

บทที่ 3

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule - BJR)

3.1 หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ : ความหมายและนัยต่อหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการในการบริหารจัดการบริษัท

BJR สันนิษฐานว่า การตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการเกิดขึ้นโดยไม่มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง-เกิดขึ้นด้วยความสุจริต ระวัง และสมเหตุสมผล ถ้าเป็นเช่นนั้น การตัดสินใจนั้นก็จะได้ได้รับความคุ้มครอง อันเป็นผลให้ศาลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาถึงความถูกต้องเหมาะสม (merit) ของการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการดังกล่าว หมายความว่า เมื่อกรรมการได้รับความคุ้มครองจาก BJR ศาลก็จะถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยชอบแล้ว และกรรมการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการตัดสินใจดังกล่าว¹ จึงอาจกล่าวได้ว่า BJR เป็นหลักกฎหมายที่คุ้มครองกรรมการ (Safe Harbor) จากความรับผิดที่เกิดจากการตัดสินใจทางธุรกิจ

ในการบริหารจัดการบริษัทนั้น นอกจากกรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ระวัง และสุจริตแล้ว การปฏิบัติหน้าที่อันเป็นการตัดสินใจทางธุรกิจ กรรมการก็ควรจะคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตาม BJR เพื่อป้องกันตัวเองจากความรับผิดที่อาจเกิดขึ้นจากการตัดสินใจทางธุรกิจของตน ดังนั้น กรรมการจึงควรศึกษารายละเอียดขององค์ประกอบของ BJR ดังกล่าว เพื่อให้กรรมการสามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของ BJR ได้อย่างถูกต้องเหมาะสมและได้รับความคุ้มครองจาก BJR

3.2 หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ : ศึกษาเชิงเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ

บทนี้ ศึกษาถึงแนวความคิดและการปรับใช้ BJR ในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นประเทศที่มีพัฒนาการเกี่ยวกับ BJR เป็นอย่างมาก อีกทั้งมีคำพิพากษาของศาลเป็นจำนวนมากที่ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปรับใช้ BJR และศึกษาถึง BJR ของออสเตรเลีย ด้วยเหตุผลที่ว่า

¹อย่างไรก็ตามการพิจารณาว่ากรรมการจะต้องรับผิดชอบในการกระทำอันเกิดจากการตัดสินใจทางธุรกิจหรือไม่นั้น ศาลจะต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท หรือผู้ถือหุ้นนั้นเป็นผลมาจากการตัดสินใจทางธุรกิจหรือไม่.

ประเทศไทยได้นำ BJR ของประเทศนี้มาเป็นต้นแบบในการยกร่างบทบัญญัติว่าด้วย BJR ตามที่ปรากฏในมาตรา 89/8 พ.ร.บ. หลักทรัพย์²

3.2.1 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

3.2.1.1 ข้อความคิด

พื้นฐานความคิด BJR มาจากเหตุผลว่า มนุษย์มีความผิดพลาด และการดำเนินธุรกิจมีความเสี่ยงรวมอยู่ด้วยเสมอ การตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการซึ่งเป็นมนุษย์ปุถุชนธรรมดาจึงอาจผิดพลาดได้ และหากในการดำเนินธุรกิจ กรรมการต้องคอยกังวล หรือกลัวถูกผู้ถือหุ้นฟ้องร้อง หรือถูกศาลเข้ามาทบทวนความเหมาะสมของการตัดสินใจของตนโดยทราบถึงปัญหาหลังจากเกิดเหตุการณ์แล้ว ก็อาจทำให้กรรมการไม่กล้าตัดสินใจ ไม่กล้าเสี่ยง ทำให้การดำเนินธุรกิจไม่มีประสิทธิภาพ BJR จึงเป็นหลักเพื่อคุ้มครองกรรมการจากการทบทวนการตัดสินใจของ

² มาตรา 89/8 แห่งพ.ร.บ. หลักทรัพย์ บัญญัติว่า

“ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง กรรมการและผู้บริหารต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน

การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าวการตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”.

ศาล ทำให้กรรมการสามารถตัดสินใจในการดำเนินธุรกิจได้อย่างอิสระ โดยไม่ต้องกังวลหรือกลัว จะถูกผู้ถือหุ้นฟ้องร้อง หรือศาลจะเข้ามาทบทวนการตัดสินใจของกรรมการ³

การที่ผู้ถือหุ้นลงทุน และเลือกให้กรรมการมาเป็นผู้บริหารจัดการบริษัทย่อมถือได้ว่า ผู้ถือหุ้นเองยอมรับความเสี่ยงที่อาจมีขึ้นจากการบริหารจัดการของกรรมการอยู่แล้ว ศาลในคดี *Panter v. Marshall Field & Co.*⁴ ได้ให้เหตุผลสนับสนุนข้อความคิดดังกล่าวไว้ดังนี้

“1. กรณีจะไม่เป็นธรรมเมื่อผู้ถือหุ้นเป็นคนเลือกกรรมการแต่ในขณะเดียวกันก็ยังสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการตัดสินใจที่ผิดพลาดของกรรมการ ที่มีใช้กรณีไม่ซื่อสัตย์ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ได้ เนื่องจากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถแล้ว ดังนั้นจึงเป็นความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นเองที่จะต้องรับเอาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรรมการที่ตนเองเป็นผู้เลือกให้ไปทำหน้าที่ในการบริหารจัดการบริษัท

2. ศาลไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัท อันเป็นเรื่องของธุรกิจ”⁵

เนื่องจากการบริหารจัดการธุรกิจมีความซับซ้อนแตกต่างกันไปในแต่ละธุรกิจ ด้วยเหตุที่ศาลมิใช่ผู้เชี่ยวชาญทางธุรกิจจึงอาจมีความไม่เหมาะสม หรือไม่สามารถประเมินว่าการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการนั้นเหมาะสมดีแล้วหรือไม่ ตามที่ศาลได้กล่าวไว้ในคดี *Joy v. North*⁶ ว่า

“การสืบพยานและกระบวนการพิจารณาความในศาลเป็นเครื่องมือที่ไม่สมบูรณ์ในการ ประเมินการตัดสินใจทางธุรกิจของบริษัท เนื่องจากเป็นการยากที่จะแสดงให้เห็นถึงสภาพการณ์ แวดล้อมในการตัดสินใจทางธุรกิจในห้องพิจารณาของศาลภายหลังจากเหตุการณ์เกิดขึ้นแล้ว หลายปี ทั้งนี้ ในการดำเนินธุรกิจอันจำเป็นจะต้องมีการตัดสินใจที่รวดเร็ว และบ่อยครั้งที่การ ตัดสินใจได้กระทำไปบนพื้นฐานของข้อมูลที่อาจจะไม่สมบูรณ์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และเป็นหน้าที่ ของผู้ประกอบกิจการที่จะต้องเผชิญกับความเสี่ยงและความไม่แน่นอน จึงทำให้การตัดสินใจที่มี

³Stephen M. Bainbridge, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, University of California, Los Angeles, School of Law, Law & Economics Research Paper Series, Research Paper No. 03-18, p. 29.

⁴486 F. Supp. 1168, (N.D. Ill. 1980).

⁵*Panter v. Marshall Field & Co.*, 486 F. Supp. 1168, (N.D. Ill. 1980) p. 1194, Retrieved November 18, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

⁶692 F.2d 880 (2d Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1051 (1983).

เหตุผลในขณะนั้นอาจจะดูเหมือนเป็นการตัดสินใจที่สุ่มเสี่ยงเมื่อได้พิจารณาบนพื้นฐานของ ความรู้ที่สมบูรณ์ภายหลังจากเวลานั้นหลายปี⁷

นอกจากนี้ BJR ยังเป็นหลักการที่เน้นย้ำถึงการที่กรรมการเป็นผู้ทำหน้าที่ในการ บริหารจัดการบริษัท โดยการยอมรับอำนาจของคณะกรรมการในฐานะที่เป็นศูนย์กลางของบริษัท และเป็นผู้ใช้อำนาจตัดสินใจอันเป็นที่สุด⁸ ดังนั้น หากผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องกรรมการว่าการ ตัดสินใจของกรรมการไม่เหมาะสม หรือไม่ถูกต้องได้ทุกกรณีก็จะเท่ากับเป็นการยอมให้ผู้ถือหุ้น เป็นผู้บริหารจัดการบริษัทเสียเอง และหากผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้อย่างง่ายดาย ก็จะ ส่งผลให้เกิดการโอนอำนาจในการตัดสินใจจากคณะกรรมการไปยังผู้ถือหุ้น ซึ่งอาจเป็นผู้ถือหุ้นคน เดียว หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งที่มีผลประโยชน์ไม่ตรงกันกับผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ที่เหลือ ด้วยเหตุนี้การ จำกัด้อำนาจของศาลในการทบทวนการตัดสินใจของคณะกรรมการ โดย BJR จึงเป็นการรักษา อำนาจและคุณค่าในการตัดสินใจของคณะกรรมการเพื่อผู้ถือหุ้นโดยรวมและเป็นการปกป้อง ประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวมจากการแทรกแซงของผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งอีกด้วย⁹

ในสหรัฐอเมริกา BJR เป็นเครื่องมือในการทบทวนของศาล (Judicial Review) และ เป็นเครื่องวัดมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารทางอ้อม (indirectly standard of conduct for corporate management)¹⁰ ศาลได้นำแนวความคิดเกี่ยวกับ BJR มาปรับใช้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

1. BJR ในฐานะที่เป็นมาตรฐานของความรับผิด (Standard of Liability) แนวทาง นี้ได้นำ BJR มาใช้เป็นมาตรวัดระดับของความรับผิดว่า กรรมการได้ทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ในระดับใด เช่น โดยประมาทเล็กน้อย ประมาทเล็กน้อยอย่างร้ายแรง หรือเป็นการกระทำที่ไม่ได้ใช้ ความระมัดระวังเลย โดยพิจารณาว่า BJR จะคุ้มครองกรรมการก็ต่อเมื่อโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า

⁷ *Joy v. North.*, 692 F.2d 880 (2d Cir. 1982), cert. denied, 460 U.S. 1051 (1983) p. 886, Retrieved December 22, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

⁸ Stephen M. Bainbridge, *supra* note 3, p. 28.

⁹ Dennis J. Block, Nancy E. Barton, Stephen A. Radin, The Business Judgment Rule, Fiduciary Duties of Corporate Directors, Third Edition, (USA: Prentice Hall Law & Business, 1989), p. 8.

¹⁰ *Moran v. Household International, Inc.*, 490 A. 2d, (Del. Ch.), P. 1076, Retrieved May 20, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

การกระทำของกรรมการเป็นการฝ่าฝืน Duty of Care ดังนั้นตามแนวความคิดนี้ศาลจึงสามารถเข้าไปทบทวนการตัดสินใจได้ว่าการตัดสินใจของกรรมการฝ่าฝืน Duty of Care หรือไม่

ในคดี *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*¹¹ คณะกรรมการของ Technicolor อนุมัติการรวมกิจการกับบริษัทลูกคือ MacAndrews and Forbes Group, Inc. (MAF) โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินสดจำนวน 23 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อหุ้น โดยใจทักคือ Cinerama มีส่วนเป็นเจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ในหุ้นของ Technicolor จำนวนร้อยละ 4.4 ไม่เห็นด้วยกับการรวมกิจการดังกล่าวจึงได้ยื่นฟ้องต่อศาล ศาลได้อธิบายว่าคณะกรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care เนื่องจากศาลเห็นว่า “Cinerama สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานได้จากการที่คณะกรรมการของ Technicolor ไม่มีข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญเพียงพอก่อนการอนุมัติสัญญาการรวมกิจการ”¹² และได้ขยายต่อไปว่า “ในคดีที่ผู้ถือหุ้นเป็นใจทักฟ้องเกี่ยวกับการตัดสินใจของคณะกรรมการ ใจทักจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การตัดสินใจดังกล่าวได้กระทำขึ้นโดยมิได้ปฏิบัติตาม Fiduciary Duty ข้อใดข้อหนึ่ง มิฉะนั้นแล้ว กรรมการบริษัทและการตัดสินใจดังกล่าวก็จะได้รับความคุ้มครองจาก BJR ทำให้ศาลไม่เข้าไปทบทวนการตัดสินใจนั้น”¹³

คำพิพากษาในคดีนี้ได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่า ศาลได้พิจารณาสวนทางกับหลักการที่ควรจะเป็น เนื่องจาก BJR ควรจะเป็นหลักการที่ถูกนำมาพิจารณาว่าการตัดสินใจของคณะกรรมการจะได้รับการคุ้มครองหรือไม่ และถ้าไม่ได้รับความคุ้มครอง ศาลจึงจะมีอำนาจในการพิจารณาต่อไปว่าการตัดสินใจดังกล่าวได้กระทำอย่างเป็นไปตามหลักความระมัดระวังหรือไม่ ดังนั้น ตามแนวความคิดนี้ BJR ก็จะทำหน้าที่เพียงแต่เป็นแนวทางในกำหนดให้ภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ว่ามีหลักฐานเพียงพอในการฟ้องร้องหรือไม่เท่านั้น¹⁴

2. BJR ในฐานะที่เป็นหลักทฤษฎีการละเว้นไม่กระทำการใดอันสมควรกระทำ (Abstention Doctrine) ตามแนวคิดนี้ BJR เป็นข้อสันนิษฐานเพื่อป้องกันมิให้ศาลทบทวนการตัดสินใจของกรรมการในคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังที่เหมาะสม (due care) ตามแนวคิดนี้ ศาลจะไม่พิจารณาความเหมาะสมในการทำหน้าที่ของคณะกรรมการ เว้นแต่จะ

¹¹ 634 A.2d 345 (Del.1993)

¹² *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del.1993) p. 367, Retrieved December 20, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

¹³ *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del.1993) p. 361, Retrieved December 20, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

¹⁴ Stephen M. Bainbridge, *supra* note 3, pp. 10-13.

สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตาม BJR ได้ ในคดี *Shlensky v. Wrigley*¹⁵ โจทก์เป็นผู้ถือหุ้นรายย่อยคือ นาย Shlensky ฟ้องคณะกรรมการซึ่งมีนาย Wrigley เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่และเป็นประธานบริษัท Chicago National League Ball Club, Inc. เป็นบริษัทที่เป็นเจ้าของทีมเบสบอล Chicago Cubs และบริหารสนามกีฬา Wrigley Field ว่าละเลยการปฏิบัติหน้าที่ และปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบ

นาย Shlensky ได้กล่าวหาว่า เหตุผลที่นาย Wrigley ปฏิเสธการติดตั้งหลอดไฟในสนามกีฬา และการกำหนดเวลาแข่งขันในเวลากลางคืนนั้นไม่ได้คำนึงถึงการแสวงหากำไรสูงสุดให้แก่ผู้ถือหุ้น แต่เป็นการปฏิเสธโดยอ้างถึงความเห็นส่วนตัวว่า กีฬาเบสบอลเป็นกีฬาที่เล่นในเวลากลางวัน และการติดตั้งหลอดไฟในสนามกีฬาและการเล่นเบสบอลในเวลากลางคืนจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อบริเวณใกล้เคียงโดยรอบ

นอกจากนี้ โจทก์ได้กล่าวหากรรมการคนอื่นว่า กรรมการเหล่านั้นทราบดีถึงเหตุผลดังกล่าว แต่ก็ปล่อยให้ นาย Wrigley ครอบงำและตัดสินใจเกี่ยวกับการติดตั้งหลอดไฟในสนามกีฬา และการกำหนดเวลาแข่งขันในเวลากลางคืน แม้กรรมการดังกล่าวจะทราบดีว่าการตัดสินใจของนาย Wrigley นั้นมิได้มาจากเหตุผลโดยสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท แต่มาจากความเห็นส่วนตัวดังกล่าว จำเลย (คณะกรรมการ) ตอบสู้ว่า ศาลจะต้องไม่เข้ามาพิจารณาแทรกแซงการตัดสินใจทางธุรกิจอันสุจริตของคณะกรรมการ เว้นแต่การตัดสินใจดังกล่าวได้กระทำไปโดยฉ้อฉล ผิดกฎหมาย หรือผู้ใช้อำนาจตัดสินใจนั้นเองมีผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของสโมสร ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอิลลินอยส์ได้ตัดสินยกฟ้องโจทก์ (ยื่นตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น (The Circuit Court of Cook County)) โดยให้เหตุผลว่า “ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอิลลินอยส์ไม่เห็นว่าการตัดสินใจไม่ติดตั้งหลอดไฟในสนามกีฬาดังกล่าวขัดแย้งกับประโยชน์สูงสุดของสโมสรและผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม ศาลมิได้หมายความว่า การตัดสินใจดังกล่าวของคณะกรรมการถูกต้อง การพิจารณาดังกล่าวเป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจและความสามารถของศาล ศาลเพียงแต่เห็นว่ากระบวนการตัดสินใจดังกล่าวมิได้แสดงให้เห็นว่าได้กระทำไปโดยฉ้อฉล ผิดกฎหมาย หรือมีผลประโยชน์ที่ขัดกัน ศาลจึงไม่เข้าไปแทรกแซงการ

¹⁵95 Ill.App.2d 173, 237 N.E.2d 776 คดีนี้ ศาลชั้นต้น (The Circuit Court of Cook County) ยกฟ้องโจทก์ โจทก์จึงอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอิลลินอยส์.

ตัดสินใจดังกล่าว เว้นแต่จำเลยได้กระทำการไปโดยฉ้อฉล ผิดกฎหมาย หรือมีผลประโยชน์ที่ขัดแย้ง”¹⁶

เมื่อพิจารณาทั้งสองทฤษฎีแล้ว จะเห็นได้ว่า การปรับใช้ BJR ตามหลักทฤษฎีการละเว้นไม่กระทำการได้อันสมควรกระทำ (Abstention Doctrine) น่าจะเป็นการปรับใช้ที่เป็นไปตามแนวความคิดและความมุ่งหมายของ BJR ตามที่ศาลได้ให้คำจำกัดความเกี่ยวกับความหมายของ BJR ในคดี *Aronson v. Lewis*¹⁷ ว่า

“BJR เป็นหลักที่ตระหนักถึงสิทธิพิเศษในการบริหารกิจการของกรรมการบริษัท โดยสันนิษฐานว่าในการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น กรรมการบริษัทได้กระทำการบนพื้นฐานของข้อมูลที่เพียงพอ ด้วยความสุจริต และด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ศาลจึงเคารพในการตัดสินใจของกรรมการที่ไม่มีการใช้ดุลพินิจในทางที่ผิด ทั้งนี้ ภาระในการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้นจะตกอยู่กับฝ่ายที่คัดค้านการตัดสินใจ”¹⁸

ศาลสูงแห่งมลรัฐเดลาแวร์จึงสันนิษฐานว่า ในการตัดสินใจทางธุรกิจ คณะกรรมการของบริษัทได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ โดยสุจริต และด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ปราศจากเจตนาทุจริต การกระทำเกินสมควรอย่างร้ายแรง หรือการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ และมาจากจุดประสงค์ทางธุรกิจที่สมเหตุสมผลแล้ว ดังนั้นศาลจึงไม่เข้าไปทบทวนการตัดสินใจดังกล่าวของคณะกรรมการ โดยศาลจะไม่พิจารณาว่าการตัดสินใจดังกล่าวเป็นการตัดสินใจที่ฉลาด ผิดพลาด หรือเป็นความผิดพลาดทางธุรกิจหรือไม่¹⁹ และการตัดสินใจทางธุรกิจดังกล่าวก็จะเป็นเหตุให้คณะกรรมการจะต้องรับผิดชอบแม้ว่าการตัดสินใจนั้นจะก่อให้เกิดผลเสีย หรือความเสียหายอย่างรุนแรงต่อบริษัท²⁰ BJR จึงเป็นหลักการที่สันนิษฐานว่าคณะกรรมการได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนแล้ว โดย BJR ถูก

¹⁶ *Shlensky v. Wrigley.*, 95 Ill.App.2d 173, 237 N.E.2d 776 p. 780, Retrieved November 18, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

¹⁷ 473 A.2d 805 (Del. 1984).

¹⁸ *Aronson v. Lewis.*, 473 A.2d 805 (Del. 1984) p. 812, Retrieved November 18, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

¹⁹ Constance E. Bagley, *Managers and the Legal Environment : Strategies for the 21st Century*, Fourth Edition, (Ohio: West Thomson Learning, 2002), p. 780.

²⁰ Robert Hamilton, *The Law of Corporations in the Nutshell*, 2nd Edition, (USA: West Publishing, 1987), p. 310.

นำมาปรับใช้เพื่อเป็นการคุ้มครองกรรมการจากความรับผิดส่วนตัว และคุ้มครองการตัดสินใจของคณะกรรมการจากการทบทวนโดยศาล²¹

นอกจากนี้ ข้อสังเกตอย่างเป็นทางการ (Official Comment) ของมาตรา 8.31 แห่ง Model Business Corporation Act²² (ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานความรับผิดของกรรมการ) ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการในการตัดสินใจว่า “ในการพิจารณาว่า กรรมการจะต้องรับผิดหรือไม่นั้น ศาลตระหนักว่าคณะกรรมการและผู้บริหารของบริษัทได้ตัดสินใจอย่างต่อเนื่อง ซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวก็เป็นการรักษาสมดุลระหว่างความเสี่ยงและผลประโยชน์ของบริษัท แม้ว่าการตัดสินใจในบางกรณีจะแสดงให้เห็นถึงความไม่ฉลาดของคณะกรรมการ หรือเป็นการตัดสินใจที่ผิดพลาด ก็เป็นการไม่สมควรที่ศาลจะเข้าไปทบทวนการตัดสินใจดังกล่าวโดยรู้ถึงปัญหาหลังจากที่ได้มีการตัดสินใจไปแล้ว ดังนั้น กรรมการจึงไม่ต้องรับผิดในความเสียหายซึ่งเกิดจากการตัดสินใจ ไม่ว่าจะการตัดสินใจดังกล่าวจะแสดงให้เห็นถึงความไม่ฉลาด หรือความผิดพลาดของกรรมการ ถ้าหากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดในมาตรา 8.30^{23,24}

²¹ Alan R. Palmiter, *Corporations : Examples and Explanations*, Fifth Edition, (United States: Aspen Publishers, 2006), p. 203.

²² Retrieved May 20, 2010, from <http://books.google.co.th>.

²³ Model Business Corporation Act 2007, Section 8.30 Standards of Conduct for Directors, p. 8.31

(a) Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act:

(1) in good faith, and

(2) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation.

(b) The member of the board of directors or a committee of the board, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.

Retrieved May 20, 2010, from <http://books.google.co.th>.

BJR เป็นเพียงข้อสันนิษฐานจึงอาจสามารถพิสูจน์เป็นอย่างอื่นได้ กล่าวคือ หากผู้ถือหุ้นสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการตัดสินใจของกรรมการมิได้มีองค์ประกอบตาม BJR ศาลก็จะมีอำนาจในการเข้าพิจารณาในรายละเอียดว่าการตัดสินใจทางธุรกิจดังกล่าวเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of Care) หรือไม่ หากผู้ถือหุ้นประสงค์จะฟ้องร้องให้กรรมการรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจของกรรมการ ผู้ถือหุ้นก็มีภาระในการพิสูจน์ว่า กรรมการมิได้รับความคุ้มครองจาก BJR โดยแสดงให้เห็นว่า ในขณะที่ตัดสินใจ กรรมการมิได้มีข้อมูลที่เพียงพอ หรือมีเจตนาทุจริต มีผลประโยชน์ส่วนตน หรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ตลอดจนการตัดสินใจดังกล่าวมาจากจุดประสงค์ทางธุรกิจที่ไม่สมเหตุผลผล ซึ่งหากศาลเห็นว่าการตัดสินใจของกรรมการดังกล่าวไม่ได้รับการคุ้มครองจาก BJR แล้ว กรรมการก็ตั้งพิสูจน์ว่า กรรมการมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือธุรกรรมที่กรรมการมีผลประโยชน์อยู่ด้วยนั้นได้กระทำไปอย่างเป็นธรรมและสมเหตุผลผล (fair and reasonable)²⁵ เนื่องจาก Duty of Care ในกฎหมายลักษณะบริษัทประกอบด้วยหลักการของกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งถือว่ากรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care หากกรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า BJR เป็นหลักการที่ป้องกันมิให้กรรมการต้องรับผิดชอบจากการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อของตน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ก่อนที่ศาลจะพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care หรือไม่นั้น ศาลจะต้องพิจารณาว่าการตัดสินใจของกรรมการที่ถูกกล่าวหาในคดีนั้น ได้รับการคุ้มครองจาก BJR หรือไม่²⁶

สหรัฐอเมริกายังมีได้มีการตราบทบัญญัติเกี่ยวกับ BJR เนื่องจาก BJR ยังจำเป็นต้องได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องโดยศาล อย่างไรก็ตาม The American Law Institute (ALI)²⁷ ได้ร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการและพนักงาน และ BJR เพื่อเป็นบทบัญญัติต้นแบบให้แก่ศาลและสภานิติบัญญัติในแต่ละมลรัฐนำไปพิจารณาหรือตราเป็นกฎหมาย โดยได้บัญญัติไว้ดังนี้

²⁴ Model Business Corporation Act 2007, pp. 8.46-8.47, Retrieved May 20, 2010, from <http://books.google.co.th>.

²⁵ Constance E. Bagley, *supra note* 19, p. 780.

²⁶ Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, (New York, USA: Foundation Press, 2002), p. 243.

²⁷ The American Law Institute เป็นองค์กรอิสระของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งทำการวิจัยผลงานวิชาการ ร่าง แก้ไข และปรับปรุงกฎหมาย.

“ข้อ 4 (c) กรรมการหรือพนักงานผู้ซึ่งได้ทำการตัดสินใจทางธุรกิจด้วยความสุจริตจะถือว่าได้ปฏิบัติตามหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังแล้ว ถ้ากรรมการหรือพนักงาน

- (1) ไม่มีส่วนได้เสียในการตัดสินใจทางธุรกิจดังกล่าว
- (2) ได้รับข้อมูลที่เพียงพอประกอบการตัดสินใจ โดยกรรมการหรือพนักงานมีเหตุผลอันสมควรเชื่อได้ว่าข้อมูลนั้นเพียงพอแล้วภายใต้สถานการณ์นั้น และ
- (3) มีเหตุอันสมควรเชื่อว่าการตัดสินใจทางธุรกิจนั้นได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท”²⁸

3.2.1.2 มาตรฐานการใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในสหรัฐอเมริกา

แม้ BJR เป็นหลักที่รักษาสสมดุลระหว่างการให้อำนาจกรรมการในการตัดสินใจอย่างอิสระ และเพื่อให้กระบวนการตัดสินใจของกรรมการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพด้วยการห้ามศาลเข้ามาแทรกแซง หรือทบทวนการตัดสินใจของกรรมการ แต่ BJR ก็มีได้อำนาจให้กรรมการนำเอาประโยชน์ของตนมาอยู่เหนือประโยชน์ของผู้ถือหุ้นได้ กล่าวคือ BJR ยอมรับการตัดสินใจที่ผิดพลาดของกรรมการ แต่มิได้ปกป้องกรรมการจากการตัดสินใจเพื่อประโยชน์ส่วนตน²⁹ ดังนั้น BJR จะคุ้มครองการตัดสินใจของกรรมการจากการทบทวนโดยศาล ก็ต่อเมื่อการตัดสินใจของกรรมการดังกล่าวมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้ครบถ้วน

องค์ประกอบที่ 1 “มีการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Decision)”

BJR จะคุ้มครองเฉพาะแต่กรณีที่ “มีการกระทำของกรรมการเกิดขึ้น” เท่านั้น กล่าวคือ กรรมการได้กระทำการตัดสินใจทางธุรกิจ ซึ่งรวมถึงการตัดสินใจที่จะไม่กระทำใดๆ ด้วยตามคำอธิบายของศาลในคดี *Aronson v. Lewis*³⁰ ว่า “BJR จะถูกนำมาปรับใช้ก็ต่อเมื่อมีการ

²⁸ Melvin Aron Eisenberg, *Corporations and Business Associations Statutes, Rules, Materials and Forms*, 1996 Edition, (New York: The Foundation Press, Inc.), p. 737.

²⁹ Stephen M. Bainbridge, *supra* note 26, p. 270.

³⁰ 473 A.2d 805 (Del. 1984).

กระทำการของกรรมการเท่านั้น แต่หลักการนี้จะไม่คุ้มครองกรรมการ ในกรณีที่กรรมการละเลยหน้าที่ของตน หรือไม่มีการตัดสินใจเนื่องจากกรรมการไม่ได้กระทำการใดๆ ก็จะไม่มีการพิจารณาถึง BJR”³¹ และในคดี *Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corp.*³² ศาลกล่าวว่า “BJR อาจนำมาปรับใช้กับการตัดสินใจอย่างรอบคอบที่จะไม่กระทำการใดๆ แต่จะไม่นำมาปรับใช้กับข้อเรียกร้องในการไม่กระทำการของกรรมการอันเป็นผลมากจากการที่กรรมการเพิกเฉย”³³ เนื่องจาก BJR เป็นหลักที่ส่งเสริมให้กรรมการและพนักงานกล้าที่จะเสี่ยงในการทำธุรกิจ โดยไม่ต้องกลัวว่าศาลจะเข้ามาทบทวนการตัดสินใจนั้นในภายหลัง จึงต้องคุ้มครองกรรมการและพนักงานจากการตัดสินใจดังกล่าว ดังนั้น หากไม่มีการตัดสินใจเกิดขึ้นก็ไม่มีเหตุผลใดที่กรรมการและพนักงานจะได้รับความคุ้มครองจากหลักการดังกล่าว³⁴ โดยผลของการไม่ตัดสินใจของกรรมการจึงจะต้องถูกพิจารณาว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care หรือไม่³⁵

องค์ประกอบที่ 2 “กรรมการที่เกี่ยวข้องต้องไม่มีส่วนได้เสีย (Disinterestedness)”

BJR สันนิษฐานว่า กรรมการที่ไม่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ก็จะไม่สามารถใช้ตำแหน่งหน้าที่ของตนซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจไปในการแสวงหาประโยชน์ของตนเอง³⁶ ดังนั้น กรรมการจะต้องไม่มีส่วนได้เสียและเป็นอิสระ และไม่อยู่ในความสัมพันธ์ซึ่งจะก่อให้เกิดการ

³¹ *Aronson v. Lewis.*, 473 A.2d 805 (Del. 1984), p. 813, Retrieved November 18, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

³² 547 A.2d 963 (Del. Ch. 1986).

³³ *Rabkin v. Philip A. Hunt Chemical Corp.*, 547 A.2d 963 (Del. Ch. 1986) p. 972, Retrieved November 18, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

³⁴ Melvin Aron Eisenberg, *supra note 28*, pp. 738-739.

³⁵ Stephen M. Bainbridge, William D. Warren, *Smith v. Van Gorkom*, University of California, Los Angeles, School of Law, Law & Economics Research Paper Series, Research Paper No. 03-18. p. 12.

³⁶ *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503 (Del. 1939) p. 510, Retrieved December 9, 2009, from <http://www.westlaw.com>.

ตัดสินใจที่มีอคติ³⁷ จะถือว่ากรรมการมีส่วนได้เสียก็ต่อเมื่อการตัดสินใจในของคณะกรรมการจะส่งผลกระทบต่อตัวกรรมการอย่างมีนัยสำคัญ โดยผลกระทบดังกล่าวเป็นไปในลักษณะที่บริษัทและผู้ถือหุ้นมิได้รับผลกระทบด้วยไม่ว่าจะเป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์หรือในทางที่เสียหาย³⁸ อย่างไรก็ตาม กรรมการอาจมีส่วนได้เสียในธุรกรรมในทางอ้อมก็ได้ เช่น ในคดี *Bayer v. Beran*³⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทได้จ้างภรรยาของประธานบริษัท ประธานบริษัทจึงมีส่วนได้เสียทางอ้อมในธุรกรรมดังกล่าวด้วยอันเนื่องมาจากความสัมพันธ์อันที่สามภรรยา และในคดี *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co.*⁴⁰ ซึ่งเป็นกรณีที่กรรมการของจำเลยเป็นประธานบริษัทและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของโจทก์ โดยความสัมพันธ์ทางธุรกิจในลักษณะนี้จึงถือว่าจำเลยมีส่วนได้เสียในธุรกรรมดังกล่าวด้วยแม้ว่าจะมิได้เป็นคู่สัญญาก็ตาม

นอกจากนี้ กรรมการจะต้องมีความเป็นอิสระ โดยกรรมการจะถือว่ามีความเป็นอิสระหากว่ากรรมการตัดสินใจบนพื้นฐานของประโยชน์ของบริษัทโดยปราศจากอิทธิพลจากภายนอก กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กรรมการที่มีผลประโยชน์หรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของคู่สัญญาที่มีส่วนได้เสียก็ จะไม่มีความเป็นอิสระ ดังนั้น ศาลจะเข้ามาพิจารณาถึงความเหมาะสมในการตัดสินใจของคณะกรรมการในกรณีที่กรรมการส่วนมากนั้นมีส่วนได้เสียเป็นการส่วนตัว หรือเป็นการทำธุรกรรมกับกรรมการเอง เนื่องจากคณะกรรมการปฏิบัติหน้าที่ในรูปแบบขององค์กร ดังนั้น หากกรรมการเพียงคนเดียวเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่มีความเป็นอิสระ BJR ก็ยังคงคุ้มครองการตัดสินใจของคณะกรรมการดังกล่าวอยู่⁴¹ อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับกันว่า การที่กรรมการได้รับค่าตอบแทนกรรมการ (Director's fees) จากบริษัทตามปกติ⁴² นั้นไม่ถือว่ากรรมการมีส่วนได้เสีย

³⁷ *Auerbach v. Bennett*, 47 N.Y. 2d 619, 393 N.E. 2d 994, 1001, 419 N.Y.S. 2d 920, 927 (1979) p. 631, Retrieved January 29, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

³⁸ *Seminaris v. Landa*, 662 A.2d 1350 (Del. 1995) p. 1354, Retrieved January 29, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

³⁹ *Bayer v. Beran.*, 49 N.Y.S.2d 2 (Sup.Ct. 1944), Retrieved January 29, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁴⁰ *Globe Woolen Co. v. Utica Gas & Electric Co.*, 121 N.E. 378 (N.Y.1918), Retrieved January 21, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁴¹ Stephen M. Bainbridge, *supra* note 26, p. 271.

⁴² *In Re E.F. Hutton Banking Practices Litigation* 634 F. Supp.265 (S.D.N.Y. 1986) p. 271, Retrieved May 20, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

โดยศาลฎีกาแห่งมลรัฐเดลาแวร์ได้กล่าวในคดี *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.*⁴³ ว่า “ข้อเท็จจริงที่ว่ามีการกระทำการบางคนในคณะกรรมการเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งจะได้รับผลประโยชน์จากการทำธุรกรรมไปพร้อมกับผู้ถือหุ้นบางรายของบริษัทเพียงเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ส่วนตัวอันจะทำให้กรรมการดังกล่าวไม่มีคุณสมบัติที่จะได้รับความคุ้มครองจาก BJR”⁴⁴

องค์ประกอบที่ 3 “กระบวนการตัดสินใจได้กระทำด้วยความระมัดระวัง (Due Care Process) โดยได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ”

กรรมการจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม (due care) ในการตัดสินใจ ความระมัดระวังอย่างเหมาะสมนี้หมายความว่า ในการตัดสินใจนั้น กรรมการจะต้องใช้ความพยายามอย่างเหมาะสมเพื่อให้แน่ใจว่าตนได้พิจารณาข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด โดยพิจารณาแต่เฉพาะกระบวนการอันก่อให้เกิดการตัดสินใจ โดยผู้พิพากษา Horsey ได้อธิบายถึง การตัดสินใจบนพื้นฐานของข้อมูลที่เพียงพอในคดี *Smith v. Van Gorkom*⁴⁵ ว่า “จะต้องเป็นกรณีที่กรรมการได้พิจารณาข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญทั้งหมดเท่าที่กรรมการจะสามารถหาได้ก่อนการตัดสินใจ”⁴⁶ โดยศาลจะพิจารณาว่าในกระบวนการตัดสินใจนั้นกรรมการได้กระทำไปโดยประมาทเลินเล่ออย่างไร แรงหรือไม่ เช่นในคดี *Kamin v. American Express Co.*⁴⁷ ซึ่งเป็นคดีที่บริษัท American Express ได้ลงทุนซื้อหุ้นของบริษัท Donald Lufken and Jenrette, Inc (DLJ) ในราคา 29.9 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ต่อมามูลค่าหุ้นดังกล่าวลดลงเหลือเพียง 4 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ดังนั้น คณะกรรมการจึงตัดสินใจนำหุ้นดังกล่าวให้ผู้ถือหุ้นในรูปแบบของการจ่ายหุ้นปันผล แทนที่จะขายหุ้นดังกล่าวให้กับผู้ถือหุ้น ซึ่งจะมีผลให้ต้องบันทึกในงบการเงินของ บริษัท American Express ว่า บริษัทขาดทุนจากการลงทุน เป็นจำนวนเงิน 25 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และหากมีการขายหุ้นดังกล่าว

⁴³ 493 A.2d 946 (Del. 1985).

⁴⁴ *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* 493 A.2d 946 (Del. 1985) p. 958, Retrieved January 21, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁴⁵ 488 A.2d 858 (Del.1985).

⁴⁶ *Smith v. Van Gorkom.*, 488 A.2d 858 (Del.1985) p. 876, Retrieved January 21, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁴⁷ 383 N.Y.S. 2d. 807, aff'd 54 A.D.2d. 654, 387 N.Y.S. 2d. 993 (1st Dept. 1976).

ก็จะทำให้บริษัท American Express ได้รับประโยชน์ทางภาษี ผู้ถือหุ้นจึงฟ้องว่า คณะกรรมการมิได้ใช้ความระมัดระวังในการตัดสินใจจ่ายหุ้นปันผลดังกล่าว โดยทำให้บริษัท American Express และผู้ถือหุ้นต้องสูญเสียประโยชน์ทางภาษี

ผู้พิพากษา Edward J. Greenfield ได้อธิบายว่า "การตัดสินใจของกรรมการบริษัทเกี่ยวกับการจ่ายหุ้นปันผลเป็นการตัดสินใจทางธุรกิจโดยปกติของคณะกรรมการ แม้ว่าจะเป็นการตัดสินใจที่ไม่เหมาะสม หรือผิดพลาดก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีความระมัดระวัง หากไม่ปรากฏว่ามีการฉ้อฉล การทำธุรกรรมกับตนเอง หรือเจตนาทุจริต เนื่องจากการพิจารณาว่าคณะกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care หรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาจากสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ มิได้พิจารณาจากการตัดสินใจที่ผิด ในคดีนี้คณะกรรมการมิได้ประมาทเลินเล่อในกระบวนการตัดสินใจและได้ตัดสินใจบนพื้นฐานของข้อมูลเพียงพอโดยมีการพิจารณาถึงทางเลือกอื่นๆ แล้ว นอกจากนี้ กรรมการส่วนใหญ่ในคณะกรรมการก็เป็นกรรมการที่มาจากบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัทหรือผู้ถือหุ้น ดังนั้นศาลจึงพิพากษายกฟ้อง"⁴⁸

การพิจารณาว่ากระบวนการในการตัดสินใจของคณะกรรมการได้กระทำไปด้วยความระมัดระวังหรือไม่นั้น อาจพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการใช้ความระมัดระวังในกระบวนการตัดสินใจของกรรมการ เช่น การหาข้อมูลก่อนการตัดสินใจ การหาคำปรึกษาจากที่ปรึกษาทางการเงิน หรือที่ปรึกษากฎหมาย การถามคำถามที่จำเป็นในการพิจารณาความเห็นจากที่ปรึกษาทางการเงิน หรือที่ปรึกษากฎหมาย ระยะเวลาที่คณะกรรมการใช้ในการพิจารณา การอภิปรายของคณะกรรมการเกี่ยวกับเอกสารที่เกี่ยวข้อง ขั้นตอนและวิธีการในการต่อรองเจรจา ระยะเวลาที่จำกัดในการตัดสินใจ เป็นต้น⁴⁹

ในกระบวนการตัดสินใจ คณะกรรมการอาจอาศัยความเห็น ข้อมูลและรายงานจากบุคคลอื่นหรือจากคณะอนุกรรมการในการตัดสินใจได้ ศาลอุทธรณ์ (Second Circuit) อธิบายในคำพิพากษาคดี *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition Inc*⁵⁰ ว่า "ในการทำหน้าที่

⁴⁸ *Kamin v. American Express Co.*, 383 N.Y.S. 2d. 807, aff'd 54 A.D.2d. 654, 387 N.Y.S. 2d. 993 (1st Dept. 1976) pp. 812, 814, Retrieved February 10, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁴⁹ Dennis J. Block, Nancy E. Barton, Stephen A. Radin, *supra note* 9, pp. 60-63.

⁵⁰ 781 F.2d 264 (2nd Cir. 1986).

ควบคุมดูแลนั้น คณะกรรมการอาจจำเป็นต้องอาศัยความเห็น ข้อมูลและรายงานที่ได้ทำขึ้นโดยพนักงานของบริษัท คณะอนุกรรมการ หรือที่ปรึกษาภายนอกได้ หากว่าคณะกรรมการมีเหตุอันสมควรให้เชื่อว่าความเห็น ข้อมูลหรือรายงานดังกล่าวได้จัดทำขึ้นโดยพนักงานหรือที่ปรึกษาผู้มีความสามารถและเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าว หรือได้จัดทำขึ้นโดยการทำหน้าที่อย่างดีแล้วในกรณีของคณะอนุกรรมการ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการก็จะต้องพิจารณาความเห็น ข้อมูลและรายงานดังกล่าวด้วยความระมัดระวัง⁵¹ รวมถึงในกรณีที่คณะกรรมการมอบหมายหน้าที่ให้กับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง คณะกรรมการยังคงมีหน้าที่ควบคุมดูแลให้บุคคลนั้นปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายด้วย

องค์ประกอบที่ 4 “กระทำการด้วยความสุจริต (Good Faith)”

คณะกรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต และด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าการกระทำของตนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท มิใช่มาจากจุดประสงค์อื่น เช่น ผลประโยชน์ของตนเอง การไม่มีผลประโยชน์ในทางการเงินของกรรมการก็เป็นข้อสันนิษฐานหนึ่ง ที่แสดงให้เห็นว่ากรรมการได้กระทำการด้วยความสุจริต⁵² ทั้งนี้ กรรมการจะต้องแสดงให้เห็นว่าการตัดสินใจของตนนั้นไม่มีเจตนาฉ้อฉล ไม่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และไม่ผิดกฎหมาย

องค์ประกอบที่ 5 “การตัดสินใจมีความสมเหตุสมผล ไม่เป็นการเสียเปล่า (No Abuse of Discretion or Waste)”

การตัดสินใจของคณะกรรมการจะต้องเป็นไปอย่างสมเหตุสมผล โดยศาล Third Circuit ในคดี *Cramer v. General Telephone & Electronics Corp*⁵³ ได้อธิบายว่า “ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นกล่าวหาว่าการตัดสินใจของคณะกรรมการนั้นเป็นการตัดสินใจที่ไม่ฉลาด หรือไม่สมเหตุสมผลอันเป็นการตัดสินใจที่อยู่นอกเหนือขอบเขตการใช้ดุลพินิจของกรรมการที่ดี ศาลก็

⁵¹ *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition Inc.*, 781 F.2d 264 (2nd Cir. 1986) p. 287, Retrieved January 14, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁵² Dennis J. Block, Nancy E. Barton, Stephen A. Radin, *supra note* 9, p. 19.

⁵³ 582 F.2d 259 (3d Cir. 1978).

สามารถที่จะพิจารณาถึงความสมเหตุสมผลของการตัดสินใจนั้นได้”⁵⁴ ซึ่งการตัดสินใจที่ไม่สมเหตุสมผลนี้มักจะถูกอ้างถึงในกรณีที่คณะกรรมการได้ตัดสินใจไปโดยสามารถสังเกตเห็นได้ว่าการตัดสินใจเข้าทำธุรกรรมนั้นๆ ทำให้บริษัทเสียผลประโยชน์มากกว่าที่จะได้รับผลประโยชน์ โดยในคดี *Ludlam b. Riverhead Bond & Mortgage Corp*⁵⁵ ศาลปฏิเสธที่จะยกคำฟ้องของผู้ถือหุ้นในกรณีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องเกี่ยวกับการตัดสินใจเข้าทำสัญญากับผู้เริ่มก่อการ โดยผู้เริ่มก่อการจะขายหุ้นของตนในตลาดหลักทรัพย์เพื่อแลกกับการได้รับค่านายหน้าเป็นจำนวน 1 ใน 3 ของมูลค่าหุ้นที่ขายได้ โดยศาลสูงแห่งมลรัฐนิวยอร์ก กล่าวว่า “BJR มีได้อนุญาตให้คณะกรรมการสามารถตัดสินใจเข้าทำสัญญาที่ไม่สมเหตุสมผลอันจะเป็นการทำให้ทรัพย์สินของบริษัทต้องสูญเปล่าไปโดยมิได้สิ่งใดกลับมาเป็นการตอบแทน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ว่า BJR จะป้องกันมิให้ศาลเข้ามาทบทวนการตัดสินใจของกรรมการเฉพาะแต่กรณีที่มีการตัดสินใจนั้นได้อยู่ในขอบเขตของความสมเหตุสมผลเท่านั้น”⁵⁶

3.2.2 กฎหมายประเทศออสเตรเลีย

3.2.2.1 ข้อความคิด

ศาลในประเทศออสเตรเลียอ้างถึง BJR ได้ถูกอ้างถึงโดยศาลมานานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีเกี่ยวกับ Fiduciary Duties ของกรรมการ และทฤษฎีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (Proper Purpose Doctrine) แต่เนื่องจากการขาดมาตรฐานที่แน่นอนในเรื่องดังกล่าว และการปรับใช้ BJR ที่ไม่เป็นเอกภาพได้นำไปสู่การตรากฎหมายเรื่องการตัดสินใจทางธุรกิจในเวลาต่อมาตามที่จะอธิบายต่อไป

โดยทั่วไป ศาลในประเทศออสเตรเลียนยึดหลักเดียวกับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการตัดสินใจทางธุรกิจซึ่งกระทำภายใต้การวินิจฉัยทางธุรกิจของกรรมการ

⁵⁴ *Cramer v. General Telephone & Electronics Corp.*, 582 F.2d 259 (3d Cir. 1978) p. 275, Retrieved March 4, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁵⁵ 244 A.D. 113, 278 N.Y.S. 487 (N.Y. App. Div. 1935).

⁵⁶ *Ludlam b. Riverhead Bond & Mortgage Corp.*, 244 A.D. 113, 278 N.Y.S. 487 (N.Y. App. Div. 1935) p. 493, Retrieved March 4, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

หากการตัดสินใจนั้นได้กระทำภายในขอบอำนาจของผู้ที่ตัดสินใจและเป็นไปโดยสุจริต โดยมีเหตุผลมาจากข้อความคิดที่ว่า ศาลไม่ควรใช้วิจรรย์ญาณของตนในกิจการที่ตนไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ และศาลจะเข้าไปพิจารณาการตัดสินใจทางธุรกิจเฉพาะกรณีปรากฏชัดต่อศาลว่ามีการกระทำผิดหน้าที่หรือละเมิดกฎหมายเท่านั้น⁵⁷ ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาดังต่อไปนี้

ตัวอย่างของคำวินิจฉัยของศาลโดยยึดหลักการไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับดังกล่าวได้แก่คดี *Australian Metropolitan Life Assurance Co Ltd v. Ure*⁵⁸ ซึ่งเป็นกรณีที่กรรมการปฏิเสธการจดทะเบียนโอนหุ้นของบริษัท โดยศาลได้วินิจฉัยว่า เมื่อกรรมการได้กระทำการโดยสุจริตภายในขอบอำนาจของตน และอยู่บนพื้นฐานของความเห็นทางธุรกิจของตน ดั่งนี้ย่อมถือได้ว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนแล้ว และศาลไม่พึงเข้าแทรกแซง หรือพิจารณาทบทวน⁵⁹

ในคดี *Harlowe's Nominee's Pty Ltd v. Woodside (Lake Entrance) Oil Co NL*⁶⁰ ศาลให้เหตุผลว่า “กรรมการดำรงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการตัดสินใจว่าจะอะไรคือผลประโยชน์ของบริษัทและจะอย่างไรให้บรรลุผลประโยชน์นั้น ทั้งนี้กรรมการอาจจะต้องพิจารณาเรื่องในทางปฏิบัติอย่างกว้างขวาง และหากกรรมการได้ตัดสินใจบนพื้นฐานของการวินิจฉัยที่สุจริตและวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องแล้ว ศาลก็ไม่พึงไปทบทวนการตัดสินใจนั้น”⁶¹ นอกจากนี้ ในคดี *Kinsela v. Russell Kinsela Pty Ltd (in liq)*⁶² ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ได้แสดงความคิดเห็นของผู้พิพากษาไว้ว่า “ศาลพึงใช้ความระมัดระวังและจะไม่เข้าไปวินิจฉัยใดๆ ในประเด็นความเหมาะสมในทางธุรกิจในการตัดสินใจของผู้บริหาร”⁶³

⁵⁷ Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *Corporation Law in Australia*, Second Edition, (Australia: The Federation Press, 2002), p. 372.

⁵⁸ (1923) 33 CLR 199.

⁵⁹ *Australian Metropolitan Life Assurance Co Ltd v. Ure.*, (1923) 33 CLR 199 pp.221-222, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au>.

⁶⁰ (1968) 121 CLR 483.

⁶¹ *Harlowe's Nominee's Pty Ltd v. Woodside (Lake Entrance) Oil Co NL.*, (1968) 121 CLR 483 p. 493, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au>.

⁶² (1986) 4 ACLC 215.

⁶³ *Kinsela v. Russell Kinsela Pty Ltd (in liq).*, (1986) 4 ACLC 215 p. 223 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note* 57, p. 372.

ความจำเป็นและเหมาะสมในการตรากฎหมายเกี่ยวกับหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ เป็นประเด็นที่โต้เถียงกันมานานในประเทศออสเตรเลีย ในขณะที่ฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่าหลักดังกล่าวเป็นการปกป้องกรรมการมิให้ต้องรับผิดชอบจากการตัดสินใจทางธุรกิจ ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยก็เกรงว่าหลักดังกล่าวจะทำให้กรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่อซึ่งสมควรได้รับการตรวจสอบก็จะได้รับการปกป้องจากความรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1989 Companies and Securities Law Review Committee (CSLRC) ได้เสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วย BJR เพื่อให้กรรมการมั่นใจว่า ความเสี่ยงทางธุรกิจเป็นเรื่องที่พึงกระทำได้ โดยหลักดังกล่าวจะทำหน้าที่เป็นเกราะป้องกันกรรมการมิให้ต้องรับผิดชอบจากการถูกถือว่าปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้อง CSLRC ให้เหตุผลว่า “การตรากฎหมายว่าด้วย BJR นั้นจะช่วยสนับสนุนการดำเนินธุรกิจโดยมีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเรื่องที่จะทำให้ผู้ที่รับผิดชอบในการดำเนินงานขององค์กรทางธุรกิจมั่นใจได้ว่าเมื่อปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตแล้ว หากยังมีความเสี่ยงจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวอยู่ ตนเองก็ยังได้รับการปกป้องมิให้ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวอันเนื่องมาจากการที่ศาลพิจารณาทบทวนการตัดสินใจทางธุรกิจซึ่งกระทำโดยสุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อการทบทวนนั้นเกิดขึ้นภายหลังจากที่ผลของการตัดสินใจนั้นได้ประจักษ์แก่ศาลแล้ว”⁶⁴

ในปี 1989 Cooney Committee⁶⁵ เสนอให้บัญญัติกฎหมายว่าด้วย BJR ไว้ในกฎหมายลักษณะบริษัทของประเทศออสเตรเลีย โดยกำหนดหน้าที่ของกรรมการในการแสวงหาข้อมูลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการบริษัท และกรรมการต้องใช้วิจารณญาณในเรื่องที่เกี่ยวข้อง หรือมิฉะนั้นแล้วก็ต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีการใช้ความระมัดระวังในระดับที่เหมาะสมในภาวะเช่นนั้นแล้ว⁶⁶

BJR ถูกบัญญัติไว้ใน The Corporations Act 2001⁶⁷ โดยวางหลักไว้อย่างชัดเจนว่าการตัดสินใจทางธุรกิจโดยสุจริตที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดจะไม่ถูกตรวจสอบโดย

⁶⁴ CSLRC, Company Directors and Officers: Indemnification, Relief and Insurance: Report No. 10 (CLSRC, Melbourne, 1990) para 74.

⁶⁵ The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs.

⁶⁶ The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Company Directors' Duties: Report on the Social and Fiduciary Duties and Obligations of Company Directors (AGPS, 1989), para 3.35.

⁶⁷ BJR ถูกบัญญัติเป็นกฎหมายครั้งแรกในการตรา Corporate Law Economic Reform Program Act 1999 (CLERP) เพื่อเพิ่มเติมบทบัญญัติใน Corporations Act 1989 ให้

อำนาจศาล และจะถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และขยันหมั่นเพียร (Duty of Care and Diligence) แล้ว โดยกรรมการจะได้รับการปกป้องจากความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care ทั้งนี้ หลักดังกล่าวได้รับการพิจารณาว่าเป็นหลักที่ให้ความคุ้มครอง (Safe Harbor) แก่กรรมการให้ปลอดพ้นจากความรับผิดเป็นส่วนตัวอันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบและระมัดระวัง หากกรรมการไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตัดสินใจ และได้ตัดสินใจในทางธุรกิจด้วยความสุจริต บนข้อมูลที่เพียงพอ สมเหตุสมผล และเชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท⁶⁸ ณ เวลาที่ทำการตัดสินใจนั่นเอง

3.2.2.2 มาตรฐานการใช้หลักการตัดสินใจทางธุรกิจในออสเตรเลีย

Corporation Act 2001 มาตรา 180 (3) บัญญัติว่า

“In this section: *Business Judgment* means any decision to take or not take action in respect of a matter relevant to the business operations of the corporation.”

BJR จึงต้องมีการตัดสินใจที่จะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใดๆ ในกิจการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการดำเนินธุรกิจของบริษัท ดังนั้น การตัดสินใจทางธุรกิจตามกฎหมายบริษัทของออสเตรเลียจะไม่รวมถึงกรณีที่กรรมการมิได้มีการตัดสินใจใดๆ ดังเช่นในคดี *Graham v. Allis Chalmers Mane*⁶⁹ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจจะไม่นำไปปรับใช้กับกรณีที่คณะกรรมการไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินงานของหน่วยงานหนึ่งของบริษัทอันเป็นการละเมิดกฎหมายแข่งขันทางการค้า”⁷⁰

ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2543 ต่อมา ในการปฏิรูปกฎหมายลักษณะบริษัทของออสเตรเลียให้เป็นแบบแผนเดียวกันทั้งประเทศ Corporations Act 1989 ถูกยกเลิกโดย The Corporations (Repeals, Consequential and Transitional) Act 2001, Schedule 1 - Repeals, Part 1 – The applied laws บทบัญญัติเกี่ยวกับ BJR ที่ได้บัญญัติไว้ใน CLERP 1999 มาบัญญัติไว้ใน Corporations Act 2001.

⁶⁸ ดู Christopher John Bevan, *The Corporate Law Economic Reform Program Act 1999 (Cth) – an Overview*, Retrieved April 18, 2010, from www.findlaw.com.au.

⁶⁹ (1963) 41 Del Ch 78, 188 A2d 125.

⁷⁰ *Graham v. Allis Chalmers Mane.*, (1963) 41 Del Ch 78, 188 A2d 125, p.129, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

คำว่า “การตัดสินใจ” ซึ่งในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Judgment” นั้นแสดงให้เห็นถึงสภาพของการกระทำร่วมกันของคณะกรรมการด้วยการลงคะแนนเสียงเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอให้ลงมติ โดยคะแนนเสียงข้างมากถือเป็นการตัดสินใจของคณะกรรมการ⁷¹ ทั้งนี้กรรมการแต่ละคนสามารถอ้างประโยชน์จากการตัดสินใจทางธุรกิจได้แม้ว่าตนจะลงคะแนนเสียงไม่เห็นด้วยกับเสียงข้างมากในข้อเสนอให้ลงมตินั้นก็ตาม อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าหน้าที่ของกรรมการตาม Duty of Care ยังใช้บังคับกับกรรมการแต่ละคนเป็นรายบุคคลและจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไป⁷²

The Corporations Act 2001 ในส่วน 2D.1, หมวด 1, มาตรา 180 (2) บัญญัติว่า

“Part 2D.1 – Duties and powers

Division 1 General duties

Section 180 Care and diligence – directors and other officers

(2) A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1) and their equivalent duties at common law and in equity, in respect of the judgment if they:

- (a) Make the judgment in good faith for a proper purpose; and
- (b) Do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment; and
- (c) Inform themselves about the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and
- (d) Rationally believe that the judgment is in the best interests of the corporation.”

⁷¹คำว่า “Judgment” นี้มีนัยต่างจากคำว่า “Decision” ซึ่งเป็นถ้อยคำในร่างเดิมของกฎหมายที่มิได้แสดงให้เห็นสภาพการทำงานร่วมกัน และกรรมการเพียงลำพังแต่ละคนไม่สามารถกระทำการใดๆ เพื่อผูกพันบริษัทได้ ดู Annette Greenhow, “The Statutory Business Judgment Rule: Putting the Wind into Director’s Sails” *Bond Law Review*, 1999, p.40.

⁷²Annette Greenhow, “The Statutory Business Judgment Rule: Putting the Wind into Director’s Sails” *Bond Law Review*, 1999, p.40

BJR จึงมีองค์ประกอบ ดังนี้

- (1) การตัดสินใจโดยสุจริต และมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม
- (2) การตัดสินใจนั้นจะต้องกระทำโดยปราศจากผลประโยชน์ส่วนตัวที่เป็นนัยสำคัญในเรื่องที่ตัดสินใจ
- (3) กรรมการจะต้องมีข้อมูลในเรื่องที่ตัดสินใจซึ่งตนเองเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าเหมาะสมแล้ว
- (4) การตัดสินใจด้วยความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

องค์ประกอบทั้ง 4 มีจุดประสงค์เพื่อปกป้องกรรมการและเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตจากความเสี่ยงในอันที่การตัดสินใจที่ไม่ประสบผลสำเร็จของตนจะต้องถูกทบทวนในภายหลัง และต้องการที่จะหลีกเลี่ยงอุปสรรคสำหรับนวัตกรรม (Innovation) และการดำเนินกิจกรรม (Venturesome) ในทางธุรกิจ BJR จึงเป็นข้อสันนิษฐาน (ที่ไม่เด็ดขาด) ว่ากรรมการได้ปฏิบัติตาม Duty of Care แล้ว หากได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทั้ง 4 ประการครบถ้วนแล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากรรมการจะได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้อใดข้อหนึ่งก็มิได้หมายความว่ากรรมการนั้นได้ฝ่าฝืน Duty of care เสมอไป ศาลยังคงต้องพิจารณาประเด็นดังกล่าวโดยอาศัยเกณฑ์ทางภาวะวิสัย (Objective Test) ต่อไป ดังจะกล่าวไว้ข้างล่างนี้

บันทึกคำอธิบาย (Explanatory Memorandum) ร่างกฎหมาย CLERP กล่าวถึงเหตุผลของกฎดังกล่าวไว้ว่าวัตถุประสงค์พื้นฐานของ BJR คือการปกป้องอำนาจของกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ของตน แต่มีใช้การคุ้มกันกรรมการจากความรับผิด ในขณะที่เป็นที่ยอมรับกันว่ากรรมการควรต้องมีความรับผิดชอบในระดับที่สูง การปฏิเสธหลักการที่ว่ากรรมการไม่สมควรต้องรับผิดหากการตัดสินใจนั้นได้กระทำโดยสุจริตและได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วนั้น อาจเป็นผลให้บริษัทและกรรมการเสียประโยชน์จากโอกาสที่พึงได้มาจากการเข้าเสี่ยงภัยอย่างรับผิดชอบได้⁷³

BJR เน้นย้ำหลักที่ว่าศาลจะไม่ทบทวนการตัดสินใจทางธุรกิจที่กระทำโดยสุจริต อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวได้เชื่อประโยชน์ต่อการตัดสินใจของกรรมการ จากข้อสันนิษฐานว่าในการตัดสินใจทางธุรกิจนั้นหากกรรมการได้กระทำโดยมีข้อมูล โดยสุจริต และด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว กรรมการก็จะไม่ถูกกล่าวหา

⁷³ ดู Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra* note 57, p. 359.

ว่าบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและขยันหมั่นเพียร (Duty of Care and Diligence) หรืออีกนัยหนึ่ง BJR ได้กำหนดความคุ้มครองเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและความขยันหมั่นเพียรตามมาตรา 180(1)⁷⁴

คดี *Talbot v. NRMA Limited*⁷⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่กรรมการบริษัทตัดสินใจดำเนินการทางศาล ศาลได้วินิจฉัยว่า “หากกรรมการได้กระทำการดังกล่าวโดยเชื่อว่าการนำบริษัทเข้าสู่กระบวนการทางศาลจะเป็นประโยชน์ต่อบริษัท และตนเองอาจมิได้ปฏิบัติหน้าที่กรรมการของตนหากไม่ดำเนินการดังกล่าว และหากความเชื่อเป็นความเชื่อที่ทั้งสุจริตและสมเหตุสมผลแล้ว ศาลก็พึงเชื่อได้ว่าการดำเนินการทางศาลดังกล่าวถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบของกรรมการแล้ว ดังนั้น กรรมการจึงควรได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายและความเสียหายคืนจากบริษัท”⁷⁶

องค์ประกอบที่ 1 “การตัดสินใจโดยสุจริต และมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม”

องค์ประกอบแรกของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามมาตรา 180 (2) นี้ได้แก่ การตัดสินใจโดยสุจริต และมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม การกระทำโดยสุจริต หมายถึง กรรมการจะต้อง “เชื่ออย่างแท้จริง (genuinely believe)” ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท การที่กรรมการเพียงแต่ “เชื่อโดยสุจริต (honestly believe)” ว่าการกระทำของตนเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทนั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนแล้ว⁷⁷ ตามที่จะกล่าวต่อไปนี้

ตัวอย่างของการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตนี้ ผู้พิพากษา Kirby ได้แสดงความคิดเห็นไว้ในคดี *Advance Bank Australia Ltd v. FAI Insurances Ltd*⁷⁸ ว่า “ในสถานการณ์ที่มีความ

⁷⁴ Jenifer Varzaly, *Do directors' duties in Australia provide adequate scope for risk-taking? An examination of the current law and deference reform proposals*, Monash Business Review, Volume 4 Issue 3 – Nov 2008, p. 3.

⁷⁵ (2000) 34 ACSR 650.

⁷⁶ *Talbot v. NRMA Limited.*, (2000) 34 ACSR 650, p. 655, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au/au>.

⁷⁷ Phillip Lipton, Abe Herzberg, *Understanding Company Law*, Thirteenth Edition, (Australia: Lawbook Co, 2006), p. 296.

⁷⁸ (1987) 5 ACLC 725.

ขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับการปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทนั้น หากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ไปในทางที่เกินเลย อยู่บนพื้นฐานของอารมณ์ ไม่ใช่ข้อเท็จจริง และ ข้อความที่อาจทำให้เข้าใจผิด กรรมการก็จะต้องมีความเสี่ยงในอันที่จะถูกศาลจะวินิจฉัยในเวลาต่อมาว่าการกระทำนั้นมิได้เป็นไปโดยสุจริตเพื่อวัตถุประสงค์ของบริษัทอย่างไรก็ตาม ตราบเท่าที่การกระทำของกรรมการนั้นมิอาจเห็นได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทแล้ว ศาลก็อาจจะเชื่อได้ว่ากรรมการได้กระทำการไปเกินอำนาจของตนเองและใช้ตำแหน่งของตนเองไปในทางที่ไม่ชอบ”⁷⁹

ในคดี *Marchesi v. Barnes*⁸⁰ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตเพื่อประโยชน์ของบริษัท โดยผู้พิพากษา Gowans ได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า “การฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตเพื่อประโยชน์ของบริษัทนั้นเกิดขึ้นเมื่อกรรมการรู้อยู่แล้วว่าการกระทำนั้นมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท และยังฝ่าฝืนกระทำการดังกล่าวแม้ว่าจะได้รู้เช่นนั้น”⁸¹

สำหรับส่วนที่สองขององค์ประกอบแรกของ BJR ที่ว่าการตัดสินใจโดยมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม (Proper Purpose) ในการตัดสินใจโดยสุจริตเพื่อประโยชน์โดยรวมของบริษัทนั้น จะต้องปรากฏด้วยว่ากรรมการได้ตัดสินใจไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม หลัก “วัตถุประสงค์ที่เหมาะสม” นี้กำหนดให้การใช้อำนาจใดๆ ของกรรมการจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่อำนาจนั้นได้ถูกมอบหมายไว้ตั้งแต่ต้น⁸²

ในการวินิจฉัยว่ากรรมการได้ใช้อำนาจของตนโดยมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมหรือไม่ นั้น ศาลจะพิจารณาใน 2 ประเด็น กล่าวคือ วัตถุประสงค์ที่อำนาจนั้นได้ถูกมอบหมาย และ วัตถุประสงค์ที่แท้จริงที่นำไปสู่การใช้อำนาจนั้น ทั้งนี้ศาลมักจะระมัดระวังและพยายามที่จะไม่เข้าแทรกแซงการใช้ดุลยพินิจของกรรมการ เว้นแต่ในกรณีที่มีความชัดเจนว่ากรรมการได้กระทำการโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม ดังเช่นที่ปรากฏในคดี *Mills v Mills*⁸³ คดี *Ngurli v. McCann*⁸⁴

⁷⁹ *Advance Bank Australia Ltd v. FAI Insurances Ltd.*, (1987) 5 ACLC 725 p. 744 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note 57*, p. 329.

⁸⁰ [1970] 434 p. 438.

⁸¹ *Marchesi v. Barnes.*, [1970] 434 p. 438 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note 57*, p. 329.

⁸² Annette Greenhow, *supra note 72*, p.46.

⁸³ (1938) 60 CLR 150.

คดี *Whitehouse v. Carlton Hotel Pty Ltd*⁸⁵ และคดี *Darvall v. North Sydney Brick & Tile Co Ltd*⁸⁶ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

การใช้อำนาจโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมมักจะเกิดขึ้นในกรณีของการออกหุ้นใหม่ (เพื่อป้องกันการถูกครอบงำกิจการ) หรือการจดทะเบียนโอนหุ้น (เพื่อป้องกันการเปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจควบคุม) หรือในกรณีที่บริษัทเข้าทำธุรกรรมทางการค้า ในการออกหุ้นใหม่นั้น กรรมการจะถูกละเมิดได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนในอันที่จะต้องใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมหากการออกหุ้นใหม่นั้นเป็นไปเพื่อ⁸⁷

- 1) รักษาอำนาจควบคุมของผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้นข้างมากของบริษัท หรือ
- 2) ต่อต้านข้อเสนอการครอบงำกิจการ หรือ
- 3) สร้างหรือกำจัดอำนาจการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นข้างมาก

อย่างไรก็ตาม การที่กรรมการกระทำการใดๆ เพื่อให้บริษัทเป็นเป้าหมายในการถูกครอบงำกิจการนั้น ไม่อาจสันนิษฐานได้เสมอไปว่าเป็นการใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบ เพราะการกระทำดังกล่าวอาจเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าสูงสุดของผู้ถือหุ้นในขณะนั้น

ในกรณีการออกหุ้นใหม่นั้น ศาลในคดี *Mills v. Mills*⁸⁸ ได้กล่าวไว้ว่า “หากกรรมการออกหุ้นใหม่เพียงเพื่อรักษาไว้ซึ่งอำนาจของตน ศาลอาจเพิกถอนมติที่ประชุมที่อนุมัติให้ออกหุ้นใหม่นั้น หรือมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อสั่งห้ามมิให้มีการประชุมนั้นได้”⁸⁹

ในคดี *Ngurli v. McCann*⁹⁰ ศาลได้วินิจฉัยในกรณีการออกหุ้นใหม่ไว้ว่า “การใช้อำนาจนั้นจะต้องเป็นไปโดยสุจริตเพื่อวัตถุประสงค์ที่อำนาจนั้นได้ถูกมอบหมายไว้ กล่าวคือเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินทุนในจำนวนที่เพียงพอเพื่อประโยชน์ของบริษัทโดยรวม ทั้งนี้ อำนาจดังกล่าวจะต้อง

⁸⁴ (1953) 90 CLR 425.

⁸⁵ (1987) 162 CLR 285.

⁸⁶ (1989) 7 ACLC 659.

⁸⁷ Phillip Lipton, Abe Herzberg, *supra note 77*, p. 305.

⁸⁸ (1938) 60 CLR 150.

⁸⁹ *Mills v. Mills* (1938) 60 CLR 150, p. 163, Retrieved May 4, 2010, from

<http://www.austlii.edu.au>.

⁹⁰ (1953) 90 CLR 425.

ไม่ถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นบางรายในทางที่เป็นโทษต่อผู้ถือหุ้นอื่น หรือเพื่อที่ผู้ถือหุ้นบางราย หรือเพื่อนของผู้ถือหุ้นเหล่านั้นจะได้มาซึ่งอำนาจควบคุมบริษัทจากผู้ถือหุ้นอื่น”⁹¹

ศาลสูงในคดี *Whitehouse v. Carlton Hotel Pty Ltd*⁹² ได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า “กรรมการบริษัทไม่สามารถใช้อำนาจในการออกหุ้นใหม่เพื่อให้อำนาจออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นในขณะนั้นลดลงด้วยวิธีการทำให้เกิดผู้ถือหุ้นข้างมากรายใหม่”⁹³ ทั้งนี้อำนาจในการออกหุ้นใหม่ไม่พึงถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบในลักษณะนี้ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่ากรรมการมิได้มีหน้าที่ในการเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นรายใดหรือกลุ่มใดด้วยการใช้อำนาจตามหลักการ Fiduciary Duty ในการออกหุ้นใหม่โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดทอนอำนาจการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นรายอื่นหรือกลุ่มอื่น แม้ว่าในการใช้อำนาจอย่างไม่เหมาะสมนั้นกรรมการจะเชื่อว่าตนได้กระทำไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทก็ตาม

นอกจากนี้ ตัวอย่างของการใช้อำนาจของกรรมการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมยังปรากฏในกรณีการทำธุรกรรมของบริษัทเช่นการได้มาหรือจำหน่ายไปซึ่งทรัพย์สิน หรือการเข้าทำสัญญาใดๆ เพื่อป้องกันการครอบงำกิจการ ในคดี *Darvall v. North Sydney Brick & Tile Co Ltd (No2)*⁹⁴ ซึ่งใจทกอ้างว่าการเข้าทำสัญญาร่วมทุนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อต่อต้านการครอบงำกิจการ ศาลได้วินิจฉัยว่า “กรรมการจะไม่เข้าทำสัญญาร่วมทุนนั้น ถ้าไม่มีข้อเสนอในการครอบงำกิจการ แม้ว่ากรรมการจะเชื่อว่าสัญญาร่วมทุนนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทและผู้ถือหุ้นในขณะนั้นก็ตาม” ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐนิวเซาท์เวลส์ โดยผู้พิพากษา Mahoney ตัดสินว่า “ในกรณีที่บริษัทเข้าทำสัญญาร่วมทุนในขณะนั้นก็เนื่องมาจากการครอบงำกิจการ และกรรมการก็เชื่อว่าการเข้าทำสัญญาร่วมทุนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท การกระทำดังกล่าวไม่ถือเป็นการละเมิด Fiduciary Duty ของกรรมการ”⁹⁵ ผู้พิพากษาได้ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างหลักที่สำคัญ

⁹¹ *Ngurli v. McCann*, (1953) 90 CLR 425, pp.439 – 40, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au>.

⁹² (1987) 162 CLR 285.

⁹³ *Whitehouse v. Carlton Hotel Pty Ltd.*, (1987) 162 CLR 285, p. 290, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au>.

⁹⁴ (1989) 7 ACLC 659.

⁹⁵ *Darvall v. North Sydney Brick & Tile Co Ltd (No2)* (1989) 7 ACLC 659, p. 708 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note* 57, p. 338.

ระหว่างธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการครอบงำกิจการกับธุรกรรมที่เกิดขึ้นเนื่องจากข้อเสนอครอบงำกิจการแต่ในที่สุดแล้วได้ทำขึ้นเพราะกรรมการเชื่อว่าธุรกรรมนั้นเป็นประโยชน์แก่บริษัทโดยรวม⁹⁶

อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีอื่นที่ก่อให้เกิดประเด็นการใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมได้เช่นในคดี *Gambotto v. WCP Ltd*⁹⁷ ซึ่งคดีนี้แม้จะไม่ใช้กรณีที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของคณะกรรมการโดยตรง แต่ก็แสดงให้เห็นตัวอย่างของมุมมองของศาลออสเตรเลียต่อกรณีการใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมได้ ในคดีนี้ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นข้างมากลงมติแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทเพื่อเวนคืนหุ้นของผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่ถืออยู่ประมาณ 0.3% ของจำนวนหุ้นทั้งหมดของบริษัท ศาลสูงได้วินิจฉัยในประเด็นการใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมไว้ โดยชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการเวนคืนหุ้นซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์ของบริษัท และการเวนคืนหุ้นซึ่งมีวัตถุประสงค์อื่นจะทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ว่า “การใช้อำนาจซึ่งได้ระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นข้างมากสามารถเวนคืนหุ้นข้างน้อยได้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มเสียงข้างมากของตนนั้น จะสามารถกระทำได้ที่ข้อบังคับของบริษัทได้อनुญาตัว การที่อำนาจดังกล่าวได้ถูกระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัทเมื่อเริ่มจัดตั้งบริษัทนั้น เป็นคนละกรณีกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทเพื่อให้ผู้ถือหุ้นข้างมากมีอำนาจเวนคืนหุ้นของผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้ อำนาจดังกล่าวไม่เพียงถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเพิ่มเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้น”⁹⁸ ในความเห็นของศาลอำนาจดังกล่าวจะถูกใช้ได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมและไม่เป็นไปในลักษณะที่เอารัดเอาเปรียบผู้ถือหุ้นข้างน้อย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การเวนคืนหุ้นนั้นพึงกระทำได้หากมีเหตุผลที่สามารถเข้าใจได้ว่าการดำรงอยู่ของผู้ถือหุ้นข้างน้อยนั้นจะเป็นผลเสียต่อบริษัท หรือการดำเนินกิจการของบริษัท และส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวม และการเวนคืนหุ้นนั้นเป็นวิธีการที่สมเหตุสมผลในการกำจัดหรือบรรเทาผลเสียนั้น และการตัดสินใจเวนคืนหุ้นดังกล่าวก็อาจถูกเพิกถอนได้หากการตัดสินใจนั้นไม่เป็นธรรม

อีกตัวอย่างในการวินิจฉัยประเด็นการใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมได้แก่คดี *Permanent Building Society (in liq) v. Wheeler*⁹⁹ ในคดีนี้ กรรมการถูกกล่าวหาว่ามีได้ปฏิบัติ

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ [1995] HCA 12 (8 March 1995).

⁹⁸ *Gambotto v. WCP Ltd* [1995] HCA 12 (8 March 1995), Retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au>.

⁹⁹ (1994) 12 ACLC 674.

ตาม Fiduciary Duty ของ Building Society โดยยินยอมให้ Building Society เข้าซื้อทรัพย์สินจาก Tower Corporation ศาลได้วินิจฉัยให้กรรมการต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการซื้อทรัพย์สินนั้น ผู้พิพากษา Ipp ได้พิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบและได้วางหลักที่นำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยว่ากรรมการของบริษัทได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมหรือมีการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบหรือไม่ไว้ดังนี้

“(1) อำนาจและหน้าที่ของกรรมการตาม Fiduciary Duties นั้นจะต้องถูกใช้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ที่กรรมการได้รับมอบหมายมาเท่านั้นและจะต้องไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์ที่อื่นที่แอบแฝงคู่ขนานไปกับวัตถุประสงค์ที่ได้รับมอบหมาย (Collateral) หรือไม่เหมาะสม

(2) จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ที่เป็นสาระสำคัญของกรรมการนั้นไม่เหมาะสมหรือแอบแฝงไปกับหน้าที่ของกรรมการ ประเด็นนี้มิใช่ประเด็นว่าการตัดสินใจในทางบริหารใดเป็นการตัดสินใจที่ดีหรือไม่ดี แต่เป็นประเด็นว่ากรรมการได้ปฏิบัติตาม Fiduciary Duties หรือไม่

(3) พฤติการณ์ที่ซื่อสัตย์และไม่เห็นแก่ตัวของกรรมการไม่สามารถปกป้องกรรมการจากการที่จะถูกวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่แอบแฝงคู่ขนานไปกับวัตถุประสงค์ที่ได้รับมอบหมาย (Collateral) หรือไม่เหมาะสม ทั้งนี้การวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นไปโดยสุจริตและเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่จะต้องพิจารณาโดยใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัย (Objective) แม้ว่ากรรมการจะบอกว่าจะตนเองมีเจตนาหรือมีความเชื่อเช่นนั้นแล้วก็ตาม”¹⁰⁰

องค์ประกอบที่ 2 “การตัดสินใจนั้นจะต้องกระทำโดยปราศจากผลประโยชน์ส่วนตัวที่เป็นนัยสำคัญในเรื่องที่ตัดสินใจ”

การใช้อำนาจของกรรมการบริษัทนั้นจะต้องไม่เป็นไปเพื่อให้ประโยชน์ส่วนตัวแก่กรรมการหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง ผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกันนี้จะต้องเป็นนัยสำคัญในเรื่องที่ตัดสินใจด้วย ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี เช่นการดำรงตำแหน่งกรรมการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขัน การให้กู้ยืมเงินหรือจ่ายเงินให้แก่กรรมการ การเข้าทำสัญญากับบริษัท การจัดสรรโอกาสของบริษัทให้กับกรรมการเองหรือบุคคลอื่น การปฏิบัติหน้าที่โดยปราศจากความขัดแย้งทางผลประโยชน์นี้ อาจถือ

¹⁰⁰ *Permanent Building Society (in liq) v. Wheeler* (1994) 12 ACLC 674, pp. 676-77 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note* 57, p. 334.

ได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญของหลัก Fiduciary Duty ซึ่งการวินิจฉัยว่าผลประโยชน์ส่วนตัวเป็นนัยสำคัญหรือไม่จะต้องวินิจฉัยโดยอาศัยเกณฑ์ทางภาวะวิสัย (Objective Test)¹⁰¹

ตัวอย่างของหลักการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการโดยปราศจากความขัดแย้งทางผลประโยชน์นั้น มีตัวอย่าง ในคดี *Furs v. Tomkies*¹⁰² ผู้พิพากษาได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า “เว้นแต่ข้อบังคับของบริษัทจะให้อำนาจไว้ กรรมการย่อมไม่สามารถได้รับผลประโยชน์จากรูกระกรมที่ตนเองได้เข้าทำในนามของบริษัท เว้นแต่ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญจะได้เปิดเผยต่อผู้ถือหุ้นและที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้มีมติเห็นชอบให้กระทำได้หรือผู้ถือหุ้นทั้งหมดได้ให้ความยินยอม ผลประโยชน์ใดที่กรรมการได้รับการปฏิบัติตาม Fiduciary Duty ของตนจะต้องถือว่าเป็นของบริษัท ทั้งนี้ไม่สำคัญว่าผลประโยชน์นั้นบริษัทจะมีโอกาสได้รับไว้เองหรือไม่ หรือบริษัทมิได้รับความเสียหายจากสิ่งที่กรรมการได้รับหรือไม่ก็ตาม”¹⁰³ เป็นหลักการที่ไม่สามารถยินยอมให้มีความขัดแย้งในหน้าที่และผลประโยชน์ส่วนตัวในการปฏิบัติตาม Fiduciary Duty กิจกรรมของบริษัทได้ เมื่อกรรมการมีหน้าที่ในการปกป้องและเพิ่มพูนผลประโยชน์ของบริษัท แต่ในขณะเดียวกันกรรมการก็อาศัยโอกาสในการทำหน้าที่นั้นเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ของตนเองด้วยแล้ว กรรมการดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเป็นปฏิปักษ์ระหว่างหน้าที่ที่ตนได้รับมอบหมายกับผลประโยชน์ของตนเอง

ในกรณีที่กรรมการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในลักษณะดังกล่าว กรรมการมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบ โดยจะแจ้งในลักษณะใดนั้นขึ้นอยู่กับลักษณะของความขัดแย้ง เช่นในคดี *Hurley v. BGH Nominees Pty Ltd (No2)*¹⁰⁴ ศาลกำหนดให้กรรมการซึ่งมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์จะต้องไม่เพียงแต่หลีกเลี่ยงที่จะเข้าทำธุรกรรม หรือตัดสินใจในเรื่องที่มีความขัดแย้งเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดต่อผู้ถือหุ้น โดยถือเป็นหน้าที่ของกรรมการ ในอันที่จะต้องทำให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ของบริษัทหรือของผู้ถือหุ้นที่มีได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ภายนอกนั้น¹⁰⁵

¹⁰¹ Annette Greenhow, *supra note* 72, p. 46.

¹⁰² (1936) 54 CLR 583.

¹⁰³ *Furs v. Tomkies.*, (1936) 54 CLR 583, p. 592, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

¹⁰⁴ (1984) 2 ACLC 497.

¹⁰⁵ *Hurley v. BGH Nominees Pty Ltd (No2)* (1984) 2 ACLC 497, pp. 503-04, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

องค์ประกอบที่ 3 “กรรมการจะต้องมีข้อมูลในเรื่องที่ตัดสินใจซึ่งตนเองเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าเหมาะสมแล้ว”

การวินิจฉัยว่ากรรมการจะต้องมีข้อมูลมากน้อยเพียงใดจึงจะเหมาะสมนั้นอาจต้องพิจารณาในเชิงอัตวิสัย (Subjective) โดยจะต้องคำนึงถึงลักษณะของการตัดสินใจ รวมทั้งความซับซ้อนของเรื่องที่ตัดสินใจประกอบด้วย การที่กรรมการจะอาศัยประโยชน์จากหลักการตัดสินใจในทางธุรกิจได้นั้น กรรมการจะต้องเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าตนมีข้อมูลเพียงพอต่อการตัดสินใจแล้ว โดยอย่างน้อยกรรมการควรต้องมีข้อมูลในเรื่องต่อไปนี้¹⁰⁶

- (1) เหตุผลทางธุรกิจของธุรกิจนั้นๆ
- (2) ผลกระทบของธุรกิจนั้นๆ ต่อผู้ถือหุ้น
- (3) มุมมองของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับราคา และปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อราคา และประมาณการ
- (4) ความเป็นธรรมของธุรกิจนั้น

การพิจารณาว่ากรรมการจะเชื่อหรืออ้างอิงข้อมูลใดและมากน้อยเพียงใดนั้นไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้แน่นอน โดยต้องอาศัยเกณฑ์ทางอัตวิสัย (Subjective) ในการพิจารณา ในคดี *AWA Ltd v. Daniels*¹⁰⁷ ศาลเห็นว่า กรรมการมีสิทธิที่จะเชื่อหรืออ้างอิงคำวินิจฉัย ข้อมูล และคำแนะนำของผู้บริหารอาวุโสได้โดยไม่จำเป็นต้องมีการตรวจสอบ กรรมการจะไม่สามารถอ้างอิงข้อมูลดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อกรรมการได้ทราบถึงเหตุการณ์ที่ชัดเจนว่าไม่มีวิญญูชนใดๆ ที่จะฟังเชื่อคำวินิจฉัย ข้อมูล หรือคำแนะนำนั้น¹⁰⁸ อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์แห่งรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales Court of Appeal) ในคดี *Daniels v. Anderson*¹⁰⁹ มีความเห็นแย้งกับความเห็นดังกล่าว โดยกล่าวว่ากรรมการมีหน้าที่จะต้องแสวงหาข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมของบริษัทและต้องพอใจว่าบุคคลที่ตนเองเชื่อนั้นมีความสามารถและน่าเชื่อถือเพียงพอ¹¹⁰

¹⁰⁶ Annette Greenhow, *supra note* 72, p. 47

¹⁰⁷ (1992) 10 ACLC 933.

¹⁰⁸ *AWA Ltd v. Daniels.*, (1992) 10 ACLC 933 p. 1015 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note* 57, p. 373.

¹⁰⁹ (1995) 16 ACSR 607

¹¹⁰ *Daniels v. Anderson.*, (1995) 16 ACSR 607, p. 666, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

ในคดี *Duke Group Ltd v. Pilmer*¹¹¹ ศาลเชื่อว่ากรรมการซึ่งเป็นนักธุรกิจที่มีข้อมูล และมีประสบการณ์ย่อมมีความสามารถในการประเมินมูลค่าของบริษัท ดังนั้น กรรมการดังกล่าว จึงไม่ควรยอมรับและเชื่อในคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญโดยไม่มีการซักถาม มิฉะนั้น อาจถือเป็นการ ละเลยความรู้และการใช้วิจารณญาณของตน และอาจถือได้ว่าเป็นการละเลยหน้าที่ในการ แสวงหาข้อมูลในเรื่องที่ตัดสินใจ¹¹²

มาตรา 189 ของ Corporation Act 2001 กำหนดว่ากรรมการสามารถเชื่อหรืออ้างอิง ข้อมูลหรือคำแนะนำของบุคคลดังต่อไปนี้ได้

(1) พนักงานซึ่งกรรมการมีเหตุผลที่สมควรเชื่อได้ว่ามีความน่าเชื่อถือและมีความสามารถ ทั้งนี้เฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องนั้น

(2) ผู้ประกอบวิชาชีพเป็นที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญ ทั้งนี้เฉพาะในเรื่องที่กรรมการมี เหตุผลที่สมควรเชื่อได้ว่าเป็นวิชาชีพหรือความเชี่ยวชาญของบุคคล

(3) กรรมการหรือเจ้าหน้าที่อื่น เฉพาะในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของกรรมการหรือ เจ้าหน้าที่นั้น

(4) คณะอนุกรรมการซึ่งกรรมการนั้นมีได้รวมอยู่ในคณะดังกล่าวด้วย เฉพาะในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของคณะอนุกรรมการนั้น

ตามมาตรา 189 (b) ความเชื่อหรือการอ้างอิงของกรรมการดังกล่าวข้างต้นจะต้อง เป็นไปโดยสุจริต และจะต้องมีการประเมินข้อมูลหรือคำแนะนำดังกล่าวโดยคำนึงถึงความรู้ของ กรรมการเกี่ยวกับบริษัทและความซับซ้อนของโครงสร้างและการดำเนินงานของบริษัท ตาม บทบัญญัติดังกล่าวการที่กรรมการเชื่อหรืออ้างอิงข้อมูลใดๆ นั้นจะถือว่าสมเหตุสมผลเว้นแต่จะมีการ พิสูจน์เป็นอย่างอื่น ซึ่งหมายความว่าภาระการพิสูจน์ตกเป็นของผู้ที่กล่าวอ้างว่าความเชื่อหรือ การอ้างอิงข้อมูลของกรรมการนั้นไม่สมเหตุสมผล¹¹³

ในคดี *Sheahan v. Verco*¹¹⁴ ศาลวินิจฉัยว่า “การที่กรรมการที่มีได้มีส่วนร่วมในการ บริหาร (Non-executive Director) จะสามารถเชื่อและวางใจในกรรมการผู้จัดการได้เพียงใดนั้น

¹¹¹No. SCGRG-92-1874 Judgment No. S97 [1999] SASC 97 (20 May 1999).

¹¹²*Duke Group Ltd v. Pilmer.*, & ORS No. SCGRG-92-1874 Judgment No. S97 [1999] SASC 97 (20 May 1999), para 600, Retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au>.

¹¹³Phillip Lipton, Abe Herzberg, *supra* note 77, p. 360.

¹¹⁴No. SCCIV-96-1303 [2001] SASC 91 (29 March 2001).

ขึ้นอยู่กับลักษณะและพฤติการณ์ของบริษัทตามที่เป็นอยู่จริง มิใช่ตามที่กรรมการนั้นเข้าใจ กรณีนี้เกิดขึ้นเนื่องจากการที่กรรมการมิได้ขวนขวายหาข้อมูลเกี่ยวกับกิจการของบริษัท หากกรรมการได้หาข้อมูลดังกล่าวแล้วพบว่าบริษัทมีสถานะทางการเงินและการบริหารจัดการที่ดี โดยมีระบบการรายงานของกรรมการผู้จัดการต่อคณะกรรมการที่เหมาะสมแล้ว ดังนั้นกรรมการดังกล่าวก็อาจมอบหมายงานในหลายๆ ด้านไว้ให้กรรมการผู้จัดการได้โดยที่ไม่เป็นการผิดหน้าที่กรรมการของตน แต่ในกรณีนี้ กรรมการได้มอบหมายกรรมการผู้จัดการให้รับผิดชอบดูแลกิจการทั้งหมดของบริษัท โดยที่มิได้หาข้อมูลใดๆ เกี่ยวกับบริษัท รวมทั้งสถานะทางการเงิน โครงสร้างการบริหารและธุรกิจเลย จึงอาจถือได้ว่ากรรมการที่มิได้มีส่วนร่วมในการบริหารนั้นมิได้ปฏิบัติหน้าที่กรรมการของตน”¹¹⁵

องค์ประกอบที่ 4 “การตัดสินใจด้วยความเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท”

มาตรา 180 (2) (d) ความเชื่อของกรรมการว่าการตัดสินใจใดๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทนั้นต้องเป็นความเชื่อที่สมเหตุสมผล เว้นแต่วิญญูชนในสถานะเช่นนั้น (Reasonable person in their position) จะไม่พึงเชื่อดังกล่าว ดังนั้น การที่กรรมการเพียงแต่เชื่อโดยสุจริตว่าการกระทำของตนเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทแต่เพียงอย่างเดียวนั้นยังอาจถือไม่ได้ว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนแล้ว โดยในการพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของบริษัทแล้วหรือไม่นั้นพึงต้องใช้เกณฑ์พิจารณาทางภาวะวิสัย (Objective) ประกอบด้วย กล่าวคือหากกรรมการได้กระทำการไปในทางที่ไม่มีกรรมการผู้มีเหตุผล (Reasonable Director) ใดๆ จะเห็นได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้วก็ย่อมถือได้ว่ากรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่ของตน¹¹⁶

เนื่องจากศาลก็ไม่มีความรู้หรือความเชี่ยวชาญทางธุรกิจมากพอที่จะวินิจฉัยได้ว่าการใดเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัท ในรายงานเกี่ยวกับหน้าที่ตาม Fiduciary Duty ของกรรมการนั้น Cooney Committee ให้ความเห็นว่าการพิจารณาประเด็นผลประโยชน์ของบริษัท

¹¹⁵ *Sheahan v. Verco* No. SCCIV-96-1303 [2001] SASC 91 (29 March 2001) para 121, retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au>.

¹¹⁶ ดู *ASIC v Adler* [2002] NSWSC 171 para 372, retrieved May 4, 2010, from <http://www.austlii.edu.au>.

มิใช่เรื่องง่าย โดยกล่าวว่าการที่ผลประโยชน์ใดจะพึงได้รับการปกป้องหรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับสถานการณ์และเรื่องที่จะต้องตัดสินใจนั้น ในบางสถานการณ์ ผลประโยชน์ของบริษัทเป็นปฏิปักษ์อย่างชัดเจนกับผลประโยชน์ของบุคคลอื่น แต่ในบางสถานการณ์ กรรมการจำเป็นต้องรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นหลายๆ กลุ่มที่มีอยู่ต่อกันให้มีความเท่าเทียมกัน หรือผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในปัจจุบันต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในอนาคต¹¹⁷

ในการพิจารณาว่าอะไรคือ “ประโยชน์สูงสุดของบริษัท” นั้น ศาลจะพิจารณาถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวมโดยไม่คำนึงถึงว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น เช่นในคดี *Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd*¹¹⁸ ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ว่า คำว่า “บริษัทโดยรวม” นั้นมิได้หมายความว่าบริษัทในฐานะที่เป็นนิติบุคคลทางการค้าแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น แต่ให้หมายถึงผู้ถือหุ้นโดยรวม¹¹⁹ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเช่นในคดี *Darvall v. North Sydney Brick & Tile Co Ltd*¹²⁰ ศาลวินิจฉัยว่า กรรมการอาจกระทำการที่ตนเห็นว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทในฐานะที่เป็นนิติบุคคลทางการค้าแม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ได้เป็นประโยชน์ในระยะสั้นต่อผู้ถือหุ้นก็ตาม¹²¹ โดยศาลเห็นว่าผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในอนาคตก็จำเป็นต้องนำมาพิจารณาด้วยในฐานะที่บริษัทจะต้องดำเนินกิจการต่อไป ทั้งนี้ ส่วนใหญ่แล้วบริษัทในฐานะที่เป็นนิติบุคคลทางการค้าและผู้ถือหุ้นมักจะมีผลประโยชน์ร่วมกัน อย่างไรก็ตาม หลักทั่วไปให้ถือว่าผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นผลประโยชน์สูงสุด¹²² การที่กรรมการต้องกระทำการโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญนั้น มิได้หมายความว่ากรรมการมีหน้าที่รับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นรายใดรายหนึ่งในปฏิบัติตาม Fiduciary Duty กิจการของบริษัท

¹¹⁷The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Company Directors' Duties: Report on the Social and Fiduciary Duties and Obligations of Company Directors (AGPS, Canberra, 1989), p 43.

¹¹⁸ [1951] Ch 286.

¹¹⁹*Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd* [1951] Ch 286 p. 291 ดังปรากฏใน Phillip Lipton, *supra note 77*, p. 297.

¹²⁰(1988) 6 ACLC 154.

¹²¹*Darvall v. North Sydney Brick & Tile Co Ltd* (1988) 6 ACLC 154 ดังปรากฏใน Phillip Lipton, *supra note 77*, p. 297.

¹²²Phillip Lipton, Abe Herzberg, *supra note 77*, p. 297.

อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยผลประโยชน์ของบริษัทนั้นบางครั้งโดยเฉพาะในเวลาบริษัทประสบปัญหาทางการเงินกรรมการก็อาจจำเป็นต้องพิจารณาผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่เท่าๆ กับของผู้ถือหุ้นด้วย

ลักษณะของผลประโยชน์ของบริษัทนั้นได้ถูกพิจารณาในหลายคดีเกี่ยวกับการจ่ายเงินช่วยเหลือให้กับพนักงานของบริษัท ผลประโยชน์ของบริษัทในกรณีดังกล่าวได้ถูกพิจารณาอย่างแคบ ตัวอย่างในคดี *Hutton v. West Cork Railway Co*¹²³ บริษัทได้อินธูริทิจของตนไปให้บริษัทอื่นและจะเลิกบริษัท หลังจากการอินที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทตกลงที่จะจ่ายเงินจำนวนหนึ่งเพื่อชดเชยการเลิกจ้างให้กับพนักงานของบริษัท โดยบริษัทมิได้มีหน้าที่ตามกฎหมายในอันที่จะต้องจ่ายเงินจำนวนดังกล่าว ดังนั้น มติดังกล่าวจึงไม่มีผล ในคดีนั้นผู้พิพากษาได้วางเกณฑ์ในการวินิจฉัยผลประโยชน์ของบริษัทไว้ว่า “ศาลไม่ต้องพิจารณาว่า การลงมติเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่ แต่ต้องพิจารณาว่า กรรมการได้กระทำไปภายในขอบการดำเนินธุรกิจปกติของบริษัท และสอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่”¹²⁴

ในคดี *Parke v. Daily News Ltd*¹²⁵ ซึ่งกรรมการได้ขายหนังสือพิมพ์ของบริษัทและเสนอที่จะใช้เงินที่ได้จากการขายนั้นเพื่อจ่ายเป็นเงินช่วยเหลือให้แก่พนักงานของบริษัทซึ่งจะต้องถูกออกจากงานเพราะการขายนั้น ศาลได้อินธูริทิจว่า “แม้การจ่ายเงินให้แก่พนักงานในกรณีนี้จะเป็นสิ่งที่น่าสนใจ แต่ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย”¹²⁶ โดยศาลคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวม ในการพิจารณาว่าการตัดสินใจดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทหรือไม่ โดยอ้างอิงคำพิพากษาในคดี *Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd*¹²⁷

ในคดี *Woolworths Ltd v. Kelly*¹²⁸ ศาลได้แสดงความคิดเห็นของผู้พิพากษาไว้ว่า “บริษัทอาจใจกว้างเกินความจำเป็นกับคนอื่นได้ก็ต่อเมื่อการกระทำเช่นนั้นเป็นผลประโยชน์หรือเป็นวัตถุประสงค์ของบริษัท ทั้งนี้ อาจเป็นการใจกว้างต่อกรรมการบริษัทในอันที่บริษัทจะจ่าย

¹²³ (1883) 23 Ch D.

¹²⁴ *Hutton v. West Cork Railway Co* (1883) 23 Ch D p. 654 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note* 57, p. 330.

¹²⁵ [1962] Ch 927.

¹²⁶ *Parke v. Daily News Ltd* [1962] Ch 927 p. 963 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note* 57, p. 331.

¹²⁷ [1951] Ch 286.

¹²⁸ (1990) 4 ACSR 431.

ค่าตอบแทน หรือจัดให้มีเงินบำเหน็จในจำนวนที่สูง แต่บริษัทจะกระทำเช่นนั้นได้ก็เฉพาะต่อเมื่อ การกระทำดังกล่าวเป็นวิธีการที่บริษัทจะสามารถดึงดูดกรรมการที่ดีและมีความสามารถไว้ได้ หรือ เพื่อให้กรรมการดังกล่าวทำงานให้ดีที่สุด หรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่นของบริษัทเท่านั้น”¹²⁹

ในบางกรณี กรรมการก็อาจต้องพิจารณาผลประโยชน์อื่นด้วยดังเช่นในคดี *Tech Corp Ltd v. Millar*¹³⁰ ซึ่งศาลได้กล่าวว่า “การที่กรรมการเคารพผลประโยชน์ของบุคคลอื่นซึ่งอยู่นอกเหนือไปจากผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้น มิได้ถือว่าเป็นการที่กรรมการไม่ปฏิบัติตาม Fiduciary Duty ที่มีต่อบริษัท อย่างไรก็ตาม ความห่างไกลของผลประโยชน์ดังกล่าวจากผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยรวมหรือของบริษัทยังพึงต้องนำมาพิจารณาด้วย”¹³¹

ในคดี *Australian Growth Resources Corporation Pty Ltd v. van Reesema*¹³² ศาลสูงของเซาธ์ออสเตรเลีย (Supreme Court of South Australia) ได้พิจารณาประเด็นว่า ธุรกรรมใดเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ ในคดีดังกล่าวบริษัทได้ขายธุรกิจ Home Nursery ให้กับ van Reesema ซึ่งเป็นกรรมการของบริษัทในราคา 3 เหรียญพร้อมทั้งข้อสัญญาที่จะปกป้องมิให้บริษัทต้องรับผิด หลังจากนั้นได้มีการแต่งตั้งผู้จัดการและเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของบริษัท ซึ่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้โต้แย้งว่าการขายธุรกิจให้กับ van Reesema นั้นเป็นการฉ้อฉลและฝ่าฝืนต่อ Fiduciary Duty ของกรรมการ ในขณะที่จำเลยต่อสู้โดยอ้างว่าธุรกรรมดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทเพราะทำให้บริษัทหลุดพ้นจากความรับผิดที่อาจมีขึ้นโดยเฉพาะเมื่อบริษัทอยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว ศาลไม่เชื่อว่าการกรรมการได้เข้าทำธุรกรรมดังกล่าวโดยคำนึงถึงหน้าที่ตาม Fiduciary Duty ของตนและวินิจฉัยว่าข้อต่อสู้ของจำเลยนั้นฟังไม่ขึ้น แม้ว่าจะไม่พิจารณาถึงผู้ถือหุ้นก็ตาม ธุรกรรมดังกล่าวก่อให้เกิดผลร้ายต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ซึ่งบริษัทต้องรับผิดชอบ ในสถานการณ์นี้บริษัทจะมีสภาพที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอย่างไม่มีทางที่จะกลับคืนได้”¹³³

¹²⁹ *Woolworths Ltd v. Kelly* (1990) 4 ACSR 431, p. 446 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note 57*, p. 331.

¹³⁰ (1973) 33 DLR (3d) 288

¹³¹ *Tech Corp Ltd v. Millar* (1973) 33 DLR (3d) 288, p. 314 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note 57*, p. 331.

¹³² (1988) 6 ACLC 529.

¹³³ *Australian Growth Resources Corporation Pty Ltd v. van Reesema* (1988) 6 ACLC 529, p. 537 ดังปรากฏใน Roman Tomasic, Stephen Bottomley & Rob McQueen, *supra note 57*, p. 332.

ในบริษัทจำกัดจำนวนมากผู้ถือหุ้นดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทด้วยจึงมีประเด็นว่าในการตัดสินใจของกรรมการซึ่งมีผลเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองในฐานะผู้ถือหุ้นด้วยนั้นจะถือว่าการตัดสินใจนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ ในเรื่องนี้ศาลสูงของออสเตรเลียในคดี *Mills v. Mills*¹³⁴ ได้วางหลักไว้ว่าการที่กรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทเท่านั้นมิได้หมายความว่ากรรมการจะไม่สามารถกระทำการใดๆ อันจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของกรรมการเองได้ กรณีจะเป็นการฝ่าฝืนความเป็นจริงและคงจะบริหารกิจการของบริษัทไม่ได้หากจะบังคับให้กรรมการต้องไม่คำนึงถึงผลกระทบของการตัดสินใจใดๆ ต่อผลประโยชน์ของตนเองในฐานะเป็นผู้ถือหุ้น การวางหลักในลักษณะนี้จะทำให้การบริหารกิจการของบริษัทเป็นไปไม่ได้ในหลายๆ ทาง¹³⁵ ดังนั้น การที่กรรมการในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทจะได้รับประโยชน์จากการตัดสินใจของตนเองด้วยจึงไม่ได้หมายความว่ากรรมการตัดสินใจนั้นมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเสมอไป

3.3 หลักการตัดสินใจทางธุรกิจตามกฎหมายไทย

นับตั้งแต่วันที่ 5 มีนาคม พ.ศ. 2551 เป็นต้นมา กฎหมายไทยได้นำ BJR มาบังคับใช้กับกรรมการและผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์¹³⁶ กรรมการในธนาคารพาณิชย์ที่จดทะเบียนในประเทศไทย และกรรมการในบริษัทเงินทุนและบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ทุกแห่ง¹³⁷ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

¹³⁴ (1938) 60 CLR 150.

¹³⁵ *Mills v. Mills* (1938) 60 CLR 150, p. 163-64, Retrieved March 27, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

¹³⁶ ดู พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8

¹³⁷ ดู ข้อ 5.3 การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในสถาบันการเงิน ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 15/2552 เรื่อง อำนาจหน้าที่ของกรรมการของสถาบันการเงินที่ธนาคารแห่งประเทศไทยให้ความสำคัญสูงสุดในภาคผนวก ก.

3.3.1 พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ

พ.ร.บ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่) 4 พ.ศ. 2551¹³⁸ ได้เพิ่มเติมหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร โดยกำหนดให้กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น¹³⁹ โดยกรรมการและผู้บริหารจะต้องกระทำการตามมาตรฐานความรับผิดชอบและความระมัดระวัง “เยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน”¹⁴⁰ ในการยกร่างบทบัญญัติดังกล่าว ผู้ร่างได้นำหลัก Fiduciary Duty ของ Corporations Act 2001 ของประเทศออสเตรเลียมาปรับใช้ เพื่อให้กรรมการมีความละเอียดรอบคอบในการบริหารกิจการของบริษัท และกรรมการจะอ้างว่าไม่รู้ในกิจการของบริษัทไม่ได้¹⁴¹

BJR ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 89/8 วรรคสอง ซึ่งให้ถือว่า กรรมการหรือผู้บริหารได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังแล้ว เมื่อกรรมการหรือผู้บริหารสามารถ “พิสูจน์” ว่า “ณ เวลาที่พิจารณา” การตัดสินใจนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้¹⁴²

1. กระทำไปโดยความเชื่อโดยสุจริต และสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ หมายความว่า กรรมการหรือผู้บริหารจะต้องกระทำไปโดยเห็นแก่ประโยชน์ของบริษัทมากกว่าประโยชน์อื่นๆ ซึ่งประโยชน์ดังกล่าวไม่จำเป็นจะต้องเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ¹⁴³

¹³⁸ มีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 5 มีนาคม 2551

¹³⁹ ดู พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7

¹⁴⁰ ดู พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคแรก

¹⁴¹ รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ครั้งที่ 2 (48/2547) 36/2547 เมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2547

¹⁴² ดู พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/8 วรรคสอง

¹⁴³ จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

2. กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ โดยพิจารณาจากกระบวนการต่างๆ ในการทำธุรกรรมว่าจะต้องมีความชัดเจน ถูกต้องตามขั้นตอน¹⁴⁴ และ

3. กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น บทบัญญัติดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อของกรรมการหรือผู้บริหารยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้เมื่อกรรมการหรือผู้บริหารถูกกล่าวหาว่าไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวัง และเพื่อเป็นแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการหรือผู้บริหาร¹⁴⁵

ระดับของ “ความเชื่อโดยสุจริต” ของกรรมการหรือผู้บริหารแต่ละคนว่าตนได้กระทำการไปโดยมีลักษณะ 3 ข้อดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะต้องคำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ด้วย¹⁴⁶

1. ตำแหน่งในบริษัทที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ ณ เวลานั้น
2. ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าวตามที่กำหนดโดยกฎหมาย หรือตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ และ
3. คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง

หากกรรมการหรือผู้บริหารไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต หรือไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนได้รับความคุ้มครองจาก BJR ให้ถือว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามมาตรา 89/7 แห่ง พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ จนเป็นเหตุให้ บริษัทได้รับความเสียหาย หรือทำให้ตนเอง หรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว กรรมการหรือผู้บริหารดังกล่าวก็อาจต้องระวางโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้น หรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่า 5 แสนบาท¹⁴⁷ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดทางอาญาของกรรมการสถาบันการเงินไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

¹⁴⁴ จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

¹⁴⁵ รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ครั้งที่ 9 (89/2547) 66/2547 เมื่อวันที่ 21 กันยายน 2547

¹⁴⁶ ดู พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/9 ประกอบ จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

¹⁴⁷ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2 บัญญัติว่า “กรรมการ หรือผู้บริหารบริษัทผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามมาตรา

เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ รวมถึง BJR เพิ่งจะมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 มีนาคม 2551 จึงยังไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล มีเพียงกรณีที่ ก.ล.ต. กล่าวโทษอดีตกรรมการและผู้บริหารของบริษัท เอส.อี.ซี. ออโต้เซลล์ แอนด์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) (SECC) และบริษัท เอสอีซีซี โฮลดิ้ง จำกัด (SECC Holding) ต่อกรมสอบสวนคดีพิเศษ จากกรณีที่กรรมการและผู้บริหารไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อรักษาประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยขณะนั้น (เดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2553) อยู่ระหว่างการสอบสวนเพื่อดำเนินคดีตามกฎหมาย¹⁴⁸

3.3.2 ประกาศ ธปท.¹⁴⁹

ประกาศ ธปท. ฉบับนี้ ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 84 ประกอบมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจ ธปท. เข้าไปกำกับดูแลการกำหนด

89/7 จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย หรือทำให้ตนเอง หรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้น หรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้น หรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹⁴⁸ ดู www.sec.or.th, ข่าว ก.ล.ต. ฉบับที่ 78/2552 เมื่อวันที่ 9 กันยายน 2552 โดย ก.ล.ต. ได้กล่าวโทษ หม่อมหลวงอภิษฎา (เดิมชื่อ หม่อมหลวงภัทรวดี) ชยางกูร ซึ่งเป็นผู้ที่มีชื่อเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการบริษัทที่อนุมัติการให้การกู้ยืม และเป็นผู้ลงนามในเช็คจ่ายเงินเพื่อการยกยอกเงินของกรรมการคนอื่น และนายกรวิวัฒน์ วัฒนะธรรมวงศ์ (เดิมชื่อนายไพบูลย์ สุขสุธรรมวงศ์) และนางสาวมุกิตา นิลสวัสดิ์ กรณีลงนามลวงหน้าในเช็คหรือลงนามโดยละเอียดที่จะตรวจสอบความถูกต้องของรายการ เป็นเหตุให้ SECC ได้รับความเสียหาย การกระทำดังกล่าวจึงเข้าข่ายเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อรักษาประโยชน์สูงสุดของบริษัท เป็นการฝ่าฝืนมาตรา 89/7 แห่ง พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ

¹⁴⁹ ดู ข้อ 5.3 การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในสถาบันการเงิน ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 15/2552 เรื่อง อำนาจหน้าที่ของกรรมการของสถาบันการเงินที่ธนาคารแห่งประเทศไทยให้ความสำคัญสูงสุดในภาคผนวก ง.

โครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท รวมถึงคณะกรรมการชุดต่างๆ ในสถาบันการเงิน ตลอดจนกำหนดองค์ประกอบ คุณสมบัติ และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว จึงอาจทำให้เข้าไปได้ว่า ธปท. อาจจะมีได้มีจุดมุ่งหมายในการนำ BJR มาปรับใช้ก็ได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประกาศ ธปท. นี้ เป็นกรณีที่ ธปท. ได้นำ BJR มาเป็นกรอบและแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในสถาบันการเงิน ดังต่อไปนี้

1. กรรมการของสถาบันการเงินจะต้องไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัว (no conflict of interest and no self-dealing) หรือไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ในเรื่องที่ต้องตัดสินใจหรือลงมติ ถ้ามีผลประโยชน์เกี่ยวข้องจะมีเหตุให้ถือเป็นเบื้องต้นว่าเป็นการกระทำที่ขาดความสุจริต เว้นแต่มีข้ออธิบายที่สมเหตุสมผลได้

2. ต้องเป็นการตัดสินใจหรือลงมติบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ (informed decision) คณะกรรมการพึงมีข้อมูลที่เพียงพอ เพื่อประกอบการตัดสินใจที่สมเหตุสมผลทางธุรกิจ ใน “ระดับที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพึงมี” ก่อนการตัดสินใจหรือลงมตินั้น

3. การตัดสินใจหรือลงมติต้องสมเหตุสมผล (rational decision) ในการตัดสินใจหรือลงมติ คณะกรรมการต้องมีเหตุผลสนับสนุนใน “ระดับที่ผู้มีวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพึงมี” ในการตัดสินใจหรือลงมติแต่ละเรื่องอาจมีทางเลือกหลายทาง (range of decision) ที่ถือว่าสมเหตุสมผลได้ อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจหรือการลงมติที่ออกนอกขอบเขตของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารโดยสิ้นเชิง ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการตัดสินใจหรือลงมติที่สมเหตุสมผลตามข้อนี้

ธปท. ประสงค์จะคุ้มครองผู้บริโภค ดังนั้น BJR ในประกาศนี้จึงเป็นการกำหนดให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่ตาม BJR เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหาย และเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์กว้างๆ เพื่อการพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป¹⁵⁰

ในกรณีที่สถาบันการเงิน กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจในการจัดการได้กระทำการฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามประกาศดังกล่าว ธปท. มีอำนาจดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) มีหนังสือเตือนไปยังสถาบันการเงิน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ระงับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืน หรือให้ปฏิบัติตามประกาศดังกล่าว

(2) มีคำสั่งห้ามการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือให้ปฏิบัติตามประกาศดังกล่าว

(3) มีคำสั่งถอดถอนกรรมการ คนหนึ่งคนใดหรือทุกคน โดยให้ถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น เว้นแต่ในกรณีที่กรรมการที่ถูกถอดถอนพิสูจน์ได้ว่า ตนมิได้มีส่วน

¹⁵⁰ จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของธนาคารแห่งประเทศไทย

เกี่ยวข้อง หรือรับผิดชอบกับการกระทำดังกล่าว ธปท. อาจแต่งตั้งบุคคลนั้นเข้าดำรงตำแหน่งเดิมได้¹⁵¹

หาก ธปท. มีคำสั่งตามข้อ (2) ข้างต้นแล้ว สถาบันการเงิน กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจในการจัดการ ฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าว จะถือว่า สถาบันการเงินดังกล่าวมีฐานะหรือการดำเนินงานในลักษณะที่อาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน¹⁵² ธปท. มีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้

- (1) มีคำสั่งให้สถาบันการเงินแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงาน
 - (2) มีคำสั่งให้สถาบันการเงินลดทุน เพิ่มทุน หรือทั้งลดทุน และเพิ่มทุนภายในเวลาที่กำหนด
 - (3) มีคำสั่งให้สถาบันการเงินระงับการดำเนินการทั้งหมด หรือบางส่วนเป็นการชั่วคราวภายในระยะเวลาที่กำหนด
 - (4) มีคำสั่งให้สถาบันการเงินถอดถอนกรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้มีอำนาจในการจัดการคนใดคนหนึ่งหรือทุกคน และแต่งตั้งบุคคลอื่นเข้าไปดำรงตำแหน่งแทนในทันทีตามที่เห็นสมควร โดยให้ถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น
 - (5) มีคำสั่งควบคุมสถาบันการเงิน หรือมีคำสั่งปิดกิจการของสถาบันการเงินนั้น¹⁵³
- นอกจากนี้ กรรมการยังต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น หรือผู้ฝากเงิน หรือผู้ถือตั๋วสัญญาใช้เงินที่เกิดจากการระดมเงินจากประชาชนของสถาบันการเงิน เพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่ ธปท. หรือผู้ตรวจการสถาบันการเงินสั่งการตาม พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ทุจริต หรือมีส่วนในการไม่ปฏิบัติตามที่ดังกล่าว¹⁵⁴
- ประกาศฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม 2552 จึงยังไม่มีคดีขึ้นสู่ศาลหรือการกล่าวโทษเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตาม BJR ดังกล่าว

¹⁵¹ พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 89

¹⁵² พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 92 (1)

¹⁵³ พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 90

¹⁵⁴ พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 28

3.4 สรุปหลักเกณฑ์ BJR ของสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และประเทศไทย

ในสหรัฐอเมริกา BJR สันนิษฐานว่า การตัดสินใจทางธุรกิจของคณะกรรมการเกิดขึ้นโดยกรรมการที่ไม่มีส่วนได้เสีย กระทำโดยสุจริต บนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ ด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และปราศจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ศาลจึงไม่เข้าไปทบทวนความเหมาะสม (merit) ของการตัดสินใจดังกล่าว BJR จึงเปรียบเสมือนโล่ที่คุ้มครองกรรมการจากความรับผิดชอบส่วนตัว และคุ้มครองการตัดสินใจของคณะกรรมการจากการทบทวนโดยศาล และถือว่าอย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานของ BJR สามารถพิสูจน์หักล้างได้ โดยโจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ในขณะที่ตัดสินใจ กรรมการมิได้มีข้อมูลที่เพียงพอ หรือมีเจตนาทุจริต มีผลประโยชน์ส่วนตน หรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ตลอดจนการตัดสินใจดังกล่าวมาจากจุดประสงค์ทางธุรกิจที่ไม่สมเหตุสมผล อันจะมีผลให้กรรมการไม่ได้รับความคุ้มครองจาก BJR และศาลจะเข้าไปพิจารณาความเหมาะสมของการตัดสินใจดังกล่าว

ในออสเตรเลีย BJR เป็นหลักที่ถือว่า การตัดสินใจทางธุรกิจโดยสุจริตที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวคือเป็นการตัดสินใจที่

- (1) สุจริต และมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม
- (2) กระทำโดยปราศจากผลประโยชน์ส่วนตัวที่เป็นนัยสำคัญในเรื่องที่ตัดสินใจ
- (3) กรรมการมีข้อมูลในเรื่องที่ตัดสินใจซึ่งตนเองเชื่ออย่างมีเหตุผลว่าเหมาะสมแล้ว
- (4) กรรมการเชื่ออย่างสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

การตัดสินใจที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่ถูกตรวจสอบโดยอำนาจศาล และจะถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และซื่อสัตย์แล้ว โดยกรรมการจะได้รับการคุ้มครองจากความรับผิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care and Diligence และศาลจะไม่ทบทวนการตัดสินใจทางธุรกิจนั้นอีก ทั้งนี้ กรรมการที่ประสงค์จะได้รับประโยชน์ดังกล่าวพึงต้องแสดงให้เห็นได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของ BJR ตามที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้ว อย่างไรก็ตาม แม้กรรมการจะมีได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่ได้หมายความว่ากรรมการนั้นมิได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเสมอไป กรรมการเพียงแต่ไม่ได้รับความคุ้มครองจาก BJR เท่านั้น และศาลยังคงต้องพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และซื่อสัตย์แล้ว

ในประเทศไทย BJR ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร มีต้นแบบมาจากออสเตรเลีย โดยบัญญัติในลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัท ซึ่งใน

ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในสถาบันการเงินมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ฉบับด้วยกัน คือ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ ซึ่งบังคับใช้กับสถาบันการเงินที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ด้วย และประกาศ ธปท. ออกตามความในมาตรา 84 ประกอบมาตรา 7 แห่งพ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ซึ่งบังคับใช้กับสถาบันการเงินเป็นการทั่วไปทั้งที่ได้จดทะเบียนและไม่ได้ออกจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

กฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีเนื้อหาที่คล้ายคลึงกัน หากแต่ต่างกันที่ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ ได้กำหนดเรื่อง “ความเชื่อโดยสุจริต” ไว้ด้วย ในขณะที่ประกาศ ธปท. มิได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามพ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ เป็นการใช้มาตรฐานแบบอติวิสัยมากกว่าหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามประกาศ ธปท.

พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ

1. กระทำไปโดยความเชื่อโดยสุจริต และสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ (มาตรา 89/8 (1))
2. กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ (มาตรา 89/8 (2)) และ
3. กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจ (มาตรา 89/8 (3))

ประกาศ ธปท.

1. การตัดสินใจ หรือลงมติต้องสมเหตุสมผล (ข้อ 5.3 (3))
2. ต้องเป็นการตัดสินใจหรือลงมติบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ (ข้อ 5.3 (2))
3. กรรมการต้องไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัว หรือไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมในเรื่องที่ต้องตัดสินใจหรือลงมติ (ข้อ 5.3 (1))

เนื่องจาก ในปัจจุบัน (เดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2553) ยังไม่มีคดีเกี่ยวกับ BJR ขึ้นสู่ศาลไทย ผู้เขียนจึงขอขอกข้อเท็จจริงสมมติเพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจการปรับใช้ BJR มากขึ้น ดังนี้

ข้อเท็จจริงสมมติ

บริษัท ทวิภาค จำกัด (“บจ. ทวิภาค”) ได้ออกตั๋วแลกเงินให้กับ บริษัทเงินทุน ทวิธนกิจ จำกัด (มหาชน) (“บง. ทวิธนกิจ”)

ต่อมา บมจ. ธนาคารกรุงธน (“ธนาคาร”) รับซื้อตั๋วแลกเงินดังกล่าวจาก บง. ทวิธนกิจ โดยสลักหลังตั๋วแลกเงินดังกล่าวแบบไม่มีสิทธิไล่เบี้ย (without recourse) เมื่อ บจ. ทวิภาคไม่สามารถใช้เงินให้แก่ธนาคารตามตั๋วแลกเงินดังกล่าวได้ ธนาคารจึงเสียหาย เนื่องจากไม่ได้รับ

ชำระหนี้ตามตัวแลกเงินจาก บจ. ทวิภาค และไม่สามารถขายคืนตัวแลกเงิน รวมถึงไม่อาจเรียกค่าเสียหายจาก บง. ทวิธนกิจได้อีกด้วย

มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ธนาคารเพียงแต่วิเคราะห์สินเชื่อ ฐานะทางการเงิน หรือความสามารถในการชำระหนี้ของ บง. ทวิธนกิจ แต่มิได้วิเคราะห์ดังกล่าวของ บจ. ทวิภาค ซึ่งในขณะที่ธนาคารซื้อลดตัวแลกเงินนั้น บจ. ทวิภาค มีผลประกอบการขาดทุน และไม่อยู่ในสภาพที่จะชำระหนี้ หรือดำเนินธุรกิจต่อไปได้

ประเด็นคำถาม

คณะกรรมการของธนาคารจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายตัดสินใจรับซื้อลดตัวแลกเงิน ซึ่ง บง. ทวิธนกิจ สลักหลักตัวแลกเงินแบบไม่มีสิทธิไล่เบียด (without recourse) หรือไม่ อย่างไร

การปรับใช้ BJR

กรณีนี้ ต้องพิจารณาว่า การตัดสินใจหรือลงมติของคณะกรรมการ ให้ธนาคารซื้อลดตัวแลกเงินแบบไม่มีสิทธิไล่เบียดจาก บง. ทวิธนกิจ มีลักษณะตามองค์ประกอบ BJR ที่กำหนดในประกาศ ธปท. ดังต่อไปนี้¹⁵⁵ หรือไม่ อย่างไร

(1) การตัดสินใจหรือลงมติต้องกระทำอย่างสมเหตุสมผล

การตัดสินใจของคณะกรรมการจะต้องมีสมเหตุสมผล และอยู่ในกรอบที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินการธนาคารพึงตัดสินใจ คณะกรรมการจึงต้องสามารถอธิบายเหตุผลและความสมเหตุสมผลในการตัดสินใจรับซื้อลดตัวแลกเงินแบบไม่มีสิทธิไล่เบียดได้ เช่น ตัวแลกเงินนั้นให้อัตราดอกเบี้ยสูง หรือธนาคารสามารถรับความเสี่ยงในการไม่ได้รับชำระหนี้ตามตัวแลกเงินได้เนื่องจากมีช่องทางอื่นในการเรียกชำระหนี้ได้ เป็นต้น และต้องแสดงให้เห็นว่า การตัดสินใจดังกล่าวเป็นการตัดสินใจที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินการธนาคารพึงตัดสินใจ มิฉะนั้นแล้ว การตัดสินใจของคณะกรรมการดังกล่าวก็อาจเป็นการตัดสินใจที่ไม่สมเหตุสมผล

(2) การตัดสินใจหรือลงมติได้กระทำลงบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ

คณะกรรมการมีหน้าที่ในการแสวงหาข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญเกี่ยวกับเรื่องที่ต้องตัดสินใจ ดังนั้น การที่คณะกรรมการมิได้วิเคราะห์ฐานะทางการเงิน หรือความสามารถในการชำระหนี้ของ บจ. ทวิภาค ซึ่งเป็นลูกหนี้ที่ต้องรับผิดชอบในการชำระหนี้ตามตัวแลกเงิน จึงถือว่าคณะกรรมการมิได้ตัดสินใจลงบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ และคณะกรรมการมิได้ใช้ความระมัดระวังในกระบวนการตัดสินใจดังกล่าว เพราะหากคณะกรรมการทำการวิเคราะห์สินเชื่อ บจ.

¹⁵⁵ ดู มาตรฐานการใช้ความระมัดระวังของกรรมการสถาบันการเงินในบทที่ 4 ข้อ 4.2

ทวิภาคก็จะพบว่า บจ. ทวิภาค มีผลประกอบการขาดทุน และไม่อยู่ในสภาพที่จะชำระหนี้ตามตัว แลกเงินได้ คณะกรรมการก็คงจะไม่ตัดสินใจรับซื้อลดตัว แลกเงินดังกล่าว

นอกจากนี้ คณะกรรมการควรปรึกษานักกฎหมายเพื่อให้ทราบถึงผลทาง กฎหมาย ความเสี่ยงในการทำธุรกรรมซื้อขายลดตัว แลกเงิน และวิธีการทำธุรกรรมดังกล่าวเพื่อ ป้องกันความเสี่ยงในกรณีที่ผู้ออกตัวเงินปฏิเสธการจ่ายเงิน รวมถึงทางเลือกในการฟ้องคดี เกี่ยวกับตัว แลกเงิน เพราะการออกหรือโอนตัวเงินมีมูลหนี้เดิมเสมอ ความสัมพันธ์ระหว่างมูลหนี้เดิม และมูลหนี้ตัวจึงบังคับตาม ป.พ.พ. มาตรา 321วรรคท้าย กล่าวคือ หนี้เดิมจะระงับก็ต่อเมื่อได้มีการ ใช้เงินตามตัวแล้ว และการออกตัวเพื่อชำระหนี้เดิมก็ไม่ใช่เป็นการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้น หากผู้ จ่ายหรือผู้ออกตัวปฏิเสธการจ่ายเงิน ผู้ทรงตัวเงินจึงอาจเลือกฟ้องบังคับได้ 2 ทาง คือ อาจเลือก ฟ้องตามมูลหนี้ตัวเงินก็ได้ หรือเลือกฟ้องตามมูลหนี้เดิมก็ได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 1005¹⁵⁶

(3) กรรมการต้องไม่มีส่วนได้เสีย หรือมีส่วนเกี่ยวข้องในธุรกรรมการซื้อขายลดตัว แลกเงินจาก บง. ทวิชนกิจ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม

กรรมการตัดสินใจให้ธนาคารรับซื้อลดตัว แลกเงินโดยมิได้ถูกครอบงำ หรือได้รับ อิทธิพลจากบุคคลภายนอก และในการรับซื้อลดตัว แลกเงินดังกล่าว กรรมการมิได้มีส่วนได้ หรือ เสียประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม จากข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า กรรมการมีส่วนได้เสีย แต่อย่างใด

สรุป

เมื่อพิจารณาแล้วก็อาจสรุปได้ว่า การตัดสินใจของคณะกรรมการในการรับซื้อลดตัว แลกเงินดังกล่าว แม้ว่ากรรมการที่ตัดสินใจจะไม่มีส่วนได้เสีย หรือมีส่วนเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม แต่การตัดสินใจของคณะกรรมการในการรับซื้อลดตัว แลกเงินแบบไม่มีสิทธิไต่เบี่ย ไม่ สมเหตุสมผลเพราะธนาคารน่าจะได้รับผลเสียมากกว่าประโยชน์ และการตัดสินใจดังกล่าวก็ไม่ น่าจะอยู่ในกรอบการตัดสินใจของวิญญูชนผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินธนาคารพึงกระทำ นอกจากนี้ คณะกรรมการมิได้ตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ เนื่องจากมิได้ทำการวิเคราะห์ ลินเชื่อของ บจ. ทวิภาค และไม่ดำเนินการปรึกษานักกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญกฎหมาย ลักษณะตัวเงินเพื่อพิจารณาถึงผลทางกฎหมาย ความเสี่ยงในการทำธุรกรรมซื้อขายลดตัว แลกเงิน และวิธีการทำธุรกรรมดังกล่าวเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมดังกล่าว

¹⁵⁶ สหชน รัตนไพจิตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวเงิน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), น. 38-39

ดังนั้น การตัดสินใจดังกล่าวข้างต้นของคณะกรรมการจึงไม่ได้รับความคุ้มครองจาก BJR คณะกรรมการจึงอาจต้องรับผิดชอบจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการตัดสินใจดังกล่าว