จะทำข้อบังคับให้ผิดไปจากกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี หรือจะกำหนดข้อบังคับสำหรับการประชุมใหญ่ให้มีการตัดสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้น ไม่ได้

เพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้ปรึกษาหารือ แสดงความคิดเห็น และลงมติในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับบริษัท เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นซักถามการดำเนินงานของบริษัทจากฝ่ายจัดการ รวมทั้งเพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายจัดการได้แสดงผลการดำเนินงานของบริษัทต่อผู้ถือหุ้น การประชุมใหญ่ของบริษัทนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นและสำคัญสำหรับการบริหารงานและประกอบกิจการของบริษัท และมีความหมายต่อผู้ถือหุ้นมาก เนื่องจากเป็นโอกาสที่ผู้ถือหุ้นจะได้ใช้สิทธิใช้เสียงของตนกระทำการต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดอันเป็นการควบคุมการบริหารงานของกรรมการบริษัทและผู้บริหารที่ไม่ใช่กรรมการบริษัท

การประชุมตั้งบริษัท (Statutory Meeting) เป็นการประชุมผู้ถือหุ้นเช่นกัน แต่เป็นการประชุมก่อนการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ภายหลังจากมีการประชุมจัดตั้งบริษัทแล้ว ก็จะมีการประชุมอื่นๆ ที่เกี่ยวกับผู้ถือหุ้นโดยตรงอีก 3 ประเภท คือ 1.การประชุมสามัญ (General Meeting) 2.การประชุมวิสามัญ (Extraordinary Meeting) และ 3.การประชุมผู้ถือหุ้นชั้นเดียวกัน (Class Meeting)

ในเรื่องเกี่ยวกับการประชุม ผู้ถือหุ้นมีสิทธิดังต่อไปนี้

1. สิทธิในการเรียกประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้น สิทธิของผู้ถือหุ้นอีกประการหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติให้สามารถใช้สิทธิดูแลครอบงำการจัดการของบริษัทได้ โดยกฎหมายบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นนับรวมกันไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดหรือผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่ายี่สิบห้าคน ซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดสามารถเข้าชื่อกันทำหนังสือขอให้คณะกรรมการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเป็นการประชุมวิสามัญเมื่อไรก็ได้ แต่ต้องระบุเหตุผลในการที่ขอให้เรียกประชุมไว้ให้ชัดเจนในหนังสือดังกล่าวด้วย เมื่อคณะกรรมการได้รับหนังสือขอให้ประชุมดังกล่าวนี้แล้ว คณะกรรมการจะต้องจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้ถือหุ้น ถ้าไม่ปฏิบัติตามคณะกรรมการจะมีความผิดทางอาญาต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 100 ประกอบด้วยมาตรา 195) สิทธิเรียก

ประชุมวิสามัญนี้ ถือได้ว่าเป็นสิทธิพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งที่ต้องใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการบริหารงานของกรรมการบริษัทได้ แต่การที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นต้องมีหุ้นจำนวนที่กำหนด หรือจำนวนผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าคน เพื่อมิให้มีการเรียกประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้นโดยพร่ำเพรื่อหรือโดยไม่มีเหตุผล เพราะถ้ากฎหมายบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งหรือทุกคนโดยไม่มีระบุจำนวนหุ้นขั้นต่ำหรือจำนวนผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกประชุมได้จะเป็นการเปิดโอกาสให้กับผู้ถือหุ้นที่ไม่สุจริตกระทำการจัดขวางหรือก่อความไม่สะดวกในการปฏิบัติงานของกรรมการบริษัทได้

## 2. สิทธิในการร่วมประชุมและออกเสียง

ผู้ถือหุ้นทุกคนมีสิทธิเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นด้วยตนเองหรืออาจจะมอบฉันทะให้บุคคลอื่นเข้าประชุมออกเสียงลงคะแนนแทนก็ได้ โดยบุคคลซึ่งเป็นผู้รับมอบฉันทะนั้นจะต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว แต่การมอบฉันทะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้มอบฉันทะและนำมามอบให้แก่ประธานกรรมการ หรือผู้ที่ประธานกรรมการกำหนด ณ สถานที่ประชุมก่อนผู้รับมอบฉันทะเข้าประชุมและในการประชุมผู้ถือหุ้นนั้นต้องมีผู้ถือหุ้นและผู้รับมอบฉันทะมาประชุมไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าคนหรือไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดและต้องมีหุ้นนับรวมกันไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 102-103 ) การที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเข้าประชุมและลงคะแนนเสียงนั้น เนื่องจากการประชุมบริษัทเป็นการประชุมที่ให้ผู้ถือหุ้นรับรู้กิจการของบริษัท ให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติกิจการต่างๆที่จำเป็นต่อการดำเนินงานของบริษัท หรือเป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติว่าต้องมีการประชุมเพื่อให้ผู้ถือหุ้นมีส่วนร่วมในการพิจารณา เช่น การพิจารณางบดุลของบริษัท ทั้งนี้ เพราะผู้ถือหุ้นทุกคนมีส่วนได้เสียในกิจการของบริษัท ถึงแม้บริษัทจะมีสภาพเป็นนิติบุคคลที่มีตัวตนแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นก็ตาม หรือการที่บริษัทมีกำไรหรือขาดทุนจากการประกอบกิจการย่อมมีผลกระทบต่อเงินปันผลที่ผู้ถือหุ้นจะได้รับ จึงจำเป็นต้องให้ผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีโอกาสบริหารงานได้เข้าร่วมประชุม เพื่อดูแลกิจการที่ตนมีส่วนได้เสียนั้น นอกจากนี้การออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นนั้น ผู้ถือหุ้นที่มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในเรื่องใด ผู้ถือหุ้นนั้นจะไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องนั้น เว้นแต่เป็นเรื่องการออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งกรรมการซึ่งผู้ถือหุ้นสามารถออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งกรรมการได้เสมอ แม้ในกรณีที่ตนเองสมัครรับเลือกตั้งเป็นกรรมการ (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 33 วรรค 2 )

### (9) สิทธิตรวจสอบเอกสารและหลักฐานต่างๆของบริษัทมหาชนจำกัด

นอกจากสิทธิของผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการประชุม การแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการและผู้สอบบัญชี การอนุมัติงบดุลแล้ว ผู้ถือหุ้นมีสิทธิอีกประการหนึ่งในการควบคุมการบริหารงานของกรรมการหรือคณะกรรมการของบริษัท กล่าวคือ สิทธิในการตรวจสอบเอกสารและหลักฐานต่างๆ



ของบริษัท ซึ่งเป็นสิทธิเกี่ยวกับการรับรู้ข้อเท็จจริงอีกประการหนึ่ง เช่น มีสิทธิตรวจสอบสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นและหลักฐานประกอบการลงทะเบียนได้ในระหว่างเวลาทำการของผู้เก็บรักษาทะเบียนผู้ถือหุ้น โดยผู้เก็บรักษาทะเบียนผู้ถือหุ้นจะกำหนดเวลาได้แต่ต้องไม่น้อยกว่าวันละ 2 ชั่วโมง และถ้าผู้ถือหุ้นที่มีความประสงค์จะขอคัดสำเนาทะเบียนผู้ถือหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนหลังจากที่ตรวจดูเอกสารแล้ว โดยให้บริษัทรับรองความถูกต้องได้ด้วยและเสียค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนด (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 63) หรือมีสิทธิขอตรวจบันทึกรายงานการประชุมคณะกรรมการและรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น หรือตรวจงบดุลบัญชีกำไรขาดทุนและรายงานของผู้สอบบัญชีของบริษัท (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 96 และ 126 ) อนึ่ง บุคคลใดหรือผู้ถือหุ้นเมื่อได้เสียค่าธรรมเนียมแล้ว มีสิทธิตรวจหรือคัดข้อความหรือเอกสารใดๆเช่น คำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท หนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับหรือการเปลี่ยนแปลงกรรมการ เพิ่มทุน บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น เป็นต้น (พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 10)

#### (10) สิทธิการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น

สิทธิข้อนี้ถือเป็นสิทธิที่สำคัญอีกประการหนึ่งของผู้ถือหุ้น ซึ่งก็คือสิทธิในการฟ้องคดีในส่วนของ การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นนี้ถือเป็นมาตรการขั้นสุดท้ายอีกประการหนึ่งที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นให้ได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้นๆ ให้แก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้น โดยการฟ้องต่อศาล

การฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นนั้น พจะแบ่งแยกออกเป็น 2 ประการคือ

1. การฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของผู้ถือหุ้นเพื่อประโยชน์ส่วนตัว
  2. การฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทโดยส่วนรวม
- ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

#### 1. การฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของผู้ถือหุ้นเพื่อประโยชน์ส่วนตัว

การฟ้องคดีเช่นนี้เป็นการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นอาศัยสิทธิเฉพาะตัวของตนเองในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งของบริษัทตามพื้นฐานของสัญญาที่ว่าด้วยความเป็นสมาชิกของบริษัท เพื่อใช้สิทธิดังกล่าวในการฟ้องร้องบริษัท หรือกรรมการหรือบุคคลอื่นๆซึ่งกระทำการใดให้ตนได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นเหตุมาจากการผิดสัญญาหรือละเมิดก็ตาม หรืออาจเป็นการฟ้องร้องเพื่อป้องกันและรักษาไว้ซึ่งสิทธิของตนในฐานะผู้ถือหุ้น และอาจเป็นการฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ของตนเองเป็นการส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ซึ่งตกอยู่ในสภาพเช่นเดียวกับตนเองก็ได้

นอกจากนี้การฟ้องร้องคดีในลักษณะนี้อาจจะเป็นการฟ้องโดยกลุ่มของผู้ถือหุ้นได้ หากพวกเขาต้องเสียประโยชน์ในลักษณะเดียวกัน

ในการที่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีในลักษณะเช่นนี้นั้น ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดลักษณะของการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นโดยตรงไว้ซึ่งอาจจะแบ่งแยกได้ ดังนี้

1. เพื่อบังคับให้มีการจ่ายเงินปันผลตามที่ประกาศจ่ายเงินปันผลออกไป
2. เพื่อบังคับใช้สิทธิในการเข้าตรวจสอบหนังสือสำคัญของบริษัทหรือทะเบียนผู้ถือหุ้น
3. เพื่อป้องกันและคุ้มครองต่อสิทธิของตนอันเกิดจากการถูกฉ้อโกงซึ่งจะทำให้ผลประโยชน์ที่ตนจะได้รับตามสัดส่วนต้องลดน้อยถอยลง
4. เพื่อบังคับใช้สิทธิในการลงคะแนนเสียง
5. เพื่อดำเนินการคัดค้านการออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้พิทักษ์ผลประโยชน์ (trustee)
6. เพื่อให้รับผิดชอบต่อการกระทำนอกเหนืออำนาจ
7. เพื่อให้มีการค้นหาข้อเท็จจริงจากบุคคลภายในบริษัท ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในลักษณะที่มีได้เปิดเผยให้ทราบตามควร

8. เพื่อทราบข้อเท็จจริงจากผู้สอบบัญชี

9. เพื่อบังคับให้เลิกบริษัท

สำหรับในกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีได้โดยตรงภายใต้เงื่อนไข 4 ประการด้วยกัน คือ

1. เมื่อการฟ้องนั้นเป็นการฟ้องเพื่อกล่าวหาว่าบริษัทได้กระทำการหรือเตรียมกระทำการเกินอำนาจ
2. เมื่อเป็นการฟ้องว่าบริษัทได้กระทำการให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในเรื่องสำคัญโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย
3. เมื่อเป็นการฟ้องร้องเพื่อกล่าวหาว่าเป็นการกระทำผิดต่อสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถือหุ้น
4. เมื่อเป็นการฟ้องโดยมีสาเหตุมาจากกลุ่มผู้ควบคุมกิจการบริษัทสมคบกันฉ้อโกงผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย
5. การฟ้องร้องในกรณีอื่นที่กฎหมายอนุญาต

ตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น การที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิในการฟ้องคดีลักษณะนี้ส่วนใหญ่เป็นการฟ้องร้องโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายอื่น นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทโดยตรง กล่าวคือ มักจะเป็นการฟ้องร้องโดยอาศัยบทกฎหมายในเรื่องละเมิดและสัญญา อันเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนโดยตรง แต่สำหรับในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนที่ว่าด้วยบริษัทจำกัดนั้น เห็นได้ว่าให้สิทธิของผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องคดีในนามของตนเองได้โดยตรงเพียง 2-3 กรณีเท่านั้น กล่าวคือ

กรณีทีหนึ่ง กฎหมายให้สิทธิผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่ หากว่าการประชุมใหญ่นั้นได้นัดเรียกหรือให้ประชุมกันหรือได้ลงมติฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัท ดังที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1195 และมาตรา 108 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) ซึ่งการร้องขอต่อศาลในกรณีดังกล่าวนี้ยังมีได้มีความแน่ชัดว่าเป็นการที่ผู้ถือหุ้นฟ้องร้องบริษัทหรือกรรมการอันเนื่องมาจากได้ทำความเสียหายให้ผู้ถือหุ้นโดยตรง แต่เป็นการร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการปฏิบัติงานของบริษัทที่ผิดระเบียบและบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น

กรณีที่สอง กรณีที่กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องร้องต่อกรรมการบริษัท ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นนั้นๆ ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากกรรมการบริษัทได้แจ้งข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะทางการเงินของบริษัท หรือจัดทำบัญชี หรือบัญชีกำไรขาดทุน หรือรายงานประชุมผู้ถือหุ้นหรือรายงานการประชุมคณะกรรมการอันเป็นเท็จ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) มาตรา 94 ซึ่งมาตรการของกฎหมายที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีเช่นนี้ นับว่าเป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นอย่างมากประการหนึ่ง แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติในความเช่นนี้ไว้ในการที่จะให้สิทธิผู้ถือหุ้นโดยตรงในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากกรรมการบริษัท เมื่อกรรมการได้กระทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับความเดือดร้อนเสียหายด้วยเหตุในลักษณะนี้ เพราะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มิได้ตระหนักถึงความสำคัญในการเปิดเผยข้อเท็จจริงแก่ผู้ถือหุ้นเท่าที่ควร อันนับได้ว่าเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้น

กรณีที่สาม เป็นกรณีที่กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องกรรมการบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1170 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อการใดซึ่งกรรมการคนใดได้กระทำไปได้รับอนุมัติของที่ประชุมใหญ่แล้ว ท่านว่ากรรมการนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้อนุมัติหรือต่อบริษัทอีกต่อไป

(วรรคสอง) ท่านห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้ให้อนุมัติด้วยนั้นฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาหกเดือนนับแต่วันทีที่ประชุมใหญ่ผู้ถือให้ความอนุมัติแก่การเช่นนั้น”

จากบทบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่กรรมการบริษัทได้กระทำการใดๆ ไปโดยได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นแล้ว แม้จะเกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้จะยังหมายถึง กิจการที่กรรมการได้กระทำไปก่อนที่มีประชุมใหญ่จะให้การอนุมัติแต่เป็นการกระทำนอกเหนือขอบอำนาจ หรือกระทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทโดยปราศจากความระมัดระวัง จากนั้นกรรมการจึงได้นำเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ หากที่ประชุมใหญ่ได้ให้สัตยาบันหรือได้ให้อนุมัติภายหลังแล้ว กรรมการก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่ได้ให้อนุมัติอีกต่อไป

แต่สำหรับผู้ถือหุ้นที่มีได้ให้การอนุมัตินั้น กฎหมายยังให้สิทธิที่จะฟ้องกรรมการผู้กระทำความเสียหายนั้นได้ ซึ่งมีความเห็นว่า สิทธิของผู้ถือหุ้นที่มีได้ให้อนุมัติในที่ประชุมใหญ่ในการฟ้องกรรมการในกรณีนั้นเป็นสิทธิเฉพาะในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากกรรมการในฐานะส่วนตัว เฉพาะความเสียหายเฉพาะตัวของผู้ถือหุ้นเท่านั้น มิใช่เป็นการฟ้องร้องให้กรรมการต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทแต่อย่างใด กล่าวคือ มิใช่เป็นการที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท ทั้งนี้ เนื่องมาจากที่ว่า ในมาตรา 1170 นั้นมิได้บัญญัติไว้แจ้งชัดแล้วว่าเมื่อที่ประชุมได้อนุมัติกรรมการก็พ้นจากความผิดอันมีต่อ

#### 1. บริษัท

#### 2. ผู้ถือหุ้นที่ได้อนุมัติ

จึงเท่ากับว่าบริษัทหมดสิทธิที่จะเรียกร้องต่อกรรมการอีกต่อไป ฉะนั้น ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ให้อนุมัติจะฟ้องร้องกรรมการแล้วก็ไม่น่าจะมีสิทธิฟ้องแทนบริษัทโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องของบริษัทได้อีก แต่ต้องเป็นการฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องเฉพาะตัวของตนเองหรือกลุ่มผู้ถือหุ้นก็มีได้ให้อนุมัติโดยตรงเท่านั้น

แต่ในเรื่องสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีเช่นนี้ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า การที่ผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้ให้การอนุมัติฟ้องคดีต่อกรรมการในตามมาตรา นั้น เป็นการฟ้องคดีเพื่อให้กรรมการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บริษัท<sup>2</sup>

แต่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนพ.ศ. 2535(แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ซึ่งมีข้อความบัญญัติว่า “กรรมการคนใดกระทำการใดที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว แม้ต่อมาจะมีการเพิกถอนมตินั้น กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นต่อบริษัทผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท” จึงเห็นได้ว่าถึงแม้ว่ากรรมการได้ทำความเสียหายต่อบริษัทก็ตาม หากว่าที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัทหรือต่อผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทต่อไป โดยมีได้เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ให้อนุมัติด้วยนั้นฟ้องคดีต่อกรรมการอย่างใดเลย โดยกฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ถือหุ้นทุกคนต้องยอมผูกพันตามมติของที่ประชุมใหญ่ แม้ว่าตนจะต้องเสียหายก็ตาม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายได้โดยง่ายและหมดโอกาสที่จะต่อสู้หรือปกป้องสิทธิหรือผลประโยชน์

<sup>2</sup> ประกาศนํ อวยชัย . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท พ.ศ. 2522 , หน้า 233 อ้างในจักรทิพย์ ดัชนีประศาสน์ .“มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถือหุ้น” (วิทยานิพนธ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2525) , หน้า 180

ของตน เนื่องจากการตัดทอนอำนาจในการฟ้องคดีนี้ ก็เท่ากับเป็นการตัดกำลังอำนาจของผู้ถือหุ้น ในการปกป้องผลประโยชน์ที่ตนควรมีควรได้อย่างสิ้นเชิง

จากหลักการในบทบัญญัติบริษัทมหาชนพ.ศ. 2535(แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) นี้ ทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งเน้นถึงความสำคัญของผู้ถือหุ้นรายใหญ่และมติของที่ประชุมใหญ่มากกว่าจะพิจารณาลงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นข้างน้อย โดยได้คำนึงถึงความเสียหายที่ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้รับอนุมัติในที่ประชุมจะต้องได้รับแต่อย่างไรเลย ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นไปในทำนองเดียวกับ The rule in Foss v. Harbott ในกฎหมายอังกฤษ ในปี ค.ศ.1843 ซึ่งวางหลักไว้ว่า

The proper plaintiff in an action in respect of a wrong alleged to be done to a company in prima facie the company and, where the alleged wrong is any transaction which might be made binding on the company by a simple majority of members, no individual member can bring an action in respect of it.

In the other words, the company is normally the proper plaintiff in an action to enforce a duty owed to the company by directors or controlling shareholders, and where the breach of duty can be condoned by an ordinary resolution of the members in general meeting, no individual member or minority of members may sue. A general meeting may be held so that the members may by ordinary resolution decide whether to sue or not”<sup>3</sup>

หลักเกณฑ์ในคดีของ Foss v. Harbott นี้เอง ทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากสามารถเอาผิดเอาเปรียบ และกระทำการอันไม่เป็นธรรมต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยได้อย่างเต็มที่โดยผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้อนุมัติในที่ประชุมซึ่งเป็นฝ่ายแพ้มติที่ประชุม ไม่มีอำนาจใดที่จะต่อต้านได้ ในคดีดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่กรรมการบริษัทขายที่ดินของตนเองให้แก่บริษัทโดยใช้อำนาจหน้าที่ในฐานะกรรมการจ่ายเงินของบริษัทให้แก่ตนเองสูงกว่าราคาที่ดินที่แท้จริง จากนั้นก็อาศัยอำนาจของที่ประชุมใหญ่รับรองการกระทำนั้นอีกทีหนึ่ง

จึงเห็นได้ชัดว่าผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้อนุมัติให้ที่ประชุมด้วยกันนั้นได้รับความเสียหายเป็นอย่างยิ่ง และในปัจจุบันกฎหมายของประเทศอังกฤษเองก็ได้วางแนวทางใหม่เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิในการฟ้องคดีต่อกรรมการในกรณีเช่นนี้ได้หากว่าผู้ถือหุ้นข้างน้อย ถูกฉ้อโกงหรือได้รับความเสียหายจากผู้ถือหุ้นข้างมาก และแม้ว่าจะมีมติของที่ประชุมใหญ่รับรองการกระทำที่เป็นการฉ้อโกงเอาเปรียบนั้นก็ตาม ด้วยเหตุผลที่ว่าไม่มีข้อมติใดๆจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นที่จะคุ้มครองปกป้องผู้ที่กระทำการฉ้อโกงหรือทุจริตต่อผู้ถือหุ้นกลุ่มน้อยได้ เพราะฉะนั้นแล้วจะไม่สามารถเอาผิดกับผู้กระทำผิดได้เลย

<sup>3</sup> Robin Hollington , *Minority Shareholders right*,(London: Sweet&maxwell,1990),p.42

## 2. การฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทโดยส่วนรวม (Derivative Action)

ตามปกติแล้วเมื่อบุคคลใดกระทำการให้บริษัทได้รับความเสียหายโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว บริษัทย่อมเป็นผู้มีสิทธิโดยตรงในการฟ้องคดีจากบุคคลผู้กระทำความเสียหายให้แก่บริษัทนั้น ทั้งนี้ เพราะบริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากไปจากผู้ถือหุ้น ฉะนั้น บริษัทจึงเป็นผู้มีสิทธิและอำนาจในการฟ้องคดีได้โดยตรงตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่โดยที่การดำเนินกิจการต่างๆ ของบริษัทจะต้องขึ้นอยู่กับ การดำเนินงานของกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัทและมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอีกทีหนึ่ง เมื่อเป็นเช่นนี้หากว่าผู้มีอำนาจฟ้องคดีนามของบริษัทปฏิเสธที่จะให้บริษัทฟ้องคดีโดยตรง เพื่อป้องกันผลประโยชน์ของบริษัทแล้ว ก็จะมีผลให้บริษัทและผู้ถือหุ้น โดยส่วนรวมทั้งหมดได้รับความเสียหายได้ ตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่าง Foss v. Harbott ซึ่งเป็นคดีที่กรรมการทำความเสียหายให้แก่บริษัทและกรรมการนั้นก็ปฏิเสธ ไม่ยอมให้บริษัทฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายจากตนเองให้แก่บริษัท ย่อมทำให้บริษัทและผู้ถือหุ้น ได้รับความเสียหาย

เมื่อมีปัญหาลักษณะนี้เกิดขึ้น กฎหมายจึงได้วางกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองบริษัทและผู้ถือหุ้นเอาไว้มิให้ต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศแรกที่ริเริ่มให้ผู้ถือหุ้นเข้ามามีอำนาจในการฟ้องคดีต่อผู้กระทำความเสียหายแก่บริษัทได้ แม้ว่าในทางนิติบัญญัติแล้ว ผู้ถือหุ้นจะไม่ใช่ผู้เสียหายโดยตรงแต่เป็นผู้เสียหายโดยทางอ้อมคือ เสียหายในมูลค่าของผลประโยชน์ที่เขาควรจะได้รับจากบริษัทลดลงก็ตาม แต่การที่กฎหมายให้อำนาจแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีเช่นนี้ มิใช่เป็นการฟ้องโดยอาศัยสิทธิส่วนตัวของผู้ถือหุ้นโดยตรง หากแต่เป็นการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นฟ้องโดยอาศัยสิทธิของบริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายที่แท้จริงหรือกล่าวได้ว่าเป็นการฟ้องร้องในนามของบริษัท และผลประโยชน์ที่ได้จากการฟ้องคดีนี้จะต้องตกเป็นของบริษัทโดยตรงทั้งหมด มิใช่ของผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์แต่อย่างใด ผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์เป็นเพียงทำหน้าที่เป็นผู้ปกครองประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นอื่นๆ โดยส่วนรวมเท่านั้น ซึ่งเขาก็จะได้รับประโยชน์โดยทางอ้อม การฟ้องคดีโดยตรงโดยใช้สิทธิของบริษัทนี้ ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษเรียกว่า Derivative Action ซึ่งเป็นการให้สิทธิในการฟ้องคดีแก่ผู้ถือหุ้น โดยอาศัยหลักแห่งความยุติธรรมเป็นที่ตั้ง Derivative Action นอกจากจะเป็นการฟ้องโดยอาศัยสิทธิของบริษัทแล้ว ยังมีความหมายรวมถึงการที่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดี เพื่อประโยชน์ของกลุ่มผู้ถือหุ้นที่ตกอยู่ในสภาพเดียวกันอีกด้วย เนื่องจากว่าการกระทำบางอย่างของกรรมการหรือบุคคลใดๆ อาจเป็นผลเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นหลายคนด้วยกัน ฉะนั้น แทนที่จะให้ผู้ถือหุ้นแต่ละคนทำการฟ้องคดีเองหรือรวมกลุ่มกันฟ้องคดี การฟ้องอาจจะทำได้โดยผู้ถือหุ้นผู้เดียวเป็นผู้ฟ้องคดีเพื่อให้เกิดผลแก่ผู้ถือหุ้นทั้งกลุ่มเลยก็ได้ (Class Action) แต่การฟ้องคดีแบบ Derivative Action ซึ่งทำโดยผู้ถือหุ้นคนเดียวฟ้องคดีเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มผู้ถือหุ้น ในสภาพเดียวกัน (Class Action) นั้นมีความแตกต่างไปจากการที่ผู้ถือหุ้นได้ฟ้องคดีแทนกลุ่มผู้ถือหุ้น ในลักษณะการเป็นตัวแทนประเภทธรรมดาของผู้ถือหุ้นอื่นๆ

ที่มอบอำนาจในการฟ้องคดีได้ กล่าวคือ ถ้าหากว่าเป็นการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นโจทก์นั้นได้รับมอบอำนาจเต็มจากผู้ถือหุ้นอื่นให้ฟ้องคดีแทนตน ในลักษณะการตั้งตัวแทนตามปกติแล้ว ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นตัวแทนนั้นย่อมมีอำนาจเต็มที่ในการดำเนินคดีในฐานะตัวแทน โดยเขาอาจจะถอนฟ้องหรือยับยั้งการฟ้องได้ตามความพอใจของเขา และผู้ถือหุ้นอื่นๆที่ได้รับมอบอำนาจให้ก็จำต้องผูกพันจากการดำเนินคดีของเขาซึ่งเป็นตัวแทนด้วย ฉะนั้น หากผู้ถือหุ้นที่เป็นตัวแทนนั้นได้ถอนฟ้องคดีหรือประนีประนอมยอมความโดยไม่สุจริต ซึ่งอาจเป็นเพราะได้รับสินบนจากจำเลยหรือเหตุอื่นใดก็ตาม ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆย่อมหมดโอกาสที่จะทำคดีขึ้นมาฟ้องซ้ำได้อีกเลย และต้องผูกพันในการถอนฟ้องนั้นด้วย แต่ถ้าหากว่าเป็นการฟ้องคดีในลักษณะ Derivative Action ซึ่งทำเพื่อประโยชน์ของกลุ่มผู้ถือหุ้นแล้ว การถอนฟ้องจะทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลภายหลังจากได้แจ้งให้ผู้ถือหุ้นทั้งหมดทราบแล้วเท่านั้น นอกจากนี้ ในกรณี Class Action ผลของการดำเนินคดีจะผูกพันผู้ถือหุ้นทุกคนในกลุ่มนั้น แม้ว่าเขาจะไม่ใช้โจทก์ที่ยื่นฟ้อง แต่ถ้าเป็นการฟ้องโดยกลุ่มของผู้ถือหุ้นมอบอำนาจหรือตั้งตัวแทนไปฟ้องแล้ว ผลของคดีจะผูกพันเฉพาะผู้ถือหุ้นที่ได้มอบอำนาจไปเท่านั้น คำว่า Derivative Action จึงมีความหมายถึง action in the right of a corporation หรือ secondary action by shareholders หรือ action to enforce a secondary right on the part of shareholders

เรื่องที่กฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่จะทำการฟ้องคดีแบบ Derivative Action ได้คือ

1. เพื่อให้มีการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่เกินอำนาจหน้าที่ ทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย
2. เพื่อให้กรรมการบริษัท พนักงานของบริษัท ผู้สอบบัญชีชดเชยค่าเสียหายแก่บริษัท อันเนื่องมาจากการละทิ้งหน้าที่ หรือไม่ได้ทำหน้าที่โดยสุจริตและจงรักภักดีต่อบริษัท
3. เพื่อให้รับผิดชอบเมื่อมีการออกจำหน่ายหุ้นโดยไม่ถูกต้อง
4. เพื่อให้ชดเชยต่อการแบ่งปันเงินปันผลที่ไม่มีความเป็นธรรม
5. เพื่อทวงหนี้จากบุคคลภายนอกบริษัท หรือให้ชดเชยความเสียหายให้แก่บริษัท

สำหรับกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น Derivative Action มักจะเป็นการใช้ในการฟ้องร้องเกี่ยวกับกรรมการทำความเสียหายให้แก่บริษัทและการฉ้อฉลต่อเสียงผู้ถือหุ้นข้างน้อย เช่น

1. การบังคับซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นรายย่อย
2. การถอดถอนกรรมการผู้ซึ่งทำหน้าที่ด้วยความสุจริตก่อนออกจากตำแหน่ง
3. การลงมติในที่ประชุมโดยทุจริตต่อบริษัทและประโยชน์ของผู้ถือหุ้น โดยส่วนรวม

ในกฎหมายไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 บัญญัติไว้ว่า “ถ้ากรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท บริษัทจะฟ้องร้องเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นมาก็ได้

(วรรคสอง) อนึ่งการเรียกร้องเช่นว่านี้ เจ้าหนี้ของบริษัทจะเป็นผู้เรียกบังคับก็ได้ เท่าที่เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องแก่บริษัทอยู่”

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) ให้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องของบริษัทได้ ในมาตรา 85 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำหรือละเว้นการทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทหรือผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณีอาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่ง รวมกับผู้ถือหุ้นอื่นซึ่งถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆจะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

(2) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้บริษัทเกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดรวมกับผู้ถือหุ้นอื่น ซึ่งถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ผู้ถือหุ้นซึ่งดำเนินการตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้น กระทำหรือละเว้นการทำการอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย หรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้วแต่กรณี”

ซึ่งหลักการนี้ปรากฏมาตั้งแต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521 แล้ว และในมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) บัญญัติว่า “ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชน หรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะแจ้งให้ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง”

ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้อีก ทั้งนี้ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่ฝ่าฝืน



ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งรวมกับผู้ถือหุ้นอื่นซึ่งถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือน นับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสามมาบังคับใช้โดยอนุโลม”

บทบัญญัติมาตรานี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปจากที่บัญญัติไว้เดิมในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2521 ซึ่งกำหนดให้กรรมการสามารถค้าแข่งกับบริษัทได้หากได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงของผู้ถือหุ้นที่มาประชุม รวมทั้งความในวรรคสองในการที่ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการได้หากมีมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุม บริษัทจะถือเข้าเอากิจการที่กรรมการคนนั้นได้กระทำไปโดยลำพังตนเอง เสมือนว่าเป็นกิจการที่ได้กระทำไปในนามของบริษัทก็ได้ จึงเห็นว่าตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2521 มีบทบัญญัติที่เปิดกว้างในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นจากกระบวนการลงมติในอัตรา 2/3 ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุม แต่บทบัญญัตินี้ได้ถูกยกเลิกไปและใช้ข้อความใหม่แทน

การนำบทบัญญัติมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสามมาบังคับใช้โดยอนุโลม (apply mutatis mutadis) นั้นหมายความว่า นอกจากกฎหมายจะให้สิทธิผู้ถือหุ้นคนหนึ่งรวมกับผู้ถือหุ้นอื่นซึ่งถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดใช้สิทธิเรียกร้องของบริษัทฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการแล้ว กฎหมายยังให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นดังกล่าวร้องขอต่อศาลเพื่อให้สั่งกรรมการผู้นั้นระงับการประกอบกิจการค้าแข่งกับบริษัทได้ นอกจากนี้ ยังให้สิทธิผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องคดีนั้น ขอศาลสั่งให้กรรมการผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้อีกด้วย

แต่ผู้ถือหุ้นที่ทำการฟ้องคดีตามมาตรา 86 นั้น อาจจะไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่ถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นทำการค้าแข่งกับบริษัทจนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย (กล่าวคือ ในกรณีที่กรรมการผู้นั้นได้เลิกประกอบการค้าแข่งกับบริษัทไปก่อนที่ผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องคดีเข้าถือหุ้นในบริษัท แต่ในขณะที่ผู้ถือหุ้นนั้นเข้ามาในบริษัท บริษัทยังคงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากกรรมการผู้นั้นได้อยู่ ภายใต้บังคับแห่งอายุความ) ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติในมาตรา 86วรรคสี่มาใช้บังคับด้วย แต่ประการใด

จากบทบัญญัติของกฎหมายในสามมาตราดังกล่าวข้างต้นนั้น กฎหมายจะให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องคดีต่อศาลแทนบริษัทหรือโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องของบริษัทได้ต่อเมื่อบริษัทไม่ยอมฟ้องคดีหรือไม่ยอมใช้สิทธิเรียกร้องนั้นแล้วเท่านั้น ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่า เมื่อใดจึงจะได้ความเป็นที่แน่ชัดว่าบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี หรือกล่าวง่าย ๆ ว่า เมื่อใดผู้ถือหุ้นจึงจะเริ่มใช้สิทธิดังกล่าวฟ้องคดีได้ โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 มิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสิทธิ

ของผู้ถือหุ้นจะเกิดขึ้นหรือกล่าวง่ายๆว่า เมื่อใดจึงจะถือได้ว่าบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี เพราะหาก กรรมการบริษัทซึ่งมีหน้าที่ฟ้องคดีในนามของบริษัทมิได้ยอมรับว่าบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี แต่กลับอ้างว่า บริษัทกำลังเตรียมการฟ้องคดีอยู่ (แต่ยังไม่ได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลเสียที) กรณีเช่นนี้จะถือว่า บริษัทไม่ยอมฟ้องคดีได้หรือยัง

แต่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 85 และ มาตรา 86 ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ค่อนข้างจะชัดเจน โดยเฉพาะในมาตรา 86 วรรค 3 ว่าสิทธิ การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นจะมีขึ้นเมื่อผู้ถือหุ้นได้รับแจ้งเป็นหนังสือไปยังบริษัทให้ดำเนินการแล้วแต่ บริษัทมิได้ใช้สิทธิเรียกร้องนั้น

ฉะนั้น ในกรณีตามมาตรา 1169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็น่าจะนำหลัก เกณฑ์ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ในเรื่องนี้มาใช้ ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวด้วยว่า สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีจะมีขึ้นเมื่อใดแน่ แต่ทางที่ดีที่ สุด ผู้เขียนเห็นว่า ควรจะมีการแก้ไขมาตรา 1169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่ โดย กำหนดหลักเกณฑ์ให้แน่ชัดว่า กรณีอย่างไรจึงถือว่าบริษัทไม่ยอมฟ้อง เพื่อมิให้เกิดปัญหาในทาง ปฏิบัติได้

นอกจากนี้ ตามบทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยยังให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นให้ฟ้องคดีเพื่อ เรียกค่าสินไหมทดแทนได้เฉพาะจากกรรมการบริษัทเท่านั้น หากว่าความเสียหายเช่นว่านั้น เกิดจาก การกระทำของบุคคลอื่น เช่น พนักงานของบริษัท หรือผู้สอบบัญชี หรือผู้ถือหุ้นและบริษัทไม่ยอม ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถือหุ้นก็ไม่มีอำนาจใดที่จะอาศัยสิทธิของบริษัทในการฟ้องคดีต่อบุคคลเช่นว่านั้น ได้ นอกจากจะคอยฟ้องกรรมการเท่านั้น ซึ่งอาจจะไม่ได้ประโยชน์ต่อบริษัทมากเท่ากับการเปิดโอกาส ผู้ถือหุ้นอาศัยสิทธิของบริษัทฟ้องผู้กระทำความเสียหายแก่บริษัทได้โดยตรง

ยิ่งไปกว่านั้นในมาตรา 1169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังให้สิทธิผู้ถือหุ้นที่ จะฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเรียกร้องต่อกรรมการของบริษัทได้เฉพาะในเรื่อง “การเรียกค่า สินไหมทดแทน” เท่านั้น แต่มิได้มีบทบัญญัติตอนใดที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นโดยชัดแจ้ง ที่จะฟ้องคดี ต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำซึ่งอาจเกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ ดังเช่นที่กำหนดไว้ใน มาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จึงเท่ากับว่ากฎหมายมิได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการ ป้องกันการกระทำอันอาจเกิดความเสียหายเท่าที่ควร แต่ต้องให้ความเสียหายนั้นๆเกิดขึ้นแก่บริษัท โดยชัดแจ้งก่อนแล้วจึงจะมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนในภายหลัง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายควร จะแก้ไขให้รัดกุมมากกว่าที่เป็นอยู่โดยเอาหลักการในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาใช้เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นมากกว่าที่เป็นอยู่

เรื่องที่ควรพิจารณาอีกเรื่องหนึ่งคือ กรณีที่บุคคลภายนอกทำความเสียหายให้แก่บริษัท และบริษัทไม่ทำการฟ้องคดีโดยอาจเป็นเพราะกรรมการได้สมคบคิดกับบุคคลภายนอกในการฉ้อโกงบริษัทหรือเหตุอื่นใดก็ตาม ผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิอย่างไรหรือไม่ที่จะป้องกันความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่บริษัท ซึ่งหมายถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นด้วย

ในเรื่องนี้กฎหมายของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่จะอาศัยสิทธิของบริษัทฟ้องคดีต่อบุคคลต่างๆ ไม่ว่าจะ เป็นบุคคลภายในหรือบุคคลภายนอกที่ทำความเสียหายแก่บริษัทไว้หากบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี นับว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นอย่างมากที่ให้อำนาจฟ้องคดีเช่นนี้ เพราะหากว่ากฎหมายให้อำนาจแก่ผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิของบริษัทฟ้องคดีได้เฉพาะกรรมการเท่านั้น ย่อมมีช่องทางที่บริษัทและผู้ถือหุ้นจะได้รับความเสียหายได้มาก เช่น บุคคลภายนอกทำความเสียหายให้แก่บริษัทอย่างมากเกินกว่าความสามารถของกรรมการที่จะชำระค่าสินไหมทดแทนจากเหตุดังกล่าวได้ ดังนั้น การฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการก็ไม่อาจจะทำให้บริษัทได้รับการชำระหนี้เท่ากับจำนวนบริษัทที่ต้องเสียหายไป

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ไม่มีบทบัญญัติตอนใดเลยที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิของบริษัทฟ้องคดีเรียกค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลภายนอกบริษัทหรือลูกหนี้ของบริษัทได้เลย หากบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี กฎหมายให้สิทธิเฉพาะฟ้องกรรมการบริษัทเท่านั้นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ฉะนั้น เมื่อกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทมิได้ให้สิทธิและอำนาจแก่ผู้ถือหุ้นไว้โดยชัดแจ้งแล้ว จึงมีปัญหาว่าจะนำกฎหมายในลักษณะอื่นมาปรับเพื่อให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทได้หรือไม่เมื่อบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าตามกฎหมายไทย ยังไม่มีบทบัญญัติในเรื่องใดเลยที่นำมาปรับใช้ให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อบุคคลภายนอกหรือลูกหนี้ของบริษัทได้อย่างชัดเจน สำหรับเรื่องทีพอจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับคล้อยเคียงกัน น่าจะนำมาพิจารณาได้ก็คือ การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 233 ว่า “ถ้าลูกหนี้ขัดฉ้อไม่ยอมใช้สิทธิเรียกร้องหรือเพิกเฉยเสียไม่ใช้สิทธิเรียกร้องเป็นเหตุให้เจ้าหนี้เสียประโยชน์ไซ้ ท่านว่าเจ้าหนี้จะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นในนามตนเองแทนลูกหนี้ป้องกันสิทธิของตนในมูลหนี้นั้นก็ไ้ เว้นแต่ในข้อที่เป็นการของลูกหนี้ส่วนตัวโดยแท้”

จากมาตราดังกล่าว หากจะนำมาปรับในกรณีนี้แล้ว จะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าหนี้ของบริษัทเสียก่อนแล้วผู้ถือหุ้นจึงจะอาศัยสิทธิเรียกร้องของบริษัทซึ่งเป็นลูกหนี้ ฟ้องคดีต่อลูกหนี้ของบริษัทอีกทอดหนึ่ง แต่การที่จะถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าหนี้ของบริษัทในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องคดีนั้น จะอาศัยเหตุผลตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตราใด และถ้าถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าหนี้ของบริษัทแล้ว มูลหนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทเกิดขึ้นเมื่อใด ผู้เขียนเห็นว่า หากจะพิจารณาว่า

ผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าของบริษัทก็ต้องพิจารณาว่า การที่บริษัทไม่ยอมฟ้องคดีนั้นทำให้บริษัทได้รับความเสียหายอันเป็นผลกระทบโดยตรงให้ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นที่จะได้ตามมูลค่าหุ้นของตนจากบริษัทต้องลดน้อยถอยลงจากบริษัทโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตราใด ผู้เขียนเห็นว่า หากจะพิจารณาว่าผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าของบริษัทก็ต้องพิจารณาว่า การที่บริษัทไม่ยอมฟ้องคดีนั้นทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย อันเป็นผลกระทบโดยตรงให้ประโยชน์ของผู้ถือหุ้นที่จะได้ตามมูลค่าหุ้นของตนจากบริษัทต้องลดน้อยถอยลงจากการดำเนินงานของบริษัทโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้นบริษัทจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดแก่ผู้ถือหุ้นจากกรณีดังกล่าว จึงเท่ากับว่าบริษัทตกอยู่ในฐานะจะต้องชำระค่าเสียหาย(ชำระหนี้)ให้แก่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจึงมีฐานะเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท จากนั้นจึงอาศัยสิทธิเรียกร้องของบริษัทซึ่งมีต่อลูกหนี้ของบริษัท ฟ้องคดีต่อลูกหนี้ของบริษัทได้

แต่ทางฝ่ายลูกหนี้ของบริษัทก็อาจมีช่องทางในการต่อสู้ผู้ถือหุ้นได้เช่นกัน หากผู้ถือหุ้นฟ้องคดีโดยอาศัย “การใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้” เป็นฐานแห่งสิทธิและอำนาจในการฟ้องคดี กล่าวคือ ลูกหนี้ของบริษัทอาจต่อสู้ได้ว่า ผู้ถือหุ้นไม่มีอำนาจฟ้องเพราะมิใช่เป็นเจ้าหนี้ของบริษัท โดยอาศัยเหตุผลว่า บริษัทจะตกเป็นลูกหนี้ของผู้ถือหุ้นและมีหน้าที่ต้องชำระค่าเสียหายอันเกิดจากการดำเนินกิจการให้ผลประโยชน์ตามมูลค่าของผู้ถือหุ้นต้องลดลงโดยมิชอบด้วยกฎหมายยังมีได้ เพราะความเสียหายจากการที่ผลประโยชน์ในมูลค่าหุ้นลดลงนั้น จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ บริษัทหมดสิทธิเรียกร้องจากลูกหนี้ของบริษัทแล้ว เช่น คดีขาดอายุความ ความเสียหายเช่นนั้นจึงจะปรากฏมีขึ้นได้ เพราะหากสิทธิเรียกร้องของบริษัทอันมีต่อลูกหนี้ของบริษัทยังคงมีอยู่ เพียงแต่ยังไม่ฟ้องคดี ความเสียหายของบริษัทก็ยังไม่เกิดขึ้น ความเสียหายจะเกิดเมื่อบริษัทไม่ได้รับชำระหนี้แล้วเท่านั้น ฉะนั้น ความเป็นเจ้าหนี้ของผู้ถือหุ้นที่มีต่อบริษัทจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ ถ้าบริษัทยังไม่ได้รับความเสียหายที่แท้จริง ผู้ถือหุ้นจะอ้างสิทธิว่าเป็นเจ้าหนี้ของบริษัทได้ต่อเมื่อบริษัทไม่อาจเรียกร้องเอาชำระหนี้ดังกล่าวจากลูกหนี้ของบริษัทแล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้ แม้ผู้ถือหุ้นจะกลายเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท ขึ้นมาก็มีอาจจะฟ้องร้องเอากับลูกหนี้ของบริษัทได้อีกต่อไป เพราะสิทธิเรียกร้องของบริษัทอันมีต่อลูกหนี้ของบริษัทได้หมดสิ้นไปแล้ว ซึ่งลูกหนี้ของบริษัทสามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ผู้ถือหุ้นของบริษัทได้ ตามมาตรา 236 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

“จำเลยมีข้อต่อสู้ลูกหนี้เดิมอยู่อย่างใด ๆ ท่านว่าจะยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ได้ทั้งนั้น เว้นแต่ข้อต่อสู้ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อยื่นฟ้องแล้ว”

แต่อย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวนี้ ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทยวินิจฉัยเอาไว้เป็นบรรทัดฐาน ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า หากกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้ถือหุ้นก็ควรจะต้องฟ้องคดีโดยอาศัยการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงที่สุดแล้ว เพราะมิฉะนั้นแล้ว ผู้ถือหุ้นไม่อาจจะอาศัยอำนาจฟ้องจากหลักกฎหมายอื่นได้ อีกประการหนึ่งผู้ถือหุ้นถือว่าบริษัทต้องเสียหายตั้งแต่ลูกหนี้ของบริษัทผิดนัดชำระหนี้ต่อบริษัทได้

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายไทยควรจะมีการแก้ไขปรับปรุงในเรื่องดังกล่าวนี้เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นมากกว่าที่เป็นอยู่ เพราะหากกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้วก็จะจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นในทางปฏิบัติอย่างมาก สิทธิการฟ้องร้องของผู้ถือหุ้นในการฟ้องลูกหนี้ของบริษัท โดยอาศัยสิทธิเรียกร้องของบริษัทนี้ กฎหมายไทยควรให้สิทธิดังกล่าวต่อผู้ถือหุ้นอย่างชัดเจน ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะการให้สิทธิฟ้องคดีต่อกรรมการอย่างเดียว ยังไม่เพียงพอในการให้ความคุ้มครองแก่บริษัทและผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเท่าที่ควร กฎหมายควรให้อำนาจแก่ผู้ถือหุ้นในการอาศัยสิทธิเรียกร้องของบริษัทฟ้องคดีต่อบุคคลใดๆ ก็ตามที่ทำความเสียหายให้แก่บริษัท หากว่าบริษัทไม่ยอมใช้สิทธิเรียกร้องนั้น

อย่างไรก็ดีในประเด็นเกี่ยวกับการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นนี้ ก็ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นไว้นำพิจารณาคือ ในการที่กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีได้เองนั้น โดยทั่วไปแล้วนับว่าเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นเป็นอย่างยิ่งที่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวเพื่อการคุ้มครองและรักษาผลประโยชน์ของตน แต่ถ้าหากผู้ถือหุ้นนำสิทธินี้ไปใช้ในทางที่ผิดก็อาจจะทำให้บริษัทได้รับความเสียหายได้ กล่าวคือ ถ้าผู้ถือหุ้นแต่ละคนต่างได้ฟ้องร้องบริษัทหรือกรรมการด้วยสาเหตุเพียงเล็กน้อยและมีการฟ้องคดีเช่นนี้ติดต่อกันและซ้ำๆ กันก็ย่อมจะทำให้การดำเนินงานของบริษัทไม่ได้รับความสะดวกเท่าที่ควรและอาจเสียหายได้ในที่สุด

ในกรณีตามกฎหมายไทยนั้น หากมีผู้ถือหุ้นหลายคนใช้สิทธิของตนฟ้องคดีต่อบริษัท หรือใช้สิทธิของบริษัทฟ้องกรรมการในเรื่องเดียวกันแล้วหรือเกี่ยวเนื่องกันแล้ว ศาลอาจจะออกคำสั่งให้พิจารณาคดีเหล่านั้นรวมกันได้

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา อาจใช้วิธีชะลอการพิจารณาคดีที่ฟ้องในลำดับที่หลังไว้ก่อนเพื่อรอคอยผลการพิพากษาของคดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องในคดีแรกเพื่อจะทำให้การฟ้องในลำดับหลังๆ มีน้ำหนักขึ้นหรือเพื่อให้คำฟ้องของผู้ถือหุ้นในลำดับหลังๆ ถูกยกฟ้องไปโดยคำสั่งศาล เพื่อป้องกันมิให้เกิดความรำคาญและความไม่สะดวกแก่บริษัทในกรณีถูกฟ้องซ้ำแล้วซ้ำอีกโดยผู้ถือหุ้นต่างรายกันก็ได้ ทั้งนี้โดยอาศัยคำพิพากษาของศาลในคดีแรกเป็นเกณฑ์

แต่อย่างไรก็ดี การรวมกันฟ้องคดีหรือการชะลอการพิจารณาคดีของศาล ยังมีใช้เป็นมาตรการที่ดีพอ ในการแก้ไขปัญหาการฟ้องซ้ำซ้อนจากผู้ถือหุ้นหลายๆ คน หรือการฟ้องโดยไม่สุจริตได้ ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้กำหนดกฎหมายการฟ้องโดยผู้ถือหุ้นอาศัยสิทธิของบริษัทในการฟ้องร้องคดี (Derivative Action) ไว้ใน Federal Rule of Civil Procedure โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ

1. ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ถือหุ้นในขณะที่เกิดการซื้อขายดำเนินธุรกิจของบริษัทตามฟ้องนั้นจริง
2. ห้ามทำการถอนฟ้องโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล และ โดยไม่ได้มีคำสั่งของศาลให้ถอนฟ้องอื่นๆ ที่ตกอยู่ในสภาพเดียวกัน

3.ฝ่ายผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์จะต้องนำเงินมาวางประกันค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องของบริษัท ซึ่งรวมทั้งค่าทนายความด้วย

4.กำหนดให้มีการจ่ายเงินค่าปรับหรือชดใช้ค่าเสียหายต่อบุคคลของบริษัทที่ถูกฟ้องนั้น

ข้อกำหนดดังกล่าวนี้ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ก็ได้นำมาเป็นข้อกำหนดของการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นเช่นกัน โดยนำมาใช้เฉพาะข้อกำหนดในการเป็นผู้ถือหุ้นในขณะเดียวกัน (ข้อ 1) เท่านั้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นที่เข้ามาใหม่ทำการฟ้องคดีก่อความเสียหายให้หรือซื้อหุ้นจากผู้ถือหุ้นเดิมมาเพื่อจะฟ้องคดีกลั่นแกล้งกรรมการบริษัท

สำหรับการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชนจำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ไม่มีข้อกำหนดใดๆในเรื่องนี้เลย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากเป็นบริษัทเอกชนจำกัดแล้ว ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถือหุ้นในขณะที่มีการกระทำความผิดต่อบริษัทแต่อย่างใด เพราะกฎหมายมิได้มีข้อกำหนดตัดสิทธิในการฟ้องคดีเอาไว้

ในประเด็นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นการที่กฎหมายให้อำนาจแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีนั้น นับว่าเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นเป็นอย่างยิ่งที่สามารถจะมีสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองป้องกันผลประโยชน์ของบริษัทรวมทั้งของตนเองด้วย แต่เนื่องจากการฟ้องคดีนั้น จะต้องเสียเงินค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นอย่างมาก เช่น ค่าธรรมเนียมศาล ค่าทนายความ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ จึงมีปัญหาค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นนั้นใครจะเป็นคนออก เพราะถ้าหากว่าผู้ถือหุ้นต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากในการดำเนินคดี แม้ว่าจะเพื่อประโยชน์ของบริษัทก็ตาม ผู้ถือหุ้นก็จำต้องไตร่ตรองชั่งน้ำหนักก่อนแล้วว่าผลที่จะได้นั้นคุ้มค่าเงินค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปหรือไม่ หากไม่คุ้มกันหรือว่าคุ้มแต่ผู้ถือหุ้นไม่มีเงินในการดำเนินคดีแล้ว ก็ย่อมจะเป็นอุปสรรคสำคัญมิให้ผู้ถือหุ้นสามารถปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทได้อย่างเต็มที่

ในกฎหมายของประเทศไทย ทั้งในบทบัญญัติของบริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มิได้กำหนดไว้ในเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเลยว่าใครจะเป็นผู้จ่ายเงินนั้น จะเป็นบริษัทหรือผู้ถือหุ้น

ผู้เขียนเห็นควรพิจารณาได้ดังนี้

- 1.ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของตนเองประโยชน์ของตนเองโดยตรง
- 2.ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัท

ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้คือ

- 1.ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของตนเองประโยชน์ของตนเองโดยตรง

การฟ้องร้องในลักษณะนี้ ส่วนใหญ่จะเป็นการฟ้องที่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีต่อบริษัทหรือกรรมการ โดยกล่าวอ้างได้ว่าทำความเสียหายให้กับตน และผลของคดีที่ออกมาจะเป็นประโยชน์เฉพาะตัวผู้ถือหุ้นนั่นเอง หรือผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ที่ตกอยู่ในสภาพเดียวกัน

ฉะนั้น ในเรื่องการใช้จ่ายในการฟ้องคดีเช่นนี้ ผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์ก็จำเป็นต้องเป็นผู้รับผิดชอบ ออกเงินของตนเองทั้งหมดโดยไม่เกี่ยวข้องกับเงินของบริษัท ตามหลักการฟ้องคดีทั่วไป ซึ่งถ้าผู้ถือหุ้นนั้น ขณะคดีบริษัทหรือกรรมการบริษัท แล้วแต่กรณี ผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์ก็จะได้รับการชดใช้ค่าธรรมเนียมศาลคืนจากฝ่ายจำเลยและค่าทนายตามที่ศาลตั้ง ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์จึงต้องชั่งน้ำหนักดูเองว่าเขาควรจะฟ้องคดีหรือไม่

แต่ถ้าหากว่า การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นนี้เป็นการฟ้องเพื่อประโยชน์ของกลุ่มผู้ถือหุ้นที่ตกอยู่ในสภาพเดียวกัน ในลักษณะ Class Action หรือผลแห่งคำพิพากษาในคดีที่เขาฟ้องนั้นทำให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีของเขาด้วยแล้ว เขาก็ควรจะมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นอื่นซึ่งได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีของเขามีส่วนร่วมในการออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่เขาฟ้องด้วย โดยถือว่าเข้าลักษณะการจัดการงานนอกตั้ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 395 เพราะเขาได้ทำการสมประโยชน์ของผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ แม้ว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์นั้นจะมิได้รับการว่า ขานวานใช้จากผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ให้ฟ้องคดีเพื่อพวกเขาก็ตาม

## 2. ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัท

กรณีการฟ้องโดยผู้ถือหุ้นในลักษณะนี้ เป็นการที่ผู้ถือหุ้นได้เข้าดำเนินการแทนบริษัท เมื่อบริษัทปฏิเสธที่จะใช้สิทธิเรียกร้องของบริษัท ฉะนั้น โดยหลักแล้วค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีบริษัท ควรจะเป็นผู้รับผิดชอบ เพราะบริษัทคือผู้เสียหายที่แท้จริง และเป็นผู้จะได้รับประโยชน์จากคำพิพากษาของศาลตามกฎหมาย มิใช่ประโยชน์ของผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์โดยตรง

ในการฟ้องคดีเช่นนี้ตามบทบัญญัติเรื่องหุ้นส่วนบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการให้ผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการในกรณีบริษัทไม่ยอมฟ้อง ฉะนั้นจึงเป็นที่แน่นอนว่าค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเช่นนี้บริษัทจะไม่ออกให้ผู้ถือหุ้นแน่ๆ เพราะผู้ที่จะอนุมัติจ่ายเงินของบริษัท คือ กรรมการบริษัท และผู้ที่ตกเป็นจำเลยในคดีนี้ก็คือกรรมการบริษัท ฉะนั้นในทางปฏิบัติ เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิใช้เงินของบริษัทในการฟ้องคดีเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทในกรณีนี้ได้ ผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์ก็จะต้องออกเงินค่าใช้จ่ายของตนเองในการดำเนินคดีดังกล่าว ถ้าการฟ้องนั้นผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์ขณะคดีและเป็นประโยชน์แก่บริษัทเขาก็จะได้การชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีคืนจากบริษัท แต่ถ้าการฟ้องคดีนั้นผู้ถือหุ้นเป็นผู้แพ้คดีหรือไม่เป็นประโยชน์แก่บริษัทแล้ว ผู้ถือหุ้นนั้นก็มิได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายต่างๆที่เขาเสียไปในการฟ้องคดีกลับคืนมา ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ก็เหมือนกับหลักของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น การที่กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทนั้น ในทางปฏิบัติอาจจะไม่ค่อยเกิดประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นมากเท่าที่ควร หากกฎหมายไม่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีให้เหมาะสมรัดกุม เพราะผู้ถือหุ้นมักไม่ค่อยกล้าเสี่ยงฟ้องคดี โดยตนเสียค่าใช้จ่ายเอง หากว่าเป็นเงินจำนวนมาก เพราะเกรงว่าอาจจะไม่คุ้มกับผลที่ได้รับ

ในบางกรณีผู้ถือหุ้นเป็นโจทก์ อาจจะได้เห็นว่า การฟ้องคดีเองนั้นมีทางชนะและเป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นจำนวนมาก แต่เขาไม่มีเงินมากพอที่จะทรงจ่ายในการดำเนินคดีแทนบริษัท ผู้ถือหุ้นนั้นจึงไม่สามารถฟ้องคดีได้ จึงต้องปล่อยให้บริษัทต้องเสียหายต่อไป

ในปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายควรจะกำหนดเงื่อนไขที่ให้ผู้ถือหุ้นมีโอกาสที่จะใช้เงินของบริษัททรงจ่ายไปก่อน ในการฟ้องคดีแทนบริษัทมิใช่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นใช้เงินของบริษัทได้เลย ตามบทบัญญัติในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กรณีเช่นนี้ กฎหมายให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์วางเงินประกันในการฟ้องคดีหรือวางหลักทรัพย์อื่นต่อบริษัท(ทั้งนี้ตามที่ศาลสั่ง) และบริษัทเป็นผู้ทรงออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีนั้น หากการฟ้องนั้นเป็นประโยชน์แก่บริษัท ผู้ถือหุ้นก็จะได้รับเงินประกันคืน หากบริษัทไม่ได้ประโยชน์เท่าที่ควรหรือได้ประโยชน์น้อยกว่าค่าใช้จ่ายที่เสียไป ผู้ถือหุ้นจะรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายนั้นๆ

ตามหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายไทยน่าจะนำมาใช้ด้วย จริงอยู่ที่อาจมองได้ว่า ผู้ถือหุ้นก็จำเป็นต้องหาเงินมาวางประกันค่าใช้จ่าย และอยู่ในฐานะเสี่ยงต่อการสูญเสียเงินประกันได้เช่นกัน แต่การที่กฎหมายมีข้อกำหนดเช่นนี้ยังเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นที่เขาจะขังใจตนเองว่าจะเสี่ยงหรือไม่ หากเขาจะฟ้องก็มีทางทำได้ คือมีทางให้บริษัทต้องออกเงินทรงรองเป็นค่าใช้จ่ายได้ แต่ถ้ากฎหมายไม่เปิดโอกาสเลย ผู้ถือหุ้นที่เห็นว่าควรจะฟ้องก็ไม่รู้จะหาเงินค่าใช้จ่ายมาจากไหน ในกรณีที่เขาไม่มีเงินสด ทั่วๆไปที่คดีของเขามีโอกาสที่จะชนะอย่างมาก อีกประการหนึ่ง การจะวางเงินประกันเท่าใดนั้น ให้ศาลเป็นผู้สั่งซึ่งควรจะเป็นเงินจำนวนไม่มากนักเมื่อเทียบกับทุนทรัพย์ในคดีหรือค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี

แต่ถ้าหากกฎหมายได้กำหนดให้บริษัทจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในกรณีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทโดยไม่มีเงื่อนไขที่รัดกุมแล้วก็เป็นทางให้บริษัทต้องเสียหายได้ง่ายเช่นกัน หากคดีที่ผู้ถือหุ้นอาศัยสิทธิของบริษัททำการฟ้องร้องนั้นไม่เป็นประโยชน์แก่บริษัทเท่าที่ควรหรือไม่คุ้มกับค่าใช้จ่ายที่บริษัทต้องเสียไป ฉะนั้น การพิจารณาแต่ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทก็ไม่ใช่ว่าสิ่งที่จะต้องแต่อย่างใด

#### 4.2 การคุ้มครองสิทธิตามลักษณะของหุ้นที่ถือ (หุ้นบุริมสิทธิ)

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นบุริมสิทธิเพียงประเภทเดียว เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญจะเป็นกระบวนการที่คุ้มครองการออกเสียงลงคะแนนซึ่งเป็นสิทธิประการหนึ่งที่กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันคุ้มครองอยู่แล้ว ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 4.1.1 (5) สิทธิการเลือกตั้งและถอดถอนกรรมการในบริษัทมหาชนจำกัด จึงไม่ขอนำมากล่าวซ้ำอีก ดังนั้น ในบทนี้จึงขอกล่าวถึงสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเป็นสำคัญ

เพื่อให้เข้าใจหุ้นบุริมสิทธิได้ชัดเจนขึ้น และเป็นการตอบคำถามที่ว่าเหตุใดการคุ้มครองหุ้นบุริมสิทธิจึงต้องมีลักษณะเป็นพิเศษกว่าหุ้นสามัญหรือหุ้นตัวอื่นๆ เมื่อพิจารณาถึงนิยามหรือ



ลักษณะของหุ้นชนิดต่างๆดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 เมื่อเปรียบเทียบหุ้นบุริมสิทธิกับหุ้นสามัญแล้วจะเห็นว่าทั้งหุ้นบุริมสิทธิและหุ้นสามัญต่างก็เป็นหุ้นทุนของบริษัท แต่หุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิพิเศษต่างไปจากหุ้นสามัญ เช่น สิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลการคืนทุน โดยทั่วไปหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับสิทธิดังกล่าวดีกว่าหุ้นสามัญ อย่างไรก็ตามสิทธิที่จะเป็นบุริมสิทธิดังกล่าวจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ จึงอาจสรุปได้ว่านอกจากส่วนที่กำหนดไว้เป็นสภาพและขอบเขตแห่งบุริมสิทธิแล้ว หุ้นบุริมสิทธิก็จะมีสิทธิและหน้าที่ในเรื่องอื่นๆที่เป็นพื้นฐานเช่นเดียวกับหุ้นสามัญ และหุ้นบุริมสิทธิก็ยังมีลักษณะพิเศษต่างไปจากหุ้นกู้ อันเป็นการกู้ยืมเงินของบริษัท ในขณะที่หุ้นบุริมสิทธิถือได้ว่าเป็นหุ้นส่วนทุนของบริษัทและผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอยู่ในฐานะเสมือนเจ้าของทุนตามสัดส่วนแห่งหุ้นที่ตนถืออยู่ในบริษัท ผู้ถือหุ้นกู้กลับอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ของบริษัท ดังนั้น หุ้นทั้งสองประเภทนี้จึงแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด

สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบางกรณีเป็นสิทธิเดียวกับสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ และเป็นสิทธิทั่วไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่เดิมตามข้อ 4.1 และ 4.2.1 ดังนั้น ในหัวข้อ 4.2.2 นี้ จะขอกล่าวถึงสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่จะพิจารณาเป็นกรณีพิเศษ ดังนี้

1. การได้รับเงินปันผล
2. การแปลงสภาพหุ้น
3. การคืนทุนเมื่อเลิกกิจการ
4. การลด/เพิ่มสิทธิออกเสียง
5. การไถ่ถอนบุริมสิทธิ
6. สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่

โดยจะอธิบายเป็นหัวข้อ ดังนี้

#### 1. การได้รับเงินปันผล

บุริมสิทธิที่สำคัญที่สุดที่ให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็คือ เงินปันผล การกำหนดสิทธิในเงินปันผลเป็นสิ่งที่จูงใจที่สำคัญที่บริษัทเสนอให้กับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ การกำหนดเงินปันผลให้มากและได้รับก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ ตลอดจนการมีส่วนร่วมรับ (participate) กับหุ้นสามัญและการได้รับสิทธิสะสม (cumulative) เหล่านี้ นับเป็นแง่ดีในเรื่องเงินปันผลที่บริษัทมักจะเสนอให้กับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ

การกำหนดเงินปันผลที่เสนอให้กับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ มีด้วยกันหลายลักษณะ เช่น

(1) การกำหนดให้ได้รับเงินปันผลก่อน คือ ได้รับเงินปันผลอันเป็นส่วนแบ่งออกกำไรก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ

(2) การกำหนดอัตราเงินปันผลเป็นร้อยละ เช่น บริษัทอาจกำหนดว่า ให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลอันเป็นส่วนแบ่งของกำไรของบริษัทในแต่ละปีก่อนผู้ถือหุ้นสามัญใน

อัตราเท่ากับร้อยละ 20 ของมูลค่าหุ้นบุริมสิทธิแต่ละหุ้นที่ถือ หรือ ร้อยละ 10 ของมูลค่าหุ้นที่ได้ชำระแล้วในแต่ละหุ้นที่ตนถือ หรือในอัตราร้อยละ 6 และคำนวณจ่ายตามเงินที่ได้ชำระแล้ว

(3) การกำหนดอัตราเงินปันผลอิงกับดอกเบี้ยสถาบันการเงิน เช่น กำหนดว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับเงินปันผลอันเป็นส่วนแบ่งของกำไรของบริษัทก่อนผู้ถือหุ้นสามัญในอัตราดอกเบี้ยเงินฝากประจำหนึ่งปี ซึ่งจะเป็นอัตราสูงสุดของธนาคารพาณิชย์ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยได้กำหนดในแต่ละปีที่มีการประกาศจ่ายเงินปันผล และคำนวณจ่ายตามจำนวนที่ได้ชำระแล้ว ดังนั้น การจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะนี้ก็คือ ณ วันที่มีการประกาศจ่ายเงินปันผล อัตราดอกเบี้ยสูงสุดของเงินฝากประจำหนึ่งปีของธนาคารพาณิชย์ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดมิใช่เป็นเช่นไร อัตราเงินปันผลที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับก็คงเป็นเช่นเดียวกัน

(4) การกำหนดสิทธิร่วมรับ หมายถึง การกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลอันเป็นส่วนแบ่งของผลกำไรของบริษัทก่อนผู้ถือหุ้นสามัญอีกครั้งหนึ่งภายหลังที่ได้รับเงินปันผลในอัตราที่กำหนดไว้ของตนแล้ว ทั้งนี้ เงินปันผลที่จะนำมาแบ่งให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในสิทธิร่วมรับนี้ต้องเป็นเงินปันผลที่เหลือจากการที่ได้แบ่งให้ผู้ถือหุ้นสามัญแล้ว ซึ่งโดยปกติในบริษัททั่วไปมักไม่กำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในข้อนี้ไว้ และในบางกรณีก็พบว่า แม้มีการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิร่วมรับก็ตาม แต่ก็อาจมีข้อสงวนสิทธิไว้ว่า “เว้นแต่เสียส่วนใหญ่ของผู้ถือหุ้นสามัญกลุ่ม ก. จะให้ความเห็นชอบเป็นอย่างอื่น”

(5) การกำหนดสิทธิสะสม (cumulative) หมายถึง กรณีกำหนดสิทธิไว้ว่า ในปีใดที่บริษัทไม่ประกาศจ่ายเงินปันผลในปีใด แต่ต่อมาประกาศจ่ายเงินปันผลแล้ว ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิประเภทนี้มีสิทธิสะสมย้อนหลังนับปีที่ไม่ได้จ่ายเงินปันผลนั้น ซึ่งสิทธิในข้อนี้ก็พบได้ยากอีกเช่นกัน

ปัญหาในเรื่องการได้รับเงินปันผลนี้ คงจะอยู่ที่ว่า การกำหนดอัตราเงินปันผลควรเป็นเท่าไร ในมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) บัญญัติว่าหุ้นของบริษัทแต่ละหุ้นต้องมีมูลค่าเท่ากัน และมาตรา 65 ว่าบุริมสิทธิในหุ้นซึ่งได้ออกให้แล้วจะเปลี่ยนแปลงมิได้ จาก 2 มาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกำหนดลักษณะของหุ้นบุริมสิทธิเอาไว้แต่เริ่มแรกจึงเป็นสิ่งสำคัญมาก เนื่องจากเมื่อกำหนดแล้วจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ อีกทั้งเมื่อมาตรา 50 กำหนดให้หุ้นของบริษัทแต่ละหุ้นต้องมีมูลค่าเท่ากันแล้ว ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจึงมีหลักประกันเรื่องสิทธิของตนเพียงแค่นี้ปรากฏในหนังสือบริคณห์สนธิเท่านั้น

ตามมาตรา 1108 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติว่า “วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นๆ เป็นสถานใดเพียงใด หากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท” กล่าวคือ มาตรา 1108 (4) ได้บัญญัติว่าหุ้นบุริมสิทธิจะมีสถานใดเพียงใด ซึ่งการกำหนดอัตราเงินปันผลก็เช่นเดียวกันจะต้องกำหนดให้แน่ชัดว่าสถานใดเพียงใด

ในแนวปฏิบัติของการจดทะเบียนบริษัทเอกชน นายทะเบียนถือหลักว่า การกำหนดอัตราเงินปันผลตามข้อ (2) คือ การกำหนดอัตราเงินปันผลเป็นร้อยละ เช่นร้อยละ 5 ร้อยละ 10 เช่นนี้นับว่าเป็นอัตราที่แน่นอนแล้ว แต่การกำหนดอัตราเงินปันผลตามข้อ (3) คือการกำหนดอัตราเงินปันผลอิงกับดอกเบี้ยสถาบันการเงิน เดิมทีเดิวนายทะเบียนเห็นว่าไม่เป็นการระบุชัดว่าเป็นจำนวนแน่นอนเท่าใด ต่อมาเห็นว่าการกระทำเช่นนี้กระทำได้เพราะธนาคารแห่งประเทศไทยจะประกาศอัตราสูงสุดของธนาคารพาณิชย์ทุกปี แม้ว่าในแต่ละปีอัตราเงินปันผลอาจจะไม่แน่นอนเพราะอัตราดอกเบี้ยเงินฝากของธนาคารพาณิชย์อาจเปลี่ยนแปลงในแต่ละปีได้ แต่ก็มีสภาพที่แน่นอนคือ วันใดที่มีการประกาศจ่ายเงินปันผลก็ถือตามอัตราของธนาคารพาณิชย์ในวันนั้น จึงได้รับการจดทะเบียน อาจกล่าวได้อีกทางหนึ่งว่าอัตราที่แน่นอน (fixed rate) หรือกำหนดอัตราที่สามารถคำนวณได้แน่นอน (accumulate as a fixed rate) นั้น ไม่เป็นปัญหาในการรับจดทะเบียน

แต่หากบริษัทกำหนดเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิตามข้อ 1 คือ มีสิทธิได้รับเงินปันผลในจำนวนสูงกว่าเงินปันผลที่จ่ายให้ผู้ถือหุ้นสามัญ การกำหนดข้อบังคับดังกล่าวเป็นผลให้นายทะเบียนปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน โดยให้เหตุผลว่าเป็นการจ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเป็นอัตราที่ไม่แน่นอน และไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1108(4) ซึ่งบริษัทก็ได้อุทธรณ์ในการไม่รับจดทะเบียนดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า มาตรา 1108 มิได้มีบทบัญญัติใดที่กำหนดว่าจำนวนเงินปันผลของผู้ถือหุ้นจะต้องมีการกำหนดเป็นจำนวนชัดเจนแน่นอน คงมีแต่บทบัญญัติที่กำหนดว่าบุริมสิทธิจะมีอยู่อย่างไรก็ให้ที่ประชุมตั้งบริษัทเป็นผู้กำหนด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1108(4) แต่เพียงว่า “กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมบริษัทคือ... (4)วางข้อกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นๆว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นบริษัท ฯลฯ..” นอกจากบทบัญญัติในมาตรา 1108 (4) ดังกล่าวมานี้แล้วก็หา มีบทบัญญัติอื่นใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดถึงสภาพบุริมสิทธิไว้อีกเลยนอกจากมาตรา 1142 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าบริษัทใดได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้นๆเป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย” ซึ่งทางบริษัทเห็นว่ามาตรานี้เป็นเพียงบทบัญญัติที่คุ้มครองผู้ถือหุ้นว่า ถ้าบริษัทได้กำหนดจะให้บุริมสิทธิแก่ผู้ถือหุ้นอย่างไรแล้ว ก็จะมาเปลี่ยนแปลงภายหลังไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองมิให้ผู้ถือหุ้นถูกหลอกลวงในการซื้อหุ้นบุริมสิทธิว่า เมื่อตอนจะซื้อให้รับทราบว่าจะได้รับบุริมสิทธิอย่างหนึ่ง ครั้นเมื่อซื้อแล้วกลับถูกเปลี่ยนแปลงเป็นอีกอย่างหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 1142 นี้จึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์หรือเกี่ยวข้องกับการกำหนดบุริมสิทธิตอนเริ่มแรกแต่อย่างใด ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายได้เปิดกว้างให้กับบริษัทในการที่จะกำหนดลักษณะของบุริมสิทธิอย่างไรก็ได้ให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ สาเหตุที่กฎหมายไม่เข้ามาแทรกแซงเรื่องการกำหนดสภาพแห่งบุริมสิทธิก็เพราะว่า ในการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนหรือผู้ที่ซื้อหุ้นนั้น ผู้จะซื้อย่อมมีทางเลือกที่จะซื้อหุ้นบุริมสิทธิหรือหุ้นสามัญก็ได้ ดังนั้น หากบริษัทกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับผลตอบแทนหรือบุริมสิทธิต่างๆยิ่งคิดกว่าผู้ถือหุ้น

สามัญเพียงใด ก็ยังจะทำให้ไม่มีผู้สนใจซื้อหุ้นสามัญเพียงนั้น เพราะทุกคนก็ย่อมจะมุ่งไปซื้อหุ้นบุริมสิทธิซึ่งมีสิทธิดีกว่าอย่างมากกันไปหมด จึงเห็นได้ว่ากลไกทางการซื้อขายได้เข้ามาควบคุมในจุดนี้เองอยู่แล้ว ดังนั้น กฎหมายจึงควรควบคุมเพียงประการเดียวตามมาตรา 1142 ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่สุดท้ายแล้วในกรณีนี้ นายทะเบียนก็ยังคงปฏิเสธการจดทะเบียนของบริษัทอยู่ดี โดยให้เหตุผลว่าการกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นก็ต้องกำหนดให้ชัดเจน แต่การกำหนดสภาพบุริมสิทธิแห่งหุ้นของบริษัทนี้ยังถือไม่ได้ว่ามีกำหนดตามที่กฎหมายต้องการ จึงอาจรับจดทะเบียนได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ภาคภาษาอังกฤษ ได้บัญญัติมาตรา 1108 ไว้มีข้อความดังนี้

“The business to be transacted at the statutory meeting is

- (1) .....
- (2) .....
- (3) .....
- (4) The fixing of the number of preference share, if any, to be issued, and the nature and extent of the preferential rights accruing to them
- (5) .....
- (6) .....

ซึ่งก็แปลได้ว่าให้มีการกำหนด (fixing) จำนวน (number) หุ้นบุริมสิทธิถ้าหากจะมีขึ้นในบริษัทซึ่งการกำหนด (fixing) ยังรวมถึงการกำหนด (fixing) สภาพ (nature) และขนาด (extent) ของบุริมสิทธิด้วยว่าจะให้มีเพียงใด ซึ่งจะต้องกำหนด (fixing) เอาไว้ในการประชุมจัดตั้งบริษัท

ตามทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิ นั้น มีความเชื่อและเห็นตรงกันว่าการให้บุริมสิทธิหมายถึงการให้สิทธิที่ดีกว่าหรือการให้สิทธิพิเศษ เช่น การให้อัตราเงินปันผลที่แน่นอน ซึ่งจะได้รับหรือการกำหนดให้บุริมสิทธิได้รับเงินปันผลสูงกว่าหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นการให้สิทธิที่ดีกว่าหรือพิเศษกว่านั่นเอง การกำหนดจ่ายเงินปันผลว่าให้จ่ายเงินแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิสูงกว่าผู้ถือหุ้นสามัญก็ถือเป็นการให้สิทธิที่ดีกว่าเช่นกัน ซึ่งก็รับกับทฤษฎีว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเป็นผู้ได้รับสิทธิพิเศษดีกว่า แต่สำหรับการจด “บุริมสิทธิ” ของบริษัทที่กล่าวไปข้างต้นนี้ จะเห็นว่าตามข้อบังคับที่บริษัทต้องการจดทะเบียน นายทะเบียนให้ความเห็นว่า การกำหนดสภาพบุริมสิทธิไม่เป็นการแน่นอน ซึ่งบริษัทได้อุทธรณ์คำสั่งว่า ตามมาตรา 1108(4) กำหนดไว้ในเรื่องนี้เพียงว่าให้กำหนดบุริมสิทธิที่จะให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิว่าเป็นสถานใดเพียงใดเท่านั้น แต่กฎหมายมิได้บัญญัติว่าจะต้องแน่นอน ซึ่งนายทะเบียนก็ได้ตอบคำอุทธรณ์ดังกล่าวไปว่าการกำหนดสภาพบุริมสิทธิจะต้องกำหนดให้ชัดเจน สิ่งที่นำพิจารณาในประเด็นนี้คือมาตรา 1108(4) จะตีความอย่างไร

ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา 1108 เป็นบทกฎหมายที่บัญญัติในเรื่องกิจการอันพึงกระทำในที่ประชุมบริษัทว่าผู้เริ่มก่อการต้องทำอะไรบ้าง และต้องบันทึกสิ่งที่กระทำไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นหลักฐาน สามารถตรวจสอบได้ และเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก ทั้งนี้เนื่องจาก มาตรา 1111 บังคับให้บริษัทส่งสำเนารายงานการประชุมตั้งบริษัทให้หออทะเบียนด้วย ดังนั้น การตีความมาตรา 1108(4) นี้จึงต้องคำนึงถึงการคุ้มครองบุคคลภายนอกอีกประเด็นหนึ่งว่าการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิจะต้องเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกด้วย

การกำหนดสภาพแห่งบุริมสิทธิเพียงว่า ถ้าหากมีการจ่ายเงินปันผลในทุกคราว ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิย่อมจะได้รับเงินปันผลสูงกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ แต่จะสูงมากหรือน้อยกว่าเพียงใดก็แล้วแต่จะได้กำหนดต่อไป ผลจากการกำหนดสภาพเช่นนี้จะเป็นว่าทุกครั้งในการจ่ายเงินปันผล ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะต้องได้รับเงินปันผลสูงกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเสมอ แต่ก็ขึ้นกับการพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ ซึ่งการกำหนดสภาพแห่งบุริมสิทธิเพียงเท่านี้ก็อาจเป็นช่องทางสำหรับบริษัทที่จะนำข้อกำหนดนี้ไปใช้อย่างไม่เหมาะสมได้ เช่น ในปีที่บริษัทได้กำไร บริษัทประสงค์จะจ่ายเงินปันผลจากกำไรส่วนหนึ่งและเก็บกำไรเข้ามาเป็นกำไรสะสมอีกส่วนหนึ่ง จึงประกาศจ่ายเงินปันผลให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับสูงกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ ซึ่งอาจจะประกาศจ่ายเงินปันผลให้สูงกว่ามากหรือไม่มากกว่าเท่าไร การนำกำไรส่วนน้อยมาจ่ายเป็นเงินปันผลโดยที่กำไรส่วนใหญ่ได้ถูกกันไว้เป็นทุนสำรองจึงอาจเป็นความไม่เหมาะสมประการหนึ่งที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ การเข้าถือหุ้นของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้นก็มีความหวังว่าจะได้เงินปันผลดีกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ ความไม่เหมาะสมนี้จะทวีเห็นชัดในกรณีที่มีการเลิกบริษัทซึ่งจะต้องดำเนินการแบ่งคืนทรัพย์สินและกำไรเกณฑ์ในการแบ่งกำไรก็จะต้องใช้เกณฑ์เดียวกับข้อกำหนดในการจ่ายเงินปันผล ซึ่งก็คือผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็อาจจะได้รับการแบ่งเงินส่วนที่เหลือไม่สูงไปกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเท่าใดนัก ดังนั้น จึงเห็นว่า การกำหนดสภาพบุริมสิทธิในลักษณะเช่นนี้มีแนวโน้มไปในทางไม่เหมาะสมซึ่งเห็นว่าอาจจะเกิดแนวโน้มให้มีการเอาเปรียบเกิดขึ้นได้ อันจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาธารณชนผู้ที่เข้ามาซื้อหุ้นหรือมีธุรกรรมอื่นใดอันเกี่ยวข้องกับบริษัท

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การกำหนดเงินปันผลที่จะจ่ายให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะต้องกำหนดให้ชัดเจน กล่าวคือ เมื่อพิจารณาเทียบบทบัญญัติภาษาอังกฤษแล้วจะพบว่า ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “the fixing” ซึ่งหมายถึงจะต้องกำหนดให้ชัดเจน (fixing) ว่าหุ้นบุริมสิทธิจะมีสถานใดเพียงใดด้วย ดังนั้นการกำหนดเงินปันผลก็เช่นเดียวกันจะต้องกำหนดกันไว้ให้ชัดเจน (ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดเงินปันผลให้ชัดเจน เป็นคนละกรณีกับการกำหนดอัตราแน่นอน) สำหรับกรณีปัญหาการกำหนดให้จ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิสูงกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ เป็นการกำหนดชัดเจนแล้วก็จะเข้าเกณฑ์ตามกฎหมาย กล่าวคืออาจเห็นได้สองแง่ว่าเป็นการกำหนดที่ชัดเจนหรือไม่ชัดเจนได้ทั้งสองกรณี (ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นเป็นการส่วนตัวว่าเป็นการกำหนดที่ชัดเจน (fixing) เข้าเกณฑ์ของกฎหมายแล้ว) แต่ต้องพิจารณาประกอบด้วยว่า

กฎหมายมาตรานี้มีหลักการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่จะต้องเข้ามาเกี่ยวกับหลักฐานทางทะเบียนที่บริษัทจดทะเบียนเอาไว้ กรณีนี้มีแนวโน้มว่าข้อกำหนดเช่นนี้อาจเป็นทางให้บริษัทใช้ไปในทางไม่เหมาะสม อาจกระทบกระเทือนสาธารณชนได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าปัญหานี้ไม่อาจพิจารณาหลักการหรือทฤษฎีกฎหมายเรื่องหุ้นบุริมสิทธิในเรื่องการออกหุ้นบุริมสิทธิว่าเป็นการให้สิทธิที่ดีกว่าประการเดียวจะต้องพิจารณาหลักการหรือทฤษฎีเรื่องการคุ้มครองสาธารณชนหรือบุคคลภายนอกประกอบด้วย ซึ่งในกรณีนี้ควรให้ความสำคัญกับหลักการให้ความคุ้มครองบุคคลภายนอกตามเจตนารมณ์กฎหมายมาตรา 1108(4)

การกำหนดข้อบังคับเรื่องบุริมสิทธิในบริษัทของไทยมักจะเข้าใจกันว่า จะต้องกำหนดการจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในอัตราแน่นอนจึงจะได้รับการจดทะเบียน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความเข้าใจดังกล่าวอาจเป็นการเข้าใจที่คลาดเคลื่อน เพราะเพียงแค่การระบุอัตราที่แน่นอน (fixed rate) ก็จำเป็นการเพียงพอแล้ว ตัวกฎหมายเองก็ได้บัญญัติว่าให้กำหนดแน่นอนเฉพาะอัตรา (rate) แต่ให้กำหนด (fix) ให้แน่นอนในสถานใดเพียงใด จึงควรหมายความว่า การกำหนดเงินปันผลหากกำหนดชัดเจนในสถานใดเพียงใดแล้วก็เข้าเกณฑ์แห่งกฎหมาย

มีข้อน่าสังเกตว่าในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (มลรัฐเดลาแวร์) เองก็ได้บัญญัติว่าการกำหนดจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอาจจะกำหนดในอัตราที่แน่นอน (fixed rate) หรือในอัตราที่มีความสัมพันธ์ (in relation to) กับหุ้นสามัญ ซึ่งถ้าหากบริษัทกำหนดว่าการจ่ายเงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธินั้นให้จ่ายสูงกว่าเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นสามัญแล้ว ก็ถือว่าเป็นการกำหนดในอัตราที่สัมพันธ์กับหุ้นสามัญแล้ว

3. บทบัญญัติซึ่งกล่าวไว้ในเคบ ในบางประเทศกำหนดบทบัญญัติเรื่องนี้ไว้โดยเคบ โดยกำหนดว่าการจ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะต้องเป็นอัตราที่แน่นอน (fixed rate) หรืออัตราที่สามารถคำนวณได้แน่นอน (accumulate as fixed rate)

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดเงินปันผลแห่งหุ้นบุริมสิทธิตามกฎหมายไทยนั้น จัดว่าอยู่ในแบบที่ 1 คือ มีลักษณะกล่าวไว้ลอยๆว่าบริษัทสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิได้และก็มีแนวโน้มว่าเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะกว้างแบบที่ 2 ด้วย แต่มิได้แคบถึงขนาดที่จะต้องกำหนดไว้ให้ต้องเป็นอัตราที่แน่นอน (fixed rate) หรืออัตราที่สามารถคำนวณได้แน่นอน (accumulate as fixed rate) ดังนั้นจึงถือว่ากฎหมายไทยในเรื่องนี้นับว่ามีความยืดหยุ่นอยู่ในตัวและสามารถวินิจฉัยให้มีผลไปในทางใดก็ได้แล้วแต่ความเหมาะสมของสังคมในขณะนั้น

ทฤษฎีกฎหมายในเรื่องการให้ความคุ้มครองสาธารณชนดังที่ได้กล่าวมาอาจได้รับการปลงหรือลดความสำคัญลงหากปัจจุบันเห็นว่าควรปล่อยให้เป็นเรื่องของเสรีภาพของเอกชน ในกิจการค้า โดยเฉพาะหากสถานการณ์ปัจจุบันประชาชนมีความชำนาญในการค้า รัฐจึงไม่ควรแทรกแซงกิจกรรมของเอกชน ดังนั้น จึงควรพิจารณาสภาพสังคมในการประกอบธุรกิจบริษัทของไทยประกอบด้วยซึ่งจะยังผลให้สามารถพิจารณาได้ว่าปัจจุบันนี้ควรยึดถือทฤษฎีใดระหว่างทฤษฎี

กฎหมายเรื่องหุ้นบุริมสิทธิที่ว่าเป็นการให้สิทธิดีกว่าและเข้าเงื่อนไขกฎหมายแล้วก็ใช้ได้กับทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสาธารณชนหรือบุคคลภายนอก กล่าวคือ จะต้องพิจารณาว่าเป็นการกำหนดสิทธิให้ดีกว่าแต่ประการเดียวไม่ได้ จะต้องคำนึงถึงว่าข้อกำหนดนั้นจะกระทบกระเทือนบุคคลภายนอกมากน้อยเพียงใดด้วย

การกำหนดสภาพบุริมสิทธิในเงินปันผล นอกจากปัญหาต่างๆดังที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นมาทำการศึกษามาข้างต้นแล้ว ยังพบว่าในปัจจุบันมีแนวโน้มในการกำหนดให้บุริมสิทธิมีสิทธิที่ดีกว่าหุ้นสามัญไม่มากเท่าใด เช่น มักจะไม่ปรากฏให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิร่วมรับ (participate) ในเงินปันผล และไม่มีสิทธิสะสม (cumulation) หรือการกำหนดอัตราเงินปันผลที่แน่นอนไว้แต่เป็นอัตราต่ำ เช่น ร้อยละ 3 ร้อยละ 5 หรืออาจจะน้อยกว่านั้น อาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยในปัจจุบันนอกจากบริษัทนำบุริมสิทธิมากำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิที่ดีกว่าแล้ว ก็ยังนำเรื่องบุริมสิทธิมากำหนดเพียงให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิแตกต่างกัน และมีแนวโน้มจะได้รับสิทธิซึ่งด้อยไปกว่าในความเป็นจริงทางธุรกิจด้วย

การตีความข้อกำหนดการจ่ายเงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะต่างๆควรอยู่บนพื้นฐานที่ว่าข้อกำหนดข้อกำหนดดังกล่าวจะต้องรับกับหลักการของกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการกำหนดสภาพชัดเจน เพื่อประกาศแจ้งแก่บุคคลภายนอกเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก ส่วนการกำหนดว่าการจ่ายเงินปันผลอาจจะมากกว่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าการยอมรับให้บริษัทกำหนดเช่นนี้สามารถทำได้ เพราะเป็นการส่งเสริมให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับสิทธิดีกว่าซึ่งเป็นการขานรับกับหลักการของกฎหมายในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ กล่าวคือ หลักการให้สิทธิดีกว่านั่นเอง

## 2.การแปลงสภาพหุ้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1142 ได้บัญญัติห้ามเปลี่ยนแปลงสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิ คือบัญญัติว่า “ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้วได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้นๆเป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย”

เหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้/เจ้าหนี้ผู้รับจำนำหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเองด้วยที่จะมีความมั่นใจได้ว่า บุริมสิทธิในหุ้นที่ตนถืออยู่จะไม่ถูกเปลี่ยนแปลง เป็นการสร้างความน่าเชื่อถือให้มีต่อนักลงทุนที่ต้องการจะเข้าถือหุ้นบุริมสิทธิ

หลักในเรื่องห้ามเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิในหุ้นนี้ ปรากฏอยู่ทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) หลักการนี้ห้ามเปลี่ยนแปลงเฉพาะสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิเท่านั้น ส่วนสิทธิประการอื่นที่ไม่ใช่บุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิจะไม่ถูกกระทบกระเทือน อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามวิธีการของกฎหมายเพราะไม่มีกฎหมายห้ามไว้

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) มาตรา 65 วรรคสอง ให้อำนาจบริษัทมหาชนที่จะกำหนดในข้อบังคับให้หุ้นบุริมสิทธิสามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ ดังที่ได้บัญญัติว่า “บุริมสิทธิในหุ้นซึ่งได้ออกให้แล้วจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้”

วรรคสอง การแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญจะกระทำมิได้ เว้นแต่บริษัทจะมีบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีนี้ให้ทำได้โดยผู้ถือหุ้นยื่นคำขอแปลงหุ้นต่อบริษัทพร้อมกับส่งมอบใบหุ้นคืน

วรรคสาม การแปลงหุ้นตามวรรคสองให้มีผลนับแต่วันยื่นคำขอ ในกรณีนี้ให้บริษัทออกใบหุ้นใหม่ให้แก่ผู้ขอภายในสิบสี่วันนับแต่วันได้รับคำขอ”

จึงอาจถือได้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 65 วรรคสองเป็นบทบัญญัติยกเว้นหลักการห้ามเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิ

ในกรณีของบริษัทจำกัด ได้เคยมีปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในปี 2521 กรณีการแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญกรณีบริษัท โรงงานสหกระดาชไทย จำกัดว่า บริษัทจำกัดจะขอเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญได้หรือไม่ กล่าวคือ เปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิจากที่มีอยู่เป็นไม่มีเลย ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าจะทำการเปลี่ยนแปลงในลักษณะดังกล่าวไม่ได้เพราะขัดต่อมาตรา 1142 อย่างไรก็ดี คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นว่าหากบริษัทประสงค์จะทำการเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิให้เป็นหุ้นสามัญจะมีวิธีเดียวที่จะกระทำได้คือโดยวิธีลดทุนและเพิ่มทุน กล่าวคือลดทุนหุ้นบุริมสิทธิลงและเพิ่มทุนโดยการออกหุ้นสามัญใหม่ เหตุผลอีกประการหนึ่งที่คณะกรรมการกฤษฎีกายกขึ้นมาอ้างคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งออกหุ้นออกเป็น 2 ชนิดคือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ สภาพหุ้นแต่ละชนิดแยกจากกันโดยเด็ดขาดและยังคงอยู่ตลอดไปนับแต่เริ่มจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทเป็นต้นมา การยกเลิกหุ้นบุริมสิทธิไม่อาจทำให้หุ้นบุริมสิทธิเปลี่ยนแปลงมาเป็นหุ้นสามัญได้

ในกรณีการขอหารือของกรมทะเบียนการค้าในกรณีธนาคารศรีนครจำกัด ขอดำเนินการเปลี่ยนแปลงมูลค่าหุ้นในบริษัททั้งหมดซึ่งมี 2 หุ้นคือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ จากเดิมมูลค่าหุ้นละ 100 บาทต่อหุ้นเหลือหุ้นละ 10 บาท โดยธนาคารจะเพิ่มจำนวนหุ้นให้มากขึ้นเป็นสัดส่วนเดียวกันเพื่อรักษาทุนจดทะเบียนให้เท่าเดิม สำหรับในส่วนหุ้นบุริมสิทธิซึ่งตามข้อบังคับกำหนดบุริมสิทธิในเรื่องเงินปันผลของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิไว้ว่า ให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลสูงกว่าหุ้นสามัญในจำนวนหุ้นละ 300 บาท มีปัญหาว่าธนาคารจะดำเนินการเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับการกำหนดจ่ายเงินปันผลดังที่กำหนดไว้ดังกล่าวในสัดส่วนเดียวกันได้หรือไม่ คือเมื่อธนาคารลดมูลค่าหุ้นลงสิบเท่าธนาคารก็จะลดบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลของแต่ละหุ้น



ลงสิบเท่าด้วย ซึ่งเทียบอัตราส่วนแล้ว ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็ยังได้รับเงินปันผลในอัตราเดิม ในเรื่องนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าเป็นไปได้ เพราะการปรับสัดส่วนบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล สำหรับหุ้นบุริมสิทธิให้เป็นสัดส่วนเดียวกันกับมูลค่าหุ้นที่ลดลงมิใช่เป็นการแก้ไขบุริมสิทธิมาตรา 1142

จะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าบุริมสิทธิมีการเปลี่ยนแปลงหรือไม่นั้นต้องดูที่ตัวสิทธิ ที่เป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิ ตามปัญหาเป็นเรื่องสภาพบุริมสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลที่ถูกเปลี่ยนไปตาม มูลค่าหุ้นที่ลดลงเป็นสัดส่วน เนื่องจากการกระจายหุ้นโดยไม่ทำให้สัดส่วนเงินปันผลที่ผู้ถือหุ้น บุริมสิทธิจะได้รับตามปกติเปลี่ยนแปลงไป ย่อมถือไม่ได้ว่ามีสภาพแห่งบุริมสิทธิ ตรงกันข้าม หากยังคงให้ใช้ข้อความเดิมที่ให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลมากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญใน จำนวนหุ้นละ 300 บาท โดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงเป็นสัดส่วนแล้ว ผลจะทำให้สิทธิตามหุ้นบุริมสิทธิมี เพิ่มขึ้นจากเดิม เพราะหนึ่งหุ้นเดิมเป็น 10 หุ้นใหม่และได้หุ้นละ 300 บาท จะกลายเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิไปในทางความเป็นจริง

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการแปลงสภาพหุ้นในบริษัทมหาชน ตามมาตรา 65 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ถือเป็น ข้อยกเว้นของหลักที่ว่าหุ้นบุริมสิทธิจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ผลจึงเป็นว่าหุ้นบุริมสิทธิในบริษัท มหาชนจึงสามารถแปลงสภาพได้ ทำให้หุ้นบุริมสิทธิอาจแยกได้เป็นสองชนิดคือหุ้นบุริมสิทธิที่ แปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ กับ หุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญไม่ได้ สิทธิในการแปลง สภาพนี้ได้ผนวกอยู่กับหุ้นบุริมสิทธิ เมื่อได้มีการใช้สิทธิแปลงสภาพจะมีผลให้บุริมสิทธิในหุ้น หมดไป สิทธิในการแปลงสภาพจึงไม่อาจแยกออกมาพิจารณาว่าเป็นหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ แต่อาจ พิจารณาได้ว่า สิทธิในการแปลงสภาพนี้ไม่ใช่เรื่องการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ แต่เป็นการแปลง สภาพของหุ้นจากหุ้นบุริมสิทธิกลายเป็นหุ้นสามัญ เหมือนสิทธิในการแปลงสภาพของหุ้นกู้แปลง สภาพที่เมื่อแปลงสภาพแล้วจะทำให้ผู้ถือหุ้นกู้กลายเป็นหุ้นสามัญ ดังนั้นสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ แปลงสภาพจะมีสิทธิที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิเช่น สิทธิในเงินปันผลบวกกับสิทธิในการแปลงสภาพซึ่ง เป็นสิทธิควบคู่กัน เมื่อกำหนดแล้วจึงเปลี่ยนแปลงไม่ได้เพราะกระทบต่อสิทธิของผู้ถือหุ้น บุริมสิทธินั้น

### 3. การคืนทุนเมื่อเลิกกิจการ

สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในข้อนี้จะมีเมื่อบริษัทประสงค์จะเลิกกิจการ ซึ่งเมื่อ เป็นเช่นนี้แล้ว สิ่งแรกที่บริษัทต้องดำเนินการก็คือ การชำระหนี้ที่ค้างให้แก่บรรดาเจ้าหนี้ของบริษัท ให้ครบถ้วน จากนั้นก็ต้องชำระคืนเงินทุน (capital) แก่ผู้ถือหุ้นตามจำนวนเงินที่ลงทุน

ปัญหาที่น่าพิจารณาในประเด็นการคืนทุนเมื่อเลิกกิจการ คือ การแบ่งทรัพย์สินที่ เหลือจะดำเนินการแบ่งอย่างไร และ ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิชนิดสะสม (cumulative) ซึ่งปรากฏว่ามี จำนวนหลายปีที่บริษัทไม่จ่ายเงินปันผล กรณีเช่นนี้จะปฏิบัติเช่นไร

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการแบ่งทรัพย์สินที่เหลือนี้อาจต้องใช้หลักการเกี่ยวกับการแบ่งกำไรหรือหลักการเกี่ยวกับการแบ่งเงินปันผล เพราะเงินปันผลก็คือเงินกำไรของบริษัทซึ่งแบ่งจ่ายเป็นรายปีนั่นเอง ดังนั้น กรณีของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิหากมีข้อกำหนดเป็นพิเศษในเรื่องเงินปันผลเป็นอย่างไรก็ต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันนั้น เช่น ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนในอัตราร้อยละเท่าใด ก็จะต้องจ่ายทรัพย์สินที่เหลือนั้นคืนแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิไปเช่นนั้นก่อนผู้ถือหุ้นรายอื่น เช่น บริษัทกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิรับเงินปันผลในอัตราร้อยละ 5 ของเงินทุนที่ชำระแล้ว ต่อมาเมื่อบริษัทเลิกประกอบกิจการ บริษัทก็ได้ชำระหนี้เจ้าหนี้ครบถ้วน จากนั้นก็คืนเงินทุนให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทตามจำนวนเงินค่าหุ้นที่ถึงไว้ หากปรากฏว่ายังคงมีทรัพย์สินเหลืออีก เช่นนี้ ก็ถือว่าบริษัทเลิกกิจการโดยมีกำไร บริษัทจะต้องจ่ายทรัพย์สินที่เหลือนี้ให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในอัตราร้อยละ 5 ของเงินทุนชำระแล้ว ตามข้อกำหนดเรื่องการจ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ส่วนกำไรที่เหลือจะแบ่งกันเช่นไรเป็นไปตามมติที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น

ในทำนองเดียวกัน ในกรณีของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิชนิดสะสม (cumulative) การแบ่งทรัพย์สินที่เหลือนั้น ก็ต้องใช้เกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล และในกรณีที่ปรากฏว่าบริษัทมิได้ประกาศจ่ายเงินปันผลหลายปีติดต่อกันจนกระทั่งถึงปีที่มีการเลิกบริษัท ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็จะได้รับสิทธิสะสม โดยได้รับสิทธิทบไปถึงปีที่ไม่มีการจ่ายเงินปันผลนั้นด้วย ถ้าหากยังคงมีทรัพย์สินเหลือภายหลังจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอีก ก็ต้องเป็นไปตามมติที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น

กล่าวคือ เมื่อบริษัทเลิกกิจการแล้ว หากปรากฏว่ามีทรัพย์สินเหลืออยู่ก็จะเรียกว่าบริษัทเลิกกิจการโดยมีกำไรเหลือ ซึ่งเกณฑ์ในการแบ่งทรัพย์สินที่เหลือนี้อาจใช้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งเงินปันผล ก็คือ เกณฑ์ในการแบ่งปันกำไรนั่นเอง

#### 4. การลด/เพิ่มสิทธิออกเสียง

สิทธิออกเสียงเป็นสิทธิสำคัญของผู้ถือหุ้นในอันที่จะใช้สิทธิออกเสียงเพื่อการจัดการบริษัทอันเป็นสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้นดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ปัญหาที่คือสิทธิออกเสียงนี้จะลดสิทธิลงได้หรือไม่และทำนองกลับกันก็จะเพิ่มสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้หรือไม่

##### 4.1 การลดสิทธิออกเสียง

ในส่วนของบริษัทเอกชน ได้เคยมีข้อหาหรือไปยังกรมทะเบียนการค้าในการเพิ่มทุนโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่ โดยการกำหนดอัตราเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในอัตราร้อยละ 12.5 ต่อปีและจ่ายเงินปันผลเก็บสะสม แต่สิทธิออกเสียงให้นับ 5 หุ้นต่อ 1 เสียง และกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะซื้อหุ้นที่ธนาคารจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ ข้อกำหนดบุริมสิทธิในข้อที่ว่า หุ้นบุริมสิทธิมีอัตราเงินปันผลร้อยละ 12.5 ต่อปี ในกรณีปีใดธนาคารมีกำไรไม่เพียงพอจัดสรรจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ก็ให้สะสมค้างเงินปันผลนั้นไว้จ่ายในปีที่ธนาคารมีกำไรเพียงพอเฉลี่ยจนครบตามอัตราตามที่กำหนดไว้ข้างต้น และในข้อที่ว่า ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับทรัพย์สินคืนทุนก่อนหุ้นสามัญ เมื่อมีการชำระบัญชีเลิกบริษัท นั่นคือ

เป็นการกำหนดบุริมสิทธิแห่งหุ้นโดยทั่วไป ซึ่งเป็นการทำได้โดยไม่มีปัญหาอะไร แต่ในข้อที่ว่าการออกเสียงลงคะแนนนั้น ให้นับห้าหุ้นบุริมสิทธิเป็นหนึ่งเสียงนั้น เป็นการกำหนดบุริมสิทธิที่เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้ามีความเห็นเป็นสองฝ่ายคือ

*ฝ่ายแรก* เห็นว่าการกำหนดสิทธิดังกล่าวเป็นเรื่องที่ทำได้เนื่องจาก

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิไว้เพียง 3 มาตรา คือ มาตรา 1108(4) บัญญัติให้ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทวางกำหนดสภาพและบุริมสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิ มาตรา 1111(2) บัญญัติให้จดทะเบียนจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ และมาตรา 1142 บัญญัติห้ามมิให้แก้ไขบุริมสิทธิแห่งหุ้นที่ได้กำหนดไปแล้ว ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวทั้งสามมาตราและบทบัญญัติมาตราอื่นมิได้บัญญัติบังคับไว้เด็ดขาดว่า สภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นบุริมสิทธิจะต้องเป็นอย่างไรไว้ ดังนั้นหุ้นบุริมสิทธิจะมีสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างไรนั้น ย่อมสุดแล้วแต่ที่ประชุมใหญ่ของบริษัทจะได้กำหนดและหรือจัดแจ้งไว้ในข้อบังคับตามมาตรา 1108(4)

2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1183 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองให้บริษัทก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายนี้สามารถวางข้อบังคับเพื่อกำหนดว่าผู้ถือหุ้นจะต้องถือหุ้นถึงจำนวนเท่าใดจึงจะมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้เองมิได้บังคับให้บริษัทจะต้องกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิออกเสียงในการออกเสียงลงคะแนนของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้ หรือมีบทบัญญัติบังคับว่าข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดนั้นจะต้องใช้บังคับแก่หุ้นทุกหุ้นหรือทุกประเภทหรือผู้ถือหุ้นทุกคนโดยเสมอภาคแต่อย่างใด สำหรับบทบัญญัติมาตรา 1182 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการนับคะแนนเสียงในการลงมติโดยวิธีเปิดเผยและลับ ก็เป็นบทบัญญัติที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1177 บริษัทจึงชอบที่จะกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีการนับคะแนนเสียงให้แตกต่างกันได้จากบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวนี้ได้เช่นเดียวกัน

*ฝ่ายที่สอง* เห็นว่าการกำหนดสิทธิดังกล่าวเป็นเรื่องที่ทำได้เนื่องจาก

1. มาตรา 1183 ได้บัญญัติกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงว่าผู้ถือหุ้นต้องมีหุ้นจำนวนเท่าใดจึงจะออกเสียงลงคะแนนนั้นได้ กฎหมายมิได้บัญญัติเฉพาะเจาะจงว่าเป็นหุ้นประเภทหนึ่งประเภทใดไว้ หุ้นตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงต้องหมายถึงหุ้นทุกประเภทที่มีอยู่ในบริษัท ดังนั้น ข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนหุ้นในการออกเสียงลงคะแนนจึงต้องบังคับแก่หุ้นทุกประเภทเสมอกัน บริษัทจะกำหนดสิทธิในการออกเสียงของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้

2. เจตนารมณ์ของกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทมีขึ้นเพื่อที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ หากกรณีบริษัทสามารถที่จะกำหนดสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นให้แตกต่างกันได้แล้ว ย่อมไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ดังกล่าว

กรมทะเบียนการค้า จึงมีหนังสือหารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาใน 2 ประเด็นคือ 1. ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียงโดย

กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิห้าสิบล้านหุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้หนึ่งเสียงแตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นสามัญสิบล้านหุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้หนึ่งเสียงหรือไม่ และ 2.ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเพื่อให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติมาตรา 1222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติให้บรรดาหุ้นที่ออกใหม่ต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นที่เขาถืออยู่ได้หรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้ยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานต่อไป

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยว่า การที่ธนาคารจะเพิ่มทุนของธนาคารโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิในครั้งนี้ปัญหาที่ว่าธนาคารจะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นตามที่ได้หารือมา 2 ข้อนี้สถานใดเพียงใดนั้น เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องการลดทุนและเพิ่มทุนแล้ว จะเห็นว่ามาตรา 1220 ถึงมาตรา 1223 อันเป็นมาตราเกี่ยวกับการเพิ่มทุนนั้น มิได้มีมาตราใดบัญญัติว่าบริษัทจะพึงกำหนดสิทธิและสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิที่จะออกใหม่เพื่อเป็นการเพิ่มทุนของบริษัทได้เพียงใด ปัญหาดังกล่าวนี้จึงต้องพิจารณาจากมาตรา 1108(4) อันเป็นบทบัญญัติที่พอจะนำมาประกอบการพิจารณาปัญหาได้

มาตรา 1108 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “กิจการอันจะพึงกระทำในที่ประชุมบริษัทนั้น คือ ฯลฯ (4) วางกำหนดหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นของบริษัท” จะเห็นได้ว่าถ้อยคำในต้นของมาตรา 1108 ที่ใช้คำว่า “จะพึงทำ” ก็คือ หรือถ้อยคำในอนุมาตรา (4) ทั้งอนุมาตราที่ตีกฎหมายมิได้บัญญัติในทางที่จะให้เป็นบทบังคับ แต่ในทางตรงกันข้ามกลับให้อำนาจที่ประชุมจัดตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองว่าถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้ว จะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพอย่างไรและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น จะเป็นสถานใดเพียงใด ในกรณีปกตินั้นที่ประชุมจัดตั้งบริษัทก็มักจะมีการตกลงกันเกี่ยวกับสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิในเรื่องเงินปันผลและการคืนทุน แต่เมื่อมาตรา 1108 (4) ใช้ถ้อยคำว่า “ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด” เช่นนี้แล้ว ที่ประชุมบริษัทจึงอาจตกลงกันในเรื่องอื่นๆ อันเกี่ยวข้องกับสิทธิแห่งหุ้นนั้นได้ด้วย การตกลงเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและการตกลงกันเกี่ยวกับอัตราส่วนในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่นั้น เห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างหนึ่ง อันทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิหรือประโยชน์ในหุ้นนั้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ ดังนั้น ที่ประชุมบริษัทจะชอบที่จะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นในสองประการดังกล่าวนี้ได้

ฉะนั้น ข้อหารือของกรมทะเบียนการค้าที่ว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียง โดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียง แตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นสามัญ 10

หุ้นมีสิทธิออกเสียงที่กำหนดให้หุ้นสามัญ 10 หุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียงนั้น เห็นว่า ธนาคารจะกำหนดมีสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ได้

สำหรับความเห็นของฝ่ายที่ว่าธนาคารจะกำหนดสภาพบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียงให้แตกต่างจากหุ้นสามัญไม่ได้เพราะมาตรา 1183 มิได้บัญญัติเจาะจงว่าเป็นหุ้นประเภทหนึ่งประเภทใดเอาไว้ ดังนั้น หุ้นตามมาตรา 1183 นี้จึงต้องหมายถึงหุ้นประเภทที่มีอยู่ในบริษัท บริษัทจึงกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้ นั่น คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นด้วยว่า คำว่า “หุ้น” ตามมาตรา 1183 นี้ต้องหมายถึงหุ้นทุกประเภทในบริษัท แต่ความในมาตรา 1183 นี้เองก็มิได้มีความตอนหนึ่งตอนใดจำกัดว่า ถ้าบริษัทมีหุ้นหลายประเภทแล้วบริษัทจะกำหนดในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นแต่ละประเภทมีสิทธิออกเสียงแตกต่างกันมิได้ มาตรา 1183 นี้เป็นแต่เพียงให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่มีหุ้นไม่ถึงจำนวนที่จะใช้สิทธิออกเสียงตามข้อบังคับให้มีการรวมกัน เพื่อให้หุ้นถึงจำนวนที่จะออกเสียงได้เท่านั้น การกำหนดให้หุ้นต่างประเภทกันมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงได้แตกต่างกันดังกล่าวนี้ ก็ได้เป็นกรณีที่จะให้มีการเอาเปรียบกันแต่อย่างใด เพราะกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทเป็นกฎหมายในจำพวกเอกชนทางพาณิชย์ ที่ดำเนินถึงเอกชนเป็นสำคัญ หากมิใช่ข้อที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้ถือหุ้นในการประชุมใหญ่ย่อมทำความตกลงตั้งข้อบังคับของบริษัทในเรื่องเช่นนี้ได้ มาตรา 1183 นี้มิใช่เป็นบทบังคับ เพราะมาตรา 1183 เป็นบทบัญญัติที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับของมาตรา 1177 ซึ่งให้อำนาจบริษัทที่จะตกลงกันให้เป็นข้อความขัดกันได้ การตกลงกันเกี่ยวกับการลงคะแนนเสียงให้แตกต่างจากกฎหมายนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาก็เคยได้ให้ความเห็นไว้แล้วในเรื่องการออกเสียงคะแนนมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่ และการตกลงกันในหุ้นบุริมสิทธิ การออกเสียงลงคะแนนแตกต่างไปจากหุ้นสามัญ ก็ได้เป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทแต่อย่างใด นอกจากนี้การที่ธนาคารจะกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงแตกต่างจากหุ้นสามัญนี้ ก็ได้ใช้ว่าทำได้ตามใจชอบ การตกลงกันดังกล่าวจะต้องมีขึ้นโดยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และต่อจากนั้นยังต้องนำไปจดทะเบียนตามมาตรา 1146 อีกด้วย และในที่สุดเมื่อเสนอขายหุ้นบุริมสิทธิต่อผู้ถือหุ้นหากผู้ถือหุ้นคาดว่าจะได้สิทธิหรือประโยชน์จากสภาพของบุริมสิทธิที่มีอยู่ไม่สมควรแก่ประโยชน์ของเขาอย่างไร ผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิที่จะไม่ตัดสินใจซื้อหุ้นดังกล่าวอยู่แล้ว ถ้าผู้ถือหุ้นตกลงใจซื้อหุ้นบุริมสิทธินั้นก็ย่อมต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขเกี่ยวกับสภาพแห่งบุริมสิทธิที่กำหนดไว้ ดังนั้น จึงมิใช่การเอาเปรียบกันแต่เป็นการผูกพันตามคำเสนอและคำสนองแห่งการแสดงเจตนาเพื่อร่วมกันเพิ่มทุนให้บริษัทจำกัดเท่านั้น

สำหรับปัญหาประการที่สองที่ว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพบุริมสิทธิเพื่อให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิ

ต่อหนึ่งหุ้นสามัญที่ธนาคารจะนำมาจำหน่ายเพิ่มเติม ในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นให้แตกต่างไปจากมาตรา 1222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ นั้น เห็นว่าเมื่อได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าในการกำหนดสภาพบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น นอกจากจะกำหนดในเรื่องเงินปันผลและการคืนทุน ยังอาจกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียงและสิทธิในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่ให้แตกต่างจากสิทธิในหุ้นสามัญได้ กรณีตามปัญหาที่สองนี้จึงเห็นว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพบุริมสิทธิเพื่อให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นสามัญได้ ส่วนข้อที่เกรงว่าจะขัดต่อมาตรา 1222 นั้นก็ไม่เห็นว่าจะขัดต่อมาตรา 1222 แต่อย่างใด และส่งผลไปถึงการไม่ขัดต่อมาตรา 1102 ที่ห้ามมิให้ชี้ชวนประชาชนซื้อหุ้นอีก เนื่องจากการเสนอขายหุ้นระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง มิใช่การเสนอขายต่อประชาชน

จึงสรุปในส่วนของบริษัทเอกชนได้ว่าสิทธิออกเสียงเป็นสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้นในอันที่จะนำเสียงที่ตนมีอยู่นั้นไปใช้ในการออกเสียงเพื่อจัดการดูแลบริษัท กล่าวคือ

1. สิทธิออกเสียงเป็นสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้นในอันที่จะนำสิทธิที่ตนมีอยู่ไปใช้ในการออกเสียงเพื่อประกอบการจัดการบริษัท กล่าวคือ สิทธิออกเสียงเป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นจะใช้ในการบริหารกิจการของบริษัท

หุ้นด้อยสิทธิ เป็นหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงเนื่องจากเป็นหุ้นที่ออกแบบให้เปล่า และออกให้เฉพาะในหมู่ผู้จัดตั้ง แต่ต่อมาการจำกัดเฉพาะผู้ก่อตั้งนี้ก็คลี่คลายลง ทั้งนี้ เพื่อเพิ่มความหลากหลายในสิทธิแห่งผู้ถือหุ้น

ดังนั้น ผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิออกเสียงและสามารถมีสิทธิออกเสียงแตกต่างกันได้

2. ในกฎหมายไทย มาตรา 1182 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สะท้อนให้เห็นหลักการว่าผู้ถือหุ้นมีสิทธิในการออกเสียงเท่าเทียมกัน (one share one vote) แต่ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดปรากฏชัดเจนขอมันหลักการให้มีสิทธิออกเสียงแตกต่างกันได้ หรือในเรื่องไม่มีสิทธิออกเสียง (non-voting)

ยิ่งไปกว่านั้น ในมาตรา 1183 เองก็ได้บัญญัติว่า “ถ้ามีข้อบังคับของบริษัทวางเป็นข้อกำหนดไว้ว่า ต่อเมื่อผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีทุนแต่จำนวนเท่าใดขึ้นไปจึงจะให้ออกเสียงเป็นคะแนนได้ไซ้ร้ทำนผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งไม่มีหุ้นถึงจำนวนเท่านั้นย่อมมีสิทธิที่จะเข้าร่วมกันให้ได้หุ้นจำนวนดังกล่าว แล้วตั้งคนหนึ่งในพวกของตนให้เป็นผู้รับมอบฉันทะออกเสียงในการประชุมใหญ่ใดๆ ได้” ก็สะท้อนว่าจะนับคะแนนดังกล่าวในรูปของ หนึ่งหุ้นต่อหนึ่งเสียงซึ่งรับกับหลักการดังกล่าวด้วย

3. เมื่อถือว่าหนึ่งหุ้นต่อหนึ่งเสียง กรณีของบุริมสิทธินั้น แม้กฎหมายจะไม่กำหนดว่า “บุริมสิทธิ” จะหมายถึงอะไรบ้าง แต่โดยทั่วไปก็หมายความถึงเรื่องการให้สิทธิพิเศษหรือสิทธิดีกว่า ซึ่งก็สอดคล้องกับทฤษฎีของกฎหมายในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิตามมาตรา 1108 (4) ดังนั้น ปัญหาที่

ตามมาก็คือหากกำหนดสิทธิไว้เรียบร้อยแล้ว จะทำการเปลี่ยนแปลงหรือทำให้สิทธิดังกล่าวค้อยลงได้หรือไม่

4. ในกฎหมายต่างประเทศมีการแบ่งหุ้นออกเป็นลำดับชั้น หรือ class ซึ่งส่งผลให้การวางมาตรการทางกฎหมายเช่นนั้นทำให้บริษัทสามารถเลือกกำหนดสิทธิได้ทั้งเรื่องบุริมสิทธิ ค้อยสิทธิ และสิทธิออกเสียงว่าจะมีอยู่เช่นไร

ในทางกลับกัน กฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว แต่บัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิเอาไว้เพียงเรื่องเดียว ดังนั้น จึงไม่เอื้อต่อการกำหนดหุ้นให้มีความค้อยสิทธิ แต่การตีความมาตรา 1108 (4) ที่กำหนดให้กำหนดถึงสภาพบุริมสิทธิว่ามีสถานใดเพียงใดนั้น ก็สามารถตีความเลยไปถึงการกำหนดสภาพค้อยสิทธิของหุ้นได้ด้วย

5. การลดเสียงสามารถทำได้ ทั้งนี้ อ้างตามคำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งตีความกฎหมายในเชิงยึดหยุ่น เพื่อเอื้ออำนวยต่อการพัฒนากฎหมายบริษัท

ในส่วนของบริษัทมหาชนนั้น เดิมกฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามัญและผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ มีสิทธิออกเสียงแบบ one share one vote หรือหนึ่งหุ้นต่อหนึ่งเสียง เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในส่วนของบริษัทเอกชน ดังนั้น แต่เดิมข้อกำหนดในการจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนจึงเป็นข้อกำหนดเดียวกันดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ดี หลักเช่นนี้ได้มาจากการตีความกฎหมายจากข้อหาหรือของกรมทะเบียนการค้าที่หารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งต่างจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 102 ซึ่งบัญญัติว่า

(วรรคหนึ่ง) ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นแต่จะมอบฉันทะให้บุคคลอื่นเข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนนแทนก็ได้ ในการนี้ได้นามตรา 33 วรรคสอง วรรคสี่ และวรรคห้า และมาตรา 34 มาบังคับใช้โดยอนุโลมในกรณีการมอบฉันทะให้ยื่นหนังสือมอบฉันทะต่อประธานกรรมการหรือผู้ที่ประธานกรรมการกำหนด

(วรรคสอง) การออกเสียงลงคะแนนในวรรคหนึ่งในส่วนที่ถือว่าหุ้นหนึ่งมีเสียงหนึ่งนั้น มิให้ใช้บังคับในกรณีที่บริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิและกำหนดให้มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญ

จากมาตรา 102 วรรคสอง จะเห็นว่าบริษัทมหาชนได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การกำหนดลดสิทธิออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิสามารถทำได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการตีความจากการขอหารือ หรือ เทียบเคียงกับบริษัทเอกชน ผลจึงเป็นว่าการกำหนดให้บุริมสิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญจึงสามารถทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม อาจต้องมีการคำนึงถึง มาตรา 65 ที่กำหนดว่า

บุริมสิทธิในหุ้นซึ่งได้ออกแล้วจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ด้วย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว ผลจะเป็นว่าจะสามารถวางข้อกำหนดคสิทธิออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิได้เพียงเฉพาะหุ้นที่จะออกในภายหลังเท่านั้น ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วผลจะเป็นว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่ออกตั้งแต่เริ่มแรกจะได้รับการคุ้มครองในระดับหนึ่ง จึงถือว่ามาตรา 65 เป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อย (ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่ออกตั้งแต่เริ่มแรก) อีกมาตราหนึ่ง แต่สำหรับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในหุ้นที่ออกใหม่ภายหลังจะเป็นข้อยกเว้นในกรณีนี้

#### 4.2 การเพิ่มสิทธิออกเสียง

ในส่วนของบริษัทเอกชน โดยปกติแล้วบริษัทจะออกหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดให้สิทธิพิเศษในเรื่องเงินปันผล ซึ่งเป็นเหตุจูงใจให้แก่ผู้ซื้อ บริษัทก็จะใช้หุ้นบุริมสิทธินี้เป็นมาตรการในการระดมทุน และโดยทั่วไปแล้วในการระดมทุนโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ บริษัทมักจะออกหุ้นบุริมสิทธิโดยมิให้มีสิทธิออกเสียง (non-voting) เพื่อเป็นการรักษาสัดส่วนการควบคุมการบริหารงานของบริษัท การออกหุ้นบุริมสิทธิชนิดไม่มีสิทธิออกเสียงเช่นนี้ เป็นมูลเหตุจูงใจที่ทำให้บริษัทเลือกออกหุ้นบุริมสิทธิโดยยังคงรักษาสัดส่วนการควบคุมการบริหารงานของบริษัท การออกหุ้นบุริมสิทธิชนิดไม่มีสิทธิออกเสียงเช่นนี้ เป็นมูลเหตุจูงใจที่ทำให้บริษัทเลือกออกหุ้นบุริมสิทธิโดยยังคงรักษาสัดส่วนการบริหารเช่นเดิมไว้แก่ผู้ถือหุ้นสามัญ

สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นเป็นสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นผลมาจากการเป็นเจ้าของหุ้นคือ หุ้น ดังนั้นจึงเกิดหลักที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจำนวนหนึ่งหุ้นก็จะมีคะแนนเสียงเพียงหนึ่งเสียง ซึ่งมาจากหลักที่ว่าเมื่อเป็นเจ้าของหุ้นแล้วก็เกิดสิทธิออกเสียง ผู้ที่ไม่ได้เป็นเจ้าของหุ้นก็จะไม่เกิดสิทธิออกเสียงในการครอบงำการจัดการบริษัท หลักการในเรื่องสิทธิออกเสียงได้สะท้อนหลักการในเรื่องการเป็นเจ้าของหุ้น ซึ่งในที่สุดจึงเกิดหลักการว่าผู้ถือหุ้นจำนวนหนึ่งหุ้นก็จะมีสิทธิออกเสียงหนึ่งเสียงซึ่งเป็นสิทธิในการบริหารจัดการทรัพย์สินหรือหุ้นซึ่งตนเป็นเจ้าของ โดยเหตุนี้จึงไม่พบหลักการยอมรับว่า ผู้เป็นเจ้าของหุ้นอาจมีสิทธิออกเสียงมากกว่าจำนวนหุ้นที่ถือ

และเมื่อการออกหุ้นบุริมสิทธิ มีเหตุผลมาจากที่บริษัทมีความประสงค์ในการใช้หุ้นบุริมสิทธิเป็นมาตรการในการระดมทุน การออกหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดให้ไม่มีสิทธิออกเสียงสามารถรักษาสัดส่วนในการควบคุมการงานของบริษัทไว้ได้

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การให้บุริมสิทธิในรูปการเพิ่มสิทธิออกเสียงไม่อาจกระทำได้ เพราะขัดกับหลักการในเรื่องหุ้น และบริษัทเองมักจะอาศัยหุ้นบุริมสิทธิเป็นมาตรการในการระดมทุนมากกว่าวัตถุประสงค์ให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงควบคุมการบริหารงาน

โดยสรุป จึงถือว่าในปัจจุบันไม่ปรากฏเรื่องการออกหุ้นบุริมสิทธิโดยเพิ่มสิทธิออกเสียงตรงกันข้ามบริษัทมักจะออกหุ้นบุริมสิทธิโดยมิให้มีสิทธิออกเสียงดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น



ในบริษัทมหาชนนั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.1 เรื่องการลดสิทธิออกเสียงว่าในเรื่องของสิทธิออกเสียงนั้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ได้กำหนดหลักการใหม่เอาไว้โดยมีบทบัญญัติชัดเจน คือในมาตรา 102 วรรคสอง ซึ่งก็กำหนดเฉพาะเรื่องการลดสิทธิออกเสียงเท่านั้น ดังนั้น หากตีความโดยเคร่งครัดแล้ว จึงเห็นได้ว่าในกรณีการเพิ่มสิทธิออกเสียงนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้ง ดังนั้น จึงไม่สามารถทำได้ เพราะบทบัญญัติในเรื่องสิทธิออกเสียงของบริษัทมหาชนชัดเจนกว่าบริษัทเอกชน ที่ได้จากการตีความทฤษฎีและข้อหาหรือของกรมทะเบียนการค้ากับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติของบริษัทมหาชนไม่ได้กล่าวถึงการเพิ่มสิทธิออกเสียงไว้โดยชัดแจ้ง จึงถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำได้ นอกจากนี้ ตามแนวของบริษัทเอกชนเองก็ถือว่าการเพิ่มสิทธิออกเสียงไม่สามารถทำได้อีกนัยหนึ่งด้วย

### 5. การไถ่ถอนบุริมสิทธิ

สิทธิในการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ เป็นสิทธิของบริษัทซึ่งหากมองในด้านประโยชน์ของบริษัทหุ้นบุริมสิทธิมักเป็นหุ้นที่เป็นภาระของบริษัทมากกว่าหุ้นประเภทอื่น เพราะบริษัทมักจะออกเพื่อตอบแทนผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในเหตุการณ์ที่บริษัทประสงค์จะได้การร่วมลงทุนจากผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้น เช่น บริษัทอยู่ในสถานการณ์ที่ขาดเงินหมุนเวียน ไม่สามารถหาเงินจากที่อื่นได้จึงระดมทุนโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิ แต่เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปแล้วละบริษัทมีความพร้อมบริษัทประสงค์จะไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิเพื่อลดภาระของบริษัทจะทำได้หรือไม่

ถ้ามองในด้านผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ การยอมให้บริษัทไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิได้จะทำให้สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเปลี่ยนแปลงไป ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอาจต้องสูญเสียประโยชน์ที่ได้จากผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ถ้าเป็นเช่นนี้การระดมทุนโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิก็อาจไม่ได้รับความนิยมเนื่องจากมีความไม่แน่นอน วันแต่จะมีการกำหนดเงื่อนไขการไถ่ถอนไว้เป็นอย่างดีแล้ว

ในกฎหมายอังกฤษอนุญาตให้บริษัทออกหุ้นชนิดที่ไถ่ถอนได้ (re-deemable share) โดยต้องกำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัทและต้องมีการกำหนดเงื่อนไขไถ่ถอนไว้แล้ว และต้องมีการจ่ายค่าไถ่ถอนเต็มจำนวนแล้วจึงจะมีผลเป็นการไถ่ถอน

กฎหมายอเมริกา (มลรัฐเดเลแวร์) ได้บัญญัติเรื่องนี้เอาไว้ว่าหุ้นบุริมสิทธิหรือหุ้นพิเศษอาจถูกไถ่ถอนได้ด้วยเงินสด ทรัพย์สินหลักทรัพย์สินอื่นของบริษัทโดยให้เป็นทางเลือกของผู้ถือหุ้นหรือบริษัท ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะเกี่ยวกับเวลา ราคา หรืออัตราที่เป็นอยู่ ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทหรือที่ประชุมหรือมติที่ออกโดยหุ้นซึ่งคณะกรรมการได้อนุมัติตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

กฎหมายไทยมาตรา 1143 ห้ามบริษัทถือหุ้นของตนเองเพราะจะทำทุนของบริษัทลดลงขัดต่อหลักการดำรงไว้ซึ่งทุน การไถ่ถอนหุ้นก็เป็นกรณีที่บริษัทจะเข้าเงินกันถือหุ้นของตนเอง

การไถ่ถอนหุ้นในบริษัทจำกัดจึงทำไม่ได้และในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 66 ห้ามบริษัทเป็นเจ้าของหุ้นหรือรับจำนำหุ้นของตนเอง ซึ่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ก็ยังยืนยันหลักการนี้ ดังนั้น บริษัทมหาชนจึงไม่สามารถไถ่ถอนหุ้นได้เช่นกัน

### 6. สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่

ในบริษัทจำกัด มีหลักพื้นฐานในเรื่องนี้ถือว่าผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทจำกัดมีสิทธิที่จะรักษาอัตราส่วนทุนของตนในบริษัท หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การรักษาผลประโยชน์ของตนในบริษัทไม่ให้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในกรณีที่บริษัทออกหุ้นใหม่ ตามมาตรา 1122 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองก็วางหลักไว้ว่า บรรดาหุ้นที่ออกใหม่นั้นต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามสัดส่วนจำนวนที่เขาถืออยู่ หากผู้ถือหุ้นปฏิเสธกรรมสิทธิ์ก็อาจซื้อไว้เองหรือนำออกขายผู้ถือหุ้นคนอื่นได้

จากปัญหาข้อหารือของกรมทะเบียนการค้าที่มีไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตามตัวอย่างที่ยกมากล่าวแล้วในหัวข้อการลดสิทธิออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิในหัวข้อ 4.1 นั้น ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามีเพียงว่า การกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น นอกจากจะกำหนดในเรื่องปันผลและการคืนทุนแล้ว ยังอาจกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียง และสิทธิในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่ให้แตกต่างจากสิทธิของหุ้นสามัญได้ กรณีตามปัญหานี้จึงเห็นว่าธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเพื่อให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิห้าหุ้นมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นสามัญได้ ส่วนข้อที่เกรงว่าจะขัดกับมาตรา 1222 นั้นเห็นว่าไม่มีปัญหาแต่อย่างใด ฉะนั้น การเสนอขายหุ้นระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันที่มีข้อเสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไปยังทำได้อยู่ ดังนั้น กฎหมายจึงมิได้มุ่งหมายที่จะห้ามมิให้บริษัทวางข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้เป็นอัตราแตกต่างกัน บริษัทจึงชอบที่จะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิห้าหุ้นมีสิทธิซื้อหุ้นสามัญที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นได้

จากการตอบข้อหารือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงสรุปได้แต่เพียงว่า ในข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1222 ได้เท่านั้น แต่มิได้วินิจฉัยลงไปถึงขนาดที่ว่าสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่นี้เป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นในตนเองเดียวกับสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล เป็นเพราะเรื่องที่หารือการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้แตกต่างจากกฎหมายนั้นมากำหนดให้แตกต่างระหว่างผู้ถือหุ้นสามัญและผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิด้วยกันซึ่งก็สามารถทำได้เท่านั้น

จึงสรุปได้ว่า สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่เป็นสิทธิที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของตัวผู้ถือหุ้นโดยตรง ฉะนั้น จึงเป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิที่สามารถกำหนดให้แตกต่างจากหุ้นสามัญได้ และเมื่อเป็นเช่นนี้ หากกำหนดแล้วจะเปลี่ยนแปลงภายหลังไม่ได้

ในบริษัทมหาชนจำกัดพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับบริษัทเอกชนว่า บริษัทจะเป็นเจ้าของหุ้นหรือรับจําหน่ายหุ้นของตัวเองมิได้ และมาตรา 66/1 (ซึ่งเป็นส่วนที่แก้ไขเพิ่มเติมใหม่)ก็บัญญัติว่า บทบัญญัติมาตรา 66 ในส่วนที่เกี่ยวกับการที่บริษัทเป็นเจ้าของหุ้นของตนเอง มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้

(1) บริษัทอาจซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ออกเสียงไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนสิทธิในการรับเงินปันผลซึ่งผู้ถือหุ้นเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม

(2) บริษัทอาจซื้อหุ้นคืนเพื่อบริหารทางการเงินเมื่อบริษัทมีกำไรสะสมและสภาพคล่องส่วนเกิน และการซื้อหุ้นคืนนั้นไม่เป็นเหตุให้บริษัทประสบปัญหาทางการเงิน

หุ้นที่บริษัทถืออยู่นั้นจะไม่นับเป็นองค์ประชุมในการประชุมผู้ถือหุ้น รวมทั้งไม่มีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผลด้วย

หุ้นที่ซื้อคืนตามวรรคหนึ่ง บริษัทจะต้องจำหน่ายออกไปภายในเวลาที่กำหนดในกฎกระทรวง ถ้าไม่จำหน่ายหรือจำหน่ายไม่หมดภายในเวลาที่กำหนด ให้บริษัทลดทุนที่ชำระแล้วโดยวิธีตัดหุ้นจดทะเบียนส่วนที่จำหน่ายไม่ได้

การซื้อหุ้นคืนตามวรรคหนึ่ง การจำหน่ายหุ้น และการตัดหุ้นตามวรรคสามให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

ดังนั้น การซื้อหุ้นคืนของบริษัทมหาชนจึงสามารถทำได้ใน 2 กรณีดังมาตรา 66/1 วางหลักไว้ ถ้ามีใช้ 2 กรณีนี้จึงไม่สามารถทำได้เพราะถือเป็นการ “เป็นเจ้าของหุ้น” หรือ “รับจําหน่ายหุ้นของตนเอง” ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย

จากนิยามของหุ้นบุริมสิทธิที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ว่าหุ้นบุริมสิทธิหมายถึงหุ้นซึ่งมีสิทธิบางประการที่แตกต่างไปจากหุ้นสามัญ ซึ่งส่วนใหญ่ก็จะเน้นไปที่สิทธิรับเงินปันผลว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนแน่นอนเป็นจำนวนเท่าใด และเนื่องจากสิทธิที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเป็นสิทธิพิเศษกว่าที่ผู้ถือหุ้นสามัญได้รับนั่นเอง จำนวนผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจึงมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนผู้ถือหุ้นสามัญ ดังนั้น กลุ่มของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทจึงสามารถถือเป็นกลุ่มของผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้

ตามปกติแล้วผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมักเป็นกลุ่มผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัท โดยการออกหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวเท่ากับว่าเป็นการ “ปูนบำเหน็จ” ให้แก่คณะบุคคลนั้นๆ จึงมีความเป็นไปได้สูงที่บุคคลผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะมีอำนาจครอบงำกิจการของบริษัทมากกว่าบุคคลผู้ถือหุ้นสามัญ ในกฎหมายบริษัทมหาชนกำหนดหลักของการออกเสียงไว้ว่า ผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนมีสิทธิออกเสียงตามจำนวนหุ้นที่ตนถืออยู่ หรือ แบบ one share one vote เท่ากันหมด ดังนั้น จากหลักดังกล่าวจึงส่งผลให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิและผู้ถือหุ้นสามัญมีสิทธิในการออกเสียงเท่าเทียมกัน ทั้งๆที่ปกติแล้ว

ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิยังมีสิทธิที่คิดว่าผู้ถือหุ้นสามัญในบางประการอยู่แล้ว การให้สิทธิในการออกเสียงที่เป็นไปในทางเดียวกันย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับสิทธิมากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเข้าไปอีก หากมองในมุมมองของผู้ถือหุ้นสามัญก็จะเห็นว่าเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิมากเกินไป แต่เมื่อหันกลับมาพิจารณาถึงแนวคิดในการออกหุ้นบุริมสิทธิซึ่งเป็นการออกหุ้นในลักษณะ “ตอบแทน” หรือ “ปูนบำเหน็จ” กลุ่มบุคคลที่ทำการก่อตั้งบริษัทตั้งแต่แรก และเป็นการออกหุ้นเพื่อเป็นการจูงใจให้คนมาลงทุนในบริษัทแล้ว การที่จะต้องให้สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบางประการที่แตกต่างกับผู้ถือหุ้นสามัญในหลายประการนั้นก็ก็เป็นเหตุผลที่สมควรอยู่

แต่การที่กฎหมายบริษัทมหาชนกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามัญและผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงแบบ one share one vote หรือหนึ่งหุ้นต่อหนึ่งเสียงเช่นเดียวกันนั้นทำให้ติดขัดแก่บริษัทมหาชนที่ประสงค์จะออกหุ้นบุริมสิทธิโดยการกำหนดสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างไปจากผู้ถือหุ้นสามัญตามแนวคิดของการออกหุ้นบุริมสิทธิตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับใหม่จึงยกเลิกหลักดังกล่าว และกำหนดหลักใหม่ที่ว่าการออกเสียงลงคะแนนในส่วนที่ว่าหุ้นหนึ่งมีหนึ่งเสียงนั้น มิให้ใช้บังคับกรณีของบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิและกำหนดให้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของหุ้นบุริมสิทธิน้อยกว่าหุ้นสามัญ

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่า ต่อไปหากบริษัทมหาชนจะออกหุ้นบุริมสิทธิ บริษัทดังกล่าวสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่โดยให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญได้ เช่น หุ้นสามัญ 1 หุ้นต่อ 1 เสียง แต่หุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้น ต่อ 1 เสียง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายใช้คำว่า สิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญเท่านั้น ดังนั้น การออกหุ้นบุริมสิทธิโดยให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่า หรือไม่ให้มีสิทธิออกเสียงเลย (Non-Voting share) จึงไม่น่าที่จะกระทำได้

การกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญนี้ คงจะกระทำได้เฉพาะหุ้นบุริมสิทธิที่บริษัทจะออกใหม่นับแต่บัดนี้ไปเท่านั้น ส่วนหุ้นบุริมสิทธิที่มีอยู่แล้วคงไม่สามารถไปเปลี่ยนแปลงได้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดว่า เมื่อบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิให้มีสิทธิอย่างไรแล้วจะเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิภายหลังไม่ได้

จากบทบัญญัติเรื่องสิทธิการออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับใหม่นี้จะเห็นได้ว่า หากมองในมุมมองของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอันถือเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยกลุ่มหนึ่งในบริษัทแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติใหม่ในเรื่องนี้ได้ลดทอนสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่มีอยู่ตามเดิมลงไปจากที่เคยสามารถมีสิทธิออกเสียงหนึ่งหุ้นต่อหนึ่งเสียงเหมือนผู้ถือหุ้นสามัญ ก็กลายเป็นว่า ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิตามบทบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับใหม่มีสิทธิในการออกเสียงน้อยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ ซึ่งหากพิจารณาจากแนวคิดพื้นฐานในการออกหุ้นบุริมสิทธิที่จะให้เป็นการปูนบำเหน็จผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทและเพื่อเป็นการจูงใจให้มีคนมาลงทุนในกิจการของบริษัทแล้ว การลดทอนสิทธิการออกเสียงอาจไม่สอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานดังกล่าวนัก แต่หากมองในมุมมอง

มองของผู้ถือหุ้นสามัญผู้มีสิทธิคือยกว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิแล้ว การเปลี่ยนแปลงหลักการสิทธิการออกเสียงจะเป็นสิ่งที่เอื้อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นสามัญอย่างมาก เพราะผู้ถือหุ้นสามัญจะเล็งเห็นว่าผลประโยชน์ที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับจากข้อตกลง เช่น การได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนแน่นอนตายตัว หรือการได้รับเงินปันผลในจำนวนที่มากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ ก็ถือเป็นสิทธิประโยชน์ที่เพียงพอแล้วสำหรับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ การเปลี่ยนแปลงสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับใหม่จึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องเหมาะสมแล้ว

จึงถือได้ว่า การที่พระราชบัญญัติดังกล่าวมีการเปลี่ยนแปลงสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้น ก็จะเป็นการเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมแล้วแต่ผู้มองเป็นผู้ถือหุ้นประเภทใด แต่อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะมองในมุมใด ก็จะมีผู้ถือหุ้นกลุ่มหนึ่งได้รับประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงหลักดังกล่าวเสมอ

แต่ไม่ว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่กฎหมายคุ้มครองจะมีพื้นฐานมาจากการเป็นผู้ถือหุ้นสามัญหรือผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็ตาม สิทธิการออกเสียงของผู้ถือหุ้นก็เป็นสิทธิสำคัญที่กฎหมายควรให้การพิจารณาและให้การคุ้มครองอย่างเข้มงวด เพราะสิทธิการออกเสียงคือหัวใจของการเป็นผู้ถือหุ้น นอกจากนี้สิทธิการออกเสียงยังต้องพิจารณาควบคู่ไปกับสิทธิการออกเสียงแบบเสรีตามกฎหมายฝรั่งเศสอีกด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวก็ได้พัฒนาควบคู่ไปกับพัฒนาการของกฎหมายบริษัทมาโดยตลอด

#### 4.3 การคุ้มครองสิทธิตามโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและผู้ถือหุ้นตามกฎหมายบริษัท

โครงสร้างของบริษัทประกอบไปด้วยส่วนสำคัญคือ ผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัท ซึ่งมีความสัมพันธ์ในแง่ที่ว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้ลงทุนเงินลงไปในการจัดตั้งและประกอบกิจการบริษัท ในขณะที่กรรมการบริษัทมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท เป็นผู้แสดงความประสงค์ของบริษัทโดยมีอำนาจหน้าที่จัดการงานของบริษัทตามที่บริษัทมอบหมายและตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ตลอดจนต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นด้วย ซึ่งก็เท่ากับว่ากรรมการต้องดำเนินงานภายใต้นโยบายที่ที่ประชุมใหญ่อนุมัติหรือกำหนดไว้ เพราะผู้ถือหุ้นเป็นผู้ลงทุนในบริษัท ซึ่งการลงทุนนั้นก็หวังเพื่อให้ได้มาซึ่งกำไรจากบริษัทไม่ว่าในรูปของเงินปันผลหรือจากกำไรส่วนต่างที่ได้จากการขายหุ้น ผู้ถือหุ้นจึงต้องมีสิทธิจะเข้าไปควบคุมจัดการบริษัทบ้าง ซึ่งก็คือการประชุมผู้ถือหุ้นนั่นเอง แต่อย่างไรก็ดีการที่กำหนดไว้เช่นนั้นก็หาใช่ว่าผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างแท้จริง เนื่องจากการบริหารกิจการบริษัทโดยตรงนั้น กฎหมายได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรรมการ อำนาจหน้าที่ของกรรมการในเรื่องต่าง ๆ

จึงเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาว่า ได้ให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นมากน้อยเพียงใด มีการสร้างมาตรการเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยไว้อย่างใดบ้าง

แต่ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ว่า วิวัฒนาการของระบบการจัดการในรูปบริษัทในประเทศไทยมีจุดเริ่มต้นมาจากรูปแบบในลักษณะบริษัทครอบครัวเป็นสำคัญ เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วเมื่อบริษัทครอบครัวเหล่านี้พัฒนาไปเป็นบริษัทมหาชนจึงหนีไม่พ้นลักษณะความเป็นบริษัทครอบครัว ซึ่งลักษณะความเป็นบริษัทครอบครัวนี้เองทำให้มีลักษณะของการกระจุกตัวของการถือหุ้น ทำให้เกิดสภาพความเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากและความเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัท หรือก่อให้เกิดความเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่เป็นบุคคลภายในบริษัท ซึ่งแม้จะมีผู้ถือหุ้นจำนวนน้อยคนแต่ก็สามารถควบคุมการดำเนินการของบริษัทได้ ลักษณะต่างๆเช่นนี้เป็นลักษณะพิเศษของการรวมหุ้นในบริษัทในประเทศไทย ซึ่งแตกต่างจากบริษัทของต่างประเทศซึ่งมิได้มีต้นกำเนิดและการพัฒนามาในแบบบริษัทครอบครัว แต่เป็นการรวมหุ้นและมีการกระจายหุ้นอย่างชัดเจน ปัญหาของบริษัทต่างประเทศในเรื่องความเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากหรือผู้ถือหุ้นข้างน้อยจึงไม่ใคร่จะเป็นปัญหามากนัก เนื่องจากบริษัทต่างๆจะมีการกระจายหุ้นอย่างชัดเจน ทำให้หมดปัญหาการกระจุกตัวของหุ้น ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ถือหุ้นยังใช้สิทธิในการฟ้องร้องคดีของผู้ถือหุ้นในการแก้ปัญหที่เกิดขึ้นอีกประการหนึ่ง ดังนั้น บริษัทในต่างประเทศจึงไปสนใจในเรื่องการการบริหารกิจการมากกว่า

ณ ที่นี้จะขอกล่าวถึงหลักอำนาจหน้าที่ของกรรมการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยไว้ 3 หลักซึ่งก็มีที่มาของแต่ละหลักต่างกันทั้งจากกฎหมายบริษัทเองและจากรายงานวิจัย/คำพิพากษาของศาลต่างประเทศของต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

#### 4.3.1 หลักความระมัดระวัง (Duty of Care)

#### 4.3.2 หลักวินิจัยทางการค้า (Business Judgment Rule)

#### 4.3.3 หลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties)

ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

#### 4.3.1 หลักความระมัดระวัง (Duty of Care)

กรรมการบริษัทมีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มที่เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัทให้มากที่สุด การใช้อุบายพินิจหรือวิจรรณญาณในการดำเนินงานต้องอยู่ในหลักของความระมัดระวังอันเป็นพื้นฐานหน้าที่ที่พึงมีอยู่ อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่ากรรมการจะตัดสินใจหรือปฏิบัติงานผิดพลาดไม่ได้ ในการประกอบธุรกิจย่อมมีความคาดการณที่ผิดพลาดได้แต่เชื่อว่าเมื่อมีความผิดพลาดแล้ว

กรรมการต้องรับผิดชอบไป ถ้ากรรมการได้วินิจฉัยปัญหาด้วยความรอบคอบระมัดระวังแล้ว หากเกิดความผิดพลาดขึ้นเพราะเหตุอันที่ไม่อาจคาดหมายได้ บริษัทก็จะเอาผิดกับกรรมการหาได้ไม่ เพราะกรรมการเป็นเพียงผู้แทนหรือเสมือนตัวแทนของบริษัท มีหน้าที่กระทำการแทนบริษัทตามที่ตนมีอำนาจเท่านั้น กรรมการมิใช่ผู้รับประกันว่าความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นกับบริษัท หลักความระมัดระวังดังกล่าวมีขึ้นเพื่อลบล้างหลักที่ว่ากรรมการมีอำนาจครอบจักรวาลในการจัดการบริษัทเท่านั้น

ตามหลักกฎหมายบริษัทเอกชนวางหลักความระมัดระวังของกรรมการเอาไว้ว่า

“ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องให้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง” ดังนั้น หากกรรมการจัดการงานโดยไม่เอาใจใส่เท่าที่ควรหรือได้จัดการงานด้วยความประมาทเลินเล่อจนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายแล้ว กรรมการต้องรับผิดชอบในบรรดาความเสียหายที่ตนได้ก่อให้เกิดขึ้นกับบริษัท ซึ่งหลักความระมัดระวังตามนี้ ต้องอยู่ในระดับที่เรียกว่าเป็น “เอาใจใส่การงานยิ่งกว่าวิญญูชนธรรมดาและยิ่งกว่าการงานของตนเอง” เพราะจะต้องเอามาตรฐานการเอาใจใส่ให้ได้เท่ากับความสอดส่องเอื้อเฟื้ออย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง หน้าที่ของกรรมการจะแตกต่างกันไปตามประเภทของกิจการ

แต่จากที่กล่าวมาแล้ว การประกอบธุรกิจของบริษัทมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร การดำเนินงานใดๆ หรือการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการย่อมต้องมีความเสี่ยงอยู่ในตัวเนื่องจากธุรกิจของบริษัทมักเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์เสมอ จึงอาจมีกรณีที่กรรมการได้ตกลงตัดสินใจทำเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปแล้วแต่ผลลัพธ์ที่ได้ตามมาอาจไม่เป็นไปตามที่คาดหวัง ซึ่งบางกรณีการดำเนินการหรือการตัดสินใจของกรรมการถึงขนาดทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย ด้วยเหตุนี้หากกำหนดให้กรรมการต้องรับผิดชอบในทุกกรณีโดยไม่คำนึงถึงเหตุผลอื่นแล้วก็จะทำให้กรรมการไม่กล้าที่จะตัดสินใจในเรื่องใด ๆ ได้ เนื่องจากกลัวว่าจะต้องรับผิดชอบที่ตามมาอันจะส่งผลให้การดำเนินธุรกิจของบริษัทต้องชะงักงันได้ และจะส่งผลเสียหายต่อบริษัทมากขึ้น กรรมการส่วนมากจึงหวังที่จะได้รับการปกป้องจากกฎหมายในกรณีที่ตนเองได้ตัดสินใจทางธุรกิจหรือดำเนินการใดซึ่งอาจผิดพลาดจนทำให้บริษัทเสียหาย โดยการปกป้องกรรมการนี้จะเป็นการอนุญาตให้กรรมการสามารถดำเนินงานหรือตัดสินใจทางธุรกิจได้โดยปราศจากความกลัวที่จะต้องรับผิดชอบตัว

การปกป้องกรรมการภายใต้หลักนี้มีมากน้อยเพียงใด และจะเป็นการทำให้สิทธิการคุ้มครองผู้ถือหุ้นถูกทำลายลงได้หรือไม่ โดยเฉพาะผู้ถือหุ้นข้างน้อย หากมีกรณีที่ผู้ถือหุ้นข้างมากได้ใช้อำนาจของตนในฐานะกรรมการบริษัทดำเนินการใด ๆ หรือตัดสินใจในทางธุรกิจไปในทางที่เป็นประโยชน์ของตนเองฝ่ายเดียวและทำให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยเสียเปรียบแล้ว ผู้ถือหุ้นข้างน้อยจะมีสิทธิดำเนินการใดอันเป็นการปกป้องหรือโต้ตอบกลับมาได้บ้าง เนื่องจากการกระทำบางอย่างของกรรมการอาจก่อผลเสียต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้

แต่ไม่ได้หมายความว่ากรรมการต้องรับผิดชอบทุกกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่บริษัท

เพราะการตัดสินใจของกรรมการบริษัทย่อมมีความเสี่ยงเกิดขึ้นได้เสมอ ในมาตรา 1168 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วางหลักเอาไว้ว่า ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดคล้องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบไปด้วยความระมัดระวัง... ฯลฯ

จึงเห็นได้ว่าหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับบริษัทเอกชนได้วางหลักถึงความระมัดระวังเอาไว้ในส่วนของหน้าที่ของกรรมการบริษัท ดังนั้น กรรมการบริษัทในบริษัทเอกชนจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเป็นสำคัญ

แต่ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในส่วนของงานวิจัยชิ้นนี้จะกล่าวถึงบริษัทมหาชนจำกัดเป็นหลัก แต่อย่างไรก็ดี ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่า หลักปฏิบัติของบริษัทมหาชนจำกัดและบริษัทเอกชนจำกัดนั้นเป็นหลักปฏิบัติในทางเดียวกัน

หลักความระมัดระวังปรากฏในมาตรา 1168 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น) ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการสนับสนุนหลักเกณฑ์ที่ให้กรรมการควรต้องให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหาร

การแปลความหน้าที่ตามกฎหมายไทยในเรื่องของหลักความระมัดระวังในปัจจุบันเองก็สามารถกล่าวได้ว่าอาจเกิดปัญหาต่างๆที่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริการ
2. ปัญหามาตรฐานการพิจารณาเกี่ยวกับระดับความระมัดระวัง
3. ปัญหาการมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหาร
4. ปัญหาการขยายกฎหมายตามหลักความระมัดระวังให้คลุมถึงพนักงานระดับผู้

บริหาร

ซึ่งสามารถแยกอธิบายได้ดังนี้

#### 1. ปัญหาเกี่ยวกับการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริการ

เกี่ยวกับอำนาจการบริหารของกรรมการบริษัทนั้น ตามกฎหมายทั้งบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนได้บรรจุเรื่องดังกล่าวไว้ในหมวดเรื่องการประชุมกรรมการ แต่มิได้กล่าวถึงกรณีที่กรรมการคนใดคนหนึ่งไม่ได้เข้าประชุมคณะกรรมการว่าจะทำได้แค่ไหนเพียงใด ซึ่งในประเด็นนี้ เห็นว่า ต้องพิจารณาถึงบทบาทและหน้าที่สำคัญของกรรมการทั้งคณะเสียก่อนว่า คณะกรรมการบริษัทมีบทบาทหน้าที่ในการจัดการบริหารที่สำคัญในเรื่องดังต่อไปนี้

1. กำหนดวัตถุประสงค์ระยะยาวและกลยุทธ์พื้นฐานที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่

กำหนดขึ้น

2. กำหนดนโยบายเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติ
3. กำหนดและรักษาไว้ซึ่งโครงสร้างองค์กรที่เหมาะสมกับสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป



การนำหลักนี้มาใช้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี

Francis V. United Jersey Bank และคดี Burroughs V. Fields โดยได้วางหลักไว้ว่าความรับผิดชอบในหน้าที่ลักษณะที่เกิดจากการไม่ให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารนี้จะมีไว้เพื่อมุ่งเพิ่มเติมแนวทางปฏิบัติงานให้กรรมการที่อยู่ในลักษณะหุ้นเชิดของบริษัทเอกชน ที่มีจำกัดการถือหุ้นอยู่เฉพาะภายในกลุ่มเครือญาติ ไม่ได้เปิดกว้างแก่ประชาชนทั่วไปในลักษณะการถือหุ้น ซึ่งแท้จริงแล้วกรรมการเหล่านี้เกือบไม่มีสิ่งใดแสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติหน้าที่จัดการบริหาร เพราะโดยทั่วไปกรรมการเหล่านี้ไม่ได้มีความตั้งใจอย่างเต็มที่ในการให้ความเอาใจใส่ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการคนอื่นๆ ดังนั้น จึงสมควรที่จะกำหนดให้รับผิดชอบในการฝ่าฝืนหน้าที่จัดการบริหารด้วยความเอาใจใส่ตรวจตราดูแลในระหว่างที่ตนเป็นกรรมการ ซึ่งหากมีการบังคับใช้อย่างเข้มงวดกับความรับผิดชอบในลักษณะนี้ต่อกรรมการแล้ว จะได้เป็นเครื่องเตือนใจต่อบุคคลเหล่านั้นซึ่งเพียงให้ยืมชื่อของตนโดยไม่มีค่าตอบแทนเพื่อออกมาแสดงต่อบริษัทและบุคคลทั่วไปว่า ตนอยู่ในฐานะกรรมการบริษัทนั้น ด้วยเหตุนี้ความรับผิดชอบของกรรมการอาจต้องพิจารณาทั้งในด้านการปฏิบัติหน้าที่ด้วยการกระทำในทางบวกหรือมีลักษณะเป็นการยืนยัน และอีกด้านหนึ่งคือการกระทำในทางลบหรือความบกพร่องที่จะต้องกระทำการตามหน้าที่แต่ไม่ได้กระทำ ทั้งนี้ เพราะกรรมการมีหน้าที่จัดการบริหารไม่เพียงเฉพาะที่จะต้องกระทำตามหน้าที่ที่ตนเข้ารับผิดชอบเท่านั้น แต่ยังรวมถึงพื้นฐานความรับผิดชอบอันเกิดจากความบกพร่องที่จะต้องกระทำการห้ามหรือหยุดการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งกระทำโดยกรรมการอื่นด้วย

โดยเฉพาะเมื่อใดที่บริษัทมีระบบการดำเนินงานซึ่งมีคณะกรรมการควบคุมดูแลอย่างเช่น ประเทศเยอรมันหรือฝรั่งเศสด้วยแล้ว ประโยชน์ที่จะได้กับผู้ถือหุ้นก็มีมากมายหลายประการ โดยคณะกรรมการควบคุมดูแลจะรับภาระหน้าที่จากผู้ถือหุ้นมาเป็นผู้คอยติดตามสอดส่องการจัดการงานของคณะกรรมการที่ทำหน้าที่บริหาร อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มมาตรการป้องกันความเสียหายอันเกิดจากการจัดการของคณะกรรมการที่ทำหน้าที่บริหารได้ด้วย

การรับผิดชอบในกรณีเกี่ยวกับการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารเป็นความรับผิดชอบเฉพาะตัว กล่าวคือ กรรมการแต่ละคนไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของกรรมการคนอื่นซึ่งตนเองไม่มีส่วนร่วมรู้เห็นการกระทำด้วย เพราะกรรมการแต่ละคนไม่ใช่ นายจ้าง ลูกจ้าง หรือตัวการตัวแทนซึ่งกันและกัน การที่กรรมการคนใดจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของกรรมการคนอื่นจะเป็นไปก็ต่อเมื่อกรรมการผู้นั้นได้พบเหตุหรือพฤติการณ์บางประการที่จะทำให้เกิดความสงสัยในคุณสมบัติของกรรมการผู้ที่กระทำคามผิดนั้นแต่ตนก็ไม่ได้ตรวจสอบและดำเนินการตามสมควรแต่อย่างใด

การให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารไม่ได้หมายความว่ารวมไปถึงกรณีที่กรรมการไม่ได้มาร่วมอยู่ด้วยในการประชุมปรึกษาหารือของคณะกรรมการ โดยมีเหตุผลเพียงพอ เช่น ความเจ็บป่วยทางกายของตนจนเป็นเหตุให้ไม่สามารถเข้าร่วมประชุมครั้งใดครั้งหนึ่งได้ ในทางกลับกัน หากกรรมการดังกล่าวมีเหตุผลที่ไม่เพียงพอในการเข้าร่วมประชุม ก็อาจจะต้องรับผิดชอบ

ในการละเลยการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารและไม่สามารถปลดปล่อยให้พ้นจากความรับผิดชอบที่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำที่กำหนดให้มีขึ้นโดยคณะกรรมการในการประชุมครั้งนั้นได้ ทั้งนี้ อ้างตามคำพิพากษาศาลอังกฤษในคดี Dovey V. Cory (1901) และ คดี Re City Equitable Fire Insurance Co. (1925)

สำหรับกฎหมายไทย แม้ไม่ได้บัญญัติหลักการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารเอาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ก็มีได้มีบทกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักดังกล่าวแต่อย่างไร ในทางกลับกัน ก็ยังปรากฏให้เห็นบทบัญญัติที่สนับสนุนด้วย ดังนี้

#### 1. ความเอาใจใส่ในลักษณะทั่วไป

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัด ได้วางหลักในมาตรา 1168 กำหนดให้กรรมการต้องใช้ความ “เอื้อเพื่อสอดส่อง” ในการจัดการบริหาร ซึ่งหากตีความโดยกว้างแล้ว ย่อมหมายถึงการที่ให้กรรมการต้องให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารด้วย นอกจากนี้ ในมาตรา 1168 วรรคสอง ยังกล่าวถึงความรับผิดชอบของกรรมการว่ามีอยู่ด้วยกัน 2 ประการด้วยกัน คือ รับผิดชอบเฉพาะเรื่องที่ตนเองปฏิบัติการไปผิดหน้าที่ และรับผิดชอบร่วมกันไม่ว่ากรรมการคนใดมีหน้าที่บังคับบัญชางานไปคนเดียว แม้กรรมการผู้อื่นไม่รู้เห็นด้วยก็ตาม ในประเด็นความรับผิดชอบร่วมกันนี้ก็มีตัวอย่างเช่น กิจการที่ระบุในมาตรา 1168 วรรคสอง

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ได้กำหนดประเด็นความรับผิดชอบไว้ในกรณีที่กรรมการทั้งคณะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำบางอย่างที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งก็รวมถึง การที่กรรมการแต่ละคนต้องจัดการบริหารด้วยความระมัดระวังด้วย จึงสรุปได้ว่าในกรณีของบริษัทมหาชน กรรมการทั้งคณะต้องรับผิดชอบร่วมกันทุกกรณี เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้ร่วมทำกิจการนั้น หรือไม่ได้ร่วมออกมติหรือคัดค้านแล้ว

#### 2. ความสำคัญของการประชุมคณะกรรมการ

ในบริษัทจำกัด มีสภาพกรรมการเป็นที่ปรึกษาหรือเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัท

ในบริษัทมหาชน ได้วางหลักให้คณะกรรมการบริษัทมหาชนต้องมีการประชุมอย่างน้อย 3 เดือน ต่อครั้ง ซึ่งอาจเพื่อป้องกันไม่ให้ตั้งเป็นบริษัทอย่างลักษณะครอบครัวเมื่อจะต้องส่งรายงานการประชุมให้นายทะเบียนจึงจะจัดทำกัน โดยไม่ได้ประชุมในวันที่จัดทำแล้วก็ส่งรายงานไป

จากบทกฎหมายที่ยกขึ้นมาจะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเอาไว้เพียงในประเด็นความเอาใจใส่ในลักษณะทั่วไป และความสำคัญของการประชุมกรรมการเท่านั้น จึงเห็นได้ว่า หากวิเคราะห์จากแนวคิดกล่าวแล้ว กฎหมายได้ให้ความสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการเป็นหมุ่คณะของกรรมการ และการป้องกันคณะกรรมการใช้อำนาจไม่เหมาะสม ที่เห็นได้ชัดก็คือ การที่กฎหมายวางหลักให้กรรมการปฏิบัติงานในรูปของ “คณะกรรมการ”

หรือการป้องกันคณะกรรมการใช้อำนาจไม่เหมาะสมในรูปของการที่กรรมการจะแบ่งอำนาจให้กรรมการผู้จัดการบริษัทไปเลยโดยถือว่าสิ่งใดที่กรรมการผู้จัดการทำลงไปโดยได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการและผู้ถือหุ้นรับทราบโดยไม่คัดค้านแล้ว ก็ถือว่าสมบูรณ์ ซึ่งการถือตามแนวคิดนี้จะทำให้กรรมการทะเลาะไม่นำหลักความระมัดระวังมาประกอบการพิจารณาตัดสินใจของตน ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงเห็นว่าแม้กรรมการจะมีการมอบอำนาจให้กรรมการผู้จัดการจริง แต่ก็ควรกำหนดให้กรรมการทุกคนในคณะกรรมการบริษัทยังต้องมีหน้าที่ให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารบริษัทอยู่เช่นเดิม

อย่างไรก็ดี การนำหลักการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารมาใช้ต้องคำนึงถึงอำนาจบริหารงานที่กรรมการแต่ละคนมีต่อกิจการของบริษัทด้วย เพราะกรรมการบริษัทจะมีทั้งแบบที่มีอำนาจบริหารงานซึ่งมีหน้าที่เข้าไปดำเนินกิจการโดยตรงกับกิจการของบริษัท กับกรรมการซึ่งไม่ใช่พวกบริหารงาน ซึ่งจะเข้าไปประชุมปรึกษากิจการเป็นครั้งคราวตามที่ประธานจะได้นัดหมาย จากที่กล่าวมานี้จึงแสดงให้เห็นว่า กรรมการแต่ละคนอาจมีลักษณะหน้าที่ที่แตกต่างกันไปตามประเภทของบทบาทที่ตนได้รับในการจัดการบริษัท ดังนั้น การกำหนดให้กรรมการต้องมีหน้าที่ในการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารในทุกๆ เรื่องทุกๆ กิจการของบริษัท ก็อาจจะเป็นไปได้ยากสำหรับกรรมการบางคนที่ไม่ได้มีลักษณะหน้าที่ที่จะต้องจัดการบริหารงานในแต่ละวันโดยตรงอย่างแท้จริง ซึ่งคงจะเป็นการไม่ยุติธรรมต่อกรรมการเหล่านั้น ดังนั้น การนำหลักการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารบริษัทมาใช้จึงควรมีการพิจารณาถึงลักษณะหน้าที่ของกรรมการผู้นั้นด้วย

ในทางกลับกัน การกำหนดให้กรรมการต้องมีความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารอย่างเคร่งครัดจนเกินไปจนปราศจากการอ้างอิงเหตุยกเว้นความรับผิดชอบก็จะเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมนัก เพราะจะทำให้เป็นว่า กรรมการต้องรับผิดชอบในการตัดสินใจของกรรมการอื่น ดังนั้น กรรมการจึงควรได้รับการพิจารณาว่า ตนมีความบกพร่องที่ไม่ให้ความเอาใจใส่เข้าร่วมประชุมของคณะกรรมการอย่างสม่ำเสมอตามเหตุผลอันสมควรจนถือเป็นการกระทำผิดหน้าที่หรือไม่ โดยขึ้นอยู่กับสถานะที่อยู่แวดล้อมและเป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งต้องพิจารณาถึง “ความสม่ำเสมอตามเหตุผลอันสมควร” นั่นคือ อาจต้องพิจารณาบนพื้นฐานของความจำเป็นของการให้ความเอาใจใส่ที่จะต้องมียังขึ้นอยู่กับจำนวนของกรรมการทั้งหลายอีกด้วย

ดังนั้น จึงสรุปในประเด็นนี้ได้ว่า การให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารเป็นหน้าที่ของกรรมการทุกคน แม้กรรมการอื่นที่ไม่ได้จัดการบริหารในแต่ละวันเป็นประจำก็ยังคงให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารด้วยการคอยดูแลไม่ให้เกิดเหตุการณ์ที่ไม่ถูกต้องสมควร เพราะกรรมการได้ให้สิทธิในฐานะกรรมการไว้ค่อนข้างมาก ดังนั้น ตนจึงควรใช้สิทธิเรียกร้องนั้นให้ได้รับแจ้งเกี่ยวกับกิจการที่มีผลกระทบต่อธุรกิจของบริษัท โดยอาจกำหนดให้เสนอรายงานเกี่ยวกับธุรกิจของบริษัทตามระยะเวลาที่สมควรต่อที่ประชุมกรรมการ ทั้งนี้ อาจเพราะสิทธิและหน้าที่ของ

คณะกรรมการควรต้องปฏิบัติและรับผิดชอบโดยองค์กรนี้อย่างในฐานะกลุ่มหนึ่ง เนื่องจากเจตจำนงของคณะกรรมการสามารถแสดงได้เพียงมติของคณะ การให้ความเอาใจใส่จัดการบริหารนั้น ไม่ได้จำกัดให้เป็นหน้าที่เฉพาะของกรรมการผู้ได้รับมอบอำนาจพิเศษจากคณะกรรมการ เช่น กรรมการผู้จัดการ เป็นต้น เท่านั้น อีกทั้งยังรวมถึงหน้าที่ให้ความเอาใจใส่กับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการผู้อื่นทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรรมการผู้ได้รับมอบอำนาจเป็นพิเศษจากคณะกรรมการ ซึ่งคงต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในความสามารถของกรรมการแต่ละคนในการที่จะหยุดหรือห้ามการกระทำที่ไม่ถูกต้องของกรรมการผู้อื่นนั้น กล่าวคือ คนได้ใช้ความสามารถที่มีนั้นน้อยเพียงใด คนก็อาจมีความรับผิดชอบอันเกิดจากการมองข้ามการกระทำทั้งหลายเหล่านั้นมากขึ้นเท่านั้น เป็นต้น

สำหรับประเด็นเรื่องการละเลยไม่เข้าร่วมประชุมคณะกรรมการนั้น จะถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังได้ต่อเมื่อกรรมการผู้นั้นมีความบกพร่องต่อการที่ตนจะต้องให้ความเอาใจใส่เข้าร่วมประชุมอย่างสม่ำเสมอตามเหตุผลอันสมควร หากกรรมการมีเหตุผลเพียงพอที่จะไม่เข้าร่วมประชุม เช่น ความเจ็บป่วยทางกาย ก็ถือว่าการไม่เข้าร่วมประชุมดังกล่าวไม่ถือเป็นการละเลยการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหาร เพราะกรรมการไม่จำเป็นต้องมีส่วนร่วมในทุกธุรกิจการค้าของบริษัทที่นำมาพิจารณาในการประชุมแต่อย่างไรก็ดี ก็ต้องพึงตระหนักไว้ว่า กฎหมายบริษัทได้วางรูปแบบการบริหารงานบริษัทให้อยู่ในรูปของคณะกรรมการบริษัท ซึ่งมีความมุ่งหมายให้กรรมการทั้งคณะได้ประชุมปรึกษาหารือเพื่อพิจารณาและกระทำการจัดการบริหารร่วมกันพอสมควร กรรมการจึงควรตระหนักในประเด็นนี้และพยายามกระทำการที่สนองตอบประเด็นนี้ให้มากที่สุด

## 2. ปัญหามาตรฐานการพิจารณาเกี่ยวกับระดับความระมัดระวัง

เนื่องจากกฎหมายไทยกำหนดหน้าที่ให้กรรมการในบริษัทมหาชนต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบกิจการ/บริหารงาน แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการกำหนดไว้อย่างกว้างๆมิได้กำหนดไว้ว่าระดับของความระมัดระวังหรือระดับทักษะที่กรรมการจะต้องใช้ในการทำหน้าที่ของตนควรอยู่ในระดับใด และแม้กรรมการบริษัทเอกชนจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลค้าขายก็ตาม แต่หลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำผิดหน้าที่ก็ไม่ได้ปรากฏความเป็นรูปธรรมเท่าใดนัก แต่ในกฎหมายต่างประเทศนั้น ได้กล่าวถึงระดับของความระมัดระวังอยู่บ้างดังที่จะกล่าวต่อไป

ระดับความระมัดระวังในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ เช่น ประเทศเยอรมนี ญี่ปุ่น ฝรั่งเศส มีการกำหนดระดับความระมัดระวังและเอาใจใส่ของกรรมการบริษัทไว้ด้วยถ้อยคำที่ต่างกัน เช่น ประเทศเยอรมันให้ใช้ระดับ “นักธุรกิจหรือผู้จัดการตามปกติธรรมดาที่เป็นผู้มีระเบียบแบบแผนและซื่อตรงตามสมควร” ประเทศฝรั่งเศสให้ใช้ระดับ “บิดาที่ดี” และประเทศญี่ปุ่นให้ใช้ระดับ “ผู้จัดการที่ดี” ในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ อย่างเช่นประเทศ

สหรัฐอเมริกา ได้วางระดับความระมัดระวังในระดับที่เป็น “ผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาที่อยู่ในตำแหน่งเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สภาวะการณ์แวดล้อมทั้งหลายที่เหมือนกันนั้น” และในประเทศอังกฤษใช้ในระดับ “บุคคลตามปกติธรรมดาจะพึงกระทำในสภาวะการณ์ที่เหมือนกันนั้น”

สิ่งที่อาจทำให้เกิดความสับสนในการพิจารณาระดับของความระมัดระวัง คือ ระดับทักษะ (skill) ในกฎหมายอังกฤษมีการกำหนดหน้าที่ของกรรมการบริษัทให้มีหน้าที่ในระดับความระมัดระวังเอาใจใส่กับระดับทักษะ(skill) ซึ่งมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ลักษณะนี้ควรพิจารณาแยกกัน กล่าวคือ ระดับของความระมัดระวังเอาใจใส่ควรใช้อย่างบุคคลตามปกติธรรมดา (ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น) ในขณะที่เมื่อพิจารณาถึงระดับทักษะก็ไม่ควรใช้มาตรฐานหรือระดับที่สูงกว่าระดับความระมัดระวังและเอาใจใส่ ดังนั้น ระดับทักษะจึงน่าจะใช้ทักษะและประสบการณ์ของกรรมการเป็นการเฉพาะเจาะจงบุคคล เพราะหากเปรียบเทียบความเป็นตัวแทนของกรรมการที่มีบริษัทเป็นตัวแทน กับตัวแทนที่กระทำในเชิงวิชาชีพให้กับบริษัทเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจของบริษัทนั้น ย่อมแตกต่างกันเพราะกรรมการไม่ถือเป็นผู้มีวิชาชีพ หากเป็นผู้มีวิชาชีพก็ควรใช้ระดับผู้มีความสามารถในเชิงวิชาชีพ แต่ถ้าเป็นกรรมการก็ควรใช้ระดับความระมัดระวังและเอาใจใส่อย่างบุคคลที่เป็นผู้ไม่เหตผลเพียงพตามปกติธรรมดาจะพึงกระทำในสภาวะการณ์เช่นนั้น และใช้ระดับทักษะที่ตนมี อาทิเช่น กรรมการบริษัทไม่จำเป็นต้องมีความรู้ถ่องแท้ในธุรกิจของบริษัทที่ตนเป็นกรรมการก็ได้ เพียงแต่รับผิดชอบต่อคณะกรรมการและบริษัทโดยมีความรู้เล็กน้อยหรือไม่มีความรู้เกี่ยวกับธุรกิจของบริษัทก็ได้

ใน Model Business Corporation Act ของสหรัฐอเมริกา ไม่ปรากฏคำว่า “ทักษะ” (skill) อยู่ในส่วนของหน้าที่ของงานกรรมการ จึงเห็นได้ว่าคำว่าทักษะเป็นคำที่ใช้กับบุคคลที่ทำงาน โดยต้องอาศัยความสามารถทางเทคนิคตามสาขาวิชาเป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่ควรจะถือเป็นคุณสมบัติสำหรับตำแหน่งหน้าที่ของกรรมการ

ระดับความระมัดระวังของกรรมการบริษัทยังคงมีผลต่อเนื่องควบคู่ไปกับการพิจารณาค่าตอบแทนที่กรรมการได้รับจากการเป็นกรรมการ กล่าวคือ หากกรรมการดังกล่าวได้ค่าตอบแทนจากการเป็นกรรมการบริษัทในจำนวนที่สูงก็จะเป็นสิ่งชี้ให้เห็นว่าระดับความระมัดระวังของกรรมการบริษัทในบริษัทดังกล่าวก็ย่อมที่จะสูงตามไปด้วย แต่อย่างไรก็ดี การพิจารณาระดับของความระมัดระวังเพื่อจะพิจารณาให้มีความผิดจากการขาดความระมัดระวังนั้น ก็ควรที่จะต้องพิจารณาว่า หากกรรมการดังกล่าวเป็นกรรมการที่ไม่ได้รับค่าตอบแทน เช่น กรรมการเพียงในนาม หรือ กรรมการลักษณะหุ่นเชิด เป็นต้น หรือหากเป็นกรรมการที่มาจากบุคคลภายนอก ไม่ว่าจะเพื่อเป็นกรรมการอิสระในบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือเพื่อเป็นกรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลตามแนวทางของประเทศในระบอบกฎหมายซีวิลลอว์ (เช่นในประเทศเยอรมนีหรือฝรั่งเศส) หรือเพื่อเป็นกรรมการที่เพียงแค่คอยควบคุมดูแลตรวจสอบการจัดการบริหารเท่านั้น

แม้จะเรียกชื่ออื่นใด ก็ตาม กรรมการที่กล่าวมาทั้งหลายนั้นล้วนไม่ได้ทำหน้าที่จัดการบริหารบริษัท โดยตรงอย่างแท้จริง กรรมการดังกล่าวจึงควรจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเว้นกรณีที่มีความรับผิดชอบนั้น เกิดจากความบกพร่องที่จะต้องให้ความเอาใจใส่กับการประชุมคณะกรรมการหรือสนใจกับงานของบริษัท

ในประเทศเยอรมนีได้วางหลักถึงกรรมการบริษัทอยู่ใน 2 แบบด้วยกันคือ กรรมการในคณะกรรมการจัดการบริหารและกรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแล ซึ่งกรรมการในคณะกรรมการทั้ง 2 แบบก็มีระดับความระมัดระวังเอาใจใส่ในการจัดการงานที่แตกต่างกัน คือ กรรมการที่อยู่ในคณะกรรมการจัดการบริหารต้องใช้ความระมัดระวังอย่างผู้จัดการที่มีความซื่อสัตย์ และเป็นระเบียบแบบแผน ในขณะที่กรรมการในคณะกรรมการควบคุมดูแลต้องใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่อย่างผู้ควบคุมดูแลที่มีความซื่อสัตย์และมีระเบียบแบบแผน ซึ่งในเรื่องนี้ได้วางหลักไว้ใน AKTG มาตรา 93 และมาตรา 116 สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาเองแม้ไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเขียนไว้โดยตรง ก็ยังมีแนวทางของคำพิพากษาในคดี Francis V. United Jersey Bank (1981) และคดี Burroughs V. Fields (1976) กล่าวถึงระดับความระมัดระวังของกรรมการของสถาบันการเงินว่าต้องจัดการบริหารด้วยความระมัดระวังเหมือนกับบริษัทโดยทั่วไป และอาจต้องพิจารณาในหน้าที่ของสถาบันการเงินที่เป็นเสมือนผู้ดูแลรักษาผลประโยชน์ทั้งผู้ถือหุ้นของสถาบันและผู้ฝากเงิน (ในกรณีของธนาคาร) หรือผู้ถือกรรมธรรม์ประกันภัย (ในกรณีของบริษัทประกันภัย) เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาระดับมาตรฐานที่เกี่ยวกับความระมัดระวัง

สำหรับในกฎหมายไทย ไม่พบหลักการในเรื่องดังกล่าวชัดเจนเหมือนที่ปรากฏในกฎหมายต่างประเทศ แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหุ้นส่วนบริษัทเองก็ได้วางหลักเกี่ยวกับกรรมการในบริษัทเอกชนไว้ว่า ในการประกอบกิจการของบริษัท กรรมการแต่ละคน โดยส่วนตัวต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบไปด้วยความระมัดระวัง (ตามมาตรา 1168 วรรคแรก) ซึ่งนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า ระดับหรือขั้นความระมัดระวังเอาใจใส่ไม่เหมือนกับตัวแทนธรรมดา กรรมการมีหน้าที่ประกอบกิจการบริษัทหนักกว่าตัวแทน ซึ่งตัวแทนธรรมดาได้ออกคำสั่งให้ตัวแทนทำหรือเมื่อไม่มีคำสั่งก็ต้องดำเนินการไปตามที่เคยทำมาในกิจการค้าขายอันเขาให้ตนทำอยู่นั้น (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 807) แต่ในเรื่องบริษัทนั้น กรรมการเป็นผู้ดำเนินงานของบริษัทเอง คงมีแต่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งจะครอบงำเป็นครั้งคราวอยู่ห่างไม่ใกล้ชิดกับกรรมการ กรรมการนั้นจะต้องเอาใจใส่เป็นพิเศษยิ่งกว่าวิญญูชนธรรมดา และยิ่งกว่างานของตน โดยต้องใช้มาตรฐานในการเอาใจใส่เท่ากับความเอื้อเฟื้อสอดส่องของบุคคลค้าขายผู้ที่ประกอบไปด้วยความระมัดระวัง จึงต้องอาศัยข้อเท็จจริงและกาลเวลาวินิจฉัย เช่น ต้องสอดส่องดูราคาตลาดขึ้นลงของสินค้าในขณะนั้นประกอบกับเหตุการณ์อันจะมีขึ้นในภายหน้าที่รู้ได้และระมัดระวังซึ่งนำหนักเพื่อที่จะได้ให้ประโยชน์แก่บริษัท หรือมีแนวคิดหนึ่งวางหลักว่า มาตรฐาน

ฐานความระมัดระวังนี้ให้ใช้มาตรฐานของผู้ประกอบการค้าที่เอาใจใส่ในกิจการของตน มิใช่พิจารณาจากระดับความสามารถของตัวกรรมการเอง

ในส่วนของบริษัทมหาชน ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 กำหนดให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท แต่ก็ไม่ได้กำหนดว่ากรรมการมีหน้าที่ในเรื่องนี้อย่างไรบ้าง จึงเป็นหน้าที่ของศาลจะปรับใช้ให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ ประเพณีทางการค้า และความรู้สึกร่วมของวิญญูชนต่อไป<sup>4</sup>

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าหลักความระมัดระวังกับหลักตัวแทนมีความใกล้เคียงกัน ในส่วนของหลักตัวแทนนั้น ได้มีกฎหมายวางระดับความระมัดระวังและฝีมือปฏิบัติหน้าที่ตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 807 วรรคสอง ประกอบมาตรา 659 อาจแบ่งได้ 3 ระดับ คือ

(1) ระดับตัวแทนที่ไม่ได้บำเหน็จจะปฏิบัติเหมือนที่เคยทำในกิจการของตน ในบางกรณีอาจมีบางคนมีความระมัดระวังมากกว่าวิญญูชนได้

(2) ระดับตัวแทนที่ได้บำเหน็จจะปฏิบัติเหมือนวิญญูชนพึงทำในพฤติการณ์นั้น

(3) ระดับตัวแทนที่รับบำเหน็จเป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพะอย่างไร จะปฏิบัติหน้าที่ตัวแทน โดยใช้ความระมัดระวังและฝีมือเท่าที่เป็นธรรมดาต้องใช้และสมควรต้องใช้ ในกิจการค้าขายหรืออาชีพะอย่างนั้น

อย่างไรก็ดี ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 659 เรื่องฝากทรัพย์เองมีพื้นฐานของการแบ่งแยกระดับความระมัดระวังบนความคิดเรื่องค่าบำเหน็จหรือค่าตอบแทนเป็นปัจจัยสำคัญ ซึ่งความเป็นจริงกรรมการบริษัทไม่ได้มีลักษณะที่เข้าจัดการบริหาร โดยพิจารณาเพียงค่าตอบแทนเป็นปัจจัยหลักเสมอไป กล่าวคือ กรรมการบางคนอาจต้องการเข้ามาเพื่อพัฒนาบริษัท หรือช่วยเหลือบริษัทด้วยเหตุผลอื่นใดเป็นปัจจัยหลักก็ได้ ดังนั้น จึงไม่น่าจะสามารถนำมาอนุโลมใช้กันได้ จึงสรุปได้ว่าในกฎหมายฝากทรัพย์ แม้จะมีระดับความระมัดระวังบนความคิดเรื่องค่าบำเหน็จหรือค่าตอบแทนเป็นปัจจัยสำคัญก็ตาม แต่ก็มีสามารถนำมาใช้กับระดับความระมัดระวังของกรรมการบริษัทได้

และแม้ว่า หลักในเรื่องความระมัดระวังจะปรากฏอยู่ในเรื่องของอำนาจหน้าที่ของกรรมการบริษัทเอกชน (ตามมาตรา 1168 วรรคแรก) แต่ก็ได้ปรากฏอยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนก็ตาม แต่ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชน มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกัน ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลใดที่จะให้กรรมการในบริษัทมหาชนไม่ต้อง

<sup>4</sup> โสภณ รัตนากร คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ , 2532 ) หน้า 381 อ้างใน พิพัฒน์ วุฒิชัยสารานนท์ "หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท" (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2539) , หน้า 181

ปฏิบัติตามหลักในเรื่องความระมัดระวัง ในทางกลับกันกรรมการของบริษัทมหาชนควรจะใช้ความระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทในระดับที่ไม่ต่ำกว่ากรรมการของบริษัทเอกชน โดยเหตุผลต่อไปนี้

โครงสร้างของบริษัทเอกชนเป็นโครงสร้างที่เล็กกว่าบริษัทมหาชน และแนวคิดของบริษัทเอกชนคือการมีความพยายามที่จะจำกัดจำนวนผู้ถือหุ้นและไม่มีโครงสร้างซับซ้อนเช่นเดียวกับบริษัทมหาชน รูปแบบของบริษัทเอกชนจึงปรากฏอยู่ในรูปแบบโครงสร้างอย่างง่าย ๆ ในบริษัท ซึ่งสามารถแบ่งประเภทบริษัทจำกัดออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) บริษัทมหาชนที่จะมีกฎหมายอนุญาตให้ผู้เริ่มก่อการออกหนังสือชี้ชวนและขายหุ้นกับประชาชนทั่วไปได้ แต่มีกฎหมายที่ให้ทางราชการและผู้ถือหุ้นทั้งหลายมีส่วนควบคุมการบริหารงานของกรรมการอย่างใกล้ชิด ในขณะที่บริษัทเอกชนที่จะไม่มีสิทธิชักชวนประชาชนโดยการออกหนังสือชี้ชวนให้เข้ามาเป็นผู้ถือหุ้น โดยจะมีกฎหมายควบคุมบริษัทประเภทนี้ตามสมควร

ทั้งนี้ เห็นได้ชัดเจนขึ้นจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวรรคสองบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์ทั่วไปของบริษัทมหาชน คือ มีการควบคุมโดยการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่เป็นส่วนน้อย เช่น ถ้ากรรมการทำไม่ถูกต้อง ผู้ถือหุ้นจำนวนที่กฎหมายกำหนดสามารถดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดได้

บริษัทมหาชนเองจะวางกลไกและกรอบการทำหน้าที่ของกรรมการไว้อย่างละเอียดถี่ถ้วน และมีมาตรการทางกฎหมายให้บุคคลอื่นสามารถตรวจสอบการทำงานอยู่หลายรูปแบบด้วยกัน และเนื่องจากบริษัทมหาชนมีขนาดใหญ่และเงินทุนสูงอีกทั้งพนักงานและลูกจ้างเป็นจำนวนมาก ดังนั้นสิ่งต่างๆเหล่านี้ย่อมส่งผลให้คณะกรรมการบริษัทได้มีอำนาจมากขึ้นยิ่งไปกว่านั้นการลบล้างหลักการกระจายหุ้นในหมู่เครือญาติของบริษัทเอกชนด้วยการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนทั่วไปของบริษัทมหาชนทำให้ความคิดเรื่องผู้ถือหุ้นที่เป็นเจ้าของทุนมักเข้าใจว่าเป็นเจ้าของบริษัทเปลี่ยนไป เพราะในฐานะผู้ถือหุ้นไม่อาจเข้าไปจัดการบริหารงานของบริษัทโดยตรงได้ คงทำได้แต่ควบคุมการดำเนินงานของคณะกรรมการโดยการเข้าประชุมออกเสียงลงมติในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น การที่แนวความคิดดังกล่าวเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงก็ทำให้ความรับผิดชอบของกรรมการที่มีต่อบริษัทเปลี่ยนแปลงไปในลักษณะที่เข้มงวดขึ้น

การแต่งตั้งกรรมการในบริษัทมหาชนจะใช้วิธีให้ผู้ถือหุ้นลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการ ดังนั้นจึงเท่ากับว่ากรรมการได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นในการดำเนินการดำเนินการบริหารบริษัทแทนผู้ถือหุ้นทั้งหลาย และเมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วกรรมการจึงควรปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเพราะเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้น(รายละเอียดความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและผู้ถือหุ้นของบริษัทได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2) การที่กรรมการกล่าวอ้างว่าตนได้รับเลือกโดยความสมัครใจจากผู้ถือหุ้นในการแต่งตั้งตนเป็นกรรมการทั้งที่ตนมีความเลินเล่ออยู่เป็นปกติ ข้อต่อสู้เช่นนี้ไม่อาจกล่าวอ้างได้เพราะผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นตั้งระดับของคนทั่วไปในลักษณะเช่นนี้ ถ้าตน



เดินเล่นเป็นปกติ เมื่อมาตั้งตนเป็นกรรมการก็ต้องไม่เข้ารับ หากตนรับทั้งๆที่ทราบว่ามีความสะดวกว่าเป็นปกติก็ต้องรับผิดชอบในเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นมาด้วย

อย่างไรก็ดี เราก็ไม่สามารถวางหลักที่ตายตัวในเรื่องของหลักความระมัดระวังหรือระดับทักษะเอาไว้ได้ เพราะการบริหารงานของบริษัทอาจเกิดเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดหมายและวางแผนวินิจฉัยแต่เริ่มแรกเอาไว้ได้ว่า หากเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นกรรมการก็ควรต้องบริหารงานโดยใช้หลักความระมัดระวังหรือระดับทักษะในระดับใด ดังนั้นสิ่งที่ทำได้อย่างมากที่สุดคือการวางกรอบแนวทางปฏิบัติในเรื่องของระดับทักษะและระดับความระมัดระวังให้เป็นมาตรฐานกลางเอาไว้ ยิ่งไปกว่านั้น การพิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทในกรณีบริหารงานโดยขาดความระมัดระวังนั้น ศาลก็ย่อมที่จะมีความจำเป็นในการพิจารณาภาวะแวดล้อมของการบริหารงานตามมาแต่ละกรณีด้วย เช่น ประธานกรรมการหรือกรรมการบริหาร โดยทั่วไปนั้นรับผิดชอบการประชุมให้เป็นไปโดยถูกต้องและยุติธรรม เพื่อให้ได้เสียงข้างมากมาวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้นในการประชุม และถ้าการประชุมนั้นเกิดไม่อาจปรองดองกันได้และจะเอาเสียงข้างมากที่เป็นการยุติธรรมไม่ได้แล้ว ประธานก็มีอำนาจสั่งปิดการประชุมเพื่อป้องกันเหตุร้าย แต่ประธานไม่มีอำนาจสั่งเลื่อนการประชุมไปโดยไม่มีเหตุผลหรือสั่งเลื่อนไปโดยทุจริตคิดว่าทางฝ่ายซึ่งตนมีความเห็นตรงกันข้ามจะมีเสียงข้างมากในที่ประชุมนั้น นั่นคือ ประธานกรรมการต้องถือเอาประโยชน์ของบริษัทเป็นใหญ่ ส่วนกรรมการที่เป็นกรรมการบริหาร เช่น กรรมการผู้จัดการ เป็นต้น ก็เป็นอีกบุคคลที่ควรต้องใช้ความระมัดระวังในการจัดการบริหารงานมากกว่ากรรมการที่ไม่ใช่กรรมการผู้จัดการ อาจด้วยเหตุที่ตนมีหน้าที่ต้องทำงานเต็มเวลาตามสัญญาจ้างที่กรรมการทำไว้กับบริษัท หากพิจารณาแนวทางตามกฎหมายของต่างประเทศดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศต่างๆได้พิจารณาให้กรรมการบางคนที่ได้รับอำนาจเป็นพิเศษจากคณะกรรมการ เช่น ประธานกรรมการหรือกรรมการผู้จัดการ เป็นต้น จะรับผิดชอบอย่างกรรมการทั่วไปและอาจรับผิดชอบต่อความเสียหายจากความประมาทเดินเล่นในฐานะที่ตนได้รับอำนาจพิเศษเช่นนั้นด้วย

สิ่งที่น่าสังเกตในกรณีการนำหลักความระมัดระวังมาใช้พบในกฎหมายญี่ปุ่น ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่น ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่น มาตรา 254-3 นั้น คล้ายคลึงกับหน้าที่ตามหลักสุจริตมากกว่าหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังตามแนวทางของกฎหมายคอมมอนลอว์ แม้ว่าข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังกับหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตอาจพอสรุปได้ในเบื้องต้นดังนี้

1. หากมีความประมาทเดินเล่นก็ต้องใช้หลักความระมัดระวัง
2. หากมีการขัดแย้งกันในผลประโยชน์ของกรรมการกับบริษัทก็ต้องใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริต

<sup>5</sup> ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 261 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4

3. การค้นพบการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังจะยากกว่าอาจเพราะหลักความซื่อสัตย์สุจริตมักมีเรื่องผลประโยชน์ตอบแทนของกรรมการปรากฏให้เห็น

โดยสรุป การที่จะถือว่ากรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเพียงพอหรือไม่ หากถือระดับมาตรฐานวิญญูชนของบุคคลที่ประกอบธุรกิจประเภทนั้นๆตามแนวทางของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่กำหนดให้กรรมการบริษัทมหาชนต้องมีระดับความระมัดระวังในการจัดการบริหารอย่างผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาพึงกระทำในสภาวะการณ์เช่นนั้นเมื่อตนได้อยู่ในฐานะกรรมการนั้น เหมือนเช่นกรรมการบริษัทเอกชนก็ถูกต้องตามเหตุผลที่ว่า การที่ผู้ถือหุ้นเลือกตั้งกรรมการเข้ามาดำรงตำแหน่ง โดยทั่วไปถ้าไม่ได้เลือกเพราะต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะตัวของบุคคลนั้นมาจัดการบริหาร ก็มักจะเลือกบุคคลผู้เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากของบริษัทหรือมักจะเป็นผู้มีความอาวุโสและเป็นที่เคารพในบริษัท ซึ่งจะเห็นว่าบุคคลเหล่านี้มักไม่ได้มีความรู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านใดด้านหนึ่งที่สามารถนำมาใช้จัดการบริหารบริษัทนั้นๆเป็นการเฉพาะ แต่อาจเป็นเพียงผู้ที่สามารถประสานกลุ่มผลประโยชน์ของบริษัทหรือเข้ามาเพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้น

ระดับความระมัดระวังของกรรมการบริษัทควรมีอยู่ในระดับที่เป็นความระมัดระวังอย่างบุคคลค้าขายก็ว่าจะทำให้เกิดความเหมาะสมเพียงพอแล้ว ยิ่งไปกว่านั้นความระมัดระวังของกรรมการบริษัทในบริษัทมหาชนไม่ควรจะอยู่ในระดับต่ำกว่าระดับความระมัดระวังของกรรมการในบริษัทเอกชน ในบางกรณีอาจต้องอยู่ในระดับที่สูงกว่าด้วยซ้ำเพราะบริษัทมหาชนต้องรับผิดชอบในการลงทุนของประชาชนทั่วไปเป็นวงกว้าง คือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในนามของผู้ถือหุ้นที่เป็นประชาชนทั่วไป กรรมการจึงควรมีระดับความระมัดระวังในบางกรณีสูงขึ้นด้วยซ้ำ เพราะถือว่าหากมีข้อผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่แล้วจะต้องกระทบกับบุคคลเป็นวงกว้างกว่าบริษัทเอกชน

เมื่อก้าวถึงระดับความระมัดระวังแล้ว ก็ควรต้องระวังที่จะไปสับสนกับคำว่าระดับทักษะ ดังที่ได้อธิบายไปข้างต้นแล้ว ซึ่งอาจจะทำให้สับสนได้ ระดับความระมัดระวังและระดับทักษะเป็นคนละเรื่องกันจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงระดับทักษะควบคู่ไปด้วย ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่า ศาลวางหลักให้ระดับทักษะคู่ระดับที่ต่ำกว่าเพราะพิจารณาจากความรู้และประสบการณ์ของกรรมการผู้นั้นเป็นการเฉพาะเจาะจงบุคคล ไม่ได้ใช้ระดับของวิญญูชนตามปกติธรรมดาที่อยู่ในสภาวะการณ์เช่นนั้นซึ่งใช้ในเรื่องของระดับความระมัดระวังจากประเด็นนี้ จึงเห็นว่าควรตีความหรือแปลความหลักความระมัดระวังของกรรมการตามกฎหมายไทยให้พิจารณาถึงเรื่องระดับทักษะจากตัวบุคคลผู้เป็นกรรมการผู้นั้นเองตามแนวทางของประเทศอังกฤษ เพื่อให้สอดคล้องกับระดับความระมัดระวังที่ไม่ได้มุ่งหมายให้เป็นระดับของผู้มีวิชาชีพหรือผู้เชี่ยวชาญ มิฉะนั้น การที่กรรมการต้องให้ทักษะเชี่ยวชาญอย่างใดในการจัดการบริหารก็คงดูเป็นเรื่องที่ขัดแย้งกัน เว้นแต่กรรมการผู้นั้นได้รับเลือกมาเพื่อปฏิบัติหน้าที่ในการจัดการบริหารด้วยทักษะเชี่ยวชาญอย่างใดเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีการนำหลักความระมัดระวังมาใช้ในการพิจารณา

ความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทนั้น ศาลก็ต้องพิจารณาเหตุการณืแวดล้อมและข้อเท็จจริงในแต่ละคดีด้วย

### 3. ปัญหาการมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยในการจัดการบริหาร

ประเด็นในปัญหานี้ก็คือ กฎหมายไทยได้วางหลักเอาไว้ว่า กรรมการมีสิทธิมอบอำนาจหน้าที่แก่ผู้อื่นเพื่อช่วยในการจัดการบริหารได้ แต่ในการมอบอำนาจดังกล่าวนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดถึงความรับผิดชอบของกรรมการต่อผลการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลเหล่านั้น จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาขึ้นมาว่า การที่กรรมการมอบอำนาจหน้าที่บนพื้นฐานของความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหารไปโดยชอบแล้ว คณะกรรมการ/กรรมการยังคงมีความรับผิดชอบต่อหน้าที่นั้นๆ หรือไม่ เพียงใด

ในประเทศอังกฤษสะท้อนให้เห็นว่า โดยปกติกรรมการทุกคนต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ซึ่งสิ่งหนึ่งที่กรรมการต้องทำก่อนการตัดสินใจใดๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนคือ การศึกษาข้อมูลและสถานการณ์ต่างๆ ที่อยู่แวดล้อมในเรื่องนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบางครั้งอาจจำเป็นต้องอาศัยข้อมูลที่ดีที่ได้จากการมอบหมายอำนาจหน้าที่ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนให้แก่คณะอนุกรรมการ พนักงาน หรือบุคคลอื่นใดตามที่ตนจะมีอำนาจ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวได้แก่ข้อมูลทางกฎหมาย เป็นต้น โดยหลักแล้วกรรมการต้องหาข้อมูลโดยทั่วไปหรือในเรื่องที่ตนขาดความรู้หรือการศึกษาถึงความเห็นที่ไม่เห็นด้วยทั้งหลาย ในคดี *Graham V. Allis-Chalmers Manufacturing Co.* (1963) ได้วางหลักความรับผิดชอบของกรรมการเอาไว้ว่า แม้กรรมการจะมีสิทธิในการมอบอำนาจหน้าที่แก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหารได้ก็ตาม แต่ในประเด็นความรับผิดชอบนั้น กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการพึ่งพาอาศัยหรือมอบหมายหน้าที่ใดๆ แก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหาร ถ้ากรรมการได้เพิกเฉยละเลยต่อหน้าที่ของตนหรือได้ให้ความไว้วางใจอย่างขาดการพิจารณาพิเคราะห์ต่อบุคคลเหล่านั้นหรือไม่ตรวจสอบการทำงานของบุคคลเหล่านั้นเมื่อปรากฏว่ามีความน่าสงสัยต่อขั้นตอนของตน แต่อาจไม่ต้องรับผิดชอบก็ได้หากว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดจากการฉ้อฉลหลอกลวงของผู้ได้บังคับบัญชาที่เป็นพนักงานผู้นั้นแต่โดยลำพัง โดยที่กรรมการผู้นั้นได้ทำการมอบหมายงานนั้นอย่างเป็นปกติวิสัยและอย่างเปิดเผยเพื่อให้เกิดการตรวจสอบได้ตามสมควรแล้ว

ใน Model Business Corporation Act ของสหรัฐอเมริกาเอง ก็ได้วางหลักเรื่องนี้อยู่ในมาตรา 8.30 (b) และ (c) ความว่า การพึ่งพาอาศัยคำแนะนำของบุคคลอื่นใดหรือมอบหมายอำนาจหน้าที่แก่บุคคลนั้นเพื่อช่วยจัดการบริหาร โดยทั่วไปมีข้อพิจารณาที่คล้ายคลึงกันกับกรณีของพนักงานหรือลูกจ้างในรายละเอียดต่างๆ ที่กล่าวมา กล่าวคือ กรรมการผู้ที่อาศัยบุคคลเหล่านี้ต้องเชื่ออย่างมีเหตุผลอันสมควรว่า ข้อมูลที่ตนได้รับจากบุคคลเหล่านี้เป็นสิ่งที่อยู่ในขอบเขตความสามารถและความเอาใจใส่ของบุคคลเหล่านั้นด้วย อีกทั้งเป็นบุคคลที่สมควรได้รับความไว้วางใจให้ได้รับมอบหมายเช่นนั้น จึงถือว่ากรรมการผู้นั้นจัดการบริหารด้วยความระมัดระวัง แม้ความจริงบุคคล

เหล่านั้นไม่ได้มีความสามารถเช่นนั้น ซึ่งมีข้อสังเกตในกรณีการพึงพาอาศัยที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญนั้น กรรมการต้องเชื่ออย่างมีเหตุผลเพียงพอว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีวิชาชีพหรือเป็นผู้มีความสามารถอย่างผู้เชี่ยวชาญ

เช่นเดียวกับประเด็นปัญหาในข้อที่ 1,2 คือ ในเรื่องนี้ไม่มีหลักในกฎหมายไทย ปรากฏไว้ชัดเจน แต่ก็มีได้มีกฎหมายที่ชัดหรือแย้งอย่างชัดเจน อีกทั้งยังปรากฏให้เห็นบทบัญญัติที่สนับสนุนด้วยดังที่ปรากฏในกรณีบริษัทเอกชน ว่าบริษัทเอกชนนั้นอำนาจกรรมการในการจัดการบริหารนั้น กรรมการจะมอบให้ผู้อื่นจัดการแทนตนก็ได้ ถ้าผู้รับมอบอำนาจนั้นเป็นกรรมการที่เรียก กรรมการผู้จัดการ กรรมการอื่นก็เป็นผู้มอบอำนาจจัดการไว้ในมือของกรรมการผู้จัดการนั้นแต่ผู้เดียว หรือจะมีรองผู้จัดการอีกก็ได้ หรือถ้าไม่ได้มอบให้บุคคลผู้เดียว กรรมการทั้งหมดหรือกรรมการคนใด ที่ได้รับอำนาจมาจากบริษัทจะมอบอำนาจนั้นให้แก่อนุกรรมการซึ่งตั้งขึ้นจากผู้ที่เป็นกรรมการด้วยกัน แต่ในบทกฎหมายบริษัทเอง ในมาตรา 1164 ได้วางหลักเอาไว้ว่า กรรมการจะมอบอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดของตนให้แก่ผู้จัดการหรือให้แก่อนุกรรมการซึ่งตั้งขึ้นจากผู้ที่เป็นกรรมการด้วยกันก็ได้ ในการใช้อำนาจซึ่งได้มอบหมายเช่นนั้น ผู้จัดการทุกคนหรืออนุกรรมการต้องทำตามคำสั่งหรือข้อบังคับซึ่งได้มอบหมายเช่นนั้น ผู้จัดการทุกคนหรืออนุกรรมการทุกคนต้องทำตามคำสั่งหรือข้อบังคับซึ่งกรรมการทั้งหลายได้กำหนดให้ทุกอย่างทุกประการ และในมาตรา 1167 ได้วางหลักเอาไว้ว่า “ความเกี่ยวพันในระหว่างกรรมการและบริษัท และบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ว่าด้วยตัวแทน” จาก 2 มาตราดังกล่าวจึงควรนำกฎหมายตัวแทนมาพิจารณาด้วย

ในเรื่องนี้ มีกฎหมายตัวแทนมาตรา 808 บัญญัติว่า “ตัวแทนต้องทำการด้วยตนเอง เว้นแต่จะมีอำนาจใช้ตัวแทนช่วงทำการได้” แต่ในกรณีนี้เห็นว่า หลักการนี้ไม่น่าจะนำมาใช้ได้ เนื่องจากบุคคลอื่นที่ได้รับการพึงพาอาศัยหรือมอบหมายอำนาจหน้าที่จากกรรมการหรือคณะกรรมการนั้นไม่ได้เป็นตัวแทนของกรรมการผู้นั้นหรือคณะกรรมการนั้น แต่เป็นตัวแทนของบริษัทเพราะกรรมการหรือคณะกรรมการเป็นผู้กระทำการนั้นแทนบริษัท โดยเหตุที่กรรมการไม่ใช่ตัวแทนธรรมดา แต่เป็น “ผู้แทน” ของบริษัท ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าตำแหน่งกรรมการเป็นกิจการเฉพาะตัว คุณสมบัติของบุคคลเป็นกรรมการเป็นสาระสำคัญจะโอนให้ผู้อื่นไม่ได้ กิจการที่มอบหมายต้องไม่ใช่กิจการเฉพาะตัว

สำหรับกรณีบริษัทมหาชน ได้มีบทกำหนดให้กรรมการสามารถมอบหมายอำนาจหน้าที่แก่บุคคลใดๆ ได้มากกว่ากรณีบริษัทเอกชน ในมาตรา 77 วรรค 2 วางหลักว่า “คณะกรรมการ

<sup>6</sup> อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 5

<sup>7</sup> หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์) . “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม”

นิติศาสตร์ แผนกสามัญ ปีที่ 6 พ.ศ. 2476 : 576 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 4

อาจมอบหมายให้กรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนหรือบุคคลอื่นใดปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งแทน คณะกรรมการได้ เว้นแต่บริษัทจะมีข้อบังคับไม่ให้กรรมการมีอำนาจดังกล่าวโดยระบุไว้ชัดเจน” ทำให้เห็นว่า สามารถมอบอำนาจให้ได้ทั้งกรรมการหนึ่งคน/กรรมการหลายคน หรือบุคคลอื่นใด (ซึ่งเป็นขอบอำนาจที่กว้างมาก) ในขณะที่การมอบอำนาจของคณะกรรมการในบริษัทเอกชนจะจำกัดเฉพาะผู้จัดการหรืออนุกรรมการเท่านั้น และในส่วนของความรับผิดชอบนั้น ในพระราชบัญญัติ บริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2535 เองก็ได้วางหลักให้กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่บัญชีของบริษัทซึ่งมีความไม่ถูกต้องนั้นจัดทำขึ้นโดยพนักงานหรือลูกจ้างที่มีความสามารถในทางบัญชี และบัญชีนั้นได้ถูกรับรองโดยผู้สอบบัญชีที่มีคุณสมบัติแล้ว เช่น ในกรณีที่กรรมการได้ประกาศจ่าย เงินปันผลไปโดยไม่ถูกต้อง หากกระทำไปโดยอาศัยเอกสารของบริษัทหรือรายงานการตรวจสอบ ของผู้สอบบัญชีแล้ว และไม่ปรากฏว่ากรรมการผู้นั้นประกาศจ่ายไปด้วยความประมาทเลินเล่อหรือ มีความไม่ซื่อสัตย์สุจริต กรรมการผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบ

การมอบอำนาจในบริษัทมหาชน (ซึ่งกว้างกว่าบริษัทเอกชน) จึงสามารถแบ่งแยก การมอบอำนาจให้กับบุคคล 3 พวกใหญ่ๆด้วยกันคือ

1. พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัท
2. ที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญ
3. คณะอนุกรรมการ

ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1. พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัท เป็นกรณีที่ปรากฏได้บ่อยครั้งในการบริหารงาน ทั่วไป เช่น การที่คณะกรรมการบริษัทมีการแต่งตั้งพนักงานขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับต่างๆ เช่น ผู้จัดการบริษัทหรือหัวหน้าฝ่ายงานต่างๆ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อความคล่องตัวในการบริหารงานที่มีการ มอบหมายให้ผู้อื่นทำ มิใช่เป็นการบริหารงานโดยผู้จัดการเพียงลำพังคนเดียว การมอบอำนาจให้ พนักงานหรือลูกจ้างของบริษัทปฏิบัติหน้าที่แทนกรรมการนั้นจะทำให้ผู้ที่ได้รับการมอบอำนาจดังกล่าวมีหน้าที่ต้องปฏิบัติด้วยความสุจริตและระมัดระวัง โดยบริษัทจะเป็นผู้รับผลจากการกระทำ ของบุคคลผู้นั้น ซึ่งก็รวมถึงการรับผิดชอบในนามบริษัทด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า กรรมการจะไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการที่ผู้ที่ตนมอบหมายได้ทำไป เว้นแต่เป็นกรณีที่กรรมการเองใช้คนด้วยความประมาท เลินเล่อ เช่น ไม่ควรจะใช้ใครแต่ก็ไปใช้บุคคลผู้นั้น หรือไปให้ความเชื่อมั่นกับพนักงานหรือลูกจ้าง ของบริษัทที่มีพฤติกรรมไม่น่าไว้วางใจ เป็นต้น

2. ที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญ ที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญจะเป็นบุคคลที่กรรมการ บริษัทจะขอคำแนะนำปรึกษาในการบริหารงานจัดการ อาจเป็นบุคคลภายนอกบริษัทที่เป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีการควบคุมโดยองค์กรของรัฐ หรืออาจจะเป็นผู้เชี่ยวชาญในทางประสบการณ์หรือทักษะ ทางธุรกิจเป็นเฉพาะทางก็ได้ และไม่จำกัดว่าจะอยู่ในอาชีพใด การที่กรรมการมอบอำนาจให้ผู้เชี่ยวชาญดำเนินการแทนตนในกรณีใดนั้นจะต้องทราบว่าบุคคลดังกล่าวมีคุณสมบัติในเรื่องนั้นๆ กล่าว

คือ มีความสามารถอย่างผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งก็ต้องประกอบไปด้วยประสบการณ์และทักษะพิเศษของบุคคลดังกล่าว

3. คณะอนุกรรมการ คือคณะกรรมการในบริษัทที่มีขนาดใหญ่ จึงต้องกำหนดให้อยู่ในรูปของคณะอนุกรรมการบริหารซึ่งอาจมีเพียงคณะเดียวหรือมากกว่านั้น ซึ่งโดยมากสมาชิกในคณะจะเป็นกรรมการในคณะกรรมการผู้ถือหุ้นเวลาเต็มที่เข้าจัดการบริหารในแต่ละวันเป็นประจำ การแบ่งอำนาจให้คณะอนุกรรมการไม่ได้ทำให้กรรมการสามารถหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามหน้าที่ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากกรรมการทราบหรือควรจะทราบว่า คณะอนุกรรมการได้กระทำการใดๆ เป็นการฉ้อฉลหลอกลวงบริษัทจนขาดความไว้วางใจแต่ตนกลับเพิกเฉย กรรมการนั้นต้องรับผิดชอบ

โดยสรุป ในประเด็นปัญหาการมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหารในต่างประเทศมีการพิจารณาถึงการปรับใช้หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัทกับเรื่องของการมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหาร ซึ่งปรากฏเห็นชัดในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ส่วนในประเทศที่มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (เช่นเยอรมัน ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น) ส่วนกำหนดให้กรรมการแต่ละคนมีสิทธิพึงพาอาศัยหรือมอบหมายอำนาจหน้าที่แก่ผู้อื่นเพื่อช่วยจัดการบริหาร ซึ่งบุคคลเหล่านั้นอาจจะเป็นพนักงานหรือลูกจ้างหรือบุคคลอื่นใดที่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะให้คำแนะนำหรือความช่วยเหลือเช่นนั้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสามารถหรือเรื่องของความน่าไว้วางใจก็ตาม โดยกรรมการอาจต้องรับผิดชอบหากไม่ตรวจสอบเมื่อมีเหตุอันควรสงสัย หรือตรวจสอบแล้วแต่ไม่ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องเกี่ยวกับความไม่เหมาะสมในการให้ความไว้วางใจของบุคคลที่ตนพึงพาอาศัยหรือมอบหมายไปนั้น หากนำหลักการนี้มาปรับใช้และประกอบการศึกษาหรือแปลความในกฎหมายไทยจะทำให้กรรมการทราบถึงสิ่งที่ตนพึงปฏิบัติในการพึงพาอาศัยหรือมอบหมายอำนาจหน้าที่แก่บุคคลอื่นมาช่วยในการจัดการบริษัท และเป็นหลักที่กรรมการยึดถือไว้เป็นหัวใจสำคัญในการบริหารงานที่ดีเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่สมบูรณ์ของกรรมการอีกทางหนึ่ง

นอกจากในทางตัวบทกฎหมายแล้ว Duty of care ของกรรมการบริษัทยังอิงอยู่กับกฎ (rule) หรือแนวปฏิบัติ (practice) ในเรื่องการค้ากับดูแลกิจการที่ดี หรือ Good Governance ด้วย แนวความคิดในเรื่องการค้ากับดูแลกิจการที่ดี หรือ Good Governance เป็นแนวความคิดมาจากการดำเนินงาน ในบริษัทมหาชนที่มีการเลือกตั้งกรรมการโดยใช้วิธีลงคะแนนเสียงสะสมหรือลงคะแนนเสียงข้างมาก ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะใช้วิธีลงคะแนนเสียงข้างมากส่งผลให้บริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์หรือบริษัทจดทะเบียนมีผู้ถือหุ้นรายใหญ่และคณะกรรมการเป็นบุคคลที่มาจากกลุ่มเดียวกัน อันเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้บริษัทจดทะเบียนขาดการควบคุมบริหารที่ดี ทำให้ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ร่วมมือกับคณะกรรมการของบริษัทตัดสินใจดำเนินธุรกิจ

ในลักษณะที่มีความเสี่ยงสูง ทำให้การจ่ายเงินปันผลไม่เป็นไปตามปกติ และเฉลี่ยความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่เป็นกลุ่มเดียวกับคณะกรรมการที่บริหารงานของบริษัทนั้นไปยังผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่ไม่ได้รับผลประโยชน์ดังกล่าว แต่ต้องรับภาระการเฉลี่ยความเสี่ยงดังกล่าว จึงมีแนวคิดที่จะให้บริษัทมหาชนเหล่านั้นมีคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นมาโดยมุ่งประสงค์ที่จะให้คณะกรรมการตรวจสอบเข้าไปควบคุมกำกับรายงานทางการเงินของบริษัทให้มีคุณภาพและเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยในระดับหนึ่ง ซึ่งในเรื่องนี้ ได้มีประกาศที่เกี่ยวข้องคือ ประกาศของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในเรื่องคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2542 แต่ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าการกำกับดูแลกิจการเป็นเพียงกฎ (rule) หรือแนวปฏิบัติ (practice) เท่านั้น ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงไม่ขอกกล่าวถึงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี ซึ่งมีรายละเอียดเป็นจำนวนมากและมีได้ผู้ศึกษาวิจัยไว้ก่อนหน้านี้อแล้ว \*

#### 4.3.2 หลักวินิจัยทางการค้า หรือ Business Judgement Rule

หลักนี้มีการแปลเป็นภาษาไทยในอีกชื่อหนึ่ง คือ หลักการตัดสินใจในเชิงธุรกิจ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเรียกว่า หลักวินิจัยทางการค้า

หลักนี้เป็นหลักที่ศาลสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในการฟ้องคดีกฎหมายบริษัท โดยเป็นหลักที่ได้พัฒนาขึ้นมาในช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นหลักที่เกิดขึ้นเนื่องจากเหตุเนื่องจากเหตุผลที่ว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้ทำการเลือกตั้งคณะกรรมการเพื่อที่จะทำการตัดสินใจวินิจัยในธุรกิจบริษัทแทนผู้ถือหุ้น ฉะนั้นเป้าหมายหลักนี้จึงมีขึ้นเพื่อสงวนไว้ให้แก่คณะกรรมการบริษัทที่จะใช้อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการของบริษัทและคุ้มครองกรรมการให้พ้นจากความรับผิดชอบของบริษัท ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการตัดสินใจของกรรมการเหล่านั้น โดยหลักนี้เป็นเสมือนเกราะป้องกันกรรมการจากความรับผิด ในกรณีที่ธุรกรรมนั้นอยู่ภายในวัตถุประสงค์ของบริษัท และภายใต้อำนาจจัดการ ทั้งนี้ กรรมการต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและสุจริต อีกทั้งการใช้ดุลยพินิจและการตัดสินใจต้องเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใดนอกจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ ซึ่งหากผลจากการตัดสินใจในการจัดการธุรกิจบริษัทของกรรมการเป็นที่เสียหาย ศาลก็จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว

โดยทั่วไปกรรมการบริษัทเป็นผู้ตัดสินใจในทางธุรกิจ ศาลจึงไม่เข้ารบกวนความอิสระในการตัดสินใจนั้น ทั้งนี้การตัดสินใจให้กรรมการต้องรับผิดชอบหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนี้ ศาลจะนำเรื่องความเสี่ยงภัยในทางธุรกิจกับผลประโยชน์ของบริษัทมาเปรียบเทียบประกอบด้วย และจุดนี้เป็นลักษณะของการใช้หลักเรื่องการวินิจัยทางการค้า (Business

\* ศึกษาได้จาก อุภนฤทธิ เพชรวรรณกุล, "การกำกับดูแลกิจการที่ดี : ศึกษาในบทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการตรวจสอบบริษัทจดทะเบียน", วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544

Judgement Rule) หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้าที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในปลายศตวรรษที่ 19 นี้เป็นเครื่องป้องกันการตัดสินใจทั้งหลายที่กระทำขึ้นโดยคณะกรรมการบริษัทไม่ให้มีการพิจารณาจากศาลอีก หลักนี้วางอยู่บนเหตุผลที่ว่า ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ทำการเลือกตั้งคณะกรรมการเพื่อที่จะทำการตัดสินใจวินิจฉัยในทางธุรกิจสำหรับบริษัท อีกทั้งหลักนี้ยังรักษาอำนาจของคณะกรรมการบริษัทที่จะจัดการบริหารบริษัทและปกป้องคุ้มครองกรรมการจากความรับผิดชอบสำหรับการตัดสินใจวินิจฉัยใดๆ ที่ทำขึ้นอย่างซื่อสัตย์สุจริตแต่ปรากฏความไม่ฉลาดในการเช่นนั้นเมื่อถึงเวลาต่อมา นอกจากนี้ ในคดี Casey v. Woodruff<sup>8</sup> ศาลได้อธิบายหลักดังกล่าวเมื่อใช้กับกรรมการว่า เมื่อใดที่ศาลจะไม่เข้าไปรบกวนในเรื่องการวินิจฉัยทางการค้า ก็ต้องสมมติไว้ล่วงหน้าว่า การวินิจฉัยหรือการตัดสินใจนั้นได้กระทำด้วยความเอาใจใส่อย่างมีเหตุผลเพียงพอ อีกทั้งกรรมการต้องไม่เพิกเฉยต่อสิ่งซึ่งกำลังจะเกิดขึ้นกับคนในการปฏิบัติหน้าที่ทางธุรกิจของบริษัท และเมื่อใดที่กรรมการกล่าวอ้างว่า ตนกำลังปฏิบัติหน้าที่โดยอาศัยความอิสระในการวินิจฉัยทางการค้า การตัดสินใจหรือการวินิจฉัยนั้นต้องกระทำโดยมีความซื่อสัตย์และไม่มีอคติ จึงจะถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีเหตุผลเพียงพอ

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้านี้เป็นเกราะป้องกันการกรรมการจากความรับผิดชอบ หากปรากฏให้เห็นถึงความระมัดระวังและความซื่อสัตย์สุจริตอย่างเพียงพอตามที่กรรมการผู้นั้นพึงกระทำแล้ว ทั้งนี้ หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้ามีขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองการตัดสินใจหรือวินิจฉัยทางการค้าใดที่ไม่ใช่เป็นการละเว้นการกระทำหน้าที่ เช่น ความบกพร่องที่จะทำการตรวจสอบข้อมูลที่เกี่ยวข้อง โดยหลักนี้ปกป้องคุ้มครองการวินิจฉัยใดๆ ที่ได้รับข้อมูลด้วย มาตรฐานที่แตกต่างกันไปตามเวลาที่มีอยู่กับข้อมูลเท่าที่จะหาได้สำหรับการตัดสินใจหรือวินิจฉัยในเรื่องนั้นๆ เทียบกับผลประโยชน์ของการติดต่อธุรกิจการค้านั้น ศาลจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะที่เกิดขึ้นในเวลาที่การตัดสินใจนั้นได้กระทำขึ้น โดยศาลไม่ควรนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในเวลาต่อมามาพิจารณา ความฉลาดรอบคอบของกรรมการที่พัฒนาขึ้นภายหลังจะไม่ใช่ว่าสิ่งสมควรพิจารณา

แม้ว่าก่อนที่จะบัญญัติเรื่องหน้าที่ของกรรมการตามหลักความระมัดระวังเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กล่าวมาแล้วนั้น ศาลจะได้เคยวางหลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้าเพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณา แต่การบัญญัติกฎหมายมาตรา 8.30 ที่กล่าวมาใน Model Business Corporation Act ยังไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการวินิจฉัยทางการค้าที่กล่าวมาเนื่องจากประเด็นการพิจารณามาตรา 8.30 กับขอบข่ายของ “หลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้า” นั้น เป็นเรื่องที่มีความยากลำบากและเป็นประเด็นที่ยังถกเถียงกันอย่างมากในกฎหมายบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะ The Committee on Corporation Laws ซึ่งมีบทบาทต่อการร่างกฎหมายเห็นว่า จะดูซับซ้อนเกินไปที่จะนำหลักนี้มาทำการบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย และเห็นกันว่าควรจะปล่อย

<sup>8</sup> อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2



ให้เป็นไปตามการพัฒนาและการแปลความในทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล แต่อย่างไรก็ดี ในขณะนั้นเองสถาบันกฎหมายของชาวอเมริกัน (American Law Institute) ก็ได้มีแนวคิดที่จะทำการร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนี้ไว้ โดยมีใจความว่า

“กรรมการหรือพนักงานจะไม่กระทำผิดหน้าที่ของตนตามมาตรานี้ในเรื่องผลของการตัดสินใจในทางธุรกิจ หากบุคคลนั้นกระทำสิ่งต่อไปนี้

- (1) บุคคลนั้นได้รับความรู้ในเรื่องที่จะทำการตัดสินใจในทางธุรกิจ โดยมีความรู้ถึงขนาดที่ตนเชื่ออย่างมีเหตุผลเพียงพอว่า มีความเหมาะสมภายใต้สภาวะการณ์นั้น
- (2) บุคคลนั้นไม่ได้รับผลประโยชน์ในเรื่องที่จะทำการตัดสินใจในทางธุรกิจ อีกทั้งบุคคลนั้นได้ทำการตัดสินใจไปด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และ
- (3) บุคคลนั้นมีเหตุผลในการที่จะเชื่อว่า การตัดสินใจทางธุรกิจนั้นเป็นประโยชน์ที่สุดแก่บริษัท”

หลักวินิจฉัยทางการค้าจะนำมาปรับใช้ก็ต่อเมื่อกรรมการบริษัทได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเอาใจใส่และมีความซื่อสัตย์ต่อผู้ถือหุ้น

หลักนี้เป็นการอนุญาตให้กรรมการสามารถใช้ดุลพินิจในระดับกว้างได้และเป็นการสร้างสมมติฐานว่าถ้าไม่มีการโกง ไม่ได้มีการขัดแย้งในผลประโยชน์ ไม่มีการทุจริตหรือกรรมการที่มีข้อมูลเพียงพอแล้ว กรรมการก็สามารถทำการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ได้โดยไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวในผลที่ผิดพลาด ส่วนระดับความระมัดระวังของกรรมการต้องอยู่ในระดับใดจึงยากที่จะพิจารณา อย่างไรก็ตามจะต้องพิจารณาถึงขอบเขตการคุ้มครองกรรมการตามหลักนี้ด้วย มิฉะนั้นแล้วกรรมการก็จะต้องอาศัยหลักวินิจฉัยทางการนี้มาเพื่อปฏิเสธความรับผิดเสมอไป

#### 4.3.3 หลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty)

หลักความซื่อสัตย์สุจริต เป็นหลักที่ใช้กันอย่างแพร่หลายและเป็นหลักแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา ประเทศในทาง common law เห็นว่าหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการเป็นหลักที่มีความสำคัญมากประการหนึ่ง กล่าวคือกรรมการต้องอยู่ในฐานะที่มีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท (Duties of Loyalty and Good Faith) โดยบรรดาอำนาจทั้งปวงที่ได้รับมอบหมายจากบริษัท กรรมการจะต้องใช้เท่าที่พึงมีตามสถานะแห่งหน้าที่ที่จะต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท หน้าที่ตามหลักสุจริตนี้ เกิดจากความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้น เพราะผู้ถือหุ้นเป็นผู้เป็นเจ้าของเงินทุนในการลงทุนในบริษัทและเป็นผู้ที่แต่งตั้งกรรมการบริษัท กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทมากกว่าผลประโยชน์ส่วนตัว และต้องไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท ซึ่งหน้าที่ตามหลัก

ความซื่อสัตย์สุจริตนี้จะเป็นการห้ามมิให้กรรมการใช้โอกาสจากการที่ตนเป็นกรรมการแสวงประโยชน์เพื่อตนเอง แม้ว่ากรรมการจะสามารถตัดสินใจในเรื่องต่างๆเองได้ก็ตาม หากการตัดสินใจนั้นทำไปเพื่อประโยชน์ของตนเองด้วยแล้ว ถือว่ากรรมการทำไปโดยไม่ซื่อสัตย์สุจริต จึงไม่ได้รับความคุ้มครอง

หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการที่มีต่อบริษัท (Principle of Fiduciary Duties) เป็นหลักความยุติธรรมประเภทหนึ่งที่มีใช้บังคับอยู่ในประเทศระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งได้แก่ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา โดยการนำหลักความซื่อสัตย์สุจริตนั้นมาใช้ทั้งที่เป็นหลักที่เกิดขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาต่างๆที่เกิดจากกรรมการปฏิบัติหน้าที่และกระทำการโดยไม่สุจริต ตลอดจนให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ทางสิทธิและทรัพย์สินของบริษัทไม่ให้ได้รับความเสียหาย หลักความซื่อสัตย์สุจริตนี้ได้รับการพัฒนาอย่างมากในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีเห็นปรากฏว่าใช้ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ คือประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น ทั้งนี้เนื่องจากหลักสุจริตนับเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำไปปรับใช้กับหลักกฎหมายได้ทุกแขนง สำหรับประเทศไทยเอง กล่าวกันว่าหลักสุจริตในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ได้เบบอย่างจากหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องความซื่อสัตย์สุจริตตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ดังนั้นในส่วนของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนี้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงกฎหมายต่างประเทศในเรื่องดังกล่าว ซึ่งก็แยกเป็นประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ และประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ เหมือนกับที่ได้กล่าวถึงในหลักอื่นๆ

หลักความซื่อสัตย์สุจริตในกลุ่มคอมมอนลอว์ที่จะกล่าวถึง ณ ที่นี้ จึงได้แก่กฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

ในประเทศอังกฤษ ตามทฤษฎีกฎหมายบริษัทของอังกฤษ ถือว่ากรรมการบริษัทอยู่ในฐานะตัวแทนของบริษัทตามกฎหมาย ดังนั้น โดยพื้นฐานแล้วหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทตามกฎหมายคอมมอนลอว์ย่อมเป็นหลักความซื่อสัตย์อย่างเดียวกับที่ใช้บังคับแก่ความเป็นตัวแทนของบุคคลตามกฎหมายตัวแทน<sup>9</sup> และโดยที่แนวคิดเรื่องความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) ที่ตัวแทนพึงมีต่อตัวการของตนนั้น เป็นแนวความคิดที่พัฒนามาจากหน้าที่ซึ่งผู้อยู่ในฐานะทรัสต์ตี (Trustee) พึงมีต่อผู้รับประโยชน์ (Beneficiary)<sup>10</sup> ฉะนั้น การที่จะพิจารณาถึงความจำเป็นของหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทได้จึงต้องพิจารณาถึงหลักความซื่อสัตย์สุจริตของผู้เป็นทรัสต์ตี ที่พึงมีต่อผู้รับประโยชน์เสียก่อนในเบื้องต้น

<sup>9</sup> Gower, L.C.B., *Gower's principle of Modern Company Law*, 4<sup>th</sup> edition (London:Stevens & Sons, 1979) p.572 อ้างใน สมชัย วิชญ์ไพฑูริกุล, "หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย", (วิทยานพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 162

<sup>10</sup> Reynolds, F.M.B. & Dawsonport, B.J., *The common Law Library No 7 Bowstead on Agency*, 14<sup>th</sup> edition (London : Sweet& Maxwell, 1976) p.126 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

ความหมายของทรัสต์ (Trust) ตามกฎหมายอังกฤษนั้นได้มีผู้ให้นิยามไว้โดยสรุปได้ว่า หมายถึงหน้าที่หรือข้อผูกพันทั้งปวงซึ่งผู้ได้รับความไว้วางใจ (Trustee) มีต่อผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวก็คือ การจัดการดูแลทรัพย์สินตามที่ตนได้รับมอบหมายมา การปฏิบัติหน้าที่ของ Trustee เมื่อเกิดปัญหาขึ้นมาจะต้องอาศัยหลักความยุติธรรมบังคับ โดยผลประโยชน์ทุกประการที่ Trustee ทำมาได้จะตกเป็นของผู้รับประโยชน์ทั้งสิ้น

แนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับหลักความซื่อสัตย์สุจริตตามกฎหมายทรัสต์ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 สาขาด้วยกัน คือเป็นแนวความคิดดั้งเดิมของกฎหมายโรมัน (Romanistic) คือแนวความคิดเรื่อง “Fiducia” ซึ่งเป็นคำตามกฎหมายโรมันกับแนวความคิดเรื่องอิกิวิตี้ (Equity)

ในแนวความคิดเรื่อง “Fiducia” ซึ่งเป็นคำดั้งเดิมตามกฎหมายโรมันนั้น หมายความว่าความถึงความสัมพันธ์ในลักษณะเริ่มแรกของจำนองหรือจำนำ จะมีผลให้สิทธิและความครอบครองในตัวทรัพย์สิน ผ่านไปยังเจ้าหนี้ในรูปแบบของการขายและในขณะเดียวกัน เจ้าหนี้ก็จำเป็นต้องมีข้อตกลงโดยชัดแจ้งหรือปริยายว่าจะส่งมอบทรัพย์สินกลับคืนแก่บุคคลดังกล่าว โดยวิธีการเช่นนั้น หากเมื่อลูกหนี้ได้ชำระหนี้คืนแก่เจ้าหนี้แล้ว แต่ถ้าไม่มีการชำระหนี้คืน ทรัพย์สินนั้นก็จะเป็นของเจ้าหนี้โดยสมบูรณ์ และไม่จำเป็นต้องมีการยึดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้เพราะผู้จำนองไม่ส่งเงินหรือดอกเบี้ยแต่อย่างใดอีก<sup>11</sup> ซึ่งอิทธิพลจากแนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อแนวความคิดเรื่องทรัสต์ของประเทศไทยเป็นอันมาก จะเห็นได้จากการที่ Chancellor ซึ่งเป็นพระในคริสต์ศาสนาของอังกฤษต้องทำหน้าที่ตัดสินคดีในสมัยพระเจ้าวิลเลียมที่หนึ่ง ความรู้ทางกฎหมายที่ Chancellor นำมาใช้ตัดสินคดีนั้นก็มาจากศาสนาคริสต์เป็นสำคัญ ยิ่งไปกว่านั้น หากพบว่าปัญหาข้อกฎหมายใดเกิดมีช่องว่างในทางกฎหมายขึ้นมา Chancellor ก็จะหาแนวทางอุดช่องว่างที่มีขึ้น โดยนำหลักกฎหมายของทางโรมันมาใช้บังคับอีกด้วย ซึ่งก็คือการวางหลักอิกิวิตี้ (Rule of Equity) ซึ่ง Lord Couper ได้ให้คำจำกัดความไว้ในคดี Dudley V. Dudley (1705) ว่าหลักอิกิวิตี้ทำให้ส่วนหนึ่งของกฎหมายไม่แต่เป็นคุณค่าแห่งความดีทางศีลธรรม ซึ่งมีความเหมาะสมและมีไว้เพื่อแก้ไขความเคร่งครัดทางกฎหมายและเป็นความจริงของสากล หลักดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นการช่วยเหลือ สนับสนุนกฎหมายในกรณีที่กฎหมายมีข้อบกพร่องและช่องว่างในการก่อตั้งความยุติธรรมและป้องกันการหลีกเลี่ยงกฎหมายคอมมอนลอว์ ทั้งนี้เพื่อเป็นการเยียวยาและนับเป็นหน้าที่อิกิวิตี้ในอันที่จะสนับสนุนและให้ความคุ้มครองคอมมอนลอว์จากผู้ที่หลีกเลี่ยงกฎหมาย ฉะนั้นหลักอิกิวิตี้จึงมิใช่เป็นเครื่องมือทำลายกฎหมายหรือสร้างกฎหมายแต่อย่างใด แต่มุ่งให้ความช่วยเหลือกฎหมาย<sup>12</sup> ศาลอิกิวิตี้ของประเทศไทย (The court of Equity) โดย Chancellor ได้รับและนำแนวความคิดของหลักอิกิวิตี้ตามหน้าที่ที่จะต้องซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) ต่อผู้รับประโยชน์ของทรัสต์ไว้ในคดี Keech

<sup>11</sup> Black, Henry C. *Black's law dictionary*, 5<sup>th</sup> edition (St. Paul Minn : West Publishing, 1979) p.563 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

<sup>12</sup> Walker, R.J. *The English Legal System*, 5<sup>th</sup> edition (London : Butterworth, 1980) p.46 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

V. Sanford (1726)<sup>13</sup> ว่าทรัสต์ซึ่งได้รับมอบหมายความไว้วางใจและอยู่ในฐานะที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต หากมิได้รับมอบอำนาจให้กระทำการได้โดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือได้รับอำนาจจากศาลแล้ว ทรัสต์ย่อมจะต้องไม่นำตนเองให้อยู่ในสถานะซึ่งผลประโยชน์ส่วนตัวของเขาเกิดความขัดแย้งเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ ต่อมาศาลเองก็ได้นำหลักจากคดี Keech V. Sanford (1726) ไปใช้เพื่อการขยายหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่พึงปฏิบัติต่อบริษัทด้วยเช่นกัน เช่นกรณีการทำสัญญาระหว่างกรรมการและบริษัท โดยกรรมการย่อมไม่สามารถถือเอาประโยชน์จากการที่ตนมีตำแหน่งเช่นนั้นทำสัญญากับบริษัทเป็นส่วนตัว เพราะขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่พึงมีต่อบริษัทรวมถึงการนำหลักดังกล่าวมาบังคับใช้แก่กรรมการบริษัท เพื่อความรับผิดชอบในบรรดาผลประโยชน์ที่กรรมการได้ก่อให้เกิดขึ้นและรับไว้เพราะเหตุที่ตนได้ทำหน้าที่เป็นกรรมการบริษัท

จึงเห็นได้ว่า แม้ศาลอควิตีจะได้นำหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) ซึ่งทรัสต์พึงมีต่อผู้รับประโยชน์ของตนมาใช้กับกรรมการดังที่กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่ก็หาทำให้ฐานะความแตกต่างในระหว่างทรัสต์กับกรรมการบริษัทที่มีอยู่นั้นเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใดไม่ ความแตกต่างพื้นฐานก็คือหน้าที่ในการสงวนรักษาทรัพย์สิน เนื่องจากทรัสต์จะต้องจัดการทรัพย์สินที่มีอยู่ในฐานะเป็นเจ้าของ กล่าวคือ ทรัสต์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิแห่งทรัพย์สินและมีอำนาจจัดการทรัพย์สินเสมือนเป็นตัวการ เป็นเจ้าของและนายจ้าง หากเพียงแต่ทรัสต์จำต้องอยู่ภายใต้ความผูกพันที่จะต้องรับผิดชอบต่อผู้รับประโยชน์ ทรัสต์จึงมีหน้าที่ต้องสงวนรักษาทรัพย์สินไว้ให้ปลอดภัยจากการเสี่ยงภัยและความเสียหาย แต่ในทางตรงกันข้าม กรรมการบริษัทมิได้จัดการทรัพย์สินของบริษัทในฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด จะเห็นได้ว่า กรรมการบริษัทมีหน้าที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายโดยทั่วไป โดยอาจจะต้องใช้บรรดาทรัพย์สินของบริษัทในลักษณะที่เสี่ยงต่อการสูญเสีย ทั้งนี้ เพื่อหวังผลกำไรในทางการค้าและอำนาจในการจัดการบริษัทนั้น ต่างกับทรัสต์ที่มีอำนาจอย่างแคบ โดยถูกจำกัดอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อสัญญาของการก่อตั้งทรัสต์เป็นสำคัญ จึงเห็นได้ว่า ในการบริหารกิจการบริษัท กรรมการย่อมสามารถกระทำการให้มีผลผูกพันบริษัทได้ โดยอาศัยเพียงเสียงข้างมากของกรรมการบริษัทที่จะลงมติ แต่ทรัสต์จะกระทำการใดๆ ได้ต้องมีการลงมติเป็นเอกฉันท์จากเหล่าผู้เป็นทรัสต์ด้วยกันเป็นสำคัญ<sup>14</sup>

การนำหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่ทรัสต์พึงมีต่อผู้รับประโยชน์มาใช้บังคับแก่กรรมการบริษัทในประเทศอังกฤษนั้น เป็นการนำหลักดังกล่าวมาใช้ในลักษณะเทียบเคียง กล่าวคือ ในระยะเริ่มแรกของการนำหลักความซื่อสัตย์สุจริตมาใช้บังคับแก่กรรมการ โดยเฉพาะก่อนหน้าปี

<sup>13</sup> Parker, David B., Mellow, Anthony R., *Supra note 3*, pp. 120-121 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

<sup>14</sup> "The fairness Test of Corporate Contracts with Interested Directors", *Comment on Harvard Law Review*, volume 61 (1948) p. 335 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

ค.ศ.1844 บริษัทยังไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล ความสมบูรณ์ของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นอยู่กับเอกสารเพื่อการก่อตั้งสิทธิ โดยมีลักษณะโอนสิทธิครอบครองในทรัพย์สินที่เป็นของบริษัทให้ตกเป็นของทรัสต์ ฉะนั้น ในสมัยนั้นกรรมการของบริษัทจึงเป็นทรัสต์ด้วย ต่อมาเมื่อบริษัทจำเป็นต้องมีสภาพนิติบุคคล การให้ความหมายของผู้เป็นทรัสต์ที่จะใช้แก่กรรมการบริษัทนั้นจะมีความเหมาะสมถูกต้องน้อยลงไปมาก อย่างไรก็ตาม การนำหลักอภีคติมาใช้บังคับอย่างเทียบเคียงนั้นจะถือว่ากรรมการเป็นเสมือนทรัสต์ เฉพาะกรณี ต่อไปนี้<sup>15</sup>

- 1.บรรดาเงินและทรัพย์สินที่เป็นของบริษัท
- 2.บรรดาอำนาจทั้งหลายที่บริษัทได้มอบหมายไว้

การพิจารณาถึงลักษณะของหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัท (Fiduciary Duties) ในทางคอมมอนลอว์ของอังกฤษโดยทั่วไปนั้น จะประกอบด้วยส่วนของหน้าที่ที่สำคัญเป็นหลักกว้างๆอย่างแท้จริงอยู่ 2 ประการ คือ

- 1.หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตอย่างแท้จริงเพื่อผลประโยชน์ของบริษัท
  - 2.หน้าที่ต้องไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในระหว่างผลประโยชน์ของบริษัทและผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการบริษัท
- ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

1.หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตอย่างแท้จริงเพื่อผลประโยชน์ของบริษัท (Duty of Loyalty and Good Faith)

ในทันทีที่การแต่งตั้งกรรมการบริษัทเกิดผลบังคับตามกฎหมาย กรรมการย่อมมีฐานะเป็นผู้ที่ต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทและจำเป็นต้องปฏิบัติต่อบริษัทในบรรดากิจการต่างๆซึ่งกรรมการเหล่านั้นได้กระทำให้ขึ้นกับบริษัทหรือในนามของบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเป็นอย่างยิ่ง (ulmost good faith) ลักษณะที่กรรมการจะต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตตามแนวทางคอมมอนลอว์ในประเทศอังกฤษนั้น หมายความว่า กรรมการบริษัทได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำนั้นๆจะเป็นผลประโยชน์ที่ดีที่สุดต่อบริษัท<sup>16</sup> ทั้งนี้เพราะกรรมการเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจให้จัดการต่างๆตามที่ได้รับมอบหมายไว้โดยเฉพาะ หลักนี้ถูกวางไว้ในคดี Mills V. Mills (1938) โดยท่านผู้พิพากษา Dixon ว่า “บรรดากรรมการบริษัทเป็นตัวแทนที่ได้รับความไว้วางใจ ฉะนั้นกรรมการจึงต้องมีหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท โดยกรรมการย่อมไม่อาจใช้อำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ได้รับมอบหมาย ให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวสำหรับกรรมการบริษัทเอง หรือเพื่อความประสงค์ใดๆซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจนั้น<sup>17</sup> กล่าวคือในการจัดการกิจการงานและทรัพย์สินต่างๆของบริษัท กรรมการจำเป็นต้องไตร่ตรองด้วยตนเองตลอดเวลาจนมั่นใจว่า สิ่งที่ได้กระทำไปนั้น มีเหตุผลอันสมควรว่าเป็นการ

<sup>15</sup> Morse, Geoffre, Charlesworth and Cain, *Company Law*, 12<sup>th</sup> edition (London: Buttersworth), 1994

<sup>16</sup> Ibid., pp. 575-576 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

<sup>17</sup> Ford, H.A.J., *Principle of Company Law*, 2<sup>nd</sup> edition (Sydney, Melbourne, Adelaide, Perth: Butterworth, 1978) p 339 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

ดำเนินกิจการส่วนหนึ่งของบริษัทที่จะต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อบริษัท และก่อให้เกิดความก้าวหน้าในกิจการของบริษัท<sup>18</sup> จากหลักนี้จึงสรุปได้ว่าหากการกระทำของกรรมการบริษัทเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ต่างๆของกรรมการบริษัทเองหรือเพื่อบุคคลอื่นแล้ว ก็ถือได้ว่ากรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อบริษัทด้วยความสุจริตอย่างแท้จริง(Duty of Loyalty and Good Faith) โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าบริษัทจะได้รับความเสียหายจากการกระทำของกรรมการบริษัทเหล่านั้นหรือไม่

การกระทำเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทนั้นเป็นหน้าที่สำคัญของกรรมการที่จะทำต่อบริษัท(ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น) ทั้งในการดำเนินคดีฟ้องร้องบังคับแก่กรรมการของบริษัทในกรณีที่กรรมการได้ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่จะต้องกระทำในนามบริษัทและหน้าที่อื่นๆนั้น ก็คือการกระทำเพื่อผลประโยชน์ของบรรดาผู้ถือหุ้นทั้งปวงซึ่งเป็นผู้ที่รวมตัวกันก่อตั้งบริษัทขึ้นมานั่นเอง

ศาลในประเทศอังกฤษ ได้วางแนววินิจฉัยความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการพึงมีต่อบริษัทในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้

1. การที่กรรมการบริษัทได้รับการเสนอซื้อขึ้นมาให้ดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทโดยผู้ถือหุ้น ในกรณีเช่นนี้ กรรมการก็ยังคงพึงต้องมีหน้าที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ที่ดีที่สุดแก่บริษัทเป็นสำคัญ ซึ่งก็หมายถึงก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท มิใช่เพียงเฉพาะผู้ถือหุ้นฝ่ายตน

2. หน้าที่ต้องไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งในระหว่างผลประโยชน์ของบริษัทและผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ เมื่อกรรมการบริษัทเป็นผู้ได้รับมอบหมายความไว้วางใจจากบริษัทโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว กรรมการจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและใช้ความสามารถบริหารงานให้เกิดผลดีต่อบริษัท เพื่อให้สมกับความไว้วางใจที่ได้รับจากที่ประชุมใหญ่ของบริษัทแล้ว กรรมการยังจำต้องไม่เอาบรรดาผลประโยชน์ต่างๆหรือธุรกิจอันเป็นการส่วนตัวของตนเองเข้ามาปะปนกับหน้าที่การงานของบริษัท เพราะย่อมเป็นการขัดต่อความมุ่งประสงค์หรือเจตนารมณ์ในการมอบหมายหน้าที่ความรับผิดชอบของบริษัทให้แก่กรรมการ ดังนั้นการมีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างหน้าที่ในการก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่บริษัทกับการมีผลประโยชน์ส่วนตัวของตัวเอง (Conflict of interests) จึงย่อมเป็นสิ่งที่กรรมการพึงต้องมีหน้าที่หลีกเลี่ยงโดยแท้จริง เพราะการที่กรรมการมีผลประโยชน์ในลักษณะที่เป็นการขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท เช่นนั้นได้แล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะก่อให้เกิดความเที่ยงธรรมโดยแท้จริง หลักดังกล่าวนี้ปรากฏในคดี Alberdeen Ry. V. Blaike Bross (1854) ยิ่งไปกว่านั้นการห้ามกรรมการทำการที่มีผลขัดแย้งกับบริษัทนี้ก็ไม่ได้ห้ามเฉพาะการทำสัญญาที่กรรมการได้ทำกับบริษัทโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึง

<sup>18</sup> Frank .John A. *The Company Director and the Law*. 16<sup>th</sup> edition (London : Butterworths&Co. (Publisher ) Ltd. 1978) p.382 อ้างในเชิงบรรณที่ 9

การนำไปใช้บังคับเพื่อห้ามมิให้กรรมการแอบทำประโยชน์ได้ขึ้น (secret profit) หรือการฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อบริษัทโดยไม่เปิดเผยผลประโยชน์ที่ได้รับไม่ว่าโดยวิธีการใดๆ ด้วย

การบังคับใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัท (Fiduciary Duties) ของศาลทางคอมมอนลอว์ในกรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of Interest) ไม่ว่าด้วยประการใดๆ นั้น ศาลจะบังคับใช้อย่างเข้มงวดและสันนิษฐานไว้ก่อนว่าพฤติการณ์แห่งการกระทำนั้นเป็นการขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท

3.หน้าที่ของกรรมการจะต้องกระทำการต่างๆให้สอดคล้องต่อวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่เหมาะสมแก่บริษัท (Proper Purpose) ซึ่งหมายความว่า กรรมการต้องไม่ใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่มีขอบมิควร (Abuse of power) ทั้งนี้เพราะอำนาจต่างๆของกรรมการที่บริษัทได้รับมานั้น กรรมการย่อมจะต้องใช้อำนาจที่มีเพื่อประโยชน์ของบริษัท ขอบเขตการรับผิดชอบของการใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่มีขอบมิควรส่งผลให้กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อบริษัท เพื่อชดเชยค่าเสียหายใดๆแก่บริษัทตามที่บริษัทได้รับในสภาพพฤติการณ์ต่างๆซึ่งแม้ปรากฏว่า กรรมการผู้ได้รับประโยชน์จากการนั้นจะมีได้รับทรัพย์สินใดๆของบริษัทไว้เลยก็ตาม<sup>19</sup>

4.หน้าที่ของกรรมการบริษัทที่จะต้องรับผิดชอบต่อบริษัทจากการที่ตนได้ใช้อำนาจเกินกว่าที่ตนมีอยู่ (Excess of power) หมายถึง กรณีที่กรรมการบริษัทได้ใช้อำนาจต่างๆเพื่อความมุ่งประสงค์ใดๆซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจที่ตนได้รับมอบหมายมา เช่น นอกเหนือจากข้อบังคับของบริษัท โดยปราศจากความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัท (Fiduciary Duties) ในแนวเดียวกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือ เห็นว่าหลักความซื่อสัตย์สุจริตประกอบด้วยหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องปฏิบัติกิจการให้แก่บริษัทและใช้อำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายเพื่อกระทำการต่างๆโดยสุจริต (Bona Fide หรือ Good Faith) ทั้งนี้จะต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อบริษัทด้วยความเที่ยงธรรม (Fair dealing)<sup>20</sup> ไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการและผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of interests) กล่าวคือ ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกาถือว่า กรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องจงรักภักดีต่อบริษัท (Duty of Undivided Loyalty) เป็นสำคัญนั่นเอง

แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้จะมีการใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทเพื่อวินิจฉัยคดีทั้งปวงที่ศาลสหรัฐอเมริกาต้องพิจารณาก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่าในกฎหมายแต่ละมลรัฐของสหรัฐอเมริกามีบทบัญญัติของกฎหมายในรัฐใดที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า กรรมการอยู่ใน

<sup>19</sup> Pennington, Robert R., *Company Law*, 4<sup>th</sup> edition (London: Butterworth, 1979) p.538 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

<sup>20</sup> Henn, Harry G., & Alexander, John R., *Law of Corporations*, 3<sup>rd</sup> edition (St. Paul Minn: West Publishing Co., 1983) pp 625-627 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

ฐานะเป็นผู้ที่จะต้องซื้อสัตย์สุจริตต่อบริษัทหรือกรรมการมีความผูกพันตามหลักดังกล่าว แต่กลับบัญญัติไว้เพียงการรับผิดชอบของกรรมการไว้เป็นการเฉพาะกรณีๆ ไปเท่านั้น

สำหรับแง่การให้ความคุ้มครองแก่กรรมการบริษัท ซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ศาลของสหรัฐอเมริกาได้ยึดหลักที่ว่า “หลักการตัดสินใจในเชิงธุรกิจ” หรือ “หลักวินิจฉัยทางการค้า” (Business Judgement Rule) ซึ่งได้กล่าวรายละเอียดมาแล้วในหัวข้อ 5.2.2

จะเห็นว่าหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการที่พึงมีต่อบริษัท (Fiduciary Duties) ตามแนวทางของคอมมอนลอว์ (คืออังกฤษและสหรัฐอเมริกา) มีข้อสังเกตอยู่ที่ว่า ในประเทศอังกฤษใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทที่มีต่อบริษัทนั้นเป็นกรณีซึ่งศาลคิดว่าได้นำมาจากหน้าที่หลักของบุคคลซึ่งเป็นทรัพย์สินที่พึงมีต่อผู้รับประโยชน์ โดยนำมาใช้ในแง่เทียบเคียงกับกรรมการที่พึงมีต่อบริษัท ซึ่งอาจมีปัญหาเมื่อพิจารณาควบคู่ไปกับหน้าที่ใช้ความระมัดระวังของกรรมการบริษัท แต่โดยแท้จริงแล้วทั้งสองหลักนี้มีความแตกต่างกันแต่สำหรับของสหรัฐอเมริกาแล้วในเรื่องการพิจารณาหลักความซื่อสัตย์สุจริตควบคู่ไปกับหลักความระมัดระวังนั้นไม่มีปัญหาแต่อย่างใด เพราะการพิจารณาหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการแล้วย่อมจะต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญที่แท้จริงของหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) เท่านั้น หากมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังแต่ประการใดไม่ ทั้งนี้เพราะหน้าที่ทั้งสองมีความแตกต่างกัน และมาตรฐานของหน้าที่ทั้งสองก็มีความแตกต่างกันด้วย กล่าวคือมาตรฐานแห่งหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและเอาใจใส่ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทมีความเคร่งครัดน้อยกว่าหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัท โดยการบังคับใช้หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตแก่กรรมการบริษัทนั้น ศาลจะใช้หลักนี้อย่างเคร่งครัดแก่กรรมการบริษัท เสมือนดังการบังคับใช้แก่ทรัสต์ ในขณะที่เมื่อพิจารณาหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังและความรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของกรรมการและทรัสต์แล้ว ศาลหาได้วินิจฉัยความรับผิดชอบของทรัสต์ไว้ดังอย่างเคร่งครัดว่า ทรัสต์จะต้องมีหน้าที่ดังกล่าวถึงระดับที่กรรมการพึงมีแต่ประการใดไม่ ซึ่งหมายความว่า กรรมการต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในลักษณะที่เข้มงวดมากกว่าทรัสต์นั่นเอง ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่า แนวความคิดของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษนั้นค่อนข้างมีความคล้ายคลึงกัน แต่สิ่งที่ต้องตระหนักประการหนึ่งคือว่า หน้าที่ใช้ความระมัดระวังเป็นเพียงการกำหนดขนาดหรือระดับพื้นฐานหน้าที่โดยทั่วไปที่กรรมการพึงมีต่อบริษัท เพื่อดูแลกิจการงานทั้งปวงตามที่ตนได้รับมอบหมายจากบริษัท ซึ่งก็อาจมีข้อกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังในกฎหมายอื่นๆ เช่น เจ้าทรัพย์ ยืมใช้คงรูป เป็นต้น

แต่ในการพิจารณาถึงความผิดของการฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทว่าจะต้องรับผิดชอบหรือไม่เพียงใดนั้น กรณีมิได้มุ่งพิจารณาเพียงแต่สาระสำคัญของปัญหาที่ว่า กรรมการจะได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายโดยใช้ความระมัดระวังรอบคอบตามสมควร เพื่อดูแลกิจการต่างๆ ภายในบริษัทให้เป็นไปโดยถูกต้องเรียบร้อยซึ่งเป็นหน้า



ที่โดยทั่วไปเท่านั้น แต่ยังคงพิจารณาถึงสาระสำคัญที่ว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการจะได้ใช้สิทธิตลอดจนอำนาจหน้าที่ต่างๆตามที่ได้รับมอบหมายเพื่อกระทำการนั้นๆไป โดยสุจริต คือตนได้รู้หรือเล็งเห็นได้ว่าสิ่งที่ตนได้กระทำไปนั้น จะเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ต่อ บริษัทและผู้ถือหุ้นส่วนรวมอย่างแท้จริงหรือไม่เพียงใด หรือความเป็นจริงแล้วสิ่งที่ตนกระทำไป นั้น เป็นไปเพียงเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่นเท่านั้นด้วย เช่นการกระทำในสิ่งที่กรรมการมี conflict of interest กับบริษัท หรือ secret profits เป็นต้น หากกรรมการกระทำการดังกล่าวลงไป แล้ว แม้ว่าการบริหารงานของกรรมการจะเป็นไปด้วยความระมัดระวังแล้วก็ตาม แต่เพราะการมี conflict of interest หรือ secret profits ดังกล่าว ก็ย่อมถือได้ว่ากรรมการได้ปฏิบัติฝ่าฝืนต่อหน้าที่ ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการมีต่อบริษัทนั่นเอง

จึงเห็นได้ว่า หลักความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการพึงมีต่อบริษัทย่อมมีขอบเขตกว้าง กว้างกว่าหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง ซึ่งกฎหมายวางหลักไว้เพียงว่า กรรมการต้องให้ความเอื้อเฟื้อ อย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบการไปด้วยความระมัดระวังเท่านั้น(รายละเอียดของ“หลักความระมัดระวัง” ได้อธิบายไปแล้วในหัวข้อ 4.3.1)

จึงสรุปได้ว่าหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทตามแนวคิด ของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (คือประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา)เป็นไปในแนวทาง เดียวกัน และมีปรากฏการหยิบยกหลักดังกล่าวมาใช้ในคำพิพากษาของศาล

สำหรับประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงหลักความซื่อสัตย์สุจริตใน กฎหมายของประเทศ เยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ และประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศเยอรมนีมีบริษัทอยู่ 2 ประเภทเช่นเดียวกับประเทศไทย คือบริษัท มหาชนจำกัด และบริษัทเอกชนจำกัด แต่ทั้งบทกฎหมายของบริษัทมหาชนจำกัดและบริษัทเอกชน จำกัดของประเทศเยอรมนี กลับมิได้บัญญัติหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัท (Fiduciary Duties) ไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่า ประเทศเยอรมนีมีหลักสุจริต บังคับใช้อยู่เป็นการทั่วไป ที่เรียกว่า “Treu und Glauben” หลักนี้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่ง ของเยอรมนี มาตรา 242 ว่า “บุคคลผู้เป็นลูกหนี้มีความผูกพันในอันที่จะต้องกระทำการต่างๆโดย สุจริต และใช้ความไตร่ตรองตามสมควร”<sup>\*\*</sup> ซึ่งในปัจจุบันวงการนิติศาสตร์ทั่วโลกก็ยอมรับกันว่า หลักสุจริตเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle) ซึ่งควรใช้กับกฎหมายเอกชนได้ทุกแขนง กฎหมายเยอรมันถือว่าหลักสุจริตดังกล่าวเป็นบทมาตรฐานทั่วไป ที่ศาลจะนำมาปรับใช้แก่บุคคล

\*\*

แปลความเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “The debtor is bound to effect performance according to the requirements of good faith, giving consideration to common usage” จาก (German Civil Code Book 1-5 Translated with an Introduction by Forrester, Jan, S. (Amsterdam, Oxford : North -Holland Publishing Co., 1975 ) p.41) อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9

ผู้เป็นกรรมการบริษัทตามกฎหมายบริษัทโดยเป็นเครื่องวัดความประพฤติของกรรมการว่า การกระทำของเขาเป็นปฏิปักษ์ต่อความซื่อสัตย์และความไว้วางใจที่พึงมีต่อบริษัทของตนหรือไม่ได้ด้วยเช่นกัน จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติ “หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัท” เอาไว้เป็นการเฉพาะในกฎหมายบริษัทอีก

ในประเทศฝรั่งเศสเอง บทกฎหมายว่าด้วยบริษัทก็มีได้มีการบัญญัติหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการพึงมีต่อบริษัทไว้เป็นการเฉพาะ(แนวเดียวกับกฎหมายเยอรมัน) ฉะนั้น หน้าที่ที่กรรมการจะต้องซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทตามกฎหมายบริษัทของประเทศฝรั่งเศสจึงต้องเป็นไปตามหลักสุจริตโดยทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่

สำหรับประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ก็เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมันคือบทกฎหมายว่าด้วยบริษัทของประเทศสวิสเซอร์แลนด์มิได้มีการบัญญัติหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทไว้เป็นการเฉพาะ แต่สิ่งที่เป็นจุดเด่นอย่างหนึ่งของกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์ก็คือ การเป็นแม่แบบของ “หลักสุจริต” ตามที่ปรากฏในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังที่ได้บัญญัติไว้ว่า “ในการใช้สิทธิที่ดี ในการปฏิบัติหน้าที่ที่ดี ทุกคนจะต้องกระทำโดยสุจริต” ซึ่งในมาตรา 5 ดังกล่าวก็เป็นบทกฎหมายที่สามารถใช้กับกฎหมายได้ทุกแขนง ซึ่งก็รวมถึงการที่ศาลไทยจะนำหลักดังกล่าวมาใช้ในการแปลความสำหรับกรณีกรรมการบริษัทด้วย จุดเด่นอีกประการหนึ่งของกฎหมายสวิสเซอร์แลนด์คือ ตามกฎหมายของสวิสเซอร์แลนด์นั้น แม้จะไม่มีข้อห้ามโดยชัดแจ้งที่จะกีดกันกรรมการมิให้กระทำการค้าแข่งกับบริษัทหรือคิดกันไม่ให้กู้ยืมเงิน ซึ่งเป็นเรื่องที่กรรมการมีผลประโยชน์ได้เสีย (Interests of Director) ก็ตาม แต่สวิสเซอร์แลนด์ได้อาศัยหลักทั่วไปแห่งหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องให้ความเอาใจใส่ดูแลกิจการของบริษัท (The General Rule of Diligence) แทน

ในประเทศญี่ปุ่น กลับเป็นแนวทางที่แตกต่างจากประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศสและสวิสเซอร์แลนด์ กล่าวคือ ประเทศญี่ปุ่นมีการบัญญัติหน้าที่เกี่ยวกับความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทไว้ค่อนข้างชัดเจน ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “กรรมการบริษัท จำต้องปฏิบัติตามกฎหมาย คำสั่ง ข้อบังคับของบริษัทตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ทั้งจำต้องปฏิบัติหน้าที่ต่างๆด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของบริษัท” ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายบริษัทของญี่ปุ่นยังมีบทบัญญัติในประการที่ห้ามมิให้กรรมการบริษัทมีผลประโยชน์ได้เสียขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท (conflict of interest) ไว้เป็นการเฉพาะด้วย

จะเห็นได้ว่ากฎหมายบริษัทในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปหรือซีวิลลอว์นั้นจะมีบทบัญญัติที่มุ่งแก้ปัญหาโดยตรงอันเกี่ยวข้องกับกรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ (conflict of interest) โดยกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่า กรรมการย่อมไม่อาจทำกิจ

การและทำความเข้าใจต่างๆกับบริษัทในลักษณะดังกล่าวได้แต่อย่างใด ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวก็พบในกฎหมายอังกฤษด้วย จึงเห็นได้ว่าแม้จะมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน แต่แนวการใช้หลักแห่งความซื่อสัตย์สุจริตของกฎหมายทั้งสองระบบก็ไม่ได้มีความแตกต่างกันเลย

สำหรับประเทศไทย ในเรื่องหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทนั้น มิได้ปรากฏชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของบริษัทเอกชนเป็นการเฉพาะโดยตรง แต่พบว่ามีกรณีพิพาทกฎหมายที่น่าจะเกี่ยวข้องกับหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทอยู่บ้างปรากฏในมาตรา 1168 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “อนึ่ง ท่านห้ามมิให้ผู้เป็นกรรมการประกอบการค้าขายใดๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น”

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้ย้มาถึงหลัก Conflict of Interests คือ เป็นการห้ามกรรมการประกอบการค้าขายใดๆอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือของผู้อื่นก็ตาม แต่ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นคือหากการกระทำดังกล่าวได้รับความยินยอมจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งในประเด็นนี้คือ การตีความคำว่า “การค้าแข่ง” ว่ามีความหมายครอบคลุมถึงการอย่างไรบ้าง ซึ่งก็ได้มีผู้เสนอ<sup>21</sup> ว่า การค้าแข่งมีความหมายถึง การค้าซึ่งมีสภาพอย่างเดียวกันกับของบริษัทและเป็นการแข่งขันกับบริษัท อย่างไรก็ตามจะไม่ถือว่าเป็นการแข่งขันกับบริษัทนั้น เห็นกันว่ากิจการนั้นแม้จะมีการค้าสินค้าชนิดเดียวกัน หรือรับจ้างทำกิจการอย่างเดียวกัน แต่ถ้าเป็นการกระทำคนละท้องที่และไม่มีการแย่งลูกค้ากัน ก็ย่อมไม่เป็นการแข่งขันกัน ฉะนั้น ถ้ากรรมการได้ทำการค้าแข่งกับบริษัทโดย (1) ทำการค้าแข่งเพื่อประโยชน์ตนเองหรือผู้อื่น หรือ (2) เข้าไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างค้าขายต่างๆ ซึ่งทำการค้าแข่งกับบริษัท โดยทั้งสองกรณี กรรมการไม่ได้รับความยินยอมจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแล้ว กรรมการก็จะต้องรับผิดชอบบริษัท เพื่อบรรดาทรัพย์สินเงิน หรือผลประโยชน์ใดๆก็ตามที่ตนได้รับจากการค้าแข่งกับบริษัท

มาตรา 1168 วรรคสาม เป็นเพียงมาตราเดียวที่พอจะเกี่ยวข้องกับหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทอยู่บ้าง

แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายบริษัทเอง ก็ได้มีมาตรา 1167 บัญญัติเอาไว้ว่า “ความเกี่ยวพันในระหว่างกรรมการและบริษัท และบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ว่าด้วยตัวแทน” โดยผลของมาตรา 1167 นี้ จึงเป็นการให้อำนาจในการนำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนมาใช้กับการพิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทด้วย

<sup>21</sup> สมชัย วิชญ์พิศุสกุล, “หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2530) . หน้า 126

เมื่อพิจารณาหลักความซื่อสัตย์สุจริตประกอบกับหลักกฎหมายตัวแทนแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายตัวแทนที่เกี่ยวข้อง ณ ที่นี้ คือมาตรา 805 มาตรา 810 และมาตรา 825

มาตรา 805 วางหลักไว้ว่า “ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการ จะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของตัวการทำกับตนเอง ในนามของตนเองในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้” ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรานี้จะเห็นได้ว่าเป็นการรับรองหลัก Conflict of Interest ได้ชัดเจน การบัญญัติหลักกฎหมายเช่นนี้สะท้อนให้เห็นว่า แนวคิดของกฎหมายตัวแทนถือว่าการทำนิติกรรมสองฝ่ายโดยบุคคลเดียวกัน เป็นไปได้ยากที่จะปฏิบัติได้โดยเที่ยงธรรม เพราะเป็นธรรมดาที่ฝ่ายหนึ่งต้องพยายามหาประโยชน์ใส่ตัว ประโยชน์ทั้งสองฝ่ายจึงขัดกันหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน กฎหมายจึงห้ามมิให้ตัวแทนเอาเปรียบตัวการหรือเพื่อมิให้ประโยชน์ของตัวการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเสียหาย ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายในทำนองนี้ก็เช่น ในเรื่องการปกครองผู้เยาว์ตามมาตรา 1575 เรื่องประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครองขัดกับประโยชน์ของผู้เยาว์ หรือเรื่องประโยชน์ของนิติบุคคลขัดกับประโยชน์ได้เสียของผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งต้องตั้งผู้แทนเฉพาะการตามมาตรา 73 มาตรา 74 และมาตรา 75 เป็นต้น กฎหมายตัวแทนเองก็ยังคงวางหลักไปถึงนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น การบอกเลิกสัญญา การบอกกล่าวบังคับจำนอง ตัวแทนก็น่าจะทำหน้าที่สองฝ่ายไม่ได้เมื่อไม่ได้รับความยินยอมจากตัวการทั้งสองฝ่าย แต่สำหรับนิติกรรมที่มีเฉพาะการชำระหนี้ นั้น ที่กฎหมายไม่ห้ามเพราะถือว่าการชำระหนี้เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งที่ทำให้ระงับเสียซึ่งสิทธิในหนี้ตามมาตรา 149 ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นแล้วตายตัว ไม่ทำให้ลูกหนี้และเจ้าหนี้ได้เปรียบหรือเสียเปรียบกัน กฎหมายจึงอนุญาตให้เป็นตัวแทนได้ทั้งสองฝ่าย

ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 805 นี้จึงเป็นการทำโดยปราศจากอำนาจไม่ผูกพันตัวการตามมาตรา 823 ซึ่งสัญญาตัวแทนทำไปอาจถูกฟ้องเพิกถอนเสียได้ แต่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ (ที่ถือเช่นนี้เพราะหากเป็นโมฆะ) กฎหมายจะต้องระบุไว้ชัดเจน

จึงเห็นได้ว่าจากมาตรานี้ กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริต ไม่ทำการอย่างใดให้ผลประโยชน์ของตนขัดกับผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งเป็นการบัญญัติลงบนพื้นฐานของการห้ามมี Conflict of Interest ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

นอกจากกฎหมายตัวแทนมาตรา 805 ก็ยังมีกฎหมายตัวแทนที่เกี่ยวข้องกับหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทอยู่อีกมาตราหนึ่งคือ มาตรา 810 ซึ่งบัญญัติว่า “เงินและทรัพย์สินอย่างอื่นที่บรรดาตัวแทนได้รับไว้เกี่ยวกับการเป็นตัวแทนนั้น ท่านว่าตัวแทนต้องส่งให้ตัวการทั้งสิ้น

(วรรคสอง) อนึ่ง สิทธิทั้งหลายซึ่งตัวแทนได้ชวนขายได้มาในนามของตนเอง แต่โดยฐานที่ทำการแทนตัวการนั้น ท่านว่าตัวแทนต้องส่งให้ตัวการทั้งสิ้น”

จะเห็นได้ว่ามาตรา 810 ได้บัญญัติบนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์สุจริตของตัวแทน

ที่ต้องยึดถือเสมอว่าตนได้กระทำในนามตัวการ โดยต้องส่งเงิน/ทรัพย์สินอย่างอื่น รวมทั้งสิทธิทั้งหลายที่ได้มาให้ตัวการทั้งสิ้น

สำหรับมาตรา 825 แห่งกฎหมายตัวแทนเอง ก็วางหลักเรื่องความซื่อสัตย์สุจริตเอาไว้อีกมาตราหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก โดยเห็นแก่อามิสสินจ้าง เป็นทรัพย์สินอย่างใดๆ หรือประโยชน์อย่างอื่นอันบุคคลภายนอกได้ให้เป็นलगส่วนตัวก็ดี หรือค้ำประกันว่าจะให้ก็ดี ท่านว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย” ซึ่งก็หมายความว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย” ซึ่งก็หมายความว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย” ซึ่งก็หมายความว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย” ซึ่งก็หมายความว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย”

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางการให้ความคุ้มครองบริษัทตามกฎหมายตัวแทนแล้ว จะเห็นได้ว่านอกจากจะพบหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) ในกฎหมายบริษัทแล้ว ก็ยังพบหลักดังกล่าวในกฎหมายตัวแทนด้วยที่มีการบัญญัติสาระสำคัญของเนื้อหาคล้ายคลึงหรือใกล้เคียงกับหน้าที่ดังกล่าวซึ่งใช้บังคับในกลุ่มประเทศทางคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษหรือสหรัฐอเมริกาอยู่เช่นกัน แม้จะไม่เด่นชัดนัก ตัวอย่างเช่นมาตรา 805 ที่ห้ามมิให้ตัวแทนทำนิติกรรมใดๆ ในนามของตัวเอง เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากตัวการ บทบัญญัตินี้ก็ถือลักษณะหนึ่งที่กฎหมายห้ามมิให้กรรมการบริษัทเข้าไปมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท หรือมี Conflict of Interests ซึ่งถือเป็นหน้าที่ประการหนึ่งตามแนวทางของหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) ในทางคอมมอนลอว์นั่นเอง หรือบทบัญญัติมาตรา 825 อันเป็นกรณีที่ตัวแทนทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยเห็นแก่อามิสสินจ้าง ซึ่งบุคคลภายนอกได้ให้เป็นलगส่วนตัว หรือค้ำประกันว่าจะให้ก็ดี จะเห็นได้ว่าตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ คือ กรณีกรรมการมีผลประโยชน์เป็นการลับ (Secret Profits) อันเป็นการขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทตามกฎหมายเช่นกัน นอกจากนั้นก็ยังมีบทบัญญัติอื่นๆ เช่น มาตรา 810,812 เป็นต้น ที่มีหน้าที่บางส่วนคล้ายกับแนวทางของหลักความซื่อสัตย์สุจริตของทางคอมมอนลอว์ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงแง่สภาพการบังคับใช้กฎหมายแล้ว ตามกฎหมายตัวแทนของไทย ศาลไทยจะใช้บทบัญญัติต่างๆ เหล่านี้ เพื่อการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในลักษณะที่เป็นการเฉพาะและมีข้อเท็จจริงตรงตามตัวบทกฎหมายในแต่ละเรื่องที่บัญญัติไว้เป็นสำคัญเท่านั้น ในขณะที่ศาลทางคอมมอนลอว์ได้อาศัยหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) เป็นแนวทางหลักประการสำคัญโดยทั่วไปเพื่อวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงทุกๆ เรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่และกระทำการโดยไม่สุจริตของกรรมการบริษัทที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทตลอดจนถึงผู้ถือหุ้นส่วนรวม

นอกจากนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังมีมาตรา 76 บัญญัติไว้ในประเด็นความรับผิดชอบของนิติบุคคลไว้ว่า “ถ้าการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มี

อำนาจทำการแทนนิติบุคคล เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น แต่ไม่สูญเสียเงินที่จ่ายไปเพื่อเอาแก่ผู้ก่อความเสียหาย

(วรรคสอง) ถ้าความเสียหายแก่บุคคลอื่นเกิดจากการกระทำที่ไม่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของนิติบุคคล บรรดาบุคคลดังกล่าวตามวรรคหนึ่งที่ได้เห็นชอบให้กระทำการนั้น หรือได้เป็นผู้กระทำการดังกล่าว ต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้น”

นอกจากนี้ในมาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังมีบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคลไว้ว่า “ถ้าประโยชน์ได้เสียของนิติบุคคลขัดกับประโยชน์ได้เสียของผู้แทนนิติบุคคลในการอันใด ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นจะเป็นผู้แทนในการอันนั้นไม่ได้” ตามลักษณะของมาตรา 74 นี้ กฎหมายประสงค์จะป้องกันประโยชน์ของนิติบุคคลคล้ายกับมาตรา 805 ซึ่งประสงค์ป้องกันประโยชน์ของตัวการ ที่น่าสังเกตคือมาตรา 74 นี้ใช้คำว่า “การใด” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่ามาตรา 805 ซึ่งใช้คำว่า “นิติกรรม” ซึ่งจำกัดลงมาว่าจะต้องได้แก่การใดๆอันทำลงด้วยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 74 แล้วอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างและกรรมการ เพื่อให้ได้ความคุ้มครองบริษัทได้อีกประการหนึ่ง นอกเหนือจากบทบัญญัติต่างๆ โดยเฉพาะตามกฎหมายลักษณะตัวแทนที่นำมาใช้บังคับในกฎหมายบริษัทจำกัด โดยผลของมาตรา 1167 ซึ่งหมายความว่าในการอันใดถ้าประโยชน์ทางได้ทางเสียของบริษัทฝ่ายหนึ่งกับกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนบริษัทเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน การอันนั้นกรรมการไม่มีอำนาจเป็นผู้แทนได้ ในกรณีเช่นนี้ต้องให้ศาลแต่งตั้งผู้แทนเฉพาะการ (Special Representative) เมื่อผู้มีส่วนได้เสียของบริษัทหรือพนักงานอัยการร้องขอ (มาตรา 73 ) ฉะนั้นมาตรา 74 จึงมีลักษณะของเนื้อหาที่คล้ายคลึงกับหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการพึงมีต่อบริษัทในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ ซึ่งห้ามมิให้กรรมการทำการใดๆที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในระหว่างผลประโยชน์ของบริษัทและผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ (Conflict of Interests) แต่ก็มีได้หมายความว่า จะตรงหรือเหมือนกับหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตในประเทศทางคอมมอนลอร์เลยทีเดียว

อย่างไรก็ตามการบัญญัติกฎหมายไว้ดังที่ปรากฏในมาตรา 74 เช่นนี้ย่อมช่วยให้ศาลสามารถนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 74 มาใช้บังคับได้แน่นอนชัดเจนและสะดวกกว่าการแปลความโดยอาศัยหลักความซื่อสัตย์สุจริตตามมาตรา 5 เพื่อแก้ไขปัญหาและให้ความคุ้มครองบริษัท โดยการใดๆที่กรรมการได้กระทำขึ้นฝ่าฝืนมาตรา 74 ย่อมไม่ผูกพันบริษัท บริษัทสามารถบอกล้างได้ แต่เห็นว่าการให้ความคุ้มครองบริษัทตามมาตรา 74 นี้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่กรรมการและบริษัทจะทำการใดๆต่อกันซึ่งมีผลทำให้ประโยชน์ทางได้ทางเสียของกรรมการและบริษัทเป็นปฏิปักษ์ต่อกันโดยตรงเท่านั้น

เกี่ยวกับพฤติการณ์ที่เป็นเรื่องที่เป็นทางได้ทางเสียของนิติบุคคลกับตัวผู้แทนของนิติบุคคลขัดแย้งหรือเป็นปฏิปักษ์แก่กันนั้น มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1984/2525 ผู้จัดการบริษัทฟ้องบริษัทให้ชำระหนี้เงินกู้ที่บริษัทกู้ไปจากผู้จัดการ ประโยชน์ทางได้ทางเสียของผู้จัดการและบริษัทจึงเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน ผู้จัดการบริษัทจึงไม่มีอำนาจดำเนินคดีแทนบริษัท หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 580/2509 ทำสัญญากู้โดยใจจริงถือว่าทำแทนผู้อื่นและไม่มีเจตนาให้ถูกผูกพันก็ตาม ก็ต้องถูกผูกพันตามที่ได้แสดงเตนออกมา เว้นแต่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจนั้น แต่แม้ผู้จัดการจะทราบความในใจดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม แต่เมื่อผู้จัดการกับผู้กู้ได้ตกลงกันว่า การกู้เงินครั้งนี้ก็เพื่อเอาเงินมาให้ผู้จัดการและเมื่อกู้ได้แล้วผู้จัดการก็ได้รับเงินไปเป็นประโยชน์เฉพาะตัว ผู้จัดการย่อมไม่มีอำนาจเป็นผู้แทนนิติบุคคลตามมาตรา 74 ความรู้ของผู้จัดการจึงเป็นความรู้ของนิติบุคคลด้วยไม่ได้

นอกจากความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายบริษัทกับกฎหมายตัวแทนแล้ว ก็ยังมีความเกี่ยวพันกับกฎหมายในอีกลักษณะหนึ่งคือกฎหมายลักษณะละเมิด ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” จึงเห็นได้ว่าตามมาตรา 420 นี้กฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการเยียวยาบุคคลผู้ที่เสียหายบังคับสิทธิของตนเอาแก่ผู้ก่อความเสียหายหรือผู้ต้องรับผิด และโดยที่ความรับผิดเพื่อละเมิดเกิดจากการล่วงสิทธิผิดหน้าที่ (Breach of Duties) ฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าหากกรรมการได้กระทำผิดหน้าที่ที่พึงมีต่อบริษัทของตนโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและโดยผิดกฎหมายเป็นเหตุให้บริษัทต้องเสียหายในด้านทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นต้นแล้วเช่นนี้ กรรมการย่อมต้องรับผิดต่อบริษัทด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บริษัทเพื่อการนั้น ทั้งนี้เพราะกรณีย่อมถือได้ว่ากรรมการได้ทำละเมิดต่อบริษัท

หลักความรับผิดของบุคคลตามกฎหมายลักษณะละเมิดนี้ ถือได้ว่าเป็นการรับผิดที่ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ฉะนั้น แม้กฎหมายบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดของไทยจะมีบทบัญญัติต่างๆเพื่อกำหนดความรับผิดแก่กรรมการบริษัทไว้เป็นการเฉพาะแล้วก็ตาม แต่หลักความรับผิดในเรื่องละเมิดดังกล่าวนี้ยังสามารถนำมาใช้ควบคู่กับบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดแก่กรรมการบริษัทต่างๆเหล่านั้นได้ โดยไม่เป็นการขัดแย้งกันแต่อย่างใด

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เอง ก็ได้มีมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติไว้เกี่ยวกับหลักความซื่อสัตย์สุจริตเอาไว้ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ซึ่งบัญญัติมาตรา 5 ดังกล่าวนั้นก็ได้มีมาตรา 6 บัญญัติรองรับว่า “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต” หลักสุจริตดังกล่าวมาจากศัพท์ภาษาละตินว่า “Bona Fide” ในภาษาอังกฤษว่า “Good Faith” หรือในภาษาเยอรมนีว่า “Treu und Glauben” ซึ่งแปลว่า “หลัก

ความซื่อสัตย์และไว้วางใจ”<sup>22</sup> หลักความซื่อสัตย์สุจริตนี้เป็นการแสดงถึงความประพฤติระหว่างบุคคลในสังคมและเป็นหลักธรรมศาสนาสามัญทั่วไป โดยถือว่าในนิติสัมพันธ์ที่มีอยู่ทุกคนจะต้องซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน กฎหมายได้บัญญัติหลักความซื่อสัตย์สุจริตไว้ในตัวบทมาตราต่างๆ เช่น ความรับผิดในการชำระคูปองหรือการรอนสิทธิต่อผู้ซื้อ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการประกันในทรัพย์สินที่ผู้ซื้อซื้อไป นั่นก็คือ ผู้ขายต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อผู้ซื้อนั่นเอง

มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถือเป็นแม่บทหลักในเรื่องหลักสุจริตในกฎหมายไทย แต่ก็มีได้หมายความว่า จะมีเพียงมาตรา 5 เพียงมาตราเดียวที่บัญญัติในเรื่องหลักความซื่อสัตย์สุจริตไว้ แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการบัญญัติคำว่า “สุจริต” ไว้ในหลายมาตรา ซึ่งสามารถแบ่งหลักความซื่อสัตย์สุจริตได้ออกเป็น 2 ลักษณะคือ

1. การตีความแบบที่ถือว่า สุจริตหรือไม่สุจริตขึ้นอยู่กับความรู้หรือไม่รู้ของข้อเท็จจริงของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง เช่น ในมาตรา 412 (ละเมิด) ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าทรัพย์สิ่งซึ่งได้รับไว้เป็นลาภมิควร ได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลาภมิควรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน หรือในมาตรา 1299 วรรคสอง (ทรัพย์) ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้ามีผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากทางนิติกรรม สิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมีได้จดทะเบียนไว้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังมีได้จดทะเบียนนั้น มิให้ยกขึ้นเป็นคู่ต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริตและได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว” หรือในมาตรา 1332 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตในการขายทอดตลาดหรือในท้องตลาด หรือจากพ่อค้าขายของชนิดนั้น ไม่จำต้องคืนให้แก่เจ้าของแท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะชดใช้ราคาที่ซื้อมา” ซึ่งนอกจากทั้ง 3 มาตรา ที่ยกมาถ่าแล้ว ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังมีปรากฏการตีความหลักสุจริตในแนวทางดังกล่าวในมาตราอื่นด้วย โดยการตีความในแนวทางนี้ จะมีความหมายของการ “สุจริต” หรือ “ไม่สุจริต” เพียงแค่ความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณีในข้อเท็จจริงเท่านั้น ซึ่งการตีความในแนวนี้ก็พบอยู่ทั่วไปในกฎหมายอังกฤษและแนวคำพิพากษาของไทย

2. การตีความแบบที่ถือว่า สุจริตหรือไม่สุจริตนั้นต้องตีความในความหมายกว้างๆ เป็นการทั่วไปและไม่เจาะจงถึงความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณี ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 5 (บททั่วไป) ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” หรือในมาตรา 368 (สัญญา) ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” จะเห็นได้ว่าคำว่า “สุจริต” ในบทบัญญัติเหล่านี้มีความหมายโดยทั่วไปกว้างๆ ไม่ได้เจาะจงถึงความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณี เป็นเพียงบทบัญญัติที่เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าการ

<sup>22</sup> อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 21



กระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายนั้นจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่<sup>23</sup> มาตรฐานหรือเครื่องวัดที่กล่าวนี้เป็นข้อความทั่วไปที่ภาษาเยอรมันเรียกว่า “คำที่มีเนื้อความไม่ชัดเจน” บทบัญญัติใดที่มีเนื้อความไม่ชัดเจนในทางนิติศาสตร์จะเรียกว่า “กฎหมายยุติธรรม” (Jus Acquimm) ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ที่ต้องตีความตามกฎหมายประเภทนี้ต้องมีวิจารณ์ฐานและดุลยพินิจวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องทุกประการ ตลอดจนใคร่ครวญและไตร่ตรองให้รอบคอบก่อนแท้เสียก่อนว่าคำเหล่านั้นมีความหมายอย่างไร การตีความในแนวใดจึงจะเป็นการถูกต้องเหมาะสมกับเรื่องของข้อพิพาทที่จะต้องตีความหมายเหล่านั้น ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่า การตีความแบบที่ถือว่าสุจริตหรือไม่สุจริตนั้น หากต้องตีความในความหมายกว้างๆ ก็จะสร้างภาระให้กับผู้ตีความได้มากที่สุด

หลักสุจริตเป็นหลักที่ถูกรับรองโดยบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมี 2 วรรค ในวรรคแรกเป็นการบัญญัติโดยการ “รับมรดก” มาจากประมวลกฎหมายแพ่งสวีตเซอร์แลนด์ ส่วนในวรรคที่สองของประมวลกฎหมายแพ่งสวีตเซอร์แลนด์นั้น กลับมีข้อความตรงกับมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งนางนิติศาสตร์เยอรมันถือว่าเป็นบทครอบจักรวาล ซึ่งหมายถึง เป็นบทที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกๆ เรื่อง จึงได้รับยกย่องว่าเป็น “หลักแห่งความซื่อสัตย์สุจริตและไว้วางใจ” จึงเห็นได้ว่ากฎหมายเยอรมันได้นำเอาความคิดในทางศีลธรรมของสังคมเข้ามาเป็นองค์ประกอบในการปรุงแต่งกฎหมายและปรุงแต่งชีวิตความสัมพันธ์ของสังคมด้วย ในระบบกฎหมายเช่นนี้ ศีลธรรมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของประชาชนในสังคมย่อมเป็นสิ่งที่กฎหมายจะต้องคำนึงถึงอยู่เสมอ กฎหมายกับศีลธรรมจึงเป็นตัวจักรแห่งระบบควบคุมสังคม (Agencies of Social Contract) ที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดและเกื้อหนุนซึ่งกันและกัน

นอกจากนี้ ในการตีความสัญญาตามมาตรา 398 ก็กำหนดไว้ด้วยว่าจะต้องตีความสัญญาไปในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย หลักความคิดเรื่องความซื่อสัตย์สุจริตและความไว้วางใจในกฎหมายไทยและในระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีบทบาทในการตีความและปรุงแต่งสัญญาเป็นอย่างมากด้วย ซึ่งถ้าหากใช้บทบัญญัตินี้ให้มีผลอย่างเต็มที่แล้วก็จะสามารถจัดข้อขัดข้อง ข้อบกพร่อง หรือข้อความที่เอาเปรียบไม่เป็นธรรมได้ดีพอสมควร

จึงสรุปได้ว่า การตีความแบบที่ถือว่าสุจริตหรือไม่สุจริตนั้นต้องตีความในความหมายกว้างๆ เป็นการทั่วไป และไม่เจาะจงถึงความรู้หรือความไม่รู้ของคู่กรณี ดังที่ปรากฏในมาตรา 5 , มาตรา 6 และมาตรา 368 ของไทยนั้น เป็นหลักกฎหมายสำคัญที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายไทย เพราะจะเท่ากับว่าเป็นการสันนิษฐานเบื้องต้นว่าบุคคลในสังคมต้องปฏิบัติต่อกันฉันท์คนที่

<sup>23</sup> สมยศ เชื้อไทย, คู่มือศึกษากฎหมาย วิชากฎหมายแพ่ง, 1 เล่มทั่วไป ตามแนวคำสอนของดร.ปรีดี เคนมทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 2, ก.ย. 2534, สำนักพิมพ์ประกายพรึก กทม., หน้า 123

ความซื่อสัตย์และไว้วางใจกันได้ จึงถือได้ว่า หลักความซื่อสัตย์สุจริตและความไว้วางใจเป็นบท  
 ครอบจักรวาล และเป็น “หลักทั่วไป” ซึ่งมีความหมายแตกต่างกับ “กฎหมายทั่วไป” ทั้งนี้เพราะ  
 กฎหมายทั่วไปอาจถูกตัดโดยกฎหมายพิเศษได้ แต่หลักทั่วไปย่อมถือเป็นบทพื้นฐานหรือบท  
 ครอบจักรวาลที่ใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาว่าบทบัญญัติต่างๆของกฎหมายได้กระทำโดยไม่  
 ขัดต่อความซื่อสัตย์และความไว้วางใจหรือไม่

ฉะนั้น เมื่อพิจารณาถึงหลักสุจริตตามมาตรา 5 ของไทยแล้ว หากจะเปรียบเทียบกับ  
 หลักความซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการพึงมีต่อบริษัท หรือ Fiduciary Duties ที่มีบังคับใช้อยู่ใน  
 ประเทศทางคอมมอนลอว์แล้วจะเห็นได้ว่า หลักทั้งสองเรื่องมีความเกี่ยวพันกัน ดังนั้นการแปล  
 ความมาตรา 5 ของไทยให้มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้ถือหุ้น จึงต้องแปลความโดยเดินตาม  
 แนวของศาลในประเทศคอมมอนลอว์ที่แปลความในเรื่อง Fiduciary Duties เป็นสำคัญ

ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีถ้อยคำที่บัญญัติเกี่ยวกับ  
 เรื่องการใช้สิทธิและการชำระหนี้เท่านั้นที่กฎหมายบัญญัติให้ว่าต้องกระทำโดยสุจริต หากเป็นเช่น  
 นั้นแล้วก็จะเกิดข้อสงสัยว่าจะเกิดปัญหากับการนำบทบัญญัติมาตรา 5 ดังกล่าวไปใช้ในเรื่องของ  
 หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทซึ่งบัญญัติไว้เพียงว่าเป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่  
 จะต้องถือปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนั้น จะเกิดปัญหาหรือไม่ ซึ่งก็สามารถแยกการ  
 พิจารณาถ้อยคำตามมาตรา 5 ได้เป็น

ก.กรณีของการใช้สิทธิ ได้มีผู้ให้ความหมายของ “สิทธิ” เอาไว้ว่ามีอยู่ 2 ประการคือ

(1) วินไซค์ (Windscheid) นักกฎหมายเยอรมัน ให้ความหมายไว้ว่า สิทธิหมายถึงอำนาจที่  
 กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง จากความหมายนี้ การใช้สิทธิจึงขึ้นอยู่กับเจตจำนงของ  
 ผู้มีสิทธิเป็นสำคัญ<sup>24</sup>

(2) เยียร์ริง (Jhering) นักกฎหมายเยอรมัน ให้ความหมายไว้ว่า สิทธิหมายถึงประโยชน์ที่  
 กฎหมายคุ้มครองให้ ซึ่งเป็นการให้ความหมายที่เน้นหนักไปที่วัตถุประสงค์แห่งสิทธิ ในความเห็น  
 ที่ (2) นี้จึงถือว่าสิทธิเป็นประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองมากกว่าความหมายที่ (1)<sup>25</sup>

ในปัจจุบันถือว่าความหมายของสิทธิมีทั้งความหมายที่ (1) และ (2) ประกอบกัน  
 แต่สิ่งที่ควรพิจารณาต่อไปก็คือเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีจุดประสงค์จะคุ้มครองบุคคลแล้ว  
 บุคคลจะมีสิทธิเสมอไป แต่จะถือว่าเป็นสิทธิได้ก็ต่อเมื่อต้องเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้  
 ประโยชน์แก่บุคคลไว้โดยเฉพาะเจาะจงและกฎหมายได้คุ้มครองผลประโยชน์ โดยบุคคลผู้รับ  
 ประโยชน์ใช้สิทธิทางศาลซึ่งก็คือการนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้บังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้ ซึ่ง  
 หากเป็นเช่นนั้นแล้ว อาจให้ความหมายของสิทธิได้เป็นประการที่ (3) คือ สิทธิจะเกิดขึ้นต่อเมื่อได้

<sup>24</sup> หุค แสดงอุทฺ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 14.(กทม สำนักพิมพ์ประกายพรึก). พ.ศ.2542

<sup>25</sup> อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 24

รับมอบหมายให้กระทำการ ซึ่งการมอบหมายให้กระทำการดังกล่าวก็มาจากกฎหมายนั่นเอง ดังนั้น ในกฎหมายบริษัทได้บัญญัติให้สิทธิบางประการอยู่ในอำนาจของกรรมการบริษัท อันเป็นผลมาจากการที่ตนได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ดูแลกิจการของบริษัทซึ่งผู้ที่ไม่ได้เป็นกรรมการจะไม่ได้รับสิทธิเหล่านี้ เช่น สิทธิในการเรียกให้คืนค่าหุ้นของบริษัท ส่งใช้เสียซึ่งบรรดาเงินค่าหุ้นที่ยังจะต้องส่งอีกเสียเมื่อใดก็ได้ (มาตรา 1120) สิทธิในการที่จะมอบอำนาจอย่างใดอย่างหนึ่งของตนให้แก่ผู้จัดการหรืออนุกรรมการซึ่งตั้งขึ้นจากผู้ที่ป็นกรรมการด้วยกันก็ได้ ซึ่งในการใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายมานั้น ผู้จัดการทุกคนหรืออนุกรรมการทุกคนต้องทำตามคำสั่งหรือข้อบังคับซึ่งกรรมการทั้งหลายได้กำหนดให้ทุกอย่างทุกประการ (มาตรา 1164)

นอกจากนั้นยังมีความหมายของสิทธิในประการที่ (4) ด้วยว่า สิทธิและหน้าที่นั้นเป็นของคู่กัน จะมีสิทธิโดยไม่มีหน้าที่ไม่ได้ หรือกลับกันก็คือ หน้าที่ทำให้เกิดสิทธิ หรือ สิทธิทำให้เกิดหน้าที่ นั่นเอง<sup>26</sup>

ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 2930/2519 วางหลักถึงการใช้สิทธิในบางกรณีของกรรมการบริษัทซึ่งได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่นั้นถือว่าเป็นการใช้สิทธิอันอยู่ในความหมายของการใช้สิทธิตามมาตรา 5 เช่นกัน กล่าวคือ การที่กรรมการลงชื่อในใบโอนหุ้นไปแล้ว และใบหุ้นนั้นได้โอนไปเป็นหุ้นของธนาคารและโอนหุ้นต่อไปยังผู้อื่นได้ตามข้อบังคับของสัญญานั้น ข้อบังคับของบริษัทที่ว่ากรรมการอาจปฏิเสธการโอนหุ้นได้นั้น ไม่ได้เป็นการบังคับว่ากรรมการต้องอนุมัติก่อนจึงจะโอนหุ้นได้ เมื่อกรรมการลงชื่อในใบโอนหุ้นแล้ว จะปฏิเสธการโอนหุ้นในภายหลังย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

ข.กรณีของการชำระหนี้ ในความหมายของหนี้ นั้น ถือได้ว่าเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่ต้องกระทำนั้นเรียกว่า ลูกหนี้ ส่วนฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำนั้น เรียกว่า เจ้าหนี้ การกระทำของลูกหนี้จะมี 3 ชนิด คือ 1.กระทำการอย่างที่เขาใจกัน 2.กระทำการละเว้นการกระทำ และ 3.กระทำการโดยโอนทรัพย์สิน<sup>27</sup> ในกฎหมายบริษัทไม่ได้มีบทบัญญัติโดยตรงในเรื่องหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่มีลักษณะเป็นการกำหนดให้กรรมการต้องชำระหนี้ให้แก่บริษัท แต่หากอ้างถึงถ้อยคำในมาตรา 1167 ที่ให้ใช้กฎหมายตัวแทนมาบังคับในความเกี่ยวพันในระหว่งกรรมการและบุคคลภายนอกแล้ว เมื่อไปพิจารณากฎหมายตัวแทนตามการให้อำนาจของมาตรา 1167 นี้ ก็พบว่า มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหน้าที่ของกรรมการบริษัทในการที่จะต้องชำระหนี้ต่อบริษัทเอาไว้ในมาตรา 810 คือ การที่กรรมการต้องมีหน้าที่ส่งเงินและทรัพย์สินให้แก่บริษัทในการที่กรรมการได้รับเงินและทรัพย์สิน

<sup>26</sup> ไพจิตร บุญพันธ์ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 3 (กทม. : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), พ.ศ. 2520 หน้า 61

<sup>27</sup> จิต เศรษฐบุตร หลักกฎหมายแห่งลักษณะหนี้. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 12. (กทม.: โรงพิมพ์เดือนตุลา), 2540 หน้า 28

จะส่งแก่บริษัท หรือซึ่งควรจะใช้ในกิจการของบริษัทนั้นไปใช้สอยเป็นประโยชน์ตนเสีย กรรมการต้องเสียดอกเบี้ยในเงินนั้นนับแต่วันที่ได้อำนาจไปใช้

จึงเห็นได้ว่า การแปลความมาตรา 5 อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาถึง สิทธิและหน้าที่ของกรรมการในกฎหมายบริษัทเองก็มีบัญญัติไว้เช่นกัน จึงเห็นว่าการแปลความหมายมาตรา 5 อย่างเคร่งครัดก็สามารถนำมาปรับใช้กับหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทได้ แต่อย่างไรก็ดีในกรณีนี้อาจมีข้อสังเกตว่า หากมิใช่กรณีเป็นสิทธิและหน้าที่แล้วจะสามารถนำเอาหลักความซื่อสัตย์สุจริตตามมาตรา 5 (ซึ่งอาจต้องตีความโดยเคร่งครัด) นี้มาปรับใช้ได้หรือไม่เพียงใด ในกรณีนี้ เห็นว่า การแปลความโดยเคร่งครัดให้มาตรา 5 คุ่มครองในกรณีสิทธิและหน้าที่นั้นจะเป็นการแปลความที่แคบเกินไปและอาจไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเองในการที่จะถือหลักสุจริตนี้เป็นหลักทั่วไปที่ศาลควรจะแปลความอย่างกว้างเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการตัดสินคดีได้มากที่สุด ดังนั้น จึงไม่น่าจะถือว่า หากมิใช่เรื่องสิทธิหรือหน้าที่แล้วจะไม่สามารถนำมาตรา 5 มาปรับใช้ได้ อีกประการหนึ่งก็คือในการบริหารบริษัทนั้น โดยพื้นฐานแล้วกรรมการมีหน้าที่หลักในการบริหารอยู่แล้วอยู่แล้ว หากถือตามนี้กรรมการก็ย่อมมี “หน้าที่” ในการกระทำใดๆ ต่อบริษัทเสมอ ซึ่งก็ตรงกับถ้อยคำในมาตรา 5 ดังนั้น การนำมาตรา 5 มาปรับใช้แม้ในกรณีที่ไม่มี “สิทธิ” หรือ “หน้าที่” ตามที่กฎหมายกำหนด (ทั้งโดยกฎหมายบริษัทเองและกฎหมายตัวแทนตามความในมาตรา 1167) ก็เห็นว่าไม่น่าจะขัดกับหลักกฎหมายอย่างไร

อีกประการหนึ่งคือ หลักสุจริตตามมาตรา 5 นั้น มิได้บัญญัติถึงผลไว้ว่า ถ้าใช้สิทธิโดยสุจริตหรือซื่อสัตย์โดยไม่สุจริตแล้วผลจะเป็นประการใด อย่างไรก็ตาม ในแง่การพิจารณาดีของศาล ปากฎว่า ศาลมักใช้หลักสุจริตในกรณีที่จำเลยผู้ถูกฟ้องคดีได้กล่าวอ้างว่าในการใช้สิทธิฟ้องคดีของโจทก์นั้น เป็นไปโดยไม่สุจริตอย่างไรและหากศาลเห็นตามที่โจทก์กล่าวอ้าง ศาลก็จะทำการยกฟ้องไปในที่สุด ในทางกลับกันหากศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่าจำเลยใช้สิทธิโดยไม่สุจริตตามที่โจทก์กล่าวอ้างจริง ก็จะพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีไป แต่มิได้มีการนำหลักสุจริตมาพิจารณาในส่วนที่ว่าจำเลยได้ปฏิบัติตนโดยไม่สุจริตอย่างไร มีผลทำให้โจทก์เสียหายอย่างไร ขัดต่อการปฏิบัติตามหลักสุจริตอย่างไร ซึ่งจะเป็นการช่วยเหลือผู้ถือหุ้นที่ได้รับการเอาเปรียบหรือบริษัทที่ต้องเสียหายมากยิ่งขึ้น

และนอกจากนั้น เมื่อพิจารณาหลักสุจริตตามมาตรา 5 นี้แล้ว ก็ไม่ปรากฏข้อกำหนดไว้โดยชัดเจนอีกเช่นกันว่า ศาลจะต้องนำหลักสุจริตนี้มาบังคับใช้เสมอไป แต่ให้อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะให้มาตรา 5 เป็นเครื่องมือในการพิจารณาดีให้เป็นไปตามความยุติธรรมเป็นสิ่งสำคัญ กล่าวคือ อยู่ในดุลพินิจของศาลที่จะพิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในการนำหลักสุจริตมาใช้หรือไม่นั่นเอง ฉะนั้น การพิจารณาปัญหาที่ว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ต่อบริษัทโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เพียงไร โดยอาศัยหลักสุจริตเป็นเครื่องวินิจฉัยนั้น กรณีจึงขึ้นกับดุลพินิจของศาลที่

จะนำมาใช้หรือไม่เป็นสำคัญ หากศาลจะต้องนำมาใช้บังคับเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวเสมอไปไม่ ซึ่งเป็นการสร้างความไม่มั่นใจกับผู้ถือหุ้นและบริษัทที่เสียหาย

ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับเก่า หรือพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521 มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่หลักประการสำคัญๆ โดยทั่วไปของกรรมการในบริษัทมหาชนที่พึงมีต่อบริษัทไว้ในมาตรา 98 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการดำเนินการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัทตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีหน้าที่หลักใหญ่ของกรรมการอยู่ 2 ประการคือ

(1) หน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต โดยในการดำเนินการของบริษัท กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัทตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

(2) หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

จะเห็นได้ว่า มาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521 นี้ อาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ออกใช้บังคับเพื่อขยายขอบเขตอำนาจหน้าที่หลักของกรรมการที่พึงมีต่อบริษัทตามที่มีอยู่เดิมในเรื่องของบริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการนำเอาหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตและหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังมาไว้ในคราวเดียวกัน ดังนั้น จึงนำหลักของทั้ง 2 เรื่องนี้ในกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดมาใช้ในกรณีบริษัทมหาชนจำกัดได้ด้วย ในขณะเดียวกัน ในบริษัทเอกชนจำกัดบางบริษัทก็ยังมีลักษณะบางประการที่ใกล้เคียงกับการเป็นบริษัทมหาชน เช่น การมีเงินลงทุนที่สูง และดำเนินกิจการที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของรัฐ โดยอ้อม เช่น บริษัทเอกชนที่ประกอบกิจการพาณิชย์ กิจการประกันภัย เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ลักษณะการดำเนินการทางธุรกิจของบริษัทเอกชนเหล่านี้มีขอบข่ายการดำเนินการที่กว้างขวางเหมือนกับบริษัทมหาชนจำกัดเป็นอันมาก

อย่างไรก็ดี มาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521 นี้ก็ยังคงบัญญัติไว้เพียงแนวทางกว้างๆ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือความหมายแห่งถ้อยคำของหน้าที่หลักดังกล่าวที่มีอยู่ไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด ว่ากรณีเช่นไรเป็นเรื่องที่กรรมการฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักดังกล่าว ฉะนั้น ศาลจึงต้องแปลความหมายแห่งการกระทำที่เกิดเป็นปัญหาโต้แย้งว่า กรรมการได้ปฏิบัติฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามมาตรานี้หรือไม่เพียงใด นอกจากนั้น ในแง่การพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาข้อพิพาทระหว่างกรรมการและบริษัทในบริษัทเอกชนจำกัดนั้น ศาลย่อมไม่สามารถนำบทบัญญัติตามมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521 มาใช้บังคับเพื่อวินิจฉัยปัญหาว่า กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ต่อบริษัทโดยชอบด้วยกฎหมายและซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทเพื่อเป็นการคุ้มครองบริษัทและผู้ถือหุ้นอย่างแน่นอนเสมอไป เนื่องจากโดยความเป็นจริงแล้ว หน้าที่หลักของกรรมการที่จะต้องปฏิบัติต่อบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตนั้น มิได้บัญญัติไว้ในเรื่องของกฎหมาย

บริษัทเอกชนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง แตกต่างจากการที่ศาลจะวินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้น โดยอาศัยบทบัญญัติต่างๆ ที่มีบัญญัติไว้โดยเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในปัจจุบันแม้กฎหมายที่บังคับใช้ในส่วนของบริษัทมหาชนจำกัด จะเปลี่ยนแปลงเป็นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 (ที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวก็ยังคงไว้เช่นเดิม ดังที่ปรากฏในมาตรา 85 วรรคหนึ่ง ความว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัทตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท” จึงเห็นได้ว่า แนวคิดในเรื่องนี้ยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด

จากการที่ได้พิจารณาถึงหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการที่พึงมีต่อบริษัท ทั้งตามแนวทางของต่างประเทศ (ซึ่งแยกเป็นประเทศในกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์และประเทศในกลุ่มกฎหมายซีวิลลอว์)ตลอดจนบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เช่นกฎหมายตัวแทน การพิจารณาประเด็นการรับผิดชอบของนิติบุคคลและหลักสุจริตตามมาตรา 5 แล้ว จะเห็นว่าที่กล่าวมาทั้งหมดเป็นเพียงการกล่าวเบื้องต้นให้ทราบว่าหลักความซื่อสัตย์สุจริตมีความหมายอย่างไรและมีความเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายอื่นอย่างไรเท่านั้น ซึ่งเมื่อทราบข้อมูลเบื้องต้นของหลักความซื่อสัตย์สุจริตว่ามีความหมายอย่างไรและมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่นอย่างไรแล้ว ก็จะนำไปสู่การพิจารณาและศึกษาต่อไปถึงปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นจากกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่และกระทำการโดยไม่สุจริต ฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่พึงมีต่อบริษัทว่ามีปัญหาประการใดบ้างต่อไป

ปัญหาหลักในเรื่องนี้คงหนีไม่พ้นปัญหาที่เกิดจากการกระทำใดๆก็ตามที่มีลักษณะก่อให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการกับผลประโยชน์ส่วนตัวของบริษัทหรือ conflict of interests นั่นเอง ทั้งนี้เนื่องจากกรรมการย่อมเป็นผู้ได้รับมอบความไว้วางใจจากบริษัทโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นให้ทำหน้าที่จัดกิจการงานของบริษัท เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัทเป็นสำคัญ ฉะนั้น กรรมการจึงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆก็ตามที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในลักษณะดังกล่าวข้างต้น เพราะหากกรรมการกระทำการเช่นนั้นได้แล้ว กรณีย่อมก่อให้เกิดผลกระทบด้านความมั่นคงในการประกอบกิจการของบริษัทเป็นอย่างมาก ซึ่งปัญหาหลักในส่วนนี้อาจแยกพิจารณาออกได้เป็นหลายกรณีด้วยกัน เป็นต้นว่า ปัญหาที่กรรมการมีผลประโยชน์ได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาต่างๆที่มีบริษัทซึ่งตนเองทำหน้าที่เป็นกรรมการอยู่เป็นคู่สัญญาด้วย เช่น กรณีที่กรรมการได้ทำสัญญากับบริษัทเป็นส่วนตัวในนามและเพื่อประโยชน์ของตนเองในลักษณะที่ไม่เป็นธรรม เอารัดเอาเปรียบต่อบริษัทโดยมีเจตนาไม่สุจริต มุ่งแสวงหาเอาผลประโยชน์ในสิทธิหรือทรัพย์สินต่างๆของบริษัทมาเป็นของตนเองจากการทำสัญญาดังกล่าว หรือปัญหาที่กรรมการมีผลประโยชน์ได้เสียโดยอ้อมอยู่ในบริษัทต่างๆที่ได้ทำสัญญาหรือกิจการต่างๆกับบริษัทซึ่งตนเองทำหน้าที่เป็นกรรมการอยู่ โดยกรรมการมี

เจตนาเพื่อมุ่งแสวงหาหรือนำเอาทรัพย์สินของบริษัทไปใช้ประโยชน์ในกิจการของบริษัทต่าง ๆ นั้น และหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวที่พึงมีต่อบริษัท เนื่องจากการทำสัญญาในลักษณะดังกล่าว

หรือปัญหาที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทด้วยการแอบทำผลประโยชน์ใดๆ ขึ้นเป็นการลับสำหรับตนเอง (Secret profits) โดยวิธีการในลักษณะต่างๆ ที่ไม่สุจริต อันเป็นผลเกี่ยวเนื่องจากคนได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการให้แก่บริษัท

จากปัญหาที่ปรากฏข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายจำเป็นต้องมีวิธีการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นจากการที่กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่และกระทำการโดยไม่สุจริตให้เป็นผลสำเร็จและเหมาะสม ถูกต้องและเป็นธรรม เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ทางสิทธิและทรัพย์สินต่างๆ ของบริษัท โดยเฉพาะผู้ถือหุ้นมิให้ได้รับความเสียหาย

ตามแนวทางกฎหมายคอมมอนลอว์ (ตามประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา) นั้น ได้วางขอบเขตการให้ความคุ้มครองบริษัท โดยอาศัยหลักความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อแก้ปัญหที่เกิดขึ้นจากความไม่สุจริตของกรรมการบริษัทในลักษณะต่างๆ เช่น การทำสัญญากับบริษัทซึ่งกรรมการมีผลประโยชน์ได้เสีย (Contracts Involving Director) กรรมการมีผลประโยชน์เป็นการลับและได้อำมสินจ้าง (Secret Profits and bribes) กรรมการประกอบการค้าแข่งกับบริษัท ซึ่งแนวในการคุ้มครองดังกล่าวนี้ก็ขึ้นอยู่กับความเข้มงวดในการบังคับใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริตโดยทั่วไปเพื่อแก้ปัญหที่เกิดขึ้นจากความไม่ซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทตามคุณลักษณะของศาลด้วย ในอังกฤษใช้มาตรฐานของหลักนี้ในชั้นของ Strict Fiduciary Standards ในขณะที่การใช้หลักนี้ในสหรัฐอเมริกา ยังมีความไม่แน่นอนอยู่ แต่อย่างไรก็ดี ศาลในประเทศตามแนวทางกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ต้องใช้หลักความซื่อสัตย์สุจริตนี้โดยมีนโยบายทางปฏิบัติที่ต้องการความสะดวกคล่องตัวในการจัดการธุรกิจของบริษัทเป็นสำคัญ

สำหรับในประเทศไทย ปัญหาประการหนึ่งที่ต้องนำมาขบคิดวิเคราะห์ก็คือ บทกฎหมายต่างๆ เท่าที่มีบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนั้น เพียงพอหรือไม่ต่อการที่จะให้ความคุ้มครองปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทรวมทั้งประชาชนผู้ถือหุ้น เกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่หรือกระทำการโดยไม่สุจริต การที่ต้องพิจารณาถึงกฎหมายที่มีอยู่เป็นลายลักษณ์อักษร ก่อนนั้นก็เนื่องมาจากว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (แม้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีก่อนๆ จะถูกนำมายึดถือเป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัยในคดีหลังก็ตาม) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทตามกฎหมายไทย สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

1. ปัญหาที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท
2. ปัญหาที่กรรมการใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทางที่มีขอบมิควร

1. ปัญหาที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท นิยามของ

“ผลประโยชน์ขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของบริษัท” เองนั้นสามารถจำแนกออกได้อีก 2 ประเภทคือ ปัญหาการทำสัญญาหรือกิจการต่างๆซึ่งกรรมการมีผลประโยชน์ได้เสีย และปัญหาที่กรรมการมีผลประโยชน์เป็นการลับ

ปัญหาการทำสัญญาหรือกิจการต่างๆซึ่งกรรมการมีผลประโยชน์ได้เสียนั้นเป็นการกระทำผิดตามมาตรา 805 ประกอบด้วยมาตรา 1167 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายวางหลักของความผิดของการกระทำเช่นนั้นของกรรมการ ในกรรมการที่มีฐานะเป็น “กรรมการผู้แทนของบริษัท” หากกรรมการได้รับความยินยอมจากบริษัทให้ทำได้แล้ว สัญญาในลักษณะนี้ย่อมมีผลผูกพันบริษัทตามกฎหมายทุกประการ โดยมีกรรมการดังกล่าวนี้อยู่ในฐานะเป็นผู้แทนของบริษัทด้วยอีกฐานะหนึ่งในการทำสัญญานั้นเอง อย่างไรก็ตาม ข้อพิจารณาในประเด็นนี้มีว่า เมื่อจะมีการทำสัญญาเช่นนี้โดยกรรมการมีความประสงค์จะขอให้บริษัทให้ความยินยอมแก่การทำสัญญา กรรมการผู้นั้นจะต้องมีหน้าที่เปิดเผยข้อความจริงอันเป็นสาระสำคัญทั้งปวง ซึ่งเกี่ยวกับการกระทำกิจการใดๆก็ตามซึ่งกรรมการประสงค์จะทำหรือมีนิติสัมพันธ์กับบริษัทของตนเองในนาม และเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือในฐานะตัวแทนของบุคคลภายนอก แจ้งให้คณะกรรมการบริษัทได้ทราบและให้ความยินยอมเป็นสำคัญ

ศาลในระบบคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ ได้อาศัยวิธีการแปลความโดยมุ่งคำนึงถึงหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต (fiduciary duties) ที่กรรมการพึงมีต่อบริษัทเป็นสำคัญ ทั้งนี้ เพื่อให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งอาจต้องได้รับความเสียหายจากการทำสัญญาที่มีต่อกรรมการบริษัทเป็นคู่สัญญา ด้วยการวางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า สัญญาที่ทำขึ้นย่อมตกเป็นโมฆียะ (voidable) ไม่ผูกพันบริษัท หากกรรมการผู้ทำสัญญามิได้เปิดเผยข้อความจริงอันเป็นสาระสำคัญ และขอบเขตแห่งสภาพความมีผลประโยชน์ได้เสียของตนจากการทำสัญญากับบริษัทแจ้งให้บริษัททราบ ทั้งนี้ โดยมีพิกัดคำนึงถึงว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะมีความเป็นธรรมต่อกันในระหว่างคู่สัญญาเพียงใดก็ตาม

ในการให้ความยินยอมของกรรมการที่จะมีอำนาจทำสัญญากับบริษัทได้เป็นการส่วนตัวนั้น บุคคลที่จะให้ความยินยอมคือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้เนื่องจากในการบริหารกิจการงานของกรรมการจะต้องอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น (ตามมาตรา 1144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) มิใช่การได้รับการยินยอมจากคณะกรรมการของบริษัท ซึ่งอาจให้ความยินยอมแก่กรรมการที่จะทำสัญญากับบริษัทเป็นการส่วนตัวได้ เนื่องจากอาจเป็นการไม่เป็นธรรมหากคณะกรรมการที่ให้ความยินยอมนั้นเองมีส่วนได้เสียหรือเป็นพวกพ้องกับกรรมการที่ประสงค์จะทำสัญญาดังกล่าว

ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) เองก็ได้บัญญัติไว้ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในมาตรา 86 ความว่า “ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทหรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน



สามัญ หรือเป็นส่วนหนึ่งไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพการอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ประมุขผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง”

จะเห็นได้ว่าประเด็นหลักที่เป็นหัวใจสำคัญในการที่จะอนุญาตให้กรรมการทำการใดที่เป็นประโยชน์ในทางขัดแย้งกับบริษัทได้หรือไม่ นั่นก็คืออยู่ที่ว่า กรรมการยินดียังจะเปิดเผยข้อความจริงอันเป็นสาระสำคัญให้บริษัทได้รับทราบมากน้อยเพียงใด ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับความสุจริตของกรรมการคนดังกล่าวเป็นสำคัญ ดังนั้น การหิบบยหลัก Fiduciary Duties มาช่วยในการตีความก็ย่อมจะแก้ปัญหาความคับแค้นในเรื่องนี้ได้ในระดับหนึ่ง

สำหรับในประเด็นปัญหากรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์เป็นการลับนั้น ในเรื่องของกรรมการมีผลประโยชน์เป็นการลับนั้นหมายความว่ากรรมการจงใจอาศัยข้อมูลต่างๆเกี่ยวกับการดำเนินกิจการภายในบริษัทที่ตนได้รับจากการทำหน้าที่เป็นกรรมการ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือแสวงหาผลประโยชน์ในทางทรัพย์สิน สิทธิต่างๆสำหรับตนเองโดยลับ ซึ่งเห็นว่าปัญหาในลักษณะนี้ย่อมเกิดขึ้นได้โดยง่ายเนื่องจากกรรมการนับเป็นผู้ใกล้ชิดผูกพันกับบริษัทและมีโอกาสที่จะรับทราบข้อมูลความรู้ต่างๆ เกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัทได้มากที่สุด หากกรรมการสามารถรับเอาผลประโยชน์ใดๆที่ได้จากวิธีการดังกล่าวแล้วยอมทำให้บริษัทต้องสูญเสียสิทธิและผลประโยชน์ไปโดยไม่เป็นธรรม ฉะนั้นกรรมการจึงไม่มีสิทธิได้รับทราบข้อมูลความรู้ต่างๆเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัทได้มากที่สุด การกระทำใดที่กรรมการเอาผลประโยชน์ต่างๆที่ได้มาจากการเป็นกรรมการบริษัทไปเป็นของตนเอง จึงเป็นเรื่องที่กรรมการเข้าไปมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of Interests) ซึ่งในสาละระบบคอมมอนลอว์ใช้หลัก Fiduciary Duties มาบังคับใช้ในกรณีนี้

ในกฎหมายไทย กฎหมายเปิดช่องไว้ในมาตรา 1167 ประกอบมาตรา 810 คือการที่กฎหมายบริษัทนำเอาหลักกฎหมายตัวแทนมาใช้โดยอนุโลม ในมาตรา 810 บัญญัติไว้ว่า “เงินและทรัพย์สินอย่างอื่นบรรดาที่ตัวแทนรับไว้ เกี่ยวกับการเป็นตัวแทนนั้น ท่านว่าต้องส่งให้แก่ตัวการทั้งสิ้น (วรรคสอง) สิทธิทั้งหลายซึ่งตัวแทนชวนขายได้มาในนามของตนเอง แต่โดยฐานที่ทำการแทนตัวการนั้น ตัวแทนต้องโอนให้แก่ตัวการทั้งสิ้น”

ด้วยการที่กฎหมายมิได้บัญญัติเอาไว้จึงต้องอาศัยความตีความว่ากรณีใดคือ “ผลประโยชน์เป็นการลับ” ซึ่งในกรณีนี้เห็นว่า น่าจะหมายความรวมถึงทุกกรณีที่กรรมการอาศัยข้อมูลความรู้ต่างๆเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัทเพื่อแอบทำผลประโยชน์ใดๆเป็นการลับแก่ตนเองนั้น นับเป็นเรื่องที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท ฉะนั้น แม้กรรมการจะได้ทำสัญญาต่อบุคคลภายนอกและเข้ารับเอาผลประโยชน์ใดๆในขณะที่ตนมิได้เป็น

กรรมการอยู่ในบริษัทแล้วก็ตาม แต่กรรมการก็ยังคงมีหน้าที่ความผูกพันที่จะต้องซื่อสัตย์สุจริตที่จะต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงการกระทำดังกล่าวโดยเคร่งครัด

2. ปัญหาที่กรรมการใช้อำนาจที่มีอยู่ในทางที่มีชอบมิควร ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกรรมการใช้อำนาจที่มีอยู่โดยมิชอบมิควรนั้น แม้จะไม่ใช่เรื่องที่กรรมการมุ่งกระทำเพื่อก่อให้เกิดผลประโยชน์ในด้านสิทธิหรือทรัพย์สินต่างๆสำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยตรงและชัดแจ้งก็ตาม แต่ก็ เป็นสิ่งที่สร้างปัญหาให้กับการบริหารงานและการปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตเช่นเดียวกัน ในประเด็นปัญหาที่กรรมการใช้อำนาจที่มีอยู่ในทางมิชอบมิควรนี้ ได้มีผู้เสนอความเห็น<sup>28</sup> ไว้ว่ามีลักษณะของปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่กรรมการใช้อำนาจที่มีอยู่ในทางที่มีชอบมิควรอยู่ด้วยกัน 3 กรณีคือ การใช้อำนาจโดยมิชอบมิควรโดยอาศัยประโยชน์จากข้อบังคับของบริษัท การใช้อำนาจโดยมิชอบมิควรโดยอาศัยประโยชน์จากการเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมาก และการใช้อำนาจโดยมิชอบมิควรของกรรมการโดยทั่วไป แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอกล่าวถึงเพียงการใช้อำนาจโดยมิชอบมิควรโดยอาศัยประโยชน์จากการเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมาก ซึ่งเป็นกรณีที่สามารถตอบคำถามได้ว่าการที่กรรมการปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตหรือ Fiduciary Duties อย่างเคร่งครัดแล้วนั้น จะเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยเป็นพิเศษจากการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตหรือ Fiduciary Duties ตามปกติทั่วไปได้อย่างไร

การใช้อำนาจโดยมิชอบมิควรโดยอาศัยประโยชน์จากการเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมาก นั้นจะอยู่บนแนวความคิดที่ว่ากรรมการจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้นอยู่ก่อนแล้ว มิใช่เป็นกรรมการในฐานะกรรมการคนนอก ซึ่งในปัญหาเช่นนี้มักเกิดขึ้นในบริษัทเอกชนจำกัดเป็นสำคัญ ตามกฎหมายบริษัทของกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ เห็นว่า บุคคลใดก็ตามซึ่งถือหุ้นเป็นจำนวนมากในบริษัทจนสามารถเกิดอำนาจควบคุมและครอบงำดูแลการจัดการกิจการของบริษัทได้อย่างเด็ดขาด ทำการใช้สิทธิออกเสียงลงมติเกี่ยวกับกิจการใดๆก็ตามของบริษัทอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งจำต้องได้รับการออกเสียงในการรับรองจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเช่นนี้แล้ว ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตหรือ Fiduciary Duties ที่พึงมีต่อบริษัทของตน เหมือนเช่นกรณีที่กรรมการจำกัดต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทด้วยเช่นกัน โดยผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้องทำกิจการใดๆไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ มิใช่เพื่อประโยชน์ของตนเอง ทั้งจะต้องไม่กระทำการล่อลวงฉ้อฉล หรือกดขี่ข่มเหงบรรดาผู้ถือหุ้นข้างน้อยของบริษัท หรือกระทำการทุจริตฉ้อโกง ตลอดจนกระทำการใดๆอันไม่สุจริตก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในระหว่างผู้ถือหุ้นของบริษัท ซึ่งย่อมจะมีผลกระทบถึงความมั่นคงในการดำเนินกิจการของบริษัท และอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ในที่สุด เนื่องจากผู้ถือหุ้นกลุ่มดังกล่าว สามารถใช้อำนาจที่มีชอบมิควรและสิทธิไม่สุจริตเข้าแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นได้โดยง่าย ไม่ว่าจะกลุ่มผู้ถือหุ้นนั้นจะเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัทเท่านั้นหรืออยู่ในฐานะเป็นกรรมการของบริษัท

<sup>28</sup> อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 21

ด้วยก็ตาม กล่าวคือ ศาลในระบบประเทศคอมมอนลอว์ได้อาศัยหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริต หรือ fiduciary Duties เป็นเครื่องมือสำคัญในการใช้แก้ปัญหาจากการกระทำของกรรมการใน ลักษณะดังกล่าว เพื่อให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นส่วนรวม ดังพฤติการณ์ การกระทำของกรรมการที่อาศัยประโยชน์จากการที่ตนเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมากในบริษัท เพื่อก่อให้เกิด ประโยชน์แก่ตนเองหรือผู้อื่นโดยอ้อม เป็นต้นว่า กรณีที่กรรมการออกเสียงลงมติในฐานะผู้ถือหุ้น สนับสนุนให้บริษัทกระทำการใดๆก็ตามซึ่งตนเล็งเห็นหรือคาดหมายว่าจะเป็นผลประโยชน์แก่ตนเอง หรือผู้อื่นโดยอ้อม เช่น ลงมติสนับสนุนให้บริษัทแก้ไขข้อบังคับตามที่ตนเสนอ เพื่อให้อำนาจคณะ กรรมการบริษัทในการกระทำการบางอย่างที่เอื้อประโยชน์ของตน จะเห็นได้ว่าเป็นการทำไปเพื่อ ประโยชน์ของผู้อื่น ดังนั้นจึงไม่ผูกพันบริษัทตามข้อบังคับที่แก้ไข หรือพฤติการณ์ที่กรรมการทำ การรวบรวมอำนาจควบคุมการบริหารงานภายในของบริษัทให้ตกอยู่แก่ตน ด้วยวิธีล่อลวงหรือฉ้อโกงเปรียบ บริษัทและผู้ถือหุ้นข้างน้อย โดยการบังคับให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆที่เป็นพวกพ้องของตนลงมติ สนับสนุนกิจการใดกิจการหนึ่งที่ตนมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ แม้ว่าตนจะงดออกเสียงนั้นก็ตาม มติดังกล่าวจึงเป็นมติที่เป็นการกระทำการบางอย่างที่เอื้อประโยชน์ของตน จึงไม่ผูกพันบริษัท

ในกฎหมายบริษัทจำกัดของไทยเอง มิได้มีบทบัญญัติใดโดยเฉพาะและชัดเจนแน่นอนที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขปัญหาเพื่อให้ความคุ้มครองบริษัทและผู้ถือหุ้นที่สุจริต จากการใช้อำนาจของบริษัทในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งในกรณีนี้อาจทำให้เกิดข้อขัดข้องในการใช้กฎหมายได้ เช่น การที่กรรมการใช้สิทธิที่ตนถือหุ้นจำนวนมากในบริษัท ออกเสียงลงมติ สนับสนุนให้บริษัทแก้ไขข้อบังคับของบริษัท เพื่อให้มีผลโดยอ้อมให้พรรคพวกของตนได้รับเงินปันผล นั้น ถึงแม้ว่าจะมีมาตรา 1185 บัญญัติไว้เพื่อห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทคนใดที่มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในข้ออันใด ซึ่งที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจะต้องลงมติออกเสียงลงคะแนนด้วยในข้อนั้น โดย หากผู้ถือหุ้นคนใดลงมติฝ่าฝืนมาตรานี้ อาจมีผลให้การประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นในครั้งนั้นๆถูกผู้ถือหุ้น คนอื่นๆฟ้องคดีต่อศาล ขอให้เพิกถอนได้ตามมาตรา 1185 เนื่องจากการประชุมที่มีการลงมติฝ่าฝืน ต่อกฎหมายก็ตาม แต่ในกรณีที่กรรมการได้ออกเสียงลงมติในฐานะผู้ถือหุ้น สนับสนุนให้บริษัทแก้ไขข้อบังคับของบริษัทดังกล่าวข้างต้น น่าจะเป็นเรื่องวิธีการจัดกิจการงานภายในบริษัทตามกฎหมายบริษัทจำกัด มิใช่เรื่องส่วนตัว ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 1246/2520 ว่า การที่ ผู้ถือหุ้นออกเสียงลงคะแนนให้ตนเองเป็นกรรมการบริษัทนั้น ไม่ถือว่ามีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ เพราะการตั้งกรรมการบริษัทเป็นวิธีจัดการบริษัท มิใช่เรื่องส่วนตัว ฉะนั้น กรณีจึงไม่ต้องตามบทบัญญัติมาตรา 1185 ที่จะเป็เหตุให้ศาลเพิกถอนมตินี้ได้แต่อย่างใด ดังนั้นในบางครั้งจึงเป็นการ ยากที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้ทุกกรณีของการกระทำที่กรรมการได้ทำลงไปเนื่องจากฐานะ 2 ประการคือการเป็นผู้ถือหุ้นควบคู่ไปกับการเป็นกรรมการบริษัทของกรรมการคนดังกล่าวนั่นเอง เว้นแต่เพียงบริษัทดังกล่าวจะมีการกระจายหุ้นอย่างแท้จริง ซึ่งการกระจายหุ้นนั้นก็จะเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้มากในระดับหนึ่งอยู่แล้ว

หรือในกรณีที่กรรมการกระทำการล่อลวงฉ้อฉลเอาเปรียบบริษัทและผู้ถือหุ้นข้างน้อย โดยกรรมการดังกล่าวบังคับบัญชาให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ที่เป็นพวกพ้องของตนลงมติสนับสนุนให้บริษัทกระทำการใดๆก็ตาม ซึ่งกรรมการนั้นมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ จะเห็นได้ว่าการกระทำของกรรมการเช่นนี้ เป็นเรื่องที่กรรมการมุ่งคำนึงผลประโยชน์สำหรับตนเองเป็นสำคัญ ไม่คำนึงถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบริษัทและผู้ถือหุ้นข้างน้อย กรรมการจึงไม่น่ามีสิทธิอาศัยประโยชน์จากความเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากของบริษัทกระทำการดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของไทยแล้ว ปรากฏว่าไม่มีมาตราใดที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้กรรมการกระทำการในลักษณะดังกล่าวเพื่อให้ความคุ้มครองบริษัทและผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่ต้องเสียหายแต่อย่างใด ฉะนั้นจึงอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการนำหลักกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของไทยมาใช้อีกประการหนึ่ง เช่น กรณีที่กรรมการบีบบังคับให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ที่เป็นพวกพ้องของตนลงมติสนับสนุนคนในกรณีต่างๆ ได้มีมาตรา 1195 วางหลักเอาไว้แต่เพียงว่าผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นที่มีการเรียก การประชุมหรือลงมติฝ่าฝืนข้อบังคับหรือขัดต่อกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีกรณีการบีบบังคับให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ที่เป็นพวกพ้องของตนลงมติสนับสนุนคนในกรณีต่างๆแต่อย่างใด และยิ่งไปกว่านั้น การลงมติในกรณีนี้ กรรมการเองก็ไม่ได้ลงมติแต่อย่างใดเนื่องจากพบว่าตนมีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่มีช่องทางที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นในกรณีนี้ได้เลย

กล่าวโดยสรุปได้ว่าตามกฎหมายไทยปรากฏหลักสุจริตในมาตรา 5 ซึ่งเป็นหลักทั่วไป สำหรับกฎหมายบริษัทนั้นแม้ได้มีบทบัญญัติที่กล่าวว่ากรรมการต้อง ซนิต คือ ปฏิบัติตามหลักสุจริตไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่พบว่ามีกรณีบัญญัติกฎหมายบางเรื่องที่สามารถกระทำอย่างที่ไม่เข้าใจกัน เป็นหลักสุจริตได้ เช่น การห้ามประกอบการค้าแข่งกับบริษัท หรือประกอบกิจการใดที่มี conflict of interest กับบริษัท เป็นต้น ในกรณีนี้จึงถือว่าหลักสุจริตเป็นหลักที่นำมาชี้ขาดเมื่อมีข้อพิพาทในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน และเป็นหลักที่กรรมการควรยึดถือปฏิบัติ หลักดังกล่าวมีกฎเกณฑ์ประการสำคัญอยู่ว่า (1) ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ กรรมการจะต้องใช้อำนาจตามที่ได้รับมอบหมาย กระทำการต่างไปโดยสุจริต เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น (2) กรรมการจะต้องไม่ทำการใดๆในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในระหว่างผลประโยชน์ของบริษัทและผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ กรรมการผู้ใดฝ่าฝืนหลักดังกล่าวย่อมต้องรับผิดชอบ

ศาลในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ได้นำหลักความซื่อสัตย์สุจริตหรือ fiduciary Duties มาใช้ประกอบการตีความอย่างกว้างขวางในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นและให้ความคุ้มครองบริษัทตลอดจนผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม แต่ตามกฎหมายไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้เอาไว้อย่างชัดเจน และแม้จะมีบทบัญญัติมาตรา 1167 ให้นำเรื่องตัวแทนมาใช้ในเรื่อง

นี้ด้วยก็ตาม แม้จะสามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นไปได้บ้างบางส่วนตามบทบัญญัติที่กฎหมายตัวแทน บัญญัติเอาไว้ หรือการใช้กฎหมายละเมิดมาปรับใช้ในบางกรณีก็ตาม แต่ก็ยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองบริษัทและผู้ถือหุ้นผู้เสียประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวอยู่ดี

การแก้ปัญหาในกรณีนี้คงจะทำได้โดย 4 วิธีคือ

(1) การแปลความเพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับหลักความซื่อสัตย์สุจริต โดยอาศัย มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(2) การอาศัยบทบัญญัติมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ดีความ และใช้กับกรณีบริษัทเอกชนจำกัดได้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

(3) การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 วรรคแรก โดยเอา เนื้อความมาตรา 98 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มาบัญญัติไว้

(4) การนำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้บังคับ ซึ่งวิธีนี้แลดูจะเป็น วิธีที่ง่ายที่สุดเพราะไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติ แต่อาศัยเพียงการตีความของศาลที่จะ ให้ความคุ้มครองผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายดังกล่าวให้ได้มากที่สุด ซึ่งอาจจะเป็นภาระของศาล ในการหาค้นคว้าแนวทางและสร้างบรรทัดฐานในการตีความ แต่หากมีการแก้ไขกฎหมายประกอบ แล้วก็ย่อมเป็นการสร้างแนววินิจฉัยเพื่อช่วยในการตีความของศาลอีกวิธีหนึ่ง ทั้งนี้ ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ทางทรัพย์สินของบริษัท และโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ถือหุ้นข้างน้อยของบริษัทได้ อย่างแท้จริงและแน่นอนที่สุด

จึงจะเห็นได้ว่า การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยสามารถกระทำได้ในหลายวิธีขึ้นอยู่กับว่าจะพิจารณาจากฐานใดเป็นเกณฑ์ ซึ่งกฎหมายในปัจจุบันเองก็ได้บัญญัติถึงการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยไปบ้างแล้วบางส่วน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 5.1 แต่ที่จะเห็นได้ชัดจากการตั้งสมมติฐานของงานวิจัยฉบับนี้คือ การคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยตามพื้นฐานแห่งสิทธิซึ่งก็คือ การคุ้มครองตามลักษณะหุ้นที่ตนถือ สมมติฐานอีกประการหนึ่งก็คือ ผู้ถือหุ้นควรได้รับความคุ้มครองจากโครงสร้างความสัมพันธ์ของกรรมการตามความสัมพันธ์ในกฎหมายบริษัท โดยในส่วนนี้จะ พิจารณาถึงหน้าที่ของกรรมการบริษัทในการปฏิบัติตามหลักความระมัดระวัง หลักวินัยทางการค้า และหลักความซื่อสัตย์สุจริตเป็นสำคัญ จึงเห็นได้ว่าการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยมีความสัมพันธ์กับ เรื่องอื่นๆหลายประการด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสำคัญต่อการบริหารงานของบริษัท ซึ่งหาก มีการปฏิบัติได้จริง ก็จะเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้ในระดับหนึ่ง