



ปัญหากฎหมายในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น: ศึกษาเฉพาะกรณีข้อตกลงตั้ง
กรรมการ ในบริษัทจำกัด

โดย

ว่าที่ร้อยตรีตุลาการ คมสุวรรณ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายธุรกิจ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปัญหากฎหมายในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น: ศึกษาเฉพาะกรณีข้อตกลงตั้ง
กรรมการ ในบริษัทจำกัด

โดย

ว่าที่ร้อยตรีตุลาการ คมสุวรรณ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายธุรกิจ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

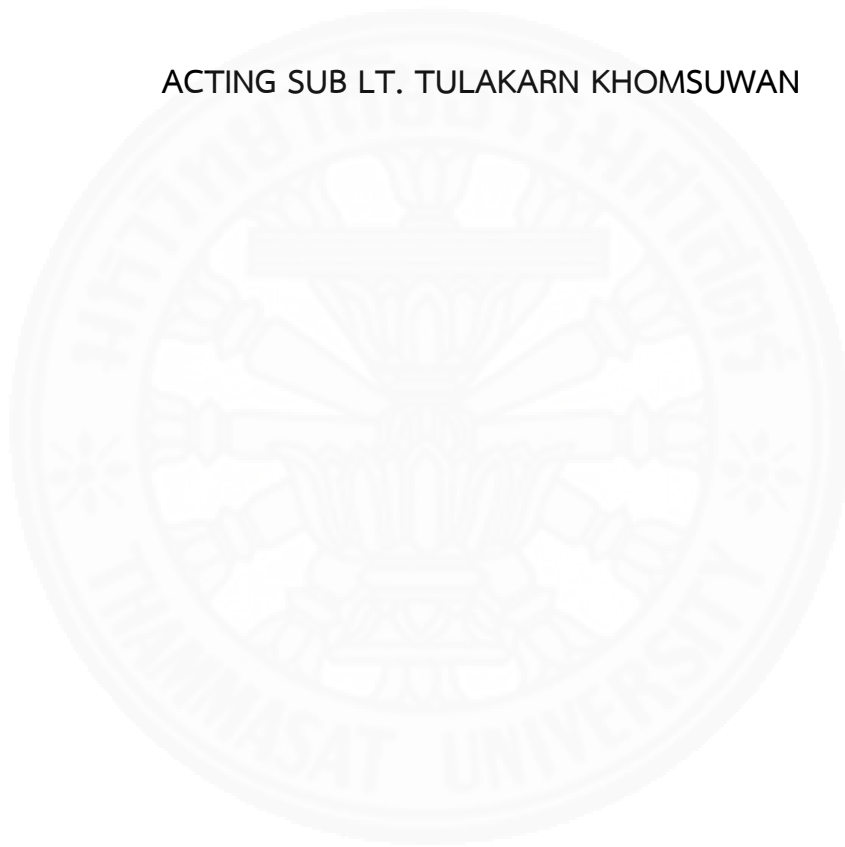
ปีการศึกษา 2559

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

LEGAL PROBLEMS CONCERNING ON SHAREHOLDERS'
AGREEMENT: A CASE STUDY OF THE VOTING
DIRECTORS OF A LIMITED COMPANY

BY

ACTING SUB LT. TULAKARN KHOMSUWAN



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
BUSINESS LAW
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2016
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

ว่าที่ร้อยตรีตุลาการ คมสุวรรณ

เรื่อง

ปัญหากฎหมายในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น: ศึกษาเฉพาะกรณีข้อตกลงตั้งกรรมการ ในบริษัทจำกัด

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อวันที่ 18 สิงหาคม พ.ศ. 2560

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(นาย ประทีป เฉลิมภัทรกุล)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. สหชน รัตนไพจิตร)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์พิเศษ วัชรศักดิ์ วรรณแสง)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิลุบล เลิศนุวัฒน์)

คณบดี

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น: ศึกษาเฉพาะกรณีข้อตกลงตั้งกรรมการ ในบริษัทจำกัด
ชื่อผู้เขียน	ว่าที่ร้อยตรีตุลาการ คมสุวรรณ
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายธุรกิจ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. สหณ รัตนไพจิตร
ปีการศึกษา	2559

บทคัดย่อ

ข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) คือ สัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน หรือระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท ซึ่งมีการตกลงกันในเรื่องรายละเอียดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่จะมีต่อกันในบริษัท โดยสามารถตกลงกันได้ตั้งแต่ก่อนจดทะเบียน จัดตั้งบริษัท หรือภายหลังจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้วก็ได้ ทั้งนี้ รายละเอียดหรือเนื้อหาที่จะบรรจุลงไว้ในความตกลงดังกล่าวนี้ได้ทุกเรื่องตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่ง การแสดงเจตนา

จากการศึกษาพบว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกแบ่งออกเป็นหลายประเภท และ ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการ เป็นเพียงข้อตกลงหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) หรือข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement)

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงปัญหาสถานะทางกฎหมาย ผลและสภาพบังคับ ตลอดจนข้อขัดข้องในการบังคับชำระหนี้ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ ซึ่ง ผู้เขียนมุ่งศึกษาเฉพาะข้อตกลงตั้งกรรมการในบริบทขององค์กรธุรกิจประเภทบริษัทจำกัด โดยศึกษา ว่า (1) ข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) ตั้งกรรมการของบริษัท จำกัดในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองควรมีผลบังคับได้หรือไม่ เนื่องจากมีคำพิพากษาฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) ศาลฎีกาได้พิพากษาให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตกเป็นโมฆะตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ด้วยเหตุนี้ จึงอาจทำให้นักกฎหมายในประเทศไทยสับสนและ เข้าใจผิดไปว่าข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ไม่อาจกระทำขึ้นได้ ทั้งที่ในความเป็นจริงมิได้เป็นเช่นนั้น ทั้งนี้

ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบในเรื่องปัญหาสถานะทางกฎหมายของข้อตกลงนี้กับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังศึกษาในประเด็นที่ (2) ว่า เมื่อมีการผิดข้อตกลงเรื่องดังกล่าวจะมีกระบวนการบังคับชำระหนี้ตามข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวอย่างไร

เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศในทั้ง 2 ประเด็นแล้วพบว่า แต่เดิมสถานะทางกฎหมายของข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) ในประเทศสหรัฐอเมริกาถูกองค์กรตุลาการหรือศาลส่วนใหญ่วินิจฉัยว่าข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนไม่สมบูรณ์ (Invalid) ด้วยเหตุผลหลายประการ จึงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนต่อการประกอบธุรกิจและการร่วมทุนในแง่ที่ว่า คู่สัญญาจะจัดทำข้อตกลงดังกล่าวได้หรือไม่ และเมื่อจัดทำข้อตกลงขึ้นแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลสมบูรณ์และบังคับได้หรือไม่

จากปัญหาความไม่แน่นอนอันเกิดจากผลของคำพิพากษาขององค์กรตุลาการที่มีต่อข้อตกลงดังกล่าว ในเวลาต่อมา the Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law of the American Bar Association ได้จัดทำร่างกฎหมายต้นแบบอันได้แก่ the Model Business Corporation Act (MBCA) ขึ้น โดยกำหนดรองรับข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนไว้โดยชัดแจ้ง กล่าวคือ ให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันจัดทำข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ได้ และให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ ตลอดจนให้ศาลมีอำนาจในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) ตามข้อตกลงดังกล่าวด้วย ดังที่ปรากฏใน the Model Business Corporation Act § 7.31 (2005)

นอกจากร่างกฎหมายต้นแบบนี้ ผู้เขียนยังได้ทำการศึกษาถึงกฎหมายในระดับมลรัฐ อันได้แก่ รัฐเดลาแวร์ ผู้เขียนพบว่ารัฐเดลาแวร์ได้รับเอาร่างกฎหมายต้นแบบจาก the Model Business Corporation Act เป็นพื้นฐานในการร่างกฎหมายภายในของรัฐตน อันได้แก่ the Delaware General Corporation Law (DGCL) ซึ่งในปัจจุบัน the Delaware General Corporation Law ได้กำหนดรองรับข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน โดยกำหนดให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันจัดทำข้อตกลงในลักษณะนี้ได้เช่นกัน และให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ (Valid) แต่ไม่ได้รับบุถึงเรื่องการให้ศาลมีอำนาจในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามข้อตกลงดังกล่าว ดังที่ปรากฏใน the Delaware General Corporation Law Title 8 § 218 (2005)

นอกจากประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เขียนยังได้ทำการศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในประเทศอังกฤษอีกด้วย โดยผู้เขียนพบว่า ศาลของประเทศอังกฤษได้ยอมรับถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนเป็นเวลาหนึ่งศตวรรษแล้ว (*Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch 530

และ *Puddephatt v Leithi* [1916] 1 Ch 200) โดยนักกฎหมายและนักวิชาการได้อธิบายว่า ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันที่กระทำขึ้นโดยผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นเป็นสัญญาที่บังคับได้ตามหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยสัญญา โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญา และยังยอมรับอีกว่า การที่คู่สัญญาตกลงกันจัดทำข้อตกลงลักษณะนี้ไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ส่วนประเด็นเรื่องการบังคับชำระหนี้ในประเทศอังกฤษ ผู้เขียนพบว่า ไม่มีข้อขัดแย้งใด ๆ ถึงการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการชำระหนี้โดยตรง (by Specific Performance of the Voting Agreements) และศาลอังกฤษได้ยอมรับและได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับถึงการบังคับใช้ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง โดยการพิจารณาพิพากษาและออกคำสั่งห้ามเพื่อบรรเทาความเสียหายหรือคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Injunctive Relief) กล่าวคือ ห้ามลงคะแนนเสียงไปในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหรือขัดข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน หรือในทางตรงกันข้าม ศาลอาจพิจารณาพิพากษาและออกคำสั่งให้ออกเสียงลงคะแนนตามข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญา

อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า แม้ประเทศอังกฤษจะเป็นประเทศที่มีพื้นฐานระบบกฎหมายจัดอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศอังกฤษก็ไม่ได้ยอมรับถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผ่านการตรากฎหมายดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา หากแต่ได้มีการยอมรับถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผ่านแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานและความเห็นของนักวิชาการ (Scholars)

คำสำคัญ: สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น, สัญญาผู้ถือหุ้น, ข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน, ข้อตกลงตั้งกรรมการ

Thesis Title	LEGAL PROBLEMS CONCERNING ON SHAREHOLDERS' AGREEMENT: A CASE STUDY OF THE VOTING DIRECTORS OF A LIMITED COMPANY
Author	Acting Sub Lt. Tulakarn Khomsuwan
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Business Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Sahaton Rattanapijit, Ph.D.
Academic Years	2016

ABSTRACT

Shareholders' agreement is an agreement among a company's shareholders or between a company and its shareholders outlining parties' rights and obligations within the company. The agreement can be agreed since the time of the company registration or later. Also, its contents may cover anything subject to the doctrine of the freedom of contract and the principle of the autonomy of will.

There are many kinds of shareholders' agreement, and an agreement of director election is merely one kind of it known as the pooling agreement or the voting agreement.

This study explores problems concerning legal status, outcome and enforcement as well as some obstructions regarding the exercise of the shareholders' agreement about the election of directors. Specifically, this thesis covers only the agreement to elect directors of a limited company in these following issues. The first issue is whether the voting agreement among a company's shareholders in order to elect directors of a limited company is enforceable since there is the Supreme Court's judgment No. 3402/2548 (Lekburapa case) ordering that such a shareholders' agreement is void due to Section 150 of the Civil and

Commercial Code. Hence, the judgment may confuse and mislead Thai lawyers that the aforementioned agreement shall not be formed. Therefore, such a perception is not correct. This thesis is a comparative study regarding the problem of the legal status of such an agreement comparing related cases in the United States and England.

Moreover, in the second issue, this thesis will expose a process of the agreement performance when violation of such an agreement occurs.

After conducting the research of those two issues by comparing foreign laws, this thesis discovers that the legal status of the voting agreement in the United States had been treated by most of judicial bodies or courts as an invalid contract concerning the voting provision due to various reasons. Such a treatment had brought about an inconsistency in business doing and a joint investment that parties were not confident with; They were not sure if such an agreement will be it was valid and enforceable.

Due to the inconsistency mentioned above, the Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law of the American Bar Association later launched the model law – the Model Business Corporation Act (MBCA) – so as to acknowledge the voting agreement explicitly. The agreement's parties can agree to conclude such an agreement, and it becomes valid. Furthermore, courts also have power to enforce a specific performance of such an agreement as shown in the Model Business Corporation Act § 7.31 (2005).

In addition, this thesis embraces the study of the Delaware law of the United States. The state law - the Delaware General Corporation Law (DGCL) - has been drafted following the Model Business Corporation Act. The DGCL accepts the voting agreement by allowing parties to enter into such an agreement and allowing it to be valid; however, the DGCL does not grant the power to courts to be able to enforce the specific performance in that case as shown in the DGCL Title 8 §218 (2005).

This thesis also concludes the study of legal status of the voting agreement in England. English courts have acknowledged the legal status of the

shareholders' agreement including the voting agreement for a century (*Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch 530 and *Puddephatt v Leithi* [1916] 1 Ch 200). Lawyers and academics have explained that, referring the common law, the shareholders' agreement made among shareholders is enforceable due to the general principle of contract law whether it is made in writing and signed by agreement's parties or not. The courts also accept that such an agreement is not contrary to public order or good morals.

With regard to the compulsory performance, this thesis reveals that there is no conflict of enforcement in order to satisfy the voting agreement with the mean of enforcing the specific performance or the direct performance. The English courts accepts the usage of fulfilling the voting agreement by enforcing the specific performance in the form of ordering the injunction relief to prohibit voting, which may violate the voting agreement or order the voting in the way notified in the agreement.

One observation is that even though England is considered as the common law country like the United States, it does not recognize the validity and enforceability of the shareholders' agreement in the form of legislations, which is different from the United States'. However, it recognizes the shareholders' agreement in the form of the judicial decisions and scholars' opinions.

Keywords: Shareholders' Agreement, Pooling Agreement, Voting Agreement

กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่มีทางสำเร็จลุล่วงไปได้เลยหากมิได้รับความกรุณาเป็นอย่างสูงจาก ศาสตราจารย์ ดร. สหณ รัตนไพจิตร ที่ได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ตั้งแต่เริ่มแรก ท่านอาจารย์ได้ให้ความรู้และคำแนะนำต่างๆ อันมีคุณค่าและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียนตั้งแต่การเสนอหัวข้อ การจัดทำเค้าโครง การจัดทำเนื้อหา จนกระทั่งการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนรับรู้ได้ถึงความเมตตากรุณาของท่านอาจารย์ที่มีต่อศิษย์ และมีความรู้สึกซาบซึ้งในความกรุณาของท่านเป็นอย่างมาก

ขอกราบขอบพระคุณ ท่าน ประทีป เฉลิมภัทรกุล ที่กรุณาให้เกียรติและสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นิรุบล เลิศนุวัฒน์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้ความรู้ คำปรึกษา และคำแนะนำต่าง ๆ เพื่อนำไปปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความถูกต้องสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ เอื้อน ชุนแก้ว ที่กรุณาให้ข้อเสนอแนะและให้ยืมหนังสือเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นของประเทศสหรัฐอเมริกา

ขอกราบขอบพระคุณคุณบิดาและคุณมารดา ผู้เป็นต้นแบบและกำลังใจอันยิ่งใหญ่ให้ผู้เขียนมีความมุ่งมั่น ความพยายาม และความอดทนในการทำสิ่งต่าง ๆ อย่างเต็มกำลังความสามารถ ยามใดที่ข้าพเจ้าท้อแท้ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ข้าพเจ้าจะหวนระลึกถึงแรงสนับสนุนของบุพการีและพี่สาว ตลอดจนความเมตตาของ ศาสตราจารย์ ดร. สหณ รัตนไพจิตร จนมีเรี่ยวแรงในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ต่อไปจนสำเร็จเสร็จสิ้น

ขอขอบคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. ทิพมาศ ชุมวรฐายี รองผู้อำนวยการฝ่ายบริหารและสื่อสารองค์กรแห่งสถาบันภาษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อาจารย์ ดร. พรพรรณ จาตุรงค์กุล รองผู้อำนวยการฝ่ายบริหารและพัฒนาความยั่งยืนแห่งสถาบันภาษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งท่านทั้งสองเป็นอาจารย์ทางวิชาภาษาอังกฤษของผู้เขียนในระดับชั้นปริญญาโทและปริญญาตรี อนึ่ง ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนยังได้รับความกรุณาจากท่านอาจารย์ ดร. พรพรรณ จาตุรงค์กุล และอาจารย์ บาเซ็ม เอหวัด (Mr. Basem Awad) สำหรับการช่วยตรวจทานบทคัดย่อภาษาอังกฤษ (Abstract) ด้วย

ขอขอบคุณพี่ ๆ ซึ่งได้แก่ นางสาวธารินี กระจ่างวุฒิชัย (พี่แก้ม) นายณฐนน เกตุชาติ (พี่อาร์ม) นางสาวหทัยชนก ห่อยวงศ์ (พี่อ๊อฟ) นายธีรภัทร์ สมวงศ์ (พี่ภัทร์) นางสาวณัฐชยา พารุ่ง (พี่เหมียว) และเพื่อน ๆ ซึ่งได้แก่ นายนฤศักดิ์ ชมสุวรรณ (ตุ๊ก) นายชวินทร์ อินทรักษ์ (หนึ่ง) นางสาวสิริธร ราชเดิม (เมสสิ) นางสาวรัญญา เจนจบ (หมี) นางสาวชญาพร อัครวินปรีชา (พิมพ์) นายณัฐพล

สุวรรณภาณุ (เอิร์ธ) นายภพพล สารผล (ป๊อ) นางสาวชุตินา ฉ.โรจน์ประเสริฐ (ม้น) นางสาวชนิสรา ไทยสงวนวรกุล (นิ) นายสรวิศ วงศ์บุญสิน (ต่อ) นายเด่นภูมิ พิพัฒน์เจริญกิจ (ปอนด์) นายทัตม์ญช์ ใจหาญ (นนท์) นายคมกริช อุนนาทรรัตนกุล (พร้อม) ตลอดจนน้อง ๆ ซึ่งได้แก่ นายนที จอกสถิตย์ (น้องเต็ม) นายสหัสรัฐ อภินิษฐศาสตร์ (เบนซ์) นางสาวอาภาสิรี เจริญเรือง (น้องมุก) นางสาววีรดา ดีเป็นธรรม (น้องลิ้นา) นางสาวสุธัญญา ยิ้มไพบูลย์ (น้องแคช) นางสาวกนกอร ธนะศักดิ์สาคร (น้องปอม) นางสาวธัญสินี หวังสุข (น้องแพรว) นายปองภพ นิลนพรัตน์ (น้องไพร้ม) นายวรเมธ ชาตินักรบ (น้องอิฐ) นายพิชิต พิภพทรศนีย์ (น้องบ๊ิก) นางสาวภูมิจิต ศรีอุดมขจร (น้องอาลี) นายธรรม์ บุรพวัฒน์ (น้องธรรม์) ที่ให้ความช่วยเหลือเป็นอย่างดีในด้านการให้ความเห็นและตรวจทานข้อมูลด้านภาษาอังกฤษและภาษาไทยที่ใช้เป็นข้อมูลอ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งความช่วยเหลือในด้านอื่น ๆ ตลอดจนกำลังใจและคอยถามไถ่ความคืบหน้าในการจัดทำวิทยานิพนธ์มาโดยตลอด

ขอขอบคุณเพื่อนๆ ร่วมสาขากฎหมายธุรกิจทั้งรหัส 58 ที่ร่วมเรียนและคอยช่วยเหลือกันมาโดยตลอด

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้ที่สนใจบ้างไม่มากก็น้อย หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความต้อยต่ำ ขำพเจ้าขอยกให้บรรดาครูบาอาจารย์ บุพการี รวมทั้งผู้มีพระคุณข้างต้นทั้งสิ้น หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

สุดท้ายนี้ ขอสุดดีแต่ทุกสิ่งอย่างในอันตรจักรวาลที่เวียนว่ายร่วมกันกับข้าพเจ้าในสังสารวัฏนี้

ว่าที่ร้อยตรีตุลาการ คมสุวรรณ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.4 วิธีการศึกษา	4
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
บทที่ 2 ความทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	8
2.1 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	8
2.1.1 ความหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	11
2.1.2 วัตถุประสงค์ในการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	13
2.1.3 ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	15
2.1.3.1 ขอบข่ายและวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจ	15
2.1.3.2 โครงสร้างเงินทุนของบริษัทและแหล่งเงินทุน	16
2.1.3.3 โครงสร้างการบริหาร การควบคุม และที่มาของกรรมการ	17
2.1.3.4 ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการโอนหุ้น	23
2.1.3.5 การแก้ไขปัญหาในกรณีที่เกิดข้อขัดข้องหรือความขัดแย้ง	26
2.1.3.6 ข้อตกลงเรื่องนโยบายและการจ่ายปันผล และทุนสำรอง	28

2.1.3.7 ข้อตกลงเรื่องการรักษาความลับ	29
2.1.3.8 ข้อตกลงเรื่องกระบวนการเข้าถึงสมุดบัญชีและเอกสารของบริษัท	31
2.1.4 รูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	35
2.1.4.1 พิจารณาในแง่คู่สัญญา	35
2.1.4.2 พิจารณาในแง่เวลาแห่งการก่อตั้งบริษัท	38
2.1.4.3 พิจารณาในแง่รูปแบบของบริษัท	38
2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทตามหลักกฎหมายบริษัท	40
2.2.1 หลักความเป็นนิติบุคคล	40
2.2.2 หนังสือบริคณห์สนธิ	45
2.2.3 ข้อบังคับของบริษัท	46
2.3 สถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	51
2.3.1 สถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา	51
2.3.1.1 สภาพและการจัดตั้งบริษัทจำกัดของสหรัฐอเมริกา	51
2.3.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยเรื่องกิจการภายในและแนวความคิดของบริษัทจำกัด	54
2.3.1.3 ลักษณะและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	60
2.3.1.4 ประเภทของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	67
2.3.2 สถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศอังกฤษ	72
2.3.2.1 สภาพและการจัดตั้งบริษัทจำกัดของประเทศอังกฤษ	72
2.3.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยเรื่องกิจการภายในและแนวความคิดของบริษัทจำกัด	73
2.3.2.3 ลักษณะและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	87
2.3.2.4 ประเภทของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	90
บทที่ 3 สถานะและผลทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ	98
3.1 ที่มาของกรรมการของบริษัท	98
3.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับที่มาของกรรมการบริษัท	98
3.1.1.1 ทฤษฎีตัวแทนหรือทฤษฎีสัญญา	100
3.1.1.2 ทฤษฎีองค์การหรือทฤษฎีอวัยวะ	102

3.1.2 ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งกรรมการบริษัท	105
3.1.2.1 การแต่งตั้งกรรมการชุดแรก	106
3.1.2.2 การแต่งตั้งกรรมการชุดต่อไป	106
3.1.3 คณะกรรมการแต่งตั้งซ่อมกรรมการบริษัท	108
3.2 สถานะทางกฎหมายของข้อตกลงตั้งกรรมการในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	110
3.2.1 ข้อตกลงตั้งกรรมการในประเทศสหรัฐอเมริกา	111
3.2.2 ข้อตกลงตั้งกรรมการในประเทศอังกฤษ	132
3.3 ผลทางกฎหมายในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	173
3.3.1 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา	174
3.3.2 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยบริษัท	175
3.3.2.1 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อบริษัท	175
3.3.2.2 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อผู้ถือหุ้นอื่นของบริษัท	176
3.3.2.3 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อบุคคลภายนอก	176
บทที่ 4 สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	177
4.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ	179
4.1.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง	179
4.1.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา	180
4.1.1.2 ประเทศอังกฤษ	204
4.1.2 ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจำกัด	245
4.2 ปัญหากระบวนการหรือวิธีการในการบังคับชำระหนี้เกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ	246
4.2.1 กระบวนการบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้	247
4.2.2 ปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกรณีผิดสัญญา	256
4.2.3 ปัญหาการอาศัยคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนา	271
4.2.4 ปัญหาการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น	277

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	281
5.1 บทสรุป	281
5.2 ข้อเสนอแนะ	297
บรรณานุกรม	300
ประวัติผู้เขียน	312



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการร่วมกันลงทุนตั้งกิจการร่วมค้าชนิดที่จดทะเบียนเป็นบริษัท ผู้ถือหุ้นของบริษัทอาจมีการตกลงกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตนว่าจะร่วมมือกันลงคะแนนเสียงจัดการบริษัทไปในทางหนึ่งทางใด สัญญาดังกล่าวอาจเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง หรือบริษัทอาจเข้ามาร่วมตกลงเป็นคู่สัญญาก็ได้เนื่องจากบริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น

เหตุผลที่ต้องมีการตกลงกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นเอาไว้ก่อน เนื่องจากว่าสิทธิหน้าที่บางเรื่องอาจจะเขียนไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้ โดยสิทธิหน้าที่ที่อาจจะเขียนไว้ในข้อบังคับได้จะต้องเป็นเรื่องทั่ว ๆ ไปเกี่ยวกับการวางระเบียบความสัมพันธ์ภายในบริษัท เช่น กำหนดจำนวนกรรมการ วิธีการเรียกประชุมกรรมการและผู้มีสิทธิเรียกประชุม เป็นต้น แต่สิทธิหน้าที่บางเรื่องอาจจะเขียนไว้ในข้อบังคับไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดจำนวนกรรมการนั้นจะกำหนดว่ากรรมการต้องมาจากการเสนอชื่อของผู้ถือหุ้นบางคนเป็นจำนวนกี่คนไว้ในข้อบังคับของบริษัทไม่ได้ เพราะไม่ได้เป็นการกำหนดในลักษณะที่เป็นเรื่องทั่วไป ฉะนั้น ข้อตกลงใดที่ไม่สามารถเขียนไว้ในข้อบังคับได้ ก็มักจะมีการนำข้อตกลงนั้นมาเขียนกันไว้ในสัญญา ซึ่งสัญญาดังกล่าวนี้นี้เรียกว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders’ Agreement)”

การลงทุนกันตั้งองค์กรธุรกิจรูปแบบบริษัทนั้นผู้ถือหุ้นมักจะมีการตกลงกันในเรื่องสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ เอาไว้ก่อนโดยเฉพาะในเรื่อง “การแต่งตั้งกรรมการ” เมื่อเจรจาตกลงกันได้แล้วจึงค่อยไปจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทตามที่ได้ตกลงกันไว้ ดังนั้น ในการร่วมลงทุนของผู้ถือหุ้นจึงมีอย่างน้อย 2 สัญญาที่เกิดขึ้น ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กับ สัญญาจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท

“กรรมการ” เป็นบุคคลที่มีความสำคัญเนื่องจากจะเป็นผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคล โดยปรกติแล้วบุคคลที่มีสิทธิแต่งตั้งกรรมการคือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจะเป็นผู้เสนอชื่อและออกเสียงลงคะแนนแต่งตั้งกรรมการ ฉะนั้น ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างมากก็จะแต่งตั้งกรรมการขึ้นมาตามคะแนนเสียงของฝ่ายข้างมาก (Majority Rule) แต่หากผู้ถือหุ้นต้องการตกลงกันไว้ก่อนเพื่อให้ตัวกรรมการมาจากกลุ่มผู้ถือหุ้นบางคน ก็อาจจะมีการตกลงกันในเรื่องดังกล่าวไว้ก่อนที่จะมีการตั้งบริษัท เมื่อมีการตกลงกันไว้ก่อนประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นคือว่า ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการลงทุนกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้จะใช้ได้หรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) คดีระหว่าง ธนาคารสแตนดาร์ดชาร์เตอร์ดนครธน จำกัด

(มหาชน) กับพวกในฐานะผู้ร้องขอ บริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด ผู้ร้อง (ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทลูกหนี้) และบริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด ในฐานะ ลูกหนี้ ศาลฎีกาได้มีการตั้งประเด็นว่าข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในส่วนที่กำหนดให้ บริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) มีหน้าที่ต่อบริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด (ผู้ร้อง) ซึ่งหมายถึงผู้ ถือหุ้นนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ เพียงใด โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า คดีนี้ที่ผู้ร้องได้ สนับสนุนทางการเงินแก่บริษัทลูกหนี้โดยผู้ร้องเข้าไปซื้อหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น สถานะ ดังกล่าวมีผลเสมือนหนึ่งว่าผู้ร้องมีส่วนในการเป็นเจ้าของลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น ส่วนที่ว่าผู้ร้องจะ ได้รับประโยชน์จากเงินที่ลงทุนซื้อหุ้นไปอย่างไร ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1200 มาตรา 1201 และมาตรา 1269 อันสรุปเป็นใจความสำคัญได้ว่า ผู้ถือหุ้นจะได้รับ ผลตอบแทนก็แต่เฉพาะเงินปันผล และจะได้รับชำระคืนเงินค่าหุ้นเมื่อมีการเลิกบริษัทและชำระบัญชี และมีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทครบถ้วนแล้ว การที่ผู้ร้องได้ร่วมลงทุนในบริษัทลูกหนี้โดย เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวโดยมีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) ระหว่างผู้ ร้อง ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และลูกหนี้ ซึ่งสัญญาข้อ 1 (1) (3) กำหนดว่า “ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจะดำเนินการ ให้กรรมการของบริษัทถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นในบริษัทในการออกหุ้นแต่ละครั้ง และจะไม่ ออกหุ้นใหม่ของบริษัทให้แก่บุคคลใด ๆ ซึ่งจะมีผลทำให้กรรมการถือหุ้นคิดเป็นร้อยละต่ำกว่าร้อยละที่ ระบุไว้ข้างต้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นและผู้ร้อง” ข้อ 3 กำหนดว่า “บริษัทและผู้ถือหุ้น จะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุน สำหรับต้นทุน ค่าใช้จ่าย ค่าสูญเสียและค่าเสียหาย (รวมทั้ง ค่าธรรมเนียมทางกฎหมายที่สมเหตุสมผล) ที่เกิดขึ้นต่อผู้ลงทุนอันเกี่ยวเนื่องกับการที่บริษัทและผู้ถือ หุ้นไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ได้” ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ดังกล่าวในส่วนบริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับบริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด (ผู้ร้อง) จึงขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของ บริษัทจำกัด รูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับ บริษัท อันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้องปฏิบัติร่วมกัน มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ทั้งเป็นการวางรูปแบบองค์กรทางธุรกิจเพื่อให้สาธารณชนยึดถือและปฏิบัติ ถือว่าเป็น กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) เฉพาะในส่วนที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับผู้ถือหุ้น และความรับผิดชอบอันเกิดจากการผิดสัญญาดังกล่าว ตามสัญญาข้อ 1 (1) (3) และ ข้อ 3 จึงขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตกเป็น โฆษณตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ข้อตกลงส่วนนี้จึงเป็นอันเสียเปล่า หามีผล บังคับแต่อย่างใดไม่

จากผลของคำพิพากษาคดีเหล็กบุรพาดังกล่าว จึงอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าการตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นไม่อาจกระทำได้เพราะจะขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งในทางปฏิบัติของธุรกิจนั้นมีการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นเป็นจำนวนมาก หากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ทำขึ้นทั้งหมดระบบกฎหมายไม่ยอมรับบังคับให้ก็จะเกิดผลเสียหรือความไม่แน่นอนต่อนักธุรกิจ ต่อผู้ลงทุน หรือต่อผู้ถือหุ้นที่ได้ทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไว้เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการก่อตั้งธุรกิจ การดำเนินการในธุรกิจ และการเลิกธุรกิจ อันจะส่งผลกระทบต่อความมั่นใจในการลงทุนของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นว่า การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงใด ๆ เกี่ยวแก่สิทธิหน้าที่ที่แตกต่างจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 22 หุ้นส่วนและบริษัท ก็บังคับไม่ได้ทั้งหมดเลย

ทำให้ผู้เขียนเกิดความสงสัยว่า การตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเรื่องที่มีการตกลงกระทำกันอยู่เป็นปรกติในทางธุรกิจนั้น โดยเฉพาะข้อตกลงในเรื่องการออกเสียงลงคะแนนแต่งตั้งกรรมการของบริษัทจำกัด จะมีผลเช่นไร

ตัวอย่าง “ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. และกลุ่ม ข. ตกลงร่วมกันที่จะเลือกกรรมการในทิศทางเดียวกัน โดยให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 6 คน และให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 4 คน”

จากตัวอย่าง ส่งผลถึงปัญหาดังนี้

(1) ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าว นั้นระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองจะใช้ได้หรือไม่

(2) เมื่อมีการผิดข้อตกลงเรื่องดังกล่าว จะมีกระบวนการบังคับชำระหนี้อย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่งคือว่ากรณีนี้สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้มีการบังคับตามข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการได้หรือไม่ หรือจะใช้คำพิพากษาของศาลเพื่อแทนการแสดงเจตนาได้หรือไม่ หรือกรณีนี้ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่เสียหายจะทำได้แต่เพียงการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญา

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) โดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้วินิจฉัยไว้ 3 ประการว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ได้แก่ ประการที่ 1 เรื่องการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัด ประการที่ 2 เรื่องการกำหนดรูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น และประการที่ 3 เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท ไม่มีประเด็นโดยตรงเกี่ยวกับเรื่องข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดแต่อย่างใด

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1.2.1 ในเบื้องต้น เพื่อศึกษาสถานะทางกฎหมาย ความหมาย ความเป็นมาของสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นในภาพรวม ความจำเป็นในการนำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมาบังคับใช้ รวมถึงข้อจำกัด ในการใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในระหว่างบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาและบริษัท โดยจะเน้นศึกษาเฉพาะ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงแต่งตั้งกรรมการในบริษัทจำกัด

1.2.2 เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการ แต่งตั้งกรรมการในบริษัทจำกัดในระบบกฎหมายของประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงกระบวนการบังคับตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการ แต่งตั้งกรรมการในบริษัทจำกัด

1.2.4 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มี ข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการในบริษัทจำกัด

1.2.5 เพื่อหาแนวทางในการแก้ปัญหากการใช้และกระบวนการบังคับตามสัญญาระหว่าง ผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการในบริษัทจำกัด

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งเน้นศึกษาถึงปัญหาสถานะทางกฎหมาย ผลและสภาพบังคับ ตลอดจนข้อขัดข้องในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการ ซึ่งผู้เขียนมุ่ง ศึกษาถึงที่มาของแนวคิด บทบัญญัติ และคำพิพากษาในเรื่องข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการใน สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ทำขึ้นในขอบเขตของบริษัทจำกัดที่ไม่ได้ทำการเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยที่บริษัทจำกัดข้างต้นจำกัดกลุ่มของผู้ถือหุ้นอยู่เพียง 2 กลุ่ม และผู้ถือหุ้นทั้ง 2 กลุ่มนั้นถือหุ้นคิด เป็นร้อยละ 100 ของบริษัท ทั้งนี้ เป็นการศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาที่ผู้ถือหุ้นซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลทำระหว่างกัน ไม่รวมถึงสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก จากผู้ถือหุ้น และเป็นการศึกษาเฉพาะข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นที่ตกลงกันได้ ไว้ ในเฉพาะตัวสัญญาเท่านั้นโดยไม่ได้ระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัท

1.4 วิธีการศึกษา

ผู้เขียนทำการศึกษาโดยอาศัยการค้นคว้าวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ในรูปแบบของหนังสือ คำอธิบายกฎหมาย ตำรา

กฎหมาย บทความทางวิชาการสาขานิติศาสตร์และสาขาที่มีความเกี่ยวข้อง วิทยานิพนธ์ งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง ความเห็นของนักกฎหมาย ตำรับกฎหมาย ข้อมูลจากอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงคำพิพากษาของศาลไทยและต่างประเทศ อันได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ

โดยหนึ่งในสาเหตุที่เลือกศึกษาสัญญาในระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) ของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษก็เพราะว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะถูกจัดทำขึ้นและใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในบริบทของบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) ซึ่งบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) ของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายคลึงกับบริษัทจำกัดในประเทศไทย กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีบริษัทประเภทเดียว คือ บริษัทจำกัดโดยหุ้น ซึ่งตรงกับ Company Limited by Shares ของอังกฤษ และตรงกับ Closely-held Corporation ของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 บัญญัติว่า “...ผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ”

อนึ่ง สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นสหพันธ์สาธารณรัฐแบบมีรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยมลรัฐจำนวนมากรวมกันเป็นประเทศเดียวเรียกว่า “สหรัฐอเมริกา” สหรัฐอเมริกานี้มีกฎหมายทั้งในระดับสหพันธ์ (Federal) และระดับมลรัฐ (State) ผู้เขียนเลือกที่จะศึกษากฎหมายต้นแบบในระดับสหพันธ์ ได้แก่ the Model Business Corporation Act (MBCA) และกฎหมายในระดับมลรัฐ ได้แก่ the Delaware General Corporation Law (DGCL)

โดยสาเหตุที่เลือกศึกษา the Model Business Corporation Act (MBCA) เพราะมีความเป็นแม่แบบหรือแบบตัวอย่างของกฎหมาย ซึ่งถูกจัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา (the Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law of the American Bar Association)¹ โดยที่กฎหมายดังกล่าวถูกจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ เป็นไปในแนวทางหรือลักษณะเดียวกัน โดยเปิดโอกาสให้มลรัฐต่าง ๆ สามารถนำแม่แบบหรือแบบตัวอย่างของกฎหมายใน the Model Business Corporation Act (MBCA) ไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในของมลรัฐตนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้ ซึ่งจากการศึกษาในเบื้องต้นพบว่ามีมลรัฐไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของสหรัฐอเมริกาที่ได้รับเอา the Model Business Corporation Act (MBCA) ไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในของมลรัฐตน² ย่อมทำให้เห็นได้ว่า the Model Business Corporation Act (MBCA) นั้นมีอิทธิพลต่อการบัญญัติ

¹ CHARLES R. T. O'KELLEY AND ROBERT B. THOMPSON, CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ORGANIZATIONS, 4th ed., (New York : Aspen Publishers, 2003), p.140.

² Lucian Bebchuk, “The Case for Increasing Shareholder Power,” Harvard Law Review 833, 118, p.844 (2004-5).

กฎหมายภายในของมลรัฐต่าง ๆ อย่างมาก จนกล่าวได้ว่าเป็นต้นแบบของกฎหมายบริษัทที่มีมาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในสหรัฐอเมริกา

สำหรับสาเหตุที่เลือกศึกษา the Delaware General Corporation Law (DGCL) เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยบริษัทที่บังคับใช้ในรัฐเดลาแวร์ของสหรัฐอเมริกานั้นมีเขตอำนาจศาลที่สำคัญที่สุดในกฎหมายว่าด้วยบริษัทนับตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา³ กล่าวคือว่า รัฐเดลาแวร์เป็นภูมิลำเนาชั้นนำสำหรับองค์กรธุรกิจและบริษัท มีบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์มากกว่า 1 ล้านหน่วยธุรกิจ และหน่วยธุรกิจเหล่านี้กว่าร้อยละ 60 เป็นหน่วยธุรกิจที่ได้รับการจัดอันดับจากนิตยสาร Fortune 500⁴ นอกจากนี้ กฎหมาย the Delaware General Corporation Law (DGCL) ยังเป็นกฎหมายที่ทันสมัยและมีความยืดหยุ่นต่อการก่อตั้งองค์กรธุรกิจอีกด้วย⁵ ยิ่งไปกว่านั้น The Delaware Court of Chancery เป็นศาลที่มีลักษณะเฉพาะและยังเป็นศาลที่มีความเชี่ยวชาญ ตลอดจนประสบการณ์ที่กว้างขวางเกี่ยวกับธุรกิจ ทั้งยังได้สร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายสมัยใหม่ที่สำคัญเกี่ยวกับองค์กรธุรกิจของสหรัฐอเมริกา

สาเหตุประการที่ 3 ที่ผู้เขียนเลือกที่จะศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษถึงแม้ประเทศดังกล่าวจะใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยซึ่งเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) ก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายและคำพิพากษาของศาลในประเทศดังกล่าวมีวิวัฒนาการและได้รับการพัฒนาในเรื่องของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปอย่างมีประสิทธิภาพและค่อนข้างก้าวหน้า

เมื่อได้ทำการศึกษาแล้วจึงนำความรู้ที่ได้มาวิเคราะห์และเปรียบเทียบให้เห็นถึงสถานะผลและสภาพบังคับทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการ ตลอดจนปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่อาจเกิดขึ้นได้จากการใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการ อีกทั้งวิเคราะห์และสังเคราะห์เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหา

³ O'KELLEY and THOMPSON, *supra* note 1, at 141.

⁴ Delaware Division of Corporations, "About Agency," Retrieved on April 18, 2017, <http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>.

⁵ Cary. William L. Cases and Materials on Corporations, (St. Paul Minneola, New York : The Foundation Press, 1969) p.9.

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ทำให้เกิดความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับความทั่วไป ความหมาย วัตถุประสงค์ ประเภทของข้อตกลง รูปแบบ สถานะ ผลและสภาพบังคับทางกฎหมาย การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการ รวมถึงตระหนักถึงปัญหาข้อขัดข้องที่อาจเกิดขึ้นของการใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการ และนำไปสู่การหาหนทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นและการเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ว่าด้วยกฎหมายที่มีอยู่แล้ว หรือด้วยการออกกฎหมายพิเศษใหม่ ๆ หรือด้วยวิธีการของการปรับใช้เพื่อหาหลักเกณฑ์ในทางศาลก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องให้มากที่สุด



บทที่ 2

ความทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

2.1 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักเกิดขึ้นในบริบทที่มีผู้ร่วมค้าตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปได้มีการตกลงร่วมลงทุนกันในกิจการร่วมค้าในระหว่างผู้ร่วมค้านั้นอยู่ก่อนแล้ว และผู้ร่วมค้ามีความประสงค์ที่จะร่วมลงทุนกันโดยการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไป ถึงแม้ว่าในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทนั้นจะมีการจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัทซึ่งเป็นเสมือนธรรมนูญในการจัดตั้งและการดำเนินการของบริษัทอยู่แล้ว แต่ก่อนที่ผู้ร่วมค้าจะตกลงร่วมกันจัดตั้งบริษัทขึ้นมาใหม่นั้น ก็มีความจำเป็นที่ผู้ร่วมค้าจะต้องเจรจาตกลงถึงกรอบความตกลงและรายละเอียดในเรื่องต่าง ๆ ไว้ก่อน เช่น การกำหนดวัตถุประสงค์ของการทำธุรกิจร่วมกัน โครงสร้างเงินทุนและแหล่งเงินทุน โครงสร้างการบริหารจัดการ การควบคุมกิจการ และที่มาของกรรมการบริษัท ข้อห้ามหรือข้อจำกัดการโอนหุ้น การแก้ไขปัญหาในกรณีที่เกิดภาวะความล้มเหลวในการแก้ไขความขัดแย้งระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ฯลฯ ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงเป็นสัญญาแรกและเป็นสัญญาที่สำคัญที่จะเป็นแนวทางในการดำเนินการให้บริษัทที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นใหม่ต่อไป และแม้ว่าบริษัทจะได้รับการจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นมาแล้ว บริษัทดังกล่าวก็ยังไม่อาจแยกขาดจากกรอบความตกลงและเงื่อนไขต่าง ๆ ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ ข้อตกลงที่ผู้ถือหุ้นจำนวนตั้งแต่ 2 คนหรือ 2 ฝ่ายขึ้นไป ตกลงกันทำสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบในเรื่องต่าง ๆ โดยสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นข้อตกลงที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของบริษัทที่บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักถูกใช้เป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการควบคุมการดำเนินการบางประการของบริษัท¹

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นที่นิยมใช้อย่างแพร่หลายในการร่วมลงทุนระหว่างเอกชนด้วยกันเอง ไม่ว่าจะร่วมลงทุนในรูปแบบของกิจการร่วมค้า หรือกิจการค้ารูปแบบอื่น ๆ เพื่อให้ผู้ถือหุ้นมั่นใจได้ว่าผู้ถือหุ้นหรือคู่สัญญามีความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกัน และหากมีเรื่องหนึ่งเรื่องใดที่ขัดหรือแย้งกันแล้ว จะมีมาตรการหรือวิธีการในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งนั้นอย่างไรที่คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นสามารถยอมรับได้

¹ Des Peelo, "Shareholders' Agreement in a private companies," 37 Accountancy Ireland 64, 64 – 65 (April 2005).

ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนเห็นว่าควรจะเกริ่นนำในเบื้องต้นก่อน คือ ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับบุคคลผู้จะเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นว่าจะได้แก่บุคคลใดบ้าง โดยมีผู้ที่ได้เคยศึกษาเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้มีความเห็นว่า ความเป็นผู้ถือหุ้นถือได้ว่าเป็นคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญต่อการเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น² ซึ่งหมายความว่า การที่บุคคลใดจะเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้จะต้องมีสถานะความเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทเสียก่อน หากบุคคลนั้นมิได้มีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทหรือพ้นสถานะเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทไปแล้ว ย่อมไม่สามารถเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ เพราะตามลักษณะของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถือเอาคุณสมบัติความเป็นผู้ถือหุ้นนั้นเป็นสาระสำคัญนั่นเอง³ ฉะนั้น จึงสรุปว่า เมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าว คู่สัญญาของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงมีได้เพียงแค่ 2 ประเภทเท่านั้น คือ ผู้ถือหุ้นประเภทหนึ่ง และบริษัทอีกประเภทหนึ่ง⁴

หากพิจารณาตามความเห็นข้างต้นนี้อาจแยกพิจารณาช่วงเวลาที่ยุติหุ้นจะตกลงเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้เป็น 2 ช่วงเวลา ช่วงเวลาที่ 1 บริษัทจะต้องได้รับการจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นแล้ว ผู้ถือหุ้นจึงจะดำเนินการจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของผู้ถือหุ้นที่เรียกว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ได้ หรือช่วงเวลาที่ 2 จะเป็นกรณีที่บริษัทเดิมอยู่แล้ว ต่อมาผู้ถือหุ้นของบริษัทเดิมเหล่านั้นได้มาเจรจาตกลงกันจัดทำข้อตกลงที่เรียกว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อจัดตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาอีกบริษัทหนึ่ง เช่น บริษัท ก. กับบริษัท ข. มีตัวตนอยู่แล้ว ต่อมาผู้ถือหุ้นของบริษัท ก. กับผู้ถือหุ้นของบริษัท ข. ได้ตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เพื่อจัดตั้งบริษัท ค. ขึ้นมาใหม่อีกหนึ่งบริษัท

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากความเห็นข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ความเห็นดังกล่าวจำกัดการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไว้เฉพาะในองค์กรธุรกิจที่มีรูปแบบเป็น “บริษัท” ที่มี “ผู้ถือหุ้น” เท่านั้น ทั้ง ๆ ที่จากการศึกษากฎหมายภายในและกฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นพบว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักสัญญา⁵ และสามารถจัดทำขึ้นเพื่อใช้กับ

² ปิตพงศ์ อาชามงคล, “ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.79.

³ เพิ่งอ้าง, น.79.

⁴ เพิ่งอ้าง, น.79.

⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน-บริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2551), น.253.

องค์กรธุรกิจหลาย ๆ รูปแบบได้ เช่น กิจการร่วมค้า (Joint Venture)⁶ ธุรกิจเงินร่วมลงทุน (Venture Capital)⁷ ฯลฯ เป็นต้น โดยไม่จำกัดอยู่เฉพาะแต่องค์กรธุรกิจในรูปบริษัทเท่านั้น

ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกร ได้กล่าวว่า “สัญญาชนิดนี้ทำขึ้นระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นบางคน ผู้ถือหุ้นทำสัญญาในฐานะส่วนตัวไม่ใช่ในฐานะผู้ถือหุ้น จึงมีความผูกพันกันต่อไปแม้จะโอนหุ้นไปแล้วก็ตาม โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่ามีความผูกพันกันตามข้อบังคับอย่างไร...”⁸

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในการตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้น ไม่จำเป็นเสมอไปที่บุคคลที่จะตกลงเข้าทำสัญญาจะต้องมีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ก่อนจึงจะตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ เพราะสัญญาชนิดนี้ผู้ถือหุ้นทำสัญญาในฐานะส่วนตัวไม่ใช่ในฐานะผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด และในบางกรณีบุคคลได้แสดงเจตนาตกลงเข้าร่วมกันทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกันก่อนที่จะมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทก็ได้ ซึ่งในระหว่างนั้นบริษัทยังไม่ได้ถูกจัดตั้งขึ้น บุคคลดังกล่าวจึงไม่อาจมีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นได้ ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า บุคคลที่มีได้มีสถานะความเป็นผู้ถือหุ้นก็เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้

ตัวอย่าง ผู้ร่วมค้ากลุ่มที่ 1 กับผู้ร่วมค้ากลุ่มที่ 2 ดำเนินธุรกิจในรูปแบบองค์กรธุรกิจของตนแยกต่างหากจากกัน ต่อมาเห็นว่าควรร่วมกับผู้ร่วมค้าอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อดำเนินธุรกิจร่วมกัน จึงได้เจรจาตกลงกันทำข้อตกลงในระหว่างผู้ร่วมค้านั้นเพื่อที่จะวางกรอบและแนวทางสำหรับการร่วมทุนนั้น หลังจากเจรจาและตกลงกันร่วมทุนกันโดยจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อเป็นเครื่องมือกลไกในการดำเนินธุรกิจ

นอกจากนี้ ในบางกรณีอาจมีการร่วมทุนกันในรูปแบบองค์กรธุรกิจประเภทอื่น ๆ อยู่ก่อนแล้ว เช่น กิจการร่วมค้า ซึ่งผู้ที่ร่วมดำเนินกิจการร่วมค้ากันอยู่นั้นก็ไม่ได้มีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด แต่ผู้ร่วมทำกิจการร่วมค้านั้นก็สามารถทำข้อตกลงที่เรียกว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นเพื่อวางกรอบและเป็นแนวทางในการในการร่วมทุนกันก่อตั้งองค์กรธุรกิจใหม่ในรูปแบบของบริษัทก็ได้เช่นกัน เนื่องจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่ถูกจัดทำขึ้นตามหลักเสรีภาพในการทำ

⁶ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, The Law and Practice of Shareholders' Agreements, 2nd ed., (London : LexisNexis Butterworths, 2007), pp.16 – 19.

⁷ *Ibid.*, pp.19 – 21.

⁸ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 5*, น.254.

สัญญา (Freedom of Contract)⁹ และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of the Will)

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากเรายอมรับว่าบริษัทเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ด้วย โดยสถานะของตัวเองเองก็ไม่ได้มีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ก่อนเช่นกัน แล้วเหตุใดบริษัทจึงยังสามารถเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ ด้วยเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คุณสมบัติความเป็นผู้ถือหุ้นมิใช่สาระสำคัญของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ซึ่งได้มีนักวิชาการผู้สนับสนุนแนวความคิดนี้อีกด้วย¹⁰

จากตัวอย่างที่กล่าวมาอาจสรุปได้ว่า การที่ผู้ร่วมค้าหรือผู้ประกอบการธุรกิจมาตกลงกันจัดทำข้อตกลงในระหว่างกัน เพื่อร่วมกันจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทขึ้นมาใหม่นั้นก็เรียกได้ว่าเป็นสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นแล้ว ดังนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ความเป็นผู้ถือหุ้นมิได้เป็นคุณสมบัติอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจถูกจัดทำขึ้นในองค์กรธุรกิจประเภทอื่น ๆ นอกจากในรูปแบบบริษัทได้ด้วย ซึ่งเนื้อหาในส่วนถัดไปที่จะกล่าวต่อไปนี้บางส่วนได้แสดงถึงเหตุผลสนับสนุนความเห็นของผู้เขียนด้วย อย่างไรก็ตาม ความมุ่งหมายของผู้เขียนในที่นี้มุ่งศึกษาความมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริบทของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดแต่เพียงเท่านั้น

อนึ่ง ในบทที่ 2 นี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงภาพรวมของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเด็นต่าง ๆ เช่น ความหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในทัศนะต่าง ๆ วัตถุประสงค์ที่จำเป็นต้องมีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และเนื้อหาของข้อตกลงที่มักจะถูกกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ตลอดจนรูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

2.1.1 ความหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเอาไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด คงมีเพียงนักวิชาการและผู้ศึกษาเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ให้นิยามความหมายหรือคำจำกัดความของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไว้ ดังต่อไปนี้

“สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ ข้อตกลงระหว่างผู้ที่จะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นร่วมกันในกิจการหลักบริษัทใดบริษัทหนึ่ง ซึ่งจำเป็นที่ผู้ที่จะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นตกลง

⁹ จุฑามาศ ดันบุญเพิ่ม, “สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้น : ศึกษารูปแบบและเงื่อนไขในการกำหนดสิทธิออกเสียง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.21 – 22.

¹⁰ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, pp.1, 52 – 56.

กำหนดหลักเกณฑ์ในการก่อตั้งธุรกิจ การดำเนินการของธุรกิจ จนกระทั่งการเลิกธุรกิจนั้น ๆ ซึ่งอาจเปรียบได้กับการมีข้อตกลงหรือสัญญาก่อนสมรส จนกระทั่งมีข้อตกลงเกี่ยวกับการหย่า หากการสมรสนั้นไม่เป็นผล¹¹”

“สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลงเข้าร่วมผูกพันตามข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าว เพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง ตามความประสงค์ของผู้ถือหุ้นทั้งหลาย สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาหนึ่งที่ไม่มีรูปแบบเฉพาะเจาะจงกำหนดถึงสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ¹²”

“สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ ความตกลงใดที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย ซึ่งเกิดจากฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพันอีกฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายร่วมกันเพื่อดำเนินการ งดเว้นดำเนินการ หรือโอนทรัพย์สิน หรือให้ค้ำนองอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นการกำหนดถึงข้อตกลงที่จะผูกพันร่วมกันเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ร่วมกัน และจะจัดสรรแบ่งปันผลกำไรในรูปแบบเงินปันผลตามวัตถุประสงค์ของการลงทุนของแต่ละฝ่าย¹³”

นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการบางท่านให้คำจำกัดความของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไว้ดังนี้ “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ สัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยการเข้าร่วมทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นของบริษัทตั้งแต่สองคนขึ้นไป ซึ่งบริษัทนั้นมีผู้ถือหุ้นจำนวนไม่มาก¹⁴”

“สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ สัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีผู้ถือหุ้นของบริษัทบางส่วนหรือทั้งหมดเข้าเป็นคู่สัญญา เพื่อทำความตกลงใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทที่ผู้ถือหุ้นนั้นถือหุ้นอยู่ เพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง” ซึ่งบริษัทเองอาจจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าวด้วยหรือไม่ก็ได้¹⁵ และ

¹¹ ชรินทร์ สัจจญาณ, “ข้อพิจารณาในการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น,” Tax & Business Law Magazine, เล่มที่ 97, ปีที่ 9, น.114, 114 (ตุลาคม 2545).

¹² ปิติพงศ์ อาชามงคล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.46.

¹³ *เพ็ญอ้าว*, น.47.

¹⁴ The Institute for Paralegal Training, Introduction to Corporate Law (London : West Publishing Co., London, 1997), p.280 (explaining that “[s]hareholders’ agreement means a written agreement entered into among two or more shareholders of a corporation that has a small number of shareholder.”) อ้างถึงใน ปิติพงศ์ อาชามงคล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.47.

¹⁵ Graham Stedman and Janet Jones, Shareholders’ Agreements, 3rd ed., (London : Sweet & Maxwell Limited, 1998) p.1, อ้างถึงใน ปิติพงศ์ อาชามงคล, *อ้าวแล้ว*

“สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ สัญญาที่มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปได้เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าว และเป็นสัญญาที่บังคับได้ตามหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยสัญญา¹⁶”

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญาผู้ถือหุ้นจึงเป็นสัญญาอย่างหนึ่งที่ไม่มีรูปแบบกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง เป็นสัญญาที่เกิดจากความตกลงเข้าร่วมผูกพันตามข้อกำหนดในสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่งตามความประสงค์ของเหล่าผู้ถือหุ้น โดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา¹⁷

2.1.2 วัตถุประสงค์ในการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นกล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ได้หลากหลายประการ แต่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นก็เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย และให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิมีเสียงในการบริหารจัดการกิจการของบริษัท¹⁸

เราอาจกล่าวได้ว่า การดำรงอยู่หรือการมีอยู่ของข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีแนวโน้มที่จะมีอิทธิพลต่อการประเมินค่าของสัดส่วนผู้ถือหุ้นในบริษัท กล่าวคือ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ถูกร่างไว้อย่างรอบคอบและดีจะสามารถเอาชนะข้อจำกัดต่าง ๆ มากมายที่เกี่ยวข้องกับการเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะช่วยลดปัญหาต่าง ๆ ในระหว่างเวลาที่คู่สัญญาดำเนินกิจการธุรกิจร่วมกันหรือในกรณีที่ปัญหาเกิดขึ้น คู่สัญญาก็จะทราบว่าควรจะแก้ปัญหาหรือดำเนินการอย่างไรต่อไป

วัตถุประสงค์ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอีกประการหนึ่งคือ เมื่อมีข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งเกิดขึ้นในระหว่างผู้ถือหุ้น มาตรฐานของข้อบังคับอันถือเป็นธรรมนูญของบริษัทอาจไม่สามารถปกป้องหรือให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นได้ในทุกกรณี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำสัญญา

เชิงอรรถที่ 2, น.48, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, pp.1, 52 – 56.

¹⁶ John Cadman, *Shareholders' Agreements*, 4th ed., (London : Sweet & Maxwell Limited, 2004), p.3 (explaining that “[a] shareholders’ agreement is a contract between the persons who are parties to it and is enforceable in accordance with normal contractual principles.”).

¹⁷ จุฑามาศ ต้นบุญเพิ่ม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.21 – 22, see also Graham Stedman and Janet Jones, *supra note 15*, p.1, see also John Cadman, *supra note 16*, p.1, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, p.3.

¹⁸ Des Peelo, *supra note 1*, pp.64 – 65.

ระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้น โดยสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะกำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ซึ่งผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายในบริษัทควรจะเข้าเป็นคู่สัญญาอย่างยิ่งเพราะสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะเป็นเครื่องมือ อุปกรณ์ หรือกลไกที่สำคัญที่ใช้เพื่อการลดความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น สามารถช่วยลดความเสี่ยงความไม่แน่นอนและค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องดำเนินคดีได้ ทั้งยังช่วยให้บริษัทสามารถที่จะจัดการกับความเปลี่ยนแปลงและเหตุการณ์ที่สำคัญทั้งหลายที่เกิดขึ้นได้อย่างราบรื่นและคาดหมายได้¹⁹

นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังถูกจัดทำขึ้นเพื่อเป็นส่วนที่เสริมหรือเพิ่มเติมจากข้อบังคับของบริษัทเพื่อให้ข้อบังคับมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น²⁰ แต่ในการจัดทำสัญญาดังกล่าวก็ต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเพื่อให้แน่ใจว่าข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กับข้อบังคับของบริษัทจะไม่ขัดหรือแย้งกันเองไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในส่วนที่ไม่ได้นำไปกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท หรือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในส่วนที่ไม่สามารถนำไปกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม

อนึ่ง ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกร ได้แสดงทัศนะไว้ว่า “วัตถุประสงค์ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ การกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคู่สัญญาเพิ่มเติมหรือนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ หรือฉันทกถากันในการป้องกันสิทธิของตนซึ่งมักจะเป็นของผู้ถือหุ้นข้างน้อย²¹ หรือเพื่อให้บริษัทดำเนินนโยบายหรือบริหารกิจการตามแนวทางที่ผู้ถือหุ้นประสงค์ นอกจากนี้ สัญญานี้ยังช่วยให้บริษัทไม่ต้องเปิดเผยสิทธิหรือประโยชน์ของผู้ถือหุ้นบางประการไว้ในข้อบังคับ โดยเก็บไว้เป็นความลับในสัญญา...”²²

ดังนั้น การจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจเกิดจากวัตถุประสงค์และเหตุผลหลายประการด้วยกัน อาจสรุปได้ดังนี้ (1) เพื่อปกป้องสิทธิของผู้ถือหุ้นไม่ว่าฝ่ายข้างน้อยหรือฝ่ายข้างมาก (2) เพื่อกำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ รวมทั้งสิทธิของผู้ถือหุ้นบางประการที่ไม่อาจกำหนดไว้ในข้อบังคับ (3) เพื่อกำหนดความสัมพันธ์พิเศษที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ถือ

¹⁹ Murray N Thornhill and Brent Renner-Hahn, “What to include in a shareholders’ agreement,” 67 *Governance Directions* 291, 291 (June 2015), see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, p.1.

²⁰ Graham Stedman and Janet Jones, *supra* note 15, p.1, see also John Cadman, *supra* note 16, p.1, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, p.13.

²¹ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.253 – 257.

²² *เพ็ญอ้าง*, น.255.

หุ้น ซึ่งมีได้เกี่ยวข้องกับการบริหารงานในบริษัท (4) เพื่อให้บริษัทต้องถูกผูกพันตามข้อตกลงต่าง ๆ ที่ผู้ถือหุ้นได้เข้าร่วมตกลงไว้ ในกรณีที่บริษัทเข้าร่วมเป็นคู่สัญญา (5) เพื่อปกป้องความลับของบริษัทไม่ให้เผยแพร่ต่อสาธารณชน และ (6) เพื่อกำหนดสิทธิต่าง ๆ ของหุ้นแต่ละประเภทในบริษัท

2.1.3 ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

เนื้อหาของข้อตกลงที่มักจะถูกกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเท่าที่ผู้เขียนรวบรวมหามาได้มีการตกลงกันถึงหลายสิบเรื่อง แต่ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะข้อตกลงที่เห็นว่าเป็นสาระสำคัญหรือเป็นหลักของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มักจะมีการกำหนดตกลงกัน

2.1.3.1 ขอบข่ายและวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจ

โดยปกติแล้วข้อตกลงเรื่องขอบข่ายและวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจนี้ มักจะกำหนดอยู่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้จัดทำขึ้นก่อนที่บริษัทจะได้รับการจัดตั้งขึ้น เพื่อกำหนดขอบเขตของการประกอบกิจการ ขอบข่ายและวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจจึงมีส่วนสำคัญในการกำหนดแนวทางที่บริษัทจะดำเนินกิจการ อันเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้ผู้ถือหุ้นทราบได้ว่าบริษัทนั้นจะประกอบธุรกิจใด²³

นอกจากนี้ ขอบข่ายและวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจของบริษัทอาจสัมพันธ์เชื่อมโยงกับข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามผู้ถือหุ้นค้าแข่งทางธุรกิจกับบริษัท²⁴ กล่าวคือ โดยหลักแล้วไม่มีข้อห้ามตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทที่ห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นประกอบกิจการค้าขายเป็นอย่างเดียวกันหรือเหมือนกันกับกิจการค้าขายของบริษัท ฉะนั้น หากไม่ได้ตกลงไว้เป็นประการอื่น ผู้ถือหุ้นจะประกอบกิจการค้าขายอันมีลักษณะเป็นอย่างเดียวกันหรือเหมือนกันค้าขายแข่งกับบริษัทก็ย่อมทำได้

ดังนี้ คู่สัญญาจึงมักจะมาตกลงกันโดยการกำหนดห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทประกอบกิจการค้าขายอันมีลักษณะเป็นอย่างเดียวกันหรือเหมือนกันกับบริษัท หรือที่เรียกว่าข้อตกลงในการห้ามแข่งขันทางธุรกิจ (Non-competition Covenant)²⁵ ที่คู่สัญญามักจะถูกห้ามมิให้ไปทำธุรกิจในประเทศเดียวกัน หรือที่จะเป็นการแข่งขันกับธุรกิจของบริษัทที่ผู้ถือหุ้นนั้นถือหุ้นอยู่²⁶

นอกจากนี้ หากมีการเพิ่มเติมหรือลดขอบข่ายและวัตถุประสงค์ของการทำธุรกิจ คู่สัญญาก็มักจะกำหนดให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงเช่นนี้ได้โดยแจ้งให้คู่สัญญารับทราบ

²³ ปิติพงศ์ อาชามงคล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.59.

²⁴ ชรินทร์ สัจจญาณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.115.

²⁵ John Cadman, *supra note 16*, pp.33, 39 – 40.

²⁶ ชรินทร์ สัจจญาณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.115, see also Katherine Reece

Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, pp.263 – 264.

เป็นลายลักษณ์อักษรโดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการแก้ไขสัญญา ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกและความยืดหยุ่นในการเพิ่มหรือลดขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการทำธุรกิจ²⁷

ตัวอย่าง

“ผู้ร่วมทุนตกลงที่จะร่วมลงทุนในบริษัท โดยผู้ร่วมทุนทั้งสองฝ่ายจะร่วมกันดำเนินการให้บริษัท สามารถพัฒนาและขยายตัวเพื่อดำเนินการประกอบธุรกิจประเภท ... ซึ่งเป็นธุรกิจหลักของบริษัทให้เจริญเติบโตมากขึ้น ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นใหม่จะดำเนินการสนับสนุนการประกอบธุรกิจของบริษัท โดยเฉพาะการขายสินค้า ... ให้เติบโตใหญ่ขยายตัวทั้งในและต่างประเทศ”

2.1.3.2 โครงสร้างเงินทุนของบริษัทและแหล่งเงินทุน

ที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรกำหนดเกี่ยวกับโครงสร้างเงินทุนของบริษัท และแหล่งเงินทุนของบริษัทไว้ก็เพราะว่า เงินของบริษัทเป็นปัจจัยสำคัญต่อการดำรงอยู่และการประกอบกิจการค้าขายของบริษัท²⁸ ผู้ถือหุ้นจำเป็นต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบในการกำหนดโครงสร้างเงินทุนและแหล่งเงินทุนของบริษัทว่า เงินของบริษัทจะประกอบด้วยเงินทุนจากส่วนของผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนเท่าไร และจะกู้ยืมเงินเป็นจำนวนเท่าไร²⁹ หากมีความจำเป็นต้องระดมเงินทุนเพิ่มเติมแล้ว ผู้ถือหุ้นของบริษัทจะให้การสนับสนุนเงินทุนเพิ่มเติมแก่บริษัทเป็นจำนวนเท่าใดในแต่ละช่วงเวลาของกิจการ³⁰ ทั้งนี้ เพราะหากบริษัทขาดการสนับสนุนในเรื่องเงินแล้วอาจทำให้ต้องยุติการประกอบกิจการค้าขายไปโดยปริยาย

ตัวอย่าง

“โครงสร้างการถือหุ้น และหุ้นทั้งหมดของบริษัทแบ่งออกเป็นดังนี้

(1) หุ้นกลุ่ม ก. ได้แก่ หุ้นหมายเลขตั้งแต่หมายเลข ... จนถึงและรวมทั้ง
หุ้นหมายเลข ...

(2) หุ้นกลุ่ม ข. ได้แก่ หุ้นหมายเลขตั้งแต่หมายเลข ... จนถึงและรวมทั้ง
หุ้นหมายเลข ...

เว้นแต่ระบุไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาฉบับนี้ หุ้นทุกหุ้นในบริษัทจะมีสิทธิและฐานะเท่าเทียมกันทุกประการ

คู่สัญญาไม่มีหน้าที่ในการค้าประกันหนี้สินของบริษัท และ/หรือบริษัท ประกอบการธุรกิจครบครันในฐานะส่วนตัว

²⁷ ปิติพงศ์ อาชามงคล, *อ้างแล้ว เจริญธุรกิจที่ 2*, น.59.

²⁸ John Cadman, *supra note 16*, p.30.

²⁹ ชรินทร์ สัจจญาณ, *อ้างแล้ว เจริญธุรกิจที่ 11*, น.115.

³⁰ John Cadman, *supra note 16*, p.310.

ในกรณีที่คู่สัญญาคนใดคนหนึ่งเข้าทำสัญญาค้ำประกันหนี้สินของบริษัท และ/หรือบริษัทประกอบการธุรกิจครอบครัว เพื่อประโยชน์ในการดำเนินงานของบริษัท และ/หรือบริษัทประกอบการธุรกิจครอบครัวตามแต่กรณี และจะต้องรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันดังกล่าวในฐานะส่วนตัว ให้คู่สัญญาผู้ค้ำประกันนั้นได้รับการชดเชยเงินคืนตามสัญญาดังกล่าวพร้อมค่าเสียหายใด ๆ (ถ้ามี) ที่เกิดขึ้นจากบริษัท หรือบริษัทประกอบการธุรกิจครอบครัวหรือเงินกองทุนครอบครัวหรือจากคู่สัญญาอื่นตามอัตราส่วนการค้ำประกัน”

2.1.3.3 โครงสร้างการบริหาร การควบคุม และที่มาของกรรมการ

ที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรกำหนดเรื่องโครงสร้างการบริหารของบริษัท เอาไว้ก็เพราะว่า บริษัทนั้นเป็นนิติบุคคลย่อมไม่อาจดำเนินการบริหารกิจการได้ด้วยตนเอง จึงจำเป็นต้องมีผู้แทนนิติบุคคลซึ่งในที่นี้ก็คือคณะกรรมการของบริษัทมาทำหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการของบริษัทให้ดำเนินไปได้ ฉะนั้น โครงสร้างการบริหารงานภายในบริษัทจึงมีความสำคัญ³¹

การกำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับคณะกรรมการ มักจะกำหนดเรื่องจำนวน กรรมการ วิธีการแต่งตั้ง องค์ประชุมคณะกรรมการและการดำเนินการในการประชุมคณะกรรมการ การออกเสียงลงคะแนน ข้อจำกัดและเรื่องอื่น ๆ อันเกี่ยวกับคณะกรรมการ³²

ข้อกำหนดเกี่ยวกับจำนวนกรรมการและวิธีการแต่งตั้งนี้จะกำหนดว่า คณะกรรมการของบริษัทจะมีจำนวนเท่าใด ประกอบด้วยบุคคลจากการเสนอชื่อของผู้ถือหุ้นกลุ่มใดบ้าง หรือคำนวณจากสัดส่วนการถือหุ้นว่าถือหุ้นเท่าใดแล้วสามารถแต่งตั้งกรรมการได้เป็นจำนวนเท่าใด³³ หรือคู่สัญญาอาจตกลงร่วมกันที่จะเสนอบุคคลใดบุคคลหนึ่งต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการของบริษัท นอกจากนี้ คู่สัญญายังอาจกำหนดรายละเอียดอื่น ๆ เกี่ยวกับวิธีการหรือกระบวนการในการแต่งตั้งกรรมการของบริษัท³⁴ เช่น เงื่อนไขหรือคุณสมบัติเบื้องต้นของบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการ เป็นต้น

ข้อกำหนดเกี่ยวกับองค์ประชุมคณะกรรมการและการดำเนินการในการประชุมคณะกรรมการนี้จะกำหนดถึงขนาดขององค์ประชุมคณะกรรมการว่าจะต้องมีจำนวนเท่าใดจึงจะประชุมและลงมติได้ อาทิเช่น กำหนดให้ที่ประชุมคณะกรรมการต้องประกอบไปด้วยกรรมการ

³¹ *Ibid.*, p.30.

³² Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, pp.372 – 374, และดู ปิติพงศ์ อาขามงคล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.61.

³³ *Ibid.*, p.24 – 25, และดู ปิติพงศ์ อาขามงคล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.61.

³⁴ ปิติพงศ์ อาขามงคล, *เพิ่งอ้าง*, น.61.

อย่างน้อย (X) คน เข้าร่วมประชุมร่วมกัน³⁵ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม คູ່ສຳນຸນອາດກຳນົດເງື່ອນໄຂເພີ່ມເຕີມວ່າ ໃນ ຈຳນວນກຣມການທີ່ເຂົ້າຮ່ວມປະຊຸມນັ້ນຈະຕ້ອງມີກຣມການທີ່ໄດ້ຮັບການແຕ່ງຕັ້ງຈາກຜູ້ຄື່ອຸ່ນກຸ່ມໄຕເຂົ້າຮ່ວມ ປະຊຸມດ້ວຍ ຈຶ່ງຈະຄື່ອວ່າກຣບເປັນອຸ່ນກຸ່ມປະຊຸມກື່ໄດ້³⁶

ຶ່ງໄປກ່ວານັ້ນ ຄູ່ສຳນຸນອາດກຳນົດຄື່ງວິຶດຳເນີນການໃນການປະຊຸມວ່າ ຈະຕ້ອງມີກຣບວນການຶ່ງຶ່ງ ເຊັ່ນ ວິຶການຶ່ງປະຊຸມກຣມກຣມການ ຣະເປຶ່ຍບວາຣະການປະຊຸມ ການ ຄື່ອນປະຊຸມ ການມອບຊັ້ນທະໃນການເຂົ້າປະຊຸມ ແລະການຍຸກເລຶກການປະຊຸມ ຕຣອດຈນຶ່ງຶ່ງອື່ນໄຕທີ່ ຄື່ງຂຶ້ງກັບການປະຊຸມກຣມກຣມການ³⁷

ຂຶ້ອກຳນົດຄື່ງກັບການອອກເສຶ່ງລຸ່ງຄະແນນແລະມຶດີທີ່ປະຊຸມ ກຣມກຣມການນີ້ຈະກຳນົດຄື່ງຣູບແບບໃນການອອກເສຶ່ງລຸ່ງຄະແນນວ່າຈະຶ່ງຣູບແບບໃນການອອກເສຶ່ງ ລຸ່ງຄະແນນຶ່ງຶ່ງເພຶ່ອໃຫ້ເໝາະສມຕຶ່ງການປະຊຸມກຣມກຣມການຂອງບຶຣັດ³⁸ ແລະກຳນົດຄື່ງຈຳນວນ ຄະແນນເສຶ່ງທີ່ສາມາດຜ່ານເປັນມຶດີຂອງກຣມກຣມການອັນຈະມີຜຸກຸກຸກຸກບຶຣັດ³⁹

ຂຶ້ອຈຳກັດແລະຶ່ງອື່ນ ຶ່ງ ອັນຄື່ງກັບກຣມກຣມການນີ້ຈະເປັນການວາງກຣບ ການຶ່ງການຂອງກຣມກຣມການ ເພຶ່ອໃຫ້ກຣມກຣມການມີອຳນາຈເໝາະເທົ່າທີ່ກຳນົດໄວ້⁴⁰ ນອກຈາກນີ້ ຄູ່ສຳນຸນ

³⁵ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, p.334, ແລະດູ ປິ ດຶຟງຊ໌ ອາຊາມງຄລ, *ອ້າງແລ້ວ ເຊຶ່ງອຣຣຸດທີ່ 2*, ນ.61.

³⁶ *Ibid.*, p.374 – 375, ແລະດູ ປິດຶຟງຊ໌ ອາຊາມງຄລ, *ອ້າງແລ້ວ ເຊຶ່ງອຣຣຸດທີ່ 2*, ນ.61.

³⁷ ປິດຶຟງຊ໌ ອາຊາມງຄລ, *ເຟັ່ງອ້າງ*, ນ.62. ອຶ່ງ ຜູ້ເຊຶ່ງນມີຂຶ້ອສັ່ງເກດວ່າ ໃນປັຈຸບັນການປະຊຸມຂອງ ກຣມກຣມການ ກຣມກຣມການຶ່ງສາມາດມອບຊັ້ນທະໃຫ້ຜູ້ອື່ນເຂົ້າປະຊຸມແທນຕນໄດ້ ເນຶ່ງຈາກບຸກຄລທີ່ຈະ ໄດ້ຮັບເລືອກໃຫ້ເປັນກຣມກຣມການຂອງບຶຣັດຶ່ງອຸ່ນຕ້ອງເປັນຜູ້ທີ່ໄດ້ຮັບຄວາມໄວ້ວາງໃຈຈາກບຣຣດາຜູ້ຄື່ອຸ່ນຂອງ ບຶຣັດ ໂດຍຄຳນຶ່ງຄື່ງຄວາມຣູ້ ຄວາມສາມາດ ຄວາມຊຶ່ງສັດຢຸດຣຶດຊຶ່ງເປັນຄຸນສມບັດເໝາະຕົວຂອງບຸກຄລນັ້ນ ການເປັນກຣມກຣມການຈຶ່ງເປັນຶ່ງເໝາະຕົວທີ່ຈະຕ້ອງປຶກຶດຶດຶດຶດຶດທີ່ດ້ວຍຕນເື່ອງ ມື່ອາຈມອບໝາຍໃຫ້ບຸກຄລອື່ນ ກະຶກຳການໃນຣູ່ຊາະເປັນກຣມກຣມການຂອງບຶຣັດແທນຕນໄດ້ ບຶຣັດຈຶ່ງຶ່ງສາມາດກຳນົດຂຶ້ອບັງຄັບຂອງ ບຶຣັດໃຫ້ມີການມອບຊັ້ນທະໃນການປະຊຸມຂອງກຣມກຣມການໄດ້ (ຄຳວິນຶຈຸດຶຍຂອງກຣມພັດຸນາຣຸກຶຈການຄຳ ທີ່ ພຸນ 0803/0767 ຶ່ງ ກຣມກຣມການມອບຊັ້ນທະໃຫ້ຜູ້ອື່ນເຂົ້າປະຊຸມແທນ ລຸ່ງວັນທີ່ 6 ກັນຍາຍນ 2547 ແລະ ຄຳວິນຶຈຸດຶຍຂອງກຣມພັດຸນາຣຸກຶຈການຄຳທີ່ ພຸນ 0805.04/1573 ຶ່ງຂຶ້ອຶກຶ່ງຄື່ງກັບຂຶ້ອບັງຄັບຂອງ ບຶຣັດຶກຶ່ງດ້ວຍຶ່ງການມອບຊັ້ນທະໃຫ້ບຸກຄລອື່ນເຂົ້າປະຊຸມແທນກຣມກຣມການບຶຣັດ ລຸ່ງວັນທີ່ 9 ສຶ່ງຫາມ 2550)

³⁸ *ເຟັ່ງອ້າງ*, ນ.62.

³⁹ *ເຟັ່ງອ້າງ*, ນ.62.

⁴⁰ *ເຟັ່ງອ້າງ*, ນ.62.

อาจกำหนดเรื่องการตั้งคณะผู้บริหารอีกคณะหนึ่ง ซึ่งจะปฏิบัติงานภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการ เพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพการทำงาน และในอีกแง่หนึ่งก็เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระการทำงานของคณะกรรมการ⁴¹

ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงควรกำหนดว่า คณะกรรมการของบริษัทจะประกอบด้วยบุคคลจากผู้ถือหุ้นฝ่ายใดบ้าง และในจำนวนมากน้อยเพียงใด นอกจากนี้ อาจยังต้องกำหนดด้วยว่าจะให้ตัวแทนของผู้ถือหุ้นฝ่ายใดดำรงตำแหน่งที่สำคัญ ๆ⁴² เช่น ประธานกรรมการ (Chairman of the Board of Directors) ประธานคณะกรรมการบริหาร (Chairman of Executive Committee) หรือประธานคณะผู้บริหาร (Chief Executive Officer: CEO) กรรมการผู้จัดการหรือกรรมการผู้อำนวยการ (Managing Director or President) หัวหน้าเจ้าหน้าที่การเงิน (Chief Financial Officer: CFO)

ตัวอย่างที่ 1

“ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. และกลุ่ม ข. ตกลงร่วมกันที่จะเลือกกรรมการในทิศทางเดียวกัน โดยให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 6 คน และให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 4 คน”

ตัวอย่างที่ 2⁴³

“ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. ตกลงว่า ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. จะลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการซึ่งได้รับการเสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ภายใต้เงื่อนไขของสัญญาฉบับนี้ให้เป็นกรรมการของบริษัท และขณะเดียวกัน ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ตกลงว่า ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. จะลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการที่ได้รับการเสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. ตามเงื่อนไขสัญญาฉบับนี้เข้าเป็นกรรมการของบริษัท”

ตัวอย่างที่ 3⁴⁴

⁴¹ เพิ่งอ้าง, น.62.

⁴² ชรินทร์ สัจจานุ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11, น.115.

⁴³ ประกาศิต อิฐรัตน์, “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชน,” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, จัดพิมพ์โดยคณะกรรมการฝ่ายจัดทำหนังสือวิชาการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.189.

⁴⁴ เพิ่งอ้าง, น.185 – 186. อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในปัจจุบันการประชุมของคณะกรรมการ กรรมการไม่สามารถมอบฉันทะให้ผู้อื่นเข้าประชุมแทนตนได้ (คำวินิจฉัยของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่ พณ 0803/0767 เรื่อง กรรมการมอบฉันทะให้ผู้อื่นเข้าประชุมแทน ลงวันที่ 6

“กรรมการของบริษัทมีได้ไม่น้อยกว่า ... คน

กรรมการจะต้องประกอบด้วยกรรมการจำนวน ... คน ซึ่งแต่งตั้งโดยเสียงข้างมาก (ตามสิทธิการออกเสียงลงคะแนน) ของผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. (“กรรมการกลุ่ม ก.”) และกรรมการจำนวน ... คน ซึ่งแต่งตั้งโดยเสียงข้างมาก (ตามสิทธิการออกเสียงลงคะแนน) ของผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. (“กรรมการกลุ่ม ข.”)

ในการประชุมคณะกรรมการทุกครั้ง องค์ประชุมจะต้องประกอบด้วยกรรมการจำนวน ไม่น้อยกว่า ... (...) คน ทั้งนี้ต้องมีกรรมการกลุ่ม ก. และกรรมการกลุ่ม ข. อย่างน้อยกลุ่มละหนึ่ง (1) คน มาเข้าประชุมด้วยตนเองจึงจะครบองค์ประชุม

กรรมการอาจมอบฉันทะให้ผู้อื่นเข้าประชุมแทนตนได้

มติของที่ประชุมคณะกรรมการ จะต้องได้รับคะแนนเสียงสนับสนุนข้างมากจากกรรมการที่มาประชุมซึ่งอย่างน้อยจะต้องได้รับคะแนนเสียงสนับสนุนจากกรรมการกลุ่ม ก. หนึ่ง (1) คน และกลุ่ม ข. หนึ่ง (1) คน

ให้กรรมการสองคนลงลายมือชื่อร่วมกันและประทับตราสำคัญของบริษัทเป็นอันผูกพันบริษัท แต่ทั้งนี้ กรรมการอย่างน้อยจำนวนหนึ่ง (1) คนจะต้องเป็นกรรมการกลุ่ม ข.”

ตัวอย่างที่ 4

(1) คู่สัญญาตกลงว่าจะดำเนินการแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเพื่อกำหนดให้บริษัทมีคณะกรรมการซึ่งจะประกอบขึ้นด้วยกรรมการจำนวน 5 (ห้า) คน แต่ไม่เกิน 10 (สิบ) คน โดยแต่งตั้งขึ้นจากบุคคลที่ผู้ถือหุ้นเสนอ โดยอัตราส่วนของกรรมการบริษัทจะกำหนดตามอัตราส่วนการถือหุ้นดังนี้

(ก) กรรมการ 6 (หก) คน จะต้องเป็นกรรมการที่ได้รับการเสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นในกลุ่ม “ก.”

(ข) กรรมการ 4 (สี่) คน จะต้องเป็นกรรมการที่ได้รับการเสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นในกลุ่ม “ข.”

โดยขณะลงนามในสัญญานี้ ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. จะยังไม่ได้เสนอชื่อกรรมการอีก 4 (สี่) คน หากผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ประสงค์จะเสนอแต่งตั้งกรรมการเมื่อใดแล้ว ผู้ถือหุ้นหรือคณะกรรมการจะแต่งตั้งกรรมการเพิ่มตามข้อตกลงนี้

กันยายน 2547 และคำวินิจฉัยของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่ พณ 0805.04/1573 เรื่องข้อหาหรือเกี่ยวกับข้อบังคับของบริษัทว่าด้วยเรื่องการมอบฉันทะให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนกรรมการบริษัท ลงวันที่ 9 สิงหาคม 2550)

(2) คู่สัญญาจะต้องมีการกำหนดบำเหน็จ และค่าตอบแทนกรรมการที่ปฏิบัติในฐานะผู้บริหาร (ซึ่งปัจจุบันได้แก่ นาย [X] และนางสาว [X]) โดยจะจัดสรรกำไรให้แก่ผู้บริหารดังกล่าวไม่เกินร้อยละ 3 ของกำไรสุทธิ ทั้งนี้ คณะกรรมการที่เป็นฝ่ายบริหารมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ที่เคยมีอยู่ต่อไป

(3) เมื่อผู้ถือหุ้นใหม่เข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทแล้ว ผู้ถือหุ้นใหม่ตกลงที่จะให้ผู้ถือหุ้นเดิมยังคงมีสิทธิที่จะกำหนดให้ผู้บริหารเดิมคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ที่มีอยู่

(4) คู่สัญญาตกลงว่าผู้ถือหุ้นใหม่ในฐานะผู้ถือหุ้นมีสิทธิเสนอชื่อแต่งตั้งบุคคลใด ๆ ตามที่ผู้ถือหุ้นใหม่เห็นสมควร ให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าพนักงานฝ่ายบัญชีหรือการเงิน เพื่อดำเนินการดูแลกิจการหรือธุรกรรมทางการเงินของบริษัท รวมถึงมีอำนาจถอดถอนหรือเปลี่ยนแปลงหัวหน้าพนักงานฝ่ายบัญชีหรือการเงินดังกล่าวตามที่ผู้ถือหุ้นใหม่เห็นสมควร

ตัวอย่างที่ 5

“คณะกรรมการของบริษัท ประกอบด้วยกรรมการจำนวนอย่างน้อย [X] คน โดยให้คู่สัญญาแต่ละฝ่าย (ในฐานะผู้ถือหุ้นแต่ละกลุ่ม) มีสิทธิเสนอชื่อกรรมการได้ไม่เกิน [X] คน ทั้งนี้ รายละเอียดคุณสมบัติของกรรมการจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดในข้อบังคับของบริษัท

ในกรณีที่ตำแหน่งกรรมการว่างลง คู่สัญญาแต่ละฝ่ายตกลงที่จะให้ความร่วมมือกับคู่สัญญาซึ่งมีสิทธิเสนอชื่อตำแหน่งกรรมการซึ่งว่างลงดังกล่าวในการแต่งตั้งกรรมการขึ้นมาทดแทน

กรรมการไม่ว่าคนใดก็ตาม จะไม่สามารถถูกเสนอชื่อให้แก่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อถอดถอนจากตำแหน่งโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้ถือหุ้นกลุ่มที่ได้ทำการเสนอชื่อแต่งตั้งกรรมการผู้นั้น แต่ผู้ถือหุ้นกลุ่มที่ได้ทำการเสนอชื่อแต่งตั้งกรรมการดังกล่าว อาจเสนอชื่อเพื่อถอดถอนกรรมการที่ตนเองเสนอชื่อแต่งตั้งต่อที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้ตลอดเวลาไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ๆ โดยบอกกล่าวให้กรรมการที่ตนเสนอแต่งตั้งที่อยู่ในตำแหน่งในขณะนั้นดำเนินการให้มีการเรียกประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อให้มีมติถอดถอนกรรมการผู้นั้น โดยมีมติซึ่งมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ [X] และให้เสนอชื่อกรรมการรายใหม่เพื่อให้ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นมีมติแต่งตั้งเพื่อสืบทอดตำแหน่งแทนของกรรมการที่ถูกถอดถอนได้ โดยให้มีวาระการดำรงตำแหน่งได้เท่ากับระยะเวลาที่เหลืออยู่ของการดำรงตำแหน่งของกรรมการที่ถูกถอดถอน

ในการนี้ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายตกลงที่จะให้ความร่วมมือกับคู่สัญญาที่มีสิทธิเสนอชื่อแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวในการถอดถอนกรรมการและการแต่งตั้งกรรมการรายใหม่เพื่อสืบทอดตำแหน่งแทนของกรรมการที่ถูกถอดถอนดังกล่าว” เป็นต้น

และที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมของบริษัทเอาไว้ก็เพราะว่า ในการบริหารจัดการกิจการของบริษัทซึ่งกระทำโดยคณะกรรมการนั้นอาจมีเรื่องที่เป็นระเบียบวาระต่าง ๆ ที่ควรได้รับอนุมัติจากผู้ถือหุ้นก่อน⁴⁵

ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงอาจกำหนดว่า ประเด็นใดบ้างที่คู่สัญญาถือเป็นประเด็นสำคัญที่คณะกรรมการควรจะต้องนำเสนอเป็นระเบียบวาระต่อที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อพิจารณา และต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นก่อนที่จะให้คณะกรรมการดำเนินการไป ตลอดจนกำหนดด้วยว่าในแต่ละเรื่องนั้นจะต้องได้รับคะแนนเสียงอนุมัติจากผู้ถือหุ้นมากหรือน้อยเพียงใด

กล่าวคือ หากเราแบ่งแยกเรื่องที่เป็นระเบียบวาระต่าง ๆ ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่ 1 เรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินการทั่ว ๆ ไป กับประเภทที่ 2 เรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินการที่มีความสำคัญ โดยปกติเรื่องสำคัญจะได้แก่ เรื่องการเพิ่มทุน การลดทุน การเลิกบริษัท การเปลี่ยนแปลงการประกอบธุรกิจ การขายสินทรัพย์ทั้งหมดหรือขายสินทรัพย์ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ การก่อหนี้สิน การก่อภาระผูกพันในจำนวนมากและมีนัยสำคัญอันจะส่งผลกระทบต่อการเงินของบริษัท การแต่งตั้งคณะกรรมการและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของบริษัท ดังนี้ คู่สัญญาจึงอาจตกลงกำหนดให้เรื่องที่มีความสำคัญดังกล่าวข้างต้นนี้จะต้องได้รับอนุมัติจากผู้ถือหุ้นโดยใช้เสียงข้างมากพิเศษ

ตัวอย่าง

“ในการดำเนินกิจการหรือตัดสินใจเรื่องใด ๆ ในเรื่องดังต่อไปนี้ จะต้องได้รับมติเห็นชอบจากที่ประชุมคณะกรรมการด้วยเสียงข้างมากของกรรมการซึ่งเข้าร่วมประชุม และมติดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยเสียงสนับสนุนจากกรรมการซึ่งได้รับการเสนอชื่อและแต่งตั้งโดยผู้ถือหุ้นใหม่ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการฝ่ายผู้ถือหุ้นใหม่ทั้งหมด และต้องได้รับมติเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าร้อยละ 75 ของจำนวนหุ้นที่ได้เข้าร่วมประชุม และมติดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยเสียงสนับสนุนฝ่ายผู้ถือหุ้นใหม่ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นใหม่ถือทั้งหมด คือ

(1) การเพิ่มทุนหรือลดทุนจดทะเบียนของบริษัท หรือการควบรวมกิจการ

(2) การแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิ หรือข้อบังคับของบริษัท

⁴⁵ ชรินทร์ สัจจานัน, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 11*, น.115.

(3) การจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นของบริษัท เว้นแต่จะเป็นการโอนหุ้นระหว่างผู้ถือหุ้นเดิมหรือทายาทโดยธรรมของผู้ถือหุ้นเดิม หรือการโอนหุ้นระหว่างบริษัทในเครือของผู้ถือหุ้นใหม่หรือบุคคลที่ได้กำหนดโดยผู้ถือหุ้นใหม่ให้เป็นผู้ถือหุ้นตามสัญญาฉบับนี้

(4) การเปลี่ยนแปลงลักษณะและ/หรือขอบข่ายธุรกิจและกิจการของบริษัทในสาระสำคัญ ที่ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน

(5) การเปลี่ยนแปลงกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท หรือจำนวนกรรมการที่ได้รับมอบอำนาจให้ดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการบริษัท เว้นแต่การเปลี่ยนแปลงในจำนวนที่เพิ่มขึ้นตามสัดส่วนของกรรมการในข้อบังคับ

(6) การขาย โอน หรือการควบคุมส่วนได้เสียในธุรกิจ ทรัพย์สิน หรือสินทรัพย์ที่มีรูปร่างหรือไม่รูปร่าง หมายความว่ารวมถึงราคา หรือส่วนได้เสียในสิ่งดังกล่าวทั้งหมด หรือในส่วนสำคัญของบริษัท นอกเหนือจากการดำเนินธุรกิจตามปกติที่มีมูลค่าเกินกว่า 10 ล้านบาทให้แก่บุคคลภายนอกและบุคคลที่เกี่ยวข้องกัน และการเข้าซื้อหรือลงทุนในกิจการ สินทรัพย์ หรือผลประโยชน์ในที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ หรือหุ้น หรือผลประโยชน์ด้านทุนในบริษัทอื่นที่มีมูลค่าเกินกว่า 10 ล้านบาท

(7) การเข้าทำสัญญาที่สำคัญ ๆ นอกเหนือจากการดำเนินธุรกิจตามปกติไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีเงินเท่าใด หรือการเข้าทำสัญญาใด ๆ ที่มีผลผูกพันบริษัทเกินกว่า 3 ปี หรือที่มีเงินตามสัญญาหรือมีมูลค่าเกินกว่า 10 ล้านบาท หรือการเข้าค้าประกันหรือชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลหรือนิติบุคคลใด ๆ ที่มีเงินหรือมูลค่าเกินกว่า 10 ล้านบาท

(8) การแปลงสภาพบริษัทเป็นบริษัทมหาชน เพื่อนำหลักทรัพย์เข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

ทั้งนี้ ในกรณีที่ข้อบังคับของบริษัทมีข้อความที่ขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขใด ๆ ตามสัญญาฉบับนี้ ให้เงื่อนไขตามสัญญาฉบับนี้ใช้บังคับ และคู่สัญญาจะดำเนินการแก้ไขข้อบังคับของบริษัทในส่วนที่มีข้อความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกัน และนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย เพื่อให้สามารถดำเนินการดังที่ได้ตกลงกันไว้ตามสัญญานี้ และ/หรือสัญญาซื้อขายหุ้น (Share Purchase Agreement) ทันทีภายหลังจากการโอนกรรมสิทธิ์”

2.1.3.4 ข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการโอนหุ้น

ที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรกำหนดเรื่องข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการโอนหุ้นของบริษัทเอาไว้ก็เพราะว่า ในการตกลงเข้าหุ้นกันประกอบกิจการค้าขายเพื่อแสวงหากำไรโดยการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทนั้นเรื่องของผู้ถือหุ้นจะต้องพิจารณาและให้ความสำคัญก็คือความไว้วางใจในหมู่

ผู้ถือหุ้น สถานะทางการเงินของผู้ถือหุ้นที่จะเข้าร่วมลงทุน⁴⁶ ตลอดจนศักยภาพของผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งปัจจัยเหล่านี้ล้วนเป็นส่วนสำคัญอย่างมากในการประกอบกิจการของบริษัท

เราอาจกล่าวได้ว่าผู้ถือหุ้นไม่ว่าฝ่ายใดก็ตามเป็นสาระสำคัญในการลงทุนประกอบกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากกิจการที่มีผู้ถือหุ้นมาตกลงร่วมลงทุนกันนั้นเป็นกิจการที่ต้องอาศัยคุณสมบัติพิเศษของผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือเป็นการร่วมทุนระหว่างผู้ถือหุ้นต่างสัญชาติ หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ได้เข้ามาร่วมลงทุนนั้นต้องการที่จะเป็นเจ้าของกิจการนั้นต่อไปโดยไม่ต้องการให้มีบุคคลภายนอกอื่นใดเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นอันจะส่งผลกระทบต่อสัดส่วนในการถือหุ้นในบริษัทนั้นและอาจมีผลต่อการประกอบกิจการของบริษัทได้ เช่น กรณีการประกอบกิจการเป็นผู้ผลิตไฟฟ้าขนาดเล็กมาก (Very Small Power Plant) ซึ่งมีระเบียบหลักเกณฑ์และสัญญาในการรับซื้อไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายจำหน่ายที่กำหนดห้ามมิให้มีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นของคู่สัญญาอย่างมีนัยสำคัญ เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้ถือหุ้นจึงมักทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตกลงกำหนดเกี่ยวกับข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการจำหน่าย จ่าย โอน หุ้นของผู้ถือหุ้นนั้นไว้ด้วย⁴⁷

ตัวอย่างการตกลงในเรื่องข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการโอนหุ้น เช่น ห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขายหุ้นให้แก่บุคคลภายนอก หากผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะขายหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนออกไปจะต้องขอความยินยอมหรือขออนุมัติจากที่ประชุมคณะกรรมการ⁴⁸ หรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อนจึงจะขายหุ้นดังกล่าวได้⁴⁹

อย่างไรก็ดี เนื่องจากการตกลงดังกล่าวมาข้างต้นอาจเป็นการมอบอำนาจให้แก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากเกินไปในการยินยอมหรืออนุมัติการขายหุ้น⁵⁰ คู่สัญญาจึงอาจตกลงในอีกแบบหนึ่งก็ได้ กล่าวคือว่า หากผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประสงค์จะขายหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วน

⁴⁶ เพ็งอ้วน, น.116.

⁴⁷ Murray N Thornhill and Brent Renner-Hahn, *supra note 19*, pp.292 – 294, และดู การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค, “ประกาศการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เรื่อง หลักเกณฑ์การโอนสิทธิและหน้าที่ในคำขอขายไฟฟ้าหรือในสัญญาซื้อขายไฟฟ้า,” สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2560, จาก https://www.pea.co.th/Portals/_default/Documents/announce_transfer_20160930.pdf?ver=2016-10-13-115449-987

⁴⁸ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.254.

⁴⁹ Graham Stedman and Janet Jones, *supra note 15*, pp.245 – 247, see also John Cadman, *supra note 16*, pp.119 – 120, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, pp.264 – 267.

⁵⁰ ชรินทร์ สัจจญาณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น.116.

ออกไป จะต้องขายให้แก่ผู้ถือหุ้นเดิมในบริษัทนั้นก่อน (First Right of Refusal or Pre-emption) ในราคาที่ผู้ถือหุ้นจะขายให้แก่บุคคลภายนอก หากผู้ถือหุ้นเดิมในบริษัทหนึ่งเฉยเสียหรือไม่ตอบรับคำเสนอซื้อภายในเวลาที่ตกลงไว้ ก็ให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ประสงค์จะขายหุ้นสามารถขายหุ้นให้แก่บุคคลภายนอกได้

ตัวอย่างที่ 1

“การโอนหุ้น การโอนสิทธิเรียกร้อง การจำนำ การเอาไปเป็นหลักประกัน หรือการจำหน่ายด้วยวิธีอื่นซึ่งหุ้นของบริษัทนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการของบริษัทก่อน

การโอนหุ้นของบริษัทจะทำได้โดยทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อทั้งผู้โอนและผู้รับโอน และมีพยานอย่างน้อยหนึ่งคนรับรอง และผู้โอนหุ้นยังคงถือว่าเป็นผู้ถือหุ้นอยู่จนกว่าการโอนหุ้นดังกล่าวจะได้รับการอนุมัติโดยถูกต้อง และชื่อของผู้รับโอนได้จดบันทึกลงในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้ว”

ตัวอย่างที่ 2

“หากผู้ถือหุ้นคนใดประสงค์ที่จะขายหรือจำหน่ายหุ้นของตน ผู้ถือหุ้นอื่น ๆ มีสิทธิที่จะเลือกซื้อหุ้นดังกล่าวก่อน และผู้ถือหุ้นที่ประสงค์จะขายหุ้น จะต้องเสนอหุ้นดังกล่าวให้แก่ผู้ถือหุ้นอื่น ๆ เป็นลายลักษณ์อักษรในสัดส่วนที่เท่า ๆ กัน ตามราคาตลาดซึ่งจะกำหนดโดยนักบัญชีอิสระ และผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ต้องตอบรับการเสนอขายหุ้นดังกล่าวภายใน 30 วัน นับจากวันที่เสนอขาย และในกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนใดไม่รับการเสนอขายหุ้นหรือซื้อหุ้นดังกล่าว ผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ที่เหลือจะมีสิทธิที่จะซื้อหุ้นที่เสนอขายนั้นได้ ในราคาที่เสนอขาย และการโอนหุ้นทำได้โดยใส่ชื่อผู้ถือหุ้นที่ซื้อหุ้นดังกล่าวไว้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ไม่รับการเสนอขายหุ้นนั้นภายในระยะเวลา 30 วัน ตามที่กำหนดไว้ในวรรคแรก ผู้ถือหุ้นที่ประสงค์จะขายหุ้นของตนมีสิทธิที่จะขายหุ้นดังกล่าว ในราคาตลาดที่กำหนดไว้ให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งจะต้องไม่ต่ำกว่าราคาที่เสนอขายต่อผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ตามวรรคแรก

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นประสงค์จะขายหุ้นทั้งหลายหรือบางส่วนของตนให้แก่บุคคลภายนอก ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้องแจ้งชื่อบุคคลภายนอกนั้นแก่ผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ก่อนและจะต้องเสนอขายหุ้นดังกล่าวในราคาตลาดแก่ผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ก่อนการขายหุ้นให้แก่บุคคลภายนอกตามวรรคนี้ มีเงื่อนไขว่า บุคคลภายนอกซึ่งจะรับโอนหุ้นนั้น จะต้องรับและตกลงที่จะผูกพันตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งได้ทำขึ้นระหว่างผู้ถือหุ้นโดยไม่พิจารณาบทบัญญัติและเงื่อนไขที่กล่าวมาข้างต้น”

2.1.3.5 การแก้ไขปัญหาในกรณีที่เกิดข้อขัดข้องหรือความขัดแย้ง

ที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรกำหนดเรื่องการแก้ไขปัญหาในกรณีที่เกิดข้อขัดข้องหรือความขัดแย้ง หรือภาวะความล้มเหลวในการแก้ไขความขัดแย้ง (Deadlock)⁵¹ ของบริษัทไว้ก็เพราะว่า ในการตกลงเข้าหุ้นกันประกอบกิจการค้าขายเพื่อแสวงหากำไรโดยการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทนั้นอาจเกิดประเด็นปัญหาจากการกระทบกระทั่งกันในหมู่ผู้ถือหุ้นขึ้นได้ อันอาจนำไปสู่ข้อขัดข้องหรือความขัดแย้งระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่าย และย่อมจะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยในการดำเนินกิจการหรือบริหารกิจการของบริษัทและหากเป็นกรณีความขัดแย้งที่รุนแรงก็ย่อมจะกระทบต่อความเป็นอยู่หรือความอยู่รอดของบริษัทนั้น

ฉะนั้น ผู้ถือหุ้นจึงควรจะต้องตกลงกำหนดข้อตกลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไว้ถึงเรื่องดังกล่าวว่าในระหว่างที่มีข้อขัดข้องหรือความขัดแย้งกันระหว่างผู้ถือหุ้น และยังหาข้อสรุปให้เป็นที่ยอมรับแก่ผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายไม่ได้ คู่สัญญาตกลงให้คณะกรรมการของบริษัทหรือให้บริษัทสามารถประกอบกิจการต่อไปได้ในระหว่างนั้น ซึ่งอาจกำหนดเป็นระยะเวลาไว้แน่นอน เช่น 6 เดือน หรือ 12 เดือน เพื่อไม่ให้กิจการของบริษัทต้องหยุดชะงักและส่งผลเสียหายต่อบริษัท และในกรณีที่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว หากในหมู่ผู้ถือหุ้นยังมีอาจหาข้อสรุปหรือแก้ไขข้อขัดข้องหรือความขัดแย้งดังกล่าวได้ ก็ให้มีการขายหุ้น หรือให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายหนึ่งซื้อหุ้นคืนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ (Buy Out) และที่สำคัญก็ต้องกำหนดในเรื่องราคาของการซื้อขายหุ้นดังกล่าวไว้ด้วยว่าจะใช้กฎเกณฑ์ในการคำนวณราคาแบบใด ซึ่งคู่สัญญาอาจตกลงกันกำหนดราคาไว้ล่วงหน้าตั้งแต่ขณะทำสัญญาก็ได้ หรืออาจจะให้มีการประเมินราคาโดยผู้ประเมินราคาอิสระ หรือที่ปรึกษาทางการเงิน (Financial Advisor: FA) ทั้งนี้ คู่สัญญาตกลงยินยอมผูกพันต่อการประเมินและราคาที่ผู้ประเมินราคาได้ประเมินออกมานั้นด้วย

ตัวอย่างที่ 1

“Shotgun Clause”⁵² คือ ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายหนึ่งต้องบอกกล่าวล่วงหน้าแก่ผู้ถือหุ้นอื่น โดยกำหนดให้ผู้ถือหุ้นอื่นที่ได้รับคำบอกกล่าวตัดสินใจว่าจะซื้อหุ้นในราคาที่ได้อ้างอิงไปในการบอกกล่าวหรือไม่ ถ้าผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ได้รับคำบอกกล่าวตัดสินใจที่จะไม่ซื้อหุ้นเหล่านั้น ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ได้รับคำบอกกล่าวก็มีความผูกพันที่จะต้องขายหุ้นทั้งหมดของตนให้แก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายแรกตามราคาที่ได้กำหนดไว้ในคำบอกกล่าวนั้น”

⁵¹ Graham Stedman and Janet Jones, *supra* note 15, p.242, see also John Cadman, *supra* note 16, pp.110 – 117, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, pp.259 – 263.

⁵² Murray N Thornhill and Brent Renner-Hahn, *supra* note 19, p.291.

ตัวอย่างที่ 2

“Auction Clause”⁵³ คือ ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ถือหุ้นต้องบอกกล่าวแก่ผู้ถือหุ้นอื่นว่าตนประสงค์ที่จะซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นอื่น ผู้ถือหุ้นอื่นที่ได้รับคำบอกกล่าวเช่นนี้มีระยะเวลาช่วงหนึ่งในการที่จะตัดสินใจว่าจะขายหุ้นของตน หรือจะซื้อของผู้ถือหุ้นฝ่ายแรก หลังจากนั้น หากผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ได้รับคำบอกกล่าวก็ประสงค์ที่จะซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นฝ่ายแรก คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งสองฝ่ายจะได้มีส่วนร่วมในการประมูลราคาหุ้นได้อย่างเสรี วิธีการนี้อาจจะดีกว่าในกรณีที่ผู้ถือหุ้นมีความประสงค์ที่จะรักษาความเป็นเจ้าของหุ้น และมีความกังวลเกี่ยวกับ Shotgun Clause”

ตัวอย่างที่ 3

“Fairest Sealed Bid”⁵⁴ คือ ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นทุกคนที่เกี่ยวข้องต้องทำข้อเสนอชนิดปิดผนึกขอซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ คำเสนอซื้อหุ้นชนิดปิดผนึกทั้งหลายเหล่านี้จะถูกลบให้กับบุคคลที่สามตามที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งบุคคลที่สามนี้จะเป็นผู้ตัดสินว่าคำเสนอของผู้ถือหุ้นฝ่ายใดเป็นคำเสนอที่ดีและเป็นธรรมที่สุด และคำเสนอที่ดีและเป็นธรรมที่สุดนี้จะได้รับการสนองรับ”

ตัวอย่างที่ 4

“Chair Clause”⁵⁵ คือ ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจากผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายได้เป็นประธาน (The Chair) ในกรณีที่เกิดภาวะความล้มเหลวในการแก้ไขความขัดแย้ง และให้ประธานมีสิทธิที่จะออกเสียงชี้ขาด (Casting Vote) ในประเด็นข้อพิพาทนั้น”

ตัวอย่างที่ 5

“Liquidation Clause”⁵⁶ คือ ข้อตกลงที่กำหนดว่าถ้าภาวะความล้มเหลวในการแก้ไขความขัดแย้งได้เกิดขึ้นและดำเนินมาจนถึงระยะเวลาตามที่ได้ตกลงกำหนดเอาไว้แล้ว สินทรัพย์ทั้งหมดของบริษัทจะถูกจำหน่ายโอนออกไปและจะมีการชำระบัญชีเลิกบริษัทโดยสมัครใจ โดยที่ผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายจะมีส่วนร่วมในการระบาค่าใช้จ่ายสำหรับการชำระบัญชีของกิจการ อนึ่ง การแก้ไขปัญหาโดยใช้วิธี Liquidation Clause นี้โดยทั่วไปแล้วผู้ถือหุ้นจะเลือกใช้เป็นการสุดท้ายในกรณีที่ไมอาจใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ ข้างต้นได้”

⁵³ Ibid., p.292.

⁵⁴ Ibid., p.292.

⁵⁵ Ibid., p.292.

⁵⁶ Ibid., p.292.

2.1.3.6 ข้อตกลงเรื่องนโยบายและการจ่ายปันผล และทุนสำรอง⁵⁷

เงินปันผลนั้น หมายถึง เงินหรือผลประโยชน์อื่นใดที่บริษัทจัดให้แก่ผู้ถือหุ้นเป็นการตอบแทนการที่ผู้ถือหุ้นนำเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดมาลงทุนโดยการซื้อหุ้นของบริษัท โดยบริษัทจะจ่ายเงินปันผลจากผลกำไรของบริษัทให้แก่ผู้ถือหุ้นตามส่วนจำนวนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ชำระเงินค่าหุ้นหรือตามจำนวนหุ้นโดยไม่คำนึงถึงมูลค่าหุ้น⁵⁸

เงินปันผลนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ เงินปันผลประจำปี และเงินปันผลระหว่างกาล⁵⁹ นโยบายเงินปันผลของบริษัทมีความสำคัญต่อผู้ถือหุ้นและบริษัท เนื่องจากเงินปันผลนั้นจะจ่ายให้กับผู้ถือหุ้นส่วนหนึ่งและจะเก็บไว้เป็นทุนสำรอง ตลอดจนเก็บไว้เพื่อเป็นเงินลงทุนของบริษัท แต่เนื่องจากนโยบายดังกล่าวมักจะไม่ได้กล่าวไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่าจะมีหลักเกณฑ์หรือวิธีการอย่างไร จึงมีความจำเป็นที่ผู้ถือหุ้นมักจะนำมากำหนดลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและขั้นตอนสำหรับนโยบายดังกล่าว⁶⁰

ข้อตกลงเรื่องนโยบายและการจ่ายปันผลเป็นข้อตกลงที่เกี่ยวกับการจ่ายปันผลและนโยบายการจัดสรรเงินปันผล ซึ่งนับเป็นข้อกำหนดที่เป็นวัตถุประสงค์หลักของการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอย่างหนึ่ง⁶¹ โดยปกติข้อตกลงเรื่องนโยบายและการจ่ายปันผลมักทำขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยให้ได้รับเงินปันผลในอัตราตามที่ได้ตกลงไว้สำหรับการเข้าร่วมลงทุนดังกล่าว⁶²

ตัวอย่าง

“การจ่ายเงินปันผลให้จ่ายจากเงินกำไรของบริษัทเท่านั้น การจ่ายเงินปันผลเฉพาะกาลให้แก่ผู้ถือหุ้นอาจทำได้เป็นครั้งคราวเมื่อบริษัทมีกำไรเพียงพอที่จะทำได้

⁵⁷ John Cadman, *supra note 16*, p.31, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, p.2.

⁵⁸ สุริยนตร์ โสทธิทัต, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลของบริษัท”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น.22.

⁵⁹ *เพ็งอึ้ง*, น.23.

⁶⁰ ปิติพงศ์ อาชามงคล, *อึ้งแล้ว เจิงอรรถที่ 2*, น.70.

⁶¹ *เพ็งอึ้ง*, น.70.

⁶² John Cadman, *supra note 16*, pp.31, 311 – 312.

ในการจ่ายเงินปันผลแต่ละคราว บริษัทจะต้องจัดสรรเงินไว้เป็นทุนสำรองอย่างน้อยหนึ่งในสี่สิบของผลกำไรจนกว่าทุนสำรองนี้จะมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนทุนของบริษัท หลังจากนั้น บริษัทจะจ่ายผลกำไรเป็นเงินปันผล

หากบริษัทมีกำไร คู่สัญญาตกลงจะประกาศจ่ายเงินปันผลไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของกำไรสุทธิ เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลงกันให้มีการจ่ายเงินปันผล หรือมีการจ่ายเงินปันผลมากกว่าในรอบปีบัญชีนั้น

อนึ่ง บริษัทอาจจัดสรรเงินทุนสำรองอื่นตามที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการ ทั้งนี้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุมัติโดยมติพิเศษของที่ประชุมผู้ถือหุ้น”

2.1.3.7 ข้อตกลงเรื่องการรักษาความลับ

ผู้ถือหุ้นนั้นเป็นผู้หนึ่งนอกเหนือจากคณะกรรมการของบริษัทที่สามารถเข้าถึงความลับทางการค้าของกิจการ อาทิเช่น แพลตฟอร์มธุรกิจ สูตร กรรมวิธีการผลิต แบบแปลนแผนผังต่าง ๆ รวมตลอดถึงรายละเอียดของลูกค้าหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกิจการของบริษัท⁶³

ความลับในที่นี้หมายถึงความถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่คู่สัญญาผู้เปิดเผยข้อมูลนั้นไม่ประสงค์จะให้บุคคลที่สามได้ล่วงรู้โดยที่ตนมิได้ให้ความยินยอม ซึ่งความที่จะต้องรักษานั้นอาจเป็นความลับทางการค้าหรือไม่ใช่ความลับทางการค้า⁶⁴ ตามความหมายของพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ก็ได้⁶⁵ ดังนั้น ความลับที่กล่าวมานี้ อาจจะเป็น

(1) ความลับของคู่สัญญาผู้เปิดเผยความลับเอง เช่น ความลับเกี่ยวกับฐานะของคู่สัญญา ความลับของการดำเนินงานของคู่สัญญา เป็นต้น⁶⁶

(2) ความลับที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาผู้เปิดเผยความลับนั้นกับบุคคลภายนอก เช่น ข้อมูลของสัญญาที่คู่สัญญานั้นทำขึ้นกับบุคคลภายนอก รายชื่อลูกค้าของคู่สัญญาและรายได้ที่ได้รับจากลูกค้า สัญญาว่าจ้างเจ้าหน้าที่ สัญญารับเหมา สัญญากับภาครัฐ เป็นต้น⁶⁷

⁶³ ปิติพงศ์ อาชามงคล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.72.

⁶⁴ อธิก อัครวานันท์, *ร่างสัญญาธุรกิจ*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2559), น.303.

⁶⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอนที่ 36 ก หน้า 22 ลงวันที่ 23 เมษายน 2545

⁶⁶ อธิก อัครวานันท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 64*, น.303.

⁶⁷ *เพิงอ้าว*, น.303.

(3) ความลับของบุคคลภายนอกที่อยู่ในความครอบครองของคู่สัญญาผู้เปิดเผย เป็นต้นว่าเป็นความลับของลูกค้าผู้ใช้บริการของธนาคาร ลูกค้าผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการอื่น ๆ เช่น ลูกค้าบัตรเครดิต ลูกค้าใช้บริการทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น⁶⁸

ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงมักกำหนดถึงข้อตกลงเรื่องการรักษาความลับ หรือไม่ให้เปิดเผยสิ่งที่ได้ล่วงรู้จากกิจการของบริษัท⁶⁹ เพราะหากว่าไม่กำหนดข้อตกลงเช่นนี้ไว้ ผู้ถือหุ้นบางรายอาจเปิดเผยความลับหรือสิ่งที่ได้ล่วงรู้จากกิจการของบริษัทอันจะเป็นผลเสียหายต่อกิจการของบริษัทได้⁷⁰ ซึ่งโดยปกติข้อตกลงจะกำหนดว่าหากมีการฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าว จะต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่บุคคลอื่นได้ล่วงรู้ความลับนั้น

ตัวอย่างที่ 1

“(1) คู่สัญญาตกลงกันว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะถือว่าข้อมูลทั้งหมดที่ได้รับหรือได้มาโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือพนักงาน หรือตัวแทน หรือที่ปรึกษาของคู่สัญญา อันเนื่องมาจากการเข้าทำสัญญาฉบับนี้ และการปฏิบัติตามสัญญาฉบับนี้เป็นความลับอย่างเคร่งครัด ซึ่งข้อมูลดังกล่าวให้รวมถึงข้อมูลที่เกี่ยวเนื่องกับข้อกำหนดของสัญญาฉบับนี้ การดำเนินการเจรจาต่อรองซึ่งทำให้เกิดสัญญาฉบับนี้ เนื้อหาสาระของสัญญาฉบับนี้ ตลอดจนธุรกิจหรือกิจการของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมายบังคับหรือตามคำสั่งของหน่วยงานของรัฐ หรือข้อมูลนั้นเป็นข้อมูลที่เป็นสาธารณะอยู่แล้วในเวลาที่เปิดเผยข้อมูลนั้น

(2) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะไม่ใช้ประโยชน์ เปิดเผยหรือประกาศข้อมูลดังกล่าวต่อบุคคลอื่นใด ไม่ว่าในเวลาใด ๆ ภายหลังจากนี้ และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะพยายามอย่างดีที่สุดเพื่อมิให้เกิดการเผยแพร่ หรือเปิดเผยข้อมูลใด ๆ ดังกล่าว

(3) การเปิดเผยความลับใด ๆ ต้องได้รับความเห็นชอบ พร้อมทั้งความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ผู้ร่วมทุนต่างตกลงว่า ในการติดต่อกับบุคคลภายนอกผู้ร่วมทุนจะทำทุกวิถีทางเพื่อแสดงว่าตนมีจุดมุ่งหมายอันเดียวกันไม่ว่าก่อนหรือหลังการร่วมทุนในบริษัท เพื่อที่จะให้ความเชื่อมั่นว่าจะไม่มีความขัดแย้งที่เด่นชัดเกี่ยวกับการตัดสินใจของบริษัท (หรือในนามของบริษัท) ผู้ร่วมทุนจึงตกลงกันว่าในการเจรจาทุกครั้งที่เกี่ยวข้องกับเอกสารใด ๆ ของกิจการบริษัท ผู้ร่วมทุนจักปรึกษารัหรือระหว่างกันเองก่อนที่จะได้แถลงถึงการตัดสินใจของผู้ร่วมทุนหรือบริษัท แล้วแต่กรณี⁷¹”

⁶⁸ เฬ่งอั้ง, น.303 – 304.

⁶⁹ ปิติพงศ์ อาชามงคล, *อั้งแล้ว เจิงอรรถที่ 2*, น.72.

⁷⁰ John Cadman, *supra note 16*, p.39.

⁷¹ John Cadman, *supra note 16*, pp.320 – 321.

ตัวอย่างที่ 2

“คู่สัญญาต่างฝ่ายจะดำเนินการตามวิธีการที่จำเป็นที่จะรักษาข้อมูลที่เป็นความลับของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นให้เป็นความลับไม่น้อยไปกว่าวิธีการเก็บรักษาข้อมูลของตนเองที่เป็นความลับ แต่ทั้งนี้ในการเก็บรักษาข้อมูลลับของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นอย่างน้อยจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานดังนี้คือ จะไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับต่อบุคคลที่สาม และจะเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับนั้นต่อเจ้าหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่เปิดเผยเมื่อมีความจำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นทราบเพื่อการทำงานตามสัญญานั้นเท่านั้น

ในกรณีที่คู่สัญญาจะต้องเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับให้แก่บุคคลภายนอกนั้น คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะให้บุคคลภายนอกนั้นทำสัญญารักษาความลับที่มีมาตรฐานไม่ด้อยไปกว่าสัญญานี้

เมื่อสัญญานี้สิ้นสุดลง คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะคืนเอกสาร และวัสดุที่บันทึกข้อมูลที่เป็นความลับไม่ว่าในทางอิเล็กทรอนิกส์หรือโดยเทคโนโลยีอื่นใดแก่คู่สัญญาผู้เป็นเจ้าของข้อมูลที่เป็นความลับโดยไม่เก็บสำเนาใด ๆ ไว้

คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างจะผูกพันรักษาข้อมูลที่เป็นความลับนี้ต่อไปหลังจากที่สัญญานี้สิ้นสุดลงแล้ว ... ปี⁷²”

2.1.3.8 ข้อตกลงเรื่องกระบวนการเข้าถึงสมุดบัญชีและเอกสารของบริษัท⁷³

เมื่อผู้ถือหุ้นมีสิทธิควบคุมการทำงานของบริษัทโดยที่ประชุมใหญ่ การที่จะให้ผู้ถือหุ้นใช้สิทธินี้ได้อย่างสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพ ก็ต้องให้ผู้ถือหุ้นทราบข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินงานของบริษัท⁷⁴ ผู้ถือหุ้นจึงจะสามารถสอบถามกรรมการในที่ประชุมใหญ่และตัดสินใจได้อย่างเหมาะสมว่าจะลงคะแนนเสียงในทางใด มาตรา 1027 จึงกำหนดให้กรรมการจัดทำมีการบันทึกรายงานการประชุมและข้อมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นและที่ประชุมกรรมการอันเป็นเอกสารของบริษัท เพื่อให้ผู้ถือหุ้นตรวจดูได้⁷⁵

⁷² อธิก อิศวานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 64*, น.305.

⁷³ Sean FitzGerald and Graham Muth, *Shareholders' Agreements*, 6th ed., (London : Sweet & Maxwell Limited, 2012), pp.30, 408 – 410, 458, see also John Cadman, *supra* note 16, p.44.

⁷⁴ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.332.

⁷⁵ สหชน รัตนไพจิตร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น.469, และดู โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.332 – 333.

สมุดบัญชีก็มีความสำคัญเช่นเดียวกับเอกสารของบริษัท เพราะสมุดบัญชีเป็นเครื่องมือสำคัญที่ธุรกิจจะขาดเสียมิได้ เจ้าของธุรกิจที่ประสงค์จะควบคุมไม่ให้เกิดการรั่วไหลได้ก็แต่โดยการติดตามตัวเลขทางบัญชี⁷⁶ เนื่องจากหลักของการบันทึกบัญชีก็คือทุกรายการที่เกิดขึ้นต้องมีการบันทึกไว้ในบัญชีและบันทึกบัญชีตามหลักการบัญชีคู่และหลักการบัญชีต่าง ๆ จะทำให้เห็นจุดบกพร่องจุดรั่วไหลได้ทันทั่วทั้งที่และสามารถแก้ไขหรือป้องกันการรั่วไหลดังกล่าวได้ แต่หากธุรกิจใดไม่มีการจัดทำบัญชีให้ถูกต้องสมบูรณ์อาจเกิดความเสียหายแก่ธุรกิจได้⁷⁷

ตามกฎหมายไทย ผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิตรวจสอบและเอกสารต่าง ๆ ของบริษัทได้ก็แต่ที่กฎหมายให้สิทธิไว้ คือ ตรวจสอบสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้น สมุดรายงานหรือบันทึกการรายงานการประชุมคณะกรรมการ สมุดรายงานหรือบันทึกการประชุมใหญ่ กับมีโอกาสได้ตรวจสอบบัญชีงบดุล (Balance Sheet)⁷⁸ หรือบัญชีแสดงฐานะทางการเงิน (Statement of Financial Position)⁷⁹ อันเป็นบัญชีรายการสินทรัพย์และหนี้สินของบริษัทที่กรรมการเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ในแต่ละรอบปีบัญชีเท่านั้น⁸⁰

เอกสารหรือบัญชีอื่นของบริษัทผู้ถือหุ้นหามีโอกาสได้ตรวจสอบได้ ผู้ถือหุ้นอาจสอบถามให้กรรมการชี้แจงหรืออธิบายเรื่องที่เสนอต่อที่ประชุมใหญ่ได้ แต่เมื่อกรรมการแถลงเป็นอย่างไรรู้แล้วก็ยากที่จะตรวจสอบความจริงได้⁸¹ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้อย่างไร ในบางกรณีทางราชการจึงต้องยื่นมือเข้ามาช่วยเหลือโดยกฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ที่จะตั้ง “ผู้ตรวจ” เข้าไปตรวจการงานของบริษัทได้⁸²

อนึ่ง “แม้ผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิในการรับรู้ข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการประกอบกิจการของบริษัท แต่มีข้อสังเกตว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นในการรับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบกิจการของบริษัทนี้มีขอบเขตที่แคบกว่าสิทธิในทำนองเดียวกันของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ⁸³ เนื่องจาก

⁷⁶ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.486.

⁷⁷ *เพ็ญอ้าว*, น.486 – 510.

⁷⁸ *เพ็ญอ้าว*, น.511.

⁷⁹ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.472 – 473.

⁸⁰ จันตรี สินศุภฤกษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.206.

⁸¹ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.511.

⁸² *เพ็ญอ้าว*, น.511 – 515.

⁸³ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธ์, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.246 – 247.

ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญนอกจากจะสามารถไต่ถามหุ้นส่วนผู้จัดการเกี่ยวกับการจัดการงานของห้างหุ้นส่วนที่ดำเนินการอยู่แล้ว ผู้เป็นหุ้นส่วนยังสามารถตรวจดูและคัดสำเนาเอกสารต่าง ๆ ของห้างหุ้นส่วนได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นสมุดบัญชีและเอกสารใด ๆ ของห้างหุ้นส่วน⁸⁴”

แต่ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดมีสิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบกิจการของบริษัทได้เฉพาะแต่เอกสารต่าง ๆ ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้เท่านั้น เว้นเสียแต่ว่าจะได้มีข้อบังคับของบริษัทหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในสหรัฐอเมริกา ผู้ถือหุ้นมีสิทธิจะได้รับทราบข้อมูลบางอย่างของบริษัท นอกเหนือไปจากการตรวจดูรายงานการประชุมและสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้น กล่าวคือ มีสิทธิตรวจดูบัญชีและเอกสารสำคัญบางประการ เช่น หนังสือสัญญา หนังสือโต้ตอบ หลักฐานการเสียภาษี รวมทั้งตรวจโรงงานของบริษัทด้วย⁸⁵ แต่การขอตรวจจะต้องทำตามเวลาและสถานที่อันสมควร ทั้งต้องขอตรวจโดยมีวัตถุประสงค์ที่ชอบ เช่น ขอตรวจสอบหลักฐานการเงินของบริษัทเมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล ราคาหุ้น และการจัดการงาน⁸⁶ หากเป็นการขอตรวจเพื่อการอันมิชอบ บริษัทปฏิเสธได้ เช่น การตรวจสอบเพื่อล้วงความลับทางการค้าของบริษัท หาข้อมูลไปให้คู่แข่งในทางธุรกิจของบริษัท หรือเพื่อการข่มขู่ฝ่ายจัดการ เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อความมุ่งหมายทางการเมือง เป็นต้น⁸⁷

โดยสรุปแล้วผู้ถือหุ้นนอกจากครอบงำการบริหารงานของบริษัทผ่านการลงมติในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแล้ว ผู้ถือหุ้นยังมีสิทธิครอบงำการบริหารงานผ่านการตรวจสอบสมุดบัญชีและเอกสารของบริษัทได้ด้วย ซึ่งเอกสารที่กฎหมายอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นตรวจสอบมี 4 ประการด้วยกัน⁸⁸ ได้แก่ (1) สมุดทะเบียนผู้ถือหุ้น (2) สมุดรายงานการประชุมหรือบันทึกรายงานการประชุม (3) เอกสารทางการเงินของบริษัท อันได้แก่ บัญชีงบดุลหรือบัญชีแสดงฐานะทางการเงินของบริษัท และ (4) เอกสารต่าง ๆ ของบริษัทที่อยู่สำนักงานทะเบียนของทางราชการตามมาตรา 1020

⁸⁴ เพิ่งอ้าง, น.247.

⁸⁵ Harry G. Henn and John R. Alexander, Laws of Corporations, (West Publishing Co., 1983), pp.537 – 538, อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.333.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ สหชน รัตนไพจิตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75, น.468 – 476.

ดังนี้ หากผู้ถือหุ้นประสงค์ที่จะครอบงำการบริหารงานของบริษัทผ่านการเข้าถึงสมุดบัญชีและเอกสารต่าง ๆ ของบริษัทให้กว้างกว่าที่กฎหมายอนุญาต ก็มีความจำเป็นที่จะต้องตกลงกันเป็นอย่างอื่นไว้ในข้อบังคับของบริษัทหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น⁸⁹

โดยวิธีในการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิโดยตรงในการเข้าถึงเอกสารของบริษัท อาจใช้วิธีกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการเข้าถึงเอกสารของบริษัทได้โดยตรง หรือวิธีให้กรรมการที่ได้รับการเสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยสามารถเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับกิจการแก่ผู้ถือหุ้น⁹⁰ เป็นต้น

นอกจากที่กล่าวมานี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังมีข้อตกลงในเรื่องอื่น ๆ อีก เช่น อารัมภบทหรือข้อตกลงในเรื่องความทั่วไป (General หรือ Preliminary หรือ Recitals)⁹¹ คำจำกัดความและการตีความ (Definitions and Interpretation)⁹² ประเภทต่าง ๆ ของหุ้น (Classes of Shares) ค่าตอบแทนกรรมการ (Remuneration of Directors)⁹³ การส่งคำบอกกล่าว (Notices)⁹⁴ การผิดนัด (Default) การเสียชีวิตของผู้ถือหุ้น (Death of a Shareholder) กฎหมายที่ใช้บังคับ (Governing Law and Jurisdiction)⁹⁵ เหตุแห่งการเลิกบริษัทโดยข้อสัญญาหรือการระงับซึ่งสัญญา (Termination)⁹⁶ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)⁹⁷ และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights)⁹⁸ เป็นต้น

⁸⁹ Sean FitzGerald and Graham Muth, *supra note 73*, p.30.

⁹⁰ *Ibid.*, p.30.

⁹¹ John Cadman, *supra note 16*, p.478.

⁹² *Ibid.*, pp.303, 339, 369, 439, 473, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, pp.327, 357, 390.

⁹³ John Cadman, *ibid.*, p.363, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *ibid.*, p.374.

⁹⁴ John Cadman, *ibid.*, p.365.

⁹⁵ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, p.341.

⁹⁶ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 83*, น.278 – 279, see also John Cadman, *supra note 16*, p.326.

⁹⁷ ปิติพงศ์ อาษามงคล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น.56 – 76, see also Graham Stedman and Janet Jones, *supra note 15*, pp.67 – 82.

⁹⁸ John Cadman, *supra note 16*, p.408.

จากข้อตกลงทั้งหลายที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นเพียงตัวอย่างของข้อตกลงที่มักจะถูกกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสาระสำคัญหรือเป็นหลักของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มักจะมีการกำหนดตกลงกันไว้ อย่างไรก็ตาม วิทยานิพนธ์ของผู้เขียนฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงข้อตกลงตั้งกรรมการในบริษัทจำกัดเป็นประเด็นหลัก ซึ่งข้อตกลงตั้งกรรมการดังกล่าวจะเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องโครงสร้างการบริหาร การควบคุม และที่มาของกรรมกรรมนั้นเอง ดังจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไปในเนื้อหาของบทที่ 3

2.1.4 รูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

2.1.4.1 พิจารณาในแง่คู่สัญญา

รูปแบบที่ 1 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีผู้ถือหุ้นทุกคนเป็นคู่สัญญา⁹⁹ หมายความว่า ผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทได้ตกลงร่วมกันทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนและของบริษัทนอกเหนือไปจากที่มีอยู่ในข้อบังคับของบริษัท ทั้งนี้ ก็เพราะว่าข้อตกลงหรือสิทธิหรือหน้าที่บางอย่างไม่อาจกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้

โดยปรกติแล้วสัญญารูปแบบนี้มักจะเกี่ยวกับการจัดการงานของบริษัท ข้อตกลงเกี่ยวกับการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ การซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้น และข้อตกลงว่าผู้ถือหุ้นในฐานะกรรมการจะต้องลงมติอย่างไร การเลิกกิจการของบริษัท เป็นต้น¹⁰⁰

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นรูปแบบนี้เกิดขึ้นได้ทั้งก่อนการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท และหลังมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้ว

รูปแบบที่ 2 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีผู้ถือหุ้นเพียงบางฝ่ายเป็นคู่สัญญา¹⁰¹ หมายความว่า ผู้ถือหุ้นเพียงบางกลุ่มหรือเพียงบางคนในบริษัทมาตกลงร่วมกันทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนเอง ซึ่งอาจเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นมาตกลงกันเพื่อต้องการรวมกลุ่มในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในระเบียบวาระใดระเบียบวาระหนึ่งในการประชุมผู้ถือหุ้น

ตัวอย่างเช่น การรวมกลุ่มกันเพื่อใช้ออกเสียงลงคะแนนแต่งตั้งคณะกรรมการของบริษัท (Right to Appoint Nominated Director) หรือเพื่อใช้สิทธิคัดค้านมติพิเศษของที่ประชุม (Veto or Negative Vote) หรือเพื่อใช้สิทธิอื่น ๆ ที่ผู้ถือหุ้นพึงมี เช่น การเรียกร้องให้มีการจัดการประชุมที่กระทำโดยผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 1 ใน 5 ตามมาตรา 1173 เป็นต้น

⁹⁹ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.255.

¹⁰⁰ *เพ็ญอ้าว*, น.255.

¹⁰¹ *เพ็ญอ้าว*, น.255.

อนึ่ง โดยปรกติสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในรูปแบบนี้เป็นข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อประโยชน์ของตนซึ่งบางกรณีอาจเป็นผลร้ายแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยได้¹⁰² หากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นเป็นการตกลงกันทำขึ้นระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างมาก อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นรูปแบบนี้อาจเป็นผลดีแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยได้ หากเป็นการตกลงกันทำขึ้นระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างน้อยในบริษัท กล่าวคือ เพื่อรวบรวมคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่มีอยู่หลายรายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อให้ได้คะแนนเสียงรวมเพียงพอที่จะใช้สิทธิคัดค้านมติพิเศษของที่ประชุมนั่นเอง

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นรูปแบบนี้เกิดขึ้นได้ทั้งก่อนการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท และหลังมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้ว

รูปแบบที่ 3 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีผู้ถือหุ้นทุกคนเป็นคู่สัญญา รวมทั้งบริษัท¹⁰³ หมายความว่า ผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทได้มาตกลงร่วมกันทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนและของบริษัทนอกเหนือไปจากที่มีอยู่ในข้อบังคับของบริษัท โดยสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในรูปแบบที่ 3 นี้ มีการให้บริษัทร่วมลงนามรับรู้ หรือลงนามเป็นคู่สัญญาด้วย

เหตุที่ต้องให้บริษัทมาร่วมลงนามรับรู้หรือลงนามเป็นคู่สัญญาด้วยก็ เพราะว่าโดยหลักในเรื่องสัญญา สัญญาที่กระทำขึ้นย่อมมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาในสัญญานั้นเท่านั้น หากบริษัทไม่ได้มีฐานะเป็นคู่สัญญาแล้วบางกรณีที่จะต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ต้องกระทำผ่านหรือโดยอาศัยบริษัท การนั้นจึงจะสำเร็จได้ จึงจำเป็นต้องนำบริษัทเข้ามาตกลงร่วมด้วย เพื่อให้สัญญามีผลผูกพันบริษัท หรือเพื่อให้บริษัทสามารถเข้ามารองรับการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Give Effect)¹⁰⁴

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นรูปแบบนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้ว

¹⁰² เพ็งอ้าง, น.255.

¹⁰³ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, pp.33 – 37, 64 – 65, และดู โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, น.254.

¹⁰⁴ Graham Stedman and Janet Jones, *supra* note 15, pp.57 – 58, see also John Cadman, *supra* note 16, pp.3 – 4, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, pp.342 – 344.

รูปแบบที่ 4 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีผู้ถือหุ้นเพียงบางคนเป็นคู่สัญญา¹⁰⁵ รวมทั้งบริษัท หมายความว่า ผู้ถือหุ้นเพียงบางกลุ่มหรือเพียงบางคนในบริษัทมาตกลงร่วมกันทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนเอง โดยนำเอาบริษัทเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย เพื่อให้มีผลผูกพันบริษัทและให้ผู้ถือหุ้นสามารถปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ ซึ่งรูปแบบที่ 4 นี้มักจะเกิดจากการที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากในบริษัทจัดทำขึ้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นรูปแบบนี้จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้ว

ในส่วนของบริษัทนั้น การที่บริษัทจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้นั้นจะต้องปรากฏว่ามีสภาพความเป็นนิติบุคคลเกิดขึ้นแล้ว มิฉะนั้นบริษัทย่อมขาดความสามารถในเข้าทำนิติกรรมเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

อย่างไรก็ดี มีผู้เห็นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นรูปแบบที่ 4 ไม่อาจมีได้ เพราะขัดต่อหลักพื้นฐานที่กำหนดให้บริษัทต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทุกคน¹⁰⁶ กล่าวคือ มีผู้เห็นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีบริษัทเข้าร่วมเป็นคู่สัญญานั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้ คือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะต้องมีผลบังคับใช้ภายหลังจากที่บริษัทได้รับการจดทะเบียนจัดตั้งจนมีสภาพความเป็นนิติบุคคลแล้ว¹⁰⁷ และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะต้องมีผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วย หากมีผู้ถือหุ้นเพียงบางคนเข้าร่วมผูกพันในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นย่อมเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์เฉพาะของผู้ถือหุ้นเพียงบางคนดังกล่าวนั้น¹⁰⁸ อันจะกระทบต่อหลักการที่บริษัทจะต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทุก ๆ คนในบริษัท

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีผู้ถือหุ้นเพียงบางคนเป็นคู่สัญญานั้นย่อมมีได้ เพราะเป็นความสมัครใจของบุคคลและบริษัทผู้เข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อีกทั้งไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ส่วนประเด็นว่าจะขัดต่อหลักพื้นฐานที่กำหนดให้บริษัทต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทุกคนหรือไม่นั้น น่าจะต้องพิจารณาจากรายละเอียดข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นรายกรณีไป

¹⁰⁵ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, น.254.

¹⁰⁶ ปิติพงศ์ อาษามงคล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*, น.80.

¹⁰⁷ *เพ็ญอ้าง*, น.80.

¹⁰⁸ *เพ็ญอ้าง*, น.80.

2.1.4.2 พิจารณาในแง่เวลาแห่งการก่อตั้งบริษัท

หากพิจารณาในแง่เวลาแห่งการก่อตั้งบริษัทแล้ว สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็จะเกิดขึ้นได้ใน 2 ช่วงเวลาด้วยกัน กล่าวคือ

ช่วงเวลาที่ 1 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ตกลงกันทำขึ้นโดยยังไม่มีการจัดทะเบียนจัดตั้งบริษัท กล่าวคือว่า ผู้ถือหุ้นตกลงกันล่วงหน้าก่อนที่จะมีการร่วมทุนกันจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน และต่อบริษัทที่กำลังจะเกิดขึ้น และ

ช่วงเวลาที่ 2 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ตกลงกันทำขึ้นภายหลังจากที่มีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้นแล้ว กล่าวคือว่า ผู้ถือหุ้นได้มาตกลงร่วมกันภายหลังบริษัทได้ถูกจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นมาแล้ว ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เป็นการทำสัญญาภายหลังการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทใหม่หรือบริษัทเดิมก็ได้

2.1.4.3 พิจารณาในแง่รูปแบบของบริษัท

คู่สัญญาอาจตกลงกันทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นซึ่งอาจเป็นกรณีของการลงทุนแบบบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด หรือบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ก็ได้¹⁰⁹

โดยมีผู้เห็นว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดที่กำหนดในเรื่องข้อจำกัดการโอนหุ้น การแบ่งหุ้นออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการเลือกตั้งและถอดถอนกรรมการของบริษัทต่าง ๆ เหล่านี้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการบริหารกิจการของบริษัทจำกัด เมื่อมีการร่วมทุนกันระหว่างผู้ถือหุ้นสองกลุ่มใหญ่ขึ้นไป¹¹⁰ โดยผู้ถือหุ้นสองกลุ่มใหญ่ขึ้นไปนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นคนต่างด้าว กล่าวคือ อาจเป็นการร่วมทุนในระหว่างผู้ถือหุ้นสองกลุ่มใหญ่ที่เป็นคนไทยก็ได้ หรืออาจเป็นการร่วมทุนระหว่างผู้ถือหุ้นสองกลุ่มใหญ่ที่เป็นคนไทยกับคนต่างด้าวก็ได้

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าวัตถุประสงค์ในการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ว่าจะในบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ก็ดีล้วนแล้วแต่กระทำขึ้นเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่และความสมดุลในระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากกับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ซึ่งอาจเป็นผู้ถือหุ้นคนไทยหรือคนต่างด้าวก็ได้

¹⁰⁹ Graham Stedman and Janet Jones, *supra* note 15, p.1, see also John Cadman, *supra* note 16, p.1, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, p.2.

¹¹⁰ ประกาศิต อธิรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 43*, น.181.

มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้กระทำขึ้นในบริษัทจำกัด หากนำมาใช้กับบริษัทมหาชนจำกัด จะมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ เพียงใด โดยได้มีการให้ความเห็นไว้เป็น 2 แนวทาง¹¹¹

แนวทางที่ 1 เห็นว่าข้อสัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นใดที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวระบุไว้โดยชัดแจ้งว่า ห้ามมิให้ข้อบังคับของบริษัทมหาชนจำกัดขัดสิทธิของผู้ถือหุ้นในการลงคะแนนเสียงเลือกกรรมการ

แนวทางที่ 2 เห็นว่าข้อสัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นเป็นการตกลงกันระหว่างเอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาตามหลักกฎหมายสัญญา จึงมีความผูกพันระหว่างกันตามกฎหมายเอกชน และข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นแม้จะมีความขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด แต่ก็ไม่ใช่บทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่ตกเป็นโมฆะ ดังนั้น ข้อสัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงมีผลใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญา

ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจจัดทำขึ้นได้ทั้งในกรณีของบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด และบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ แต่จะมีผลบังคับตามกฎหมายได้หรือไม่เพียงใด และหากมีผลบังคับแล้วจะนำไปใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง¹¹² ซึ่งจะต้องพิจารณาจากรายละเอียดข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นกรณี ๆ ไป

อนึ่ง ในวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนขอเน้นย้ำว่าเป็นการศึกษาสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเฉพาะในขอบเขตของบริษัทจำกัดแต่เพียงเท่านั้น ซึ่งบริษัทจำกัดตามสมมติฐานมีผู้ถือหุ้นเพียง 2 กลุ่ม และผู้ถือหุ้นทั้ง 2 กลุ่มนั้นถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท แต่ที่กล่าวถึงสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งจัดทำขึ้นในกรณีของการลงทุนแบบบริษัทมหาชนจำกัด และบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นั้นก็เพื่อแสดงให้เห็นรูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีความหลากหลายเท่านั้น และเพื่อแสดงให้เห็นว่าในทางปฏิบัติแล้ว สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นก็ได้ถูกจำกัดไว้ว่าจะถูกใช้ได้เฉพาะในบริบทของบริษัทจำกัดแต่เพียงรูปแบบเดียว

¹¹¹ เพิ่งอ้าง, น.197 – 198.

¹¹² Graham Stedman and Janet Jones, *supra* note 15, p.1, see also John Cadman, *supra* note 16, p.1, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, p.3.

2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทตามหลักกฎหมายบริษัท

“ผู้ถือหุ้นเป็นผู้เข้ามาร่วมในกิจการของบริษัท จึงถือได้ว่าเป็นสมาชิกของบริษัท เหมือนกับที่บุคคลถ้าไปร่วมเป็นสมาชิกในสมาคม บุคคลจะเป็นผู้ถือหุ้นก็ต่อเมื่อมีชื่ออยู่ในทะเบียนผู้ถือหุ้นด้วย แต่การร่วมของผู้ถือหุ้นในบริษัทมุ่งประสงค์ต่อการได้ผลตอบแทนทางด้านกำไรเป็นหลัก”¹¹³ ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทตามหลักกฎหมายบริษัทนี้อาจกล่าวได้ว่า ผู้ถือหุ้นมิใช่ตัวแทนของบริษัท และมีใช้ตัวแทนของผู้ถือหุ้นกันเองด้วย ทั้งมิใช่เจ้าของทรัพย์สินในบริษัท¹¹⁴

ดังนั้น ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจึงมีสถานะความเป็นบุคคลแยกต่างหากจากกัน และโดยหลักผู้ถือหุ้นจึงไม่มีหน้าที่ต่อบริษัทและไม่มีหน้าที่ต่อผู้ถือหุ้นด้วยกัน เว้นแต่จะถูกกำหนดให้ต้องมีหน้าที่ตามหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัทดังจะกล่าวต่อไป

2.2.1 หลักความเป็นนิติบุคคล

ในทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัทนั้นอาจแบ่งได้เป็นหลายทฤษฎี แต่ผลที่สำคัญที่สุดของการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทก็คือ การที่บริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีตัวตนทางกฎหมายแยกจากตัวผู้ถือหุ้น ทำให้บริษัทสามารถมีสิทธิและหน้าที่แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ซึ่งจะมีผลตามมาในประการอื่น ๆ อีกดังจะกล่าวต่อไป

ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นนิติบุคคลของบริษัทนั้นได้ถูกกล่าวถึงในหลายแง่มุม¹¹⁵ ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมีหลายทฤษฎีกล่าวถึงในแง่มุมต่าง ๆ กัน หลายทฤษฎีสันนิษฐานว่า นิติบุคคลมีฐานะแยกต่างหากจากบุคคลที่เป็นเจ้าของ ได้แก่ Fiction Theory ทฤษฎีนี้ Savigny ถือว่าบุคคลหรือกองทรัพย์สินที่รวมกันนั้นกฎหมายได้รับรู้ โดยสมมติให้บุคคลหรือกองทรัพย์สินนั้นเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งต่างหาก นิติบุคคลเกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย แต่ไม่มีตัวตนหรือความเป็นอยู่อย่างแท้จริง เท่ากับว่า Fiction หรือ Entity Theory ถือว่าบริษัทเป็นบุคคลขึ้นก็โดยการ

¹¹³ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.329.

¹¹⁴ *เพ็ญอ้าง*, น.335.

¹¹⁵ *เพ็ญอ้าง*, น.258, see also W. Friedmann, *Legal Theory*, 4th ed., (London : Stevens & Son Limited, 1960) p.512, see also Harry G. and John R. Alexander, *supra note 85*, pp.144 – 145, และดู วุฒิพงศ์ วงษ์ศรีแก้ว, “ความรับผิดชอบของกรรมการที่บริหารบริษัทในกรณีบริษัทล้มละลาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.13 – 16.

สมมติให้เป็นบุคคลหรือตัวตนทางกฎหมาย (Legal Person or Entity) เท่านั้น ไม่ใช่เป็นของจริง หรือ

Concession Theory ถือว่านิติบุคคลเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายให้ความยินยอม ทั้งสภาพนิติบุคคลต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น บริษัทจะเกิดขึ้นได้ก็แต่โดยอำนาจรัฐ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า รัฐเท่านั้นเป็นที่มาของสภาพนิติบุคคล หรือ

Organic หรือ Realist Theory ซึ่ง Gierke ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่มีความหมายโดยแท้จริง ๆ กล่าวคือ เป็นกลุ่มบุคคล กลุ่มผลประโยชน์ กลุ่มของกิจกรรมซึ่งประกอบเข้ากันโดยมีเจตนาแท้จริงของตนเอง และพยายามวางรากฐานในการยอมรับสภาพนิติบุคคลทางกฎหมายโดยวิธีการจดทะเบียน เท่ากับว่าทฤษฎีนี้ถือว่าบริษัทเป็นเรื่องที่กฎหมายรับรองกลุ่มผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นแล้ว และมีอยู่ตามความเป็นจริง เมื่อมีการรับรองเป็นบุคคลต่างหากขึ้นมา ก็ต้องให้สิทธิและคุณลักษณะต่าง ๆ ของบุคคลธรรมดาแก่บริษัทด้วย

อย่างไรก็ตาม ก็มีบางทฤษฎีที่ไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคลแยกออกไปต่างหากจากผู้ถือหุ้น ได้แก่ Enterprise Theory เห็นว่าเป็นความจำเป็นทางการค้าจึงต้องให้บริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคล โดยไม่คำนึงถึงการมีตัวตนแยกจากผู้ถือหุ้น และ Collectivist Theory โดย Jhering เห็นว่า ผู้ถือสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลที่แท้จริง ได้แก่ บุคคลธรรมดา และถือว่าสมาชิกของนิติบุคคลที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้นมีสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคล กล่าวคือ เมื่อบุคคลรวมตัวกันจัดตั้งนิติบุคคลขึ้น จึงใช้ชื่อนิติบุคคลแทนบุคคลทั้งหมดเพื่อความสะดวกในการดำเนินการเท่านั้น และ Purpose Theory ซึ่ง Enneccerus Nipperday ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิตและจิตใจตามธรรมชาติ เจตนาของมนุษย์ที่รวมกันเข้าถือว่าเป็นเจตนาของนิติบุคคลและทำให้นิติบุคคลเป็นบุคคลขึ้น เพื่อให้นิติบุคคลดำเนินการไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดให้นิติบุคคลมีอยู่

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ประเทศอังกฤษยอมรับทฤษฎีตัวตนหรือความมีตัวตนของบริษัท (The Entity Theory) เนื่องจากบริษัทในสมัยเดิมตั้งขึ้นโดยพระราชานุญาต (Royal Charter) ของพระมหากษัตริย์ ซึ่งทำให้มีตัวตนมีสภาพนิติบุคคลสมมติขึ้นมาได้ บริษัทจึงเป็นการรวมกันขึ้นโดยมีบุคคลสมมติตามกฎหมาย และมีสถานะแยกต่างหากจากบุคคลในบริษัท ไม่ใช่เป็นเพียงการรวมกลุ่มของบุคคลซึ่งร่วมกันลงทุนและดำเนินงานของบริษัทเพียงอย่างเดียว¹¹⁶

¹¹⁶ W. Friedmann, *ibid.*, p.512, อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.258, และดู เสาวนีย์ อัสวโรจน์, *คำอธิบายหลักกฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ*, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.15 – 16, อ้างถึงใน วุฒิพงศ์ วงษ์ศรีแก้ว, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 115*, น.14.

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวความคิดว่า บริษัทมีฐานะเสมือนเป็นบุคคล สมมติตามกฎหมายภายใต้ Concession Theory หรือ Realist Theory ในเรื่องกิจการที่กรรมการ กระทำจะผูกพันบริษัทก็ต่อเมื่อได้กระทำในขอบอำนาจ แต่ถ้ากรรมการกระทำโดยปราศจากอำนาจ และบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบัน กรรมการจะต้องรับผิดชอบส่วนตัว หากกรรมการกระทำการนอกขอบ วัตถุประสงค์ของบริษัท (Ultra Vires) กิจการนั้นไม่ผูกพันบริษัท บริษัทไม่อาจให้สัตยาบันได้

อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษไม่ได้ยึดทฤษฎีได้อย่างแท้จริง โดยศาลได้นำเอา ทฤษฎีองค์การ (Organic Theory) มาปรับใช้แก่คดีเฉพาะเรื่องเพื่อขยายความรับผิดชอบของบริษัท เนื่องจากบางครั้งหลักกฎหมายตัวแทนนำมาใช้ได้ไม่เพียงพอ ต่อมาได้มีแนวความคิดสมัยใหม่ที่ว่า บริษัทเป็นสถาบันทางสังคม กล่าวคือ บริษัทมิได้มีเพียงคุณผลประโยชน์ของบริษัทเท่านั้น แต่ต้อง คำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ลูกจ้าง และเจ้าหน้าที่ของบริษัท ตลอดจนสังคมส่วนรวมด้วยซึ่ง สอดคล้องกับ Political Theory

ผลที่ตามมาของการที่บริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลมีตัวตนทางกฎหมาย (Legal Entity)¹¹⁷ แยกจากตัวผู้ถือหุ้น และทำให้บริษัทสามารถมีสิทธิและหน้าที่แตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ได้แก่ ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบแตกต่างหากจากบริษัทและผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดชอบหนี้สินของบริษัท ทรัพย์สินของบริษัทก็แตกต่างหากจากทรัพย์สินของผู้ถือหุ้น¹¹⁸ บริษัทอาจดำเนินคดีหรือเข้าเป็น คู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ในนามของตัวเองบริษัทเอง และบริษัทไม่อาจเสียชีวิตได้ อันมีผลให้กิจการของบริษัทมีความต่อเนื่อง (Perpetual Succession)¹¹⁹

“บริษัทจึงมีชีวิตอยู่ตลอดไปเพราะไม่ต้องประสบกับปัญหาโรคร้ายไข้เจ็บ หรือ ความสามารถบกพร่อง หรือความชราภาพอย่างที่เกิดขึ้นกับบุคคลธรรมดา¹²⁰ และที่สำคัญเมื่อมีการ แยกผลประโยชน์ของบริษัทกับผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นออกจากกันแล้ว ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นซึ่ง มีอยู่ในบริษัทอันได้แก่หุ้นนั้นสามารถทำการจำหน่ายจ่ายโอนได้ง่ายยิ่งกว่าผลประโยชน์ในกิจการค้า รูปแบบอื่น¹²¹”

ในขณะที่หุ้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นสามารถจำหน่ายจ่ายโอนให้ บุคคลใดก็ได้ตามความต้องการของผู้ถือหุ้น แต่สำหรับทุนหรือเงินทุนที่ผู้ถือหุ้นนำมาลงเพื่อซื้อหุ้นใน

¹¹⁷ L.C.B. Gower, Gower's Principles of Modern Company Law, 4th ed., (London : Steven & Sons, 1979), p.206, และดู จันตรี สินศุภฤกษ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 80*, น.125.

¹¹⁸ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.258 – 259.

¹¹⁹ จันตรี สินศุภฤกษ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 80*, น.125.

¹²⁰ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.258.

¹²¹ *เพ็ญอ้าว*, น.258.

บริษัทจำกัดนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัท ซึ่งมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น¹²² ไปแล้ว โดยนัยดังกล่าว ผู้ถือหุ้นจึงไม่มีสิทธิใด ๆ เหนือเงินทุนของบริษัท เว้นแต่จะได้มีการเลิกบริษัทและทำการชำระบัญชีตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ทั้งยังต้องมีทรัพย์สินเหลือเพียงพอที่คืนเงินทุนให้แก่ผู้ถือหุ้น¹²³

บริษัทจำกัดเป็นองค์กรธุรกิจรูปแบบหนึ่ง ซึ่งกฎหมายรับรองให้ผู้ประกอบการจัดตั้งขึ้นเพื่อประกอบกิจการแสวงหากำไร¹²⁴ หรือที่ในภาษาอังกฤษเรียกว่า “In a View of Profit”¹²⁵ ลักษณะของบริษัทจำกัดอาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะ 2 ประการ ได้แก่ ลักษณะทั่วไปและลักษณะพิเศษของบริษัทจำกัด

สัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดมีลักษณะทั่วไป คือ จัดตั้งขึ้นโดยสัญญาที่มีคู่สัญญาดกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรจากกิจการมาแบ่งปันกัน¹²⁶ และบริษัทจำกัดมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากองค์กรธุรกิจอื่น อันได้แก่ การแบ่งทุนเป็นหน่วย แต่ละหน่วยเรียกว่า “หุ้น” ซึ่งแต่ละหุ้นมีมูลค่าเท่ากัน และผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดเพียงค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการรับผิดชอบจำกัดจำนวน (Limited Liability)¹²⁷

เมื่อบริษัทได้เกิดขึ้นและมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย สภาพบุคคลของบริษัทก็สามารถสิ้นสุดลงได้เช่นกัน โดยเรียกได้ว่าบริษัทจำกัดมีวงจรชีวิต¹²⁸ เริ่มต้นตั้งแต่การก่อการจัดตั้งบริษัทจำกัด การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด การดำเนินธุรกิจภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท การเรียกประชุมผู้ถือหุ้นและการทำบัญชีแสดงฐานะทางการเงินและเรียกประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นทุก 12 เดือน การเลิกและชำระบัญชีบริษัทจำกัด การจดทะเบียนสิ้นสุดการชำระบัญชี¹²⁹

กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดไว้ 3 ประการ¹³⁰ กล่าวคือ ประการที่ 1 ต้องมีผู้เข้าซื้อหุ้นและจัดสรรหุ้นทั้งหมดแล้ว (มาตรา 1104)

¹²² นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 83*, น.145 – 146.

¹²³ *เพ็ญอ้าว*, น.146.

¹²⁴ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.267.

¹²⁵ จันตรี สิ้นสุภฤกษ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 80*, น.124.

¹²⁶ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.267 – 268.

¹²⁷ *เพ็ญอ้าว*, น.268 – 269.

¹²⁸ *เพ็ญอ้าว*, น.270.

¹²⁹ *เพ็ญอ้าว*, น.271 – 272.

¹³⁰ *เพ็ญอ้าว*, น.291.

ประการที่ 2 กรรมการต้องเรียกให้ชำระเงินค่าหุ้นครั้งแรกแล้ว (มาตรา 1111) และประการที่ 3 ต้องยื่นคำขอจดทะเบียนบริษัทภายใน 3 เดือนนับแต่วันประชุมตั้งบริษัท (มาตรา 1112 วรรคหนึ่ง)

เมื่อกรรมการได้ยื่นจดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผลของการจดทะเบียนบริษัทจำกัดอาจแบ่งได้เป็น ผลโดยทั่วไปและผลโดยเฉพาะ¹³¹

สำหรับผลโดยทั่วไป ได้แก่ ผลเกี่ยวกับสภาพบุคคลของบริษัท และผลเกี่ยวกับเอกสารที่ได้จดทะเบียน¹³²

ผลเกี่ยวกับสภาพบุคคล (Legal Personality) ของบริษัท หมายความว่า เมื่อได้จดทะเบียนแล้ว บริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลรวมถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างหากจากผู้ถือหุ้น¹³³ โดยอยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท¹³⁴ ดังที่มาตรา 66 บัญญัติไว้ว่า “นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง” โดยนัยดังกล่าว การจดทะเบียนจึงเป็นเงื่อนไขแห่งการเกิดขึ้นของบริษัทจำกัดเลยทีเดียว มิใช่เพียงเงื่อนไขที่ทำให้บริษัทมีสภาพนิติบุคคลดังเช่นกรณีห้างหุ้นส่วนสามัญแต่อย่างใด¹³⁵

ผลเกี่ยวกับเอกสารที่ได้จดทะเบียน หมายความว่า เมื่อมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้ว นายทะเบียนมีหน้าที่ต้องแต่งอรรถาการซึ่งได้จดทะเบียน โดยต้องส่งไปลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 1021¹³⁶ เพื่อให้บุคคลทั่วไปทราบถึงรายละเอียดของนิติบุคคลดังกล่าว

เมื่อนายทะเบียนส่งรายการแต่งอรรถาการในราชกิจจานุเบกษาแล้วมาตรา 1022 ให้สันนิษฐานโดยเด็ดขาดว่าบุคคลทุกคนได้ทราบถึงเอกสารและข้อความที่นายทะเบียนได้แต่งอรรถาและโฆษณาในราชกิจจานุเบกษาแล้ว และจะปฏิเสธว่าตนไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาไปแล้วมิได้¹³⁷

¹³¹ เพ็งอ้ง, น.298.

¹³² เพ็งอ้ง, น.298.

¹³³ สมชัย ทรัพย์วณิช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน-บริษัท, (กรุงเทพมหานคร : กรู๊สสยามการพิมพ์, 2525), น.42.

¹³⁴ สหณ รัตนไพจิตร, อ้งแล้ว เจริญรทที่ 75, น.298.

¹³⁵ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, อ้งแล้ว เจริญรทที่ 83, น.144 – 145.

¹³⁶ สหณ รัตนไพจิตร, อ้งแล้ว เจริญรทที่ 75, น.298.

¹³⁷ เพ็งอ้ง, น.298.

สำหรับผลโดยเฉพาะ ได้แก่ ผลตามมาตรา 1113 และผลตามมาตรา 1114¹³⁸ โดยผลตามมาตรา 1113 คือ หากมีการจัดการของผู้เริ่มก่อการโดยไม่ได้ขออนุมัติจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท แม้ว่าต่อมาจะได้จดทะเบียนตั้งบริษัทแล้ว และบริษัทจะได้เข้าถือสิทธิตามสัญญาดังกล่าวก็ตาม ผู้เริ่มก่อการก็ยังคงต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้หรือการจ่ายเงินที่ได้ทำไปนั้น¹³⁹ ส่วนผลตามมาตรา 1114 คือ เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนแล้ว ผู้เข้าซื้อหุ้นในกรณีตั้งบริษัทจะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนการที่ตนได้เข้าซื้อหุ้น โดยยกเหตุต่าง ๆ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1114 ไม่ได้¹⁴⁰

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ผลของการจดทะเบียนนั้นทำให้บริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ทำให้บริษัทจำกัดสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ สามารถทำสัญญาต่าง ๆ ได้ในนามของบริษัท หรือเข้าเป็นคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ ผู้เริ่มก่อการพ้นจากความรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินและการจ่ายเงิน และผู้เข้าซื้อหุ้นจะฟ้องเพิกถอนการซื้อหุ้นไม่ได้

2.2.2 หนังสือบริคณห์สนธิ

หนังสือบริคณห์สนธิเป็นตราสารจัดตั้งนิติบุคคลชนิดหนึ่ง เป็นเอกสารที่กำหนดกรอบวัตถุประสงค์ของบริษัท และกำหนดรายละเอียดอื่น ๆ ที่สำคัญของบริษัท¹⁴¹ ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่เข้ามาถือหุ้นหรือผู้ที่จะมาติดต่อกับบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นนั้น ได้รู้ว่าบริษัทมีขอบเขตธุรกิจแค่ไหนเพียงใด ใครเป็นผู้ก่อการ มีเงินทุนเป็นจำนวนเท่าใด และหนังสือบริคณห์สนธิยังเป็นการแสดงเจตนาต่อคนทั่วไปในการจัดตั้งบริษัทด้วย¹⁴²

นอกจากนี้ หนังสือบริคณห์สนธิยังเป็นเสมือนธรรมนูญของบริษัท และเป็นแม่บทในการที่จัดการงานของบริษัทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกด้วย¹⁴³ ซึ่งรายการของหนังสือบริคณห์สนธิ¹⁴⁴ นั้นเป็นไปตามมาตรา 1098¹⁴⁵

¹³⁸ เพ็งอ้วง, น.300 – 301.

¹³⁹ เพ็งอ้วง, น.300.

¹⁴⁰ เพ็งอ้วง, น.301.

¹⁴¹ โสภณ รัตนกร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.227.

¹⁴² เพ็งอ้วง, น.227.

¹⁴³ เพ็งอ้วง, น.227.

¹⁴⁴ สหชน รัตนไพจิตร, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 75, น.274.

¹⁴⁵ “มาตรา 1098 หนังสือบริคณห์สนธิขึ้น ต้องมีรายการดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ชื่อบริษัทอันคิดจะตั้งขึ้น ซึ่งต้องมีคำว่า “จำกัด” ไว้ปลายชื่อนั้นด้วยเสมอไป
- (2) ที่สำนักงานของบริษัทซึ่งบอกทะเบียนนั้นจะตั้งอยู่ ณ ที่ใดในพระราชอาณาเขต

หนังสือบริคณห์สนธิต้องมีรายการตามมาตรา 1098 กล่าวคือ ชื่อบริษัทต้องไม่ซ้ำหรือคล้ายคลึงกันกับชื่อของห้างหุ้นส่วนบริษัทอื่นที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนแล้ว สำนักงานใหญ่จะตั้งที่ใดให้ระบุไว้ วัตถุประสงค์ต้องชอบด้วยกฎหมาย ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นมีจำกัดให้ระบุไว้¹⁴⁶ เพราะผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้น แต่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นกรรมการบริษัทจะขอรับผิดชอบโดยไม่จำกัด ย่อมทำได้ตามมาตรา 1101¹⁴⁷ บริษัทจำกัดต้องแบ่งทุนออกเป็นหุ้นมีมูลค่าละเท่า ๆ กัน จึงต้องกล่าวไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิตลอดจนชื่อ ที่อยู่ อาชีพ ปลายมือชื่อ จำนวนหุ้นของผู้เริ่มก่อการด้วยโดยเฉพาะเรื่องหุ้น กฎหมายบังคับไว้ในมาตรา 1100 ว่า ผู้เริ่มก่อการต้องลงชื่อชื่อหุ้น ๆ หนึ่งเป็นอย่างน้อย¹⁴⁸ ส่วนการจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิให้เป็นไปตามมาตรา 1099

2.2.3 ข้อบังคับของบริษัท

กฎหมายบังคับไว้ในมาตรา 1107 ว่า ผู้เริ่มก่อการต้องระบุงิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทตามมาตรา 1108 ไว้ในรายงานตั้งบริษัท ซึ่งกิจการดังกล่าวรวมถึงการทำความตกลงตั้งข้อบังคับต่าง ๆ ของบริษัท การดำเนินการของบริษัทต้องมีข้อบังคับ¹⁴⁹

ข้อบังคับนี้ผู้เริ่มก่อการจะได้จัดทำขึ้นให้เป็นตามบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น กล่าวถึงสภาพและการตั้งบริษัทจำกัด หุ้น ผู้ถือหุ้น วิธีการแต่งตั้งถอดถอนกรรมการ อำนาจหน้าที่ของกรรมการ การประชุมใหญ่ บัญชีงบดุล เงินปันผล เงินสำรอง การสอบบัญชี การเพิ่มทุน การลดทุน เป็นต้น¹⁵⁰

(3) วัตถุประสงค์ทั้งหลายของบริษัท

(4) ถ้อยคำสำแดงว่า ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นจะมีจำกัด

(5) จำนวนทุนเรือนหุ้นซึ่งบริษัทคิดกำหนดจะจดทะเบียนแบ่งออกเป็นหุ้นมีมูลค่ากำหนดหุ้นละเท่าไร

(6) ชื่อ สำนัก อาชีวะ และลายมือชื่อของบรรดาผู้เริ่มก่อการ ทั้งจำนวนหุ้นซึ่งต่างคนต่างเข้าชื่อซื้อไว้คนละเท่าใด”

¹⁴⁶ สมชัย ทริพยวณิช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 133*, น.32.

¹⁴⁷ *เพ็ญอ้าง*, น.32.

¹⁴⁸ *เพ็ญอ้าง*, น.33.

¹⁴⁹ *เพ็ญอ้าง*, น.37.

¹⁵⁰ *เพ็ญอ้าง*, น.37.

ข้อบังคับของบริษัท เป็นระเบียบปฏิบัติภายในของบริษัท ซึ่งมีทั้งข้อบังคับส่วนที่สามารถตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้โดยให้ที่ประชุมตั้งบริษัทพิจารณาอนุมัติ¹⁵¹ และมีทั้งข้อบังคับส่วนที่ไม่สามารถตกลงแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้บางเรื่องซึ่งกฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อเป็นบทคุ้มครองผู้ถือหุ้นหรือประชาชนทั่วไป และย่อมเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁵² ซึ่งที่ประชุมอาจตกลงกันกำหนดข้อบังคับขึ้นเองก็ได้ ข้อสำคัญมีว่าข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายไม่ขัดต่อความสงบความเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁵³

ข้อบังคับที่เปลี่ยนแปลงไปจากกฎหมาย เช่น กรรมการ 2 คน มีอำนาจในการลงนามในตราสารและมีอำนาจในการสั่งจ่ายเงินของบริษัท แต่ถ้าตกลงกันว่า ผู้เริ่มก่อการเป็นผู้ตั้งหรือถอดถอนกรรมการอย่างนี้ไม่ได้เพราะขัดกับมาตรา 1151 ซึ่งกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้นเป็นผู้ตั้งหรือถอดถอนกรรมการ¹⁵⁴ หรือในเรื่องอื่นก็เช่นเดียวกัน ถ้าขัดกฎหมายทำไม่ได้ ถ้าไม่ขัด ก็ตกลงกันได้

เมื่อข้อบังคับของบริษัทเปรียบเสมือนกฎหมายภายในของบริษัท และหนังสือบริคณห์สนธิเปรียบเสมือนธรรมนูญการปกครองของบริษัท ดังนี้ ข้อบังคับของบริษัทจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อหนังสือบริคณห์สนธิได้¹⁵⁵

อย่างไรก็ดี เอกสารหรือระเบียบของบริษัททั้งสองชนิดต่างเป็นเอกสารที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้น และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง แต่ไม่ใช่เอกสารที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับบุคคลภายนอก กฎหมายเพียงกำหนดว่าเมื่อได้จดทะเบียนและโฆษณาในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ข้อความในเอกสารทั้งสองชนิดให้ถือว่าเป็นอันทราบแก่บุคคลทั่วไป¹⁵⁶ ในประเด็นนี้มีผู้เห็นต่างออกไปโดยบอกว่า “หนังสือบริคณห์สนธิคือตราสารแม่บทที่เป็นข้อกำหนดของบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก ซึ่งจะแตกต่างจากข้อบังคับของบริษัทซึ่งเป็นระเบียบปฏิบัติภายในของบริษัท”¹⁵⁷

¹⁵¹ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.242 – 243.

¹⁵² *เพ็ญอ้าง*, น.243, และดู อภิสิทธิ์ ไตรระพันธ์, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”, (วิทยานพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.31.

¹⁵³ สมชัย ทรัพย์วนิช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 133*, น.37.

¹⁵⁴ *เพ็ญอ้าง*, น.37.

¹⁵⁵ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.244.

¹⁵⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.244.

¹⁵⁷ จันตรี สิ้นสุฤกษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 80*, น.127.

ความหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นของบทที่ 2 สำหรับเอกสารทั้งสองชนิดนี้ (หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท) จัดทำขึ้นมาโดยมีรากฐานมาจากกฎหมายลักษณะบริษัทกำหนดไว้ ไม่ใช่รากฐานมาจากกฎหมายลักษณะสัญญาทั่ว ๆ ไป เหมือนดังกรณีของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กล่าวคือ หนังสือบริคณห์สนธิมีกฎหมายกำหนดบังคับไว้ให้ต้องจัดทำขึ้น¹⁵⁸ ส่วนข้อบังคับของบริษัทนั้นขึ้นอยู่กับที่ประชุมจัดตั้งบริษัทหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งอาจจัดทำขึ้นหรือไม่ก็ได้ หากได้มีการจัดทำข้อบังคับของบริษัทขึ้นมาและนำไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท ข้อบังคับของบริษัทดังกล่าวย่อมมีสถานะเป็นเอกสารมหาชน

แต่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่มีกฎหมายกำหนดบังคับไว้ให้ต้องจัดทำขึ้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงเป็นเอกสารทางกฎหมายที่จะมีหรือไม่มีก็ได้ ขึ้นอยู่กับเสรีภาพของการทำสัญญาของคู่สัญญาโดยแท้ อีกทั้งหากมีการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้น ก็ไม่จำเป็นต้องนำไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทเหมือนอย่างข้อบังคับของบริษัทแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะสถานะของเอกสารมีฐานที่มาทางกฎหมายที่แตกต่างกัน

ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกร ได้กล่าวไว้ในหนังสือหุ้นส่วนบริษัทถึงเรื่องหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับ และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอย่างน่าสนใจว่า

“หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับเป็นสัญญาระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้น หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับจึงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องสัญญาด้วย กล่าวคือ จะต้องไม่ขัดกับกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ...

การนำบทบัญญัติในเรื่องสัญญามาปรับใช้กับหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับก็ควรนำมาใช้โดยอนุโลมเท่านั้น เพราะแม้จะถือว่าเอกสารดังกล่าวเป็นสัญญา ก็เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษหลายประการ ประการแรก สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาหมู่ เป็นข้อตกลงรวม ๆ กัน มิได้มีการตกลงกันโดยเฉพาะเจาะจงดังสัญญาทั่ว ๆ ไป ประการที่สอง เอกสารดังกล่าวอาจมีการแก้ไขในภายหลังได้ และเมื่อแก้ไขแล้วก็ยังคงผูกพันผู้ถือหุ้นทุกคนรวมทั้งผู้ที่ไม่เห็นชอบด้วยกับการแก้ไขนั้น ประการที่สาม ผู้เข้ามาถือหุ้นในภายหลัง แม้ไม่ทราบถึงข้อความในเอกสารนั้นและไม่ได้ตกลงเป็นคู่สัญญาดตาม

¹⁵⁸ “มาตรา 1097 บุคคลใดๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้โดยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ และกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้” และ

“มาตรา 1099 หนังสือบริคณห์สนธินั้น ท่านให้ทำเป็นต้นฉบับไว้ไม่น้อยกว่าสองฉบับ และให้ลงลายมือชื่อของบรรดาผู้เริ่มก่อการ และลายมือชื่อทั้งปวงนั้นให้มีพยานลงชื่อรับรองด้วยสองคน

หนังสือบริคณห์สนธิซึ่งได้ทำนั้น ท่านบังคับให้นำฉบับหนึ่งไปจดทะเบียนและมอบไว้ ณ หอทะเบียนในส่วนพระราชอาณาเขตซึ่งบ่งไว้ว่าจะบอกทะเบียนตั้งสำนักงานของบริษัทนั้น”

เอกสารนั้นโดยตรงก็ต้องผูกพันด้วย ประการที่สี่ สิทธิและหน้าที่ของผู้ถือหุ้นตามหนังสือบริคณห์สนธิ และข้อบังคับคงมีอยู่ตราบเท่าที่ผู้ถือหุ้นยังคงเป็นผู้ถือหุ้นอยู่เท่านั้น ประการที่ห้า กรรมการของบริษัทมีสิทธิหน้าที่ตามเอกสารดังกล่าว โดยหาได้เป็นคู่สัญญาด้วยไม่ เพราะคู่สัญญาคงมีอยู่ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้น และระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองเท่านั้น บริษัทหรือผู้ถือหุ้นจะเอาเอกสารดังกล่าวไปบังคับแก่บุคคลภายนอกก็ไม่ได้ ในกรณีที่ข้อบังคับให้สิทธิอะไรแก่บุคคลภายนอก อาจถือว่ามีสัญญากันต่างหากโดยตรงหรือโดยปริยาย กรณีเช่นนี้อาจมีการอ้างเอกสารดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานว่ามีสัญญากันต่างหากก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ถ้ามีการแก้ไขข้อบังคับมีผลให้บริษัทต้องทำผิดสัญญานั้น บริษัทก็อาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบตามสัญญา โดยบริษัทจะอ้างข้อบังคับขึ้นแก้ตัวให้พ้นความผิดหาได้ไม่¹⁵⁹”

ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างข้อบังคับของบริษัท กับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น¹⁶⁰ อาจแบ่งได้ดังต่อไปนี้

1) กฎหมายที่ใช้บังคับ สำหรับข้อบังคับของบริษัทนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายในเรื่องหุ้นส่วนบริษัท แต่หากเป็นสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะใช้หลักกฎหมายในเรื่องสัญญา¹⁶¹

2) เนื้อหาที่ตกลงกัน สำหรับข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดเรื่องทั่ว ๆ ไปเพื่อวางระเบียบความสัมพันธ์ภายในบริษัท ประเด็นสำคัญที่มักตกลงกันไว้ในข้อบังคับของบริษัท เช่น กำหนดจำนวนกรรมการ วิธีการเรียกประชุมกรรมการและผู้มีสิทธิเรียกประชุม รูปแบบการประชุมผู้ถือหุ้นรวมถึงวิธีการบอกกล่าวให้ผู้ถือหุ้นทราบ ตกลงรอบปีบัญชีของบริษัทโดยกำหนดให้เริ่มวันใดและสิ้นสุดวันใด และข้อกำหนดการโอนหุ้นว่าจะให้มีการโอนหุ้นได้โดยเสรีหรือการโอนหุ้นจะถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขอย่างไร¹⁶²

แต่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีการตกลงกันในเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่สามารถกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้ รวมทั้งอาจเป็นการขยายหรือลงรายละเอียดปลีกย่อยเพิ่มเติมไปจากข้อบังคับของบริษัท

ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดองค์ประชุมไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่าต้องมีผู้ถือหุ้นเข้าประชุมไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 หรือเรื่องการออกเสียงลงคะแนนหากกำหนดไว้ในข้อบังคับของ

¹⁵⁹ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.253 – 254.

¹⁶⁰ Chris Chua & Associates, “SHAREHOLDERS’ AGREEMENTS – What’s In It For Me?” Retrieved on June 11, 2016, <http://www.ccnalaw.com/shareholdersagm>.

¹⁶¹ Graham Stedman and Janet Jones, *supra note 15*, p.1, see also John Cadman, *supra note 16*, p.1, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, p.28, see also Sean FitzGerald and Graham Muth, *supra note 73*, p.3.

¹⁶² สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 75*, น.284.

บริษัทอาจกำหนดความถี่หรือระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งจะต้องได้คะแนนเสียงข้างมากธรรมดา ร้อยละ 70 ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน และหากเป็นคะแนนเสียงข้างมาก พิเศษร้อยละ 80 ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน ข้อความเช่นนี้สามารถ กำหนดไว้ได้ทั้งในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและข้อบังคับของบริษัท

แต่ผู้ถือหุ้นจะกำหนดข้อความว่า ในการออกเสียงลงคะแนนในวาระใดวาระหนึ่ง ต้องมีการออกเสียงจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยด้วยเป็นจำนวนร้อยละ 20 ของผู้ถือหุ้นที่เข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนไว้ในข้อบังคับไม่ได้¹⁶³ แต่ผู้ถือหุ้นอาจกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้

ในเรื่องของการกำหนดจำนวนกรรมการ ในข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดว่า กรรมการต้องมาจากการเสนอชื่อของผู้ถือหุ้นของนาย ก เป็นจำนวน 5 คนไม่ได้ เพราะไม่ได้เป็นการ กำหนดในลักษณะที่เป็นเรื่องทั่วไป ฉะนั้น หากจะให้เป็นเรื่องที่มีลักษณะทั่วไปจะต้องกำหนดโดยการ แบ่งหุ้นออกเป็นกลุ่ม เช่น ผู้ถือหุ้นหมายเลขที่ 01 ถึง 45 เรียกว่าผู้ถือหุ้นกลุ่มที่ 1 และผู้ถือหุ้น หมายเลข 55 ถึง 100 เรียกว่าผู้ถือหุ้นกลุ่มที่ 2 กรรมการในบริษัทจะมีจำนวนทั้งหมด 10 คน โดยให้ มาจากผู้ถือหุ้นกลุ่มที่ 1 เป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 5 คน และให้มาจากผู้ถือหุ้นกลุ่มที่ 2 เป็นจำนวนไม่ น้อยกว่า 5 คน เช่นนี้จึงจะกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้¹⁶⁴

นอกจากนี้ ข้อบังคับของบริษัทอาจจะระบุว่ากรรมการต้องเป็นคนไทยที่ส่วน ชาติต่าง ประเทศก็ส่วน หรือกำหนดแบ่งจำนวนกันระหว่างผู้ถือหุ้นใหญ่ ซึ่งมักจะทำกันในกรณีลงทุน ร่วมกันระหว่างบริษัทในประเทศและบริษัทต่างประเทศ

3) การเปิดเผยเนื้อหาที่ตกลงกัน สำหรับข้อบังคับของบริษัทจะมีการเปิดเผยให้ เป็นที่รับรู้ของประชาชนทั่วไป กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือประชาชนสามารถขอคัดสำเนาข้อบังคับของ บริษัทได้ แต่ถ้าเป็นสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นแล้วย่อมจะมีผู้ทราบเนื้อหาในสัญญาแต่เพียงเฉพาะ คู่สัญญาหรือบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะไม่มีเปิดเผยแก่สาธารณชนเป็นการ ทั่วไป¹⁶⁵

4) ความผูกพันหรือผลผูกพันต่อผู้ถือหุ้น สำหรับข้อบังคับของบริษัทจะมีผล ผูกพันต่อผู้ถือหุ้นทุกคนภายในบริษัทนั้น แต่หากเป็นสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีผลผูกพันโดยตรงต่อ บุคคลที่ได้ลงนามในสัญญาหรือเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเท่านั้น และกรณีบุคคลภายนอก

¹⁶³ สหชน รัตนไพจิตร, “คำบรรยายวิชา น.751 ปัญหากฎหมายธุรกิจ”, ชั้นปีที่ 1 หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2558, น.148, (เอกสารอยู่ ระหว่างจัดทำ).

¹⁶⁴ เพ็งอ้ง, น.149.

¹⁶⁵ โสภณ รัตนกร, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 5, น.242 – 244.

ที่จะเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นรายใหม่ หากต้องการที่จะผูกพันตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็จะต้องมีการลงนามในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วย

2.3 สถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

2.3.1 สถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁶⁶

2.3.1.1 สภาพและการจัดตั้งบริษัทจำกัดของสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกามีการแบ่งประเภทของบริษัทออกเป็นบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชน แต่บริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนในสหรัฐอเมริกาไม่ได้ถูกเรียกว่า Private Company และไม่ได้เรียกว่า Public Company แต่อย่างใด¹⁶⁷ หากแต่บริษัทเอกชน (หรือบริษัทจำกัด) และบริษัทมหาชนในสหรัฐอเมริกาก็ถูกเรียกว่า Closely-held Corporation และ Publicly-held Corporation ตามลำดับ โดยที่ บริษัทเอกชน (Closely-held Corporation) จะมีลักษณะของการจำกัดจำนวนผู้ถือหุ้น¹⁶⁸ หมายความว่าบริษัทเอกชนจะมีการจำกัดจำนวนผู้ถือหุ้นที่จะเข้ามาถือหุ้นในบริษัท กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ถือหุ้นจะเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีความรู้จักมักคุ้นกันอยู่แล้วหรือเป็นกลุ่มบุคคลใกล้ชิด และบริษัทประเภทนี้จะกีดกันไม่ให้บุคคลภายนอกเข้ามาร่วมเป็นผู้ถือหุ้น¹⁶⁹ บริษัทเอกชนนี้จึงถูกเรียกในอีกชื่อหนึ่งว่า บริษัทปิดหรือบริษัทของบุคคลที่มีความใกล้ชิด (Close Corporation or Closed Corporation) ยิ่งไปกว่านั้น หากบริษัทเอกชนนั้นมีสมาชิกภายในครอบครัวแต่เพียงอย่างเดียวเป็นผู้ถือหุ้น บริษัทประเภทนี้จะถูกเรียกว่า บริษัทครอบครัว (Family Corporation)¹⁷⁰ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าบริษัทครอบครัวนี้เป็นส่วนหนึ่งของบริษัทจำกัด (Close Corporation)

ในเนื้อหาที่จะกล่าวต่อไปจะกล่าวเฉพาะกรณีบริษัทเอกชน (บริษัทจำกัด) (Closely-held Corporation หรือ Close Corporation) เท่านั้น สาเหตุที่เลือกบริษัทจำกัดก็

¹⁶⁶ Ricardo Molano-León, “Shareholders’ agreements in close corporations and their enforcement in the United States of America,” *Vniversitas* 117, pp.219 – 252. (2008).

¹⁶⁷ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, น.212.

¹⁶⁸ *เพ็งอ้าว*, น.212.

¹⁶⁹ *เพ็งอ้าว*, น.212.

¹⁷⁰ *เพ็งอ้าว*, น.212, see also Harry G. Henn and John R. Alexander, *supra note* 85, pp.694 – 697.

เพราะว่าเป็นบริษัทเอกชนในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับบริษัทจำกัดในประเทศไทย ดังที่จะได้กล่าวถึงลักษณะของบริษัทเอกชนในประเทศสหรัฐอเมริกาต่อไป

บริษัทจำกัดหรือบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยมีผู้ถือหุ้นเพียงไม่กี่คนและหุ้นของบริษัทที่ถูกจำกัดการซื้อขายนั้นเป็นรูปแบบทั่วไปของการก่อตั้งองค์กรธุรกิจประเภทนี้¹⁷¹ ส่วนใหญ่ของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาล้วนจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัด¹⁷² ประเภทของบริษัทจำกัดนี้รวมไปถึงผู้ประกอบธุรกิจทั้งหลาย เช่น บริษัทที่เป็นธุรกิจครอบครัว ผู้ประกอบกิจการประเภท High-tech Start-ups และบริษัทขนาดเล็ก (Small Firms)¹⁷³ ดังนั้น บริษัทจำกัดคือบริษัทที่มีความเป็นเจ้าของกระจุกตัว¹⁷⁴

ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดนี้ อาจเป็นได้ทั้งผู้ถือหุ้นรายย่อย ครอบครัวเป็นเจ้าของ หรือผู้ถือหุ้นที่มีสินทรัพย์จำนวนมาก โดยผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดจะเข้าทำสัญญาชนิดต่าง ๆ เป็นปรกติเพื่อควบคุมหรือกำหนดความสัมพันธ์ของบริษัท หนึ่งในนั้นก็คือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น¹⁷⁵

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรจะกำหนดถึงความหลากหลายของประเด็นที่เป็นปัญหาทั้งมวล อาทิ สิทธิในการออกเสียงของหุ้นสำหรับการแต่งตั้งกรรมการ หรือการเลือกบุคคลที่จะมาเป็นเจ้าหน้าที่ของบริษัท การว่าจ้างระยะยาวสำหรับบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และเรื่องการจ่ายค่าตอบแทน อำนาจที่จะยับยั้งการตัดสินใจของบริษัท พฤติการณ์หรือเหตุที่จะประกาศจ่ายเงินปันผล และวิธีการแก้ไขและระงับข้อพิพาท ฯลฯ¹⁷⁶

ในอดีต บรรทัดฐานในกฎหมายของรัฐที่ถูกบัญญัติขึ้นมาเป็นส่วนใหญ่ก็เพื่อที่จะปกป้องผู้ถือหุ้นและนักลงทุนในบริษัทมหาชน (บริษัทที่ไม่จำกัดจำนวนผู้ถือหุ้น) ซึ่งในบริษัท

¹⁷¹ Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "Close Corporations and Agency Costs," Stanford Law Review. Volume 39, p.271 (January 1986).

¹⁷² George J. Siedel, "Close Corporation Law: Michigan, Delaware and the Model Act," Delaware Journal of Corporation Law Volume 11, p.384 (1986).

¹⁷³ Edward B. Rock and Michael L. Watcher, "Waiting for the Omelet to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression in Close Corporation," The Journal of Corporation Law Volume 24, p.913 (December 1999).

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ Official Comment MODEL BUS. ACT § 7.32.

¹⁷⁶ F. HODGE O'NEAL and ROBERT B. THOMPSON, O'NEAL and THOMPSON'S CLOSE CORPORATIONS and LLCs: LAW and PRACTICE VOLUME 1, 1-2 (Minnesota : West Third Revised Edition 2005).

ที่ไม่จำกัดจำนวนผู้ถือหุ้นนี้อำนาจการจัดการและความเป็นเจ้าของจะถูกแบ่งแยกจากกัน และกฎเกณฑ์ของรัฐนี้จึงถูกกำหนดขึ้นอยู่ในความเป็นจริงนี้¹⁷⁷ ในเวลาเดียวกัน คำตัดสินของศาลมีความไม่แน่นอนและทำให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับความถูกต้องและการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริบทของบริษัทจำกัด¹⁷⁸ เป็นธรรมดาที่คำตัดสินของศาลนั้นเป็นปฏิกิริยาต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งโดยทั่วไปมักจะกำหนดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของการทำหน้าที่ของผู้ถือหุ้นตลอดจนบทบาทในหมู่ผู้ถือหุ้น กรรมการ และพนักงานของบริษัท¹⁷⁹ สถานการณ์นี้เพียงจะมีการเปลี่ยนแปลงในไม่กี่ปีที่ผ่านมา

กฎเกณฑ์ของรัฐสมัยใหม่มีบทบาทยุติควบคุมข้อตกลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อันทำให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และบังคับได้¹⁸⁰ นอกจากนี้ในคำตัดสินของศาลสมัยปัจจุบันได้แสดงให้เห็นมุมมองที่ดีต่อการทำข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยศาลเห็นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นถูกต้องสมบูรณ์และใช้บังคับได้¹⁸¹ ภายใต้กฎเกณฑ์และแนวคำตัดสินในปัจจุบันนี้ ระบบกฎหมายตระหนักถึงการดำรงอยู่ของพื้นฐานความแตกต่างในลักษณะ หน้าที่ และความจำเป็นในการมีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนและบริษัทจำกัด¹⁸²

¹⁷⁷ *Ibid.*, At 5:2-5.24.

¹⁷⁸ *Ibid.*, At 5:103-104.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Official Comment Section 7.32 MODEL BUS. CORP. ACT. See Robert B. Thompson, “The Law’s Limits on Contracts in a Corporation,” 15 *J. CORP. LAW* 377, 393 – 394 (1990) (commenting that “[i]n most states, modern corporation statutes now permit contracting around those statutory rules which previously mandated that centralized control rest with the board of directors. Most statutes now also recognize agreements to limit the transferability of shares or to authorize voting requirements for corporate action that differ from “majority rule” norms specified in the statutes. In most states, these changes appear in the general corporations codes and are available to all corporations even though the impetus seems to have been to assist closely held corporations. Special status, now found in almost half the states and available only to certain statutorily defined close corporations, allows even greater freedom for parties to depart from statutory norms.”).

¹⁸¹ Official Comment Section 7.32 MODEL BUS. CORP. ACT.

¹⁸² Easterbrook and Fischel, *supra* note 171, at 271.

ในการศึกษานี้จะสำรวจถึงองค์ประกอบหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ เฉพาะในบริบทของบริษัทจำกัด ดังนี้ ในหัวข้อที่ 2.3.1.2 จะนำเสนอหลักพื้นฐานหรือทฤษฎีว่าด้วยเรื่องกิจการภายในและแนวความคิดของบริษัทจำกัด ส่วนในหัวข้อที่ 2.3.1.3 จะอธิบายลักษณะและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และหัวข้อที่ 2.3.1.4 จะอธิบายประเภทของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้อง

2.3.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยเรื่องกิจการภายในและแนวความคิดของบริษัทจำกัด

(1) คำสอนว่าด้วยหลักกิจการภายใน

ระบบบริษัทสัญชาติอเมริกันมีมลรัฐเป็นศูนย์กลาง¹⁸³ รัฐทุกรัฐนำเสนอกฎเกณฑ์พิเศษของรัฐตนแก่ผู้ประกอบธุรกิจเพื่อดึงดูดให้ผู้ประกอบธุรกิจมาจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในมลรัฐของตน¹⁸⁴ ลักษณะเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่า กฎเกณฑ์ในการตั้งบริษัทเป็นผลิตภัณฑ์ของมลรัฐและบริษัทเอกชนเป็นผู้บริโภค¹⁸⁵ ระบบบริษัทเช่นนี้สร้างการแข่งขันในหมู่มลรัฐเพื่อที่จะดึงดูดให้บริษัทมาจดทะเบียนจัดตั้งในมลรัฐของตนและนำมาซึ่งค่าธรรมเนียมและการจดทะเบียนภายในการจัดตั้งบริษัท¹⁸⁶

คำถามก็คือกฎเกณฑ์ของมลรัฐใดที่จะนำมาปรับใช้กับบริษัท ในสองสิ่งที่มีความแตกต่างจึงต้องแยกพิจารณาออกจากกันดังนี้ ได้แก่ กิจการภายในของบริษัท และ ธุรกิจของบริษัท¹⁸⁷ ประเด็นเรื่องกิจการภายในของบริษัทคือการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับพนักงาน กรรมการ และผู้ถือหุ้นของบริษัท¹⁸⁸ ส่วนประเด็นเรื่องธุรกิจของบริษัทคือการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับลูกค้า เจ้าหนี้ และคนงานของบริษัท¹⁸⁹ ขอบเขตของการศึกษานี้พุ่งเล็งไปที่เรื่องกิจการภายในของบริษัท

¹⁸³ ROBERTA ROMANO, FOUNDATIONS OF CORPORATE LAW, 1st ed., (New York : Foundation Press, 1993), p.84.

¹⁸⁴ CHARLES R. T. O'KELLEY AND ROBERT B. THOMPSON, CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ORGANIZATIONS, 4th ed., (New York : Aspen Publishers, 2003), p.140.

¹⁸⁵ ROMANO, *supra* note 183, at 82.

¹⁸⁶ O'KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 140.

¹⁸⁷ See FRANKLIN A. GEVURTZ, CORPORATION LAW, 1st ed., (Minnesota : West Group, 2000), pp.35 – 36.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ *Ibid.*

ประเด็นเรื่องกิจการภายในของบริษัทถูกรวบงำด้วยหลักหรือกฎเกณฑ์ว่าด้วยกิจการภายใน¹⁹⁰ ภายใต้หลักกิจการภายในนี้ ศาลมองไปที่กฎหมายของรัฐที่เกิดการรวมตัวกันในการจัดการกิจการภายในของบริษัท¹⁹¹ ดังนั้น นักธุรกิจตัดสินใจเลือกกฎเกณฑ์สำหรับกิจการภายในได้ด้วยการเลือกมลรัฐที่จะทำให้การรวมตัวกันหรือเลือกมลรัฐที่จะทำการจดทะเบียนจัดตั้ง¹⁹² ในขณะเดียวกัน หลักคำสอนว่าด้วยกิจการภายในนี้รับประกันว่ามลรัฐอื่น ๆ จะยอมรับและรับรู้ถึงการรวมตัวกันหรือการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้นดังกล่าวแม้ว่าจะไม่ได้กระทำในมลรัฐอื่น ๆ นั้น และเป็นเหตุที่ทำให้ศาลจะปรับใช้กฎหมายของมลรัฐที่มีการรวมตัวกันหรือมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทตามหลักกิจการภายใน¹⁹³

ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาตัดสินไว้ในคดี *Edgar v. MITE Corp.*¹⁹⁴ ว่าประโยชน์ของหลักคำสอนว่าด้วยกิจการภายในมีดังต่อไปนี้ “หลักคำสอนว่าด้วยเรื่องกิจการภายในเป็นความขัดกันของหลักกฎหมาย ซึ่งตระหนักว่ามีเพียงหนึ่งมลรัฐเท่านั้นที่ควรจะมีอำนาจอันชอบธรรมที่จะควบคุมกิจการภายในของบริษัทนั้น ... เพราะฉะนั้น บริษัทอาจต้องเผชิญกับคำตัดสินที่ขัดแย้งกัน ... ”

ในบริบทของการศึกษานี้จะพิจารณากฎเกณฑ์ สองกฎเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ the Model Business Corporation Act (MBCA) และ the Delaware General Corporation Law (DGCL) โดย the Model Business Corporation Act ได้ถูกพัฒนาขึ้นมาจากคณะกรรมการเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกา

มลรัฐส่วนใหญ่ใช้กฎเกณฑ์ที่ถูกพัฒนาขึ้นมาจากคณะกรรมการเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจแห่งเนติบัณฑิตยสภาสหรัฐอเมริกานี้¹⁹⁵ ในทางกลับกัน the Delaware General

¹⁹⁰ Norwood P. Beveridge, Jr., “The Internal Affairs Doctrine: The Proper Law of a Corporation,” *The Business Lawyer* 44, p.693 (May 1989).

¹⁹¹ RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICTS LAW § 302 (1971). Official Comment Section 15.05 MODEL BUS. CORP. ACT.

¹⁹² O’KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 140.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624, 645 – 646 (1982).

¹⁹⁵ See O’KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 141. See also COMMITTEE OF CORPORATE LAWS, ABA SECTION of BUSINESS, MANAGING CLOSELY HELD CORPORATIONS: A LEGAL GUIDEBOOK, Preface vii (2003). (commenting that “[t]he Model Act serves as the primary basis for the corporation statutes in

Corporation Law ซึ่งได้ใช้ the Model Business Corporation Act เป็นพื้นฐานแต่ปัจจุบันได้กลายมาเป็นกฎหมายที่โดดเด่นกว่า the Model Business Corporation Act ในเรื่องเขตอำนาจของกฎหมายบริษัท¹⁹⁶

(2) แนวความคิดว่าด้วยบริษัทเอกชนหรือบริษัทจำกัด

แนวความคิดของ บริษัทจำกัด เป็นเรื่องยากที่จะย่อคำอธิบายเพื่อให้ได้ความหมายทั้งหมด¹⁹⁷ ในความเป็นจริง เป็นไปได้ที่จะพบความหลากหลายของการให้คำนิยามเพื่ออธิบายว่าบริษัทจำกัดคืออะไร¹⁹⁸ ขอบเขตของแนวความคิดว่าด้วยบริษัทจำกัด (Close Corporation) จะขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐ¹⁹⁹ ขึ้นอยู่กับศาลที่ได้วินิจฉัยคดี²⁰⁰ หรืออาจจะเป็น

approximately half of the states, and many of its provisions have been adopted in almost all of the other states.”).

¹⁹⁶ O’KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 141. (commenting that “[d]ifferences among the states are not as great as they once were. Successful Delaware innovations are quickly copied by the MBCA, and vice versa. In addition, there is substantial uniformity in the so-called common law of corporations. Courts in ones state may borrow freely from the jurisprudence developed by courts in other states. Delaware, as the home of so many publicly traded corporations, again played a dominant role. Delaware courts are frequently called on to decide major questions of corporate law and have developed a large body of judicial rules and precedent on major corporate law issues, and courts in other jurisdictions routinely cite their decisions. Indeed, Delaware case law frames much of the debate about the structure of corporate law.”).

¹⁹⁷ Carlos D. Israels, “The Close Corporation and the Law,” 33 CORNELL L.Q., 488, 491 (1948).

¹⁹⁸ See O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 1-2.

¹⁹⁹ See DEL. CODE ANN., Title 8 § 342(a) (2005) (“(a) A close corporation is a corporation organized under this chapter whose certificate of incorporation contains the provisions required by §102 of this title and, in addition, provides that: (1) All of the corporation’s issue stock of all classes, exclusive of treasury shares, shall be represented by certificated and shall be held of record by not more than a specified number of persons, not exceeding 30; and (2) All if the issued stock of all classes

ความเห็นของนักเขียนหรือผู้แต่งตำรา²⁰¹ แต่ความหมายของบริษัทจำกัดปรกติจะรวมถึงสามแง่มุมที่มีความแตกต่างกันของโครงสร้างและลักษณะของบริษัท²⁰²

shall be subjected to 1 or more of the restrictions on transfer permitted by §202 of this title; and (3) The corporation shall make not offering of any of its stock of any class which would constitute a “public offering” within the meaning of the United States Securities Act of 1993 as it may be amended from time to time”). See also Model Statutory Close Corporation Supplement (providing that in the articles of incorporation must be stated that the corporation is a statutory close corporation and a “corporation having 50 or fewer shareholders may become a statutory close corporation”). The Model Statutory Close Corporation Supplement is not part of the Model Business Corporation Act. The model is an optional statute developed for stated that determine that it is advisable to enact and integrate a statute dealing with the problems of closely held corporations (MODEL BUS. CORP. ACT ANN., Introductory Comment Model Statutory Close Corporation Supplement, Vol. 4 Section 1, CC-3 (3 ed., (2005))).

²⁰⁰ See *United States v. Byrum*, 408 U.S. 125, 149 N.34 (1972) (describing that the typical close corporation “is small, has a checkered earning record, and has nor market for its shares.”). See also *Donahue v. Rodd Electrotpe Co.*, 367 Mass. 578, 586, 328 N.E. 2d. 505, 511 (1975) (“We deem a close corporation to be typified by: (1) a small number of stockholders; (2) no ready market of the corporate stock; and (3) substantial majority stockholder participation in the management, direction and operation of the corporation.”).

²⁰¹ See Melvin Aron Eisenberg, “Contractual Freedom in Corporate Law: Articles & Comments: The Structure of Corporate Law,” 89 COLUM. L. REV. 1461, 1461 (1989) (describing a close corporation as a “corporations that have a small number of shareholders, most of whom either participate in or directly monitor corporate management.”). See also O’NEIL and THOMPSON, *supra note 176*, at 1-2 (describing that “close corporation is a corporation whose shares are not generally traded in the securities market.”). See also COMMITTEE OF CORPORATE LAWS, *supra note 195*, at 3 (“A closely held corporation is most commonly defined as a

แง่มุมที่ 1 เกี่ยวข้องกับคุณลักษณะของผู้ถือหุ้น (An Objective Feature of Shareholders) คือจำนวนของผู้ถือหุ้น²⁰³ โดยปกติ ผู้ถือหุ้นจำนวนน้อยรายเป็นเจ้าของหุ้นที่จำหน่ายแล้วในบริษัทจำกัด (A Small Number of Shareholders Are the Owners of the Complete Stock in Close Corporations)²⁰⁴ ทั้ง the Delaware General Corporation Law และ the Model Business Corporation Act ต่างพิจารณาคำว่า ‘close’ โดยหมายรวมถึงบริษัทที่มีการจำกัดจำนวนของผู้ถือหุ้น²⁰⁵ คุณลักษณะนี้เป็นผลมาจากความจริงที่ว่าผู้เข้าร่วมในบริษัทจำกัดนั้นปรกติมีความรู้จักคุ้นเคยใกล้ชิดสนิทสนมกัน หรือมีความสัมพันธ์ส่วนบุคคลอื่น ๆ นอกเหนือไปจากความสัมพันธ์ทางธุรกิจ²⁰⁶

แง่มุมที่ 2 เกี่ยวกับคุณลักษณะของหุ้น (A Feature of the Shares) ในกรณีของบริษัทจำกัดนั้นจะไม่มีตลาดที่จัดตั้งขึ้นเพื่อเอาไว้อซื้อขายแลกเปลี่ยนหุ้น²⁰⁷ กล่าวคือ การจะ

corporation that has a relatively small number of shareholders and no active trading market for its securities”). See also Israels, *supra* note 197, at 488 (describing that “[t]he “close corporation” is an enterprise in corporate form in which management and ownership are substantially identical.”).

²⁰² See Donahue v. Rodd Electrotpe Co., 367 Mass. 578, 586, 318 N.E. 2d. 505, 511 (1975).

²⁰³ O’NEAL and ROBERT B. THOMPSON, *supra* note 176, at 1-5.

²⁰⁴ Sandra K. Millar, “Minority Shareholder Oppression in the Private Company in the European Community: A Comparative Analysis of the German, United Kingdom and French “Close Corporation Problem”,” 30 CORNELL INT’L L. J. 381, 383 (1997).

²⁰⁵ See O’KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 141.

²⁰⁶ Easterbrook and Fischel, *supra* note 171, at 271. See Douglas K. Moll, “Shareholder Oppression in Close Corporations: The Unanswered Question of Perspective,” 53 VAND. L. REV. 749, 757 (2000) (explaining that “close corporation investors are often linked by family or other personal relationships that result in a familiarity between the participants.”).

²⁰⁷ Easterbrook and Fischel, *supra* note 171, at 271. See MILLAR, *supra* note 204, at 383 (commenting that “[i]n contrast to the stock of the public corporation, the stock of a private company has no ready market. Each owner is dependent on the other to buy the ownership interest in the event of a dispute.”).

ถ่ายโอนหรือซื้อขายแลกเปลี่ยนหุ้นโดยอิสระเป็นเรื่องปกติในบริษัทมหาชนจำกัด แต่การถ่ายโอนหรือซื้อขายแลกเปลี่ยนหุ้นได้โดยอิสระนั้นจะไม่ปรากฏหรือไม่อาจเกิดขึ้นได้ในบริษัทจำกัด (The Free Transferability of Shares Common to Public Corporations Is Not Present in Close Corporations)²⁰⁸ ในบริษัทจำกัด มีการจำกัดความสามารถของนักลงทุนในการที่จะโอนหุ้นของตน²⁰⁹ ผู้ถือหุ้นจะคอยควบคุมการซื้อขายแลกเปลี่ยนหรือโอนหุ้นในลักษณะที่ว่าเมื่อนักลงทุนผู้นั้นจะมีความสนใจในตัวบริษัทแต่หากเป็นนักลงทุนที่ผู้ถือหุ้นเดิมไม่ต้องการให้เข้ามามีส่วนร่วมในบริษัทแล้ว (เป็นนักลงทุนที่ไม่พึงประสงค์) นักลงทุนผู้นั้นก็ไม่อาจซื้อหุ้นได้และไม่อาจเข้ามามีส่วนร่วมในบริษัทได้²¹⁰

แง่มุมที่ 3 พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับคณะกรรมการในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของและอำนาจในการบริหารจัดการ (The Relation Between Shareholders and Directors Concerning Ownership and Management) ในบริษัทจำกัดที่กล่าวมาเราจะพบเอกลักษณ์ก็คือมีความใกล้ชิดสนิทสนมกันในระหว่างผู้ถือหุ้นกับคณะกรรมการหรือผู้จัดการ ซึ่งจะตรงกันข้ามกันอย่างสิ้นเชิงหากเทียบกับบริษัทมหาชนจำกัด กล่าวคือ ในบริษัทมหาชนจำกัดนั้นความเป็นเจ้าของและอำนาจในการควบคุมบริษัทจะถูกแยกออกจากกันอย่างเห็นได้ชัดเจน²¹¹ เอกลักษณ์ในแง่ความใกล้ชิดสนิทสนมของบริษัทจำกัดที่มานี้มาจากความเป็นจริงที่ว่า ทั้งอำนาจการบริหารจัดการและการแบกรับภาระความเสี่ยงของการลงทุนล้วนแต่ตกอยู่กับคน ๆ เดียวกัน ซึ่งก็คือผู้ถือหุ้นที่มีมักจะควบตำแหน่งกรรมการไปด้วยนั่นเอง²¹² กล่าวคือ ผู้ถือหุ้น กรรมการ และเจ้าหน้าที่ของบริษัทมักเป็นบุคคลคนเดียวกัน²¹³ ภายใต้สถานการณ์เช่นนี้ มันเป็นเรื่องธรรมดามากที่จะพบว่าในบริษัทจำกัดต่าง ๆ นั้นเมื่อบริษัทจำกัดมีรายได้หรือรายรับต่าง ๆ เข้ามายังบริษัทรายได้หรือรับเหล่านั้นจะถูกกระจายหรือแบ่งปันส่วนไปให้แก่ผู้ถือหุ้นไม่ใช่ในรูปของเงินปันผล หากแต่เป็นในรูปของเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง หรือเบี้ยประชุม²¹⁴

²⁰⁸ Ralph A. Peebles, “The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation,” 60 NOTRE DAME L. REV. 456, 466 (1985).

²⁰⁹ Easterbrook and Fischel, *supra* note 171, at 273.

²¹⁰ COMMITTEE OF CORPORATE LAWS, *supra* note 195, at 4.

²¹¹ Peebles, *supra* note 208, at 466.

²¹² Easterbrook and Fischel, *supra* note 171, at 274.

²¹³ MILLAR, *supra* note 204, at 383.

²¹⁴ JESSE H. CHOOPER, JOHN C. COFFEE, JR., RONALD J. GIBSON, CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS, 5th ed., (New York : Aspen Publisher, 2000), p.711.

สำหรับวัตถุประสงค์ของการศึกษานี้ บริษัทจำกัด หมายถึง บรรดาบริษัท จำกัดที่ไม่ได้ทำการเสนอขายหุ้นต่อประชาชน

2.3.1.3 ลักษณะและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

(1) ลักษณะของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น: การใช้สัญญาเป็นเครื่องมือ

คำว่า การรวมตัวกัน (A Corporation) ในมุมมองทางเศรษฐกิจได้รับการอธิบายว่าเป็น บริษัท (Firm)²¹⁵ บริษัทเป็นวิสาหกิจที่แสวงหาผลกำไร ในบริษัทประกอบไปด้วยบุคคล สินทรัพย์ และบริหารงานภายใต้กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ (Rules)²¹⁶ คำว่า กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ เหล่านี้อาจหมายความถึง 1) กฎหมาย (Law) 2) สัญญาหรือความตกลงในรูปแบบอื่น ๆ (Contracts or Other Forms or Agreements) 3) โครงสร้างขององค์กรและบุคลากร (Corporate Organs and Officials) และ 4) อำนาจตลาดหรือแรงผลักดันจากตลาด (Market Forces)²¹⁷ ซึ่งสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นส่วนหนึ่งของ “กฎระเบียบข้อบังคับในความหมายของสัญญาหรือความตกลงในรูปแบบอื่น ๆ”

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็คือสัญญา²¹⁸ จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อที่จะกำหนดขอบเขตและบริบทความสัมพันธ์ในหมู่ผู้ถือหุ้นด้วยตนเอง และระหว่างผู้ถือหุ้นกับ บริษัท²¹⁹ วัตถุประสงค์ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้จะมีขอบเขตบังคับได้แค่นั้น ขึ้นอยู่กับ ความยืดหยุ่นของการออกกฎหมายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (Flexibility of the Legislation) และการให้ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีผลบังคับได้แค่นั้นเพียงไรนั้นต้องพิจารณาถึงข้อจำกัด

²¹⁵ See O’KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 1 (describing the concept of a firm from an economic perspective: “The “firm” is what we call the set of relations that arise when resources are allocated by the entrepreneur via commands to her employees rather than the set of relations that arise when an entrepreneur allocates resources via contract with outsiders. Thus, depicted as a circle, and using Mary, the classic owner/entrepreneur as an example, the Coasean firm includes Mary and her employees, but excludes the customers, suppliers, and creditors with whom Mary does business.”).

²¹⁶ Eisenberg, *supra* note 201, at 1461.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ See Kerry M. Lavalley, “Drafting Shareholder Agreements for the Closely-Held Business,” 4 *DEPAUL BUS. L. J.* 109, 110 (1991).

²¹⁹ *Ibid.*

ตามกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และความยืดหยุ่นของการนิยามคำว่า ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนประกอบกันด้วย

นอกจากนี้ ในแง่ของการเข้าทำสัญญา บริษัทจำกัดยังมีช่องว่างหรือช่องโหว่อยู่²²⁰ กฎเกณฑ์ระเบียบข้อบังคับที่มีอยู่อาจไม่เพียงพอหรือไม่ได้มีคำตอบให้กับทุกคำถามที่มีความไม่แน่นอนต่าง ๆ ซึ่งเป็นคำถามที่บริษัทจะต้องเผชิญในอนาคต²²¹ ในบริบทนี้ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะพยายามตกลงในเรื่องต่าง ๆ เอาไว้ล่วงหน้าเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาสำคัญต่าง ๆ อันจะเกิดขึ้นในอนาคต²²² สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นสร้างความยืดหยุ่นให้แก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลายของบริษัทจำกัดนั้นในเรื่องเกี่ยวกับกิจการของบริษัท โดยคำนึงถึงความจริงที่ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นในบริษัทจำกัดนั้นค่อนข้างที่จะแตกต่างไปจากปัญหาที่เกิดขึ้นในบริษัทมหาชนจำกัด²²³

ยิ่งไปกว่านั้น องค์การฝ่ายนิติบัญญัติยังได้จัดให้มีการออกกฎหมายในไม่กี่ปีที่ผ่านมาเพื่อสร้างความยืดหยุ่นแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจ²²⁴ กฎหมายได้เปลี่ยนจากกฎระเบียบที่แทบจะไม่กำหนดเอาไว้เลยกลายเป็นกฎระเบียบที่ให้สิทธิหรือช่วยให้มีการตกลงกันได้มากขึ้น²²⁵ ในลักษณะนี้ จึงทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถแสดงเจตนาตกลงกันได้เกือบทุกชนิดทุกประเภทของข้อตกลง²²⁶ จึงกล่าวได้ว่าผู้ถือหุ้นมีอิสระอย่างกว้างขวางมากขึ้นในการที่จะตกลงกำหนดเงื่อนไขความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง และหลีกเลี่ยงการนำกลไกหรือวิธีการอื่น ๆ ที่มีข้อบกพร่องหรือปัญหาเข้ามาใช้²²⁷

²²⁰ Charles R. O'Kelley, Jr., "Filling Gaps in the Close Corporation Contract: A Transaction Cost Analysis," 87 *Nw. U. L. REV.* 216, 216 (1992).

²²¹ *Ibid.*

²²² GEVURTZ, *supra* note 187, at 481.

²²³ George D. Hornestein, "Stockholders' Agreements in the Closely Held Corporation," 59 *YALE L. J.* 1040 (1950).

²²⁴ Easterbrook and Fischel, *supra* note 171, at 279 – 280.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ O'KELLEY, *supra* note 220, at 216 (commenting that "[a]s a result, these gaps must be filled ex-post, as a need to adapt actually occurs. Normally, gaps are filled by shareholders themselves acting by consensus. If consensus is not possible, then the close corporation contract's gap-filling process will come into play.").

(2) หน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น: วิธีการแก้ไขความตึงเครียดในหมู่ผู้

ถือหุ้น

ปัญหาที่สำคัญในเรื่องโครงสร้างการกำกับดูแลกิจการของบริษัทจำกัด ก็คือเป็นเรื่องยากที่จะหาระดับความเหมาะสมหรือความสมดุลของความสามารถในการปรับตัวและการป้องกันการฉวยโอกาสของทั้งผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากและผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อย²²⁸ ควบคู่กันไป โดยผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดก็ปรารถนาความคล่องตัวสำหรับธุรกิจของพวกเขาและการหาประโยชน์ส่วนตัว²²⁹ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงเป็นเครื่องมือที่ประสบความสำเร็จมากที่สุดในการลดการประยุคต์ใช้และลดผลกระทบจากการใช้กฎเกณฑ์ขององค์กร (บริษัทจำกัด) แบบดั้งเดิม²³⁰ นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะเป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์มากในสภาพแวดล้อมของการทำธุรกิจการค้าระหว่างประเทศหรือในบริบทที่บริษัทต่าง ๆ นั้นมีผู้ถือหุ้นถือสัญชาติของหลายรัฐแตกต่างกันไป²³¹

(2.1) การปกป้องคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในบริษัทจำกัด

²²⁸ O'KELLEY and THOMPSON, *supra note 184*, at 383. See MILLAR, *supra note 204*, at 383 – 384 (explaining that “[s]hareholder disputes present one of the most difficult and potentially destructive problems which arise in the context of the close corporation. A U.S. study conducted in Chicago, Illinois revealed that shareholder dissension was a major cause of business failures for the close corporation. Shareholder disputes are responsible for a wide a variety of business problems including loss of management time and increased cost.”).

²²⁹ Siedel, *supra note 172*, at 384.

²³⁰ Hornestein, *supra note 223*, at 1041.

²³¹ MILLAR, *supra note 204*, at 417 (commenting that “[p]articularly for the international investor, well-drafted contractual shareholder arrangements can be critical in governing the shareholder relationship. Contractually agreed upon choice of law provisions, buyout provisions, provisions permitting minority veto power in certain circumstances, employment contracts, and other special agreements which provide for dividend payments or other matters are extremely helpful in reducing potential shareholder disputes. Thus, provide for dividend payments or other are matters are extremely helpful in reducing potential shareholder disputes. Thus. Contractual arrangements should be encouraged in the case of corporations owned by shareholders of different nations”).

บริษัทจำกัดมีสภาพแวดล้อมที่สมบูรณ์แบบสำหรับการฉวยโอกาสของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก²³² โดยการฉวยโอกาสของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากนี้อาจจะเป็นไปได้ในแง่หนึ่งดังต่อไปนี้²³³ 1) การบังคับใช้หลักที่ว่า การตัดสินใจเป็นไปตามเสียงข้างมาก (Majority Rule)²³⁴ 2) การแบ่งแยกบทบาทหน้าที่ในหมู่ผู้ถือหุ้น คณะกรรมการ และพนักงานของบริษัท 3) ความไม่มั่นคงแน่นอนในการจ้างงานหรือสิทธิในการได้รับเงินปันผลของผู้ถือหุ้น 4) การไม่มีช่องทางหรือกลไกให้ยื่นขอจดทะเบียนเลิกบริษัทโดยผู้ถือหุ้นเพียงฝ่ายเดียว (Impossibility to Apply the Unilateral Dissolution Mechanism) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ โดยปกติแล้วผู้ถือหุ้นจะต้องได้มติเป็นเอกฉันท์หากจะจดทะเบียนเลิกบริษัทจำกัดนี้ (Typically, Shareholders Must Agree Unanimously to Close Corporation Status)

ในบริษัทจำกัด บรรทัดฐานเดิมของโครงสร้างการกำกับดูแลกิจการและการขาดตลาดซื้อขายแลกเปลี่ยนหุ้นในบริบทของบริษัทจำกัด²³⁵ เท่ากับเป็นการปล่อยให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยต้องถูกเอาเปรียบโดยผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก²³⁶ ภายใต้หลักเสียงข้างมากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากกับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยอาจจะจบลงด้วยสิ่งที่เรียกว่า การเพิกเฉย การคว่ำบาตรผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย และการกำจัดผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยออกไปจากบริษัท (Freeze Out or Squeeze-out)²³⁷ ในการเพิกเฉย การคว่ำบาตรผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย และการกำจัดผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากจะใช้อำนาจที่มีในการควบคุมบริษัทเหนือผู้ถือหุ้นฝ่าย

²³² O'KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 383.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ See MILLAR, *supra* note 204, at 386 (explaining that “[t]he doctrine of majority rule creates the possibility for majority shareholders to make decisions which further their own interest at the expense of the minority owners.”).

²³⁵ *Ibid.*, At 385 (suggesting that the main reason for close corporation problems is the no existence of a market mechanism and the fact that each shareholder is dependent on the other shareholders either to buy or sell their shares when exists irreconcilable positions.).

²³⁶ O'KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 382.

²³⁷ GEVURTZ, *supra* note 187, at 450.

ข้างน้อย โดยทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยไม่สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการกิจการของบริษัท ทั้งในเรื่องการบริหารจัดการและเรื่องรายได้ของบริษัท²³⁸

ดังนั้น ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญ (A Key Instrument) ในการปกป้องผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจากการฉวยโอกาสของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก²³⁹ จุดมุ่งหมายหลักของข้อตกลงดังกล่าวคือการให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการกิจการของบริษัท หรือให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีบทบาทมากขึ้นในกระบวนการตัดสินใจในเรื่องสำคัญของบริษัท (Decision-making Process)²⁴⁰ กล่าวได้ว่า การเป็นบริษัทจำกัด ทำให้เสียส่วนมากสามารถดักดวงผลประโยชน์ได้มาก ในขณะที่เสียงส่วนน้อยมีโอกาสน้อยมากที่จะมีส่วนร่วมในการ

²³⁸ Jame M. Van Vliet Jr. & Mark D. Snider, “The Evolving Fiduciary Duty Solution for Shareholders Caught in a Closely Held Corporation Trap,” 18 N. ILL. U. L. REV. 239, p.258 (1998) (explaining that “[f]reeze-out” and “squeeze-out” are labels used in the case decisions without identifying any clear difference in meaning between the two. For purposes of this article, a “freeze-out/squeeze-out” is actionable conduct by which a particular shareholder is excluded from, or severely limited in, his or her participation in the financial benefits and other “partner attributes” of shareholding in a closely held corporation, so as to destroy or drastically impair the value of its stock ownership. Often, this ultimately is accompanied by an attempt to force the shareholder to sell its stock in the corporation usually at a price favorable to the buyer.”). See Moll, *supra* note 206, at 758. (commenting that “[c]ommon freeze-out techniques include the termination of a minority shareholder’s employment, and the siphoning off of corporate earnings through high compensation to the majority shareholder.”).

²³⁹ CHOOPEL AL., *supra* note 214, at 771 (suggesting that “[t]he best protection that can be extended a client about to enter into a corporate venture is a well-drawn agreement between shareholders designed to safeguard their interest on a mutually fair basis. This is not a guarantee against litigation – since law suits have been generated concerning the application and interpretation of such agreements, but such law suits are comparatively small in number.”).

²⁴⁰ O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:2, 5:5. Hornstein, *supra* note 223, at 1041.

บริหารจัดการ รวมถึงการจะขอเลิกบริษัท ในกรณีเช่นนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากประสงค์จะแบ่งอำนาจการควบคุมของตนบางส่วนเพื่อจูงใจบุคคลผู้ซึ่งสนใจเข้ามาซื้อหุ้นในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (In this Case, the Majority Is Willing to Share Some of Its Control in order to Encourage People Who, Under Normal Circumstances, Would Not Buy a Minority Interest)²⁴¹

(2.2) ความเท่าเทียมกันในหมู่ผู้ถือหุ้นด้วยอำนาจและส่วนได้เสียที่

เหมือนกัน

ในบริษัทจำกัด ผู้ถือหุ้นสองคนหรือมากกว่านั้นไม่อาจควบคุมผู้ถือหุ้นที่จะเป็นเสียงข้างมากได้ ซึ่งสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อให้มั่นใจว่าคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะทำการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับบริษัทร่วมกัน²⁴² ในความเป็นจริง ไม่มีผู้ถือหุ้นคนไหนที่มีเสียงข้างมากเพียงผู้เดียวเหนือกว่าผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ เพราะในบริษัทมีกลุ่มผู้ถือหุ้นอื่นที่คอยควบคุมอำนาจการตัดสินใจต่าง ๆ อยู่ ซึ่งประกอบไปด้วยผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจำนวนมากแทนที่จะมีแต่กลุ่มผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก²⁴³ ในกรณีเช่นนี้ การมีอยู่ของความสมดุลท่ามกลางผู้ถือหุ้นคือลักษณะของข้อตกลงทางธุรกิจ²⁴⁴

ผู้ถือหุ้นต้องการที่จะดำรงรักษาอำนาจการควบคุมบริษัทไว้โดยไม่คำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงในอนาคต พร้อม ๆ กันนั้น ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดก็คาดหวังที่จะได้การจ้างงาน มีบทบาทในการบริหารจัดการ และได้รับผลตอบแทนการลงทุน²⁴⁵ มีหน้าซ้ำ ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ในบริษัทจำกัดก็ยังได้รับความมั่งคั่งจากการลงทุนในบริษัทดังกล่าว²⁴⁶ ดังนั้นการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ที่ทำโดยบริษัทอาจส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นแต่ละคนอย่างมีนัยสำคัญ²⁴⁷

²⁴¹ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:2, 5:5.

²⁴² *Ibid.* See Hornestein, *supra* note 223, at 1040.

²⁴³ Mary Siegel, "Fiduciary Myths in Close Corporation Law," 29 DEL. J. CORP. L. 377, 384 (2004).

²⁴⁴ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:2, 5:45.

²⁴⁵ Moll, *supra* note 206, at 757.

²⁴⁶ CHOOPER EL AL., *supra* note 214, at 711. Thompson, *supra* note 180, at 394 (explaining that "[u]nlike shareholders in public corporations who develop diversified portfolios to eliminate the risk of some losses. Shareholders in a close corporation often do not or cannot develop a diversified portfolio, thus exposing them to increased risk of loss because of their limited holdings. A participant in a

ในบริบทนี้ ผู้ถือหุ้นจะใช้เครื่องมือที่เฉพาะเจาะจงเพื่อปกป้องการลงทุนของตน²⁴⁸ วิธีการแก้ไขปัญหาคือเป็นประโยชน์มากที่สุดสำหรับผู้ถือหุ้นคือจะต้องมีการตกลงในเรื่องเหล่านั้นไว้ล่วงหน้าในสัญญา และการตกลงนั้นบังคับได้เมื่อเกิดความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายต่าง ๆ²⁴⁹ ซึ่งวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในระหว่างผู้ถือหุ้นโดยใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นเครื่องมือจะสามารถทำงานได้ดีจริง ๆ ในบริบทที่เป็นบริษัทจำกัด (Work Really Well in the Closed Corporation Environment) เพราะว่าในบริษัทจำกัดนั้นเป็นบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนไม่มาก เมื่อมีผู้ถือหุ้นจำนวนไม่มากจึงง่ายต่อการเจรจาตกลง และการไกล่เกลี่ย²⁵⁰

2.3.1.4 ประเภทของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

โดยปกติประเด็นปัญหาที่พบได้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เป็นปัญหาเรื่องการควบคุมการกระทำหรือการแสดงออกของผู้ถือหุ้น และเรื่องการควบคุมการทำงานของกรรมการ²⁵¹ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะตกลงกันครอบคลุมไปถึงเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้น ตลอดจน การควบคุมการทำหน้าที่ของคณะกรรมการ

(1) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของผู้ถือหุ้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของผู้ถือหุ้นอาจแบ่งประเภทย่อยได้ดังต่อไปนี้

ประเภทที่ 1 ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งควบคุมการกระทำหรือการแสดงออกของผู้ถือหุ้นนั้นจะครอบคลุมไปด้วยประเด็นที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้าระหว่างผู้เข้าทำสัญญาว่า จะมีวิธีการแสดงออกซึ่งการใช้สิทธิของพวกเขาในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นอย่างไร²⁵² ในกลุ่มการตกลงของผู้ถือหุ้นเหล่านั้นเรียกว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงการถือหุ้น หรือข้อตกลงร่วมกัน (Shareholding or Pooling Agreement)” ซึ่งก็คือข้อตกลงทั่ว ๆ ไปที่ระบุว่าผู้ถือหุ้น

close corporation is more likely to have a firm-specific investment in the enterprise, thereby increasing the risk that other participants may act opportunistically to appropriate for themselves the quasi-rents of these specialized assets.”).

²⁴⁷ See *Ibid.*

²⁴⁸ See *Ibid.*

²⁴⁹ See Van Vliet & Snider, *supra* note 238, at 242 – 243 (1998).

²⁵⁰ Thompson, *supra* note 180, at 393.

²⁵¹ O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:2, 5:6.

²⁵² O’KELLEY and THOMPSON, *supra* note 184, at 401.

หุ้นจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของพวกเขาร่วมกันเป็นหน่วยในระเบียบวาระการเลือกตั้งคณะกรรมการและในระเบียบวาระอื่น ๆ²⁵³

ประเภทที่ 2 สัญญามอบอำนาจหรือสัญญามอบฉันทะ (Proxy Agreement) ซึ่งก็คือสัญญาที่ก่อให้เกิดการมอบอำนาจที่ไม่อาจเรียกคืนได้หรือไม่อาจยกเลิกได้ เป็นสิ่งซึ่งทำให้อำนาจของผู้ถือหุ้นในการออกเสียงลงคะแนนหมดไป และมอบอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนให้แก่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนหรือมอบให้แก่บุคคลอื่นก็ได้ หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นการตั้งตัวแทนสำหรับไปลงคะแนนเป็นการถาวร (Irrevocable Proxies) กล่าวอีกนัยหนึ่ง สัญญามอบอำนาจหรือสัญญามอบฉันทะ (Proxy Agreement) คือสัญญาที่มีการอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษรให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งทำหน้าที่แทนตนอย่างถูกต้องตามกฎหมายในนามของบุคคลอีกคนหนึ่ง รูปแบบที่พบมากที่สุดของสัญญามอบอำนาจหรือสัญญามอบฉันทะ (Proxy Agreement) ก็คือเป็นกรณีที่บุคคลหนึ่งยินยอมหรือมอบอำนาจให้บุคคลอีกคนหนึ่งแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนในนามของบุคคลอีกคนหนึ่ง โดยส่วนใหญ่แล้วอำนาจของผู้ถือหุ้นที่จะต้องออกเสียงลงคะแนนในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นจะได้มาจากการรับมอบอำนาจ²⁵⁴ และ

ประเภทที่ 3 สัญญาตั้งทรัสต์ขึ้นรับโอนหุ้นไปถือแทนผู้ถือหุ้นและให้ทรัสต์เป็นผู้ใช้สิทธิลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้น (Voting Trusts) คือสัญญาที่โอนกรรมสิทธิ์ในหุ้นตามกฎหมายไปสู่ผู้จัดการทรัสต์สินหรือผู้ดูแลทรัสต์สิน (Trustees) ซึ่งผู้จัดการทรัสต์สินนี้จะออกเสียงลงคะแนนตามข้อกำหนดในตราสาร (The Terms of the Trust Instrument) ผู้จัดการทรัสต์สินหรือผู้ดูแลทรัสต์สิน (Trustee) ตามกฎหมายนี้ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อจะรวมการออกเสียงของผู้ถือหุ้นด้วยการที่ผู้ถือหุ้นมอบสิทธิในหุ้นและสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนให้แก่ผู้จัดการทรัสต์สินหรือผู้ดูแลทรัสต์สินตามระยะเวลาที่กำหนด²⁵⁵

²⁵³ GEVURTZ, *supra* note 187, at 486.

²⁵⁴ *Ibid.*, และดู โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น.255.

²⁵⁵ CHOOPER EL AL., *supra* note 214, at 736. (according to the authors voting trust came into existence for two main reasons: (1) “Designed in response to the judicial aversion to the separation of ownership from control, it results in the trustees having legal title to the shares, as well as the right to vote in the manner agreed on”; and (2) “Existing creditors or senior security holders of a financially unstable corporation may require, as a condition of permitting the corporation to continue (or be reorganized), that they be given control through the mechanism of a voting trust. Lenders or providers of fresh capital may utilize a voting trust to afford them control

(2) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของกรรมการ

ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะกล่าวเกี่ยวกับการทำงานของคณะกรรมการในเรื่องเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัท ซึ่งเป็นธรรมดาที่อำนาจในการบริหารจัดการบริษัทจำกัดมักจะขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้ถือหุ้น²⁵⁶ แนวความคิดพื้นฐานของการมีคณะกรรมการที่เป็นอิสระแยกออกจากแนวความคิดเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นนั้นเป็นเรื่องโกหกหลอกลวงที่ไม่อาจนำมาใช้บังคับได้ในบริษัทที่เป็นบริษัทจำกัด²⁵⁷ เพราะฉะนั้น ผู้ถือหุ้นจึงได้ทำการสร้างข้อตกลงพิเศษในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นมาเพื่อที่จะดัดแปลงแก้ไขกฎเกณฑ์กฎระเบียบตามปรกติทั่วไปของ บริษัทให้เป็นไปตามที่ผู้ถือหุ้นต้องการโดยใช้ข้อตกลงพิเศษที่สร้างขึ้นมานั้นในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น²⁵⁸ ข้อตกลงพิเศษในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่กำหนดขึ้นมานั้นเรียกได้ว่าเป็นกฎระเบียบใหม่ที่ จะกำหนดว่าใครเป็นผู้มีอำนาจควบคุมการบริหารจัดการบริษัท และจะกำหนดว่าอำนาจควบคุมการบริหารจัดการบริษัทนั้นจะถูกใช้อย่างไร²⁵⁹

ประเด็นปัญหาที่รวมอยู่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นข้างต้นเหล่านี้ สามารถกำหนดประเด็นที่แตกต่างกัน ซึ่งปรกติจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ โดยส่วนใหญ่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีข้อตกลงดังต่อไปนี้ 1) การกำหนดตัวเจ้าหน้าที่ขององค์กร เรื่องค่าตอบแทน และวาระการดำรงตำแหน่ง²⁶⁰ 2) คำมั่นสัญญาจากผู้ถือหุ้นในเรื่องการจ้างให้บริหารงาน

of or a voice in the selection of new management or assurance that the corporation's present successful management will be continued.”), และดู โสภณ รัตนกร, *เพ็งอ่าว*, น.255, see also **VOTING TRUST**. A trust used to hold shares of voting stock in a closely held corporation, usually transferred from a parent to a child, and empowering the trustee to exercise the right to vote. (Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 10th ed., (Thomson Reuters, 2014)).

²⁵⁶ LAVALLE, *supra* note 218, at 109.

²⁵⁷ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:25.

²⁵⁸ LAVALLE, *supra* note 218, at 109.

²⁵⁹ *Ibid.*, See O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:25.

²⁶⁰ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.32 (a)(3) (2005) (providing that “(a) An agreement among the shareholders or a corporation that complies with this section in effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it: (3) establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or

ในบริษัทต่อไปเมื่อหมดวาระ (Undertakings by Shareholders Assuring Permanent Employment by Corporation)²⁶¹ 3) ข้อตกลงระบุมถึงการใช้สิทธิยับยั้ง (Veto Arrangements)²⁶²

manner of selection removal;”). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 354 (2005) (providing that “[n]o written agreement among stockholders of a close corporation, nor any provision of the certificate of incorporation or of the bylaws of the corporation, which agreement or provision relates to any phase of the affairs of such corporation, including but not limited to the management of its business or declaration and payment of dividends or other division of profits or the election of director or officers or the employment of stockholders by the corporation or the arbitration of disputes, shall be invalid on the ground that it is an attempt by the parties to the agreement or by the stockholders of the corporation to treat the corporation as if it were a partnership or to arrange relations among the shareholders or between the stockholders and the corporation in a manner that would be appropriate only among partners.”) See O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:114 (commenting that “[m]any agreements among shareholders in close corporations contain provisions naming the persons who are to occupy some or all corporate offices or granting one or more of the contracting parties the privilege of naming corporate officers.”).

²⁶¹ O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:127 (commenting that “[c]losely related to provisions in shareholders’ agreements naming persons to corporate offices are undertakings by shareholders guaranteeing one or more individuals permanent employment for a long or indefinite period or time.”).

²⁶² See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.32 (a)(4) (2005) (providing that “(a) An agreement among the shareholders or a corporation that complies with this section is effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it: (4) governs, in general or in regard to specific matters, the exercise or division of voting power by or between the shareholders and directors or by or among any of them, including use of weighted voting rights or director proxies;”). O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:128-129 (explaining that “[v]eto provisions vary considerable in content. They may be designed to give a power of veto to only one of the shareholders or

4) ข้อตกลงการควบคุมนโยบายการจ่ายเงินปันผล (Dividend Policy) หรือข้อตกลงที่ระบุถึงการจำกัดจ่ายเงินปันผลหรือสินทรัพย์และกำไรของบริษัท (ข้อตกลงนี้อาจรวมถึงประกาศข้อห้ามในการจ่ายเงินปันผลในช่วงระยะเวลาที่จำกัดหรือภายใต้สถานการณ์พิเศษเฉพาะอย่าง อำนาจของผู้ถือหุ้นในการยับยั้งการประกาศจ่ายเงินปันผล ข้อตกลงซึ่งแสดงให้เห็นว่าบริษัทจะไม่มี การจ่ายเงินปันผลจนกว่าบริษัทจะได้ชำระหนี้แล้ว)²⁶³ 5) รวมถึงข้อตกลงเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในหมู่ผู้ถือหุ้นโดยการใช้อินญาโตตุลาการ (Arbitration Clauses)²⁶⁴ 6) ข้อตกลงเกี่ยวกับการเลิกบริษัท (Dissolution) การซื้อกิจการและการเยียวยาอื่น ๆ ในกรณีที่บริษัทเกิดภาวะล้มเหลวในการแก้ไขความขัดแย้ง (Other Remedies for Deadlock)²⁶⁵ 7) ข้อตกลงเกี่ยวกับข้อจำกัดการโอนหุ้นในหมู่ผู้ถือหุ้นและ

the each of the shareholders. The veto may be limited to fundamental changes in the corporation structure, such as charter amendments or mergers, or it may cover all major policy decisions or even day to day decisions on the operation of the business.”).

²⁶³ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.32 (a)(2) (2005) (providing that “(a) An agreement among the shareholders or a corporation that complies with this section in effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it: (2) governs the authorization or making of distributions whether or not in proportion to ownership of shares. Subject to the limitation in section 6.40;”). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 354 (2005). See O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:133 (commenting that “[p]articipants in a close corporation occasionally attempt to control its dividend policy by agreement among themselves.”).

²⁶⁴ See DEL. CODE ANN. Title 8 § 354 (2005). See O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:138 (commenting that “[a]rbitration is one of the least expensive and least disruptive ways of settling a dispute among shareholders, and shareholders’ agreements often contain a clause providing for the arbitration of disputes arising out of the agreement.”).

²⁶⁵ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.32 (a)(6)(7) (2005) (providing that “(a) An agreement among the shareholders or a corporation that complies with this section in effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it: (6) transfer to

บริษัท (Transfer Restrictions)²⁶⁶ และ 8) ประเด็นเรื่องอื่น ๆ (Any Other Issue) ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในหมู่ผู้ถือหุ้น ในหมู่กรรมการและบริษัท หรือประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการควบคุมการใช้อำนาจของบริษัทไม่ว่าจะเป็นเรื่องอำนาจการบริหารจัดการกิจการหรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจการภายในของบริษัท และการกำหนดเกี่ยวกับเรื่องการใช้อำนาจทั้งหลายที่กล่าวมานั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Not Contrary to Public Policy)²⁶⁷

เนื้อหาในเรื่องสถานะและผลทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการในประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 3 ซึ่งจะพิจารณาถึงวิวัฒนาการในการบังคับใช้ข้อตกลงตั้งกรรมการในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กฎเกณฑ์ตามกฎหมายที่กำหนดให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลใช้บังคับได้ใน the Model Business Corporation Act และ

one or more shareholders or other persons all or part of the authority to exercise the corporate powers or to manage the business and affairs of the corporation, including the resolution of any issue about which there exists a deadlock among directors or shareholders; (7) requires dissolution of the corporation at the request of one or more of the shareholders or upon the occurrence of a specified event;”). See O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 176, at 5:138 (commenting that “[s]hareholders in a close corporation may enter into a contract for the dissolution of the corporation in the event of a deadlock among its shareholders and directors, or on the happening of specified contingencies perhaps different from those which otherwise would justify dissolution under the statutes. Similarly, they may contract for on or more shareholders to buy out other rights in the event of deadlock or other stated contingencies.”).

²⁶⁶ See DEL. CODE ANN. Title 8 § 354 (2005).

²⁶⁷ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.32 (a)(8) (2005) (providing that “(a) An agreement among the shareholders or a corporation that complies with this section is effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it: (8) otherwise governs the exercise or the corporate powers of the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and it not contrary to public policy.”). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 354 (2005).

the Delaware General Corporation Law และท้ายสุดประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับคำตัดสินของศาลเมื่อศาลพิพากษาให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้มีผลบังคับได้

อย่างไรก็ตาม ก่อนจะไปพิจารณาข้อตกลงตั้งกรรมการในบทที่ 3 ผู้เขียนได้กล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาข้างต้นแล้ว ในหัวข้อถัดไป ผู้เขียนจะกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศอังกฤษตามขอบเขตของการศึกษาเป็นลำดับไป

2.3.2 สถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศอังกฤษ²⁶⁸

เพื่อที่จะเข้าใจถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและผลกระทบของกฎหมายที่มีต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด จึงมีความจำเป็นที่จะเริ่มต้นทำความเข้าใจเกี่ยวกับภาพรวมและเหตุผลเบื้องหลังของกฎหมายว่าด้วยบริษัทและกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเหล่านี้มีผลใช้บังคับ

2.3.2.1 สภาพและการจัดตั้งบริษัทจำกัดของประเทศไทย

ในประเทศไทยมีบริษัทนิติบุคคล 4 ประเภทใหญ่ ๆ ด้วยกัน คือ 1) บริษัทจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติ 2) บริษัทตั้งขึ้นโดยกฎหมายเฉพาะราย 3) บริษัทซึ่งได้รับอนุญาตจากพระมหากษัตริย์ และ 4) บริษัทเหมืองแร่ใน Stanaries ซึ่งเรียกว่า “Cost Book Companies”²⁶⁹

ในบรรดาบริษัทจดทะเบียนมีอยู่ 3 ประเภทที่สำคัญ คือ บริษัทจำกัดโดยหุ้น (Limited by Shares) บริษัทจำกัดโดยค้ำประกัน (Limited by Guarantee) และบริษัทไม่จำกัด (Unlimited Company)²⁷⁰ โดยบริษัทจำกัด (Limited Company) ผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดชอบอย่างจำกัด ส่วนบริษัทไม่จำกัด (Unlimited Company) นั้น ผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัด²⁷¹

บริษัทจำกัดยังแบ่งแยกออกได้อีกเป็น บริษัทจำกัดโดยหุ้น (Company Limited by Shares) ซึ่งผู้ถือหุ้นรับผิดชอบไม่เกินจำนวนค่าหุ้นของตน กับบริษัทจำกัดโดยค้ำประกัน

²⁶⁸ Graham Stedman and Janet Jones, *supra* note 15, pp.1 – 109, see also John Cadman, *supra* note 16, pp.1 – 40, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, pp.1 – 15, 16 – 26, see also Sean FitzGerald and Graham Muth, *supra* note 73, pp.3 – 10.

²⁶⁹ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น.209.

²⁷⁰ *เพ็ญอ้าง*, น.209.

²⁷¹ *เพ็ญอ้าง*, น.209.

(Company Limited by Guarantee)²⁷² ซึ่งผู้ถือหุ้นรับผิดชอบตามจำนวนที่ตนสัญญาไว้จะจ่ายเมื่อบริษัทเลิกกิจการ โดยที่บริษัทจำกัดโดยหุ้นจะต้องมีทุนเรือนหุ้น (Share Capital) แต่บริษัทจำกัดประเภทอื่น ๆ ไม่ต้องมีทุนเรือนหุ้น²⁷³ อนึ่ง สำหรับบริษัทจำกัดโดยหุ้น (Company Limited by Shares) ของอังกฤษซึ่งผู้ถือหุ้นรับผิดชอบไม่เกินจำนวนค่าหุ้นของตนนั้นมีลักษณะตรงกับบริษัทจำกัดในประเทศไทย²⁷⁴

อย่างไรก็ดี ประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ แบ่งบริษัทจำกัดโดยหุ้น ออกเป็นบริษัทเอกชน (Private Company) กับบริษัทมหาชน (Public Company)²⁷⁵ โดยในการศึกษานี้จะสำรวจถึงองค์ประกอบหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ เฉพาะในบริบทของบริษัทเอกชนจำกัด ดังนี้ ในหัวข้อที่ 2.3.2.2 จะนำเสนอหลักพื้นฐานหรือทฤษฎีว่าด้วยเรื่องกิจการภายในและแนวความคิดของบริษัทเอกชนจำกัด ส่วนในหัวข้อที่ 2.3.2.3 จะอธิบายลักษณะและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และหัวข้อที่ 2.3.2.4 จะอธิบายประเภทของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้อง

2.3.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยเรื่องกิจการภายในและแนวความคิดของบริษัทจำกัด

ในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึง โครงสร้างที่สำคัญทางกฎหมายที่สัมพันธ์เกี่ยวข้องกับโครงสร้างของบริษัท ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นทั้งหลายในบริษัท ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองในกรณีที่ไม่มีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองในกรณีที่มีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

โครงสร้างของบริษัท (Company Structure) จะประกอบด้วยการจัดทะเบียนภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 และ ค.ศ. 2006 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (the Companies Acts 1985 : CA 1985 and 2006 : CA 2006 and Its Consequences) ธรรมนูญของบริษัท ข้อบังคับของบริษัท และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ในเรื่องการจัดทะเบียน พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการใหม่สำหรับการจดทะเบียน ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัททั้งหลายต่อหน่วยงานที่มีหน้าที่รับจดทะเบียน (Companies House) โดยที่ขั้นตอนวิธีการใหม่สำหรับการจดทะเบียนนี้ยังคงมีความต้องการเอกสารหรือข้อมูลต่าง ๆ จำนวนมากเช่นเดียวกับที่เคยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985

²⁷² เฝิงอ๋าง, น.209 – 210.

²⁷³ เฝิงอ๋าง, น.209 – 210.

²⁷⁴ เฝิงอ๋าง, น.210.

²⁷⁵ เฝิงอ๋าง, น.210.

ภายใต้บทบัญญัติใหม่ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 บริษัททั้งหลายที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นจำเป็นต้องมีสมาชิกอย่างน้อย 1 คน (1 Subscriber) และสำหรับในบริษัทเอกชนจำเป็นต้องมีกรรมการอย่างน้อย 1 คน ซึ่งกรรมการคนนี้จะต้องเป็นปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา และต้องไม่ใช่กรรมการที่เป็นนิติบุคคล บริษัทมหาชนก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ บริษัทมหาชนจำเป็นต้องมีกรรมการอย่างน้อย 2 คน โดยอย่างน้อย 1 คนจะต้องเป็นปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา

บริษัทที่มีความรับผิดชอบจำกัดของอังกฤษและเวลส์จะมีสภาพเป็นนิติบุคคลและเป็นที่ยอมรับในฐานะที่เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เริ่มก่อการในสายตาของกฎหมายนับแต่เมื่อได้นำเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนจัดตั้งไปจดทะเบียนไว้กับหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการรับจดทะเบียน²⁷⁶ และเมื่อบริษัทมีสภาพนิติบุคคลเป็นของตนเองแล้วก็ย่อมมีความสามารถที่จะ

²⁷⁶ *Existing Companies*: these are the memorandum and articles of association (the latter are not needed if the standard set of articles, known as Table A, is to be used: see Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, pp.6 – 7, para 1.15); Form 10: a statement naming, and giving other details of, the company's first director (or directors) and secretary, and giving the address of its registered office; a statement of capital form (Form PUC1); and Form 12: a statutory declaration in the prescribed form to the effect that all requirements of the CA 1985 in respect of registration have been complied with; see CA 1985, ss 1, 2, 10 and 12(3).

CA 2006 companies: the memorandum of association stating only the names of the initial subscriber of shares. The memorandum will no longer contain an objects clause and will not be updated or amended (CA 2006, s 8). Both private and public companies can now be formed by a single subscriber (CA 2006, s 7); an application for registration which must state: the company's proposed name, county of registration which must state: the company's proposed name, county of registered office, liability of members, if limited by shares or guarantee and whether company is to be public or private; a statement of share capital and initial shareholders (CA 2006, s 10); a statement of the company's proposed directors, details of authorized signatories and the company secretary in the case of a public company. Private companies will no longer be required to have a company secretary. Directors will no longer have to disclose their home addresses but a service address will be required

ฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นคดีได้²⁷⁷ บริษัทสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินของตนเองได้และสามารถทำสัญญาในนามของบริษัทเองได้เป็นธรรมดา นี่คือสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทแยกต่างหากจากเหล่าผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ดังที่เรียกกันว่า ทฤษฎีว่าด้วยม่านนิติบุคคล (The so-called Veil of Incorporation)²⁷⁸ ที่จำกัดความรับผิดของเหล่าผู้ถือหุ้นทั้งหลายในหนี้ของบริษัทไว้เพียงแค่ว่าผู้ถือหุ้นได้ลงหุ้นไปแต่ก็มีข้อยกเว้นเล็กน้อยบางเรื่อง²⁷⁹ และผู้ถือหุ้นยังรับผิดชอบจำกัดตราบเท่าที่พวกเขาไม่ได้เข้าผูกพันเป็นประกันด้วยตัวบุคคลหรือให้หลักประกันหรือเข้าค้ำประกันให้แก่บริษัท

นอกจากนี้ สภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นยังทำให้บริษัทมีหน้าที่ในเรื่องเกี่ยวกับภาษีและหน้าที่ในเรื่องการบัญชีเป็นของบริษัทเองอีกด้วย ยิ่งไปกว่านั้น บริษัทเมื่อจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นแล้วก็สามารถดำรงอยู่ได้อย่างต่อเนื่องโดยไม่ถูกจำกัดด้วยระยะเวลาและยังคงดำรงอยู่ได้แม้ผู้ถือหุ้นจะถึงแก่ความตายหรือล้มละลายหรือแม้กระทั่งผู้ถือหุ้นได้โอนขายหุ้นของตนออกไป

โดยปรกติแล้วผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชนที่มีความรับผิดชอบจำกัดจะถือ “หุ้นสามัญ (Ordinary Shares)” ซึ่งแสดงถึงการมีส่วนเป็นเจ้าของในบริษัท ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหุ้นสามัญจะ

(CA 2006, s 12); a statement of intended registered office; a copy of proposed articles of association (if model articles are not to be used); a statement of compliance with all requirements of CA 2006 (CA 2006, s 13).

²⁷⁷ CA 1985, s 13. Whether limited by shares or by guarantee: see CA 1985, ss 1(2), 2(3) and (4) and 3(1). CA 2006, ss 10-13.

²⁷⁸ *Salomon v Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22 (HL); *Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd* [1916] 2 AC 307 HL; *Gilford Motor Co Ltd v Horne* [1933] Ch 935 (CA); *DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council* [1976] 3 All ER 462 (CA); *Adams v Cape Industries plc* [1991] 1 All ER 929 CA; *Creasey v Breachwood Motors Ltd* [1993] BCLC 480; *Re Polly Peck International plc (No 3)* [1996] 1 BCLC 428; *Gencor ACP Ltd v Dalby* [2002] 2 BCLC 734; *Ord v Belhaven Pubs Ltd* [1998] 2 BCLC 447; *Trustor AB v Smallbone* [2001] 3 All ER 987.

²⁷⁹ Eg where the shares are not fully paid-up: see for existing companies: Companies (Tables A to F) Regulations 1985, Sch 1, paras 12-22; for CA 2006 companies: model articles, or where there is fraud (see Chapter 6).

ให้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Rights) และผู้ถือหุ้นสามัญจะได้รับการเฉลี่ยคืนทุนเมื่อมีการชำระบัญชีเลิกบริษัท

โดยส่วนใหญ่ของบริษัทเอกชนนั้นหุ้นทุกหุ้นจะเป็นประเภทเดียวกันหรือที่รู้จักกันในชื่อว่า หุ้นสามัญ ซึ่งหุ้นสามัญแต่ละหุ้นนั้นจะให้สิทธิออกเสียงลงคะแนน 1 เสียง (Each Share Carrying One Vote) นอกจากนี้ ผู้ที่ถือหุ้นสามัญทั้งหลายของบริษัทยังอาจได้รับการจ่ายปันผล แต่ก็อาจไม่ได้รับการจ่ายปันผลเสมอไป

บริษัทเอกชนอาจจะออกหุ้นประเภทอื่น ๆ ได้ เช่น “หุ้นบุริมสิทธิ (Preference Shares)” ที่ให้สิทธิพิเศษในการได้รับปันผลก่อนผู้ถือหุ้นอื่นแต่ถูกจำกัดสิทธิออกเสียงลงคะแนน หรืออาจเป็นหุ้นบุริมสิทธิที่ให้สิทธิพิเศษในการได้รับการเฉลี่ยคืนทุนก่อนผู้ถือหุ้นอื่น

กฎหมายว่าด้วยบริษัทกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัทนั้นให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการบริษัท ซึ่งจะต้องกระทำโดยใช้คะแนนเสียงที่เป็นเอกฉันท์หรือคะแนนเสียงของกรรมการฝ่ายข้างมาก (Act by Unanimous or Majority Vote)

การมีมติให้กรรมการออกจากตำแหน่งหรือการปลดกรรมการอาจกระทำได้โดยผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงมากกว่าร้อยละ 50 ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดที่มีอยู่ในบริษัท หรือที่เรียกว่า “ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก (Majority Shareholders)” เช่นเดียวกัน ผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงข้างมากย่อมมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนแต่งตั้งตนเอง หรือพวกพ้องของตนเอง ตลอดจนผู้ถูกเสนอชื่อจากผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงข้างมาก ให้เป็นกรรมการของบริษัทหรือแต่งตั้งคณะกรรมการทั้งหมดของบริษัทได้ (พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 303, พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 168)

ผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงฝ่ายข้างมาก (มากกว่าร้อยละ 50) ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทมีอำนาจในการครอบงำกำหนดการดำเนินกิจการทั้งหลายของบริษัท (ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วการควบคุมบริหารจัดการกิจการต่าง ๆ ในแต่ละวันของบริษัทจะอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการที่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งขึ้นก็ตาม) ส่วนผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงน้อยกว่าร้อยละ 50 ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท ที่เรียกว่า “ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (Minority Shareholders)” แทบไม่มีอำนาจในการครอบงำกำหนดทิศทางการดำเนินกิจการของบริษัทเลย อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยอาจจะได้รับการเยียวยา (Remedy) ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (A Statutory Minority Protection)

ผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงร้อยละ 75 หรือมากกว่าร้อยละ 75 ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทไม่เพียงแต่มีอำนาจเรื่องการควบคุมการแต่งตั้ง โยกย้าย มีมติให้พ้นจากตำแหน่งหรือปลดออกจากการเป็นคณะกรรมการของบริษัทเท่านั้น แต่ยังสามารถออกเสียงลงคะแนนในระเบียบวาระต่าง ๆ เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทได้ด้วย ผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงร้อยละ

ละ 75 หรือมากกว่าร้อยละ 75 ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทเหล่านี้ยังอาจปรับเปลี่ยนสิทธิของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลร้ายหรือความลำเอียงได้ด้วย

ยกตัวอย่างเช่น การออกหุ้นเพิ่มทุนให้เฉพาะแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากและด้วยผลแห่งการออกหุ้นเพิ่มทุนเฉพาะแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากนี้ทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากได้รับจัดสรรหุ้นในจำนวนที่มากขึ้นตามสัดส่วนของการเพิ่มทุน ในขณะที่ฝ่ายข้างน้อยไม่ได้รับจัดสรรหุ้นเพิ่มทุนดังกล่าว แม้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจะมีจำนวนหุ้นอยู่เท่าเดิม แต่การเพิ่มทุนดังกล่าวก็มีผลเป็นการลดสัดส่วนในหุ้นที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยถืออยู่เดิม (Diluting the Minority) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือมีผลเสมือนเป็นการลดจำนวนหุ้นของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยลงโดยปริยายนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาในเรื่องนี้ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (Minority Protection Laws)

ผู้ถือหุ้นทั้งหลายที่ไม่พึงพอใจกับการจัดสรรอำนาจดังกล่าวข้างต้น และสำหรับที่ปรึกษากฎหมายที่เข้าใจถึงประโยชน์ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะแนะนำให้รู้จักและสนับสนุนให้ใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เพื่อให้เกิดการจัดสรรอำนาจในบริษัทระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายต่าง ๆ ให้ดีและสมดุลยิ่งขึ้น ตลอดจนเพื่อให้เกิดวิธีในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจากการแสวงหาผลประโยชน์อย่างเห็นแก่ตัวของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก โดยการฟ้องเรียกร้องให้ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยไม่ต้องไปพึ่งพากระบวนการตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยบริษัทซึ่งมีความยุ่งยากและมีค่าใช้จ่ายมาก

ในเรื่อง **ธรรมนูญของบริษัท (The Company's Constitution)** นั้น โดยที่บริษัทจำกัดไม่ได้มีตัวตนอยู่ในทางกายภาพ กล่าวคือ บริษัทจำกัดมีสภาพบุคคลเพราะถูกสมมติหรือถูกประดิษฐ์ขึ้นเท่านั้น ผลที่ตามมาก็คือกฎหมายว่าด้วยบริษัทส่วนใหญ่จึงพุ่งเป้าหรือเน้นหนักในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างตัวบริษัท คณะกรรมการบริษัท (ผู้แทนของบริษัทในการดำเนินกิจการต่าง ๆ) และผู้ถือหุ้นทั้งหลายของบริษัท ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท คณะกรรมการบริษัท และผู้ถือหุ้นทั้งหลายนี้โดยหลักแล้วจะแสดงไว้ในเอกสารเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทหรือธรรมนูญของบริษัท (The Company's Constitutional Documents) กล่าวคือ สำหรับบริษัทที่มีตัวตนอยู่ ณ ปัจจุบันก็ได้แก่นหนังสือบริคณห์สนธิ (Memorandum) และข้อบังคับของบริษัท (Articles of Association) และสำหรับบริษัททั้งหลายที่จัดตั้งภายหลังพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มีผลใช้บังคับนั้น ข้อบังคับของบริษัทและมติบางเรื่อง ตลอดจนสัญญาต่าง ๆ ที่ถูกระบุไว้ในมาตรา 29 ดังที่จะได้กล่าวต่อไป ทั้งหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัทจะต้องนำไปยื่นต่อ Companies House

สำหรับการจดทะเบียนจัดตั้ง (Incorporation) และเอกสารเหล่านั้นจะกลายเป็นเอกสารมหาชน (Public Documents)²⁸⁰

สำหรับบริษัทที่ก่อตั้งและตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 นั้น ในหนังสือบริคณห์สนธิต้องระบุเรื่องดังต่อไปนี้

- ชื่อของบริษัท และประเภทของบริษัทว่าเป็นมหาชนหรือเอกชน (The Company's Name and Type (Whether Public or Private))

- วัตถุประสงค์ทั้งหลายของบริษัท (The Objects of the Company)²⁸¹

- ข้อความว่าจำกัดความรับผิด (The Limitation of Liability Clause) ว่าจำกัดความรับผิดโดยหุ้น หรือจำกัดความรับผิดโดยคำรับรอง

- ทุนจดทะเบียนที่ตราไว้ของบริษัท ยกเว้นบริษัทจำกัดโดยคำรับรอง (Its Authorized Share Capital (Except in a Company Limited by Guarantee))

- ภูมิลำเนาของบริษัท (Its Domicile)

พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 ได้มุ่งเสนอความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญบางอย่างเกี่ยวกับหนังสือบริคณห์สนธิ กล่าวคือ หนังสือบริคณห์สนธินี้จะมีความสำคัญน้อยลงหลังการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท และหันไปให้ความสำคัญแก่ข้อบังคับของบริษัทเป็นหลัก ความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญบางอย่างนี้จะเห็นได้จากบริษัทที่ได้รับการจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 นั้นในหนังสือบริคณห์สนธิจะ

²⁸⁰ CA 1985, ss 2 and 709. The individuals who wish to form the company must subscribe their names to the memorandum. The memorandum is currently the dominant document and prevails in the event of conflict: *Re Duncan Gilmour & Co Ltd* [1952] 2 All ER 871. Under the Companies Act 2006, the memorandum will cease to be pivotal.

²⁸¹ A CA 1985 company could adopt a very general objects clause under CA 1985, s 3A empowering it to carry on business as a general commercial company, that is to carry on any trade or business whatsoever. The implications of such a wide objects clause for corporate capacity and shareholders' control were significant, see CA 1985, ss 35, 35A and 35B.

- ไม่ต้องระบุวัตถุประสงค์ของบริษัท ถ้าจะมีข้อจำกัดหรือข้อห้ามใด ๆ ในเรื่องวัตถุประสงค์ของบริษัทจะต้องไปกำหนดลงในข้อบังคับของบริษัท (Not Specify the Objects of the Company)

- ระบุถึงคำแถลงว่าผู้เริ่มก่อการทั้งหลายมีเจตนาหรือความประสงค์ที่จะก่อตั้งบริษัท (Contain a Statement that the Founders Intend to Form a Company)

- ระบุรายละเอียดจำนวนหุ้นที่จะออก (Give Details of the Subscriber Shares, If Relevant)

- ไม่ต้องระบุทุนจดทะเบียนของบริษัท (Not State the Authorized Share Capital) และ

- หนังสือบริคณห์สนธิจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ (Not be Capable of Alteration)²⁸²

ชื่อของบริษัทจะถูกบันทึกไว้ในหนังสือรับรองการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ส่วนเอกสารที่เกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัท (ธรรมนูญของบริษัท) ทั้งหลายสำหรับบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับการปรับปรุงให้ทันสมัยเรื่องหรือข้อกำหนดทั้งหลายที่เคยปรากฏอยู่ในหนังสือบริคณห์สนธิ ซึ่งเรื่องหรือข้อกำหนดทั้งหลายดังกล่าวนั้นไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปสำหรับบริษัทที่ได้รับการจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 จะถูกถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของข้อบังคับของบริษัททั้งหลายที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นก่อนที่พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 จะมีผลใช้บังคับ²⁸³

ข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวข้องโดยตรงกับการควบคุมบริหารจัดการภายในของบริษัทนั้น (The Internal Management) และโดยปริยายแล้วข้อบังคับของบริษัทจะระบุถึงเรื่องหรือข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับ

- ทุนจดทะเบียนของบริษัท (The Company's Share Capital)

²⁸² CA 2006, ss 8 and 9. Given that the memorandum will cease to have any significance after formation and that the articles will contain restrictions on the company's objects the rule that the memorandum is dominant will cease to be important. While the company will not need to specify its authorized share capital in the memorandum, by CA 2006, s 10 on registration the company must file a statement of capital and shareholdings which will set out a number of features of the company's share capital including rights attaching to any classes of shares.

²⁸³ CA 2006, ss 27 and 28.

- สิทธิและหน้าที่ทั้งหลายของผู้ถือหุ้น (The Rights and Duties of Shareholders)
- ความสามารถในการโอนหุ้น (The Transferability of Shares)
- การดำเนินการในการประชุมและการออกเสียงลงคะแนน (The Conduct of Meetings and Voting)
- สิทธิที่มีอยู่ในหุ้นแต่ละประเภท (Class Rights)
- องค์ประกอบ การเลือกตั้ง และอำนาจทั้งหลายของคณะกรรมการบริษัท (The Composition, Election and Powers of the Board of Directors)
- วัตถุประสงค์ทั้งหลายของบริษัท (The Company's Objects (If Any Restrictions))²⁸⁴ และ

- ข้อความว่าจำกัดความรับผิด (Limited Liability)

ข้อบังคับของบริษัททั้งหลายเป็นเสมือนกฎหมายภายใน และระบุถึงเรื่องกฎระเบียบการควบคุมบริหารจัดการภายในของบริษัทที่ต้องปฏิบัติตาม ข้อบังคับของบริษัทดังกล่าวกำหนดเกี่ยวกับผู้มีอำนาจบริหารจัดการหรืออำนาจของคณะกรรมการบริษัทและอำนาจครอบงำกิจการของผู้ถือหุ้น ตลอดจนระบุถึงสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นทั้งหลายโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะได้รับการแจ้งในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการเข้าร่วมในการประชุมและสิทธิออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุม รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับปันผลในหุ้นที่พวกเขาถืออยู่เมื่อบริษัทมีการประกาศจ่ายปันผล

โดยหลักข้อบังคับของบริษัทต้องเป็นไปตามหรืออยู่ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยบริษัท (Rules of General Company Law) แต่กฎหมายบริษัทก็ได้ให้อิสระในการกำหนดข้อบังคับของบริษัทให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดได้ แบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ²⁸⁵ (The Model Articles) ได้ให้แนวทางที่เป็นประโยชน์และสามารถนำแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทนี้ไปปรับใช้กับข้อบังคับที่จัดทำขึ้นเองได้ อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับของบริษัทจะมีความสลับซับซ้อนมากเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับขนาดและวัตถุประสงค์ของบริษัท ดังนั้น ข้อบังคับของบริษัทจึงควรได้รับการร่างหรือจัดทำขึ้นโดยนักกฎหมาย และโดยใช้แบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทตามกฎหมายเป็นแนวทางในการร่าง

ทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 และพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 บัญญัติว่า บริษัทที่ไม่ได้นำข้อบังคับของบริษัทไปจดทะเบียนต่อ Companies

²⁸⁴ CA 2006, s 32.

²⁸⁵ ดนยา โรจนานนท์, “กรรมการสำรองในบริษัท”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.3.

House ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม จะต้องถือว่าข้อบังคับของบริษัทเป็นไปตามแบบที่กำหนดไว้ในแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ (Table A) (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “แบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ”) โดยอัตโนมัติในกรณีของบริษัทที่ตกอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 และตามแบบอย่างข้อบังคับที่ถูกกำหนดโดย Secretary of State และในกรณีของบริษัทที่จดทะเบียนภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 ก็เช่นเดียวกัน²⁸⁶ แต่ถ้ามมีการจัดทำข้อบังคับของบริษัทขึ้นเองโดยมีวัตถุประสงค์พิเศษและได้นำข้อบังคับดังกล่าวไปจดทะเบียน แบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ (Table A) จะยังคงถือเป็นข้อบังคับของบริษัทเพียงเท่าที่ไม่ได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัดทอนโดยข้อบังคับของบริษัทที่ได้จัดทำขึ้นเอง นี่จึงเป็นสิ่งที่เรียกกันว่าเป็น “การละเลยเพิกเฉยการใช้ (Default Application of Model Articles)” แบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ

พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 ไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักในเรื่องแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 นั้นให้อำนาจแก่ Secretary of State ที่จะสร้างกฎระเบียบต่าง ๆ สำหรับกำหนดแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบให้มีมากกว่าหนึ่งชุดเพื่อให้เหมาะสมแก่แต่ละรูปแบบของบริษัท แทนที่จะมีแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบเพียงชุดเดียวสำหรับใช้กับบริษัทจำกัดทุกบริษัท²⁸⁷ ซึ่งมีการเสนอให้มีแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ 3 ชุดหรือ 3 แบบ²⁸⁸

²⁸⁶ CA 1985, s 8(2). A company limited by shares may either adopt Table A in full, or adopt it with modifications or it may register its own set excluding Table A. Insofar as the articles do not modify or exclude Table A, it will automatically apply. CA1985, s 7 requires that the article be printed (not typed), divided into numbered paragraphs and signed by each subscriber to the memorandum in the presence of a witness who must also sign. See Companies (Tables A to F) Regulations 1985, SI 1985/805 (as amended by SI 1985/1052; SI 2000/3373). Companies incorporated before 1985 will be governed by the Table A in force at the time of their incorporation, such as the 1980 or 1948 forms. Companies to be registered under CA 2006 will have the model article to be prescribed by the Secretary of State to the extent not excluded or modified: CA 2006, ss 19, 20 and 28.

²⁸⁷ ข้อบังคับต้นแบบของ The Companies Act 1985 มีพื้นฐานแนวคิดในการร่างกฎหมายว่า “One Size Fits All” ทำให้ข้อบังคับต้นแบบที่แนบท้าย The Companies Act 1985 มีเพียง

- ตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทแบบที่ 1 สำหรับบริษัทเอกชนที่จำกัดความรับผิดชอบโดยหุ้น (One for Private Companies Limited by Shares)
- ตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทแบบที่ 2 สำหรับบริษัทเอกชนที่จำกัดความรับผิดชอบโดยค้ำประกัน (One for Private Companies Limited by Guarantee) และ
- ตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทแบบที่ 3 สำหรับบริษัทมหาชนจำกัด (One for Public Companies)

แบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัททั้ง 3 แบบสำหรับบริษัทที่มีหลากหลายประเภทนี้จะนำไปใช้กับบริษัทใด ๆ ตามที่รูปแบบบริษัทที่ถูกจัดตั้งขึ้นและที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 ในขอบเขตเพียงเท่าที่บริษัทนั้นไม่ได้นำข้อบังคับของบริษัทที่ได้จัดทำขึ้นเองไปจดทะเบียน หรือเพียงเท่าที่ไม่ได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัดทอนโดยข้อบังคับของบริษัทที่ได้จัดทำขึ้นเองและได้นำข้อบังคับดังกล่าวไปจดทะเบียน²⁸⁹

ไม่ว่าจะมีการดำเนินการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นหรือไม่ ก็มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่ามีการแก้ไขเพิ่มเติมอะไรในแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ (Table A) ของบริษัทบ้าง ซึ่งบริษัทควรที่จะนำข้อความที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ใส่เข้าไปในข้อบังคับของบริษัทตนด้วย แต่ถ้าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ถูกจัดทำขึ้น ข้อบังคับของบริษัทและสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นควรได้รับการจัดทำขึ้นพร้อมกัน แต่โดยทั่วไปแล้วข้อบังคับของบริษัทจะกลายมาเป็นเอกสารมหาชน ส่วนสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจจะไม่เป็นเช่นนั้น

ฉบับเดียว และเป็นข้อบังคับต้นแบบที่ไม่ว่าบริษัทจำกัดด้วยจำนวนหุ้นและบริษัทมหาชนจำกัดจำนวนหุ้น ต่างก็จำต้องรับเอาข้อบังคับต้นแบบฉบับเดียวกันนี้ไปปรับใช้เป็นข้อบังคับของบริษัทตน หากมิได้ดำเนินการร่างข้อบังคับของบริษัทตนขึ้นเองแล้ว หรือรับเอาข้อบังคับต้นแบบบางส่วนและดำเนินการปรับเปลี่ยนข้อบังคับต้นแบบในบางประการ เพื่อให้มีความสอดคล้องและเหมาะสมกับแนวทางการบริหารงานของบริษัท อ้างถึงใน ดนยา โรจนานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 285*, น.3.

²⁸⁸ Companies House, “Guidance : Model Articles of Association for Limited Companies,” Retrieved on June 1, 2017, <https://www.gov.uk/guidance/model-articles-of-association-for-limited-companies>.

²⁸⁹ ข้อบังคับต้นแบบของ The Companies Act 2006 ได้ปรับเปลี่ยนแนวทางการร่างกฎหมายอยู่บนพื้นฐานที่ว่า “Think Small First” ซึ่งได้มีการวางกำหนดข้อบังคับต้นแบบแยกออกไปตามแต่ละลักษณะของบริษัทให้มีความเหมาะสมกับโครงสร้างการบริหารจัดการบริษัทมากที่สุด โดยมีผลใช้บังคับแก่บริษัทที่ได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2551 เป็นต้นไป อ้างถึงใน ดนยา โรจนานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 285*, น.4.

พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 ได้สร้างสิ่งที่เรียกว่า “The Statutory Contract” โดยมีเงื่อนไขว่าหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัทมีผลบังคับใช้ในสถานะที่เป็นสัญญาระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นทั้งหลาย

แม้จะมีความคลุมเครือหรือความกำกวมในการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 14 แต่คดีที่ได้รับการตัดสินมานานปีได้ทำให้ชัดเจนมากขึ้นว่าสัญญาตามมาตรา 14 มีอยู่ได้ระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหลายด้วยกันเอง และผู้ถือหุ้นทั้งหลายกับบริษัท

พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 33 บัญญัติว่าข้อกำหนดทั้งหลายที่ได้จดทะเบียนเป็นเสมือนธรรมนูญของบริษัทแล้วย่อมผูกพันบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลายราวกับว่าพวกผู้ถือหุ้นและบริษัทได้ลงนามและประทับตราแล้ว²⁹⁰

ในเรื่อง **ข้อบังคับของบริษัท และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (The Articles and a Shareholders’ Agreement)** ส่วนใหญ่ของบทบัญญัติต่าง ๆ ที่มีแนวโน้มที่จะถูกรวมอยู่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นเรื่องที่สามารถนำมาใส่ในข้อบังคับของบริษัทได้ อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับของบริษัทใดที่ได้มีการนำไปจดทะเบียนต่อ Companies House จะกลายเป็นเอกสารมหาชน ขณะที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำไปจดทะเบียนต่อ Companies House เมื่อไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำไปจดทะเบียนต่อ Companies House สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงไม่ได้ถูกเปิดเผยในฐานะที่เป็นเอกสารมหาชนที่ประชาชนจะสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งนี่คือเหตุผลในเชิงพาณิชย์ (Commercial Reasons) ที่จะกำหนดข้อตกลงต่าง ๆ ลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเนื่องจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่มีสถานะเป็นเอกสารมหาชน

ถ้าได้มีการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้น จำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดหรือระบุถึงข้อความดังต่อไปนี้ในท้องเรื่องข้อบังคับของบริษัท

²⁹⁰ CA 2006, s 33 specifies:

(1) The provisions of a company’s constitution, when registered, bind the company and its members to the same extent as if there were covenants, signed and sealed on the part of the company and of each member, to observe those provisions.

(2) Money payable by a member to the company under its constitution is a debt due from him to the company.

In England, Wales and Northern Ireland it is of the nature of an ordinary contract debt.

- ขอบเขตที่ข้อบังคับของบริษัทที่จำเป็นต้องยื่นหรือทบทวนหรือคาบเกี่ยวเข้าซ้อนกับสิ่งที่อยู่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้จัดทำขึ้น

- ข้อความว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้จัดทำขึ้นนั้นจำเป็นต้องนำไปจดทะเบียนต่อ Companies House พร้อมกับข้อบังคับของบริษัทหรือไม่

ความสัมพันธ์ระหว่างเอกสารทั้งสองชนิดข้างต้นมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น วิธีการจัดทำที่ปลอดภัยและดีที่สุดคือการจัดทำเอกสารทั้งสองชนิดพร้อมกันหรือควบคู่กันไป (Simultaneously)

อย่างไรก็ตาม เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดหรือตรวจสอบว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นใดจำเป็นต้องนำไปจดทะเบียนต่อ Companies House พร้อมกับข้อบังคับของบริษัทและการออกเสียงลงคะแนนด้วยมติพิเศษภายหลังที่บริษัทได้รับการจัดตั้งขึ้นแล้วหรือไม่²⁹¹ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ว่าจำเป็นต้องนำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปจดทะเบียนกับ Companies House หรือไม่นั้นจะได้กล่าวต่อไป

ข้อบังคับของบริษัทจะต้องเผชิญหน้าหรือต้องจัดการกับประเด็นปัญหาต่าง ๆ ซึ่งครอบคลุมทุกประเด็นตามที่กำหนดไว้ในแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ (Model Articles ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006) ข้อบังคับของบริษัทจะต้องหลีกเลี่ยงการอ้างอิงข้ามไปถึงข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และถ้าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและข้อบังคับของบริษัทเกิดมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกัน (Conflict) ขึ้นมา สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่จะมีอำนาจกำหนดถึงผลลัพธ์ที่มีต่อข้อบังคับของบริษัท

กล่าวโดยสรุปถึงสิทธิขั้นมูลฐานหรือสิทธิต่าง ๆ ในเบื้องต้นของผู้ถือหุ้น ถ้าไม่ได้มีการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้น (Summary of Basic Shareholder Right) หากไม่ได้มีการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นแล้ว เงื่อนไขข้อกำหนดในเรื่องต่าง ๆ จะถูกกำหนดไว้หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท (เฉพาะข้อบังคับที่ได้ทำขึ้นหลังพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มีผลใช้บังคับ) ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ถือหุ้นทั้งหลายจะได้รับการคุ้มครองขั้นพื้นฐานที่แน่นอนภายใต้กฎหมายบริษัทที่พวกเขาสามารถกล่าวอ้างได้ การคุ้มครองขั้นพื้นฐานเหล่านี้รวมถึง

- สิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวอย่างถูกต้องในการประชุมของบริษัทครั้งใด ๆ²⁹²

²⁹¹ As required by CA 1985, s 380 (4) (c) and CA 2006, ss 29 and 30.

²⁹² CA 1985, s 370 – unless the articles provide otherwise, notice must be served on every shareholder in the manner required by Table A. Regulation 38

- สิทธิที่จะเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนนในการประชุมครั้งใด ๆ ของบริษัท แต่ไม่รวมถึงสิทธิที่จะเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนนที่ตนไม่ใช่ผู้ถือหุ้นในประเภทนั้น ๆ ในกรณีที่มีการเรียกประชุมเฉพาะหุ้นประเภทพิเศษ เว้นแต่ผู้ถือหุ้นผู้นั้นจะเป็นสมาชิกของหุ้นประเภทนั้น²⁹³

- สิทธิที่จะได้รับปันผลเมื่อบริษัทมีการประกาศจ่ายปันผล²⁹⁴

- ถ้าพวกเขาเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในการประชุมสามัญของบริษัท พวกเขาสามารถที่จะร้องขอต่อ Secretary of State ให้จัดการประชุมในกรณีที่น่าจะหลีกเลี่ยงจากการประชุมสามัญประจำปีได้²⁹⁵ หรือร้องขอต่อคณะกรรมการให้จัดการประชุมในกรณีที่เป็นการประชุมวิสามัญ²⁹⁶ หรือร้องขอต่อศาลในกรณีที่ไม่สามารถร้องขอหรือดำเนินการให้มีการจัดประชุมได้ดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985²⁹⁷ เพื่อให้ศาลออกคำสั่งให้มีการจัดประชุม

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นรายใดก็ตามที่ถือหุ้นร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในการที่จะ (1) ชัดขวางคำแนะนำที่จะซื้อหุ้นของบริษัท²⁹⁸ (2) ร้องขอให้มีการตรวจสอบหรือการสืบสวนสอบสวน²⁹⁹

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นรายใดรายหนึ่งก็ตามหรือผู้ถือหุ้นหลายคนรวมกัน ที่ถือหุ้นถึงร้อยละ 15 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน เพื่อร้องขอต่อศาลให้ศาลเพิกถอนการเปลี่ยนแปลงหนังสือบริคณห์สนธิ³⁰⁰

requires notice to be given to all members, to all persons entitled to a share in consequence of the death or bankruptcy of a member and the directors and auditors. At common law a failure to give notice, even to one shareholder, would invalidate the meeting, consequently the current Table A regulation 39 provides that accidental failure to give or non-receipt of notice shall not invalidate proceedings (CA 2006, s 318).

²⁹³ *Pender v Lushington* (1877) 6 ChD 70, 46 LJCh 317.

²⁹⁴ See Table A regs 102-108.

²⁹⁵ CA 1985, s 367 (no equivalent in CA 2006).

²⁹⁶ CA 1985, s 368 (CA 2006, s 303).

²⁹⁷ CA 1985, s 371 (CA2006, s 306).

²⁹⁸ CA 1985, s 428 (CA2006, s 974).

²⁹⁹ CA 1985, s 431 (no equivalent in CA 2006).

³⁰⁰ CA 1985, s 5 (no equivalent in CA 2006).

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นถึงร้อยละ 25 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในการชดเชยการลงมติพิเศษในระเบียบวาระใด ๆ รวมทั้งผู้ต้องการจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท ผู้ที่ต้องการจะออกหุ้นเพิ่มทุน และผู้ที่ต้องการจะให้สหายบ้านแก่การที่กรรมการคนใดปฏิบัติหน้าที่ไปโดยฝ่าฝืนกรอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 มาตรา 35 ความสามารถนี้เป็นที่รู้จักกันในฐานะที่เป็นอำนาจควบคุมบริษัทในเชิงปฏิเสธ

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นถึงร้อยละ 50 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนเพื่อให้แน่ใจว่าการออกเสียงลงคะแนนในการประชุมระเบียบวาระใด ๆ ของบริษัทที่ต้องใช้มติธรรมดาส่งสามารถผ่านมติได้ทั้งหมด เช่น อำนาจในการถอดถอนกรรมการรายใดรายหนึ่ง และด้วยเหตุนี้จึงเรียกว่าเป็นการใช้อำนาจในการควบคุมบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นถึงอย่างน้อยร้อยละ 75 ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนที่จะผ่านมติพิเศษ และดังนั้นจึงมีสิทธิในการควบคุมบริษัท

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นทุกคนเพื่อหาทางที่จะยับยั้งบริษัทจากการกระทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท³⁰¹

- ในกรณีที่หุ้นของบริษัทถูกแบ่งออกเป็นหุ้นหลายประเภทแตกต่างกัน ความสามารถของผู้ถือหุ้นทั้งหลายที่เป็นเจ้าของหุ้นประเภทที่มีลักษณะพิเศษ ในการที่จะยับยั้งการเปลี่ยนแปลงสิทธิในหุ้นเหล่านั้นของตนด้วยคะแนนเสียงข้างมากธรรมดา และความสามารถของผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ในการรวบรวมประเภทพิเศษของหุ้นสามัญที่ได้ออกนั้น เพื่อร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งยกเลิกการเปลี่ยนแปลงสิทธิในหุ้นประเภทนั้น³⁰²

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทโดยไม่คำนึงถึงขนาดหรือปริมาณการถือหุ้นของพวกเขาเพื่อหาทางร้องขอต่อศาลเมื่อมีเหตุอันสมควรว่ากิจการหรือธุรกิจของบริษัทถูกหรือได้รับการดำเนินการในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีความลำเอียงหรือเป็นผลร้ายต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ หรือเป็นผลร้ายต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นแค่บางกลุ่ม ตลอดจนเป็นผลร้ายต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นแค่บางคน³⁰³

³⁰¹ CA 1985, s 35(2) (no equivalent in CA 2006).

³⁰² CA 1985, ss 125-127 (CA 2006, ss 630-633).

³⁰³ CA 1985, ss 459-461 (CA 2006, ss 994-996).

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นที่จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งเลิกบริษัทในกรณีที่มีเหตุอันสมควร³⁰⁴

- ความสามารถของผู้ถือหุ้นทุกคนที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยการฟ้องร้องในนามของบริษัทในกรณีที่มีการฉ้อฉลหลอกลวงต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย หรือในกรณีที่กรรมการที่มีอำนาจควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัทเป็นผู้กระทำความผิด³⁰⁵

นอกเหนือจากการคุ้มครองดังกล่าวที่มาข้างต้นนี้ the Secretary of State ยังมีอำนาจกว้างขวางในการตรวจสอบการดำเนินกิจการของบริษัท และอาจมีคำสั่งให้ทำการตรวจสอบเอกสารต่าง ๆ ของบริษัท และยังมีอำนาจแต่งตั้งผู้ตรวจสอบคนหนึ่งหรือหลายคนขึ้นเพื่อให้ไปทำการสืบสวนก็ได้³⁰⁶

แต่ถ้าได้มีการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาที่มีผลผูกพันในฐานะที่เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง (As a Binding Contract) ซึ่งจะมีผลผูกพันและก่อให้เกิดความสัมพันธ์ของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา อันเป็นความสัมพันธ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่นี้ก็จะมีผลบังคับกับความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท ย่อมเป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม การตีความและผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจได้รับผลกระทบจาก “The Statutory Contract” และกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2.3.2.3 ลักษณะและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

เมื่อได้ทราบถึงทฤษฎีว่าด้วยเรื่องกิจการภายในและแนวความคิดของบริษัทจำกัดแล้ว ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงลักษณะและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ว่าลักษณะของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศอังกฤษได้รับการอธิบายไว้อย่างไร และทำไมผู้ถือหุ้นจึงมักตกลง

³⁰⁴ IA 1986, s 122(1)(g). There will be a new statutory derivative action under CA 2006.

³⁰⁵ This is the one true exception to the rule in *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461, 67 ER 189. It is usually in the form of a derivative action: see *Burland v Earle* [1902] AC 83; *Cook v Deeks* [1916] 1 AC 554; *Daniels v Daniels* [1978] Ch 406, [1978] 2 All ER 89; *Clements Bros Ltd* [1976] 2 All ER 268; *Estmanco (Kilner House) Ltd v Greater London Council* [1982] 1 WLR 2; *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (No 2)* [1981] Ch 257 and *Smith v Croft (No 2)* [1988] Ch 114.

³⁰⁶ CA 1985, s 447 (right to inspect) and s 432 (power to appoint inspectors).

กันจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของบริษัทจำกัด ตลอดจนหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นว่ามักจะมีการกำหนดตกลงกันในเรื่องอะไรบ้าง

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ สัญญาซึ่งผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทควรจะเข้าเป็นคู่สัญญาอย่างยิ่งเพราะสัญญานี้เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์หรือกลไกที่สำคัญที่ใช้เพื่อการลดความขัดแย้ง (A Device for Reducing Conflict) ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักประกอบด้วยข้อกำหนด กติกา ข้อตกลง กฎระเบียบ กฎเกณฑ์สำหรับการแก้ปัญหาหรือยุติข้อพิพาท ระบุกำหนดสิทธิพิเศษ หรือสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง อำนาจของผู้ถือหุ้นทั้งหลาย และกระบวนการ ขั้นตอน วิธีการต่าง ๆ ในการดำเนินงานของบริษัท นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังสามารถปกป้องบริษัทและผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ จากสถานการณ์ที่พฤติกรรมส่วนตัวของผู้ถือหุ้นบางคนเปลี่ยนแปลงไป

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจรับรองหรือทำให้มั่นใจได้ว่า การตัดสินใจต่าง ๆ เกี่ยวกับบริษัทจะถูกกระทำโดยมีการพิจารณา การอภิปราย และการออกเสียงลงคะแนนด้วยมติเอกฉันท์มากกว่าที่จะถูกกระทำโดยคำสั่งค้างการของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นเอกสารเอกชนหรือเอกสารส่วนตัว (A Private Document) และมักจะบรรจุเนื้อหาสาระที่คู่สัญญาไม่ประสงค์หรือไม่ต้องการให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะ ซึ่งบางเรื่องเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิ่งที่ไม่เป็นความจริงของข้อบังคับของบริษัท

กฎหมายว่าด้วยบริษัทคือการประนีประนอม รอมชอม หรืออะลุ่มอล่วย แต่ก็ไม่เสมอไป ระหว่างความต้องการหรือข้อเรียกร้องทั้งหลายของระบบกฎหมายบริษัทซึ่งเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กับหลักกฎหมายทั่วไป³⁰⁷ ดังนั้น ในสาระสำคัญแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงเป็นเครื่องมือที่ออกแบบมาเพื่อปรับปรุงหรือทำให้อำนาจในมือระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายต่าง ๆ มีความสมดุลขึ้น และเพื่อให้พวกผู้ถือหุ้นฝ่ายต่าง ๆ ได้รับการปกป้องที่มากขึ้นกว่าการพึ่งพากฎหมายว่าด้วยบริษัท

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาที่มีผลผูกพันตามกฎหมายในระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของบริษัทจำกัด ความมุ่งหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นคือระเบียบวิธีการ

³⁰⁷ The statutory regime is today principally set out in: the Companies Act 2006 (CA 2006) and the Companies Act 1985 (CA 1985), the Enterprise Act 2002, the Financial Services and Markets Act 2000, the Insolvency Act 1986, the Company Directors Disqualification Act 1986 and the Criminal Justice Act 1993. European Directives aimed at the harmonization of Company Law in Europe may also be relevant.

หรือกำหนดแนวทางในเรื่องความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเหล่านั้นในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทว่าจะมีอยู่หรือถูกควบคุมอย่างไร

ผู้ถือหุ้นทั้งหลายอาจผูกพันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการสมัครใจเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เพื่อที่จะกำหนดเพียงเรื่องออกเสียงลงคะแนนให้เป็นไปในแนวทางที่เฉพาะเจาะจงสำหรับบางเรื่องบางประเด็นตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าว (To Vote in a Specific Way) หรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายเหล่านั้นอาจตกลงเข้าผูกพันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการสมัครใจเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อที่จะกำหนดรายละเอียดให้มากกว่าและซับซ้อนกว่านอกจากเรื่องการออกเสียงลงคะแนนก็ได้ ดังเช่นในกรณีที่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายเหล่านั้นได้เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาร่วมทุนเพื่อจัดตั้งกิจการร่วมค้าหรือบริษัทร่วมทุน (A Joint Venture) หรือในกรณีของการซื้อกิจการโดยฝ่ายผู้บริหารหรือฝ่ายจัดการ (A Buy-out)

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะสะท้อนให้เห็นถึงความมุ่งหมายที่จะควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท และการจัดการในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง และจะมีรายละเอียดที่นำเสนอวิธีการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งหรือการระงับข้อพิพาท (Proposed Conflict Resolution Procedures)

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นแต่ละสัญญาหรือแต่ละรูปแบบเป็นผลผลิตที่มีลักษณะเฉพาะของคู่สัญญาทั้งหลายที่มีความมุ่งหมายในเรื่องการค้าพาณิชย์ (A Unique Product of the Commercial Goals) และรูปแบบของสัญญาดังกล่าวจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับชนิด รูปแบบ ประเภทของบริษัทที่เกี่ยวข้อง (The Type of Company Involved) ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทปัจเจกบุคคล (Individuals) หรือองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ (Corporate Entities) เช่น ทรัสต์ (Trusts) หรือห้างหุ้นส่วน (Partnerships) เป็นต้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะไม่ค่อยถูกพบในบริษัทมหาชนจำกัดทั้งหลายที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งมีประชาชนหรือสาธารณชนเป็นเจ้าของ เพราะหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดทั้งหลายที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งมีประชาชนหรือสาธารณชนถือหุ้นนั้นกฎหมายมีข้อกำหนดว่าต้องสามารถโอนได้อย่างอิสระและไม่ถูกจำกัดการโอน (Be Freely Transferable)³⁰⁸ แต่ทว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นอาจถูกจัดทำขึ้นโดยมีความมุ่งหมายหนึ่งเพื่อที่จะจำกัดการโอนหุ้น ด้วยเหตุนี้ ประเด็นเรื่องการโอนหุ้นได้อย่างอิสระนี้จึงเป็นสาเหตุสำคัญสาเหตุหนึ่ง

³⁰⁸ *Greenhalgh v Mallard* [1943] 2 All ER 234. Listing Rules, para 3.15 (Admission Directive Sch A II (2)). CA 2006 defines 'private' and 'public' companies: see Part 1, s 4 and Part 7.

ที่ทำให้มักไม่ค่อยพบสัญญาณระหว่างผู้ถือหุ้นในบริบทของบริษัทมหาชนจำกัดทั้งหลายที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

ประเด็นสำคัญบางประเด็น (The Key Issues) ที่มักจะได้รับการระบุหรือกำหนดลงในสัญญาณระหว่างผู้ถือหุ้น ได้แก่เรื่องดังต่อไปนี้

- เรื่องการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท รวมตลอดถึงเรื่องการจัดตั้งคณะกรรมการ นโยบายการจ่ายปันผล และค่าตอบแทนกรรมการ (Management; Including Appointment of Directors, Dividend Policy and Directors' Remuneration)

- ประเด็นปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับธรรมนูญของบริษัท หนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับของบริษัท ความเกี่ยวพันและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงธรรมนูญของบริษัท หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนการออกหุ้นใหม่และสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Constitutional Issues; Relationship with and Modifications to the Company's Constitution, The Issuing of New Shares and Voting Rights)

- เรื่องการระดมทุน การกู้ยืม (Funding)

- เรื่องภาษีอากร (Taxation)

- เรื่องการแก้ไขปัญหาในกรณีที่เกิดข้อขัดข้องหรือความขัดแย้ง และการระงับข้อพิพาท (Deadlock and Dispute Resolution)

- เรื่องการโอนหุ้นของผู้ถือหุ้น (Transfers of Shares) และ

- เรื่องการสิ้นสุดลงของสัญญา (Termination)

เมื่อได้ทราบถึงลักษณะและหน้าที่ของสัญญาณระหว่างผู้ถือหุ้นแล้ว จึงเกิดคำถามต่อมาว่าสัญญาณระหว่างผู้ถือหุ้นมีอยู่กี่ประเภทหรือกี่รูปแบบ ในทางตำราได้แบ่งสัญญาณระหว่างผู้ถือหุ้นตามกฎหมายอังกฤษได้เป็น 7 ประเภทหรือ 7 รูปแบบ โดยจะได้อธิบายถึงสัญญาณระหว่างผู้ถือหุ้นแต่ละรูปแบบแต่ละประเภทนี้ในหัวข้อถัดไป

2.3.2.4 ประเภทของสัญญาณระหว่างผู้ถือหุ้น

สัญญาณระหว่างผู้ถือหุ้นตามกฎหมายอังกฤษมีอยู่ 7 ประเภทหรือ 7 รูปแบบ ซึ่งบางทีถูกเรียกว่าเป็นทางออก 7 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) สัญญาร่วมทุน (The Joint Venture Agreement) ซึ่งทั้งสองธุรกิจที่มีอยู่จะนำทุนเข้ามารวมหรือจะสร้างการร่วมทุนใหม่

(2) สัญญาเกี่ยวกับการลงทุน (The Investment Agreement) ซึ่งใช้ในการทำธุรกิจเงินร่วมลงทุน (A Venture Capital) เช่น การซื้อกิจการโดยฝ่ายผู้บริหารหรือฝ่ายจัดการ (A Management Buy-out: MBO) หรือการเข้าซื้อกิจการโดยความยินยอมและสนับสนุนจากฝ่ายผู้บริหารหรือฝ่ายจัดการ (A Management Buy-in: MBI)

(3) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่ใช้ในธุรกิจขนาดเล็กหรือขนาดย่อม (Quasi-partnership Company Agreement) โดย Quasi-partnership Type Companies มักจะเกี่ยวข้องกับเรื่องผลประโยชน์ในครอบครัว

(4) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่มุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (Minority Protection Agreement)

(5) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและประเภทที่ไม่ได้ตกลงโดยชัดแจ้ง (โดยปริยาย) (Informal and Implied Agreement)

(6) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement)

(7) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่ตั้งทรัสต์ขึ้นรับโอนหุ้นไปถือแทนผู้ถือหุ้นและให้ทรัสต์เป็นผู้ใช้สิทธิลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้น (Express Voting Trust Agreement)³⁰⁹

ตำราทางวิชาการได้อธิบายด้วยว่าเหตุใดผู้ถือหุ้นอาจจะไม่เต็มใจที่จะต้องพึงพาสิทธิของเขาภายใต้ธรรมนูญของบริษัท ฯ พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 และหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นแหล่งที่มาหรือแหล่งกำเนิดเดียวของสิทธิต่าง ๆ ตลอดจนในเรื่องการเยียวยาแก้ไขปัญหาความสัมพันธ์เกี่ยวกับการถือหุ้นของพวกเขา ด้วยเหตุนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงถูกออกแบบขึ้นโดยมีเจตนามุ่งหมายที่จะปรับปรุงสภาพการณ์ทางกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัด (Private Limited Company) ของอังกฤษ และเวลาให้ดียิ่งขึ้นด้วยการทำให้สิทธิต่าง ๆ มีผลผูกพันและบังคับได้ตามกฎหมายในรูปของสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงข้อบังคับของบริษัท หรือโดยไม่ต้องถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะข้อบังคับของบริษัท (Irrespective of the Articles of Association) นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังถูกสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อประโยชน์ในการปกป้องผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดด้วย

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นเปิดช่องหรือมีข้อกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะฟ้องต่อบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้โดยตรง (A Direct Contractual Right of Action) ซึ่งคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่อาจถูกฟ้องได้นี้ หมายความว่ารวมถึงตัวบริษัทจำกัดนั้นเองก็ได้หากบริษัทได้เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น³¹⁰

³⁰⁹ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ 5*, น.255.

³¹⁰ Making the company a party to the shareholders' agreement may cause problems of enforceability as against the company itself, as identified in *Russell v Northern Bank Development Corpn Ltd* [1992] 3 All ER 161.

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลบังคับใช้ได้ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษในฐานะที่เป็นสัญญาเชิงพาณิชย์โดยไม่ต้องมีคุณสมบัติที่เฉพาะเจาะจง กล่าวคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นไม่มีแบบตามกฎหมาย และไม่ต้องได้รับอนุญาตหรือกั้นกรงโดยกฎหมายพิเศษแต่อย่างใดเลย (Without Qualifying as a Specific Form of Contract)

ในแง่นี้หรือในความหมายนี้ ความหลากหลายในรูปแบบต่าง ๆ ของสัญญา (The Spectrum of Contracts) ที่ครอบคลุมโดยใช้คำว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders’ Agreement)” นั้นยังหมายความรวมถึงสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ได้จัดทำขึ้นตามแบบพิธี (แม้กระทั่งสัญญาโดยปริยาย) ที่ได้กระทำขึ้นในระหว่างผู้ถือหุ้นเพียงบางคนหรือบางกลุ่มในบริษัท ซึ่งแม้จะเป็นข้อตกลงในเรื่องการควบคุมกิจการที่มีความซับซ้อนอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น การก่อตั้งบริษัทร่วมทุนประเภทกิจการร่วมค้า (The Creation a Joint Venture Company)

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) กล่าวคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เรียกว่า A “Pooling Agreement” นั้น ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างหรือในหมู่ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนในฐานะที่รวมกันเป็นหนึ่งหน่วย เป็นกลุ่ม เป็นชุด หรือเป็นในแนวทางเดียวกัน (As a Unit) หรือจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนเพื่อขัดขวางหรือยับยั้งวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่กำหนด (Block for Specified Objectives) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทนี้ได้รับการยอมรับในกฎหมายอังกฤษเป็นเวลาหนึ่งศตวรรษแล้ว³¹¹

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เรียกว่า A “Pooling Agreement” นี้เป็นรูปแบบของข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นจำนวนหนึ่งของบริษัท ซึ่งในบริษัทดังกล่าวนี้ไม่มีผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งที่มีอำนาจควบคุมผลประโยชน์ของบริษัทอย่างเป็นเอกเทศ³¹²

³¹¹ *Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch 530 and *Puddephatt v Leithi* [1916] 1 Ch 200 although arguably the recognition given by those cases is obiter dicta and in this country there has been no statutory development and no case law until *Russell v Northern Bank Development Corp Ltd* [1992] 3 All ER 161. On tax matters see *Booth v Ellard* [1980] 3 All ER 569.

³¹² Kruger, “Pooling Agreements under English Company Law,” 94 *LQR* 557, p.561 (1978) points out that pooling agreements are relevant to and can be effectively used in any size (type of) company. He states that in the larger public companies ‘with scattered holdings and poor attendance at shareholders’ meetings,

ผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เรียกว่า “Pooling Agreement” นี้ ตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่จะแสดงเจตนาอย่างเป็นหนึ่งหน่วย เป็นกลุ่ม เป็นชุด หรือเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น ในเรื่องการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท (Act as a Unit in Managing the Company) และอาจตกลงยอมรับหรือเห็นชอบในเรื่อง สิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่น (Agree a Right of Pre-emption) ซึ่งหมายถึงการให้สิทธิผู้ถือหุ้นเดิมในบริษัท มีสิทธิที่จะตัดสินใจซื้อหุ้นจากผู้ถือหุ้นคนอื่นในบริษัทที่ประสงค์จะขายหุ้นนั้นก่อนที่จะนำไปขายให้แก่ บุคคลภายนอก การตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่จะแสดงเจตนาอย่างเป็นหนึ่งหน่วย เป็นกลุ่ม เป็นชุด หรือเป็นไปในแนวทางเดียวกันในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายของบริษัท การดำเนินธุรกิจของบริษัท และการเลือกตั้งพนักงานคนหนึ่งหรือหลายคนของบริษัททั้งหลายเหล่านี้ไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (It Is Not Against Public Policy)³¹³

ผู้ถือหุ้นอาจทำการรวมผลประโยชน์และอำนาจในการใช้สิทธิออกเสียง ลงคะแนนกันได้แม้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาอำนาจควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท หรือเพื่อ ทำให้แน่ใจว่าการเลือกเอา การเลือกรับเอามา การปฏิบัติตาม หรือการเข้าร่วมเป็นภาคีต่อนโยบายที่มีลักษณะพิเศษหรือการดำเนินธุรกิจโดยบริษัท³¹⁴

อย่างไรก็ดี การตกลงในลักษณะเช่นนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า หาก ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีการกำหนดค่าตอบแทนที่เพียงพอ (Sufficient Consideration) ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันตามหลักในเรื่องสัญญา (Binding) ตราบใดที่สัญญานั้นไม่ได้มีความขัด หรือแย้งกับเอกสารจัดตั้งบริษัทอันได้แก่วินัยบัตรบริษัทและข้อบังคับของบริษัท (Not in Conflict with the Company’s Constitution) และหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (The Common Law) ตลอดจนกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์การฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษ (UK Company Legislation) และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญานั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือ ต้องไม่เป็นการทุจริตฉ้อฉล หรือต้องไม่ส่งผลกระทบอย่างไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียง ข้าง น้อย (Unfairly Prejudice or Fraudulently or Inequitably Affect the Minority Shareholders)³¹⁵

a determined minority can exercise effective control as the majority or largest minority bloc among the shareholders ... present and voting’.

³¹³ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, p.24.

³¹⁴ *Ibid.*, p.24.

³¹⁵ *Ibid.*, p.24.

ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) ที่กระทำขึ้นโดยผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญา (Not Need to be in Writing or Signed by the Parties)³¹⁶ และอาจจะใช้สำหรับวัตถุประสงค์อย่างใด ๆ ก็ได้ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Any Legitimate Purpose) ไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเพื่อให้เป็นคณะกรรมการของบริษัทที่มีอำนาจการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัททั้งหมด (Electing Directors to Gaining Complete Corporate Control)³¹⁷

ในจำนวนทั้งหมดทั้งสิ้นของสิทธิออกเสียงลงคะแนนที่ได้ตกลงร่วมกัน เห็นชอบที่จะแสดงเจตนาอย่างเป็นหนึ่งหน่วย เป็นกลุ่ม เป็นชุด หรือเป็นไปในแนวทางเดียวกันตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) เรียกได้ว่าเป็น “กองกลาง (The Pool)”³¹⁸

Kruger³¹⁹ ได้มีการอธิบายถึงลักษณะของข้อตกลงประเภทนี้ไว้ โดยอ้างอิงถึงคำพิพากษาของศาลแคนาดาซึ่งได้ถูกระบุไว้ว่า “เพื่อที่จะสร้างกองกลาง (A Pool) ขึ้น จำเป็นจะต้องมี “การรวมตัวหรือการรวมกลุ่มหรือการรวบรวมผลประโยชน์หรือการรวมตัวของทรัพย์สิน (Aggregation of Interest or Property)” หรือการทำให้รายได้หรือทรัพย์สินรวมเข้าเป็นกองทุนร่วม (One Common Fund) หรือการแบ่งปันผลประโยชน์ในกองทุนร่วมนั้นทั้งหมดร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน หรือตามหลักเกณฑ์ที่ตกลงกัน”³²⁰

³¹⁶ In most jurisdiction in the US the Business Corporation Laws require that the agreement be in writing and signed to be valid and enforceable between the parties.

³¹⁷ Again, some of the US jurisdictions limit by statute the permissible use of pooling agreements by shareholders to (for example) only the election of directors. Other more liberal States (like New York) permit (written, signed pooling agreements) to be effective in exercising any voting rights as provided in the agreement or as they may agree or as determined in accordance with a procedure agreed upon by them (such as arbitration, majority vote or some other conflict-resolving method).

³¹⁸ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 6*, p.25.

³¹⁹ Kruger, *supra note 312*, p.560.

³²⁰ *Canadian Fur Auction Sales Co v Neely* (1954) 11 WWRNS 254 at 265 (Man Ct App).

และผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) คือ “ผู้ครอบครองร่วมหรือมีลักษณะอย่างผู้เช่าร่วม (Joint Tenants) ของจำนวนสิทธิออกเสียงลงคะแนนทั้งหมดของกองกลาง (The Pool) นั้น และผู้ถือหุ้นแต่ละคนล้วนมีส่วนได้เสียที่แบ่งแยกมิได้ในการกำหนดทิศทางของการสิทธิออกเสียงลงคะแนนสำหรับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้”³²¹

Kruger ยังอธิบายต่ออีกว่า เป็นความจำเป็นสำหรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) ที่จะต้องระบุหรือกำหนดวัตถุประสงค์ (ซึ่งอาจเป็นเรื่องการเลือกตั้งกรรมการ หรือผู้ที่จะได้รับอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท หรือในเรื่องอื่น ๆ) และวัตถุประสงค์ของมันส่งผลโดยตรงต่อการกำหนดว่า ใครจะได้รับเลือก หรือจะได้รับการเลือกอย่างไร หรือทั้งใครจะได้รับเลือกและจะได้รับเลือกอย่างไร³²² หรือตกลงกันในเรื่องวิธีการขั้นตอนที่จะกำหนดถึงการเริ่มต้น การตรวจสอบ และการสิ้นสุด

ผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) ดังกล่าวแม้ตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนอย่างเฉพาะเจาะจงหรือที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่ในระหว่างผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันทั้งหลายนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์กันตามหลักเรื่องตัวการ-ตัวแทน (No Principal-Agent Relationship) แต่อย่างใด³²³ โดยที่ผู้ถือหุ้นในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันดังกล่าวแต่ละคนยังคงมีหรือยังคงไว้ซึ่งความเป็นเจ้าของในหุ้นทั้งหลายนั้น (Retains Full Ownership of His or Her Shares) และผูกพันผู้ถือหุ้นที่จะต้องใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนอย่างเฉพาะเจาะจงต่อเรื่องใดตกลงกันไว้ หรือต้องใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกบุคคลตามที่ได้มีการกำหนดตกลงไว้โดยเฉพาะเท่านั้น (Binds Him or Herself Only to Vote In a Specific Way or for a Specific Person)³²⁴

ความแตกต่างระหว่างสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) กับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทอื่น ๆ (The Types of Shareholders' Agreement) อาจสรุปได้ว่า ในขณะที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) โดยเนื้อแท้แล้วเป็นเรื่องข้อตกลงในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน แต่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทอื่น ๆ มุ่งเน้นไปที่ข้อตกลงที่มีขอบเขตกว้างขวางและหลากหลาย

³²¹ Kruger, *supra* note 312, p.560.

³²² *Ibid.*, p.560.

³²³ Unlike the proxy who is an agent.

³²⁴ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 6, p.25.

กว่า และมุ่งหมายที่จะกำหนด บังคับและควบคุมกิจกรรมทั้งหมดของบริษัทที่เป็นประเด็นปัญหา โดยการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นทั้งหลายมีส่วนร่วมที่จะต้องมีความผูกพันในเรื่องข้อตกลงที่มีขอบเขตกว้างขวาง หรือในเรื่องกิจกรรมที่เป็นประเด็นปัญหาทั้งหลายเหล่านั้น ไม่ใช่เฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของผู้ถือหุ้นแต่เพียงประการเดียว

เมื่อได้พิจารณาถึงประเภทต่าง ๆ ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตามกฎหมายอังกฤษแล้ว อาจสรุปได้ว่า ในทางตำรานั้นได้จำแนกสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ปรากฏใช้อยู่ในประเทศอังกฤษออกเป็น 7 ประเภท ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นแต่ละประเภทจะถูกนำไปใช้ในลักษณะใดนั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะ ประเภท รูปแบบของบริษัทหรือองค์กรธุรกิจ ตลอดจนตามความมุ่งหมายของคู่สัญญาว่าต้องการจะตกลงกันถึงเนื้อหาของสัญญาให้มีขอบเขตกว้างขวางและหลากหลายเพียงใด ทั้งนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทต่าง ๆ ล้วนมีพื้นฐานมาจากกฎหมายว่าด้วยสัญญา

อนึ่ง สำหรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศไทยกล่าวได้ว่ายังคงมีปัญหาสถานะทางกฎหมายที่ไม่แน่นอนอยู่ กล่าวคือ สถานะของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศไทยที่มีความไม่แน่นอนนั้นเป็นผลมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับ “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น” ซึ่งได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 ซึ่งบางส่วนของคำพิพากษามีดังต่อไปนี้

“... ในคดีระหว่าง ธนาคารสแตนดาร์ดชาร์เตอร์ดนครธน จำกัด (มหาชน) กับพวกในฐานะผู้ร้องขอ บริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด ผู้ร้อง (ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทลูกหนี้) และบริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด ในฐานะลูกหนี้ ศาลฎีกาได้มีการตั้งประเด็นว่าข้อสัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในส่วนที่กำหนดให้บริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) มีหน้าที่ต่อบริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด (ผู้ร้อง) ซึ่งหมายถึงผู้ถือหุ้นนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ เพียงใด และศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าข้อสัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวในส่วนบริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับบริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด (ผู้ร้อง) ขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัท จำกัด รูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทอันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้องปฏิบัติร่วมกัน มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ทั้งเป็นการวางรูปแบบองค์กรทางธุรกิจเพื่อให้สาธารณชนยึดถือและปฏิบัติ ซึ่งศาลมองว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น ศาลฎีกาจึงพิพากษาให้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) เฉพาะในส่วนที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับผู้ถือหุ้นและความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญาดังกล่าว ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะตาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ข้อสัญญาส่วนนี้จึงเป็นอันเสียเปล่า ห้ามมีผลบังคับแต่อย่างใดไม่”

ผู้เขียนจะได้ทำการอธิบายความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หรือ “กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ว่ามีความหมายหรือขอบเขตแค่ไหนเพียงไร และวิเคราะห์ถึงความเห็นของผู้เขียนต่อผลของคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นไว้ในบทที่ 4

อย่างไรก็ดี ก่อนจะทำการวิเคราะห์ถึงผลของคำพิพากษาดังกล่าว ในบทถัดไป ผู้เขียนจะกล่าวถึง ที่มาของกรรมการบริษัทตามกฎหมายไทย ในบทที่ 3 ในหัวข้อที่ 3.1 ซึ่งจะเป็นเรื่อง 3.1.1 แนวความคิดหรือทฤษฎีเกี่ยวกับที่มาของกรรมการบริษัท 3.1.2 การแต่งตั้งกรรมการบริษัทโดยที่ประชุมใหญ่ 3.1.3 การแต่งตั้งซ่อมกรรมการโดยคณะกรรมการบริษัท และ

เรื่อง **ข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น** ในหัวข้อที่ 3.2 ซึ่งจะเป็นเนื้อหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะพิจารณาถึงวิวัฒนาการในการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กฎเกณฑ์ตามกฎหมายที่กำหนดให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลใช้บังคับได้ดังที่กำหนดไว้ใน the Model Business Corporation Act และ the Delaware General Corporation Law ตลอดจนประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับคำตัดสินของศาล เมื่อศาลพิพากษาให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้มีผลบังคับได้ ซึ่งรวมถึงข้อตกลงตั้งกรรมการด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนยังจะได้กล่าวถึงเนื้อหาเกี่ยวกับสถานะและผลทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการในประเทศอังกฤษด้วย ซึ่งผู้เขียนจะพิจารณาเฉพาะแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของศาลอังกฤษเป็นหลัก เพราะแม้ประเทศอังกฤษจะถือว่าอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เหมือนประเทศสหรัฐอเมริกา แต่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษก็ได้มีการออกกฎหมายเพื่รองรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังเช่นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติ

บทที่ 3

สถานะและผลทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ

3.1 ที่มาของกรรมการของบริษัท

3.1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับที่มาของกรรมการบริษัท

บริษัทจำกัดเป็นองค์กรธุรกิจประเภทหนึ่ง ซึ่งในเรื่องบริษัทจำกัดมีหลักกฎหมายที่สำคัญอยู่ 3 ประการ อันได้แก่ (1) หลักในเรื่องความเป็นนิติบุคคล (Legal Personality หรือ Corporate Personality) กล่าวคือ บริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น (2) หลักในเรื่องการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น (Limited Liability) กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบ (3) หลักวัตถุประสงค์หรือหลักการกระทำนอกเหนือขอบอำนาจ (*ultra vires* Rule) กล่าวคือ บริษัทจะต้องดำเนินการภายใต้ขอบอำนาจของตน

จากหลักในเรื่องความเป็นนิติบุคคลของบริษัท เมื่อบริษัทจำกัดได้จดทะเบียนตามกฎหมายแล้วย่อมมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และสามารถใช้อิทธิพลหรือมีหน้าที่ต่าง ๆ ได้ตามกฎหมาย แต่บุคคลประเภทที่เป็นนิติบุคคลนั้นเป็นบุคคลสมมติ ไม่สามารถแสดงออกซึ่งการกระทำต่าง ๆ ได้เองโดยสภาพเหมือนเช่นอย่างบุคคลธรรมดา นิติบุคคลจึงจำเป็นต้องมี “ผู้แทน” แสดงออกซึ่งความประสงค์ในการใช้อิทธิพลหรือหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมาย¹

สำหรับนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดนั้นผู้แทนนิติบุคคลก็คือ “กรรมการ” ดังนั้น ผู้ถือหุ้นแม้จะเป็นเจ้าของทุนและเสมือนเป็นเจ้าของบริษัทแต่ไม่ได้มีอำนาจเข้ามามีอำนาจจัดการงานของบริษัทโดยตรง หากแต่อำนาจจัดการงานของบริษัทจะต้องกระทำผ่าน “กรรมการ”² ซึ่งอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนแล้ว จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นบริษัทนั้น ดังนั้น หากบริษัทจำกัดจะดำเนินการใด ๆ จึงต้องดำเนินการผ่านผู้แทน คือ “กรรมการ” เพราะถึงแม้บริษัทจะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากออกจากผู้ถือหุ้นแล้ว แต่ก็ไม่ได้มีสภาพบุคคลในลักษณะเดียวกันกับบุคคลธรรมดาอันจะเข้าไปดำเนินการใด ๆ ได้ด้วยตนเอง

¹ สหชน รัตนไพจิตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), น.355.

² ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, “การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท,” ใน หนังสือรวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี รองศาสตราจารย์ สุดา วิสสุตพิชญ์, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558), น.117 – 118.

อย่างไรก็ดี ในแต่ละบริษัทย่อมมีผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมาก ซึ่งผู้ถือหุ้นแต่ละรายล้วนมีฐานะเสมือนเป็นเจ้าของบริษัท ฉะนั้น หากปล่อยให้ผู้ถือหุ้นแต่ละรายสามารถใช้สิทธิของตนเองได้ด้วยตนเองโดยอิสระ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาได้ ผู้ถือหุ้นจึงต้องใช้สิทธิของตนผ่านทางการประชุมเจ้าของซึ่งก็คือ “การประชุมสามัญผู้ถือหุ้น”

“ฐานะของผู้กระทำการแทนนิติบุคคลนั้น ระบบชีวิลลอร์และระบบคอมมอนลอร์ก็มีแนวความคิดต่างกัน ระบบชีวิลลอร์ถือตามทฤษฎีองค์การ (Organic Theory) โดยถือว่าผู้กระทำการแทนนิติบุคคลมีฐานะเป็น “ผู้แทน” คือเป็นอวัยวะเช่นมือเช่นเท้าของนิติบุคคล³” เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับนิติบุคคล ฉะนั้น เมื่อกรรมการของบริษัทกระทำการสิ่งใดแทนบริษัท ก็เท่ากับบริษัททำเอง⁴ ส่วนแนวความคิดของคอมมอนลอร์ถือว่ากรรมการของบริษัทมีฐานะเป็น “ตัวแทน” ของบริษัท การกระทำของกรรมการอาจไม่ผูกพันบริษัท ถ้าเป็นการนอกเหนืออำนาจของบริษัท (*ultra vires*) หรือเป็นการกระทำเกินอำนาจของตัวแทน⁵ เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบันหรือถูกกฎหมายปิดปากไม่ให้ปฏิเสธว่าตัวแทนไม่มีอำนาจ

จากที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ในบริษัทจำกัดจะมีผู้ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอยู่หลายฝ่าย คือ กรรมการ ผู้ถือหุ้น ผู้สอบบัญชี พนักงานลูกจ้างของบริษัท ผู้ชำระบัญชี เป็นต้น แต่คงปฏิเสธไม่ได้ว่าบุคคล 2 กลุ่มที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการขับเคลื่อนบริษัทให้ประกอบกิจการค้าได้ตามวัตถุประสงค์ของบริษัทย่อมจะได้แก่ กรรมการและผู้ถือหุ้น⁶ ซึ่งกรรมการและผู้ถือหุ้นนี้จะต้องข้องเกี่ยวกับการทำงานในบริษัทจำกัดร่วมกัน ด้วยเหตุนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและผู้ถือหุ้นจึงมีทฤษฎีมารองรับในการดำเนินการใด ๆ ระหว่างกรรมการและผู้ถือหุ้น หรือที่เรียกว่า “**ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นและกรรมการ**” โดยสามารถแบ่งทฤษฎีที่สำคัญได้เป็น 2 ทฤษฎี คือ 3.1.1.1 ทฤษฎีตัวแทนหรือทฤษฎีสัญญา (Agent Theory, Contract Theory) และ 3.1.1.2 ทฤษฎีองค์การหรือทฤษฎีอวัยวะ (Organic Theory)⁷

³ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน-บริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2556), น.351 – 352.

⁴ เพ็ญอ้าง, น.351.

⁵ เพ็ญอ้าง, น.352.

⁶ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.217.

⁷ ยินดี วิชชุโสภาส, “อำนาจที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการควบคุมการดำเนินการของบริษัท”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.6.

3.1.1.1 ทฤษฎีตัวแทนหรือทฤษฎีสัญญา (Agent Theory, Contract Theory)

ทฤษฎีตัวแทนหรือทฤษฎีสัญญามีที่มาจากแนวคิดของ Meckling และ Jensen ซึ่งได้พัฒนาไว้ในปี ค.ศ. 1976 โดยทฤษฎีตัวแทนมีแนวคิดที่ว่า เจ้าของกิจการไม่สามารถบริหารงานเพียงผู้เดียวได้ จึงทำให้ต้องมีบุคคลที่เข้ามาช่วยในการบริหารงานแทนเจ้าของกิจการ⁸ ทฤษฎีนี้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างการเป็นตัวแทนว่าเกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย โดยฝ่ายที่มอบอำนาจคือ ตัวการ (Principle) ในขณะที่อีกฝ่ายที่ได้รับมอบอำนาจในการบริหารงานคือ ตัวแทน (Agent) ตราบใดที่ผู้บริหารซึ่งเป็นตัวแทนตัดสินใจลงทุนเพื่อสร้างผลตอบแทนสูงสุดจากเงินลงทุนในวิธีที่สอดคล้องกับการสร้างผลประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นตัวการแล้ว ความสัมพันธ์ของการเป็นตัวแทนระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้บริหารยังคงมีประสิทธิผลที่ดี แต่ถ้าหากผลประโยชน์และวัตถุประสงค์ของผู้ถือหุ้นกับผู้บริหารไม่สอดคล้องกัน จะทำให้เกิดปัญหาตัวแทน (Agency Problem) ขึ้น⁹

ทฤษฎีตัวแทนเป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงความสัมพันธ์ระหว่าง 2 ฝ่าย คือ “ผู้ถือหุ้น (ตัวการ Principle)” และ “กรรมการของบริษัท (ตัวแทน Agent)” โดยตัวแทนนั้นต้องกระทำการตามที่ตัวการสั่ง เมื่อตัวแทนไปทำนิติกรรมสัญญาใด ๆ กับบุคคลภายนอก หากกระทำภายในกรอบของคำสั่งของตัวการหรือภายในวัตถุประสงค์ของการงานที่สั่ง นิติกรรมสัญญาต่าง ๆ ย่อมมีผลผูกพันตัวการมิใช่ผูกพันตัวแทนเนื่องจากตัวแทนนั้นเขากระทำในฐานะแทนตัวการ แต่หากการกระทำดังกล่าวตัวแทนกระทำไปโดยนอกขอบคำสั่งของตัวการ การกระทำดังกล่าวย่อมผูกพันตัวแทนเท่านั้นหากมีผลผูกพันตัวการด้วยไม่ อันเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทน ซึ่งในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท กรรมการ และบุคคลภายนอก ก็ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 ให้บังคับตามกฎหมายเรื่องตัวแทน ผลของทฤษฎีดังกล่าวทำให้กรรมการไม่มีอำนาจหน้าที่แยกออกมา แต่ต้องกระทำการเป็นไปตามที่ตัวการสั่งเนื่องจากกรรมการอยู่ในฐานะเป็นตัวแทน

⁸ Michael Jensen and William H. Meckling, “Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure,” 3 Journal of Financial Economics 305, 308 (1976), อ้างถึงใน นิรุบล เลิศนุวัฒน์, “ความเป็นเจ้าของและอำนาจในการควบคุมบริษัทในประเทศเอเชียตะวันออก,” ใน หนังสือรวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี รองศาสตราจารย์ สุดา วิสสุตพิชญ์, จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558), น.155.

⁹ นิรุบล เลิศนุวัฒน์, เพ็ญอ้าง, น.152, 167.

ทฤษฎีตัวแทนนั้นกิจการจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากเจ้าของกิจการหรือผู้ถือหุ้น กรรมการกำหนดกลยุทธ์เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกิจการและในขณะเดียวกันได้จ้างผู้จัดการ ผู้ควบคุมงาน และพนักงาน เพื่อนำกลยุทธ์ดังกล่าวไปสู่การปฏิบัติ ซึ่งประกอบด้วยกลไก 2 อย่างที่จำเป็นอันได้แก่ ผลการปฏิบัติงาน (Performance) และความรับผิดชอบต่อการปฏิบัติงาน (Accountability) ซึ่งจะช่วยให้แนวคิดตัวแทนมีความสมบูรณ์

ทั้งนี้ ทฤษฎีตัวแทนมีข้อสมมติพื้นฐานที่สำคัญข้อหนึ่ง กล่าวคือ การตรวจสอบการทำงานของตัวแทนซึ่งก็คือผู้บริหารนั้นกระทำได้ค่อนข้างยาก มีต้นทุนสูง และใช้เวลามาก¹⁰ วิธีหนึ่งที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้ในการตรวจสอบการบริหารงานและช่วยแก้ไขปัญหาคือการขัดแย้งทางผลประโยชน์จากการแต่งตั้งผู้บริหารมาเป็นตัวแทนบริหารงานนั้นคือ การให้กรรมการถือหุ้นในบริษัท เมื่อกรรมการมีส่วนได้เสียโดยตรงในบริษัทผ่านการถือหุ้น กรรมการก็จะคำนึงถึงประโยชน์ของตนเองทั้งในฐานะผู้ถือหุ้นและในฐานะกรรมการไปพร้อม ๆ กัน¹¹ และเมื่ออยู่ในฐานะผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเจ้าของกิจการ ผู้ถือหุ้นก็มีอำนาจที่จะกำหนดทิศทางการดำเนินงานของบริษัทผ่านการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ก็จะสามารถมีส่วนในการตัดสินใจการดำเนินธุรกิจของบริษัทได้

นอกจากนี้ ยังมีกลไกที่เกี่ยวข้องอีกรูปแบบหนึ่ง คือ กลไกการครอบครองกิจการ ซึ่งความเกรงกลัวในการถูกยึดอำนาจนี้ทำให้ผู้บริหารทำงานอย่างมีความรับผิดชอบต่อมากขึ้น เนื่องจากคณะกรรมการเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น¹² ดังนั้น คณะกรรมการต้องบริหารจัดการบริษัทด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริตตามหน้าที่อย่างผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties)¹³ ในฐานะตัวแทนผู้ถือหุ้นหรือเจ้าของเงินเพื่อที่จะทำกิจกรรมต่าง ๆ ของบริษัท เพื่อสร้างความสามารถในการทำกำไรและมูลค่าหุ้นของกิจการ อีกทั้งคณะกรรมการจะต้องมีหน้าที่ของความจงรักภักดีและมีความยุติธรรม ซึ่งจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นก่อนผลประโยชน์ส่วนตน นอกจากนี้ คณะกรรมการต้องดูแลและปฏิบัติหน้าที่โดยจะต้องปฏิบัติสิ่งต่าง ๆ อย่างผู้มี

¹⁰ เเพ็งอ๋าง, น.156 – 157.

¹¹ เเพ็งอ๋าง, น.156, 168.

¹² เเพ็งอ๋าง, น.158 – 159.

¹³ **FIDUCIARY.** 1. A person who is required to act for the benefit of another person on all matters within the scope of their relationship; one who owes to another the duties of good faith, trust, confidence and candor. 2. One who must exercise a high standard of care in managing another's money or property. (Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 9th ed., (Thomson Reuters, 2009)).

ความระมัดระวังโดยคิดเสมือนว่าตนเป็นเจ้าของกิจการเอง¹⁴ ฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่า การดำเนินการบริหารงานบริษัทโดยทฤษฎีตัวแทนนั้นอยู่ในรูปแบบที่ถ้าผู้ถือหุ้นสั่งการอย่างใดแล้ว กรรมการจำต้องปฏิบัติตามอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

โดยสรุป ทฤษฎีตัวแทนหรือทฤษฎีสัญญา (Agent Theory, Contract Theory) มีแนวความคิดว่าสัญญาจัดตั้งบริษัทเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งผู้ถือหุ้นตกลงเข้าในการแบ่งปันกำไรให้กับผู้ถือหุ้น บริษัทจึงต้องดำเนินงานเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นในฐานะสมาชิกของบริษัทเมื่อรวมกันเป็นที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว ที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะมีอำนาจเสมือนเป็นเจ้าของบริษัท เป็นองค์กรสูงสุดในบริษัทที่สามารถมอบอำนาจให้ผู้อื่นจัดการกิจการแทนและมีอำนาจตัดสินใจในกิจการต่าง ๆ ของบริษัท คณะกรรมการเป็นเพียงตัวแทนของบริษัทที่อยู่ภายใต้การควบคุมของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้น ผู้ถือหุ้นจึงสามารถตัดสินใจในกิจการใดที่แม้ตามกฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้เป็นอำนาจของกรรมการ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าทฤษฎีตัวแทนผู้ถือหุ้นจะมีอำนาจเข้าไปควบคุมครอบงำการจัดการงานของบริษัทได้เต็มที่ แต่ก็มีข้อจำกัดอำนาจตามกฎหมายที่ทำให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นก็อาจใช้อำนาจได้ไม่เต็มที่ เช่น การห้ามจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัทให้กับผู้ถือหุ้นนอกจากเงินปันผลตามวิธีที่กฎหมายกำหนด

3.1.1.2 ทฤษฎีองค์ภาพหรือทฤษฎีอวัยวะ (Organic Theory)

ทฤษฎีองค์ภาพหรือทฤษฎีอวัยวะหรือทฤษฎีบุคคลที่แท้จริง (Organic Theory หรือ Real Entity Theory) พัฒนามาจากทฤษฎีการเป็นนิติบุคคลโดยการรวมกลุ่มของบุคคล (Theory of Group Legal Personality) ของ Gierke ทฤษฎีนี้อธิบายความเป็นบุคคลของนิติบุคคลว่า การเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของการรวมกลุ่มโดยบุคคลทำให้เกิดเป็นนิติบุคคล ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมีอยู่มาก่อนกฎหมาย (Pre-Legal หรือ Extra-Legal) กฎหมายมิใช่เป็นผู้สร้างนิติบุคคลของบริษัทแต่กฎหมายได้ยอมรับให้บริษัทเป็นนิติบุคคลตามความเป็นจริงเท่านั้น¹⁵

ทฤษฎีอวัยวะนั้นมองว่าบริษัทเปรียบเสมือนร่างกายคนที่ต้องมีอวัยวะต่าง ๆ เพื่อทำหน้าที่แตกต่างกันไป มีสมองทำการสั่งการ มีแขนขาต่าง ๆ เพื่อกระทำตามที่สมองสั่งเป็นต้น¹⁶ โดยนิติบุคคลนั้นแยกเป็น 2 อวัยวะออกจากกันอย่างชัดเจน อวัยวะที่ 1 คือ “ผู้ถือหุ้น” โดย

¹⁴ ศิลปพร ศรีจันเพชร, “ทฤษฎีบรรษัทภิบาล,” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2560, จาก <http://www.jba.tbs.tu.ac.th/files/Jba120/Column/JBA120SinlapapornC.pdf>

¹⁵ เสถียรภาพ นาคหลวง, “ปัญหาการใช้ทฤษฎีความเป็นบุคคลของบริษัทในประเทศไทย (Problems of Personality of Corporations Theory Implementation in Thailand),” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2560, จาก <http://www.assumptionjournal.lau.edu/index.php/LawJournal/article/viewFile/946/850>

¹⁶ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.367.

ถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าของบริษัท แต่ในเรื่องสิทธิของผู้ถือหุ้นนั้นไม่ใช่สิทธิโดยตรง กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิกระทำการโดยตรงได้แต่ต้องใช้สิทธิของตนเองผ่านการประชุมผู้ถือหุ้นในการกระทำการออกนโยบายหรือแบบแผนการดำเนินการของบริษัท โดยกฎหมายได้บัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวของผู้ถือหุ้นไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1171 สำหรับอวัยวะที่ 2 คือ “กรรมการบริษัท” เป็นบุคคลแยกออกจากผู้ถือหุ้น มีอำนาจแสดงเจตนาแทนนิติบุคคลโดยกระทำการต่าง ๆ ได้เอง ผู้ถือหุ้นไม่สามารถคัดค้านการกระทำของกรรมการในเรื่องทั่วไปได้ โดยการกระทำนั้นต้องเป็นไปตามนโยบาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัทอันเกิดจากการมีมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งทั้ง 2 อวัยวะนั้นต่างก็แยกออกจากกันโดยแต่ละอวัยวะมีสิทธิหน้าที่แยกต่างหากจากกัน แต่ก็มีใช้ว่า กรรมการจะมีอำนาจเด็ดขาด เนื่องจากว่าผู้ถือหุ้นก็สามารถครอบงำกรรมการได้ เช่น ในเรื่องการจัดตั้งและการถอดถอนกรรมการ แต่นอกจากเรื่องสำคัญต่าง ๆ แล้วหน้าที่ทั่วไปของกรรมการนั้นผู้ถือหุ้นก็ไม่สามารถที่จะไปครอบงำหรือแทรกแซงการตัดสินใจทั้งหมดได้

ดังนั้น ทฤษฎีนี้มองว่าทั้งกรรมการและผู้ถือหุ้นต่างเป็นอวัยวะส่วนหนึ่งของบริษัท ต่างคนต่างมีสิทธิหน้าที่ที่ต่างกันออกไป ไม่มีสิทธิยุ่งเกี่ยวหรือแทรกแซงซึ่งกันและกัน แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้ถือหุ้นไม่พอใจในการดำเนินกิจการของกรรมการคนใด ผู้ถือหุ้นยังคงมีอำนาจครอบงำกรรมการอยู่โดยสามารถพิจารณาแต่งตั้งกรรมการหรือถอดถอนกรรมการออกได้

โดยสรุป ทฤษฎีองค์การพหุหรือทฤษฎีอวัยวะ (Organic Theory) มีแนวความคิดว่า การจัดการบริษัทเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ส่วนผู้ถือหุ้นมีอำนาจหน้าที่ควบคุมกรรมการโดยใช้สิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้ถือหุ้นจะทำนอกเหนือหน้าที่ของตนโดยเข้าจัดการบริษัทซึ่งสงวนไว้เป็นอำนาจของกรรมการไม่ได้¹⁷ ที่ประชุมผู้ถือหุ้นและกรรมการต่างเป็นองค์กรของบริษัทจำกัดที่เป็นนิติบุคคล การกระทำของคณะกรรมการเป็นการกระทำของบริษัทมิใช่เป็นเพียงตัวแทนของบริษัท¹⁸ โดยอำนาจของคณะกรรมการเป็นอำนาจที่มาจากบริษัท ไม่ใช่มาจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของที่ประชุมผู้ถือหุ้นกับคณะกรรมการจึงขึ้นกับการกำหนดข้อบังคับของบริษัทที่แบ่งแยกอำนาจของที่ประชุมผู้ถือหุ้นและอำนาจของคณะกรรมการไว้

เดิมทีนั้นตามกฎหมายอังกฤษถือว่าที่ประชุมใหญ่คือตัวบริษัท ส่วนคณะกรรมการเป็นเพียงตัวแทนของบริษัท จะต้องอยู่ภายใต้อาณัติหรือความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ ที่ประชุมใหญ่อาจเข้าไปแทรกแซงการปฏิบัติงานของกรรมการได้เสมอ¹⁹ แต่ในตอนหลัง ๆ ศาล

¹⁷ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.357.

¹⁸ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.349.

¹⁹ *เพิงอ้าง*, น.354.

กลับเห็นว่า ถ้าข้อบังคับมอบอำนาจอะไรให้แก่คณะกรรมการแล้วก็เป็นเรื่องของกรรมการ ที่ประชุมใหญ่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวไม่ได้²⁰ เว้นแต่จะแก้ข้อบังคับเสียก่อน เช่น ในคดีเรื่องหนึ่ง ที่ประชุมมีมติไม่เห็นชอบกับการฟ้องคดีของกรรมการ ศาลวินิจฉัยว่ามตินั้นเป็นโมฆะ²¹ ในอีกคดีหนึ่งศาลตัดสินว่ามติของที่ประชุมใหญ่ที่ให้มีการจ่ายเงินปันผลระหว่างกาลและให้มีการกู้เงินเป็นโมฆะเพราะเป็นกิจการที่อยู่ในอำนาจของกรรมการ²² ด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้เห็นว่าทั้งที่ประชุมใหญ่และคณะกรรมการต่างก็เป็นตัวบริษัท โดยคณะกรรมการมีอำนาจตามที่ได้รับมอบหมาย ส่วนที่ประชุมมีอำนาจในส่วนที่เหลือ²³ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ทั้งที่ประชุมใหญ่และคณะกรรมการต่างก็เป็นองค์กร (Organ) ของบริษัทยิ่งกว่าเป็นตัวแทน แต่ถ้าคณะกรรมการไม่ใช้อำนาจหรือไม่สามารถใช้อำนาจ ที่ประชุมใหญ่อาจใช้อำนาจนั้นได้ หรือคณะกรรมการอาจเสนอเรื่องที่อยู่ในอำนาจของตนให้ที่ประชุมใหญ่ช่วยชี้ขาดให้ก็ได้²⁴

เมื่อได้ทราบถึงทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นและกรรมการแล้ว ต่อไปผู้เขียนจะได้อธิบายถึงเรื่อง การแต่งตั้งกรรมการว่ากรรมการมีที่มาจากไหน และกระบวนการในการแต่งตั้งเป็นอย่างไร

การแต่งตั้งกรรมการอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นดังจะได้กล่าวในหัวข้อ 3.1.2 ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งกรรมการบริษัท และกรณีที่กรรมการได้รับการแต่งตั้งซ่อมโดยคณะกรรมการของบริษัทดังจะได้กล่าวในหัวข้อ 3.1.3 คณะกรรมการบริษัทแต่งตั้งซ่อมกรรมการบริษัท

แต่ในเบื้องต้นการแต่งตั้งกรรมการนั้นมีหลักทั่วไปดังต่อไปนี้ กล่าวคือ โดยหลักแล้ว ผู้เป็นกรรมการจะตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ส่วนจะตั้งใครเป็นอีกเรื่องหนึ่ง โดยอาจตั้งผู้ถือหุ้นด้วยตนเองหรือบุคคลภายนอกมาเป็นกรรมการก็ได้ เพราะกรรมการไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทเสมอไป²⁵ ทั้งนี้ ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจะเลือกบุคคลภายนอกที่มีความรู้ความสามารถมา

²⁰ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, The Law and Practice of Shareholders' Agreement, 2nd ed., (London : LexisNexis Butterworths, 2007) pp.66, 74.

²¹ Shaw & Sons (Salford) Ltd. V. Shaw (1935) 2 K.B. 113, C.A., อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.354.

²² Scott V. Scott (1943) All E.R. 582., อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร, เพิ่งอ้าง, น.354.

²³ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 20*, p.74.

²⁴ Gower's Principles of Modern Company Law, pp.146 – 148, อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.354.

²⁵ จันตรี สินศุภฤกษ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558), น.163 – 164.

เป็นกรรมการบริษัทก็ได้ โดยนับเช่นนี้ ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจึงเป็นองค์กรหลักภายในบริษัทจำกัด ที่มีอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ²⁶ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่ากรณีที่กฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการบริษัทแต่งตั้งกรรมการด้วยตนเองนั้นเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ว่า กรรมการบริษัทนั้นจะต้องตั้งจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น²⁷

3.1.2 ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งกรรมการบริษัท

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144 นั้นบัญญัติว่า บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง ดังนั้น บริษัทจำกัดจึงต้องมีกรรมการอย่างน้อย 1 คน²⁸ ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษบริษัทเอกชนก็จำเป็นต้องมีกรรมการอย่างน้อย 1 คน ซึ่งจะต้องเป็นบุคคลธรรมดา (An Individual and Not a Corporate Director) เช่นเดียวกัน²⁹

มาตรา 1144 เป็นบทบัญญัติที่อธิบายถึงการบริหารงานภายในบริษัทจำกัดว่ามีบุคคลที่เรียกว่า “กรรมการ” เป็นผู้บริหารงาน สำหรับจำนวนของกรรมการในบริษัทว่าบริษัทจะมีกรรมการกี่คนนั้น อาจกำหนดจากสองทาง³⁰ คือ (1) มีข้อบังคับของบริษัทจำกัดกำหนดจำนวนกรรมการที่แน่นอนไว้ และ (2) กรณีที่ข้อบังคับของบริษัทจำกัดมิได้กำหนดจำนวนกรรมการเอาไว้ ซึ่งหากเป็นกรณีหลังนี้ มาตรา 1150 ให้เป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่กำหนด³¹

ตามกฎหมายไทยเราคงมีการแต่งตั้งกรรมการบริษัทประเภทเดียว ยังไม่มีการแต่งตั้งกรรมการประเภทอื่น เช่น กรรมการสำรอง (Alternate Directors) ซึ่งทำหน้าที่แทนเมื่อ

²⁶ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.223.

²⁷ จันตรี สินศุภฤกษ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 25*, น.163 – 164.

²⁸ อนึ่ง เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 70 ประกอบมาตรา 1144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่าบุคคลที่จะเป็นกรรมการในบริษัทจำกัดจะต้องเป็น “บุคคลธรรมดา” เท่านั้น โปรดดู บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง เสร็จที่ 385/2521 เรื่อง ทหาหรือปัญหากฎหมายเกี่ยวกับบริษัทปูนซิเมนต์ไทย จำกัด เป็นผู้เริ่มก่อการบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตุลาคม 2521) โดยคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการกรรมการตามบทบัญญัติมาตรา 1144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น

²⁹ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 20*, pp.3 – 4, 67, และดู โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.372.

³⁰ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.355.

³¹ *เพ็ญอ้าง*, น.355.

กรรมการตัวจริงไม่อยู่ปฏิบัติหน้าที่³² กรรมการเงา (Shadow Directors) ซึ่งทำหน้าที่แทนตามที่กรรมการตัวจริงสั่งการไว้ หรือกรรมการฝ่ายคนงาน (Worker Directors) ซึ่งเป็นกรรมการทางฝ่ายคนงานของบริษัท³³

การแต่งตั้งกรรมการโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั้นอาจแบ่งได้เป็น การแต่งตั้งกรรมการชุดแรก และการแต่งตั้งกรรมการชุดต่อไป

3.1.2.1 การแต่งตั้งกรรมการชุดแรก

กรรมการชุดแรกถูกแต่งตั้งโดยที่ประชุมตั้งบริษัทตามมาตรา 1108 (6) โดยกรรมการชุดแรกมีภารกิจหลักคือ รับมอบกิจการจากผู้เริ่มก่อการ (Promoters) และเรียกเก็บค่าหุ้นจากบรรดาผู้เข้าซื้อหุ้นทั้งหลายอย่างน้อยร้อยละ 25 ของเงินค่าหุ้นตามมาตรา 1110³⁴ เมื่อได้ดำเนินการตามมาตรา 1110 แล้ว กรรมการชุดแรกจึงดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทและบริหารจัดการกิจการต่อไป

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าผู้ถือหุ้นจะเลือกตนเองเป็นกรรมการได้หรือไม่นั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า ผู้ถือหุ้นมีสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตนเองเป็นกรรมการได้ ไม่ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียพิเศษตามมาตรา 1185³⁵ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1246/2520)³⁶

3.1.2.2 การแต่งตั้งกรรมการชุดต่อไป

การบริหารงานของกรรมการนั้นอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ดังนั้น ผู้ถือหุ้นสามารถแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการได้ทุกเมื่อโดยใช้มติที่ประชุมใหญ่ตามมาตรา 1151³⁷

การแต่งตั้งกรรมการของบริษัทนั้น นอกจากกรรมการชุดแรกซึ่งเลือกตั้งโดยที่ประชุมตั้งบริษัทตามมาตรา 1108 (6) แล้ว กรรมการชุดต่อ ๆ ไป มาตรา 1151 บัญญัติว่า “อัน

³² ดนยา โรจนานนท์, “กรรมการสำรองในบริษัท,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.3, และดู โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.370.

³³ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.370.

³⁴ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.363.

³⁵ *เพ็ญอ้าง*, น.363.

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1246/2520 มติที่ประชุมใหญ่ให้ ส. เป็นกรรมการ ซึ่ง ส. ลงคะแนนด้วยตามจำนวนหุ้น และมติให้ ป. ไปจดทะเบียนเพิ่มกรรมการ ซึ่ง ป. ลงคะแนนเสียงด้วย เป็นมติที่ ส. และ ป. มีส่วนได้เสียด้วยตามธรรมดา หากเป็นพิเศษอย่างใดไม่ มติดังกล่าวจึงสมบูรณ์

³⁷ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.355.

ผู้เป็นกรรมการนั้น เฉพาะแต่ที่ประชุมใหญ่เท่านั้นอาจจะตั้งหรือถอนได้”³⁸ โดยเลือกเข้ามาแทน กรรมการชุดแรกที่หมดวาระหรือพ้นตำแหน่งไปเพราะเหตุอื่น การเลือกกรรมการชุดใหม่นี้จึงอาจเป็น เพราะมีข้อบังคับกำหนดไว้ เช่น ให้เลือกกรรมการชุดใหม่ทุกปี เป็นต้น³⁹ หรือหากไม่มีกำหนดวาระ การบริหารงานในตำแหน่งกรรมการ การพ้นจากตำแหน่งกรรมการก็ต้องเป็นไปตามมาตรา 1152 และมาตรา 1153

ศาสตราจารย์พิเศษ โสภณ รัตนกร ได้กล่าวไว้ในหนังสือคำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทว่า “วิธีการแต่งตั้งและคุณสมบัติของ กรรมการอาจมีกำหนดไว้ในข้อบังคับ แต่ข้อบังคับจะกำหนดให้ผู้อื่นเป็นผู้ตั้งกรรมการนอกจากที่ ประชุมใหญ่คงไม่ได้ เพราะมาตรา 1151 ต้องถือว่าเป็นบทบังคับเด็ดขาด”⁴⁰ เท่ากับมาตรา 1151 กำหนดให้เป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่เท่านั้นที่เป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งกรรมการชุดใหม่นั้น ซึ่งในที่ ประชุมใหญ่ ผู้มีสิทธิเข้าประชุมคือ ผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1176 และมติที่ใช้เลือกกรรมการนั้นคือ มติ ธรรมดา ซึ่งเป็นมติเสียงข้างมากของผู้เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนน⁴¹ สำหรับการลงมติเลือก กรรมการบริษัทนี้ กฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ยังมิได้ชำระค่าหุ้นซึ่งบริษัทได้เรียกเก็บแล้ว ไม่มีสิทธิ ลงคะแนนเสียงเพื่อใช้เป็นมติในการแต่งตั้งกรรมการตามมาตรา 1184⁴²

นอกจากนี้ ยังได้กล่าวไว้อีกว่า “กรณีที่บริษัททำสัญญาหรือมีข้อผูกพัน จะให้ตำแหน่งกรรมการแก่ผู้ใด หรือจะแต่งตั้งผู้ใดเป็นกรรมการ การตั้งกรรมการในกรณีเช่นนี้ต้อง ได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่เช่นกัน”⁴³ และถ้ากรรมการที่ตั้งขึ้นโดยที่ประชุมใหญ่ซึ่งมีการ เรียกประชุมโดยผู้ไม่มีอำนาจและเป็นการประชุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่มีอำนาจบริหารงาน ของบริษัท⁴⁴ (คำพิพากษาฎีกาที่ 452/2518) แต่กรรมการของบริษัทก็เป็นผู้แทนของนิติบุคคลชนิด หนึ่ง จึงอาจมีกรณีที่ความจำเป็นต้องขอให้ศาลตั้งกรรมการชั่วคราวขึ้นตามบทบัญญัติของมาตรา 73 นอกเหนือไปจากการตั้งกรรมการตามปกติโดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้⁴⁵

³⁸ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.369.

³⁹ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.363 – 364.

⁴⁰ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.369.

⁴¹ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.364.

⁴² เพิ่งอ้าง, น.365.

⁴³ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.369.

⁴⁴ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.364.

⁴⁵ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.369.

ฉะนั้น ในแง่จึงเห็นได้ว่า ถ้ามีตำแหน่งว่างลงในจำนวนผู้แทนของนิติบุคคล และมีเหตุอันควรเชื่อว่าการปล่อยตำแหน่งว่างไว้น่าจะเกิดความเสียหายขึ้นได้ เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการร้องขอ ศาลจะแต่งตั้งผู้แทนชั่วคราวขึ้นก็ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หากมีตำแหน่งกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของนิติบุคคลว่างลง และมีเหตุอันควรเชื่อว่าการปล่อยให้ตำแหน่งกรรมการว่างไว้น่าจะเกิดความเสียหายขึ้นได้ ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการย่อมมีอำนาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งตั้งกรรมการหรือผู้แทนชั่วคราวขึ้นได้

3.1.3 คณะกรรมการบริษัทแต่งตั้งซ่อมกรรมการบริษัท

นอกจากการได้มาซึ่งกรรมการโดยการแต่งตั้งของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นหลักทั่วไปดังกล่าวข้างต้นแล้ว กรรมการบริษัทอาจมาจากการแต่งตั้งโดยคณะกรรมการเป็นกรณียกเว้นได้อีกด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่มิได้ตำแหน่งกรรมการว่างลงเพราะเหตุอื่นนอกจากถึงคราวออกตามวาระ⁴⁶

หากกรรมการบริษัทว่างลงแต่ยังเหลือครบองค์ประชุมตามมาตรา 1160 กรรมการที่เหลือก็ย่อมทำหน้าที่ต่อไปได้ หรือกรรมการที่เหลืออาจตั้งกรรมการทดแทนตำแหน่งที่ว่างลงก็ได้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1155 หรืออาจเรียกประชุมใหญ่เพื่อให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นตั้งกรรมการเพิ่มก็ได้⁴⁷

สำหรับเหตุแห่งการพ้นจากตำแหน่งกรรมการนอกจากเหตุตามปกติดังนี้⁴⁸

(1) กรรมการคนใดลาออกจากตำแหน่ง ซึ่งฐานะความเป็นกรรมการย่อมสิ้นสุดลงนับตั้งแต่วันที่ใบลาออกไปถึงบริษัท ดังที่มาตรา 1153/1 วรรคหนึ่งบัญญัติไว้ว่า “กรรมการคนใดจะลาออกจากตำแหน่ง ให้ยื่นใบลาออกต่อบริษัท การลาออกมีผลนับแต่วันที่ใบลาออกไปถึงบริษัท”

(2) กรรมการคนใดล้มละลายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ซึ่งฐานะความเป็นกรรมการย่อมสิ้นสุดลงทันที ดังที่มาตรา 1154 บัญญัติไว้ว่า “ถ้ากรรมการคนใดล้มละลายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถไซ้ ท่านว่ากรรมการคนนั้นเป็นอันขาดจากตำแหน่ง” และ

(3) กรณีอื่นที่มีได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ กรณีที่กรรมการคนใดคนหนึ่งถึงแก่ความตาย หรือขาดคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท

คณะกรรมการบริษัทแต่งตั้งซ่อมกรรมการบริษัทหรืออาจเรียกสั้น ๆ ได้ว่าเป็นการตั้งซ่อมกรรมการ ซึ่งแม้การตั้งกรรมการจะเป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นโดยเฉพาะ แต่กรณีที่กรรมการว่างลงเพราะเหตุอื่นนอกจากออกตามวาระ อาทิ ล้มละลาย ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ

⁴⁶ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.224.

⁴⁷ สหชน รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.382.

⁴⁸ เพิ่งอ้าง, น.365.

(มาตรา 1154) ตาย ลาออก ขาดคุณสมบัติ หรือพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุอื่นตามที่ข้อบังคับกำหนดไว้ นั้น การที่จะเรียกประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อตั้งกรรมการอาจไม่สะดวก มาตรา 1155 จึงให้อำนาจแก่กรรมการที่เหลืออยู่ตั้งผู้ขึ้นขึ้นเป็นกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างลงได้⁴⁹ แต่มาตรา 1155 ก็ได้บังคับเด็ดขาดเพราะใช้คำว่า “ถ้าตำแหน่งว่างลงในสภากรรมการเพราะเหตุอื่นนอกจากถึงคราวออกตามวาระไซ้ ท่านว่ากรรมการจะเลือกผู้ขึ้นตั้งขึ้นใหม่ให้เต็มที่ว่างก็ได้ ... ” ทั้งนี้ หากคณะกรรมการประสงค์จะใช้อำนาจตั้งกรรมการทดแทนแล้ว โดยหลักต้องใช้มติธรรมดาของคณะกรรมการ⁵⁰

อย่างไรก็ตาม หากกรรมการที่เหลืออยู่ประสงค์จะตั้งกรรมการที่ว่างลงก็จะต้องดำเนินการตั้งกรรมการที่ว่างลงด้วยตนเอง จะมอบหมายให้ผู้ขึ้นตั้งกรรมการที่ว่างลงแทนไม่ได้ ซึ่งมาตรา 1155 นี้จะต้องแปลว่าเป็นการให้อำนาจกรรมการทำหน้าที่แทนที่ประชุมใหญ่⁵¹ กระนั้นก็ตาม ถ้าข้อบังคับจะระบุให้ที่ประชุมใหญ่เป็นผู้ตั้งกรรมการที่ว่างลงเพราะเหตุอื่นนอกจากตามวาระด้วยก็น่าจะทำได้⁵² กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หากคณะกรรมการไม่ยอมแต่งตั้งกรรมการซ่อมแทนตำแหน่งที่ว่างลง ก็ให้ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้แต่งตั้งกรรมการทดแทนตามมาตรา 1151 โดยให้คณะกรรมการที่เหลือเรียกประชุมใหญ่วิสามัญตามมาตรา 1172 และให้ผู้ถือหุ้นลงคะแนนมติเลือกกรรมการทดแทนก็ได้⁵³

อนึ่ง หากเป็นกรณีที่ไม้อาจตั้งกรรมการแทนตามมาตรา 1155 ได้ เช่น เพราะไม่มีกรรมการของบริษัทเหลืออยู่เลย เช่น กรรมการตายพร้อมกัน เป็นต้น ก็น่าจะขอให้ศาลตั้งกรรมการชั่วคราวขึ้นตามมาตรา 73 ได้⁵⁴ ซึ่งเป็นบททั่วไปที่บัญญัติถึงกรณีที่ตำแหน่งผู้แทนนิติบุคคลว่างลงและมีเหตุสมควรเชื่อว่าจะเกิดความเสียหาย ให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการขอให้ศาลตั้งผู้แทนชั่วคราวขึ้นได้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ว่า หากศาลตั้งกรรมการชั่วคราวขึ้นตามมาตรา 73 ศาลก็ย่อมมีอำนาจเพิกถอนได้⁵⁵ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4049/2540) หากเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะบริหารงานได้หรือมีเหตุอันสมควรอื่น⁵⁶

⁴⁹ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.370.

⁵⁰ สหณ รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.365 – 366.

⁵¹ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.371.

⁵² *เพ็งอ้าง*, น.371.

⁵³ สหณ รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.365 – 366.

⁵⁴ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.371.

⁵⁵ *เพ็งอ้าง*, น.371.

⁵⁶ สหณ รัตนไพจิตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.367 – 368.

ในกรณีคณะกรรมการบริษัทแต่งตั้งซ่อมกรรมการบริษัท วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นทดแทนกรรมการที่ว่างลงนั้นจะเท่ากับระยะเวลาซึ่งกรรมการเดิมที่ออกไปนั้นชอบที่จะดำรงตำแหน่งต่อไป⁵⁷ หรือระยะเวลาที่กรรมการเดิมที่ออกไปนั้นเหลืออยู่ตาม มาตรา 1155 นั้นเอง และหากปรากฏว่าล่วงพ้นระยะเวลาซึ่งกรรมการเดิมที่ออกไปนั้นชอบที่จะดำรงตำแหน่งต่อไป หรือล่วงพ้นระยะเวลาที่กรรมการเดิมที่ออกไปนั้นเหลืออยู่แล้ว จะใช้วิธีแต่งตั้งซ่อมกรรมการบริษัทมิได้

ทั้งนี้ การแต่งตั้งกรรมการทั้ง 2 กรณี คือ กรณีที่กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นที่ได้กล่าวมาในหัวข้อ 3.1.2 และกรณีที่กรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งซ่อมโดยคณะกรรมการของบริษัทดังได้กล่าวมาในหัวข้อ 3.1.3 นั้นล้วนเป็นการเปลี่ยนแปลงกรรมการ⁵⁸ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการแต่งตั้งกรรมการแล้วจึงต้องนำความไปจดทะเบียนภายใน 14 วันนับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลงตามมาตรา 1157 ที่บัญญัติว่า “เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงกรรมการ ให้บริษัทนำความไปจดทะเบียนภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลง”

เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้ต้องจดทะเบียนกรรมการบริษัทก็เนื่องจากกรรมการเป็นผู้แทนของบริษัท มีอำนาจหน้าที่ทำการในนามของบริษัท เป็นผู้แสดงเจตนาแทนบริษัท และเป็นผู้ติดต่อกับบุคคลภายนอกแทนบริษัท ใครเป็นกรรมการของบริษัทจึงเป็นเรื่องสำคัญและจำเป็นต้องให้บุคคลทั่วไป⁵⁹

ในกรณีที่บริษัทมิได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงภายในกำหนดดังกล่าว นอกจากบริษัทจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายทางแพ่งเนื่องจากมิได้ปฏิบัติตามมาตรา 1157 แล้ว บริษัทยังมีความผิดอาญาด้วยตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ พ.ศ. 2499 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท⁶⁰

3.2 สถานะทางกฎหมายของข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

หลังจากได้ทราบถึงประเภทของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาว่ามีการแบ่งเป็น ประเภทที่ 1 คือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงการถือหุ้นหรือข้อตกลงร่วมกัน (Shareholding or Pooling Agreement) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่ 2 คือ สัญญา

⁵⁷ เพิ่งอ้าง, น.366.

⁵⁸ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น.224.

⁵⁹ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น.376.

⁶⁰ สหชน รัตนไพจิตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.367.

มอบอำนาจหรือสัญญามอบฉันทะ (Proxy Agreement) และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่ 3 คือ สัญญาตั้งทรัสต์ขึ้นรับโอนหุ้นไปถือแทนผู้ถือหุ้นและให้ทรัสต์เป็นผู้ใช้สิทธิลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้น (Voting Trusts Agreement)

ตลอดจนประเภทของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศอังกฤษที่มีการแบ่งเป็นประเภทที่ 1 สัญญาร่วมทุน (The Joint Venture Agreement) ประเภทที่ 2 สัญญาเกี่ยวกับการลงทุน (The Investment Agreement) ประเภทที่ 3 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่ใช้ในธุรกิจขนาดเล็กหรือขนาดย่อม (Quasi-partnership Company Agreement) ประเภทที่ 4 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่มุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (Minority Protection Agreement) ประเภทที่ 5 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและประเภทที่ไม่ได้ตกลงโดยชัดแจ้ง (โดยปริยาย) (Informal and Implied Agreement) ประเภทที่ 6 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) และประเภทที่ 7 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่ตั้งทรัสต์ขึ้นรับโอนหุ้นไปถือแทนผู้ถือหุ้นและให้ทรัสต์เป็นผู้ใช้สิทธิลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้น (Express Voting Trust Agreement) ดังที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 นั้น และผู้เขียนได้กล่าวถึงที่มาของกรรมการของบริษัทไว้ในบทที่ 3 ตอนต้นแล้ว

ในเนื้อหาส่วนถัดไปผู้เขียนจะกล่าวถึงเรื่องสถานะทางกฎหมายของข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษว่าตามกฎหมายและตามแนวคำวินิจฉัยหรือแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของศาลประเทศเหล่านั้นได้ยอมรับการมีผลบังคับของข้อตกลงตั้งกรรมการหรือไม่ เพียงใด

3.2.1 ข้อตกลงตั้งกรรมการในประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) การบังคับใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของผู้ถือหุ้น

(1.1) วิวัฒนาการในการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของผู้ถือหุ้น

ในศาลแห่งสหรัฐอเมริกา ในปัญหาเรื่องการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (The Enforcement of Shareholders' Agreement) โดยอำนาจของผู้ถือหุ้นนั้น เป็นประเด็นที่ได้รับการพิจารณาโดยศาล หรือเป็นประเด็นที่ถูกรื้อฟื้นพิจารณาอยู่เสมอ⁶¹ ในยุคแรก ๆ นั้นคำตัดสินของศาลส่วนใหญ่จะพิจารณาว่าข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements)

⁶¹ F. HODGE O'NEAL and ROBERT B. THOMPSON, O'NEAL and THOMPSON'S CLOSE CORPORATIONS and LLCs: LAW and PRACTICE VOLUME 1, 1-2 (Minnesota : West Third Revised Edition 2005), at 5:11.

ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นไม่สมบูรณ์ (Invalid)⁶² ซึ่งข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนนี้ก็คือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) นั่นเอง

ในคำตัดสินของศาลนั้นได้ให้เหตุผลหลักอยู่ 2 ประการสำหรับเหตุที่ทำให้ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นไม่สมบูรณ์ ได้แก่ 1) ความคิดที่ว่าอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนผูกติดอยู่กับหุ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คืออำนาจในการออกเสียงลงคะแนนผูกติดอยู่กับหุ้น (Inseparable from the Shares) และ 2) ความคิดที่ว่าผู้ถือหุ้นมีความผูกพันต่อผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ที่จะต้องทำการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่เป็นประโยชน์ที่สุดต่อบริษัท (In the Best Interest of the Corporation)⁶³

ณ วันนี้ แนวโน้มในเรื่องความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับปัญหาของผู้ถือหุ้นถูกมองในเชิงบวกที่สุดในศาล⁶⁴ ฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ (The Enactment of Statutes) มีผลเป็นการอนุญาตให้มีข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในลักษณะเช่นนี้โดยชัดแจ้ง (Expressly Authorizing this Kind of Agreement) และการตรากฎหมายออกมานุญาตให้มีข้อตกลงเช่นนี้ก็เป็นการหลีกเลี่ยงหรือหลีกเลี่ยงข้อถกเถียงเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของการตัดสินใจตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นของผู้ถือหุ้น (The Validity of Shareholders' Agreements)⁶⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายออกมารองรับให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลบังคับได้โดยชัดแจ้งนั้นเป็นวิธีที่ดีที่สุดที่จะหลีกเลี่ยงการถกเถียงเกี่ยวกับปัญหาความสมบูรณ์ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

the Model Business Corporation Act และ the Delaware General Corporation Law เปิดช่องให้มีกฎเกณฑ์พิเศษสำหรับการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements)⁶⁶ สัญญามอบอำนาจหรือสัญญามอบ

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, at 5:12-13.

⁶⁴ *Ibid.*, at 5:15.

⁶⁵ *Ibid.*, at 5:17.

⁶⁶ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.31 (2005). It provides that:

“(a) Two or more shareholders may provide for the manner in which they will vote their shares by signing an agreement for that purpose. A voting agreement created under this section is not subject to the provisions of section 7.30.

(b) A voting agreement created under this section is specifically enforceable.”.

See DEL. CODE ANN. Title 8 §218 (c) (2005). It provides that:

ฉันทะ (Proxy Agreements)⁶⁷ และ สัญญาตั้งทรัสต์ขึ้นรับโอนหุ้นไปถือแทนผู้ถือหุ้นและให้ทรัสต์เป็นผู้ใช้สิทธิลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้น (Voting Trusts)⁶⁸

(1.2) ข้อกำหนดตามกฎหมายสำหรับการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของผู้ถือหุ้น

ในทางตำรา สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของผู้ถือหุ้นของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกแบ่งออกเป็น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) สัญญามอบอำนาจหรือสัญญามอบฉันทะ (Proxy Agreements) และ สัญญาตั้งทรัสต์ขึ้นรับโอนหุ้นไปถือแทนผู้ถือหุ้นและให้ทรัสต์เป็นผู้ใช้สิทธิลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้น (Voting Trusts) ซึ่งข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของผู้ถือหุ้นต่างก็มีข้อกำหนดตามกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการมีผลบังคับใช้แตกต่างกันไปตามประเภทของข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม ขอบเขตการศึกษาของผู้เขียนจำกัดอยู่แต่เฉพาะสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงแต่เพียงข้อกำหนดตามกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements or Pooling Agreements) อันอยู่ภายใต้ขอบเขตการศึกษานี้

(1.2.1) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements)

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) เป็นสัญญาที่ผู้ถือหุ้นเห็นด้วยกับการออกเสียงลงคะแนนของพวกเขาในลักษณะที่เฉพาะเจาะจง (A Specific Manner)⁶⁹

“(c) An agreement between 2 or more stockholders, if in writing and signed by the parties thereto, may provide that in exercising any voting rights, the shares held by them shall be voted as provided by the agreement, or as the parties may agree, or as determined in accordance with a procedure agree upon them.”.

⁶⁷ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.22 (a)(b)(d) (2005). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 212 (c).

⁶⁸ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.30 (2005). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218.

⁶⁹ FRANKLIN A. GEVURTZ, CORPORATION LAW, 1st ed., (Minnesota : West Group, 2000), at 486.

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) อาจระบุถึงความหลากหลายต่าง ๆ ของปัญหาหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความต้องการของผู้ถือหุ้น โดยปรกติแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) หมายรวมถึง⁷⁰ 1) ข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการ (Agreement to Vote Shares for Directors) 2) ข้อตกลงการให้อำนาจการออกเสียงลงคะแนนไม่สมสัดส่วนแก่สัดส่วนการถือหุ้น (Agreement Giving Voting Power Disproportionate to Shareholdings) ตลอดจน 3) ข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนเพื่อทำให้เกิดผลพิเศษหรือทำให้เกิดผลเจาะจงหรือทำให้เกิดผลผิดธรรมดาต่อนโยบายขององค์กรหรือบริษัท (Agreement to Vote Shares so as to Effectuate a Particular Corporate Policy)

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) ที่ได้กำหนดในเรื่องเหล่านี้ถูกศาลพิจารณาว่าถูกต้องตามกฎหมายและมีผลบังคับได้ (Lawful and Enforceable)⁷¹ แต่กระนั้น ศาลได้ปฏิเสธหรือยกเลิกข้อตกลง เมื่อผู้ถือหุ้นขายสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนดังกล่าว หรือบั่นทอนหรือให้อำนาจการออกเสียงลงคะแนนตกอยู่ในอันตรายภายใต้การคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตัว⁷²

⁷⁰ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 61, at 5:45-5:63.

⁷¹ See *Manson V. Curtis*, 223 N.Y. 313, 319, 119 N.E. 559 (1918) (providing that: “[a]n ordinary agreement, among a minority number, but a majority in shares, for the purpose of obtaining control of the corporation by the election of particular persons as directors is not illegal. Shareholders have the right to combine their interest and voting powers to secure such control of the corporation and the adoption of and adherence by it to a specific policy and course of business. Agreement upon a sufficient consideration upon them, of such intent and effect, are valid and binding, if they do not contravene any express charter or statutory provision or contemplate any fraud, oppression, or wrong against other stockholders, or other illegal object.”).

⁷² See *Hall v. John S. Isaacs & Sons Farms, Inc.* 37 Del. Ch. 530, 549, 146 A.2d 602, 613 (1958), *aff'd in part*, 39 Del. Ch. 244, 163 A.2d 288 (1960) (“The rule which forbid the voting of purchased votes is not limited to instances where the consideration for the purchase is strictly a corporate office and its emoluments. Shareholder votes may not be purchased for any consideration personal to the

ข้อกำหนดตามกฎหมายสำหรับการบังคับใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) หรือข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ตามที่กำหนดไว้ใน the Model Business Corporation Act และ the Delaware General Corporation Law คือ 1) ต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสองคนหรือมากกว่านั้นมีส่วนร่วมในการตกลงดังกล่าว ผู้ถือหุ้นที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย หรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก หรือทั้งผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยและผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากก็ได้ ข้อกำหนดตามกฎหมายนี้เป็นความต้องการเชิงปริมาณหรือจำนวน ไม่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือคุณภาพ⁷³ 2) ข้อตกลงจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร⁷⁴ และ 3) ข้อตกลงจะต้องลงนามโดยผู้ถือหุ้นทุกคนที่เข้าร่วมตกลง⁷⁵

stockholder,”). See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §193 (1981) (providing that “[a] promise by a fiduciary to violate his fiduciary duty or promise that tends to induce such a violation is unenforceable on ground of public policy.” The official comments to this section establish: “The rule applies by analogy to shareholders with reference to their voting power, although it does not preclude agreement where the only advantage bargained for is one that will accrue to all shareholders through the ownership of shares.”).

⁷³ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.31 (a) (2005). (requiring the participation of “[t]wo or more shareholders” in voting agreements). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218 (c) (2005). (providing that a voting agreement is “[a]n agreement between 2 or more stockholders”).

⁷⁴ See Official Comment Section 7.31 (a) MODEL BUS. CORP. ACT (2005) (providing that “[t]he only formal requirements are that they [voting agreement] be in writing and signed by all the participating stockholders”). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218 (c) (2005). (providing that “if in writing and signed by the parties thereto” the voting agreements may regulate the exercise of voting rights among stockholders).

⁷⁵ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.31 (a) (2005). (providing that it is necessary to sign “an agreement for that purpose [way to vote their share]”). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218 (c) (2005). (providing that “if in writing and signed by the parties thereto” the voting agreements may regulate the exercise of voting rights among stockholders).

(2) การบังคับใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของกรรมการ

(2.1) วิวัฒนาการในการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของกรรมการ

ในอดีต สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของกรรมการ (Shareholders' Agreement Concerning Director Decisions) ถูกศาลพิพากษาว่าไม่สมบูรณ์ (Invalid)⁷⁶ การให้เหตุผลว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่สมบูรณ์ ได้แก่⁷⁷ 1) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นละเมิดหรือขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย (มาตราหนึ่งมาตราใดหรือส่วนหนึ่งส่วนใด) ในกรณีนี้เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่ากรรมการจะต้องบริหารกิจการของบริษัทตามหน้าที่อย่างผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) 2) หน้าที่ของกรรมการที่ได้รับความไว้วางใจให้ใช้ดุลพินิจหรือการตัดสินใจอย่างดีที่สุดเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น (Best Judgment for the Benefit of the Corporation) ซึ่งหน้าที่ของกรรมการดังกล่าวอาจถูกมองข้ามด้วยการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้ กล่าวคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตกลงยกเว้นให้กรรมการไม่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่อย่างผู้ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) และ 3) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ หลอกลวงต่อผู้ถือหุ้นคนอื่นซึ่งไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Unfair and Fraudulent to Shareholders Who Do Not Participate in It)

ในโอกาสที่แตกต่างกัน ศาลพิพากษาว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถือเป็นโมฆะ (Void) ถ้าหากผู้ถือหุ้นตกลงกำหนดการบริหารจัดการและการดำเนินงานของบริษัทในทางที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายบริษัท⁷⁸ แนวคิดเบื้องหลังในการพิพากษาเช่นนี้ก็ถือว่าการรวมตัวกันเป็นบริษัทและมีความรับผิดชอบต่อจำกัดอันเป็นคุณสมบัติพิเศษที่ได้รับจากรัฐ⁷⁹ ด้วยเหตุนี้ ถ้าผู้ถือหุ้นต้องการที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวมานี้ ก็ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดทั้งในเรื่องการบริหารจัดการและการดำเนินงานของบริษัท⁸⁰

ศาลเคยตัดสินเป็นคดีตัวอย่างที่เหมาะสมในเรื่องนี้ แต่ไม่เอื้ออำนวยต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นคือ คดีระหว่าง McQuade v. Stoneham⁸¹ โจทก์ในคดีคือ Francis X.

⁷⁶ MODEL BUS. CORP. ACT § 7.22 Official Comment (2005).

⁷⁷ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 61, at 5:22.

⁷⁸ See *Ibid.*, 5:2, 5:23.

⁷⁹ See *Ibid.*

⁸⁰ See *Ibid.*

⁸¹ McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. 323, 189 N.E. 324 (1934).

McQuade⁸² ธุรกิจของบริษัทในคดีนี้คือ The New York Giants Baseball Team และมี McGraw เป็นผู้จัดการทีม⁸³ ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจ Stoneham McGraw และ McQuade ได้ลงนามในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่พวกเขาเห็นพ้องกันว่าจะใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดของพวกเขาเพื่อวัตถุประสงค์ให้มีการต่อวาระการเป็นกรรมการและพนักงานของบริษัท⁸⁴ ให้มีการตัดสินใจว่าเงินเดือนของกรรมการและพนักงานของบริษัทควรจะเป็นเท่าไร⁸⁵ และให้มีการตัดสินใจว่าโครงสร้างหรือนโยบายขององค์กรหรือบริษัทจะไม่มีเปลี่ยนแปลงใด ๆ เว้นแต่ได้รับความยินยอม

⁸² McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. at 325-326, 189 N.E. at (235).

⁸³ McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. at 326, 189 N.E. at (235).

⁸⁴ See McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. at 326, 189 N.E. at 235. The shareholder agreement provided that:

“VIII. The parties hereto will use their best endeavors for the purpose of continuing as directors of said Company and as officers thereof the following:

Directors:

Charles A. Stoneham,

John J. McGraw,

Francis X. McQuade,

With the right to the party of the first part [Stoneham] to name all additional directors as he sees fit:

Officers:

Charles A. Stoneham, President

John J. McGraw, Vice-President

Francis X. McQuade, Treasurer.”

⁸⁵ See McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. at 326, 189 N.E. at 235. The shareholder agreement provided that:

“IX. No salaries are to be paid to any of the above officers or directors, except as follows:

President \$45,000

Vice-President \$7,500

Treasurer \$7,500”

จากทั้ง 3 คนอย่างเอกฉันท์⁸⁶ 9 ปีต่อมา Stoneham และ McGraw ได้ละเมิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น⁸⁷ คณะกรรมการที่ถูกควบคุมโดย Stoneham ได้ทำการปลด McQuade ออกจากการเป็นพนักงาน และในเวลาต่อมา McQuade ก็ไม่ได้รับการเลือกตั้งเข้าไปเป็นกรรมการต่ออีกวาระ⁸⁸ McQuade ถูกปลดออกจากตำแหน่งหน้าที่การงานเพราะว่า McQuade ทำตัวเป็นปรปักษ์ต่อการมีอำนาจในบริษัทของ Stoneham ไม่ใช่เพราะการบริหารจัดการที่ผิดพลาด⁸⁹

⁸⁶ See *McQUADE v. STONEHAM*, 263 N.Y. at 326, 189 N.E. at 235. The shareholder agreement provided that;

“X. There shall be no change in said salaries, no change in the amount of capital, or the number of shares, nor change or amendment of the by-laws of the corporation or any matter regarding the policy of the business of the corporation or any matters which may in anywise affect, endanger or interfere with the rights of minority stockholders, excepting upon the mutual and unanimous consent of all of the parties hereto.”

⁸⁷ *McQUADE v. STONEHAM*, 263 N.Y. at 327, 189 N.E. at 235.

⁸⁸ See *McQUADE v. STONEHAM*, 263 N.Y. at 326-327, 189 N.E. at 235 (“The board of directors consisted of seven men. The four outside of the parties hereto [Stoneham, McGraw and McQuade] were selected by Stoneham and he had complete control over them. At the meeting of May 2, 1928, Stoneham and McGraw refrained from voting, McQuade voted for himself and the other four voted for Bondy. Defendants did not keep their agreement with McQuade to use their best efforts to continue him as treasurer. On the contrary, he was dropped with their entire acquiescence. At the next stockholders’ meeting he was dropped as a director although they might have elected him.”).

⁸⁹ See *McQUADE v. STONEHAM*, 263 N.Y. at 327-328, 189 N.E. at 236 (“The cause for dropping McQuade was due to the falling out of friends. McQuade and Stoneham had disagree. The trial court has found in substance that their numerous quarrels and disputes did not affect the orderly and efficient administration of the business of the corporation; that plaintiff was removed because he had antagonized the dominant Stoneham by persisting in challenging his power over the corporate treasury and for no misconduct on his part. The court also finds that plaintiff was

McQuade จึงฟ้อง Stoneham และ McGraw ว่าละเมิดหรือประพฤติดิตินัยระหว่างผู้ถือหุ้นและเรียกค่าเสียหาย⁹⁰ ศาลอุทธรณ์ (The New York Court of Appeals) ชำระความสำหรับจำเลยทั้งสองคือ Charles Stoneham และ John J. McGraw⁹¹ ศาลสรุปว่า มันมีความเป็นไปได้ที่จะตกลงกันทำสัญญาในหมู่ผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจว่าใครจะได้เป็นกรรมการของบริษัท⁹² แต่ศาลก็เห็นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จำกัดการใช้ดุลพินิจของกรรมการ และจำกัดกีดกันไม่ให้กรรมการทำหน้าที่โดยใช้ความสามารถอย่างดีที่สุดเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทและผู้ถือหุ้นทุกคนนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Against Public Policy)⁹³ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งจำกัดดุลพินิจกรรมการของบริษัทดังคตินี้จึงใช้บังคับไม่ได้ (Not Enforceable)⁹⁴

removed by Stoneham for protecting the corporation and its minority stockholders.”).

⁹⁰ McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. at 325, 189 N.E. at 235.

⁹¹ McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. at 333, 189 N.E. at 238.

⁹² See McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. at 329, 189 N.E. at 236 (“Stockholders may, of course, combine to elect directors. That rule is well settle. As Holmes, Ch. J., pointedly said (Brightman v. Bates, 175 Mass.105, 111): “If stockholders want to make their power felt, they must unite. There is no reason why a majority should not agree to keep together.”).

⁹³ McQUADE v. STONEHAM, 263 N.Y. at 329, 189 N.E. at 236 “It is urged that we should pay heed to the morals and manner of the market place to sustain this agreement and that we should hold that its violation gives rise to a cause of action for damages rather than base or decision on any outworn notions of public policy. Public policy is dangerous guide in determining the validity of a contract and courts should not interfere lightly with the freedom of competent parties to make their own contracts. We do not close our eyes to the fact that such agreement, tacitly or openly arrived at, are not uncommon, especially in close corporations where the stockholders, united in voting trusts, effectively manage the business of a corporation by choosing trust-worthy directors to reflect their policies in the corporate management. Nor are we unmindful that McQuade has, so the court has found, been shabbily treated as a purchaser of stock from Stoneham. We have said: “A trustee is

ในไม่กี่ปีที่ผ่านมา ศาลได้แสดงให้เห็นแนวโน้มในทางที่ดีเกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับการควบคุมการบริหารจัดการ⁹⁵ แนวโน้มนี้ยอมรับความแตกต่างระหว่าง บริษัทมหาชน (Publicly-held Business) กับ บริษัทเอกชนจำกัด (Closely-held Corporations) ตัวอย่างการตัดสินที่เหมาะสมของศาลซึ่งเป็นแนวโน้มในทางที่ดีในมุมมองของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็คือคดี *Zion v. Kurtz*⁹⁶

ในคดี *Zion v. Kurtz* นี้ Zion และ Kurtz เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท Lombard-Wall Group, Inc. ซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์⁹⁷ ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจ Zion เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในบริษัท Lombard-Wall Group, Inc. (“Group”) ผู้ถือหุ้นทั้ง 2 คนนี้ได้ลงนามในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและตกลงกันว่าบริษัทจะไม่ทำสัญญาในทางธุรกิจหรือทำกิจกรรมใด ๆ โดยปราศจากความยินยอมของ Zion⁹⁸ แม้จะมีข้อตกลงกัน

held to something stricter than the morals of the market place” (*Meinhard v. Salomon*, 249 N. Y. 458, 464), but Stoneham and McGraw were not trustees for McQuade as an individual. Their duty was to the corporation and its stockholders, to be exercised according to their unrestricted lawful judgment. They are under no legal obligation to deal righteously with McQuade if it was against public policy to do.”).

⁹⁴ *McQuade v. Stoneham*, 263 N.Y. at 329, 189 N.E. at 236 (“We are constrained by authority to hold that a contract is illegal and void so far as it precludes the board of directors, at the risk of incurring legal liability, from changing officers, salaries or policies or retaining individual in office, except by consent of the parties. On the whole, such a holding is probably preferable to one which would open the courts to pass on the motives of directors in the lawful exercise of their trust.”).

⁹⁵ O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 61, at 5:26.

⁹⁶ *Zion v. Kurtz*, 50 N. Y. 2d 92, 405 N.E.2d 681, 428 N.Y.S.2d 199 (1980).

⁹⁷ *Zion v. Kurtz*, 50 N. Y.2d at 97, 405 N.E.2d at 682, 428 N.Y.S.2d at 201.

⁹⁸ *Zion v. Kurtz*, 50 N. Y.2d at 97-98, 405 N.E.2d at 682-83, 428 N.Y.S.2d at 201 (“Zion and Kurtz were the sole stockholders of Group at that time, Zion holding class A stock and Kurtz, class b. Section 3.01 (a) of the agreement expressly provided that without the consent of the holders of class A stock: “Anything in its Certificate of

เช่นนี้ Kurtz ได้ไปทำสัญญาผูกพันบริษัทในกิจกรรมบางอย่างโดยปราศจากความยินยอมของ Zion⁹⁹ ดังนั้น Zion จึงไปร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามเพื่อบรรเทาความเสียหายหรือคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Declaratory and Injunctive Relief)¹⁰⁰

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ระบุไว้ว่าสัญญานี้จะถูกควบคุมและบังคับใช้ตามกฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์¹⁰¹ กฎหมายมลรัฐเดลาแวร์ได้ยอมรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กล่าวคืออนุญาตให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกำหนดในเรื่องการจัดการธุรกิจ และกิจการของบริษัทได้ค่อนข้างมากกว่าที่จะอนุญาตให้คณะกรรมการของบริษัท¹⁰² แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายมลรัฐเดลาแวร์กำหนดให้ข้อบังคับของบริษัทจำเป็นต้องมีเนื้อหาสอดคล้องกับเนื้อหาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในเรื่องเกี่ยวกับการจัดการธุรกิจและกิจการของบริษัทโดยผู้ถือหุ้น¹⁰³ ในคดีนี้

Incorporation or By-laws to the contrary notwithstanding, the Corporation shall not: “(a) Engage in any business or activities of any kind, directly or indirectly”).

⁹⁹ Zion v. Kurtz, 50 N. Y.2d at 98, 405 N.E.2d at 683, 428 N.Y.S.2d at 201 (“Notwithstanding that provision, Group and Lombard some eight months thereafter, at the suggestion of Group’s account, entered into an agreement which made the previously non interest bearing loan from Lombard to Group bear interest provided interest could be paid out of earnings, and an escrow agreement with Chase Manhattan Bank pursuant to which Group deposited \$580,000 in bonds to secure payment of the note. The two agreements were authorized by Group’s board over Zion’s objection.”).

¹⁰⁰ Zion v. Kurtz, 50 N. Y.2d at 99, 405 N.E.2d at 683, 428 N.Y.S.2d at 202.

¹⁰¹ Zion v. Kurtz, 50 N. Y.2d at 100, 405 N.E.2d at 684, 428 N.Y.S.2d at 203 (“The stockholders’ agreement expressly provided that it should be “governed by and construed and enforced in accordance with the laws of the State of Delaware as to matter governed by the General Corporation Law of the State”).).

¹⁰² Zion v. Kurtz, 50 N. Y.2d at 100, 405 N.E.2d at 684, 428 N.Y.S.2d at 203. The Court cited subdivision (a) of section 141, sections 350, 352 and 354 of the General Corporation Law of Delaware.

¹⁰³ Zion v. Kurtz, 50 N. Y.2d at 101, 405 N.E.2d at 684, 428 N.Y.S.2d at 203.

ข้อบังคับของบริษัทไม่ได้สะท้อนให้เห็นถึงความสอดคล้องกับเนื้อหาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ลงนามระหว่าง Zion และ Kurtz¹⁰⁴

ศาลระบุว่าข้อบังคับของบริษัทควรจะได้รับแก้ไขให้คลุมถึงข้อกำหนดที่จำกัดอำนาจของกรรมการ¹⁰⁵ ในขณะเดียวกัน ศาลยังระบุว่าตัวจำเลย (Kurtz) มีความรับผิดชอบในการยื่นเอกสารตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่สามารถจะนำมาเป็นเหตุผลที่จะไม่บังคับใช้ข้อตกลงดังกล่าว¹⁰⁶ ที่สำคัญที่สุดก็คือ ข้อสรุปของศาลที่ระบุว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นระหว่าง Zion และ Kurtz ใช้บังคับได้ (Enforceable) ศาลได้พิจารณา

¹⁰⁴ Zion v. Kurtz, 50 N. Y.2d at 101, 405 N.E.2d at 685, 428 N.Y.S.2d at 203.

¹⁰⁵ Zion v. Kurtz, 50 N. Y.2d at 101, 405 N.E.2d at 685, 428 N.Y.S.2d at 203 (“Defendants argue, however, that Group was not incorporated as a close corporation and the stockholders’ agreement provision was never incorporated in its certificate. The answer is that any Delaware corporation can elect to become a close corporation by filing an appropriate certificate of amendment (Del General Corporation Law, §344) and by such amendment approved by the holders of all of its outstanding stock may include its certificate provision restricting director’s authority.”)

¹⁰⁶ Zion v. Kurtz, 50 N. Y.2d at 101-02, 405 N.E.2d at 685, 428 N.Y.S.2d at 203-04 (“Here, not only did defendant Kurtz agree in paragraph 8.05(b) of the stockholders’ agreement to “without further consideration, do, execute and deliver, or cause to be done, executed and delivered, all such further acts, things and instruments as may reasonably required more effectively to evidence and give effect to the provisions and the intent and purposes of this Agreement”, but also as a part of the transaction by which the Half Moon guarantee was made and Zion became a Group stockholder, defendant Kurtz, while he was still the sole stockholder and sole director of Group, executed a consent to the various parts of the transaction under which he was “authorized and empowered to execute and deliver, or cause to be executed and delivered, all such other and further instruments and documents and take, or cause to be taken, all such other and further action as he may deem necessary, appropriate or desirable to implement and give effect to the Stockholders Agreement and the transactions provided for therein.”).

และให้เหตุผลต่าง ๆ สำหรับการตัดสินนี้¹⁰⁷ 1) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่มีการก้าวล่วงหรือแทรกแซงสิทธิของบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก (Not Intervening Rights of Third Parties) 2) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้ถูกห้ามโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (ไม่มีกฎหมายห้ามทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น) กล่าวอีกนัยหนึ่ง สัญญาประเภทนี้ได้รับอนุญาตให้ทำได้ (Not Prohibited by Statute) และ 3) การแจ้งให้ทราบล่วงหน้า (The Notice Device) ไม่สามารถนำมาใช้เพื่อปกป้องคู่สัญญา (Kurtz) ที่ได้ทำการตกลงกันไว้ล่วงหน้าว่าจะจำกัดกระบวนการตัดสินใจของตนเองในบริษัทลง

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาในคดี *Galler v. Galler*, 32 Ill. 2d 16, 203 N.E.2d 577 (1964) ที่สะท้อนให้เห็นถึงความเต็มใจที่จะส่งเสริมและสนับสนุนผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (A Greater Willingness to Uphold Shareholder Agreements)

คดี *Galler v. Galler* ข้อเท็จจริงโดยสรุปมีว่า ในปี ค.ศ. 1955 Isadore Galler กับ Benjamin Galler เป็นพี่น้องกัน ทั้งคู่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท the Galler Drug Company และได้ทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นว่าในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต อีกฝ่ายจะให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ครอบครัวของอีกฝ่าย ข้อตกลงนี้กำหนดให้มีการจ่ายเงินเดือนต่อเนื่องแก่ภริยาของฝ่ายที่เสียชีวิต ทั้งยังตกลงให้ภริยาของฝ่ายที่เสียชีวิตจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในคณะกรรมการของบริษัท (Would be Elected to the Board) และเป็นผู้สืบทอดตำแหน่งของสามี (A Successor to her Husband) โดยการตกลงนี้ไม่ได้มีกำหนดถึงวันสิ้นสุดผลบังคับของข้อตกลง

หลังจาก Benjamin Galler (สามีของ Emma Galler) ได้เสียชีวิตลง ฝ่ายจำเลย Isadore Galler รวมถึงภริยาและลูก (Rose and Aaron) ได้ตัดสินใจที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้ และยังได้พยายามที่จะทำลายสำเนาของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหมด

Emma Galler จึงได้เป็นโจทก์ฟ้อง Isadore Galler (จำเลย) เพื่อบังคับตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าว อันได้แก่ ขอให้ได้กลับเข้าทำงานในตำแหน่งกรรมการของบริษัท the Galler Drug Company และเรียกร้องเงินที่ต้องชำระให้กับเธอ (โจทก์) ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ทำขึ้นระหว่าง Isadore Galler (จำเลย) กับ Benjamin Galler (สามีของ Emma Galler)

ฝ่ายจำเลยให้การว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่สามารถบังคับได้ (Unenforceable) เนื่องจากละเมิดต่อกฎหมายของมลรัฐ จึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงไม่สมบูรณ์ (Invalid)

¹⁰⁷ *Zion v. Kurtz*, 50 N. Y.2d at 102, 405 N.E.2d at 685, 428 N.Y.S.2d at 204.

The Trial Court อนุญาตให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Granted Specific Performance) ให้เป็นตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น แต่ศาล The Intermediate Appellate Court ตัดสินว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวตกเป็นโมฆะ (Void) เพราะขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) แต่ Emma Galler (โจทก์) อุทธรณ์

The Supreme Court พิพากษาว่าโดยสรุปว่า ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่สร้างขึ้นในบริษัทจำกัด (Closed Corporations) โดยเฉพาะในเรื่องการแต่งตั้งกรรมการควรมีผลบังคับได้ตราบเท่าที่สัญญาดังกล่าวไม่เป็นการฉ้อฉลหลอกลวง ไม่กระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ไม่กระทบต่อเจ้าหนี้และบุคคลภายนอก ทั้งนี้ ศาลได้ตระหนักถึงบริบทของบริษัทจำกัดที่ผู้ถือหุ้นที่มีความรู้จักกันคุ้นกันหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน ซึ่งแตกต่างไปจากบริษัทมหาชนจำกัด ศาลกล่าวว่าจะเอามาตรฐานของบริษัทมหาชนจำกัดมาใช้กับบริษัทจำกัดไม่ได้ ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (No Offense to Any Public Policy Concerns) หากแต่มีผลสมบูรณ์และบังคับได้ (Valid and Enforceable) พิพากษาให้จำเลยปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและใช้เงินตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Specific Performance and Money that Was Owed Under the Agreement)

ณ วันนี้ แบบแผนหรือตัวอย่างก็ถือว่าผู้ถือหุ้นสามารถทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อปรับเปลี่ยนกฎระเบียบดั้งเดิมตามจารีตประเพณีเกี่ยวกับอำนาจในการควบคุมบริษัทได้¹⁰⁸ ศาลได้ตระหนักถึงความเป็นจริงของบริษัทเอกชนจำกัด ว่ามีโครงสร้างที่แตกต่างไปจากบริษัทมหาชน (Publicly Held Corporations)¹⁰⁹ ความเป็นจริงนี้ได้รับการสนับสนุนหรือได้รับการ

¹⁰⁸ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 61, at 5:18-19, see also Leagle, Inc., “Galler v. Galler,” Retrieved on June 3, 2017, http://www.leagle.com/decision/196843595IllApp2d340_1391/GALLER%20v.%20GALLER#, see also Casebriefs LLC, “Problems of Control : Galler v. Galler,” Retrieved on June 3, 2017, <http://www.casebriefs.com/blog/law/corporations/corporations-keyed-to-klein/problems-of-control/galler-v-galler>.

¹⁰⁹ *Ibid.* at 5:2, 5:24, see also CaseBriefSummary, “Business Law : Galler v. Galler,” Retrieved on June 3, 2017, <http://www.casebriefsummary.com/galler-v-galler/>.

เสริมสร้างด้วยกฎหมายพิเศษที่ออกมาใช้บังคับเป็นการเฉพาะสำหรับบริษัทเอกชนจำกัด (Close Corporation)¹¹⁰

¹¹⁰ See Model Bus Corp Act § 7.32. (a) (2005). It provides that:

“(a) An agreement among the shareholders or a corporation that complies with this section in effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it:

(1) eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board of directors;

(2) governs the authorization or making of distributions whether or not in proportion to ownership of shares, subject to the limitation in section 6.40;

(3) establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or manner of selection removal;

(4) governs, in general or in regard to specific matters, the exercise or division of voting power by or between the shareholders and directors or by or among any of them, including use of weighted voting rights or director proxies;

(5) establishes the terms and conditions of any agreement for the transfer or use of property or the provision of services between the corporation and any shareholder, director, officer or employee of the corporation among any of them;

(6) transfer to one or more shareholders or other persons all or part of the authority to exercise the corporate powers or to manage the business and affairs or the corporation, including the resolution of any issue about which there exists a deadlock among directors or shareholders;

(7) requires dissolution of the corporation at the request of one or more of the shareholders or upon the occurrence of a specified event;

(8) otherwise governs the exercise or the corporate powers of the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and it not contrary to public policy”.

(2.2) ข้อกำหนดตามกฎหมายสำหรับการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญา
ระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการตัดสินใจของกรรมการ

(2.2.1) Model Business Corporation Act

§ 7.32 ของ the Model Business Corporation Act แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1991 ได้ตอบคำถามที่ท้าทายทั้งหลายในเรื่องความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (The Validity of Shareholders' Agreements)¹¹¹ ข้อกำหนดตาม

See Del. Code Ann. tit 8 § 350-351. Section 350 [Agreements Restricting Discretion of Directors] provides:

“A written agreement among the stockholders of a close corporation holding a majority of the outstanding stock entitled to vote, whether solely among themselves or with a party not a stockholder, is not invalid, as between the parties to the agreement, on the ground that it so relates to the conduct of the business and affairs of the corporation as to restrict or interfere with the discretion or power of the board of directors. The effect of any such agreement shall be to relieve the directors and impose upon the stockholders who are parties to the agreement the liability for managerial acts or omissions which is imposed on directors to the extent and so long as the discretion or powers of the board in its management of corporate affairs is controlled by such agreement.”).

Section 351 [Management by Stockholders] provides:

“The certificate of incorporation of a close corporation may provide that the business of a close corporation shall be managed by the stockholders of the corporation rather than by a board of directors. So long as this provision continues in effect:

- (1) No meeting of stockholders need be called to elect directors;
- (2) Unless the context clearly requires otherwise, the stockholders of the corporation shall be deemed to be directors for purposes of applying provisions of this chapter; and
- (3) The stockholders of the corporation shall be subject to all liabilities of directors”.

¹¹¹ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 61, at 5:38.

กฎหมายสำหรับการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นให้มีผลใช้บังคับได้ภายใต้ the Model Business Corporation Act มีดังนี้ 1) ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะต้องถูกเขียนไว้ในข้อบังคับของบริษัท¹¹² หรือในระเบียบของบริษัทหรือชุดของกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายบริษัท¹¹³ หรือถ้าไม่ได้เขียนไว้ในข้อบังคับ

¹¹² Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 8th ed., p.120 (Thomson Reuters, 2014) describes the articles of incorporation as “[a] governing document that sets forth the basic terms of a corporation’s existence, including the number and classes of shares and the purposes and duration of the corporation”. See COMMITTEE OF CORPORATE LAWS, ABA SECTION of BUSINESS, MANAGING CLOSELY HELD CORPORATIONS: A LEGAL GUIDEBOOK, Preface vii (2003), at 1-2 (providing that “[i]n addition to being the “birth certificate” of the corporation the articles of incorporation also served as a basic public record of legally required information about the corporation. Corporation statutes typically require that the articles of incorporation contain, at a minimum: (1) the corporate name, (2) the name of the corporation’s agent for service of process and its registered office in the state of incorporation, (3) the type and amount of authorized capital stock of the corporation and (4) the name and address of the incorporator (the person who caused the articles to be filled). In addition to **required** information, the articles are also the place in which the corporation may opt in or opt out of very important elective provisions under the governing corporate state, (...) In addition, corporate statutes permit inclusion of practically any other provisions desired in the articles of incorporation. Typically, however, participants in closely held corporations prefer to keep the content of the articles sparse because the articles are available to the public and because provisions in the articles generally require a shareholder vote to change. The articles of incorporation or certificate of incorporation are sometimes referred to as the “charter” of the corporation.”).

¹¹³ COMMITTEE OF CORPORATE LAWS, ABA SECTION of BUSINESS, *ibid.*, at 2 (providing that “[t]he bylaws are a set of more detailed rules of corporate governance that are required by most corporation statutes. Corporate bylaws usually lay out rules for shareholder and board meetings (e.g. when, where, who can call,

ของบริษัทก็ต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยบุคคลที่มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้น¹¹⁴

2) ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นต้องกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร และได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอมจากบุคคลทุกคนผู้ที่มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทในขณะที่ได้มีการตกลงทำสัญญานั้น¹¹⁵ 3) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะต้องถูกกระทำโดยมติเอกฉันท์¹¹⁶ 4) ต้องแจ้งให้บริษัทได้รับรู้ถึงข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวด้วย¹¹⁷ 5) โดยปกติกรรมการของบริษัทย่อมมีความรับผิดชอบ

notice, quorum and voting requirements), officer titles and duties, indemnification of directors and officers and other important matters. Unlike the articles of incorporation, the bylaws are not required to be filed with the state government and are a private document typically kept in the minute book. The bylaws may generally be amended by action of either the board or the shareholders.”).

¹¹⁴ See Model Bus Corp Act § 7.32 (b) (1) (2005).

¹¹⁵ See Official Comment Section 7.32 (b) Model Bus Corp Act (2005) (commenting that “[t]he principal requirements are simply that the agreement be in writing and be approved or agreed to by all persons who are then shareholders. Although a writing signed by all the shareholders is not required where the agreement is contained in articles of incorporation or bylaws unanimously approved, it may be desirable to have all the shareholders actually sign the instrument in order to establish unequivocally their agreement. Similarly, while transferees are bound by a valid shareholder agreement, it may be desirable to obtain the affirmative written assent of the transferee at the time of the transfer.”).

¹¹⁶ See Official Comment Section 7.32 (b) Model Bus Corp Act (2005) (commenting that “[s]ection 7.32 (b) requires unanimous shareholder approval regardless of entitlement to vote. Unanimity is required because an agreement authorized by section 7.32 can effect material organic changes in the corporation’s operation and structure, and in the rights and obligations of shareholders.”).

¹¹⁷ See Official Comment Section 7.32 (b) Model Bus Corp Act (2005) (commenting that “[t]he requirement that the shareholder agreement be made known to the corporation is the predicate for the requirement in subsection (c) that the share certificates or information statements be legended to note the existence of the agreement. No specific form of notification is required and the agreement need

สำหรับการกระทำการและละเว้นกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่หากมีการกำหนดให้หรือมอบอำนาจที่กรรมการมีอยู่ตามกฎหมายนี้ไปให้แก่บุคคลอื่นไม่ว่าคนเดียวหรือคณะบุคคลเป็นผู้ที่มีอำนาจบริหารในคณะกรรมการแทน สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็ต้องกำหนดให้บุคคลเหล่านั้นต้องมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำการและละเว้นกระทำการด้วย และสำหรับกรรมการก็ต้องระบุว่ากรรมการจะได้รับการยกเว้นหรือลดหย่อนความรับผิดชอบในการใช้อำนาจอยู่แค่ภายในขอบเขตข้อตกลงตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ จะต้องมีการกำหนดว่ากรรมการจะมีความรับผิดชอบเพียงเท่าที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น¹¹⁸ 6) บริษัทจะต้องไม่แปรสภาพไปเป็นบริษัทมหาชนจำกัด¹¹⁹ และ 7) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีผลใช้บังคับได้เพียง 10 ปี เว้นแต่ในสัญญาจะมีกำหนดระยะเวลาไว้เป็นอย่างอื่น¹²⁰

(2.2.2) Delaware General Corporation Law

the Delaware General Corporation Law หมวดที่ 8 § 342 มาตรา 350, 351 และ 354 ควบคุมและวางข้อกำหนดหรือข้อเรียกร้องเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้

not be filed with the corporation. In the case of shareholder agreements outside the articles or bylaws, the requirements of signatures by all of the shareholders will in virtually all case be sufficient to constitute notification of the corporation, as one or more signatories will normally also be a director or an officer.”).

¹¹⁸ See Model Bus Corp Act § 7.32 (e) (2005) (providing that “[a]n agreement authorized by this section that limits the discretion or powers or the board of directors shall relieve the directors of, and impose upon the person or persons in whom such discretion or powers are vested, liability for acts or omissions imposed by law on directors to the extent that the discretion or powers or the directors are limited by the agreement”).

¹¹⁹ See Model Bus Corp Act § 7.32 (d) (2005) (providing that “[a]n agreement authorized by this section shall cease to be effective when shares of the corporation are listed on a national securities exchange or regularly traded in a market maintained by one or more members of a national or affiliated securities association.”).

¹²⁰ See Model Bus Corp Act § 7.32 (b) (3) (2005) (providing that “(b) An agreement authorized by this section shall be: (3) valid for 10 years, unless the agreement provides otherwise.”).

ถือหุ้นที่จะมีผลบังคับได้ (The Requirements to be Enforceable)¹²¹ ข้อกำหนดหรือข้อเรียกร้องสำหรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จะมีผลบังคับได้ภายใต้ the Delaware General Corporation Law มีดังต่อไปนี้ 1) ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะต้องถูกเขียนไว้ในข้อบังคับของบริษัท¹²² ถ้ามีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อก่อตั้งอำนาจบริหารจัดการชนิดเด็ดขาดในบริษัทให้แก่ผู้ถือหุ้นยิ่งไปกว่าให้แก่กรรมการ¹²³ หรือจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรที่ลงนามโดยคู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ ซึ่งเป็นผู้มีส่วนร่วมในข้อตกลงดังกล่าว ถ้าวัตถุประสงค์ของข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวคือเพื่อกำจัดการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ¹²⁴ 2) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะต้องถูกกระทำโดยมติเอกฉันท์ ถ้ามีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อก่อตั้งอำนาจบริหารจัดการชนิดเด็ดขาดในบริษัทให้แก่ผู้ถือหุ้น¹²⁵ หรือจะต้องได้รับอนุมัติหรือเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นเสียงข้างมาก ถ้าวัตถุประสงค์ของข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวคือเพื่อกำกั

¹²¹ The Delaware statute refers initially to corporations which are incorporated as close corporations according to Title 8 Section 342. Nevertheless, shareholders' agreements will be enforced even if firms are not incorporated as close corporations. In practice, the concept of close corporation will not be limited to the formal requirement of incorporation but to those whose stock is not publicly traded. See *supra* note 96 – 107.

¹²² The articles of incorporation are known as a certificate of incorporation under Delaware law.

¹²³ See Del. Code Ann. tit 8 § 351 (providing that “[t]he certificate of incorporation of a close corporation may provide that the business of the corporation shall be managed by the stockholders of the corporation.”) See *Zion v. Kurtz*, 50 N. Y. 2d 92, 405 N.E.2d 681, 428 N.Y.S.2d 199 (1980) (upholding shareholder’s agreement prohibiting the conduct of corporate business without the consent of the minority shareholder, despite the fact that the agreement was not incorporated into the corporate charter as required by statute.).

¹²⁴ See Del. Code Ann. tit 8 § 350 (providing that “[a] written agreement among the stockholders of a close corporation” is the instrument for agreements restricting directors decisions.).

¹²⁵ See Del. Code Ann. tit 8 § 351.

การใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการ¹²⁶ 3) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะต้องระบุยกเว้นหรือลดหย่อนความรับผิดให้แก่กรรมการ และกำหนดความรับผิดให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในความรับผิดสำหรับการกระทำหรืองดเว้นการบริหารจัดการ¹²⁷ และ 4) บริษัทจะต้องเป็นบริษัทเอกชนจำกัดเท่านั้น¹²⁸

บทสรุป สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาถูกพิจารณาว่าเป็นเครื่องมือหรือกลไกตามสัญญาที่จะจัดการกับความตึงเครียดในหมู่ผู้ถือหุ้นของบริษัท ข้อตกลงเหล่านี้มีขอบเขตกว้างขวางในเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม ก่อนการเข้าทำข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีข้อพิจารณาสำคัญที่จะต้องตรวจสอบข้อตกลงให้เป็นตามหลักเกณฑ์เพื่อให้มั่นใจสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ ในช่วงยี่สิบปีที่ผ่านมา ปัญหานี้ได้รับการแก้ไขโดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรของรัฐ อันได้แก่ the Model Business Corporation Act และ the Delaware General Corporation Law ตลอดจนแนวคำตัดสินของศาลที่เปลี่ยนไป ปัจจุบันนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีผลบังคับตามข้อตกลงและเงื่อนไขที่กำหนดโดยคู่สัญญา เว้นแต่ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เข้ามีส่วนร่วมในสัญญา (Non-participating Shareholders) หรือจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก (Third Party) หรือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ประการใดประการหนึ่ง

¹²⁶ See Del. Code Ann. tit 8 § 350 (providing that “[a] written agreement among the stockholders of a close corporation holding a majority of the outstanding stock entitled to vote, whether solely among themselves or with a party not a stockholder, is not invalid, as between the parties to the agreement, on the ground that it so relates to the conduct of the business and affairs of the corporation as to restrict or interfere with the discretion or powers of the board of directors.”).

¹²⁷ See Del. Code Ann. tit 8 § 350 (providing that “[t]he effect of any such agreement shall be to relieve the directors and impose upon the stockholders who are parties to the agreement the liability for managerial acts or omissions which is imposed on directors to the extent and so long as the discretion or powers of the board in its management of corporate affairs is controlled by such agreement.”).

¹²⁸ See Del. Code Ann. tit 8 § 343 and 344. See *supra* note 121.

3.2.2 ข้อตกลงตั้งกรรมการในประเทศอังกฤษ

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นความสำคัญของสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นจนถึงกับต้องออกกฎหมายมากำหนดกฎเกณฑ์เป็นการเฉพาะเจาะจงสำหรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นแต่ละประเภท เพื่อรองรับความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม ในประเทศอังกฤษแม้จะเป็นประเทศที่มีพื้นฐานระบบกฎหมายจัดอยู่ในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศอังกฤษก็ไม่ได้ยอมรับถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผ่านการออกกฎหมายดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา หากแต่ได้มีการยอมรับถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผ่านแนวคำวินิจฉัยและแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน ดังจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

เพื่อที่จะเข้าใจถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและผลกระทบของกฎหมายที่มีต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น จึงมีความจำเป็นที่จะเริ่มต้นทำความเข้าใจเกี่ยวกับภาพรวมทั้งหมดของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อันได้แก่ ลักษณะและการใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้น การมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ความเกี่ยวพันกับข้อบังคับของบริษัท การสิ้นสุดลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ข้อดีและข้อเสียของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และที่สำคัญข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement)

ในเบื้องต้นนั้น กล่าวได้ว่า ความสมดุลที่กฎหมายกำหนดในเรื่องสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นอาจจะเป็นที่เพียงพอหรือไม่เหมาะสมสำหรับทุกสถานการณ์ เพราะฉะนั้น มันจึงไม่ใช่เรื่องผิดปกติที่เราจะพบว่า สมาชิกของบริษัทต้องการหรือประสงค์ที่จะทำการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นที่กฎหมายได้กำหนดไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าสมาชิกของบริษัทมีความปรารถนาที่จะปรับสมดุลในเรื่องสิทธิของตนที่มีอยู่ในบริษัท ซึ่งอาจทำได้ด้วยการกำหนดบทบัญญัติพิเศษ (Special Provisions) ลงไว้ในข้อบังคับของบริษัทเป็นการเฉพาะ หรือด้วยการกำหนดบทบัญญัติพิเศษแยกต่างหากระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันลงไว้ในสัญญา ที่เรียกว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (A Shareholders’ Agreement)” เป็นการเฉพาะ หรือด้วยการกำหนดบทบัญญัติพิเศษผสมผสานไว้ทั้งในข้อบังคับของบริษัทและในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น¹²⁹

¹²⁹ John Cadman, *Shareholders’ Agreements*, 4th ed., (London : Sweet & Maxwell Limited, 2004) p.1.

ข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวอาจถูกจัดทำขึ้นระหว่างผู้ถือหุ้นบางรายหรือทุกรายก็ได้ และบ่อยครั้งที่ตัวบริษัทมักจะเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในฐานะที่เป็นบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งแยกต่างหากจากเหล่าผู้ถือหุ้น¹³⁰

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะถูกจัดทำขึ้นในระหว่างสมาชิกของบริษัทเอกชน (Private Company) มากกว่าในบริษัทมหาชน (Public Company) อย่างเห็นได้ชัด¹³¹ และด้วยเหตุนี้ การอธิบายของผู้เขียนจึงมุ่งไปสู่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวกับบริษัทเอกชนเป็นหลัก

ผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชนมักจะประสบพบเจอกับข้อจำกัดในการโอนหุ้น และข้อจำกัดในเรื่องการไม่มีตลาดรองสำหรับจำหน่ายจ่ายโอนหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริษัทที่ผู้ถือหุ้นเหล่านั้นไม่ได้อยู่ในตำแหน่งที่มีอำนาจควบคุมบริษัท ดังนั้น จึงไม่ใช่เรื่องที่น่าแปลกใจที่บุคคลใดได้มาซึ่งหุ้นในบริษัทเอกชนแต่ไม่ได้อำนาจควบคุมบริษัทมาด้วย บุคคลนั้นมีแนวโน้มที่จะแสวงหาสิทธิและการคุ้มครองป้องกันต่าง ๆ เพื่อปกป้องรักษาตำแหน่งของเขาในบริษัท¹³²

ในทางกลับกัน สมาชิกของบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ลอนดอนได้รับการคุ้มครองป้องกันในบางเรื่องหรือในระดับหนึ่งโดย “ภาระผูกพันอย่างต่อเนื่อง (Continuing Obligations)” ที่กำหนดไว้ใน the UKLA’s Listing Rules และสมาชิกของบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ลอนดอนมีอิสระในการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ในตลาดรองได้อย่างง่ายดาย และในบริบทของการครอบงำกิจการ (Takeovers) สมาชิกทั้งหลายของบริษัทมหาชนอื่นที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ลอนดอนโดยทั่วไปก็มีสิทธิและได้รับ

¹³⁰ *Ibid.*, at 1 (explaining that “[s]uch agreements may be made between some or all of the shareholders and frequently join in the company itself as a party.”).

¹³¹ *Ibid.*, at 1 (explaining that “[s]hareholders’ agreements are predominantly made between the members of private company and, for this reason, our analysis principally extends to shareholders’ agreements as they relate to private companies.”).

¹³² *Ibid.*, at 1 (explaining that “[s]hareholders of private companies are usually faced with restrictions on the transferability of their shares and no market in those shares, especially if they are not in a controlling position. Not surprisingly, a person acquiring shares in a private company without obtaining control will be inclined to seek special protections and rights to safeguard his position.”).

การคุ้มครองป้องกันเหมือนกัน แต่โดยเหตุที่บริษัทมหาชนนั้นมีผู้ถือหุ้นหรือมีสมาชิกในบริษัทเป็นจำนวนมาก การใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงมักจะไม่มีประสิทธิภาพเมื่อนำมาใช้งานจริง¹³³

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น เพราะสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสิ่งที่ทำให้ข้อบังคับของบริษัทสมบูรณ์หรือเป็นส่วนที่คอยเสริมและเพิ่มเติม (Supplement) ข้อบังคับของบริษัท¹³⁴ และด้วยเหตุนี้ มันจึงมีความสำคัญที่เราจะต้องวิเคราะห์ถึงสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก่อนเพื่อที่จะได้เข้าใจลักษณะและผลของข้อบังคับของบริษัท

ลักษณะและการใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและข้อบังคับของบริษัทเป็นสิ่งที่มีความแตกต่างกันโดยพื้นฐาน กล่าวคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกควบคุมหรือบังคับโดยกฎหมายว่าด้วยสัญญา (The Law of Contract) ในขณะที่ข้อบังคับของบริษัทเป็นผลผลิตของกฎหมายว่าด้วยบริษัท และส่วนใหญ่ถูกควบคุมโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการตราขึ้น (The Creation of Company Law and Are Primarily Regulated by Statute) ในความแตกต่างของเอกสารทั้งสองประเภทนี้ต่างก็สามารถก่อให้เกิดผลดีหรือสามารถใช้ให้เกิดประโยชน์เพื่อตอบสนองหรือบรรลุดุลยภาพประสงค์เฉพาะของบริษัทและผู้ถือหุ้น¹³⁵

หลายบทบัญญัติพิเศษที่ผู้ถือหุ้นต้องการเป็นสิ่งที่สามารถกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือในข้อบังคับของบริษัทก็ได้ ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่น (Pre-emption Clause) และสิทธิในการแต่งตั้งกรรมการที่ได้รับการเสนอชื่อ (Rights to Appoint Nominated Directors) ล้วนสามารถกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือในข้อบังคับของบริษัทได้เช่นเดียวกัน¹³⁶ สำหรับปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจว่าจะกำหนดบทบัญญัติพิเศษเรื่องการ

¹³³ *Ibid.*, at 1 (explaining that “[t]he member of public company listed on the London Stock Exchange, on the other hand, are protected to some extent by the “continuing obligations” set out in the UKLA’s Listing Rules and enjoy a freedom to transfer their shares in a readily available market. Members of companies quoted on other public securities markets commonly enjoy similar rights and, in the context of takeovers, shareholders of since public companies commonly have large memberships, the use of shareholders’ agreements is usually impractical.”).

¹³⁴ *Ibid.*, at 1 (explaining that “[s]hareholders’ agreements are necessarily supplement to a company’s articles of association.”).

¹³⁵ *Ibid.*, at 2.

¹³⁶ *Ibid.*, at 2.

คุ้มครองป้องกันสิทธิของผู้ถือหุ้นไว้ในข้อบังคับของบริษัทหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อข้อดีและข้อเสียของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Advantages and Disadvantages of Shareholders' Agreements)

อย่างไรก็ดี สำหรับเหตุผลประการหนึ่งก็คือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีประโยชน์ในสถานการณ์ที่ไม่สมควรหรือไม่เหมาะสมที่จะใช้ข้อบังคับของบริษัท สถานการณ์ที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีประโยชน์สามารถสรุปได้ดังนี้¹³⁷

(1) เพื่อกำหนดถึงการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้น ซึ่งจะไม่สามารถบังคับได้ถ้าบรรจุไว้ในข้อบังคับของบริษัท เช่น สิทธิเฉพาะตัว (Personal Rights) ที่ให้แก่ผู้ถือหุ้นในประการอื่นที่เหนือกว่าในฐานะที่เป็นสมาชิกของบริษัท ได้แก่ สิทธิที่จะเป็นกรรมการตลอดชีวิต หรือสิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นที่ปรึกษาผู้เชี่ยวชาญของบริษัท¹³⁸

(2) เพื่อกำหนดถึงการควบคุมความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้ถือหุ้น (Special Relationships) ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการกิจการของบริษัท¹³⁹

(3) เพื่อกำหนดถึงการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยให้มากกว่าที่ได้รับจากข้อบังคับของบริษัท กล่าวคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นสามารถใช้เพื่อให้สิทธิของฝ่ายข้างน้อยในการยับยั้งไม่ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทได้ โดยไม่ต้องกำหนดให้มีการแยกประเภทของหุ้น¹⁴⁰

¹³⁷ *Ibid.*, at 2.

¹³⁸ *Ibid.*, at 2 (commenting that “[t]o confer rights on shareholders which would not be enforceable if contained in the articles (e.g. personal rights conferred on a shareholder otherwise than qua member, such as the right to be a lifetime director or to be appointed as a professional adviser to the company).”).

¹³⁹ *Ibid.*, at 2 (commenting that “[t]o regulate certain special relationships arising between shareholders which are unconnected with the administration of the company.”).

¹⁴⁰ *Ibid.*, at 2 (commenting that “[t]o protect minority rights conferred by the articles. Generally speaking, shareholders’ rights which are incorporated in the articles (and which are not class rights) are only effective provided the shareholders in question can block a special resolution. Shareholders’ agreements can be used to confer on the minority a power of veto over alterations to the articles without creating a separate class of shares.”).

(4) เพื่อกำหนดให้บริษัทตกอยู่ภายใต้หน้าที่ในการรับรู้หรือรับรองสิทธิและภาระหน้าที่บางประการของผู้ถือหุ้นซึ่ง (หากไม่ได้มีการระบุไว้) บริษัทอาจไม่มีหน้าที่ที่ต้องรับรู้หน้าที่หรือรับรองสิทธิดังกล่าว¹⁴¹

(5) เพื่อรักษาความลับ (Confidentiality or Public Disclosure)¹⁴²

(6) เพื่อจัดการกับข้อตกลงและเหตุการณ์ต่าง ๆ ก่อนที่จะมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท¹⁴³

(7) เพื่อกำหนดถึงการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในหุ้นประเภทต่าง ๆ อันเป็นอีกทางเลือกหนึ่งแทนการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท¹⁴⁴ กล่าวคือเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสิทธิตามประเภทของหุ้น (Variation of Class Rights)¹⁴⁵ ซึ่งมีความมุ่งหมายจะคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษจะมีมาตรการควบคุมมิให้กระทำโดยมิชอบหรือไม่เป็นธรรม เป็นต้นว่าจะต้องทำให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท จะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นประเภทนั้น และผู้ถือหุ้นที่ได้รับความเสียหายอาจคัดค้านต่อศาลได้¹⁴⁶

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้น

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ สัญญาที่มีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปได้เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาดังกล่าว และเป็นสัญญาที่บังคับได้ตามหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยสัญญา¹⁴⁷ โดยหลักการแล้วผู้ถือหุ้นของบริษัททุกรายควรเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เนื่องจากไม่

¹⁴¹ *Ibid.*, at 2 (commenting that “[t]o place the company under an obligation to recognize certain rights and obligations of shareholders which it would not otherwise be obliged to.”).

¹⁴² *Ibid.*, at 2 (commenting that “[t]o preserve confidentiality.”).

¹⁴³ *Ibid.*, at 2 (commenting that “[t]o deal with agreement and events prior to the incorporation of the company.”).

¹⁴⁴ *Ibid.*, at 2 (commenting that “[t]o confer class rights as an alternative to their being contained in the articles (variation of class rights).”).

¹⁴⁵ โสภณ รัตนกร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.288.

¹⁴⁶ *เพ็งอ้าง*, น.288.

¹⁴⁷ John Cadman, *supra* note 129, p.3 (explaining that “[a] shareholders’ agreement is a contract between the persons who are parties to it and is enforceable in accordance with normal contractual principles.”).

ควรปล่อยให้ผู้มีถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยอยู่ภายนอกสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น แต่มันก็มีบางกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักการที่ว่าผู้ถือหุ้นทุกรายของบริษัทควรเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ด้วยเหตุบางประการ

ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่หุ้นของบริษัทถูกจัดสรรให้แก่ลูกจ้างพนักงานตามโครงการที่ให้ลูกจ้างพนักงานของบริษัทมีสิทธิที่จะได้รับจัดสรรหุ้นของบริษัทที่ตนทำงานอยู่ในลักษณะที่ไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทนหรือมีสิทธิที่จะซื้อหุ้นของบริษัทที่ตนทำงานอยู่ในราคาพิเศษ (A Share Option Scheme) ซึ่งหุ้นเหล่านั้นปราศจากข้อจำกัดในเรื่องการจำหน่ายจ่ายโอน ในกรณีเช่นนี้ ผู้ถือหุ้นที่ต้องการการปกป้องคุ้มครองสิทธิของตนไว้เป็นพิเศษอย่างน้อยก็ควรจะต้องตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้นที่เป็นฝ่ายข้างมากหรือผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีอำนาจควบคุมบริษัท¹⁴⁸

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักไม่ค่อยกำหนดเกี่ยวกับการชดเชยความเสียหายไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจจะถูกกำหนดไว้อยู่แล้วตามกฎหมาย (เช่นในคดี *Re A & BC Chewing Gum Ltd* [1975] 1 All E.R. 1017 การที่ผู้ถือหุ้นกลุ่มหนึ่งปฏิเสธไม่ยอมรับสิทธิของผู้ถือหุ้น (อีกกลุ่ม) ในการแต่งตั้งกรรมการขึ้นตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ซึ่งหมายถึงปฏิเสธการมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการบริษัทด้วย การผิดสัญญาดังกล่าวนับว่ามีเหตุเพียงพอที่จะร้องขอต่อศาลให้มีการเลิกบริษัทตามหลัก Just And Equitable Grounds ตามมาตรา 122(1)(g) แห่ง the Insolvency Act 1986)¹⁴⁹ แม้ว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ควรกำหนดขึ้นด้วยความระมัดระวังเพราะเป็นเรื่องที่มีความ

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.3.

¹⁴⁹ Michael Ottley, *Briefcase on Company Law*, 2nd ed., (London : Cavendish Publishing Limited, 2002) p.153 (explaining that “[t]he petitioners purchased one-third of the shareholding in the company on the basis of a shareholders’ agreement that although they were minority shareholders they should have equal control with the respondents, the Coakleys, who were brothers and directors of the company and who owned the remaining two-thirds of the shares. The company experienced financial problems. The petitioners appointed one of the respondent brothers as their director and representative. Due to the dissatisfaction with him, the respondent brother was eventually removed as the petitioners’ director and a third party appoint in his place. The respondents refuse to recognise this, due to an alleged agreement between the parties that the respondent brother would not be removed. The petitioners applied for an order that the company be wound up on the grounds that it would be just and equitable to do so.

เสี่ยงที่จะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องที่สำคัญในการระบุง้อดกลางเรื่องนี้ไว้ โดยที่ผู้ถือหุ้นเห็นชอบที่จะกำหนดข้อจำกัดในการใช้สิทธิของตนบางประการ และศาลมักจะไม่วางการจำกัดสิทธิของตนเช่นนั้น เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งของสัญญาเป็นผู้ละเมิดสัญญา¹⁵⁰

สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีร่วมกันซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันและทำขึ้นตามสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นโดยปรกติแล้วจะเปรียบเสมือนเป็นค่าตอบแทนที่เพียงพอ (Sufficient Consideration) อย่างไรก็ดี ในกรณีที่คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ใช่ผู้ถือหุ้น เช่น บุคคลอื่นที่มีฐานะเป็นผู้ค้ำประกันหรือผู้รับประกัน (A Guarantor) หรือบุคคลอื่นที่ไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นแต่ได้รับประโยชน์โดยปราศจากหน้าที่ใด ๆ หรือในทางกลับกัน มีหน้าที่แต่ไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ มักจะถูกแนะนำให้จัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นในรูปของหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาและพยาน (A Deed)¹⁵¹ และเป็นเรื่องปรกติที่จะพบว่า ตัวบริษัทเองได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

The court found no binding agreement between the parties to rescind the petitioners' right to nominate a director. The respondents had therefore denied a right held by the petitioners which had been established by the company's articles and the shareholders' agreement. The repudiation of such a fundamental right by the respondents amounted to grounds for the company to be wound up on just and equitable grounds.”).

¹⁵⁰ John Cadman, *supra* note 129, p.3 (explaining that “[a] shareholder’s agreement will not normally be exclusive of any remedies which might otherwise be available by law (e.g. in *Re A & BC Chewing Gum Ltd* [1975] 1 All E.R. 1017, the repudiation by certain shareholders of another shareholders’ right to appoint a director under a shareholders’ agreements, and thereby participate in management, rendered it just and equitable that the company be wound up under the precursor to s.122(1)(g) of the Insolvency Act 1986), although it would be prudent to state this. Where, however, a shareholder has expressly agreed to limit his rights in some way then the courts will not usually interfere unless, of course, the other parties to the agreement are in breach.”).

¹⁵¹ **A DEED.** Contracts may be executed under seal (signed by the parties, witnessed and most importantly made clear that it is executed as a deed) or under hand (a ‘simple contract’ that is just signed by the parties.) see Designing Buildings, “Contracts under seal v under hand,” Retrieved on March 15, 2017, https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Contracts_under_seal_v_under_hand.

ด้วยเหตุผลประการหนึ่งหรือหลายประการด้วยกัน เหตุผลที่บริษัทเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวมีดังต่อไปนี้¹⁵²

(1) เพื่อที่จะทำให้บริษัทมีความผูกพันและปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถึงแม้ว่าข้อตกลงในเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าวจะมีการระบุไว้อยู่แล้วในข้อบังคับของบริษัท เช่น ข้อจำกัดในเรื่องการกู้ยืมเงินและค่าตอบแทนของกรรมการ แต่สิ่งที่ทำให้ผู้ถือหุ้นชอบมากกว่าที่จะเข้าผูกพันเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทอาจจะเป็นเพราะในกรณีที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้มีผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายเข้าเป็นคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ได้เข้าผูกพันในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็ยังสามารถอาศัยข้อผูกพันทางสัญญาที่ตัวบริษัทได้เข้าผูกพันไว้ เพื่อบังคับแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ไม่ได้เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้¹⁵³

(2) เพื่อที่จะจัดวางบริษัทให้อยู่ภายใต้และมีหน้าที่ที่จะต้องรับรู้หรือรับรองและบังคับใช้สิทธิที่มีในหุ้นในฐานะที่เป็นเจ้าของกิจการ หรือเพื่อที่จะให้ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลบังคับใช้ได้¹⁵⁴

(3) เพื่อที่จะผูกพันกรรมการหรือคณะกรรมการโดยอ้อม ในการปฏิบัติเรื่องต่าง ๆ เพื่อเกิดผลบังคับตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เมื่อมีการใช้อำนาจที่ได้รับจากกรรมการตาม Regulation ที่ 70 (หรืออื่น ๆ) ซึ่งการกำหนดให้กรรมการต้องผูกพันในการปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ นี้จะมีความสำคัญยิ่งในกรณีที่กรรมการไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท¹⁵⁵

¹⁵² John Cadman, *supra* note 129, pp.3 – 4.

¹⁵³ *Ibid.*, at 3 (commenting that “[t]o commit the company to obligations in the agreement which might otherwise have been included in the articles (e.g. restrictions on borrowings and directors’ remuneration) but which the shareholders prefer to be in the shareholders’ agreements. This may be particularly desirable where not all of the shareholders have joined in the agreement; the other parties to the agreement will then be able to rely on the contractual undertakings given by the company.”).

¹⁵⁴ *Ibid.*, at 3 (commenting that “[t]o place the company under an obligation to recognise and enforce a beneficial owner’s rights over shares (thus overriding the combined effect of s.360 of the Act and reg.5) or to give effect to voting agreements between the shareholders.”).

¹⁵⁵ *Ibid.*, at 3 (commenting that “[t]o bind the directors (indirectly) to give effect to the arrangement [1.2.3] when exercising the powers conferred on them by

(4) เพื่อที่จะกำหนดให้บริษัทมีความผูกพันหรือมีภาระหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการใช้อำนาจควบคุมบริษัทลูก บริษัทย่อย และบริษัทในเครือให้ปฏิบัติการในเรื่องต่าง ๆ ให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอย่างเหมาะสม¹⁵⁶

ในกรณีที่บริษัทเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะถือได้ว่ามีค่าตอบแทนที่เพียงพอที่อยู่ในรูปของ Fresh Loan¹⁵⁷ หรือเงินค่าจองซื้อหุ้น (Subscription Monies)¹⁵⁸ ซึ่งค่าตอบแทนที่เพียงพอนี้มีความแตกต่างไปจากกรณีที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีคู่สัญญาเป็นผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง อย่างไรก็ตาม ถ้าหากว่าบริษัทเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและไม่มีการกำหนดให้ค่าตอบแทนใด ๆ ดังนี้ คู่สัญญามักจะถูกแนะนำให้จัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นในรูปของหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาและพยาน (A Deed)¹⁵⁹

ในบางครั้ง ผู้ถือหุ้นมีความประสงค์ที่จะให้กรรมการหรือคณะกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วย เพื่อให้กรรมการแต่ละคนนั้นได้มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และเพื่อให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นแต่ละรายสามารถใช้สิทธิดำเนินการฟ้องร้องกรรมการได้โดยตรง ด้วยเหตุนี้ กรรมการที่จะให้คำมั่นสัญญาดังกล่าวจึงควรที่จะต้องอ่านข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวอย่างละเอียดรอบคอบ และกรรมการไม่ควรที่จะผูกพันตนเองว่าจะกระทำการใดอันเป็นการกระทบต่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท เพราะการให้คำมั่นสัญญาเช่นนั้นอาจนำมาซึ่งการผิดหน้าที่อย่างผู้ได้รับความไว้วางใจ

reg.70 (or otherwise). This will be particularly important in the case of a director who is not also a shareholder.”).

¹⁵⁶ *Ibid.*, at 3 (commenting that “[t]o require the company to undertake to exercise appropriate control over its subsidiaries.”).

¹⁵⁷ **FRESH LOAN.** คือ การให้กู้ยืมเงินแก่บริษัทที่ตกลงเข้าทำสัญญา Shareholders’ Agreement ให้ไปเริ่มต้นชีวิตใหม่ ปลดหนี้เก่าหรือค่าใช้จ่ายที่ค้างอยู่ได้ see Streetdirectory, “Credit Loans : Bad Credit Loan,” Retrieved on April 13, 2017, http://www.streetdirectory.com/travel_guide/142818/credit_loans/bad_credit_loans___easy_finance_for_starting_fresh_in_life.html.

¹⁵⁸ **SUBSCRIPTION MONEY.** คือ เงินค่าจองซื้อหุ้นที่ผู้ถือหุ้นบางคนนั้นยังค้างจ่ายหรือบริษัทยังเรียกเก็บไม่เต็ม ก็อาจถือเป็นค่าตอบแทน (Consideration) ได้ หรืออีกความหมายหนึ่งคือ เงินตอบแทนแก่บริษัทจากการเข้าร่วม Shareholders’ Agreement

¹⁵⁹ John Cadman, *supra* note 129, p.4.

(Fiduciary Duties) ดังนั้น โดยปรกติแล้วการให้คำมั่นสัญญาเพื่อผูกพันตามสัญญาดังกล่าวของกรรมการจึงควรที่จะใช้คำว่า “ตราบเท่าที่กฎหมายอนุญาต”¹⁶⁰

การมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ในหัวข้อเรื่อง การมีผลบังคับใช้ได้ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยพื้นฐานแบ่งออกได้เป็น 3 ขอบเขตที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน¹⁶¹ กล่าวคือ ขอบเขตที่ (1) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็นการกระทำในนามบริษัท (The Shareholders’ Agreements as a Corporate Act) ขอบเขตที่ (2) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการกำหนดและควบคุมสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง (The Shareholders’ Agreements as a Means of Regulating the Rights And Obligations of the Shareholders *inter se*) และขอบเขตที่ (3) การมีผลบังคับใช้ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อบริษัท (The Enforceability of the Shareholders’ Agreements Against the Company)

ผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในขอบเขตที่ (1) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็นการกระทำในนามบริษัท กล่าวคือ ในกรณีที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นต้องมีมติเห็นชอบในเรื่องใดก็ตาม ศาลจะยอมรับข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้น ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่ลายลักษณ์อักษร (Formal or Informal) หรือการที่ผู้ถือหุ้นยอมรับโดยปริยาย (Members’ Consent or Acquiescence) ให้เป็นการกระทำในนามบริษัทได้ เสมือนว่าการกระทำดังกล่าวได้รับมติเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว ดังตัวอย่างในคดี *Re George Newman & Co* [1895] 1 Ch. 674 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นแต่ละรายได้ให้ความยินยอมกันทุกคน ศาลให้ถือเสมือนว่าได้รับการยินยอมจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแล้ว

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.4 (commenting that “[s]ometimes, it is desired to join those directors who are not shareholders as parties in order to obtain their individual undertakings to comply with its terms. This is usually done to bring the terms of the agreement specifically to their notice and to give individual shareholders a direct right of action against the directors. A director giving such an undertaking should read its terms carefully, as he should not bind himself to act in a way which is detrimental to the best interests of the company and which could result in a breach of his fiduciary duties. Normally, such an undertaking would be qualified by some such words as “insofar as may be permitted by law”.”).

¹⁶¹ *Ibid.*, p.4.

หรือตัวอย่างในคดี *Cane v Jones* [1981] 1 All E.R. 533 ศาลวินิจฉัยว่า ข้อตกลงร่วมกันของสมาชิกทุกคนตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถือเป็นการเพิกถอนที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทโดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีการลงมติพิเศษหรือไม่ ดังนั้น ข้อตกลงตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงมีผลบังคับในฐานะที่เป็นการกระทำในนามบริษัท (As a Corporate Act)¹⁶² เป็นต้น

ผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในขอบเขตที่ (2) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น
ในฐานะที่เป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการกำหนดและควบคุมสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง กล่าวคือ ศาลทั้งหลายได้แสดงให้เห็นถึงความตั้งใจหรือความเต็มอกเต็มใจในหลาย ๆ โอกาสที่จะบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่เกิดขึ้นและให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลนอกเหนือไปจากที่มีอยู่แล้วในข้อบังคับของบริษัท (Take Effect Outside the Articles)¹⁶³ คำวินิจฉัยส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) และศาลได้สร้างหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนไว้ว่า ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของตนอย่างถูกต้องและมีเหตุผลไปในทางหนึ่งทางใดหรือในลักษณะบางอย่างก็ได้ เพื่อควบคุมกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามที่ตนปรารถนา¹⁶⁴

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกควบคุมหรือถูกบังคับโดยหลักการทั่วไปของกฎหมายสัญญา (The Normal Principles of Contract Law) ดังนั้น ผู้ถือหุ้นจึงไม่สามารถตกลงกันในเรื่องที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (An Illegal Act) และผู้ถือหุ้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเองได้โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาทุกฝ่าย เว้นแต่จะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น¹⁶⁵

¹⁶² *Ibid.*, p.4.

¹⁶³ *Ibid.*, p.8.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.8 (explaining that “[t]he courts have shown their willingness on a number of occasions to enforce agreements between shareholders which arise and take effect outside the articles. The main decisions relate to voting agreements [1.3.7] and establish the clear principle that shareholders may validly agree to exercise their voting rights in a certain way so as to regulate the affairs of the company in accordance with their wishes.”).

¹⁶⁵ *Ibid.*, p.8 (explaining that “[s]hareholders’ agreements are governed by the normal principles of contract law. Thus, the shareholders cannot agree to an illegal

แต่เดิมเคยมีคดีซึ่งได้วินิจฉัยไว้ว่า การเยียวยาความเสียหายที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะได้รับจากบริษัทหากบริษัทไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นมีแนวโน้มที่จะถูกควบคุมหรือถูกจำกัดอยู่เพียงแค่ว่าตามคำสั่งของศาล (An Injunction) การประกาศและการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (A Declaration and Specific Performance)¹⁶⁶

ตัวอย่างในคดี *Houldsworth v City of Glasgow Bank* ผู้ถือหุ้นไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายคืนจากบริษัทโดยเหตุที่บริษัทผิดข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ เนื่องจากมีแนวโน้มที่จะถือได้ว่าค่าเสียหายที่บริษัทจะต้องจ่ายให้นั้นเปรียบเสมือนเป็นทั้งการจัดสรรคืนทุนหรือการคืนทุนเรือนหุ้นของบริษัทแก่สมาชิกโดยไม่มีอำนาจ (A Distribution or an Unauthorized Return of Share Capital to the Member) และเป็นการใช้เงินหรือชำระเงินที่นอกเหนือขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท (An *ultra vires* Payment) อย่างไรก็ตาม มาตรา 111A แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 (แต่ปัจจุบันถูกยกเลิกแล้ว) กำหนดว่า บุคคลจะไม่ถูกห้ามหรือถูกขัดขวางจากการได้รับค่าเสียหายหรือค่าชดเชยใด ๆ จากบริษัทด้วยเหตุเพียงเพราะเขาถือครองหรือมีไว้ซึ่งหุ้นของบริษัทนั้น หรือมีสิทธิใด ๆ ในการใช้สิทธิที่มีอยู่ในหุ้นหรือการจองซื้อหุ้น (รวมไปถึงการนำหุ้นไปจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงในสมุดทะเบียน) เช่นเดียวกันผู้ถือหุ้นสามารถเรียกร้องค่าเสียหายคืนจากผู้ถือหุ้นอื่นหรือจากกรรมการด้วยก็ได้หากพวกเขานำมาซึ่งการผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยที่มีบริษัทเป็นคู่สัญญา¹⁶⁷

ผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในขอบเขตที่ (3) การมีผลบังคับใช้ของสัญญา
ระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อบริษัท กล่าวคือ ในกฎหมายอังกฤษมีหลักการที่ได้รับการยอมรับกันมาอย่างยาวนาน (A Long-standing Principle of English Law) ว่าบริษัทไม่สามารถทำสัญญาใน

act nor can they vary the agreement without the consent of all the parties (unless it otherwise so provides).”).

¹⁶⁶ *Ibid.*, p.8 (explaining that “[i]t used to be the case that the remedies available to a shareholders against the company if it failed to comply with the shareholders’ provisions of the agreement were likely to be limited to an injunction, a declaration and specific performance (see, e.g. *Houldsworth v City of Glasgow Bank* (1880) 5 App.Cas. 317).”).

¹⁶⁷ *Ibid.*, p.8.

ประการใด ๆ อันเป็นการลิดรอนหรือทำให้สูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจทั้งหลายที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย (Statutory Powers)¹⁶⁸

ตัวอย่างเช่น บริษัทอาจตกลงกับธนาคารในสัญญาให้สินเชื่อว่าจะไม่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัทเว้นแต่ได้รับความยินยอมของธนาคารผู้ให้สินเชื่อ ข้อตกลงดังกล่าวนี้ไม่มีผลบังคับใช้ต่อธนาคารผู้ให้สินเชื่อ (Unenforceable by the Bank) ถ้าข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้มีผลบังคับได้ ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลเป็นการลิดรอนหรือทำให้ผู้ถือหุ้นสูญเสียซึ่งสิทธิของตนในการที่จะตัดสินใจหรือการออกเสียงลงคะแนนเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงธรรมนูญของบริษัทในการประชุมใหญ่สามัญผู้ถือหุ้น¹⁶⁹

คำถามที่เกิดขึ้นก็คือว่า มันเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ที่บริษัทจะตกลงหรือเข้าผูกพันในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้นทั้งหลายในบริษัทของตนเอง โดยที่ข้อตกลงนั้นมีผลเป็นการลิดรอนหรือทำให้บริษัทสูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย คำวินิจฉัยที่สำคัญในประเด็นเรื่องนี้คือคำวินิจฉัยของ the House of Lords ในคดี *Russell v Northern Bank Development Corp Ltd* [1992] B.C.L.C. 1016.¹⁷⁰

ในคดี *Russell* นี้มีข้อเท็จจริงว่า บริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลายของบริษัทได้เข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในปี ค.ศ. 1979 เพื่อกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับลักษณะและการดำเนินการบางประการของกิจการ โดยในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวระบุไว้ว่า ให้ข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวมีผลเหนือกว่าข้อบังคับของบริษัท (Take Precedence Over the Company's Articles of Association) และในสัญญาข้อ 3 ระบุว่า จะไม่มีการเพิ่มทุนเรือนหุ้นหรือไม่มีการออกหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทเว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกฝ่าย

¹⁶⁸ *Ibid.*, p.8 (explaining that “[i]t is a long-standing principle of English law that a company cannot by contract deprive itself of the right to exercise its statutory powers.”).

¹⁶⁹ *Ibid.*, p.8 (explaining that “[f]or instance, a company might agree with a bank in a loan agreement not to alter its memorandum or articles of association without the bank's consent. Such an undertakings is unenforceable by the bank. A provision of this nature, were it enforceable, would have the effect of depriving the shareholders of their right to resolve to change the company's constitution in general meeting.”).

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp.8 – 9.

อนึ่ง 10 ปีต่อมา คณะกรรมการของบริษัทได้ดำเนินการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่สมาชิกทราบว่าจะมีการประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือพิจารณาอนุมัติการเพิ่มทุนจำนวนมากของบริษัท โจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงดำเนินการฟ้องร้องคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เพื่อยับยั้งไม่ให้พวกเขาดำเนินการให้เป็นผลตามที่ได้มีการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อดำเนินการเพิ่มทุนจำนวนมากของบริษัท (To Restrain Them from Implementing the Proposed Increase)

ซึ่ง the House of Lords วินิจฉัยว่า ข้อตกลงของบริษัทว่าจะไม่มีการเพิ่มทุนเรือนหุ้นหรือไม่มีการออกหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทเว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายนั้นเป็นข้อตกลงที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ (Unenforceable) เพราะการตกลงในลักษณะดังกล่าวนั้นถือว่าเป็นการที่บริษัทลิดรอนหรือทำให้ตนสูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมายเป็นระยะเวลาช่วงหนึ่งซึ่งอาจมีอายุการใช้งานได้ครบเท่าที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังคงเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ และยังมีผลเช่นนั้นภายหลังจากที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปลี่ยนผ่านการถือหุ้นไปยังผู้ถือหุ้นอื่น อันเป็นที่น่าสพรึงกลัวหรืออันตรายและเลวร้าย (Obnoxious) ราวกับว่ามันถูกกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท

อย่างไรก็ดี ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่กำหนดข้อตกลงแยกต่างหากหรือนอกเหนือไปจากข้อบังคับของบริษัทว่าพวกเขา (ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน) จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Rights) หรือจะตัดสินใจในเรื่องแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทอย่างนั้น ไม่ได้ไม่สมบูรณ์ (Was Not Necessarily Invalid) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การตกลงกันเองในระหว่างผู้ถือหุ้น (ไม่รวมถึงบริษัท) ที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนไปในทางหนึ่งทางใดเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทนั้นมีผลบังคับใช้ได้¹⁷¹

สำหรับข้อสัญญาข้อที่ 3 ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองข้างต้นนั้นไม่ถือเป็นข้อผูกมัดบริษัทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการตกลงในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง จึงไม่เป็นการลิดรอนหรือทำให้บริษัทสูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจในการเพิ่มทุนหรือการออกหุ้นเพิ่มทุนที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย แต่เป็นเพียงข้อตกลงส่วนตัวหรือข้อสัญญาส่วนบุคคลในระหว่างผู้ถือหุ้นแยกต่างหากจากข้อบังคับของบริษัท (A Personal Agreement Outside the Articles Between the Shareholders) ที่ผู้ถือหุ้นได้จัดทำขึ้นเพื่อตกลงว่าพวกเขาจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนหรือจะ

¹⁷¹ *Ibid.*, p.9 (explaining that “[h]owever, an agreement outside the articles between shareholders as to how they would exercise their voting rights on a resolution to alter the articles was not necessarily invalid.”).

ตัดสินใจอย่างไรในเรื่องการริเริ่มหรือการออกหุ้นเพิ่มทุนของบริษัท และข้อสัญญาดังกล่าวก็ไม่ได้มีเจตนาที่จะผูกมัดผู้ถือหุ้นในอนาคต (Future Shareholders)¹⁷²

อนึ่ง แม้ผลของข้อสัญญาข้อ 3 ต่อบริษัทจะเป็นไปตามคำวินิจฉัยของ the House of Lords ที่วินิจฉัยว่า ข้อตกลงที่กำหนดหน้าที่ให้แก่บริษัทว่าจะไม่มีการเพิ่มทุนเรือนหุ้นหรือไม่มีการออกหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทเว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายนั้นเป็นข้อตกลงที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ (Unenforceable) แต่เนื่องจากหน้าที่ตามข้อสัญญาข้อ 3 นี้ในระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองเป็นข้อตกลงที่มีความเป็นอิสระตลอดจนแบ่งแยกออกได้จากส่วนที่ไม่มีผลบังคับ ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลใดที่ข้อตกลงในระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองซึ่งไม่ได้ส่งกระทบใด ๆ ต่อการใช้สิทธิหรืออำนาจตามกฎหมายของบริษัท จะบังคับใช้ไม่ได้ในฐานะที่เป็นข้อตกลงส่วนตัวหรือข้อสัญญาส่วนบุคคล¹⁷³

คำวินิจฉัยของ the House of Lords ในคดีนี้ได้กลับคำวินิจฉัยทั้งของศาลชั้นต้น (At First Instance) และศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) ซึ่งศาลมีบรรดาศักดิ์หรือมีความเห็นว่าข้อตกลงล่วงหน้าในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนโดยเฉพาะเจาะจงไปในทางหนึ่งทางใดนั้นเป็นการลิดรอนหรือทำให้บริษัทสูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย จึงเป็นข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคำวินิจฉัยก่อนหน้านี้ (คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์) ได้ก่อให้เกิดความรู้สึกตกตะลึงขึ้นในวงการกฎหมายเกี่ยวกับความมีประสิทธิภาพหรือผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และคำวินิจฉัยของ the House of Lords ที่กลับคำวินิจฉัยของศาลล่างทั้งสองนี้ถือเป็นเรื่องที่น่ายินดีที่ the House of Lords ยอมรับความมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง

จากคำวินิจฉัยในคดี *Russell* นี้มีบทเรียนหรือตัวอย่างที่เป็นประโยชน์จำนวนมากที่ผู้ร่างหรือผู้จัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นสามารถเรียนรู้ได้ ดังต่อไปนี้¹⁷⁴

(1) เมื่อประสบกับข้อจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจทั้งหลายที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย (Statutory Powers) ผู้ร่างสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรพิจารณาอย่างรอบคอบว่าได้มีการ

¹⁷² *Ibid.*, p.9.

¹⁷³ *Ibid.*, p.9 (explaining that “[i]t followed that the company’s undertaking was unenforceable but, since it was independent of and severable from that of the shareholders, there was no reason why the latter should not be enforceable by the shareholders inter se as a personal agreement which in no way affected the company in the exercise of its statutory powers.”).

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp.9 – 11.

ระบุข้อกำหนดหรือข้อตกลงที่เกี่ยวข้องอันเป็นไปเพื่อใช้สิทธิหรืออำนาจในการออกเสียงลงคะแนนในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ซึ่งไม่เป็นการจำกัดอำนาจของบริษัทที่มีอยู่ตามกฎหมายเมื่อมีการใช้อำนาจดังกล่าว โดยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องขอความยินยอมจากผู้ถือหุ้น¹⁷⁵

(2) ถ้าบริษัทได้เข้าเป็นคู่สัญญา และมีหน้าที่หรือภาระผูกพันที่จะต้องไม่กระทำการบางอย่างเว้นแต่ได้รับความยินยอมของผู้ถือหุ้นซึ่งอาจจะรวมถึงการใช้สิทธิหรืออำนาจตามกฎหมายที่บริษัทมี ด้วยเหตุนี้ ควรกำหนดให้ชัดเจนด้วยว่าในกรณีดังกล่าวข้อกำหนดหรือข้อตกลงว่าบริษัทจะไม่กระทำการบางอย่างเว้นแต่ได้รับความยินยอมของผู้ถือหุ้นนั้นเป็นข้อกำหนดหรือข้อตกลงที่สามารถแยกออกได้จากสิทธิประโยชน์ที่ยังเหลืออยู่ในสัญญา (Severable From the Remainder of the Agreement)¹⁷⁶ การกำหนดให้เกิดความชัดเจนข้างต้นสามารถทำได้โดยใช้ถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ถ้ามีส่วนหนึ่งส่วนใดของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นฉบับนี้หรือข้อบังคับของบริษัทถูกวินิจฉัยโดยศาลที่มีอำนาจ ว่าเป็นอันบังคับใช้ไม่ได้กับหรือต่อบริษัท ส่วนดังกล่าวจะถูกถือว่าเป็นส่วนที่แยกออกได้จากส่วนที่บังคับใช้ได้ที่ยังเหลืออยู่ในสัญญานี้ แล้วแต่กรณี และให้ผู้ถือหุ้นใช้อำนาจโดยพลันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทในการจัดหา (ตราใบที่พวกเขาที่มีอำนาจดำเนินการดังกล่าวได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย) ว่าส่วนที่แยกออกได้ยังคงอยู่ในสภาพที่จะถูกนำไปใช้หรือมีผลตามที่กำหนดไว้หรือในขอบเขตมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ตามเจตนารมณ์เดิมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในส่วนที่เกี่ยวข้องนั้น”¹⁷⁷

¹⁷⁵ *Ibid.*, p.9 (commenting that “[t]he draftsman of a shareholders’ agreement should, when dealing with restrictions on statutory powers, make sure that the relevant provision is expressed to be an agreement between the shareholders to exercise their voting powers to procure that the company will not exercise the powers in question without the necessary consent from shareholders.”).

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.9 (commenting that “[i]f the company is to give undertakings not to do certain things without the consent of shareholders, including possibly the exercise of statutory powers, then ideally it should be made clear that any such provision is severable from the remainder of the agreement.”).

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp.9 – 10 (explaining that “[i]f any part of this Agreement or the Articles shall be held by any court of competent jurisdiction to be unenforceable against or by the Company, such part shall be treated as being severable from the remainder of this Agreement or, as the case may be, the Articles and the Shareholders shall promptly exercise their powers in relation to the Company to

(3) ขอบเขตที่แน่นอนของ “อำนาจทั้งหลายที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย (Statutory Powers)” ในคดีนี้ยังไม่เป็นที่ชัดเจน แม้ว่าอำนาจทั้งหลายที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย น่าจะรวมถึงเรื่องใด ๆ ซึ่งจะต้องได้รับการตัดสินใจหรือได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เพื่อให้มีผลบังคับใช้ เช่น การเพิ่มวงทุนจดทะเบียน (Increasing Its Authorised Share Capital) การลดทุนจดทะเบียน (Reducing Its Share Capital) การเปลี่ยนแปลงแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิ หรือข้อบังคับของบริษัท (Changing Its Memorandum or Articles of Association) การถอดถอนกรรมการหรือผู้สอบบัญชี (Removing Its Directors or Auditors) การเปลี่ยนชื่อและการเลิกกิจการของบริษัท (Changing Its Name and Winding Up the Company)¹⁷⁸

(4) เนื่องจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นข้อตกลงส่วนตัวหรือข้อสัญญาส่วนบุคคล ระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งจะถูกบังคับใช้โดยศาล มันจึงกลายเป็นเรื่องที่สำคัญมากที่ผู้ถือหุ้นรายใหม่ที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเมื่อมีการออกหุ้นใหม่หรือหุ้นได้ถูกจำหน่ายจ่ายโอน ดังนั้น เพื่อที่จะให้สัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นยังคงประสิทธิภาพในการบังคับใช้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการให้ผู้ถือหุ้นรายใหม่เข้าร่วมในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วย¹⁷⁹ โดยการทำ A Deed of Adherence¹⁸⁰

(5) ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นประสงค์ให้มีการจำกัดอำนาจทั้งหลายที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย (Statutory Powers) ควรจะกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ผู้ร่างหรือผู้จัดทำสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นอาจคำนึงถึงการใช้เครื่องมือหรือวิธีการของการออกเสียงลงคะแนนเพื่อถ่วงน้ำหนัก (Weighted Voting Rights) หรือการแบ่งสิทธิออกเป็นประเภทหรือการแบ่งประเภทของสิทธิ (Class

procure (insofar as they have the power lawfully to do so) that the severable part is nevertheless put into or given effect in accordance with, or to the maximum extent possible in accordance with, the original intent of the parties hereto in relation to that part.”).

¹⁷⁸ *Ibid.*, p.10.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p.10 (explaining that “[b]ecause it is the personal agreement between shareholders which will be enforced by the courts, it becomes even more essential that a deed of adherence is entered into by new shareholders when shares are issued or transferred, in order to keep the shareholders’ agreement effective.”).

¹⁸⁰ **Deed of Adherence.** a deed commonly entered into by a new shareholder by which he agrees to be bound by the terms of an existing shareholder’ (or other) agreement. see Franklins Solicitors LLP, “Shareholders Agreement,” Retrieved on April 9, 2017, http://www.franklins-sols.co.uk/cms/document/shareholders_agreement.pdf.

Rights) เพื่อให้บรรลุตฤประสงค์ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม โปรดยืนยันว่าข้อกำหนดดังกล่าวจะมีผลเฉพาะในกรณีที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายข้างต้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนถึงขนาด (Sufficient Voting Power) หรือจะมีผลเฉพาะในกรณีที่ประเภทของสิทธินั้นเป็นประเภทที่มีความสำคัญถึงขนาด (The Necessary Class Rights) ที่จะสามารถยับยั้งไม่ให้ข้อบังคับของบริษัทถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลง¹⁸¹

(6) อำนาจตามกฎหมายที่บริษัทมีอยู่อย่างหลากหลายนั้น อำนาจบางประการบริษัทจะใช้ได้หากได้รับอนุญาตหรือได้รับมอบอำนาจจากข้อบังคับของบริษัทเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ บริษัทจะใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายได้เฉพาะเท่าที่ระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัทเท่านั้น¹⁸²

ตัวอย่างเช่น อำนาจที่จะเพิ่มทุนจดทะเบียน อำนาจที่จะลดทุนจดทะเบียน อำนาจที่จะออกหุ้นที่มีสิทธิไถ่คืน และอำนาจที่จะซื้อหุ้นของตนเอง ที่กล่าวมาทั้งหลายนี้บริษัทจะมีอำนาจดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัท ในกรณีเช่นนี้ วิธีการหนึ่งในหลาย ๆ วิธีที่จะยับยั้งบริษัทจากการใช้อำนาจเหล่านี้ก็คือจะต้องเอาอำนาจที่กล่าวมาออกจากข้อบังคับของบริษัท (Remove These Power from the Articles of Association) อนึ่ง ผู้ถือหุ้นสามารถคืนอำนาจ (Reinstate) เหล่านี้แก่บริษัทได้โดยผ่านมติพิเศษเพื่อแก้ไขข้อบังคับของบริษัท จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นผู้เขียนเชื่อว่าจะได้ผลลัพธ์เช่นเดียวกันกับการกำหนดหรือระบุเงื่อนไขไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่าอำนาจข้างต้นจะถูกบริษัทใช้ได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของผู้ถือหุ้น ฉะนั้น หากไม่ได้รับความยินยอมของผู้ถือหุ้น บริษัทก็จะมีอำนาจโดยชอบในการดำเนินการตามที่ระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัท¹⁸³

¹⁸¹ John Cadman, *supra note 129*, p.10.

¹⁸² *Ibid.*, p.10 (explaining that “[s]ome statutory powers are only exercisable by the company if so authorised by its articles of association.”).

¹⁸³ *Ibid.*, p.10 (explaining that “[f]or instance, the power to increase authorised share capital, to consolidate, sub-divide, convert or cancel shares, to reduce share capital, to issue redeemable shares and to purchase own shares all require such authority. In these cases, one means of preventing the company exercising its statutory powers would be to remove these powers from the articles of association. Shareholders could only reinstate these powers by passing a special resolution amending the articles. It follows, we believe, that the same result could be achieved by stipulating in the articles of association that the powers in question are only exercisable by the company if the shareholders give their consent. Without such

นอกจากนั้น ข้อตกลงข้างต้นจะมีผลบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อผู้ถือหุ้นที่ประสงค์จะใช้ข้อตกลงนั้นฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่ายมีความสามารถป้องกันหรือยับยั้งต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทได้เท่านั้น¹⁸⁴ เพราะหากผู้ถือหุ้นที่ประสงค์จะใช้ข้อตกลงนั้นฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่ายไม่มีความสามารถในการป้องกันหรือยับยั้งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทได้ ย่อมมีผลเท่ากับข้อบังคับของบริษัทอาจถูกผู้ถือหุ้นอื่นดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเมื่อใดก็ได้

ในเบื้องต้น คำแนะนำนี้อาจดูเหมือนไม่สอดคล้องกับข้อสังเกตบางประการของ the House of Lord ในคดี *Russell* แต่คำแนะนำนี้เป็นที่ได้รับการยอมรับหรือถูกเข้าใจว่า ความเสียหายที่พวกเขาคาดไว้เป็นกรณีที่บริษัทต้องถูกผูกพันในการกระทำหรือไม่กระทำตามความปรารถนาหรือความประสงค์ของผู้ถือหุ้นที่กำหนดไว้ (Named Shareholders) (ผู้ซึ่งในภายหลังต่อมาอาจจะพ้นจากการเป็นผู้ถือหุ้นแล้วหรือไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นอีกต่อไปแล้ว) แทนที่จะเป็นผู้ถือหุ้นคนปัจจุบัน ซึ่งผู้ถือหุ้นดังกล่าวควรมีอิสระในการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจของบริษัทในเรื่องนี้ให้สอดคล้องกับกฎหมาย (Statute) ทั้งนี้ ภายใต้หน้าที่กระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือข้อผูกพัน หรือข้อจำกัดอำนาจตามสัญญาระหว่างกันใด ๆ ที่ได้ตกลงกันไว้ระหว่างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างหรือผู้จัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งมีความระมัดระวังรอบคอบจะขจัดปัญหาในเรื่องนี้โดยการระบุข้อห้ามกระทำการหรือข้อจำกัดอำนาจของบริษัทไว้ให้ชัดเจนในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตามที่ได้แนะนำไว้ข้างต้น¹⁸⁵

consent, the company would not have authority under its articles to exercise the power in question.”).

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.10 (explaining that “[o]nce again, such a provision would only be effective if an alteration to the articles of association can be prevented by the shareholder or shareholders seeking to rely on the provision.”).

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.10 (explaining that “[a]t first sight, this suggestion might appear inconsistent with some of the observations of their Lordships in *Russell*, but it is submitted that the kind of mischief they had in mind was one where the company was bound to act or not to act in accordance with the wishes of named shareholders (who might subsequently cease to be shareholders), rather than the shareholders from time to time, who should always be free to determine the powers of the company in this regard in accordance with statute (subject to any contractual obligations/restrictions inter se). However, the cautious practitioner will put matters

เมื่อทราบถึงการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวแล้ว ต่อไปจะขอกล่าวถึงเรื่อง **สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อบังคับของบริษัท และการสิ้นสุดลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น**¹⁸⁶ โดยสังเขป

โดยส่วนมากแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลาย สำหรับเป็นวิธีในการกำหนดแนวทางให้คู่สัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงทั้งหลายเกี่ยวกับโครงสร้างส่วนบนที่เหนือไปกว่าเรื่องพื้นฐานทั้งหลายของบริษัท เพื่อเพิ่มเติมและเพื่อความมีอำนาจเหนือกว่าข้อบังคับของบริษัทซึ่งกำหนดเรื่องที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของบริษัท

อย่างไรก็ดี อาจมีเนื้อหาบางเรื่องทั้งสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้ทับซ้อนหรือซ้ำกัน แต่มันก็เป็นเรื่องปรกติธรรมดาที่มักจะมีการกำหนดว่า ในกรณีที่เอกสารทั้ง 2 ชนิดไม่สอดคล้องหรือขัดกัน ให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลเหนือข้อบังคับของบริษัท ทั้ง ๆ ที่ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์แล้วข้อบังคับของบริษัทจะมีผลบังคับเหนือกว่า ในแง่นี้มันจึงมีความสำคัญที่จะต้องทำให้แน่ใจว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวไม่ได้มีข้อตกลงที่เป็นการแก้ไขข้อบังคับที่มีอยู่แล้ว มิเช่นนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะกลายเป็นเอกสารที่ต้องถูกกฎหมายบังคับให้นำไปจดทะเบียน

การสิ้นสุดลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่เหมือนหรือแตกต่างไปจากสัญญาทั่วไป กล่าวคือ การสิ้นสุดลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้ทำให้ความสัมพันธ์ของคู่สัญญายุติลง ผู้ถือหุ้นจะยังคงมีความสัมพันธ์อยู่ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นเรื่องปรกติธรรมดาที่เราจะเห็นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะระบุถึงเรื่องข้อตกลงการจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งหุ้นเชิงบังคับในรูปแบบต่าง ๆ (Various Compulsory Transfer) หรือข้อตกลง Option Arrangements ซึ่งส่งเสริมหรืออำนวยความสะดวกหรือจัดให้มีการจำหน่ายไปหรือได้มาซึ่งหุ้นของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนหากว่าการสิ้นสุดหรือการยุติลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ในกรณีที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ยุติหรือสิ้นสุดลง คู่สัญญาจำต้องกลับไปใช้ (Fall Back On) สิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ของตนตามที่มีอยู่ในข้อบังคับของบริษัท และในท้ายที่สุด จึงเป็นข้อสำคัญที่จะต้องทำให้มั่นใจว่าข้อบังคับของบริษัทนั้นตรงตามวัตถุประสงค์ของพวกเขา หรือถ้าหากว่าข้อบังคับนั้นไม่ต้องตรงกันกับวัตถุประสงค์ของเหล่าผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นหรือกลุ่มผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมการออกเสียงลงคะแนนนั้นก็มิทางเลือกที่จะออกเสียงลงคะแนนเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทที่ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของพวกเขา

beyond doubt by including the restriction in an appropriately worded shareholders' agreement, as suggested above. ”).

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.11.

ในบางกรณี ผู้ถือหุ้นอาจมีการตกลงกันว่าสิทธิของตนภายใต้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะลดลงหรือจะตกไป หากสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นถูกลดลงต่ำกว่าร้อยละที่ระบุไว้ในสัญญาดังนั้น จึงควรระมัดระวังเป็นอย่างมากในการทำให้มั่นใจว่าสิทธิอันพึงมีพึงได้แก่ผู้ถือหุ้นภายใต้ข้อบังคับของบริษัทจะเป็นอย่างเดียวกันแม้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะได้สิ้นสุดหรือยุติลง

ต่อจากนี้จะกล่าวถึง **ข้อดีและข้อเสียของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น** ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า ผู้ถือหุ้นต้องตัดสินใจว่าจะระบุข้อกำหนดหรือข้อตกลงไว้ในข้อบังคับของบริษัทหรือไม่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ ที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจดังกล่าวสรุปได้ดังนี้¹⁸⁷

ประการที่ 1 ปัจจัยในเรื่องการรักษาความลับ หรือการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณะ

หนึ่งในเหตุผลสำคัญในการใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ โดยปกติแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะไม่ได้เปิดให้สาธารณชนตรวจสอบได้ (It Is Not Usually Open for Public Inspection) ซึ่งนี้อาจเป็นข้อดีหรือข้อได้เปรียบที่ชัดเจนสำหรับผู้ถือหุ้นที่ต้องการเก็บรักษาข้อตกลงไว้เป็นความลับ แต่อย่างไรก็ตาม ควรระลึกถึงประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ด้วย

ประเด็นเรื่อง การจดทะเบียนภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย มาตรา 380(4)(c) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 (ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 29, 30)¹⁸⁸

¹⁸⁷ *Ibid.*, p.13 – 26.

¹⁸⁸ CA 2006, s 29 specifies:

29 Resolutions and agreements affecting a company's constitution

(1) This Chapter applies to—

- (a) any special resolution;
- (b) any resolution or agreement agreed to by all the members of a company that, if not so agreed to, would not have been effective for its purpose unless passed as a special resolution;
- (c) any resolution or agreement agreed to by all the members of a class of shareholders that, if not so agreed to, would not have been effective for its purpose unless passed by some particular majority or otherwise in some particular manner;
- (d) any resolution or agreement that effectively binds all members of a class of shareholders though not agreed to by all those members;

ผู้บรรยายหรือนักวิจารณ์ได้ให้ความเห็นว่า ในบางสถานการณ์ มาตรา 380(4)(c) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 (ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 29, 30) กำหนดหน้าที่ให้ต้องนำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปจดทะเบียนกับ the Registrar of Companies ในลักษณะเดียวกันกับการนำมติพิเศษต่าง ๆ ไปจดทะเบียน มาตราดังกล่าวเรียกร้องให้นำสิ่งที่ถูกระบุต่อไปนี้ไปจดทะเบียนทั้งหมด:

“...resolutions or agreements which have been agreed to by all the members of a company but which, if not so agreed to, would not have been effective for their purpose unless (as the case may be) they had been passed as special resolutions or as extraordinary resolutions”

ในความเห็นของนักกฎหมายท่านหนึ่ง¹⁸⁹ เห็นว่า มาตราไม่ได้กำหนดหน้าที่หรือข้อผูกพันให้ต้องนำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปจดทะเบียนซึ่งสามารถเห็นได้จากคดีหลาย ๆ คดี เนื่องจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดถึงเนื้อความหรือองค์ประกอบดังต่อไปนี้

(1) ข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหลาย โดยที่พวกเขาเห็นด้วยกับหรือตกลงยินยอมที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องเกี่ยวกับบริษัทในลักษณะเฉพาะหรือในทางหนึ่งทางใด เพื่อที่จะบังคับบริษัทให้ดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ หรือให้บริษัทดำเนินกิจการตามแนวทางของข้อตกลงข้างต้น

(2) ข้อตกลงต่าง ๆ ระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหลายด้วยกันเอง เช่น ข้อสัญญาห้ามการแข่งขันทางธุรกิจกับบริษัท (Covenants Not to Compete) และ

(e) any other resolution or agreement to which this Chapter applies by virtue of any enactment.

CA 2006, s 30 specifies:

30 Copies of resolutions or agreements to be forwarded to registrar

(1) A copy of every resolution or agreement to which this Chapter applies, or (in the case of a resolution or agreement that is not in writing) a written memorandum setting out its terms, must be forwarded to the registrar within 15 days after it is passed or made.

(2) If a company fails to comply with this section, an offence is committed by

(a) the company, and

(b) every officer of it who is in default.

¹⁸⁹ John Cadman, *supra* note 129, p.12.

(3) หน้าที่ผูกพันของบริษัท (Binding Obligation) ที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และหน้าที่ผูกพันของบริษัทที่จะต้องกระทำโดยประการใด ๆ เพื่อให้เกิดผลตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (To Give Effect to the Terms of the Shareholders' Agreement) อาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ผูกพันของบริษัทดังกล่าวข้างต้นไม่ได้หมายถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท แต่หมายถึงการมอบหมายให้กรรมการเป็นผู้แทนของบริษัทในการปฏิบัติหรือกระทำการเพื่อให้เกิดผลตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และหมายความรวมถึงให้กรรมการใช้อำนาจในฐานะกรรมการบริษัทบริหารกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น การเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อให้เกิดผลบังคับดังกล่าวไม่ได้แตกต่างไปจากการเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาชนิดอื่น ๆ เลย

จากเนื้อความหรือองค์ประกอบของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า เนื้อความดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท (ซึ่งแน่นอนว่าจะต้องมีมติพิเศษ) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจเสริมหรือเพิ่มเติมหรือทำให้ข้อบังคับของบริษัทสมบูรณ์หรือแม้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะเหนือกว่าข้อบังคับของบริษัท แต่น้อยนักที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขข้อบังคับของบริษัท นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกับข้อบังคับของบริษัทมีความแตกต่างกันในเรื่องลักษณะเฉพาะและผลบังคับ

นักกฎหมายท่านนี้มองว่ามาตรา 380 (4)(c) นี้มีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นโดยชัดแจ้งไปที่ข้อตกลงและมติใด ๆ (ที่มีผล) และมติใด ๆ ที่เทียบเท่ามติพิเศษ (Equivalent to a Special or Extraordinary Resolution) และมติใด ๆ ที่เกี่ยวข้องในทำนองเดียวกันนี้

ยกตัวอย่างเช่น การมีมติเป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 381A ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 (บริษัทเอกชน) หรือตาม Regulation ข้อที่ 53 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัท แต่ไม่รวมถึงการมีมติเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งจะต้องอาศัยเพียงมติเสียงข้างมากระรมา

ตัวอย่างนี้อาจช่วยในการอธิบายประเด็นที่กล่าวมาข้างต้นได้ ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่น (Pre-emption Clause) ที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการสร้างภาระหน้าที่ที่มีผลผูกพันตามสัญญาต่อผู้ถือหุ้นทั้งหลาย (The Creation of Binding Contractual Obligations on Shareholders) ให้มีหน้าที่ที่จะต้องเสนอขายหุ้นของตนต่อผู้ถือหุ้นรายอื่น ๆ ในบริษัท (The Other Shareholders) เป็นลำดับแรกก่อนที่จะจำหน่ายโอนให้แก่บุคคลภายนอก (An Outsider)

อนึ่ง สิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่นซึ่งกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทนั้น แม้มีผลเช่นเดียวกันกับการที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น แต่วัตถุประสงค์ในการออกเสียงลงคะแนนโดยมติพิเศษเพื่อทำให้สามารถใช้ข้อตกลงเรื่องสิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่นได้นั้น ไม่ได้เป็นไปเพื่อทำให้

ข้อตกลงเรื่องสิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่นมีผลใช้บังคับโดยตรง (โดยตัวมติพิเศษเองไม่สามารถทำให้เกิดผลเช่นนั้นได้) แต่จะมีผลเป็นการแก้ไขข้อบังคับของบริษัทซึ่งจะทำให้สิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่นมีผลใช้บังคับโดยอำนาจของ Statutory Contract ที่กำหนดไว้ในมาตรา 14 ของกฎหมายแทน

อย่างไรก็ดี คำอธิบายข้างต้นนี้ไม่ได้หมายความว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกคนจะไม่ผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัทเสียทุกกรณีไป ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนจากคดี *Cane v Jones* แสดงให้เห็นว่า แม้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัท แม้สัญญาดังกล่าวจะไม่ได้ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ก็มีผลบังคับได้ กล่าวคือแม้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีความมุ่งหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัทจะไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ก็หากระทบต่อความมุ่งหมายที่จะแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัทไม่ ด้วยเหตุจากคดี *Cane v Jones* นี้เองที่ทำให้คำว่า “หรือข้อตกลงใด ๆ (Or Agreements)” ถูกบัญญัติเพิ่มเติมเข้ามาในมาตรา 380(4)(c) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 จากที่แต่เดิมนั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1948 บัญญัติไว้เฉพาะคำว่า “มติใด ๆ (Resolutions)”

ฉะนั้น หากผู้ร่างหรือผู้จัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผู้ใดอยากจะหลีกเลี่ยงหน้าที่ที่จะต้องนำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปจดทะเบียน ให้ปฏิบัติตามคำแนะนำหรือแนวทางดังต่อไปนี้

(1) ตรวจสอบให้แน่ใจและรับรองว่าข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้มีเนื้อความที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัท ดังนั้น การแถลงหรือแสดงอย่างชัดแจ้งไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจช่วยหลีกเลี่ยงหน้าที่จดทะเบียนดังกล่าวได้

(2) ในกรณีที่จะต้องนำข้อมติใดไปจดทะเบียนเพื่อให้การบริหารจัดการตามมติดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ ต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าได้จัดการแยกมติดังกล่าวออกมาต่างหากจากเรื่องอื่น ๆ และได้มีการปฏิบัติตามรูปแบบหรือแบบวิธีที่เป็นสาระสำคัญเรียบร้อยแล้ว

(3) การระบุข้อกำหนดหรือข้อตกลงเรื่องความไม่สอดคล้องหรือความขัดแย้งกันระหว่างสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกับข้อบังคับของบริษัทไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เพื่อให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลเหนือกว่าข้อบังคับของบริษัทเท่าที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังคงมีผลบังคับใช้เท่านั้น การระบุเช่นนี้จะช่วยหลีกเลี่ยงความคิดเห็นที่ว่าข้อกำหนดหรือข้อตกลงเรื่องความไม่สอดคล้องหรือความขัดแย้งกันนั้นถูกทำขึ้นโดยมีเจตนาที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท

(4) ตรวจสอบให้มั่นใจว่า ข้อบังคับของบริษัทนั้นสามารถที่จะถูกตีความหรือมีความหมายที่อ่านเข้าใจได้ในตัวเอง และให้หลีกเลี่ยงการอ้างอิงถึงสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Avoid Cross-references to a Shareholders' Agreement) ซึ่งจะมีผลทำให้การตีความข้อบังคับของบริษัทในบางเรื่องบางประการต้องขึ้นอยู่กับการตีความข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

หากหน้าที่ในการนำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปจดทะเบียนได้เกิดขึ้นแล้ว และไม่มี การนำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปจดทะเบียน อาจส่งผลให้บริษัทและเจ้าหน้าที่ของบริษัทผู้รับผิดชอบ

ทุกคนถูกปรับ อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ได้นำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปจดทะเบียน ก็ไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังคงมีผลบังคับได้แม้จะไม่ได้นำสัญญาดังกล่าวไปจดทะเบียน

ประการที่ 2 ปัจจัยในเรื่องการเปลี่ยนแปลงสมาชิกหรือคู่สัญญา

สมาชิกรายใหม่ของบริษัทจะต้องผูกพันกับ The Statutory Contract ที่เกิดขึ้นจากหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัทโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ ตามมาตรา 14(1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 (ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 33)¹⁹⁰ เมื่อสมาชิกรายใหม่เหล่านั้นได้จดทะเบียนเป็นสมาชิก ความผูกพันของ The Statutory Contract นี้ยังมีผลผูกพันกับทั้งผู้เข้าซื้อหุ้น (Subscribers) และผู้รับโอน (Transferees) หุ้นของบริษัทด้วย มันจึงเป็นเรื่องปรกติธรรมดาสำหรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จะกำหนดว่า ก่อนที่คู่สัญญาฝ่ายใดจะจำหน่ายหุ้นของตนให้แก่บุคคลภายนอก คู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องจัดให้บุคคลภายนอกเข้าลงนามเป็นคู่สัญญาในข้อตกลงที่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับที่มีอยู่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น หรือมิฉะนั้นก็ต้องจัดให้บุคคลภายนอกเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเดิมด้วย (A Deed of Adherence) โดยบุคคลภายนอกตกลงยินยอมที่จะปฏิบัติตามข้อกำหนดและข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น¹⁹¹ หากทำได้ดังนี้ จะมีผลทำให้ข้อกำหนดและข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่สูญสิ้นไป (Are Perpetuated) กระนั้นก็ดี ผู้ถือหุ้นเดิมควรจำไว้ว่าจะต้อง

¹⁹⁰ CA 2006, s 30 specifies:

33 Effect of company's constitution

(1) The provisions of a company's constitution bind the company and its members to the same extent as if there were covenants on the part of the company and of each member to observe those provisions.

(2) Money payable by a member to the company under its constitution is debt due from him to the company.

In England and Wales and Northern Ireland it is of the nature of an ordinary contract debt.

¹⁹¹ **Deed of Adherence.** Deed of Adherence means the agreement pursuant to which a new shareholder (including any Permitted Transferee) agrees and adheres to the terms and conditions of this Agreement. see Emmet Scully, "Shareholders' Agreement : A Practical Analysis," Retrieved on April 9, 2017, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=df9f2b34-8384-407d-80ff-6c58152854b5>.

ปฏิบัติในลักษณะเช่นเดียวกันกับที่กล่าวข้างต้นต่อบริษัทด้วยในกรณีที่มีบุคคลใดได้เข้ามาเป็นสมาชิกใหม่ของบริษัทอันเนื่องมาจากการออกหุ้นใหม่ของบริษัท (A New Issue of Shares)

ข้อกำหนดหรือข้อตกลงสำหรับเหล่าสมาชิกใหม่ที่จะตกลงผูกพันและสำหรับคู่สัญญาเดิมที่กำลังจะยุติความผูกพันนั้นทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่ก่อให้เกิดภาระและความยุ่งยากอย่างมาก และสำหรับกรรมการทั้งหลายอาจจะได้รับสิทธิอย่างสมบูรณ์หรือสิทธิเด็ดขาดในการปฏิเสธการจดทะเบียนการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นที่ได้กระทำโดยฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ประการที่ 3 ปัจจัยในเรื่องการมีผลบังคับใช้ได้ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

การมีผลบังคับใช้ของข้อบังคับของบริษัทและสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นได้รับการอธิบายไว้แล้วในตอนต้นในหัวข้อเรื่องการมีผลบังคับใช้ได้ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้มีการแบ่งการมีผลบังคับออกได้เป็น 3 ขอบเขต มีประเด็นที่น่าสนใจและเป็นเรื่องสำคัญซึ่งควรกล่าวถึงไว้ ณ ที่นี้ 2 ประเด็นคือ

ประการที่ 3.1 สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจทำขึ้นด้วยวาจาได้ และไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ถึงแม้เป็นที่แน่นอนว่าจะเกิดประเด็นปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับพยานหลักฐานว่าได้มีการทำสัญญาดังกล่าวจริงหรือไม่ก็ตาม ในทางกลับกัน การที่จะทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลบังคับอย่างเต็มที่จะต้องมีการระบุให้ยกเว้นผลบังคับของแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ (Table A) โดยจะต้องระบุไว้ให้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรในข้อบังคับของบริษัท

ประการที่ 3.2 ผลของสัญญาที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย (The Statutory Contract) ที่เกิดขึ้นจากหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัทโดยอัตโนมัติตามมาตรา 14(1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 (ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 33) มีผลเป็นเสมือนเป็นข้อตกลงที่ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาและพยานโดยสมาชิกแต่ละคน (A Covenant under Seal (Deed) by Each Member) และเพราะเหตุนี้จึงไม่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความมีอยู่ของค่าตอบแทนตามสัญญา (The Existence of Consideration)

นอกจากนี้ พื้นฐานความแตกต่างระหว่างเอกสารที่ได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาและพยาน (A Deed) กับหนังสือที่ลงลายมือชื่อเฉพาะคู่สัญญา (A Document under Hand) เป็นสิ่งสำคัญ เช่น หนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาและพยาน (A Deed) จะมีระยะที่กฎหมายกำหนดให้ใช้สิทธิเรียกร้อง (อายุความ) 12 ปี แต่เอกสารที่ทำเป็นหนังสือที่ลงลายมือชื่อเฉพาะ

คู่สัญญา (A Document under Hand) จะมีระยะที่กฎหมายกำหนดให้ใช้สิทธิเรียกร้อง (อายุความ) เพียง 6 ปี¹⁹²

สำหรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจถูกจัดทำขึ้นได้ทั้งในรูปของเอกสารที่เป็นหนังสือที่ลงลายมือชื่อเฉพาะคู่สัญญา (A Document under Hand) หรือหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาและพยาน (A Deed) ก็ได้ แต่ในกรณีที่มีแนวโน้มเกี่ยวกับประเด็นปัญหาเรื่องความมีอยู่ของค่าตอบแทนตามสัญญา จึงควรดำเนินการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นในรูปของหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาและพยาน

ในบางโอกาสผู้ถือหุ้นอาจมีความประสงค์ที่จะแต่งตั้งบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้เป็นทนายความ (Attorney) เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ อาทิ กรรมการมักจะได้รับแต่งตั้งหรือได้รับมอบอำนาจให้ทำหน้าที่นี้ในเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่น (Pre-emption Clause) ในกรณีที่ผู้โอน (The Proposing Transferor) ไม่สามารถดำเนินการโอนหุ้นให้เสร็จสมบูรณ์ได้ การแต่งตั้งทนายความนี้จะต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาและพยาน (A Deed) เพราะฉะนั้นการแต่งตั้งทนายความที่เพียงแต่ทำเป็นหนังสือสัญญาที่ลงลายมือชื่อเฉพาะคู่สัญญา (An Agreement under Hand) จะไร้ผล อย่างไรก็ตาม หากการแต่งตั้งทนายความนี้ได้กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ผลจะแตกต่างกันไป กล่าวคือ การแต่งตั้งทนายความแม้ไม่ได้ทำเป็นหนังสือลง

¹⁹² There are two important differences between simple contracts, and contracts that are under seal (deeds):

Firstly, simple contracts and contracts under seal have different limitation periods. An action founded on simple contract cannot be brought after six years from the date on which the cause of the action accrued. The limitation period for a contract under seal is 12 years.

Secondly, unlike a simple contract, a contract under seal does not have to be supported by valuable consideration. For example, where a collateral warranty consists of unilateral undertakings by one party, the contract must be a contract under seal if it is to be enforceable. It is important to note that whilst consideration is not necessary for a contract under seal in the absence of valuable consideration and, arguably, in the absence of something more than mere nominal consideration, the remedy of specific performance will not be available in respect of the contractual undertakings (See *Milroy V. Lord*). see Designing Buildings, “Contracts under seal v under hand” Retrieved on March 15, 2017, https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Contracts_under_seal_v_under_hand.

ลายมือชื่อคู่สัญญาและพยานแต่ได้ระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัทจะมีผลบังคับได้โดยอัตโนมัติในฐานะที่เป็นผลของสัญญาที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย (The Statutory Contract)

ประการที่ 4 ปัจจัยในเรื่องของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีลักษณะของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นโดยหลักแล้วสามารถทำได้ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นไปตามหรืออยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องของสัญญาปรกติ อีกทั้งยังขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาฉบับนั้นด้วยว่าระบุไว้ให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้หรือไม่ เว้นแต่จะมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ห้ามแก้ไข เช่นนี้สัญญาดังกล่าวก็จะไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรืออาจจะตกลงไว้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทุกฝ่ายก็ได้

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องของสัญญาปรกตินี้อาจเรียกได้ว่าเป็นข้อได้เปรียบที่สำคัญของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพราะว่า ผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องถือหุ้นในสัดส่วนตามที่ระบุไว้ในกฎหมายก็สามารถยับยั้งป้องกันการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ ซึ่งแตกต่างไปจากข้อบังคับของบริษัท ดังนั้น จึงเป็นเรื่องปรกติธรรมดาที่ผู้ถือหุ้นจะระบุในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เว้นแต่จะได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร ด้วยวิธีการระบุไว้เช่นนี้จะช่วยให้ผู้ถือหุ้นสามารถหลีกเลี่ยงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยวาทะที่อาจเกิดขึ้นได้

สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัทจะมีความซับซ้อนยิ่งขึ้นกว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กล่าวคือ

(1) มาตรา 9(1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 บัญญัติไว้ว่า

“ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติทั้งหลายในพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 นี้และภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ บริษัทอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัทได้โดยอาศัยมติพิเศษ” (ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 21)¹⁹³

¹⁹³ CA 2006, s 30 specifies:

21 Amendment of articles

(1) A company may amend its articles by special resolution.

(2) In the case of a company that is a charity, this is subject to—

(a) in England and Wales, section 64 of the Charities Act 1993 (c. 10);

บริษัทไม่อาจจำกัดความสามารถที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมายในอันที่จะแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับด้วยการระบุนโยบายอย่างใดอย่างหนึ่งว่าข้อบังคับนี้จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ หรือระบุว่าข้อบังคับนี้จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่โดยอาศัยคะแนนเสียงที่สูงกว่ามติพิเศษ (*Malleson v National Insurance Corporation* [1894] 1 Ch. 200) อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติแล้วมีวิธีการมากมายที่จะทำให้บริษัทไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัทได้ ได้แก่

(ก) โดยใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนที่มีการถ่วงน้ำหนัก (Weighted Voting Rights) เพื่อว่าในกรณีที่มีการลงมติพิเศษ ผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิในการโหวตเพิ่มเติม เพื่อผู้ถือหุ้นจะสามารถยับยั้งมติพิเศษไม่ให้ผ่าน อย่างไรก็ตาม ในการที่จะทำให้วิธีนี้สามารถบังคับใช้ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ข้อบังคับที่ให้อำนาจสิทธิออกเสียงลงคะแนนถ่วงน้ำหนักต้องเขียนไว้เฉพาะว่ามีไว้เพื่อป้องกันยับยั้งไม่ให้มีการแก้ไขข้อบังคับโดยมติพิเศษ

(ข) โดยระบุว่าในเรื่องนั้นที่เป็นปัญหาจะต้องถูกพิจารณาโดยสิทธิของผู้ถือหุ้นในประเภทนั้น ๆ เท่านั้น (Class Right) ซึ่งจะสามารถทำการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเพิกถอนได้เฉพาะเมื่อได้รับความยินยอมของผู้ถือหุ้นในประเภทนั้น ๆ เท่านั้น

(ค) โดยการกำหนดสิทธิให้กับผู้ถือหุ้นโดยระบุชื่อเป็นราย ๆ ในฐานะที่เขาเป็นสมาชิก ซึ่งอาจจะมียกเว้นเหมือน Class Right แต่กรณีนี้ผู้ถือหุ้นที่ถูกระบุชื่อจะใช้สิทธิได้ก็แต่โดยผู้ถือหุ้นประเภทนั้นเป็นผู้ใช้ และเมื่อเขายังคงมีสถานะเป็นสมาชิกอยู่เท่านั้น

(ง) โดยการกำหนดสิทธิต่าง ๆ ไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิแทน และกำหนดว่าไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้

(จ) โดยวิธีการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนเพื่อที่จะให้ได้รับผลหรือบรรลุลผลตามที่ต้องการ

(2) ถ้าบริษัทผูกพันตนเองตามสัญญา (ไม่ว่าทำกับคู่สัญญาที่เป็นผู้ถือหุ้นหรือบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้น) ที่จะไม่เปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท แต่ต่อมากลับทำ (แก้ไขข้อบังคับ) บริษัทก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบสำหรับการฝ่าฝืนสัญญาดังนั้นได้ แต่ในขณะเดียวกัน

(b) in Northern Ireland, Article 9 of the Charities (Northern Ireland) Order 1987 (S.I. 1987/2048 (N.I. 19)).

(3) In the case of a company that is registered in the Scottish Charity Register, this is subject to—

(a) section 112 of the Companies Act 1989 (c. 40), and

(b) section 16 of the Charities and Trustee Investment (Scotland) Act 2005 (asp 10).

คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่สามารถคัดค้านการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทได้เหมือนกัน นี่เป็นหลักการที่ถูกก่อตั้งขึ้นในคดี *Punt v Symans & Co Ltd* [1903] 2 Ch. 506.

ในคดี *Punt v Symans & Co Ltd* ดังกล่าว บริษัทได้ตกลงกับผู้เสนอขายกิจการว่า ต้องให้เขาและผู้บริหารของเขา (He and His Executors) มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนของบริษัทได้ และเพื่อให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผล จะต้องมีการจัดข้อตกลงใส่ไว้ในข้อบังคับของบริษัทโดยที่บริษัทจะต้องไม่ทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับนั้น ต่อมาบริษัทมีเจตนาที่จะแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับของบริษัทด้วยการเอาข้อตกลงดังกล่าวนั้นออกไป ศาลจึงได้วินิจฉัยว่า บริษัทไม่สามารถทำสัญญาโดยผูกพันตนเองกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับได้ กล่าวคือ พอทำไม่ได้เลยไม่มีผลผูกพันให้ต้องทำตามสัญญาว่าจะไม่แก้ไขข้อบังคับ ดังนั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเลยต้องไปฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาแทนการห้ามบริษัทแก้ไขข้อบังคับ

ในคดีต่อมา *British Murac Syndicate Ltd v Alperston Rubber Co Ltd* [1915] 2 Ch. 186 ศาลได้มีคำสั่งอนุญาต กล่าวคือ ศาลได้มีคำสั่งให้งดเว้นการเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทที่จะมีผลเป็นการกีดกันหรือลิดรอนซึ่งสิทธิในการแต่งตั้งกรรมการของผู้เป็นคู่สัญญาคนอื่น ๆ

ข้อเท็จจริงในคดี *British Murac Syndicate Ltd* นี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับผู้ลงทุนกลุ่มต่าง ๆ ได้เคยตกลงยินยอมที่จะจองซื้อหุ้นของบริษัทโดยเงื่อนไขว่าจะมีสิทธิได้รับการเสนอซื้อเป็นกรรมการของฝ่ายข้างน้อยในคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้คอยสอดส่องรักษาผลประโยชน์ของบริษัท (A Minority of Directors to the Board to Act as “Watchdogs”) และบริษัทได้เข้าลงนามผูกพันตามสัญญาเพื่อรับรองสิทธิดังกล่าว

ในการที่ศาลมีคำสั่งให้งดเว้นการเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทอันจะมีผลทำให้สิทธิดังกล่าวถูกพรากไปนั้น ศาลได้กล่าวไว้โดยชัดเจนว่าคำวินิจฉัยนั้นจะเป็นไปในทิศทางตรงกันข้ามถ้ากรรมการนั้นเป็นกรรมการที่มีอำนาจบริหาร (Executive Directors) เพราะคำสั่งนั้นจะเสมือนหนึ่งการชำระหนี้ตรงตามสัญญาหรือการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงของสัญญาให้บริการ (Specific Performance of a Service Contract)

อย่างไรก็ดี ถ้าพิจารณาโดยทั่วไปแล้วจะเห็นว่าการวินิจฉัยเช่นนี้ไม่ถูกต้องเนื่องจากผู้พิพากษาในคดีนี้พิจารณาโดยเข้าใจผิดว่าคำวินิจฉัยในคดี *Punt v Symans & Co Ltd* ได้ถูกกลับแล้ว นอกจากนี้ การวินิจฉัยเช่นนี้ยังไม่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยต่อ ๆ มารวมทั้งข้อสังเกต (Dictum) ของผู้พิพากษา Lord Porter ในคดี *Southern Foundries (1926) Ltd v Shirlaw* [1940] A.C. 701, HL, ซึ่งในคดีดังกล่าว Lord Porter ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า ศาลจะไม่สั่งห้ามหรือไม่

สั่งให้บริษัทงดเว้นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญากับบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก

หลักฐานสนับสนุนเพิ่มเติมสำหรับแนวความคิดนี้มาจากผู้พิพากษา *Scott J.* ในคดี *Cumbrian Newspapers Group Ltd v Cumberland & Westmorland Herald Newspaper & Printing Co Ltd* [1986] B.C.L.C. at 305 ดังนี้

“ประการแรก ในความเห็นของเขาดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า โดยหลักแล้วสมาชิกของบริษัทมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทได้โดยใช้มติพิเศษ ดังนั้น หลักการอันเป็นที่ยอมรับกันก็คือว่าบริษัทไม่สามารถทำสัญญาที่เป็นการลิดรอนหรือกีดกันสิทธิในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทอันสมาชิกมีอยู่ตามสิทธิของตนได้ โปรดดู *Punt v Symons & Co Ltd* [1903] 2 Ch. 506.

ประการที่สอง ถ้าบริษัททำสัญญาว่าข้อบังคับของตนไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ถึงกระนั้น สมาชิกของบริษัทก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้มีการประชุมและมีมติพิเศษเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทได้

ประการที่สาม ถ้าข้อบังคับของบริษัทได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างมีเหตุผล บริษัทไม่สามารถละเว้นจากการทำหน้าที่ตามข้อบังคับที่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างมีเหตุผลดังกล่าวได้ แม้ว่าการทำหน้าที่ตามข้อบังคับดังกล่าวอาจนำไปสู่การฝ่าฝืนสัญญาที่บริษัทได้ผูกพันไว้ ในความเห็นของข้าพเจ้า หลักกฎหมายได้ถูกระบุไว้อย่างถูกต้องตรงตามข้อสังเกตที่ระบุไว้ในคดี *Southern Foundries (1926) Ltd v Shirlaw* [1940] 2 All E.R. 445 at 469, [1940] A.C. 701 at 740 ซึ่งเขากล่าวไว้ว่า

‘ดังนั้น ข้าพเจ้า (Lord Porter) เห็นว่าหลักการทั่วไป (The General Principle) อาจระบุได้ว่า ตัวบริษัทไม่สามารถป้องกันหรือไม่สามารถหลีกเลี่ยงจาก (Preclude From) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทได้ เนื่องด้วยเหตุนี้ บริษัทจึงมีอำนาจกระทำหน้าที่หรือปฏิบัติตามความในข้อบังคับที่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น แต่การกระทำตามหน้าที่หรือปฏิบัติตามความในข้อบังคับที่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงอาจเป็นการฝ่าฝืนสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้หากเป็นการขัดต่อข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญาที่ได้ทำขึ้นอย่างถูกต้องก่อนที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท’

ข้อกล่าวอ้างของนายโจทก์ที่ยื่นมาว่า ข้อสังเกตที่ระบุไว้ในคดี *Southern Foundries (1926) Ltd v Shirlaw* ไม่ได้ถือเป็นตัวอย่างของกฎหมายนั้น ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่ถูกต้อง (ผู้พิพากษา *Scott J.*) กล่าวคือผู้พิพากษา *Scott J.* เห็นว่า ข้อสังเกตที่ระบุไว้ในคดี *Southern Foundries (1926) Ltd v Shirlaw* ของผู้พิพากษา Lord Porter เป็นตัวอย่างของกฎหมายที่ถูกต้องแล้ว”

หลักการทั่วไป (The General Principle) ที่ว่าบริษัทไม่สามารถทำสัญญาในประการใด ๆ อันเป็นการลิดรอนหรือทำให้สูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจทั้งหลายที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย (Statutory Powers) นี้ยังได้รับการสนับสนุนเพิ่มเติมอีกในคดี *Russell v Northern Bank Development Corp Ltd* [1992] B.C.L.C. 1016.

วิธีการยับยั้งหรือป้องกันการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทที่ได้ผลและมีประสิทธิภาพ คือ การเข้าทำข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) กับผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนที่มีคะแนนเสียงเพียงพอที่จะขัดขวางหรือยับยั้งมติพิเศษได้ โดยตกลงกันว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในลักษณะเดียวกันเพื่อป้องกันการเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท การทำข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ดังกล่าวข้างต้นจะมีผลบังคับใช้ได้โดยการใช้สิทธิทางศาลต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายที่กระทำผิดสัญญา

(3) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในข้อบังคับของบริษัทต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของบริษัท (The Benefit of the Company as a Whole) แนวคำวินิจฉัยหรือแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานของศาล (Case Law) ในเรื่องนี้ล้วนเป็นที่ยอมรับกัน (Well-established) และผู้เขียนไม่ได้ตั้งใจจะกล่าวในรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับเรื่องนี้ในเนื้อหาส่วนนี้ แต่ก็พอจะกล่าวได้ว่า ถ้าเกิดผลของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทเป็นไปเพื่อให้ประโยชน์บางอย่างกับคนส่วนใหญ่หรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนส่วนน้อยหรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย โดยบริษัทไม่ได้ประโยชน์ใด ๆ เลย เช่นนี้แล้วศาลก็พร้อมที่จะเข้าไปแทรกแซงเมื่อมีคำร้องขอของคนส่วนน้อยหรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย

(4) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือความยินยอมของผู้ถือหุ้นทุกรายแม้จะไม่ใช่ลายลักษณ์อักษรก็เป็นสิ่งที่ศาลทั้งหลายยอมรับในฐานะที่เป็นการกระทำในนามบริษัท (As a Corporate Act) และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือความยินยอมของผู้ถือหุ้นทุกรายแม้จะไม่ใช่ลายลักษณ์อักษรก็อาจมีผลทำให้ข้อบังคับของบริษัทถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หลักการที่ได้รับการยอมรับ (The Assent Principle) ได้ถูกสร้างขึ้นจากคำพิพากษาในหลาย ๆ คดี หนึ่งในคดียุคนี้เช่น *Re Duomatic Ltd* [1969] 2 Ch. 365. ศาลจะมีการพิจารณาหรือคำนึงถึงหลักฐานการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจากการยินยอมของสมาชิกในระยะเวลาอันยาวนาน (The Acquiescence of the Members Over a Long Period of Time)

สำหรับในคดี *Cane v Jones* [1981] 1 All E.R. 533 คือคดีที่วางหลักว่า การตกลงหรือความยินยอมพร้อมใจของสมาชิกทุกคนนั้น (An Agreement by All the Members) เป็นการเพียงพอที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท แม้ว่าจะยังไม่ได้รับมติพิเศษก็ตาม (Sufficient to Alter the Articles, Notwithstanding that a Special Resolution Has Not Been Passed.) การตกลงหรือความยินยอมพร้อมใจของสมาชิกทุกคนดังกล่าวได้รับการยอมรับตาม

กฎหมายแล้ว (Statutory Recognition) เนื่องจากขณะนี้การตกลงดังกล่าวสามารถนำไปจดทะเบียนได้ตามมาตรา 380(4)(c) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 (ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 29, 30)

ประการที่ 5 ปัจจัยในเรื่องของจำนวนคู่สัญญาและระยะเวลา

ถ้าจำนวนผู้ถือหุ้นนั้นมีจำนวนมาก สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะกลายเป็นเอกสารซึ่งควบคุมได้ยากและใช้งานได้ยากลำบาก (An Unwieldy Document) และด้วยเหตุนี้ ถ้าผู้ถือหุ้นนั้นมีจำนวนมากมันจึงอาจเป็นการดีกว่าที่จะใช้ข้อบังคับของบริษัท

บริษัทต้องมีการจัดตั้งข้อบังคับของบริษัทขึ้นตราบนานเท่าที่บริษัทยังดำรงคงอยู่ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายตามที่กำหนดไว้ในแบบตัวอย่างข้อบังคับของบริษัทหรือข้อบังคับต้นแบบ (Table A) ในทางตรงกันข้าม สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นสามารถถูกทำขึ้นหรือไม่ก็ได้โดยสมาชิกและสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจถูกยกเลิกเมื่อใดก็ได้ ซึ่งบางครั้งสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงได้ให้ความยืดหยุ่นและความคล่องตัวในระดับที่มากกว่าข้อบังคับของบริษัท (A Greater Degree of Flexibility) อย่างไรก็ตาม ก็ต้องใช้ความระมัดระวังเมื่อมีการสิ้นสุดหรือการยุติลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นในเรื่อง สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อบังคับของบริษัท และการสิ้นสุดลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ความมีผลต่อเนื่องของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือการต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (The Perpetuation of a Shareholders' Agreement) โดยการให้สมาชิกใหม่ทุกคนต้องผูกพันตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นเป็นสิ่งที่บังคับได้ (Is Enforceable) กฎเกณฑ์ในเรื่องการดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องหรือความมีผลต่อเนื่องของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยไม่มีที่สิ้นสุดนี้ไม่ใช่บังคับกับสัญญาเฉพาะตัวหรือสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนตัว (Personal Contracts) ยกเว้นกรณีที่มีการกำหนดถึงการโอนการครอบครองทรัพย์สินมีเงื่อนไข (Contingent Dispositions of Property) ไว้ด้วย

ข้อดีและข้อเสียของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้กล่าวมานั้นไม่ได้มีเพียงแค่ 5 ประการนี้เท่านั้น ยังมีข้อดีและข้อเสียของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร และเรื่องอื่น ๆ อีกด้วยแต่ผู้เขียนขออนุญาตไม่กล่าวถึง

อนึ่ง เมื่อได้ทราบถึงข้อดีและข้อเสียของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและปัจจัยต่าง ๆ ที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจว่าจะนำข้อกำหนดหรือข้อตกลงไประบุไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือข้อบังคับของบริษัทดีกว่ากันแล้ว ต่อไปจะได้อธิบายถึงเรื่อง ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) ซึ่งย่อมาหมายความว่าความรวมถึงข้อตกลงตั้งกรรมการด้วย

ข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement)

ข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) นั้นอาจเรียกอีกอย่างได้ว่าเป็น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement)

ซึ่งก็คือ สัญญาระหว่างหรือในหมู่ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนในฐานะที่รวมกันเป็นกลุ่ม หรือเป็นในแนวทางเดียวกัน หรือจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนเพื่อขัดขวางหรือยับยั้งวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งตามที่กำหนด สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทนี้ได้รับการยอมรับในกฎหมายอังกฤษเป็นเวลากว่าร้อยปีแล้ว¹⁹⁴

ผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) หรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) นี้ตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่จะแสดงเจตนาอย่างเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น เรื่องการตั้งกรรมการของบริษัท (Act as a Unit in Voting Director of the Company) และอาจตกลงยอมรับหรือเห็นชอบในเรื่องอื่น ๆ อีกได้¹⁹⁵

อย่างไรก็ตาม การตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในลักษณะเช่นนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า หากข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวมีการกำหนดค่าตอบแทนที่เพียงพอตามหลักกฎหมายอังกฤษด้วย¹⁹⁶ แต่ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์แล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันนี้ไม่มีแบบ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญา¹⁹⁷ และอาจจะตกลงโดยมีวัตถุประสงค์อย่างใดก็ได้ที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็น

¹⁹⁴ *Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch 530 and *Puddephatt v Leithi* [1916] 1 Ch 200 although arguably the recognition given by those cases is obiter dicta and in this country there has been no statutory development and no case law until *Russell v Northern Bank Development Corpn Ltd* [1992] 3 All ER 161. On tax matters see *Booth v Ellard* [1980] 3 All ER 569.

¹⁹⁵ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 20, p.24 (explaining that “[a] type of shareholders’ agreement called a ‘pooling agreement’ (or a contract between or among shareholders to vote their shares as a unit or block for specified objectives), was recognised in English law almost a century ago. The shareholder parties to the agreement agree to act as a unit, for example, in managing the company and may agree a right of pre-emption amongst themselves, giving each other an option to purchase any shares another party may be selling.”).

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp.24, 30 – 32 (explaining that “[p]rovided, contractually, there is sufficient consideration.”).

¹⁹⁷ *Ibid.*, p.25 (explaining that “[a]t common law pooling agreements by shareholders do not need to be in writing or signed by the parties and may be used

การเลือกตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเพื่อให้เป็นคณะกรรมการของบริษัทที่มีอำนาจควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัททั้งหมด¹⁹⁸

ผู้ถือหุ้นอาจทำการรวมผลประโยชน์และอำนาจในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนกันได้เพื่อการรักษาอำนาจควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท หรือเพื่อให้แน่ใจว่าการดำเนินธุรกิจของบริษัทจะได้ดำเนินไปตามนโยบายที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น¹⁹⁹

ผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) หรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) ดังกล่าวแม้ตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนอย่างเฉพาะเจาะจงหรือที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่ในระหว่างผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันทั้งหลายนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์กันตามหลักเรื่องตัวการ-ตัวแทน²⁰⁰ โดยที่ผู้ถือหุ้นในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันดังกล่าวแต่ละคนยังคงมีหรือยังคงไว้ซึ่งความเป็นเจ้าของในหุ้นทั้งหลายนั้น และผูกพันผู้ถือหุ้นที่จะต้องใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนอย่างเฉพาะเจาะจงต่อเรื่องใดตกลงกันไว้ หรือต้องใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน

for any legitimate purpose from electing directors to gaining complete corporate control.”) In contrast, In most jurisdiction in the US the Business Corporation Laws require that the agreement be in writing and signed to be valid and enforceable between the parties.

¹⁹⁸ Again, some of the US jurisdictions limit by statute the permissible use of pooling agreements by shareholders to (for example) only the election of directors. Other more liberal States (like New York) permit (written, signed pooling agreements) to be effective in exercising any voting rights as provided in the agreement or as they may agree or as determined in accordance with a procedure agreed upon by them (such as arbitration, majority vote or some other conflict-resolving method).

¹⁹⁹ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 20, p.24 (explaining that “(Shareholders may combine their interests and voting power even to the extent of securing control of the company or to ensure the adoption of or adherence to a specific policy or course of business by the company.)”).

²⁰⁰ *Ibid.*, p.25 (explaining that “[t]he shareholders parties to such an agreement agree to vote in a particular way; there is no principal-agent relationship between the shareholders who are parties to it. Unlike the proxy who is an agent.”).

เลือกบุคคลตามที่ได้มีการกำหนดตกลงไว้โดยเฉพาะเท่านั้น²⁰¹ ดังนั้น จึงมีนักวิชาการและนักกฎหมายอธิบายว่า การตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่รวมผลประโยชน์และอำนาจในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายของบริษัท การดำเนินธุรกิจของบริษัท การเลือกตั้งกรรมการและพนักงานทั้งหลายของบริษัททั้งหลายเหล่านี้จึงไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน²⁰²

อนึ่ง สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะมีผลผูกพันตามหลักในเรื่องสัญญา ตราบใดที่สัญญานั้นไม่ได้มีความขัดหรือแย้งกับเอกสารจัดตั้งบริษัท อันได้แก่ หนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับของบริษัท หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ และกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษ (UK Company Legislation) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญานั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือต้องไม่เป็นการทุจริตฉ้อฉล หรือต้องไม่ส่งผลกระทบอย่างไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างน้อย²⁰³

แม้ว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจำนวนมากจะมีข้อตกลงเกี่ยวกับการออกเสียงลงคะแนนหรือลงมติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นพิเศษ ผู้ถือหุ้นอาจผูกพันตนเองว่าจะออกเสียงลงคะแนนในเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือทางหนึ่งทางใดก็ได้ ถ้าผู้ถือหุ้นประสงค์เช่นนั้น ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนดังกล่าวสามารถตกลงทำกับผู้ถือหุ้นรายอื่น ๆ หรือบุคคลภายนอกก็ได้ และยังสามารถตกลงเกี่ยวข้องกับเรื่องที่เฉพาะเจาะจงได้หรืออาจเป็นการผูกพันที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตามความประสงค์ของผู้อื่นก็ได้ โดยมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้²⁰⁴

(1) ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) มีผลบังคับใช้ในระหว่างคู่สัญญา ซึ่งอาจจะเป็นทั้งข้อห้าม (*Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch. 530) โดยการทำให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถออกเสียงลงคะแนนไปในทางที่เป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงได้ หรือมีผล

²⁰¹ *Ibid.*, p.25 (explaining that “[e]ach shareholder, party to the pooling agreement, retains full ownership of his or her shares and binds him or herself only to vote in a specific way or for a specific person.”).

²⁰² *Ibid.*, p.24 (explaining that “[i]t is not against public policy for shareholders to unite upon company policy or action or on the officers to be elected.

²⁰³ *Ibid.*, p.24 (explaining that “[s]uch agreements will be binding so long as they are not in conflict with the company’s constitution, the common law or UK company legislation and, in particular, do not unfairly prejudice or fraudulently or inequitably affect the minority shareholders.”).

²⁰⁴ John Cadman, *supra* note 129, pp.27 – 29.

เป็นการห้ามหรือยับยั้งผู้ถือหุ้นจากการออกเสียงลงคะแนนที่ฝ่าฝืนข้อตกลง หรือเป็นข้อบังคับ (*Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch. 200) โดยการบังคับให้เขาลงคะแนนเสียงให้สอดคล้องกับความประสงค์ของคู่สัญญาอีกฝ่าย²⁰⁵

(2) ผลหรืออิทธิพลของข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) ที่มีต่อบริษัทจะขึ้นอยู่กับอำนาจควบคุมการลงคะแนนเสียง (The Voting Control) ซึ่งผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวข้องนั้นสามารถใช้สิทธิได้²⁰⁶

(3) ในฐานะที่บริษัทมีความเกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นที่จดทะเบียน (Registered Shareholders) บริษัทจึงต้องผูกพันที่จะยอมรับการออกเสียงลงคะแนนแม้ได้กระทำโดยฝ่าฝืนข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Contravention of a Voting Agreement) ฉะนั้นเมื่อมีการออกเสียงลงคะแนนดังกล่าวผิดไปจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการที่บริษัทไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ อย่างไรก็ตาม บริษัทอาจเข้าร่วมเป็นคู่สัญญากับข้อตกลงดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดผลประการใด ๆ ตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น²⁰⁷

(4) ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) ซึ่งไม่ได้เข้าข่ายเป็นการโอนซึ่งผลประโยชน์ในหุ้น โดยปกติจะไม่ถูกถือว่าเป็นเรื่องสิทธิที่จะซื้อก่อน (A Pre-emption Clause)²⁰⁸ ดังนั้น หากบริษัทประสงค์จะขัดขวางหรือกีดกันการโอนอำนาจการ

²⁰⁵ *Ibid.*, p.24 (explaining that “[a] voting agreement is enforceable between the parties by injunction, which may be either prohibitive (*Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch. 530), preventing the shareholder from voting in contravention of the agreement, or mandatory (*Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch. 200) compelling him to vote in accordance with the wishes of the other party.”).

²⁰⁶ *Ibid.*, p.24 (explaining that “[t]he effect of the voting agreement on the company will depend upon the voting control which the shareholder concerned can exercise.”).

²⁰⁷ *Ibid.*, p.24 (explaining that “[a]s a company is concerned with its registered shareholders, it will be bound to accept a vote made in contravention of a voting agreement; the remedy for the breach will lie between the parties to the agreement. However, the company could be joined in as a party to the agreement for the purpose of giving effect to its terms.”).

²⁰⁸ *Ibid.*, pp.64 – 74.

ควบคุมและบริหารจัดการบริษัทที่อยู่ในหุ้นด้วยวิธีการเพิกถอนสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน บริษัทควรนำบทบัญญัติหรือข้อกำหนดในเรื่อง การเพิกถอนหรือการตัดสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนของบุคคล (A Disenfranchisement)²⁰⁹ มาใช้²¹⁰ หรืออีกวิธีหนึ่งคือบริษัทสามารถกำหนดห้ามไม่ให้มีข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนที่แตกต่างหากออกจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหลักนั้น²¹¹ เว้นแต่จะตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นฉบับนั้นเอง²¹²

²⁰⁹ Merriam-Webster, “Definition of Disenfranchise,” Retrieved on June 9, 2017, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/disenfranchise>.

²¹⁰ John Cadman, *supra note 129*, p.359 (providing that: “[e]xcept with the prior written agreement of all the other members, no member who has agreed to cast any of the voting rights exercisable in respect of any of the shares held by him in accordance with the directions, or subject to the consent of, any other person (including another member) shall be entitled during the Relevant Period (as hereinafter defined) to exercise any of the voting rights attached to any of the share registered in his name from time to time or to be present or reckoned in a quorum at any general meeting and any resolution passed at any such meeting during the Relevant Period which would not have been passed but for the vote(s) of such member cast in contravention of the provisions of this paragraph shall be null and void and of no effect.”).

²¹¹ *Ibid.*, p.28 (explaining that “[a] voting agreement (which is not ancillary to any transfer of an interest in shares) will not normally be caught by a pre-emption clause. Thus, if a company wishes to discourage transfers of control over its shares in this way, it should adopt a disenfranchisement provision. Alternatively, separate voting agreements could be prohibited by a shareholders’ agreement (except as provided for in the shareholders’ agreement itself).”).

²¹² *Ibid.*, p.322 (providing that: “(1) The Company undertakes with each of the Shareholders to be bound by and comply with the terms and conditions of this Agreement insofar as the same relate to the Company and to act in all respects as contemplated by this Agreement.

(2) The Shareholders undertake with each other to exercise their powers in relation to the company so as to ensure that the Company fully and promptly

(5) หน้าที่หรือความผูกพันเฉพาะตัวของผู้ถือหุ้นที่จะต้องออกเสียงลงคะแนนตามความประสงค์ของอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นจะสิ้นสุดลงเมื่อผู้ถือหุ้นคนดังกล่าวได้จำหน่ายจ่ายโอนซึ่งหุ้นนั้น และโดยปกติแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็ไม่มีข้อความใดที่จะทำให้เข้าใจได้ว่าผู้ถือหุ้นมีหน้าที่หรือความผูกพันที่จะไม่จำหน่ายจ่ายโอนซึ่งหุ้นของเขา ด้วยเหตุนี้ เมื่อเข้าทำข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงควรตรวจดูให้แน่ใจด้วยว่ามีการตกลงกันในเรื่องการห้ามหรือจำกัดสิทธิในการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นหรือไม่ เพราะในกรณีดังกล่าวข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นย่อมจะไม่มีผลผูกพันบุคคลซึ่งเป็นผู้รับโอนหุ้นแม้จะได้มีการส่งคำบอกกล่าวให้แก่ผู้รับโอนด้วยก็ตาม ดังนั้น เพื่อที่จะให้ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังคงมีผลบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป จึงควรอย่างยิ่งที่จะกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งหุ้นลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วย²¹³

(6) ความมีประสิทธิภาพของข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนขึ้นอยู่กับผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงที่สามารถใช้สิทธิออกเสียงอย่างไรก็ได้ตามที่เขาเห็นสมควร การใช้

observes, performs and complies with its obligations under this Agreement and the Articles.

(3) Each Shareholder undertakes with each of the other parties hereto that, whilst he remains a party to this Agreement, he will not (except as expressly provided for in this Agreement) agree to cast any of the voting rights exercisable in respect of any of the shares held by him in accordance with the directors, or subject to the consent of, any other person (including another Shareholder).”).

²¹³ *Ibid.*, p.28 (commenting that “[i]t seems that a personal undertaking by a shareholder to vote in accordance with the wishes of another will cease to have effect on a transfer of the shares in question and that there is no implied term that the shareholder undertakes not to transfer his shares so as to ensure that the other party is not deprived of his right under the voting agreement (*Greenhalgh v Mallard* [1943] 2 All E.R. 234). Neither will the voting agreement be binding on transferees in such circumstances, even with notice. Thus, in order for a voting agreement to continue to be effective, it should be accompanied by a restriction of the transfer of the shares.”).

สิทธิออกเสียงตามที่เขาเห็นสมควรนี้เป็นหลักการทั่วไปที่ศาลได้ให้การสนับสนุนคำจูน²¹⁴ (ศึกษา รายละเอียดเพิ่มเติมจากคดีเหล่านี้ *Northwest Transportation Co Ltd v Beattie* [1887] 10 App.Cas. 589, *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1942] 1 All E.R. 378 and *Northern Counties Securities v Jackson & Steeple* [1974] 1 W.L.R. 1133) อย่างไรก็ตาม ในคดีบางเรื่องนั้นศาลจะเข้าแทรกแซงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น เช่น

(ก) กรณีที่ผู้ถือหุ้นได้ถือหุ้นมากกว่า 1 ประเภท ผู้ถือหุ้นรายนั้นอาจจะไม่ได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของเขาในฐานะที่เป็นเจ้าของหุ้นประเภทแรก ขณะที่ใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นประเภทอื่น ๆ นั้น²¹⁵

(ข) กรณีที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากเอาเปรียบผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ฉะนั้น ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากในบริษัทต้องไม่ใช้อำนาจในการออกเสียงลงคะแนนกดขี่หรือบีบบังคับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย²¹⁶

(ค) กรณีที่มติแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทจะถูกฟ้องร้องหรือถูกเพิกถอนได้ (Will Be Impeached) ถ้าผลของมตินั้นเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากและผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย โดยเลือกให้ประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยถูกตัดหรือถูกกลืนสิทธิ²¹⁷

²¹⁴ *Ibid.*, p.28 (commenting that “[t]he effectiveness of a voting agreement depend upon the holder of voting rights being able to exercise his votes as he thinks fit. This is a general principle which the courts have been willing to uphold.”).

²¹⁵ *Ibid.*, p.29 (explaining that “[w]here a shareholder holds shares of more than one class, he may not consider his interests as a holder of one class while exercising the voting rights attaching to the shares of another class (*Re Holders Investment Trust Ltd* [1971] 1 W.L.R. 583)”).

²¹⁶ *Ibid.*, p.29 (explaining that “[t]he holders of a majority of the shares in a company must not use their voting power to oppress the minority (see, e.g. *Cook v Deeks* [1916] A.C. 554, *Brown v British Abrasive Wheel* [1919] 1 Ch. 290 and *Clemens v Clemens Brothers Ltd* [1976] 2 All E.R. 268)”).

²¹⁷ *Ibid.*, p.29 (explaining that “[a] resolution to alter the articles of association will be impeached if the effect of it is to discriminate between the majority shareholders and the minority shareholders so as to give the former an advantage of which the latter are deprived (*Greenhalgh v Arderne Cinemas Ltd* [1951] Ch. 286)”).

(ง) การใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนที่อาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมหรือการปฏิบัติด้วยความลำเอียงอย่างไม่เป็นธรรมหรืออย่างไม่ถูกต้องต่อประโยชน์ของสมาชิกซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างน้อย (Unfairly Prejudicial Conduct) ตามเจตนารมณ์ของมาตรา 459 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985²¹⁸ (ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 994)²¹⁹

(จ) ในพฤติการณ์พิเศษ ศาลจะยับยั้งผู้ถือหุ้นจากการออกเสียงลงคะแนนในบางลักษณะถ้าการออกเสียงลงคะแนนนั้นจะเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในพฤติการณ์พิเศษจะปรากฏในกรณี เช่น กรณีที่ผู้ถือหุ้นมีความประสงค์หรือเจตนาแอบแฝงในการสร้างแรงกดดันต่อเจ้าหนี้ (Ulterior Motive for Putting Pressure on the Creditor) หรือเพราะผู้ถือหุ้นได้กระทำการออกเสียงลงคะแนนไปโดยไม่มีเหตุผลรองรับหรือโดย

²¹⁸ *Ibid.*, p.29 (explaining that “[t]he exercise of voting rights may amount to unfairly prejudicial conduct for the purposes of s.459 of the Act (see the comments of Gibson J. in *Re Ringtower Holdings plc* (1989) 5 B.C.C. 82”).

²¹⁹ CA 2006, s 29 specifies:

994 Petition by company member

(1) A member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part on the ground—

(a) that the company’s affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself), or

(b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial.

(2) The provisions of this Part apply to a person who is not a member of a company but to whom shares in the company have been transferred or transmitted by operation of law as they apply to a member of a company.

(3) In this section, and so far as applicable for the purposes of this section in the other provisions of this Part, “company” means—

(a) a company within the meaning of this Act, or

(b) a company that is not such a company but is a statutory water company within the meaning of the Statutory Water Companies Act 1991 (c. 58).

ปราศจากเหตุผลอันสมควร (Simply Not Rational in His Conduct) ศึกษาเพิ่มเติมได้จากคดี *Standard Chartered Bank v Walker, TSB Bank plc v Walker* [1992] B.C.L.C. 603

ในเบื้องต้นนั้นคดี *Standard Chartered Bank v Walker, TSB Bank plc v Walker* ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เป็นกรณีที่บริษัทตกอยู่ในภาวะประสบปัญหาทางการเงินเฉียบพลันหรือวิกฤติทางการเงิน (Acute Financial Difficulties) ศาลได้ทำการยับยั้งหรือระงับผู้ถือหุ้นบางรายจากการออกเสียงลงคะแนนเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากการออกเสียงลงคะแนนที่เป็นไปเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ ซึ่งได้รับการเสนอหรือสนับสนุนจากธนาคารเจ้าหนี้ ซึ่งอาจสรุปได้ว่า การออกเสียงลงคะแนนเพื่อขัดขวางหรือการทำให้การฟื้นฟูกิจการไม่สำเร็จนั้นเป็นการกระทำที่ไร้ประโยชน์ (Obstructing the Reconstruction Was so Pointlessly Harmful) เพราะว่าการขัดขวางดังกล่าวเสมือนเป็นการจงใจทำให้สินทรัพย์กระจายสูญหายไปโดยไม่เกิดประโยชน์ และเสมือนเป็นการทำให้หลักทรัพย์อื่นที่ธนาคารเจ้าหนี้ถือหรือยึดไว้นอกเหนือไปจากหุ้นถูกทำลายหรือถูกทำให้ด้อยค่าลงโดยไม่มี ความจำเป็นจากการที่บริษัทต้องเลิกกิจการหรือล้มละลายไป²²⁰

3.3 ผลทางกฎหมายในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

เมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อที่ผู้ถือหุ้นได้ร่วมกันจัดทำข้อตกลงขึ้นมาเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ในระหว่างกัน และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้มีผลใช้บังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว สัญญาย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างต่อผู้ถือหุ้นใน

²²⁰ John Cadman, *supra* note 129, p.29 (explaining that “[i]n exceptional circumstances, the court will restrain a shareholder from voting in a particular way if it would be injurious to a creditor’s interests. Such exceptional interests will exist, e.g. where the shareholder has some ulterior motive for putting pressure on the creditor or because he is simply not rational in his conduct (see *Standard Chartered Bank v Walker, TSB Bank plc v Walker* [1992] B.C.L.C. 603 where, in respect of a company which was in acute financial difficulties, the court restrained certain shareholders from voting otherwise than in favour of a restructuring proposal supported by its bankers, where it was concluded that obstructing the reconstruction was so pointlessly harmful that it would amount to a wilful dissipation of assets and the security which the bank held over other shares in the company would be destroyed needlessly by the company collapsing.”).

ฐานะที่เป็นคู่สัญญา มีผลทำให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมีฐานะเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ประโยชน์ หรือเสียประโยชน์หรือทั้งสองอย่าง นอกจากนี้ คู่สัญญายังมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลง ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น มิฉะนั้นอาจถูกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งดำเนินการฟ้องเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามได้

ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ประเด็น²²¹ ได้แก่

3.3.1 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา

ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา กล่าวคือ เมื่อสัญญามีผลใช้บังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้วย่อมก่อให้เกิดผลผูกพันต่อผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นให้ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ได้แสดงเจตนาไว้ในสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา คู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้น และหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ คู่สัญญาอีกฝ่าย ย่อมมีสิทธิเรียกร้อง และสามารถใช้สิทธิเรียกร้องที่มีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมายในเรื่องอายุความ สิทธิเรียกร้องในกรณีนี้ไม่มีกฎหมายกำหนดอายุความไว้เป็นพิเศษ จึงต้อง ใช้อายุความ 10 ปีนับแต่เวลาที่เกิดสิทธิเรียกร้อง อันเป็นอายุความทั่วไปตามมาตรา 193/30 ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นย่อมผูกพันเฉพาะคู่สัญญาที่ได้มาทำการตกลงทำ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเท่านั้น ตามหลักกฎหมายสัญญาแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่อาจผูก บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่สัญญาได้ เพราะหนี้จากสัญญาดังกล่าวนั้นเป็นสิทธิเหนือบุคคล และผลของ สัญญาที่เกิดขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยสัญญานั้นจะมีผลใน 2 ทาง คือ ผลในทางหนี้ และ ผลในทางทรัพย์สิน²²² ซึ่งข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะก่อให้เกิดผลในทางหนี้คือการกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ เพื่อให้เกิดประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกันในระหว่างคู่สัญญา และเป็นสิ่งที่ หลีกเลี่ยงไม่ได้ว่าการที่คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะได้ประโยชน์นั้นย่อมมีผลโดยตรงต่อบริษัท ที่คู่สัญญานั้นเป็นผู้ถือหุ้นอยู่²²³

²²¹ ปิติพงศ์ อาชามงคล, “ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2544), น.88.

²²² ไชยยศ เหมรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, น.349, อ้างถึงใน ปิติพงศ์ อาชามงคล, อ้าง แล้ว เจริญธรรมที่ 221, น.82.

²²³ ปิติพงศ์ อาชามงคล, เพ็ญอ้าง, น.91.

3.3.2 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยบริษัท

ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยบริษัท กล่าวคือ ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จัดทำขึ้นนั้นอาจแบ่งได้ทั้งกรณีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จัดทำขึ้นภายใต้บริษัทจำกัด กรณีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จัดทำขึ้นภายใต้บริษัทมหาชนจำกัด และกรณีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จัดทำขึ้นภายใต้บริษัทจดทะเบียน²²⁴ แต่ที่นี้ผู้ศึกษามีขอบเขตการศึกษา อยู่เฉพาะในบริษัทจำกัด จึงขออนุญาตกล่าวเฉพาะผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จัดทำขึ้นภายใต้ บริษัทจำกัดแต่เพียงเท่านั้น ซึ่งอาจแบ่งพิจารณาได้เป็น 3 ประการ²²⁵

3.3.2.1 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อบริษัท

(1) กรณีผู้ถือหุ้นเป็นคู่สัญญา

กล่าวคือโดยปรกติแล้วผู้ถือหุ้นและบริษัทต่างมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายบริษัทกำหนด ผู้ถือหุ้นมีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ในบริษัท เช่น สิทธิในการออกเสียงลงคะแนน สิทธิในการได้รับเงินปันผล แต่ก็มีหน้าที่ที่จะต้องชำระเงินค่าหุ้นให้ครบถ้วนด้วย เป็นต้น และบริษัทก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายลักษณะบริษัท หนังสือบริคณห์สนธิ รวมทั้งข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมของผู้ถือหุ้น

เมื่อมีการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นกันเองโดยบริษัทไม่ได้เป็นคู่สัญญา หากพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาย่อมเป็นไปตามหลักที่ว่า สัญญาผูกพันเฉพาะคู่สัญญา แต่ไม่ผูกพันบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญา บริษัทจึงไม่มีหน้าที่ใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้น ด้วยเหตุนี้ คู่สัญญาจึงมักจะได้นำเอาบริษัทเข้ามาผูกพันเป็นคู่สัญญาด้วย เพื่อให้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผูกพันบริษัท

แต่หากพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยบริษัทจะเห็นได้ว่าแม้บริษัท ไม่ได้เป็นคู่สัญญาด้วยก็ตาม แต่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นย่อมก่อให้เกิดผลโดยอ้อมต่อบริษัทอันเกิดจาก สิทธิของผู้ถือหุ้นที่มีอยู่ในบริษัทนั้น²²⁶ กล่าวคือ คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิเรียกร้อง โดยตรงต่อบริษัทแต่การดำเนินการบางอย่างตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจจะต้องดำเนินการโดย ผ่านหรืออาศัยบริษัท ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม ในการ ใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตด้วย²²⁷

²²⁴ เพิ่งอ้าง, น.90 – 95.

²²⁵ เพิ่งอ้าง, น.91.

²²⁶ เพิ่งอ้าง, น.91.

²²⁷ เพิ่งอ้าง, น.91.

(2) กรณีผู้ถือหุ้นเป็นคู่สัญญา และบริษัทเป็นคู่สัญญาร่วมด้วย

เมื่อบริษัทได้เข้ามาอยู่ในฐานะเป็นคู่สัญญาด้วยในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น บริษัทย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่อาจใช้สิทธิหรืออาจถูกเรียกร้องให้ปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาได้ แต่ต้องพึงระวังด้วยว่าบริษัทสามารถเข้าผูกพันตามข้อตกลงที่มีอยู่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้เฉพาะข้อตกลงที่อยู่ภายในขอบเขตและอำนาจของหนังสือบริคณห์สนธิและวัตถุประสงค์ของบริษัทเท่านั้น หากบริษัทเข้าผูกพันตามข้อตกลงที่ไม่อยู่ภายในขอบเขตและอำนาจของหนังสือบริคณห์สนธิและวัตถุประสงค์ของบริษัท การนั้นย่อมไม่ผูกพันบริษัท และบริษัทก็ไม่อาจให้สัตยาบันในนิติกรรมสัญญาดังกล่าวได้²²⁸ ในแง่นี้อาจกล่าวได้ว่าความผูกพันตามหลักกฎหมายสัญญาถูกจำกัดลงโดยความผูกพันตามหลักกฎหมายบริษัท

3.3.2.2 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อผู้ถือหุ้นอื่นของบริษัท

ในกรณีนี้ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยถ้าพิจารณาตามหลักกฎหมายสัญญา ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาก็ย่อมไม่ถูกผูกพันใด ๆ แต่หากพิจารณาตามหลักกฎหมายบริษัทแล้ว ผลที่เกิดขึ้นจะแตกต่างออกไปกล่าวคือว่าในบริษัทนั้นจะต้องอาศัยหลักเสียงข้างมากในการตัดสินใจ ฉะนั้นกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยและแพ้ในการออกเสียงลงคะแนน ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายข้างน้อยนั้นย่อมถูกผูกพันตามหลักการลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งอาศัยหลักเสียงข้างมากไปโดยปริยาย อย่างไรก็ตาม การประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อหามติในวาระใดวาระหนึ่งนั้นจะต้องได้ปฏิบัติตามข้อบังคับของบริษัทและได้ปฏิบัติตามกฎหมายแล้วด้วย มติดังกล่าวจึงจะมีผลผูกพันต่อผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัท

3.3.2.3 ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อบุคคลภายนอก

บุคคลภายนอกไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อผู้ถือหุ้น ต่อบริษัท และต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ดังนั้น ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นย่อมไม่มีผลผูกพันใด ๆ ต่อบุคคลภายนอก และไม่ทำให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ใด ๆ ต่อบุคคลภายนอก และยังมีผู้เห็นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้จะเป็นผลต่อบุคคลภายนอกตามหลักสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกก็ไม่ได้ เพราะกฎหมายมิได้มีบทบัญญัติให้อำนาจไว้²²⁹ อย่างไรก็ตาม หากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้จัดทำขึ้นนั้นไปส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกสัญญา อาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็เป็นได้ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 3402/2548 ได้วินิจฉัยไว้

²²⁸ เพ็ญอ้าง, น.92.

²²⁹ เพ็ญอ้าง, น.93.

บทที่ 4

สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ในทางธุรกิจเอกชนได้มีการดำเนินการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไว้ด้วยวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น ในการร่วมกันลงทุนตั้งกิจการร่วมค้าชนิดที่จดทะเบียนเป็นบริษัท ผู้ถือหุ้นของบริษัทอาจมีการตกลงกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตนว่าจะร่วมมือกันลงคะแนนเสียงจัดการบริษัทไปในทางหนึ่งทางใด สัญญาดังกล่าวอาจเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง หรือบริษัทอาจเข้ามาร่วมตกลงเป็นคู่สัญญาก็ได้เนื่องจากบริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น

เหตุผลที่ต้องมีการตกลงกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นเอาไว้ก่อน เนื่องจากว่าสิทธิหน้าที่บางเรื่องอาจจะเขียนไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้ โดยสิทธิหน้าที่ที่อาจจะเขียนไว้ในข้อบังคับได้จะต้องเป็นเรื่องทั่ว ๆ ไปเกี่ยวกับการวางระเบียบความสัมพันธ์ภายในบริษัท เช่น กำหนดจำนวนกรรมการ วิธีการเรียกประชุมกรรมการ และผู้มีสิทธิเรียกประชุม เป็นต้น แต่สิทธิหน้าที่บางเรื่องอาจจะเขียนไว้ในข้อบังคับไม่ได้

ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดจำนวนกรรมการนั้นจะกำหนดว่ากรรมการต้องมาจากการเสนอชื่อของผู้ถือหุ้นบางคนเป็นจำนวนกี่คนไว้ในข้อบังคับของบริษัทไม่ได้ เพราะไม่ได้เป็นการกำหนดในลักษณะที่เป็นเรื่องทั่วไป ฉะนั้น ข้อตกลงใดที่ไม่สามารถเขียนไว้ในข้อบังคับได้ ก็มักจะมีการนำข้อตกลงนั้นมาเขียนกันไว้ในสัญญา ซึ่งสัญญาดังกล่าวนี้นี้เรียกว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders’ Agreement)”

การร่วมทุนกันตั้งองค์กรธุรกิจรูปแบบบริษัทนั้นผู้ถือหุ้นมักจะมีการตกลงกันในเรื่องสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ เอาไว้ก่อนโดยเฉพาะในเรื่อง “การแต่งตั้งกรรมการ” เมื่อเจรจาตกลงกันได้แล้วจึงค่อยไปจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทตามที่ได้ตกลงกันไว้ ดังนั้น ในการร่วมลงทุนของผู้ถือหุ้นจึงมีอย่างน้อย 2 สัญญาที่เกิดขึ้น ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กับ สัญญาจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท

“กรรมการ” เป็นบุคคลที่มีความสำคัญเนื่องจากจะเป็นผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคล ซึ่งโดยปกติแล้วบุคคลที่มีสิทธิแต่งตั้งกรรมการคือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจะเป็นผู้เสนอชื่อและออกเสียงลงคะแนนแต่งตั้งกรรมการ ฉะนั้น ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างมากก็จะแต่งตั้งกรรมการขึ้นมาตามคะแนนเสียงของฝ่ายข้างมาก แต่หากผู้ถือหุ้นต้องการตกลงกันไว้ก่อนเพื่อให้ตัวกรรมการมาจากกลุ่มผู้ถือหุ้นบางคน ก็อาจมีการตกลงกันในเรื่องดังกล่าวไว้ก่อนที่จะมีการตั้งบริษัท

เมื่อมีการตกลงกันไว้ก่อนประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นคือว่า ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้จะใช้ได้หรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) คดีระหว่าง ธนาคารสแตนดาร์ดชาร์เตอร์ดนครธน จำกัด

(มหาชน) กับพวกในฐานะผู้ร้องขอ บริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด ผู้ร้อง (ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทลูกหนี้) และบริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด ในฐานะ ลูกหนี้ ศาลฎีกาได้มีการตั้งประเด็นว่าข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในส่วนที่กำหนดให้ บริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) มีหน้าที่ต่อบริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด (ผู้ร้อง) ซึ่งหมายถึงผู้ ถือหุ้นนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ เพียงใด

โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า คดีนี้ที่ผู้ร้องได้สนับสนุนทางการเงินแก่บริษัทลูกหนี้โดยผู้ร้อง เข้าไปซื้อหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น สถานะดังกล่าวมีผลเสมือนหนึ่งว่าผู้ร้องมีส่วนในการเป็น เจ้าของลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น ส่วนที่ว่าผู้ร้องจะได้รับประโยชน์จากเงินที่ลงทุนซื้อหุ้นไปอย่างไร ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1200 มาตรา 1201 และมาตรา 1269 อัน สรุปเป็นใจความสำคัญได้ว่า ผู้ถือหุ้นจะได้รับผลตอบแทนที่เฉพาะเงินปันผล และจะได้รับชำระคืน เงินค่าหุ้นเมื่อมีการเลิกบริษัทและชำระบัญชีและมีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทครบถ้วนแล้ว การที่ผู้ร้องได้ร่วมลงทุนในบริษัทลูกหนี้โดยเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวโดยมีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) ระหว่างผู้ร้อง ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และลูกหนี้ ซึ่งสัญญาข้อ 1 (1) (3) กำหนดว่า “ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจะดำเนินการให้กรรมการของบริษัทถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ของหุ้น ในบริษัทในการออกหุ้นแต่ละครั้ง และจะไม่ออกหุ้นใหม่ของบริษัทให้แก่บุคคลใด ๆ ซึ่งจะมีผลทำให้ กรรมการถือหุ้นคิดเป็นร้อยละต่ำกว่าร้อยละที่ระบุไว้ข้างต้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้น และผู้ร้อง” ข้อ 3 กำหนดว่า “บริษัทและผู้ถือหุ้นจะชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุน สำหรับต้นทุน ค่าใช้จ่าย ค่าสูญเสียและค่าเสียหาย (รวมทั้งค่าธรรมเนียมทางกฎหมายที่สมเหตุสมผล) ที่เกิดขึ้นต่อผู้ ลงทุนอันเนื่องมาจากการที่บริษัทและผู้ถือหุ้นไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ ได้” ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวในส่วนบริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับบริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด (ผู้ร้อง) จึงขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน ส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัด รูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท อันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้อง ปฏิบัติร่วมกัน มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ทั้งเป็นการวางรูปแบบองค์กรทางธุรกิจเพื่อให้ สาธารณชนยึดถือและปฏิบัติ ถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) เฉพาะในส่วนที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่าง บริษัท เหล็กบูรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับผู้ถือหุ้น และความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา ดังกล่าว ตามสัญญาข้อ 1 (1) (3) และข้อ 3 จึงขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ข้อตกลงส่วนนี้จึงเป็นอันเสียเปล่า หากมีผลบังคับแต่อย่างใดไม่

จากผลของคำพิพากษาคดีเหล็กบุรพาดังกล่าว จึงอาจทำให้เข้าใจได้ว่าการตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นไม่อาจกระทำได้เพราะจะขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งในทางปฏิบัติของธุรกิจนั้นมีการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นเป็นจำนวนมาก หากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ทำขึ้นทั้งหมดระบบกฎหมายไม่ยอมรับบังคับให้ก็จะเกิดผลกระทบต่อนักธุรกิจ ต่อผู้ลงทุน หรือต่อผู้ถือหุ้นที่ได้ทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไว้เป็นอย่างมาก อันจะส่งผลกระทบถึงความมั่นใจในการลงทุนของคุณสัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นว่า การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงใด ๆ เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ที่แตกต่างจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 22 หุ้นส่วนและบริษัท ก็บังคับไม่ได้ทั้งหมดเลย

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาว่า การตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเรื่องที่มีการตกลงกระทำกันอยู่เป็นปกติในทางธุรกิจนั้น โดยเฉพาะข้อตกลงในเรื่องการออกเสียงลงคะแนนแต่งตั้งกรรมการของบริษัทจำกัด ซึ่งในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักตกลงกันไว้ดังตัวอย่างต่อไปนี้ว่า “ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. และกลุ่ม ข. ตกลงร่วมกันที่จะเลือกกรรมการในทิศทางเดียวกัน โดยให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 6 คน และให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 4 คน” นั้น ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองจะใช้ได้หรือไม่ โดยศึกษาเปรียบเทียบจากประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย โดยจะได้อธิบายและชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ตลอดจนวิเคราะห์ ไว้ในหัวข้อที่ 4.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ และ

สำหรับปัญหาประการถัดไป เมื่อมีการผิดข้อตกลงเรื่องดังกล่าว จะมีกระบวนการบังคับชำระหนี้อย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่งคือว่ากรณีนี้สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้มีการบังคับตามข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการได้หรือไม่ หรือจะใช้คำพิพากษาของศาลเพื่อแทนการแสดงเจตนาได้หรือไม่ หรือกรณีนี้ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่เสียหายจะทำได้แต่เพียงการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญา จะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อที่ 4.2 ปัญหากระบวนการหรือวิธีการในการบังคับชำระหนี้เกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ

4.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ

4.1.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง

ปัญหาที่น่าสนใจก็คือว่า “ข้อตกลงตั้งกรรมการที่โดยปกติมักจะถูกกำหนดลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น” มีสถานะทางกฎหมายเช่นไรในแต่ละระบบกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงจะขออธิบายสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการตามระบบ

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศไทยว่าจะมีผลบังคับได้หรือไม่ ถ้าบังคับได้จะมีขอบเขตหรือข้อจำกัดเพียงใด

4.1.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในเบื้องต้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาก็กำหนดถึงประเด็นต่าง ๆ ที่อาจเป็นปัญหาทั้งหลาย อาทิ สิทธิในการออกเสียงลงคะแนนในหุ้นสำหรับการแต่งตั้งกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคน หรือการเลือกสรรบุคคลที่จะมาเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ของบริษัท การว่าจ้างระยะยาวสำหรับกรรมการหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และเรื่องการจ่ายเงินเดือนหรือค่าตอบแทนกรรมการ อำนาจที่จะยับยั้งการตัดสินใจของบริษัท พฤติการณ์ที่จะประกาศจ่ายปันผล ตลอดจนวิธีการแก้ไขและระงับข้อพิพาท เป็นต้น¹

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาในอดีตที่ถูกบัญญัติขึ้นเป็นส่วนใหญ่ก็เพื่อที่จะปกป้องผู้ถือหุ้นและนักลงทุนในบริษัท² อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาหรือคำตัดสินขององค์กรตุลาการหรือศาลมีความไม่แน่นอน และทำให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับความถูกต้องสมบูรณ์และการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริบทของบริษัทจำกัด³ เป็นธรรมดาที่ในอดีตนั้นคำตัดสินขององค์กรตุลาการหรือศาลจะเป็นอุปสรรคต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ซึ่งโดยทั่วไปสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะกำหนดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการทำหน้าที่ของผู้ถือหุ้น ตลอดจนบทบาทในหมู่ผู้ถือหุ้น กรรมการ และพนักงานเจ้าหน้าที่ของบริษัท⁴ สถานการณ์นี้เพิ่งจะมีการเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีเมื่อไม่นานมานี้

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาอันเป็นรัฐสมัยใหม่ มีบทบัญญัติควบคุมข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อันทำให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ (Valid and Enforceable)⁵ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องข้อตกลงตั้งกรรมการ

¹ F. HODGE O'NEAL and ROBERT B. THOMPSON, O'NEAL and THOMPSON'S CLOSE CORPORATIONS and LLCs: LAW and PRACTICE VOLUME 1, 1-2 (Minnesota : West Third Revised Edition 2005).

² *Ibid.*, At 5:2-5.24.

³ *Ibid.*, At 5:103-104.

⁴ *Ibid.*

⁵ Official Comment Section 7.32 MODEL BUS. CORP. ACT. See Robert B. Thompson, "The Law's Limits on Contracts in a Corporation," 15 J. CORP. LAW 377, 393 – 394 (commenting that "[i]n most states, modern corporation statutes now permit contracting around those statutory rules which previously mandated that

นอกจากนี้ ในคำพิพากษาและคำตัดสินของศาลในปัจจุบันได้แสดงให้เห็นมุมมองในแง่บวกต่อการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ โดยศาลเห็นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นถูกต้องสมบูรณ์และบังคับได้ ภายใต้กฎหมายทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและแนวคำพิพากษาในปัจจุบันขององค์กรตุลาการหรือศาล ระบบกฎหมายได้ตระหนักถึงความแตกต่างในเรื่องลักษณะหน้าที่ และความจำเป็นในการมีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่เกิดขึ้นในบริบทระหว่างบริษัทมหาชนจำกัด กับบริษัทจำกัด⁷

ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้วางหลักเกณฑ์และอธิบายว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็คือสัญญา⁸ โดยสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้จะมีผลบังคับได้หรือไม่ ในขอบเขตแค่ไหนเพียงไร ขึ้นอยู่กับความยืดหยุ่นของการตรากฎหมายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (Flexibility of the Legislation) และการให้ความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy)”⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีผลบังคับได้แค่ไหนเพียงไรนั้น ต้องพิจารณาถึงข้อจำกัดตามกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และความยืดหยุ่นขององค์กรตุลาการหรือศาลในการให้นิยามคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”

centralized control rest with the board of directors. Most statutes now also recognize agreements to limit the transferability of shares or to authorize voting requirements for corporate action that differ from “majority rule” norms specified in the statutes. In most states, these changes appear in the general corporations codes and are available to all corporations even though the impetus seems to have been to assist closely held corporations. Special status, now found in almost half the states and available only to certain statutorily defined close corporations, allows even greater freedom for parties to depart from statutory norms.”).

⁶ Official Comment Section 7.32 MODEL BUS. CORP. ACT.

⁷ Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, “Close Corporations and Agency Costs,” Stanford Law Review. Volume 39, p.271 (January 1986).

⁸ Kerry M. Lavalley, “Drafting Shareholder Agreements for the Closely-Held Business,” 4 DEPAUL BUS. L. J. 109, 110 (1991).

⁹ Ricardo Molano-León, “Shareholders’ agreements in close corporations and their enforcement in the United States of America,” Vniversitas 117, p.226. (2008).

นอกจากนี้ ในแง่ของการเข้าทำสัญญา กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของบริษัทจำกัดยังมีช่องว่างหรือช่องโหว่อยู่¹⁰ กล่าวได้ว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ไม่เพียงพอหรือไม่ได้มีแนวทางการแก้ปัญหาให้กับทุกประเด็นปัญหาที่มีความไม่แน่นอนต่าง ๆ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่บริษัทอาจจะต้องประสบพบเจอในอนาคต¹¹ ในบริบทเช่นนี้ ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นพยายามตกลงในเรื่องต่าง ๆ เอาไว้ล่วงหน้าเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงประเด็นปัญหาสำคัญต่าง ๆ อันจะเกิดขึ้นในอนาคต¹²

ผู้ถือหุ้นจึงได้มาตกลงกันจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้น เนื่องจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้สร้างความสะดวกและความยืดหยุ่นให้แก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลายของบริษัทจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับกิจการของบริษัท โดยคำนึงถึงความจริงที่ว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นในบริษัทจำกัดนั้นค่อนข้างที่จะแตกต่างไปจากปัญหาที่เกิดขึ้นในบริษัทมหาชนจำกัด¹³ ยิ่งไปกว่านั้น องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติยังได้จัดให้มีการตรากฎหมายในไม่กี่สิบปีที่ผ่านมา เพื่อสร้างความยืดหยุ่นแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจ¹⁴ กล่าวคือ กฎหมายได้เปลี่ยนจากกฎเกณฑ์ที่แทบจะไม่กำหนดอะไรเอาไว้เลย กลายเป็นกฎเกณฑ์ที่บัญญัติให้สิทธิหรือช่วยให้ผู้ถือหุ้นมีการตกลงกันได้มากขึ้น¹⁵ การบัญญัติกฎหมายทางกฎหมายในลักษณะนี้ จึงทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถแสดงเจตนาตกลงกันได้เกือบทุกชนิดทุกประเภทของข้อตกลง¹⁶ ซึ่งรวมถึงข้อตกลงในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนด้วย ดังนี้ จึงกล่าวได้ว่าผู้ถือหุ้นมีอิสระมากขึ้นในการที่จะตกลงกำหนดเงื่อนไขความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นเอง และสามารถหลีกเลี่ยงการนำกลไกหรือวิธีการอื่น ๆ ที่มีข้อบกพร่องหรือปัญหาเข้ามาใช้¹⁷

¹⁰ Charles R. O’Kelley, Jr., “Filling Gaps in the Close Corporation Contract: A Transaction Cost Analysis,” 87 Nw. U. L. REV. 216, 216 (1992).

¹¹ *Ibid.*

¹² FRANKLIN A. GEVURTZ, CORPORATION LAW, 1st ed., (Minnesota : West Group, 2000), p.35 – 36.

¹³ George D. Hornestein, “Stockholders’ Agreements in the Closely Held Corporation,” 59 YALE L. J. 1040 (1950).

¹⁴ Easterbrook and Fischel, *supra* note 7, at 279 – 280.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ O’KELLEY, *supra* note 10, at 216 (commenting that “[a]s a result, these gaps must be filled ex-post, as a need to adapt actually occurs. Normally, gaps are filled

ในบริษัทจำกัด ผู้ถือหุ้นสองคนหรือมากกว่านั้นไม่อาจควบคุมผู้ถือหุ้นที่เป็นเสียงข้างมากได้ ซึ่งสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีวัตถุประสงค์หลัก คือ เพื่อให้มั่นใจว่าคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะทำการตัดสินใจในเรื่องบริษัทร่วมกัน¹⁸ ในบริบทนี้ ผู้ถือหุ้นจึงใช้เครื่องมือที่เฉพาะเจาะจงเพื่อปกป้องการลงทุนของตน¹⁹ ที่เรียกว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

วิธีการแก้ไขปัญหาคือเป็นประโยชน์มากที่สุดสำหรับผู้ถือหุ้นคือจะต้องมีการตกลงในเรื่องการตัดสินใจและการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนเหล่านั้นไว้ล่วงหน้าในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นบังคับได้เมื่อเกิดมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในระหว่างคู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ²⁰ ซึ่งวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในระหว่างผู้ถือหุ้นโดยใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นเครื่องมือจะสามารถทำงานได้ดีจริง ๆ ในบริบทที่เป็นบริษัทจำกัด เพราะว่าในบริษัทจำกัดนั้นเป็นบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนไม่มาก เมื่อมีผู้ถือหุ้นจำนวนไม่มากจึงง่ายต่อการเจรจาต่อรองและการไกล่เกลี่ย²¹

โดยปรกติประเด็นปัญหาที่พบได้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เป็นปัญหาเรื่องการควบคุมการกระทำหรือการแสดงออกของผู้ถือหุ้น และเรื่องการควบคุมการทำงานของกรรมการ²² กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะตกลงกันครอบคลุมไปถึงเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้น ตลอดจนการควบคุมการทำหน้าที่ของคณะกรรมการ

ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งควบคุมการกระทำหรือการแสดงออกของผู้ถือหุ้นนั้นจะครอบคลุมไปด้วยประเด็นที่ตกลงกันไว้ล่วงหน้าระหว่างผู้เข้าทำสัญญาว่าจะมีวิธีการแสดงออกซึ่งการใช้สิทธิของพวกเขาในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นอย่างไร²³ ในกลุ่มการตกลงของผู้ถือหุ้นเหล่านั้นเราเรียกว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงการถือหุ้น หรือข้อตกลง

by shareholders themselves acting by consensus. If consensus is not possible, then the close corporation contract's gap-filling process will come in to play.”).

¹⁸ *Ibid.*, See Hornestein, *supra* note 13, at 1040.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Jame M. Van Vliet Jr. & Mark D. Snider, “The Evolving Fiduciary Duty Solution for Shareholders Caught in a Closely Held Corporation Trap,” 18 *N. ILL. U. L. REV.* 239, 242 – 243 (1998).

²¹ Thompson, *supra* note 5, at 393.

²² O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:2, 5:6.

²³ CHARLES R. T. O’KELLEY AND ROBERT B. THOMPSON, *CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ORGANIZATIONS*, 4th ed., (New York : Aspen Publishers, 2003) at 401.

ร่วมกัน (Shareholding or Pooling Agreement)” ซึ่งก็คือข้อตกลงทั่ว ๆ ไปที่ระบุว่าผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของพวกเขาร่วมกันอย่างไรในวาระการเลือกตั้งคณะกรรมการของบริษัทหรือในวาระอื่น ๆ²⁴

ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะพุดเกี่ยวกับองค์ประกอบ การแต่งตั้ง และการทำงานของคณะกรรมการในเรื่องเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัท เป็นธรรมดาที่อำนาจในการบริหารจัดการบริษัทจำกัดมักจะขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้ถือหุ้น²⁵ ทั้งนี้ เนื่องจากแนวความคิดของการมีคณะกรรมการอิสระที่แยกออกจากแนวความคิดเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นนั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจนำมาใช้บังคับได้จริงในบริบทที่เป็นบริษัทจำกัด²⁶ เพราะฉะนั้น ผู้ถือหุ้นจึงได้ทำการสร้างข้อตกลงพิเศษในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้นมาเพื่อที่จะดัดแปลงแก้ไขกฎเกณฑ์ทางกฎหมายตามปกติทั่วไปของบริษัท ให้เป็นไปตามที่ผู้ถือหุ้นต้องการโดยใช้ข้อตกลงพิเศษที่สร้างขึ้นมานั้นในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น²⁷

ข้อตกลงพิเศษในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่กำหนดขึ้นมานั้นเรียกได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ใหม่ที่จะกำหนดว่าใครเป็นผู้มีอำนาจควบคุมการบริหารจัดการบริษัท และจะกำหนดว่าอำนาจควบคุมการบริหารจัดการบริษัทนั้นจะถูกใช้อย่างไร²⁸

เมื่อประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่รวมอยู่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นข้างต้นเหล่านี้ ปกติจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ซึ่งได้กล่าวแล้วว่าโดยส่วนใหญ่ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะมีข้อตกลงเรื่องการกำหนดองค์ประกอบและที่มาของกรรมการและพนักงานเจ้าหน้าที่ของบริษัท ตลอดจนเรื่องค่าตอบแทน และวาระการดำรงตำแหน่ง²⁹ จึงมีประเด็นปัญหาว่า

²⁴ GEVURTZ, *supra* note 12, at 486.

²⁵ LAVALLE, *supra* note 8, at 109.

²⁶ O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:25.

²⁷ LAVALLE, *supra* note 8, at 109.

²⁸ *Ibid.*, See O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:25.

²⁹ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.32 (a)(3) (2005) (providing that “(a) An agreement among the shareholders or a corporation that complies with this section in effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it: (3) establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or manner of selection removal;”). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 354 (2005) (providing that “[n]o written agreement among stockholders of a close corporation, nor any

การตกลงร่วมกันที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนโดยเฉพาะในเรื่องการตั้งกรรมการเหล่านี้จะทำได้หรือไม่ เพียงไร

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ปัญหาเรื่องการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการโดยอำนาจของผู้ถือหุ้นนั้นเป็นประเด็นปัญหาที่ได้รับการพิจารณาโดยศาล หรือเป็นประเด็นที่เมื่อมีการพิจารณาพิพากษาแล้วศาลมักจะถูกวิพากษ์วิจารณ์อยู่เสมอ³⁰ ในยุคแรก ๆ นั้นคำตัดสินของศาลส่วนใหญ่จะพิจารณาพิพากษาว่าข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Voting Agreements or Pooling Agreements)³¹ นั้นไม่สมบูรณ์ (Invalid) ด้วยเหตุผลหลักอยู่ 2 ประการ³²

provision of the certificate of incorporation or of the bylaws of the corporation, which agreement or provision relates to any phase of the affairs of such corporation, including but not limited to the management of its business or declaration and payment of dividends or other division of profits or the election of director or officers or the employment of stockholders by the corporation or the arbitration of disputes, shall be invalid on the ground that it is an attempt by the parties to the agreement or by the stockholders of the corporation to treat the corporation as if it were a partnership or to arrange relations among the shareholders or between the stockholders and the corporation in a manner that would be appropriate only among partners.”) See O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:114 (commenting that “[m]any agreements among shareholders in close corporations contain provisions naming the persons who are to occupy some or all corporate offices or granting one or more of the contracting parties the privilege of naming corporate officers.”).

³⁰ O’NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:11.

³¹ ซึ่งข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนนี้ คือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) นั่นเอง

³² Ricardo Molano-León, *supra* note 9, p.34 (explaining that “[m]ost of the initial decisions of courts considered voting agreements invalid. The main two reasons for invalidating the agreements were i) the idea that the power to vote was treated as inseparable from the shares and ii) the idea that shareholders owe to the each other a duty to vote in the corporation meetings in the best interest of the corporation.”).

เหตุผลประการที่ 1 คือ ด้วยเหตุผลว่าอำนาจในการออกเสียงลงคะแนน ไม่อาจแยกออกจากหุ้นได้ และ

เหตุผลประการที่ 2 คือ ด้วยเหตุผลว่าผู้ถือหุ้นมีความผูกพันต่อผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ที่จะต้องทำการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นอันก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อบริษัท

แต่ ณ ขณะนี้ แนวโน้มในเรื่องความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับปัญหาของผู้ถือหุ้นถูกมองในเชิงบวกที่สุดโดยองค์กรตุลาการ³³ เนื่องจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ มีผลเป็นการอนุญาตให้มี ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในลักษณะเช่นนี้โดยชัดแจ้ง ซึ่งการที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรา กฎหมายออกมารองรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นให้มีผลบังคับได้โดยชัดแจ้งนั้นเป็นวิธีที่ดีที่สุดที่จะ หลีกเลี่ยงการถกเถียงเกี่ยวกับปัญหาความสมบูรณ์ของข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

the Model Business Corporation Act และ the Delaware General Corporation Law เปิดช่องให้มีกฎหมายพิเศษสำหรับการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements or Pooling Agreements)³⁴ สัญญามอบอำนาจหรือสัญญามอบฉันทะ (Proxy Agreements)³⁵ และ สัญญาตั้งท รัสต์ขึ้นรับโอนหุ้นไปถือแทนผู้ถือหุ้นและให้ทรัสต์เป็นผู้ใช้สิทธิลงคะแนนแทนผู้ถือหุ้น (Voting

³³ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:15.

³⁴ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.31 (2005). It provides that:

“(a) Two or more shareholders may provide for the manner in which they will vote their shares by signing an agreement for that purpose. A voting agreement created under this section is not subject to the provisions of section 7.30.

(b) A voting agreement created under this section is specifically enforceable.”. See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218 (c) (2005). It provides that:

“(c) An agreement between 2 or more stockholders, if in writing and signed by the parties thereto, may provide that in exercising any voting rights, the shares held by them shall be voted as provided by the agreement, or as the parties may agree, or as determined in accordance with a procedure agree upon them.”.

³⁵ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.22 (a)(b)(d) (2005). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 212 (c).

Trusts)³⁶ แต่ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงแต่เพียงกฎเกณฑ์พิเศษสำหรับการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements or Pooling Agreements) อันอยู่ภายใต้ขอบเขตการศึกษานี้

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) เป็นสัญญาที่ผู้ถือหุ้นเห็นด้วยกับการออกเสียงลงคะแนนของพวกเขาในลักษณะที่เฉพาะเจาะจง (A Specific Manner)³⁷ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทนี้อาจระบุถึงความหลากหลายต่าง ๆ ของปัญหาหรือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความต้องการของผู้ถือหุ้น โดยปรกติแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) หมายรวมถึง³⁸

1) ข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการ (Agreement to Vote Shares for Directors)

2) ข้อตกลงการให้อำนาจการออกเสียงลงคะแนนไม่สมสัดส่วนแก่สัดส่วนการถือหุ้น (Agreement Giving Voting Power Disproportionate to Shareholdings) ตลอดจน

3) ข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนเพื่อทำให้เกิดผลพิเศษหรือทำให้เกิดผลเจาะจงหรือทำให้เกิดผลผิดธรรมดาต่อนโยบายขององค์กรหรือบริษัท (Agreement to Vote Shares so as to Effectuate a Particular Corporate Policy)

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) ที่ได้กำหนดในเรื่องเหล่านี้ถูกองค์กรตุลาการหรือศาลในปัจจุบันพิจารณาพิพากษาว่าถูกต้องตามกฎหมายและมีผลบังคับได้ (Lawful and Enforceable)³⁹ แต่กระนั้น ศาลได้ปฏิเสธการ

³⁶ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.30 (2005). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218.

³⁷ GEVURTZ, *supra* note 12, at 486.

³⁸ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:45-5:63.

³⁹ See *Manson V. Curtis*, 223 N.Y. 313, 319, 119 N.E. 559 (1918) (providing that: “[a]n ordinary agreement, among a minority number, but a majority in shares, for the purpose of obtaining control of the corporation by the election of particular persons as directors is not illegal. Shareholders have the right to combine their interest and voting powers to secure such control of the corporation and the adoption of and adhesion by it to a specific policy and course of business. Agreement upon a sufficient consideration upon them, of such intendment and effect, are valid and binding, if they do not contravene any express charter or statutory provision or

มีผลบังคับหรือยกเลิกข้อตกลง เมื่อผู้ถือหุ้นขายสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนดังกล่าว หรือบั่นทอน หรือทำให้อำนาจการออกเสียงลงคะแนนตกอยู่ในอันตรายภายใต้การคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตัว⁴⁰

ข้อกำหนดตามกฎหมายสำหรับการบังคับใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) หรือข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ตามที่กำหนดไว้ใน the Model Business Corporation Act และ the Delaware General Corporation Law คือ

1) ต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสองคนหรือมากกว่านั้นมีส่วนร่วมในการตกลง ดังกล่าว ผู้ถือหุ้นที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย หรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก หรือทั้งผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยและผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากก็ได้ ข้อกำหนดตามกฎหมายนี้เป็นความต้องการเชิงปริมาณหรือจำนวน ไม่เกี่ยวกับคุณสมบัติ⁴¹

contemplate any fraud, oppression, or wrong against other stockholders, or other illegal object.”).

⁴⁰ See Hall v. John S. Isaacs & Sons Farms, Inc. 37 Del. Ch. 530, 549, 146 A.2d 602, 613 (1958), aff’d in part, 39 Del. Ch. 244, 163 A.2d 288 (1960) (“The rule which forbid the voting of purchased votes is not limited to instances where the consideration for the purchase is strictly a corporate office and its emoluments. Shareholder votes may not be purchased for any consideration personal to the stockholder,”). See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 193 (1981) (providing that “[a] promise by a fiduciary to violate his fiduciary duty or promise that tends to induce such a violation is unenforceable on ground of public policy.” The official comments to this section establish: “The rule applies by analogy to shareholders with reference to their voting power, although it does not preclude agreement where the only advantage bargained for is one that will accrue to all shareholders through the ownership of shares.”).

⁴¹ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.31 (a) (2005). (requiring the participation of “[t]wo or more shareholders” in voting agreements). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218 (c) (2005). (providing that a voting agreement is “[a]n agreement between 2 or more stockholders”).

2) ข้อตกลงจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร⁴² และ

3) ข้อตกลงจะต้องลงนามโดยผู้ถือหุ้นทุกคนที่เข้าร่วมตกลง⁴³

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาในคดี *Galler v. Galler*, 32 Ill. 2d 16, 203 N.E.2d 577 (1964) ที่สะท้อนให้เห็นถึงความเต็มใจที่จะส่งเสริมและสนับสนุนผลบังคับของสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้น (A Greater Willingness to Uphold Shareholder Agreements)

คดี *Galler v. Galler* ข้อเท็จจริงโดยสรุปมีว่า ในปี ค.ศ. 1955 Isadore Galler กับ Benjamin Galler เป็นพี่น้องกัน ทั้งคู่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท the Galler Drug Company และได้ทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นว่าในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต อีกฝ่ายจะให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ครอบครัวของอีกฝ่าย ข้อตกลงนี้กำหนดให้มีการจ่ายเงินเดือนต่อเนื่องแก่ภริยาของฝ่ายที่เสียชีวิต ทั้งยังตกลงให้ภริยาของฝ่ายที่เสียชีวิตจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการใน คณะกรรมการของบริษัท (Would be Elected to the Board) และเป็นผู้สืบทอดตำแหน่งของสามี (A Successor to her Husband) โดยการตกลงนี้ไม่ได้มีกำหนดถึงวันสิ้นสุดบังคับของข้อตกลง

หลังจาก Benjamin Galler (สามีของ Emma Galler) ได้เสียชีวิตลง ฝ่ายจำเลย คือ Isadore Galler รวมถึงภริยาและลูก (Rose and Aaron) ได้ตัดสินใจที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้ และยังได้พยายามที่จะทำลายสำเนาของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหมด

Emma Galler จึงได้เป็นโจทก์ฟ้อง Isadore Galler (จำเลย) เพื่อบังคับตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าว อันได้แก่ ขอให้ได้กลับเข้าทำงานในตำแหน่งกรรมการของบริษัท the Galler Drug Company และเรียกร้องเงินที่ต้องชำระให้กับเธอ (โจทก์) ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ทำขึ้นระหว่าง Isadore Galler (จำเลย) กับ Benjamin Galler (สามีของ Emma Galler)

⁴² See Official Comment Section 7.31 (a) MODEL BUS. CORP. ACT (2005) (providing that “[t]he only formal requirements are that they [voting agreement] be in writing and signed by all the participating stockholders”). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218 (c) (2005). (providing that “if in writing and signed by the parties thereto” the voting agreements may regulate the exercise of voting rights among stockholders).

⁴³ See MODEL BUS. CORP. ACT § 7.31 (a) (2005). (providing that it is necessary to sign “an agreement for that purpose [way to vote their share]”). See DEL. CODE ANN. Title 8 § 218 (c) (2005). (providing that “if in writing and signed by the parties thereto” the voting agreements may regulate the exercise of voting rights among stockholders).

ฝ่ายจำเลยให้การว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่สามารถบังคับได้ (Unenforceable) เนื่องจากละเมิดต่อกฎหมายของมลรัฐ จึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงไม่สมบูรณ์ (Invalid)

The Trial Court อนุญาตให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Granted Specific Performance) ให้เป็นตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น แต่ศาล The Intermediate Appellate Court ตัดสินว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวตกเป็นโมฆะ (Void) เพราะขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) แต่ Emma Galler (โจทก์) อุทธรณ์

The Supreme Court พิพากษาว่าโดยสรุปว่า ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่สร้างขึ้นในบริษัทจำกัด (Closed Corporations) โดยเฉพาะในเรื่องการแต่งตั้งกรรมการควรมีผลบังคับได้ตราบเท่าที่สัญญาดังกล่าวไม่เป็นการฉ้อฉลหลอกลวง ไม่กระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ไม่กระทบต่อเจ้าหนี้และบุคคลภายนอก ทั้งนี้ ศาลได้ตระหนักถึงบริบทของบริษัทจำกัดที่ผู้ถือหุ้นมีความรู้จกกันหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน ซึ่งแตกต่างไปจากบริษัทมหาชนจำกัด ศาลกล่าวว่าจะเอามาตรฐานของบริษัทมหาชนจำกัดมาใช้กับบริษัทจำกัดไม่ได้

ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (No Offense to Any Public Policy Concerns) หากแต่มีผลสมบูรณ์และบังคับได้ (Valid and Enforceable) พิพากษาให้จำเลยปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงและใช้เงินตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Specific Performance and Money that Was Owed Under the Agreement)

ณ วันนี้ แบบแผนหรือตัวอย่างก็คือว่า ผู้ถือหุ้นสามารถทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อปรับเปลี่ยนกฎระเบียบดั้งเดิมตามจารีตประเพณีเกี่ยวกับอำนาจในการควบคุมบริษัทได้⁴⁴ ศาลได้ตระหนักถึงความเป็นจริงของบริษัทเอกชนจำกัด ว่ามีโครงสร้างที่แตกต่างไปจากบริษัทมหาชน

⁴⁴ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:18-19, see also Leagle, Inc., “Galler v. Galler,” Retrieved on June 3, 2017, http://www.leagle.com/decision/196843595IllApp2d340_1391/GALLER%20v.%20GALLER#, see also Casebriefs LLC, “Problems of Control : Galler v. Galler,” Retrieved on June 3, 2017, <http://www.casebriefs.com/blog/law/corporations/corporations-keyed-to-klein/problems-of-control/galler-v-galler>.

(Publicly Held Corporations)⁴⁵ ความเป็นจริงนี้ได้รับการสนับสนุนหรือได้รับการเสริมสร้างด้วยกฎหมายพิเศษที่ออกมาใช้บังคับเป็นการเฉพาะสำหรับบริษัทเอกชนจำกัด (Close Corporation)⁴⁶

⁴⁵ *Ibid.*, at 5:2, 5:24, see also CaseBriefSummary, “Business Law : *Galler v. Galler*,” Retrieved on June 3, 2017, <http://www.casebriefsummary.com/galler-v-galler/>.

⁴⁶ See Model Bus Corp Act § 7.32. (a) (2005). It provides that:

“(a) An agreement among the shareholders or a corporation that complies with this section in effective among the shareholders and the corporation even though it is inconsistent with one or more other provisions of this Act in that it:

(1) eliminates the board of directors or restricts the discretion or powers of the board of directors;

(2) governs the authorization or making of distributions whether or not in proportion to ownership of shares, subject to the limitation in section 6.40;

(3) establishes who shall be directors or officers of the corporation, or their terms of office or manner of selection removal;

(4) governs, in general or in regard to specific matters, the exercise or division of voting power by or between the shareholders and directors or by or among any of them, including use of weighted voting rights or director proxies;

(5) establishes the terms and conditions of any agreement for the transfer or use of property or the provision of services between the corporation and any shareholder, director, officer or employee of the corporation among any of them;

(6) transfer to one or more shareholders or other persons all or part of the authority to exercise the corporate powers or to manage the business and affairs of the corporation, including the resolution of any issue about which there exists a deadlock among directors or shareholders;

(7) requires dissolution of the corporation at the request of one or more of the shareholders or upon the occurrence of a specified event;

(8) otherwise governs the exercise or the corporate powers of the management of the business and affairs of the corporation or the relationship among

จากที่กล่าวมาจึงอาจวิเคราะห์ได้ว่า กฎหมายคอมมอนลอว์ (The Common Law) ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการดำเนินให้เป็นไปตามแนวโน้มหรือความเป็นไปดังที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการเคารพและการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นระหว่างที่บุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้ร่วมกันจัดทำขึ้นในบริษัทจำกัด⁴⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า

the shareholders, the directors and the corporation, or among any of them, and it not contrary to public policy”.

See Del. Code Ann. tit 8 § 350-351. Section 350 [Agreements Restricting Discretion of Directors] provides:

“A written agreement among the stockholders of a close corporation holding a majority of the outstanding stock entitled to vote, whether solely among themselves or with a party not a stockholder, is not invalid, as between the parties to the agreement, on the ground that it so relates to the conduct of the business and affairs of the corporation as to restrict or interfere with the discretion or power of the board of directors. The effect of any such agreement shall be to relieve the directors and impose upon the stockholders who are parties to the agreement the liability for managerial acts or omissions which is imposed on directors to the extent and so long as the discretion or powers or the board in its management of corporate affairs is controlled by such agreement.”).

Section 351 [Management by Stockholders] provides:

“The certificate of incorporation of a close corporation may provide that the business of a close corporation shall be managed by the stockholders of the corporation rather than by a board of directors. So long as this provision continues in effect:

(1) No meeting of stockholders need be called to elect directors;

(2) Unless the context clearly requires otherwise, the stockholders of the corporation shall be deemed to be directors for purposes of applying provisions of this chapter; and

(3) The stockholders of the corporation shall be subject to all liabilities of directors”.

⁴⁷ Easterbrook and Fischel, *supra* note 7, p.281.

กฎหมายคอมมอนลอว์มีแนวโน้มในการเคารพยอมรับและบังคับใช้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้จัดทำขึ้นในบริบทของบริษัทจำกัด (A Close Corporation) ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ด้วยเหตุผลที่ว่า ถ้อยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (The Statutes) ให้ช่องทางหรือเปิดช่องด้วยการอนุญาตให้ (Provide Room) ทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามมาตรฐานดั้งเดิมในเรื่องการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท (Tradition Standards of Management) ดังนั้น นโยบายของแต่ละมลรัฐ (The State Policy) ก็จะสามารถเป็นไปได้หรืออนุญาตให้ทำได้เหมือนกัน ก็คือแต่ละรัฐก็สามารถที่จะออกกฎหมายระดับมลรัฐมารองรับการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้นั่นเอง⁴⁸

ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงควรมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ (Valid and Enforceable) ตราบเท่าที่ขัดตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้ไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นอื่น (Other Shareholders) ไม่กระทบต่อเจ้าหนี้ (Creditors) และไม่กระทบต่อสาธารณะ (The Public)⁴⁹ ในบริบทเช่นนี้ บทบาทของความเห็นเอกฉันท์หรือความเห็นพ้องต้องกัน (The Role of Unanimity) ส่วนได้เสียหรือประโยชน์ของบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม (Third Parties Interest) ตลอดจนความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) จึงได้กลายเป็นสิ่งที่สำคัญมากสำหรับการพิจารณาถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา⁵⁰

⁴⁸ O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:30.

⁴⁹ Hornestein, *supra* note 13, at 1056.

⁵⁰ See Ricardo Molano-León, *supra* note 9, p.34 (explaining that “[i]n this context, the role of unanimity, third parties interest and public policy have become very important to control the enforcement of shareholders agreement.”), See also O'NEIL and THOMPSON, *supra* note 1, at 5:39-44 (suggesting that if the shareholder agreement is not authorized expressly by statute, “the following factors are considered to decide its validity:

1. The purpose and objective of the agreement; courts have clearly left behind the time when they held shareholders’ agreements invalid per se, without regard to their purpose and effect;

2. The conceptions of public policy prevailing in the particular jurisdiction regarding the separation of voting power from beneficial ownership of the shares and

the extent to which shareholders can interfere with discretion in managing a corporation;

3. Whether all of the shareholders in the corporation are parties to the agreement; if all shareholders are not parties to the agreement, a factor considered important by courts is whether the agreement will have a detrimental effect on non-consenting shareholders;

4. Whether the contracting shareholders are directors or expect to be directors at the time of the performance of the contract. Some early decisions permitted shareholders to enter into agreements which purported to affect management decisions (e.g., to designate the corporation's officers), but refused to enforce those agreements if the shareholders were also directors or were likely to become directors, because such an agreement was thought to deprive directors of their supposed independence. That shareholders executing an agreement are also directors does not appear to be a significant factor in modern decision;

5. The length of time during which the agreement is to remain in effect. Some statutes, such as most of those voting trusts, establish a maximum time limit; the duration of an agreement may be a factor in determining its validity if the statute covering that type of agreement is silent about time;

6. Whether the party challenging the validity of an agreement is a party to the agreement or is a corporate creditor or a shareholder not party to the agreement. Some courts that permit departures from the traditional corporate management norm by agreements executed all shareholders might require adherence to the norm whenever necessary to protect creditors or shareholders not parties to the agreement;

7. Whether the person challenging the agreements is simply trying to "welch" on his undertaking;

8. Whether consideration other than the mutual promises of the parties supports the parties' undertaking to act in accordance with the terms of the agreement. A few judicial decisions refused to apply shareholders' agreements the rule of contracts law generally that mutual promises of the parties to a contract are

ลักษณะที่อาจมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาทั้ง 3 ประการ⁵¹ อาจกล่าวได้ดังต่อไปนี้

ลักษณะประการที่ 1 คือ บทบาทของความความเป็นเอกฉันท์หรือ ความเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์ที่มีต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (The Role of Unanimity)

ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ความสำคัญของความเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการที่ศาลจะพิจารณาตรวจสอบสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอย่าง ละเอียด (Judicial Scrutiny)⁵² หมายความว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ถูกจัดทำขึ้นด้วย ความเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์นั้นจะถูกองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลพิจารณาตรวจสอบ อย่างละเอียดถี่ถ้วนในการที่ศาลจะพิพากษาให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลบังคับได้⁵³

ในทางตรงกันข้าม สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ถูกจัดทำขึ้นด้วยความเห็น พ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์จะได้รับการพิจารณาในแง่บวกจากศาล (More Positive Approach from the Judge) หมายความว่า ศาลจะมองสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ทำโดยมติเอกฉันท์ในแง่บวก⁵⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกจัดทำขึ้นโดยความเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์ ศาลมักจะยอมรับถึงการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวมากกว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ที่ไม่ได้ถูกจัดทำขึ้นด้วยความเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์นั่นเอง

สำหรับแนวความคิดเบื้องหลังต่อการปฏิบัติของศาลที่แตกต่างกันนี้ คือ ความเป็นไปได้ในการเกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้มีส่วนร่วมหรือไม่ได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญา (Nonparticipating Shareholders) และส่วนได้เสียหรือประโยชน์ของบริษัท (Interest of the Corporation)⁵⁵ ซึ่งอาจอธิบายได้ดังต่อไปนี้ว่า สิ่งที่ศาลใช้พิจารณาเพื่อเป็นเหตุผลสนับสนุนบทบาท

sufficient consideration for each other, but this notion does not appear to have gained wide acceptance;

9. How long the contract has been in operation and the extent to which action has been taken or positions have been changed in reliance on it.”).

⁵¹ Ricardo Molano-León, *Ibid.*, p.34.

⁵² Easterbrook and Fischel, *supra* note 7, at 283.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, See also Thompson, *supra* note 5, p.394 (commenting that “[j]udicial decisions and legal commentary reflect widespread support for unanimous agreements in close corporations.”).

⁵⁵ Easterbrook and Fischel, *supra* note 7, at 283.

หรือหลักความเป็นเอกฉันท์หรือความเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์ คือ 1) ผู้ถือหุ้นทุกคนควรจะเป็นผู้ตัดสินใจในเรื่องเกี่ยวกับบริษัท และสินทรัพย์ของพวกเขาเอง (The Corporation and Their Assets)⁵⁶ 2) ความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจะลดลงไป ถ้าผู้ถือหุ้นทุกคนมีส่วนร่วมในการตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น⁵⁷ และ 3) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นสามารถส่งผลกระทบต่อโครงสร้างและการดำเนินการของบริษัท และสิทธิหน้าที่ตลอดจนภาระผูกพันของผู้ถือหุ้น⁵⁸ แต่แม้ว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะได้กระทำลงด้วยความเป็นเอกฉันท์หรือความเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์ก็ไม่สามารถมีผลบังคับได้หากว่าข้อกำหนดหรือข้อตกลงตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นเป็นเรื่องที่กระทบต่อเจ้าหน้าที่คนหนึ่งหรือหลายคน หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵⁹

ถ้าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้กระทำลงด้วยความเป็นเอกฉันท์หรือความเห็นพ้องต้องกันอย่างเอกฉันท์ ศาลจะพิจารณาหรือให้ความสนใจเป็นพิเศษในผลกระทบที่เป็นลบหรือเป็นผลร้ายต่อผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาหรือไม่ได้มีส่วนในการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น⁶⁰ นอกจากนี้ ยังขึ้นอยู่กับท่าทีของศาลด้วย แม้เพียงความเสี่ยงที่อาจเป็นไปได้หรืออาจเกิดขึ้นต่อผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาหรือไม่ได้มีส่วนในการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็อาจจะเป็นเหตุผลเพียงพอที่จะยกเลิกหรือปฏิเสธสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น หรือทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นสิ้นผลบังคับ (Strike Down Shareholders' Agreement)⁶¹

⁵⁶ O'Neil and Thompson, *supra* note 1, at 5:151.

⁵⁷ *Ibid.*, at 5:152.

⁵⁸ Official Comment Section 7.32 Model Bus Corp Act.

⁵⁹ O'Neil and Thompson, *supra* note 1, at 5:152 (commenting a New York decision that provide that: "the complete owners of a corporation may, by agreement among themselves, control the exercise of power and discretion by the directors of the corporation, provided that the interest of creditors of the corporation are not prejudiced and the public policy of the State is not offended.").

⁶⁰ O'Neil and Thompson, *supra* note 1, at 5:39-5:44.

⁶¹ Ricardo Molano-León, *supra* note 9, p.36 (explaining that "[i]f shareholders' agreements are not unanimous, courts will place a particular interest in the negative effects of non-participating shareholders. Besides, depending on the court position, even "potential" risks to non participating shareholders could be a sufficient reason to strike down shareholders' agreements.").

ลักษณะประการที่ 2 คือ บทบาทของบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม ที่มีต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (The Role of Third Parties)

บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามในที่นี้อาจจะเป็นเจ้าหนี้คนหนึ่งหรือหลายคน (Creditors) หรือรัฐ (State) และใครก็ตามที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (All Others Who Are Not Part of the Agreement) แต่มีส่วนได้เสียในความเจริญก้าวหน้าหรือพัฒนาการของบริษัท⁶²

การจัดระบบการจัดระเบียบระหว่างเอกชนด้วยกันหรือการผูกนิติสัมพันธ์กันตามกฎหมายเอกชน (Private Ordering) ได้ยอมรับว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะถูกจำกัดขอบเขตลงเมื่อมีปัจจัยที่ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่มีต่อบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม⁶³ แต่ผลกระทบของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีต่อบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามเป็นเรื่องยากที่จะคาดการณ์ได้เพราะเป็นเรื่องในอนาคต และผลกระทบของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวไม่สามารถระบุได้อย่างครบถ้วนโดย An *ex ante* Mechanism⁶⁴ ในกรณีเช่นนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จะถูกจำกัดการมีผลบังคับ ก็คือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นใดก็ตามที่มีเนื้อหาส่วนหนึ่งส่วนใดก่อให้เกิดความเสียหายหรือส่งผลร้ายต่อสิทธิของบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม⁶⁵

⁶² *Ibid.*, p.36.

⁶³ Easterbrook and Fischel, *supra* note 7, at 279 – 280. See Thompson, *supra* note 5, at 394 (commenting that “[a] view of law that defines law as only a standard form contract or a supplement to private ordering fails to provide for those situations when legal rule blocks private ordering by providing a mandatory rule. Effects on this parties, a common cause for limiting private ordering in other fields of law, has some influence in corporate law but does not exhaust the reasons for legal intrusion into private ordering.”).

⁶⁴ Easterbrook and Fischel, *Ibid.*, see also Ricardo Molano-León, *supra* note 9, p.36 (explaining that “[n]evertheless, the effects of shareholders’ agreements on third parties are difficult to predict in the long-run and the effects cannot be determined completely by an *ex ante* mechanism.”).

⁶⁵ Easterbrook and Fischel, *Ibid.*, see also Ricardo Molano-León, *supra* note 9, p.36 (explaining that “[i]n this manner, the limit will be placed in those cases where any part of the agreement injures third party rights.”).

หากพิจารณาถึงท่าทีหรือบทบาทของศาลสหรัฐอเมริกาที่มีต่อสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้น เมื่อศาลหรือผู้พิพากษาจะพิจารณาพิพากษาถึงควมมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ศาลหรือผู้พิพากษาจะมุ่งเน้นพิจารณาถึงผลกระทบจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในผลกระทบที่จะเกิดขึ้นหรือแสดงออกมาเมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นมีผลบังคับใช้ได้แล้วว่าจะส่งผลออกมาในลักษณะใด⁶⁶ หรือศาลอาจพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น แม้ว่าข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลใดเลยก็ตาม⁶⁷

ลักษณะประการที่ 3 บทบาทของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนที่มีต่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (The Role of Public Policy)⁶⁸

โดยหลักแล้วธุรกรรมที่จะมีผลบังคับได้ตามข้อตกลงที่ได้มีการเจรจาต่อรองกันโดยคู่สัญญา⁶⁹ การมีผลบังคับได้หรือไม่นั้นจะต้องตั้งฐานมาจากว่าได้มีการแจ้งข้อเท็จจริง

⁶⁶ O’Neil and Thompson, *supra* note 1, at 5:158 (commenting that “[s]ome courts, in passing the validity of a voting agreement, focus principally on the effects flowing from the contract, and make little inquiry into its purpose.”).

⁶⁷ O’Neil and Thompson, *supra* note 1, at 5:159 (commenting that “some courts ... unfortunately have sometimes invalidated shareholders’ agreements, even though they harmed no one, because the agreements supposedly deviated from a broad statutory norm or conflicted with some nebulous public policy.”).

⁶⁸ Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, 7th ed., (Thomson Reuters, 1999) p.1245 describes public policy as “principles and standards regarded by the legislature or by the courts as being of fundamental concern to the state and the whole society. Courts sometimes use the term to justify their decisions, as when declaring a contract void because it is “contrary to public policy”. See Grace McLane Giesel, Corbin on Contracts : Contracts Contrary to Public Policy, Vol. 15, (New York : Lexis Nexis Matthew Bender & Co., Inc., Revised Ed. 2003), p.1 (commenting that “one court has stated that “public policy” is not an easily defined concept. The concept embodies the common sense and common conscience of the community. Public policy is that principle of law under which ‘freedom of contract ... is restricted by law or good of the community.”).

แก่คู่สัญญาอย่างครบถ้วนและอย่างเต็มที่ เพื่อให้คู่สัญญาได้ใคร่ครวญตัดสินใจอย่างที่ดีที่สุดสำหรับประโยชน์และส่วนได้เสียของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในการตกลงเจรจาทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้น⁷⁰ ด้วยเหตุนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงมีผลสมบูรณ์ (Valid) เว้นแต่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะไปขัดหรือแย้งต่อผลประโยชน์ของสังคม (The Interests of Society)⁷¹

หลักเกณฑ์หรือกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ก็คือว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะบังคับไม่ได้ ถ้าสัญญาดังกล่าวไปขัดหรือแย้งต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Go Against Public Policy)⁷² ในแง่นี้ หลักเกณฑ์หรือกฎเกณฑ์ตามกฎหมายในเรื่อง ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงมีความเหนือกว่าการจัดระเบียบของเอกชนหรือเหนือกว่าการผูกนิติสัมพันธ์ของเอกชน (Private Ordering)⁷³

ตัวอย่างที่ดีในเรื่องนี้ก็คือ ระบบกฎหมายจะไม่รองรับบังคับการให้แก่การเจรจาต่อรองหรือนิติกรรมสัญญาที่มีพื้นฐานมาจากการหลอกลวงหรือกลฉ้อฉล (Fraud) และการข่มขู่บังคับ (Duress)⁷⁴

แรกเริ่มเดิมทีนั้น ที่มาหรือบ่อเกิดแห่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะค้นพบได้จากรัฐธรรมนูญ (Constitutions) บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutes) ระเบียบข้อบังคับ (Regulations) ตลอดจนคำสั่งหรือกฎที่ออกโดยการควบคุมหรือ

⁶⁹ Melvin Aron Eisenberg, “Contractual Freedom in Corporate Law: Articles & Comments: The Structure of Corporate Law,” 89 COLUM. L. REV. 1461, 1462 (1989).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ O’Neil and Thompson *supra* note 1, at 5:29.

⁷² Giesel, *supra* note 68, at 1.

⁷³ *Ibid.*, at 1 – 2 (commenting that “[t]his is a clear limitation [public policy] on the freedom of contract because, regardless of the parties’ intention to be bound or manifestations of that intent, the courts have refused to give such contracts the full enforcement to which they would otherwise be entitled.”).

⁷⁴ Thompson, *supra* note 5, at 394 (commenting that “[a]part from any third party effects, there are times when a legal rule is mandatory because the law does not trust the bargaining process. For example, American law prevents bargains base on theft, embezzlement, fraud, or duress. In part, these rules are based on prevailing views of morality.”).

ในอำนาจขององค์กรตุลาการหรือศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจง (Ordinances of a Specific Jurisdiction)⁷⁵

ในกรณีดังกล่าวมานี้ หลักเกณฑ์หรือกฎเกณฑ์ตามกฎหมายในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงมีความชัดเจนและแน่นอน ทำให้งานหรือการพิจารณาพิพากษาคดีขององค์กรตุลาการหรือศาลเป็นไปได้ด้วยความง่ายและสะดวก องค์กรตุลาการหรือศาลจะชี้ให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นบังคับไม่ได้ (Not Enforceable)⁷⁶ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว องค์กรตุลาการหรือศาลคือหนึ่งในที่มาหรือบ่อเกิดที่สำคัญที่สุดที่จะชี้ว่าอะไรเป็นหรือไม่เป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷⁷

ความจริงแล้ว องค์กรตุลาการหรือศาลทำการค้นหาและประกาศว่าอะไรเป็นหรือไม่เป็นความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนภายใต้ขอบเขตแห่งอำนาจศาล⁷⁸ ศาลพิจารณาพิพากษาความมีผลบังคับได้ของสัญญาต่าง ๆ ให้สอดคล้องหรือเป็นไปตามเวลาและสถานที่ของเขตอำนาจเฉพาะเจาะจง (The Time and Place of a Specific Jurisdiction)⁷⁹ ในบริบทนี้ แนวความคิดหรือมโนทัศน์ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นอะไรที่อ่อนไหวหรือเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา (Very Sensitive to the Passage of Time)⁸⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลหลายศาลก็รู้สึกถึงปัญหาการใช้แนวความคิดหรือมโนทัศน์ในเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไปในทางที่ผิด⁸¹

⁷⁵ Giesel, *supra* note 68, at 5 – 6.

⁷⁶ *Ibid.*, at 6.

⁷⁷ *Ibid.*, at 9 (commenting that “a court may determine a public policy and may determine that a particular contract contradicts that policy by simply evaluating the prevailing practices and notions of the community as to what is in the interest of general welfare of the society.”).

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Patton v. United States*, 281 U.S. 276, 306; 50 S. Ct. 253, 264; 74 L. Ed. 854 (1930). The court provided that: “The truth is that the theory of public policy embodies a doctrine of vague and variable quality, and unless deductible in the given circumstances from constitutional or statutory provisions, should be accepted as the basis of judicial determination, if at all, only with the outmost

The Restatement (Second) of Contracts มุ่งเสนอกระบวนการพิเศษเมื่อมีการประเมินหรือให้คุณค่าในระหว่างความขัดแย้งระหว่างความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกับการจัดระบบการจัดระเบียบระหว่างเอกชนด้วยกันหรือการผูกนิติสัมพันธ์กันตามกฎหมายเอกชน (Private Ordering)⁸² โดย The Restatement (Second) of Contracts คำนึงถึงว่า สัญญาไม่ควรมีผลบังคับเฉพาะในกรณีที่ขังน้ำหนักรผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียของสาธารณะในการบังคับใช้สัญญาแล้ว ประโยชน์สาธารณะที่ได้จากการไม่บังคับตามสัญญามีน้ำหนักมากกว่าการบังคับให้อย่างเห็นได้ชัด⁸³

circumspection.” Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 7th ed., (Thomson Reuters, 1999) p.1245 concept of public policy (commenting “[t]he policy of law, or public policy, is a phrase of common use in estimating validity of contracts. Its history is obscure; it is most likely that agreements which tended to restrain trade or to promote litigation were the first to elicit the principle that the courts would look to the interest of the public in living efficacy contracts. Wagers, while they continued to be legal, were a frequent provocative of judicial ingenuity on this point, as is sufficiently shown by the case of *Gilbert v. Sykes* X16 East 150 (1812)X...: but it does not seem probable that the doctrine of public policy began in the endeavor to elude their binding force. Whatever may have been its origin, it was applied very frequently, and not always with the happiest results, during the alter part of the eighteen and nineteenth century. Modern decisions, however, while maintaining the duty of the courts to consider the public advantage, have tended more and more to limit the sphere within which this duty may be exercised.”), see also Giesel, *supra* note 68, at 18 (commenting that “courts generally have acted cautiously in declaring a contract contrary to public policy.”).

⁸² Restatement (Second) of Contracts § 178 (1981).

⁸³ Restatement (Second) of Contracts § 178 (1981), see also Ricardo Molano-León, *supra* note 9, p.38 (explaining that “[t]he Restatement (Second) of Contracts suggests a specific process when evaluating the conflict between public policy and private ordering. The Restatement (Second) of Contracts considers that an agreement should not be enforced only if the interest in its enforcement is clearly outweighed by the interest in not enforcing the contract.”).

The Restatement (Second) of Contracts ได้เสนอแนะปัจจัยอันหลากหลายที่ควรนำมาใช้เมื่อต้องชั่งน้ำหนักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนต่อการมีผลบังคับของสัญญา ได้แก่⁸⁴

1) สิ่งที่คุณสัญญาคาดหวังมีความสมเหตุสมผลตามกฎหมาย (The Parties' Justified Expectations)

2) ค่าปรับหรือค่าสินไหมทดแทนที่จะเกิดขึ้นในกรณีที่สัญญาบังคับไม่ได้ หรือค่าปรับหรือค่าสินไหมทดแทนที่จะเกิดขึ้นหากไม่มีการบังคับตามสัญญา (The Forfeiture That Would Result from Non Enforcement)

3) ผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอื่นใด หากมีการบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญา (Any Public Interest in Enforcing the Provision)

4) ระดับความเข้มข้นของนโยบายรัฐที่มีต่อการบังคับใช้สัญญา (The Strength of the Policy Against Enforcement)

5) ความเป็นไปได้หากการไม่บังคับตามสัญญาจะเป็นการสนับสนุนต่อนโยบายของรัฐเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (The Likelihood that a Refusal to Enforce the Contract Will Further the Policy)

6) ความร้ายแรงและการมีเจตนาหรือความตั้งใจของการฝ่าฝืน (The Seriousness and Deliberateness of the Misconduct) และ

7) ความสัมพันธ์หรือความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกันระหว่างการประพฤติผิดและข้อตกลงในสัญญา (The Closeness of Connection Between the Misconduct and the Provision)

ทั้งนี้ ในคำตัดสินหรือคำพิพากษาคดีทั้งหลายของศาล ศาลได้มีการนำปัจจัยต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นนี้มาทำการวิเคราะห์เพื่อหาถึงความสมดุลระหว่างปัจจัยเหล่านี้ตามที่มีการแนะนำไว้ใน the Restatement (Second) of Contracts⁸⁵ เพื่อตัดสินใจว่าจะพิพากษาให้สัญญามีผลบังคับได้หรือไม่

⁸⁴ Restatement (Second) of Contracts § 178 (1981).

⁸⁵ Giesel, *supra* note 68, at 19 (citing a court decision as follows: “U.S. Cain v. Darby Borough, 7 F.3d 377 (3d. Cir) cert. denied, 510 U.S. 1195 (1993) (stating that “[t]he public policy implications must be examined on a case-by-case basis to determine whether the public interest in enforcing the agreement outweighs any harm”: the court then listed a set of factors to considered that tailored to the facts

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดอาจสรุปได้ว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือสำหรับสร้างความยืดหยุ่นให้แก่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลายในบริษัทจำกัดเกี่ยวกับการจัดการกิจการของบริษัท อย่างไรก็ตาม ควรต้องคำนึงถึงความจริงด้วยว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นในบริษัทจำกัดนั้นค่อนข้างที่จะแตกต่างไปจากปัญหาที่เกิดขึ้นในบริษัทมหาชนจำกัด⁸⁶ ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงบทบาทของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ถูกจัดทำขึ้นในบริบทของบริษัทจำกัดมีแนวโน้มที่จะได้รับการยอมรับจากศาล มากกว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ได้ถูกจัดทำขึ้นในบริบทของบริษัทมหาชนจำกัด

เมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นเครื่องมือหรือกลไกตามสัญญาที่จะจัดการกับความตึงเครียดในหมู่ผู้ถือหุ้นของบริษัท ข้อตกลงเหล่านี้มีขอบเขตกว้างขวางในเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อตกลงตั้งกรรมการ อย่างไรก็ตาม ก่อนการเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการมีข้อพิจารณาสำคัญที่จะต้องตรวจสอบว่าได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อให้สัญญานั้นมีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ ซึ่งในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาปัญหาการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการได้รับการแก้ไขโดยกฎหมายขององค์กรของรัฐ อันได้แก่ the Model Business Corporation Act และ the Delaware General Corporation Law ตลอดจนแนวคำตัดสินขององค์กรตุลาการหรือศาลที่เปลี่ยนแปลงไปในแนวทางที่ดีขึ้น

ปัจจุบันนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎหมายของรัฐบาลใหม่ และแนวคำตัดสินหรือแนวคำพิพากษาของศาลได้เสริมสร้างความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ซึ่งในอดีตนั้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือกฎหมายของรัฐบาลใหม่ และแนวคำตัดสินหรือแนวคำพิพากษาของศาลได้ตอบคำถามหลายคำถามที่ท้าทายต่อบทบาทในเรื่องของการจัดระบบการจัดระเบียบระหว่างเอกชนด้วยกันหรือการผูกนิติสัมพันธ์กันตามกฎหมายเอกชน (Private Ordering) ในบริบทของบริษัทจำกัด

อนึ่ง ผู้ถือหุ้นสามารถตกลงล่วงหน้าเพื่อแก้ไขหรือเปลี่ยนแม้กระทั่งโครงสร้าง บทบาท และหน้าที่ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้น กรรมการ พนักงานเจ้าหน้าที่ของบริษัทจำกัด แม้กระนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ทำในบริษัทจำกัดยังคงเผชิญข้อจำกัดที่สำคัญหลายข้อจำกัดที่จะส่งผลกระทบต่อการใช้ผลบังคับของสัญญา ซึ่งข้อจำกัดหลัก ๆ ก็คือ สิทธิของผู้ถือหุ้นรายอื่นที่ไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และสิทธิของบุคคลภายนอก

of the question before the court and which greatly resembles the Restatement section 178 factors.”).

⁸⁶ Hornestein, *supra* note 13, p.1040.

หรือบุคคลที่สามโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ ตลอดจน บทบาทในเรื่องของความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งข้อจำกัดต่าง ๆ เหล่านี้จะต้องถูกนิยาม ถูกจำกัดความ ถูกให้ค่า ถูกให้ความหมาย หรือถูกปรับใช้โดยองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลเป็นกรณี ๆ ไป หรือขึ้นอยู่กับหลักฐานในแต่ละคดี

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นความสำคัญของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจนถึงกับต้องออกกฎหมายมากำหนดกฎเกณฑ์เป็นการเฉพาะเจาะจงสำหรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นแต่ละประเภท เพื่อรองรับความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม ในประเทศอังกฤษแม้จะเป็นประเทศที่มีพื้นฐานระบบกฎหมายจัดอยู่ในระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศอังกฤษก็ไม่ได้ยอมรับถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผ่านการออกกฎหมายดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา หากแต่ได้มีการยอมรับถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผ่านแนวคำวินิจฉัยและแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน ดังจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

4.1.1.2 ประเทศอังกฤษ

เมื่อได้ทราบถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการตามระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ โดยมีขอบเขตตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา และมีข้อจำกัดต่อการมีผลบังคับในกรณีที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เข้ามีส่วนร่วมในสัญญา หรือจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สาม หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ต่อไปผู้เขียนจะได้อธิบายถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการตามระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษจะมีผลบังคับได้หรือไม่ ถ้าบังคับได้จะมีขอบเขตหรือข้อจำกัดเพียงใด

ในเบื้องต้น ผู้เขียนขออธิบายถึงความหมายในภาพรวมของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หรือ “กฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษก่อน ซึ่งในเรื่องความหมายและลักษณะของการแสดงเจตนาที่ขัดต่อ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order หรือ Good Morals หรือ Public Policy)” ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษโดยสังเขปอาจกล่าวได้ดังต่อไปนี้

ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ⁸⁷ เอกชนมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา จึงสามารถแสดงเจตนาให้มีผลผูกพันตามนิติกรรมสัญญาที่ประสงค์ได้โดยไม่จำกัด ทั้งนี้ ต้องอยู่ในขอบเขตที่ไม่กระทบต่อประโยชน์สุขของสังคมโดยรวม การแสดงเจตนาใดที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สุขของสังคมโดยรวมอาจกล่าวได้ว่า มีผลให้เกิดนิติกรรมสัญญาหลายประเภทที่มีลักษณะร่วมกัน เรียกได้ว่าเป็นนิติกรรมสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegal Contract)⁸⁸

นิติกรรมสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้แสดงเจตนาไม่มีความประสงค์ที่จะฝ่าฝืนแต่เป็นเรื่องทางเทคนิคที่ไม่อาจรู้ได้ อันเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ไม่ร้ายแรง⁸⁹ หรืออาจเกิดขึ้นจากการที่ผู้แสดงเจตนาไม่มีความประสงค์ที่จะฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายโดยชัดแจ้ง อันเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรง นอกจากนี้ ยังมีนิติกรรมสัญญาอีกประเภทหนึ่งที่ให้ผลทำนองเดียวกันแม้ไม่มีกฎหมายระบุห้ามเอาไว้⁹⁰ และเพราะเหตุที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้นั้นเองจึงเป็นหน้าที่ขององค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลในอันที่จะต้องวินิจฉัยว่า นิติกรรมสัญญาที่ขึ้นสู่กระบวนการพิจารณานั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และจะสามารถบังคับได้เพียงใด เมื่อมีคำพิพากษามากเข้าก็จะเกิดเป็นบรรทัดฐานที่เรียกว่า กฎหมายคอมมอนลอว์⁹¹ อันเป็นแนวทางให้ศาลในคดีหลังพิพากษาตาม

นิติกรรมสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีกฎหมายห้ามเรียกว่า “Illegal by Statute” และที่ไม่มีกฎหมายห้ามแต่เกิดขึ้นจากบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลเรียกว่า “Illegal by Common Law”⁹² โดยนิติกรรมสัญญาที่มีแนวโน้มว่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่กลับไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามเอาไว้จะทำให้องค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลต้องมีภาระหนักยิ่งขึ้น เพราะจะต้องวินิจฉัยคดีเพื่อสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนให้เกิดเป็นรูปธรรม⁹³

⁸⁷ ศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก อภิสิทธิ์ ไตรระพันธ์, “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.178 – 199.

⁸⁸ อภิสิทธิ์ ไตรระพันธ์, *เพิ่งอ้าง*, น.178.

⁸⁹ *เพิ่งอ้าง*, น.178.

⁹⁰ *เพิ่งอ้าง*, น.178.

⁹¹ *เพิ่งอ้าง*, น.179.

⁹² *เพิ่งอ้าง*, น.179.

⁹³ *เพิ่งอ้าง*, น.179.

จากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลที่ได้เคยพิพากษาไว้พอจะจำแนกได้ว่ามีลักษณะดังนี้⁹⁴ ลักษณะที่ 1 การแสดงเจตนาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contract Contrary to Good Morals) ลักษณะที่ 2 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่และความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว ตลอดจนสถาบันครอบครัว (Contracts Prejudicial to Family Life)⁹⁵ ลักษณะที่ 3 การแสดงเจตนาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่ออาชญากรรมหรือมีผลเป็นการทำลายความปลอดภัยสาธารณะ ทำให้สังคมอยู่ในความไม่สงบเรียบร้อย (Contracts to Commit a Crime or a Civil Wrong)⁹⁶ ลักษณะที่ 4 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อระบบศาลและกระบวนการบริหารงานยุติธรรม (Contracts Prejudicial to the Administrative of Justice) ลักษณะที่ 5 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงภายในประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (Contracts Prejudicial to Public Relations)⁹⁷ ลักษณะที่ 6 การแสดงเจตนาที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือจำกัดการแข่งขันทางการค้า (Contracts in Restrain of Trade)⁹⁸ ซึ่งอาจเป็นการจำกัดการแข่งขันทางการค้าในสัญญาจ้างแรงงาน (Contracts of Employment) หรือการจำกัดการแข่งขันทางการค้าเมื่อมีการซื้อขายกิจการ (Contracts for the Sale of a Business) ก็ได้⁹⁹

เมื่อพิจารณาตามแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลที่ได้เคยพิพากษาไว้แล้ว ความสงบเรียบร้อยของประชาชนในกฎหมายอังกฤษที่เกิดขึ้นจากบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาล จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับแนวนโยบายแห่งรัฐ ระบบศาลและการบริหารงานยุติธรรม ความมั่นคงภายในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การแสดงเจตนาที่มีความผิดและโทษทางอาญา การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อสถาบันครอบครัว การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจที่เป็นเรื่องการค้าและการจำกัดสิทธิในการแข่งขันที่เป็นธรรมในการประกอบอาชีพหรือการประกอบธุรกิจ ตลอดจนการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁹⁴ Ewan McKendrick, Contract Law, 6th ed., (London : Palgrave Macmillan, 2005), p.333, อ้างถึงใน อภิสิทธิ์ ไตรรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 87*, น.179 – 193.

⁹⁵ อภิสิทธิ์ ไตรรัตน์, *เพ็ญอ้าง*, น.179 – 182.

⁹⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.182 – 184.

⁹⁷ *เพ็ญอ้าง*, น.184 – 186.

⁹⁸ *เพ็ญอ้าง*, น.186.

⁹⁹ *เพ็ญอ้าง*, น.187 – 191.

ดังนั้น หากมีการจัดทำสัญญาใด ๆ ขึ้นก็ตามซึ่งรวมถึงสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยโดยที่สัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่ขัดกับแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลทั้ง 6 ลักษณะที่ได้กล่าวมาข้างต้น ศาลย่อมจะไม่รับรองและปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญานั้น

เมื่อได้ทราบถึงความหมายและลักษณะของการแสดงเจตนาที่ขัดต่อ “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order หรือ Good Morals หรือ Public Policy)” ตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษในภาพรวมแล้ว ต่อไปผู้เขียนจะได้อธิบายและพิจารณาถึงสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ ซึ่งถือเป็นข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนประเภทหนึ่งนั่นเอง และโดยปรกติแล้วข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ก็มักจะปรากฏอยู่ในข้อตกลงข้อหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเสมอ

ในเบื้องต้นนั้น กล่าวได้ว่า ความสมดุลที่กฎหมายกำหนดในเรื่องสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นอาจจะเป็นที่เพียงพอหรือไม่เหมาะสมสำหรับทุกสถานการณ์ เพราะฉะนั้น มันจึงไม่ใช่เรื่องผิดปกติที่เราจะพบว่า สมาชิกของบริษัทต้องการหรือประสงค์ที่จะทำการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นที่กฎหมายได้กำหนดไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สมาชิกของบริษัทมีความปรารถนาที่จะปรับสมดุลในเรื่องสิทธิของตนที่มีอยู่ในบริษัท ซึ่งอาจทำได้ด้วยการกำหนดบทบัญญัติพิเศษ (Special Provisions) ลงไว้ในข้อบังคับของบริษัทเป็นการเฉพาะ หรือด้วยการกำหนดบทบัญญัติพิเศษแยกต่างหากระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันลงไว้ในสัญญา ที่เรียกว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (A Shareholders’ Agreement)” เป็นการเฉพาะ หรือด้วยการกำหนดบทบัญญัติพิเศษผสมผสานไว้ทั้งในข้อบังคับของบริษัทและในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น¹⁰⁰

โดยส่วนมากแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะถูกนำมาใช้กันอย่างแพร่หลายสำหรับเป็นวิธีในการกำหนดแนวทางให้คู่สัญญาปฏิบัติตามข้อตกลงทั้งหลายเกี่ยวกับโครงสร้างส่วนบนที่เหนือไปกว่าเรื่องพื้นฐานทั้งหลายของบริษัท เพื่อเพิ่มเติมและเพื่อความมีอำนาจเหนือกว่าข้อบังคับของบริษัทซึ่งกำหนดเรื่องที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของบริษัท

อย่างไรก็ดี มันอาจมีเนื้อหาบางเรื่องทั้งที่ทั้งสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้ทับซ้อนหรือซ้ำกัน แต่มันก็เป็นเรื่องปกติธรรมดาที่มักจะมีการกำหนดว่า ในกรณีที่เอกสารทั้ง 2 ชนิดไม่สอดคล้องหรือขัดกัน ให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลเหนือข้อบังคับของบริษัท ทั้ง ๆ ที่ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์แล้วข้อบังคับของบริษัทจะมีผลบังคับเหนือกว่า

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ สัญญาซึ่งผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทควรจะเข้าเป็นคู่สัญญาอย่างยิ่งเพราะสัญญานี้เป็นเครื่องมือหรือกลไกอันสำคัญที่ใช้เพื่อการลดความขัดแย้ง (A

¹⁰⁰ John Cadman, Shareholders’ Agreements, 4th ed., (London : Sweet & Maxwell Limited, 2004), p.1.

Device for Reducing Conflict) ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักประกอบด้วยข้อกำหนด กติกา ข้อตกลง กฎระเบียบ กฎเกณฑ์สำหรับการแก้ปัญหาหรือยุติข้อพิพาท ระบุกำหนดสิทธิพิเศษหรือสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะเจาะจง อำนาจของผู้ถือหุ้นทั้งหลาย และกระบวนการ ขั้นตอน วิธีการต่าง ๆ ในการดำเนินงานของบริษัท นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังสามารถปกป้องบริษัทและผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ จากสถานการณ์ที่พฤติกรรมส่วนตัวของผู้ถือหุ้นบางคนเปลี่ยนแปลงไป

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจรับรองหรือช่วยให้ผู้ถือหุ้นมั่นใจได้ว่า การตัดสินใจต่าง ๆ เกี่ยวกับบริษัทจะถูกกระทำโดยมีการพิจารณา การอภิปราย และการออกเสียงลงคะแนนด้วยมติเอกฉันท์มากกว่าที่จะถูกกระทำโดยคำสั่งคำบงการของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังเป็นเอกสารเอกชนหรือเอกสารส่วนตัว (A Private Document) และมักจะบรรจุเนื้อหาสาระที่คู่สัญญาไม่ประสงค์หรือไม่ต้องการให้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะ ซึ่งบางเรื่องเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิ่งที่ไม่เป็นความจริงของข้อบังคับของบริษัท ดังนั้น ในสาระสำคัญแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงเป็นเครื่องมือที่ถูกออกแบบมาเพื่อปรับปรุงหรือทำให้อำนาจในมือระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายต่าง ๆ มีความสมดุลขึ้น และเพื่อให้พวกผู้ถือหุ้นฝ่ายต่าง ๆ ได้รับการปกป้องที่มากขึ้นกว่าการพึ่งพากฎหมายว่าด้วยบริษัท

ข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวอาจถูกจัดทำขึ้นระหว่างผู้ถือหุ้นบางรายหรือทุกรายก็ได้ และบ่อยครั้งที่ตัวบริษัทมักจะเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในฐานะที่เป็นบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น¹⁰¹ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะถูกจัดทำขึ้นในระหว่างสมาชิกของบริษัทเอกชน (Private Company) มากกว่าในบริษัทมหาชนทั้งหลายที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งมีประชาชนหรือสาธารณชนเป็นเจ้าของ (Public Company) อย่างเห็นได้ชัด¹⁰² เพราะในบริษัทมหาชนจำกัดทั้งหลายที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งมีประชาชนหรือสาธารณชนถือหุ้น

¹⁰¹ *Ibid.*, at 1 (explaining that “[s]uch agreements may be made between some or all of the shareholders and frequently join in the company itself as a party.”).

¹⁰² *Ibid.*, at 1 (explaining that “[s]hareholders’ agreements are predominantly made between the members of private company and, for this reason, our analysis principally extends to shareholders’ agreements as they relate to private companies.”).

นั้นกฎหมายมีข้อกำหนดว่า หุ้นต้องสามารถโอนได้อย่างอิสระและไม่ถูกจำกัดการโอน¹⁰³ แต่ทว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นอาจถูกจัดทำขึ้นโดยมีความมุ่งหมายประการหนึ่งเพื่อที่จะจำกัดการโอนหุ้น ด้วยเหตุนี้ ประเด็นเรื่องการโอนหุ้นได้อย่างอิสระจึงเป็นสาเหตุสำคัญสาเหตุหนึ่งที่ทำให้มักไม่ค่อยพบสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริบทของบริษัทมหาชนจำกัดทั้งหลายที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ และด้วยเหตุนี้ การอธิบายของผู้เขียนจึงมุ่งไปสู่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวกับบริษัทเอกชนเป็นหลัก

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสิ่งที่มีความจำเป็น เพราะสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสิ่งที่ทำให้ข้อบังคับของบริษัทสมบูรณ์หรือเป็นส่วนที่คอยเสริมและเพิ่มเติม (Supplement) ข้อบังคับของบริษัท¹⁰⁴ หากพูดถึงลักษณะที่แตกต่างกันระหว่างสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกับข้อบังคับของบริษัทอาจกล่าวได้ว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและข้อบังคับของบริษัทเป็นสิ่งที่มีความแตกต่างกันโดยพื้นฐาน กล่าวคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกควบคุมหรือบังคับโดยกฎหมายว่าด้วยสัญญา (The Law of Contract) ในขณะที่ข้อบังคับของบริษัทเป็นผลผลิตของกฎหมายว่าด้วยบริษัท และส่วนใหญ่ถูกควบคุมโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการตราขึ้น (The Creation of Company Law and Are Primarily Regulated by Statute) ในความแตกต่างของเอกสารทั้งสองประเภทนี้ต่างก็สามารถก่อให้เกิดผลดีหรือสามารถใช้ให้เกิดประโยชน์เพื่อตอบสนองหรือบรรลุวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงของบริษัทและผู้ถือหุ้น¹⁰⁵

หลายบทบัญญัติพิเศษที่ผู้ถือหุ้นต้องการ เป็นสิ่งที่สามารถกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือในข้อบังคับของบริษัทก็ได้ ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่น (Pre-emption Clause) และสิทธิในการแต่งตั้งกรรมการที่ได้รับการเสนอชื่อ (Rights to Appoint Nominated Directors) ล้วนสามารถกำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือในข้อบังคับของบริษัทได้เช่นเดียวกัน¹⁰⁶

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดถึงเนื้อหาที่เป็นประเด็นสำคัญ (The Key Issues) ดังต่อไปนี้¹⁰⁷

¹⁰³ *Greenhalgh v Mallard* [1943] 2 All ER 234. Listing Rules, para 3.15 (Admission Directive Sch A II (2)). CA 2006 defines ‘private’ and ‘public’ companies: see Part 1, s 4 and Part 7.

¹⁰⁴ John Cadman, *supra* note 100, at 1 (explaining that “[s]hareholders’ agreements are necessarily supplement to a company’s articles of association.”).

¹⁰⁵ *Ibid.*, at 2.

¹⁰⁶ *Ibid.*, at 2.

¹⁰⁷ *Ibid.*, at 12.

(1) เรื่องการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท ซึ่งรวมตลอดถึงเรื่ององค์ประกอบ ที่มา และการแต่งตั้งคณะกรรมการ นโยบายการจ่ายปันผล และค่าตอบแทนกรรมการ (Management; Including Appointment of Directors, Dividend Policy and Directors' Remuneration)

(2) เรื่องเกี่ยวกับธรรมนูญของบริษัท หนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับของบริษัท ซึ่งหมายถึงเรื่องความเกี่ยวพันและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงธรรมนูญของบริษัท หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนการออกหุ้นใหม่และสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Constitutional Issues; Relationship with and Modifications to the Company's Constitution, The Issuing of New Shares and Voting Rights)

(3) ข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหลาย โดยที่พวกเขาเห็นด้วยกับหรือตกลงยินยอมที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องเกี่ยวกับบริษัทในลักษณะเฉพาะหรือในทางหนึ่งทางใด เพื่อที่จะบังคับบริษัทให้ดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ หรือให้บริษัทดำเนินการตามแนวทางของข้อตกลงข้างต้น

(4) ข้อตกลงต่าง ๆ ระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหลายด้วยกันเอง เช่น ข้อสัญญาห้ามการแข่งขันทางธุรกิจกับบริษัท (Covenants Not to Compete)

(5) หน้าที่ผูกพันของบริษัท (Binding Obligation) ที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และหน้าที่ผูกพันของบริษัทที่จะต้องกระทำโดยประการใด ๆ เพื่อให้เกิดผลตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (To Give Effect to the Terms of the Shareholders' Agreement) อาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ผูกพันของบริษัทดังกล่าวข้างต้นไม่ได้หมายถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัท แต่หมายถึงการมอบหมายให้กรรมการเป็นผู้แทนของบริษัทในการปฏิบัติหรือกระทำการเพื่อให้เกิดผลตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และหมายความรวมถึงให้กรรมการใช้อำนาจในฐานะกรรมการบริษัทบริหารจัดการกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น การเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อให้เกิดผลบังคับดังกล่าวไม่ได้แตกต่างไปจากการเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาชนิดอื่น ๆ เลย

(6) เรื่องการระดมทุน การกู้ยืม (Funding)

(7) เรื่องภาษีอากร (Taxation)

(8) เรื่องการแก้ไขปัญหาในกรณีที่เกิดข้อขัดข้องหรือความขัดแย้ง และการระงับข้อพิพาท (Deadlock and Dispute Resolution)

(9) เรื่องการโอนหุ้นของผู้ถือหุ้น (Transfers of Shares) และ

(10) เรื่องการสิ้นสุดลงของสัญญา (Termination)

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นแต่ละสัญญาหรือแต่ละรูปแบบเป็นผลผลิตที่มีลักษณะเฉพาะตัวตามความประสงค์ของคู่สัญญาทั้งหลายที่มีความมุ่งหมายในเรื่องการค้าพาณิชย์ (A Unique Product of the Commercial Goals) และรูปแบบของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับชนิด รูปแบบ ประเภทของบริษัทที่เกี่ยวข้อง (The Type of Company Involved) ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ปังเจกบุคคล (Individuals) หรือองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่น ๆ (Corporate Entities) เช่น ทรัสต์ (Trusts) หรือห้างหุ้นส่วน (Partnerships) เป็นต้น

หากได้มีการจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นขึ้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะเป็นสัญญาที่มีผลผูกพันในฐานะที่เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง (As a Binding Contract) ซึ่งมีผลผูกพันและก่อให้เกิดความสัมพันธ์ของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา อันเป็นความสัมพันธ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในแง่นี้ก็คือมีผลบังคับกับความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันนั่นเอง (*inter se*)

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท ย่อมเป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม การตีความและผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอาจได้รับผลกระทบจาก “The Statutory Contract” และหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ตำราทางวิชาการได้อธิบายด้วยว่าเหตุใดผู้ถือหุ้นอาจจะไม่พึงพอใจที่ต้องพึ่งพาสิทธิของเขาภายใต้ธรรมนูญของบริษัท พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985 หรือ พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 และหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นเพียงแหล่งที่มาหรือแหล่งกำเนิดเดียวของสิทธิต่าง ๆ ตลอดจนในเรื่องการเยียวยาแก้ไขปัญหาความสัมพันธ์เกี่ยวกับการถือหุ้นของพวกเขา ด้วยเหตุนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงถูกออกแบบขึ้นโดยมีเจตนามุ่งหมายที่จะปรับปรุงสภาพการณ์ทางกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัด (Private Limited Company) ของอังกฤษและเวลส์ให้ดียิ่งขึ้น ด้วยการทำให้สิทธิต่าง ๆ มีผลผูกพันและบังคับได้ตามกฎหมายในรูปของสัญญา โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงข้อบังคับของบริษัท หรือโดยไม่ต้องถูกจำกัดอยู่แต่เฉพาะข้อบังคับของบริษัท (Irrespective of the Articles of Association) นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังถูกสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อประโยชน์ในการปกป้องผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดด้วย

หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อเปิดช่องหรือมีข้อกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะฟ้องต่อบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้โดยตรง (A Direct Contractual Right of Action) ซึ่งคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่อาจถูกฟ้องได้นี้หมายความรวมถึงตัวบริษัทจำกัดนั้นเองก็ได้ หากบริษัทได้เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้

ถือหุ้น¹⁰⁸ สำหรับผลทางกฎหมายในกรณีที่บริษัทได้เข้าเป็นคู่สัญญาจะได้กล่าวในเบื้องต้นไว้ในหัวข้อ 4.1.2 ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นกับบริษัท อย่างไรก็ตาม ปัญหาสถานะทางกฎหมายและผลทางกฎหมายในกรณีที่บริษัทได้เข้าเป็นคู่สัญญาเป็นเรื่องซับซ้อนและมีรายละเอียดปลีกย่อยอีกมาก ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาให้ทำการศึกษาต่อได้ ด้วยเหตุนี้ ขอบเขตการศึกษาของผู้เขียนมุ่งเน้นไปที่ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ดังนั้นโดยทั่วไปแล้ว สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษในฐานะที่เป็นสัญญาเชิงพาณิชย์โดยไม่ต้องมีคุณสมบัติที่เฉพาะเจาะจง กล่าวคือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นไม่มีแบบตามกฎหมาย และไม่ต้องได้รับอนุญาตหรือการรับรองโดยกฎหมายพิเศษแต่อย่างใดเลย (Without Qualifying as a Specific Form of Contract) ในแง่นี้หรือในความหมายนี้ ความหลากหลายในรูปแบบต่าง ๆ ของสัญญา (The Spectrum of Contracts) ที่ครอบคลุมโดยใช้คำว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders’ Agreement)” นั้นยังหมายความรวมถึงสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ได้จัดทำขึ้นตามแบบพิธี (แม้กระทั่งสัญญาโดยปริยาย) ที่ได้กระทำขึ้นในระหว่างผู้ถือหุ้นเพียงบางคนหรือบางกลุ่มในบริษัทด้วย ซึ่งแม้จะเป็นข้อตกลงในเรื่องการควบคุมกิจการที่มีความซับซ้อนอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น การก่อตั้งบริษัทร่วมทุนประเภทกิจการร่วมค้า (The Creation a Joint Venture Company) เป็นต้น

หากกล่าวถึงเรื่องการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็นเครื่องมือหรือวิธีการในการกำหนดและควบคุมสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ศาลทั้งหลายได้แสดงให้เห็นถึงความตั้งใจหรือความเต็มอกเต็มใจในหลาย ๆ โอกาสที่จะบังคับใช้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่เกิดขึ้น และให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลนอกเหนือไปจากที่มีอยู่แล้วในข้อบังคับของบริษัท (Take Effect Outside the Articles)¹⁰⁹ คำพิพากษาส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ศาลได้สร้างหลักเกณฑ์ที่แน่นอนและชัดเจนไว้ว่า ผู้ถือหุ้นสามารถใช้

¹⁰⁸ Making the company a party to the shareholders’ agreement may cause problems of enforceability as against the company itself, as identified in *Russell v Northern Bank Development Corpn Ltd* [1992] 3 All ER 161.

¹⁰⁹ John Cadman, *supra* note 100, p.8.

สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนอย่างถูกต้องและมีเหตุผลไปในทางหนึ่งทางใดหรือในลักษณะบางอย่างก็ได้ เพื่อควบคุมกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามที่ตนปรารถนา¹¹⁰

เมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกควบคุมหรือถูกบังคับโดยหลักการทั่วไปของกฎหมายสัญญา (The Normal Principles of Contract Law) ดังนั้น ผู้ถือหุ้นจึงไม่สามารถตกลงกันในเรื่องที่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (An Illegal Act) และผู้ถือหุ้นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเองได้โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาทุกฝ่าย เว้นแต่จะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น¹¹¹

ในคดี *Russell v Northern Bank Development Corp Ltd* [1992] B.C.L.C. 1016. นี้มีข้อเท็จจริงว่า บริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลายของบริษัทได้เข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในปี ค.ศ. 1979 เพื่อกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับลักษณะและการดำเนินการบางประการของกิจการ โดยในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวระบุไว้ว่า ให้ข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวมีผลเหนือกว่าข้อบังคับของบริษัท (Take Precedence Over the Company's Articles of Association) และในสัญญาข้อ 3 ระบุว่า จะไม่มีการเพิ่มทุนเรือนหุ้นหรือไม่มีการออกหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทเว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกฝ่าย

อนึ่ง 10 ปีต่อมา คณะกรรมการของบริษัทได้ดำเนินการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่สมาชิกทราบว่าจะมีการประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือพิจารณาอนุมัติการเพิ่มทุนจำนวนมากของบริษัท โจทก์ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงดำเนินการฟ้องร้องคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เพื่อยับยั้งไม่ให้พวกเขาดำเนินการให้เป็นผลตามที่ได้มีการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อดำเนินการเพิ่มทุนจำนวนมากของบริษัท (To Restrain Them from Implementing the Proposed Increase)

¹¹⁰ *Ibid.*, p.8 (explaining that “[t]he courts have shown their willingness on a number of occasions to enforce agreements between shareholders which arise and take effect outside the articles. The main decisions relate to voting agreements [1.3.7] and establish the clear principle that shareholders may validly agree to exercise their voting rights in a certain way so as to regulate the affairs of the company in accordance with their wishes.”).

¹¹¹ *Ibid.*, p.8 (explaining that “[s]hareholders’ agreements are governed by the normal principles of contract law. Thus, the shareholders cannot agree to an illegal act nor can they vary the agreement without the consent of all the parties (unless it otherwise so provides).”).

ซึ่ง the House of Lords วินิจฉัยว่า ข้อตกลงของบริษัทว่าจะไม่มีการเพิ่มทุนเรือนหุ้นหรือไม่มีการออกหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทวันแต่จะได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายนั้นเป็นข้อตกลงที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ (Unenforceable) เพราะการตกลงในลักษณะดังกล่าวนั้นถือว่าเป็นการที่บริษัทลิดรอนหรือทำให้ตนสูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมายเป็นระยะเวลาช่วงหนึ่งซึ่งอาจมีอายุการใช้งานได้ครบเท่าที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังคงเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ และยังมีผลเช่นนั้นภายหลังจากที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปลี่ยนผ่านการถือหุ้นไปยังผู้ถือหุ้นอื่น อันเป็นที่น่าสะพรึงกลัวหรืออันตรายและเลวร้าย (Obnoxious) ราวกับว่ามันถูกกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท

อย่างไรก็ดี ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่กำหนดข้อตกลงแยกต่างหากหรือนอกเหนือไปจากข้อบังคับของบริษัทว่าพวกเขา (ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน) จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Rights) หรือจะตัดสินใจในเรื่องแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทอย่างนั้นไม่ได้ไม่สมบูรณ์ (Was Not Necessarily Invalid) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การตกลงกันเองในระหว่างผู้ถือหุ้น (ไม่รวมถึงบริษัท) ว่าจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนไปในทางหนึ่งทางใดเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทนั้นมีผลบังคับใช้ได้¹¹²

สำหรับข้อสัญญาข้อที่ 3 ในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองข้างต้นนั้นไม่ถือเป็นข้อผูกมัดบริษัทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการตกลงในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง จึงไม่เป็นการลิดรอนหรือทำให้บริษัทสูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจในการเพิ่มทุนหรือการออกหุ้นเพิ่มทุนที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย แต่เป็นเพียงข้อตกลงส่วนตัวหรือข้อสัญญาส่วนบุคคลในระหว่างผู้ถือหุ้นแยกต่างหากจากข้อบังคับของบริษัท (A Personal Agreement Outside the Articles Between the Shareholders) ที่ผู้ถือหุ้นได้จัดทำขึ้นเพื่อตกลงว่าพวกเขาจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนหรือจะตัดสินใจอย่างไรในเรื่องการริเริ่มหรือการออกหุ้นเพิ่มทุนของบริษัท และข้อสัญญาดังกล่าวก็ไม่ได้มีเจตนาที่จะผูกมัดผู้ถือหุ้นในอนาคต (Future Shareholders)¹¹³

อนึ่ง แม้ผลของข้อสัญญาข้อ 3 ต่อบริษัทจะเป็นไปตามคำวินิจฉัยของ the House of Lords ที่วินิจฉัยว่า ข้อตกลงที่กำหนดหน้าที่ให้แก่บริษัทว่าจะไม่มีการเพิ่มทุนเรือนหุ้นหรือไม่มีการออกหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทวันแต่จะได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายนั้นเป็นข้อตกลงที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ (Unenforceable) แต่

¹¹² *Ibid.*, p.9 (explaining that “[h]owever, an agreement outside the articles between shareholders as to how they would exercise their voting rights on a resolution to alter the articles was not necessarily invalid.”).

¹¹³ *Ibid.*, p.9.

เนื่องจากหน้าที่ตามข้อสัญญาข้อ 3 นี้ในระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองเป็นข้อตกลงที่มีความเป็นอิสระตลอดจนแบ่งแยกออกจากส่วนที่ไม่มีผลบังคับ ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลใดที่ข้อตกลงในระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองซึ่งไม่ได้ส่งกระทบใด ๆ ต่อการใช้สิทธิหรืออำนาจตามกฎหมายของบริษัท จะบังคับใช้ไม่ได้ในฐานะที่เป็นข้อตกลงส่วนตัวหรือข้อสัญญาส่วนบุคคล¹¹⁴

คำวินิจฉัยของ the House of Lords ในคดีนี้ได้กลับคำวินิจฉัยทั้งของศาลชั้นต้น (At First Instance) และศาลอุทธรณ์ (The Court of Appeal) ซึ่งศาลมีทรรศนะหรือมีความเห็นว่าข้อตกลงล่วงหน้าในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนโดยเฉพาะเจาะจงไปในทางหนึ่งทางใดนั้นเป็นการลิดรอนหรือทำให้บริษัทสูญเสียซึ่งสิทธิหรืออำนาจที่บริษัทมีอยู่ตามกฎหมาย จึงเป็นข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนคำวินิจฉัยก่อนหน้านี้ (คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์) ได้ก่อให้เกิดความรู้สึกกตตะลึงขึ้นในวงการกฎหมายเกี่ยวกับความมีประสิทธิภาพหรือผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น และคำวินิจฉัยของ the House of Lords ที่กลับคำวินิจฉัยของศาลล่างทั้งสองนี้ถือเป็นเรื่องที่น่ายินดีที่ the House of Lords ยอมรับความมีประสิทธิภาพของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง

เมื่อได้ทราบว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) มีผลบังคับใช้ได้ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษแล้ว ต่อไปผู้เขียนจะได้อธิบายถึงเรื่องการมีผลบังคับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Pooling or Voting Agreement) ซึ่งสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการถือว่าเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงร่วมกันในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน

ผู้ถือหุ้นอาจทำการรวมผลประโยชน์และอำนาจในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนกันได้เพื่อการรักษาอำนาจควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท หรือเพื่อให้แน่ใจว่าการดำเนินธุรกิจของบริษัทจะได้ดำเนินไปตามนโยบายที่ได้กำหนดไว้¹¹⁵ สัญญาประเภทนี้ก็คือ สัญญา

¹¹⁴ *ibid.*, p.9 (explaining that “[i]t followed that the company’s undertaking was unenforceable but, since it was independent of and severable from that of the shareholders, there was no reason why the latter should not be enforceable by the shareholders inter se as a personal agreement which in no way affected the company in the exercise of its statutory powers.”).

¹¹⁵ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, The Law and Practice of Shareholders’ Agreements, 2nd ed., (London : LexisNexis Butterworths, 2007), p.24 (explaining that “[s]hareholders may combine their interests and voting power even

ระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เรียกว่า “Pooling Agreement”

ตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างหรือในหมู่ผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนในฐานะที่รวมกันเป็นหนึ่งหน่วย เป็นกลุ่ม เป็นชุด หรือเป็นไปในแนวทางเดียวกัน (As a Unit) หรือจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนเพื่อขัดขวางหรือยับยั้งวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่กำหนด (Block for Specified Objectives) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทนี้ได้รับการยอมรับในกฎหมายอังกฤษเป็นเวลาหนึ่งศตวรรษแล้ว¹¹⁶

ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Pooling Agreement) ที่กระทำขึ้นโดยผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นไม่มีแบบ จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญา (Not Need to be in Writing or Signed by the Parties)¹¹⁷ และอาจจะใช้สำหรับวัตถุประสงค์อย่างใด ๆ ก็ได้ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Any Legitimate Purpose) ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการจัดตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเพื่อให้เป็นคณะกรรมการของบริษัทที่มีอำนาจการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัททั้งหมด (Electing Directors to Gaining Complete Corporate Control)¹¹⁸ เรื่องการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท (Act as a Unit in Managing the

to the extent of securing control of the company or to ensure the adoption of or adherence to a specific policy or course of business by the company.)”.

¹¹⁶ *Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch 530 and *Puddephatt v Leithi* [1916] 1 Ch 200 although arguably the recognition given by those cases is obiter dicta and in this country there has been no statutory development and no case law until *Russell v Northern Bank Development Corp Ltd* [1992] 3 All ER 161. On tax matters see *Booth v Ellard* [1980] 3 All ER 569.

¹¹⁷ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 115*, p.25 (explaining that “[i]n most jurisdiction in the US the Business Corporation Laws require that the agreement be in writing and signed to be valid and enforceable between the parties.”).

¹¹⁸ *Ibid.*, p.25 (explaining that “[a]gain, some of the US jurisdictions limit by statute the permissible use of pooling agreements by shareholders to (for example) only the election of directors. Other more liberal States (like New York) permit (written, signed pooling agreements) to be effective in exercising any voting rights as

Company) และอาจตกลงเรื่องการยอมรับหรือเห็นชอบเกี่ยวกับสิทธิที่จะซื้อก่อนผู้อื่น (Agree a Right of Pre-emption) ซึ่งหมายถึงการให้สิทธิผู้ถือหุ้นเดิมในบริษัทมีสิทธิที่จะตัดสินใจซื้อหุ้นจากผู้ถือหุ้นคนอื่นในบริษัทที่ประสงค์จะขายหุ้นนั้นก่อนที่จะนำไปขายให้แก่บุคคลภายนอก เป็นต้น ทั้งยังอาจตกลงยอมรับหรือเห็นชอบในเรื่องอื่น ๆ อีกได้ อย่างไรก็ตาม การตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในลักษณะเช่นนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า หากข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวมีการกำหนดค่าตอบแทนที่เพียงพอตามหลักกฎหมายด้วย¹¹⁹

ในจำนวนทั้งหมดทั้งสิ้นของสิทธิออกเสียงลงคะแนนที่ได้ตกลงร่วมกัน เห็นชอบที่จะแสดงเจตนาอย่างเป็นหนึ่งหน่วย เป็นกลุ่ม เป็นชุด หรือเป็นไปในแนวทางเดียวกันตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Pooling Agreement) เรียกว่า “กองกลาง (The Pool)”¹²⁰ และผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน คือ “ผู้ครอบครองร่วมหรือมีลักษณะอย่างผู้เข้าร่วม (Joint Tenants) ของจำนวนสิทธิออกเสียงลงคะแนนทั้งหมดของกองกลางนั้น และผู้ถือหุ้นแต่ละคนล้วนมีส่วนได้เสียที่แบ่งแยกมิได้ในการกำหนดทิศทางของการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนสำหรับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้”¹²¹

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน จำเป็นที่จะต้องระบุวัตถุประสงค์ ซึ่งอาจเป็นเรื่องการเลือกตั้งกรรมการ หรือผู้ที่ได้รับอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท หรือในเรื่องอื่น ๆ และการระบุวัตถุประสงค์ดังกล่าวส่งผลโดยตรงต่อการกำหนดว่า ใครจะได้รับเลือกให้เป็นกรรมการของบริษัท หรือจะมีกระบวนการในการตั้งกรรมการอย่างไร หรือทั้งใครจะได้รับเลือกให้เป็นกรรมการของบริษัท และจะมีกระบวนการในการตั้งกรรมการอย่างไร¹²²

provided in the agreement or as they may agree or as determined in accordance with a procedure agreed upon by them (such as arbitration, majority vote or some other conflict-resolving method.”).

¹¹⁹ *Ibid.*, pp.24, 30 – 32 (explaining that “[p]rovided, contractually, there is sufficient consideration.”).

¹²⁰ *Ibid.*, p.25.

¹²¹ Kruger, “Pooling Agreements under English Company Law,” 94 *LOB* 557, p.560 (1978).

¹²² *Ibid.*, p.560.

ผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนดังกล่าวแม้ตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนอย่างเฉพาะเจาะจงหรือที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่ในระหว่างผู้ถือหุ้นที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันทั้งหลายนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์กันตามหลักเรื่องตัวการ-ตัวแทน (No Principal-Agent Relationship) แต่อย่างใด¹²³ กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันดังกล่าวแต่ละคนยังคงมีหรือยังคงไว้ซึ่งความเป็นเจ้าของในหุ้นทั้งหลายนั้น (Retains Full Ownership of His or Her Shares) และผูกพันผู้ถือหุ้นที่จะต้องใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนอย่างเฉพาะเจาะจงต่อเรื่องใดตกลงกันไว้ หรือต้องใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกบุคคลตามที่ได้มีการกำหนดตกลงไว้โดยเฉพาะเท่านั้น (Binds Him or Herself Only to Vote in a Specific Way or for a Specific Person)¹²⁴ ดังนั้น จึงมีนักวิชาการและนักกฎหมายอธิบายว่า การตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่รวมผลประโยชน์และอำนาจในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายของบริษัท การดำเนินธุรกิจของบริษัท การเลือกตั้งกรรมการ พนักงาน และเจ้าหน้าที่ทั้งหลายของบริษัทเหล่านี้จึงไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹²⁵

อนึ่ง สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนดังกล่าวจะมีผลผูกพันตามหลักในเรื่องสัญญา トラบใดที่สัญญานั้นไม่ได้มีความขัดหรือแย้งกับเอกสารจัดตั้งบริษัท อันได้แก่ หนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับของบริษัท หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ และกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษ (UK Company Legislation) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สัญญานั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือต้องไม่เป็นการทุจริตฉ้อฉล หรือต้องไม่ส่งผลกระทบอย่างไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างน้อย¹²⁶

¹²³ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 115, p.25 (explaining that “[u]nlike the proxy who is an agent.”).

¹²⁴ *Ibid.*, p.25.

¹²⁵ *Ibid.*, p.24 (explaining that “[i]t is not against public policy for shareholders to unite upon company policy or action or on the officers to be elected.

¹²⁶ *Ibid.*, p.24 (explaining that “[s]uch agreements will be binding so long as they are not in conflict with the company’s constitution, the common law or UK company legislation and, in particular, do not unfairly prejudice or fraudulently or inequitably affect the minority shareholders.”).

แม้ว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจำนวนมากจะมีข้อตกลงเกี่ยวกับการออกเสียงลงคะแนนหรือลงมติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นพิเศษ ผู้ถือหุ้นอาจผูกพันตนเองว่าจะออกเสียงลงคะแนนในเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือทางหนึ่งทางใดก็ได้ ถ้าผู้ถือหุ้นประสงค์เช่นนั้น ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนดังกล่าวสามารถตกลงทำกับผู้ถือหุ้นรายอื่น ๆ หรือบุคคลภายนอกก็ได้ และยังสามารถตกลงเกี่ยวข้องกับเรื่องเฉพาะเจาะจงได้หรืออาจเป็นการผูกพันที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตามความประสงค์ของผู้อื่นก็ได้ โดยมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้¹²⁷

(1) ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) มีผลบังคับใช้ในระหว่างคู่สัญญา ซึ่งอาจจะเป็นทั้งข้อห้าม (*Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch. 530) โดยการทำให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถออกเสียงลงคะแนนไปในทางที่เป็นการฝ่าฝืนข้อตกลงได้ หรือมีผลเป็นการห้ามหรือยับยั้งผู้ถือหุ้นจากการออกเสียงลงคะแนนที่ฝ่าฝืนข้อตกลง หรือเป็นข้อบังคับ (*Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch. 200) โดยการบังคับให้เขาลงคะแนนเสียงให้สอดคล้องกับความประสงค์ของคู่สัญญาอีกฝ่าย¹²⁸

(2) ผลหรืออิทธิพลของข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) ที่มีต่อบริษัทจะขึ้นอยู่กับอำนาจควบคุมการลงคะแนนเสียง (The Voting Control) ซึ่งผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวข้องนั้นสามารถใช้สิทธิได้¹²⁹

(3) ในฐานะที่บริษัทมีความเกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นที่จดทะเบียน (Registered Shareholders) บริษัทจึงต้องผูกพันที่จะยอมรับการออกเสียงลงคะแนนแม้ได้กระทำโดยฝ่าฝืนข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Contravention of a Voting Agreement) ฉะนั้น เมื่อมีการออกเสียงลงคะแนดังกล่าวผิดไปจากที่ตกลงกันไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการที่บริษัทไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ อย่างไรก็ตาม บริษัทอาจเข้าร่วมเป็นคู่สัญญา

¹²⁷ John Cadman, *supra* note 100, p.27 – 29.

¹²⁸ *Ibid.*, p.27 (explaining that “[a] voting agreement is enforceable between the parties by injunction, which may be either prohibitive (*Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch. 530), preventing the shareholder from voting in contravention of the agreement, or mandatory (*Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch. 200) compelling him to vote in accordance with the wishes of the other party.”).

¹²⁹ *Ibid.*, p.28 (explaining that “[t]he effect of the voting agreement on the company will depend upon the voting control which the shareholder concerned can exercise.”).

กับข้อตกลงดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดผลประการใด ๆ ตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น¹³⁰

(4) หน้าที่หรือความผูกพันเฉพาะตัวของผู้ถือหุ้นที่จะต้องออกเสียงลงคะแนนตามความประสงค์ของอีกฝ่ายหนึ่งอันเป็นการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นจะสิ้นสุดลงเมื่อผู้ถือหุ้นคนดังกล่าวได้จำหน่ายโอนซึ่งหุ้นนั้น และโดยปรกติแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็ไม่มีข้อความใดที่จะทำให้เข้าใจได้ว่าผู้ถือหุ้นมีหน้าที่หรือความผูกพันที่จะไม่จำหน่ายโอนซึ่งหุ้นของเขา ด้วยเหตุนี้ เมื่อเข้าทำข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงควรตรวจดูให้แน่ใจด้วยว่ามีการตกลงกันในเรื่องการห้ามหรือจำกัดสิทธิในการจำหน่ายโอนหุ้นหรือไม่ เพราะในกรณีดังกล่าวข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นย่อมจะไม่มีผลผูกพันบุคคลซึ่งเป็นผู้รับโอนหุ้นแม้จะได้มีการส่งคำบอกกล่าวให้แก่ผู้รับโอนด้วยก็ตาม ดังนั้น เพื่อที่จะให้ข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังคงมีผลบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป จึงควรอย่างยิ่งที่จะกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการจำหน่ายโอนซึ่งหุ้นลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วย¹³¹

(5) ความมีประสิทธิภาพของข้อตกลงในเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนขึ้นอยู่กับผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงที่สามารถใช้สิทธิออกเสียงอย่างไรก็ได้ตามที่เขาเห็นสมควร การใช้สิทธิออกเสียงตามที่เขาเห็นสมควรนี้เป็นหลักการทั่วไปที่ศาลได้ให้การสนับสนุน

¹³⁰ *Ibid.*, p.28 (explaining that “[a]s a company is concerned with its registered shareholders, it will be bound to accept a vote made in contravention of a voting agreement; the remedy for the breach will lie between the parties to the agreement. However, the company could be joined in as a party to the agreement for the purpose of giving effect to its terms.”).

¹³¹ *Ibid.*, p.28 (commenting that “[i]t seems that a personal undertaking by a shareholder to vote in accordance with the wishes of another will cease to have effect on a transfer of the shares in question and that there is no implied term that the shareholder undertakes not to transfer his shares so as to ensure that the other party is not deprived of his right under the voting agreement (*Greenhalgh v Mallard* [1943] 2 All E.R. 234). Neither will the voting agreement be binding on transferees in such circumstances, even with notice. Thus, in order for a voting agreement to continue to be effective, it should be accompanied by a restriction of the transfer of the shares.

คำจูน¹³² (ศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมจากคดีเหล่านี้ *Northwest Transportation Co Ltd v Beattie* [1887] 10 App.Cas. 589, *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1942] 1 All E.R. 378 and *Northern Counties Securities v Jackson & Steeple* [1974] 1 W.L.R. 1133) อย่างไรก็ตาม ในคดีบางเรื่องนั้นศาลจะเข้าแทรกแซงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น เช่น

(ก) กรณีที่ผู้ถือหุ้นได้ถือหุ้นมากกว่า 1 ประเภท ผู้ถือหุ้นรายนั้นอาจจะไม่ได้คำนึงถึงผลประโยชน์ของเขาในฐานะที่เป็นเจ้าของหุ้นประเภทแรก ขณะที่ใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นประเภทอื่น ๆ นั้น¹³³

(ข) กรณีที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากเอาเปรียบผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ฉะนั้น ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากในบริษัทต้องไม่ใช้อำนาจในการออกเสียงลงคะแนนกดขี่หรือบีบบังคับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย¹³⁴

(ค) กรณีที่มติแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อบังคับของบริษัทจะถูกฟ้องร้องหรือถูกเพิกถอนได้ (Will Be Impeached) ถ้าผลของมตินั้นเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากและผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย โดยเลือกให้ประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยถูกตัดหรือถูกกีดรอนสิทธิ¹³⁵

¹³² *Ibid.*, p.28 (commenting that “[t]he effectiveness of a voting agreement depend upon the holder of voting rights being able to exercise his votes as he thinks fit. This is a general principle which the courts have been willing to uphold.”).

¹³³ *Ibid.*, p.29 (explaining that “[w]here a shareholder holds shares of more than one class, he may not consider his interests as a holder of one class while exercising the voting rights attaching to the shares of another class (*Re Holders Investment Trust Ltd* [1971] 1 W.L.R. 583)”).

¹³⁴ *Ibid.*, p.29 (explaining that “[t]he holders of a majority of the shares in a company must not use their voting power to oppress the minority (see, e.g. *Cook v Deeks* [1916] A.C. 554, *Brown v British Abrasive Wheel* [1919] 1 Ch. 290 and *Clemens v Clemens Brothers Ltd* [1976] 2 All E.R. 268)”).

¹³⁵ *Ibid.*, p.29 (explaining that “[a] resolution to alter the articles of association will be impeached if the effect of it is to discriminate between the majority shareholders and the minority shareholders so as to give the former an advantage of which the latter are deprived (*Greenhalgh v Arderne Cinemas Ltd* [1951] Ch. 286)”).

(ง) การใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนที่อาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมหรือการปฏิบัติด้วยความลำเอียงอย่างไม่เป็นธรรมหรืออย่างไม่ถูกต้องต่อประโยชน์ของสมาชิกซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างน้อย (Unfairly Prejudicial Conduct) ตามเจตนารมณ์ของมาตรา 459 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 1985¹³⁶ (ปัจจุบันคือพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 994)¹³⁷

(จ) ในพฤติการณ์พิเศษ ศาลจะยับยั้งผู้ถือหุ้นจากการออกเสียงลงคะแนนในบางลักษณะถ้าการออกเสียงลงคะแนนนั้นจะเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ในพฤติการณ์พิเศษจะปรากฏในกรณี เช่น กรณีที่ผู้ถือหุ้นมีความประสงค์หรือเจตนาแอบแฝงในการสร้างแรงกดดันต่อเจ้าหนี้ (Ulterior Motive for Putting Pressure on the Creditor) หรือเพราะผู้ถือหุ้นได้กระทำการออกเสียงลงคะแนนไปโดยไม่มีเหตุผลรองรับหรือโดยปราศจาก

¹³⁶ *Ibid.*, p.29 (explaining that “[t]he exercise of voting rights may amount to unfairly prejudicial conduct for the purposes of s.459 of the Act (see the comments of Gibson J. in *Re Ringtower Holdings plc* (1989) 5 B.C.C. 82”).

¹³⁷ CA 2006, s 29 specifies:

994 Petition by company member

(1) A member of a company may apply to the court by petition for an order under this Part on the ground—

(a) that the company’s affairs are being or have been conducted in a manner that is unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members (including at least himself), or

(b) that an actual or proposed act or omission of the company (including an act or omission on its behalf) is or would be so prejudicial.

(2) The provisions of this Part apply to a person who is not a member of a company but to whom shares in the company have been transferred or transmitted by operation of law as they apply to a member of a company.

(3) In this section, and so far as applicable for the purposes of this section in the other provisions of this Part, “company” means—

(a) a company within the meaning of this Act, or

(b) a company that is not such a company but is a statutory water company within the meaning of the Statutory Water Companies Act 1991 (c. 58).

เหตุผลอันสมควร (Simply Not Rational in His Conduct) ศึกษาเพิ่มเติมได้จากคดี *Standard Chartered Bank v Walker, TSB Bank plc v Walker* [1992] B.C.L.C. 603

อนึ่ง ในการสิ้นผลของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่เหมือนหรือแตกต่างไปจากสัญญาทั่วไป กล่าวคือ การสิ้นสุดลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้ทำให้ความสัมพันธ์ของคู่สัญญายุติลง ผู้ถือหุ้นจะยังคงมีความสัมพันธ์อยู่ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ด้วยเหตุนี้ มันจึงเป็นเรื่องปรกติธรรมดาที่เราจะเห็นว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมักจะระบุถึงเรื่องข้อตกลงการจำหน่ายจ่ายโอนซึ่งหุ้นเชิงบังคับในรูปแบบต่าง ๆ (Various Compulsory Transfer) หรือข้อตกลง Option Arrangements ซึ่งส่งเสริมหรืออำนวยความสะดวกหรือจัดให้มีการจำหน่ายไปหรือได้มาซึ่งหุ้นของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนหากว่ามีการสิ้นสุดหรือการยุติลงของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ฉะนั้น ในกรณีที่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ยุติหรือสิ้นสุดลง คู่สัญญาจำต้องกลับไปใช้ (Fall Back On) สิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ของตนตามที่มีอยู่ในข้อบังคับของบริษัท

โดยสรุป จากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาจากตำรา คำพิพากษาศาลอังกฤษ และความเห็นของนักวิชาการทั้งหลาย จึงอาจวิเคราะห์ได้ดังต่อไปนี้ว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาที่มีผลผูกพันตามกฎหมายในระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของบริษัทจำกัด ความมุ่งหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ ระเบียบวิธีการหรือกำหนดแนวทางในเรื่องความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเหล่านั้นในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทว่าจะมีอยู่หรือถูกควบคุมอย่างไร

ผู้ถือหุ้นทั้งหลายอาจผูกพันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการสมัครใจเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เพื่อที่จะกำหนดเพียงเรื่องการออกเสียงลงคะแนนให้เป็นไปในแนวทางที่เฉพาะเจาะจงสำหรับการแต่งตั้งกรรมการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ดังกล่าว หรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายเหล่านั้นอาจตกลงเข้าผูกพันตนเองโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยวิธีการสมัครใจเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อที่จะกำหนดรายละเอียดให้มากกว่าและซับซ้อนกว่า นอกจากเรื่องการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการก็ได้ ดังเช่นในกรณีที่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายเหล่านั้นได้เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาร่วมทุนเพื่อจัดตั้งกิจการร่วมค้าหรือบริษัทร่วมทุน (A Joint Venture) หรือในกรณีของการซื้อกิจการโดยฝ่ายผู้บริหารหรือฝ่ายจัดการ (A Management Buy-out)

การตกลงยอมรับหรือเห็นชอบที่จะแสดงเจตนาอย่างเป็นหนึ่งหน่วยเป็นกลุ่ม เป็นชุด หรือเป็นไปในแนวทางเดียวกันในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายของบริษัท การดำเนินธุรกิจของบริษัท และการเลือกตั้งกรรมการ พนักงาน และเจ้าหน้าที่คนหนึ่งหรือหลายคนของบริษัททั้งหลายเหล่านี้ไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (It Is Not Against Public Policy)¹³⁸ กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นอาจทำการรวมผลประโยชน์และอำนาจใน

¹³⁸ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 115, p.24.

การใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนกันได้แม้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาอำนาจควบคุมบริหารจัดการกิจการของบริษัท ซึ่งรวมถึงการตกลงกันที่จะแต่งตั้งกรรมการของบริษัท¹³⁹

อย่างไรก็ดี การตกลงในลักษณะเช่นนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า หากข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีการกำหนดค่าตอบแทนที่เพียงพอ (Sufficient Consideration) ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันตามหลักในเรื่องสัญญา (Binding) ตราบใดที่สัญญานั้นไม่ได้มีความขัดหรือแย้งกับเอกสารจัดตั้งบริษัทอันได้แก่งานสื่อบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท (Not in Conflict with the Company's Constitution) และหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (The Common Law) ตลอดจนกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษ (UK Company Legislation) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญานั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือต้องไม่เป็นการทุจริตฉ้อฉล หรือต้องไม่ส่งผลกระทบอย่างไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีคะแนนเสียงข้างน้อย (Unfairly Prejudice or Fraudulently or Inequitably Affect the Minority Shareholders)¹⁴⁰

4.1.1.3 ประเทศไทย

ปัญหาที่น่าสนใจสำหรับประเทศไทยคือว่า ข้อตกลงตั้งกรรมการที่โดยปกติมักจะถูกตกลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น จะมีสถานะทางกฎหมายเช่นไรในระบบกฎหมายไทย เนื่องจากว่าประเทศไทยมีแต่เพียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) ที่พิพากษาให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตกเป็นโมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ก่อนอื่นคงจะต้องกล่าวถึงลักษณะทางกฎหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนก่อน เนื่องจากแก่นักกฎหมายจะพยายามอธิบายความหมายของคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เพียงใด แต่ด้วยลักษณะที่เป็นนามธรรมจึงอธิบายได้แต่เพียงหลักการกว้าง ๆ เท่านั้น เพราะมีข้อขัดข้องเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของหลัก “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”

ลักษณะทางกฎหมายประการสำคัญของหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอาจสรุปได้ 3 ประการ¹⁴¹ ดังต่อไปนี้

¹³⁹ *Ibid.*, p.24.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.24.

¹⁴¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : ภาพพิมพ์, 2526), น.26, 52 – 57, และดู สมยศ เชื้อไทย, ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555), น.124 – 133, และดู หยุต แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุง

ประการที่ 1 ความเป็นกฎหมายยุติธรรม (Jus Aequum) เนื่องจากคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ตามมาตรา 150 เป็นการใช้คำศัพท์กฎหมาย (Legal Concepts) ที่มีความหมายหลวม ๆ และเป็นศัพท์กฎหมายที่มีความหมายไม่ชัดเจน (Unbestimmte Rechtsbegriff)

ประการที่ 2 ความเป็นกฎหมายบังคับตายตัว (Jus Cogens) คือ เป็นกฎหมายที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงเปลี่ยนแปลงได้ เพราะความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำที่จะส่งผลกระทบต่อสังคมและควบคุมมิให้บุคคลกระทำการโดยทุจริตเพื่อรักษาความเรียบร้อยของสังคมไว้

ประการที่ 3 ความเป็นหลักทั่วไป (General Principle) และเป็นบทครอบจักรวาล (Principle, Generalklauseln) กล่าวคือ เป็นบทกฎหมายเพื่อควบคุมพฤติกรรมมนุษย์ใช้เป็นมาตรฐานความประพฤติของคนในสังคมซึ่งจะต้องให้สูงกว่าศีลธรรมของหมู่คนที่ไม่ดี

ลักษณะสำคัญของหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คือ เป็นหลักกฎหมายที่อยู่เหนือหลักกฎหมายอื่น ๆ และสามารถลบล้างหลักกฎหมายอื่น ๆ ได้ (An Overriding Principle)¹⁴²

นักกฎหมายหลายท่านได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ไว้ดังต่อไปนี้

ท่านอาจารย์ หยุต แสงอุทัย แสดงความเห็นไว้ว่า “นิติกรรมใดจะเข้าลักษณะอันมีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น จะต้องพิจารณาจากความรู้สึกนึกคิดของบุคคลที่มีฐานะการดำรงชีวิตปานกลางที่เรียกว่า คนธรรมดาสามัญที่มีความประพฤติอันดี”¹⁴³,

ท่านอาจารย์ จิต เศรษฐบุตร แสดงความเห็นไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน

โดย สมยศ เชื้อไทย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.71 – 79.

¹⁴² ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย,” วารสารดุลพินิจ, เล่มที่ 2, ปีที่ 55, น.1, 14 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2551).

¹⁴³ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น.137.

ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้และที่ทำให้สังคมอยู่ได้นั้นก็เพื่อจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชน
นั่นเอง¹⁴⁴”

ท่านอาจารย์ เสนีย์ ปราโมช แสดงความเห็นไว้ว่า “การใดๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย
ความปลอดภัยของประชาชนทั้งภายในและภายนอกประเทศ รวมตลอดถึงความเจริญความผาสุกของ
ประชาชนด้วยประการทั้งปวง วัตถุประสงค์ใดขัดต่อหลักความปลอดภัยสันติสุขของสังคม
ประเทศชาติ วัตถุประสงค์นั้นรับบังคับบัญชาให้ไม่ได้¹⁴⁵”

ท่านอาจารย์ ศักดิ์ สอนงชาติ แสดงความเห็นไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อย
ของประชาชน คือ ประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติหรือประชาชน การกระทำใดที่จะมีผลกระทบ
กระเทือนถึงความมั่นคงของรัฐ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบสุขในสังคม หรือความมั่นคงของ
สถาบันครอบครัว ย่อมเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน อันเป็นรัฐประศาสนบาย¹⁴⁶”

ท่านพระมนูภณวิมลศาสตร์ แสดงความเห็นไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อย
ของประชาชนซึ่งมีลักษณะคล้ายกันกับ Public Policy ของอังกฤษ ซึ่งจะให้อรรถาธิบายโดยแน่นอน
และจะวางหลักเกณฑ์ตายตัวย่อมทำไม่ได้ จะอ้าง Public Policy ต่อเมื่อหากกฎหมายอะไรมาอ้างไม่ได้
แล้ว¹⁴⁷”

ท่านพระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล) แสดงความเห็นไว้ว่า “การอันมี
วัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เมื่อเกี่ยวข้องกับเรื่องสัญญาเคย

¹⁴⁴ จิต เศรษฐบุตร, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ถิระวัฒน์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.15 – 18.

¹⁴⁵ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1
(ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณ
การ, 2527), น.156 – 157.

¹⁴⁶ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา
(พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็น
ธรรม พ.ศ. 2540 และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
พ.ศ. 2544), พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551), น.342.

¹⁴⁷ พระมนูภณวิมลศาสตร์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร ลักษณะสัญญาผิดกฎหมาย,
(พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479), น.21 – 22.

เรียกกันว่าเป็นสัญญาขัดต่อรัฐประศาสน์นโยบาย และสัญญาอุลามก อันอยู่ในจำพวกสัญญาที่เสียใช้ไม่ได้¹⁴⁸”

ท่านอาจารย์ อุกฤษ มงคลนาวิน แสดงความเห็นไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะยกขึ้นใช้ในกรณีผลประโยชน์ส่วนรวมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า โดยสรุป จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม¹⁴⁹”

ท่านอาจารย์ ธาณินท์ กรัยวิเชียร แสดงความเห็นไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนคืออะไรย่อมอธิบายโดยแน่นอนตายตัวไม่ได้ และจะวางหลักเกณฑ์ว่าการใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็ทำไม่ได้เช่นกันเพราะเป็นสิ่งที่ไม่มีอยู่คงที่ ย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามอัธยาศัย ความสามารถ และโอกาสของประชาชน¹⁵⁰”

ท่านอาจารย์ พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา แสดงความเห็นไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนถือเป็นเจตนารมณ์หรือความปรารถนาหรือนโยบายของรัฐ ที่จะให้เกิดขึ้นในบ้านเมืองตลอดเวลา ถ้าหากมีปัญหาใดเรื่องใดที่มีผลกระทบต่อนโยบายของประชาชนแล้วรัฐจะต้องเข้าปกป้องคุ้มครองและดูแลทันที¹⁵¹”

นอกจากความเห็นของนักกฎหมายหลายๆ ท่านแล้ว ความสงบเรียบร้อยของประชาชนในความหมายที่เข้าใจทั่วไปตามพจนานุกรม คือ “เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคม โดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน และในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข¹⁵²”

¹⁴⁸ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, พิมพ์ครั้งที่ 2 (พระนคร : ไทยพิทยา, 2509), น.406.

¹⁴⁹ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน,” บทบัญญัติ, (เล่ม 32, มีนาคม 2518) : 11 – 32, น.14 – 15.

¹⁵⁰ ธาณินท์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.562.

¹⁵¹ พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2539), น.13.

¹⁵² ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2544), น.114.

จากความหมายทั้งหลายที่ได้กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นนามธรรม การจะให้ความหมายที่แน่นอนย่อมกระทำได้อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากความประสงค์ที่นำมาใช้เพื่อรักษาความสงบสุขของสังคม ด้วยเหตุนี้ การกระทำใด ๆ ที่จะมีผลเป็นการทำลายประโยชน์ได้เสียของสังคมในที่สุด ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ใช้เป็นกรอบในการแสดงเจตนาของเอกชนที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ¹⁵⁴

ลักษณะที่ 1 คือ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์

อักษร ซึ่งกฎหมายให้พิเคราะห์จากวัตถุประสงค์ของการแสดงเจตนาว่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ ตามมาตรา 150 ตอนท้าย¹⁵⁵ และ**ลักษณะที่ 2 คือ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษร** ซึ่งกฎหมายให้พิเคราะห์จากการแสดงเจตนาว่ามีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 150 ตอนต้น¹⁵⁶ ทั้งจะต้องพิจารณาต่อไปว่าการแสดงเจตนาที่ปรากฏแตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ตามมาตรา 151¹⁵⁷ ซึ่งแท้จริงแล้วกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้การแสดงเจตนาที่แตกต่างกับบทบัญญัติอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นโมฆะโดยตรง แต่เป็นการแปลความโดยกลับกัน¹⁵⁸

¹⁵³ อภิสิทธิ์ ไตรรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.31.

¹⁵⁴ จิต เศรษฐบุตร, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 144*, น.30, และดู ไซยศ เหมะรัชตะ, *กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม*, พิมพ์ครั้งที่ 4 ฉบับปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.148.

¹⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ตอนท้าย บัญญัติว่า “... การใดมีวัตถุประสงค์ ... เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” อภิสิทธิ์ ไตรรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.32.

¹⁵⁶ จิต เศรษฐบุตร, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 144*, น.144, และดู ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 145*, น.145.

¹⁵⁷ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 148*, น.406.

¹⁵⁸ *เพ็ญอ้าง*, น.406.

สำหรับลักษณะที่ 1 คือ การแสดงเจตนาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างใน 6 ลักษณะดังต่อไปนี้¹⁵⁹

ลักษณะที่ 1.1 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อการเมืองการปกครองและผลประโยชน์ของประเทศ การมีเสถียรภาพและความมั่นคงของระบอบการเมืองการปกครองเป็นสิ่งที่มีความสำคัญต่อสังคม¹⁶⁰ ดังนั้น หากเอกชนกระทำการใดอันจะมีผลกระทบต่อเรื่องอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ อำนาจอธิปไตยและความมั่นคงของประเทศถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁶¹

ตัวอย่างเช่น การทำสัญญาให้มีการกระทำเพื่อเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง หรือการกระทำให้รัฐต้องสูญเสียความสัมพันธ์อันดีกับรัฐต่างประเทศ การทำข้อตกลงระบุจำนวนค่าเช่าทรัพย์สินให้ต่ำกว่าความเป็นจริงเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียค่าธรรมเนียมและภาษีอากรอันเป็นหน้าที่ของพลเมืองไทยตามกฎหมาย¹⁶² การที่หน่วยงานของรัฐทำสัญญากับเอกชนโดยไม่คำนึงถึงความคุ้มค่ากับจำนวนเงินที่ต้องเสียไปเป็นรายจ่ายของแผ่นดินซึ่งย่อมมีผลกระทบต่อประโยชน์ของประเทศ¹⁶³

ลักษณะที่ 1.2 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม หากการแสดงเจตนาใดมีผลเป็นการขัดขวางหรือแทรกแซงกระบวนการยุติธรรม ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁶⁴

ตัวอย่างเช่น การตกลงให้เอกชนบังคับชำระหนี้ได้เองโดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณา¹⁶⁵ การแสดงเจตนาที่ผลเป็นการขัดขวางไม่ให้เกิดการเป็นไปตามครรลองยุติธรรม¹⁶⁶

¹⁵⁹ อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.37.

¹⁶⁰ *เพ็ญอ้วง*, น.37.

¹⁶¹ *เพ็ญอ้วง*, น.38.

¹⁶² คำพิพากษาฎีกาที่ 4899/2551 อ้างถึงใน อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *เพ็ญอ้วง*, น.38.

¹⁶³ คำพิพากษาฎีกาที่ 7910/2553 อ้างถึงใน อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *เพ็ญอ้วง*, น.39.

¹⁶⁴ อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *เพ็ญอ้วง*, น.40.

¹⁶⁵ มนัน ยามาเจริญ, “ปัญหาความรับผิดชอบอันเกิดจากการบังคับชำระหนี้โดยพลการในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.121.

¹⁶⁶ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายแพ่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), น.35 – 38.

การทำข้อตกลงให้ผู้เสียหายเบิกความต่อศาลว่า จำเลยไม่ได้กระทำความผิดทั้งที่จำเลยกระทำความผิดจริง การทำนิติกรรมสัญญาที่เป็นการยุยงส่งเสริมให้ผู้อื่นเป็นความกัน หรือข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการซื้อขายความ หรือแสวงหาผลประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน¹⁶⁷ สัญญาจ้างว่าความที่นายความตกลงแบ่งส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้รับจากคดี หรือการเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)¹⁶⁸

ลักษณะที่ 1.3 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อจารีตประเพณีและ

ศาสนา โดยการแสดงเจตนาที่จะตกเป็นโมฆะเพราะมีผลกระทบต่อจารีตประเพณีและศาสนานั้นมีความเชื่อมโยงกับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁶⁹ ดังนั้น หากมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีผลกระทบต่อสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย

ตัวอย่างเช่น การแสดงเจตนาขัดต่อจารีตประเพณีอันเป็นจารีตประเพณีที่มีความสำคัญต่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม อันได้แก่ การซื้อขายภาพลามกอนาจารเพื่อนำมาจำหน่าย¹⁷⁰ การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อศาสนา อันได้แก่ การทำสัญญาคุ้มภัยเพื่อชำระหนี้ค่าจ้างฆ่าผู้อื่นอันเป็นการอุปการะผู้กระทำความผิดอาญา¹⁷¹ การตกลงมอบเงินให้คนกลางถือไว้เพื่อเป็นสินพนันระหว่างกัน¹⁷² การทำสัญญาซื้อขายอวัยวะ

ลักษณะที่ 1.4 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อสถาบันครอบครัว

สถาบันครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานที่สำคัญซึ่งคอยทำหน้าที่ผลิตและอบรมเลี้ยงดูบุคคลให้เข้าเป็นสมาชิกของสังคม¹⁷³ ดังนั้น หากมีการแสดงเจตนาที่จะมีผลกระทบต่อสถาบันครอบครัว ย่อมเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

¹⁶⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 622/2494, คำพิพากษาฎีกาที่ 112/2515 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1510/2526 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน อ้างถึงใน อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.45 – 46.

¹⁶⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 323/2477 อ้างถึงใน อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.46.

¹⁶⁹ อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.48 – 55.

¹⁷⁰ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 148*, น.405.

¹⁷¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 358/2511 อ้างถึงใน อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.52.

¹⁷² คำพิพากษาฎีกาที่ 83/2481 อ้างถึงใน อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *เพ็ญอ้าง*, น.52.

¹⁷³ อภิสิทธิ์ ไตรระหัตต์, *เพ็ญอ้าง*, น.55 – 58.

ตัวอย่างเช่น การแสดงเจตนาของชายที่มีภริยาแล้วแต่ยังไปรับเลี้ยงดูหญิงอื่น¹⁷⁴ การทำข้อตกลงโอนอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์ เพราะอำนาจปกครองบุตรจะเป็นของบุคคลผู้ใดนั้นจะต้องว่ากันตามกฎหมายลักษณะครอบครัว (มาตรา 1566) อำนาจปกครองจึงไม่ใช่เรื่องที่จะโอนให้แก่กันได้ด้วยผลแห่งนิติกรรมสัญญา

ลักษณะที่ 1.5 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมการแสดงเจตนาที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจมากขึ้นเพราะรัฐมีนโยบายที่จะต้องรักษาเสถียรภาพทางการเงินของประเทศ¹⁷⁵ ดังนั้น หากมีการแสดงเจตนาที่จะมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจการเงินของประเทศ ย่อมขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ตัวอย่างเช่น การตกลงทำนิติกรรมสัญญาอันเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพหรือห้ามประกอบการแข่งขันโดยไม่กำหนดเวลา¹⁷⁶ การฮั้วประมูลเพื่อเข้าทำสัญญากับหน่วยงานราชการ¹⁷⁷ การทำสัญญาขายโคตัวส่งข้าวออกนอกราชอาณาจักรที่เป็นการหลีกเลี่ยงการควบคุมสินค้าและกระทบกระเทือนราคาข้าวที่ผู้ผลิตจะได้รับ¹⁷⁸ เป็นต้น

ลักษณะที่ 1.6 การแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม สัญญานั้นย่อมมีผลบังคับในระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น การที่จะบังคับตามสัญญาให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาไม่อาจทำได้ เว้นแต่จะเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์ซึ่งจะต้องพิจารณาตามมาตรา 374 ในเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก¹⁷⁹ ดังนั้น หากมีการแสดงเจตนาทำสัญญาอันจะมีผลกระทบส่วนได้เสียของบุคคลภายนอก ย่อมเป็นการก้าวก้าวกรอบในการแสดงเจตนาในอันที่จะต้องเคารพสิทธิของบุคคลอื่น ถือว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ตัวอย่างเช่น การสมคบกันทำสัญญากู้ยืมเงินโดยมิได้เป็นหนี้กันจริงเพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาในคดีอื่นบังคับชำระหนี้ได้¹⁸⁰ การขัดขวางมิให้บุคคลอื่นได้รับชำระหนี้¹⁸¹

¹⁷⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3972/2529 อ้างถึงใน อภิสิทธิ์ ใต้ระหัด, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 87*, น.55.

¹⁷⁵ อภิสิทธิ์ ใต้ระหัด, *เพ่งอ้าง*, น.58 – 62.

¹⁷⁶ เทียบเคียง คำพิพากษาฎีกาที่ 2548-2549/2533

¹⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2022/2519 ประชุมใหญ่

¹⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1288/2501 ประชุมใหญ่

¹⁷⁹ อภิสิทธิ์ ใต้ระหัด, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 87*, น.62 – 63.

¹⁸⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 701/2553

การที่สำนักพิมพ์จ้างช่างภาพไปแอบถ่ายหรือนำเรื่องชีวิตส่วนตัวของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาเผยแพร่เพื่อขายข่าว (ปาปารัสซี่) อันมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล¹⁸² การทำข้อตกลงให้ผู้รับจ้างเข้าแทรกแซงประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ได้ โดยมุ่งหมายจะได้รับประโยชน์ (มัดจำ เบี้ยปรับ และดอกเบี้ยผิดนัดในหนี้เงิน) จากการที่คู่สัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ไม่ได้¹⁸³

ลักษณะที่ 2 คือ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่เป็นลายลักษณ์

อักษร โดยกฎหมายให้พิเคราะห์จากการแสดงเจตนาว่ามีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่¹⁸⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้มุ่งพิเคราะห์ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดบ้างที่เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน มิใช่พิเคราะห์ที่เนื้อหาสาระของการแสดงเจตนา¹⁸⁵ ทั้งนี้ เพราะนอกจากกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว คู่กรณีย่อมสามารถตกลงให้เป็นอย่างอื่นได้ตามหลักความศักดิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ปัญหาวาทบัญญัติของกฎหมายใดบ้าง เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งนักกฎหมายโดยมากมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่า กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะต้องเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชน ไม่ใช่เกี่ยวแก่คู่กรณีโดยเฉพาะ¹⁸⁶

ตัวอย่างเช่น กฎหมายมหาชน (Public Law) กฎหมายเกี่ยวกับการเมือง การปกครอง การคลังและภาษีอากร ตลอดจนกฎหมายอาญา ส่วนตัวอย่างของ กฎหมายเอกชน (Private Law) นั้นต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป โดยมีหลักในการพิจารณาก็คือว่า กฎหมายเอกชนใดที่เกี่ยวข้องประโยชน์มหาชนแล้วก็นับว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁸⁷ กฎหมายเอกชนอย่างใดที่เกี่ยวข้องประโยชน์มหาชน เห็นว่าไม่จำต้องถึงกับเป็นการ

¹⁸¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 5738-5739/2545

¹⁸² อภิสิทธิ์ ไตรรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.63.

¹⁸³ *เพ็ญอ้าง*, น.62.

¹⁸⁴ *เพ็ญอ้าง*, น.32.

¹⁸⁵ *เพ็ญอ้าง*, น.63.

¹⁸⁶ *เพ็ญอ้าง*, น.70.

¹⁸⁷ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 148*, น.70.

แสดงเจตนาต่อคนหมู่มาก อาจเป็นเรื่องในระหว่างเอกชนที่มีผลกระทบหรือพาดพิงไปถึงส่วนได้เสียของประชาชนคนอื่น ๆ ก็นับว่าเกี่ยวข้องกับประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะแล้ว¹⁸⁸

อนึ่ง มีผู้ศึกษากฎหมายท่านหนึ่งได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลที่อ่อนแอกว่ามิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากความไม่เท่าเทียมกันของอำนาจต่อรองก็นับเป็นหนึ่งในประโยชน์สาธารณะอันถือได้ว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างหนึ่งด้วย¹⁸⁹ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่าหากกฎหมายใดมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะไม่ว่าในรูปแบบใดแล้ว นับว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ทั้งนี้ ปรากฏว่าได้มีความพยายามของนักกฎหมายในการจัดหมวดหมู่ของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนออกเป็นประเภท อันเป็นประโยชน์แก่เอกชนในแง่ที่สามารถทำให้เอกชนสามารถตรวจสอบการแสดงเจตนาของตนเทียบกับประเภทของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ได้แบ่งไว้ หากต้องด้วยประเภทของกฎหมายดังกล่าว ย่อมเป็นนิติกรรมสัญญาที่แตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การแสดงเจตนาจึงถูกขัดขวางมิให้มีผลบังคับไปตามเจตนา

โดยความพยายามดังกล่าวได้ถูกแสดงออกมาผ่านนักกฎหมายหลาย ๆ ท่าน ดังต่อไปนี้

ท่านอาจารย์ เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในส่วนของกฎหมายเอกชนแบ่งได้เป็นสามจำพวก จำพวกที่หนึ่ง บทบัญญัติเกี่ยวกับฐานะและความสามารถของบุคคล จำพวกที่สอง บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดการหมุนเวียนเปลี่ยนมือของทรัพย์สินที่สำคัญ (อสังหาริมทรัพย์) และจำพวกที่สาม บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันบุคคลภายนอก¹⁹⁰”

ท่านพระยาเทพวิฑูร ได้ให้ความเห็นว่า “กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในส่วนของกฎหมายเอกชน ได้แก่ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สินซึ่งเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ และบทบัญญัติเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก¹⁹¹”

¹⁸⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 145*, น.148.

¹⁸⁹ อภิสิทธิ์ ไตรระพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.70.

¹⁹⁰ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 145*, น.146.

¹⁹¹ พระยาเทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล), *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 148*, น.408.

ท่านอาจารย์ ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้ให้ความเห็นว่า “กฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนในกฎหมายเอกชนได้แก่บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการถือต่อไปนี้เป็น กรณีที่กฎหมายกำหนดในเรื่องความสามารถและสถานะของบุคคลและผลของกิจการของผู้ไร้ความสามารถได้กระทำลงไป กรณีที่กฎหมายกำหนดในเรื่องความบกพร่องของการแสดงเจตนา กรณีบทบัญญัติในเรื่องอายุความ กรณีบทบัญญัติอันมีลักษณะสำคัญต่อประโยชน์สุขของประชาชนในด้านเศรษฐกิจและสังคม และกรณีบทบัญญัติในเรื่องครอบครัวและมรดก¹⁹²”

ท่านอาจารย์ อักษราทร จุฬารัตน ได้ให้ความเห็นว่า “กฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนในส่วนของกฎหมายเอกชนที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ บทบัญญัติของกฎหมายที่ว่าด้วยฐานะและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยครอบครัว นอกจากนี้ ยังหมายรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก¹⁹³

ตัวอย่างเช่น การจดทะเบียน การกำหนดให้บอกกล่าวหรือประกาศให้บุคคลทั่วไปทราบ และบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองคู่กรณีในนิติกรรมเป็นการเฉพาะ เช่น บทบัญญัติที่ห้ามมิให้เรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา หรือบทบัญญัติที่ห้ามมิให้ผู้ขนส่งยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนในสัญญารับขน¹⁹⁴”

ท่านอาจารย์ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์ ได้ให้ความเห็นว่า “กฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนในส่วนของกฎหมายเอกชนที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถจำแนกออกเป็นดังนี้ กรณีที่หนึ่ง บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองความสามารถของบุคคล กรณีที่สอง บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองความมั่นคงของสถาบันครอบครัว กรณีที่สาม บทบัญญัติที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก กรณีที่สี่ บทบัญญัติที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ และกรณีที่ห้า บทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความ¹⁹⁵”

¹⁹² ไชยยศ เหมะรัชตะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 154*, น.217 – 220.

¹⁹³ อักษราทร จุฬารัตน, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น.114.

¹⁹⁴ *พิ้งอ้าง*, น.114.

¹⁹⁵ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), น.30 – 31.

ความพยายามในการแบ่งประเภทในการจัดหมวดหมู่ของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่กล่าวมาข้างต้นนี้ มีผู้ศึกษากฎหมายบางท่านเห็นว่าเป็นการแบ่งประเภทตาม ๆ กันมา ตามความเห็นของนักกฎหมายสมัยเก่าโดยไม่ได้สร้างอะไรใหม่ ล้าสมัยและไม่เข้ากับสภาพสังคม ผู้ศึกษากฎหมายท่านนี้จึงได้แบ่งประเภทขึ้นใหม่โดยรวบรวมเอาจากความเห็นของนักกฎหมาย คำพิพากษา ประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน 8 ประเภทหรือ 8 ลักษณะ¹⁹⁶ อันได้แก่บทบัญญัติในลักษณะดังต่อไปนี้ ลักษณะที่ 2.1 บทบัญญัติที่ระบุนำห้ามตกลงเป็นอย่างอื่น ลักษณะที่ 2.2 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับแบบของการแสดงเจตนา ลักษณะที่ 2.3 บทบัญญัติที่กำหนดให้เอกชนกระทำเพื่อจะมีผลให้สามารถฟ้องคดีในระหว่างเอกชนได้ ลักษณะที่ 2.4 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล ลักษณะที่ 2.5 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับครอบครัวและอำนาจในครอบครัว ลักษณะที่ 2.6 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลภายนอก ลักษณะที่ 2.7 บทบัญญัติที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่า ลักษณะที่ 2.8 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับอายุความ ซึ่งอาจกล่าวโดยละเอียดถึงหลักการและตัวอย่างได้ดังนี้

ลักษณะที่ 2.1 บทบัญญัติที่ระบุนำห้ามตกลงเป็นอย่างอื่น บทบัญญัติประเภทนี้จะมีลักษณะร่วมกันในสาระสำคัญ คือ มีกฎหมายระบุนำห้ามไม่ให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยทั่วไปผลของการฝ่าฝืนข้อห้ามของกฎหมายก็คือความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมสัญญา เว้นแต่จะมีกฎหมายพิเศษมากำหนดผลของการฝ่าฝืนเป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มาตรา 3 ที่กำหนดโทษจำคุกและปรับหรือทั้งจำทั้งปรับด้วย¹⁹⁷

ตัวอย่างเช่น การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปีในสัญญากู้ยืมเงิน การเรียกดอกเบี้ยในดอกเบี้ยค้างชำระตามมาตรา 655 วรรคหนึ่ง (ดอกเบี้ยทบต้น) ข้อตกลงในสัญญาจำนองเรื่องการห้ามคู่สัญญาทำข้อตกลงไว้แต่ก่อนที่หนี้จำนองจะถึงกำหนดเพื่อให้ผู้รับจำนองเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งจำนอง หรือให้จัดการแก่ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นประการอื่น การทำข้อตกลงเพื่อบังคับตามสิทธิของผู้รับจำนองคนหลังให้เป็นที่ยุติแก่ผู้รับจำนองคนก่อนตนตามมาตรา 731 บทบัญญัติที่เป็นข้อห้ามมิให้กระทำการที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนในเรื่องบริษัทมีผู้เห็นว่าได้แก่มาตรา 1102, 1105, 1109, 1117, 1118, 1119, 1142, 1145, 1151,

¹⁹⁶ อภิสิทธิ์ ไตรรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 87*, น.72.

¹⁹⁷ *เพ็ญอ้าง*, น.73.

1168 วรรคสอง, 1185, 1205, 1229, 1238 และบทบัญญัติอื่นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอกโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของบริษัท เป็นต้น¹⁹⁸

ลักษณะที่ 2.2 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับแบบของการแสดงเจตนา แบบของนิติกรรมเป็นองค์ประกอบที่มีผลต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมสัญญา คือ ถ้าไม่ทำตามก็ตกเป็นโมฆะ ซึ่งแบบในที่นี้มีอยู่ 4 ประเภท ได้แก่ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ แบบของนิติกรรมถูกกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ของรัฐในการจัดเก็บภาษีอากร และเพื่อเป็นพยานหลักฐานสำคัญที่สามารถนำไปใช้อ้างอิงโดยการตรวจสอบเอกสารแสดงสิทธิเพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำการฉ้อฉลหรือยกย่ำซึ่งสิทธิในทรัพย์สินของผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าว แบบของการแสดงเจตนาจึงมีสภาพเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁹⁹

ตัวอย่างเช่น แบบของนิติกรรมสัญญาที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประเภทที่ 1 ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ สัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าสิทธิหรือสิทธิพิเศษ และสัญญาจำนอง ประเภทที่ 2 ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท การจดทะเบียนสมรส การหย่า และการรับบุตรบุญธรรม²⁰⁰ ประเภทที่ 3 ต้องทำเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ การทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองและแบบลับ ประเภทที่ 4 ทำเป็นหนังสือ ได้แก่ สัญญาเช่าซื้อ การทำพินัยกรรมแบบธรรมดาและแบบเขียนเองทั้งฉบับ สัญญาตั้งตัวแทนในกิจการที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ และสัญญาโอนหุ้นในบริษัท²⁰¹

ลักษณะที่ 2.3 บทบัญญัติที่กำหนดให้เอกชนกระทำเพื่อจะมีผลให้สามารถฟ้องคดีในระหว่างเอกชนได้ บทบัญญัติในส่วนนี้ไม่ได้มีผลต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมสัญญาดังเช่นในเรื่องแบบ หมายความว่า หากไม่ปฏิบัติตาม ก็ไม่ทำให้นิติกรรมสัญญาเป็นโมฆะ²⁰² เพียงแต่ผู้แสดงเจตนาจะได้รับผลร้ายในแง่ที่ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องตามนิติกรรมสัญญานั้นได้เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายผิดสัญญา โดยผู้ศึกษากฎหมายท่านหนึ่งได้เห็นว่าบทบัญญัติเช่นนี้เป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย²⁰³

¹⁹⁸ เพ็ญอ้าง, น.76.

¹⁹⁹ เพ็ญอ้าง, น.77.

²⁰⁰ เพ็ญอ้าง, น.78.

²⁰¹ เพ็ญอ้าง, น.79.

²⁰² เพ็ญอ้าง, น.80.

²⁰³ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน อภิสิทธิ์ ใต้ระหัด, เพ็ญอ้าง, น.80 – 83.

ตัวอย่างเช่น ประเพณีของนิติกรรมสัญญาที่มีบทบัญญัติกำหนดให้เอกชนกระทำเพื่อจะมีผลให้สามารถฟ้องคดีในระหว่างเอกชนได้ ได้แก่ รับสภาพหนี้ รับสภาพความรับผิดชอบ การมัดจำ การขยายกำหนดเวลาไว้ในสัญญาขายฝาก สัญญาค้ำประกัน สัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาประกันภัย²⁰⁴ เป็นต้น

ลักษณะที่ 2.4 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพบุคคลและความสามารถของบุคคลมีความเกี่ยวเนื่องกันเพราะสภาพบุคคลจะเป็นตัวก่อตั้ง ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลจะเป็นเครื่องบ่งชี้ว่าบุคคลแต่ละประเภทจะสามารถใช้สิทธิที่มีอยู่ได้เพียงใด นับเป็นกฎหมายที่กำหนดขอบเขตในการแสดงเจตนาอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนทั้งคู่ เพราะเมื่อใดเอกชนได้ใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทบสิทธิผู้อื่นย่อมจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม²⁰⁵

บทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพบุคคล ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามมาตรา 15 การบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ตามมาตรา 19, 20 การร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถตามมาตรา 28, 33 และการเพิกถอนคำสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถตามมาตรา 31, 36 การร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งเป็นบุคคลสาบสูญตามมาตรา 61²⁰⁶

บทบัญญัติเกี่ยวกับความสามารถของบุคคล ตัวอย่างเช่น การทำนิติกรรมของผู้เยาว์ตามมาตรา 21 การทำนิติกรรมของคนไร้ความสามารถที่คนไร้ความสามารถไม่มีอำนาจทำนิติกรรมแต่ผู้อนุบาลจะต้องกระทำแทนทุกกรณีตามมาตรา 29 การทำนิติกรรมของคนวิกลจริตตามมาตรา 30 และการทำนิติกรรมของคนเสมือนไร้ความสามารถตามมาตรา 34²⁰⁷ เป็นต้น

ลักษณะที่ 2.5 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติว่าด้วยการก่อตั้งและกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลในครอบครัวถูกบัญญัติไว้ในบรรพ 5 ซึ่งมีทั้งเรื่องอันเกี่ยวข้องและไม่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน²⁰⁸ แต่โดยมากจะเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังจะขอยกตัวอย่างบทบัญญัติในบรรพ 5 และบรรพ 6 เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนแต่พอสังเขป ดังนี้

²⁰⁴ เพิ่งอ้าง, น.81 – 82.

²⁰⁵ เพิ่งอ้าง, น.83 – 84.

²⁰⁶ เพิ่งอ้าง, น.84.

²⁰⁷ เพิ่งอ้าง, น.84 – 85.

²⁰⁸ เพิ่งอ้าง, น.85 – 89.

ตัวอย่างเช่น ข้อตกลงที่ขายให้ค่าตอบแทนหญิงเพื่อให้หญิงมาจดทะเบียนสมรสโดยหวังจะได้รับประโยชน์ในทางธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการถือสัญชาติ สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร สิทธิในการประกอบอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนชาติ สิทธิในการถือครองที่ดิน²⁰⁹ หรือการทำสัญญาก่อนสมรสเพื่อยกเว้นไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในบรรพ 5 ซึ่งโดยหลักย่อมบังคับได้เฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในเรื่องทรัพย์สินและระบบจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาตามหมวดที่ 4²¹⁰ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 1465 วรรคสองด้วย²¹¹ นอกจากนี้ ก็ยังมีเรื่องอำนาจปกครอง เรื่องสิทธิของบุตรผู้เยาว์ที่จะได้รับค่าอุปการะเลี้ยงดู

ส่วนบทบัญญัติในบรรพ 6 เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ยกตัวอย่างเช่น เรื่องการกำหนดลำดับของทายาทโดยธรรมตามมาตรา 1629 เว้นแต่เจ้ามรดกจะทำพินัยกรรมเพื่อกำหนดตัวทายาทเป็นอย่างอื่นตามมาตรา 1646 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายให้ความสำคัญกับเจตนาของเจ้ามรดกยิ่งกว่าลำดับทายาทที่กำหนดไว้ เรื่องการสละมรดกแต่เพียงบางส่วนหรือการสละมรดกโดยมีเงื่อนไขตามมาตรา 1613 และสุดท้ายเรื่องการสละมรดกล่วงหน้าตามมาตรา 1619²¹² เหล่านี้ล้วนเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนทั้งสิ้น

ลักษณะที่ 2.6 บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลภายนอก หลักทั่วไปมีอยู่ว่านิติกรรมสัญญาย่อมมีผลผูกพันในระหว่างคู่กรณี โดยนิติกรรมสัญญาจะมีสภาพบังคับเป็นอย่างเดียวกับกฎหมาย (Conventional Law) เป็นเหตุให้คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา ถ้าละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้เสียก็ได้ตามมาตรา 213 แม้ในการชำระหนี้นี้นั้นกฎหมายจะเปิดช่องให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ได้ แต่การบังคับชำระหนี้จะไปเรียกร้องอะไรจากบุคคลภายนอกสัญญาหาได้ไม่ หมายความว่า นิติกรรมสัญญาจะต้องไม่มีผลไปกระทบสิทธิของบุคคลภายนอก เนื่องจากบุคคลภายนอกมิได้เป็นคู่สัญญา เขาจึงไม่มีโอกาสที่จะเจรจาต่อรอง แต่ถ้าข้อตกลงมีผลอันเป็นคุณหรือประโยชน์บุคคลภายนอกก็อาจเข้าลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามมาตรา 374 ได้

²⁰⁹ เพ็งอ้วน, น.86.

²¹⁰ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), น.188.

²¹¹ อภิสิทธิ์ ไตรระพันธ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 87, น.86.

²¹² เพ็งอ้วน, น.88 – 89.

ดังนั้น จากเหตุผลที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกย่อมเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน²¹³

ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลภายนอกตามกฎหมายลักษณะทรัพย์ มาตรา 1299, 1300, 1301 และ 1302 บทบัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบของตัวการและตัวแทนต่อบุคคลภายนอก มาตรา 820 ถึงมาตรา 825 บทบัญญัติในเรื่องหุ้นส่วนบริษัท มาตรา 1049, 1054, 1081, 1082, 1102, 1129, 1226²¹⁴ เป็นต้น

ลักษณะที่ 2.7 บทบัญญัติที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่า กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางกายภาพหรือเศรษฐกิจ เพื่อให้บุคคลดังกล่าวต้องถูกเอาเปรียบหรือต้องรับภาระที่หนักไปกว่าที่ควรคาดหมาย จากผู้แสดงเจตนาที่ประสงค์จะใช้ช่องทางของกฎหมายเพื่อแสวงประโยชน์จากบุคคลที่ไม่สามารถคุ้มครองประโยชน์ของตนเอง หากกฎหมายไม่มุ่งคุ้มครองบุคคลฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจแล้วย่อมจะเป็นผลร้ายต่อการอยู่ร่วมกันของเอกชน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่าจึงเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนทุกกรณี²¹⁵

บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางกายภาพ ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติอันเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินสำคัญของผู้เยาว์โดยผู้ใช้อำนาจปกครอง ตามมาตรา 1574 วรรคสอง²¹⁶ เป็นต้น

บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ ยกตัวอย่างเช่น สัญญาจ้างแรงงาน สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาบัตรเครดิต และสัญญามาตรฐานอื่น ๆ (Standard Form Contract)²¹⁷

ลักษณะที่ 2.8 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับอายุความ อายุความมีผลเป็นการคุ้มครองลูกหนี้มิให้ต้องอยู่ในภาวะถูกบังคับชำระหนี้ยาวนานเกินสมควร และป้องกันมิให้ผู้ประกอบการทำข้อตกลงเพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องคดีหรือทำให้ระยะเวลาในการบังคับตามสิทธิต้องสั้นลงไป พร้อม ๆ กันนั้นอายุความยังเป็นการเร่งรัดให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กฎหมาย

²¹³ เพิ่งอ้าง, น.89.

²¹⁴ เพิ่งอ้าง, น.90 – 91.

²¹⁵ เพิ่งอ้าง, น.91 – 92.

²¹⁶ เพิ่งอ้าง, น.91.

²¹⁷ เพิ่งอ้าง, น.92.

กำหนด ทั้งยังช่วยให้ได้ข้อเท็จจริงที่ไม่คลาดเคลื่อนนำมาสู่ผลลัพธ์ที่ถูกต้องในการพิจารณาพิพากษาคดี²¹⁸

บทบัญญัติในเรื่องอายุความอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตัวอย่างเช่น คู่กรณีจะตกลงกันให้งดใช้หรือขยายออกหรือยื่นเข้าซึ่งอายุความไม่ได้ตามมาตรา 193/11²¹⁹ เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป บทบัญญัติอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีอยู่ด้วยกัน 8 ประเภทหรือ 8 ลักษณะ คือ บทบัญญัติที่ระบุนำห้ามตกลงเป็นอย่างอื่น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับแบบของการแสดงเจตนา บทบัญญัติที่กำหนดให้เอกชนกระทำเพื่อจะมีผลให้สามารถฟ้องคดีในระหว่างเอกชนได้ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติที่เกี่ยวกับครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลภายนอก บทบัญญัติที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่า และบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความ นอกเหนือไปจากนี้ ย่อมไม่ใช่กฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน เป็นเพียงบทสันนิษฐานเจตนาที่คู่กรณีจะตกลงให้แตกต่างกันได้

การทราบลักษณะของกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะมีส่วนช่วยให้หลักกฎหมายมีความเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น กล่าวคือ ในทางปฏิบัติในการใช้กฎหมายศาลมักจะใช้ดุลพินิจในการนำหลักกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีความหมายไม่ชัดแจ้งมาใช้ในฐานะบทกฎหมายยุติธรรม²²⁰ แม้จะไม่ได้แม่นยำถึงขนาดที่จะทราบได้อย่างแน่แท้ทันทีไม่ แต่อย่างน้อยก็ช่วยให้การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นง่ายขึ้นแม้สภาพสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปก็ตาม²²¹

จากที่ได้ศึกษาลักษณะของความสงบเรียบร้อยของประชาชนในกฎหมายต่างประเทศมาทั้งหมดพบว่า ขอบเขตของความสงบเรียบร้อยของประชาชนในแต่ละประเทศล้วนมีลักษณะใกล้เคียงกัน จะแตกต่างกันก็เพียงในรายละเอียดซึ่งเป็นผลมาจากวิถีชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชนในแต่ละสังคม

เมื่อได้ทราบถึงลักษณะทางกฎหมายของความสงบเรียบร้อยของประชาชนแล้ว ปัญหาที่น่าสนใจประการต่อมาก็คือว่า “ข้อตกลงตั้งกรรมการที่โดยปรกติมักจะถูกกำหนดลงไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น” มีสถานะทางกฎหมายเช่นไรในระบบกฎหมายไทยนั้น

²¹⁸ เพิ่งอ้าง, น.92 – 93.

²¹⁹ เพิ่งอ้าง, น.93.

²²⁰ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 141, น.94.

²²¹ อภิสิทธิ์ ไตรระพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87, น.72.

เนื่องจากว่าประเทศไทยยังไม่ได้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อรองรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา และก็ยังไม่มีตัวอย่างคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานดังเช่นประเทศอังกฤษ จะมีก็แต่เพียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) ที่ได้เป็นแบบอย่างของการตัดสินคดีเกี่ยวกับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

ประเด็นปัญหาที่น่าคิดคือว่า การที่ศาลในคดีเหล็กบุรพาพิพากษาโดยให้เหตุผลว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตกเป็นโมฆะเพราะ “ขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัด รูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทอันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้องปฏิบัติร่วมกัน มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ทั้งเป็นการวางรูปแบบองค์กรทางธุรกิจเพื่อให้สาธารณชนยึดถือและปฏิบัติ” นั้นหากนำไปปรับใช้กับกรณีศึกษาของผู้เขียน **กล่าวคือว่า “ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. และกลุ่ม ข. ตกลงร่วมกันที่จะเลือกกรรมการในทิศทางเดียวกัน โดยให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 6 คน และให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 4 คน”** จะเปรียบเทียบกันได้หรือไม่ และผลของคำพิพากษาจะเป็นไร ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ดังต่อไปนี้

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในคดีดังกล่าวมิได้มีประเด็นปัญหาโดยตรงเกี่ยวกับข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการ หากแต่เป็นเรื่องข้อตกลงเชิงบังคับให้กรรมการของบริษัทต้องถือครองหุ้นของบริษัทไว้ตามอัตราร้อยละที่กำหนดตลอดเวลาของการร่วมทุน และข้อตกลงในเรื่องการจ่ายเงินปันผลของบริษัท ดังนั้น ในเบื้องต้นผู้เขียนจึงเห็นว่า ไม่อาจนำผลของคดีดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ เนื่องจากข้อสัญญานั้นเป็นคนละเรื่องกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ข้อสัญญาเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการไม่ได้ขัดต่อคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว

นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) เป็นการตกลงกันในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองรวมถึงบริษัท แต่จากตัวอย่างที่ผู้เขียนตั้งเอาไว้ข้างต้น **กล่าวคือว่า “ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. และกลุ่ม ข. ตกลงร่วมกันที่จะเลือกกรรมการในทิศทางเดียวกัน โดยให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 6 คน และให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 4 คน”** นั้นเป็นการศึกษาถึงข้อสัญญาหรือข้อตกลงตั้งกรรมการในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองไม่รวมถึงบริษัท จึงเป็นอีกหนึ่งข้อเท็จจริงที่แตกต่างออกไปจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548

ข้อเท็จจริงอีกประการที่ผู้เขียนเห็นว่า อาจทำให้มีผลแตกต่างออกไปจากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น คือ จากตัวอย่างข้อตกลงที่ผู้เขียนทำการศึกษานั้น เป็นการตกลงกันในระหว่างผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายที่เป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทจำกัดโดยที่ไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามา

เกี่ยวข้อง กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นทั้งหมดทุกฝ่ายของบริษัทได้เข้าผูกพันเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ จึงย่อมไม่มีทางที่จะเกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้นรายอื่นในบริษัทที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาเลย ดังนั้น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการจึงไม่มีผลกระทบบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาอย่างแน่นอน เมื่อไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกได้ผลของคำพิพากษาหากจะเกิดขึ้นจึงไม่น่าจะเป็นในทางที่เป็นผลร้ายต่อข้อสัญญาหรือข้อตกลงเรื่องร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการ

ฉะนั้น จึงสรุปได้ว่า เรื่องสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ผู้เขียนศึกษานี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 วินิจฉัยไว้ ซึ่งเป็นเรื่องข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็จริง แต่หากศึกษาโดยละเอียดแล้วจะพบว่า ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อตกลงเชิงบังคับให้กรรมการของบริษัทต้องถือครองหุ้นของบริษัทไว้ตามอัตราร้อยละที่กำหนดตลอดเวลาของการร่วมทุน และข้อตกลงในเรื่องการจ่ายเงินปันผลของบริษัท ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับข้อตกลงตั้งกรรมการในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ผู้เขียนศึกษา

เมื่อข้อตกลงตั้งกรรมการในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นคนละเรื่องกับคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จึงไม่ตกอยู่ภายใต้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ ข้อตกลงตั้งกรรมการในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นของผู้เขียนจึงยังไม่ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานแต่อย่างใด

อนึ่ง จากการศึกษาค้นคว้าผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 ข้างต้นน่าจะเป็นคำพิพากษาที่ตัดสินเฉพาะกรณี เพื่อให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะคดี หากใช้เป็นข้อกฎหมายที่จะนำมาเป็นบรรทัดฐานที่จะนำไปอ้างอิงแต่อย่างใด

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น หากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทย ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นในประการที่ (1) ว่า ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองไม่ได้มีวัตถุประสงค์ของการแสดงเจตนาที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างใน 6 ลักษณะเลย กล่าวคือ ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อการเมืองการปกครองและผลประโยชน์ของประเทศ ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อการกระบวนการยุติธรรม ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อการจารีตประเพณีและศาสนา ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อนิสัยครอบครัว ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม เพราะจากตัวอย่างข้อตกลงตั้งกรรมการตามสมมติฐานที่ได้ตั้งขึ้นเป็นการตกลงกันระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง 2 กลุ่ม ซึ่งผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท ดังนั้น หากให้เหตุผลในเชิงปฏิเสธแล้ว ข้อสัญญาในการตกลงเรื่อง

ร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองจึงควรมีผลสมบูรณ์และบังคับใช้ได้

ความคิดเห็นของผู้เขียนในประการที่ (2) มีว่า ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองไม่ได้เป็นการตกลงตั้งกรรมการของบริษัทจำกัดขึ้นเองโดยไม่ต้องมีการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น หากแต่เป็นเพียงการตกลงร่วมกันที่จะรวบรวมการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของตนในฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัทไปในทางหนึ่งทางใดร่วมกันเมื่อมีการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อแต่งตั้งคณะกรรมการของบริษัท อันเป็นสิทธิของเหล่าผู้ถือหุ้นโดยแท้ จึงไม่ได้เป็นการกำหนดให้บุคคลอื่นนอกจากที่ประชุมใหญ่เป็นผู้ตั้งกรรมการ อันจะขัดต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151 ซึ่งถือว่าเป็นบทบังคับเด็ดขาด และเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองจึงไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างหนึ่งอย่างใดใน 8 ลักษณะหรือ 8 ประเภทเลย กล่าวคือ ไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติที่ระบุห้ามตกลงเป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ได้เป็นการตกลงยกเว้นมาตรา 1151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับแบบของการแสดงเจตนา ไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติที่กำหนดให้เอกชนกระทำเพื่อจะมีผลให้สามารถฟ้องคดีในระหว่างเอกชนได้ ไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล ไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับครอบครัวและอำนาจในครอบครัว ไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลภายนอก ไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติที่กำหนดไว้เพื่อคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่า และไม่ได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอายุความ ดังนี้ ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองจึงควรมีผลสมบูรณ์และบังคับใช้ได้

ความคิดเห็นของผู้เขียนในประการที่ (3) มีว่า การตกลงกันระหว่างเอกชนในการร่วมกันทำธุรกิจโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริษัทจำกัดที่ไม่ได้มีการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดตามกรณีศึกษามีจำนวนไม่มาก และในกรณีที่บริษัทจำกัดตามกรณีศึกษาข้างต้นนี้มีผู้ถือหุ้นเพียงไม่กี่กลุ่ม เช่น 2 กลุ่ม ซึ่งผู้ถือหุ้นทุกกลุ่มได้ตกลงกันทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ผู้เขียนเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นในกรณีนี้ไม่น่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัด แต่ก็เป็นการกำหนดถึงวิธีการตั้งกรรมการที่เป็นเรื่องโครงสร้างภายในขององค์กรธุรกิจ (กำหนดเรื่องบุคคลหรือบุคลากร ไม่ใช่เรื่องรูปแบบของบริษัทจำกัด) หรือเป็นเพียงการกำหนดถึงวิธีการสนับสนุนการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการ ผู้ซึ่งจะเข้ามาทำหน้าที่ในการบริหารจัดการงานของกิจการอันเป็นเรื่องทางธุรกิจและทรัพย์สินของเอกชนที่จะ

ส่งผลกระทบต่อเงินลงทุนของเหล่าผู้ถือหุ้น **ดังนี้ ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองจึงไม่น่าจะเป็นการตกลงที่ขัดต่อบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัดอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน** เนื่องจากไม่ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างใด ๆ ของบริษัทจำกัดให้ผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยบริษัท

ส่วนที่ศาลให้เหตุผลว่า การร่วมกันทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เป็นการวางรูปแบบองค์กรทางธุรกิจเพื่อให้สาธารณชนยึดถือและปฏิบัติตาม ผู้เขียนมองว่าถ้าเป็นตัวอย่างอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ข้อเท็จจริงในคำพิพากษานี้ การที่คู่สัญญามาตกลงกันกำหนดการวางรูปแบบองค์กรทางธุรกิจ ก็มีผลเฉพาะต่อโครงสร้างภายในของบริษัทนั้นเท่านั้น ผู้ถือหุ้นหรือผู้ประกอบธุรกิจก่อตั้งองค์กรธุรกิจขึ้นมาโดยการร่วมทุนเพื่อแสวงหากำไร และการร่วมทุนดังกล่าวเป็นกิจการภายในระหว่างตัวผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเพียงเท่านั้น อันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้มีเจตนาที่จะก่อตั้งบริษัทเพื่อเป็นแบบอย่างให้บุคคลอื่นยึดถือและปฏิบัติตาม จึงเห็นได้ว่าหากเป็นการตกลงกันในเรื่อง**ข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นของบริษัทด้วยกันเอง** ไม่น่าจะทำให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตามกรณีศึกษาเป็นโมฆะแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้มีนักกฎหมายท่านหนึ่งเห็นว่า ถ้าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในกรณีที่บังคับให้ผู้ถือหุ้นเลือกกรรมการที่ตนไม่ประสงค์จะเลือก ไม่น่าจะมีผลบังคับตามกฎหมายเพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามนัยแห่งคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้น²²²

อนึ่ง ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นในประการที่ (4) ว่า ข้อตกลงตั้งกรรมการเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่บุคคลสามารถที่จะแสดงเจตนาผูกพันกันได้ เมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเอง ไม่ได้เป็นการต้องห้ามใน 3 ประการดังที่กล่าวมาข้างต้น ข้อสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ เอกชนย่อมตกลงเป็นอย่างอื่นได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of the Will) เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติในบรรพ 3 ลักษณะ 22 หุ่นส่วนและบริษัท เป็นเอกเทศสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งตามหลักในทาง

²²² ไชยวัฒน์ บุณาค, “หลักการให้ความเห็นทางกฎหมาย”, วิชาการจัดทำเอกสารทางกฎหมาย, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

กฎหมายเอกชน อะไรที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ ย่อมสามารถตกลงให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ดังนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการจึงควรที่จะถูกจัดทำได้ และควรมีผลสมบูรณ์ ตลอดจนถึงบังคับได้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา เหมือนที่ได้รับการยอมรับในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถ้อยคำในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) ที่เป็นเพียงตัวอย่างหรือแนวทางในการตัดสินคดีโดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลไม่ได้พิพากษาให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นโมฆะทั้งฉบับ²²³ หากแต่พิพากษาให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น “เฉพาะในส่วนที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่าง บริษัท เหล็กบุรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับผู้ถือหุ้น และความรับผิดชอบอันเกิดจากการผิดสัญญาดังกล่าว” เท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะ จึงเท่ากับเป็นการยอมรับว่าข้อตกลงอื่น ๆ นอกเหนือจากที่กล่าวมาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังคงมีผลใช้บังคับได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลฎีกาไม่ได้ปฏิเสธความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไปเสียทั้งหมด หากแต่จะปฏิเสธความสมบูรณ์และการมีผลบังคับเฉพาะข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ศาลฎีกาเห็นว่าขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

4.1.2 ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจำกัด

สำหรับปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นกับบริษัท หรือก็คือปัญหาสถานะทางกฎหมายในกรณีที่บริษัทได้เข้าเป็นคู่สัญญานั้นเป็นเรื่องที่ค่อนข้างมีความซับซ้อน ตลอดจนมีรายละเอียดปลีกย่อยเกี่ยวกับผลทางกฎหมายอีกมาก ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาให้ทำการศึกษาต่อได้ ด้วยเหตุนี้ ขอบเขตการศึกษาของผู้เขียนมุ่งเน้นไปที่ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง อย่างไรก็ตาม ปัญหาเบื้องต้นในเรื่องสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจำกัดนั้นมักจะเกิดคำถามขึ้นก็คือว่า บริษัทจะสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้หรือไม่ และการที่บริษัทเข้าผูกพันตนเองเป็นคู่สัญญาจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือไม่ เพียงใด

โดยสรุป สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศไทยยังมีสถานะทางกฎหมายที่ไม่แน่นอน เพราะมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมานี้ พิพากษาว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตกเป็นโมฆะ จึงเป็นที่มาซึ่งทำให้ผู้เขียนเกิดความสงสัยและเกิดแรงบันดาลใจในการศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนี้ แต่อย่างน้อยที่สุดก็เห็นได้ว่าไม่ใช่เป็นโมฆะทั้งหมด หากแต่เป็นโมฆะเฉพาะบางข้อตกลงเท่านั้น เท่ากับว่าศาลได้ยอมรับให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลใช้บังคับได้ในระดับหนึ่ง แต่ก็มีข้อจำกัดของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กล่าวคือว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจะต้องไม่ขัดต่อประมวล

²²³ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน-บริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2551), น.257.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ความไม่แน่นอนในที่นี้ก็คือว่าเราไม่อาจทราบได้เลยว่า ข้อตกลงหรือข้อสัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อความหรือเนื้อหาแบบใดที่ศาลจะยอมรับถึงความสมบูรณ์และบังคับให้ตามสัญญา หรือเนื้อหาที่มีข้อความเช่นใดที่ศาลจะพิพากษาว่าเป็นโมฆะ

ส่วนตัวของผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักแล้วสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งรวมถึงข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อสัญญาในการตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการย่อมสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ ยกเว้นเสียแต่ว่าข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นจะไปขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) อันเป็นกรอบของการแสดงเจตนา และหากเรามองว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่อาจกระทำขึ้นได้เพราะขัดต่อกฎหมาย ย่อมจะส่งผลกระทบต่อธุรกิจ ผู้ลงทุน ตลอดจนผู้ประกอบการที่จะมาร่วมลงทุนกัน โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ประกอบการนั้นเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย เนื่องจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยย่อมแพ้มติในวาระต่าง ๆ ในการประชุมผู้ถือหุ้นต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก หากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีวัตถุประสงค์ประการหนึ่งเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยให้มีส่วนในการบริหารจัดการกิจการของบริษัทผ่านการตั้งกรรมการฝ่ายของตนเข้าไปมีสิทธิมีเสียงในการบริหารหรือคอยสอดส่องดูแลการทำหน้าที่ของกรรมการจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก ไม่อาจกระทำขึ้นได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ไม่เห็นจะวิธีการแก้ไขเยียวยาใดให้แก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยได้เลย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจะถูกเอาเปรียบอยู่เสมอ ซึ่งถ้าหากว่าผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากตกลงโดยสมัครใจเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อยอมให้แก่อผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยด้วยเหตุผลประการใดก็ตาม เช่น เพื่อเหตุผลในทางธุรกิจของการร่วมลงทุนกัน หรือ เพื่อให้บริษัทมีธรรมาภิบาล (Corporate Governance) ก็ไม่เห็นมีเหตุผลอันใดที่กฎหมายหรือศาลจะไม่ยอมรับบังคับให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีผลสมบูรณ์ตามเจตนาของคู่สัญญา

4.2 ปัญหากระบวนการหรือวิธีการในการบังคับชำระหนี้เกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ

เมื่อได้กล่าวมาแล้วว่าข้อสัญญาในการตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองเกี่ยวกับการร่วมกันออกเสียงลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังตัวอย่างที่กล่าวนั้นมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ ปัญหาประการถัดไป คือ เมื่อมีการปฏิบัติผิดข้อตกลงในเรื่องดังกล่าว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีกระบวนการบังคับชำระหนี้อย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กรณีนี้สภาพแห่งหนี้ตามข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการเปิดช่องให้มีการบังคับได้หรือไม่ หรือจะใช้คำพิพากษาของศาลเพื่อแทนการแสดงเจตนาได้หรือไม่ หรือกรณีนี้ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่เสียหายจะทำได้แต่เพียงการฟ้องเรียกร้องเพื่อค่าเสียหายจากการผิดสัญญา จะได้อธิบายดังต่อไปนี้

4.2.1 กระบวนการบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้

หลักทั่วไปมีอยู่ว่านิติกรรมสัญญาย่อมมีผลผูกพันในระหว่างคู่กรณี โดยนิติกรรมสัญญาจะมีสภาพบังคับเป็นอย่างเดียวกับกฎหมาย เป็นเหตุให้คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา ถ้าละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้เสียก็ได้ตามมาตรา 213 แม้ในการชำระหนี้ตามกฎหมายจะเปิดช่องให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ได้ แต่การบังคับชำระหนี้จะไปเรียกร้องอะไรจากบุคคลภายนอกสัญญาหาได้ไม่ หมายความว่า นิติกรรมสัญญาจะต้องไม่มีผลไปกระทบสิทธิของบุคคลภายนอก เพราะเขาไม่ได้เป็นคู่สัญญาและไม่ได้มีโอกาสในการที่จะเจรจาต่อรองในการตกลงนั้น

หลักมีอยู่ว่านิติกรรมสัญญาที่มีเนื้อหาสาระ วัตถุประสงค์ หรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นโมฆะ (Void) โมฆะกรรมคือสัญญาเปล่ามาแต่แรกเสมือนหนึ่งว่าไม่มีนิติกรรมสัญญาใดเกิดขึ้น (*void ab initio*) ด้วยเหตุนี้ เมื่อคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณา ศาลจะไม่บังคับตามนิติกรรมสัญญาที่ตกเป็นโมฆะนั้น ไม่ว่าจะเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance)²²⁴ หรือการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ได้รับอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา (Claims for Damages)²²⁵

ก่อนจะเข้าสู่ปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ผู้เขียนเห็นว่า ในเบื้องต้นควรที่จะอธิบายกระบวนการบังคับชำระหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ อันได้แก่ 1) การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง 2) การเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย และ 3) การถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา โดยสังเขปก่อน เพื่อเป็นหลักพื้นฐานในการวิเคราะห์ต่อไป

หลักเกณฑ์ในการบังคับชำระหนี้มีอยู่ว่า เมื่อมีหนี้ต่อกันแล้วมิใช่เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ทันที แต่การบังคับชำระหนี้จะต้องเป็นไปตามขั้นตอนของกฎหมายและข้อตกลงของคู่กรณี²²⁶ กล่าวคือ เจ้าหนี้จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว และลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ดังกล่าว²²⁷

ดังนี้ หากคู่สัญญาได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญา ประเด็นปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวย่อมจะไม่เกิด แต่หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดได้บิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่

²²⁴ อภิสิทธิ์ ไตรรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 87*, น.193.

²²⁵ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), น.35

²²⁶ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), น.14 – 15.

²²⁷ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.24.

ตนเองได้ตกลงไว้ล่วงหน้าในสัญญา ย่อมก่อให้เกิดการผิดหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ อันนำมาสู่การผิดนัดของลูกหนี้ และเมื่อกลายเป็นลูกหนี้ผิดนัดแล้วก็จะมีผลทางกฎหมายตามมาในเรื่องต่าง ๆ มีผลทำให้เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิที่ตนมีอยู่ฟ้องคู่สัญญาฝ่ายที่กระทำผิดหน้าที่ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เมื่อหนี้มีผลตามกฎหมายแล้ว เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ เมื่อหนี้ดังกล่าวถึงกำหนด หากลูกหนี้ไม่ชำระหรือชำระไม่ถูกต้องตรงตามมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้หรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้²²⁸

อนึ่ง สำหรับหนี้ที่เกิดจากมูลสัญญา การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะบังคับชำระหนี้ตามมาตรา 213 หรือใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 386 ถึงมาตรา 388 เพื่อให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 อย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น หมายความว่า เจ้าหนี้ไม่อาจใช้สิทธิทั้งสองทางพร้อมกันได้ ต้องเลือกใช้ทางใดทางหนึ่งเท่านั้น

เมื่อเจ้าหนี้เลือกใช้สิทธิฟ้องเรียกร้องต่อคู่สัญญาที่กระทำผิดหน้าที่ตามมาตรา 213 เจ้าหนี้ย่อมประสงค์จะมีค่าขอบังคับให้มีการบังคับชำระหนี้เอาจากคู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งการบังคับชำระหนี้เอาจากคู่สัญญาซึ่งเป็นลูกหนี้นั้น อาจแยกพิจารณาได้เป็นลำดับ ได้แก่ 1) การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง 2) การบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ (ขอไม่กล่าวในการศึกษานี้) 3) การบังคับให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (ขอกล่าวไว้ในหัวข้อ 4.2.4)

เมื่อลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ให้ครบถ้วนถูกต้องตามที่ระบุไว้ในมูลหนี้นั้น เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้ศาลบังคับให้ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ได้ ซึ่งเรียกว่าการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง²²⁹ การบังคับชำระหนี้เอาจากลูกหนี้โดยเฉพาะเจาะจง²³⁰ หรือที่นักกฎหมายบางท่านเรียกว่า การบังคับชำระหนี้โดยตรง หรือการเรียกให้ลูกหนี้กระทำการ²³¹ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 208 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การชำระหนี้จะให้สำเร็จผลเป็นอย่างไร ลูกหนี้จะต้องขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นอย่างนั้นโดยตรง” หมายความว่า เมื่อลูกหนี้ผูกพันต้องชำระหนี้ โดยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นหนี้มูลละเมิดหรือสัญญาก็ตาม

²²⁸ เพ็งอ้วน, น.21, และดู ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 226*, น.10.

²²⁹ Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Chapter 24, Termination of obligations, VI The Problem of Specific of performance, (Oxford : Charendon Press, 1996), pp.770 – 782, อ้างถึงใน ดารารพร ธีระวัฒน์, *กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.73.

²³⁰ ดารารพร ธีระวัฒน์, *เพ็งอ้วน*, น.73.

²³¹ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.26 – 27.

ลูกหนี้ก็ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ตรงตามมูลหนี้²³² และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้...”

แม้เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้ศาลบังคับลูกหนี้ให้ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ให้ตรงตามมูลหนี้ก็ตาม แต่ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวไว้ในหนังสือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 ว่า “ควรระลึกว่า การบังคับชำระหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการบังคับโดยเฉพาะเจาะจง หรือโดยวิธีใด ๆ ไม่ใช่เป็นการบังคับเอาแก่ตัวตนของลูกหนี้ หนี้บังคับได้แต่โดยทางทรัพย์สินของลูกหนี้เท่านั้น เพราะการเป็นหนี้ตามความคิดในวงวิภาษกฎหมายปัจจุบัน ไม่ใช่เป็นการขายตัวลงเป็นทาส²³³”

การศึกษาหลักการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงต้องแบ่งตามลักษณะของวัตถุแห่งหนี้²³⁴ ซึ่งวัตถุแห่งหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 นั้นมีอยู่ 3 ประการ ได้แก่ หนี้กระทำการหรือการกระทำ หนี้งดเว้นกระทำการหรือการกระทำ และหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เป็นการบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตรงตามวัตถุแห่งหนี้ และตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ตกลงกันไว้²³⁵ กล่าวคือ เป็นหนี้กันอยู่อย่างใดก็ขอให้บังคับชำระหนี้ได้อย่างนั้นอันเป็นผลธรรมดาที่สุดของหนี้ (Normal Execution) หนี้เป็นความผูกพันที่จะทำให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ตามวัตถุแห่งหนี้ ส่วนที่จะบังคับชำระหนี้โดยค่าสินไหมทดแทนนั้น เป็นผลผิดธรรมดาของหนี้ (Abnormal Execution) ซึ่งโดยทั่วไปเกิดแต่การที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่ได้ หรือเจ้าหนี้ไม่ต้องการจะให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงต่อเมื่อเป็นเช่นนี้ จึงอาจมีการบังคับชำระหนี้โดยใช้ค่าสินไหมทดแทนกัน²³⁶

ในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เจ้าหนี้จำเป็นต้องใช้สิทธิเรียกร้องผ่านทางศาลโดยการฟ้องร้องเป็นคดีและขอให้ศาลพิพากษาบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระหนี้แก่

²³² เพิ่งอ้าง, น.27.

²³³ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2527), น.817.

²³⁴ ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 229, น.74.

²³⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2559), น.171.

²³⁶ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 233, น.814 – 815.

เจ้าหนี้ ส่วนรายละเอียดของวิธีการใช้สิทธิทางศาลนั้นต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง²³⁷ หรือกฎหมายวิธีสบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ดี ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้กล่าวไว้ในหนังสือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 ว่า

“ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีวิธีการที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะร้องขอให้ศาลจับกุมตัวลูกหนี้ตามคำพิพากษามากกักขังไว้ได้ อาศัยเหตุที่จิตใจไม่ปฏิบัติตามหมายบังคับคดีของศาล ทั้งนี้จนกว่าลูกหนี้จะให้ประกันในการที่จะปฏิบัติตามคำบังคับของศาล ... (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 297) แต่วิธีการเช่นนี้ที่จริงไม่ใช่เป็นการบังคับชำระหนี้ หากเป็นแต่การรักษาความศักดิ์สิทธิ์แห่งหมายบังคับของศาล เป็นการรักษาอำนาจของบ้านเมืองในอันที่จะบังคับการตามกฎหมาย ไม่ใช่เป็นสิทธิของเจ้าหนี้อันเกิดแต่หนี้หนี้ที่จะขอให้ทำได้ดังนี้ เป็นเพราะลูกหนี้ตามคำพิพากษาจงใจขัดขืนไม่ปฏิบัติตามหมายบังคับของศาล และเรื่องจะเกิดขึ้นเป็นไปถึงเพียงนั้นได้ ก็ต่อเมื่อได้มีคำพิพากษาคำบังคับของศาลแล้ว ซึ่งลำพังแต่เป็นเจ้าหนี้โดยยังไม่มีคำพิพากษาคำบังคับของศาล ก็หาสิทธิที่จะขอให้บังคับจับกุมตัวลูกหนี้มากกักขังไว้ได้ไม่ แม้จะได้มีคำพิพากษาคำบังคับของศาลแล้ว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 297 ท่านก็ห้ามมิให้ศาลออกคำสั่งจับตัวลูกหนี้มากกักขัง เว้นแต่จะเป็นที่พอใจจากพยานหลักฐานที่นำมาสืบว่า ลูกหนี้ตามคำพิพากษาสมาารถที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถ้าตนได้กระทำการโดยสุจริต และไม่มีวิธีบังคับอย่างอื่นที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะพึงขอให้ใช้บังคับได้ ... เรื่องเช่นนี้จึงเป็นผลที่เกิดแต่การขัดหมายของศาล อันเป็นการละเมิดอำนาจของบ้านเมืองมากกว่า หาใช้วิธีบังคับชำระหนี้โดยสิทธิของเจ้าหนี้ไม่²³⁸”

หากศาลพิพากษาบังคับให้ตามวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนี้ย่อมมีผลทำให้เจ้าหนี้ได้รับการชดเชยตรงตามความประสงค์ของเจ้าหนี้มากที่สุด กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์ตรงกับที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ในสัญญา อย่างไรก็ตาม การที่เจ้าหนี้มีคำขอบังคับให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้แก่ตนนั้นมิใช่ว่าจะได้ทุกกรณี หากแต่ต้องพิจารณาด้วยว่าสภาพแห่งหนี้ในมูลหนี้ นั้นเปิดช่องให้กระทำหรือไม่²³⁹ และถ้าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้บังคับได้เพียงใด

ขอยกเว้นในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้เจ้าหนี้ร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ ได้แก่ กรณีที่มูลแห่งหนี้เป็นการโอนทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้ไม่มีสิทธิที่จะโอนให้แก่เจ้าหนี้ได้ (คำ

²³⁷ ดารารพร ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 229*, น.74.

²³⁸ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 233*, น.817 – 818.

²³⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.174.

พิพากษาฎีกาที่ 874/2490 ประชุมใหญ่) และกรณีที่มีมูลแห่งนี้เป็นเรื่องที่ลูกหนี้ต้องกระทำการอันเป็นการเฉพาะตัวของลูกหนี้²⁴⁰ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4014/2530) เป็นต้น

เมื่อเจ้าหนี้มีคำขอบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตรงตามมูลแห่งหนี้ และสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้กระทำได้ ศาลย่อมจะพิพากษาให้เป็นไปตามคำขอบังคับของเจ้าหนี้โดยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เพื่อให้เจ้าหนี้ผู้ต้องเสียหายได้รับชำระหนี้ตรงตามเจตนาหรือความประสงค์ที่ต้องการตามที่ตกลงไว้ในสัญญามากที่สุดเท่าที่จะให้ได้ แต่ถ้าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้กระทำได้ ศาลย่อมพิพากษาให้เป็นไปตามคำขอบังคับของเจ้าหนี้โดยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่ได้ แต่ก็ไม่ใช่ศาลจะพิพากษายกฟ้องไปเลยหากแต่ศาลจะพิพากษาให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามวิธีหรือลำดับที่กำหนดไว้ในมาตรา 213

บทบัญญัติในมาตรา 213 วรรคสองและวรรคสาม เป็นทางแก้ไขในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ มีดังต่อไปนี้²⁴¹

(1.1) หนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด ต้องบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย

(1.2) หนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ต้องให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้

(1.3) หนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้ดเว้นการอันใด ต้องให้เจ้าหนี้รื้อถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย

กรณีตามข้อ (1.1) และข้อ (1.2) เป็นหนี้ให้กระทำการ ส่วนกรณีตามข้อ (1.3) เป็นหนี้ดเว้นกระทำการ ไม่ว่าจะเป็นกรณีตามข้อ (1.1) (1.2) หรือ (1.3) เจ้าหนี้ก็ไม่อาจดำเนินการไปโดยพลการได้ หากแต่ต้องมาขอคำสั่งศาล โดยต้องมีคำขอมาในฟ้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งดังกล่าว หากเจ้าหนี้ไม่ได้มีคำขอมา ศาลก็ไม่อาจสั่งให้ได้เพราะจะติดข้อจำกัดในกฎหมายวิธีสบัญญัติเรื่องการพิพากษาเกินคำขอตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 วรรคหนึ่ง²⁴²

(1.1) หนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด ต้องบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย

²⁴⁰ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.28.

²⁴¹ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.178, และดู ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.28 – 31.

²⁴² “มาตรา 142 คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่...”

โดยหลักของหนี้กระทำการ ถ้าลูกหนี้ไม่สมัครใจชำระหนี้เองแล้ว โดยสภาพของหนี้กระทำการจะไม่เปิดช่องให้มีการบังคับให้ลูกหนี้กระทำการได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือเจ้าหนี้มีสิทธิเพียงขอบังคับให้ลูกหนี้รับผิดชอบโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้²⁴³ เว้นแต่ในกรณีที่หนี้กระทำการนั้นไม่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวกล่าวคือ ไม่ใช่เฉพาะตัวลูกหนี้แต่ใคร ๆ ก็สามารถกระทำการชำระหนี้ได้ ดังนี้ กฎหมายให้สิทธิเจ้าหนี้ที่จะขอให้ศาลขอให้บุคคลภายนอกทำการที่ลูกหนี้ละเลยไม่กระทำนั้นแทนลูกหนี้ได้โดยลูกหนี้ต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายตามมาตรา 213 วรรคสอง

กล่าวอีกทางหนึ่งได้ว่า ในกรณีที่หนี้กระทำการหรือการกระทำ อาจแบ่งได้เป็นหนี้กระทำการที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้ กับหนี้กระทำการที่ไม่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้²⁴⁴ ในกรณีที่หนี้กระทำการที่ไม่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้ เช่น การก่อสร้างบ้านตามที่แบบกำหนดไว้แล้ว หรือตกลงจะทำถนนคอนกรีตและท่อน้ำตามสัญญา หากลูกหนี้ไม่กระทำการก่อสร้างบ้านหรือทำถนนคอนกรีตและท่อน้ำตามสัญญา ศาลย่อมพิพากษาให้บุคคลภายนอกกระทำการก่อสร้างบ้านตามสัญญาโดยให้ลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายได้ แต่ถ้าเป็นหนี้กระทำการที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถของลูกหนี้ เช่น ต้องใช้ผู้ที่มีความสามารถพิเศษในการร้องเพลงตามสัญญาจ้างทำของ การแสดงภาพยนตร์²⁴⁵ หรือในการวาดรูป ศาลจะพิพากษาให้บุคคลภายนอกกระทำการดังกล่าวแทนลูกหนี้โดยลูกหนี้เป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายหาได้ไม่ เจ้าหนี้ได้แต่จะเรียกเอาค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้

(1.2) หนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ต้องให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้

สำหรับหนี้กระทำการที่เป็นการทำนิติกรรมซึ่งเป็นเรื่องของการแสดงเจตนา นั้น ถ้าลูกหนี้ไม่ไปทำนิติกรรม มาตรา 213 วรรคสอง ให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้²⁴⁶ เจ้าหนี้ก็นำคำพิพากษาไปแสดงแทนเจตนาของลูกหนี้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่โดยลูกหนี้ไม่ต้องไปแสดงเจตนา หรือลูกหนี้จะขัดขวางห้ามใช้คำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของตนก็ไม่ได้ กรณี

²⁴³ ดารารพร ถิระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 229*, น.74.

²⁴⁴ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.179.

²⁴⁵ ภัทธศักดิ์ วรรณแสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.29 – 30.

²⁴⁶ เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

นี้โจทก์ต้องมีคำขอให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาและศาลต้องมีคำสั่งตามที่ขอแล้ว จึงจะนำคำพิพากษานั้นไปดำเนินการจดทะเบียนดังกล่าวได้²⁴⁷

อนึ่ง การขอให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาจะใช้ได้ในเฉพาะในกรณีที่เป็นการทำนิติกรรมในหนี้ที่เกิดจากมูลสัญญาเท่านั้น²⁴⁸ หากเป็นมูลหนี้ละเมิด จะขอให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาไม่ได้²⁴⁹ และการที่จะให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้นั้นต้องเป็นหนี้ที่เป็นการทำนิติกรรม²⁵⁰ ซึ่งอาจเป็นการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ หรือนิติกรรมอย่างอื่นที่ไม่ใช่การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ก็ได้ เช่น การผ่อนปรนจำนอง เป็นต้น ถ้ามิใช่หนี้ที่เป็นนิติกรรม²⁵¹ หรือเป็นหนี้อื่นเกิดจากมูลละเมิด ศาลจะพิพากษาให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาไม่ได้ นอกจากนี้ ศาลฎีกาตีความว่า คำพิพากษาที่ถือเป็นการแสดงเจตนาแทนนั้นรวมถึงคำสั่งศาลด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่ 5253/2533)²⁵²

(1.3) หนี้ซึ่งมีวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้งดเว้นการอันใด ต้องให้เจ้าหนี้รื้อถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย

หนี้ที่เป็นการงดเว้นกระทำการหรือการกระทำ “การไม่ชำระหนี้ในหนึ่งงดเว้นกระทำการ คือ กรณีที่ลูกหนี้ฝ่าฝืนกระทำการในการที่ห้ามไว้ ดังนั้นในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นตามมาตรา 213 วรรคสาม กำหนดให้เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้รื้อถอนการที่ลูกหนี้ได้กระทำลง โดยให้ลูกหนี้เป็นผู้เสียค่าใช้จ่าย และอาจขอให้ศาลมีคำสั่งเพื่อกาลายหน้าด้วยเพราะศาลได้ว่าจะอาจจะมีการกระทำในสิ่งที่ห้ามหรือที่ให้งดเว้นนั้นเกิดขึ้นอีกในอนาคต²⁵³” แต่การจัดการอันควรเพื่อกาลายหน้านั้นเป็นเพียงสิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติเท่านั้น เพราะหากมีการฟ้องคดีต่อศาล โจทก์จะขอบังคับให้โจทก์รื้อถอนเองโดยจำเลยเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายไม่ได้เพราะขัดต่อวิธีการบังคับคดีในวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 296 ทวิ ฉะนั้น กรณีจะต้องให้เจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นผู้ดำเนินการรื้อถอนเท่านั้น²⁵⁴ ตัวอย่างในกรณีเป็นหนึ่งงดเว้นกระทำการ เช่น การตกลงกันระหว่างบุคคลที่มีที่อยู่

²⁴⁷ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.180.

²⁴⁸ *เพ็งอ้าง*, น.181.

²⁴⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 7091/2542

²⁵⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.181 – 182.

²⁵¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3859/2524, 3110/2539 และ 4920/2547

²⁵² ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.29.

²⁵³ ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 229*, น.75.

²⁵⁴ ในทางปฏิบัติเจ้าพนักงานบังคับคดีก็อาจมอบหมายตัวเจ้าหนี้ตนเองเป็นผู้ดำเนินการรื้อถอน แต่การรื้อถอนดังกล่าวไม่ใช่การรื้อถอนในนามของเจ้าหนี้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 213 แต่ยังเป็น

อาศัยไถ่กันหรือติดกันโดยมีการตกลงกันว่าจะไม่สร้างสิ่งก่อสร้างใด ๆ ที่มีลักษณะปิดบังแสงสว่างหรือทางลม หากลูกหนี้ฝ่าฝืนการตกลงดังกล่าวโดยทำการสร้างสิ่งก่อสร้างใดอันมีลักษณะปิดบังแสงสว่างหรือทางลม เจ้าหนี้ก็ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้อยู่โดยสภาพ²⁵⁵ เพราะการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ก็คือการที่ลูกหนี้ไปดำเนินการสร้างสิ่งก่อสร้างปิดบังแสงสว่างหรือทางลมเสียแล้ว การฝ่าฝืนการตกลงเช่นนี้ มีผลให้ลูกหนี้ต้องทำการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างส่วนที่ปิดบังแสงสว่างหรือทางลมออกไปโดยเสียค่าใช้จ่ายของลูกหนี้เอง

หนี้ส่งมอบทรัพย์สิน²⁵⁶ หรือหนี้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือหนี้ส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นการส่งมอบทรัพย์สินในลักษณะที่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์²⁵⁷ หากหนี้ส่งมอบทรัพย์สินที่ยังไม่เป็นการพ้นวิสัย เจ้าหนี้มีสิทธิขอให้ศาลบังคับชำระหนี้โดยการบังคับยึดทรัพย์ มาส่งมอบให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 278 และมาตรา 282²⁵⁸ อันเป็นการส่งมอบตัวทรัพย์สินซึ่งสามารถบังคับให้ส่งมอบได้โดยเฉพาะเจาะจง²⁵⁹ ส่วนในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยลูกหนี้ไม่สามารถดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ให้ได้ เจ้าหนี้อาจใช้สิทธิบังคับชำระหนี้โดยการขอให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้เพื่อการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้ตามมาตรา 213 วรรคสอง²⁶⁰

ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้อันใดไม่สามารถทำการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ หรือสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้นั้น เจ้าหนี้จะต้องใช้วิธีอื่นบังคับแทนเพียงเท่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา 213 หรือเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น จะบังคับด้วยวิธีอื่นไม่ได้ เช่น ลูกหนี้ไม่ตัดหญ้าให้ตามสัญญาจ้างตัดหญ้า เจ้าหนี้จะบังคับให้ลูกหนี้ทำความสะอาดบ้านแทนไม่ได้ เพราะไม่ตรงตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้²⁶¹ ถ้าจะทำเช่นนั้นต้องตกลงกัน

การรื้อถอนในนามของเจ้าพนักงานบังคับคดีตาม ป.วิ.พ. มาตรา 296 ทวิ นั้นเอง ,และดู ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.184.

²⁵⁵ เพิ่งอ้าง, น.183.

²⁵⁶ ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 229*, น.74.

²⁵⁷ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.184.

²⁵⁸ ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 229*, น.74.

²⁵⁹ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.184.

²⁶⁰ ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 229*, น.74 – 75, และดู ไพโรจน์ วายุภาพ, *เพิ่งอ้าง*, น.184 – 185.

²⁶¹ ไพโรจน์ วายุภาพ, *เพิ่งอ้าง*, น.185.

ใหม่กลายเป็นการแปลงหนี้ใหม่ตามมาตรา 349²⁶² หรือถ้าลูกหนี้ทำเช่นนั้นโดยเจ้านี้ยอมรับก็เป็น การชำระหนี้ด้วยสิ่งอื่น หนี้ก็ระงับไปตามมาตรา 321²⁶³

แต่การที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้แล้วต้องมีการไปบังคับชำระ หนี้โดยวิธีอื่นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 213 นั้นแสดงให้เห็นว่ายังมีมูลหนี้อยู่ให้บังคับได้อันเกิดมาจากการที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้²⁶⁴ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระ หนี้มิใช่กรณีที่หนี้ตกเป็นพ้นวิสัย และเมื่อไม่ใช้การชำระหนี้เป็นพ้นวิสัยลูกหนี้จึงไม่หลุดพ้นจากหนี้ที่ จะต้องชำระ แม้สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องก็ยังสามารถบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีอื่นได้

การที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องซึ่งมาตรา 213 ให้ทางแก้โดยการบังคับด้วยวิธีอื่น แทนนั้น ก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับผลตรงกับ การชำระหนี้มากที่สุด หรือไม่ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้²⁶⁵ ส่วนกรณีใดจะถือว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องต้อง พิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป เช่น ในกรณีที่ลูกหนี้ได้โอนทรัพย์สินให้บุคคลภายนอกไปแล้ว ก็ถือว่าสภาพ แห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ และจะบังคับด้วยวิธีอื่นก็ได้ กรณีนี้จึงต้องฟ้องเรียกให้ชดใช้ ค่าเสียหายเท่านั้น²⁶⁶

แม้กระนั้น การที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ซึ่งมีผลทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิร้องขอต่อ ศาลเพื่อบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหากสภาพแห่งหนี้เปิดช่องดังกล่าวมา เจ้าหนี้ก็ยังมีสิทธิ

²⁶² “มาตรา 349 เมื่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้ไว้ ท่านว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไปด้วยแปลงหนี้ใหม่

ถ้าทำหนี้มีเงื่อนไขให้กลายเป็นหนี้ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เพิ่มเติมเงื่อนไขเข้าในหนี้อัน ปราศจากเงื่อนไขก็ดี เปลี่ยนเงื่อนไขก็ดี ท่านถือว่าเป็นอันเปลี่ยนสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งหนี้

ถ้าแปลงหนี้ใหม่ด้วยเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติทั้งหลายแห่งประมวล กฎหมายนี้ว่าด้วยโอนสิทธิเรียกร้อง”

²⁶³ “มาตรา 321 ถ้าเจ้านี้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันได้ ท่านว่าหนี้เป็นอันระงับสิ้นไป

ถ้าเพื่อที่จะทำให้พอแก่ใจเจ้าหนี้ ลูกหนี้รับภาระเป็นหนี้เป็นอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นใหม่ต่อ เจ้าหนี้ไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านมิให้สันนิษฐานว่าลูกหนี้ได้ก่อหนี้ขึ้นขึ้นแทนการชำระหนี้

ถ้าชำระหนี้ด้วยออก-ด้วยโอน-หรือด้วยสลักหลังตัวเงินหรือประทวนสินค้า ท่านว่าหนี้จะ ระงับสิ้นไปต่อเมื่อตัวเงินหรือประทวนสินค้านั้นได้ใช้เงินแล้ว”

²⁶⁴ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 235, น.185.

²⁶⁵ *เพ็ญอ้าง*, น.187.

²⁶⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 2364/2526

เรียก้องค่าเสียหายตามมาตรา 215 ด้วยหากการละเลยไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ให้สิทธิเรียก้องค่าเสียหายที่กำหนดไว้ในมาตรา 213 วรรคท้ายว่า “อนึ่ง บทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาก่อนนี้ หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่เรียก้องค่าเสียหายไม่”

4.2.2 ปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกรณีผิดสัญญา

เมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการตั้งที่ได้ยกตัวอย่างไว้ว่า “ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. และกลุ่ม ข. ตกลงร่วมกันที่จะเลือกกรรมการในทิศทางเดียวกัน โดยให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 6 คน และให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 4 คน” มีผลสมบูรณ์หรือบังคับใช้ได้ตามกฎหมายแล้ว หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้มีการฝ่าฝืนข้อตกลงเรื่องการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการตามที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้จะฟ้องบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการโดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 วรรคหนึ่งได้หรือไม่ กล่าวคือ เจ้าหนี้จะบังคับให้ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยให้บริษัทจัดประชุมผู้ถือหุ้นใหม่เพื่อให้ผู้ถือหุ้นปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการดังกล่าวได้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในกรณีที่มีการผิดสัญญาข้างต้นสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้มีการบังคับชำระหนี้หรือไม่

ประเด็นปัญหาว່าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะฟ้องบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้หรือไม่ นั่นสิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นอันดับแรกเลยก็คือ ในมูลหนี้ที่จะต้องแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการในการประชุมผู้ถือหุ้นให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นหนี้ประเภทใด เห็นว่า หนี้ที่จะต้องแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการในการประชุมผู้ถือหุ้นให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นเป็นหนี้กระทำการ ซึ่งโดยหลักของหนี้กระทำการ ถ้าลูกหนี้ไม่สมัครใจชำระหนี้เองแล้ว โดยสภาพของหนี้กระทำการจะไม่เปิดช่องให้มีการบังคับให้ลูกหนี้กระทำการได้ เว้นแต่ในกรณีที่หนี้กระทำการนั้นไม่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว กล่าวคือ ไม่ใช่เฉพาะตัวลูกหนี้แต่ใครก็สามารถกระทำการชำระหนี้มันได้ ถ้าหนี้กระทำการไม่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว กฎหมายให้สิทธิเจ้าหนี้ที่จะขอให้ศาลขอให้บุคคลภายนอกทำการที่ลูกหนี้ละเลยไม่กระทำนั้นแทนลูกหนี้ได้ โดยลูกหนี้ต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายตามมาตรา 213 วรรคสอง

เมื่อพิจารณาหนี้ที่จะต้องออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นหนี้กระทำการ ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลประการที่ 1 หนี้ที่จะต้องออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการของผู้ถือหุ้นน่าจะเรียกได้ว่าเป็นหนี้กระทำการที่บุคคลภายนอกไม่อาจกระทำ

การแทนได้²⁶⁷ หรือหน้าที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว เพราะผู้ที่จะมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนได้ จะต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท จึงไม่อาจขอต่อศาลให้ส่งบุคคลภายนอกกระทำการแทนลูกหนี้ที่ผิด สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการได้ และศาลก็ไม่อาจสั่งให้บุคคลภายนอกที่ไม่ได้ เกี่ยวข้องเป็นผู้กระทำการแทนลูกหนี้ที่ผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ ดังกล่าว เพราะบุคคลภายนอกมิได้เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท

อนึ่ง มีนักกฎหมายเรียกสิทธิในการเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนนนี้ว่า เป็น “สิทธิส่วนตัวของผู้ถือหุ้น” ซึ่งบุคคลอื่นไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้²⁶⁸ อย่างไรก็ตาม สิทธิในการ ออกเสียงลงคะแนนที่ผู้เขียนกล่าวถึงว่ามี “ลักษณะเป็นการเฉพาะตัวหรือเป็นสิทธิส่วนตัว” ใน ความหมายที่ว่า ผู้ที่จะใช้สิทธิได้จะต้องมีสถานะความเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ไม่ได้หมายถึงว่า สิทธิใน การออกเสียงลงคะแนนเป็น “การต้องทำเองเฉพาะตัว” เพราะแม้สิทธิในการออกเสียงลงคะแนนนั้น ผูกติดอยู่กับหุ้น และในการใช้สิทธิในการออกเสียงลงคะแนนในหุ้นนั้นผู้ถือหุ้นอาจไม่ใช่สิทธิดังกล่าว ด้วยตนเอง แต่ผู้ถือหุ้นอาจมอบอำนาจให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งไปใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในการ ประชุมผู้ถือหุ้นแทนตนเองได้

เหตุผลประการที่ 2 โดยหลักแล้ว ผู้เป็นกรรมการจะตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เท่านั้น ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจึงเป็นองค์กรหลักภายในบริษัทจำกัดที่มีอำนาจในการแต่งตั้งและถอด ถอนกรรมการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151 ในกรณีเช่นนี้ หากมีการร้องขอ ต่อศาลให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการชำระหนี้โดยตรงเพื่อบังคับให้เป็นไปตาม สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการก็มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่ง มติการออกเสียงลงคะแนนของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการจัดประชุมผู้ถือหุ้นขึ้น ใหม่ ซึ่งบุคคลผู้ที่จะมีหน้าที่ในการจัดประชุมผู้ถือหุ้นได้แก่ กรรมการหรือคณะกรรมการของบริษัท

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการได้ ถูกจัดทำขึ้นโดยมีคู่สัญญาคือผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง บริษัทจึงมิได้เป็นคู่สัญญา สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการดังกล่าวย่อมไม่มีผลผูกพันบริษัท ตามหลักสัญญาผูกพันเฉพาะ คู่สัญญา และตามหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทที่ว่า เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนแล้วย่อมมีสภาพ บุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น

²⁶⁷ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.28.

²⁶⁸ จุฑามาศ ดันบุญเพิ่ม, “สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้น : ศึกษารูปแบบและเงื่อนไขในการ กำหนดสิทธิออกเสียง”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.33.

ด้วยเหตุที่บริษัทไม่มีความผูกพันตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ โดยหลักการหรือคณะกรรมการของบริษัทย่อมไม่ถูกผูกพันไปด้วย กรรมการหรือคณะกรรมการของบริษัทจึงไม่มีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการจัดการประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการจึงไม่อาจดำเนินการบังคับให้บริษัทหรือกรรมการของบริษัทจัดการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการที่มีคู่สัญญาคือผู้ถือหุ้นด้วยกันเองได้ เรียกได้ว่าเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้มีการบังคับให้มีการดำเนินการจัดการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการ อันเป็นแนวความคิดที่ 1

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในกรณีที่บริษัทไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ เมื่อมีการฝ่าฝืนข้อตกลงที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการโดยหลักไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ เพราะบริษัทไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กล่าวคือ ความเป็นผู้ถือหุ้นนั้นไม่มีความสัมพันธ์ต่อการบริหารจัดการบริษัทโดยตรง และเนื่องจากบริษัทไม่ได้เป็นคู่สัญญาจึงไม่มีความผูกพันตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*pacta sunt servanda*) เมื่อไม่อาจบังคับบริษัทซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้ ก็น่าที่จะเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ตามมาตรา 213 วรรคหนึ่ง คงต้องไปพิจารณาวิธีการขอให้ศาลถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาแทนในมาตรา 213 วรรคสอง และวิธีการขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย

นอกจากนี้ เหตุผลประการที่ 3 คือ หากมีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งกรรมการ อาจเป็นการทำลายและทำให้ผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ในบริษัทต้องเสียสิทธิ หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นคนอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ และ

เหตุผลประการที่ 4 เมื่อมองถึงความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท แม้ผู้ถือหุ้นจะเกี่ยวข้องกับริษัท โดยเป็นผู้ที่เข้ามาลงทุนเป็นเจ้าของหุ้นในบริษัทก็ตาม แต่ผู้ถือหุ้นไม่ใช่ผู้แทนของบริษัทที่จะต้องกระทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ของบริษัท²⁶⁹ ดังนั้น ในการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นอาจใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของตนซึ่งมีอยู่ในหุ้นไปในทางใดก็ได้ตามที่

²⁶⁹ เพ็ญอ้าง, น.39.

เขาต้องการ (As He Think Fit) และผู้ถือหุ้นย่อมไม่ถูกตัดสิทธิแม้การออกเสียงลงคะแนนไปในทางนั้นจะไม่ได้ทำให้บริษัทได้ประโยชน์มากที่สุดก็ตาม²⁷⁰

ส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง การที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแก่ผู้ถือหุ้น ไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ถือหุ้น เพราะการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นไม่ใช่หน้าที่ตามกฎหมายที่ผู้ถือหุ้นจะต้องใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนเสมอ และเมื่อผู้ถือหุ้นไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องไปออกเสียงลงคะแนน ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถออกคำสั่งบังคับให้ผู้ถือหุ้นออกเสียงลงคะแนนได้²⁷¹ ฉะนั้น สิทธิออกเสียงลงคะแนนเป็นสิทธิส่วนตัวของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจึงมีเสรีภาพในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของตน ไม่มีใครสามารถบังคับได้²⁷²

อย่างไรก็ดี ในแนวความคิดที่ 2 กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมิได้ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น กล่าวคือ ไม่ได้แสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการที่ได้รับการเสนอชื่อโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการที่ไม่ได้รับการเสนอชื่อโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง มีความเห็นทางกฎหมายอีกทางหนึ่งเห็นว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาสามารถดำเนินการเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ อย่างไรก็ตาม ท่านผู้นี้ยังเห็นอีกว่าการที่ศาลจะสั่งบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล²⁷³ ดังนั้นเท่ากับว่านักกฎหมายท่านที่กล่าวมานี้ได้เห็นว่า การบังคับให้มีการแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้น สภาพแห่งนั้นเปิดช่องให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้

²⁷⁰ George S. Hills, Managing Corporate Meetings, p.502 อ้างถึงใน ญัฐกานต์ พิพิธกุล, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้น”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), น.48.

²⁷¹ American Jurisprudence 2d Vol. 18 A, p.859, see also Hall v Hall, 506 S.W 2bd 42, 45’ (Mo. 1974) อ้างถึงใน จุฑามาศ ต้นบุญเพิ่ม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 268*, น.41.

²⁷² จุฑามาศ ต้นบุญเพิ่ม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 268*, น.41.

²⁷³ ประกาศิต อธิรัตน์, “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชน,” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, จัดพิมพ์โดย คณะกรรมการฝ่ายจัดทำหนังสือวิชาการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.190.

นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการที่เห็นด้วยกับแนวความคิดที่ 2 นี้อีกว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาสามารถดำเนินการเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติผิดสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้น ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น รวมทั้งบริษัท โดยให้นำหลักในเรื่องของกฎหมายปิดปาก (Estoppel) อันเป็นหลักสุจริตอย่างหนึ่งเข้ามาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญา ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขว่าคู่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกคนได้ตกลงยินยอม และบริษัทเข้าได้เข้าผูกพันเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวด้วย

อนึ่ง มีข้อน่าคิดว่า จำเป็นที่จะต้องมีการเพิกถอนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเดิมที่ได้มีการออกเสียงลงคะแนนไปโดยชอบด้วยข้อบังคับของบริษัทแต่ผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้มีการฝ่าฝืนข้อตกลงเรื่องการตั้งกรรมการตามที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นอันนำมาสู่ผลคือการออกเสียงลงคะแนนไปในทิศทางที่ตรงกันข้ามกับข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น หากการออกเสียงลงคะแนนในเรื่องดังกล่าวได้กระทำโดยถูกต้องตามหนังสือบริคณห์สนธิตลอดจนข้อบังคับของบริษัทแล้ว หากไม่สามารถทำการเพิกถอนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเดิมได้ อาจทำให้ไม่สามารถฟ้องบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เพราะศาลไม่มีเหตุที่จะไปเพิกถอนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเดิมได้เนื่องจากมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเดิมนั้นได้กระทำไปโดยถูกต้องตามหนังสือบริคณห์สนธิตลอดจนข้อบังคับของบริษัทแล้ว

ผู้เขียนเห็นว่า ไม่จำเป็นจะต้องมีการเพิกถอนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเดิมที่ได้มีการออกเสียงลงคะแนนไปโดยชอบด้วยข้อบังคับของบริษัทแต่ผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ กล่าวคือ ผู้เขียนเห็นว่าแม้จะเพิกถอนได้หรือไม่ได้ก็ไม่ใช่ว่าจะสำคัญ เนื่องจากหากผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ผิดสัญญาสมควรใจที่จะปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ โดยแสดงเจตนาที่จะออกเสียงลงคะแนนก็อาจทำการดำเนินการให้บริษัทจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นครั้งใหม่ขึ้นเพื่อออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น หากกระบวนการดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีผลทำให้มติที่ประชุมผู้ถือหุ้นครั้งใหม่มีผลเหนือมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเดิม

ในต่างประเทศก็เกิดประเด็นปัญหาว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะฟ้องบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้หรือไม่เช่นกัน ก่อนอื่นจะขอกล่าวถึงการเยียวยาความเสียหายด้วยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการบังคับชำระหนี้โดยตรงในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก่อน ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ดังต่อไปนี้

เมื่อคู่สัญญาได้ฝ่าฝืนหรือละเมิดข้อตกลงหรือสัญญา ศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มักจะตัดสินให้เยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย หรือคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญา (Innocent Party) นอกจากการเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินแล้ว ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยังมีการเยียวยาความเสียหายด้วยอย่างอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงิน เรียกว่า Equitable Remedies โดย Equitable Remedies นี้เป็นการความเยียวยาความเสียหายอีกประเภทหนึ่งที่แตกต่างไปจากการเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงิน ซึ่งสิ่งที่เรียกว่า Equitable Remedies ได้แก่ การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการบังคับชำระหนี้โดยตรง (Specific Performance) และคำสั่งห้ามของศาล (Injunctions)²⁷⁴

การฝ่าฝืนหรือการผิดสัญญาเป็นเรื่องธรรมดาของการฟ้องเรียกร้องในทางแพ่ง เมื่อศาลพิจารณาคดีที่เป็นการฝ่าฝืนหรือผิดสัญญา ศาลโดยส่วนใหญ่มักจะตัดสินให้เยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายหรือคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาเสมอ ซึ่งการที่ศาลตัดสินให้เยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายนี้หมายความว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาได้ถูกศาลสั่งให้จ่ายเงินแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหาย เพื่อชดใช้ความเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียหายจากการผิดสัญญานั้น

การเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย (A Legal Remedy) การเยียวยาความเสียหายในที่นี้คือศาลจะมีคำสั่งหรือกำหนดค่าปรับหรือบังคับตามสิทธิ (A Penalty or Enforces a Right) แม้ว่าจะไม่เป็นเรื่องปรกติ แต่ก็มียุติวิธีเยียวยาหรือการแก้ไขความเสียหายนอกเหนือจากการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายสำหรับการผิดสัญญา

Equitable Remedies เป็นสิ่งที่มียุติวิธีพื้นฐานมาจากสิ่งที่ยุติธรรม (Fair) หรือสิ่งที่ดูเหมือนจะถูกต้อง (Right) ในบางสถานการณ์ การเยียวยาความเสียหายประเภท Equitable Remedies นี้ถูกออกแบบมาเพื่อให้ศาลไม่ต้องปฏิบัติตามบรรทัดฐาน (Precedent) หรือหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ได้ถูกวางไว้ก่อนหน้านี้ (Established Common Laws) ฉะนั้น Equitable Remedies จึงถูกออกแบบมาโดยมีเจตนามุ่งหมายให้เป็นทางเลือกในการเยียวยาความเสียหายที่มีความยืดหยุ่นกว่า (A More Flexible Option) การเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในบางกรณี

²⁷⁴ Ashley Dugger, “Equitable Damages” Retrieved on June 20, 2017, <http://study.com/academy/lesson/specific-performance-and-injunctions-remedies-for-breach-of-contract.html>.

Equitable Remedies ได้พัฒนามาจากหลักกฎหมายอังกฤษที่เรียกว่า เอควิตี้ (Equity)²⁷⁵ ซึ่งหลักกฎหมายเอควิตี้เป็นหลักกฎหมายที่เคยใช้ในศาลเอควิตี้ (Courts of Equity)²⁷⁶ ปัจจุบันไม่ได้มีการแยกศาลแล้ว ในอดีต การเยียวยาความเสียหายประเภท Equitable Remedies นั้นจะถูกให้ได้ก็แต่โดยศาลเอควิตี้แต่เพียงศาลเดียวเท่านั้น (Exclusively) ในขณะที่ศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลเอควิตี้ (Courts of Law) ให้การเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย (Legal Remedies)²⁷⁷ ในท้ายที่สุด ศาลเอควิตี้และศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลเอควิตี้ก็ได้ถูกควบรวมกัน (Merged) และเมื่อมีการควบรวมกันแล้ว ศาลจึงมีอำนาจในการเยียวยาความเสียหายทั้งประเภทที่เป็นการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย (A Legal Remedy) และการเยียวยาความเสียหายประเภท Equitable Remedies²⁷⁸

ข้อสังเกตก็คือว่า การเยียวยาความเสียหายประเภทที่เป็น Equitable Remedies ถูกใช้น้อยแม้จะเป็นทางเลือกในการเยียวยาความเสียหายที่มีความยืดหยุ่นกว่าก็ตาม Equitable Remedies นี้จะถูกใช้เฉพาะในกรณีที่มีการคำนวณความเสียหายด้วยตัวเงินนั้นเป็นการยุ่งยากหรือซับซ้อนเกินไป (Difficult to Calculate) หรือการเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินแต่

²⁷⁵ เอควิตี้ (Equity) เป็นหลักกฎหมายที่เดิมแยกออกจากคอมมอนลอว์ มีขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของคอมมอนลอว์ แต่ปัจจุบันนับว่ารวมอยู่ในคอมมอนลอว์ เพราะมีการรวมศาลเอควิตี้เข้ากับศาลคอมมอนลอว์ หลักเอควิตี้จึงกลายเป็นหลักกฎหมายที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของคอมมอนลอว์ หลักเอควิตี้เคยมีผู้เรียกชื่ออย่างอื่น คือ หลักความเป็นธรรม และบางท่านใช้ทับศัพท์ว่า เอควิตี้ (Equity) เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ตรงกันจึงขอใช้วิธีการทับศัพท์คำอ่านภาษาอังกฤษว่า เอควิตี้ เช่นเดียวกับที่ปรากฏในตำรา รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559), น.13 – 14, 163.

²⁷⁶ ศาลคอมมอนลอว์จะบังคับให้แก้แต่เฉพาะให้จำเลยชำระค่าเสียหายเท่านั้น ส่วนชานเซลเลอร์ (Chancellor) ในบางกรณีจะบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามสัญญาด้วย เช่น ให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ส่วนการพิจารณาคดีในศาลคอมมอนลอว์ ผู้พิพากษาทำหน้าที่เสมือนกรรมการในการต่อสู้โดยเป็นผู้ควบคุมกติกาและให้คะแนน แต่ไม่อาจกำหนดกฎหมายขึ้นใหม่ ในขณะที่การต่อสู้ดำเนินไป ส่วนการพิจารณาในศาลชานเซอร์รี (Court of Chancery) ชานเซอร์รีมีดุลพินิจเด็ดขาดที่จะเข้าแทรกแซง การเยียวยาในศาลชานเซอร์รีจึงถือว่าอยู่ในดุลพินิจศาล มิใช่เป็นสิทธิของคู่ความฝ่ายใด รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู สุนัย มโนมัยอุดม, เพ็ญอ้าว, น.163 – 174.

²⁷⁷ สุนัย มโนมัยอุดม, เพ็ญอ้าว, น.82 – 83, see also Ashley Dugger, “Equitable Damages” Retrieved on June 20, 2017, <http://study.com/academy/lesson/specific-performance-and-injunctions-remedies-for-breach-of-contract.html>.

²⁷⁸ สุนัย มโนมัยอุดม, เพ็ญอ้าว, น.167.

เพียงอย่างเดียวนั้นไม่เพียงพอที่จะแก้ไขหรือชดเชยความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้รับ (Inadequate) ต่อไปนี้เราจะมาดูถึงรายละเอียดของ 2 วิธีในการเยียวยาความเสียหายที่เป็นธรรม (Equitable Remedies) ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือผิดสัญญา

สำหรับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการบังคับชำระหนี้โดยตรง (Specific Performance) ในคดีที่มีการฝ่าฝืนหรือผิดสัญญา ศาลสามารถพิจารณาสั่งให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรง (Specific Performance) ได้ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายร้องขอ กล่าวคือ หากคู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายไม่ได้ร้องขอให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรง ศาลก็ไม่อาจสั่งให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงได้ คำสั่งของศาลที่ให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงเป็นการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญา (To Comply With the Terms of the Contract) ซึ่งหมายความว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาจะต้องกระทำการใด ๆ ก็ตามให้เป็นไปตามเดิมตามที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ (The Party Originally Promised to Do)

ศาลจะพิจารณาใช้การเยียวยาความเสียหายด้วยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงอันเป็นการเยียวยาความเสียหายทางเลือกนี้ เมื่อการเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินจะไม่เป็นการเพียงพอที่จะแก้ไขหรือชดเชยความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้รับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงโดยส่วนใหญ่มักปรากฏในสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ วิธีการการเยียวยาความเสียหายด้วยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงนี้บางครั้งใช้เมื่อมีการทำสัญญาซื้อขายในสิ่งของที่มีลักษณะเฉพาะ (Something Unique) เป็นต้นว่า การซื้อขายที่ดิน (A Particular Tract of Land) สมบัติที่หายากหรือทรัพย์สินมรดกที่มีคุณค่าทางจิตใจ (A Rare Heirloom) หรือผลงานศิลปะที่ประเมินมูลค่ามิได้ (Priceless Art Piece)²⁷⁹

การจะเข้าใจถึงการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงได้ดีที่สุดต้องพิจารณาตัวอย่างดังต่อไปนี้ สมมติว่า นาย ก เป็นตัวแทนจำหน่ายงานศิลปะ นาย ก ได้มาซึ่งรูปปั้นอียิปต์ที่เก่าแก่และหายากที่คาดว่าจะเป็ของคลีโอพัตรา นาย ข ซึ่งเป็นนักสะสมรูปปั้นอียิปต์จึงได้ทำคำเสนอที่จะซื้อรูปปั้นดังกล่าวในราคาสูงมาก นาย ก ตกลงขายให้แก่ นาย ข และทั้งคู่ได้ทำสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมาย ต่อมา นาย ก เกิดเปลี่ยนใจไม่ขายเพราะต้องการเก็บรูปปั้นดังกล่าวไว้ จึงเป็นการผิดสัญญาต่อนาย ข ดังนี้ นาย ข จึงฟ้องนาย ก ต่อศาลว่าผิดสัญญา ศาลตัดสินว่ารูปปั้นตามสัญญาเป็นสิ่งที่ประเมินค่ามิได้ (Truly Priceless) และนาย ข ไม่อาจหาซื้อรูปปั้นอื่นที่มีลักษณะที่

²⁷⁹ Ashley Dugger, "Equitable Damages" Retrieved on June 20, 2017, <http://study.com/academy/lesson/specific-performance-and-injunctions-remedies-for-breach-of-contract.html>.

เทียบเคียงกันเช่นนี้ได้อีก ไม่ว่าศาลจะพิพากษาให้การเยียวยาความเสียหายด้วยเงินเป็นจำนวนเท่าไรก็ไม่เพียงพอ ศาลจึงพิพากษาให้นาย ก ควรปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาและขายรูปปั้นดังกล่าวให้แก่ นาย ข ตามราคาที่ตกลงกันได้ จากตัวอย่างข้างต้นนี้จึงเป็นสิ่งที่เราเรียกว่า การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรง (Specific Performance)

นอกจากการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการบังคับชำระหนี้โดยตรง (Specific Performance) อันเป็นประเภทที่ 1 ของการเยียวยาความเสียหายด้วย Equitable Remedies แล้ว ยังมีการเยียวยาความเสียหายที่เรียกว่า คำสั่งห้ามของศาล (Injunction) ซึ่งถือเป็นประเภทที่ 2 ของการเยียวยาความเสียหายด้วย Equitable Remedies ข้อสังเกตก็คือว่าการเยียวยาความเสียหายด้วยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการบังคับชำระหนี้โดยตรง (Specific Performance) และการเยียวยาความเสียหายด้วย คำสั่งห้ามของศาล (Injunction) มีความคล้ายคลึงกันแต่ก็มีความแตกต่าง ความแตกต่างที่สำคัญ คือ การที่ศาลสั่งบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการบังคับชำระหนี้โดยตรงเป็นการสั่งคู่สัญญาให้กระทำการ (To Do Something) ส่วนการที่ศาลมีคำสั่งห้ามเป็นการสั่งคู่สัญญาให้ไม่กระทำการ (Not to Do Something)

ศาลอาจมีคำสั่งห้าม (Injunction) ประหนึ่งเป็นการเยียวยาความเสียหายเมื่อจะทำคำพิพากษาหรือคำสั่ง (At the Conclusion of a Lawsuit) เช่นในกรณีที่มีการฟ้องเรียกร้องเกี่ยวกับการผิดสัญญา คำสั่งห้ามชนิดนี้เป็นคำสั่งชนิดถาวร (Permanent Injunction) ซึ่งศาลจะมีคำสั่งห้ามชนิดถาวรหลังจากได้มีการรับฟังข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอแล้ว และคำสั่งห้ามชนิดถาวرنี้อาจปรากฏอยู่ในส่วนหนึ่งของคำพิพากษาหรือคำสั่ง การร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามนี้อาจเป็นการร้องขอแตกต่างหากจากการฟ้องคดีได้ ในบางครั้ง คู่สัญญาอาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งห้ามเพื่อบรรเทาความเสียหายหรือคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Injunctive Relief) ในขณะที่ยังอยู่ระหว่างรอการพิจารณาพิพากษาก็ได้ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราว การให้การคุ้มครองชั่วคราวนั้นจะมีอยู่แค่เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งไม่ใช่ตลอดไป

คำสั่งห้ามชั่วคราว (Temporary Injunctions) มักใช้บังคับได้ทันที แต่จะใช้ได้เพียงชั่วระยะเวลาสั้น ๆ ระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น คำสั่งห้ามชั่วคราวหรือการมีคำสั่งยับยั้งชั่วคราว (A Temporary Restraining Order : TRO) เป็นคำสั่งห้ามชั่วคราวประเภทหนึ่ง ซึ่งการเยียวยาความเสียหายด้วยคำสั่งห้ามชั่วคราวนี้จะถูกใช้เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องการที่จะระงับการกระทำบางอย่างไว้ในระยะเวลาสั้น ๆ ระยะเวลาหนึ่ง โดยปกติคือในขณะที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นกำลังเตรียมการที่จะฟ้องคดีอย่างเป็นทางการอีกจะลักษณะ (A More Formal Lawsuit) คำสั่งห้ามชั่วคราวของศาลมักจะมีผลใช้ได้ประมาณ 1 สัปดาห์หรือ 10 วัน

คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดีหรือคำสั่งชี้ขาดในเบื้องต้น (A Preliminary Injunction) ก็เป็นคำสั่งที่เยียวยาความเสียหายชนิดชั่วคราวเหมือนกัน คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดีมักมี

ผลใช้บังคับได้ทันที และจะมีผลต่อเนื่องไปจนกว่าศาลจะสามารถรับฟังข้อเท็จจริงได้อย่างเพียงพอที่จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งขจัดการในเรื่อนั้น²⁸⁰

คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดีจึงมีผลใช้บังคับได้นานกว่าคำสั่งห้ามชั่วคราว และคำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดีนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้แน่ใจว่าคู่สัญญาจะไม่กระทำการใดในเรื่องดังกล่าว จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในประเด็นเรื่อนั้น ดังนั้น คำสั่งก่อนชี้ขาดตัดสินคดีมักจะมีผลใช้บังคับตลอดระยะเวลาแห่งการพิจารณาหรือการสืบพยาน (A Trial or a Hearing) การร้องขอคำสั่งห้ามจากศาลไม่ใช่เรื่องที่ทำกันเป็นปกติ แต่ส่วนใหญ่จะมีการร้องขอคำสั่งห้ามจากศาลเมื่อมีคดีเกี่ยวกับการผิดสัญญา (Mostly in Breach of Contract Cases)

ศาลจะพิจารณาออกคำสั่งห้าม (Injunction) ต่อเมื่อการเยียวยาความเสียหายด้วยตัวเงินจะไม่เป็นการเพียงพอที่จะแก้ไขหรือชดเชยความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายได้รับ และคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายต้องมีคำขอมาด้วย ซึ่งเป็นเงื่อนไขเช่นเดียวกันกับการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการบังคับชำระหนี้โดยตรง (Specific Performance) นั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้น ศาลจะมีคำสั่งห้าม (Injunctions) แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาเมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาอาจสูญหาย ถูกทำลาย หรือถูกทำให้ไม่สามารถเอาคืนมาได้โดยประการอื่น

กล่าวโดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ซึ่งรวมถึงข้อตกลงเรื่องการตั้งกรรมการ โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนี้ได้รับการแก้ไขโดย the Model Business Corporation Act § 7.31 (b) (2005) ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า

“... (b) A voting agreement created under this section is specifically enforceable.”

โดย the Model Business Corporation Act § 7.31 (b) นี้ให้อำนาจศาลที่จะมีคำสั่งด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรง (By Court-ordered Specific Performance) ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (A Shareholder Voting Agreement) เมื่อมีการฝ่าฝืนหรือผิดสัญญา กล่าวคือศาลจะสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา (The Breaching Shareholder) ออกเสียงลงคะแนน

²⁸⁰ Ashley Dugger, “Equitable Damages” Retrieved on June 20, 2017, <http://study.com/academy/lesson/specific-performance-and-injunctions-remedies-for-breach-of-contract.html>.

ตามที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (To Cast His Vote as Prescribed in the Shareholders' Agreement)²⁸¹

อย่างไรก็ดี ในบางกรณีก็มีอุปสรรค กล่าวคือ บางครั้งศาลไม่เต็มใจ (Reluctant) ที่จะสั่งให้ผู้ถือหุ้นลงคะแนนเสียงในบางกรณี และสรุปว่าการออกเสียงลงคะแนนเป็นเรื่องที่จะต้องหาทางแก้ปัญหาในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง²⁸² ดังตัวอย่างที่ปรากฏในคดี *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows v. Ringling*, 53 A.2d 441 (Del. 1947)

ข้อเท็จจริงโดยย่อในคดี *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows v. Ringling* มีดังนี้²⁸³

บริษัทจำกัดแห่งหนึ่งมีผู้ถือหุ้น 3 ราย ได้แก่ Mrs. Ringling Mrs. Haley และ Mr. North ซึ่งผู้ถือหุ้นทั้ง 3 รายนี้ได้ลงลายมือชื่อในข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) โดยผู้ถือหุ้นแต่ละรายตกลงที่จะปรึกษาและหารือกับผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ตลอดจน ตกลงที่

²⁸¹ Official Comment Section 7.31 MODEL BUS. CORP. ACT. (commenting that “[v]oting agreements may be specifically enforceable. A voting agreement may provide its own enforcement mechanism, as by the appointment of a proxy to vote all shares subject to the agreement; the appointment may be made irrevocable under section 7.22. If no enforcement mechanism is provided, a court may order specific enforcement of the agreement and order the votes cast as the agreement contemplates. This section recognizes that damages are not likely to be an appropriate remedy for breach of a voting agreement, and also avoids the result reached in *Ringling Bros. Barnum & Bailey Combined Shows v. Ringling*, 53 A.2d 441 (Del. 1947), where the court held that the appropriate remedy to enforce a pooling agreement was to refuse to permit any voting of the breaching party’s shares.”).

²⁸² Steven L. Emanuel, Emanuel Law Outlines: Corporations and Other Business Entities, 7th ed., (New York : Wolters Kluwer, 2013) (commenting that “[t]he difficulty is that courts are sometimes reluctant to order a stockholder to vote a certain way, and instead conclude that this is a matter to be resolved between the shareholders themselves.”).

²⁸³ Edwin J. Bradley, “A Comparative Evaluation of Delaware and Maryland Close Corporation Statutes,” Duke Law Journal 525, p.527. (1968), see also Steven L. Emanuel, *Ibid.*

จะออกเสียงลงคะแนนในหุ้นร่วมกันในวาระต่าง ๆ ของการประชุม นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นแต่ละรายยังเห็นพ้องกันไว้ว่า หากปรากฏว่าพวกเขาคนใดคนหนึ่งไม่เห็นด้วยกับการออกเสียงลงคะแนดังกล่าวจะให้ทนายความของพวกเขาที่ชื่อ Mr. Loos กระทำการในฐานะที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาด (Act as Arbitrator) ต่อมา ในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นเพื่อตั้งกรรมการ Mrs. Haley และ Mrs. Ringling เห็นไม่ตรงกัน จึงตกลงกันไม่ได้ และด้วยเหตุนี้ Mr. Loos จึงเข้ามาทำหน้าที่

ในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นเพื่อตั้งกรรมการ Mrs. Ringling ได้ยินยอมที่จะออกเสียงลงคะแนนตามคำชี้ขาดของ Mr. Loos แต่ Mrs. Haley กลับไม่ยินยอมที่จะทำตามคำชี้ขาด กล่าวคือ Mrs. Haley ปฏิเสธไม่ยอมออกเสียงลงคะแนนตามคำชี้ขาดของ Mr. Loos ซึ่งประธานในที่ประชุม (The Chairman) จึงตัดสินใจให้ Mr. Loos อาจลงคะแนนเสียงของ Mrs. Haley แทน Mrs. Haley ได้ กล่าวคือ Mrs. Haley ควรจะถูกถือว่าได้ออกเสียงลงคะแนนตามที่ตกลงไว้ในสัญญา แต่ด้วยเหตุผลใดไม่ปรากฏชัดเจน Mrs. Ringling (ไม่ใช่ Mrs. Haley) ได้เป็นโจทก์ฟ้องเพิกถอนการตั้งกรรมการดังกล่าว ศาลเอควิตี้ (Court of Equity) ได้พิจารณาพิพากษาว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนดังกล่าวสมบูรณ์ (Valid) และมีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ โดยจะต้องเป็นไปตามข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยให้ Mr. Loos ในฐานะที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดทำการออกเสียงลงคะแนแทนถ้า Mrs. Ringling กับ Mrs. Haley ไม่สามารถตกลงกันได้²⁸⁴

คู่สัญญาได้มีการอุทธรณ์ และศาลสูงพิจารณาพิพากษาให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนข้างต้นมีผลสมบูรณ์ (Valid)²⁸⁵ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงได้กล่าว

²⁸⁴ Steven L. Emanuel, *supra* note 282 (commenting that “[t]he court of equity holds that the agreement is valid, and orders a new election at which the agreement is to be followed (with the arbitrator casting the votes if Mrs. Ringling and Mrs. Haley cannot agree).”).

²⁸⁵ Edwin J. Bradley, *supra* note 283, p.527 (commenting that “[s]hareholder voting agreements between two or more shareholders are legalized in section 218, another non-close corporation provision, but they are limited in time to ten years. Enforcement of voting agreements by the grant of specific performance is a matter for the courts and remains unsettled. In *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows, Inc. v. Ringling*, 29 Del. Ch. 610, 53 A.2d 441 (1947), the Delaware Supreme Court appears to have refused specific performance of the promise to vote stock in unison as the parties would decide or as determined by arbitration. The court merely

ว่าวิธีการเยียวยาความเสียหายให้แก่ Mrs. Ringling สำหรับการฝ่าฝืนหรือการผิดสัญญาของ Mrs. Haley เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรเป็นว่า การออกเสียงลงคะแนนของ Mrs. Haley ที่ฝ่าฝืนหรือผิดสัญญาจะไม่ถูกนับในวาระการออกเสียงตั้งกรรมการ (Mrs. Haley's Votes Will Not Be Counted)²⁸⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลสูงได้ปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญา (The Court Denies Specific Performance of the Agreement) ทั้งที่การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงในกรณีข้างต้นนี้คือการอนุญาตให้ Mr. Loos ในฐานะที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้ชี้ขาดใช้สิทธิการออกเสียงลงคะแนนของ Mrs. Haley ตามที่ Mr. Loos เห็นว่าเหมาะสม²⁸⁷

จากคดีข้างต้นอาจสรุปได้ว่า ทั้งศาลล่างและศาลอุทธรณ์ล้วนเห็นตรงกันว่า ข้อตกลงเรื่องการออกเสียงลงคะแนนในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกต้องสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ โดยศาลล่างให้เลือกกรรมการใหม่โดยให้นับคะแนนตามข้อตกลง ซึ่งถือว่าศาลล่างได้มีคำสั่งให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ศาลอุทธรณ์ตัดสินให้การออกเสียงลงคะแนนที่ฝ่าฝืนข้อตกลงไม่นำมาคำนวณเป็นคะแนนเสียง จึงเท่ากับไม่ได้เป็นการบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่ได้เป็นการบังคับให้ชำระให้ตรงตามสัญญา

สำหรับประเทศอังกฤษปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ซึ่งรวมถึงข้อตกลงเรื่องการตั้งกรรมการโดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนี้มีนักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านได้แสดงความเห็นไว้ว่า สำหรับการบังคับใช้ข้อตกลงการออกสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Enforcement of Voting Agreements) ในหมู่นักวิชาการแห่งสหราชอาณาจักร (The UK Scholars) ไม่มีข้อขัดแย้งใด

nullified votes cast in contravention of the shareholder agreement.”), see also Steven L. Emanuel, *Ibid.*, (commenting that “[h]eld (on appeal), the agreement is valid. (This is not a disguised voting trust and therefore need not be held illegal for failure to meet the statutory formalities for such trusts.)”).

²⁸⁶ Steven L. Emanuel, *supra* note 282, (commenting that “[i]nstead, Mrs. Ringling’s remedy for Mrs. Haley’s failure to follow the agreement should be that Mrs. Haley’s votes will not be counted.”).

²⁸⁷ Steven L. Emanuel, *ibid.*, (commenting that “[i]n other words, the court denies specific performance of the agreement (since specific performance would mean allowing the arbitrator to cast Mrs. Haley’s vote as he deems fit).”).

ๆ ถึงการบังคับใช้ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการชำระหนี้โดยตรง (by Specific Performance of the Voting Agreements)²⁸⁸

กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นักวิชาการทั้งหลายในสหราชอาณาจักรไม่มีใครเห็นเป็นอย่างอื่นหรือเห็นแย้งเกี่ยวกับการมีผลบังคับให้ผู้สัญญาต้องปฏิบัติตามข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงที่ออกโดยศาล

นอกจากนี้ ศาลอังกฤษยังได้ยอมรับและได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับถึงการบังคับใช้ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยการพิจารณาพิพากษาและออกคำสั่งห้ามเพื่อบรรเทาความเสียหายหรือคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Injunctive Relief)²⁸⁹ กล่าวคือ ห้ามลงคะแนนเสียงไปในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหรือผิด

²⁸⁸ John Cadman, *supra* note 100, p.8 (explaining that “[i]t used to be the case that the remedies available to a shareholders against the company if it failed to comply with the shareholders’ provisions of the agreement were likely to be limited to an injunction, a declaration and specific performance (see, *e.g.* *Houldsworth v City of Glasgow Bank* (1880) 5 App.Cas. 317).], see also Sean FitzGerald and Graham Muth, *Shareholders’ Agreements*, 6th ed., (London : Sweet & Maxwell Limited, 2012) p.6, see also Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *The Law and Practice of Shareholders’ Agreements*, 3rd ed., (London : LexisNexis Butterworths, 2009), pp.196 – 198.

²⁸⁹ *Ibid.*, p.27 (explaining that “[a] voting agreement is enforceable between the parties by injunction, which may be either prohibitive (*Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch. 530), preventing the shareholder from voting in contravention of the agreement, or mandatory (*Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch. 200) compelling him to vote in accordance with the wishes of the other party.”).

ข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน²⁹⁰ หรือในทางตรงกันข้าม ศาลอาจพิจารณาพิพากษา และออกคำสั่งให้ออกเสียงลงคะแนนตามข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญา²⁹¹

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนจะสามารถถูกบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงได้ก็แต่โดยศาลเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การที่จะบังคับให้ผู้สัญญาต้องปฏิบัติตามภาระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงต้องอาศัยคำพิพากษาหรือคำสั่งจากศาลเท่านั้น

ฉะนั้น ตัวบริษัทจึงไม่สามารถบังคับให้ผู้ถือหุ้นผู้เข้าทำสัญญา (Contracting Shareholders) ออกเสียงลงคะแนนให้เป็นไปตามข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ (แม้การที่บริษัทกำหนดให้ผู้ถือหุ้นออกเสียงลงคะแนนให้เป็นไปตามข้อตกลงจะเป็นปฏิกิริยาต่อผลประโยชน์ของบริษัทก็ตาม) และบริษัทยังมีความผูกพันที่จะต้องยอมรับการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น แม้การออกเสียงลงคะแนนนั้นจะเป็นการผิดข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนก็ตาม²⁹² สิ่งนี้ได้รับการอธิบายด้วยข้อเท็จจริงที่ว่า ความสัมพันธ์ทางสัญญานั้นมีหรือดำรงอยู่เฉพาะในระหว่างผู้ถือหุ้นเท่านั้น²⁹³ และการฟ้องเพื่อร้องขอให้มีการเยียวยาความเสียหายจากการฝ่าฝืน

²⁹⁰ Chancery division. Decision dated March 22, 1974, *Northern counties securities LTD v. Jackson & Steeple LTD*. The Weekly Law Reports, 1974, pp.1133 – 1148, see also Sarah Worthington, Sealy and Worthington's Text, Cases, and Materials in Company Law, 11th ed., (Oxford : Oxford University Press, 2016), p.223 – 225.

²⁹¹ Chancery division. Decision dated December 17, 1915, *Puddephatt v. Leith*. Chancery Law Reports, 1916, pp.530 – 536. SEALY, L.; WORTHINGTON, S. Cases and Materials in Company Law, 8th ed., (Oxford : Oxford University Press, 2008), p.202, see also Sarah Worthington, *Ibid.*, p.225 (explaining that “[a] contract by a member to vote in a particular way, or as directed by another person, is binding and may be enforced by a mandatory injunction.”)

²⁹² John Cadman, *supra note 100*, p.28 (commenting that “[a]s a company is concerned with its registered shareholders, it will be bound to accept a vote made in contravention of a voting agreement; the remedy for the breach will lie between the parties to the agreement. However, the company could be joined in as a party to the agreement for the purpose of giving effect to its terms.”).

²⁹³ Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra note 288*, pp.37 – 38.

หรือผิดข้อตกลงก็จะเกิดขึ้นได้เฉพาะในระหว่างบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาในข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนดังกล่าวเท่านั้น

4.2.3 ปัญหาการอาศัยคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนา

เมื่อสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการเป็นหนึ่งกระทำการ เมื่อคู่สัญญาไม่สมัครใจกระทำการชำระหนี้แล้ว โดยสภาพของหนึ่งกระทำการจะไม่เปิดช่องให้มีการบังคับให้ลูกหนึ่งกระทำการได้ และในการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการต้องกระทำโดยอาศัยมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งต้องอาศัยหรือกระทำผ่านบริษัท ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจบังคับบริษัทซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้ อันเรียกได้ว่าเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องให้ทำการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 วรรคหนึ่ง จึงต้องมาพิจารณาวิธีการขอให้ศาลถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาแทนในมาตรา 213 วรรคสอง

ในเรื่องกระบวนการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยการถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา กล่าวได้ว่า หนึ่งกระทำการที่เป็นการทำนิติกรรมซึ่งเป็นเรื่องของการแสดงเจตนา นั้น ถ้าลูกหนึ่งไม่ไปทำนิติกรรม มาตรา 213 วรรคสอง ให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้ และการที่จะให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้นั้น ต้องเป็นหนึ่งที่เป็นการทำนิติกรรม เราจึงต้องมาพิจารณาว่าการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัท หรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัท และการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น หรือการประชุมผู้ถือหุ้นเหล่านี้เป็นนิติกรรมหรือไม่ เพื่อพิจารณาว่าจะสามารถเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาแทนการได้มาซึ่งมติที่ประชุมได้หรือไม่

(1) ความหมายและลักษณะของนิติกรรม

ในส่วนของความหมายและลักษณะของนิติกรรม รองศาสตราจารย์ ดร. ดารافر ธีระวัฒน์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “โดยลักษณะในการทำนิติกรรมจะต้องมีการแสดงเจตนาของบุคคล ซึ่งการแสดงเจตนาของบุคคลนั้นอาจจะมีหลายส่วน เพื่อที่จะทำให้เกิดตัวนิติกรรมอันหนึ่งขึ้น กล่าวคือ สมมติว่าวงกลมนี้คือ 1 นิติกรรม ที่นี้ในการแสดงเจตนาบางทีมันอาจจะมีแสดงเจตนาหลายส่วนที่เอามาผูกรวมกันเพื่อให้เป็น 1 นิติกรรม ยกตัวอย่างเทียบเคียง เช่น ในเรื่องของสัญญา วงกลมนี้คือหนึ่งสัญญา ในสัญญานี้จะต้องมีคำเสนอและคำสนอง ซึ่งหลายคนมองว่า คำเสนอคือ 1 นิติกรรม และคำสนองก็คืออีก 1 นิติกรรม แต่จริง ๆ แล้วทั้งสองส่วนนี้มันเป็นการแสดงเจตนาที่จะมาทำเป็นนิติกรรมเพื่อเกิดสัญญาขึ้น ถามว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมหรือไม่ และคำสนองเป็นนิติกรรมหรือไม่ อธิบายได้ว่ามันเป็นส่วนหนึ่งของนิติกรรม ฉะนั้น ในการพิจารณาว่าในการแสดงเจตนาแต่ละขั้นตอนเพื่อจุดประสงค์คือให้เกิดนิติกรรมอันหนึ่งมันอาจจะมีหลายส่วนหรือหลายขั้นตอน ดังนั้น เวลาเราเรียกคำว่านิติกรรมในทางภาษาอังกฤษเราจึงเรียกว่า Transaction (Legal Transaction) เพราะว่า Transaction ก็คือกระบวนการการแสดงเจตนา ฉะนั้นใน 1 Legal Transaction มัน

อาจจะมีกระบวนการในการแสดงเจตนาหลายอันมาประกอบกัน บางตำราบอกว่าคำเสนอคือนิติกรรมแต่อาจารย์บอกว่าไม่ใช่ มันคือแค่ส่วนหนึ่งของนิติกรรม

ในตัวสัญญาที่มันมีคู่สัญญา คู่สัญญาต้องดำเนินการตามข้อตกลงในสัญญา ก็คือการชำระหนี้ เพราะฉะนั้นการชำระหนี้แต่ละครั้ง อย่างเช่น ในกรณีของผู้ซื้อต้องชำระราคาให้กับผู้ขาย ถามว่าการชำระหนี้คือนิติกรรมหรือไม่ ไม่ใช่นิติกรรม การชำระหนี้คือผลของตัวสัญญา การกระทำตรงนี้ก็มีส่วนประกอบส่วนหนึ่งของสัญญา เพราะเป็นการทำให้สัญญาเกิดการปฏิบัติการชำระหนี้เกิดขึ้นได้ แต่ถามว่าส่วนหนึ่งของสัญญาตรงนั้นมันคืออะไร ตามตำราบอกว่าคล้ายกับการกระทำนิติกรรม แต่เราไม่เรียกการชำระหนี้ว่าเป็น 1 นิติกรรม แต่เป็นผลของการปฏิบัติตามสัญญา”²⁹⁴

“มาตรา 149 บัญญัติว่า นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”

จากนิยามความหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้ในมาตรา 149 จึงอาจแยกลักษณะของนิติกรรมในเบื้องต้นได้ดังต่อไปนี้²⁹⁵

(1.1) เป็นการกระทำ กล่าวคือ นิติกรรมจะเกิดขึ้นได้ต้องเกิดจากการกระทำของบุคคล โดยการก่อเจตนาซึ่งก็คือการคิดพิจารณาตัดสินใจและแสดงเจตนาออกมาตามกระบวนการดังกล่าว และต้องเป็นการกระทำโดยรู้สำนึก หากเป็นการกระทำโดยไม่รู้สำนึกแล้วถือว่าไม่มีการกระทำ จึงไม่อาจเป็นนิติกรรมได้

(1.2) เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ มีกฎหมายรับรองการกระทำของบุคคล ซึ่งโดยหลักแล้วกฎหมายได้รับรองเสรีภาพของปัจเจกชน ดังนี้ การใดที่ได้กระทำไปตามหลักเสรีภาพ กฎหมายย่อมรับรองว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามเสรีภาพในที่นี้ย่อมมีขอบเขตหรือกรอบซึ่งก็คือนิติกรรมจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

(1.3) ต้องทำโดยสมัครใจ กล่าวคือ การกระทำอันนั้นจะต้องกระทำไปด้วยการตัดสินใจของตนเองโดยไม่มีปัจจัยอื่นไม่ว่าจะเป็นกลฉ้อฉล การข่มขู่ ความเข้าใจผิดมาทำให้ความประสงค์อันแท้จริงเปลี่ยนแปลงไป

²⁹⁴ สัมภาษณ์ ดาราพร ธีระวัฒน์, รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ห้องพักคณาจารย์คณะนิติศาสตร์, 24 มีนาคม 2559.

²⁹⁵ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 195*, น.33 – 40.

(1.4) ต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ เจตนาหรือความต้องการให้นิติกรรมก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายของผู้ทำนิติกรรมนั้นมีความสำคัญเพราะจะเป็นประเด็นสำคัญในการพิจารณาว่านิติกรรมนั้นจะมีผลผูกพันตัวผู้ทำนิติกรรมหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะหากบุคคลนั้นไม่ได้มีเจตนาหรือความต้องการให้มีผลทางกฎหมายก็จะกลายเป็นเรื่องลอย ๆ เล่น ๆ ไม่จริงจังอะไร

(1.5) เป็นผลผูกพันระหว่างบุคคล กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำของบุคคล เพราะความผูกพันทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ที่จะเกิดขึ้นต้องเกิดระหว่างบุคคลเท่านั้น

(1.6) ผลนั้นก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิ กล่าวคือ อาจจะเป็นการเคลื่อนไหวในการก่อให้เกิดสิทธิ การเปลี่ยนแปลงสิทธิที่เคยมีเป็นอย่างอื่น การโอนสิทธิที่เคยมีให้กับบุคคลอื่น เช่น การโอนสิทธิเรียกร้อง การสงวนสิทธิที่เคยมีให้เกิดความมั่นคง เช่น การค้ำประกัน จำนอง จำนำ และการระงับสิทธิที่เคยมีหรือเคยก่อตั้งไว้ เช่น การบอกเลิกสัญญา การบอกล้างโมฆียะกรรม

อย่างไรก็ตาม แม้นิติกรรมที่บุคคลได้กระทำจะขาดลักษณะประการใดประการหนึ่งดังกล่าวมาข้างต้น การกระทำดังกล่าวที่ขาดลักษณะประการใดประการหนึ่งไปอาจเป็นนิติกรรมขึ้นได้เพราะมีกฎหมายกำหนดให้มีผลเฉพาะ กล่าวคือ หากนิติกรรมที่ทำนั้นชอบด้วยกฎหมายแต่มีได้เกิดจากความสมัครใจ เช่น ถูกกลฉ้อฉล สำคัญผิด หรือถูกข่มขู่ กฎหมายได้กำหนดให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆียะ เป็นต้น

เวลาที่เราจะพิจารณาว่าการใดเป็นนิติกรรมตามมาตรา 149 หรือไม่ เราดำเนินการเป็นขั้น ๆ ได้ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 พิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเข้าลักษณะเป็นนิติกรรมตามลักษณะที่มาตรา 149 อธิบายไว้หรือไม่ โดยให้พิจารณาเฉพาะในข้อเท็จจริงเท่านั้น เพราะว่าผลที่สุทธินิติกรรมนั้นจะสมบูรณ์หรือไม่เป็นเรื่องของข้อกฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กล่าวคือพิจารณาว่า “มีลักษณะของนิติกรรมหรือไม่” ซึ่งก็คือพิจารณาว่านิติกรรมนั้นได้ทำด้วย “ความรู้สำนึกหรือการตัดสินใจ” ของผู้กระทำนิติกรรมหรือไม่

ขั้นตอนที่ 2 เมื่อข้อเท็จจริงมีลักษณะเป็นนิติกรรมแล้ว จึงมาพิจารณาต่อในทางข้อกฎหมายหรือตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์หรือไม่ หากไม่สมบูรณ์เพราะมีความบกพร่องในเรื่องต่าง ๆ ก็อาจตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ถ้านิติกรรมตกเป็นโมฆะจึงถือว่าเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นแล้วในทางข้อเท็จจริงแต่ไม่ได้เกิดขึ้นในสายตาของกฎหมาย แต่หากนิติกรรมตกเป็นโมฆียะ นิติกรรมนั้นจะก่อให้เกิดผลของนิติกรรมได้อยู่จนกว่าจะมีการบอกล้าง

(2) องค์ประกอบของนิติกรรม²⁹⁶

²⁹⁶ เพ็ญอ้าง, น.23.

(2.1) องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งจำเป็นต้องมีครบ หากขาดอย่างใดไปนิติกรรมจะไม่เกิด ได้แก่

(2.1.1) บุคคล

(2.1.2) วัตถุประสงค์

(2.1.3) แบบ

(2.1.4) เจตนา

(2.2) องค์ประกอบเสริม ซึ่งไม่จำเป็นต้องมี นิติกรรมก็เกิดขึ้นได้ ได้แก่

(2.2.1) เงื่อนไข

(2.2.2) เงื่อนไขเวลา

คำถามหรือปัญหาว่า การออกลงคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้นที่แต่งตั้งกรรมการเป็นนิติกรรมหรือไม่ รองศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ถิระวัฒน์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “ต้องมาพิจารณาลักษณะของการเกิดบริษัท บริษัทเกิดมาเพื่อที่จะดำเนินกิจการ ผู้กระทำการแทนก็คือกรรมการ กรรมการของบริษัทมีที่มาอย่างไร ก็ต้องมีการลงมติเพื่อแต่งตั้งบุคคลเข้ามาเป็นกรรมการ ซึ่งผู้ถือหุ้นเป็นผู้แต่งตั้งหรือเลือกเข้ามา กิจการบางอย่างกรรมการก็ไปทำตามมติที่เขามอบหมายให้ทำ มันก็เป็นการทำนิติกรรม บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับการดำเนินการเพื่อให้เกิดการทำนิติกรรมก็จะมีกรรมการของบริษัทกับผู้ถือหุ้น ในการดำเนินการบางอย่างกรรมการบริษัทมันดำเนินการไปได้เลยตามที่ได้รับมอบหมาย แต่บางอย่างมันต้องมาขอมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น

การก่อตั้งบริษัทเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง (ซึ่งมันก็คือนิติกรรม) ส่วนรายละเอียดเพื่อที่จะดำเนินกิจการของบริษัทก็แต่งตั้งกรรมการขึ้นมาซึ่งมันก็เป็น กระบวนการ (Process) ตามกฎหมายบริษัท ฉะนั้นอาจารย์จึงมองว่าการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัทมันไม่ใช่สัญญาก่อตั้งบริษัทโดยตรง เพราะว่าสัญญาก่อตั้งบริษัทก็เพื่อให้เกิดบริษัทขึ้นมา แต่ว่าบริษัทมันจะดำเนินไปอย่างไรขึ้นอยู่กับบุคคล 2 จำพวกคือกรรมการกับผู้ถือหุ้น ฉะนั้นการดำเนินการหรือกระบวนการ (Process) ในที่นี้ก็คือการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัท อาจารย์มองว่าเป็นนิติกรรม (แยกต่างหากจากตัวสัญญาก่อตั้งบริษัท) เพราะว่าโดยสภาพสมมติว่าเป็นสัญญาซื้อขาย โดยปกติแล้วสัญญาซื้อขายมีผู้ซื้อกับผู้ขาย ในการชำระหนี้ระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายมันอาจจะมีการตั้งตัวแทนให้ไปส่งสินค้าให้กับผู้ซื้อหรือตัวผู้ซื้ออาจจะตั้งตัวแทนให้ไปทำการชำระหนี้ ถามว่าตรงนี้คุณถือว่าเป็นอะไร มันก็ต้องเป็น

สัญญา (อีกสัญญาหนึ่งแยกต่างหากจากสัญญาซื้อขายซึ่งก็คือนิติกรรมอย่างหนึ่ง) เพราะว่ามันเป็นสัญญาตั้งตัวแทน”²⁹⁷

อนึ่ง สำหรับการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น หรือการประชุมผู้ถือหุ้น รองศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์ ได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้ “ถ้าเกิดเป็นการประชุมผู้ถือหุ้น อาจารย์คิดว่ามันอาจจะต้องมาดูอย่างนั้นว่า ในการที่เขาจะดำเนินกิจการ กิจการที่เขาจะต้องดำเนินเขาจะต้องได้รับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นว่ากิจการหรือโครงการนี้คุณจะทำหรือไม่ หรือการจะทำการเพิ่มทุนหรือไม่ อาจารย์เห็นว่ามันเป็นอันเดียวกับการดำเนินการของตัวบริษัท ก็ถือว่าเป็นนิติกรรมเหมือนกันแต่ว่าเป็นนิติกรรมที่เป็นส่วนหนึ่งของการบริหารจัดการบริษัท”²⁹⁸

เมื่อพิจารณาถึงความหมายและลักษณะของนิติกรรม ตลอดจนองค์ประกอบของนิติกรรมประกอบกับบทสัมภาษณ์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัทมีองค์ประกอบครบถ้วนในเรื่องของบุคคล วัตถุประสงค์ แบบ และเจตนา การแสดงเจตนาของบุคคลโดยการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัท จึงอยู่ใตยาความหมายของมาตรา 149 และการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัทจึงเป็นนิติกรรม ซึ่งในตำราของท่านรองศาสตราจารย์ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์ ได้จัดกลุ่มนิติกรรมประเภทนี้ว่าเป็นนิติกรรมในความสัมพันธ์กับบุคคล อันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (Unilateral Act) ประเภทนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีหลายคน²⁹⁹

ดังนั้น การแสดงเจตนาของบุคคลโดยการออกเสียงลงคะแนนในวาระการตั้งกรรมการในที่ประชุมของบริษัท จึงเป็นนิติกรรมด้วย และเมื่อเรามองว่า การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัท และการประชุมผู้ถือหุ้นเป็นนิติกรรมแล้ว หากว่าเจ้าหนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ผู้เขียนจึงมองว่า เข้าเงื่อนไขในเรื่องของการเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาที่หนี้จะต้องเป็นหนี้กระทำการอันเป็นการทำนิติกรรม ซึ่งอาจมีหนทางหรือความเป็นไปได้ในการที่เจ้าหนี้จะขอต่อศาลให้มีการถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ผู้ผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ ตัวอย่างคำพิพากษาที่

²⁹⁷ สัมภาษณ์ ดาราพร ธีระวัฒน์, รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ห้องพักคณาจารย์คณะนิติศาสตร์, 24 มีนาคม 2559.

²⁹⁸ เพ็ญอ้าง.

²⁹⁹ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 195, น.23.

ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะนำมาพิจารณาเทียบเคียงปรับกับเรื่องนี้ได้ ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 94/2547³⁰⁰ และระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2538³⁰¹

อย่างไรก็ดี แม้จะถือว่าการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือ การลงมติในที่ประชุมของบริษัท และการประชุมผู้ถือหุ้นเป็นนิติกรรม ก็มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า หากเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาได้ เท่ากับมีผลให้คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลเป็นการแสดงเจตนาของผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ผิดสัญญาเริ่มตั้งแต่แทนการมาประชุมของผู้ถือหุ้น อันจะส่งผลต่อองค์ประชุมของผู้ถือหุ้น และแทนการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการในการประชุม อันจะส่งผลต่อองค์มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้เสียหรือ ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ไม่น่าจะเป็นเช่นนั้นได้ เพราะคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลไม่น่าจะแทนการไปประชุมผู้ถือหุ้นของบุคคลผู้เป็นผู้ถือหุ้นได้ เมื่อไม่อาจแทนการไปประชุมผู้ถือหุ้นของบุคคลผู้เป็นผู้ถือหุ้นได้ ย่อมไม่อาจนับหุ้นของบุคคลดังกล่าวเป็นองค์ประชุมของการประชุมผู้ถือหุ้นได้ เมื่อไม่อาจนับหุ้นของบุคคลดังกล่าวเป็นองค์ประชุมได้ ก็ย่อมจะไม่เกิดคะแนนเสียงในหุ้นของผู้ถือหุ้นฝ่ายนั้นในการประชุมได้

ฉะนั้น แม้การแสดงเจตนาของบุคคลโดยการออกเสียงลงคะแนนในวาระ การตั้งกรรมการในที่ประชุมของบริษัทเป็นนิติกรรมก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลไม่อาจสั่งให้

³⁰⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 94/2547 ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในคดีก่อนให้จำเลยในคดีดังกล่าวดำเนินการยื่นคำขอจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงแก้ไขชื่อจำเลยที่ 3 ออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 1 ต่อนายทะเบียนกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ หากจำเลยในคดีดังกล่าวไม่ปฏิบัติ ให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา ดังนั้น จำเลยที่ 3 จะพ้นจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 1 ได้ ต่อเมื่อนายทะเบียนได้จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงแก้ไขชื่อจำเลยที่ 3 ออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแล้วเพราะการเป็นนิติบุคคลและอำนาจของผู้แทนนิติบุคคล นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทจะต้องแต่งอรรถาการซึ่งได้ลงทะเบียนส่งไปลงพิมพ์โฆษณาในราชกิจจานุเบกษาและถือเป็นอันรู้แก่บุคคลทั้งปวงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1021 และ 1022 หากใช้จำเลยที่ 3 ออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 1 นับแต่วันที่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาไม่ ดังนั้น เมื่อในขณะที่โจทก์ฟ้องจำเลยที่ 3 เป็นคดีนี้ จำเลยที่ 3 ยังเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 1 อยู่ จำเลยที่ 3 จึงหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในหนี้ของจำเลยที่ 1 ไม่ แต่ต้องร่วมรับผิดชอบบรรดาหนี้ของจำเลยที่ 1 โดยไม่จำกัดจำนวนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1070 และ 1077 (2)

³⁰¹ คำวินิจฉัยของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่ พณ 0803.01/175 เรื่อง การจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงหุ้นส่วนตามคำพิพากษาของศาล ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2548

ถือเอาคำพิพากษาหรือคำสั่งแทนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอีกฝ่าย เพราะจะมีผลเป็นการแทนการมาประชุมของผู้ถือหุ้น และยังมีผลกระทบต่อองค์ประชุมของผู้ถือหุ้น ตลอดจนคดีในการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา นอกจากนี้ ยังอาจมองได้ว่าเป็นการที่ศาลก้าวล่วงไปตั้งกรรมการของบริษัทจำกัดได้ ทั้งไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลโดยชัดแจ้งดังเช่นเรื่องการโอนที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า หากการผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายไปฟ้องบังคับชำระหนี้แต่ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 วรรคหนึ่งได้ จึงขอต่อศาลเพื่ออาศัยคำพิพากษาแทนการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการในการประชุมผู้ถือหุ้นของผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ผิดสัญญา ให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเลยโดยไม่ต้องมีการจัดประชุมผู้ถือหุ้นขึ้นใหม่ กรณีนี้จะเกิดประเด็นปัญหาว่า เท่ากับเป็นการสละหรือยกเว้นการออกเสียงลงคะแนนของการประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของผู้ถือหุ้นอื่นที่ไม่ได้เข้าตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น เช่นนี้จะทำได้หรือไม่ จากที่ผู้เขียนศึกษามาพบว่า ในประเทศไทยผู้ถือหุ้นไม่อาจสละหรือยกเว้นซึ่งการประชุมผู้ถือหุ้นได้ อย่างไรก็ตาม ในต่างประเทศ เช่น ในประเทศอังกฤษ หากมีข้อเท็จจริงเช่นนี้เกิดขึ้นในบริบทของบริษัทจำกัด อาจมีการสละหรือยกเว้นการประชุมผู้ถือหุ้นได้โดยได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายหรือด้วยมติเอกฉันท์

4.2.4 ปัญหาการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

สำหรับกระบวนการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยการเรียกให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย กล่าวได้ว่า การบังคับให้ลูกหนี้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นการแก้ไขในกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ และการไม่ชำระหนี้เป็นพฤติกรรมอันจะโทษลูกหนี้ได้ หรือเป็นเพราะความผิดของลูกหนี้กับการไม่ชำระหนี้ดังกล่าวเป็นเหตุให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย³⁰² ซึ่งจะมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะตามมาตรา 215 ถึง 219 ว่ากรณีใดบ้างที่ลูกหนี้ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน³⁰³

การเรียกค่าเสียหายนี้เป็นมาตรการเสริมจากการที่เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้หรือเป็นมาตรการในทางเยียวยาจากการที่ได้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือมีการบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการอื่นเพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง³⁰⁴ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 213 วรรคท้ายที่กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าเป็นการบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ต่างหากจากมูลหนี้เดิม³⁰⁵ ดังนั้นแม้

³⁰² ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.31.

³⁰³ *เพ็ญอ้าว*, น.31.

³⁰⁴ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.189.

³⁰⁵ *เพ็ญอ้าว*, น.189.

หนี้ที่เกิดจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้กำหนดให้ชดเชยค่าเสียหายกันไว้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกได้หากมีความเสียหายเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ นั้น อย่างไรก็ตาม หากเจ้าหนี้กับลูกหนี้ได้กำหนดค่าเสียหายกันไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาแต่ถ้าปรากฏว่าเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ นอกจากเจ้าหนี้จะเรียกค่าเสียหายตามที่ตกลงกันไว้แล้ว เจ้าหนี้ก็ชอบที่จะเรียกค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษได้อีก³⁰⁶

หลักเกณฑ์ในการที่จะเรียกเอาค่าเสียหายที่เป็นมาตรการเสริมจากการที่เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงฟ้องบังคับให้ชำระหนี้และเรียกเอาค่าเสียหายได้ ถ้ามิใช่กรณีฟ้องคดีอันเนื่องมาจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็ห้ามสิทธิดังกล่าวไม่ เช่น การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมอันเกิดจากกลฉ้อฉลของจำเลย มิใช่เป็นการฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือเลิกสัญญา โจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายอีกส่วนหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 วรรคท้าย³⁰⁷

การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นอกจากจะเป็นเหตุให้เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงอันเป็นสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามมูลหนี้ นั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 213 วรรคหนึ่งแล้ว ถ้าการไม่ชำระหนี้ นั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้นได้ตามมาตรา 215 อันเป็นมาตรการเยียวยาหรือมาตรการเสริมที่มีใช้วัตถุแห่งหนี้ที่เจ้าหนี้มีอยู่เดิมตามมูลหนี้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้น³⁰⁸ ซึ่งเป็นความรับผิดที่แตกต่างหากจากการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือทางแก้ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ตามมาตรา 213 วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม ดังที่มาตรา 213 วรรคท้ายได้บัญญัติไว้ว่า “บทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาก่อนนี้ ไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหาย”

ที่มาตรา 213 วรรคท้าย บัญญัติไว้ดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 วรรคหนึ่ง และมีสิทธิเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 215 อีกประการหนึ่งแตกต่างหากจากกันได้³⁰⁹ แต่ในกรณีที่การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่อาจกระทำได้นั้นเนื่องจากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ และไม่มีทางแก้ตามมาตรา 213 วรรคสองถึงวรรคสามนั้น การชำระหนี้มิได้กลายเป็นพ้นวิสัย ลูกหนี้ยังคง

³⁰⁶ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.34.

³⁰⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 8429/2538

³⁰⁸ ไพโรจน์ วายุภาพ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 235*, น.196.

³⁰⁹ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 225*, น.31.

อยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้ที่ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้คงเหลือทางแก้เพียงทางเดียวคือการเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 215 เท่านั้น³¹⁰

ดังนี้ จึงสรุปได้ว่า ถ้าหากปรากฏว่าผู้ถือหุ้นในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 วรรคหนึ่งได้แล้ว และหากได้รับความเสียหายเป็นประการใดอีกด้วย ผู้ถือหุ้นผู้นั้นก็ย่อมสามารถฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามมาตรา 215 ควบคู่ไปด้วยได้ โดยผู้ถือหุ้นฝ่ายที่เสียหายมีภาระการพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหายดังกล่าว แต่ถ้าผู้ถือหุ้นไม่ได้รับความเสียหายใด ๆ อีก ก็จะไม่เรียกร้องให้บังคับชำระหนี้ได้เพียงการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 วรรคหนึ่งเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากผู้ถือหุ้นไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ไม่ด้วยเหตุใดก็ตาม ผู้ถือหุ้นก็ยังเหลือวิธีแก้อีกทางซึ่งก็คือการใช้มาตรการเยียวยาหรือมาตรการเสริมโดยการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้นั้นได้หากว่าผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย ถ้าไม่ได้รับความเสียหายก็เรียกค่าสินไหมทดแทนไม่ได้ แต่ถ้าเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเพียงแต่เจ้าหนี้นำสืบความเสียหายตามปกติอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ไม่ได้ และศาลเห็นว่าเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายจริง ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายให้ตามที่เห็นสมควร

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีผิดสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้น คือ การพิสูจน์ความเสียหาย กล่าวคือว่า ค่าเสียหายจากการที่มีผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในการตั้งกรรมการของบริษัท เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ได้ว่า ความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นคืออะไร สามารถตีมูลค่าเป็นเงินได้จำนวนเท่าไร เพราะการที่กรรมการของผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ได้ผิดสัญญาได้รับเลือกเข้าไปนั่งเป็นกรรมการ ก็ไม่ได้หมายความว่าทำให้บริษัทกำไรเพิ่มมากขึ้น หรือทำให้มีการจ่ายเงินปันผลมากขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้กรรมการของผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ได้ผิดสัญญาได้รับเลือกเข้าไปบริหารบริษัทอาจจะทำให้งบการเงินของบริษัทขาดทุนก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจและปัจจัยหลาย ๆ อย่าง และหากพิจารณาในแง่อำนาจบริหารของกรรมการบริษัทที่จะมีส่วนร่วมตัดสินใจในกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ของบริษัท ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรรมการของฝ่ายไหนก็ต้องปฏิบัติอย่างดีที่สุดเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น ดังนี้ จึงเป็นเรื่องยากมากที่จะพิสูจน์ได้ว่าการไม่ได้รับเลือกเป็นกรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นอย่างใดและเป็นจำนวนเท่าไรบ้าง

อนึ่ง ในต่างประเทศมีนักวิชาการทางกฎหมายได้แสดงความเห็นสนับสนุนไว้ด้วยดังนี้ “การฝ่าฝืนหรือผิดข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนอาจก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการ

³¹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 437/2507

ที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย (Claim Damages) จากผู้ถือหุ้นผู้เข้าทำสัญญา (Other Contracting Shareholders) รายอื่นที่ผิดสัญญา อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเชื่อว่าเป็นการยากมากที่จะพิสูจน์ถึงจำนวนความเสียหาย (Amount of Damages) หรือสิ่งที่สูญเสียไป ตลอดจน การขาดทุน (Loss) อันเกิดจากการผิดข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนเหล่านี้³¹¹ ซึ่งโดยปรกติบทบาทหรือวัตถุประสงค์ของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย คือ การทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายหรือคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญา (The Innocent Party) ได้รับในสิ่งที่ควรจะได้รับตามข้อตกลงหากไม่มีการผิดข้อตกลงเกิดขึ้น

ยิ่งไปกว่านั้น แม้การเลือกกรรมการโดยฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจนเกิดข้อพิพาทกันในระหว่างผู้ถือหุ้นจนทำให้บริษัทตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจดำเนินกิจการต่อไปได้ (Deadlock) จะบอกว่าเป็นการทำให้บริษัทเดินต่อไปไม่ได้จึงขอเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้นจะดูจะไกลเกินกว่าเหตุ

ดังนั้น ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นควรกำหนดเรื่องการเยียวยาความเสียหายจากการผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเอาไว้ด้วย และอาจตกลงให้มีการเลิกสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ตลอดจนเลิกบริษัทเลยในกรณีที่มีข้อขัดแย้งกัน หรือมิฉะนั้นคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจดำเนินการร้องขอต่อศาลให้มีการเลิกบริษัทโดยถือว่าเป็นเหตุอื่นใดที่ทำให้บริษัทนั้นเหลือวิสัยที่จะดำรงคงอยู่ต่อไปได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 1237 (5) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อย ที่ 21/2560 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ ข้อที่ 6

³¹¹ Other authors have expressed similar views. Katherine Reece Thomas and Christopher Ryan, *supra* note 288, p.194.

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในการร่วมกันลงทุนตั้งกิจการร่วมค้าชนิดที่จดทะเบียนเป็นบริษัท ผู้ถือหุ้นของบริษัทอาจมีการตกลงกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตนว่าจะร่วมมือกันลงคะแนนเสียงจัดการบริษัทไปในทางหนึ่งทางใด สัญญาดังกล่าวอาจเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง หรือบริษัทอาจเข้ามาร่วมตกลงเป็นคู่สัญญาก็ได้เนื่องจากบริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น

เหตุผลที่ต้องมีการตกลงกันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นเอาไว้ก่อน เนื่องจากว่าสิทธิหน้าที่บางเรื่องบางประการอาจจะกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทได้ โดยสิทธิหน้าที่ที่อาจจะกำหนดไว้ในข้อบังคับได้จะต้องเป็นเรื่องทั่ว ๆ ไปเกี่ยวกับการวางระเบียบความสัมพันธ์ภายในบริษัท เช่น กำหนดจำนวนกรรมการ วิธีการเรียกประชุมกรรมการ และผู้มีสิทธิเรียกประชุม เป็นต้น แต่สิทธิหน้าที่บางประการอาจจะกำหนดไว้ในข้อบังคับไม่ได้ ยกตัวอย่างเช่น การกำหนดจำนวนกรรมการนั้น จะกำหนดว่า กรรมการต้องมาจากการเสนอชื่อของผู้ถือหุ้นบางคนเป็นจำนวนกี่คนไว้ในข้อบังคับของบริษัทไม่ได้ เพราะไม่ได้เป็นการกำหนดในลักษณะที่เป็นเรื่องทั่วไป ฉะนั้น ข้อตกลงใดที่ไม่สามารถกำหนดไว้ในข้อบังคับได้ ก็มักจะมีการนำข้อตกลงนั้นมากำหนดกันไว้ในสัญญา ซึ่งสัญญาดังกล่าวนี้เรียกว่า “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders’ Agreement)”

ข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders’ Agreement) คือ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน หรือระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท ซึ่งมีการตกลงกันในเรื่องรายละเอียดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่จะมีต่อกันในบริษัท โดยสามารถตกลงกันได้ตั้งแต่อ่อนจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท หรือภายหลังจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้วก็ได้ ทั้งนี้ รายละเอียดหรือเนื้อหาที่จะบรรจุลงไว้ในความตกลงดังกล่าวมีได้ทุกอย่างตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

ความสัมพันธ์เรื่องหนึ่งที่มีมักจะปรากฏในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนเพื่อตั้งกรรมการของบริษัท ที่มีระบุไว้ในทำนองว่า “ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. และกลุ่ม ข. ตกลงร่วมกันที่จะเลือกกรรมการในทิศทางเดียวกัน โดยให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 6 คน และให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 4 คน”

จากตัวอย่าง ส่งผลถึงปัญหาสถานะทางกฎหมายของข้อตกลงดังกล่าวว่า

ประเด็นปัญหาประการที่ (1.1) ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองจะใช้ได้หรือไม่

จากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่เดิมนั้นองค์กรฝ่ายตุลาการหรือศาลส่วนใหญ่จะวินิจฉัยว่าข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ไม่สมบูรณ์ (Invalid) ด้วยเหตุผลหลักอยู่ 4 ประการ ได้แก่ ประการที่ 1 ด้วยเหตุผลที่ว่าอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนถูกอธิบายว่าไม่อาจแยกออกจากหุ้นได้ ประการที่ 2 ด้วยเหตุผลที่ว่าผู้ถือหุ้นมีความผูกพันต่อผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ที่จะต้องทำการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่เป็นประโยชน์ที่สุดต่อบริษัท ประการที่ 3 ด้วยเหตุผลที่ว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และหลอกลวงต่อผู้ถือหุ้นคนอื่นซึ่งไม่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการตกลงทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ประการที่ 4 ด้วยเหตุผลที่ว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นละเมิดหรือขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายมาตราหนึ่งมาตราใดหรือส่วนหนึ่งส่วนใด หรือเป็นการตกลงกำหนดการบริหารจัดการและการดำเนินงานของบริษัทในทางที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายบริษัท ดังเช่นตัวอย่างในหลาย ๆ คดี เช่น คดี *McQuade v. Stoneham* (1934) และคดี *Hall v. John S. Isaacs & Sons Farms, Inc.* (1958) เป็นต้น

จากคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อการร่วมลงทุนอันกระทบต่อวงการธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพัฒนาร่างกฎหมาย (the Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law of the American Bar Association) เพื่อให้กฎหมายของแต่ละมลรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกันเห็นว่า ข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) นี้เป็นเรื่องสำคัญต่อการร่วมทุน จึงได้จัดทำร่างกฎหมายต้นแบบอันได้แก่ the Model Business Corporation Act (MBCA) ขึ้นโดยเขียนรองรับข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันจัดทำข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ได้ และให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ ตลอดจน ให้ศาลมีอำนาจในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามข้อตกลงดังกล่าวด้วย ดังที่ปรากฏใน the Model Business Corporation Act § 7.31 (2005)¹ เรื่อง Voting Agreements ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า

¹ See the Model Business Corporation Act § 7.31 (a)(b) (2005) (providing that “(a) Two or more shareholders may provide for the manner in which they will vote their shares by signing an agreement for that purpose. A voting agreement created under this section is not subject to the provisions of section 7.30.

(b) A voting agreement created under this section is specifically enforceable.”).

“(ก) ผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 2 คน อาจแสดงให้เห็นว่าตนจะออกเสียงลงคะแนนเสียงในหุ้นของตน โดยการลงนามในข้อตกลงเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตามมาตรานี้ไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 7.30

(ข) ข้อตกลงในการลงคะแนนตามมาตรานี้สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงตามสัญญาได้”

ทั้งนี้ the Model Business Corporation Act เปิดโอกาสให้มลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถนำแม่แบบหรือแบบตัวอย่างของกฎหมายใน the Model Business Corporation Act ไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในของมลรัฐตนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้

รัฐเดลาแวร์ซึ่งเป็นรัฐที่มีเขตอำนาจศาลที่สำคัญที่สุดในกฎหมายว่าด้วยบริษัทเพราะเป็นรัฐที่มีองค์กรธุรกิจและบริษัทไปจดทะเบียนจัดตั้งเป็นจำนวนมาก ตลอดจนมี The Delaware Court of Chancery ซึ่งเป็นศาลมีความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ที่กว้างขวางเกี่ยวกับธุรกิจต่อมารัฐเดลาแวร์ได้เห็นถึงความสำคัญของข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนเช่นกัน รัฐเดลาแวร์จึงบัญญัติกฎหมายภายในมลรัฐของตน โดยรับเอาร่างกฎหมายต้นแบบจาก the Model Business Corporation Act กล่าวคือ รัฐเดลาแวร์ได้ใช้ the Model Business Corporation Act เป็นพื้นฐานในการร่างกฎหมายภายในของรัฐตน อันได้แก่ the Delaware General Corporation Law (DGCL)

สำหรับ the Delaware General Corporation Law ได้มีการรองรับข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) โดยให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันจัดทำข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ได้ และให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ แต่ไม่ได้ระบุถึงเรื่องการให้ศาลมีอำนาจในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามข้อตกลงดังกล่าว ดังที่ปรากฏใน the Delaware General Corporation Law Title 8 § 218 (2005)² เรื่อง Voting Trusts and Other Voting Agreements ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

² See the Delaware General Corporation Law Title 8 § 218 (c)(d) (2005) (providing that “(c) An agreement between 2 or more stockholders, if in writing and signed by the parties thereto, may provide that in exercising any voting rights, the shares held by them shall be voted as provided by the agreement, or as the parties may agree, or as determined in accordance with a procedure agree upon them.

(d) This section shall not be deemed to invalidate any voting or other agreement among stockholders or any irrevocable proxy which is not otherwise illegal.”).

“(ค) ข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 2 คน ถ้าได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยคู่สัญญานั้น อาจกำหนดให้ในการใช้สิทธิในการออกเสียงลงคะแนนหุ้นที่ตนถือ จะต้องออกเสียงลงคะแนนตามที่กำหนดในข้อตกลง หรือตามที่คู่สัญญาตกลง หรือตามที่กำหนดขึ้นภายหลัง โดยสอดคล้องกับกระบวนการที่ผู้ถือหุ้นได้มีการตกลงกัน

(ง) มาตรฐานไม่ทำให้ข้อตกลงออกเสียงลงคะแนน หรือข้อตกลงอื่นระหว่างผู้ถือหุ้น หรือข้อตกลงตั้งตัวแทนสำหรับไปลงคะแนนเป็นการถาวร ซึ่งไม่ได้ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยประการอื่น เป็นอันไม่สมบูรณ์”

อย่างไรก็ดี ทั้ง the Model Business Corporation Act § 7.31 และ the Delaware General Corporation Law Title 8 § 218 (c) ล้วนมีหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดที่จะต้องปฏิบัติ เพื่อให้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreements) หรือข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) นี้มีผลสมบูรณ์และบังคับใช้ได้ กล่าวคือ

(1) ต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อยสองคนหรือมากกว่านั้นมีส่วนร่วมในการตกลงดังกล่าว ผู้ถือหุ้นที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงดังกล่าวอาจเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย หรือผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก หรือทั้งผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยและผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากก็ได้ ข้อกำหนดตามกฎหมายนี้เป็นความต้องการเชิงปริมาณหรือจำนวน ไม่เกี่ยวกับคุณสมบัติ

(2) ข้อตกลงจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และ

(3) ข้อตกลงจะต้องลงนามโดยผู้ถือหุ้นทุกคนที่เข้าร่วมตกลง

ในปัจจุบัน แนวโน้มในเรื่องความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน หรือข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ได้รับการพิจารณาจากศาลในเชิงบวก องค์การฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐเดลาแวร์ได้ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ มีผลเป็นการอนุญาตให้มีข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้โดยชัดแจ้ง และการตรากฎหมายอนุญาตให้มีข้อตกลงเช่นนี้ ก็ช่วยหลีกเลี่ยงข้อถกเถียงเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (The Validity of Shareholders' Agreements)

ดังนั้น ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ซึ่งเป็นประเภทหนึ่งของข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement) หรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) หรือสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) ย่อมมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว

ส่วนสาเหตุที่อาจทำให้ศาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธที่จะบังคับให้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ได้แก่ สาเหตุว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ต่อผู้ถือ

หุ้นอื่นในบริษัทที่ไม่ได้เข้าเป็นคู่สัญญา ต่อเจ้าหนี้ หรือต่อบุคคลภายนอก ซึ่งศาลมักมองว่าสาเหตุเหล่านี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อาจสรุปได้ว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาถูกพิจารณาว่าเป็นเครื่องมือหรือกลไกตามสัญญาที่จะจัดการกับความตึงเครียดในหมู่ผู้ถือหุ้นของบริษัท ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเหล่านี้มีขอบเขตกว้างขวางมากในเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตาม ก่อนการเข้าทำข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นมีข้อพิจารณาสำคัญที่จะต้องตรวจสอบข้อตกลงให้เป็นตามหลักเกณฑ์เพื่อให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ ในช่วงยี่สิบปีที่ผ่านมา ปัญหาได้รับการแก้ไขโดยกฎหมายขององค์การของรัฐ อันได้แก่ the Model Business Corporation Act และ the Delaware General Corporation Law ตลอดจนแนวคำตัดสินของศาลที่เปลี่ยนไป ปัจจุบันนี้ ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองจะมีผลบังคับตามข้อตกลงและเงื่อนไขที่กำหนดโดยคู่สัญญา เว้นแต่ข้อตกลงดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้เข้ามีส่วนร่วมในสัญญา (Non-participating Shareholders) ต่อบุคคลที่สามหรือบุคคลภายนอก (Third Party) ซึ่งรวมถึงเจ้าหนี้ หรือข้อตกลงดังกล่าวนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Policy) ประการใดประการหนึ่ง

ประเทศอังกฤษ แม้จะเป็นประเทศที่มีพื้นฐานระบบกฎหมายจัดอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศอังกฤษก็ไม่ได้ยอมรับถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผ่านการตรากฎหมายดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา หากแต่ได้มีการยอมรับถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นผ่านแนวคำวินิจฉัยและแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน

ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการ เป็นข้อตกลงหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน (Pooling Agreement) หรือข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreement)

ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกันที่กระทำขึ้นโดยผู้ถือหุ้นทั้งหลายนั้นเป็นสัญญาที่บังคับได้ตามหลักทั่วไปของกฎหมายว่าด้วยสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือลงลายมือชื่อโดยคู่สัญญา ซึ่งในแง่นี้จะเห็นได้ว่าแตกต่างไปจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะกำหนดให้การทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงลายมือชื่อ

ในประเทศอังกฤษ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทที่เป็นข้อตกลงร่วมกัน ได้รับการอธิบายว่าเป็นข้อตกลงของผู้ถือหุ้นที่จะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนรวมกันเป็นกลุ่มหรือเป็นในแนวทางเดียวกัน (As a Unit) หรือตกลงกันจะใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในหุ้นของตนเพื่อ

ขัดขวางหรือยับยั้งวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างตามที่กำหนด ซึ่งอาจก่อให้เกิดหนึ่งดเว้น
 กระทำการ โดยการทำให้คู่สัญญาไม่สามารถออกเสียงลงคะแนนไปในทางใดที่เป็นการฝ่าฝืนข้อตกลง
 ได้ หรือมีผลเป็นการห้ามหรือยับยั้งคู่สัญญาจากการออกเสียงลงคะแนนที่ฝ่าฝืนข้อตกลง เช่นตัวอย่าง
 ในคดี *Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch. 530 หรือก่อให้เกิดหนึ่งการกระทำหรือให้กระทำการ หรือ
 มีผลเป็นการผูกพันคู่สัญญาให้ลงคะแนนเสียงตามที่ระบุไว้ในสัญญา หรือสอดคล้องกับความประสงค์
 ของคู่สัญญาอีกฝ่าย เช่นตัวอย่างในคดี *Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch. 200 เป็นต้น

เมื่อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกควบคุมหรือถูกบังคับโดยหลักการทั่วไปของกฎหมาย
 สัญญา (The Normal Principles of Contract Law) ดังนั้น ผู้ถือหุ้นจึงไม่สามารถตกลงกันในเรื่องที่
 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (An Illegal Act)

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นประเภทนี้ได้รับการยอมรับในกฎหมายอังกฤษเป็นเวลาหนึ่ง
 ศตวรรษแล้ว โดยปรากฏในส่วนอื่นแห่งคำพิพากษาซึ่งมิใช่เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย (*obiter dicta*;
 things said by the way of chance remarks) ในคดี *Greenwell v Porter* [1902] 1 Ch 530
 และคดี *Puddephatt v Leith* [1916] 1 Ch 200 นอกจากนี้ คำวินิจฉัยส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับ
 ข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) และศาลได้สร้างหลักเกณฑ์ที่
 ชัดเจนไว้ว่า ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของตนอย่างถูกต้องและมีเหตุผลไปในทาง
 หนึ่งทางใดหรือในลักษณะบางอย่างก็ได้ เพื่อควบคุมกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามที่ตนปรารถนา

ยิ่งไปกว่านั้น นักวิชาการและนักกฎหมายของประเทศอังกฤษยังได้อธิบายว่า การตกลง
 ยอมรับหรือเห็นชอบที่จะรวมผลประโยชน์และอำนาจในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนให้เป็นไปใน
 แนวทางเดียวกันในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายของบริษัท การดำเนินธุรกิจของบริษัท การตั้งกรรมการและ
 พนักงานทั้งหลายของบริษัททั้งหลายเหล่านี้ไม่ได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี
 ของประชาชน

อย่างไรก็ดี การตกลงในลักษณะเช่นนี้จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า ข้อตกลงเรื่องการใช้
 สิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting Agreements) ต้องมีการกำหนดค่าตอบแทนที่เพียงพอ
 (Sufficient Consideration) ข้อตกลงดังกล่าวจะมีผลผูกพันตามหลักในเรื่องสัญญาตราบใดที่สัญญา
 นั้นไม่ได้มีความขัดหรือแย้งกับเอกสารจัดตั้งบริษัทอันได้แก่หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของ
 บริษัท และหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (The Common Law) ตลอดจนกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น
 โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทย (UK Company Legislation) และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง
 ข้อตกลงนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือต้องไม่เป็นการทุจริตฉ้อฉล หรือต้องไม่ส่งผล
 กระทบอย่างไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า สาเหตุที่อาจทำให้ศาลอังกฤษปฏิเสธที่จะบังคับให้ตามสัญญา
 ระหว่างผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงเรื่องร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นด้วย

กันเอง ได้แก่ สาเหตุว่าข้อตกลงดังกล่าวขัดหรือแย้งกับหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท หรือขัดต่อหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือขัดต่อกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษ และด้วยสาเหตุว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ต่อผู้ถือหุ้นอื่นในบริษัทที่ไม่ได้เข้าเป็นคู่สัญญา ต่อเจ้าหนี้ หรือต่อบุคคลภายนอก เช่น คดี *Standard Chartered Bank v Walker, TSB Bank plc v Walker* [1992] ตลอดจนข้อตกลงนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (Public Order; Good Morals; Public Policy)

อย่างไรก็ดี แนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษส่วนใหญ่มักจะวินิจฉัยไปในแนวทางที่ยอมรับถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงดังกล่าว แต่ทว่าศาลจะเข้าแทรกแซงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากเอาเปรียบผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย เช่น คดี *Cook v Deeks* [1916], *Brown v British Abrasive Wheel* [1919] และ *Clemens v Clemens Brothers Ltd* [1976] หรือทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยถูกตัดสิทธิหรือถูกกีดรอนสิทธิ หรือมีการเลือกปฏิบัติในระหว่างผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากและฝ่ายข้างน้อย เช่น คดี *Greenhalgh v Arderne Cinemas Ltd* [1951] หรือการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนนั้นอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมหรือเป็นการปฏิบัติด้วยความลำเอียงอย่างไม่เป็นธรรมหรืออย่างไม่ถูกต้อง ต่อประโยชน์ของสมาชิกซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (Unfairly Prejudicial Conduct) ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 994 เช่น คดี *Re Ringtower Holdings plc* [1989]

สำหรับสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศไทย กล่าวได้ว่า ยังคงมีปัญหาสถานะทางกฎหมายที่ไม่แน่นอนอยู่ กล่าวคือ สถานะของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในประเทศไทยที่มีความไม่แน่นอนนั้นเป็นผลมาจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับ “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders’ Agreement)” ซึ่งได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) เนื่องจากศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “คดีระหว่าง ธนาคารสแตนดาร์ดชาร์เตอร์ดนครธน จำกัด (มหาชน) กับพวกในฐานะผู้ร้องขอ บริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด ผู้ร้อง (ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทลูกหนึ่ง) และบริษัท เหล็กบุรพาอุตสาหกรรม จำกัด ในฐานะลูกหนึ่ง ศาลฎีกาได้มีการตั้งประเด็นว่าข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในส่วนที่กำหนดให้ บริษัท เหล็กบุรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนึ่ง) มีหน้าที่ต่อบริษัท ชิตี้แคปปิตอล จำกัด (ผู้ร้อง) ซึ่งหมายถึงผู้ถือหุ้นนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ เพียงใด โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า คดีนี้ที่ผู้ร้องได้สนับสนุนทางการเงินแก่บริษัทลูกหนึ่งโดยผู้ร้องเข้าไปซื้อหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น สถานะดังกล่าวมีผลเสมือนหนึ่งว่าผู้ร้องมีส่วนในการเป็นเจ้าของลูกหนึ่งซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น ส่วนที่ว่าผู้ร้องจะได้รับประโยชน์จากเงินที่ลงทุนซื้อหุ้นไปอย่างไร ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1200 มาตรา 1201 และมาตรา 1269 อันสรุปเป็นใจความสำคัญได้ว่า ผู้ถือหุ้นจะได้รับผลตอบแทนก็แต่เฉพาะเงิน

ปันผล และจะได้รับชำระคืนเงินค่าหุ้นเมื่อมีการเลิกบริษัทและชำระบัญชีและมีการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทครบถ้วนแล้ว การที่ผู้ร้องได้ร่วมลงทุนในบริษัทลูกหนี้โดยเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวโดยมีสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) ระหว่างผู้ร้อง ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และลูกหนี้ ซึ่งสัญญาข้อ 1 (1) (3) กำหนดว่า “ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจะดำเนินการให้กรรมการของบริษัทถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นในบริษัทในการออกหุ้นแต่ละครั้ง และจะไม่ออกหุ้นใหม่ของบริษัทให้แก่บุคคลใด ๆ ซึ่งจะมีผลทำให้กรรมการถือหุ้นคิดเป็นร้อยละต่ำกว่าร้อยละที่ระบุไว้ข้างต้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นและผู้ร้อง” ข้อ 3 กำหนดว่า “บริษัทและผู้ถือหุ้นจะชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุน สำหรับต้นทุน ค่าใช้จ่าย ค่าสูญเสียและค่าเสียหาย (รวมทั้งค่าธรรมเนียมทางกฎหมายที่สมเหตุสมผล) ที่เกิดขึ้นต่อผู้ลงทุนอันเนื่องมาจากการที่บริษัทและผู้ถือหุ้นไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ได้” ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวในส่วนบริษัท เหล็กบุรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับบริษัท ซิตีแคปปิตอล จำกัด (ผู้ร้อง) จึงขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัด รูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท อันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้องปฏิบัติร่วมกัน มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก ทั้งเป็นการวางรูปแบบองค์กรทางธุรกิจเพื่อให้สาธารณชนยึดถือและปฏิบัติ ถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders' Agreement) เฉพาะในส่วนที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท เหล็กบุรพาอุตสาหกรรม จำกัด (ลูกหนี้) กับผู้ถือหุ้น และความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญาดังกล่าว ตามสัญญาข้อ 1 (1) (3) และข้อ 3 จึงขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ข้อตกลงส่วนนี้จึงเป็นอันเสียเปล่า หามีผลบังคับแต่อย่างใดไม่”

ประเด็นปัญหาประการแรกว่า ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการจะต้องถือผลตามคำพิพากษาดังกล่าวหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในคดีดังกล่าวมิได้มีประเด็นปัญหาโดยตรงเกี่ยวกับข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการ หากแต่เป็นเรื่องข้อตกลงเชิงบังคับให้กรรมการของบริษัทต้องถือครองหุ้นของบริษัทไว้ตามอัตราร้อยละที่กำหนดตลอดเวลาของการร่วมทุน และข้อตกลงในเรื่องการจ่ายเงินปันผลของบริษัท ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ไม่อาจนำผลของคดีดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ เนื่องจากข้อสัญญานั้นเป็นคนละเรื่องกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการไม่ได้ขัดต่อคำพิพากษากฎีกาดังกล่าว

นอกจากนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 (คดีเหล็กบุรพา) เป็นการตกลงกันในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองรวมถึงบริษัท แต่จากตัวอย่างที่ผู้เขียนตั้งเอาไว้

ข้างต้น กล่าวคือว่า “ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. และกลุ่ม ข. ตกลงร่วมกันที่จะเลือกกรรมการในทิศทางเดียวกัน โดยให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 6 คน และให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. มีสิทธิที่จะเสนอชื่อกรรมการเป็นจำนวน 4 คน” นั้นเป็นการศึกษาถึงข้อสัญญาหรือข้อตกลงตั้งกรรมการในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองไม่รวมถึงบริษัท จึงเป็นอีกหนึ่งข้อเท็จจริงที่แตกต่างออกไปจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548

ยิ่งไปกว่านั้น ข้อเท็จจริงอีกประการที่ผู้เขียนเห็นว่า อาจทำให้มีผลแตกต่างออกไปจากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น คือ จากตัวอย่างข้อตกลงที่ผู้เขียนทำการศึกษา นั้น เป็นการตกลงกันในระหว่างผู้ถือหุ้นทุกฝ่ายที่เป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทจำกัดโดยที่ไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นทั้งหมดทุกฝ่ายของบริษัทได้เข้าผูกพันเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ จึงย่อมไม่มีทางที่จะเกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้นรายอื่นในบริษัทที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาเลย ดังนี้ สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการจึงไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาอย่างแน่นอน เมื่อไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกได้ผลของคำพิพากษหากจะเกิดขึ้นจึงไม่น่าจะเป็นในทางที่เป็นผลร้ายต่อข้อสัญญาหรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการ

ฉะนั้น จึงสรุปได้ว่า เรื่องสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ผู้เขียนศึกษานี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 วินิจฉัยไว้ ซึ่งเป็นเรื่องข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นก็จริง แต่หากศึกษาโดยละเอียดแล้วจะพบว่า ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นตามคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อตกลงเชิงบังคับให้กรรมการของบริษัทต้องถือครองหุ้นของบริษัทไว้ตามอัตราร้อยละที่กำหนดตลอดเวลาของการร่วมทุน และข้อตกลงในเรื่องการจ่ายเงินปันผลของบริษัท ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับข้อตกลงตั้งกรรมการในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ผู้เขียนศึกษา

เมื่อข้อตกลงตั้งกรรมการในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเป็นคนละเรื่องกับคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จึงไม่ตกอยู่ภายใต้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ ข้อตกลงตั้งกรรมการในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นของผู้เขียนจึงยังไม่ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานแต่อย่างใด

อนึ่ง จากการศึกษาค้นคว้าผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 ข้างต้นน่าจะเป็นคำพิพากษาที่ตัดสินเฉพาะกรณี เพื่อให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะคดี หากใช้เป็นข้อกฎหมายที่จะนำมาเป็นบรรทัดฐานที่จะนำไปอ้างอิงแต่อย่างใด

ประเด็นปัญหาประการต่อมาว่า ในประเทศไทยข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองจะใช้ได้หรือไม่

นักกฎหมายท่านหนึ่งเห็นว่า ถ้าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในกรณีที่บังคับให้ผู้ถือหุ้นเลือกกรรมการที่ตนไม่ประสงค์จะเลือก ไม่น่าจะมีผลบังคับตามกฎหมายเพราะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 ข้างต้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองควรมีผลสมบูรณ์และบังคับได้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการที่ 1 ข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์ของการแสดงเจตนาที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อการเมือง การปกครองและผลประโยชน์ของประเทศ ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรม ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อจารีตประเพณีและศาสนา ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อสถาบันครอบครัว ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่ได้เป็นการแสดงเจตนาที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สาม

ประการที่ 2 ข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้เป็นการตกลงตั้งกรรมการของบริษัทจำกัดขึ้นเอง โดยไม่ต้องมีการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น หากแต่เป็นเพียงการตกลงร่วมกันที่จะรวบรวมการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของตนในฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัทไปในทางหนึ่งทางใดร่วมกันเมื่อมีการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเพื่อแต่งตั้งคณะกรรมการของบริษัท อันเป็นสิทธิของเหล่าผู้ถือหุ้นโดยแท้ จึงไม่ได้เป็นการกำหนดให้บุคคลอื่นนอกจากที่ประชุมใหญ่เป็นผู้ตั้งกรรมการ อันจะขัดต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151

ประการที่ 3 ข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้เป็นการตกลงที่ขัดต่อบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัดอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากไม่ได้เปลี่ยนแปลงโครงสร้างใด ๆ ของบริษัทจำกัดให้ผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยบริษัท หากแต่เป็นเพียงการกำหนดถึงวิธีการตั้งกรรมการที่เป็นเรื่องโครงสร้างภายในขององค์กรธุรกิจ (กำหนดเรื่องบุคคลหรือบุคลากร ไม่ใช่เรื่องรูปแบบของบริษัทจำกัด) หรือเป็นเพียงการกำหนดถึงวิธีการสนับสนุนการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการ ผู้ซึ่งจะเข้ามาทำหน้าที่ในการบริหารจัดการงานของกิจการอันเป็นเรื่องทางธุรกิจและทรัพย์สินของเอกชนที่จะส่งผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อเงินลงทุนของเหล่าผู้ถือหุ้น และไม่ได้เป็นการบังคับให้ผู้ถือหุ้นเลือกกรรมการที่ตนไม่ประสงค์จะเลือก และ

ประการที่ 4 ข้อตกลงตั้งกรรมการเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาที่บุคคลสามารถที่จะแสดงเจตนาผูกพันกันได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติในบรรพ 3 ลักษณะ 22 ฐานส่วนและบริษัท เป็นเอกเทศสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งตามหลักในทางกฎหมายเอกชน อะไรที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ ย่อมสามารถตกลงให้แตกต่างจากบทบัญญัติของกฎหมายได้ เมื่อข้อตกลงดังกล่าวไม่ได้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายว่าด้วยบริษัท ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้นจึงควรที่จะถูกจัดทำได้ และควรมีผลสมบูรณ์ ตลอดจนบังคับได้ตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาตามหลักเสรีภาพในการ

ทำสัญญา (Freedom of Contract) และหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (Autonomy of the Will)

ประเด็นปัญหาประการที่ (1.2) ข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวนี้ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทจะใช้ได้หรือไม่

สำหรับปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นกับบริษัท หรือก็คือ ปัญหาสถานะทางกฎหมายในกรณีที่บริษัทได้เข้าเป็นคู่สัญญานั้นเป็นเรื่องที่ค่อนข้างมีความซับซ้อนตลอดจนมีรายละเอียดปลีกย่อยเกี่ยวกับผลทางกฎหมายอีกมาก ปัญหาเบื้องต้นในเรื่องสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นกับบริษัทจำกัดนี้มักจะเกิดคำถามขึ้นก็คือว่า บริษัทจะสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้หรือไม่ และการที่บริษัทเข้าผูกพันตนเองเป็นคู่สัญญาจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์และการมีผลบังคับของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือไม่ เพียงใด

อนึ่ง ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นกับบริษัทไม่ได้อยู่ในขอบเขตการศึกษาของผู้เขียน ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอกล่าวแต่เพียงว่า ปัญหาสถานะทางกฎหมายในกรณีที่บริษัทได้เข้าเป็นคู่สัญญานั้นเป็นประเด็นปัญหาที่สามารถทำการศึกษาต่อได้ อย่างไรก็ตาม การศึกษาของผู้เขียนมุ่งเน้นไปที่ปัญหาสถานะทางกฎหมายกรณีผู้เป็นคู่สัญญา คือ ผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง

ประเด็นปัญหาประการที่ (2) เมื่อมีการผิดข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้น จะมีกระบวนการบังคับชำระหนี้อย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่งคือว่า กรณีนี้สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้มีการบังคับตามข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการได้หรือไม่ หรือจะใช้คำพิพากษาของศาลเพื่อแทนการแสดงเจตนาได้หรือไม่ หรือกรณีนี้ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่เสียหายจะทำได้แต่เพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญา ซึ่งจะกล่าวโดยสรุปที่ละประเด็นดังต่อไปนี้

(2.1) ปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกรณีผิดสัญญา

ปัญหาว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเจ้าหนี้จะฟ้องบังคับให้มีการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการโดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 213 บรรคหนึ่งได้หรือไม่ กล่าวคือ ให้มีการแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยให้บริษัทจัดประชุมผู้ถือหุ้นใหม่เพื่อให้ผู้ถือหุ้นปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในกรณีที่มีการผิดสัญญาดังกล่าวสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้มีการบังคับชำระหนี้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า มูลหนี้ที่จะต้องแสดงเจตนาออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการในการประชุมผู้ถือหุ้น เป็นหนี้กระทำการ ซึ่งโดยหลักของหนี้กระทำการ ถ้าลูกหนี้ไม่สมัครใจชำระหนี้เองแล้ว โดยสภาพของหนี้กระทำการจะไม่เปิดช่องให้มีการบังคับให้ลูกหนี้กระทำการได้ เว้นแต่ในกรณีที่หนี้กระทำการนั้นไม่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว

เมื่อพิจารณาหน้าที่ที่จะต้องออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการให้เป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นหน้าที่กระทำการ ผู้เขียนเห็นว่า

เหตุผลประการที่ 1 หน้าที่ที่จะต้องออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการของผู้ถือหุ้นน่าจะเรียกได้ว่าเป็นหน้าที่กระทำการที่บุคคลภายนอกไม่อาจกระทำแทนได้ เพราะบุคคลภายนอกมิได้เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท

เหตุผลประการที่ 2 โดยหลักแล้วผู้เป็นกรรมการจะตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจึงเป็นองค์กรหลักภายในบริษัทจำกัดที่มีอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151 เมื่อข้อตกลงตั้งกรรมการไม่มีผลผูกพันบริษัท ผู้เขียนจึงเห็นว่า คู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการจึงไม่อาจดำเนินการบังคับให้บริษัทหรือกรรมการของบริษัทจัดการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการที่มีคู่สัญญาคือผู้ถือหุ้นด้วยกันเองได้ เรียกได้ว่าเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้มีการบังคับให้มีการดำเนินการจัดประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการ

เหตุผลประการที่ 3 คือ หากมีผู้ถือหุ้นบางส่วนในบริษัทไม่ได้เข้าเป็นคู่สัญญา การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งกรรมการ อาจเป็นการทำลายและทำให้ผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ในบริษัทต้องเสียสิทธิ หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นคนอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้

เหตุผลประการที่ 4 การที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแก่ผู้ถือหุ้น ไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ถือหุ้น เพราะการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นไม่ใช่หน้าที่ตามกฎหมายที่ผู้ถือหุ้นจะต้องใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนเสมอ สิทธิออกเสียงลงคะแนนเป็นสิทธิส่วนตัวของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจึงมีเสรีภาพในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของตน ไม่มีใครสามารถบังคับได้ และเมื่อผู้ถือหุ้นไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องไปออกเสียงลงคะแนน ดังนั้น ศาลจึงไม่สามารถออกคำสั่งบังคับให้ผู้ถือหุ้นออกเสียงลงคะแนนได้

อย่างไรก็ตาม ยังมีนักกฎหมายและนักวิชาการอีกหลายท่าน เห็นไปในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ แนวความคิดที่ 2 คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาสามารถดำเนินการเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ทั้งนี้ ศาลจะสั่งบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล

นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการที่เห็นด้วยกับแนวความคิดที่ 2 นี้อีกว่า คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาสามารถดำเนินการเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติผิดสัญญา

ระหว่างผู้ถือหุ้น ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น รวมทั้งบริษัท โดยให้นำหลักในเรื่องของกฎหมายปิดปาก (Estoppel) อันเป็นหลักสุจริตอย่างหนึ่งเข้ามาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญา ซึ่งจะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขว่าคู่สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นทุกคนได้ตกลงยินยอม และบริษัทเข้าได้เข้าผูกพันเป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวด้วย

ในประเด็นนี้จากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีปัญหาบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ซึ่งรวมถึงข้อตกลงเรื่องการตั้งกรรมการ โดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้รับการแก้ไขโดย the Model Business Corporation Act § 7.31 (b) (2005)³ ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า

“... (ข) ข้อตกลงในการลงคะแนนตามมาตรานี้สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรงตามสัญญาได้”

โดย the Model Business Corporation Act § 7.31 (b) นี้ให้อำนาจศาลที่จะมีคำสั่งด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือโดยตรง (By Court-ordered Specific Performance) ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน (A Shareholder Voting Agreement) เมื่อมีการฝ่าฝืนหรือผิดสัญญา กล่าวคือ ศาลจะสั่งให้ผู้สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา (The Breaching Shareholder) ออกเสียงลงคะแนนตามที่ระบุไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (To Cast His Vote as Prescribed in the Shareholders' Agreement)

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้กฎหมายของมลรัฐเดลาแวร์ คือ the Delaware General Corporation Law Title 8 § 218 (c) ไม่ได้รับเอาแบบตัวอย่างกฎหมายจาก the Model Business Corporation Act § 7.31 (b) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายของตน ดังนั้น ในการพิจารณาพิพากษาคดีบางคดีจึงเกิดอุปสรรคขึ้น กล่าวคือ บางครั้งศาลไม่เต็มใจ (Reluctant) ที่จะสั่งให้ผู้ถือหุ้นลงคะแนนเสียงในบางกรณี และสรุปว่าการออกเสียงลงคะแนนเป็นเรื่องที่จะต้องหาทางแก้ปัญหาในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยตนเอง ดังตัวอย่างที่ปรากฏในคดี *Ringling Bros.-Barnum & Bailey Combined Shows v. Ringling*, 53 A.2d 441 (Del. 1947) ซึ่งสรุปได้ว่า ทั้งศาลล่างและศาลอุทธรณ์ล้วนเห็นตรงกันว่า ข้อตกลงเรื่องการออกเสียงลงคะแนนในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นถูกต้องสมบูรณ์และมีผลบังคับได้ โดยศาลล่างให้เลิกรกรรมการใหม่โดยให้นับคะแนนตามข้อตกลง ซึ่งถือว่าศาลล่างได้มีคำสั่งให้บังคับชำระ

³ See the Model Business Corporation Act § 7.31 (b) (2005) (providing that (b) A voting agreement created under this section is specifically enforceable.”).

หนี้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ศาลอุทธรณ์ตัดสินให้การออกเสียงลงคะแนนที่ฝ่าฝืนข้อตกลงไม่นำมาคำนวณเป็นคะแนนเสียง จึงเท่ากับไม่ได้เป็นการบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือไม่ได้เป็นการบังคับให้ชำระให้ตรงตามสัญญา

สำหรับประเทศอังกฤษปัญหาการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ซึ่งรวมถึงข้อตกลงเรื่องการตั้งกรรมการโดยการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนี้มีนักวิชาการทางกฎหมายได้แสดงความเห็นไว้ว่า สำหรับการบังคับใช้ข้อตกลงการออกสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Enforcement of Voting Agreements) ในหมู่นักวิชาการแห่งสหราชอาณาจักร (the UK scholars) ไม่มีข้อขัดแย้งใด ๆ ถึงการบังคับใช้ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือการชำระหนี้โดยตรง (by Specific Performance of the Voting Agreements)

นอกจากนี้ ศาลอังกฤษยังได้ยอมรับและได้แสดงให้เห็นถึงการยอมรับถึงการบังคับใช้ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนด้วยวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยการพิจารณาพิพากษาและออกคำสั่งห้ามเพื่อบรรเทาความเสียหายหรือคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว (Injunctive Relief) กล่าวคือ ห้ามลงคะแนนเสียงไปในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหรือผิดข้อตกลงการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน หรือในทางตรงกันข้าม ศาลอาจพิจารณาพิพากษาและออกคำสั่งให้ออกเสียงลงคะแนนตามข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญา

อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงการออกเสียงลงคะแนนจะสามารถถูกบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงได้ก็แต่โดยศาลเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การที่จะบังคับให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงต้องอาศัยคำพิพากษาหรือคำสั่งจากศาลเท่านั้น

อนึ่ง สำหรับประเทศไทยผู้เขียนเห็นคล้ายตามกับแนวทางที่ 1 มากกว่าดังเหตุผลทั้ง 4 ประการที่ได้กล่าวมา ฉะนั้น เมื่อไม่อาจบังคับบริษัทซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้ ก็น่าที่จะเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ทำการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ตามมาตรา 213 วรรคหนึ่ง คงต้องไปพิจารณาวิธีการขอให้ศาลถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาแทนในมาตรา 213 วรรคสอง และวิธีการขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย

(2.2) ปัญหาการอาศัยคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนา

ในเรื่องกระบวนการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นโดยการถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา กล่าวได้ว่า หนี้กระทำการที่เป็นการทำนิติกรรมซึ่งเป็นเรื่องของการแสดงเจตนา นั้น ถ้าถูกหนี้ไม่ไปทำนิติกรรม มาตรา 213 วรรคสอง ให้ศาลสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้ และการที่จะให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาได้นั้น ต้องเป็นหนี้ที่เป็นการทำนิติกรรม เราจึงต้องมาพิจารณาว่าการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัท หรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัท และการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น หรือการประชุมผู้ถือหุ้นเหล่านี้เป็นนิติกรรม

หรือไม่ เพื่อพิจารณาว่าจะสามารถเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาแทนการได้มาซึ่งมติที่ประชุมได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาถึงความหมายและลักษณะของนิติกรรม ตลอดจนองค์ประกอบของนิติกรรมประกอบกับบทสัมภาษณ์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัท หรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัทมีองค์ประกอบครบถ้วนในเรื่องของบุคคล วัตถุประสงค์ แบบ และเจตนา การแสดงเจตนาของบุคคลโดยการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัท จึงอยู่นิยามความหมายของมาตรา 149 และการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัทจึงเป็นนิติกรรม ซึ่งในตำราของท่าน รองศาสตราจารย์ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์ ได้จัดกลุ่มนิติกรรมประเภทนี้ว่าเป็นนิติกรรมในความสัมพันธ์กับบุคคล อันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (Unilateral Act) ประเภทนิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีหลายคน

ด้วยเหตุนี้ การแสดงเจตนาของบุคคลโดยการออกเสียงลงคะแนนในวาระการตั้งกรรมการในที่ประชุมของบริษัท จึงเป็นนิติกรรมด้วย เมื่อเรามองว่า การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของบริษัทหรือการลงมติในที่ประชุมของบริษัท และการประชุมผู้ถือหุ้นเป็นนิติกรรมแล้ว หากว่าเจ้าหนี้ไม่อาจบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ผู้เขียนจึงมองว่า เจ้าหนี้ในเรื่องของการเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาที่หนี้จะต้องเป็นหนี้กระทำการอันเป็นการทำนิติกรรม ซึ่งอาจมีหนทางหรือความเป็นไปได้ในการที่เจ้าหนี้จะขอต่อศาลให้มีการถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ผู้ผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ ตัวอย่างคำพิพากษาที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะนำมาพิจารณาเทียบเคียงกับเรื่องนี้ได้ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 94/2547 “ตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในคดีก่อนให้จำเลยในคดีดังกล่าวดำเนินการยื่นคำขอจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงแก้ไขชื่อจำเลยที่ 3 ออกจากการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของจำเลยที่ 1 ต่อนายทะเบียนกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ หากจำเลยในคดีดังกล่าวไม่ปฏิบัติ ให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา...” และระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2538 (คำวินิจฉัยของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่ พณ 0803.01/175 เรื่อง การจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงหุ้นส่วนตามคำพิพากษาของศาล ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2548)

อย่างไรก็ดี มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่ออีกว่า หากเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาได้ เท่ากับมีผลให้คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลเป็นการแสดงเจตนาของผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ผิดสัญญาเริ่มตั้งแต่แทนการมาประชุมของผู้ถือหุ้น อันจะส่งผลกระทบต่อองค์ประชุมของผู้ถือหุ้น และแทนการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการในการประชุม อันจะส่งผลกระทบต่อมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้หรือไม่ ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า ไม่น่าจะเป็นเช่นนั้นได้ เพราะคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลไม่น่าจะแทนการไปประชุมผู้ถือหุ้นของบุคคลผู้เป็นผู้ถือหุ้นได้ เมื่อไม่อาจ

แทนการไปประชุมผู้ถือหุ้นของบุคคลผู้เป็นผู้ถือหุ้นได้ ย่อมไม่อาจนับหุ้นของบุคคลดังกล่าวเป็นองค์ประชุมของการประชุมผู้ถือหุ้นได้ เมื่อไม่อาจนับหุ้นของบุคคลดังกล่าวเป็นองค์ประชุมได้ ก็ย่อมจะไม่เกิดคะแนนเสียงในหุ้นของผู้ถือหุ้นฝ่ายนั้นในการประชุมได้

ดังนั้น แม้การแสดงเจตนาของบุคคลโดยการออกเสียงลงคะแนนในวาระการตั้งกรรมการในที่ประชุมของบริษัทเป็นนิติกรรมก็ตาม แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลไม่อาจสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาหรือคำสั่งแทนการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอีกฝ่าย เพราะจะมีผลเป็นการแทนการมาประชุมของผู้ถือหุ้น และยังมีผลกระทบต่อองค์ประชุมของผู้ถือหุ้น ตลอดจนคดีในการออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการของคู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา นอกจากนี้ ยังอาจมองได้ว่าเป็นการที่ศาลก้าวล่วงไปตั้งกรรมการของบริษัทจำกัดได้ ทั้งไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลโดยชัดแจ้งดังเช่นเรื่องการโอนที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน

(2.3) ปัญหาการเรียกค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น

สำหรับกระบวนการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการโดยการเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย กล่าวได้ว่า บังคับชำระหนี้โดยค่าสินไหมทดแทนนั้น เป็นผลผิดธรรมดาของหนี้ (Abnormal Execution) ซึ่งโดยทั่วไปเกิดแต่การที่จะบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงไม่ได้ หรือเจ้าหนี้ไม่ต้องการจะให้บังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ต่อเมื่อเป็นเช่นนี้ จึงอาจมีการบังคับชำระหนี้โดยให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนกัน การเรียกค่าเสียหายนี้เป็นมาตรการเสริมจากการที่เจ้าหนี้มีสิทธิบังคับชำระหนี้ หรือเป็นมาตรการในทางเยียวยาจากการที่ได้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงหรือมีการบังคับชำระหนี้ด้วยวิธีการอื่น เพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง ดังนั้นแม้หนี้ที่เกิดจากสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นไม่ได้กำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายกันไว้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกได้หากมีความเสียหายเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้

ปัญหาเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น คือ การพิสูจน์ความเสียหาย กล่าวคือว่า ค่าเสียหายจากการที่มีผู้ถือหุ้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในการตั้งกรรมการของบริษัท เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ได้ว่า ความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นคืออะไร ติมูลค่าเป็นเงินได้จำนวนเท่าไร เพราะการที่กรรมการของผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาได้รับเลือกเข้าไปนั่งเป็นกรรมการ ก็ไม่ได้หมายความว่าทำให้บริษัทมีกำไรเพิ่มมากขึ้น หรือทำให้มีการจ่ายเงินปันผลมากขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้กรรมการของผู้ถือหุ้นฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญาได้รับเลือกเข้าไปบริหารบริษัทอาจจะทำให้งบการเงินของบริษัทขาดทุนก็ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจและปัจจัยหลาย ๆ อย่าง และหากพิจารณาในแง่อำนาจบริหารของกรรมการบริษัทที่จะมีส่วนร่วมตัดสินใจในกิจการหรือโครงการต่าง ๆ ของบริษัท ซึ่งไม่ว่าจะเป็นกรรมการของฝ่ายไหนก็ต้องปฏิบัติอย่างดีที่สุดเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น ดังนี้ จึงเป็นเรื่องยากมากที่จะพิสูจน์ได้ว่าการไม่ได้รับเลือกเป็นกรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นอย่างไรและเป็นจำนวนเท่าไรบ้าง

ยิ่งไปกว่านั้น แม้การเลือกกรรมการโดยฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจนเกิดข้อพิพาทกันในระหว่างผู้ถือหุ้นจนทำให้บริษัทตกอยู่ในภาวะที่ไม่อาจดำเนินกิจการต่อไปได้ (Deadlock) จะบอกว่าเป็นการทำให้บริษัทเดินต่อไปไม่ได้จึงขอเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้นจะดูจะไกลเกินกว่าเหตุ

5.2 ข้อเสนอแนะ

ในประเด็นเรื่องสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้น ผู้เขียนขอเสนอแนะเป็น 2 ช่วงเวลา

ช่วงเวลาที่ 1 ข้อเสนอในระยะสั้นหรือในช่วงเริ่มต้น กล่าวคือ ในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนคิดว่า ควรแก้ไขปัญหาของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการ โดยวิธีการเสนอแนะให้ คู่สัญญาหรือผู้ถือหุ้นซึ่งต้องการจะหลีกเลี่ยงประเด็นปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายควรที่จะเจรจาตกลงกันถึงรายละเอียดของข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นให้รัดกุมรอบคอบมากขึ้นตั้งแต่ก่อนหรือขณะเริ่มต้นเข้าทำสัญญา โดยคู่สัญญาควรหลีกเลี่ยงการตกลงในเรื่องที่ขัดต่อคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ตลอดจน ตกลงกันถึงรายละเอียดเรื่องต่าง ๆ ไว้ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการ ให้ครอบคลุมมากที่สุดเท่าที่จะคาดการณ์และเล็งเห็นได้

นอกจากนี้ ควรที่กำหนดถึงข้อตกลงเรื่องโมฆะแยกส่วนเพื่อเอาไว้ด้วย (Severability Clause) โดยอาจตกลงกันไว้ว่า “ถ้ามีบางส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นฉบับนี้ถูกวินิจฉัยโดยศาลที่มีอำนาจ ว่าเป็นอันบังคับใช้ไม่ได้ ส่วนดังกล่าวจะถูกถือว่าเป็นส่วนที่แยกออกได้จากส่วนที่บังคับใช้ได้ที่ยังเหลืออยู่ในสัญญานี้ และส่วนที่แยกออกได้ยังคงอยู่ในสภาพที่จะถูกนำไปใช้หรือมีผลตามที่กำหนดไว้หรือในขอบเขตมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ตามเจตนารมณ์เดิมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในส่วนที่เกี่ยวข้องนั้น”

ยิ่งไปกว่านั้น ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นและมีความจำเป็นที่จะดำเนินการฟ้องร้องต่อศาล คู่สัญญาหรือผู้ถือหุ้นควรจะต้องยกประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางกฎหมายของข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น พร้อมด้วยเหตุผลประการต่าง ๆ ตามผู้เขียนได้กล่าวไปขึ้นเป็นประเด็นต่อสู้คดีด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องสถานะทางกฎหมายของข้อตกลงตั้งกรรมการว่า เป็นคนละเรื่องกับข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 เพื่อให้ศาลเห็นถึงความแตกต่างว่า ข้อตกลงตั้งกรรมการไม่ตกอยู่ภายใต้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว

และเพื่อให้ศาลเห็นว่าข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นยังไม่ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานแต่อย่างใด อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3402/2548 ข้างต้นน่าจะเป็นคำพิพากษาที่ตัดสินเฉพาะกรณี เพื่อให้เกิดความยุติธรรมเฉพาะคดี หากใช้เป็นข้อกฎหมายที่จะนำมาเป็นบรรทัดฐานที่จะนำไปอ้างอิงแต่อย่างใด

ช่วงเวลาที 2 ข้อเสนอแนะในระยะยาวหรือในอนาคต กล่าวคือ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการแก้ไขปัญหายังยืนยันทราบสถานะทางกฎหมายของสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้น คือ ควรจัดให้มีการเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มีการรองรับถึงข้อตกลงเรื่องการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันจัดทำข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ได้ และให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลสมบูรณ์ โดยเพิ่มเติมข้อตกลงหรือสัญญาชนิดนี้ไว้ในบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่า ควรเอากฎหมายต้นแบบหรือแบบตัวอย่างของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ the Model Business Corporation Act § 7.31 (2005) และ the Delaware General Corporation Law Title 8 § 218 (c) เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าว กล่าวคือ ผู้เขียนเสนอแนะให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติทำการกำหนดให้บุคคลที่ประสงค์จะจัดทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้น ต้องดำเนินการจัดทำข้อตกลงดังกล่าวโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษร และลงนามโดยผู้ถือหุ้นทุกคนที่เข้าร่วมตกลง หากไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้ข้อตกลงดังกล่าวไม่สมบูรณ์

ส่วนในประเด็นเรื่องกระบวนการหรือวิธีการในการบังคับชำระหนี้ตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้น ผู้เขียนขอเสนอแนะเป็น 2 กรณี

กรณีที่ 1 ในปัญหาเรื่องการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกรณีผิดสัญญานั้นจากผู้เขียนได้เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้เป็นไปตามแนวทางของกฎหมายต้นแบบหรือแบบตัวอย่างของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ the Model Business Corporation Act § 7.31 (2005) และ the Delaware General Corporation Law Title 8 § 218 (c) แล้ว ปัญหาในการบังคับชำระหนี้จะหมดสิ้นไปเพราะใน the Model Business Corporation Act § 7.31 (b) (2005) เพราะนอกจากกฎหมายดังกล่าวจะบัญญัติให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันจัดทำข้อตกลงในลักษณะเช่นนี้ได้ และให้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลสมบูรณ์แล้ว ยังบัญญัติให้ศาลมีอำนาจในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามข้อตกลงดังกล่าวด้วย มิฉะนั้น อาจเกิดปัญหาในการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงดังคดีที่เกิดขึ้นในมลรัฐเดลาแวร์ที่ได้กล่าวไปข้างต้น

หากไม่แก้ไขปัญหาโดยการเพิ่มทบทวนนิติตั้งที่กล่าวข้างต้น คู่สัญญาหรือผู้ถือหุ้นอาจแก้ไขปัญหาการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงโดยวิธีเจรจาตกลงกันถึงรายละเอียดของข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นให้รัดกุมรอบคอบมากขึ้นตั้งแต่ก่อนหรือขณะเริ่มต้นเข้าทำสัญญา โดยคู่สัญญาอาจตกลงกันไว้ล่วงหน้าเป็นทำนองว่า “หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการ ก็ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นยอมให้อีกฝ่ายใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนตั้งกรรมการแทนตนได้” เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าศาลปฏิเสธการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงผู้เขียนขอเสนอแนะให้ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายแทนการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

กรณีที่ 2 สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับข้อตกลงตั้งกรรมการ หรือข้อตกลงเรื่องการร่วมกันลงคะแนนเสียงตั้งกรรมการระหว่างผู้ถือหุ้น คือ ปัญหาในการพิสูจน์ความเสียหาย ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ได้ว่า ความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นคืออะไร ตีมูลค่าเป็นเงินได้จำนวนเท่าไร ดังนั้น ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า ในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นจึงควรกำหนดเรื่องการเยียวยาความเสียหายจากการผิดสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นเอาไว้ด้วย เช่น การกำหนดเบี้ยปรับ หรือการกำหนดค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ผิดสัญญาเอาไว้ล่วงหน้าในสัญญา

ยิ่งไปกว่านั้น คู่สัญญาอาจตกลงถึงเรื่องการผิดข้อตกลงตั้งกรรมการตามสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น โดยให้ถือว่าเป็นการผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ และให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ผิดสัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ตลอดจน ดำเนินการชำระบัญชีเลิกบริษัทในกรณีที่มีการผิดสัญญากัน หรือมิฉะนั้นคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจดำเนินการร้องขอต่อศาลให้มีการเลิกบริษัทโดยถือว่าเป็นเหตุอื่นใดที่ทำให้บริษัทนั้นเหลือวิสัยที่จะดำรงคงอยู่ต่อไปได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 1237 (5) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อย ที่ 21/2560 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ ข้อที่ 6

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

- กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ. หนังสือชุด “การควบคุมกิจการ” เล่ม 2 : กลยุทธ์การควบคุมกิจการอย่างมืออาชีพ. พิมพ์ครั้งที่ 3. 2 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557.
- จันทร์ สันตฤกษ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.
- จิต เศรษฐบุตร. แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- จิตติ ติงศักทีย และ ยล ชูกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452. พระนคร : ร.พ.ไทยพิทยา, 2503.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4 ฉบับปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548
- ดาราพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- เทพวิฑูร, พระยา (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240. พิมพ์ครั้งที่ 2. พระนคร : ไทยพิทยา, 2509.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ. หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : ภาพพิมพ์, 2526.

- พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา. ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณา. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2539.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2559.
- ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548.
- _____. ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539.
- มนูภาณวิมลศาสตร์, พระ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร ลักษณะสัญญาผิดกฎหมาย. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2544.
- ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.
- ศักดิ์ สนองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544). พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551.
- สมชัย ทรัพย์วณิช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน-บริษัท. กรุงเทพมหานคร : กรุงสยามการพิมพ์, 2525.
- สมยศ เชื้อไทย. ความรู้กฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.
- สทนต์ รัตนไพจิตร. “คำบรรยายวิชา น.751 ปัญหากฎหมายธุรกิจ”. ชั้นปีที่ 1 หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2558. (เอกสารอยู่ระหว่างจัดทำ).
- _____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

สุรเกียรติ์ เสถียรไทย. บทบาทของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505. พิมพ์ครั้งที่ 2. 4 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2509.

_____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2527.

_____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบ บริบูรณ์) พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2527.

เสาวนีย์ อัสวโรจน์. คำอธิบายหลักกฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ่นส่วน-บริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551.

_____. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ่นส่วน-บริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2556.

หยุด แสงอุทัย แก้ไขปรับปรุงโดย สมยศ เชื้อไทย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

_____. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง เล่ม 1. 2 เล่ม. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2516.

_____. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517.

อธิก อัสวานันท์. ร่างสัญญาธุรกิจ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

อักขราทร จุฬารัตน. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติกรรม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

อัศววิทย์ สุมาวงศ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายแพ่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.

บทความวารสาร

“สัญญาผู้ถือหุ้น ในคดีฟื้นฟูกิจการ สิทธิของผู้ถือหุ้นเมื่อบริษัทถูกหนีมีหนี้สินส่วนตัว.” ใน ธุรกิจก้าวหน้า. เล่มที่ 210 (25 ก.พ.-25 มี.ค. 2549) : 44 – 57 .

ไชยวัฒน์ บุณนาค. “หลักการให้ความเห็นทางกฎหมาย.” วิชาการจัดทำเอกสารทางกฎหมาย. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ใช้บังคับได้หรือไม่..” ใน การเงินการธนาคาร. ฉบับที่ 294. (ต.ค.2549) : 208 – 211.

ชรินทร์ สัจจญาณ. “ข้อพิจารณาในการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น.” Tax & Business Law Magazine. เล่มที่ 97 ปีที่ 9. (ต.ค.2545) : 114 – 117.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. “ความสำคัญของการตีความในวิชาชีพกฎหมาย.” วารสารดุลพินิจ. เล่มที่ 2. ปีที่ 55. (พฤษภาคม – สิงหาคม 2551) : 14.

นิลุบล เลิศนุวัฒน์. “ความเป็นเจ้าของและอำนาจในการควบคุมบริษัทในประเทศเอเชียตะวันออก.” ใน หนังสือรวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี รองศาสตราจารย์ สุดา วิสฤตพิชญ์. จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 155. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์, 2558.

ประกาศิต อิฐรัตน์. “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชน.” ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. “การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท.” ใน หนังสือรวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60 ปี รองศาสตราจารย์ สุดา วิสฤตพิชญ์. จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 117 – 118. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558.

อุกฤษ มงคลนาวิน. “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” บทบัญญัติ. เล่ม 32. (มีนาคม 2518) : 14 – 15.

อุดม ปรีเปรมวัฒนา. “สัญญาผู้ถือหุ้น ในคดีฟื้นฟูกิจการ.” ใน จุฬาลงกรณ์วารสาร. เล่มที่ 69. ปีที่ 18. (ต.ค.-ธ.ค. 2548) : 5 – 15.

วิทยานิพนธ์

จุฑามาศ ต้นบุญเพิ่ม. “สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้น : ศึกษารูปแบบและเงื่อนไขในการกำหนดสิทธิออกเสียง”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ชัยวัธ มะระพฤกษ์วรรณ. “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้ข้อสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ในบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.

ณัฐกานต์ พิพิธกุล. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้น”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.

ดนยา โรจนานนท์. “กรรมการสำรองในบริษัท”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ปิติพงศ์ อาชามงคล. “ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

มนัน ยามาเจริญ. “ปัญหาความรับผิดอันเกิดจากการบังคับชำระหนี้โดยพลการในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

ยินดี วิชชุโอภาส. “อำนาจที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการควบคุมการดำเนินการของบริษัท”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

วุฒิพงศ์ วงษ์ศรีแก้ว. “ความรับผิดของกรรมการที่บริหารบริษัทในกรณีบริษัทล้มละลาย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

สุรียนตร์ โสติทิต. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลของบริษัท”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

อภิสิทธิ์ ไตระหันท. “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค. “หลักเกณฑ์การโอนสิทธิและหน้าที่ในคำขอขายไฟฟ้าหรือในสัญญาซื้อขายไฟฟ้า.” https://www.pea.co.th/Portals/_default/Documents/announce_transfer_20160930.pdf?ver=2016-10-13-115449-987, 27 มิถุนายน 2560.

คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับย่อ. <http://www.deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>,
9 มกราคม 2559.

ศิลปพร ศรีจันเพชร. “ทฤษฎีบรรษัทภิบาล.” <http://www.jba.tbs.tu.ac.th/files/Jba120/Column/JBA120SinlapapornC.pdf>, 10 เมษายน 2560.

เสถียรภาพ นาหลวง. “ปัญหาการใช้ทฤษฎีความเป็นบุคคลของบริษัทในประเทศไทย (Problems of Personality of Corporations Theory Implementation in Thailand).”
<http://www.assumptionjournal.au.edu/index.php/LawJournal/article/viewFile/946/850>, 11 เมษายน 2560.

สัมภาษณ์

สัมภาษณ์ ดาราพร ถิระวัฒน์. รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
ห้องพักคณาจารย์คณะนิติศาสตร์. 24 มีนาคม 2559.

เอกสารอื่น ๆ

บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 385/2521
ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 119 ตอนที่ 36 ก หน้า 22 ลงวันที่ 23 เมษายน 2545

Books and Book Articles

American Bar Association. Official Comment Model Corporation Act. 4th ed. 2007.

Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. 10th ed. Thomson Reuters, 2014.

Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. 7th ed. Thomson Reuters, 1999

Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. 8th ed. Thomson Reuters, 2004.

Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. 9th ed. Thomson Reuters, 2009.

Cary. William L. Cases and Materials on Corporations. St. Paul Minneola, New York :
The Foundation Press, 1969.

CHARLES R. T. O'KELLEY AND ROBERT B. THOMPSON, CORPORATIONS AND OTHER
BUSINESS ORGANIZATIONS 4th ed. New York : Aspen Publishers, 2003.

COMMITTEE OF CORPORATE LAWS. ABA SECTION of BUSINESS. MANAGING CLOSELY HELD CORPORATIONS: A LEGAL GUIDEBOOK. 2003.

Delaware Code Title 8.

Ewan McKendrick. Contract Law. 6th ed., London : Palgrave Macmillan, 2005.

F. HODGE O'NEAL. and ROBERT B. THOMPSON. O'NEAL and THOMPSON'S CLOSE CORPORATIONS and LLCs: LAW and PRACTICE VOLUME 1. 1-2. Minnesota : West Third Revised Edition 2005.

FRANKLIN A. GEVURTZ. CORPORATION LAW. 1st ed. Minnesota : West Group, 2000.

Grace McLane Giesel. Corbin on Contracts : Contracts Contrary to Public Policy. Vol. 15. New York : Lexis Nexis Matthew Bender & Co., Inc. Revised Ed, 2003.

Graham Stedman. and Janet Jones. Shareholders' Agreement. 3rd ed. London : Sweet & Maxwell Limited, 1998.

Harry G. Henn. and John R. Alexander. Laws of Corporations. West Publishing Co., 1983.

JESSE H. CHOOPER. JOHN C. COFFEE. JR. RONALD J. GIBSON. CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS. 5th ed. New York : Aspen Publisher, 2000.

John Cadman. Shareholders' Agreement. 4th ed. London : Sweet & Maxwell, 2004.

Jonathan Morgan. Great debates in contract law. 2nd ed. London : Palgrave, 2015.

Katherine Reece Thomas. and Christopher Ryan. ; consulting editor, David Baylis. The Law and Practice of Shareholders' Agreements. 2nd ed. London : LexisNexis Butterworths, 2007.

_____. The Law and Practice of Shareholders' Agreements. 3rd ed. London : LexisNexis Butterworths, 2009.

L.C.B. Gower. Gower's Principles of Modern Company Law. 4th ed. London : Steven & Sons, 1979.

Michael Ottley. Briefcase on Company Law. 2nd ed. London : Cavendish Publishing Limited, 2002.

MODEL BUS. CORP. ACT ANN. Introductory Comment Model Statutory Close Corporation Supplement. 3rd ed. Vol. 4 Section 1. CC-3, 2005.

Model Statutory Close Corporation Supplement.

- Reinhard ZIMMERMANN. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Chapter 24. Termination of obligations. VI The Problem of Specific of performance. Oxford : Charendon Press, 1996.
- Reinier Kraakman. John Armour. Paul Davies. Luca Enriques. Henry Hansmann. Gerard Hertig. Klaus Hopt. Hideki Kanda. and Edward Rock. The Anatomy of Corporate Law. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2009.
- Robert L. Wallace. Strategic partnerships : an entrepreneur's guide to joint ventures and alliances. Chicago : Dearborn Trade Publishing, 2004.
- ROBERTA ROMANO. FOUNDATIONS OF CORPORATE LAW. 1st ed. New York : Foundation Press, 1993.
- Sarah Worthington. Sealy and Worthington's Text, Cases, and Materials in Company Law. 11th ed. Oxford : Oxford University Press, 2016.
- SEALY. L.; WORTHINGTON. S. Cases and Materials in Company Law. 8th ed. Oxford : Oxford University Press, 2008.
- Sean FitzGerald. and Graham Muth. Shareholders' Agreements. 6th ed. London : Sweet & Maxwell Limited, 2012.
- Steven L. Emanuel. Emanuel Law Outlines: Corporations and Other Business Entities. 7th ed., New York : Wolters Kluwer, 2013.
- The Institute for Paralegal Training. Introduction to Corporate Law. London : West Publishing Co., 1997.
- W. Friedmann. Legal Theory. 4th ed. London : Stevens & Son Limited, 1960.
- Wenqing Liao. The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law : A Comparative Law and Economics Perspective. Cambridge : Intersentia Publishing Ltd., 2015

Articles ในวารสารทางกฎหมาย

- B. Neil S. Clarke. "Shareholders' Agreements in Alaska after Hikita v. Nichiro Gyogyo Kaisha, Ltd." Alaska Law Review 4. (1987) : 311 – 332.
- Bonnie G.Buchanan. Jeffry M.Netter. Annette B.Poulsen. and Tina Yang. "Shareholder Proposal Rules and Practice: Evidence from a Comparison of the United

- States and United Kingdom.” American Business Law Journal Issue 4. Volume 49. (Winter 2012) : 793 – 803.
- Carlos D. Israels. “The Close Corporation and the Law.” 33 CORNELL L.Q. (1948) : 491.
- Charles R. O’Kelley. Jr. “Filling Gaps in the Close Corporation Contract: A Transaction Cost Analysis.” 87 Nw. U. L. REV. (1992) : 216.
- Douglas K. Moll. “Shareholder Oppression in Close Corporations: The Unanswered Question of Perspective.” 53 VAND. L. REV. (2000) : 757.
- Edward B. Rock and Michael L. Watcher. “Waiting for the Omelet to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression in Close Corporation.” The Journal of Corporation Law Volume 24. (December 1999) : 913.
- Edwin J. Bradley. “A Comparative Evaluation of Delaware and Maryland Close Corporation Statutes.” Duke Law Journal. (1968) : 527.
- Frank H. Easterbrook. and Daniel R. Fischel. “Close Corporations and Agency Costs.” Stanford Law Review Volume 39. (January 1986) : 271.
- George D. Hornestein. “Stockholders’ Agreements in the Closely Held Corporation.” 59 YALE L. J. (1950) : 1040.
- George J. Siedel. “Close Corporation Law: Michigan, Delaware and the Model Act.” Delaware Journal of Corporation Law Volume 11. (1986) : 384.
- Ghingher, John J. III. “Shareholders' Agreements for Closely Held Corporations: Special Tools for Special Circumstances.” University of Baltimore Law Review. Issue 2. Vol. 4 (1975) Article 3.
- Jame M. Van Vliet Jr. & Mark D. Snider. “The Evolving Fiduciary Duty Solution for Shareholders Caught in a Closely Held Corporation Trap.” 18 N. ILL. U. L. REV. (1998) : 258.
- Karina L.Pulec. “Legal Restraints on the Use of Shareholders' Agreements for Structuring Foreign Investment Deals in Russia.” Cornell International Law Journal. Issue 2. Volume 45 (2012) : 488 – 515.
- Kerry M. Lavalley. “Drafting Shareholder Agreements for the Closely-Held Business.” 4 DEPAUL BUS. L. J. (1991) : 110.
- Kruger. “Pooling Agreements under English Company Law.” 94 LQR (1978) : 561.

- Lucian Bebchuk. "The Case for Increasing Shareholder Power." Harvard Law Review 118. (2004-5) : 844.
- Margaret Person Currin. "Corporations - The Effect of Unanimous Approval on Corporate Bylaws." Campbell L. Rev. 1. (1979) : 153
- Mary Siegel. "Fiduciary Myths in Close Corporation Law." 29 DEL. J. CORP. L. (2004) : 384.
- Melvin Aron Eisenberg. "Contractual Freedom in Corporate Law: Articles & Comments: The Structure of Corporate Law." 89 COLUM. L. REV. (1989) : 1461.
- Michael J. Duffy. "Shareholders Agreements and Shareholders' Remedies Contract Versus Statute?." Bond Law Review. Issue 2. Volume 20 (2008).
- Norwood P. Beveridge Jr. "The Internal Affairs Doctrine: The Proper Law of a Corporation." The Business Lawyer 44. (May 1989) : 693.
- Ralph A. Peebles. "The Use and Misuse of the Business Judgment Rule in the Close Corporation." 60 NOTRE DAME L. REV. (1985) : 466.
- Ricardo Molano-León. "Shareholders' agreements in close corporations and their enforcement in the united states of america." Vniversitas Issue 117. (2008) : 219 – 252.
- Robert B. Thompson. "The Law's Limits on Contracts in a Corporation." J. CORP. LAW 15. (1990) : 393 – 394.
- Sandra K. Millar. "Minority Shareholder Oppression in the Private Company in the European Community: A Comparative Analysis of the German, United Kingdom and French "Close Corporation Problem". " 30 CORNELL INT'L L. J. (1997) : 383.
- Sorochenko, A. V. "The legal status of shareholder agreements in Ukraine." Russian Juridical Journal. Issue 5. Volume 92 (2013) : 117 – 123.
- Susan J. Burrige. "Wrongful Rights Issues." 44 Modern Law Review. (January 1981) : 40 – 67.
- The Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York. "The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders

Agreement Provisions.” Business Lawyer Issue 4. Volume 65 (August 2010) : 1153 – 1203.

Articles ในวารสารทั่วไป

- COWEN, AMANDA P.; KING, ADELAIDE WILCOX; MARCEL, JEREMY J. “CEO SEVERANCE AGREEMENTS: A THEORETICAL EXAMINATION AND RESEARCH AGENDA.” Issue 1. Volume 41. Academy of Management Review. (January 2016) : 151 – 169.
- Des Peelo. “Shareholders’ Agreement in a private companies.” Volume 37 Issue 2. Accountancy Ireland (April 2005) : 64 – 65.
- Michael Jensen and William H. Meckling. “Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure.” 3 Journal of Financial Economics (1976) : 308.
- Murray N Thornhill. and Brent Renner-Hahn. “What to include in a shareholders’ agreement.” 67 Governance Directions (June 2015) : 291.
- Thomas, Steven L.; Kleiner, Morris M. “THE EFFECT OF TWO-TIER COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENTS ON SHAREHOLDERS EQUITY.” Issue 2. Volume 45. Industrial & Labor Relations Review. (January 1992) : 339 – 351.

Electronic Media

- Ashley Dugger. “Equitable Damages” <http://study.com/academy/lesson/specific-performance-and-injunctions-remedies-for-breach-of-contract.html>, June 20, 2017.
- Casebriefs LLC. “Problems of Control : *Galler v. Galler*.” <http://www.casebriefs.com/blog/law/corporations/corporations-keyed-to-klein/problems-of-control/galler-v-galler>, June 3, 2017.
- CaseBriefSummary. “Business Law : *Galler v. Galler*.” <http://www.casebriefsummary.com/galler-v-galler/>, June 3, 2017.
- Chris Chua. & Associates. “SHAREHOLDERS’ AGREEMENTS – What’s In It For Me?.” <http://www.ccnalaw.com/shareholdersagm>, June 11, 2016.

Companies House. "Guidance : Model Articles of Association for Limited Companies."

<https://www.gov.uk/guidance/model-articles-of-association-for-limited-companies>, June 1, 2017.

Delaware Division of Corporations. "About Agency."

<http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>, April 18, 2017,.

Designing Buildings. "Contracts under seal v under hand."

https://www.designingbuildings.co.uk/wiki/Contracts_under_seal_v_under_hand, March 15, 2017.

Emmet Scully. "Shareholders' Agreement : A Practical Analysis."

<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=df9f2b34-8384-407d-80ff-6c58152854b5>, April 9, 2017.

Franklins Solicitors LLP. "Shareholders Agreement." [http://www.franklins-](http://www.franklins-sols.co.uk/cms/document/shareholders_agreement.pdf)

[sols.co.uk/cms/document/shareholders_agreement.pdf](http://www.franklins-sols.co.uk/cms/document/shareholders_agreement.pdf), April 9, 2017.

Leagle, Inc. "*Galler v. Galler*."

http://www.leagle.com/decision/196843595IllApp2d340_1391/GALLER%20v.%20GALLER#, June 3, 2017.

Merriam-Webster. "Definition of Disenfranchise." [https://www.merriam-](https://www.merriam-webster.com/dictionary/disenfranchise)

[webster.com/dictionary/disenfranchise](https://www.merriam-webster.com/dictionary/disenfranchise), June 9, 2017.

Streetsdirectory. "Credit Loans : Bad Credit Loan."

http://www.streetsdirectory.com/travel_guide/142818/credit_loans/bad_credit_loans___easy_finance_for_starting_fresh_in_life.html, April 13, 2017.

Other Materials

Restatement (Second) Of Conflicts Law (1971)

Restatement (Second) Of Contracts §193 (1981)

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	ว่าที่ร้อยตรี ตูลาการ คมสุวรรณ
วันเดือนปีเกิด	02 ตุลาคม 2534
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2558: เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 68 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ปีการศึกษา 2557: ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 42 สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความ ปีการศึกษา 2556: นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ทุนการศึกษา	ปีการศึกษา 2559: ทุนผู้ช่วยอาจารย์สำหรับนักศึกษา ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
ผลงานทางวิชาการ	ตุลาการ คมสุวรรณ. “ปัญหากฎหมายในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น: ศึกษาเฉพาะกรณีข้อตกลงตั้ง กรรมการ ในบริษัทจำกัด” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.