บทที่ 3
มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ผู้ถือหุ้นมีส่วนร่วมความรับผิดในการประกอบธุรกิจของบริษัทจำกัดในต่างประเทศ

การจัดตั้งรูปแบบการประกอบธุรกิจในรูปบริษัทจำกัดนั้นวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งรูปแบบการประกอบธุรกิจดังกล่าวก็เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนในบริษัทโดยที่ปราศจากความเสี่ยงในความรับผิด โดยผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ลงทุนนั้นมีความรับผิดเพียงจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนค้างชำระเท่านั้น และโดยที่ผลในทางกฎหมายจากการที่มีการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดนั้นได้ส่งผลให้บริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย กรณีดังกล่าวได้ส่งผลให้บริษัทมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยเมื่อพิจารณาจากมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศแล้วจะเห็นได้ว่าในต่างประเทศได้มีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ผู้ถือหุ้นมีส่วนร่วมความรับผิดในการประกอบธุรกิจของบริษัทจำกัด ดังนี้คือ

3.1 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นถือว่าบริษัทจำกัดเป็นองค์กรที่มีการรวมตัวกันของสมาชิกในบริษัทและมีสถานะเป็นบุคคลแยกต่างหากจากสมาชิกในบริษัท โดยบริษัทสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินของตนเอง การดำเนินธุรกิจรวมทั้งการติดต่อทำสัญญาต่างๆ ของบริษัทก็ทำในนามของบริษัทเองได้ บริษัทเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นหรือที่เรียกว่า “ม่านนิติบุคคล” (The veil of incorporation) โดยหลักแล้วในการดำเนินการต่างๆ ของบริษัทในอังกฤษจะต้องดำเนินการผ่านกรรมการซึ่งเป็นผู้มีอำนาจกระทำการต่างๆ แทนบริษัท เป็นไปตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือเป็นไปตามข้อบังคับของบริษัทที่มาจากการตกลงร่วมกันของผู้ถือหุ้น ดังนั้น ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดจึงมีบทบาทที่สำคัญในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัท

ประเทศอังกฤษได้มีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ก็เพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของการที่ยึดถือสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทของบุคคลที่อาศัยหลักการดังกล่าวโดยไม่สุจริต โดยคดีที่สำคัญในการที่ทำให้มีแนวคิดในการเจาะม่าน (Piercing the veil) หรือ การเลิกม่าน (Lifting the veil) หรือการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคล (Disreguard of

corporateness) เกิดขึ้นจากคดี Salomon V. Salomon & Co.Ltd. ซึ่งพ่อค้าคนหนึ่งตั้งบริษัทรับซื้อกิจการของตนเอง โดยให้บริษัทชำระราคาด้วยการออกหุ้นกู้ชนิดที่มีทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทเป็นประกัน ต่อมาบริษัทล้มละลาย แต่พ่อค้าผู้นั้นได้รับชำระหนี้แต่เพียงผู้เดียวเพราะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ส่วนเจ้าหนี้อื่นของบริษัทหาได้รับชำระหนี้ไม่ ทั้งไม่อาจบังคับชำระหนี้จากพ่อค้า ผู้นั้นได้ด้วย ทั้งที่เขาเป็นผู้ควบคุมกิจการบริษัทนั้น ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทและผู้ถือหุ้นย่อมแยกจากกัน[1]

ในอังกฤษ ตอนแรกหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเกิดจากคำพิพากษาก่อน เช่น ศาลอังกฤษถือว่าบริษัทซึ่งมีชนชาติศัตรูเป็นผู้บริหารหรือถือหุ้นส่วนใหญ่ เป็นบริษัทชนชาติศัตรู ตอนหลังได้มีการออกกฎหมายมารองรับหลักนี้ในกรณีต่างๆ เพิ่มเติม เช่น กรณีที่ตั้งบริษัทโดยไม่ถูกต้อง มีผลให้บริษัทไม่เกิดขึ้นตามกฎหมายแต่ผู้ถือหุ้นได้ดำเนินกิจการค้าในนามของบริษัทไปแล้วผู้ถือหุ้นจึงต้องรับผิด หรือการที่กรรมการของบริษัทหนึ่งให้เงินกู้ของบริษัทแก่อีกบริษัทหนึ่งซึ่งตนเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ ต้องถือว่าเป็นการที่กรรมการผู้นั้นให้เงินกู้แก่ตนเอง หรือลูกจ้างที่ทำสัญญาว่าจะไม่ทำการค้าแข่งกับนายจ้าง แต่กลับไปตั้งบริษัทค้าแข่งกับนายจ้างของตน ก็ต้องถือว่าลูกจ้างเป็นผู้ค้าแข่งเอง หรือจำเลยที่สัญญาว่าจะขายที่ดินให้แก่โจทก์แล้วแอบไปโอนขายให้แก่บริษัทที่ตนควบคุมการบริหารอยู่ ก็ต้องถือว่าที่ดินนั้นยังเป็นของจำเลยอยู่ จำเลยจะต้องโอนที่ดินให้โจทก์ตามสัญญา ในบางกรณีถือว่าบริษัทแม่กับบริษัทในเครือเป็นบริษัทเดียวกันเพื่อให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายจากบริษัทแม่ได้ บางกรณีบริษัทต้องเสียภาษีโดยถือว่า มีภูมิลำเนาตามภูมิลำเนาของผู้บริหาร และในกรณีที่มีการฉ้อโกงผู้ถือหุ้นอาจต้องรับผิด โดยไม่จำกัด เป็นต้น[2]

ในประเทศอังกฤษมีการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นโดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่สำคัญหรือเหมาะสมตามความเป็นจริงมากว่าการยึดถือเพียงรูปแบบ โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นการทั่วไปในการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้อาจศึกษาการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลได้จากแนวคำพิพากษาของศาลที่ได้เคยวินิจฉัยถึงการใช้หลักการดังกล่าว โดยได้มีกรณีที่ศาลนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้เพื่อให้ผู้ถือหุ้นมีส่วนร่วมความรับผิดในการประกอบธุรกิจของบริษัทจำกัด ดังนี้คือ

---

[1] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 263.

[2] แหล่งเดิม. หน้า 263-264.

1) การจัดบริษัทตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อฉ้อฉล

คดี Re Darby, ex p Brougham ค.ศ. 1911 Darby and Gyde เป็นผู้ล้มละลายที่ยังมีหนี้สินติดค้างจากคดีฉ้อฉลจำนวนมาก ได้จดทะเบียนจัดตั้งบริษัท City of London Investment Corporation Ltd. มีผู้ถือหุ้น 7 คน แต่ออกหุ้นเพียงมูลค่า 11 ปอนด์ จากทุนจดทะเบียน 100,000 ปอนด์ โดยมีทั้งคู่เป็นกรรมการและผู้รับผลกำไรทั้งหมดของบริษัท ต่อมาบริษัทดังกล่าวได้จดทะเบียนในอังกฤษในนามของบริษัท Welsh Slate Quarries Ltd. ทุนจดทะเบียน 30,000 ปอนด์ และได้ขายสัมปทานเหมืองหินและโรงงานให้แก่บริษัทใหม่นี้ในราคา 18,000 ปอนด์ ทั้งๆ ที่ ซื้อมาเพียง 3,500 ปอนด์ จากนั้นในนามของบริษัททั้งสองจึงได้ออกหุ้นกู้ขายโดยปิดบังว่าทั้งสองเป็นเจ้าของกิจการและเป็นผู้รับผลประโยชน์ ต่อมาบริษัท Welsh ล้มละลายและโดนพิทักษ์ทรัพย์ พนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ทำการยึดทรัพย์สินของ Darby ผู้ได้รับผลกำไรอย่างลับๆ ในฐานะผู้ออกหุ้นกู้ โดย Darby ต่อสู้ว่าบริษัทเป็นผู้ออกหุ้นกู้มิใช่ตนเอง ศาลวินิจฉัยการกระทำของทั้งคู่เป็นการฉ้อฉลและให้พนักงานพิทักษ์ทรัพย์บังคับเอากับทรัพย์สินส่วนตัวของ Darby and Gyde ได้จากการที่ทั้งสองได้รับจากการฉ้อฉล[3]

2) หลีกเลี่ยงการบังคับตามสัญญา

คดี Gilford Motor Co.Ltd V Horne ค.ศ. 1933 คดีนี้จำเลยที่ 1 นาย EB Horne เคยเป็นลูกจ้างในตำแหน่งกรรมการของบริษัทโจทก์ Gilford Motor Co.Ltd โดยมีข้อสัญญาที่ทำกับโจทก์ว่า จำเลยจะไม่แย่งลูกค้ากับโจทก์เมื่อสัญญาจ้างสิ้นสุดลงแล้ว ต่อมาจำเลยได้ออกจากงานแล้วจัดตั้งบริษัท J M Horne & Co.Ltd. จำเลยที่ 2 ขึ้นมาอีกหนึ่งบริษัทโดยมีภริยาของจำเลยที่ 1 และลูกจ้างเป็นผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัท จำเลยที่ 2 ได้รับช่วงกิจการทั้งหมดของจำเลยที่ 1 และได้ทำการแย่งลูกค้าโจทก์ ศาลชั้นต้นได้ปฏิเสธคำร้องของโจทก์ในการบังคับตามสัญญากับจำเลย อย่างไรก็ตามในชั้นศาลอุทธรณ์ ศาลได้วินิจฉัยให้บังคับตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยที่ 1 อันมีผลบังคับต่อจำเลยทั้งสอง[4] ทั้งนี้ เป็นกรณีที่ศาลได้มีคำสั่งให้ทั้งบุคคลและบริษัทต้องรับผิดในหนี้ที่เกิดขึ้นจากการจัดตั้งบริษัทเพื่อเป็นเครื่องมือ เป็นอุบาย หรือเพื่อเป็นเครื่องกำบังไม่ให้มีผลบังคับทางธุรกิจ[5]

คดี Jones v Lipman ค.ศ. 1962 มีข้อเท็จจริงว่า Lipman ได้ขายบ้านให้กับ Jones แต่ต่อมาได้ปฏิเสธการขายโดยไม่ได้มีการชดใช้ค่าเสียหาย และเพื่อที่จะไม่ต้องขายบ้านให้กับ Jones นั้น Lipman ได้ขายบ้านให้กับบริษัทที่ตนเองได้ตั้งขึ้น โดยท่าน Russell ได้กล่าวว่า เมื่อพยานหลักฐาน

---

[3] สุรชัย เลาหสุวัฒนกุล และสมชาย ภูษาชีวะ. เล่มเดิม. หน้า 383.

[4] แหล่งเดิม. หน้า 383-384.

[5] Stephen W.Mayson, Derek French and Christopher L. Ryan. (2002). *Company Law.* p. 156.

ปรากฏว่า Lipman จำเลยได้จัดตั้งบริษัทเพื่อโอนทรัพย์สินเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความรับผิดตามสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะไม่ให้โจทก์เรียกร้องได้แล้ว และปรากฏข้อเท็จจริงว่าจำเลยมีอำนาจในการจัดการบริษัท จึงไม่ให้อาศัยประโยชน์จากการจัดตั้งบริษัทดังกล่าว[6]

3) ใช้บริษัทเสมือนเป็นตัวแทนผู้ถือหุ้น

คดี Re FG (Films) Ltd. ค.ศ. 1953 บริษัทผู้ร้องซึ่งตั้งขึ้นในอังกฤษได้ขอจดทะเบียนภาพยนตร์เรื่อง Monsoon ในนามภาพยนตร์อังกฤษ แต่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ (Board of Trade) ได้ปฏิเสธคำขอดังกล่าวด้วยเหตุผลว่าเป็นภาพยนตร์ซึ่งสร้างโดยบริษัทอเมริกันไม่ใช่อังกฤษ บริษัทจึงร้องขอต่อศาลให้วินิจฉัยว่าตนเป็นผู้สร้างภาพยนตร์ดังกล่าว

ศาลได้กล่าวว่า ข้อเท็จจริงนั้น บริษัทผู้ร้องมีทุนจดทะเบียนเพียง 100 ปอนด์ แบ่งเป็น 100 หุ้นๆ ละ 1 ปอนด์ คนอังกฤษถือ 10 หุ้น และผู้กำกับภาพยนตร์ชาวอเมริกันถือ 90 หุ้น โดยบริษัทไม่ได้ประกอบธุรกิจอื่นใดเลยนอกจากสำนักงานที่มีอยู่และไม่มีการจ้างงานพนักงานแต่อย่างใด เป็นเพียง “ตัวแทน” ของบริษัทอเมริกันชื่อ Film Group Incorporated ซึ่งเป็นผู้ลงทุนสร้างภาพยนตร์เรื่องนี้เป็นเงินกว่า 80,000 ปอนด์ โดยมีผู้กำกับคนเดียวกันนี้เป็นประธานบริษัทและผู้ควบคุมการดำเนินงาน ดังนี้แล้วบริษัทผู้ร้องจึงถูกตั้งขึ้นเพียงเป็นตัวแทนของบริษัทอเมริกันดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในอันจะเข้าหลักเกณฑ์เป็นภาพยนตร์อังกฤษเท่านั้นเอง ศาลจึงเห็นด้วยกับการตัดสินของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการไม่รับจดทะเบียนภาพยนตร์เรื่องนี้เป็นภาพยนตร์อังกฤษ[7]

4) กรณีที่ศาลวินิจฉัยให้กลุ่มบริษัทถือเสมือนเป็นเพียงหนึ่งบริษัท

คดี Smith Stone & Knight V. Birmingham Corporation (1939) 4 All E.R.116 โดยในคดีนี้มีปัญหาว่าบริษัทในเครือดำเนินธุรกิจในฐานะตัวแทนของบริษัทแม่หรือไม่ หากปรากฏว่าบริษัทได้มีการกระทำในฐานะที่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นย่อมจะต้องรับผิดในผลแห่งการกระทำนั้นในฐานะตัวการ ผู้พิพากษา Arkinson ได้วางหลักเกณฑ์เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าบริษัทในเครือดำเนินธุรกิจในฐานะตัวแทนของบริษัทแม่ หรือว่าเป็นธุรกิจของตนเองไว้ โดยพิจารณาว่า (1) ผลกำไรเป็นของบริษัทแม่หรือไม่ (2) บริษัทแม่เป็นผู้แต่งตั้งผู้บริหารของบริษัทในเครือหรือไม่ (3) บริษัทแม่เป็นผู้วางนโยบายในการดำเนินกิจการของบริษัทในเครือหรือไม่ (4) บริษัทแม่มีส่วนได้เสียในการตัดสินใจในการลงทุนของบริษัทแม่หรือไม่ (5) ผลกำไรเกิดจากความสามารถและการสั่งการของบริษัทแม่หรือไม่ (6) บริษัทแม่สามารถควบคุมบริษัทในเครือ

---

[6] Hicks, Andrew. (2008). *Case and Materials on Company Law.* pp. 104-105.

[7] สุรชัย เลาหสุวัฒนกุล และสมชาย ภูษาชีวะ. เล่มเดิม. หน้า 382-383.

ได้อย่างแท้จริงหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่ามีลักษณะครบถ้วนทั้งหกประการ ดังนั้น ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่จึงต้องร่วมรับผิดในหนี้สินของบริษัทในเครือ[8] เป็นต้น

ในทางปฏิบัติแล้วการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิพากษาคดี ศาลจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีต่อบริษัทมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาด้วย หากผู้ถือหุ้นหรือบุคคลมีความสัมพันธ์กับบริษัทในวงจำกัดแล้วศาลก็จะใช้หลักการแบ่งแยกตัวตนระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทโดยไม่นำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ แต่หากปรากฏว่าผู้ถือหุ้นหรือบุคคลมีความสัมพันธ์กับบริษัทอย่างมากแล้วก็จะได้รับผลกระทบจากหลักการแบ่งแยกตัวตนระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท โดยศาลจะพิจารณาถึงหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท[9]

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ ค.ศ. 2006 (Companies Act 2006) แล้วจะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนที่กล่าวถึงแนวทางหรือหลักเกณฑ์ในการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้แต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้วอาจจะถือได้ว่ามีกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นเข้ามามีส่วนร่วมในความรับผิดในการประกอบกิจการของบริษัทจำกัดดังนี้ คือ ในมาตรา 993 ได้มีการกำหนดความผิดในกรณีที่มีการฉ้อฉลทางการค้า (Offence of fraudulent trading) โดยได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่มีการชำระบัญชีบริษัท หากปรากฏว่าบริษัทประกอบกิจการโดยมีเจตนาที่จะฉ้อฉลเจ้าหนี้ของบริษัทหรือเจ้าหนี้ของบุคคลใดๆ หรือมีวัตถุประสงค์ในทางฉ้อฉลแล้ว บุคคลใดๆ ที่มีส่วนรู้เห็นในวิธีการหรือการกระทำดังกล่าวย่อมมีความผิด[10]

จากบทบัญญัติดังกล่าวบุคคลที่ต้องรับผิดตามมาตรานี้กฎหมายเพียงแต่บัญญัติว่ากรณีที่บุคคลใดๆ มีส่วนรู้เห็นในวิธีการหรือการกระทำโดยกลฉ้อฉลในการประกอบกิจการของบริษัทแล้ว บุคคลดังกล่าวย่อมมีความผิด ดังนั้น หากปรากฏว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้ที่มีส่วนรู้เห็นในวิธีการหรือการกระทำโดยกลฉ้อฉลนั้นย่อมมีความรับผิดตามมาตรานี้ด้วย

นอกจากนี้แล้วตามบทบัญญัติกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ ค.ศ. 2006 (Companies Act 2006) ได้มีการให้คำนิยามคำว่า “กรรมการเงา” ไว้ในมาตรา 251 ซึ่งกรรมการเงา

---

[8] สุนัย มโนมัยอุดม. (2530, พฤษภาคม-มิถุนายน). “การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทในกฎหมายอังกฤษ.” *ดุลพาห, 34, 3.* หน้า 69.

[9] Stephen W.Mayson, Derek French and Christopher L.Ryan. Op.cit. p. 161.

[10] Companies Act 2006 (c.46) s.993 (1) If any business of a company is carried on with intent to defraud creditors of the company or creditors of any other person, or for any fraudulent purpose, every person who is knowingly a party to the carrying on of the business in the manner commits an offence.

(2) This applies whether or not the company has been, or is in the course of being, wound up…

ดังกล่าวได้หมายความถึงบุคคลซึ่งกรรมการบริษัทมักจะคุ้นเคยหรือเคยชินกับการกระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของบุคคลเหล่านั้น แต่ไม่อาจจะถือได้ว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการเงาเพียงเพราะเหตุผลแค่ว่ากรรมการบริษัทได้ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำแนะนำที่บุคคลนั้นได้ให้แก่กรรมการในฐานะที่บุคคลนั้นเป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญในวิชาชีพนั้น[11] ดังนั้นหากปรากฏว่ากรรมการบริษัทได้กระทำตามคำสั่งหรือคำแนะนำของผู้ถือหุ้นที่อยู่เบื้องหลังบริษัทแล้ว ผู้ถือหุ้นดังกล่าวก็อาจจะถือได้ว่าเป็นกรรมการเงาได้เช่นกัน ทั้งนี้โดยบุคคลที่จะเป็นกรรมการเงานั้นอาจจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือ บุคคลภายนอกก็ได้ ในบางกรณีบุคคลเหล่านี้จึงถูกถือว่าเป็นเหมือนกรรมการโดยไม่ได้รับการแต่งตั้ง คือ บุคคลเหล่านี้มักเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ ซึ่งบงการต่างๆ อยู่หลังฉาก[12]

นอกจากการบัญญัติคำนิยามเกี่ยวกับกรรมการเงาดังกล่าวแล้วตามกฎหมายบริษัทในประเทศอังกฤษ ค.ศ. 2006 (Companies Act 2006) มาตรา 170 (5)[13] ยังได้กำหนดให้นำหน้าที่ของกรรมการมาใช้กับกรรมการเงาโดยอนุโลมด้วยซึ่งหน้าที่ของกรรมการมีดังต่อไปนี้คือ มาตรา 171 หน้าที่ที่จะต้องกระทำภายในขอบอำนาจ[14] มาตรา 172 หน้าที่ส่งเสริมความสำเร็จของบริษัท[15] มาตรา 173 หน้าที่บริหารจัดการด้วยความเป็นอิสระ[16] มาตรา 174 หน้าที่บริหารจัดการด้วยความระมัดระวัง ความเชี่ยวชาญและความขยันหมั่นเพียร[17] มาตรา 175 หน้าที่ในการหลีกเลี่ยงการขัดกันระหว่างผลประโยชน์[18] มาตรา 176 หน้าที่ที่จะไม่รับผลประโยชน์จากบุคคลที่สาม[19] มาตรา 177 หน้าที่ต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือข้อตกลงที่เสนอต่อบริษัท[20] ดังนั้นเมื่อกฎหมายได้กำหนดให้นำหน้าที่เหล่านี้มาใช้กับกรรมการเงาด้วยแล้ว หากปรากฏว่าผู้ถือหุ้นได้มีบทบาท ในการสั่งการหรืออยู่เบื้องหลังในการจัดการบริษัทแล้ว การกระทำดังกล่าวก็อาจถือได้ว่าผู้ถือหุ้นเป็นกรรมการเงา และหากปรากฏว่าผู้ถือหุ้นซึ่งกระทำการอย่างกรรมการเงาได้กระทำการ

---

[11] ธราทิพย์ ปิยเธียรสวัสดิ์. (2552). *ความรับผิดในทางกฎหมายของกรรมการเงาต่อบริษัทจำกัด: ศึกษากรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์.* หน้า 43.

[12] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 417.

[13] Companies Act 2006 (c.46) s.170 (5) The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply.

[14] Companies Act 2006 (c.46) s.171 “Duty to act within powers.”

[15] Companies Act 2006 (c.46) s.172 “Duty to promote the success of the company.”

[16] Companies Act 2006 (c.46) s.173 “Duty to exercise independent judgment.”

[17] Companies Act 2006 (c.46) s.174 “Duty to exercise reasonable care, skill and diligence.”

[18] Companies Act 2006 (c.46) s.175 “Duty to avoid conflicts of interest.”

[19] Companies Act 2006 (c.46) s.176 “Duty not to accept benefits from third parties.”

[20] Companies Act 2006 (c.46) s.177 “Duty to declare interest in proposed transaction or arrangement.”

ฝ่าฝืนหน้าที่ของกรรมการตามที่บัญญัติไว้ข้างต้นแล้ว บุคคลดังกล่าวย่อมต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัทด้วย

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) แล้ว ปรากฏว่าตามกฎหมายดังกล่าวได้มีการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีส่วนร่วมความรับผิดในการประกอบกิจการของบริษัทจำกัดไว้ ดังนี้คือ

มาตรา 213 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ได้วางหลักไว้ว่าในระหว่างการชำระบัญชีเลิกบริษัท ถ้าปรากฏว่าในการทำธุรกิจของบริษัทได้กระทำโดยมีเจตนาที่จะฉ้อฉลหลอกลวงเจ้าหนี้ของบริษัทหรือเจ้าหนี้ของบุคคลอื่น ผู้ชำระบัญชีอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลโดยขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลซึ่งมีส่วนรู้เห็นในการดำเนินกิจการดังกล่าวต้องรับผิดโดยชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร[21]

บทบัญญัติในมาตรา 213 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ.1986 (Insolvency Act 1986) เป็นบทบัญญัติในการลงโทษบุคคลซึ่งทำการค้าโดยมีเจตนาฉ้อฉลหลอกลวงเจ้าหนี้ ดังนั้น หากผู้ถือหุ้นได้กระทำการอยู่เบื้องหลังในการจัดการบริษัทโดยมีส่วนรู้เห็นในการจัดตั้งบริษัทโดยมีเจตนาที่จะหลอกลวงหรือฉ้อฉลเจ้าหนี้แล้ว บุคคลดังกล่าวจึงต้องรับผิดชดใช้เงินให้แก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามมาตรานี้ด้วย

มาตรา 214 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ได้วางหลักไว้ว่าในกรณีที่มีการชำระบัญชีเลิกบริษัทเนื่องจากบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว และก่อนที่จะมีการเริ่มต้นชำระบัญชีเลิกบริษัท บุคคลที่รู้หรือควรจะรู้ได้ว่าบริษัทไม่สามารถที่จะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการมีหนี้สินล้นพ้นตัวได้แล้วและบุคคลซึ่งเป็นกรรมการบริษัทอยู่ในขณะนั้นยังคงดำเนินกิจการของบริษัทต่อไป ผู้ชำระบัญชีอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้กรรมการผู้นั้นต้องรับผิดในการชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยกรณีที่ถือว่ากรรมการได้รู้หรือควรจะรู้ได้นั้นพิจารณาจากความรอบรู้ความชำนาญและประสบการณ์ของบุคคล ซึ่งอยู่ในฐานะเดียวกันกับกรรมการบริษัทและความรอบรู้ความชำนาญและประสบการณ์ของกรรมการบริษัทผู้นั้นมาประกอบการพิจารณา โดยบทบัญญัติในมาตรานี้นั้น “กรรมการ” ให้รวมถึงกรรมการเงาด้วย[22]

จากบทบัญญัติในมาตรา 214 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ดังกล่าวเป็นกรณีที่ให้ศาลสามารถลงโทษกรรมการผู้ที่ก่อหนี้สินล้นพ้นตัวโดยรู้ว่าทรัพย์สิน

---

[21] Insolvency Act 1986, s.213.

[22] Insolvency Act 1986, s.214.

ไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้หากมีการชำระบัญชีเลิกบริษัท โดยให้นำบทบัญญัติมาตรานี้มาใช้แก่บุคคลที่เป็นกรรมการเงาด้วย ดังนั้น หากปรากฏว่าผู้ถือหุ้นบุคคลใดหรือกลุ่มใดที่กระทำการอย่างกรรมการเงาและมีพฤติกรรมดังกล่าวย่อมมีความรับผิดตามมาตรานี้ด้วย

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการขาดคุณสมบัติของผู้บริหารบริษัท ค.ศ. 1986 (The Company Directors Disqualification Act 1986) ได้มีบทบัญญัติที่สามารถให้ผู้ถือหุ้นมีส่วนร่วมความรับผิดในการประกอบกิจการของบริษัทจำกัด ดังนี้คือ

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการขาดคุณสมบัติของผู้บริหารบริษัท ค.ศ. 1986 (The Company Directors Disqualification Act 1986) ได้กำหนดให้ศาลมีคำสั่งจำกัดสิทธิบุคคลผู้ซึ่งเป็นหรือเคยเป็นกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวจนต้องถูกชำระบัญชีเลิกบริษัท โดยศาลมีอำนาจสั่งจำกัดสิทธิให้บุคคลดังกล่าวขาดคุณสมบัติในการเป็นกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทเป็นระยะเวลาเวลาสองปีแต่ไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรานี้กฎหมายให้นำไปใช้กับเรื่องกรรมการเงาได้ด้วย[23]

จากบทบัญญัติในมาตรา 6 นี้หากปรากฏว่าผู้ถือหุ้นซึ่งกระทำการเป็นกรรมการเงาได้บริหารบริษัทจนทำให้ให้บริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว ศาลก็มีอำนาจในการสั่งจำกัดสิทธิผู้ถือหุ้นตามกำหนดระยะเวลาดังกล่าวได้ด้วย

มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการขาดคุณสมบัติของผู้บริหารบริษัท ค.ศ. 1986 (The Company Directors Disqualification Act 1986) ได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่ศาลได้มีคำสั่งให้บุคคลใดรับผิดในหนี้สินของบริษัทมาตรา 213-214 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) เมื่อบุคคลใดมีคำร้องขอหรือเมื่อศาลพิจารณาเห็นสมควร ศาลมีอำนาจสั่งจำกัดสิทธิบุคคลที่มีความผิดตามกฎหมายดังกล่าวให้ขาดคุณสมบัติในการเป็นกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทได้โดยมีกำหนดระยะเวลาอย่างสูงไม่เกินสิบห้าปี[24]

ดังนั้น หากปรากฏว่าผู้ถือหุ้นบุคคลใดที่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ. 1986 (Insolvency Act 1986) ตามมาตรา 213-214 แล้ว ศาลก็สามารถสั่งจำกัดสิทธิไม่ให้บุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการหรือเข้ามาบริหารบริษัทได้เช่นกัน ทั้งนี้โดยมีระยะเวลาไม่เกินสิบห้าปี

---

[23] Company Directors Disqualification Act 1986, s.6.

[24] Company Directors Disqualification Act 1986, s.10.

3.2 ประเทศออสเตรเลีย[25]

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศซึ่งเคยเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักรอังกฤษมาก่อน กฎหมายต่างๆ ของออสเตรเลียจำนวนมากจึงได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ รวมถึงหลักการแบ่งแยกตัวตนทางกฎหมายระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทด้วย ตัวอย่างเช่น ในคดี Gas Lighting Improvement Co.Ltd. V. Inland Revenue Commissioners ค.ศ. 1923 ศาลได้วินิจฉัยว่า เมื่อบริษัทถูกตั้งขึ้นอย่างถูกต้องไม่ใช่เป็นเพียงเครื่องบังหน้า (Sham) บริษัทนี้ย่อมดำเนินการได้ในฐานะตัวตนของตนเองแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย โดยศาลของประเทศออสเตรเลียก็ยอมรับหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้เพื่อปฏิเสธความรับผิดแบบจำกัด ทำให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดแบบไม่จำกัดต่อการกระทำของบริษัทเสมือนการกระทำของตนเอง แต่ไม่ได้มีการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ชัดเจนให้ใช้ได้กับกรณีทั่วไปในกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ศาลจะนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลไปใช้เพื่อไม่ให้คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลกับแต่ละคดีหรือกรณีตามแต่ดุลพินิจของศาลเป็นหลัก ดังเช่น คดี Dennis Wilcox Pty.Ltd. V. Federal Commissioner of Taxation ศาลกล่าวว่า การจะไม่คำนึงถึงหลักการแบ่งแยกตัวตนทางกฎหมายของบริษัทนั้น กระทำได้ต่อเมื่อศาลเห็นว่าในข้อเท็จจริงหรือในข้อกฎหมายแล้วนั้นพบว่ามีความสัมพันธ์กันในระหว่างกลุ่มบริษัท หรือบริษัทตั้งขึ้นมาเพื่อมีบทบาทเป็นเครื่องอำพรางหรือเกราะกำบัง (Sham or facade) หรือใช้ประโยชน์จากความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงความผูกพันตามหน้าที่หรือตามกฎหมายหรือเพื่อก่อการฉ้อฉล ทั้งนี้ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าศาลในประเทศออสเตรเลียได้ใช้หลักเกณฑ์เหล่านี้ในการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ดังนี้คือ

1) ตัวแทน (Agency)

ศาลในประเทศออสเตรเลียจะไม่พิจารณาว่าบริษัทได้กระทำการในฐานะตัวแทนของผู้ถือหุ้น หากปรากฏเพียงการเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่หรือเจ้าของคนเดียวของบริษัทนั้น โดยศาลจะนำหลักเรื่องตัวแทนมาใช้กล่าวอ้างว่าบริษัททำการในฐานะตัวแทนของผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องมีข้อเท็จจริงอย่างน้อย 2 ประการ คือ

(1) ผู้ถือหุ้นมีอำนาจเบ็ดเสร็จในการควบคุมการดำเนินงานบริษัทเสมือนบริษัทเป็นเพียงตัวแทนของผู้ถือหุ้น

(2) การกระทำของบริษัทแสดงออกชัดว่าเป็นการกระทำของผู้ถือหุ้นเอง

---

[25] สุรชัย เลาหสุวัฒนกุล และสมชาย ภูษาชีวะ. เล่มเดิม. หน้า 385-390.

ทั้งนี้ ศาลในประเทศออสเตรเลียจะนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้กับบริษัทเล็กมากกว่าบริษัทใหญ่ซึ่งสอดคล้องกับทางทฤษฎีและข้อเท็จจริงที่ว่า สำหรับบริษัทเล็กนั้นผู้ถือหุ้นย่อมครอบงำและใช้บริษัทเป็นเสมือนตัวแทนของตนได้มากและง่ายกว่ากรณีของบริษัทขนาดใหญ่

2) การกระทำการฉ้อฉล (Fraud)

คือ การใช้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทโดยผู้ถือหุ้นในการครอบงำบริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงความผูกพันตามกฎหมายหรือหน้าที่ ซึ่งต้องเป็นกรณีผู้ถือหุ้นจงใจใช้ความเป็นนิติบุคคลปฏิเสธข้อเรียกร้องของโจทก์อันมีอยู่แล้วตามกฎหมาย

ในประเด็นเรื่องการกระทำการฉ้อฉลนี้สัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับปัจจัยเรื่องการตั้งบริษัทขึ้นเพื่อเป็นเกราะกำบัง (Facade) หรือ เพื่อเป็นการอำพราง (Sham) ดังที่ศาลในออสเตรเลียเคยให้ความเห็นไว้ว่า “ประเด็นเรื่องการกระทำการฉ้อฉลจะถูกยกมาใช้ได้สำเร็จก็ต่อเมื่อประเด็นการใช้บริษัทเป็นเครื่องอำพรางนั้นประสบผลเท่านั้น...”

ตัวอย่างเช่น คดี Re Neo ซึ่งคณะกรรมการไตรภาคีตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Review Tribunal) ได้ปฏิเสธการขอวีซ่าของผู้ร้องขอ โดยให้เหตุผลว่า บริษัทซึ่งเป็นสปอนเซอร์ให้ผู้ร้องนั้นตั้งขึ้นในวันเดียวกันกับที่ผู้ร้องยื่นคำขอวีซ่า ไม่มีการดำเนินธุรกิจใดๆ และบริษัทดังกล่าวเป็นเพียงเครื่องมือซึ่งตั้งขึ้นก็เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายตรวจคนเข้าเมืองของออสเตรเลียเป็นเพียงเกราะกำบัง (Facade) อันมีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงเพื่อให้ผู้ร้องขอได้อยู่ในออสเตรเลียต่อไป

3) เกราะกำบัง (Facade) หรือ การอำพราง (Sham)

กล่าวคือ เป็นกรณีที่บริษัทถูกตั้งขึ้นโดยใช้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทบังหน้าเพื่อซ่อนเป้าหมายอันแท้จริงของผู้ครอบงำบริษัท ซึ่งผิดไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทอันมีผลให้บริษัทมีความเป็นตัวตนของตัวเองในการดำเนินธุรกิจต่างๆ แยกจากผู้ถือหุ้นหรือเจ้าของบริษัท

Facade หรือเกราะกำบัง ถูกใช้ในการอธิบายของศาลเพื่อแสดงถึงการไม่ยอมรับการใช้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดหรือความผูกพัน เช่น บริษัทที่ดำเนินการโดยมีเงินทุนจดทะเบียนต่ำเกินจริง หรือการครอบงำตลาด เป็นต้น

Sham หรือการอำพราง ถูกใช้ในการอธิบายของศาลสำหรับบริษัทที่ถูกตั้งขึ้นเพื่อใช้อำพรางข้อเท็จจริงบางอย่าง เช่น เป็นบริษัทซึ่งไม่ได้ตั้งใจให้มีอยู่จริง แต่เพียงสร้างขึ้นมาให้เหมือนมีอยู่จริง เป็นต้น

4) กลุ่มบริษัท หรือ กลุ่มธุรกิจ (Group enterprise)

กรณีดังกล่าวถูกนำมาวิเคราะห์เมื่อกลุ่มบริษัท (กลุ่มธุรกิจ) ได้ดำเนินการในลักษณะซึ่งทำให้ไม่อาจแยกแต่ละบริษัทออกจากกันได้ เพื่อที่จะเรียกให้บริษัทแม่ (Holding or Parent Company) ซึ่งฐานะทางการเงินดีกว่าต้องรับผิดในการกระทำของบริษัทลูก (Subsidiary Company) ในกลุ่มนอกจากนี้อาจเป็นกรณีที่หลายบริษัทมีผู้ถือหุ้นใหญ่คนเดียวหรือกลุ่มเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม ศาลมักจะไม่ตัดสินให้ใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทเพียงเพราะบริษัทแม่มีหุ้นใหญ่ในบริษัทลูกหรือบริษัทหนึ่งมีเจ้าของเดียวกับอีกบริษัทหนึ่งเท่านั้น แต่จะพิจารณาองค์ประกอบอื่นๆ ด้วย ตัวอย่างเช่น คดี Bluecorp Pty.Ltd. (in liq) v. ANZ Executors and Trustee Co.Ltd. ได้มีการพิจารณาถึงการครอบงำควบคุมอีกบริษัทหนึ่งอย่างชัดเจน ผลประโยชน์ร่วมกันของบริษัทเหล่านั้นในขั้นตอนต่างๆ แผนงานแนวนโยบายของบริษัทที่เหมือนๆ กัน เป็นต้น แต่ถึงแม้จะมีองค์ประกอบของข้อเท็จจริงในลักษณะเหล่านี้แล้วก็ไม่ได้หมายความว่าศาลจะตัดสินให้ใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลเสมอไป เพราะในการดำเนินธุรกิจนั้นบริษัทแม่ย่อมมีอำนาจในการควบคุมบริษัทลูกอยู่ไม่น้อย รวมถึงการวางแนวนโยบาย และการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่างๆ ของบริษัทลูกเพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานทางธุรกิจ ศาลของออสเตรเลียจึงอาจนำปัจจัยอื่นๆ มาใช้ร่วมในการพิจารณาด้วย เช่น การใช้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูกหรืออีกบริษัทหนึ่งไปในทางที่ผิด เป็นต้น

นอกจากนี้ ประเทศออสเตรเลียยังมีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้เฉพาะกับบางกรณี เช่น ให้บริษัทแม่ต้องผูกพันในความรับผิดของบริษัทลูกที่ทำการค้าในขณะบริษัทลูกนั้นอยู่ในภาวะล้มละลาย อันได้ระบุไว้ในกฎหมายบริษัท ค.ศ. 1993 (Corporation Law 1993) เป็นต้น

5) ความยุติธรรม (Justice)

ศาลอาจนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ในกรณีที่ผู้เสียหายหรือตัวบริษัทเองเรียกร้องให้กระทำเช่นนั้นเพื่อความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมแก่ผู้ร้องขอ หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความอยุติธรรม

ตัวอย่างเช่น ในคดี Harrison v. Repatriation Commission ซึ่งโจทก์ได้ร้องขอเงินบำนาญเกษียณอายุตามกฎหมายทหารผ่านศึกเกษียณอายุ ค.ศ.1986 (Veteran Entitlement Act 1986) โดยผู้ร้องทั้งหลายเป็นผู้ถือหุ้นร่วมในบริษัท 2 บริษัทซึ่งมีทรัพย์สินเพียงหนี้ที่มีต่อผู้ถือหุ้นเหล่านั้น คณะกรรมการพิจารณาคำขอได้คิดทรัพย์สินแยกกันระหว่างผู้ถือหุ้นและบริษัท ผู้ถือหุ้นจึงมีทรัพย์สินที่ซ้ำซ้อนกันคือมูลค่าหุ้นในบริษัท และจำนวนหนี้ที่ตนเป็นเจ้าหนี้บริษัท บรรดาโจทก์จึงร้องขอให้ศาลใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัททั้งสองบริษัท เพื่อที่จะได้คิด

ทรัพย์สินรวมเป็นกองเดียวกันไม่ซ้ำซ้อนกัน ซึ่งศาลได้เห็นชอบด้วยและอนุญาตตามที่ขอเพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่โจทก์

3.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นบริษัทถือว่าเป็นองค์กรธุรกิจที่เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย โดยทั่วไปแล้วบริษัทเป็นนิติบุคคลที่มีฐานะแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นซึ่งสามารถที่จะฟ้องและถูกฟ้องได้เช่นกัน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดโดยจำกัดจำนวนตามมูลค่าหุ้นที่ตนถือ

ในสหรัฐอเมริกาถือกันว่า กรณีที่มีการใช้หลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทให้เกิดความไม่เป็นธรรม หรือผิดไปจากวัตถุประสงค์ของหลักนั้นแล้ว ก็จะนำหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ทันที ส่วนใหญ่มักจะใช้กับกรณีของบริษัทซึ่งมีผู้ถือหุ้นคนเดียว บริษัทในครอบครัวและบริษัทในเครือ ถ้าบริษัทโอนทรัพย์สินไปให้ผู้ถือหุ้นเพื่อโกงเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็จะตามไปยึดมาได้ กรณีที่มีการตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อการฉ้อโกงหรือมีเงินทุนไม่เพียงพอ ผู้ถือหุ้นก็จะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดในหนี้ของบริษัท ไม่ว่าจะเป็นหนี้ที่เกิดจากสัญญาหรือละเมิด ในกรณีที่ตั้งบริษัทขึ้นบังหน้าเพื่อหนีภาษี รัฐก็อาจถือว่าไม่มีบริษัทตั้งอยู่[26]

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการดำเนินการในการก่อตั้งบริษัทจนกระทั่งมีการยกเลิกบริษัทนั้นในแต่ละมลรัฐจะใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป โดยมลรัฐมากกว่าครึ่งหนึ่งในสหรัฐอเมริกาได้มีการนำรัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจ (Model Business Corporation Act) มาใช้ ซึ่งถือว่าเป็นแม่แบบในการที่จะนำไปบัญญัติกฎหมายบริษัทในแต่ละมลรัฐ

ตามรัฐบัญญัติต้นแบบบริษัทธุรกิจ(Model Business Corporation Act) นั้น ได้วางหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ถือหุ้น โดยได้กล่าวไว้ในมาตรา 6.22 ประกอบกับมาตรา 2.02 (b) (2) (v) ปรากฏใจความสำคัญโดยสรุปได้ว่า โดยหลักแล้วผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดเป็นส่วนตัวในการกระทำหรือหนี้ของบริษัทนอกจากความรับผิดในการชำระเงินในการซื้อหุ้นของบริษัท เว้นแต่ผู้ถือหุ้นอาจจะมีความรับผิดชอบในหนี้ของบริษัทได้โดยการกระทำโดยสมัครใจของพวกเขาหรือการปฏิบัติอื่นๆ ภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท (Piercing the Corporate Veil) ซึ่งผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว[27]

---

[26] โสภณ รัตนากร. เล่มเดิม. หน้า 264.

[27] American Bar Association.Model Business Corporation Act Forth Edition Volume 1. (n.d.). Retrieve Fbruary17, 2012, from *http://books.google.co.th/books?id=u69utOvnQ4kC&hl=th&source=gbs_similar books.*

การนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นศาลจะนำมาใช้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นอาศัยประโยชน์จากหลักดังกล่าวไปในทางที่ผิดหรือไม่สุจริต ซึ่งศาลอาจตัดสินให้เจ้าหนี้ของบริษัทมีสิทธิบังคับเอากับทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นในบริษัทที่มีลักษณะเป็นบริษัทครอบครัว (Family Corporation) หรือบริษัทที่มีความใกล้ชิดกัน (Closely-held Corporation) รวมทั้งใช้กับบริษัทซึ่งมีลักษณะเป็นบริษัทแม่ (Holding Corporation) และบริษัทในเครือ (Subsidiary Corporation) และจะใช้ในความรับผิดทั้งในด้านนิติกรรมสัญญาและละเมิด โดยใช้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สภาพนิติบุคคลไปในทางที่ผิดหรือใช้เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือใช้ในการฉ้อฉลหรือในกรณีที่ทรัพย์สินของบริษัทมีจำนวนต่ำเกินสมควรเมื่อเทียบกับขนาด ฐานะและกิจการของบริษัทนั้น เป็นต้น ลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทโดยไม่สุจริต ซึ่งศาลอาจให้ผู้ที่อยู่เบื้องหลังบริษัทต้องร่วมรับผิดโดยอาศัยหลัก Alter ego ศาลจะใช้เหตุผลต่างๆ หลายประการเพื่อประกอบการพิจารณาว่าควรจะให้ผู้ถือหุ้นต้องร่วมรับผิด นั่นคือผู้ถือหุ้นจะยังคงมีความรับผิดอย่างจำกัดต่อเมื่อได้กระทำโดยสุจริตด้วย[28]

ตัวอย่างกรณีที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้โดยให้ผู้ถือหุ้นมีส่วนร่วมรับผิดในการประกอบธุรกิจของบริษัทจำกัดนั้นมีในกรณีดังต่อไปนี้ เช่น

คดี Luckenbach S.S. Co. V. W.R. Grace & Co.267 F.676 (4 th Cir. 1920) บริษัทเดินเรือ Luckenbach Steam Ship มีทุนจดทะเบียน 10,000 เหรียญ ได้เช่าเรือเดินสมุทรจากบริษัท Luckenbach ซึ่งมีทุนจดทะเบียน 800,000 เหรียญ โดยผู้ถือหุ้นของบริษัททั้งสองเป็นบุคคลคนเดียวกันเกือบทั้งหมด ต่อมาบริษัทเดินเรือ Luckenbach Steam Ship ได้ทำสัญญาขนสินค้าของโจทก์จำนวน 75,000 ตัน แต่เมื่อขนได้เพียง 5,998 ตัน ก็ได้มีการผิดสัญญาโดยไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญาต่อไป ศาลได้ตัดสินให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายจากบริษัทที่สองที่มีทุนมากกว่าได้ด้วย โดยให้เหตุผลว่าในทางพฤตินัยแล้วบริษัททั้งสองนี้เป็นบริษัทเดียวกันและไม่เป็นการยุติธรรมที่จะให้บริษัทที่สองซึ่งเป็นเจ้าของกลุ่มเรือเดินสมุทรที่มีทรัพย์สินมูลค่าหลายล้านเหรียญหลุดพ้นจากความรับผิด โดยอ้างว่าเป็นผู้ให้เช่าเรือ[29]

คดี Zaist V.Olson, 154 Conn. 563, 227 A.2d 552 (1967) ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือบริษัท 4 บริษัท คือ The East Haven Homes, Inc., Martin Olson, Inc., New London Shopping Center Inc. และ Viking Inc. ได้ถูกจัดตั้งและควบคุมโดย Martin Olson ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบริษัท East Haven

---

[28] นิวิษฐชัย สำเนาพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 33-36.

[29] แหล่งเดิม. หน้า 45.

Homes เป็นตัวแทนของ Martin Olson และ Martin Olson, Inc. โดยบริษัท East Haven Homes ได้กู้ยืมเงินไปจากโจทก์แล้วไม่ชำระคืน จนต่อมาบริษัทดังกล่าวมีหนี้สินล้นพ้นตัวจนถูกฟ้องล้มละลาย ศาลตัดสินว่าบริษัท East Haven Homes เป็นตัวแทนของจำเลยคือ Martin Olson และของบริษัท Martin Olson Inc. โดยทั้งสองจะต้องร่วมรับผิดเป็นส่วนตัวกับบริษัท East Haven Homes ด้วย ทั้งนี้ศาลได้นำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ เมื่อปรากฏว่ามีการจัดตั้งบริษัทเป็นเสมือนเครื่องมือของบุคคลหรือบริษัทอื่นหรือของผู้ถือหุ้นซึ่งโดยส่วนตัวเป็นเจ้าของกิจการโดยถือหุ้นส่วนใหญ่หรือทั้งหมด หรือเป็นการจัดตั้งบริษัทเพื่อปฏิเสธความรับผิดตามสัญญาเพื่อฉ้อฉลผู้อื่น ซึ่งศาลจะใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทและกำหนดให้ผู้ที่ใช้อำนาจควบคุมบริษัทโดยแท้จริงต้องรับผิด[30]

คดี Amaco Chemicals Corp.V.Bach, 222 Kan.589, 567F.2d1337 (1977) ศาลได้ตัดสินให้ผู้ถือหุ้นใหญ่รายเดียวในบริษัทต้องร่วมรับผิดกับบริษัทเป็นการส่วนตัวตามสัญญาในหนี้ที่บริษัทได้ทำขึ้นโดยกำหนดหลักเกณฑ์ 8 ประการในการพิจารณาใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท คือ

1) บริษัทมีทุนดำเนินการหรือทุนจดทะเบียนต่ำไม่เพียงพอที่จะประกอบกิจการ

2) บริษัทไม่ดำเนินการโดยถูกต้องตามกฎหมาย

3) ไม่มีการจ่ายเงินค่าหุ้นในบริษัทอย่างแท้จริง

4) บริษัทมีฐานะที่อาจล้มละลายในขณะที่ดำเนินธุรกิจ

5) ผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมครอบงำบริษัทได้ยักย้ายถ่ายเทเงินทุนของบริษัทหรือดำเนินกิจการส่วนตัวโดยใช้บริษัทเป็นหุ่นหรือฉากบังหน้า หรือใช้บริษัทเพื่อกระทำการโดยฉ้อฉลหรือไม่ยุติธรรม

6) กรรมการและพนักงานของบริษัทไม่ปฏิบัติหน้าที่อย่างถูกต้อง

7) บริษัทไม่เก็บรักษาดูแลเอกสารหรือบัญชีของบริษัทให้ดี ปล่อยให้สูญหาย

8) บริษัทดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นส่วนตัวมากกว่าเพื่อประโยชน์ของบริษัท[31]

คดี Industrial Realty V. Kinney Shoe Corporation ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าโจทก์ได้ทำสัญญาเช่าช่วงอาคารกับบริษัท Industrial Realty ที่มีจำเลยเป็นผู้ถือหุ้นแต่เพียงผู้เดียว ภายหลังจากทำสัญญาเช่าช่วงกับโจทก์แล้วบริษัท Industrial Realty ได้นำอาคารส่วนหนึ่งที่เช่าช่วงมาไปให้

---

[30] Cary, William and Eisenberg, Melvin Aron. (1980) . *Cases and Materials on Corporations.* pp. 96-97.

[31] นิวิษฐชัย สำเนาพันธุ์. เล่มเดิม. หน้า 48-49.

บริษัท Polan Industries ที่มีจำเลยเป็นผู้ถือหุ้นแต่ผู้เดียวเช่นกันเช่าช่วงต่ออีกทอดหนึ่งปรากฏว่ามีการชำระค่าเช่างวดแรกเพียงงวดเดียวแล้วไม่มีการชำระค่าเช่ากันอีกเลย โจทก์ฟ้องบริษัท Industrial Realty ให้ชำระค่าเช่า จนศาลพิพากษาให้ชนะคดีแล้ว แต่ไม่สามารถยึดทรัพย์สินมาบังคับคดีได้ เพราะบริษัทดังกล่าวไม่มีเงิน ไม่มีทรัพย์สินใดๆ และไม่มีการประกอบธุรกิจใดๆ นอกจากการทำสัญญาให้บริษัท Polan Industries เช่าช่วงส่วนหนึ่งของอาคารที่เช่าจากโจทก์ โจทก์จึงได้ฟ้องจำเลยให้รับผิดในหนี้ของบริษัทโดยอาศัยหลักการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคล ในคดีนี้ศาลได้ตัดสินให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นต้องรับผิดด้วย โดยศาลได้พิจารณาเจตนาของจำเลยในการจัดโครงสร้างการทำธุรกิจที่ต้องการจัดตั้งบริษัทขึ้นบังหน้าเพื่อเป็นเกราะกำบังจากความรับผิดต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นและใช้ปกป้องทรัพย์สินของตนโดยจำเลยไม่ได้มีเจตนาที่จะใช้บริษัท Industrial Realty ที่ตนก่อตั้งขึ้นเพื่อประกอบกิจการใดๆ บริษัท Industrial Realty มีความเป็นบริษัทปรากฏชัดเจนเพียงที่เดียว คือ ในใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทที่จำเลยได้รับจากหน่วยราชการภายหลังไปยื่นขอจดทะเบียน นอกจากนั้นไม่ปรากฏข้อเท็จจริงใดๆ ที่ทำให้เห็นว่าสภาพความเป็นบริษัทของบริษัท Industrial Realty มีอยู่จริงและจำเลยไม่ได้มีการทำตามแบบพิธีของบริษัทแต่อย่างใด โดยบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่ไม่มีทรัพย์สินและไม่มีการประกอบกิจการใดๆ มีเพียงการทำสัญญาเช่าช่วงกับโจทก์ แล้วนำมาให้บริษัท Polan Industries ที่จำเลยถือหุ้นเช่นกันเช่าช่วงต่อเท่านั้น ในความเป็นจริงแล้วผู้ที่ต้องการจะใช้ประโยชน์ในทางธุรกิจจากอาคารที่เช่าคือบริษัท Polan Industries ทำให้เมื่อเกิดการผิดสัญญาขึ้นมาโจทก์จึงไม่สามารถเรียกร้องให้บริษัท Polan Industries รับผิดใดๆ ได้[32]

ทั้งนี้ ศาลในคดี Industrial Realty ได้นำหลักเกณฑ์ที่ศาลในอีกคดีหนึ่ง คือ คดี Laya v. Erin Homes Inc. ซึ่งศาลสูงสุดแห่งรัฐเวอร์จิเนียตะวันตกได้วางหลักเกณฑ์ว่าพฤติการณ์อย่างไรที่ศาลอาจนำมาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อวิเคราะห์ดูว่าการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้กับคดีจะทำให้เกิดความเป็นธรรมหรือไม่โดยมีหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้พิจารณาในคดีที่เกี่ยวกับการผิดสัญญาดังนี้ คือ

ประการแรก ผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่างๆ มีลักษณะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน จนกระทั่งทำให้ไม่สามารถแยกแยะสถานะบุคคลระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นออกจากกันได้

---

[32] สรวิศ ลิมปรังษี. (2552, พฤษภาคม – สิงหาคม). “สัมผัสคดีดังต่างประเทศ: เจาะม่านนิติบุคคล (Piercing the corporate veil) (2).” *ดุลพาห, 56, 2.* หน้า 181-190.

ประการที่สอง หากถือว่าการกระทำต่างๆ เป็นการกระทำของบริษัทแต่เพียงผู้เดียว จะทำให้เกิดผลที่เป็นธรรมในคดีหรือไม่ โดยในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวมีปัจจัยที่จะต้องคำนึงถึงอยู่หลายประการ ทั้งนี้การปรากฏพฤติการณ์เพียงอย่างหนึ่งอย่างใดไม่ใช่ปัจจัยชี้ขาดถึงการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ได้ แต่จะต้องพิจารณาปัจจัยพฤติการณ์หลายประการประกอบกัน แล้วจึงวิเคราะห์ดูว่าการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้กับคดีจะทำให้เกิดความเป็นธรรมหรือไม่ โดยมีพฤติการณ์ที่ศาลอาจนำมาใช้ประกอบการพิจารณาถึง 19 ลักษณะ ดังนี้คือ

1) การผสมปนเปกันระหว่างเงินและทรัพย์สินอย่างอื่นของบริษัทและของผู้ถือหุ้นแต่ละคน

2) การนำเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นของบริษัทไปใช้ เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับกิจการของบริษัท (เช่นการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ถือหุ้น)

3) การละเลยไม่ดำเนินการตามแบบพิธีของบริษัทที่จำเป็นสำหรับการออกหรือเข้าซื้อซื้อหุ้น เช่น การเห็นชอบอย่างเป็นทางการของคณะกรรมการบริษัทต่อการออกหุ้น

4) ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ถือหุ้นได้แสดงออกต่อบุคคลภายนอก ในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าตนเองจะรับผิดเป็นการส่วนตัวต่อหนี้สินหรือหนี้ประการอื่นของบริษัท

5) การไม่จัดทำรายงานการประชุมหรือการบันทึกรายการกิจการที่จำเป็นของบริษัท

6) การจัดกรรมสิทธิ์ในลักษณะที่เหมือนกันในนิติบุคคลมากกว่าหนึ่งแห่ง

7) บุคคลที่ทำหน้าที่กรรมการและเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่รับผิดชอบในการควบคุมและการจัดการนิติบุคคลสองแห่ง (หุ้นส่วน ผู้ถือกรรมสิทธิ์คนเดียว และบริษัทที่ถือกรรมสิทธิ์และจัดการโดยบุคคลกลุ่มเดียวกัน)

8) การจัดสรรเงินทุนที่ไม่เพียงพอต่อการดำเนินกิจการ เมื่อคำนึงถึงความเสี่ยงที่จะเกิดจากกิจการของบริษัท

9) การไม่ปรากฏว่าบริษัทมีทรัพย์สินของตัวเองโดยเฉพาะ

10) การใช้บริษัทในฐานะที่เป็นเพียง “เปลือก” หรือ “เครื่องมือ” ในการประกอบกิจการบางอย่างหรือกิจการบางลักษณะของผู้ถือหุ้นหรือของบริษัทอีกบริษัทหนึ่ง

11) การที่บุคคลคนใดคนหนึ่งหรือสมาชิกในครอบครัวคนหนึ่งเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท

12) การที่บริษัทและผู้ถือหุ้นใช้สำนักงานหรือสถานประกอบกิจการแห่งเดียวกัน

13) การที่บริษัทและผู้ถือหุ้นว่าจ้างพนักงานหรือทนายความรายเดียวกัน

14) การปกปิดหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จเกี่ยวกับบุคคลที่ถือกรรมสิทธิ์ การจัดการหรือส่วนได้เสียทางการเงินในบริษัท และการปกปิดเกี่ยวกับกิจกรรมทางธุรกิจส่วนตัวของผู้ถือหุ้น (การที่ผู้ถือหุ้นเพียงรายเดียวของบริษัทไม่เปิดเผยความเกี่ยวพันกับบริษัทที่ให้เงินกู้แก่ผู้ถือหุ้นของตัวเองโดยไม่ได้หลักประกันที่เพียงพอ)

15) การไม่คำนึงถึงแบบพิธีทางกฎหมายและการไม่รักษาความสัมพันธ์ในลักษณะที่ทำให้เห็นว่านิติบุคคลหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมีสถานะที่เท่าเทียมกัน

16) การใช้สถานะความเป็นนิติบุคคลเป็นเครื่องมือในการจัดหาลูกจ้าง บริการหรือสินค้าสำหรับบุคคลอีกคนหนึ่งหรือนิติบุคคลอีกรายหนึ่ง

17) การที่ผู้ถือหุ้นนำทรัพย์สินของบริษัทออกไปใช้ หรือการโอนไปเป็นของผู้ถือหุ้นหรือของอีกบุคคลหรือนิติบุคคลอีกรายหนึ่ง ในลักษณะที่ทำให้เจ้าหนี้ของบริษัทเสียประโยชน์ หรือการจัดแจงทรัพย์สินและหนี้สินในระหว่างบริษัทที่เกี่ยวข้องในลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สินอยู่ในบริษัทหนึ่ง และให้หนี้สินอยู่ที่อีกบริษัทหนึ่ง

18) การที่บริษัททำสัญญากับอีกบุคคลหนึ่งโดยมีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงความรับผิดอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา โดยอาศัยสถานะความเป็นนิติบุคคล หรือการใช้สถานะความเป็นนิติบุคคล เป็นกลไกในการดำเนินธุรกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

19) การก่อตั้งบริษัทและการใช้บริษัทเพื่อรับโอนหนี้ที่มีอยู่ของบุคคลหรือนิติบุคคลอีกรายหนึ่ง[33]

ประการที่สาม ในบางกรณีอาจเป็นการอันสมควรที่จะให้คู่สัญญา (เช่น เจ้าหนี้ตามสัญญาต่างๆ ที่อยู่ในวิสัยที่จะปกป้องตนเองได้) ที่เข้าทำสัญญากับบริษัท เช่น ธนาคาร หรือสถาบันการเงินอื่นที่จะต้องทำการสืบค้นความน่าเชื่อถือของบริษัทก่อนที่จะเข้าทำสัญญา คู่สัญญาดังกล่าวจะต้องถือว่ามีความรู้เช่นที่ตามปกติจะรู้ได้ จากการสืบค้นความน่าเชื่อถือของคู่สัญญาหากในการสืบค้นหาความน่าเชื่อถือดังกล่าวจะทำให้เปิดเผยเห็นข้อเท็จจริงที่ว่า บริษัทมีทุนที่ไม่เพียงพอต่อการดำเนินกิจการ เมื่อคำนึงถึงลักษณะและขอบเขตกิจการของบริษัทจะต้องถือว่าคู่สัญญาลักษณะดังกล่าว ยอมรับความเสี่ยงของการมีทุนไม่เพียงพอต่อการดำเนินกิจการและไม่สามารถยกหลักการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทขึ้นอ้างได้

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ประการที่สามนี้เป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่อนุญาตให้ศาลนำมาใช้พิจารณาคดีได้แต่ไม่ใช่หลักเกณฑ์บังคับสำหรับทุกกรณี โดยหากมีการนำมาใช้นั้นจะต้องให้เกิดความเป็นธรรมในคดีด้วย[34]

---

[33] แหล่งเดิม.

สำหรับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยหลักการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทจำกัดตามกฎหมายของรัฐอิลลินอยส์ได้วางหลักไว้ว่า สภาพความเป็นนิติบุคคลจะไม่ถูกคำนึงถึงเมื่อปรากฏหลักเกณฑ์สองประการดังต่อไปนี้ คือ

1) ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประโยชน์ส่วนได้เสียและความเป็นเจ้าของ (Unity of interest and ownership) จนเห็นได้ชัดเจนว่าสภาพความเป็นบุคคลที่แยกจากกันของบริษัทและบุคคลธรรมดา (หรือบริษัทอื่น) ไม่มีอยู่จริง

องค์ประกอบข้อแรกนี้คือ การที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทไม่ได้ปฏิบัติต่อบริษัทที่ตนก่อตั้งขึ้นในลักษณะที่ทำให้เห็นได้ว่าบริษัทมีสภาพความเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นโดยปัจจัยที่ศาลใช้ในการพิจารณาองค์ประกอบข้อแรกนี้ เช่น การไม่จัดทำบัญชีหรือทำตามแบบพิธีของบริษัท (Corporate formality) การผสมปนเปกันของทรัพย์สินของบริษัทและของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ การใช้บัญชีบริษัทชำระค่าใช้จ่ายส่วนตัวของตน ไม่ว่าจะเป็นค่าเลี้ยงดูบุตรและภรรยาคนเก่า ค่าเล่าเรียนบุตร เป็นต้น

2) การยอมให้ทำการฉ้อฉล (Sanction a fraud) หรือส่งเสริมความไม่เป็นธรรม (Promote injustice) หากยึดถือตามสภาพความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากที่สมมติขึ้น

องค์ประกอบข้อที่สองเป็นการ “ยอมให้ทำการฉ้อฉล (Sanction a fruad) หรือส่งเสริมความไม่เป็นธรรม (Promote injustice)” ได้นั้นต้องอาศัยข้อเท็จจริงอย่างอื่นอีกนอกเหนือจากการที่บริษัทมีทรัพย์สินที่ไม่พอเพียงต่อการชำระหนี้ เช่น การใช้สถานะความเป็น นิติบุคคลที่แยกต่างหากจากกันเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย การที่ผู้ถือหุ้นที่เป็นผู้ควบคุมการประกอบธุรกิจได้ประโยชน์อันมิควรได้ไปจากบริษัท หรือการที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทลูกหนี้ยักย้ายถ่ายเทเงินออกไปจากบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตัวไม่ว่าจะเป็นการนำเงินไปชำระค่าใช้จ่ายส่วนตัว หรือทำเป็นการ “กู้” เงินเพื่อนำเงินออกไปจากบริษัท และผลของการยักย้ายถ่ายเทและหาประโยชน์ส่วนตนนี้เป็นผลทำให้บริษัทมีทรัพย์สินไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงถือว่าหากศาลยอมรับสถานะความเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากกัน ในกรณีนี้จะมีผลเท่ากับศาลยอมให้ผู้ถือหุ้นรายนี้ใช้สถานะความเป็นนิติบุคคลเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตนอันมิควรได้ไปจากบริษัทและทำให้สามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดที่เกิดขึ้นไปโดยไม่ชอบ[35]

แม้จะปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายและการปรับใช้หลักเกณฑ์ต่างๆ ทางกฎหมายอาจมีข้อแตกต่างกันไปบ้างในแต่ละมลรัฐ (States) ตามลักษณะของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็น

---

[34] แหล่งเดิม.

[35] สรวิศ ลิมปรังษี. (2552, กันยายน – ธันวาคม). “สัมผัสคดีดังต่างประเทศ: เจาะม่านนิติบุคคล (Piercing the corporate veil) (3).” *ดุลพาห, 56, 3.* หน้า 221-224.

สหพันธรัฐ (Federation) อย่างไรก็ตามได้มีผู้พยายามรวบรวมคำพิพากษาจากคดีต่างๆ (Case law) เพื่อนำมาเขียนเป็นหลักเกณฑ์ประกอบการใช้พิจารณากรณีการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล ซึ่งมีอยู่ 2 หลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งจากนักกฎหมายและจากศาลในสหรัฐของหลายมลรัฐนำไปใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเพื่อเอาผิดกับหุ้นส่วนบริษัทอย่างไม่จำกัด โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้คือ[36]

1) หลักเกณฑ์เครื่องอุปกรณ์ (Instrumentality Rule)

เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้กันอย่างกว้างขวางในกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทของสหรัฐอเมริกา หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “Alter Ego Doctrine” โดยดูจากองค์ประกอบแวดล้อมของบริษัทและผู้ถือหุ้นหลายประการประกอบกัน ดังตัวอย่างในคดี The Stone v. Hobby ศาลได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์นี้ในการพิจารณาองค์ประกอบ 3 ประการด้วยกัน

(1) การครอบงำและควบคุมบริษัทอย่างเบ็ดเสร็จทั้งด้านนโยบายและการบริหารงาน กระทั่งตัวนิติบุคคลบริษัทนั้นไม่มีความคิด ความประสงค์ หรือตัวตนของตัวเองในกรณีการกระทำนั้นๆ

(2) ใช้การควบคุมนั้นเพื่อก่อการฉ้อฉลหรือความผิด ฝ่าฝืนต่อหน้าที่หรือความรับผิดตามกฎหมาย หรือการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์หรือไม่ยุติธรรม เช่น ใช้เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดส่วนตัวอันมีมาก่อนแล้ว เป็นต้น

(3) การควบคุมหรือฝ่าฝืนดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายหรือการสูญเสีย

2) หลักเกณฑ์ตัวตน (Identity Rule)

ศาลในคดี The Stone v. Hobby ได้กล่าวเกี่ยวกับหลักเกณฑ์นี้ว่า “โดยทั่วไปหลักเกณฑ์ตัวตนเดียวกันจะใช้กับข้อเท็จจริงซึ่ง 2 บริษัทถูกควบคุมเสมือนเป็นหนึ่งบริษัทเดียวกันอันเนื่องมาจาก เจ้าของ พนักงานบริษัท กรรมการ ผู้ถือหุ้น เป็นบุคคลเดียวกันหรือกลุ่มเดียวกันและขาดไร้ซึ่งการแสดงออกถึงความต่างกันในตัวตนของสองบริษัท”

ทั้งนี้ศาลในสหรัฐอเมริกาได้มีการนำหลักความยุติธรรม (Equity) มาร่วมใช้พิจารณากรณีมีลักษณะการนำหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทไปใช้ในทางที่ผิดทางใดทางหนึ่งด้วย

มลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายบริษัทของมลรัฐเดลาแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา (The Delaware Constitution of 1897 (Title 8 - Corporations)) มาตรา 325 ได้มีบทบัญญัติกำหนดให้พนักงานบริษัท คณะกรรมการแม้กระทั่งผู้ถือหุ้นต้องรับผิดต่อความเสียหายของบริษัท หากบุคคลเหล่านั้นไม่ได้ใช้

---

[36] สุรชัย เลาหสุวัฒนกุล และสมชาย ภูษาชีวะ. เล่มเดิม. หน้า 390-392.

ความสามารถอย่างเพียงพอในการพิจารณาหรือการตัดสินใจบริหารจัดการงานในบริษัท ทั้งนี้บุคคลซึ่งต้องรับผิดชำระหนี้ต่อบริษัทนั้นอาจจะดำเนินการฟ้องร้องบุคคลใดก็ตาม โดยกฎหมายหรือหลักความยุติธรรมและการฟ้องร้องดำเนินคดีนั้นอาจอ้างสิทธิของบริษัทหรือฟ้องร้องผู้ถูกกล่าวหานั้นเป็นการส่วนตัวก็ได้ [37]

3.4 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี

ตามกฎหมายบริษัทของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีนั้นถือว่าบริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยบริษัทนั้นสามารถที่จะมีทรัพย์สิน มีสิทธิและความรับผิดโดยสามารถเป็นโจทก์และจำเลยได้ ซึ่งเจ้าหนี้ของบริษัทจะสามารถเรียกร้องบริษัทรับผิดได้เฉพาะทรัพย์สินที่เป็นของบริษัทเท่านั้นโดยไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นรับผิดได้ แต่ทั้งนี้ปรากฏว่าในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีได้มีการยกเว้นหลักการดังกล่าว โดยมีการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อผ่อนคลายหลักการดังกล่าวเช่นกัน โดยมีแนวทางในการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ในกรณีดังต่อไปนี้คือ [38]

1) กรณีที่บริษัทมีทุนจดทะเบียนต่ำเกินสมควร ผู้ถือหุ้นจะต้องมีความรับผิดหากปรากฏว่าบริษัทตกอยู่ในฐานะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว

2) กรณีที่มีการใช้ทรัพย์สินปะปนกันโดยไม่มีการแยกแยะทรัพย์สินระหว่างผู้ถือหุ้นและบริษัท เนื่องจากหลักการในการแยกทรัพย์สินระหว่างผู้ถือหุ้นและบริษัทเป็นหลักการที่สำคัญในการจัดตั้งบริษัทจำกัด ดังนั้นเมื่อปรากฏว่าผู้ถือหุ้นไม่ได้กระทำการดังกล่าวโดยได้ปฏิบัติในทางตรงกันข้ามกับหลักการดังกล่าวแล้ว การที่จะมีการแยกแยะว่าทรัพย์สินอันไหนเป็นของบริษัทหรือทรัพย์สินอันไหนเป็นของส่วนตัวย่อมเป็นไปได้ยาก ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าผู้ถือหุ้นได้ละเลยที่จะยึดถือหลักการนี้แล้วผู้ถือหุ้นก็ไม่ควรที่จะอาศัยประโยชน์จากหลักการนี้ โดยผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดในการปะปนทรัพย์สินของบริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นผู้นั้นเป็นผู้ที่สนับสนุนให้มีการปะปนทรัพย์สิน หรือได้รู้ถึงการปะปนทรัพย์สินเช่นนั้น

3) หากปรากฏว่ามีกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้มีการกระทำการเสมือนว่าเป็นการกระทำของบริษัทเองแล้ว โดยไม่สามารถแยกแยะได้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำในฐานะของผู้ถือหุ้นหรือการกระทำใดเป็นการกระทำของบริษัทแล้ว กรณีดังกล่าวผู้ถือหุ้นย่อมมีความรับผิด

---

[37] ธราทิพย์ ปิยเธียรสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 64-65.

[38] Klays J. Muller. (2006). *The Gmbh A Guide to the German Limited Liability.* pp. 86-89.

4) กรณีที่ใช้รูปแบบบริษัทในทางที่ผิด หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถือหุ้นอาศัยประโยชน์จากรูปแบบความเป็นบริษัทจำกัดโดยมีเจตนาที่จะทำความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ เนื่องจากหากบริษัทดำเนินกิจการมีกำไรผลประโยชน์เหล่านี้ย่อมตกแก่ผู้ถือหุ้น แต่หากบริษัทขาดทุนนิติบุคคลในรูปบริษัทจำกัดนั้นก็จะต้องแบกรับความเสี่ยงในผลขาดทุนนั้นและในที่สุดก็ต้องตกอยู่ในภาวะที่ล้มละลาย

5) กรณีความรับผิดของผู้ที่ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทที่มีการแทรกแซงในการดำเนินกิจการของผู้ถือหุ้นรายย่อย โดยมีการกระทำที่มิชอบ ดังนั้นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทย่อมต้องรับผิดในการที่ครอบงำให้บริษัทดำเนินการโดยไม่ชอบด้วย

ทั้งนี้ ในการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีนั้นจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักสุจริต (Good faith) ด้วย ซึ่งหลักสุจริตตามประมวลกฎหมายเยอรมันนั้นในมาตรา 242 วางหลักไว้ว่า ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้โดยสุจริต[39] ดังนั้นหากมีกรณีที่มีการใช้สิทธิโดยมิชอบก็จะอาศัยประโยชน์จากบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ แม้ศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีจะมีการนำหลักความยุติธรรม (Equity) และหลักความสุจริต (Good faith) ไปใช้กับหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลบ้างก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่แนวทางหลักในการปรับใช้กฎหมายของศาลเยอรมัน และจะใช้ในกรณีที่ไม่อาจปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้แล้วเท่านั้น โดยจะมุ่งไปที่ประเด็นข้อเท็จจริงของการละเลยความเป็นนิติบุคคลของบริษัท ละเลยต่อการแบ่งแยกตัวตนทางกฎหมายระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทเพื่อให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้หรือประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก[40]

ศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีมักจะไม่ค่อยตัดสินคดีโดยใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล (Lifting the corporate veil) เท่าใดนัก แม้แต่ในบริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียวที่ผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียวของบริษัทเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท รวมทั้งมีส่วนร่วมในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัทศาลก็มักจะไม่ตัดสินโดยให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทร่วมรับผิดในหนี้สินของบริษัท ยกเว้นในบางกรณีศาลอาจจะกำหนดความรับผิดให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดในเหตุแห่งละเมิดอันเป็นสาเหตุให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเป็นตัวเงินจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียวของบริษัทต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้ของบริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนนั้นไม่สามารถแบ่งแยกการดำเนินกิจการอันเป็นธุรกิจส่วนตัวของตนออกจากกิจการของบริษัท

---

[39] German civil code section 242 “An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.”

[40] สุรชัย เลาหสุวัฒนกุล และสมชาย ภูษาชีวะ. เล่มเดิม. หน้า 392.

ที่ตนมีอำนาจควบคุมการดำเนินงาน[41] คำพิพากษาในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีที่จะให้ผู้ถือหุ้นรับผิดในหนี้สินของบริษัทเกินกว่ามูลค่าหุ้นที่ตนถือขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป

การใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีนั้น แม้จะไม่ต้องมีการนำความเป็นนิติบุคคลของบริษัทไปใช้ในทางที่ผิดก็ตาม แต่ศาลในคดีหนึ่งเมื่อปี ค.ศ. 1984 ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า อาจให้บุคคลผู้เป็นผู้ถือหุ้นต้องรับผิดเป็นส่วนตัวได้ถ้าผู้นั้นใช้อำนาจครอบงำในทางที่ผิด (Abusive control) ในคดีดังกล่าวนั้นจำเลยเป็นหนึ่งในผู้ถือหุ้นของบริษัทแม่ ซึ่งมีบริษัทลูกในเครือ 2 บริษัท เรียกว่า “HGmbH และ BGmbH” ดำเนินกิจการในธุรกิจก่อสร้าง จำเลยได้โอนเงินจำนวน 10 ล้านดอยช์มาร์คจากบริษัท HGmbH ไปยัง BGmbH เพื่อให้บริษัทหลังใช้จ่ายเงินเดือนพนักงาน ทั้งๆ ที่การโอนดังกล่าวไม่จำเป็นเลยเพราะบริษัท BGmbH นั้นต้องจ่ายเงินเดือนพนักงานเพียง 2 แสนดอยช์มาร์ค จนในที่สุดบริษัท HGmbH ก็ต้องพบกับภาวะล้มละลาย พนักงานของบริษัทจึงฟ้องจำเลยเพื่อให้ชดใช้ค่าจ้างและค่าชดเชย ศาลได้ตัดสินให้จำเลยต้องรับผิดเพราะได้ใช้อำนาจบริหารในทางที่ผิด โดยกล่าวว่า จำเลยล้มเหลวที่จะให้ความสำคัญอันสมควรแก่ประโยชน์ของบริษัท HGmbH ในฐานะผู้จัดการบริษัท[42] เป็นต้น

นอกจากนี้กฎหมายบริษัทของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี (The Private Limited Companies Act 1980 of Germany (GmbHG 1980)) มาตรา 46 (8) ได้ให้สิทธิผู้ถือหุ้นอ้างสิทธิของบริษัทในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนที่เป็นผลมาจากการบริหารจัดการของกรรมการหรือของผู้ถือหุ้นที่ทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย อันจะเห็นได้ว่าเป็นการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้นได้ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้แนวคำพิพากษาของศาลเยอรมันยังได้มีการนำเอาหลักการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาปรับใช้ โดยวินิจฉัยให้ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายของบริษัทเป็นส่วนตัวในกรณีที่มีการครอบงำบังคับให้บริษัทดำเนินกิจการโดยมิชอบหรือมีการฉ้อฉลและได้รับประโยชน์จากการกระทำดังกล่าวด้วย[43]

---

[41] Norbert Horm, Hein Kotz&Hans G. Laser. (1982). *German Private and Commercial Law: An Introduction.* p. 242.

[42] สุรชัย เลาหสุวัฒนกุล และสมชาย ภูษาชีวะ. เล่มเดิม. หน้า 394.

[43] ธราทิพย์ ปิยเธียรสวัสดิ์. เล่มเดิม. หน้า 65.