

บทที่ 5

ความรับผิดชอบทางอาญาของกรรมการบริหาร กรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน และกรรมการเงา ของบริษัท

จากที่กล่าวมาในบทที่ 3 การบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของกรรมการบริษัท ซึ่งโยงมาจากความผิดทางอาญาของนิติบุคคลในบทที่ 4 โดยกฎหมายได้กำหนดบุคคลที่รับผิดชอบทางอาญาในลักษณะกว้างๆ ได้แก่ ผู้แทนบริษัท กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ ผู้ดำเนินการ ผู้รับผิดชอบในการกระทำอันเป็นความผิดของบริษัท เป็นต้น ดังนั้นกรรมการในที่นี่จึงครอบคลุมบุคคลทุกคน กล่าวคือผู้แทนของบริษัทคือกรรมการบริษัททุกคน ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความชัดเจนในการลงโทษ โดยที่อำนาจหน้าที่ของกรรมการแต่ละประเภทมีความแตกต่างกัน อีกทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน และบริษัท และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2544) ไม่ได้บัญญัติและแบ่งแยกประเภทของกรรมการตามกฎหมายออกเป็นกรรมการบริหาร (Executive Director) และกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน (non - Executive Director) ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติเพียงคำว่า “กรรมการ” (Director) โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน และบริษัท มิได้ปรากฏบทบัญญัติมาตราใดให้คำจำกัดความของคำว่า “กรรมการ” ไว้ว่า ให้ความหมายรวมถึงกรรมการบริหาร และกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานด้วยหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาในกฎหมายบริษัทมหาชน มาตรา 4 พบว่า กฎหมายได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “กรรมการ” ไว้เพียงว่า “กรรมการของบริษัทมหาชนจำกัด” โดยมีได้ให้ความหมายรวมถึง กรรมการบริหารและกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงชื่อตำแหน่งต่างๆ ที่นิยมเรียกกันในวงธุรกิจ เช่น กรรมการผู้จัดการ (Managing Director หรือ MD) ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร (Chief Executive Officer หรือ CEO) กรรมการบริหาร (Executive Director หรือ Executive Committee) และกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน (non - Executive Director) เป็นต้น จึงทำให้มีประเด็นปัญหาว่า ในกรณีที่กรรมการบริหาร เช่น กรรมการผู้จัดการ ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร หรือประธานกรรมการฝ่ายบริหาร หรือกรรมการผู้มีอำนาจบริหาร อื่นๆ เป็นต้น ต้องรับผิดชอบทางอาญาในฐานะที่เป็นกรรมการบริหารของบริษัท กรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน เช่น กรรมการของบริษัทที่มีได้รับมอบหมายให้เป็นกรรมการผู้มีอำนาจบริหารในบริษัท หรือเป็นฝ่ายตรวจสอบการทำงานสอบของกรรมการบริหาร เช่นเป็นคณะกรรมการบริหาร หรือฝ่ายจัดการของบริหาร หรือคณะกรรมการ

ตรวจสอบ (Audit Committee) หรือกรรมการอิสระ (Independent Director) ตามประกาศของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เป็นต้น กระทำผิดหน้าที่ กรรมการดังกล่าวจะมีความรับผิดชอบทางอาญาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายบริษัทอย่างไร

ในบทนี้จะได้ทำการศึกษาโดยวิเคราะห์ในอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบทางอาญาตามการบัญญัติข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของกรรมการบริษัท ผู้ศึกษาจะไม่ศึกษาในกรณีของความรับผิดโดยเฉพาะตัวของกรรมการนั้น เนื่องจากกรณีนี้โจทก์จะมีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อ โดยจะวิเคราะห์ตามประเภทของกรรมการบริษัท คือ กรรมการบริหาร (Executive Director) และกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน(non-Executive Director) นอกจากนี้จะทำการศึกษา กรรมการเงา (Shadow Director) ซึ่งกฎหมายของไทยไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ในสถานการณ์ปัจจุบันมักพบว่ากรรมการเงามีอิทธิพลต่อบริษัทเช่นกัน และทำให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจได้ โดยจะทำการศึกษาลำดับ ดังนี้

5.1 กรรมการบริหาร (Executive Director)

ในปัจจุบัน ด้วยความจำเป็นทางธุรกิจ คณะกรรมการของบริษัทส่วนใหญ่จะแต่งตั้งคณะบุคคลกลุ่มหนึ่งขึ้นมาให้มีอำนาจดำเนินการธุรกิจของบริษัท โดยให้อยู่ในความสอดคล้อง ดูแลของคณะกรรมการทั้งคณะ ผู้ถือหุ้น คณะบุคคลนี้มักจะประกอบไปด้วยกรรมการบางท่านและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัท ซึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการบริหาร (Executive Committee หรือ Executive Director) ขณะนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ป.พ.พ.) และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535) (กฎหมายบริษัทมหาชน) ยังไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารไว้แต่อย่างใด และยังไม่ปรากฏคำพิพากษาของศาลฎีกาวินิจฉัยโดยตรงในประเด็นที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการแต่งตั้งคณะกรรมการ โดยที่กรรมการบริหารมีอำนาจในการติดต่อกับบุคคลภายนอกแทนที่บริษัท สามารถลงนามผูกพันบริษัท โดยแนวทางปฏิบัติดังกล่าวได้ปรากฏตัวอย่างในคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 677-679/2528 ระหว่าง ธนาคารเอเซียฯ โจทก์ บ.จ.ก.ไทยผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม กับพวก จำเลย ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องว่า กรรมการของบริษัทจำกัด ตั้งกรรมการด้วยกัน 5 นาย เป็นกรรมการบริหารควบคุมดำเนินงานประจำวันโดยใกล้ชิด ตามข้อบังคับให้กรรมการบริหาร 2 คนลงนามประทับตราแทนบริษัทได้โดยศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า

“...ข้อเท็จจริงที่โจทก์จำเลยไม่ได้โต้เถียงกันฟังได้ว่า คณะกรรมการของโจทก์ซึ่งมี 15 นาย ได้อาศัยอำนาจตามข้อบังคับของโจทก์ข้อที่ 27 ลงมติเลือกตั้งกรรมการของโจทก์คือ 1. นายจรูญ เอื้อชูเกียรติ 2. นายวิศาล ภัทรประสิทธิ์ 3. นายเจียม คณธามานนท์ (จำเลยที่ 4)

4. นายพิชัย สุวรรณมาศ 5.นายยศ เอื้อชูเกียรติ เป็นคณะกรรมการบริหารมีอำนาจควบคุมและดำเนินงานประจำวันของโจทก์อย่างใกล้ชิดโดยใช้อำนาจของคณะกรรมการโจทก์ และข้อบังคับข้อ 28 วรรคแรก กำหนดว่า กรรมการบริหาร 2 นาย มีอำนาจลงนามเป็นสำคัญแทนโจทก์ โดยต้องประทับดวงตราสำคัญของโจทก์ที่จดทะเบียนไว้ด้วย วรรคสองกำหนดว่า คณะกรรมการบริหารจะมอบอำนาจให้บุคคลใดๆ หนึ่งคนหรือมากกว่าหนึ่งคน มีอำนาจลงแทนโจทก์ เพื่อกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างและ โดยจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ก็ได้...”

นอกจากนี้กรรมการบริหารยังมีอำนาจในการบริหารงานภายในบริษัทควบคู่ไปด้วย ส่วนการมอบอำนาจให้แก่ผู้จัดการไม่จำเป็นต้องเป็นกรรมการบริษัท หรือที่เรียกว่า “กรรมการผู้จัดการ” (Managing Director) กล่าวคือเป็นบุคคลภายนอกอาจได้รับการมอบอำนาจให้เป็นผู้จัดการบริษัทได้ ตำแหน่งกรรมการผู้จัดการนี้กฎหมายมิได้กำหนดแต่อย่างใด แต่เป็นตำแหน่งที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติด้วยความจำเป็นทางธุรกิจ เนื่องจากในบริษัทหนึ่งๆ อาจมีกรรมการหลายคน อีกทั้งการที่จะให้ทุกคนมาจัดการกิจการของบริษัทเต็มเวลา ก็อาจจะไม่มีความสะดวกในการบริหารงานและไม่ใช่ว่าเรื่องจำเป็น จึงมีการมอบหมายให้กรรมการคนหนึ่งรับเป็นผู้ควบคุมดูแลกิจการทั้งปวงเปรียบเสมือนแม่บ้านของบริษัท ฉะนั้นด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีตำแหน่งกรรมการผู้จัดการขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กรรมการซึ่งมาทำหน้าที่เป็นผู้จัดการนั่นเอง⁹⁶ กรรมการผู้จัดการมีอำนาจหน้าที่ตามที่คณะกรรมการมอบหมายให้มากขึ้นแตกต่างกันตามแต่ละบริษัท โดยทั่วไปกรรมการผู้จัดการมีอำนาจจัดการงานของบริษัทอย่างกว้างขวาง กล่าวคือ ไม่ต้องถูกจำกัดอำนาจตาม ป.พ.พ. มาตรา 801 ซึ่งเป็นบทบัญญัติจำกัดอำนาจของตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป เว้นแต่เรื่องสำคัญๆ บางเรื่องตามที่ระบุไว้ในข้อบังคับหรือหนังสือรับรองของบริษัท เนื่องจากในบริษัทใหญ่ๆ นั้น การกิจการในการบริหารกิจการจะมีอยู่มากมาย อาจจะไม่อยู่ในวิสัยที่กรรมการผู้จัดการจะรับภาระคนเดียว จึงต้องมีคณะกรรมการบริหารนี้ขึ้นมาช่วยเหลือในการตัดสินใจในบางเรื่องที่มีความสำคัญ เพื่อให้การประกอบกิจการบรรลุวัตถุประสงค์ซึ่งกำหนดอยู่ในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท ซึ่งการแต่งตั้งกรรมการผู้จัดการหรือคณะกรรมการบริหารไม่ต้องไปดำเนินการจดทะเบียนแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นเรื่องของภายในของบริษัท

กรรมการบริหารในฐานะเป็นกรรมการที่ได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการของบริษัท ให้เข้ามาบริหารจัดการกิจการประจำวันของบริษัทย่อมมีผลทางกฎหมายทำให้กรรมการดังกล่าวมีอำนาจโดยปริยายที่จะกระทำการในสิ่งที่เห็นว่าเหมาะสมและจำเป็น เพื่อที่จะให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ของบริษัทที่ได้รับการจดทะเบียนและกำหนดอยู่ในหนังสือบริคณห์สนธิ เช่น การจ้างพนักงานเข้ามาปฏิบัติงานในบริษัท จัดซื้อวัตถุดิบต่างๆ เข้ามาใช้ในการผลิต ซื้อขาย ปรับปรุง

⁹⁶ พิเศษ เสตเสถียร. (2538). บริษัทจำกัด. หน้า 55.

เปลี่ยนแปลง จำนวน และจำนำทรัพย์สินของบริษัทได้ภายในวงเงินที่คณะกรรมการกำหนด และกู้ยืมเงินเพื่อนำมาใช้เป็นทุนรอนในการประกอบกิจการเมื่อบริษัทประสบอยู่กับภาวะขาดสภาพคล่องทางการเงิน เป็นต้น

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริหาร จะบริหารงานของบริษัทไปตามข้อบังคับ และวัตถุประสงค์ของบริษัทที่กำหนดอยู่ในหนังสือบริคณห์สนธิ นอกจากนั้นยังต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อ บริษัท ผู้ถือหุ้น และบุคคลภายนอก ซึ่งถ้ากรรมการบริษัทไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือละเว้น จนเกิดความเสียหายก็ต้องรับผิดชอบ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทแยกออกเป็น 2 ประการ กล่าวคือ **ประการแรก** เป็นหน้าที่ และความรับผิดโดยเฉพาะตัวของกรรมการ คือเมื่อกรรมการคนใดจะเป็นคนกระทำผิดทางอาญาทำให้เกิดความเสียหาย แก่บริษัท กรรมการผู้นั้นก็ต้องรับผิดเป็นส่วนตัว **อีกประการหนึ่ง** เป็นหน้าที่ และความรับผิดทางอาญาของกรรมการร่วมกันในฐานะเป็นกรรมการ โดยไม่คำนึงว่ากรรมการคนใดจะเป็นผู้กระทำผิดหน้าที่ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น เนื่องจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้แล้ว กรรมการทุกคนก็ต้องรับผิดชอบด้วยกันหมด จะอ้างว่าได้มีการแบ่งแยกหน้าที่กันทำ หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นตนมิได้มีส่วนรู้เห็นร่วมมือ หรือยินยอมด้วยนั้นไม่ได้⁹⁷

ในกรณีความรับผิดของกรรมการร่วมกันโดยไม่คำนึงว่ากรรมการคนใดจะเป็นผู้กระทำผิดนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าที่กรรมการบริหารทั้งหมด ตั้งแต่ประธานกรรมการ กรรมการผู้จัดการ หรือกรรมการบริหารอื่นๆ ต้องร่วมรับผิดชอบอันเนื่องจากการกรรมการผู้บริหารดำเนินงานของบริษัทโดยตรง มีอำนาจในการติดต่อกับบุคคลภายนอกแทนที่บริษัท สามารถลงนามผูกพันบริษัท และมีอำนาจในการบริหารงานภายในบริษัทควบคู่ไปด้วย การบริหารของกรรมการบริหารเป็นแบบกิจการงานประจำวันของบริษัท (day-to-day operation) ยิ่งเข้าถึงข้อมูลของบริษัทได้ดี ดังนั้นกรรมการบริหารต้องทำหน้าที่ควบคุมและสอดส่องการดำเนินงานของบริษัทตามหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและความระมัดระวังอย่างยิ่ง

5.2 กรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน (non-Executive Director)

กรรมการที่ไม่ได้บริหารงานมักจะเป็นบุคคลภายนอกผู้มีชื่อเสียง ตัวแทนของเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐ หรือผู้ถือหุ้นใหญ่ หรืออาจเป็นผู้เชี่ยวชาญในบางสาขา หรือเป็นบุคคลที่สาธารณะชนให้การยอมรับ ซึ่งเข้ามาเป็นกรรมการเพื่อปฏิบัติหน้าที่เป็นครั้งคราวในที่ประชุม

⁹⁷ ประภาส อวยชัย. (2530). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท. หน้า 310-311.

กรรมการตามที่ประธานกรรมการจะได้นัดหมายให้มีการประชุมคณะกรรมการ โดยมีได้มาปฏิบัติงานประจำทุกวันเหมือนอย่างกรรมการบริหาร หรือเป็นผู้ช่วยวางนโยบายและควบคุมการดำเนินงานต่างๆ ไปของบริษัท เพื่อช่วยให้กิจการของบริษัทมีประสิทธิภาพ หรือได้มาตรฐานที่ดี⁹⁸ และคุ้มครอง ดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น กล่าวคือกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานจะเป็นผู้กำหนดนโยบายในบางเรื่องโดยเฉพาะในเรื่องการดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ให้ฝ่ายจัดการซึ่งได้แก่การบริหาร และเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารนำไปปฏิบัติให้เกิดผลตลอดจนกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานดังกล่าวยังคงต้องคอยสอดส่อง ติดตาม และกำกับดูแลผลการปฏิบัติงานของฝ่ายจัดการดังกล่าวตลอดเวลา ในข้อบังคับและรูปแบบการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่ระบุถึง กรรมการที่ไม่ได้บริหารงานนั้น ในทาง ปฏิบัติทางธุรกิจและการค้า บุคคลที่ถือเป็นกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานอาจมาจากกรรมการที่มีอยู่ในคณะกรรมการอำนาจการหรือคณะกรรมการชุดใหญ่ของบริษัทซึ่งไม่ได้รับการแต่งตั้งจากบริษัทให้เป็นคณะกรรมการบริหาร กรรมการที่เหลือในคณะกรรมการดังกล่าวย่อมถือเป็นกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน (non-Executive Directors) ซึ่งอาจแต่งตั้งจากที่ประชุมคณะกรรมการบริษัท หรือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของบริษัทให้เป็นคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) หรือกรรมการที่เป็นอิสระ (Independent Director)⁹⁹ ในข้อบังคับของบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดไม่ว่าจะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยหรือไม่ก็ตาม จะไม่มีการระบุถึงหลักเกณฑ์การแต่งตั้งกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนไม่ว่ากรรมการที่ไม่ได้บริหารงานนั้นได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการตรวจสอบ ซึ่งมีหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับการสอบทานให้บริษัทมีรายงานทางการเงินอย่างถูกต้องและเพียงพอ หรือกรรมการอิสระ ซึ่งมีหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทุกรายให้เท่าเทียมกัน จำนวนและรายชื่อของกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในแบบคำขอจดทะเบียนบริษัท และหนังสือรับรองของบริษัท อย่างไรก็ตาม จำนวนและรายชื่อที่ปรากฏในหนังสือรับรองก็เป็นเพียงแต่ทราบว่า กรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหารดังกล่าวมีฐานะเป็นกรรมการคนหนึ่งของบริษัทเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นกรรมการบริหารในคณะกรรมการบริหารก่อนการของบริษัท หรืออาจเป็นกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานก็ได้

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เกี่ยวกับวิธีจัดการบริษัท หรือคณะกรรมการ ไม่ได้มีบทบัญญัติแบ่งแยกให้เห็นข้อแตกต่าง

⁹⁸ โสภณ รัตนกร.(2539). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย หุ้นส่วนและบริษัท (พิมพ์ครั้งที่ 5). หน้า 337-338

⁹⁹ ฝ่ายบริษัทจดทะเบียน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. (2541). นโยบายเรื่องข้อพึงปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน. หน้า 3-4.

ระหว่าง กรรมการบริหารที่มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัทซึ่งมีฐานะเป็นตัวแทน และกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานที่ไม่ได้มีอำนาจลงนามผูกพันและไม่ได้มีฐานะเป็นผู้แทนบริษัท กรรมการที่ไม่ได้มีอำนาจบริหารนั้นไม่มีฐานะเป็นตัวแทนของบริษัทตามมาตรา 797 เหมือนอย่างกรรมการบริหาร ที่มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทกับบุคคลภายนอกได้ จึงไม่มีอำนาจลงนามผูกพันกับบริษัท ดังนั้น การที่กรรมการคนใดคนหนึ่งไม่มีอำนาจไปลงนามผูกพันบริษัทในกิจการอันเกี่ยวกับบุคคลภายนอก ก็มิได้ทำให้กรรมการดังกล่าวไม่เป็นผู้แทนของบริษัทแต่อย่างใด เนื่องจากอำนาจของกรรมการที่มีอยู่ไปผูกติดอยู่กับข้อบังคับและหนังสือรับรองของบริษัท ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการเข้าลงนามผูกพันในกิจการอันเกี่ยวกับบุคคลภายนอกแทนบริษัทไว้ บทบาทที่สำคัญที่สุดของกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานซึ่งสามารถใช้อำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย คือ การเข้าไปมีส่วนร่วมในการประชุมของคณะกรรมการบริษัท แต่ไม่สามารถไปก้าวถ่ายหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารงานภายใน ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารในฝ่ายจัดการของบริษัทได้ เช่น การแต่งตั้ง โยกย้าย หรือขึ้นเงินเดือนพนักงาน หรือสั่งซื้อวัตถุดิบ หรือของใช้ในบริษัท เป็นต้น

ดังนั้นในกรณีความรับผิดชอบทางอาญาของกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่ควรที่จะให้กรรมการที่ไม่ได้บริหารงานต้องร่วมรับผิดชอบด้วย เพราะตามหลักของความรับผิดชอบทางอาญา บุคคลที่กระทำความผิดต้องมีองค์ประกอบของความชั่ว ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของกฎหมายอาญา แต่การที่ให้กรรมการที่ไม่ได้บริหารงานต้องรับผิดชอบทางอาญา และถูกลงโทษเช่นเดียวกับกรรมการที่กระทำความผิดถือว่าไม่มีความเป็นธรรมอย่างยิ่ง นอกจากนี้กรรมการที่ไม่ได้บริหารงานส่วนใหญ่มาจากบุคคลภายนอกที่มีชื่อเสียงที่สังคมยอมรับ โดยบริษัทเป็นผู้เชิญให้เข้าร่วมเป็นกรรมการของบริษัท โดยเป็นผู้ที่มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายของบริษัท ซึ่งต้องอาศัยข้อมูลจากกรรมการบริหาร แต่ไม่สามารถที่จะไปก้าวถ่ายการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารได้ ในการปฏิบัติงานก็มาเป็นการครั้งคราวในที่ประชุมกรรมการตามที่ประธานกรรมการจะได้นัดหมาย ถ้าหากกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานทำการทุจริตก็สามารถที่เอาผิดกรรมการเหล่านี้ได้ตามประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนได้อยู่แล้ว ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3386/2536 ดังนี้

“ในการกระทำความผิดของบริษัทนั้นด้วย ปรากฏว่าจำเลยกรรมการบริษัทเงินทุนลงลายมือชื่อรับอาวัลตั๋วสัญญาใช้เงินร่วมกับอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดให้บริษัทเงินทุนที่เข้ารับอาวัลตั๋วสัญญาใช้เงินเรียกให้ผู้ออกตัวเงินนั้น นำทรัพย์สินมาจำนำหรือจำนองเป็นประกันจนเป็นจำนวนหนี้ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับ ในกรณีที่บริษัทได้เข้ารับอาวัลตัวเงินนั้นก่อนวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2525 อันเป็นวันที่ประกาศนี้ใช้บังคับ แต่ปรากฏว่าบริษัทและจำเลยไม่เรียกหลักประกันตลอดมาจนโจทก์ฟ้องคดีนี้ ซึ่งจำเลยที่ 1 จะพ้นผิดได้ก็ต่อเมื่อพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนร่วมกระทำความผิดกับบริษัทเมื่อจำเลยเป็นกรรมการมีหน้าที่

ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยต้องติดตามเรื่องราวให้ผู้ที่เกี่ยวข้องรับอาวัลวงหลักประกัน แต่จำเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว จำเลยจึงไม่พ้นความผิด (ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง)

ด้วยความผิดเป็นความผิดซึ่งโจทก์ไม่ต้องนำสืบว่าจำเลยที่ 1, 2 และ 3 มีเจตนาที่กระทำความผิดหรือไม่ โจทก์ก็มีหน้าที่นำสืบแต่เพียงว่าจำเลยทั้งสาม เป็นกรรมการของบริษัท ในขณะที่บริษัทกระทำความผิดเท่านั้น เว้นแต่จะเลขที่ 1, 2 และ 3 จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของบริษัทนั้น จำเลยทั้งสาม จึงจะพ้นผิดทั้งตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ก็ไม่ปรากฏว่าได้้นำเอาคำเบิกความของจำเลยทั้งสามมาฟังลงโทษจำเลยแต่อย่างใด แต่กลับปรากฏว่าศาลอุทธรณ์ฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยทั้งสามลงลายมือชื่อในตั๋วสัญญาใช้เงินจากพยานเอกสารที่โจทก์อ้าง จึงเป็นการนำข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานของโจทก์เองมาประกอบการวินิจฉัยลงโทษจำเลยทั้งสามเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ตามที่โจทก์นำสืบว่า จำเลยทั้งสามเป็นกรรมการของบริษัทเงินทุน ในขณะที่บริษัทนั้นกระทำความผิด และข้อนำสืบของจำเลยทั้งสามอาจฟังได้ว่าจำเลยทั้งสามมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของบริษัทนั้น เช่นนี้ จำเลยที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 ย่อมไม่พ้นจากการกระทำความผิด ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้จำคุกจำเลยที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 คนละ 3 ปี”

แต่ถ้าจะให้กรรมการที่ไม่ได้บริหารงานร่วมรับผิดชอบทางอาญาในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทอันเป็นผลเนื่องมาจากการกรรมการคนอื่นเป็นผู้กระทำนั้นถือว่าไม่มีความเป็นธรรม เพราะแค่ได้รับโทษทางแพ่งก็โดนปรับเงินจนอาจจะล้มละลาย ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2191/2541 ในคดีธนาคารสยามที่กรรมการไม่ได้บริหารต้องชดเชยค่าเสียหายคนละหลายล้านบาท (จำเลยที่ 2 รับผิดชอบเป็นเงิน 515,430,326.17 บาท จำเลยที่ 5 รับผิดชอบเป็นเงิน 332,155,670.11 บาท จำเลยที่ 6 รับผิดชอบเป็นเงิน 444,578,301.96 บาท และจำเลยที่ 7 รับผิดชอบเป็นเงิน 587,653,914.53 บาท) แล้วต้องรับโทษทางอาญาด้วย โดยที่ไม่ได้รู้เห็นหรือลงมือกระทำ อีกทั้งการปฏิบัติงานเป็นครั้งคราวดังที่กล่าวมาแล้ว ไม่ได้เอื้อให้ต้องรู้ข้อมูลทั้งหมดของบริษัท ดังนั้นการกำหนดให้กรรมการจะต้องรับผิดชอบในงานทุกอย่างของบริษัทภายในเวลาการทำงานเพียงเท่านี้ถือว่าไม่เหมาะสม และจะเห็นได้ว่าในคดีธนาคารสยามไม่เพียงแต่จะใช้ ป.พ.พ.มาตรา 1168 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ ซึ่งมาตรา 1168 วรรคแรกนั้น บัญญัติให้กรรมการใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบการด้วยความระมัดระวัง ส่วนวรรคสองหมายถึงกิจการที่จะต้องระมัดระวังเป็นพิเศษมากขึ้น ศาลยังให้ความหมาย เป็นกิจการที่ต้องระมัดระวังเป็นพิเศษมากขึ้น หาได้หมายความว่ากรรมการจะต้องร่วมกันรับผิดชอบเฉพาะกิจการ 4 ประการที่บัญญัติในวรรคสอง มาตรา 1168 เท่านั้นไม่ แต่เพียงกำหนดในมาตราหนึ่ง บุคคลภายนอกที่ถูกเชิญให้เข้าร่วมเป็นกรรมการบริษัท ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก แต่เมื่อศาลฎีกาตีความลักษณะนี้ โดยไม่อยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่แน่นอนและชัดเจนนี้ ย่อมจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อภาครัฐกิจและการลงทุนของ

ประเทศ โดยเฉพาะนักลงทุนต่างชาติที่คิดจะมาลงทุนและดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัทซึ่งตนได้จัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ที่ได้ทราบถึงหลักเกณฑ์การตีความบทกฎหมายใน ป.พ.พ.มาตรา 1168 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง นี่ก็อาจจะเกรงกลัวต่อความรับผิดชอบร่วมกันที่อาจจะเกิดขึ้นได้โดยผลแห่งกฎหมาย แม้ว่าตนมิได้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้นเลยก็ตาม แต่กลับมามีส่วนร่วมรับผิดชอบกับกรรมการอื่นๆ ที่กระทำผิดในฐานะลูกหนี้ร่วม เมื่อเป็นดังนี้ นักลงทุนต่างชาติที่มีวิสัยทัศน์ก็คงไม่เข้ามาลงทุนในประเทศ ซึ่งมีการตีความหลักกฎหมายในลักษณะที่เป็นอุปสรรค และที่สำคัญบุคคลที่กำลังดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการอยู่ในขณะนี้ ก็คงไม่สบายใจกับความรับผิดชอบในอนาคตที่มีความผูกพัน ในลักษณะของหนี้หรือความรับผิดชอบในอนาคตที่ไม่มีความแน่นอน ผลที่ตามมาคือผู้บริหารมีอาชีพหรือกรรมการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในธุรกิจเฉพาะของบริษัท ก็คงไม่มีผู้ใดประสงค์เข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัทอย่างสมัครใจ เนื่องจากเกรงกลัวต่อความรับผิดชอบที่ตนไม่ได้กระทำ แต่กลับต้องมาร่วมรับผิดชอบกับกรรมการอื่นซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดในทุกกรณี และย่อมไม่เป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย

นอกจากนี้ในการกำหนดข้อสันนิษฐานที่ผลักภาระให้กรรมการบริษัทที่เป็นจำเลยเป็นผู้พิสูจน์นั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรกำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ของโจทก์เท่านั้น ที่จะต้องพิสูจน์ถึงความผิดของจำเลย โดยไม่มีการกำหนดกฎหมายในลักษณะที่เป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลยอีกต่อไป เพราะกรรมการที่ไม่ได้บริหารงานไม่ได้บริหารงานประจำจึงไม่สามารถที่จะหาพยานหลักฐานได้ง่าย และเข้าถึงข้อมูลได้ยากซึ่งการได้ข้อมูลของบริษัทต้องอาศัยกรรมการบริหาร อีกทั้งในการสันนิษฐานที่ผลักภาระให้กรรมการที่ไม่ได้บริหารงานต้องร่วมรับผิดชอบเมื่อบริษัทมีความผิดนั้น เท่ากับว่ากรรมการที่ไม่ได้บริหารงานมีความผิดโดยที่ยังไม่ได้มีการพิสูจน์ อีกทั้งต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม เช่น การสอบสวน ถูกฟ้องเป็นจำเลย ซึ่งต้องมีการพิมพ์ลายมือ บันทึกประวัติ เช่นเดียวกับอาชญากรทั่วไป ทำให้บุคคลกลุ่มนี้ต้องเสียชื่อเสียง และยังมีผลต่อการดำเนินธุรกิจ เพราะสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับนักธุรกิจในการประกอบอาชีพ ถึงแม้ว่าภายหลังบุคคลเหล่านั้นอาจจะพิสูจน์ตัวเองได้ว่า มิได้มีส่วนรู้ส่วนเห็นในการกระทำนั้นแล้วก็ตาม

5.3 กรรมการเงา (Shadow Director)

ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายใดที่บัญญัติถึงกรรมการเงา หรือบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาไว้อย่างชัดเจน แต่ในประเศอังกฤษได้บัญญัติไว้ในมาตรา 741 (2) ของ The Companies Act 1985¹⁰⁰ ซึ่งให้ความหมายของกรรมการเงา (Shadow director) เป็นบุคคลซึ่งคณะกรรมการจะ

¹⁰⁰ David Swarbrick. (n.d.) Shadow Directors. Retrieved December 22, 2005, from

ปฏิบัติตามคำสั่งอย่างสม่ำเสมอ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลจะไม่ถือว่าเป็นกรรมการเงาเพียงแค่ว่าการปฏิบัติตามฐานะของบุคคลที่ให้โดยฐานะในทางวิชาชีพของตน¹⁰¹

“741 (2) In relation to company , “shadow director” means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.

However, a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity.”

ในปี ค.ศ. 1985 ได้มีการปฏิรูปกฎหมายบริษัทครั้งใหญ่ของประเทศไทย ซึ่งในการแก้ไขกฎหมายในครั้งนั้นได้มีเรื่องสำคัญที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นมาคือการบัญญัติแนวคิดเรื่อง “กรรมการเงา” (Shadow director) ซึ่งหมายถึงบุคคลที่ไม่มีชื่อปรากฏอยู่ในรายชื่อคณะกรรมการของบริษัท จึงไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะกรรมการ แต่ทำหน้าที่ควบคุมงานสำคัญๆ ของบริษัท ในอดีตที่ผ่านมาบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในการบริหารบริษัทหนึ่ง แต่ต่อมาได้ดำเนินธุรกิจอีกบริษัทหนึ่งได้โดยไม่เปิดเผยชื่อตนเองว่ามีส่วนเกี่ยวข้องในการบริหารในบริษัทใหม่ โดยจะบริหารงานบริษัทผ่านกรรมการของบริษัทใหม่ที่ตนเองสามารถควบคุมและครอบงำได้ ดังนั้นพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.1985 (The Companies Act 1985) จึงได้มีการกำหนดให้บุคคลดังกล่าวต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายด้วย จึงได้บัญญัติไว้ใน The Companies Act 1985 เพื่อให้บุคคลนั้นรับผิดชอบตามกฎหมาย เช่น

ในมาตรา 317 บัญญัติไว้ว่า¹⁰²

“(1) เป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่มีผลประโยชน์ในสัญญาหรือร่างสัญญาของบริษัท ที่จะต้องเปิดเผยผลประโยชน์ดังกล่าวในที่ประชุมกรรมการ (2) ในกรณีของร่างสัญญานั้น การเปิดเผยเรื่องผลประโยชน์จะต้องกระทำต่อที่ประชุมกรรมการบริษัทที่พิจารณาร่างสัญญานั้นๆ ถ้ากรรมการไม่ได้อยู่ในที่ประชุมคราวถัดไป และในกรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ในสัญญาหลังจากที่สัญญาในการประชุมกรรมการครั้งแรกหลังจากที่ตนมีผลประโยชน์ในสัญญา (3) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ การที่กรรมการคนหนึ่งส่งหนังสือแจ้งถึงกรรมการหลายๆ คน ในกรณีต่อไปนี้ (ก) ถ้ากรรมการแจ้งแล้วว่าเขาเป็นสมาชิกของบริษัทหนึ่ง และต่อมาบริษัทได้ไปทำกับบริษัทบริษัทนั้นๆ หรือ (ข) กรรมการมีผลประโยชน์กับบุคคลเฉพาะที่ทำสัญญากับบริษัทภายหลังที่กรรมการได้ยื่นหนังสือแจ้งดังกล่าวไปแล้ว ให้ถือว่าเป็นเพียงพอแล้วที่จะเป็นการแจ้งเรื่องผลประโยชน์ (4) อย่างไรก็ตามถ้าหนังสือแจ้งเรื่องผลประโยชน์ไม่ได้ให้กับที่ประชุมกรรมการหรือกรรมการไม่ได้อ่านในที่ประชุม ก็ถือว่าหนังสือแจ้งดังกล่าวมีผลบังคับ (5) มาตรานี้ใช้บังคับกับสัญญาหรือ

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² ปกป้อง ศรีสนิท.แหล่งเดิม. หน้า 32-33.

ธุรกรรมใดๆ ที่ทำขึ้นในวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1980 และภายหลังจากนั้นเป็นต้นไป (6) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ธุรกรรมหรือการเตรียมการใดๆ ในมาตรา 330 (ซึ่งห้ามบริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ) ที่กระทำการระหว่างบริษัทกับกรรมการบริษัท ให้ถือว่าเป็นธุรกรรมที่กรรมการมีผลประโยชน์และต้องแจ้งผลประโยชน์ดังกล่าวต่อที่ประชุมกรรมการ (7) กรรมการที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรานี้ ต้องระวางโทษ (8) มาตรานี้ใช้บังคับกรรมการเงา (Shadow director) ด้วย (9) บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ไม่ได้ทำลายหลัก rule of law ใดๆ ที่ห้ามกรรมการบริษัทจากการมีผลประโยชน์ในสัญญาบริษัท

แต่อย่างไรก็ดีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขาดคุณสมบัติของกรรมการบริษัท ค.ศ. 1986 (Company Directors Disqualification Act 1986) ได้กำหนดให้ผู้มีวิชาชีพเป็นที่ปรึกษาที่ให้คำแนะนำหรือแนวทางการดำเนินงานของบริษัทนั้นถือว่าเป็น “กรรมการเงา” ด้วยเช่นกัน หากว่าคำแนะนำดังกล่าวบริษัทได้ปฏิบัติตามเป็นปกติธุระ ถึงแม้ว่าภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป ถ้อยคำหรือข้อความใดๆ ที่มีผลเกี่ยวข้องกับโทษทางอาญาแล้ว จะต้องมีการตีความถ้อยคำหรือข้อความนั้นโดยเคร่งครัดก็ตาม แต่ในกรณีความหมายของคำว่า “กรรมการเงา” ภายใต้บัญญัติว่าด้วยการขาดคุณสมบัติของกรรมการบริษัท ค.ศ. 1986 (Company Directors Disqualification Act 1986) นั้น ไม่ควรตีความโดยแคบและเคร่งครัด เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะ¹⁰³

ศาลอังกฤษได้พิจารณาความหมายของคำว่า “กรรมการเงา” (Shadow director) ในคดี Secretary of the State for Trade and Industry v Deverell and another ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2000 โดยวินิจฉัยรวมถึง บุคคลที่มีอิทธิพลที่แท้จริง (a real influence) เหนือกิจการและการบริหารงานของบริษัท อิทธิพลดังกล่าวไม่จำเป็นต้องครอบงำไปในทุกๆ เรื่องในบริษัท ขอให้ครอบคลุมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับธรรมาภิบาล (Corporate Governance) และเรื่องการบริหารการเงิน (financial management) ก็เพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยว่า บุคคลที่เป็นที่ปรึกษาโดยวิชาชีพ (professional advisers) ที่ให้คำปรึกษาการเงิน ที่ให้ปรึกษาด้านกฎหมาย และที่ให้ปรึกษาทางด้านบัญชีของบริษัท โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นกรรมการเงาของบริษัท หากว่าคำแนะนำของคนอยู่ในกรอบวิชาชีพของคำปรึกษาที่ให้ตามปกติ ความหมายของกรรมการเงานั้นมีความหมายกว้างพอที่จะรวมถึงบุคคลที่ให้คำแนะนำ หรือแนวทางการดำเนินงานแก่คณะกรรมการของบริษัทอยู่เป็นประจำ ซึ่งไม่จำเป็นต้องถึงกับว่าคณะกรรมการของบริษัทดำเนินการภายใต้การควบคุมหรือดำเนินการโดยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจใดๆ ของตนเอง

¹⁰³ David Swarbrick. (n.d.) Shadow Directors. Retrieved December 22, 2005, from <http://www.swarb.co.uk>

ส่วนกฎหมายบริษัทของประเทศออสเตรเลีย¹⁰⁴ ในคดี Nacomp Technology Australia Pty Ltd v Graiche ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องการชำระบัญชีของบริษัท Amtech Industries Pty Ltd ได้มีการขอให้จำเลยรับผิดชอบในฐานะเป็นกรรมการเงาของบริษัทด้วย ซึ่งในกฎหมายบริษัทของออสเตรเลีย (Corporations Law) ได้กำหนดนิยามคำว่า “กรรมการ” ให้รวมถึงบุคคลซึ่งไม่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการแต่แสดงตนว่าเป็นกรรมการ หรือบุคคลที่คณะกรรมการของบริษัทต้องดำเนินงานตามคำสั่งของบุคคลนั้น โดยในคดีดังกล่าวนี้ ศาลได้นำองค์ประกอบต่อไปนี้มาประกอบเพื่อพิจารณาว่าจำเลยเป็นกรรมการเงาหรือไม่

1. ทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารระดับสูงหรือไม่
2. สามารถดำเนินการได้โดยใช้ดุลพินิจของตนเองอย่างเต็มที่หรือไม่
3. ทำหน้าที่เป็นกรรมการของบริษัทในแง่การดำเนินงานบริษัทหรือไม่
4. บุคคลภายนอกที่ทำธุรกิจกับบริษัทเข้าใจกันโดยทั่วไปว่า เป็นกรรมการของบริษัทหรือไม่

สำหรับในประเทศไทยมีกรณีที่น่าจะถือได้ว่ากรรมการเงาเป็นผู้อยู่เบื้องหลังที่ทำให้บริษัทเกิดความเสียหายจนกระทั่งต้องล้มกิจการ เช่นกรณีของธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ จำกัด (BBC) ซึ่งมีนายราเชช สักเสนา เป็นที่ปรึกษา และถูกกล่าวหาอยู่เบื้องหลังในการวางแผน โดยสรุปได้ดังนี้¹⁰⁵

“นายราเชช สักเสนา เป็นชาวอินเดีย ไม่ได้เกิดในประเทศไทย แต่เดินทางเข้ามาทำงานหลังปี 2520 โดยสร้างตัวเองเป็นผู้เชี่ยวชาญทางการเงินและการลงทุน และเคยเป็นที่ปรึกษาการเงินให้หลายองค์กร แต่อยู่ที่ไหนไม่ทน เพราะมีพฤติกรรมไม่น่าไว้วางใจ จนนายราเชชแทบจะไม่มีบทบาทในวงการการเงิน และการลงทุนมากนัก กระทั่งปี 2535 ชื่อของนายราเชชได้ไปปรากฏเป็นที่ปรึกษาของนายเกริกเกียรติ ชาติจันทร์ อดีตกรรมการผู้จัดการใหญ่ ธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ จำกัด ระหว่างปี 2536 นายราเชชมีบทบาทในธนาคารนี้สูงมาก โดยมีอำนาจในการจัดการธุรกิจหลายอย่าง ซึ่งการฟ้องถ่าย หรือยักย้ายถ่ายเทเงินจากธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ จำกัดก็เกิดขึ้นในช่วง 2 ปี เช่น การตั้งบริษัทมากู้เงินจากธนาคาร การนำที่ดินธนาคารมากู้เงิน หรือการสร้างเกมเทคโอเวอร์หุ้นในตลาดหลักทรัพย์ และมีการเทคโอเวอร์บริษัทในตลาดหลักทรัพย์นับสิบแห่ง โดยธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ จำกัดเป็นที่ปรึกษา และเป็นผู้สนับสนุนเงินกู้ในการเทคโอเวอร์

¹⁰⁴ David Noakes. (n.d.) Shadow Directors under the Corporations Law. Retrieved December 22, 2005, from <http://www.findlaw Australia .com>

¹⁰⁵ แก้วราเชช สักเสนา. (2546, 26 พฤษภาคม). กรุงเทพธุรกิจ. สืบค้นเมื่อ 2 มิถุนายน 2549, จาก <http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2003q4/article2003nov25p3.htm>

ให้บรรดานักการเมืองหลายคน ในปี 2538 นายราเชน ถูกตั้งข้อหาซื้อโงเงินประมาณ 2,000 ล้านบาท แต่เจ้าตัวหลบหนีจากประเทศไทยออกไปแล้ว โดยคาดว่า น่าจะถ่ายเทเงินออกจากธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ จำกัดติดตัวไปนับหมื่นล้านบาท โดยยังไม่รวมเงินที่ถูกนักการเมืองปล้นไปจากธนาคารแห่งนี้ ซึ่งคาดว่าจะมีจำนวนหลายพันล้านบาท ทำให้ธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ จำกัดถูกสั่งปิดโดยธนาคารแห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม 2539 ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายทั้งบุคคลในธนาคาร และบุคคลภายนอกอีกมากมาย”

ในคดีของธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ ได้มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขดำที่ 4714/2539 , 5443/2539, 1604/2540 คดีหมายเลขแดงที่ 212 – 213 /2548 ในคดีทั้ง 3 จำนวนนั้น ประกอบด้วยจำเลย 3 คน คือ จำเลยที่ 1 นายพิเศษ พาณิชสมบัติ จำเลยที่ 2 นายเกริกเกียรติ ชาลีจันทร์ จำเลยที่ 3 บริษัท ซีดี เทรดดิ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด โดยนางสาวสุนันทา หาญวรเกียรติ กรรมการ จำเลยที่ 4 นางสาวสุนันทา หาญวรเกียรติ จำเลยที่ 5 นายเอกชัย อธิคมนันท์ และจำเลยที่ 6 นายเทอร์รี่ อีสเตอร์ โจทก์ทั้ง 3 จำนวนฟ้องและแก้ไขคำฟ้องถึงจำเลยดังกล่าวได้ร่วมกัน ยักยอกทรัพย์ ของธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ โดยมีนายราเชน ลักเสนาเป็นที่ปรึกษา นายเกริกเกียรติ ชาลีจันทร์ ร่วมทุจริต แสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เบียดบังยักยอกเอาเงินจำนวน 1,657,000,000 บาท อันเป็นทรัพย์สินของธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ จำกัด (มหาชน) จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของธนาคารกรุงเทพฯ พาณิชยการ จำกัด (มหาชน) และประชาชนผู้ฝากทรัพย์ ศาลได้พิพากษาว่า

“นายเกริกเกียรติ ชาลีจันทร์ จำเลยที่ 2 บริษัท ซีดี เทรดดิ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด จำเลยที่ 3 นางสาวสุนันทา หาญวรเกียรติ จำเลยที่ 4 นายเอกชัย อธิคมนันท์ จำเลยที่ 5 และนายเทอร์รี่ อีสเตอร์ จำเลยที่ 6 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 352, 353, 354, 83 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 4, 307, 308, 311 , 313, 315 แต่เป็นกรรมเดียวเป็นความผิดออกกฎหมายหลายบทซึ่งบทที่มีโทษหนักมีโทษเท่ากัน ให้ลงโทษนายเกริกเกียรติ ชาลีจันทร์ จำเลยที่ 2 ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 307 ประกอบมาตรา 313 ให้จำคุก 10 ปี และปรับ 2,264,000,000 บาท ลงโทษบริษัท ซีดี เทรดดิ้ง คอร์ปอเรชั่น จำกัด จำเลยที่ 3 ตามมาตรา 307 ประกอบมาตรา 315 ปรับหนึ่งล้านบาท ลงโทษนางสาวสุนันทา หาญวรเกียรติ จำเลยที่ 4 และนายเทอร์รี่ อีสเตอร์ จำเลยที่ 6 ตามมาตรา 307 ประกอบมาตรา 315 จำคุกคนละ 7 ปี และปรับคนละหนึ่งล้านบาท ลงโทษ นายเอกชัย อธิคมนันท์ จำเลยที่ 5 ตามมาตรา 307 ประกอบมาตรา 315 จำคุก 8 ปี และปรับหนึ่งล้านบาท ให้จำเลยที่ 2 ที่ 3 ที่ 4 ที่ 5 และที่ 6 ร่วมใช้เงินต้นแก่โจทก์ร่วม 1,132 ล้านบาท กับดอกเบี้ยร้อยละ 17.25 ต่อปี เฉพาะจำเลยที่ 5 ให้รับผิดชอบใช้เงินต้นจำนวน 75 ล้านบาท กับดอกเบี้ยร้อยละ 17.25 ต่อปี หากจำเลยที่ 2 ที่ 3 ที่ 4 ที่ 5

และที่ 6 ไม่ชำระค่าปรับ ให้จัดการยึดทรัพย์สินใช้ค่าปรับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29 ยกฟ้องนายพิเศษ พานิชสมบัติ จำเลยที่ 1 และคำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก”

ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะพบกับการกระทำผิดโดยเฉพาะทางด้านการเงินการธนาคาร และสถาบันการเงิน อันเกิดบุคคลที่อยู่เบื้องหลังในการวางแผนในการดำเนินงาน แต่ไม่ได้เป็น กรรมการของบริษัทนั้น หรือที่เรียกว่า กรรมการเงา กฎหมายของประเทศไทยก็ยังไม่ได้มีการ บัญญัติเพื่อควบคุมการดำเนินงานของบุคคลเหล่านี้ และกำหนดความรับผิดชอบไว้อย่างชัดเจน ทั้งที่ในปัจจุบันจะพบว่า มีบุคคลที่มีลักษณะการทำงานอยู่เบื้องหลังของบริษัทและมีอิทธิพลต่อบริษัทนั้น เพิ่มขึ้นก็ตาม ซึ่งมีบทบัญญัติที่พอใช้ดำเนินการความผิดกับบุคคลเหล่านี้ได้ก็คือประมวลกฎหมายใน เรื่องตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนได้ เช่นในมาตรา 314 และ 315 ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ แต่ก็ไม่สามารถที่จะป้องกันหรือควบคุมไม่ให้บริษัทนั้นเกิดความเสียหายได้ ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการบัญญัติให้กำหนดขอบเขตของ “กรรมการเงา” การปฏิบัติหน้าที่และความรับผิดชอบต่อหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบเหมือนกับกรรมการบริหารของบริษัทด้วย เนื่องจากเป็นผู้ที่สามารถเข้าถึงข้อมูลของบริษัทได้เป็นอย่างดี และมีการดำเนินงานเหมือนกับเป็นกรรมการบริหาร คนหนึ่งในบริษัท ส่วนในเรื่องความรับผิดทางอาญาในการกำหนดข้อสันนิษฐานนั้นก็ควรที่จะ บัญญัติให้เหมือนกับกรรมการบริหาร (Executive Director) เช่นกัน

จากที่กล่าวมาสรุปได้ว่าในความรับผิดทางอาญาของกรรมการบริษัทนั้นกรรมการที่ไม่ ได้บริหารงานต้องไม่ควรร่วมรับผิดชอบกับกรรมการบริหาร อันเนื่องมาจากมาปฏิบัติงานเป็นบางครั้ง คราวเท่านั้น จะให้รับผิดชอบในทุกเรื่องของบริษัทคงจะไม่มีความเป็นธรรมนัก ซึ่งถ้ากรรมการที่ไม่ ได้บริหารงานกระทำทุจริตก็ให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนได้ อยู่แล้ว ส่วนภาระในการพิสูจน์นั้น ควรเป็นหน้าที่ของโจทก์ เพราะกรรมการที่ไม่ได้บริหารงาน ไม่ได้มีการได้เปรียบในการหาพยานหลักฐาน อันเนื่องจากระยะเวลาในการปฏิบัติงานไม่ได้เอื้อให้ ทราบข้อมูลของบริษัทได้ดีเท่ากับกรรมการบริหาร สำหรับกรรมการบริหารควรได้รับความผิดทาง อาญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เพราะเป็นผู้ดำเนินงานในบริษัทโดยตรง ในส่วนกรรมการเงานั้น ควรได้รับความผิดทางอาญาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นเดียวกับกรรมการบริหาร และควรมีการ บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน เพื่อสามารถที่จะควบคุมและป้องกันการเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับ บริษัท และสังคมโดยส่วนร่วม