



รายงานฉบับสมบูรณ์

Benefit Corporation: ความเป็นไปได้ในการปรับใช้ในประเทศไทย

โดย

ดร. นิรุบล เลิศนุวัฒน์

เสนอต่อ

คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มธ.

มกราคม 2558

บทคัดย่อ

ในช่วงระยะเวลาไม่เกิน 10 ปีที่ผ่านมา ได้มีแนวคิดเรื่องการจัดตั้งองค์กรรูปแบบผสมระหว่างองค์กรที่แสวงหากำไรให้กับผู้ลงทุนและองค์กรที่สร้างประโยชน์สาธารณะและคำนึงถึงสังคม ชุมชนและสิ่งแวดล้อม ประกอบการตัดสินใจทางธุรกิจ แนวคิดในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจรูปแบบใหม่นี้เกิดเป็นรูปธรรมเมื่อมลรัฐแมริแลนด์ในประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศใช้กฎหมายเพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายของอัตรบริษัท (benefit corporation) ในปี ค.ศ. 2010 และต่อมาอีก 20 มลรัฐก็รับรองรูปแบบองค์กรธุรกิจดังกล่าว benefit corporation เป็นบริษัทที่มีขอบวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการเพื่อแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นไปพร้อมๆ กับการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ ข้อพิจารณาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น คือ เหตุใด 21 มลรัฐของสหรัฐอเมริกาจึงบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation เป็นการเฉพาะทั้งที่มีกฎหมายบริษัทที่สามารถใช้บังคับได้อยู่แล้ว หลังจากที่ได้ศึกษาลักษณะของ benefit corporation แล้วพบว่าลักษณะองค์กรแบบ benefit corporation มีความแตกต่างจากบริษัททั่วไปเป็นอย่างมากทำให้ต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่ใช้กับ benefit corporation เป็นการเฉพาะ วิจัยนี้ได้ศึกษาต่อไปถึงความเป็นไปได้ในการรับเอาแนวคิดเรื่อง benefit corporation เข้ามาในระบบกฎหมายบริษัทของไทย ผู้เขียนพบว่า หลักกฎหมายบริษัทของไทยไม่สอดคล้องกับลักษณะของ benefit corporation และหากจะรับเอารูปแบบดังกล่าวมาใช้จำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะเพื่อใช้กับ benefit corporation วิจัยนี้ได้นำเสนอเพิ่มเติมว่ากฎเกณฑ์ที่ว่าด้วย benefit corporation ต้องแยกออกจากบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไป และต้องกำหนดกรอบหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ benefit corporation รวมทั้งต้องกำหนดให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะให้แก่ผู้ถือหุ้นและประชาชน

Abstract

Within the last 10 years, there has been the concept of establishing a new entity form being a hybrid of an entity which generates a profit for investors and an entity which benefits the public and considers the society, community and environment when making a business decision. This concept was concretely formed when the state of Maryland in the United States enacted the law to recognize legal status of the benefit corporation in 2010. Thereafter, 20 more states recognized the status of the benefit corporation as a corporation with an objective to operate business for investors' profit while simultaneously creating benefits to the public. A legal issue in this relation is why these 21 states in the United States enacted the specific laws governing the benefit corporation despite the existing corporate laws. After the study of a nature of the benefit corporation, it is revealed that the benefit corporation is so substantially different from an ordinary corporation that it requires specific governing laws. This research continues study of the possibility to adopt the concept of the benefit corporation to the Thai corporate legal system. The writer found that the Thai corporate law is inconsistent with the benefit corporate concept and that, if this form of corporate is to be allowed in Thailand, a new specific principle must be established to govern it. This research further proposes that the laws on the benefit corporation should be separated from the general corporate laws and that such specific law must stipulate the scope of directors' duties and responsibility to conform with the objective of the benefit corporation. Such law must also require disclosure of information on the public benefit to shareholders and the public.

สารบัญ

บทที่ 1		6
1.1	ความสำคัญและความเป็นมา	6
1.2	วัตถุประสงค์ของการวิจัย	11
1.3	คำถามของการวิจัย	11
1.4	ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	12
1.5	ระเบียบวิธีวิจัย.....	12
1.6	โครงสร้างของงานวิจัย.....	14
บทที่ 2		16
2.1	บทนำ.....	16
2.2	ลักษณะเฉพาะของ benefit corporation	17
2.3	Benefit corporation: ทางเลือกใหม่สำหรับธุรกิจสีเขียว.....	19
2.3.1	ความต้องการของผู้บริโภค	19
2.3.2	แหล่งลงทุนใหม่.....	20
2.4	เอกลักษณ์ของ benefit corporation.....	21
2.4.1	Benefit corporation vs. Certified B Corporation	21
2.4.2	Benefit corporation vs. L3C.....	23
2.4.3	Benefit corporation vs. Constituency statute	24
2.5	บทสรุป	26
บทที่ 3		27
3.1	บทนำ.....	27
3.2	ความจำเป็นในทางกฎหมาย.....	27
3.3	กฎหมายที่ใช้กับ benefit corporation.....	31
3.3.1	Model Benefit Corporation Legislation	31
3.3.2	Delaware General Corporation Law	38
3.3.3	ข้อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายต้นแบบ (MBCL)	
	และกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ (DGCL).....	42

3.4	บทสรุป	45
บทที่ 4		46
4.1	บทนำ.....	46
4.2	ความจำเป็นในการมีกฎหมายเฉพาะ	46
4.2.1	ลักษณะของบริษัทอันเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้น	46
4.2.2	หน้าที่ของกรรมการบริษัท	48
4.3	ลักษณะของกฎหมายเฉพาะ.....	49
4.4	ข้อดีและข้อสังเกตของการรับเอากฎหมายเรื่อง benefit corporation มาใช้ในระบบกฎหมายของไทย.....	57
4.5	บทสรุป	59
บทที่ 5		60
5.1	บทนำ.....	60
5.2	คำตอบต่อข้อคำถามของงานวิจัย	60
5.3	ข้อเสนอแนะสำหรับการศึกษาในอนาคต.....	64
บรรณานุกรม		66
ภาคผนวก		74
	Model Benefit Corporation Legislation with Explanatory Comments	75
	Title 8 Corporations, Chapter 1 General Corporation Law, Subchapter XV	
	Public Benefit Corporations	95

บทที่ 1

บททั่วไป

1.1 ความสำคัญและความเป็นมา

มุมมองของนักกฎหมายสหรัฐอเมริกาต่อบุคคลที่บริษัทควรคำนึงถึงมีความเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่อง ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ในปี ค.ศ. 1919 ศาลสูงแห่งมลรัฐมิชิแกนได้กล่าวถึงลักษณะของบริษัทในคำพิพากษาคดี *Dodge v. Ford Motor*¹ ว่า

บริษัทเป็นองค์กรทางธุรกิจที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจการในการแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้น อำนาจของกรรมการที่ได้รับนั้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว การใช้ดุลยพินิจของกรรมการในการตัดสินใจเลือกวิธีการในการจัดการบริษัทก็เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์นั้น ไม่ได้มีเพื่อแก้ไข หรือเพื่อลดกำไรที่ได้ หรือเพื่อตัดสินใจไม่จ่ายเงินปันผล² เพื่อนำเงินปันผลไปใช้ในการอื่น³

ศาสตราจารย์ Friedman ได้กล่าวถึงหน้าที่ของบริษัทว่า บริษัทมีหน้าที่ในการก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้น ส่วนหน้าที่ที่มีต่อสังคมนั้น ศาสตราจารย์ Friedman เห็นว่า

หน้าที่ของบริษัทที่มีต่อสังคมมีเพียงอย่างเดียวเท่านั้นคือการใช้ทรัพยากรและการกระทำกิจการที่มีขึ้นเพื่อสร้างกำไรโดยอยู่ภายใต้กฎกติกา กล่าวคือ กระทำการแข่งขันอย่างเปิดเผยโดยไม่หลอกลวงหรือฉ้อโกง⁴

จะเห็นได้ว่าการก่อตั้งบริษัทมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การทำให้ผู้ถือหุ้นมีกำไรเพิ่มมากขึ้น หรือที่เรียกว่า “maximize shareholders’ profit” แนวความคิดดังกล่าวขยายไปถึงการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

¹ Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668 (Mich. 1919)

² ภายใต้กฎหมายบริษัทของไทย ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาจ่ายเงินปันผลประจำปี คือ ที่ประชุมผู้ถือหุ้น คณะกรรมการของบริษัทก็อาจอนุมัติจ่ายเงินปันผลในระหว่างกาลได้หากปรากฏว่าบริษัทมีกำไรพอสมควร ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1201 วรรค 3 และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 115 แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติจ่ายเงินปันผลคือ คณะกรรมการบริษัท เว้นแต่หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ดู *Delaware General Corporation Law* § 170(a).

³ Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668, 684 (Mich. 1919):

A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the nondistribution [sic] of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.

⁴ Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom* (University of Chicago Press, 1962) 133:

There is one and only one social responsibility of business — to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud.

กล่าวคือ กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการตั้งบริษัทโดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินกิจการของบริษัทที่มีต่อผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ แนวคิดในลักษณะข้างต้นเรียกว่าทฤษฎีผู้ถือหุ้น (shareholder theory)⁵

แนวความคิดดังกล่าวก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้ถือหุ้นเพราะผู้ถือหุ้นเป็นผู้ที่ต้องรับผลจากการดำเนินกิจการของบริษัทโดยตรง แม้จะมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการของบริษัท เช่น เจ้าหนี้หรือลูกจ้างของบริษัท แต่เมื่อเปรียบเทียบระหว่างผู้ถือหุ้นกับเจ้าหนี้และลูกจ้างแล้ว จะเห็นว่าผู้ถือหุ้นอยู่ในฐานะด้อยกว่า กล่าวคือ ทั้งเจ้าหนี้และลูกจ้างอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ของบริษัทที่สามารถเรียกให้บริษัทชำระหนี้ตามสัญญาได้อยู่แล้ว หากมีเหตุให้บริษัทต้องเลิกกิจการและต้องนำทรัพย์สินที่เหลืออยู่ของบริษัทมาจัดสรรชำระหนี้ เจ้าหนี้และลูกจ้างจะได้รับชำระหนี้ก่อน และหากบริษัทมีทรัพย์สินเหลือจากการชำระหนี้เท่าใด ผู้ถือหุ้นจึงจะได้รับในส่วนที่เหลือ (residual claimants)

จนกระทั่งช่วงปลายทศวรรษที่ 19 มีนักคิดจำนวนมากตั้งคำถามว่า เมื่อการดำเนินกิจการและการตัดสินใจของบริษัทไม่ได้มีผลกระทบต่อเงินลงทุนของผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียวแต่มีผลกระทบต่อบุคคลจำนวนมาก เช่น ลูกจ้าง ผู้บริโภค ผู้ผลิตสินค้า ชุมชนและสิ่งแวดล้อม บริษัทควรต้องคำนึงถึงผลกระทบจากการดำเนินธุรกิจที่มีต่อบุคคลอื่นนอกจากผู้ถือหุ้นด้วยหรือไม่ จึงได้มีการริเริ่มและพัฒนาแนวคิดที่เรียกว่าทฤษฎีผู้มีส่วนได้เสีย (stakeholder theory) ที่มองว่าการประกอบกิจการของบริษัทมีผลต่อบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ถือหุ้นของบริษัท ดังนั้นบริษัทจึงต้องคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียอื่นด้วย⁶

ศาสตราจารย์ Freeman ได้ให้คำนิยามของ “ผู้มีส่วนได้เสีย” ไว้ในสองลักษณะ ได้แก่ ลักษณะแรกเป็นลักษณะอย่างแคบ ผู้มีส่วนได้เสียหมายถึงกลุ่มที่มีผลต่อการดำรงอยู่และความสำเร็จของบริษัท ผู้มีส่วนได้เสียในลักษณะอย่างกว้าง คือ กลุ่มหรือบุคคลที่มีผลกระทบหรือได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจการของบริษัท⁷ ศาสตราจารย์ Freeman ได้อธิบายความสัมพันธ์ของกลุ่มหรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสียกับบริษัทดังรูป

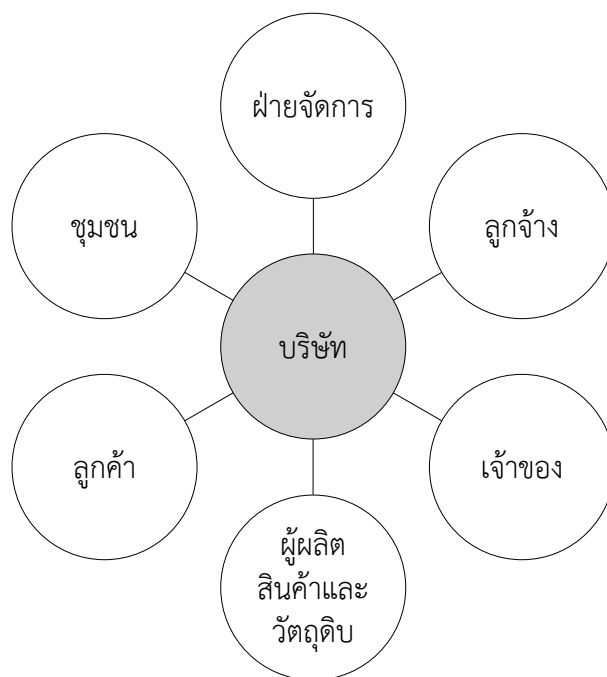
⁵ ดู Stephen Bainbridge, *The New Corporate Governance in Theory and Practice* (Oxford University Press, 2008); Alexander Brink (ed), *Corporate Governance and Business Ethics* (Springer, 2011); Shuangge Wen, *Shareholder Primacy and Corporate Governance: Legal Aspects, Practices and Future Directions* (Routledge, 2013).

⁶ Edward R Freeman and David L Reed, 'Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance' (1983) 25(3) *California Management Review* 88.

ดูเพิ่ม Edward R Freeman et al, *Stakeholder Theory: The State of the Art* (Cambridge University Press, 2010); Robert Phillips, Edward R Freeman and Andrew C Wicks, 'What Stakeholder Theory is Not' (2003) *Business Ethics Quarterly* 479; Edward R Freeman and William M Evan, 'Corporate Governance: A Stakeholder Interpretation' (1990) 19(4) *Journal of Behavioral Economics* 337.

⁷ Edward R Freeman, 'Shareholder Theory of the Modern Corporation' (2001) 3 *Perspectives in Business Ethics* 144.

แผนภาพที่ 1 ผู้มีส่วนได้เสียในบริษัทสมัยใหม่



ที่มา: Freeman, Edward R, 'Shareholder Theory of the Modern Corporation' (2001) 3 *Perspectives in Business Ethics* 144, Figure 1.

ศาสตราจารย์ Freeman มองว่าผู้มีส่วนได้เสียทุกคนมีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวเนื่องกัน เนื่องจากผู้มีส่วนได้เสียแต่ละกลุ่มหรือบุคคลสามารถก่อให้เกิดผลประโยชน์หรือโทษต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีส่วนได้เสียอื่น⁸ ทฤษฎีผู้มีส่วนได้เสียจึงมุ่งเน้นให้บริษัทคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าจะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในลักษณะอย่างแคบหรืออย่างกว้าง เมื่อการดำเนินกิจการของบริษัทกระทบกับผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มหรือบุคคลใด บริษัทจำเป็นต้องคำนึงถึงกลุ่มหรือบุคคลนั้นด้วย การคำนึงถึงของบริษัทต่อผู้มีส่วนได้เสียทำได้โดยการกำหนดกลวิธีในการจัดการกับกลุ่มหรือบุคคลเหล่านั้นอย่างเหมาะสม⁹

การคำนึงถึงความต้องการหรือประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียก่อให้เกิดผลดีในการบริหารจัดการบริษัท เช่น หากบริษัทคำนึงถึงข้อเสนอแนะของผู้บริโภค บริษัทก็สามารถผลิตสินค้าที่สนองต่อความต้องการของผู้บริโภค แต่หากบริษัทไม่คำนึงความต้องการหรือข้อเสนอแนะของผู้บริโภค ก็อาจทำให้ผู้บริโภคหันไปสนับสนุนผลิตภัณฑ์ของบริษัทอื่น นอกจากนี้ การให้ความสำคัญกับผู้มีส่วนได้เสียทำให้การดำเนินกิจการของบริษัทเป็นไปได้อย่างไม่ติดขัด เช่น โรงงานผลิตไฟฟ้าจะเลยต่อการให้ความสำคัญกับชุมชนที่โรงงานตั้งอยู่อาจถูกต่อต้านจากคนในชุมชน บริษัทจึงต้องให้ข้อมูลกับคนในชุมชนเพื่อให้ทราบว่าการสร้างโรงงานผลิตไฟฟ้าไม่ได้มีผลกระทบต่อชุมชนดังที่เข้าใจอันทำให้บริษัทต้องใช้เวลา ทรัพยากรทางบุคคลและค่าใช้จ่ายในการจัดการ มากไปกว่านี้ความขัดแย้งระหว่างโรงงานและชุมชนยังกระทบกับภาพลักษณ์ของบริษัทด้วย การให้

⁸ Ibid. ศาสตราจารย์ Freeman ได้ให้คำอธิบายว่าคู่แข่งของบริษัทและรัฐบาลไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียในความหมายอย่างแคบแต่สามารถขยายความไปถึงคู่แข่งของบริษัทและรัฐบาลได้หากพิจารณาลักษณะของผู้มีส่วนได้เสียในความหมายอย่างกว้าง

⁹ Edward R Freeman, 'The Stakeholder Approach Revisited' (2004) 5(4) *Zeitschrift für Wirtschafts-und Unternehmensethik* 228, 229.

ความสำคัญกับผู้มีส่วนได้เสียของบริษัทในระยะเริ่มต้นและในระหว่างการดำเนินการจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งในการจัดการบริษัท ดังที่ศาสตราจารย์ Jensen ได้ให้ความเห็นว่าบริษัทไม่สามารถเพิ่มมูลค่าของกิจการของตนได้หากไม่คำนึงถึงประโยชน์และผลกระทบจากการดำเนินการต่อผู้มีส่วนได้เสีย¹⁰

ความเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดต่อการดำเนินการของบริษัทตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบันทำให้เห็นถึงมุมมองและความคาดหวังที่มีต่อบริษัทจากเดิมที่มองว่าบริษัทเป็นเพียงองค์กรธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรโดยคำนึงถึงผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียว มาเป็นองค์กรธุรกิจที่คำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มหรือบุคคลอื่นไปพร้อมๆ กับการแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้น และแนวความคิดที่ว่าบริษัทควรให้ความสำคัญกับผู้มีส่วนได้เสียในการประกอบธุรกิจเกิดเป็นรูปธรรมอย่างต่อเนื่อง ดังจะเห็นได้จากการที่ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) ซึ่งเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีบทบาทอย่างมากในการผลักดันให้ประเทศทั้งหลายรับเอาหลักการเรื่องการบริหารจัดการที่ดี (corporate governance) ของ OECD ในชื่อ OECD Principles of Corporate Governance¹¹ (“OECD Principles”) ไปใช้ และในการปรับปรุงแก้ไข OECD Principles ครั้งล่าสุดในปี ค.ศ. 2004¹² OECD รับเอาแนวความคิดที่ว่าบริษัทควรคำนึงถึงบทบาทของผู้มีส่วนได้เสียมาเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนา OECD Principles และกำหนดในหลักการที่ 4 ของ OECD Principles¹³ โดยแนะนำให้ประเทศต่างๆ ออกกฎหมายโดยคำนึงถึงสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียและสนับสนุนให้เอกชนทำความเข้าใจความตกลงโดยตระหนักถึงสิทธิของบุคคลดังกล่าว OECD เชื่อว่าความร่วมมือระหว่างบริษัทและผู้มีส่วนได้เสียจะก่อให้เกิดความมั่นคง การสร้างงานและความยั่งยืนทางสถานะทางการเงินของบริษัท

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การคำนึงถึงผลจากการประกอบกิจการของบริษัทที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเมื่อมลรัฐแมริแลนด์ได้ผ่านกฎหมายระดับมลรัฐให้มีการจัดตั้ง benefit corporation ในปี ค.ศ. 2010¹⁴ และต่อมาอีก 20 มลรัฐได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายในระดับมลรัฐเพื่อรองรับรูปแบบองค์กรธุรกิจใหม่นี้¹⁵ จนถึงปัจจุบันมีบริษัทจำนวน 1,140 บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในรูปแบบ benefit

¹⁰ ศาสตราจารย์ Jensen ได้แสดงให้เห็นถึงความบกพร่องบางประการของ stakeholder theory แบบดั้งเดิมและเสนอแนวคิดที่เรียกว่า enlightened stakeholder theory โดยมองว่าการเพิ่มมูลค่าของกิจการนั้นต้องยึดมูลค่าหรือประโยชน์ที่เกิดขึ้นในระยะยาวของบริษัทในการตัดสินใจว่าจะการเพิ่มหรือลดผลประโยชน์ที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียในผลของการตัดสินใจของบริษัท ดู Michael Jensen, 'Value Maximisation, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function' (2001) 7(3) *European Financial Management* 297.

¹¹ Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Principles of Corporate Governance* (2004).

¹² OECD Principles of Corporate Governance ฉบับแรกถูกตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1999 เข้าถึงเอกสารได้จาก http://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-principles-of-corporate-governance_9789264173705-en และ OECD ได้ปรับปรุงแก้ไขและตีพิมพ์ฉบับปัจจุบันในปี ค.ศ. 2004

¹³ ดู Organisation for Economic Co-operation and Development, above n 11, 21.

¹⁴ รายละเอียดเกี่ยวกับกฎหมายที่ประกาศใช้ ดู

Senate Bill 690 General Assembly of Maryland, Department of Legislative Services

<<http://mgaleg.maryland.gov/webmga/frmMain.aspx?tab=subject3&ys=2010rs/billfile/sb0690.htm>>.

¹⁵ 21 มลรัฐที่ยอมรับองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation ในกฎหมายในระดับมลรัฐอันได้แก่ อริโซนา อาร์คันซอ แคลิฟอร์เนีย โคโลราโด แคลาเวร์ ฮาวาย อิลลินอยส์ ลุยเซียนา แมริแลนด์ แมสซาชูเซตส์ เนวาดา นิวเจอร์ซีย์ นิวยอร์ก ออริ

corporation¹⁶ และมีบริษัทจำนวน 126 บริษัทจดทะเบียนในมลรัฐเดลาแวร์¹⁷ ตัวอย่างของ benefit corporation ที่ได้รับการกล่าวถึงอย่างกว้างขวาง ได้แก่ Patagonia บริษัทจดทะเบียนในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ผู้ผลิตเสื้อผ้าและอุปกรณ์ต่างๆ¹⁸ และ Greyston Bakery ที่ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะมาเป็นเวลานานและได้จดทะเบียนเป็น benefit corporation แห่งแรกในมลรัฐนิวยอร์ก¹⁹

Benefit corporation มีความแตกต่างจากบริษัททั่วไป กล่าวคือ benefit corporation มีลักษณะแบบผสม (hybrid) อันเป็นการผสมระหว่างองค์กรที่มีวัตถุประสงค์แสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นและองค์กรที่ดำเนินกิจการเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ ในการตัดสินใจทางธุรกิจ benefit corporation ต้องคำนึงถึงประโยชน์ที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียของ benefit corporation อันได้แก่ พนักงาน คู่ค้า ชุมชนและสิ่งแวดล้อมด้วย²⁰

การก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะและต่อผู้มีส่วนได้เสียของ benefit corporation นั้นต่างจากบริษัททั่วไป บริษัททั่วไปจัดกิจกรรมต่างๆ ขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นว่าบริษัทคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการของบริษัท เช่น ห้างสรรพสินค้าจัดกิจกรรมเพื่อหาทุนสนับสนุนการศึกษาให้กับเด็กด้อยโอกาสในต่างจังหวัด หรือบริษัทผลิตปิโตรเลียมจัดกิจกรรมรณรงค์กระตุ้นจิตสำนึกให้ประชาชนรักษาความสะอาดในบริเวณชายหาด แต่การจัดกิจกรรมดังกล่าวของบริษัทอาจไม่มีความชัดเจนว่าบริษัทให้ความสำคัญหรือคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย สังคมหรือสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง กล่าวคือ บริษัทเหล่านี้อาจคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียเฉพาะในกรณีที่บริษัทได้ประโยชน์ หรือแม้บริษัทจะกำหนดนโยบายหรือจัดกิจกรรมต่างๆ โดยคำนึงถึงผู้มีส่วนได้เสียหรือประโยชน์สาธารณะ แต่ก็มีแนวโน้มว่าในอนาคตบริษัทยังจะดำเนินนโยบายหรือจัดกิจกรรมดังที่เคยทำหรือไม่ ในทางตรงข้าม benefit corporation ถือว่าการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะและการคำนึงถึงผลกระทบในการดำเนินธุรกิจที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียเป็นพันธกิจหนึ่ง ไม่ใช่แต่เพียงนโยบายของบริษัทที่อาจเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะเบื้องต้นของ benefit corporation แล้วจะเห็นได้ว่าการดำเนินธุรกิจของ benefit corporation จะไม่เป็นไปเพื่อการแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียวอีกต่อไป benefit corporation จะสร้างประโยชน์สาธารณะและคำนึงถึงสังคม ชุมชนและสิ่งแวดล้อมไปพร้อมๆ กับการสร้างความมั่งคั่งให้กับผู้ถือหุ้น การประกาศใช้กฎหมายเฉพาะที่รับรองการจัดตั้ง benefit corporation ใน 21 มล

กอน เพนซิลเวเนีย โรดไอแลนด์ เซาท์แคโรไลนา ยูทาห์ เวอร์มอนต์ เวอร์จิเนีย วอชิงตัน ดีซี ดู *State by State Legislative Status* B Lab <<http://benefitcorp.net/state-by-state-legislative-status>>.

¹⁶ Find a Benefit Corp B Lab < <http://www.benefitcorp.net/find-a-benefit-corp>>.

¹⁷ เพิ่งอ้าง

¹⁸ เอกสารเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะของ Patagonia ดู

http://www.patagonia.com/pdf/en_US/bcorp_annual_report_2014.pdf

¹⁹ เอกสารเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะของ Greyston Bakery ดู http://greyston.com/wp-content/uploads/2013/11/greyston_annual_benefit_report_2012.pdf

²⁰ ดู William H Clark and Larry Vranka, *White Paper - The Need and Rationale for the Benefit Corporation: Why it is the Legal Form that Best Addresses the Needs of Social Entrepreneurs, Investors, and Ultimately, the Public* B Lab

<http://benefitcorp.net/storage/documents/Benecit_Corporation_White_Paper_1_18_2013.pdf>.

รัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาตั้งที่กล่าวข้างต้นทำให้เกิดข้อคำถามว่าเหตุใดจึงต้องมีกฎหมายเฉพาะรองรับการก่อตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบ benefit corporation ทั้งที่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไปอยู่แล้ว และเมื่อมีการออกกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นเป็นการเฉพาะ ลักษณะของกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation มีลักษณะเฉพาะอย่างไร แตกต่างจากกฎหมายบริษัททั่วไปอย่างไร และการตั้ง benefit corporation ภายใต้กฎหมายของไทยในปัจจุบันจะสามารถทำได้หรือไม่ อย่างไร

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

จากการพิจารณาความเปลี่ยนแปลงของแนวความคิดที่มีต่อการดำเนินกิจการของบริษัท รวมทั้งการบัญญัติกฎหมายรับรองการก่อตั้ง benefit corporation ในช่วงปี ค.ศ. 2010 เป็นต้นมาก่อให้เกิดข้อพิจารณาหลายประการ งานวิจัยชิ้นนี้จึงมุ่งศึกษา benefit corporation โดยมีวัตถุประสงค์ ดังนี้

1. เพื่อศึกษาลักษณะของ benefit corporation โดยการทำความเข้าใจในลักษณะและรูปแบบของ benefit corporation
2. เพื่อทำความเข้าใจถึงความจำเป็นในกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation
3. เพื่อทำความเข้าใจในลักษณะของกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation
4. เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการรับเอารูปแบบ benefit corporation มาใช้ในบริบทของระบบกฎหมายไทย

1.3 คำถามของการวิจัย

ประการที่หนึ่ง benefit corporation มีลักษณะอย่างไรและมีความแตกต่างจากบริษัททั่วไปหรือองค์กรอื่นที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ อย่างไร

การศึกษาในข้อคำถามนี้จะทำความเข้าใจกับลักษณะของ benefit corporation อันจะเป็นพื้นฐานสำคัญที่จะช่วยในการวิเคราะห์ความจำเป็นในการสร้างกฎเกณฑ์เฉพาะเจาะจงเพื่อใช้กับ benefit corporation รวมทั้งความเป็นไปได้ในการรับเอารูปแบบของ benefit corporation มาใช้ในประเทศไทย เพื่อตอบคำถามในข้อนี้ งานวิจัยนี้จะเริ่มต้นด้วยการศึกษาความเป็นมาในการก่อตั้งองค์กรในรูปแบบ benefit corporation จากนั้นจะพิจารณาลักษณะของ benefit corporation และเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่าง benefit corporation และบริษัททั่วไป รวมถึงองค์กรอื่นที่สร้างขึ้นมาก่อนหน้า benefit corporation ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น low-profit limited liability company (L3C) เป็นต้น

ประการที่สอง เหตุใดจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้กับ benefit corporation เป็นการเฉพาะเจาะจง และกฎหมายเฉพาะนั้นมีลักษณะอย่างไร

21 มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวได้ประกาศใช้กฎหมายเฉพาะเพื่อใช้กับ benefit corporation หนึ่งในคำถามที่สำคัญ คือ เหตุใดจึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับ benefit corporation งานวิจัยนี้จะศึกษาความจำเป็นที่ทั้ง 21 มลรัฐต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation โดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้กับบริษัททั่วไปสามารถรองรับลักษณะเฉพาะของ benefit

corporation ได้หรือไม่ อย่างไร และกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับ benefit corporation โดยเฉพาะเจาะจงนั้นมีลักษณะอย่างไร และมีความแตกต่างจากกฎหมายบริษัททั่วไปอย่างไร

ประการที่สาม การจัดตั้งองค์กรแบบ benefit corporation ภายใต้กรอบของกฎหมายไทยจะสามารถทำได้หรือไม่ อย่างไร

ดังที่ได้กล่าวข้างต้นถึงความเปลี่ยนแปลงของมุมมองที่มีต่อบริษัทจากเดิมที่บริษัทมุ่งเน้นเฉพาะประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญมาเป็นบริษัทที่คำนึงผลกระทบซึ่งเกิดจากการจัดการบริษัทที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียอื่น จนกระทั่งมีการรับรององค์กรธุรกิจในรูปแบบ benefit corporation ในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น แต่เนื่องจากระบบกฎหมายไทยไม่มีองค์กรในลักษณะที่เป็น benefit corporation งานวิจัยจะพิจารณาว่าภายใต้กรอบของระบบกฎหมายบริษัทของไทย การตั้งองค์กรแบบ benefit corporation สามารถทำได้หรือไม่ หรือมีความจำเป็นในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะที่ใช้บังคับกับ benefit corporation ดังที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา และหากมีกฎเกณฑ์เฉพาะแล้ว กฎเกณฑ์เฉพาะดังกล่าวควรมีลักษณะอย่างไร

1.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

การศึกษาลักษณะของ benefit corporation กรอบของกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation และการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบ benefit corporation ภายใต้ระบบกฎหมายบริษัทของไทยก่อให้เกิดประโยชน์ทั้งในทางวิชาการและทางปฏิบัติ ดังนี้

การศึกษาลักษณะของ benefit corporation ผ่านทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะก่อให้เกิดประโยชน์ในการเพิ่มมุมมองในการศึกษารูปแบบองค์กรธุรกิจในประเทศไทย เนื่องจากกฎหมายไทยแยกองค์กรที่แสวงหากำไรและองค์กรที่ทำเพื่อการกุศลออกจากกันอย่างชัดเจน นอกจากนี้ การศึกษาความเป็นไปได้ในการนำลักษณะ benefit corporation มาใช้ในระบบกฎหมายของไทยจะทำให้เกิดการพัฒนาในทางวิชาการว่า การสร้างองค์กรธุรกิจที่มีขอบวัตถุประสงค์ทั้งสร้างผลกำไรให้กับผู้ถือหุ้นไปพร้อมๆ กับสร้างประโยชน์สาธารณะภายใต้กรอบของกฎหมายไทยจะสามารถทำได้หรือไม่

กรอบการศึกษาประการหนึ่งของงานวิจัยนี้ คือ การศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการดำเนินธุรกิจแบบ benefit corporation ภายใต้กรอบของกฎหมายไทย งานวิจัยนี้จึงสามารถตอบคำถามที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติว่าหากบุคคลหรือองค์กรใดประสงค์จะตั้ง benefit corporation ในประเทศไทยจะสามารถทำได้หรือไม่ หากทำได้จะมีอุปสรรคหรือไม่ อย่างไร

1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

เนื่องจากข้อคำถามประการหนึ่งของงานวิจัยนี้ คือ การพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการรับเอารูปแบบของ benefit corporation ที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ในประเทศไทย งานวิจัยนี้จึงมีลักษณะเป็นการศึกษากฎหมายเชิงเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายสหรัฐอเมริกา การศึกษากฎหมายในเชิงเปรียบเทียบนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (qualitative research) วิธีการศึกษา คือ ผู้วิจัยดำเนินการเก็บข้อมูลจากแหล่งข้อมูลปฐมภูมิ (primary data) และแหล่งข้อมูลทุติยภูมิ (secondary data)

แหล่งข้อมูลปฐมภูมิ ได้แก่ กฎหมาย กฎเกณฑ์และข้อบังคับ รวมทั้งคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับคำถามของงานวิจัย กรอบของกฎหมายไทยที่จะศึกษา ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 (ฉบับแก้ไข พ.ศ. 2551) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (ฉบับแก้ไข พ.ศ. 2551) และกฎเกณฑ์ข้อบังคับอื่นๆ ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศที่นำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย งานวิจัยนี้เลือกพิจารณากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา อัน ได้แก่ กฎหมายต้นแบบ (Model Benefit Corporation Legislation) และกฎหมายระดับมลรัฐ งานวิจัยนี้พิจารณากฎหมายทั้งสองระดับเพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างกฎหมายในสองระดับ รวมถึงทำให้เห็นว่ากฎหมายในระดับมลรัฐรับเอากฎหมายต้นแบบมาปรับใช้หรือไม่ เพียงใด งานวิจัยนี้เลือกศึกษากฎหมายระดับมลรัฐของมลรัฐเดลาแวร์เนื่องจากกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ถือว่าเป็นหนึ่งในกฎหมายบริษัทที่ดีที่สุด ดังจะเห็นได้จากจำนวนบริษัทขนาดใหญ่ที่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในมลรัฐเดลาแวร์²¹ ในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของไทยและสหรัฐอเมริกานั้น ผู้วิจัยไม่ได้คำนึงถึงเฉพาะลักษณะของกฎหมายที่ปรากฏในตัวอักษรแต่พิจารณาถึงกรอบทางสังคม วัฒนธรรมและเศรษฐกิจที่อยู่เบื้องหลังหลักกฎหมายประกอบการศึกษาด้วย²² นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้ตระหนักถึงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาไปพร้อมๆ กับการวิเคราะห์และการตอบคำถามของงานวิจัย²³

ในการพิจารณาความเป็นไปได้ในการรับเอากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ในประเทศไทย ผู้วิจัยนำแนวคิดเรื่อง “functional convergence”²⁴ มาใช้ functional convergence เป็นหลักการที่ว่า ในประเทศสองประเทศที่หลักกฎหมายมีความแตกต่างกัน แต่อาจมีความเหมือนกันในการใช้งานกฎหมายนั้น กล่าวคือ อาจมีกฎหมายในเรื่องที่ใกล้เคียงกันที่สามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดผลอย่างเดียวกันกับที่เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่ง หรืออาจมีกระบวนการวิธีที่อาจทำให้หลักการที่ใช้อยู่ในประเทศหนึ่งสามารถนำมาปรับใช้ในอีกประเทศหนึ่งได้โดยไม่ต้องบัญญัติกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ ก็ถือว่าเป็นกฎหมายของทั้งสองประเทศมีความใกล้เคียงกัน ผู้วิจัยจะพิจารณาว่ามีหลักกฎหมายบริษัทไทยที่ใกล้เคียงหรือสามารถใช้แทนกฎเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะรับมาหรือไม่ หากมีหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงหรือใช้แทนได้ก็ไม่จำเป็นต้องรับเอากฎเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ในประเทศไทย

²¹ เหตุที่มีบริษัทจำนวนมากจดทะเบียนในมลรัฐเดลาแวร์ ดู Lewis S Black, *Why Corporations Choose Delaware* (Delaware Department of State Division of Corporations, 2007) 1.

²² ดู Peter De Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (2nd ed, 2007) 235-9.

²³ อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันเส้นแบ่งระหว่างระบบกฎหมายแบบคอมมอนและซีวิลได้จางลงทั้งในแง่การตรากฎหมายและการใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษา ดู Max Rheinstein, 'Common Law and Civil Law: An Elementary Comparison' (1952-1953) 22 *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico* 90; Rolf Landskron, *Common-law and Civil-law Legal Families: A Misleading Categorisation* (M Laws Thesis, Bond University, 2008).

²⁴ ดู John C Coffee Jr, 'The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and its Implications' (1999) 93 *Northwestern University Law Review* 641; Ronald J Gilson, 'Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function' (2001) 49(2) *The American Journal of Comparative Law* 329.

ส่วนการศึกษาจากแหล่งข้อมูลทุติยภูมินั้นพิจารณาจากหนังสือ บทความ เอกสาร รายงานวิทยานิพนธ์ และข้อมูลที่ปรากฏในเว็บไซต์

1.6 โครงสร้างของงานวิจัย

งานวิจัยชิ้นนี้มี 5 บท บทที่ 1 ของงานวิจัยเป็นบททั่วไปที่กล่าวถึงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น หลักการเบื้องต้นของงานวิจัย คำถามของงานวิจัย ระเบียบวิธีวิจัยและโครงสร้างของงานวิจัย บทที่ 2 จะมุ่งเน้นศึกษาการเกิดและลักษณะของ benefit corporation เพื่อตอบปัญหางานวิจัยในข้อแรกที่ว่า benefit corporation มีลักษณะอย่างไร รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบระหว่าง benefit corporation และองค์กรธุรกิจอื่นที่มีรูปแบบใกล้เคียงกัน บทที่ 3 ของงานวิจัยเป็นการศึกษาถึงเหตุผลของการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation เพื่อแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อใช้กับองค์กรธุรกิจในรูปแบบใหม่นี้รวมทั้งพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ benefit corporation โดยศึกษาหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับเพื่อให้เห็นกลวิธีการที่ผู้บัญญัติกฎหมายใช้ในการกำหนดกฎหมายเพื่อให้การบริหารจัดการ benefit corporation เป็นไปตามเป้าประสงค์ของการจัดตั้ง benefit corporation นอกจากนี้ งานวิจัยยังทำให้เห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation มีความแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไปหรือไม่ อย่างไร บทที่ 4 เป็นส่วนของการวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการนำแนวคิดเรื่อง benefit corporation มาใช้ในประเทศไทยภายใต้กรอบของกฎหมายไทย งานวิจัยจะพิจารณาว่ามีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเฉพาะเพื่อรับรองรูปแบบองค์กรใหม่นี้หรือไม่ และพิจารณาต่อไปว่าหากจะรับเอากฎหมายเข้ามาในประเทศไทย หลักการหรือบทบัญญัติในเรื่องใดควรจะต้องปรากฏในกฎหมายบริษัทของไทย และบทที่ 5 เป็นบทสรุปของงานวิจัยและข้อเสนอแนะของผู้เขียน

บทที่ 2

Benefit Corporation

2.1 บทนำ

บริษัทเป็นองค์กรธุรกิจประเภทหนึ่งที่มีผู้ถือหุ้นลงทุนร่วมกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินธุรกิจการค้าและนำกำไรที่ได้มาแบ่งปันกัน ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดเพียงมูลค่าหุ้นที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบ²⁵ (limited liability) บริษัทเองก็มีสภาพความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น (separation of entity) การบริหารจัดการของบริษัทกระทำโดยคณะกรรมการบริษัทภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ของบริษัทและการกำกับของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีอำนาจในการแต่งตั้ง ถอดถอนและกำหนดค่าตอบแทนให้กับกรรมการ ผลที่ตามมา คือ สิ่งที่กรรมการคำนึงเป็นอันดับต้นๆ คือ การทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับผลตอบแทนจากเงินลงทุนให้มากที่สุดเพื่อป้องกันไม่ให้น้องต้องพ้นจากตำแหน่งและเพื่อรักษาระดับค่าตอบแทนที่ตนได้รับไว้²⁶

การดำเนินกิจการของบริษัทไม่ได้ก่อให้เกิดผลทางด้านกำไรหรือขาดทุนต่อผู้ถือหุ้นเท่านั้นแต่ยังกระทบถึงพนักงาน ผู้บริโภค ประชาชน สังคมหรือสิ่งแวดล้อมด้วย เช่น บางบริษัทเลือกใช้วัตถุดิบราคาถูกที่ไม่ได้คุณภาพเพื่อผลิตสินค้าให้กับผู้บริโภคเพื่อลดค่าใช้จ่ายอันเป็นการเพิ่มกำไรให้กับผู้ถือหุ้นแต่เป็นการก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้บริโภค หรือบางบริษัทย้ายโรงงานผลิตสินค้าจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งที่ดินทุนค่าแรงงานต่ำกว่าเพื่อลดค่าใช้จ่ายและเพิ่มกำไรให้กับผู้ถือหุ้นแต่การย้ายโรงงานกระทบกับประชาชนในถิ่นนั้นเนื่องจากต้องถูกเลิกจ้าง ทำให้เกิดสภาวะการว่างงานอันอาจทำให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทในปัจจุบันมีขนาดใหญ่และมีลักษณะเป็นบริษัทข้ามชาติ²⁷ การตัดสินใจทางธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งของบริษัทไม่ได้มีผลกระทบต่อผู้บริโภค ประชาชนหรือสังคมในประเทศที่บริษัทจดทะเบียนตั้งขึ้นเท่านั้น แต่ผลดังกล่าวกระจายไปถึงประเทศอื่นด้วย ผลกระทบจากการจัดการบริษัทที่มีต่อประชาชนและสังคมเป็นวงกว้างจึงได้ทำให้มีการเรียกร้องให้บริษัทบริหารจัดการโดยคำนึงผลที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมไปพร้อมๆ กับผลตอบแทนการลงทุนที่ผู้ถือหุ้นได้รับ

²⁵ นอกเหนือจากความรับผิดในค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบ ผู้ถือหุ้นผู้มีอำนาจในการควบคุม (controlling shareholder) อาจมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้มีอำนาจในการควบคุมด้วย ดู Zipora Cohen, 'Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View' (1991) 12(3) *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 379; Ronald J Gilson and Jeffrey N Gordon, 'Controlling Controlling Shareholders' (2003-2004) 152 *University of Pennsylvania Law Review* 785; *Weinberger v UOP Inc* 457 A.2d 701 (Del. 1983).

²⁶ ดู Eugene F Fama, 'Agency Problems and the Theory of the Firm' (1980) 88(2) *The Journal of Political Economy* 288, 293-5.

²⁷ มีการศึกษาเปรียบเทียบรายได้ของบริษัทกับผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP) และพบว่ารายได้ของบางบริษัทที่มีขนาดใหญ่สูงกว่าตัวเลขผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ เช่น บริษัท Exxon Mobil มีรายได้ประมาณ 354.67 พันล้านเหรียญสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ประเทศไทยมีผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศเพียง 318.85 พันล้านเหรียญสหรัฐอเมริกา <http://www.businessinsider.com/25-corporations-bigger-than-countries-2011-6?op=1#ixzz1QUwKx5xp> Contra <http://www.forbes.com/sites/timworstall/2011/06/28/gdp-for-a-country-is-not-the-same-thing-as-turnover-for-a-business/>.

บริษัทยุคใหม่จำนวนมากได้รับเอาแนวคิดที่ว่าบริษัทมีความรับผิดชอบต่อสังคมเข้ามาในรูปแบบต่างๆ เช่น “Corporate Social Responsibility”, “Social Entrepreneurship” และ “Creative Capitalism” เพื่อแสดงให้เห็นว่าบริษัทคำนึงถึงประชาชนและสังคมไปพร้อมๆ กับการประกอบธุรกิจ ในด้านผลกระทบของการประกอบกิจการที่มีต่อสิ่งแวดล้อม หลายบริษัทนำคำว่า “Green”, “Eco” หรือ “Natural” มาใช้กับผลิตภัณฑ์ของตน เช่น greener product, eco-friendly product หรือ greenwashing เพื่อแสดงให้เห็นว่าผลิตภัณฑ์ของบริษัทผลิตด้วยกรรมวิธีที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมหรือการใช้ผลิตภัณฑ์ของบริษัทจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

นอกจากการนำแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมมาใช้แล้ว องค์กรธุรกิจได้ก้าวหน้าไปถึงการเปลี่ยนแปลงรูปแบบขององค์กรธุรกิจให้มีลักษณะที่สอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าองค์กรธุรกิจไม่ใช่แค่เพียงเพื่อแสวงหากำไรแต่ขยายไปถึงการก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมด้วย องค์กรที่มีลักษณะดังกล่าวอยู่ในรูปแบบที่หลากหลาย เช่น Community Interest Company (CIC) ที่ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2004 ในประเทศสหราชอาณาจักรอันมีลักษณะเป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าผู้ถือหุ้น²⁸ หรือ Low-profit, limited liability company (L3C) ที่ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2008 ในประเทศสหรัฐอเมริกาอันมีลักษณะเป็นบริษัทพัฒนามาจากบริษัทจำกัดทั่วไป (limited liability company หรือ LLC) ความแตกต่างระหว่าง LLC และ L3C คือ LLC เป็นบริษัททั่วไปที่สร้างขึ้นเพื่อสร้างผลกำไรให้กับผู้ถือหุ้น แต่ L3C ตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการกุศลหรือสนับสนุนการศึกษา จนกระทั่งปี ค.ศ. 2010 ได้มีการสร้างองค์กรธุรกิจรูปแบบใหม่ขึ้นในชื่อ benefit corporation เพื่อเป็นทางเลือกให้กับผู้ที่ประสงค์จะตั้งหรือลงทุนในองค์กรธุรกิจที่ผสมผสานระหว่างบริษัทซึ่งเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์แสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นและองค์กรที่สร้างประโยชน์สาธารณะและคำนึงถึงผลกระทบจากการประกอบกิจการต่อประชาชน สังคมและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคม

2.2 ลักษณะเฉพาะของ benefit corporation

Benefit corporation เป็นประเภทหนึ่งของกิจการเพื่อสังคม (social enterprise)²⁹ อันมีลักษณะเป็นกิจการที่มุ่งเพื่อแสวงหากำไร โดยจัดองค์กรในรูปแบบของบริษัท แต่มีความแตกต่างกับบริษัททั่วไป ดังที่กล่าวข้างต้น benefit corporation ถูกสร้างขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการในการมีองค์กรธุรกิจที่สามารถดำเนินกิจการเพื่อแสวงหากำไรไปพร้อมๆ กับการทำประโยชน์ให้กับสังคม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบริษัททั่วไป ลักษณะเฉพาะของ benefit corporation คือ

ประการที่หนึ่ง ในบริษัททั่วไป ดังที่กล่าวในบทที่ 1 การก่อตั้งบริษัทมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การทำให้ผู้ถือหุ้นมีกำไรเพิ่มมากขึ้น หรือที่เรียกว่า “maximize shareholders’ profit” อันเป็นความต้องการพื้นฐานของผู้ถือหุ้นในการเข้าร่วมลงทุนในบริษัท แต่สำหรับ benefit corporation นั้น ความต้องการพื้นฐานในการจัดตั้งองค์กรไม่ได้มีขึ้นเพื่อสร้างกำไรให้กับผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียว ผู้ร่วมลงทุนใน benefit corporation

²⁸ เกี่ยวกับ CIC โปรดดู Officer of the Regulator of Community Interest Companies, *Community Interest Companies: Guidance Chapters* Government UK

<<https://www.gov.uk/government/publications/community-interest-companies-how-to-form-a-cic>>.

²⁹ ดู Page, Antony and Robert A Katz, 'The Role of Social Enterprise' 35 *Vermont Law Review* 59.

ไม่ได้มุ่งหวังเฉพาะผลกำไรที่ได้จากการดำเนินกิจการ แต่มีความประสงค์ที่จะสร้างผลดีแก่สังคมและสิ่งแวดล้อมให้กับชุมชนหรือประเทศด้วย³⁰ ลักษณะพื้นฐานของความประสงค์ในการจัดตั้งบริษัททั่วไปและ benefit corporation จึงมีความแตกต่างอย่างชัดเจน และอาจกล่าวได้ว่ากรอบวัตถุประสงค์ของการตั้งองค์กรของ benefit corporation กว้างกว่าการตั้งบริษัททั่วไป เพราะไม่จำกัดอยู่เพียงขอบวัตถุประสงค์ในการสร้างกำไรให้กับผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ เมื่อการสร้างผลดีแก่สังคมและสิ่งแวดล้อมเป็นกรอบวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของการตั้ง benefit corporation การก่อให้เกิดผลดีแก่สังคมและสิ่งแวดล้อมจึงไม่ใช่ทางเลือกของ benefit corporation ที่จะทำหรือไม่ก็ได้ แต่เป็นสิ่งที่ benefit corporation จำต้องทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งองค์กร

ประการที่สอง กรอบของอำนาจและหน้าที่ของกรรมการใน benefit corporation มีความแตกต่างจากกรรมการในบริษัททั่วไป ในบริษัททั่วไป กรรมการจำต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทนั่นคือประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ แต่สำหรับ benefit corporation นั้นกรรมการจะคำนึงถึงประโยชน์ในทางการเงินที่มีต่อผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ กรรมการของ benefit corporation ต้องคำนึงถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินการทางธุรกิจหรือการตัดสินใจทางธุรกิจที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียของบริษัท อันได้แก่ ลูกจ้าง คู่ค้า ผู้บริโภค ชุมชนและสิ่งแวดล้อมประกอบการตัดสินใจด้วย³¹

ประการที่สาม บริษัททั่วไปต้องส่งรายงานทางการเงินประจำปี (financial report) ต่อหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องและผู้ถือหุ้นเพื่อให้รับทราบถึงสถานะทางการเงินของบริษัท benefit corporation ก็มีหน้าที่อย่างเดียวกัน นอกจากนี้ benefit corporation มีหน้าที่ที่ต้องแสดงให้เห็นว่า benefit corporation ได้ดำเนินการอย่างไรในการสร้างผลดีแก่สังคมและสิ่งแวดล้อม โดยต้องจัดทำรายงานการดำเนินประโยชน์ประจำปี (annual benefit report) ของบริษัท³² และต้องประเมินว่าโดยภาพรวมการดำเนินประโยชน์ของบริษัทมีผลต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมอยู่ในระดับใดโดยเทียบกับเกณฑ์ของบุคคลที่สาม (third-party standard) จึงเห็นได้ว่านอกจาก benefit corporation ต้องดำเนินการสร้างผลดีแก่สังคมและสิ่งแวดล้อมแล้วยังต้องแสดงให้เห็นว่าได้ดำเนินการอย่างไรเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น³³ เมื่อเปรียบเทียบกับระหว่าง benefit corporation และบริษัททั่วไปแล้ว พบว่าในแง่ของการคำนึงถึงประโยชน์และผลกระทบจากการดำเนินการที่มีต่อชุมชน สังคม และสิ่งแวดล้อม benefit corporation ยอมรับที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานที่สูงกว่ามาตรฐานที่ใช้กับบริษัทอื่นๆ เพราะบริษัททั่วไปจะดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงใดก็ได้ และไม่จำเป็นต้องใช้เกณฑ์ใดมาตัดสินว่าบริษัทได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะไปแล้วเพียงใด

³⁰ Clark and Vranka, above n 20, 16.

³¹ Ibid 17.

³² Ibid 17-18.

³³ Ibid 18-19; *Contra* Briana Cummings, 'Benefit Corporations: How to Enforce a Mandate to Promote the Public Interest' (2012) 112 *Columbia Law Review* 578.

2.3 Benefit corporation: ทางเลือกใหม่สำหรับธุรกิจสีเขียว

2.3.1 ความต้องการของผู้บริโภค

ในปัจจุบันความใส่ใจของบริษัทต่อความรับผิดชอบต่อชุมชน สังคมและสิ่งแวดล้อมมีเพิ่มขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ความตื่นตัวของบริษัทเป็นผลโดยตรงมาจากแรงขับเคลื่อนของผู้บริโภค ผู้บริโภคจำนวนมากคำนึงถึงความรับผิดชอบต่อองค์กรธุรกิจไปพร้อมๆ กับปัจจัยอื่นในการเลือกสินค้า ด้วยกำลังซื้อของผู้บริโภค ผู้บริโภคสามารถต่อต้านบริษัทที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมและสนับสนุนบริษัทที่ใส่ใจกับสังคมและสิ่งแวดล้อม ผลสำรวจได้นำเสนอว่าผู้บริโภคจำนวนไม่น้อยให้ความสำคัญและยอมที่จะจ่ายค่าสินค้าที่แพงขึ้นหากสินค้านั้นเป็นผลิตภัณฑ์ที่คำนึงถึงสังคมและสิ่งแวดล้อม³⁴ เพื่อตอบสนองกับความต้องการของผู้บริโภค บริษัททั่วไปจำนวนหนึ่งได้ดำเนินนโยบายในการบริหารจัดการโดยแสดงถึงความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม (corporate social responsibility หรือ CSR)³⁵ และได้นำเสนอต่อผู้บริโภคผ่านทางนโยบายว่าตนมีนโยบายดังกล่าว เช่น บริษัทสำรวจและผลิตภัณฑ์น้ำมันโฆษณาว่าบริษัทตนรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อมหรือดำเนินนโยบายเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (sustainable development)³⁶ หรือผ่านทางกิจกรรมต่างๆ ของบริษัท เช่น ร้านค้าปลีกขนาดใหญ่จัดตั้งมูลนิธิเพื่อการกุศล³⁷ หรือทำให้ปรากฏบนผลิตภัณฑ์ เช่น บริษัทผลิตกระดาษใช้สัญลักษณ์ “eco” เพื่อแสดงว่าบริษัทใช้กระบวนการผลิตที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมและลดปริมาณทรัพยากรธรรมชาติที่ใช้ในการผลิต³⁸ เป็นต้น

ในขณะที่บริษัทต่างๆ เพิ่มความใส่ใจต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม แต่ผู้บริโภคกลับไม่เชื่อว่าบริษัทเหล่านั้นดำเนินนโยบายโดยคำนึงถึงสังคมและสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง ผู้บริโภคมองว่าการกระทำของบริษัทเป็นแต่เพียงกลยุทธ์ทางการตลาดเพื่อใช้ในการประชาสัมพันธ์บริษัทเท่านั้น ดังที่เห็นได้จากกรณีของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) กับปัญหาน้ำมันรั่วที่เกิดขึ้นที่จังหวัดระยองและที่ประเทศออสเตรเลียอันก่อให้เกิดข้อสงสัยในความใส่ใจของบริษัท ปตท.ฯ ในการจัดเตรียมแผนเพื่อป้องกันอุบัติเหตุและแผนในการรับมือและ

³⁴ Mike Hower, *50% of Global Consumers Willing to Pay More for Socially Responsible Products Sustainable Brands* <http://www.sustainablebrands.com/news_and_views/behavior_change/50-global-consumers-willing-pay-more-socially-responsible-products>. *Contra* Gregory Unruh, 'No, Consumers Will Not Pay More for Green', *Forbes* (New York), 2011 <<http://www.forbes.com/sites/csr/2011/07/28/no-consumers-will-not-pay-more-for-green/>>.

³⁵ รายละเอียดเกี่ยวกับ การบริหารจัดการโดยแสดงถึงความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม ดู Luo, Xueming and C B Bhattacharya, 'Corporate Social Responsibility, Customer Satisfaction, and Market Value' (2006) 70 *Journal of Marketing* 1; Campbell, John L, 'Why Would Corporations Behave in Socially Responsible Ways? An Institutional Theory of Corporate Social Responsibility' (2007) 32(3) *Academy of Management Review* 946; Hiller, Jannine, 'The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility' (2013) 118 *Journal of Business Ethics* 287.

³⁶ ความรับผิดชอบต่อสังคม บริษัท ปตท. สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) <<http://www.pttep.com/th/CorporateSocialResponsibility.aspx>>

³⁷ About Big C Foundation Big C Supermarket <<http://www.bigc.co.th/th/foundation/>>

³⁸ Eco Design, Eco Product, and Green Marketing SCG <<http://www.SCGEXPERIENCE.co.th/en/blog/detail.aspx?id=5&post=61>>

เยียวยาความเสียหาย รวมทั้งความตั้งใจของบริษัท ปตท.ฯ ในการสร้างภาพลักษณ์ในการเป็นองค์กรสีเขียว³⁹ สิ่งเหล่านี้ทำให้ทำให้ผู้บริโภคไม่แน่ใจว่าบริษัทที่แสดงให้เห็นว่าเป็นบริษัทที่ให้ความสำคัญกับสังคมและสิ่งแวดล้อมเป็นบริษัทที่ดี (good company) หรือเป็นแค่เพียงบริษัทที่ทำการตลาดดี (good marketing company)⁴⁰

เมื่อเปรียบเทียบระหว่าง benefit corporation และบริษัททั่วไปที่ดำเนินนโยบายในการบริหารจัดการโดยแสดงถึงความรับผิดชอบต่อตนเองที่มีต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม (CSR) benefit corporation สามารถตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคที่ต้องการสนับสนุนสินค้าจากบริษัทที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะและคำนึงถึงชุมชนและสิ่งแวดล้อมได้ดีกว่า

2.3.2 แหล่งลงทุนใหม่

ในแง่ของนักลงทุนผู้แสวงหาช่องทางในการลงทุนใหม่ๆ องค์กรที่เป็นลูกผสมระหว่างองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรและบริษัทที่มุ่งแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นอย่าง benefit corporation สามารถเติมเต็มความต้องการให้กับนักลงทุนในขณะที่องค์กรที่ไม่แสวงหากำไรและบริษัททั่วไปไม่อาจทำได้

องค์กรที่ไม่แสวงหากำไรอันได้แก่ มูลนิธิหรือสมาคมเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยมิได้มุ่งหาประโยชน์มาแบ่งปันกัน⁴¹ แต่ประสงค์จะสร้างประโยชน์ให้กับชุมชน สังคมและสิ่งแวดล้อม ผู้ที่ให้เงินสนับสนุนการจัดการของมูลนิธิไม่อาจเรียกร้องเอาผลกำไรที่มูลนิธิได้รับจากการจัดการได้ ผลประโยชน์ที่ผู้สนับสนุนได้รับจากเงินที่บริจาค คือ ประโยชน์ในรูปของการลดหย่อนภาษี⁴² ดังนั้น หากมีนักลงทุนจำนวนหนึ่งที่ประสงค์จะสนับสนุนองค์กรที่สร้างประโยชน์ให้กับชุมชน สังคมและสิ่งแวดล้อมไปพร้อมๆ กับความคาดหวังในผลตอบแทนที่จะ

³⁹ ดู การคืนรางวัลลูกโลกสีเขียวกับ 7 ปี "ปตท." กวาดแชมป์รางวัลธรรมาภิบาล-CSR-สิ่งแวดล้อม ThaiPublica <<http://thaipublica.org/2013/08/ptt-best-corporate-governance-csr/>>; ความจริงและความโปร่งใส : กรณี ปตท.สผ. ในออสเตรเลีย Bangkok Business News <<http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/opinion/sarinee-achavanuntak/20101213/366764/%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B8%B4%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B9%82%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B9%83%E0%B8%AA-%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B8%B5-%E0%B8%9B%E0%B8%95%E0%B8%97.%E0%B8%AA%E0%B8%9C.-%E0%B9%83%E0%B8%99%E0%B8%AD%E0%B8%AD%E0%B8%AA%E0%B9%80%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%A5%E0%B8%B5%E0%B8%A2.html>>; เสมอชน ธนพิช และ อุบลวรรณ กระบุทอง, กรณีน้ำมันรั่ว สิ่งทีรัฐบาลและ ปตท. ควรทำหลังจากนี้ มูลนิธิโลกสีเขียว <<http://www.greenworld.or.th/greenworld/local/2267>>; 'วิกฤต "น้ำมันรั่ว" ท่วมทะเล บทเรียนราคาแพงสะเทือน ปตท.', ข่าวสด 4 สิงหาคม 2556 <http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=TVRNM05UVTF0VGczTnc9PQ==>

⁴⁰ William H Clark and Elizabeth K Babson, 'How Benefit Corporations are Redefining the Purpose of Business Corporations' (2012) 38(2) *William Mitchell Law Review* 817, 821.

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 110 วรรคหนึ่ง

⁴² ประมวลรัษฎากร มาตรา 47(7)(ข) การหักลดหย่อนสำหรับบุคคลธรรมดา และมาตรา 65 ตรี(3) การหักลดหย่อนสำหรับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล

ได้รับจากเงินที่ตนสนับสนุนการก่อให้เกิดประโยชน์⁴³ บุคคลเหล่านั้นย่อมมองข้ามองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรอย่างมูลนิธิ เพราะมูลนิธิไม่สามารถให้ผลตอบแทนจากการสนับสนุนเงินให้กับมูลนิธิได้เลย

เมื่อนักลงทุนที่มีความต้องการดังกล่าวไม่สามารถลงทุนกับมูลนิธิได้ อีกทางเลือกหนึ่งที่ปรากฏ คือ การลงทุนในบริษัทที่มีความรับผิดชอบต่อชุมชน สังคมและสิ่งแวดล้อมเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของตน ทั้งด้านการสนับสนุนองค์กรเพื่อสาธารณะและเพื่อให้ได้รับผลตอบแทนจากการลงทุน อย่างไรก็ตาม นักลงทุนเองก็มีข้อกังวลอย่างเดียวกันกับผู้บริโภคว่าบริษัทที่ตนต้องการเข้าไปลงทุนมีความรับผิดชอบต่อชุมชน สังคมและสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง ผลที่ตามมาจากการที่บริษัทจำนวนมากแสดงให้เห็นว่าตนมีความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมทำให้เกิดความสับสนต่อนักลงทุนที่มีเป้าหมายในการลงทุนอย่างชัดเจน

ดังนั้น benefit corporation จึงเป็นทางเลือกให้กับนักลงทุนในการตัดสินใจที่ไม่ได้คำนึงถึงแต่เพียงประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นต่อนักลงทุนเท่านั้น หากนักลงทุนดังกล่าวประสงค์จะลงทุนโดยคำนึงชุมชนและสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง นักลงทุนนั้นสามารถลงทุนใน benefit corporation ได้โดยไม่มีกังวลว่าการดำเนินธุรกิจของบริษัทจะมีผลกระทบต่อชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมหรือไม่ และไม่ต้องกังวลว่ากิจกรรมที่บริษัทกล่าวอ้างว่าทำเพื่อชุมชนและสิ่งแวดล้อมเป็นกิจกรรมทำเพื่อประโยชน์ของชุมชนและสิ่งแวดล้อมหรือเป็นแต่เพียงกลยุทธ์ในการประชาสัมพันธ์ของบริษัทเท่านั้น หรือเป็นเป้าหมายที่แท้จริงของบริษัท

2.4 เกล็ดของ benefit corporation

Benefit corporation ไม่ใช่รูปแบบองค์กรธุรกิจลูกผสมองค์กรแรกที่เกิดขึ้น แต่มีความพยายามที่จะสร้างองค์กรในลักษณะดังกล่าวมาก่อนหน้านี้ ข้อพิจารณา คือ เหตุใดจึงมีการตั้งองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation ทั้งที่มีรูปแบบองค์กรธุรกิจอื่นที่สามารถใช้ได้อยู่แล้ว

2.4.1 Benefit corporation vs. Certified B Corporation

เมื่อก้าวถึง benefit corporation ปัญหาที่พบประการหนึ่งคือ ความสับสนระหว่าง benefit corporation และ Certified B Corporation

Certified B Corporation เป็นชื่อเรียกบริษัทที่อาจเป็น benefit corporation หรือเป็นบริษัททั่วไปที่ได้รับการรับรอง (certified) จาก B Lab⁴⁴ ว่าเป็นบริษัทที่ได้มาตรฐานในด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม หาก

⁴³ Hope Consulting ได้ทำการศึกษาความเห็นของผู้บริโภคและนักลงทุนชาวสหรัฐอเมริกา และพบว่าผู้ตอบแบบสำรวจมีแนวโน้มที่จะบริจาค ลงทุนหรือสนับสนุนโครงการที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม ดู Hope Consulting, *Money for Good: The US Market for Impact Investments and Charitable Gifts from Individual Donors and Investors* Global Impact Investing Network <http://www.thegiin.org/binary-data/RESOURCE/download_file/000/000/96-1.pdf>; Clark and Babson, above n 40, 822.

⁴⁴ B Lab เป็นองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรที่ถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 2006 โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง คือ การสร้างมาตรฐานที่ใช้ประเมินบริษัทในด้านความรับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมและตรวจสอบว่าบริษัทปฏิบัติตามมาตรฐานดังกล่าวหรือไม่ B Lab ถูกตั้งขึ้นบนพื้นฐานความคิดที่ว่าในขณะที่บริษัทประกอบธุรกิจ บริษัทควรคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องรวมทั้งชุมชนและสิ่งแวดล้อมเพื่อให้การเติบโตของบริษัทเป็นไปอย่างยั่งยืน บริษัทที่ต้องการได้รับการรับรองจาก B Lab ว่าบริษัทของตนได้รับมาตรฐานจะต้องเสียค่าใช้จ่ายให้กับ B Lab เพื่อเข้ามาตรฐานตรวจสอบโดยใช้มาตรฐานของ B Lab เอง นอกจากนี้ B Lab ยังมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การสนับสนุนให้มีรับรองรูปแบบทางกฎหมายของ benefit

พิจารณาโดยทั่วไปจะพบว่า Certified B Corporation และ benefit corporation เป็นองค์กรธุรกิจในรูปแบบเดียวกัน กล่าวคือ เป็นองค์กรที่คำนึงถึงผลที่เกิดจากการประกอบกิจการที่มีต่อผู้ถือหุ้นและผู้มีส่วนได้เสีย อันได้แก่ ผู้บริโภค ลูกจ้าง ชุมชนและสิ่งแวดล้อม⁴⁵ benefit corporation ที่ตั้งขึ้นมาเพื่อแสวงหากำไรและดำเนินการเพื่อประโยชน์ของสังคมและสิ่งแวดล้อมอาจขอให้ B Lab รับรองว่าเป็นบริษัทได้มาตรฐานด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมก็ได้ หาก benefit corporation ไม่ได้ขอให้ B Lab รับรองให้เป็น Certified B Corporation ก็ไม่กระทบถึงสถานะทางกฎหมายของ benefit corporation แต่อย่างใด⁴⁶ แต่ B Lab ก็สนับสนุนให้ benefit corporation รักษาคุณภาพในการทำประโยชน์ต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมโดยให้บริการตรวจสอบคุณภาพมาตรฐานของ benefit corporation และหาก benefit corporation ประสงค์ที่จะได้รับการรับรองจาก B Lab ก็ต้องผ่านเกณฑ์ในการวัดมาตรฐานของ B Lab⁴⁷

จะเห็นได้ว่า Certified B Corporation มีลักษณะคล้ายกับ benefit corporation และเป็นพื้นฐานของการสร้างองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation แต่ benefit corporation และ Certified B Corporation ก็มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ คือ เนื่องจากจนถึงปัจจุบันมีเพียง 21 มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่รับรองการตั้งองค์กรแบบ benefit corporation การตั้ง benefit corporation จึงทำได้อย่างจำกัด แต่ Certified B Corporation เป็นแต่เพียงการได้รับการรับรองจาก B Lab ดังนั้นการรับรองจึงสามารถทำได้กับบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งที่มลรัฐใดก็ได้และจะเป็น benefit corporation หรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ หากเปรียบเทียบระดับมาตรฐานของความรับผิดชอบหรือการก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมแล้ว จะเห็นได้ว่า Certified B Corporation อยู่ในระดับที่ซับซ้อนมากกว่า การได้รับการรับรองจาก B Lab จะต้องผ่านเกณฑ์ของ B Lab และ B Lab เป็นผู้ประเมินว่าบริษัทดังกล่าวได้มาตรฐานหรือไม่ แต่สำหรับ benefit corporation แม้ benefit corporation จะต้องเปิดเผยข้อมูลว่าบริษัทได้ทำประโยชน์ต่อชุมชน สังคมและสิ่งแวดล้อมไปแล้วเพียงใดและบริษัทจะต้องทำการประเมินว่าโดยภาพรวมของการดำเนินประโยชน์ของบริษัท

corporation B Lab สร้างพัฒนากฎหมายต้นแบบ (model law) ที่ใช้กับ benefit corporation และผลักดันให้กฎหมายต้นแบบมีผลบังคับใช้

ดู *What are B Corps?* B Lab <<http://www.bcorporation.net/what-are-b-corps>> Susan Adams, *Corporate Responsibility Nonprofit, B Lab, Shows Strong Growth* Forbes

<<http://www.forbes.com/sites/susanadams/2011/03/16/corporate-responsibility-nonprofit-b-lab-shows-strong-growth/>>; *B Lab's Bart Houlahan: Building More Socially Responsible Corporations* The Wharton School of the University of Pennsylvania <<http://knowledge.wharton.upenn.edu/article/b-labs-bart-houlahan-building-more-socially-responsible-corporations/>>.

⁴⁵ *Benefit Corp vs. Certified B Corp* B Lab <<http://benefitcorp.net/what-makes-benefit-corp-different/benefit-corp-vs-certified-b-corp>>.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ B Lab จะใช้หลักเกณฑ์ที่เรียกว่า B Impact Assessment เป็นมาตรฐานในการประเมิน บริษัทที่ได้รับการรับรองจะต้องได้คะแนนอย่างน้อย 80 จาก 200 คะแนน B Impact Assessment ได้รับการพัฒนาและแก้ไขโดย the Standards Advisory Council (SAC) ดู *How to Become a B Corp?* B Lab <<http://www.bcorporation.net/become-a-b-corp/how-to-become-a-b-corp>>; *Frequently Asked Questions* B Lab <<http://bimpactassessment.net/how-it-works/frequently-asked-questions/top-10#who-develops-the-standards>>.

มีผลต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมในระดับใดโดยเทียบกับเกณฑ์ของบุคคลที่สาม แต่ benefit corporation สามารถทำการประเมินได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องให้บุคคลหรือองค์กรใดเข้ามาตรวจสอบ⁴⁸

2.4.2 Benefit corporation vs. L3C

องค์กรธุรกิจอีกประเภทหนึ่งที่เป็นทางเลือกให้กับบริษัทที่ประสงค์จะดำเนินกิจการในทางที่มุ่งทำประโยชน์ให้กับสังคม คือ low-profit limited liability company (L3C) L3C เป็นองค์กรธุรกิจที่ได้รับการรับรองครั้งแรกที่มลรัฐเวอร์มอนต์ในปี ค.ศ. 2008 และหลังจากนั้นอีก 8 มลรัฐนำเอารูปแบบของธุรกิจนี้ไปใช้⁴⁹ ลักษณะของ L3C คือ เป็นบริษัทที่มีความรับผิดชอบอย่างจำกัดเหมือนบริษัททั่วไปโดยมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการเพื่อสาธารณประโยชน์⁵⁰ เมื่อ L3C เป็นบริษัทจึงถือเป็นองค์กรที่สามารถแสวงหากำไรได้แต่วัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรถือเป็นวัตถุประสงค์ลำดับรอง

ผู้ถือหุ้นใน L3C จะอยู่ภายใต้ระบบชั้น (tranching system) ผู้ถือหุ้นที่รับความเสี่ยงได้น้อยก็จะอยู่ชั้นบนสุดมีสิทธิได้รับผลตอบแทนการลงทุนน้อยกว่าผู้ถือหุ้นอื่นแต่จะได้รับชำระค่าหุ้นคืนก่อนผู้ถือหุ้นอื่นหากมีการเลิกบริษัท ส่วนผู้ถือหุ้นที่รับความเสี่ยงได้มากก็จะอยู่ชั้นล่างสุดทำให้ได้รับผลตอบแทนการลงทุนมากกว่าผู้ถือหุ้นในลำดับบน แต่หากมีการเลิกบริษัทผู้ถือหุ้นในลำดับล่างอาจไม่ได้รับชำระค่าหุ้นคืนหรืออาจได้รับชำระไม่ครบถ้วน⁵¹ L3C ได้รับความนิยมนักลงทุนระดับหนึ่งเนื่องจากการลงทุนใน L3C อาจทำให้ผู้ลงทุนได้รับการยกเว้นภาษีตามโครงการ program related investment (PRI)⁵² ซึ่งกำหนดเงื่อนไขว่าหากมูลนิธิเอกชน (private foundation) สนับสนุนกิจกรรมที่ทำเพื่อสาธารณประโยชน์เป็นจำนวนอย่างน้อยร้อยละห้าของสินทรัพย์ของมูลนิธิในปีที่ผ่านมา มูลนิธินั้นจะได้รับยกเว้นภาษี⁵³ มีผลทำให้มูลนิธิเอกชนสนใจที่จะลงทุนใน L3C เพื่อประโยชน์ทางภาษี อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่พบคือ Internal Revenue Service ไม่ได้ออกกฎเกณฑ์อย่างชัดเจนว่าการลงทุนใน L3C ลักษณะใดได้รับการยกเว้นภาษี ทำให้มูลนิธิจำนวนมากไม่กล้าที่จะลงทุนใน L3C เพราะเกรงว่าจะไม่ได้รับการยกเว้นภาษี⁵⁴

เมื่อเปรียบเทียบระหว่าง benefit corporation และ L3C จะเห็นได้ว่าทั้งสององค์กรนี้มีความแตกต่างกันโดยสภาพ กล่าวคือ L3C เป็นบริษัทที่สร้างขึ้นเพื่อการกุศลเป็นหลัก การแสวงหากำไรสามารถทำได้แต่ถือเป็นวัตถุประสงค์ลำดับรอง ส่วน benefit corporation ถูกสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นไปพร้อมๆ กับการทำประโยชน์ให้กับสังคม ชุมชนและสิ่งแวดล้อม บริษัทต้องคำนึงถึงประโยชน์

⁴⁸ *Benefit Corp vs. Certified B Corp*, above n 45.

⁴⁹ ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2557 มลรัฐนอร์ทแคโรไลนาได้ยกเลิกกฎหมายที่อนุญาตให้มีการจัดตั้ง L3C แล้ว ดู http://www.intersectorl3c.com/l3c_tally.html.

⁵⁰ รายละเอียดของขอบวัตถุประสงค์ของ L3C ดู Lawrence I Richman, 'The L3C: A Hybrid Passthrough' (2010) January-February 2010 *Journal of Passthrough Entities* 11.

⁵¹ Carter G Bishop, 'The Low-Profit LLC (L3C): Program Related Investment by Proxy or Perversion?' (2010) 63 *Arkansas Law Review* 243, 263-4.

⁵² ดู *Program-Related Investments* Internal Revenue Service <<http://www.irs.gov/Charities-&Non-Profits/Private-Foundations/Program-Related-Investments>>.

⁵³ Treas. Reg. §§ 53.4942(a)-2, 53.4942(a)-3 (2009).

⁵⁴ Anne Field, *IRS Rule Could Help the Fledgling L3C Corporate Form* Forbes <<http://www.forbes.com/sites/annefield/2012/05/04/irs-rules-could-help-the-fledgling-l3c/>>.

ของผู้มีส่วนได้เสียประกอบการตัดสินใจ และยังต้องดำเนินการด้วยความโปร่งใส สำหรับ L3C นั้นไม่ได้มีข้อกำหนดให้ต้องแสดงถึงความโปร่งใสในการจัดการอย่าง benefit corporation⁵⁵ เมื่อพิจารณาจุดเด่นของ benefit corporation และ L3C เปรียบเทียบกันแล้ว ข้อเด่นของ benefit corporation คือ การมีบทบัญญัติของกฎหมายที่คุ้มครองการตัดสินใจของกรรมการให้ไม่ต้องรับผิดชอบหากกระทำการโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นหลักและในกรณีที่ไม่อำนาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่ชุมชน สังคมและสิ่งแวดล้อมดังที่กำหนดในขอบวัตถุประสงค์ ส่วน L3C นั้นมีข้อเด่น คือ เป็นองค์กรที่ได้รับความสนใจจากนักลงทุนมากกว่าเนื่องจากผู้ลงทุนใน L3C ได้รับยกเว้นภาษี

2.4.3 Benefit corporation vs. Constituency statute

ลักษณะของ constituency statute ไม่ใช่องค์กรที่มีกฎหมายที่รองรับอย่าง L3C แต่มีลักษณะเป็นการบัญญัติกฎหมายในระดับมลรัฐที่อนุญาตให้กรรมการบริษัทสามารถคำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มที่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัท นอกเหนือจากผู้ถือหุ้น อันได้แก่ ลูกจ้าง ลูกค้า เจ้าหนี้ ชุมชน สิ่งแวดล้อม เป็นต้น นอกจากนี้ บริษัทยังสามารถคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทในระยะยาวประกอบกับผลประโยชน์ระยะสั้นในการพิจารณาได้อีกด้วย⁵⁶

แนวคิดเรื่อง constituency statute เกิดขึ้นระหว่าง ค.ศ. 1980 ถึง 1989 ที่มีการครอบงำกิจการอย่างไม่เป็นมิตร (hostile takeover) เกิดขึ้นมาก⁵⁷ ในทางหนึ่งการครอบงำกิจการทำให้การประกอบการของบริษัทดีขึ้นเนื่องจากหลังจากการครอบงำกิจการมักจะมีการเปลี่ยนตัวกรรมการ ทำให้กรรมการชุดเดิมต้องออกจากตำแหน่งอันทำให้กรรมการชุดใหม่ที่มีศักยภาพมากกว่าเข้ามาดำรงตำแหน่ง ซึ่งมีผลทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์ในสองทาง คือ ราคาหุ้นที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากผู้ประสงค์จะครอบงำกิจการจะเสนอราคารับซื้อหุ้นที่สูงกว่าราคาตลาดและการมีกรรมการชุดใหม่ที่มีประสิทธิภาพทำให้บริษัทมีผลประกอบการดีขึ้น⁵⁸ แต่อีกทางหนึ่ง การครอบงำกิจการอย่างไม่เป็นมิตรกระทบต่อประโยชน์ของบริษัทในระยะยาว เนื่องจากผู้ครอบงำกิจการอาจไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะพัฒนาบริษัทที่ถูกครอบงำ แต่ต้องการครอบงำเพียงเพื่อเอาทรัพยากรอันมีมูลค่าที่สุดของบริษัทไปแล้วปล่อยให้บริษัทล้มละลายหรือเลิกไป อันมีผลทำให้กระทบต่อบุคคลอื่นๆ ที่มี

⁵⁵ ดู Cassidy V Brewer, 'Seven Ways to Strengthen and Improve the L3C' (2013) 25 *Regent University Law Review* 329.

⁵⁶ Brett H McDonnell, 'Corporate Constituency Statutes and Employee Governance' (2004) 30(4) *William Mitchell Law Review* 1227, 1231. Anthony Bisconti, 'The Double Bottom Line: Can Constituency Statutes Protect Socially Responsible Corporations Stuck in Revlon Land' (2009) 42 *Loyola of Los Angeles Law Review* 165; John A Anderson, 'Maine's Non-shareholder Constituency Statute' (1993) 45 *Maine Law Review* 153; Roberta Romano, 'What Is the Value of Other Constituency Statutes to Shareholders?' (Yale Law School, 1993).

⁵⁷ สำหรับเหตุผลของการเกิดขึ้นของ constituency statute ดู Charles Hansen, 'Other Constituency Statutes: A Search for Perspective' (1991) 46(4) *The Business Lawyer* 1355.

⁵⁸ Nathan E Standley, 'Lessons Learned from the Capitulation of the Constituency Statute' 4 *Elon Law Review* 209, 211.

ความเกี่ยวข้องกับบริษัท เช่น คนงาน ลูกจ้าง เจ้าหนี้ ผู้ผลิตสินค้าให้บริษัท รวมทั้งชุมชนที่บริษัทตั้งอยู่⁵⁹ หากกรรมการใช้วิธีการป้องกันการครอบงำกิจการอย่างไม่เป็นมิตร (anti-takeover) กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นเพราะทำให้ผู้ถือหุ้นไม่ได้รับประโยชน์จากการที่มีผู้เสนอซื้อหุ้นในราคาที่สูงหรือการให้กรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เต็มศักยภาพออกจากตำแหน่ง ดังนั้นจึงได้มีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองกรรมการของบริษัทที่ตัดสินใจป้องกันการครอบงำที่ไม่เป็นมิตรโดยคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นๆ นอกเหนือจากผู้ถือหุ้นให้ไม่ต้องรับผิด กฎเกณฑ์นี้เรียกว่า constituency statute หลักการของกฎหมายนี้ คือ การที่กรรมการคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นประกอบการตัดสินใจของกรรมการจะไม่ถือว่ากรรมการละเลยประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและไม่เป็นการกระทำที่ผิดต่อหน้าที่⁶⁰ ดังนี้ หากกรรมการปฏิเสธไม่รับคำแนะนำซื้อหุ้นของบริษัทให้ราคาสูงมากเนื่องจากการครอบงำกิจการจะทำให้ชุมชนได้รับผลกระทบ กรรมการก็สามารถทำได้

แม้ว่า constituency statute จะช่วยคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ แต่รูปแบบดังกล่าวก็ยังไม่บรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้บริษัทคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ที่มีส่วนได้เสียไปพร้อมๆ กับการคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ข้อจำกัดของ constituency statute คือ กรรมการมีสิทธิเลือกกว่าตนจะคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอื่นหรือไม่ก็ได้ การคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียอื่นจึงไม่ใช่บทบังคับแต่เป็นเพียงทางเลือกที่กรรมการจะเลือกหรือไม่ก็ได้⁶¹ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจในการตัดสินใจของกรรมการก็พบว่าคำพิพากษาของศาลมีอยู่ค่อนข้างจำกัดและยังไม่มี ความชัดเจนว่ากรอบการใช้ดุลยพินิจของกรรมการในการคำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นสามารถทำได้มากน้อยเพียงใด⁶²

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่าง benefit corporation และ constituency statute พบว่า constituency statute เป็นแต่เพียงการกำหนดให้กรรมการสามารถคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นประกอบการตัดสินใจโดยไม่มีความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น จึงไม่ได้มีสภาพบังคับให้กรรมการต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นหรือประกอบกิจการของบริษัทเพื่อประโยชน์ของชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม ตรงข้ามกับ benefit corporation ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากรรมการจะต้องทำประโยชน์ให้กับชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม⁶³

จากการศึกษาลักษณะเฉพาะของ benefit corporation และศึกษาเปรียบเทียบระหว่าง benefit corporation และองค์กรธุรกิจในรูปแบบอื่นสามารถสรุปได้ดังแผนภาพ

⁵⁹ ดู Alexander C Gavis, 'A Framework for Satisfying Corporate Directors' Responsibilities under State Nonshareholder Constituency Statutes: The Use of Explicit Contracts' (1990) 138 *University of Pennsylvania Law Review* 1451, 1455-61.

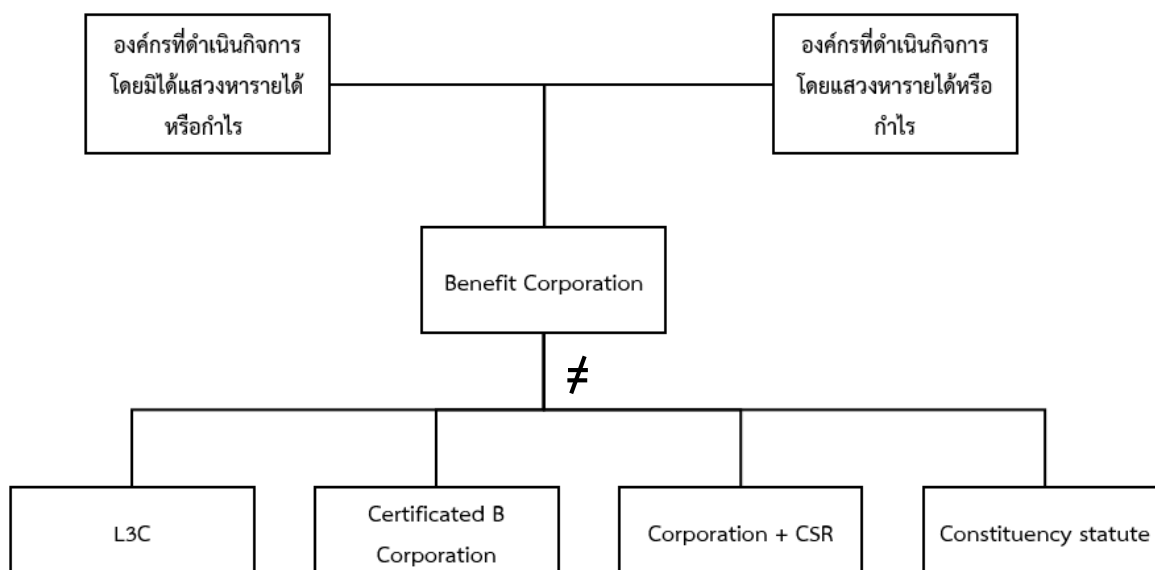
⁶⁰ Standley, above n 58, 212-7.

⁶¹ McDonnell, above n 56, 1231; Standley, above n 58, 216-9.

⁶² Thomas G Lovett IV and Veronica R Basel, *The Role of the Constituency Statute in the Shareholders' World* <<http://www.lindquist.com/files/Publication/2bb272e5-b42e-4eb6-8cf7-2126afda88a4/Presentation/PublicationAttachment/5663ba4c-4258-428e-82fc-23f7ae3f612d/The%20Role%20of%20the%20Constituency%20Statute%20in%20the%20Shareholders'%20World.pdf>>.

⁶³ Clark and Vranka, above n 20, 10.

แผนภาพที่ 2 แผนภาพแสดงลักษณะของ benefit corporation เมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรธุรกิจประเภทอื่น



ที่มา: จัดทำโดยผู้เขียน

2.5 บทสรุป

จากการพิจารณาข้างต้นทำให้เห็นว่า benefit corporation เกิดจากแนวความคิดที่ประสงค์จะจัดตั้งองค์กรธุรกิจที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรและบริษัททั่วไป กล่าวคือ benefit corporation เป็นองค์กรธุรกิจที่แสวงหากำไรเหมือนกับบริษัททั่วไป และในขณะเดียวกันต้องคำนึงถึงผลของการประกอบกิจการของตนที่มีต่อบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องไม่จำกัดเฉพาะกับผลที่จะเกิดขึ้นกับผู้ถือหุ้นที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง นอกจากนี้ benefit corporation ยังมีขอบวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน คือ จะต้องทำประโยชน์ให้กับชุมชน สังคมหรือสิ่งแวดล้อมและต้องเปิดเผยข้อมูลว่าบริษัทได้กระทำการตามกรอบวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้หรือไม่ อย่างไร นอกจากนี้เมื่อศึกษาเปรียบเทียบ benefit corporation กับองค์กรธุรกิจอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกับ benefit corporation ก็พบว่าแม้องค์กรธุรกิจอื่นจะมีลักษณะของการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือการคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียอื่นคล้ายกับ benefit corporation แต่ benefit corporation สามารถตอบสนองความต้องการในการจัดตั้งองค์กรที่คำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นไปพร้อมๆ กับการสร้างและคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะได้ดีกว่า

ดังที่กล่าวข้างต้น 21 มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายขึ้นเพื่อรองรับการจัดตั้ง benefit corporation ข้อพิจารณาประการถัดไป คือ เหตุใดจึงต้องมีการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation ทั้งที่มีกฎหมายบริษัทที่สามารถใช้บังคับได้เป็นการทั่วไปอยู่แล้ว และกฎหมายที่มลรัฐออกมาเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation มีลักษณะอย่างไร และมีความแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไปอย่างไร

บทที่ 3

กฎเกณฑ์ที่ใช้กับ Benefit Corporation: มุมมองของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1 บทนำ

เนื่องจากลักษณะของ benefit corporation มีความแตกต่างจากลักษณะองค์กรธุรกิจที่มีอยู่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อรองรับรูปแบบองค์กรธุรกิจใหม่ ดังจะเห็นได้จากการที่ 21 มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายเฉพาะเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation งานวิจัยในบทนี้จะศึกษาในแง่มุมทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ benefit corporation โดยเฉพาะเจาะจง โดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไปสามารถใช้บังคับกับ benefit corporation ได้หรือไม่ อย่างไร ข้อพิจารณาลำดับถัดไป คือ เมื่อมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation แล้ว กฎหมายเฉพาะนั้นมีลักษณะอย่างไร และเพื่อให้เห็นภาพรวมของกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับ benefit corporation งานวิจัยนี้จะพิจารณากฎเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในสองฉบับ คือ กฎหมายต้นแบบและกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์

3.2 ความจำเป็นในทางกฎหมาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา แนวความคิดที่ว่าบริษัทมีหน้าที่ในการแสวงหากำไรให้แก่ผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ หรือ maximize shareholders' profit ได้รับการยอมรับโดยศาลสูงแห่งมลรัฐมิชิแกนในคดี *Dodge v. Ford*⁶⁴ ดังที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 1 หลังจากนั้นแนวความคิดต่อลักษณะของบริษัทก็เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ บริษัทควรคำนึงถึงบุคคลหรือปัจจัยอื่นๆ นอกเหนือจากการแสวงหากำไรให้แก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้น และนโยบายของรัฐที่สนับสนุนให้บริษัทคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการของบริษัทก็จะชัดเจนมากขึ้น ดังที่มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับองค์กรธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปทั้งในรูปของ L3C และการออกกฎเกณฑ์เรื่อง constituency statute

เมื่อมุมมองที่มีต่อการอบวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งและการจัดการงานของบริษัทเปลี่ยนแปลงไป ข้อที่น่าพิจารณาต่อไป คือ กรอบอำนาจหน้าที่ของกรรมการต้องเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยหรือไม่ เช่น หากกรรมการบริษัทตัดสินใจในทางที่ทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นเสียหายแต่เกิดผลดีต่อชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม หรือหากกรรมการเลือกที่จะดำเนินการในทางที่ไม่คำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นหรือคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นน้อยกว่าประโยชน์ของบุคคลอื่น กรรมการจะมีความรับผิดชอบต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นหรือไม่ เพราะเหตุใด

ในเรื่องความเป็นอิสระในการใช้ดุลยพินิจของกรรมการนั้น มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ หลัก business judgment rule ที่กำหนดให้กรรมการสามารถตัดสินใจทางธุรกิจได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบแม้ว่าการตัดสินใจนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้น หากการตัดสินใจนั้นทำลงบนพื้นฐานที่ว่ากรรมการได้ตัดสินใจโดยอยู่บนพื้นฐานข้อมูลที่เหมาะสม และกรรมการได้ตัดสินใจโดยเชื่ออย่างสุจริตว่าการ

⁶⁴ Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668 (Mich. 1919).

ตัดสินใจดังกล่าวทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท⁶⁵ การตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการที่จะได้รับความคุ้มครองตามหลัก business judgment rule จะต้องเป็นการตัดสินใจโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ ดังนั้น หากกรรมการบริษัทตัดสินใจในทางที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของบุคคลอื่นหรือนำประโยชน์ของบุคคลอื่นมาพิจารณาประกอบกับประโยชน์ของบริษัทอันทำให้ผลประโยชน์ที่บริษัทควรจะได้รับลดน้อยลง กรรมการย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักการนี้และกรรมการต้องมีความรับผิดชอบหากการตัดสินใจนั้นทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย

ตัวอย่างของคดีที่เกิดขึ้นคือ คดี *Revlon v. MacAndrews*⁶⁶ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ บริษัท Pantry Pride หนึ่งในผู้เสนอราคาได้ทำการเสนอราคาเพื่อซื้อหุ้นของบริษัท Revlon ต่อกรรมการของ Revlon แต่กรรมการของ Revlon ปฏิเสธคำเสนอของ Pantry Pride และหาวิธีการเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกครอบงำกิจการ⁶⁷ แม้ว่า Pantry Pride ให้ราคาสูงกว่าราคาจากผู้เสนอรายอื่น MacAndrews⁶⁸ ผู้ถือหุ้นจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาล โดยอ้างว่ากรรมการทำผิดหน้าที่เพราะการปฏิเสธคำเสนอที่ให้ราคาสูงกว่าคำเสนออื่นทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย กรรมการของ Revlon อ้างว่าการกระทำของตนเป็นการใช้ดุลยพินิจทางธุรกิจและการรับคำเสนอของ Pantry Pride จะทำให้เจ้าหน้าที่ของบริษัทได้รับความเสียหาย

ศาลในคดีนี้ได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่า หากปรากฏว่ามีผู้ทำคำเสนอเพื่อจะครอบงำกิจการ (tender offer) กรรมการต้องพิจารณาว่าจะรับคำเสนอเพื่อครอบงำกิจการหรือไม่โดยคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ แต่เมื่อมีความชัดเจนว่าการครอบงำนั้นจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนแล้ว จากเดิมที่กรรมการต้องพิจารณาถึงประโยชน์อันสูงสุดอันจะเกิดต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นในการประกอบการตัดสินใจ หน้าที่ของกรรมการเหลือแต่เพียงหน้าที่ที่มีต่อผู้ถือหุ้นเท่านั้น กล่าวคือ กรรมการจะต้องทำหน้าที่หาผู้ซื้อที่ให้ราคาสูงที่สุด⁶⁹ ส่วนข้ออ้างของกรรมการของ Revlon ที่ว่าการรับคำเสนอจะทำให้เจ้าหน้าที่เสียหายนั้น ศาลมองว่า

⁶⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้บัญญัติลักษณะของหลักกฎหมายเรื่อง business judgment rule ไว้ หลักการดังกล่าวปรากฏในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/8. สำหรับงานเขียนที่เกี่ยวข้องกับ business judgment rule ดู Samuel Arshat, 'The Business Judgment Rule Revisited' (1979-1980) 8 *Hofstra Law Review* 93; Alfred D Mathewson, 'Decision Integrity and the Business Judgment Rule: A Theory' (1989-1990) 17 *Pepperdine Law Review* 879; Ralph S Peebles, 'The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation' (1984-1985) 60 *Notre Dame Law Review* 456; Franklin Balotti and James J Jr Hanks, 'Rejudging the Business Judgment Rule' (1992-1993) 48 *Business Lawyer* 1337.

⁶⁶ *Revlon, Inc v. MacAndrews & Forbes, Inc* 506 A.2d 173 (Del. 1986) สำหรับงานเขียนเกี่ยวกับคดี Revlon ดู Stephen M Bainbridge, 'The Geography of Revlon-Land' (2013) 81 *Fordham Law Review* 3277.

⁶⁷ Revlon รับเอาข้อเสนอของ Forstmann ผู้เสนอราคารายหนึ่งพร้อมทั้งตกลงในเงื่อนไขต่างๆ ที่ผูกพันตนให้ไม่อาจรับข้อเสนอของผู้เสนอราคารายอื่นอีก เงื่อนไขอื่นๆ ได้แก่ no-shop provision, lock-up provision และ การกำหนดค่าธรรมเนียมในการเลิกสัญญา. ดู T. Richard Giovannelli, 'Revisiting Revlon: The Rumors of Its Demise Have Been Greatly Exaggerated' (1996) 37(4) *William and Mary Law Review* 1513, 1543-4.

⁶⁸ *MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.* เป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจในการควบคุม (controlling shareholder) ของ Pantry Pride

⁶⁹ ศาลมองว่าในกรณีนี้ กรรมการจะต้องทำหน้าที่อย่างผู้ทอดตลาด (auctioneers). *Revlon, Inc v. MacAndrews & Forbes, Inc* 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986). ดูเพิ่ม William M Lafferty, Lisa A Schmidt and Donald J Jr Wolfe, 'A Brief

กรรมการไม่ต้องคำนึงถึงหน้าที่ที่ตนมีต่อเจ้านี้ของบริษัท และแม้ว่าการที่กรรมการละเลยผลประโยชน์ของเจ้านี้ของบริษัทจะทำให้เจ้านี้เสียหาย เพราะอย่างไรก็ดี เจ้านี้ของบริษัทได้รับความคุ้มครองตามกรอบของสัญญาอยู่แล้ว⁷⁰

จากคดี *Revlon* ทำให้เห็นได้ว่าแม้กรรมการจะสามารถพิจารณาถึงผลประโยชน์หรือผลกระทบของบริษัทหรือเจ้านี้ประกอบการตัดสินใจของกรรมการ แต่ในท้ายที่สุดการตัดสินใจของกรรมการต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ

นอกจากคดี *Revlon* แล้วยังมีอีกคดีหนึ่งที่เกี่ยวข้อง คือ คดี *eBay v. Newmark*⁷¹ eBay เข้าซื้อหุ้นในบริษัท Craigslist ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2004 โดยถือหุ้นจำนวนร้อยละ 28.4 ของหุ้นทั้งหมด ส่วนหุ้นที่เหลือผู้ก่อตั้ง Craigslist คือ Craig Newmark และ James Buckmaster ถืออยู่ (ร้อยละ 42.6 และ 29 ของหุ้นทั้งหมดตามลำดับ) ธุรกิจของ Craigslist คือ การทำเว็บไซต์เพื่อให้พื้นที่ในการลงประกาศขายสินค้า หางาน รับสมัครงาน และมีเว็บบอร์ดไว้บริการ⁷² ลักษณะเด่นของ Craigslist คือ Craigslist ไม่คิดค่าบริการในการลงประกาศแต่อย่างใด อันมีผลให้ Craigslist เป็นที่นิยมอย่างมาก eBay และผู้ก่อตั้งทั้งสองมีความเห็นในทางธุรกิจที่แตกต่างกัน eBay เล็งเห็นถึงความโดดเด่นของ Craigslist และต้องการให้ธุรกิจของ Craigslist เป็นธุรกิจที่ทำกำไร ในทางตรงกันข้าม Newmark และ Buckmaster ประสงค์ให้ Craigslist เป็นเว็บไซต์ที่ให้บริการผู้ใช้งานในโลกออนไลน์มากกว่าการคำนึงถึงกำไร ต่อมา eBay ได้ตั้งธุรกิจใหม่โดยมีลักษณะคล้ายกับ Craigslist ในชื่อ Kijiji⁷³ Newmark และ Buckmaster ไม่พอใจในการกระทำของ eBay จึงส่งอีเมลไปยัง Whitman ซึ่งเป็น CEO ของ eBay โดยมีเนื้อหาว่าทั้งสองไม่ประสงค์จะร่วมลงทุนกับ eBay อีกต่อไปและต้องการซื้อหุ้นคืนจาก eBay Whitman ได้ตอบกลับอีเมลของทั้งสองว่า eBay ไม่มีความประสงค์ที่จะขายหุ้นคืนแต่กลับต้องการซื้อ Craigslist หากมีโอกาส⁷⁴

จากบทสนทนาดังกล่าวทำให้ Newmark และ Buckmaster เกิดความกังวลว่า eBay จะเข้าครอบงำกิจการและเปลี่ยนให้ Craigslist เป็นบริษัทที่มุ่งแสวงหากำไรเหมือนกับบริษัทอื่นของ eBay⁷⁵ Newmark และ Buckmaster ในฐานะกรรมการจึงตัดสินใจใช้วิธีการป้องกันการครอบงำกิจการ⁷⁶ และผลของการใช้วิธีป้องกัน

Introduction to the Fiduciary Duties of Directors' (2012) 116(3) *Penn State Law Review* 832, 852-858; Bainbridge, above n 66.

⁷⁰ *Revlon, Inc v. MacAndrews & Forbes, Inc* 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986).

⁷¹ *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1 (Del. Ch. 2010).

⁷² ดู *Factsheet Craigslist* <<http://www.craigslist.org/about/factsheet>>.

⁷³ Brad Stone, *EBay-Craigslist Fight Is About Kijiji and Control, Complaint Shows The New York Times* <http://bits.blogs.nytimes.com/2008/04/30/ebay-craigslist-fight-is-about-kijiji-and-control-complaint-shows/?_php=true&_type=blogs&_php=true&_type=blogs&_r=1>.

⁷⁴ Jordan Robertson, 'eBay Wins Lawsuit Against Craigslist', *The Huffington Post* 2010 <http://www.huffingtonpost.com/2010/09/10/craigslist-ebay-lawsuit-e_n_711795.html>.

⁷⁵ *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 22-3 (Del. Ch. 2010).

⁷⁶ Ibid 33-5. รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการในการป้องกันการครอบงำกิจการ ดู Joseph M Grieco, 'The Ever-Evolving Poison Pill: The Pill in Asset Protection and Closely-Held Corporation Cases' (2011) 36 *Delaware Journal of Corporate Law* 625, 641-4.

การครอบงำกิจการทำให้สัดส่วนหุ้นของ eBay ใน Craigslist ลดลงจากร้อยละ 28.4 เป็นร้อยละ 24.9 ของหุ้นทั้งหมดอันมีผลทำให้ eBay ไม่อาจเลือกตัวแทนของตนเป็นกรรมการได้เนื่องจากจำนวนหุ้นของ eBay น้อยกว่าจำนวนขั้นต่ำที่มีสิทธิเลือกกรรมการ⁷⁷ eBay จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยอ้างว่า Newmark และ Buckmaster ใช้วิธีการป้องกันการครอบงำกิจการโดยมิชอบ เนื่องจากไม่มีเหตุที่แสดงว่า eBay ประสงค์จะครอบงำกิจการของ Craigslist ข้อต่อสู้ประการหนึ่งของ Newmark และ Buckmaster คือ ทั้งสองต้องใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อป้องกันมิให้ eBay เข้าครอบครอง Craigslist และเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมองค์กรของ Craigslist จากที่เป็นองค์กรที่ไม่คำนึงถึงผลกำไรเป็นองค์กรที่มุ่งให้เกิดผลกำไรเป็นสำคัญ

ข้อพิพาทประการหนึ่งในคดีนี้ คือ กรรมการสามารถตัดสินใจทางธุรกิจโดยคำนึงถึงวัฒนธรรมขององค์กรมากกว่าประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายหนึ่งรายใดได้หรือไม่

ศาลของมลรัฐเดลาแวร์ได้มีคำพิพากษาว่าการใช้วิธีการป้องกันการครอบงำกิจการของกรรมการทั้งสองมิชอบ เนื่องจากประการแรก eBay ไม่ได้กระทำการอย่างใดๆ ที่แสดงให้เห็นว่า eBay ประสงค์จะเข้าครอบงำ Craigslist และถึงแม้ว่า eBay ประสงค์จะเข้าครอบงำ Craigslist ก็ไม่อาจทำได้ง่ายเนื่องจาก Newmark และ Buckmaster ก็ถือหุ้นในจำนวนที่เพียงพอที่จะป้องกันการครอบงำกิจการได้อยู่แล้ว⁷⁸ ศาลมองว่าข้ออ้างของ Newmark และ Buckmaster ที่กล่าวว่าการป้องกันการครอบงำกิจการทำเพื่อป้องกันวัฒนธรรมองค์กรของตนนั้นฟังไม่ขึ้น เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการยอมรับว่า Craigslist ไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะทำเพื่อเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจให้กับบริษัทที่จดทะเบียนในมลรัฐเดลาแวร์เพื่อดำเนินธุรกิจในการแสวงหากำไร ซึ่งเป็นการขัดต่อหน้าที่ของกรรมการผู้ได้รับความไว้วางใจภายใต้กฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์⁷⁹

ในทางหนึ่งอาจกล่าวได้ว่าการกระทำของกรรมการทั้งสองเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ กล่าวคือ กรรมการทั้งสองเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก ดังนั้นการครอบงำกิจการจึงไม่อาจเกิดขึ้นโดยง่าย นอกจากนี้ยังไม่ปรากฏพฤติการณ์อื่นว่า eBay จะเข้าครอบงำกิจการนอกจากอีเมลของ Whitman ที่ส่งให้กรรมการทั้งสอง แต่อย่างไรก็ดี ข้อที่น่ากังขาคือ หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่า eBay มีพฤติกรรมที่ประสงค์จะเข้าครอบงำ Craigslist และมีความเป็นไปได้ที่จะเข้าครอบงำได้สำเร็จ กรรมการของ Craigslist จำต้องใช้วิธีการต่างๆ เพื่อป้องกันการครอบงำกิจการ เนื่องจากประสงค์จะรักษาลักษณะเฉพาะของ Craigslist ที่เป็นองค์กรแบบไม่มุ่งเน้นการหากำไรเป็นสำคัญ ดังนั้นศาลยังจะถือตามคำพิพากษาเดิมหรือไม่ จากคำพิพากษาในคดีนี้ซึ่งกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า การที่กรรมการไม่คำนึงถึงการหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นเป็นการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับ

⁷⁷ *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 42 (Del. Ch. 2010).

⁷⁸ ศาลใช้เกณฑ์ที่ปรับใช้ในคดี *Unocal* มาพิจารณาในคดีนี้ว่าการใช้วิธีการป้องกันการครอบงำกิจการนั้นชอบหรือไม่. ดู *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 48 (Del. Ch. 2010); *Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co.* 493 A.2d 946 (Del. Supr. 1985).

⁷⁹ ความเห็นของ Chancellor Chandler ใน *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 61 (Del. Ch. 2010):

Directors of a for-profit Delaware corporation cannot deploy a rights plan to defend a business strategy that openly eschews stockholder wealth maximization—at least not consistently with the directors’ fiduciary duties under Delaware law.

ความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้น ศาลจึงไม่อนุญาตให้กรรมการใช้วิธีการป้องกันการครอบงำกิจการ หากการป้องกันการครอบงำกิจการนั้นไม่ได้มีเพื่อป้องกันประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของผู้ถือหุ้น ดังนั้น ข้ออ้างที่ว่า กรรมการต้องการกระทำการเพื่อมุ่งสู่ประโยชน์อื่นที่ไม่ใช่ประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ เช่น การกระทำเพื่อรักษาวัฒนธรรมองค์กร จึงฟังไม่ขึ้น⁸⁰

จากการศึกษาคดี *Revlon* ที่ศาลมีคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1986 จนมาถึงปี ค.ศ. 2010 ที่ศาลมีคำพิพากษาในคดี *eBay* พบว่า กรรมการไม่สามารถคำนึงถึงเฉพาะผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นต่อชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม และให้ประโยชน์ของบุคคล ชุมชน หรือสิ่งแวดล้อมอยู่เหนือผลประโยชน์ของบริษัทหรือผู้ถือหุ้น อันเป็นการขัดกับลักษณะของ benefit corporation เป็นองค์กรธุรกิจที่ไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นลำดับต้นๆ เหมือนกับบริษัททั่วไป แต่กลับคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะไปพร้อมๆ กับประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจึงทำให้กฎหมายว่าด้วยหน้าที่ของกรรมการของบริษัททั่วไปนั้นไม่สามารถใช้กับองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation ได้จึงต้องมีการกำหนดกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้กับ benefit corporation

3.3 กฎเกณฑ์ที่ใช้กับ benefit corporation

เพื่อประโยชน์ในการศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation งานวิจัยนี้พิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องในสองระดับ คือ กฎหมายต้นแบบ หรือ Model Benefit Corporation Legislation (MBCL) และกฎหมายระดับมลรัฐ เนื่องจากมลรัฐที่รับเอากฎหมายต้นแบบมาปรับใช้มีจำนวนมาก ผู้วิจัยจึงเลือกกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ดังที่ได้ให้เหตุผลของการเลือกศึกษากฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ในบทที่ 1 ของงานวิจัยนี้

3.3.1 Model Benefit Corporation Legislation

Model Business Corporation Legislation (MBCL)⁸¹ คือ กฎเกณฑ์ที่เป็นต้นแบบให้กับมลรัฐต่างๆ นำไปพิจารณาว่าจะรับเอาหลักกฎหมายว่าด้วย benefit corporation ไปใช้ องค์กรที่พัฒนาและผลักดันให้มลรัฐต่างๆ รับเอากฎหมายนี้ไปบังคับใช้คือ B Lab⁸² ผู้ร่าง MBCL พัฒนากฎหมายต้นแบบจากความเห็นของนักกฎหมายในมลรัฐต่างๆ ต่อเนื้อหาของกฎหมายต้นแบบว่ามีความเหมาะสมในการปรับใช้ในมลรัฐของตนหรือไม่ นอกจากนี้ ผู้ร่างกฎหมายต้นแบบพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายโดยยึดความต้องการของนักลงทุนที่มีความประสงค์จะใช้กลไกทางธุรกิจในแก้ปัญหาสังคมและสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ⁸³

⁸⁰ Scott J Davis, *Recent Delaware Cases Regarding Poison Pills*, The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation(2010), available at <https://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2010/10/10/recent-delaware-cases-regarding-poison-pills/#more-13270>.

ดูเพิ่ม David A Wishnick, 'Corporate Purposes in a Free Enterprise System: A Comment on eBay v. Newmark' (2012) 121 *Yale Law Journal* 2405.

⁸¹ *Model Benefit Corporation Legislation with Explanatory Comments* B Lab <http://benefitcorp.net/storage/documents/Model_Benefit_Corporation_Legislation.pdf>.

⁸² ความเป็นมาของการร่าง MBCL ดู Kyle Westaway and Dirk Sampsele, 'The Benefit Corporation: An Economic Analysis with Recommendations to Courts, Boards, and Legislatures' (2013) 62 *Emory Law Journal* 999, 1010-4.

⁸³ *Model Legislation* B Lab <<http://benefitcorp.net/legislators/draft-legislation-for-your-state>>.

งานวิจัยนี้พิจารณา MBCL ในสี่ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกเป็นบทว่าการเปลี่ยนสถานะ ส่วนที่สองว่าด้วย
ขอบวัตถุประสงค์ของ benefit corporation ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ ส่วนที่สามว่าด้วยความรับผิดชอบ
ของกรรมการ และส่วนที่สี่ว่าด้วยความโปร่งใส

1. การเปลี่ยนสถานะ

MBCL กำหนดว่าหากบริษัททั่วไปประสงค์จะเปลี่ยนสถานะเป็น benefit corporation บริษัท
ดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยเสียงอย่างน้อยสองในสามของผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออก
เสียง โดยผู้ถือหุ้นในทุกชั้น (class) มีสิทธิที่จะออกเสียงลงคะแนน⁸⁴ การได้รับเสียงสนับสนุนจากผู้ถือหุ้นถึง
สองในสามของผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงทำให้เห็นว่าการเปลี่ยนสถานะเป็น benefit corporation
เป็นสาระสำคัญจึงต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมากเพราะการเปลี่ยนสถานะเป็น benefit
corporation กระทับกับสิทธิของผู้ถือหุ้นโดยตรง และเช่นเดียวกัน หาก benefit corporation ไม่ประสงค์ที่
จะดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ของประชาชนอีกต่อไปก็สามารถเปลี่ยนฐานะกลับเป็นบริษัททั่วไปได้โดยอาศัย
เสียงของผู้ถือหุ้นจำนวนไม่น้อยกว่าสองในสามของผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง⁸⁵ การกำหนดลักษณะนี้ทำให้
benefit corporation ไม่จำเป็นต้องยึดถือสถานะในการเป็น benefit corporation ตลอดไป หากผู้ถือหุ้นเห็นว่
การเป็น benefit corporation ไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์แต่อย่างใดหรือผู้ถือหุ้นไม่ประสงค์จะดำเนินการเพื่อ
ประโยชน์สาธารณะเหมือนในอดีตแล้วก็ย่อมเปลี่ยนสถานะได้เสมอโดยไม่ต้องเลิกบริษัท

2. ขอบวัตถุประสงค์ของ benefit corporation ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ

MBCL ได้กำหนดขอบวัตถุประสงค์ของ benefit corporation ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ
ไว้สองลักษณะ คือ ขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไป (general public benefit
purpose) และขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะจง (specific public benefit
purpose)

ขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไป คือ ขอบวัตถุประสงค์ที่ว่าการประกอบ
กิจการของ benefit corporation จะต้องเป็นไปเพื่อก่อให้เกิดผลในทางบวกที่สำคัญต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม
โดยทั่วไป การพิจารณาว่าการประกอบกิจการของ benefit corporation ได้ก่อให้เกิดผลในทางบวกต่อสังคม
หรือสิ่งแวดล้อมหรือไม่นั้นจะพิจารณาผลที่เกิดในภาพรวม (“as a whole”) โดยเปรียบเทียบกับมาตรฐานของ
บุคคลที่สามซึ่งจะกล่าวถึงในลำดับถัดไป⁸⁶ ส่วนขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ
โดยเฉพาะจงเป็นการกำหนดว่าบริษัทมีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง
อย่างใดอย่างหนึ่งเพิ่มเติมจากการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปที่ benefit corporation ทำอยู่แล้ว

MBCL กำหนดให้ benefit corporation จะต้องระบุในหนังสือบริคณห์สนธิว่าตนมีขอบวัตถุประสงค์
ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไป ส่วนขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดย
เฉพาะเจาะจงนั้น MBCL ไม่ได้บังคับให้ benefit corporation ต้องกำหนดไว้ หาก benefit corporation

⁸⁴ Model Business Corporation Legislation § 104(a).

⁸⁵ Ibid § 105(a).

⁸⁶ Ibid §§ 102, 201(a).

ประสงค์จะกำหนดขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงก็ให้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิว่าองค์กรมีขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงในเรื่องใด⁸⁷

MBCL ได้ให้ตัวอย่างของประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงไว้เจ็ดกรณี⁸⁸ ได้แก่

1. การจัดหาสินค้าหรือบริการให้กับบุคคลหรือชุมชนที่มีรายได้น้อย หรืออยู่ในสภาพที่ไม่ได้รับสินค้าหรือบริการอย่างเพียงพอ
2. การก่อให้เกิดโอกาสทางเศรษฐกิจให้กับบุคคลหรือชุมชนในทางที่มากกว่าการจ้างงานอันเกิดขึ้นในทางปกติของการจ้างงานของบริษัท
3. การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม
4. การพัฒนาคุณภาพชีวิต
5. การส่งเสริมหรือสนับสนุนศิลปวัฒนธรรม วิทยาศาสตร์ หรือการพัฒนาองค์ความรู้
6. การเพิ่มรายรับให้กับองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม
7. การบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดๆ ในทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์โดยเฉพาะเจาะจงแก่สังคมหรือสิ่งแวดล้อม

หาก benefit corporation ประสงค์จะเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงของตน benefit corporation ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือบริคณห์สนธิโดยต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสองในสามของผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง⁸⁹

3. หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ

ดังที่กล่าวข้างต้น ตามหลักกฎหมายบริษัท กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นหรือบริษัทในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary)⁹⁰ หากมีผลประโยชน์ขัดกันระหว่างประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและผลประโยชน์ของลูกจ้าง พนักงาน ชุมชน สังคมหรือสิ่งแวดล้อม กรรมการจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นก่อน หน้าที่ข้างต้นไม่สอดคล้องกับลักษณะของ benefit corporation ทำให้ต้องกำหนดกรอบของกฎหมายในเรื่องหน้าที่ของกรรมการขึ้นใหม่ MBCL จึงกำหนดอย่างชัดแจ้งว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ กรรมการจะต้องพิจารณาถึงผลของการกระทำหรือไม่กระทำการของตนโดยคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลหรือปัจจัยดังต่อไปนี้⁹¹

⁸⁷ Ibid § 201(b).

⁸⁸ Ibid § 102.

⁸⁹ Ibid § 201(d).

⁹⁰ Franklin Balotti and Jesse A Finkelstein, *The Delaware Law of Corporations & Business Organizations Statutory Deskbook* (Wolters Kluwer Law & Business, 2014 ed, 2014) Corp.-129- 30.

⁹¹ Model Business Corporation Legislation § 301(a)(1).

1. ผู้ถือหุ้นของ benefit corporation เอง
2. ลูกจ้าง พนักงานของ benefit corporation บริษัทในเครือและผู้ผลิตสินค้าของ benefit corporation
3. ลูกค้าของ benefit corporation ในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์จากการดำเนินกิจการของ benefit corporation
4. ชุมชนและปัจจัยด้านสังคมโดยพิจารณาถึงชุมชนที่ตั้งอยู่
5. สภาพแวดล้อมในพื้นที่นั้นและสภาพแวดล้อมของโลก
6. ประโยชน์ในระยะสั้นและระยะยาวของ benefit corporation อันรวมถึงประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นกับ benefit corporation จากแผนดำเนินธุรกิจระยะยาว และความเป็นไปได้ที่ประโยชน์ดังกล่าวจะเกิดขึ้นหาก benefit corporation มีลักษณะที่เป็นองค์กรที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของบุคคลใด และ
7. ความสามารถของ benefit corporation ในการก่อให้เกิดประโยชน์โดยทั่วไปและประโยชน์โดยเฉพาะที่กำหนดไว้

นอกจากนี้ MBCL ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าการปฏิบัติหน้าที่อย่างใด ๆ ของกรรมการที่อยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของการตั้ง benefit corporation ไม่ว่าจะเป็นขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปและประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงนั้นถือว่าการกระทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของ benefit corporation⁹² การระบุเช่นนี้มีขึ้นเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานในเรื่องหน้าที่ของกรรมการที่ว่ากรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ในทางที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของบริษัทและกรรมการจะต้องตัดสินใจโดยยึดประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเหนือประโยชน์ของบุคคลอื่น

ประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้น คือ กรรมการจะคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเหนือกว่าประโยชน์ของบุคคลอื่นหรือคำนึงถึงปัจจัยอย่างหนึ่งเหนือกว่าปัจจัยอื่นได้หรือไม่ MBCL กำหนดว่ากรรมการของ benefit corporation ไม่จำเป็นต้องให้ความสำคัญกับประโยชน์ของบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กรหรือปัจจัยที่กล่าวข้างต้นมากไปกว่าประโยชน์ของบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กรหรือปัจจัยอื่น เว้นแต่มีการกำหนดไว้ชัดเจนไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิว่า benefit corporation จะพิจารณาประโยชน์ของบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กรหรือปัจจัยใดเหนือกว่าประโยชน์ของผู้อื่นหรือปัจจัยอื่น การให้น้ำหนักกับประโยชน์ของบุคคล กลุ่มบุคคล องค์กรหรือปัจจัยใดมิเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปหรือประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงดังที่ได้กำหนดเอาไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ⁹³

⁹² Ibid § 201(c).

⁹³ Ibid § 301(a)(3).

นอกจากนี้ MBCL ได้กำหนดรับรองหลัก business judgment rule⁹⁴ ที่ให้อิสระกับกรรมการในการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยศาลจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องในการใช้ดุลยพินิจของกรรมการ หากปรากฏว่ากรรมการได้ใช้ดุลยพินิจภายใต้กรอบดังต่อไปนี้⁹⁵

1. กรรมการไม่ได้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ได้มีการตัดสินใจ
2. กรรมการได้รับทราบข้อมูลอันเกี่ยวเนื่องกับเรื่องที่ได้ตัดสินใจโดยอยู่ในกรอบว่ากรรมการเชื่อโดยสุจริตอยู่บนพื้นฐานพหุเหตุการณ์นั้นๆ ว่าข้อมูลที่มีความเพียงพอในการตัดสินใจแล้ว และ
3. กรรมการเชื่อโดยสุจริตว่าการตัดสินใจนั้นมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของ benefit corporation

MBCL ได้กำหนดวิธีการเรียกให้กรรมการรับผิดชอบไต่สวนเป็นการเฉพาะในชื่อ “benefit enforcement proceeding”⁹⁶ ทำให้การฟ้องคดีของ benefit corporation จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายบริษัททั่วไป หลักการที่สำคัญของ benefit enforcement proceeding คือ ผู้ที่มีสิทธิฟ้องให้กรรมการของ benefit corporation รับผิดชอบได้ประกอบด้วย บริษัทและบุคคลอื่นฟ้องคดีแทนบริษัท⁹⁷ซึ่งบุคคลอื่นที่มีสิทธิฟ้องคดีได้แก่⁹⁸

1. บุคคลคนเดียวหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นอยู่ในเวลาที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเป็นจำนวนอย่างน้อยร้อยละ 2 ของหุ้นทั้งหมดใน benefit corporation โดยไม่รวมถึงหุ้นที่ benefit corporation ถือเอง
2. กรรมการของ benefit corporation
3. บุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งถือหุ้นในเวลาที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเป็นจำนวนอย่างน้อยร้อยละ 5 ของหุ้นทั้งหมดในบริษัทแห่งใดแห่งหนึ่งโดยไม่รวมถึงหุ้นที่บริษัทถือเองและบริษัท

⁹⁴ หลัก business judgment rule เป็นหลักการที่ให้อิสระกับกรรมการในการตัดสินใจทางธุรกิจ โดยศาลจะไม่ใช้ดุลยพินิจของศาลไปวินิจฉัยว่าการตัดสินใจของกรรมการนั้นถูกต้องหรือเหมาะสมหรือไม่ เนื่องจากศาลไม่ได้อยู่ในฐานะที่สามารถตัดสินใจในทางธุรกิจได้ และหากศาลทำเช่นนั้นก็จะทำให้ผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยกับการใช้ดุลยพินิจของกรรมการนำคดีมาสู่ศาลอย่างไม่สิ้นสุด นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยกับการใช้ดุลยพินิจของกรรมการก็สามารถดำเนินการในทางอื่นได้อยู่แล้ว ดู *Cede & Co v Technicolor, Inc* 634 A.2d 345, 360 (Del. 1993); *Aronson v Lewis* 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984); Johneth C Park and Doo-Ah Lee, 'The Business Judgement Rule: A Missing Piece in the Developing Puzzle of Korean Corporate Governance Reform' (2003) 3(2) *Journal of Korean Law Review* 15; Peeples, above n 65.

⁹⁵ Model Business Corporation Legislation § 301(e).

⁹⁶ ดู Ibid §§ 102, 305(a).

⁹⁷ การฟ้องคดีแทนบริษัท (derivative action) เป็นการให้สิทธิแก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่กรรมการในการฟ้องคดีแทนบริษัท เมื่อเป็นการฟ้องคดีแทนบริษัท สิ่งที่ได้มาจากการฟ้องคดีจึงตกเป็นของบริษัทไม่ใช่ของผู้ฟ้องคดี ดู ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 และ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85

แม้ว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัทและผู้ถือหุ้นแต่ก็ปรากฏว่าผู้ถือหุ้นใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทในการหาประโยชน์ส่วนตัว ดู Daniel R Fischel and Michael Bradley, 'The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis' (1985-1986) 71 *Cornell Law Review* 261; Roberta Romano, 'The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?' (1991) 7(1) *The Journal of Law, Economics, & Organization* 55; Daniel J Morrissey, 'The Path of Corporate Law: Of Options Backdating, Derivative Suits, and the Business Judgement Rule' (2007) 86 *Oregon Law Review* 973.

⁹⁸ Model Business Corporation Legislation § 305(c).

ดังกล่าวถือหุ้นใน benefit corporation เป็นจำนวนที่เกินกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นทั้งหมดของ benefit corporation โดยไม่รวมถึงหุ้นที่ benefit corporation ถือเอง⁹⁹ หรือ

4. บุคคลอื่นใดตามที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท

จากบทบัญญัติข้างต้น MBCL ไม่ได้ให้สิทธิผู้มีส่วนได้เสียอื่นหรือผู้ที่อาจได้รับประโยชน์จากการดำเนินการกิจการของ benefit corporation ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะในการฟ้องบริษัทหรือกรรมการแต่อย่างใด การจำกัดผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีมาจากแนวความคิดที่ว่ากรรมการมีหน้าที่ต่อบริษัทในการดำเนินการให้เกิดประโยชน์สาธารณะตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท แต่กรรมการไม่ได้มีหน้าที่ต่อบุคคลหรือชุมชนที่จะได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ ดังนั้นหากกรรมการไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์ต่อชุมชนดังที่บริษัทได้กำหนดไว้ในขอบวัตถุประสงค์ ผู้ที่ควรได้รับประโยชน์จึงไม่ใช่ผู้เสียหาย¹⁰⁰ ที่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่กรรมการไม่สามารถสร้างประโยชน์ดังที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ¹⁰¹

กรอบความรับผิดชอบของกรรมการสามารถแยกได้เป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีแรก กรณีที่กรรมการไม่สามารถสร้างประโยชน์สาธารณะทั่วไปหรือประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงดังที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ผู้ฟ้องคดีไม่อาจเรียกให้กรรมการชดเชยค่าเสียหายได้¹⁰² แต่สามารถฟ้องคดีเพื่อบังคับให้กรรมการก่อให้เกิดประโยชน์ดังที่หนังสือบริคณห์สนธิกำหนดไว้ โดยศาลอาจกำหนดระยะเวลาให้กรรมการต้องกระทำการเพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะดังกล่าว¹⁰³ และกรณีที่สอง คือ การฟ้องกรรมการให้รับผิดชอบจากการกระทำผิดหน้าที่ หากกรรมการไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบก็ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบ อย่างไรก็ตาม MBCL ให้ความสำคัญคุ้มครองกรรมการอีกชั้นหนึ่งโดยกำหนดว่าหากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลหรือปัจจัยที่เกี่ยวข้องดังที่กฎหมายกำหนดแล้ว กรรมการก็ไม่มี ความรับผิด¹⁰⁴

นอกเหนือจากการกำหนดกรอบหน้าที่และความรับผิดไว้โดยเฉพาะแล้ว MBCL ยังได้แบ่งประเภทของกรรมการออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ กรรมการทั่วไปและ benefit director หน้าที่ของ benefit director คือ การทำรายงานการตรวจสอบว่า benefit corporation ได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะทั่วไปหรือประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงดังที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิครบถ้วนแล้วหรือไม่ และรายงานการตรวจสอบว่ากรรมการได้คำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลหรือปัจจัยที่เกี่ยวข้องประกอบการตัดสินใจในการจัดการบริษัทหรือไม่ หาก benefit director เห็นว่าบริษัทหรือกรรมการไม่ได้ดำเนินการหรือปฏิบัติหน้าที่ดังที่กฎหมายกำหนด ให้ benefit director อธิบายว่าบริษัทหรือกรรมการกระทำโดยไม่ชอบอย่างไร¹⁰⁵ รายงานการตรวจสอบข้างต้นจะถูกนำไปรวมกับรายงานประโยชน์ประจำปี (annual benefit report)¹⁰⁶ ของ

⁹⁹ Ibid § 102.

¹⁰⁰ Ibid § 301(d).

¹⁰¹ Ibid § 301(b).

¹⁰² Ibid § 301(c)(2).

¹⁰³ Clark and Vranka, above n 20, 27-8.

¹⁰⁴ Model Business Corporation Legislation § 301(c)(1).

¹⁰⁵ Ibid § 302(c)(1)-(3).

¹⁰⁶ Ibid § 302(c).

benefit corporation ที่เสนอต่อผู้ถือหุ้นและสาธารณะดังจะอธิบายโดยละเอียดต่อไป การกำหนดให้มี benefit director เป็นกระบวนการสร้างการตรวจสอบภายในบริษัทว่า benefit corporation ได้ดำเนินการในทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง

MBCL กำหนดให้ benefit corporation ที่จดทะเบียนเพื่อซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ต้องมี benefit director จำนวนหนึ่งคน¹⁰⁷ ส่วน benefit corporation อื่นจะตั้ง benefit director หรือไม่ก็ได้ MBCL กำหนดเงื่อนไขพื้นฐานของ benefit director ว่าจะต้องเป็นกรรมการที่มีความเป็นอิสระจาก benefit corporation และอาจมีคุณสมบัติอื่นเพิ่มเติมตามที่กำหนดในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของ benefit corporation¹⁰⁸ อำนาจหน้าที่ สิทธิและความคุ้มครองที่มีให้ benefit director นั้นก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับที่ใช้กับกรรมการทั่วไปของ benefit corporation แต่จะมีความแตกต่างในแง่หน้าที่ของ benefit director ที่ต้องปฏิบัติโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งเพิ่มเติมเข้ามา¹⁰⁹

4. ความโปร่งใส

เพื่อความโปร่งใสในการดำเนินการของ benefit corporation MBCL กำหนดให้ benefit corporation ต้องทำรายงานประโยชน์ประจำปี (annual benefit report) เพื่อเสนอต่อผู้ถือหุ้นและสาธารณะ¹¹⁰ โดยมีรายละเอียดที่สำคัญ คือ รายละเอียดที่แสดงให้เห็นว่า benefit corporation ได้ดำเนินการเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมหรือสิ่งแวดล้อมในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาอย่างไร และได้ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปหรือไม่ อย่างไร และหากหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทได้กำหนดขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงไว้ benefit corporation ก็ต้องให้รายละเอียดของการดำเนินการของบริษัทในส่วนนี้ด้วย นอกจากนี้ หาก benefit corporation ไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะดังที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ public benefit สามารถอธิบายถึงอุปสรรคในการดำเนินการเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะตามที่กำหนดไว้ได้ด้วย¹¹¹

เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของการจัดตั้ง benefit corporation คือ การก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะและเพื่อให้เกิดความแน่ใจว่า benefit corporation ได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง MBCL กำหนดให้ benefit corporation ต้องใช้มาตรฐานของบุคคลที่สาม (third-party standard) เป็นตัวชี้วัดผลการประกอบการทางด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมของ benefit corporation โดยพิจารณาว่าผลการประกอบการด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมของ benefit corporation อยู่ในเกณฑ์ใด และบริษัทต้องเปิดเผยผลการตรวจสอบด้วย¹¹²

¹⁰⁷ Ibid § 302(a).

¹⁰⁸ Ibid § 302(b).

¹⁰⁹ Ibid § 302(a).

¹¹⁰ Ibid § 402.

¹¹¹ Ibid § 401(a)(1).

¹¹² Ibid § 401(a)(2).

เพื่อให้ผลของการตรวจสอบมีความน่าเชื่อถือ MBCL กำหนดให้มาตรฐานของบุคคลที่สามต้องมีลักษณะดังนี้¹¹³ มาตรฐานดังกล่าวจะต้องไม่เกิดจากการพัฒนาโดยองค์กรที่ benefit corporation ควบคุมอยู่ และการพิจารณาผลของการประกอบการด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมนั้นจะต้องทำโดยผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในการวิเคราะห์ผลของการประกอบการดังกล่าว นอกจากนี้ benefit corporation ต้องประกาศให้บุคคลภายนอกได้รับรู้ถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจวัดผลประกอบการทางด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมในภาพรวม คำนวณน้ำหนักของหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการคำนวณคะแนน ชื่อของกรรมการ พนักงาน เจ้าของหรือองค์กรที่กำกับดูแลการออกหลักเกณฑ์และควบคุมการแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ กระบวนการในการแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ หรือกระบวนการในการปรับเปลี่ยนตัวสมาชิกในองค์กรที่ทำหน้าที่ในการแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ และเอกสารทางการเงินแสดงรายรับขององค์กรในส่วนที่ได้มาจากการสนับสนุนขององค์กรอื่น และความสัมพันธ์อันอาจก่อให้เกิดความสงสัยว่ามีประโยชน์ที่ขัดแย้งกันระหว่าง benefit corporation และองค์กรที่พัฒนาหลักเกณฑ์¹¹⁴

นอกจากนี้ benefit corporation ยังต้องเปิดเผยข้อมูลอื่นๆ ได้แก่ ชื่อของ benefit director ถ้ามี และ ค่าตอบแทนที่ benefit corporation จ่ายให้กับกรรมการของบริษัท เป็นต้น¹¹⁵

3.3.2 Delaware General Corporation Law

เพื่อประโยชน์ในการศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation ผู้เขียนหยิบยกตัวอย่างกฎหมายในระดับมลรัฐที่ใช้บังคับกับ benefit corporation คือ กฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ซึ่งมาศึกษาสาเหตุที่ผู้เขียนเลือกกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์มาศึกษาเนื่องจากบริษัททั้งขนาดใหญ่และเล็กจำนวนมากจดทะเบียนจัดตั้งในมลรัฐเดลาแวร์ มลรัฐเดลาแวร์ประกาศใช้กฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2013 และในวันเดียวนั้นมีบริษัทจำนวน 17 บริษัทจดทะเบียนเป็น benefit corporation¹¹⁶ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับ benefit corporation ตามกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์อยู่ใน TITLE 8 ของ Delaware General Corporation Law (DGCL) โดยบัญญัติใน Chapter 1 Subchapter XV และมีการกำหนดหัวข้อของ Subchapter ไว้โดยเฉพาะเจาะจงคือ “Public Benefit Corporations” Subchapter นี้ประกอบด้วยกฎหมายจำนวน 8 มาตรา (ตั้งแต่มาตรา 361 ถึงมาตรา 368) กฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์เรียก benefit corporation ว่า public benefit corporation เพื่อต้องการเน้นย้ำว่า benefit corporation มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (public benefit) ไม่ใช่ประโยชน์ของบุคคลคนใดคนหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง

เนื่องจากบทบัญญัติใน Subchapter XV กำหนดแต่เพียงกฎหมายในเรื่องที่แตกต่างจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไป ในกรณีอื่นที่ไม่อยู่ภายใต้ 8 มาตราดังกล่าวก็นำหลักทั่วไปที่อยู่ใน Chapter 1 ว่าด้วย

¹¹³ ดู Ibid § 102.

¹¹⁴ รายชื่อของมาตรฐานที่บุคคลที่สามพัฒนาและให้บริการในการตรวจสอบ ดู <http://www.benefitcorp.net/third-party-standards/list-of-standards>

¹¹⁵ ดู Model Business Corporation Legislation § 401(a)(3)-(6).

¹¹⁶ ดู Alicia E Plerhoples, 'Delaware Public Benefit Corporations 90 Days Out: Who's Opting In?' (2014) 14 *University of California Davis Business Law Journal* 2.

General Corporation Law มาใช้เท่าที่ไม่ขัดต่อลักษณะของ public benefit corporation เช่น เรื่องการจดทะเบียนตั้งบริษัท การโอนหุ้น การจัดการประชุมผู้ถือหุ้น เป็นต้น¹¹⁷ นอกจากนี้ บทบัญญัติใน Subchapter XV ไม่มีผลใช้บังคับกับบริษัทที่ไม่ใช่ public benefit corporation¹¹⁸

เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายต้นแบบ หรือ MBCL และกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ งานวิจัยนี้จะแยกการพิจารณาบทบัญญัติของ DGCL ออกเป็นส่วน ได้แก่ ส่วนแรกเป็นเรื่องการเปลี่ยนสถานะ ส่วนที่สองว่าด้วยขอบวัตถุประสงค์ของ public benefit corporation ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ ส่วนที่สามว่าด้วยหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ และส่วนที่สี่ว่าด้วยความโปร่งใสการแบ่งการพิจารณาออกเป็นสี่ส่วนดังกล่าวก็เพื่อให้สอดคล้องกับการศึกษาในหัวข้อ 3.3.1

1. การเปลี่ยนสถานะ

หากบริษัททั่วไปประสงค์จะแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะเป็น public benefit corporation หรือจะควบรวมกับบริษัทอื่นอันมีทำให้บริษัทที่ได้จากการควบรวมเป็น public benefit corporation หรือมีการแลกหุ้นกับ public benefit corporation อันทำให้สถานะของบริษัทเปลี่ยนแปลงไปเป็น benefit corporation บริษัทดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นของบริษัทของตนโดยได้รับเสียงสนับสนุนอย่างน้อยร้อยละ 90 ของหุ้นทั้งหมดอันไม่รวมถึงหุ้นที่บริษัทซื้อคืนมา (outstanding shares) ของหุ้นในแต่ละชั้น (class) ไม่ว่าจะเป็นหุ้นชนิดที่มีสิทธิออกเสียงหรือไม่ก็ตาม¹¹⁹ ผู้ถือหุ้นที่คัดค้านการเปลี่ยนสภาพเป็น public benefit corporation มีสิทธิร้องขอต่อ Court of Chancery เพื่อให้บริษัทชดใช้ค่าหุ้นในราคาที่เป็นธรรมให้แก่ตน¹²⁰

หาก public benefit corporation ประสงค์จะเปลี่ยนสถานะเป็นบริษัททั่วไป public benefit corporation ดังกล่าวจะต้องแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิโดยเพิกถอนวัตถุประสงค์ที่จะเป็น public benefit corporation ออกโดยจะต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสองในสามของหุ้นทั้งหมดอันไม่รวมถึงหุ้นที่บริษัทซื้อคืนมา (outstanding shares) ของหุ้นในแต่ละชั้น (class) ไม่ว่าจะเป็นหุ้นชนิดที่มีสิทธิออกเสียงหรือไม่ก็ตาม กฎเกณฑ์เดียวกันใช้กับการควบรวมหรือแลกหุ้นกับบริษัทอื่นอันมีผลทำให้ public benefit corporation กลายเป็นบริษัททั่วไป¹²¹

2. ขอบวัตถุประสงค์ของ public benefit corporation ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ

มาตรา 362 ของ DGCL ได้กำหนดเป็นหลักทั่วไปว่า public benefit corporation เป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อแสวงหากำไรและเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะไม่ว่าจะเป็นประโยชน์เพียงสิ่งหนึ่งสิ่งใดหรือประโยชน์หลายสิ่ง และการจัดการต้องเป็นไปด้วยความรับผิดชอบและคำนึงถึงความยั่งยืน เพื่อให้เกิดประโยชน์ข้างต้น public benefit corporation จะต้องบริหารจัดการโดยผสมผสานประโยชน์ของผู้ถือหุ้น

¹¹⁷ Delaware General Corporation Law § 361.

¹¹⁸ Ibid § 368.

¹¹⁹ Ibid § 363(a).

¹²⁰ Ibid § 363(b).

¹²¹ Ibid § 363(c).

ประโยชน์ของผู้ที่จะได้รับผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญจากการกระทำอย่างใดๆ ของ public benefit corporation และประโยชน์สาธารณะดังที่บริษัทได้กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ DGCL ได้แยกประเภทของประโยชน์สาธารณะที่ public benefit corporation ต้องก่อให้เกิดออกเป็นประโยชน์สาธารณะทั่วไป และประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง และกำหนดให้ public benefit corporation ต้องกำหนดทั้งประโยชน์สาธารณะทั่วไปและประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงที่บริษัทประสงค์จะก่อให้เกิดขึ้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ¹²²

เพื่อให้เกิดความชัดเจน DGCL ยังได้ให้คำนิยามคำว่า ประโยชน์สาธารณะ (“public benefit”) ว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ในทางบวก (หรือเป็นการบรรเทาผลร้าย) ต่อกลุ่มบุคคล องค์กร ชุมชน หรือประโยชน์ กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือมากกว่าหนึ่งกลุ่ม (นอกเหนือจากผู้ถือหุ้น) และผลประโยชน์ดังกล่าวรวมถึงแต่ไม่จำกัดเฉพาะผลที่เกี่ยวกับศิลปะ การกุศล วัฒนธรรม เศรษฐศาสตร์ การศึกษา สภาพแวดล้อม วรรณคดี การแพทย์ ศาสนา วิทยาศาสตร์ หรือเทคโนโลยี¹²³

นอกจากรายละเอียดของประโยชน์สาธารณะ หนังสือบริคณห์สนธิของ public benefit corporation จะต้องกำหนดรายละเอียดเบื้องต้นอันได้แก่ ชื่อของบริษัท ที่อยู่ของบริษัท ลักษณะการประกอบกิจการของบริษัท จำนวนหุ้น เป็นต้น¹²⁴ public benefit corporation ยังต้องระบุไว้ในชื่อของบริษัทว่าเป็น public benefit corporation โดยใช้ชื่อย่อ PBC หรือ P.B.C.¹²⁵ เพื่อให้สาธารณชนได้รับรู้ว่าองค์กรธุรกิจของตนเป็นองค์กรที่แตกต่างจากบริษัททั่วไป

3. หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ

แม้ DGCL ได้กำหนดหน้าที่ของกรรมการของบริษัททั่วไปไว้ในมาตรา 144 ว่าด้วยหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty)¹²⁶ แต่ Subchapter XV ได้กำหนดหน้าที่ของกรรมการของ public benefit corporation ไว้โดยเฉพาะเจาะจงและมีความแตกต่างอย่างชัดเจนกับหน้าที่ของกรรมการของบริษัททั่วไป การที่ DGCL บัญญัติกฎหมายว่าด้วยหน้าที่ของกรรมการแยกออกมาจากกฎหมายทั่วไปเป็นการเฉพาะแสดงให้เห็นถึงการรับรองแนวคิดที่ว่า public benefit corporation มีความแตกต่างจากบริษัททั่วไปอย่างมีนัยสำคัญทำให้ไม่อาจนำบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับกรรมการของบริษัททั่วไปมา

¹²² Ibid § 362(a)(1).

¹²³ Ibid § 362(b).

¹²⁴ Ibid § 102(a).

¹²⁵ Ibid § 362(c).

¹²⁶ DGCL ไม่ได้บัญญัติหน้าที่ของกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง (duty of care) จึงต้องพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลัก คดีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการ ดู *Graham v Allis-Chalmers Mfg Co* 188 A.2d 125 (Del. Ch. 1963); *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858, 872 (Del. 1985); *In re Caremark Intern Inc Derivative Litigation* 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996); *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d 27, 53 (Del. Ch. 2006).

ใช้กับกรรมการของ public benefit corporation ได้อันสอดคล้องกับ MBCL ที่เสนอให้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยหน้าที่ของกรรมการเป็นการเฉพาะเจาะจง¹²⁷

DGCL บัญญัติหน้าที่ของกรรมการไว้เพียงมาตราเดียว โดยกำหนดให้คณะกรรมการของ public benefit corporation มีหน้าที่ต้องบริหารจัดการกิจการของ public benefit corporation ในทางที่ผานประโยชน์ทางการเงินของผู้ถือหุ้น ประโยชน์สูงสุดของผู้ที่ได้รับผลกระทบอย่างมากจากการดำเนินกิจการของบริษัท และประโยชน์สาธารณะทั่วไปหรือประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงดังที่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในหนังสือบริคณห์สนธิของ public benefit corporation¹²⁸

ในส่วนความรับผิดชอบของกรรมการของ public benefit corporation DGCL บัญญัติว่ากรรมการไม่มีหน้าที่ต่อผู้ได้รับประโยชน์จากการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะของ public benefit corporation¹²⁹ ทำให้บุคคลที่อาจได้รับประโยชน์จากการดำเนินกิจการหรือผู้ถือหุ้นไม่อาจเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบในความล้มเหลวในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะได้ ส่วนการฟ้องว่ากรรมการกระทำผิดหน้าที่ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีสามารถเรียกให้กรรมการรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ อย่างไรก็ดี DGCL ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่กรรมการโดยบัญญัติว่า หากกรรมการได้ตัดสินใจกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งบนพื้นฐานที่ว่ากรรมการได้นำข้อมูลที่ครบถ้วนมาใช้ในการประกอบการพิจารณา โดยเทียบกับดุลยพินิจของวิญญูชนที่ใช้ดุลยพินิจอย่างสมเหตุสมผลในการพิจารณาและตัดสินใจทำการ และกรรมการไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น ให้ถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้ว กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบ¹³⁰

นอกจากนี้ DGCL ยังกำหนดทางเลือกให้กับ public benefit corporation เพิ่มเติม กล่าวคือ public benefit corporation อาจกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบของกรรมการไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิว่า หากกรรมการไม่สามารถปฏิบัติตามหน้าที่ใดๆ ที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้ บริษัทจะถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต (good faith) แล้ว หรือบริษัทจะไม่ถือว่ากรรมการทำผิดหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ากรรมการไม่ได้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น¹³¹

เมื่อกรรมการกระทำผิดหน้าที่ โดยหลักผู้มีสิทธิเรียกให้กรรมการรับผิดชอบ คือ บริษัท DGCL บัญญัติให้สิทธิบุคคลอื่น ได้แก่ ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีต่อกรรมการแทนบริษัท (derivative action) เช่นกันโดยผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีต้องเป็นผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นในวันที่มีการดำเนินการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นจำนวนอย่างน้อยร้อยละสองของหุ้นทั้งหมดของบริษัทโดยไม่รวมถึงหุ้นที่บริษัทซื้อคืนมา หากเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนที่มีหุ้นน้อยกว่าร้อยละสองของหุ้นทั้งหมดแต่มีมูลค่าหุ้นตามราคาตลาดอย่างน้อยสองล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐอเมริกาก็สามารถฟ้องคดีแทนบริษัทต่อกรรมการที่กระทำผิดหน้าที่ได้¹³²

¹²⁷ Model Business Corporation Legislation § 301.

¹²⁸ Delaware General Corporation Law § 365(a).

¹²⁹ Ibid § 365(b).

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid § 365(c).

¹³² Ibid § 367.

4. ความโปร่งใส

เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของการจัดตั้ง public benefit corporation คือ เพื่อให้บริษัทสร้างประโยชน์สาธารณะไปพร้อมๆ กับการแสวงหากำไรและเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า public benefit corporation ได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงจึงต้องมีการกำหนดมาตรการในการบังคับให้ public benefit corporation ต้องดำเนินการดังที่ได้กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ

DGCL กำหนดให้ public benefit corporation จะต้องเปิดเผยข้อมูลเป็นประจำทุกๆ สองปีให้กับผู้ถือหุ้นเพื่อให้ข้อมูลว่าบริษัทได้สร้างประโยชน์สาธารณะดังที่ได้กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิและได้สนับสนุนประโยชน์สูงสุดของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจการของบริษัทแล้วหรือไม่ อย่างไร โดยข้อมูลที่ต้องให้กับผู้ถือหุ้นจะต้องประกอบด้วยข้อมูลต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย¹³³

1. เป้าหมายที่กรรมการได้กำหนดขึ้นเพื่อส่งเสริมประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์สูงสุดของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจการของบริษัท
2. มาตรฐานที่กรรมการใช้เพื่อประเมินความก้าวหน้าของบริษัทในการดำเนินการให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์สูงสุดของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจการของบริษัท
3. บริษัทประสบความสำเร็จในการนำไปสู่มาตรฐานเพื่อดำเนินการให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์สูงสุดของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจการของบริษัท เมื่อพิจารณาในรายละเอียดที่กรรมการได้กำหนดขึ้น
4. ผลการประเมินความสำเร็จของบริษัทในการไปสู่เป้าหมายที่วางไว้และการสนับสนุนประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์สูงสุดของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินกิจการของบริษัท

นอกจากนี้ DGCL ยังกำหนดเป็นทางเลือกให้กับ public benefit corporation ให้สามารถกำหนดในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับให้ต้องกระทำการเพิ่มเติมจากที่กฎหมายกำหนดได้ด้วย เช่น¹³⁴

1. บริษัทอาจเปิดเผยข้อมูลดังที่กล่าวข้างต้นให้กับผู้ถือหุ้นบ่อยครั้งกว่าสองปีต่อครั้ง
2. บริษัทสามารถนำเสนอข้อมูลข้างต้นต่อสาธารณะ และ/หรือ
3. บริษัทอาจใช้มาตรฐานของบุคคลที่สามในการประเมิน และ/หรือขอรับหนังสือรับรองจากบุคคลที่สามซึ่งประเมินการดำเนินการในการเสริมสร้างประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่ระบุในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทหรือเพื่อประโยชน์ของกลุ่มหรือบุคคลอื่นที่ได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการของบริษัท

3.3.3 ข้อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายต้นแบบ (MBCL) และกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ (DGCL)

เมื่อพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation ทั้งที่เป็นกฎหมายต้นแบบและกฎหมายในระดับมลรัฐแล้ว พบว่ามีข้อเหมือนและแตกต่าง ดังนี้

¹³³ Ibid § 366(b).

¹³⁴ Ibid § 366(c).

ประการแรก ทั้ง MBCL และ DGCL มีความคล้ายคลึงในแง่การให้ความสำคัญกับการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับองค์กรอย่าง benefit corporation เพิ่มเติมจากกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไป และกฎหมายทั้งสองมีลักษณะเบื้องต้นที่คล้ายกัน คือ การกำหนดให้ benefit corporation ต้องระบุขอบวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นองค์กรที่แสวงหากำไรและมีพันธกิจเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ แต่กฎหมายทั้งสองกำหนดวิธีการในการระบุขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิแตกต่างกัน กล่าวคือ MBCL กำหนดว่าขอบวัตถุประสงค์มีสองประเภท คือ ขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปและขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง MBCL ไม่ได้บังคับให้ benefit corporation ต้องกำหนดขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์โดยเฉพาะเจาะจง แต่ DGCL บังคับให้ public benefit corporation ต้องระบุว่าบริษัทมีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดทั้งประโยชน์สาธารณะทั่วไปและประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง

ความแตกต่างในการกำหนดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงที่บริษัทต้องการให้เกิดขึ้นของกฎหมายทั้งสองแสดงให้เห็นถึงมุมมองที่ต่างกันในเรื่องประโยชน์สาธารณะที่ benefit corporation ต้องก่อให้เกิดขึ้น กล่าวคือ MBCL ประสงค์ให้ benefit corporation เป็นองค์กรที่ดำเนินกิจการส่วนหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปโดยไม่ได้คาดหวังว่าจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจงในเรื่องหนึ่งเรื่องใดแต่ก็ไม่ได้ห้ามหาก benefit corporation ประสงค์จะกำหนดให้มีความชัดเจนว่าองค์กรของตนมุ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะในเรื่องใดโดยเฉพาะเจาะจง แต่ DGCL ต้องการความชัดเจนว่าการจัดตั้ง benefit corporation ขึ้นเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะในเรื่องใดโดยเฉพาะเจาะจง

ประการที่สอง เป็นข้อแตกต่างในกรณีการเปลี่ยนสถานะจากบริษัททั่วไปเป็น benefit corporation และจาก benefit corporation เป็นบริษัททั่วไป ทั้ง MBCL และ DGCL กำหนดให้การเปลี่ยนสถานะจากบริษัททั่วไปเป็น benefit corporation ต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัท ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายทั้งสอง คือ MBCL กำหนดให้บริษัทต้องได้รับเสียงสนับสนุนของที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าสองในสามของผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงโดยไม่รวมถึงหุ้นที่บริษัทซื้อคืน แต่ DGCL กำหนดเสียงสนับสนุนไว้สูงถึงร้อยละ 90 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดโดยไม่รวมถึงหุ้นที่บริษัทซื้อคืน ข้อที่น่าสังเกตต่อกฎเกณฑ์ของ DGCL คือ ตัวเลขร้อยละ 90 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดนี้เป็นตัวเลขเดียวกันกับกรณีที่ DGCL กำหนดในเรื่อง freezeout¹³⁵ ที่กำหนดว่าหากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ประสงค์จะครอบครองหุ้นทั้งหมดของบริษัท โดยบังคับให้ผู้ถือหุ้นอื่นขายหุ้นให้กับตน หากผู้ถือหุ้นรายใหญ่อ้างว่าถือหุ้นเป็นจำนวนอย่างน้อยร้อยละ 90 ของหุ้นทั้งหมด¹³⁶ จึงเห็นได้ว่าทั้ง MBCL และ DGCL มองว่าการเปลี่ยนแปลงสถานะของบริษัทจากบริษัททั่วไปเป็น benefit corporation เป็นเรื่องสำคัญและมีผลกระทบกับผู้ถือหุ้นอย่างมาก

¹³⁵ Delaware General Corporation Law § 253.

¹³⁶ Freezeout เป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ประสงค์จะครอบครองหุ้นทั้งหมดของบริษัท หุ้นที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ไม่ได้ถือมักจะอยู่ในมือของผู้ถือหุ้นรายย่อย ผู้ถือหุ้นรายใหญ่สามารถทำให้ได้มาซึ่งหุ้นของผู้ถือหุ้นรายย่อยได้หลายวิธี วิธีที่มักใช้คือ การตั้งบริษัทขึ้นมาอีกบริษัทหนึ่งแล้วนำบริษัททั้งสองมาควบรวมกัน และผู้ถือหุ้นในบริษัทที่ถูกครอบครองจะได้รับค่าหุ้นเป็น

ส่วนการเปลี่ยนจาก benefit corporation เป็นบริษัททั่วไป ทั้ง MBCL และ DGCL ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันคือ ต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนหุ้นทั้งหมดโดยไม่รวมถึงหุ้นที่บริษัทซื้อคืน

นอกจากนี้ DGCL ยังกำหนดให้ MBCL ในแง่ของการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยกับการเปลี่ยนจากบริษัททั่วไปเป็น benefit corporation¹³⁷ โดยให้สิทธิผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยในการขายหุ้นคืนให้กับบริษัทโดยบริษัทต้องซื้อหุ้นคืนในราคาที่เป็นธรรม แต่ในกรณีที่มีการเปลี่ยนสถานะจาก benefit corporation เป็นบริษัททั่วไป ทั้ง DGCL และ MBCL ต่างก็ไม่ได้ให้สิทธิในการได้รับการเยียวยาผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยไว้

ประการที่สาม ทั้ง MBCL และ DGCL กำหนดกรอบหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ กรรมการมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะดังที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ และกรรมการไม่ได้มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงต่อบุคคล กลุ่มบุคคลหรือองค์กรที่อาจได้รับประโยชน์จากการดำเนินการของบริษัท หากกรรมการไม่สามารถสร้างประโยชน์สาธารณะดังที่ระบุในหนังสือบริคณห์สนธิ กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

หากปรากฏว่ากรรมการกระทำผิดหน้าที่ ผู้ที่มีสิทธิฟ้องกรรมการ คือ บริษัทและผู้ที่มีสิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัท ทั้ง MBCL และ DGCL เห็นพ้องว่าผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท คือ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนที่ถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละสองของหุ้นทั้งหมดของบริษัทโดยไม่รวมถึงหุ้นที่ถือโดยบริษัท ผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ที่อาจได้รับผลประโยชน์จากการประกอบกิจการของบริษัทไม่มีสิทธิในการฟ้องคดี เมื่อเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายทั้งสอง DGCL คำนึงสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีมากกว่า MBCL เพราะ DGCL กำหนดเงื่อนไขของผู้ถือหุ้นใน public benefit corporation ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์และไม่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ไว้ต่างกัน สำหรับ public benefit corporation ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ DGCL ไม่ได้ใช้เกณฑ์ร้อยละสองของจำนวนหุ้นทั้งหมดแต่เพียงอย่างเดียว แต่ใช้เกณฑ์มูลค่าหุ้นประกอบซึ่งสอดคล้องกับความเป็นจริงมากกว่าเนื่องจากการรวมตัวของผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นถึงร้อยละสองของหุ้นทั้งหมดในบริษัทที่มีขนาดใหญ่หลายๆ ไม่อาจเป็นไปได้โดยง่าย ข้อแตกต่างระหว่าง MBCL และ DGCL อีกประการหนึ่ง คือ MBCL ได้ขยายกรอบในเรื่องผู้ที่มีสิทธิในการฟ้องคดีให้รวมถึงบุคคลอื่น เช่น กรรมการคนหนึ่งคนใด และบุคคลหรือ

คำตอบแทนการขายหุ้น ดู Arthur M Borden, *Going Private* (2009); 'Guidelines on Going Private' (1981) 37 *Business Lawyer* 313.

¹³⁷ สิทธิที่ให้กับผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยกับมติของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากเรียกว่า appraisal right ผู้ถือหุ้นรายย่อยได้รับประโยชน์จากหลักกฎหมายนี้เนื่องจากผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยจะได้รับค่าหุ้นจากบริษัท โดยหลักผู้ถือหุ้นที่ได้รับประโยชน์จากหลักการดังกล่าว คือ ผู้ถือหุ้นในบริษัทปิดมากกว่าผู้ถือหุ้นในบริษัทเปิด ดังที่ศาสตราจารย์ Lisenberg กล่าวว่า

[Appraisal] is always technical; it may be expensive; it is uncertain in result, and, in the case of a publicly held corporation, is unlikely to produce a better result than could have been obtained on the market; and the ultimate award is taxable.

Melvin Aron Lisenberg, 'The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking' (1969) 57 *California Law Review* 1, 85.

กลุ่มบุคคลที่ถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 5 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่ benefit corporation เป็นบริษัทในเครือ และบุคคลอื่นที่หนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้

ประการสุดท้าย หากพิจารณาในแง่ความโปร่งใสในการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะของ benefit corporation MBCL และ DGCL กำหนดเงื่อนไขในเรื่องนี้แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ MBCL เคร่งครัดกับเรื่องความโปร่งใสของ benefit corporation มากกว่า DGCL กล่าวคือ MBCL กำหนดให้ benefit corporation ต้องรายงานผลการปฏิบัติงานทุกปี และต้องใช้เกณฑ์มาตรฐานของบุคคลที่สามในการประเมินว่าบริษัทได้กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะดังที่ระบุไว้หรือไม่ นอกจากนี้ MBCL กำหนดให้ benefit corporation ต้องเสนอรายงานผลการปฏิบัติงานและข้อมูลการประเมินผลต่อสาธารณะด้วย ส่วน DGCL กำหนดระยะเวลาในการรายงานผลการปฏิบัติงานในด้านการดำเนินกิจการเพื่อสาธารณะทุกๆ สองปีและไม่จำเป็นต้องใช้เกณฑ์มาตรฐานของบุคคลที่สามในการประเมินผลการดำเนินการ นอกจากนี้ การเปิดเผยก็ทำในวงจำกัดในกลุ่มของผู้ถือหุ้นเท่านั้น หาก public benefit corporation ต้องการเปิดเผยข้อมูลบ่อยครั้งกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือต้องการใช้มาตรฐานของบุคคลที่สามในการประเมินหรือขอรับการประเมินโดยใช้มาตรฐานของบุคคลที่สาม public benefit corporation ก็สามารถกำหนดเงื่อนไขไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิได้

3.4 บทสรุป

เมื่อพิจารณาลักษณะของ benefit corporation จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไปไม่อาจใช้ได้กับ benefit corporation ได้ ทำให้ต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้กับ benefit corporation โดยเฉพาะ กฎหมายที่งานวิจัยนำมาพิจารณาเปรียบเทียบคือ กฎหมายต้นแบบ (MBCL) และกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ (DGCL) กฎหมายต้นแบบได้วางกรอบของ benefit corporation ในส่วนที่สำคัญคือ การจัดตั้งขอบวัตถุประสงค์ของ benefit corporation ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ หน้าที่และความรับผิดชอบ กรรมการ และความโปร่งใส และกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์รับเอาหลักการทั้งสี่ส่วนมาใช้ แต่กฎหมายทั้งสองมีความแตกต่างในบางประการ ข้อแตกต่างที่มีความชัดเจนที่สุด คือ ในแง่ของความโปร่งใสในการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ MBCL กำหนดหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดมากกว่า DGCL เพื่อกำกับดูแล benefit corporation ให้สร้างประโยชน์สาธารณะตามเป้าประสงค์ของการจัดตั้งองค์กร

ในบทต่อไปงานวิจัยนี้จะวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการนำหลักกฎหมายเรื่อง benefit corporation มาปรับใช้ในบริบทของประเทศไทย

บทที่ 4

การนำหลักการเรื่อง Benefit Corporation มาใช้ในประเทศไทย

4.1 บทนำ

เนื่องจากในปัจจุบันผู้ประกอบการจำนวนมากให้ความสนใจในองค์กรธุรกิจที่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะมากขึ้นจึงทำให้เกิดข้อกังขาว่าหากผู้ประกอบการประสงค์จะตั้ง benefit corporation ในประเทศไทยจะสามารถทำได้หรือไม่ งานวิจัยชิ้นนี้จะวิเคราะห์เฉพาะในแง่กฎหมายถึงความเป็นไปได้ในการรับเอาหลักการเรื่อง benefit corporation มาใช้ในประเทศไทย โดยพิจารณาถึงความจำเป็นในการมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation โดยเฉพาะเจาะจง รวมทั้งพิจารณาว่าหลักกฎหมายเรื่อง benefit corporation ที่เกิดขึ้นและพัฒนาในประเทศสหรัฐอเมริกาจะสามารถนำมาใช้ในประเทศไทยได้หรือไม่เพียงใด

4.2 ความจำเป็นในการมีกฎหมายเฉพาะ

ในการศึกษาเรื่องการรับเอากฎหมาย benefit corporation มาใช้ในบริบทของประเทศไทย ข้อพิจารณาประการแรก คือ กฎหมายไทยสามารถใช้บังคับกับ benefit corporation ได้ หรือไม่ หรืออาจต้องบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่ใช้กับ benefit corporation โดยเฉพาะเจาะจงเหมือนกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้วิจัยจะศึกษาถึงหลักการของกฎหมายบริษัทของไทยเพื่อแสดงให้เห็นว่ามุมมองของกฎหมายไทยต่อลักษณะของบริษัทเป็นอย่างไรและลักษณะดังกล่าวขัดหรือแย้งกับการจัดตั้งองค์กรธุรกิจแบบผสมอย่าง benefit corporation หรือไม่

4.2.1 ลักษณะของบริษัทอันเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้น

เมื่อพิจารณาหลักพื้นฐานของกฎหมายบริษัทของไทยจะพบว่าไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของบริษัท ได้แก่ มาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่า

“อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

มาตรา 1012 ได้บัญญัติลักษณะของสัญญาจัดตั้งบริษัทไว้ 3 ประการ¹³⁸ ได้แก่

1. เป็นสัญญาระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากัน
2. เพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน
3. ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะได้แก่กิจการที่ทำนั้น

ลักษณะสัญญาจัดตั้งบริษัทที่สำคัญ คือ ลักษณะประการที่สามที่ว่า “ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะได้แก่กิจการนั้น” เป็นการแสดงให้เห็นว่าการจัดตั้งบริษัทมีขึ้นเนื่องจากวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาที่ต่าง

¹³⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2556) 9

ประสงค์จะแสวงหากำไรจากการดำเนินกิจการมาเพื่อแบ่งปันกัน ประเด็นปัญหา คือ หากมีการกำหนดให้บริษัทมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะจะทำได้หรือไม่

หากการตั้งบริษัทนั้นมีขึ้นโดยประสงค์จะสร้างแต่เพียงประโยชน์สาธารณะโดยไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทเนื่องจากขาดองค์ประกอบในการแบ่งปันกำไรระหว่างผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1012 ดังที่ศาสตราจารย์โสภณได้ให้ความเห็นว่า

“กิจการซึ่งไม่ประสงค์จะหากำไรหาอาจจัดตั้งเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทได้ไม่ เป็นต้นว่า กิจการเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี วรรณคดี กิจการเพื่อส่งเสริมความรักชาติ สันติภาพ หรือความร่วมมือระหว่างประเทศ ตลอดจนการกุศลต่างๆ . . . เหล่านี้ หาอาจจัดตั้งขึ้นในรูปห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทได้ไม่ แต่อาจก่อตั้งขึ้นในรูปของสโมสร สมาคม มูลนิธิ หรือองค์การนิติบุคคลอื่น . . .”¹³⁹

ศาสตราจารย์ประภาสก็มีความเห็นในทางเดียวกันว่า

“... ที่จะเรียกว่าเป็นการเข้าหุ้นส่วนบริษัท จะต้องปรากฏว่ามีประสงค์จะแบ่งปันกำไรในระหว่างกัน มิใช่จะบำเพ็ญทานการศาสนา การกุศลหรือเพื่อการสาธารณประโยชน์อื่นๆ ซึ่งอาจจะกลายเป็นเรื่องของสมาคมหรือมูลนิธิไป นอกจากนี้ ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นไม่ประสงค์จะแบ่งปันกำไรแล้วก็ทำให้เกิดสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนบริษัทไม่”¹⁴⁰

ศาสตราจารย์ทวีเห็นพ้องในทางเดียวกันว่า

“การรวมกันทำงานแต่ไม่ประสงค์จะเอากำไรเป็นทำนองการค้าแล้วก็ไม่เป็นหุ้นส่วนหรือบริษัท เช่น เข้าหากันเงินบำรุงการกุศล ดังนั้นผู้ร่วมงานไม่ประสงค์กำไรมาเพื่อตนจึงไม่ใช่สัญญาห้างหุ้นส่วน”¹⁴¹

นอกจากนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้กล่าวถึงลักษณะหรือวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เกี่ยวข้องและพบว่ามีคำพิพากษาที่วินิจฉัยไว้ในเนื้อหาของลักษณะของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีบริษัทได้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1334/2533 ที่ได้วินิจฉัยว่า สหกรณ์ร้านค้าของโรงเรียนที่ตั้งขึ้นเพื่อจำหน่ายสินค้าประเภทชุดนักเรียนให้นักเรียนและผู้ปกครอง โดยไม่มีวัตถุประสงค์จะแบ่งปันกำไร ไม่เป็นหุ้นส่วน

จากหลักกฎหมาย ความเห็นของนักวิชาการและคำพิพากษาข้างต้นแสดงว่ากิจการที่เป็นบริษัทต้องเป็นกิจการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรให้กับผู้ลงทุนคือผู้ถือหุ้น ข้อพิจารณาต่อไป คือ หากบริษัทดำเนินกิจการเพื่อแสวงหากำไรแล้วและนำกำไรที่ได้มาใช้เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นนอกจากผู้ถือหุ้นสามารถทำได้เพียงใด โดยทั่วไปบริษัทต่างๆ ก็นำกำไรที่ได้จากการประกอบกิจการมาใช้ในกิจการต่างๆ ที่ทำเพื่อประโยชน์สาธารณะอยู่แล้ว เช่น การบริจาคเงินหรือสิ่งของให้กับองค์การการกุศล การนำกำไรส่วนหนึ่งมาสร้าง

¹³⁹ อ้างแล้ว น. 12

¹⁴⁰ ประภาส อวยชัย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530) 13

¹⁴¹ ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท (โรงพิมพ์แสงสว่าง, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2505) 11

สถานศึกษาในชนบท หรือการนำกระบวนการผลิตต้นทุนสูงมาใช้เพื่อลดปริมาณของเสียที่เกิดขึ้นจากการผลิต การดำเนินกิจการดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินกิจการของบริษัทซึ่งไม่ต้องห้ามแต่อย่างใด แม้จะสามารถทำได้ แต่ก็ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าการดำเนินกิจการของ benefit corporation ที่ไม่คำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญและต้องสร้างประโยชน์สาธารณะจะขัดกับลักษณะพื้นฐานของบริษัทที่เป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นหรือไม่

4.2.2 หน้าที่ของกรรมการบริษัท

กรรมการเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary) จากผู้ถือหุ้นให้ดำเนินกิจการแทนผู้ถือหุ้นเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น เมื่อกรรมการเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจ กรรมการจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นด้วยความระมัดระวัง (duty of care) และความซื่อสัตย์ (duty of loyalty) โดยคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ¹⁴² ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติหน้าที่ของกรรมการที่มีต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น¹⁴³ และเมื่อพิจารณากอบหน้าที่ของกรรมการในบริบทของบริษัทมหาชนจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ก็พบว่าหน้าที่ของกรรมการเป็นไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่โดย “ระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท”¹⁴⁴ และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า กรรมการต้องตัดสินใจโดย “กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ”¹⁴⁵

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยใช้วิจารณญาณและตัดสินใจทางธุรกิจในทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัทและผู้ถือหุ้น ตัวบทกฎหมายไม่ได้กล่าวโดยตรงว่า กรรมการสามารถปฏิบัติหน้าที่ในทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะหรือบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บริษัทและผู้ถือหุ้นได้หรือไม่ หรือกรรมการสามารถให้ความสำคัญต่อประโยชน์ของบุคคลอื่นเท่ากับหรือเหนือกว่าประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นได้หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายข้างต้นแล้วพบว่า กฎหมายวางกรอบการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการไว้อย่างชัดเจนว่ากรรมการต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ การที่จะขยายความให้กรรมการสามารถคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของบุคคลอื่นประกอบการตัดสินใจของกรรมการหรือการปฏิบัติหน้าที่อาจเกินไปกว่ากรอบของกฎหมาย

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 1167 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่า

“ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน”

¹⁴² ดู นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555) 219-220

¹⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 และมาตรา 1169

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/8

จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่เสมือนกับเป็นตัวแทนของบริษัท ดังนั้นการกระทำใดๆ ของกรรมการจึงต้องทำเพื่อประโยชน์ของตัวการเป็นสำคัญ ตัวแทนไม่อาจทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อประโยชน์ตัวการได้ดังความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน¹⁴⁶ การที่กรรมการคำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะหรือประโยชน์ของบุคคลอื่นมากกว่าหรือเท่ากับประโยชน์ของบริษัทในฐานะตัวการเป็นการขัดต่อหน้าที่ของกรรมการที่ต้องกระทำการโดยคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทผู้เป็นตัวการเป็นสำคัญ¹⁴⁷

จากการศึกษาข้างต้นพบว่าทั้งหลักกฎหมาย คำพิพากษาของศาลฎีกาและความเห็นของนักวิชาการได้เห็นพ้องว่าบริษัทเป็นองค์กรธุรกิจที่จัดตั้งขึ้นเพื่อแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้น หากองค์กรนั้นมีขึ้นเพื่อสร้างแต่เพียงประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้น องค์กรนั้นย่อมไม่ใช่บริษัท และตัวกรรมการเองก็มีหน้าที่โดยตรงต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ กรรมการต้องดำเนินการโดยยึดประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ หากกรรมการให้น้ำหนักกับประโยชน์ของบุคคลอื่นเหนือกว่าประโยชน์ของบริษัทย่อมทำให้กรรมการกระทำผิดหน้าที่ในฐานะที่เป็นตัวแทน จึงเห็นได้ว่ากฎหมายบริษัทของไทยไม่สอดคล้องกับการตั้งองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation ทำให้ต้องมีกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation

4.3 ลักษณะของกฎหมายเฉพาะ

งานวิจัยในส่วนนี้จะพิจารณาการนำกฎหมายเรื่อง benefit corporation ของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ในประเทศไทย โดยพิจารณาว่าระหว่างกฎหมายต้นแบบและกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ กฎหมายใดมีความเหมาะสมในการปรับใช้ในประเทศไทยมากกว่า และควรมีการปรับแก้อย่างไรเพื่อให้กฎหมายที่รับมามีความสอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทย

หากมีการรับเอากฎหมายที่ใช้กับ benefit corporation มาใช้ในประเทศไทย กฎหมายดังกล่าวควรมีลักษณะดังต่อไปนี้

1. รูปแบบของการบัญญัติกฎหมาย

กฎหมายที่ว่าด้วย benefit corporation อาจอยู่ในหมวดหมู่กฎหมายบริษัทแต่ต้องแยกออกจากบทกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บริษัททั่วไป เนื่องจากลักษณะของ benefit corporation มีความแตกต่างจากบริษัททั่วไป จึงไม่อาจใช้กฎหมายบริษัททั่วไปบังคับได้ และบทบัญญัติในส่วนของ benefit corporation ควรมีการกำหนดอย่างชัดเจนว่า กฎเกณฑ์ส่วนนี้ไม่ใช่บังคับกับบริษัททั่วไปและหากบทบัญญัติเรื่อง benefit corporation ไม่ได้กำหนดไว้เป็นประการอื่นให้นำบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่บริษัททั่วไป เช่น กฎเกณฑ์เรื่องการประชุมผู้ถือหุ้น หุ้นและการโอนหุ้น การจ่ายปันผล การเพิ่มทุนและการลดทุน มาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในส่วนนี้

¹⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805

¹⁴⁷ ดู จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทน ตัวแทนคำต่าง นายหน้า จ้างทำของ รับขน (สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 9, 2553) 50

2. ขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ

เนื่องจากการดำเนินการของ benefit corporation ที่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นข้อกำหนดที่มีสภาพบังคับให้บริษัทต้องทำให้เกิดขึ้น ไม่ใช่เป็นแต่เพียงการกำหนดนโยบายของบริษัทที่อาจจะเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือเป็นสิ่งที่บริษัทจะทำหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นต้องกำหนดให้บริษัทระบุในหนังสือบริคณห์สนธิว่าบริษัทมีขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ต่อบุคคลหรือองค์กรใด การกำหนดไว้ให้ชัดเจนในหนังสือบริคณห์สนธิจะลดข้อกังขาว่าหากกรรมการได้กระทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นอันอาจขัดกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้นจะถือว่ากรรมการทำผิดหน้าที่หรือไม่

ทั้ง MBCL และ DGCL ได้กำหนดลักษณะของวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะของ benefit corporation ไว้สองประเภท คือ ขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปและขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง¹⁴⁸ MBCL บัญญัติให้ benefit corporation ต้องกำหนดว่า benefit corporation มีขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปแต่ไม่ต้องกำหนดขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง¹⁴⁹ แต่ DGCL บัญญัติให้ public benefit corporation ต้องมีขอบวัตถุประสงค์ในการสร้างทั้งประโยชน์สาธารณะทั่วไปและประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง¹⁵⁰ ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่า benefit corporation จำเป็นต้องกำหนดวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปแต่อาจไม่จำเป็นต้องกำหนดวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากบางบริษัทอาจประสงค์แต่เพียงจะสร้างประโยชน์สาธารณะเป็นการทั่วไปโดยไม่ได้มุ่งให้เกิดประโยชน์โดยเฉพาะ นอกจากนี้การกำหนดให้บริษัทต้องกำหนดขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์โดยเฉพาะเจาะจงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเพิ่มเติมจากการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะทั่วไปอาจเป็นการเพิ่มภาระให้กับบริษัทมากเกินไป

นอกจากนี้ ยังควรกำหนดให้ชื่อของบริษัทต้องมีคำว่า “เพื่อประโยชน์สาธารณะ” เพื่อให้เกิดความชัดเจนในขอบวัตถุประสงค์ของ benefit corporation ว่าจัดตั้งขึ้นเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ ในทางปฏิบัติ บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทยมักจดทะเบียนวัตถุประสงค์ของบริษัทไว้กว้างๆ เพื่อให้ครอบคลุมการประกอบกิจการเกือบทุกประเภท¹⁵¹ และบริษัทไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของบริษัทในทุกข้อ หากมีการกำหนดให้ benefit corporation เพิ่มวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะเข้าไปด้วย อาจก่อให้เกิดความเข้าใจว่าบริษัทจะดำเนินการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือไม่ก็ได้ ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นใหม่จะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าลักษณะของ benefit corporation เป็นบริษัทที่ต้องสร้างประโยชน์สาธารณะ การกำหนดวัตถุประสงค์ของ benefit corporation

¹⁴⁸ Model Business Corporation Legislation § 201; Delaware General Corporation Legislation § 362.

¹⁴⁹ Model Business Corporation Legislation § 201(b).

¹⁵⁰ Delaware General Corporation Legislation § 362(a)(1).

¹⁵¹ กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจัดทำแบบวัตถุประสงค์สำเร็จรูปเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับผู้จดทะเบียนตั้งบริษัทไว้ 5 แบบ แยกตามลักษณะของประเภทธุรกิจ โดยแต่ละประเภทก็ได้กำหนดขอบวัตถุประสงค์ของกิจการไว้กว้างๆ ดู http://www.dbd.go.th/mainsite/fileadmin/downloads/03_boj/detail5_intro5.pdf.

ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะไม่ใช่แต่เพียงทางเลือกที่บริษัทจะกระทำหรือไม่ก็ได้ แต่เป็นวัตถุประสงค์ที่บริษัทต้องก่อให้เกิดขึ้น

3. ข้อกำหนดเรื่องการเปลี่ยนสถานะ

บทบัญญัติที่ใช้บังคับกับ benefit corporation จำต้องมีการกำหนดเรื่องการเปลี่ยนสถานะจากบริษัททั่วไปเป็น benefit corporation และการที่ benefit corporation เปลี่ยนสถานะเป็นบริษัททั่วไป

เนื่องจากการเปลี่ยนสถานะเป็นสาระสำคัญที่มีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นอย่างมาก ผู้ถือหุ้นผ่านทางที่ประชุมผู้ถือหุ้นควรต้องมีส่วนในการอนุมัติหรือไม่อนุมัติการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ข้อพิจารณาต่อไป คือ เสี่ยงสนับสนุนจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นควรจะเป็นสัดส่วนเท่าใด หากพิจารณาจากเกณฑ์ที่ MBCL และ DGCL กำหนดจะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองกำหนดสัดส่วนเสี่ยงสนับสนุนจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นในสัดส่วนที่ต่างกัน โดย MBCL ใช้สัดส่วนเสี่ยงสนับสนุนที่ต่ำกว่า DGCL กล่าวคือ DGCL กำหนดให้ต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากผู้ถือหุ้นสูงถึงร้อยละ 90 ของหุ้นทั้งหมด¹⁵² ส่วน MBCL กำหนดให้ต้องได้เสียงสนับสนุนสองในสามของผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง¹⁵³ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายบริษัทของไทยในกรณีที่เกี่ยวข้องกัน คือ กรณีการแก้ไขเนื้อความในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัทที่ต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียง¹⁵⁴ หรือกรณีการแปรสภาพจากบริษัทจำกัดเป็นบริษัทมหาชนจำกัดก็ต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียง¹⁵⁵ ผู้วิจัยเห็นว่าสัดส่วนที่ MBCL กำหนดนั้นต่ำเกินไป เนื่องจากโดยลักษณะของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีความสำคัญมาก หากจะให้ใช้เสียงสนับสนุนที่ต่ำกว่าร้อยละ 75 ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียงจะทำให้ขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายไทย

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของ DGCL ที่ต้องใช้เสียงสนับสนุนจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นสูงถึงร้อยละ 90 ของหุ้นทั้งหมด ข้อพิจารณาต่อไปคือ กฎหมายไทยจำต้องใช้สัดส่วนสูงถึงร้อยละ 90 ของหุ้นทั้งหมดหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าอาจไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดให้ต้องได้รับเสียงสนับสนุนเกินกว่าร้อยละ 75 ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียง เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายบริษัทของไทยในเรื่องใดที่กำหนดให้ต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากผู้ถือหุ้นสูงถึงร้อยละ 90 ของหุ้นทั้งหมด นอกจากนี้ หากเทียบเคียงกับกรณีที่เกี่ยวข้องกัน อันมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ คือ การนำบริษัทจำกัดมหาชนออกจากการซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ (delist) ข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยกำหนดให้ต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นจำนวนร้อยละ 75 ของผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง¹⁵⁶ ทำให้เห็นว่าเสียงสนับสนุนจากผู้ถือหุ้นในสัดส่วนร้อยละ 75 ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียงมีความเหมาะสมแล้ว

¹⁵² Ibid § 363(a).

¹⁵³ Model Business Corporation Legislation § 104(a).

¹⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1145 และมาตรา 1194

¹⁵⁵ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 181

¹⁵⁶ ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง การเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน พ.ศ. 2542 ข้อ 4(5)

สำหรับหลักเกณฑ์ของมลรัฐเดลาแวร์ที่กำหนดให้บริษัทที่เปลี่ยนสถานะเป็น benefit corporation ต้องซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยกับการเปลี่ยนสถานะในราคาที่เป็นธรรม ตามกฎหมายบริษัทของไทย การบังคับให้บริษัทต้องซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กรณีที่บริษัทซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ออกเสียงไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผลซึ่งผู้ถือหุ้นเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม¹⁵⁷ ดังนี้ หากต้องกำหนดให้บริษัทต้องซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยกับการเปลี่ยนสถานะของบริษัทจากบริษัททั่วไปเป็น benefit corporation ก็ต้องบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหน้าที่ของบริษัทในการซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้น และบัญญัติขยายกรอบของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ให้รวมถึงกรณีนี้ด้วย ผู้วิจัยเห็นว่า การให้สิทธิผู้ถือหุ้นที่ไม่สนับสนุนการเปลี่ยนสถานะให้ได้รับเงินค่าหุ้นในราคาที่เป็นธรรมก็เป็นคุณค่าแก่ผู้ถือหุ้นแต่อย่างใดก็ดี ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น คือ การกำหนดราคาที่เป็นธรรมจะสามารถทำได้อย่างไร¹⁵⁸ โดยเฉพาะบริษัทที่ไม่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ การกำหนดราคาที่เป็นธรรมจะมีความซับซ้อนมากเพราะไม่สามารถอ้างอิงจากราคาตลาดของหุ้นนั้นได้เลย¹⁵⁹ นอกจากนี้ หากบริษัทเสนอราคาให้กับผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นอาจเห็นว่าราคาที่บริษัทประสงค์จะจ่ายให้กับผู้ถือหุ้นนั้นต่ำกว่าราคาของผู้ถือหุ้นคาดหวังทำให้เป็นเหตุให้มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาว่าราคาเท่าใดจึงจะเป็นธรรมอันจะก่อให้เกิดภาระแก่ศาลเกินจำเป็นและตัวศาลเองก็อาจไม่อยู่ในสถานะที่จะประเมินราคาที่เป็นธรรมได้¹⁶⁰

ส่วนการเปลี่ยนสถานะจาก benefit corporation เป็นบริษัททั่วไป ผู้วิจัยเห็นพ้องกับหลักการของ MBCL ที่กำหนดว่าจำต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นในสัดส่วนที่เท่ากับการเปลี่ยนสถานะจากบริษัททั่วไปเป็น benefit corporation เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกัน ส่วนบทบัญญัติที่กำหนดให้บริษัทต้องซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นนั้น ผู้วิจัยเห็นพ้องกับหลักการของ DGCL ที่ไม่ได้บัญญัติในกรณีนี้ไว้ เนื่องจากการเปลี่ยนสถานะจาก benefit corporation เป็นบริษัททั่วไปไม่ได้มีผลกระทบกับผู้ถือหุ้นมากนักแต่กลับยังส่งผลต่อผู้ถือหุ้น เนื่องจากหลังจากการเปลี่ยนแปลงสถานะเป็นบริษัททั่วไปแล้ว กรรมการต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นลำดับแรก

4. หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ

บทบัญญัติว่าด้วยกรอบหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการมีความสำคัญมาก ทั้ง MBCL และ DGCL กำหนดคกฏเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ มีการกำหนดว่าหน้าที่ของกรรมการเป็นอย่างไร กรรมการ

¹⁵⁷ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 66/1

¹⁵⁸ ดูตัวอย่างนิยามของ “fair value” จาก Model Business Corporation Act (2006) § 13.01.

¹⁵⁹ ในปัญหาเรื่องการกำหนดราคา อาจนำบทบัญญัติในส่วนของการซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นพ้องกับการที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้ควบบริษัท พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 146 กำหนดว่าในกรณีบริษัทมหาชนจำกัดที่ไม่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ทำให้ไม่มีราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์เป็นราคาอ้างอิงให้ใช้ราคาตามที่มีผู้ประเมินราคาอิสระที่ทั้งบริษัทและผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นพ้องกับมติแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนดราคา

¹⁶⁰ ดู Julian J Garza Castaneda, 'Appraisal Rights: The "Fair" Valuation of Shares in Case of Dissent' (1999) 96 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 809.

ต้องรับผิดชอบในกรณีใดบ้าง และหากกรรมการไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะดังที่กำหนดไว้ในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท กรรมการมีความรับผิดชอบหรือไม่

ในข้อนี้ผู้วิจัยเห็นว่าทั้งกฎเกณฑ์ของ MBCL และ DGCL สามารถใช้เป็นต้นแบบในการกำหนดกรอบหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการได้ กฎเกณฑ์ที่จะกำหนดขึ้นในกฎหมายไทยต้องมีความชัดเจนว่า นอกเหนือจากกรอบหน้าที่ของกรรมการดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁶¹ ที่ใช้บังคับกับบริษัทจำกัด รวมทั้งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535¹⁶² ที่ใช้บังคับกับบริษัทมหาชนจำกัดและพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535¹⁶³ ที่ใช้บังคับกับบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยหน้าที่ของกรรมการอันประกอบด้วยหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ (duty of care) และหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) กรรมการมีหน้าที่ที่ต้องดำเนินการในทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะดังที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ และกรรมการจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นประกอบกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในการตัดสินใจทางธุรกิจ

นอกจากนี้ บทบัญญัติในเรื่องนี้ต้องมีความชัดเจนว่ากรรมการมีความรับผิดชอบในกรณีใดบ้าง ผู้วิจัยเห็นว่ากฎเกณฑ์ของ MBCL ที่แยกความรับผิดชอบของกรรมการออกเป็นสองกรณีมีความเหมาะสมเพราะมีการกำหนดว่ากรรมการจะรับผิดชอบเมื่อใดและจะสามารถเรียกให้กรรมการชดเชยค่าเสียหายได้หรือไม่¹⁶⁴ กรอบความรับผิดชอบของกรรมการได้แก่ กรณีแรก หากกรรมการไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะดังที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ บริษัทหรือผู้ที่มีอำนาจในการฟ้องกรรมการสามารถฟ้องเพื่อบังคับให้กรรมการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะได้ โดยอาจกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของศาลในการกำหนดระยะเวลาอันสมควรเพื่อให้กรรมการกระทำการให้ถูกต้อง แต่ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากกรรมการ กรณีที่สอง หากกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เช่น กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการมีความรับผิดชอบและต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น

ประการต่อมาบทบัญญัติในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการควรครอบคลุมถึงเรื่องบุคคลที่มีสิทธิในการฟ้องกรรมการ โดยหลักกรรมการมีหน้าที่ต่อบริษัท ผู้ที่มีสิทธิฟ้องกรรมการจึงได้แก่ บริษัท ส่วนบุคคลอื่นที่มีสิทธิในการฟ้องคดีนั้น ดังที่กล่าวในบทที่ 3 MBCL และ DGCL กำหนดผู้ที่มีสิทธิในการฟ้องคดีไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ DGCL กำหนดผู้ที่มีสิทธิในการฟ้องคดีไว้อย่างจำกัด¹⁶⁵ ต่างจาก MBCL ที่ให้สิทธิแก่บุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัทด้วย¹⁶⁶ ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดให้เฉพาะผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิในการฟ้องคดีดังที่ DGCL บัญญัติไว้มีความเหมาะสมมากกว่า เนื่องจากการให้สิทธิในวงจำกัดมีความสอดคล้องกับกฎหมายไทยในเรื่องการฟ้องคดีแทนบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ให้สิทธิเฉพาะผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ในการฟ้องคดีแทนบริษัท¹⁶⁷ และตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ที่ให้สิทธิ

¹⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 และ มาตรา 1169

¹⁶² พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85

¹⁶³ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/7-89/10

¹⁶⁴ Model Business Corporation Legislation § 303.

¹⁶⁵ Ibid § 305(c).

¹⁶⁶ Delaware General Corporation Legislation § 367.

¹⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169

เฉพาะผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัท¹⁶⁸ และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ก็ให้สิทธิเฉพาะผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทเท่านั้น¹⁶⁹ นอกจากนี้ ควรกำหนดให้มีความชัดเจนว่าบุคคลที่อาจได้รับประโยชน์จากก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะไม่มีสิทธิฟ้องคดี

MBCL กำหนดให้ benefit corporation ต้องมี benefit director เพื่อตรวจสอบว่าบริษัทได้ดำเนินการเพื่อดำเนินการเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะแล้วหรือไม่ รวมทั้งทำความเข้าใจประกอบเพื่อเสนอต่อผู้ถือหุ้นและสาธารณะว่ามีอุปสรรคหรือปัญหาใดทำให้ benefit corporation ไม่สามารถดำเนินการได้¹⁷⁰ การกำหนดให้มีกรรมการผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นการสร้างกระบวนการควบคุมภายในบริษัท อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวปฏิบัติของมลรัฐเดลาแวร์ที่ไม่นำหลักเรื่อง benefit director มาใช้ เนื่องจากในบริบทของกฎหมายไทยการมี benefit director ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยง่ายเพราะคุณสมบัติประการหนึ่งของ benefit director คือ benefit director ต้องมีความเป็นอิสระจากตัวบริษัท¹⁷¹ ในข้อนี้อาจเป็นอุปสรรคแก่บริษัทในการหาบุคคลที่มีคุณสมบัติดังกล่าว อุปสรรคในการหาบุคคลที่มีความเป็นอิสระจากบริษัทได้เคยเกิดขึ้นแล้วในบริบทของบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของไทย คณะกรรมการกำกับตลาดทุนกำหนดให้คณะกรรมการของบริษัทดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระอย่างน้อยหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด¹⁷² โดยกรรมการอิสระจะต้องมีความเป็นอิสระจากตัวบริษัททั้งในด้านจำนวนหุ้นของบริษัทที่กรรมการถืออยู่ กรรมการอิสระจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท¹⁷³ และในด้านความสัมพันธ์ คือ กรรมการอิสระต้องไม่เคยเป็นกรรมการ ลูกจ้างหรือพนักงานของบริษัท เว้นแต่จะพ้นจากตำแหน่งเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองปี¹⁷⁴ และกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2552 อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้เลื่อนระยะเวลาในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ออกไปอีกหนึ่งปีเพื่อให้บริษัทได้มีเวลาในการเตรียมพร้อมในการจัดการกรรมการอิสระ¹⁷⁵ จึงเห็นได้ว่า การค้นหาคณะกรที่มีความสามารถและมีความเป็นอิสระไม่อาจทำได้โดยง่าย ดังนั้น การกำหนดให้ benefit corporation ต้องมีกรรมการที่มีความเป็นอิสระเพื่อมาเป็น benefit director เป็นการสร้างภาระให้กับบริษัท และอาจมีผลทำให้ผู้ถือหุ้นมองว่าการตั้งองค์กรเป็น benefit corporation สร้างความยุ่งยากและไม่ประสงค์จะจัดตั้งองค์กรในรูปแบบดังกล่าว

5. ความโปร่งใสของการดำเนินกิจการของ benefit corporation

¹⁶⁸ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85

¹⁶⁹ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/18

¹⁷⁰ Model Business Corporation Legislation § 302.

¹⁷¹ Ibid § 102.

¹⁷² ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 28/2551 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ ข้อ 16(1)

¹⁷³ เพ็งอ้าง ข้อ 16(2)(ก)

¹⁷⁴ เพ็งอ้าง ข้อ 16(2)(ข)

¹⁷⁵ หนังสือเวียนที่ กสท.ก.(ว) 8/2552 เรื่อง จำนวนกรรมการอิสระ และความสำคัญของระบบการควบคุมภายใน ลงวันที่ 3 มีนาคม 2552 เข้าถึงจาก <http://capital.sec.or.th/webapp/nrs/data/4597s.pdf>

เพื่อบังคับให้ benefit corporation ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ นอกจากการกำหนดให้กรรมการต้องมีหน้าที่ในการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ยังต้องมีการกำหนดให้บริษัทต้องเปิดเผยข้อมูลเพื่อให้สามารถตรวจสอบได้ว่าบริษัทได้กระทำการเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะแล้วหรือไม่ การกำหนดให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลจึงถือเป็นสาระสำคัญที่ต้องบัญญัติไว้¹⁷⁶

เมื่อเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลของ benefit corporation ที่ MBCL และ DGCL กำหนดไว้จะพบว่าหลักเกณฑ์ในการเปิดเผยข้อมูลต้องมีการกำหนดในสามประเด็นสำคัญ ดังนี้ ประการแรก ข้อมูลใดบ้างที่บริษัทต้องเปิดเผย ประการที่สอง บริษัทจะต้องเปิดเผยข้อมูลบ่อยเพียงใด และประการสุดท้าย การเปิดเผยนั้นต้องทำต่อบุคคลใดบ้าง

ในส่วน of ข้อมูลที่ต้องเปิดเผยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรนำกรอบที่ MBCL กำหนดไว้มาใช้ กล่าวคือ ข้อมูลที่บริษัทต้องเปิดเผยควรครอบคลุมถึงประโยชน์สาธารณะที่บริษัทได้ทำไปแล้วรวมถึงอุปสรรคที่ทำให้การดำเนินกิจการในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะของบริษัทไม่ประสบผลเท่าที่ควร¹⁷⁷ อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดใน MBCL ที่ให้ benefit corporation ต้องใช้มาตรฐานของบุคคลที่สามมาเป็นเกณฑ์ในการประเมินนั้น¹⁷⁸ ผู้วิจัยมองว่าอาจไม่สามารถนำมาใช้ได้เนื่องจากการกำหนดดังกล่าวจะเป็นการสร้างภาระให้กับบริษัทมากเกินไป นอกจากนี้ เกณฑ์มาตรฐานของบุคคลที่สามที่นำมาใช้ก็มีความซับซ้อนมาก และเกณฑ์ของบุคคลที่สามในบางข้ออาจไม่สอดคล้องกับลักษณะประโยชน์สาธารณะที่ benefit corporation จัดทำทำให้ผลการประเมินของบริษัทไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง¹⁷⁹ นอกจากนี้ การกำหนดให้บริษัทชี้แจงถึงการดำเนินการกิจการที่เป็นไปตามขอบวัตถุประสงค์และเหตุที่ทำให้ไม่อาจดำเนินการเพื่อสาธารณะประโยชน์ได้ก็เพียงพอแล้วที่จะประเมินว่าบริษัทได้ดำเนินการไปอย่างเหมาะสมแล้วหรือไม่

สำหรับข้อพิจารณาที่ว่า การเปิดเผยข้อมูลควรทำบ่อยครั้งเพียงใด ผู้วิจัยเห็นว่า การเปิดเผยข้อมูลนั้นควรทำเป็นประจำทุกปีดังที่ MBCL กำหนด¹⁸⁰ เพราะการกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลทุกๆ สองปีดังที่ DGCL

¹⁷⁶ การเปิดเผยข้อมูลเป็นการลดภาระและค่าใช้จ่ายของผู้ถือหุ้นที่มีสนใจในการติดตามตรวจสอบข้อมูล (monitoring) เพื่อพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้วหรือไม่ การเปิดเผยข้อมูลยังเป็นการลดภาระงานให้กับบริษัทด้วย กล่าวคือ การเปิดเผยข้อมูลนั้นบริษัททำเพียงคราวเดียวแต่หากบริษัทเปิดให้ผู้ถือหุ้นแต่ละรายมาขอข้อมูลย่อมเป็นภาระแก่บริษัทในการเตรียมข้อมูลหลายคราว. รายละเอียดเกี่ยวกับการติดตามการทำงาน ดู Randall S Thomas, 'Improving Shareholder Monitoring of Corporate Management by Expanding Statutory Access to Information' (1996) 38(1) *Arizona Law Review* 331; Mike Burkart, Denis Gromb and Fausto Panunzi, 'Large Shareholders, Monitoring, and the Value of the Firm' (1997) 112(3) *Quarterly Journal of Economics* 693; Andres Alamazan, Jay C Hartzell and Laura T Starks, 'Active Institutional Shareholders and Costs of Monitoring: Evidence from Executive Compensation' (2005) *Winter Financial Management* 5.

¹⁷⁷ Model Business Corporation Legislation § 401(a)(1).

¹⁷⁸ Ibid § 401(a)(2).

¹⁷⁹ J William Callison, 'Putting New Sheets on a Procrustean Bed: How Benefit Corporations Address Fiduciary Duties, the Dangers Created, and Suggestions for Change' 2(1) *American University Business Law Review* 85, 103-4.

¹⁸⁰ Model Business Corporation Legislation § 401(a).

บัญญัติ¹⁸¹ เป็นระยะเวลาที่นานเกินไป ในทางหนึ่งอาจมองว่าในช่วงระยะเวลาหนึ่งปี บริษัทอาจยังไม่ได้สร้างประโยชน์สาธารณะให้เห็นได้เป็นรูปธรรม แต่อีกทางหนึ่ง แม้ว่าบริษัทจะไม่สามารถก่อประโยชน์สาธารณะได้ในเวลาอันสั้นแต่การที่บริษัทเปิดเผยข้อมูลว่าบริษัทกำลังดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะในเรื่องใดเรื่องหนึ่งอยู่ทำให้การตรวจสอบข้อมูลเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทั้งยังเป็นการบังคับบริษัททางอ้อมให้ต้องดำเนินการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ

ผู้วิจัยเห็นพ้องกับ MBCL ว่าการเปิดเผยข้อมูลการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะของบริษัทนั้นไม่ควรจำกัดแต่เพียงการเปิดเผยให้ผู้ถือหุ้นทราบแต่ควรเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชน¹⁸² การเสนอข้อมูลต่อผู้ถือหุ้นมีความจำเป็นเนื่องจากผู้ถือหุ้นเป็นผู้ที่ลงทุนในบริษัทและต้องรับผลทั้งกำไรและขาดทุนจากการดำเนินกิจการของบริษัท ส่วนเหตุที่ต้องเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนนั้นก็เพื่อให้ผู้ที่จะได้ประโยชน์จากการดำเนินกิจการของบริษัทหรือบุคคลทั่วไปทั้งที่เป็นผู้บริโภครหรือผู้ลงทุนได้มีโอกาสได้ตรวจสอบว่าบริษัทได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะดังที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิแล้วหรือไม่

การให้โอกาสบุคคลทั่วไปได้เข้ามาตรวจสอบว่าบริษัทได้กระทำการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะแล้วหรือไม่ ยังเป็นการคุ้มครองสาธารณชนอีกด้วย กล่าวคือ benefit corporation สามารถใช้ข้อเด่นของบริษัทที่มีขอบวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะในการเพิ่มมูลค่าให้กับบริษัทโดยการประชาสัมพันธ์ว่าบริษัทของตนเป็นบริษัทที่แตกต่างจากบริษัททั่วไปที่มุ่งแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นอันเป็นการจูงใจให้ผู้บริโภคที่มีความกังวลต่อสภาพแวดล้อมหรือประโยชน์สาธารณะมีความสนใจในบริษัทมากขึ้น หากบริษัทไม่ได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะดังที่กล่าวอ้างหรือไม่ได้ใช้ความพยายามอย่างเพียงพอในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะก็จะทำให้ผู้บริโภคที่เชื่อตามข้อมูลที่บริษัทประชาสัมพันธ์ได้รับความเสียหาย จึงควรต้องเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชนเพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจสอบการดำเนินกิจการของ benefit corporation

นอกจากนี้ การตรวจสอบว่า benefit corporation ได้กระทำการเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะหรือไม่ควรเป็นหน้าที่ของภาคเอกชนอันได้แก่ ผู้ถือหุ้น พนักงาน ผู้บริโภคและสาธารณชน มากกว่าภาครัฐ เนื่องจากภาครัฐไม่มีกำลังคนและทรัพยากรที่เพียงพอที่จะเข้าไปตรวจสอบได้¹⁸³ การกำหนดให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะจึงเป็นสาระสำคัญ

¹⁸¹ Delaware General Corporation Legislation § 366(b).

¹⁸² Model Business Corporation Legislation § 402.

¹⁸³ *Contra* Dana Brakman Reiser, 'Benefit Corporations-A Sustainable Form of Organization?' (2011) 46 *Wake Forest Law Review* 591, 613. Reiser เปรียบเทียบระหว่างมูลนิธิ L3C และ benefit corporation และเห็นว่าองค์กรที่ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นถูกควบคุมดูแลโดยองค์กรของรัฐ แต่สำหรับ benefit corporation กลับไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐเข้าไปตรวจสอบการดำเนินกิจการของบริษัท จึงถือเป็นข้อด้อยของ benefit corporation

4.4 ข้อดีและข้อสังเกตของการรับเอากฎหมายเรื่อง benefit corporation มาใช้ในระบบกฎหมายของไทย

ในส่วนต้น งานวิจัยนี้ได้ศึกษาถึงความจำเป็นในการมีกฎหมายโดยเฉพาะที่ใช้บังคับกับการตั้งองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation รวมทั้งลักษณะของกฎหมายดังกล่าว ในส่วนนี้ งานวิจัยจะวิเคราะห์ว่าการรับเอากฎหมายข้างต้นมาใช้มีข้อดีและข้อสังเกตอย่างไร

ข้อดีของการมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation ในประเทศไทย ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** การมีกฎหมายโดยเฉพาะเป็นการรับรองสถานะของ benefit corporation ในบริบทของกฎหมายไทยเป็นการกระตุ้นให้นักลงทุนที่มีความสนใจในองค์กรที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะเข้ามาดำเนินธุรกิจลักษณะนี้มากขึ้น และยังเป็นการสอดคล้องกับแนวโน้มของบริษัทในยุคปัจจุบันที่ต้องคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจมากกว่าการมุ่งเป็นองค์กรธุรกิจที่แสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียว

ประการที่สอง การมีกฎหมายรองรับและมีระบบจัดการองค์กรที่มีความเฉพาะเจาะจงอย่าง benefit corporation จะทำให้เกิดความชัดเจนในการจัดการ benefit corporation ในเรื่องต่างๆ เช่น การจัดตั้ง การบริหารจัดการ หน้าที่ของกรรมการ รวมทั้งการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น การกำหนดกฎหมายไว้อย่างเป็นระบบช่วยสร้างความมั่นใจให้กับผู้ที่ประสงค์จะตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบ benefit corporation เพราะการให้ภาคเอกชนจัดตั้งองค์กรเองโดยใช้หลักกฎหมายบริษัทที่ใช้อยู่อาจทำให้เกิดข้อกังขาว่าการตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบ benefit corporation ภายใต้กรอบของกฎหมายบริษัทไทยสามารถทำได้หรือไม่

นอกจากนี้ การกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาใช้บังคับก็ไม่ได้เป็นการจำกัดกรอบการใช้เสรีภาพของเอกชนในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในแบบที่ตนต้องการ เนื่องจากผู้ถือหุ้นสามารถตกลงยกเว้นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับความประสงค์ของผู้ถือหุ้นได้อยู่แล้ว หากการตกลงดังกล่าวไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁸⁴ หรืออีกทางหนึ่ง ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สัญญาผู้ถือหุ้น (shareholders agreement) ในการกำหนดรายละเอียดในความสัมพันธ์ระหว่างกันได้¹⁸⁵

ประการที่สาม การลดเรื่องค่าใช้จ่ายในการจัดตั้งและจัดการองค์กร¹⁸⁶ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนแล้ว ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาในการตกลงกันในรายละเอียดของการจัดตั้งและการจัดการ benefit corporation ก็จะลดลง คู่สัญญาเพียงแต่พิจารณาว่ากฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นไปตามที่ตนประสงค์หรือไม่ การเจรจาต่อรองจึงเป็นไปเพื่อตกลงในเรื่องที่ต้องการยกเว้นกฎหมายเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องใช้เวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการต่อรองรายละเอียดในสัญญาทุกข้อ นอกจากนี้ผู้ก่อตั้งยังสามารถลดค่าใช้จ่ายอื่นๆ ได้อีกโดยเฉพาะค่าใช้จ่ายในการประชาสัมพันธ์ โดยทั่วไปการประชาสัมพันธ์กิจกรรมที่ทำเพื่อ

¹⁸⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151

¹⁸⁵ สัญญาผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขยายหรือยกเว้นข้อกำหนดในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท สัญญาผู้ถือหุ้นมีสามรูปแบบ คือ สัญญาระหว่างบริษัทและผู้ถือหุ้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหมดและสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นบางคน ดู โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว 138, 255-258. ดูเพิ่ม ปิติพงศ์ อาชามงคล, ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544)

¹⁸⁶ Westaway and Sampselle, above n 82, 1079.

ประโยชน์สาธารณะของบริษัททั่วไป บริษัทจำเป็นต้องประชาสัมพันธ์กิจกรรมที่ตนได้ทำเพื่อให้สาธารณชนได้ทราบว่าบริษัทไม่ได้มุ่งแต่ผลกำไรต่อผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่สำหรับ benefit corporation การประชาสัมพันธ์สามารถทำได้ง่ายกว่า กล่าวคือ benefit corporation เพียงแต่ประชาสัมพันธ์ว่าบริษัทตนเป็น benefit corporation ก็เพียงพอแล้วที่จะให้บุคคลภายนอกรับรู้ว่าเป็นบริษัทที่มีขอบวัตถุประสงค์เพื่อสร้างประโยชน์ให้กับสาธารณะ¹⁸⁷

แม้ว่าการมีกฎหมายที่ใช้บังคับ benefit corporation ในประเทศไทยจะก่อให้เกิดข้อดีหลายประการ แต่ก็มีประเด็นทางกฎหมายที่อาจเป็นอุปสรรคในการรับเอากฎหมาย ดังนี้

ประการแรก การกำหนดกรอบหน้าที่ของกรรมการอาจไม่มีความชัดเจน การกำหนดหน้าที่ของกรรมการในบริษัททั่วไปทำได้ยากเนื่องจากการพิจารณาว่ากรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี และกรณีของ benefit corporation ที่กรรมการจะต้องดำเนินกิจการเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะและต้องผลานประโยชน์ของบริษัทและผู้มีส่วนได้เสียก็ยังเป็นการยากในการพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้วหรือไม่ การชี้ชัดว่ากรรมการได้คำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลที่ได้รับประโยชน์และได้รับผลกระทบจากการตัดสินใจครบถ้วนแล้วหรือไม่ ไม่อาจทำได้โดยง่าย¹⁸⁸ ปัญหาในข้อนี้ทำให้เกิดข้อกังขาว่ากรรมการจะปฏิบัติหน้าที่อย่างไรจึงจะถือว่ากรรมการได้ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะแล้ว หรือมีวิธีการอย่างไรในการตัดสินใจว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้ว จะมีกลวิธีการอย่างไรในการตรวจสอบว่ากรรมการได้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือผู้มีส่วนได้เสียครบถ้วนแล้ว หากไม่มีกรอบอำนาจหน้าที่ของกรรมการที่ชัดเจนก็ทำให้เป็นการยากในการพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบแล้วหรือไม่¹⁸⁹

ประการที่สอง ความเป็นไปได้ในการบังคับให้บริษัทกระทำการตามขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ ปัญหาที่พบคือ จะมีมาตรการอย่างไรเพื่อให้เกิดความแน่ชัดว่า benefit corporation ได้กระทำการเพื่อประโยชน์ของสาธารณะอย่างแท้จริง หากไม่มีการควบคุมที่ดีก็จะทำให้ผู้บริโภคนักลงทุนได้รับความเสียหายจากการเชื่อว่า benefit corporation ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ในส่วนต้น งานวิจัยนี้ได้เสนอให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิในการฟ้องคดีเพื่อบังคับให้กรรมการต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างไรก็ตาม หากกรรมการไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของสาธารณะ แต่กลับคำนึงถึงผลกำไรที่ผู้ถือหุ้นจะได้รับ ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิในการฟ้องคดีหรือไม่ ผู้ถือหุ้นอาจไม่ประสงค์ที่จะฟ้องกรรมการเพราะตนได้ประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของกรรมการ¹⁹⁰ หรือหาก benefit corporation เป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ผู้ถือหุ้นที่ไม่พอใจก็อาจจะขายหุ้นของบริษัทไปมากกว่าที่จะไป

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Callison, above n 179, 95-6.

¹⁸⁹ Justin Blount and Kwabena Offei-Danso, 'The Benefit Corporation: A Questionable Solution to a Non-existent Problem' (2013) 44 *St. Mary's Law Journal* 617, 655-6.

¹⁹⁰ Reiser, above n 183, 613.

ดำเนินการในทางศาล นอกจากนี้โดยทั่วไปผู้ถือหุ้นมักไม่มีแรงจูงใจในการฟ้องคดีหรือการตรวจสอบว่า
กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ในทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ¹⁹¹

หากให้บุคคลภายนอก เช่น ผู้บริโภค หรือสื่อมวลชน เข้ามาตรวจสอบว่า benefit corporation ได้กระทำการเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ก็จะต้องกำหนดให้ benefit corporation เปิดเผยข้อมูลในการดำเนินการเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะให้กับบุคคลอื่นนอกเหนือจากผู้ถือหุ้น ในประเด็นนี้ก็มี
ความสัมพันธ์กับข้อพิจารณาในเรื่องความโปร่งใสของบริษัทที่งานวิจัยได้นำเสนอให้ต้องบริษัทเปิดเผยข้อมูลต่อ
สาธารณะเพื่อให้บุคคลภายนอกในฐานะผู้บริโภคหรือผู้ลงทุนได้มีโอกาสเข้าถึงข้อมูลและตรวจสอบการทำงานของ
กรรมการและบริษัท

4.5 บทสรุป

ในบทนี้ งานวิจัยได้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างหลักการเรื่อง benefit corporation และระบบ
กฎหมายบริษัทของไทย ในส่วนแรกงานวิจัยได้แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการมีกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้
บังคับกับ benefit corporation โดยแสดงให้เห็นว่ากฎหมายบริษัทของไทยไม่สอดคล้องกับการตั้งองค์กรธุรกิจ
แบบ benefit corporation งานวิจัยนี้ยังได้พิจารณาต่อไปว่าหากมีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับ
benefit corporation ควรจะมีหลักการใดบ้าง และลักษณะของหลักการดังกล่าวควรเป็นอย่างไร งานวิจัย
พบว่าหลักการที่ต้องบัญญัติในกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation ได้แก่ ขอบวัตถุประสงค์ในการ
ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ ข้อกำหนดเรื่องการเปลี่ยนสถานะ หน้าที่ของกรรมการ และความโปร่งใสของ
การดำเนินงานของ benefit corporation เป็นต้น และในตอนท้ายของบทนี้ ผู้วิจัยได้ชี้ให้เห็นถึงข้อดีและ
ข้อสังเกตต่อการมีกฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation โดยเฉพาะเจาะจง การศึกษาพบว่าอุปสรรคที่
สำคัญของการรับเอากฎหมายในเรื่องนี้มาใช้ คือ การบังคับให้ benefit corporation ดำเนินการก่อให้เกิด
ประโยชน์สาธารณะตามที่ระบุไว้เป็นขอบวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานของบริษัท

¹⁹¹ เปรียบเทียบกับบริษัททั่วไป ผู้ถือหุ้นที่ไม่พอใจกับการดำเนินงานของกรรมการ นอกจากผู้ถือหุ้นจะสามารถออกเสียงในที่
ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อถอดถอนกรรมการแล้ว ผู้ถือหุ้นสามารถออกเสียงโดยการออกจากบริษัท (“vote with their feet”) ดู
Richard Ziolkowski, *A Re-examination of Corporate Governance: Concepts, Models, Theories, and Future
Directions* (PhD Thesis, University of Canberra, 2005) 286.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทนำ

งานวิจัยนี้แสดงให้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของมุมมองที่มีต่อการประกอบกิจการของบริษัทจากเดิมที่บริษัทเป็นองค์กรธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดกำไรให้กับผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญมาเป็นองค์กรธุรกิจสมัยใหม่ที่มีคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียอื่นประกอบกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และในช่วงระยะเวลาไม่น้อยกว่า 10 ปีที่ผ่านมาได้มีแนวคิดเรื่องการจัดตั้งองค์กรรูปแบบผสมระหว่างองค์กรที่แสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นและองค์กรที่สร้างประโยชน์สาธารณะและคำนึงถึงสังคม ชุมชนและสิ่งแวดล้อมประกอบการตัดสินใจทางธุรกิจที่เรียกว่า benefit corporation แนวคิดการจัดตั้งองค์กรธุรกิจรูปแบบใหม่นี้เกิดเป็นรูปธรรมเมื่อมลรัฐแมริแลนด์ในประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศใช้กฎหมายเพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายของ benefit corporation ในปี ค.ศ. 2010 และต่อมาอีก 20 มลรัฐรวมทั้งมลรัฐเดลาแวร์ก็รับรองรูปแบบองค์กรธุรกิจดังกล่าว

การรองรับสถานะทางกฎหมายของ benefit corporation อย่างแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อให้เกิดข้อคำถามว่า เหตุใดจึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation ทั้งที่มีกฎหมายว่าด้วยบริษัทอยู่แล้ว แม้ว่า benefit corporation จะเป็นองค์กรธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์ประการหนึ่ง คือ การก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะแต่เมื่อ benefit corporation เป็นบริษัทประเภทหนึ่งก็ย่อมสามารถใช้กฎหมายบริษัทที่มีอยู่มาใช้บังคับได้ นอกจากนี้ ข้อพิจารณาประการต่อมา คือ การรับเอาแนวคิดเรื่อง benefit corporation เข้ามาในประเทศไทยจะทำได้หรือไม่ อย่างไร

5.2 คำตอบต่อข้อคำถามของงานวิจัย

งานวิจัยนี้ได้กำหนดข้อคำถามของงานวิจัยไว้สามคำถามเพื่อเป็นกรอบของการศึกษาลักษณะของ benefit corporation หลักกฎหมายที่ใช้บังคับ และการรับเอากฎหมายเรื่อง benefit corporation มาใช้ในประเทศไทย ดังนี้

ประการที่หนึ่ง benefit corporation มีลักษณะอย่างไรและมีความแตกต่างจากบริษัททั่วไปหรือองค์กรอื่นที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ อย่างไร

Benefit corporation เป็นองค์กรธุรกิจที่อยู่ในรูปแบบของบริษัทที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการขององค์กรธุรกิจที่สามารถดำเนินกิจการเพื่อแสวงหากำไรไปพร้อมๆ กับการทำประโยชน์ให้กับสาธารณะ การก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะของ benefit corporation ไม่ใช่ทางเลือกที่ benefit corporation จะทำหรือไม่ก็ได้ แต่เป็นสิ่งที่ benefit corporation จักต้องทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งองค์กร ในแง่ของการดำเนินการทางธุรกิจหรือการตัดสินใจทางธุรกิจ กรรมการจะคำนึงถึงประโยชน์ในทางการเงินที่มีต่อผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ กรรมการต้องคำนึงถึงผลที่มีต่อลูกค้า คู่ค้า ผู้บริโภค ชุมชนและสิ่งแวดล้อมประกอบด้วย นอกจากนี้ benefit corporation ยังต้องรายงานว่าบริษัทได้ดำเนินการในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะไปแล้วหรือไม่ อย่างไร

Benefit corporation ไม่ใช่รูปแบบองค์กรธุรกิจกลุ่มผสมองค์กรแรกที่ตั้งขึ้นและได้มีความพยายามที่จะทำให้เกิดองค์กรธุรกิจที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะไปพร้อมๆ กับการแสวงหากำไรให้กับผู้ลงทุนในรูปแบบต่างๆ เช่น Certified B Corporation, low-profit limited liability company (L3C) และ constituency statute จากการศึกษาพบว่า Certified B Corporation และ benefit corporation มีลักษณะที่คล้ายกัน กล่าวคือ ทั้งสองเป็นองค์กรที่คำนึงถึงผลที่เกิดจากการประกอบกิจการที่มีต่อผู้ถือหุ้นและผู้มีส่วนได้เสีย อันได้แก่ ลูกจ้าง ชุมชนและสิ่งแวดล้อม ข้อที่แตกต่าง คือ Certified B Corporation เป็นลักษณะการรับรอง (certified) จาก B Lab ว่าบริษัทดังกล่าวได้มาตรฐานในด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม โดยบริษัทที่ได้รับการรับรองอาจเป็นบริษัททั่วไปหรือ benefit corporation ก็ได้ แต่รูปแบบองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation เป็นองค์กรที่ต้องมีกฎหมายรองรับ ส่วนการได้รับการรับรองโดย B Lab หรือไม่ก็ไม่กระทบกับสถานะทางกฎหมายของ benefit corporation

Low-profit limited liability company (L3C) เป็นองค์กรธุรกิจที่ได้รับการรับรองครั้งแรกที่มลรัฐเวอร์มอนต์ในปี ค.ศ. 2008 L3C เป็นบริษัทที่มีความรับผิดชอบอย่างจำกัดเช่นบริษัททั่วไปโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการกุศลเป็นหลัก L3C สามารถแสวงหากำไรได้แต่ถือเป็นวัตถุประสงค์ลำดับรอง แต่สำหรับ benefit corporation ทั้งการแสวงหากำไรและการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะต่างก็เป็นขอบวัตถุประสงค์หลักขององค์กร เมื่อเปรียบเทียบแล้ว L3C เป็นองค์กรที่ได้รับความสนใจจากนักลงทุนมากกว่า benefit corporation เนื่องจากผู้ที่ลงทุนใน L3C จะได้รับประโยชน์ในทางภาษี

Constituency statute เป็นลักษณะที่กฎหมายของมลรัฐบัญญัติอนุญาตให้กรรมการบริษัทสามารถคำนึงถึงประโยชน์ของกลุ่มบุคคลหรือปัจจัยอื่นที่นอกเหนือจากประโยชน์ของผู้ถือหุ้นประกอบการตัดสินใจทางธุรกิจ กลุ่มบุคคลหรือปัจจัยอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัท ได้แก่ ลูกจ้าง ลูกค้า เจ้าหนี้ ชุมชน สิ่งแวดล้อม เป็นต้น นอกจากนี้ บริษัทยังสามารถคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทในระยะยาวประกอบกับผลประโยชน์ระยะสั้นในการพิจารณาได้อีกด้วย แม้ว่าลักษณะ constituency statute จะคล้ายกับ benefit corporation ในแง่การคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการโดยไม่ถือว่าการกระทำของกรรมการที่คำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลหรือปัจจัยอื่นนอกเหนือจากประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นความผิด แต่ข้อแตกต่าง คือ constituency statute เป็นลักษณะของการให้สิทธิกรรมการในการเลือกว่าตนจะคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือปัจจัยอื่นหรือไม่ก็ได้ จึงไม่ได้มีสภาพบังคับ แต่สำหรับ benefit corporation นั้น การที่กรรมการคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย ชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่กรรมการจะต้องกระทำไม่ใช่ทางเลือกที่กรรมการจะกระทำหรือไม่ก็ได้

จากการศึกษาในคำถามของงานวิจัยประการแรกทำให้เข้าใจถึงลักษณะของ benefit corporation ที่แตกต่างจากบริษัทแบบดั้งเดิมที่มุ่งให้เกิดผลกำไรต่อผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียว และ benefit corporation ก็ยังมีความแตกต่างจากองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะที่มีอยู่เดิม

ประการที่สอง เหตุใดจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้กับ benefit corporation เป็นการเฉพาะเจาะจง และกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับกับ benefit corporation มีลักษณะอย่างไร

ในประเทศสหรัฐอเมริกา 21 มลรัฐได้ประกาศใช้กฎหมายเฉพาะเพื่อใช้กับ benefit corporation งานวิจัยนี้ได้ศึกษาความจำเป็นที่ทั้ง 21 มลรัฐต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับ benefit corporation โดยเฉพาะเจาะจงทั้งที่มีกฎหมายบริษัทที่สามารถใช้บังคับได้อยู่แล้ว การศึกษาพบว่าแนวความคิดว่าบริษัทมีหน้าที่ในการแสวงหากำไรให้แก่ผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ หรือ maximize shareholders' profit ได้รับการยอมรับโดยศาลแห่งมลรัฐมิชิแกนในคดี *Dodge* ต่อมาคดี *Revlon* ที่ศาลแห่งมลรัฐเดลาแวร์มีคำพิพากษาในปี ค.ศ. 1986 จนมาถึงปี ค.ศ. 2010 ที่ศาลแห่งมลรัฐเดลาแวร์มีคำพิพากษาในคดี *eBay* ทำให้เห็นว่าการที่บริษัทจะคำนึงถึงเฉพาะผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นต่อชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม และให้ประโยชน์ของบุคคล ชุมชน หรือสิ่งแวดล้อมอยู่เหนือผลประโยชน์ของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นไม่สามารถทำได้โดยง่าย หากการตัดสินใจของกรรมการก่อให้เกิดประโยชน์ต่อบุคคลกลุ่มหนึ่งแต่มีผลกระทบต่อบุคคลอีกกลุ่มหนึ่ง บุคคลกลุ่มที่กรรมการจะต้องให้ความสำคัญกว่า คือ ผู้ถือหุ้น จากข้อจำกัดของกฎหมายข้างต้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายบริษัทที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไปนั้นไม่สามารถใช้กับองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation ได้ เนื่องจากลักษณะของ benefit corporation เป็นองค์กรธุรกิจที่ไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียวเหมือนกับบริษัททั่วไป แต่กลับคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะไปพร้อมๆ กับประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ทำให้ต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเพื่อใช้กับ benefit corporation

ผู้วิจัยได้ศึกษาในประเด็นต่อไปว่ากฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับ benefit corporation โดยเฉพาะเจาะจงนั้นมีลักษณะอย่างไรโดยศึกษาจากกฎหมายต้นแบบ (Model Benefit Corporation Legislation) และกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ (Delaware General Corporation Legislation) และพบว่าลักษณะของกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับ benefit corporation แยกออกจากกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัททั่วไป นอกจากนี้ ยังต้องมีการระบุขอบวัตถุประสงค์ของการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นพันธกิจหนึ่งของ benefit corporation และลบล้างข้อสันนิษฐานที่ว่าบริษัทมีวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นแต่เพียงผู้เดียว

นอกจากนี้ การกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการก็ถือเป็นประเด็นที่กฎหมายทั้งสองให้ความสำคัญ ในการปฏิบัติหน้าที่ กรรมการจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคล ชุมชนหรือสภาพแวดล้อม ประกอบการตัดสินใจในทางธุรกิจ หากกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบ โดยหลักผู้มีสิทธิในการฟ้องกรรมการคือบริษัทและผู้มีสิทธิฟ้องแทนบริษัท ส่วนบุคคลผู้อาจได้รับประโยชน์จากการดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะของบริษัทนั้นไม่อาจฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบได้ นอกจากนี้ กฎหมายทั้งสองมีความคล้ายคลึงกัน ในแง่การคุ้มครองกรรมการจากความรับผิดที่เกิดจากการไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะตามที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ กล่าวคือ แม้ว่ากรรมการจะไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะได้ กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่อบริษัทหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท

หลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่กฎหมายทั้งสองกำหนดให้ benefit corporation ต้องปฏิบัติตาม คือ การกำหนดให้ benefit corporation ต้องทำรายงานว่าบริษัทได้ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะตามที่หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทกำหนดไว้แล้วหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินการของ benefit corporation และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบได้ว่าบริษัทได้ดำเนินการอย่างไรไปแล้ว MBCL

และ DGCL กำหนดรายละเอียดและวิธีการในการทำและเสนอรายงานไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ MBCL กำหนดให้ต้องทำรายงานประโยชน์ประจำปีและยังกำหนดให้บริษัทต้องเปิดเผยข้อมูลในรายงานต่อทั้งผู้ถือหุ้นและสาธารณะ รวมทั้งกำหนดให้ต้องจัดให้มีการเปรียบเทียบผลการประกอบการเพื่อประโยชน์สาธารณะของบริษัทกับเกณฑ์มาตรฐานของบุคคลที่สามและนำเสนอผลการเปรียบเทียบด้วย ในขณะที่ DGCL กำหนดให้ benefit corporation ทำรายงานแสดงข้อมูลการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะหนึ่งครั้งในทุกๆ สองปี และกำหนดให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทเท่านั้น และบริษัทไม่จำเป็นต้องใช้เกณฑ์มาตรฐานของบุคคลที่สามในการชี้วัดผลสำเร็จของการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ประการที่สาม การจัดตั้งองค์กรแบบ benefit corporation ภายใต้กรอบของกฎหมายไทยจะสามารถทำได้หรือไม่ อย่างไร

งานวิจัยได้ศึกษาว่าการจัดตั้งองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation ที่มีลักษณะเป็นการแสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นไปพร้อมๆ กับการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะสอดคล้องกับลักษณะของการจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายไทยหรือไม่ อย่างไร เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ความเห็นของนักวิชาการรวมทั้งคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ใกล้เคียงแล้วพบว่าองค์กรในรูปแบบบริษัทตามกฎหมายไทยมีลักษณะเป็นองค์กรที่แสวงหากำไรให้กับผู้ถือหุ้นและกรรมการก็มีหน้าที่ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นทำให้การใช้ดุลยพินิจและการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ ดังนั้น องค์กรในรูปแบบผสมอย่าง benefit corporation จึงไม่สอดคล้องกับกฎหมายบริษัทของไทยและจำเป็นต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะเพื่อใช้กับ benefit corporation

ต่อมงานวิจัยได้พิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายต้นแบบและกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์เพื่อศึกษาว่า หากจะมีการรับเอาหลักการเรื่อง benefit corporation มาใช้ในประเทศไทย หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับ benefit corporation ควรมีลักษณะเป็นอย่างไร

งานวิจัยได้นำเสนอว่ากฎเกณฑ์ที่ว่าด้วย benefit corporation อาจอยู่ในหมวดหมู่กฎหมายบริษัทแต่ต้องแยกออกจากบทกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บริษัททั่วไป เนื่องจากลักษณะของ benefit corporation มีความแตกต่างจากบริษัททั่วไป และควรต้องมีการกำหนดเป็นการชัดเจนว่า หากบทบัญญัติเรื่อง benefit corporation ไม่ได้กำหนดไว้เป็นประการอื่นให้นำบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่กฎหมายบริษัททั่วไปมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในส่วนนี้ นอกจากนี้ ต้องมีการกำหนดให้บริษัทระบุในหนังสือบริคณห์สนธิว่า บริษัทมีขอบวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ต่อบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเพื่อให้เกิดสภาพบังคับแก่บริษัทให้ต้องกระทำเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

ในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ จะต้องกำหนดให้ชัดเจนว่านอกเหนือจากกรอบหน้าที่ของกรรมการดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 อันประกอบด้วยหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ (duty of care) และหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) แล้ว กรรมการมีหน้าที่ที่ต้องดำเนินการในทางที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะดังที่กำหนดไว้ในหนังสือ

บริษัทสนธิ และกรรมการจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นประกอบกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในการตัดสินใจทางธุรกิจด้วย นอกจากนี้ บทบัญญัติในเรื่องนี้ต้องมีความชัดเจนว่ากรรมการมีความรับผิดชอบในกรณีใดบ้างและต้องให้ความคุ้มครองแก่กรรมการในกรณีที่กรรมการที่ไม่สามารถก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะตามที่กำหนดไว้ในหนังสือบริษัทสนธิ บริษัทหรือผู้ที่มีอำนาจในการฟ้องกรรมการแทนบริษัทสามารถฟ้องเพื่อบังคับให้กรรมการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะได้ แต่ไม่มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากกรรมการ ผู้มีสิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัทนั้นควรจำกัดอยู่เพียงบริษัทและผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจในการฟ้องคดีแทนบริษัทเท่านั้น

เพื่อบังคับให้ benefit corporation ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะต้องมีการกำหนดให้บริษัทเปิดเผยกระบวนการที่บริษัทได้กระทำเพื่อสร้างประโยชน์สาธารณะและคำนึงถึงประโยชน์ของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นหรือไม่ ข้อมูลที่บริษัทต้องเปิดเผยควรจะครอบคลุมถึงประโยชน์สาธารณะที่บริษัทได้ทำไปแล้วรวมถึงอุปสรรคที่ทำให้การดำเนินการในการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะของบริษัทไม่ประสบผลเท่าที่ควร การเปิดเผยข้อมูลนั้นควรทำเป็นประจำทุกปีเพื่อให้การตรวจสอบข้อมูลเป็นไปอย่างต่อเนื่อง และบริษัทควรเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวต่อผู้ถือหุ้นและสาธารณชน

5.3 ข้อเสนอแนะสำหรับการศึกษาในอนาคต

งานวิจัยนี้ศึกษาลักษณะองค์กรธุรกิจที่มีความแตกต่างจากองค์กรทั่วไปโดยศึกษาแง่มุมทางกฎหมายในสามประเด็นดังที่ได้กล่าวข้างต้น ประเด็นทางกฎหมายที่สืบเนื่องจากงานวิจัยนี้ได้แก่ การศึกษากรอบหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องคำนึงถึงและผานประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียอันรวมถึงผู้ถือหุ้น ชุมชนและสิ่งแวดล้อมประกอบกับการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการ ดังนั้นจะมีวิธีการอย่างไรให้เกิดความแน่ชัดว่ากรรมการได้ใช้ดุลยพินิจในการผานประโยชน์ของผู้ที่มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายอย่างเหมาะสมแล้ว หรือหากผู้ถือหุ้นเห็นว่ากรรมการไม่ได้ผานประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายอย่างเหมาะสมแต่กรรมการคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเกินกว่าประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มอื่น จะมีวิธีการพิสูจน์อย่างไรว่ากรรมการได้ทำผิดหน้าที่หรือไม่ และในท้ายที่สุด หากมีข้อพิพาทในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการขึ้นสู่ศาล ศาลจะใช้ดุลยพินิจในการตัดสินและวางหลักในเรื่องนี้อย่างไร

นอกจากนี้ กรอบการศึกษาเพิ่มเติมอาจรวมถึงวิธีการที่จะทำให้ benefit corporation ดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ต่อสาธารณะและนำเอาประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียมาพิจารณาอย่างแท้จริง วิธีการในการทำให้ benefit corporation บรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสามารถแยกได้เป็นสองลักษณะ คือ ลักษณะที่หนึ่ง การตรวจสอบภายในองค์กร เช่น การกำหนดสภาพบังคับให้ benefit corporation ใช้หลักเกณฑ์มาตรฐานของบุคคลที่สามในการพิจารณาว่า benefit corporation ได้ดำเนินการในการประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมในระดับที่เพียงพอแล้ว หรือการกำหนดให้ benefit corporation ต้องนำเสนอข้อมูลต่อสาธารณะบ่อยครั้งกว่าเดิม และลักษณะที่สอง การตรวจสอบจากภายนอกองค์กร เช่น การกำหนดให้มีบุคคลที่สามเข้ามาตรวจสอบว่า benefit corporation ได้ดำเนินการตามที่ได้แสดงในรายงานการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยครบถ้วนแล้ว เป็นต้น

เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ในการศึกษาเรื่องการรับเอากฎหมายในเรื่อง benefit corporation มาใช้ในประเทศไทย การจัดทำร่างกฎหมายเพื่อชี้ให้เห็นถึงหลักการและสาระสำคัญที่ต้องกำหนดไว้ในกฎหมายจึงเป็นสาระสำคัญ การจัดทำร่างกฎหมายอาจศึกษาจากกฎหมายในระดับมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา จำนวน 21

มลรัฐที่รับเอารูปแบบองค์กรธุรกิจแบบ benefit corporation มาใช้ โดยพิจารณาว่าในแต่ละมลรัฐรูปแบบในการรับเอามีลักษณะอย่างไร มีความเหมือนหรือความแตกต่างจาก MBCL ที่เป็นกฎหมายต้นแบบหรือไม่เพียงใด และเมื่อเปรียบเทียบกฎหมายในระดับมลรัฐของมลรัฐแคลิฟอร์เนียซึ่งถือว่าเป็นมลรัฐที่มีบริษัทเข้าไปจดทะเบียนมากที่สุดแล้ว รูปแบบใดได้รับความนิยมมากที่สุด และเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น

การศึกษาในอนาคตควรรวมถึงการศึกษาว่า เมื่อมีการรับเอากฎหมายที่ใช้บังคับกับ benefit corporation มาใช้ในประเทศไทยแล้ว benefit corporation เป็นองค์กรที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงหรือไม่ และจะมีวิธีการอย่างไรที่จะจัดตั้งองค์กรธุรกิจที่ก่อให้เกิดกำไรให้ผู้ถือหุ้นพร้อมๆ กับการก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ

บรรณานุกรม

1. หนังสือภาษาไทย

- เจริญพิทักษ์, ทวี, คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท (โรงพิมพ์แสงสว่าง, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2505)
- เล็กสกุลไชย, จักรพงษ์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทน ตัวแทนค้าต่าง นายหน้า จ้างทำของ รับขน (สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 9, 2553)
- นวตระกูลพิสุทธิ์, นนทวัชร, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด (สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555)
- รัตนกร, โสภณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2556)
- อวยชัย, ประภาศน์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (สำนักหอสมุดศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530)
- อาชามงคล, ปิติพงศ์ ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น (วิทยานิพนธ์ น.ม., จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544)

2. หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Bainbridge, Stephen, *The New Corporate Governance in Theory and Practice* (Oxford University Press, 2008)
- Balotti, Franklin and Jesse A Finkelstein, *The Delaware Law of Corporations & Business Organizations Statutory Deskbook* (Wolters Kluwer Law & Business, 2014 ed, 2014)
- Borden, Arthur M, *Going Private* (2009)
- Brink, Alexander (ed), *Corporate Governance and Business Ethics* (Springer, 2011)
- De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World* (2nd ed, 2007)
- Freeman, Edward R et al, *Stakeholder Theory: The State of the Art* (Cambridge University Press, 2010)
- Organisation for Economic Co-operation and Development, *OECD Principles of Corporate Governance* (2004)
- Wen, Shuangge, *Shareholder Primacy and Corporate Governance: Legal Aspects, Practices and Future Directions* (Routledge, 2013)

3. วารสารภาษาต่างประเทศ

'Guidelines on Going Private' (1981) 37 *Business Lawyer* 313

Alamazan, Andres, Jay C Hartzell and Laura T Starks, 'Active Institutional Shareholders and Costs of Monitoring: Evidence from Executive Compensation' (2005) Winter *Financial Management* 5

Anderson, John A, 'Maine's Non-shareholder Constituency Statute' (1993) 45 *Maine Law Review* 153

Arsht, Samuel, 'The Business Judgment Rule Revisited' (1979-1980) 8 *Hofstra Law Review* 93

Bainbridge, Stephen M, 'The Geography of Revlon-Land' (2013) 81 *Fordham Law Review* 3277

Balotti, Franklin and James J Jr Hanks, 'Rejudging the Business Judgment Rule' (1992-1993) 48 *Business Lawyer* 1337

Bisconti, Anthony, 'The Double Bottom Line: Can Constituency Statutes Protect Socially Responsible Corporations Stuck in Revlon Land' (2009) 42 *Loyola of Los Angeles Law Review* 165

Bishop, Carter G, 'The Low-Profit LLC (L3C): Program Related Investment by Proxy or Perversion?' (2010) 63 *Arkansas Law Review* 243

Black, Lewis S, *Why Corporations Choose Delaware* (Delaware Department of State Division of Corporations, 2007)

Blount, Justin and Kwabena Offei-Danso, 'The Benefit Corporation: A Questionable Solution to a Non-existent Problem' (2013) 44 *St. Mary's Law Journal* 617

Brewer, Cassidy V, 'Seven Ways to Strengthen and Improve the L3C' (2013) 25 *Regent University Law Review* 329

Burkart, Mike, Denis Gromb and Fausto Panunzi, 'Large Shareholders, Monitoring, and the Value of the Firm' (1997) 112(3) *Quarterly Journal of Economics* 693

Callison, J William, 'Putting New Sheets on a Procrustean Bed: How Benefit Corporations Address Fiduciary Duties, the Dangers Created, and Suggestions for Change' 2(1) *American University Business Law Review* 85

Campbell, John L, 'Why Would Corporations Behave in Socially Responsible Ways? An Institutional Theory of Corporate Social Responsibility' (2007) 32(3) *Academy of Management Review* 946

- Clark, William H and Elizabeth K Babson, 'How Benefit Corporations are Redefining the Purpose of Business Corporations' (2012) 38(2) *William Mitchell Law Review* 817
- Coffee Jr, John C, 'The Future as History: The Prospects for Global Convergence in Corporate Governance and its Implications' (1999) 93 *Northwestern University Law Review* 641
- Cohen, Zipora, 'Fiduciary Duties of Controlling Shareholders: A Comparative View' (1991) 12(3) *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 379
- Cummings, Briana, 'Benefit Corporations: How to Enforce a Mandate to Promote the Public Interest' (2012) 112 *Columbia Law Review* 578
- Fama, Eugene F, 'Agency Problems and the Theory of the Firm' (1980) 88(2) *The Journal of Political Economy* 288
- Fischel, Daniel R and Michael Bradley, 'The Role of Liability Rules and the Derivative Suit in Corporate Law: A Theoretical and Empirical Analysis' (1985-1986) 71 *Cornell Law Review* 261
- Freeman, Edward R, 'Shareholder Theory of the Modern Corporation' (2001) 3 *Perspectives in Business Ethics* 144
- Freeman, Edward R, 'The Stakeholder Approach Revisited' (2004) 5(4) *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik* 228
- Freeman, Edward R and William M Evan, 'Corporate Governance: A Stakeholder Interpretation' (1990) 19(4) *Journal of Behavioral Economics* 337
- Freeman, Edward R and David L Reed, 'Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance' (1983) 25(3) *California Management Review* 88
- Garza Castaneda, Julian J, 'Appraisal Rights: The "Fair" Valuation of Shares in Case of Dissent' (1999) 96 *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 809
- Gavis, Alexander C, 'A Framework for Satisfying Corporate Directors' Responsibilities under State Nonshareholder Constituency Statutes: The Use of Explicit Contracts' (1990) 138 *University of Pennsylvania Law Review* 1451
- Gilson, Ronald J, 'Globalizing Corporate Governance: Convergence of Form or Function' (2001) 49(2) *The American Journal of Comparative Law* 329
- Gilson, Ronald J and Jeffrey N Gordon, 'Controlling Controlling Shareholders' (2003-2004) 152 *University of Pennsylvania Law Review* 785
- Giovannelli, T. Richard, 'Revisiting Revlon: The Rumors of Its Demise Have Been Greatly Exaggerated' (1996) 37(4) *William and Mary Law Review* 1513

- Grieco, Joseph M, 'The Ever-Evolving Posion Pill: The Pill in Asset Protection and Closely-Held Corporation Cases' (2011) 36 *Delaware Journal of Corporate Law* 625
- Hansen, Charles, 'Other Constituency Statutes: A Search for Perspective' (1991) 46(4) *The Business Lawyer* 1355
- Hiller, Jannine, 'The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility' (2013) 118 *Journal of Business Ethics* 287.
- Jensen, Michael, 'Value Maximisation, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function' (2001) 7(3) *European Financial Management* 297
- Lafferty, William M, Lisa A Schmidt and Donald J Jr Wolfe, 'A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors' (2012) 116(3) *Penn State Law Review* 832
- Landskron, Rolf, *Common-law and Civil-law Legal Families: A Misleading Categorisation* (M Laws Thesis, Bond University, 2008)
- Lisenberg, Melvin Aron, 'The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking' (1969) 57 *California Law Review* 1
- Luo, Xueming and C B Bhattacharya, 'Corporate Social Responsibility, Customer Satisfaction, and Market Value' (2006) 70 *Journal of Marketing* 1
- Mathewson, Alfred D, 'Decision Integrity and the Business Judgment Rule: A Theory' (1989-1990) 17 *Pepperdine Law Review* 879
- McDonnell, Brett H, 'Corporate Constituency Statutes and Employee Governance' (2004) 30(4) *William Mitchell Law Review* 1227
- Morrissey, Daniel J, 'The Path of Corporate Law: Of Options Backdating, Derivative Suits, and the Business Judgement Rule' (2007) 86 *Oregon Law Review* 973
- Page, Antony and Robert A Katz, 'The Role of Social Enterprise' 35 *Vermont Law Review* 59
- Park, Johneth C and Doo-Ah Lee, 'The Business Judgement Rule: A Missing Piece in the Developing Puzzle of Korean Corporate Governance Reform' (2003) 3(2) *Journal of Korean Law Review* 15
- Peeples, Ralph S, 'The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation' (1984-1985) 60 *Notre Dame Law Review* 456
- Phillips, Robert, Edward R Freeman and Andrew C Wicks, 'What Stakeholder Theory is Not' (2003) *Business Ethics Quarterly* 479

- Plerhoples, Alicia E, 'Delaware Public Benefit Corporations 90 Days Out: Who's Opting In?' (2014) 14 *University of California Davis Business Law Journal* 2
- Reiser, Dana Brakman, 'Benefit Corporations-A Sustainable Form of Organization?' (2011) 46 *Wake Forest Law Review* 591
- Rheinstein, Max, 'Common Law and Civil Law: An Elementary Comparison' (1952-1953) 22 *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico* 90
- Richman, Lawrence I, 'The L3C: A Hybrid Passthrough' (2010) January-February 2010 *Journal of Passthrough Entities* 11
- Romano, Roberta, 'The Shareholder Suit: Litigation without Foundation?' (1991) 7(1) *The Journal of Law, Economics, & Organization* 55
- Standley, Nathan E, 'Lessons Learned from the Capitulation of the Constituency Statute' 4 *Elon Law Review* 209
- Thomas, Randall S, 'Improving Shareholder Monitoring of Corporate Management by Expanding Statutory Access to Information' (1996) 38(1) *Arizona Law Review* 331
- Westaway, Kyle and Dirk Sampsele, 'The Benefit Corporation: An Economic Analysis with Recommendations to Courts, Boards, and Legislatures' (2013) 62 *Emory Law Journal* 999
- Wishnick, David A, 'Corporate Purposes in a Free Enterprise System: A Comment on eBay v. Newmark' (2012) 121 *Yale Law Journal* 2405
- Ziolkowski, Richard, *A Re-examination of Corporate Governance: Concepts, Models, Theories, and Future Directions* (PhD Thesis, University of Canberra, 2005)

4. เว็บไซต์

การคืนรางวัลลูกโลกสีเขียวกับ 7 ปี "ปตท." กวาดแชมป์รางวัลธรรมาภิบาล-CSR-สิ่งแวดล้อม ThaiPublica
<<http://thaipublica.org/2013/08/ptt-best-corporate-governance-csr/>>

ความจริงและความโปร่งใส : กรณี ปตท.สม. ในออสเตรเลีย Bangkok Business News
<<http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/opinion/sarinee-achavanuntak/20101213/366764/%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%88%E0%B8%A3%E0%B8%B4%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%A5%E0%B8%B0%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B9%82%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B9%83%E0%B8%AA--%E0%B8%81%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B8%B5-%E0%B8%9B%E0%B8%95%E0%B8%97.%E0%B8%AA%E0%B8%9C.->>

%E0%B9%83%E0%B8%99%E0%B8%AD%E0%B8%AD%E0%B8%AA%E0%B9%80%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%A5%E0%B8%B5%E0%B8%A2.html>

ความรับผิดชอบต่อสังคม บริษัท ปตท. สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน)

<<http://www.pttep.com/th/CorporateSocialResponsibility.aspx>>

ธนพัช, เสมอชน และ อุบลวรรณ กระปุกทอง, กรณีน้ำมันรั่ว สิ่งทีรัฐบาลและ ปตท. ควรทำหลังจากนี้ มูลนิธิโลกสีเขียว <<http://www.greenworld.or.th/greenworld/local/2267>>

วิกฤต "น้ำมันรั่ว" ท่วมทะเล บทเรียนราคาแพงสะท้อนปตท.', ข่าวสด 4 สิงหาคม 2556

<http://www.khaosod.co.th/view_newsonline.php?newsid=TVRNM05UVTF0VGczTnc9PQ==>

About Big C Foundation Big C Supermarket <<http://www.bigc.co.th/th/foundation/>>

B Lab's Bart Houlahan: Building More Socially Responsible Corporations The Wharton School of the University of Pennsylvania

<<http://knowledge.wharton.upenn.edu/article/b-labs-bart-houlahan-building-more-socially-responsible-corporations/>>

Benefit Corp vs. Certified B Corp B Lab <<http://benefitcorp.net/what-makes-benefit-corp-different/benefit-corp-vs-certified-b-corp>>

Eco Design, Eco Product, and Green Marketing SCG

<<http://www.SCGEXPERIENCE.co.th/en/blog/detail.aspx?id=5&post=61>>

Factsheet Craigslist <<http://www.craigslist.org/about/factsheet>>

Find a Benefit Corp B Lab < <http://www.benefitcorp.net/find-a-benefit-corp>>.

Frequently Asked Questions B Lab <<http://bimpactassessment.net/how-it-works/frequently-asked-questions/top-10#who-develops-the-standards>>

How to Become a B Corp? B Lab <<http://www.bcorporation.net/become-a-b-corp/how-to-become-a-b-corp>>

Model Benefit Corporation Legislation with Explanatory Comments B Lab

<http://benefitcorp.net/storage/documents/Model_Benefit_Corporation_Legislation.pdf>

Model Legislation B Lab <<http://benefitcorp.net/legislators/draft-legislation-for-your-state>>

Program-Related Investments Internal Revenue Service <<http://www.irs.gov/Charities-&Non-Profits/Private-Foundations/Program-Related-Investments>>

Senate Bill 690 General Assembly of Maryland, Department of Legislative Services
<<http://mgaleg.maryland.gov/webmga/frmMain.aspx?tab=subject3&ys=2010rs/billfile/sb0690.htm>>

State by State Legislative Status B Lab <<http://benefitcorp.net/state-by-state-legislative-status>>

What are B Corps? B Lab <<http://www.bcorporation.net/what-are-b-corps>>

Adams, Susan, *Corporate Responsibility Nonprofit, B Lab, Shows Strong Growth* Forbes
<<http://www.forbes.com/sites/susanadams/2011/03/16/corporate-responsibility-nonprofit-b-lab-shows-strong-growth/>>

Clark, William H and Larry Vranka, *White Paper - The Need and Rationale for the Benefit Corporation: Why it is the Legal Form that Best Addresses the Needs of Social Entrepreneurs, Investors, and Ultimately, the Public* B Lab
<http://benefitcorp.net/storage/documents/Benecit_Corporation_White_Paper_1_18_2013.pdf>

Field, Anne, *IRS Rule Could Help the Fledgling L3C Corporate Form* Forbes
<<http://www.forbes.com/sites/annefield/2012/05/04/irs-rules-could-help-the-fledgling-l3c/>>

Hope Consulting, *Money for Good: The US Market for Impact Investments and Charitable Gifts from Individual Donors and Investors* Global Impact Investing Network
<http://www.thegiin.org/binary-data/RESOURCE/download_file/000/000/96-1.pdf>

Hower, Mike, *50% of Global Consumers Willing to Pay More for Socially Responsible Products* Sustainable Brands
<http://www.sustainablebrands.com/news_and_views/behavior_change/50-global-consumers-willing-pay-more-socially-responsible-products>

Lovett IV, Thomas G and Veronica R Basel, *The Role of the Constituency Statute in the Shareholders' World* <<http://www.lindquist.com/files/Publication/2bb272e5-b42e-4eb6-8cf7-2126afda88a4/Presentation/PublicationAttachment/5663ba4c-4258-428e-82fc-23f7ae3f612d/The%20Role%20of%20the%20Constituency%20Statute%20in%20the%20Shareholders'%20World.pdf>>

Officer of the Regulator of Community Interest Companies, *Community Interest Companies: Guidance Chapters* Government UK
<<https://www.gov.uk/government/publications/community-interest-companies-how-to-form-a-cic>>

Robertson, Jordan, 'eBay Wins Lawsuit Against Craigslist', *The Huffington Post* 2010

<http://www.huffingtonpost.com/2010/09/10/craigslist-ebay-lawsuit-e_n_711795.html>

Romano, Roberta, 'What Is the Value of Other Constituency Statutes to Shareholders?' (Yale Law School, 1993)

Stone, Brad, *EBay-Craigslist Fight Is About Kijiji and Control, Complaint Shows* The New York

Times <http://bits.blogs.nytimes.com/2008/04/30/ebay-craigslist-fight-is-about-kijiji-and-control-complaint-shows/?_php=true&_type=blogs&_php=true&_type=blogs&r=1>

Unruh, Gregory, 'No, Consumers Will Not Pay More for Green', *Forbes* (New York), 2011

<<http://www.forbes.com/sites/csr/2011/07/28/no-consumers-will-not-pay-more-for-green/>>

ภาคผนวก

MODEL BENEFIT CORPORATION LEGISLATION

With Explanatory Comments¹⁹²

[Chapter] __

Benefit Corporations

[Subchapter]

1. Preliminary Provisions
2. Corporate Purposes
3. Accountability
4. Transparency

[Subchapter] 1

Preliminary Provisions

Section

101. Application and effect of [chapter].
102. Definitions.
103. Incorporation of benefit corporation.
104. Election of benefit corporation status.
105. Termination of benefit corporation status.

§ 101. Application and effect of [chapter].

(a) **General rule.** – This [chapter] shall be applicable to all benefit corporations.

(b) **Application of business corporation law generally.** – The existence of a provision of this [chapter] shall not of itself create an implication that a contrary or different rule of law is applicable to a business corporation that is not a benefit corporation. This [chapter] shall not affect a statute or rule of law that is applicable to a business corporation that is not a

¹⁹² For a detailed discussion of the issues to be considered when preparing legislation for introduction in a state see Clark *et al*, *The Need and Rationale for the Benefit Corporation* (2011), available at www.benefitcorp.org. See generally, William H. Clark, Jr. and Elizabeth K. Babson, “*How Benefit Corporations are Redefining the Purpose of Business Corporations*,” 38 WM. MITCHELL L. REV. 817 (2012).

benefit corporation.

(c) Laws applicable. – Except as otherwise provided in this [chapter], [the enacting state’s business corporation law] shall be generally applicable to all benefit corporations. A benefit corporation may be subject simultaneously to this [chapter] and [cite any statutes that provide for the incorporation of a specific type of business corporation, such as a professional corporation or for-profit cooperative corporation]. The provisions of this [chapter] shall control over the provisions of [cite the business corporation law] [and] [cite the professional corporation, cooperative corporation and other relevant laws].

(d) Organic records. – A provision of the articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation may not limit, be inconsistent with, or supersede a provision of this [chapter].

Comment:

This chapter authorizes the organization of a form of business corporation that offers entrepreneurs and investors the option to build, and invest in, a business that operates with a corporate purpose broader than maximizing shareholder value and that consciously undertakes a responsibility to maximize the benefits of its operations for all stakeholders, not just shareholders. Enforcement of that purpose and responsibility comes not from governmental oversight, but rather from new provisions on transparency and accountability included in this chapter.

The second sentence of subsection (c) makes clear that if a state provides for the incorporation of specialized types of business corporations, such as statutory close corporations, insurance corporations, for-profit cooperative corporations, or professional corporations, those corporations may also be benefit corporations. In the case of a professional corporation, section 201(e) provides a special rule that eliminates any conflict between this chapter and the requirement found in many professional corporation laws that limits the purposes or business of a professional corporation to providing a particular type of professional service.

As a result of subsection (d), a corporation that elects to be subject to this chapter will be subject to all of the provisions of the chapter and will not be able to vary their application to the corporation.

The term “benefit corporation” used in this section is defined in section 102.

§ 102. Definitions.

The following words and phrases when used in this [chapter] shall have the meanings given to them in this section unless the context clearly indicates otherwise:

“Benefit corporation.” A business corporation:

- (1) that has elected to become subject to this [chapter]; and

- (2) the status of which as a benefit corporation has not been terminated.

“Benefit director.” the director designated as the benefit director of a benefit corporation under section 302.

“Benefit enforcement proceeding.” Any claim or action or proceeding for:

- (1) failure of a benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit purpose set forth in its articles; or
- (2) violation of any obligation, duty, or standard of conduct under this [chapter].

“Benefit officer.” The individual designated as the benefit officer of a benefit corporation under section 304.

“General public benefit.” A material positive impact on society and the environment, taken as a whole, assessed against a third-party standard, from the business and operations of a benefit corporation.

“Independent.” Having no material relationship with a benefit corporation or a subsidiary of the benefit corporation. Serving as benefit director or benefit officer does not make an individual not independent. A material relationship between an individual and a benefit corporation or any of its subsidiaries will be conclusively presumed to exist if any of the following apply:

- (1) The individual is, or has been within the last three years, an employee other than a benefit officer of the benefit corporation or a subsidiary.

- (2) An immediate family member of the individual is, or has been within the last three years, an executive officer other than a benefit officer of the benefit corporation or a subsidiary.

- (3) There is beneficial or record ownership of 5% or more of the outstanding shares of the benefit corporation, calculated as if all outstanding rights to acquire equity interests in the benefit corporation had been exercised, by:

- (i) the individual; or

- (ii) an entity:

- (A) of which the individual is a director, an officer, or a manager; or

- (B) in which the individual owns beneficially or of record 5% or more of the outstanding equity interests, calculated as if all outstanding rights to acquire equity interests in the entity had been exercised.

“Minimum status vote.”

- (1) In the case of a business corporation, in addition to any other required approval or vote, the satisfaction of the following conditions:

- (i) The shareholders of every class or series shall be entitled to vote as a [separate voting group] [class] on the corporate action regardless of a limitation stated in the articles of incorporation or bylaws on the voting rights of any class or series.

- (ii) The corporate action must be approved by the affirmative vote of the

shareholders of each class or series entitled to cast at least two-thirds of the votes that all shareholders of the class or series are entitled to cast on the action.

[(2) In the case of a domestic entity other than a business corporation, in addition to any other required approval, vote, or consent, the satisfaction of the following conditions:

(i) The holders of every class or series of equity interest in the entity that are entitled to receive a distribution of any kind from the entity shall be entitled to vote on or consent to the action regardless of any otherwise applicable limitation on the voting or consent rights of any class or series.

(ii) The action must be approved by the affirmative vote or consent of the holders described in subparagraph (i) entitled to cast at least two-thirds of the votes or consents that all of those holders are entitled to cast on the action.]

“Publicly traded corporation.” A business corporation that has shares listed on a national securities exchange or traded in a market maintained by one or more members of a national securities association.

“Specific public benefit.” Includes:

- (1) providing low-income or underserved individuals or communities with beneficial products or services;
- (2) promoting economic opportunity for individuals or communities beyond the creation of jobs in the normal course of business;
- (3) protecting or restoring the environment;
- (4) improving human health;
- (5) promoting the arts, sciences, or advancement of knowledge;
- (6) increasing the flow of capital to entities with a purpose to benefit society or the environment; and
- (7) conferring any other particular benefit on society or the environment.

“Subsidiary.” In relation to a person, an entity in which the person owns beneficially or of record 50% or more of the outstanding equity interests, calculated as if all outstanding rights to acquire equity interests in the entity had been exercised.

“Third-party standard.” A recognized standard for defining, reporting, and assessing corporate social and environmental performance that is:

- (1) Comprehensive because it assesses the effects of the business and its operations upon the interests listed in section 301(a)(1)(ii), (iii), (iv) and (v).
- (2) Developed by an entity that is not controlled by the benefit corporation.
- (3) Credible because it is developed by an entity that both:
 - (i) has access to necessary expertise to assess overall corporate social and environmental performance; and
 - (ii) uses a balanced multistakeholder approach to develop the standard,

including a reasonable public comment period.

(4) Transparent because the following information is publicly available:

(i) About the standard:

(A) The criteria considered when measuring the overall social and environmental performance of a business.

(B) The relative weightings, if any, of those criteria.

(ii) About the development and revision of the standard:

(A) The identity of the directors, officers, material owners, and the governing body of the entity that developed and controls revisions to the standard.

(B) The process by which revisions to the standard and changes to the membership of the governing body are made.

(C) An accounting of the revenue and sources of financial support for the entity, with sufficient detail to disclose any relationships that could reasonably be considered to present a potential conflict of interest.

Comment:

“Benefit corporation.” The provisions of this chapter apply to a business corporation while it has the status of a benefit corporation because its articles contain a statement that it is a benefit corporation. If that statement is deleted as provided in section 105, the corporation will cease to be a benefit corporation immediately upon the effectiveness of the deletion.

“Benefit enforcement proceeding.” This definition not only describes the action that may be brought under section 305, but it also has the effect of excluding other actions against a benefit corporation and its directors and officers because section 305(a) provides that “no person may bring an action or assert a claim against a benefit corporation or its directors or officers” with respect to violation of the provisions of this chapter except in a benefit enforcement proceeding.

The obligations that may be enforced through a benefit enforcement proceeding include the obligations of a benefit corporation under section 402(b) to post its benefit reports on its Internet website and to supply copies of its benefit report if it does not have an Internet website. In the case of a failure to provide a copy of a benefit report, a benefit enforcement proceeding to enforce that obligation may only be brought by the persons listed in section 305 and not by the person requesting the copy of the report unless the person otherwise has standing under section 305.

“General public benefit.” By requiring that the impact of a business on society and the environment be looked at “as a whole,” the concept of general public benefit requires consideration of all of the effects of the business on society and the environment. What is involved in creating general public benefit is informed by section 301(a) which lists the specific

interests and factors that the directors of a benefit corporation are required to consider.

“Minimum status vote.” An amendment of the articles or a fundamental change that has the effect of changing the status of a corporation so that it either becomes a benefit corporation or ceases to be a benefit corporation must be approved by the minimum status vote. *See* sections 104 and 105. The purpose of requiring a two-thirds vote under this chapter is to ensure that there is broad shareholder support for an action. This definition will not be needed in states that require a supermajority vote of two-thirds or more for amendments of the articles or fundamental changes.

The second paragraph of the definition extends its policy to other forms of entities so that, for example, a merger of a limited liability company into a benefit corporation must be approved by the members of the limited liability company by at least a two-thirds vote. The second paragraph should be omitted by those states that require a supermajority vote of two-thirds or more by the owners of an unincorporated entity to approve a fundamental change. *See, e.g.,* Uniform Limited Liability Company Act (2006) (Last Amended 2013) § 1023, which requires a unanimous vote by the members of a limited liability company to approve a merger.

The two-thirds vote required by the definition is in addition to any other vote required in the case of any particular corporation or other form of entity. If the articles of a corporation were to require, for example, an 80% supermajority vote to approve a merger, a 70% vote to approve a merger of the corporation into a benefit corporation would be sufficient to satisfy the requirement that the merger be approved by the minimum status vote but would not be sufficient for valid approval of the merger.

“Publicly traded corporation.” This definition is used in section 302, which makes the requirement of a benefit director mandatory for publicly traded corporations. The definition is patterned after Model Business Corporation Act § 1.40(18A) (2010). This definition will not be necessary if the enacting state’s business corporation law includes a similar definition.

“Specific public benefit.” Every benefit corporation has the purpose under section 201(a) of creating general public benefit. A benefit corporation may also elect to pursue one or more specific public benefit purposes. Since the creation of specific public benefit is optional, paragraph (7) of this definition permits a benefit corporation to identify a specific public benefit that is different from those listed in paragraphs (1) through (6).

“Third-party standard.” The requirement in section 401 that a benefit corporation prepare an annual benefit report that assesses its performance in creating general public benefit against a third-party standard provides an important protection against the abuse of benefit corporation status. The performance of a regular business corporation is measured by the financial statements that the corporation prepares. But the performance of a benefit corporation in creating general or specific public benefit will not be readily apparent from those financial statements. The annual benefit report is intended to permit an evaluation of that performance so that the shareholders can judge how the directors have discharged their

responsibility to manage the corporation and thus whether the directors should be retained in office or the shareholders should take other action to change the way the corporation is managed. The annual benefit report is also intended to reduce “greenwashing” (the phenomenon of businesses seeking to portray themselves as being more environmentally and socially responsible than they actually are) by giving consumers and the general public a means of judging whether a business is living up to its claimed status as a benefit corporation.

The financial support that must be disclosed by an organization if it wishes to make available a third party standard should include investment income, grants, and other types of support in addition to revenue it receives from its operations.

§ 103. Incorporation of benefit corporation.

A benefit corporation shall be incorporated in accordance with [*cite incorporation provisions of the business corporation law*], but its articles of incorporation must also state that it is a benefit corporation.

Comment:

This section provides for how a corporation that is being newly formed may elect to be a benefit corporation. Existing corporations may become benefit corporations in the manner provided in section 104.

This chapter only applies to domestic business corporations. A foreign business corporation that has a status in its home jurisdiction similar to the status of a benefit corporation under this chapter is not subject to this chapter and has the status simply of a foreign business corporation for purposes of the state’s business corporation law.

The term “benefit corporation” used in this section is defined in section 102.

§ 104. Election of benefit corporation status.

(a) **Amendment.** – An existing business corporation may become a benefit corporation under this [*chapter*] by amending its articles of incorporation so that they contain, in addition to the requirements of [*cite section of the business corporation law on the required contents of articles of incorporation*], a statement that the corporation is a benefit corporation. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.

(b) Fundamental transactions. –

(1) Except as provided in paragraph (2), if a domestic entity that is not a benefit corporation is a party to a merger[, *consolidation, or conversion*] [*or the exchanging entity in a share exchange*] and the surviving[, *new, or resulting*] entity in the merger, [*consolidation, conversion, or share exchange*] is to be a benefit corporation, the [*plan of*] merger[, *consolidation, conversion, or share exchange*] must be [*adopted*] [*approved*] by the domestic

entity by at least the minimum status vote.

(2) Paragraph (1) does not apply in the case of a corporation that is a party to a merger if the shareholders of the corporation are not entitled to vote on the merger pursuant to *[cite section of the business corporation law authorizing “short form” mergers]*.

Comment:

This section provides the procedures for an existing corporation to become a benefit corporation. A corporation that is being newly formed may become a benefit corporation in the manner provided in section 103. Subsection (a) applies to a business corporation that is directly electing to be a benefit corporation by amending its articles of incorporation. Subsection (b) applies when a corporation is becoming a benefit corporation indirectly in the context of a fundamental transaction. In both cases, the change to benefit corporation status must be approved by at least the minimum status vote.

Subsection (b) also applies to a domestic entity that is not a corporation when the entity is a party to a transaction that will result in a benefit corporation. In those situations, a supermajority vote of the owners of the entity is required by subsection (b).

See section 201(d) with respect to changing the identification of a specific public benefit that it is the purpose of a benefit corporation to pursue.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“minimum status vote”

§ 105. Termination of benefit corporation status.

(a) **Amendment.** – A benefit corporation may terminate its status as such and cease to be subject to this *[chapter]* by amending its articles of incorporation to delete the provision required by section 103 or 104 to be stated in the articles of a benefit corporation. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.

(b) **Fundamental transactions.** –

(1) Except as provided in paragraph (2), if a *[plan of]* merger*[, consolidation, conversion, or share exchange]* would have the effect of terminating the status of a business corporation as a benefit corporation, the *[plan]* *[transaction]* must be adopted by at least the minimum status vote in order to be effective.

(2) Paragraph (1) does not apply in the case of a corporation that is a party to a merger if the shareholders of the corporation are not entitled to vote on the merger pursuant to *[cite section of the business corporation law authorizing “short form” mergers]*.

(3) Any sale, lease, exchange, or other disposition of all or substantially all of the assets of a benefit corporation, unless the transaction is in the usual and regular course of business, shall not be effective unless the transaction is approved by at least the minimum

status vote.

Comment:

This section provides the procedures for a benefit corporation to terminate voluntarily its status as a benefit corporation. As with an election of benefit corporation status under section 104, the termination may be accomplished either directly by an amendment of the articles or indirectly through a fundamental transaction.

Subsection (b)(3) provides a special rule for a sale of all or substantially all of the assets of a benefit corporation. Such a transaction will not result in a termination of the status of the corporation as a benefit corporation, but will have effectively the same result since it will terminate the operations of the business. Thus it was considered appropriate to require approval of a sale of assets by the minimum status vote. Whether a sale of assets is in the usual and regular course will be determined under the same standards as apply to that question under the state's business corporation law. See, e.g., Model Business Corporation Act §§ 12.01 and 12.02.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“minimum status vote”

Subchapter 2 Corporate Purposes

Section

201. Corporate purposes.

§ 201. Corporate purposes.

(a) **General public benefit purpose.** – A benefit corporation shall have a purpose of creating general public benefit. This purpose is in addition to its purpose under [*cite section of the business corporation law on the purpose of business corporations*].

(b) **Optional specific public benefit purpose.** – The articles of incorporation of a benefit corporation may identify one or more specific public benefits that it is the purpose of the benefit corporation to create in addition to its purposes under [*cite section of the business corporation law on the purpose of business corporations*] and subsection (a). The identification of a specific public benefit under this subsection does not limit the purpose of a benefit corporation to create general public benefit under subsection (a).

(c) **Effect of purposes.** – The creation of general public benefit and specific public benefit under subsections (a) and (b) is in the best interests of the benefit corporation.

(d) **Amendment.** – A benefit corporation may amend its articles of incorporation to

add, amend, or delete the identification of a specific public benefit that it is the purpose of the benefit corporation to create. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.

(e) Professional corporations. – A professional corporation that is a benefit corporation does not violate [*cite section of professional corporation law, if any, that restricts the business in which a professional corporation may engage*] by having the purpose to create general public benefit or a specific public benefit.

Comment:

Every benefit corporation has the corporate purpose of creating general public benefit. A benefit corporation may also elect to pursue specific public benefits under subsection (b).

Subsection (c) confirms that pursuing general and specific public benefit is in the best interests of the benefit corporation. Because the basic duty of a director is to act in a manner that the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation, decisions by the board of directors that promote the creation of general or specific public benefit will satisfy the requirement to act in the best interests of the corporation. If an ordinary business corporation includes in its articles of incorporation a statement of a specific purpose, it is by definition in the best interests of the corporation for the directors to pursue that purpose. Thus the rule in subsection (c) would be the case in any event with respect to specific public benefit purposes, but specific public benefits have been referred to expressly in subsection (c) to avoid the confusion that might result if subsection (c) only referred to the creation of general public benefit.

Some professional corporation statutes provide that a professional corporation may not engage in any business other than rendering the professional service for which it was specifically incorporated. Subsection (e) makes clear that such a limitation will not interfere with a professional corporation electing to be a benefit corporation. In such a case, the professional corporation (such as a law firm, accounting firm, or medical practice) will be limited to providing the professional services for which it was incorporated, but it will be able to provide those services in a manner that creates general public benefit or a specific public benefit (for example, a medical practice that focuses on providing care for low-income individuals).

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“general public benefit”

“minimum status vote”

“specific public benefit”

Subchapter 3

Accountability

Section

301. Standard of conduct for directors.

302. Benefit director.

303. Standard of conduct for officers.

304. Benefit officer.

305. Right of action.

§ 301. Standard of conduct for directors.

(a) **Consideration of interests.** – In discharging the duties of their respective positions and in considering the best interests of the benefit corporation, the board of directors, committees of the board, and individual directors of a benefit corporation:

(1) shall consider the effects of any action or inaction upon:

(i) the shareholders of the benefit corporation;

(ii) the employees and work force of the benefit corporation, its subsidiaries, and its suppliers;

(iii) the interests of customers as beneficiaries of the general public benefit or specific public benefit purposes of the benefit corporation;

(iv) community and societal factors, including those of each community in which offices or facilities of the benefit corporation, its subsidiaries, or its suppliers are located;

(v) the local and global environment;

(vi) the short-term and long-term interests of the benefit corporation, including benefits that may accrue to the benefit corporation from its long-term plans and the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the benefit corporation; and

(vii) the ability of the benefit corporation to accomplish its general public benefit purpose and any specific public benefit purpose; and

(2) may consider:

[(i) *the interests referred to in [cite constituencies provision of the business corporation law if it refers to constituencies not listed above]; and*

(ii)] other pertinent factors or the interests of any other group that they deem appropriate; but

(3) need not give priority to a particular interest or factor referred to in paragraph (1) or (2) over any other interest or factor unless the benefit corporation has stated in its articles of incorporation its intention to give priority to certain interests or factors related to the accomplishment of its general public benefit purpose or of a specific public benefit purpose identified in its articles.

(b) Coordination with other provisions of law. –The consideration of interests and factors in the manner provided by subsection (a)[:

(1)] does not constitute a violation of [*cite provision of the business corporation law on the duties of directors generally*] [; and

(2) is in addition to the ability of directors to consider interests and factors as provided in [*cite constituencies provision of the business corporation law*]].

(c) Exoneration from personal liability. – Except as provided in the [*articles of incorporation*] [*bylaws*], a director is not personally liable for monetary damages for:

(1) any action or inaction in the course of performing the duties of a director under subsection (a) if the director performed the duties of office in compliance with [*cite provision of the business corporation law on the duties of directors generally*] and this section; or

(2) failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or specific public benefit.

(d) Limitation on standing. – A director does not have a duty to a person that is a beneficiary of the general public benefit purpose or a specific public benefit purpose of a benefit corporation arising from the status of the person as a beneficiary.

(e) Business judgments. – A director who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the director:

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

(2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and

(3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the benefit corporation.

Comment:

This section is at the heart of what it means to be a benefit corporation. By requiring the consideration of interests of constituencies other than the shareholders, the section rejects the holdings in *Dodge v. Ford*, 170 N.W. 668 (Mich. 1919), and *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1 (Del. Ch. 2010), that directors must maximize the financial value of a corporation.

In a state that has adopted a “constituency statute,” directors are authorized to consider the interests of corporate constituencies other than the shareholders, but the directors are not *required* to do so. Subsection (a) makes it mandatory for the directors of a benefit corporation to consider the interests and factors that they would otherwise simply be permitted to consider in their discretion under the typical constituency statute.

Subsection (d) negates any enforceable duty of directors to non-shareholder constituents. *But see* section 305(b) which permits a benefit corporation to provide in its

articles that an identified category of persons may bring a benefit enforcement proceeding. If a benefit corporation were to do so, the identified non-shareholder constituents would be able to allege a breach of duty by the directors under this chapter for failing to pursue or create general or specific public benefit, but subsection (d) would prevent those constituents from alleging a breach of duty to them.

Subsection (e) confirms that the business judgment rule applies to actions by directors under this section. The formulation of the rule is patterned after American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01(c). If the law of the enacting state is not clear that the business judgment rule applies generally to actions by directors of corporations that are not business corporations, consideration should be given to confirming that the rule applies more broadly than just under this chapter. The best interests of the corporation referred to in subsection (e)(3) include the creation of general public benefit and specific public benefit as provided in section 201(c) and the determination of what is in the best interests of the benefit corporation requires consideration of the interests and factors listed in subsection (a).

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“general public benefit”

“specific public benefit”

“subsidiary”

§ 302. Benefit director.

(a) General rule. – The board of directors of a benefit corporation that is a publicly traded corporation shall, and the board of any other benefit corporation may, include a director, who:

- (1) shall be designated the benefit director; and
- (2) shall have, in addition to the powers, duties, rights, and immunities of the other directors of the benefit corporation, the powers, duties, rights, and immunities provided in this [chapter].

(b) Election, removal, and qualifications. – The benefit director shall be elected, and may be removed, in the manner provided by [*cite provisions of the business corporation law on the election and removal of directors generally*]. [Except as provided in subsection (f),] the benefit director shall be an individual who is independent. The benefit director may serve as the benefit officer at the same time as serving as the benefit director. The articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation may prescribe additional qualifications of the benefit director not inconsistent with this subsection.

(c) Annual compliance statement. – The benefit director shall prepare, and the benefit corporation shall include in the annual benefit report to shareholders required by

section 401, the opinion of the benefit director on all of the following:

(1) Whether the benefit corporation acted in accordance with its general public benefit purpose and any specific public benefit purpose in all material respects during the period covered by the report.

(2) Whether the directors and officers complied with sections 301(a) and 303(a), respectively.

(3) If, in the opinion of the benefit director, the benefit corporation or its directors or officers failed to act or comply in the manner described in paragraphs (1) and (2), a description of the ways in which the benefit corporation or its directors or officers failed to act or comply.

(d) Status of actions. – The act or inaction of an individual in the capacity of a benefit director shall constitute for all purposes an act or inaction of that individual in the capacity of a director of the benefit corporation.

(e) Exoneration from personal liability. – Regardless of whether the articles of incorporation or bylaws of a benefit corporation include a provision eliminating or limiting the personal liability of directors authorized by [*cite section of the business corporation law permitting exoneration of directors*], a benefit director shall not be personally liable for an act or omission in the capacity of a benefit director unless the act or omission constitutes self-dealing, willful misconduct, or a knowing violation of law.

[(f) Professional Corporations. – *The benefit director of a professional corporation does not need to be independent.*]

Comment:

The statement of the benefit director required by subsection (c) is an important part of the transparency required under this chapter. The perspective of the benefit director on whether the corporation has been successful in pursuing its general and any named specific public benefit purpose will be an important source of information for the shareholders as to whether the directors have adequately discharged their stewardship of the benefit corporation and its resources.

Subsection (d) makes clear that the actions of a benefit director are actions of a director of the benefit corporation and are subject to the same standards as actions of directors generally.

The wording of subsection (e) should be conformed to the provision of the state's business corporation law that permits the shareholders to adopt a provision of the articles of incorporation or bylaws exonerating directors from liability for breach of duty. But unlike existing exoneration provisions, subsection (e) does not require the benefit corporation to adopt an implementing provision in the articles or bylaws. Instead the liability shield provided by subsection (e) automatically applies to all benefit directors.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“benefit director”

“benefit officer”

“general public benefit”

“independent”

“publicly traded corporation”

“specific public benefit”

§ 303. Standard of conduct for officers.

(a) General rule. – Each officer of a benefit corporation shall consider the interests and factors described in section 301(a)(1) in the manner provided in section 301(a)(3) if:

(1) the officer has discretion to act with respect to a matter; and

(2) it reasonably appears to the officer that the matter may have a material effect on the creation by the benefit corporation of general public benefit or a specific public benefit identified in the articles of incorporation of the benefit corporation.

(b) Coordination with other provisions of law. – The consideration of interests and factors in the manner provided in subsection (a) shall not constitute a violation of *[cite provision, if any, of the business corporation law on the duties of officers]* *[the duties of an officer]*.

(c) Exoneration from personal liability. – Except as provided in the *[articles of incorporation]* *[bylaws]*, an officer is not personally liable for monetary damages for:

(1) an action or inaction as an officer in the course of performing the duties of an officer under subsection (a) if the officer performed the duties of the position in compliance with *[cite provision of the business corporation law on the duties of officers]* *[the duties of an officer]* and this section; or

(2) failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or specific public benefit.

(d) Limitation on standing. – An officer does not have a duty to a person that is a beneficiary of the general public benefit purpose or a specific public benefit purpose of a benefit corporation arising from the status of the person as a beneficiary.

(e) Business judgments. – An officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this section if the officer:

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

(2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and

(3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the benefit corporation.

Comment:

As an agent of the corporation, an officer is generally required to follow the instructions of his or her principal. But in those instances where an officer has discretion to act with a respect to a matter, subsection (a) requires the officer to consider the interests of the benefit corporation's constituencies in the same manner as required of the directors by section 301.

This section applies to all of the officers of a benefit corporation and is not limited just to the benefit officer, if any, of the benefit corporation.

Subsection (c) provides an exoneration from personal liability for officers similar to the exoneration provided for directors. If the law of the enacting state is not clear that officers can be exonerated in the same manner as directors, consideration should be given to confirming that officers of business corporations that are not benefit corporations may be exonerated. *See also* the Comment to section 301(d) with respect to subsection (d).

Subsection (e) confirms that the business judgment rule applies to actions by officers under this section. The formulation of the rule is patterned after American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01(c). If the law of the enacting state is not clear that the business judgment rule applies generally to actions by officers of corporations that are not business corporations, consideration should be given to confirming that the rule applies more broadly than just under this chapter. The best interests of the corporation referred to in subsection (e)(3) include the creation of general public benefit and specific public benefit under section 201(c) and the determination of what is in the best interests of the benefit corporation requires consideration of the interests and factors listed in section 301(a) (as provided by subsection (a)).

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“benefit officer”

“general public benefit”

“specific public benefit”

§ 304. Benefit officer.

(a) Designation. – A benefit corporation may have an officer designated the benefit officer.

(b) Functions. – A benefit officer shall have:

(1) the powers and duties relating to the purpose of the corporation to create general public benefit or specific public benefit provided:

(i) by the bylaws; or

(ii) absent controlling provisions in the bylaws, by resolution or order of the board of directors.

- (2) the duty to prepare the benefit report required by section 401.

Comment:

The designation of a benefit officer is optional. But if a benefit officer is designated, one of the duties of that officer will be to prepare the annual benefit report required by section 401.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“benefit officer”

“general public benefit”

“specific public benefit”

§ 305. Right of action.

(a) General rule. – Except in a benefit enforcement proceeding, no person may bring an action or assert a claim against a benefit corporation or its directors or officers with respect to:

- (1) failure to pursue or create general public benefit or a specific public benefit set forth in its articles of incorporation; or

- (2) violation of an obligation, duty, or standard of conduct under this *[chapter]*.

(b) Limitation on liability of corporation. – A benefit corporation shall not be liable for monetary damages under this *[chapter]* for any failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit.

(c) Standing. – A benefit enforcement proceeding may be commenced or maintained only:

- (1) directly by the benefit corporation; or

- (2) derivatively *[in accordance with [cite sections of business corporation law on derivative suits]]* by:

- (i) a person or group of persons that owned beneficially or of record at least 2% of the total number of shares of a class or series outstanding at the time of the act or omission complained of;

- (ii) a director;

- (iii) a person or group of persons that owned beneficially or of record 5% or more of the outstanding equity interests in an entity of which the benefit corporation is a subsidiary at the time of the act or omission complained of; or

- (iv) other persons as specified in the articles of incorporation or bylaws of the benefit corporation.

(d) Beneficial ownership. – For purposes of this section, a person is the beneficial owner of shares or equity interests if the shares or equity interests are held in a voting trust or by a nominee on behalf of the beneficial owner.

Comment:

Standing in an action against the directors or officers of a business corporation that is not a benefit corporation for breach of duty is limited in most states just to the corporation or shareholders bringing a derivative suit. This section broadens the categories of persons that can bring a derivative suit to include directors, 5% owners of a parent entity, and other persons to which a benefit corporation grants standing in its articles of incorporation or bylaws. To reduce the possibility of nuisance suits, a shareholder or group of shareholders bringing a derivative suit must own at least 2% of the outstanding shares of the benefit corporation.

This section only applies to actions or claims arising under this chapter. Lawsuits for breaches of duty arising outside of this chapter, or for breach of contract by directors, officers, or the benefit corporation are not subject to this section.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“benefit enforcement proceeding”

“general public benefit”

“specific public benefit”

“subsidiary”

Subchapter 4

Transparency

Section

401. Preparation of annual benefit report.

402. Availability of annual benefit report.

§ 401. Preparation of annual benefit report.

(a) Contents. – A benefit corporation shall prepare an annual benefit report including all of the following:

(1) A narrative description of:

(i) The ways in which the benefit corporation pursued general public benefit during the year and the extent to which general public benefit was created.

(ii) Both:

(A) the ways in which the benefit corporation pursued a specific public benefit that the articles of incorporation state it is the purpose of the benefit corporation to create; and

(B) the extent to which that specific public benefit was created.

(iii) Any circumstances that have hindered the creation by the benefit corporation of general public benefit or specific public benefit.

(iv) The process and rationale for selecting or changing the third-party standard used to prepare the benefit report.

(2) An assessment of the overall social and environmental performance of the benefit corporation against a third-party standard:

(i) applied consistently with any application of that standard in prior benefit reports; or

(ii) accompanied by an explanation of the reasons for:

(A) any inconsistent application; or

(B) the change to that standard from the one used in the immediately prior report.

(3) The name of the benefit director and the benefit officer, if any, and the address to which correspondence to each of them may be directed.

(4) The compensation paid by the benefit corporation during the year to each director in the capacity of a director.

(5) The statement of the benefit director described in section 302(c).

(6) A statement of any connection between the organization that established the third-party standard, or its directors, officers or any holder of 5% or more of the governance interests in the organization, and the benefit corporation or its directors, officers or any holder of 5% or more of the outstanding shares of the benefit corporation, including any financial or governance relationship which might materially affect the credibility of the use of the third-party standard.

(b) Change of benefit director. – If, during the year covered by a benefit report, a benefit director resigned from or refused to stand for reelection to the position of benefit director, or was removed from the position of benefit director, and the benefit director furnished the benefit corporation with any written correspondence concerning the circumstances surrounding the resignation, refusal, or removal, the benefit report shall include that correspondence as an exhibit.

(c) Audit not required. – Neither the benefit report nor the assessment of the performance of the benefit corporation in the benefit report required by subsection (a)(2) needs to be audited or certified by a third party.

Comment:

A benefit corporation may change from year to year the standard it uses under subsection (a)(2) for assessing its performance. But if a benefit corporation uses the same standard for assessing its performance in more than one year, the standard must either be applied consistently or the benefit corporation must provide an explanation of the reasons for any inconsistent use of the standard.

Subsection (b) is patterned after Item 5.02(a)(2) of Form 8-K under the Securities

Exchange Act of 1934.

The following terms used in this section are defined in section 102:

“benefit corporation”

“benefit director”

“general public benefit”

“specific public benefit”

“third-party standard”

§ 402. Availability of annual benefit report.

(a) Timing of report. – A benefit corporation shall send its annual benefit report to each shareholder on the earlier of:

(1) 120 days following the end of the fiscal year of the benefit corporation; or

(2) the same time that the benefit corporation delivers any other annual report to its shareholders.

(b) Internet website posting. – A benefit corporation shall post all of its benefit reports on the public portion of its Internet website, if any; but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit reports may be omitted from the benefit reports as posted.

(c) Availability of copies. – If a benefit corporation does not have an Internet website, the benefit corporation shall provide a copy of its most recent benefit report, without charge, to any person that requests a copy, but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit report may be omitted from the copy of the benefit report provided.

(d) Filing of report. – Concurrently with the delivery of the benefit report to shareholders under subsection (a), the benefit corporation shall deliver a copy of the benefit report to the [*Secretary of State*] for filing, but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit report may be omitted from the benefit report as delivered to the [*Secretary of State*]. The [*Secretary of State*] shall charge a fee of \$__ for filing a benefit report.

Comment:

Subsection (b) requires a benefit corporation to post all of its annual benefit reports on its website, but subsection (c) only requires that the most recent benefit report be supplied if the benefit corporation does not have a website.

The term “benefit corporation” used in this section is defined in section 102.

“benefit corporation”

“benefit director”

TITLE 8 Corporations

CHAPTER 1. GENERAL CORPORATION LAW

Subchapter XV. Public Benefit Corporations

§ 361 Law applicable to public benefit corporations; how formed.

This subchapter applies to all public benefit corporations, as defined in § 362 of this title. If a corporation elects to become a public benefit corporation under this subchapter in the manner prescribed in this subchapter, it shall be subject in all respects to the provisions of this chapter, except to the extent this subchapter imposes additional or different requirements, in which case such requirements shall apply.

79 Del. Laws, c. 122, § 8.;

§ 362 Public benefit corporation defined; contents of certificate of incorporation.

(a) A "public benefit corporation" is a for-profit corporation organized under and subject to the requirements of this chapter that is intended to produce a public benefit or public benefits and to operate in a responsible and sustainable manner. To that end, a public benefit corporation shall be managed in a manner that balances the stockholders' pecuniary interests, the best interests of those materially affected by the corporation's conduct, and the public benefit or public benefits identified in its certificate of incorporation. In the certificate of incorporation, a public benefit corporation shall:

(1) Identify within its statement of business or purpose pursuant to § 102(a)(3) of this title 1 or more specific public benefits to be promoted by the corporation; and

(2) State within its heading that it is a public benefit corporation.

(b) "Public benefit" means a positive effect (or reduction of negative effects) on 1 or more categories of persons, entities, communities or interests (other than stockholders in their capacities as stockholders) including, but not limited to, effects of an artistic, charitable, cultural, economic, educational, environmental, literary, medical, religious, scientific or technological nature. "Public benefit provisions" means the provisions of a certificate of incorporation contemplated by this subchapter.

(c) The name of the public benefit corporation shall, without exception, contain the words "public benefit corporation," or the abbreviation "P.B.C.," or the designation "PBC," which shall be deemed to satisfy the requirements of § 102(a)(l)(i) of this title.

§ 363 Certain amendments and mergers; votes required; appraisal rights.

(a) Notwithstanding any other provisions of this chapter, a corporation that is not a public benefit corporation, may not, without the approval of 90% of the outstanding shares of each class of the stock of the corporation of which there are outstanding shares, whether voting or nonvoting:

(1) Amend its certificate of incorporation to include a provision authorized by § 362(a)(1) of this title; or

(2) Merge or consolidate with or into another entity if, as a result of such merger or consolidation, the shares in such corporation would become, or be converted into or exchanged for the right to receive, shares or other equity interests in a domestic or foreign public benefit corporation or similar entity.

The restrictions of this section shall not apply prior to the time that the corporation has received payment for any of its capital stock, or in the case of a nonstock corporation, prior to the time that it has members.

(b) Any stockholder of a corporation that is not a public benefit corporation that holds shares of stock of such corporation immediately prior to the effective time of:

(1) An amendment to the corporation's certificate of incorporation to include a provision authorized by § 362(a)(1) of this title; or

(2) A merger or consolidation that would result in the conversion of the corporation's stock into or exchange of the corporation's stock for the right to receive shares or other equity interests in a domestic or foreign public benefit corporation or similar entity;

and has neither voted in favor of such amendment or such merger or consolidation nor consented thereto in writing pursuant to § 228 of this title, shall be entitled to an appraisal by the Court of Chancery of the fair value of the stockholder's shares of stock.

(c) Notwithstanding any other provisions of this chapter, a corporation that is a public benefit corporation may not, without the approval of 2/3 of the outstanding shares of each class of the stock of the corporation of which there are outstanding shares, whether voting or nonvoting:

(1) Amend its certificate of incorporation to delete or amend a provision authorized by § 362(a)(1) or § 366(c) of this title; or

(2) Merge or consolidate with or into another entity if, as a result of such merger or consolidation, the shares in such corporation would become, or be converted into or exchanged for the right to receive, shares or other equity interests in a domestic or foreign corporation that is not a public benefit corporation or similar entity and the certificate of incorporation (or similar governing instrument) of which does not contain the identical

provisions identifying the public benefit or public benefits pursuant to § 362(a) of this title or imposing requirements pursuant to § 366(c) of this title.

(d) Notwithstanding the foregoing, a nonprofit nonstock corporation may not be a constituent corporation to any merger or consolidation governed by this section.

79 Del. Laws, c. 122, § 8.;

§ 364 Stock certificates; notices regarding uncertificated stock.

Any stock certificate issued by a public benefit corporation shall note conspicuously that the corporation is a public benefit corporation formed pursuant to this subchapter. Any notice sent by a public benefit corporation pursuant to § 151(f) of this title shall state conspicuously that the corporation is a public benefit corporation formed pursuant to this subchapter.

79 Del. Laws, c. 122, § 8.;

§ 365 Duties of directors.

(a) The board of directors shall manage or direct the business and affairs of the public benefit corporation in a manner that balances the pecuniary interests of the stockholders, the best interests of those materially affected by the corporation's conduct, and the specific public benefit or public benefits identified in its certificate of incorporation.

(b) A director of a public benefit corporation shall not, by virtue of the public benefit provisions or § 362(a) of this title, have any duty to any person on account of any interest of such person in the public benefit or public benefits identified in the certificate of incorporation or on account of any interest materially affected by the corporation's conduct and, with respect to a decision implicating the balance requirement in subsection (a) of this section, will be deemed to satisfy such director's fiduciary duties to stockholders and the corporation if such director's decision is both informed and disinterested and not such that no person of ordinary, sound judgment would approve.

(c) The certificate of incorporation of a public benefit corporation may include a provision that any disinterested failure to satisfy this section shall not, for the purposes of § 102(b)(7) or § 145 of this title, constitute an act or omission not in good faith, or a breach of the duty of loyalty.

79 Del. Laws, c. 122, § 8.;

§ 366 Periodic statements and third-party certification.

(a) A public benefit corporation shall include in every notice of a meeting of stockholders a statement to the effect that it is a public benefit corporation formed pursuant to this subchapter.

(b) A public benefit corporation shall no less than biennially provide its stockholders with a statement as to the corporation's promotion of the public benefit or public benefits identified in the certificate of incorporation and of the best interests of those materially affected by the corporation's conduct. The statement shall include:

(1) The objectives the board of directors has established to promote such public benefit or public benefits and interests;

(2) The standards the board of directors has adopted to measure the corporation's progress in promoting such public benefit or public benefits and interests;

(3) Objective factual information based on those standards regarding the corporation's success in meeting the objectives for promoting such public benefit or public benefits and interests; and

(4) An assessment of the corporation's success in meeting the objectives and promoting such public benefit or public benefits and interests.

(c) The certificate of incorporation or bylaws of a public benefit corporation may require that the corporation:

(1) Provide the statement described in subsection (b) of this section more frequently than biennially;

(2) Make the statement described in subsection (b) of this section available to the public; and/or

(3) Use a third-party standard in connection with and/or attain a periodic third-party certification addressing the corporation's promotion of the public benefit or public benefits identified in the certificate of incorporation and/or the best interests of those materially affected by the corporation's conduct.

79 Del. Laws, c. 122, § 8.;

§ 367 Derivative suits.

Stockholders of a public benefit corporation owning individually or collectively, as of the date of instituting such derivative suit, at least 2% of the corporation's outstanding shares or, in the case of a corporation with shares listed on a national securities exchange, the lesser of such percentage or shares of at least \$2,000,000 in market value, may maintain a derivative lawsuit to enforce the requirements set forth in § 365(a) of this title.

79 Del. Laws, c. 122, § 8.;

§ 368 No effect on other corporations.

This subchapter shall not affect a statute or rule of law that is applicable to a corporation that is not a public benefit corporation, except as provided in § 363 of this title.

79 Del. Laws, c. 122, § 8.;