

บทที่ 6  
สรุปและข้อเสนอนะ

1. สรุป

เมื่อบริษัทจดทะเบียนแล้ว ย่อมเป็นเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้น ในส่วนการจัดการงานของบริษัทนั้น บริษัทไม่สามารถจัดการงานด้วยตนเองได้ จึงต้องมีกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคลขึ้นมากระทำการแทน โดยกรรมการอาจกระทำการหลายอย่างทำนองเดียวกับความเป็นตัวแทน(agent) แต่กรรมการก็ไม่มีสิทธิทั้งหมดอย่างตัวแทน กรรมการอาจถูกจ้างให้มาบริหารจัดการบริษัทภายใต้สัญญาจ้าง จึงเป็นการกระทำในฐานะลูกจ้าง (servants) ของบริษัท แต่กรรมการก็ต้องมีหน้าที่กระทำการโดยสุจริตยิ่งกว่า นอกจากนั้น แม้กรรมการจะกระทำในฐานะที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สินของบริษัท ซึ่งเป็นฐานะของทรัสต์(trustees) แต่หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและใช้ทักษะในการบริหารงานก็ไม่สูงถึงขนาดทรัสต์

กรณีกรรมการทำการภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท และภายในขอบอำนาจของกรรมการแล้ว หากเกิดความเสียหายขึ้นแก่บริษัท กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว และแม้กรณีที่กรรมการบริษัทกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งมีผลให้กรรมการต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้ แต่หากกิจการนั้นได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือมีการให้สัตยาบันในภายหลัง กรรมการย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการดังกล่าว

ตามปกติกรรมการมีหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์(fiduciary duties) และหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง (duty of care) แต่ในกรณีบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว กรรมการไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบส่วนตัว คงเพียงแต่มีหน้าที่ต้องรักษาผลประโยชน์ของบริษัท ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่เกี่ยวกับบัญชีของบริษัท ได้แก่ การเก็บรักษาเอกสารบัญชีและแจ้งปัญหาต่อผู้ถือหุ้น ตัดสินใจว่าจะให้บริษัทหยุดประกอบกิจการหรือทำการค้าต่อไป ในกรณียังทำการค้าต่อจะต้องตรวจสอบสถานะทางการเงินของบริษัทเป็นประจำ และรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ หากกรรมการมีความเห็นข้างน้อยให้หยุดประกอบกิจการก็ต้องพยายามอธิบายเหตุผลจนใจกรรมการอื่นให้กระทำขั้นตอนที่จำเป็นในการแก้ไขหรือหลีกเลี่ยงการล้มละลาย ไม่สมควรรีบลาออกในทันที เมื่อไม่มีกลยุทธ์หรือวิธีการที่จะหลีกเลี่ยงการล้มละลายได้ ก็ต้องรีบนำบริษัทเข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยเร็ว

กล่าวโดยเฉพาะ ในกรณีกรรมการตัดสินใจทำการค้าต่อไป นอกจากเจ้าหนี้จะไม่อาจฟ้องร้องกรรมการให้ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในหนี้สินของบริษัทได้ เจ้าหนี้จึงไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ ส่วนกรรมการแม้จะดำเนินกิจการของบริษัทไปในทางเสียหายแก่เจ้าหนี้ก็ตาม กรรมการก็ยังสามารถไปเป็นกรรมการของบริษัทอื่น หรืออาจจัดตั้งบริษัทใหม่ขึ้นเองก็ได้ ดังนั้น หลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทจึงอาจก่อให้เกิดปัญหากรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริตหรือไม่เหมาะสมได้ อันทำให้เสียหายแก่ทั้งบริษัท ผู้ถือหุ้นของบริษัท และเจ้าหนี้ของบริษัทได้ ในแง่ความเสียหายต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้น ได้แก่ กรณีกรรมการไม่นำรายได้ที่เรียกเก็บได้เข้าบัญชีบริษัท หรือทำธุรกรรมต่ำกว่ามูลค่าที่แท้จริง โดยการขายกิจการหรือทรัพย์สินในราคาถูกแก่คนใกล้ชิด หรือถ่ายเทเงินทุนหรือทรัพย์สินไปยังบริษัทที่กรรมการเตรียมจัดตั้งขึ้นใหม่ หรือกระทำการโดยมิได้มีเจตนาที่แท้จริงมุ่งฟื้นฟูกิจการให้มีความเจริญเติบโตทางธุรกิจ หากแต่หวังผลเพียงในระยะสั้น ส่วนในแง่เจ้าหนี้ กรรมการอาจไปก่อหนี้กับเจ้าหนี้ขึ้น ทั้งๆที่รู้ว่ามีหนี้สินล้นพ้นตัว และเมื่อบริษัทล้มละลายในที่สุด เจ้าหนี้ก็จะไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ซึ่งอาจสืบเนื่องจากการจงใจที่จะฉ้อฉล หรือเสี่ยงทำการค้าต่อโดยไม่มีเหตุอันควรคาดหมายได้ว่าจะหลีกเลี่ยงการล้มละลายได้

เดิมมีแนวคิดสนับสนุนให้มีการลงทุนตั้งบริษัทขึ้นมาประกอบกิจการเพิ่มขึ้น อันจะเป็นประโยชน์แก่ความเจริญเติบโตของระบบเศรษฐกิจ โดยมีการจูงใจผู้ลงทุนด้วยการจำกัดความรับผิดไว้เพียงเท่าราคาหุ้นที่ถืออยู่ ต่อมาได้มีการพัฒนาห้ามมิให้ยกข้ออ้างเรื่องความเป็นนิติบุคคลของบริษัทอยู่บ้าง เพื่อเป็นการควบคุมการใช้หลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทโดยมิชอบ เนื่องจากผู้ที่มีความผูกพันตามสัญญากับบุคคลอื่น หลีกเลี่ยงความผูกพันดังกล่าวด้วยการใช้วิธีตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาก่อทำการแทนตนเอง หรือตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาโดยมีสินทรัพย์น้อยเกินสมควร ทำให้เจ้าหนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้ได้เต็มที่

ปัจจุบันมีแนวความคิดในการผ่อนคลายหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทยิ่งขึ้น โดยมีความมุ่งหมายที่จะควบคุมการกระทำของกรรมการบริษัท มิให้มีการอ้างหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ปกป้องการกระทำที่ไม่สุจริต ทั้งนี้เนื่องจากการตั้งบริษัทขึ้นมามาก่อนนี้กับบุคคลภายนอกในลักษณะฉ้อฉล หรือรู้อยู่แล้วว่าบริษัทไม่มีทางที่จะชำระหนี้ดังกล่าวได้อย่างแน่นอน และหลังจากบริษัทล้มละลายแล้ว เจ้าหนี้ดังกล่าวจะไม่สามารถขอรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน ดังนั้น เจ้าหนี้ของบริษัทควรที่จะได้รับความคุ้มครองจากการกระทำของผู้แทนบริษัทที่ได้รับความคุ้มครองแต่ไม่มีความรับผิดชอบ กล่าวคือ มีการกำหนดมาตรการในการเพิ่ม

ภาระหน้าที่ของกรรมการต่อเจ้านั้นนั่นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กรรมการบริษัทอาจต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในบางกรณีในหนี้ของบริษัทที่ล้มละลาย

ตามกฎหมายอังกฤษ กำหนดให้กรรมการบริษัทรับผิดชอบในบางกรณี เพื่อผ่อนคลายความแข็งแกร่งของหลักการจำกัดความรับผิด ดังปรากฏมาตรการการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้านี้ (Fraudulent trading) และการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) ใน Insolvency Act 1986 มาตรา 213, 214 ตามลำดับ ทั้งนี้เพื่อให้บริษัทใส่ใจอย่างระมัดระวังต่อสถานะทางการเงินเพื่อรู้ถึงปัญหาตั้งแต่แรก กับขีดขวางและลงโทษพฤติกรรมที่ไม่รับผิดชอบ และการปฏิบัติอันไม่ถูกต้องในอดีตของผู้ที่จัดการกิจการของบริษัท การดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้านี้ (Fraudulent trading) เป็นการห้ามมิให้กรรมการดำเนินธุรกิจในทางเจตนาฉ้อฉลเจ้านี้ ส่วนการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) นั้น กรรมการจะพ้นผิดได้ก็โดยการพยายามลดความเสียหายแก่เจ้านี้ให้น้อยที่สุด ฉะนั้น กรรมการจึงมีหน้าที่ลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เจ้านี้ให้ได้มากที่สุด

มาตรการการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้านี้ (Fraudulent trading) กำหนดว่า ในกรณีที่อยู่ในระหว่างการชำระบัญชีเลิกบริษัท ถ้าปรากฏว่าบริษัทได้กระทำธุรกิจบางอย่างของบริษัท โดยมีเจตนาที่จะหลอกลวงเจ้านี้ของบริษัท หรือเจ้านี้ของบุคคลอื่น ศาลอาจมีคำสั่งให้บุคคลที่รู้และร่วมในการดำเนินกิจการดังกล่าวต้องรับผิดชอบส่วนตัวในการชดใช้เงินตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรแก่กองทรัพย์สินของบริษัท และกรรมการยังอาจต้องรับโทษทางอาญาตาม The Companies Act 1985 มาตรา 458 อีกด้วย ยิ่งกว่านั้น กรรมการจะถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายไปมาใช้อีก ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 216, 217 เพื่อมิให้มีการตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาซื้อชื่อและสินทรัพย์ของบริษัทเดิมไปดำเนินกิจการอย่างเดิมต่อไป โดยปล่อยให้บริษัทเดิมล้มละลายและทิ้งเจ้านี้บริษัทเดิมไว้ (Phoenix syndrome) ตลอดจนกรรมการอาจถูกห้ามประกอบอาชีพกรรมการ ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 4, 10

มาตรการการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) เป็นการกำหนดหน้าที่โดยตรงของกรรมการบริษัทที่มีต่อเจ้านี้ ในกรณีที่บริษัทชำระบัญชีเลิกบริษัทเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว กรรมการได้รู้หรือควรจะรู้ว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการถูกชำระบัญชีดังกล่าวได้ แล้วยังขึ้นดำเนินการบริษัทต่อไป เป็นเหตุให้เจ้านี้ได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน ศาลอาจมีคำสั่งให้กรรมการต้องรับผิดชอบตัวชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร การดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) มีเงื่อนไขความรับ

ผิดมี 2 ประการ คือ 1) บริษัทถูกชำระบัญชีเลิกบริษัทเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว และ 2) ก่อนที่บริษัทจะถูกชำระบัญชีในกรณีดังกล่าว กรรมการได้รู้หรือควรจะรู้ว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการถูกชำระบัญชีในกรณีดังกล่าวได้ แม้จะไม่มีเจตนาทุจริต จำนวนหนี้ที่ต้องรับผิดชอบแก่กองทรัพย์สินของบริษัทเป็นตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร เช่นเดียวกับกรณีการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ในกรณีเช่นนี้ กรรมการอาจยกข้อต่อสู้ว่า กรรมการไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้เลยว่าบริษัทไม่อาจหลีกเลี่ยงการชำระบัญชีดังกล่าวได้ ซึ่งศาลจะดูความรอบรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของกรรมการของผู้นั้นมาประกอบการพิจารณา (มาตรา 214(3)(b)) ไม่เพียงเท่านั้น กรรมการยังต้องใช้ความรู้ ทักษะ และประสบการณ์ ทั่วไปที่สามารถคาดหมายได้อย่างมีเหตุผลจากผู้มีหน้าที่เช่นเดียวกันด้วย (มาตรา 214(3)(a)) หรือ กรรมการได้กระทำทุกขั้นตอนเพื่อที่จะลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อเจ้าหนี้ของบริษัทได้ ทั้งนี้ กรรมการไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา คงมีเพียงความรับผิดทางแพ่งดังกล่าว แต่ก็อาจถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายไปมาใช้ชื่อด้วย และยังอาจถูกห้ามประกอบอาชีพกรรมการ ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 10

มาตรการการดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม กรรมการได้ฝ่าฝืนหน้าที่ในฐานะที่ได้รับ ความไว้วางใจ (fiduciary duty) ทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้น และเจ้าหนี้เสียหาย บริหารบริษัทจนล้มละลาย กรรมการจะถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายไปมาใช้ชื่ออีก ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 216, 217 และถูกห้ามประกอบอาชีพกรรมการ ตาม The Company Directors Disqualification Act 1986 มาตรา 6, 7

สำหรับกฎหมายไทย ไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) การดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) และการดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีบริษัทล้มละลายเท่าที่มีอยู่ จะมุ่งเน้นไปในทางรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นสำคัญ ได้แก่ การเพิกถอนการฉ้อฉล ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 113, 114 การเพิกถอนการให้เปรียบ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 115 อันเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นมากกว่าป้องกันปัญหาไม่ให้เกิดขึ้น

ส่วนบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ในเรื่องความรับผิดของกรรมการกรณีก่อให้เกิดเสียหายแก่บริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 เจ้าหนี้ไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ ในส่วนบริษัทเอง หากกรรมการได้วินิจฉัยปัญหาสภาพคล่องของ บริษัทผิดพลาดไป กรรมการก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้น เพราะการทำธุรกิจย่อมมี

ความเสี่ยง เมื่อมีกำไรกรรมการไม่ได้รับกำไรนั้นด้วย ในทางกลับกัน เมื่อบริษัทขาดทุนก็ไม่มีเหตุผลที่จะให้กรรมการต้องร่วมรับผิดชอบไปด้วย ดังนั้น กรรมการจึงมิใช่ผู้รับประกันว่าจะไม่เกิดความเสียหายแก่บริษัท หากแต่กรรมการต้องมีดุลพินิจในการตัดสินใจในการทำธุรกิจเพื่อประโยชน์แก่บริษัท ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีหลักเรื่องการวินิจฉัยทางการค้า (Business judgement rule) แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

ในเรื่องความรับผิดทางละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อาจนำมาใช้ได้ในการตีความการจงใจฉ้อโกงมาตั้งแต่แรก ซึ่งอาจเทียบได้กับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) แต่ไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้กับการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) เนื่องจากกรรมการบริษัทไม่มีหน้าที่แจ้งแก่เจ้าหนี้ว่าบริษัทมีฐานะเป็นอย่างไร สินทรัพย์และหนี้สินมีเพียงใด เป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้จะต้องตรวจสอบเอง หากเจ้าหนี้ละเลยหน้าที่ของตนยอมเป็นการเสี่ยงภัยของเจ้าหนี้เอง กรณีนี้อาจถือว่ากรรมการทำผิดหน้าที่ต่อเจ้าหนี้ อันจะเป็นการกระทำโดยละเมิดได้

การที่กฎหมายไทยไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรการที่ชัดเจนในการให้ความคุ้มครองเจ้าหนี้ อาจก่อให้เกิดผลดังนี้

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

## 2. ข้อเสนอแนะ

แม้ประเทศไทยจะมุ่งเน้นการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจ อุตสาหกรรม จึงสนับสนุนให้มีการรวมกลุ่มกันประกอบกิจการ โดยเฉพาะการรวมกลุ่มในรูปแบบบริษัท ซึ่งยอมให้มีการจำกัดความรับผิดชอบของบริษัทได้ ส่วนกรรมการบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่ก็สมควรจะต้องมีการควบคุมการอ้างหลักความเป็นนิติบุคคลไปใช้ในทางที่ผิด และต้องไม่ปล่อยให้กรรมการที่กระทำการฉ้อฉลได้รับประโยชน์จากหลักดังกล่าว

เมื่อบริษัทประสบปัญหายุ่งยากทางการเงิน แม้กรรมการมักจะพยายามหาเงินทุนใหม่มาเสริมสภาพคล่องและทำการค้าต่อไป ซึ่งต้องถือว่าเป็นดุลพินิจของกรรมการที่จะตัดสินใจในทางธุรกิจ แต่หากมีเหตุอันควรคาดหมายได้ว่าบริษัทจะตกอยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว ไม่สามารถชำระหนี้ที่ถึงกำหนดได้ หรือมูลค่าสินทรัพย์ที่มีอยู่ต่ำกว่าความรับผิด กรรมการมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก กล่าวคือ ต้องตรวจสอบปัญหาอย่างจริงจังสม่ำเสมอและรับฟังคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญ และที่สำคัญ จะต้องไม่ดำเนินการค้าอย่างฉ้อฉล หรือดำเนินการทั้งที่รู้อยู่แล้วว่าเจ้าหนี้ไม่มีทางได้รับชำระหนี้คืน แม้หากกรรมการวินิจฉัยปัญหาหรือกระทำการค้าผิดพลาดไป กรรมการก็ยังมีหน้าที่ต้องพยายามอย่างเต็มที่ในการลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นให้เหลือน้อยที่สุด ทั้งนี้ เชื่อว่าจะเป็น การกำหนดมาตรการให้การจำกัดความรับผิดตามหลักความเป็นนิติบุคคล ซึ่งเจ้าหนี้เสียประโยชน์มีความสมดุลกับหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่พึงมีต่อเจ้าหนี้ ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์

การมีเพียงมาตรการรวบรวมทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด ย่อมไม่เพียงพอต่อการแก้ปัญหา เพราะเป็นเพียงการแก้ปัญหาที่ปลายเหตุ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ไม่แน่ว่าจะมีการตรวจพบและดำเนินการติดตามรวบรวมคืนมาได้เพียงใด จึงจำเป็นต้องมีมาตรการในทางป้องกันยับยั้งการกระทำของกรรมการควบคู่ไปด้วย

แนวทางแก้ปัญหาดังกล่าวมานี้ อาจอาศัยหลักสุจริตตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ในการควบคุมการกระทำของกรรมการกรณีที่ดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) โดยถือว่าเป็นรูปแบบของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ศาลอาจสร้างหลักเกณฑ์ผ่านหลักสุจริตขึ้นมาได้ (judge-made-rule) ตามหลักสุจริตนี้ ศาลอาจวางหลักเสริมกฎหมายให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อให้ความเป็นธรรมและเหมาะสมแก่พฤติการณ์

แห่งกรณีตามยุคสมัย หรือสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ถือเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้สามารถแก้ไขหรือปรับแต่งหรือพัฒนากฎหมายโดยทางตุลาการได้

อย่างไรก็ตาม แนวทางแก้ไขด้วยหลักสุจริตไม่มีความแน่นอน เนื่องจากไม่แน่ว่าศาลจะยอมรับเพียงใด ทั้งหลักสุจริตเองเป็นบทกฎหมายที่มีเนื้อความไม่ชัดเจน (Unbestimmter Rechts) ต้องปรับใช้ไปตามพฤติการณ์เฉพาะของแต่ละคดี การบังคับใช้ย่อมขึ้นอยู่กับอรรถะวิสัยของผู้พิพากษาแต่ละคนอยู่มาก ยิ่งกว่านั้นยังต้องรอให้เกิดคดีข้อพิพาทขึ้นมาเสียก่อน ศาลจึงจะวางหลักใหม่ๆ ได้ จึงเท่ากับว่าต้องรอให้เกิดความเสียหายขึ้นมาก่อน

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอน สมควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการทางกฎหมาย โดยพิจารณากฎหมายอังกฤษเปรียบเทียบ ซึ่งมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. กำหนดมาตรการทางกฎหมายในกรณีกรรมการหลอกลวงเจ้าหนี้ โดยรู้อยู่แล้วว่าเจ้าหนี้จะไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน (Fraudulent trading) โดยให้กรรมการต้องรับผิดชอบทางแพ่งเป็นส่วนตัวชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร และต้องรับผิดชอบอาญาอีกด้วย เนื่องจากเป็นกรณีฉ้อฉลหลอกลวงเจ้าหนี้ รวมถึงจำกัดสิทธิของกรรมการที่บริหารบริษัทล้มละลาย โดยห้ามกรรมการใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย และห้ามประกอบอาชีพกรรมการตามระยะเวลาที่กำหนด

2. กำหนดมาตรการทางกฎหมายในกรณีที่กรรมการบริหารบริษัทไม่ถึงขนาดหลอกลวง แต่รู้อยู่แล้วว่าเจ้าหนี้จะไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน (Wrongful trading) โดยให้กรรมการต้องรับผิดชอบทางแพ่งชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัท และจำกัดสิทธิของกรรมการที่บริหารบริษัทล้มละลาย โดยห้ามกรรมการใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย และห้ามประกอบอาชีพกรรมการตามระยะเวลาที่กำหนด

3. กำหนดมาตรการทางกฎหมายในกรณีที่กรรมการทำผิดหน้าที่ต่อบริษัท ทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้น และเจ้าหนี้เสียหาย เนื่องจากบริษัทล้มละลาย โดยจำกัดสิทธิของกรรมการที่บริหารบริษัทล้มละลาย โดยห้ามกรรมการใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย และห้ามประกอบอาชีพกรรมการตามระยะเวลาที่กำหนด