

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้กรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด  
LEGAL PROBLEMS CONCERNING NON-COMPETE OBLIGATION OF DIRECTORS  
IN A LIMITED LIABILITY COMPANY

ฐานิต สีทิศประเสริฐ

Thanit Seethitprasert

นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : thanit.see@dome.tu.ac.th  
Graduate student of Master of Laws Program in Business Law,  
Faculty of Law, Thammasat University : thanit.see@dome.tu.ac.th

Received : May 12, 2021

Revised : August 08, 2021

Accepted : August 19, 2021

### บทคัดย่อ

กรรมการบริษัทจำกัดมีบทบาทสำคัญในการบริหารกิจการของบริษัทจำกัดแทนผู้ถือหุ้น แต่ในขณะเดียวกัน กรรมการอาจทำให้บริษัทจำกัดได้รับความเสียหายได้ เนื่องจากกรรมการเป็นผู้ที่สามารถล่วงรู้ข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทได้จึงมีความเสี่ยงที่กรรมการจะนำข้อมูลของบริษัทไปใช้ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด ดังนั้น จึงจำเป็นต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย “หน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ” มาใช้กำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของกรรมการไว้เพื่อคุ้มครองบริษัทจำกัดเป็นสำคัญ โดยกรรมการจะต้องจงรักภักดีและซื่อสัตย์ต่อบริษัทจำกัด ไม่นำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ดังกล่าวของกรรมการ โดยห้ามกรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด ซึ่งบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 22 หุ้นส่วนและบริษัท หมวด 4 บริษัทจำกัด ส่วนที่ 3 วิธีจัดการบริษัทจำกัด แต่จากการศึกษายังคงพบข้อบกพร่องบางประการของกฎหมายว่าด้วยการห้ามกรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด ซึ่งมีบทบัญญัติบางตอนที่ไม่ชัดเจนในหน้าที่ของกรรมการบางประการจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมาย และมีข้อเท็จจริงบางเรื่องที่ถูกกฎหมายดังกล่าวบัญญัติไม่ครอบคลุมถึงซึ่งอาจทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายได้ นอกจากนี้ กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสภาพบังคับทางกฎหมายยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะปราบปรามการกระทำผิดของกรรมการได้ ดังนั้น บทความนี้จึงมุ่งศึกษาเรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการห้ามมิให้กรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด มีประเด็นปัญหากฎหมาย 5 ประการ ดังนี้

1. ปัญหากรรมการเข้าเป็นกรรมการของบริษัทอื่นซึ่งประกอบกิจการอันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทจำกัด
2. ปัญหากรรมการประกอบกิจการไปเพื่อประโยชน์แก่บริษัทจำกัด แต่การประกอบกิจการนั้นกลับเข้าลักษณะที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด

3. ปัญหาศาลไม่มีอำนาจสั่งให้กรรมการยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด
4. ปัญหาบริษัทจำกัดไม่มีสิทธิเรียกเอาค่าไถ่ที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด
5. ปัญหาไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการ

### คำสำคัญ

หน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ, กรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด, หน้าที่ของอดีตกรรมการ, ความขัดแย้งทางผลประโยชน์

### ABSTRACT

Directors of limited companies play significant roles in managing company affairs on behalf of shareholders, but may at the same time cause damage to limited companies by having access to information related to company business opportunities; a risk exists of directors using company information for trade competition with a limited company. So directors are obliged to have fiduciary duties. Directors must be loyal and honest to the limited company. Thailand has a law stipulating such duties of directors, prohibiting them from competitive trading with a limited company as stipulated in Book Three of the Thailand Civil and Commercial Code (CCC) on Specific Contracts, Title 22 Partner and Company, Category 4 Limited Company, Part 3 on How to Manage the Company. Yet this research found some defects in the law on prohibiting directors from competitive trading with a limited company. Some provisions are unclear about duties of certain directors, which may cause problems in interpretation and some situations are not covered by the law does not cover, creating a potential legal gap. In addition, legal sanctions are inadequate to deter directorial wrongdoing. Five legal issues exist:

1. Problems of directors becoming directors of other companies operating businesses of the same nature and in competition with the business of a limited company.
2. Problems with directors operating for the benefit of limited companies but the business operation is of a kind specified by law as trading competitively with limited companies.
3. Problems with courts lacking power to grant injunctions against the director trading competitively with limited companies.
4. Problems with limited companies lacking the right to claim all profits that directors earn from trading competitively with limited companies.
5. Problems with no law existing to stipulate duties of former directors.

### Keywords

Fiduciary duties, Director trading competitively, Duties of former directors, Conflict of interest

## บทนำ

บริษัทจำกัดเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นมาเท่านั้น ไม่มีมันสมอง ไม่มีอวัยวะเหมือนอย่างบุคคลธรรมดา ไม่สามารถทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้ด้วยตัวเอง เพราะฉะนั้น จึงมีความจำเป็นต้องมีบุคคลธรรมดาดำเนินกิจการของบริษัท แทน ซึ่งก็คือ กรรมการ โดยผู้ถือหุ้นจะทำการลงมติเพื่อเลือกกรรมการที่ตนเห็นว่ามีคุณสมบัติเหมาะสม เมื่อได้ตัวบุคคลที่จะเป็นกรรมการของบริษัทแล้ว กรรมการก็ต้องบริหารกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริษัทและให้มีผลประโยชน์ที่ดีที่สุด ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแสดงข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทให้กรรมการได้ทราบ เพื่อให้กรรมการนำไปใช้ในการประกอบธุรกิจของบริษัท แต่ในขณะเดียวกันก็มีความเสี่ยงที่กรรมการจะไม่ ซื่อสัตย์ ต่อบริษัทโดยการนำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้แสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและผู้ถือหุ้นได้<sup>1</sup> ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของกรรมการเพื่อเป็นกรอบในการปฏิบัติหน้าที่ โดยในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย “หน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ” ซึ่งเป็นหลักที่ได้พัฒนาขึ้นจากความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายทรัสต์มาใช้กับกรรมการเพื่อกำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ของกรรมการ<sup>2</sup> โดยกรรมการมีหน้าที่ต้องดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท โดยใช้ความสามารถประกอบด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริต กรรมการจะต้องหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่อาจทำให้ตนมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท เช่น กรรมการจะต้องไม่ใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัท หรือนำข้อมูลต่าง ๆ ของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนหรือผู้อื่น กรรมการจะต้องไม่ค้าขายแข่งกับบริษัท ฯลฯ ในกรณีที่กรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ สภามอบอำนาจตามกฎหมาย (*sanction*) ก็จะต้องมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะปราบปรามการกระทำผิดของกรรมการได้ (*inadequate deterrence*)

นอกจากนี้ เมื่อกรรมการได้พ้นจากการดำรงตำแหน่งไปแล้ว อดีตกรรมการผู้นั้นอาจนำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจำกัดที่ได้ล่วงรู้มาในขณะที่ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการไปใช้ในการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดได้ เพราะความรู้ในเรื่องข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไม่ได้ระงับสิ้นไปพร้อมกับการหลุดพ้นจากการดำรงตำแหน่งแต่อย่างใด ดังนั้น กฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงได้กำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการไว้เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทจำกัดที่อดีตกรรมการผู้นั้นเคยดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการ

จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการห้ามมิให้กรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด ยังมีข้อบกพร่องต่อการคุ้มครองบริษัทจำกัด โดยมีประเด็นปัญหากฎหมายทั้งหมด 5 ประการ ดังนี้

**ปัญหาประการที่ 1 ปัญหากรรมการเข้าเป็นกรรมการของบริษัทอื่นซึ่งประกอบกิจการอันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการ ของบริษัทจำกัด (*บริษัทคู่แข่ง*)** ปัญหานี้เกิดจากความไม่ชัดเจนแน่นอนของมาตรา 1168 วรรคสาม ที่ไม่ได้ห้ามกรรมการบริษัทจำกัดเข้าเป็นกรรมการในบริษัทอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็น

<sup>1</sup> สหชน รัตนไพจิตร, *กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558) 369-370.

<sup>2</sup> จุมพล แดงสกุล, ‘การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551) 1-2.

อย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัทจำกัดไว้โดยตรง เมื่อพิจารณากฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด แล้วพบว่า กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดได้กำหนดไว้โดยตรงว่า ห้ามมิให้กรรมการ บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นกรรมการของบริษัทเอกชนหรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทมหาชนจำกัด<sup>3</sup> กรณีจึงทำให้เกิดข้อสงสัยว่า การที่กฎหมายของทั้งสองเรื่องบัญญัติหน้าที่ของกรรมการไว้แตกต่างกันเช่นนี้จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายในเรื่องหนึ่งอนุญาตให้ทำได้ ส่วนกฎหมายอีกเรื่องหนึ่งไม่อนุญาตให้ทำได้ เพราะฉะนั้น จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความว่า กรรมการบริษัทจำกัดมีสิทธิเข้าเป็นกรรมการของบริษัทอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัทจำกัดได้หรือไม่

**ปัญหาประการที่ 2 ปัญหากรรมการประกอบกิจการไปเพื่อประโยชน์แก่บริษัทจำกัด แต่การประกอบกิจการนั้นกลับเข้าลักษณะที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นการค้าขายแข่งกับบริษัท** ปัญหานี้เกิดจากกฎหมายไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดไว้เลย คงกำหนดแต่เพียงเรื่องกรรมการได้รับความยินยอมจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นในอันที่จะค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดซึ่งเป็นเรื่องที่กรรมการทำเพื่อประโยชน์ของตนเองเท่านั้น<sup>4</sup> ดังนั้น จึงทำให้เกิดปัญหาว่า กรณีที่กรรมการประกอบกิจการใด ๆ เพื่อประโยชน์ของบริษัทจำกัดเป็นสำคัญ แต่การประกอบกิจการนั้นกลับมีที่มีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัท กรณีเช่นนี้จะถือว่ากรรมการฝ่าฝืนหรือละเมิดต่อหน้าที่โดยการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดเสมอไปหรือไม่

การประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบันนี้ มีกลยุทธ์อย่างหนึ่งซึ่งเป็นที่นิยมอย่างมากในการประกอบธุรกิจ นั่นก็คือ การครอบงำกิจการ (Takeover) โดยเป็นการเข้าไปอาศัยโอกาสซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการ ของผู้อื่นที่ได้ดำเนินกิจการอยู่แล้ว เพื่อให้มีจำนวนเพียงพอที่จะเข้าไปบริหารกิจการนั้น โดยหวังที่จะควบคุมกิจการของบริษัทดังกล่าว การเข้าครอบงำกิจการเป็นกรณีที่บริษัทหนึ่งต้องการเข้าดำเนินกิจการของอีกบริษัทหนึ่งโดยไม่ประสงค์ที่จะควบเป็นบริษัทเดียวกัน และไม่มีการเลิกกิจการต่อกัน โดยถ้าบริษัทที่ประสงค์จะควบคุมกิจการของบริษัทเป้าหมายสามารถเข้าไปถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทเป้าหมายได้แล้ว กรรมการของบริษัทที่ประสงค์จะควบคุมกิจการของบริษัทอื่นนั้นก็กลายเป็นผู้บริหารงานของบริษัทเป้าหมายซึ่งมีผลทำให้บริษัททั้งสองมีผู้ถือหุ้นใหญ่รายเดียวกัน และอยู่ภายใต้การบริหารของ คณะบุคคลเดียวกัน แม้ว่าจะมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากกันและดำเนินกิจการเป็นอิสระจากกันก็ตาม<sup>5</sup> นอกจากนี้ การครอบงำกิจการอาจจะเป็นการซื้อกิจการของบริษัทที่มีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันซึ่งกันและกัน ก็ได้ เนื่องจากมีประโยชน์ในการลดคู่แข่งทางการค้า หรือเป็นการขยายกิจการโดยที่ไม่ต้องเริ่มต้นตั้งแต่ศูนย์<sup>6</sup>

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 86 วรรคหนึ่ง

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสาม ตอนท้าย

<sup>5</sup> ตรีนวิญญู บุณนาค, 'Merge & Acquisitions' ในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง Merge & Acquisitions ครั้งที่ 32, จัดโดยคณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ 2537.

<sup>6</sup> ปิ่นอนงค์ พิชมงคล, 'ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควบรวมกิจการในการประกอบธุรกิจ' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2559) 14.

หากกรรมการดำเนินการให้บริษัทจำกัดเข้าครอบงำกิจการของบริษัทอื่นที่มีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทจำกัด และเมื่อสามารถครอบงำกิจการได้แล้ว กรรมการจะเข้าไปดำเนินกิจการของบริษัทที่ถูกครอบงำกิจการ กรณีนี้จะถือว่ากรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดโดยประกอบการค้าขายใดๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทจำกัด โดยทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทอื่นหรือไม่

**ปัญหาประการที่ 3 ปัญหาศาลไม่มีอำนาจสั่งให้กรรมการยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด** ปัญหานี้เกิดจากกฎหมายบริษัทจำกัดไม่ได้บัญญัติให้บริษัทจำกัดมีสิทธิที่จะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดไว้โดยตรง โดยบัญญัติให้สิทธิแก่บริษัทจำกัดที่จะ ร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนจากกรรมการเท่านั้น<sup>7</sup> นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยว่าศาลไม่มีอำนาจสั่งให้ผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการยุติการค้าขายแข่งกับหุ้นส่วนจำกัดได้ เพราะกฎหมายหุ้นส่วนจำกัดไม่ได้ให้อำนาจศาลในการมีคำสั่งดังกล่าวไว้โดยตรง<sup>8</sup> ถึงแม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวจะเป็นเรื่องหุ้นส่วนผู้จัดการค้าขายแข่งกับหุ้นส่วนจำกัด แต่ก็อาจนำมาใช้เทียบเคียงกันได้ เพราะลักษณะของเรื่องและกฎหมายของทั้งสองเรื่องมีความใกล้เคียงกันมาก กล่าวคือ กฎหมายบริษัทจำกัดก็ไม่ได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจในการสั่งให้กรรมการยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดไว้โดยตรงเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของกรรมการที่จะไม่ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดนั้นมีลักษณะเป็นหนึ่งวันกระทำการ ซึ่งเป็นหน้าที่เกิดจากกฎหมาย ถ้ากรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด บริษัทจำกัดในฐานะที่เป็นเจ้านั้นน่าจะมีสิทธิขอให้ศาลสั่งยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดได้อยู่แล้วตามกฎหมายลักษณะหนี้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบริษัทจำกัดบัญญัติไว้โดยตรงอีกชั้นหนึ่ง<sup>9</sup> ดังนั้น การที่ศาลตีความถึงอำนาจของศาลว่าศาลไม่มีอำนาจสั่งให้ยุติการค้าขายแข่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

**ปัญหาประการ 4 ปัญหาบริษัทจำกัดไม่มีสิทธิเรียกเอาค่าอะไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัท** ปัญหานี้เกิดจากกฎหมายบริษัทจำกัดไม่ได้ให้สิทธิแก่บริษัทจำกัดที่จะเรียกเอาค่าอะไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด คงให้บริษัทจำกัดมีสิทธิที่จะเรียกเอาสินไหมทดแทนจากกรรมการเท่านั้น<sup>10</sup> เมื่อพิจารณากฎหมายหุ้นส่วนสามัญ และกฎหมายหุ้นส่วนจำกัดแล้ว เห็นว่ากฎหมายดังกล่าวให้สิทธิแก่หุ้นส่วนที่จะเรียกเอาค่าไรทั้งหมดที่ผู้ค้าขายแข่งกับหุ้นส่วนได้มา<sup>11</sup>

การที่กฎหมายบริษัทจำกัดไม่ได้บัญญัติให้สิทธิแก่บริษัทจำกัดที่จะเรียกเอาผลกำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดนั้นเท่ากับว่ากรรมการมีสิทธิได้รับกำไรที่เกิดจากการกระทำผิดต่อหน้าที่ ดังนั้น จึงเกิดปัญหาว่า การที่กรรมการมีสิทธิได้รับกำไรดังกล่าวจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ไม่ต้องการให้กรรมการ

<sup>7</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 วรรคหนึ่ง.

<sup>8</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8532/2559 (deka.supremecourt.or.th).

<sup>9</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 และมาตรา 213 วรรคสาม.

<sup>10</sup> กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 วรรคหนึ่ง.

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1038 วรรคสอง มาตรา 1067 วรรคหนึ่ง และมาตรา 1080.

ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดหรือไม่ และบริษัทจำกัดควรที่จะมีสิทธิเรียกเอากำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดหรือไม่

**ปัญหาประการที่ 5 ปัญหาไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของอดีตรกรรมการ** ปัญหานี้เกิดจากกฎหมายบริษัทจำกัดไม่ได้กำหนดหน้าที่ของอดีตรกรรมการไว้เลย ดังนั้น หากเกิดกรณีที่อดีตรกรรมการนำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจำกัดซึ่งตนได้ล่วงรู้มาในขณะที่ยังดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการอยู่นั้นไปใช้ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น กรณีจะเป็นปัญหาว่า อดีตรกรรมการผู้นั้นจะมีความรับผิดชอบใดๆต่อบริษัทจำกัดหรือไม่

ในบางกรณีอาจมีข้อบังคับของบริษัทจำกัด หรือมีข้อตกลงระหว่างกรรมการและบริษัทกำหนดหน้าที่ของอดีตรกรรมการไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็จะไม่เกิดเป็นปัญหากฎหมายแต่อย่างใด แต่จะเกิดเป็นปัญหาก็คือต่อเมื่อไม่มีข้อบังคับของบริษัทจำกัดกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง นอกจากนี้ อาจมีกรณีที่กรรมการบริษัทจำกัดไม่สุจริตพยายามที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการลาออกจากตำแหน่งกรรมการเพื่อที่จะนำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจำกัดไปใช้ดังเช่นที่ได้เคยเกิดเป็นคดีขึ้นในประเทศญี่ปุ่น<sup>12</sup> กรณีจะเป็นปัญหาว่า อดีตรกรรมการดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบต่อบริษัทจำกัดหรือไม่

### 1. บททั่วไปว่าด้วยหน้าที่ของกรรมการบริษัทจำกัด

#### 1.1 หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย “หน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties)”

ศาลสูงในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้สร้างหลักการที่ใช้ในการควบคุมทรัสต์ (Trustee) เพื่อให้ทรัสต์ปฏิบัติหน้าที่ของตนในการดูแลทรัพย์สินของผู้รับประโยชน์ให้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดีและเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้รับประโยชน์มิให้เกิดความเสียหาย เพราะทรัสต์ซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับมอบอำนาจให้จัดการทรัพย์สินของผู้รับประโยชน์มีอิสระที่จะบริหารจัดการทรัพย์สินอย่างไรก็ได้ ด้วยความเป็นอิสระของทรัสต์นี้เองจึงทำให้อยู่ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับประโยชน์ได้โดยง่าย

หลักการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนั้น ศาลสูงได้อาศัยหลักอิกวิตี (Equity) ในการสร้างหลักกฎหมายดังกล่าว โดยคำนึงถึงผล 2 ประการ<sup>13</sup> ดังนี้

(1) หลักกฎหมายที่สร้างขึ้นจะต้องไม่เป็นการจำกัดอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินของทรัสต์ เพราะทรัสต์ควรที่จะมีอิสระในการบริหารจัดการทรัพย์สินภายในทรัสต์นั้นได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์เอง

(2) หลักกฎหมายที่สร้างขึ้นจะต้องมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิของผู้รับประโยชน์เป็นสำคัญ โดยควบคุมให้ทรัสต์ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยเฉพาะเรื่องการใช้อำนาจของทรัสต์เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น

<sup>12</sup> Sekisui jushi kyappu ai shissutemu, K.K. v. K.K. A no [1875] Hanri jicho 19 (Tokyo High Ct. June 24, 2004)

<sup>13</sup> จุมพล แดงสกุล (เชิงอรรถที่ 2) 12-13.

การคำนึงถึงผลดังกล่าว จึงทำให้เกิดหลักปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์ในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ดังนี้

(1) ทรัสต์จะต้องไม่กระทำการใดๆ เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ในลักษณะที่เป็นการขัดกับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่ตนเป็นทรัสต์

(2) ห้ามทรัสต์รับผลประโยชน์ที่ตนได้มาจากบุคคลที่สามเนื่องจากการที่ตนเป็นทรัสต์ ไม่ว่าผลประโยชน์นั้นจะอยู่ในรูปแบบของเงินหรือไม่ก็ตาม ดังที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดี *Re Macadam*<sup>14</sup>

(3) ห้ามทรัสต์กระทำการใดที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับผู้รับประโยชน์โดยเด็ดขาด เพราะการกระทำดังกล่าวทำให้ทรัสต์ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่อย่างซื่อสัตย์สุจริตได้ ดังที่ได้อธิบายไว้ในคดี *Re Thomson*<sup>15</sup>

## 1.2 หน้าที่ของกรรมการบริษัทจำกัด

เนื่องจากกรรมการบริษัทจำกัดมีฐานะเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเช่นเดียวกับทรัสต์ ดังนั้น ศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงได้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย “หน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ” มาใช้กับกรรมการบริษัทจำกัดเพื่อกำหนดหน้าที่ต่างๆของกรรมการด้วย ทั้งนี้เพื่อกคุ้มครองประโยชน์ของบริษัทจำกัดและผู้ถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวเป็นสำคัญ กรรมการจึงมีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ดังนี้

### 1.2.1 หลักปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรอบคอบระมัดระวัง (*Duty of Care*)

กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและฝีมือ หากกรรมการใช้ฝีมือในระดับที่ต่ำกว่ามาตรฐานทั่วไปและมีความเสียหายเกิดขึ้น กรรมการผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบริษัทจำกัดและถือได้ว่ากรรมการผู้นั้นขาดคุณสมบัติของการเป็นกรรมการ<sup>16</sup>

หน้าที่ของกรรมการตามข้อนี้ ก่อให้เกิด “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (*Business Judgement Rule* หรือ *BJR*)” เพื่อนำมาใช้ประกอบในการตัดสินใจว่า การบริหารงานและการดำเนินกิจการของบริษัทโดยกรรมการนั้น กรรมการได้กระทำไปด้วยความรอบคอบระมัดระวังหรือไม่ โดยหลักการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น ได้แก่<sup>17</sup>

- (1) กรรมการจะต้องไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องในการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น
- (2) กรรมการต้องเชื่อโดยมีเหตุผลอันสมควรว่า ตนได้รับข้อมูลที่เพียงพอในการตัดสินใจทางธุรกิจในครั้งนั้น
- (3) กรรมการต้องเชื่อโดยมีเหตุผลอันสมควรว่า การตัดสินใจทางธุรกิจเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทโดยแท้

<sup>14</sup> Re Macadam (1946) Ch.73 อ้างถึงใน นาฏยา นมะหุต, ‘ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2559) 23-24.

<sup>15</sup> Re Thomson [1930] 1 CH 203 cited in Dominique Le Miere, ‘Can Directors Compete with the Company?’ (The University of Western Australia Law Review 42) 98.

<sup>16</sup> โสภณ รัตนากร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : หุ้นส่วนบริษัท*, (พิมพ์ครั้งที่ 13, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2556) 408.

<sup>17</sup> ทิพย์ชนก รัตโนสถ, *กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร โรงพิมพ์เดือนตุลา 2550) 311-317.

หากกรรมการได้ปฏิบัติตามหลักการตัดสินใจทางธุรกิจครบถ้วนแล้ว กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริหารงานและการดำเนินกิจการของบริษัท เพราะถือว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังแล้ว ซึ่งกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า หลักนี้เป็น “เกราะป้องกัน (*safe harbor*)” เพราะเป็นการคุ้มครองการตัดสินใจของกรรมการ โดยไม่ต้องรับผิดชอบในผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการที่ตนดำเนินกิจการของบริษัทไปโดยระมัดระวังรอบคอบแล้ว<sup>18</sup>

สำหรับประเทศไทยนั้นก็มีความหมายที่กำหนดให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเช่นกัน<sup>19</sup> ซึ่งได้กำหนดว่า “ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่อง อย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง” ดังนั้น ในการบริหารงานของบริษัทจำกัด กรรมการจะต้องบริหารงานตามแบบอย่างของนักธุรกิจ มิใช่อย่างชาวบ้านหรือบุคคลธรรมดา โดยกรรมการจะต้องใช้ความรอบคอบระมัดระวัง ไม่กระทำการใดโดยประมาทเลินเล่ออันทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย แต่อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า กรรมการจะตัดสินใจผิดพลาดไม่ได้เลย เพราะการค้ำย้อมมีการคาดการณ์ผิดพลาดได้ ถ้าหากกรรมการได้วินิจฉัยปัญหาด้วยความรอบคอบระมัดระวัง และซื่อสัตย์สุจริตแล้ว หากเกิดความผิดพลาดขึ้นเพราะเหตุอื่นที่ไม่อาจคาดหมายได้ บริษัทจำกัดก็จะเอาผิดกับกรรมการไม่ได้ เพราะกรรมการมิใช่ผู้รับประกันว่าความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นกับบริษัท<sup>20</sup>

#### 1.2.2 หลักปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (*Duty of Loyalty*)

กรรมการจะต้องดำเนินกิจการของบริษัทโดยมีจุดมุ่งหมายที่ชอบ (*Proper purpose*) จงรักภักดีต่อบริษัทจำกัด หลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (*No-conflict Rule*) กรรมการจะต้องไม่นำข้อมูล หรือโอกาสของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น กรรมการจะต้องไม่ค้าขายแข่งกับบริษัท ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น กรรมการจะต้องไม่ทำธุรกรรมกับบริษัท (*Self-dealing*)

หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์สุจริตนั้น ประกอบด้วยหน้าที่หลายประการ เช่น<sup>21</sup>

- (1) ไม่ค้าขายแข่งกับบริษัท
- (2) ไม่แย่งโอกาสทางธุรกิจของบริษัท
- (3) หลีกเลี่ยงการมีผลประโยชน์ขัดกันกับบริษัท
- (4) ไม่ใช้ความลับของบริษัทค้าหุ้นโดยไม่เป็นธรรม (*Insider Trading*)
- (5) ไม่กดขี่ผู้ถือหุ้นส่วน
- (6) หน้าที่เกี่ยวกับการซื้อหรือขายอำนาจในการควบคุมบริษัท

<sup>18</sup> เฟิงอ้าง.

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคหนึ่ง.

<sup>20</sup> โสภณ รัตนากร (เชิงอรรถที่ 16) 412.

<sup>21</sup> เฟิงอ้าง 412.

ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (*Conflict of Interest*) นั้น Black's law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า “ความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ของส่วนรวม หรือขัดแย้งกับหน้าที่ของผู้ที่ได้รับมอบหมายไว้”<sup>22</sup>

ความขัดแย้งทางผลประโยชน์นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้<sup>23</sup>

(1) ผลประโยชน์ขัดกันโดยตรง (*Direct interest*) โดยเกิดขึ้นเมื่อกรรมการและบริษัทเป็นคู่สัญญา กัน เช่น สัญญาซื้อขายทรัพย์สินระหว่างกรรมการและบริษัท สัญญาที่บริษัทให้กรรมการกู้ยืมเงินของบริษัท, สัญญาให้บริการ อย่างเช่นบริการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย ฯลฯ การที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัทย่อมก่อให้เกิดความกังวลว่าสัญญานั้นจะไม่ได้ทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท

(2) ผลประโยชน์ขัดกันทางอ้อม (*Indirect interest*) ความเสี่ยงที่กรรมการจะหาประโยชน์โดยมิชอบจากบริษัท สามารถเกิดขึ้นได้ แม้ว่ากรรมการจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับบริษัท ถ้าหากว่าสัญญานั้นเป็นการทำขึ้นระหว่างบริษัท กับบุคคลหรือนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ หรือกับบริษัทซึ่งกรรมการเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ หรือการที่กรรมการเป็น กรรมการของทั้งสองบริษัท (*Interlocking directors*)

ส่วนประเทศไทยนั้นก็มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ ซื่อสัตย์สุจริต เช่นกัน ซึ่งนั่นก็คือหน้าที่ไม่ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด โดยสืบเนื่องมาจากหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ<sup>24</sup>

(1) หลักความซื่อสัตย์สุจริต กล่าวคือ กรรมการจะต้องกระทำการใดๆโดยอาศัยความสุจริตเป็นที่ตั้ง

(2) หลักการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ กล่าวคือ การที่บุคคลหนึ่งได้เข้าเป็นตัวแทนของอีกบุคคล หนึ่ง บุคคลที่เป็นตัวแทนนั้นมิหน้าที่ที่ต้องปกป้องรักษาผลประโยชน์ของตัวการให้ดีที่สุด การที่ตัวแทนไปทำกิจการอันใดที่มี สภาพ เวลา และสถานที่ดูเกี่ยวข้องกับกิจการของตัวการย่อมเป็นธรรมดาอยู่แล้วที่ตัวแทนจะรักษาผลประโยชน์ของตนยิ่ง กว่าผลประโยชน์ของตัวการและจะไม่ปกป้องรักษาผลประโยชน์ของตัวการ เพราะฉะนั้น จึงไม่เหมาะสมอย่างยิ่งที่จะ อนุญาตให้ตัวแทนกระทำการดังกล่าวได้

กฎหมายบริษัทจำกัดของต่างประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้านั้นมีความแตกต่างกับกฎหมายไทยตรงที่ พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ.2006 มาตรา 175 (1)<sup>25</sup> ของอังกฤษและพระราชบัญญัติบริษัท (บทที่ 50) มาตรา 157 (1)<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Bryan A. Garner, Black's Law dictionary, 8th edition (St. Paul, MN : Thomson West, 2004) 1315.

<sup>23</sup> ทิพย์ชนก รัตโนสถ (เชิงอรรถที่ 17) 316.

<sup>24</sup> สหธน รัตน์ไพจิตร (เชิงอรรถที่ 1) 369.

<sup>25</sup> Companies Act 2006 § 175(1) Duty to avoid conflicts of interest

“(1) A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company.”

<sup>26</sup> Companies Act (Chapter 50) § 157 (1) As to the duty and liability of officers

“(1) A director shall at all times act honestly and use reasonable diligence in the discharge of the duties of his office.”

ของสิ่งโคปรมีได้กำหนดไว้โดยตรงว่าห้ามกรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด แต่จะกำหนดในลักษณะกว้างๆว่า ห้ามมิให้กรรมการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัท หรือห้ามกรรมการนำข้อมูลของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์สำหรับตนเอง หรือผู้อื่น มิได้กำหนดเจาะจงลงไปว่า ห้ามกรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดอย่างกฎหมายไทย

## 2. วิเคราะห์ปัญหากฎหมาย

2.1 ปัญหากรรมการเข้าเป็นกรรมการของบริษัทอื่นซึ่งประกอบกิจการอันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทจำกัด

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องไม่ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดนั้นสืบเนื่องมาจากหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ (1) หลักความซื่อสัตย์สุจริต และ (2) หลักการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ สาเหตุที่กรรมการจะต้องไม่ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดก็เพราะว่า เมื่อบุคคลใดมีฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลอื่น บุคคลนั้นจะต้องซื่อสัตย์สุจริตและปกป้องรักษาผลประโยชน์ของบุคคลนั้นให้ดีที่สุด หากยอมให้กรรมการเข้าเป็นกรรมการของบริษัทคู่แข่งจะเรียกว่ากรรมการผู้นั้นปกป้องรักษาผลประโยชน์ของบริษัทจำกัดให้ดีที่สุดไม่ได้ เพราะกรรมการอาจนำข้อมูลของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์แก่บริษัทคู่แข่งได้และถือได้ว่ากรรมการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์

ในประเทศอังกฤษเคยมีคดีที่ศาลตัดสินว่า กรรมการมีสิทธิที่จะเข้าเป็นกรรมการไปบริษัทคู่แข่งได้ แต่คำตัดสินดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก หากนำคำตัดสินในคดีดังกล่าวมาใช้ย่อมจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบกฎหมายบริษัทอันเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (*corporate fiduciary law*) เป็นอย่างมาก คำตัดสินดังกล่าวนี้เกิดขึ้นในช่วงเวลาที่แนวคิดทางกฎหมายให้ความสำคัญกับข้อตกลงตามสัญญาเป็นอย่างมาก ดังนั้น คำตัดสินดังกล่าวจึงปฏิเสธที่จะใช้หลักอภินิหารในการกำหนดหน้าที่ของกรรมการโดยให้ความสำคัญกับข้อตกลงตามสัญญา มากกว่า ในช่วงเวลาปัจจุบันนี้ คำตัดสินดังกล่าวไม่เหมาะสมกับแนวคิดที่เปลี่ยนไป และกฎหมายบริษัทในปัจจุบันแล้ว<sup>27</sup>

เมื่อกรรมการเป็นผู้ที่สามารถล่วงรู้ข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจตลอดจนนโยบายต่างๆของบริษัทจำกัดได้ จึงมีความเสี่ยงที่กรรมการจะนำข้อมูลของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น<sup>28</sup> เพราะฉะนั้น การที่กรรมการเข้าเป็นกรรมการของบริษัทคู่แข่ง โดยสภาพย่อมต้องถือได้ว่ากรรมการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัทที่ตนดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการอยู่ก่อน อีกทั้งยังมีความเสี่ยงที่กรรมการจะนำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทไปใช้เพื่อประโยชน์ของบริษัทคู่แข่งได้ ทั้งนี้เพราะลักษณะของกิจการที่เหมือนกันและเป็นการแข่งขันกันของทั้งสองบริษัท จึงทำให้ข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของทั้งสองบริษัทนั้นมีลักษณะเกี่ยวเนื่องกัน และหากบริษัทหนึ่งรู้ข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของอีกบริษัทหนึ่ง ก็ย่อมจะทำให้บริษัทนั้นเสียเปรียบในทางการค้าอย่างแน่นอน

<sup>27</sup> London & Mashonaland Exploration Co Ltd v New Mashonaland Exploration Co Ltd [1891] WN 165 cited in Michael Christie, “The Director’s Fiduciary Duties Not to Compete,” *The Modern Law Review* 55, pp.506-512 (1992).

<sup>28</sup> ทิพย์ชนก รัตโนสถ (เชิงอรรถที่ 17) 121-122.17.

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรรมการไม่มีสิทธิเข้าเป็นกรรมการของบริษัทคู่แข่งได้ โดยถือเป็นกรณีที่กรรมการ ประกอบการค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทจำกัด โดยทำเพื่อ ประโยชน์ของผู้อื่น<sup>29</sup> ซึ่งคำว่า “ประโยชน์ของผู้อื่น” หมายถึง ประโยชน์ของบริษัทคู่แข่งซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลนั่นเอง นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่า กรรมการไม่มีสิทธิเข้าเป็นที่ปรึกษาของบริษัทคู่แข่งด้วย เพราะเป็นกรณีที่กรรมการ ประกอบการค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทอื่น เพื่อประโยชน์ของ ผู้อื่น (บริษัทคู่แข่ง) เช่นกัน เพราะการเข้าเป็นที่ปรึกษาของบริษัทคู่แข่งนั้น กรรมการอาจนำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจ ของบริษัทที่ตนดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการไปใช้เพื่อประโยชน์ของบริษัทคู่แข่งได้ในฐานะที่ตนมีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ บริษัทคู่แข่ง

บทความนี้ชี้ให้เห็นว่า กรรมการบริษัทจำกัดซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับเลือกจากผู้ถือหุ้นให้เข้ามาเป็นผู้บริหาร บริษัท ต้องเป็นบุคคลที่มีความซื่อสัตย์สุจริตและเป็นที่ไว้วางใจได้เป็นอย่างดี ดังนั้น เมื่อกรรมการบริษัททราบข้อมูลต่างๆ ของ บริษัท ซึ่งถือได้ว่าเป็นประโยชน์ทางทรัพย์สินอันมีมูลค่ามหาศาล การยอมให้ไปเป็นกรรมการในบริษัทอื่นอีกเช่นนี้ ย่อมทำ ให้กรรมการบริษัทอาจนำข้อมูลของบริษัทเดิมไปให้บริษัทอื่น ซึ่งมีการค้าขายอย่างเดียวกันยอมเป็นการแข่งขันกันในทาง ธุรกิจอย่างแน่นอน ปัญหาจึงมีเหตุอันสมควรที่จะต้องแก้ไขกฎหมายในลักษณะห้ามกรรมการบริษัทเดิมไปเป็นกรรมการ ในบริษัทอื่นดังที่ได้กล่าวมาเพื่อให้เกิดความชัดเจนไม่ต้องตีความอีก

2.2 ปัญหากรรมการประกอบกิจการเพื่อประโยชน์แก่บริษัทจำกัด แต่การประกอบกิจการนั้นกลับเข้าลักษณะที่ กฎหมายกำหนดว่าเป็นการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าหลักปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการประกอบด้วยหน้าที่ที่สำคัญสองประการ คือ (1) หลักปฏิบัติ หน้าที่ด้วยความระมัดระวัง (2) หลักปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต หากกรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ใดหน้าที่หนึ่งเพียง หน้าที่เดียว ย่อมต้องถือว่ากรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่และต้องรับผิดชอบต่อบริษัทจำกัดในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ในทาง กลับกัน หากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามหลักปฏิบัติหน้าที่ทั้งสองประการดังกล่าวครบถ้วนแล้ว แม้การปฏิบัติหน้าที่นั้น จะทำให้บริษัทจำกัดและผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัทจำกัด เพราะกรรมการมิใช่ผู้รับ ประกันว่าความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นกับบริษัท<sup>30</sup>

ดังนั้น กรณีปัญหาดังกล่าวจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักปฏิบัติหน้าที่ ทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นแล้วหรือไม่ หากใช่แล้วเมื่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการดังกล่าวเข้าลักษณะตามที่กฎหมาย กำหนดว่าเป็นการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดแล้วจะต้องถือว่ากรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่โดยการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด เสมอไปไม่

<sup>29</sup> สหธน รัตน์ไพจิตร (เชิงอรรถที่ 1) 370.

<sup>30</sup> ทิพย์ชนก รัตน์โสภ (เชิงอรรถที่ 17) 319.

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศนั้น ผู้เขียนพบว่า ประเทศอังกฤษมีพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 175 (4)<sup>31</sup> และประเทศสิงคโปร์มีพระราชบัญญัติบริษัท (บทที่ 50) มาตรา 156 (4) (b)<sup>32</sup> ที่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่า ถ้าสถานการณ์ที่กรรมการเข้าไปพัวพันนั้นไม่มีเหตุอันสมควรที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์และเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ กรณีไม่ถือว่ากรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ นอกจากนี้ ศาลสิงคโปร์ยังได้วางหลักว่า ศาลสามารถควบคุมตรวจสอบได้เฉพาะแต่ความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการเท่านั้น แต่ศาลไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงการใช้ดุลพินิจของกรรมการได้ เพราะกรรมการเป็นผู้ที่ตระหนักรู้ถึงเหตุการณ์ต่างๆที่เกิดขึ้นกับบริษัทและทราบว่าจะดำเนินการอย่างไรต่อไป (*the benefit of hindsight*) ได้ดีที่สุดมากกว่าที่ศาลจะตระหนักรู้ได้<sup>33</sup>

ส่วนประเทศญี่ปุ่นนั้น แม้จะไม่มีกฎหมายที่บัญญัติถึงข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ไว้โดยตรง แต่มีคำพิพากษาศาลสูงญี่ปุ่นวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักการตัดสินใจทางธุรกิจไว้ว่า หากการตัดสินใจทางธุรกิจของกรรมการได้กระทำไปโดยมีเหตุผลอันสมควรและไม่มี ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ก็ไม่ถือว่ากรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ แต่หากการตัดสินใจทางธุรกิจนั้น กรรมการได้กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร (*extremely unreasonable*) และมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่บริษัทจำกัด กรรมการก็จะต้องรับผิดชอบต่อบริษัทจำกัด<sup>34</sup>

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า หากการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการเริ่มต้นจากความไม่ซื่อสัตย์สุจริต เช่น กรรมการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ฯลฯ กรณีก็ต้องถือว่ากรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่และต้องรับผิดชอบต่อบริษัทจำกัดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเสมอ แต่หากกรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ไปโดยซื่อสัตย์สุจริต ไม่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ใดๆทั้งสิ้น กรณีจะต้องพิจารณาแต่เพียงว่า กรรมการได้ใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวังแล้ว

<sup>31</sup> Companies Act 2006 § 175 (4) Duty to avoid conflicts of interest

“(4) This duty is not infringed—

(a) if the situation cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest... ”

<sup>32</sup> Companies Act (Chapter 50) § 156 (4) (b) Disclosure of interests in contracts, property, offices, etc.

“(4) A director or chief executive officer of a company shall not be deemed to be interested or to have been at any time interested in any transaction or proposed transaction by reason only —

... (b) in the case where the transaction or proposed transaction has been or will be made with or for the benefit of or on behalf of a corporation which by virtue of section 6 is deemed to be related to the company — that he is a director or chief executive officer (as the case may be) of that corporation,

and this subsection shall have effect not only for the purposes of this Act but also for the purposes of any other law, but shall not affect the operation of any provision in the constitution of the company.”

<sup>33</sup> Vita Health Laboratories Pte Ltd v Pang (2004) SGHC 158 cited in Robson Lee, Directors’ Duties & Responsibilities (Singapore), (Marina Bay : Gibson, Dunn & Crutcher LLP, 2015), p.16.

<sup>34</sup> [Apamanshop Derivative Litigation], 2091 Hanrei jiho 90 (Sup. Ct. July 15, 2010) cited in J. Mark Ramseyer, Masayuki Tamaruya, “Fiduciary Principles in Japanese Law,” Oxford Handbook of Fiduciary Law 935, pp.4-5 (September 2017).

หรือไม่ การพิจารณาว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังหรือไม่ อาจพิจารณาจากการที่กรรมการประเมินสถานการณ์ต่าง ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นกับบริษัทจำกัดในอนาคต โดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ในวงกว้าง อาทิเช่น ความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการทางธุรกิจอย่างราบรื่นในภายภาคหน้า ฯลฯ หากการดำเนินการนั้นกรรมการไม่ได้กระทำไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร กรณีก็ไม่ถือว่ากรรมการละเมิดต่อหลักการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริต และถึงแม้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการจะทำให้บริษัทและผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย กรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น เพราะกรรมการมีสิทธิที่จะประเมินสถานการณ์ที่อาจจะเกิดขึ้นกับบริษัทจำกัดในอนาคต และตัดสินใจเพื่อดำเนินการทางธุรกิจอย่างใดเพื่อประโยชน์แก่บริษัทจำกัดได้

การที่กรรมการดำเนินการให้บริษัทจำกัดครอบงำกิจการของบริษัทคู่แข่งจะถือว่ากรรมการฝ่าฝืนหน้าที่หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาตาม หลักเกณฑ์ข้างต้นเสียก่อนว่า กรรมการได้ดำเนินการไปด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และรอบ คอบ ระมัดระวังหรือไม่เสียก่อน จะถือว่ากรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่เสมอไม่ได้ เพราะการครอบงำกิจการของบริษัทคู่แข่งถือเป็นกลยุทธ์อย่างหนึ่งที่เป็นที่นิยมมากในการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน โดยมีวัตถุประสงค์ในการครอบงำกิจการที่แตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็นการสร้างกำลังผนึกของกิจการ (*Synergies*) การสร้างความสะดวกและรวดเร็วในการขยายกิจการ การนำธุรกิจเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์โดยทางอ้อม (*Backdoor Listing*) การลดคู่แข่งทางการค้า ผลประโยชน์ในด้านภาษี (*Tax Consideration*) ฯลฯ<sup>35</sup> หากกรรมการเห็นว่า การครอบงำกิจการจะส่งผลดีต่อบริษัทจำกัดในระยะยาว กรรมการก็สามารถที่จะใช้ดุลพินิจของตนในการดำเนินการให้บริษัทจำกัดเข้าครอบงำกิจการของบริษัทอื่นได้ เพราะ กรรมการต้องประกอบด้วยความรู้ความเข้าใจและรอบรู้ในกิจการของบริษัทนั้น เพื่อให้เอื้อเพื่อสอดส่องกิจการของบริษัทจำกัดให้ลุล่วงไปด้วยดี มิฉะนั้นกรรมการก็ไม่อาจเอื้อเพื่อสอดส่องกิจการให้ได้ดีได้<sup>36</sup> เพราะฉะนั้น ถึงแม้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการจะทำให้บริษัทจำกัดได้รับความเสียหาย แต่หากกรรมการได้กระทำไปด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและ รอบ คอบ ระมัดระวังแล้ว กรรมการก็ไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ต่อบริษัทจำกัดเลย

บทความนี้ชี้ให้เห็นว่า การตีความกฎหมายที่เคร่งครัดจนเกินไปอาจทำให้กรรมการไม่กล้าที่จะตัดสินใจดำเนินการใดๆ ทางธุรกิจ อันเป็นการไม่สนับสนุนให้กรรมการตัดสินใจในการดำเนินกิจการใหม่ๆ โดยไม่ต้องพะวงกับการต้องรับผิดชอบส่วนตัวหากเกิดการตัดสินใจผิดพลาด อีกทั้งการตีความอย่างเคร่งครัดย่อมจะทำให้ไม่มีผู้บริหารคนใหม่ๆ ที่อยากเข้ามารับหน้าที่เป็นกรรมการคนต่อไปอีกได้<sup>37</sup> ปัญหานี้จึงมีเหตุอันสมควรที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยกำหนดช้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดเพื่อให้เกิดความชัดเจนไม่ต้องตีความอีกต่อไป

### 2.3 ปัญหาศาลไม่มีอำนาจสั่งให้กรรมการยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด

จากการศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนเห็นว่า ศาลเป็นองค์กรสำคัญที่จะต้องปราบปรามการกระทำที่ผิดปกติซึ่งเป็นการขัดขวางต่อการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการให้หมดไป เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบริษัทจำกัดเป็นสำคัญ<sup>38</sup>

<sup>35</sup> ปิ่นอนงค์ พีชมงคล (เชิงอรรถที่ 6) 44.

<sup>36</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2191/2541 (deka.supremecourt.or.th).

<sup>37</sup> ทิพย์ชนก รัตโนสถ (เชิงอรรถที่ 17) 315.

<sup>38</sup> Michael Christie, *supra* note 27, 520.

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่า ประเทศอังกฤษมีพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 178 (1)<sup>39</sup> และประเทศสิงคโปร์มีพระราชบัญญัติบริษัท (บทที่ 50) มาตรา 216A (5)<sup>40</sup> ให้อำนาจศาลที่จะมีคำสั่งต่างๆ ได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งศาลอังกฤษได้วางหลักว่า ศาลมีอำนาจสั่งให้กรรมการยุติการกระทำที่ถูกร้องฟ้องได้<sup>41</sup> ส่วนศาลสิงคโปร์ก็ได้วางหลักไว้เช่นเดียวกันว่า ศาลอาจมีคำสั่งห้ามหรือระงับการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือหน้าที่ได้<sup>42</sup> ส่วนประเทศญี่ปุ่นนั้น มีพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2005 มาตรา 360 (1)<sup>43</sup> บัญญัติไว้โดยตรงว่า ศาลมีอำนาจสั่งให้กรรมการยุติการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ได้

สำหรับกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า หน้าที่ของกรรมการที่จะต้องไม่ค้าขายแข่งกับบริษัทเป็นหนึ่งวันกระทำการที่เกิดจากกฎหมายอย่างหนึ่ง หนึ่งดังกล่าวก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบริษัทจำกัดและกรรมการ โดยบริษัทจำกัดอยู่ในฐานะเป็นเจ้าหนี้ และกรรมการอยู่ในฐานะเป็นลูกหนี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วพบว่า กฎหมายลักษณะหนี้ได้บัญญัติรับรองว่า<sup>44</sup> หนึ่งวันกระทำการเป็นหนี้ที่สามารถมีได้ในระบบกฎหมาย และด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้นั่นเอง เมื่อลูกหนี้ละลายไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็สามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระหนี้วันกระทำการนั้นให้ถูกต้องได้<sup>45</sup>

เพราะฉะนั้น ด้วยความเคารพอย่างยิ่ง ผู้เขียนจึงเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ว่า ศาลไม่มีอำนาจสั่งให้ยุติการค้าขายแข่ง โดยให้เหตุผลว่าไม่มีกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการมีคำสั่งดังกล่าวโดยตรงนั้น ถือเป็นการตีความกฎหมาย

<sup>39</sup> Companies Act 2006 § 178(1) Civil consequences of breach of general duties

“(1) The consequences of breach (or threatened breach) of sections 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rule or equitable principle applied.”

<sup>40</sup> Companies Act (Chapter 50) § 216A (5) Derivative or representative actions

“(5) In granting leave under this section, the Court may make such orders or interim orders as it thinks fit in the interests of justice... ”

<sup>41</sup> David Cabrelli, *The reform of the law of directors' duties in UK company law*, (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2008), pp.43-44.

<sup>42</sup> Robson Lee, *supra note 33*, p.21.

<sup>43</sup> Companies Act (Act No. 86 of 2005) Article 360(1) Enjoinment of Acts of Directors by Shareholders

“(1) In cases where a director engages, or is likely to engage, in an act outside the scope of the purpose of a Stock Company, or other acts in violation of laws and regulations or the articles of incorporation, if such act is likely to cause substantial detriment to such Stock Company, shareholders having the shares consecutively for the preceding six months or more (or, in cases where a shorter period is prescribed in the articles of incorporation, such period or more) may demand that such director cease such act.”

<sup>44</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 และมาตรา 213 วรรคสาม.

<sup>45</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2555) 179.

ที่เครื่องครัดจนเกินไปและไม่สอดคล้องกับกฎหมายลักษณะหนี้ เนื่องจากกฎหมายลักษณะหนี้ได้บัญญัติรับรองถึงหนึ่งเดือนกระทำการดังกล่าวอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติรับรองถึงหนึ่งดังกล่าวอีก

บทความนี้ก่อให้เกิดแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัดโดยการบัญญัติให้เห็นถึงสิทธิของบริษัทจำกัดและอำนาจของศาลในอันที่จะมีคำสั่งให้กรรมการยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดเพื่อให้เกิดความชัดเจนไม่ต้องตีความกฎหมายอีกต่อไป

2.4 ปัญหาบริษัทจำกัดไม่มีสิทธิเรียกเอากำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด

การที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้สิทธิแก่บริษัทจำกัดในการเรียกเอากำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและส่งผลเสีย ดังนี้

(1) ปัญหากฎหมายไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้สิทธิแก่บริษัทจำกัดที่จะเรียกเอาผลกำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดนั้น มีผลทำให้กรรมการผู้ที่ไม่ฝักใฝ่ต่อหน้าหน้านั้นยังคงมีสิทธิที่จะได้รับผลกำไรทั้งหมดที่ตนหาได้จากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด จึงทำให้กรรมการผู้นั้นย่อมจะต้องค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดต่อไป อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการปราบปรามการกระทำผิดของกรรมการโดยกฎหมายนั้นมิได้เพียงพอ จึงทำให้สภาพบังคับทางกฎหมายไร้ประสิทธิภาพ

(2) ปัญหากฎหมายสร้างภาระการพิสูจน์ให้แก่บริษัทจำกัดมากเกินไป เมื่อบริษัทจำกัดมีเพียงสิทธิฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการเท่านั้น กรณีจึงอาจเกิดเป็นปัญหาเมื่อมีคดีความขึ้นสู่ศาลว่า “ค่าสินไหมทดแทน” นั้น มีความหมายรวมถึงผลกำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดหรือไม่ ด้วยเหตุนี้เอง บริษัทจำกัดซึ่งเป็นโจทก์จึงมีภาระที่จะพิสูจน์ให้ได้ว่า กำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดเป็นค่าสินไหมทดแทนที่บริษัทโจทก์ชอบที่จะได้รับการชดใช้จากจำเลยซึ่งเป็นกรรมการ ซึ่งการพิสูจน์ในเรื่องดังกล่าวกระทำได้ยากมากเพราะกำไรที่กรรมการหาได้จากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดนั้นไม่มีลักษณะเป็นค่าสินไหมทดแทนเลย

(3) ถึงแม้ว่าที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจะมีอำนาจในการปลดกรรมการผู้ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดออกจากการเป็นกรรมการได้<sup>46</sup> แต่การที่ศาลไม่มีอำนาจสั่งให้กรรมการชดใช้กำไรทั้งหมดที่กรรมการหาได้จากการค้าขายแข่งให้แก่บริษัทจำกัดนั้น ก็ยังคงก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทจำกัดอยู่ดี เพราะกรรมการดังกล่าวย่อมจะต้องค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดต่อไปอย่างแน่นอน เนื่องจากเขายังคงมีสิทธิที่จะได้รับกำไรที่เกิดจากการค้าขายแข่งกับบริษัท อีกทั้งในปัจจุบันนี้ยังมีแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ว่า ศาลไม่มีอำนาจสั่งให้กรรมการยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดด้วย<sup>47</sup> นอกจากนี้ เมื่อกรรมการดังกล่าวถูกปลดออกจากการดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการแล้ว เขาก็จะกลายเป็นอดีตกรรมการซึ่งไม่มีหน้าที่ต่อบริษัทจำกัดอีก กฎหมายบริษัทจำกัดก็จะไม่สามารถนำมาบังคับใช้แก่อดีตกรรมการผู้นั้นได้อีก ซึ่งก็จะก่อให้เกิดความยุ่งยากมากยิ่งขึ้นที่จะเอาผิดกับอดีตกรรมการผู้นั้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายห้างหุ้นส่วนสามัญทั้งที่ไม่จดทะเบียนและจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล กฎหมายห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้ว จะเห็นได้ว่าในกรณีที่ผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการค้าขายแข่งกับห้างหุ้นส่วน กฎหมายดังกล่าวได้

<sup>46</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151.

<sup>47</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 8532/2559 (deka.supremecourt.or.th).

ให้สิทธิแก่ห้างหุ้นส่วนในอันที่จะเรียกเอากำไรที่ผู้เป็นหุ้นส่วนดังกล่าวหามาได้ทั้งหมดได้ด้วย ลักษณะของค่าเสียหายดังกล่าวมีลักษณะเป็นเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ (*Punitive Damages*) เพราะนอกจากจะเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ห้างหุ้นส่วนแล้ว ยังเป็นการชดใช้ค่าเสียหายเพื่อการป้องปรามและเป็นการชดเชยความเสียหายในกรณีที่ยังตรวจจับไม่ได้แน่ชัด (*undetected torts*) ด้วย ในขณะที่กฎหมายบริษัทจำกัดนั้น ลักษณะของค่าเสียหายเป็นเพียงการชดใช้ค่าสินไหมเชิงทดแทน (*Compensation Damages*) ซึ่งมีลักษณะเป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่บริษัทจำกัดแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ผู้เขียนขอให้ข้อสังเกตว่า รูปแบบขององค์กรธุรกิจประเภทบริษัทจำกัดนั้นมีลักษณะเป็นการระดมทุนของกลุ่มบุคคลที่มีจำนวนมากว่าองค์กรธุรกิจประเภทห้างหุ้นส่วน เพราะกฎหมายบริษัทจำกัดนั้นได้กำหนดให้มีผู้เริ่มก่อการในการจัดตั้งบริษัทจำกัดจำนวนตั้งแต่สามคนขึ้นไป<sup>48</sup> ในขณะที่กฎหมายห้างหุ้นส่วนนั้น กฎหมายกำหนดว่า สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจะต้องประกอบไปด้วยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากัน เพื่อกระทำการกิจการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น<sup>49</sup> อีกทั้งแนวคิดการประกอบธุรกิจในรูปแบบของบริษัทจำกัดนั้นเป็นการระดมทุนจากเจ้าของแหล่งเงินทุนที่ไม่ต้องการที่จะดำเนินกิจการด้วยตนเอง ด้วยสาเหตุที่อาจจะไม่มีเวลา หรือไม่มีความเชี่ยวชาญในกิจการประเภทนั้น ฯลฯ การประกอบธุรกิจในรูปแบบของบริษัทจำกัดนั้นจึงเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นสามารถเข้ามาเป็นเจ้าของกิจการได้โดยการนำเงินมาซื้อหุ้นเพื่อที่กรรมการจะได้นำเงินนั้นไปใช้ในการบริหารจัดการงานของบริษัทต่อไป

ในขณะที่การประกอบธุรกิจในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนนั้น บุคคลที่เข้ามาทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนนั้น ส่วนใหญ่เป็นญาติมิตรสหายที่มีความไว้นื้อเชื่อใจต่อกันและได้ตกลงเพื่อเข้าดำเนินกิจการร่วมกัน โดยผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนจะต้องมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาลงหุ้น โดยกฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้เป็นหุ้นส่วนสามารถลงหุ้นด้วยทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่เงิน หรือจะลงด้วยแรงงานก็ได้ เมื่อเปรียบเทียบลักษณะของการประกอบธุรกิจทั้งสองรูปแบบนี้แล้ว จึงเห็นได้ว่าผู้ที่เป็นเจ้าของกิจการในบริษัทจำกัดนั้นมีจำนวนเยอะกว่า และผู้ที่เข้ามาร่วมลงทุนไม่ใช่ญาติมิตรสหายเหมือนอย่างกรณีของห้างหุ้นส่วน นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นยังไม่ได้เป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเอง แต่จะมอบหมายการงานให้กรรมการดำเนินการแทน แตกต่างกับห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งหากสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนไม่ได้กำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนย่อมเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ และมีอำนาจดำเนินกิจการแทนห้างหุ้นส่วนได้

จากที่กล่าวมานี้ แสดงให้เห็นได้ว่า ลักษณะการประกอบธุรกิจในรูปแบบของบริษัทจำกัดนั้นอาจมีความเสี่ยงที่จะเสียหายได้ง่ายกว่าการประกอบธุรกิจในรูปแบบของห้างหุ้นส่วน เพราะผู้ที่มาร่วมระดมทุนในบริษัทจำกัดส่วนใหญ่ไม่ใช่ญาติมิตรสหายเหมือนอย่างกรณีของห้างหุ้นส่วน ดังนั้นมาตรฐานในการป้องกันมิให้กรรมการมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับบริษัทจำกัดจึงควรที่จะมีระดับมาตรฐานในระดับที่เท่ากัน หรือควรจะดีกว่ากรณีของห้างหุ้นส่วนด้วยซ้ำ แต่กฎหมายบริษัทจำกัดกลับกำหนดมาตรฐานไว้ในระดับที่ต่ำกว่ากฎหมายห้างหุ้นส่วน

<sup>48</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097.

<sup>49</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012.

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่า ประเทศอังกฤษมีพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 178 (1)<sup>50</sup> ให้อำนาจศาลในอันที่จะมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ซึ่งศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ว่า ศาลมีอำนาจสั่งให้กรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซึ่งตนใช้เงินให้แก่บริษัทจากกำไรที่กรรมการผู้นั้นหามาได้จากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ<sup>51</sup> ส่วนประเทศสิงคโปร์และญี่ปุ่นนั้น ต่างมีกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยตรงว่าบริษัทจำกัดมีสิทธิที่จะเรียกกำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ได้ โดยกฎหมายสิงคโปร์ปรากฏในพระราชบัญญัติบริษัท (บทที่ 50) มาตรา 157 (3)(a)<sup>52</sup> กฎหมายญี่ปุ่นปรากฏในพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2005 มาตรา 423 (2)<sup>53</sup>

ผู้เขียนขอให้ข้อสังเกตว่า การร่างกฎหมายไทยในส่วนที่กำหนดหลักการปฏิบัติหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทจำกัดนั้น กรมร่างกฎหมายไทยได้อาศัยกฎหมายต่างประเทศเป็นหลักในการร่างกฎหมายดังกล่าว โดยกฎหมายของประเทศหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เป็นหลักในการร่างกฎหมายนั้น คือประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่น (*Commercial Code*)<sup>54</sup> ซึ่งในปัจจุบันนี้ ประมวลกฎหมายพาณิชย์ญี่ปุ่นในส่วนที่เป็นกฎหมายบริษัทจำกัดได้ถูกยกเลิกเสียแล้ว และใช้พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2005 (*Companies Act*) บังคับแทนกฎหมายดังกล่าว ซึ่งพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2005 มาตรา 423 (2) ได้กำหนดว่า ค่าเสียหายที่กรรมการจะต้องชดเชยให้แก่บริษัทร่วมทุน ได้แก่กำไรทั้งหมดที่กรรมการผู้นั้นหรือบุคคลที่สามได้มาจากกิจการที่ทำนั้น โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นค่าเสียหายที่บริษัทได้รับ ซึ่งแตกต่างจากเดิมที่กฎหมายญี่ปุ่นได้กำหนดไว้ว่ากรรมการต้องรับผิดชอบต่อบริษัทโดยการชดเชยค่าสินไหมทดแทน (*payment of damages*)

<sup>50</sup> Companies Act 2006 § 178 (1), (2) Civil consequences of breach of general duties

“(1) The consequences of breach (or threatened breach) of sections 171 to 177 are the same as would apply if the corresponding common law rule or equitable principle applied.”

<sup>51</sup> David Cabrelli, supra note 41, 43-44.

<sup>52</sup> Companies Act (Chapter 50) § 157 (3)(a) as to the duty and liability of officers

“(3) An officer or agent who commits a breach of any of the provisions of this section shall be —  
(a) liable to the company for any profit made by him or for any damage suffered by the company as a result of the breach of any of those provisions...”

<sup>53</sup> Companies Act (Act No. 86 of 2005) Article 423 (2) Liability for Damages of Officers, Etc. to Stock Company for Damages

“(2) If a director or executive officer engages in a transaction listed in item (i) of Article 356(1) in violation of the provisions of Article 356(1) (including cases where applied mutatis mutandis under Article 419(2). The same shall apply hereinafter in this paragraph), the amount of the profits obtained by the director, executive officer or a third party as a result of such transaction shall be presumed to be the amount of the damages under the preceding paragraph.”

<sup>54</sup> ภาสกร ชุมหน่อไร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (มาตรา 1012 ถึง 1273/4), กองทุนศาสตราจารย์จิติ ดิงคัทยั, (กรุงเทพฯพมทนคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา 2553) 299.

เท่านั้น<sup>55</sup> สาเหตุที่ต้องมีการแก้กฎหมายดังกล่าวก็เพราะกรมร่างกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นเห็นว่า การกำหนดให้บริษัทจำกัดชอบที่จะได้รับชดใช้แต่เฉพาะค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการเท่านั้นจะมีผลทำให้สภาพบังคับทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการนั้นลดลง หรือไม่มีประสิทธิภาพ<sup>56</sup> แต่กฎหมายบริษัทจำกัดของประเทศไทยนั้น ตั้งแต่ที่ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จนถึงปัจจุบัน กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักการปฏิบัติหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการนั้นยังไม่เคยได้รับการแก้ไขแต่อย่างใดเลย ในขณะที่กฎหมายของประเทศอื่นในหลายประเทศ รวมทั้งกฎหมายญี่ปุ่นได้มีการแก้ไขกฎหมายบริษัทจำกัดไปเป็นจำนวนมากหลายฉบับ

บทความนี้ก่อให้เกิดแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัดซึ่งมีมาช้านานแล้วและยังไม่มีมีการปรับปรุงให้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน โดยจะต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยให้บริษัทจำกัดมีสิทธิที่จะเรียกเอาผลกำไรที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด เพราะถึงแม้ว่ากำไรที่กรรมการหาได้นั้นจะไม่มีลักษณะเป็นค่าเสียหายที่บริษัทจำกัดได้รับโดยตรง แต่กำไรที่กรรมการหาได้นั้นก็เกิดจากการที่กรรมการนำเอาข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจำกัดไปใช้ อันถือได้ว่าเป็นกำไรที่บริษัทจำกัดควรมีสิทธิที่จะได้รับเช่นกัน

## 2.5 ปัญหาไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการ

จากการศึกษาค้นคว้า ผู้เขียนเห็นว่า การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการอาจส่งผลเสียต่อบริษัทจำกัด ดังนี้

(1) กรรมการอาจอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการกระทำผิด โดยการลาออกจากตำแหน่งจากการเป็นกรรมการเพื่อที่จะนำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจำกัดที่ตนได้ล่วงรู้มาในขณะที่ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการไปใช้โดยอาจมีกรณีที่กรรมการโน้มน้าวลูกจ้างและลูกค้าของบริษัทเดิมไปเป็นลูกจ้างและลูกค้าของบริษัทที่ตนได้ก่อตั้งขึ้นใหม่ในภายหลังที่ตนได้ลาออกจากบริษัทเดิมด้วยเคยเกิดเป็นคดีขึ้นในประเทศญี่ปุ่นมาแล้ว<sup>57</sup>

(2) ถึงแม้ผู้เขียนจะเห็นว่า การที่กรรมการอาจอาศัยช่องว่างทางกฎหมายในการกระทำผิดดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการละเมิดต่อบริษัทจำกัด<sup>58</sup> แต่การไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของอดีตกรรมการไว้โดยตรงอาจทำให้สภาพบังคับทาง

<sup>55</sup> Japanese Commercial Code, Sec. 266 (a)(v)

“Directors who commit any of the following actions shall be jointly and severally liable to the corporation: ... in the case of actions given in subsection (iv) or (v), for damages suffered by the corporation. ...

(v) Actions that violate the law of the corporation’s articles of incorporation”

<sup>56</sup> Hideki Kanda, Curtis J. Milhaupt, ‘Re-examining Legal Transplants: The Director’s *Fiduciary Duties* in Japanese Corporate Law’ *The American Journal of Comparative Law*, 51, 896.

<sup>57</sup> *Sekisui jushi kyappu ai shissutemu, K.K. v. K.K.* A no [1875] Hanri jicho 19 (Tokyo High Ct. June 24, 2004).

<sup>58</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 ประกอบมาตรา 420.

กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะปราบปรามการกระทำผิดของอดีตกรรมการ เพราะบริษัทจำกัดคงมีสิทธิเรียกให้อดีตกรรมการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น ไม่มีสิทธิเรียกเอากำไรที่อดีตกรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดได้ เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

(3) อดีตกรรมการอาจนำข้อมูลที่ตนได้ล่วงรู้มาในขณะที่ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการไปใช้เพื่อประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น กรณีนี้อดีตกรรมการอาจจะได้มีเจตนาทุจริตมาตั้งแต่แรก แต่เพิ่งมาเกิดเจตนาในการใช้ข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทในภายหลัง ซึ่งก็ทำให้บริษัทจำกัดและผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายเช่นกัน

(4) การที่ไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการไว้โดยตรง จะทำให้อดีตกรรมการไม่สามารถทราบได้ว่าตนมีหน้าที่อย่างไรหรือไม่เมื่อตนได้พ้นจากการดำรงตำแหน่งไปแล้ว และอาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าตนมีสิทธิที่จะนำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ตนได้ล่วงรู้มาในขณะที่ดำรงตำแหน่งไปใช้ได้ เพราะเข้าใจว่าตนไม่มีความผูกพันอย่างใดตามกฎหมายอีกต่อไปแล้ว

(5) ในบางกรณีอาจมีข้อบังคับของบริษัทจำกัด หรือมีข้อตกลงระหว่างกรรมการและบริษัทกำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการไว้อย่างชัดเจน แต่ผู้เขียนเห็นว่า ถ้าต้องให้บริษัทจำกัดมีหน้าที่ต้องกำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการให้ชัดเจนเสียเอง ดูเหมือนจะเป็นการสร้างภาระให้แก่บริษัทจำกัดมากเกินไป โดยเฉพาะบริษัทที่เปิดใหม่ (*Startup*) ซึ่งไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมาย ทำให้บริษัทที่เปิดใหม่ต้องจ้างนักกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการเสียเอง ทำให้มีค่าใช้จ่ายของบริษัทเพิ่มมากขึ้น ทั้งๆที่ควรจะเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่ต้องกำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการ

นอกจากนี้ ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่า ประเทศอังกฤษมีพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006 มาตรา 170 (2)<sup>59</sup> และประเทศสิงคโปร์มีพระราชบัญญัติบริษัท (บทที่ 50) มาตรา 157 (5)<sup>60</sup> ที่กำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการไว้โดยตรงในทำนองเดียวกันว่า ห้ามอดีตกรรมการนำทรัพย์สิน ข้อมูล หรือโอกาสทางธุรกิจที่กรรมการผู้นั้นได้ล่วงรู้ในขณะที่เขายังดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการอยู่ไปใช้โดยมิชอบ ส่วนประเทศญี่ปุ่นนั้น แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการไว้โดยตรงเลย แต่ปรากฏว่าศาลสูงญี่ปุ่นได้วินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องนี้ โดยมีข้อเท็จจริงว่า กรรมการของบริษัทจำกัดแห่งหนึ่งมีความคิดที่ไม่สุจริตประสงค์ที่จะใช้โอกาสทางธุรกิจของบริษัทจำกัด จึงวางแผนลาออกจาก

<sup>59</sup> Companies Act 2006 § 170 (2) Scope and nature of general duties

“(2) A person who ceases to be a director continues to be subject—

(a) to the duty in section 175 (Duty to Avoid Conflicts of Interest) as regards the exploitation of any property, information or opportunity of which he became aware at a time when he was a director, and

(b) to the duty in section 176 (Duty Not to Accept Benefits from Third Parties) as regards things done or omitted by him before he ceased to be a director.

To that extent those duties apply to a former director as to a director, subject to any necessary adaptations.”

<sup>60</sup> Companies Act (Chapter 50) § 157 (5) as to the duty and liability of officers

“(5) In this section —

“officer” includes a person who at any time has been an officer of the company;”

ตำแหน่งเพื่อก่อตั้งบริษัทใหม่เพื่อทำการค้าขายแข่งกับบริษัทที่ตนลาออกจากตำแหน่ง และมีการโน้มน้าวลูกจ้างและลูกค้าของบริษัทที่ตนได้ลาออกจากตำแหน่งไปเป็นลูกจ้างและลูกค้าของบริษัทใหม่ที่ตนก่อตั้งขึ้นด้วย ด้วยความไม่สุจริตของอดีตกรรมการดังกล่าวที่มีมาตั้งแต่แรกก่อนที่จะลาออกจากตำแหน่ง จึงทำให้ศาลสูงญี่ปุ่นมีแนวคำพิพากษาที่ไปในทางทิศทางเดียวกันว่า กรณีดังกล่าวถือว่าอดีตกรรมการละเมิดต่อหลักการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ และเป็นการค้าขายแข่งที่ไม่เป็นธรรม อันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย<sup>61</sup>

การที่อดีตกรรมการบริษัทเดิมไปดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัทใหม่ หรืออาจเป็นตำแหน่งอื่นก็ตาม จึงมีความเสี่ยงที่อดีตกรรมการจะนำข้อมูลต่าง ๆ ที่เคยใช้ในการบริหารของบริษัทเดิมไปใช้ประโยชน์ในบริษัทใหม่ได้และมีผลทำให้บริษัทเดิมต้องเสียประโยชน์ที่ควรได้ไม่มากนักน้อย ในหน่วยงานของรัฐ ผู้บริหารหน่วยงานซึ่งจากตำแหน่งไปแล้ว จะมีกฎหมายห้ามไม่ให้ไปดำรงตำแหน่งในบริษัทเอกชนโดยกำหนดเงื่อนไขไว้ เช่น ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีหรือสองปี หลังจากพ้นตำแหน่ง โดยห้ามไม่ให้ดำรงตำแหน่งในหน่วยงานของเอกชน เช่น เลขาธิการ กสทช. เป็นต้น กฎหมายที่เป็นตัวอย่างสำหรับในเรื่องนี้ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 127 ประกอบมาตรา 126 (4) โดยห้ามมิให้อดีตกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ อดีตผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ อดีตผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง อดีตผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไว้ว่า เข้าไปมีส่วนได้เสียในฐานะเป็นกรรมการ ที่ปรึกษา ตัวแทน พนักงาน หรือลูกจ้างในธุรกิจเอกชน ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับ ดูแล ควบคุม หรือตรวจสอบของรัฐที่เจ้าพนักงานของรัฐผู้นั้นได้เคยสังกัดหรือปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งโดยสภาพของผลประโยชน์ของธุรกิจของเอกชนนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์ทางราชการ หรือกระทบต่อความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐผู้นั้น ภายในสองปีนับแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากเจ้าพนักงานของรัฐมีหน้าที่ใช้อำนาจของรัฐเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม แต่กิจการที่กฎหมายกำหนดห้ามไว้ นั้นมีความเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานของรัฐผู้นั้น ซึ่งอาจทำให้ประชาชนหรือสังคมเกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าจะมีการใช้อำนาจหน้าที่หรือการดำเนินการใด ๆ เพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือพวกพ้องหรือไม่<sup>62</sup>

อย่างไรก็ตาม อดีตกรรมการของบริษัทเอกชนไม่มีกฎหมายเขียนห้ามไว้อย่างหน่วยงานของรัฐ แต่อาจทำได้โดยการให้กรรมการบริษัทเดิมทำสัญญาไว้กับบริษัทเดิมว่าจะไม่ไปดำรงตำแหน่งในบริษัทอื่น ไม่ว่าในปัจจุบันหรือเมื่อพ้นจากตำแหน่งเดิมไปแล้ว

บทความนี้ก่อให้เกิดแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัดซึ่งมีมานานแล้วและยังไม่มีปรับปรุงให้ทันต่อสถานการณ์ปัจจุบัน ทั้งเป็นการเสนอแนวคิดเพื่อให้เกิดการต่อยอดในเชิงวิชาการต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ของอดีตกรรมการควรมีขอบเขตจำกัดแต่

<sup>61</sup> Yamazaki seipan, K.K. v. Iijima [1015] Hanrei jiho 27 (Tokyo D. Ct. Mar. 26, 1981) cited in J. Mark Ramseyer, Masayuki Tamaruya, *supra note 34*, pp.12-13.

<sup>62</sup> สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, ‘พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 126 และ มาตรา 127 ห้ามเจ้าพนักงานของรัฐดำเนินกิจการที่เป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวม’ <<https://www.nacc.go.th>> สืบค้นเมื่อ 30 เมษายน 2564.

เฉพาะข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทจำกัดที่อดีตกรรมการได้ล่วงรู้มาในขณะที่ดำรงตำแหน่งเป็น กรรมการ อยู่เท่านั้น มิฉะนั้นจะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพมากจนเกินไป อันไม่เป็นไปตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>63</sup>

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามกรรมการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัดนั้น ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ สมควรที่จะต้องมีการชำระสะสางแก้ไขปรับปรุงบทกฎหมายดังกล่าว ดังนี้

ปัญหาประการที่ 1 ปัญหากรรมการเข้าเป็นกรรมการของบริษัทอื่นซึ่งประกอบกิจการอันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทจำกัด ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสาม โดยการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีข้อความว่า “อนึ่ง ท่านห้ามมิให้ผู้เป็นกรรมการประกอบการค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่น หรือไปเข้าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างค้าขายอื่นหรือเป็นกรรมการในบริษัทอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอื่นใดนอกจากกรรมการ ซึ่งการดำรงตำแหน่งนั้นอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ โดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ของผู้ออกหุ้น”

ปัญหาประการที่ 2 ปัญหากรรมการประกอบกิจการไปเพื่อประโยชน์แก่บริษัทจำกัด แต่การประกอบกิจการนั้นกลับเข้าลักษณะที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นการค้าขายแข่งกับบริษัท ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสาม โดยเพิ่มข้อความในตอนท้ายของวรรคสามในมาตราดังกล่าวว่า “เว้นแต่ที่เป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทจำกัดเป็นสำคัญ และไม่มีเหตุอันสมควรที่จะก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์”

ปัญหาประการที่ 3 ปัญหาศาลไม่มีอำนาจสั่งให้กรรมการยุติการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 วรรคหนึ่ง เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องอำนาจของศาล โดยเพิ่มเติมข้อความว่า “และอาจเรียกร้องให้กรรมการยุติการกระทำที่ถูกฟ้องร้องนั้นก็ได้”

ปัญหาประการที่ 4 ปัญหาบริษัทจำกัดไม่มีสิทธิเรียกเอาค่าไถ่ที่กรรมการหาได้ทั้งหมดจากการค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 วรรคหนึ่ง โดยแก้ไขเพิ่มเติมให้มีข้อความว่า “ถ้ากรรมการทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัทฯ จะฟ้องร้องเรียกเอาผลกำไรอันผู้นั้นหาได้ทั้งหมดหรือจะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่ผู้นั้นก็ได้”

ปัญหาประการที่ 5 ปัญหาไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของอดีตกรรมการ ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 โดยเพิ่มวรรคห้าของมาตราดังกล่าวให้มีข้อความว่า “กรรมการที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วยังคงมีหน้าที่ไม่นำข้อมูลที่เป็นโอกาสทางธุรกิจของบริษัทที่ตนได้ล่วงรู้มาในขณะที่ยังดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการไปใช้ค้าขายแข่งกับบริษัทจำกัด หากอดีตกรรมการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าว บริษัทจำกัดสามารถดำเนินคดีแก่อดีตกรรมการผู้นั้นได้ตามสิทธิที่บทบัญญัติมาตรานี้กำหนดไว้”

<sup>63</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 40 วรรคหนึ่ง.

## บรรณานุกรม

### หนังสือ

#### ภาษาไทย

ทิพย์ชนก รัตโนสถ, *กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 3, โรงพิมพ์เดือนตุลา 2550).

ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 10, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2555) ภาสกร ชูณหอไธ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (มาตรา 1012 ถึง 1273/4), *กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภักดิ์* (โรงพิมพ์เดือนตุลา 2553).

สทรน รัตน์ไพจิตร, *กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558).

โสภณ รัตนากกร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ : หุ้นส่วนบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 13, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2556).

#### ภาษาต่างประเทศ

Bryan A. Garner, *Black's Law dictionary*, (8th edition. St. Paul, MN : Thomson West 2004).

David Cabrelli, *The reform of the law of directors' duties in UK company law* (Edinburgh: Edinburgh University Press 2008).

Robson Lee, *Directors' Duties & Responsibilities (Singapore)* (Marina Bay : Gibson, Dunn & Crutcher LLP 2015).

### บทความ

#### ภาษาไทย

ธรรมนิติย์ สุมันต์กุล, 'ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages)' (กฎหมาย 2558) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2-3.

#### ภาษาต่างประเทศ

Dominique Le Miere, 'Can Directors Compete with the Company?' *The University of Western Australia Law Review* 42 : 98.

Hideki Kanda, Curtis J. Milhaupt, 'Re-examining Legal Transplants: The Director's Fiduciary Duties in Japanese Corporate Law' (2003) *The American Journal of Comparative Law*, 51, 4, 896.

J. Mark Ramseyer, Masayuki Tamaruya, 'Fiduciary Principles in Japanese Law' (2017) *Oxford Handbook of Fiduciary Law* 935, 4-5.

Michael Christie, 'The Director's Fiduciary Duties Not to Compete' (1992) *The Modern Law Review* 55: 506-507.

## วิทยานิพนธ์

จุมพล แดงสกุล, ‘การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2551).

นาฎยา นมะหุต, ‘ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551: ศึกษากรณีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2559).

ปิ่นอนงค์ พีชมงคล, ‘ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการควมรวมกิจการในการประกอบธุรกิจ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2559).

วิมล ธีระภาพพันธ์, ‘การตัดสินใจเพื่อเข้าครอบงำกิจการในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และผลกระทบของการครอบงำกิจการต่อราคาหุ้น’ (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2537).

## เอกสารประกอบการประชุม

ตรีขวัญ บุณนาค, ‘Merge & Acquisitions’ ในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง Merge & Acquisitions ครั้งที่ 32. จัดโดย คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ 2537.

## เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

### ภาษาไทย

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, ‘พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 126 และ มาตรา 127 ห้ามเจ้าพนักงานของรัฐดำเนินกิจการที่เป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวม’ <<https://www.nacc.go.th>> สืบค้นเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2564.

### ภาษาต่างประเทศ

John Davies, ‘A Guide to Directors’ Responsibilities under the Companies Act 2006’ <<https://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-tp-cdd.pdf>> accessed 22 February 2021.

Pinsent Masons, ‘Remedies where there is a breach of directors' duties’ <<https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/remedies-where-there-is-a-breach-of-directors-duties>> accessed 1 March 2021.