



การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ : ศึกษากรณีบริษัทจดทะเบียน

โดย

นายณัฐพงศ์ จำปาแดง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายธุรกิจ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ : ศึกษากรณีบริษัทจดทะเบียน

โดย

นายณัฐพงศ์ จำปาแดง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายธุรกิจ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



DIRECTORS' DIVERSION OF CORPORATE OPPORTUNITY:
A STUDY ON LISTED COMPANY

BY

MR. NATTHAPHONG CHUMPADAENG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

BUSINESS LAWS

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายณัฐพงศ์ จำปาแดง

เรื่อง

การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ : ศึกษากรณีบริษัทจดทะเบียน

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



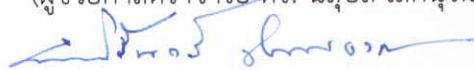
(อาจารย์ กิตติ ตั้งจิตรมณีสักดา)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิลุบล เลิศนุวัฒน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นานิรินทร์ จันทร์งาม)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัชฎอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ : ศึกษากรณีบริษัทจดทะเบียน
ชื่อผู้เขียน	นายณัฐพงศ์ จำปาแดง
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิรุบล เลิศนุวัฒน์
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

กรรมการบริษัทเป็นผู้มีหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) ซึ่งต้องงดเว้นจากการมีผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกับบริษัท อย่างไรก็ตาม กรรมการบริษัทสามารถเข้าถึงข้อมูลของบริษัท เช่น แผนการประกอบธุรกิจ หรือโอกาสในการลงทุนต่าง ๆ ได้ ทำให้มีความเสี่ยงที่กรรมการจะเห็นช่องทางในการใช้โอกาสทางธุรกิจไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว โดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียนที่คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการที่มีประสบการณ์มีความเชี่ยวชาญในธุรกิจของบริษัท ซึ่งอาจดำรงตำแหน่งอยู่ในกิจการอื่นที่มีสภาพอย่างเดียวกันหรือเป็นการค้าแข่งกับบริษัท ยิ่งทำให้มีความเสี่ยงที่กรรมการจะนำโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง

ปัจจุบันมีการกำหนดให้การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเป็นข้อสันนิษฐานของการกระทำที่เป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์อยู่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แล้ว แต่ยังไม่ได้มีการกำหนดแนวทางในการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นสิทธิของบริษัท และยังไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นที่กรรมการอาจใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้โดยไม่ถือเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าโอกาสทางธุรกิจในลักษณะใดที่เป็นสิทธิของบริษัทซึ่งหากกรรมการใช้โอกาสนั้นไปจะทำให้กรรมการมีความรับผิดชอบต่อบริษัทได้

จากการศึกษาทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจของบริษัท (Corporate Opportunity Doctrine) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ พบว่าหลักการกำหนดขอบเขตโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ศาลยอมรับได้แก่หลักการมีผลประโยชน์หรือความคาดหวัง (Interest or Expectancy) ที่พิจารณาว่าบริษัทต้องเคยมีผลประโยชน์บางอย่างหรือเคยมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นได้ว่าบริษัทสนใจโอกาสทางธุรกิจนั้นอยู่ก่อน และหลักสายธุรกิจ (Line of Business) ซึ่งพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจนั้น

ต้องใกล้เคียงกับการประกอบธุรกิจของบริษัทหรือเป็นการต่อยอดจากกิจการของบริษัทจึงจะถือเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท

จากการศึกษาพบว่าหากกรรมการได้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทให้บริษัทพิจารณาแล้วและบริษัทไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น หากต่อมากกรรมการได้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น กรณีเช่นนี้จะไม่ถือว่ากรรมการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท นอกจากนี้ยังพบข้อยกเว้นที่กรรมการสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจที่เป็นสิทธิของบริษัทได้ทันทีโดยไม่ถือว่าได้กระทำผิดหน้าที่ ได้แก่การลงทุนในหุ้นที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทแต่ไม่ถึงขนาดเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัยสำคัญ และในกรณีที่บริษัทได้สละสิทธิที่จะได้รับการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจากกรรมการ

จากการศึกษาขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจของบริษัทและการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ ผู้เขียนขอเสนอให้มีการกำหนดนิยามของโอกาสทางธุรกิจของบริษัทให้หมายถึงโอกาสในการประกอบธุรกิจที่บริษัทเคยมีผลประโยชน์หรือเคยมีพฤติกรรมที่แสดงให้เห็นได้ว่าบริษัทสนใจโอกาสทางธุรกิจนั้นอยู่ก่อน และให้หมายรวมถึงโอกาสทางธุรกิจที่มีลักษณะใกล้เคียงกับธุรกิจของบริษัทหรือที่เป็นประโยชน์ต่อการขยายกิจการของบริษัท จึงจะมีความชัดเจนและเป็นประโยชน์กับทั้งกรรมการและกับบริษัท และเสนอให้มีการกำหนดแนวปฏิบัติในการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ไม่ถือเป็นการกระทำที่เป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของบริษัทไว้เพิ่มเติม ได้แก่กรณีที่โอกาสดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการบริษัทแล้ว กรณีกรรมการได้มาซึ่งหุ้นที่เป็นโอกาสทางธุรกิจที่ไม่ถึงขนาดเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย และกรณีบริษัทสละสิทธิที่จะได้รับการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจากกรรมการ จึงจะช่วยให้กรรมการมีหลักในการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้องและช่วยรักษาสิทธิของบริษัทจดทะเบียนได้อย่างเหมาะสม

คำสำคัญ: โอกาสทางธุรกิจของบริษัท, กรรมการ, บริษัทจดทะเบียน

Thesis Title	DIRECTORS' DIVERSION OF CORPORATE OPPORTUNITY: A STUDY ON LISTED COMPANY
Author	Mr. Natthaphong Chumpadaeng
Degree	Master of Laws
Department/Faculty/University	Business Laws Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Nilubol Lertnuwat, Ph.D.
Academic Years	2015

ABSTRACT

A director owns fiduciary duties to the company that he serves, he, therefore, must not place himself in a position of the conflict of interest. However, with access to the corporation's information, such as business plans or investment opportunities, it is possible that the director would use this advantage and exploit his position as the company's director for personal benefit. This is most likely to occur to the director of a listed company, with the experience and expertise in the company's business, who might be appointed as a director of other companies with similar nature of business or competing with the company's business.

Pursuant to the Securities and Exchange Act B.E. 2535, exploitation of corporate opportunity was considered conflict of interest. Nevertheless, no guidelines on consideration of the corporate opportunity that rightfully belongs to the company and scope of exceptions for the director to take the corporate opportunity, without being considered putting himself in a situation where the conflict of interest arose, have been established. As a consequence, it remains unclear that which types of corporate opportunity rightfully belonging to the company that, once taken by the director, would constitute a breach of fiduciary duty.

Upon the study of Corporate Opportunity Doctrine, a jurisprudence of the common law system, the study shows two specific applicable delimitations of corporation's business prospect, admissible by the court, which are the Interest or Expectancy principle and the Line of Business principle – meaning that the corporation must once benefit from the opportunity and show any sign of interest in it, and the opportunity is within the corporation's line of business or in any subsequent development of the line itself, respectively.

According to the study, in case that the director presents the corporate opportunity to the company and the company rejects it, the director might take the opportunity himself without causing the conflict of interest. Moreover, the exemptions where the director is able to pursue the corporate opportunity immediately without constituting a breach of fiduciary duty are investing in shares that rightfully belongs to the company, but the number of shares purchased are not sufficient to make the director become a significant shareholder, and the situation where the corporation waives the right to have the corporate opportunity presented to it.

The author hereby proposes to define corporate opportunity in the sense that the corporation once benefits from the business opportunity, or once holds an interest in it, including the one with a similar nature of the corporation's business or the one that will be beneficial to the business expansion of the company so that it will create the atmosphere of clarity and can benefit both the director and the corporation. Furthermore, the author suggests establishing guidelines on how to pursue the corporate opportunity without being considered the conflict of interest, which are the situation where the opportunity has already been presented to the Board of Directors, where the director acquires shares that do not make him become a significant shareholder, and where the corporation properly declines the proposal of the business opportunity. This will, as a result, enable the director to perform his duty well and maintain the rights of the listed company.

Keywords: Corporate Opportunity, Director, Listed Company

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบของพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิรุบล เลิศนุวัฒน์ เป็นอย่างสูง ที่ได้กรุณาให้ความเมตตาเข้ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้กับผู้เขียน พร้อมทั้งให้ความช่วยเหลือและคำแนะนำแก่ผู้เขียนในทุกขั้นตอนตั้งแต่การเริ่มค้นคว้าไปจนถึงการตรวจสอบแก้ไขวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนสำนึกในพระคุณของท่านเป็นอย่างยิ่ง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์กิตติ ตั้งจิตรมณีสักดา ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นาถนิรันดร์ จันทร์งาม ที่ได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นมากมายที่เป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าและมีส่วนสำคัญยิ่งในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณคุณราเชน ลีรพันธ์ และคุณฉัตรชัย สงวนสุข ที่ได้ให้คำแนะนำเกี่ยวกับประเด็นปัญหาอันเป็นที่มาของหัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงานในสำนักงานเลขานุการบริษัททุกท่านที่ได้เปี่ยมเพาะประสบการณ์ที่ดีและให้กำลังใจกับผู้เขียนเสมอมา ขอขอบคุณเพื่อนนักศึกษาปริญญาโทสาขากฎหมายธุรกิจและเพื่อนกลุ่มฮิจัมที่ได้ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้กับผู้เขียนตลอดระยะเวลาในการศึกษา

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อปัญญาและคุณแม่มะลิ จำปาแดง ที่ได้เลี้ยงดู ส่งเสริมและผลักดันให้ผู้เขียนได้ศึกษาเล่าเรียนจนสุดความสามารถ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์นี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่สนใจไม่มากนักน้อย ผู้เขียนขออุทิศความดีความชอบทั้งหมดให้กับบิดามารดา ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณต่อผู้เขียนทุก ๆ ท่าน และหากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขอภัยเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้ด้วย

นายณัฐพงศ์ จำปาแดง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	2
1.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย	2
1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	3
1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการศึกษาวิจัย	4
บทที่ 2 บทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน	5
2.1 ลักษณะทั่วไปของบริษัท	5
2.1.1 การก่อตั้งและการดำเนินกิจการของบริษัท	5
2.1.2 การทำนิติกรรมของบริษัท	7
2.1.3 การตัดสินใจดำเนินการของบริษัท	8
2.1.4 บริษัทจดทะเบียน	10
2.2 หน้าที่ของกรรมการ	13

2.2.1	ประเภทของกรรมการในบริษัทจดทะเบียน	14
2.2.2	กรรมการและความเสี่ยงในการใช้ข้อมูลของบริษัท	20
2.2.3	ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและบริษัทในลักษณะผู้ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary)	22
2.2.4	การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ	23
2.2.4.1	หน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวัง	23
2.2.4.2	หน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต	27
2.2.4.3	หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ	29
2.3	การเรียกให้กรรมการรับผิดชอบเมื่อปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ	30
2.3.1	รูปแบบของความรับผิด	31
2.3.2	ผู้มีสิทธิเรียกร้องหรือฟ้องกรรมการ	32
2.3.3	องค์กรกำกับดูแล	33
2.4	การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท	34
2.4.1	โอกาสทางธุรกิจของบริษัท	34
2.4.2	กรอบการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท	35
บทที่ 3	การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทในบริบทกฎหมายต่างประเทศ	37
3.1	ประเทศสหรัฐอเมริกา	37
3.1.1	กฎหมายลายลักษณ์อักษร	38
3.1.1.1	Model Business Corporation Act	38
3.1.1.2	Delaware General Corporation Law	40
3.1.2	คำพิพากษาของศาล	42
3.1.2.1	การพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท	42
3.1.2.2	การใช้โอกาสทางธุรกิจที่กฎหมายยอมรับ	49
3.1.2.3	การสละสิทธิในโอกาสทางธุรกิจของบริษัท	52
3.2	ประเทศออสเตรเลีย	53
3.2.1	กฎหมายลายลักษณ์อักษร	54
3.2.2	คำพิพากษาของศาล	56
3.3	ประเทศสิงคโปร์	61
3.2.1	กฎหมายลายลักษณ์อักษร	61

3.2.2 คำพิพากษาของศาล	62
3.4 การเปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้โอกาสทางธุรกิจ在不同ประเทศ	68
บทที่ 4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทในบริบทกฎหมายของประเทศไทย	69
4.1 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535	69
4.2 พระราชบัญญัติบริษัทหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535	72
4.3 หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี	76
4.4 หลักตัวการตัวแทน	77
4.5 บทวิเคราะห์	78
4.5.1 หลักการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท	79
4.5.1.1 การใช้ข้อมูลหรือทรัพย์สินของบริษัท	79
4.5.1.2 การทำหน้าที่ในฐานะตัวแทนของบริษัท	82
4.5.1.3 ส่วนได้เสียที่บริษัทเคยมี	83
4.5.1.4 ความเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจเดิม	85
4.5.1.5 ความสามารถในการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท	88
4.5.2 ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ	90
4.5.2.1 การใช้โอกาสทางธุรกิจโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของบริษัท	90
(1) การลงทุนที่ไม่ถึงขนาดเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย	91
(2) การใช้โอกาสทางธุรกิจที่กรรมการไม่ได้ประโยชน์และบริษัทไม่เสียหาย	92
(3) บริษัทละสิทธิในโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่กรรมการค้นพบ	93
4.5.2.2 การใช้โอกาสทางธุรกิจที่ผ่านการพิจารณาและอนุมัติแล้ว	94
(1) ผู้มีอำนาจอนุมัติ	95
(2) สิทธิออกเสียงของผู้มีส่วนได้เสีย	96
(3) รูปแบบของมติที่ใช้	97
(4) การให้ข้อมูล	99
4.5.2.3 การห้ามไม่ให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยเด็ดขาด	100
4.5.3 ความรับผิดชอบของกรรมการจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยมิชอบ	105

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	107
5.1 บทสรุป	107
5.2 ข้อเสนอแนะ	108
5.3 ข้อเสนอแนะเพื่อการศึกษาเพิ่มเติม	109
บรรณานุกรม	110
ประวัติผู้เขียน	113



สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
2.1 แผนผังองค์กรแสดงตำแหน่งของผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียน	20
4.1 แผนภาพแสดงการใช้โอกาสทางธุรกิจในกรณีต่าง ๆ	103



บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทนั้น ผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นเจ้าของเงินทุนของบริษัทได้ใช้ความไว้วางใจเลือกบุคคลที่มีความรู้ความสามารถเข้ามาทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการ คณะกรรมการมีหน้าที่นำเงินลงทุนของผู้ถือหุ้นไปบริหารจัดการเพื่อสร้างผลตอบแทนสูงสุดให้กับบริษัท โดยอาศัยความรู้ความสามารถของกรรมการแต่ละคน กรรมการในฐานะที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ (Fiduciary) มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างซื่อสัตย์สุจริตและปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการใช้อำนาจหน้าที่หรือข้อมูลที่ตนรู้มาเพื่อเอื้อประโยชน์ให้กับตนเองหรือผู้อื่น

ตำแหน่งกรรมการบริษัทเป็นตำแหน่งที่มีโอกาสในการเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญของบริษัทได้ง่าย เนื่องจากคณะกรรมการบริษัทเป็นผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติการดำเนินการที่สำคัญของบริษัท เช่น การกำหนดแผนการดำเนินธุรกิจ การตัดสินใจลงทุน หรือการขยายกิจการ ซึ่งต้องอาศัยข้อมูลที่ครบถ้วนเพียงพอต่อการตัดสินใจ กรรมการมีสิทธิที่จะสอบถามข้อมูลที่จำเป็นจากฝ่ายจัดการของบริษัทได้ หากข้อมูลของบริษัทเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ต่อกิจการส่วนตัวของกรรมการด้วย บริษัทก็มีความเสี่ยงที่กรรมการอาจนำข้อมูลเหล่านี้ไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของบริษัท

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรรมการในบริษัทจดทะเบียนที่อาจได้รับการสรรหาจากนักธุรกิจผู้มีประสบการณ์กว้างขวางหรือเคยประสบความสำเร็จในการบริหารกิจการลักษณะเดียวกันมาก่อน ซึ่งกรรมการเหล่านี้อาจมองเห็นโอกาสทางธุรกิจจากข้อมูลที่ได้รับจากบริษัท หรือมีโอกาสได้รับข้อเสนอทางธุรกิจจากบุคคลภายนอกที่จะช่วยส่งเสริมให้กิจการของบริษัทที่ตนดูแลอยู่เจริญรุ่งเรืองยิ่งขึ้น เช่น โอกาสในการขยายกิจการผ่านการควบรวมกิจการหรือการขยายขอบเขตของสินค้าหรือบริการ หรือข้อเสนอในการลงทุนในธุรกิจใหม่ที่ต่อยอดจากธุรกิจเดิม หากโอกาสทางธุรกิจนี้เป็นสิทธิโดยชอบของบริษัทแล้ว กรรมการจะไม่สามารถนำไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้ เว้นแต่บริษัทได้แสดงเจตนาชัดเจนแล้วว่าไม่ต้องการใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจนั้น

ปัจจุบัน พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดข้อสันนิษฐานว่า การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เป็นการกระทำอันเป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท แต่ยังไม่มีการกำหนดหลักการในการพิจารณาขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท และยังไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นที่กรรมการจะสามารถใช้โอกาส

ทางธุรกิจของบริษัทได้ จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาในการใช้และการตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่าอะไรบ้างที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท กรรมการจะสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจที่ตนได้ค้นพบหรือไม่ หากพบโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจะต้องทำอย่างไร ความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำให้กรรมการไม่มีหลักการในการตัดสินใจเพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัท และมีความเสี่ยงที่บริษัทจะเสียโอกาสทางธุรกิจที่เป็นสิทธิของบริษัท นำไปสู่ข้อพิพาทระหว่างกรรมการและบริษัทได้

หลักกฎหมายเรื่องโอกาสทางธุรกิจของบริษัทเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการและสิทธิในผลประโยชน์ระหว่างกรรมการกับบริษัท การกำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมกับบริษัทจดทะเบียนจะช่วยส่งเสริมการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการและช่วยรักษาผลประโยชน์ทั้งของกรรมการและบริษัทจดทะเบียน

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1.2.1 เพื่อค้นหาจำกัดความที่เหมาะสมของโอกาสทางธุรกิจของบริษัท

1.2.2 เพื่อค้นหาแนวปฏิบัติในการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ไม่ถือเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

1.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของกรรมการ โดยศึกษาเฉพาะบริษัทจดทะเบียนเนื่องจากมีกฎหมายบัญญัติถึงเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไว้โดยตรง ทั้งนี้จะศึกษาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และกฎหมายลำดับรองที่ออกตามความในกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียนในเรื่องการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์จากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท รวมถึงศึกษาหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี บทความเชิงวิชาการ กฎหมายลายลักษณ์อักษรและตัวอย่างการใช้ดุลยพินิจของศาลในรัฐเดลาแวร์ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นรัฐที่มีองค์กรธุรกิจจัดตั้งอยู่มากกว่าหนึ่งล้านองค์กร มีกฎหมายบริษัทที่เป็นลายลักษณ์อักษร มีระบบศาลที่เป็นเอกลักษณ์และมีคำพิพากษาที่มีการให้เหตุผลของการตัดสินซึ่งสามารถใช้เป็นบรรทัดฐาน

ในคดีอื่น ๆ ได้¹ ทั้งนี้ อาจมีการศึกษาคำพิพากษาของศาลในรัฐอื่นประกอบในประเด็นที่สำคัญด้วย และ จะศึกษากฎหมายลายลักษณ์อักษรและตัวอย่างคำพิพากษาของประเทศอื่น ๆ ได้แก่ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งมีการกำหนดกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของกรรมการไว้อย่างละเอียดและประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศในภูมิภาคอาเซียนเหมือนกับประเทศไทย และมีบริษัทจดทะเบียนขนาดใหญ่จดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์สิงคโปร์เป็นจำนวนมาก²

1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่ใช้ความรู้ความสามารถของตนกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และไม่กระทำการที่ทำให้ตนมีผลประโยชน์ขัดหรือแย้งกับบริษัท ดังนั้น หากกรรมการค้นพบโอกาสทางธุรกิจใด ๆ ที่เป็นประโยชน์กับทั้งตัวกรรมการเอง และเป็นประโยชน์กับการประกอบธุรกิจของบริษัท กรรมการจะต้องไม่ใช่ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น หรือทำให้เกิดความเสียหายกับบริษัท

โอกาสทางธุรกิจของบริษัทจะต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนโดยพิจารณาจากการกระทำของบริษัทที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทเคยมีผลประโยชน์บางประการอยู่ในโอกาสทางธุรกิจนั้นหรือมีความคาดหวังว่าจะได้ใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจนั้น และเมื่อพิจารณาที่เนื้อหาของโอกาสทางธุรกิจของบริษัท โอกาสดังกล่าวต้องเป็นโอกาสทางธุรกิจที่ใกล้เคียงกับการประกอบธุรกิจที่บริษัทดำเนินการอยู่ หรือต้องเป็นการต่อยอดจากการประกอบธุรกิจเดิมของบริษัท

นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดการใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจอย่างเต็มที่ และเป็นธรรมกับกรรมการผู้มีความสามารถในการแสวงหาโอกาสทางธุรกิจของบริษัท หากกรรมการได้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวให้คณะกรรมการบริษัทพิจารณาและคณะกรรมการบริษัทมีมติไม่ใช่โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวแล้ว กรรมการสามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวได้โดยการใช้โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวไม่ถือเป็นการกระทำอันเป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทในความหมายของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และกรรมการการต้องได้รับความคุ้มครองไม่ให้ถูกฟ้องร้องจากเหตุที่ตนได้ใช้โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวนี้

¹ *Why Businesses Choose Delaware* http://corplaw.delaware.gov/eng/why_delaware.shtml (accessed December 15, 2015).

² Singapore Exchanges, *Market Statistics Report*, November 2015.

1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

ศึกษาวิจัยในลักษณะการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่อยู่ในรูปแบบบทความทางวิชาการ ตั๋วบทกฎหมาย ได้แก่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และกฎหมายลำดับรองที่ออกตามความในกฎหมายดังกล่าว รวมถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Model Business Corporation Act และ Delaware General Corporation Law คำพิพากษาศาลในสหรัฐอเมริกา กฎหมายลายลักษณ์อักษรและคำพิพากษาของศาลในประเทศออสเตรเลียและประเทศสิงคโปร์ รวมถึงหนังสือ วิทยานิพนธ์ เว็บไซต์ เพื่อค้นหาหลักการที่เป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ และนำมาพิจารณาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1.6.1 ทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ โดยเฉพาะหน้าที่ในการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของกรรมการ

1.6.2 ทำให้กรรมการมีหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลยพินิจในการรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่

1.6.3 เพื่อเป็นข้อมูลสำหรับหน่วยงานผู้ออกกฎเกณฑ์ในการวางหลักการที่เหมาะสมในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท

1.6.4 เพื่อใช้เป็นหลักในการในการใช้การตีความกฎหมายในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

บทที่ 2

บทบาทหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียน

ในการประกอบธุรกิจโดยองค์การธุรกิจรูปแบบบริษัทจดทะเบียนนั้น มีบุคคลสำคัญที่มีอำนาจในการตัดสินใจดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจของบริษัทจดทะเบียน คือ กรรมการบริษัท โดยกฎหมายได้กำหนดให้กรรมการบริษัทมีหน้าที่ในการดูแลรักษาผลประโยชน์ของบริษัท และต้องไม่กระทำการอันเป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท ซึ่งรวมถึงการไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทด้วย เพื่อให้เข้าใจถึงที่มาของหน้าที่ดังกล่าว ในบทนี้จะขอกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทจดทะเบียน หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการที่มีต่อบริษัท และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ

2.1 ลักษณะทั่วไปของบริษัท

นอกเหนือจากการประกอบอาชีพโดยตัวบุคคลเป็นผู้ทำมาค้าขายด้วยตนเองแล้วนั้น บุคคลอาจประกอบกิจการต่าง ๆ เพื่อการแสวงหากำไรผ่านการจัดตั้งองค์การธุรกิจขึ้น โดยองค์การธุรกิจที่ได้รับความนิยมในปัจจุบันได้แก่องค์การธุรกิจประเภทบริษัท ในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทนั้น ในที่นี้ ผู้เขียนจะขออธิบายถึงการเกิดขึ้นของบริษัท การทำนิติกรรมและการตัดสินใจดำเนินการของบริษัท โดยเริ่มจากบริษัทจำกัดซึ่งเป็นรูปแบบพื้นฐานขององค์การธุรกิจประเภทบริษัทและเจาะจงไปที่บริษัทจดทะเบียนซึ่งมีความซับซ้อนมากขึ้นตามลำดับ

2.1.1 การก่อตั้งและการดำเนินกิจการของบริษัท

องค์การธุรกิจประเภทบริษัทเกิดขึ้นจากการตกลงกันของบุคคลธรรมดาเพื่อประกอบกิจการร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะแบ่งปันกำไรที่ได้จากการประกอบกิจการนั้น เมื่อบริษัทได้จัดตั้งขึ้นโดยดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายแล้วก็มีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลผู้อยู่เบื้องหลังกิจการนั้น ๆ โดยกฎหมายรับรองให้สามารถมีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ เสมือนเป็นบุคคลธรรมดา¹

¹ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน จำกัด, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556), น.145-146.

ในการประกอบกิจการของบริษัทจะต้องอาศัยทุนเป็นปัจจัยพื้นฐานในการทำกิจกรรมต่าง ๆ ทุนของบริษัทนั้นสามารถแบ่งออกเป็นหน่วยลงทุนย่อย ๆ ได้ เรียกหน่วยลงทุนนั้นว่า หุ้น โดยบุคคลสามารถลงทุนในบริษัทผ่านการถือกรรมสิทธิ์ในหุ้น ผู้ถือหุ้นซึ่งจะมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น มีสิทธิได้รับเงินปันผลตอบแทนตามสัดส่วนที่ตัวเองเป็นเจ้าของเมื่อบริษัทมีกำไร² นอกจากนี้ยังมีสิทธิในการตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญ ๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องอาศัยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เช่น เรื่องการเปลี่ยนแปลงทุนจดทะเบียน³ การเลือกตั้งหรือถอดถอนกรรมการ เป็นต้น⁴

ในกรณีที่กิจการต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมาก บริษัทอาจเพิ่มทุนโดยอาศัยเงินทุนจากผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัท อย่างไรก็ตามบริษัทจำกัดมีข้อจำกัดในการระดมทุนเนื่องจากไม่สามารถเสนอขายหุ้นของบริษัทให้กับประชาชนทั่วไปได้⁵ นอกจากนี้ การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินก็อาจทำให้เกิดต้นทุนทางการเงินที่สูงจนเป็นอุปสรรคกับการทำธุรกิจ กิจการที่มีขนาดใหญ่จึงมักจัดตั้งในรูปแบบบริษัทมหาชน โดยมีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนไว้ เพื่อเป็นช่องทางในการระดมทุนให้กับบริษัท ภายใต้การควบคุมของกฎหมายที่เข้มขันกว่าบริษัทจำกัด⁶

กิจการที่มีขนาดใหญ่มากอาจนำหุ้นของบริษัทเข้าจดทะเบียนเพื่อซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งเป็นตลาดรองสำหรับการซื้อขายหลักทรัพย์ต่าง ๆ เพื่อให้มีช่องทางในการระดมทุนที่มีประสิทธิภาพสูงมากกว่าการขายหุ้นโดยตรงให้กับประชาชนทั่วไปที่เป็นตลาดแรก ทั้งนี้กฎหมายที่ควบคุมการดำเนินการของบริษัทจดทะเบียนจะมีความเข้มขันมากกว่าบริษัทจำกัด โดยจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของตลาดหลักทรัพย์เพื่อคงสถานะความเป็นบริษัทจดทะเบียน และอยู่

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1200

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1220

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1102

⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2521 ให้เหตุผลว่าเนื่องจากได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ซึ่งกำหนดให้บริษัทมหาชนจำกัดต้องมีผู้ถือหุ้นตั้งแต่หนึ่งร้อยคน และมีบทบัญญัติควบคุมการเสนอขายหุ้นและหุ้นกู้ เพื่อป้องกันมิให้ประชาชนถูกหลอกลวงแล้ว สมควรกำหนดห้ามมิให้บริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีผู้ถือหุ้นถึงหนึ่งร้อยคนและเสนอขายหุ้น หรือหุ้นกู้ต่อประชาชน

ภายใต้การกำกับดูแลอย่างเข้มข้นโดยองค์กรกำกับดูแล เช่นคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์⁷

ผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่ได้มีสิทธิหน้าที่ในการจัดการธุรกรรมต่าง ๆ ของบริษัททั้งหมด แต่ใช้การครอบงำผ่านที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น⁸ โดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเลือกตั้งบุคคลที่ตนไว้วางใจขึ้นเป็นกรรมการ คณะกรรมการบริษัทมีหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น กำหนดนโยบายการดำเนินธุรกิจให้ฝ่ายบริหารนำไปปฏิบัติ และตัดสินใจดำเนินการในเรื่องที่สำคัญ โดยเรื่องที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรรมการบริษัทจะถูกกำหนดไว้ในวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ หรือข้อตกลงเกี่ยวกับอำนาจดำเนินการภายในบริษัท

2.1.2 การทำนิติกรรมของบริษัท

บริษัทถือเป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่งซึ่งมีความสามารถในการทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้เพราะมีกฎหมายรับรอง อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลต้องมีการกำหนดตัวบุคคลธรรมดาขึ้นเพื่อทำหน้าที่แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลนั้น เรียกว่าผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งในกรณีของบริษัทก็คือกรรมการบริษัท⁹

ในแง่ความสามารถในการทำนิติกรรมของบริษัทนั้น บริษัทเกิดขึ้นจากการรวมตัวกันของบุคคลธรรมดาที่มีเจตนาร่วมกันตั้งบริษัทขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางประการ วัตถุประสงค์ดังกล่าว

⁷ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ให้เหตุผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่า โดยที่การพัฒนาตลาดทุนของประเทศที่ผ่านมาได้มุ่งเน้นการพัฒนาตลาดรอง ซึ่งเป็นตลาดซื้อขายหลักทรัพย์เป็นหลัก แต่ยังคงขาดการพัฒนาตลาดแรกอันเป็นตลาดสำหรับหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ควบคู่กันไปด้วย ทำให้บทบาทที่สำคัญของตลาดรองในการเป็นตลาดที่สนับสนุนตลาดแรกไม่เกิดประสิทธิภาพอย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้จึงต้องเปิดโอกาสให้มีการพัฒนาตลาดแรกได้กว้างขวางขึ้นและให้มีตราสารประเภทต่าง ๆ ได้มากขึ้น เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการระดมทุน นอกจากนี้ โดยที่การควบคุมดูแลในเรื่องที่เกี่ยวกับตลาดทุนมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหลายหน่วยงาน ทำให้การกำกับและพัฒนาตลาดทุนขาดความเป็นเอกภาพ ทั้งยังขาดมาตรการที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ลงทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมควรมีกฎหมายและหน่วยงานที่เป็นศูนย์รวมในการกำกับดูแลและพัฒนาตลาดทุน เพื่อให้สามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

⁸ มาตรา 1144 บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70

จึงเป็นกรอบของความสามารถในการทำนิติกรรมต่าง ๆ ของบริษัทและเป็นขอบอำนาจของผู้กระทำการแทนบริษัท การกระทำใด ๆ ที่อยู่นอกขอบอำนาจ (Ultra Vires) จะไม่มีผลผูกพันบริษัท ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของวัตถุประสงค์ของบริษัทจึงมีผลกระทบต่อขอบเขตของนิติกรรมต่าง ๆ ที่กรรมการสามารถกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทด้วย¹⁰

การกระทำของกรรมการบริษัทที่กระทำไปในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทนั้น จะผูกพันบริษัทก็ต่อเมื่อกรรมการได้กระทำไปโดยมีอำนาจ ซึ่งอำนาจกระทำการของกรรมการบริษัทนั้น เป็นไปตามข้อบังคับของบริษัท มติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น มติที่ประชุมคณะกรรมการ หรือการมอบอำนาจในลักษณะตัวการตัวแทนซึ่งเป็นเรื่องภายในของบริษัท

2.1.3 การตัดสินใจดำเนินการของบริษัท

บริษัทจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจตามความมุ่งหมายของผู้ก่อตั้ง เมื่อบริษัทเกิดขึ้นแล้วก็ย่อมมีการกำหนดเป้าหมายของการทำธุรกิจ ซึ่งแสดงออกผ่านวิสัยทัศน์ (Vision) พันธกิจ (Mission) กลยุทธ์ (Strategy) นโยบาย (Policy) และแตกย่อยไปเป็นแผนการปฏิบัติงาน (Action Plan) ของหน่วยงานต่าง ๆ ภายในบริษัท ปัจจัยดังกล่าวทำให้บุคลากรในองค์กร รวมถึงบุคคลทั่วไปเข้าใจได้ว่าบริษัทนั้นคาดหวังในเรื่องอะไร และจะมีทิศทางต่อไปอย่างไร

จากการมีเป้าหมายในการประกอบธุรกิจนี้เอง ทำให้บริษัทมีการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้กิจการประสบความสำเร็จตามเป้าหมาย เช่น การตัดสินใจขยายกำลังการผลิต การกู้ยืมเงิน การเพิ่มทุน การเข้าร่วมทุน การคิดค้นสินค้าและบริการใหม่ ๆ หรือการขยายสู่ธุรกิจใหม่ ซึ่งการดำเนินการเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์กับบริษัทหรืออาจเพิ่มความเสี่ยงให้กับบริษัทก็ได้ บริษัทจึงต้องมีการศึกษาข้อมูลอย่างละเอียดรอบคอบและตัดสินใจโดยบุคคลที่เหมาะสม

กฎหมายได้กำหนดให้การใช้ดุลยพินิจในการดำเนินธุรกิจของบริษัทบางเรื่องเป็นอำนาจเฉพาะของผู้ถือหุ้น เช่น การได้มาหรือจำหน่ายไปซึ่งทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงอย่างมีนัยสำคัญ¹¹ การทำนิติกรรมระหว่างกรรมการกับบริษัท¹² เป็นต้น ส่วนการตัดสินใจในเรื่องการดำเนินธุรกิจ

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66

¹¹ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/29

การดำเนินการในเรื่องดังต่อไปนี้ หากเป็นกรณีที่มีนัยสำคัญต่อบริษัทตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด ต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

(1) การได้มาหรือจำหน่ายไปซึ่งทรัพย์สิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้น จะเป็นทรัพย์สินของบริษัทหรือบริษัทย่อย...

¹² พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 98/12

ตามปกติของบริษัทที่กฎหมายไม่ได้กำหนดผู้ใช้ดุลยพินิจนั้น บริษัทสามารถกำหนดเองและให้มีผลบังคับใช้ภายในบริษัทได้

ในเรื่องทั่วไปที่กฎหมายไม่ได้กำหนดตัวผู้มีอำนาจตัดสินใจไว้เป็นพิเศษ แต่ละบริษัทก็อาจมีกระบวนการควบคุมภายใน (Internal Control) เพื่อจัดระเบียบให้เรื่องที่มีความสำคัญต่างกันถูกพิจารณาโดยบุคคลที่มีอำนาจตัดสินใจในระดับต่าง ๆ ผ่านการมอบอำนาจ (Delegation of Authority) เช่น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างที่มีมูลค่าไม่สูงมาก ก็อาจกำหนดให้ผู้บริหารในระดับล่างเป็นผู้ดำเนินการได้เองโดยไม่ต้องนำเสนอให้คณะกรรมการตัดสินใจ เพื่อความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลนั้น¹³ คณะกรรมการจะต้องเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินธุรกิจของบริษัท ติดตามประสิทธิภาพในการประกอบกิจการ และสร้างผลกำไรที่เหมาะสมให้กับผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ยังต้องป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และบริหารความต้องการของผู้มีส่วนได้เสียต่าง ๆ ให้สมดุลตัวอย่างของบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการที่สำคัญได้แก่ การทบทวนกลยุทธ์ของบริษัท การแต่งตั้งและกำหนดค่าตอบแทนผู้บริหาร การกำกับดูแลการลงทุนหรือการยกเลิกการลงทุน และการสอบทานความน่าเชื่อถือของการรายงานด้านบัญชีและการเงิน เป็นต้น

บริษัทอาจกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทหรือข้อตกลงภายในว่ากิจการใดบ้างที่ต้องอาศัยมติของคณะกรรมการบริษัท ทั้งนี้ ในการตัดสินใจของคณะกรรมการ คณะกรรมการอาจมอบหมายให้กรรมการคนหนึ่งดำเนินการแทนหรือมอบหมายให้ฝ่ายจัดการซึ่งก็คือผู้บริหารหรือพนักงานของบริษัทศึกษาข้อมูลและนำเสนอให้คณะกรรมการทราบเพื่อตัดสินใจต่อไปก็ได้ เมื่อคณะกรรมการได้ทราบถึงโอกาสและความเสี่ยงของการดำเนินการดังกล่าวและเห็นว่าข้อมูลที่ได้รับเพียงพอที่จะตัดสินใจได้แล้ว คณะกรรมการก็อาจตัดสินใจดำเนินการหรือปฏิเสธไม่ดำเนินการตามข้อเสนอก็ได้

ส่วนความถี่ของการประชุมคณะกรรมการนั้น สำหรับบริษัทมหาชน กฎหมายกำหนดไว้เพียงสามเดือนต่อครั้ง¹⁴ ซึ่งบริษัทอาจกำหนดให้มากกว่าได้ตามความเหมาะสมของ

กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง จะกระทำธุรกรรมกับบริษัท หรือบริษัทย่อยได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าว ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว...

¹³ G20/OECD Principle of Corporate Governance, September 2015, p.6.

¹⁴ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 79

ธุรกิจ¹⁵ ในบริษัทมหาชนมักมีการแบ่งคณะกรรมการออกเป็นคณะกรรมการชุดย่อยเพื่อรับผิดชอบหน้าที่เฉพาะด้านตามความรู้ความชำนาญของกรรมการ เช่น คณะกรรมการบริหาร ประกอบด้วยกรรมการที่ดำรงตำแหน่งเป็นผู้บริหารระดับสูงและผู้บริหารระดับสูง คณะกรรมการตรวจสอบ ประกอบด้วยกรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระทั้งคณะ เป็นต้น

2.1.4 บริษัทจดทะเบียน

เมื่อบริษัทมีความต้องการเงินทุนจำนวนมากเพื่อขยายกิจการ บริษัทอาจพิจารณาแปลงสภาพไปเป็นบริษัทมหาชนเพื่อให้มีความสามารถในการออกและเสนอขายหุ้นแก่ประชาชนทั่วไปได้ ในขณะเดียวกัน ประชาชนทั่วไปก็มีความต้องการที่จะนำเงินของตนไปลงทุนเพื่อสร้างผลตอบแทนที่คุ้มค่า จากความต้องการของทั้งสองฝ่ายดังกล่าวจึงเกิดตัวกลางในการระดมทุนจากประชาชนขึ้น โดยมีตลาดหลักทรัพย์ทำหน้าที่เป็นตัวกลางอำนวยความสะดวกและกำกับดูแลการซื้อขายหุ้น บริษัทที่นำหุ้นออกขายในตลาดหลักทรัพย์นี้เรียกว่าบริษัทจดทะเบียน ซึ่งก็คือบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นั่นเอง

เนื่องจากบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์สามารถจำหน่ายหุ้นให้กับประชาชนทั่วไปในวงกว้างและสามารถมีผู้ถือหุ้นได้เป็นจำนวนมาก ประกอบกับการมีเงินทุนจำนวนมากซึ่งเอื้อให้สามารถขยายขนาดของกิจการให้ใหญ่ขึ้นจนบริษัทจำเป็นต้องมีความคล่องตัวในการทำธุรกรรมต่าง ๆ มากขึ้น ทำให้ความใกล้ชิดระหว่างผู้ถือหุ้น กรรมการ และฝ่ายจัดการของบริษัทมีความใกล้ชิดกันน้อยกว่าบริษัทจำกัด บทบาทของผู้ถือหุ้นที่เปรียบเสมือนเจ้าของกิจการในบริษัทจำกัดจึงถูกลดทอนลงเป็นเพียงนักลงทุน และไม่มีโอกาสในการตรวจสอบกิจการอย่างใกล้ชิดเหมือนในบริษัทจำกัด

เพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นในฐานะนักลงทุน ตลาดหลักทรัพย์จึงมีข้อกำหนดพื้นฐานที่บริษัทที่ประสงค์จะซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์จะต้องเตรียมพร้อมก่อนการเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ โดยเรื่องสำคัญที่บริษัทจะต้องปรับสภาพก่อนการเข้าสู่ตลาดหลักทรัพย์ได้แก่ การมีระบบการจัดทำบัญชีและการรายงานฐานะทางการเงินที่ได้มาตรฐาน ซึ่งบริษัทจดทะเบียนจะต้องมีผู้สอบ

¹⁵ ยวีร์ ปิติวัฒนกุล, “แนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการประชุมคณะกรรมการบริษัทในประเทศไทย : ศึกษาการประชุมโดยวิธีการติดต่อสื่อสารทางเทคโนโลยี และการได้มติโดยไม่มีการประชุม (มติเป็นลายลักษณ์อักษร) ,” (สารนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2548), น.8.

บัญชีที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรกำกับดูแล และจะต้องมีกรรมการที่เป็นอิสระจากฝ่ายจัดการทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น¹⁶

ในการกำกับดูแลบริษัทจดทะเบียนนั้น นอกเหนือจากการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แล้ว ยังต้องปฏิบัติตามข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์อีกด้วย โดยสำหรับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการรับหุ้นสามัญของบริษัทเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนโดยพิจารณาจากคุณสมบัติต่าง ๆ ที่สำคัญตามข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง การรับหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน พ.ศ. 2558 หมวดที่ 2 เรื่องคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอ ข้อ 4 โดยยกตัวอย่างข้อที่สำคัญ ได้แก่ ต้องมีทุนชำระแล้วเฉพาะหุ้นสามัญไม่น้อยกว่า 300 ล้านบาท มีผู้ถือหุ้นสามัญรายย่อยไม่น้อยกว่า 1,000 ราย มีกำไรสุทธิในระยะเวลา 2 ปี หรือ 3 ปี ล่าสุดก่อนยื่นคำขอรวมกันไม่น้อยกว่า 50 ล้านบาท นอกจากนี้ยังได้กำหนดในเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงาน เช่น กรรมการและผู้บริหารต้องไม่มีลักษณะที่ขาดความน่าไว้วางใจในการบริหารกิจการ ต้องไม่เป็นบุคคลที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ในเรื่องที่กระทบต่อสิทธิประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และในแง่การกำกับดูแลกิจการ จะต้องมีการอิสระและคณะกรรมการตรวจสอบ¹⁷ ซึ่งคุณสมบัติและการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอิสระและคณะกรรมการตรวจสอบจะได้อธิบายในส่วนต่อไป

จากการอยู่ภายใต้ข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์นั้น ทำให้บริษัทจดทะเบียนมีหน้าที่ที่สำคัญมากประการหนึ่งที่มีมากกว่าหน้าที่ของบริษัทจำกัด คือหน้าที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล (Disclosure) ในการตัดสินใจลงทุนในบริษัทจดทะเบียนของนักลงทุนนั้น ข้อมูลการดำเนินธุรกิจของบริษัทถือเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณาการลงทุนในบริษัทจดทะเบียน เนื่องจากในการพิจารณาความคุ้มค่าของการลงทุน หากผู้ถือหุ้นเห็นว่าบริษัทมีผลประกอบการที่ดี มีการจ่ายปันผลสม่ำเสมอและมีการลงทุนต่อเนื่อง เมื่อพิจารณาราคาหุ้น ณ ปัจจุบันแล้วเห็นว่ามูลค่าของหุ้นอาจจะขยับตัวสูงขึ้นได้อีก นักลงทุนก็อาจจะเข้าถือหุ้นในบริษัทเพื่อหวังส่วนต่างของราคาหุ้นที่อาจปรับตัวสูงขึ้นในอนาคต ในทางกลับกัน หากเกิดเหตุการณ์ร้ายแรงกับบริษัท เช่น บริษัทสูญเสียสัญญาทางการค้าที่สำคัญ ผู้ถือหุ้นก็ควรจะมีสิทธิพิจารณาว่าจะลงทุนในหุ้นนั้นต่อไปหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ด้วย

¹⁶ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “Going Public Guide,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2559, http://www.set.or.th/th/products/listing/files/Going_Public_Guide.pdf

¹⁷ ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง การรับหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน พ.ศ. 2558 หมวดที่ 2 เรื่องคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอ ข้อ 4 (1)-(11)

ขนาดและความซับซ้อนของบริษัทจดทะเบียนทำให้เป็นการยากต่อผู้ถือหุ้นหรือประชาชนทั่วไปที่จะสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ ตลาดหลักทรัพย์จึงกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลสำคัญของบริษัทให้ประชาชนทั่วไปทราบอย่างทั่วถึงเมื่อมีเหตุการณ์สำคัญเกิดขึ้น

สำหรับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลสำคัญไว้ในข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเปิดเผยสารสนเทศและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียน ยกตัวอย่างเรื่องสำคัญที่บริษัทมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลให้ตลาดหลักทรัพย์ทราบทันที เช่น บริษัทจดทะเบียนหรือบริษัทย่อยมีการเข้าร่วมทุนหรือยกเลิกการเข้าร่วมทุนกับบริษัทอื่นโดยสัดส่วนของการเข้าร่วมทุนตั้งแต่ร้อยละ 10 ของทุนชำระแล้วของบริษัทที่เข้าร่วมทุน หรือบริษัทจดทะเบียนหรือบริษัทย่อยมีการออกผลิตภัณฑ์ใหม่ที่สำคัญ การพัฒนาที่สำคัญเกี่ยวกับทรัพยากร เทคโนโลยี ผลิตภัณฑ์ และตลาด หรือการค้นพบที่สำคัญเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น¹⁸

นอกเหนือจากการปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ปัจจุบันบริษัทจดทะเบียนยังถูกคาดหวังให้ต้องปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Corporate Governance) โดยมีสถาบันต่าง ๆ ทั้งในและต่างประเทศ เช่น สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย และ ASEAN Capital Market Forum เป็นผู้ออกกฎเกณฑ์ ประเมินการปฏิบัติตาม และจัดอันดับการกำกับดูแลกิจการ ซึ่งมีนักลงทุนใช้ระดับการกำกับดูแลกิจการที่ดีเป็นนโยบายการลงทุน และเป็นปัจจัยของระดับการพัฒนาอย่างยั่งยืนของบริษัทในระดับสากลด้วย¹⁹

สำหรับประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ได้ออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 28/2551 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ โดยในข้อ 11 ได้กำหนดว่า

ผู้ขออนุญาตจะได้รับอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ต่อประชาชนได้ต่อเมื่อแสดงให้เห็นได้ว่ามีคุณสมบัติเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการกำกับดูแลกิจการที่ดี และหลักเกณฑ์คุณสมบัติอื่น ๆ ดังต่อไปนี้...

(1) การรักษาสิทธิของผู้ถือหุ้นและปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้นอย่างเป็นธรรม...

¹⁸ ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเปิดเผยสารสนเทศและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียน ข้อ 3 (1)-(25)

¹⁹ สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย, “โครงการพิเศษ,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2559, <http://www.thai-iod.com/th/projects-2.asp>

(2) บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการ ผู้บริหารและผู้มีอำนาจ
ควบคุม...

(3) การเปิดเผยข้อมูล...

ตัวอย่างของผลที่เป็นรูปธรรมของหลักการดังกล่าวได้แก่การกำหนดให้บริษัท
ต้องมีกรรมการอิสระอย่างน้อยหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมด²⁰ และการกำหนดให้มี
กรรมการตรวจสอบอย่างน้อยสามคน²¹ ซึ่งต้องเป็นกรรมการอิสระ เป็นต้น โดยกรรมการที่มี
คุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระนั้น จะต้องเป็นอิสระจากทั้งฝ่ายบริหาร (กรรมการที่มีส่วนร่วมในการ
บริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน) และเป็นอิสระจากผู้ถือหุ้นและผู้มีอำนาจควบคุม ทั้งนี้ บริษัทสามารถ
กำหนดข้อกำหนดคุณสมบัติกรรมการอิสระให้เข้มงวดกว่าที่กฎหมายกำหนดก็ได้ โดยรายละเอียดของ
กรรมการประเภทนี้ จะกล่าวถึงในส่วนต่อไป

นอกจากนี้ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 11/2552 เรื่อง
หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการรายงานการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงาน
ของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ ได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียน จัดทำแบบแสดงรายการข้อมูลประจำปี
(แบบ 56-1) ซึ่งในแบบ 56-1 ได้กำหนดให้บริษัทเปิดเผยเรื่องการกำกับดูแลกิจการ โดยอ้างอิง
หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียนที่ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยกำหนด ใน
กรณีที่ไม่ได้ปฏิบัติตามให้อธิบายเหตุผลประกอบด้วย (Comply or Explain) ทำให้หลักการกำกับ
ดูแลกิจการที่ดีกลายเป็นหลักการที่บริษัทจดทะเบียนชั้นนำปฏิบัติตาม

2.2 หน้าที่ของกรรมการ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าคณะกรรมการบริษัทเป็นองค์กรที่สำคัญของบริษัทซึ่งมีหน้าที่
หลักในการตัดสินใจดำเนินการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของบริษัทนั้น คณะกรรมการบริษัทประกอบด้วย
กรรมการบริษัทซึ่งที่เป็นบุคคลากรสำคัญที่มีบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบตามที่กฎหมาย
กำหนด ในส่วนนี้ผู้เขียนจะขอกกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของกรรมการบริษัท โดยเฉพาะหน้าที่ที่กรรมการ
จะต้องมีต่อบริษัท

²⁰ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 28/2551 เรื่อง การขออนุญาตและการ
อนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ ข้อ 16 (2)

²¹ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 28/2551 เรื่อง การขออนุญาตและการ
อนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ ข้อ 16 (3)

2.2.1 ประเภทของกรรมการในบริษัทจดทะเบียน

ในการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจดทะเบียนนั้น แม้ตามกฎหมายจะไม่ได้แบ่งแยกบทบาทหน้าที่ของกรรมการแต่ละคนไว้แตกต่างกัน แต่ในการบริหารงานของบริษัทจดทะเบียนนั้น กรรมการแต่ละคนอาจมีภาระหน้าที่ต่อบริษัทไม่เหมือนกัน และมีความใกล้ชิดกับกิจการของบริษัทไม่เท่ากัน โดยอาจแบ่งประเภทของบุคคลากรในบริษัทจดทะเบียนที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการของบริษัทได้ดังนี้

1. กรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ เนื่องจากลักษณะพิเศษของบริษัทจดทะเบียนที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงหุ้นได้ง่ายทำให้ผู้ถือหุ้นนั้นมีจำนวนมาก และผู้ถือหุ้นมีความห่างไกลจากการประกอบธุรกิจของบริษัทมากกว่าบริษัทจำกัดมาก ทั้งในแง่การโอกาสในการรับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจตามปกติและความสามารถในการใช้อำนาจกำกับดูแลบริษัท ทำให้จำเป็นต้องมีตัวกลางในการดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย กลไกที่สำคัญของบริษัทจดทะเบียนในปัจจุบันก็คือการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการอิสระ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดคุณสมบัติหลายประการที่ทำให้มั่นใจว่ากรรมการอิสระจะสามารถใช้ดุลยพินิจได้อย่างเป็นอิสระอย่างแท้จริง โดยคุณสมบัติของกรรมการอิสระเป็นไปตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 28/2551 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ ข้อ 16 (2) ดังนี้

(ก) ถือหุ้นไม่เกินร้อยละหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ขออนุญาต (ในที่นี้หมายถึงบริษัทจดทะเบียน) บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต ทั้งนี้ ให้นับรวมการถือหุ้นของผู้ที่เกี่ยวข้องของกรรมการอิสระรายนั้น ๆ ด้วย

(ข) ไม่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน ที่ปรึกษาที่ได้เงินเดือนประจำ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือของผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต เว้นแต่จะได้พ้นจากกรณีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน ทั้งนี้ ลักษณะต้องห้ามดังกล่าวไม่รวมถึงกรณีที่กรรมการอิสระเคยเป็นข้าราชการ หรือที่ปรึกษา ของส่วนราชการซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต

(ค) ไม่เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต หรือโดยการจดทะเบียนตามกฎหมายในลักษณะที่เป็นบิดา มารดา คู่สมรส พี่น้อง และบุตร รวมทั้งคู่สมรสของบุตร ของกรรมการ

รายอื่น ผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ผู้มีอำนาจควบคุม หรือบุคคลที่จะได้รับการเสนอให้เป็นกรรมการ ผู้บริหารหรือ ผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาตหรือบริษัทย่อย

(ง) ไม่มีหรือเคยมีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต ในลักษณะที่อาจเป็นการขัดขวาง การใช้จรรยาบรรณอย่างอิสระของตน รวมทั้งไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต เว้นแต่จะได้พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่า สองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

ความสัมพันธ์ทางธุรกิจตามวรรคหนึ่ง รวมถึงการทำรายการทางการค้าที่กระทำ เป็นปกติเพื่อประกอบกิจการ การเช่าหรือให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ รายการเกี่ยวกับสินทรัพย์หรือ บริการหรือการให้หรือรับความช่วยเหลือทางการเงิน ด้วยการรับหรือให้กู้ยืม คำประกัน การให้ สินทรัพย์เป็นหลักประกันหนี้สิน รวมถึงพฤติการณ์อื่นทำนองเดียวกัน ซึ่งเป็นผลให้ผู้ขออนุญาตหรือ คู่สัญญามีภาระหนี้ที่ต้องชำระต่ออีกฝ่ายหนึ่ง ตั้งแต่ร้อยละสามของสินทรัพย์ที่มีตัวตนสุทธิของผู้ขออนุญาตหรือตั้งแต่ยี่สิบล้านบาทขึ้นไป แล้วแต่จำนวนใดจะต่ำกว่า ทั้งนี้ การคำนวณภาระหนี้ดังกล่าว ให้เป็นไปตามวิธีการคำนวณมูลค่าของรายการที่เกี่ยวข้องกันตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาด ทุนว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการทำรายการที่เกี่ยวข้องกัน โดยอนุโลม แต่ในการพิจารณาภาระหนี้ดังกล่าว ให้นำรวมภาระหนี้ที่เกิดขึ้นในระหว่างหนึ่งปีก่อนวันที่มีความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับบุคคลเดียวกัน

(จ) ไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้สอบบัญชีของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และไม่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย ผู้มี อำนาจควบคุม หรือหุ้นส่วนของสำนักงานสอบบัญชี ซึ่งมีผู้สอบบัญชีของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาตสังกัดอยู่ เว้นแต่จะได้ พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

(ฉ) ไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้ให้บริการทางวิชาชีพใด ๆ ซึ่งรวมถึงการให้บริการเป็นที่ปรึกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาทางการเงิน ซึ่งได้รับค่าบริการเกินกว่าสองล้านบาทต่อปีจากผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และไม่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย ผู้มีอำนาจควบคุม หรือหุ้นส่วนของผู้ให้บริการทางวิชาชีพนั้นด้วย เว้นแต่จะได้ พ้นจากการมีลักษณะดังกล่าวมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันที่ยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงาน

(ช) ไม่เป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเพื่อเป็นตัวแทนของกรรมการของผู้ขออนุญาต ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่

(ซ) ไม่ประกอบกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันที่มีนัยกับกิจการของผู้ขออนุญาตหรือบริษัทย่อย หรือไม่เป็นหุ้นส่วนที่มีนัยในทางหุ้นส่วน หรือเป็นกรรมการที่มีส่วนร่วมบริหารงาน ลูกจ้าง พนักงาน ที่ปรึกษาที่รับเงินเดือนประจำ หรือถือหุ้นเกินร้อยละหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทอื่น ซึ่งประกอบกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันที่มีนัยกับกิจการของผู้ขออนุญาตหรือบริษัทย่อย

(ณ) ไม่มีลักษณะอื่นใดที่ทำให้ไม่สามารถให้ความเห็นอย่างเป็นทางการดำเนินงานของผู้ขออนุญาต

โดยสรุป คุณสมบัติที่สำคัญที่จะทำให้กรรมการเป็นกรรมการอิสระนั้น ต้องพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ หลายประการ เช่น การถือหุ้นในบริษัท ความสัมพันธ์กับผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือผู้มีอำนาจควบคุม ความสัมพันธ์กับกรรมการอื่น ความสัมพันธ์กับบริษัททั้งในแง่การดำรงตำแหน่งการค้าขายกับบริษัท รวมถึงการประกอบอาชีพอื่น ๆ ของกรรมการดังกล่าวที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการตัดสินใจอย่างเป็นอิสระ ทั้งนี้ เนื่องจากกรรมการอิสระไม่ใช่กรรมการที่มีส่วนร่วมในการบริหารงาน กรรมการประเภทนี้จึงมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการ (operation) ของบริษัทน้อยกว่ากรรมการประเภทอื่น อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดให้กรรมการอิสระมีความรับผิดชอบแตกต่างจากกรรมการประเภทอื่นแต่อย่างใด

เมื่อกรรมการดังกล่าวมีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระแล้ว กรรมการอิสระอาจได้รับการแต่งตั้งเป็น “กรรมการตรวจสอบ” ในคณะกรรมการตรวจสอบได้ โดยคณะกรรมการตรวจสอบจะต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระทั้งหมด²² และมีอำนาจหน้าที่ตามประกาศตลาด

²²คุณสมบัติต่าง ๆ ของกรรมการตรวจสอบ เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 28/2551 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ ข้อ 16 (3) ดังนี้

(3) มีกรรมการตรวจสอบอย่างน้อยสามคน ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(ก) ได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นของผู้ขออนุญาตให้เป็นกรรมการตรวจสอบ

(ข) เป็นกรรมการอิสระที่เป็นไปตาม (2) และต้อง

1. ไม่เป็นกรรมการที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ให้ตัดสินใจในการดำเนินกิจการของผู้ขออนุญาต บริษัทใหญ่ บริษัทย่อย บริษัทร่วม บริษัทย่อยลำดับเดียวกัน ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้มีอำนาจควบคุมของผู้ขออนุญาต และ

2. ไม่เป็นกรรมการของบริษัทใหญ่ บริษัทย่อย หรือบริษัทย่อยลำดับเดียวกัน เฉพาะที่เป็นบริษัทจดทะเบียน

หลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ
ในข้อ 7 ดังนี้

- (1) สอบทานให้บริษัทมีการรายงานทางการเงินอย่างถูกต้องและเพียงพอ
- (2) สอบทานให้บริษัทมีระบบการควบคุมภายใน (Internal Control) และระบบการตรวจสอบภายใน (Internal Audit) ที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ และพิจารณาความเป็นอิสระของหน่วยงานตรวจสอบภายใน ตลอดจนให้ความเห็นชอบในการพิจารณาแต่งตั้ง โยกย้าย เลิกจ้างหัวหน้าหน่วยงานตรวจสอบภายใน หรือหน่วยงานอื่นใดที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการตรวจสอบภายใน
- (3) สอบทานให้บริษัทปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท
- (4) พิจารณา คัดเลือก เสนอแต่งตั้งบุคคลซึ่งมีความเป็นอิสระเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้สอบบัญชีของบริษัท และเสนอค่าตอบแทนของบุคคลดังกล่าว รวมทั้งเข้าร่วมประชุมกับผู้สอบบัญชี โดยไม่มีฝ่ายจัดการเข้าร่วมประชุมด้วยอย่างน้อยปี ละ 1 ครั้ง
- (5) พิจารณารายการที่เกี่ยวข้องกันหรือรายการที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ให้เป็นไปตามกฎหมายและข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ ทั้งนี้ เพื่อให้มั่นใจว่ารายการดังกล่าวสมเหตุสมผลและเป็นประโยชน์สูงสุดต่อบริษัท
- (6) จัดทำรายงานของคณะกรรมการตรวจสอบโดยเปิดเผยไว้ในรายงานประจำปี ของบริษัท ซึ่งรายงานดังกล่าวต้องลงนามโดยประธานคณะกรรมการตรวจสอบและต้องประกอบด้วยข้อมูลอย่างน้อยดังต่อไปนี้
 - (ก) ความเห็นเกี่ยวกับความถูกต้อง ครบถ้วน เป็นที่เชื่อถือได้ของรายงานทางการเงินของบริษัท
 - (ข) ความเห็นเกี่ยวกับความเพียงพอของระบบควบคุมภายในของบริษัท
 - (ค) ความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท
 - (ง) ความเห็นเกี่ยวกับความเหมาะสมของผู้สอบบัญชี

(ค) มีหน้าที่ในลักษณะเดียวกับที่กำหนดไว้ในประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยว่าด้วยคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ

(ง) มีความรู้และประสบการณ์เพียงพอที่จะสามารถทำหน้าที่ในฐานะกรรมการตรวจสอบ ทั้งนี้ ต้องมีกรรมการตรวจสอบอย่างน้อยหนึ่งคนที่มีความรู้และประสบการณ์เพียงพอที่จะสามารถทำหน้าที่ในการสอบทานความน่าเชื่อถือของงบการเงินได้

(จ) ความเห็นเกี่ยวกับรายการที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์

(ฉ) จำนวนการประชุมคณะกรรมการตรวจสอบ และการเข้าร่วมประชุมของกรรมการตรวจสอบแต่ละท่าน

(ช) ความเห็นหรือข้อสังเกตโดยรวมที่คณะกรรมการตรวจสอบได้รับจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎบัตร (charter)

(ซ) รายการอื่นที่เห็นว่าผู้ถือหุ้นและผู้ลงทุนทั่วไปควรทราบ ภายใต้ขอบเขตหน้าที่และความรับผิดชอบที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการบริษัท

(7) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่คณะกรรมการของบริษัทมอบหมายด้วยความเห็นชอบจากคณะกรรมการตรวจสอบ

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการตรวจสอบมีความรับผิดชอบต่อคณะกรรมการบริษัทโดยตรง และคณะกรรมการของบริษัทยังคงมีความรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทต่อบุคคลภายนอก...

โดยสรุป คณะกรรมการตรวจสอบมีหน้าที่หลักในการสอบทานการดำเนินธุรกิจและการรายงานทางการเงินของบริษัทให้เป็นที่น่าเชื่อถือ โปร่งใส ตรวจสอบได้ มีหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาคัดเลือกและจ่ายค่าตอบแทนผู้สอบบัญชี และยังมีหน้าที่ในการพิจารณาธุรกรรมที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์อีกด้วย

2. กรรมการที่ไม่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระ หากกรรมการขาดคุณสมบัติข้อใดข้อหนึ่งข้างต้น กรรมการดังกล่าวจะไม่สามารถเป็นกรรมการอิสระได้ ยกตัวอย่างกรรมการที่ไม่สามารถเป็นกรรมการอิสระได้ เช่น กรรมการที่ได้รับการเลือกตั้งจากผู้บริหารระดับสูงของบริษัทและยังคงดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหารอยู่ด้วย เรียกกรรมการลักษณะนี้ว่ากรรมการที่เป็นผู้บริหาร (Executive Director) หรือกรรมการที่เป็นผู้บริหารของผู้ถือหุ้นรายใหญ่อยู่ก่อนแล้วและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ได้เสนอชื่อเข้ามาเป็นกรรมการและที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้เลือกตั้งเป็นกรรมการของบริษัทจดทะเบียนอีก เป็นต้น กรรมการในกลุ่มนี้ไม่สามารถเป็นกรรมการอิสระได้เนื่องจากมีสถานะบางประการที่อาจทำให้ไม่สามารถใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นอิสระได้ เช่น ประธานเจ้าหน้าที่บริหาร (Chief Executive Officer) ซึ่งเป็นผู้บริหารสูงสุดของบริษัทจะมีอำนาจควบคุมฝ่ายจัดการของบริษัททำให้ยากต่อการทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของฝ่ายจัดการ หรือกรรมการที่มีความสัมพันธ์กับผู้ถือหุ้นรายใหญ่อาจให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายใหญ่มากกว่าผู้ถือหุ้นรายย่อยซึ่งทำให้ง่ายต่อการเพิกเฉยต่อข้อเรียกร้องของผู้ถือหุ้นรายย่อย เป็นต้น

เพื่อพิจารณาในแง่ความเสี่ยงที่จะเกิดการกระทำที่เป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์นั้น กรรมการประเภทนี้เป็นกรรมการที่มีความเสี่ยงสูงต่อการกระทำผิดหน้าที่ดูแลรักษา

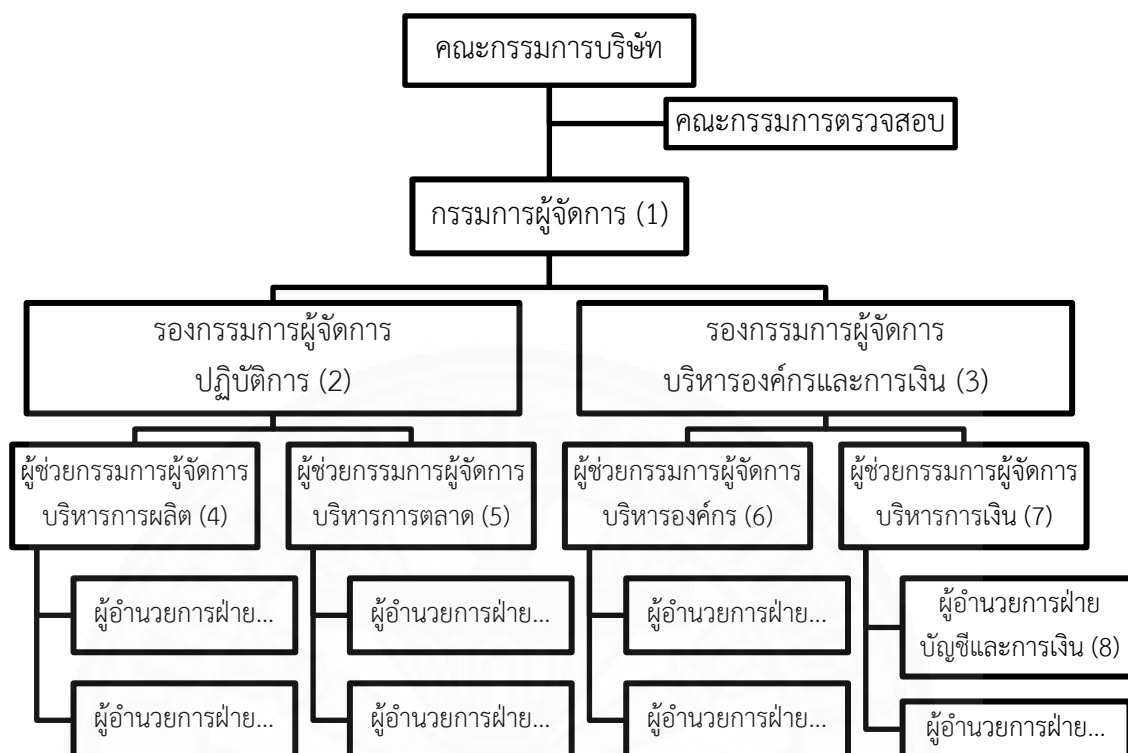
ผลประโยชน์ของบริษัทมาก เนื่องจากอาจมีความใกล้ชิดกับข้อมูลภายในของบริษัทมากจนง่ายต่อการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง หรืออาจตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้อื่นที่ทำให้ตนเองได้เข้ามามีตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัท เป็นต้น

3. บุคคลที่กฎหมายถือเสมือนเป็นกรรมการ นอกจากกรรมการที่ได้รับการเลือกตั้งจากผู้ถือหุ้นแล้ว เมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่กำหนดบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัทของบริษัทจดทะเบียน คือพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แล้ว ในหมวด 3/1 “การบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์” ส่วนที่ 2 “หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร” ได้กำหนดหน้าที่ของ “ผู้บริหาร” รวมไว้ด้วยกันกับหน้าที่ของกรรมการบริษัทในแต่ละมาตรา ทำให้ผู้บริหารตกอยู่ในบังคับเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบไม่ต่างจากกรรมการ

กฎหมายได้กำหนดนิยามของผู้บริหารไว้ในมาตรา 89/1 ให้หมายถึง *ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการบริหารงานของบริษัทไม่ว่าโดยพฤตินัยหรือโดยได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด* โดยผู้บริหารตามนิยามในประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ.23/2551 เรื่อง การกำหนดบทบาทหน้าที่ของผู้บริหารเพื่อการปฏิบัติตามหมวด 3/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ข้อ 1 หมายความว่า *ผู้จัดการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารสี่รายแรกนับต่อจากผู้จัดการลงมา ผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่ากับผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารรายที่สี่ทุกราย และให้หมายความรวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารในสายงานบัญชีหรือการเงินที่เป็นระดับผู้จัดการฝ่ายขึ้นไปหรือเทียบเท่า²³*

ตัวอย่าง บริษัท ก. เป็นบริษัทจดทะเบียน มีกรรมการผู้จัดการเป็นผู้บริหารสูงสุด นอกจากนี้ยังมีรองกรรมการ 2 คน และมีผู้ช่วยกรรมการผู้จัดการใหญ่อีก 4 คน เป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของรองกรรมการผู้จัดการ และมีผู้อำนวยการฝ่ายบัญชีและการเงินเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของผู้ช่วยกรรมการผู้จัดการอีก 1 คน ดังนั้น ผู้ที่เป็นผู้บริหารจึงได้แก่ กรรมการผู้จัดการ (ผู้จัดการ) รองกรรมการทั้ง 2 คน (ผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารรายที่ 1 และ 2 ต่อจากผู้จัดการลงมา) ผู้ช่วยกรรมการผู้จัดการใหญ่ทั้ง 4 คน (ผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารรายที่ 3 และ 4 นับต่อจากผู้จัดการลงมาและผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่ากับผู้ดำรงตำแหน่งระดับบริหารรายที่ 4 ทุกราย) และผู้อำนวยการฝ่ายบัญชีและการเงิน รวมทั้งสิ้น 8 คน ตามภาพ

²³ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ.17/2551 เรื่อง การกำหนดบทบาทหน้าที่ในประกาศเกี่ยวกับการออกและเสนอขายหลักทรัพย์ ข้อ 2 (16)



ภาพที่ 2.1 แผนผังองค์กรแสดงตำแหน่งของผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียน

ผู้บริหารที่ทำหน้าที่บริหารกิจการของบริษัทแบบเต็มเวลามักมีสถานะเป็นลูกจ้างของบริษัทด้วย ผู้บริหารที่เป็นลูกจ้างนอกจากจะมีหน้าที่ต่อบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เสมือนเป็นกรรมการแล้ว ยังมีหน้าที่ต่อบริษัทตามที่กำหนดในสัญญาจ้างอีกด้วย ดังนั้น หากกรรมการมีสถานะเป็นลูกจ้าง บริษัทก็สามารถบังคับกรรมการให้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาจ้างตามที่ได้กำหนดไว้อีกทางหนึ่ง

2.2.2 กรรมการและความเสี่ยงในการใช้ข้อมูลของบริษัท

ในการกำกับดูแลบริษัทจดทะเบียนซึ่งมีขนาดของกิจการที่ใหญ่กว่าบริษัทจำกัด และมีความซับซ้อนมากกว่าบริษัทจำกัดนั้น การที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่ขั้นต่ำเพียงแค่การเข้าร่วมการประชุมคณะกรรมการเพียงปีละสี่ครั้งนั้น ย่อมไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่กำกับดูแลกิจการได้ สมกับความต้องการของผู้ถือหุ้น หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลได้เสนอแนะให้กรรมการมีหน้าที่ทบทวนและเสนอแนะกลยุทธ์ขององค์กร รวมถึงแผนการดำเนินงานงบประมาณและการใช้จ่าย นอกจากนี้ยังต้องทำหน้าที่กำหนดเป้าหมายขององค์กร รวมไปถึงการ

กำกับดูแลการลงทุนที่สำคัญของบริษัทอีกด้วย²⁴ ทำให้เห็นได้ว่า กรรมการบริษัทที่ได้รับการยอมรับในระดับสากลนั้นจะต้องมีบทบาทในการบริหารกิจการมากกว่าการเป็นเพียงผู้อนุมัติการทำธุรกรรมเท่านั้น

เนื่องจากคณะกรรมการบริษัทมีหน้าที่ที่สำคัญคือการกำหนดทิศทางในการดำเนินธุรกิจของบริษัทและพิจารณาอนุมัติการดำเนินการที่สำคัญของบริษัท ซึ่งในการวางแผนหรือการตัดสินใจอนุมัติการดำเนินการใด ๆ นั้น อาจส่งผลดีและผลเสียต่อองค์กรได้อย่างมาก ดังนั้น ในการใช้ดุลยพินิจของคณะกรรมการจึงต้องอาศัยข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอต่อการตัดสินใจของกรรมการอีกด้วย

สำหรับข้อมูลที่กรรมการต้องใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการนั้น อาจได้มาจากการนำเสนอของฝ่ายจัดการของบริษัทเอง หรือกรรมการบางคนอาจมีความรู้หรือมีประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์กับบริษัทและได้ให้ข้อมูลนั้นกับคณะกรรมการผ่านการให้ความเห็นในการประชุมคณะกรรมการก็ได้ นอกจากนี้ กรรมการที่เป็นผู้บริหารของบริษัทยังมีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลภายในของบริษัทผ่านการบังคับบัญชาตามสายการบังคับบัญชาเพื่อให้ฝ่ายจัดการของบริษัทนำเสนอข้อมูลที่จำเป็นให้กับตนเองในฐานะผู้บังคับบัญชาก็ได้ ซึ่งการที่กรรมการมีข้อมูลที่เป็นประโยชน์กับบริษัทนี้ ข้อมูลดังกล่าวก็อาจเป็นประโยชน์กับกรรมการในฐานะส่วนตัวได้เช่นกัน เนื่องจากอาจเป็นช่องทางให้กรรมการชักจูงให้บริษัททำการค้าขายกับตนเองด้วยข้อตกลงที่ได้เปรียบกว่าบุคคลอื่น หรือนำข้อมูลดังกล่าวไปแก้งกำไรในการซื้อขายหุ้นของบริษัท หรืออาจนำไปสู่โอกาสในการประกอบธุรกิจหรือการลงทุนของกรรมการเพื่อหาประโยชน์เป็นการส่วนตัวได้

เนื่องจากกรรมการเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับข้อมูลสำคัญของบริษัทและมีความเสี่ยงที่กรรมการจะนำข้อมูลนั้นไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองได้ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 จึงได้กำหนดบทบาทหน้าที่ของกรรมการหลายประการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้ข้อมูลของบริษัทโดยมิชอบ เช่น การกำหนดให้การใช้ข้อมูลของบริษัทที่ล่วงรู้มาหรือโอกาสทาง

²⁴ G20/OECD Principles of Corporate Governance, Part VI. The responsibilities of the board

“D. The board should fulfil certain key functions, including:

1. Reviewing and guiding corporate strategy, major plans of action, risk management policies and procedures, annual budgets and business plans; setting performance objectives; monitoring implementation and corporate performance; and overseeing major capital expenditures, acquisitions and divestitures.”

ธุรกิจของบริษัทเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทตามมาตรา 89/11 การกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลของธุรกรรมที่กรรมการกระทำกับบริษัทตามมาตรา 89/13 การกำหนดความรับผิดชอบของกรรมการจากเปิดเผยข้อมูลเท็จหรือปกปิดข้อความจริงต่อบุคคลที่ซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทตามมาตรา 89/20 และการซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้ข้อมูลภายใน (Insider Trading) ตามมาตรา 241 เป็นต้น

2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและบริษัทในลักษณะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary)

หลักการเรื่องผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary) เป็นหลักกฎหมายที่แพร่หลายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายเรื่อง “ทรัสต์” (Trust) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทรัสต์คือกองทรัพย์สินที่เจ้าของโอนให้บุคคลอื่นจัดการแทน โดยเจ้าของจะกำหนดแนวทางในการจัดการทรัพย์สินและผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ไว้ และตั้งผู้จัดการทรัพย์สินดังกล่าวเรียกว่าทรัสต์ (Trustee) ซึ่งแปลว่า ผู้ได้รับความไว้วางใจให้เป็นผู้จัดการแทน เพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์²⁵

เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้อำนาจในการบริหารจัดการทรัสต์ดังกล่าวถูกโอนมาเป็นของทรัสต์ แต่ทรัสต์ต้องจัดการทรัสต์นั้นเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น กฎหมายจึงกำหนดให้ทรัสต์ต้องจัดการทรัสต์นั้นด้วยความระมัดระวัง และซื่อสัตย์สุจริต ไม่แสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง

ความสัมพันธ์ในลักษณะผู้ได้รับความไว้วางใจและผู้รับประโยชน์นี้ นอกจากจะพบในหลักกฎหมายเรื่องทรัสต์แล้ว ยังพบในความสัมพันธ์รูปแบบอื่น เช่น ระหว่างตัวการกับตัวแทน (ตัวแทนต้องส่งมอบผลประโยชน์ให้กับตัวการ ห้ามรับสินบน และให้ตัวการตรวจสอบการทำหน้าที่ของตนได้) และพบในความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัทด้วย

หลักการเรื่องผู้ได้รับความไว้วางใจได้ถูกนำมาปรับใช้กับเรื่องบริษัทเพื่อควบคุมการทำหน้าที่ของกรรมการบริษัท โดยหน้าที่ต่าง ๆ ของกรรมการที่สอดคล้องกับการปฏิบัติหน้าที่ในผู้ได้รับความไว้วางใจของบริษัทได้แก่²⁶

²⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน Director's handbook, (กรุงเทพมหานคร, 2548), น.8-9.

²⁶ จุมพล แดงสกุล, “การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551), น.27.

1. กระทำการด้วยความสุจริต กรรมการจะต้องกระทำการโดยเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ตามอำนาจที่ตนมี และคำนึงถึงประโยชน์ของบริษัท
2. กระทำการตามความมุ่งหมายของการใช้อำนาจโดยชอบ เมื่อกรรมการมีอำนาจที่จะกระทำการใด ๆ แล้ว กรรมการจะต้องใช้อำนาจให้ถูกต้องตามความมุ่งหมายของการมอบอำนาจด้วย เช่น ไม่ใช้อำนาจในฐานะกรรมการเพื่อคงอำนาจของตัวเองไว้
3. ใช้ดุลยพินิจอย่างเป็นอิสระ กรรมการไม่อาจก่อความผูกพันที่เป็นการกำหนดการใช้ดุลยพินิจในการออกเสียงลงมติเกี่ยวกับการดำเนินการของบริษัท
4. ไม่กระทำการใด ๆ ที่ทำให้ตนมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท เพื่อป้องกันไม่ให้กรรมการเบียดบังเอาผลประโยชน์ที่อยู่ในความดูแลของตนไปเป็นของตัวเอง กรรมการต้องละเว้นจากกระทำการบางอย่าง เช่น การทำธุรกรรมกับบริษัท หรือการใช้ข้อมูล ทรัพย์สิน หรือโอกาสของบริษัท เพื่อไม่ให้เกิดการใช้ประโยชน์ของบริษัทเป็นการส่วนตัว

นอกจากการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของบริษัทแล้ว ในฐานะ “ผู้แทนนิติบุคคล” กรรมการจะมีอำนาจในการกระทำการต่าง ๆ แทนบริษัทได้ตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งรวมถึงอำนาจในการก่อนิติสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกแทนบริษัทด้วย โดยกรรมการมีอำนาจในการทำนิติกรรมสัญญาต่าง ๆ เช่น การซื้อขายสินค้า รวมถึงการก่อหนี้ต่าง ๆ ซึ่งมีผลผูกพันบริษัทโดยไม่ผูกพันตัวกรรมการเอง กรรมการจึงต้องกระทำไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทซึ่งเป็นตัวการเป็นสำคัญ

2.2.4 การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

ในฐานะที่กรรมการเป็นผู้ที่ผู้ถือหุ้นไว้วางใจให้ดูแลผลประโยชน์ของบริษัทแทนผู้ถือหุ้น กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่โดยยึดหลักการที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่ หน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวัง (Duty of care) และหน้าที่กระทำการด้วยความจงรักภักดี (Duty of loyalty)²⁷

2.2.4.1 หน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวัง

หน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งของคณะกรรมการคือการตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญซึ่งมีผลกระทบต่อ การดำเนินธุรกิจของบริษัท เพื่อที่จะถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังแล้ว กรรมการจะต้องปฏิบัติดังนี้

1. ตัดสินใจบนข้อมูลที่เพียงพอ (fully informed basis)
2. โดยเจตนาสุจริต (in good faith)

²⁷ G20/OECD Principles of Corporate Governance, supra note 13, p.52.

3. ขยันหมั่นเพียรและใช้ความระมัดระวังรอบคอบ (with due diligence and care)²⁸

ในการตัดสินใจบนข้อมูลที่เพียงพอ นั้น กรรมการสามารถใช้ข้อมูลจากฝ่ายจัดการซึ่งคณะกรรมการกำหนดให้ทำหน้าที่ต่าง ๆ เป็นผู้นำเสนอมาได้ ซึ่งในการประกอบธุรกิจของบริษัทมหาชนมักมีการแต่งตั้งฝ่ายจัดการซึ่งเป็นพนักงานของบริษัททำหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงวิเคราะห์ และนำเสนอข้อมูลให้กับกรรมการเพื่อตัดสินใจ ดังนั้น กรรมการซึ่งไม่ได้เป็นผู้ปฏิบัติงานจึงต้องตัดสินใจบนข้อมูลที่ฝ่ายจัดการนำเสนอ ประกอบกับดุลยพินิจตามความรู้ความสามารถและประสบการณ์ของตน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดหน้าที่ในกฎหมายต้นแบบ (Model Business Corporation Act - MBCA) ให้กรรมการต้องเปิดเผยข้อมูลที่กรรมการอื่น ๆ ยังไม่ทราบ แต่ตัวเองทราบว่าเป็นข้อมูลสำคัญในการตัดสินใจทางธุรกิจด้วย²⁹

ในเรื่องความสุจริต กรรมการจะต้องไม่ตัดสินใจโดยใช้ข้อมูลที่ตนรู้ถือว่าไม่มีความน่าเชื่อถือ ไม่มีผลประโยชน์ขัดกัน และไม่อนุญาติการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ส่วนในเรื่องการใช้ความระมัดระวัง บางประเทศมีการกำหนดระดับของความระมัดระวังไว้ เช่น กรรมการต้องใช้ความระมัดระวังเท่าที่บุคคลในฐานะและสถานะเช่นเดียวกันพึงกระทำ ในกรณีที่เกิดความผิดพลาดในการใช้ดุลยพินิจของกรรมการ จะถือเป็นการผิดหน้าที่นี้ก็ต่อเมื่อเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทั้งนี้เพื่อให้กรรมการกล้าตัดสินใจ ไม่ต้องกังวลว่าจะมีความรับผิดหากตัดสินใจผิดพลาด

สำหรับคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับหน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวังนั้น ในคดี *Smith v. Van Gorkom* ในปี ค.ศ. 1985 ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงสุดแห่งรัฐเดลาแวร์ (Delaware

²⁸ *Ibid.*

²⁹ MBCA § 8.30. Standards of Conduct for Directors

(c) In discharging board or committee duties a director shall disclose, or cause to be disclosed, to the other board or committee members information not already known by them but known by the director to be material to the discharge of their decision-making or oversight functions, except that disclosure is not required to the extent that the director reasonably believes that doing so would violate a duty imposed under law, a legally enforceable obligation of confidentiality, or a professional ethics rule.

Supreme Court) ได้แสดงให้เห็นถึงการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการในแง่การใช้ดุลยพินิจตัดสินใจดำเนินการไว้ดังนี้

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย Van Gorkom ประธานกรรมการและประธานเจ้าหน้าที่บริหารของบริษัท Trans Union ได้เข้าเจรจาขายหุ้นของบริษัทให้กับบริษัท Marmon Group ซึ่งบริหารโดยนาย Jay Pritzker เพื่อการควบรวมกิจการ โดยกำหนดราคาหุ้นไว้ต่ำกว่ามูลค่าที่แท้จริงของกิจการ โดยมีการปรึกษาหารือกับกรรมการบริษัทอีกเพียงคนเดียวเท่านั้น และกรรมการอื่น ๆ ยังไม่ได้รู้เห็นด้วย ต่อมาเมื่อถึงวันก่อนครบกำหนดยอมรับเงื่อนไขการขายหุ้น นาย Gorkom จึงนำเสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะกรรมการ คณะกรรมการได้อนุมัติการขายหุ้นโดยอาศัยการนำเสนอข้อมูลของกรรมการเพียงระยะเวลาสั้น ๆ เท่านั้น

ศาลได้ตัดสินการกระทำของคณะกรรมการบริษัท Trans Union ไว้ดังนี้

“ศาลเห็นว่า กรรมการของบริษัท Trans Union ละเมิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจต่อผู้ถือหุ้น โดยการไม่ให้ข้อมูลที่มีอยู่อย่างสมเหตุสมผลและเพียงพอต่อการตัดสินใจในการให้ความเห็นต่อการควบรวมกิจการของนาย Pritzker และไม่ได้เปิดเผยสาระสำคัญทั้งหมดที่สำคัญต่อการตัดสินใจอย่างสมเหตุสมผลของผู้ถือหุ้นในการอนุมัติค่าของ Pritzker”³⁰

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากรรมการจะต้องเอาใจใส่ในการปฏิบัติหน้าที่ โดยในการพิจารณาตัดสินใจดำเนินการใด ๆ จะต้องมีข้อมูลประกอบการตัดสินใจที่ครบถ้วนเพียงพอต่อการใช้ดุลยพินิจได้อย่างสมเหตุสมผล

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1996 ศาลชานเซอร์แห่งรัฐเดลาแวร์ (Delaware Court of Chancery) ได้ตัดสินเกี่ยวกับการทำหน้าที่กำกับดูแลบริษัทของกรรมการไว้ในคดี *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*

³⁰ *Smith v. Van Gorkom* 488 A.2d 858 (Del. 1985) at 893

“[W]e hold that the directors of Trans Union breached their fiduciary duty to their stockholders (1) by their failure to inform themselves of all information reasonably available to them and relevant to their decision to recommend the Pritzker merger; and (2) by their failure to disclose all material information such as a reasonable stockholder would consider important in deciding whether to approve the Pritzker offer.”

ในคดีนี้ ผู้ถือหุ้นของบริษัท Caremark International ได้ฟ้องกรรมการแทนบริษัทโดยกล่าวหาว่ากรรมการบริษัทละเมิดหน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวังเนื่องจากไม่ดูแลให้บริษัทมีระบบควบคุมภายใน (Internal Control System) ที่เหมาะสมจนเป็นเหตุให้ลูกจ้างของบริษัทกระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการด้านสุขภาพ ทำให้บริษัทต้องเสียค่าปรับเป็นจำนวนมาก

ศาลได้ตัดสินเกี่ยวกับการทำหน้าที่ของคณะกรรมการไว้ดังนี้

“การตัดสินใจส่วนใหญ่ของบริษัทที่กระทำผ่านเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นมนุษย์นั้นเกิดขึ้นโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับความรู้ของกรรมการ ในทางกฎหมาย จะต้องใช้กรรมการก็ต่อเมื่อต้องการอำนาจในการกระทำที่สำคัญมากต่อบริษัท หรือในธุรกรรมเช่นการควบรวมกิจการ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างเงินทุน การเปลี่ยนแปลงประธานเจ้าหน้าที่บริหารและการกำหนดค่าตอบแทนและอื่น ๆ ...³¹

...ความรับผิดที่เป็นผลจากเหตุการณ์นี้ร้ายแรงมาก แต่การที่ความรับผิดนั้นเกิดจากการทำผิดกฎหมายอาญาเพียงอย่างเดียวยังไม่พอที่จะทำให้กรรมการละเมิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ หลักฐานในชั้นนี้ไม่สนับสนุนข้อสรุปที่ว่าจำเลยขาดเจตนาสุจริตในการทำหน้าที่สอดส่องดูแลจิตใจปล่อยให้บริษัทมีการละเมิดกฎหมายเกิดขึ้น³²

³¹ *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996) at 968

“Most of the decisions that a corporation, acting through its human agents, makes are, of course, not the subject of director attention. Legally, the board itself will be required only to authorize the most significant corporate acts or transactions: mergers, changes in capital structure, fundamental changes in business, appointment and compensation of the CEO, etc.”

³² *Ibid.*, at 972

“The liability that eventuated in this instance was huge. But the fact that it resulted from a violation of criminal law alone does not create a breach of fiduciary duty by directors. The record at this stage does not support the conclusion that the defendants either lacked good faith in the exercise of their monitoring responsibilities or conscientiously permitted a known violation of law by the corporation to occur.”

จากคดีดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า แม้จะมีความรับผิดชอบเกิดขึ้นกับบริษัท แต่การจะถือว่ากรรมการกระทำผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังนั้น ต้องร้ายแรงถึงขนาดที่เป็นการเพิกเฉยหรือจงใจละเลยปล่อยให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้นในบริษัท

2.2.4.2 หน้าที่กรรมการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

เนื่องจากกรรมการได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นให้ดูแลรักษาผลประโยชน์ของบริษัท กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของบริษัทเท่านั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทนั้น กรรมการจะต้องไม่กระทำการที่เป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทและต่อผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ไม่ว่าจะโดยทางตรงต่อตัวกรรมการเอง หรือโดยทางอ้อมกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับกรรมการ

ตัวอย่างของหน้าที่ไม่กระทำการที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท ได้แก่ การห้ามเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับบริษัท เว้นแต่จะได้แจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบก่อนการเลือกตั้งกรรมการบริษัท เป็นต้น

หลักการดังกล่าว มีลักษณะเหมือนการกระทำในรูปแบบตัวการตัวแทน ซึ่งตัวแทนต้องกระทำการตามที่ได้รับมอบหมายโดยสุจริตและระมัดระวังเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตัวการเป็นสำคัญ กรรมการจะกระทำการอันเป็นปฏิปักษ์โดยเห็นแก่อำมิสสินจ้างของบุคคลภายนอกไม่ได้

อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ไม่ได้ห้ามการกระทำดังกล่าวโดยเด็ดขาด ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีข้อยกเว้นใน MBCA subchapter F 8.61 (b) ที่กำหนดว่าหากกรรมการได้เปิดเผยข้อมูลและได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมคณะกรรมการและที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่ไม่มีผู้มีส่วนได้เสียแล้วก็สามารถกระทำได้ หรือการกระทำนั้นเป็นธรรม (Fair) กับบริษัท ไม่ว่าจะเปิดเผยข้อมูลหรือไม่ เช่น บริษัทไม่ได้เสียประโยชน์จากการทำธุรกรรมนั้น³³

³³ MBCA subchapter F 8.61 (b) A director's conflicting interest transaction may not be the subject of equitable relief, or give rise to an award of damages or other sanctions against a director of the corporation, in a proceeding by a shareholder or by or in the right of the corporation, on the ground that the director has an interest respecting the transaction, if:

สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตนั้น ในปี ค.ศ. 2006 ศาลสูงสุดแห่งรัฐเดลาแวร์ (Supreme Court of Delaware) ได้ให้หลักการในการพิจารณาการกระทำที่ผิดหน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตไว้ในคดี *Stone v. Ritter* ดังนี้

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า บริษัท AmSouth ได้ถูกรัฐบาลตรวจสอบเนื่องจากการเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับโครงการลงทุนที่มีลักษณะเป็นการฟอกเงิน ซึ่งทำให้บริษัทมีหน้าที่ต้องนำส่งรายงานพฤติกรรมที่น่าสงสัย (Suspicious Activity Report) แต่บริษัทไม่ได้ส่งรายงานดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนด เป็นเหตุให้บริษัทถูกปรับเงินเป็นจำนวนมาก นาย Stone ตัวแทนผู้ถือหุ้นจึงได้ฟ้องนาย Ritter กรรมการบริษัทและกรรมการคนอื่น ๆ ว่าละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต โดยศาลได้ยืนยันหลักการในเรื่องหน้าที่กระทำการโดยซื่อสัตย์สุจริต โดยพิจารณาจากเจตนาที่สุจริต (Good Faith) ไว้ดังนี้

“ศาลได้ระบุตัวอย่างของการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริตไว้ดังนี้ : การไม่กระทำการโดยสุจริตอาจเห็นได้จากกรณีที่ได้รับคามไว้วางใจตั้งใจกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากทำให้บริษัทได้ผลประโยชน์ที่ดีที่สุด (Best Interest) หรือกรณีผู้ได้รับความไว้วางใจจงใจไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่รู้ว่าจะต้องปฏิบัติ แสดงให้เห็นถึงการจงใจละเลยหน้าที่”³⁴

จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลพิจารณานหน้าที่กระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตโดยพิจารณาจากการกระทำของกรรมการว่าเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์ที่ดี

(1) directors' action respecting the transaction was taken in compliance with section 8.62 (Directors' Action) at any time; or

(2) shareholders' action respecting the transaction was taken in compliance with section 8.63 (Shareholders' Action) at any time; or

(3) the transaction, judged according to the circumstances at the relevant time, is established to have been fair to the corporation.

³⁴ *Stone v. Ritter* 911 A.2d 362 (Del. 2006) at 369

“...we identified the following examples of conduct that would establish a failure to act in good faith: A failure to act in good faith may be shown, for instance, where the fiduciary intentionally acts with a purpose other than that of advancing the best interests of the corporation, where the fiduciary acts with the intent to violate applicable positive law, or where the fiduciary intentionally fails to act in the face of a known duty to act, demonstrating a conscious disregard for his duties.”

ที่สุดของบริษัทหรือไม่ หรือมีการจงจะเลยหน้าทีที่ตนต้องปฏิบัติหรือไม่ ซึ่งจำเลยไม่ได้ปฏิบัติผิดหน้าทีดังกล่าว

นอกจากนี้ ศาลชานเซอร์แห่งรัฐเดลาแวร์ (Delaware Chancery Court) ได้ให้ตัวอย่างของการกระทำที่เป็นการผิดหน้าที่กระทำการโดยสุจริตไว้ในคดี *Ryan v. Gifford* ในปี ค.ศ. 2007 โดยข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า นาย Ryan ในฐานะผู้ถือหุ้นได้ฟ้องกรรมการบริษัทได้แก่นาย Gifford และพวก จากการอนุมัติและการยอมรับให้ผู้บริหารใช้สิทธิในการซื้อหุ้น (Stock Option) ของบริษัทโดยเอกสารที่ลงวันที่ย้อนหลัง (Backdated) ซึ่งขัดกับนโยบายการกำหนดค่าตอบแทน (Incentive Plan) ของบริษัท โดยศาลได้ตัดสินว่า

“ตามข้อกล่าวหาของโจทก์และการอนุমানอย่างสมเหตุสมผลแล้ว ศาล เห็นว่าการจงใจละเมิดแผนการให้สิทธิในการซื้อหุ้นที่ผู้ถือหุ้นได้อนุมัติไว้นั้นเชื่อมโยงกับการเปิดเผยข้อมูลอันเป็นเท็จเพื่อแสดงว่ากรรมการได้ปฏิบัติถูกต้องตามแผนแล้ว เป็นการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์ต่อองค์กรและเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต”³⁵

คำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหากคณะกรรมการจงใจอนุมัติการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ผู้อื่นได้ประโยชน์ไปโดยไม่ถูกต้องตามนโยบายของบริษัท การกระทำดังกล่าวก็ถือว่าละเมิดหน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

2.2.4.3 หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้น กรรมการจะต้องใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจทางธุรกิจอยู่เป็นประจำ โดยในการประกอบธุรกิจนั้น มีปัจจัยที่อาจส่งผลในแง่ดีหรือแง่ร้ายต่อบริษัทหลายประการ ซึ่งผลจากการตัดสินใจของกรรมการอาจก่อให้เกิดผลดีหรือผลเสียต่อบริษัทก็ได้ หากกรรมการจะต้องรับผิดชอบเนื่องจากการตัดสินใจที่ผิดพลาดของตนแล้ว กรรมการอาจไม่กล้าตัดสินใจอะไรเลย และยังไม่ถึงจุดให้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถเข้าเป็นกรรมการอีกด้วย ซึ่งจะเป็นผลเสียต่อบริษัทมากกว่าผลดี

³⁵ *Ryan v. Gifford* 918 A.2d 341 (Del. Ch. 2007) at 358

“Based on the allegations of the complaint, and all reasonable inferences drawn therefrom, I am convinced that the intentional violation of a shareholder approved stock option plan, coupled with fraudulent disclosures regarding the directors’ purported compliance with that plan, constitute conduct that is disloyal to the corporation and is therefore an act in bad faith.”

อย่างไรก็ตาม หากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ตัดสินใจโดยอาศัยข้อมูลที่เชื่อถือได้ และได้มีการเปิดเผยข้อมูลสำคัญที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วนแล้ว ต่อมาการตัดสินใจนั้นยังคงทำให้บริษัทเสียหาย กรรมการก็ไม่ควรจะต้องมีความรับผิดชอบอีก หลักการดังกล่าวเรียกว่าหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ซึ่งการปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวมีผลทำให้กรรมการได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน หากผู้ใดอ้างว่ากรรมการทำผิดหน้าที่การใช้ความระมัดระวังจะต้องมีหน้าที่นำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว³⁶

สำหรับในประเทศไทย หลักการคุ้มครองกรรมการจากการตัดสินใจทางธุรกิจนี้ ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/8 วรรคสอง โดยหากกรรมการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ตัดสินใจในลักษณะดังต่อไปนี้อย่างครบถ้วนแล้ว ให้ถือว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวังแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริต และสมเหตุสมผล
ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ
และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะโดยตรง หรือ
โดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น

ทั้งนี้ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจคุ้มครองกรรมการเฉพาะในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเท่านั้น ถ้ากรรมการละเมิดหน้าที่ที่กระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เช่น ยกยอกทรัพย์สินของบริษัท หรือทำสัญญาที่มีผลประโยชน์ทับซ้อน จะไม่ได้รับการคุ้มครองจากหลักการนี้³⁷

2.3 การเรียกให้กรรมการรับผิดชอบเมื่อปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ

ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและ

³⁶ ทิพย์ชนก รัตโนสถ. คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท. (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556) น.377.

³⁷ เฟิงอ้าง.

ระมัดระวังรักษาสภาพผลประโยชน์ของบริษัท ในกรณีที่กรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ กรรมการจะมีความรับผิดชอบต่อบริษัท โดยอาจแยกพิจารณาการดำเนินการกับกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบได้ ทั้งในรูปแบบความรับผิด และตัวผู้มีสิทธิฟ้องร้องคดีได้ดังนี้

2.3.1 รูปแบบของความรับผิด

เนื่องจากกรรมการเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลรักษาสภาพผลประโยชน์ของบริษัท เมื่อกรรมการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวโดยมิชอบ กรรมการจึงอาจมีความรับผิดชอบต่อบริษัทได้ โดยอาจแบ่งความรับผิดออกเป็นความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา

1. ความรับผิดทางแพ่ง การดำเนินการทางแพ่งกับกรรมการที่ปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ เช่น เรียกให้กรรมการชดใช้ค่าเสียหาย ขอให้ศาลสั่งให้ระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือขอให้ศาลสั่งให้กรรมการพ้นจากตำแหน่ง เป็นต้น³⁸

2. ความรับผิดทางอาญา ในบางกรณีที่เป็นความผิดร้ายแรง เช่น การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ การแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการปลอมแปลงเอกสารสำคัญของบริษัท กรรมการอาจมีโทษปรับหรือโทษจำคุกด้วย³⁹

³⁸ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85

...ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทหรือผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี อาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(1) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

(2) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้

³⁹ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 307

2.3.2 ผู้มีสิทธิเรียกร้องหรือฟ้องกรรมการ

สำหรับความรับผิดทางแพ่งนั้น เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่โดยตรงต่อบริษัท บริษัทจึงเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของกรรมการ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการกระทำของบริษัทนั้นจะต้องกระทำผ่านกรรมการผู้มีอำนาจ ซึ่งอาจเกิดปัญหากรรมการไม่ยอมฟ้องกรรมการด้วยตนเองได้ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องกรรมการได้ในกรณีที่บริษัทไม่ดำเนินการ⁴⁰

ส่วนความรับผิดทางอาญานั้น นอกจากบริษัทและผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิฟ้องคณะกรรมการตามที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ในกรณีที่เป็นความผิดตามกฎหมายเฉพาะเช่นในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 นั้น คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ในฐานะผู้มีหน้าที่กำกับดูแลตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 สามารถดำเนินการกล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนเพื่อสอบสวนและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้⁴¹ นอกจากนี้ ก.ล.ต. ยังมีอำนาจในการเปรียบเทียบปรับในความผิดบางฐาน เช่น การไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริตตามมาตรา 89/7 ที่ไม่ได้กระทำโดยทุจริต หรือการไม่รายงานส่วนได้เสียตามมาตรา 89/14 เป็นต้น⁴² และอาจสั่งให้บริษัทจดทะเบียนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องใด ๆ ตามความจำเป็นและสมควรได้อีกด้วย⁴³

กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลใด ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการทรัพย์สินของนิติบุคคลดังกล่าวหรือทรัพย์สินที่นิติบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใด ๆ โดยทุจริตจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของนิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท

⁴⁰ โปรดดูพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85

⁴¹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, *ด้านอาญา*, <http://www.sec.or.th/TH/Enforcement/Pages/CriminalSanction.aspx> (สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2556).

⁴² โปรดดูรายละเอียดความผิดที่ ก.ล.ต. เปรียบเทียบปรับได้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 317 ที่ http://www.sec.or.th/TH/SECInfo/LawsRegulation/Documents/Act_Royal_Enactment/sec_act_codified.pdf

⁴³ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 172

2.3.3 องค์กรกำกับดูแล

เนื่องจากลักษณะพิเศษของบริษัทจดทะเบียนที่มีการซื้อขายแลกเปลี่ยนหุ้นของบริษัทได้อย่างสะดวกรวดเร็วผ่านระบบการซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ แต่ผู้ถือหุ้นของบริษัทกลับมีความห่างไกลจากอำนาจในการกำกับดูแลบริษัทและห่างไกลจากการเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญของบริษัทมาก ทำให้ต้องมีองค์การพิเศษที่สร้างขึ้นมากำกับดูแลการซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทและการดำเนินการของบริษัทจดทะเบียนให้มีความยุติธรรมเพื่อปกป้องสิทธิของนักลงทุน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทจดทะเบียนจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (U.S. Securities and Exchange Commission) โดยมีภารกิจหลักคือการคุ้มครองนักลงทุน รักษาความยุติธรรม ความเป็นระเบียบเรียบร้อย และควมมีประสิทธิภาพของตลาด และอำนวยความสะดวกในการระดมทุน

สำหรับหน้าที่ในการกำกับดูแลตามกฎหมายตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา (Securities Exchange Act) ประกอบด้วยด้านที่สำคัญคือ การจัดทำรายงานของบริษัท (Corporate Reporting) การเปิดเผยข้อมูลในการมอบฉันทะ (Proxy Solicitations) การทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์ (Tender Offers) การซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้ข้อมูลภายใน (Insider Trading) เป็นต้น⁴⁴

ในประเทศไทย องค์กรกำกับดูแลในเรื่องการซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนคือคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ซึ่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มีหน้าที่กำกับและพัฒนาตลาดทุนของประเทศ โดยมีภารกิจหลักในการกำกับและพัฒนาตลาดทุนของประเทศให้มีประสิทธิภาพ ยุติธรรม โปร่งใส และน่าเชื่อถือ⁴⁵

ในแง่ความแตกต่างของหน้าที่ในการกำกับดูแลบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายตลาดหลักทรัพย์ของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกานั้น กฎหมายของประเทศไทยได้กำหนดเรื่องการบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาด

เพื่อให้การดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์เป็นไปโดยเรียบร้อย หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ลงทุน ให้คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์มีอำนาจสั่งให้บริษัทที่มีหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องใด ๆ ตามความจำเป็นและสมควร...

⁴⁴ U.S. Securities and Exchange Commission, *Laws That Govern the Industry*. <https://www.sec.gov/about/whatwedo.shtml#laws> (accessed June 15, 2016).

⁴⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, *รู้จัก ก.ล.ต.* <http://www.sec.or.th/TH/AboutUs/Pages/Introduction.aspx> (สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2559).

หลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หมวดที่ 3/1 ซึ่งรวมถึงเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารด้วย ทำให้คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ของไทยมีหน้าที่รวมไปถึงการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียนอีกด้วย ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปของกรรมการเป็นเรื่องตามกฎหมายบริษัทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตการกำกับดูแลของคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

2.4 การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท

เนื่องจากกรรมการบริษัทมีหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของบริษัท โดยต้องอุทิศตนเพื่อบริหารกิจการให้เจริญรุ่งเรืองและหลีกเลี่ยงการกระทำที่อาจทำให้ตนมีผลประโยชน์ที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท จึงควรมีหลักการที่ใช้พิจารณาว่า สิทธิประโยชน์ใด ๆ ที่บริษัทหรือกรรมการมีโอกาสที่จะได้มานั้น ลักษณะใดบ้างที่ควรถือว่าเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของบริษัทที่ห้ามไม่ให้กรรมการนำไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง และมีกรณีใดหรือไม่ที่แม้โอกาสนั้นจะเป็นสิทธิของบริษัท แต่กรรมการมีความชอบธรรมที่จะใช้สิทธิดังกล่าวได้ และหากกรรมการได้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปโดยมิชอบ บริษัทมีสิทธิเรียกร้องต่อกรรมการอย่างไรบ้าง

2.4.1 โอกาสทางธุรกิจของบริษัท

บริษัทย่อมมีความคาดหวังในสิทธิ ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่ส่งผลดีกับกิจการของบริษัท ส่วนกรรมการในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดา ก็ย่อมมีความคาดหวังที่จะมีสิทธิ ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์ต่าง ๆ เป็นการส่วนตัวเช่นกัน อย่างไรก็ตาม สถานะความเป็นกรรมการนั้นติดตัวอยู่กับบุคคลผู้เป็นกรรมการตลอดเวลา เมื่อกรรมการเห็นโอกาสที่จะได้สิทธิประโยชน์บางอย่างมา กรรมการจะต้องพิจารณาว่าสิทธิประโยชน์นั้นเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่หากนำไปใช้เป็นการส่วนตัวอาจทำให้เกิดความขัดแย้งกับบริษัทได้ หรือเป็นโอกาสทางธุรกิจอื่นที่บริษัทไม่มีสิทธิเหนือโอกาสดังกล่าว

หลักเกณฑ์ที่สามารถใช้พิจารณาเพื่อแยกแยะโอกาสทางธุรกิจของบริษัทออกจากโอกาสทางธุรกิจทั่วไป อาจพิจารณาได้หลายรูปแบบ ดังนี้

1. ผลของกฎหมายหรือผลของสัญญา ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วว่าสิทธิประโยชน์นั้นเป็นสิทธิของบริษัท กรรมการจะไม่สามารถใช้โอกาสดังกล่าวได้เพราะจะขัดกับหลักกฎหมายในเรื่องนั้น เช่น โอกาสที่เกิดขึ้นจากการทำหน้าที่เป็นตัวแทนของบริษัทตามกฎหมายเรื่องตัวการตัวแทน หรือเป็นโอกาสที่เกิดขึ้นจากสัญญาที่บริษัทเป็นคู่สัญญา เป็นต้น

2. ขอบเขตวัตถุประสงค์ของบริษัท ในการจัดตั้งบริษัทจะต้องมีการกำหนดวัตถุประสงค์ของบริษัทไว้ เพื่อเป็นขอบเขตของการดำเนินการต่าง ๆ ที่บริษัทสามารถกระทำได้อย่างไรก็ตาม หากกำหนดขอบเขตวัตถุประสงค์ไว้อย่างกว้าง การทำธุรกรรมใด ๆ ของกรรมการที่ไม่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัทโดยตรงแต่อยู่ในขอบเขตวัตถุประสงค์ก็อาจถูกตีความรวมเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้

3. ความเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจเดิม⁴⁶ บริษัทมีแนวโน้มที่จะขยายกิจการโดยต่อยอดจากความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ หรือทรัพยากรเดิมที่มีอยู่ จึงอาจพิจารณาได้ว่าโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทจะต้องมีความเกี่ยวเนื่องบางอย่างกับธุรกิจเดิมที่บริษัทดำเนินการอยู่ แต่จะต้องเกี่ยวข้องอย่างน้อยเพียงใด เช่น ต้องเป็นกิจการที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับกิจการเดิม หรือเป็นกิจการประเภทอื่นแต่มีส่วนช่วยสนับสนุนการดำเนินการตามปกติของธุรกิจเดิม

4. การใช้ข้อมูล ทรัพย์สิน หรือทรัพยากรของบริษัท⁴⁷ ผลประโยชน์ใด ๆ ที่กรรมการได้มาโดยอาศัยข้อมูลของบริษัท หรือได้มาโดยการใช้ทรัพย์สิน ทรัพยากรบุคคล หรือเวลาของบริษัท ควรจะต้องตกเป็นของบริษัทด้วย อย่างไรก็ตาม จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีการใช้ปัจจัยเหล่านี้เพื่อให้โอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นของบริษัท

5. ความสามารถในการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท⁴⁸ บริษัทย่อมคาดหวังผลกำไรสูงสุดจากการลงทุน อย่างไรก็ตาม โอกาสทางธุรกิจในบางกรณีก็อาจต้องอาศัยเงินลงทุนสูง หรือต้องมีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน หรือบริษัทอาจถูกจำกัดไม่ให้ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นโดยผลของกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจนั้น เช่นการเป็นผู้ให้สินเชื่อและการเป็นผู้ค้าประกันหนี้ หรือถูกจำกัดความสามารถในการทำนิติกรรมเนื่องจากการล้มละลาย เป็นต้น

2.4.2 กรอบการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท

เมื่อกรรมการทราบถึงโอกาสทางธุรกิจใด ๆ ที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทแล้ว กรรมการต้องใช้ความรู้ความสามารถของตนทำให้โอกาสดังกล่าวเกิดประโยชน์สูงสุดกับบริษัท และต้องไม่ใช่โอกาสดังกล่าวไปเพื่อประโยชน์ของตนเอง

⁴⁶ Brown D. When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudney & Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims. *Journal Of Corporation Law*. (1986, Winter 86), p.257.

⁴⁷ Nervig, JE. Corporate Opportunity--Miller v. Miller--Proper Application of the Fairness Doctrine in the Corporate Opportunity Area, p.419.

⁴⁸ *Ibid.*, pp.413-414.

อย่างไรก็ตาม การที่กรรมการได้ใช้ความรู้ความสามารถของตน ใช้ความวิริยะอุตสาหะในการทำให้ได้มาซึ่งโอกาสทางธุรกิจต่าง ๆ ประกอบกับความซับซ้อนของการประกอบธุรกิจที่เต็มไปด้วยความคาดหวังต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ อาจทำให้เกิดความสับสนว่าการกระทำของกรรมการในลักษณะใดที่เป็นการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยมิชอบ จึงต้องมีการหลักเกณฑ์ว่าการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทในลักษณะใดที่กรรมการสามารถทำได้โดยไม่ถือเป็นความผิด

1. การกระทำนั้นไม่ทำให้กรรมการได้ประโยชน์หรือก่อให้เกิดความเสียหายกับบริษัท⁴⁹ เมื่อพิจารณาจากหลักการเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์แล้ว หากการกระทำดังกล่าวไม่ทำให้กรรมการได้ประโยชน์ใด ๆ และบริษัทก็ไม่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น กรรมการสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวได้หรือไม่ จะขัดกับการทำหน้าที่ผู้ดูแลผลประโยชน์หรือไม่

2. บริษัทปฏิเสธไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น⁵⁰ ในกรณีที่บริษัทเคยพิจารณาโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวแล้วแต่บริษัทไม่สนใจโอกาสดังกล่าว กรรมการจึงใช้โอกาสทางธุรกิจนั่นเอง หรือกรรมการได้ขออนุญาตใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเป็นการส่วนตัวแล้ว และคณะกรรมการที่ไม่มีส่วนได้เสียได้อนุญาตให้กระทำได้ กรรมการจะสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้หรือไม่

3. การยกเว้นให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้ บริษัทสามารถกำหนดข้อยกเว้นให้กรรมการสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทในกรณีใดได้บ้างหรือไม่

⁴⁹ *Ibid.*, p.419.

⁵⁰ Nervig, JE. *supra note 47*, pp.417-419.

บทที่ 3

การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทในบทบริบทกฎหมายต่างประเทศ

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กล่าวถึงเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการไว้ในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) ที่มีที่มาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในที่นี้ ผู้เขียนขออธิบายถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรและคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ โดยประเทศที่ทำการศึกษาได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์

3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งมีหลักกฎหมายเรื่องทรัสต์ (Trust) และเรื่องหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duty) มาเป็นเวลานาน และมีคำพิพากษาที่ศาลใช้เป็นบรรทัดฐานหลายเรื่อง นอกจากนี้ยังมีการรวบรวมเอาหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจมาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นกฎหมายต้นแบบด้วย ด้วยรูปแบบการปกครองของสหรัฐอเมริกาที่แต่ละรัฐสามารถออกกฎหมายของตัวเองได้ ทำให้กฎหมายของแต่ละรัฐแตกต่างกันไปตามนโยบายของรัฐนั้น ๆ รัฐเดลาแวร์เป็นรัฐที่ให้ความสำคัญกับองค์กรธุรกิจมาก กฎหมายบริษัทของรัฐเดลาแวร์จึงพัฒนาขึ้นเพื่อดึงดูดให้ผู้ประกอบกิจการประสงค์จะเข้ามาจัดตั้งบริษัท ส่งผลให้รัฐเดลาแวร์มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีความก้าวหน้าและยืดหยุ่น และมีคำพิพากษาของศาลที่มีการให้เหตุผลเป็นอย่างดี จากผู้พิพากษาที่ความเชี่ยวชาญเรื่องกฎหมายบริษัทเป็นการเฉพาะ¹

¹ Lewis S. Black, *Why corporations choose Delaware*, 2007, Delaware Department of State.

3.1.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร

3.1.1.1 Model Business Corporation Act (MBCA) 2010

MBCA เป็นกฎหมายต้นแบบในเรื่ององค์การธุรกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดเรื่องกรรมการและผู้บริหารไว้ในบทที่ 8 โดยกำหนดเรื่องโอกาสทางธุรกิจ (Business Opportunity) ไว้ใน subchapter G ข้อ 8.70 มีสาระสำคัญว่า

(a) กรรมการที่ใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม สามารถขอให้ศาลออกคำสั่ง (Equitable Relief) หรือโต้แย้งการฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือการลงโทษใด ๆ ต่อกรรมการ ที่บริษัทเป็นผู้ฟ้องหรือมีสิทธิฟ้องว่าโอกาสนั้นควรถูกนำมาเสนอให้กับบริษัทก่อน ถ้าก่อนที่จะมีหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับโอกาสนั้น กรรมการได้แจ้งให้บริษัททราบและ

(1) กรรมการที่ไม่มีส่วนได้เสียผลประโยชน์ของบริษัทในโอกาสดังกล่าวโดยปฏิบัติตามขั้นตอนในข้อ 8.62 เสมือนเป็นการตัดสินใจเรื่องการทำธุรกรรมที่กรรมการมีความขัดแย้งทางประโยชน์ หรือ

(2) ผู้ถือหุ้นผลประโยชน์ของบริษัทในโอกาสดังกล่าวโดยปฏิบัติตามขั้นตอนในข้อ 8.63 เสมือนเป็นการตัดสินใจเรื่องการทำธุรกรรมที่กรรมการมีความขัดแย้งทางประโยชน์ เว้นแต่ กรรมการได้เปิดเผยข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญของโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการทราบกับผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทเป็นการล่วงหน้าแทนการเปิดเผยเท่าที่จำเป็น (Required Disclosure) ตามนิยามในข้อ 8.60 แล้วแต่กรณี

(b) ในการขอความคุ้มครองหรือบรรเทาความเสียหายจากการถูกฟ้องเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจโดยมิชอบของกรรมการ การที่กรรมการไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่ระบุไว้ในข้อ (a) ก่อนการแสวงประโยชน์จากโอกาสนั้น จะไม่รบกวนดุลยพินิจว่าโอกาสนั้นควรจะถูกนำเสนอให้บริษัทก่อน หรือเป็นการผลักระในการพิสูจน์ว่ากรรมการได้กระทำผิดหน้าที่ต่อบริษัท²

² Section 8.70. Business Opportunities

(a) A director's taking advantage, directly or indirectly, of a business opportunity may not be the subject of equitable relief, or give rise to an award of damages or other sanctions against the director, in a proceeding by or in the right of the corporation on the ground that such opportunity should have first been offered to the corporation, if before becoming legally obligated respecting the opportunity the director brings it to the attention of the corporation and:

ข้อกฎหมายดังกล่าวเป็นบทกำหนดสิทธิในการดำเนินการของกรรมการ ในกรณีที่กรรมการถูกฟ้องร้องเรื่องการใช้อำนาจทางธุรกิจ โดยในข้อ (a) กำหนดว่าหากกรรมการได้ แจ้งให้บริษัททราบโอกาสทางธุรกิจ และคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่ไม่มีส่วนได้เสีย ได้สละผลประโยชน์ในโอกาสทางธุรกิจนั้นแล้ว กรรมการจึงจะสามารถขอให้ศาลออกคำสั่งหรือโต้แย้งการ เรียกค่าเสียหายต่อกรรมการได้ และในข้อ (b) ได้กำหนดว่าแม้กรรมการจะไม่ได้เสนอให้ คณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณา ศาลก็ยังสามารถใช้ดุลยพินิจได้ว่ากรรมการต้องนำ โอกาสทางธุรกิจนั้นมาเสนอบริษัทหรือไม่ และผู้ฟ้องก็ยังมีหน้าที่ต้องนำเสนอว่ากรรมการกระทำผิด หน้าที่ต่อบริษัทอย่างไร

เมื่อวิเคราะห์จากตัวบทกฎหมายดังกล่าวแล้ว กฎหมายไม่ได้ให้ความหมายของโอกาสทางธุรกิจ หรือให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจใดที่กรรมการ จะต้องนำมาเสนอให้กับบริษัท และไม่ได้กำหนดเป็นหน้าที่ให้กรรมการจะต้องนำเสนอโอกาสทางธุรกิจ

(1) action by qualified directors disclaiming the corporation's interest in the opportunity is taken in compliance with the procedures set forth in section 8.62, as if the decision being made concerned a director's conflicting interest transaction, or

(2) shareholders' action disclaiming the corporation's interest in the opportunity is taken in compliance with the procedures set forth in section 8.63, as if the decision being made concerned a director's conflicting interest transaction; except that, rather than making "required disclosure" as defined in section 8.60, in each case the director shall have made prior disclosure to those acting on behalf of the corporation of all material facts concerning the business opportunity that are then known to the director.

(b) In any proceeding seeking equitable relief or other remedies based upon an alleged improper taking advantage of a business opportunity by a director, the fact that the director did not employ the procedure described in subsection (a) before taking advantage of the opportunity shall not create an inference that the opportunity should have been first presented to the corporation or alter the burden of proof otherwise applicable to establish that the director breached a duty to the corporation in the circumstances.

ให้บริษัททราบโดยตรง เพียงแต่กำหนดให้การไม่นำเสนอโอกาสทางธุรกิจบางรูปแบบจะทำให้กรรมการเป็นฝ่ายเสียประโยชน์หากมีการดำเนินคดีเกิดขึ้น จึงอาจตีความได้ว่ากฎหมายคาดหวังให้กรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้บริษัททราบด้วย

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2014 ได้มีข้อเสนอแนะให้แก่ไข MBCA ข้อ 8.70 และข้ออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้บริษัทสามารถกำหนดข้อยกเว้นหน้าที่ของกรรมการในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้ ทั้งนี้ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการไม่มีคำจำกัดความเรื่องโอกาสทางธุรกิจของบริษัทอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาเอง³ ทั้งนี้ในปัจจุบันยังไม่มีกรณีไข MBCA ข้อ 8.70 ให้ยกเว้นหน้าที่ดังกล่าวได้

3.1.1.2 Delaware General Corporation Law (DGCL)

DGCL เป็นหลักกฎหมายองค์กรธุรกิจทั่วไปของรัฐเดลาแวร์ที่รวบรวมขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม เช่นเดียวกับกับ MBCA ใน DGCL ไม่ได้กำหนดว่าโอกาสทางธุรกิจของบริษัทคืออะไร และไม่ได้กำหนดโดยตรงว่ากรรมการจะสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้หรือไม่

อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้เปิดโอกาสให้บริษัทสามารถจำกัดความรับผิดชอบของกรรมการจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ดูแลผลประโยชน์ (Fiduciary Duty) ของบริษัทได้ด้วย โดยให้กำหนดการจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวไว้ในหนังสือรับรองของบริษัท ตามบทย่อยที่ 1 (Subchapter I) เรื่องการก่อตั้งบริษัท (Formation) ในมาตรา 102 เรื่องเนื้อหาที่จะกำหนดในหนังสือรับรองบริษัท ข้อ (b) ซึ่งกำหนดว่า

(b) นอกเหนือจากเรื่องที่จะต้องกำหนดไว้เป็นการล่วงหน้าใน (a) ของมาตรานี้ หนังสือรับรองของบริษัทอาจกำหนดเรื่องเหล่านี้ไว้ด้วยก็ได้...

(7) บทบัญญัติที่เป็นการทำลายหรือจำกัดความรับผิดชอบของกรรมการต่อบริษัทหรือต่อผู้ถือหุ้นในค่าเสียหายเป็นตัวเงินจากการละเมิดหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duty) ในฐานะกรรมการ โดยบทบัญญัติดังกล่าวต้องไม่เป็นการทำลายหรือจำกัดความรับผิดชอบของกรรมการ (i) จากการละเมิดหน้าที่การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty)...⁴

³ *Changes in the Model Business Corporation Act--Proposed Amendments to Sections 2.02 and 8.70 (and Related Changes to Sections 1.43, 8.31 and 8.60) Permitting Advance Action to Limit or Eliminate Duties Regarding Business Opportunity*. Business Lawyer; May 2014, Vol.69 Issue 3, p717-731.

⁴ Section 102 Contents of certificate of incorporation

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 102(b)(7) จะกำหนดให้บริษัทสามารถจำกัดความรับผิดของกรรมการจากความเสียหายที่เป็นตัวเงินจากการฝ่าฝืนหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) ไว้ในหนังสือรับรองบริษัทได้ แต่หากเป็นกรณีฝ่าฝืนหน้าที่กระทำการโดยซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) แล้ว บริษัทไม่สละสิทธิดังกล่าวได้

เมื่อพิจารณาในแง่หน้าที่ในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้กับบริษัทแล้ว ในกรณีที่บริษัทสละสิทธิในการเรียกให้กรรมการรับผิดจากการใช้โอกาสทางธุรกิจโดยมิชอบนั้น อาจพิจารณาว่าเป็นการยกเว้นหน้าที่กระทำการโดยซื่อสัตย์สุจริตในความหมายของมาตรา 102(b)(7) ได้ ซึ่งในปี ค.ศ. 1989 ได้มีคดีที่ศาลเห็นว่าบริษัทไม่สามารถสละสิทธิในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทให้กับกรรมการได้⁵ ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงคดีดังกล่าวในส่วนต่อไป

ต่อมาในปี ค.ศ. 2000 ได้มีการเพิ่มเติมมาตรา 122(17) ในบทย่อยที่ 2 (Subchapter II) ของ DGCL ในเรื่องอำนาจเฉพาะ (Specific Powers) ของบริษัท เพื่ออนุญาตให้บริษัทสามารถกำหนดล่วงหน้าได้ว่าโอกาสทางธุรกิจใดที่ถือเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ก่อนที่โอกาสดังกล่าวจะเกิดขึ้น⁶ ดังนี้

มาตรา 122 อำนาจเฉพาะ

บริษัท (Corporation) ใด ๆ ที่จัดตั้งขึ้นภายใต้หมวด (Chapter) นี้ มีอำนาจที่จะ...

(17) สละ (Renounce) ไว้ในหนังสือรับรองบริษัท (Certificate of Incorporation) หรือโดยการกระทำ (Action) ของคณะกรรมการบริษัท ซึ่งการมีผลประโยชน์หรือความคาดหวัง (Interest or Expectancy) ใด ๆ ของบริษัทในโอกาสที่จะเข้าร่วมในโอกาสทางธุรกิจ

(b) In addition to the matters required to be set forth in the certificate of incorporation by subsection (a) of this section, the certificate of incorporation may also contain any or all of the following matters

(7) A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty ...

⁵ *Siegmán v. Tri-Star Pictures, Inc.*, 15 Del. J. Corp. L. 218 (Del. Ch. 1989).

⁶ Delaware State Senate, 140th General Assembly, Senate Bill No. 363, Section 3, (2000).

หรือ ชนิดหรือประเภท (Classes or Categories) ของโอกาสทางธุรกิจ หรือที่จะได้รับการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจ ที่บริษัท พนักงาน กรรมการ หรือผู้ถือหุ้นค้นพบ⁷

จากข้อกำหนดดังกล่าวอาจตีความได้ว่าบริษัทสามารถกำหนดไว้ในหนังสือรับรองบริษัทได้ว่าบริษัทสละการมีผลประโยชน์หรือความคาดหวังในโอกาสทางธุรกิจลักษณะใดลักษณะหนึ่ง หรือสละความคาดหวังในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่กรรมการได้ค้นพบ จะทำให้กรรมการไม่จำเป็นต้องนำโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวมานำเสนอบริษัท

3.1.2 คำพิพากษาของศาล

3.1.2.1 การพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท

ในประเทศสหรัฐอเมริกา คดีที่เป็นจุดเริ่มต้นของทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจของบริษัท (Corporate Opportunity Doctrine) คือคดี *Guth v. Loft, Inc.* ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าบริษัท Loft ประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายน้ำเชื่อม เครื่องดื่ม และลูกกวาด มีนาย Charles G. Guth เป็นกรรมการผู้จัดการ ในกิจการน้ำอัดลมนั้นบริษัท Coca-Cola เป็นคู่ค้ารายเดียว ที่จำหน่ายหัวเชื้อสำหรับผลิตน้ำอัดลมให้กับบริษัท Loft ต่อมานาย Guth เห็นว่าบริษัท Coca-Cola คิดราคาวัตถุดิบสูงเกินไป จึงให้ผู้บริหารของบริษัทศึกษาความเป็นไปได้ของการซื้อวัตถุดิบจากบริษัท Pepsi-Cola แทน ต่อมาบริษัท Pepsi-Cola ล้มละลายจนกิจการมีมูลค่าเหมาะสมที่จะเข้าซื้อได้ นาย Guth จึงใช้โอกาสนี้ เข้าถือหุ้นของบริษัท Pepsi-Cola และใช้พนักงานและสถานที่ของบริษัท Loft เพื่อพัฒนาบริษัท Pepsi-Cola โดยคณะกรรมการของบริษัท Loft ไม่ได้รับรู้เรื่องดังกล่าว

ศาลสูงสุดแห่งรัฐเดลาแวร์ (Delaware Supreme Court) วางหลักการที่ถือเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานในอีกหลาย ๆ คดีต่อมาไว้ดังนี้

⁷Section 122 Specific powers

Every corporation created under this chapter shall have power to:

...

(17) Renounce, in its certificate of incorporation or by action of its board of directors, any interest or expectancy of the corporation in, or in being offered an opportunity to participate in, specified business opportunities or specified classes or categories of business opportunities that are presented to the corporation or 1 or more of its officers, directors or stockholders.

“กรรมการและผู้บริหารไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ตำแหน่งหน้าที่ที่ได้รับ ความไว้วางใจและความเชื่อมั่นเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว แม้ในทางเทคนิคจะไม่ใช้ทรัพย์สิน แต่กรรมการ และผู้บริหารมีความสัมพันธ์แบบผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary) กับบริษัทและผู้ถือหุ้น นโยบาย สาธารณะ (Public Policy) ที่มีอยู่มาเนิ่นนานและกลั่นกรองมาจากองค์ความรู้เกี่ยวกับลักษณะนิสัยและ แรงจูงใจของมนุษย์ ได้วางกฎเกณฑ์ที่บังคับให้กรรมการและผู้บริหารของบริษัทต้องปฏิบัติตามหน้าที่ ของตนโดยละเอียดรอบคอบที่สุด (Most Scrupulous) อย่างปฏิเสธไม่ได้และไม่มีการผ่อนปรน ไม่ เพียงเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตน แต่ยังขัดขวาง กรรมการและผู้บริหารจากการกระทำใด ๆ ที่อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อองค์กร และยึดเอา ผลประโยชน์หรือความได้เปรียบที่ทักษะและความสามารถของกรรมการและผู้บริหารอาจทำให้ได้มา รวมถึงทำให้กรรมการและผู้บริหารเองมีเหตุผลที่สมควรและมีความชอบด้วยกฎหมายที่จะใช้อำนาจ ของตน

แต่อย่างไรก็ตาม เป็นเรื่องจริงเช่นกันที่หากกรรมการหรือผู้บริหารพบ โอกาสทางธุรกิจที่บริษัทมีทุนทรัพย์พอที่จะถือเอาได้ซึ่งโดยการดำเนินธุรกิจตามปกติแล้วอยู่ภายใต้ สายธุรกิจของบริษัท (Line of the Corporation's Business) และเป็นประโยชน์กับบริษัท เป็น โอกาสที่บริษัทมีผลประโยชน์หรือมีความคาดหวังที่สมเหตุสมผล (has an interest or a reasonable expectancy) และการรับเอาโอกาสนั้นมาจะทำให้ผลประโยชน์ส่วนตัวของกรรมการ หรือผู้บริหารขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท กฎหมายจะไม่อนุญาตให้กรรมการหรือผู้บริหารใช้ โอกาสนั้นเพื่อตนเอง”⁸

⁸ *Guth v Loft Inc*, 5 A2d 503 (Del Ch 1939) at 510

“Corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests. While technically not trustees, they stand in a fiduciary relation to the corporation and its stockholders. A public policy, existing through the years, and derived from a profound knowledge of human characteristics and motives, has established a rule that demands of a corporate officer or director, peremptorily and inexorably, the most scrupulous observance of his duty, not only affirmatively to protect the interest of the corporation committed to his charge, but also to refrain from doing anything that would work injury to the corporation, or to deprive it of profit or advantage which his skill and ability might

โดยผลของคำพิพากษาดังกล่าวทำให้นาย Guth ต้องส่งมอบหุ้นทั้งหมดที่ตนถืออยู่ให้กับบริษัท Loft

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาดังกล่าว อาจวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจใดที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้ดังนี้

1) บริษัทมีฐานะทางการเงินพอที่จะสามารถรับโอกาสนั้นมาได้
2) โอกาสนั้นอยู่ภายใต้สายธุรกิจ (Line of Business) ของบริษัท และเป็นประโยชน์กับบริษัท

3) บริษัทมีผลประโยชน์หรือมีความคาดหวัง (Interest or Expectancy)
4) การนำโอกาสทางธุรกิจนั้นไปใช้จะทำให้เกิดความขัดแย้งกับบริษัท
หลักการที่กล่าวมานี้กำหนดเพียงหลักการคร่าว ๆ ในการพิจารณา ยังต้องอาศัยการตีความตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ซึ่งผู้พิพากษาในคดีนี้มีความเห็นว่าการกระทำที่เป็นความซื่อสัตย์สุจริตและจงรักภักดีนั้นแตกต่างกันไปได้หลายรูปแบบ ไม่สามารถสร้างขึ้นด้วยกฎเกณฑ์ที่รวดเร็วหรือตายตัว และมาตรฐานของความซื่อสัตย์สุจริตนั้นก็ไม้อาจวัดได้ด้วยมาตรวัดที่ตายตัว

หลักการกำหนดโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่มีปัญหาในการตีความค่อนข้างมาก อาจแบ่งแยกได้เป็น 2 หลักการใหญ่ ๆ ได้แก่ หลักสายธุรกิจ (Line of Business) และหลักการมีผลประโยชน์หรือมีความคาดหวัง (Interest or Expectancy) ซึ่งศาลอื่น ๆ ได้นำไปปรับใช้ในหลายรูปแบบ

สำหรับหลัก “สายธุรกิจ” (Line of Business) นั้น ศาลในคดี *Guth v. Loft* ได้อธิบายหลักการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่อยู่ในสายธุรกิจของบริษัทไว้ดังนี้

properly bring to it, or to enable it to make in the reasonable and lawful exercise of its powers.

On the other hand, it is equally true that, if there is presented to a corporate officer or director a business opportunity which the corporation if financially able to undertake, which is, from its nature, in the line of the corporation's business and is of practical advantage to it, is one in which the corporation has an interest or a reasonable expectancy, and, by embracing the opportunity, the self-interest of the officer or director will be brought into conflict with that of his corporation, the law will not permit him to seize the opportunity for himself.”

“เมื่อบริษัทประกอบธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง และโอกาสได้ปรากฏต่อบริษัทซึ่งประกอบด้วยกิจกรรมที่บริษัทมีความรู้พื้นฐาน มีประสบการณ์จริง และมีความสามารถที่จะถือเอาได้ ซึ่งสามารถปรับใช้กับธุรกิจได้อย่างมีเหตุผลและเป็นธรรมชาติเมื่อคำนึงถึงฐานะทางการเงิน และเป็นโอกาสที่สอดคล้องกับความจำเป็นและความต้องการที่สมเหตุผลในการขยายกิจการ ก็อาจกล่าวได้ว่าโอกาสนั้นอยู่ในสายธุรกิจของบริษัท”⁹

หลักสายธุรกิจได้รับการยอมรับในศาลอื่น ๆ ด้วย เนื่องจากเป็นหลักการที่มีพลวัตและสามารถนำไปใช้งานได้กว้างขวาง ครอบคลุมโอกาสทางธุรกิจที่สร้างความเติบโตให้กับบริษัทมากกว่าการใช้หลักมีผลประโยชน์หรือความคาดหวัง (Interest or Expectancy) ซึ่งยึดโยงอยู่กับนิติกรรมสัญญาที่มีอยู่ ณ ปัจจุบันของบริษัท อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ให้อำนาจศาลในการพิจารณาความใกล้เคียง/ไกลของโอกาสกับธุรกิจของบริษัทซึ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนของผลการพิจารณาของศาล ซึ่งในบางคดีอาจจะตีความกว้างหรือแคบไม่เท่ากันได้¹⁰

คำพิพากษาของศาลอื่น ๆ ที่พยายามกำหนดขอบเขตที่แน่นอนของ “สายธุรกิจ” (Line of Business) เช่น การยึดตามขอบอำนาจในกฎบัตร (Charter Powers) ของบริษัท ในคดี *Weismann v. Snyder* ของศาลในรัฐแมสซาชูเซตส์¹¹ นาย Clarence F. Weismann เป็นผู้ถือหุ้นครึ่งหนึ่งของบริษัท Jones, Weismann & Co., Inc. ซึ่งประกอบธุรกิจเป็นนายหน้ารับผลิตภัณฑ์อาหารไปจำหน่ายให้ผู้ค้าปลีกและค้าส่ง โดยมีนาย Harry Snyder ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการผู้จัดการ (President & Manager) นาย Snyder ทราบว่าลูกค้านำรายหนึ่งของบริษัท คือ บริษัท Pappas Company, Inc. กำลังจะขยายกิจการต่อ ซึ่งจะต้องมีการขายสินค้าคงคลังต่าง ๆ ที่มีอยู่ด้วย จึงได้ติดต่อให้ลูกค้าของบริษัทอีกราย คือบริษัท Springfield Sugar & Products Company เป็นผู้รับซื้อกิจการและสินค้าคงคลัง โดยนาย Snyder ได้รับค่านายหน้าจากการเป็นธุระจัดหา

⁹ *Guth v Loft Inc*, 5 A2d 503 (Del Ch 1939) at 514

“Where a corporation is engaged in a certain business, and an opportunity is presented to it embracing an activity as to which it has fundamental knowledge, practical experience and ability to pursue, which, logically and naturally, is adaptable to its business having regard for its financial position, and is one that is consonant with its reasonable needs and aspirations for expansion, it may be properly said that the opportunity is in the line of the corporation’s business.”

¹⁰ Eric T. & Mira H., *The corporate opportunity doctrine*, February 2001, p.6.

¹¹ *Weismann v. Snyder*, 338 Mass. 502, 156 N.E.2d 21 (Mass. 1959).

ดังกล่าว คดีนี้ จำเลยได้ให้การว่าโอกาสทางธุรกิจดังกล่าว คือการเป็นนายหน้าให้การซื้อขายกิจการ เป็นเรื่องพิเศษที่ไม่ได้อยู่ในสายธุรกิจตามปกติของบริษัท อย่างไรก็ตามศาลได้ตัดสินว่าชอบอำนาจตามกฎหมายบัตรของบริษัทนั้นกว้างพอที่จะรวมถึงการขายกิจการดังกล่าวด้วย¹²

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาดังกล่าว หากยึดสายธุรกิจของบริษัทตามอำนาจที่บริษัทสามารถดำเนินการได้ อาจเกิดปัญหาในกรณีบริษัทกำหนดขอบวัตถุประสงค์ไว้กว้าง ซึ่งจะทำให้โอกาสทางธุรกิจเกือบทุกรูปแบบกลายเป็นของบริษัท ส่งผลให้เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการใช้โอกาสใด ๆ เป็นการส่วนตัว และสร้างภาระให้กับกรรมการเกินสมควร ในทางกลับกันการยึดตามกิจการที่ดำเนินอยู่ในปัจจุบัน¹³ ก็ไม่สอดคล้องกับธรรมชาติของธุรกิจที่จะต้องมีการปรับตัวและไม่ยึดติดกับสถานะเดิมเพื่อความอยู่รอดของกิจการ¹⁴

ส่วนหลักการมีผลประโยชน์หรือความคาดหวัง (Interest or Expectancy) เป็นหลักการที่มีที่มาจากคดี *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*¹⁵ นาย Lagarde เป็นกรรมการของบริษัทซึ่งประกอบกิจการสกัดหินปูน และมีผลประโยชน์ (Interest) อยู่ประมาณหนึ่งในสามของเหมืองหินปูน ซึ่งบริษัทยังคงต้องการเพิ่ม บริษัทได้มีการเช่าและทำสัญญาเพื่อผลประโยชน์เพิ่มเติมอีกหนึ่งในสามแล้ว และกำลังเจรจาในส่วนที่เหลือ จำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของบริษัทได้ซื้อผลประโยชน์ในสองส่วนที่เหลือด้วยตนเอง ศาลได้วินิจฉัยว่า บริษัทมีความคาดหวังในสิทธิจำนวนหนึ่งในสามที่ได้มีการเช่าทำสัญญาก่อนแล้ว แต่ไม่ได้มีความคาดหวังเพียงพอนั้นใน

¹² *Ibid.*, at 505

“...[T]he corporate charter powers were broad enough to include sales activity of the type and on the scale undertaken in connection with the sale of Pappas Company's Springfield inventory and business;...”

¹³ ตัวอย่างคำพิพากษาที่ให้เห็นว่ากรรมการสามารถทำธุรกรรมที่บริษัทไม่เคยทำมาก่อนได้ เช่น คดี *Lancaster Loose Leaf Tobacco Co. v. Robinson*, 199. Ky. 313, 250 S.W. 997 (1923) (“where the tobacco company had never engaged in the business of buying tobacco from farmers, the president of the company was allowed to buy tobacco from farmers on his own account”)

¹⁴ Brown D. *When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudney & Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims*. *Journal Of Corporation Law*. (1986, Winter 86), p.258.

¹⁵ *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.* 126 Ala. 496, 28 So. 199 (1990).

สามส่วนที่เหลือ หนึ่งในสามส่วนหลังนั้นไม่มีความจำเป็นต่อการทำธุรกิจของบริษัท แม้ว่าจำเลยจะรู้ถึงโอกาสดังกล่าวด้วยตำแหน่งหน้าที่ของตน แต่จำเลยไม่ได้กระทำผิดหน้าที่เนื่องจากบริษัทไม่ได้มีผลประโยชน์หรือความคาดหวังในส่วนที่เหลือดังกล่าวและการได้ผลประโยชน์ส่วนดังกล่าวไปไม่ได้ขัดขวางการประกอบธุรกิจตามวัตถุประสงค์ที่บริษัทก่อตั้งขึ้น ผลจากการตัดสินใจทำให้จำเลยสามารถถือครองหนึ่งในสามส่วนที่เหลือที่ไม่ได้อยู่ภายใต้สัญญาเช่าได้

คดีนี้ศาลได้วางหลักการว่าบริษัทต้องมีผลประโยชน์ในโอกาสทางธุรกิจนั้นอยู่ก่อนแล้ว หรือมีความคาดหวังในโอกาสนั้น ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากสิทธิที่มีอยู่ก่อน (expectancy growing out of an existing right) จึงจะถือว่าโอกาสนั้นเป็นของบริษัท¹⁶

อย่างไรก็ตาม หลักการนี้เกิดขึ้นในสมัยที่การดำเนินธุรกิจยังมุ่งเน้นที่การประกอบธุรกิจสายเดียว หากนำมาใช้กำหนดขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจอาจทำให้กรรมการไม่สนใจที่จะนำเสนอโอกาสทางธุรกิจใหม่ ๆ ที่บริษัทไม่เคยดำเนินการใด ๆ มาก่อนให้บริษัททราบ ซึ่งในปัจจุบันถือว่าการตีความที่ค่อนข้างแคบ

สำหรับประเด็นอื่น ๆ เช่นเรื่องฐานะทางการเงินนั้น ศาลในคดี *Irving Trust Co. v. Deutsch*, ได้วางหลักการที่เข้มงวดไว้ ในคดีนี้จำเลยถูกว่าจ้างให้ไปเจรจาซื้อหุ้นของบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการเดียวกัน แต่จำเลยกลับเข้าซื้อหุ้นแทนบริษัทด้วยตัวเองเนื่องจากเห็นว่าบริษัทไม่มีเงินพอที่จะซื้อได้ ศาลได้ตัดสินว่า การขาดแคลนทรัพยากรทางการเงินนั้นไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้อ้างกับการใช้ประโยชน์เป็นการส่วนตัวของผู้ได้รับความไว้วางใจ หากบริษัทยังไม่ถึงกับอยู่ใน

¹⁶ *Ibid.*, at 201

"It is well settled that directors and other governing members of a corporation are so far agents of the corporation that in their dealings respecting corporate interests, they are subject to the rules which apply generally to persons standing in fiduciary relations and which forbid such persons to secure an advantage for themselves which fidelity to the trust reposed in them would carry to others whose interests they ought to represent. "[I]n general the legal restrictions which rest upon such officers in their acquisitions are generally limited to property wherein the corporation has an interest already existing, or in which it has an expectancy growing out of an existing right, or to cases where the officers' interference will in some degree balk the corporation in effecting the purposes of its creation."

สถานะล้มละลาย และให้เหตุผลว่าการยอมให้กรรมการยึดครองผลประโยชน์ที่บริษัทไม่สามารถเข้ายึดถือได้เนื่องจากเหตุผลด้านการเงิน จะทำให้กรรมการไม่ทุ่มเทความสามารถที่ตนมีเพื่อบริษัท¹⁷

นอกจากนี้ การอ้างความสามารถในการทำนิติกรรมที่ถูกจำกัดโดยกฎหมายก็เป็นข้ออ้างที่ศาลไม่เห็นด้วย เช่นในคดี *Kerrigan v. Unity Savings Association*¹⁸ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า Unity Savings Association จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการกู้ยืมและฝากเงินซึ่งถูกจำกัดไม่ให้ค้าประกันการให้กู้ยืมเงินของตนเอง กรรมการจึงได้ร่วมกันตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อเป็นผู้ค้าประกัน นาย Walter F. Kerrigan ซึ่งเป็นหุ้นส่วนหลักจึงได้ใช้สิทธิฟ้องกรรมการแทน คดีนี้ศาลเห็นว่าแม้กิจการรับฝากและให้กู้ยืมเงินจะถูกจำกัดโดยผลของกฎหมายทำให้ไม่สามารถค้าประกันเงินกู้ได้ แต่กิจการก็ควรจะมีโอกาสได้ตัดสินใจว่าจะเข้าสู่ธุรกิจนั้นด้วยหรือไม่¹⁹

¹⁷ *Irving Trust Co. v. Deutsch* 73 F.2d 121 (1934) at 124

“The defendants' argument, ... that the equitable rule that fiduciaries should not be permitted to assume a position in which their individual interests might be in conflict with those of the corporation can have no application where the corporation is unable to undertake the venture, is not convincing. If directors are permitted to justify their conduct on such a theory, there will be a temptation to refrain from exerting their strongest efforts on behalf of the corporation since, if it does not meet the obligations, an opportunity of profit will be open to them personally.”

¹⁸ *Kerrigan v. Unity Savings Association* 88 Ill. 2d 20, 317 N.E.2d 39 (1974)

¹⁹ *Ibid.*, at 28

“For various legal, financial, or other reasons Unity might properly have concluded as a matter of business judgment that it did not want to become an insurance broker. But if the doctrine of business opportunity is to possess any vitality, the corporation or association must be given the opportunity to decide, upon full disclosure of the pertinent facts, whether it wishes to enter into a business that is reasonably incident to its present or prospective operations. If directors fail to make such a disclosure and to tender the opportunity, the prophylactic purpose of the rule imposing a fiduciary obligation requires that the directors be foreclosed from exploiting that opportunity on their own behalf.”

3.1.2.2 การใช้โอกาสทางธุรกิจที่กฎหมายยอมรับ

ในบางคดี ศาลได้พิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการที่ใช้ประโยชน์ทางธุรกิจของบริษัทโดยแยกออกเป็น 2 ขั้นตอน เช่น ในคดี *Miller v. Miller*²⁰ ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าบริษัท Miller Waste Mill (Miller Waste) ประกอบธุรกิจขายขยะ ต่อมารัฐบาลซึ่งเป็นคู่สัญญารายใหญ่ ต้องการขย่ที่บริษัท Miller Waste ไม่สามารถผลิตได้ทัน นาย Rudolph และนาย Benjamin Miller ผู้ก่อตั้ง จึงได้ตั้งบริษัท Unit Manufacturing เพื่อนำขยะไปบีบอัดให้ตรงตามความต้องการของรัฐบาล และขายขยะที่ผ่านกระบวนการแล้วให้กับบริษัท Miller Waste โดยคิดกำไรเท่ากับส่วนต่างที่รัฐบาลจ่ายให้กับบริษัท Miller Waste

คดีนี้ ศาลวินิจฉัยว่ากิจการของจำเลยอยู่ในสายธุรกิจของบริษัทและเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยต่อไปว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) หรือไม่ เมื่อพิจารณาการกระทำของจำเลยแล้ว การกระทำนั้นไม่ได้ทำให้โจทก์เสียหาย ไม่มีการใช้ทรัพยากรของโจทก์ การใช้ประโยชน์นั้นเป็นการกระทำโดยสุจริตและเกิดขึ้นหลังจากที่ได้เปิดเผยโอกาสนั้นให้กรรมการและผู้ถือหุ้นทราบแล้ว และจำเลยได้อุทิศกำลังอย่างเต็มที่เพื่อสร้างสายธุรกิจใหม่ให้บริษัท Miller Waste รวมถึงกู้ยืมเงินให้ หารตลาดให้ และกระทำการต่าง ๆ เพื่อให้บริษัท Miller Waste มีกำไร การกระทำของจำเลยถือว่าเป็นธรรม (Fair) ต่อโจทก์²¹

²⁰ *Miller v. Miller* 301 Minn. 207, 222 N.W.2d 71 (1974).

²¹ *Ibid.*, at 83

“Liability for such diversion would not be warranted however because, under the facts as found, the conclusion by the court that Rudolph and Benjamin discharged their fiduciary duties of good faith, loyalty, and fair dealing is compelling. In addition to the court's findings justifying the diversions found as summarized above, the unrefuted testimony at trial establishes that Rudolph and Benjamin, devoting their best efforts, worked exceedingly long hours at the waste mill; developed new lines of business for it, such as the sale of cotton "cuttings" and the division of plastic trading; loaned Miller Waste money when it needed financial assistance; and transacted all intercorporate activities at a profit to Miller Waste. No corporate assets were used in establishing any of defendant corporations, their activities were fully disclosed, and most important, Miller Waste was supplied with a

มีนักวิชาการได้ให้ความเห็นว่าคำพิพากษานี้ทำให้หลักกฎหมายเรื่องโอกาสทางธุรกิจเดิมที่ค่อนข้างคลุมเครืออยู่แล้วเกิดความสับสนมากขึ้นไปอีก การนำหลักการนี้มาพิจารณาทำให้กรรมการสามารถชนะคดีได้โดยอาศัยความคลุมเครือของหลักความชอบธรรม (Fairness) และเป็นการสร้างเกราะป้องกันให้กรรมการผู้ช่วงชิงโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไป เหตุผลที่ศาลใช้ในคดีนี้จึงยังไม่เหมาะที่จะนำไปใช้ในคดีอื่น²²

ทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจของบริษัทกำหนดให้บริษัทมีสิทธิในการใช้โอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทก่อนกรรมการ จึงมีประเด็นที่จะต้องวิเคราะห์ต่อไปว่า หากกรรมการได้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวให้บริษัทพิจารณาแล้ว แต่บริษัทปฏิเสธที่จะรับเอาโอกาสนั้นไปดำเนินการต่อ กรรมการจะสามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวเป็นการส่วนตัวได้หรือไม่

ในเรื่องนี้ ศาลเดลาแวร์ในคดี *Broz v. Cellular Information Systems Inc.* ไม่ได้กำหนดให้กรรมการจะต้องนำโอกาสทางธุรกิจมานำเสนอให้กับบริษัทเพื่อเป็นเงื่อนไขให้กรรมการสามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสนั้นได้ด้วยตัวเอง อย่างไรก็ตาม การนำเสนอโอกาสให้กับคณะกรรมการทำให้เกิดเกราะกำบังไม่ให้กรรมการถูกโต้แย้งในภายหลังว่าได้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปโดยไม่ชอบหรือไม่²³ ส่วนศาลในรัฐอื่น เช่นคดี *Kerrigan v. Unity Savings*

captive market which has sustained the corporation and made it the "number one waste mill in the United States."

We must conclude therefore, based upon the record, that defendant brothers, by embracing business opportunities and as a result advancing their own self-interest, were not unfair, did not act in bad faith, and did not violate their duty of loyalty to Miller Waste.”

²² Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 94 Harv. L. Rev. (1981) at 999 note 2.

²³ *Broz v. Cellular Information Systems Inc.*, 637 A2d 148 (Del Supr 1996) at 157

“The teaching of Guth and its progeny is that the director or officer must analyze the situation *ex ante* to determine whether the opportunity is one rightfully belonging to the corporation. If the director or officer believes, based on one of the factors articulated above, that the corporation is not entitled to the opportunity, then he may take it for himself. Of course, presenting the opportunity to the board

*Association*²⁴ ที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ก็ได้กำหนดว่าบริษัทควรมีโอกาสที่จะตัดสินใจบนพื้นฐานของข้อมูลที่ครบถ้วนว่าจะเข้าดำเนินการในกิจการที่สืบเนื่องจากกิจการในปัจจุบันหรือไม่ หากกรรมการไม่เปิดเผยหรือนำเสนอโอกาสดังกล่าว กรรมการต้องถูกตัดสิทธิไม่ให้ใช้โอกาสนั้นด้วยตนเอง นอกจากนี้ยังมีคำวินิจฉัยของศาลบางแห่งที่กำหนดว่าหากกรรมการไม่ได้นำเสนอโอกาสดังกล่าวให้กับบริษัท กรรมการจะไม่สามารถอ้างหลักความชอบธรรมในการใช้โอกาสทางธุรกิจได้²⁵

ในกรณีที่กรรมการได้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้กับบริษัทแล้ว ต่อมาบริษัทรับเอาโอกาสทางธุรกิจนั้นไปดำเนินการต่อ กรรมการย่อมไม่มีสิทธิที่จะนำโอกาสดังกล่าวไปเป็นของตนเอง แต่หากบริษัทปฏิเสธโอกาสดังกล่าวด้วยเหตุผลทางธุรกิจ ก็ไม่มีเหตุผลที่จะห้ามไม่ให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นด้วยตัวเอง อย่างไรก็ตาม หากโอกาสทางธุรกิจนั้นถูกปฏิเสธโดยคณะกรรมการที่มีกรรมการผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าวอยู่ด้วย หรือคณะกรรมการชุดนั้นถูกครอบงำโดยกรรมการผู้เสนอโอกาส มติของคณะกรรมการก็อาจไม่สะท้อนการตัดสินใจที่แท้จริงของบริษัท

ในเรื่องนี้ความเห็นทางวิชาการอธิบายว่า แม้คณะกรรมการจะไม่มีส่วนได้เสียเป็นตัวเงินก็ไม่ได้หมายความว่าจะสามารถตัดสินใจบนข้อมูลที่เพียงพอและปราศจากอคติได้ กรรมการที่เป็นพวกเดียวกันก็อาจไม่สามารถวางตัวเป็นกลาง ส่วนกรรมการที่มาจากภายนอก (Outside Director) ก็อาจขาดแรงจูงใจในการตัดสินใจ²⁶ ในขณะที่คณะกรรมการที่ถูกครอบงำโดยกรรมการผู้เสนอโอกาสมักตัดสินใจไปตามเจตนาของผู้เสนอ และหากคณะกรรมการมีมติปฏิเสธโอกาสทางธุรกิจ ก็เท่ากับเป็นการปล่อยให้กรรมการได้ใช้ประโยชน์จากโอกาสนั้นไปได้ตลอด จนกว่าจะมีผู้โต้แย้งความเหมาะสมของมตินั้น โดยฝ่ายที่โต้แย้งการใช้โอกาสทางธุรกิจยังมีภาระที่จะต้อง

creates a kind of "safe harbor" for the director, which removes the specter of a *post hoc* judicial determination that the director or officer has improperly usurped a corporate opportunity. Thus, presentation avoids the possibility that an error in the fiduciary's assessment of the situation will create future liability for breach of fiduciary duty. It is not the law of Delaware that presentation to the board is a necessary prerequisite to a finding that a corporate opportunity has not been usurped."

²⁴ *Kerrigan v. Unity Savings Ass'n.*, 58 Ill. 2d at 28, 317 N.E. 2d at 43-44

²⁵ *Brown D.*, *supra* note 14, p.269.

²⁶ *Brudney & Clark*, *supra* note 22, p.1034.

พิสูจน์ว่าคณะกรรมการได้ตัดสินใจไปโดยถูกครอบงำ ซึ่งเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ยาก และหากพิสูจน์ไม่ได้ กรรมการผู้ใช้โอกาสทางธุรกิจก็จะถูกคุ้มครองโดยกฎการใช้ดุลยพินิจทางธุรกิจ (Business Judgment Rules) หรือถึงแม้จะพิสูจน์ได้ กรรมการดังกล่าวก็ยังมีโอกาสที่จะอ้างหลักความชอบธรรม (Fairness) ในการใช้โอกาสนั้นได้อีก²⁷

นอกจากนี้ นักวิชาการได้เสนอแนะวิธีปฏิบัติในการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทมหาชน (Public Company) ไว้ว่า ห้ามผู้ได้รับความไว้วางใจทุกคน ยกเว้นกรรมการที่มาจากภายนอก ใช้โอกาสทางธุรกิจภายนอกที่ต้องดำเนินการใด ๆ (any active outside business opportunities)²⁸ และในกรณีที่คณะกรรมการได้ปฏิเสธโอกาสทางธุรกิจ กรรมการจะใช้ประโยชน์ได้ต่อเมื่อผู้ถือหุ้นได้อนุมัติการสละโอกาสนั้นด้วย ซึ่งอาจเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ยากมาก²⁹

3.1.2.3 การสละสิทธิในโอกาสทางธุรกิจของบริษัท

ในเรื่องการสละสิทธิในการได้รับการเสนอผลประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการค้นพบนั้น มีคดีที่น่าสนใจได้แก่คดี *Siegmán v. Tri-Star Pictures, Inc.*³⁰ ในปี ค.ศ. 1989 ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่าบริษัท Tri-Star ได้แก้ไขกฎบัตร (Charter) ของบริษัทเพื่อสละสิทธิเรียกร้องในโอกาสทางธุรกิจของบริษัทและหน้าที่ตามหลักผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary) บางประการให้กับผู้ถือหุ้นรายใหญ่บางกลุ่มและกรรมการของบริษัท คดีนี้ศาลเดลาแวร์ตัดสินว่าการสละสิทธิตามทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจของบริษัทเป็นการฝ่าฝืน DGCL ข้อ 102(b)(7) เนื่องจากเห็นว่าทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้นเป็นหลักการที่เกิดขึ้นมาจากหน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) จึงไม่สามารถสละสิทธิได้

ต่อมาในปี ค.ศ. 2000 ได้มีการเพิ่มมาตรา 122(17) เพื่อให้อำนาจบริษัทสละการมีส่วนได้เสียหรือความคาดหวังในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการทราบให้กับบริษัท ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในหลักการดังกล่าวมากยิ่งขึ้น

การอนุญาตให้สละหน้าที่นำเสนอผลประโยชน์ทางธุรกิจให้กับบริษัทนั้น เป็นผลดีกับบริษัทที่ต้องการระดมทุนจากนักลงทุนประเภทกองทุนส่วนบุคคล (Private Equity Fund) และเป็นผลดีกับกรรมการที่เป็นตัวแทนจากกิจการลงทุน เนื่องจากทำให้กรรมการที่มาจากกองทุนไม่ต้องนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้กับบริษัทที่ตนเป็นกรรมการในทุก ๆ ครั้งที่มีกิจการอื่นเสนอให้

²⁷ Brown D. *supra* note 14, p.273.

²⁸ Brudney & Clark, *supra* note 22, p.1023.

²⁹ *Ibid.*, p.1035.

³⁰ *Siegmán v. Tri-Star Pictures, Inc.* 15 Del. J. Corp. L. 218 (Del. Ch. 1989)

กองทุนของตนเข้าไปลงทุน ซึ่งถือเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเป็นปกติของกิจการลงทุน นอกจากนี้ ยังขจัดปัญหาในกรณีบริษัทที่กิจการเพียงลงทุนเปลี่ยนรูปแบบการประกอบกิจการมาทำกำไรในสายธุรกิจเดียวกันกับบริษัทที่กองทุนได้ลงทุนอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งอาจนำไปสู่การฟ้องร้องกรรมการที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในทั้งสองบริษัทได้³¹

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ที่หยิบยกมาข้างต้น ทำให้เห็นว่าศาลได้ใช้หลักการที่ต่างกันในการพิจารณาแต่ละคดี โดยหลักการสำคัญที่ศาลใช้ในการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทได้แก่ หลักสายธุรกิจ (Line of Business) ซึ่งใช้ความเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจเดิมเป็นตัวแบ่งแยกโอกาสทางธุรกิจ และหลักผลประโยชน์หรือมีความคาดหวัง (Interest or Expectancy) ซึ่งใช้สัญญาคือการกระทำของบริษัทที่เคยแสดงถึงความคาดหวังในธุรกิจนั้น ส่วนปัจจัยเรื่องฐานะทางการเงินหรือความสามารถในการทำนิตกรรมนั้นเป็นข้ออ้างที่ศาลไม่เห็นด้วย และได้นำเรื่องการใช้ทรัพยากรของบริษัทมาพิจารณาประกอบด้วย

ในแง่การใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจที่กฎหมายยอมรับ ศาลได้นำหลักความชอบธรรม (Fairness) มาใช้พิจารณาความรับผิดชอบของกรรมการ โดยให้ความสำคัญกับการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้บริษัททราบก่อน หากบริษัทตัดสินใจที่จะไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น กรรมการก็ จะไม่มีความรับผิด อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าบริษัทสามารถละสิทธิเรียกร้องในความเสียหายที่เกิดจากการที่กรรมการไม่นำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้บริษัทได้

3.2 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรธุรกิจรูปแบบต่าง ๆ ไว้อย่างครอบคลุมรวมกันอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับเดียว โดยกฎหมายบริษัทของออสเตรเลียได้รับอิทธิพลอย่างมากจากสหราชอาณาจักร และมีการกล่าวถึงบทบาทหน้าที่ของกรรมการในลักษณะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary) คล้ายคลึงกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ของไทย นอกจากนี้ยังมีการกล่าวถึงหน้าที่เมื่อเกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ไว้อย่างละเอียดอีกด้วย

³¹ Benjamin M. Grossman, Jones Day, *Waiver of the Corporate Opportunity Doctrine*. Vol.3, No.29 Bloomberg law report - Corporate Law (2009).

3.2.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รวบรวมบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรธุรกิจอยู่ใน Corporation Act 2001 โดยเรื่องเกี่ยวกับกรรมการบริษัทปรากฏอยู่ในบทที่ 2D ว่าด้วยเจ้าหน้าที่และลูกจ้าง (Chapter 2D—Officers and employees) โดยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ทั่วไปของกรรมการ ปรากฏอยู่ในภาค 2D.1 อำนาจและหน้าที่ ส่วนที่ 1 เรื่องหน้าที่ทั่วไป (Part 2D.1—Duties and powers, Division 1—General duties)

กรรมการบริษัทในประเทศออสเตรเลียมีหน้าที่ในลักษณะ Fiduciary เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายได้กล่าวถึงหน้าที่ที่สำคัญของกรรมการในฐานะ Fiduciary ไว้ดังนี้

มาตรา 181³² กรรมการหรือเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ของบริษัทจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่

(a) โดยเจตนาสุจริตเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และ

(b) เพื่อวัตถุประสงค์โดยชอบ

บทบัญญัติดังกล่าวมีข้อความใกล้เคียงกับมาตรา 89/10 (1) และ (2) ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ของประเทศไทยซึ่งกล่าวถึงหน้าที่กระทำการโดยสุจริตของกรรมการไว้ในลักษณะเดียวกัน

สำหรับหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาผลประโยชน์ของบริษัทนั้น Corporation Act 2001 ได้กำหนด ข้อห้าม 2 ประการ ได้แก่เรื่องการใช้อำนาจหน้าที่ของบุคคลกรของบริษัทในมาตรา 182 และการใช้ข้อมูลที่ได้มาจากตำแหน่งหน้าที่ในมาตรา 183 ดังนี้

มาตรา 182³³ กรรมการ เลขานุการบริษัท เจ้าหน้าที่อื่น ๆ หรือลูกจ้างของบริษัท จะต้องไม่ใช่ตำแหน่งหน้าที่ของตนโดยมิชอบ

³² Section 181 A director or other officer of a corporation must exercise their powers and discharge their duties:

(a) in good faith in the best interests of the corporation; and

(b) for a proper purpose.

³³ A director, secretary, other officer or employee of a corporation must not improperly use their position to:

(a) gain an advantage for themselves or someone else; or

(b) cause detriment to the corporation.

(a) ทำให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับผลประโยชน์ หรือ

(b) ก่อให้เกิดความเสียหายกับบริษัท

มาตรา 183³⁴ บุคคลที่ได้รับข้อมูลมาในฐานะที่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการ
เจ้าหน้าที่อื่นๆ หรือลูกจ้างของบริษัทจะต้องไม่ใช่ข้อมูลดังกล่าวโดยมิชอบ

(a) ทำให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับผลประโยชน์ หรือ

(b) ก่อให้เกิดความเสียหายกับบริษัท

องค์ประกอบใน (a) และ (b) ของบทบัญญัติดังกล่าวมีข้อความใกล้เคียงกับ
องค์ประกอบของมาตรา 89/11 วรรคแรก ที่กำหนดบทสันนิษฐานของการกระทำที่เป็นการขัดหรือ
แย้งกับผลประโยชน์ กล่าวคือ การกระทำต่าง ๆ ที่กำหนดไว้จะต้องส่งผลให้ 1) กรรมการหรือผู้อื่น
จะต้องได้ประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว หรือ 2) การกระทำนั้นจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายกับ
บริษัท

เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติข้างต้นกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับการกระทำที่ขัดหรือ
แย้งทางผลประโยชน์ตามมาตรา 89/11 ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.
2535 ของประเทศไทยแล้ว ไม่พบว่ามีการบัญญัติถึงการใช้อิทธิพลทางธุรกิจของบริษัท (Corporate
Opportunity) ไว้โดยตรง อย่างไรก็ตาม Corporation Act 2001 ได้กำหนดหน้าที่ของกรรมการที่
เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งทางผลประโยชน์ไว้อีกใน ส่วนที่ 2 หัวข้อ การเปิดเผยและการลงคะแนนใน
เรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ส่วนบุคคลอันเป็นสาระสำคัญ (Disclosure of, and voting on
matters involving, material personal interests) โดยได้กำหนดหน้าที่ในการเปิดเผย
ผลประโยชน์ส่วนตัวที่สำคัญ (Material personal interest) ดังนี้

มาตรา 191³⁵ (1) กรรมการบริษัทที่มีผลประโยชน์ส่วนตัวที่สำคัญที่เกี่ยวข้อง
กับกิจการของบริษัท จะต้องบอกกล่าวผลประโยชน์นั้นให้กรรมการอื่น ๆ ทราบด้วย เว้นแต่ข้อ 2 (A)
จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

³⁴ A person who obtains information because they are, or have been, a
director or other officer or employee of a corporation must not improperly use the
information to:

(a) gain an advantage for themselves or someone else; or

(b) cause detriment to the corporation.

กล่าวโดยสรุป ใน Corporation Act 2001 ของประเทศออสเตรเลีย ไม่ได้มีการบัญญัติถึงโอกาสทางธุรกิจไว้โดยตรงเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีบทบัญญัติที่สะท้อนถึงหลักการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจของบริษัท และหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ได้แก่การแจ้งการมีส่วนได้เสียให้คณะกรรมการบริษัททราบ

3.2.2 คำพิพากษาของศาล

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งอาศัยการอ้างอิงคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลในคดีก่อน ๆ เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย สำหรับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของกรรมการนั้น ศาลในประเทศออสเตรเลียได้มีการยอมรับหน้าที่ของกรรมการในรูปแบบผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) เหมือนกับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์อื่น ๆ ซึ่งหลักการนี้สะท้อนอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

สำหรับคำพิพากษาของศาลที่มีการตัดสินเกี่ยวกับการใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น มีคำพิพากษาที่น่าสนใจในคดี *S.E.A. Food International Pty Ltd v Lam* โดยศาลรัฐบาลกลางแห่งประเทศออสเตรเลีย (Federal Court of Australia) ในปี ค.ศ. 1998 ได้กล่าวถึงหลักการพิจารณาในเรื่องโอกาสทางธุรกิจไว้

สำหรับข้อเท็จจริงในคดีนี้ นาย Teh Yew Choong เป็นผู้มีอำนาจควบคุมในบริษัท S.E.A. Food International ประกอบกิจการค้าส่งปลา ต้องการจะขยายธุรกิจไปยังพื้นที่ใหม่ ในปี ค.ศ. 1994 นาย Theng Pew Lam ได้แสดงความสนใจที่จะลงทุนในบริษัท ก่อนการเจรจาจะถึงข้อสรุป นาย Lam ได้จ่ายเงินจำนวน 1 ล้านดอลลาร์ให้กับบริษัทโดยถือว่าเป็นเงินกู้ยืมสำหรับใช้ระหว่างที่ยังอยู่ในช่วงการตรวจประเมินบริษัท แต่นาย Teh เข้าใจว่าเป็นส่วนหนึ่งของเงินลงทุนในบริษัท เมื่อการเจรจาไม่เป็นที่พอใจของทั้งสองฝ่าย นาย Lam จึงต้องการเงินที่ได้จ่ายไปคืนจากบริษัท หลังจากนั้นไม่นาน นาย Lam ได้ติดต่อไปยังนาย Kevin Bostock ผู้จัดการทั่วไปของบริษัท นาย Bostock ได้แจ้งให้นาย Lam ทราบว่ามีตลาดค้าส่งปลาในพื้นที่ที่บริษัทสนใจอยู่กำลังขายกิจการ ซึ่งนาย Teh เองก็ได้ทราบถึงโอกาสนั้นแล้วแต่นาย Teh ไม่สนใจ นาย Lam จึงเข้าเจรจาด้วยตนเองและใช้บริษัทของตัวเองชื่อว่าบริษัท Huxham ซื้อกิจการดังกล่าวไป

³⁵ (1) A director of a company who has a material personal interest in a matter that relates to the affairs of the company must give the other directors notice of the interest unless subsection (2) says otherwise.

เมื่อนาย Teh ทราบเรื่องจึงได้ตกลงกันใหม่ให้บริษัท Huxham ของนาย Lam ให้เช่าตลาดดังกล่าวกับบริษัท และให้บริษัทของนาย Lam และบริษัทของนาย Bostock เข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทและให้นาย Lam และนาย Bostock ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการของบริษัท แต่ต่อมาบริษัทของนาย Lam กลับไม่ยอมให้บริษัทโจทก์เช่าตลาด แต่กลับประกอบกิจการดังกล่าวในนามของตนเอง บริษัทจึงฟ้องร้องนาย Lam ว่าได้กระทำผิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty)

ในการพิจารณาคดีดังกล่าว ศาลได้กล่าวถึงการพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไว้ดังนี้

“สิ่งที่จะกำหนดออกมาได้จากหลักการในคดีต่าง ๆ ก็คือ กรรมการจะกระทำการที่เป็นการขัดต่อหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจที่มีต่อบริษัท (ซึ่งมีขอบเขตเปลี่ยนไปตามพฤติการณ์ของแต่ละคดี) ก็ต่อเมื่อเขาหรือเธอได้ใช้โอกาสทางธุรกิจไปเพื่อการหาผลประโยชน์ โดยมีความเกี่ยวโยงกันมากพอระหว่างหน้าที่และโอกาสนั้น ทั้งในแง่ของช่วงเวลาและเหตุที่ทำให้เกิดขึ้น (sufficeint temporal and causal connection) ความเกี่ยวโยงที่มากพอนั้นขึ้นอยู่กับหลายปัจจัยซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละคดี ซึ่งรวมถึงพฤติการณ์และที่มาที่ทำให้โอกาสนั้นเกิดขึ้น และลักษณะและขอบเขตของการประกอบธุรกิจของบริษัท และความคาดหวังต่อการประกอบธุรกิจในอนาคต

ถึงแม้การกำหนดนิยามที่ชัดเจนหรือสูตรในการพิจารณาจะช่วยให้มีแนวทางที่เหมาะสมในการขีดเส้นแบ่งระหว่างโอกาสทางธุรกิจที่อนุญาตให้กรรมการ (หรือผู้บริหาร) สามารถถือเอาได้ออกจากโอกาสที่ไม่สามารถถือเอาได้ แต่ก็มีความจำเป็นในช่วงเริ่มต้นที่จะต้องกำหนดขอบเขตของหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจที่กรรมการพึงมีต่อบริษัทในพฤติการณ์ของแต่ละคดี และค้นหาการกระทำหรือการไม่กระทำที่จะถือได้ว่าเป็นความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ ... ในการทำเช่นนั้น มีคำถามว่ามีความเกี่ยวโยงในแง่ช่วงเวลาและเหตุของการเกิดมากพอหรือไม่ ปรากฏอยู่ในความเห็นของคดีต่าง ๆ ที่ศาลได้อ้างถึง ซึ่งเป็นความเกี่ยวโยงระหว่างหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจและโอกาสในการหาผลประโยชน์ที่ถูกใช้หรือจะนำไปใช้โดยกรรมการ”³⁶

³⁶ What is to be drawn from the authorities is that a director will act in breach of his fiduciary obligations to a company (the scope of which will vary in the circumstances of each particular case) if he or she takes up an opportunity for profit where there is a sufficient temporal and causal connection between the obligations and the opportunity. What is a sufficient connection will depend, in any particular case, upon a number of factors, including the circumstances in which the

จากหลักการพิจารณาดังกล่าว ศาลได้พิจารณาจากหลักฐานที่ปรากฏและตัดสินว่า โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวไม่มีความเชื่อมโยงกับหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ ที่นาย Lam มีต่อโจทก์ ทั้งในแง่เงื่อนไขเวลาและในแง่เหตุของการเกิด โดยเหตุผลว่า

1. โอกาสนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นหรือได้มาจากการที่นาย Lam มีตำแหน่งเป็นกรรมการของบริษัท แต่เกิดขึ้นก่อนที่เขาจะดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัทโจทก์
2. โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวไม่ใช่โอกาสที่โจทก์ตั้งใจจะใช้หรือกำลังดำเนินการให้ได้มา นาย Teh ไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามีความต้องการโอกาสทางธุรกิจนั้น
3. ในขณะที่นาย Lam ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการบริษัท กรรมการและผู้ถือหุ้นของโจทก์รู้อยู่แล้วว่านาย Lam ได้ซื้อกิจการดังกล่าวมาแล้ว (ในฐานะเจ้าของบริษัท Huxham)³⁷

จากถ้อยคำของศาลที่ได้กล่าวถึงการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับโอกาสทางธุรกิจ อาจสรุปหลักการสำคัญได้ว่า การที่จะถือว่ากรรมการได้กระทำผิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจที่มีต่อบริษัทนั้นจะต้องพิจารณาจาก

- 1) เงื่อนไขเวลาที่โอกาสทางธุรกิจนั้นเกิดขึ้น (Temporal connection) และ

opportunity arises and the nature of it and the nature and extent of the company's operations and anticipated future operations.

Whatever is the precise expression or formulation of the test which will provide reasoned guidance in drawing the line between those opportunities for profit it is permissible for a director (or officer) to take up and those which it is not, it is necessary at the outset to determine the scope of the fiduciary obligations owed by the director to the company in the circumstances of the particular case and to identify the conduct or failure to act, which is said to amount to a failure to discharge those obligations. ... Having done so, the question becomes whether there is a sufficient temporal and causal connection in the sense variously expressed in the authorities to which I have referred, between the fiduciary obligation or obligations and the opportunity for profit which has been or is sought to be taken up by the director.

³⁷ สรุปจากการอ้างอิงของศาลในคดี *Streeter v. Western Areas Exploration PTY. LTD.* [No 2] [2011] WASCA 17, The Court of Appeal, Supreme Court of Western Australia, at 440.

2) การใช้โอกาสทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ของตนเองนั้น เกิดขึ้นได้เพราะการทำหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจที่มีต่อบริษัทหรือไม่ (Causal Connection)

จากคำพิพากษาดังกล่าวยังคงแสดงให้เห็นได้อีกว่า ศาลได้ให้ความสำคัญกับการพิจารณาว่ากรรมการได้กระทำผิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจหรือไม่ มากกว่าการมุ่งพิจารณาว่าอะไรคือโอกาสทางธุรกิจของบริษัท โดยศาลเห็นว่าการพิจารณาว่าอะไรคือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้น มีปัจจัยที่หลากหลายและแปรเปลี่ยนไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละคดี ซึ่งต้องอาศัยเวลาในการพัฒนาหลักเกณฑ์ต่อไป

นอกจากคำพิพากษาในคดีดังกล่าวแล้ว ในปี ค.ศ. 2011 ศาลสูงสุดแห่งรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales Supreme Court) ได้วางแนวทางที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจไว้อีก โดยชี้ให้เห็นถึงความคุ้มครองของกรรมการที่เกิดจากการแจ้งการมีส่วนได้เสียให้บริษัททราบก่อนที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเอง

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย Robash ผู้ถือหุ้นในสัดส่วนร้อยละ 2.2 ของบริษัท Gladstone Pacific Nickel Limited (GPNL) ได้เป็นตัวแทนของบริษัทในการฟ้องนาย Clive Palmer รวมถึงบริษัทอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของนาย Palmer อีกสามแห่ง โดยกล่าวหาว่านาย Palmer ได้กระทำผิดหน้าที่โดยปล่อยให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ให้กับบริษัท GPNL และได้ใช้โอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท GPNL ในระหว่างที่ยังดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการและใช้โอกาสทางธุรกิจนี้ผ่านบริษัทที่เขาควบคุมอยู่ ซึ่งถือเป็นการใช้ตำแหน่งหน้าที่และใช้ข้อมูลในฐานะที่เป็นกรรมการบริษัท GPNL เพื่อประโยชน์ของตนเอง

บริษัท BHP Billiton ซึ่งเป็นเจ้าของโรงถลุงแร่ निकเกิล ได้สอบถามนาย Palmer ว่า บริษัท GPNL สนใจที่จะซื้อกิจการโรงถลุงแร่ดังกล่าวหรือไม่ โดยหลังจากนั้น นาย Palmer ได้นำเรื่องดังกล่าวไปแจ้งให้คณะกรรมการของบริษัท GPNL พิจารณาแล้ว แต่บริษัท GPNL ตัดสินใจที่จะไม่ซื้อโรงแร่ดังกล่าว โดยในกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการบริษัท GPNL ได้กระทำไปโดยไม่มียาน Plamer ร่วมอยู่ด้วย หลังจากการเจรจาสิ้นสุดลงไม่นาน นาย Palmer ได้ลาออกจากการเป็นกรรมการในบริษัท GPNL ต่อมาบริษัทอื่นได้เข้าซื้อกิจการโรงถลุงแร่ดังกล่าวไว้ ซึ่งบริษัทดังกล่าวคือบริษัทของนาย Palmer เอง

ในกระบวนการพิจารณารับคำฟ้องดังกล่าวนี้ ศาลได้วางหลักการเกี่ยวกับการฟ้องร้องคดีไว้ดังนี้

“แม้ว่าในคำฟ้องจะกล่าวหาว่านาย Palmer ได้กระทำผิดหน้าที่ตามมาตรา 180, 181 และ 182 ของ Corporation Act รวมถึงหน้าที่ที่เขาพึงมีตามหลักคอมมอนลอว์นั้น ข้อ

กล่าวหาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรและตามหลักคอมมอนลอว์ ต่างต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญอย่างเดียวกันและไม่ควรก่อให้เกิดประเด็นที่แตกต่างกันอย่างเป็นสาระสำคัญ...

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาของทั้งสองเรื่องคือ มีประเด็นอันเป็นสาระสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณา (*serious question to be tried*) หรือไม่ (ในการเข้าซื้อกิจการโรงกลั่นน้ำมัน) เขาอยู่ในพฤติการณ์ที่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือมีความขัดแย้งต่อหน้าที่ที่เกิดขึ้นจริงหรือที่อาจเกิดขึ้นได้ หรือเขาอยู่ในพฤติการณ์ที่ใช้ตำแหน่งหน้าที่หรือใช้ข้อมูลในฐานะที่เป็นกรรมการของบริษัท GPNL เพื่อประโยชน์ของตนเอง ซึ่งหากเขาได้ทำเช่นนั้นจริง มีคำถามว่าเขาได้รับการอนุญาตด้วยข้อมูลที่ครบถ้วน (*fully informed consent*) ในการกระทำของเขาหรือไม่... จากหลักฐานนั้นยังไม่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่ามีประเด็นอันเป็นสาระสำคัญว่านาย Palmer อยู่ในฐานะที่มีหรืออาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในช่วงเวลาที่เขาได้กระทำการดังกล่าว..."³⁸

จากคดีดังกล่าว ศาลไม่ได้รับคำฟ้องของโจทก์และไม่ได้พิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการใช้โอกาสทางธุรกิจหรือไม่ แต่จากการไม่รับฟ้องดังกล่าว สามารถสรุปแนวทางการพิจารณาของศาลได้ว่า หากกรรมการได้รับการอนุญาตด้วยข้อมูลที่ครบถ้วน (*fully informed consent*) แล้ว กรรมการจะถูกคุ้มครองไม่ให้สามารถถูกฟ้องร้องจากการใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นได้อีก

กล่าวโดยสรุป ศาลในประเทศออสเตรเลียได้ยอมรับหลักการเรื่องการใช้อุบายทางธุรกิจของบริษัทว่าเป็นหนึ่งในเรื่องที่สามารถกระทำผิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความ

³⁸ "Although ... the proposed statement of claim pleads that Palmer breached his duties under sections 180, 181 and 182 of the [Corporations Act], as well as the duties he owed at common law, the statutory and common law claims rely on substantially the same facts and it is not suggested that they raise substantially different issues. The critical question in both cases is whether there was a serious question to be tried [that Palmer acquired the relevant refinery]... in circumstances where he had an actual or possible conflict of interest and duty or in circumstances where he used his position as a director of GPNL, or information he acquired as a director of GPNL, for his own benefit. If he did, there is a question whether he obtained GPNL's fully informed consent to his conduct." (at 69).

"[The] evidence falls short of establishing that there is a serious question that Palmer was in a position of conflict or possible conflict at the time he engaged in the conduct" (at 74).

ไว้วางใจต่อบริษัททั้งนี้ หากกรรมการได้แจ้งให้บริษัททราบถึงโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวแล้ว และบริษัทไม่ประสงค์ที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น กรรมการจะได้รับความคุ้มครองให้ไม่ต้องรับผิดชอบจากการใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น

3.3 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศสมาชิกที่สำคัญในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนซึ่งมีความโดดเด่นในด้านเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก ในปี 2558 ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (Singapore Exchange: SGX) มีบริษัทจดทะเบียนที่มีการซื้อขายหลักทรัพย์อยู่ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยสิงคโปร์มากกว่า 700 บริษัท ซึ่งตลาดหลักทรัพย์สิงคโปร์ยอมรับการซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทที่มีสัญชาติต่างด้าวด้วย³⁹ ทำให้ประเทศสิงคโปร์มีความน่าสนใจในฐานะที่เป็นศูนย์รวมของนักธุรกิจและนักลงทุน ที่อาจมีพื้นฐานใกล้เคียงกับสภาพแวดล้อมของประเทศไทยในอนาคตอันใกล้

3.3.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร

ประเทศสิงคโปร์มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจบัญญัติอยู่ใน Companies Act 2006 (Chapter 50, The Statutes of the Republic of Singapore) โดยเรื่องหน้าที่ของกรรมการปรากฏอยู่ในมาตรา 157 ดังนี้

(1) กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริตและใช้ความระมัดระวังรอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตนตลอดเวลา

(2) เจ้าหน้าที่หรือตัวแทนของบริษัทจะต้องไม่ใช้อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่หรือตัวแทนของบริษัท หรือข้อมูลที่ได้รับมาเนื่องมาจากการเป็นเจ้าหน้าที่หรือตัวแทนของบริษัทโดยมิชอบ เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม หรือทำให้บริษัทเสียหาย

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า Companies Act 2006 ของประเทศสิงคโปร์กำหนดหน้าที่ในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ไว้ใน (2) โดยแบ่งออกเป็น 2 เรื่อง คือการใช้ตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ และการใช้ข้อมูลของบริษัท ซึ่งคล้ายคลึงกับมาตรา 182 และ มาตรา 183 ของ Corporation Act ของประเทศออสเตรเลีย

³⁹ Singapore Exchanges, *Market Statistics Report*, November 2015.

นอกจากนี้ ใน Companies Act 2006 ของประเทศสิงคโปร์ ยังได้กำหนดหน้าที่ในการแจ้งการมีส่วนได้เสียให้บริษัททราบไว้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 156 ดังนี้

(1) ภายใต้มาตรานี้ กรรมการหรือประธานเจ้าหน้าที่บริหารทุกคนของบริษัทผู้ซึ่งมีส่วนได้เสียอย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ในธุรกรรมหรือข้อเสนอในการทำธุรกรรมกับบริษัท (Proposed Transaction) ภายหลังจากได้รับรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าว จะต้องดำเนินการโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะปฏิบัติได้ ดังนี้

(a) ชี้แจงที่มา (Nature) ของส่วนได้เสียในที่ประชุมคณะกรรมการบริษัท หรือ

(b) ส่งหนังสือแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อบริษัทโดยให้ปรากฏรายละเอียดของที่มา ลักษณะ (Character) และขอบเขต (Extent) ของส่วนได้เสียที่กรรมการผู้นั้นมีในธุรกรรมหรือข้อเสนอในการทำธุรกรรมกับบริษัท

กล่าวโดยสรุป Companies Act 2006 ของประเทศสิงคโปร์ไม่ได้มีการบัญญัติถึงการใช้ออกาสทางธุรกิจไว้โดยตรง แต่ได้กล่าวถึงการไม่ใช้ตำแหน่งหน้าที่หรือข้อมูลที่ได้รับมาจากตำแหน่งหน้าที่เพื่อประโยชน์ของตนเอง และมีการกำหนดหน้าที่แจ้งส่วนได้เสียให้คณะกรรมการบริษัททราบเช่นเดียวกันกับกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

3.3.2 คำพิพากษาของศาล

ในประเทศสิงคโปร์มีการนำหลักการเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์และการใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้ในบางคดี โดยคดีที่น่าสนใจคดีหนึ่งคือคดี *Seaspan Agencies Pte Ltd v. Chin Siew Seng* ซึ่งศาลสูงสิงคโปร์ (Singapore High Court) ได้ตัดสินไว้ในปี ค.ศ. 2010

ข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมีอยู่ว่า นาย Quah และนาย Chin เป็นผู้ก่อตั้งและกรรมการของบริษัท Seaspan Agencies Pte Ltd ประกอบธุรกิจเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเรือ (Ship Agency) นายหน้าจัดหาเรือ (Ship Brokerage) ในเดือนตุลาคม ปี ค.ศ. 2005 ความสัมพันธ์ระหว่างนาย Chin และนาย Quah สิ้นสุดลง นาย Chin และผู้ก่อตั้งคนอื่น ๆ ได้ตั้งบริษัทจัดหาเรือขึ้นเองชื่อว่าบริษัท Seaspan Singapore ส่วนนาย Quah ยังคงดูแลกิจการเดิม นาย Chin ออกจากการเป็นกรรมการบริษัทเดิมในปี ค.ศ. 2006 ระหว่างนั้น นาย Chin ได้ยกย้ายเอาค่านายหน้าบางส่วนและโอกาสในธุรกิจนายหน้าจัดหาเรือมาจากบริษัทโจทก์

ศาลได้พิจารณาว่าการเอาค่านายหน้าและกิจการนายหน้าจัดหาเรือไปจากบริษัทโจทก์นั้น เป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจต่อบริษัทหรือไม่ โดยศาลได้พิจารณาข้อโต้แย้งที่สำคัญ 2 ประเด็น ได้แก่ โจทก์ไม่ได้ประกอบธุรกิจนายหน้าจัดหาเรือแล้วในช่วงที่

เกิดการใช้อำนาจทางธุรกิจ และนาย Quah ได้เห็นด้วยอย่างไม่เป็นทางการในการละเมิดหน้าที่ของกรรมการ

ในคดีนี้ ศาลได้วินิจฉัยไว้ดังนี้

“ในฐานะที่เป็นกรรมการของโจทก์ นาย Chin มีหน้าที่ตามหลักคอมมอนลอว์ และตามมาตรา 157 (1) แห่ง Companies Act ที่จะต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และมีหน้าที่ที่จะต้องไม่พาตัวเองไปสู่จุดที่อาจทำให้หน้าที่ของตนที่มีต่อบริษัทขัดแย้งกับหน้าที่ของตนที่มีต่อตัวการอื่น นาย Chin ละเมิดหน้าที่ดังกล่าวโดยการยกยาค่านายหน้าที่จะเป็นของโจทก์ไปยังบริษัท Seaspans Singapore ของตัวเอง และโดยการตั้งบริษัท Seaspans Singapore เพื่อแข่งขันโดยตรงกับโจทก์และเพื่อดึงเอาโอกาสทางธุรกิจจากโจทก์มายังบริษัท Seaspans Singapore...

... ในความเห็นของศาล หากนาย Chin ได้ลาออกจากการเป็นกรรมการในบริษัทโจทก์ให้มีผลอย่างเป็นทางการในวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 2005 เขาก็จะสามารถไปประกอบกิจการเป็นนายหน้าจัดหาเรือในบริษัทที่เขาได้ตั้งขึ้นใหม่เองหรือในบริษัทอื่นใดก็ได้ที่เขาประสงค์จะเข้าร่วม อย่างไรก็ตามเขาไม่มีสิทธิที่จะดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการของโจทก์ไปพร้อมกันกับการตั้งบริษัทใหม่เพื่อดึงเอาธุรกิจมาจากโจทก์ ข้อเท็จจริงที่ว่าโจทก์เลิกประกอบกิจการนายหน้าจัดหาเรือภายหลังจากวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 2005 นั้นไม่ทำให้นาย Chin หลุดพ้นจากความรับผิดชอบที่ไม่สามารถโต้แย้งได้ว่านาย Chin ไม่ได้ทำให้ตัวเองไปอยู่ในสถานะที่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ด้วยเหตุผลว่าโจทก์ (ซึ่งหยุดประกอบธุรกิจนายหน้าจัดหาเรือเหลือเพียงธุรกิจให้บริการเกี่ยวกับเรือ) ประกอบธุรกิจคนละประเภทกัน เหตุผลเดียวที่โจทก์ไม่ได้ประกอบธุรกิจนายหน้าซื้อขายเรือแล้วก็เป็นเพราะการที่นาย Chin ดึงเอาทางธุรกิจดังกล่าวไปเป็นของบริษัทของตัวเองทั้ง ๆ ที่ ตนยังคงดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการของโจทก์...

... การที่นาย Quah รู้เรื่องนี้และไม่ได้ดำเนินการอะไรจนถึงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006 ไม่ถึงกับเป็นเรื่องพื้นฐานที่จำเป็นของการรับรู้ที่นาย Chin ได้ละเมิดหน้าที่ของการเป็นกรรมการ และไม่ได้ช่วยให้นาย Chin พ้นจากความรับผิดชอบ ในมุมมองของศาล แม้ว่าศาลจะรู้ว่ากรรมการสามารถได้รับการยกเว้นจากความรับผิดโดยผู้ถือหุ้นซึ่งได้รับทราบถึงการละเมิดนั้นและได้ยินยอมให้กรรมการหลุดพ้นจากความรับผิดอย่างไม่เป็นทางการ การรับทราบนั้นจะต้องเป็นการรับทราบที่เฉพาะเจาะจงอย่างยิ่งในแง่เนื้อหาและขอบเขตของการละเมิดนั้น และความยินยอมนั้นจะต้องชัดเจนและปราศจากความเคลือบแคลงสงสัย”⁴⁰

⁴⁰ “As a director of the plaintiff, Chin owed a duty at common law and under s 157(1) of the Companies Act, to act honestly in the best interests of the company

จากคำพิพากษาดังกล่าว อาจสรุปความเห็นของศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้
โอกาสทางธุรกิจได้ดังนี้

and the duty not to place himself in a position where his duty to the company may conflict with his duty to another principal. Chin breached those twin duties by diverting commission due to the plaintiff to his own company Seaspun Singapore and by setting up Seaspun Singapore in direct competition with the plaintiff so as to divert business opportunities from the latter to Seaspun Singapore. ...

...In my view, if Chin had effectively resigned his directorship from the plaintiff on 11 October 2005, he would certainly be free to carry on the ship-brokering business in a new company that he had set up or in any other company he chose to join. He was, however, not entitled to continue to act as a director of the plaintiff and to concurrently set up a company to divert business away from the plaintiff. The fact that the plaintiff had ceased the ship-brokering business after 11 October 2005 did not absolve Chin from liability. It could not be argued that Chin had not put himself in a position of conflict of interest because the plaintiff (having ceased its ship-brokering business, leaving only the ship-agency business) and Seaspun Singapore were involved in different businesses. The very reason why the plaintiff had no ship-brokering business was due to Chin's diversion of the business to his own company even though he remained a director of the plaintiff.

...

Nonetheless, this knowledge on the part of Quah and his failure to take action until after 9 February 2006, did not meet the requisite standard of knowledge of Chin's breach of director's duties and did not constitute an assent to release Chin from his breach. In my view, even if the courts were to recognise that directors could be absolved from liability by the shareholders having knowledge of the breach and informally assenting to release a director from liability, such knowledge had to be very specific knowledge of the nature and extent of the breach and such assent had to be clear and unequivocal."

1. กรรมการจะต้องไม่ทำให้ตนเองตกอยู่ในสถานะที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท
2. ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทมีขอบเขตของการประกอบธุรกิจครอบคลุมเพียงใด กิจการที่กรรมการได้ดำเนินการด้วยตนเองนั้นอยู่ในขอบเขตของกิจการของบริษัทหรือไม่ การกระทำของตนเองถือว่าเป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัทหรือไม่ เป็นเรื่องที่กรรมการไม่สามารถพิจารณาและตัดสินใจไปตามความเห็นของตัวเองฝ่ายเดียวได้
3. ผู้ถือหุ้นสามารถยกเว้นความผิดให้กับการละเมิดหน้าที่ของกรรมการได้ แต่ต้องกระทำโดยรู้ความเป็นมาและขอบเขตของการกระทำผิดหน้าที่นั้นอย่างชัดเจนปราศจากความสงสัย

เป็นที่น่าสังเกตในคดีนี้ว่า ศาลได้พิจารณาโอกาสทางธุรกิจโดยดูเนื้อหาของกิจการที่บริษัทและกรรมการได้ประกอบธุรกิจอยู่ด้วย ซึ่งวิธีการนี้คล้ายคลึงกับการใช้หลักสายธุรกิจ (Line of Business) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจใดจะเป็นของบริษัทนั้น โอกาสนั้นจะต้องอยู่ในสายธุรกิจเดียวกันกับบริษัท อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ไม่ได้มีการตัดสินว่ากิจการนายหน้าจัดหาเรืออยู่นั้นอยู่ในสายธุรกิจของบริษัทหรือไม่ ซึ่งตามข้อเท็จจริงบริษัทเคยประกอบกิจการนั้นมาก่อนแล้วย่อมถือว่าอยู่ในสายธุรกิจเดียวกัน

นอกจากคดีดังกล่าวแล้ว มีคดีที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่ง ได้แก่คดี *Guy Neale and others v. Nine Squares* ในปี ค.ศ. 2013 โดยศาลสูงสิงคโปร์ (Singapore High Court) ได้ให้หลักการเกี่ยวกับการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทไว้

สำหรับข้อเท็จจริงในคดีนี้ นาย Guy Neale และโจทก์อื่น ๆ เป็นหุ้นส่วนในกิจการร้านอาหารและสถานบันเทิงที่มีชื่อเสียงมากซึ่งตั้งอยู่ในบาห์ลีประเทศอินโดนีเซียโดยใช้ชื่อว่า “KU DE TA” ได้ฟ้องร้องบริษัท Nine Squares Pty Ltd. ซึ่งเป็นบริษัทของหุ้นส่วนคนหนึ่งของโจทก์ ชื่อ นาย Chondros เพื่อสิทธิในเครื่องหมายการค้า KU DE TA ที่จดทะเบียนในประเทศสิงคโปร์เป็นชื่อของบริษัท Nine Square และกล่าวหาว่าการที่นาย Chondros ได้ใช้บริษัทดังกล่าวจดทะเบียนและได้ประกอบกิจการในประเทศสิงคโปร์นั้นเป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ และเป็นการใช้โอกาสทางธุรกิจของหุ้นส่วน ทั้งนี้กิจการ Ku De Ta ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้านี้ไว้ในประเทศอื่น ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อดังกล่าวในประเทศอื่นด้วย

คดีนี้ ศาลได้วางหลักการในการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจไว้ดังนี้

“ในประเด็นถัดมาที่โจทก์กล่าวหาว่านาย Chondros ได้ละเมิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ เป็นเรื่องที่เกิดจากการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าของสิงคโปร์นั้น เขาได้ใช้โอกาสทางธุรกิจที่ซึ่งควรจะเป็นของกิจการ Ku De Ta Bali ผู้เชี่ยวชาญทั้งสองท่านได้เห็นพ้องต้องกันว่า

ภายใต้กฎหมายวิกตอเรียน (Victorian Law) การกระทำนี้จะเป็นการละเมิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจ ก็ต่อเมื่อมี “ความเป็นไปได้จริงหรือที่เป็นสาระสำคัญ” (a real or substantial possibility) ที่หุ้นส่วนของกิจการ Ku De Ta Bali จะไปเปิดกิจการที่ประเทศสิงคโปร์ในปี ค.ศ. 2004 หรือ 2009

นาย Finkelstein ให้ความเห็นว่า “ความเป็นไปได้จริงหรือที่เป็นสาระสำคัญ” จะมีอยู่เมื่อในขณะที่จดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้น การเปิดกิจการในประเทศสิงคโปร์จะกลายเป็นกิจกรรมที่หุ้นส่วนจะทำได้ประโยชน์จากโอกาสนั้น หรือจะทำให้เป็นการดำเนินการตามปกติ...

... โจทก์หยิบยกเหตุการณ์บางอย่างมาสนับสนุนข้อกล่าวหาว่ามีความเป็นไปได้จริงหรือที่เป็นสาระสำคัญที่กิจการ Ku De Ta Bali จะมาประกอบกิจการที่ประเทศสิงคโปร์ในปี ค.ศ. 2004 หรือ 2009 ประการแรก ในปี ค.ศ. 2002 นาย Chondros เคยประสงค์ที่จะเปิดร้าน Ku De Ta ที่ออสเตรเลียบริเวณเคเบิลบีช (Cable Beach) และนูซา (Noosa) ซึ่งนาย Chondros ได้บอกกับเพื่อนสนิทและเจ้าหน้าที่บางคนในกิจการ Ku De Ta Bali รวมถึงนาย Kadek (หุ้นส่วนคนหนึ่ง)...

ศาลเห็นว่า หลักฐานนี้ยังไม่พอที่จะแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้จริงหรือที่เป็นสาระสำคัญที่กิจการ Ku De Ta Bali จะมาประกอบกิจการที่สิงคโปร์ แม้จะยอมรับว่าก่อนหน้านั้น นาย Chondros มีความสนใจที่จะขยายกิจการ Ku De Ta แต่ก็ไม่มีอะไรชี้ชัดว่าในปี ค.ศ. 2002 เขาตั้งใจจะใช้ประเทศสิงคโปร์เป็นพื้นที่สำหรับขยายกิจการ...

ประการต่อมา โจทก์กล่าวว่านาย Neale เคยบอกนาย Chondros ว่ามีโอกาสอยู่ในเกาะเซนโตซาในประเทศสิงคโปร์ที่หุ้นส่วนควรจะไปสำรวจดู นาย Neale เองก็จำไม่ได้ว่าการสนทนาที่เกิดขึ้นเมื่อใด ศาลเห็นว่าการไม่สามารถระบุช่วงเวลาชัดเจนที่เกิดการสนทนาขึ้นทำให้ศาลไม่สามารถตัดสินว่ามีความเป็นไปได้จริงหรือที่เป็นสาระสำคัญที่ Ku De Ta Bali จะมาประกอบกิจการที่สิงคโปร์ในปี ค.ศ. 2004 หรือ 2009⁴¹

⁴¹ The next basis on which the plaintiffs alleged that Chondros had breached his fiduciary duty was that in procuring the registration of the Singapore Marks he had usurped a corporate opportunity which Ku De Ta Bali could have exploited. Both experts agreed that, under Victorian law, this action would be a breach of fiduciary duty only if there had been “a real or substantial possibility” of the Ku De Ta Bali partnership setting up an operation in Singapore in 2004 or 2009.

จากคำพิพากษาดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงหลักการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของหุ้นส่วน โดยพิจารณาจากความเป็นไปได้จริงหรือที่เป็นสาระสำคัญที่หุ้นส่วนจะใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น กล่าวคือ หุ้นส่วนจะต้องมีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นจริง ๆ หรือที่มีสาระสำคัญมากพอที่จะแสดงให้เห็นได้ว่าจะใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น

หลักการดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับหลักการมีผลประโยชน์หรือความคาดหวัง (Interest or Expectancy) ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่พิจารณาว่าบริษัทเคยมีส่วนได้เสียใด ๆ ใน

Mr Finkelstein opined that “a real or substantial possibility” would exist where, as at the time of registration of the trade mark, setting up in Singapore would have been a likely activity that the Ku De Ta Bali partnership would have entered into had it appreciated the opportunity, or would have moved to in the ordinary course of events. ...

The plaintiffs relied on certain events to substantiate their claim that there was a real or substantial possibility of the Ku De Ta Bali partnership setting up a Ku De Ta operation in Singapore in 2004 or 2009. First, Chondros himself gave evidence that around late 2002 he dreamt of opening Ku De Ta outlets in other parts of the world. In particular, Chondros thought of taking Ku De Ta to the Australian locations of Cable Beach and Noosa. Chondros said that he had conveyed this ambition to close friends and some management staff of Ku De Ta Bali, including Kadek. ...

I consider that this evidence is insufficient to show a real or substantial possibility of the partnership setting up a Ku De Ta operation in Singapore. Even accepting that so early in the operation Chondros had a sincere wish to expand Ku De Ta, there was no indication that in 2002 he had Singapore in mind as a potential expansion location. ...

Second, the plaintiffs pointed out that Neale had told Chondros that there were opportunities on Sentosa Island in Singapore which the partners should explore. Neale could not remember the dates of such discussions. I consider that the failure to assert a clear timeframe for these alleged discussions prevents me from determining that a real or substantial possibility of expansion to Singapore existed either as at 2004 or 2009.

โอกาสทางธุรกิจนั้นมาก่อน หรือมีการกระทำที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทมีความคาดหวังในโอกาสทางธุรกิจนั้นหรือไม่

กล่าวโดยสรุป ประเทศสิงคโปร์ถือว่าการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้นเป็นหนึ่งในการกระทำที่ผิดหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจที่มีต่อบริษัท โดยมีการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจจากทั้งลักษณะของการประกอบธุรกิจและข้อเท็จจริงที่บริษัทเคยมีส่วนได้เสียหรือมีความคาดหวังในโอกาสทางธุรกิจ และมีบทบัญญัติที่กำหนดให้กรรมการต้องแจ้งการมีส่วนได้เสียให้บริษัททราบด้วย

3.4 การเปรียบเทียบหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้โอกาสทางธุรกิจในต่างประเทศ

จากการศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์ สามารถสรุปทิศทางของหลักการในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจที่เหมือนและต่างกันได้ดังนี้

1. ในแง่การพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทนั้น ทั้งสามประเทศใช้ปัจจัยที่สำคัญสองประการคือความใกล้ชิดกันระหว่างการประกอบธุรกิจของบริษัทกับโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการค้นพบ และการมีข้อเท็จจริงบางประการที่แสดงให้เห็นได้ว่าบริษัทมีความคาดหวังในโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการได้ค้นพบนั้นอยู่ก่อน ทั้งนี้ ไม่มีประเทศใดที่มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์เพื่อกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนของโอกาสทางธุรกิจของบริษัท

2. ในแง่อำนาจของกรรมการในการพิจารณาการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้น ทั้งสามประเทศเห็นว่าเป็นสิทธิของบริษัทที่จะพิจารณาว่ากรรมการจะสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้หรือไม่ ไม่ใช่เรื่องที่กรรมการจะตัดสินใจดำเนินการด้วยตนเองได้

3. ในแง่ความรับผิดชอบจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้น ทั้งสามประเทศมีหลักการเหมือนกันคือ หากกรรมการได้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้บริษัททราบก่อนและบริษัทไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น หากต่อมากรรมการได้ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นไป กรรมการจะได้รับความคุ้มครองไม่ให้ถูกฟ้องร้องได้อีก อย่างไรก็ตาม มีเพียงประเทศสหรัฐอเมริการที่กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศออสเตรเลียและประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดไว้เพียงให้กรรมการบอกกล่าวการมีส่วนได้เสียของตนให้กรรมการอื่น ๆ ทราบ

บทที่ 4

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท ในบริบทกฎหมายของประเทศไทย

สำหรับในบริบทกฎหมายของประเทศไทยนั้น กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทจดทะเบียนปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และนอกเหนือจากกฎหมายทั้งสองฉบับแล้ว ในที่นี้ ผู้เขียนจะอธิบายหลักการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ของกรรมการ ได้แก่หลักตัวการตัวแทน และหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี เพื่อค้นหาหลักการที่สามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ และจะวิเคราะห์ให้เห็นถึงปัญหาต่าง ๆ ในการกำหนดขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจของบริษัทและการกำหนดใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ชอบด้วยกฎหมาย

4.1 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดที่มีการออกและเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนทั่วไปเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท โดยมีการกำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการไว้ในหมวดที่ 6

4.1.1 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการ

มาตรา 68 กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของกรรมการบริษัทมหาชนไว้ดังนี้

กรรมการต้องเป็นบุคคลธรรมดา และ

- (1) *บรรลุนิติภาวะ*
- (2) *ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ*
- (3) *ไม่เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน*

ที่ได้กระทำโดยทุจริต

(4) ไม่เคยถูกลงโทษไล่ออกหรือปลดออกจากราชการ หรือองค์การหรือหน่วยงานของรัฐ ฐานทุจริตต่อหน้าที่

หากกรรมการขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 68 นั้น มาตรา 72 (3) กำหนดให้กรรมการต้องพ้นจากตำแหน่ง¹

มาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติที่สำคัญประการหนึ่งของกรรมการบริษัทมหาชนคือต้องเป็นบุคคลที่น่าไว้วางใจ สังเกตได้จากการกำหนดให้ต้องไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามใน (3) และ (4) ซึ่งเป็นเรื่องของความผิดที่ส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในการทำหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

4.1.2 การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดหลักการพื้นฐานของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทมหาชนไว้ในมาตรา 85 ดังนี้

ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

มาตราดังกล่าวกำหนดกรอบของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กรอบวัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัท ซึ่งมีผลต่อกิจการที่กรรมการจะกระทำให้มีผลผูกพันบริษัท นอกจากนี้ยังต้องปฏิบัติตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นไปตามหลักการเดียวกับบริษัทจำกัดที่กรรมการจะต้องบริหารจัดการบริษัทภายใต้การครอบงำของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

นอกจากการปฏิบัติตามกรอบของการปฏิบัติหน้าที่ที่กล่าวมาแล้ว ในมาตราเดียวกันนี้ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ยังได้กำหนดหน้าที่ของกรรมการเป็นการทั่วไปด้วย ได้แก่ การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และการระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้ให้รายละเอียดของหน้าที่ทั้งสองประการไว้แต่อย่างใด

¹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 72

นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระตามมาตรา 71 กรรมการพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

...

(3) ขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 68

4.1.3 การค้าขายแข่งกับบริษัท

นอกจากหลักการปฏิบัติหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการตามมาตรา 85 แล้ว พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ยังได้กำหนดหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทไว้เพิ่มเติมในมาตรา 86 ดังนี้

ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด ในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง

เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาผลประโยชน์ของบริษัท กรรมการจึงต้องหลีกเลี่ยงการกระทำหรือการทำให้ตนเองอยู่ในสถานะที่อาจทำให้ไม่สามารถตัดสินใจเพื่อประโยชน์ของบริษัทได้ ทั้งนี้ มาตราดังกล่าวไม่ได้ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการหรือดำรงตำแหน่งในกิจการอื่นที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับบริษัท เพียงแต่กำหนดให้จะต้องแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง

การที่กฎหมายเปิดช่องให้กรรมการสามารถดำรงตำแหน่งในกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับบริษัทได้นั้น ทำให้เกิดความเสี่ยงที่กรรมการดังกล่าวจะรับรู้โอกาสทางธุรกิจจากการดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัทและนำโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทไปใช้ในกิจการเดิมที่ตนยังคงมีตำแหน่งอยู่ได้

4.1.4 การดำเนินการเมื่อกรรมการกระทำผิดหน้าที่

มาตรา 85 วรรคสองและวรรคสาม ได้กำหนดสิทธิในการดำเนินการของบริษัท หรือผู้ถือหุ้นในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักการทั่วไปของการปฏิบัติหน้าที่กรรมการตามมาตรา 85 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ดังนี้

(1) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

(2) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้

ในเรื่องการดำรงตำแหน่งในกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทตามมาตรา 86 มีการกำหนดการดำเนินการหากกรรมการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขไว้ในมาตรา 86 วรรคสอง ดังนี้

ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ดังนั้น หากกรรมการกระทำผิดหน้าที่ตามมาตรา 85 หรือ 86 บริษัทหรือผู้ถือหุ้นอาจดำเนินการต่อกรรมการได้ แล้วแต่กรณี ดังนี้

1. เรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ ในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหาย
2. ขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำที่อาจทำให้เกิดความเสียหาย
3. ขอให้ศาลสั่งให้กรรมการออกจากตำแหน่ง

ทั้งนี้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้กล่าวถึงการใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทไว้เป็นการเฉพาะ มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดให้กรรมการต้องรับผิดชอบไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตหรือระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท และไม่ได้ให้รายละเอียดหรือบทสันนิษฐานของการกระทำที่จะถือว่าผิดหน้าที่ดังกล่าวไว้ด้วย

4.2 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อให้การกำกับและพัฒนาคาดทุนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้

ลงทุน² โดยในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้เพิ่มเติมข้อกำหนดเกี่ยวกับการบริหารกิจการของบริษัทจดทะเบียนไว้ในหมวด 3/1 ซึ่งรวมถึงการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหารใน ส่วนที่ 2 ของหมวดดังกล่าวด้วย

4.2.1 หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ

มาตรา 89/7 กำหนดหลักการสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัทจดทะเบียนไว้ดังนี้

ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการและผู้บริหาร ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

มาตราดังกล่าวกำหนดให้กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่โดยยึดหลักการที่สำคัญ 2 ประการ ได้แก่

1. ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง
2. ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามมาตรา 89/7 นั้น มาตรา 89/8 ได้กำหนดระดับของความรับผิดชอบและความระมัดระวังไว้ โดยกำหนดให้กรรมการจะต้องกระทำการเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดบทสันนิษฐานที่เป็นประโยชน์กับกรรมการไว้ในมาตรา 89/8 วรรคสอง โดยหากกรรมการพิสูจน์ได้ว่าตนได้ตัดสินใจในลักษณะดังต่อไปนี้อย่างครบถ้วนแล้ว ให้ถือว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวังแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริต และสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะโดยตรง หรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น

อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การพิสูจน์การตัดสินใจดังกล่าว นั้น กฎหมายได้กำหนดให้ใช้กับการพิสูจน์การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและระมัดระวังเท่านั้น ไม่เกี่ยวข้องกับ

² โปรดดูหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ดังนั้น หากกรรมการถูกฟ้องร้องตามมาตรา 89/7 เนื่องจากมิได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการไม่สามารถยกเรื่องการเชื่อโดยสุจริตว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท หรือการอ้างข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ หรือการไม่มีส่วนได้เสีย มาคุ้มครองการไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของตนได้

ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตนั้น มาตรา 89/10 ได้กำหนดหลักการไว้ดังนี้

ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต กรรมการและผู้บริหารต้อง

- (1) กระทำการโดยสุจริต เพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท เป็นสำคัญ
- (2) กระทำการที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสม และ
- (3) ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัด หรือแย้งกับประโยชน์ ของบริษัท อย่างมี

นัยสำคัญ

กฎหมายไม่ได้ให้รายละเอียดสำหรับการกระทำใน (1) และ (2) ไว้ แต่ได้กำหนดข้อสันนิษฐานเรื่องการกระทำที่เป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญไว้ในมาตรา 89/11 ดังนี้

การกระทำดังต่อไปนี้ ซึ่งเป็นผลให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่น นอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัด หรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัท อย่างมีนัยสำคัญ

(1) การทำธุรกรรมระหว่างบริษัท หรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคล ที่มีความเกี่ยวข้อง โดยไม่เป็นไปตามมาตรา 89/12 หรือ มาตรา 89/13

(2) การใช้ข้อมูลของบริษัทที่ล่วงรู้มา เว้นแต่เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว หรือ

(3) การใช้ทรัพย์สิน หรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ หรือหลักปฏิบัติทั่วไป ตามที่คณะกรรมการ กำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

จากมาตราดังกล่าว สามารถสรุปองค์ประกอบของการกระทำที่จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ ได้ดังนี้

1. ลักษณะของการกระทำ จะต้องเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

1.1 การทำรายการเกี่ยวโยง (Related Party Transaction)

1.2 การใช้ข้อมูลที่บริษัทล่วงรู้มา โดยข้อมูลนั้นยังไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ

1.3 การใช้ทรัพย์สิน หรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในลักษณะที่เป็นการ

ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ หรือหลักปฏิบัติทั่วไป ตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

2. ผลของการกระทำ การกระทำในข้อ 1.1-1.3 จะต้องก่อให้เกิดผลดังนี้

2.1 กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่น นอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ

2.2 บริษัทได้รับความเสียหาย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาโดยเจาะจงเฉพาะเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท จึงอาจสรุปได้ว่า การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่จะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ตามมาตรา 89/7 นั้น ผู้ที่จะเรียกให้กรรมการรับผิดจะต้องพิสูจน์การมีอยู่ขององค์ประกอบต่าง ๆ ดังนี้

1. เป็นการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท ที่ฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน

2. การกระทำดังกล่าว ทำให้

2.1 กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่น นอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือ

2.2 บริษัทได้รับความเสียหาย

สำหรับความรับผิดจากการกระทำผิดหน้าที่ตามมาตรา 89/7 นั้น กฎหมายกำหนดไว้ใน มาตรา 89/18 ดังนี้

นอกจากการดำเนินการกับกรรมการตาม มาตรา 85 และมาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แล้ว ในกรณีที่กรรมการกระทำการ หรือละเว้นกระทำการใด อันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบ บริษัทอาจฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ดังกล่าวให้แก่บริษัทได้

ดังนั้น เมื่อรวมกับการดำเนินการตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ทั้งสองมาตราแล้ว บริษัทหรือผู้ถือหุ้นจึงมีสิทธิฟ้องร้องกรรมการเพื่อการดำเนินการดังต่อไปนี้

1. เรียกค่าสินไหมทดแทน³
2. ขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำ⁴

³ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 วรรคสอง (1) และมาตรา 86 วรรคสอง

⁴ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 วรรคสอง (2) และมาตรา 86 วรรคสาม

3. ขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่ง⁵ และ

4. เรียกให้กรรมการส่งคืนประโยชน์ให้แก่บริษัท⁶

นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดโทษทางอาญาของการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 89/7 ไว้ในมาตรา 281/2 อีกด้วย⁷

4.2.2 การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ฝ่าฝืนประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน

ในประเด็นนี้ ปัจจุบัน ยังไม่มีประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่กำหนดหลักเกณฑ์ หรือหลักปฏิบัติทั่วไปของการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท จึงอาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในด้านขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท และหลักเกณฑ์ หรือหลักปฏิบัติทั่วไปของการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่กฎหมายยอมรับ

สำหรับประเด็นปัญหาต่าง ๆ ในเรื่องการนำทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจ (Corporate Opportunity Doctrine) มาบังคับใช้ในบริบทกฎหมายของประเทศไทยเท่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น จะขออธิบายในบทวิเคราะห์ต่อไป

4.3 หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี

นอกจากการปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว บริษัทจดทะเบียนยังถูกคาดหวังให้ต้องปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ถือหุ้นว่าคณะกรรมการบริษัทและฝ่ายจัดการของบริษัทได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างเหมาะสม

⁵ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 วรรคสาม และมาตรา 86 วรรคสาม

⁶ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/18

⁷ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 281/2

กรรมการ หรือผู้บริหารบริษัทผู้ใด ไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต ตามมาตรา 89/7 จนเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย หรือทำให้ตนเอง หรือผู้อื่นได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่เกิดขึ้น หรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าห้าแสนบาท

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายที่เกิดขึ้นหรือประโยชน์ที่ได้รับ แต่ทั้งนี้ค่าปรับดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

สำหรับหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของบริษัทจดทะเบียนที่ออกโดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในปี พ.ศ. 2555 นั้น ได้กำหนดแนวปฏิบัติเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของกรรมการไว้ในหมวดที่ 5 เรื่อง ความรับผิดชอบของคณะกรรมการ โดยมีเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้ดูแลผลประโยชน์ ดังนี้

1.1 คณะกรรมการควรกำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการที่มีคุณสมบัติหลากหลาย ทั้งในด้านทักษะ ประสบการณ์ ความสามารถเฉพาะด้านที่เป็นประโยชน์ กับบริษัท เพศ และต้องมีกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการบริหารอย่างน้อย 1 คนที่มีประสบการณ์ในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมหลักที่บริษัทดำเนินกิจการอยู่...

1.8 คณะกรรมการควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้กรรมการดำรงตำแหน่งในบริษัทอื่น โดยพิจารณาถึงประสิทธิภาพการทำงานของกรรมการที่ดำรงตำแหน่งหลายบริษัทอย่างรอบคอบ และเพื่อให้มั่นใจว่ากรรมการสามารถทุ่มเทเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ในบริษัทได้อย่างเพียงพอ โดยควรกำหนดจำนวนบริษัทที่กรรมการแต่ละคนจะไปดำรงตำแหน่งให้เหมาะสมกับลักษณะหรือสภาพธุรกิจของบริษัท ซึ่งไม่ควรเกิน 5 บริษัทจดทะเบียน...

3.4 คณะกรรมการควรพิจารณาเรื่องความขัดแย้งของผลประโยชน์อย่างรอบคอบ การพิจารณาการทำรายการที่อาจมีความขัดแย้งของผลประโยชน์ควรมีแนวทางที่ชัดเจนและเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นโดยรวมเป็นสำคัญ โดยที่ผู้มีส่วนได้เสียไม่ควรมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ และคณะกรรมการควรกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามข้อกำหนดเกี่ยวกับขั้นตอนการดำเนินการและการเปิดเผยข้อมูลของรายการที่อาจมีความขัดแย้งของผลประโยชน์ให้ถูกต้องครบถ้วน

จากแนวปฏิบัติที่ดีในเรื่องความรับผิดชอบของคณะกรรมการข้างต้นอาจสรุปได้ว่า หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีคาดหวังให้คณะกรรมการบริษัทประกอบด้วยกรรมการที่มีประสบการณ์ในธุรกิจที่บริษัทดำเนินอยู่ด้วย และยอมรับการดำรงตำแหน่งในบริษัทจดทะเบียนอื่นเท่าที่กรรมการจะสามารถอุทิศเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ต่อบริษัทได้ตามสมควรและคาดหวังให้กรรมการจะต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับธุรกรรมที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์เพื่อให้คณะกรรมการได้พิจารณาอย่างรอบคอบด้วย อย่างไรก็ตาม หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีไม่ได้กำหนดหลักการใช้ออกรายงานธุรกิจของบริษัทไว้โดยตรง

4.4 หลักตัวการตัวแทน

ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและบริษัทในบริบทกฎหมายของประเทศไทยนั้น นอกจากจะมีกฎหมายกำหนดหน้าที่ในลักษณะผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary) ไว้แล้ว ยังมีการ

ยอมรับให้นำหลักในเรื่องตัวการตัวแทนมาใช้ในความสัมพันธ์ดังกล่าวด้วย ดังจะเห็นได้จากมาตรา 97 ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดไว้ดังนี้

เว้นแต่จะมีบัญญัติไว้ในหมวดนี้เป็นอย่างอื่น ความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการกับบริษัท และบริษัทกับบุคคลภายนอก ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน

จากการยอมรับหลักการดังกล่าว ทำให้มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าจะมีบทบัญญัติใดในเรื่องตัวการตัวแทนที่จะสามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของกรรมการได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องตัวการตัวแทน หมวดที่ 2 เรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบของตัวแทนต่อตัวการ มาตรา 810

เงินและทรัพย์สินอย่างอื่นบรรดาที่ตัวแทนได้รับไว้เกี่ยวกับตัวการเป็นตัวแทนนั้น ท่านว่าตัวแทนต้องส่งให้แก่ตัวการทั้งสิ้น

อนึ่งสิทธิทั้งหลายซึ่งตัวแทนชวนชวายเป็นมาในนามของตนเองแต่โดยฐานที่ทำการแทนตัวการนั้น ตัวแทนก็ต้องโอนให้แก่ตัวการทั้งสิ้น

จากมาตราดังกล่าว หากนำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ของกรรมการกับบริษัท จะทำให้กรรมการมีหน้าที่ต้องนำเงินหรือทรัพย์สินใด ๆ ที่ได้มาจากกระทำในฐานะที่เป็นกรรมการ คืนให้แก่บริษัท ดังนั้น เมื่อนำมาปรับใช้กับหลักโอกาสทางธุรกิจแล้ว อาจพิจารณาได้ว่า โอกาสทางธุรกิจใดที่กรรมการได้มาจากการกระทำการในฐานะกรรมการของบริษัทนั้น โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวถือเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท

อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีที่กรรมการได้โอกาสทางธุรกิจที่ไม่ได้เป็นผลจากการปฏิบัติหน้าที่ที่กรรมการให้กับบริษัท ตัวอย่างเช่น กรรมการในบริษัทอสังหาริมทรัพย์แห่งหนึ่ง ประกอบกิจการส่วนตัวเป็นนายหน้าซื้อขายที่ดิน ต่อมาเมื่อมีผู้เสนอขายที่ดินแปลงหนึ่งให้กับกรรมการเป็นการส่วนตัว แต่ที่ดินแปลงดังกล่าวอยู่ในทำเลที่บริษัทต้องการอยู่ก่อนแล้ว เช่นนี้ หากนำหลักกฎหมายเรื่องตัวแทนมาปรับใช้ กรรมการก็ไม่มีหน้าที่ต้องนำเสนอโอกาสในการซื้อที่ดินแปลงดังกล่าวให้กับบริษัท เพราะไม่ได้ได้โอกาสดังกล่าวมาจากการทำหน้าที่กรรมการ

4.5 บทวิเคราะห์

จากการศึกษาเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ ในบริบทกฎหมายของประเทศไทยแล้ว ผู้เขียนขออธิบายแยกประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาและความเห็นต่อปัญหาดังกล่าวออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ หลักการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท ความชอบด้วย

กฎหมายของการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ และ ความรับผิดชอบของกรรมการจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยมิชอบ

4.5.1 หลักการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัท

การนำหลักการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้อยู่ในต่างประเทศโดยเฉพาะในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้พิจารณาโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในบริบทของประเทศไทยนั้น จำเป็นจะต้องค้นหาหลักการที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายลายลักษณ์อักษรและคำพิพากษาที่เป็นตัวอย่างของการพิจารณาเรื่องดังกล่าวและเทียบเคียงกับบริบทของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ศาลในต่างประเทศยังมีหลักการที่ต่างกันในการพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจใดเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท โดยในที่นี้ผู้เขียนจะชี้ให้เห็นถึงปัญหาของการนำหลักการกำหนดรูปแบบและขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจด้วยวิธีการต่าง ๆ มาใช้ในบริบทของประเทศไทย ดังนี้

4.5.1.1 การใช้ข้อมูลหรือทรัพย์สินของบริษัท

ปัจจุบัน พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/11 (2) และ (3) กำหนดให้การใช้ข้อมูลของบริษัทที่ล่วงรู้มาและยังไม่ได้เปิดเผยต่อสาธารณะชน การใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัท (ที่ฝ่าฝืนหลักการตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน) ที่เป็นผลให้กรรมการหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย เป็นหนึ่งในข้อสันนิษฐานของการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัท

จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทในมาตรา 89/11 (3) นั้น แท้จริงแล้วต่างจากข้อสันนิษฐานในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ในเรื่องอื่น ๆ ในมาตราเดียวกัน ได้แก่การใช้ข้อมูลของบริษัทใน (2) และการใช้ทรัพย์สินของบริษัทใน (3) ส่วนแรกอย่างไร และในทุก ๆ กรณีของการใช้โอกาสทางธุรกิจในมาตรานี้ จำเป็นต้องมีการใช้ข้อมูลหรือทรัพย์สินของบริษัทหรือไม่

สำหรับการใช้ข้อมูลของบริษัทตามมาตรา 89/11 นั้น มีข้อสังเกตว่า มาตราดังกล่าวได้แยกเรื่อง “การใช้ข้อมูล” ออกจาก “การใช้ทรัพย์สินและโอกาสทางธุรกิจ” แสดงให้เห็นว่าการใช้ข้อมูลของบริษัทนั้นเป็นคนละเรื่องกับการใช้โอกาสทางธุรกิจ และกฎหมายประสงค์จะให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติที่แตกต่างกัน และเมื่อพิจารณาจากข้อความต่อมาที่กล่าวถึงข้อยกเว้นเรื่องหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติทั่วไปนั้น ข้อยกเว้นดังกล่าวมีอยู่แต่เฉพาะใน (3) เรื่องการใช้ทรัพย์สินและโอกาสทางธุรกิจ กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้การใช้ข้อมูลของบริษัทตาม (2) สามารถมีข้อยกเว้นที่จะออกเป็นกฎหมายลำดับรองได้

เมื่อพิจารณาจากการกระทำที่เป็นการใช้ข้อมูลของบริษัทเพื่อประโยชน์ของกรรมการ การกระทำดังกล่าวอาจไม่ใช่การเปิดเผยข้อมูลโอกาสทางธุรกิจของบริษัทก็ได้ ตัวอย่างการใช้ข้อมูลของบริษัทที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท เช่น กรรมการได้ใช้แผนการดำเนินธุรกิจที่จัดทำโดยฝ่ายจัดการของบริษัท หรือการใช้บทวิเคราะห์เกี่ยวกับฐานะทางการเงินและผลประกอบการของบริษัทอื่นที่บริษัทว่าจ้างให้ที่ปรึกษาภายนอกเป็นผู้ประเมิน เป็นต้น ซึ่งหากกรรมการที่ทราบข้อมูลนี้ ได้นำข้อมูลไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว เช่น นำข้อมูลไปซื้อหุ้นเนื่องจากคาดหมายได้ว่าราคาหุ้นจะสูงขึ้น หรือนำไปบอกต่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับตนเข้าทำสัญญากับบริษัท เป็นต้น เท่านี้ก็จะเข้าข้อสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 89/11 และถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทได้แล้ว

ยกตัวอย่างเช่น กรรมการของบริษัทจดทะเบียนแห่งหนึ่ง ทราบข้อมูลจากการนำเสนอของฝ่ายจัดการว่าบริษัทกำลังหาผู้รับเหมาในการสร้างโรงงานแห่งใหม่ โดยมีงบประมาณสำหรับว่าจ้างผู้รับเหมา 100 ล้านบาท กรรมการ จึงได้นำงบประมาณดังกล่าวไปบอกกับบริษัทของญาติของตนเพื่อให้เข้าเสนอราคาต่อบริษัทในราคาที่ใกล้เคียงกับงบประมาณมากที่สุด ทำให้บริษัทของญาติของกรรมการได้เข้าเป็นผู้รับเหมาของบริษัท เช่นนี้ก็สามารถตีความว่าเป็นการใช้ข้อมูลของบริษัทเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นตามมาตรา 89/11 ได้แล้ว แต่ไม่ได้มีลักษณะของการเปิดเผยเอาโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไป

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า การใช้ข้อมูลของบริษัทในมาตรา 89/11 (2) นี้ ต้องเป็นข้อมูลที่ยังไม่เปิดเผยต่อประชาชนด้วย ซึ่งการใช้ข้อมูลภายในของบริษัทที่ยังไม่เปิดเผยต่อประชาชนนั้น หากนำไปสู่การซื้อขายหลักทรัพย์และทำให้กรรมการได้ประโยชน์ (Insider Trading) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ก็ได้กำหนดเป็นความรับผิดชอบเฉพาะในเรื่องการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในการซื้อขายหลักทรัพย์แล้ว⁸

การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้นไม่จำเป็นต้องใช้ข้อมูลของบริษัทที่ยังไม่เปิดเผยต่อประชาชน แต่สามารถใช้ข้อมูลที่กรรมการรับรู้แล้วแต่บริษัทยังไม่ทราบข้อมูลนั้นก็ได้อีกตัวอย่างเช่น กรรมการของบริษัทซึ่งประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายอาหารแช่แข็ง ได้รับการติดต่อจากบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัท เพื่อเสนอขายคลังสินค้าอาหารแช่แข็งในพื้นที่ที่บริษัทยังไม่เคยตั้งคลังสินค้าอยู่ ซึ่งเป็นกิจการที่กรรมการรู้ถือว่าบริษัทมีความสนใจที่จะขยายกิจการในพื้นที่ดังกล่าว โดยหลังจากที่ได้รับการติดต่อ กรรมการไม่ได้แจ้งโอกาสดังกล่าวกับบริษัท

⁸ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 241

ทราบ แต่ได้เข้าซื้อคลังสินค้านั้นเพื่อประกอบกิจการเอง เมื่อบริษัทรู้ว่ากรรมการได้เข้าซื้อคลังสินค้านั้นโดยไม่แจ้งโอกาสให้บริษัทพิจารณาก่อนจึงได้ฟ้องร้องกรรมการดังกล่าว

จากตัวอย่าง โอกาสในการเข้าซื้อคลังสินค้าแห่งนี้ไม่ใช่ข้อมูลภายในของบริษัทเพราะข้อมูลดังกล่าวไม่เคยอยู่ในความรับรู้ของบริษัทมาก่อน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากหลักสายธุรกิจ (Line of Business) แล้ว⁹ กิจการดังกล่าวถือว่าอยู่ในสายธุรกิจเดียวกันกับบริษัท ย่อมถือเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้แล้ว ซึ่งหลักในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจจะคุ้มครองกรรมการที่รู้ถึงโอกาสทางธุรกิจและได้แจ้งให้บริษัทพิจารณาการใช้โอกาสทางธุรกิจก่อน หากกรรมการไม่ได้แจ้งเรื่องดังกล่าวให้บริษัทพิจารณาและเข้าใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจนั่นเอง กรรมการก็อาจมีความรับผิดชอบได้ ในกรณีนี้ กรรมการจะไม่สามารถอ้างว่าข้อมูลดังกล่าวได้รับมาจากบุคคลภายนอกเพื่อให้ตนพ้นจากข้อสันนิษฐานได้

ประการต่อมา โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้น ไม่ใช่ทรัพย์สินของบริษัท แต่เป็นเพียงโอกาสในการพิจารณาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะเป็นประโยชน์กับบริษัทในอนาคต ซึ่ง ณ ขณะที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้น บริษัทอาจยังไม่เคยมีกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองใด ๆ เหนือโอกาสนั้นเลยก็ได้ ยกตัวอย่างโอกาสทางธุรกิจซึ่งไม่ได้อยู่ในรูปทรัพย์สิน เช่น โอกาสที่บริษัทจะขยายกิจการใหม่ซึ่งยังไม่เคยเกิดขึ้น โอกาสที่จะได้เข้าทำสัญญากับลูกค้าในอนาคต หรือโอกาสในการเข้าถือครองทรัพย์สินที่ยังไม่เป็นของบริษัท ซึ่งโอกาสดังกล่าวอยู่ในขอบเขตการทำธุรกิจของบริษัท แต่กรรมการสามารถดึงเอาโอกาสนั้นไปจากบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเอง เป็นต้น

ประเด็นต่อไปคือ โอกาสทางธุรกิจที่เป็นสิทธิของบริษัทนั้น จำเป็นต้องเกิดจากการใช้ข้อมูลหรือทรัพย์สินของบริษัทหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากหลักการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในบริบทของกฎหมายต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า มีบางคดีที่ในข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรรมการได้ใช้ข้อมูลหรือทรัพย์สินของบริษัทเพื่อให้ได้โอกาสทางธุรกิจมาด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Guth v Loft* มีการใช้ข้อมูลจากพนักงานของบริษัท Loft รวมถึงการใช้โรงงานของบริษัท Loft เพื่อพัฒนากิจการของบริษัท Pepsi-Cola ขึ้นด้วย

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาคดี *Miller v Miller* ศาลได้ให้ความเห็นว่า หากการใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น ไม่ได้ทำให้บริษัทเสียหาย “ไม่มีการใช้ทรัพยากรของบริษัท” การใช้โอกาสนั้นเป็นการกระทำโดยสุจริตและเกิดขึ้นหลังจากที่ได้เปิดเผยโอกาสนั้นให้กรรมการและผู้ถือหุ้นทราบแล้ว การกระทำของกรรมการจะถือว่าเป็นธรรม (Fair) เช่นนี้ สามารถสรุปได้ว่า ศาลมองว่าองค์ประกอบในเรื่องการใช้ทรัพยากร (Resources) ของบริษัทนั้น เป็นเพียง

⁹โปรดดูหลักสายธุรกิจในคดี *Guth v. Loft* ในหัวข้อ 3.1.2.1

องค์ประกอบในการพิจารณาว่าการใช้โอกาสทางธุรกิจของกรรมกรนั้นเป็นธรรมกับบริษัทหรือไม่ กล่าวคือ เป็นรูปแบบหนึ่งของการละเมิดหน้าที่ของผู้ได้รับความไว้วางใจ แต่ไม่ได้หมายความว่า การจะเป็นการใช้โอกาสทางธุรกิจได้นั้นจะต้องมีการใช้ทรัพยากรของบริษัทเสมอไป โดยในคดีนี้ศาลได้ แยกพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นสิทธิของบริษัทหรือไม่ โดยอาศัยหลักสายธุรกิจ (Line of Business) ก่อน แล้วจึงพิจารณาความรับผิดชอบของกรรมกร ซึ่งในขั้นตอนแรกศาลก็ได้ตัดสินว่ามีการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเกิดขึ้นแล้ว แม้จะไม่มีการใช้ข้อมูลหรือทรัพยากรของบริษัท¹⁰

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าหลักการใช้อุทสาหกิจนั้น เป็น หลักการที่แยกออกจากการใช้ข้อมูลของบริษัทและการใช้ทรัพย์สินของบริษัท และเมื่อ พิจารณาที่ลักษณะของโอกาสทางธุรกิจ โอกาสทางธุรกิจนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลของบริษัท ไม่ใช่ ทรัพย์สินของบริษัท และไม่จำเป็นต้องเกิดจากการใช้ข้อมูลหรือทรัพย์สินของบริษัทก็ได้ กรรมกรไม่ สามารถอ้างว่าได้แสวงหาโอกาสมาเองหรือรับรู้มาจากบุคคลภายนอก

4.5.1.2 การทำหน้าที่ในฐานะตัวแทนของบริษัท

เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายลำดับรองที่กำหนดรายละเอียด เกี่ยวกับโอกาสทางธุรกิจของบริษัท จึงมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าในบริบทกฎหมายของประเทศไทย ในปัจจุบันนั้น สามารถเทียบเคียงกฎหมายอื่น ๆ เพื่อพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจในลักษณะใดที่เป็น สิทธิของบริษัทได้บ้างหรือไม่

เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้กรรมกรมีความสัมพันธ์ต่อบริษัทใน ลักษณะตัวการตัวแทน¹¹ ซึ่งตัวแทนจะต้องส่งมอบผลประโยชน์ที่ได้รับไว้จากการทำหน้าที่แทน ตัวการ¹² ดังนั้น หากกรรมกรได้กระทำการต่าง ๆ เพื่อให้ได้โอกาสทางธุรกิจมาในลักษณะที่เป็น การกระทำการแทนบริษัท โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวจึงต้องตกเป็นของบริษัทตามหลักกฎหมายดังกล่าว¹³

ตัวอย่างเช่น บริษัทอุตสาหกรรมกระเบื้องหลังคา จำกัด (มหาชน) ประกอบธุรกิจผลิตกระเบื้องหลังคา มีนาย ก. เป็นกรรมการผู้จัดการ ได้รับทราบว่ามีบริษัทกระเบื้องปู พื้นภาคใต้ จำกัด กำลังหาผู้ร่วมลงทุนก่อตั้งโรงงานกระเบื้องปูพื้นแห่งใหม่ นาย ก. ได้ติดต่อเจรจา ธุรกิจกับบริษัทดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียว โดยแสดงออกให้บริษัทดังกล่าวเข้าใจว่าบริษัทที่ นาย ก.

¹⁰ Nervig, JE. *Corporate Opportunity--Miller v. Miller--Proper Application of the Fairness Doctrine in the Corporate Opportunity Area*, p.415.

¹¹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 97

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 810

¹³ โปรดดูหัวข้อ 4.4 หลักตัวการตัวแทน

บริหารงานอยู่กำลังขยายธุรกิจไปสู่กิจการกระเบื้องปูพื้น การทำธุรกรรมที่เกิดขึ้นจากการเจรจา ดังกล่าวย่อมทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายเข้าใจว่าเป็นการกระทำในนามบริษัท โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวจึงเป็น สิทธิของบริษัทแม้บริษัทจะยังไม่ได้รับรู้ถึงโอกาสดังกล่าวก็ตาม

นอกจากการเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทตามผลของกฎหมายเรื่อง ตัวการตัวแทนแล้ว หากโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวเกิดขึ้นจากผลของสัญญา กล่าวคือมีสัญญาที่บริษัท ผูกพันอยู่ก่อนแล้วได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าให้บริษัทมีสิทธิในการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจใด ๆ ธุรกรรมการก็ไม่สามารถยกย้ายเอาสิทธิดังกล่าวไปเป็นประโยชน์กับตนเองได้

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้พิจารณาเฉพาะการ แสดงออกในฐานะตัวแทนและการมีข้อสัญญาผูกมัดเพียงอย่างเดียว อาจทำให้ธุรกรรมการอ้างได้ว่าตน ได้แสดงออกอย่างชัดเจนแล้วว่าเป็นการกระทำในนามส่วนตัว หรือได้ข้อมูลดังกล่าวมาจากธุรกิจ ส่วนตัวที่ไม่เกี่ยวข้องกับบริษัท หรืออ้างว่าไม่เคยมีสัญญากำหนดให้โอกาสเป็นของบริษัท มาใช้ในการ รักษาผลประโยชน์ที่ควรจะเป็นสิทธิของบริษัทได้ ซึ่งขัดแย้งกับหลักการที่ธุรกรรมจะต้องกระทำการ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

โดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า สามารถนำหลักในเรื่องตัวการตัวแทนมาใช้กับ การกำหนดให้ธุรกรรมจะต้องส่งมอบสิทธิต่าง ๆ ที่ได้มาในฐานะตัวแทนของบริษัทคืนให้กับบริษัทได้ แต่ในบริบทกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน ไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์นี้แต่ประการเดียวให้ ครอบคลุมเหมือนหลักโอกาสทางธุรกิจในประเทศได้ เนื่องจากยังไม่ครอบคลุมกรณีที่ธุรกรรม การค้นพบโอกาสทางธุรกิจด้วยตนเอง จึงจำเป็นต้องขยายขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจของบริษัทออกไปให้ ครอบคลุมผลประโยชน์ที่ควรจะเป็นของบริษัทในกรณีอื่น ๆ โดยอาจพิจารณากำหนดหลักการทั่วไปที่ ชัดเจนในระดับหนึ่งที่ธุรกรรมสามารถนำไปใช้เป็นดุลยพินิจได้ว่าโอกาสทางธุรกิจที่ตนได้ค้นพบนั้น ตนจะสามารถนำไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองได้หรือไม่ ซึ่งแนวทางในการกำหนดหลักการดังกล่าว จะกล่าวถึงในข้อต่อ ๆ ไป

4.5.1.3 ส่วนได้เสียที่บริษัทเคยมี

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในหลักการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ทั้ง ในเรื่องการใช้ข้อมูลและทรัพย์สิน และการทำหน้าที่ในฐานะตัวแทนนั้น หากโอกาสทางธุรกิจไม่ได้เกิด จากการใช้ข้อมูลหรือทรัพย์สินของบริษัท และไม่ได้ได้มาจากการทำหน้าที่ในฐานะตัวแทนของบริษัท แล้ว แต่โดยรูปแบบของโอกาสทางธุรกิจที่ธุรกรรมได้ค้นพบนั้น ใกล้เคียงกับโอกาสที่บริษัทเคย แสดงออกว่ามีความสนใจจะได้อีก เช่นนี้ ธุรกรรมจะใช้โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวได้หรือไม่

แม้ไม่ได้มีการแสดงออกอย่างชัดเจนว่าธุรกรรมได้เจรจาธุรกิจ ในนาม ของบริษัท หรือไม่ได้มีสัญญาที่กำหนดให้โอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นของบริษัทตามที่ได้ยกตัวอย่างใน

เรื่องการทำหน้าที่ในฐานะตัวแทน แต่ในการประกอบธุรกิจของบริษัทนั้น บริษัทอาจมีการทำนิติกรรมสัญญาบางอย่างที่ทำให้บริษัทมีส่วนได้เสียในโอกาสทางธุรกิจอยู่ก่อน หรือแสดงให้เห็นถึงความคาดหวังในโอกาสนั้น เช่นการทำสัญญาจอง สัญญาเช่า หรือสัญญาจะซื้อจะขาย การได้รับสัมปทานบางส่วน เป็นต้น หรืออาจพิจารณาจากการกระทำก่อน ๆ ของบริษัทเองที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทมีความสนใจในโอกาสนั้น เช่น บริษัทเคยเข้าเจรจาซื้อธุรกิจลักษณะเดียวกันมาก่อนแล้วแต่ไม่เป็นผล เป็นต้น

การแสดงออกของบริษัทนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาในบางคดีได้ยอมรับมาใช้คัมครองสิทธิในโอกาสทางธุรกิจของบริษัท คือหลักการมีผลประโยชน์หรือความคาดหวัง (Interest or Expectancy)¹⁴ โดยพิจารณาได้ว่าหากโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการค้นพบนั้น บริษัทเคยมีผลประโยชน์หรือเคยแสดงความคาดหวังว่าควรจะต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ได้โอกาสมา เมื่อโอกาสในรูปแบบเดียวกันเกิดขึ้นและกรรมการได้รับรู้ กรรมการก็ควรมีหน้าที่ใช้ความรู้ความสามารถของตนทำให้บริษัทได้ประโยชน์จากโอกาสดังกล่าวด้วย คดีที่ใช้หลักการนี้คือคดี *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.* และในคำพิพากษาในคดี *Guth v. Loft* ก็ได้กล่าวถึงหลักการนี้เช่นกัน

ยกตัวอย่างเช่น บริษัทประกอบกิจการผลิตคอนกรีตได้ทำสัญญาซื้อหินจากบริษัทแห่งหนึ่ง บริษัทได้เคยเจรจาเข้าซื้อเหมืองหินทั้งหมดแล้วแต่บริษัทดังกล่าวปฏิเสธ ต่อมาบริษัทหินประสบปัญหาทางการเงินจึงได้ติดต่อกรรมการบริษัทเพื่อขอให้รับซื้อกิจการทั้งหมด เมื่อกรรมการดังกล่าวทราบเรื่องก็ไม่ได้แจ้งให้บริษัททราบแต่เข้าซื้อกิจการดังกล่าวไว้เอง เช่นนี้ เมื่อพิจารณาตามหลักการมีผลประโยชน์หรือความคาดหวังแล้ว กิจการดังกล่าวย่อมเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท

อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวยังคงต้องอาศัยข้อเท็จจริงที่เคยเกิดขึ้นกับบริษัทมาก่อน (เช่น สัญญาที่เคยทำ สิทธิที่เคยมี) ซึ่งไม่เอื้อต่อการขยายธุรกิจสู่กิจการใหม่ ๆ ที่บริษัทยังไม่เคยทำมาก่อนแต่มีศักยภาพที่จะสร้างผลตอบแทนที่ดีให้กับบริษัทได้ เช่นการขยายกิจการเข้าสู่ธุรกิจใหม่ นอกจากนี้ ปัญหาอีกประการหนึ่งของการกำหนดกฎเกณฑ์ที่อ้างอิงข้อเท็จจริงที่เคยเกิดขึ้นแล้วดังกล่าว จะทำให้กรรมการสามารถอ้างได้ว่าบริษัทไม่เคยมีความต้องการที่จะใช้ประโยชน์

¹⁴ โปรดดูคดี *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.* ในหัวข้อ 3.1.2.1

จากโอกาสทางธุรกิจที่ตนรับรู้มาเนื่องจากเป็นเรื่องใหม่ที่บริษัทไม่เคยมีสิทธิใด ๆ อยู่ก่อน ส่งผลให้กรรมการไม่กระตือรือร้นที่จะนำเสนอโอกาสทางธุรกิจใหม่ ๆ ให้บริษัทพิจารณา¹⁵

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าการตีความจากเรื่องจากใช้ข้อมูลและทรัพย์สิน การเทียบเคียงกฎหมายเกี่ยวกับตัวแทน และการพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่บริษัทเคยกระทำตามที่ได้ อธิบายข้างต้น ยังไม่สามารถกำหนดโอกาสทางธุรกิจที่ควรจะเป็นของบริษัทได้อย่างครอบคลุม จึงควรมีหลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่ใช้พิจารณาประกอบด้วย ตามที่จะได้กล่าวต่อไป

4.5.1.4 ความเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจเดิม

เมื่อบริษัทได้ประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งจนเกิดเป็นรายได้หลัก ของบริษัทมาอย่างต่อเนื่อง กรรมการย่อมต้องเข้าใจได้ว่าโอกาสทางธุรกิจใด ๆ ที่อยู่ภายใต้ขอบเขต ของธุรกิจเดิมที่บริษัทได้ดำเนินการอยู่นั้นอาจส่งเสริมให้กิจการเจริญก้าวหน้าขึ้นได้ ดังนั้น แม้การใช้ โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวจะไม่ได้เป็นการแข่งขันกับบริษัทโดยตรง แต่เป็นกิจการที่มีสภาพคล้ายคลึง กัน หรือเป็นหนึ่งในกิจกรรมที่สนับสนุนการประกอบธุรกิจเดิมของบริษัท กรรมการก็ควรใช้โอกาส ทางธุรกิจนั้นให้เกิดประโยชน์กับบริษัท หรืออย่างน้อยก็ควรจะนำเสนอโอกาสดังกล่าวให้บริษัทได้มี โอกาสตัดสินใจดำเนินการอย่างเหมาะสม การที่กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นไปเพื่อประโยชน์ของ ตนเองอาจนำไปสู่ข้อพิพาทกับบริษัทในแง่การทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของบริษัท¹⁶

ตัวอย่างเช่น บริษัทมหาชนแห่งหนึ่งประกอบกิจการผลิตท่อพีวีซี มี โรงงานสำหรับผลิตท่อพีวีซีอยู่หลายแห่ง โดยสินค้าที่เป็นรายได้หลักคือท่อส่งน้ำประปา ต่อมา กรรมการคนหนึ่งทราบว่ามีนักธุรกิจที่สนใจหาผู้ร่วมทุนผลิตท่อร้อยสายไฟคุณภาพสูง จึงได้เข้าเป็น หุ้นส่วนรายใหญ่และเป็นกรรมการในกิจการดังกล่าวโดยใช้เงินทุนของตนเองและไม่ได้แจ้งให้บริษัท ทราบ เมื่อบริษัทรู้ในภายหลังจึงเกิดข้อขัดแย้งกับกรรมการเนื่องจากเห็นว่าหากกรรมการได้นำเสนอ โอกาสดังกล่าวให้บริษัททราบบริษัทก็สามารถใช้ข้อเท็จจริงและต้นทุนที่มีอยู่ดำเนินการดังกล่าวได้ เช่นกัน

หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับในคำพิพากษาคดีหลาย ๆ คดี เช่น คดี *Weismann v. Snyder* คดี *Miller v. Miller* และเป็นหลักการที่ศาลกล่าวถึงในคดี *Guth v. Loft* อีกด้วย

¹⁵ Brown D., *When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudney & Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims.*, *Journal Of Corporation Law.* (1986, Winter 86), p.258.

¹⁶ โปรดดูหลักสายธุรกิจในคดี *Guth v. Loft* ในหัวข้อ 3.1.2.1

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในบริบทกฎหมายของประเทศในเรื่องการดำรงตำแหน่งของกรรมการในบริษัทมากกว่า 1 แห่งขึ้นไป พบว่า ปัจจุบันกฎหมายอนุญาตให้กรรมการดำรงตำแหน่งในกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับบริษัทได้ โดยกำหนดหน้าที่ให้กรรมการต้องแจ้งที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนการเลือกตั้งเป็นกรรมการ¹⁷

จึงมีปัญหากเกิดขึ้นว่า หากกรรมการมองเห็นโอกาสที่จะเข้าเป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมในกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันกับบริษัท แต่กิจการดังกล่าวไม่ได้แข่งขันกับบริษัทโดยตรง เช่นนี้ ตามกฎหมายไทย กรรมการก็ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้บริษัททราบ ซึ่งขัดกับหลักสายธุรกิจ (Line of Business) ที่หากกิจการดังกล่าวยังอยู่ในสายธุรกิจเดียวกันกับบริษัท กิจการนั้นก็ถือเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ซึ่งกรรมการอาจมีความรับผิดชอบในภายหลังได้หากไม่แจ้งให้บริษัททราบก่อนการเข้าเป็นเจ้าของ

ปัญหาต่อมาคือ ในบริบทของประเทศไทย หากต้องการกำหนดให้กรรมการมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งโอกาสทางธุรกิจที่มีความใกล้เคียงกับธุรกิจเดิมของบริษัทให้บริษัททราบเหมือนกับหลักสายธุรกิจ จะมีประเด็นต้องพิจารณาว่าจะยึดข้อเท็จจริงใดเป็นหลักในการพิจารณาสายธุรกิจของบริษัทได้บ้าง และจะขัดกับหลักโอกาสทางธุรกิจของต่างประเทศหรือไม่

เมื่อพิจารณาในแง่การก่อตั้งบริษัท ขอบอำนาจหรือขอบวัตถุประสงค์ในกฎหมายแพ่งจะเป็นตัวกำหนดว่าบริษัทมีความสามารถที่จะกระทำการอะไรให้มีผลผูกพันตามกฎหมายได้บ้าง ดังนั้น หากจะพิจารณาว่าบริษัทประกอบธุรกิจอะไร ก็อาจยึดวัตถุประสงค์ของบริษัทเป็นเกณฑ์ได้¹⁸

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันบริษัทมักมีการกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทไว้กว้าง เพื่อให้มีความสามารถในการทำนิติกรรมหลายอย่าง ซึ่งวัตถุประสงค์นั้นอาจรวมถึงกิจการใด ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการของบริษัทที่ตั้งใจจะยึดเป็นธุรกิจหลักเลยก็ได้ การยึดสายธุรกิจตามวัตถุประสงค์ของบริษัทจะก่อให้เกิดภาวะกับกรรมการที่จะต้องระมัดระวังในทุก ๆ การลงทุนของตนที่อาจเข้าข่ายวัตถุประสงค์ที่บริษัทสามารถดำเนินการได้

ปัญหาประการต่อมาคือ หากกิจการที่เป็นโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการค้นพบนั้น ไม่มีระบุไว้ในข้อหนึ่งข้อใดของขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทอย่างชัดเจน จะทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่าโอกาสทางธุรกิจนั้นเป็นส่วนหนึ่งของขอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้กว้าง

¹⁷ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86

¹⁸ โปรดดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 66

ตัวอย่างเช่น บริษัทได้จดทะเบียนโดยกำหนดขอบวัตถุประสงค์ไว้เพื่อประกอบกิจการนิคมอุตสาหกรรม กรรมการจึงเห็นว่าปัจจุบันในนิคมอุตสาหกรรมนั้นต้องสั่งซื้อน้ำดื่มจากภายนอกเป็นจำนวนมาก ในขณะที่พื้นที่ของนิคมอุตสาหกรรมออกแบบมาให้มีปัจจัยพื้นฐานที่พร้อมสำหรับตั้งโรงงานผลิตน้ำดื่มได้ จึงได้ใช้เงินทุนของตนเองประกอบกิจการผลิตน้ำดื่มบรรจุขวดแล้วขายในนิคมอุตสาหกรรมดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้ แม้จะเป็นที่ชัดเจนว่าบริษัทไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะผลิตน้ำดื่มบรรจุขวด แต่ก็อาจตีความได้ว่ากิจการดังกล่าวช่วยสนับสนุนการทำธุรกิจของบริษัท กรรมการก็อาจมีความเสี่ยงที่จะถูกบริษัทฟ้องร้องว่าได้ใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทได้

ปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่าในทางปฏิบัติ บริษัทก็สามารถเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทเพิ่มเติมได้ตามที่บริษัทเห็นสมควร กรรมการจึงไม่สามารถอ้างขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทเป็นปัจจัยหลักในการแบ่งแยกโอกาสทางธุรกิจได้ และไม่ควรมานำมากำหนดเป็นขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจ

ปัญหาประการต่อมาคือ นอกจากบริษัทจะประกอบธุรกิจโดยการมีกรปฏิบัติการ (Operation) เป็นของตนเองแล้ว ในกิจการขนาดใหญ่ที่ประกอบธุรกิจหลายประเภท (Conglomerate) อาจมีการประกอบธุรกิจด้วยการถือหุ้นในกิจการอื่นเท่านั้น เรียกว่ากิจการลงทุน (Holding Company) โดยบริษัทลักษณะนี้จะเข้าถือหุ้นในกิจการที่บริษัทมีองค์ความรู้ในการบริหารงาน และมีรายได้จากเงินปันผลของบริษัทย่อย บริษัทร่วมทุน หรือบริษัทอื่นที่เข้าถือหุ้นโดยไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารงาน เช่นนี้ จะกำหนดขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจของบริษัทเหล่านี้อย่างไร เนื่องจากกิจการลงทุนย่อมมีความคาดหวังที่จะลงทุนในธุรกิจใด ๆ ก็ได้ที่สามารถสร้างผลตอบแทนที่ดีได้ อีกทั้งการลงทุนที่หลากหลายยังถือว่าเป็นประโยชน์กับบริษัทมากกว่าการลงทุนในกิจการเดียวเนื่องจากเป็นการช่วยกระจายความเสี่ยงในการลงทุนของบริษัทอีกด้วย¹⁹ ด้วยลักษณะการประกอบธุรกิจเช่นนี้ อาจทำให้กรรมการในกิจการลงทุนต้องระมัดระวังในการลงทุนของตนเองเป็นอย่างมาก และการกำหนดให้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจทุก ๆ รูปแบบที่บริษัทอาจสนใจลงทุน จะเป็นภาระกับกรรมการค่อนข้างมาก

ในแง่บริษัทที่ประกอบกิจการลงทุน (Holding Company) นี้ ผู้เขียนเห็นว่าในบริบทของประเทศไทย อาจมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากธุรกิจเดิมที่บริษัทได้ลงทุนอยู่ด้วย ส่วนธุรกิจใหม่นั้นจะต้องเป็นธุรกิจที่ต่อยอดจากธุรกิจเดิมได้ เช่นในคดี *Miller v. Miller* หาก

¹⁹ Brudney & Clark, *A New Look at Corporate Opportunities*, 94 Harv. L. Rev. (1981), p.1025.

เป็นธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องเลยก็ไม่มีจุดเชื่อมโยงเพียงพอที่จะคาดหวังว่ากรรมการจะต้องนำเสนอต่อบริษัท

จากการศึกษาคดี *Seaspan Agencies Pte Ltd v. Chin Siew Seng* ของประเทศสิงคโปร์นั้น ศาลให้ความเห็นว่ากรรมการไม่ใช่ผู้มีสิทธิตัดสินใจเอาเองว่าขอบเขตของธุรกิจของบริษัทมีเพียงใดหรือการกระทำของกรรมการขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ แต่เป็นเรื่องที่จะต้องแจ้งกับบริษัทเพื่อให้บริษัทได้พิจารณา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับกลไกในการแจ้งการมีส่วนได้เสียให้บริษัททราบที่ปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของต่างประเทศ

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าโอกาสทางธุรกิจในบริบทของประเทศไทย ควรจะต้องพิจารณาว่าโอกาสนั้นช่วยสนับสนุนหรือเป็นการต่อยอดธุรกิจเดิมหรือไม่ ในลักษณะเดียวกับหลักสายธุรกิจ (Line of Business) แต่ไม่พบว่ามีหลักการที่ชัดเจนตายตัวในการตัดสินใจว่าโอกาสใดช่วยสนับสนุนหรือเป็นการต่อยอดธุรกิจ ทำให้ยากที่จะสร้างกฎเกณฑ์ตายตัวในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม หากมีกระบวนการให้กรรมการแจ้งโอกาสทางธุรกิจในลักษณะเดียวกับการแจ้งการมีส่วนได้เสีย กระบวนการดังกล่าวจะช่วยให้กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบโดยผู้เขียนจะกล่าวถึงกระบวนการนี้ในส่วนตัวต่อไป

4.5.1.5 ความสามารถในการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท

ในการพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจใดเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทหรือไม่นั้น มีประเด็นที่น่าสนใจว่าควรจะต้องพิจารณาถึงความสามารถในด้านอื่น ๆ นอกเหนือจากขอบเขตวัตถุประสงค์ของบริษัทด้วยหรือไม่ เนื่องจากในทางข้อเท็จจริง แม้บริษัทจะมีสิทธิที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจได้ แต่บริษัทอาจประสบปัญหาอื่น ๆ ที่ทำให้บริษัทไม่สามารถรับเอาโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการได้ค้นพบนั้นมาเป็นประโยชน์กับบริษัทได้ เช่น บริษัทประสบปัญหาทางการเงินจนไม่สามารถลงทุนในกิจการใหม่ได้

ตัวอย่างเช่น กรรมการผู้จัดการของบริษัทผลิตกล่องกระดาษได้รับทราบว่า มีโรงงานผลิตกล่องกระดาษอีกแห่งกำลังอยู่ระหว่างเจรจาทหาผู้ซื้อกิจการต่อ กรรมการจึงได้เข้าเจรจาและพบว่าราคาอยู่ในระดับที่น่าสนใจ แต่เนื่องจากบริษัทมีผลประกอบการไม่ดีมาอย่างต่อเนื่อง และมีเงินทุนไม่เพียงพอที่จะซื้อกิจการ เมื่อเห็นว่าบริษัทไม่สามารถซื้อกิจการได้ กรรมการจึงตัดสินใจใช้ทุนทรัพย์ส่วนตัวซื้อกิจการดังกล่าวในนามของตนเอง

การกำหนดให้ปัจจัยดังกล่าวเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการแบ่งแยกโอกาสทางธุรกิจของบริษัทกับของกรรมการจะทำให้อำนาจในการตัดสินใจว่าจะนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้กับบริษัทหรือไม่ตกไปอยู่กับตัวกรรมการผู้พบโอกาสทางธุรกิจนั้น และมีปัญหาในการตีความว่าความไม่พร้อมดังกล่าวต้องร้ายแรงเพียงใด การประสบปัญหาทางการเงินของบริษัทนั้นต้องชัดเจน

ถึงขนาดที่บริษัทอยู่ในภาวะล้มละลายหรือไม่ ซึ่งความไม่พร้อมของบริษัทหรือการถูกจำกัดความสามารถในการเข้าถึงโอกาสนั้นในทางข้อเท็จจริงอาจสามารถแก้ไขได้ด้วยความรู้ความสามารถของกรรมกรนั้นเอง การกำหนดเช่นนี้อาจทำให้กรรมกรไม่ใช้ความพยายามให้มากพอในการแก้ไขปัญหาให้บริษัท ซึ่งขัดกับหลักการดูแลรักษาผลประโยชน์ของบริษัท²⁰

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าความสามารถในการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท ไม่ใช่ปัจจัยในการพิจารณาว่าโอกาสทางธุรกิจใดเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทหรือไม่

จากประเด็นปัญหาที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นต่อการกำหนดขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจ ในบริบทของกฎหมายของประเทศไทยดังนี้

1. การกำหนดขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทจะส่งผลกระทบต่อการจัดสรร (Allocation) สิทธิในการได้รับผลประโยชน์ระหว่างบริษัทและกรรมกรของบริษัท ซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ และมีปัจจัยหลากหลายที่สามารถใช้พิจารณาว่าบริษัทจะมีสิทธิในโอกาสทางธุรกิจนั้นหรือไม่ ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีข้อกำหนดกฎเกณฑ์ใดขึ้นเป็นการเฉพาะ หากไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนเพียงพออาจเกิดปัญหาในการตีความซึ่งนำไปสู่การฟ้องร้องกรรมกรโดยไม่เป็นไปตามทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจที่ได้รับการยอมรับในต่างประเทศ จึงควรกำหนดเกณฑ์มาตรฐานให้เหมาะสมกับการนำไปใช้กับบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ที่มีความหลากหลายทั้งในแง่ของลักษณะการประกอบธุรกิจ ขนาดของกิจการ และมาตรฐานการทำหน้าที่ของกรรมกรแต่ละคนในแต่ละบริษัท

2. การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้น แม้จะเป็นข้อสันนิษฐานของความขัดแย้งทางผลประโยชน์เหมือนเรื่องการใช้ข้อมูลและทรัพย์สินของบริษัท แต่การใช้โอกาสทางธุรกิจมีหลักการและข้อยกเว้นเฉพาะตัว และ การใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น ไม่จำเป็นต้องมีการใช้ข้อมูลหรือทรัพย์สินของบริษัทก็ได้ หากเป็นโอกาสที่อยู่ในสายธุรกิจเดียวกับบริษัทหรือบริษัทเคยมีผลประโยชน์หรือมีความคาดหวังในโอกาสนั้น กรรมกรไม่สามารถอ้างว่าได้รับรู้โอกาสมาจากบุคคลภายนอก

3. การปรับใช้หลักตัวการตัวแทนในเรื่องการส่งมอบโอกาสทางธุรกิจที่ได้รับไว้ในฐานะตัวแทนของบริษัท ยังไม่สามารถปรับใช้ให้ครอบคลุมโอกาสทางธุรกิจที่กรรมกรค้นพบด้วยตนเองนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทน

²⁰ *Ibid.*, pp.1020-1022.

4. การพิจารณาโอกาสทางธุรกิจจากนิติกรรมหรือสัญญาที่บริษัทเคยทำไว้ ยังไม่ครอบคลุมโอกาสทางธุรกิจใหม่ ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการขยายกิจการของบริษัท จึงต้องพิจารณาประกอบกับเกณฑ์อื่น ๆ ด้วย

5. วัตถุประสงค์ของบริษัทไม่เหมาะที่จะนำมาใช้กำหนดขอบเขตของสายธุรกิจของบริษัทเนื่องจากอาจกำหนดไว้อย่างกว้างเกินไป ในการพิจารณาสายธุรกิจของบริษัทที่ประกอบกิจการด้วยการถือหุ้นในบริษัทอื่นจำเป็นต้องพิจารณาธุรกิจเดิมที่ลงทุนอยู่ และกรรมการไม่สามารถตัดสินใจไปเองได้ว่าขอบเขตของธุรกิจใดของบริษัทเป็นอย่างไร

6. กรรมการไม่สามารถอ้างว่าบริษัทไม่มีความสามารถที่จะถือเอาโอกาสทางธุรกิจ เช่น บริษัทกำลังประสบปัญหาทางการเงิน เพื่อให้กรรมการหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้จากการนำโอกาสทางธุรกิจไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง

4.5.2 ความชอบด้วยกฎหมายของการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ

เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ทำให้กรรมการผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่น นอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติ หรือทำให้บริษัทเสียหาย เป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทที่ทำให้กรรมการมีความรับผิดชอบ จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า มีการใช้โอกาสทางธุรกิจโดยกรรมการในลักษณะใดหรือไม่ที่ยังถือได้ว่ากรรมการยังคงปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท หรือกรรมการจะสามารถอ้างการกระทำใดของบริษัทเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบจากการใช้โอกาสทางธุรกิจได้หรือไม่ รวมถึงบริษัทจะสามารถยกเว้นให้กรรมการไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ได้ใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้หรือไม่

4.5.2.1 การใช้โอกาสทางธุรกิจโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของบริษัท

กฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของกรรมการกับบริษัท มักกำหนดให้กรรมการซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจต้องแจ้งการมีส่วนเสียของตนให้บริษัททราบ เช่นการแจ้งการดำรงตำแหน่งในกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและแข่งขันกับบริษัท²¹ หรือการจัดทำรายงานการมีส่วนได้เสีย²² ซึ่งการแจ้งส่วนได้เสียดังกล่าวช่วยให้บริษัทได้มีโอกาสพิจารณาความเหมาะสมของการทำธุรกรรมต่าง ๆ ของกรรมการ และความเหมาะสมของการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ ดังนั้น เมื่อเทียบเคียงกับการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ ซึ่งอาจทำให้กรรมการตกอยู่ในภาวะที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท กรรมการก็ควร

²¹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86

²² พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/14

จะแจ้งข้อเท็จจริงทั้งหมดให้บริษัทได้มีโอกาสพิจารณาก่อนการใช้โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวเช่นกัน เพื่อรักษาความไว้วางใจที่บริษัทมีต่อกรรมการ

ดังนั้น อาจแยกรณีที่กรรมการสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจได้โดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาจากบริษัท แต่ยังคงถือว่าได้ทำหน้าที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของบริษัทได้อย่างถูกต้องได้ดังนี้

(1) การลงทุนที่ไม่ถึงขนาดเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย

กรรมการในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดาย่อมมีสิทธิที่จะลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ เป็นการส่วนตัวได้ ตราบใดที่ยังไม่ทำให้กรรมการอยู่ในฐานะที่อาจมีผลประโยชน์ขัดหรือแย้งกับบริษัท²³ นอกจากนี้ กฎหมายไม่ได้ห้ามกรรมการถือหุ้นของบริษัทอื่น แม้จะเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและแข่งขันกับบริษัทก็ตาม ทั้งนี้ การถือหุ้นดังกล่าวต้องไม่ทำให้กรรมการเกิดอำนาจในการบริหารงาน ซึ่งอาจทำให้กรรมการไม่สามารถอุทิศเวลาให้กับบริษัทได้อย่างเต็มที่ และต้องไม่มีสัดส่วนที่มากถึงขนาดมีนัยที่อาจทำให้กรรมการตัดสินใจเอื้อประโยชน์ให้กับบริษัทนั้น ๆ ได้ สำหรับสัดส่วนการถือหุ้นที่มีนัยนั้น ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. 28/2551 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่มีนัยหมายความว่า ผู้ถือหุ้นในกิจการใดเกินกว่าร้อยละสิบของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของกิจการนั้น และการถือหุ้นดังกล่าวให้นับรวมหุ้นที่ถือโดยผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นสัดส่วนที่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่ากรรมการคาดหวังผลประโยชน์ในบริษัทดังกล่าวเป็นพิเศษมากกว่าการเป็นผู้ลงทุนทั่วไป

ตัวอย่างเช่น กรรมการทราบว่ามีผู้ประสงค์จะขายหุ้นของกิจการที่ประกอบธุรกิจลักษณะเดียวกับบริษัทที่ตนเป็นกรรมการอยู่ โดยหุ้นดังกล่าวคิดเป็นเพียงร้อยละสามของหุ้นที่ออกและจำหน่ายแล้วทั้งหมดของกิจการดังกล่าว ซึ่งกิจการนั้นผลิตและจำหน่ายสินค้าประเภทเดียวกันกับสินค้าของบริษัท กรณีนี้กรรมการก็สามารถเข้าซื้อหุ้นเป็นการส่วนตัวได้โดยไม่ต้องแจ้งบริษัท ไม่ถือเป็นการเบียดบังโอกาสทางธุรกิจของบริษัท

ปัญหามีอยู่ว่า ในกรณีที่กรรมการในบริษัทบริษัทหลักทรัพย์ต่าง ๆ ที่ประกอบกิจการลงทุนโดยการถือหุ้นในบริษัทอื่นเป็นธุรกิจปกติของบริษัท ได้พบโอกาสในการเข้าถือหุ้นในบริษัทใด ๆ ก็ตามที่อาจทำให้ได้ผลประโยชน์จากมูลค่าของหุ้นนั้น หากกรรมการได้เห็นช่องทางในการทำกำไรดังกล่าวและเข้าถือหุ้นเป็นการส่วนตัวโดยไม่จัดสรรเป็นประโยชน์กับกิจการลงทุนของ

²³ Brudney & Clark, *supra* note 19, p.1036-1037.

บริษัท ย่อมเกิดข้อขัดแย้งกับบริษัทได้เนื่องจากบริษัทควรจะมีสิทธิในการพิจารณาลงทุนในหุ้นดังกล่าวก่อนกรรมการ

การซื้อขายหุ้นของบริษัทหลักทรัพย์ตามปกตินั้น เป็นการลงทุนเชิงรับ (Passive Investment) ซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะซื้อขายเพื่อการมีอำนาจควบคุมในกิจการ²⁴ ผู้เขียนเห็นว่ากรรมการในบริษัทหลักทรัพย์สามารถมีความรับผิดชอบจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้ หากกรรมการบริษัทหลักทรัพย์ได้เข้าถือหุ้นที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท แม้จะไม่ถึงกับทำให้ตนมีอำนาจควบคุมในกิจการ หรือเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัยของบริษัทนั้นก็ตาม

(2) การใช้โอกาสทางธุรกิจที่กรรมการไม่ได้ประโยชน์และบริษัทไม่

เสียหาย

เมื่อพิจารณาเจตนาของกรรมการในขณะที่มีการใช้โอกาสทางธุรกิจ หากกรรมการไม่ได้มีเจตนาปิดบังซ่อนเร้นจากบริษัท ไม่มีการใช้ข้อมูลหรือทรัพยากรของบริษัท ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับบริษัท และกรรมการก็ไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ จากการกระทำดังกล่าว กรรมการควรต้องรับผิดชอบต่อการใช้โอกาสทางธุรกิจที่บริษัทมีความคาดหวังหรือมีความเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจของบริษัทหรือไม่

เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้โอกาสทางธุรกิจใด ๆ เป็นของบริษัทแล้ว เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าโอกาสนั้นเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท บริษัทก็ควรจะมีสิทธิต่าง ๆ ในโอกาสนั้นก่อนกรรมการ และกรรมการไม่ควรใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นด้วยตัวเองโดยพลการ กรรมการจึงควรนำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทให้บริษัททราบก่อน เพื่อให้บริษัทพิจารณาการดำเนินการที่เหมาะสม²⁵

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาหน้าที่ของกรรมการตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/11 การที่กรรมการไม่ได้ประโยชน์และบริษัทไม่เสียหาย จะทำให้ไม่เข้าองค์ประกอบของข้อสันนิษฐานในเรื่องการกระทำที่เป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัท กรรมการจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว ซึ่งองค์ประกอบในเรื่องการได้ประโยชน์หรือการก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทนี้ ปรากฏอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศออสเตรเลียและประเทศสิงคโปร์ และสอดคล้องกับคำพิพากษาในคดี *Miller v. Miller*

สำหรับในบริบทของประเทศไทยนั้น ยังไม่มีการกำหนดเป็นหน้าที่ที่ชัดเจนว่ากรรมการจะต้องปฏิบัติอย่างไรในการใช้โอกาสทางธุรกิจ ดังนั้น เพื่อไม่ให้กรรมการถูก

²⁴ *Ibid.*, p.1307.

²⁵ Brown D. *supra* note 15, p.260.

ฟ้องร้องได้โดยง่าย ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทหรือทำให้ผู้อื่นได้ประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบตามนัยของมาตรา 89/11 จึงเหมาะสมแล้ว ทั้งนี้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ครบองค์ประกอบของข้อสันนิษฐานเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์ตามมาตรา 89/11 เนื่องจากไม่ทำให้กรรมการได้ประโยชน์หรือบริษัทไม่เสียหาย แต่การถือเอาโอกาสทางธุรกิจของบริษัทด้วยตนเองโดยก็อาจทำให้กรรมการมีความรับผิดชอบเนื่องจากหน้าที่ในเรื่องอื่น ๆ ได้อีก เช่น การที่กรรมการเข้าดำรงตำแหน่งในกิจการอื่นที่มีส่วนได้เสียกับบริษัท หากกรรมการไม่ได้รายงานการมีส่วนได้เสียกับบริษัทตามมาตรา 89/14 กรรมการก็อาจมีความรับผิดชอบซึ่งน่าจะเพียงพอต่อการป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์แล้ว

(3) บริษัทสละสิทธิในโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่กรรมการค้นพบ

เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในบริบทกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กรรมการมีหน้าที่ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจ ซึ่งให้ศาลมีดุลยพินิจในการตัดสินว่าโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการได้ใช้ไปนั้นเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทหรือไม่ ซึ่งยังคงมีความไม่แน่นอนในผลของคำพิพากษา เพื่อคุ้มครองกรรมการ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้อนุญาตให้บริษัทสามารถสละสิทธิในโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการค้นพบได้ โดยกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ทำให้กรรมการที่ได้รับยกเว้นหน้าที่ดังกล่าวไม่มีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งโอกาสทางธุรกิจกับบริษัท²⁶ จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า ในบริบทกฎหมายของประเทศไทย บริษัทสามารถยกเว้นหน้าที่ดังกล่าวให้กับกรรมการได้หรือไม่

ในบริบทของกฎหมายไทยในปัจจุบันซึ่งการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเป็นเพียงข้อสันนิษฐานของความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และยังไม่มีการกำหนดไว้ชัดเจนว่ากรรมการมีหน้าที่อย่างไรเมื่อพบโอกาสทางธุรกิจของบริษัท และไม่มีข้อกำหนดไม่ให้บริษัทสละสิทธิที่จะได้รับการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจ บริษัทจึงสามารถยกเว้นหน้าที่ดังกล่าวให้กับกรรมการได้ โดยบริษัทอาจกำหนดไว้ในข้อบังคับในลักษณะเดียวกับที่กฎหมายของสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้ทำได้นอกจากนี้ ในกรณีกรรมการเป็นลูกจ้างของบริษัทด้วย บริษัทก็อาจกำหนดยกเว้นหน้าที่ดังกล่าวไว้ในสัญญาจ้างได้

มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าการที่คณะกรรมการบริษัทได้อนุญาตให้กรรมการไปดำรงตำแหน่งในกิจการอื่นได้นั้น จะถือว่าบริษัทได้สละสิทธิที่ได้รับแจ้งโอกาสทางธุรกิจให้กับกรรมการดังกล่าวหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า การสละสิทธิดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจนเทียบเท่าการสละสิทธิในข้อบังคับของบริษัทหรือการกำหนดยกเว้นในสัญญาจ้าง กรรมการที่ได้รับอนุญาตให้ไป

²⁶ โปรตดู Delaware General Corporation Law, Section 122 (17)

ดำรงตำแหน่งภายนอกยังคงมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของบริษัทและไม่อาจอ้างการอนุญาตให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้

4.5.2.2 การใช้โอกาสทางธุรกิจที่ผ่านการพิจารณาและอนุมัติแล้ว

เนื่องจากกรรมการมีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของบริษัท หากกรรมการได้ค้นพบโอกาสทางธุรกิจของบริษัท และกรรมการประสงค์จะใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นด้วยตนเอง กรรมการควรแจ้งให้บริษัททราบถึงโอกาสทางธุรกิจนั้นก่อน เพื่อให้บริษัทได้พิจารณาว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป ซึ่งการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้บริษัทพิจารณานั้น เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบที่พบทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์

สำหรับในประเทศไทย พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ยังไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาจากหลักการที่ใกล้เคียงกับเรื่องดังกล่าวในเรื่องการอนุมัติการทำรายการที่เกี่ยวข้องกันตามมาตรา 89/12 หากกรรมการประสงค์จะทำธุรกรรมกับบริษัท เช่น ต้องการขายที่ดินของตนเองให้บริษัท หรือต้องการขายหุ้นของบริษัทที่ตนเป็นกรรมการที่มีอำนาจควบคุมอยู่ให้กับบริษัท กฎหมายได้กำหนดให้ต้องมีการอนุมัติโดยที่ประชุมคณะกรรมการหรือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี หากได้รับการอนุมัติก็สามารถทำธุรกรรมดังกล่าวได้ โดยไม่ถือว่ากรรมการกระทำผิดหน้าที่²⁷

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดรูปแบบของการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ชอบด้วยกฎหมาย หากนำวิธีการดังกล่าวมาปรับใช้กับเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทแล้ว จะต้องพิจารณาความเหมาะสมในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ ผู้มีอำนาจอนุมัติ สิทธิออกเสียงของผู้มีส่วนได้เสีย รูปแบบของมติที่ใช้ และการให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจ ดังที่จะอธิบายต่อไปนี้

²⁷ มาตรา 89/12 กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง จะกระทำธุรกรรมกับบริษัท หรือบริษัทย่อยได้ต่อเมื่อธุรกรรมดังกล่าว ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว เว้นแต่ธุรกรรมดังกล่าวจะเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

(1) ธุรกรรมที่เป็นข้อตกลงทางการค้าในลักษณะเดียวกับที่ วิทยุชนจะพึงกระทำกับคู่สัญญาทั่วไปในสถานการณ์เดียวกัน ด้วยอำนาจต่อรองทางการค้าที่ปราศจากอิทธิพลในการที่ตนมีสถานะเป็นกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง แล้วแต่กรณี และเป็นข้อตกลงทางการค้าที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการ หรือเป็นไปตามหลักการที่คณะกรรมการอนุมัติไว้แล้ว...

(1) ผู้มีอำนาจอนุมัติ

ในการดำเนินธุรกิจตามปกติของบริษัทนั้น องค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจหลักคือคณะกรรมการบริษัท โดยมติของคณะกรรมการบริษัทมีผลผูกพันกรรมการและผูกพันฝ่ายจัดการของบริษัทให้ต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น บริษัทสามารถกำหนดให้ธุรกรรมบางอย่างสามารถตัดสินใจโดยบุคคลอื่นที่กรรมการกำหนดก็ได้ เช่น กรรมการอาจตั้งคณะกรรมการชุดย่อยเพื่อพิจารณาเรื่องความเสี่ยงในการลงทุนของบริษัทเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะมีกรรมการบริษัทอยู่ในคณะดังกล่าวหรือเป็นบุคคลอื่นที่กรรมการแต่งตั้งขึ้นก็ได้ หากมีการกำหนดไว้เช่นนี้ ก็ต้องมีการนำเสนอเรื่องดังกล่าวให้ถูกต้องตามอำนาจดำเนินการที่กำหนดไว้ด้วย

เมื่อพิจารณาในบริบทของต่างประเทศ การกำหนดให้คณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาเกี่ยวกับส่วนได้เสียนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 191 ของกฎหมายบริษัทของประเทศออสเตรเลีย และสอดคล้องกับกฎหมายบริษัทของประเทศสิงคโปร์ในมาตรา 156 ด้วย

สำหรับที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั้น โดยหลักแล้วกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีอำนาจในการตัดสินใจเรื่องการบริหารกิจการของบริษัทในทุก ๆ เรื่อง แต่จะกำหนดเรื่องที่จะต้องนำเสนอให้ผู้ถือหุ้นอนุมัติไว้เป็นการเฉพาะ เช่น อนุมัติการได้มาหรือจำหน่ายไปซึ่งทรัพย์สินของบริษัทที่มีมูลค่าสูงอย่างมีนัยสำคัญ และเนื่องจากผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียนมีจำนวนมากและห่างไกลจากการรับรู้ข้อเท็จจริงในการทำธุรกิจจึงอาจทำให้ไม่สามารถสะท้อนเจตนาที่แท้จริงของบริษัทได้อย่างมีประสิทธิภาพ การนำเสนอผู้ถือหุ้นอนุมัติผ่านกลไกของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจึงไม่เหมาะสมในกรณีของบริษัทมหาชน²⁸

ในกรณีของบริษัทจดทะเบียนนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องมีคณะกรรมการชุดย่อยคณะหนึ่งคือคณะกรรมการตรวจสอบ ที่ต้องประกอบด้วยกรรมการที่มีคุณสมบัติเป็นกรรมการอิสระทั้งคณะ ทำหน้าที่สอบทานให้บริษัทปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์²⁹ ซึ่งหากคณะกรรมการได้มอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบ

²⁸ Brown D. *supra* note 15, p.274.

²⁹ ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ พ.ศ. 2558

ข้อ 7 คณะกรรมการตรวจสอบมีหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการของบริษัทดังต่อไปนี้

(3) สอบทานให้บริษัทปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ ผู้เขียนเห็นว่า หากคณะกรรมการตรวจสอบที่ไม่รวมกรรมการผู้ที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจได้พิจารณาอนุมัติให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจได้ กรรมการผู้เสนอโอกาสทางธุรกิจก็สามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้โดยไม่มีควมรับผิดชอบกัน

โดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้คณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทสอดคล้องกับหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของบริษัทแล้ว และคณะกรรมการสามารถมอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบเป็นผู้พิจารณาอนุมัติการใช้โอกาสทางธุรกิจได้ ทั้งนี้ มติของคณะกรรมการจะต้องพิจารณาประเด็นเรื่องสิทธิออกเสียงของกรรมการผู้มีส่วนได้เสียด้วย ซึ่งเป็นปัญหาที่จะกล่าวถึงต่อไป

(2) สิทธิออกเสียงของผู้มีส่วนได้เสีย

ในการพิจารณาอนุมัติเรื่องใด ๆ ที่มีผู้มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ กล่าวคือ มีบุคคลที่จะได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์จากการตัดสินใจ บุคคลดังกล่าวไม่ควรจะมีสิทธิที่จะตัดสินใจในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากไม่สามารถใช้ดุลยพินิจอย่างปราศจากอคติได้ ในกรณีของการพิจารณาอนุมัติการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท เมื่อกรรมการผู้พบโอกาสทางธุรกิจได้นำโอกาสดังกล่าวมาเสนอให้บริษัทพิจารณาแล้ว จึงมีประเด็นว่ากรรมการดังกล่าวมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ การที่กรรมการรู้ถึงโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวก่อนบริษัทจะถือว่ากรรมการมีส่วนได้เสียและไม่มีสิทธิออกเสียงได้หรือไม่

ในกรณีที่กรรมการไม่ได้มีเจตนาที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจดังกล่าวด้วยตนเอง แต่กรรมการได้นำโอกาสมาเสนอให้ที่ประชุมพิจารณาการดำเนินการที่เหมาะสม และที่ประชุมมีมติไม่ใช้โอกาสดังกล่าว ต่อมากรรมการได้ใช้โอกาสดังกล่าวไปด้วยตัวเองโดยไม่ได้มาขออนุมัติอีก กรณีเช่นนี้กรรมการไม่ควรมีความรับผิดชอบเนื่องจากในขณะที่บริษัทได้พิจารณานั้นกรรมการยังไม่ได้ตระหนักว่าตนจะได้ประโยชน์จากการปฏิเสธโอกาสทางธุรกิจดังกล่าว

แต่หากกรรมการมีเจตนาที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทอยู่ก่อนแล้ว และนำเรื่องดังกล่าวมาขออนุมัติเพื่อจะใช้โอกาสดังกล่าวด้วยตนเอง กรณีนี้กรรมการย่อมถือว่ามีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ กรรมการผู้ที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจจะต้องงดเว้นการแสดงความคิดเห็นของตนในที่ประชุมเนื่องจากความเห็นนั้นอาจมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของกรรมการคนอื่น ๆ และต้องไม่ออกเสียงลงคะแนนในวาระนั้น จึงจะเป็นมติที่สะท้อนดุลยพินิจที่แท้จริงของบริษัท หากกรรมการร่วมลงมติด้วย กรรมการจะไม่สามารถอ้างมตินั้นได้ ทั้งนี้ มาตรา 89/21 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดเรื่องการห้ามอ้างมติที่ประชุมคณะกรรมการในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจไว้ด้วย

หากกรรมการได้นำเสนอต่อที่ประชุมเพื่อขออนุมัติการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเองนั้น จะมีปัญหาว่าคณะกรรมการจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการอนุญาตให้กรรมการใช้โอกาสที่ควรจะเป็นของบริษัท เนื่องจากคณะกรรมการก็ได้ทราบข้อเท็จจริงที่อยู่ว่าการอนุมัตินั้นจะเอื้อประโยชน์ให้กับกรรมการผู้ขอมติ หากคณะกรรมการได้ตัดสินใจอนุญาตให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจไปแล้วเกิดความเสียหายกับบริษัทคณะกรรมการจะต้องรับผิดชอบหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า การอนุญาตให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจที่กรรมการดังกล่าวหาได้นั้น เป็นหนึ่งในการใช้ดุลยพินิจในการดำเนินธุรกิจของบริษัท ซึ่งเมื่อได้อนุญาตไปตามเงื่อนไขในมาตรา 89/8 แล้ว หลักกฎหมายเรื่องการใช้ดุลยพินิจของกรรมการ (Business Judgment Rule) ได้กำหนดว่าเมื่อคณะกรรมการได้ตัดสินใจด้วยข้อมูลที่เพียงพอปราศจากการมีส่วนได้เสียแล้ว คณะกรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบจากการตัดสินใจนั้นหากต่อมาเกิดความเสียหายขึ้น

(3) รูปแบบของมติที่ใช้

การออกเสียงของที่ประชุมคณะกรรมการ ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น หรือของคณะอนุกรรมการต่าง ๆ สามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบใหญ่ ๆ ได้แก่ เสียงข้างมากธรรมดา คือ ได้รับคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของผู้มีสิทธิออกเสียง และเสียงข้างมากพิเศษ เช่น คะแนนเสียงสองในสามของผู้มีสิทธิออกเสียง³⁰ โดยกฎหมายมักจะกำหนดให้ต้องใช้เสียงข้างมากพิเศษในกรณีที่เป็นเรื่องสำคัญที่ผลของมติดาจทำให้บริษัทเสียหายหรือเสียหายอย่าง เพื่อให้สะท้อนความเห็นของบริษัทได้ชัดเจนขึ้น

³⁰ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 107

เว้นแต่พระราชบัญญัตินี้จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นนั้นให้ประกอบด้วยคะแนนเสียงดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีปกติ ให้ถือคะแนนเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและออกเสียงลงคะแนน ถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

(2) ในกรณีดังต่อไปนี้ ให้ถือคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน

(ก) การขายหรือโอนกิจการของบริษัททั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญให้แก่บุคคลอื่น

(ข) การซื้อหรือรับโอนกิจการของบริษัทอื่นหรือบริษัทเอกชนมาเป็นของบริษัท

(ค) การทำ แก้วไข หรือเลิกสัญญาเกี่ยวกับการให้เช่ากิจการของบริษัททั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญ การมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้าจัดการธุรกิจของบริษัท หรือการรวมกิจการกับบุคคลอื่นโดยมีวัตถุประสงค์จะแบ่งกำไรขาดทุนกัน

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในขณะที่กรรมการนำเรื่องมาขออนุมัติกับ คณะกรรมการนั้น โอกาสทางธุรกิจของบริษัทยังไม่ถึงกับเป็นสิทธิในลักษณะเดียวกับสิทธิในมาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 การพิจารณาดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ ตามที่กรรมการเสนอนั้นเป็นการตัดสินใจตามปกติของบริษัท จึงสามารถใช้เพียงมติเสียข้างมาก ตามปกติได้

ในกรณีที่เป็นการขออนุมัติการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดย กรรมการ ข้อเท็จจริงที่ว่ากรรมการผู้เสนอโอกาสทางธุรกิจนั้นได้รับการอนุมัติให้ใช้โอกาสทางธุรกิจ ของบริษัทด้วยตนเองถือเป็นข้อความที่เป็นสาระสำคัญของมติดังกล่าว อย่างไรก็ตามหากมติที่ประชุม ไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าเป็นการอนุมัติให้กรรมการใช้ประโยชน์เพื่อตนเองได้ แต่มีเนื้อหาเพียงว่า บริษัทจะไม่ดำเนินการเพื่อใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจดังกล่าว ต่อมากรรมการได้ใช้โอกาสทาง ธุรกิจดังกล่าวไปเพื่อประโยชน์ของตนเอง เช่นนี้บริษัทก็ไม่สามารถเรียกให้กรรมการส่งคืน ผลประโยชน์ที่ได้รับไปให้กับบริษัทได้ เนื่องจากได้แสดงเจตนาสละประโยชน์ไปแล้ว

ปัจจุบันมาตรา 89/21 ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดข้อห้ามในเรื่องการอ้างมติคณะกรรมการไว้ดังนี้

กรรมการ หรือผู้บริหารที่กระทำการ หรือละเว้นกระทำการโดยทุจริต หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จนเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรือเสียประโยชน์ที่ควรได้ จะยกเหตุ ที่ได้รับอนุมัติ หรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือคณะกรรมการมาทำให้ตนหลุดพ้นจากความ รับผิดชอบมิได้

การกระทำการ หรือละเว้นกระทำการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกรณี ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) การขอมติคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยแสดงข้อความที่เป็นเท็จในสาระสำคัญ หรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ

(2) กรณีที่เกี่ยวข้องกับการเบียดบังเอาทรัพย์สิน หรือประโยชน์ของ บริษัท

(3) กรณีที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของบริษัท เป็นที่น่าสังเกตว่า การกำหนดเรื่องการเบียดบังเอาทรัพย์สินหรือ ประโยชน์ของบริษัทตาม (2) นั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับข้อสันนิษฐานความรับผิดในมาตรา 89/11 (3) ซึ่งหมายรวมถึงโอกาสทางธุรกิจด้วย ซึ่งตามทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้น กรรมการสามารถ อ้างมติคณะกรรมการที่ได้อนุมัติการใช้โอกาสทางธุรกิจได้ ดังนั้น ในการปรับใช้มาตรา 89/21 หาก คณะกรรมการได้อนุมัติการใช้โอกาสทางธุรกิจแล้ว ต้องไม่ถือว่ากรรมการกระทำการโดยทุจริตตาม

ความในวรรคแรกอีก ผู้เขียนเห็นว่า หากกรรมการได้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปเพื่อประโยชน์ของตนเอง แต่ได้แจ้งให้บริษัทพิจารณาก่อนแล้ว ไม่ถือว่าเป็นการเบียดบังประโยชน์ของบริษัทในความหมายนี้

นอกจากนี้ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า หากกรรมการได้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปแล้ว ต่อมากรรมการได้แจ้งกับคณะกรรมการบริษัทเพื่อขอสัตยาบันการกระทำดังกล่าว จะสามารถกระทำได้หรือไม่ กรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่บริษัทจะใช้หรือไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจที่กรรมการได้นำมาขอสัตยาบันนั้น ถือเป็น การตัดสินใจในการทำธุรกิจตามปกติของบริษัทที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของคณะกรรมการบริษัทได้ หากบริษัททบทวนแล้วเห็นว่าไม่ต้องการใช้ประโยชน์ดังกล่าว กรรมการก็สามารถใช้ประโยชน์ในโอกาสทางธุรกิจนั้นได้ หรือหากคณะกรรมการบริษัทเห็นว่าบริษัทมีสิทธิในโอกาสทางธุรกิจนั้นและควรใช้สิทธินั้นเอง บริษัทสามารถใช้ดุลยพินิจกำหนดให้กรรมการดำเนินการใด ๆ ตามที่เห็นสมควรได้ และหลังจากที่ให้สัตยาบันไปแล้วกรรมการก็สามารถอ้างมติดังกล่าวได้ โดยไม่ถือเป็นการกระทำโดยทุจริตตามมาตรา 89/21

(4) การให้ข้อมูล

จากการศึกษากฎหมายของประเทศออสเตรเลียและประเทศสิงคโปร์นั้น พบว่าทั้งสองประเทศให้ความสำคัญกับการเปิดเผยข้อมูลการมีส่วนได้เสียของกรรมการ โดยได้กำหนดให้กรรมการจะต้องเปิดเผยรายละเอียดของการมีส่วนได้เสียให้คณะกรรมการทราบถึงความ เป็นมา (Nature) ของส่วนได้เสียและขอบเขต (Extent) ของส่วนได้เสียนั้น และได้กำหนดให้ต้องแจ้งคณะกรรมการโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยกรรมการจะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อได้รับการอนุญาตด้วยข้อมูลที่เพียงพอ (Fully Informed Consent)

ในบริบทของกฎหมายไทยนั้น กรรมการก็ต้องแจ้งรายละเอียดของโอกาสทางธุรกิจให้มีข้อมูลที่ครบถ้วนเพียงพอต่อการตัดสินใจตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgement Rules) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่กรรมการมีเจตนาที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเอง กรรมการจะต้องแจ้งเจตนาดังกล่าวให้บริษัททราบด้วย เนื่องจากเป็นสาระสำคัญต่อการพิจารณาและมีผลกระทบต่อการมีส่วนได้เสีย ในกรณีที่คณะกรรมการได้ปฏิเสธการใช้โอกาสทางธุรกิจที่กรรมการได้นำเสนอแล้ว ต่อมาปรากฏว่ากรรมการผู้นั้นได้ปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนมีเจตนาจะใช้โอกาสดังกล่าวด้วยตนเอง ย่อมถือได้ว่ากรรมการกระทำการโดยทุจริตทำให้คณะกรรมการมีมติไปโดยไม่ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วน มาตรา 89/21 ของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้กรรมการไม่สามารถอ้างมติที่กรรมการปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญมาทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้

มีปัญหาที่น่าพิจารณาว่าหากกรรมการดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการอยู่ในบริษัทจดทะเบียนมากกว่าหนึ่งแห่ง ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายอนุญาตให้กรรมการสามารถดำรงตำแหน่งในกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับบริษัทได้หากได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนมีมติแต่งตั้ง³¹ หากกรรมการดังกล่าวได้ค้นพบโอกาสทางธุรกิจซึ่งเมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ แล้ว สามารถเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทใดก็ได้มากกว่าหนึ่งแห่ง เช่นนี้ กรรมการจะมีหน้าที่ต่อบริษัทต่าง ๆ อย่างไร หากกรรมการประสงค์จะใช้โอกาสทางธุรกิจนั้นเพื่อประโยชน์ของตัวเอง กรรมการจะต้องขออนุมัติทุกบริษัทหรือไม่ การที่กรรมการให้ข้อมูลโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวให้บริษัทใดบริษัทหนึ่งหรือทุก ๆ บริษัทพร้อมกัน จะเป็นการกระทำผิดหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของกรรมการหรือไม่

ในบริบทของกฎหมายไทยในปัจจุบันซึ่งยังไม่มีกำหนดไว้ชัดเจนว่า กรรมการมีหน้าที่อย่างไรเมื่อพบโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ผู้เขียนเห็นว่า กรรมการมีหน้าที่ในฐานะผู้ได้รับความไว้วางใจต่อทุกบริษัทที่ตนเป็นกรรมการ เมื่อกรรมการค้นพบโอกาสทางธุรกิจนั้นและได้ใช้โอกาสทางธุรกิจที่เป็นของบริษัทมากกว่า 1 แห่ง หากกรรมการไม่เคยแจ้งให้บริษัททราบถึงโอกาสทางธุรกิจนั้นเลย หรือกรรมการได้แจ้งเพียงบางบริษัท กรรมการก็ยังคงมีความรับผิดชอบต่อบริษัทที่ไม่เคยได้รับแจ้งด้วย

4.5.2.3 การห้ามไม่ให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยเด็ดขาด

ปัจจุบันกฎหมายเปิดช่องให้กรรมการสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้หากไม่ได้เป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือปฏิบัติทั่วไปที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนกำหนด ซึ่งเป็นการเปิดช่องให้สามารถกำหนดรายละเอียดที่เป็นข้อยกเว้นของความรับผิดได้ จึงควรพิจารณาดูด้วยว่ามีกรณีใดหรือไม่ที่ควรห้ามไม่ให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยเด็ดขาด และการห้ามเด็ดขาดจะเกิดความเสี่ยงที่ตามมาอย่างไร

การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการแต่ละคนในคณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนมีความเข้มข้นไม่เท่ากัน กรรมการที่เป็นผู้บริหารของบริษัทควบคุมกันด้วยหรือกรรมการที่มีตำแหน่งเป็นผู้จัดการซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในฝ่ายจัดการของบริษัทนั้น จะต้องใช้เวลาและความเอาใจใส่ในการกำกับดูแลกิจการมากกว่ากรรมการคนอื่น ๆ ที่ไม่มีตำแหน่งทางบริหาร เนื่องจากกรรมการที่เป็นผู้บริหารเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการธุระต่าง ๆ ของบริษัทได้ด้วยสถานะของความเป็นผู้บริหารของตน นอกจากนี้ยังมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนในฐานะลูกจ้างของบริษัทอีกด้วย ซึ่งการเป็นผู้บริหารระดับสูงสามารถเรียกผลตอบแทนจากบริษัทได้สูงเพียงพอที่จะสามารถคาดหวัง

³¹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86

ให้ผู้บริหารนั้นต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของบริษัทตลอดเวลา ในขณะที่กรรมการคนอื่น ๆ นั้นมีความเกี่ยวข้องกับบริษัทน้อยกว่า และใช้เวลากับการบริหารกิจการของบริษัทน้อยกว่าเนื่องจากมีความรับผิดชอบหลักเพียงแค่การเข้าประชุมคณะกรรมการเพื่อตัดสินใจในเรื่องที่ฝ่ายจัดการเสนอขออนุมัติเพียงไม่กี่ครั้งต่อปี นอกจากนี้ยังมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนเพียงเท่าที่ผู้ถือหุ้นอนุมัติเท่านั้น ไม่ได้สามารถต่อรองได้ง่ายเหมือนผู้บริหาร³²

ดังนั้นการห้ามไม่ให้กรรมการที่เป็นผู้บริหารใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยเด็ดขาดจึงเป็นทางเลือกที่น่าสนใจ เนื่องจากจะทำให้กรรมการดังกล่าวทำหน้าที่ผู้บริหารได้อย่างเต็มที่โดยไม่ใช้เวลาที่ควรปฏิบัติงานให้กับบริษัทไปแสวงหาผลประโยชน์อื่น ๆ ซึ่งสอดคล้องกับการทำหน้าที่ผู้บริหารของบริษัทที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อบริษัทแบบเต็มเวลา

จากการศึกษาการใช้โอกาสทางธุรกิจในบริบทของกฎหมายต่างประเทศ ไม่พบว่ากฎหมายได้กำหนดความเข้มข้นของหน้าที่ของกรรมการที่เป็นผู้บริหารต่างจากกรรมการอื่น ๆ เช่นเดียวกับในบริบทกฎหมายของประเทศไทย ดังนั้น หากบริษัทต้องการจะกำหนดเรื่องดังกล่าวก็อาจทำได้ในฐานะเป็นข้อตกลงระหว่างบริษัทกับลูกจ้าง หากในสัญญาจ้างมีการกำหนดให้ลูกจ้างมีหน้าที่ส่งมอบโอกาสทางธุรกิจที่ได้ค้นพบให้กับบริษัท บริษัทก็สามารถบังคับตามสัญญาจ้างได้

อย่างไรก็ตาม สำหรับกรรมการที่ไม่ได้มีตำแหน่งในทางบริหารของบริษัท ซึ่งมักเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่เป็นประโยชน์ต่อการบริหารบริษัท หรือเป็นนักธุรกิจที่มีประสบการณ์ในการทำธุรกิจในลักษณะเดียวกับบริษัทให้ประสบความสำเร็จมาก่อน หรืออาจเป็นอดีตผู้บริหารระดับสูงของบริษัทนั่นเอง กรรมการประเภทนี้ไม่ได้มีตำแหน่งหน้าที่ประจำแบบเต็มเวลาในบริษัท จึงมีโอกาสที่จะค้นพบโอกาสทางธุรกิจได้ง่าย การจำกัดไม่ให้กรรมการประเภทนี้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเลยอาจเป็นการจำกัดสิทธิในการทำมาหาได้ของกรรมการมากเกินไปเนื่องจากกรรมการประเภทนี้ได้รับผลประโยชน์จากบริษัทเพียงเท่าที่ผู้ถือหุ้นอนุมัติ³³ และไม่สามารถ

³² Brudney & Clark, *supra* note 19, p.1022-1042.

³³ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 90

ห้ามมิให้บริษัทจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการเว้นแต่จ่ายเป็นค่าตอบแทนตามข้อบังคับของบริษัท

ในกรณีที่ข้อบังคับของบริษัทมิได้กำหนดไว้ การจ่ายค่าตอบแทนตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุม

เจรจาต่อรองค่าตอบแทนได้ง่ายเหมือนผู้บริหาร ดังนั้น เพื่อดึงดูดให้ผู้มีความรู้ความสามารถมาดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการจึงไม่ควรกำหนดข้อห้ามตายตัวให้กับกรรมการที่ไม่ใช่ผู้บริหาร³⁴

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นต่อหลักการใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการ ในบริบทของกฎหมายของประเทศไทยดังนี้

1. การกำหนดหลักเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติทั่วไปในการใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทจะเป็นการสร้างเกาะคุ้มกัน (Safe Harbor) ให้กรรมการใช้ประโยชน์จากโอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้โดยไม่มีความรับผิด ซึ่งเป็นประโยชน์กับกรรมการผู้พบโอกาสทางธุรกิจนั้น โดยควรกำหนดให้บริษัทมีโอกาสในการพิจารณาการใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทก่อน กระบวนการพิจารณาโดยคณะกรรมการที่ปราศจากอิทธิพลของผู้มีส่วนได้เสียจึงอาจนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติทั่วไปดังกล่าวได้

2. มีบางกรณีที่กรรมการอาจใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทได้โดยไม่ต้องผ่านการอนุมัติ ได้แก่ การลงทุนในกิจการที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทแต่ไม่ถึงขนาดทำให้กรรมการเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัยในกิจการนั้น หรือกรณีการใช้ออกาสทางธุรกิจนั้นไม่ได้ทำให้กรรมการได้ประโยชน์เพิ่มเติมหรือทำให้บริษัทเสียหาย และกรณีบริษัทละสิทธิในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจของกรรมการ

3. ตามหลักกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน หากคณะกรรมการได้ใช้ดุลยพินิจอนุมัติให้กรรมการใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทไปเพื่อประโยชน์ของตนเองได้ กรรมการก็จะไม่มีความรับผิดใด ๆ จากความเสียหายที่เกิดขึ้นตามมา หรือในกรณีที่กรรมการได้ใช้ออกาสทางธุรกิจไปแล้วและต่อมาได้นำมาขอสัตยาบัน กรรมการก็จะไม่มีความรับผิด เว้นแต่กรรมการได้ปกปิดข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญต่อการพิจารณา กรรมการจะไม่สามารถอ้างมติดังกล่าวได้

4. ในกรณีที่มีการกำหนดเรื่องการห้ามใช้ออกาสทางธุรกิจไว้ในสัญญาจ้าง บริษัทสามารถห้ามมิให้กรรมการที่เป็นผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนในฐานะที่เป็นลูกจ้างใช้ออกาส

³⁴ หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555 หมวดที่ 5 ความรับผิดชอบของคณะกรรมการ แนวปฏิบัติที่ดี ข้อที่ 1 โครงสร้างคณะกรรมการ ได้แนะนำเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการไว้ดังนี้

“1.1 คณะกรรมการควรกำหนดโครงสร้างของคณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการที่มีคุณสมบัติหลากหลาย ทั้งในด้านทักษะ ประสบการณ์ ความสามารถเฉพาะด้านที่เป็นประโยชน์กับบริษัท เพศ และต้องมีกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการบริหารอย่างน้อย 1 คนที่มีประสบการณ์ในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมหลักที่บริษัทดำเนินกิจการอยู่...”

ทางธุรกิจของบริษัทโดยเด็ดขาดได้ เนื่องจากผู้บริหารบริษัทจดทะเบียนมีหน้าที่ความรับผิดชอบต่อ
งานด้านบริหารบริษัทตลอดเวลาและมีโอกาสเจรจากำหนดค่าตอบแทนที่สูงเพียงพอกับการทำหน้าที่
ได้ ในขณะที่กรรมการอื่นมีบทบาทจำกัดกว่า มีโอกาสหารายได้จากทางอื่นมากกว่า และมี
ค่าตอบแทนจำกัดเท่าที่ผู้ถือหุ้นอนุมัติ

5. กฎหมายควรเปิดช่องให้บริษัทยกเว้นความรับผิดชอบให้กรรมการที่
ไม่ได้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทให้บริษัททราบโดยไม่ได้มีเจตนาทุจริตหรือประมาทเลินเล่อ
อย่างร้ายแรง เพื่อลดภาระและลดความเสี่ยงในการถูกฟ้องร้องให้กับกรรมการ อย่างไรก็ตาม การ
ยินยอมให้กรรมการไปเป็นกรรมการในบริษัทอื่น ไม่ถือเป็นการสละสิทธิในการพิจารณาโอกาสทาง
ธุรกิจของบริษัท กรรมการยังมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของทุก ๆ บริษัทที่ดำรงตำแหน่งอยู่

สำหรับกรณีต่าง ๆ ที่กรรมการจะสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจได้นั้น
สามารถสรุปตามแผนภาพได้ดังนี้

กรณีที่กรรมการสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจได้ทันที	กรณีที่กรรมการสามารถใช้โอกาสทางธุรกิจได้โดยมีเงื่อนไข	กรณีที่ไม่สามารถใช้โอกาสทางธุรกิจได้
<ul style="list-style-type: none"> • การลงทุนส่วนตัวของกรรมการที่ไม่ทำให้กรรมการเป็นผู้ถือหุ้นที่มีนัย • การใช้โอกาสทางธุรกิจไม่ทำให้กรรมการได้ประโยชน์และไม่ทำให้บริษัทเสียหาย • บริษัทสละสิทธิในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้กับกรรมการ 	<ul style="list-style-type: none"> • กรรมการได้รับโอกาสทางธุรกิจมาในฐานะที่เป็นตัวแทนของบริษัท • โอกาสทางธุรกิจอยู่ในสายธุรกิจ (Line of Business) ของบริษัท • บริษัทเคยมีผลประโยชน์หรือมีความคาดหวัง (Interest or expectancy) ในโอกาสทางธุรกิจ 	<ul style="list-style-type: none"> • บริษัทมีข้อตกลงกับกรรมการห้ามใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยเด็ดขาด

ภาพที่ 4.1 แผนภาพแสดงการใช้โอกาสทางธุรกิจในกรณีต่าง ๆ

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการกำหนดขอบเขตและหลักเกณฑ์การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไว้โดยมีใจความสำคัญ ดังนี้

โอกาสทางธุรกิจของบริษัท หมายถึง โอกาสในการประกอบธุรกิจที่เป็นกิจการในลักษณะเดียวกันกับกิจการของบริษัทและบริษัทมีความคาดหวังที่จะประกอบกิจการนั้นด้วยตนเอง และให้หมายรวมถึง

1. โอกาสในการประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นจากการใช้ข้อมูลหรือทรัพยากรของบริษัท

2. โอกาสในการประกอบธุรกิจที่กรรมการได้รับมาจากการกระทำในฐานะเป็นตัวแทนของบริษัท หรืออยู่ระหว่างการเจรจาเพื่อให้ได้โอกาสในการประกอบธุรกิจนั้นมาในนามของบริษัท

3. โอกาสในการประกอบธุรกิจที่บริษัทเคยมีผลประโยชน์ หรือมีภาระหน้าที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทต้องการได้มาซึ่งโอกาสทางธุรกิจในลักษณะเดียวกันอยู่ก่อนแล้ว

4. โอกาสทางธุรกิจที่เป็นการขยายกิจการต่อเนื่องจากการประกอบธุรกิจที่บริษัทได้ดำเนินการอยู่

การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการหรือผู้บริหารในลักษณะดังต่อไปนี้ ไม่ถือเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

1. การใช้โอกาสทางธุรกิจที่กรรมการได้นำเสนอคณะกรรมการบริษัทพิจารณาแล้วและคณะกรรมการบริษัทมีมติไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น

2. การถือหุ้นไม่เกินร้อยละสิบในกิจการอันมีลักษณะเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ยกเว้นกรรมการหรือผู้บริหารในธุรกิจการลงทุนที่ประกอบธุรกิจโดยการซื้อขายหลักทรัพย์

3. บริษัทสละสิทธิในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้กับกรรมการจากการกำหนดขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจและหลักการใช้โอกาสทางธุรกิจที่ชัดเจนดังกล่าว จะช่วยให้เกิดการแบ่งแยกโอกาสทางธุรกิจที่เป็นสิทธิของบริษัทออกจากโอกาสทางธุรกิจอื่น ๆ ที่อยู่นอกเหนือขอบเขตที่บริษัทจะสามารถเรียกร้องกับกรรมการได้ ช่วยให้กรรมการมีหลักในการพิจารณาโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการจะต้องใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการ และช่วยให้กรรมการมีเกราะป้องกัน (Safe Harbor) จากความรับผิดในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเมื่อได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทแล้ว ส่งผลให้กรรมการสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยไม่ต้องกลัวว่าจะมีความรับผิด และเปิดโอกาสให้กรรมการสามารถประกอบธุรกิจเป็นการส่วนตัวได้โดยไม่เป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

4.5.3 ความรับผิดของกรรมการจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยมิชอบ

ปัจจุบันพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กำหนดให้การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเป็นหนึ่งในข้อสันนิษฐานเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์³⁵ อันเป็นการกระทำผิดหน้าที่กระทำการด้วยความสุจริต ตามมาตรา 89/7 ซึ่งอาจทำให้กรรมการมีความรับผิดทางแพ่ง³⁶ และทางอาญา³⁷ โดยความรับผิดทางแพ่งได้แก่การชดเชยค่าเสียหาย การส่งคืนผลประโยชน์ที่ได้รับให้กับบริษัท และศาลอาจสั่งให้กรรมการระงับการกระทำที่ทำให้บริษัทเสียหาย รวมถึงสั่งให้พ้นจากตำแหน่งกรรมการก็ได้ แล้วแต่กรณี³⁸

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการส่งคืนผลประโยชน์ที่ได้รับมาให้กับบริษัทตามมาตรา 89/18 นั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าจะต้องคืนกันอย่างไร

เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศนั้น กรณีที่กรรมการจะต้องคืนโอกาสทางธุรกิจทั้งหมดให้กับบริษัทนั้นเป็นกรณีที่กรรมการมีการใช้ทรัพย์สินของบริษัทเพื่อให้ได้โอกาสทางธุรกิจมาเช่นคดี *Guth v. Loft* หรือเป็นกรณีที่บริษัทเคยมีส่วนได้เสียในโอกาสทางธุรกิจนั้นอยู่ก่อนแล้วแต่กรรมการได้ช่วงชิงไปเช่นในคดี *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co* เป็นต้น

มีประเด็นที่ควรพิจารณาว่า หากกรรมการได้ใช้ทุนทรัพย์และกำลังความสามารถของตัวเองเพื่อเข้าถือเอาโอกาสทางธุรกิจที่บริษัทไม่มีความสามารถที่จะถือเอาได้ เช่น การเข้าซื้อกิจการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูง และการได้โอกาสดังกล่าวไปทำให้กรรมการได้ผลกำไรที่ออกเงยจากโอกาสดังกล่าว กรณีเช่นนี้ กรรมการจะต้องส่งคืนอะไรให้กับบริษัทบ้าง กล่าวคือ จะต้องคืนเฉพาะผลกำไรที่เกิดขึ้นจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท หรือต้องส่งคืนโอกาสทางธุรกิจที่ตนได้ลงทุนไปด้วย

เมื่อพิจารณาในแง่ของทรัพย์สิน หากโอกาสทางธุรกิจดังกล่าวเกิดขึ้นจากการใช้ทรัพย์สินหรือทรัพยากรของบริษัท โอกาสดังกล่าวและผลประโยชน์ใด ๆ ที่ออกเงยจากการใช้โอกาสดังกล่าวก็ควรตกจะเป็นสิทธิของบริษัททั้งหมด อย่างไรก็ตามหากกำหนดให้กรรมการต้องคืนโอกาสทางธุรกิจทั้งหมดให้กับบริษัท ก็อาจไม่เป็นธรรมกับกรรมการที่ได้ใช้ทุนทรัพย์และความรู้ส่วนตัวเพื่อให้ได้มาซึ่งโอกาสทางธุรกิจนั้น การคืนเฉพาะผลประโยชน์ส่วนเพิ่มที่ได้จากการใช้โอกาสทางธุรกิจ

³⁵ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/7, 89/10, 89/11

³⁶ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/18

³⁷ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 281/2

³⁸ กล่าวถึงแล้วในหัวข้อ 4.2.1

นั้น เช่น รายได้จากการประกอบธุรกิจน่าจะเพียงพอที่จะห้ามปรามไม่ให้กรรมการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเองแล้ว ในคดี *Miller v. Miller* แม้ศาลจะมองว่ากิจการที่นาย Miller ได้กระทำไป เป็นการใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทแต่ศาลก็ไม่ได้ตัดสินให้ต้องคืนโอกาสนั้นแต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่า ในบริบทกฎหมายของประเทศไทยนั้น ปัจจุบันได้ยอมรับการดำรงตำแหน่งของกรรมการในกิจการที่มีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับบริษัทได้หากได้มีการแจ้งล่วงหน้าก่อนที่จะมีการแต่งตั้ง³⁹ จึงเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้ประสงค์จะห้ามไม่ให้กรรมการอยู่ในสถานะที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัทอย่างเด็ดขาด ดังนั้นในแง่การที่กรรมการเป็นผู้ค้นพบโอกาสทางธุรกิจเอง การกำหนดให้กรรมการต้องโอนกิจการดังกล่าวทั้งหมดกลับมาเป็นของบริษัทด้วยย่อมเป็นโทษกับกรรมการเกินกว่าที่กฎหมายประสงค์ การส่งคืนผลประโยชน์จากการใช้ออกาสทางธุรกิจของบริษัทในบริบทของมาตรา 89/18 ควรจะหมายถึงผลกำไรที่ได้รับจากการใช้ออกาสทางธุรกิจดังกล่าวเท่านั้น

³⁹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาค้นคว้าทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจของบริษัท (Corporate Opportunity Doctrine) ในบริบทกฎหมายของประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ ได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสิงคโปร์ ทั้งในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและคำพิพากษาของศาล เปรียบเทียบกับบริบทกฎหมายของประเทศไทย ผู้เขียนมีสรุปและข้อเสนอแนะในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการบริษัทจดทะเบียน ดังนี้

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่าทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจของบริษัทเป็นทฤษฎีที่ใช้ในการพิจารณาหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทในฐานะผู้ดูแลผลประโยชน์ของบริษัท (Fiduciary Duty) โดยมีหลักการสำคัญคือการค้นหาขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจที่เป็นสิทธิของบริษัท และการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของกรรมการที่ได้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไป

สำหรับการกำหนดขอบเขตของโอกาสทางธุรกิจอย่างไรรั้น จากการศึกษาพบว่าไม่มีประเทศใดที่สามารถกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนตายตัวของโอกาสทางธุรกิจที่เป็นสิทธิของบริษัท แต่จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลในหลายคดี ศาลได้ให้หลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาพิจารณาปรับใช้ในคดีต่าง ๆ ได้ โดยหลักการที่สำคัญที่ศาลใช้ได้แก่หลักสายธุรกิจ (Line of Business) ที่เห็นว่าโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจะต้องมีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจที่บริษัทดำเนินการอยู่ในลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจเดิมหรือช่วยส่งเสริมธุรกิจเดิมได้ และหลักการมีผลประโยชน์หรือความคาดหวัง (Interest or Expectancy) ที่เห็นว่าบริษัทจะต้องเคยมีผลประโยชน์บางอย่างอยู่ในโอกาสทางธุรกิจนั้น หรือเคยมีการกระทำบางอย่างที่แสดงให้เห็นได้ว่าบริษัทมีความสนใจในโอกาสทางธุรกิจนั้น

เมื่อโอกาสใด ๆ เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทตามหลักการพิจารณาข้างต้นแล้ว หากกรรมการได้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไป จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทนั้นทำให้กรรมการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัทหรือไม่ โดยหลักการสำคัญของทฤษฎีโอกาสทางธุรกิจที่ได้รับการยอมรับในต่างประเทศกำหนดว่าหากกรรมการได้นำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้บริษัทพิจารณาและบริษัทไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น กรรมการก็สามารถใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้โดยไม่มีความรับผิด นอกจากนี้ยังมีความเห็นของนักวิชาการเพิ่มเติมในกรณีนี้

กรรมการไม่ได้นำโอกาสทางธุรกิจมาสู่การพิจารณาของบริษัทแต่ก็ไม่ถือว่ากรรมการได้กระทำการที่เป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท ได้แก่การลงทุนในกิจการใด ๆ ที่ไม่ถึงกับทำให้เกิดอำนาจควบคุมในกิจการนั้น และกรณีบริษัทละสิทธิในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจของบริษัทให้กับกรรมการ

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเสนอให้กำหนดมีข้อกำหนดขอบเขตและหลักการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไว้ในประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ออกตามความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 89/11 โดยมีใจความสำคัญ ดังนี้

โอกาสทางธุรกิจของบริษัท หมายถึง โอกาสในการประกอบธุรกิจที่เป็นกิจการในลักษณะเดียวกันกับกิจการของบริษัทและบริษัทมีความคาดหวังที่จะประกอบกิจการนั้นด้วยตนเอง และให้หมายรวมถึง

1. โอกาสในการประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นจากการใช้ข้อมูลหรือทรัพยากรของบริษัท
2. โอกาสในการประกอบธุรกิจที่กรรมการได้รับมาจากการกระทำในฐานะเป็นตัวแทนของบริษัท หรืออยู่ระหว่างการเจรจาเพื่อให้ได้โอกาสในการประกอบธุรกิจนั้นมาในนามของบริษัท
3. โอกาสในการประกอบธุรกิจที่บริษัทเคยมีผลประโยชน์ หรือมีการกระทำที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทต้องการได้มาซึ่งโอกาสทางธุรกิจลักษณะเดียวกันอยู่ก่อนแล้ว
4. โอกาสทางธุรกิจที่เป็นการขยายกิจการต่อเนื่องจากการประกอบธุรกิจที่บริษัทได้ดำเนินการอยู่

การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการหรือผู้บริหารในลักษณะดังต่อไปนี้ ไม่ถือเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท

1. การใช้โอกาสทางธุรกิจที่กรรมการได้นำเสนอคณะกรรมการบริษัทพิจารณาแล้วและคณะกรรมการบริษัทมีมติไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจนั้น
2. การถือหุ้นไม่เกินร้อยละสิบในกิจการอันมีลักษณะเป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัท ยกเว้นกรรมการหรือผู้บริหารในธุรกิจการลงทุนที่ประกอบธุรกิจโดยการซื้อขายหลักทรัพย์
3. บริษัทละสิทธิในการนำเสนอโอกาสทางธุรกิจให้กับกรรมการ

5.3 ข้อเสนอแนะเพื่อการศึกษาเพิ่มเติม

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะการใช้โอกาสทางธุรกิจของกรรมการในบริษัทจดทะเบียน จึงอาจมีเนื้อหาที่ยังไม่ครอบคลุมในเรื่องการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัททั้งหมด ซึ่งอาจมีประเด็นศึกษาเพิ่มเติม ได้แก่

1. การใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทจำกัดซึ่งกรรมการมีความใกล้ชิดกับผู้ถือหุ้นมากกว่าบริษัทมหาชนนั้น ควรมีระดับความเข้มข้นของข้อจำกัดเท่ากับบริษัทมหาชนหรือไม่
2. นอกเหนือจากกรรมการบริษัทแล้ว ในกรณีที่บุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท เช่น ผู้ถือหุ้น ผู้มีอำนาจควบคุม ผู้บริหารระดับสูง ตัวแทน หรือพนักงาน ได้ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทไป จะมีผลแตกต่างจากการใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทโดยกรรมการหรือไม่

บรรณานุกรม

หนังสือ

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556.

ทิพย์ชนก รัตโนสถ. คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท. กรุงเทพมหานคร :

โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. คู่มือกรรมการบริษัทจดทะเบียน =

Director's handbook. กรุงเทพมหานคร, 2548.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท.

กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2556.

วิทยานิพนธ์

จุมพล แดงสกุล. “การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ยุรี ปีติวิวัฒนะกุล. “แนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการประชุมคณะกรรมการบริษัทในประเทศไทย : ศึกษาการประชุมโดยวิธีการติดต่อสื่อสารทางเทคโนโลยี และการได้มติโดยไม่มีการประชุม (มติเป็นลายลักษณ์อักษร).” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. “หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีสำหรับบริษัทจดทะเบียน ปี 2555 The Principles of Good Corporate Governance for Listed Companies 2012.” https://www.set.or.th/sustainable_dev/th/cg/files/2013/CGPrinciple2012Thai-Eng.pdf, 11 กรกฎาคม 2556.

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. “Going Public Guide.” http://www.set.or.th/th/products/listing/files/Going_Public_Guide.pdf 11 มิถุนายน 2559.

Articles

Benjamin M. Grossman, Jones Day. “Waiver of the Corporate Opportunity Doctrine.” Bloomberg law report - Corporate Law. No.29. Vol.3. (2009).

Brown D. “When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudney & Clark and ALL Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims.” Journal of Corporation Law. Winter 86, pp.255-276 (1986).

Brudney V. and Clark R. C. “A New Look at Corporate Opportunities.” Harvard Law Review. 997. No.5. Vol.94. (1981).

Corporate Laws Committee of the Business Law Section of the American Bar Association. “Changes in the Model Business Corporation Act--Proposed Amendments to Sections 2.02 and 8.70 (and Related Changes to Sections 1.43, 8.31 and 8.60) Permitting Advance Action to Limit or Eliminate Duties Regarding Business Opportunity.” Business Lawyer. 717. Issue 3. Vol.69. (2014).

Nervig, J. E. “Corporate Opportunity--Miller v. Miller--Proper Application of the Fairness Doctrine in the Corporate Opportunity Area.” Journal of Corporation Law. 405. Issue 2. Vol.2. (1977).

Electronic Media

“G20/OECD Principles of Corporate Governance Updated (2015 September).” <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>, 13 October 2015.

Australian Institute of Company Directors. “Sunlight in an area of uncertainty.” <http://www.companydirectors.com.au/director-resource-centre/publications/company-director-magazine/2012-back-editions/february/directors-counsel-sunlight-in-an-area-of-uncertainty>, 20 May 2015.

Lewis S. Black. “Why corporations choose Delaware.” https://corp.delaware.gov/whycorporations_web.pdf, 15 December 2015.

Talley E. and Hashmall M. “The Corporate Opportunity Doctrine.” <http://weblaw.usc.edu/why/academics/cle/icc/assets/docs/articles/iccfinal.pdf>, 19 October 2015.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาย อนุรักษ์ จำปาแดง
วันเดือนปีเกิด	24 กรกฎาคม 2532
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2553: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ตำแหน่ง	เจ้าหน้าที่เลขานุการบริษัท บริษัทปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน)
ประสบการณ์ทำงาน	2554 เจ้าหน้าที่เลขานุการบริษัท บริษัทปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน)