

บทที่ 2

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการ ที่บริหารบริษัทในกรณีบริษัทล้มละลาย

1. วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย

เมื่อบริษัทต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ต้องมีการจัดการทรัพย์สินบริษัทตาม วัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลาย จึงมีข้อต้องพิจารณาว่ากฎหมายล้มละลายมีวัตถุประสงค์ เป็นประการใด และกรรมการของบริษัทลูกหนี้จะมีบทบาทหน้าที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของ กฎหมายล้มละลายเป็นเช่นใดบ้าง ทั้งนี้ จะได้พิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายและ หน้าที่ของกรรมการที่เกี่ยวข้องควบคู่กันไป ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายล้มละลายมีดังต่อไปนี้

1.1 เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งปวงได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรมและคาดหมายได้ (Fair & Predictable Treatment)

เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้เจ้าหนี้นิยมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับชำระหนี้เอาจาก กองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้มีเจ้าหนี้หลายราย การฟ้องร้องต้องเป็นไปตามลำดับ ก่อนหลังของมูลหนี้ หนี้ที่ไม่ถึงกำหนดเจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องลูกหนี้ได้ หากลูกหนี้มีทรัพย์สิน มากพอ เจ้าหนี้ก็จะได้รับชำระหนี้ทุกราย แต่หากลูกหนี้มีทรัพย์สินไม่เพียงพอชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ทุกราย เจ้าหนี้ที่หนี้ยังไม่ถึงกำหนด หรือเจ้าหนี้ที่ยังไม่ได้ฟ้องร้องลูกหนี้นิยมได้รับความเสียหาย ระบบนี้เรียกว่าใครมาก่อนยอมได้ก่อน (first come first serve) เมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการ ล้มละลายแล้ว เป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้คืนให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายได้ ครบถ้วน (common pool) หากปล่อยให้เจ้าหนี้แต่ละรายมีอิสระในการบังคับหนี้และเมื่อได้ ทรัพย์สินมาแล้วก็ไม่จำเป็นต้องแบ่งให้แก่ผู้อื่นแล้ว ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินพอแก่การชำระหนี้ได้ ทั้งหมดเช่นนี้ เจ้าหนี้แต่ละรายย่อมมีแรงจูงใจที่จะแก่งแย่งกันเร่งบังคับชำระหนี้เอาแก่ลูกหนี้ โดยเร็ว หรือการฉ้อฉล เพื่อหวังให้ตนได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนหรือมากที่สุด โดยไม่คำนึงถึง ความเสียหายอันอาจเกิดแก่มูลค่าของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เหลือ ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้คนอื่นได้รับความเสียหาย นอกจากนั้น ยังทำให้เจ้าหนี้แต่ละรายต้องมีค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบการกระทำ

ของเจ้าหนี้อื่นเพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่กระทบประโยชน์ของตนอีกด้วย ดังนั้น กฎหมายล้มละลายจึงพยายามให้เจ้าหนี้ทั้งหลายร่วมมือกันเสมือนหนึ่งเป็นเจ้าหนี้คนเดียว โดยให้ได้รับชำระหนี้จาก ส่วนแบ่งของกองทรัพย์สินอย่างเป็นธรรม(*pari passu*) และได้รับชำระหนี้อย่างสะดวกกว่าในคดีแพ่ง ในขณะเดียวกันเจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์ในคดีล้มละลายก็ต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้อื่นทั้งหลายด้วย ตลอดจนจะต้องมีการกำหนดลำดับของสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรมด้วย กล่าวได้ว่า วัตถุประสงค์ข้อนี้มีความสำคัญมากที่สุด¹

1.2 เพื่อทำให้เกิดมูลค่าสูงสุดในกองทรัพย์สิน (Maximization of Asset)

ในการที่จะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายนั้น ต้องมีการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด และต้องรวบรวมมาในสภาพที่ไม่ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่เสื่อมค่าลง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว กฎหมายล้มละลายจึงมีมาตรการต่าง ๆ ที่จะทำให้เกิดมูลค่าสูงสุดในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้ให้ได้มากที่สุด เช่น มาตรการจำกัดอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อป้องกันลูกหนี้จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินออกไปโดยทุจริต มาตรการทวงหนี้จากลูกหนี้ของลูกหนี้ โดยไม่ต้องมีการฟ้องคดี (Demand of Payment) มาตรการการเพิกถอนนิติกรรมที่เป็นการฉ้อฉล มาตรการการเพิกถอนการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่น (Preference) มาตรการการจัดการสัญญาหรือทรัพย์สินที่เป็นภาระเกินควร (Burdensome Contract or Properties) มาตรการทางกฎหมายในการสร้างสภาพที่เอื้อต่อการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ เนื่องจากกิจการบางประเภทมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและสังคม การปล่อยให้กิจการล่มสลายไป โดยวิธีแบ่งแยกขายกิจการและทรัพย์สินออกเป็นส่วน ๆ นอกจากจะทำให้มูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ลดน้อยลงแล้ว ยังมีผลกระทบต่อลูกจ้างคนงานของกิจการดังกล่าว ดังนั้น กฎหมายล้มละลายจึงมีมาตรการที่เอื้อต่อการฟื้นฟูกิจการ เพื่อที่จะรักษามูลค่ารวมขององค์กรธุรกิจเป็นอันหนึ่งอันเดียวเอาไว้ ด้วยเหตุนี้ ลักษณะของกฎหมายล้มละลายที่มีประสิทธิภาพต้องมีความสมดุลระหว่างการเลิกกิจการ(Liquidation)และการฟื้นฟูกิจการ(Reorganization)²

¹ R. M. Good, Principles of Corporate Insolvency Law, (London : Sweet & Maxwell, 1990), p. 7.

² Evelyn H. Biery and co, International Insolvency Colloquium ,Vienna, 4-6 December 2000

การที่จะปรับโครงสร้างหรือฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จนั้น หากบริษัทเข้าสู่กระบวนการดังกล่าวตั้งแต่ระยะเริ่มต้นของปัญหาโดยเร็ว ย่อมเป็นการง่ายที่จะประสบความสำเร็จ การเข้าสู่กระบวนการล่าช้าเพียงใดก็จะทำให้ปัญหายิ่งยุ่งยากมากขึ้นตามลำดับ กฎหมายล้มละลายจึงพยายามชักจูงให้ลูกหนี้เข้ามาตั้งแต่เริ่มมีความเป็นไปได้ที่จะต้องเกิดภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดภาวะเช่นนั้นเสียก่อน ในบางระบบกฎหมายใช้วิธีจูงใจให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการได้โดยยังมีสิทธิเป็นผู้บริหารกิจการต่อไปได้ (Debtor in Possession) ในการนี้ กรรมการของบริษัทเป็นผู้พิจารณาถึงความจำเป็นที่จะต้องเข้าสู่กระบวนการดังกล่าว เนื่องจากกรรมการเป็นผู้มีหน้าที่บริหารจัดการกิจการของบริษัท และอยู่ในฐานะที่จะทราบถึงสถานะทางการเงินของบริษัท ดังนั้น เมื่อกรณีมีความเป็นไปได้ที่กระบวนการฟื้นฟูกิจการจะทำให้ทุกฝ่ายได้รับประโยชน์มากกว่าการล้มละลายแล้ว กรรมการย่อมมีหน้าที่ต้องดำเนินกิจการต่อไป (Going Concern) แต่หากเป็นกรณีที่ไม่อาจปรับโครงสร้างกิจการหรือฟื้นฟูกิจการได้แล้ว กรรมการก็มีหน้าที่จะต้องนำบริษัทเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้เพื่อสงวนมูลค่าทรัพย์สินของบริษัทไว้ให้ได้มากที่สุด เพื่อที่เจ้าหนี้ทั้งหลายของบริษัทจะได้รับชำระหนี้คืนมากที่สุด

1.3 เพื่อให้ทราบสาเหตุแห่งการมีหนี้สินล้นพ้นตัว

การมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ อาจเกิดจากสาเหตุหลายประการ บางกรณีอาจเกิดจากภาวะเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศโดยที่ลูกหนี้ไม่ได้มีเจตนาทุจริต หรืออาจเกิดจากการทุจริตของลูกหนี้ ไม่ว่าจะเกิดจากสาเหตุใดย่อมทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับความเสียหาย ทั้งยังอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมของประเทศ เพราะฉะนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเข้ามาดำเนินการตรวจสอบ (Investigation) เพื่อหาสาเหตุแห่งการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ว่าเกิดจากการกระทำโดยสุจริตหรือทุจริต ในการที่จะมีมาตรการให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ที่ดำเนินธุรกิจด้วยความสุจริต และมีมาตรการลงโทษลูกหนี้ผู้ทุจริตฉ้อฉลเจ้าหนี้ เพื่อเป็นการยับยั้งหรือขัดขวางไม่ให้บุคคลใดกระทำการก่อหนี้ขึ้นอีกต่อไปเรื่อย ๆ โดยที่เขาไม่สามารถที่จะชำระหนี้ได้ ซึ่งการดำเนินการตรวจสอบในคดีล้มละลายนั่นจะกระทำโดยกระบวนการสอบสวนของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และกระบวนการไต่สวนลูกหนี้โดยเปิดเผยของศาล

1.4 เพื่อช่วยลูกหนี้ที่สุจริตให้หลุดพ้นจากหนี้สินได้โดยเร็ว โดยให้มีโอกาสตั้งตัวใหม่และลงโทษลูกหนี้ที่ทุจริต

กฎหมายล้มละลายยุคดั้งเดิมมีเจตนาที่จะมุ่งเน้นประนามและควบคุมการกระทำของลูกหนี้ผู้มีหนี้สินล้มละลายในด้านการเงิน แต่ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ย่อมมีความเสี่ยง หากลูกหนี้ไม่ได้กระทำการอันไม่สุจริตก็ไม่สมควรจะต้องถูกตีตราบาป (strigma) ด้วยเหตุนี้ กฎหมายล้มละลายจึงมีมาตรการช่วยเหลือลูกหนี้ที่สุจริตให้สามารถชำระสถานะหนี้สิน และมีโอกาสกลับไปเริ่มต้นชีวิตใหม่ได้ในสังคม (Fresh start) กล่าวคือ มีมาตรการขอประณอมหนี้ก่อนล้มละลาย หรือขอปลดจากล้มละลาย หรือยกเลิกการล้มละลายได้ เพื่อที่จะได้กลับไปตั้งต้นชีวิตใหม่ โดยไม่เป็นภาระกับสังคม ส่วนลูกหนี้ที่ทุจริตก็มีบทลงโทษทางกฎหมาย และไม่เปิดโอกาสให้ลูกหนี้ดังกล่าวได้รับประโยชน์จากมาตรการทางกฎหมายล้มละลายดังกล่าว

กรรมการของบริษัทเป็นผู้มีหน้าที่จะต้องกระทำการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายล้มละลาย ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า กรรมการจะต้องกระทำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายล้มละลาย ไม่ว่าจะเป็นในด้านการจัดการให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้อย่างเป็นธรรมและค้ำค้ำหมายได้ ในส่วนนี้กรรมการจะต้องไม่ก่อให้เกิดการให้เปรียบเจ้าหนี้อื่น (Preference) และการทำธุรกรรมมูลค่าต่ำ (Transactions at an undervalue) ทั้งกรรมการมีหน้าที่ทำให้เกิดมูลค่าสูงสุดในกองทรัพย์สินของบริษัท

2. สภาพนิติบุคคลของบริษัท

2.1 ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัท³

ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมีหลายทฤษฎีสนับสนุนว่า นิติบุคคลมีฐานะแยกต่างหากจากบุคคลที่เป็นเจ้าของ ได้แก่ Fiction Theory ทฤษฎีนี้ Savigny ถือว่าบุคคลหรือกองทรัพย์สินที่รวมกันนั้นกฎหมายได้รับรู้ โดยสมมุติให้บุคคลหรือกองทรัพย์สินนั้นเป็นบุคคลอีกคน

³ W. Friedman, Legal Theory, 5th ed. , (London:Steven and Sons, 1967)

หนึ่งต่างหาก นิติบุคคลเกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย แต่ไม่มีตัวตนหรือความเป็นอยู่อย่างแท้จริง หรือ Concession Theory ถือว่านิติบุคคลเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายให้ความยินยอม ทั้งสภาพนิติบุคคลต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด รัฐเท่านั้นเป็นที่มาของสภาพนิติบุคคล และรัฐเท่านั้นที่มีอยู่อย่างแท้จริง หรือ Organic Theory ซึ่ง Gierke ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่มีความตัวตนอยู่จริง ๆ กล่าวคือ เป็นบุคคลซึ่งประกอบเข้ากันโดยมีเจตนาแท้จริงของตนเอง และพยายามวางรากฐานในการยอมรับสภาพนิติบุคคลทางกฎหมายโดยวิธีการจดทะเบียน

อย่างไรก็ตามมีบางทฤษฎีที่ไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคลแยกออกไปต่างหากเด็ดขาด ได้แก่ Collectivist Theory โดย Jhering เห็นว่า ผู้ถือสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลที่แท้จริง ได้แก่ บุคคลธรรมดาซึ่งสิทธินั้นเป็นประโยชน์แก่เขา และถือว่าสมาชิกของนิติบุคคลที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้นมีสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคล กล่าวคือ เมื่อบุคคลธรรมดารวมตัวกันจัดตั้งนิติบุคคลขึ้น จึงใช้ชื่อนิติบุคคลแทนบุคคลทั้งหมด เพื่อความสะดวกในการดำเนินการเท่านั้น และ Purpose Theory ซึ่ง Enneccerus Nipperday ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิตและจิตใจตามธรรมชาติ เจตนาของมนุษย์ที่รวมกันเข้าถือว่าเป็นเจตนาของนิติบุคคล และทำให้นิติบุคคลเป็นบุคคลขึ้นเพื่อให้นิติบุคคลดำเนินการไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดให้นิติบุคคลมีอยู่

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ประเทศอังกฤษยอมรับทฤษฎีตัวตนหรือความมีตัวตนของบริษัท (The Entity Theory) เนื่องจากบริษัทในสมัยเดิมตั้งขึ้นโดยพระบรมราชานุญาตของพระมหากษัตริย์ ซึ่งทำให้มีตัวตนมีสภาพนิติบุคคลสมบูรณ์ขึ้นได้ บริษัทจึงเป็นการรวมกันขึ้นโดยมีบุคคลสมมุติตามกฎหมาย และมีสถานะแยกต่างหากจากบุคคลในบริษัท ไม่ใช่เป็นเพียงการรวมกลุ่มของบุคคลซึ่งร่วมกันลงทุนและดำเนินงานของบริษัทเพียงอย่างเดียว⁴ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา มีแนวคิดที่บริษัทย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นภายใต้ทฤษฎี Fiction or entity บริษัทมีฐานะเสมือนเป็นบุคคลสมมุติตามกฎหมายภายใต้ทฤษฎี Concession or Realist⁵ ในเรื่องกิจการที่กรรมการกระทำจะผูกพันบริษัทก็ต่อเมื่อได้กระทำในขอบอำนาจ แต่ถ้ากรรมการกระทำโดยปราศจากอำนาจและบริษัทไม่ให้สัตยาบัน กรรมการจะต้องรับผิดชอบส่วนตัว หากกรรมการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท (Ultra Vires) กิจการนั้นไม่ผูกพันบริษัท บริษัทไม่อาจจะให้สัตยาบันได้

⁴ เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายหลักกฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น. 15-16

⁵ Harry G. Henn, Handbook of the Law of Corporations and Other Business Enterprises, 2nd ed.(St. Paul, Minn.: Publishing Co., 1970), p. 107

ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ถือตามแนวความคิดทฤษฎีองค์กายพ (The Organic Theory) กล่าวคือ ผู้กระทำการแทนนิติบุคคล คือ ผู้แทน (Representative) โดยผู้แทนทำหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นอวัยวะ (Organ) เป็นสมองเป็นมือเป็นเท้า เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับนิติบุคคลนั้น เมื่อผู้แทนนิติบุคคลทำนิติกรรมใดกับบุคคลภายนอก จึงไม่อาจจะอ้างว่าผู้แทนนิติบุคคลนั้นกระทำการไปโดยปราศจากอำนาจ นิติบุคคลย่อมต้องรับผิดชอบในนิติกรรมด้วยเสมอ ผู้ที่ทำหน้าที่ในการแสดงความสามารถของนิติบุคคล ย่อมเป็นเสมือนอวัยวะที่สำคัญส่วนหนึ่งส่วนเดียวกันกับนิติบุคคล ฉะนั้น ประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส จึงไม่ยอมรับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ (Ultra Vires) โดยถือว่าการกระทำของกรรมการบริษัทซึ่งอยู่นอกขอบเขตแห่งอำนาจวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้หรือความสามารถของบริษัท ย่อมมีผลผูกพันบริษัทได้ หากบุคคลภายนอกได้เข้ามาผูกนิติสัมพันธ์กับบริษัทโดยสุจริต⁶ อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษมิได้ยึดทฤษฎีโดยอย่างแท้จริง โดยศาลได้นำเอาทฤษฎีองค์กายพดังกล่าวมาปรับใช้แก้คดีเฉพาะเรื่อง เพื่อขยายความรับผิดชอบของบริษัท เนื่องจากบางครั้งหลักกฎหมายตัวแทนนำมาใช้ได้ไม่เพียงพอ⁷ ต่อมาเมื่ออังกฤษเข้าร่วมในตลาดยุโรป จึงมีการออกกฎหมายแก้ไขหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตว่า การกระทำของบริษัทโดยการตัดสินใจของคณะกรรมการนั้น ถือว่าเป็นการกระทำภายในกรอบอำนาจของบริษัท บริษัทจะยกเอาการกระทำนอกเหนืออำนาจขึ้นต่อสู้เพื่อให้พ้นความรับผิดชอบได้ไม่ (Re Grayan Services Ltd [1995] 3)

ต่อมาได้มีแนวความคิดใหม่ที่ว่าบริษัทมิได้มีเพียงดูแลผลประโยชน์ของบริษัทเท่านั้น โดยได้รับอิทธิพลมาจากบางทฤษฎี เช่น Organic Theory หรือ Realist Theory ซึ่งถือว่าบริษัทเป็นบุคคลที่แท้จริง เกิดขึ้นโดยการกระทำร่วมกันของกลุ่มบุคคลซึ่งมีความประสงค์ตรงกัน บริษัทมีความสามารถต่าง ๆ ได้ เช่น บุคคลธรรมดา เพราะมีองค์กรซึ่งเป็นสมองและเป็นมือเป็นเท้าให้กระทำการได้ บริษัทเป็นหน่วยหนึ่งของสังคมซึ่งกฎหมายรับรอง มิใช่เพียงผลผลิตของ

⁶ ไสภณ รัตนกร และเกริก วณิกกุล , “วิวัฒนาการในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล” , ในหนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 64 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, รวบรวมโดยมูลนิธินิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2534), น. 134 ; Freidman W., Legal Theory, 5th ed.(New York : Columbia University Press,1967), pp. 557-571 ;

⁷ L.C.B. Gower, Gower's Principles of Modern Company Law , 4th. Ed. (London : Steven & sons, 1979), p. 206.

สัญญา บริษัทมิได้มีหน้าที่เฉพาะดูแลผลประโยชน์ของบริษัท แต่ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ลูกจ้าง และเจ้าหน้าที่ของบริษัทด้วย และฝ่ายบริหารของบริษัทมิได้มีหน้าที่เพียงเพิ่มพูนผลกำไรสำหรับผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่จะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อลูกจ้าง และเจ้าหน้าที่ของบริษัท ตลอดจนสังคมส่วนรวมด้วย ซึ่งสอดคล้องกับ Political Theory Political Theory⁸

เมื่อถือว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น จึงมีผลทำให้ผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัท โดยรับผิดชอบเพียงราคาหุ้นที่ตนถือ ส่วนตัวกรรมการเป็นเพียงผู้กระทำการแทนบริษัทเท่านั้น จึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัท

2.2 หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท

การใช้หลักสภาพนิติบุคคลของบริษัทโดยเคร่งครัด โดยถือว่าบริษัทมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และผู้ถือหุ้นรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ตนถือ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่หรือบุคคลภายนอกผู้สุจริต เนื่องจากการจัดตั้งบริษัทขึ้นมา แล้วใช้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทโดยมิชอบ เช่น บุคคลผู้ต้องผูกพันตามสัญญากับบุคคลอื่นจัดตั้งบริษัทขึ้นมาก่อการแทนตนเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามสัญญา หรือจัดตั้งบริษัทขึ้นมาโดยมีทรัพย์สินน้อยเกินสมควร และกระทำการโดยฉ้อฉลหรือมิชอบ เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทั้งทางด้านละเมิดและสัญญา จึงเกิดหลักที่เป็นข้อยกเว้นหลักสภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทต้องรับผิดชอบในบางกรณี เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหน้าที่หรือบุคคลภายนอก เรียกว่า “การเจาะม่าน” (piercing the veil) หรือ “การเลิกม่าน” (lifting the veil) หรือ “การไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล” (disregard of corporateness)

ประเทศอังกฤษช่วงแรกหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเกิดจากคำพิพากษา ต่อมามีการออกกฎหมายมารับรองหลักนี้ในกรณีต่าง ๆ เพิ่มเติม ศาลในประเทศอังกฤษได้ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท เช่น จำเลยเป็นลูกจ้างของโจทก์มีข้อสัญญาว่าจะไม่แย่งลูกค้าของโจทก์หลังจากสัญญาจ้างสิ้นสุด แต่ต่อมาจำเลยจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่ เพื่อดำเนินกิจการตามที่จำเลยทำสัญญาไว้กับโจทก์แทนจำเลย ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยและบริษัทของจำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ แม้ว่าบริษัทนั้นจะมีได้เป็นคู่สัญญาหรือ

⁸ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วนบริษัท พิมพ์ครั้งที่ 9. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2547) น. 253

มีนิติสัมพันธ์กับโจทก์เลยก็ตาม เพราะบริษัทดังกล่าวเป็นเกราะกำบังหรือเป็นการหลอกลวงหรืออุบายของจำเลย เพื่อจำเลยจะบายเบี่ยงความรับผิดชอบของตน ศาลถือว่าบริษัทนั้นเป็นหุ่น (Alter ego) ของจำเลย (Gilford Motor Co.Ltd.V.Horne (1933) Gh,935,C.A) จำเลยผู้จะขายที่ดินพยายามหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญา โดยการขายที่ดินให้แก่บริษัทซึ่งจำเลยจัดตั้งขึ้น ซึ่งจำเลยเป็นทั้งผู้ถือหุ้นรายใหญ่และกรรมการของบริษัท และหุ้นที่เหลือทั้งหมดจำเลยได้ให้ผู้อื่นถือไว้แทนตน จำเลยและบริษัทของจำเลยจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบตามสัญญาต่อโจทก์ โดยจำเลยต้องรับผิดชอบในฐานะคู่สัญญา ส่วนบริษัทของจำเลยต้องโอนที่ดินคืนให้แก่โจทก์ โดยถือว่าบริษัทถือที่ดินไว้แทนจำเลย เพราะการจัดตั้งบริษัทและการโอนที่ดินให้บริษัทเป็นเพียงการที่จำเลยใช้บริษัทเป็นหุ่นเชิด เครื่องกำบัง หรือสิ่งหลอกลวงในการหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงหลักอึดวิตี (Equity)((Jones V. Lipman (1962) 1 W.L.R.832)) ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาจากประเทศอังกฤษเช่นกัน ต่อมาได้นำมาบัญญัติใน The Model Business Corporation Act, 1979 มาตรา 146 ว่า “ปกติจะใช้หลักความรับผิดชอบโดยจำกัดของผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นหลักจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวในกรณีที่มีการนำบริษัทไปใช้ประโยชน์โดยไม่ยุติธรรม หรือจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบหรือหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเพื่อหลอกลวง ฉ้อฉล หนึ่ง ผู้ถือหุ้น กรรมการ หรือพนักงานของบริษัท ไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัวในกรณีที่บริษัทกระทำผิดสัญญากับบุคคลภายนอก เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าประโยชน์ของบริษัท” ซึ่งศาลได้ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท เช่น บุคคลที่ทำสัญญากับผู้อื่นว่าจะไม่ทำการค้าขายแข่งขันกัน ต้องรับผิดชอบส่วนตัวในกรณีที่บุคคลนั้นจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อทำการค้าขายแข่งขันกับผู้อื่นอันเป็นการหลีกเลี่ยงสัญญา โดยบริษัทนั้นตนถือหุ้น 98 เปอร์เซ็นต์ และเป็นทั้งกรรมการและพนักงานของบริษัทด้วย เพราะผู้ถือหุ้นนั้นใช้บริษัทเสมือนเป็นหุ่นของตน (Schnucks Twenty-Five, Inc.V.Bettendorf, 595 S.W.2d 279 (Mo.App.1980)) บริษัทขนส่งสินค้าโดยรถไฟไม่อาจรับเงินส่วนลดค่าธรรมเนียมค่าใช้จ่ายจากบริษัทรถไฟโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กลับตั้งบริษัทในเครือขึ้นมารับเงินดังกล่าวแทน โดยทั้งสองบริษัทมีเจ้าของ ผู้ถือหุ้น และถูกควบคุมโดยบุคคลคนเดียวกัน ศาลวินิจฉัยว่า เมื่อมีการใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทโดยเจตนาที่จะต่อต้านประโยชน์สาธารณะ ก่อความอยุติธรรม กระทำการฉ้อฉล ต้องถือว่าบริษัทเป็นเพียงการรวมกันของกลุ่มคน ศาลจะไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท (United States V. Milwaukee Refrigerator Transit Co. (1905) 142 Fed.247) ในประเทศไทยศาลได้นำหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลมาใช้ในบางกรณี ตัวอย่างเช่น การที่โจทก์ให้จำเลยทำสัญญากู้ยืมเงินจาก

บริษัทราชมาร์เกิดตั้ง จำกัด และจำหน่ายหุ้นแก่บริษัทดังกล่าวเพียงเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ธนาคารแห่งประเทศไทย กล่าวหาว่าโจทก์ให้ลูกค้ายืมเงินไปซื้อหุ้นของบริษัทโจทก์เองอันเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น พฤติการณ์เช่นนี้ถือได้ว่าโจทก์เป็นผู้ให้จำเลยกู้ยืมเงินไปซื้อหุ้นของบริษัทโจทก์ และบริษัทโจทก์รับจำหน่ายหุ้นของตนเองเป็นประกัน (ฎีกาที่ 3119/2526, ฎีกาที่ 174/2528) โจทก์เข้าซื้อรถยนต์จากห้างหุ้นส่วนจำกัดแห่งหนึ่ง ซึ่งจำเลยที่ 2 เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ต่อมาจำเลยที่ 2 ได้ตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งเป็นจำเลยที่ 1 ขึ้นใหม่ โดยจำเลยที่ 2 เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการเช่นกัน แล้วได้มีโอนกิจการมาจากห้างหุ้นส่วนที่เล็กไป โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องให้จำเลยทั้งสองรับผิดชอบได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3969/2529)

แม้บริษัทจะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก แต่เมื่อกรรมการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อบริษัทหรือเจ้าหนี้เป็นประการใดแล้ว กรรมการย่อมไม่อาจจะใช้วิธีจัดตั้งบริษัทขึ้นมากระทำการอันฝ่าฝืนหน้าที่หรือหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบอันพึงมีได้ กล่าวโดยเฉพาะ กรรมการจะอาศัยความเป็นนิติบุคคลของบริษัทอื่นมาหลีกเลี่ยงหน้าที่ของกรรมการของบริษัทต่อผู้ถือหุ้นหาได้ไม่ ฉะนั้น กรรมการจึงไม่อาจจัดตั้งบริษัทขึ้นมาแข่งขันกับบริษัทได้ หรือกรรมการไม่อาจเข้าไปมีส่วนได้เสียโดยอ้อมในบริษัทอื่นได้ นอกจากนี้หากปรากฏว่ากรรมการทำผิดหน้าที่โดยไม่สุจริตจัดตั้งบริษัทขึ้นมาในลักษณะเป็นหุ้นเชิดหรือเครื่องกำบัง กรรมการก็ต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกผู้สุจริต แต่อย่างไรก็ตาม หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทนี้ นำไปใช้ได้เฉพาะในบางกรณีเท่านั้นไม่สามารถใช้ได้ในทุกกรณี ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดในบทที่ 3

3. ฐานะของกรรมการบริษัท

การดำเนินการของกรรมการมักจะมีลักษณะคล้ายกับฐานะของบุคคลอื่นอยู่หลายประเภท แต่ก็ยังมีข้อแตกต่างกัน กล่าวได้ว่ากรรมการอาจกระทำการหลายอย่างทำนองเดียวกับความเป็นตัวแทน (agent) แต่กรรมการก็ไม่มีสิทธิทั้งหมดอย่างตัวแทน กรรมการอาจถูกจ้างให้มาบริหารจัดการบริษัทภายใต้สัญญาจ้าง จึงเป็นการกระทำในฐานะลูกจ้าง (servants) ของบริษัท แต่กรรมการก็ต้องมีหน้าที่กระทำการโดยสุจริตยิ่งกว่า นอกจากนั้น แม้กรรมการจะกระทำในฐานะที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สินของบริษัทซึ่งเป็นฐานะของทรัสต์ (trustees) แต่

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและใช้ทักษะในการบริหารงานก็ไม่สูงถึงขนาดทรัสตี⁹ จึงอาจนำไปสู่ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทได้ง่าย

ฐานะของคณะกรรมการระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์มีแนวความคิดต่างกัน กล่าวคือ แนวความคิดของคอมมอนลอว์ กฎหมายอังกฤษ ถือว่ากรรมการของบริษัทมีฐานะเป็น "ตัวแทน" ของบริษัทเท่านั้น การกระทำของกรรมการอาจไม่ผูกพันบริษัท ถ้าเป็นการทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท (Ultra vires) หรือเป็นการกระทำเกินอำนาจของตัวแทน เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบัน ตามมาตรา 332 A (5) (d) ของ Companies Act 1989 (Grant V. United Kingdom Switchbank Railways Co. (1988) 40 ChD 135, CA) หรือถูกกฎหมายปิดปากไม่ให้ปฏิเสธว่าตัวแทนไม่มีอำนาจ ส่วนแนวความคิดของระบบซีวิลลอว์ถือตามทฤษฎีองค์การ (Organic Theory) โดยถือว่าผู้กระทำการแทนนิติบุคคลมีฐานะเป็น "ผู้แทน" คือเป็นอวัยวะเช่นมือเช่นเท้าของนิติบุคคลเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับนิติบุคคล ฉะนั้น เมื่อกรรมการกระทำการใดแทนบริษัทก็เท่ากับบริษัททำเอง เมื่อกรรมการบริษัทกระทำนิติกรรมใด ๆ กับบุคคลภายนอก บริษัทจะอ้างว่าไม่มีอำนาจ เพื่อให้บริษัทไม่ผูกพันตามสัญญานั้นไม่ได้ แม้จะเป็นการกระทำนอกวัตถุประสงค์ก็ตาม¹⁰ ส่วนกฎหมายไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 ถึงมาตรา 77 เรียกผู้กระทำการแทนนิติบุคคลว่า "ผู้แทน" อย่างแนวความคิดในระบบซีวิลลอว์ ซึ่งน่าจะถือว่ากรรมการของบริษัทในฐานะ "ผู้แทน" ของบริษัทย่อมทำการต่าง ๆ ได้เหมือนตัวบริษัทเอง อย่างแนวความคิดของระบบซีวิลลอว์ ซึ่งถือว่ากรรมการบริษัทเป็นอวัยวะหรือองค์กรของบริษัทไม่ใช่เป็นเพียง "ตัวแทน" การใดที่คณะกรรมการบริษัททำจึงถือว่าเป็นการกระทำของบริษัทเองโดยตรง ไม่ต้องคำนึงว่าคณะกรรมการมีอำนาจทำได้หรือไม่ตามหลักกฎหมายตัวแทน และโดยผลของแนวความคิดนี้ การกระทำของคณะกรรมการจึงผูกพันบริษัทโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์หรือไม่ แต่มาตรา 66 บัญญัติวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลไว้ มิให้ "ผู้แทน" ทำการนอกวัตถุประสงค์นั้น ซึ่งเป็นแนวความคิดในระบบคอมมอนลอว์ และมีการบัญญัติมาตรา 77 เข้ามาใหม่ ให้นำเรื่องตัวแทนมาใช้กับ "ผู้แทน" นิติบุคคลด้วย ซึ่งเดิมไม่มีเป็นทำนองเดียวกับที่บัญญัติไว้ในเรื่องกรรมการบริษัท ตามมาตรา 1167 จึงต้องกล่าวว่า คณะกรรมการของบริษัท แม้จะเป็น "ผู้แทน" แต่ก็อยู่ภายใต้บทบัญญัติเรื่องตัวแทน¹¹

⁹ Nutshells, *Company Law in a Nutshells*, (London: Sweet & Maxwell, 1995), pp. 70 - 71

¹⁰ ไสภณ รัตนกร อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 8*, น. 340-341

¹¹ เพิ่งอ้าง, น.342-343

4. ความรับผิดของกรรมการบริษัท

ในการปฏิบัติงานของกรรมการบริษัทนั้น กรรมการเป็นเพียงผู้แทนหรือตัวแทนของบริษัท กรรมการจะต้องทำการภายในขอบอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายเท่านั้น และจะกระทำเกินอำนาจหน้าที่ที่บริษัทมีอยู่ไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมการต้องปฏิบัติงานให้เป็นไปตามหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท ซึ่งถือเป็นสัญญาหรือข้อตกลงร่วมกันระหว่างผู้ถือหุ้นบริษัท รวมทั้งกรรมการของบริษัทด้วยว่า ในการดำเนินงานของบริษัทจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในเอกสารดังกล่าว นอกจากนี้ ในการเข้ารับตำแหน่งกรรมการ อาจมีสัญญาข้อผูกพันกับบริษัทที่ต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น กรรมการจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ จึงต้องพิจารณาหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับของบริษัท รวมทั้งสัญญาระหว่างบริษัทกับกรรมการด้วย¹² โดยความรับผิดของกรรมการนั้นอาจต้องรับผิดทั้งทางแพ่งหรือทางอาญา หรือรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา

4.1 ความรับผิดทางแพ่ง

ความรับผิดของกรรมการบริษัทในทางแพ่งนั้น อาจต้องรับผิดต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น หรืออาจต้องรับผิดต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัทก็ได้

4.1.1 ความรับผิดต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น

กรรมการบริษัทในฐานะเป็นผู้แทนหรือตัวแทนของบริษัทมีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น รวมทั้งต้องปฏิบัติตามสัญญาในกรณีที่มิสัญญากับบริษัท เมื่อกรรมการได้ปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของกรรมการ หากเกิดความเสียหายแก่บริษัทก็ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อบริษัท โดยในการปฏิบัติหน้าที่ กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้มาตรฐานของหน้าที่ 2 ประการ ดังนี้

(1) หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duties) กล่าวคือ กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อให้เกิดผลดีแก่บริษัท ให้สมกับได้รับความไว้วางใจจากที่ประชุมใหญ่ให้เข้ามาบริหารงานของบริษัท กรรมการจะต้องใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายเพื่อผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งหมายถึงเพื่อผลประโยชน์ของบรรดาผู้ถือหุ้นทั้งปวงของบริษัท ซึ่งเป็นผู้ร่วมตัวกันก่อตั้งบริษัทขึ้นมานั่นเอง มิใช่ผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการเอง กรรมการจึงไม่สามารถถือเอาประโยชน์จากการที่ตนมีตำแหน่งเช่นนั้นทำสัญญากับบริษัทเป็นการ

¹² เพิ่งอ้าง, น.333

ส่วนตัว เพราะขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่พึงมีต่อบริษัท (Aberdeen Railway Co.V.Blaikie Bros) หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริตประกอบด้วยหน้าที่หลายประการ เช่น (1) ไม่ค้าแข่งกับบริษัท (2) ไม่แย่งโอกาสของบริษัท (3) ต้องไม่ให้ผลประโยชน์ขัดกับบริษัท (4) ไม่ใช้ความลับของบริษัทค้าหุ้นโดยไม่เป็นธรรม (insider trading) (5) ไม่กดขี่ผู้ถือหุ้นข้างน้อย และ (6) หน้าที่เกี่ยวกับการซื้อขายอำนาจในการควบคุมบริษัท¹³

(2) หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) กล่าวคือ กรรมการต้องให้ความระมัดระวังเอาใจใส่ในการจัดการงานของบริษัทอย่างเต็มที่ โดยต้องใช้ความรู้ความสามารถตลอดจนความชำนาญของตนเพื่อประโยชน์ของบริษัท ทั้งต้องให้ความรอบคอบในการแต่งตั้งและควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ด้วย¹⁴ กรรมการต้องเอาใจใส่ยิ่งกว่าความระมัดระวังกิจการของตนเอง และยิ่งกว่าระดับความระมัดระวังของวิญญูชน โดยต้องอยู่ในระดับความเชื่อเพื่อสอดส่องของบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง¹⁵ กรรมการในฐานะนักธุรกิจต้องยอมรับความเสี่ยง ต้องไม่ตัดสินใจโดยการประเมินสถานการณ์ตามอำเภอใจอย่างประหลาดจนถูกโต้แย้งได้ ทั้งไม่ได้รับอนุญาตให้มอบหมายให้พนักงานคนอื่นทำหน้าที่นี้แทน¹⁶

หากกรรมการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว และก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท อาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บริษัท บริษัทเอกชนนั้นผู้ที่มีอำนาจฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบต่อบริษัท ได้แก่ บริษัท หรือผู้ถือหุ้นเฉพาะในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้องกรรมการ หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทซึ่งสามารถฟ้องร้องได้เท่าที่เจ้าหน้าที่มีสิทธิเรียกร้องต่อบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 ส่วนบริษัทมหาชนจำกัดผู้ที่มีอำนาจฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบต่อบริษัท ได้แก่ บริษัท หรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด เมื่อผู้ถือหุ้นได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการฟ้องร้องกรรมการแล้ว แต่บริษัทไม่ฟ้องร้องตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้ง นอกจากนั้นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการก็ได้

¹³ Harry G. Henn and John R. Alexander, Laws of Corporations, (St. Paul, Minnesota : West publishing Co.,1983), p.626

¹⁴ ไสภณ รัตนกร , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.396

¹⁵ ทวี เจริญพิทักษ์ , คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม,2521)น. 420

¹⁶ Nutshells, *supra* note 9 , p. 75

และผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด มาตรา 85 วรรคสอง(1)(2) วรรคสาม

อย่างไรก็ตาม ถ้ากิจการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทนั้นได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่แล้ว กรรมการผู้ก่อความเสียหายให้แก่บริษัทก็ไม่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าจะต่อบริษัท หรือผู้ถือหุ้น โดยในกรณีบริษัทเอกชน กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบเฉพาะต่อผู้ถือหุ้นที่ให้การอนุมัติเท่านั้น ส่วนกรณีบริษัทมหาชนจำกัดนั้น หากที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติหรือให้สัตยาบันแก่การกระทำของกรรมการแล้ว แม้ต่อมาจะมีการเพิกถอนมตินั้น กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นต่อบริษัท ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท¹⁷ มีข้อสังเกตว่ากรณีกรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้วภายหลังได้รับอนุมัติหรือให้สัตยาบันจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ต่อมาบริษัทล้มละลายย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหน้าที่ของบริษัทได้ เนื่องจากไม่สามารถฟ้องร้องให้กรรมการรับผิดชอบได้

สำหรับความรับผิดต่อผู้ถือหุ้น แม้ผู้ถือหุ้นทั้งหลายจะเป็นผู้แต่งตั้งกรรมการ กรรมการต้องทำงานภายใต้การควบคุมของผู้ถือหุ้นทั้งหลายในที่ประชุมใหญ่ แต่เนื่องจากบริษัทเป็นบุคคลแยกจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย กรรมการจึงถือว่าเป็นผู้แทนของบริษัทยิ่งกว่าเป็นผู้แทนหรือตัวแทนของผู้ถือหุ้น ดังนั้น ในกรณีที่กรรมการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ถือว่าบริษัทเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง ส่วนผู้ถือหุ้นเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยทางอ้อม เช่น อาจได้รับเงินปันผลน้อยกว่าที่ควรจะได้ ผู้ถือหุ้นจึงไม่มีอำนาจฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ถือหุ้นโดยตรง ผู้ถือหุ้นต้องฟ้องร้องแทนบริษัทหรือฟ้องในนามบริษัท และต้องขอให้กรรมการชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่บริษัทเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 220/2484) อย่างไรก็ตาม หากกรรมการผู้ใดปฏิบัติหน้าที่ไม่ชอบ หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1170

เมื่อการซึ่งกรรมการคนใดได้ทำไปได้รับอนุมัติของที่ประชุมใหญ่แล้ว ท่านว่ากรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้อนุมัติหรือต่อบริษัทอีกต่อไป

ท่านห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมิได้ให้อนุมัติด้วยนั้นฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาหกเดือนนับแต่วันที่ประชุมใหญ่ให้อนุมัติแก่การเช่นนั้น

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 95

กรรมการคนใดกระทำการใดที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว แม้ต่อมาจะมีการเพิกถอนมตินั้น กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นต่อบริษัท ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท

ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นย่อมพึงให้กรรมการรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ในบริษัทเอกชนนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้กรรมการต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น แต่กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นได้ เช่น กรรมการกลั่นแกล้งผู้ถือหุ้นซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นเสียหาย อย่างไรก็ดี กรรมการต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นในเรื่องละเมิด หรือกรรมการกระทำการตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น แต่เป็นการฝ่าฝืนความประสงค์ของผู้ถือหุ้นบางคนและก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้ถือหุ้นผู้นั้นย่อมมีสิทธิฟ้องกรรมการผู้นั้นได้ภายใน 6 เดือนนับแต่วันที่ประชุมใหญ่อนุมัติ¹⁸ ในบริษัทมหาชนนั้นมีบทบัญญัติชัดเจนให้กรรมการต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น นอกเหนือจากการที่กรรมการต้องรับผิดชอบสำหรับการก่อให้เกิดความเสียหายตามหลักทั่วไป ซึ่งเป็นกรณีที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 94 คือ กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นแก่ผู้ถือหุ้น และบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัทในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้นด้วย คือ การแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะการเงิน และผลการดำเนินงานของบริษัทในการเสนอขายหุ้น หรือหุ้นกู้ หรือตราสารการเงินของบริษัท การแสดงข้อความหรือลงรายการในเอกสารที่ยื่นต่อนายทะเบียนโดยข้อความหรือรายงานนั้นเป็นเท็จ หรือไม่ตรงกับบัญชีทะเบียน หรือเอกสารของบริษัท การจัดทำงบดุลและบัญชีกำไรขาดทุน รายงานการประชุมผู้ถือหุ้น หรือรายงานการประชุมของคณะกรรมการอันเป็นเท็จ

4.1.2 ความรับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัท

เนื่องจากกรรมการมีฐานะเป็นผู้แทนและเป็นเสมือนตัวแทนของบริษัท เมื่อกรรมการปฏิบัติงานไปตามอำนาจหน้าที่ บริษัทก็ต้องรับผิดชอบในการกระทำของกรรมการในฐานะเป็นตัวแทน กรรมการหาต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวไม่ ตัวอย่างเช่น ธนาคารตามเช็คได้มอบเช็คพิพาทให้แก่บริษัทจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกค้าประเภทบัญชีกระแสรายวัน จึงต้องถือว่าจำเลยที่ 1 แต่ผู้เดียวเป็นผู้สั่งจ่ายเช็คพิพาท ส่วนการที่จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นกรรมการที่มีอำนาจได้ลงลายมือชื่อและประทับตราจำเลยที่ 1 ในช่องผู้สั่งจ่าย ก็เป็นไปตามข้อบังคับของจำเลยที่ 1 ต้องตามบทบัญญัติ

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1170 วรรคแรก

เมื่อการซึ่งกรรมการคนใดได้ทำไปได้รับอนุมัติของที่ประชุมใหญ่แล้ว ท่านว่ากรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้อนุมัติหรือต่อบริษัทอีกต่อไป

แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรคสอง และมาตรา 900 ต้องถือว่าจำเลยที่ 2 ลงลายมือชื่อในฐานะผู้แทนของจำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดชอบตามเช็คต่อผู้ทรงเป็นส่วนตัว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 457/2543)

อย่างไรก็ตาม กรรมการอาจต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัทในกรณีที่กรรมการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของบริษัท ซึ่งการกระทำนั้นย่อมไม่ผูกพันบริษัท หากเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก กรรมการผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ได้รับความเสียหายเป็นการส่วนตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 76 วรรคสอง หรือกรณีกรรมการจัดการงานภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท แต่ได้ทำเกินขอบอำนาจของตน และบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบัน กรรมการต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 ประกอบมาตรา 1167 หรือกรณีกรรมการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย เป็นการทำความผิดต่อบุคคลอื่น กรรมการต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

4.2 ความรับผิดทางอาญา

หากกรรมการได้กระทำความผิดอาญาขึ้น แม้การกระทำผิดอาญาดังกล่าวจะเกิดขึ้นเนื่องมาจากการกระทำในฐานะผู้แทนของบริษัทก็ตาม แต่กรรมการก็ต้องรับโทษทางอาญาด้วยจะอ้างว่าทำในฐานะผู้แทนไม่ได้ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้แทนของนิติบุคคลได้กระทำการในนามของนิติบุคคล การกระทำนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมาย ถ้ามิใช่ความผิดเฉพาะตัวตามที่กฎหมายระบุไว้ ผู้แทนทั้งหลาย ผู้ลงมือกระทำจะต้องมีความผิดเป็นส่วนตัวด้วย จะอ้างความเป็นผู้แทนนิติบุคคลเป็นข้อแก้ตัวให้พ้นผิดหาได้ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1612-1613/2518)

กฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาของกรรมการบริษัท เช่น พระราชบัญญัติกำหนดความรับผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ พ.ศ. 2499 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดของพนักงานในองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2502 และประมวลกฎหมายอาญา

5. หน้าที่ของกรรมการบริษัทเมื่อบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว

เมื่อประสบปัญหายุ่งยากขาดสภาพคล่องทางการเงินจนไม่สามารถชำระหนี้ได้ กรรมการมักจะใช้วิธีการแก้ไขปัญหาด้วยการหาแหล่งเงินกู้เพื่อเพิ่มวงเงินหมุนเวียนของกิจการ หรือดำเนินการลดทุนและเพิ่มทุน หรือดำเนินการประนอมหนี้เพื่อหาทางออกให้กิจการสามารถ สะสางภาระหนี้ของกิจการได้¹⁹ ในการดำเนินการดังกล่าว เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากรรมการ ย่อมมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่เกี่ยวกับบัญชี กรรมการมีหน้าที่เกี่ยวกับบัญชีของบริษัท 2 ประการ²⁰ ประการแรก มีหน้าที่เก็บรักษาอย่างเหมาะสมซึ่งเอกสารบัญชีที่อาจแสดงและอธิบายธุรกรรมของ บริษัทและเพื่อเปิดเผยความถูกต้องแม่นยำอันมีเหตุมีผล²¹ ประการที่สองต้องเตรียมงบดุลและ บัญชีกำไรและขาดทุนแต่ละรอบปีบัญชี ทั้งนี้ เมื่อถึงเวลาที่มีการเสนอบัญชีของบริษัทประจำปี ในการนี้ กรรมการมีทางเลือกกว่า จะตัดสินใจให้บริษัทดำเนินกิจการต่อไป หรือตัดสินใจว่าเป็น การเหมาะสมที่จะให้บริษัทดำเนินกิจการต่อไป แต่ต้องแจ้งปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้ต่อผู้ถือหุ้น ทั้งหลาย หรือตัดสินใจให้บริษัทหยุดประกอบกิจการ²² ตามปกติบัญชีมักจะแสดงให้เห็นว่า สมควรดำเนินกิจการต่อไป(Going Concern) ซึ่งกรรมการพึงตรวจสอบให้มั่นใจได้ว่าบัญชีที่เสนอ มาดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานข้อมูลอันเหมาะสม²³

(2) หน้าที่ตัดสินใจประกอบกิจการค้าต่อไป ในการประเมินสถานะทางการเงินที่แท้จริง ของบริษัทและความคาดหมายที่แท้จริงว่าจะหลีกเลี่ยงกระบวนการล้มละลายได้นั้น กรรมการ ต้องเสนอต่อคณะกรรมการของบริษัททั้งคณะ โดยจะต้องมีกรรมการที่มีหน้าที่รับผิดชอบการ ตรวจสอบและควบคุมการเงินอยู่ด้วย ตามปกติกรรมการดังกล่าวถือว่ามีความรับผิดชอบ มากกว่ากรรมการอื่น กรรมการอื่นจึงมีสิทธิที่จะไว้วางใจข้อมูลกรรมการผู้จัดการและกรรมการ ดำเนินการเงินเสนอมาได้ โดยทั่วไปแล้ว หากกรรมการผู้มีหน้าที่ตรวจสอบทางการเงินชี้ว่าสภาพ

¹⁹ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทวิศิษฐ์ สรอรรถจำกัด, 2546) น. 17

²⁰ Alice Belcher, Corporate rescue: a conceptual approach to insolvency law, (London: Sweet & Maxwell, 1997), p. 77

²¹ The Companies Act 1985 section. 221

²² Alice Belcher, *supra* note 20, p. 79

²³ *Ibid.* p. 71

คลังของบริษัทมีแนวโน้มที่ดีในช่วงระยะเวลาสามเดือนข้างหน้า คณะกรรมการก็ชอบที่จะดำเนินกิจการค้าได้ อย่างไรก็ตาม กรรมการทั้งหลายควรจะตรวจสอบและทบทวนสถานะทางการเงินของบริษัทเป็นประจำทุกสัปดาห์ เพราะหากบริษัทล้มละลายลง กรรมการไม่อาจจะยกข้อต่อสู้ว่าตนมีความเชื่อมั่นว่าบริษัทจะไม่ต้องล้มละลายได้ ถ้าปรากฏว่าไม่มีเหตุอันควรในทางภาวะวิสัยที่จะมีทัศนะนั้น

(3) หน้าที่ประกอบการค้าอันสมควร ส่วนใหญ่แล้วการแก้ไขฟื้นฟูกิจการของบริษัทให้สำเร็จจำเป็นต้องมีการดำเนินกิจการค้าต่อไป แต่กรรมการจะต้องระมัดระวังไม่ทำการค้าโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร(Wrongful trading) และต้องรับฟังคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญ²⁴ บางกรณีอาจจะฟังพหุมติความคิดเห็นของบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทั้งหลาย (Re Faure Electric Accumulator Co. (1888) 40 Ch.D.141.)

(4) หน้าที่ได้แย้งว่าไม่ควรประกอบการค้าต่อไป กรณีกรรมการบางคนมีความเห็นข้างน้อยว่าบริษัทมีแนวโน้มที่จะต้องล้มละลาย โดยอาจจะเป็นกรรมการที่มีหน้าที่รับผิดชอบทางการเงิน แต่คณะกรรมการของบริษัทกลับละเลยคำเตือนของกรรมการดังกล่าว เช่นนี้ ตามปกติกรรมการดังกล่าวยังไม่ควรรับลาออกทันทีที่เป็นเสียงข้างน้อย แต่จะต้องทำงานในสำนักงานต่อไปให้เพียงพอแก่การที่จะอธิบายเหตุผลและทัศนคติของตนเพื่อจูงใจกรรมการอื่นให้กระทำตามขั้นตอนที่จำเป็นในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเพื่อหลีกเลี่ยงการล้มละลาย หากไม่เป็นผลและต้องการลาออก ในหนังสือลาออกต้องอธิบายว่าลาออกเพราะเหตุคณะกรรมการเสียงข้างมากไม่เห็นพ้องด้วยวิธีการจัดการปัญหาที่เคยเสนอไปแล้ว กรรมการที่รับตัวลาออกโดยไม่กระทำตามขั้นตอนดังกล่าวมีความเสี่ยงที่จะถูกกล่าวหาว่ากระทำการไม่ถูกต้องเมื่อบริษัทต้องล้มละลายหลังการลาออก²⁵

(5) หน้าที่ต้องนำบริษัทเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยเร็ว กรณีกรรมการพิจารณาว่าไม่อาจหลีกเลี่ยงกระบวนการล้มละลายได้ และไม่มีกลยุทธ์หรือแผนการที่จะหลีกเลี่ยงได้ กรรมการจะต้องรับนำเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายล้มละลายต่อไป เพื่อเป็นการสงวนมูลค่ารวมของกิจการเอาไว้ให้ได้มากที่สุด

²⁴ *Ibid.* pp. 83-84

²⁵ Richard Smerdon, *Palmer's company Law Manual*, (London : Sweet & Maxwell ,2002) pp. 787 - 789

การกำหนดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังแก่กรรมการดังกล่าวมาข้างต้น ไม่เพียงแต่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นเท่านั้น แต่ยังมีผลเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้ด้วยเช่นกัน เพราะเป็นการป้องกันมิให้ทรัพย์สินของบริษัทลดน้อยถอยลง

6. แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการที่บริหารบริษัทในกรณีบริษัทล้มละลาย

6.1 ความรับผิดทางแพ่ง

เมื่อบริษัทต้องล้มละลาย เจ้าหนี้ของบริษัทต้องขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้น กรรมการไม่จำเป็นต้องรับผิดในหนี้สินดังกล่าว แต่บางกรณีกรรมการได้ดำเนินกิจการของบริษัทไปในทางเสียหายแก่เจ้าหนี้ โดยเฉพาะการกระทำในลักษณะเสี่ยงเกินสมควร อย่างที่เรียกว่า “cowboy” และ “fly-by-night” directors ดำเนินธุรกิจโดยมีข้อจำกัดความรับผิดและรับฝากเงินและจ่ายเงินจากเงินของประชาชน ต่อมาบริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีเพื่อเลิกกิจการและตั้งบริษัทใหม่เกิดขึ้นมา ทั้งบริษัทใหม่มักจะครอบงำเอาสินทรัพย์ของบริษัทเดิมไป คงทิ้งไว้แต่หนี้สินที่มีต่อเจ้าหนี้บริษัทเดิม โดยเฉพาะเจ้าหนี้ที่เสียหายมักจะเป็นเจ้าหนี้ทั้งหลายทั่วไป ที่ได้รับความเสียหาย จนบางรายถึงกับเป็นสาเหตุให้ต้องล้มปวยสืบเนื่องจากต้องสูญเสียเงินจากการปฏิบัติตนของกรรมการนั้น ยิ่งกว่านั้น ความเสียหายไม่ได้จำกัดเฉพาะเจ้าหนี้เพียงไม่กี่ราย แต่ได้ขยายกระจายไปทั่วทั้งหมดเลยทีเดียว²⁶ ส่วนเจ้าหนี้เองก็ไม่อาจทราบถึงสถานะทางการเงินของบริษัทลูกหนี้ได้ เมื่อบริษัทล้มละลายไป แต่ตัวกรรมการไม่ต้องรับผิดด้วย เจ้าหนี้จึงมักเกิดความรู้สึกว่า บุคคลซึ่งเคยเป็นกรรมการไม่ควรต้องรับผิดเฉพาะในแง่ศีลธรรมเท่านั้น แต่ควรมีความรับผิดทางกฎหมายด้วย จึงไม่ควรปล่อยให้กรรมการหลบอยู่ข้างหลังแนวคิดเรื่องหลักจำกัดความรับผิด²⁷

Division Consumer Protection Officer of South Yorkshire Country Council ได้เสนอปัญหาต่อ Cork Committee เพื่อประกอบการแก้ไขกฎหมายล้มละลายว่า “หลักในเรื่องการจำกัดความรับผิดของบุคคลเป็นเรื่องที่ดี แต่หลักนี้นำไปสู่ปัญหาได้เช่นกัน... บริษัทถูกตั้งขึ้น

²⁶ Alison Clarke, Current issues in Insolvency Law , (London : Stevens & Sons , 1991),p. 91.

²⁷ Ian S Grier, Richard E Floyd, Voluntary Liquidation Receivership : A Practical Guide , 4th ed. (London : Sweet & Maxwell,2000) , p. 55.

มาแล้วก่อนหน้านี้กับบุคคลภายนอกมีการซื้อขายภายในบริษัท ต่อมามีการขอให้บริษัทล้มละลาย แล้วตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาและดำเนินการอย่างเดียวกันซ้ำแล้วซ้ำอีก”²⁸ ซึ่ง Cork Committee เห็นว่า “ไม่มีผู้ใดประสงค์ที่จะบั่นทอนความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตามเจ้านี้ของบริษัทก็ควรที่จะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำของผู้แทนซึ่งไม่มีความรับผิดชอบที่ได้รับความคุ้มครองจากหลักเรื่องจำกัดความรับผิด”²⁹ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการใหม่มาใช้บังคับแก่กรรมการที่ขาดความรับผิดชอบต่อเจ้านี้และขณะเดียวกันก็ต้องยอมรับการกระตุ้นธุรกิจให้เจริญเติบโตซึ่งย่อมจะก่อให้เกิดความเสี่ยงแก่เจ้านี้อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ มาตรการที่มีความสมดุลก็คือการเพิ่มขอบเขตและภาระหน้าที่ของกรรมการที่มีต่อเจ้านี้นั่นเอง ทำให้เกิดมาตรการใหม่ ได้แก่ การให้เปรียบเจ้านี้อื่น (Preference) และการทำธุรกรรมมูลค่าต่ำ (Transactions at an undervalue)³⁰

Cork Committee ยังมีข้อเสนออีกว่า ควรจะมีข้อยกเว้นจากหลักพื้นฐานในเรื่องนิติบุคคลให้ผู้แทนของบริษัทรับผิดในบางกรณีในหนี้ของบริษัทซึ่งตกเป็นผู้ล้มละลาย เพื่อผ่อนคลายความแข็งแกร่งของหลักการจำกัดความรับผิด ดังปรากฏมาตรการ Fraudulent trading และ Wrongful trading ใน Insolvency Act, 1986 มาตรา 213, 214 ตามลำดับ ในรายงานของ Cork Committee ระบุวัตถุประสงค์ไว้สองประการ กล่าวคือ (1) เพื่อที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายผูกมัดบริษัททั้งหลายให้ใส่ใจอย่างระมัดระวังต่อสถานะทางการเงินเพื่อที่จะได้รู้ถึงปัญหายุ่งยากตั้งแต่ตอนแรกเริ่มและก่อนที่จะผลประโยชน์ของเจ้านี้ทั้งหลายจะเสียหายร้ายแรง และ (2) เพื่อที่จะขัดขวางและลงโทษพฤติกรรมที่ไม่รับผิดชอบต่อและการปฏิบัติอันไม่ถูกต้องในอดีตของผู้ที่จัดการกิจการของบริษัท³¹

มาตรการการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉล (Fraudulent trading) และการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) ดังกล่าว เป็นการกำหนดหน้าที่โดยตรงของกรรมการที่มีต่อเจ้านี้ โดย Fraudulent trading เป็นการห้ามมิให้กรรมการดำเนินธุรกิจในทางเจตนาฉ้อฉลเจ้านี้ ส่วน

²⁸ สหณ รัตนไพจิตร , “แนวความคิดซึ่งให้ผู้แทนต้องรับผิดในหนี้ของบริษัทกรณีบริษัทล้มละลายตามกฎหมายอังกฤษ” , *วารสารนิติศาสตร์* 18 :น. 40-52. (มีนาคม 2531); Fiona Tolmie, *Introduction to Corporate and Personal Insolvency Law* , (London : Sweet & Maxwell, 1998), p. 234.

²⁹ สหณ รัตนไพจิตร , *เพิงอ้าง* :น. 40-52.

³⁰ Alison Clarke , *supra* note 26, p. 91-92.

³¹ Ian S Grier, Richard E Floyd, *supra* note 27, p. 55.

Wrongful trading นั้น กรรมการจะพ้นผิดได้ก็โดยการพยายามลดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ให้น้อยที่สุด ฉะนั้น กรรมการจึงมีหน้าที่ลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้ให้ได้มากที่สุด³²

ต่อมากฎหมายอังกฤษได้ก้าวไปถึงการจำกัดการประกอบอาชีพของกรรมการ ตาม Company Directors Disqualification Act 1986 โดยเฉพาะมาตรา 6 กำหนดข้อห้ามให้แก่กรรมการของบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวและกระทำการอันไม่เหมาะสม(unfit)

6.2 การห้ามประกอบอาชีพกรรมการ

แนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดชอบและกฎหมายบริษัทได้ให้เอกสิทธิ์และโอกาสแก่ผู้ที่จะประกอบกิจการค้าในระบบดังกล่าว แต่ผู้ได้รับเอกสิทธิ์ดังกล่าวย่อมจะต้องยอมรับมาตรฐานที่กฎหมายและวิชาชีพกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้และผู้ถือหุ้นของบริษัทด้วย³³ ดังนั้น หากกรรมการได้อาศัยข้อจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวมาใช้โดยมิชอบ ก็เป็นการสมควรที่กฎหมายจะห้ามไม่ให้กรรมการประกอบอาชีพนี้อีก ดังนี้ กฎหมายของประเทศต่างๆจึงมีบทบัญญัติห้ามมิให้กรรมการที่ประพฤติดมิชอบกลับมาประกอบอาชีพเป็นกรรมการอีกตามระยะเวลาที่กำหนด

ในประเทศอังกฤษ บทบัญญัติว่าด้วยการจำกัดสิทธิกรรมการในการประกอบอาชีพเป็นกรรมกรนั้น เริ่มต้นจาก the Company Act 1928 แล้วถูกเสนอโดย Greene Committee ในปี 1948 หลังจากนั้นมีการตราอีกครั้งใน the Company Act 1948 โดยห้ามบุคคลล้มละลายจากการกระทำการเป็นกรรมการ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต ทำให้เป็นไปได้ที่จะมีการจำกัดสิทธิผู้กระทำการค้าโดยฉ้อฉล(fraudulent trading)ในการมีส่วนร่วมจัดการบริษัท จนปี 1976 บทบัญญัติในการจำกัดสิทธิกรรมกรดังกล่าวขยายออกไปถึงการกระทำมิชอบในกรณีหนี้สินล้นพ้นตัว ตามกฎหมายดังกล่าวกำหนดถึงการรวมสองบริษัทที่ต่อมาบริษัทหนึ่งได้กลายเป็นบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวในภายในห้าปี ต่อมามีการตราอีกครั้งใน the Company Act 1985 แล้วมีผู้เสนอว่า Insolvency Bill 1985 กรรมการบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวน่าจะได้รับอนุญาตให้กระทำการเป็นกรรมกรได้ต่อไป ใน Insolvency Bill 1985 ยังคงมีบทบัญญัติกำหนดให้มีการตัดคุณสมบัติจากการเป็นกรรมกร ในกรณีที่บริษัทต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยการถูก

³² Alison Clarke, *supra* note 26. p. 95.

³³ Re Grayan Services Ltd [1995] 3 W.L.R.1

บังคับ(insolvency compulsory liquidation) แต่มีการโต้แย้งว่าทำให้ผู้บริสุทธิได้รับผลกระทบ และก่อภาระที่ไม่เป็นธรรมแก่กรรมการ³⁴ รวมทั้ง Sir Kenneth Cork ก็ไม่เห็นด้วย³⁵

ปัจจุบันกฎหมายอังกฤษ มีหลักทั่วไปอยู่ว่า กรรมการผู้ซึ่งบริษัทของเขาต้องตกอยู่ใน ภาวะมีหนี้สินล้มพันตัวนั้น มิได้ถูกจำกัดคุณสมบัติจากการมีโอกาสเป็นกรรมการเป็นครั้งที่สอง โดยอัตโนมัติ ปัจจุบันมีข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป อันมีผลจำกัดตัดสิทธิการเป็นกรรมการใน Company Directors Disqualification Act 1986³⁶ ซึ่งเป็นการรวมกันระหว่างบทบัญญัติตาม Company Act 1985 และ Insolvency Act 1985 เข้าด้วยกัน³⁷ โดยมีเป้าหมายสำคัญไม่ใช่เพื่อ เป็นการลงโทษบุคคล แต่เป็นการคุ้มครองสาธารณะชนจากการกระทำในอนาคตของบริษัทที่ได้ แสดงให้เห็นเป็นอันตรายต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายหรือบุคคลอื่น³⁸ ฉะนั้น ในส่วนกระบวนการพิจารณา นั้น แม้การจำกัดสิทธิในการเป็นกรรมการดังกล่าวจะถูกจัดลักษณะเป็นเรื่องทางแพ่งโดยสภาพ แต่ก็ไม่ได้ประกอบด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่เป็นเอกชนด้วยกัน แต่ค่อนข้างจะแสดง ออกมาในรูปของการบังคับเพื่อประโยชน์สาธารณะ³⁹

³⁴ Fiona Tolmie, , *supra* note 28, p. 235-236.

³⁵ Milman & Durrant , Corporate Insolvency Law and Practice , 3rd ed. (London : Sweet & Maxwell , 1999), p. 239.

³⁶ *Ibid.* p. 239.

³⁷ Geoffrey Morse, Enid A. Marshall, Richard Morris, Letitia Crabb , Charlesworth & Morse Company Law, 15 edition, (London : Sweet & Maxwell,1995) p. 373.

³⁸ Harry Rajak, Insolvency Law theory & practice (London : Sweet & Maxwell,1993), p. 174.

³⁹ Milman & Durrant , *supra* note 35, p. 244.