

บทที่ 4

ความเหมาะสมและเพียงพอของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule – BJR) ที่ใช้บังคับกับ การตัดสินใจของกรรมการในสถาบันการเงิน

4.1 ความเหมาะสมของการใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัยในการพิจารณาระดับความระมัดระวัง ของกรรมการบริษัท

กรรมการในบริษัทมหาชนต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท¹ แต่พ.ร.บ. บริษัทมหาชนฯ มิได้กำหนดชัดเจนว่า กรรมการพึงใช้มาตรฐานหรือมีความระมัดระวังระดับใดในการดำเนินกิจการของบริษัท หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรรมการในบริษัทจำกัดจะต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่าง “บุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง”² กล่าวคือ กรรมการจะต้องใช้ความระมัดระวัง “ในมาตรฐานของผู้ประกอบการค้าที่เอาใจใส่ในกิจการของตน” มิได้พิจารณาจากระดับความสามารถของตัวกรรมการเอง³

การพิจารณาความระมัดระวังของกรรมการดังกล่าวเป็นการใช้ “มาตรฐานทางภาวะวิสัย (Objective Test)” เป็นเกณฑ์ อันเป็นการพิจารณาว่า วิทยุชนที่มีความเชี่ยวชาญในการทำการค้ำนั้นควรใช้ความระมัดระวังเพียงใด โดยคำนึงถึงวิสัยและพฤติการณ์ประกอบ เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1141/2502⁴ โจทก์มีฐานะเป็นผู้ให้เช่าที่ดินและตึกที่บริษัทจำเลยเช่า และเป็นประธานกรรมการบริษัทจำเลย โจทก์ได้ทำสัญญาจะขายที่ดินและตึกให้แก่ผู้ซื้อ โดยมีเงื่อนไขเป็นสาระสำคัญว่า โจทก์รับรองว่าบริษัทจำเลยจะออกจากตึกและให้ผู้ซื้อครอบครองที่ดินและตึกภายใน 3 เดือนนับแต่วันทำสัญญา ถ้าโจทก์ไม่สามารถปฏิบัติได้ก็จะยอมให้ผู้ซื้อปรับ แต่โจทก์ได้แจ้งให้จำเลยออกจากที่ดินและตึกก่อนครบกำหนด 3 เดือนเพียง 1 วัน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การ

¹มาตรา 85 วรรคแรก แห่งพ.ร.บ. บริษัทมหาชน.

²ป.พ.พ. มาตรา 1168.

³สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, สหชน รัตนไพจิตร, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้ส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2552), น. 138.

⁴ระบบสืบค้นคำพิพากษาศาลฎีกา เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552.

กระทำของโจทก์ในฐานะประธานกรรมการของบริษัทจำเลยเป็นการจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง “ผิดวิสัยของบุคคลผู้ค้าขายผู้ประกอบการด้วยความระมัดระวังจะพึงปฏิบัติ” ทำให้บริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลายต้องเสียหาย และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2191/2541⁵ โจทก์คือ บริษัทธนาคารสยาม จำกัด (เดิมชื่อ ธนาคารเอเชียทรัสต์ จำกัด) ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กรรมการของบริษัทมีหน้าที่ต้องดูแลการบริหารกิจการของโจทก์มิให้เสียหายแต่กลับปล่อยให้มีการให้สินเชื่อโดยไม่คุ้มกับหลักประกัน หรือเมื่อหนี้ถูกจัดเป็นหนี้เสียก็มิได้เร่งรัดติดตามหนี้ และมีได้มีการแก้ไขข้อผิดพลาดในการปฏิบัติงาน ดังนั้น เมื่อ “ตามพฤติการณ์ควรจะรู้ปัญหาดังกล่าว” หรือ “โดยสามัญสำนึกของวิญญูชนผู้ประกอบการค้ำเช่นนั้นควรจะพึงรู้ได้” แต่มิได้กระทำการใดเพื่อปกป้องความเสียหายอันจะเกิดแก่โจทก์ จึงถือว่าจำเลยมิได้ใช้ความเชื่อเพื่อสอดส่องในการประกอบกิจการของโจทก์ และจะอ้างว่าไม่รับรู้การบริหารงานของโจทก์ หรือมิได้มาทำงานเป็นประจำก็ไม่เป็นหน้าที่ที่ดี เพื่อปัดความรับผิดชอบของตนหาได้ไม่

คำว่า “วิญญูชน” หมายถึง บุคคลที่คิดตั้งขึ้นเป็นมาตรฐาน โดยถือว่าบุคคลนี้มีความประพฤติเป็นมาตรฐานแทนบุคคลทั่วไป ความประพฤติของวิญญูชนจึงเป็นมาตรฐานสำหรับใช้เทียบเคียงว่า บุคคลจริงนั้นประพฤติตามมาตรฐานที่บุคคลทั่วไปควรปฏิบัติหรือไม่⁶ ดังนั้น ระดับของความระมัดระวังที่ศาลใช้พิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการจึงเป็นการสมมติขึ้นว่า วิญญูชนที่มีความเชี่ยวชาญในการทำการค้ำนั้นควรใช้ความระมัดระวังแค่ไหน เพียงไร หากกรรมการกระทำการไปโดยปราศจากความระมัดระวังในระดับดังกล่าว กรรมการก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ถือหุ้นและบริษัท แม้ว่ากรรมการมิได้มีเจตนาทุจริตก็ตาม

เนื่องจากผู้เขียนไม่พบคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับกรณีที่กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังโดยไม่มีเจตนาทุจริต ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์การใช้ “มาตรฐานทางภาวะวิสัย (Objective)”⁷ จากคำพิพากษาศาลแพ่ง⁸ คดีหมายเลขแดงที่ ๕.2301/2548 ซึ่งเป็นคดีที่ ธปท.

⁵ระบบสืบค้นคำพิพากษาศาลฎีกา เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552.

⁶ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด และจัดการงานนอกสั่ง, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2538), น. 35.

⁷ผู้เขียนประสงค์จะวิเคราะห์แต่เพียง การใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัยของศาลในการพิจารณาระดับความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย ในฐานะที่เป็นกรรมการ และผู้จัดการของธนาคารแห่งประเทศไทย (ตามมาตรา 15 และ 16 พ.ร.บ. ธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพ.ร.บ. ธนาคารแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 2) โดย พ.ศ. 2485 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในขณะนั้น) ในการตัดสินใจใช้ทุนสำรองทางการจำนวนมากเข้า

(โจทก์ที่ 1) และทุนรักษาระดับอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา (โจทก์ที่ 2) พ้อง นายเริงชัย มະระกานนท์ (จำเลย) อดีตผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย โดยสรุปว่า จำเลยใช้ทุนสำรองทางการจำนวนมาก เพื่อแทรกแซงรักษาเสถียรภาพค่าเงินบาทในระบบอัตราแลกเปลี่ยนแบบตะกร้าเงิน โดยจำเลยไม่ได้กำหนดขอบเขตการใช้ทุนสำรองทางการเพื่อการรักษาเสถียรภาพค่าเงินบาทอย่างระมัดระวัง เพื่อไม่ให้ทุนสำรองทางการลดลงมากจนเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงทางการเงินของประเทศ และจำเลยไม่มีดำริที่จะปรับเปลี่ยนระบบอัตราแลกเปลี่ยนให้ยืดหยุ่นตามภาวะเศรษฐกิจที่เป็นจริงในเวลาอันสมควร เป็นการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งเป็นการละเมิดต่อโจทก์⁹

จำเลยนำสืบและให้การ สรุปได้ว่า จำเลยกำหนดขั้นตอนการแก้ไขปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจในปี 2539-2540 โดยขั้นแรกดำเนินการคงนโยบายการเงินการคลังอย่างเข้มงวด คงอัตราดอกเบี้ยกู้ยืมภายในประเทศให้มีอัตราสูงเพื่อลดการใช้จ่ายภาคเอกชน แก้ไขปัญหาภาคอสังหาริมทรัพย์ แก้ไขปัญหาสถาบันการเงิน และรักษาเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยน เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ภาคเอกชนในประเทศ และนักลงทุนต่างประเทศอันเป็นการกระทำเพื่อซื้อเวลา และเป็นการเตรียมความพร้อมก่อนเปลี่ยนนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกต้อง จำเลยมีความเห็นว่า การดำเนินการมาตรการทางการเงินเป็นเรื่องละเอียดอ่อน ต้องมีข้อมูลสนับสนุนที่ชัดเจนเสียก่อนที่จะเปลี่ยนนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน จำเลยได้รับข้อทักท้วงจากผู้ได้บังคับบัญชา และหน่วยงานฝ่ายวิชาการที่มีข้อมูลทางเศรษฐกิจ ทั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศก็ล้วนยืนยันว่า ประเทศไทยยังไม่พร้อม หากดำเนินการเปลี่ยนนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนในช่วงเวลาดังกล่าว การที่จำเลยเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้องให้นายกรัฐมนตรีลงนามคำสั่ง และประกาศเปลี่ยนนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนให้ค่าเงินบาทลอยตัว โดยมีการควบคุมเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2540 เป็นการตัดสินใจภายใต้สถานการณ์ที่เร็วที่สุดและเหมาะสมกับช่วงเวลาแล้ว¹⁰

จำเลยได้ให้การต่อไปว่า ที่ประชุมผู้บริหารธนาคารแห่งประเทศไทยมีความเห็นไปในทางเดียวกันว่า จะต้องรักษาสถานการณ์ให้ผ่านอุปสรรคที่เกิดขึ้นไปก่อน เพื่อจะได้้นำวิธีการแก้ปัญหาทั้งระบบมาใช้ จึงจำเป็นที่จะต้องดำเนินการแทรกแซงค่าเงินบาทโดยใช้ทุนสำรอง

แทรกแซงรักษาเสถียรภาพค่าเงินบาท โดยที่มิได้มีเจตนาทุจริต เท่านั้น โดยมีได้วิเคราะห์ถึงความเหมาะสมของคำพิพากษา.

⁸คดีหมายเลขแดงที่ อ.2301/2548 ลงวันที่ 31 พฤษภาคม 2548 ในปัจจุบัน (เดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2553) คดีนี้อยู่ในชั้นอุทธรณ์.

⁹คดีหมายเลขแดงที่ อ.2301/2548 ลงวันที่ 31 พฤษภาคม 2548, น. 4-5.

¹⁰เพ็ญอ้าง, น. 30-35.

ทางการให้หน่วยที่สุด¹¹ และจำเลยได้ดำเนินการคิดหาและนำระบบการเงินเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยนที่เป็นประโยชน์ทั้งในระยะสั้นและระยะยาวมาเสนอ แต่หลังจากนั้นก็มีการประชุมกันอีกหลายครั้งแต่ไม่ได้ข้อสรุป¹²

ทางพิจารณา ศาลได้ความโดยสรุปว่า จำเลยรับว่า นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนแบบตะกร้าเงินที่ให้ค่าเงินบาทผูกอยู่กับค่าเงินสกุลของประเทศคู่ค้า ซึ่งทำให้เงินบาทมีเสถียรภาพมั่นคง เป็นนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนที่ออกแบบใช้กับระบบการเงินที่ให้ ธปท. เข้าไปควบคุมการปริวรรตเงินตรา โดยดูแลการไหลเข้าและการนำเงินออกไปต่างประเทศ แต่เมื่อนำนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนแบบตะกร้าเงินมาใช้กับเศรษฐกิจที่ให้เสรีทางการเงิน จึงเป็นคนละทางกัน¹³ และจำเลยทราบดีตลอดมาว่า นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนแบบตะกร้าเงินไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในขณะนั้น เพราะค่าเงินบาทไม่ได้สะท้อนภาพเศรษฐกิจของประเทศ แต่จำเลยก็ยังเห็นสมควรใช้นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนเดิมไปก่อน และดำเนินนโยบายแทรกแซงรักษาเสถียรภาพค่าเงินบาท¹⁴

จำเลยได้รับหนังสือเตือนจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศหลายครั้ง ซึ่งในแต่ละครั้งได้เสนอให้จำเลยพิจารณาปรับเปลี่ยนนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น แม้จะไม่ได้แนะนำให้เปลี่ยนแปลงโดยทันที แต่ก็ขอให้จำเลยเร่งพิจารณาอย่างรวดเร็ว¹⁵ นอกจากนั้นจำเลยยังได้รับหนังสือจากฝ่ายการธนาคารว่าได้มีการโจมตีค่าเงินบาทหลายครั้งและต่อเนื่อง ซึ่งแต่ละครั้งได้สร้างความเสียหายให้แก่เศรษฐกิจและฐานทุนสำรองทางการเป็นอย่างมาก เนื่องจากต้องใช้ทุนสำรองดังกล่าวในการดำเนินนโยบายแทรกแซงค่าเงิน¹⁶ ทั้งการประชุมผู้บริหารธนาคารแห่งประเทศไทยที่จำเลยอ้างถึงนั้น จำเลยเป็นประธานในที่ประชุม จำเลยสามารถดำเนินการประชุมต่อไปจนกว่าจะมีมติเรื่องระบบอัตราแลกเปลี่ยนได้ แต่จำเลยกลับเลือกที่จะเลิกประชุมโดยที่ยังไม่มีมติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว

เมื่อจำเลยได้รับแจ้งความเห็นจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และปลัดกระทรวงการคลังว่าควรเปลี่ยนนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนที่ยืดหยุ่นและไม่เห็นด้วยกับการใช้อัตรา

¹¹ เพิ่งอ้าง, น. 38.

¹² เพิ่งอ้าง, น. 43.

¹³ เพิ่งอ้าง, น. 55.

¹⁴ เพิ่งอ้าง, น. 56-57.

¹⁵ เพิ่งอ้าง, น. 59-60.

¹⁶ เพิ่งอ้าง, น. 61.

แลกเปลี่ยนแบบตะกร้าเงิน จำเลยกลับอ้างว่า ธปท. ยังไม่พร้อมและไม่เสนอคำแนะนำมายัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (ในการเปลี่ยนแปลงนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน ผู้ว่าการธปท. จะต้องมีข้อเสนอแนะต่อรัฐมนตรีกระทรวงการคลังและปลัดกระทรวงการคลัง) แต่ขอเวลาในการเตรียมการ¹⁷

โดยเหตุที่มีการเปลี่ยนระบบอัตราแลกเปลี่ยนจากระบบตะกร้าเงินเป็นระบบลอยตัว นั้น เกิดจากการประชุมกลุ่มเล็กซึ่งจัดขึ้นโดยนายชัยวัฒน์ วิบูลสวัสดิ์ เมื่อมีมติที่ประชุมเห็นว่าควรใช้ระบบอัตราแลกเปลี่ยนแบบลอยตัว ก็ได้มีการแจ้งให้จำเลยทราบถึงมติดังกล่าว โดยจำเลยมิได้เข้าร่วมในการประชุม และไม่มีหลักฐานว่าจำเลยเป็นผู้สั่งการให้จัดการประชุมนี้ขึ้นมา¹⁸ ส่วนความกังวลของจำเลยที่ว่า การลดค่าเงินหรือเปลี่ยนระบบอัตราแลกเปลี่ยนแล้วจะทำให้ค่าเงินบาทลดลงจนควบคุมไม่ได้นั้น ก็ไม่ได้เกิดเหตุการณ์ดังที่จำเลยกังวล¹⁹

จำเลยซึ่งเป็นผู้มีความรู้วิชาเศรษฐศาสตร์จากการศึกษา และจากประสบการณ์การทำงานที่ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นเวลากว่า 20 ปี จำเลยมีข้อมูลตัวเลขทางเศรษฐกิจการเงินของประเทศ ทั้งที่เป็นความลับและไม่เป็นความลับพร้อมยิ่งกว่าผู้ใดในประเทศนี้ จำเลยจึงต้องเป็นหลัก และเป็นผู้ดูแลนโยบายด้านการเงิน การคลัง และบริหารนโยบายดังกล่าว ในฐานะผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย เมื่อจำเลยอยู่ในฐานะผู้ต้องรับผิดชอบในนโยบายการเงิน และการคลังของประเทศ จำเลยจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจเลือกแนวทางที่เหมาะสม และสามารถนำมาใช้แก้ปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพ การที่จำเลยมีนโยบายให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเข้าแทรกแซงค่าเงินบาทจนทุนสำรองทางการสุทธิมีค่าติดลบ ถือว่าจำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดำเนินนโยบายการแทรกแซงค่าเงิน พร้อมทั้งดูแลฐานะทุนสำรองทางการสุทธิเอาเสียเลย ประหนึ่งจำเลยมองแต่ภาพของการแทรกแซงเพื่อรักษาเสถียรภาพค่าเงินบาท โดยใช้ทุนสำรองทางการที่มีอยู่เพียงประการเดียว จึงรับฟังได้ว่า จำเลยดำเนินนโยบายการปกป้องค่าเงินบาทด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง²⁰ ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยชำระค่าเสียหายจำนวน 185,953,740,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีให้แก่ โจทก์ที่ 1 และยกฟ้องโจทก์ที่ 2

¹⁷ เพิ่งอ้าง, น. 63-64.

¹⁸ เพิ่งอ้าง, น. 65-66.

¹⁹ เพิ่งอ้าง, น. 65-69.

²⁰ เพิ่งอ้าง, น. 69-72.

(เนื่องจากจับฟังไม่ได้ว่า โจทก์ที่ 2 ได้รับความเสียหายจากการทำธุรกรรมซื้อขายเงินต่างประเทศตามฟ้อง²¹)

ในคดีนี้ ศาลเห็นว่า “จำเลยดำรงตำแหน่งผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย มีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 มาตรา 16 ในฐานะที่เป็นผู้จัดการธนาคารแห่งประเทศไทย มีอำนาจหน้าที่ดูแลให้การเป็นไปตามกฎหมาย”²² และ “ในฐานะผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย จำเลยเป็นผู้ดูแลนโยบายด้านการเงิน การคลัง และบริหารนโยบายดังกล่าว จำเลยอยู่ในฐานะผู้ต้องรับผิดชอบในนโยบายการเงิน และการคลังของประเทศ จำเลยจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจเลือกแนวทางที่เหมาะสม และสามารถนำมาใช้แก้ปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพ”²³ ดังนั้น จำเลยในฐานะผู้ว่าการ ธปท. มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงตามกฎหมายในการเลือกใช้นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนที่เหมาะสม เมื่อสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศอ่อนแอ และมีการโจมตีค่าเงินบาทจากนักเก็งกำไร จำเลยจึงต้องเป็นผู้ตัดสินใจเลือกวิธีการแก้ปัญหาที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ แต่จำเลยละเลยไม่ผลักดันให้มีการใช้อัตราแลกเปลี่ยนที่เหมาะสมกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในเวลาอันสมควร โดยตัดสินใจให้ใช้ระบบอัตราแลกเปลี่ยนแบบตะกร้าเงินไปก่อน และดำเนินนโยบายแทรกแซงรักษาเสถียรภาพค่าเงินบาทจนส่งผลเสียหายต่อทุนสำรองทางการ จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้โจทก์เสียหาย อันเป็นการละเมิดต่อโจทก์

ในการพิจารณาว่า จำเลยดำเนินนโยบายแทรกแซงค่าเงินบาท โดยใช้ทุนสำรองทางการจำนวนมาก เป็นการดำเนินการโดยใช้ความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพ เป็นผู้บริหารสูงสุดของธนาคารกลางของประเทศแล้วหรือไม่ ศาลเห็นว่า “กองทุนการเงินระหว่างประเทศมีหนังสือเตือนมายังจำเลย ในฐานะผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย ให้จำเลยให้ความสนใจกับฐานะของทุนสำรองทางการที่ใช้เพื่อแทรกแซงเสถียรภาพค่าเงินบาทว่า ทุนสำรองทางการกำลังลดลง เช่นเดียวกับบันทึกของฝ่ายการธนาคารที่เห็นความสำคัญของทุนสำรองทางการที่กำลังลดต่ำลงจากนโยบายการแทรกแซงค่าเงินบาท โดยใช้ทุนสำรองเข้าซื้อเงินบาทที่นักเก็งกำไรนำออกมาทุ่มขายในตลาดเพื่อให้ค่าเงินบาทอยู่ในอัตราที่โจทก์ที่ 2 ประกาศกำหนดในอัตราแลกเปลี่ยนแบบตะกร้าเงิน”²⁴ และ “ทั้งที่จำเลยจะต้องทราบดีว่า ทุนสำรองทางการในปริมาณใดที่จะเพียงพอให้

²¹ เฟิงอ่าง, น. 77.

²² เฟิงอ่าง, น. 70.

²³ เฟิงอ่าง, น. 70.

²⁴ เฟิงอ่าง, น. 61.

ค่าเงินบาทมีความน่าเชื่อถือแต่จำเลยกลับดำเนินนโยบายแทรกแซงค่าเงินบาท โดยไม่คำนึงว่าทุนสำรองทางการจะมีค่าติดลบ จึงถือว่า จำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดำเนินนโยบายการแทรกแซงค่าเงิน พร้อมทั้งดูแลฐานะทุนสำรองทางการสุทธิเอาเสียเลย”²⁵

การพิจารณา “การตัดสินใจแก้ไขปัญหาด้านการเงินของประเทศของจำเลย” ศาลแพ่ง ใช้ “มาตรฐานทางภาวะวิสัย (Objective Test)” จากการสมมติว่า ในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจ วิทยุชนผู้มีวิชาชีพเป็นผู้บริหารสูงสุดของธนาคารกลางของประเทศต้องตัดสินใจดำเนินนโยบายเพื่อแก้ไขปัญหาด้านการเงินของประเทศโดยการเปลี่ยนแปลงนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน “ในช่วงเวลาดังกล่าว จำเลยมีทางเลือกที่จะผลักดันให้มีการเปลี่ยนนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน เพื่อใจทกทั้งสองจะได้ไม่ต้องแทรกแซงค่าเงินบาท และไม่ต้องสูญเสียทุนสำรองทางการอีก”²⁶ แต่ “จำเลยเลือกวิธีการแก้ไขปัญหาโดยคงนโยบายการเงินการคลังอย่างเข้มงวด แก้ไขปัญหาภาคอสังหาริมทรัพย์ ปัญหาสถาบันการเงิน”²⁷ โดย “ศาลเห็นว่า ปัญหาการลดค่าเงินบาทเนื่องจากค่าเงินบาทแข็งตัวเกินฐานะจริง หรือไม่เหมาะสมกับฐานะทางเศรษฐกิจของประเทศหรือไม่ และการลดค่าเงินบาทจะเป็นการกระตุ้นการส่งออกหรือไม่คงเป็นปัญหารอง และเป็นปัญหาที่ต้องการคำตอบหลังคำตอบของปัญหาสำคัญที่ว่า ประเทศไทยกำลังถูกโจมตีค่าเงินบาท และกำลังสูญเสียทุนสำรองทางการทุกครั้งที่มีการแทรกแซงเพื่อปกป้องค่าเงินบาท การคงใช้นโยบายอัตราแลกเปลี่ยนแบบตะกร้าเงินที่ใจทกทั้งสองมีพันธะที่จะต้องรักษาเสถียรภาพค่าเงินบาทตามอัตราที่ใจทกที่ 2 ประกาศ น่าจะเป็นปัญหาใหญ่และต้องการคำตอบอย่างเร่งด่วนในขณะนั้น”²⁸ การตัดสินใจแก้ไขปัญหของจำเลยจึงเป็นการตัดสินใจที่ขาดความระมัดระวังในวิสัยและพฤติการณ์ที่มีต่อตำแหน่งผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย

นอกจากนี้ ศาลแพ่งนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังมาประกอบการพิจารณาว่า การตัดสินใจของจำเลยไม่เหมาะสมอีกด้วย ดังปรากฏในคำพิพากษาที่ว่า “ทั้งความกังวลว่า เมื่อเปลี่ยนระบบอัตราแลกเปลี่ยน หรือลดค่าเงินบาทแล้ว ค่าเงินบาทจะลดลงจนควบคุมไม่ได้” ก็ไม่ได้เกิดเหตุการณ์ดังที่จำเลยกังวล ย่อมเห็นได้ว่าความเชื่อมั่นในค่าเงินบาท น่าจะไม่ได้ขึ้นอยู่กับฐานะทางเศรษฐกิจ ที่จำเลยพยายามแก้ปัญหาเพื่อเตรียมความพร้อมในการเปลี่ยนนโยบายอัตรา

²⁵ เฟิงอ่าง, น. 71.

²⁶ เฟิงอ่าง, น. 62.

²⁷ เฟิงอ่าง, น. 62.

²⁸ เฟิงอ่าง, น. 63.

แลกเปลี่ยนที่ต้องใช้เวลายาวนาน แต่ขึ้นอยู่กับปริมาณทุนสำรองทางการสุทธิว่ามีอยู่มากหรือน้อยเพียงใดมากกว่า”²⁹

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การใช้เกณฑ์ทางภาวะวิสัยแต่เพียงอย่างเดียวพิจารณาการตัดสินใจของนายเร็กซ์ในฐานะผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยข้างต้น อาจจะไม่เหมาะสม เนื่องจาก การพิจารณาแก้ปัญหาด้านการเงินของประเทศอาจมีหลายวิธีทาง เช่น การใช้ทุนสำรองเข้าแทรกแซงเพื่อรักษาเสถียรภาพของค่าเงินบาท การขยายช่วงกว้างของอัตราซื้อและอัตราขาย หรือการเปลี่ยนแปลงนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน และศาลเองก็มีผู้ใช้ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวที่จะสามารถสมมติหรือชี้ได้ว่า วิทยุชนผู้มีวิชาชีพเป็นผู้บริหารสูงสุดของธนาคารกลางของประเทศควรตัดสินใจอย่างไร และการตัดสินใจแก้ปัญหาโดยการเปลี่ยนแปลงนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย นอกจากนี้ ยังเป็นการไม่สมควรที่ศาลจะนำเอาข้อเท็จจริงซึ่งเกิดขึ้นภายหลังมาประกอบการพิจารณา เนื่องจากศาลได้ทราบแล้วว่า การตัดสินใจกระทำการของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหาย อีกทั้งข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่มีในขณะที่จำเลยตัดสินใจก็อาจมีน้อยกว่าข้อเท็จจริงในขณะที่ศาลวินิจฉัยคดี

ดังนั้น การพิจารณาว่า จำเลยตัดสินใจแก้ไขปัญหาด้านการเงินของประเทศเป็นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือไม่ ศาลน่าจะพิจารณาถึง กระบวนการพิจารณาของจำเลย ว่า กระบวนการอันก่อให้เกิดการตัดสินใจของจำเลยนั้น จำเลยได้กระทำเยี่ยงวิทยุชนผู้มีวิชาชีพเป็นผู้บริหารสูงสุดของธนาคารกลางของประเทศแล้วหรือไม่

หากนำ BJR ตามประกาศ ธปท. มาปรับใช้กับการพิจารณาการตัดสินใจแก้ไขปัญหาด้านการเงินของจำเลยว่าเป็นการตัดสินใจโดยใช้ความระมัดระวังแล้วหรือไม่ ผลของคดีอาจแตกต่างกันไป กล่าวคือ จำเลยเพียงแต่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ในขณะที่ตัดสินใจแก้ไขปัญหาด้านการเงินของประเทศโดยใช้ทุนสำรองเข้าแทรกแซงค่าเงินบาทนั้น จำเลยปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม อยู่ในกรอบของวิทยุชนผู้มีวิชาชีพเป็นผู้บริหารสูงสุดของธนาคารกลางของประเทศ ดังปรากฏในคำพิพากษาว่า “การแก้ไขปัญหาด้านการเงินการคลังในปี 2527 เป็นวิกฤตการณ์คล้ายกับวิกฤตการณ์การเงินการคลังในปี 2540 แต่มีขนาดเล็กกว่า โดยมีการแก้ไขปัญหาด้านธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินก่อนแล้วจึงดำเนินการมาตรการลดค่าเงินบาท”³⁰ และได้ตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอแล้ว จำเลยได้มีการหารือ ศึกษาผลกระทบ และได้กระทำการเยี่ยงวิทยุชนผู้มีวิชาชีพเป็นผู้บริหารสูงสุดของธนาคารกลางของประเทศพึงกระทำ

²⁹ เฟิงอ่าว, น. 69-70.

³⁰ เฟิงอ่าว, น. 30.

ก่อนการตัดสินใจ จำเลยก็จะได้รับการคุ้มครองจาก BJR ศาลจะไม่เข้าไปพิจารณาว่าการตัดสินใจแก้ไขปัญหาด้านการเงินของประเทศของจำเลยโดยการคงนโยบายการเงินการคลังอย่างเข้มงวดแก้ไขปัญหาค่าครองชีพหรือปัญหาสถาบันการเงิน และมีได้เปลี่ยนนโยบายอัตราแลกเปลี่ยนนั้นเหมาะสมหรือไม่ และก็อาจจะถือว่าจำเลยได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังแล้ว

4.2 มาตรฐานการใช้ความระมัดระวังของกรรมการสถาบันการเงิน

กรรมการใดซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศ ธปท. (ดังปรากฏข้างล่างนี้) ก็จะถือว่า กรรมการนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง

31

หลักเกณฑ์ดังกล่าวคือ

พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ	ประกาศธปท.
1. กระทำไปโดยความเชื่อโดยสุจริต และสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ (มาตรา 89/8 (1))	1. การตัดสินใจ หรือลงมติต้องสมเหตุสมผล (ข้อ 5.3 (3))
2. กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ (มาตรา 89/8 (2)) และ	2. ต้องเป็นการตัดสินใจหรือลงมติบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ (ข้อ 5.3 (2))
3. กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจ (มาตรา 89/8 (3))	3. กรรมการต้องไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัวหรือไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมในเรื่องที่ต้องตัดสินใจหรือลงมติ (ข้อ 5.3 (1))

กรรมการในสถาบันการเงินซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์และอยู่ในการกำกับดูแลของธปท. จึงต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตาม พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศธปท. ดังต่อไปนี้

1. กรรมการต้องตัดสินใจหรือลงมติอย่างสมเหตุสมผล โดยกรรมการต้องมีเหตุผลสนับสนุนการตัดสินใจใน “ระดับที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพึงมี” กล่าวคือ กรรมการต้องสามารถอธิบายได้ว่า เพราะเหตุใดจึงตัดสินใจหรือลงมติดังกล่าว และการตัดสินใจ

³¹ ดู บทที่ 3 ข้อ 3.3.1 และ 3.3.2.

ของกรรมการต้องอยู่ใน*กรอบ*ของ “ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคาร” กล่าวคือ ธปท. ได้นำเอาผู้ที่ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารมาเป็นตัววัดระดับว่า หากผู้ที่ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพิจารณาอย่างมีเหตุมีผลแล้ว จะมีทางเลือกอย่างไรให้ตัดสินใจได้บ้าง และถ้าการตัดสินใจของกรรมการไม่ใช่หนึ่งในทางเลือกซึ่งอยู่ใน*กรอบ*ของ “ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคาร” ก็แสดงว่า การตัดสินใจหรือลงมติของกรรมการไม่สมเหตุสมผล ซึ่งเป็นการใช้มาตรฐานแบบภาวะวิสัย (Objective Test)

ความแตกต่างของหลักเกณฑ์ข้อนี้ที่กำหนดในพ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศ ธปท. คือ ประกาศ ธปท. กำหนดให้กรรมการต้องตัดสินใจภายใน*กรอบ* หรือระดับ “ระดับที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพึงมี” ในขณะที่ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ กำหนดเพียงว่า หากกรรมการได้ตัดสินใจไปโดย*เชื่อโดยสุจริต* และสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทแล้ว ก็ถือได้ว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ข้อนี้แล้ว โดย พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มุ่งพิจารณาระดับความสามารถของตัวกรรมการ ประกอบปัจจัยดังต่อไปนี้³²

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

การพิจารณาความระมัดระวังของกรรมการจากปัจจัยข้างต้น มีผลให้ระดับความระมัดระวังของกรรมการแต่ละคนแตกต่างกันออกไป³³ กล่าวคือ กรรมการบริหาร (Executive Director) มีขอบเขตความรับผิดชอบในการทำงานประจำวันของบริษัท และมีอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดในข้อบังคับ รวมถึงมีอำนาจตัดสินใจในเรื่องที่คณะกรรมการกำหนด ดังนั้น กรรมการบริหารจึงมักเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และมีประสบการณ์ในกิจการของบริษัทเป็นอย่างดี และเป็นผู้ที่เข้าไปบริหารกิจการของบริษัทอย่างเต็มเวลา ส่วนกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร (Non-Executive Director – NED) มักจะเป็นบุคคลภายนอกผู้มีชื่อเสียง เป็นตัวแทนของเจ้าหนี้หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรืออาจเป็นผู้เชี่ยวชาญในบางสาขา ซึ่งไม่มีส่วนร่วมในการบริหารงาน

³²ดู พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/9.

³³วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งพิจารณาเปรียบเทียบระดับความระมัดระวังระหว่าง กรรมการบริหาร และกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารเท่านั้น ดู บทที่ 2 ข้อ 2.1.2 ประเภทของ กรรมการ.

ประจำวันของบริษัท มีเพียงหน้าที่ในการเข้าประชุมเพื่อวางนโยบายเป็นครั้งคราว และควบคุมการดำเนินงานทั่วไปของบริษัท³⁴ ดังนั้น ระดับความระมัดระวังของกรรมการบริหารย่อมจะต้องสูงกว่ากรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร เนื่องจากกรรมการบริหารเป็นผู้ที่รู้ข้อมูล มีความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ในการดำเนินการทางธุรกิจของบริษัท รวมถึงมีขอบเขตความรับผิดชอบมากกว่ากรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหารซึ่งมีความรับผิดชอบเพียงเข้าประชุมเป็นครั้งคราวเพื่อตัดสินใจในเชิงนโยบาย และกำกับดูแลกิจการของบริษัทโดยทั่วไป อีกทั้งยังมีความเกี่ยวข้องในการบริหารกิจการของบริษัทน้อยกว่ากรรมการบริหาร

ด้วยเหตุนี้ ระดับความระมัดระวังของกรรมการตาม พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ โดยใช้มาตรฐานแบบอัตตวิสัย (Subjective Test) คือ พิจารณาจากระดับความสามารถของตัวกรรมการเอง ประกอบกับตำแหน่ง ขอบเขตของอำนาจ คุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ว่า กรรมการคนดังกล่าวมีความระมัดระวัง แตกต่างจากการใช้มาตรฐานแบบภาวะวิสัย (Objective Test) ตามประกาศทบ. ซึ่งกำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำของการใช้ความระมัดระวังเอาไว้ คือ วิทยุชนในระดับที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคาร จึงเห็นได้ว่า ทบ. กำหนดให้กรรมการในสถาบันการเงินมีมาตรฐานที่สูงกว่ากรรมการในบริษัทจดทะเบียน

กรรมการในสถาบันการเงินจึงต้องตัดสินใจจากทางเลือกซึ่งอยู่ในกรอบ หรือระดับที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพึงกระทำ จึงจะถือได้ว่ากรรมการได้ตัดสินใจอย่างสมเหตุสมผล

มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาดังกล่าวมิได้เป็นการสมมติว่า วิทยุชนในระดับที่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารต้องตัดสินใจอย่างไร อันเป็นการก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาการตัดสินใจของกรรมการ หลักเกณฑ์นี้เพียงแต่กำหนดกรอบ โดยใช้ผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารมาเป็นตัววัดว่า หากผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารมาพิจารณาแล้วน่าจะมีทางเลือกได้อย่างไรบ้าง และถ้ากรรมการได้เลือกตัดสินใจทางใดทางหนึ่งดังกล่าวแล้ว ก็แสดงว่าการตัดสินใจนั้นสมเหตุสมผล ตามที่ปรากฏในประกาศทบ. ข้อ 5.3 (3) ว่า “ในการตัดสินใจหรือลงมติแต่ละเรื่องอาจมีทางเลือกหลายทาง (range of decision) ที่ถือว่าสมเหตุสมผลได้”

2. กรรมการต้องตัดสินใจหรือลงมติบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ กล่าวคือ ก่อนการตัดสินใจ กรรมการจะต้องมีข้อมูลที่เพียงพอเพื่อประกอบการตัดสินใจใน “ระดับผู้ประกอบวิชาชีพ

³⁴โสภณ รัตนากกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2543) น. 339.

ด้านการเงินและการธนาคารฟุ้งมี” หลักเกณฑ์นี้เป็นการพิจารณา กระบวนการตัดสินใจ ของกรรมการว่า มีกระบวนการตัดสินใจในระดับผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารฟุ้งมีหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น กรณีการตัดสินใจหรือลงมติเกี่ยวกับการให้สินเชื่อ ผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารควรพิจารณาในเรื่องคุณภาพของลูกหนี้ คุณภาพของหลักประกัน ความเป็นไปได้ของโครงการ ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ เป็นต้น และกรรมการได้พิจารณาเรื่องเหล่านั้นครบถ้วนหรือไม่ รวมถึงการพิจารณาในเนื้อหาเชิงลึกของเรื่องที่ต้องพิจารณาดังกล่าว กรรมการมีข้อมูลประกอบการพิจารณาเพียงผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารฟุ้งมีหรือไม่ โดยหลักเกณฑ์นี้ก็ใช้มาตรฐานแบบภาวะวิสัย (Objective Test) ในทำนองเดียวกันกับข้อ 1. ข้างต้น

ความแตกต่างของหลักเกณฑ์ข้อนี้ตามที่กำหนดในพ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศธปท. คือ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ พิจารณากระบวนการตัดสินใจของกรรมการโดยใช้มาตรฐานแบบอัตวิสัย (Subjective Test) โดยพิจารณาจากตัวกรรมการว่า ในขณะที่ตัดสินใจ กรรมการเชื่อโดยสุจริตว่าข้อมูลที่ตนใช้ในการพิจารณาตัดสินใจเพียงพอแล้ว ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ต่ำกว่าประกาศ ธปท. ตามที่วิเคราะห์ความแตกต่างของการใช้มาตรฐานในการพิจารณาความเชื่อโดยสุจริตของกรรมการในข้อ 1 ข้างต้น

3. กรรมการจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนตัดสินใจไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม และจะต้องไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้อง

พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของกรรมการไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้กำหนดข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ หากกรรมการได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่กรรมการพึงได้ตามปกติ จาก

- 1) การทำธุรกรรมกับบริษัทหรือบริษัทย่อย (เว้นแต่ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว หรือได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการกำกับตลาดทุน) หรือ
- 2) การใช้ข้อมูลที่ตนได้ล่วงรู้มา (เว้นแต่ได้เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว) หรือ
- 3) การใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสในทางธุรกิจของสถาบันการเงิน³⁵

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่ความการมีส่วนได้เสียในกฎหมายสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียพบว่า การที่กรรมการทำธุรกรรมกับบริษัทเอง หรือกรณีที่กรรมการกระทำการโดยอาศัยโอกาสในหน้าที่เพื่อประโยชน์ของตนเอง ถือว่ากรรมการมีส่วนได้เสีย แต่การที่กรรมการได้

³⁵ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/11.

คำตอบแทนตามที่ฟังจะได้ตามปกติไม่ถือว่ากรรมการมีส่วนได้เสีย³⁶ จึงอาจสรุปได้ว่า ข้อสันนิษฐานของพ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ ข้างต้น เป็นธุรกรรมที่กรรมการมีส่วนได้เสีย กรรมการจึงไม่สามารถตัดสินใจหรือลงมติในเรื่องดังกล่าวได้ เว้นแต่ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว หรือได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

ประกาศ ธปท. กำหนดเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของกรรมการกว้างกว่าพ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ กล่าวคือ เพียงแค่กรรมการมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ธปท. จะถือว่ากรรมการได้กระทำไปโดยไม่สุจริต โดยมีได้พิจารณาว่าผลประโยชน์ที่กรรมการเกี่ยวข้องนั้น เป็นผลประโยชน์ทางการเงินหรือไม่ หรือเป็นผลประโยชน์นอกเหนือจากที่กรรมการพึงได้รับตามปกติหรือไม่ แม้ว่าประกาศ ธปท. กำหนดให้กรรมการชี้แจงถึงผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องดังกล่าว แต่การพิจารณาความสมเหตุสมผลของการมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องก็ยังคงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของ ธปท. ซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน และเป็นการพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป³⁷

เนื่องจากยังไม่มีกรกล่าวโทษ หรือฟ้องคดีเกี่ยวกับกรณีที่กรรมการไม่ปฏิบัติตามประกาศ ธปท. จึงต้องพิจารณาจากถ้อยคำและเจตนารมณ์ของประกาศดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า โดยหลักกรรมการในสถาบันการเงินตัดสินใจหรือลงมติในเรื่องที่ตนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องจะต้องมีข้ออธิบายที่สมเหตุสมผลถึงความเกี่ยวข้องทางผลประโยชน์นั้น โดยความเกี่ยวข้องดังกล่าวจะทำให้กรรมการมีส่วนได้เสียหรือไม่นั้น หากเทียบเคียงจากกฎหมายสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย รวมถึง พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ ผลประโยชน์ที่กรรมการเกี่ยวข้องเป็นผลประโยชน์ที่กรรมการพึงได้รับตามปกติก็ไม่น่าจะถือว่ากรรมการมีส่วนได้เสีย และการตัดสินใจของกรรมการก็อาจได้รับการคุ้มครองจาก BJR นอกจากนี้ ความมีส่วนได้เสียของกรรมการอาจต้องพิจารณาถึงความเป็นอิสระ ปราศจากการครอบงำจากอิทธิพลอื่นอีกด้วย

มีข้อสังเกตว่า องค์ประกอบของ BJR ตามกฎหมายไทย มิได้กำหนดถึง “ความสุจริต” แตกต่างจากองค์ประกอบของ BJR ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย³⁸ ผู้เขียนมีความเห็นว่า น่าจะเป็นเพราะกฎหมายไทยได้กำหนดชัดเจนให้กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความด้วยความซื่อสัตย์สุจริต³⁹ จึงสามารถเข้าใจได้ว่า หากกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต

³⁶ ดู บทที่ 3 ข้อ 3.2.1.2 และ 3.2.2.2.

³⁷ จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของธนาคารแห่งประเทศไทย.

³⁸ ดู บทที่ 3 ข้อ 3.2.1.2 และ 3.2.2.2.

³⁹ ดู พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7.

กรรมการก็ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองจาก BJR และถือว่ากรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care

4.3 ความเหมาะสมและเพียงพอของหลักการใช้ความระมัดระวังในการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการในสถาบันการเงิน

ประเทศไทยนำ BJR มาปรับใช้ในฐานะที่เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการในสถาบันการเงิน⁴⁰ จึงควรพิจารณาความเหมาะสมและเพียงพอในประเด็นดังต่อไปนี้

1. การปรับใช้ BJR

BJR ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย นำ สันนิษฐานว่า การตัดสินใจของกรรมการเกิดขึ้นโดยไม่มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง เกิดขึ้นด้วยความสุจริต ระมัดระวัง และสมเหตุสมผล ศาลจึงไม่เข้าไปทบทวนการตัดสินใจของกรรมการ ดังนั้น หากผู้ถือหุ้นหรือบริษัทเห็นว่า การตัดสินใจเกิดจากการที่กรรมการไม่ปฏิบัติตาม Duty of Care และก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ผู้ถือหุ้นหรือบริษัทจึงมีหน้าที่พิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของ BJR ให้ศาลเห็นว่า กรรมการที่ตัดสินใจมีส่วนได้เสีย หรือมิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในกระบวนการตัดสินใจ ศาลจึงเข้าไปพิจารณาทบทวนการตัดสินใจดังกล่าวว่า กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care หรือไม่ แต่หากผู้ถือหุ้นหรือบริษัทไม่สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตาม BJR ได้ ศาลก็จะไม่เข้าไปทบทวนการตัดสินใจดังกล่าว และถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care แล้ว BJR จึงเปรียบเสมือนโล่ป้องกันการตัดสินใจของกรรมการจากการทบทวนของศาล มิได้เป็นมาตรฐานที่นำมาวัดว่า หากกรรมการปฏิบัติตามองค์ประกอบของ BJR ครบถ้วนแล้วจะเท่ากับว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care⁴¹

สำหรับพ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ นำ BJR มาปรับใช้ในคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวังของกรรมการ หากกรรมการสามารถพิสูจน์ได้ว่า ในเวลาที่ตัดสินใจ กรรมการไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าว และได้ตัดสินใจไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่า ข้อมูลที่ตนพิจารณาเพียงพอ รวมถึงเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ให้ถือว่ากรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบและระมัดระวังแล้ว ในการดำเนินคดีทางแพ่งเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติ

⁴⁰ดู บทที่ 4 ข้อ 4.2.

⁴¹ดู บทที่ 3 ข้อ 3.2.1.2 และ 3.2.2.2.

หน้าที่ด้วยความรอบคอบและระมัดระวังนี้ โจทก์ซึ่งเป็นผู้กล่าวอ้างจึงต้องบรรยายฟ้องว่า กรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างไร ไม่ใช่ใช้ความระมัดระวังหรือใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพออย่างไร และกรรมการก็ต้องนำสืบหักล้างข้อกล่าวอ้างของโจทก์ให้ศาลเห็นว่า ในเวลาที่ตัดสินใจ กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบและระมัดระวังแล้ว โดยได้ปฏิบัติตาม BJR และศาลจะฟังว่า กรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบและระมัดระวังหรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับว่าแต่ละฝ่ายจะสามารถนำพยานหลักฐานมาสืบให้เห็นความน่าจะเป็นดังที่ตัวเองกล่าวอ้างมากกว่าจะเป็นอย่างไร⁴² ตามมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่ง (proof on the balance of probability)⁴³

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ BJR ยังมีความไม่ชัดเจนว่า ถ้ากรรมการไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ จะถือว่า กรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบและระมัดระวัง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care หรือไม่ หรือจะปรับใช้อย่างกฎหมายสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียคือ กรรมการเพียงไม่ได้รับความคุ้มครองจาก BJR แต่ยังไม่ถือว่ากรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care และมีผลเพียงให้ศาลมีอำนาจเข้าไปพิจารณาการตัดสินใจของกรรมการว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care หรือไม่

ประกาศ ธปท. ได้นำ BJR มาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตและระมัดระวังของกรรมการในสถาบันการเงิน แต่ไม่มีความชัดเจนว่า หากกรรมการปฏิบัติหน้าที่ตามแนวทางดังกล่าวแล้ว จะถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังหรือไม่ และถ้ากรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานดังกล่าว ผลจะเป็นเช่นไร เมื่อพิจารณาถ้อยคำในประกาศดังกล่าว สามารถเข้าใจได้ว่า ธปท. มุ่งให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามแนวทางของ BJR กล่าวในทางกลับกัน คือ เมื่อกรรมการปฏิบัติหน้าที่ตามแนวทางดังกล่าวก็น่าจะถือว่ากรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง จึงอาจสรุปได้ว่า BJR ในประกาศ ธปท. เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

⁴² รัญญ ภัคดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2549), น. 245.

⁴³ แตกต่างจากคดีอาญาซึ่งใช้มาตรฐาน proof beyond reasonable doubt โจทก์จึงต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่า จำเลยเป็นผู้กระทำผิดโดยปราศจากข้อสงสัยอันสมควร ดังที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 บัญญัติไว้ ดู โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2545), น. 461.

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับอำนาจในการออกประกาศ ธปท. คือ ประกาศ ธปท. อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 84 ประกอบมาตรา 7 แห่งพ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ซึ่งบัญญัติว่า “เพื่อให้สถาบันการเงินมีระบบบริหารจัดการที่ดี ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจประกาศกำหนดให้สถาบันการเงินจัดตั้งคณะกรรมการชุดต่างๆ ตลอดจนมีอำนาจกำหนดองค์ประกอบ คุณสมบัติ และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ” เพื่อให้ ธปท. เข้าไปกำกับดูแลการกำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการชุดต่างๆ ในสถาบันการเงิน รวมถึงคณะกรรมการบริษัท⁴⁴ จะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ในการบัญญัติมาตรา 84 ดังกล่าวมิได้มีเจตนาจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ และภาษาที่ใช้ในบทบัญญัติดังกล่าวก็เพียงแค่ให้อำนาจ ธปท. กำหนดองค์ประกอบ คุณสมบัติ และอำนาจหน้าที่เท่านั้น คำว่า “อำนาจหน้าที่” น่าจะมีความหมายเพียงให้ ธปท. มีอำนาจกำหนดขอบเขตในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทและคณะกรรมการชุดอื่นๆ เท่านั้น ไม่น่าจะเป็นการให้อำนาจ ธปท. กำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ⁴⁵

โดยสรุปแล้ว แม้ว่าเป็นการสมควรที่นำ BJR มาใช้ปรับใช้กับการทำปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการตามพ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศ ธปท. เพื่อที่อย่างน้อยกรรมการจะมีแนวทางในการปฏิบัติตนเพื่อแสดงว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว แต่ยังคงขาดความชัดเจนในผลของการปรับใช้ในกรณีที่กรรมการไม่สามารถพิสูจน์ หรือมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว

2. ความชัดเจนขององค์ประกอบ BJR ในกฎหมายไทย

BJR ใน พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศ ธปท. เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างกว้างๆ ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการตีความ และอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติตามมา กล่าวคือ อยากรู้ว่าเป็นประโยชน์สูงสุดของบริษัท หรือข้อมูลแค่ไหนจึงถือว่าเพียงพอ เป็นต้น และเนื่องจาก พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศ ธปท. เป็นบทบัญญัติที่เพิ่งมีผลบังคับใช้ไม่นาน จึงยังไม่มีคำพิพากษากฎีกาที่จะนำมาเป็นบรรทัดฐาน หรือเทียบเคียงได้ BJR ดังกล่าวจึงอาจไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นแนวทางหรือหลักเกณฑ์ที่กรรมการจะสามารถนำมาปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้น

⁴⁴รายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ครั้งที่ 25 (40/2550) 27/2550 เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ 5 เดือนเมษายน พ.ศ. 2550.

⁴⁵ดูเทียบกับ มาตรา 27 แห่ง พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ที่กำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลค้าขายผู้ประกอบการธุรกิจด้วยความระมัดระวัง.

จึงจำเป็นต้องนำแนวทางในการพิจารณา BJR ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียมาประกอบการพิจารณาเพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

การพิจารณาว่าผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารจะมีการตัดสินใจอย่างไรได้บ้าง เป็นการใช้มาตรฐานแบบภาวะวิสัย (Objective Test) ซึ่งต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป จึงอาจเป็นการยากที่จะกำหนดโดยเฉพาะเจาะจง ในสหรัฐอเมริกาจะถือว่าการตัดสินใจของกรรมการอยู่ในขอบเขตของความสมเหตุสมผล ก็ต่อเมื่อเป็นการตัดสินใจที่กรรมการสามารถสังเกตเห็นได้ว่าบริษัทจะได้ประโยชน์มากกว่าเสียประโยชน์ ประโยชน์สูงสุดของบริษัท เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดว่า อะไรคือประโยชน์สูงสุดของบริษัท หลักเกณฑ์ที่ศาลในออสเตรเลียใช้พิจารณาคือ ต้องเป็นประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นโดยรวมอย่างเท่าเทียมกัน มิใช่เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่ต่อบริษัท และผู้ถือหุ้นโดยรวม แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นประโยชน์ทางการเงินเท่านั้น⁴⁶ โดยได้วิเคราะห์กรณีศึกษาเกี่ยวกับประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นโดยรวมในข้อ 4.5 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ในการดำเนินธุรกิจซึ่งต้องมีการตัดสินใจที่รวดเร็วภายในระยะเวลาอันจำกัด การพิจารณาว่าข้อมูลที่กรรมการใช้ในการตัดสินใจนั้นเพียงพอหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากกระบวนการตัดสินใจว่า ก่อนการตัดสินใจนั้น กรรมการได้ทำหน้าที่ของตนในการแสวงหาข้อมูลที่จำเป็นแล้วหรือไม่ ในสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย กรรมการต้องใช้ความพยายามตามสมควรเพื่อให้ตนมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และต้องพิจารณาข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญทั้งหมดเท่าที่ตนสามารถหาได้ โดยอย่างน้อยจะต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับเหตุผล ผลกระทบต่อผู้ถือหุ้น ความเห็นของฝ่ายบริหาร และความเป็นธรรมของธุรกรรม ในกรณีที่กรรมการไม่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิจารณา กรรมการสามารถอาศัยความเห็น ข้อมูล หรือรายงานที่จัดทำขึ้นโดยพนักงาน คณะอนุกรรมการ หรือที่ปรึกษาภายนอกได้ หากกรรมการเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีความสามารถและเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าว แต่กรรมการคงมีหน้าที่พิจารณาความเห็น ข้อมูล หรือรายงานด้วยความระมัดระวัง

กรรมการมีหน้าที่ชวนหาข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญเท่าที่ตนจะสามารถหาได้ โดยใช้ความพยายามตามสมควรเมื่อคำนึงถึงเหตุผลทางธุรกิจ เช่น ระยะเวลาที่กรรมการจะต้องตัดสินใจ เป็นต้น หากกรรมการอาศัยข้อมูล ความเห็น หรือรายงานของบุคคลอื่นซึ่งมี

⁴⁶จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์.

ความสามารถและเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าว กรรมการจะต้องอ่านและซักถามถึงที่มา วิธีการจัดทำ และการวิเคราะห์ข้อมูล

สิ่งที่ จะแสดงให้ เห็นถึงกระบวนการตัดสินใจของกรรมการอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมคือ ระยะเวลาในการเชิญประชุม ข้อมูลที่กรรมการได้รับก่อนการประชุม และรายงานการประชุม เพราะแสดงให้เห็นว่า ในการตัดสินใจนั้น กรรมการมีข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญหรือไม่ มีการซักถาม อภิปราย หรือขอข้อมูลเพิ่มเติมประกอบการตัดสินใจหรือไม่การจดบันทึกการประชุมจึงเป็นเรื่องสำคัญ⁴⁷

3. การคุ้มครองกรรมการ

BJR ในสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียทำหน้าที่คุ้มครองการตัดสินใจของกรรมการจากการทบทวนของศาล เมื่อการตัดสินใจของกรรมการครบองค์ประกอบ BJR ในประเทศไทย แม้จะไม่มี ความชัดเจนในการปรับใช้ BJR (ดู ข้อ 1ข้างต้น) แต่ BJR ใน พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศ ธปท. ก็เป็นหลักเกณฑ์ที่กรรมการสามารถใช้เป็นข้อพิสูจน์ว่าตนปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บทบัญญัติดังกล่าวน่าจะคุ้มครองกรรมการจากความรับผิดในการกล่าวหาว่าปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่ระมัดระวัง

ในการฟ้องร้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการ กรรมการเพียงแต่พิสูจน์⁴⁸ให้ศาลเห็นว่า ตนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ถือว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง โดยกรรมการไม่ต้องพิสูจน์แก้อกล่าวหาทั้งหมดของโจทก์ แม้ว่า BJR ในกฎหมายไทยกำหนดให้กรรมการมีหน้าที่ในการพิสูจน์ ก็ไม่น่าจะเป็นการสร้างหรือเพิ่มภาระให้กับกรรมการจนเกินไป เพราะแม้ไม่มี BJR กรรมการก็มีหน้าที่ต้องพิสูจน์เพื่อแก้อกล่าวหาอยู่แล้ว แต่กลับเป็นการลดภาระการพิสูจน์ของกรรมการมากกว่า เพราะหากไม่มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าว กรรมการก็มีหน้าที่ต้องพิสูจน์เพื่อแก้อกล่าวหาทุกข้อของโจทก์อยู่แล้ว และอาจจะมีประเด็นที่กรรมการต้องพิสูจน์มากกว่าการพิสูจน์ว่าได้ปฏิบัติตาม BJR

⁴⁷สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร Company Secretary Program 29/2009 เมื่อวันที่ 12-13 กุมภาพันธ์ 2552, น. 11.

⁴⁸ดู บทที่ 4 ข้อ 4.3 ข้อย่อยที่ 1.

4.4 การใช้สิทธิฟ้องร้องของผู้ถือหุ้นในกรณีเกิดความเสียหายต่อบริษัทจากการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีได้มุ่งศึกษาถึงสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีจากการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการ อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก BJR มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความรับผิดชอบของกรรมการต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น เพื่อความสมบูรณ์ของการศึกษา ผู้เขียนจะกล่าวถึงสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องการฟ้องคดีจากการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการพอสังเขป โดยไม่วิเคราะห์ข้อกฎหมายในเชิงลึก เนื่องจากเป็นเรื่องที่ควรได้รับการศึกษาอย่างลึกซึ้งซึ่งแยกต่างหากออกไป

สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องกรรมการให้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทจากการไม่ปฏิบัติตาม Fiduciary Duty ของกรรมการนั้น พ.ร.บ. บริษัทมหาชนฯ กำหนดไว้เป็นหลักการว่า ในการดำเนินกิจการของบริษัท หากกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติที่ประชุมของผู้ถือหุ้น ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท เป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากกรรมการคนนั้นได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ของหุ้นที่จำหน่ายได้จะแจ้งให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ อาจฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้⁴⁹

⁴⁹พ.ร.บ. บริษัทมหาชน มาตรา 85 บัญญัติว่า

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทหรือผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณีอาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้”.

นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นยังมีสิทธิฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ที่ตนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องได้รับไว้โดยมิชอบจากการที่กรรมการนั้นไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต หรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับบริษัท มติคณะกรรมการ และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น⁵⁰

จะเห็นว่าการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นในการนำคดีขึ้นฟ้องร้องตาม พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัดฯ และ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ เป็นการฟ้องคดีแทนบริษัท และผู้ถือหุ้นจะสามารถใช้สิทธิตามมาตรานี้ได้ ก็ต่อเมื่อบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องเอง ดังนั้น หากศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถือหุ้นชนะคดีแล้ว ค่าสินไหมทดแทนที่ได้รับตามคำพิพากษาของศาลก็ต้องเป็นของบริษัท มิใช่เป็นของผู้ถือหุ้น⁵¹ ที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะกฎหมายถือว่าหน้าที่ของกรรมการตาม พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัดฯ และ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ เป็นหน้าที่ของกรรมการต่อบริษัท หากกรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวแล้ว บริษัทจึงยอมเป็นผู้ได้รับความเสียหาย

นอกจากนี้ หากศาลพิพากษาให้กรรมการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายต่อบริษัทแล้ว ผู้ถือหุ้นก็ย่อมได้ประโยชน์จากค่าสินไหมทดแทนนั้นในทางอ้อมด้วย ไม่ว่าจะในรูปแบบของมูลค่าของหุ้นที่เพิ่มขึ้นจากการคำนวณรวมค่าสินไหมทดแทนที่บริษัทได้รับ หรือเงินปันผลหากค่าสินไหมทดแทนนั้นทำให้บริษัทมีกำไร

⁵⁰ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7 บัญญัติว่า

“ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น”

พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 บัญญัติว่า

“... ในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบ บริษัทอาจฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ดังกล่าวให้แก่บริษัทได้”

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว และบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง ผู้ถือหุ้นดังกล่าวสามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนประโยชน์ตามวรรคหนึ่งแทนบริษัทได้ ...”

⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1910/2538 และ 1426/2542.

ผู้ถือหุ้นที่จะมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทจะต้องถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ของจำนวนหุ้นหรือจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท⁵² การกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่ผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิฟ้องก็เพื่อให้เป็นที่มั่นใจว่าการดำเนินการดังกล่าวของผู้ถือหุ้นเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นโดยรวม และเพื่อปกป้องมิให้ผู้ถือหุ้นฉวยโอกาสใช้ช่องทางตามกฎหมายกลั่นแกล้งกรรมการได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืน Duty of Care และก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่บริษัท จะถือว่าผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายด้วยหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของบริษัทจดทะเบียน การกระทำผิดของกรรมการอาจส่งผลกระทบต่อมูลค่าหุ้นหรือความสามารถในการซื้อขายหุ้นของบริษัทนั้นๆ ในตลาดหลักทรัพย์ ในกรณีดังกล่าวมีข้อสังเกตว่า ผู้ถือหุ้นที่ได้รับผลกระทบนั้นจะสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลเองได้หรือไม่ ในฐานะที่เป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการตัดสินใจของกรรมการซึ่งฝ่าฝืน Duty of Care ดังกล่าว โดยไม่ต้องอาศัยบทบัญญัติตาม พ.ร.บ. บริษัทมหาชนจำกัดฯ หรือ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ โดยมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายอันเป็นผลจากการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการหรือไม่ และความเสียหายนั้นส่งผลกระทบต่อราคาหุ้น ทำให้หุ้นมีมูลค่าลดลง ก็อาจถือได้ว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายเท่ากับมูลค่าที่ลดลงของหุ้นที่ผู้ถือหุ้นรายนั้นถืออยู่ อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหุ้นจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามูลค่าหุ้นที่ลดลงนั้นเป็นผลโดยตรงจากการที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืน Duty of Care

หากพิจารณาตาม Contractual Theory ถือว่าบริษัทเป็นเรื่องกลุ่มสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกัน (nexus of contract) ของผู้ถือหุ้น กรรมการ และผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในกิจการของบริษัทและการสมัครใจเข้าร่วมกิจกรรมโดยยอมรับกฎเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติต่างๆ ที่ใช้กับบริษัท⁵³ การตกลงเข้าเป็นกรรมการของบริษัทย่อมเป็นการที่กรรมการตกลงเข้าทำสัญญากับบริษัท และผู้ถือหุ้นแล้ว การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการจึงเป็นการกระทำหน้าที่ตามสัญญาได้ตกลงทำกับบริษัทและผู้ถือหุ้น เมื่อผู้ถือหุ้น บริษัท และกรรมการมีหนี้ผูกพันนิติสัมพันธ์ต่อกันอยู่ก่อนแล้ว ก่อนเกิด

⁵² พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/18 บัญญัติว่า

“... ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว และบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้ง ผู้ถือหุ้นดังกล่าวสามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนประโยชน์ตามวรรคหนึ่งแทนบริษัทได้ ...”

⁵³ ดู บทที่ 2 ข้อ 2.1.1.

ความรับผิดชอบต่างได้ตกลงกันแล้วถึงหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน⁵⁴ ความรับผิดชอบของกรรมการอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืน Duty of Care จึงเป็นความรับผิดชอบในทางสัญญา

เมื่อเป็นความรับผิดชอบในทางสัญญา ผู้ถือหุ้นหรือบริษัทจึงมีหน้าที่ในการนำสืบเพียงว่า กรรมการมีหน้าที่ตามสัญญาในการปฏิบัติตาม Duty of Care⁵⁵ ส่วนกรรมการมีหน้าที่นำสืบว่า ตนได้ปฏิบัติหน้าที่ Duty of Care ตามสัญญาแล้วหรือไม่ หากกรรมการนำสืบไม่ได้ ก็ถือว่า กรรมการมีความรับผิดชอบทางสัญญา⁵⁶ สำหรับความเสียหาย⁵⁷ที่กรรมการจะต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นหรือบริษัทนั้น การกำหนดค่าเสียหายจึงต้องพิจารณาจากปริมาณ ขอบเขต และความสมเหตุสมผลของความเสียหาย ทั้งความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิด ซึ่งอาจเป็นความเสียหายที่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นขาดไปจากทรัพย์สินของตน อันเรียกว่า ขาดทุน และความเสียหายในทางที่จะได้เพิ่มขึ้นในทรัพย์สินของตน อันเรียกว่า ขาดกำไร⁵⁸ และกรรมการยังอาจจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษอีกด้วย⁵⁹ หากว่ากรรมการคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็น

⁵⁴จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545) น. 37.

⁵⁵เพ็ญอ้าง, น. 40-41 “ในความรับผิดชอบทางสัญญา ประเด็นว่าจำเลยได้ขัดขึ้นต่อหนี้หรือไม่ ตกอยู่แก่จำเลยที่จะต้องนำสืบก่อน” และ “คดีความรับผิดชอบทางสัญญา..... โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้จึงมีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบก่อนว่า ได้มีหนี้เกิดขึ้นผูกมัดจำเลยผู้เป็นลูกหนี้ แต่เมื่อเจ้าหนี้นำสืบฟังได้ว่า มีหนี้เกิดขึ้นแล้ว สภาพที่เจ้าหนี้นำสืบได้มานี้ คือสิทธิซึ่งเจ้าหนี้จะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ จำเลยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องแสดงว่าได้ชำระหนี้แล้ว เป็นหน้าที่จำเลยที่จะสืบว่าตนไม่ขัดขึ้นต่อกฎหมาย”.

⁵⁶จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ติระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) น. 83.

⁵⁷ความเสียหายดังกล่าวจะต้องเป็นความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการที่กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care.

⁵⁸จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 54, น. 73.

⁵⁹ป.พ.พ. มาตรา 222 บัญญัติว่า

“การเรียกเอาค่าเสียหายนั้นได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

พฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้า⁶⁰ว่า ผู้ถือหุ้นหรือบริษัทจะขาดทุนหรือขาดกำไรจากการไม่ปฏิบัติตาม Duty of Care ดังกล่าว

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีได้มุ่งศึกษาถึงความรับผิดชอบของกรรมการ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนจะกล่าวถึงความรับผิดชอบของกรรมการจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กรอบและแนวทางของ BJR ตามประกาศ ธปท. และการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตาม พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7 พอสั่งเขป โดยไม่วิเคราะห์ข้อกฎหมายในเชิงลึก เนื่องจากเป็นเรื่องที่ควรได้รับการศึกษาอย่างลึกซึ้งแยกต่างหากออกไป

กรรมการที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กรอบและแนวทางของ BJR ตามประกาศ ธปท. อาจต้องรับผิดชอบทางแพ่งต่อผู้ถือหุ้น หรือผู้ฝากเงิน หรือผู้ถือตัวสัญญาใช้เงินที่เกิดจากการระดมเงินจากประชาชนของสถาบันการเงิน เว้นแต่เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ทุจริต หรือมีส่วนในการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว⁶¹ และการที่กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามประกาศ ธปท. ดังกล่าวอาจถือเป็นกรณีที่สถาบันการเงินฝ่าฝืนประกาศที่กำหนดตามมาตรา 84 อันมีผลให้สถาบันการเงินจะต้องรับผิดชอบทางอาญา โดยระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละห้าพันบาท

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแก่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าผู้กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”.

ดู จิต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 54*, น. 43 “ในความรับผิดชอบทางสัญญาได้มีหนี้เป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนืออยู่ก่อนแล้ว และก่อนที่จะมีหนี้ขึ้นทั้งจะต้องคาดคะเนถึงผลแห่งการไม่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ที่ตกลงกันแล้ว”.

⁶⁰ดู คำพิพากษาฎีกาที่ 1599/2527 การคาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์พิเศษซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้อันลูกหนือจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสองนั้น ลูกหนือน่าจำต้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นล่วงหน้าตั้งแต่ขณะทำสัญญาเสมอไปไม่ หากปรากฏว่าลูกหนือได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นก่อนประพตติผิดสัญญาผู้เพียงพอที่ลูกหนือจะต้องรับผิดชอบได้.

⁶¹พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 28 บัญญัติว่า “กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อ ผู้ถือหุ้น หรือผู้ฝากเงิน หรือผู้ถือตัวสัญญาใช้เงินที่เกิดจากการระดมเงินจากประชาชนของสถาบันการเงิน เพื่อความเสียหายใดๆ อันเกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทย หรือผู้ตรวจการสถาบันการเงินสั่งการตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ทุจริต หรือมีส่วนในการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว”.

ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ หรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง⁶² และกรรมการก็อาจต้องรับโทษดังกล่าวด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้น⁶³ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดทางอาญาจากการฝ่าฝืนดังกล่าว เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดหรือจำกัดห้ามการกระทำใดๆ เพื่อประโยชน์ในทางการปกครอง รัฐเท่านั้นจึงเป็นผู้เสียหาย โดยแม้จะมีบุคคลใดได้รับความเสียหายเป็นพิเศษ บุคคลนั้นก็มิเป็นผู้เสียหาย⁶⁴ ดังนั้น ความผิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามประกาศที่กำหนดตามมาตรา 84 ของพ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงินดังกล่าว ผู้ถือหุ้นและบริษัทจึงมิใช่ผู้เสียหายในคดีอาญาจึงไม่มีประเด็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับกรณีคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา⁶⁵ แตกต่างจากกรณีที่กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตาม พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7⁶⁶ ซึ่งบทบัญญัติความรับผิดทางอาญานี้มีองค์ประกอบความผิด “จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย” ดังนั้น หากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวของกรรมการทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย บริษัทย่อมเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาด้วย⁶⁷

⁶² พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 125.

⁶³ พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 132 วรรคสอง.

⁶⁴ คณิ่ง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 26.

⁶⁵ คดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญา หมายความว่า “คดีแพ่งที่มีมูลจากการกระทำความผิดอาญา” ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในชั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2551), น. 231.

⁶⁶ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 281/2 บัญญัติว่า “กรรมการ หรือผู้บริหารบริษัทผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย หรือทำให้ตนเอง หรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้น หรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท.

⁶⁷ ธนาธิศ เกศวพิทักษ์, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น. 15 และคำพิพากษาฎีกาที่ 145/2536 จำเลยแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนว่า ส.ค.1 ของ ท. ที่จำเลยเก็บรักษาไว้ได้หายไป ซึ่งเป็นความเท็จ ต่อมาจำเลยได้นำสำเนารายงานประจำวันเกี่ยวกับคดีที่บันทึก

และในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหายทางแพ่งจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวด้วย บริษัทก็จะมีสถานะเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายทางแพ่งเนื่องมาจากการกระทำผิดอาญา และมีอำนาจฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาได้ ซึ่งจะต้องนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญามาบังคับใช้ เช่น การที่ศาลจะมีคำพิพากษาคดีส่วนแพ่งว่าจำเลยมีความรับผิดหรือไม่ จำต้องอาศัยข้อเท็จจริงข้อใดข้อหนึ่ง และถ้าข้อเท็จจริงนั้นได้รับการวินิจฉัยในคดีส่วนอาญาแล้ว คดีส่วนแพ่งจำต้องถือข้อเท็จจริงนั้นเป็นยุติ คู่ความจะโต้แย้งเป็นอย่างอื่นมิได้⁶⁸ และคำพิพากษาคดีในส่วนแพ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันว่าด้วยความรับผิดของบุคคลในทางแพ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจำเลยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำผิดหรือไม่⁶⁹ เป็นต้น

หากเป็นกรณีที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่ “โดยทุจริต” กรรมการก็ต้องรับผิดชอบตาม พ.ร.บ. รุกลักทรัพย์เงิน มาตรา 140 – 143 และ พ.ร.บ. หลักรักรัษณ์ มาตรา 281/2 วรรคสอง

4.5 กรณีศึกษา

ก่อนที่จะกล่าวต่อไป เนื่องจาก BJR มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับ Fiduciary Duty และ Duty of Care ผู้เขียนจึงขออธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ดังกล่าวไว้พอสังเขป ณ ที่นี้

Fiduciary Duty เป็นหลักในกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่องทรัสต์ (trust)⁷⁰ ซึ่งถูกนำมาปรับใช้ในกฎหมายลักษณะบริษัท ในการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินของบริษัทเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น เช่น ในสหรัฐอเมริกา กรรมการและพนักงานมี

การรับแจ้งความดังกล่าวไปขอคัดสำเนา ส.ค.1 จากอำเภอแล้วนำไปยื่นต่อเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัด ขอรังวัดที่ดินเพื่อออกโฉนดเป็นของจำเลยการกระทำของจำเลยอาจทำให้โจทก์เสียหายเพราะเมื่อ ท.ถึงแก่กรรมที่ดินตาม ส.ค.1 ย่อมเป็นมรดกตกทอดแก่โจทก์ผู้เป็นบุตรทันทีการที่จำเลยอ้างว่า ส.ค.1 หายไปและ ท.ผู้มีชื่อใน ส.ค.1 มอบ ส.ค.1 พร้อมทั้งที่ดินให้จำเลยครอบครองจำเลยจึงออกโฉนดที่ดินในนามของจำเลยย่อมกระทบกระเทือนต่อสิทธิครอบครองของโจทก์ โจทก์จึงเป็นผู้เสียหายและมีอำนาจฟ้องจำเลยฐานแจ้งความเท็จ, สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2553, จาก http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/jud/th/thsc/2536/cd_20245.pdf.

⁶⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 46.

⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 47 วรรคแรก.

⁷⁰ ทรัสต์ คือ ความสัมพันธ์ที่บุคคลหนึ่งเป็นผู้ดูแลทรัพย์สิน (trustee) ยึดถือทรัพย์สินไว้ และมีอำนาจจัดการใดๆ กับทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ (beneficiary).

หน้าที่ตามความสัมพันธ์แบบ Fiduciary ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น โดยกรรมการและพนักงานมีหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความระมัดระวัง (Duty of Care) และหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Good Faith and Duty of Loyalty) หลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปของกรรมการ โดยใช้ถ้อยคำตามที่ Committee on Corporation Law of the American Law Associations ได้บัญญัติไว้ใน Model Business Corporation Act ข้อ 8.30 (a) และ (b) ดังนี้

(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, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances.⁷¹

ในออสเตรเลีย กรรมการมีหน้าที่บริหารกิจการของบริษัทด้วยความระมัดระวัง ความสามารถ และความซื่อสัตย์อย่างมีเหตุผลอันควร (Duty to act with reasonable care, skill and diligence) และมีหน้าที่ซื่อสัตย์ต่อบริษัท (Duty of Loyalty) กล่าวคือ กรรมการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานโดยสุจริตเพื่อผลประโยชน์โดยรวมของบริษัท และต้องบริหารกิจการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องเท่านั้น รวมถึงการหลีกเลี่ยงการมีผลประโยชน์ขัดแย้งระหว่างตนเองกับบริษัท⁷² บัญญัติใน Corporations Act 2001

“Part 2D.1 – Duties and powers

Division 1 General duties

Section 180 Care and diligence – directors and other officers

⁷¹ Retrieved January 12, 2010, from <http://www.abanet.org/buslaw/committees/CL270000pub/nosearch/mbca/assembled/20051201000001.pdf>.

⁷² เขม วรรณเดช, “หน้าที่ของกรรมการบริษัทภายใต้ระบบบรรษัทภิบาลที่ดี และบทเรียนจากคดีปิ่น จักกะพาก”, *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 38, น. 158 (มีนาคม 2545).

(1) A director or other officer of a corporation must exercise their powers and discharge their duties with the degree of care and diligence that a reasonable person would exercise if they:

(a) Were a director or officer of a corporation in the corporation circumstances; and

(b) Occupied the office held by, and had the same responsibilities within the corporation as, the director or officer.”⁷³

กฎหมายไทยได้นำหลัก Fiduciary Duty มาบัญญัติใน พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ มาตรา 89/7 ที่บัญญัติว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น” ดังนั้น กรรมการในบริษัทจดทะเบียนจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามหลัก Fiduciary Duty ดังกล่าว

Duty of Care เป็นหลักหนึ่งใน Fiduciary Duty ที่กำหนดให้กรรมการต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ กรรมการต้องตัดสินใจบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอและสมเหตุสมผล รวมถึงควบคุมดูแลกิจการให้เป็นไปอย่างเหมาะสม เยี่ยงบุคคลผู้มีความฉลาดรอบคอบตามปกติธรรมดาที่อยู่ในตำแหน่งเช่นนั้นพึงกระทำภายใต้สภาวะแวดล้อมที่เหมือนกัน

อย่างไรก็ตาม ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care ของกรรมการ แม้ว่ากรรมการได้ใช้ความระมัดระวังแล้วก็ตามก็อาจมีกรณีที่กรรมการตัดสินใจหรือใช้ดุลพินิจผิดพลาดก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ BJR จึงถูกนำมาคุ้มครองกรรมการมิให้ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการตัดสินใจผิดพลาดดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างสมบูรณ์แล้ว แม้จะเกิดความผิดพลาดขึ้น กรรมการก็ไม่ต้องรับผิด เนื่องจากผู้ถือหุ้นเป็นผู้เลือกกรรมการเข้ามาเป็นผู้บริหารกิจการของบริษัท และกรรมการก็ไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อความสำเร็จของบริษัท⁷⁴

⁷³ Retrieved April 19, 2010, from http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/.

⁷⁴ ดู บทที่ 3.

เพื่อให้ผู้อ่านเห็นถึงความสัมพันธ์ของ Fiduciary Duty, Duty of Care และ BJR ตลอดจนการปรับใช้หลักดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรม จึงขอยกข้อเท็จจริงสมมติ (ปัญหาตุ๊กตา) มาวิเคราะห์เพื่อพยายามหาคำตอบสำหรับปัญหาดังกล่าว ดังปรากฏข้างล่างนี้

กรณีที่ 1 กรณีของการจะเข้าซื้อกิจการ (Take Over) โดยบริษัทที่จะเข้าซื้อเสนอ แลกหุ้น (share swap) คำถามที่ตามมาคือ คณะกรรมการของบริษัทที่จะถูกซื้อมีหน้าที่อย่างไร กรรมการต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทหรือของผู้ถือหุ้น

ข้อเท็จจริง (สมมติ) บริษัท A ต้องการซื้อกิจการของบริษัท B จึงเสนอแลกหุ้นของบริษัท A ให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัท B ถ้ามีการแลกหุ้นกัน บริษัท B จะไม่เหลือมูลค่าใด ในขณะที่ผู้ถือหุ้นของบริษัท B จะได้รับประโยชน์จากการแลกหุ้นดังกล่าว

คำถาม ในกรณีเช่นที่กล่าวข้างต้น คณะกรรมการของบริษัท B ควรจะตัดสินใจอย่างไร (ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทหรือประโยชน์ของผู้ถือหุ้น)

ตามหลักในกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ ถือว่ากรรมการมีหน้าที่คำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท มิใช่ผู้ถือหุ้นแต่ละคน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาคดี *Percival v. Wright*⁷⁵ ซึ่งเป็นคดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการจากการที่กรรมการซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นและมีได้แจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบว่า จะนำไปขายต่อในราคาที่สูงกว่า ผู้พิพากษา Swinfen-Eady ให้ความเห็นว่า “กรรมการมีหน้าที่ในลักษณะ trustee ต่อบริษัท ซึ่งเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น หากกรรมการเปิดเผยการขายหุ้นก่อนเวลาอันควรก็อาจทำให้เกิดผลเสียหายต่อประโยชน์ของบริษัทได้.”⁷⁶

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการเข้าซื้อกิจการ (take over) กรรมการก็อาจมีหน้าที่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นด้วย ดังปรากฏในคำพิพากษาคดี *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*⁷⁷ ศาลสูงของรัฐเดลาแวร์ได้วางหลักว่า “หากการขายหรือการแยกบริษัท (break-up) เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ หน้าที่ของคณะกรรมการต้องเปลี่ยนจากการรักษาผลประโยชน์ของบริษัทในฐานะที่เป็นนิติบุคคล เป็นการทำให้บริษัทมีมูลค่าสูงสุดเพื่อ

⁷⁵ [1902] 2 Ch, 421.

⁷⁶ *Percival v. Wright*, [1902] 2 Ch, 421, p. 426, Retrieved May 7, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁷⁷ 506 A. 2d 173 (Del. 1986).

ประโยชน์ของผู้ถือหุ้น”⁷⁸ ในกรณีเดียวกัน ศาลในออสเตรเลียพิจารณาว่า “คำว่า ‘บริษัทโดยรวม’ มิได้หมายความว่า บริษัทในฐานะที่เป็นนิติบุคคลทางการค้าแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น แต่หมายถึงผู้ถือหุ้นโดยรวม”⁷⁹

ถ้าเดินตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลในสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียแล้ว คณะกรรมการบริษัท B ก็มีหน้าที่ต้องแนะนำให้ผู้ถือหุ้นแลกหุ้น (share swap) ของตนกับหุ้นในบริษัท A

กรณีที่ 2 เป็นเรื่องของการปฏิบัติงานของกรรมการและการอ้าง BJR ของกรรมการในบริษัทที่มีระบบการบริหารงานแบบแท่ง (Matrix) ซึ่งมีการแบ่งหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการแต่ละคนออกเป็นส่วนๆ ถ้ากรรมการคนหนึ่งตัดสินใจในส่วนที่ตนรับผิดชอบผิดพลาด และเกิดความเสียหายต่อบริษัท กรณีเช่นนี้ ความรับผิดชอบของกรรมการคนอื่นจะเป็นอย่างไร

ในการบริหารงานบริษัท กรรมการจะทำงานร่วมกันเป็นคณะ เรียกว่า คณะกรรมการ (Board of Directors)⁸⁰ กรรมการจึงทำหน้าที่โดยการประชุมปรึกษาหารือกันในที่ประชุมคณะกรรมการ เพราะอำนาจจัดการงานเป็นของคณะกรรมการ มิใช่ของกรรมการแต่ละคน⁸¹ การตัดสินใจของคณะกรรมการคือ การลงมติเห็นด้วย ไม่เห็นด้วย หรืองดออกเสียงในเรื่องที่ปรึกษาหารือในที่ประชุมคณะกรรมการ

เมื่อพิจารณาด้วยบทกฎหมายของสหรัฐอเมริกาข้อ 8.30 (a) แห่ง Model Business Corporation Act และออสเตรเลีย ข้อ 180 (1) แห่ง Corporations Act 2001 รวมถึงมาตรา 89/7 แห่ง พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ ข้างต้น ต่างก็ใช้คำที่มีความหมายถึง “กรรมการคนเดียว” (Each member of the board of directors, A director) จึงกล่าวได้ว่า กรรมการแต่ละคนมีหน้าที่ตาม Fiduciary Duty ต่อบริษัท เช่นเดียวกับกับ BJR กรรมการแต่ละคนได้รับความคุ้มครองจาก BJR เช่นกัน ในสหรัฐอเมริกา ศาลสูงแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ได้อธิบายในคดี *Francis v. United Jersey Bank*⁸² ว่า “กรรมการบริษัทอาจไม่ต้องรับผิดชอบได้แก่ต่อกรรมการคนอื่นถึงความไม่เหมาะสม

⁷⁸*Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.* 506 A. 2d 173 (Del. 1986), p. 182, Retrieved May 7, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁷⁹*Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd* [1951] Ch 286 p. 291 ดังปรากฏใน Phillip Lipton, *Understanding Company Law*, Thirteen Edition; Lawbook Co 2006, p. 297.

⁸⁰ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, สหชน รัตนไพจิตร, *อั่งแล่ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 205.

⁸¹ ไสภณ รัตนากร, *อั่งแล่ว เชิงอรรถที่ 34*, น. 338.

⁸² 87 N.J. 15, 432 A. 2d 814 (1981).

ของการตัดสินใจในนั้น และลงมติตามที่ตนเห็นสมควร”⁸³ คำอธิบายนี้คล้ายกับบทบัญญัติในมาตรา 89/8 แห่ง พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และกฎหมายออสเตรเลีย ข้อ 180 (2) แห่ง Corporations Act 2001 บัญญัติว่า

“(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.”⁸⁴

แม้ว่าในหลักการ BJR คุ้มครองการตัดสินใจหรือมติของคณะกรรมการ แต่ BJR ก็คุ้มครองความรับผิดชอบของกรรมการแต่ละคนด้วย⁸⁵ กล่าวคือ หากการตัดสินใจของคณะกรรมการได้รับความคุ้มครองโดย BJR แล้ว ศาลก็จะไม่เข้าไปทบทวนการตัดสินใจดังกล่าว และถือว่าคณะกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care แล้ว แต่หากการตัดสินใจของคณะกรรมการไม่ได้รับความคุ้มครองจาก BJR กรรมการแต่ละคนก็สามารถอ้าง BJR เพื่อพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม Duty of Care แล้ว มีข้อสังเกตว่า หากเป็นกรณีที่คณะกรรมการได้มอบหมายให้กรรมการคนใดคนหนึ่งเป็นผู้ตัดสินใจ คณะกรรมการก็มีหน้าที่ตาม Duty of Care ที่จะต้องสอดส่องดูแล และควบคุมให้การดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายด้วย

⁸³ *Francis v. United Jersey Bank*, 87 N.J. 15, 432 A. 2d 814 (1981), p. 826, Retrieved May 7, 2010, from <http://www.westlaw.com>.

⁸⁴ Retrieved April 19, 2010, from http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/.

⁸⁵ Model Business Corporation Act 2007, Official Comment of Section 8.31 Standard of Liability for Directors, Note on the Business Judgment Rule, p. 8.51, Retrieved May 20, 2010, from <http://books.google.co.th>.

ดูก็ตามนี้เป็นเรื่องที่กรรมการได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการให้เป็นผู้ตัดสินใจในเรื่องใดๆ แต่เพียงผู้เดียว กรรมการคนนั้นก็เสมือนอย่าง BJR เพื่อคุ้มครองการตัดสินใจของตนได้ ส่วนกรรมการคนอื่นซึ่งดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการ ซึ่งไม่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจจึงไม่มีประเด็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับการได้รับความคุ้มครองจาก BJR เนื่องจากองค์ประกอบหนึ่งของ BJR คือจะต้องเป็น “การตัดสินใจ” อย่างไรก็ตาม กรรมการคนอื่นๆ ยังคงมีหน้าที่สอดส่องดูแลและควบคุมให้กรรมการดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายด้วย มิฉะนั้น ก็อาจถือว่ามิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ Duty of Care และอาจต้องรับผิดชอบบริษัทในการที่มิได้ปฏิบัติสอดส่องดูแลและควบคุมดังกล่าว