

ก้าวอย่างสำคัญของบรรษัทภิบาลในกฎหมายไทย (Corporate Governance) โอกาสและความเป็นไปได้  
: กรณีสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (Derivative Claim)  
ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษ\*

๑. บทนำ : บรรษัทภิบาล

บรรษัทภิบาล Corporate Governance หมายความว่า ระบบในการบริหารจัดการองค์กรผ่านวิธีการในการกำหนดทิศทางและกำกับดูแลซึ่งมุ่งเน้นในเรื่องต่าง ๆ ได้แก่ สิทธิและความรับผิดชอบระหว่างผู้ถือหุ้นและกรรมการ ตลอดจนผู้บริหารของบริษัท กฎและระเบียบที่ใช้ประกอบการตัดสินใจในการดำเนินกิจการของบริษัทซึ่งต้องคำนึงถึงกลุ่มหรือตัวแทนผู้มีส่วนได้เสียอย่างรอบด้าน<sup>1</sup> ซึ่งโดยทั่วไปหลักการอันเป็นพื้นฐานสำคัญของแนวคิดเรื่องบรรษัทภิบาล ประกอบด้วย ความรับผิดชอบ accountability หน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย responsibility ความเป็นธรรมและมีเหตุผล equitable treatment (ทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมด้วยมาตรฐานเดียวกัน) ความโปร่งใส transparency วิสัยทัศน์ vision และคุณธรรมและจริยธรรม ethics<sup>2</sup> ซึ่งในปัจจุบันมีทฤษฎีด้าน Corporate Governance ที่บทบาทสำคัญในเชิงวิชาการเพื่อนำไปสู่คำอธิบายว่าอะไรคือเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของบริษัท Corporate objectives สองทฤษฎี<sup>3</sup> ได้แก่ the shareholder value principle หรือ the shareholder wealth maximization norm ที่มุ่งเน้นการสร้างประโยชน์หรือผลกำไรสูงสุดแก่ผู้ถือหุ้น โดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของ Milton Friedman's famous quote "there is one and only one social responsibility of business to increase its profits"<sup>4</sup> และ the stakeholder theory ที่มีแนวคิดว่านอกเหนือจากการสร้างผลกำไรให้แก่ผู้ถือหุ้นแล้ว บริษัทควรมีเป้าหมายอื่นซึ่งต้องคำนึงถึงประโยชน์และส่วนได้เสียของภาคส่วนต่าง ๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับกิจการของบริษัทด้วย ซึ่งความหมายของผู้มีส่วนได้เสียในที่นี้หมายถึงพนักงานหรือลูกจ้างของบริษัท ลูกค้าของบริษัท หรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม เป็นต้น โดยสรุป แม้ว่าทั้งสองทฤษฎีจะมีแนวคิดที่แตกต่างกันในเรื่องเป้าหมายของบริษัท หากแต่ทั้งสองทฤษฎีก็ยังคงให้ความสำคัญกับการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับของกรรมการและผู้บริหารของบริษัทซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของบรรษัทภิบาลสำหรับในประเทศไทยแนวคิดเรื่องบรรษัทภิบาลเริ่มมีบทบาทภายหลังจากวิกฤตทางด้านเศรษฐกิจในปี พ.ศ. ๒๕๔๐ (ค.ศ. ๑๙๙๗) โดย ดร. ประสาร ไตรรัตน์วรกุล ผู้ช่วยเลขาธิการ ก.ล.ต. ในขณะนั้น (พ.ศ. ๒๕๔๒, ค.ศ. ๑๙๙๙) ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในการปฏิรูปบรรษัทภิบาลในประเทศไทย และได้กล่าวถึงประเด็นนี้ว่า "คณะกรรมการบริหารของบริษัทคือกลไกสำคัญของการบังคับใช้บรรษัทภิบาลที่มี

\* นางสาวนัฐกานต์ ขำยั้ง นักกฎหมายทฤษฎีกาชำนาญการ กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม ฝ่ายกฎหมายอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>1</sup> Ayso, S. and Argandoña, A. (2007) "Responsible Corporate Governance: Towards A Stakeholder Board of Directors?" This paper was presented at the Fifth National Conference of Ethics of Economics and Organizations (XV Congreso Nacional de Etica de la Economía y de las Organizaciones), Barcelona, 8-9 June 2007, หน้า 3.

<sup>2</sup> Piman Limpaphayom and J. Thomas Connelly, Revised, June 2004, Corporate Governance in Thailand Review of Corporate Governance in Asia, Thai Institute of Directors Association, หน้า 4 .

<sup>3</sup> Keay, A. (2007). "Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's Enlightened Shareholder Value Approach" Volume 29 Sydney Law Review, หน้า 577-578.

<sup>4</sup> Keay, A. and Adamopoulou, R. (2012). "Shareholder Value and UK Companies: A Positivist Inquiry", Vol. 13 European Business Organization Law Review, หน้า 6.

ประสิทธิภาพ ทั้งนี้ คณะกรรมการบริหารจะต้องตระหนักถึงภาระหน้าที่และความรับผิดชอบของตน” ซึ่งในเบื้องต้นสำนักงาน ก.ล.ต. ได้ดำเนินการปฏิรูปในสามเรื่องหลัก ได้แก่ การปรับปรุงกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง การจัดตั้งสถาบันด้านบรรษัทภิบาล และกฎเกณฑ์ด้านการตลาดและการลงทุน<sup>5</sup> ก้าวที่สำคัญต่อมาของการปฏิรูปบรรษัทภิบาลของประเทศไทยเกิดขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๔๕ (ค.ศ. ๒๐๐๑) เมื่อสำนักงาน ก.ล.ต. ได้จัดทำรายงานด้านบรรษัทภิบาล โดยในรายงานดังกล่าวประกอบไปด้วย มาตรฐานที่พึงปฏิบัติด้านบรรษัทภิบาล การปฏิบัติหน้าที่ที่ดีของกรรมการผู้จัดการ คณะกรรมการบริษัท สิทธิหน้าที่ของผู้ถือหุ้น การจัดการความเสี่ยง การรายงาน และหลักคุณธรรมและจริยธรรมในการประกอบธุรกิจ<sup>6</sup>

นอกจากบทบาทของคณะกรรมการบริหารแล้ว สิทธิของผู้ถือหุ้นก็ถือเป็นหลักการสำคัญอีกประการหนึ่งของบรรษัทภิบาล โดยสิทธิที่ผู้ถือหุ้นพึงมี ได้แก่ การเปิดเผยข้อมูลและความโปร่งใส ทั้งนี้ การใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นจะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ อาจพิจารณาได้จากความคุ้มครองในเรื่องเหล่านี้ ได้แก่ ผู้ถือหุ้นต้องมีส่วนร่วมในการตัดสินใจที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบที่สำคัญต่อกิจการของบริษัท สิทธิในการเลือกกรรมการผู้จัดการเพื่อเป็นตัวแทนการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นควรได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานของสัดส่วนหุ้นที่ตนถือครอง ไม่ควรมีกฎผู้ถือหุ้นกลุ่มใดหรือบุคคลใดมีสิทธิพิเศษอื่นนอกเหนือจากสิทธิที่พึงมีตามสัดส่วนการถือหุ้น และผู้ถือหุ้นต้องสามารถใช้สิทธิในการกำกับและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารและกรรมการผู้จัดการ ในการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับการเป็นกรรมการหรือผู้บริหารที่ดีที่พึงปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต รอบคอบระมัดระวัง และไม่กระทำการใดอันขัดต่อวัตถุประสงค์ของบริษัท (breaches of their fiduciary duty) เมื่อกล่าวถึงสิทธิของผู้ถือหุ้น ประเด็นสำคัญที่ถูกหยิบยกมากล่าวถึงอีกประเด็นหนึ่ง คือ การเยียวยาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (the remedies available to a minority shareholder) ซึ่งในประเทศทั้งกลุ่ม common law และ civil law ต่างยอมรับในหลักการเรื่องการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เรียกว่า “derivative action litigation” ในฐานะที่เป็นเครื่องมือหนึ่งในการตรวจสอบการบริหารจัดการของบริษัท โดยทั่วไปมูลฐานการฟ้องคดีของ Derivative action คือ การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในนามของบริษัทและเป็นการฟ้องร้องกรรมการผู้จัดการหรือผู้บริหารของบริษัท ด้วยเหตุนี้ การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจึงมีข้อโต้แย้งเป็นอย่างมากว่า การใช้สิทธิฟ้องคดีเช่นนี้จะกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของการบริหารกิจการบริษัทซึ่งส่วนหนึ่งพิจารณาได้ว่าเป็นการตัดสินใจในเชิงธุรกิจหรือไม่ และในทางกลับกัน แม้ว่าการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจะถือเป็นการพัฒนาด้านบรรษัทภิบาลของบริษัทเพื่อส่งเสริมให้บริษัทประสบความสำเร็จอย่างยั่งยืนโดยการรับฟังและยืนยันถึงการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย แต่ทั้งบริษัทและผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ใช้สิทธิฟ้องคดีล้วนมีปัจจัยต่าง ๆ ให้ต้องคำนึงถึง เช่น เป้าหมายการประสบความสำเร็จของกิจการ การชดเชยค่าใช้จ่ายการฟ้องคดี ผลกระทบต่อการบริหารกิจการเชิงธุรกิจตามปกติ และผลกระทบต่อชื่อเสียงของบริษัท ดังนั้นข้อพิจารณาสำคัญของ derivative action คือ มาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัท โดยผ่านกระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลว่าสมเหตุสมผลหรือไม่ และแรงจูงใจในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ซึ่งในที่นี้ ได้แก่ การได้รับเงินชดเชยจากบริษัทเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี เนื่องจากเป็นการฟ้องคดีในนามของบริษัท (financing derivative action)

สำหรับบทความนี้จะได้กล่าวถึงบรรษัทภิบาลในแง่มุมของการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยผ่านการฟ้องคดี derivative claim ของประเทศไทยที่ปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับต่าง ๆ และหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น derivative claim

<sup>5</sup>Piman Limpaphayom and J. Thomas Connelly, อ้างแล้ว, หน้า 5.

<sup>6</sup>อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1, หน้า 6.

ที่บัญญัติไว้ใน Companies Act 2006 ซึ่งมีที่มาจากหลัก Common Law ที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลในคดี Foss v Harbottle เพื่อใช้เป็นแนวทางในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในระบบกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

## ๒. แนวคิดเกี่ยวกับการให้สิทธิในการฟ้องคดีแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย

การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นมีที่มาจากแนวคิดที่สำคัญสองประการคือ การคุ้มครองบริษัท และการคุ้มครองผู้ถือหุ้นจากการกระทำของกรรมการบริษัท<sup>7</sup>

### ๒.๑ การคุ้มครองบริษัท

บริษัทเป็นรูปแบบทางธุรกิจที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้ประชาชนได้ร่วมลงทุนผ่านทาง การซื้อหุ้นของบริษัท โดยในการบริหารกิจการของบริษัทนั้น กรรมการที่ผู้ถือหุ้นแต่งตั้งขึ้นจะต้องทำหน้าที่ตามกฎหมายวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์และระมัดระวัง แต่ในบางครั้งอาจปรากฏข้อเท็จจริงว่า กรรมการดำเนินการบางอย่างซึ่งขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท ในกรณีเช่นนี้บริษัทในฐานะผู้เสียหายโดยตรงย่อมสามารถดำเนินการฟ้องคดีเพื่อเอาผิดแก่กรรมการบริษัทได้ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติบริษัทมักไม่ใช้สิทธิดังกล่าว ด้วยเหตุผลสำคัญคือ กรรมการในฐานะผู้บริหารและผู้ทำการแทนบริษัทย่อมไม่ดำเนินการใช้สิทธิฟ้องคดีในนามบริษัทเพื่อเอาผิดกับตนเอง ในทางตรงข้ามอาจปรากฏข้อเท็จจริงว่า กรรมการใช้อำนาจครอบงำบริษัทเพื่อมิให้เอาผิดกับการกระทำของกรรมการ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เองจึงเป็นที่มาของแนวคิดในการให้ความคุ้มครองบริษัทในฐานะผู้ที่ได้รับความเสียหาย

### ๒.๒ การคุ้มครองผู้ถือหุ้น

โดยทั่วไปผู้ถือหุ้นที่นำเงินมาลงทุนในบริษัทย่อมต้องการเงินปันผล รวมทั้งผลกำไรกลับคืนในจำนวนที่คุ้มค่ากับการลงทุน ซึ่งจำนวนเงินปันผลและกำไรจะเป็นจำนวนเท่าใดนั้นย่อมเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทในการสร้างผลประโยชน์ที่ดีที่สุด ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า กรรมการผู้ใดกระทำการหรือละเว้นการกระทำซึ่งเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ส่งผลให้ผลประโยชน์ของบริษัทได้รับความเสียหาย ผลกำไรลดลง ผู้ถือหุ้นในฐานะเจ้าของทุนที่มีส่วนได้เสียในผลประโยชน์ของบริษัทย่อมได้รับผลกระทบในความเสียหายของบริษัท เมื่อบริษัทไม่ใช้สิทธิในการฟ้องร้องเพื่อเอาผิดแก่กรรมการผู้ที่เกี่ยวข้องให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท โดยทั่วไปแล้วเมื่อผู้ถือหุ้นมิใช่ผู้เสียหายโดยตรงและไม่ใช่อำนาจทำการแทนบริษัทจึงย่อมไม่อาจใช้สิทธิในนามของบริษัทเพื่อฟ้องเอาผิดกับกรรมการบริษัทได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยซึ่งไม่มีอำนาจในการควบคุมหรือตรวจสอบการดำเนินกิจการของบริษัทมากนัก ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทได้ในกรณีที่บริษัทไม่ดำเนินการใช้สิทธิดังกล่าวแล้ว ผู้ถือหุ้นย่อมไม่มีทางเลือกอื่นใดในการรักษาสิทธิประโยชน์ของตนเอง

จากแนวคิดในการรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและสิทธิประโยชน์ของผู้ถือหุ้น บทบัญญัติของกฎหมายบริษัทของประเทศต่าง ๆ จึงให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องกรรมการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการของบริษัทในนามของบริษัทเพื่อให้กรรมการรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่บริษัทได้โดยไม่ถือว่าเป็นการแทรกแซงการบริหารกิจการของบริษัท derivative claim

<sup>7</sup>สรุปจาก วรานุช วรภัทรศิริธรรมาศ, “สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดี : กรณีกรรมการทำให้บริษัทเสียหาย”, (สารนิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิตคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๔๗), หน้า 4 – 10.

### ๓. สภาพปัญหาทั่วไปของการใช้สิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในนามของบริษัทกรณีกรรมการบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทตามกฎหมายไทย Derivative action litigation

โดยทั่วไปบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน บริษัท บริษัทมหาชนจำกัด หรือบุคคลใดที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเมื่อได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลอื่นย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลผู้กระทำความผิดได้ สำหรับกรณีของบริษัทนั้น หากปรากฏว่ากรรมการบริษัทหรือผู้บริหารกระทำการใด ๆ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการของบริษัท แม้ว่าผู้เสียหายที่แท้จริงคือบริษัทแต่กฎหมายก็ได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีในกรณีที่กรรมการบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ กรณีดังกล่าวนี้อาจพิจารณาได้ว่ากฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งมิใช่ผู้เสียหายโดยตรงหากแต่เป็นผู้ที่ได้รับผลความเสียหายโดยอ้อมจากการกระทำของบุคคลอื่นเพื่อให้มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของบุคคลอื่นได้เช่นกัน

สำหรับสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นกรณีกรรมการบริษัททำให้บริษัทได้รับความเสียหายภายใต้ระบบกฎหมายของไทยนั้น มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับไว้ทั้งในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยเฉพาะการแก้ไขเพิ่มเติมหลักการในกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฉบับนี้อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นไว้เป็นรูปธรรมมากกว่ากฎหมายฉบับอื่นที่ผ่านมา ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมการบริหารจัดการที่ดีของบริษัทที่มีการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนโดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกิจการของบริษัท ตลอดจนกำหนดให้กรรมการและผู้บริหารบริษัทปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบ ซื่อสัตย์ ระวังระมัดระวัง ซึ่งหากกรรมการและผู้บริหารไม่ปฏิบัติตามแนวทางดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทได้ ซึ่งแนวทางดังกล่าวนี้ถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของบรรษัทภิบาล corporate governance ที่วางหลักเกณฑ์เรื่องการบริหารจัดการบริษัทที่ดี<sup>๘</sup> โดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยอย่างไรก็ดี ที่ผ่านมามีปรากฏว่าการใช้สิทธิดังกล่าวนี้ไม่ได้รับความนิยมมากนักเนื่องด้วยเหตุผลสำคัญสามประการคือ

๑. โอกาสและความเป็นไปได้ในการเข้าถึงข้อมูลของบริษัท โดยที่การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยเป็นการฟ้องคดีความรับผิดชอบของกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัท ดังนั้น จึงมีความยุ่งยากและภาระในการสืบค้นข้อเท็จจริงเพื่อเอาผิดแก่กรรมการหรือผู้บริหารบริษัท ซึ่งหากเป็นคดีที่อาจมีผลกระทบต่อชื่อเสียงของบริษัทแล้ว ความเป็นไปได้ในการที่บริษัทจะให้ความร่วมมือในการสืบค้นข้อมูลย่อมเป็นไปได้โดยยาก

๒. ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้รับภาระ นอกจากนี้ หากชนะคดีผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นก็จะตกเป็นของบริษัทมิใช่เป็นของผู้ถือหุ้นโดยตรง<sup>๙</sup>

๓. ขาดความชัดเจนในส่วนบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติรองรับสิทธิ ได้แก่ ความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติและความไม่ชัดเจนของกระบวนการใช้สิทธิ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้เองสมควรมีการศึกษาเปรียบเทียบกับกระบวนการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น derivative claim ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ภายใต้ Companies Act 2006 ต่อไป

<sup>๘</sup>บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... (เรื่องเสร็จที่ ๒๐-๒๑/๒๕๔๙)

<sup>๙</sup>พรนภา ผดุงเกียรติวงศ์ , “การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทเป็นส่วนรวม (Derivative Actions)”, วารสารนักบัญชี , ส.ค. – พ.ย. ๒๕๔๓, หน้า 25 - 26.

#### ๔. การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในนามบริษัทตามกฎหมายอังกฤษ

การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในนามบริษัทตามกฎหมายอังกฤษนั้น มีที่มาจากหลักคอมมอนลอว์ซึ่งศาลในประเทศอังกฤษได้วางข้อยกเว้นเพื่อให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทในบางกรณีไว้ในคดี Foss v Harbottle (1843, 67 ER 189) (Chancery Division) ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้<sup>10</sup>

(๑) บุคคลที่มีสิทธิฟ้องคดี (the proper claimant principle) สำหรับความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท คือ บริษัทเท่านั้น ซึ่งมีที่มาจากแนวคิดที่ว่า บริษัทในฐานะที่เป็นนิติบุคคล มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างหากจากบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นสมาชิกของบริษัท (the separate legal personality of the company)<sup>11</sup> ดังนั้น เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแก่บริษัทบริษัทย่อมเป็นผู้เสียหายโดยตรง

(๒) เมื่อข้อกล่าวหาเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาจพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องกระบวนการบริหารจัดการภายในของบริษัท (internal management principle) หรือเป็นกรณีที่มีการให้สัตยาบันหรือไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดอีกต่อไป (an irregularity to ratify or condone) โดยอาศัยกระบวนการภายในของบริษัทเอง (the irregularity principle) ในกรณีเช่นนี้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลได้

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากแนวทางที่ศาลวางไว้ในคดี Foss v Harbottle นั้น หากมีการใช้และตีความโดยเคร่งครัดแล้วอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทเนื่องจากการฟ้องคดีเพื่อเอาผิดแก่กรรมการบริษัทย่อมกระทำได้ยากมาก ดังนั้น ในคดีเดียวกันนี้เองจึงได้มีการกำหนดข้อยกเว้นขึ้นเพื่อให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนในการฟ้องกรรมการบริษัทได้ในนามของบริษัท (exceptions to the rule in Foss v Harbottle) อย่างไรก็ตาม เมื่อสิทธิในการฟ้องคดีนี้เป็นสิทธิที่ได้รับมาจากบริษัท (derivative) ดังนั้น หากผู้ถือหุ้นชนะคดีค่าตอบแทนหรือการชดใช้ความเสียหายย่อมตกแก่บริษัท (the remedy accrued to the company)<sup>12</sup> โดยสามารถสรุปสาระสำคัญของข้อยกเว้นดังกล่าวได้ดังนี้<sup>13</sup>

(๑) เป็นกรณีที่การกระทำความผิดสามารถพิจารณาได้ว่าเกินขอบวัตถุประสงค์ของ บริษัทหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ultra vires or illegal)

(๒) เป็นกรณีที่การกระทำความผิดนั้นอาจให้สัตยาบันหรือมีผลใช้บังคับได้หากใช้กระบวนการพิเศษโดยผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก

(๓) เป็นกรณีที่สิทธิส่วนบุคคลของผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็นสมาชิกของบริษัทถูกละเมิด

(๔) เป็นกรณีที่การกระทำความผิดนั้นเป็นการฉ้อฉล หลอกลวงผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยและผู้กระทำความผิดนั้นอยู่ในฐานะที่สามารถครอบงำควบคุมกิจการของบริษัทได้

จากแนวคำพิพากษาที่ศาลได้วางไว้ในคดี Foss v Harbottle นี้เองได้นำมาสู่การบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในกฎหมายบริษัทของประเทศไทย ซึ่งกฎหมายฉบับปัจจุบัน คือ Companies Act 2006, CA 2006 โดยหลักเกณฑ์สำคัญเกี่ยวกับ derivative claim นั้น ได้บัญญัติไว้ใน section 260<sup>14</sup>, 261<sup>15</sup>, 263<sup>16</sup> เพื่อกำหนดให้สิทธิในการฟ้องคดีแก่ผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ในนามของบริษัท

<sup>10</sup>Sealy, L. and Worthington, S. (2013) tenth edition *Sealy & Worthington's Cases and Materials in Company Law*, Oxford, Oxford University Press, หน้า 639.

<sup>11</sup>Mclaughlin, S. (2013) second edition, *Unlocking Company Law*, New York, Routledge, หน้า 313.

<sup>12</sup>Sealy and Worthington, อ้างแล้ว, หน้า 640.

<sup>13</sup>อ้างแล้ว เชนเจอร์ที่ 10, หน้า 640-641.

<sup>14</sup>Section 260 Derivative claims

ทั้งนี้ ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องจำนวนการถือครองหุ้นขั้นต่ำไว้เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหุ้นที่ประสงค์จะฟ้องคดีจะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้สามารถดำเนินคดีกับกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทต่อไปได้เสียก่อน (section 261: Application for permission to continue derivative claim) สาเหตุที่ต้องกำหนดให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการสั่งให้มีการดำเนินคดีต่อไปได้หรือไม่ นั้น เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การฟ้องคดีในรูปแบบ derivative claim ย่อมส่งผลกระทบต่อการบริหารงานของกรรมการบริษัทซึ่งเมื่อมีการฟ้องคดีแล้ว กรรมการบริษัทย่อมต้องมีการระงับการดำเนินการต่อผู้

---

(1) This Chapter applies to proceedings in England and Wales or Northern Ireland by a member of a company—

- (a) in respect of a cause of action vested in the company, and
- (b) seeking relief on behalf of the company.

This is referred to in this Chapter as a “derivative claim”

<sup>15</sup>Section 261 Application for permission to continue derivative claim

(1) A member of a company who brings a derivative claim under this Chapter must apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue it.

(2) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court—

- (a) must dismiss the application, and
- (b) may make any consequential order it considers appropriate.

(3) If the application is not dismissed under subsection (2), the court—

- (a) may give directions as to the evidence to be provided by the company, and
- (b) may adjourn the proceedings to enable the evidence to be obtained.

(4) on hearing the application, the court may—

- (a) give permission (or leave) to continue the claim on such terms as it thinks fit,
- (b) refuse permission (or leave) and dismiss the claim, or
- (c) adjourn the proceedings on the application and give such directions as it thinks fit.

<sup>16</sup>Section 263 Whether permission to be given

(1) The following provisions have effect where a member of a company applies for permission (in Northern Ireland, leave) under section 261 or 262.

(2) Permission (or leave) must be refused if the court is satisfied—

- (a) that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would not seek to continue the claim, or
- (b) where the cause of action arises from an act or omission that is yet to occur, that the act or omission has been authorised by the company, or
- (c) where the cause of action arises from an act or omission that has already occurred, that the act or omission —
  - (i) was authorised by the company before it occurred, or
  - (ii) has been ratified by the company since it occurred.

(3) In considering whether to give permission (or leave) the court must take into account, in particular—

- (a) whether the member is acting in good faith in seeking to continue the claim;
- (b) the importance that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would attach to continuing it; [...]

คดีซึ่งความกังวลหรือภาระในการต่อสู้คดีนี้เองที่ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการบริหารจัดการของบริษัท<sup>17</sup>

ภายใต้ section 260 derivative claim เป็นการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในนามของบริษัท ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเหตุแห่งการฟ้องคดี คือ ความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทในการกระทำหรืองดเว้นกระทำการ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของกรรมการบริษัทตามที่กฎหมายกำหนด การกระทำทุจริต หรือประมาท เลินเล่อ (breach of directors' fiduciary duties)<sup>18</sup> ซึ่งมีรายละเอียดกำหนดไว้เป็นการเฉพาะใน section 172<sup>19</sup> ได้แก่ หน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมาย ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสมาชิกทั้งปวง ผู้ถือหุ้น รวมทั้งผู้มีส่วนได้เสียอื่น เช่น พนักงาน ลูกค้า ชุมชน นอกจากนี้ กรรมการและผู้บริหารบริษัทต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่ประมาท และใช้ความระมัดระวังตามสมควร ใช้ทักษะความรู้ความสามารถและประสบการณ์ อย่างเหมาะสม โดยปรากฏตัวอย่างคดีตามหลักคอมมอนลอว์เกี่ยวกับเหตุในการฟ้องคดีกรณีกรรมการ และผู้บริหารไม่ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของกรรมการบริษัทตามที่กฎหมายกำหนด เช่น กรณีกรรมการบริษัท ใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งเพื่อผลประโยชน์เป็นการส่วนตัว (made a secret profit) การขึ้นเงินเดือน ค่าตอบแทนในจำนวนที่มากเกินไปเกินสมควร หรือไม่สามารถจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นได้ (excessive remuneration and the failure to pay dividends)<sup>20</sup>

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า การฟ้องคดีในรูปแบบ derivative claim จะต้องอาศัยคำสั่งอนุญาตจากศาลเสียก่อน ดังนั้น จึงเป็นภาระของผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีในการแสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ได้มีการร้องขอให้มีการดำเนินคดีต่อกรรมการบริษัทแล้ว แต่คำร้องขอดังกล่าวได้รับการปฏิเสธ

---

<sup>17</sup>Carsten, A. P. (2010). "Derivative Actions under English and German Corporate Law - Shareholder Participation between the Tension filled Areas of Corporate Governance and Malicious Shareholder Interference", ECFR brought to you by Queens University of Belfast, หน้า 82.

<sup>18</sup>Davies, L. P. and Worthington, S. (2012).Principles of Modern Company Law. Ninth Edition, London, Sweet and Maxwell, หน้า 647.

<sup>19</sup>Section 172 Duty to promote the success of the company

(1)A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

- (a) the likely consequences of any decision in the long term,
- (b) the interests of the company's employees,
- (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
- (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
- (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
- (f) the need to act fairly as between members of the company [...]

<sup>20</sup>Dignam, A. and Lowry, J. (2006).Company Law Core Text Series. Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press, หน้า 217-218.

โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายจากคณะกรรมการบริหารบริษัท<sup>21</sup> จากนั้นศาลจึงจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจว่าจะสั่งให้มีการดำเนินคดีเพื่อเอาผิดกับกรรมการบริษัทต่อไปได้หรือไม่ ซึ่งกรณีที่ศาลจะปฏิเสธคำร้องขอ (refuse permission to continue derivative claim) อาจพิจารณาได้จากแนวทางที่กำหนดไว้ใน section 263<sup>22</sup> กล่าวคือ การกระทำของกรรมการบริษัทเป็นการดำเนินการเพื่อผลประโยชน์หรือก่อให้เกิดความสำเร็จในการประกอบกิจการของบริษัท (the duty to promote the success of the company) หรือเป็นกรณีที่การกระทำที่เป็นความผิดนั้นในภายหลังได้รับอนุญาตหรือให้สัตยาบันจากบริษัทซึ่งย่อมไม่ถือว่าเป็นความผิดอีกต่อไป นอกจากนี้ ในการพิจารณาว่าจะสั่งให้ดำเนินคดีต่อไปได้หรือไม่ นั้น ศาลยังนำเงื่อนไขอื่น ๆ มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย อาทิเช่น การพิจารณาซึ่งน้ำหนักผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการสั่งให้ดำเนินคดีต่อไปได้ในแง่ผลประโยชน์สูงสุดของบริษัท หรือประเด็นพิจารณาว่าผู้ถือหุ้นดำเนินการฟ้องคดีด้วยความเชื่อสัตย์สุจริตหรือไม่และผู้ถือหุ้นผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีผลประโยชน์เป็นการส่วนตัวไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้สิทธิฟ้องคดี จากแนวทางดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายอังกฤษกำหนดให้ศาลเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการสั่งให้รับคำฟ้องไว้พิจารณาหรืออนุญาตให้มีการดำเนินคดีต่อไปได้หรือไม่ สำหรับการใช้ดุลพินิจของศาลอาจพิจารณาได้ว่ามีข้อดี คือ ศาลจะเป็นผู้กำนกรองความสมเหตุสมผลของเหตุในการฟ้องคดี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นอาศัยช่องทางของกฎหมายกลั่นแกล้งหรือกระทำการใดซึ่งกระทบต่อการดำเนินธุรกิจของบริษัทโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (safeguards against frivolous suits) อย่างไรก็ตาม ในทางกลับกันการใช้ดุลพินิจของศาลอังกฤษภายใต้ section 263<sup>23</sup> อาจพิจารณาได้ว่าก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติและตีความกฎหมายเป็นอย่างมากในการพิจารณาว่า การดำเนินการอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นไปเพื่อผลประโยชน์หรือก่อให้เกิดความสำเร็จในการประกอบกิจการของบริษัทซึ่งค่อนข้างจะเป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงในเชิงธุรกิจการค้ามากกว่าประเด็นข้อกฎหมาย (commercial deliberations)

นอกจากนี้ เนื่องจาก derivative claim เป็นการฟ้องคดีซึ่งมีที่มาจากการรักษาผลประโยชน์ในภาพรวมของบริษัทการฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวจึงวางอยู่บนแนวความคิดพื้นฐานว่าเป็นการฟ้องคดีเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทมิใช่การฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเป็นการเฉพาะ ซึ่งหากผู้ถือหุ้นเป็นฝ่ายชนะคดี ค่าตอบแทนความเสียหายที่ได้รับก็จะตกแก่บริษัทมิใช่ผู้ฟ้องคดี ดังนั้น ประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีจึงเป็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีผลกระทบต่อความตั้งใจของผู้ถือหุ้นว่าจะดำเนินคดีกับกรรมการหรือผู้บริหารบริษัทหรือไม่ เนื่องจากผู้ถือหุ้นต้องเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีด้วยตนเองสำหรับประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องคดีกรณี derivative claim ภายใต้ระบบกฎหมายอังกฤษนั้น มีการวางแนวทางไว้ในคดี Wallersteiner v Moir (No 2) [1975] QB 373 สรุปได้ว่า การฟ้องคดีกรณี derivative claim อาจพิจารณาได้ว่า มีความสมเหตุสมผลหากบริษัทจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นเนื่องจากหากผลของคดีเป็นคุณแก่บริษัทหรือศาลสั่งให้กรรมการชดใช้ความเสียหายให้แก่บริษัท บริษัทในฐานะผู้เสียหายย่อมเป็นผู้รับผลประโยชน์โดยตรง<sup>24</sup> จากแนวทางในคดีดังกล่าวนี้เองได้นำมาสู่การบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการเฉพาะสำหรับกรณีของ

<sup>21</sup>Choy, Y. C & Balan, S. (2011). “Charting the Course for Shareholders’ Recourse: Observations on the Malaysian Response”, [Vol. 6: 1], National Taiwan University Law Review, หน้า 6.

<sup>22</sup>อ้างแล้ว เซึ่งอรรถที่ 16

<sup>23</sup>เพิ่งอ้าง

<sup>24</sup>Reisberg, A. (2007). Derivative Actions and Corporate Governance, Oxford, Oxford University Press, หน้า 229-230.



derivative claim ใน Civil Procedure (Amendment) Rules 2007 section 19.9 E<sup>25</sup> ซึ่งกำหนดให้ศาลอาจสั่งให้บริษัทเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายแก่ผู้ถือหุ้นสำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีทั้งในส่วนขอขั้นตอนการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีต่อไป หรือขั้นตอนภายหลังจากที่ศาลอนุญาตให้ดำเนินคดีต่อไปได้ หรือรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งสองกรณีก็ได้

## ๕. การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในนามบริษัทตามกฎหมายไทย

หลักการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในนามของบริษัทตามกฎหมายไทยนั้นมีการบัญญัติรองรับไว้ทั้งในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

### ๕.๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๑๑๖๙ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>26</sup> กำหนดให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้ หากปรากฏว่า ธุรกรรมทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและบริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง กรณีดังกล่าวเห็นได้ว่า แม้ ป.พ.พ. จะบัญญัติรองรับให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดี แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังขาดความชัดเจนทั้งในส่วนสาเหตุในการฟ้องคดี สิทธิในการฟ้องคดีว่าจะเกิดขึ้นเมื่อใด รวมถึงขั้นตอนและกระบวนการในการฟ้องคดี จึงอาจสรุปได้ว่า ป.พ.พ. ยังขาดความสมบูรณ์ในส่วนของบริษัทบัญญัติของกฎหมายเมื่อเปรียบเทียบกับเหตุและหลักเกณฑ์การฟ้องคดีตามระบบกฎหมายอังกฤษ

### ๕.๒ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕

เมื่อพิจารณาเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องกรรมการบริหารบริษัท หรือ derivative claim ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดฯ แล้ว อาจแยกพิจารณาได้เป็นสองกรณี คือ มาตรา ๘๕<sup>27</sup> และมาตรา ๘๖<sup>28</sup> แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดฯ

<sup>25</sup> Civil Procedure Rules

Derivative claims – costs

19.9E

The court may order the company, body corporate or trade union for the benefit of which a derivative claim is brought to indemnify the claimant against liability for costs incurred in the permission application or in the derivative claim or both.

Available from <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure/civil/rules/part19#19.9E> (accessed : 09/07/2018).

<sup>26</sup> มาตรา ๑๑๖๙ ถ้าธุรกรรมทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท บริษัทจะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นว่าก็ได้

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>27</sup> มาตรา ๘๕ ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท

ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทหรือผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณี อาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(๑) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำ

(๑) กรณีกรรมการบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องแต่บริษัทไม่ได้ใช้สิทธิเรียกร้องให้กรรมการบริษัทใช้ค่าเสียหาย กรณีเช่นนี้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดสามารถนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทได้

(๒) กรณีกรรมการทำการค้าขายแข่งกับบริษัทโดยมิได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัททราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง และการกระทำการค้าขายแข่งกับบริษัทก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรณีเช่นนี้บริษัทต้องดำเนินการฟ้องร้องให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน หากบริษัทไม่ใช้สิทธิดังกล่าว ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ซึ่งหากบริษัทไม่ดำเนินการภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความกรณีการฟ้องคดีโดยบริษัทเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้

ในภาพรวมของบทบัญญัติกฎหมายเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ มีกระบวนการและขั้นตอนในการใช้สิทธิฟ้องคดีที่ชัดเจนมากกว่าที่ปรากฏใน ป.พ.พ. กล่าวคือ มีกำหนดระยะเวลาและขั้นตอนว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นจะเกิดขึ้นเมื่อแจ้งให้บริษัททราบเป็นหนังสือแล้ว อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า การกำหนดจำนวนการถือครองหุ้นขั้นต่ำไว้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้า นั้น อาจเป็นอุปสรรคในการฟ้องคดีสำหรับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยหรือกรณีผู้ถือหุ้นคนเดียวฟ้องคดี ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นประเด็นปัญหาซึ่งสมควรหามาพิจารณาหากจะมีการแก้ไขกฎหมายต่อไปในอนาคตเพื่อสร้างความสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่างการป้องกันมิให้มีการนำคดีมาฟ้องศาลโดยไม่มีเหตุอันสมควรซึ่งกระทบต่อชื่อเสียงของบริษัท กับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริหารบริษัทเพื่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่บริษัทและการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยอย่างแท้จริง

สำหรับประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัท คือ เรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการฟ้องคดี ซึ่งตามหลักของ derivative claim แล้วผลประโยชน์ที่ได้รับกลับคืนหากชนะคดีจะตกเป็นของบริษัทเนื่องจากการฟ้องคดีด้วยเหตุที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่

---

คดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนแทนบริษัทก็ได้

(๒) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทผู้ถือหุ้นคนหนึ่ง หรือหลายคน ซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้

ผู้ถือหุ้นซึ่งดำเนินการตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการ หรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้วแต่กรณี

<sup>28</sup> มาตรา ๘๖ ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง

ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการ ตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าว จะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา ๘๕ วรรคสอง (๒) และวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ผลประโยชน์ของบริษัท ดังนั้น เมื่อพิจารณาประเด็นดังกล่าวโดยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอังกฤษแล้วพบว่าประมวลกฎหมายพิจารณาความแพ่งของอังกฤษได้กำหนดเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสำหรับกรณี derivative claim ไว้เป็นการเฉพาะโดยให้ศาลสามารถสั่งให้บริษัทรับผิดชอบค่าใช้จ่ายคืนให้แก่ผู้ถือหุ้นผู้ฟ้องคดีได้ หลักการดังกล่าวของกฎหมายอังกฤษจึงมีข้อดีในแง่ที่ถือเป็นการสร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีได้อีกทางหนึ่ง สำหรับกรณีของไทยนั้นอาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งกำหนดสิทธิเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีไว้เป็นการทั่วไปในมาตรา ๑๖๑ วรรคหนึ่ง<sup>29</sup> คือ ในการกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมศาลกำหนดให้ฝ่ายแพคดีเป็นผู้รับผิดชอบค่าฤชาธรรมเนียมศาล โดยศาลมีดุลพินิจที่จะสั่งให้ฝ่ายที่ชนะคดีเสียค่าฤชาธรรมเนียมทั้งหมดหรือบางส่วนหรือตามส่วนที่แต่ละฝ่ายต้องเสีย โดยพิจารณาว่ามีเหตุสมควรและมีความสุจริตในการรู้ความหรือการดำเนินคดีของคู่ความทั้งปวง ดังนั้น ค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องคดีกรณี derivative claim ของไทยจึงอาจกล่าวได้ว่า เป็นกรณีการให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจซึ่งโดยทั่วไปหากผู้ถือหุ้นชนะคดีก็ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมในการฟ้องร้องคดี แต่หากแพคดีก็อาจต้องแบกรับค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีทั้งหมด

๕.๓ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๑

เมื่อพิจารณาหลักการเรื่องสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติในหมวด ๓/๑ การบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ ส่วนที่ ๒ หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร ที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๔)ฯ อาจกล่าวได้ว่า มีการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นที่มีความชัดเจนในทางปฏิบัติและถือได้ว่ามีความใกล้เคียงกับแนวทางของกฎหมายอังกฤษเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### (๑) เหตุแห่งการฟ้องคดี

นอกจากเหตุแห่งการฟ้องคดีที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา ๘๕ และมาตรา ๘๖ แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ ดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น ในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๘๙/๗ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๔)<sup>30</sup> ซึ่งถือได้ว่าเป็นการวางกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริษัท กล่าวคือ กรรมการบริษัทต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวัง และความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติคณะกรรมการ ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ มาตรา ๘๙/๘ ถึงมาตรา ๘๙/๑๑<sup>31</sup>

<sup>29</sup> มาตรา ๑๖๑ ภายใต้บังคับบทบัญญัติหามาตราต่อไปนี้ ให้คู่ความฝ่ายที่แพคดีเป็นผู้รับผิดชอบ ในขั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง แต่ไม่ว่าคู่ความฝ่ายใดจะชนะคดีก็ตามตามข้อหาหรือแต่บางส่วน ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้น รับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง หรือให้คู่ความแต่ละฝ่ายรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมส่วนของตนหรือตามส่วนแห่งค่าฤชาธรรมเนียม ซึ่งคู่ความทุกฝ่ายได้เสียไปก่อนได้ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและมีความสุจริตในการดำเนินคดี

<sup>30</sup> มาตรา ๘๙/๗ ในการดำเนินกิจการของบริษัทกรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบ ความระมัดระวังและความซื่อสัตย์สุจริตรวมทั้งต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ข้อบังคับของบริษัทและมติคณะกรรมการตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

<sup>31</sup> มาตรา ๘๙/๘ ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังกรรมการและผู้บริหารต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน

แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียดเพื่อขยายความกรอบอำนาจหน้าที่ของกรรมการและผู้บริหารบริษัทให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนี้

- ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง กรรมการและผู้บริหารบริษัทต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบการธุรกิจเช่นนั้นจะกระทำในสถานการณ์อย่างเดียวกันนอกจากนี้ การกระทำใดที่ได้ตัดสินใจกระทำไปโดยสุจริตและสมเหตุสมผลโดยอาศัยฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ ไม่มีส่วนได้เสียโดยตรงหรือโดยอ้อม และเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท ให้ถือว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังแล้ว

- กำหนดปัจจัยต่าง ๆ ที่นำมาใช้ในการพิจารณาว่ากรรมการและผู้บริหารปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง กล่าวคือ ตำแหน่งที่ดำรงอยู่ ขอบเขตและความรับผิดชอบของตำแหน่ง รวมถึงปัจจัยเรื่องความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์

---

การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าวการตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(๑) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(๒) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอและ

(๓) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

ในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น

มาตรา ๘๘/๘ ในการพิจารณาว่ากรรมการหรือผู้บริหารแต่ละคนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังหรือไม่ให้คำนึงถึงปัจจัยดังต่อไปนี้ด้วย

(๑) ตำแหน่งในบริษัทที่บุคคลดังกล่าวดำรงอยู่ ณ เวลานั้น

(๒) ขอบเขตความรับผิดชอบของตำแหน่งในบริษัทของบุคคลดังกล่าวตามที่กำหนดโดยกฎหมายหรือตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการและ

(๓) คุณสมบัติความรู้ความสามารถและประสบการณ์รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการแต่งตั้ง

มาตรา ๘๘/๑๐ ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตกรรมการและผู้บริหารต้อง

(๑) กระทำการโดยสุจริตเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ

(๒) กระทำการที่มีจุดมุ่งหมายโดยชอบและเหมาะสมและ

(๓) ไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

มาตรา ๘๘/๑๑ การกระทำดังต่อไปนี้ซึ่งเป็นผลให้กรรมการผู้บริหารหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติหรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหายให้สันนิษฐานว่าเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ

(๑) การกระทำธุรกรรมระหว่างบริษัทหรือบริษัทย่อยกับกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้อง โดยไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๑๘/๑๒ หรือมาตรา ๑๘/๑๓

(๒) การใช้ข้อมูลของบริษัทที่ล่วงรู้มาวันแต่เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณชนแล้ว หรือ

(๓) การใช้ทรัพย์สินหรือโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในลักษณะที่เป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์หรือหลักปฏิบัติทั่วไปตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด

- กำหนดให้การกระทำใดก็ตามที่มีผลให้กรรมการหรือผู้บริหารบริษัทได้รับประโยชน์ทางการเงินอื่นนอกเหนือจากที่พึงได้ตามปกติหรือเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย เป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทอย่างมีนัยยะสำคัญ

จากแนวทางที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๘๘/๗ ถึงมาตรา ๘๘/๑๑ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๔)ฯ จะเห็นได้ว่า กฎหมายของไทยได้กำหนดกรอบและหน้าที่ในการปฏิบัติของกรรมการและผู้บริหารบริษัทในทำนองเดียวกับอำนาจหน้าที่ของกรรมการ (directors' fiduciary duties) และหลักการบริหารเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท (duty to promote the success of the company) ซึ่งกำหนดไว้ใน section 172<sup>32</sup> ภายใต้ CA 2006

## (๒) หลักเกณฑ์การฟ้องคดี

ในกรณีที่ปรากฏว่ากรรมการหรือผู้บริหารไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามแนวทางที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้วในส่วนของเหตุแห่งการฟ้องคดี จนเป็นเหตุให้ได้ประโยชน์ไปโดยไม่ชอบแล้ว มาตรา ๘๘/๑๘ แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน<sup>33</sup> ยังได้กำหนดให้บริษัทอาจฟ้องให้กรรมการหรือผู้บริหารส่งคืนผลประโยชน์ให้แก่บริษัทได้ และในกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการแล้วแต่บริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งผู้ถือหุ้นดังกล่าวสามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนประโยชน์แทนบริษัทได้

นอกจากนี้ มาตรา ๘๘/๑๘ ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี โดยกำหนดให้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดำเนินการกับกรรมการแทนบริษัทหากศาลเห็นว่าการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปโดยสุจริต ให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้บริษัทชดใช้ค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิดังกล่าวและเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้ศาลมีอำนาจเรียกให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ยังได้กำหนดให้มีการนำไปอนุโลมใช้กับการฟ้องคดีตามมาตรา ๘๘/๑๙ แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน<sup>34</sup> กรณีการฟ้องเรียกให้ผู้บริหารกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๘๘/๗ รับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ที่ตนหรือกรรมการหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ไปโดยมิชอบอีกด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวเป็นไป

<sup>32</sup> อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 19

<sup>33</sup> มาตรา ๘๘/๑๘ นอกจากการดำเนินการกับกรรมการตามมาตรา ๘๕ และมาตรา ๘๖ แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕แล้วในกรณีที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๘๘/๗ จนเป็นเหตุให้กรรมการหรือผู้บริหารหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ไปโดยมิชอบบริษัทอาจฟ้องเรียกให้กรรมการรับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ดังกล่าวให้แก่บริษัทได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้วและบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งผู้ถือหุ้นดังกล่าวสามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนประโยชน์ตามวรรคหนึ่งแทนบริษัทได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดำเนินการกับกรรมการตามมาตรา ๘๕ แทนบริษัทหากศาลเห็นว่าการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปโดยสุจริตให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้บริษัทชดใช้ค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิดังกล่าวและเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้ศาลมีอำนาจเรียกให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วย

<sup>34</sup> มาตรา ๘๘/๑๙ ให้นำความในมาตรา ๘๘/๑๘ มาใช้บังคับกับการฟ้องเรียกให้ผู้บริหารกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๘๘/๗ รับผิดชอบในการส่งคืนประโยชน์ที่ตนหรือกรรมการหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องได้ไปโดยมิชอบ

ในแนวทางเดียวกับการกำหนดให้ศาลสามารถสั่งให้บริษัทเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้แก่ผู้ถือหุ้นตามแนวทางที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ บทบัญญัติกฎหมายในมาตรา ๘๘/๑๘ จึงถือได้ว่าเป็นหลักการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะมีส่วนในการสร้างแรงจูงใจให้แก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดี ด้วยเหตุผลที่ว่า การฟ้องคดีในลักษณะนี้เป็นการฟ้องคดีเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทซึ่งเมื่อชนะคดีผู้ถือหุ้นผู้ฟ้องคดีย่อมไม่มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ตอบแทนทางตรง แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าการฟ้องคดีมีผลดีต่อผู้ถือหุ้นในแง่ของตรวจสอบเพื่อให้มีการบริหารจัดการบริษัทที่ดีซึ่งในท้ายที่สุดแล้วย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นในลักษณะของราคาหุ้นหรือผลกำไรที่เพิ่มมากขึ้น การบัญญัติรองรับเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีจึงอาจกล่าวได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่ย่อมส่งผลโดยตรงต่อการตัดสินใจดำเนินคดีต่อผู้บริหารบริษัทของผู้ถือหุ้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบระบบการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทตามกฎหมายไทยและกฎหมายอังกฤษ จะเห็นได้ว่า แม้ระบบกฎหมายไทยจะบัญญัติรองรับกรณีสิทธิในการฟ้องร้องคดีไว้ในทำนองเดียวกับที่ได้บัญญัติไว้ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่ก็มีข้อแตกต่างที่สำคัญ คือ การที่กฎหมายอังกฤษได้กำหนดขั้นตอนให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าสมควรจะให้มีการดำเนินคดีต่อไปได้ (give permission or leave) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจคดีและความสมเหตุสมผลในการฟ้องคดีซึ่งอาจกระทบต่อการบริหารกิจการของบริษัท และกระทบต่อการบริหารงานของกรรมการและผู้บริหารบริษัทโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร สำหรับการฟ้องคดีดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติรองรับขั้นตอนดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะนั้น อาจกล่าวได้ว่าการรับฟ้องไว้พิจารณาเป็นไปตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเรื่องการตรวจฟ้องและรับฟ้อง ดังนั้น การพิจารณาคดีกรณีผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทในศาลไทยว่าศาลจะรับคดีไว้พิจารณาหรือยกฟ้องหรือไม่ จึงเป็นการพิจารณาจากข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงในประเด็นว่า เป็นกรณีผู้ถือหุ้นดำเนินการฟ้องคดีแทนบริษัทเพื่อใช้กรรมการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อประโยชน์แก่บริษัทโดยตรงในกรณีที่บริษัทไม่ยอมดำเนินคดี มิใช่เป็นการฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และต้องเป็นกรณีการเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน<sup>35</sup> มากกว่าที่จะให้ดุลพินิจแก่ศาลในการสั่งไม่รับฟ้องเสียตั้งแต่แรกโดยพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่บริษัทหากจะมีการดำเนินคดีกับกรรมการบริษัทต่อไป

## ๖. บทสรุป

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า โอกาสและความเป็นไปได้ในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานซึ่งโดยส่วนใหญ่เป็นข้อมูลสำคัญของบริษัท การเข้าถึงข้อมูลของบริษัทจึงเป็นปัจจัยสำคัญ โดยในประเด็นนี้อาจกล่าวได้ว่า หลักบรรษัทภิบาล เรื่องความโปร่งใสและการเปิดเผยข้อมูลมีบทบาทอย่างยิ่ง เพราะหากมีการบังคับใช้อย่างจริงจังและมีประสิทธิภาพแล้ว ย่อมเป็นการตรวจสอบทั้งมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการและผู้บริหารของบริษัท และการถ่วงดุลคดีที่จะขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ตลอดจนเป็นการสร้างแรงจูงใจประการหนึ่งในการใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยด้วย นอกจากนี้ จากการศึกษาบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทตามกฎหมายไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ เห็นได้ว่า ประเทศไทยได้มีการบัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ แต่ในทางข้อเท็จจริงปรากฏว่า การฟ้องคดีในลักษณะนี้ไม่แพร่หลายเท่าที่ควร เนื่องมาจาก

<sup>35</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ ๑๙๑๐/๒๕๓๘ และคำพิพากษาฎีกาที่ ๑๔๒๖/๒๕๔๒

ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนของเหตุและกระบวนการฟ้องคดี และปัจจัยเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี อย่างไรก็ตาม เมื่อพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้เพิ่มเติมหลักการเรื่องการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทไว้ในหมวด ๓/๑ ส่วนที่ ๒ หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการและผู้บริหาร รวมทั้งการบัญญัติให้ศาลใช้ดุลยพินิจกรณีเห็นว่าการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นไปโดยสุจริต ก็ให้กำหนดให้บริษัทชดใช้ค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิดังกล่าว และเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้ศาลมีอำนาจเรียกให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๑ ถือเป็นมิติใหม่และมีความก้าวหน้าเป็นอย่างมากในการสร้างแรงจูงใจในการฟ้องคดีให้แก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยเพื่อตรวจสอบถ่วงดุลการบริหารงานของกรรมการและผู้บริหารของบริษัทเพื่อประโยชน์ในการบริหารกิจการบริษัทอย่างมีธรรมาภิบาลซึ่งจะช่วยให้บริษัทประสบความสำเร็จอย่างยั่งยืนต่อไป

## บรรณานุกรม

### เอกสารภาษาไทย

พรนภา ผดุงเกียรติวงศ์ , “การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทเป็นส่วนรวม (Derivative Actions)”, วารสารนักบัญชี , ส.ค. – พ.ย. ๒๕๔๓

วรานุช วรภัทรหิรัญมาศ, “สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดี : กรณีกรรมการทำให้บริษัทเสียหาย”, (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิตคณะนิติศาสตรมหาวิทาลัยธรรมศาสตร์,๒๕๔๗)

### เอกสารภาษาอังกฤษ

Ayso, S. and Argandoña, A. (2007) “Responsible Corporate Governance: Towards A Stakeholder Board of Directors?” This paper was presented at the Fifth National Conference of Ethics of Economics and Organizations (XV Congreso Nacional de Etica de la Economía y de las Organizaciones), Barcelona, 8-9 June 2007,

Carsten, A. P. (2010). “Derivative Actions under English and German Corporate Law - Shareholder Participation between the Tension filled Areas of Corporate Governance and Malicious Shareholder Interference”, ECFR brought to you by Queens University of Belfast

Choy, Y. C & Balan, S. (2011). “Charting the Course for Shareholders’ Recourse: Observations on the Malaysian Response”, [Vol. 6: 1], National Taiwan University Law Review

Davies, L. P. and Worthington, S. (2012).Principles of Modern Company Law. Ninth Edition, London, Sweet and Maxwell

Dignam, A. and Lowry, J. (2006).Company Law Core Text Series. Fourth Edition, Oxford, Oxford University Press

Keay, A. (2007). “Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom’s Enlightened Shareholder Value Approach” Volume 29 Sydney Law Review

Keay, A. and Adamopoulou, R. (2012). “Shareholder Value and UK Companies: A Positivist Inquiry”, Vol. 13 European Business Organization Law Review

Mclaughlin, S. (2013) second edition, Unlocking Company Law, New York, Routledge

Piman Limpaphayom and J. Thomas Connelly, Revised, June 2004, Corporate Governance in Thailand Review of Corporate Governance in Asia, Thai Institute of Directors Association

Reisberg, A. (2007).Derivative Actions and Corporate Governance, Oxford, Oxford University Press

Sealy, L. and Worthington, S. (2013) tenth edition Sealy & Worthington’s Cases and Materials in Company Law, Oxford, Oxford University Press

### กฎหมายและเอกสารอื่น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์(ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๑

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (เรื่องเสร็จที่ ๒๐-๒๑/๒๕๔๙)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๙๑๐/๒๕๓๘ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๒๖/๒๕๔๒

UK Companies Act 2006

UK Civil Procedure (Amendment) Rules 2007