

บทที่ 5

วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับความรับผิด ของกรรมการที่บริหารบริษัทในกรณีบริษัทล้มละลาย

เมื่อบริษัทจดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้น บริษัทจึงมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66 , 1015 และ 1096 กรรมการซึ่งเป็นผู้กระทำการแทนบริษัทมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท โดยเป็นผู้แสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทต่อบุคคลภายนอก ความรับผิดของกรรมการต่อบุคคลภายนอก ถือว่ากรรมการเป็นตัวแทนของบริษัท เมื่อกรรมการได้ปฏิบัติงานไปภายในขอบอำนาจของกรรมการ บริษัทซึ่งเป็นตัวการย่อมต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายที่กรรมการได้กระทำไป ส่วนตัวกรรมการซึ่งเป็นตัวแทนของบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเป็นการส่วนตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 820 ประกอบมาตรา 1167 ดังนั้น เมื่อบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวคือมีหนี้สินมากกว่าสินทรัพย์ และต้องล้มละลาย เจ้าหนี้ของบริษัทต้องขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้น และจะฟ้องร้องให้ผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทรับผิดในหนี้สินของบริษัทไม่ได้ แม้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายไม่เต็มจำนวนก็ตาม

แต่การถือว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยถือว่ากรรมการเป็นตัวแทนของบริษัท จึงไม่จำเป็นต้องรับผิดในหนี้สินของบริษัทเป็นการส่วนตัวต่อเจ้าหนี้ของบริษัทนี้ ในบางกรณีก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ของบริษัท เนื่องจากกรรมการซึ่งเป็นตัวแทนของบริษัทได้ดำเนินธุรกิจของบริษัทโดยไม่สุจริตด้วยการฉ้อฉลหรือหลอกลวงเจ้าหนี้ ดำเนินธุรกิจโดยไม่ชอบ หรือไม่เหมาะสม ทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายได้รับชำระหนี้ในคดีล้มละลายไม่เต็มจำนวน หรือได้รับชำระหนี้น้อยเกินสมควร เมื่อพิจารณาถึงปัญหาและข้อจำกัดต่าง ๆ ตามกฎหมายไทย พบว่ามีข้อที่จะต้องพิจารณาในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ดังนี้ คือ ปัญหาการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ปัญหาการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) ปัญหาการดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม (Unfitness trading)

1. ปัญหาการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading)

1.1 เปรียบเทียบความรับผิดชอบของกรรมการตามกฎหมายประเทศไทยและกฎหมายประเทศอังกฤษ

การดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) จะปรากฏในรูปแบบและวิธีการ 2 ประเภท ดังนี้

(1) การดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้โดยจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อฉ้อฉลเจ้าหนี้โดยเฉพาะ

การดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้โดยจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อฉ้อฉลเจ้าหนี้โดยเฉพาะ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการตั้งบริษัทเพื่อจะฉ้อโกงบุคคลภายนอก โดยอาศัยหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัท บริษัทประเภทนี้จะมีการวางแผนและเตรียมการเป็นอย่างดี ดำเนินการอย่างเป็นระบบ จึงเป็นการยากที่เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกจะตรวจพบถึงการฉ้อฉลได้ ตัวอย่างเช่น การจัดตั้งบริษัทขึ้นมาในระยะแรกจะมีการสร้างเครดิตหรือความน่าเชื่อถือในทางธุรกิจ บริษัทจะชำระราคาสินค้าเป็นเงินสด และชำระหนี้ตรงตามกำหนด เมื่อมีความน่าเชื่อถือในทางธุรกิจแล้ว บริษัทจะฉ้อฉลเจ้าหนี้ โดยการสั่งซื้อสินค้าจากผู้ขายส่ง (Suppliers) จำนวนมาก แต่ไม่ชำระราคาสินค้าตามสัญญา ขายสินค้าดังกล่าวแก่ผู้ซื้อในราคาถูก รับเงินล่วงหน้าจากผู้สั่งซื้อสินค้า แต่ไม่ส่งสินค้าแก่ผู้ซื้อดังกล่าว และกู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ แต่ไม่ชำระหนี้ตามข้อตกลง ขณะเดียวกัน กรรมการจะดำเนินการถ่ายเททรัพย์สินของบริษัทไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว พร้อมกับแก้ไขเปลี่ยนแปลง ชุทซอน ทำลายสมุดบัญชี หรือเอกสารหลักฐานต่าง ๆ อันเกี่ยวกับกิจการ ละเว้นจดข้อความอันเป็นสาระสำคัญ และจดข้อความเท็จในเอกสารดังกล่าว เพื่อให้ยากต่อการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดี ต่อมาบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวและล้มละลาย

สำหรับกฎหมายไทย พฤติการณ์ที่กรรมการถ่ายเททรัพย์สินของบริษัทไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว และการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ชุทซอน หรือทำลายสมุดบัญชี หรือเอกสารหลักฐานต่าง ๆ อันเกี่ยวกับกิจการ ละเว้นจดข้อความอันเป็นสาระสำคัญ และจดข้อความเท็จในเอกสารดังกล่าว สั่งซื้อสินค้าจำนวนมาก แล้วขายสินค้าดังกล่าวออกไปในราคาถูก รับเงินจากผู้สั่งซื้อสินค้า กู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ แต่ไม่ปฏิบัติตามสัญญากับเจ้าหนี้ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า กรรมการได้กระทำโดยทุจริตหลอกลวงเจ้าหนี้ของบริษัท โดยการปกปิดข้อความจริงที่ว่าจะไม่ปฏิบัติตามสัญญาแต่ต้น การจัดตั้งบริษัท และการทำสัญญาในนามของบริษัท เป็นแต่เพียงอุบายของกรรมการเท่านั้น กรรมการจึงมีความผิดฐานฉ้อโกง ตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 341¹ อันเป็นการทำโดยจงใจทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย การที่กรรมการสั่งซื้อสินค้า แต่ไม่ชำระราคา รับเงินจากผู้สั่งซื้อสินค้า แต่ไม่ส่งมอบสินค้าให้ กู้ยืมเงินแต่ไม่ชำระหนี้ และเมื่อบริษัทล้มละลาย เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน เป็นการทำให้ผู้อื่นเสียหายในทางทรัพย์สิน เป็นการทำให้ละเมิดเจ้าหนี้ กรรมการต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420² และพฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าบริษัทเป็นเพียงหุ่น (alter ego) หรือเป็นเพียงเครื่องมือของกรรมการ เนื่องจากกรรมการได้จัดตั้งบริษัทขึ้นมา โดยการแสวงหาประโยชน์ส่วนตนด้วยการถ่ายทรัพย์สินของบริษัทไปเป็นประโยชน์ส่วนตน กรรมการจึงต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ตามหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท ถ้ากรรมการมีความผิดอาญา และถูกศาลพิพากษาลงโทษ หากศาลเห็นว่ากรรมการอาจอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพกรรมการ กระทำความผิดขึ้นอีกในภายหน้า ศาลอาจสั่งห้ามกรรมการประกอบอาชีพกรรมการมีกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ถ้ามีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ชุกช่อน หรือทำลายสมุดบัญชี หรือเอกสารหลักฐานต่าง ๆ อันเกี่ยวกับกิจการ ละเว้นจดข้อความอันเป็นสาระสำคัญ และจดข้อความเท็จในเอกสารดังกล่าว เกิดขึ้นในระหว่างเวลาหนึ่งปีก่อนมีการขอให้บริษัทล้มละลายหรือภายหลังนั้น แต่ก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ กรรมการมีความผิดตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 164 (1)(2)³

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 บัญญัติว่า "ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่น ด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้นได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

³ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. มาตรา 164 ในระหว่างเวลาหนึ่งปีก่อนมีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลายหรือภายหลังนั้น แต่ก่อนมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ลูกหนี้คนใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งปรับทั้งจำ

อย่างไรก็ตาม ในคดีอาญาเจ้าหนี้มีภาระพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดของกรรมการโดยชัดแจ้งปราศจากข้อสงสัยตามสมควร แต่เนื่องจากบริษัทประเภทนี้มีการวางแผนและเตรียมการไว้ล่วงหน้า มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง ชุกซ่อน หรือทำลายสมุดบัญชี หรือเอกสารหลักฐานต่าง ๆ อันเกี่ยวกับกิจการ ละเว้นจุดข้อความอันเป็นสาระสำคัญ และจุดข้อความเท็จในเอกสารดังกล่าว จึงเป็นการยากที่เจ้าหนี้ทั้งหลายจะตรวจสอบพบถึงการฉ้อฉล เมื่อเจ้าหนี้ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่า กรรมการตั้งใจจะไม่ปฏิบัติตามสัญญามาตั้งแต่ต้น โดยการทำสัญญาเป็นแต่เพียงอุบายเพื่อจะได้เงินหรือทรัพย์สินจากเจ้าหนี้เท่านั้น กรณียังถือไม่ได้ว่ากรรมการฉ้อโกงเจ้าหนี้ เป็นแต่เพียงการผิดสัญญาในทางแพ่งเท่านั้น ดังเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 927-928/2534 วินิจฉัยว่า โจทก์ร่วมติดต่อกับค้าขายกับห้าง ส. ซึ่งมีจำเลยเป็นหุ้นส่วน เป็นเวลานานเกือบ 1 ปี การซื้อขายครั้งแรก ๆ โจทก์ร่วมก็ได้รับชำระหนี้แล้ว ส่วนการซื้อขายสองครั้งหลังที่เกิดเหตุ จำเลยก็มีได้ปฏิเสธว่ามีได้ซื้อหรือมิได้เป็นหนี้โจทก์ร่วม โดยรับว่าเป็นหนี้อยู่จริง แต่ขอประนอมหนี้โดยขอชำระหนี้เพียงร้อยละ 15 โจทก์ร่วมเองก็ยอมรับว่าห้าง ส. เป็นหนี้ซื้อไม้จากโจทก์ร่วมซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ในทางแพ่ง ดังนั้น การที่ห้าง ส. ซื้อไม้ครั้งเกิดเหตุแล้วไม่ชำระราคาแก่โจทก์ร่วมจึงเป็นเพียงการผิดสัญญาในทางแพ่งเท่านั้น ไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง เมื่อการกระทำของกรรมการไม่เป็นความผิดฐานฉ้อโกง กรณีจึงไม่เป็นการ

(1) ยักย้าย ชุกซ่อน ทำลาย ก่อความชำรุดหรือเปลี่ยนแปลงดวงตราสมุดบัญชีหรือเอกสารอันเกี่ยวกับกิจการหรือทรัพย์สินของตน หรือรู้เห็นเป็นใจด้วยการกระทำนั้น ๆ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า มิได้มีเจตนาปกปิดสภาพแห่งกิจการของตน

ถ้าปรากฏว่า ดวงตรา สมุดบัญชี หรือเอกสารสูญหาย ชำรุดหรือเปลี่ยนแปลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ลูกหนี้เป็นผู้กระทำ

(2) ละเว้นจุดข้อความอันเป็นสาระสำคัญ หรือจุดข้อความเท็จลงในสมุดบัญชีหรือเอกสารอันเกี่ยวกับกิจการหรือทรัพย์สินของตน หรือรู้เห็นเป็นใจในการนั้น

(3) นำทรัพย์สินซึ่งได้มาโดยเชื่อและยังมิได้ชำระราคาไปจำหน่ายจําเองหรือจำหน่าย เว้นแต่การนั้นเป็นปกติธุระของลูกหนี้ และพิสูจน์ได้ว่ามิได้มีเจตนาฉ้อฉล

(4) รับสินเชื่อกับบุคคลอื่นโดยใช้อุบายหลอกลวงหรือชุกซ่อนโอน หรือส่งมอบทรัพย์สินของตนโดยทุจริตหรือกระทำ หรือยอมให้ผู้อื่นกระทำให้ทรัพย์สินของตนต้องมีภาระผูกพันขึ้นโดยทุจริต หรือยอมหรือสมยอมกับบุคคลอื่นให้ศาลพิพากษาให้ตนต้องชำระหนี้ซึ่งตนมิควรต้องชำระ

กระทำโดยผิดกฎหมาย ไม่เป็นละเมิด เป็นแต่เพียงการผิดสัญญาเท่านั้น บริษัทซึ่งเป็นคู่สัญญาต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ ส่วนตัวกรรมการไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อเจ้าหนี้ของบริษัท

เมื่อพิจารณากฎหมายอังกฤษแล้ว พฤติการณ์ของกรรมการดังกล่าว ถือได้ว่า กรรมการดำเนินกิจการของบริษัทโดยมีเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้ให้ได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน อันเป็นการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) กรรมการต้องรับผิดชอบใช้เงินแก้กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 213 และเนื่องจากกรรมการมีเจตนาหลอกลวง (intent to defraud) เจ้าหนี้ จึงเป็นความผิดทางอาญารฐานดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ตาม The Companies Act 1985 มาตรา 458 อีกด้วย นอกจากนี้ หากต่อมาปรากฏว่าบริษัทต้องล้มละลาย ดังนั้น กรรมการจะถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายไปมาใช้อีก ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 216 และ 217 หากกรรมการฝ่าฝืนก็ต้องถูกลงโทษจำคุก และรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในหนี้ที่กรรมการมีส่วนเกี่ยวข้อง ยิ่งกว่านั้น กรรมการอาจถูกศาลมีคำสั่งห้ามประกอบอาชีพกรรมการอีกมีกำหนดเวลาไม่เกินสิบห้าปี ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 4, 10 หากกรรมการฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าว กรรมการต้องรับโทษทางอาญา และรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในหนี้สินที่กรรมการมีส่วนเกี่ยวข้อง ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 13 และ 15

จากการเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายตามกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษมีมาตรการที่ให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ได้ครอบคลุมกว้างขวางกว่ากฎหมายไทย กล่าวคือ

(1) มาตรการทางอาญา ตามกฎหมายอังกฤษนั้น ในกรณีกรรมการมีเจตนาหลอกลวง (intent to defraud) เจ้าหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ซึ่งไม่ถึงกับต้องมีเจตนาที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาเสียเลย ขณะที่กฎหมายไทยนั้น แม้มีอาชญากรรมฐานฉ้อโกงเจ้าหนี้ได้ก็ตาม แต่เจ้าหนี้ก็จะพิสูจน์ให้ประจักษ์ว่ากรรมการมีเจตนาจะไม่ปฏิบัติตามสัญญามาแต่ต้น หรือการทำสัญญาเป็นแต่เพียงอุบายของกรรมการเพื่อจะได้ทรัพย์สินไปจากเจ้าหนี้เท่านั้น หากกรรมการเจตนาที่จะผูกพันตามสัญญาอยู่ แม้ถึงว่ากรรมการจะรู้อยู่แล้วว่าจะทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนก็ตาม กรรมการก็ไม่มีผิดฐานฉ้อโกงนี้ คงเป็นแต่เพียงการผิดสัญญาในทางแพ่งเท่านั้น การพิสูจน์ให้ได้รับความดังกล่าวนี้ว่าเป็นการยากสำหรับเจ้าหนี้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีเจ้าหนี้ที่เคยมีความสัมพันธ์ทางการค้าหรือทำธุรกิจกับบริษัทมาก่อนแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเพราะกรรมการเพียงมีเจตนาฉ้อฉลในคราวหลัง

หรือกรรมการได้วางแผนสร้างเครดิตหรือความน่าเชื่อถือในทางธุรกิจ โดยวิธีชำระราคาสินค้าเป็นเงินสดและชำระหนี้ตรงตามกำหนดในระยะแรก ต่อมาจึงฉ้อฉลในภายหลัง กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่ากรรมการมิได้มีเจตนาที่จะปฏิบัติตามสัญญามาแต่ต้น การกำหนดมาตรฐานการพิสูจน์เพื่อลงโทษทางอาญาจึงเคร่งครัดกว่ากฎหมายอังกฤษมาก

(2) มาตรการทางแพ่ง แม้กฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษจะมีมาตรการในทางเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ แต่กฎหมายอังกฤษเพียงแต่กรรมการมีเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน กรรมการก็ต้องรับผิดชอบแล้ว ส่วนกฎหมายไทยนั้น เนื่องจากตามปกติกรรมการไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว การจะฟ้องร้องกรรมการให้รับผิดชอบต้องอาศัยหลักกฎหมายละเมิด ในการนี้เจ้าหนี้จะต้องพิสูจน์ว่า กรรมการจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อเจ้าหนี้โดยผิดกฎหมาย ดังนั้น เจ้าหนี้ตามกฎหมายไทยจึงมีภาระการพิสูจน์มากกว่ากฎหมายอังกฤษ นอกจากนี้แล้ว การฟ้องร้องให้รับผิดชอบเพราะเหตุละเมิด จะต้องพิสูจน์ในข้อที่ว่ากรรมการกระทำผิดกฎหมาย อันเป็นองค์ประกอบของการกระทำละเมิด ซึ่งแม้การผิดกฎหมายดังกล่าว มิได้จำกัดเฉพาะกฎหมายอาญา แต่อาจเป็นเพียงการกระทำผิดต่อหน้าที่ที่พึงมีก็ตาม แต่เมื่อกรรมการไม่ได้มีหน้าที่โดยตรงต่อเจ้าหนี้ ดังนั้น เจ้าหนี้อาจจะต้องพิสูจน์ในทำนองเดียวกับคดีอาญาเพื่อให้เห็นว่าไม่ใช่เป็นเรื่องผิดสัญญาทั่วไปเท่านั้น หรืออาจจะพิสูจน์ว่ากรรมการกระทำผิดกฎหมายอาญารฐานฉ้อโกง ทั้งนี้ เจ้าหนี้ไม่ต้องพิสูจน์ให้ศาลรับฟังได้ถึงขนาดปราศจากสงสัย หากแต่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าพยานหลักฐานของโจทก์มีน้ำหนักมากกว่าจำเลย ซึ่งก็ยังเป็นการยุ่งยากแก่บุคคลภายนอกอย่างเจ้าหนี้

ในส่วนผู้ที่ได้รับการเยียวยาทางแพ่งนั้น ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 213 กำหนดให้กรรมการรับผิดชอบใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษกรรมการมากกว่าที่จะให้กรรมการชดใช้ความเสียหาย ผู้ชำระบัญชีไม่ต้องพิสูจน์ว่ากรรมการหลอกลวงเจ้าหนี้เป็นเงินจำนวนเท่าใด จำนวนเงินที่กรรมการต้องรับผิดชอบใช้แก่กองทรัพย์สินของบริษัท จึงไม่จำกัดความรับผิดชอบเฉพาะจำนวนหนี้ที่กรรมการได้ก่อขึ้น (Re William C. Leitch Bros. Ltd. (No.1)) ส่วนกฎหมายไทย กรรมการต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง มิใช่แก่กองทรัพย์สินของบริษัทดังเช่นกฎหมายอังกฤษ

จำนวนค่าเสียหายที่กรรมการต้องชดใช้ Insolvency Act 1986 มาตรา 213 ที่กำหนดให้กรรมการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งศาลอาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษกรรมการได้ คือศาลอาจกำหนดให้กรรมการรับผิดชอบมากกว่าที่เจ้าหนี้

ได้รับความเสียหาย ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายไทย การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นการให้ผู้เสียหายได้กลับคืนฐานะเดิมเหมือนเมื่อยังไม่มีการทำละเมิด โดยให้ผู้เสียหายได้กลับคืนใกล้เคียงกับฐานะเดิมมากที่สุดที่จะทำได้⁴ ความเสียหายที่แท้จริงจึงเป็นความเสียหายสูงสุดที่ศาลจะพึงให้ผู้กระทำละเมิดชำระได้ ศาลจะให้ผู้กระทำละเมิดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อเป็นการลงโทษในทางแพ่งไม่ได้⁵ ดังนั้น กรรมการจึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ตามจำนวนที่เจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย

(3) มาตรการด้านอื่นๆ กฎหมายอังกฤษมีมาตรการห้ามกรรมการใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลาย ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 216, 217 อันเป็นการป้องกันกรรมการมิให้จัดตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาซื้อชื่อและสินทรัพย์ของบริษัทเดิมและดำเนินกิจการเช่นเดิม โดยปล่อยให้บริษัทเดิมล้มละลายและทิ้งเจ้าหนี้ของบริษัทเดิมไว้ (Phoenix syndrome) อันเป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้ แต่กฎหมายไทยหาไม่มีมาตรการดังกล่าวไม่ จึงอาจเป็นช่องทางให้กรรมการจัดตั้งบริษัทใหม่จนอาจเกิดปรากฏการณ์บริษัทล้มแล้วตั้งใหม่ (phoenix companies) ซึ่งบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่มักจะรับเอาสินทรัพย์ของบริษัทเดิมไปด้วย และทอดทิ้งเจ้าหนี้ของบริษัทเดิมไว้เบื้องหลัง กฎหมายอังกฤษกรรมการอาจถูกห้ามประกอบอาชีพกรรมการได้ ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 4, 10 ส่วนกฎหมายไทย ศาลอาจห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพได้ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50⁶ ถ้าศาลพิพากษาลงโทษ และศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หากให้ผู้นั้นประกอบอาชีพนั้นต่อไปอาจกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลอาจสั่งห้ามประกอบอาชีพมีกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษ ดังนั้น หากศาลไม่ได้พิพากษาลงโทษ หรือการกระทำไม่เป็นความผิดอาญา ศาลก็จะสั่งห้ามประกอบอาชีพกรรมการไม่ได้ ถือว่าแตกต่างจากกฎหมายอังกฤษ ตาม The

⁴ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544) น.143

⁵ วารี นาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทประชาชนจำกัด, 2526) น.174

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 บัญญัติว่า “เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิด โดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป อาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น มีกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้”

Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 10 แม้กรรมการไม่มีความผิดทางอาญา แต่ได้ดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 213 กรรมการก็อาจถูกสั่งห้ามประกอบอาชีพกรรมการได้

(2) การดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ระหว่างที่บริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว

บริษัทประเภทนี้เป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาดำเนินการค้าหากำไรทั่วไป มิใช่บริษัทที่ตั้งขึ้นเพื่อจะฉ้อฉลเจ้าหนี้โดยเฉพาะ แต่ได้ดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ระหว่างที่บริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว

เนื่องจากมาตรการการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) เป็นมาตรการตามกฎหมายอังกฤษซึ่งยังไม่มีในกฎหมายไทย ทั้งในทางปฏิบัติที่ผ่านมาก็ไม่ปรากฏว่ามีเจ้าหนี้ฟ้องร้องกรรมการให้รับผิดในกรณีดังกล่าว ทั้งนี้อาจเป็นเพราะไม่มีบทกฎหมายที่ชัดเจนให้อำนาจเจ้าหนี้ฟ้องร้องกรรมการก็เป็นได้ ดังนั้น การศึกษาวิเคราะห์ปัญหาจึงจำเป็นต้องนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษมาเปรียบเทียบว่าตามกฎหมายไทยกรรมการต้องรับผิดเป็นส่วนตัวหรือไม่ เพียงใด

ตัวอย่าง นายเอกกรรมการบริษัทเอรู้อยู่แล้วว่าบริษัทเอมีหนี้สินล้นพ้นตัว นายเอกได้ทำสัญญาและรับเงินจากบริษัทบีผู้สั่งซื้อสินค้า นายเอกได้นำเงินดังกล่าวไปชำระหนี้เงินกู้แก่บริษัทซี ต่อมาบริษัทเอล้มละลาย บริษัทบีต้องยื่นขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายจากกองทรัพย์สินของบริษัทเอและไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน⁷

ปัญหาที่จะต้องพิจารณามีว่า การที่นายเอกกรรมการปกปิดข้อความจริงที่ว่าบริษัทเอมีหนี้สินล้นพ้นตัว จะถือว่าเป็นการทำโดยผิดกฎหมาย อันเป็นการกระทำละเมิดต่อบริษัทบีเจ้าหนี้หรือไม่

หากพิจารณาถึงหลักสุจริต ซึ่งเป็นหลักความซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกันของคู่สัญญา มาประกอบด้วยแล้ว แม้ในระบบกฎหมายประเทศต่างๆ จะยอมรับกันว่า คู่สัญญามีหน้าที่ซื่อสัตย์ตามสัญญาในอันที่จะต้องเปิดเผยหรือแจ้งข้อความจริงให้คู่สัญญาทราบ โดยเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ต้องแจ้งข้อมูลที่ตนมีอยู่ และอาจเข้าถึงโดยง่าย ทั้งเป็นข้อมูลอันจำเป็นแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อเกิดความเสียหาย ตัวอย่างเช่น ผู้ขายมีหน้าที่แจ้งข้อมูลการติดตั้ง ใช้อยู่ และบำรุงรักษาสินค้าให้ปลอดภัยและคงทนแก่ผู้ซื้อ แต่ภายใต้หลักสุจริตดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคงมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แต่ไม่จำเป็นต้องถึงกับต้อง

⁷ เทียบเคียงจากคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษในคดี Re Gerald Cooper Chemicals Ltd.

เสียผลประโยชน์ของตนเองเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของอีกฝ่าย ส่วนการที่จะต้องเปิดเผยความจริงทั้งหมดเพื่อรักษาผลประโยชน์ของอีกฝ่ายนั้น น่าจะต้องเป็นกรณีสัญญาที่อยู่ภายใต้หลักสุจริตอย่างยิ่ง ดังเช่น สัญญาประกันภัย เป็นต้น ส่วนการที่กรรมการปกปิดความจริงเรื่องนี้สั่นหวั่นของบริษัสนั้น จึงไม่น่าจะถือว่าเป็นการทำโดยผิดกฎหมายที่จะเป็นละเมิดได้

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายไทยแล้ว การทำนิติกรรมสัญญาโดยทั่วไป คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของตนเอง จึงมีหน้าที่ต้องตรวจสอบว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีฐานะอย่างไร สิทธิพลและหนี้สินมีเพียงใด และสามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้หรือไม่ หากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวย่อมเป็นความประมาทและเสี่ยงภัยของฝ่ายนั้นเอง ดังที่ศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยไว้ว่า ในการเข้าทำสัญญารับเหมาก่อสร้างเป็นหน้าที่ของผู้รับจ้างโดยตรงที่จะต้องรักษาประโยชน์ของตนเอง ฉะนั้น จึงมีหน้าที่ต้องพิจารณาด้วยตนเองว่าผู้ว่าจ้างเป็นบุคคลมีหลักฐานสมควรที่ผู้รับจ้างเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่ การที่ผู้รับจ้างไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวย่อมเป็นความประมาทและเสี่ยงภัยของตนเอง ฉะนั้น แม้ผู้อื่นจะแจ้งแก่ผู้รับจ้างโดยไม่เป็นความจริงว่า ผู้ว่าจ้างเป็นคนร่ำรวยมีฐานะดีก็ยังไม่ได้ว่าผู้อื่นทำกลฉ้อฉลหลอกลวงโจทก์ สัญญารับเหมาก่อสร้างจึงไม่ตกเป็นโมฆียะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1008/2512)

ดังนั้น ในเบื้องต้นบริษัทบีจึงต้องมีหน้าที่พิจารณาด้วยตนเองว่าบริษัทเอมีฐานะอย่างไร สิทธิพลหรือหนี้สินมีเพียงใด เป็นบริษัทที่มีหนี้สินสั่นหวั่นหรือไม่ สมควรที่จะเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่ ปัญหาว่าการที่นายเอกกรรมการบริษัทเอรู้อยู่แล้วว่าบริษัทเอมีหนี้สินสั่นหวั่น แต่ได้ปกปิดความจริงไว้ไม่เปิดเผยแก่บริษัทบีถือว่านายเอกทำโดยผิดกฎหมายหรือไม่ เห็นว่า นายเอกไม่มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องแจ้งสิทธิพลและหนี้สินของบริษัทเอแก่บริษัทบี เมื่อนายเอกไม่มีหน้าที่ตามสัญญาจึงมีปัญหาต่อไปว่านายเอกมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือไม่ เห็นว่า นายเอกเป็นกรรมการของบริษัทเอจึงมีหน้าที่ต้องระวังรักษาประโยชน์ของบริษัทเอ ไม่มีหน้าที่รักษาประโยชน์ของบริษัทบีเจ้าหนี้ เป็นหน้าที่ของบริษัทบีต้องรักษาประโยชน์ของตนเอง เมื่อนายเอกไม่มีหน้าที่รักษาประโยชน์ของบริษัทบี จึงไม่มีหน้าที่ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่บริษัทบี แม้นายเอกจะรู้ว่าบริษัทเอมีหนี้สินสั่นหวั่นอาจทำให้บริษัทบีได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนก็ตาม เมื่อนายเอกไม่มีหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิพลและหนี้สินแก่บริษัทบี จึงไม่ถือว่านายเอกล่วงสิทธิของบริษัทบีหรือทำโดยผิดหน้าที่ จึงไม่เป็นการทำโดยผิดกฎหมาย ไม่เป็นละเมิด ทั้งไม่อาจถือว่านายเอกปกปิดข้อความจริงอันเป็นละเมิด เพราะการปกปิดอันจะเป็นละเมิดนั้น ต้องเป็นการปกปิดซึ่งเป็นการงดเว้นการที่จำต้องทำเพื่อป้องกันผล ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคท้าย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1172/2492)

กล่าวโดยสรุป กรรมการไม่มีหน้าที่ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้ จึงไม่มีหน้าที่แจ้งว่าบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว เป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้จะต้องตรวจสอบเพื่อป้องกันผลเสียหายเอง หากเจ้าหนี้ละเลยหน้าที่ของตนย่อมเป็นการเสี่ยงภัยของเจ้าหนี้เอง กรณีถือไม่ได้ว่ากรรมการปกปิดข้อความจริงซึ่งความบอกให้แจ้งอันเป็นองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 และก็ถือไม่ได้ว่ากรรมการทำโดยผิดกฎหมายที่จะเป็นละเมิดด้วย ทั้งกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติโดยเฉพาะ ดังนี้ จึงเป็นที่เห็นได้ว่ากฎหมายไทยยังมีข้อจำกัดอยู่มาก

ส่วนกฎหมายอังกฤษ ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 213 กำหนดว่า ในกรณีที่อยู่ในระหว่างการชำระบัญชีเลิกบริษัท ถ้าปรากฏว่าบริษัทได้กระทำธุรกิจบางอย่างของบริษัท โดยมีเจตนาที่จะหลอกลวงเจ้าหนี้ของบริษัท หรือเจ้าหนี้ของบุคคลอื่น ผู้ชำระบัญชีอาจยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลซึ่งรู้และร่วมในการดำเนินกิจการดังกล่าวต้องรับผิดชอบโดยลำพังที่จะต้องชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

ข้อเท็จจริงตามตัวอย่างข้างต้น ศาลประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยว่า ถ้าผู้จัดการได้รับเงินจากลูกค้าโดยรู้อยู่แล้วว่าลูกค้าจะไม่ได้รับสินค้านั้น เนื่องจากบริษัทจะล้มละลาย ถึงแม้ว่าจะเป็นกระทำความเพียงครั้งเดียวก็เพียงพอแล้วที่จะถือว่าเป็นการดำเนินกิจการโดยหลอกลวงลูกค้าของบริษัท (คดี Re Gerald Cooper Chemicals Ltd.) โดยถือว่าการกระทำความดังกล่าวเป็นการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ผู้ชำระบัญชีมีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลให้กรรมการซึ่งรู้หรือร่วมในการดำเนินกิจการของบริษัทต้องรับผิดชอบโดยชดใช้เงินให้แก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

เมื่อบริษัทล้มละลาย กรรมการจะถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายไปมาใช้อีก ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 216 และ 217 และกรรมการอาจถูกห้ามประกอบอาชีพกรรมการ ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 4, 10 รวมทั้งอาจต้องรับโทษทางอาญา ตาม The Companies Act 1985 มาตรา 458 หากปรากฏว่ากรรมการมีเจตนาหลอกลวง (intent to defraud) เจ้าหนี้ เช่นเดียวกับกรณีการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ โดยจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อฉ้อฉลเจ้าหนี้โดยเฉพาะที่กล่าวมาแล้ว

การที่กฎหมายไทยไม่มีหลักเกณฑ์และมาตรการที่ชัดเจนในการให้การคุ้มครองเจ้าหนี้ในกรณีดังกล่าว อาจก่อให้เกิดผลดังนี้

- (1) เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเนื่องจากไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน

(2) กรรมการอาจอาศัยเป็นช่องว่างในการใช้หลักความเป็นนิติบุคคลโดยมิชอบทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองที่เพียงพอ เนื่องจากการกระทำของกรรมการเป็นเหตุให้ยากแก่การไว้วางใจในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์ต่อกัน บริษัทต้องเสียค่าใช้จ่ายในการหาหลักประกันเพิ่มขึ้นเพื่อให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจ ส่วนเจ้าหนี้ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบสถานะทางการเงินของลูกหนี้ตลอดเวลา

(3) กรรมการอาจไปจัดตั้งบริษัทใหม่ที่มีชื่อเหมือนหรือคล้ายกับบริษัทที่ล้มละลายและดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้เช่นเดิมซ้ำอีก จนกระทั่งอาจเกิดปรากฏการณ์บริษัทล้มแล้วตั้งใหม่ (phoenix companies)

(4) เมื่อกรรมการไม่ต้องรับผิดชอบอาจเป็นสาเหตุให้เกิดการเลียนแบบโดยบุคคลอื่น

1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

เมื่อบริษัทประสบปัญหายุ่งยากทางการเงิน แม้กรรมการมักจะพยายามหาเงินทุนใหม่มาเสริมสภาพคล่องและทำการค้าต่อไป ซึ่งต้องถือว่าเป็นดุลพินิจของกรรมการที่จะตัดสินใจในทางธุรกิจ แต่เมื่อใดก็ตามที่มีเหตุอันควรคาดหมายได้ว่าบริษัทจะตกอยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว ไม่สามารถชำระหนี้ที่ถึงกำหนดได้ หรือมูลค่าสินทรัพย์ที่มีอยู่ต่ำกว่าความรับผิด กรรมการมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก กล่าวคือ ต้องตรวจสอบปัญหาอย่างจริงจังสม่ำเสมอและรับฟังคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญ และที่สำคัญ จะต้องไม่ดำเนินการค้าอย่างฉ้อฉล หรือดำเนินการทั้งที่รู้อยู่แล้วว่าเจ้าหนี้ไม่มีทางได้รับชำระหนี้คืน ทั้งนี้ เชื่อว่าจะเป็นการกำหนดมาตรการให้การจำกัดความรับผิดตามหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัท ซึ่งเจ้าหนี้เสียประโยชน์มีความสมดุลกับหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่พึงมีต่อเจ้าหนี้ ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์

ปัจจุบันประเทศไทยมีเพียงมาตรการรวบรวมทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ถือว่ายังไม่เป็นการเพียงพอต่อการแก้ปัญหา เพราะเป็นเพียงการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ทั้งไม่แน่ว่าจะมีการตรวจพบ และสามารถดำเนินการติดตามรวบรวมคืนมาได้เพียงใด ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก จึงจำเป็นต้องมีมาตรการในทางป้องกันยับยั้งการกระทำของกรรมการควบคู่ไปด้วย

1.2.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาด้านหลักสุจริต

ความหมายของหลักสุจริต ระบบกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่จะแยกความแตกต่างระหว่างหลักสุจริตในความหมายทางอัตตวิสัย (subjective good faith)⁸ กับหลักสุจริตในความหมายในทางภาวะวิสัย (objective good faith) ซึ่งหลักสุจริตในความหมายทางอัตตวิสัยนี้ หมายถึงสถานะแห่งจิตใจภายในว่าไม่รู้หรือไม่จำต้องรู้ถึงข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งซึ่งมีผลทางกฎหมายบางประการ ในความหมายเช่นนี้จึงมีความหมายแคบ ๆ นับว่าเป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง ในวงการนักกฎหมายไทยและนักกฎหมายอังกฤษรู้ถึงความหมายคำว่าสุจริตในแง่ที่ดี⁹ ส่วนหลักสุจริตในความหมายทางภาวะวิสัย (Objective Sense) มักจะอ้างเป็นบันทัดฐานของบุคคล ผู้ป็นคู่สัญญาว่าเป็นไปตามหลักสุจริตหรือขัดต่อหลักสุจริต¹⁰ หมายถึงหลักความจริงตรงไปตรงมา หลักความซื่อตรงในความประพฤติ ซึ่งเป็นเสมือนหลักเกณฑ์ของความประพฤติที่คู่สัญญาจะต้องถือปฏิบัติเช่นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ในทางนี้ รวมทั้งหมายถึงหลักการช่วยเหลือซึ่งกันและกันในสัญญา ซึ่งหลักอันนี้ไปไกลกว่าหลักที่ว่าการกระทำนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เพราะในกรณีนั้นนอกจากจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นแล้วยังต้องผลประโยชน์ของตนเองด้วย¹¹

โดยลักษณะทั่วไปของหลักสุจริต อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) เป็นบทกฎหมายเพื่อความยุติธรรม (Jus Acquum) คือ ไม่ได้กำหนดข้อเท็จจริงเป็นองค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้อย่างแน่ชัด ในการใช้หรือตีความบทกฎหมายนี้ จำเป็นต้องใช้ดุลพินิจประกอบเพิ่มเติมเนื้อความของกฎหมายให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อให้เป็นธรรมและเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีความตามกาลสมัย¹² หรือข้อเท็จจริงทางเศรษฐกิจและสังคม

⁸ Martijn Hesseling, "Good Faith", *Towards a European Civil Code*, 2rd Revised and Expanded Edition, (The Hague : Kluwer Law International, 1982) , p.287.

⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ, อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์ วันอังคารที่ 21 มิถุนายน 2526

¹⁰ Martijn Hesselink, *Ibid* 8 , p.287.

¹¹ Bianca C.M., *Diritto: Civil:II Contratto*, (Giuffrè : Milano), 1984, p 472 อ้างใน จำปี โสติพันธ์, หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลาจำกัด, 2544) , น. 110

¹² ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2525) , น.32 ; สุจิต ปัญญาพฤกษ์, การใช้สิทธิโดยสุจริต, วิทยานิพนธ์

ที่เปลี่ยนแปลงไป อันจะเป็นการเปิดประตูให้กฎหมายธรรมชาติ และสิทธิมนุษยชนเข้ามาสู่กฎหมายแพ่ง¹³ เป็นข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถแก้ไขหรือปรับแต่งนิติสัมพันธ์ (Anpassung) หรือพัฒนากฎหมายโดยทางตุลาการได้¹⁴

เดิมประเทศภาคพื้นยุโรปเห็นว่าศาลมีหน้าที่ปรับใช้กฎหมาย แต่ไม่มีหน้าที่สร้างกฎหมาย แต่หากพิจารณาให้ลึกซึ้งแล้วยังไม่ถูกต้องเท่าใดนัก เนื่องจากการปรับใช้กฎหมายศาลย่อมต้องตีความ อุดช่องว่าง หรือแก้ไขหลักกฎหมายที่เป็นนามธรรมในประมวลกฎหมายเพื่อให้ได้ผลการวินิจฉัยอันพึงประสงค์ ในการนี้ศาลมักอ้างหลักสุจริตเป็นฐานในการวางหลักใหม่ที่ไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติกฎหมายอื่นใดในประมวลกฎหมาย ดังนี้ จึงมีทัศนะใหม่ว่าศาลไม่เพียงแต่มีหน้าที่ปรับใช้กฎหมาย แต่ยังต้องสร้างหลักกฎหมาย (judge-make-rules) อีกด้วย โดยนัยนี้หลักสุจริตมีความสำคัญในแง่การสร้างความสำเร็จว่าศาลมีอำนาจสร้างหลักกฎหมายใหม่ขึ้นได้ ถ้าหากบทบาทของศาลในฐานะที่เป็นผู้สร้างหลักกฎหมายเป็นที่ยอมรับชัดแจ้งก็ไม่ต้องการหลักสุจริตดังเช่นในกฎหมายอังกฤษ¹⁵ ดังนี้ นอกจากศาลจะต้องปรับใช้กฎหมายแล้ว ศาลยังอาจสร้างหลักกฎหมายขึ้น (judge-make-rules) ได้โดยผ่านการอ้างหลักสุจริต

(2) เป็นบทครอบจักรวาล(Generalklauseln) ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมการใช้สิทธิหรือความประพฤติของบุคคลในทุกๆ เรื่อง ทั้งในทางเสริม จำกัด แก้ไขเนื้อหาแห่งสิทธิเรียกร้อง (Anspruch)¹⁶ โดยนัยนี้ หลักสุจริตจึงเป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่างๆ ว่าการกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่ระบบกฎหมายนั้นจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่จึงได้รับยกย่องว่าเป็นรากฐานของกฎหมายทั้งระบบทีเดียว นับเป็นการประกาศอุดมคติแห่ง

มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย . 2541 _ น. 28 :E.J. Cohn, Manual of German Law, Volume 1, (London: Oceana Publications, Inc, 1968), pp. 97-98.

¹³ Nigel G. Foster, German Law & legal Sstem, (Blackstone Press Limited), p.200; Norbert Horn ,Hein Kotz and Hans G. Leser, German Private and commercial Law : an introduction, (Oxford: Clarendon Press, 1982), p.137; E.J. Cohn, *Ibid* 12, p. 97

¹⁴ Howard D.Fisher, German Legal System and Legal Language, (London : Covendish Publishing Limited, 1996), p.40

¹⁵ Martijn hessilink, *Supra note 8* , p. 300,308.

¹⁶ Howard D.Fisher, *supra note 14* , p.40.

ความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมจะต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันด้วยหลักสุจริต¹⁷ อันเป็นการกำหนดระดับศีลธรรมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมให้สูงกว่าระดับศีลธรรมของหมู่มนุษย์ที่จะต้องให้ความระแวดระวังเป็นพิเศษ เพราะเป็นวิสัยของสังคมเช่นนั้น(ใจ) ที่จะต้องขวยโอกาสเอาเปรียบกันอยู่เสมอ¹⁸ หลักสุจริตอาจปรับใช้ได้ทั้งในทางเป็นโล่ห์เป็นดาบ¹⁹ แต่ในกฎหมายไทยศาลฎีกามักจะใช้ในทางคุ้มครองจำเลยยิ่งกว่าโจทก์ ทั้งนี้เพราะศาลไทยเราคุ่นเคยกับสุภาชิตกฎหมายของหลักอคติที่ว่าโจทก์ต้องมาศาลด้วยมือสะอาด (He who comes to equity must come with clean hands) โดยใช้หลักกฎหมายนี้ในทางที่เป็นคุณแก่จำเลยด้วยการยกฟ้องโจทก์ไม่ค่อยได้ใช้ในทางเป็นคุณแก่โจทก์หรือบังคับเอากับจำเลย อย่างที่นักกฎหมายอังกฤษเรียกว่าเป็นการใช้เป็นโล่ห์ยิ่งกว่าเป็นดาบ²⁰

(3) เป็นหลักการหรือหลักทั่วไป (General legal principle/allgemeiner Rechtsgrundsatz) ซึ่งปรับใช้ทั่วทั้งระบบกฎหมาย²¹ ไม่ใช่เป็นกฎหมายทั่วไป (jus generale) ที่ถูกตัดโดยกฎหมายพิเศษ ดังที่ภาษิตกฎหมายกล่าวว่ากฎหมายพิเศษมาก่อนกฎหมายทั่วไป (Specialia generalibus derogat) แม้เรื่องใดมีบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนั้นอยู่แล้ว ก็ยังใช้เป็นมาตรฐานเพื่อชี้ว่าการกระทำตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ได้กระทำโดยไม่ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจหรือไม่²²

(4) เป็นกฎหมายที่มีเนื้อความไม่ชัดเจน (Unbestimmter Rechts) ที่ไม่สามารถทำให้ความหมายกระจ่างแน่ชัด²³ เนื่องจากเป็นที่ยอมรับว่าข้อกำหนดหลักสุจริตเป็นบันทัดฐานเปิด (open norm) กล่าวคือ เป็นบันทัดฐานซึ่งไม่อาจกำหนดเนื้อหาโดยชัดเจนได้ หากแต่ต้องขึ้นอยู่กับ

¹⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9 ; รองพล เจริญพันธ์, กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : เจริญวิทยการ พิมพ์, 2520), น. 18 ; สุจิต ปัญญาพฤกษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12 , น. 55.

¹⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 55

¹⁹ Nigel G. Foster, *supra* note 13, p.200.

²⁰ โสภณ รัตนกร, "หมายเหตุท้ายคำพิพากาศาลฎีกาที่ 2591/2543", คำพิพากษาศาลฎีกาประจำปี พ.ศ. 2543 เล่ม 6 สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ, น. 68.

²¹ Howard D. Fisher, *supra* note 14 ,p.40.

²² ปรีดี เกษมทรัพย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9

²³ เพิ่งอ้าง, สุจิต ปัญญาพฤกษ์ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12 ,น. 29

กับพฤติกรรมแห่งกรณีที่ต้องปรับใช้และต้องกำหนดในทางที่เป็นรูปธรรม²⁴ ดังนี้ ศาลจึงต้องวินิจฉัยหลักสุจริตไปตามพฤติกรรมเฉพาะของแต่ละคดี(Einzelfallgerechtigkeit)²⁵ อย่างไรก็ตาม ศาลต้องไม่ตัดสินใจไปตามทางที่เห็นว่าเป็นธรรมที่สุดสำหรับตน หากแต่ต้องพยายามวินิจฉัยข้อกำหนดเรื่องหลักสุจริตไปในทางภาวะวิสัยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้²⁶ แนวทางของฝรั่งเศสใช้วิธีการทางอนุมาน(deductive approach) มากกว่า โดยการค้นหาน้ำที่ตามหลักสุจริตหรือมาตรฐานของหลักสุจริตในทางทฤษฎีอันเป็นการจำแนกหน้าที่ย่อยๆ ของหลักสุจริตเพื่อให้เป็นแนวทางทั่วไปสำหรับศาลใช้ในการวินิจฉัยคดีที่จะเกิดขึ้น²⁷ ส่วนแนวทางของกฎหมายเยอรมัน มีความพยายามในการพัฒนาวิธีการให้เหตุผลและทำให้คำวินิจฉัยของศาลมีความเป็นภาวะวิสัย(Methodenlernen) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การปรับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อกำหนดทั่วไปอย่างเช่นหลักสุจริตเป็นไปอย่างมีเหตุมีผลและเป็นภาวะวิสัยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้แทนที่จะปล่อยให้ไปตามคำวินิจฉัยในทางอัตตะวิสัยของผู้พิพากษาแต่ละคน ซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปถึงวิธีการให้เหตุผลโดยการแยกหน้าที่และจัดกลุ่มคดีที่ศาลได้มีการปรับใช้หลักสุจริตมาแล้ว(Fallgruppen) อันก่อให้เกิดระบบภายในของหลักสุจริต อันเป็นวิธีการในแนวอุปนัย(inner system of good faith) ซึ่งถือว่าเป็นขอบเขตเนื้อหาของบันทัดฐานของหลักสุจริต อันเป็นวิธีการในแนวอุปนัย(inductive approach)²⁸ คือการสร้างหลักทั่วไปขึ้นจากหลักเฉพาะที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี

แนวทางแก้ไขปัญหามาจกระทำโดยศาล โดยอาศัยหลักสุจริตตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ในการควบคุมการกระทำของกรรมการกรณีที่ดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้(Fraudulent trading) โดยถือว่าการกระทำการหลอกลวงเจ้าหนี้ โดยรู้อยู่แล้วว่าบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยกระทำการก่อนนี้ทั้งรู้ว่าเจ้าหนี้จะไม่รับชำระหนี้เต็มจำนวนเป็นรูปแบบของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เมื่อเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน จึงถือว่าเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ตามมาตรา 421

²⁴ Martijn hessilink, *supra* note 8 ,pp.288-289.

²⁵ Soergel/Teichmann(1990) in Martijn Hesselink ,*Ibid* , p289; Norbert horn, hein Kotz and hans G. Leser, *supra* note13, p.138.;ปรีดี เกษมทรัพย์,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 9*

²⁶ Larenz (1987),p. 126 ff. in Martijn hesselink, *Ibid* , p.289.

²⁷ Martijn Hesselink, *Ibid* , p.290.

²⁸ *bid.*,pp.289-290.

ซึ่งบัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” อันเป็นการทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายเป็นละเมิดตามมาตรา 420 ซึ่งศาลอาจสร้างหลักเกณฑ์เพื่อความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้โดยผ่านการอ้างหลักสุจริตขึ้นมาได้ (judge-made-rule) ตามหลักสุจริตนี้ ศาลอาจวางหลักเสริมกฎหมายให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อให้ความเป็นธรรมและเหมาะสมแก่พฤติการณ์แห่งกรณีตามยุคสมัย หรือสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ถือเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถแก้ไขหรือปรับแต่งหรือพัฒนากฎหมายโดยทางตุลาการได้

อย่างไรก็ตาม แนวทางแก้ไขด้วยหลักสุจริตไม่มีความแน่นอน เนื่องจากไม่ว่าศาลจะยอมรับเพียงใด ทั้งหลักสุจริตเองเป็นบทกฎหมายที่มีเนื้อหาความไม่ชัดเจน (Unbestimmter Rechts) ต้องปรับใช้ไปตามพฤติการณ์เฉพาะของแต่ละคดี การบังคับใช้ย่อมขึ้นอยู่กับอรรถะวิสัยของผู้พิพากษาแต่ละคนอยู่มาก ยิ่งกว่านั้นยังต้องรอให้เกิดคดีข้อพิพาทขึ้นมาเสียก่อน และแม้บางกรณีกรรมการอาจต้องรับผิดชอบใช้เงินแก่เจ้าหนี้ แต่กรรมการก็อาจไปจัดตั้งบริษัทใหม่ และดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้เช่นเดิมซ้ำอีก และอาจเป็นสาเหตุให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโดยบุคคลอื่น จนกระทั่งอาจเกิดปรากฏการณ์บริษัทล้มแล้วตั้งใหม่ (phoenix companies) ขึ้นมาแทน ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ให้ได้ผลเป็นรูปธรรมซึ่งจะเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้และบุคคลภายนอก จึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้ชัดเจน

1.2.2 แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยกำหนดความรับผิดทางอาญา กำหนดความรับผิดทางแพ่ง กำหนดห้ามใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย กำหนดห้ามประกอบอาชีพกรรมการ โดยพิจารณากฎหมายอังกฤษเปรียบเทียบ ซึ่งมีข้อเสนอแนะดังนี้

(1) กำหนดความรับผิดทางอาญา

เนื่องจากการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) กรรมการมีเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สิน โดยได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน มีลักษณะของการก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ จึงสมควรกำหนดให้กรรมการรับผิดทางอาญา เพื่อเป็นการป้องปราม และลงโทษกรรมการที่ไม่สุจริต แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้กรรมการรับผิดทางอาญาควรมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. บุคคลที่ต้องรับผิด คือ กรรมการ และบุคคลที่ร่วมในการทำการหลอกลวงเจ้าหนี้
2. กำหนดให้รับผิดในกรณีที่บุคคลดังกล่าวเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้ โดยรู้อยู่แล้วว่าเจ้าหนี้คนใหม่ไม่มีโอกาสได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน แต่ก็ยังขึ้นก่อนหนี้สินขึ้นอีก

(2) กำหนดความรับผิดทางแพ่ง

เนื่องจากการดำเนินธุรกิจของบริษัทโดยรู้สภาพของบริษัทว่ามีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่กรรมการยังดำเนินการก่อนหนี้สินขึ้นอีกทั้งรู้อยู่แล้วว่าเจ้าหนี้จะไม่ได้รับชำระเต็มจำนวน แม้ว่าเจ้าหนี้จะมีหน้าที่ตรวจสอบฐานะทางการเงินของบริษัท แต่ความเสียหายของเจ้าหนี้ส่วนหนึ่งเกิดจากการกระทำของกรรมการที่ไม่สุจริตหลอกลวงเจ้าหนี้ให้ไม่ได้รับความเสียหาย ซึ่งกรรมการควรจะมีส่วนรับผิดชอบด้วย ดังนั้น จึงควรกำหนดให้กรรมการรับผิดชอบใช้เงินแก่บริษัท การกำหนดความรับผิดทางแพ่งของกรรมการ ควรกำหนดเป็นข้อยกเว้นหลักความเป็นสภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยกำหนดให้รับผิดชอบบริษัทล้มละลาย และควรบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย เพราะหากบริษัทไม่ล้มละลาย เจ้าหนี้ก็ยังได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนและไม่เสียหายโดยแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายควรมีจะหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. บุคคลที่ต้องรับผิด คือ กรรมการและบุคคลที่ร่วมในการหลอกลวงเจ้าหนี้
2. กำหนดให้รับผิดชอบในกรณีบริษัทล้มละลาย เพราะว่าถ้าบริษัทไม่ล้มละลายก็ไม่จำเป็นต้องรับผิด ทั้งนี้เนื่องจากหากบริษัทไม่ล้มละลายเจ้าหนี้ยังสามารถได้รับชำระหนี้จากบริษัทได้จนเต็มจำนวน
3. กำหนดให้กรรมการรับผิดชอบในกรณีที่รู้ว่าเป็นหนี้สินล้นพ้นตัว กล่าวคือ บริษัทมีหนี้สินมากกว่าสินทรัพย์ หรือไม่สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทุกคนได้ การพิจารณาว่ากรรมการรู้ว่าบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่นั้น อาจพิจารณาความสามารถในการชำระหนี้ของบริษัท เช่น หากบริษัทไม่สามารถจะชำระหนี้ที่ถึงกำหนดได้ในเวลาอันสมควร ถือว่ากรรมการรู้ว่าบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว
4. กำหนดให้รับผิดชอบในกรณีดำเนินธุรกิจโดยหลอกลวงเจ้าหนี้ กล่าวคือ กรรมการมีเจตนาไม่สุจริตอาศัยความเป็นนิติบุคคลของบริษัททำการโดยมิชอบทำให้เจ้าหนี้ที่ไม่ทราบฐานะทางการเงินของบริษัทเสียหายได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน เนื่องจากบริษัทล้มละลาย
5. กำหนดให้กรรมการรับผิดชอบใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

(3) กำหนดห้ามใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลาย

เมื่อมีการบริหารบริษัทจนมีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้วมีการตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาทำธุรกิจอย่างเดียวกัน แต่ใช้ชื่อบริษัทเปลี่ยนไปจากเดิมเพียงเล็กน้อย บริษัทใหม่เข้ามาซื้อสินทรัพย์ของบริษัทที่ล้มละลายเดิม แต่ทั้งเจ้าหนี้ของบริษัทที่ล้มละลายเดิมเอาไว้ และมีกรรมการของบริษัทที่ล้มละลายเดิมเข้าไปเป็นกรรมการบริหารบริษัทใหม่ที่มีชื่อเหมือนหรือคล้ายกับบริษัทที่ล้มละลาย

เห็นได้ว่าการดำเนินธุรกิจดังกล่าวเป็นการฉ้อฉลเจ้าหนี้ ดังนี้ จึงสมควรจำกัดสิทธิกรรมการในการเข้าไปบริหารบริษัทใหม่ที่ชื่อเหมือนหรือคล้ายจนเห็นถึงความสัมพันธ์กับบริษัทที่ล้มละลายเดิม เพราะว่าจะเป็นป้องกันกรรมการถ่ายโอนทรัพย์สินไปยังบริษัทใหม่ และทั้งนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้เดิมไว้แก่บริษัทเก่า ทั้งเป็นการแก้ไขปัญหาการตั้งบริษัทใหม่ซ้ำ ๆ (Phoenix syndrome) ดังนั้นจึงเห็นควรกำหนดให้มีมาตรการในการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้และบุคคลภายนอกจากการกระทำฉ้อฉลของกรรมการดังกล่าว โดยกำหนดห้ามกรรมการใช้ชื่อบริษัทที่ตนบริหารจนล้มละลาย หากกรรมการเข้าไปเกี่ยวข้องกรรมการต้องรับผิดชอบในตัวในหนี้สินของบริษัทที่ตนมีส่วนร่วมบริหารจัดการบริษัท และต้องรับผิดชอบทางอาญาด้วย โดยเห็นว่าควรจะมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ มาตรา 216 และ 217²⁹ เนื่องจากมีความชัดเจน และคุ้มครองเจ้าหนี้และ

²⁹ Insolvency Act 1986 S.216

(1) มาตรการนี้ใช้บังคับแก่บุคคลซึ่งบริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัวในเวลานั้นหรือหลังจากที่บุคคลนั้นได้รับแต่งตั้ง และบุคคลนั้นเป็นกรรมการหรือกรรมการเงาของบริษัทไม่ว่าในเวลาใดภายในระยะเวลา 12 เดือน นับถึงวันก่อนที่บริษัทจะเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีดังกล่าว

(2) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ชื่อที่เป็นชื่อถูกห้ามในทางที่เกี่ยวกับบุคคลดังกล่าว ถ้าปรากฏว่า

(a) เป็นชื่อซึ่งบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นที่รู้จักในเวลาใดในระยะเวลา 12 เดือน หรือ

(b) เป็นชื่อซึ่งคล้ายคลึงกับชื่อตาม(a) จนรู้ถึงความสัมพันธ์กับบริษัทนั้นได้

(3) เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาลหรือตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดไว้ ภายในเวลาใดในระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่บริษัทชำระเข้าสู่การชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับตามมาตรานี้จะต้องไม่กระทำการดังต่อไปนี้

(a) เป็นกรรมการในบริษัทอื่นซึ่งเป็นที่รู้จักโดยชื่อที่ถูกห้าม

(b) ไม่ว่าในทางใด ไม่ว่าจะได้โดยตรงหรือโดยอ้อม เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการส่งเสริม การก่อตั้ง หรือการจัดการของบริษัทใดๆ หรือ

(c) ไม่ว่าในทางใด ไม่ว่าจะได้โดยตรงหรือโดยอ้อม เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางธุรกิจ(แม้จะไม่ได้กระทำโดยบริษัท)ภายใต้ชื่อที่ถูกห้าม

(4) ถ้าบุคคลนั้นฝ่าฝืนมาตรานี้ ต้องถูกจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

(5) ตาม(3) ศาล หมายความว่า ศาลใดๆที่มีเขตอำนาจเหนือคดีเลิกบริษัท และในการยื่นคำอนุญาตจากศาลตามอนุमतาดังกล่าว นายทะเบียนหรือ official receiver อาจมาศาลและแสดงให้เห็นข้อเท็จจริงใดตามที่เห็นว่าเกี่ยวข้อง

(6) การเปรียบเทียบชื่อตามมาตรานี้ นั้น ไม่ว่าต้องเปรียบเทียบเวลาใด ให้เปรียบเทียบชื่อกับสิ่งที่เป็นที่รับรู้กันว่าเป็นชื่อของบริษัทในเวลานั้น หรือเปรียบเทียบชื่อใดๆกับสิ่งที่บริษัทดำเนินธุรกิจในเวลานั้น

(7) เพื่อประโยชน์ของมาตรานี้ ถือว่าบริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว ถ้าบริษัทชำระบัญชีในเวลาที่มีสิทธิประโยชน์ไม่เพียงพอที่จะชำระหนี้และความรับผิดชอบอื่นๆตลอดจนค่าใช้จ่ายในการเลิกบริษัท

(8) ในมาตรานี้ บริษัท หมายความว่ารวมถึง บริษัทซึ่งอาจเลิกบริษัทตามหมวดที่ 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้

Insolvency Act 1986 S.217

ความรับผิดชอบส่วนตัวในหนี้สินอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนมาตรา 216

(1) บุคคลมีความรับผิดชอบเป็นส่วนตัวสำหรับหนี้ของบริษัทที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลาย ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำการดังต่อไปนี้ ไม่ว่าในเวลาใด

(a) ฝ่าฝืนมาตรา 216 โดยเข้าไปมีส่วนร่วมบริหารจัดการบริษัท หรือ

(b) เป็นบุคคลที่เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการบริษัท โดยกระทำหรือจงใจที่จะกระทำตามคำชี้แนะจากบุคคลอื่น(ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตจากศาล) โดยรู้อยู่แล้วว่าบุคคลนั้นฝ่าฝืนมาตรา 216

(2) กรณีบุคคลมีความรับผิดชอบสำหรับหนี้ของบริษัทที่มีส่วนเกี่ยวข้องตามมาตรา 216 บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและรับผิดชอบแทนกันในหนี้ดังกล่าวของบริษัท และหนี้ของบุคคลอื่นที่ต้องรับผิดชอบด้วยตามมาตรา 216 หรือโดยประการอื่น

(3) เพื่อประโยชน์ของมาตรานี้ หนี้ของบริษัทที่เกี่ยวข้องนั้นได้แก่

(a) หนี้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวตามข้อ (1)(a) โดยหนี้ันั้นเกิดในเวลาที่ยังคงมีส่วนร่วมบริหารจัดการบริษัท

(b) หนี้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวตามข้อ (1)(b) โดยหนี้ันั้นเกิดขึ้นในเวลาที่ยังคงกระทำหรือจงใจที่จะกระทำตามคำชี้แนะจากบุคคลอื่น(โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล)โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวข้างต้น

บุคคลภายนอกจากการฉ้อฉลของกรรมการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังเป็นธรรมกับกรรมการ เพราะกรรมการอาจเข้าไปบริหารจัดการบริษัทใหม่ได้โดยขออนุญาตจากศาลก่อน

(4) กำหนดห้ามประกอบอาชีพกรรมการ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 50 บัญญัติว่า

"บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือการจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน"

ดังนั้น การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพจึงไม่อาจทำได้ แต่เนื่องจากการดำเนินกิจการของบริษัทส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ โดยเฉพาะบริษัทใหญ่ ๆ อาจมีผลกระทบต่อประชาชนจำนวนมาก รัฐจึงอาจจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของกรรมการได้ โดยออกเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 50 วรรคสอง ปัญหาที่ว่ากรณีที่กรรมการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ของบริษัท สมควรจะจำกัดสิทธิการประกอบอาชีพของกรรมการหรือไม่ การดำเนินกิจการของบริษัทย่อมส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม ดังนั้น การที่บริษัทสามารถดำเนินกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพย่อมเป็นหนทางนำไปสู่ความมั่นคงทางระบบเศรษฐกิจ แต่

(4) เพื่อประโยชน์ของมาตรานี้ ถือว่าบุคคลมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการบริษัท ถ้าบุคคลนั้นเป็นกรรมการของบริษัท หรือมีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือเพียงแต่มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการบริษัท

(5) เพื่อประโยชน์ของมาตรานี้ บุคคลผู้ใดกระทำการเป็นผู้มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการบริษัทในเวลาใด ตามคำชี้แนะ(โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล)จากผู้ที่ตนรู้แล้วว่าฝ่าฝืนตามมาตรา 216 ต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลนั้นกระทำไปโดยจงใจ

(6) ในมาตรานี้ บริษัท หมายความว่ารวมถึง บริษัทซึ่งอาจเลิกบริษัทตามหมวดที่ 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้

การที่บริษัทจะบรรลุวัตถุประสงค์และดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น กรรมการซึ่งเป็นผู้แสดงความประสงค์ของบริษัทจะต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสม กล่าวคือ ไม่มีพฤติกรรมอันสื่อถึงการทุจริตการประพฤติมิชอบในด้านการเงิน หรือปฏิบัติหน้าที่อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท และเจ้าหนี้ มาตรการการกำหนดห้ามกรรมการที่เคยประพฤติหรืออาศัยโอกาสที่ตนเป็นกรรมการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและเจ้าหนี้ซ้ำอีก จึงเป็นสิ่งที่จำเป็น จึงสมควรจำกัดสิทธิของกรรมการในกรณีที่อาศัยโอกาสจากการเป็นกรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้

ประเทศไทยกำหนดให้ศาลมีคำสั่งห้ามบุคคลประกอบอาชีพไว้เฉพาะกรณีที่มีการกระทำความผิดอาญา ซึ่งปรากฏอยู่ในประมวลอาญา มาตรา 50³⁰ ซึ่งมีหลักเกณฑ์สำคัญว่า ศาลต้องพิพากษาลงโทษ ฉะนั้น หากกรรมการกระทำความเสียหายให้แก่บริษัทและเจ้าหนี้ แต่ยังไม่ถึงขนาดเป็นการกระทำความผิดอาญา หรือศาลมิได้พิพากษาลงโทษ บุคคลเหล่านั้นก็สามารถประกอบอาชีพกรรมการ และอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและเจ้าหนี้ได้อีก โดยไม่มีมาตรการทางกฎหมายควบคุม ดังนั้น จึงเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะจำกัดสิทธิของกรรมการกรณีที่มีความประพฤติไม่เหมาะสมอาศัยโอกาสจากการเป็นกรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แม้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิดทางอาญาก็ตามดังเช่นกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือ หากกรรมการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ก็ให้ศาลมีคำสั่งจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพตามระยะเวลาที่กำหนด โดยให้นายทะเบียนบันทึกชื่อของบุคคลนั้นไว้ในทะเบียน เพื่อให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบได้ หากบุคคลใดถูกศาลสั่งจำกัดสิทธิการเป็นกรรมการแล้วกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งจำกัดสิทธินั้น บุคคลนั้นจะมีความผิดทางอาญา และต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้สินที่เกี่ยวข้องของบริษัท ดังเช่นกฎหมายอังกฤษ The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 4 , 10 , 13 และ 15

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 บัญญัติว่า "เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิด โดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป อาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น มีกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้"

1.3 ข้อดีของการกำหนดให้กรรมการรับผิดชอบ

การดำเนินธุรกิจโดยข้อฉ้อฉลเจ้านี้ของกรรมการทำให้เจ้านี้ได้รับความเสียหาย แม้การกระทำบางกรณีอาจถูกเพิกถอนการฉ้อฉล ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 115 แต่ก็คงมีผลเพียงเพิกถอนนิติกรรมเท่านั้น ไม่มีผลทำให้กรรมการต้องรับผิดชอบส่วนตัว เพราะเมื่อการก่อหนี้ของบริษัทอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ ทำให้มีผลผูกพันบริษัท กรรมการไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว จึงเป็นช่องทางให้กรรมการกล้าที่จะกระทำการดังกล่าว ในทางปฏิบัติยังไม่ปรากฏว่าเจ้านี้ฟ้องร้องกรรมการให้รับผิดชอบในกรณีนี้ ซึ่งก่อให้เกิดเสียหายแก่เจ้านี้อย่างมาก หากกำหนดให้กรรมการรับผิดชอบกรณีดำเนินกิจการของบริษัทโดยเจตนาหลอกลวงเจ้านี้ จะเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของมาตรการบังคับแก่กรรมการขึ้นโดยเฉพาะไม่ให้กระทำการใดอันเป็นการหลอกลวงเจ้านี้ การกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลภายนอกด้วย ย่อมเป็นการปรามบุคคลภายนอก มิให้เข้ามาร่วมมือหรือให้ความสนับสนุนแก่กรรมการ ในการฉ้อฉลเจ้านี้ของตน หากกำหนดห้ามกรรมการใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลายเป็นการป้องกันการถ่ายเททรัพย์สินของบริษัทที่ล้มละลายไปหาบริษัทที่ตั้งใหม่ซึ่งใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย โดยทั้งเจ้านี้ของบริษัทเดิมเอาไว้ หากห้ามกรรมการประกอบอาชีพกรรมการอีกจะเป็นการป้องกันมิให้กรรมการก่อความเสียหายซ้ำอีก เมื่อพิจารณาตามกฎหมายอังกฤษ การกระทำดังกล่าวนอกจากจะเป็นความผิดในทางแพ่งต้องชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ตาม The Insolvency Act 1986 มาตรา 213 แล้ว ยังเป็นความผิดทางอาญาตาม The Companies Act 1985 มาตรา 458 อีกด้วย³¹ และกรรมการอาจถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายไปมาใช้ อีก ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 216 และ 217 นอกจากนั้นกรรมการอาจถูกห้ามประกอบอาชีพกรรมการ ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 4 และ 10

³¹ Ian S Grier, Richard E Floyd, Voluntary Liquidation Receivership : A Practical Guide , 4th ed.(Sweet & Maxwell), p. 62. ; Milman & Durrant , Corporate Insolvency – Law and Practice , p. 239.; Louis G. Doyle, Insolvency Litigation , p.142.

2. ปัญหาการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading)

2.1 เปรียบเทียบความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามกฎหมายประเทศไทยและกฎหมายประเทศอังกฤษ

การดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) เป็นการดำเนินธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการรู้หรือควรจะรู้อยู่แล้วว่าบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว และไม่มีเหตุผลอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงจากการล้มละลายได้ และเมื่อบริษัทล้มละลายแล้วทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน เนื่องจากมาตรการการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) เป็นมาตรการตามกฎหมายอังกฤษซึ่งยังไม่มีในกฎหมายไทย ดังนั้น การศึกษาวิเคราะห์ปัญหาจึงจำเป็นต้องนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษมาเปรียบเทียบประเด็นปัญหาว่าตามกฎหมายไทยกรรมการต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวหรือไม่ เพียงใด

ตัวอย่าง คดี Re Produce Marketting Consortium Ltd[1989] ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า บริษัท Produce Marketting Consortium Ltd(PMC) เป็นบริษัทขนาดเล็กซึ่งกระทำการเป็นตัวแทนในการนำเข้าผลไม้จากต่างประเทศ รายได้ของบริษัทมาจากค่าตอบแทนในฐานะตัวแทนดังกล่าว บริษัทต้องมีการชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัวในปี ค.ศ. 1987 เนื่องจากขาดสภาพคล่องอย่างหนัก ในช่วงหลังเดือนเมษายน ปีเดียวกัน จนกระทั่งถึงก่อนเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีนั้น กรรมการรู้หรือควรจะรู้ถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัวของบริษัท บริษัทไม่มีความคาดหมายอันควรที่จะหลีกเลี่ยงสถานะการมีหนี้สินล้นพ้นตัวได้ บริษัทไม่ได้เปลี่ยนแปลงการทำธุรกิจ ไม่มีการเสนอแนะเพื่อให้มีผลตอบแทนในระดับเดิม หลังจากวันที่กรรมการควรจะรู้หรือรู้เกี่ยวกับสถานะหนี้สินล้นพ้นตัวของบริษัทแล้ว กรรมการไม่ได้ดำเนินการทุกขั้นตอนในการที่จะลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้เพราะเหตุที่ยังคงทำการค้าต่อไปในระหว่างมีหนี้สินล้นพ้นตัว

กฎหมายไทย ข้อเท็จจริงดังกล่าว แม้กรรมการจะรู้หรือควรจะรู้แล้วว่าบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว และรู้หรือควรจะรู้ว่าจะไม่มีเหตุผลอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงจากการล้มละลายได้ แต่เนื่องจากกรรมการบริษัทไม่มีหน้าที่แจ้งแก่เจ้าหนี้ว่าบริษัทมีฐานะเป็นอย่างไร สินทรัพย์และหนี้สินมีเพียงใด เป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้จะต้องตรวจสอบเอง หากเจ้าหนี้ละเลยหน้าที่ของตนยอมเป็นการเสี่ยงภัยของเจ้าหนี้เอง กรณีนี้อาจถือว่าการหลอกลวงสิทธิหรือทำผิดหน้าที่ต่อเจ้าหนี้ อันจะเป็นการกระทำโดยละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ทั้งข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ไม่

ปรากฏว่ากรรมการทำผิดหน้าที่ต่อบริษัท และทำให้บริษัทเสียหายอย่างใด กรรมการจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169

กฎหมายอังกฤษ มีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะ ตามมาตรา 214 Insolvency Act 1986 กำหนดว่า ในกรณีที่บริษัทถูกชำระบัญชีเลิกบริษัท เนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว และก่อนที่จะเริ่มต้นชำระบัญชีเลิกบริษัท กรรมการได้รู้หรือควรจะรู้ว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการถูกชำระบัญชีเลิกบริษัทในกรณีที่หนี้สินล้นพ้นตัวได้ แล้วยังขึ้นดำเนินกิจการของบริษัทต่อไป เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเนื่องจากได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน โดยต้องมาขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ผู้ชำระบัญชีอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้กรรมการผู้นั้นต้องรับผิดชอบโดยลำพังที่จะต้องชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลอังกฤษได้วินิจฉัยว่าบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่มีขนาดเล็ก ไม่มีการวิเคราะห์กระบวนการทางด้านบัญชี และมีการจัดทำบัญชีล่าช้า ตัวอย่างเช่น กรรมการไม่มีบัญชีสำหรับปีบัญชีรอบที่สิ้นสุดในเดือนกันยายน ปี 1985 จนกระทั่งช่วงเดือนมกราคมหรือต้นกุมภาพันธ์ปี 1986 ในเวลานั้นผู้ตรวจสอบบัญชีได้แจ้งเตือนเป็นพิเศษแก่กรรมการถึงความเสี่ยงเกี่ยวกับการทำการค้าโดยไม่สมควร (wrongful trading) แต่ก็ปรากฏว่ากรรมการไม่มีเจตนาฉ้อฉล (fraudulent intent) กรรมการต้องร่วมรับผิดชอบและแยกต่างหากในการชดใช้เงินแก่ผู้ชำระบัญชี จำนวน 75,000 ปอนด์ โดยศาลถือว่า (a) แม้บริษัทจะเล็ก ซึ่งการวิเคราะห์กระบวนการทางบัญชียังมีความจำเป็นน้อยกว่า แต่แม้กระนั้นก็ตาม มาตรฐานขั้นต่ำยังคงต้องมีโดยเฉพาะได้กำหนดเอาไว้ใน Company Act 1985 (b) ความรู้ของกรรมการไม่จำกัดเฉพาะเรื่องบัญชีและเอกสารตามปกติอื่นๆ ในปัญหาที่ว่า กรรมการรู้หรือควรจะสรุปได้ว่าบริษัทไม่มีความคาดหมายอันควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงสถานะการหนี้สินล้นพ้นตัวได้นั้น ศาลอาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่กรรมการควรจะรู้หรือต้องรู้อย่างแน่นอน ศาลถือว่ากรรมการพึงต้องรู้ผลทางการเงินของบริษัทที่สิ้นสุด ณ เดือนกรกฎาคม 1986 เป็นอย่างช้า แม้ว่ากรรมการจะไม่มีบัญชีอยู่ในมือจนถึงเดือนกุมภาพันธ์ ปี 1987 กรรมการต้องทราบอย่างแน่นอนหรือพึงต้องทราบถึงผลประกอบการปีก่อนของบริษัท และไม่มีการเปลี่ยนแปลงการทำธุรกิจ แม้แต่การเสนอแนะเพื่อให้มีผลตอบแทนในระดับเดิม (c) เป็นที่ชัดแจ้งว่ากรรมการไม่เอาใจใส่ค่าเตือนของผู้ตรวจสอบบัญชี (d) หลังจากวันที่กรรมการควรจะรู้ และแม้แต่หลังจากวันที่กรรมการรู้เกี่ยวกับสถานะหนี้สินล้นพ้นตัวของบริษัทแล้ว กรรมการไม่ได้ดำเนินการทุกขั้นตอนในการที่จะลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้เพราะเหตุที่ยังคงทำการค้าต่อไปในระหว่างมีหนี้สินล้นพ้นตัว นอกจากกรรมการจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรแล้ว

กรรมการอาจถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายไปมาใช้อีก ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 216 และ 217 เพื่อป้องกันมิให้มีการตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาซื้อชื่อและสินทรัพย์ของบริษัทเดิมไปดำเนินกิจการอย่างเดิมต่อไป โดยปล่อยให้บริษัทเดิมล้มละลายและทิ้งเจ้าหนี้บริษัทเดิมไว้ (Phoenix syndrome) นอกจากนี้กรรมการอาจถูกห้ามประกอบอาชีพกรรมการ ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 10 เพื่อเป็นการป้องกันกรรมการเข้าไปเป็นกรรมการบริษัทอื่น หรือจัดตั้งบริษัทขึ้นมา แล้วอาศัยโอกาสที่ตนเป็นกรรมการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ขึ้นอีก ซึ่งเป็นการป้องกันบุคคลภายนอกไม่ได้รับความเสียหาย เช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading)

การที่กฎหมายไทยไม่มีหลักเกณฑ์และมาตรการที่ชัดเจนในการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ในกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลดังนี้

- (1) เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเนื่องจากไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน
- (2) กรรมการอาจอาศัยเป็นช่องว่างในการใช้หลักความเป็นนิติบุคคลโดยมิชอบ ทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองเพียงพอ ยากแก่การไว้วางใจในการทำธุรกรรมต่อกัน บริษัทย่อมต้องเสียค่าใช้จ่ายในการหาหลักประกันเพิ่มขึ้นเพื่อให้เจ้าหนี้มั่นใจ ส่วนตัวเจ้าหนี้ก็ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบสถานะการเงินของบริษัทลูกหนี้ตลอดเวลา รวมถึงอาจหาทางผูกมัดกรรมการหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ให้รับผิดชอบเป็นลูกหนี้ร่วมกับบริษัทด้วย
- (3) กรรมการอาจตั้งบริษัทใหม่ที่มีชื่อเหมือนหรือคล้ายกับบริษัทเดิมที่ฉ้อฉลเจ้าหนี้ และดำเนินธุรกิจเช่นเดิมต่อไปโดยทิ้งเจ้าหนี้เดิม
- (4) เมื่อกรรมการกระทำแล้วไม่ต้องรับผิดชอบ อาจเป็นเหตุให้เกิดการเลียนแบบโดยบุคคลอื่นต่อไป

2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

แนวทางในการแก้ไขปัญหากรณีการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยกำหนดความรับผิดทางแพ่ง กำหนดห้ามใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลาย กำหนดห้ามประกอบอาชีพกรรมการ โดยพิจารณากฎหมายอังกฤษเปรียบเทียบ ซึ่งมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

(1) กำหนดความรับผิดชอบทางแพ่ง

แนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งควรมีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1. บุคคลที่ต้องรับผิดชอบ คือ กรรมการเท่านั้น หมายความว่าความรวมถึงบุคคลที่ทำหน้าที่อย่างกรรมการไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม และหมายความว่ารวมถึงกรรมการเงา (shadow directors) ซึ่งหมายถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับกรรมการของบริษัทและกรรมการมักคุ้นเคยที่จะทำตามคำแนะนำของบุคคลนั้น
2. กำหนดให้กรรมการรับผิดชอบในกรณีที่บริษัทล้มละลาย
3. กำหนดให้กรรมการรับผิดชอบในกรณีที่ขึ้นดำเนินธุรกิจโดยรู้หรือควรรู้ว่าบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว และไม่มีความคาดหมายอันควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงจากการล้มละลายได้
4. กรรมการต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร
5. กำหนดชดเชยเงินโดยให้กรรมการนำสืบหักล้างได้ว่าตนได้พยายามบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าหนี้ตามสมควรแล้ว

ตัวอย่างในการพยายามบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าหนี้นั้นมีผู้เสนอแนะว่า กรรมการต้องจัดให้คณะกรรมการบริษัทรู้ถึงสิ่งที่เป็นไปได้ พิจารณาสถานะทางการเงินและการค้าของบริษัทในทันทีที่เป็นไปได้ โดยอาศัยความช่วยเหลือของผู้เชี่ยวชาญ และแผนยุทธศาสตร์พึงได้รับการเห็นชอบแม้จะเป็นเพียงคร่าวๆ ไม่ว่าเป็นการลดค่าใช้จ่าย เพิ่มรายได้สูงสุด ทำให้แน่ใจว่าสภาพคล่องมีเพียงพอ โอนบางส่วนของกิจการที่ไม่มีกำไร รวมถึงการลดพนักงาน ค้นหาและใคร่ครวญคำแนะนำอันเหมาะสมของผู้เชี่ยวชาญ ทำให้แน่ใจว่าคณะกรรมการบริษัทดำเนินการตามแผนแน่ใจว่าบริษัทได้ทบทวนสถานะของบริษัทเป็นพิเศษ แต่ต้องมีความสมดุลระหว่างการประชุมและทบทวนกับความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจของบริษัท พิจารณาแจ้งสถานะทางการเงินของบริษัทให้เจ้าหนี้ทราบ ตลอดจนพิจารณาเข้าสู่กระบวนการล้มละลายตามกฎหมาย³²

(2) กำหนดห้ามใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลาย

เนื่องจากการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) ทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) เมื่อมีการบริหารบริษัทจนล้มละลาย กรรมการอาจจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่หรือจัดตั้งบริษัทไว้ล่วงหน้าก่อนที่บริษัทจะ

³² Louis G. Doyle, Insolvency Litigation , (London : Sweet & Maxwell, 1999) , pp.174-177.

ล้มละลาย บริษัทใหม่ดำเนินธุรกิจอย่างเดียวกันกับบริษัทที่ล้มละลายและซื้อสินทรัพย์และใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย โดยทั้งเจ้านี้เดิมเอาไว้ และมีกรรมการของบริษัทที่ล้มละลายเดิมเข้าไปเป็นกรรมการบริษัทใหม่ ก่อความเสียหายแก่เจ้านี้ขึ้นอีก ดังนั้น จึงสมควรห้ามกรรมการเข้าไปเกี่ยวข้องกับการใช้ชื่อบริษัทเดิมที่ล้มละลาย เพื่อป้องกันกรรมการถ่ายเททรัพย์สินของบริษัทออกไปหาบริษัทอื่น แล้วดำเนินธุรกิจโดยใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลายเช่นเดิม แต่ทั้งเจ้านี้เดิมเอาไว้ โดยมีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับ Insolvency Act 1986 มาตรา 216 และ 217

(3) กำหนดห้ามประกอบอาชีพกรรมการ

เนื่องการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ(Wrongful trading) ไม่เป็นความผิดอาญา ดังนั้นจึงไม่อาจนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50³³ มาใช้บังคับได้ แต่การดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ(Wrongful trading) ก่อความเสียหายแก่เจ้านี้ทำให้เจ้านี้รายใหม่ไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน และทำให้เจ้านี้รายเก่าได้รับชำระหนี้ลดลง กรรมการดำเนินธุรกิจในทางที่ไม่รับผิดชอบไม่ได้พยายามบรรเทาความเสียหายแก่เจ้านี้ หากให้กรรมการไปเป็นกรรมการบริษัทอื่นได้อีก บุคคลดังกล่าวอาจก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอกซ้ำอีกได้ ดังนั้น จึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยห้ามกรรมการประกอบอาชีพกรรมการตามระยะเวลาที่กำหนด และให้นายทะเบียนบันทึกชื่อของบุคคลนั้นไว้ในทะเบียน เพื่อให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบได้ หากบุคคลใดถูกศาลสั่งจำกัดสิทธิการเป็นกรรมการแล้วกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งจำกัดสิทธิ นั้น บุคคลนั้นจะมีความผิดทางอาญา และต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้สินที่เกี่ยวข้องของบริษัท ดังเช่นกฎหมายอังกฤษ The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 10, 13 และ 15

³³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 บัญญัติว่า “เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิด โดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป อาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น มีกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้”

2.3 ข้อดีของการกำหนดให้กรรมการรับผิดชอบ

การกำหนดให้กรรมการรับผิดชอบกรณีดำเนินธุรกิจโดยรู้หรือควรรู้ว่าบริษัทไม่มีเหตุอันสมควรที่จะหลีกเลี่ยงจากการล้มละลายได้นั้น จะเป็นการกำหนดมาตรการบังคับในเนื้อหาของของกรรมการที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ว่ากรรมการรู้หรือควรจะได้ว่าไม่มีความคาดหมายอันมีเหตุผลที่จะหลีกเลี่ยงการชำระบัญชีได้ ป้องกันปัญหากรรมการเสี่ยงเกินสมควร จูงใจให้กรรมการทบทวนสถานะทางการเงินสม่ำเสมอ ยอมรับคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญกรณีที่มีปัญหา เป็นการสร้างมาตรการบังคับแก่กรรมการในการที่จะต้องดำเนินการทุกขั้นตอนในการลดความเสียหายแก่เจ้าหนี้³⁴ กรรมการจึงอาจนำบริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีหรือฟื้นฟูกิจการโดยเร็ว ใช้บังคับได้กว้าง ไม่จำกัดเฉพาะกรณีการกระทำโดยฉ้อฉล เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของมาตรการบังคับแก่กรรมการ และเป็นการเสริมหน้าที่ใช้ความระมัดระวังของกรรมการ (duties of care)

3. ปัญหาการดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม

3.1 เปรียบเทียบความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษ

การดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม เป็นการดำเนินธุรกิจฝ่าฝืนหน้าที่ในฐานะที่ได้รับ ความไว้วางใจ (fiduciary duty) ฝ่าฝืนหน้าที่ในฐานะที่ต้องปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้น และเจ้านี้ของบริษัทในเมื่อบริษัทต้องล้มละลาย หมายความว่ารวมถึงการไม่เก็บรักษาสมุดบัญชีหรือเอกสารอันเกี่ยวกับกิจการหรือทรัพย์สินของบริษัทด้วย การดำเนินธุรกิจไม่เหมาะสม ในประเทศไทยมีตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2191/2541 ระหว่างบริษัทธนาคารสยาม จำกัด โจทก์ กับนายวัลลภ ธารวณิชกุล กับพวก จำเลย ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า มีการปล่อยสินเชื่อแล้วทำให้ธนาคารโจทก์เสียหายทั้งหมด 28 รายเหตุที่ทำให้ธนาคารโจทก์เสียหายเนื่องจากไม่ปฏิบัติตามระเบียบของธนาคารโจทก์การให้สินเชื่อทั้ง 28 รายไม่เคยนำเข้าคณะกรรมการพิจารณาสินเชื่อ คณะกรรมการสะสางหนี้จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 3 ต่างก็เป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ของโจทก์ต่างวาระกัน มีหน้าที่ดูแลกิจการทั้งหมด

³⁴ Alison Clarke, *Current issues in Insolvency Law* ,p. 96.

ของธนาคารโจทก์ให้พนักงานปฏิบัติตามระเบียบของธนาคารที่ได้วางไว้ตลอดถึงการปฏิบัติตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ เมื่อมีการปล่อยสินเชื่อให้กู้ยืมเงิน การค้ำประกันและอวัลตัวเงิน ไม่เป็นไปตามระเบียบปกติของธนาคาร มิได้เร่งรัดติดตามหนี้สิน หรือดำเนินการใด เพื่อแก้ไขหนี้ ดังกล่าว เป็นเหตุให้ธนาคารโจทก์ได้รับความเสียหาย จำเลยที่ 1 และที่ 3 ได้ชื่อว่าทำละเมิดต่อ โจทก์ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์ สำหรับจำเลยที่ 4 แม้มิใช่เป็นกรรมการผู้จัดการใหญ่ แต่มีหน้าที่ดูแลด้านสินเชื่อภายในประเทศ ซึ่งได้มีการสรุปภาระหนี้สินของธนาคารโจทก์เสนอต่อจำเลย ที่ 4 หลายครั้ง เพื่อให้สั่งการ แต่ปรากฏว่าจำเลยที่ 4 มิได้สั่งการแต่ประการใด เป็นเหตุให้ไม่สามารถติดตามหนี้สินจากลูกหนี้ของธนาคารโจทก์ได้ ทั้งนี้เนื่องจากลูกหนี้ทั้ง 28 รายที่โจทก์ นำมาฟ้องเป็นบริษัทซึ่งกรรมการของโจทก์หลายคนเป็นกรรมการในบริษัทลูกหนี้หลายบริษัทหรือ มิฉะนั้นเป็นเพื่อนสนิทของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นบิดาของจำเลยที่ 4 การที่จำเลยที่ 4 ละเว้นไม่ปฏิบัติ ตามหน้าที่และระเบียบปฏิบัติของธนาคารโจทก์ จำเลยที่ 4 ได้ชื่อว่าทำละเมิดต่อโจทก์ เป็นเหตุให้ โจทก์เสียหาย จำเลยที่ 4 ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้โจทก์ ป.พ.พ. มาตรา 1168 เป็น บทบัญญัติว่าด้วยการประกอบกิจการบริษัทของกรรมการ ซึ่งอำนาจของกรรมการจะมีเพียงใด ย่อมเป็นไปตาม มาตรา 1158 ถึง 1164 ส่วนมาตรา 1168 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่และความ รับผิดชอบของกรรมการซึ่งโดยมาตรา 1168 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหน้าที่และความ รับผิดชอบของกรรมการ ซึ่งโดยมาตรา 1168 วรรคแรก บัญญัติให้กรรมการใช้ความเอื้อเพื่อ สอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง ส่วนวรรคสองหมายถึงกิจการที่จะต้อง ระมัดระวังเป็นพิเศษมากขึ้น หาได้หมายความว่า กรรมการจะต้องร่วมกันรับผิดชอบเฉพาะกิจการ 4 ประการ ที่บัญญัติในวรรคสอง มาตรา 1168 เท่านั้นไม่ เมื่อมาตรา 1168 บัญญัติให้กรรมการทุก คนต้องมีหน้าที่เอื้อเพื่อสอดส่อง การจะเป็นกรรมการของบริษัทใด กรรมการผู้นั้นจึงต้อง ประกอบด้วยความรู้ความเข้าใจในการประกอบกิจการของบริษัทนั้นด้วยมิฉะนั้นกรรมการก็ไม่อาจ เอื้อเพื่อสอดส่องกิจการให้ได้ดีได้ โจทก์เป็นธนาคารพาณิชย์ ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ซึ่งมีความหมายตามมาตรา 4 ของ พ.ร.บ.การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ว่า การประกอบธุรกิจ ประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามหรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้และใช้ประโยชน์ เงินนั้นในทางหนึ่งหรือหลายทาง เช่น ก.ให้สินเชื่อ ข.ซื้อขายตัวแลกเงินหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่น ใด ค.ซื้อขายเงินปฎิวัติต่างประเทศ และอาจกระทำธุรกิจตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ทวิ คือ ธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์ หรือธุรกิจอันเป็นประเพณีที่ธนาคารพาณิชย์พึง กระทำ เช่น การเรียกเก็บเงินตามตั๋วเงินการรับอวัลตัวเงิน การรับรองตั๋วเงิน การออกเลตเตอร์ ออฟเครดิต หรือการค้ำประกันหรือธุรกิจทำนองเดียวกันด้วย ซึ่งเมื่อมีการดำเนินการประกอบธุรกิจ

ด้วยการให้สินเชื่อไปแล้ว ก็จะต้องมีหน้าที่ติดตามประเมินผลและเร่งรัดจัดเก็บหนี้ดังกล่าวให้ได้ด้วย มิฉะนั้นก็จะทำให้การประกอบธุรกิจธนาคารมีข้อขัดข้อง และทำให้สินทรัพย์ขาดสภาพคล่อง ดังนั้น ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์จึงต้องอาศัยกรรมการผู้มีความรอบรู้ในธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ด้วย เพื่อให้เอื้อเพื่อสอดส่องกิจการของธนาคารให้ลุล่วงไปด้วยดี การที่ธุรกิจของโจทก์ประสบปัญหามาเป็นเวลานานตั้งแต่ปี 2523 ไม่ว่าการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องอยู่ในระดับไม่พอใช้จนถึงด้อยคุณภาพ จัดชั้นเป็นสูญและสงสัยจำนวนสูง การแสดงผลกำไรตั้งแต่ปี 2522 ผิดพลาดเพราะแท้จริงแล้วธุรกิจของโจทก์ขาดทุนมิใช่กำไร มีการให้สินเชื่อแก่กลุ่มผู้บริหารมาก แม้ว่าการให้สินเชื่อดังกล่าวจะไม่ขัดต่อ พ.ร.บ.การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 มาตรา 12 (2) และมาตรา 12 ทวิ ก็ตาม แต่หนี้ในกลุ่มดังกล่าว หลักประกันไม่คุ้มหรือไม่มีเลย ดังนั้น เมื่อจำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 เป็นกรรมการของโจทก์ มีหน้าที่ต้องดูแลการบริหารกิจการของโจทก์มิให้เสียหาย กลับปล่อยให้มีการให้สินเชื่อโดยหลักประกันไม่คุ้ม เมื่อหนี้ถูกจัดเป็นหนี้เสียก็มิได้เร่งรัดติดตามหนี้ แม้ธนาคารแห่งประเทศไทย จะแจ้งให้มีการแก้ไขข้อผิดพลาดในการปฏิบัติงานดังกล่าว จำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 ก็หาได้ดำเนินการใดเพื่อแก้ไขไม่ ดังนั้น เมื่อตามพฤติการณ์ควรจะรู้ข้อปัญหาดังกล่าว หรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนผู้ประกอบการค้าเช่นนั้นควรจะพึงรู้ได้ แต่มิได้กระทำการใดเพื่อปกป้องความเสียหายอันจะเกิดแก่โจทก์ จึงถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ที่ 5 ที่ 6 และที่ 7 มิได้ใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องในการประกอบกิจการของโจทก์ จะอ้างว่าไม่รับรู้การบริหารงานของโจทก์หรือมิได้มาทำงานเป็นประจำก็ดี ไม่มีหน้าที่ที่ดี เพื่อปัดความรับผิดชอบของตนหาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้พิพากษาให้กรรมการรับผิดชอบเนื่องจากทำละเมิดบริษัท เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่กรรมการที่มีต่อบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์มาตรา 1168 เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาดังกล่าวพบว่าประเทศไทยมีกฎหมายและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดำเนินการกับกรรมการที่กระทำการดังกล่าวอยู่แล้ว นอกจากนั้นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 ยังกำหนดให้มีการลงโทษกรรมการโดยพิจารณาพิพากษาให้ลงโทษบุคคลที่เห็นว่าการทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ ซึ่งหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไป อาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีกก็สามารถห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นได้กำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้ ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของอังกฤษ

แต่อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายไทยจะมีส่วนคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของกฎหมายอังกฤษอยู่บ้าง แต่ก็ยังมีส่วนแตกต่างกันเนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติห้ามการประกอบ

อาชีพของกรรมการที่บริหารบริษัทล้มละลายในการเข้าไปเป็นกรรมการบริษัทอื่นโดยเฉพาะ และไม่ครอบคลุมถึงการห้ามใช้ชื่อของบริษัทเดิม จึงมีความแตกต่างจากกฎหมายอังกฤษ

หากเปรียบเทียบมาตรการในการห้ามประกอบอาชีพตามกฎหมายอังกฤษจะเห็นได้ว่ากฎหมายอังกฤษห้ามประกอบอาชีพ แม้กรรมการจะไม่ได้กระทำความผิดอาญา โดยกำหนดว่าบุคคลใดเป็นหรือเคยเป็นกรรมการ³⁵ ในบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวจะต้องถูกชำระบัญชีเลิกบริษัท หากมีพฤติการณ์ในการบริหารจัดการบริษัทที่ไม่เหมาะสม ศาลอาจสั่งจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพกรรมการมีกำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี³⁶ ทั้งนี้ ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 6,7

3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

(1) กำหนดห้ามใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลาย

แม้การดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม กรรมการอาจถูกศาลพิพากษาให้ชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทก็ตาม แต่เมื่อบริษัทล้มละลาย กรรมการอาจจัดตั้งบริษัทใหม่โดยใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย โดยซื้อสินทรัพย์จากบริษัทล้มละลาย และบริหารจัดการบริษัทเช่นเดิม แต่ถึงเจ้าหน้าที่ของบริษัทไว้ การกระทำความผิดดังกล่าวมีลักษณะของการฉ้อฉลเจ้าหน้าที่ของบริษัทล้มละลาย และกรรมการอาจทำความเสียหายแก่เจ้าหน้าที่ซ้ำอีก ดังนั้น จึงเห็นสมควรห้ามกรรมการเข้าไปเกี่ยวข้องกับบริษัทที่ใช้ชื่อบริษัทล้มละลาย โดยกำหนดหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ Insolvency Act 1986 มาตรา 216 และ 217

(2) กำหนดห้ามประกอบอาชีพกรรมการ

เนื่องการดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม(unfitness trading) ทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้น และเจ้าหน้าที่ของบริษัทเนื่องจากบริษัทล้มละลาย หากให้กรรมการไปเป็นกรรมการบริษัทอื่นได้อีกอาจก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอกได้ ดังนั้น จึงเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยห้ามกรรมการประกอบอาชีพกรรมการตามระยะเวลาที่กำหนด และให้นายทะเบียนบันทึกชื่อของบุคคลนั้นไว้ในทะเบียน เพื่อให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบได้ หากบุคคลใดถูกศาลสั่งจำกัดสิทธิการเป็นกรรมการแล้วกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งจำกัดสิทธินั้น บุคคลนั้นจะมีความผิดทางอาญา และต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้สินที่

³⁵ หมายความว่ารวมถึงกรรมการเงา (shadow director) ด้วย

³⁶ The Company Directors Disqualification Act 1986, section 6,7

เกี่ยวข้องของบริษัท ดังเช่นกฎหมายอังกฤษ The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 6 , 7 , 13 และ 15

3.3 ข้อดีของการกำหนดให้กรรมการรับผิดชอบ

การกำหนดห้ามกรรมการใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย และห้ามกรรมการประกอบอาชีพกรรมการอื่น จะเป็นการกำหนดมาตรการบังคับในหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (duty of care) และหน้าปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (fiduciary duty) ให้ได้ดียิ่งขึ้น เนื่องจากหากกรรมการประพฤติดินหน้าดังกล่าว นอกจากกรรมการจะต้องรับผิดชอบต่อบริษัทแล้ว กรรมการยังอาจถูกห้ามใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย และอาจถูกห้ามประกอบอาชีพกรรมการอื่น