

คณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัท



นายคณิน สุบิน

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์

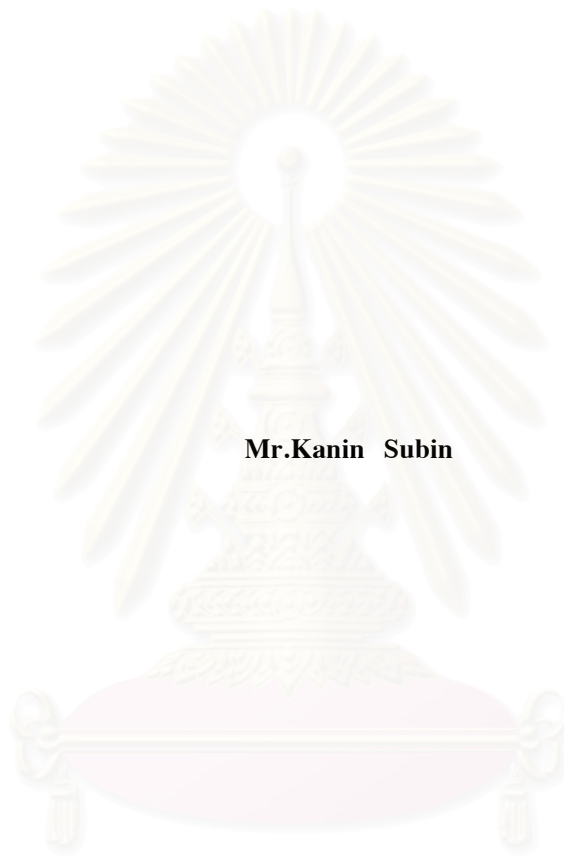
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2543

ISBN 974-347-161-8

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

SUPERVISORY BOARD IN COMPANY



Mr.Kanin Subin

สถาบันวิทยบริการ

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws**

Department of Law

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2000

ISBN 974-347-161-8

หัวข้อวิทยานิพนธ์	คณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัท
โดย	นายคณิน สุบิน
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็น
ส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ธงทอง จันทรางศุ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์สำเริง เมฆเกรียงไกร)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา
(รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ ทรายางกูร)

..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.ประสงค์ วินัยแพทย์)

..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร)

..... กรรมการ
(อาจารย์ภราดร ภคพัฒน์)

คุณิน สุบิน : คณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัท (SUPERVISORY BOARD IN COMPANY) อ.ที่ปรึกษา : รองศาสตราจารย์พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, 197 หน้า.ISBN 974-347-161-8.

การวิจัยครั้งนี้ มีจุดมุ่งหมายที่จะศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทของประเทศที่ใช้โครงสร้างคณะกรรมการแบบสองชั้นว่า จะนำมาเป็นแนวทางในการเสริมสร้างให้บริษัทในประเทศไทยมีการกำกับดูแลกิจการที่ดีและเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารงานของบริษัทได้หรือไม่อย่างไร

จากการวิจัยพบว่า รูปแบบคณะกรรมการที่ใช้อยู่ในประเทศต่างๆ มี 2 ระบบใหญ่ๆ ได้แก่ ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว และระบบคณะกรรมการสองชั้น ในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว คณะกรรมการที่รับผิดชอบการดำเนินงานของบริษัทมีเพียงชุดเดียว โดยคณะกรรมการดังกล่าว จะรับผิดชอบทั้งเรื่องการตัดสินใจที่สำคัญทางธุรกิจ และการกำกับดูแลการดำเนินงานของฝ่ายบริหาร รูปแบบคณะกรรมการบริษัทภายใต้กฎหมายไทยเป็นแบบคณะกรรมการชั้นเดียว โดยบริษัทส่วนมากมักจะไม่มีการกลไกถ่วงดุลและคานอำนาจภายในคณะกรรมการเท่าที่ควร สำหรับระบบคณะกรรมการสองชั้น นั้น เป็นรูปแบบคณะกรรมการของหลายประเทศในแถบยุโรป เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ระบบคณะกรรมการดังกล่าว ได้แบ่งคณะกรรมการออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ คณะกรรมการบริหาร ทำหน้าที่ตัดสินใจในการบริหารงานของบริษัท และ คณะกรรมการกำกับดูแล ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการบริหาร อย่างใกล้ชิด ทั้งนี้สมาชิกของคณะกรรมการทั้ง 2 ชุด ต้องไม่ใช่บุคคลคนเดียวกัน นอกจากนี้ หลักกฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการต่าง ๆ รวมถึงบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล เพื่อสนับสนุนให้คณะกรรมการกำกับดูแล ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารได้อย่างเหมาะสม จากโครงสร้างและมาตรการของคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าว จึงทำให้คณะกรรมการกำกับดูแลสามารถแก้ปัญหาการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหารได้ และมีส่วนช่วยให้กรรมการบริหารปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ซื่อสัตย์ สุจริต และโปร่งใส มากขึ้น ซึ่งถือว่าคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นมาตรการที่ดี ที่ควรนำมาเป็นทางเลือกในการเสริมสร้างให้บริษัทมหาชนและบริษัทเอกชนที่มีกิจการขนาดใหญ่ของไทย มีการกำกับดูแลกิจการที่ดีและช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานของบริษัท นอกเหนือจากแนวทางของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ที่กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ

ภาควิชา _____ นิติศาสตร์ _____ ลายมือชื่อนิสิต _____
สาขาวิชา _____ นิติศาสตร์ _____ ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา _____
ปีการศึกษา _____ 2543 _____

##4086063934 : MAJOR LAW

KEY WORD : SUPERVISORY BOARD/BOARD OF OVERSEERS : KANIN SUBIN :
SUPERVISORY BOARD IN COMPANY. THESIS ADVISOR :
ASSOC. PROF. PHIJAISAKDI HORAYANGKURA , 197 pp. ISBN
974-347-161-8.

The objective of this research is to study the legal principles concerning the supervisory board of the company in the country where two-tier board is in use, and to see whether such principles can be used as a guideline to promote companies in Thailand to have good corporate governance and thereby increase the efficiency of management , or not.

According to the research , there are two main board models ; one-tier or unitary board and two-tier or dual board. For one-tier board , there is only one board that is accountable for the company's operation. The board has both the helm of business strategy and monitoring the performance of management. Thailand used the one-tier board model and there is not sufficient mechanism of check and balance within a board. For the two-tier board, this board model is found in various countries in Europe ; e.g. Germany , France and Netherlands. Under this model , there are two boards ; management board is responsible for making business decision, and supervisory board is responsible for control and inspection of the operations of management board closely. The member of a board cannot be the same in the other board. Further, the laws concerning supervisory board have provided measures which include the roles of the board to support the board to supervise the management board properly. The structure and measures of the supervisory board can solve the problem of check and balance vis a vis the management board, which will cause the management board to perform their duties with care , honesty and transparency in a greater degree. The supervisory board is therefore a good alternative mechanism to help build up the public and large private companies in Thailand to have good corporate governance and effective management , in addition to the rules of the Stock Exchange of Thailand requiring each listed company to have an audit committee.

Department _____ Law _____ Student's signature _____
Field of study _____ Law _____ Advisor's signature _____
Academic year _____ 2000 _____

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่ง จากรองศาสตราจารย์พิชัย คักดี หรยางกูร อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รวมทั้งรองศาสตราจารย์สำเริง เมฆเกรียงไกร ประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์ ดร.ประสงค์ วินัยแพทย์ รองศาสตราจารย์ พิเศษ เสตเสถียร และอาจารย์ภราดร ภาคพัฒน์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้แนวทาง คำปรึกษาแนะนำ เสนอความคิดเห็นที่มีคุณค่า และสละเวลาเพื่อให้คำแนะนำและตรวจสอบเนื้อหาในการวิจัยในครั้งนี้มาตลอดตั้งแต่แรกเริ่มจนจบการศึกษา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

นอกจากนี้ ต้องขอขอบพระคุณ ต่อเจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ เจ้าหน้าที่สำนักหอสมุดกลาง เจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือที่ต่อการศึกษาค้นคว้า และยังได้รับความสนับสนุนจากผู้บังคับบัญชา เพื่อนร่วมงาน จากบริษัทเงินทุน ธนชาติ จำกัด (มหาชน) รวมทั้งผู้มีพระคุณทั้งหลายที่ได้เอื้อนนามในที่นี้

ท้ายนี้ ขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา พี่ทุกคน ที่ให้การซึ่งสนับสนุนและเป็นกำลังใจ แก่ผู้เขียนเสมอมา

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	6
1.5 สมมติฐาน	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	7
2. แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่ดี รวมถึงโครงสร้างการบริหารจัดการและ ควบคุมบริษัท.....	8
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่ดี	8
2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการแยกความเป็นเจ้าของบริษัทออกจากการบริหาร จัดการบริษัท.....	8
2.1.2 แนวคิดการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance).....	11
ก. ความหมายของ Corporate Governance	11
ข. ความหมายของ Good Corporate Governance	12
ค. ต้นแบบของ Good Corporate Governance	13
ง. รูปแบบของ Good Corporate Governance	14
จ. หลักพื้นฐานของ Good Corporate Governance	16
ฉ. วัตถุประสงค์ของ Good Corporate Governance	17
ช. ประโยชน์ของ Good Corporate Governance	17
2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกำกับดูแลกิจการที่ดีกับโครงสร้างของคณะ กรรมการบริษัท	20

2.2	โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในต่างประเทศ	21
2.2.1	การบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียว.....	22
	ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา	22
	ข. ประเทศญี่ปุ่น	25
2.2.2	การบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น	29
	ก. ประเทศเยอรมัน	29
	ข. ประเทศฝรั่งเศส	34
	ค. ประเทศเนเธอร์แลนด์	38
2.2.3	เปรียบเทียบกรรมการอิสระในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว กับ กรรมการกำกับดูแลในระบบคณะกรรมการสองชั้น	43
3.	โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในประเทศไทย	45
3.1	การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น	46
3.1.1	การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทในลักษณะที่เป็น รายตัวบุคคล	46
3.1.2	การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทในลักษณะ ที่กระทำร่วมกันของผู้ถือหุ้น.....	50
3.2	โครงสร้างโดยทั่วไปของคณะกรรมการบริษัท	55
3.2.1	หน้าที่ของกรรมการบริษัท	55
3.2.2	ประเภทของกรรมการบริษัท	58
3.2.3	การมอบความไว้วางใจให้ผู้อื่นช่วยบริหารจัดการบริษัท.....	61
3.3	โครงสร้างโดยทั่วไปของคณะกรรมการตรวจสอบในบริษัทจดทะเบียน	64
3.3.1	ความหมายและความสำคัญ	64
3.3.2	องค์ประกอบและคุณสมบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ.....	65
3.3.3	การแต่งตั้ง วาระการดำรงตำแหน่ง และการถอดถอนกรรมการ ตรวจสอบ.....	66
3.3.4	บทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ	67
3.3.5	ความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการตรวจสอบกับองค์กรอื่น ในบริษัท.....	70
3.3.6	ความรับผิดชอบของคณะกรรมการตรวจสอบ	73
3.3.7	การรายงานของคณะกรรมการตรวจสอบ	73
3.4	โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในประเทศไทย เป็นระบบคณะกรรมการชั้นเดียวหรือสองชั้น.....	74

4.	คณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทตามกฎหมายต่างประเทศ	76
4.1	ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของคณะกรรมการกำกับดูแล	76
4.2	หลักกฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลในต่างประเทศ.....	81
4.2.1	คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน	81
4.2.1.1	คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทมหาชน	83
	ก.การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล	83
	ข.คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล	86
	ค.อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล	87
	ง.ความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล	90
4.2.1.2	คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทเอกชน.....	90
4.2.1.3	คณะกรรมการกำกับดูแลภายใต้กฎหมายการให้สิทธิลูกจ้างมีส่วนร่วมในการตัดสินใจควบคุมการบริหารจัดการบริษัท(Co-determination Law)	91
	ก.การแต่งตั้งและองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแล	93
	ข.การถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล	95
	ค.การดำเนินงานร่วมกันของคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากตัวแทนฝ่ายผู้ถือหุ้นและตัวแทนฝ่ายลูกจ้าง	95
4.2.2	คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส.....	97
4.2.2.1	การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล	98
4.2.2.2	คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล.....	99
4.2.2.3	อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล	100
4.2.2.4	ความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล.....	103
4.2.3	คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์....	104
4.2.3.1	การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล	105
	ก.การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดเล็ก (Small Companies) และบริษัทขนาดใหญ่ที่ได้รับยกเว้น (Exempt Large Companies).....	105
	ข.การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้าง(Structure Companies) และบริษัทขนาดใหญ่ที่ลดโครงสร้าง(Mitigated Structure Companies).....	106

	4.2.3.2 คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการ กำกับดูแล.....	107
	4.2.3.3 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล	108
	4.2.3.4 ความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล	111
5	วิเคราะห์หลักกฎหมายคณะกรรมการกำกับดูแล ในระบบคณะกรรมการสองชั้น.....	112
	5.1 ข้อบกพร่องของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทในระบบ คณะกรรมการชั้นเดียว	113
	5.2 ข้อดีของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทโดยคณะกรรมการกำกับดูแล ในระบบคณะกรรมการสองชั้น	115
	5.2.1 ข้อดีของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทโดยคณะกรรมการกำกับ ดูแลโดยทั่วไป.....	115
	5.2.2 ข้อดีของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทโดยคณะกรรมการกำกับ ดูแลพิจารณาด้านแรงงาน	116
	5.3 ผลกระทบของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทโดยคณะกรรมการ กำกับดูแล.....	118
	5.3.1 ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับบริษัทในภาพกว้าง	119
	5.3.2 ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบริษัทเนื่องจากฝ่ายลูกจ้างเข้าไปเป็นสมาชิก ของคณะกรรมการกำกับดูแล.....	120
	5.4 วิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างคณะกรรมการกำกับดูแลกับคณะกรรมการ ตรวจสอบ, มาตรการที่ดีของคณะกรรมการกำกับดูแลในต่างประเทศ ที่ควรนำมาปรับใช้กับบริษัทในประเทศไทย , ข้อจำกัดและข้อพึงระวัง บางประการที่อาจมีผลต่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ กำกับดูแล	122
	5.4.1 ความแตกต่างระหว่างคณะกรรมการกำกับดูแล กับ คณะกรรมการ ตรวจสอบ	122
	5.4.2 มาตรการที่ดีของคณะกรรมการกำกับดูแลในต่างประเทศ ที่ควรนำมาปรับใช้กับบริษัทในประเทศไทย.....	127
	5.4.3 ข้อจำกัดและข้อพึงระวังบางประการที่อาจมีผลต่อประสิทธิภาพ ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล.....	137
6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	141
	6.1 บทสรุป	141
	6.2 ข้อเสนอแนะ	151

รายการอ้างอิง	158
ภาคผนวก.....	162
ภาคผนวก ก. ข้อบังคับและประกาศตลาดหลักทรัพย์เกี่ยวกับคณะกรรมการ ตรวจสอบ	163
-ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์ จดทะเบียน (ฉบับที่ 8)	164
-ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง ข้อกำหนดเพื่อการดำรงสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาด หลักทรัพย์ (ฉบับที่ 2).....	165
-ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขต การดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ(ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542....	167
ภาคผนวก ข. Co-Determination of Employees Act (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) May 4,1976 , First part (Purview) , Second Part (Supervisory Board), (Internal Order , Power and Duties of the Supervisory Board),Third Part(Body Representing the Company Legally)	172
ประวัติผู้เขียน	197

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากบริษัทในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นบริษัทเอกชน บริษัทมหาชน รวมถึงบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์มักจะมีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งคือเป็นบริษัทในครอบครัว (Family Business) ซึ่งฝ่ายบริหารของบริษัท(Management Team)* โดยเฉพาะคณะกรรมการบริหาร(Management Committee) มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่** หรือไม่ก็เป็นบุคคลในครอบครัว จึงทำให้การถือหุ้นและอำนาจในการบริหารจัดการบริษัทมักจะกระจุกตัวในสมาชิกของครอบครัว (Big Inside Shareholder) และการตัดสินใจเลือกลงทุนของผู้ลงทุนภายนอกหรือผู้ถือหุ้นรายย่อย มักจะเกิดจากความเชื่อมั่นในคณะกรรมการบริหารซึ่งเป็นคนของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ โดยผู้ลงทุนเหล่านี้สนใจเพียงผลตอบแทนที่ได้ในระยะสั้นมากกว่าที่จะควบคุมดูแลการบริหารจัดการบริษัท ดังนั้นจึงไม่ให้ความสำคัญกับการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ(Check and Balance) กับคณะกรรมการบริหารและเมื่อไม่พอใจการบริหารงานของบริษัทก็มักเลือกที่จะขายหุ้นซึ่งมากกว่าการเข้าไปตรวจสอบดูแลการบริหารงานของบริษัท

สภาพการณ์ดังกล่าวถูกมองว่า เป็นผลสืบเนื่องมาจากบริษัทขาดกระบวนการกำกับดูแลกิจการที่ดี(Good Corporate Governance) และมักจะก่อให้เกิดระบบการบริหารจัดการที่เอื้ออำนวยให้คณะกรรมการบริหารแสวงหาประโยชน์ส่วนตนมากกว่าการบริหารจัดการโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปจะพึงได้รับในระยะยาว (Maximize Longterm Shareholder Value) และการบรรลุถึงเป้าหมายหรือความเจริญก้าวหน้าของบริษัทแบบยั่งยืน*** กล่าวคือ

* คำว่า“ฝ่ายบริหาร(Management Team)”ที่ใช้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ให้ความหมายถึง กรรมการผู้จัดการ(Managing Director), คณะกรรมการบริหาร (Management Committee) (ในกรณีที่บริษัทมีการแต่งตั้งทั้งกรรมการผู้จัดการและคณะกรรมการบริหาร ให้ถือว่ากรรมการผู้จัดการเป็นหนึ่งในคณะกรรมการบริหารด้วย) , ผู้ที่ดำรงตำแหน่งสำคัญที่มีอำนาจสูงสุดในการตัดสินใจแทนบริษัทในฝ่ายหรือแผนกต่าง ๆ เช่น ผู้จัดการฝ่าย หรือ ผู้อำนวยการฝ่ายต่าง ๆ ของบริษัท

** ตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ.10/2537 เรื่องการจดทะเบียนจัดจำหน่ายและการจัดสรรหุ้นที่ออกใหม่ ให้คำนิยาม “ผู้ถือหุ้นรายใหญ่” ว่าหมายถึง ผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เสนอขายหุ้นเกินกว่าร้อยละสิบของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทที่เสนอขายหุ้น โดยให้นับรวมถึงหุ้นที่ถือโดยผู้เกี่ยวข้องตาม พ.ร.บ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 258(1)ถึง(7) ด้วย

*** นอกจากนี้แล้วบริษัทที่ขาดระบบการควบคุมการบริหารกิจการที่ดี อาจส่งผลกระทบต่อผู้ที่มีส่วนได้เสียอื่นที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้น(Stakeholders) อันได้แก่ เจ้าหนี้เป็นผู้ให้บริษัทกู้ยืมเงินมาลงทุนในกิจการ , ลูกจ้างและพนักงานเป็นผู้ลงแรงในระดับปฏิบัติการ , คู่ค้าเป็นผู้คอยให้ความช่วยเหลือเกื้อกูลกันในทางธุรกิจ , ลูกค้าเป็นผู้อุดหนุนสินค้าหรือบริการ รวมทั้งชุมชนและสิ่งแวดล้อมเป็นผู้มีส่วนได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานของบริษัท ไม่ว่าจะทางตรง หรือทางอ้อม ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ไม่ได้ศึกษารวมไปถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้มีส่วนได้เสียอื่นที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้น(Stakeholders)

คณะกรรมการบริหารร่วมมือกับกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ที่มีเสียงข้างมากเพียงพอที่จะควบคุม การบริหารจัดการบริษัท มักจะใช้อำนาจบริหารจัดการบริษัท ในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบ บริษัทและผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย รวมถึงการแสวงหาผลประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของคณะกรรมการบริหารและกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มี เสียงข้างมากเพียงพอที่จะควบคุมการบริหารจัดการบริษัท ได้แก่ การจัดทำบัญชีแสดงผลการ ดำเนินงานของบริษัทซึ่งมีข้อมูลไม่ตรงกับความจริง เพื่อลวงบริษัทหรือผู้ถือหุ้นทั่วไปให้ขาด ประโยชน์อันควรได้ เช่น ลงบัญชีทำให้บริษัทมีผลประกอบการขาดทุนทั้ง ๆ ที่บริษัทมีกำไรจาก การดำเนินธุรกิจ เป็นต้น , กรณีที่บริษัทมีผลประกอบการดีและสามารถทำกำไรให้แก่บริษัทเป็น จำนวนมาก แต่คณะกรรมการบริหารได้ร่วมมือกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มีเสียงข้างมากที่สามารถคุม เสียงข้างมากในการประชุมผู้ถือหุ้น ได้อนุมัติจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไปในสัดส่วน ที่น้อยกว่าที่ควรจะเป็น ในขณะที่เดียวกันได้นำเงินกำไรจำนวนมากไปจ่ายเป็นค่าตอบแทนให้กับ กรรมการบริหาร , กรณีที่บริษัทมีผลการดำเนินงานขาดทุนจำนวนมาก แต่ยังมีกรอนุมัติให้จ่าย ค่าตอบแทนแก่กรรมการบริหารเกินกว่าความจำเป็น , กรณีที่มีการอนุมัติให้บริษัทซื้อหรือขาย ทรัพย์สินหรือกระทำการอื่นใดที่ผลประโยชน์ของบริษัทขัดแย้งกับบุคคลที่เป็นสมาชิกของคณะ กรรมการบริหารนั่นเองหรือบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับบุคคลดังกล่าวซึ่งกรรมการบริหารและ บุคคลผู้ใกล้ชิดดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนจากการซื้อหรือการขาย หรือการทำการอย่างอื่นที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท การกระทำในลักษณะเช่นนี้ถือได้ว่าเป็น ช่องทางที่สำคัญที่กรรมการบริหารหรือกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มีเสียงข้างมากเพียงพอ ที่จะ ควบคุมการบริหารจัดการบริษัทมักใช้ในการยกย้ายถ่ายทรัพย์สินออกจากบริษัท, กรณีที่คณะ กรรมการบริหารอนุมัติให้บริษัทให้สินเชื่อแก่กลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือบุคคลที่มีความใกล้ชิด กับบุคคลดังกล่าว เพื่อต้องการให้กลุ่มบุคคลเหล่านี้ ได้รับเงินหรือผลประโยชน์แต่เพียง ฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเป็นไปได้หรือโอกาสที่บริษัทจะได้รับเงินต้นและดอกเบี้ยในอัตราที่ เหมาะสมคืนแต่อย่างใด

การที่บริษัทขาดระบบการควบคุมการบริหารกิจการที่ดี เป็นสาเหตุส่วนหนึ่งของความ ล้มเหลวที่เกิดขึ้นกับสถาบันการเงิน และบริษัทที่มีกิจการขนาดใหญ่ และลูกหลานจนเกิดเป็นวิกฤติ เศรษฐกิจในช่วงที่ผ่านมาของประเทศไทย

ปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะเสริมสร้างให้บริษัทมีการควบคุมการบริหารงานที่มีประสิทธิ ภาพหรือมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี ก็คือ การจัดระบบโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทให้มีกลไก ควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร อันจะส่งผลให้ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปได้ รับประโยชน์ที่พึงจะได้รับในระยะยาว และสามารถบรรลุถึงเป้าหมายหรือความเจริญก้าวหน้า ของบริษัทแบบยั่งยืน ต่อไป

ระบบโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทโดยทั่วไปแบ่งออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบคณะ กรรมการชั้นเดียว (One-tier Board หรือ Unitary Board) และระบบคณะกรรมการสองชั้น (Two-tier Board หรือ Dual Board)

ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว เป็นรูปแบบโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย แคนาดา เป็นต้น โครงสร้างคณะกรรมการในรูปแบบนี้ คณะกรรมการบริษัทจะรับผิดชอบทั้งการบริหารจัดการบริษัทและการควบคุมการบริหารจัดการบริษัท โดยในส่วนของบริหารจัดการนั้นได้มอบหมายให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารและคณะกรรมการบริหารของบริษัท

รูปแบบคณะกรรมการบริษัทภายใต้กฎหมายไทยเป็นแบบคณะกรรมการชั้นเดียว และมักจะไม่มีการไต่สวนและคานอำนาจภายในคณะกรรมการที่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากบุคคลที่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริษัทและคณะกรรมการบริหารมาจากบุคคลในกลุ่มเดียวกัน ซึ่งเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้คณะกรรมการบริษัทไม่สามารถควบคุมและตรวจสอบการบริหารจัดการบริษัทได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามที่ผ่านมาได้มีการแต่งตั้งกรรมการอิสระเพิ่มเข้ามาเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริษัทมากขึ้นในสัดส่วนที่คิดว่าสามารถคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อยที่อาจถูกรีดรอนหรือเสียเปรียบ และในปัจจุบันได้มีแนวคิดแต่งตั้งคณะกรรมการต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้นเพื่อทำหน้าที่บางประการซึ่งเดิมเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริหาร และจะส่งผลให้คณะกรรมการบริหารมีเวลาที่จะทุ่มเทเอาใจใส่ในการบริหารจัดการบริษัทในเรื่องที่มีความสำคัญในเชิงลึกมากยิ่งขึ้นด้วย แนวคิดดังกล่าวเป็นข้อเสนอที่ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยกำหนดให้นำมาใช้กับบริษัทจดทะเบียน โดยกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนทุกบริษัทต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบให้เสร็จภายใน 31 ธันวาคม พ.ศ. 2542 และกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอได้รับหลักทรัพย์ของบริษัทเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน ตั้งแต่วันที่ 19 มกราคม 2541 เป็นต้นไป ต้องจัดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการบริษัท

ระบบคณะกรรมการสองชั้น เป็นรูปแบบโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทของหลายประเทศในแถบยุโรป เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ โครงสร้างคณะกรรมการบริษัทในรูปแบบนี้จะแบ่งแยกคณะกรรมการบริษัทออกเป็น 2 ระดับ คือ คณะกรรมการบริหาร (Management Board) และ คณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) โดยคณะกรรมการบริหารจะเป็นผู้กำหนดนโยบายและบริหารกิจการงานเป็นปกติธุระของบริษัท รวมถึงช่วยฝ่ายจัดการในแผนกต่าง ๆ ของบริษัทในการตัดสินใจทางธุรกิจ ส่วนคณะกรรมการกำกับดูแล จะเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด

กฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลได้บัญญัติเกี่ยวกับ ที่มา คุณสมบัติ อำนาจหน้าที่ รวมถึงมาตรการอื่นๆ เพื่อรองรับและเสริมสร้างให้คณะกรรมการกำกับดูแล สามารถควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารที่เหมาะสมไว้หลายประการ เช่น ห้ามมิให้บุคคลใดดำรงตำแหน่งกรรมการบริหารและกรรมการกำกับดูแลในขณะเดียวกัน และสำหรับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลนั้น คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจเรียกให้กรรมการบริหารจัดส่งเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานให้กับคณะกรรมการกำกับดูแลได้ตลอดเวลาที่ต้องการ และยังเป็นหน้าที่ของกรรมการบริหารด้วยที่จะต้องเสนอรายงานเกี่ยวกับ

การดำเนินงานต่อคณะกรรมการกำกับดูแลภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดอย่างสม่ำเสมอ และเมื่อสิ้นสุดรอบบัญชี คณะกรรมการบริหารจะต้องเสนอรายงานเกี่ยวกับบัญชีงบดุล บัญชีกำไรขาดทุน บัญชีเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัท ต่อคณะกรรมการกำกับดูแล ซึ่งคณะกรรมการกำกับดูแลมีหน้าที่ทำความเข้าใจเกี่ยวกับรายงานดังกล่าวแล้วนำเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อพิจารณาต่อไป นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจอื่น ๆ ที่เป็นเครื่องมือช่วยเสริมสร้างให้คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อันได้แก่ การแต่งตั้งและถอดถอนหรือมีส่วนสำคัญในการถอดถอนกรรมการบริหาร , การเรียกประชุมผู้ถือหุ้น , เป็นผู้กระทำการแทนบริษัทหรือให้ความเห็นชอบแก่กรรมการบริหารในกรณีที่บริษัททำนิติกรรมกับกรรมการบริหารซึ่งนิติกรรมดังกล่าวกรรมการบริหารมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท อีกทั้งยังสามารถกำหนดข้อบังคับบริษัทให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจให้ความเห็นชอบแก่คณะกรรมการบริหารก่อนทำนิติกรรมที่มีความสำคัญ เช่น การค้ำประกันบุคคลอื่น และการนำหลักทรัพย์เข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

จากโครงสร้างของคณะกรรมการกำกับดูแลตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงมีความเห็นว่าคณะกรรมการกำกับดูแลน่าจะเป็นองค์กรที่มีประสิทธิภาพในการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร โดยสามารถควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริหาร โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือการชี้นำจากคณะกรรมการบริหาร ส่งผลให้กรรมการบริหารปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ซื่อสัตย์ สุจริต โปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น และทำให้ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปได้รับประโยชน์ที่พึงจะได้รับในระยะยาว และบรรลุถึงเป้าหมายหรือความเจริญก้าวหน้าของบริษัทแบบยั่งยืน ต่อไป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาวิเคราะห์ระบบคณะกรรมการสองชั้นที่มีคณะกรรมการกำกับดูแลทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจการของคณะกรรมการบริหาร โดยให้ความสำคัญกับเนื้อหาและสาระสำคัญเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ในเชิงวิชาการ และเป็นทางเลือกในการเสริมสร้างให้บริษัทในประเทศไทยมีการกำกับดูแลกิจการที่ดีอีกแนวทางหนึ่งนอกเหนือจากแนวทางของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในปัจจุบันที่กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนต้องจัดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee)

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของบริษัท แนวคิดการกำกับดูแลกิจการที่ดี และความสัมพันธ์ระหว่างโครงสร้างทางกฎหมายของคณะกรรมการบริษัทกับการกำกับดูแลกิจการที่ดี ดังนี้

1.2.1.1 แนวคิดความเป็นเจ้าของบริษัท ซึ่งยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่า เมื่อจัดตั้งบริษัทขึ้นแล้ว บริษัทเป็นนิติบุคคลแยกออกมาต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยมีคณะกรรมการบริษัทซึ่งได้รับแต่งตั้งจากผู้ถือหุ้นเป็นผู้บริหารจัดการบริษัทแทนผู้ถือหุ้น กล่าวคือ มีการแยกความ

เป็นเจ้าของของออกจากการบริหารจัดการบริษัท ทั้งนี้จะได้ศึกษาต่อไปว่าบริษัทส่วนมากที่ยังมีโครงสร้างผู้ถือหุ้นในลักษณะที่สามารถควบคุมอำนาจจัดการกิจการของบริษัทอย่างเบ็ดเสร็จกับบริษัทที่ประกอบธุรกิจสมัยใหม่ที่มีความสลับซับซ้อน และจำเป็นต้องจ้างผู้บริหารที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมาบริหารจัดการแทนนั้น จะส่งผลกระทบต่อแนวความคิดในเรื่องความเป็นเจ้าของบริษัทหรือไม่ อย่างไร

1.2.1.2 แนวคิดการกำกับดูแลกิจการที่ดี สืบเนื่องมาจากแนวคิดที่แยกความเป็นเจ้าของบริษัทออกจากการบริหารจัดการ ซึ่งหากปราศจากการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารจัดการของคณะกรรมการบริหาร เพื่อถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหารอย่างมีประสิทธิภาพ ก็อาจจะเป็นการเอื้ออำนวยให้คณะกรรมการบริหารอาจใช้อำนาจหน้าที่ของตนไปในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นและบริษัท ทั้งนี้แนวคิดการกำกับดูแลกิจการที่ดีเป็นวิธีการที่น่าจะควบคุมและตรวจสอบให้คณะกรรมการบริหารปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต โปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น

1.2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีกับโครงสร้างคณะกรรมการบริษัท เพื่อให้ทราบว่าการกำกับดูแลกิจการที่ดีตามแนวคิดในข้อ 1.2.1.2 อาจเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าไม่มีการปรับโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทให้มีการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1.2.2 ศึกษาโครงสร้างคณะกรรมการบริษัท ซึ่งโดยทั่วไปแบ่งเป็น 2 ระบบได้แก่ ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว และระบบคณะกรรมการสองชั้นที่มีคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด รวมทั้งศึกษาว่าโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทในประเทศไทยในปัจจุบันมีแนวโน้มเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางใด โดยเฉพาะการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) ในบริษัทจดทะเบียน เพื่อเสริมสร้างให้บริษัทจดทะเบียนมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) ว่ามีความแตกต่างจากคณะกรรมการกำกับดูแลหรือไม่อย่างไร

1.2.3 ศึกษาโดยให้ความสำคัญในเรื่องคณะกรรมการกำกับดูแลซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งในระบบคณะกรรมการสองชั้น โดยจะศึกษาถึงแนวคิด ประวัติความเป็นมา สาระสำคัญและขอบเขตของกฎหมาย ข้อดี ผลกระทบ รวมถึงข้อจำกัดและข้อพึงระวังที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทในประเทศ ยุโรป เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ว่าสามารถนำมาเป็นแนวทางในการเสริมสร้างให้บริษัทในประเทศไทยมีการควบคุมตรวจสอบ ให้คณะกรรมการบริหารดำเนินกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ อย่างไร

1.2.4 ศึกษาลักษณะและรูปแบบที่เหมาะสมของคณะกรรมการกำกับดูแลที่ใช้กับบริษัทในต่างประเทศ เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ เพื่อนำมาพิจารณาปรับใช้กับบริษัทในประเทศไทย ให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ วัฒนธรรม สังคม ของประเทศไทยต่อไป

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาโดยให้ความสำคัญเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งในระบบคณะกรรมการสองชั้น โดยจะศึกษาจากรูปแบบของประเทศ เยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์

การนำบทบัญญัติกฎหมายต่างประเทศมาพิจารณาไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มิใช่เป็นการศึกษาวิจัยในแนวเปรียบเทียบโดยตรง หากแต่เพื่อที่จะยืนยันถึงระบบและหลักการควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายบริหารของโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทในระบบคณะกรรมการสองชั้นซึ่งเป็นระบบที่แตกต่างจากของไทย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดประโยชน์ในเชิงวิชาการ และเป็นแนวทางให้มีการศึกษาเรื่องนี้ให้กว้างขวางและครอบคลุมมากยิ่งขึ้น โดยหวังว่าอาจมีการนำไปเป็นทางเลือกหนึ่งในการเสริมสร้างให้บริษัทในประเทศไทยมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานต่อไป นอกเหนือจากแนวทางของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ที่กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ

1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการวิจัยทางกฎหมาย (Legal Research) การศึกษาและการรวบรวมข้อมูล ค้นคว้า วิจัย ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยอาศัยข้อมูลจากหนังสือ วารสาร ตั๋วบทกฎหมาย รายงานวิจัย และเอกสารสิ่งพิมพ์อื่น ทั้งภาษาไทยและต่างประเทศ และนำเสนอโดยวิธีการบรรยาย และวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้จากการศึกษา (Descriptive and Analytical Method) มาสรุปและเสนอแนะแนวความคิดและหลักการที่เหมาะสมต่อไป

1.5 สมมติฐาน

การบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในระบบคณะกรรมการสองชั้นที่มีคณะกรรมการกำกับดูแล ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารของบริษัทมหาชนและบริษัทเอกชนที่มีกิจการขนาดใหญ่ ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารงานของบริษัท

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทราบแนวความคิดการกำกับดูแลกิจการที่ดี

1.6.2 ทราบระบบโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทที่มีใช้โดยทั่วไป 2 ระบบ คือ ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว (One-tier Board) และระบบคณะกรรมการสองชั้น (Two-tier Board) โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการบริหารจัดการบริษัท รวมทั้งข้อดี ผลกระทบ ข้อจำกัดและข้อพึงระวังของทั้งสองระบบดังกล่าว

1.6.3 ทราบปัญหาและข้อจำกัดตามกฎหมายบริษัทของไทย ในส่วนของการควบคุมและตรวจสอบการบริหารจัดการบริษัท ตลอดจนแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ที่นำมาใช้กับบริษัทจดทะเบียน

1.6.4 เพื่อให้ข้อคิด และเป็นแนวทางเลือกในการแก้ไขปัญหาของบริษัทในประเทศไทย เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการบริหารจัดการบริษัทให้มีประสิทธิภาพที่แตกต่างไปจากแนวทางตามข้อ 1.6.3



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่ดีรวมถึง โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัท

ในบทนี้จะแบ่งศึกษาออกเป็น 2 เรื่องได้แก่แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่ดี และโครงสร้างการบริหารและควบคุมบริษัทในต่างประเทศ

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่ดี เพื่อความชัดเจนในการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการที่ดี จึงได้ศึกษาหัวข้อนี้ ประกอบด้วย 3 เรื่อง คือแนวคิดเกี่ยวกับการแยกความเป็นเจ้าของออกจากการบริหารจัดการบริษัท, แนวคิดการกำกับดูแลกิจการที่ดี และความสัมพันธ์ระหว่างโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทกับแนวคิดการกำกับดูแลกิจการที่ดี

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการแยกความเป็นเจ้าของบริษัทออกจากการบริหารจัดการบริษัท

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น เมื่อจัดตั้งบริษัทขึ้นแล้ว บริษัทเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้น ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทนี้มีการกล่าวถึงในแง่มุมต่าง ๆ กัน โดย fiction theory ถือว่าบริษัทเป็นบุคคลขึ้นได้ก็โดยการสมมติไม่ใช่ของจริง เป็นเพียงบุคคลหรือตัวตนที่กฎหมายสร้างขึ้นมาจากผู้ถือหุ้น (legal person or entity) , fiat หรือ concession theory ถือว่าบริษัทเกิดขึ้นโดยอำนาจรัฐ , realist หรือ organic theory ถือว่าบริษัทเป็นเรื่องที่กฎหมายรับรองกลุ่มผลประโยชน์ ซึ่งเกิดขึ้นแล้วและมีอยู่ตามความเป็นจริง, contract theory ถือว่าความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเกิดขึ้นจากทรัพย์สินระหว่างผู้ถือหุ้นกันเองระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทและระหว่างผู้ถือหุ้นกับรัฐเท่านั้น, enterprise theory เห็นว่าเป็นความจำเป็นทางการค้าจึงต้องให้บริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยไม่คำนึงถึงกรณีตัวตนแยกจากผู้ถือหุ้น, symbol theory ถือว่าเป็นสัญลักษณ์สำหรับความสัมพันธ์ทางกฎหมายของบุคคลทั้งหลายซึ่งรวมกลุ่มกันเป็นบริษัท และ aggregate theory ถือว่าบริษัทเป็นบุคคลรวม ๆ ของบุคคลตามธรรมชาติ¹

โครงสร้างโดยทั่วไปของบริษัทเอกชน บริษัทมหาชน รวมถึงบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย มีองค์ประกอบที่สำคัญ ได้แก่ ผู้ถือหุ้น กรรมการ ฝ่ายจัดการและลูกจ้าง โดยผู้ถือหุ้นเป็นผู้ซึ่งนำเงินมาลงทุนในบริษัท อย่างไรก็ตามในทางกฎหมายแล้ว ผู้ถือหุ้น

¹ W. Friedmann , Legal Theory , 4th ed (London : Stevens & Son Ltd. , 1960) , p.512. , Harry G. Henn and John R. Alexander , Law of Corporations (n.p. : West Publishing Co., 1983) , pp.144-145. อ้างถึงใน โสภณ รัตนกร , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท , พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ , 2539) , หน้า 233.

ไม่ใช่เจ้าของในลักษณะที่จะสามารถเข้าไปเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน หรือเข้าไปมีอำนาจบริหารจัดการ บริษัทโดยตรงได้อย่างเช่นเจ้าของในกิจการประเภทเจ้าของคนเดียวหรือหุ้นส่วนเนื่องจากผู้ถือหุ้น ในบริษัทอาจมีจำนวนมาก ถ้าให้ผู้ถือหุ้นทุกคนมาบริหารจัดการบริษัทก็จะไม่เกิดประสิทธิภาพ อย่างยิ่ง จึงจำเป็นต้องมีบุคคลกลุ่มหนึ่งเรียกว่าคณะกรรมการบริษัท เป็นผู้ทำหน้าที่บริหารจัดการ แทนบริษัท ส่วนผู้ถือหุ้นเป็นฝ่ายได้รับสิทธิตามกฎหมายในการควบคุมการบริหารจัดการบริษัท ในลักษณะกว้าง ๆ ที่เรียกว่าการครอบงำการดำเนินงานของบริษัท ได้แก่ สิทธิในการแต่งตั้งและ ถอดถอนคณะกรรมการบริษัท สิทธิเข้าประชุมและลงคะแนนเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่ออนุมัติ หรือไม่อนุมัติในกิจกรรมที่อาจกระทบต่อผลประโยชน์ของบริษัท สิทธิในการฟ้องขอเพิกถอนมติ ที่ประชุมใหญ่ที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือข้อบังคับของบริษัท สิทธิในการฟ้องร้องกรรมการ ที่ปฏิบัติหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท สิทธิในการรับเงินปันผล รวมถึงสิทธิในการได้รับ ส่วนแบ่งทรัพย์สินของบริษัทหลังจากบริษัทเลิก เป็นต้น ฉะนั้นการประกอบกิจการในรูปบริษัท จึงแยกฝ่ายที่เป็นเจ้าของกับฝ่ายจัดการออกจากกัน²

การแยกความเป็นเจ้าของบริษัทโดยผู้ถือหุ้นและการบริหารจัดการโดยคณะกรรมการ บริษัท ออกจากกันดังกล่าวข้างต้น อาจไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันอย่างชัดเจนเท่าใดนัก ในทางปฏิบัติ กล่าวคือเมื่อพิจารณาโครงสร้างผู้ถือหุ้นของบริษัทในปัจจุบันโดยทั่วไปซึ่งเงินลงทุน ของบริษัทยังคงเป็นของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากบางกลุ่มหรือบางตระกูลที่อยู่ในครอบครัวเดียวกัน หรือบริษัทครอบครัว (Family Business) ส่งผลให้ผู้มีอำนาจบริหารจัดการบริษัท มาจากผู้ถือหุ้น ฝ่ายข้างมากหรือบุคคลในกลุ่มเดียวกันกับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากและถือได้ว่าผู้ถือหุ้นเป็นเจ้าของ บริษัททางพฤตินัยอย่างแท้จริง เพราะนอกจากผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวจะเป็นเจ้าของบริษัทแล้ว ยังเป็นผู้ทำหน้าที่บริหารจัดการบริษัททางอ้อมด้วย

ในการประกอบธุรกิจสมัยใหม่ที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น อาจจำเป็นต้องจ้างผู้ที่มีความ รู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเข้ามาบริหารจัดการงานของบริษัทมากขึ้น ทำให้การดำเนินงานต่าง ๆ อยู่ ภายใต้การดำเนินงานของฝ่ายบริหารซึ่งโดยปกติก็จะได้แก่กรรมการบริหารและเจ้าหน้าที่บริหาร ชั้นอาวุโสและผู้ถือหุ้นเพียงไม่กี่คนที่แต่งตั้งบุคคลเหล่านี้เท่านั้น ตามแนวคิดสมัยใหม่นี้มักจะใช้ วิธีหาเสียง (Proxy Machine) เป็นกลไกการควบคุมบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริษัทที่มีผู้ถือ หุ้นกระจ่ายเป็นจำนวนมาก เช่น บริษัทจดทะเบียน ซึ่งอาจจะถูกควบคุมโดยผู้ถือหุ้นบางกลุ่ม เพียงไม่กี่คนแต่ถือหุ้นเป็นกอบเป็นกำได้จำนวนที่เพียงพอ (ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเป็นผู้ถือหุ้น ฝ่ายข้างมาก) ที่จะเลือกกรรมการฝ่ายตนเข้ามาควบคุมบริษัท และกรรมการกลุ่มนี้จะใช้วิธีให้ผู้ถือ หุ้นที่ถือหุ้นอย่างกระจัดกระจายและไม่สนใจเข้าร่วมประชุมผู้ถือหุ้น ตกลงมอจับันทะเล่ให้แก่ตนเอง เป็นผู้ออกเสียงแทน โดยผู้ถือหุ้นดังกล่าวกรอกใบมอจับันทะเล่และส่งคืนแก่บริษัททางไปรษณีย์ เพื่อลงมติแต่งตั้งตนเองเป็นกรรมการของบริษัทและทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารควบคุมการบริหาร

² มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , สาขาวิชานิติศาสตร์ , เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารธุรกิจ หน่วยที่ 1-9 , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ท.จ.ก.ภาพพิมพ์ , 2533) , หน้า 89-90.

ของบริษัทต่อไปเรื่อย ๆ นอกจากนี้แล้วยังมีการควบคุมมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยใช้วิธีการถือหุ้นไขว้* ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทในเครือซึ่งฝ่ายบริหารของบริษัทแม่สามารถควบคุมได้หรือฝ่ายบริหารของบริษัทแม่เป็นกรรมการอยู่ด้วย กระบวนการถือหุ้นไขว้ดังกล่าวจะทำให้ฝ่ายบริหารสามารถควบคุมการดำเนินงานของบริษัทในเครือตามความเป็นจริงได้เกือบทั้งหมดและยังสามารถควบคุมมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นของบริษัทแม่ได้ เท่ากับอำนาจควบคุมบริษัทแม่และบริษัทในเครือทั้งหมดอยู่ที่ฝ่ายบริหารเพียงฝ่ายเดียว การกระทำในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุทำให้สิทธิของผู้ถือหุ้นที่แท้จริงในการควบคุมการบริหารจัดการงานของบริษัทต้องเสื่อมถอยลง และไม่อาจใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ³ การประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทตามแนวคิดสมัยใหม่ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ทำให้บทบาทของผู้ถือหุ้นเป็นเพียงผู้ลงทุนโดยมีใบหุ้นเป็นหลักฐานแสดงว่าตนมีสิทธิบางประการในกิจการของบริษัท ผู้ถือหุ้นไม่มีอำนาจควบคุมทรัพย์สินของบริษัทหรืออุปกรณ์ในการผลิตของบริษัทแต่ประการใด ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของบริษัทโดยผู้ถือหุ้นจึงเป็นเพียงสัญลักษณ์เท่านั้น ส่วนอำนาจหน้าที่รับผิดชอบและสาระสำคัญของความเป็นเจ้าของโดยพฤตินัยกลับถูกถ่ายโอนไปยังฝ่ายบริหาร ทำให้สถานะความเป็นเจ้าของโดยพฤตินัยตกอยู่กับฝ่ายบริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่เพียงไม่กี่คนที่แต่งตั้งฝ่ายบริหารดังกล่าว ผู้ถือหุ้นซึ่งควรจะเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียมากที่สุดในบริษัท อาจกลายเป็นผู้ที่มีบทบาทในทางอ้อมเท่านั้น⁴

อย่างไรก็ตามไม่ว่าแนวคิดความเป็นเจ้าของบริษัทโดยพฤตินัยจะยังคงอยู่กับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากที่มีอำนาจจัดการและควบคุมกิจการของบริษัทโดยเบ็ดเสร็จ หรือจะมีแนวโน้มที่อาจเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในบางธุรกิจที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้นโดยตกไปอยู่กับฝ่ายบริหาร

* การถือหุ้นไขว้ (Cross Holding) โดยทั่วไปหมายถึงการที่บริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปถือหุ้นระหว่างกัน โดยบริษัทแรกถือหุ้นบริษัทที่สอง และบริษัทที่สองถือหุ้นกลับในบริษัทแรก ไม่ว่าจะถือหุ้นในจำนวนเท่าใดก็ตาม ทั้งนี้รวมถึงการถือหุ้นในบริษัทที่บริษัทที่สองถือหุ้นต่อ ๆ ไปเป็นลำดับขึ้น และในกรณีที่มีบริษัทเป็นจำนวนมากถือหุ้นไขว้กันจะมีลักษณะเป็นเครือข่ายโยงใย การถือหุ้นร่วมกัน ทั้งนี้ผู้สนใจรายละเอียดโปรดศึกษาใน ภัทรวรรณ ศรีสุข , “การถือหุ้นไขว้ : ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบทางกฎหมายและการควบคุมงาน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541) , หน้า 10-14.

³ Masahiko Aoki and Ronald Dore , *The Japanese Firm the Sources of Competitive strength* (NewYork : Oxford University , 1994) , p.p.288-289. อ้างถึงใน ภัทรวรรณ ศรีสุข , “การถือหุ้นไขว้ : ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบทางกฎหมายและการควบคุมงาน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541) , หน้า 26.

⁴ไชยวัฒน์ บุณนาค, “ใครเป็นเจ้าของบริษัท ,” ใน *ครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ตึงศภัทย์*. วีระพงษ์ บุญโญภาส , บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร :คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2537) , หน้า 56-57.

ก็ตาม หากบริษัทไม่มีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี ก็อาจจะไม่สามารถควบคุมให้ฝ่ายบริหารของบริษัทหรือคณะกรรมการบริหารปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต โปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น ฉะนั้นประโยชน์สูงสุดที่ผู้ถือหุ้นจะพึงได้รับในระยะยาว (Maximize Longterm Shareholder Value) และการบรรลุถึงเป้าหมายหรือความเจริญก้าวหน้าของบริษัทแบบยั่งยืนก็จะไม่เกิดขึ้น

2.1.2 แนวคิดการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance)

ก. ความหมายของ Corporate Governance

(1) Corporate Governance ในความหมายของ Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) ซึ่งได้ให้คำจำกัดความของการกำกับดูแลกิจการในความหมายที่กว้างว่า หมายถึง สิ่งที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการบริหาร, คณะกรรมการบริษัท, ผู้ถือหุ้น และผู้มีส่วนได้เสียอื่น(stakeholders) นอกจากนี้การกำกับดูแลกิจการยังต้องจัดให้มีโครงสร้างซึ่งเป็นกลไกในการกำหนดวัตถุประสงค์ของบริษัท ตลอดจนกำหนดวิธีการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เหล่านั้นและตรวจสอบการบริหารงานของบริษัท⁵

(2) Corporate Governance ในความหมายของ Cadbury Committee* หมายถึง ระบบที่ทำให้บริษัทสามารถดำเนินการได้ โดยมีศูนย์กลางอยู่ที่ระบบคณะกรรมการบริษัท ซึ่งการดำเนินการจะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ หลักกฎหมาย และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น และถือว่าการรายงานเกี่ยวกับความคืบหน้าในธุรกิจของบริษัทเป็นสิ่งที่เชื่อมโยงระหว่างคณะกรรมการบริษัทกับผู้ถือหุ้น และนอกจากนี้ยังให้ความสำคัญกับบทบาทของผู้ตรวจสอบบัญชีซึ่งเป็นบุคคลภายนอกด้วย⁶

(3) Corporate Governance ในความหมายของ Kaesey et al. หมายถึง การกำกับดูแลบริษัท ซึ่งเป็นการให้ความสนใจในโครงสร้างและขบวนการที่เกี่ยวข้องกับการเพิ่มผลผลิต การตัดสินใจ และการควบคุมในองค์กรบริษัท ทั้งนี้การกำกับดูแลบริษัทจะครอบคลุมไปถึงการตรวจสอบ การประเมิน และควบคุมตัวแทนองค์กรด้วย⁷

⁵ OECD online , Corporate Affairs , OECD Principles of Corporate Governance (<http://www.oecd.org/daf/governance/principles.htm>),p2.

* เป็นชื่อสภาอุตสาหกรรมและสมาคมผู้ตรวจสอบบัญชีอิสระของประเทศอังกฤษ

⁶ Jaruwat Ruangswadipong , “Corporate Governance Improvement with Audit Committee,” A Dissertation presented in part consideration for the degree of Master of Business Administration , The University of Nottingham ,1997, p.4.

⁷ Ibid.

(4) Corporate Governance ในความหมายของ Winfrey หมายถึง กระบวนการที่ให้ความสำคัญกับบทบาท สิทธิ ความรับผิดชอบ ของกลุ่มบุคคลดังต่อไปนี้ คือ ผู้ถือหุ้นที่อยู่ในฐานะเปรียบเสมือนเป็นเจ้าของบริษัท , คณะกรรมการบริษัท , ผู้จัดการฝ่ายต่าง ๆ พนักงานหรือลูกจ้าง⁸

(5) Corporate Governance ในความหมายของ CalPERS* หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางและผลการดำเนินงานของบริษัท ซึ่งผู้มีส่วนร่วมประกอบด้วยผู้ถือหุ้น คณะกรรมการ และฝ่ายบริหาร⁹

(6) Corporate Governance ในความหมายของ ตลาดหลักทรัพย์ของประเทศแคนาดา (Toronto Stock Exchange) หมายถึง ขบวนการและโครงสร้างที่ใช้ในการกำกับและจัดการธุรกรรมของบริษัท เพื่อเป็นเครื่องมือเพิ่มมูลค่าผู้ถือหุ้น ซึ่งรวมถึงความมั่นคงทางการเงินของบริษัท¹⁰

ข. ความหมายของ Good Corporate Governance

จากความหมายของ Corporate Governance ตามข้อ 2.1.2 ก. ซึ่งแม้จะมีความหมายที่แตกต่างกันไปบ้างก็ตาม ก็สามารถสรุปได้ว่า Corporate Governance มักจะมีความเกี่ยวข้องกับคณะกรรมการบริษัท และในที่สุดแล้วเครื่องมือที่จะทำให้การกำกับดูแลกิจการของบริษัท (Corporate Governance) เป็นการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) จะขึ้นอยู่กับการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัท¹¹ โดยคณะกรรมการบริษัทมีหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหาร ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และนโยบายของบริษัท รวมถึงการตรวจสอบความถูกต้องของงานตรวจสอบบัญชีภายใน ในการนี้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่บริหารจัดการงานของบริษัทเพื่อที่จะสร้างผลกำไรสูงสุดให้แก่ผู้ถือหุ้นมากที่สุด , มีความรับผิดชอบร่วมกันกับกรรมการที่จะชดใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทให้ครบถ้วนตามเงื่อนไขและกำหนดเวลา , มีความรับผิดชอบต่อพนักงานเพื่อให้พนักงานมีความเป็นอยู่ที่ดี และมีความรับผิดชอบต่อ

⁸ Jaruwat Ruangswadipong , “Corporate Governance Improvement with Audit Committee,” 1997, p.4.

* ชื่อกองทุนเกษียณอายุ (บำเหน็จบำนาญ) ของประเทศสหรัฐอเมริกา CalPERS ย่อมาจาก The California Employees Retirement System ซึ่งจะเลือกลงทุนซื้อหุ้นในบริษัทใดก็ได้ต่อเมื่อบริษัทนั้นมี Corporate Governance ในระดับที่ดี

⁹ กอบชัย ฉิมกุล , “มารู้จักคำว่า Corporate Governance กัน ,” วารสารบรรษัทปริทัศน์ ปีที่ 18 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม-ธันวาคม 2541) : 15.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน.

¹¹ Jaruwat Ruangswadipong , “Corporate Governance Improvement with Audit Committee,” p.4.

เพื่อให้ลูกค้าได้รับสินค้าที่มีคุณภาพหรือบริการที่ประทับใจ ตลอดจนถึงจะต้องมีส่วนเสริมสร้างให้ประชาชนได้อาศัยอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีหรืออย่างน้อยที่สุดต้องไม่ทำให้สิ่งแวดล้อมมีสภาพด้อยลงไปอีก¹² ฉะนั้นการทำให้บริษัทมี Good Corporate Governance จึงต้องให้ความสำคัญกับบทบาทหน้าที่และโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท

ค. ต้นแบบของ Good Corporate Governance

สำหรับต้นแบบของ Good Corporate Governance นั้น เริ่มต้นขึ้นในช่วงปี ค.ศ 1992-1993 บริษัทขนาดใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาหลายแห่ง เช่น GM , SEARS , IBM , AMEX ได้รับความเสียหายทางธุรกิจอย่างรุนแรง ซึ่งเกิดขึ้นจากความบกพร่องและไร้ประสิทธิภาพของกลไกตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารและคณะกรรมการบริหาร ตัวอย่างเช่น กรณีของบริษัท GM (General Motors) ในช่วงเวลานั้น กรรมการทุกคน(ที่ไม่ใช่กรรมการบริหาร) ได้รับผลตอบแทนเป็นรายได้ปีละประมาณ US\$ 48,000 และทุก ๆ 3 เดือน กรรมการแต่ละคนยังได้รถยนต์ประจำตำแหน่งใหม่เอี่ยม 1 คัน มาใช้แทนคันเดิม ยิ่งไปกว่านั้นการเป็นกรรมการของ GM ถือได้ว่าเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติอย่างยิ่ง ทุกคนที่ได้รับเชิญให้เป็นการจูงใจพยายามอย่างยิ่งที่จะอยู่ในตำแหน่งดังกล่าวเป็นเวลานาน ๆ และด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เอง ทำให้กรรมการให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ของตนเองจนละเลยหน้าที่โดยไม่ตรวจสอบฝ่ายบริหารอย่างจริงจัง ประกอบกับกรณีที่ฝ่ายบริหารได้แต่งตั้งคนของตนเองเข้ามาเป็นคณะกรรมการด้านต่าง ๆ ของบริษัทเพื่อช่วยปิดบังความทุจริตของตนอีกทางหนึ่ง การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบริษัทมาก จนในที่สุดมีการปลดผู้บริหารระดับสูงออกจากบริษัท และต่อมาคณะกรรมการบริษัทจึงได้คิดค้นวิธีการที่จะช่วยสร้างความโปร่งใสให้กับการทำงานของบริษัท โดยสร้างกลไกการตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างผู้มีอำนาจสำคัญ ได้แก่ ผู้ถือหุ้น กรรมการ และฝ่ายบริหาร และออกประกาศที่เรียกว่า “Corporate Governance Issues” มีข้อกำหนดต่าง ๆ อย่างละเอียดเกี่ยวกับการเลือกกรรมการ การกำหนดผลตอบแทนกรรมการ การประชุมคณะกรรมการบริษัท ระเบียบวิธีการและขั้นตอนการประชุม เอกสารการประชุม การกำหนดผลตอบแทนผู้บริหาร ฯลฯ ว่าควรทำเช่นใด ประกาศดังกล่าวถือได้ว่าเป็นคัมภีร์ของ Good Corporate Governance ยุคใหม่ และเป็นสิ่งกำหนดกลไกการทำงานขององค์กร เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งต่อมามีอีกหลายบริษัทในสหรัฐอเมริกา ใช้ประกาศของ GM

¹²มูลนิธิสถาบันเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, “ ธรรมภิบาลภาคเอกชน (Good Corporate Governance) ,” เอกสารในการสัมมนาวิชาการประจำปี 2541 เรื่อง “ ธรรมภิบาลเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน เสนอที่โรงแรมแอมบาสเตอร์ซีดี 12 ธันวาคม 2541, หน้า 1. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

เป็นต้นแบบในการกำหนดระเบียบปฏิบัติเพื่อให้เกิด Good Corporate Governance ในองค์กรของตนเอง¹³

นอกจากนี้ประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ที่เคยเป็นส่วนหนึ่งของลัทธิคอมมิวนิสต์และปัจจุบันกำลังแปรสภาพเป็นประเทศทุนนิยม (Transition Economies) ซึ่งรัฐบาลเป็นเจ้าของธุรกิจ ต้องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization) ต่างก็กำลังเร่งสร้าง Good Corporate Governance เพื่อเรียกความสนใจเงินลงทุนจากต่างประเทศ

ง.รูปแบบของ Good Corporate Governance¹⁴

รูปแบบของ Good Corporate Governance ในแต่ละประเทศจะแตกต่างกันไปตามโครงสร้างทางการเงินของภาคธุรกิจ โครงสร้างของผู้ถือหุ้น วัฒนธรรมทางธุรกิจ (Corporate Culture) และกฎหมายบริษัท (Corporate Law) ของแต่ละประเทศ เช่น ในกรณีของประเทศเยอรมันและญี่ปุ่น เนื่องจากภาคอุตสาหกรรมนิยมใช้หนี้ (Debt) มากกว่าทุน (Equity) ในการขยายกิจการ เจ้าหนี้ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่ธนาคารพาณิชย์ จึงมักจะมีบทบาทสำคัญในการบริหารธุรกิจของบริษัท การที่ธนาคารพาณิชย์เข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแล ตรวจสอบการบริหารงานของบริษัทลูกหนี้ ทำให้การบริหารงานของบริษัทลูกหนี้มีความโปร่งใสมากขึ้น ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ผู้บริหารระดับสูงจะเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญที่สุดในการกำหนดทิศทางและแนวนโยบายของบริษัท ทั้งนี้เนื่องจากการขยายกิจการจะพึ่งพาทุนมากกว่าหนี้ทำให้เจ้าหนี้เช่นธนาคารพาณิชย์ไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวในการบริหารดังเช่นในกรณีแรก นอกจากนี้แล้วโครงสร้างในสองประเทศนี้มีลักษณะกระจายตัวโดยมีผู้ถือหุ้นรายย่อยค่อนข้างมาก ทำให้ไม่มีผู้ถือหุ้นรายใดเข้ามามีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบการบริหารงานของฝ่ายบริหาร และเนื่องจากการบริหารงานที่ปราศจากการควบคุมและตรวจสอบ จะส่งผลให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากและสามารถใช้อำนาจที่มีอยู่ไปในทิศทางที่เกิดผลประโยชน์แก่ตนเอง (Self – dealing) ได้ง่าย

วัฒนธรรมทางธุรกิจก็อาจมีผลทำให้ Good Corporate Governance ในแต่ละประเทศแตกต่างกันไป เช่น ในกรณีของประเทศญี่ปุ่นซึ่งการจ้างงานจะเป็นในลักษณะระยะยาวเสมอ ฉะนั้นการปลดพนักงานจึงเป็นมาตรการที่ไม่แพร่หลาย ซึ่งจะต่างจากสหรัฐอเมริกาที่การปรับลดอัตรากำลังและการโยกย้ายแหล่งที่ทำงานเป็นเรื่องปกติ ความแตกต่างของวัฒนธรรมทาง

¹³ วรภัทร โธณะเกษม, “การสร้าง Good Governance ในองค์กร,” *กสท.*, (ตุลาคม 2542) : 11-12. และ บริษัทปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน). *ร่วมคิด ร่วมสร้างบรรษัทภิบาลไทย. “บทเรียนความเสียหายของธุรกิจ ที่มาของหลักบรรษัทภิบาล”*(บทวิทยุออกอากาศทางวิทยุกระจายเสียงแห่งประเทศไทย). 6,14 เมษายน 2543.

¹⁴ สุชาติ ฤทธิวิณะพงศ์, “กระบวนการกำกับดูแลกิจการที่ดี : ศึกษาแนวการจัดตั้ง บทบาท และหน้าที่ ของคณะกรรมการตรวจสอบ .” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษารัฐประศาสนศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541) หน้า 22-24.

ธุรกิจดังกล่าวทำให้พนักงานในญี่ปุ่นมีบทบาทและมีส่วนร่วมในการกำหนดรูปแบบของ Good Corporate Governance มากกว่าพนักงานในสหรัฐอเมริกา

กฎหมายและกฎระเบียบทางธุรกิจก็เป็นปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่มีผลต่อรูปแบบของ Good Corporate Governance เช่น กฎหมายของสหรัฐอเมริกาว่าด้วยการค้ากำไรโดยอาศัยข้อมูลภายใน (Insider Trading) เป็นกฎหมายที่เข้มงวดมาก ทำให้โอกาสที่ผู้บริหารหรือกรรมการจะแสวงหากำไรจากการได้เปรียบทางด้านข้อมูลกระทำได้อย่างยาก ในขณะที่เดียวกันกฎหมายดังกล่าวทำให้การเปิดเผยข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับบริษัท สามารถกระทำได้ในวงแคบ ส่งผลให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถควบคุมและตรวจสอบความเหมาะสมของการบริหารงานและการตัดสินใจของฝ่ายบริหารได้เท่าที่ควร นอกจากนี้แล้วกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่จำกัดอำนาจและบทบาทของธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินอื่น ๆ ในการเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารธุรกิจของบริษัทลูกหนี้ มีส่วนทำให้ Good Corporate Governance ของสหรัฐอเมริกาขาดระบบคานอำนาจกับฝ่ายบริหาร

ความแตกต่างทางโครงสร้างของ Good Corporate Governance อาจมีผลต่อประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจของบริษัท เช่น ธุรกิจของบริษัทที่มีโครงสร้างของผู้ถือหุ้นที่กระจุกกระจาย เช่น ในสหรัฐอเมริกา มักจะขาดความยั่งยืน เพราะผู้ถือหุ้นมักจะไม่ให้ความสำคัญกับการควบคุมและตรวจสอบฝ่ายบริหาร ทำให้อำนาจบริหารจัดการงานของบริษัทตกอยู่กับฝ่ายบริหารโดยสมบูรณ์ ประกอบกับฝ่ายบริหารก็มักจะไม่ให้ความสำคัญกับความอยู่รอดของบริษัทเท่าใดนักตราบดีที่ตนเองยังสามารถดำรงตำแหน่งอยู่ได้ ดังจะเห็นได้จากการควมรวมกิจการที่แพร่หลายในสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะต่างกับกรณีของประเทศเยอรมันที่ให้ความสำคัญกับลูกจ้างในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในองค์กรระดับสูงของบริษัท และกรณีของประเทศญี่ปุ่นที่โครงสร้างการถือหุ้นกระจุกตัว โดยกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่มักจะเป็นคนในกลุ่มเดียวกันหรือบริษัทในเครือเดียวกันที่ต้องการให้บริษัทมีความอยู่รอด ฉะนั้นการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของจึงเกิดขึ้นไม่มากนัก

การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของดังกล่าวมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคืออาจมองว่าเป็นการโอนกิจการให้แก่ผู้ที่มีความสามารถสูงกว่าในการดำเนินธุรกิจ ในขณะเดียวกันการควบคุมธุรกิจหรือรวมธุรกิจนั้นจะทำให้พนักงานได้รับผลกระทบในทางลบมากกว่าผู้ถือหุ้น อนึ่งประเทศที่โครงสร้างของ Good Corporate Governance ให้ความสำคัญแก่ความมั่นคงของพนักงานและไม่เน้นการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของบริษัท มักมีขีดความสามารถในการพัฒนาบุคคลากรสูง แต่จะมีขีดจำกัดในการปรับตัวในช่วงที่เศรษฐกิจตกต่ำเพราะการปลดพนักงานจะกระทำได้อ่อนช้อยยาก

จ. หลักพื้นฐานของ Good Corporate Governance¹⁵

หลักพื้นฐานของการกำกับดูแลกิจการที่ดี จะเกี่ยวข้องกับคณะกรรมการบริษัท กล่าวคือคณะกรรมการบริษัทควรทำหน้าที่ได้ทั้งด้านการให้นโยบาย และข้อชี้แนะในการประกอบธุรกิจแก่ฝ่ายบริหารรวมทั้งตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร ให้สามารถปฏิบัติงานบรรลุเป้าหมายของบริษัทที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ในการทำหน้าที่ดังกล่าว คณะกรรมการบริษัทควรยึดหลักปฏิบัติดังนี้

(1) ความโปร่งใส (Transparency) คือ การสร้างความไว้วางใจระหว่างบริษัทกับผู้มีส่วนได้เสียของบริษัทโดยเฉพาะผู้ถือหุ้น ภายในกรอบข้อจำกัดของภาวะการแข่งขันของบริษัท โดยมีจุดมุ่งหมายประการสำคัญเพื่อให้การดำเนินธุรกิจของบริษัทเกิดผลประโยชน์สูงสุดแก่ผู้ถือหุ้น เกิดความโปร่งใส ช่วยให้คณะกรรมการสามารถแก้ไขปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพและเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นและผู้เกี่ยวข้องพินิจพิจารณาได้อย่างถี่ถ้วนยิ่งขึ้น และมีส่วนช่วยเสริมประสิทธิภาพของบริษัทและการทำงานของตลาดทุน การดำเนินธุรกิจที่มีความโปร่งใสนั้น ควรมีลักษณะบางประการที่สำคัญดังนี้

(1.1) โครงสร้างของกรรมการที่มีความอิสระจากผู้บริหาร

(1.2) การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับฐานะทางการเงิน รายละเอียดเกี่ยวกับธุรกรรมที่ผู้บริหารหรือกรรมการมีส่วนได้เสียกับบริษัท ตลอดจนข้อกำหนดว่าด้วย Good Corporate Governance ของบริษัท

(1.3) ระบบบัญชีที่มุ่งเพื่อให้ได้ข้อมูลที่ถูกต้อง ชัดเจน และทันการณ์แก่ผู้ลงทุน และการตรวจสอบบัญชีที่ได้มาตรฐาน

(1.4) การวางข้อกำหนดแนวประพฤติของกรรมการและผู้บริหาร (Code of Conduct)

(1.5) การหลีกเลี่ยงการถือหุ้นไขว้ (Cross holding) เพื่อที่จะป้องกันมิให้เป้าหมายในการประกอบธุรกิจและบริหารงานบิดเบือนไปจากการแสวงหาประโยชน์สูงสุดให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัท

(1.6) ความรับผิดชอบต่อการปฏิบัติงานตามหน้าที่ (Accountability) กล่าวคือ คณะกรรมการควรปฏิบัติหน้าที่โดยตระหนักในภาระหน้าที่ของตน และด้วยความสำนึกรับผิดชอบอย่างแท้จริงต่อผู้ถือหุ้น เพื่อให้การดำเนินงานบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ และเป็นไปตามกฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับบริษัท , การ

¹⁵ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย , “รายงานการกำกับดูแลกิจการที่ดี ,” มกราคม 2543 , หน้า 2. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่) และ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ , “บทสรุปผู้บริหาร (บทศึกษา เรื่องการเสริมสร้าง Good Corporate Governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย),” หน้า 3-4. (<http://www.sec.or.th/research/summary.html>)

ทำงาน , สิ่งแวดล้อม นอกจากนี้คณะกรรมการควรต้องปฏิบัติงานมิใช่เพียงเพื่อให้ได้ชื่อว่า ได้ลงมือทำแล้ว แต่ต้องทำให้ดีที่สุดด้วย เช่น คณะกรรมการบริษัทที่ตระหนักในภาระหน้าที่ของตน จะไม่เพียงรายงานผลการดำเนินงานต่อผู้ถือหุ้น หรือแต่งตั้งถอดถอนฝ่ายบริหารซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังต้องสำนึกอยู่เสมอว่าตนได้รับเลือกจากผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็นเจ้าของบริษัท ให้เข้ามาเป็นหูเป็นตาดูแลผลประโยชน์แทน ฉะนั้นคณะกรรมการบริษัทจึงต้องพยายามกำหนดนโยบายที่มีประสิทธิภาพสูงสุด และกำกับดูแลฝ่ายบริหารให้ปฏิบัติงานตามนโยบายอย่างเต็มกำลังความสามารถ เพื่อนำพากิจการไปสู่ความรุ่งเรืองสมดังเจตนารมณ์ของผู้ถือหุ้น

(2) ความเป็นธรรม (Fairness) เดิมทีผู้ประกอบการธุรกิจมักคิดว่า ผู้มีส่วนได้เสียของธุรกิจมีเพียงผู้ถือหุ้นหรือเจ้าของบริษัท แต่สำหรับแนวคิด Good Corporate Governance มองว่า ธุรกิจจะอยู่รอดและเติบโตได้อย่างมั่นคง ต้องพึ่งพาคูคลองหลายกลุ่ม นับตั้งแต่ผู้ถือหุ้นซึ่งเปรียบเสมือนเจ้าของบริษัท เจ้าหนี้เป็นผู้ให้กู้ยืมมาลงทุนในกิจการ คณะกรรมการบริษัทเป็นผู้ดูแลในระดับนโยบาย ฝ่ายบริหารเป็นผู้นำนโยบายมาปฏิบัติให้เป็นรูปธรรม และพนักงานระดับต่าง ๆ เป็นผู้ลงแรงในระดับปฏิบัติการ คู่ค้าเป็นผู้คอยให้ความช่วยเหลือเกื้อกูลกันในทางธุรกิจ ลูกค้าเป็นผู้อุดหนุนสินค้าหรือบริการ รวมทั้งชุมชนและสิ่งแวดล้อมเป็นผู้มีส่วนได้รับผลกระทบจากการดำเนินงานของบริษัท ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ฉะนั้นการบริหารธุรกิจด้วยหลัก Good Corporate Governance คณะกรรมการบริษัทต้องดำเนินงานโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมและประโยชน์ของบุคคลกลุ่มต่าง ๆ เหล่านี้เสมอ

นอกจากนี้ เพื่อให้คณะกรรมการปฏิบัติหน้าที่ตามที่คาดหมายที่กล่าวมาข้างต้น คณะกรรมการจะต้องประกอบด้วยผู้ที่มีความรู้ความสามารถและความชำนาญในธุรกิจที่บริษัทดำเนินอยู่อย่างเพียงพอรวมทั้งต้องมีกลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกับฝ่ายบริหารด้วย

ฉ. วัตถุประสงค์ของ Good Corporate Governance

เพื่อให้องค์กรเอกชนมีทิศทางการดำเนินธุรกิจภายใต้การดำเนินงานของคณะกรรมการและฝ่ายบริหารเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลสูงสุด ควรต้องให้มีการเปิดเผยข้อมูลอย่างเป็นมาตรฐานและเป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนมีการจัดการเรื่องระบบตรวจสอบทั้งภายนอกและภายในอันจะเป็นผลดีต่อการดำเนินธุรกิจและสภาวะการลงทุนโดยรวมในระยะยาว¹⁶

ช. ประโยชน์ของ Good Corporate Governance

(1) ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร กล่าวคือ เนื่องจากการกำกับดูแลกิจการที่ดีจะต้องมีกลไกที่เหมาะสมเพื่อใช้ควบคุมและ

¹⁶ บริษัท ศูนย์วิจัยไทยพาณิชย์ จำกัด , “Good Governance ในภาคเอกชน ,” เศรษฐกิจปริทัศน์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 4 (เมษายน 2541) : 26.

ตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอันเป็นการถ่วงดุลและคานอำนาจการบริหารงานเพื่อป้องกันมิให้คณะกรรมการบริหารดำเนินธุรกิจอย่างอิสระจนเกินไป อันจะสร้างความเสียหายให้กับบริษัทและผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไป ทั้งนี้กลไกที่นำมาใช้ในการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหารดังกล่าวอาจเป็นคณะกรรมการตรวจสอบในระบบคณะกรรมการชั้นเดียวหรือคณะกรรมการกำกับดูแลในระบบคณะกรรมการสองชั้นแล้วแต่กรณี นอกจากนี้กลไกดังกล่าวยังสามารถนำมาใช้ในการประเมินผลการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร เพื่อให้มั่นใจว่าการดำเนินการต่าง ๆ เป็นไปตามนโยบายและแผนงานที่วางไว้ อันเป็นผลให้เกิดระบบการบริหารจัดการแบบมืออาชีพที่มีประสิทธิภาพมากขึ้นด้วย¹⁷

(2) เป็นการยับยั้งการดำเนินธุรกิจที่เพียงแต่หวังผลกำไรเฉพาะหน้า กล่าวคือ จากบทเรียนของวิกฤติเศรษฐกิจที่ผ่านมาทำให้องค์กรธุรกิจต่าง ๆ รวมถึงสถาบันการเงินและบริษัทขนาดใหญ่ที่จดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยหลายบริษัท ต้องประสบความล้มเหลวอย่างรวดเร็ว ทั้ง ๆ ที่ก่อนหน้านี้ยังคงเป็นบริษัทที่มีชื่อเสียงและมั่นคงในความรู้สึกของคนทั่วไป ทั้งนี้สาเหตุประการหนึ่งที่สำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาดังกล่าว ก็คือ ก่อนที่จะเกิดวิกฤติเศรษฐกิจ ประเทศไทยอยู่ในช่วงภาวะเศรษฐกิจที่เติบโตสูง ผนวกกับภาวะการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์กำลังรุ่งเรือง การระดมทุนในช่วงนั้นจึงทำได้โดยง่ายไม่ว่าจะเป็น การกู้ยืมจากเจ้าหนี้ทั้งในและต่างประเทศ หรือการระดมทุนโดยการออกหลักทรัพย์ ด้วยเหตุที่บริษัทมีช่องทางหาแหล่งเงินทุนได้ง่ายและรวดเร็วเช่นนี้เอง ทำให้ผู้บริหารของบริษัทหวังผลในการสร้างผลกำไรให้เกิดขึ้นเฉพาะหน้าให้มากที่สุดและรวดเร็วที่สุด มีการนำเงินที่ได้จากการระดมทุนของกิจการไปลงทุนในกิจการที่บริษัทไม่ได้ถือหุ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพียงต้องการจะขยายกิจการให้รวดเร็วเท่านั้น ไม่ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมในการบริหารงานและควบคุมดูแลการบริหารงานในบริษัทที่นำเงินไปลงทุนแต่อย่างใด อีกทั้งการตัดสินใจลงทุนในธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูงโดยไม่คำนึงว่าผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไปและบริษัทจะได้รับประโยชน์สูงสุดในระยะยาวแบบยั่งยืนหรือไม่ และเมื่อต้องเผชิญกับภาวะเศรษฐกิจชะลอตัวประกอบกับแหล่งเงินทุนขาดแคลน บริษัทจึงไม่สามารถนำเงินมาจ่ายดอกเบี้ยแก่เจ้าหนี้ทั้งในและต่างประเทศ อีกทั้งขาดแคลนแหล่งเงินกู้ใหม่ที่จะให้บริษัทกู้มาชำระดอกเบี้ยอีกด้วย ในที่สุดบริษัทจึงประสบความล้มเหลวในระยะเวลาอันรวดเร็ว¹⁸

ทั้งนี้หากบริษัทดังกล่าวมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี ก็จะทำให้บริษัทมีกลไกที่มีประสิทธิภาพที่ใช้สำหรับถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร ตามที่กล่าว

* โปรดพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระบบคณะกรรมการชั้นเดียวและคณะกรรมการสองชั้น ในข้อ 2.2 โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในต่างประเทศ

¹⁷ บริษัท ศูนย์วิจัยไทยพาณิชย์ จำกัด , “Good Governance ในภาคเอกชน,” เศรษฐกิจปริทัศน์, : 27.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน : 28-30.

มาแล้วในข้อ 2.1.2 ข (1) ข้างต้น กลไกดังกล่าวมีส่วนสำคัญที่จะทำให้ช่วยยับยั้งหรือลดความเป็นอิสระของคณะกรรมการบริหาร ในการตัดสินใจดำเนินธุรกิจอย่างรวดเร็วและลงทุนในธุรกิจที่มีความเสี่ยงสูงลดลงได้ ประกอบกับจะทำให้เกิดระบบที่สามารถติดตามและตรวจสอบผลการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิดด้วย จึงถือได้ว่าการกำกับดูแลกิจการที่ดีเป็นการยับยั้งการดำเนินธุรกิจที่เพียงแต่หวังผลกำไรเฉพาะหน้าลงได้ในระดับหนึ่ง และจะช่วยทำให้คณะกรรมการบริหารดำเนินกิจการโดยให้ความสำคัญกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปในระยะยาวและความเจริญก้าวหน้าของบริษัทที่ยั่งยืนมากขึ้น

(3) เป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุน เนื่องจากกระบวนการและวิธีการดำเนินธุรกิจที่มีการควบคุมดูแลภายในองค์กร จะมีระบบตรวจสอบการบริหารงานและระบบการจัดทำรายงานของฝ่ายบริหาร เช่น การจัดทำมีคณะกรรมการตรวจสอบ ทำหน้าที่ตรวจสอบเกี่ยวกับฐานะการเงินของบริษัท การดำเนินมาตรการกำกับควบคุมเพื่อให้สารสนเทศทางการเงินที่ต้องรายงานต่อผู้ถือหุ้นและการเปิดเผยข้อมูลทางการเงินดังกล่าวแก่นักลงทุนทั่วไป มีความถูกต้องตามความจริง อันเป็นการสนับสนุนให้ข้อมูลทางการเงินของบริษัทมีความโปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ ทำให้นักลงทุนสามารถนำข้อมูลทางการเงินของบริษัทมาวิเคราะห์กิจการของบริษัทได้อย่างแท้จริงและนับว่าเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการตัดสินใจในการลงทุน

(4) ช่วยให้เกิดระบบควบคุมภายในและการตรวจสอบภายในที่มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ในระบบการบริหารงานที่ไม่มีการกำกับดูแลกิจการที่ดีนั้น มักจะขาดมาตรการที่ดีในการปกป้องผู้ตรวจสอบภายในให้สามารถปฏิบัติงานโดยให้ความเห็นได้อย่างอิสระและไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของคณะกรรมการบริหาร เนื่องจากผู้ตรวจสอบภายในก็มีสถานะเป็นพนักงานของบริษัทซึ่งอาจถูกคณะกรรมการบริหารถอดถอนได้ตลอดเวลา ทั้งนี้หากบริษัทมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี เช่น ระบบคณะกรรมการชั้นเดียวที่กำหนดให้ผู้ตรวจสอบภายในส่งมอบรายงานการตรวจสอบภายในทางด้านบัญชีและการเงิน รวมถึงรายงานเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการบริหารงานของฝ่ายบริหารให้แก่คณะกรรมการตรวจสอบพิจารณาก่อนนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการบริษัทต่อไป¹⁹ คณะกรรมการตรวจสอบจึงเปรียบเสมือนเป็นพี่เลี้ยงของผู้ตรวจสอบภายในและเป็นองค์กรที่ช่วยลดอิทธิพลของคณะกรรมการบริหารที่มีอยู่เหนือผู้ตรวจสอบภายใน ทำให้ผู้ตรวจสอบภายในสามารถปฏิบัติหน้าที่โดยให้ความเห็นได้อย่างอิสระตามมาตรฐานวิชาชีพและกฎข้อบังคับที่วางไว้ด้วย

ทั้งนี้ระบบควบคุมภายในที่มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพตามที่กล่าวข้างต้นจะช่วยสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับบริษัทจากรายได้ที่เพิ่มขึ้นจากการบริหารงาน , ลดต้นทุนหรือค่าใช้จ่าย , ช่วยป้องกันข้อผิดพลาด รวมถึงลดปัญหาการทุจริต โดยจะทำให้ทราบปัญหาของ

¹⁹ ณรงค์ ปรีดานันท์, “คณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee), วารสารบริหารธุรกิจ ฉบับที่ 80 (ตุลาคม - ธันวาคม 2541) , : 25.

บริษัทในทุกขั้นตอน และสามารถแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นได้ทันท่วงที อันเป็นการป้องกันความเสียหายที่จะลุกลามไปสู่ผู้ถือหุ้นหรือนักลงทุน²⁰

(5) เป็นการสร้างวัฒนธรรมในการควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรในรูปแบบใหม่ อันเป็นการลดภาระของทางการในการตรวจสอบการบริหารงานของบริษัท กล่าวคือ เนื่องจากระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดีเกิดจากการจัดวางองค์กรต่าง ๆ ภายในของบริษัทที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ เช่น แยกองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานออกมามากต่างหากโดยจะต้องเสริมสร้างให้องค์กรดังกล่าวมีอิสระอย่างแท้จริง การกำหนดให้องค์กรดังกล่าวเป็นผู้เสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชีและเสนอคำตอบแทนแก่ผู้สอบบัญชี²¹ รวมทั้งเป็นผู้สอบทานให้บริษัทมีระบบการควบคุมภายในที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพตามที่กล่าวในข้อ 2.1.2.ข. เป็นการลดอิทธิพลของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่คุมเสียงข้างมากในการประชุมผู้ถือหุ้นและของคณะกรรมการบริหารที่มีอยู่เหนือผู้สอบบัญชีและผู้ตรวจสอบภายใน อันเป็นผลให้ผู้สอบบัญชีและผู้ตรวจสอบภายในปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระมากขึ้น การสร้างวัฒนธรรมในการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานของบริษัท โดยอาศัยกลไกของการจัดวางองค์กรภายในบริษัทดังกล่าวมานี้ ถือได้ว่าเป็นการลดภาระของทางการในการตรวจสอบการบริหารงานของบริษัท และเป็นจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลงลัทธิเอาอย่างเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานที่ได้ปฏิบัติต่อเนื่องกันมาโดยตลอดด้วย

2.1.3. ความสัมพันธ์ระหว่างการกำกับดูแลกิจการที่ดีกับโครงสร้างของคณะกรรมการบริษัท

เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าผู้ถือหุ้นเปรียบเสมือนเป็นเจ้าของบริษัท และความเป็นเจ้าของบริษัทนี้เองทำให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิแต่งตั้งคณะกรรมการบริษัท และคณะกรรมการบริษัทจะทำการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารเพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการบริษัทอีกทอดหนึ่ง โดยการบริหารงานของบริษัทมีจุดมุ่งหมายสำคัญที่จะทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์สูงสุดที่จะพึงได้รับในระยะยาว (Maximize Longterm Shareholder Value) และบรรลุถึงเป้าหมายหรือความเจริญก้าวหน้าของบริษัทแบบยั่งยืน ฉะนั้นการที่คณะกรรมการบริหารตัดสินใจผิดพลาดหรือเจตนาทุจริต ก็อาจเกิดความเสียหายขึ้นโดยตรงแก่ผู้ถือหุ้นและบริษัท ซึ่งหากไม่ได้รับการแก้ไขหรือการป้องกันที่ถูกต้องแล้ว ก็อาจจะลุกลามก่อให้เกิดปัญหาเศรษฐกิจในระดับประเทศ ดังเช่นวิกฤติเศรษฐกิจของประเทศไทยที่ผ่านมา

²⁰ บริษัท ศูนย์วิจัยไทยพาณิชย์ จำกัด , “Good Governance ในภาคเอกชน,” : 27.

²¹ ข้อ 9(4) แห่งประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542.

แนวคิดเรื่องการเสริมสร้างให้บริษัทมีกระบวนการกำกับดูแลกิจการที่ดี เป็นกลไกที่สำคัญประการหนึ่งที่สามารถควบคุมให้คณะกรรมการบริหารปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ซื่อสัตย์ สุจริต โปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งนอกจากจะทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์สูงสุดที่จะพึงได้รับในระยะยาวแล้ว ในที่สุดก็สามารถสร้างความน่าเชื่อถือแก่นักลงทุนเพื่อให้บริษัทอยู่รอดและเกิดความเจริญก้าวหน้าแบบยั่งยืนต่อไปได้

กระบวนการเสริมสร้างให้บริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ดีดังกล่าวข้างต้น จะไม่สามารถบรรลุผลขึ้นได้ หากไม่มีการปรับระบบภายในองค์กร เช่น โครงสร้างคณะกรรมการบริษัท ให้สามารถถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม การเสริมสร้างให้บริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ดีนั้นก็อาจสร้างปัญหาให้กับคณะกรรมการบริหาร มากจนเกินไปได้เช่นกัน จึงมีความเห็นว่าควรจะต้องพิจารณานำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในทางปฏิบัติจริงอย่างเหมาะสมแก่สถานการณ์และปัจจัยแวดล้อมของแต่ละบริษัทเป็นกรณี ๆ ไป ²²

2.2 โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในต่างประเทศ

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าบริษัท เป็นนิติบุคคลโดยกฎหมายสมมติขึ้นและแยกความเป็นเจ้าของ (Ownership) ออกจากการจัดการ (Management) โดยผู้ถือหุ้นเป็นผู้ลงทุนแก่บริษัทในการดำเนินการ และเป็นเสมือนเจ้าของบริษัทและทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัท แต่อย่างไรก็ตามอำนาจของผู้ถือหุ้น ในการจัดการบริษัทจะถูกจำกัดอยู่ในขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ผู้ถือหุ้นไม่อาจเข้าไปจัดการบริษัทได้โดยตรงแต่จะจัดการทางอ้อม กล่าวคือ ที่ประชุม

* ปัจจัยอื่น ๆ ที่เสริมสร้างให้บริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ดีนอกจากเรื่องโครงสร้างคณะกรรมการบริษัท ได้แก่

- 1) ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้นในเรื่องใช้สิทธิออกเสียง เพื่อให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ
- 2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการ
- 3) การกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย
- 4) กระบวนการให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่
- 5) การเปิดเผยข้อมูลโดยเฉพาะในบริษัทจดทะเบียน
- 6) ปัจจัยอื่น ๆ ที่จะทำให้บริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี โดยสมัครใจ เช่น การกำหนด code of best practice เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติให้กับผู้บริหารของบริษัท

ผู้สนใจรายละเอียดโปรดศึกษาจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “บทสรุปผู้บริหาร บทศึกษาเรื่องการเสริมสร้าง Good Corporate Governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย. (<http://www.sec.or.th/research/summary.html>): หน้า 1-36.

²² วรภัทร โทณะเกษม, “การสร้าง Good Governance ในองค์กร,” กสท., (ตุลาคม 2542) : 16

ผู้ถือหุ้นมีอำนาจพิจารณาแต่งตั้งกรรมการ เพื่อทำหน้าที่จัดการกิจการของบริษัทโดยเป็นผู้แทนของบริษัทในการติดต่อกับบุคคลภายนอก และกำหนดให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการลงมติเพื่อควบคุมโดยการครอบงำการบริหารจัดการบริษัท ทั้งนี้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะเข้าไปก้าวกายหรือชี้นำการบริหารงานของกรรมการไม่ได้

ในหัวข้อนี้จะศึกษารูปแบบของการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในต่างประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปแบ่งตามโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทออกเป็น 2 ระบบ ได้แก่ ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว (One-tier Board หรือ Unitary Board) กับ ระบบคณะกรรมการสองชั้น (Two-tier Board หรือ Dual Board) โดยในระบบคณะกรรมการชั้นเดียวนั้น การบริหารจัดการบริษัทเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัท (Board of Directors) โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Meeting of Shareholders) เป็นผู้ครอบงำการบริหารจัดการของคณะกรรมการบริษัท สำหรับในระบบคณะกรรมการสองชั้น นั้น คณะกรรมการบริหาร (Management Board) เป็นผู้บริหารจัดการบริษัท และมีคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) เป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Meeting of Shareholders) เป็นผู้ครอบงำการบริหารจัดการบริษัทอยู่ห่าง ๆ

2.2.1. การบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียว (One-tier Board หรือ Unitary Board) ศึกษาใน 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น

ก. ประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากกฎหมายบริษัทในสหรัฐอเมริกา เป็นกฎหมายในระดับมลรัฐที่แต่ละมลรัฐมีอำนาจกำหนดกฎหมายขึ้นใช้บังคับกับบริษัทในมลรัฐของตนเองได้ จนในปี ค.ศ. 1946 ได้มีการร่างกฎหมายแม่แบบ (Model Business Corporation Acts) (“ MB CA”) เพื่อเป็นแนวทางให้ทุกมลรัฐใช้เป็นแม่แบบในการออกกฎหมายบริษัทของตนเอง อย่างไรก็ตามกฎหมายแม่แบบ ไม่ได้มีผลบังคับโดยอัตโนมัติในแต่ละมลรัฐ กล่าวคือทุกมลรัฐต้องออกกฎหมายบริษัทของตนเองและไม่มีบทบังคับว่าแต่ละมลรัฐต้องออกกฎหมายเหมือนกับกฎหมายแม่แบบทั้งหมด แต่ละมลรัฐมีอำนาจออกกฎหมายตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมอย่างไรก็ได้แต่ในทางปฏิบัติกฎหมายบริษัทของแต่ละมลรัฐก็มักจะมีเนื้อหาและหลักการที่ไม่ต่างจากกฎหมายแม่แบบเท่าใดนัก²³

กฎหมายสหรัฐอเมริกาถือเป็นต้นแบบสำหรับระบบการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียว โดยกฎหมายแม่แบบ (Model Business Corporation

²³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , สาขาวิชานิติศาสตร์ , เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายพาณิชย์ 4. หน่วยที่ 1-7 , พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : หจก.โรงพิมพ์ธรรมดา , 2528) , หน้า 59.

Acts) (“ MB CA”) มาตรา 35 ถือว่าบริษัทบริหารงานโดยคณะกรรมการ เว้นแต่ข้อบังคับ จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ความคิดดั้งเดิมนั้น คณะกรรมการบริษัทมีใช้องค์กรบริหารแต่มีหน้าที่ในการ กำหนดนโยบาย ในขณะที่อำนาจบริหารและการดำเนินธุรกิจประจำวันเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ บริษัท

ต่อมาองค์กรการบริหารจัดการบริษัทของสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กล่าวคืออำนาจในการบริหารจัดการบริษัทเปลี่ยนมาเป็นของกรรมการบริษัทที่เป็นผู้บริหาร หรือเรียกว่ากรรมการบริหาร (Executive Directors) ส่วนหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบ การบริหารงานของบริษัทหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ ของคณะกรรมการบริหาร จะเป็นอำนาจหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่ไม่ได้เป็นผู้บริหารหรือเรียก ว่ากรรมการอำนวยการ (Non-executive Directors)

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1940 หลังจากเกิดเหตุการณ์ทุจริตที่อื้อฉาวของ MCKESSON ROBBINS คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (Securities Exchange Commission“SEC”) ได้เสนอให้มีการสร้างกลไกต่าง ๆ ขึ้นมาถ่วงดุลและคานอำนาจภายใน คณะ กรรมการบริษัท ซึ่งเป็นการเสริมสร้างให้บริษัทมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี* (Good Corporate Governance) โดยส่วนหนึ่งของกลไกดังกล่าวได้แก่ การเสนอให้มีการจัดตั้ง คณะ กรรมการตรวจสอบขึ้นในบริษัท ต่อมาหลายหน่วยงานได้นำแนวคิดการจัดตั้งคณะกรรมการ ตรวจสอบมาเป็นแนวทางบังคับใช้กับหลายบริษัทกล่าวคือ ในปี ค.ศ.1967 สมาคมผู้สอบบัญชี ของอเมริกา กำหนดให้บริษัทมหาชนต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบที่ประกอบด้วยกรรมการ อิสระ และในปี ค.ศ.1977 ตลาดหลักทรัพย์นิวยอร์ก (New York Stock Exchange : NYSE) กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ และบริษัทที่กำลังดำเนินการจดทะเบียนในตลาด หลักทรัพย์จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ อันประกอบด้วยกรรมการภายนอกอิสระซึ่งมิได้ เป็นกรรมการบริหารหรือมีความสัมพันธ์กับบริษัท โดยต้องจัดตั้งให้เสร็จสิ้นภายในวันที่ 30 มิถุนายน 1978 อนึ่งแม้มีหลายหน่วยงานดังกล่าวเป็นผู้ผลักดันให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการ ตรวจสอบขึ้นในบริษัทก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีแนวทางเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของ คณะ กรรมการตรวจสอบอย่างชัดเจน จนกระทั่ง Treadway Commission ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งใน

* กลไกอื่นนอกจากการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ ที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา สร้างขึ้นมาเพื่อเป็นการถ่วงดุลและคานอำนาจภายใน คณะ กรรมการ ได้แก่ จัดตั้งกรรมการที่เป็นอิสระที่ไม่ใช่ผู้บริหาร เข้าร่วมในคณะกรรมการ , คณะ อนุกรรมการสรรหา (Nominating Committee) ทำหน้าที่เสนอชื่อบุคคลที่ควรได้รับแต่งตั้งให้เป็น กรรมการหรือผู้บริหาร และคณะอนุกรรมการพิจารณาค่าตอบแทน(Compensation Committee) ทำหน้าที่พิจารณาผลตอบแทนของผู้บริหาร

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ได้เผยแพร่รายงานที่เกี่ยวกับคณะกรรมการตรวจสอบในปี ค.ศ.1987 ซึ่งมีข้อเสนอแนะที่สำคัญ ดังนี้²⁴

- (1) บริษัทมหาชนทุกบริษัท ควรมีข้อกำหนดที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎบัตรที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการตรวจสอบ ซึ่งต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการบริษัท และจะต้องมีการสอบทานเพื่อการปรับปรุงแก้ไขได้ตามความเหมาะสม
- (2) คณะกรรมการตรวจสอบต้องประกอบด้วยกรรมการอิสระเท่านั้น และให้ประธานกรรมการคณะกรรมการตรวจสอบ รายงานความรับผิดชอบและกิจกรรมที่ทำระหว่างปีต่อผู้ถือหุ้นในรายงานประจำปีด้วย
- (3) คณะกรรมการตรวจสอบควรดูแลและตรวจสอบขั้นตอนการรายงานทางการเงิน การควบคุมภายในทุกชั้นตอนอย่างมีประสิทธิภาพ
- (4) คณะกรรมการตรวจสอบควรสอบทานแผนงานของผู้บริหารทุกปี เพื่อให้สามารถปฏิบัติงานได้บรรลุวัตถุประสงค์
- (5) คณะกรรมการตรวจสอบควรมีความรู้ที่เพียงพอ และมีอำนาจในการปฏิบัติงานตามความรับผิดชอบที่ได้รับมอบหมาย
- (6) คณะกรรมการตรวจสอบควรสอบทานผลการประเมินของผู้บริหารเกี่ยวกับปัจจัยที่มีผลต่อความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี และผู้บริหารร่วมกับคณะกรรมการตรวจสอบควรที่จะช่วยรักษาความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชีด้วย
- (7) คณะกรรมการตรวจสอบควรสอบทานแผนงานของผู้บริหารเกี่ยวกับการใช้บริการต่างๆ ของผู้สอบบัญชี และให้คำแนะนำคณะกรรมการบริหารเมื่อพบประเด็นทางการบัญชีที่มีสาระสำคัญ

มีข้อพิจารณาเพิ่มเติมว่า การจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นมาในบริษัทตามที่กล่าวมาข้างต้น ไม่ได้ทำให้รูปแบบคณะกรรมการบริษัทของสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนเป็นแบบคณะกรรมการสองชั้นแต่อย่างใด เนื่องจากคณะกรรมการตรวจสอบยังคงเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริษัท เพียงแต่เป็นสมาชิกของคณะกรรมการบริษัทที่ได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่เฉพาะด้านการสอบทานข้อมูลหรือรายงานทางด้านบัญชีและการเงินเป็นหลัก และตั้งขึ้นมาเพื่อถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร อนึ่งทั้งคณะกรรมการตรวจสอบและคณะกรรมการบริหาร ต่างก็ถือว่าเป็นคณะกรรมการชุดย่อยหรือคณะอนุกรรมการบริษัทด้วยกันทั้งคู่ และเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการบริษัทนั่นเอง

²⁴ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย , แนวปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บุญศิริการพิมพ์ จำกัด , 2541) , หน้า 95.

ข. ประเทศญี่ปุ่น

ระบบกฎหมายปัจจุบันของญี่ปุ่นเป็นระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ในระยะเริ่มแรกประมวลกลางศตวรรษที่ 19 ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของฝรั่งเศส โดยเฉพาะกฎหมายอาญา ต่อมาได้รับอิทธิพลจากกฎหมายเยอรมันมากขึ้นโดยเฉพาะในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติรวมถึงกฎหมายบริษัทไว้ด้วย และในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลทางกฎหมายจากสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะในร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายแรงงาน กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมาย Anti – Monopoly เป็นต้น²⁵

ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Code) ของประเทศญี่ปุ่นในส่วนที่ว่าด้วยกฎหมายบริษัทได้ใช้บังคับกับ Joint Stock Company หรือ ภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า Kabushiki-gaisha ซึ่งเทียบได้กับบริษัทมหาชน และกฎหมายอีกฉบับ คือ Law on Limited Liability Companies No.74, 1938 ใช้บังคับกับบริษัท Limited Liability Company หรือภาษาญี่ปุ่นเรียกว่า yugen-gaisha ซึ่งเทียบได้กับบริษัทเอกชน²⁶

กฎหมายญี่ปุ่น แบ่งองค์กรของบริษัทในการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทออกเป็นที่ประชุมผู้ถือหุ้นทำหน้าที่ควบคุมหรือครอบงำการบริหารงานของกรรมการ และเป็นองค์กรควบคุมสูงสุดของบริษัท ส่วนกรรมการบริษัทเป็นองค์กรที่มีหน้าที่จัดการและเป็นผู้แทนของบริษัท

(1) ผู้ถือหุ้น

เพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้ประชุมปรึกษาหารือ แสดงความคิดเห็น และลงมติในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการงานของคณะกรรมการบริษัท กฎหมายเปิดโอกาสอย่างมากให้ผู้ถือหุ้นที่มีหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 3 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทและจะต้องถือหุ้นมาไม่น้อยกว่า 6 เดือน มีสิทธิขอให้กรรมการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้ โดยทำเป็นหนังสือระบุวัตถุประสงค์และเหตุผลของการขอให้เรียกประชุม²⁷ ทั้งนี้กรรมการจะต้องอธิบายชี้แจงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับเรื่องที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยได้เสนอไว้ด้วย นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นที่มีหุ้นนับรวมกันได้ตั้งแต่ร้อยละ 1 ของหุ้นทั้งหมดขึ้นไป สามารถเรียกร้องให้กรรมการเสนอประเด็นต่าง ๆ ของตนเข้าเป็นวาระในการประชุมกรรมการได้

²⁵ Hiroshi Oda , *Japanese Law* (London : Butterworths , 1992) , p. 226

²⁶ Ibid. , p.263.

²⁷ The Commercial Code of Japan , มาตรา 237

(2) คณะกรรมการบริษัท

(2.1) การแต่งตั้งถอดถอนและคุณสมบัติของกรรมการบริษัท

คณะกรรมการบริษัทเป็นองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการบริษัทจะเป็นผู้คัดเลือกกรรมการที่มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท (representative directors) เข้ามาบริหารงาน ทั้งนี้กรรมการบริษัทส่วนใหญ่จะมาจากบุคคลภายในรวมถึงพนักงานของบริษัท โดยมีกรรมการจากภายนอกเพียง 2-3 คนเท่านั้น และประมาณร้อยละ 60 ของบริษัททั้งหมด มีกรรมการที่มาจากบุคคลภายในมากกว่าร้อยละ 80 ในขณะที่มากกว่าร้อยละ 50 ของบริษัททั้งหมดของสหรัฐอเมริกา จะมีกรรมการมาจากภายในน้อยกว่าร้อยละ 30 และโดยปกติแล้วผู้จัดการทั่วไปของบริษัทญี่ปุ่นมักจะเป็นกรรมการบริษัทโดยตำแหน่งด้วย²⁸ กรรมการบริษัทอาจถูกถอดถอนจากตำแหน่งโดยมติพิเศษแห่งที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม โดยผู้ถือหุ้นที่นับหุ้นรวมกันได้มากกว่าร้อยละ 50 จะต้องมาประชุมและจะต้องได้มติถึง 2 ใน 3 หากกรรมการมีสัญญาจ้างที่กำหนดระยะเวลาแน่นอนและถูกถอดถอนโดยปราศจากเหตุอันสมควร บริษัทจะต้องจ่ายค่าชดเชยเช่นเดียวกับพนักงานทั่วไป

(2.2) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัท

(2.2.1) คณะกรรมการบริษัท ทำหน้าที่เป็นผู้แทนบริษัทในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของบริษัท (representative directors) ในกรณีของบริษัทมหาชนต้องมีกรรมการอย่างน้อย 3 คน คณะกรรมการบริษัท อาจมีมติแต่งตั้งกรรมการผู้ใดเป็นผู้แทนบริษัท และในกรณีที่มีกรรมการที่เป็นผู้แทนบริษัทหลายคน ข้อบังคับอาจกำหนดให้กรรมการที่เป็นผู้แทนดังกล่าวลงนามร่วมกันได้ แต่โดยปกติกรรมการที่เป็นผู้แทนคนใดคนหนึ่งก็สามารถทำการในนามบริษัทได้ ทั้งนี้หากข้อบังคับกำหนดว่าต้องให้กรรมการที่เป็นผู้แทนลงนามร่วมกันมากกว่าหนึ่งคน จะต้องจดทะเบียนต่อ Registry of the Ministry of Justice เพื่อให้บุคคลอื่นรับทราบด้วย มิฉะนั้นจะถือว่าการกระทำระหว่างผู้แทนคนเดียวกับคู่กรณีซึ่งมิได้รับรู้ถึงการลงนามร่วมกันไม่ผูกพันบริษัท²⁹ ส่วนในบริษัทเอกชน ต้องมีกรรมการอย่างน้อย 1 คน และกรรมการแต่ละคนสามารถจัดการธุรกิจของบริษัทโดยมีอำนาจเป็นผู้แทนของบริษัทเอกชนได้ เว้นแต่ข้อบังคับ

²⁸ Hiroshi Oda , Japanese Law , p.285.

²⁹ Michio Matsueda and Kazuo Ihara , “Company Law in General”, in Doing Business in Japan , Volume1, Zentaro Kitagawa Editor (New York : Matthew Vender,1983) , P. (4-46)

จะกำหนดว่าเฉพาะกรรมการคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนให้มีอำนาจแต่คนเดียวหรือร่วมกันเป็นผู้แทนบริษัท³⁰

(2.2.2) คณะกรรมการบริษัทต้องรับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจของบริษัททั้งหมด เป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในกิจการต่าง ๆ ของบริษัท แต่โดยทั่วไปคณะกรรมการจะมอบอำนาจตัดสินใจบางเรื่องให้แก่กรรมการคนใดคนหนึ่ง หรืออนุกรรมการ หรือประธานกรรมการ (President) ทั้งนี้ในทางปฏิบัติประธานกรรมการจะเป็นผู้บริหารบริษัท และเมื่อมีการมอบอำนาจให้ประธานกรรมการดำเนินงานแล้ว คณะกรรมการก็จะควบคุมการดำเนินงานของประธานกรรมการ โดยคณะกรรมการดังกล่าวจะทำหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการวางนโยบายในการดำเนินธุรกิจของบริษัท

นอกจากนี้ข้อบังคับบริษัทอาจกำหนดตำแหน่งรองประธานกรรมการ, กรรมการผู้จัดการ และผู้ช่วยกรรมการผู้จัดการซึ่งอาจจะเป็นผู้แทนบริษัทหรือไม่ก็ได้ แต่ปกติจะมอบหมายให้ดูแลกิจการบริษัทด้านใดด้านหนึ่ง เช่น การตลาด วิศวกรรม การผลิต ซึ่งจะกำหนดเป็นระเบียบภายใน บางบริษัทกำหนดตำแหน่งประธานบริษัท (Chairman) ไว้ในข้อบังคับด้วยซึ่งตำแหน่งประธานบริษัท มักจะเป็นการแต่งตั้งขึ้นเพื่อเป็นการให้เกียรติแก่ผู้ที่เคยเป็นประธานกรรมการมาก่อน และโดยทั่วไปประธานบริษัทไม่มีอำนาจใดในบริษัท³¹

อย่างไรก็ตามมีอำนาจบางประการที่กฎหมายกำหนดให้เป็นของคณะกรรมการเท่านั้น ห้ามมิให้มอบอำนาจให้กรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท ได้แก่ การจำหน่ายจ่ายโอนหรือยอมรับทรัพย์สินรายการสำคัญ (significant asset) การกู้ยืมเงินจำนวนมากตามที่กฎหมายกำหนดไว้ การแต่งตั้งและถอดถอนผู้บริหารระดับสูงรวมถึงการจัดตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยุบเลิกสำนักงานสาขา หรือบริษัทในเครือ รวมถึงอำนาจอนุญาตให้กรรมการกระทำการที่เป็นการแข่งขันกับบริษัท ให้สัตยาบันแก่สัญญาที่บริษัททำกับกรรมการในลักษณะที่ผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นปฏิปักษ์ (conflict of interest)³²

(2.2.3) คณะกรรมการบริษัทต้องจัดประชุมอย่างน้อย 1 ครั้งทุก 3 เดือน กรรมการแต่ละคนมีสิทธิเรียกประชุมคณะกรรมการบริษัท แต่ในทางปฏิบัติ มักจะกำหนดให้ประธานกรรมการเป็นผู้เรียกประชุม กรรมการต้องมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งจึงครบเป็นองค์ประชุม การลงมติของคณะกรรมการให้ถือเสียงข้างมากของกรรมการที่มาประชุม และกรณีกรรมการผู้มีส่วนได้เสียในมติใดไม่สามารถออกเสียงในการลงมตินั้น เช่น การให้ความเห็นชอบนิติกรรมระหว่างบริษัทกับกรรมการคนใดคนหนึ่งในลักษณะที่กรรมการคนนั้นมีผลประโยชน์ขัดกับบริษัท (conflict of interest)

³⁰ Michio Matsueda and Kazuo Ihara , “Company Law in General”, in Doing Business in Japan , P.(7-92)

³¹ Ibid., P.(7-47)

³² Hiroshi Oda , Japanese Law, p. 287.

ในกรณีที่กรรมการกระทำการขัดต่อกฎหมายหรือข้อบังคับบริษัท หรือ มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าได้กระทำเช่นนั้น ผู้สอบบัญชีสามารถเรียกประชุมคณะกรรมการและ เข้าร่วมประชุมคณะกรรมการโดยอาจจะเสนอรายงานความเห็นของตนเกี่ยวกับเรื่องที่ร้องขอให้ จัดประชุมได้ แต่จะไม่มีสิทธิออกเสียงในการประชุมดังกล่าว³³

มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่ากฎหมายว่าด้วยบริษัทของญี่ปุ่นมีข้อแตกต่าง จากกฎหมายของประเทศยุโรปที่มักจะกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) เพื่อควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด เช่น ตาม กฎหมายบริษัทของเยอรมันซึ่งมีโครงสร้างคณะกรรมการเป็นระบบคณะกรรมการสองชั้น กำหนด ให้บริษัทมหาชนจะต้องมีคณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วยตัวแทนผู้ถือหุ้นและพนักงานของ บริษัท นอกจากนี้ยังต่างกับระบบของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วยถึงแม้ว่าตามกฎหมายสหรัฐ อเมริกาจะมีโครงสร้างคณะกรรมการชั้นเดียวเช่นเดียวกับญี่ปุ่นก็ตาม เนื่องจากมีความเห็นว่า โครงสร้างคณะกรรมการบริษัทของสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้กรรมการประเภทที่ไม่มีอำนาจ หน้าที่บริหารจัดการบริษัท (Non-managing Directors) เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ควบคุมการดำเนินงาน ของกรรมการที่มีอำนาจบริหารจัดการบริษัท แต่ขณะที่กฎหมายบริษัทของญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดว่า คณะกรรมการบริษัทต้องถูกควบคุมโดยคณะกรรมการกำกับดูแลเช่นในเยอรมัน หรือ กรรมการ ประเภทที่ไม่มีอำนาจบริหารจัดการบริษัทเช่นในสหรัฐอเมริกา³⁴

(3) ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัท

ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัทเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง กล่าวคือ กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่เยี่ยงผู้จัดการที่ดี (good manager) โดยทำหน้าที่เสมือน เป็นผู้จัดการดูแลทรัพย์สิน (Trustee) ของบริษัท คณะกรรมการจะต้องบริหารกิจการของบริษัท ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับของบริษัท และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ คณะกรรมการมีหน้าที่ในการตรวจสอบดูแล และแนะนำให้กรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทน บริษัทให้อำนาจอย่างถูกต้องเหมาะสม³⁵

มีคดีตัวอย่างคดีหนึ่งที่ศาลตัดสินว่ากรรมการต้องรับผิดชอบประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรง ข้อเท็จจริงในคดี คือ กรรมการบริษัทเพิกเฉยในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของ บริษัท ทำให้กรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทบริหารงานของบริษัทอย่างอิสระเกินไป และได้ดำเนินการต่าง ๆ โดยมีได้มีการประชุมกรรมการ จนต่อมาบริษัทต้องล้มละลาย คดีนี้ศาล

³³ Hiroshi Oda , *Japanese Law*, p.286.

³⁴ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, *แนวปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ*, หน้า 101.

³⁵ Hiroshi Oda , *Japanese Law*, p,287.

สูงของประเทศญี่ปุ่นวินิจฉัยว่ากรรมการมีหน้าที่ที่ต้องดูแลสอดส่องการบริหารงานบริษัทและมีหน้าที่เรียกประชุมกรรมการเพื่อให้แน่ใจได้ว่าการกระทำของกรรมการผู้แทนเป็นไปโดยถูกต้องและเหมาะสม แต่กรรมการบริษัทในคดีนี้บกร่องในหน้าที่ดังกล่าวโดยบริหารงานผิดพลาดอย่างร้ายแรง และในอีกคดีหนึ่งปรากฏว่ากรรมการคนหนึ่งของบริษัทที่ผลิตซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ มีข้อโต้แย้งกับกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท กรรมการผู้นั้นจึงได้จัดตั้งบริษัทอีกบริษัทหนึ่งขึ้นมาแข่งขันและชักชวนพนักงานของบริษัทเดิม มาร่วมงานในบริษัทที่ตั้งขึ้นใหม่ ในคดีนี้ศาลตัดสินว่ากรรมการผู้นี้ปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการที่พึงเป็นผู้ได้รับความไว้วางใจเสมือน Trustee นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ยังห้ามกรรมการประกอบกิจการประเภทเดียวกันกับกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการของตนเองหรือเพื่อบุคคลภายนอกก็ตาม เว้นแต่คณะกรรมการจะให้ความเห็นชอบ หากกรรมการได้กระทำการใด ๆ ที่อาจถูกถือว่าฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าว กรรมการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อคณะกรรมการโดยไม่ชักช้า และหากมิได้รับความเห็นชอบก็ต้องหยุดกระทำการทันที ในกรณีที่คณะกรรมการมิได้ให้ความเห็นชอบแก่กิจการที่กรรมการได้กระทำดังกล่าว นิติกรรมใด ๆ ที่กรรมการได้กระทำไปแล้วจะไม่เสียไป คณะกรรมการอาจถือว่าการกระทำของกรรมการนั้น ได้กระทำไปในนามบริษัท และอาจเรียกร้องให้กรรมการผู้นั้นส่งมอบผลประโยชน์ใด ๆ ที่ได้รับไว้ ให้แก่บริษัทได้ แต่ถ้าการกระทำดังกล่าวทำให้บริษัทขาดทุนหรือเสียหาย กรรมการผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบบริษัทสำหรับผลขาดทุนหรือความเสียหายที่เกิดขึ้น³⁶ นอกจากนี้ในกรณีที่กรรมการกระทำการใดที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท ในลักษณะที่เป็นการหาผลประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือบุคคลภายนอก หรือทำให้บริษัทเสียประโยชน์หรือขัดต่อหน้าที่ของตน กฎหมายได้กำหนดให้ต้องรับโทษทางอาญาจำคุกไม่เกิน 7 ปี ด้วย³⁷

2.2.2 การบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น (Two-tier Board หรือ Dual Board) ศึกษาจาก 3 ประเทศ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์

ก. ประเทศเยอรมัน

บริษัทในเยอรมันแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ บริษัทความรับผิดชอบจำกัด (Gesellschaft mit beschränkter Haftung หรือ “GmbH”) อยู่ภายใต้กฎหมาย Law on Limited Liability Companies หรือ Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung of 20 April 1892 (“ GmbHG”) เปรียบเทียบได้กับบริษัทเอกชน กับ บริษัทหุ้นเปลี่ยนมือ (Aktiengesellschaft หรือ “AG”) อยู่ภายใต้กฎหมาย Law on Share Companies หรือ Law on

³⁶ Hiroshi Oda , *Japanese Law*, p.288.

³⁷ Ibid.,p. 290.

Stock Corporation หรือ Aktiengesetz of 6 September 1965. (AktG) เปรียบเทียบได้กับ บริษัทมหาชน

บริษัทมหาชนจัดตั้งโดยผู้เริ่มก่อการอย่างน้อย 5 คนด้วยทุนจดทะเบียนอย่างต่ำ DM 100,000³⁸ มีโครงสร้างการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น แบ่งองค์การภายในเป็น 3 องค์การ ได้แก่ คณะกรรมการบริหาร (Management Board หรือ Vorstand) คณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board หรือ Aufsichtsrat) และอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Meeting of Shareholders หรือ Hauptversammlung) บริษัทมหาชนทุกแห่งต้องจัดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล ทำหน้าที่สำคัญในการควบคุมดูแลการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร³⁹ บริษัทมหาชนส่วนมากจะประกอบอุตสาหกรรมขนาดใหญ่, ธนาकार, ประกันภัย และเฉพาะบริษัทมหาชนเท่านั้นที่ได้รับอนุญาตให้นำหุ้นจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของเยอรมัน

สำหรับบริษัทเอกชน จัดตั้งโดยผู้เริ่มก่อการอย่างน้อย 2 คน จะต้องจัดตั้งขึ้นด้วยทุนจดทะเบียนอย่างต่ำ DM 50,000⁴⁰ โดยการจัดการและควบคุมบริษัทส่วนมากจะใช้ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว ซึ่งบริหารงานโดยกรรมการผู้จัดการ (Managing Directors หรือ Geschäftsführer) ซึ่งอาจเป็นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ และอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Meeting of Shareholders หรือ Hauptversammlung)⁴¹ บริษัทเอกชนไม่ต้องจัดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล ทั้งนี้เว้นแต่ข้อบังคับบริษัทจะกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล จึงต้องนำบทบัญญัติเรื่องคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทมหาชน มาปรับใช้กับบริษัทเอกชนเท่าที่ไม่ขัดกับข้อบังคับของบริษัทเอกชน⁴²

บริษัทในเยอรมันมีโครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทดังต่อไปนี้

(1) การครอบงำการดำเนินงานของบริษัทโดยผู้ถือหุ้น

ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นองค์การที่ทำการตัดสินใจระดับสูงของบริษัท ซึ่งทั้งบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนมีลักษณะคล้ายคลึงกันเป็นส่วนใหญ่ ได้แก่ สิทธิออกเสียงเพื่อลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่ออนุมัติหรือไม่อนุมัติในเรื่องที่สำคัญของบริษัท เช่น อนุมัติให้เพิ่ม-ลดทุน

³⁸ Norbert Horn , Hein Kotz and Hans G.Laser, German Private and Commercial Law. Trans Tony Weir (Oxford : Clarendon Press, 1982). P.264

³⁹ Ibid.,pp.257-258.

⁴⁰ S.N. Formmel and J.H. Thomson , Company law in Europe (Deventer , The Netherlands : Kluwer , 1975) , pp.247.

⁴¹ Ibid., p.251.

⁴² GmbHG มาตรา 52.

ของบริษัท , การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี , การเลิกบริษัท , สิทธิแต่งตั้งถอดถอนคณะกรรมการบริษัท (ในกรณีที่เป็นบริษัทที่มีระบบคณะกรรมการชั้นเดียว) รวมถึงแต่งตั้งถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล(ในกรณีที่เป็นบริษัทที่มีระบบคณะกรรมการสองชั้น)⁴³

อย่างไรก็ตามมีลักษณะบางประการของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนแตกต่างกัน เช่น กฎหมายบริษัทเอกชนกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถจัดทำสัญญาจัดตั้งบริษัท(Contract of Incorporation) เพื่อให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีอำนาจตัดสินใจและมีอิทธิพลต่อการบริหารกิจการไว้อย่างอิสระในขณะที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนไม่มีอำนาจดังกล่าว ทั้งนี้อาจเป็นเพราะว่าบริษัทเอกชนส่วนใหญ่ใช้ระบบการจัดการแบบคณะกรรมการชั้นเดียว ซึ่งไม่มีการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นมาควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอีกทอดหนึ่ง กฎหมายจึงกำหนดรองรับอำนาจของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชนเอาไว้กว้างกว่าในบริษัทมหาชน เช่นที่ประชุมผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชนสามารถแต่งตั้งตัวแทนหรือทนายความ รวมถึงตัวแทนทางการค้า (Commercial Agents) และสามารถพิจารณาการกระจายกำไรของบริษัท ด้วย⁴⁴

(2) รูปแบบการบริหารจัดการบริษัทในประเทศเยอรมัน แบ่งพิจารณาเป็น 2 ระบบ คือ การบริหารจัดการบริษัทในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว กับการบริหารจัดการบริษัทในระบบคณะกรรมการสองชั้น ดังนี้

(2.1) การบริหารจัดการบริษัทในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว

โดยทั่วไปแล้ว การบริหารจัดการบริษัทในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว มักจะใช้กับบริษัทเอกชนเว้นแต่ข้อบังคับบริษัทจะกำหนดให้บริษัทเอกชนใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้นโดยมีคณะกรรมการกำกับดูแลเพิ่มเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมหรือตรวจสอบการบริหารงานอย่างใกล้ชิดอีกทอดหนึ่ง

บริษัทเอกชนทุกแห่งจะต้องมีผู้จัดการ (business manager) อย่างน้อย 1 คน ซึ่งต้องมีประวัติที่ดี (clean record) ในกรณีที่บริษัทมีผู้จัดการมากกว่า 1 คน ผู้จัดการทุกคนจะต้องร่วมกันเป็นตัวแทนบริษัททำหน้าที่เป็นผู้บริหารกิจการของบริษัทโดยเป็นตัวแทนบริษัทเมื่อติดต่อกับบุคคลภายนอก และจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและเอาใจใส่ ในกรณีผู้จัดการปฏิบัติหน้าที่บกพร่องก็อาจจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท ด้วย⁴⁵

⁴³ Norbert Horn , Hein Kotz and Hans G.Laser, German Private and Commercial Law. Trans Tony Weir ,pp.255, 262.

⁴⁴ Ibid., p.253.

⁴⁵ Ibid.,252.

ผู้จัดการได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมตั้งบริษัท หรือที่ประชุมผู้ถือหุ้น ผู้จัดการจะต้องทำสัญญาจ้างกับบริษัท มีกำหนดระยะเวลาจ้างที่ค่อนข้างแน่นอน เช่น 5 ปี จะสิ้นสุดจากตำแหน่งเมื่อสิ้นสุดการจ้างหรือถูกถอดถอนโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นในเวลาใดและไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะถอดถอนผู้จัดการเมื่อมีเหตุสำคัญ เช่น ผู้จัดการละทิ้งหน้าที่ เป็นต้น⁴⁶

(2.2) การบริหารจัดการบริษัทในระบบคณะกรรมการสองชั้น

ในการบริหารงานบริษัทในระบบคณะกรรมการสองชั้นของประเทศเยอรมันนั้น ประกอบด้วยคณะกรรมการบริหาร (Management Board หรือ Vorstand) และ คณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board หรือ Aufsichtsrat) ซึ่งบริษัทที่ใช้โครงสร้างบริหารจัดการบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น ได้แก่ บริษัทมหาชนทุกบริษัท และอาจใช้กับบริษัทเอกชนที่มีข้อบังคับบริษัทกำหนดไว้เป็นพิเศษให้จัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ซึ่งจะนำบทบัญญัติเรื่องคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทมหาชน มาปรับใช้กับบริษัทเอกชนเท่าที่ไม่ขัดกับข้อบังคับของบริษัทเอกชน⁴⁷

องค์กรในการบริหารจัดการบริษัทในระบบคณะกรรมการสองชั้นของเยอรมัน มีสาระสำคัญดังนี้

(2.2.1) คณะกรรมการบริหาร เป็นองค์กรที่ได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการกำกับดูแล ประกอบด้วยสมาชิกคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ สมาชิกของคณะกรรมการบริหาร มีวาระอยู่ในตำแหน่งไม่เกิน 5 ปี ทั้งนี้สมาชิกภาพของกรรมการดังกล่าว อาจสิ้นสุดลงก่อนครบกำหนดวาระได้ถ้าละเลยการปฏิบัติหน้าที่ประการสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้

คณะกรรมการบริหาร จะต้องร่วมกันบริหารจัดการบริษัท เป็นปกติธุระ หนึ่งข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดให้สมาชิกของคณะกรรมการบริหารบางคนหรือหลายคนเป็นตัวแทนของบริษัทติดต่อกับบุคคลภายนอกก็ได้⁴⁸ คณะกรรมการบริหารอาจถูกจำกัดอำนาจลงได้เช่น กฎหมายกำหนดห้ามกรรมการบริหารจัดการให้บริษัทซื้อหุ้นของตนเอง นอกจากนี้ข้อสัญญาจัดตั้งบริษัทก็สามารถจำกัดอำนาจหน้าที่ของกรรมการบริหารได้บางประการ ดังตัวอย่างต่อไปนี้ คือ กรรมการบริหารจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแล ก่อนที่จะกระทำการกิจการบางประเภท , กรรมการบริหารต้องแจ้งการดำเนินงานของบริษัทให้คณะกรรมการกำกับดูแลทราบอย่างสม่ำเสมอ , คณะกรรมการบริหารต้องเรียกให้ประชุมผู้ถือหุ้นเมื่อ

⁴⁶ Norbert Horn , Hein Kotz and Hans G.Laser, German Private and Commercial Law. Trans Tony Weir ,p.253.

⁴⁷ GmbHG มาตรา 52.

⁴⁸ Norbert Horn , Hein Kotz and Hans G.Laser, German Private and Commercial Law. Trans Tony Weir ,P. 259

บริษัทขาดทุนมากกว่าครึ่งหนึ่งของทั้งหมด, ในกรณีที่บริษัทอยู่ในสภาพมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน (Over-indebted หรือ Insolvent) กรรมการบริหารจะต้องนำบริษัทเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย และหยุดชำระหนี้คืนทันที เว้นแต่กฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น

(2.2.2) คณะกรรมการกำกับดูแล ประกอบด้วยสมาชิกที่ได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 3 คน เว้นแต่กรณีที่บริษัทอยู่ในขอบข่ายของกฎหมายว่าด้วยการให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการตัดสินใจร่วมกับบริษัท หรือ Co-determination Law* สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลจะประกอบด้วยสมาชิกที่เป็นตัวแทนของฝ่ายผู้ถือหุ้น และตัวแทนฝ่ายลูกจ้างตามสัดส่วนที่กำหนดไว้ใน Co-determination Law แต่ละฉบับ โดยสมาชิกที่เป็นตัวแทนฝ่ายผู้ถือหุ้นจะได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และสมาชิกที่เป็นตัวแทนของลูกจ้างจะได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย Co-determination Law ทั้งนี้จะได้ศึกษาขอบเขตของกฎหมาย Co-determination Law ในรายละเอียดต่อไปในบทที่ 4. คณะกรรมการกำกับดูแลของเยอรมันต่อไป

หน้าที่ประการสำคัญของคณะกรรมการกำกับดูแล ได้แก่ การควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิดและต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกำกับดูแลจะก้าวก่ายหรือชี้้นำการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารไม่ได้ , แต่งตั้งกรรมการบริหาร⁴⁹ , ถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการบริหารเมื่อมีเหตุอันเป็นสาระสำคัญที่กระทบผลประโยชน์ของบริษัท เช่น ขาดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการบริษัท⁵⁰ นอกจากนี้ยังสามารถเรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้ถ้าหากเป็นการกระทำเพื่อผลประโยชน์ของบริษัท⁵¹

กรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่ และทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย กรรมการกำกับดูแลก็อาจต้องชดใช้ความเสียหายแก่บริษัทด้วยเช่นกัน ทั้งนี้รายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล จะกล่าวถึงในบทที่ 4. คณะกรรมการกำกับดูแลของเยอรมัน ต่อไป

* Co-determination Law ประกอบด้วยกฎหมายสำคัญ 3 ฉบับ คือ

1. Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951 (แก้ไขเพิ่มเติม 1956)

2. The Labour Management Relation Act 1952 (แก้ไขเพิ่มเติม 1972)

3. Act Relating to the Right of Co-determination of Employees 1976 หรือ Mitbestimmungsgesetz หรือ Co-determination Act 1976

⁴⁹ Enno W. Ercklentz, Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 (New York : Oceana Publications, Inc, 1979) , p. 147.

⁵⁰ Ibid., p.119.

⁵¹ Ibid., p.151.

ข. ประเทศฝรั่งเศส

องค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทของประเทศฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ Societe Anonyme “SA” หรือบริษัทมหาชน และ Societe a Responsabilite Limitee “SARL” หรือบริษัทเอกชน โดยบัญญัติอยู่ในกฎหมาย 2 ฉบับ คือ Commercial Companies Law 66.537 of 24 July 1966. และ Commercial Companies Decree 67.236 of 23 March 1967.^{52*}

โครงสร้างของบริษัทเอกชนนั้น จัดตั้งโดยผู้เริ่มก่อการอย่างน้อย 2 คน และสูงสุดไม่เกิน 5 ซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ก็ได้ บริษัทเอกชนมีทุนจดทะเบียนอย่างต่ำ FF 50,000 ไม่สามารถขายหุ้นต่อประชาชนได้และโดยทั่วไปจะบริหารจัดการบริษัทโดยมีผู้จัดการ 1 คนขึ้นไป และอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งบัญญัติอยู่ใน French Commercial Code มาตรา 89-117

โครงสร้างการดำเนินการของบริษัทมหาชนนั้น จัดตั้งโดยผู้เริ่มก่อการอย่างน้อย 7 คน และเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ บริษัทมหาชนมีทุนจดทะเบียนอย่างต่ำ FF 250,000 แต่ถ้าเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ต้องมีทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่า FF 1,500,000 บริษัทมหาชนอาจดำเนินการโดยใช้รูปแบบเช่นเดียวกับบริษัทเอกชนก็ได้ คือบริหารจัดการงานโดยคณะกรรมการบริษัท และไม่ต้องมีคณะกรรมการกำกับดูแล หรือ หากข้อบังคับบริษัทกำหนดให้การจัดการบริษัทมีคณะกรรมการกำกับดูแลด้วยก็จะแบ่งองค์การในการจัดการและควบคุมบริษัทออกเป็น 3 ฝ่าย คือ คณะกรรมการบริหาร , คณะกรรมการกำกับดูแล และที่ประชุมผู้ถือหุ้น

บริษัทในฝรั่งเศสมีโครงสร้างการบริหารและควบคุมบริษัทดังต่อไปนี้

(1) การครอบงำการบริหารจัดการโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น

ผู้ถือหุ้นสามารถตรวจสอบและควบคุมการดำเนินงานบริษัท โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น สิทธิดังกล่าวถือว่าเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ผู้ถือหุ้นแต่ละคนได้รับการรับรองโดยกฎหมาย สิทธิในการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นนี้ จะมีสัดส่วนตามจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นแต่ละคนถืออยู่ในบริษัท ไม่ว่าจะเป็นหุ้นชนิดใดและไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะได้ชำระเงินค่าหุ้นเสร็จสิ้นแล้วหรือไม่ มีข้อสังเกตว่า มีข้อจำกัดบางกรณีที่การถือครองหุ้นมิได้นำมาซึ่งสิทธิในการ

⁵² Alex Mailland Hudson , French Practical Commercial Law (London : Longman Group Ltd., 1997) , pp.48-49.

* ต่อไปนี้ในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ รวมกันว่า French Commercial Code

ออกเสียงโดยอัตโนมัติ ได้แก่ ข้อบังคับบริษัทกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบางรายได้รับเงินปันผลก่อนผู้ถือหุ้นปกติ แต่ผู้ถือหุ้นที่ได้รับสิทธิพิเศษดังกล่าวไม่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมใหญ่ หรือกำหนดให้ผู้ถือหุ้นตั้งแต่จำนวนเท่าใดขึ้นไปจึงจะมีสิทธิออกเสียง ข้อจำกัดต่าง ๆ เหล่านี้มีผลเป็นการลดบทบาทและความสำคัญในการออกเสียงของผู้ถือหุ้น และอาจทำให้ผู้ถือหุ้นสูญเสียความชอบธรรมในการครอบงำการจัดการบริษัทได้⁵³

นอกจากกฎหมายกำหนดสิทธิในการเข้าประชุมและออกเสียงในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นดังกล่าวแล้ว กฎหมายบริษัทของฝรั่งเศสยังได้บัญญัติเกี่ยวกับการให้สิทธิของผู้ถือหุ้นและการคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยที่สำคัญ ดังนี้

(1.1) ผู้ถือหุ้นมีสิทธิอย่างต่อเนื่องที่จะได้รับข้อมูลการปฏิบัติงานของบริษัทระหว่างปีงบประมาณ 3 ปีซ้อนหลัง นอกจากนี้ยังสามารถได้รับข้อมูลทางการเงินของบริษัทเป็นระยะ ๆ รวมถึงได้รับสิทธิในการหารือหรือได้รับคำชี้แจงจากกรรมการบริษัทเกี่ยวกับวาระการประชุมและเอกสารของบริษัทที่ใช้ในการประชุมผู้ถือหุ้น

(1.2) ผู้ถือหุ้นที่มีหุ้นอย่างน้อยไม่ต่ำกว่าร้อยละ 10 ของบริษัท มีสิทธิร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญมาทำการตรวจสอบและจัดทำรายงานกิจการเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับการบริหารงานของบริษัท และรายงานของผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวจะถูกแจ้งไปยังผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการลูกจ้าง (Work Committee) ผู้สอบบัญชีของบริษัท (Auditor) ฝ่ายบริหารของบริษัท รวมถึงเจ้าหน้าที่ของทางการซึ่งเป็นผู้ดำเนินคดี (Public Prosecutor) นอกจากนี้ผู้ถือหุ้น 1 คนขึ้นไป มีสิทธิยื่นคำถามเป็นลายลักษณ์อักษรต่อประธานกรรมการบริษัทในเรื่องใดก็ได้ที่อาจเกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อธุรกิจของบริษัท แต่ทั้งนี้จะยื่นได้ไม่เกิน 2 ครั้งต่อปี

(1.3) ร้องขอให้ศาลสั่งให้มีการประชุมผู้ถือหุ้น ถ้าฝ่ายบริหารไม่ยอมเรียกประชุมผู้ถือหุ้น

(1.4) ร้องขอให้ศาลถอดถอนผู้สอบบัญชีของบริษัท เนื่องจากปฏิบัติผิดหน้าที่

(1.5) มีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลพิจารณาแต่งตั้งผู้จัดการพิเศษ (Special Administrator) ในกรณีที่ฝ่ายบริหารของบริษัทไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของบริษัท หรือกระทำการที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท หรือ กระทำการที่เป็นการสนับสนุนสมาชิกส่วนใหญ่ของผู้ถือหุ้นในการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสมาชิกฝ่ายข้างน้อย สิทธิดังกล่าวจะมีลักษณะคล้ายกับกฎหมายของทางประเทศอังกฤษ เรื่องการฉ้อโกงเสียงข้างน้อย (Doctrine of Fraud on a Minority)⁵⁴

⁵³ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “การใช้สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 29 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2542) : 93-94.

⁵⁴ Alex Mailland Hudson, French Practical Commercial Law, pp.62-63.

(2) รูปแบบการบริหารจัดการบริษัทในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งแบ่งพิจารณา ดังนี้(2.1) การบริหารจัดการในบริษัทเอกชน

บริษัทเอกชนทุกแห่งของฝรั่งเศส มีการบริหารจัดการบริษัทในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว โดยมีผู้จัดการ (Manager) คนเดียวหรือหลายคน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เป็นผู้ทำหน้าที่บริหารกิจการของบริษัทและมีอำนาจอย่างไม่มีจำกัดตามกฎหมายที่จะกระทำการแทนบริษัทเพื่อติดต่อกับบุคคลภายนอก การบริหารงานของผู้จัดการจะอยู่ภายใต้ความครอบงำของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ผู้จัดการไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท และผู้จัดการของบริษัทหนึ่ง จะไปเป็นผู้จัดการในบริษัทอื่นอีกก็บริษัทก็ได้ ผู้จัดการที่ไม่ได้ถือหุ้นหรือถือหุ้นไม่มากกว่าร้อยละ 50 ถือว่าเป็นลูกจ้างของบริษัท (Employee) ส่วนผู้จัดการที่ถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 ถือว่าเป็นเจ้าของกิจการ (Self-employed)⁵⁵

(2.2) การบริหารจัดการบริษัทมหาชน

โครงสร้างการบริหารจัดการบริษัทมหาชน มีอยู่ 2 ระบบ คือ ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว ประกอบด้วยคณะกรรมการบริษัท (Board of Directors) กับ ประธานกรรมการ (Chairman) ระบบคณะกรรมการสองชั้นบัญญัติเป็นกฎหมายบังคับใช้เมื่อ 24 กรกฎาคม ค.ศ.1966 โดยนำกฎหมายของเยอรมันมาเป็นต้นแบบ และให้ใช้กับบริษัทมหาชนเท่านั้น โดยกฎหมายกำหนดไว้ว่าบริษัทมหาชนใดประสงค์จะบริหารและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น จะต้องระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ชัดเจน⁵⁶

(2.2.1) การบริหารจัดการบริษัทมหาชนฝรั่งเศสโดยใช้ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว พิจารณาดังนี้

(ก) คณะกรรมการบริษัท ประกอบด้วยสมาชิกอย่างน้อย 3 คน แต่ไม่เกิน 15 คน ได้รับการแต่งตั้งและถอดถอนโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น และต้องถือหุ้นในบริษัทด้วย ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันในการปฏิบัติงานและทำให้แน่ใจว่ากรรมการจะเข้าร่วมประชุมผู้ถือหุ้น ข้อบังคับอาจจะจำกัดอายุของกรรมการบริษัทไว้ด้วยก็ได้ กรรมการคนหนึ่งไม่สามารถเป็นกรรมการของบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในเขตนครหลวง (Metropolitan) เกินกว่า 8 แห่ง และในส่วนบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัท นั้น มีดังต่อไปนี้

- แต่งตั้งฝ่ายบริหาร คือ ประธานกรรมการ (President Director General) และทีมงานบริหารเช่นผู้จัดการทั่วไป (General Manager)

- เรียกประชุมผู้ถือหุ้น จัดเตรียมและทบทวนงบประมาณและบัญชีของบริษัท

⁵⁵ Alex Mailland Hudson, French Practical Commercial Law, p.p.58-59.

⁵⁶ Ibid., pp.54-56.

- เตรียมรายงานเกี่ยวกับกิจการบริษัทสำหรับแต่ละปีงบประมาณ
- ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับสัญญาบางประเภทที่ทำขึ้นระหว่างบริษัท

กับฝ่ายบริหาร

- พิจารณาค่าตอบแทนให้กับกรรมการบริษัท

(ข) ประธานกรรมการ ประธานกรรมการเป็นผู้แทนในการติดต่อกับบุคคลภายนอก รวมทั้งมีหน้าที่ในการจัดการโดยทั่วไป และคณะกรรมการบริษัทมักจะมอบอำนาจแก่ประธานกรรมการอย่างมาก การบริหารงานของบริษัทโดยทั่วไปแล้วประธานกรรมการอาจทำงานเป็นที่ร่วมกับผู้บริหารระดับสูงเช่นกรรมการผู้จัดการหรือผู้จัดการทั่วไป โดยคณะกรรมการบริษัทเป็นผู้แต่งตั้งสมาชิกในคณะกรรมการบริษัทนั่นเองให้มาดำรงตำแหน่งประธานกรรมการและผู้บริหารดังกล่าว อนึ่งกฎหมายไม่อนุญาตให้บุคคลใดดำรงตำแหน่งบริหารเช่นนี้ในบริษัทที่จดทะเบียนในเขตนครหลวง (Metropolitan) เกินกว่า 2 แห่ง ยกเว้นเป็นกรณีของกลุ่มบริษัท (Group Companies)

เมื่อพิจารณาโครงสร้างการบริหารจัดการในระบบคณะกรรมการชั้นเดียวของฝรั่งเศสที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว อาจทำให้กรรมการไม่อยู่ในฐานะที่จะกำกับและควบคุมประธานกรรมการในฐานะผู้บริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁵⁷ ซึ่งอาจเป็นเพราะว่าคณะกรรมการบริษัทและฝ่ายบริหารของบริษัท(ประธานกรรมการกับผู้บริหารระดับสูง) มาจากบุคคลกลุ่มเดียวกันซึ่งทำให้คณะกรรมการบริษัทไม่อาจถ่วงดุลและคานอำนาจ (Check and Balance) กับฝ่ายบริหารดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นต่อมาจึงมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้สิทธิบริษัทมหาชนในการเลือกบริหารและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้นเพิ่มเติมจากระบบคณะกรรมการชั้นเดียวได้

(2.2.2) การบริหารจัดการบริษัทมหาชนของฝรั่งเศสโดยใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้น

ระบบนี้จะแบ่งแยกการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหารออกจากการควบคุมการบริหารไว้อย่างชัดเจน ประกอบด้วยคณะกรรมการบริหารเป็นผู้ทำหน้าที่จัดการทั่วไป และมีคณะกรรมการกำกับดูแลทำหน้าที่ควบคุมกรรมการบริหาร ดังนี้

⁵⁷ Grossfeld , “ Management and Control of Marketable Share Companies ,” International Encyclopaedia of Comparative Law . Volume 13 , A , Conard , Chief Editer, p.4. อ้างถึงใน ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ , “ความล้าสมัยของการวางระบบการจัดการของกฎหมายบริษัท ,” วารสารกฎหมาย ปีที่ 18 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม 2541) : 97.

(ก.) คณะกรรมการบริหาร ประกอบด้วยสมาชิกไม่เกิน 5 คน เว้นแต่เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของประเทศฝรั่งเศส ให้มีสมาชิกได้ถึง 7 คน⁵⁸ ได้รับการแต่งตั้งโดยคณะกรรมการกำกับดูแล สมาชิกกรรมการบริหารอาจจะเป็นหรือไม่เป็นผู้ถือหุ้นหรือลูกจ้างก็ได้ และอาจถูกที่ประชุมผู้ถือหุ้น (โดยการเสนอของคณะกรรมการกำกับดูแล) ถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ ทั้งนี้ตามที่เสนอโดยคณะกรรมการกำกับดูแลคณะกรรมการบริหารทำหน้าที่จัดการบริษัทเป็นการทั่วไป และมีอำนาจทำการผูกพันบริษัท⁵⁹

(ข.) คณะกรรมการกำกับดูแล บริษัทมหาชนสามารถจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลได้ถ้าข้อบังคับของบริษัทกำหนดเอาไว้ คณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วยสมาชิก 3-12 คน ได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุมจัดตั้งบริษัท , ที่ประชุมผู้ถือหุ้นบริษัท หรือโดยองค์กฤษฎานอกอื่นตามที่ข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้ สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลต้องเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท หน้าที่หลักๆของคณะกรรมการกำกับดูแล คือ ควบคุมการบริหารงานและแต่งตั้งกรรมการบริหาร(รวมถึงประธานกรรมการ)ทั้งนี้จะได้กล่าวถึงคณะกรรมการกำกับดูแลโดยละเอียดในบทที่ 4. คณะกรรมการกำกับดูแลของฝรั่งเศส ต่อไป

ค. ประเทศเนเธอร์แลนด์

กฎหมายที่บัญญัติรองรับการประกอบธุรกิจรูปแบบบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์เป็นไปตาม Civil Code of Netherlands, 1976 Book II โดยแบ่งบริษัทออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ บริษัทมหาชน (Public Company หรือเรียกในภาษาดัตช์ว่า Naamloze Vennootschap (“N.V.”)) มีทุนจดทะเบียนอย่างต่ำ NLG 100,000 และสามารถนำหุ้นมาจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ได้ กับ บริษัทเอกชน (Close Company with Limited Liability เรียกในภาษาดัตช์ว่า Besloten Vennootschap Met Beperkte Aansprakelijkheid (“B.V.”)) มีทุนจดทะเบียนอย่างต่ำ NLG 40,000⁶⁰

บริษัทในเนเธอร์แลนด์นั้น นอกจากจะแบ่งออกเป็นบริษัทมหาชน และบริษัทเอกชนดังกล่าวแล้ว อาจแยกออกได้อีกเป็นบริษัทขนาดใหญ่ (Large Companies) และบริษัทขนาดเล็ก (Small Companies) บริษัทขนาดใหญ่ หมายถึง บริษัทที่มีเงินทุนจดทะเบียนอย่างต่ำ NLG 22,500,000 มีการจัดตั้งคณะกรรมการลูกจ้างขึ้นในบริษัท และมีลูกจ้างในสถานประกอบการไม่น้อยกว่า 100 คน นอกจากนี้บริษัทขนาดใหญ่ยังแบ่งออกเป็นบริษัทใหญ่ที่ได้รับยกเว้น

⁵⁸ Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel , French Company Law (London : Longman Group UK Ltd., 1992) , p.116.

⁵⁹ Ibid , p.120.

⁶⁰ H.C.S. Warendorf ,“Company Law in The Netherlands” in Company in Europe (London : Butterworth , 1997) , p.j1.

(Exempt Large Companies) บริษัทที่มีโครงสร้าง (Structure Companies) และบริษัทที่ลดโครงสร้าง (Mitigated Structure Companies)⁶¹ การแบ่งบริษัทออกดังกล่าวขึ้นอยู่กับโครงสร้างการบริหารจัดการที่ต่างกันของบริษัทแต่ละประเภท และมีผู้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่ากรณีของบริษัทในเนเธอร์แลนด์มีโครงสร้างการจัดการที่แตกต่างกันดังกล่าวก็เพื่อจำกัดอิทธิพลของผู้ถือหุ้น และเพิ่มเสียงของลูกจ้าง⁶²

การบริหารจัดการบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์ มีทั้งระบบคณะกรรมการแบบชั้นเดียว และคณะกรรมการแบบสองชั้น กล่าวคือ ในบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้างและบริษัทขนาดใหญ่ที่ลดโครงสร้างนั้น กฎหมายกำหนดให้มีคณะกรรมการสองชั้นโดยกำหนดให้คณะกรรมการบริหารเป็นผู้ตัดสินใจและดำเนินงานเป็นปกติธุระของบริษัท และคณะกรรมการกำกับดูแลทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด สำหรับบริษัทขนาดเล็กกับบริษัทขนาดใหญ่ที่ได้รับยกเว้นนั้น โดยทั่วไปแล้วหากข้อบังคับบริษัทไม่ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล ระบบการจัดการของบริษัทเหล่านี้จะใช้ระบบคณะกรรมการชั้นเดียวโดยมีผู้จัดการอย่างน้อยหนึ่งคน หรือถ้ามีผู้จัดการมากกว่าหนึ่งคนก็จะจัดโครงสร้างในรูปคณะกรรมการบริหารทำหน้าที่บริหารกิจการของบริษัท⁶³

ในขั้นตอนนี้จะพิจารณาการบริหารและควบคุมบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยพิจารณาผ่านภาพรวมของแต่ละองค์กรในบริษัท ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ถือหุ้น

ผู้ถือหุ้นเป็นองค์กรสูงสุดในการบริหารจัดการ และควบคุมบริษัททุกประเภทของเนเธอร์แลนด์ที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีสิทธิหรือมอบอำนาจให้ตัวแทนในการเข้าร่วมประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เพื่อเสนอความเห็นและออกเสียงลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นดังกล่าวได้ ทั้งนี้การลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก เว้นแต่ข้อบังคับบริษัทจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นที่มีจำนวนเสียงมากกว่านั้นหรือเป็นเสียงที่เป็นมติเอกฉันท์⁶⁴

⁶¹ Christopher Bovis , Business Law in the European Union (London : Sweet and Maxwell Ltd., 1997) , pp.10.

⁶² S.N. Formmel and J. H. Thomson , Company Law in Europe , p.384

⁶³ Ibid, p.407.

⁶⁴ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , The Netherlands Practical Commercial Law (London : Longman Group Ltd. , 1992) , p. 40.

(2) คณะกรรมการบริหาร

(2.1) คุณสมบัติและการแต่งตั้งกรรมการบริหาร

ผู้ที่ทำหน้าที่บริหารจัดการบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์ ประกอบด้วยผู้จัดการอย่างน้อย 1 คน และในกรณีที่ผู้จัดการมากกว่า 1 คน ขึ้นไป การบริหารจัดการจะต้องกระทำร่วมกันในรูปของคณะกรรมการบริษัท ทั้งนี้บุคคลก็สามารถเป็นผู้จัดการได้เช่นกัน การแต่งตั้งถอดถอนหรือการพักงานของผู้จัดการหรือกรรมการ จะต้องมีการบันทึกไว้ที่สำนักงานทะเบียนเพื่อให้บุคคลทั่วไปค้นหาหรือรับรู้ข้อมูลตามที่ไปยื่นไว้ดังกล่าวได้ ผู้จัดการหรือกรรมการชุดแรก ได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท หลังจากนั้น กรรมการจะได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และในกรณีของบริษัทที่ใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้น ผู้จัดการหรือกรรมการบริหาร จะได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการกำกับดูแล ทั้งนี้คณะกรรมการกำกับดูแลต้องแจ้งการแต่งตั้งผู้จัดการหรือกรรมการบริหารคนใหม่ ให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบทันที⁶⁵

(2.2) อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริหาร

เว้นแต่ข้อบังคับบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กรณีที่มีผู้จัดการมากกว่า 1 คน ให้บริหารจัดการในรูปคณะกรรมการโดยใช้มติเสียงข้างมาก ผู้จัดการหรือกรรมการบริหารแต่ละคนมีอำนาจกระทำนิติกรรมต่าง ๆ ในนามบริษัทกับบุคคลภายนอกได้

คณะกรรมการจะต้องรายงานงบการเงิน กำไรขาดทุนของบริษัท รวมถึงหน้าที่ในการให้ข้อมูลต่าง ๆ ที่จำเป็นกับผู้ถือหุ้น ในคราวประชุมผู้ถือหุ้นทุกครั้ง และนอกจากนี้ข้อบังคับบริษัทอาจกำหนดให้การตัดสินใจที่สำคัญ ๆ จะต้องได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ทั้งนี้หากเป็นบริษัทที่ใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้น ข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดการบริหารจัดการบริษัทไว้เป็นพิเศษ เช่น ก่อนที่ผู้จัดการหรือคณะกรรมการบริหารจะดำเนินกิจการในเรื่องที่สำคัญตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ จะต้องหารือกับคณะกรรมการกำกับดูแลก่อน , การดำเนินกิจการโดยทั่วไปก็ต้องแจ้งให้คณะกรรมการกำกับดูแลทราบด้วยเช่นกัน และในเรื่องของงบการเงินประจำปีของบริษัท ที่เสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นและได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว ก็ต้องได้รับการรับรองจากคณะกรรมการกำกับดูแลอีกชั้นหนึ่งก่อนด้วยการจำกัดอำนาจของคณะกรรมการบริหารจะไม่มีผลกับบุคคลภายนอก⁶⁶ ในการประชุมผู้ถือหุ้น คณะกรรมการจะต้องรายงานงบการเงิน กำไรขาดทุนของบริษัท รวมถึงหน้าที่ในการให้ข้อมูลต่าง ๆ ที่จำเป็นกับผู้ถือหุ้น

⁶⁵ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , The Netherlands Practical Commercial Law , p.57.

⁶⁶ Ibid, pp.46-47.

กรรมการบริหารที่กระทำความผิดเนื่องจากบริหารงานผิดพลาด จะได้รับโทษทั้งทางแพ่งและอาญาซึ่งทำให้คณะกรรมการทั้งคณะอาจต้องรับผิดชอบร่วมกันหรือเป็นรายบุคคลก็ได้ และเนื่องจากคณะกรรมการบริหารมีหน้าที่ให้ข้อมูลแก่คณะกรรมการกำกับดูแล เพื่อให้คณะกรรมการดังกล่าวได้ใช้ข้อมูลประกอบการปฏิบัติหน้าที่ต่างๆในการควบคุมตรวจสอบการทำงานของกรรมการบริหาร ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้กรรมการบริหารต้องรับผิดชอบต่อคณะกรรมการกำกับดูแลด้วยถ้าการกระทำของกรรมการบริหารทำให้คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง นอกจากนี้กรรมการบริหารอาจต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกด้วยโดยรับผิดชอบในทางละเมิด เช่น กรณีที่กรรมการบริหารได้เสนอข้อมูลที่ไม่ตรงกับความจริงเพื่อให้บุคคลภายนอกกระทำนิติกรรมด้วย และบุคคลภายนอกก็เข้าทำนิติกรรมเพราะความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงดังกล่าว เป็นต้น⁶⁷

(2.3) การพักงานหรือถอดถอนกรรมการบริหาร

ที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยเสียงข้างมากอาจพักงานหรือถอดถอนผู้จัดการหรือกรรมการบริหารได้ แต่ทั้งนี้ข้อบังคับบริษัทอาจกำหนดให้การกระทำดังกล่าวต้องได้รับเสียงมากกว่าครึ่งหนึ่งของผู้ถือหุ้นก็ได้แต่จะมากกว่าสองในสามไม่ได้ และกรณีที่เป็นบริษัทที่บริหารจัดการในระบบคณะกรรมการสองชั้น กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจสั่งพักงานหรือถอดถอนกรรมการบริหารได้โดยตรงเว้นแต่ข้อบังคับจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นทั้งนี้เฉพาะกรณีที่สั่งถอดถอนผู้จัดการหรือกรรมการบริหาร ให้คณะกรรมการกำกับดูแลปรึกษากับที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสียก่อนด้วย ถ้าที่ประชุมผู้ถือหุ้นคัดค้านก็จะถอดถอนกรรมการบริหารผู้นั้นไม่ได้⁶⁸

การถอดถอนกรรมการบริหาร จะต้องไม่ส่งผลให้บริษัทขาดการบริหารงานอย่างต่อเนื่องและข้อบังคับบริษัทอาจกำหนดเงื่อนไขว่าเมื่อไม่มีกรรมการบริหารหรือกรรมการบริหารถูกถอดถอน ให้กรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่บริหารกิจการบริษัทแทนชั่วคราวไปก่อนได้

⁶⁷ J.M.M. Maeijer , A Modern European Company Law System Commentary on the 1976 Dutch Legislation (n.p : Sijthoff & Noordoff International Publisher, 1978) , p.p.122-125.

⁶⁸ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , The Netherlands Practical Commercial Law , p. 57.

(3) คณะกรรมการกำกับดูแล

เกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลบริษัทของประเทศเนเธอร์แลนด์ จะได้ศึกษาโดยละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป แต่จะกล่าวถึงข้อพิจารณาที่สำคัญในเบื้องต้นนี้⁶⁹

(3.1) สาเหตุของการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลในประเทศเนเธอร์แลนด์

(3.1.1) เพื่อให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจกับฝ่ายบริหาร

(3.1.2) เปิดโอกาสให้ผู้เชี่ยวชาญที่เป็นอิสระเข้ามามีส่วนร่วมในขบวนการตัดสินใจในบริษัท

(3.1.3) รัฐบาลหรือธนาคารอาจต้องการให้มีกรรมการกำกับดูแลที่เป็นตัวแทนของตนในบริษัทที่ตนถือหุ้น

(3.2) คุณสมบัติและการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลในประเทศเนเธอร์แลนด์

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าสำหรับบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้างและบริษัทขนาดใหญ่ที่ลดโครงสร้างเท่านั้นที่จะต้องมีการกำกับดูแล ส่วนบริษัทขนาดเล็กและบริษัทขนาดใหญ่ที่ได้รับข้อยกเว้น โดยทั่วไปแล้วจะไม่มีคณะกรรมการกำกับดูแลเว้นแต่ข้อบังคับจะกำหนดไว้ให้มีการกำกับดูแล

คณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วยบุคคลตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป มีอายุไม่เกิน 72 ปี โดยได้รับแต่งตั้งครั้งแรกจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท หลังจากนั้นได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ข้อบังคับในบริษัทใหญ่อาจกำหนดเงื่อนไขการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลที่แตกต่างออกไปได้ เช่น กำหนดให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ที่ประชุมผู้ถือหุ้น เป็นผู้มสิทธิแต่งตั้งสมาชิก 1 ใน 3 ของคณะกรรมการกำกับดูแลก็ได้ และองค์กรที่ เป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลจะเป็นผู้สั่งพักและถอดถอนสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลเช่นกัน

(3.3) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลในประเทศเนเธอร์แลนด์

หน้าที่หลัก ๆ ของคณะกรรมการกำกับดูแล ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานโดยทั่วไปของคณะกรรมการบริหาร แต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริหาร นอกจากนี้คณะกรรมการบริหารจะต้องหารือกับคณะกรรมการกำกับดูแลก่อนที่จะดำเนินกิจกรรมที่สำคัญของบริษัท ดังนี้ เป็นต้น

⁶⁹Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , The Netherlands Practical Commercial Law ,pp.52-54

2.2.3 เปรียบเทียบกรรมการอิสระในระบบคณะกรรมการชั้นเดียวกับกรรมการกำกับดูแลในระบบคณะกรรมการสองชั้น

ตามที่ได้กล่าวถึงโครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียวและแบบคณะกรรมการสองชั้นในข้อ 2.1.1 และ 2.1.2 ตามลำดับ นั้น สามารถสรุปได้ว่าโครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียว เช่น ในสหรัฐอเมริกา ที่ในปัจจุบันมีการกำหนดให้กรรมการภายนอกอิสระ(บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผลประโยชน์ของบริษัท) เข้ามาเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริษัทด้วย นั้น มีผู้วิจารณ์ว่าเป็นกรรมการที่มีลักษณะคล้ายกับกรรมการในคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทที่มีโครงสร้างคณะกรรมการสองชั้น เนื่องจากคณะกรรมการทั้งสองระบบทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมกรรมการที่เป็นกรรมการบริหารเช่นเดียวกัน แต่โดยแท้จริงแล้วระบบคณะกรรมการชั้นเดียวที่มีกรรมการภายนอกอิสระเป็นกรรมการอยู่ในคณะกรรมการบริษัท กับระบบคณะกรรมการสองชั้นที่มีคณะกรรมการกำกับดูแลแยกองค์กรออกมาต่างหากจากคณะกรรมการบริหาร นั้น มีข้อแตกต่างอย่างชัดเจน ดังนี้

ก. กรรมการภายนอกอิสระในระบบคณะกรรมการชั้นเดียวเป็นเพียงส่วนหนึ่งของคณะกรรมการบริษัทเท่านั้น และกรรมการภายนอกอิสระดังกล่าวไม่ได้มีอำนาจในการแต่งตั้งถอดถอนกรรมการบริหาร ในขณะที่คณะกรรมการกำกับดูแลในระบบคณะกรรมการสองชั้นแยกองค์กรออกมาต่างหากจากกรรมการบริหารจึงทำให้ไม่อยู่ภายใต้อำนาจของคณะกรรมการบริหาร และมีอำนาจแต่งตั้ง-ถอดถอนกรรมการบริหารได้

ข. กฎหมายไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของกรรมการภายนอกอิสระในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารไว้อย่างชัดเจนว่ามีขอบเขตอย่างไร ซึ่งแตกต่างจากในระบบคณะกรรมการสองชั้นที่กฎหมายกำหนดรองรับอำนาจของคณะกรรมการกำกับดูแลในการควบคุมและตรวจสอบคณะกรรมการบริหารไว้อย่างชัดเจน⁷⁰ กล่าวคือคณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบคณะกรรมการบริหารและสามารถเรียกให้กรรมการบริหารส่งมอบเอกสารต่าง ๆ เกี่ยวกับการบริหารงานได้ตลอดเวลา และกรณีที่กรรมการบริหารประสงค์จะทำนิติกรรมที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัท (Conflict of Interest) จะต้องให้กรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ให้ความเห็นชอบหรือเป็นผู้กระทำในนามบริษัท รวมถึงข้อบังคับบริษัทอาจกำหนดว่าก่อนที่คณะกรรมการบริหารจะดำเนินงานที่สำคัญและอาจจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของบริษัท จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลเสียก่อนเสมอเช่น การออกหุ้นกู้ การนำหุ้นจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ การค้าประกัน เป็นต้น

⁷⁰ Norbert Horn , Hein Kotz and Hans G.Laser, German Private and Commercial Law. Trans Tony Weir , p.261.

ค.องค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลในบางประเทศ เช่น ในประเทศเยอรมันได้กำหนดให้ลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจโดยเข้าร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย ในขณะที่ระบบคณะกรรมการชั้นเดียวนั้น เนื่องจากไม่ได้แยกกรรมการที่ทำหน้าที่บริหาร กับกรรมการที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการบริหารออกจากกัน อย่างระบบคณะกรรมการสองชั้น จึงทำให้ต้องแต่งตั้งกรรมการภายนอกอิสระเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการบริษัท และคุณสมบัติสำคัญของกรรมการภายนอกอิสระดังกล่าว ก็คือ จะต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือมีความสัมพันธ์กับบริษัทซึ่งรวมถึงต้องไม่เป็นลูกจ้างหรือพนักงานในบริษัทด้วย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัท ในประเทศไทย

ตามกฎหมายบริษัทของไทย แบ่งบริษัทออกเป็น 2 ประเภท คือ บริษัทเอกชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 กับ บริษัทมหาชน ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นการแบ่งแยกตามหลักการที่มุ่งหวังให้บริษัทเอกชนเป็นบริษัทที่มีขนาดของเจ้าของที่เล็กกว่าบริษัทมหาชน โดยอยู่ในลักษณะที่เป็นบริษัทที่พยายามจำกัดจำนวนผู้ถือหุ้น บริษัทเอกชนส่วนมากมีโครงสร้างที่ซับซ้อนน้อยกว่าบริษัทมหาชน รูปแบบของบริษัทเอกชนจึงมีความสัมพันธ์ของโครงสร้างแบบง่าย ๆ สำหรับบริษัทมหาชนโดยทั่วไปจะเป็นบริษัทที่มีกิจการขนาดใหญ่ และระดมทุนจากสาธารณะชนได้ อย่างไรก็ตามรูปแบบของบริษัททั้งสอง ตลอดจนวิธีการจัดตั้งและการบริหารจัดการบริษัท ยังคงมีลักษณะโดยทั่วไปที่คล้ายกัน ข้อแตกต่างที่สำคัญคือ บริษัทมหาชนจะต้องจัดตั้งขึ้นมาเพื่อเสนอขายหุ้นต่อประชาชนและชี้ชวนให้ประชาชนซื้อหุ้น แต่บริษัทเอกชนจะเสนอขายหุ้นและชี้ชวนให้ประชาชนซื้อหุ้นไม่ได้ จึงทำให้บริษัทมหาชนสามารถระดมทุนได้มากกว่าบริษัทเอกชนและมีศักยภาพที่จะทำธุรกิจขนาดใหญ่ได้ดีกว่าบริษัทเอกชน¹

นอกจากนี้ในกรณีของบริษัทมหาชนยังแบ่งออกเป็นบริษัทจดทะเบียนและบริษัทไม่จดทะเบียน บริษัทจดทะเบียน หมายถึง บริษัทมหาชนที่เสนอขายหุ้นต่อประชาชน และได้รับอนุญาตให้นำหุ้นเข้าจดทะเบียนเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ส่วนบริษัทไม่จดทะเบียนหมายถึงบริษัทมหาชนที่มีได้นำหุ้นจดทะเบียนเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ อนึ่งโดยทั่วไปแล้วบริษัทมหาชนที่ได้รับอนุญาตให้นำหุ้นออกเสนอขายแก่ประชาชน ก็มักจะทำเรื่องยื่นขอให้นำหุ้นเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์พร้อมกันไปด้วย เพราะจะทำให้ผู้ถือหุ้นเกิดความคล่องตัวในการโอนหุ้นเปลี่ยนมือต่อไป

ในบทนี้จะศึกษาโครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในประเทศไทย โดยแบ่งพิจารณาออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ การครอบงำการบริหารงานของบริษัทโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น, โครงสร้างโดยทั่วไปของคณะกรรมการบริษัท และโครงสร้างโดยทั่วไปของคณะกรรมการตรวจสอบในบริษัทจดทะเบียน

¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , สาขาวิชานิติศาสตร์ , เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารธุรกิจ หน่วยที่ 1-9 , หน้า 101.

3.1 การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น

การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น สามารถกระทำได้ทั้งลักษณะที่เป็นรายตัวบุคคล และที่กระทำร่วมกันโดยอาศัยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น²

3.1.1 การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทในลักษณะที่เป็นรายตัวบุคคล

เกี่ยวกับการครอบงำการบริหารจัดการบริษัทโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นในลักษณะที่เป็นรายตัวบุคคลนี้ อาจกระทำได้โดยผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียวหรือในบางกรณีอาจกำหนดว่าต้องมีผู้ถือหุ้นหลายคนร่วมกันก็ได้ ดังนี้

3.1.1.1 สิทธิตรวจสอบทะเบียนผู้ถือหุ้น และหลักฐานประกอบการลงทะเบียนที่เก็บไว้ ณ บริษัทในระหว่างเวลาทำการของบริษัท และอาจขอคัดสำเนาและให้บริษัทรับรองความถูกต้องได้³

3.1.1.2 สิทธิขอตรวจดูบันทึกรายงานการประชุมของคณะกรรมการบริษัท และของที่ประชุมผู้ถือหุ้น⁴

3.1.1.3 สิทธิขอตรวจดูสำเนาสมุดของบริษัทรหว่างเวลาทำการบริษัท และมีสิทธิขอสำเนาสมุดของบริษัทได้โดยเสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายกำหนด⁵

3.1.1.4 สิทธิขอให้ทางราชการตั้งผู้ตรวจบริษัทในกรณีที่จำเป็น⁶ ซึ่งการตรวจงานดังกล่าวเป็นมาตรการสำคัญประการหนึ่งในการควบคุมการบริหารงานของคณะกรรมการบริษัท นอกจากนี้ยังเป็นมาตรการที่ผู้ถือหุ้นใช้คุ้มครองสิทธิของตนจากการกดขี่ หรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากบริษัท ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยขอให้รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์ แต่งตั้งบุคคลให้เข้ามาตรวจการงานของบริษัท นั้นเอง

² ญัตติ กานต์ พิพิธกุล , “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้น : ศึกษาเฉพาะกรณีมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น.” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534) , หน้า 3.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1139 และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 63.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1207 วรรคสอง.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1197 วรรคสาม และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 126.

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1215-1219 และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 128-135.

3.1.1.5 สิทธิร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ที่ฝ่าฝืนข้อบังคับบริษัทหรือกฎหมาย กล่าวคือ มติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเป็นสิ่งสำคัญ เพราะเป็นการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นที่สำคัญประการหนึ่งในการควบคุมการบริหารจัดการของคณะกรรมการบริษัท ดังนั้น แม้ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่อาจใช้สิทธิของตนลงคะแนนเสียงให้มีมติของที่ประชุมเป็นไปตามประสงค์ได้ก็ตาม แต่การกระทำนั้นจะต้องไม่ฝ่าฝืนข้อบังคับบริษัทและกฎหมายด้วย มิฉะนั้นแล้วมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นอาจถูกศาลสั่งเพิกถอนได้ แต่ต้องกระทำภายใน 1 เดือน โดยในบริษัทเอกชนกำหนดให้กรรมการหรือผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งก็มีสิทธิขอให้ศาลเพิกถอนได้ สำหรับบริษัทมหาชนกำหนดให้เฉพาะผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 5 คน หรือผู้ถือหุ้นซึ่งถือหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดเท่านั้น จึงจะมีสิทธิขอให้ศาลเพิกถอนได้⁷

3.1.1.6. สิทธิฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายต่อกรรมการบริษัท ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประการที่สำคัญ คือ การฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของผู้ถือหุ้นโดยตรง กับ การฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์โดยรวมของบริษัท (Derivative Action) ดังนี้

ก. สิทธิการฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของผู้ถือหุ้นโดยตรง การฟ้องคดีเช่นนี้เป็นการฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้นอาศัยสิทธิเฉพาะตัวของตนเองในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งของบริษัท เพื่อเรียกร้องต่อกรรมการบริษัทในกรณีที่ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำของกรรมการบริษัท⁸ สิทธิฟ้องคดีดังกล่าวมีรายละเอียดต่อไปนี้

(1) สิทธิของผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องร้องต่อกรรมการบริษัท ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากกรรมการบริษัทได้แจ้งข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะการเงินของบริษัท หรือจัดทำงบดุล และบัญชีกำไรขาดทุน หรือรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น หรือรายงานการประชุมคณะกรรมการอันเป็นเท็จ ตามที่บัญญัติไว้ใน พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 94 มาตรการนี้ นับว่าเป็นประโยชน์อย่างมากประการหนึ่งแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชน แต่ไม่มีบัญญัติไว้สำหรับบริษัทเอกชน ซึ่งอาจเป็นเพราะกฎหมายมิได้ตระหนักถึงความสำคัญที่จะให้บริษัทเอกชนเปิดเผยข้อเท็จจริงแก่ผู้ถือหุ้นเท่าใดนัก ซึ่งน่าจะถือว่าเป็นข้อบกพร่องประการหนึ่งของกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชน⁹

(2) สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องกรรมการ ซึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1170 บัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ความว่า

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1195 และพรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 108 .

⁸ ฉัตรทิพย์ ตันตประศาสน์ ,“มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถือหุ้น.” วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2525) , หน้า 177.

⁹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 178.

“เมื่อการซึ่งกรรมการคนใดได้ทำไป ได้รับอนุมัติของที่ประชุมใหญ่แล้ว ท่านว่ากรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้อนุมัติต่อบริษัทอีกต่อไป

ท่านห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมีได้อนุมัติด้วยนั้น ฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาหกเดือนนับแต่วันที่ประชุมใหญ่ให้อนุมัติแก่การเช่นนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่าสิทธิฟ้องร้องกรรมการของผู้ถือหุ้นที่มีได้อนุมัติในที่ประชุมใหญ่ เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ถือหุ้นดังกล่าวในการเรียกค่าเสียหายจากกรรมการ มิใช่เป็นการฟ้องร้องให้กรรมการต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทแต่อย่างใด กล่าวคือ มิใช่เป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท ทั้งนี้เพราะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1170 วรรคแรก ได้บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าเมื่อกิจการที่กรรมการได้กระทำและที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุมัติ การดังกล่าวแล้ว กรรมการก็พ้นจากความรับผิดชอบอันมีต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นที่อนุมัติ จึงเท่ากับว่าบริษัทถูกปิดปากมิให้เรียกร้องต่อกรรมการอีกต่อไป หากผู้ถือหุ้นที่ไม่อนุมัติจะฟ้องร้องกรรมการแล้ว ก็ไม่น่าจะมีสิทธิฟ้องแทนบริษัทโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องของบริษัทได้อีก เนื่องจากบริษัทถูกตัดสิทธิในการฟ้องร้องดังกล่าวแล้ว ดังนั้นต้องเป็นการฟ้องร้องโดยอาศัยสิทธิเรียกร้องเฉพาะตัวของผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้อนุมัติเท่านั้น

ในกรณีของบริษัทมหาชน ถึงแม้ว่ากรรมการได้กระทำความเสียหายต่อบริษัทก็ตาม หากที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อนุมัติหรือให้สัตยาบันแล้ว กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทอีกต่อไป¹⁰ จึงเท่ากับว่ากฎหมายมิได้เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ให้อนุมัติด้วยนั้น ฟ้องร้องต่อกรรมการแต่อย่างใด โดยกฎหมายปิดปากผู้ถือหุ้นทุกรายต้องยอมรับผูกพันตามมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น แม้ว่าตนจะต้องเสียหายก็ตาม ซึ่งจะเห็นว่าอาจทำให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชน ได้รับความเสียหายได้ง่ายและหมดโอกาสที่จะต่อสู้หรือปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของตน¹¹

ข. การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น โดยอาศัยสิทธิของบริษัท เพื่อประโยชน์ของบริษัทเป็นส่วนรวม (Derivative Action)

โดยทั่วไปแล้วเมื่อบุคคลใดทำให้บริษัทได้รับความเสียหายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บริษัทย่อมมีสิทธิโดยตรงในการฟ้องร้องจากบุคคลผู้กระทำความเสียหายให้แก่บริษัทนั้น ทั้งนี้เพราะบริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ฉะนั้นบริษัทจึงมีอำนาจในการฟ้องร้องได้โดยตรงตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่โดยที่การดำเนิน

¹⁰ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 95.

¹¹ ฉัตรทิพย์ ตันตพระศาสน์, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถือหุ้น”, หน้า

กิจการต่าง ๆ ของบริษัท จะต้องขึ้นอยู่กับกำหนัดำเนินงานของกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของ บริษัท เมื่อเป็นเช่นนี้หากกรรมการซึ่งเป็นผู้กระทำใ้บริษัทได้รับความเสียหาย ผู้ที่จะฟ้องร้อง ใ้แก่บริษัทก็คือกรรมการนั่นเอง จึงมีความเป็นไปได้สูงที่กรรมการอาจไม่ประสงค์ฟ้องกันเอง หรือฟ้องตัวเอง ฉะนั้นกฎหมายจึงกำหนดใ้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องร้องกรรมการผู้ทำความเสียหาย แทนบริษัท¹² อย่างไรก็ตามสิทธิของผู้ถือหุ้นเช่นนี้ มิใช่เป็นการฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิส่วนตัว ของผู้ถือหุ้นเองโดยตรง แต่ฟ้องโดยอาศัยสิทธิของบริษัทที่เป็นผู้เสียหายที่แท้จริง หรืออาจ กล่าวได้ว่าเป็นการฟ้องร้องในนามบริษัท และผลประโยชน์ที่ได้จากการฟ้องร้องจะตกเป็นของ บริษัทโดยตรงทั้งหมด มิใช่ของผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์แต่อย่างใด ผู้ถือหุ้นที่เป็นโจทก์เป็นเพียง ทำหน้าที่เป็นผู้ปกครองผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ เท่านั้น ซึ่งจะทำให้ผู้ถือ หุ้นที่ฟ้องร้องได้รับประโยชน์ทางอ้อมด้วย¹³

มีข้อพิจารณาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการใช้สิทธิฟ้องร้องของผู้ถือหุ้น แทนบริษัทใ้ให้กรรมการชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทตามที่กล่าวในข้อ 3.1.1.6 ข ดังนี้

(1) เมื่อใดจึงถือว่าบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี หรือเมื่อใดผู้ถือหุ้น จึงจะเริ่มใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทได้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นกับกรณีของบริษัทเอกชนได้ง่าย เนื่องจาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1169 วางหลักเอาไว้ว่าถ้ากรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ๆ จะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หากในกรณีที กรรมการไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะฟ้องร้องก็ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วถ้าบริษัทซึ่ง มีหน้าที่ฟ้องคดีในนามของบริษัทมิได้ยอมรับว่าบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี กลับอ้างว่าบริษัทกำลัง เตรียมการฟ้องคดีอยู่ กรณีเช่นนี้จะถือว่าบริษัทไม่ยอมฟ้องได้หรือยัง ในขณะที่บริษัทมหาชน วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ค่อนข้างจะชัดเจนโดยเฉพาะในมาตรา 86 วรรคสามว่าสิทธิในการ ฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นจะมีขึ้นเมื่อผู้ถือหุ้นได้แจ้งเป็นหนังสือไปยังบริษัทใ้ดำเนินการแล้ว แต่ บริษัทมิได้ใช้สิทธิเรียกร้องนั้น

(2) หากบุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นกรรมการของบริษัท เช่น พนักงาน ผู้สอบบัญชี หรือผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง เป็นผู้ทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย แต่ บริษัทไม่ยอมฟ้องร้องดำเนินคดีแล้ว ผู้ถือหุ้นก็ไม่มีอำนาจใ้ที่จะอาศัยสิทธิเรียกร้องของ บริษัทในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อบุคคลเหล่านี้ได้ นอกจากจะฟ้องกรรมการเท่านั้นซึ่งอาจจะ ไม่ได้ประโยชน์ต่อบริษัทมากเท่ากับการเปิดโอกาสใ้ผู้ถือหุ้นอาศัยสิทธิของบริษัทฟ้องร้องคดี ผู้กระทำความเสียหายแก่บริษัทได้โดยตรง ในเรื่องนี้กฎหมายของบางประเทศเช่น สหรัฐ

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1169 และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 85 , 86.

¹³ ฉัตรทิพย์ ตันตพระศาสน์ , “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถือหุ้น.” , หน้า 182-183.

อเมริกากำหนดให้เป็นสิทธิของผู้ถือหุ้น ที่จะอาศัยสิทธิของบริษัทฟ้องคดีต่อบุคคลอื่นนอกจาก กรรมการที่ทำความเสียหายแก่บริษัทได้ หากบริษัทไม่ยอมฟ้องคดี¹⁴

(3) ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 บัญญัติให้สิทธิผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเรียกร้องต่อกรรมการได้ เฉพาะการเรียกค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น มิได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นโดยชัดแจ้งที่จะร้องขอ ต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำซึ่งอาจเกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ ดังเช่นที่บัญญัติ ไว้ใน พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 85(2) จึงถือว่ากฎหมายมิได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้น บริษัทเอกชนในการป้องกันการกระทำที่อาจทำให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบริษัท แต่ต้องรอ ให้ความเสียหายนั้น ๆ เกิดขึ้นโดยชัดเจนเสียก่อน จึงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนใน ภายหลัง

3.1.2 การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทในลักษณะที่กระทำร่วมกันของผู้ถือหุ้น

การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทในลักษณะนี้ เป็นกรณีที่กระทำโดยอาศัย มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น เพื่อครอบงำการบริหารกิจการของคณะกรรมการ และในหัวข้อนี้จะ พิจารณาแยกเป็น 2 เรื่อง คือ การครอบงำการบริหารจัดการโดยผู้ถือหุ้น และ วิธีการเรียก ประชุมโดยผู้ถือหุ้น ดังนี้

3.1.2.1 การครอบงำการบริหารจัดการโดยผู้ถือหุ้น

แบ่งพิจารณาการครอบงำการบริหารจัดการบริษัทโดยเป็นการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริษัท กับ การครอบงำการดำเนินการอื่นนอกจากการแต่งตั้ง และถอดถอนกรรมการบริษัท ดังนี้

ก. การแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ

(1) การแต่งตั้งกรรมการบริษัท กรรมการบริษัทชุดแรกได้รับการ แต่งตั้งโดยที่ประชุมตั้งบริษัท¹⁵ ส่วนกรรมการชุดต่อไป นั้น ได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุม

¹⁴ Harry G. Henn , Law of Corporation. Second Edition (New York : West Publishing Co.,ltd. , 1978) ,p.759. อ้างถึงใน ฉัตรทิพย์ ตันตพระศาสน์ , มาตรการทาง กฎหมายในการคุ้มครองผู้ถือหุ้น.” , หน้า 192.

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1108(6) และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535มาตรา 35(6).

ผู้ถือหุ้น¹⁶ สำหรับการแต่งตั้งซ่อมแซมกรรมการที่ว่างลงเพราะเหตุอื่นนอกจากออกตามวาระนั้น ในส่วนของบริษัทเอกชนกำหนดให้เป็นอำนาจของกรรมการที่จะตั้งผู้ใดเป็นกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างหรือไม่ก็ได้¹⁷ ทั้งนี้กฎหมายไม่ได้กำหนดคะแนนเสียงในการแต่งตั้งไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องอาศัยเสียงข้างมากตามปกติ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1161 และในส่วนของบริษัทมหาชนนั้น ถ้าตำแหน่งกรรมการว่างลงเมื่อใด จะต้องแต่งตั้งกรรมการแทนที่ เว้นแต่วาระของกรรมการจะเหลือน้อยกว่า 2 เดือน¹⁸ ซึ่งพรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 75 วรรคสอง บัญญัติว่าการแต่งตั้งกรรมการบริษัทมหาชน จะต้องประกอบด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนกรรมการที่เหลืออยู่ ทั้งนี้การดำรงตำแหน่งของกรรมการที่มาแทนนั้น กฎหมายบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชน กำหนดไว้ในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือให้ดำรงอยู่ในตำแหน่งเพียงเท่าวาระที่ยังเหลืออยู่ของกรรมการซึ่งตนแทน¹⁹ การแต่งตั้งซ่อมแซมกรรมการนี้ ให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการ ไม่ใช่อำนาจของที่ประชุมใหญ่ และการแต่งตั้งซ่อมแซมกรรมการนี้อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้เป็นกรรมการคนเดิมได้ตาย ลาออก ตกเป็นคนล้มละลาย หรือไร้ความสามารถ เป็นต้น²⁰

(2) การถอดถอนกรรมการบริษัท ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้นที่มีอำนาจถอดถอนกรรมการบริษัทได้²¹ เนื่องจากกฎหมายบริษัทเอกชนไม่ได้กำหนดคะแนนเสียงในการถอดถอนกรรมการไว้เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับการแต่งตั้งกรรมการบริษัท ดังนั้นจึงต้องอาศัยเสียงข้างมากตามปกติ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1161 แต่ในกฎหมายบริษัทมหาชนนั้น กำหนดการลงคะแนนเสียงให้กรรมการบริษัทมหาชนออกก่อนครบวาระไว้ชัดเจนตามที่กำหนดไว้ในพรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 76 ที่กำหนดว่าจะต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียง

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1151 และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535มาตรา 71.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1155

¹⁸ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 75 วรรคแรก

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1155 และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535จำกัด มาตรา 75 วรรคสาม

²⁰ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหธน รัตนไพจิตร , ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนและบริษัท , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2534) , หน้า 115.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1151 และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 76.

ข.การครอบงำการบริหารจัดการบริษัทโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นกรณีอื่นนอกจากการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ²² พิจารณาดังนี้

(1) ควบคุมการบริหารในลักษณะที่จำกัดอำนาจการจัดการของกรรมการบริหาร มิให้มีอำนาจมากเกินไปจนอาจเป็นผลร้ายกับผู้ถือหุ้น เช่น การกำหนดจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของกรรมการในการจ่าย-เบิกเงิน หรือทำสัญญา ไว้ในข้อบังคับบริษัท

(2) ช่วยเหลือฝ่ายบริหารในการตัดสินใจเกี่ยวกับปัญหาที่สำคัญของบริษัทที่มีผลกระทบต่อบริษัท เช่น การเพิ่มทุน-ลดทุน , การเลิกบริษัท , การควบบริษัท เป็นต้น อนึ่งแม้งานต่าง ๆ ดังกล่าวจะเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่กรรมการก็ตาม แต่ก็มีความจำเป็นที่จะต้องให้คณะกรรมการขอความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสียก่อนด้วยกรณีของบริษัทเอกชน จะต้องได้รับมติพิเศษจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และสำหรับในบริษัทมหาชน จะต้องได้รับมติคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและออกเสียงลงคะแนน²³

นอกจากนี้แล้ว กฎหมายบริษัทมหาชนได้กำหนดให้กรรมการต้องได้รับความเห็นชอบของมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อนที่จะกระทำการที่สำคัญบางประการของบริษัท ดังนี้

(2.1) ขายหรือโอนกิจการของบริษัททั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญให้แก่บุคคลอื่น²⁴

(2.2) ซื้อหรือรับโอนกิจการของบริษัทมหาชนอื่น หรือบริษัทเอกชนอื่นมาเป็นของบริษัท²⁵

(2.3) ทำ แก้วไข หรือเลิกสัญญาเกี่ยวกับการให้เช่ากิจการของบริษัททั้งหมดหรือบางส่วนที่สำคัญ หรือการมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้าจัดการธุรกิจของบริษัท หรือการรวมกิจการกับบุคคลอื่นโดยมีวัตถุประสงค์จะแบ่งกำไรขาดทุนกัน²⁶

²² มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , สาขาวิชา นิติศาสตร์ , เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 8-15 หน่วยที่ 1-9 , หน้า 227-228.

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1220 , 1224 , 1236(4) , 1238 และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 136 , 139 , 154(1) , 146

²⁴ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 107 (2) (ก)

²⁵ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 107 (2) (ข)

²⁶ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 107(2) (ค)

(3) เป็นการสนับสนุนอำนาจจัดการของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ได้แก่ การให้สัตยาบันแก่บรรดากิจการที่ผู้เริ่มก่อการบริษัทเอกชนหรือผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนได้กระทำไว้²⁷

(4) เป็นการควบคุมให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น การอนุมัติงบดุล และจ่ายเงินปันผล²⁸

(5) การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี เพื่อทำการตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลทางบัญชีของบริษัท โดยมีผู้สอบบัญชีเข้าไปทำหน้าที่สอบบัญชีโดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด และเนื่องจากกฎหมายให้เป็นอำนาจของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีของบริษัท²⁹ จึงถือได้ว่าสิทธิการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีเป็นการควบคุมการบริหารของคณะกรรมการอย่างหนึ่งด้วยเช่นกัน

3.1.2.2 วิธีการเรียกประชุมโดยผู้ถือหุ้น

ก่อนที่จะมีการครบงำกิจการโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นในข้อ 3.1.2 จะต้องมีขั้นตอนของการเรียกนัดประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งในหัวข้อนี้จะพิจารณาหลักเกณฑ์ที่สำคัญบางประการเกี่ยวกับวิธีการเรียกประชุมโดยผู้ถือหุ้น ดังนี้

ก. การเรียกนัดประชุมผู้ถือหุ้น พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 100 ให้สิทธิผู้ถือหุ้นซึ่งนับหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด หรือผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 25 คน ซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 มีสิทธิขอให้คณะกรรมการบริษัทเรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้ อย่างไรก็ตาม พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 81 กำหนดว่าการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นต้องดำเนินการโดยประธานกรรมการเท่านั้น และในกรณีที่ประธานกรรมการหรือคณะกรรมการบริษัทไม่ดำเนินการ มีโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท และผู้ถือหุ้นไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ นอกจากใช้วิธีการทางศาล ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบทคุ้มครองผู้ถือหุ้นในเรื่องเดียวกันนี้กับกรณีของบริษัทเอกชน แล้วจะเห็นว่าข้อกำหนดภายใต้ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 ให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นน้อยกว่าบริษัทเอกชน เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1173 ,1174 กำหนดให้ผู้ถือหุ้น

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1108 (2) และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535มาตรา 35 (2)

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1197 วรรคแรก , 1201 วรรคแรก และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535มาตรา 112 , 115 วรรคสอง

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1209 และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535มาตรา 120.

ที่มีจำนวนหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 แห่งจำนวนหุ้นของบริษัท มีสิทธิเรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้เองหากคณะกรรมการบริษัทไม่เรียกประชุมตามที่ผู้ถือหุ้นร้องขอ

ข. ขั้นตอนและวิธีการในการรับมอบอำนาจออกเสียงแทนผู้ถือหุ้น (proxy) โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนมีสิทธิมอบอำนาจให้บุคคลอื่นเป็นตัวแทนของตนในการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแทนได้ การมอบฉันทะดังกล่าวจะต้องทำเป็นหนังสือ ลงวันที่ ลงลายมือของผู้มอบฉันทะ มอบให้แก่ผู้เป็นประธานของที่ประชุมเมื่อเริ่มประชุมหรือก่อนเริ่มประชุม ทั้งนี้ในหนังสือมอบฉันทะจะต้องระบุรายการต่อไปนี้ คือ จำนวนหุ้นซึ่งผู้มอบฉันทะนั้นถืออยู่ ชื่อผู้รับมอบฉันทะ และตั้งผู้รับมอบฉันทะนั้นเพื่อการประชุมครั้งใดคราวใด หรือตั้งไว้ชั่วระยะเวลาเพียงใด³⁰

เนื่องจากกฎหมายบริษัทเกี่ยวกับการมอบฉันทะที่กล่าวข้างต้นไม่ได้กำหนดรายละเอียดประกอบการตัดสินใจของผู้ถือหุ้นที่จะมอบอำนาจไว้อย่างเพียงพอ กล่าวคือ ไม่ได้กำหนดว่ามีเรื่องอะไรที่จะลงคะแนนเสียงบ้าง และในแต่ละเรื่องไม่ได้กำหนดให้ผู้มอบฉันทะสามารถแสดงความเห็นได้ว่า ต้องการให้ผู้รับมอบฉันทะออกเสียงไปในทางใด ดังนั้นในทางปฏิบัติผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือกรรมการบริหารที่ต้องการควบคุมมติเสียงข้างมาก จึงมักจะใช้วิธีการเสนอให้ผู้ถือหุ้นทำหนังสือมอบอำนาจให้ตนออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแทน และอาศัยช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวกำหนดแบบฟอร์มหนังสือมอบฉันทะขึ้นมา มีเนื้อหาตามที่ผู้รับมอบฉันทะต้องการ เพื่อให้ผู้รับมอบฉันทะสามารถออกเสียงไปในทิศทางที่ต้องการได้ ปัญหาดังกล่าวนี้ ปัจจุบันทางกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ แก้ไขโดยกำหนดให้บริษัทมหาชน ใช้แบบฟอร์มการมอบฉันทะ ซึ่งต้องกำหนดให้ชัดเจนว่ามีเรื่องอะไรที่จะพิจารณาลงคะแนนเสียงบ้าง และในแต่ละเรื่อง ผู้ถือหุ้นต้องสามารถแสดงความเห็นได้ว่าต้องการให้ผู้รับมอบอำนาจออกเสียงไปในทางใด เช่น การเลือกตั้งกรรมการ ที่ผู้มอบฉันทะอาจเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยเพียงบางคน ก็สามารถระบุได้ว่าเห็นด้วยให้บุคคลใดเป็นกรรมการ ดังนี้ เป็นต้น³¹

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1187 , 1188 , 1189 และ พรบ. บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 102.

³¹ ประกาศกรมทะเบียนการค้า เรื่อง กำหนดแบบพิมพ์หนังสือมอบฉันทะ ฉบับที่ 2. (พ.ศ.2544)

3.2 โครงสร้างโดยทั่วไปของคณะกรรมการบริษัท

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าบริษัทเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น จึงไม่อาจแสดงเจตนาได้ด้วยตนเอง ฉะนั้นจะต้องดำเนินการต่าง ๆ ผ่านกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัทนั่นเอง³² ในการบริหารงานของกรรมการ กรรมการจะต้องกระทำให้อุบัติตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ ข้อบังคับบริษัท และมติที่ประชุมของผู้ถือหุ้น โครงสร้างโดยทั่วไปของคณะกรรมการบริษัทที่จะศึกษาในหัวข้อนี้ แบ่งศึกษาออกเป็น 3 เรื่อง ได้แก่ หน้าที่กรรมการบริษัท ประเภทกรรมการบริษัท และการมอบความไว้วางใจให้ผู้อื่นช่วยบริหารจัดการงานบริษัท

3.2.1 หน้าที่ของกรรมการบริษัท

3.2.1.1 หน้าที่แห่งความระมัดระวังในการดำเนินกิจการบริษัท(Duty of Care)

ในบริษัทมหาชนนั้น พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 85 วรรคแรก กำหนดว่ากรรมการต้องดำเนินการของบริษัทให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงระดับแห่งความระมัดระวัง หรือเรื่องหลักการตัดสินใจทางธุรกิจเอาไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาหน้าที่ทั่วไปของกรรมการในส่วนของบริษัทเอกชนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 วรรคแรกบัญญัติว่า “ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง” ซึ่งเป็นการยากที่จะวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อกำหนดเป็นมาตรฐานแห่งความระมัดระวังของแต่ละคนได้ อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่า กรรมการควรดำเนินการตามสมควร เพื่อให้ตนสามารถกำกับกิจการของบริษัทและเพื่อให้ตนเข้าใจในสภาพแห่งธุรกิจของบริษัทได้ ทั้งนี้กรรมการต้องเอาใจใส่เป็นพิเศษในการจัดการบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริษัทโดยต้องทำตามแบบอย่างของนักธุรกิจมิใช่อย่างชาวบ้านหรือบุคคลธรรมดา กรรมการจึงต้องใช้ความรอบคอบระมัดระวังไม่กระทำการโดยประมาทเลินเล่อทำให้บริษัทเสียหาย

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับความระมัดระวังของกรรมการบริษัท ได้แก่คำพิพากษาฎีกาที่ 1141/2502 สรุปความได้ดังนี้ โจทก์เป็นประธานกรรมการบริษัทจำเลยและเป็นเจ้าของที่ดินและตึกซึ่งบริษัทจำเลยเช่าอยู่ โจทก์ได้ทำสัญญาจะขายที่ดินและตึกให้แก่ผู้ซื้อโดยมีเงื่อนไขเป็นสาระสำคัญว่าโจทก์รับรองจะให้บริษัทจำเลย

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 70 , 1144 และพรบ.บริษัท มหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 67

ออกจากตึกและให้ผู้ซื้อเข้าครอบครองที่ดินและตึกภายใน 3 เดือนนับแต่วันทำสัญญา ถ้าโจทก์ไม่สามารถปฏิบัติได้ โจทก์ยอมให้ผู้ซื้อปรับเป็นเงิน 160,000 บาท โจทก์ได้แจ้งให้บริษัทจำเลยออกจากที่ดินและตึกก่อนครบกำหนด 3 เดือน เพียง 1 วัน และแจ้งด้วยว่าถ้าโจทก์ส่งมอบที่ดินและตึกให้แก่ผู้ซื้อไม่ได้ตามกำหนด โจทก์จะถูกผู้ซื้อเรียกค่าเสียหาย ดังนี้ ถือว่าโจทก์เป็นประธานกรรมการบริษัทจำเลย มีหน้าที่ต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวังตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 โจทก์กลับปกปิดความจริงเรื่องที่จะต้องถูกผู้ซื้อที่ดินและตึก เรียกค่าเสียหาย และแจ้งให้บริษัททราบต่อเมื่ออีก 1 วัน จะต้องถูกผู้ซื้อปรับ การกระทำของโจทก์เป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ผิดวิสัยบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวังจะพึงปฏิบัติ ทำให้บริษัทจำเลยและผู้ถือหุ้นทั้งหลายต้องเสียหาย โจทก์จะนำผลแห่งความละเมิดของตนมาฟ้องร้องเรียกเบี้ยปรับที่โจทก์ต้องเสียแก่ผู้ซื้อไปและค่าเสียหายอื่น ๆ จากบริษัทจำเลยไม่ได้

3.2.1.2 หน้าที่ในการจัดการบริษัทด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและจงรักภักดีต่อบริษัท (Duty of Loyalty) มีดังต่อไปนี้

ก. ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอื่นที่มีสภาพเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับธุรกิจของบริษัทนั้น ทั้งนี้ไม่ว่าเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือของผู้อื่น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น³³ หรือแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้งกรรมการ³⁴ และในกรณีที่บริษัทใหญ่ ๆ ซึ่งมักมีบริษัทในเครือหลายบริษัทที่ประกอบกิจการทำนองเดียวกันและมีคณะกรรมการเป็นชุดเดียวกัน อาจเข้าข่ายการเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทได้ง่าย³⁵

ข. กรรมการบริษัทมหาชนต้องเปิดเผยผลประโยชน์ของตนต่อบริษัท ตามที่กำหนดไว้ในพรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 88 ที่บัญญัติว่า “กรรมการบริษัทต้องแจ้งให้บริษัททราบโดยมิชักช้า เมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

(1) มีส่วนได้เสียไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในสัญญาใด ๆ ที่บริษัททำขึ้นระหว่างรอบบัญชี โดยระบุข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ชื่อของคู่สัญญา และส่วนได้เสียของกรรมการในสัญญานี้ (ถ้ามี)

(2) ถือหุ้นสามัญ หรือหุ้นกู้ในบริษัทและบริษัทในเครือ โดยระบุจำนวนทั้งหมดที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงในระหว่างรอบบัญชี (ถ้ามี)

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 วรรค 2

³⁴ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 86 วรรคแรก

³⁵ พิเศษ เสตเสถียร , ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2536) หน้า 12-13.

ค. ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการก่อน ในกรณีที่กรรมการซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัท หรือการทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามของตนเองหรือของบุคคลอื่น³⁶

ง. ห้ามมิให้บริษัทจ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดให้แก่กรรมการ เว้นแต่จ่ายเป็นค่าตอบแทนตามข้อบังคับของบริษัท หรือตามมติ 2 ใน 3 ของที่ประชุมผู้ถือหุ้น³⁷

จ. ห้ามมิให้บริษัทให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ³⁸ ซึ่งมีข้อสังเกตว่ากฎหมายไม่ได้ให้ทางออกไว้ว่า สามารถทำได้โดยความยินยอมของผู้ถือหุ้น

ฉ. เฉพาะในกรณีของบริษัทมหาชนที่เสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน และบริษัทจดทะเบียน นั้น นอกจากกรรมการจะต้องปฏิบัติตามที่กล่าวมาแล้ว ยังต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พ.ศ.2535 กำหนดไว้อีกบางประการด้วย ดังนี้

(1) เปิดเผยแพร่รายงานการถือหลักทรัพย์ในบริษัททั้งที่เป็นของตนเอง คู่สมรส และบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย³⁹

(2) ไม่ซื้อขายหลักทรัพย์หรือซื้อหุ้นให้คนอื่นซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้ข้อมูลวงใน (Insider Trading)⁴⁰

(3) ไม่กล่าวข้อความเท็จ หรือข้อความที่ทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดเกี่ยวกับฐานะการเงิน ผลการดำเนินงาน หรือราคาซื้อทรัพย์สินของบริษัท และไม่แพร่ข่าวที่อาจทำให้ผู้อื่นเข้าใจว่าหลักทรัพย์จะมีราคาเปลี่ยนแปลงเพิ่มขึ้นหรือลดลง⁴¹

(4) หน้าที่อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการละเว้นการกระทำโดยทุจริตต่อบริษัทหรือต่อประชาชน ซึ่งกฎหมายกำหนดความผิดทางอาญาไว้ด้วย เช่น การกระทำผิดหน้าที่โดยทุจริตและฉ้อโกงประชาชน การยกยอทรัพย์สินของบริษัท การทำให้ทรัพย์สินของบริษัทเสียหาย การกระทำที่เจ้าหน้าที่ของบริษัทเสียเปรียบหรือการแสวงหาประโยชน์ที่มีขอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น⁴²

³⁶ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 87.

³⁷ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 90.

³⁸ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 89.

³⁹ พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 59.

⁴⁰ พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 241.

⁴¹ พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 239.

⁴² พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 306-311.

3.2.2 ประเภทของกรรมการบริษัท

ในหัวข้อนี้จะพิจารณาเกี่ยวกับประเภทกรรมการของบริษัทของไทย โดยแบ่งพิจารณาออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ กรรมการที่มาจากบุคคลภายในหรือกรรมการที่เป็นผู้บริหาร กับ กรรมการที่มาจากบุคคลภายนอกหรือกรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร ดังนี้

3.2.2.1 กรรมการที่เป็นผู้บริหาร (Executive Director)

โดยทั่วไปกรรมการประเภทนี้จะเป็นบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือตัวแทนที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคลดังกล่าว รวมถึงพนักงานที่มีความคุ้นเคยกับการบริหารจัดการบริษัทและธุรกิจของบริษัท เพราะถือว่าบุคคลทั้งหลายดังกล่าว มีทักษะและความสามารถเหมาะสม อีกทั้งยังเป็นผู้ที่ปฏิบัติโดยตรงกับกิจการและมีโอกาสได้รับข้อมูลเกี่ยวกับบริษัทได้ดีกว่าบุคคลอื่น และกรรมการประเภทนี้มีอำนาจโดยตรงในการดำเนินงานเป็นปกติธุระของบริษัทและเป็นผู้แทนบริษัทในการติดต่อกับงานต่าง ๆ กับบุคคลภายนอก กรรมการที่เป็นผู้บริหารนี้รวมถึงบุคคลที่เป็นกรรมการผู้จัดการ และ สมาชิกในคณะกรรมการบริหารด้วย

กรรมการที่เป็นผู้บริหารมีบทบาทหน้าที่ในเชิงการบริหารองค์กรธุรกิจ ดังนี้⁴³

ก. กำหนดนโยบายพื้นฐานเพื่อใช้เป็นแนวปฏิบัติภายในกรอบของนโยบายของบริษัทที่กำหนดไว้กว้าง ๆ

ข. กำหนดโครงสร้างองค์กรชั้นพื้นฐานเพื่อใช้เป็นกลไกในการดำเนินงานขององค์กร

ค. กำหนดนโยบายเกี่ยวกับการจ้างและการจ่ายค่าตอบแทนชั้นพื้นฐานภายในกรอบของนโยบายของบริษัทที่กำหนดไว้

ง. วางแผนและควบคุมการดำเนินงานด้านการเงินของบริษัท

จ. จัดทำแผนปฏิบัติการและงบประมาณเพื่อนำเสนอต่อคณะกรรมการบริษัทหรือคณะกรรมการอำนวยการ เพื่อพิจารณาอนุมัติ

ฉ. วางแผนและควบคุมการดำเนินงานด้านจัดซื้อวัตถุดิบและการใช้วัตถุดิบอย่างมีประสิทธิภาพในต้นทุนที่ประหยัด

ช. กำหนดนโยบายด้านราคาภายในกรอบของนโยบายของบริษัท

ซ. คัดเลือกพนักงานระดับต่าง ๆ เพื่อช่วยในการบริหารงานของบริษัท

⁴³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , สาขาวิชานิติศาสตร์ , เอกสารการสอนชุดวิชา ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารธุรกิจ หน่วยที่ 1-9 , หน้า 98.

3.2.2.2 กรรมการที่ไม่ได้เป็นผู้บริหาร (Non-executive Director) แบ่งออกเป็น กรรมการที่เป็นอิสระ และ กรรมการจากภายนอกอื่น

ก.กรรมการที่เป็นอิสระ (Independent Non-executive Director)

กฎหมายบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชน ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อกำหนดในเรื่อง กรรมการอิสระเอาไว้ แต่ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนต้องมีกรรมการที่เป็นอิสระอย่างน้อย 2 คน โดยในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงกรรมการอิสระในบริษัทจดทะเบียนโดยสังเขป ดังนี้

(1) วัตถุประสงค์ของการแต่งตั้งกรรมการอิสระ

การแต่งตั้งกรรมการอิสระมีวัตถุประสงค์เพื่อลดปัญหาในกรณีที่ผู้ลงทุนรายย่อยไม่มีตัวแทนของตนในคณะกรรมการ โดยถือว่ากรรมการอิสระเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไป นอกจากนี้กรรมการอิสระยังได้รับการคาดหวังว่าจะเป็นกลไกทำหน้าที่กำกับดูแลการทำงานของฝ่ายบริหารแทนผู้ถือหุ้นรายย่อย

(2) คุณสมบัติของกรรมการอิสระ⁴⁴

(2.1) เป็นอิสระจากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท หรือกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่

(2.2) ไม่เป็นลูกจ้าง หรือพนักงาน หรือที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำหรือประโยชน์อื่นใดจากบริษัทจดทะเบียน บริษัทในเครือ บริษัทร่วม หรือบริษัทที่เกี่ยวข้อง

⁴⁴ โปรดพิจารณาของข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องหลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน ประกาศ ณ 12 มีนาคม 2536 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน ฉบับที่ 5. ลงวันที่ 3 มกราคม 2539 , ประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องข้อกำหนดเพื่อการดำรงสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2539 และประกาศของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องคุณสมบัติของกรรมการที่เป็นอิสระ ประกาศ ณ 28 ตุลาคม 2536.

(2.3) ถือหุ้นไม่เกินกว่าร้อยละ 0.5 ของทุนชำระแล้วของบริษัทผู้ยื่นคำขอ บริษัทในเครือ บริษัทร่วม หรือบริษัทที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ให้นับรวมถึงหุ้นที่ถือโดยคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วย

(2.4) สามารถดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทุกรายให้เท่าเทียมกัน

(2.5) สามารถดูแลไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างบริษัทกับ ผู้บริหาร หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ บริษัทอื่นที่ผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกัน

(2.6) สามารถเข้าร่วมการประชุมคณะกรรมการของบริษัทเพื่อตัดสินใจในกิจกรรมที่สำคัญของบริษัท

(3.) หน้าที่ของกรรมการอิสระ

นอกเหนือจากหน้าที่ความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริตที่กรรมการทั่วไปพึงปฏิบัติแล้ว กรรมการอิสระยังมีหน้าที่ดำเนินการมิให้คณะกรรมการบริหารกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อส่วนได้เสียของผู้ถือหุ้นของบริษัทโดยเฉพาะผู้ถือหุ้นรายย่อย ในสถานการณ์บางอย่างกรรมการอิสระมีหน้าที่เพิ่มเติมตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับหรือประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เป็นต้นว่าในกรณีที่เกิดรายการเกี่ยวโยงกันในประเภทที่ต้องเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อขอความเห็นชอบ ซึ่งต้องมีความเห็นของที่ปรึกษาทางการเงินในกรณีดังกล่าวหากกรรมการอิสระไม่เห็นด้วยกับความเห็นของที่ปรึกษาทางการเงิน กรรมการอิสระต้องแสดงความเห็นแย้งต่อผู้ถือหุ้น ทั้งนี้เป็นไปตามประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และการเปิดเผยรายการเกี่ยวโยงกันของบริษัทจดทะเบียน และประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และการเปิดเผยเกี่ยวกับการได้มา หรือจำหน่ายไป ซึ่งสินทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียน หรือ ในกรณีที่บริษัทจดทะเบียนร้องขอเพิกถอนหุ้นออกจากตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย กรรมการอิสระจะต้องทำความเข้าใจเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วย⁴⁵

เกี่ยวกับกรรมการอิสระตามที่กล่าวข้างต้น มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าการกำหนดจำนวนกรรมการอิสระไว้เป็นจำนวนที่แน่นอน โดยไม่คำนึงถึงจำนวนกรรมการทั้งหมดและสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้น อาจทำให้กรรมการอิสระที่กำหนดไว้เพียง 2 คน ในบริษัทที่มีกิจการขนาดใหญ่และกรรมการส่วนใหญ่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายใหญ่

⁴⁵ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบ ของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บุญศิริการพิมพ์ จำกัด , 2541) , หน้า 33-34.

ไม่สามารถตัดทอนการตัดสินใจของคณะกรรมการในเรื่องที่อาจมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นรายย่อยได้ อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่าบทบาทของกรรมการอิสระน่าจะมีความสำคัญมากกว่าจำนวน เพราะในทางปฏิบัติการประชุมคณะกรรมการของบริษัท มักจะไม่ค่อยมีการลงคะแนนเสียงกันจริง ๆ ⁴⁶

ข. กรรมการที่มาจากภายนอกอื่น (Outsider Non-executive Director)

กรรมการที่มาจากภายนอกอื่นไม่ใช่กรรมการอิสระ หมายถึง กรรมการที่มาจากบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับบริษัท แต่อาจเป็นตัวแทนจากผู้ที่มีผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียกับบริษัท กรรมการประเภทนี้อาจได้รับคัดเลือกเข้ามาเพื่อให้ทำหน้าที่เพียงการควบคุมดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้ที่ได้แต่งตั้งตนเข้ามาเป็นกรรมการเท่านั้น ไม่ได้ให้ทำหน้าที่จัดการบริหารหรือออกคำสั่งใดในการจัดการบริหาร⁴⁷ เช่น กรรมการภายนอกที่เป็นตัวแทนของเจ้าหนี้ ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการเพราะสัญญาให้สินเชื่อที่บริษัททำไว้กับเจ้าหนี้ กำหนดให้ต้องแต่งตั้งตัวแทนของเจ้าหนี้ให้เข้ามาเป็นกรรมการ กรรมการดังกล่าวก็จะเข้ามาดูแล ให้บริษัทประกอบกิจการให้เป็นไปตามทิศทางที่เจ้าหนี้ได้วิเคราะห์ในขณะทำเรื่องขอสินเชื่อ เพื่อหวังว่าจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเงินต้นและดอกเบี้ยกลับคืนมาตรงตามที่เจ้าหนี้ได้คาดหวังไว้

3.2.3 การมอบความไว้วางใจให้ผู้อื่นช่วยบริหารจัดการบริษัท

ในการบริหารจัดการบริษัท นั้น กรรมการมีความจำเป็นต้องเผชิญกับการตัดสินใจเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติหรือดำเนินการจากบรรดาทางเลือกหลายหนทาง การบริหารจัดการบริษัทจึงจำเป็นต้องมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่น ไม่ว่าจะเป็นการพึงพาอาศัยหรือมอบหมายอำนาจหน้าที่ เช่น การขอคำแนะนำของผู้อื่นที่มีความรู้ความสามารถในเรื่องนั้นเพื่อได้มีทางเลือกหลายหนทางในการบริหารจัดการ ทั้งนี้อาจแบ่งประเภทของบุคคลผู้ที่จะได้รับมอบความไว้วางใจดังกล่าวได้ 3 ประเภทที่สำคัญ⁴⁸ คือ

⁴⁶ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “บทสรุปผู้บริหาร (บทศึกษา เรื่องการเสริมสร้าง Good Corporate Governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย)” หน้า 6. (<http://www.sec.or.th/research/summary.html>.)

⁴⁷ พิพัฒน์ วุฒิชัยสารานนท์, “หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 10.

⁴⁸ ไพลิน ผ่องใส, การจัดการสมัยใหม่, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 155.

3.2.3.1 พนักงานหรือลูกจ้าง ในการบริหารจัดการนั้น คณะกรรมการอาจแบ่งหน้าที่และมอบหมายให้พนักงานหรือลูกจ้างผู้เหมาะสมทำการแทน เพราะบ่อยครั้งกรรมการต้องตัดสินใจปัญหาที่ยุ่งยากซับซ้อน จึงจำเป็นต้องมีผู้ช่วยรวบรวมข้อมูลหรือประเมินค่าหรือคัดเลือกข้อมูลนั้นมาใช้ให้เหมาะสม อีกทั้งในทางปฏิบัติการส่วนใหญ่มิได้มาบริหารจัดการอย่างเต็มเวลาทุกวัน จึงต้องอาศัยพนักงานหรือลูกจ้าง เพื่อช่วยรวบรวมข้อมูลและให้คำแนะนำ

3.2.3.2 ที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญ ในกรณีนี้โดยทั่วไป เป็นเรื่องอาศัยคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพต่าง ๆ เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย เพราะโดยปกติกรรมการมักไม่ใช่ผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในเรื่องที่ต้องอาศัยการศึกษาสาขาวิชานั้น ๆ จนเชี่ยวชาญ ซึ่งการดำเนินธุรกิจของบริษัทอาจมีความจำเป็นต้องอาศัยความรู้เช่นนี้ประกอบ

3.2.3.3 คณะอนุกรรมการบริษัท โดยที่สภาพธุรกิจปัจจุบันงานส่วนใหญ่มีแนวโน้มว่า จะมีการมอบหมายให้คณะอนุกรรมการเป็นผู้กระทำ เพราะงานที่มีมากจนเกินกำลังคณะกรรมการ ทำให้ต้องมีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อให้รับงานบางส่วนตามที่ได้แบ่งงานไว้ไปทำแทน

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้คณะอนุกรรมการบริษัทมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. บริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้คณะอนุกรรมการไว้ในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ

(1) บริษัทเอกชน บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1164 ว่า “กรรมการจะมอบอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดของตนให้แก่ผู้จัดการหรือให้แก่อนุกรรมการซึ่งตั้งขึ้นจากผู้ที่เป็นกรรมการด้วยกันก็ได้ ในการใช้อำนาจซึ่งได้มอบหมายเช่นนั้นผู้จัดการทุกคนหรืออนุกรรมการทุกคนต้องทำตามคำสั่งหรือข้อบังคับซึ่งกรรมการทั้งหลายได้กำหนดให้ทุกอย่างทุกประการ”

(2) บริษัทมหาชน บัญญัติไว้ในพรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 77 วรรคสองว่า “คณะกรรมการอาจมอบหมายให้กรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนหรือบุคคลอื่นใดปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งแทนคณะกรรมการก็ได้ เว้นแต่บริษัทจะมีข้อบังคับไม่ให้คณะกรรมการมีอำนาจดังกล่าวโดยระบุไว้ชัดเจน”

ข. เกือบทุกบริษัท คณะกรรมการมักจะมอบอำนาจให้ผู้จัดการคนหนึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่บริหารกิจการทั้งปวงเปรียบเสมือนเป็นแม่บ้านของครอบครัว ซึ่งผู้จัดการนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับแต่งตั้งจากผู้ที่เป็นกรรมการบริษัทอยู่แล้วก็ได้ แต่ถ้าผู้จัดการเป็นกรรมการบริษัทอยู่แล้วด้วยก็มักเรียกคณะกรรมการดังกล่าวว่า “กรรมการผู้จัดการ” หรือกรรมการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้จัดการนั่นเอง และเมื่อคณะกรรมการมอบอำนาจให้กรรมการผู้จัดการเป็นผู้บริหารจัดการบริษัทดังกล่าวแล้ว งานเกือบทั้งหมดของบริษัท จึงมักจะอยู่ใน

อำนาจของกรรมการผู้จัดการ ทั้งนี้เว้นแต่เรื่องสำคัญ ๆ บางเรื่องจึงจะเสนอให้ที่ประชุมคณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจ ดังนั้นคณะกรรมการของบริษัทจึงไม่ต้องเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ด้วยตนเองทุกวัน อนึ่งในบริษัทต่างๆ โดยเฉพาะบริษัทเอกชน กรรมการก็อาจจะมาประชุมเพียงเดือนละครั้ง เพื่อพิจารณาเรื่องสำคัญๆ บางเรื่อง ส่วนกิจการที่เหลือนั้นกรรมการผู้จัดการเป็นผู้จัดการเองไปทั้งสิ้น ในบริษัทหนึ่งจะตั้งกรรมการผู้จัดการกี่คนก็ได้ เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่ตามปกติก็คงจะมีบริษัทละหนึ่งคน⁴⁹

ค.เนื่องด้วยในบริษัทใหญ่ ๆ ทั้งบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชน มีภารกิจในการบริหารกิจการอยู่มาก อาจจะเป็นการเสียวิสัยที่กรรมการผู้จัดการคนเดียวจะรับภาระได้ทุกอย่าง ดังนั้นคณะกรรมการบริษัทก็อาจจะมีกรมมอบอำนาจการบริหารจัดการให้แก่ผู้ที่เป็นกรรมการด้วยกันเองทำหน้าที่แทนในบางเรื่องก็ได้ โดยคณะอนุกรรมการบริหารดังกล่าวจะทำหน้าที่บริหารจัดการบริษัทร่วมกับกรรมการผู้จัดการด้วย

ง.ในปัจจุบันตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย กำหนดให้บริษัทจดทะเบียน ต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) ให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2542 รวมถึงกรณีของผู้ที่ยื่นขออนุญาตให้ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยพิจารณารับหลักทรัพย์เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน ก็จะต้องจัดให้มีคณะกรรมการตรวจสอบด้วย ทั้งนี้เพื่อให้คณะกรรมการดังกล่าวเป็นผู้กำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทให้ได้มาตรฐานและเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องตลอดระยะเวลาที่เป็นบริษัทจดทะเบียน อันจะเป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง⁵⁰ กฎหมายกำหนดให้บุคคลที่เป็นกรรมการตรวจสอบต้องเป็นกรรมการบริษัท โดยได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการของบริษัทหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัท⁵¹ แต่ในทางปฏิบัติคณะกรรมการตรวจสอบมักจะได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการของบริษัท⁵² จึงนับว่าคณะกรรมการตรวจสอบเป็นส่วนหนึ่งคณะกรรมการบริษัทหรือเป็นคณะ

⁴⁹ พิเศษ เสตเสถียร , บริษัทจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 4 : (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2535) , หน้า 55-56.

⁵⁰ ประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องข้อกำหนดเพื่อการดำรงสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 2.) ประกาศ ณ 19 มกราคม 2541 และข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน(ฉบับที่ 8) ประกาศ ณ 19 มกราคม 2541

⁵¹ ข้อ 4(2) แห่งประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ(ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542

⁵² ณรงค์ ปรีดานันท์ ,“คณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee).” , หน้า 22.

อนุกรรมการที่ได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการของบริษัทอีกทอดหนึ่งให้รับผิดชอบหน้าที่บางเรื่องเป็นการเฉพาะเจาะจงแทนคณะกรรมการบริษัทนั่นเอง โดยในส่วนของคณะกรรมการตรวจสอบนี้ จะกล่าวโดยละเอียดต่อไปหัวข้อ 3.3 เรื่องโครงสร้างโดยทั่วไปของคณะกรรมการตรวจสอบในบริษัทจดทะเบียน

3.3 โครงสร้างโดยทั่วไปของคณะกรรมการตรวจสอบในบริษัทจดทะเบียน

3.3.1 ความหมายและความสำคัญ

ตามที่กล่าวแล้วว่าในทางปฏิบัติคณะกรรมการตรวจสอบจะได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการของบริษัท จึงถือได้ว่าคณะกรรมการตรวจสอบเป็นคณะอนุกรรมการของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน ที่เป็นเครื่องมือหรือกลไกที่สำคัญอันหนึ่งซึ่งกิจการจำเป็นต้องจัดตั้งขึ้นเพื่อให้กิจการมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี

คณะกรรมการตรวจสอบมีความสำคัญในการเสริมสร้างความน่าเชื่อถือของบริษัทต่อบุคคลต่าง ๆ อันได้แก่ ผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ หน่วยงานราชการต่าง ๆ และสาธารณชน โดยทั่วไป บทบาทที่สำคัญ ได้แก่ เป็นผู้ช่วยเหลือคณะกรรมการของบริษัทในการกำกับดูแลกระบวนการจัดทำงบการเงินของบริษัท เนื่องจากคณะกรรมการเต็มคณะของบริษัทต้องรับผิดชอบในการจัดทำและเสนองบการเงินและสารสนเทศที่อยู่ในงบการเงิน ซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อนและยังมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการอย่างรวดเร็ว คณะกรรมการบริษัทจึงมอบหมายอำนาจดังกล่าวให้กับคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นโดยให้มีความรับผิดชอบเรื่องดังกล่าวขึ้นโดยเฉพาะทั้งนี้เพื่อสร้างหลักประกันเกี่ยวกับคุณภาพของสารสนเทศทางการเงินของกิจการให้งบการเงินที่เปิดเผยต่อบุคคลภายนอกมีความถูกต้องน่าเชื่อถือมากขึ้น นอกจากนี้คณะกรรมการตรวจสอบยังเป็นผู้สอบทาน (review) การบริหารงานของกรรมการบริษัทหรือผู้บริหารของบริษัทให้เป็นไปตามนโยบายของคณะกรรมการบริษัท และช่วยเสริมสร้างความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชีภายนอกและผู้ตรวจสอบภายใน รวมถึงเป็นผู้สนับสนุนให้ระบบควบคุมภายในของบริษัทมีความรัดกุมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น⁵³ ทั้งนี้รายละเอียดเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบจะกล่าวในข้อ 3.3.4ต่อไป

เมื่อคณะกรรมการของบริษัทได้มอบอำนาจการดำเนินงานบางเรื่องที่สำคัญให้คณะกรรมการตรวจสอบทำแทนตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ทำให้ภาระของคณะกรรมการบริษัทลดลงและเป็นการเพิ่มโอกาสให้คณะกรรมการมีเวลาเพียงพอเพื่อพิจารณาเรื่องต่าง ๆ อย่างลึกซึ้ง ส่งผลให้เพิ่มประสิทธิภาพต่อการบริหารงานในด้านอื่น ๆ มากขึ้น

⁵³ ณรงค์ ปรีดานันท์ , “คณะกรรมการตรวจสอบ(Audit Committee).” , : 22.

3.3.2 องค์ประกอบและคุณสมบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ⁵⁴

คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทต้องมีองค์ประกอบและคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

3.3.2.1 คณะกรรมการตรวจสอบต้องเป็นกรรมการของบริษัท มีจำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน โดยสมาชิกของคณะกรรมการตรวจสอบแต่ละคนจะถือหุ้นในบริษัทที่ตนเป็นคณะกรรมการตรวจสอบได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของทุนชำระแล้วของบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วมบริษัทที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ให้นับรวมหุ้นที่ถือโดยผู้เกี่ยวข้องด้วย

3.3.2.2 ไม่มีส่วนร่วมในการบริหารงานในบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วมบริษัทที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท

3.3.2.3 ไม่เป็นลูกจ้าง พนักงาน ผู้บริหาร หรือที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำจากบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม บริษัทที่เกี่ยวข้อง* หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท

3.3.2.4 ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมทั้งในด้านการเงินและการบริหารงานของบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทเป็นเวลา 1 ปี ก่อนได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการตรวจสอบ เว้นแต่คณะกรรมการบริษัทได้พิจารณาอย่างรอบคอบแล้ว เห็นว่าความสัมพันธ์นั้นจะไม่มีผลกระทบต่อปฏิบัติหน้าที่และการให้ความเห็นที่เป็นอิสระของคณะกรรมการตรวจสอบ

⁵⁴ ข้อ 4 , 7 ของประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542

*บริษัทที่เกี่ยวข้อง หมายถึง ห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลตามมาตรา 258 (3)-(7) แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ทั้งนี้เป็นไปตามข้อ 3.แห่งประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542

3.3.2.5 เป็นกรรมการที่ไม่ใช่เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องหรือญาติสนิท* ของผู้บริหาร หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท

3.3.2.6 ไม่เป็นผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเป็นตัวแทนเพื่อรักษาผลประโยชน์ของกรรมการบริษัท ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท

3.3.2.7 สามารถปฏิบัติหน้าที่ แสดงความเห็นหรือรายงานผลการปฏิบัติงานตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการบริษัท โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของกลุ่มบุคคลใด ๆ เช่น ผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท รวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องหรือญาติสนิทของบุคคลดังกล่าว

จากองค์ประกอบและคุณสมบัติของสมาชิกคณะกรรมการตรวจสอบ ที่กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นว่าความเป็นอิสระเป็นคุณสมบัติที่สำคัญของสมาชิกคณะกรรมการตรวจสอบ⁵⁵ และเป็นการเสริมสร้างบทบาทของคณะกรรมการตรวจสอบด้วย อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบจะต้องมาจากบุคคลที่เป็นกรรมการอิสระตามที่กล่าวในข้อ 3.2.2.2 ก. ทั้งนี้หากกรรมการอิสระได้รับแต่งตั้งให้เป็นสมาชิกคณะกรรมการตรวจสอบด้วย ก็ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นกรรมการที่มี 2 สถานะทั้งกรรมการอิสระและกรรมการตรวจสอบ

3.3.3. การแต่งตั้ง วาระการดำรงตำแหน่ง และการถอดถอนกรรมการตรวจสอบ

คณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทจดทะเบียน อาจได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการของบริษัท หรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัท ก็ได้⁵⁶ ทั้งนี้เกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะ

* ญาติสนิท หมายถึง บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ทางการสมรส และโดยการจดทะเบียนตามกฎหมาย เช่น บิดา มารดา คู่สมรส บุตร ลุง ป้า น้า อา รวมทั้งคู่สมรสของบุคคลดังกล่าว ตาม ข้อ 3. แห่ง ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542

⁵⁵ สุชาติ ฤทธิวัฒน์พงษ์ , “กระบวนการกำกับดูแลกิจการที่ดี : ศึกษาแนวทางการจัดตั้ง บทบาท และหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ.” , หน้า 104.

⁵⁶ ข้อ 4 ของ ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542.

กรรมการตรวจสอบในต่างประเทศ นั้น บริษัทต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา ยุโรป และเอเชียแปซิฟิก พบว่าเฉพาะคณะกรรมการบริษัทเท่านั้นที่ เป็นผู้แต่งตั้งสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบ⁵⁷ อย่างไรก็ตามในข้อ 3.2.3.3.ง.ที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในทางปฏิบัติของการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทในไทยที่ผ่านมา ก็ได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการของบริษัทเช่นกัน

กรรมการตรวจสอบมีวาระการดำรงตำแหน่งที่แน่นอน และมีระยะเวลาพอสมควรระหว่าง 2-5 ปี เมื่อกรรมการตรวจสอบครบวาระการดำรงตำแหน่ง หรือมีเหตุใดที่ไม่สามารถอยู่จนครบวาระ มีผลให้จำนวนสมาชิกกรรมการตรวจสอบน้อยกว่า 3 คน คณะกรรมการบริษัทหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นควรแต่งตั้งให้ครบถ้วน ภายใน 3 เดือน นับแต่จำนวนสมาชิกไม่ครบถ้วน และเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการปฏิบัติงานของกรรมการตรวจสอบ กรรมการตรวจสอบที่ครบวาระก็อาจได้รับการแต่งตั้งต่อไปได้อีกวาระหนึ่งได้ ตามที่คณะกรรมการบริษัทหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นเห็นว่าเหมาะสม อย่างไรก็ตามเห็นว่ากรรมการตรวจสอบที่ครบวาระ ไม่ควรได้รับการต่ออายุโดยอัตโนมัติ เพราะการแต่งตั้งกรรมการตรวจสอบรายใหม่ ๆ อาจจะเป็นผลดีแก่บริษัทมากกว่าในการนำความคิดใหม่ ๆ เข้ามาในคณะกรรมการตรวจสอบ

สมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบจะพ้นสภาพก่อนครบวาระการดำรงตำแหน่งที่กำหนด โดยการลาออกหรือการถูกถอดถอนจากคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งในกรณีลาออกก่อนครบวาระการดำรงตำแหน่งควรต้องแจ้งต่อบริษัทล่วงหน้า 1 เดือน พร้อมเหตุผล เพื่อคณะกรรมการบริษัทหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะได้พิจารณาแต่งตั้งกรรมการอื่นที่มีคุณสมบัติครบถ้วนแทนบุคคลที่ลาออกและให้บริษัทแจ้งการลาออกให้ตลาดหลักทรัพย์ทราบต่อไป และในกรณีที่สมาชิกถูกถอดถอนก่อนครบวาระการดำรงตำแหน่ง ให้บริษัทแจ้งการถอดถอนพร้อมสาเหตุให้ตลาดหลักทรัพย์ทราบ ทั้งนี้กรรมการตรวจสอบที่ถูกถอดถอนอาจชี้แจงถึงสาเหตุดังกล่าวให้ตลาดหลักทรัพย์ทราบเช่นกันด้วย

3.3.4 บทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ⁵⁸

คณะกรรมการตรวจสอบมีหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการของบริษัท ดังต่อไปนี้

⁵⁷ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, แนวปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ, หน้า 6-8.

⁵⁸โปรดพิจารณา ข้อ 9. แห่งประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542

3.3.4.1 สอบทานให้บริษัทมีการรายงานทางการเงินอย่างถูกต้อง และเปิดเผย อย่างเพียงพอ โดยการประสานงานกับผู้สอบบัญชีภายนอกและผู้บริหารที่รับผิดชอบจัดทำรายงานทางการเงินทั้งรายไตรมาสและประจำปี คณะกรรมการตรวจสอบอาจเสนอแนะให้ผู้สอบบัญชีสอบทานหรือตรวจสอบรายการใด ๆ ที่เห็นว่าจำเป็นและเป็นเรื่องสำคัญ ในระหว่างการตรวจสอบบัญชีของบริษัทก็ได้

3.3.4.2 สอบทานให้บริษัทมีระบบการควบคุมภายใน (Internal Control) และการตรวจสอบภายใน (Internal Audit) ที่มีความเหมาะสมและมีประสิทธิผลโดยสอบทานร่วมกับผู้สอบบัญชีภายนอกและผู้ตรวจสอบภายใน

3.3.4.3 สอบทานการปฏิบัติงานของบริษัทให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

3.3.4.4 พิจารณาคัดเลือกและเสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชีของบริษัท รวมถึงพิจารณาเสนอคำตอบแทนของผู้สอบบัญชี โดยคำนึงถึงที่น่าเชื่อถือ ความเพียงพอของทรัพยากร และปริมาณงานตรวจสอบของสำนักงานตรวจสอบบัญชีนั้น รวมถึงประสบการณ์ของบุคลากรที่ได้รับมอบหมายให้ทำการตรวจสอบบัญชีของบริษัท

3.3.4.5 พิจารณาการเปิดเผยข้อมูลของบริษัทในกรณีที่เกิดรายการเกี่ยวโยงหรือรายการที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ให้มีความถูกต้องและครบถ้วน

3.3.4.6 ปฏิบัติการอื่นใดตามที่คณะกรรมการบริษัทมอบหมายและคณะกรรมการตรวจสอบเห็นชอบด้วย เช่น ทบทวนนโยบายการบริหารทางการเงินและการบริหารความเสี่ยง ทบทวนการปฏิบัติตามจรรยาบรรณทางธุรกิจของผู้บริหาร ทบทวนร่วมกับผู้บริหารของบริษัทในรายงานสำคัญ ๆ ที่ต้องเสนอต่อสาธารณชนตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ บทรายงานและการวิเคราะห์ของฝ่ายบริหาร เป็นต้น

3.3.4.7 จัดทำรายงานกิจกรรมของคณะกรรมการตรวจสอบโดยเปิดเผยไว้ในรายงานประจำปีของบริษัท ซึ่งรายงานดังกล่าวลงนามโดยประธานกรรมการตรวจสอบ

3.3.4.8 ปฏิบัติการอื่นใดตามที่คณะกรรมการของบริษัทมอบหมายด้วยความเห็นชอบจากคณะกรรมการตรวจสอบ

ในการปฏิบัติงานของคณะกรรมการตรวจสอบ หากพบหรือมีข้อสงสัยว่ามีรายการหรือการกระทำ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัท ให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานต่อคณะกรรมการของบริษัทเพื่อดำเนินการปรับปรุงแก้ไขภายในเวลาที่คณะกรรมการตรวจสอบเห็นสมควร ดังต่อไปนี้

- ก. รายการที่เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์
 - ข. การทุจริต หรือมีสิ่งผิดปกติหรือมีความบกพร่องที่สำคัญในระบบการควบคุมภายใน
 - ค. การฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท
- หากคณะกรรมการบริษัทหรือผู้บริหารไม่ดำเนินการให้มีการปรับปรุงแก้ไขภายในเวลาดังกล่าวข้างต้น กรรมการตรวจสอบรายใดรายหนึ่งอาจรายงานว่ามีรายการหรือการกระทำดังกล่าวต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย⁵⁹

เนื่องจากข้อกำหนดในเรื่องหน้าที่ของกรรมการตรวจสอบเพิ่งเริ่มต้นในประเทศไทย จึงคงประเมินผลได้ยาก อย่างไรก็ตามเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของคณะกรรมการตรวจสอบ ตลาดหลักทรัพย์ได้จัดทำข้อกำหนดเพิ่มเติมบางประการดังนี้

- (1) จัดทำแนวทางการปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ รวมถึงคำอธิบายของแต่ละหน้าที่ที่คณะกรรมการตรวจสอบควรให้ความสำคัญ เนื่องจากเห็นว่าบริษัทจดทะเบียนที่จัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบยังขาดความรู้และความเข้าใจว่าคณะกรรมการตรวจสอบจะมีหน้าที่อะไรบ้าง ฉะนั้นในทางปฏิบัติทั่วไปบริษัทดังกล่าว จะรายงานขอบเขตหน้าที่ และความรับผิดชอบตามประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเท่านั้น แต่มิได้พิจารณากำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมให้เหมาะสมกับโครงสร้าง วัตถุประสงค์ของบริษัท
- (2) จัดทำตัวอย่างแนวทางการรายงานการกำกับดูแลกิจการของคณะกรรมการตรวจสอบ เพื่อเป็นแนวทางในการรายงานประจำปี
- (3) กำหนดแนวทางให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย หากคณะกรรมการตรวจสอบพบว่ามีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ หรือรายการสำคัญอื่นใดที่ฝ่ายบริหารไม่ปรับปรุงแก้ไขให้ถูกต้อง

⁵⁹ ข้อ 10. แห่งประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่องคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542

(4) กำหนดว่าหากบริษัทจดทะเบียนมีการเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ จะต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต่อตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ด้วย

3.3.5 ความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการตรวจสอบกับองค์กรอื่นในบริษัท

3.3.5.1 ความสัมพันธ์กับผู้ตรวจสอบภายใน

การตรวจสอบภายในเป็นเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่งในการกำกับดูแลกิจการ โดยจะมีผู้ตรวจสอบภายในทำหน้าที่ตรวจสอบและประเมินผลการดำเนินงานต่าง ๆ ด้านบัญชีและการเงิน รวมถึงตรวจสอบเชิงประสิทธิภาพการทำงานด้วย ผู้ตรวจสอบภายในมีหน้าที่สำคัญในการสอดส่องดูแลระบบการควบคุมภายในอย่างสม่ำเสมอ และให้ความมั่นใจว่าระบบมีประสิทธิภาพและเสริมความเชื่อถือให้กับงบการเงิน

คณะกรรมการตรวจสอบจะทำหน้าที่คล้าย ๆ พี่เลี้ยงของหน่วยงานตรวจสอบภายใน โดยจะรับทราบรายงานการตรวจสอบภายในและประสานงานกับฝ่ายบริหารของบริษัทในการประเมินข้อเสนอแนะ และนำข้อเสนอแนะไปสู่การปฏิบัติการให้คำปรึกษาหารือในชั้นวางแผนการตรวจสอบแต่ละงวด การให้การสนับสนุนด้านการพัฒนาบุคลากร การนำเรื่องเกี่ยวกับงานตรวจสอบเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการบริษัท⁶⁰ สิ่งที่สำคัญคือ คณะกรรมการตรวจสอบต้องสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้อำนวยการสำนักตรวจสอบภายในให้มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงโดยไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของผู้บริหารที่ตนต้องไปตรวจงาน และไม่ยอมให้มีใครมีอิทธิพลหรือกดดันความเป็นอิสระ ดังนั้นการถอดถอนหรือการมอบหมายหน้าที่ใหม่ หรือการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้อำนวยการสำนักตรวจสอบภายในจึงมิควรเกิดจากการแทรกแซงของฝ่ายจัดการไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม

3.3.5.2 ความสัมพันธ์กับผู้สอบบัญชี

คณะกรรมการตรวจสอบ จะมีบทบาทในการเลือกสรรผู้สอบบัญชีรับอนุญาตที่บริษัทจะเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อแต่งตั้งเป็นผู้สอบบัญชีในแต่ละปี นอกจากนี้การใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของผู้สอบบัญชีในเชิงนโยบาย หรือเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษ เช่น ข้อเสนอแนะของผู้สอบบัญชี ข้อท้วงติงเกี่ยวกับการใช้นโยบายบัญชี ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับการใช้นโยบายการบัญชี ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับระบบการควบคุมภายในหรือกรณีที่ผู้สอบบัญชีหรือให้พิจารณาเปิดเผยข้อมูลในงบการเงินเพิ่มเติม รวมถึงการเจรจาประเด็นปัญหาการปฏิบัติงานที่พบจากการสอบบัญชี เป็นต้น เหล่านี้ล้วนเป็นบทบาทของคณะ

⁶⁰ ณรงค์ ปรีดานันท์ .“คณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee).” : 25

กรรมการตรวจสอบที่มีต่อผู้สอบบัญชีภายนอกทั้งสิ้น⁶¹ เมื่องานสอบบัญชีเสร็จสิ้นลง คณะกรรมการตรวจสอบควรจะสอบทานว่าการปฏิบัติงานของผู้สอบบัญชีบรรลุขอบเขตที่กำหนดไว้ ตั้งแต่เริ่มต้นหรือไม่ นอกจากนี้คณะกรรมการตรวจสอบต้องสอบถามถึงสาเหตุและเหตุผลที่ต้องเปลี่ยนแปลงขอบเขตการทำงาน หากมีการเปลี่ยนขอบเขตการตรวจสอบที่มีนัยสำคัญ

สิ่งสำคัญสำหรับคณะกรรมการตรวจสอบที่มีต่อผู้สอบบัญชี คือ การปกป้องและเสริมสร้างความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชี เพื่อให้ผู้สอบบัญชีสามารถปฏิบัติงานตามมาตรฐานวิชาชีพและตามกฎข้อบังคับที่วางไว้ คณะกรรมการตรวจสอบควรหารือหรือแลกเปลี่ยนข้อคิดเห็นกับฝ่ายจัดการและผู้อำนวยการสำนักตรวจสอบภายใน ถึงความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชีด้วย

3.3.5.3 ความสัมพันธ์กับคณะกรรมการบริษัท

เนื่องจากคณะกรรมการบริษัทได้มอบอำนาจและหน้าที่ให้คณะกรรมการตรวจสอบปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ข้อกำหนดของคณะกรรมการตรวจสอบ ซึ่งมีชื่อเรียกโดยทั่วไปว่ากฎบัตรที่คณะกรรมการตรวจสอบพึงปฏิบัติตั้งนั้นการเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการตรวจสอบและคณะกรรมการบริษัท อาจกระทำได้ ดังนี้⁶²

(1) ให้ความเห็นในรายงานการเงิน ซึ่งคณะกรรมการตรวจสอบจะเสนอมุมมองด้านการกำกับดูแลองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสาระของรายงานการเงินก่อนเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัทที่ได้มอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบ

(2) พิจารณาและรับผิดชอบถึงความเพียงพอของกระบวนการที่เกี่ยวกับการบ่งชี้และควบคุมความเสี่ยงทางธุรกิจและการควบคุมภายใน

(3) รายงานแก่สาธารณะเกี่ยวกับการควบคุมทางการเงิน การตรวจและการอนุมัติงบการเงินที่เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(4) ให้ความเห็นหลังจากสอบทานรายงานทางการเงินแก่คณะกรรมการบริษัทเพื่อพิจารณาต่อไป

3.3.5.4 ความสัมพันธ์กับผู้ถือหุ้น

เนื่องจากผู้ถือหุ้นไม่ได้บริหารงานหรือกำกับดูแลการบริหารงานของบริษัทได้ด้วยตนเอง ฉะนั้นเมื่อมีการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบขึ้น คณะกรรมการ

⁶¹ ณรงค์ ปรีดานันท์ .“คณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee).” : 25.

⁶² ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย , แนวปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ , หน้า

ตรวจสอบจึงเป็นกลไกที่สำคัญในการกำกับดูแลการบริหารงานของบริษัท ให้เกิดความโปร่งใส และมีประสิทธิภาพมากขึ้น อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้ว คณะกรรมการตรวจสอบอาจจะติดต่อหรือมีความสัมพันธ์กับผู้ถือหุ้นได้ ดังนี้⁶³

(1) รายชื่อกรรมการในคณะกรรมการตรวจสอบมีการตีพิมพ์ในรายงานประจำปีของบริษัท

(2) ประธานคณะกรรมการตรวจสอบมักจะหารือกับประธานกรรมการบริษัทถึงประเด็นที่จะหยิบยกขึ้นพิจารณา หรือชี้แจงในการประชุมผู้ถือหุ้น อันอาจจะเกี่ยวข้องกับบทบาทของคณะกรรมการตรวจสอบ

(3) ประธานคณะกรรมการตรวจสอบเข้าประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อตอบข้อซักถามจากผู้ถือหุ้นในเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และผลการปฏิบัติงานของคณะกรรมการตรวจสอบ และการแต่งตั้งผู้สอบบัญชี

3.3.5.5 ความสัมพันธ์กับเลขานุการบริษัท

กฎหมายไม่ได้บังคับให้บริษัทต้องมีเลขานุการของบริษัท (Company Secretary) แต่ในทางปฏิบัติทั่วไปโดยเฉพาะบริษัทจดทะเบียน นั้น คณะกรรมการบริษัท ควรจัดตั้งให้มีเลขานุการบริษัท เพื่อดูแลกิจกรรมต่าง ๆ ของคณะกรรมการบริษัท และดูแลให้คณะกรรมการบริษัท ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ทั้งนี้รายงานการประชุมของคณะกรรมการบริษัท และของผู้ถือหุ้น ต้องจัดทำให้ครบถ้วนภายในกำหนดเวลาของกฎหมาย โดยเลขานุการบริษัท มีสิทธิตรวจสอบได้ในเวลาทำการ เมื่อได้บอกกล่าวล่วงหน้าด้วยเวลาอันสมควร⁶⁴ นอกจากนี้เลขานุการบริษัทสามารถช่วยเหลือการดำเนินงานของคณะกรรมการบริษัทเกี่ยวกับการนัดหมายการประชุม จัดเตรียมวาระการประชุม นำส่งเอกสารประกอบการประชุมและบันทึกรายงานการประชุม อย่างไรก็ตาม เลขานุการบริษัทไม่มีสิทธิลงคะแนนเสียง

คณะกรรมการตรวจสอบ อาจมีเลขานุการของตนเองเพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบในลักษณะเช่นเดียวกับเลขานุการบริษัทที่กล่าวข้างต้น และเมื่อมีการแต่งตั้งเลขานุการคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นมา เลขานุการคณะกรรมการตรวจสอบอาจเป็นบุคคลคนเดียวกับที่เป็นเลขานุการบริษัท (Company Secretary) หรือแต่งตั้งจากผู้ที่เป็นผู้อำนวยการฝ่ายตรวจสอบภายใน (Chief of Internal

⁶³ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, แนวปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ, หน้า 74

⁶⁴ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบ ของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน, , หน้า 3-4.

Audit) หรือผู้อำนวยการฝ่ายบัญชีและการเงิน (Chief Financial Officer) ก็ได้ เลขานุการคณะกรรมการตรวจสอบไม่มีสิทธิลงคะแนนเสียงเช่นเดียวกับเลขานุการบริษัท⁶⁵

3.3.6 ความรับผิดชอบของคณะกรรมการตรวจสอบ

คณะกรรมการตรวจสอบมีความรับผิดชอบต่อคณะกรรมการบริษัท ตามหน้าที่ และความรับผิดชอบที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการบริษัท ในขณะที่ความรับผิดชอบต่อกรรมการทุกประการของบริษัทต่อบุคคลภายนอก ยังคงเป็นของคณะกรรมการบริษัททั้งคณะ

ตามที่ได้กล่าวมาโดยตลอดว่าความเป็นอิสระของคณะกรรมการตรวจสอบเป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้คณะกรรมการตรวจสอบประสบความสำเร็จในการทำงาน ดังนั้นคณะกรรมการตรวจสอบควรจะต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติงานที่เพียงพอที่จะแสดงความเป็นผู้นำของตนได้ การให้ความเห็นหรือการตรวจสอบต้องปฏิบัติอย่างซื่อตรง ต้องไม่ละเว้นหรือยกเว้นให้ผู้ใดไม่ว่าจะเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดก็ตาม การแสดงความเห็นหรือรายงานได้อย่างเสรีตามภารกิจที่ได้มอบหมาย โดยไม่ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ใด ๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือตำแหน่งหน้าที่ และไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้น รายใหญ่ หรือกลุ่มบุคคลอื่นใด ไม่ว่าจะด้วยความคุ้นเคย ความเกรงใจ หรือด้วยเหตุผลใด ๆ อย่างไรก็ดีตามหลักการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบเป็นเพียงการสร้างภาพ หรือการจัดตั้งขึ้นให้เป็นไปตามกฎระเบียบ ข้อบังคับของทางการ โดยผู้จัดตั้งมิได้ตระหนักหรือมิได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมกระบวนการกำกับดูแลกิจการที่ได้อย่างแท้จริงแล้ว อาจมีผลทำให้การจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบเป็นตัวบั่นทอนกระบวนการกำกับดูแลกิจการได้เช่นกันด้วย⁶⁶

3.3.7 การรายงานของคณะกรรมการตรวจสอบ

คณะกรรมการตรวจสอบมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการรายงานกิจกรรมของคณะกรรมการตรวจสอบ หรือหน้าที่อื่นใดที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการบริษัท ดังนั้นรายงานของคณะกรรมการตรวจสอบจึงถือว่ามีผลสำคัญต่อคณะกรรมการบริษัท ผู้ถือหุ้น และผู้ลงทุนทั่วไป เนื่องจากรายงานดังกล่าวจะแสดงความเห็นอย่างเป็นอิสระ และตรงไปตรงมาของคณะกรรมการตรวจสอบ และทำให้คณะกรรมการบริษัทมั่นใจได้ว่าคณะกรรมการ

⁶⁵ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. คำอธิบายเกี่ยวกับคณะกรรมการตรวจสอบและแนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee and Good Practice Guidelines) , 12 พฤศจิกายน 2540, หน้า 3.

⁶⁶ ณรงค์ ปรีดานันท์ , “คณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee).” : 32.

บริหารรวมทั้งฝ่ายบริหารของบริษัทได้มีการบริหารงานอย่างระมัดระวังและคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทุกรายอย่างเท่าเทียมกัน

นอกจากนี้หากคณะกรรมการตรวจสอบได้รายงานต่อคณะกรรมการบริษัทถึงสิ่งที่มีผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญต่อฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทและได้มีการหารือร่วมกันกับคณะกรรมการบริษัทและผู้บริหารแล้วว่าต้องดำเนินการปรับปรุงแก้ไข หากคณะกรรมการตรวจสอบพบว่าคณะกรรมการบริหารเพิกเฉยต่อการดำเนินการแก้ไขดังกล่าวโดยไม่มีเหตุอันสมควร กรรมการตรวจสอบรายใดรายหนึ่งหรือคณะกรรมการตรวจสอบ อาจรายงานสิ่งที่พบดังกล่าวต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์หรือตลาดหลักทรัพย์ได้

3.4 โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในประเทศไทยเป็นระบบคณะกรรมการชั้นเดียวหรือสองชั้น

โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในประเทศไทยตามที่ได้ศึกษามาแล้วนั้นมีการแบ่งองค์กรภายในบริษัทออกเป็น 2 องค์กรหลัก ๆ คือ ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นซึ่งทำหน้าที่ครอบงำการบริหารจัดการบริษัท และคณะกรรมการบริษัททำหน้าที่บริหารจัดการงานบริษัท โดยคณะกรรมการบริษัทชุดแรก ได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท หลังจากนั้นได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และในกรณีของบริษัทใหญ่ ๆ มักจะกำหนดให้คณะกรรมการบริษัทแต่งตั้งบุคคลที่เป็นกรรมการบริษัทด้วยกันเองมาทำหน้าที่บริหารจัดการบริษัทและเป็นผู้แทนบริษัทในการติดต่อกับบุคคลภายนอก ซึ่งจะเรียกกรรมการดังกล่าวว่าคณะกรรมการบริหารหรือคณะกรรมการบริหาร ส่วนกรรมการอื่นที่ไม่ได้เป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหารจะเรียกว่าคณะกรรมการบริษัทหรือคณะกรรมการอำนวยการ ทั้งนี้คณะกรรมการอำนวยการ มีหน้าที่หลักในการแต่งตั้งกรรมการบริหารรวมถึงกำกับดูแลการบริหารกิจการของคณะกรรมการบริหารให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ของบริษัท ข้อบังคับ และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น

และเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยรวมถึงถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนต้องมีกรรมการอิสระเพื่อเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายย่อย และแต่งตั้งสมาชิกในคณะกรรมการบริษัทเป็นกรรมการตรวจสอบ เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ถือหุ้นและผู้เกี่ยวข้องในเรื่องเกี่ยวกับสารสนเทศทางการเงินของบริษัท รวมถึงกำกับดูแลการบริหารกิจการของคณะกรรมการบริหารด้วย

จึงสรุปได้ว่าโครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทของไทย ตลอดจนมาตรการการคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อย รวมถึงการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร และการเสริมสร้างให้บริษัทมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี มีรูปแบบและวิวัฒนาการเช่นเดียวกับของประเทศที่ใช้ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว เช่น สหรัฐอเมริกา

และจากการพิจารณาถึงองค์กรภายในบริษัทที่ให้สิทธิแก่ตัวแทนลูกจ้างเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการงานของนายจ้างนั้น ปัจจุบันของไทยมีเพียงรูปแบบของคณะกรรมการลูกจ้าง (Work Council หรือ Employees Committee) ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เท่านั้น กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้บริษัทที่มีลูกจ้างอย่างน้อย 50 คนขึ้นไป ไม่จำกัดว่าเป็นกิจการประเภทใด สามารถจัดตั้งคณะกรรมการลูกจ้างขึ้นในสถานประกอบการได้ อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการลูกจ้างของไทยส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับสวัสดิการของลูกจ้าง, ข้อบังคับในการดำเนินงานที่เป็นประโยชน์ต่อนายจ้างและลูกจ้าง รวมถึงหาทางปรองดองและระงับข้อพิพาทในสถานประกอบการ ดังนั้น จึงเห็นว่าหน้าที่ของคณะกรรมการลูกจ้างของไทย ไม่ใช่รูปแบบของการให้ลูกจ้างเข้าไปมีส่วนร่วมกับบริษัทในรูปแบบตัวแทนลูกจ้างในคณะกรรมการระดับสูงเช่นเดียวกับที่บริษัทในประเทศเยอรมันซึ่งใช้ระบบการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น ที่กำหนดให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในคณะกรรมการกำกับดูแล



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

คณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทตามกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้จะศึกษากฎหมายบริษัทของบางประเทศในยุโรปซึ่งได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส และ เนเธอร์แลนด์ ที่ใช้โครงสร้างการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น โดยจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่โดยตรงในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด โดยจะแบ่งพิจารณาออกเป็น 2 เรื่อง คือ ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของคณะกรรมการกำกับดูแล และ หลักกฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลในต่างประเทศ

4.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของคณะกรรมการกำกับดูแล

เนื่องจากโครงสร้างบริษัทของประเทศต่างๆในยุโรป โดยเฉพาะในบริษัทที่มีกิจการขนาดใหญ่ และมีผู้ถือหุ้นจำนวนมาก ต่างต้องเผชิญกับปัญหาการควบคุมและตรวจสอบการบริหารจัดการบริษัท ทำให้หลายประเทศในยุโรปพยายามหาวิธีการที่จะเพิ่มประสิทธิภาพในการควบคุมการบริหารจัดการบริษัท โดยในระยะเริ่มแรกได้กำหนดให้คณะกรรมการบริษัทซึ่งรับผิดชอบการบริหารจัดการบริษัทอยู่แล้ว ต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วย อย่างไรก็ตามวิธีดังกล่าวกลับทำให้เกิดความไม่เหมาะสมในการบริหารจัดการบริษัทเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะในบริษัทที่ประกอบกิจการขนาดใหญ่และซับซ้อน¹ ทั้งนี้เพราะผู้ถือหุ้นส่วนมากไม่มีความรู้ความสามารถเพียงพอที่จะตรวจสอบและควบคุมการบริหารจัดการบริษัทที่มีความหลากหลายและซับซ้อนดังกล่าว

จนกระทั่งในปี ค.ศ.1870 เยอรมันเป็นประเทศแรกที่นำรูปแบบคณะกรรมการสองชั้น (Two-tier Board หรือ Dual Board) โดยออกกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการบริหาร (Management Board) เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท และคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) เป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด โดยระบบดังกล่าวกำหนดให้องค์กรทั้งสองแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด สมาชิกของคณะกรรมการบริหารต้องไม่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลและในทางตรงข้ามสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลก็ต้องไม่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหารเช่นกัน ทั้งนี้อาจเป็นเพราะต้องการให้คณะกรรมการกำกับดูแลถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยในขณะนั้นระบบคณะกรรมการสองชั้นใช้บังคับเฉพาะกับบริษัทมหาชน แต่สำหรับบริษัทเอกชนนั้นจะเลือกใช้ระบบคณะกรรมการแบบสองชั้นหรือไม่ก็ได้ โดยที่สมาชิก

¹ George Vorbrug , “ Labour’s Participation in German Companies and Its European Context ,” The International Lawyer, Vol. 11 , No. 2 (Spring): 252 - 253

ของคณะกรรมการกำกับดูแลทั้งหมดในขณะนั้นได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจหลายประการที่สำคัญ ได้แก่ แต่งตั้งสมาชิกของคณะกรรมการบริหาร ตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารได้ตลอดเวลา ทั้งนี้กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารที่จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการกำกับดูแลทราบอย่างต่อเนื่องเกี่ยวกับกิจการของบริษัทโดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการที่เป็นนโยบายหลักทางด้านการบริหาร นอกจากนี้ข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดให้การดำเนินกิจการที่สำคัญบางประการของกรรมการบริหาร จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลก่อนด้วย²

ต่อมา ภายหลังจากเยอรมันยอมรับเอารูปแบบการให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการร่วมกับนายจ้างเข้ามาปรับใช้ตั้งแต่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงมีการบัญญัติกฎหมายที่ทำให้องค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทของเยอรมันเปลี่ยนแปลงไปโดยจะต้องมีสมาชิกที่เป็นตัวแทนลูกจ้างหรือตัวแทนสหภาพแรงงานร่วมอยู่ด้วย นอกเหนือไปจากสมาชิกที่เป็นตัวแทนผู้ถือหุ้น³ โดยสามารถลำดับเหตุการณ์ดังกล่าวได้ดังนี้⁴

ในปี 1950 ภายหลังจากเยอรมันเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ในสงครามโลกครั้งที่ 2 ปรากฏว่าบริษัทที่ประกอบอุตสาหกรรมหนักในเยอรมัน อันได้แก่ อุตสาหกรรมเหล็ก และถ่านหิน ซึ่งตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ภายใต้การปกครองของชาวอังกฤษ (British - Occupation Zone of Germany) ต้องเผชิญหน้ากับเหตุการณ์ที่ลูกจ้างหยุดงานประท้วง อันเนื่องมาจากทัศนคติทางการเมืองในช่วงก่อนและช่วงมีสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่เยอรมันเป็นฝ่ายแพ้สงครามต่ออังกฤษและอเมริกา ฝ่ายนายจ้างที่ประกอบอุตสาหกรรมเหล็กและเหมืองแร่ที่อยู่ในเขตพื้นที่ดังกล่าว ไม่สามารถระงับกระแสหยุดงานประท้วงได้ จึงเห็นว่าไม่มีวิธีเดียวที่จะคงอำนาจควบคุมบริษัทและหลีกเลี่ยงกระแสเรื่องชาตินิยม (rationalization) ได้ ก็คือ การขอความช่วยเหลือจากสหภาพแรงงาน ซึ่งสหภาพแรงงานก็ช่วยเหลือโดยการเสนอให้รัฐบาลในสมัยนั้นยกร่างกฎหมายโดยกำหนดให้สถานประกอบการที่มีลูกจ้างตั้งแต่ 300 คนขึ้นไปและมีมูลค่าหุ้นเกินกว่า 3 ล้านมาร์ค จะต้องมีการจัดการฝ่ายลูกจ้าง (Employee Director) ร่วมอยู่ในคณะกรรมการบริหารด้วย กำหนดให้ต้องจัดตั้งคณะกรรมการระดับสูงกว่าสถานประกอบการ (คณะกรรมการกำกับดูแลในสมัยต่อมา) ประกอบด้วยผู้แทนจากฝ่ายลูกจ้างและฝ่ายนายจ้างมีจำนวนเท่ากัน โดยผู้แทนฝ่ายลูกจ้างจะได้รับการแต่งตั้งตามข้อเสนอของสหภาพแรงงาน และจะต้องมาจากลูกจ้างในสถานประกอบการนั้น ๆ โดยตรงไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของสมาชิกฝ่ายลูกจ้างทั้งหมด การกำหนดให้บริษัทต้องมีตัวแทนลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารกิจการของบริษัทดังกล่าว ทำให้พรรคการเมืองในสมัยนั้นปฏิเสธที่จะรับร่างกฎหมายดังกล่าวได้ทั้งหมด และได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอีกฉบับหนึ่งโดย

² George Vorbrug , “ Labour’s Participation in German Companies and Its European Context,” : 253

³ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 , p.96.

⁴ George Vorbrug, “ Labour’s Participation in German Companies and Its European Context,” : 253 - 255

กำหนดให้มีผู้แทนของฝ่ายลูกจ้างเพียง 1 ใน 3 ของคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) และไม่มีผู้จัดการฝ่ายลูกจ้าง (Employee Director) แต่ก็มีกฎองค์กรด้านแรงงานคัดค้านอย่างรุนแรงเช่นกัน

ในเดือนพฤศจิกายน 1950 สหภาพแรงงานที่ประกอบอุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหิน จัดการให้สมาชิกร่วมลงคะแนนเสียงว่าขอให้มีการนัดหยุดงาน เพื่อเรียกร้องให้บรรลุเป้าหมายในการให้ลูกจ้างได้มีส่วนร่วมในการดำเนินงานของบริษัท จนต่อมาได้มีการลงมติให้นัดหยุดงาน และมีการนัดหยุดงานครั้งใหญ่ขึ้นในวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 1951 ถึงเดือนพฤษภาคม 1951 และเป็นเหตุให้รัฐสภาต้องออกกฎหมาย “Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951.” ที่บัญญัติให้บริษัทที่ประกอบอุตสาหกรรมเหล็ก และถ่านหิน และมีลูกจ้างมากกว่า 1,000 คนขึ้นไป จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) ประกอบด้วยกรรมการทั้งหมด 11 คน ในจำนวนนี้มาจากตัวแทนของฝ่ายผู้ถือหุ้น 5 คน เป็นตัวแทนลูกจ้าง 5 คน และคนกลางอีก 1 คน ทั้งนี้ในส่วนของสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากฝ่ายลูกจ้างจำนวน 5 คน นั้น ประกอบด้วยลูกจ้างของสถานประกอบการที่จะได้รับแต่งตั้งตามข้อเสนอของสหภาพแรงงาน 2 คน เป็นตัวแทนของสหภาพแรงงาน 1 คน และคัดเลือกจากลูกจ้างและพนักงานในสถานประกอบการนั้นโดยตรงอีก 2 คน โดยที่ตัวแทนของฝ่ายลูกจ้างและผู้แทนของฝ่ายผู้ถือหุ้นทั้ง 10 คน ดังกล่าวจะประชุมกันเพื่อเลือกตั้งกรรมการคนกลางขึ้นอีกคนหนึ่ง ต่อมาในปี ค.ศ.1956 ได้แก้ไขกฎหมายปี ค.ศ.1951 ดังกล่าว โดยกำหนดให้ใช้บังคับครอบคลุมไปถึงบริษัทที่ประกอบกิจการในรูปกลุ่มบริษัท (Holding Company) ที่ประกอบกิจการเหล็ก และถ่านหิน เป็นกิจการหลักของกลุ่มบริษัทดังกล่าว

นอกเหนือจากอุตสาหกรรมเหล็กและเหมืองแร่ตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว รัฐสภาของประเทศเยอรมันได้ออกกฎหมาย Betriebsverfassungsgesetz ลงวันที่ 11 ตุลาคม 1952 หรือเรียกว่า “The Labour Management Relation Act 1952” กำหนดให้บริษัทที่ประกอบกิจการประเภทอื่นนอกจากอุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหิน ที่มีลูกจ้างมากกว่า 500 คน ต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล โดยจำนวน 1 ใน 3 ของสมาชิกต้องมาจากลูกจ้างในสถานประกอบการนั้นๆ เองทั้งหมด จากการใช้กฎหมายฉบับนี้ ปรากฏว่าได้เกิดผลดีทั้งกับฝ่ายนายจ้างและลูกจ้าง ทำให้เกิดความสนใจและการมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาต่างๆ มากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากมีบริษัทประมาณ 35,000 แห่ง ได้จัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขึ้นภายในปี 1978 และมีลูกจ้างทำงานในบริษัทดังกล่าวถึง 11.5 ล้านคน เพิ่มขึ้นจากปี 1968 ซึ่งมีสถานประกอบการที่จัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล 25,000 แห่ง ทั้งนี้แม้จะมีสถานประกอบการอีกจำนวนมากที่ยังไม่มีคณะกรรมการกำกับดูแลก็ตาม แต่สถานประกอบการดังกล่าวมักจะเป็นสถานประกอบการขนาดเล็กหรือขนาดกลางที่อยู่นอกขอบข่ายบังคับของกฎหมายเหล่านี้

และเนื่องจากกฎหมายการมีส่วนร่วมของลูกจ้างปี ค.ศ 1952 ที่กล่าวมาข้างต้นกำหนดให้มีตัวแทนลูกจ้างในสัดส่วนเพียง 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลทั้งหมดนั้น ฝ่ายลูกจ้างเห็นว่ยังเป็นสัดส่วนที่ไม่เหมาะสม ดังนั้นในวันที่ 4 พฤษภาคม 1976 รัฐสภาได้ออกกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง คือ “Act Relating to the Right of Co-determination of Employees 1976.” หรือเรียกว่า Mitbestimmungsgesets กฎหมายนี้ได้วางหลักเกณฑ์สำหรับบริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 2,000 คนขึ้นไปต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ที่มีตัวแทนของลูกจ้างเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลครั้งหนึ่ง

หากบริษัทใดไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายในปี ค.ศ.1976 ก็ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว กล่าวคือ บริษัทใดที่มีลูกจ้างมากกว่า 500 คน แต่ไม่เกินกว่า 2,000 คน และไม่ได้ประกอบกิจการเหล็กและเหมืองแร่ จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปี ค.ศ.1952 หรือบริษัทใดมีลูกจ้างเกิน 1,000 คน และประกอบกิจการเหล็ก และถ่านหิน จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปี ค.ศ.1951

ประเทศอื่นๆ ในยุโรป เช่น ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น ได้นำรูปแบบโครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้นของเยอรมันมาปรับใช้โดยกำหนดให้บริษัท ต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลเพิ่มเข้ามาอีกองค์หนึ่งนอกเหนือจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และกรรมการบริษัท⁵ กล่าวคือ กฎหมายบริษัทของฝรั่งเศสได้รับระบบคณะกรรมการสองชั้นดังกล่าวมาปรับใช้ในปี ค.ศ.1966 โดยกำหนดให้เฉพาะบริษัทมหาชนเท่านั้นที่อาจสมัครใจเลือกจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลได้ ส่วนบริษัทเอกชนไม่อยู่ในขอบข่ายที่จะต้องจัดตั้งหรือเป็นทางเลือกในการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลแต่อย่างใด⁶ สำหรับประเทศเนเธอร์แลนด์ นั้น ได้รับเอาระบบคณะกรรมการสองชั้นมาใช้ตั้งแต่ปี 1971 โดยบริษัทที่มีขนาดใหญ่เท่านั้นต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ในขณะที่กฎหมายกำหนดให้เป็นทางเลือกแก่บริษัทขนาดเล็กกว่าจะเลือกจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลหรือไม่ก็ได้ โดยหากบริษัทขนาดเล็กประสงค์จะตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลก็ต้องระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัท⁷

อนึ่ง บริษัทในประเทศฝรั่งเศสและเนเธอร์แลนด์ ไม่ได้นำแนวคิดที่กำหนดให้ลูกจ้างเข้าร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายเยอรมันตามที่กล่าวข้างต้น มาปรับใช้โดยตรง กล่าวคือ ทั้งสองประเทศดังกล่าวกำหนดห้ามลูกจ้างในบริษัทหรือในบริษัทที่เกี่ยวข้อง

⁵ George Vorbrug, “Labour’s Participation in German Companies and Its European Context,” : 253.

⁶ Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel, French Company Law, p. 115. and Alexis Mailand Hudson , French Practical Commercial Law. p.54.

⁷ S.N. Formmel and J. H. Thomson, Company Law in Europe , p.24 .

เข้ามาเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลโดยตรง⁸ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะทั้งสองประเทศ มีวัฒนธรรมทางด้านแรงงานที่แตกต่างจากประเทศเยอรมัน โดยอาจมีแนวคิดว่าการกำหนดให้มีตัวแทนลูกจ้างอยู่ในคณะกรรมการกำกับดูแล จะทำให้เกิดการแบ่งเป็น 2 พวกคือฝ่ายผู้ถือหุ้นกับฝ่ายลูกจ้างซึ่งอาจทำให้เกิดความขัดแย้งและขาดความร่วมมือที่ดีในระหว่างสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นได้ง่าย ส่งผลให้การควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารซึ่งเป็นหน้าที่ประการสำคัญและถือว่าเป็นนโยบายหลักของการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ขาดประสิทธิภาพได้

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณากฎหมายบริษัทของเนเธอร์แลนด์ ที่กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกคนใหม่แทนคนเดิมที่สิ้นสุดสมาชิกภาพได้ โดยผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นสมาชิกใหม่ดังกล่าวจะต้องไม่ถูกคัดค้านจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และคณะกรรมการลูกจ้างด้วย⁹ ทั้งนี้รายละเอียดโปรดพิจารณาข้อ 4.2.3.1ข. การแต่งตั้งถอดถอนสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้าง (Structure Companies) และบริษัทใหญ่ที่ลดโครงสร้าง (Mitigated Structure Companies) ซึ่งอาจถือได้ว่าระบบคณะกรรมการกำกับดูแลของเนเธอร์แลนด์เป็นระบบที่กำหนดให้ลูกจ้างเข้ามีส่วนร่วมในการจัดการบริษัทโดยอ้อม

สำหรับกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้น มีความเห็นว่าได้เน้นรูปแบบคณะกรรมการกำกับดูแลมาใช้เพื่อประโยชน์ในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร ให้มีประสิทธิภาพสูงสุดและเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัทเป็นสำคัญ ไม่ได้เน้นรูปแบบคณะกรรมการกำกับดูแลที่กำหนดให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมตัดสินใจกับนายจ้าง มีเพียงแต่กฎหมายแรงงาน (Labour Code) มาตรา 432-5 เท่านั้น ที่บัญญัติให้คณะกรรมการลูกจ้าง (Workers Committee) สามารถแต่งตั้งตัวแทนลูกจ้างเข้าประชุมร่วมกับคณะกรรมการกำกับดูแลได้ ทั้งนี้ตัวแทนลูกจ้างดังกล่าว ไม่สามารถออกเสียงในที่ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแล บทบาทของตัวแทนลูกจ้างดังกล่าว จึงเปรียบเสมือนเป็นที่ปรึกษาให้กับคณะกรรมการกำกับดูแลเท่านั้น

⁸ Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel, *French Company Law*, p. 120 and Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , *The Netherlands Practical Commercial Law* , p.55.

* กฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์กำหนดว่าบริษัทที่มีลูกจ้าง 35 คนขึ้นไป ต้องจัดให้มีคณะกรรมการลูกจ้าง ประกอบด้วยสมาชิกอย่างน้อย 3 คน และไม่เกิน 25 คน และถูกเลือกโดยลูกจ้างของบริษัท ทำหน้าที่ในการส่งเสริมให้มีการปรึกษากันระหว่างคณะกรรมการบริหาร (Management Board) และลูกจ้าง ในด้านธุรกิจและนโยบายที่สำคัญ เช่น การควบรวมบริษัท, การโอนอำนาจ การควบคุมบริษัท, การหยุดกิจการบางอย่างของบริษัทรวมทั้งการแต่งตั้ง-ถอดถอนกรรมการบริหาร (อ้างถึงใน Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , *The Netherlands Practical Commercial Law* ,pp.68-69.)

⁹ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , *The Netherlands Practical Commercial Law* , p .56.

4.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลในต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้จะพิจารณาหลักกฎหมายคณะกรรมการกำกับดูแลในยุโรปบางประเทศ ได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ซึ่งจะแบ่งศึกษา 4 เรื่อง ได้แก่ การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล และความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล

4.2.1 คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน

ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ว่าการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทของประเทศเยอรมันแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ บริษัทมหาชน (Aktiengesellschaft หรือ “AG”) อยู่ภายใต้กฎหมาย Law on Share Companies หรือ Law on Stock Corporation หรือ Aktiengesetz of 6 September 1965. (AktG) กับ บริษัทบริษัทเอกชน (Gesellschaft mit beschränkter Haftung หรือ “GmbH”) อยู่ภายใต้กฎหมาย Law on Limited Liability Companies หรือ Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung of 20 April 1892. (“ GmbHG”)

บริษัทมหาชน มีโครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น โดยต้องแบ่งองค์กรภายในเป็น 3 องค์กร ได้แก่ 1. คณะกรรมการบริหาร (Management Board หรือ Vorstand) มีหน้าที่บริหารจัดการบริษัท 2. คณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board หรือ Aufsichtsrat) มีหน้าที่หลักในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด¹⁰ และ 3. ที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Meeting of Shareholders หรือ Hauptversammlung)

สำหรับบริษัทเอกชนนั้นส่วนมากมีโครงสร้างการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียวอันประกอบด้วยผู้จัดการ (Managing Directors หรือ Geschäftsführer) ซึ่งอาจเป็นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ หากมีผู้จัดการหลายคนก็จะเป็นคณะกรรมการบริษัท ทำหน้าที่บริหารจัดการบริษัท และอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Meeting of Shareholders) บริษัทเอกชนไม่ถูกบังคับให้ต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลเว้นแต่ข้อบังคับบริษัทจะกำหนดให้จัดตั้งก็ให้นำบทบัญญัติเรื่องคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทมหาชนมาปรับใช้กับบริษัทเอกชนเท่าที่ไม่ขัดกับข้อบังคับบริษัทเอกชน¹¹ และจะทำให้บริษัทเอกชนดังกล่าวเป็นบริษัทที่มีระบบการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น อย่างไรก็ตามโดยทั่วไป

¹⁰ Enno W. Ercklentz, Jr., *Modern German Corporation Law Volume 1*, p.91.

¹¹ GmbHG มาตรา 52

บริษัทเอกชนมักจะไม่เลือกจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ทั้งนี้เว้นแต่เป็นบริษัทที่อยู่ในขอบข่ายของกฎหมาย Co-determination Law ที่จะกล่าวต่อไป ที่จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล โดยต้องจัดให้มีตัวแทนลูกจ้างเข้าร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย¹²

องค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลในระยะแรกนั้น ประกอบด้วยบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งมาจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นทั้งหมด อย่างไรก็ตามได้กล่าวมาแล้วในเรื่องประวัติและความเป็นมาของคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายต่างประเทศว่า ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการบัญญัติกฎหมายที่ให้ลูกจ้างเข้าไปมีส่วนร่วมในการตัดสินใจกับบริษัท ทั้งบริษัทเอกชนและมหาชน โดยกำหนดให้ต้องมีตัวแทนลูกจ้างเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลร่วมกับตัวแทนผู้ถือหุ้นด้วย ทั้งนี้กฎหมายที่ให้ลูกจ้างเข้าไปมีส่วนร่วมดังกล่าว ได้แก่*

1) Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951 กำหนดบังคับใช้กับบริษัทที่ประกอบกิจการอุตสาหกรรมเหล็ก และถ่านหิน และบริษัทดังกล่าวต้องมีลูกจ้างมากกว่า 1,000 คนขึ้นไป¹³ ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขในปีค.ศ.1956 ให้ใช้บังคับครอบคลุมไปถึงบริษัทที่ประกอบกิจการในรูปกลุ่มบริษัท (Holding Company) ซึ่งกิจการหลักของกลุ่มบริษัทดังกล่าวคือ อุตสาหกรรมเหล็ก และถ่านหิน¹⁴ กล่าวคือ แม้จะมีการกระจายบริษัทดังกล่าว โดยที่แต่ละบริษัทมีลูกจ้างไม่มากกว่า 1,000 คนก็ตาม แต่ถ้านับจำนวนลูกจ้างในกลุ่มบริษัทในเครือทุกแห่งแล้วมีลูกจ้างมากกว่า 1,000 คน ก็อยู่ในขอบข่ายที่จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายดังกล่าวด้วยเช่นกัน

2) The Labour Management Relation Act 1952 กำหนดบังคับใช้กับทุกกิจการที่มีลูกจ้างมากกว่า 500 คนขึ้นไปแต่ไม่กว่า 2,000 คน และมีได้ประกอบอุตสาหกรรมเหล็ก และถ่านหินที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951¹⁵

3) Act Relating to the Right of Co-determination of Employees 1976 หรือ Mitbestimmungsgesetz หรือ Co-determination Act 1976 กำหนดใช้บังคับกับทุกบริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 2,000 คนขึ้นไป และมีได้ประกอบอุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหินที่อยู่ภายใต้

¹² Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.131.

* กฎหมาย 3 ฉบับที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้ หากในวิทยานิพนธ์นี้ไม่ได้กล่าวเป็นการเฉพาะแล้วผู้เขียนจะกล่าวรวมกันและแทนว่า “Co-determination Law”

¹³ Manfred Weiss , Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany (Deventer/Netherlands:Kluwer Law and Taxation Publishers ,1989) ,p.175.

¹⁴ Ibid. , pp.176.

¹⁵ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 , p.97.

กฎหมาย Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951¹⁶

กฎหมาย Co-determination law ทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว บัญญัติให้มีตัวแทนลูกจ้างเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลร่วมกับตัวแทนผู้ถือหุ้น โดยบัญญัติครอบคลุมในเรื่องจำนวนคณะกรรมการกำกับดูแล องค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแล การแต่งตั้งถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแลในส่วนของตัวแทนลูกจ้าง การดำเนินงานร่วมกันของสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล¹⁷ ส่วนในเรื่องอื่นๆ เช่น การแต่งตั้งถอดถอนรวมถึงองค์ประกอบของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากตัวแทนผู้ถือหุ้น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล ความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล รวมถึงการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลที่ไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย Co-determination Law ก็ยังคงเป็นไปตามกฎหมายบริษัทมหาชนทุกประการ อนึ่งไม่มีบริษัทมหาชนใดที่ถูกบังคับให้ต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลโดยต้องปรับใช้กับกฎหมาย Co-determination Law เกินกว่า 1 ฉบับ¹⁸

การศึกษาเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายของเยอรมันนี้ แบ่งพิจารณาออกเป็น

4.2.1.1 คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทมหาชน

4.2.1.2 คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทเอกชน

4.2.1.3 คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมาย Co-determination Law ที่นำมาปรับใช้กับบริษัทมหาชนและบริษัทเอกชน

คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายดังกล่าวจะพิจารณาศึกษาใน 4 เรื่อง คือ การแต่งตั้งถอดถอนสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล และความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล

4.2.1.1 คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทมหาชน (AktG)

ก. การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล

¹⁶ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 , p.97.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid ,p.104.

(1) คณะกรรมการกำกับดูแลชุดแรกในบริษัทมหาชน ได้รับ การแต่งตั้งโดยที่ประชุมจัดตั้งบริษัท¹⁹ ประกอบด้วยผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 3 คน เว้นแต่ข้อบังคับ จะกำหนดให้มากกว่า 3 คน ก็ให้เป็นไปตามนั้น แต่ทั้งนี้จะต้องไม่เกิน 21 คน ซึ่งในกรณีที่ข้อ บังคับกำหนดเป็นอย่างอื่น ต้องพิจารณาประกอบกับเงินทุนจดทะเบียนของบริษัทประกอบ ดังนี้²⁰

-บริษัทใด จะกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล สูงสุด 9 คน ต้องมีทุนจดทะเบียน DM 3,000,000

-บริษัทใด จะกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล สูงสุด 15 คน ต้องมีทุนจดทะเบียนมากกว่า DM 3,000,000 แต่ไม่เกิน 20,000,000 บาท

-บริษัทใด จะกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล สูงสุด 21 คน ต้องมีทุนจดทะเบียนมากกว่า DM 20,000,000 ขึ้นไป

จากที่กล่าวข้างต้นแสดงว่าหากบริษัทมหาชนใดประสงค์ให้มี สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลมากกว่า 3 คน บริษัทนั้นจะต้องกำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัท แต่ อย่่างไรก็ตามยังมีอีกกรณีหนึ่งที่ทำให้บริษัทมหาชนต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลที่แตกต่าง ออกไปจากเกณฑ์ที่กล่าวข้างต้น หากบริษัทมหาชนนั้นอยู่ในเงื่อนไขต้องปรับใช้กับกฎหมาย Co- determination law ซึ่งจะมีองค์ประกอบของตัวแทนลูกจ้างเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการ กำกับดูแลร่วมกับตัวแทนผู้ถือหุ้นและมีจำนวนสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่แตกต่างออกไป ตามที่จะกล่าวต่อไปในเรื่องคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมาย Co-determination Law ที่นำ มาปรับใช้กับบริษัทมหาชนและบริษัทเอกชน

(2) สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลมีวาระในการดำรง ตำแหน่งไม่เกิน 5 ปี เว้นแต่ข้อบังคับบริษัทจะกำหนดให้น้อยกว่า 5 ปี ก็ได้ แต่จะขยายวาระการ ดำรงตำแหน่งออกไปมากกว่า 5 ปี ไม่ได้²¹ ในระหว่าง 5 ปี สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล อาจถูกถอดถอนก่อนครบวาระได้ ผู้มีอำนาจถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล ได้แก่ ที่ประชุม ผู้ถือหุ้นด้วยมติที่ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและออกเสียงลงคะแนน เว้นแต่ ข้อบังคับจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น²² แต่ทั้งนี้กรณีที่บริษัทมหาชนใดต้องปรับใช้กับกฎหมาย Co-determination law ผู้มีอำนาจถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่เป็นตัวแทนลูกจ้าง ก็คือ ลูกจ้างด้วยกันเอง โดยเป็นไปตามกฎหมาย Co-determination law ที่จะกล่าวต่อไป²³

¹⁹ AktG มาตรา 30(1)

²⁰ AktG มาตรา 95

²¹ AktG มาตรา 102(1)

²² AktG มาตรา 103(1)

²³ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.113.

นอกจากนี้กฎหมายบริษัทมหาชนยังเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงไม่เพียงพอ ที่จะใช้สิทธิถอดถอนสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลตามที่กล่าวข้างต้น แต่หากมีจำนวนผู้ถือหุ้นรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 ของผู้ถือหุ้นทั้งหมด และนับจำนวนหุ้นรวมกันมีมูลค่าไม่ต่ำกว่า DM 2,000,000 ก็มีสิทธิที่จะเสนอให้ศาลพิจารณาสั่งถอดถอนสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลได้ โดยอาจอ้างเหตุผลแห่งการถอนว่าเป็นผู้ที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เหมาะสมกับตำแหน่งที่ได้รับ²⁴

(3) ในกรณีที่สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลในช่วงเวลาใดมีจำนวนไม่ครบที่จะเป็นองค์ประชุม สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่คงเหลืออยู่ หรือผู้ถือหุ้น มีสิทธิเสนอขอให้ศาลพิจารณาแต่งตั้งบุคคลเข้ามาเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลแทนชั่วคราวเพื่อให้ครบองค์ประชุมที่จะปฏิบัติงานต่อไปได้²⁵

ทั้งนี้ในกรณีที่บริษัทมหาชนใดที่อยู่ในขอบข่ายต้องปรับใช้กับกฎหมาย Co-Determination Law และปรากฏว่าตำแหน่งกรรมการกำกับดูแลในฝ่ายตัวแทนลูกจ้างว่างลงและทำให้กรรมการกำกับดูแลที่เหลืออยู่ไม่ครบเป็นองค์ประชุม ผู้ที่จะยื่นเรื่องต่อศาลให้พิจารณาแต่งตั้งได้คือฝ่ายลูกจ้างด้วยกันเอง²⁶

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายบริษัทของเยอรมันไม่ได้ให้สิทธิแก่คณะกรรมการกำกับดูแลด้วยกันเอง ในการแต่งตั้งกรรมการขึ้นใหม่แทนที่กรรมการคนเดิมโดยตรง จะทำได้ก็โดยการเสนอให้ศาลพิจารณาแต่งตั้งขึ้นใหม่แทนกรรมการคนเดิมเท่านั้น ซึ่งมีข้อสังเกตว่ากฎหมายบริษัทของฝรั่งเศสและเนเธอร์แลนด์กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลด้วยกันเองมีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกคนใหม่เข้ามาแทนที่คนเดิมได้โดยตรง โดยให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลคนใหม่ทำหน้าที่ได้เท่ากับระยะเวลาที่ยังคงเหลืออยู่ของสมาชิกคนเดิม*

²⁴ AktG มาตรา 103(3) และ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.114.

²⁵ AktG มาตรา 104(1)

²⁶ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.115.

* โปรดพิจารณาอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลในการแต่งตั้งและถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการบริหารของฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ในหัวข้อ 4.2.2.1 ค. และ 4.2.3.1 ข.

ข. คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล

(1) สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล จะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น และสมาชิกคนใดคนหนึ่งไม่สามารถเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลเกินกว่า 10 แห่ง²⁷

(2) สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลจะมีอายุเท่าใดก็ได้ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้จำกัดอายุของผู้ที่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล

(3) ผู้เป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหาร จะเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลไม่ได้ ในขณะที่ผู้ที่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลก็จะเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหารไม่ได้เช่นกันด้วย เพราะทั้ง 2 องค์กร มีหน้าที่ขัดแย้งกัน และปฏิบัติหน้าที่แยกจากกันอย่างเด่นชัด²⁸

(4) คณะกรรมการกำกับดูแลสามารถแต่งตั้งหรือมอบหมายหน้าที่ให้คณะอนุกรรมการของคณะกรรมการกำกับดูแล เพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของคณะกรรมการกำกับดูแลในด้านต่าง ๆ ได้²⁹ แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรมการกำกับดูแลไม่สามารถมอบหมายให้คณะอนุกรรมการกระทำการดังต่อไปนี้ได้ เช่น การแต่งตั้งและถอดถอนสมาชิกของคณะกรรมการบริหาร และการทบทวนรายงานทางการเงิน เป็นต้น³⁰

(5) คณะกรรมการกำกับดูแลต้องเลือกประธาน 1 คน และรองประธานอีกอย่างน้อย 1 คน ประธานและรองประธานคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวมีอำนาจสำคัญหลายประการ กล่าวคือ ประธานคณะกรรมการกำกับดูแลสามารถเรียกประชุมคณะกรรมการรวมถึงมีสิทธิลงคะแนนเสียงชี้ขาดเมื่อไม่ได้เสียงข้างมากในการลงมติของคณะกรรมการกำกับดูแล และตำแหน่งรองประธานก็มีความสำคัญเช่นกัน เพราะเมื่อผู้เป็นประธานไม่สามารถทำหน้าที่ได้ รองประธานก็จะทำหน้าที่แทน³¹

(6) ประธานสามารถเรียกประชุมคณะกรรมการในเวลาใดก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปควรจัดประชุมหนึ่งครั้งทุก 3 เดือน แต่ทั้งนี้ไม่ว่าอย่างไรก็ตามอย่างน้อยทุก 6 เดือน

²⁷ AktG มาตรา 100

²⁸ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.112.

²⁹ Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Laser , German Private and Commercial Law ,Trans Tony Weir, p.261.

³⁰ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.154.

³¹ Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Laser, German Private and Commercial Law, Trans Tony Weir, p.261 และ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.154

ต้องจัดประชุมขึ้น 1 ครั้ง นอกจากนี้แล้วประธานมีหน้าที่ต้องเรียกประชุมเป็นกรณีพิเศษตามที่กฎหมายกำหนด ดังเช่นกรณีที่สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลหรือสมาชิกคณะกรรมการบริหารเห็นว่ามีเรื่องจำเป็นที่ต้องให้ประธานจัดประชุม ประธานก็มีหน้าที่ต้องเรียกประชุมตามที่ได้รับคำร้องขอ และหากประธานไม่เรียกประชุมดังกล่าว ให้กรรมการบริหาร 1 คน หรือกรรมการกำกับดูแล 2 คน สามารถเรียกประชุมคณะกรรมการกำกับดูแลได้เอง³²

(7) องค์กรประชุมคณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วยอย่างน้อยครึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมด และสำหรับการลงมติในที่ประชุม สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล 1 คน มีคะแนนเสียง 1 เสียง มติของที่ประชุมโดยทั่วไปเป็นไปตามมติเสียงข้างมากของคณะกรรมการกำกับดูแลที่เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนนในมตินั้น ๆ แต่ทั้งนี้กรณีเรื่องใดไม่สามารถตัดสินโดยมติของเสียงข้างมากของคณะกรรมการกำกับดูแล กฎหมายกำหนดให้ประธานที่ประชุมออกเสียงชี้ขาดได้³³

(8) การลงคะแนนเสียงของคณะกรรมการกำกับดูแล อาจจะไม่ใช้การประชุมก็ได้ โดยให้มีการลงมติผ่านหนังสือ โทรเลข หรือโทรศัพท์แทนได้ ทั้งนี้การลงคะแนนเสียงในลักษณะเช่นนี้จะเกิดขึ้นได้เมื่อไม่มีสมาชิกคนใดในคณะกรรมการกำกับดูแลคัดค้าน³⁴

(9) กรณีเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับสมาชิกหรือหลักเกณฑ์การดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล จะต้องดำเนินการให้มีการจดทะเบียนแจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว และประกาศให้สาธารณชนทราบด้วย³⁵

ค. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล

(1) คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการบริหาร โดยใช้มติเสียงข้างมากของกรรมการกำกับดูแลที่เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนน มีข้อ

³² Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Laser, German Private and Commercial Law, Trans Tony Weir, p.261 และ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.156.

³³ Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Laser, German Private and Commercial Law, Trans Tony Weir, p.261 และ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.157.

³⁴ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.160.

³⁵ Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Laser, German Private and Commercial Law. Trans Tony Weir , p.261

สังเกตว่าการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารของบริษัทที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Co-determination Law 1976 จะต้องได้รับมติเสียงข้างมากไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลทั้งหมด³⁶

การถอดถอนสมาชิกในคณะกรรมการบริหาร ซึ่งจะทำให้ได้เมื่อมีเหตุอันเป็นสาระสำคัญเกิดขึ้นเท่านั้น ตัวอย่างของเหตุอันเป็นสาระสำคัญดังกล่าว เช่น การละเมิดต่อหน้าที่ การขาดประสิทธิภาพทางด้านบริหารกิจการของบริษัท และเหตุอันเป็นสาระสำคัญอื่น ซึ่งจะขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นกรณี ๆ ไป โดยทั่วไปแล้วสิ่งที่จะถือว่าเป็นเหตุอันเป็นสาระสำคัญหรือไม่ที่จะถอดถอนกรรมการบริหาร มักจะขึ้นอยู่กับการกระทำของกรรมการบริหารว่ากระทบต่อผลประโยชน์ของบริษัทมหาชนหรือไม่³⁷

(2) อำนาจในการตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ประการสำคัญของคณะกรรมการกำกับดูแล³⁸

(3) คณะกรรมการกำกับดูแลไม่มีอำนาจแทรกแซงการบริหารงานของคณะกรรมการบริหาร เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นของคณะกรรมการบริหารโดยตรง ในภาวะการณ์ปกติคณะกรรมการกำกับดูแลจะไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ในนามของบริษัท แต่มีข้อสังเกตว่าคณะกรรมการกำกับดูแล มีอำนาจถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการบริหารได้ดังที่กล่าวมาแล้ว นอกจากนี้ข้อบังคับของบริษัทยังอาจกำหนดให้คณะกรรมการบริหารต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการกำกับดูแลก่อนที่จะดำเนินการในบางเรื่อง เช่น การลงทุนในสินทรัพย์ในต่างประเทศ , การค้าประกัน, การได้มาหรือขายไปซึ่งที่ดินที่มีมูลค่าเกินกว่าราคาที่ได้กำหนดไว้ อย่างชัดเจน เป็นต้น แต่ทั้งนี้ข้อสังเกตว่าแม้ข้อบังคับไม่ได้ระบุเรื่องดังกล่าวไว้ชัดเจน คณะกรรมการกำกับดูแลก็อาจประชุมและลงมติเพื่อกำหนดดังกล่าวได้เอง³⁹

กรณีที่คณะกรรมการบริหารต้องขออนุมัติจากคณะกรรมการกำกับดูแลก่อนที่จะกระทำการบางประการ นั้น อาจพิจารณาว่าขัดแย้งกับหลักความมีอิสระในการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารในบริษัทมหาชนได้ และมีข้อสังเกตว่าแม้คณะกรรมการกำกับดูแลจะไม่อนุมัติให้กรรมการบริหารกระทำการบางเรื่องได้ก็ตาม กฎหมายก็ยังให้เป็นสิทธิของคณะกรรมการบริหารในการอุทธรณ์ต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น และถ้าผู้ถือหุ้นด้วยลงมติคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนน มีมติให้

³⁶ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 , pp. 116,117.

³⁷ Ibid., p.119.

³⁸ Ibid., p.147.

³⁹ Ibid.,p.147.

ยกเลิกมติของคณะกรรมการกำกับดูแลที่ไม่อนุมัติให้คณะกรรมการบริหารดำเนินกิจการบางประการดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการบริหารจึงจะสามารถกระทำกิจการดังกล่าวได้ต่อไป⁴⁰

(4) อำนาจในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น โดยปกติแล้วการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเป็นอำนาจของกรรมการบริหาร แต่มีบางกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลก็สามารถเรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้เช่นกัน โดยเฉพาะในสถานการณ์ที่เห็นว่าผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียที่สำคัญของบริษัทถูกรบกวน และจากอำนาจในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเช่นนี้เอง จึงทำให้มีคณะกรรมการกำกับดูแลต้องเข้มงวดในเรื่องตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิดและต่อเนื่อง⁴¹ เพราะมิฉะนั้นแล้วจะไม่สามารถทราบข้อมูลที่สำคัญของบริษัทที่จะหยิบยกให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาได้เลย

(5) ทบทวนข้อเสนอของคณะกรรมการบริหารเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล โดยให้คณะกรรมการกำกับดูแลจัดทำเป็นรายงานเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น⁴²

(6) เป็นตัวแทนของบริษัท กล่าวคือ ในกรณีที่กรรมการบริหารจะกระทำกิจการใด ๆ กับบริษัท เช่น การที่บริษัทจะลงนามในสัญญาว่าจ้างกับกรรมการบริหาร กรณีเช่นนี้ จะต้องให้ตัวแทนจากคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้กระทำในนามบริษัท⁴³

(7) สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลคนใดคนหนึ่งสามารถเรียกให้คณะกรรมการบริหารส่งรายงานเพิ่มเติม ในเรื่องที่มีผลต่อการดำเนินธุรกิจของบริษัท ทั้งนี้กรรมการบริหารมีสิทธิที่จะยังไม่ส่งรายงานให้ในทันทีตามที่รับการร้องขอก็ได้ เว้นแต่ว่ามีกรรมการกำกับดูแลอย่างน้อย 2 ท่าน ยืนยันให้คณะกรรมการบริหารยื่นรายงานนั้น⁴⁴

(8) คณะกรรมการกำกับดูแลมีสิทธิตรวจเอกสาร บันทึกสินทรัพย์ของบริษัท โดยอาจแต่งตั้งให้สมาชิกคนใดคนหนึ่งของคณะกรรมการกำกับดูแลทำการตรวจ หรือให้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น ผู้ตรวจสอบบัญชีตรวจในนามของคณะกรรมการกำกับดูแลก็ได้⁴⁵

⁴⁰ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, pp.149-150. และ AktG มาตรา 111 (4))

⁴¹ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 ,p.151

⁴² Ibid .

⁴³ Ibid, p.152

⁴⁴ Ibid ,p.152.

⁴⁵ Ibid , p.153.

จ.ความรับผิดของคณะกรรมการกำกับดูแล⁴⁶

มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่เป็นกรรมการกำกับดูแล โดยทั่วไปแล้วจะมีลักษณะเช่นเดียวกับมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริหารซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริต เพียงแต่หน้าที่ของกรรมการบริหารจะมีลักษณะในเชิงการบริหารจัดการบริษัท ในขณะที่หน้าที่ของกรรมการกำกับดูแลจะเป็นลักษณะการควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติงานของกรรมการบริหารอีกทอดหนึ่ง

กรณีที่กรรมการกำกับดูแลทำผิดหน้าที่ และทำให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบริษัท กรรมการกำกับดูแลผู้นั้นต้องรับผิดชอบต่อบริษัท โดยให้นำบทบัญญัติความรับผิดของกรรมการบริหารมาปรับใช้กับกรรมการกำกับดูแล เว้นแต่การที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้น กรรมการกำกับดูแลได้ทำไปโดยได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น นอกจากนี้กรรมการกำกับดูแลก็อาจต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัทได้ หากการดำเนินงานของบริษัททำให้เจ้าหน้าที่ของบริษัทได้รับความเสียหาย

แนวทางโดยทั่วไปในการพิจารณาพฤติการณ์ที่กรรมการกำกับดูแลต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น คือ กรณีที่กรรมการกำกับดูแลไม่สามารถปกป้องบริษัทจากความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของคณะกรรมการบริหาร ดังพฤติการณ์ต่อไปนี้ เช่น บริษัทขาดทุนอันเนื่องมาจากการคณะกรรมการบริหารนำเงินของบริษัทไปลงทุนอย่างผิดพลาด, การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริหารเป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ขาดความไว้วางใจบริษัท รวมถึงได้มีการจ่ายเงินปันผลหรือคืนเงินทุนให้แก่ผู้ถือหุ้นอย่างผิดกฎหมาย

การเรียกร้องให้กรรมการกำกับดูแลต้องรับผิดตามที่กล่าวข้างต้นนั้น บริษัทหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทจะต้องพิสูจน์ว่าตนเป็นฝ่ายได้รับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการกำกับดูแลต่อการควบคุมการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร ในขณะเดียวกันกรรมการกำกับดูแลผู้ถูกกล่าวหาที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ไม่ได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่หรือละเลยในการปฏิบัติหน้าที่ของตน

4.2.1.2 คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทเอกชน (GmbHG)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า บริษัทเอกชนมักจะไม่ได้จัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล เว้นแต่จะสมัครใจกำหนดในข้อบังคับให้จัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นมา ก็ให้นำหลัก

⁴⁶ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 , pp.161-164.

เกณฑ์ต่าง ๆ ของคณะกรรมการกำกับดูแลตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายบริษัทมหาชนมาใช้ โดยปริยาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการแต่งตั้งถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล , คุณสมบัติ และการดำเนินงาน , อำนาจหน้าที่ ตลอดจนความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล ตามที่ พิจารณามาแล้วในหัวข้อ 4.2.1.1 ก , ข, ค, ง แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดกับข้อบังคับบริษัทกำหนด ไว้เป็นอย่างอื่น⁴⁷

อย่างไรก็ตาม มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัท เอกชนบางเรื่องที่กำหนดไว้แตกต่างกับบริษัทมหาชน คือ ไม่ว่าบริษัทเอกชนใดจะสมัครใจจัดตั้ง คณะกรรมการกำกับดูแลหรือไม่ก็ตาม ที่ประชุมผู้ถือหุ้นฝ่ายเดียวเท่านั้นที่เป็นผู้ที่มีอำนาจแต่งตั้ง คณะกรรมการบริหาร ทั้งนี้เว้นแต่ข้อบังคับบริษัทจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁴⁸

ในกรณีที่บริษัทเอกชนใดที่ไม่ได้สมัครใจจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ดังที่กล่าวมาข้างต้น แต่อยู่ในบังคับที่จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมาย Co-Determination Law บริษัทเอกชนดังกล่าว ก็จะต้องปรับใช้หลักเกณฑ์คณะกรรมการกำกับดูแล ที่กำหนดไว้ใน Co-Determination Law แต่ละฉบับนั้น ๆ อย่างไรก็ตามกฎหมาย Co-Determination Law ไม่ได้กระทบการจัดแบ่งองค์กรและอำนาจหน้าที่ขององค์กรภายในบริษัทขึ้นมา ใหม่แต่อย่างใด⁴⁹

4.2.1.3 คณะกรรมการกำกับดูแลภายใต้กฎหมายการให้สิทธิลูกจ้างมีส่วนร่วมในการตัดสินใจควบคุมการบริหารจัดการบริษัท (Co-determination Law)

หลักกฎหมายคณะกรรมการกำกับดูแล ภายใต้กฎหมาย Co-determination Law เป็นกรณีที่ใช้กับทั้งบริษัทมหาชนและบริษัทเอกชน ที่มีองค์กรประกอบดังต่อไปนี้

-บริษัทที่ประกอบอุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหิน ซึ่งมีลูกจ้างมากกว่า 1,000 คนขึ้นไป จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลภายใต้กฎหมาย Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951 (Co-determination Law 1951)⁵⁰

⁴⁷ GmbHG มาตรา 52

⁴⁸ GmbHG มาตรา 46 และ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.167.

⁴⁹ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 p.131.

⁵⁰ Manfred Weiss , Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany , p.175

- บริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 500 คน แต่ไม่มากกว่า 2,000 คน และไม่
ได้ประกอบอุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหินที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Co-determination Law 1951
จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลภายใต้กฎหมาย The Labour Management Relation Act
1952 (Co-determination Law 1952) ⁵¹

- บริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 2,000 คนขึ้นไป และไม่ได้ประกอบอุตสาหกรรม
เหล็กและถ่านหินที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Co-determination Law 1951 จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการ
กำกับดูแลภายใต้กฎหมาย Act Relating to the Right of Co-determination of
Employees 1976 (Co-determination Act 1976) ⁵²

กฎหมาย Co-determination Law แต่ละฉบับ จะกำหนดเนื้อหา
โดยทั่วไปในเรื่องที่ยึดโยงกับแรงงานหรือลูกจ้าง โดยหลักเกณฑ์สำคัญจะเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้ง
และองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลในส่วนของตัวแทนลูกจ้าง คุณสมบัติ
และการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและความร่วมมือที่ดีใน
การดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลที่ประกอบด้วยตัวแทนผู้ถือหุ้นและตัวแทนลูกจ้าง ใน
ขณะเดียวกันหลักเกณฑ์ที่สำคัญอื่น ๆยังคงปรับใช้กับหลักเกณฑ์เดียวกับของคณะกรรมการกำกับ
ดูแลตามกฎหมายบริษัทมหาชนทุกประการ เช่น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของกรรมการ
กำกับดูแลที่เป็นตัวแทนผู้ถือหุ้น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล และความรับผิดชอบ
ของคณะกรรมการกำกับดูแล ⁵³

ดังนั้นต่อไปนี้จะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของกรรมการ
กำกับดูแลที่เป็นตัวแทนผู้ถือหุ้น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล และความรับผิดชอบ
ของคณะกรรมการกำกับดูแล เพราะได้กล่าวมาแล้วเมื่อพิจารณาถึงคณะกรรมการกำกับดูแลใน
บริษัทมหาชน แต่จะศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์สำคัญที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย Co-Determination
Law โดยสังเขป ดังนี้

⁵¹ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 , p.97.

⁵² Ibid

⁵³ Ibid ,p.131.

ก. การแต่งตั้งและองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแล

(1) การแต่งตั้งและองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมาย Co-determination law 1976

ตามที่กล่าวมาแล้วว่า กฎหมาย Co-determination law 1976 ใช้บังคับกับบริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 2,000 คนขึ้นไป และไม่ได้ประกอบอุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหินที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Co-determination Law 1951 สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทประเภทนี้ อาจประกอบด้วยสมาชิก 12-20 คน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับขนาดของลูกจ้างของบริษัทนั้น ๆ โดยครึ่งหนึ่งของคณะกรรมการกำกับดูแลจะมาจากการแต่งตั้งโดยฝ่ายผู้ถือหุ้น และอีกครึ่งหนึ่งของคณะกรรมการกำกับดูแลจะมาจากการแต่งตั้งโดยฝ่ายลูกจ้าง

บริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 2,000 คน แต่ไม่มากกว่า 10,000 คน ต้องมีคณะกรรมการกำกับดูแล 12 คน โดยมาจากตัวแทนของผู้ถือหุ้นและตัวแทนของลูกจ้างฝ่ายละ 6 คน บริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 10,000 คน แต่ไม่มากกว่า 20,000 คน ต้องมีคณะกรรมการกำกับดูแล 16 คน โดยมาจากตัวแทนของผู้ถือหุ้นและตัวแทนของลูกจ้างฝ่ายละ 8 คน และบริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 20,000 คนขึ้นไปต้องมีคณะกรรมการกำกับดูแล 20 คน โดยมาจากตัวแทนของผู้ถือหุ้นและตัวแทนของลูกจ้างฝ่ายละ 10 คน

นอกจากนี้ ในส่วนของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากลูกจ้าง จะต้องมีส่วนของสหภาพแรงงาน (Member of Union Representation) เข้าร่วมเป็นคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย กล่าวคือ ในบริษัทที่มีคณะกรรมการกำกับดูแลในฝ่ายตัวแทนลูกจ้าง 6 และ 8 คน ต้องมีตัวแทนของสหภาพแรงงาน 2 คน และบริษัทที่มีคณะกรรมการกำกับดูแลในฝ่ายตัวแทนลูกจ้าง 10 คน ต้องมีตัวแทนของสหภาพแรงงาน 3 คน⁵⁴ สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากฝ่ายลูกจ้างนั้น ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี และทำงานอยู่ในบริษัทนั้น ๆ ไม่ต่ำกว่า 1 ปี⁵⁵

อย่างไรก็ตาม บริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 2,000 คน แต่ไม่เกิน 10,000 คน อาจกำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัทว่าให้บริษัทดังกล่าวมีสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นจำนวน 16 หรือ 20 คน ก็ได้ (เท่ากับกรรมการกำกับดูแลอันพึงมีในบริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 10,000 คน แต่ไม่เกินกว่า 20,000 คน หรือ บริษัทที่มีลูกจ้างเกินกว่า 20,000 คน) และบริษัทที่มีลูกจ้างเกินกว่า 10,000 คน แต่ไม่เกินกว่า 20,000 คน อาจกำหนดในข้อบังคับบริษัท

⁵⁴ Co-determination Law 1976 มาตรา 7(1) , (2) และ Enno W.Ercklentz, Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.105.

⁵⁵ Co-Determination Law 1976 มาตรา 7(3))

ให้มีกรรมการดูแลเป็นจำนวน 20 คน ก็ได้ (เท่ากับกรรมการกำกับดูแลอันพึงมีในบริษัทที่มีลูกจ้างเกินกว่า 20,000 คน)⁵⁶

(2) การแต่งตั้งและองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมาย Co-determination Law 1952

กฎหมาย Co-determination Law 1952 ใช้บังคับกับบริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 500 คน แต่ไม่มากกว่า 2,000 คน และไม่ได้ประกอบอุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหินที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Co-determination Law 1951 โดย 1 ใน 3 ของสมาชิกในคณะกรรมการดังกล่าวต้องมาจากตัวแทนลูกจ้างในสถานประกอบการนั้น ๆ โดยตรง⁵⁷

(3) การแต่งตั้งและองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมาย Co-determination Law 1951

กฎหมายว่า Co-determination Law 1951 กำหนดให้บริษัทที่ประกอบกิจการอุตสาหกรรมเหล็ก และถ่านหิน ที่มีลูกจ้างเกินกว่า 1,000 คนขึ้นไป ต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลอันประกอบด้วยตัวแทนผู้ถือหุ้น 5 ตัวแทนลูกจ้าง 5 คน และให้สมาชิกของทั้งสองกลุ่มให้ความเห็นชอบร่วมกันในการคัดเลือกคนกลางขึ้นมาเป็นผู้แทนอีก 1 คน รวมเป็น 11 คน

สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่เป็นตัวแทนจากฝ่ายลูกจ้าง 5 คนนั้น ประกอบด้วยลูกจ้างของสถานประกอบการที่จะได้รับแต่งตั้งตามข้อเสนอของสหภาพแรงงาน 2 คน เป็นตัวแทนของสหภาพแรงงาน 1 คนและคัดเลือกจากลูกจ้างและพนักงานในสถานประกอบการนั้นโดยตรงอีก 2 คน

ข้อบังคับบริษัท อาจกำหนดให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวมีมากกว่า 11 คน ขึ้นอยู่กับเงินทุนของบริษัท กล่าวคือ หากบริษัทที่มีทุนจดทะเบียนเกินกว่า DM 20,000,000 แต่ไม่เกิน DM 50,000,000 ข้อบังคับอาจกำหนดให้มีสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วย 15 คน และถ้าบริษัทมีทุนจดทะเบียนเกินกว่า DM 50,000,000 ข้อบังคับอาจกำหนดให้มีสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วย 21 คน โดยสัดส่วนของสมาชิกที่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นและตัวแทนของลูกจ้างยังคงไม่ถูกระทบ

⁵⁶ Co-Determination Law 1976 มาตรา 27 (1) ข้อ 1, 2, 3

⁵⁷ Co-determination Law 1952 มาตรา 76 (2) และ Enno W.Ercklentz, Jr ,

กระเทียม กล่าวคือสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นกับที่เป็นตัวแทนของฝ่ายลูกจ้างยังคงมีสัดส่วนฝ่ายละเท่า ๆ กัน อยู่เช่นเดิม⁵⁸

ข. การถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล

สมาชิกคณะกรรมการคนใดได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ก็ถูกถอดถอนโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น และหากสมาชิกคณะกรรมการคนใดได้รับแต่งตั้งจากฝ่ายลูกจ้างก็ถูกถอดถอนโดยฝ่ายลูกจ้าง⁵⁹ ดังเช่นกฎหมาย Co-determination Law 1976 ที่กำหนดว่ามติเสียงข้างมากที่ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของ ผู้ถือหุ้น หรือฝ่ายลูกจ้าง สามารถถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่เป็นตัวแทนของฝ่ายผู้ถือหุ้น หรือตัวแทนของฝ่ายลูกจ้าง แล้วแต่กรณีได้⁶⁰

ค. การดำเนินงานร่วมกันของคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากตัวแทนฝ่ายผู้ถือหุ้นและตัวแทนฝ่ายลูกจ้างตามกฎหมาย Co-determination Law

(1) การดำเนินงานร่วมกันของคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากตัวแทนผู้ถือหุ้นและตัวแทนลูกจ้าง ตามกฎหมาย Co-determination law ค.ศ.1976 มีดังต่อไปนี้

(1.1) องค์ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแล ต้องประกอบด้วยสมาชิกไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมด⁶¹

(1.2) ประธานคณะกรรมการกำกับดูแลและรองประธานให้เลือกตั้งจากกรรมการของคณะกรรมการกำกับดูแลด้วยกันเองโดยต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของกรรมการทั้งหมด หากไม่ได้คะแนนเสียงดังกล่าว ให้กรรมการจากฝ่ายผู้ถือหุ้นเลือกตั้งกันเองเป็นประธาน และกรรมการจากฝ่ายลูกจ้างเลือกตั้งกันเองเป็นรองประธาน⁶²

(1.3) มติของที่ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแลโดยทั่วไปใช้มติเสียงข้างมาก (ยกเว้นการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารตามที่กล่าวต่อไปในหัวข้อนี้ข้อ (1.4))

⁵⁸ Co-determination Law 1951 มาตรา 5 และ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.102.

⁵⁹ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.137.

⁶⁰ Co-Determination Law 1976 มาตรา 7

⁶¹ Co-Determination Law1976 มาตรา 28

⁶² Co-Determination Law1976 มาตรา 27 (1)(2)

หากการลงมติในเรื่องใด ๆ ไม่ได้รับมติเสียงข้างมาก (deadlock) ประธานในที่ประชุมดังกล่าว เป็นผู้ออกเสียงชี้ขาด⁶³

(1.4) การแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการบริหาร ต้องได้รับมติเสียงข้างมากที่ไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการที่เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนนทั้งหมด หากไม่ได้เสียงข้างมากดังกล่าว สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลมีสิทธิที่จะยื่นคำร้องเสนอต่อคณะกรรมการกำกับดูแล ภายใน 1 เดือน นับจากวันลงคะแนนเสียงดังกล่าวไม่เป็นผล เพื่อให้มีการจัดประชุมอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในการประชุมแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการบริหารในครั้งที่สองนี้ หากมีเพียงเสียงข้างมากตามปกติเห็นชอบ คือ เสียงเกินครึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดที่เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนน ก็สามารถแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการบริหารได้ แต่อย่างไรก็ตามในการลงมติดังกล่าวในครั้งที่สองนี้ก็ยังไม่ได้คะแนนเสียงเกินครึ่งหนึ่งอยู่อีก กฎหมายกำหนดว่าประธานคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ที่มีอำนาจลงคะแนนชี้ขาดได้⁶⁴

จากการดำเนินงานภายในของคณะกรรมการกำกับดูแลข้างต้น ทำให้พิจารณาคาดการณ์ได้ว่าสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่เป็นตัวแทนฝ่ายลูกจ้างอาจไม่ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับสมาชิกคณะกรรมการดังกล่าวที่เป็นตัวแทนฝ่ายผู้ถือหุ้น เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้อำนาจประธานคณะกรรมการกำกับดูแลไว้มาก รวมถึงเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดเมื่อมติของคณะกรรมการกำกับดูแลไม่ได้เสียงข้างมากในเรื่องใด ๆ (deadlock) และมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารด้วย แต่จากที่ประธานมักจะมาจากกลุ่มของผู้ถือหุ้นตามที่กล่าวมาแล้วในเรื่องการแต่งตั้งประธานคณะกรรมการกำกับดูแล จึงเป็นไปได้ว่าประธานกรรมการอาจลงคะแนนเสียงเพื่อสนับสนุนผู้ถือหุ้นมากกว่าฝ่ายลูกจ้าง นอกจากนี้กรณีที่ประธานไม่สามารถทำหน้าที่ได้ กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดว่ารองประธานซึ่งมักจะมาจากคนของฝ่ายลูกจ้างจะได้รับสิทธิในการออกเสียงเพื่อชี้ขาด⁶⁵ ซึ่งเท่ากับว่ากฎหมายให้ความสำคัญกับประธานกรรมการซึ่งมักจะมาจากตัวแทนฝ่ายผู้ถือหุ้น มากกว่ารองประธานที่มักจะมาจากตัวแทนฝ่ายลูกจ้าง

(1.5) ในกรณีหลายบริษัทรวมตัวกันเป็นกลุ่มบริษัท โดยบริษัทย่อยหรือบริษัทลูก (Subsidiary Companies) อยู่ภายใต้ปกครองของอีกบริษัทหนึ่งซึ่งเป็นศูนย์กลางหรือบริษัทแม่ (Holding Company) ให้นับรวมลูกจ้างของบริษัททั้งหมดรวมเข้าด้วยกัน และหากนับจำนวนลูกจ้างได้มากกว่า 2,000 คน กฎหมายกำหนดว่าบริษัทแม่จะต้องจัดให้มีตัวแทนลูกจ้างเข้าไปเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย⁶⁶

(1.6) การดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมาย Co-Determination Law 1976 อื่น ๆ ก็ปรับใช้กับหลักเกณฑ์เดียวกันกับการดำเนินงานของ

⁶³ Co-Determination Law 1976 มาตรา 29(1) (2).

⁶⁴ Co-Determination Act 1976 มาตรา 31(4)

⁶⁵ Enno W. Ercklentz, Jr, Modern German Corporation Law Volume 1, p.159.

⁶⁶ Co-Determination Act 1976 มาตรา 5

คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทมหาชน เช่น คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการโดยมอบหมายให้อนุกรรมการดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่แทนตนได้ การลงคะแนนเสียงของคณะกรรมการกำกับดูแลอาจไม่ต้องจัดให้มีการประชุม ก็ได้ โดยให้มีการลงมติโดยผ่านหนังสือ, โทรเลข หรือโทรศัพท์แทนได้ ซึ่งการลงคะแนนเสียงเช่นนี้จะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อไม่มีสมาชิกคนใดในคณะกรรมการกำกับดูแลคัดค้าน

(2) การดำเนินงานร่วมกันของคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากตัวแทนผู้ถือหุ้นและตัวแทนลูกจ้าง ตามกฎหมาย Co-determination Law 1952 และ Co-determination Law 1951

การดำเนินงานภายในของคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทที่ต้องปรับใช้กฎหมาย Co-determination Law 1952 และตามกฎหมาย Co-determination Law 1951 นั้น โดยทั่วไปแล้วก็ใช้หลักเดียวกันกับการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทมหาชน เพียงแต่มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในเรื่ององค์ประชุมของคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทที่ต้องปรับใช้กฎหมาย Co-determination Law 1952 กำหนดองค์ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแลได้อย่างอิสระตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัททั้งนี้จะต้องไม่น้อยกว่า 3 คน ซึ่งแตกต่างจากบริษัทมหาชนที่กำหนดองค์ประชุมไว้อย่างน้อยครึ่งหนึ่งของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลทั้งหมด สำหรับกฎหมาย Co-determination Law 1951 กำหนดองค์ประชุมของคณะกรรมการกำกับดูแลไว้อย่างน้อยครึ่งหนึ่งของสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลทั้งหมด เช่นเดียวกับบริษัทมหาชน⁶⁷

4.2.2 คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2. บริษัทในประเทศฝรั่งเศสแบ่งเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ บริษัทเอกชน (Societe a Responsabilite Limitee หรือ SARL) กับ บริษัทมหาชน (Societe Anonyme หรือ SA) โดยบริษัทเอกชนจะใช้ระบบการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียว ซึ่งมีผู้จัดการ (manager) คนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ดำเนินงานและเป็นตัวแทนของบริษัทในการติดต่อกับบุคคลภายนอก และอยู่ภายใต้ความครอบงำของที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยจะต้องบริหารจัดการบริษัทตามที่กำหนดไว้ใน French Commercial Code มาตรา 89-117 สำหรับบริษัทมหาชนนั้น จะใช้ระบบการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียว เช่นเดียวกับบริษัทเอกชนก็ได้ (ถ้าใช้ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว ก็จะต้องปฏิบัติตาม

⁶⁷ Enno W. Ercklentz, Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 , pp.180-183.

มาตรา 89-117 เช่นเดียวกับบริษัทเอกชน) หรือจะเลือกใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้นก็ได้ และถ้าบริษัทมหาชนใดประสงค์ที่จะใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้นก็ต้องระบุเอาไว้ในข้อบังคับบริษัท และจะต้องแบ่งองค์การภายในบริษัท ออกเป็น 3 ฝ่าย คือ คณะกรรมการบริหาร, คณะกรรมการกำกับดูแล และที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยจะต้องนำ French Commercial Code มาตรา 118-152 มาปรับใช้แทนมาตรา 89-117 ซึ่งในหัวข้อนี้ จะศึกษาเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายบริษัทมหาชน เท่านั้น ดังต่อไปนี้

4.2.2.1 การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล

ก. สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลมีจำนวนเท่าใดขึ้นอยู่กับข้อบังคับของบริษัท แต่ทั้งนี้ต้องไม่น้อยกว่า 3 คน และไม่เกิน 12 คน เว้นแต่จะมีการรวมกิจการหรือควบกิจการเข้ากับบริษัทอื่น อาจมีกรรมการเกิน 12 คน ได้ แต่ต้องไม่เกิน 24 คน⁶⁸

ข. สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท ที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือตามข้อบังคับของบริษัท และมีวาระการดำรงตำแหน่งตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับสูงสุดไม่เกิน 6 ปี และหากเป็นกรรมการชุดแรกจะอยู่ในตำแหน่งได้ไม่เกิน 3 ปี ทั้งนี้สมาชิกที่ครบกำหนดวาระดังกล่าวแล้วก็ยังอาจได้รับแต่งตั้งกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งอีกได้⁶⁹

ค. อย่างไรก็ตามกรณีสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลว่างลงเพราะตาย หรือ ลาออก จนทำให้สมาชิกที่เหลืออยู่ ไม่ครบจำนวนขั้นต่ำสุดที่จะต้องมีส่วนกรรมการกำกับดูแลตามข้อบังคับบริษัท (แต่จะต้องมากกว่าจำนวนน้อยที่สุดที่กฎหมายกำหนด) กฎหมายให้สิทธิคณะกรรมการกำกับดูแลที่เหลืออยู่ ทำการเลือกตั้งบุคคลที่จะมาเป็นสมาชิกใหม่แทนที่คนเดิมให้ครบจำนวนขั้นต่ำสุดตามข้อบังคับบริษัทดังกล่าวให้เสร็จสิ้นภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่ตำแหน่งกรรมการกำกับดูแลว่างลง จากนั้นเมื่อมีการแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นแทนคนเดิมแล้ว คณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องเสนอชื่อผู้ที่ได้รับแต่งตั้งคนใหม่ให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นในคราวถัดมาให้สัตยาบันต่อไปด้วย และแม้ว่าที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่ให้สัตยาบันดังกล่าวก็ไม่ทำให้การกระทำหรือการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลที่ได้ทำไปแล้วในระหว่างนั้นตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด⁷⁰

ง. ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีอำนาจถอดถอนสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแล⁷¹

⁶⁸ French Commercial Code มาตรา 129

⁶⁹ French Commercial Code มาตรา 134.

⁷⁰ French Commercial Code มาตรา 137.

⁷¹ Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel, *French Company Law*, p. 120.

4.2.2.2 คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล

ก. สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้⁷² จึงแตกต่างจากสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลของเยอรมันและเนเธอร์แลนด์ที่ห้ามนิติบุคคลเป็นกรรมการกำกับดูแล

สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่เป็นบุคคลธรรมดาจะต้องมีอายุไม่เกินกว่าที่กำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัท และหากข้อบังคับไม่ได้กำหนดเงื่อนไขด้านอายุของกรรมการกำกับดูแลตามที่กล่าวข้างต้นไว้ก็ตาม สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่เป็นบุคคลธรรมดาจำนวน ไม่น้อยกว่าสองในสามของคณะกรรมการกำกับดูแลทั้งหมด จะต้องมีอายุไม่เกิน 70 ปี⁷³

ข. ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องเป็นเจ้าของหุ้นตามจำนวนที่กำหนดไว้ข้อบังคับบริษัททั้งนี้ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตามหากสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลคนใดถือหุ้นลดลงกว่าที่กฎหมายกำหนดดังกล่าว และยังไม่สามารถจัดหาหุ้นมาเพิ่มเติมให้ครบตามจำนวนที่กำหนด ภายใน 3 เดือน ให้ถือว่าสมาชิกภาพของกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวเป็นอันสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ⁷⁴

กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล ต้องถือหุ้นของบริษัทด้วยนั้น น่าจะเป็นประโยชน์ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น เนื่องจากเมื่อกรรมการกำกับดูแลเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทจึงถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับผลการดำเนินงานของบริษัท และยังเป็นการสร้างแรงจูงใจให้กรรมการกำกับดูแลที่จะปฏิบัติหน้าที่ของตนให้มีประสิทธิภาพด้วย

ค. สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องไม่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหารในขณะเดียวกัน⁷⁵

ง. ห้ามสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลคนใดเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทอื่นเกินกว่า 8 แห่ง หากฝ่าฝืนจะต้องลาออกจากการเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล ให้เหลือไม่ถึง 8 แห่ง ภายใน 3 เดือน หากพ้นกำหนดแล้วยังไม่ดำเนินการดังกล่าว ให้ถือว่าพ้นจากตำแหน่งที่ได้รับแต่งตั้งครั้งหลังสุด⁷⁶

จ. คณะกรรมการกำกับดูแลต้องเลือกตั้งสมาชิกด้วยตนเองเป็นประธานและรองประธาน⁷⁷

⁷² French Commercial Code มาตรา 129-1 และ 135.

⁷³ French Commercial Code มาตรา 129-1.

⁷⁴ French Commercial Code มาตรา 130.

⁷⁵ French Commercial Code มาตรา 133.

⁷⁶ French Commercial Code มาตรา 136.

⁷⁷ French Commercial Code มาตรา 138.

ฉ. การลงคะแนนเสียงในที่ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแล ให้ใช้มติเสียงข้างมาก เว้นแต่ข้อบังคับกำหนดให้มากกว่านี้ ทั้งนี้มติที่ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแลแต่ละครั้งจะต้องมีประธานคณะกรรมการกำกับดูแลและสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลอีกไม่น้อยกว่า 1 คน ลงนามรับรองมติทุกครั้งด้วย⁷⁸

ช. ตัวแทนของคณะกรรมการลูกจ้างมีสิทธิเข้าร่วมฟังการประชุมของคณะกรรมการกำกับดูแลและสามารถให้คำปรึกษาได้ โดยจะได้รับแจ้งว่ามีการประชุมคณะกรรมการกำกับดูแลและจะได้รับเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการประชุมชุดเดียวกันกับที่ได้แจ้งให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลทราบทุกประการ⁷⁹

ข. ห้ามสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลมาจากลูกจ้างของบริษัท⁸⁰

จากข้อ 4.2.2.2 ข. และ ช. จึงสรุปได้ว่า ลูกจ้างไม่มีสิทธิเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลโดยตรง เพียงแต่มีสิทธิโดยผ่านตัวแทนคณะกรรมการลูกจ้าง ให้เข้าร่วมฟังการประชุมคณะกรรมการและอาจให้คำปรึกษาได้เท่านั้น จึงต่างกับระบบของเยอรมันที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องมีตัวแทนลูกจ้างเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลร่วมกับตัวแทนฝ่ายผู้ถือหุ้น และต่างจากระบบของเนเธอร์แลนด์ที่กำหนดวิธีการสรรหาสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลแทนที่คนเดิมที่พ้นตำแหน่ง โดยกฎหมายเนเธอร์แลนด์ เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้น และคณะกรรมการลูกจ้าง คัดค้านผู้ที่ถูกเสนอชื่อ ให้เข้ามาดำรงตำแหน่งสมาชิกกรรมการกำกับดูแลแทนคนเดิมได้ ซึ่งเปรียบเสมือนว่าลูกจ้างมีส่วนเกี่ยวข้องในการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลโดยทางอ้อมด้วยนั่นเอง

4.2.2.3 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล

ก. คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจแต่งตั้งกรรมการบริหาร⁸¹ ส่วนการถอดถอนกรรมการบริหาร นั้น ยังคงอยู่กับที่ประชุมผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตามกฎหมายให้คณะกรรมการกำกับดูแลสามารถทำความเห็นเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อถอดถอนกรรมการบริหารได้⁸² และโดยทั่วไปแล้วผู้ถือหุ้นก็มักจะปฏิบัติตามข้อเสนอของคณะกรรมการกำกับดูแล⁸³

ข. ให้ความเห็นชอบแก่กรรมการบริหารก่อนที่จะดำเนินการบางประการดังตัวอย่างต่อไปนี้

⁷⁸ French Commercial Code มาตรา 139.

⁷⁹ Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel , *French Company Law*, p. 121.

⁸⁰ Ibid.,p.120

⁸¹ French Commercial Code มาตรา 120.

⁸² French Commercial Code มาตรา 121.

⁸³ นัทรทิพย์ ตันตพระศาสตร์ , “มาตรการคุ้มครองผู้ถือหุ้น,” หน้า 212.

(1) ยินยอมให้สมาชิกของกรรมการบริหารคนใดเข้าไปเป็นสมาชิกของกรรมการบริหารของบริษัทอื่น กล่าวคือ กรรมการบริหารของบริษัทจะเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหารของบริษัทอื่นในขณะเดียวกันและอยู่ในเขตพื้นที่เดียวกันตามที่กฎหมายกำหนดได้ไม่เกินกว่า 2 แห่ง เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการกำกับดูแล⁸⁴

(2) ในกรณีสมาชิกของคณะกรรมการบริหาร หรือสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลคนใดจะเข้าทำนิติกรรมสัญญาหรือข้อตกลงใด ๆ ที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท ข้อตกลงดังกล่าวจะทำได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลก่อนหรือข้อบังคับบริษัทอาจกำหนดให้การกระทำดังกล่าวต้องให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้กระทำการแทนในนามบริษัทเพื่อป้องกันมิให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นเสียประโยชน์จากการนั้น นอกจากนี้ในกรณีที่บริษัทได้ทำสัญญาหรือความตกลงกับบริษัทอื่นหรือกิจการอื่น หากว่าในกิจการนั้น ๆ มีคนใดคนหนึ่งคณะกรรมการบริหาร หรือคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นเจ้าของกิจการนั้น หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดหรือเป็นผู้จัดการหรือกรรมการบริหารหรือกรรมการดูแลของกิจการนั้น ๆ ด้วยแล้ว ข้อตกลงดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับดูแลก่อนเช่นกัน⁸⁵

ทั้งนี้สมาชิกของคณะกรรมการบริหารและหรือคณะกรรมการกำกับดูแลผู้ใดที่มีส่วนได้เสียกับการกระทำที่ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของบริษัทข้างต้น จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการกำกับดูแลทราบทันทีเมื่อมีการกระทำดังกล่าว และสมาชิกของคณะกรรมการดูแลที่มีส่วนได้เสียดังกล่าวไม่มีสิทธิเข้าร่วมประชุมและออกเสียงในที่ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย อย่างไรก็ตามแม้การกระทำดังกล่าวจะได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลแล้วก็ตาม ประธานคณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องแจ้งให้ Commissioner of Account ซึ่งเป็นผู้ควบคุมเกี่ยวกับการบัญชีการเงินและกฎข้อบังคับเกี่ยวกับคุณสมบัติหรือข้อห้ามของกรรมการทราบและยังต้องนำเสนอให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาอนุมัติหรือไม่อีกครั้งหนึ่ง โดย Commissioner of Account จะเสนอความเห็นให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติในการกระทำของกรรมการดังกล่าวที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัทด้วย⁸⁶ หากที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่อนุมัติ กรรมการบริหารหรือกรรมการกำกับดูแลผู้ที่มีส่วนได้เสียในข้อตกลงนั้น จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัท ทั้งนี้ไม่ว่าที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะอนุมัตินิติกรรมสัญญาที่เป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับบริษัทดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม นิติกรรมสัญญาดังกล่าวที่ได้กระทำลงไปแล้วให้มีผลสมบูรณ์กับบุคคลที่สาม เว้นแต่นิติกรรมสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะกลฉ้อฉล⁸⁷

⁸⁴ French Commercial Code มาตรา 127.

⁸⁵ French Commercial Code มาตรา 143.

⁸⁶ ฉัตรทิพย์ ตันตพระศาสตร์, “มาตรการคุ้มครองผู้ถือหุ้น,” หน้า 216 และ French Commercial Code มาตรา 145

⁸⁷ French Commercial Code มาตรา 146.

กรณีที่มาชิกของคณะกรรมการบริหารหรือคณะกรรมการกำกับดูแลไม่ขอความยินยอมต่อที่ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแล ก่อนที่จะทำนิติกรรมสัญญาที่ผลประโยชน์ของตนขัดแย้งกับบริษัทตามที่กล่าวมาข้างต้น และเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย การกระทำนั้นอาจถูกคณะกรรมการกำกับดูแลบอกล้างได้⁸⁸ ซึ่งนิติกรรมสัญญาที่ถูกบอกล้างจะถูกห้ามมิให้กระทำกับบริษัทเป็นเวลา 3 ปี นับแต่วันที่ทำนิติกรรมสัญญาที่ถูกบอกล้างดังกล่าว หรือนับแต่วันที่ตรวจพบนิติกรรมสัญญาที่ถูกบอกล้างกรณีที่มีการปกปิดนิติกรรมสัญญาดังกล่าว หนึ่งที่ประชุมผู้ถือหุ้นอาจลงมติให้ลบล้างการจำกัดเวลาในการทำนิติกรรมที่ถูกบอกล้างกับบริษัทภายในกำหนดเวลาดังกล่าวได้ โดยพิจารณาจากรายงานพิเศษที่ยื่นโดย Commissioner of Account ประกอบ⁸⁹

นอกจากนี้สมาชิกของคณะกรรมการบริหารหรือคณะกรรมการกำกับดูแลที่กระทำนิติกรรมสัญญาที่ถูกบอกล้างดังกล่าวยังถูกห้ามมิให้กู้เงินจากบริษัทไม่ว่าจะเป็นการขอกู้ในรูปแบบใดก็ตาม รวมถึงถูกห้ามมิให้ขอให้บริษัทเป็นผู้ค้ำประกันตนเองต่อบุคคลที่สามด้วย ทั้งนี้จะรวมไปถึงการห้ามมิให้คู่สมรส ผู้รับมรดก บุตร และบิดามารดา ของผู้ที่ฝ่าฝืนดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตามข้อห้ามดังกล่าวมิให้นำมาใช้ในการประกอบธุรกิจการค้าปกติของบริษัทที่ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์และเงินทุน⁹⁰

(3) ข้อบังคับบริษัทอาจกำหนดว่าก่อนที่คณะกรรมการบริหาร จะกระทำกิจการบางประการที่มีความสำคัญ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลเสียก่อน และในกรณีที่ข้อบังคับกำหนดให้การค้ำประกันบุคคลใดในนามบริษัทเป็นกิจการที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลก่อน นั้น การค้ำประกันที่ต้องของอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวอาจถูกตัดค้ำจากบุคคลภายนอกได้ และไม่นำไปใช้กับบริษัทที่ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์หรือเงินทุน⁹¹

ค.อำนาจในการตรวจสอบการดำเนินงานของกรรมการบริหาร กล่าวคือ ไม่ว่าเวลาใด ๆ คณะกรรมการกำกับดูแลอาจตรวจและยื่นข้อซักถามกับคณะกรรมการบริหาร เมื่อต้องการทราบว่สิ่งที่คณะกรรมการบริหารได้คิดหรือกระทำไปนั้นเหมาะสมหรือไม่ โดยมีสิทธิที่จะเรียกให้คณะกรรมการบริหารจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการงานของบริษัทเพิ่มเติม นอกเหนือไปจากเอกสารที่คณะกรรมการบริหารต้องจัดส่งให้แก่คณะกรรมการกำกับดูแลตามปกติอยู่แล้ว⁹² ทั้งนี้เอกสารที่คณะกรรมการบริหารจัดส่งให้แก่คณะกรรมการกำกับดูแลตามปกติ ได้แก่ รายงานเกี่ยวกับการบริหารจัดการงานของบริษัท โดยต้องเสนอรายงานต่อคณะกรรมการกำกับ

⁸⁸ French Commercial Code มาตรา 147.

⁸⁹ French Commercial Code มาตรา 145(4)

⁹⁰ French Commercial Code มาตรา 148.

⁹¹ French Commercial Code มาตรา 128 วรรคสอง

⁹² Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel , *French Company Law* , p. 121.

ดูแลอย่างน้อยครั้งหนึ่งทุก ๆ 3 เดือน และเมื่อสิ้นสุดรอบบัญชี คณะกรรมการบริหารจะต้องเสนอรายงานเกี่ยวกับบัญชีงบดุล บัญชีกำไรขาดทุน รวมถึงบัญชีเกี่ยวกับการดำเนินงานต่อคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย ซึ่งคณะกรรมการกำกับดูแลมีหน้าที่ทำความเข้าใจเกี่ยวกับรายงานดังกล่าวแล้วนำเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อพิจารณาต่อไป⁹³

จ.อำนาจในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น เนื่องจากคณะกรรมการกำกับดูแลเปรียบเสมือนเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นที่ให้เข้ามาสอดส่องดูแลและควบคุมการบริหารจัดการของคณะกรรมการบริหาร กฎหมายจึงให้อำนาจแก่คณะกรรมการกำกับดูแลในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นในเวลาใดก็ได้เพื่อปรึกษาหารือขอความเห็นชอบ หรือรายงานเกี่ยวกับกิจการของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นทราบ⁹⁴

จ.บริษัทสามารถออกข้อบังคับบริษัทให้อำนาจคณะกรรมการกำกับดูแลที่จะกระทำการใด ๆ ที่สำคัญในนามบริษัทได้เช่นเดียวกับคณะกรรมการบริหาร เช่น การทำนิติกรรมแทนบริษัทในเรื่องที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินที่สำคัญต่อบริษัท เป็นต้น⁹⁵

4.2.2.4. ความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล

ด้วยกฎหมายบริษัทมหาชนของประเทศฝรั่งเศสกำหนดเป็นการทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริหารและกรรมการกำกับดูแล ว่าจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท , ไม่กระทำการใด ๆ ให้ผลประโยชน์ส่วนตัวขัดแย้งกับบริษัท และต้องไม่ก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ซึ่งกันและกันโดยเฉพาะหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะของแต่ละฝ่าย ทั้งนี้เว้นแต่กฎหมายกำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษ

ฉะนั้นกรณีที่กรรมการกำกับดูแลฝ่าฝืนหน้าที่ของตน จะต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาด้วยเช่นเดียวกับกรรมการบริหาร ดังนี้

ก. กฎหมายกำหนดให้กรรมการกำกับดูแลต้องรับผิดชอบทางแพ่งเป็นส่วนตัว หากปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมดูแลการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารด้วยความประมาทเลินเล่อ ขาดความระมัดระวัง ทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย เช่น เมื่อ

⁹³ French Commercial Code มาตรา 128 วรรคแรก.

⁹⁴ French Commercial Code มาตรา 158 และฉัตรทิพย์ ตันตพประศาสตร์ , “มาตรการคุ้มครองผู้ถือหุ้น,” หน้า 218.

⁹⁵ French Commercial Code มาตรา 126 และ Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel, French Company Law, pp. 121-122.

กรรมการกำกับดูแลทราบการกระทำของกรรมการบริหารที่อาจทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย แต่เพิกเฉยไม่ได้รายงานถึงการกระทำของกรรมการบริหารแก่ที่ประชุมผู้ถือหุ้น⁹⁶

การฟ้องร้องให้กรรมการกำกับดูแลรับผิดชอบผิดทางแพ่งดังกล่าวข้างต้น ทำได้โดยบริษัทและผู้ถือหุ้นร่วมกัน หรือโดยบุคคลภายนอกผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของกรรมการกำกับดูแล โดยจะต้องดำเนินการฟ้องร้องภายใน 3 ปีนับจากวันที่เกิดเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นหรือนับจากวันที่รู้เหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น⁹⁷

ข. กฎหมายบริษัทมหาชนของฝรั่งเศส กำหนดให้กรรมการกำกับดูแลที่ฝ่าฝืนหน้าที่ของตนและทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย อาจต้องถูกลงโทษในทางอาญาได้ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้นำความรับผิดทางอาญาของกรรมการบริหารมาใช้กับกรรมการกำกับดูแลด้วย โดยมีโทษปรับ 500,000 FF และจำคุก 5 ปี ทั้งนี้ในการลงโทษทางอาญาแก่สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวให้พิจารณาเกี่ยวกับการตัดสินใจในการกระทำของกรรมการกำกับดูแลว่าจงใจฝ่าฝืนหน้าที่ของตนหรือไม่ประกอบด้วย

นอกจากโทษทางอาญาข้างต้นแล้ว ประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศส ยังได้นำบทลงโทษโดยมูลความผิดในการลงโทษทางอาญาที่อาจนำมาปรับใช้กับการกระทำของกรรมการกำกับดูแล ได้แก่ การฉ้อโกง กล่าวคือ อาจเป็นไปได้ที่กรรมการกำกับดูแลจะจงใจละเลยตรวจสอบงบการเงินของบริษัทที่คณะกรรมการบริหารเป็นผู้นำเสนอแก่ต้นซึ่งงบการเงินดังกล่าวมีข้อมูลผิดไปจากความเป็นจริง หรือกรณีที่กรรมการบริหารเสนอให้ที่ผู้ถือหุ้นเพิ่มทุนและกรรมการกำกับดูแลเพิกเฉยที่จะตรวจสอบว่ามีการนำเงินเพิ่มทุนไปใช้ในกิจการของบริษัทจริงหรือไม่ และต่อมากกรรมการบริหารได้ชักยอกนำเงินเพิ่มทุนไปใช้เพื่อประโยชน์ตนเอง ในกรณีดังกล่าวกรรมการบริหารอาจต้องรับผิดชอบทางอาญาเป็นส่วนตัวหรือรับผิดชอบร่วมกับกรรมการบริหารด้วย⁹⁸

4.2.3 คณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2. ว่าการประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์นั้น นอกจากจะแบ่งออกเป็นบริษัทมหาชนและบริษัทเอกชนดังกล่าวแล้ว อาจแยกออกได้อีกเป็นบริษัทขนาดใหญ่ (Large Companies) กับ บริษัทขนาดเล็ก (Small Companies) และบริษัทขนาดใหญ่ยังแบ่งออกเป็นบริษัทใหญ่ที่ได้รับยกเว้น (Exempt Large

⁹⁶ พิพัฒน์ วุฒิชัยสารานนท์, “หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตมหาวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539) หน้า. 47-48.

⁹⁷ French Commercial Code มาตรา 247

⁹⁸ French Criminal Code มาตรา405

Companies) บริษัทที่มีโครงสร้าง (Structure Companies) และบริษัทที่ลดโครงสร้าง (Mitigated Structure Companies)⁹⁹ ทั้งนี้เฉพาะบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้างและบริษัทขนาดใหญ่ที่ลดโครงสร้างเท่านั้นที่ถูกกำหนดให้ต้องใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้น โดยต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นมาเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น และคณะกรรมการบริหาร เพื่อให้คณะกรรมการกำกับดูแล ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด สำหรับบริษัทขนาดเล็กกับบริษัทขนาดใหญ่ที่ได้รับยกเว้นนั้นโดยทั่วไปแล้วหากข้อบังคับบริษัทไม่ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล ระบบการจัดการของบริษัทเหล่านี้จะใช้ระบบคณะกรรมการชั้นเดียวโดยมีองค์การที่ประชุมผู้ถือหุ้น และผู้จัดการหรือคณะกรรมการบริหารเท่านั้น¹⁰⁰

4.2.3.1. การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล

ก. การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดเล็ก (Small Companies) และบริษัทขนาดใหญ่ที่ได้รับยกเว้น (Exempt Large Companies)

เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บังคับให้บริษัทดังกล่าวต้องจัดตั้งองค์การอื่นนอกจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นและผู้จัดการหรือคณะกรรมการบริหาร อย่างไรก็ตามข้อบังคับบริษัทสามารถกำหนดให้บริษัทดังกล่าวจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลได้ และเมื่อข้อบังคับกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแลแล้ว สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลต้องมาจากบุคคลธรรมดาเท่านั้น และต้องมีไม่น้อยกว่า 1 คน เว้นแต่ข้อบังคับอาจกำหนดให้มีมากกว่า 1 คนได้¹⁰¹

สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลครั้งแรกได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท ส่วนการแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลในครั้งอื่นๆ ให้เป็นอำนาจของที่ประชุมผู้ถือหุ้น¹⁰² นอกจากนี้ข้อบังคับก็ยังสามารถกำหนดให้ 1 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดในคณะกรรมการกำกับดูแล ได้รับการแต่งตั้งและถอดถอนโดยองค์การภายนอกบริษัทซึ่งอาจจะเป็นองค์การที่จัดตั้งโดยรัฐบาล หรือท้องถิ่น ก็ได้

สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทขนาดเล็ก อาจถูกถอดถอนหรือสั่งพักงานได้โดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น แต่ทั้งนี้หากตำแหน่งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่ได้รับแต่งตั้งจากองค์การภายนอกดังกล่าวว่างลง ก็ให้องค์การภายนอกนั้นเองเป็นผู้แต่งตั้งมาแทนที่¹⁰³

⁹⁹ Christopher Bovis , Business Law in the European Union , p.10.

¹⁰⁰ S.N. Formmel and J. H. Thomson, Company Law in Europe , p.407.

¹⁰¹ Ibid ,p. 409.

¹⁰² Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , The Netherlands Practical Commercial Law , p.53.

¹⁰³ S.N. Formmel and J. H. Thomson, Company Law in Europe , p.409.

ข. การแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้าง (Structure Companies) และบริษัทใหญ่ที่ลดโครงสร้าง (Mitigated Structure Companies)

บริษัทดังกล่าวต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลเสมอ คณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทดังกล่าวประกอบด้วยสมาชิกที่เป็นบุคคลธรรมดาไม่น้อยกว่า 3 คน สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลครั้งแรกได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมจัดตั้งบริษัท หลังจากนั้นหากมีตำแหน่งว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตามรวมถึงกรรมการลาออกก่อนครบวาระ หรือสิ้นสุดการเป็นสมาชิกเพราะครบกำหนดวาระดำรงตำแหน่ง ทั้งนี้ให้เป็นสิทธิของคณะกรรมการกำกับดูแลในการแต่งตั้งสมาชิกของคณะกรรมการดูแลใหม่แทนกรรมการท่านเดิมได้ จะเห็นได้ว่ากรรมการกำกับดูแลแตกต่างจากการแต่งตั้งสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดเล็ก (Small Companies) และบริษัทขนาดใหญ่ที่ได้รับยกเว้น (Exempt Large Companies) รวมถึงการแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลของประเทศเยอรมัน แต่จะคล้ายคลึงกันกับการแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลของฝรั่งเศส*

วิธีการที่ให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลด้วยตนเองตามกฎหมายของเนเธอร์แลนด์เช่นนี้ มีขั้นตอนและเงื่อนไขดังนี้ กล่าวคือก่อนที่คณะกรรมการกำกับดูแลจะแต่งตั้งผู้ใดเป็นสมาชิกแทนตำแหน่งที่ว่างลง จะต้องแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้น คณะกรรมการลูกจ้าง และคณะกรรมการบริหาร ทราบเพื่อขอคำแนะนำจากองค์กรดังกล่าวเสียก่อน และบุคคลที่จะได้รับคัดเลือกให้เป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลต้องไม่ถูกคัดค้านจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการลูกจ้างด้วยเหตุผลที่ว่าบุคคลที่ได้รับเสนอชื่อนั้นไม่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับตำแหน่งและหรือเป็นบุคคลที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับบริษัท อนึ่ง ถ้าตกลงกันไม่ได้ในเรื่องการแต่งตั้งสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าว ก็จะต้องร้องขอไปยัง Social Economic Council (SER) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ประกอบด้วยตัวแทนนายจ้าง ตัวแทนลูกจ้าง และรัฐบาล เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดและให้เป็นที่สุด¹⁰⁴ วิธีการแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลในลักษณะเช่นนี้ มีชื่อเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า controlled cooption applies¹⁰⁵

นอกจากนี้ข้อบังคับก็ยังสามารถกำหนดให้ 1 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดในคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้าง (Structure Companies) และ

* โปรดพิจารณาการแต่งตั้งและถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลของฝรั่งเศสในหัวข้อ 4.2.2.1 ค.

¹⁰⁴ S.N. Formmel and J. H. Thomson, *Company Law in Europe*, p.410.

¹⁰⁵ Willem A Hoyng, Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann. *The Netherlands Practical Commercial Law*, p.56.

บริษัทใหญ่ที่ลดโครงสร้าง(Mitigated Structure Companies) ได้รับการแต่งตั้งโดยองค์รายนอกซึ่งอาจจะเป็นองค์กรที่จัดตั้งโดยรัฐบาลหรือท้องถิ่น ก็ได้ เช่นเดียวกับบริษัทขนาดเล็ก (Small Companies) และบริษัทขนาดใหญ่ที่ได้รับยกเว้น (Exempt Large Companies)¹⁰⁶

ในส่วนของ การถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้าง(Structure Companies) และบริษัทใหญ่ที่ลดโครงสร้าง(Mitigated Structure Companies) นั้น Commercial Chamber of the Court of Appeal of Amsterdam เป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ภายใต้การร้องขอจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือคณะกรรมการลูกจ้าง¹⁰⁷

อนึ่งมีความเห็นว่าการบัญญัติให้องค์รายนอกเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลดังเช่นของประเทศเนเธอร์แลนด์ นั้น น่าจะเป็นมาตรการที่ดีที่จะช่วยปกป้องคณะกรรมการกำกับดูแล ไม่ให้ต้องเกรงกลัวว่าจะถูกผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่อาจเป็นกลุ่มเดียวกันกับคณะกรรมการบริหาร กลั่นแกล้ง อันจะทำให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีความเป็นอิสระและสามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

มีข้อสังเกตว่าประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่ได้กำหนดให้ลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมเป็นสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลโดยตรงเช่นเดียวกับของประเทศเยอรมัน น่าจะเป็นเพราะว่าอาจต้องการป้องกันมิให้แบ่งแยกสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ถือหุ้นกับฝ่ายลูกจ้าง ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความขัดแย้งและขาดความร่วมมือที่ดีขึ้นในคณะกรรมการกำกับดูแลได้ง่าย แต่ทั้งนี้จากการที่กฎหมายให้อำนาจแก่คณะกรรมการลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมกับที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการพิจารณาแนะนำและคัดค้านการแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลคนใหม่แทนที่สมาชิกคนเดิมที่ออกก่อนวาระ น่าจะถือได้ว่ากฎหมายบริษัทของประเทศเนเธอร์แลนด์ ให้สิทธิลูกจ้างเข้ามามีส่วนร่วมในการควบคุมตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการบริหารโดยอ้อมได้เช่นกัน ซึ่งมีผู้กล่าวถึงปรัชญาที่อยู่เบื้องหลังในการประกอบธุรกิจของบริษัทในเนเธอร์แลนด์ ได้แก่ การให้ความสำคัญกับทั้งเงินทุนและแรงงาน¹⁰⁸

4.2.3.2. คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล¹⁰⁹

ก. กรรมการกำกับดูแลต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น และมีอายุไม่เกิน 72 ปี เว้นแต่ข้อบังคับจะกำหนดให้ลดลงน้อยกว่า 72 ปี

¹⁰⁶Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann. The Netherlands Practical Commercial Law ,56.

¹⁰⁷ S.N. Formmel and J. H. Thomson, Company Law in Europe , p.410

¹⁰⁸ Ibid, p.409.

¹⁰⁹ Ibid, pp.410-411.

ข. กรรมการกำกับดูแลไม่จำเป็นต้องเป็นคนสัญชาติต่างชาติ
 ค. กรรมการกำกับดูแลต้องไม่เป็นสมาชิกของคณะกรรมการบริหาร
 ง. กรรมการกำกับดูแลต้องไม่เป็นลูกจ้างของบริษัทหรือบริษัทที่มีส่วนได้เสีย
 เกี่ยวข้อง

จ. กรรมการกำกับดูแล มีวาระการดำรงตำแหน่งไม่เกิน 4 ปี อย่างไรก็ตาม
 ก็อาจมีการแต่งตั้งกรรมการกำกับดูแลที่ครบวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว ให้เป็นกรรมการดูแล
 ได้อีก

ฉ. คณะกรรมการกำกับดูแลจะจัดประชุมปีละกี่ครั้งก็ได้ขึ้นอยู่กับความ
 เหมาะสม ทั้งนี้คณะกรรมการกำกับดูแล อาจเชิญกรรมการบริหารหรือผู้จัดการมาให้ข้อมูล
 ที่จำเป็นต้องใช้ในการประชุมได้

ช. การลงคะแนนเสียงชี้ขาดในที่ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแล ให้ใช้
 มติเสียงข้างมากเว้นแต่ข้อบังคับบริษัทจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ซ. เว้นแต่ข้อบังคับจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ค่าตอบแทนของสมาชิกคณะ
 กรรมการกำกับดูแล มักจะเป็นไปตามสัดส่วนของผลประโยชน์ของบริษัทและตามความ
 สามารถของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลแต่ละคน และการพิจารณาค่าตอบแทนดังกล่าวจะ
 อยู่ภายใต้การจัดสรรของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

4.2.3.3 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล

ก. คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจในการตรวจสอบและควบคุมการดำเนินงาน
 งานของคณะกรรมการบริหาร กล่าวคือ คณะกรรมการบริหารจะต้องปรึกษากับคณะกรรมการ
 กำกับดูแลเกี่ยวกับการปฏิบัติงานทั่วไป อีกทั้งคณะกรรมการบริหารจะต้องหารือกับคณะกรรมการ
 กำกับดูแลในการตัดสินใจที่เกี่ยวกับกิจการที่สำคัญของบริษัท ทั้งนี้คณะกรรมการบริหารมีหน้าที่
 ที่จะต้องจัดหาข้อมูลให้กับคณะกรรมการกำกับดูแล อย่างตรงเวลาเท่าที่จำเป็นแก่ในการทำ
 หน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล¹¹⁰

ข. ให้ความเห็นชอบแก่กรรมการบริหารก่อนที่จะดำเนินการบางประการที่
 สำคัญ ทั้งนี้ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ ได้แก่¹¹¹

- (1) การออกหรือการไต่มาซึ่งหุ้นทุน หรือหุ้นกู้
- (2) การนำหุ้นทุน หุ้นกู้ เข้าจดทะเบียน-ยกเลิกเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน
- (3) การขายอสังหาริมทรัพย์ของบริษัท

¹¹⁰ J.M.M. Maeijer, *A Modern European Company Law System Commentary on the 1976 Dutch Legislation*. pp.126-127.

¹¹¹ S.N. Formmel and J. H. Thomson, *Company Law in Europe* , pp.408-409.

- (4) การจัดตั้งและยกเลิกความร่วมมือกับบริษัทอื่น
- (5) ตัดสินใจในกรณีที่บริษัทจะลงทุนร่วมกับบริษัทอื่น เป็นเงินตั้งแต่ 1 ใน 4 ของเงินทุนจดทะเบียน
- (6) เสนอให้มีการแก้ไขข้อบังคับ
- (7) เสนอให้มีการชำระบัญชีบริษัทหรือเลิกบริษัท
- (8) ปลดคนงานจำนวนมาก ในทันทีหรือในเวลาอันสั้น
- (9) เปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการจ้างให้แตกต่างไปจากเดิมอย่างมาก
- (10) การลดทุนบริษัท และหากคณะกรรมการบริหารฝ่าฝืนทำการลดทุน โดยไม่ได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับดูแล การลดทุนก็จะไม่ผูกพันบุคคลภายนอก
- (11) การประนีประนอมยอมความ

ค. แต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการบริหาร และหลังจากนั้นให้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบการแต่งตั้งดังกล่าวในทันที¹¹²

ง. ถอดถอนหรือสั่งพักงานสมาชิกคณะกรรมการบริหาร ฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการกำกับดูแลโดยตรงในการถอดถอนกรรมการบริหาร ซึ่งแตกต่างจากเยอรมันและฝรั่งเศส กล่าวคือ คณะกรรมการกำกับดูแลของเยอรมันจะถอดถอนกรรมการบริหารได้เฉพาะกรณีที่กรรมการบริหารปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเป็นเหตุสำคัญให้บริษัทได้รับความเสียหายเท่านั้น ส่วนในฝรั่งเศส นั้น คณะกรรมการกำกับดูแลไม่มีอำนาจถอดถอนกรรมการบริหารโดยตรง อำนาจถอดถอนกรรมการบริหารยังคงเป็นที่ประชุมผู้ถือหุ้น เพียงแต่กฎหมายให้สิทธิคณะกรรมการกำกับดูแล สามารถทำความเห็นต่อที่ประชุมเพื่ออนุมัติถอดถอนกรรมการบริหารได้¹¹³ อย่างไรก็ตามในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลของเนเธอร์แลนด์สั่งพักงานกรรมการบริหารโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร คณะกรรมการกำกับดูแลอาจต้องรับผิดชอบละเมิดต่อสมาชิกคณะกรรมการบริหารผู้นั้นได้¹¹⁴

จ. กรณีที่กรรมการบริหาร ประสงค์จะทำนิติกรรมกับบริษัทในนามของบริษัท ทำกับตนเอง ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผลประโยชน์ของกรรมการบริหารขัดกับบริษัท

¹¹² Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann. The Netherlands Practical Commercial Law , p.57.

¹¹³ French Commercial Code มาตรา 121.

¹¹⁴ J.M.M. Maeijer, A Modern European Company Law System Commentary on the 1976 Dutch Legislation . p.128.

(conflict of interest) การทำนิติกรรมการดังกล่าว จะต้องให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ลงนามแทนบริษัทเพื่อทำนิติกรรมกับกรรมการบริหารผู้นั้น¹¹⁵

จ.ให้คำรับรองงบการเงินประจำปีของบริษัททุกครั้งก่อนที่จะเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น¹¹⁶ โดยจะต้องแนบบันทึกความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลแล้วเอกสารงบการเงินถูกต้องครบถ้วน ทั้งนี้คณะกรรมการกำกับดูแลต้องมีหน้าที่ร่วมกันกับกรรมการบริหารเพื่อจัดหาข้อมูลที่จำเป็นให้กับที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วย¹¹⁷

ข.มีอำนาจในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อพิจารณาเป็นกรณีพิเศษ¹¹⁸

อนึ่ง เพื่อให้คณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทของเนเธอร์แลนด์สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ คณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวจะต้องมีความเป็นอิสระโดยไม่ถือว่าเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น หรือองค์กรภายนอกอื่นที่แต่งตั้งสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแล และไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามผู้ถือหุ้นหรือผู้ที่แต่งตั้งตนมาดังกล่าว แต่ยึดหลักว่าจะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายและข้อบังคับของบริษัทเท่านั้น ด้วยเหตุนี้คณะกรรมการกำกับดูแลไม่ควรปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะแต่ควรกระทำโดยพิจารณาถึงผลประโยชน์ของบริษัท ผู้ถือหุ้นและผู้ที่เกี่ยวข้องอื่นด้วย¹¹⁹ นอกจากนี้ Social Economic Council (SER) ยังได้เสนอให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีหน้าที่เพิ่มเติมโดยปฏิบัติหน้าที่ของตนภายใต้กรอบของประโยชน์สาธารณะอีกด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ยังเป็นที่ยกเถียงกันอยู่มากเนื่องจากเห็นว่าบริษัทเอกชนส่วนใหญ่จัดตั้งขึ้น โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองผลประโยชน์สาธารณะจึงยังไม่เหมาะสมที่จะให้คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่โดยคำนึงประโยชน์สาธารณะ¹²⁰

¹¹⁵ J.M.M. Maeijer, A Modern European Company Law System Commentary on the 1976 Dutch Legislation . p.128.

¹¹⁶ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann. The Netherlands Practical Commercial Law , p.57.

¹¹⁷ J.M.M. Maeijer, A Modern European Company Law System Commentary on the 1976 Dutch Legislation , pp.133.

¹¹⁸ Ibid.,p.128.

¹¹⁹ Ibid.,p.129.

¹²⁰ Ibid., p.130.

4.2.3.4 ความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล¹²¹

ก. ในบริษัทขนาดเล็ก ถ้าสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลไม่รับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างเพียงพอ หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสม ซึ่งรวมถึงการเพิกเฉยต่อการควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหาร อาจเป็นเหตุให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือบุคคลภายนอกที่มีอำนาจแต่งตั้งกรรมการกำกับดูแล ใช้อำนาจถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวออกจากตำแหน่งได้

สำหรับกรณีที่สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดใหญ่ปฏิบัติหน้าที่อย่างขาดความรับผิดชอบหรือไม่เหมาะสมดังกล่าว ก็อาจถูกที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือผู้ที่มีอำนาจแต่งตั้งกรรมการกำกับดูแล ร้องขอให้ Commercial Chamber of the Court of Appeal of Amsterdam พิจารณาสั่งถอดถอนออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน นอกจากนี้กรรมการกำกับดูแลผู้นั้นยังอาจต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่เป็นผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วย

ข. สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล อาจต้องรับผิดชอบทางแพ่งต่อบุคคลภายนอกที่เข้าใจผิดเกี่ยวกับรายงานทางการเงินของบริษัทในงบการเงิน หรือเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับสถานะของบริษัท อันเนื่องมาจากงบการเงินของบริษัทไม่ได้จัดทำขึ้นให้เป็นไปตามบันทึกที่คณะกรรมการกำกับดูแลลงนามกำกับและให้ความเห็นต่อท้ายไว้ เว้นแต่คณะกรรมการกำกับดูแลจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าความผิดพลาดไม่ได้เกิดจากปฏิบัติหน้าที่ของตน

ค. สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลผู้ที่ไม่รับผิดชอบต่อปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่อย่างเหมาะสม ซึ่งรวมถึงการเพิกเฉยต่อการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร จนก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งตนเองต้องรับผิดชอบตามที่กล่าวในข้อ 4.2.3.4 ก. และ ข. ข้างต้น กรรมการกำกับดูแลผู้นั้น อาจได้รับโทษทางอาญาที่เกิดจากการกระทำผิดทางเศรษฐกิจ (Economic offence) ตามมาตรา 335 , 336 ของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศเนเธอร์แลนด์ด้วย

¹²¹J.M.M. Maeijer, *A Modern European Company Law System Commentary on the 1976 Dutch Legislation* . , pp.134-135.

บทที่ 5

วิเคราะห์หลักกฎหมายคณะกรรมการกำกับดูแล ในระบบคณะกรรมการสองชั้น

การบริหารจัดการและควบคุมบริษัทในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว โดยเฉพาะในบริษัทที่มีกิจการขนาดใหญ่ คณะกรรมการบริษัทหรือคณะกรรมการอำนวยการ (Board of Directors) จะเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการบริหาร (Management Committee) ซึ่งมักจะประกอบด้วยกรรมการผู้จัดการ (Managing Director) และที่มงานบริหารระดับสูง (Executive Officers) โดยคณะกรรมการอำนวยการจะกำหนดนโยบายและมอบหมายภาระหน้าที่อันเป็นการดำเนินงานประจำของบริษัท ให้กับคณะกรรมการบริหารรับไปดำเนินการอีกทอดหนึ่ง¹ สำหรับคณะกรรมการบริหารนั้น จะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตัดสินใจในการดำเนินกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามนโยบายที่คณะกรรมการอำนวยการได้กำหนดไว้ รวมถึงเป็นผู้แทนของบริษัทในการตัดสินใจกระทำการต่าง ๆ ในนามบริษัท ในขณะที่บทบาทของผู้ถือหุ้นเป็นเพียงผู้ควบคุมดูแลการบริหารจัดการงานของบริษัทอยู่ห่าง ๆ เช่น การเลือกตั้งกรรมการอำนวยการ และลงคะแนนเสียงในเรื่องสำคัญตามที่กฎหมายและข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้

จากการที่ศึกษาในบทก่อน ๆ มาแล้วว่าคณะกรรมการอำนวยการทำหน้าที่กำกับดูแลและตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารในลักษณะกว้าง ๆ จึงไม่สามารถถ่วงดุลและคานอำนาจคณะกรรมการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และมีความเป็นไปได้อย่างมากที่คณะกรรมการบริหารจะบริหารงานผิดพลาด รวมถึงกระทำการเพื่อหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้กับตัวเอง ปัญหาดังกล่าวนี้นำให้บริษัทในยุโรปหลายประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ได้หาทางแก้ไขโดยจัดตั้งระบบคณะกรรมการสองชั้นขึ้น และกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นองค์กรที่ควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด

ในบทนี้จะวิเคราะห์ว่าการบริหารจัดการและควบคุมดูแลบริษัทในรูปแบบคณะกรรมการชั้นเดียวมีข้อบกพร่องอย่างไรบ้าง, การจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้น โดยจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลมีข้อดีและผลกระทบอย่างไร, วิเคราะห์ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างคณะกรรมการตรวจสอบกับคณะกรรมการกำกับดูแล, มาตรการที่ดีของคณะกรรมการกำกับดูแลที่เหมาะสมที่ควรนำมาปรับใช้กับบริษัทในประเทศไทย รวมถึงข้อจำกัดและข้อพึงระวังในการนำระบบคณะกรรมการกำกับดูแลมาปรับใช้

¹มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช , สาขาวิชานิติศาสตร์ , เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารธุรกิจ หน่วยที่ 1-9 , หน้า 92.

5.1 ข้อบกพร่องของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว

5.1.1 เนื่องจาก ในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว นั้น คณะกรรมการบริษัทที่รับผิดชอบดำเนินงานของบริษัทมีเพียงชุดเดียว โดยจะรับผิดชอบทั้งการตัดสินใจในการบริหารงานของบริษัท และกำกับดูแลการบริหารงานของฝ่ายบริหาร เพียงแต่ในบริษัทที่มีขนาดใหญ่ คณะกรรมการบริษัทมักจะแต่งตั้งและมอบหมายให้กรรมการบริษัทด้วยกันเองทำหน้าที่บริหารงานของบริษัทขึ้นเป็นการเฉพาะ ซึ่งเรียกว่าคณะอนุกรรมการบริหารหรือคณะกรรมการบริหาร ในขณะที่กรรมการบริษัทที่ไม่ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการบริหารก็จะทำหน้าที่กำกับและตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งเรียกว่าคณะกรรมการอำนวยการหรือคณะกรรมการบริษัท

และจากการที่ผู้ที่ทำหน้าที่บริหารงานและควบคุมตรวจสอบการบริหารงานในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว มาจากบุคคลในกลุ่มเดียวกันเช่นนี้เอง ประกอบกับยังพบว่าในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว นั้น บุคคลที่เป็นประธานกรรมการบริหารและกรรมการบริหารที่มีอาวุโส มักจะมีอำนาจชี้หน้าหรือมีอิทธิพลเหนือการตัดสินใจของคณะกรรมการอำนวยการหรือคณะกรรมการบริษัท จากโครงสร้างของระบบคณะกรรมการชั้นเดี่ยวดังกล่าว จึงทำให้คณะกรรมการอำนวยการไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควรในการถ่วงดุลและคานอำนาจในการบริหารงาน และขาดอิสระในการปฏิบัติงาน²

5.1.2 อำนาจของคณะกรรมการอำนวยการในการแต่งตั้งสมาชิกกรรมการบริหาร ซึ่งประกอบด้วยกรรมการผู้จัดการใหญ่และที่ปรึกษาบริหาร นั้น น่าจะเป็นเพียงอำนาจในทางทฤษฎีเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามผู้บริหารสูงสุดในคณะกรรมการบริหาร รวมถึงกรรมการผู้จัดการใหญ่ กลับเป็นฝ่ายที่คัดเลือกคณะกรรมการอำนวยการ จึงทำให้กรรมการอำนวยการอาจมีความรู้สึกเป็นหนี้บุญคุณกรรมการผู้จัดการใหญ่หรือผู้บริหารสูงสุด และมักจะไม่เคร่งครัดในการตรวจสอบการบริหารงานของบุคคลดังกล่าวเท่าใดนัก³

5.1.3 การประชุมเพื่อปรึกษาหารือระหว่างสมาชิกของคณะกรรมการอำนวยการแต่ละครั้งนั้น มักจะไม่ได้รับความร่วมมือที่ดีจากฝ่ายบริหารในการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานของบริษัท⁴ ด้วยเหตุดังกล่าวคณะกรรมการอำนวยการจึงมักจะไม่เข้มงวดในการควบคุมและ

² Benjamin T.Lo , *Improving Corporate Governance : Lessons from the European Community*(<http://www.law.indiana.edu/glsj/vol 1./lo.html>) , p.8

³ Ibid. , p.2

⁴ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , สาขาวิชานิติศาสตร์, *เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารธุรกิจ หน่วยที่ 1-9* ,หน้า 95.

ตรวจสอบการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหาร อีกทั้งกรรมการผู้จัดการใหญ่หรือผู้บริหารสูงสุดมักจะไม่ต้องการให้มีการตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของตน จึงทำให้คณะกรรมการอำนวยการอาจเพิกเฉยและละเลยหน้าที่ของตน⁵

5.1.4 เนื่องจากกรรมการอำนวยการแต่ละคน มักจะใช้เวลาของตนเองไปกับการติดต่อกับงานนอกบริษัท จนอาจไม่มีเวลาที่เพียงพอในการทำหน้าที่ของตนเอง และมักจะขาดการติดต่อสื่อสารที่ดีและความร่วมมือในการทำงานเป็นกลุ่มคณะ ด้วยเหตุที่กล่าวมาจึงทำให้สมาชิกของคณะกรรมการอำนวยการ ไม่สามารถแลกเปลี่ยนความเห็นกันได้อย่างเต็มที่และขาดจุดมุ่งหมายร่วมกันในการดำเนินงานให้เกิดประสิทธิภาพ⁶

5.1.5 สำหรับบริษัทที่มีการแต่งตั้งกรรมการอิสระขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการอำนวยการ นั้น เป็นการแต่งตั้งขึ้นเพื่อให้บริษัทมีกรรมการอิสระถูกต้องครบถ้วนตามกฎหมาย และข้อกำหนดของทางการเท่านั้น หรือเป็นการให้เกิดหรือสร้างความสัมพันธ์ที่ดีกับผู้ได้รับแต่งตั้งเท่านั้น โดยขาดความมุ่งหวังให้บุคคลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นตัวแทนรักษาผลประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นรายย่อย หรือตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างแท้จริง นอกจากนี้เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นในการดำเนินงานภายในบริษัท ผู้ที่เป็นกรรมการอิสระมักจะไม่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นด้วยความระมัดระวัง และคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไปเท่าที่ควร ในทางตรงข้ามมีแนวโน้มที่กรรมการอิสระมักจะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะประนีประนอมเพื่อผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือหากมีเรื่องที่กรรมการอิสระเห็นว่าไม่ถูกต้อง กรรมการอิสระก็อาจจะไม่แสดงความเห็นคัดค้านอย่างจริงจัง หรืออาจจะเลือกถอยมากกว่าพยายามที่จะระงับการกระทำเช่นนั้น⁷

⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช , สาขาวิชานิติศาสตร์, เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารธุรกิจ หน่วยที่ 1-9 , หน้า 95.

⁶ Benjamin T.Lo , Improving Corporate Governance : Lessons from the European Community 1./lo.html , p.2

⁷ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. “บทสรุปผู้บริหาร (บทศึกษา เรื่องการเสริมสร้าง Good Corporate Governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย),” , หน้า 2-3

5.2 ข้อดีของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทโดยคณะกรรมการกำกับดูแลในระบบคณะกรรมการสองชั้น

ในส่วนนี้จะศึกษาข้อดีของระบบคณะกรรมการแบบสองชั้น โดยแบ่งเป็น ข้อดีของระบบคณะกรรมการสองชั้นที่ต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลโดยทั่วไป กับ ข้อดีของระบบคณะกรรมการสองชั้นที่ต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล พิจารณาในด้านแรงงาน

5.2.1 ข้อดีของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทโดยคณะกรรมการกำกับดูแลโดยทั่วไป

5.2.1.1 เนื่องจากระบบคณะกรรมการบริษัทแบบสองชั้น ได้แบ่งแยกองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารงานกับองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงาน ออกจากกันอย่างชัดเจน และโดยทั่วไปคณะกรรมการกำกับดูแลได้รับแต่งตั้งจากผู้ถือหุ้น* ส่วนคณะกรรมการบริหารได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการกำกับดูแลอีกทอดหนึ่ง คณะกรรมการทั้งสองเปรียบเสมือนเป็นกรรมการที่อยู่คนละชั้น ต่างจากระบบคณะกรรมการชั้นเดียวที่กรรมการผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบการบริหารงานกับกรรมการที่ทำหน้าที่ควบคุมการบริหารงาน มาจากบุคคลในกลุ่มเดียวกัน คือ คณะกรรมการบริษัท ลักษณะโครงสร้างคณะกรรมการของระบบคณะกรรมการสองชั้นดังกล่าว จึงมีส่วนช่วยทำให้คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานได้อย่างอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การชี้นำของประธานกรรมการบริหารและกรรมการบริหารที่มีอาวุโสสูงที่เป็นอยู่ในระบบคณะกรรมการชั้นเดียวที่กล่าวมาแล้วในข้อ 5.1.1 จึงเห็นว่าคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นเครื่องมือที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการถ่วงดุลและคานอำนาจการบริหารงาน⁸

5.2.1.2 จากกรณีที่ระบบคณะกรรมการสองชั้นของบางประเทศกำหนดห้ามคนใดคนหนึ่งเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทต่างๆ ในเวลาเดียวกันเกินกว่าที่กำหนด โดยเยอรมันกำหนดห้ามเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลเกินกว่า 10 แห่ง และ

*มีบางกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลได้รับแต่งตั้งจากองค์กรอื่นนอกจากผู้ถือหุ้นได้ เช่น ในประเทศเยอรมัน กำหนดให้สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วยตัวแทนที่ได้รับแต่งตั้งจากฝ่ายผู้ถือหุ้นและฝ่ายลูกจ้าง นอกจากนี้คณะกรรมการกำกับดูแลของเนเธอร์แลนด์ ยังอาจกำหนดให้สมาชิกบางส่วนของคณะกรรมการกำกับดูแล ได้รับแต่งตั้งจากบุคคลภายนอกได้ด้วย ทั้งนี้โปรดพิจารณาหัวข้อการแต่งตั้งถอนถอนสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลของประเทศเยอรมันและเนเธอร์แลนด์ในบทที่ 4. ว่าด้วยเรื่อง คณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัท ตามกฎหมายต่างประเทศ

⁸ Benjamin T.Lo , Improving Corporate Governance : Lessons from the European Community , p.8

ฝรั่งเศส กำหนดห้ามเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลเกินกว่า 8 แห่ง การจำกัดจำนวนบริษัทที่คน ๆ หนึ่งจะเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าว นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นของความเปลี่ยนแปลงที่ดี กล่าวคือ สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลจะมีเวลาเพียงพอที่จะแลกเปลี่ยนความเห็นร่วมกันได้มากยิ่งขึ้นรวมถึงคณะกรรมการกำกับดูแลจะทุ่มเทการปฏิบัติงานในการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ

5.2.1.3 ภายใต้ระบบคณะกรรมการแบบสองชั้นคณะกรรมการบริหารมีแนวโน้มที่จะนำเสนอข้อมูลต่อคณะกรรมการกำกับดูแล อย่างชัดเจนและเป็นระบบ เนื่องจากคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้แต่งตั้งและถอดถอนหรือมีส่วนเกี่ยวข้องที่สำคัญในการถอดถอนกรรมการบริหารได้ จึงทำให้กรรมการบริหารมุ่งมั่นในการจัดหาข้อมูลต่าง ๆ ที่ถูกต้องแม่นยำเป็นระบบ และตรงต่อเวลา ให้กับคณะกรรมการกำกับดูแล⁹

5.2.2 ข้อดีของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทโดยคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาด้านแรงงาน¹⁰

ในความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างกับบริษัทซึ่งอยู่ในฐานะนายจ้างโดยทั่วไปมักจะคำนึงถึงด้านวัตถุที่ต่างตอบแทนระหว่างกัน กล่าวคือ นายจ้างต้องการผลงานจากลูกจ้าง ขณะเดียวกันลูกจ้างก็ต้องการค่าตอบแทนจากนายจ้างเพื่อนำมาใช้จ่ายของตนและครอบครัวเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตามมีแนวคิดว่าความพอใจของลูกจ้างที่จะทำงาน ก็ถือว่ามีค่าสำคัญไม่น้อยไปกว่าค่าตอบแทน ทั้งนี้การสร้างความปลอดภัยในการทำงานมีทางกระทำได้หลายวิธีซึ่งรวมถึงการให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมาย Co-Determination Law ของประเทศเยอรมันตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4.

ข้อดีด้านแรงงาน ที่เกิดจากการกำหนดให้ตัวแทนลูกจ้างมีสิทธิเข้าร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล พิจารณาได้ดังนี้

5.2.2.1 ลูกจ้างจะเกิดความสำนึกว่าตนเองเป็นส่วนหนึ่งของกิจการ และจะมีแรงกระตุ้นจากตัวลูกจ้างเอง โดยที่ฝ่ายนายจ้างไม่จำเป็นต้องชี้แนะหรือกระตุ้นอยู่ตลอดเวลา นอก

⁹ Benjamin T.Lo , Improving Corporate Governance : Lessons from the European Community ,p.8.

¹⁰ ปรีชา เปี่ยมพงศ์สานต์, “บทวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์การเมืองเรื่องการมีส่วนร่วมของแรงงานกับการปรับปรุงคุณภาพชีวิตและสิ่งแวดล้อม,” ใน แรงงานกับการมีส่วนร่วม, (ม.ป.ท. : ม.ป.ป.) , หน้า 16.

จากนี้ลูกจ้างจะมีพลังความคิด ความรับผิดชอบ และทุ่มเทปฏิบัติงานให้ได้งานที่มีคุณภาพและปริมาณมากขึ้น

5.2.2.2 ช่วยส่งเสริมประชาธิปไตยทางด้านอุตสาหกรรม กล่าวคือ มีการเปรียบเทียบลูกจ้างเป็นตัวแทนทางการเมืองที่มีส่วนร่วมในการปกครองเพราะถือว่าการใช้แรงงานในสถานที่ใดหมายความว่าชะตากรรมของแรงงานย่อมขึ้นอยู่กับสถานที่ทำงานนั้นๆ ด้วย ดังนั้นลูกจ้างหรือผู้ใช้แรงงานย่อมมีสิทธิอย่างชอบธรรมที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเกี่ยวกับการวางนโยบายและจัดการงานของสถานที่ทำงานร่วมกับนายจ้าง ซึ่งเป็นการช่วยป้องกันมิให้ลูกจ้างเสียเปรียบนายจ้างและยังสร้างประโยชน์ให้แก่ลูกจ้างตามมาด้วย

5.2.2.3 ช่วยส่งเสริมการใช้ทรัพยากรของมนุษย์ ให้เกิดประโยชน์อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะลูกจ้างอาจมีความคิดซึ่งเป็นประโยชน์ต่อกิจการของบริษัท หรือลูกจ้างจะยอมรับการตัดสินใจของผู้อื่นได้มากกว่าถ้าเขาได้เข้าไปมีส่วนร่วม

5.2.2.4 ลูกจ้างจะกระตือรือร้นที่จะทำงานที่ความยากมากขึ้น โดยเฉพาะงานนโยบายซึ่งเป็นการส่งเสริมให้ลูกจ้างใช้พลังสมองทำงานที่ฉลาดขึ้นด้วย

5.2.2.5 เป็นกลไกเพื่อหาแนวทางปรองดองและระงับข้อขัดแย้งระหว่างลูกจ้างและนายจ้างในสถานประกอบการ ตัวอย่างที่อาจเกิดขึ้น ได้แก่ บริษัทแห่งหนึ่งประสงค์จะลดค่าจ้างลง(wage reduction) เนื่องจากวิกฤติเศรษฐกิจ โดยได้แจ้งข้อเรียกร้องขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างไปยังฝ่ายลูกจ้าง ปรากฏว่านายจ้างและลูกจ้างไม่สามารถเจรจาตกลงในเรื่องการลดค่าจ้างได้ ในที่สุดเกิดเป็นข้อพิพาทแรงงานที่ตกลงกันไม่ได้ นายจ้างจึงใช้มาตรการปิดงาน¹¹(การไม่ยอมให้ลูกจ้างทำงานชั่วคราวและไม่จ่ายค่าจ้างให้เพื่อให้ลูกจ้างยอมตามข้อเรียกร้องของฝ่ายนายจ้าง) ซึ่งส่งผลเสียหายต่อทั้งตัวลูกจ้างและนายจ้าง กล่าวคือเมื่อมีการปิดงาน ลูกจ้างก็จะเสียรายได้ปกติที่เคยได้รับ ส่วนนายจ้างก็ต้องหยุดการผลิตทำให้ได้รับความเสียหายโดยต้องขาดรายได้ และในขณะเดียวกันก็ต้องจ่ายดอกเบี้ยให้แก่เจ้าหนี้อีกด้วย

จากกรณีดังกล่าวข้างต้นหากบริษัทใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้นโดยมีตัวแทนลูกจ้างร่วมเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลอยู่ด้วย กรรมการกำกับดูแลที่เป็นตัวแทนลูกจ้าง(ซึ่งเป็นผู้ได้รับทราบข้อมูลและผลการดำเนินงานทางด้านธุรกิจของบริษัทอย่างสม่ำเสมอ)

¹¹ การปิดงานของนายจ้างจะกระทำต่อเมื่อได้มีการแจ้งข้อเรียกร้องเกี่ยวกับข้อพิพาทแรงงานที่เกิดขึ้น ไปยังพนักงานประนอมข้อพิพาทแรงงานเพื่อทำการไกล่เกลี่ย แต่พนักงานประนอมข้อพิพาทไม่สามารถไกล่เกลี่ยให้นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันได้ จึงเกิดเป็นข้อพิพาทแรงงานที่ตกลงกันไม่ได้ ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 21,22,34.

อาจจะช่วยเจรจากับฝ่ายลูกจ้างโดยชี้แจงถึงเหตุผลที่นายจ้างจำเป็นต้องลดค่าจ้างในครั้งนี้อย่างไร เนื่องจากปัญหาผลกระทบจากการขาดทุนติดต่อกันหลายปี ประกอบกับภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ จึงมีความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องลดค่าจ้างลงในอัตราหนึ่ง อันเป็นการลดต้นทุนของบริษัทลงบ้างและหากบริษัทผ่านวิกฤติไปได้ ก็จะมีการพิจารณาปรับเพิ่มค่าจ้างขึ้นตามความเหมาะสมต่อไป ทั้งนี้ถ้าบริษัทไม่ลดค่าจ้างลง อาจทำให้เกิดผลกระทบและความเสียหายแก่หลายฝ่าย รวมถึงบริษัท ผู้ถือหุ้น และในที่สุดอาจนำไปสู่การปิดกิจการโดยถาวรและเลิกจ้างลูกจ้างทั้งหมด จึงมีความเป็นไปได้อย่างมากเมื่อมีการนำกลไกคณะกรรมการกำกับดูแลเข้ามาช่วยในกรณีนี้ จะทำให้ทางฝ่ายลูกจ้างยอมรับฟังเหตุผลที่กรรมการกำกับดูแลชี้แจงมากกว่าฝ่ายบริหารหรือคณะกรรมการบริหาร ทั้งนี้เพราะลูกจ้างมีส่วนแต่งตั้งตัวแทนของตนเข้ามาเป็นกรรมการกำกับดูแล ฉะนั้นย่อมมีความเชื่อถือบุคคลที่ตนแต่งตั้งว่าย่อมต้องรักษาผลประโยชน์ของลูกจ้างเพื่อมิให้ลูกจ้างเสียเปรียบนายจ้าง ในการนี้ยังเป็นการลดทัศนคติของลูกจ้างที่ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอของนายจ้างเกี่ยวกับการลดค่าจ้างได้ด้วย ในที่สุดแล้ว จะทำให้การเจรจาต่อรองระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเกี่ยวกับการลดค่าจ้างดังกล่าวมีทางตกลงยอมรับกันได้ ในจุดที่เหมาะสมและพอใจของทั้งสองฝ่าย อันเป็นการช่วยลดความสูญเสียจากข้อพิพาทแรงงานลงได้อย่างมากด้วย

5.2.2.6 ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดการงานของนายจ้างโดยเฉพาะด้านรายละเอียดทางปฏิบัติ กล่าวคือเมื่อลูกจ้างได้เข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจกับนายจ้างแล้ว จะมีการถ่ายทอดและนำเสนอความคิดเห็นในระหว่างลูกจ้างกับนายจ้างได้โดยสะดวก ทำให้นายจ้างหรือฝ่ายจัดการได้รับทราบข้อมูลที่เป็นปัญหารายละเอียดทางปฏิบัติและปัญหาด้านเทคนิค ซึ่งอาจนำมาพิจารณาแนวทางปรับปรุง แก้ไข ให้กิจการของบริษัทมีผลประกอบการที่ดีขึ้นอย่างรวดเร็วต่อไป

5.2.2.7 ทำให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการปกครองตนเองมากขึ้น และส่งผลให้การทำงานของลูกจ้างมีความหมายขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการลดความคิดของลูกจ้างในการแยกตนเองออกจากสังคมและสิ่งแวดล้อมได้ด้วย

5.3 ผลกระทบของการควบคุมการบริหารจัดการบริษัทโดยคณะกรรมการกำกับดูแล

ในส่วนนี้จะศึกษาเป็น 2 ส่วน ได้แก่ การศึกษาผลกระทบและข้อจำกัดของคณะกรรมการกำกับดูแลที่อาจเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศในภาพกว้างและต่อจากนั้นจะศึกษาผลกระทบของคณะกรรมการกำกับดูแล ที่อาจเกิดขึ้นโดยศึกษาเฉพาะประเด็นผลกระทบที่เกิดขึ้นเนื่องจากการให้ฝ่ายลูกจ้างเข้าไปเป็นสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแล ดังนี้

5.3.1 ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับบริษัทในภาพกว้าง

5.3.1.1 ตามที่กล่าวมาแล้วในข้อ 2.1.2 ง. ว่าสภาพวัฒนธรรมทางธุรกิจ (Corporate Culture) ของบางประเทศ เช่น ภาคอุตสาหกรรมของประเทศเยอรมันนิยมใช้หนี้ (debt) มากกว่าทุน (equity) ในการประกอบธุรกิจและขยายกิจการ ในบางครั้งจึงทำให้เจ้าหนี้ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ มีตัวแทนฝ่ายผู้ถือหุ้นในคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทต่าง ๆ หลายแห่งในเยอรมัน เช่น Deutsche Bank เพียงธนาคารเดียว ก็เป็นตัวแทนในคณะกรรมการกำกับดูแลในฝ่ายผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่น ๆ มากกว่า 400 แห่ง ซึ่งมีข้อสังเกตว่าความสัมพันธ์เช่นนี้ อาจทำให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลส่วนใหญ่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันมากจนอาจเกิดผลกระทบต่อ การควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร และนับว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ธนาคารในประเทศเยอรมัน เข้ามาควบคุมบริษัทหรืออุตสาหกรรมของเยอรมันอย่างมาก¹² อย่างไรก็ตามมีความเห็นว่าสำหรับประเทศเยอรมันนั้น เนื่องจากในบริษัทที่มีลูกจ้างเกินกว่า 2,000 คน จะต้องมีส่วนแทนลูกจ้างร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลด้วยครึ่งหนึ่ง ฉะนั้นหากสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลในฝ่ายลูกจ้างเข้มแข็งก็น่าจะคานอำนาจสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่เป็นตัวแทนของธนาคารพาณิชย์ได้ในระดับหนึ่ง

มีข้อพิจารณาว่า หากกำหนดให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลบางส่วนได้รับแต่งตั้งจากหน่วยงานกลาง ก็อาจจะทำให้ลดอิทธิพลของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากลงได้ ดังจะเห็นได้จากคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทขนาดใหญ่ของเนเธอร์แลนด์ ที่สามารถกำหนดให้สมาชิกจำนวน 1 ใน 3 ของกรรมการกำกับดูแลได้รับแต่งตั้งจากองค์กรที่เป็นกลางของรัฐบาล หรือท้องถิ่น¹³

5.3.1.2 กรณีที่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์เกิดขึ้นระหว่าง 2 บริษัท เช่น ธนาคารมีความประสงค์จะเข้าครอบงำการบริหารของอีกบริษัทหนึ่งซึ่งเป็นบริษัทที่ขอสินเชื่อทางธุรกิจอยู่กับธนาคารด้วยวิธีการครอบงำกิจการแบบไม่เป็นมิตร กรณีเช่นนี้อาจมีปัญหาในการรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นในบริษัทเป้าหมายที่จะถูกครอบงำกิจการดังกล่าวได้ ถ้าสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลของธนาคารที่ประสงค์จะครอบงำกิจการเป็นบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการบริหารในบริษัทเป้าหมายด้วย เนื่องจากกรรมการกำกับดูแลผู้นั้นอาจได้รับการบอกกล่าวและล่วงรู้ข้อมูลของบริษัทเป้าหมายที่ตนเป็นคณะกรรมการบริหารเป็นอย่างดี จึงมีความเป็นไปได้สูง ที่กรรมการผู้นั้นอาจร่วมมือกับธนาคารเพื่อเอาเปรียบบริษัทเป้าหมายซึ่งจะทำให้

¹² Thomas J. Andre, Jr., "Some Reflections on German Corporate Governance: A Glimpse at German Supervisory Boards," *Tulane Law review*, vol.70 (June 1996 , No.6, Parts A&B.) : 1834 , 1837.

¹³ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Sshlingmann. *The Netherlands Practical Commercial*,p.56.

ผู้ถือหุ้นในบริษัทเป้าหมายได้รับความเสียหายได้ ในการแก้ปัญหาดังกล่าวเห็นว่าบุคคลที่เป็นกรรมการบริหารในบริษัทเป้าหมาย ควรลาออกจากการเป็นกรรมการกำกับดูแลของธนาคารที่จะประสงค์จะทำการครอบงำกิจการบริษัทเป้าหมาย หรือควรหลีกเลี่ยงที่จะเข้าไปมีส่วนออกความเห็นหรือมีส่วนร่วมในการประชุมคณะกรรมการบริหารหรือคณะกรรมการกำกับดูแลของธนาคารในเรื่องของการพยายามครอบงำกิจการบริษัทเป้าหมาย¹⁴

5.3.2. ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบริษัทเนื่องจากฝ่ายลูกจ้างเข้าไปเป็นสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแล

เนื่องจากเยอรมันเป็นประเทศผู้นำระบบคณะกรรมการกำกับดูแล ในรูปแบบการให้ลูกจ้างเข้าไปเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล ตามกฎหมาย Co-determination Law ดังนั้นประเด็นผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับบริษัทเนื่องจากตัวแทนลูกจ้างเข้าเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล จึงศึกษาเฉพาะที่เกิดขึ้นกับประเทศเยอรมันตามกฎหมาย Co-determination Law ดังนี้

5.3.2.1. จากกรณีที่กรรมการกำกับดูแลที่มาจากฝ่ายลูกจ้างของประเทศเยอรมัน ประกอบด้วยตัวแทนลูกจ้างในกิจการและตัวแทนจากสหภาพแรงงานด้วย ดังนั้นอาจพิจารณาได้ว่าเป็นแนวคิดของฝ่ายสหภาพแรงงาน(Trade Union) ที่กดดันให้รัฐบาลออกกฎหมาย มากำหนดให้ตัวแทนลูกจ้างเป็นส่วนหนึ่งของสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีพลังต่อรองกับกลุ่มนายจ้างมากกว่าเดิม และมุ่งหวังผลประโยชน์ของฝ่ายตนเป็นสำคัญ กล่าวคือ มีการวิจารณ์ว่าสหภาพแรงงานจะเป็นฝ่ายกำหนดทิศทางการดำเนินกิจการและประกอบอุตสาหกรรมของแต่ละบริษัทให้เป็นไปตามนโยบายและแนวทางของตน¹⁵

5.3.2.2. การนัดหยุดงานหรือสไตรค์ของบรรดาลูกจ้าง จะมีกำลังอ่อนลง เนื่องจากเมื่อลูกจ้างเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการกำกับดูแลแล้ว ทำให้ความพยายามที่จะใช้การนัดหยุดงานเป็นอาวุธต่อสู้กับนายจ้าง เพื่อรักษาผลประโยชน์ของฝ่ายลูกจ้างลดน้อยลง¹⁶

¹⁴ Stengel, Arndt-Steven and Christine, “Corporate governance , (role,legislation,director),” International Financial Law Review ,vol.Corporate Governance (1998 Supplement , Corporate Governance) : 5.

¹⁵ Richard Meissel and Michael Fogel , “Co-Determination in Germany : Labor’ s Participation in Management,” The International Lawyer , vol 9 (January 1975) No.1 : 193

¹⁶ Ibid , : 190.

5.3.2.3 คุณค่าของผู้ถือหุ้นอาจถูกมองว่าลดลงเรื่อย ๆ เนื่องจากการที่ลูกจ้างเข้าไปมีส่วนร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล และมีอำนาจแต่งตั้ง และมีส่วนสำคัญในการถอดถอนกรรมการบริหารได้ ซึ่งแต่เดิมนั้นอำนาจดังกล่าวเป็นของที่ประชุมผู้ถือหุ้นฝ่ายเดียวเท่านั้น อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้มีข้อโต้แย้งว่าการมีคณะกรรมการกำกับดูแลที่มีลูกจ้างเป็นสมาชิกด้วยนั้นไม่ได้เป็นการรีดถอนอำนาจที่เคยมีของผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด เปรียบเสมือนคณะกรรมการกำกับดูแลทำแทนผู้ถือหุ้นโดยแบ่งเบาภาระหน้าที่ของผู้ถือหุ้นบางประการและนำมากำหนดไว้โดยผ่านทางคณะกรรมการกำกับดูแลนั่นเอง¹⁷ และยังมีการกำหนดอำนาจขึ้นมาเป็นการเฉพาะสำหรับคณะกรรมการกำกับดูแลที่แม้ผู้ถือหุ้นเองก็ยังไม่เคยมีอำนาจเช่นนั้นมาก่อน อำนาจดังกล่าว ได้แก่ อำนาจของกรรมการดูแลที่จะกระทำแทนในนามบริษัทในกิจการที่กรรมการบริหารมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท , อำนาจในการให้ความเห็นชอบในการดำเนินงานบางเรื่องก่อนที่กรรมการบริหารจะดำเนินการ เช่น การค้าประกัน ซึ่งเห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นเครื่องมือในการควบคุมดูแลให้คณะกรรมการบริหาร ปฏิบัติหน้าที่ให้เกิดประสิทธิภาพนั่นเอง

5.3.2.4. การตัดสินใจในเรื่องใด ๆ ของคณะกรรมการกำกับดูแล มีแนวโน้มว่าจะไม่เท่าเทียมกันระหว่างเสียงของผู้ถือหุ้นกับเสียงของลูกจ้างในคณะกรรมการกำกับดูแล กล่าวคือ แม้กรรมการกำกับดูแลจะได้รับแต่งตั้งจากตัวแทนผู้ถือหุ้นและตัวแทนลูกจ้างฝ่ายละเท่ากันก็ตาม แต่จากกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่ประธานของคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นผู้ออกเสียงลงมติชี้ขาดได้เมื่อคณะกรรมการกำกับดูแลไม่ได้มติเสียงข้างมาก (เหตุการณ์ดังกล่าวมักจะเกิดขึ้น เนื่องจากผู้ที่เป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลในฝ่ายผู้ถือหุ้นกับฝ่ายลูกจ้างไม่สามารถตกลงกันได้ (deadlock)) แต่เนื่องจากประธานมักจะมาจากกลุ่มของผู้ถือหุ้น¹⁸ ฉะนั้นจึงมีความเป็นไปได้สูง ที่ประธานกรรมการอาจจะลงคะแนนเสียงให้เป็นที่ไปตามผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นมากกว่าลูกจ้าง

5.3.2.5. แม้ว่าสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลฝ่ายที่มาจากลูกจ้างจะมีจำนวนเท่ากันกับฝ่ายที่มาจากผู้ถือหุ้นก็ตาม แต่ในส่วนของการฝ่ายตัวแทนจากฝ่ายลูกจ้างนั้น จะต้องประกอบด้วยสมาชิกที่ได้รับแต่งตั้งจากลูกจ้างระดับอาวุโสด้วย ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นบุคคลที่ทำงานในกิจการนั้น ๆ มานาน และได้รับความไว้วางใจจากนายจ้างเป็นอย่างมากอยู่ก่อนแล้ว

¹⁷ Richard Meissel and Michael Fogel , "Co-Determination in Germany : Labor's Participation in Management," : 190.

¹⁸ Co-Determination Act 1976 มาตรา 27 (1) (2)

ดังนั้นแม้ต่อมาจะได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการกำกับดูแลในฝ่ายของลูกจ้างก็ตาม ก็มีแนวโน้มว่าอาจจะกระทำการใด ๆ เพื่อผลประโยชน์ของฝ่ายนายจ้างหรือผู้ถือหุ้นมากกว่าฝ่ายลูกจ้าง¹⁹

5.3.2.6 ระบบที่มีตัวแทนลูกจ้างร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล เช่นในเยอรมัน นั้น น่าจะเป็นผลมาจากการที่สหภาพแรงงานมีความแข็งแกร่ง ในระดับที่สามารถมีพลังต่อรองให้รัฐออกกฎหมายดังกล่าว ดังนั้นกรณีในประเทศไทยจะพิจารณาระบบคณะกรรมการกำกับดูแลชนิดเต็มรูปแบบในลักษณะเดียวกับประเทศเยอรมัน โดยมีตัวแทนลูกจ้างเข้ามาเป็นกรรมการกำกับดูแลด้วย ก็ควรคำนึงข้อจำกัดที่กล่าวมาประกอบด้วย และมีข้อสังเกตว่าจากการที่สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล มาจากตัวแทนลูกจ้างและผู้ถือหุ้นฝ่ายละเท่ากันนั้น อาจทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งภายในคณะกรรมการกำกับดูแล โดยมีการแบ่งแยกเป็นฝ่ายลูกจ้างกับฝ่ายผู้ถือหุ้น ดังนั้นระบบคณะกรรมการกำกับดูแลที่คำนึงถึงด้านลูกจ้างมากเกินไป ก็อาจทำให้แนวคิดหลักที่ต้องการให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ควบคุมการทำงานของคณะกรรมการบริหารถูกทำลายลงโดยปริยาย

5.4 วิเคราะห์ความแตกต่างระหว่าง คณะกรรมการกำกับดูแลกับคณะกรรมการตรวจสอบ , มาตรการที่ดีของคณะกรรมการกำกับดูแลในต่างประเทศที่ควรนำมาปรับใช้กับบริษัทในประเทศไทย , ข้อจำกัดและข้อพึงระวังบางประการที่อาจมีผลต่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล

5.4.1 ความแตกต่างระหว่าง คณะกรรมการกำกับดูแลกับคณะกรรมการตรวจสอบ

จากการพิจารณาหลักการของคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทจดทะเบียนในระบบคณะกรรมการชั้นเดียวในบทที่ 3. กับหลักการของคณะกรรมการกำกับดูแลในระบบคณะกรรมการสองชั้นในบทที่ 4. เห็นได้ว่าคณะกรรมการของทั้งสองระบบ มีจุดประสงค์หลักเช่นเดียวกัน คือ ต้องการให้บริษัทมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี เพียงแต่ต่างกันที่วิธีการในการเสริมสร้างให้บริษัทมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี ซึ่งสามารถสรุปความแตกต่างของคณะกรรมการทั้งสองได้ดังต่อไปนี้

5.4.1.1 บุคคลที่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลโดยทั่วไป จะมาจากตัวแทนของผู้ถือหุ้นซึ่งได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ยกเว้นในกรณีของบริษัทในประเทศเยอรมันซึ่งอยู่ภายใต้ Co-determination Law ที่กำหนดว่าสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องประกอบด้วยตัวแทนจากผู้ถือหุ้นและลูกจ้าง โดยสมาชิกในส่วนของตัวแทน

¹⁹ Richard Meissel and Michael Fogel , "Co-Determination in Germany : Labor s Participation in Management" : 192

ลูกจ้างได้รับเลือกตั้งจากฝ่ายลูกจ้างของบริษัท ทั้งนี้เพราะเยอรมันได้สร้างรูปแบบคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นมาเพื่อควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร และส่งเสริมการมีส่วนร่วมของลูกจ้างในการจัดการงานบริษัทควบคู่ไปพร้อมกัน

สำหรับสมาชิกของคณะกรรมการตรวจสอบจะต้องเป็นกรรมการบริษัทอยู่แล้ว และได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการบริษัทให้มาทำหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัท เฉพาะเรื่องที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ²⁰

5.4.1.2 เนื่องจากโครงสร้างคณะกรรมการสองชั้นได้แยกองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารและการควบคุมการบริหารออกจากกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ คณะกรรมการบริหารทำหน้าที่บริหารงานของบริษัท โดยมีคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นฝ่ายควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานของบริษัท ทั้งนี้จะไม่มีบุคคลใดที่เป็นสมาชิกคณะกรรมการบริหารและคณะกรรมการกำกับดูแลในขณะเดียวกัน การแยกคณะกรรมการกำกับดูแลออกมาต่างหากและอยู่คนละชั้นกับคณะกรรมการบริหาร น่าจะทำให้คณะกรรมการกำกับดูแลสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างอิสระและไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือการชี้นำจากคณะกรรมการบริหาร และสามารถถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร (Check and Balance) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในขณะที่คณะกรรมการตรวจสอบนั้นเนื่องจากเป็นกรรมการในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว ซึ่งผู้ที่เป็นสมาชิกของคณะกรรมการตรวจสอบจะได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการบริษัท และไม่ได้แยกคณะกรรมการตรวจสอบ ออกจากคณะกรรมการของบริษัทอย่างชัดเจน จึงถือว่าคณะกรรมการตรวจสอบก็คือคณะอนุกรรมการของบริษัทประเภทหนึ่งเช่นเดียวกับคณะกรรมการบริหาร เพียงแต่คณะกรรมการตรวจสอบได้รับการมอบหมายอำนาจให้รับผิดชอบหน้าที่ในการกำกับและตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทเฉพาะเรื่องแทนคณะกรรมการบริษัท ส่วนคณะกรรมการบริหารได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ตัดสินใจในการบริหารงานของบริษัทเป็นปกติธุรกิจของบริษัทแทนคณะกรรมการบริษัท

และด้วยเหตุที่คณะกรรมการตรวจสอบเป็นคณะอนุกรรมการบริษัทที่ไม่ได้แยกออกมาจากคณะกรรมการบริษัทนี้เอง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเสริมสร้างให้คณะกรรมการตรวจสอบมีความเป็นอิสระมากที่สุด เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร ในการนี้กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ที่เป็นสมาชิกคณะกรรมการตรวจสอบถือหุ้นในบริษัทที่ตนเป็นคณะกรรมการตรวจสอบได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของทุนชำระแล้วของบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม หรือบริษัทที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ให้นับรวมถึงหุ้นที่ถือโดยคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วย นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดคุณสมบัติอื่น ๆ ซึ่งเป็นการเสริมสร้างความเป็นอิสระของคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นอีกหลายประการ ได้แก่ ต้องไม่เป็นลูกจ้าง

²⁰ ข้อ 4 (1) และข้อ 9. ของ ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542.

พนักงาน ผู้บริหารหรือที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำจากบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วมบริษัทที่เกี่ยวข้อง , ต้องไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมทั้งในด้านการเงินและการบริหารงานของบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทเป็นเวลา 1 ปี ก่อนได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการตรวจสอบ²¹

5.4.1.3 คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจหน้าที่ประการสำคัญ ในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด กล่าวคือไม่ว่าเวลาใด ๆ คณะกรรมการกำกับดูแลอาจตรวจและยื่นข้อซักถามกับคณะกรรมการบริหารเมื่อต้องการทราบว่าสิ่งที่คณะกรรมการบริหารได้คิดหรือกระทำไปนั้น เหมาะสมหรือไม่ , อำนาจในการตรวจเอกสารบันทึก สินทรัพย์ของบริษัท ซึ่งอาจแต่งตั้งให้สมาชิกคนใดคนหนึ่งทำการตรวจ หรือให้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น ผู้ตรวจสอบบัญชี ตรวจในนามของคณะกรรมการกำกับดูแลก็ได้ , อำนาจในการเรียกให้กรรมการบริหารจัดส่งเอกสารรายงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานได้ตลอดเวลาที่ต้องการ นอกจากนี้ยังเป็นหน้าที่ของกรรมการบริหารที่จะต้องเสนอรายงานเกี่ยวกับการดำเนินงานต่อคณะกรรมการกำกับดูแล ส่วนบทบาทของการเสริมสร้างให้รายงานทางการเงิน และบัญชีมีความน่าเชื่อถือและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น นั้น กฎหมายคณะกรรมการกำกับดูแลไม่ได้วางมาตรการในรายละเอียดไว้อย่างชัดเจนเหมือนที่กำหนดให้อำนาจดังกล่าวแก่คณะกรรมการตรวจสอบ

สำหรับคณะกรรมการตรวจสอบ กฎหมายได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับการสอบทานรายงานทางการเงินและบัญชีของบริษัทเป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อเสริมสร้างความน่าเชื่อถือของรายงานทางการเงินต่อบุคคลต่าง ๆ อันได้แก่ผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ หน่วยงานราชการต่าง ๆ และสาธารณชนโดยทั่วไป ส่วนการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานของคณะกรรมการบริหารนั้นคณะกรรมการตรวจสอบมีบทบาทอย่างจำกัดโดยไม่ได้มีอำนาจในการเข้าไปควบคุมการดำเนินงานของบริหารโดยตรงเหมือนกับคณะกรรมการกำกับดูแล กล่าวคือ คณะกรรมการตรวจสอบมีอำนาจในลักษณะสอบทานการปฏิบัติงานของบริษัทให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

5.4.1.4 คณะกรรมการตรวจสอบ มีอำนาจในการพิจารณาคัดเลือกและเสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชีของบริษัท รวมถึงพิจารณาเสนอค่าตอบแทนของผู้สอบบัญชี นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคณะกรรมการตรวจสอบกับผู้ตรวจสอบภายใน โดยคณะกรรมการตรวจสอบจะรับทราบรายงานการตรวจสอบภายในทางด้านบัญชีและการเงิน รวมถึง

²¹ ข้อ 7. แห่งประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2542 ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542.

ประสิทธิภาพเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหาร และนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการบริษัทต่อไป จึงถือว่าคณะกรรมการตรวจสอบเป็นผู้ปกป้องและเสริมสร้างความเชื่อมั่นอิสระของผู้สอบบัญชีและผู้ตรวจสอบภายใน ให้สามารถปฏิบัติงานตามมาตรฐานวิชาชีพและตามกฎหมายข้อบังคับที่วางไว้ โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารอีกต่อไป

สำหรับคณะกรรมการกำกับดูแล ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าคณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจคัดเลือกและเสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชี รวมถึงช่วยเหลือการทำงานของ ผู้ตรวจสอบภายในดังที่กล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตามจากการที่กฎหมายบัญญัติให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ให้คำรับรองงบการเงินประจำปีของบริษัททุกครั้งก่อนที่จะเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น²² รวมถึงมีอำนาจเข้าไปขอตรวจสอบรายงานทางการเงิน บัญชี และมูลต่าง ๆ ของบริษัทจากผู้สอบบัญชี ผู้ตรวจสอบภายใน หรือคณะกรรมการบริหาร ได้ตลอดเวลาที่คณะกรรมการกำกับดูแลเห็นว่าเอกสารหรือข้อมูลต่าง ๆ มีความจำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตน จึงเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้สอบบัญชี และผู้ตรวจสอบภายใน กับคณะกรรมการกำกับดูแล อยู่ในลักษณะที่ผู้สอบบัญชี และผู้ตรวจสอบภายในเป็นผู้ให้ข้อมูล ส่วนคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้รับข้อมูล ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของคณะกรรมการกำกับดูแล ในการตรวจสอบและควบคุมการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร

5.4.1.5 เพื่อเป็นการช่วยเหลือและสนับสนุนให้คณะกรรมการกำกับดูแลสามารถปฏิบัติหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด จึงมีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อรองรับอำนาจดังกล่าวของคณะกรรมการกำกับดูแลไว้หลายประการ ที่สำคัญ ได้แก่

ก. มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการถอนกรรมการบริหาร

ข. ในกรณีที่นิติกรรมใด ๆ ที่ผลประโยชน์ของกรรมการบริหารขัดแย้งกับบริษัท จะต้องให้กรรมการกำกับดูแลเป็นผู้แทนของบริษัททำนิติกรรมกับกรรมการบริหาร หรือเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่กรรมการบริหารก่อนที่จะทำนิติกรรมดังกล่าวกับบริษัท นอกจากนี้ ข้อบังคับของบริษัทยังสามารถกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่คณะกรรมการบริหารก่อนทำนิติกรรมที่มีความสำคัญ เช่น การค้าประกันบุคคลอื่น และ เป็นต้น

ค. โดยที่คณะกรรมการกำกับดูแล เปรียบเสมือนว่าเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นที่เข้ามาสอดส่องดูแลและควบคุมการจัดการของคณะกรรมการบริหาร กฎหมายจึงให้อำนาจแก่คณะกรรมการกำกับดูแลในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นในเวลาใดก็ได้ เพื่อปรึกษาหารือ

²² J.M.M. Maciej , A Modern European Company Law System Commentary on the 1976 Dutch Legislation , pp.127.

ขอความเห็นชอบโดยเฉพาะในสถานการณ์ที่เห็นว่าผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียที่สำคัญของบริษัท ถูกกระทบ

สำหรับคณะกรรมการตรวจสอบ นั้น เนื่องจากมีสถานะเป็นคณะกรรมการเช่นเดียวกับคณะกรรมการบริหาร คณะกรรมการตรวจสอบจึงไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งถอดถอน กรรมการบริหารที่เป็นกรรมการในระดับชั้นเดียวกันได้ นอกจากนี้แล้วคณะกรรมการตรวจสอบยังไม่มีอำนาจในการเป็นผู้ลงนามทำนิติกรรมในนามของบริษัท รวมถึงไม่มีอำนาจในการให้ความเห็นชอบแก่คณะกรรมการบริหารก่อนทำนิติกรรมที่มีความสำคัญ และไม่สามารถเรียกประชุมผู้ถือหุ้นด้วย

5.4.1.6 จากการศึกษาที่กำหนดให้อำนาจ ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ฉะนั้นในเรื่องที่สำคัญๆ คณะกรรมการกำกับดูแลจึงต้องรายงานหรือแจ้งผลการปฏิบัติงานของตนให้ผู้ถือหุ้นรับทราบ ดังกรณีต่อไปนี้

ก. เมื่อคณะกรรมการกำกับดูแล ได้แต่งตั้งคณะกรรมการบริหารแล้ว จะต้องแจ้งให้ที่ประชุมรับทราบในทันที²³

ข. คณะกรรมการกำกับดูแล จะต้องให้คำรับรองงบการเงินประจำปีของบริษัททุกครั้งก่อนที่จะเสนอให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยจะต้องแนบบันทึกความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลว่าเอกสารงบการเงินถูกต้องครบถ้วน²⁴

ค. คณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องทบทวนข้อเสนอของคณะกรรมการบริหารเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล โดยคณะกรรมการกำกับดูแลมีหน้าที่จัดทำเป็นรายงานเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น²⁵

สำหรับบุคคลที่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการตรวจสอบ นั้น เนื่องจากได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการบริษัท คณะกรรมการตรวจสอบจึงต้องจัดทำรายงานแสดงการปฏิบัติงานของตนและเสนอคณะกรรมการบริษัท²⁶ โดยไม่จำเป็นต้องรายงานต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด

²³ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , The Netherlands Practical Commercial Law , p.57.

²⁴ Ibid.

²⁵ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume 1 , p.151.

²⁶ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, แนวปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ , หน้า 5.

5.4.2 มาตรการที่ดีของคณะกรรมการกำกับดูแลในต่างประเทศที่ควรนำมาปรับใช้กับบริษัทในประเทศไทย

ในส่วนนี้ จะทำการวิเคราะห์เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะของคณะกรรมการกำกับดูแลของเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ว่าควรนำมาตรการใดบ้างมาเป็นแนวทางในการพิจารณาปรับใช้กับบริษัทในประเทศไทยต่อไป ดังต่อไปนี้

5.4.2.1 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล ในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร

คณะกรรมการกำกับดูแลสามารถเข้าตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารได้ทุกเวลาที่เห็นสมควร และเรียกให้กรรมการบริหารส่งมอบเอกสารหรือรายงานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่คณะกรรมการกำกับดูแลต้องการตรวจสอบ นอกจากนี้การที่กำหนดให้คณะกรรมการบริหารมีหน้าที่โดยตรงในการเสนอรายงานเกี่ยวกับการบริหารงานต่อคณะกรรมการกำกับดูแลภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่น้อยกว่าครั้งหนึ่งทุก ๆ 3 เดือน และต้องเสนอรายงานเกี่ยวกับบัญชีงบดุล บัญชีกำไรขาดทุน ตลอดจนรายงานทางการเงินอื่นๆ ของบริษัท ต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเมื่อสิ้นสุดรอบปีบัญชีของบริษัทด้วย โดยคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้กลั่นกรองรายงานต่างๆของคณะกรรมการบริหารเพื่อเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้น²⁷ จึงถือได้ว่ามาตรการดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่ทำให้คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิดอยู่ตลอดเวลา โดยจะส่งผลให้คณะกรรมการบริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความระมัดระวัง ซื่อสัตย์สุจริต โปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งย่อมส่งผลให้ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปได้รับประโยชน์ที่พึงจะได้รับในระยะยาว และบรรลุถึงเป้าหมายหรือความเจริญก้าวหน้าของบริษัทแบบยั่งยืนต่อไป อีกทั้งยังเป็นมาตรการที่อาจจะทำให้ผู้ถือหุ้นล่วงรู้เหตุการณ์ที่อาจทำให้ตนและบริษัทได้รับความเสียหายรวดเร็วขึ้นเพื่อจะได้ค้นหาแนวทางป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของคณะกรรมการบริหารได้อย่างทันท่วงทีด้วย

ตัวอย่างข้อเท็จจริง กรณีที่กรรมการบริหารของสถาบันการเงินบางแห่งพิจารณาให้สินเชื่อแก่ผู้ขอสินเชื่อโดยไม่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการสินเชื่อของบริษัทตามระเบียบพิธีปฏิบัติในการพิจารณาอนุมัติสินเชื่อของบริษัทเสียก่อน นอกจากนี้ยังไม่มีพิจารณาว่าผู้ขอสินเชื่อสามารถชำระหนี้คืนให้แก่บริษัทได้หรือไม่ และหลักประกันสินเชื่อมีราคาต่ำไม่คุ้มหนี้อีกด้วย จนในที่สุดผู้ขอสินเชื่อผิดนัดและไม่สามารถผ่อนชำระหนี้คืนให้แก่บริษัท ซึ่งถือได้ว่า

²⁷ French Commercial Code มาตรา 128 และ 157 , Civil Code of Netherlands มาตรา 101 และใน AktG มาตรา 111

กรรมการบริหารของบริษัทได้กระทำผิดหน้าที่หรือกระทำการเพื่อหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้กับตัวเอง อันเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่บริษัทและผู้ถือหุ้นโดยทั่วไป

ทั้งนี้หากสถาบันการเงินดังกล่าวมีคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นผู้ควบคุมตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการบริหาร โดยที่คณะกรรมการกำกับดูแลสามารถตรวจสอบเอกสารและรายงานต่าง ๆ ที่กรรมการบริหารใช้ประกอบการพิจารณาให้สินเชื่อ และเรียกให้กรรมการบริหารส่งรายงานต่าง ๆ ที่เห็นว่ายังมีข้อสงสัยเพิ่มเติม นอกจากนี้คณะกรรมการบริหารต้องรายงานการปล่อยสินเชื่อแก่คณะกรรมการกำกับดูแลด้วย คณะกรรมการกำกับดูแลจึงสามารถล่วงรู้การพิจารณาให้สินเชื่อที่มีความเสี่ยง และสามารถหาแนวทางป้องกันมิให้เกิดความเสียหายได้อย่างทันท่วงที

5.4.2.2 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลในการพิจารณาให้ความเห็นชอบแก่กรรมการบริหาร หรือเป็นผู้กระทำการแทนบริษัท ในกรณีที่กรรมการบริหารจะดำเนินกิจการใด ๆ ที่ผลประโยชน์ของกรรมการบริหารกับบริษัทขัดแย้งกันโดยตรงและโดยอ้อม

กรณีที่กรรมการบริหารจะดำเนินกิจการบางอย่างในนามของตนเอง กับบริษัทอันเป็นการกระทำกิจการที่ประโยชน์ได้เสียของตนขัดแย้งกับบริษัท เช่น กรรมการบริหารบางคนทำสัญญาขายที่ดินกับบริษัท โดยกรรมการบริหารคนนั้นได้กระทำแทนบริษัทในฐานะผู้ซื้อด้วย ซึ่งจะเห็นว่าผู้ขายที่ดินก็ต้องการขายให้ได้ราคาสูงที่สุด ในขณะที่ผู้ซื้อก็ต้องการซื้อด้วยราคาต่ำสุด กรณีเช่นนี้มีโอกาสเป็นไปได้อย่างมาก ที่กรรมการบริหารที่กระทำแทนบริษัทในฐานะผู้ซื้อ อาจตกลงซื้อที่ดินดังกล่าวจากตนเองในฐานะผู้ขายในราคาที่สูงกว่าราคาตลาดทั่วไป ซึ่งจะทำให้ตนเองในฐานะผู้ขายได้เปรียบบริษัทอย่างมาก และทำให้บริษัทในฐานะผู้ซื้อได้รับความเสียหาย เพราะต้องจ่ายเงินซื้อที่ดินในราคาที่สูงเกินความเป็นจริง

กรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการบริหารกับบริษัทขัดแย้งกันตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้น กฎหมายของฝรั่งเศสกำหนดให้กรรมการบริหารกระทำการดังกล่าวได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลเสียก่อน และในกรณีที่บริษัทจะทำสัญญาหรือความตกลงกับบริษัทอื่นโดยมีสมาชิกคนใดคนหนึ่งในคณะกรรมการบริหารหรือคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทนั้น เป็นเจ้าของกิจการในบริษัทอื่น หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดหรือเป็นผู้จัดการหรือกรรมการบริหารหรือกรรมการกำกับดูแลของบริษัทอื่นอยู่ด้วย การกระทำดังกล่าวของบริษัทนั้นกับบริษัทอื่น ก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลของบริษัทนั้น ๆ เสียก่อน²⁸ ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าว และทำให้บริษัทได้รับความเสียหาย การกระทำนั้นอาจถูกบอกล้างได้²⁹ นอกจากนี้แล้ว คณะกรรมการกำกับดูแลต้องแจ้งข้อตกลงดังกล่าวให้ผู้สอบบัญชีของบริษัททราบ และยังเสนอให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นพิจารณาอีกด้วย หากที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่อนุมัติ กรรมการบริหารและหรือกรรมการกำกับดูแลผู้มีส่วนได้เสียจะต้องรับผิดชอบ

²⁸ French Commercial Code มาตรา 143

²⁹ French Commercial Code มาตรา 147

ชอบในความเสียหายที่เกิดแก่บริษัท³⁰ จึงถือได้ว่ากฎหมายบริษัทของฝรั่งเศสในกรณีนี้ให้อำนาจพิจารณาสุดท้ายตกอยู่กับที่ประชุมผู้ถือหุ้น อันเป็นการเคารพหลักความเป็นเจ้าของโดยผู้ถือหุ้นนั่นเอง

อนึ่ง กฎหมายบริษัทของเยอรมันและเนเธอร์แลนด์ ก็ได้บัญญัติหลักการคุ้มครองบริษัทในกรณีที่ผลประโยชน์ของบริษัทขัดแย้งกับกรรมการบริหารไว้เช่นกันโดยกำหนดไว้ว่าในกิจการที่ผลประโยชน์ของบริษัทขัดแย้งกับกรรมการบริหารกันดังกล่าว จะต้องให้สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้กระทำการแทนบริษัท³¹

ในกรณีที่ผลประโยชน์ของกรรมการขัดแย้งกับบริษัทนั้นแม้ตามกฎหมายบริษัทของไทยจะได้วางมาตรการป้องกันในเรื่องนี้ไว้บ้าง กล่าวคือ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 85 กำหนดว่ากรรมการคนใดซื้อทรัพย์สินหรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามของตนเองหรือบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการบริษัท การซื้อขายหรือการกระทำธุรกิจดังกล่าว จะไม่มีผลผูกพันบริษัท และตามนัยของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805 , มาตรา 74 ประกอบมาตรา 1167 วางหลักไว้ว่า เมื่อกรรมการไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัทแล้ว กรรมการผู้นั้นจะดำเนินธุรกรรมใดๆ ในนามของบริษัททำกับตนเองหาได้ไม่ อย่างไรก็ดีตามเห็นว่ามาตรการดังกล่าวยังไม่รัดกุมและเหมาะสมเพียงพอ เนื่องจากองค์กรที่จะเป็นผู้อนุมัติให้แก่กรรมการบริหารทำนิติกรรมที่ส่วนได้เสียและผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท นั้น ได้แก่คณะกรรมการบริษัทซึ่งไม่ได้แยกออกองค์กรออกจากคณะกรรมการบริหารอย่างเด็ดขาด จึงมีโอกาสเป็นไปได้มากที่กรรมการในคณะกรรมการบริษัทอาจจะรู้เห็นเป็นใจด้วยการกระทำของกรรมการบริหารผู้นั้น เพราะเห็นว่าเป็นกรรมการพวกเดียวกันก็ดี หรือมีความใกล้ชิดกันมากเป็นพิเศษก็ดี ซึ่งในที่สุดก็จะทำให้บริษัทและผู้ถือหุ้นเกิดความเสียหายได้อีกเช่นกัน

ตามข้อเท็จจริงที่ยกมาข้างต้น หากบริษัทที่จะซื้อที่ดินจากกรรมการบริหาร เป็นบริษัทที่มีการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลแยกออกมาเป็นอิสระต่างหากจากคณะกรรมการบริหาร โดยกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนกรรมการบริหารอันเป็นการให้คุณโทษกับกรรมการบริหาร และเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือเป็นผู้ดำเนินการแทนบริษัทในกรณีที่บริษัทจะดำเนินธุรกรรมกับกรรมการบริหารที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท เช่นเดียวกับหลักการของบริษัทในประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน หรือเนเธอร์แลนด์ ฉะนั้น การซื้อที่ดินของบริษัทในครั้งนี้ จะต้องให้กรรมการกำกับดูแลเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนที่บริษัทจะซื้อที่ดินจากกรรมการบริหารเสียก่อน หรือมิฉะนั้นก็ต้องให้ตัวแทนของคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นผู้กระทำในนามบริษัทเพื่อซื้อที่ดินกับกรรมการบริหาร ฉะนั้น

³⁰ French Commercial Code มาตรา 145

³¹ AktG มาตรา 12 และ Civil Code of Netherland มาตรา 146 ประกอบกับมาตรา 256

คณะกรรมการกำกับดูแลจึงเป็นกลไกที่เหมาะสมที่จะป้องกันมิให้บริษัทในฐานะผู้ซื้อที่ดินต้องเสียเปรียบหรือเสียผลประโยชน์ให้กับกรรมการบริหารในฐานะผู้ขายที่ดินดังกล่าว

5.4.2.3 อำนาจของคณะกรรมการกำกับดูแล ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบ แก่กรรมการบริหารก่อนดำเนินกิจการที่สำคัญบางประการ

กฎหมายบริษัทของเยอรมัน เนเธอร์แลนด์ และฝรั่งเศส วางหลักไว้ว่าก่อนที่คณะกรรมการบริหารจะดำเนินกิจการบางประการที่สำคัญ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลก่อน ทั้งนี้กิจการที่สำคัญดังกล่าวต้องกำหนดไว้ในข้อบังคับบริษัทด้วย ดังต่อไปนี้³²

- ก. การออกหรือการได้มาซึ่งหุ้นทุน พันธบัตร หรือหุ้นกู้
- ข. การนำหุ้นทุน หรือหุ้นกู้เข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือยกเลิกเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์
- ค. การจัดตั้งและยกเลิกความร่วมมือกับบริษัทอื่น
- ง. เสนอให้แก้ไขข้อบังคับของบริษัท
- จ. เสนอให้มีการชำระบัญชีหรือเลิกกิจการ
- ฉ. การปลดคนงานจำนวนมากในทันทีหรือในเวลาอันสั้น
- ช. การเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการจ้างแรงงานให้แตกต่างไปจากเดิมอย่างมาก

- ซ. การลดทุนของบริษัท
- ฅ. การลงทุนในต่างประเทศ
- ญ. การค้ำประกันบุคคลอื่น

นอกจากนี้ หากข้อบังคับบริษัทกำหนดกิจการสำคัญที่คณะกรรมการบริหารจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลไว้ไม่ชัดเจน กฎหมายบริษัทของเยอรมันได้หาทางออกไว้โดยให้อำนาจคณะกรรมการกำกับดูแลสามารถกำหนดอำนาจดังกล่าวให้ชัดเจนได้

ตัวอย่างข้อเท็จจริง กรณีที่คณะกรรมการบริหารอนุมัติให้บริษัทเข้าค้ำประกันหนี้เงินกู้ให้กับผู้อื่น โดยที่กรรมการบริหารไม่ได้พิจารณาไตร่ตรองอย่างละเอียดรอบคอบก่อนว่าผู้กู้จะมีความสามารถที่จะชำระหนี้คืนผู้ให้กู้ได้หรือไม่ การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหาร

³² S.N. Formmel and J.H. Thomson , Company Law in Europe , p. 410 และ Enno W. Erekantz, Jr, Modern German Corporation Law Volume I, p 148. และ Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel, French Company Law , p.122.

ในลักษณะเช่นนี้ จึงเกิดความเสียหายอย่างมากที่จะทำให้บริษัทในฐานะผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบชำระหนี้แทนผู้กู้ อันเนื่องมาจากผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้

ทั้งนี้ถ้ามีคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนที่คณะกรรมการบริหารจะตัดสินใจให้บริษัทค้าประกันหนี้ของผู้อื่น คณะกรรมการกำกับดูแลก็อาจใช้ดุลยพินิจอย่างละเอียดรอบคอบอีกชั้นหนึ่งว่า ผู้กู้มีความสามารถที่จะหาเงินมาชำระหนี้เงินกู้คืนได้หรือไม่ และหากคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นว่าถ้าบริษัทเข้าค้าประกันหนี้ให้แก่ผู้กู้ จะทำให้บริษัทได้รับความเสียหายเช่นนี้แล้ว คณะกรรมการกำกับดูแลคงจะไม่ให้ความเห็นชอบให้บริษัทเข้าค้าประกันหนี้เงินกู้อย่างกล่าว

มีข้อพิจารณาเพิ่มเติมว่า ในกรณีของประเทศเยอรมันนั้น ได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมไว้เป็นพิเศษอีกกว่ากรณีที่ข้อบังคับกำหนดประเภทของกิจการสำคัญที่คณะกรรมการบริหารจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลเอาไว้ไม่ชัดเจน กฎหมายได้กำหนดทางออกไว้โดยให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจกำหนดประเภทกิจการที่สำคัญดังกล่าวให้ชัดเจนได้เอง³³ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการให้อำนาจคณะกรรมการกำกับดูแลไว้ในลักษณะดังกล่าว เป็นการขัดแย้งกับหลักความเป็นอิสระในการบริหารจัดการของคณะกรรมการบริหารหรือไม่ อย่างไรก็ตามแม้คณะกรรมการกำกับดูแลจะไม่เห็นชอบให้คณะกรรมการบริหารกระทำการที่มีความสำคัญตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทก็ตาม แต่คณะกรรมการบริหารยังมีสิทธิออกเสียงและเข้าประชุมทั้งหมด ออกเสียงลงมติให้คณะกรรมการบริหารเข้าทำกิจการดังกล่าวได้ โดยมีต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลก่อน ก็จะเป็นการลบล้างมติของคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวได้³⁴

5.4.2.4 อำนาจของคณะกรรมการกำกับดูแลในการแต่งตั้งและถอดถอน

กรรมการบริหาร

เนื่องจากกฎหมายของประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจหน้าที่ไว้หลายประการตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 4. ฉะนั้นหากกฎหมายไม่ได้กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจโดยตรงหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริหาร คณะกรรมการกำกับดูแลก็ไม่สามารถจะให้คุณให้โทษแก่กรรมการบริหารได้ และอาจจะเป็นการเปิดโอกาสให้คณะกรรมการบริหารกระทำผิดหน้าที่หรือกระทำการเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ให้กับตนเอง โดยไม่คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดที่ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปจะพึงได้รับในระยะยาว และการบรรลุถึงเป้าหมายหรือความเจริญก้าวหน้าของบริษัทแบบยั่งยืน

³³ Enno W. Ereklentz, Jr, Modern German Corporation Law Volume I, p 150.

³⁴ AktG มาตรา 111(4)

กฎหมายบริษัทของเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ จึงได้กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจโดยตรงหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการแต่งตั้งถอดถอนกรรมการบริหาร ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลในการแต่งตั้งและถอดถอนสมาชิกคณะกรรมการบริหาร	เยอรมัน	ฝรั่งเศส	เนเธอร์แลนด์
-การแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการบริหาร	ใช้มติเสียงข้างมากของกรรมการกำกับดูแลที่เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนน แต่ทั้งนี้ การแต่งตั้งคณะกรรมการบริหารของบริษัทที่นำกฎหมาย Co-determination Law 1976 มาปรับใช้ จะต้องได้รับมติเสียงข้างมากไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล ³⁵	ใช้มติเสียงข้างมากของคณะกรรมการกำกับดูแลที่เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนน ³⁶	ใช้มติเสียงข้างมากของคณะกรรมการกำกับดูแลที่เข้าประชุมและออกเสียงลงคะแนน และให้แจ้งที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบการแต่งตั้งกรรมการบริหารดังกล่าวในทันที ³⁷

³⁵ Enno W.Ercklentz,Jr , Modern German Corporation Law Volume1, p.116-117.

³⁶ French Commercial Code มาตรา 120.

³⁷ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , The Netherlands Practical Commercial Law , p.57.

- การถอดถอนสมาชิก คณะกรรมการบริหาร	มติเสียงข้างมาก ของคณะกรรมการ กำกับดูแลที่เข้า ประชุมและออก เสียงลงคะแนนมี อำนาจถอดถอน สมาชิก คณะ กรรมการบริหาร ได้แต่เฉพาะเมื่อ กรรมการบริหาร ปฏิบัติหน้าที่ ที่ คณะกรรมการ กำกับดูแลเห็นว่า ผลกระทบต่อผล ประโยชน์ของ บริษัท ³⁸	การถอดถอน กรรมการบริหาร ยัง คงเป็นของที่ประชุมที่ ผู้ถือหุ้น กล่าวคือ กฎหมายให้สิทธิคณะ กรรมการกำกับดูแล เป็นผู้ทำให้ความเห็น เสนอต่อที่ประชุมผู้ถือ หุ้น เพื่อถอดถอน กรรมการบริหาร ³⁹	มติเสียงข้างมากของ คณะกรรมการกำกับดูแล ที่เข้าประชุมและ ออกเสียงลงคะแนนมี อำนาจถอดถอน สมาชิกคณะกรรมการ บริหารได้ แต่จะต้อง ปรึกษากับที่ประชุมผู้ ถือหุ้นเสียก่อนด้วย ⁴⁰
---------------------------------------	--	--	--

กฎหมายของเยอรมัน เนเธอร์แลนด์ และฝรั่งเศส ที่บัญญัติให้คณะกรรมการกำกับดูแล มีอำนาจโดยตรงหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในการแต่งตั้งถอดถอนกรรมการกำกับดูแลตามที่กล่าวมาข้างต้น เป็นอำนาจที่สามารถให้คุณให้โทษแก่กรรมการบริหาร และทำให้กรรมการบริหารดำเนินงานด้วยความระมัดระวัง ซื่อสัตย์สุจริต โปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น มิเช่นนั้นกรรมการบริหารอาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ ดังนั้น การกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีส่วนโดยตรงหรือเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริหารดังกล่าว จึงนับว่าเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นและบริษัท มากกว่าการกำหนดให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นผู้แต่งตั้งถอดถอนกรรมการบริหาร เพราะผู้ถือหุ้นอาจไม่มีเวลาเพียงพอในการสอดส่องดูแลการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิดและต่อเนื่อง ผู้ถือหุ้นจึงอาจจะไม่ทราบข้อมูลต่าง ๆ ของบริษัทอย่างเพียงพอที่จะพิจารณาถอดถอนกรรมการบริหารได้ทันทีและด้วยเหตุผลที่เหมาะสม

อย่างไรก็ตามหากคณะกรรมการกำกับดูแลกลั่นแกล้งกรรมการบริหาร โดยถอดถอนสมาชิกในคณะกรรมการบริหารอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร คณะกรรมการกำกับดูแล

³⁸ Enno W. Ercklentz, Jr , Modern German Corporation Law Volume 1, p.119.

³⁹ French Commercial Code มาตรา 121.

⁴⁰ Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann , The Netherlands Practical Commercial Law , p.57.

ก็อาจถูกผู้ที่แต่งตั้งตนเองเช่นที่ประชุมผู้ถือหุ้นถอดถอนตนเองออกจากการเป็นสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลได้เช่นกัน นอกจากนี้กรรมการกำกับดูแลอาจจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอีกด้วย⁴¹

5.4.2.5. อำนาจในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น

เนื่องจากกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้น เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแล เป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด เปรียบเสมือนว่าคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น จึงได้กำหนดให้คณะกรรมการดูแลมีอำนาจเรียกประชุมผู้ถือหุ้นในเวลาใดก็ได้ เพื่อปรึกษาหารือขอความเห็นชอบต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือรายงานเกี่ยวกับการดำเนินงานของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นทราบ⁴²

เมื่อพิจารณาอำนาจในการเรียกประชุมตามกฎหมายบริษัทของไทย นั้นกฎหมายวางหลักเอาไว้สรุปได้ดังนี้ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 100 ให้สิทธิผู้ถือหุ้นซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด หรือไม่น้อยกว่า 25 คนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด สามารถขอให้คณะกรรมการบริษัทเรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้ และคณะกรรมการบริษัทต้องเรียกประชุมภายใน 1 เดือน นับจากได้รับหนังสือจากผู้ถือหุ้น ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1173,1174 กำหนดให้ผู้ถือหุ้นจำนวนรวมกันไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 แห่งจำนวนหุ้นของบริษัทสามารถเข้าชื่อกันทำหนังสือร้องขอให้เรียกประชุมได้ หากคณะกรรมการบริษัทไม่ยอมเรียกประชุมภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ยื่นคำร้อง ผู้ถือหุ้นที่เป็นผู้ร้องหรือผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ รวมกันได้จำนวนดังกล่าวสามารถเรียกประชุมได้เอง

จากหลักกฎหมายเกี่ยวกับการให้สิทธิผู้ถือหุ้นเรียกประชุมผู้ถือหุ้นดังกล่าวของ ไทยข้างต้น มีความเห็นว่าโอกาสที่ผู้ถือหุ้นทั่วไปจะใช้สิทธิเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเกิดขึ้นได้ยาก เพราะจำนวนหุ้นขั้นต่ำหรือจำนวนหุ้นขั้นต่ำประกอบกับจำนวนผู้ถือหุ้น ที่เป็นบรรทัดฐานในการร้องขอให้มีการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนตามที่กล่าวมา นั้น มีจำนวนที่สูงเกินไป นอกจากนี้มีความเห็นว่า ข้อกำหนดในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนภายใต้พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 จะให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นน้อยกว่าข้อกำหนดในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชน เนื่องจากภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชน สามารถเรียกประชุมได้เอง หากคณะกรรมการบริษัทไม่เรียกประชุมตามที่ผู้ถือหุ้นร้องขอ ในขณะที่ภายใต้พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 นั้น แม้กฎหมายจะให้สิทธิผู้ถือ

⁴¹ AktG มาตรา 116.

⁴² AktG มาตรา 121(2) , French Commercial Code มาตรา 158 และ Civil Code of Netherlands มาตรา 109 , 220.

หุ้นรวมกันเพื่อร้องขอให้คณะกรรมการเรียกประชุมได้ก็ตาม หากประธานกรรมการหรือคณะกรรมการบริษัทไม่ดำเนินการ กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดให้ผู้ถือหุ้นดังกล่าวดำเนินการเรียกประชุมได้เอง เพียงแต่กำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่กรรมการที่ฝ่าฝืนไม่ยอมเรียกประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งบทลงโทษดังกล่าวก็ไม่รุนแรงนักคือปรับไม่เกิน 20,000 บาท เท่านั้นเอง⁴³

เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติการประชุมผู้ถือหุ้นของไทย จะเกิดจากคณะกรรมการบริษัทเป็นผู้เรียกประชุมเสียเป็นส่วนใหญ่ เมื่อเป็นเช่นนี้ หากคณะกรรมการบริหารปฏิบัติงานไปในทางที่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย กรรมการนั้น ๆ รวมถึงกรรมการบริษัทที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดและเป็นพวกเดียวกันกับกรรมการบริหารผู้นั้น ก็อาจจะไม่เรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้มีการพิจารณาเรื่องที่มีผลเสียต่อตนเองหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับตน จนกว่าจะถึงเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องจัดประชุมผู้ถือหุ้นปลายปี อาจกล่าวได้ว่า การกระทำดังกล่าวจะทำให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะตกอยู่ในสภาพที่ถูกปิดบังข้อเท็จจริง หรือกว่าจะรู้ถึงข้อมูลที่แท้จริงก็สายเกินไปที่จะแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวได้

ทั้งนี้ หากกฎหมายเปิดโอกาสให้องค์กรอื่นนอกจากคณะกรรมการบริษัทและที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยกำหนดให้องค์กรอื่นดังกล่าวสามารถเรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้บางครั้ง และด้วยวิธีการที่ไม่ซับซ้อน ก็จะทำให้ผู้ถือหุ้นมีโอกาสใกล้ชิดกับการดำเนินงานของบริษัทมากขึ้นและสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นได้ทัน ดังเช่น กฎหมายของเยอรมันและเนเธอร์แลนด์ ที่กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นอีกองค์กรหนึ่งนอกเหนือจากคณะกรรมการบริหาร ที่สามารถเรียกประชุมผู้ถือหุ้นในเวลาใดที่เห็นสมควรก็ได้

5.4.2.6 การกำหนดอายุสูงสุดของผู้ที่จะเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล ดังเช่นกฎหมายของเนเธอร์แลนด์กำหนดว่า ห้ามมิให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลมีอายุเกิน 72 ปี และในฝรั่งเศสกำหนดไว้ว่าสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลที่มีอายุเกิน 70 ปี จะมีมากกว่า 1 ใน 3 ของสมาชิกทั้งหมดไม่ได้ (หากข้อบังคับไม่ได้กำหนดเป็นอย่างอื่น) แต่สำหรับเยอรมันไม่มีกฎหมายกำหนดข้อจำกัดเรื่องอายุของสมาชิกคณะกรรมการไว้แต่อย่างใด ในประเด็นนี้มีความเห็นว่าแม้โดยทั่วไปแล้ว ผู้สูงอายุจะทำงานไม่แคล่วคล่องว่องไวอย่างคนหนุ่มสาวก็ตาม แต่ก็ไม่จริงเสมอไป เพราะเรื่องประสิทธิภาพการดำเนินงานแต่ละคนไม่เหมือนกัน อาจมีบางกรณีคนสูงอายุสามารถทำงานได้ดีและมีประสิทธิภาพมากกว่าคนหนุ่มสาวก็ได้ และต้องยอมรับว่าผู้สูงอายุด้วยวัยวุฒิมีประสบการณ์มากกว่า ฉะนั้นในเรื่องอายุของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล ควรกำหนดให้เป็นเรื่องของผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้

⁴³ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “บทสรุปผู้บริหาร (บทศึกษาเรื่องการเสริมสร้าง Good Corporate Governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย)”, หน้า 12.

พิจารณาความเหมาะสมของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลอย่างที่เหมาะสม
เยอรมันกำหนดไว้ว่าจะเป็นวิธีการที่เหมาะสม⁴⁴

5.4.2.7 การกำหนดห้ามสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหาร และในทางกลับกันก็ห้ามสมาชิกในคณะกรรมการบริหารเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย การกำหนดในลักษณะนี้เป็นการเหมาะสมดีแล้ว เพราะจะทำให้กรรมการกำกับดูแลควบคุมดูแลการดำเนินงานของกรรมการบริหาร ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ทั้งนี้ถ้ากำหนดให้สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นสมาชิกในคณะกรรมการบริหารด้วยแล้ว จะเท่ากับคนเดียวทำสองหน้าที่ในเวลาเดียวกัน ซึ่งมักจะไม่ได้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินงานทั้ง 2 หน้าที่ และเมื่อมีกรณีที่จะต้องตรวจสอบการกระทำของตนเอง ก็มักจะเข้าข้างตนเองว่าการปฏิบัติหน้าที่ของตนในฐานะกรรมการบริหารนั้นถูกต้องแล้ว และอาจทำให้ระบบคณะกรรมการกำกับดูแลไม่มีคุณค่าในที่สุด

5.4.2.8 กรณีห้ามคนใดคนหนึ่ง เป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทอื่นเกินกว่า 10 แห่งตามกฎหมายเยอรมัน หรือเกินกว่า 8 แห่งตามกฎหมายของฝรั่งเศส นั้นมีความเห็นว่า จะทำให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลมีเวลาเพียงพอที่จะแลกเปลี่ยนความเห็นร่วมกันและสามารถทุ่มเทปฏิบัติงานได้มากยิ่งขึ้น เพราะถ้าหากไม่มีการจำกัดจำนวนบริษัทที่คน ๆ หนึ่งจะเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลเอาไว้ ก็จะทำให้การควบคุมและตรวจสอบการบริหารจัดการบริษัทในแต่ละแห่งเป็นไปได้ไม่ทั่วถึง

อย่างไรก็ตามมีความเห็นเพิ่มเติมว่า หากมีการจำกัดจำนวนบริษัทที่ห้ามคน ๆ หนึ่ง เป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลให้เหลือน้อยลงกว่านี้อีก ก็ยังจะทำให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีเวลาทุ่มเทปฏิบัติงานได้มากขึ้นตามไปด้วย ทั้งนี้การจำกัดจำนวนบริษัทที่คน ๆ หนึ่งจะเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลว่าควรเป็นเท่าใดจึงจะเหมาะสมที่สุดนั้น ควรจะต้องมีการพิจารณาในรายละเอียดกันต่อไป

5.4.2.9 จากการศึกษาที่กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้มีการแต่งตั้งนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาเป็นกรรมการในคณะกรรมการกำกับดูแลก็ได้ ในขณะที่ตามกฎหมายของเยอรมันและเนเธอร์แลนด์กำหนดให้บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะเป็นกรรมการดูแล ดังนั้นหากจะนำรูปแบบคณะกรรมการกำกับดูแล มาปรับใช้กับบริษัทในไทยแล้ว เห็นว่าเนื่องจากสภาพทาง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของไทย ยังไม่ถึงจุดที่เหมาะสมในการยอมรับให้นิติบุคคลเป็นกรรมการกำกับดูแล ทั้งนี้แม้กฎหมายจะบัญญัติรองรับสิทธิหน้าที่ของนิติบุคคลเอาไว้เช่นเดียวกับของบุคคลธรรมดา (เว้นแต่สภาพแห่งสิทธิจะไม่เปิดช่อง)⁴⁵ และการแสดงออกซึ่งเจตนาตามวัตถุประสงค์

⁴⁴ ฉัตรทิพย์ ตันตพระศาสตร์, “มาตรการคุ้มครองผู้ถือหุ้น,” หน้า 207

⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรคแรก

ของนิติบุคคล ย่อมแสดงออกโดยผู้แทน⁴⁶ก็ตาม ทั้งนี้ให้เปรียบเทียบกับกรรมการบริษัทตามกฎหมายไทยซึ่งก็ยังไม่อนุญาตให้นิติบุคคลเป็นกรรมการบริษัทเช่นกัน⁴⁷

5.4.3 ข้อจำกัดและข้อพึงระวังบางประการที่อาจมีผลต่อประสิทธิภาพการดำเนินการของคณะกรรมการกำกับดูแล

การนำมาตรการที่ดีของคณะกรรมการกำกับดูแล ตามกฎหมายต่างประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 5.4.2 มาพิจารณาปรับใช้กับบริษัทในประเทศไทย เพื่อให้เกิดประสิทธิผลและมีประสิทธิภาพในการควบคุมการบริหารงานของบริษัท นั้น ควรพิจารณาข้อจำกัดบางประการประกอบการปรับใช้กฎหมายด้วย ดังนี้

5.4.3.1 เนื่องจากสมาชิกคณะกรรมการบริหารส่วนใหญ่จะเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์สูง ดังนั้นหากผู้ที่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติ ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ที่ไม่สูงพอเกี่ยวกับกิจการงานของบริษัท ก็อาจทำให้การควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของกรรมการบริหารในด้านต่าง ๆ รวมถึงด้านการขาย การส่งออก การเงิน และด้านเทคนิคการผลิต ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และอาจส่งผลให้การบริหารงานของกรรมการบริหารบกพร่องและขาดประสิทธิภาพ

มีความเห็นว่าโดยลักษณะของบุคคลที่เป็นกรรมการกำกับดูแล ที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงาน นั้น ไม่จำเป็นต้องมีความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ที่ลึกซึ้งเทียบเท่ากับกรรมการบริหารทุกคน แต่ก็ควรมีความรู้และความสามารถพอที่จะตัดสินใจให้ความเห็นได้ และเมื่อรวมกับความเห็นของกรรมการกำกับดูแลท่านอื่น ก็อาจเป็นการตัดสินใจที่เหมาะสมในฐานะทำงานร่วมกันเป็นคณะเดียวกัน ทั้งนี้คณะกรรมการกำกับดูแลโดยรวมอาจตัดสินใจผิดพลาดได้ แต่ทุกคนในคณะกรรมการกำกับดูแลคงไม่ทำผิดพลาดทุกครั้งตราบได้ ใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระ และอุทิศเวลาและทุ่มเทให้การปฏิบัติหน้าที่อย่างแท้จริง นอกจากนี้หากต้องการให้กรรมการกำกับดูแลมีความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์เกี่ยวกับธุรกิจของบริษัท ก็อาจจัดให้สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแล ได้รับการอบรม และศึกษาเกี่ยวกับกิจการงานของบริษัท เพื่อให้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลเกิดความชำนาญรวมทั้งมีทักษะเกี่ยวกับการบริหารงานในด้านต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้อาจกำหนดให้ศึกษากิจการของบริษัทกับคนงานของบริษัทด้วย ก็ได้

5.4.3.2 เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล เกิดประสิทธิภาพ คณะกรรมการกำกับดูแล จะต้องมีความเป็นอิสระ ในการนี้เมื่อพิจารณาระบบคณะกรรมการ

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรคสอง

⁴⁷ พรบ.บริษัทมหาชน พ.ศ.2535 มาตรา 68

สองชั้นที่แยกบุคคลที่เป็นกรรมการบริหาร กับบุคคลที่เป็นกรรมการกำกับดูแลออกจากกันอย่างชัดเจน โดยสมาชิกในคณะกรรมการทั้งสอง จะต้องไม่มาจากบุคคลในกลุ่มเดียวกันหรือชั้นเดียวกัน จึงทำให้คณะกรรมการบริหารไม่สามารถมีอิทธิพลหรืออำนาจชี้นำเหนือคณะกรรมการกำกับดูแล

และตามที่กล่าวมาแล้วว่า โครงสร้างคณะกรรมการกำกับดูแลเกิดขึ้นเพื่อแก้ไข ปัญหาของระบบคณะกรรมการชั้นเดียวที่ขาดประสิทธิภาพในการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงาน กล่าวคือ ในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว กรรมการที่ทำหน้าที่บริหารกับกรรมการที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงาน มาจากบุคคลในกลุ่มเดียวกันหรือชั้นเดียวกัน เพียงแต่แบ่งแยกหน้าที่กันดำเนินการ จึงมีความเป็นไปได้สูงที่กรรมการบริหารมักจะมีอิทธิพล และมีอำนาจชี้นำเหนือการตัดสินใจของคณะกรรมการบริษัท ที่ทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงาน

อย่างไรก็ตามหลักการของคณะกรรมการกำกับดูแลที่แยกองค์การ ออกจากต่างหากจากคณะกรรมการบริหารดังกล่าวไม่ใช่จะเป็นสูตรสำเร็จที่จะแก้ไขปัญหาความอิสระของคณะกรรมการกำกับดูแลได้ทั้งหมด ข้อจำกัดที่สำคัญที่อาจเป็นอุปสรรคต่อการใช้ดุลยพินิจที่เป็นอิสระของคณะกรรมการกำกับดูแลยังคงมีอยู่เช่นกัน กล่าวคือคณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากของบริษัท ที่เป็นกลุ่มเดียวกับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากที่แต่งตั้งกรรมการบริหาร มิฉะนั้นจะทำให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากดังกล่าว สามารถชี้นำให้คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติตามแนวทางที่เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายตนได้เช่นกัน

มีความเห็นเพิ่มเติมว่า จะมีมาตรการใดที่จะนำมาใช้แก้ปัญหาคณะกรรมการกำกับดูแล ที่อาจถูกครอบงำจากผู้ถือหุ้นหรือที่มีส่วนได้เสียที่แต่งตั้งตนเข้ามาเป็นกรรมการกำกับดูแล ในการนี้ผู้เขียนมีความเห็นบางประการ ที่ควรนำมาพิจารณาประกอบกัน ดังนี้

ก. จะต้องกระตุ้นให้คณะกรรมการกำกับดูแลเห็นความสำคัญ ของ จริยธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของตน กล่าวคือ จะต้องสร้างให้คณะกรรมการกำกับดูแลตระหนักว่าเขาควรจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นอิสระโดยไม่ถือว่าเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่มีส่วนได้เสียที่แต่งตั้งตนเข้ามาเป็นกรรมการกำกับดูแล และไม่ควรถูกปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่ควรปฏิบัติหน้าที่โดยพิจารณาถึงผลประโยชน์ของบริษัท ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไป รวมถึงผู้เกี่ยวข้องอื่น เพื่อให้เกิดความเที่ยงธรรมแก่บุคคลดังกล่าว ทั้งนี้วิธีการที่จะเสริมสร้างให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีจริยธรรม นั้น อาจใช้วิธีการเดียวกันกับวิธีการที่ใช้กระตุ้นให้ผู้บริหารในบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เห็นความสำคัญของจริยธรรมของผู้บริหารก็ได้ กล่าวคือ อาจกระทำได้โดยการจัดสัมมนา การกำหนดเป็นหลักสูตรภาคบังคับในระดับอุดมศึกษา การบรรจุเป็นหลักสูตรสำหรับการอบรม

โดยทางการ รวมถึงยังอาจพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการจัดตั้งสถาบันอบรมเกี่ยวกับจริยธรรม⁴⁸

ข. จะต้องกระตุ้นให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไปตระหนักถึงความสำคัญของการทำหน้าที่กำกับดูแลการบริหารงานของบริษัท (ไม่ใช่เป็นเพียงได้ชื่อนักลงทุนเท่านั้น) เนื่องจากที่ผ่านมาผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไปมักจะไม่มีการรวมตัวกันเพื่อกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้บริหารเท่าที่ควร ซึ่งอาจเกิดมาจากสาเหตุหลัก ๆ ดังต่อไปนี้ ได้แก่ ตัวผู้ถือหุ้นเองไม่ทราบสิทธิที่มีตามกฎหมาย , ผู้ถือหุ้นเห็นว่าการไปเข้าร่วมประชุมเป็นเรื่องเสียเวลาและไม่มีประโยชน์ เนื่องจากเป็นเสียงส่วนน้อย และกรณีที่เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบริหารงานที่ผิดพลาดหรือการทุจริตของผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นดังกล่าวก็ใช้วิธีการขายหุ้นทิ้งมากกว่าการเข้าไปร่วมตรวจสอบหรือกำกับดูแลเพื่อหาแนวทางแก้ไข⁴⁹

ฉะนั้นวิธีการกระตุ้นให้ผู้ถือหุ้นรวมตัวกันเพื่อร่วมกันทำหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติงานของผู้บริหารของบริษัท ให้ได้ผลดีที่สุด น่าจะเป็นการสร้างวัฒนธรรมแบบใหม่เกี่ยวกับการลงทุนของผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไป โดยกระตุ้นให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยตระหนักถึงความสำคัญว่าตนเองใหญ่ไม่ใช่เป็นเพียงแค่นักลงทุนดังเช่นที่ผ่านมา แต่เป็นเจ้าของบริษัทด้วยเช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และจะต้องสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิของผู้ถือหุ้นควบคู่ไปพร้อมกันด้วย

ค. เกี่ยวกับวิธีการคัดสรรสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล ถือว่าเป็นสิ่งที่สำคัญที่ควรนำมาพิจารณาด้วย ดังนี้

(1) เกี่ยวกับการคัดสรรสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล นั้นมีความเห็นว่า หากกำหนดให้หน่วยงานที่มีความเป็นกลาง เช่น กำหนดให้ทางการเป็นผู้คัดสรรบุคคลที่มีประสิทธิภาพ และเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติครบตามเกณฑ์ที่เหมาะสมจะเป็นกรรมการกำกับดูแล และประกาศหรือขึ้นทะเบียนบุคคลดังกล่าวเอาไว้ ในการนี้เมื่อบริษัทใดประสงค์จะแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล บริษัทนั้น ๆ จะออกหนังสือถึงผู้ถือหุ้นทุกราย ให้เลือกกรรมการกำกับดูแลจากรายชื่อบุคคลที่ขึ้นทะเบียนไว้กับหน่วยงานของทางการดังกล่าว วิธีการคัดสรรสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลในลักษณะเช่นนี้ ไม่ได้เป็นการตัดสิทธิผู้ถือหุ้นในการเลือกตั้งกรรมการกำกับดูแลแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นยังคงมีสิทธิเลือกตั้งกรรมการกำกับดูแลเช่นเดิม (เพียงแต่ถูกจำกัดว่าต้องเลือกสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากบุคคลที่ขึ้นทะเบียนไว้กับทางการ) การกำหนดให้หน่วยงานของทางการเข้ามาเป็นผู้คัดสรรบุคคลที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมมาเป็นกรรมการกำกับดูแลที่จะเข้ามาเป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานตั้งแต่แรก น่าจะมีมาตรฐานที่ดีกว่าที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นหรือบริษัทเสนอกรรมการกำกับดูแลเอง มีข้อสังเกตว่า

⁴⁸ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, บทสรุปผู้บริหาร (บทศึกษา เรื่องการเสริมสร้าง Good Corporate Governance) ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย, หน้า 34. (<http://www.sec.or.th/research/summary.html>)

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

จากการที่ผู้ถือหุ้นยังคงเป็นผู้พิจารณาถอดถอนกรรมการกำกับดูแลได้อยู่เช่นเดิม ก็อาจทำให้เกิดความเสียหายที่ผู้ถือหุ้นที่มีเสียงข้างมากที่ควบคุมมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ สามารถเข้ามามีอิทธิพลเหนือกรรมการกำกับดูแลได้อีกเช่นกัน ซึ่งอาจแก้ไขได้โดยให้องค์กรอื่นที่เป็นกลาง ตามที่จะกล่าวต่อไปในข้อ 5.4.3.2ค.(2) เป็นผู้ถอดถอนกรรมการกำกับดูแล หรืออาจต้องใช้มาตรการกระตุ้นให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยทั่วไปตระหนักถึงความสำคัญของการทำหน้าที่กำกับดูแลการบริหารงานของบริษัท โดยจะต้องสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิของผู้ถือหุ้นควบคู่ไปพร้อมกันด้วย เพื่อให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยสามารถรวมตัวกันรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มของตน ไม่ให้เสียเปรียบกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่มากเกินไป ตามที่กล่าวมาแล้วในข้อ 5.4.3.2 ข.

(2) เกี่ยวกับวิธีการแต่งตั้งสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล นั้น มีความเห็นว่าหากกำหนดให้หน่วยงานที่มีความเป็นกลาง เป็นผู้พิจารณาแต่งตั้งกรรมการกำกับดูแลบางส่วนโดยตรง วิธีการนี้เป็นวิธีการที่ใช้อยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์ที่ข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดให้สมาชิกจำนวน 1 ใน 3 ของทั้งหมด ได้รับแต่งตั้งจากองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐบาลหรือท้องถิ่น นอกจากนี้ยังกำหนดเกี่ยวกับการถอดถอนสมาชิกภาพของกรรมการกำกับดูแล ว่าอยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรเดียวเท่านั้น คือ Commercial Chamber of the Court of Appeal of Amsterdam ภายใต้การร้องขอของที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือคณะกรรมการลูกจ้าง จะเห็นได้ว่าวิธีการแต่งตั้งกรรมการกำกับดูแล และการถอดถอนกรรมการกำกับดูแล ที่กำหนดไว้ในลักษณะเช่นนี้ น่าจะเป็นมาตรการที่ดีที่จะช่วยปกป้องไม่ให้กรรมการกำกับดูแลต้องเกรงกลัวว่าจะถูกกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่อาจเป็นกลุ่มเดียวกันกับคณะกรรมการบริหาร กลั่นแกล้ง อันจะทำให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีความเป็นอิสระและสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่ามาตรการเสริมสร้างความเป็นอิสระแก่คณะกรรมการกำกับดูแลของเนเธอร์แลนด์ในลักษณะเช่นนี้ ถือได้หรือไม่ว่าเป็นการลดอำนาจผู้ถือหุ้นที่เปรียบเสมือนเป็นเจ้าของบริษัทลง

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากโครงสร้างผู้ถือหุ้นของบริษัทโดยทั่วไปของประเทศไทย ซึ่งมักจะมีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งคือ เป็นบริษัทในครอบครัว (Family Business) ซึ่งคณะกรรมการบริหารมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือไม่ก็เป็นบุคคลในครอบครัว จึงทำให้การถือหุ้นและอำนาจในการบริหารจัดการบริษัทมักจะกระจุกตัวในสมาชิกของครอบครัว (Big Inside shareholder) และการตัดสินใจเลือกลงทุนของผู้ลงทุนภายนอกหรือผู้ถือหุ้นรายย่อย มักจะเกิดจากความเชื่อมั่นในคณะกรรมการบริหารซึ่งเป็นคนของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ โดยผู้ลงทุนเหล่านี้สนใจเพียงผลตอบแทนที่ได้ในระยะสั้นมากกว่าที่จะดูแลการบริหารงานดั่งนั้นจึงไม่ให้ความสำคัญกับการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) กับ คณะกรรมการบริหาร และเมื่อไม่พอใจการบริหารงานของบริษัท ก็มักเลือกที่จะขายหุ้นทิ้งมากกว่าการดูแลการบริหารงานของบริษัท คณะกรรมการบริหารจึงได้มาทั้งอำนาจในการบริหารและอำนาจควบคุมตรวจสอบการบริหาร และส่งผลให้คณะกรรมการบริหารมีอิสระในการบริหารกิจการไปในทิศทางที่เป็นผลประโยชน์ต่อตนเองและผู้ใกล้ชิด มากกว่าบริหารงานเพื่อประโยชน์สูงสุดที่ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปจะพึงได้รับในระยะยาว (Maximize Longterm Shareholder Value) และเพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายหรือความเจริญก้าวหน้าของบริษัทแบบยั่งยืน นอกจากนี้การบริหารจัดการบริษัทแบบครอบครัวดังกล่าว ก็มักจะทำให้การบริหารจัดการบริษัทเกิดความผิดพลาดและยังเป็นการเอื้ออำนวยให้มีการทุจริตขึ้นในองค์กรได้ง่ายด้วย โดยเฉพาะในบริษัทที่มีกิจการขนาดใหญ่รวมถึงสถาบันการเงิน การบริหารงานในลักษณะที่สร้างความเสียหายเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้เกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจในช่วงที่ผ่านมา

สภาพการณ์ที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้บริษัทต่าง ๆ จำเป็นต้องปรับตัวและทบทวนแนวทางในการดำเนินงาน เพื่อให้ธุรกิจอยู่รอดและเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันภายใต้สภาวะแวดล้อมทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและต่อเนื่อง การปรับระบบภายในองค์กรให้มีกระบวนการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) ด้วยการจัดระบบโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทให้มีกลไกควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) กับคณะกรรมการบริหาร นั้น เป็นสิ่งที่มีบทบาทสำคัญเพิ่มขึ้นและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หากบริษัทต้องการเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานและสร้างความน่าเชื่อถือ เพื่อให้ธุรกิจสามารถอยู่รอดในระยะยาว

ระบบคณะกรรมการบริษัทที่นำมาใช้ประเทศต่าง ๆ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ ได้แก่ ระบบคณะกรรมการชั้นเดียว (One-tier Board หรือ Unitary Board) และระบบคณะกรรมการสองชั้น (Two-tier Board หรือ Dualist Board) ในแต่ละระบบดังกล่าว

มีแนวคิดและวิธีการเกี่ยวกับการเสริมสร้างให้บริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) ที่แตกต่างกันออกไป

ระบบคณะกรรมการบริษัทแบบชั้นเดียว เป็นระบบที่ใช้กับบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ออสเตรเลีย แคนาดา รวมถึงประเทศไทย ในโครงสร้างคณะกรรมการบริษัทรูปแบบนี้ จะกำหนดให้คณะกรรมการบริษัทเป็นผู้รับผิดชอบทั้งการบริหารกิจการและควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายบริหาร ซึ่งโดยทั่วไปในแต่ละบริษัทจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้จัดการ (Managing Director) ขึ้นมาเป็นผู้บริหารกิจการของบริษัท โดยอยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการบริษัท (Board of Directors) นอกจากนี้ในบริษัทที่มีกิจการขนาดใหญ่ คณะกรรมการบริษัทมักจะแต่งตั้งคณะกรรมการชุดเล็กขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือกรรมการผู้จัดการด้วย ซึ่งอาจเรียกคณะกรรมการดังกล่าวว่าคณะอนุกรรมการบริหารหรือคณะกรรมการบริหาร (Management Committee) คณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้ที่เป็นกรรมการบริษัทด้วยกันเองเพื่อทำหน้าที่บริหารกิจการโดยตรง โดยถือว่ากรรมการผู้จัดการเป็นส่วนหนึ่งในคณะกรรมการบริหารด้วยเช่นกัน ทั้งนี้อาจเรียกคณะกรรมการที่ไม่ได้เป็นกรรมการบริหารว่าคณะกรรมการอำนวยการหรือคณะกรรมการบริษัทก็ได้ ซึ่งคณะกรรมการอำนวยการจะเป็นฝ่ายควบคุมการบริหารงานของคณะกรรมการบริหารอีกทอดหนึ่ง

ระบบคณะกรรมการสองชั้น เป็นระบบที่ใช้แพร่หลายอยู่ในประเทศแถบยุโรป เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ โครงสร้างคณะกรรมการบริษัทในรูปแบบดังกล่าวจะแบ่งคณะกรรมการบริษัทออกเป็น 2 ระดับ คือ คณะกรรมการบริหาร (Management Board) และคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) คณะกรรมการบริหารจะเป็นผู้กำหนดนโยบายและบริหารกิจการของบริษัท รวมถึงช่วยฝ่ายจัดการในแผนกต่าง ๆ ของบริษัทในการตัดสินใจทางธุรกิจ สำหรับคณะกรรมการกำกับดูแลนั้น จะทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด สมาชิกของคณะกรรมการทั้งสองชุดจะต้องแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ สมาชิกในคณะกรรมการทั้งสองชุดจะต้องไม่ใช่บุคคลคนเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร

จากการที่ได้วิเคราะห์โครงสร้างการบริหารจัดการและควบคุมบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนของไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะที่ 22 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 แล้วแต่กรณี ปรากฏว่า คณะกรรมการบริษัทที่มีได้มีหน้าที่บริหารหรือเรียกว่าคณะกรรมการอำนวยการมีข้อบกพร่องในเรื่องการควบคุมการบริหารงานหลายประการรวมถึงขาดประสิทธิภาพในการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร เนื่องจากบุคคลที่เป็นกรรมการบริหารและคณะกรรมการอำนวยการ มาจากบุคคลในกลุ่มเดียวกันหรือชั้นเดียวกัน จึงทำให้คณะกรรมการอำนวยการไม่สามารถควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เท่าที่ควร และในกรณีของบริษัทจดทะเบียน ที่มีการแต่งตั้งกรรมการอิสระเพิ่มเข้ามาเป็นสมาชิกในคณะกรรมการอำนวยการ มีความเห็นว่าเป็นเพียงการกระทำเพื่อให้บริษัทมีกรรมการอิสระถูกต้องครบถ้วนตามกฎหมายและข้อกำหนดของทางการเท่านั้น หรือเป็นการให้เกียรติหรือสร้างความสัมพันธ์ที่ดีกับผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเท่านั้น โดยยังขาดความมุ่งหวังให้บุคคลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นตัวแทนรักษาผลประโยชน์ให้แก่ผู้ถือหุ้นรายย่อยหรือตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างแท้จริง นอกจากนี้เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นในการดำเนินงานภายในบริษัท ผู้ที่เป็นกรรมการอิสระมักจะไม่นำปฏิบัติหน้าที่เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นด้วยความระมัดระวัง และคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและบริษัทเท่าที่ควร ในทางตรงข้ามมีแนวโน้มที่กรรมการอิสระมักจะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะประนีประนอมเพื่อผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หากมีเรื่องที่กรรมการอิสระเห็นว่าไม่ถูกต้อง กรรมการอิสระก็อาจจะไม่แสดงความเห็นคัดค้านอย่างจริงจัง หรืออาจจะเลือกถอยออกมาดีกว่าพยายามที่จะระงับการกระทำเช่นนั้น ดังนั้นกรรมการอิสระจึงไม่สามารถทำหน้าที่ของตนในคณะกรรมการอำนวยการ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อยและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าใดนัก

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้ตระหนักถึงความจำเป็นที่จะเสริมสร้างให้บริษัทจดทะเบียน มีกระบวนการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) และเป็นเครื่องมือสำคัญของคณะกรรมการบริษัทในการกำกับดูแลและตรวจสอบระบบการบริหารงานระบบควบคุมภายในที่ดี และตรวจสอบข้อมูลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรายงานทางการเงิน เพื่อให้การเปิดเผยข้อมูลทางการเงินเป็นไปอย่างโปร่งใสและน่าเชื่อถือ ซึ่งจะนำไปสู่ความเชื่อมั่นในการลงทุนในหลักทรัพย์ของบริษัทต่อไป ดังนั้นตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จึงกำหนดให้บริษัทจดทะเบียน จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) ให้เสร็จสิ้นภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2542 และกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอให้รับหลักทรัพย์ของบริษัทเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน ตั้งแต่วันที่ 19 มกราคม 2541 เป็นต้นไป จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการบริษัท

เกี่ยวกับคุณสมบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ ได้กำหนดให้บุคคลที่เป็นกรรมการตรวจสอบต้องเป็นกรรมการบริษัท ซึ่งโดยทั่วไปจะได้รับการแต่งตั้งจากคณะกรรมการของบริษัท จึงนับว่าคณะกรรมการตรวจสอบเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการบริษัทหรือเป็นคณะกรรมการที่ได้รับมอบอำนาจจากคณะกรรมการของบริษัทอีกทอดหนึ่งให้รับผิดชอบหน้าที่บางเรื่องเป็นการเฉพาะเจาะจงแทนคณะกรรมการบริษัทนั่นเอง และตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ความอิสระเป็นคุณสมบัติประการสำคัญของคณะกรรมการตรวจสอบ กล่าวคือ สมาชิกของคณะกรรมการตรวจสอบแต่ละคนจะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของทุนชำระแล้วของบริษัทบริษัทในเครือ บริษัทร่วม บริษัทที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ให้นับรวมถึงหุ้นที่ถือโดยผู้เกี่ยวข้องอันได้แก่คู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะด้วย นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดคุณสมบัติอื่น ๆ ขึ้นอีกหลายประการ ซึ่งเป็นการเสริมสร้างความเป็นอิสระของคณะกรรมการตรวจสอบ เช่น ต้องไม่เป็นลูกจ้าง พนักงาน ผู้บริหารหรือที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำจากบริษัท

บริษัทในเครือ บริษัทร่วม บริษัทที่เกี่ยวข้อง , ต้องไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมทั้งในด้านการเงินและการบริหารงานของบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท เป็นเวลา 1 ปี ก่อนได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการตรวจสอบการให้ความสำคัญแก่ความเป็นอิสระของคณะกรรมการตรวจสอบนั้น อาจเป็นผลสืบเนื่องมาจากคณะกรรมการตรวจสอบเป็นกรรมการในระบบคณะกรรมการชั้นเดียว ในระบบดังกล่าวไม่ได้แบ่งแยกองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารงานของบริษัท กับองค์กรที่เป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงาน ออกจากกันอย่างเด็ดขาด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเสริมสร้างให้กรรมการตรวจสอบมีความเป็นอิสระมากที่สุด เพื่อที่จะถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร

สำหรับบทบาทและหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบนั้นได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้วว่าคณะกรรมการตรวจสอบได้เน้นและให้ความสำคัญเกี่ยวกับการสอบทานรายงานทางการเงินและบัญชีของบริษัทเป็นหลัก เนื่องจากงบการเงินและมาตรฐานทางการบัญชีมีความซับซ้อนยากแก่การทำความเข้าใจ นอกจากนี้ยังมีพัฒนาการที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว หากจะให้คณะกรรมการบริษัททั้งหมดรับผิดชอบในเรื่องดังกล่าว ก็อาจจะไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร คณะกรรมการบริษัทจึงมอบหมายให้คณะกรรมการตรวจสอบให้มีความรับผิดชอบเฉพาะเรื่องเพื่อสร้างหลักประกันเกี่ยวกับคุณภาพของสารสนเทศทางการเงินของกิจการ ให้งบการเงินที่เปิดเผยต่อบุคคลต่อ ผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ หน่วยงานราชการต่าง ๆ และสาธารณชนทั่วไป มีความถูกต้องน่าเชื่อถือมากขึ้น นอกจากนี้คณะกรรมการตรวจสอบยังมีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างความเป็นอิสระของผู้สอบบัญชีภายนอกและผู้ตรวจสอบภายใน รวมถึงเป็นผู้สนับสนุนให้ระบบควบคุมภายในของบริษัทมีความรัดกุมและมีประสิทธิผลยิ่งขึ้นด้วย ส่วนในด้านการควบคุมและตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการบริหารนั้น คณะกรรมการตรวจสอบมีบทบาทอย่างกว้างๆ และค่อนข้างจำกัด กล่าวคือ คณะกรรมการตรวจสอบไม่ได้มีอำนาจในการเข้าไปควบคุมการดำเนินงานของบริหารโดยตรงดังเช่นคณะกรรมการกำกับดูแลอำนาจดังกล่าวของคณะกรรมการตรวจสอบจะอยู่ในลักษณะสอบทาน การปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหารให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

ในการศึกษานี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษามาตรการในการเสริมสร้างให้บริษัทมีระบบกำกับดูแลกิจการที่ดีของระบบคณะกรรมการสองชั้น โดยระบบคณะกรรมการสองชั้นกำหนดให้บริษัทมีการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด และจะศึกษาให้ความสำคัญกับเนื้อหาและสาระสำคัญเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นหลัก ทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ในเชิงวิชาการและเป็นทางเลือกอีกแนวทางหนึ่งในการเสริมสร้างให้บริษัทในประเทศไทยมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี นอกเหนือจากแนวทางของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยที่กำหนดให้ต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นในบริษัทจดทะเบียน

ประเทศเยอรมันเป็นประเทศแรกที่ใช้รูปแบบคณะกรรมการสองชั้น (Two-tier Board) โดยเมื่อปีค.ศ.1870 ได้ออกกฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการบริหาร (Management Board) เป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัท และคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) เป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารอย่างใกล้ชิด โดยที่สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลทั้งหมดในขณะนั้น ได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น ต่อมาภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 เยอรมันรับเอาแนวคิดที่ให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการกับนายจ้าง จึงได้บัญญัติกฎหมายที่ทำให้องค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทของเยอรมันเปลี่ยนแปลงไปโดยสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลส่วนหนึ่งจะต้องมาจากตัวแทนลูกจ้างด้วย การสร้างรูปแบบที่กำหนดให้ลูกจ้างเข้าร่วมเป็นสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลเช่นนี้ นอกจากจะมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานให้มีประสิทธิภาพและโปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ แล้วยังเป็นเครื่องมือส่งเสริมการมีส่วนร่วมของลูกจ้างในการจัดการงานของบริษัทอีกด้วย ซึ่งจะมีประโยชน์ในประเด็นลูกจ้างมีส่วนร่วมในคณะกรรมการกำกับดูแลหลายประการ เป็นต้นว่า ลูกจ้างจะเกิดความสำนึกว่าตนเองเป็นส่วนหนึ่งของกิจการและจะมีแรงกระตุ้นจากตัวลูกจ้างเอง ทำให้เพิ่มพลังความคิด ความรับผิดชอบ และทุ่มเทให้กับการปฏิบัติงานให้ได้อะไรที่มีคุณภาพและปริมาณมากขึ้น , จะมีการถ่ายเทและนำเสนอความคิดเห็นในระหว่างลูกจ้างกับนายจ้างได้โดยสะดวก ทำให้นายจ้างหรือฝ่ายบริหาร ได้รับทราบข้อมูลที่เป็นปัญหา รายละเอียดทางปฏิบัติและปัญหาด้านเทคนิคซึ่งอาจจะนำมาพิจารณาแนวทางปรับปรุงแก้ไขให้กิจการของบริษัทมีผลประกอบการที่ดีขึ้นอย่างรวดเร็วต่อไป , ช่วยส่งเสริมประชาธิปไตยทางด้านอุตสาหกรรม รวมถึงทำให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการปกครองตนเองมากขึ้น

ประเทศอื่นๆ ในยุโรป ได้แก่ ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ นำโครงสร้างการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการสองชั้นของเยอรมัน มาปรับใช้กับบริษัทในประเทศของตน กล่าวคือ ฝรั่งเศสได้รับระบบคณะกรรมการสองชั้นมาปรับใช้ในปี ค.ศ.1966 โดยเฉพาะบริษัทมหาชนเท่านั้นที่กฎหมายกำหนดเป็นทางเลือกให้สมัครใจเลือกที่จะจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลได้ ส่วนบริษัทเอกชนไม่อยู่ในขอบข่ายที่จะจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลแต่อย่างใด สำหรับประเทศเนเธอร์แลนด์ ได้รับเอาระบบคณะกรรมการสองชั้นมาใช้ตั้งแต่ปี 1971 โดยบริษัทที่มีขนาดใหญ่เท่านั้นที่กฎหมายบังคับให้จัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ในขณะที่บริษัทขนาดเล็กนั้น กฎหมายกำหนดเป็นทางเลือกให้อาจสมัครใจเลือกที่จะจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลหรือไม่ก็ได้ และแม้ว่าประเทศฝรั่งเศสและเนเธอร์แลนด์ จะนำแนวคิดเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลของเยอรมันมาปรับใช้ก็ตาม แต่ทั้งสองประเทศก็ไม่ได้นำแนวคิดที่กำหนดให้มีตัวแทนลูกจ้างร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล ดังที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเยอรมันมาใช้ด้วย กล่าวคือ ทั้งฝรั่งเศสและเนเธอร์แลนด์ กำหนดห้ามลูกจ้างในบริษัทหรือบริษัทที่เกี่ยวข้อง เป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลโดยตรง ซึ่งอาจเป็นเพราะทั้งสองประเทศมีวัฒนธรรมทางด้านแรงงานที่แตกต่างจากเยอรมัน และเห็นว่าหากกำหนดให้มีตัวแทนลูกจ้างร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล จะทำให้การ

ดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลแบ่งแยกออกเป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ถือหุ้นและฝ่ายลูกจ้าง และอาจเป็นผลให้การควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งเป็นหน้าที่ประการสำคัญและถือว่าเป็นนโยบายหลักของการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ต่อยประสิทธิภาพลงได้

อย่างไรก็ตามจากการที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแล มีอำนาจแต่งตั้งสมาชิกคนใหม่แทนคนเดิมที่สิ้นสุดสมาชิกภาพได้ โดยผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นสมาชิกใหม่ดังกล่าวจะต้องไม่ถูกคัดค้านจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการลูกจ้าง จึงอาจถือได้ว่าระบบคณะกรรมการกำกับดูแลของเนเธอร์แลนด์เป็นระบบที่กำหนดให้ลูกจ้างเข้ามีส่วนร่วมในการจัดการบริษัทโดยอ้อม สำหรับกรณีของประเทศฝรั่งเศสนั้น มีความเห็นว่าแม้จะกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหาร โดยรับแนวคิดมาจากประเทศเยอรมันก็ตาม แต่ก็อาจรับแนวคิดดังกล่าวมาใช้เพื่อประโยชน์ในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหารให้มีประสิทธิภาพสูงสุดและเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัท โดยไม่เน้นรูปแบบให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมตัดสินใจกับนายจ้างโดยตรง มีเพียงแต่กฎหมายแรงงานของฝรั่งเศสที่กำหนดให้คณะกรรมการลูกจ้างมีสิทธิส่งตัวแทนเข้าร่วมฟังการประชุมของคณะกรรมการกำกับดูแลและมีบทบาทเสมือนผู้ให้คำปรึกษาแก่คณะกรรมการบริหารเท่านั้น ไม่มีสิทธิออกเสียงแต่อย่างใด

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลในประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ มีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

ก. คณะกรรมการกำกับดูแลในประเทศเยอรมัน

(1) กฎหมายบริษัทมหาชนของเยอรมันบังคับให้บริษัทมหาชนทุกบริษัทจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) ขึ้นนอกเหนือจากคณะกรรมการบริษัท(Board of Directors) และที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Meeting of Shareholders) ทั้งนี้สมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่ได้รับแต่งตั้งจากผู้ถือหุ้นทั้งหมด แต่หากเมื่อใดที่บริษัทมหาชนอยู่ในขอบข่ายต้องปรับใช้กับกฎหมาย Co-determination Law คณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องประกอบด้วยตัวแทนผู้ถือหุ้นและตัวแทนลูกจ้างตามสัดส่วนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย Co-determination Law

(2) กฎหมายบริษัทเอกชนของเยอรมัน ไม่ได้บังคับให้บริษัทเอกชนจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล กล่าวคือ บริษัทเอกชนเกือบทุกบริษัท โดยทั่วไปจะแบ่งองค์กรภายใน 2 องค์กร ได้แก่ คณะกรรมการบริษัท (Board of Directors) ซึ่งอาจเป็นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ และอยู่ภายใต้ความครอบงำและการควบคุมดูแลของที่ประชุม

ผู้ถือหุ้น (Meeting of Shareholders) ทั้งนี้เว้นแต่ข้อบังคับบริษัทจะกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล (Supervisory Board) ก็ให้นำข้อกำหนดเกี่ยวกับคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทมหาชน มาปรับใช้เท่าที่ไม่ขัดกับข้อบังคับบริษัทเอกชน อย่างไรก็ตามหากบริษัทเอกชนแห่งใดอยู่ในขอบข่ายต้องปรับใช้กับกฎหมาย Co-determination Law บริษัทนั้น ๆ ก็จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลทุกบริษัท และคณะกรรมการกำกับดูแลก็จะประกอบด้วยตัวแทนผู้ถือหุ้นและตัวแทนลูกจ้างตามสัดส่วนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย Co-determination Law

(3) บริษัทใดไม่ว่าจะเป็นบริษัทมหาชนหรือบริษัทเอกชนก็ตาม หากอยู่ในขอบข่ายตามเงื่อนไขตามกฎหมาย Co-determination Law ก็จะถูกบังคับให้จัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ดังนี้

(3.1) Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951 กำหนดให้บริษัทที่ประกอบกิจการอุตสาหกรรมเหล็กและถ่านหิน ที่มีลูกจ้างมากกว่า 1,000 คน ขึ้นไป จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลที่ประกอบด้วยตัวแทนฝ่ายลูกจ้างและฝ่ายผู้ถือหุ้น ในจำนวนเท่ากัน กล่าวคือ สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายดังกล่าวมีทั้งหมด 11 คน ซึ่งเป็นตัวแทนผู้ถือหุ้น 5 คน เป็นตัวแทนลูกจ้าง 5 คน และแต่งตั้งจากบุคคลที่ทั้งสองฝ่ายเห็นชอบอีก 1 คน

(3.2) The Labour Management Relation Act 1952 กำหนดบังคับใช้กับบริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 500 คนขึ้นไปแต่ไม่มากกว่า 2,000 คน และไม่ใช้บริษัทที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951 จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล โดย 1 ใน 3 ของคณะกรรมการกำกับดูแล ต้องมาจากตัวแทนฝ่ายลูกจ้าง และ 2 ใน 3 มาจากตัวแทนฝ่ายผู้ถือหุ้น

(3.3) Act Relating to the Right of Co-determination of Employees 1976 หรือ Mitbestimmungsgesetz หรือ Co-determination Act 1976 กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับบริษัทที่มีลูกจ้างมากกว่า 2,000 คนขึ้นไป และไม่ใช้บริษัทที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Act on the Equal Co-determination of Employees of Enterprises in the Coal, Iron and Steel Industry 1951 จะต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล โดยสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลจะมีตั้งแต่ 12-20 คน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับขนาดของลูกจ้างของบริษัทนั้น ๆ โดยสมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลทั้งหมดประกอบด้วยตัวแทนของฝ่ายผู้ถือหุ้น และตัวแทนของฝ่ายลูกจ้าง ในจำนวนฝ่ายละเท่ากัน

กฎหมาย Co-determination law ทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว บัญญัติให้มีตัวแทนลูกจ้างเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลร่วมกับตัวแทนผู้ถือหุ้น โดยบัญญัติครอบคลุมในเรื่องจำนวนคณะกรรมการกำกับดูแล องค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแล การแต่งตั้งถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแลในส่วนของตัวแทนลูกจ้าง การดำเนินงานร่วมกัน

ของสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล ส่วนในเรื่องอื่นๆ เช่น การแต่งตั้งถอดถอนรวมถึงองค์ประกอบของสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่มาจากตัวแทนผู้ถือหุ้น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล ความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล รวมถึงการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแลที่ไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย Co-determination Law ก็ยังคงเป็นไปตามกฎหมายบริษัทมหาชนทุกประการ หนึ่งไม่มีบริษัทใดที่ถูกบังคับให้ต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลโดยต้องปรับใช้กับกฎหมาย Co-determination Law เกินกว่า 1 ฉบับ

ข. คณะกรรมการกำกับดูแลในประเทศฝรั่งเศส

บริษัทในประเทศฝรั่งเศสแบ่งเป็น 2 ประเภท ใหญ่ ๆ คือ บริษัทเอกชน (Societe a Responsabilite Limitee หรือ SARL) กับ บริษัทมหาชน (Societe Anonyme หรือ SA)

บริษัทเอกชนโดยทั่วไปใช้ระบบการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียวซึ่งอาจมีผู้จัดการ (Manager) คนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้ดำเนินงานและเป็นตัวแทนของบริษัทในการติดต่อกับบุคคลภายนอก โดยจะต้องบริหารกิจการของบริษัทให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ใน French Commercial Code มาตรา 89-117 และอยู่ภายใต้การครอบงำของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

สำหรับบริษัทมหาชนนั้น อาจใช้ระบบการจัดการและควบคุมบริษัทแบบคณะกรรมการชั้นเดียว เช่นเดียวกับบริษัทเอกชน ซึ่งก็จะต้องปฏิบัติตาม French Commercial Code มาตรา 89-117 เช่นเดียวกับบริษัทเอกชน หรือจะเลือกใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้นก็ได้ และกรณีที่บริษัทมหาชนใดเลือกใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้นก็ต้องระบุเอาไว้ในข้อบังคับบริษัท และจะต้องแบ่งองค์กรในการบริหารงานออกเป็น 2 หน่วยงาน คือ คณะกรรมการบริหารทำหน้าที่บริหารกิจการของบริษัท และคณะกรรมการกำกับดูแลทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งเปรียบเสมือนว่าคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ปกป้องและรักษาผลประโยชน์มิให้ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปเสียเปรียบคณะกรรมการบริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ สำหรับที่ประชุมผู้ถือหุ้นนั้น แม้จะเห็นว่าได้ถ่ายโอนอำนาจไปให้คณะกรรมการกำกับดูแลแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นองค์กรที่มีอำนาจที่สำคัญอยู่ด้วยซึ่งรวมถึงอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล หนึ่งกรณีที่บริษัทมหาชนเลือกที่จะใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้นดังกล่าวแล้ว จะต้องนำ French Commercial Code มาตรา 118-152 มาปรับใช้แทนมาตรา 89-117 ตามที่ได้กล่าวโดยละเอียดแล้วในบทที่ 4.

ค. คณะกรรมการกำกับดูแลในประเทศเนเธอร์แลนด์

การประกอบธุรกิจในรูปแบบบริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์ นอกจากจะแบ่งออกเป็นบริษัทมหาชนและบริษัทเอกชนดังกล่าวแล้ว อาจแยกออกได้อีกเป็นบริษัทขนาดใหญ่ (Large Companies) และบริษัทขนาดเล็ก (Small Companies) บริษัทขนาดใหญ่ยังแบ่งออกเป็นบริษัทใหญ่ที่ได้รับยกเว้น (Exempt Large Companies) บริษัทใหญ่ที่มีโครงสร้าง (Structure Companies) และบริษัทใหญ่ที่ลดโครงสร้าง (Mitigated Structure Companies) ทั้งนี้เฉพาะบริษัทขนาดใหญ่ที่มีโครงสร้างและบริษัทขนาดใหญ่ที่ลดโครงสร้างเท่านั้น ที่ถูกกำหนดให้ต้องใช้ระบบคณะกรรมการสองชั้น โดยต้องจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นมาเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการบริหาร เพื่อให้คณะกรรมการกำกับดูแลทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการทำงานของคณะกรรมการบริหารอีกทอดหนึ่ง สำหรับบริษัทขนาดเล็กกับบริษัทขนาดใหญ่ที่ได้รับยกเว้นนั้นโดยทั่วไปแล้วหากข้อบังคับบริษัทไม่ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแล ระบบการบริหารงานและควบคุมการบริหารงานของบริษัทเหล่านี้ จะใช้ระบบคณะกรรมการชั้นเดียวซึ่งประกอบด้วยที่ประชุมผู้ถือหุ้น และผู้จัดการหรือคณะกรรมการบริษัท เท่านั้น

โครงสร้างของคณะกรรมการสองชั้น รวมถึงบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลในประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ สามารถสรุปสาระสำคัญ ได้ดังต่อไปนี้

ก. สำหรับโครงสร้างของระบบคณะกรรมการสองชั้น นั้น เนื่องจากได้แบ่งแยกองค์การในการบริหารงานและการควบคุมการบริหารงานออกจากกันอย่างชัดเจน คือ บริหารงานโดยคณะกรรมการบริหาร และควบคุมตรวจสอบการบริหารงานโดยคณะกรรมการกำกับดูแล ทั้งนี้สมาชิกของคณะกรรมการทั้ง 2 ชุด ดังกล่าว ต้องไม่ใช่บุคคลคนเดียวกัน ซึ่งถือว่าเป็นหลักการประการสำคัญที่ทำให้ระบบคณะกรรมการสองชั้นแตกต่างจากระบบคณะกรรมการชั้นเดียวตามที่กล่าวมาแล้วที่กำหนดให้คณะกรรมการบริษัทเป็นองค์การที่ทำหน้าที่ทั้งการบริหารงานและควบคุมการบริหารงาน และจากการที่ระบบคณะกรรมการสองชั้นได้แยกองค์การที่ทำหน้าที่บริหารงาน และควบคุมตรวจสอบการบริหารงาน ออกจากกันอย่างเด็ดขาดและชัดเจนเช่นนี้ คณะกรรมการกำกับดูแลจึงสามารถถ่วงดุลและคานอำนาจ (Check and Balance) กับคณะกรรมการบริหาร อย่างมีประสิทธิภาพได้มากขึ้น

ข. สำหรับ บทบาทหน้าที่ ความรับผิดชอบ รวมถึงมาตรการต่าง ๆ ของคณะกรรมการกำกับดูแล ตามที่ได้ศึกษามานั้น จะเห็นว่ากฎหมายของทั้งสามประเทศ คือ เยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ได้บัญญัติให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญเกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานไว้หลายประการ ได้แก่ สามารถเรียกให้กรรมการบริหารจัดส่งเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานได้ตลอดเวลา และยังเป็นหน้าที่

ของกรรมการบริหารที่จะต้องเสนอรายงานเกี่ยวกับการดำเนินงานต่อคณะกรรมการกำกับดูแล ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดอย่างสม่ำเสมอ และเมื่อสิ้นสุรอบบัญชีในแต่ละปี คณะกรรมการบริหารจะต้องเสนอรายงานเกี่ยวกับบัญชีงบดุล บัญชีกำไรขาดทุน รวมถึงบัญชีเกี่ยวกับการดำเนินงานกิจการของบริษัทต่อคณะกรรมการกำกับดูแล ซึ่งคณะกรรมการกำกับดูแลจะเป็นผู้ทำความเข้าใจเกี่ยวกับรายงานดังกล่าวเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อพิจารณาต่อไป นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจอื่น ๆ ที่เป็นเครื่องมือช่วยเสริมสร้างให้คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น อันได้แก่ การแต่งตั้งถอดถอนกรรมการบริหาร อำนาจในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น ยิ่งไปกว่านี้คณะกรรมการกำกับดูแลยังมีอำนาจเป็นผู้กระทำการแทนบริษัทหรือให้ความเห็นชอบแก่กรรมการบริหารในกรณีที่บริษัททำนิติกรรมกับกรรมการบริหาร ซึ่งนิติกรรมดังกล่าวกรรมการบริหารมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท อีกทั้งข้อบังคับของบริษัทยังสามารถกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่คณะกรรมการบริหารก่อนทำนิติกรรมที่มีความสำคัญ เช่น การค้าประกันบุคคลอื่น และการนำหลักทรัพย์เข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

ค. เกี่ยวกับความรับผิดของคณะกรรมการกำกับดูแล นั้น ประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ได้กำหนดมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่โดยทั่วไปของผู้ที่เป็นกรรมการกำกับดูแลว่าเป็นเช่นเดียวกับมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการบริหารซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและซื่อสัตย์สุจริตเป็นหลัก เพียงแต่หน้าที่ของกรรมการบริหารจะมีลักษณะในเชิงการจัดการและบริหารกิจการของบริษัท ส่วนหน้าที่ของกรรมการกำกับดูแล จะเป็นการควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติงานของกรรมการบริหารอีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้กรณีที่กรรมการกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่ และทำให้เกิดความเสียหายขึ้น กรรมการกำกับดูแลผู้นั้นต้องรับผิดทางแพ่งต่อบริษัทและบุคคลภายนอกที่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนเองได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากคณะกรรมการกำกับดูแลบกพร่องหรือละเลยการปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการบริหาร โดยกฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติความรับผิดของกรรมการบริหารมาปรับใช้กับกรรมการกำกับดูแล นอกจากนี้กฎหมายของบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส ได้กำหนดว่า กรณีที่กรรมการกำกับดูแลจงใจละเลยตรวจสอบงบการเงินของบริษัทที่คณะกรรมการบริหารเป็นผู้นำเสนอแก่ตนซึ่งงบการเงินดังกล่าวมีข้อมูลผิดไปจากความเป็นจริง หรือกรณีที่กรรมการบริหารเสนอให้ผู้ถือหุ้นเพิ่มทุน และกรรมการกำกับดูแลเพิกเฉยที่จะตรวจสอบว่ามีการนำเงินเพิ่มทุนไปใช้ในกิจการของบริษัทจริงหรือไม่ และต่อมากกรรมการบริหารได้ยกยอกนำเงินเพิ่มทุนไปใช้เพื่อประโยชน์ตนเอง ในกรณีดังกล่าวกรรมการบริหารอาจต้องรับผิดทางอาญาเป็นส่วนตัวหรือรับผิดร่วมกับกรรมการบริหาร ฐานฉ้อโกง ได้ และสำหรับเนเธอร์แลนด์ นั้น ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่คณะกรรมการกำกับดูแลเอาไว้ด้วย เช่น ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่ด้วยความบกพร่องหรือละเลยการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งนอกจากจะเกิดความเสียหายทางแพ่งต่อบริษัทและบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องแล้วหากการบกพร่องหรือละเลยหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าวเข้าข่ายเป็นความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ (Economic

Offence) กรรมการกำกับดูแลผู้นั้นจะต้องได้รับโทษทางอาญาตามที่กำหนดเอาไว้อีกด้วย

และจากโครงสร้างคณะกรรมการกำกับดูแล บทบาทหน้าที่ รวมถึงมาตรการต่าง ๆ ของคณะกรรมการกำกับดูแลที่ได้ศึกษามานั้น จึงมีความเห็นว่าคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นองค์กรอีกรูปแบบหนึ่งที่มีประสิทธิภาพในการถ่วงดุลและคานอำนาจกับคณะกรรมการบริหาร และจะปฏิบัติหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานได้โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือการชี้นำจากคณะกรรมการบริหาร และถือว่าเป็นมาตรการที่ดีอันหนึ่งที่ควรนำมาใช้ เพื่อเสริมสร้างให้บริษัทในประเทศไทยมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดีและเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานต่อไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากข้อ 6.1 ที่ได้สรุปว่าคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นองค์กรที่ควรนำปรับใช้เพื่อให้บริษัทในไทยมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี และช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงานของบริษัทนั้น เนื่องจากในปัจจุบันตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบขึ้นมาเพื่อช่วยเสริมสร้างให้บริษัทมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดีอยู่แล้ว จึงมีความเห็นเพิ่มเติมมาว่าการที่จะนำระบบคณะกรรมการกำกับดูแลมาพิจารณาปรับใช้กับบริษัทในไทยให้มีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผล ควรต้องพิจารณาผลดีผลเสียเปรียบเทียบกับระหว่างคณะกรรมการกำกับดูแลกับคณะกรรมการตรวจสอบประกอบด้วย

ผลจากการวิเคราะห์ความแตกต่างของคณะกรรมการกำกับดูแล กับ คณะกรรมการตรวจสอบ ปรากฏว่าทั้งสองรูปแบบดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือในการเสริมสร้างให้บริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) เช่นเดียวกัน เพียงแต่ในแต่ละรูปแบบมีกลไกที่ใช้ในการเสริมสร้างให้บริษัทมีการกำกับดูแลกิจการที่ดีที่ต่างกัันดังที่ได้กล่าวถึงในรายละเอียดในข้อ 5.4.1 ของบทที่ 5. แต่ในส่วนนี้จะขอก้าวโดยรวมเฉพาะที่เป็นประเด็นความแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญของสองรูปแบบ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะที่จะกล่าวต่อไป ดังนี้

ก. บุคคลที่เป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล โดยทั่วไปได้รับแต่งตั้งจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น (ยกเว้นในกรณีของบริษัทในประเทศเยอรมันซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมาย Co-determination Law ที่กำหนดให้สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วยตัวแทนจากฝ่ายผู้ถือหุ้นและตัวแทนจากฝ่ายลูกจ้าง) นอกจากนี้คณะกรรมการกำกับดูแลยังเป็นองค์กรที่แยกออกมาต่างหากหรือเปรียบเสมือนว่าเป็นองค์กรที่อยู่คนละระดับชั้นและมีอิสระจากคณะกรรมการบริหาร และจากกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระและแยกออกมาต่างหากจากคณะกรรมการบริหารนี้เอง จึงมีเหตุผลอันสมควรที่กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลมีส่วนสำคัญในการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริหาร ซึ่งเป็น

มาตรการส่วนหนึ่งที่ช่วยเสริมให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นองค์กรที่สามารถควบคุมคณะกรรมการบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในขณะที่สมาชิกของคณะกรรมการตรวจสอบ จะต้องเป็นกรรมการในคณะกรรมการบริษัท และได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการบริษัท จึงถือได้ว่ากรรมการตรวจสอบก็คือคณะอนุกรรมการของบริษัทประเภทหนึ่งเช่นเดียวกับคณะกรรมการบริหาร เพียงแต่คณะกรรมการตรวจสอบได้รับการแต่งตั้งหรือมอบหมายอำนาจจากคณะกรรมการบริษัทให้รับผิดชอบในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทบางเรื่องเป็นการเฉพาะเจาะจง ส่วนคณะกรรมการบริหารเป็นองค์กรที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการบริษัทให้ทำหน้าที่ตัดสินใจในการบริหารงานของบริษัทเป็นปกติธุระ และเนื่องจากคณะกรรมการตรวจสอบเป็นอนุกรรมการบริษัทเช่นเดียวกับคณะกรรมการบริหาร จึงทำให้คณะกรรมการตรวจสอบไม่มีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการบริหาร

ข. ไม่ว่าขณะใด ๆ ก็ตามคณะกรรมการกำกับดูแล สามารถตรวจและยื่นข้อซักถามกับคณะกรรมการบริหารเมื่อต้องการทราบว่าสิ่งที่คณะกรรมการบริหารได้คิดหรือกระทำไปนั้น เหมาะสมหรือไม่ และมีอำนาจในการตรวจเอกสาร บันทึก สินทรัพย์ของบริษัท ซึ่งอาจแต่งตั้งให้สมาชิกคนใดคนหนึ่งทำการตรวจ รวมถึงอำนาจในการเรียกให้กรรมการบริหารจัดส่งเอกสารรายงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานได้ตลอดเวลาที่ต้องการ ในขณะที่คณะกรรมการตรวจสอบไม่ได้มีอำนาจในการเข้าไปควบคุมการดำเนินงานของบริษัทโดยตรง กล่าวคือ คณะกรรมการตรวจสอบมีอำนาจในลักษณะสอบทานการปฏิบัติงานของบริษัทให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

ส่วนบทบาทในการเสริมสร้างให้การรายงานทางการเงิน และบัญชี มีความน่าเชื่อถือและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น นั้น กฎหมายคณะกรรมการกำกับดูแล ไม่ได้วางมาตรการในรายละเอียดไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่ได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อให้คณะกรรมการตรวจสอบมีบทบาทที่สำคัญหลายประการในการเสริมสร้างความน่าเชื่อถือด้านรายงานทางการเงินดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นเพราะกฎหมายได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับรายงานทางการเงินเพื่อการเปิดเผยข้อมูลทางการเงินเป็นไปอย่างโปร่งใสสามารถตรวจสอบได้ และน่าเชื่อถือ ซึ่งจะนำไปสู่ความเชื่อมั่นในการลงทุนในหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียน ต่อไป

ค. คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นผู้กระทำแทนบริษัทหรือให้ความเห็นชอบแก่กรรมการบริหารในกรณีที่บริษัททำนิติกรรมกับกรรมการบริหารซึ่งนิติกรรมดังกล่าวกรรมการบริหารมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท นอกจากนี้ข้อบังคับของบริษัทยังสามารถกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแล เป็นผู้ให้ความเห็นชอบแก่คณะกรรมการบริหารก่อนทำนิติกรรมที่มีความสำคัญ เช่น การค้าประกัน และการนำหลักทรัพย์เข้าจดทะเบียนในตลาด

หลักทรัพย์ เป็นต้น ขณะที่คณะกรรมการตรวจสอบไม่มีอำนาจในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด ในประเด็นนี้จึงเห็นว่าคณะกรรมการกำกับดูแล สามารถรักษาผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น มิให้ต้องเสียเปรียบจากการกระทำของกรรมการบริหารในข้อตกลง ที่ผลประโยชน์ของบริษัทขัดแย้งกับกรรมการบริหารและยังเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากกระทำกิจการที่มีนัยสำคัญของบริษัทไว้ล่วงหน้าได้ด้วย

ง. คณะกรรมการตรวจสอบ มีอำนาจในการพิจารณาคัดเลือกและเสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชีของบริษัท รวมถึงพิจารณาเสนอคำตอบแทนของผู้สอบบัญชี นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดให้ผู้ตรวจสอบภายในส่งมอบรายงานการตรวจสอบภายในทางด้านบัญชีและการเงิน รวมถึงรายงานเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการทำงานของฝ่ายบริหาร ให้แก่คณะกรรมการตรวจสอบพิจารณาก่อนนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการบริษัทต่อไป จึงถือว่าคณะกรรมการตรวจสอบเป็นผู้ปกป้องและเสริมสร้างความเป็นอิสระ ให้ผู้สอบบัญชีและผู้ตรวจสอบภายใน ให้สามารถปฏิบัติงานตามมาตรฐานวิชาชีพและตามกฎหมายข้อบังคับที่วางไว้ โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารอีกต่อไป ในขณะที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าคณะกรรมการกำกับดูแลมีอำนาจคัดเลือกและเสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชี รวมถึงช่วยเหลือการทำงานของผู้ตรวจสอบภายในดังที่กล่าวข้างต้น

เมื่อพิจารณาความแตกต่างระหว่างคณะกรรมการตรวจสอบ กับคณะกรรมการกำกับดูแลตามที่กล่าวมาทั้งหมดโดยสังเขปข้างต้นแล้ว มีความเห็นว่า จากการจัดตั้งคณะกรรมการตรวจสอบในบริษัทจดทะเบียน ได้เริ่มใช้กันมาไม่นาน ทำให้ยังไม่ทราบข้อดีข้อเสียที่ชัดเจน และจากการวิเคราะห์บทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบเปรียบเทียบกับคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัท ตามที่กล่าวมาข้างต้น พบว่าทั้งสองรูปแบบมีข้อดีข้อเสียแตกต่างกันออกไป นอกจากนี้เห็นว่าบทบาทหน้าที่บางประการของคณะกรรมการตรวจสอบมีความเหมาะสมดีอยู่แล้ว เช่น อำนาจในการพิจารณาคัดเลือกและเสนอแต่งตั้งผู้สอบบัญชีของบริษัท รวมถึงพิจารณาเสนอคำตอบแทนของผู้สอบบัญชีและการกำหนดให้ผู้ตรวจสอบภายในส่งมอบรายงานการตรวจสอบภายในทางด้านบัญชีและการเงินรวมถึงรายงานเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการทำงานของฝ่ายบริหาร ให้แก่คณะกรรมการตรวจสอบพิจารณาก่อนนำเสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการอำนวยการ ซึ่งถือได้ว่าคณะกรรมการตรวจสอบเป็นผู้ปกป้องและเสริมสร้างความเป็นอิสระ ให้ผู้สอบบัญชีและผู้ตรวจสอบภายในเกิดความกล้าที่จะปฏิบัติงานให้ได้ตามมาตรฐานวิชาชีพและตามกฎหมายข้อบังคับที่วางไว้ โดยไม่ต้องเกรงกลัวอิทธิพลฝ่ายบริหารอีกต่อไป จึงเห็นควรให้ยังคงระบบคณะกรรมการตรวจสอบไว้เช่นเดิม

ในขณะที่เดียวกันก็เห็นว่าควรบัญญัติเป็นทางเลือก กำหนดให้บริษัทมหาชนไม่ว่าจะเป็นบริษัทจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม รวมถึงบริษัทเอกชนที่มีกิจการขนาดใหญ่* มีสิทธิเลือกที่จะจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล โดยนำมาตรการที่ดีของรูปแบบคณะกรรมการกำกับดูแลของประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์ ตามบทที่ 5.ข้อ 5.4.2 รวมถึงหลักกฎหมายของประเทศดังกล่าวเกี่ยวกับเรื่องการแต่งตั้งถอดถอนคณะกรรมการกำกับดูแล คุณสมบัติและการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับดูแล อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแล และความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับดูแล มาเป็นต้นแบบในการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลในบริษัทของไทยต่อไป โดยเฉพาะในส่วนของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลนั้น อำนาจหน้าที่หลัก ๆ ที่ควรนำมาปรับใช้ควรรวมถึงอำนาจดังต่อไปนี้ คือ การแต่งตั้งถอดถอนกรรมการบริหาร , การตรวจและยื่นข้อซักถามกับคณะกรรมการบริหารเมื่อต้องการทราบว่สิ่งที่คณะกรรมการบริหารได้คิดหรือกระทำไปนั้น เหมาะสมหรือไม่ , อำนาจในการตรวจเอกสาร บันทึก สินทรัพย์ของบริษัท ซึ่งอาจแต่งตั้งให้สมาชิกคนใดคนหนึ่งทำการตรวจ , อำนาจในการเรียกให้กรรมการบริหารจัดส่งเอกสารรายงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติ

* ในชั้นต้นนี้มีความเห็นว่า บริษัทเอกชนที่มีกิจการขนาดใหญ่ที่อยู่ในเกณฑ์เลือกจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล นั้น ควรพิจารณาทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้วของบริษัทเป็นสำคัญ (โดยไม่จำเป็นต้องให้ความสำคัญมากนักกับการระดมทุนจากประชาชน หรือ จำนวนผู้ถือหุ้นรายย่อยเหมือนกับบริษัทมหาชนหรือบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย) กล่าวคือ แม้ว่าบริษัทเอกชนทั่วไปจะไม่ระดมทุนจากประชาชนอย่างเช่นบริษัทมหาชนหรือกระจายการถือหุ้นอย่างเช่นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ก็ตาม แต่ในกรณีของบริษัทเอกชนที่มีทุนจดทะเบียนจำนวนมาก ๆ หากผู้บริหารหรือคณะกรรมการบริหารของบริษัทเอกชนดังกล่าวบริหารงานผิดพลาดหรือเจตนาทุจริตในการบริหารงานขึ้นเมื่อใดแล้ว ไม่เพียงแต่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นที่เป็นเจ้าของกิจการเท่านั้นที่จะได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้บริหารหรือคณะกรรมการบริหารดังกล่าว แต่มักจะส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับบริษัท อันได้แก่ ลูกจ้าง ลูกค้า คู่ค้า และสังคมโดยรวมในวงกว้างได้เช่นกัน

อนึ่งหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าบริษัทที่มีกิจการขนาดใหญ่* ที่มีสิทธิเลือกจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ควรจะมีทุนจดทะเบียนเท่าใด นั้น ในชั้นต้นนี้เห็นว่าอาจจะกำหนดทุนจดทะเบียนซึ่งเรียกชำระแล้วเฉพาะหุ้นสามัญไม่ต่ำกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท มาเป็นเกณฑ์พิจารณากำหนดคุณสมบัติของบริษัทเอกชนที่มีกิจการขนาดใหญ่ที่อาจสมัครใจเลือกจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลดังกล่าว (หลักเกณฑ์ดังกล่าวเทียบเคียงกับส่วนหนึ่งของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของบริษัทที่มีสิทธิยื่นคำขอให้ตลาดหลักทรัพย์พิจารณารับหลักทรัพย์ประเภทหุ้นสามัญเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน ตามข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน ประกาศ ณ วันที่ 12 มีนาคม 2536)

งานได้ตลอดเวลาที่ต้องการ , อำนาจในการกระทำแทนบริษัทในกรณีที่บริษัทจะทำนิติกรรมกับกรรมการบริหารซึ่งนิติกรรมดังกล่าวเป็นนิติกรรมที่ผลประโยชน์ของบริษัทขัดแย้งกับกรรมการบริหาร และการให้ความเห็นชอบแก่คณะกรรมการบริหารก่อนทำนิติกรรมที่มีความสำคัญ

นอกจากนี้มีความเห็นว่าเนื่องจากมาตรการบางประการของคณะกรรมการตรวจสอบ โดยเฉพาะมาตรการเสริมสร้างปกป้องและเสริมสร้างความเป็นอิสระให้ผู้สอบบัญชีและผู้ตรวจสอบภายในให้สามารถปฏิบัติงานตามมาตรฐานวิชาชีพและตามกฎข้อบังคับที่วางไว้โดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลหรือเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารอีกต่อไปตามที่กล่าวมาแล้วนั้นเป็นสิ่งที่เหมาะสมดีอยู่แล้ว จึงเห็นควรให้นำมาตรการของคณะกรรมการตรวจสอบในลักษณะดังกล่าวมาปรับใช้กับคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย

การที่ไม่ได้แนะนำให้บัญญัติกฎหมายเป็นทางเลือกแก่บริษัทเอกชนที่มีกิจการขนาดเล็ก มีสิทธิที่จะเลือกจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล เช่นเดียวกับที่แนะนำให้เป็นการเลือกไว้กับบริษัทมหาชน และบริษัทเอกชนที่มีกิจการขนาดใหญ่ตามที่กล่าวข้างต้น นั้น เพราะเห็นว่าบริษัทเอกชนที่มีกิจการขนาดเล็กใช้เงินทุนในการประกอบการไม่สูง ไม่ได้ระดมเงินทุนมาจากการขายหุ้นต่อประชาชน และไม่มีหุ้นกระจายอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้นหากฝ่ายบริหารของบริษัทดังกล่าว ปฏิบัติผิดหน้าที่ หรือกระทำผิดกฎหมาย ผู้ที่ได้รับความเสียหายก็จะจำกัดในตัวบริษัทและผู้ถือหุ้นเฉพาะกลุ่มเท่านั้น ไม่ได้ขยายผลของความเสียหายไปสู่ผู้เกี่ยวข้องอื่นมากนัก จึงแตกต่างจากกรณีในบริษัทมหาชนไม่ว่าจะเป็นบริษัทจดทะเบียนหรือไม่ก็ตามรวมถึงกรณีของบริษัทเอกชนขนาดใหญ่ หากกรรมการบริหารปฏิบัติผิดหน้าที่ หรือกระทำการที่ผิดกฎหมายแล้ว จะทำให้ผู้ถือหุ้นโดยทั่วไปและบริษัทได้รับความเสียหายและยังมีผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องอื่น ได้แก่ ลูกจ้าง เจ้าหนี้ ลูกค้า คู่ค้า สิ่งแวดล้อม และเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมอีกด้วย นอกจากนี้ก็อาจทำให้บริษัทเอกชนขนาดเล็กและเงินทุนน้อย ต้องเพิ่มค่าใช้จ่ายและต้นทุนของบริษัทโดยทางอ้อมอันเป็นผลมาจากการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ในการนี้บริษัทดังกล่าวอาจต้องผลกระทบให้กับผู้ซื้อสินค้าหรือบริการโดยการขึ้นราคาสินค้าและบริการต่อไป

การบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้เป็นทางเลือกดังกล่าวนี้ อาจส่งผลทำให้บริษัทที่ยังคงใช้ระบบคณะกรรมการตรวจสอบได้เปรียบเทียบกับระบบคณะกรรมการตรวจสอบของตน กับระบบคณะกรรมการกำกับดูแล ทั้งนี้หากบริษัทที่ใช้ระบบคณะกรรมการตรวจสอบพิจารณาเห็นว่าการควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานโดยใช้ระบบคณะกรรมการกำกับดูแล มีประสิทธิภาพมากกว่าระบบคณะกรรมการตรวจสอบเมื่อใดแล้ว บริษัทดังกล่าวก็อาจจะนำระบบคณะกรรมการกำกับดูแล มาปรับใช้กันมากขึ้น

ส่วนประเด็นองค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลที่กำหนดให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลร่วมกับผู้ถือหุ้น นั้นเห็นวาระบบของประเทศเยอรมันเคร่งครัดเกินไป โดยเฉพาะระบบคณะกรรมการกำกับดูแลที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Co-determination Law 1976 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการกำกับดูแลประกอบด้วยตัวแทนจากฝ่ายลูกจ้างและฝ่ายผู้ถือหุ้นในจำนวนเท่ากัน มีความเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าว อาจทำให้เกิดการแบ่งออกเป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายที่เป็นตัวแทนผู้ถือหุ้น กับ ฝ่ายที่เป็นตัวแทนลูกจ้าง และอาจเป็นสาเหตุให้เกิดภาวะที่ไม่สามารถตัดสินใจในระหว่างสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นได้ เนื่องจากไม่ได้มีมติเสียงข้างมากในการบริหารงาน (deadlock) อนึ่งกรณีที่บริษัทในเยอรมันกำหนดให้มีตัวแทนลูกจ้างเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลด้วยนั้น มีความเห็นว่าเป็นเพราะประเทศเยอรมันมีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และแนวคิดด้านแรงงาน ที่องค์กรด้านแรงงานมีความแข็งแกร่งมากพอที่จะต่อรองกับฝ่ายนายจ้างและสามารถกดดันให้รัฐบาลเห็นด้วยกับฝ่ายตน

เกี่ยวกับแนวคิดที่จะให้ลูกจ้างเข้าร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายเยอรมันตามที่กล่าวข้างต้น ไม่ได้นำมาปรับใช้กับคณะกรรมการกำกับดูแลของประเทศฝรั่งเศสและเนเธอร์แลนด์ กล่าวคือ ทั้งสองประเทศนี้ กำหนดห้ามลูกจ้างในบริษัทหรือในบริษัทที่เกี่ยวข้อง เข้ามาเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลโดยตรง ทั้งนี้อาจเป็นเพราะทั้งสองประเทศมีวัฒนธรรมทางด้านแรงงานที่แตกต่างจากประเทศเยอรมัน และเห็นว่าการกำหนดให้ตัวแทนลูกจ้างเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแล จะทำให้เกิดการแบ่งเป็นสองฝ่ายดังกล่าวข้างต้น และอาจส่งผลให้การควบคุมและตรวจสอบการปฏิบัติงานของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ประการสำคัญและเป็นนโยบายหลักของการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล ต้องด้อยคุณภาพลง

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณากฎหมายบริษัทของประเทศเนเธอร์แลนด์ ซึ่งได้วางรูปแบบการสรรหาสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแล ในบริษัทขนาดใหญ่ไว้อย่างน่าสนใจ กล่าวคือ ก่อนที่จะแต่งตั้งผู้ใดเป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลแทนตำแหน่งที่ว่างลง จะต้องแจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้น คณะกรรมการลูกจ้าง และคณะกรรมการบริหาร ทราบเพื่อขอคำแนะนำจากองค์กรดังกล่าวเสียก่อน และบุคคลที่จะได้รับคัดเลือกให้เป็นสมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลต้องไม่ถูกคัดค้านจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการลูกจ้างด้วย ในกรณีนี้สมาชิกคณะกรรมการกำกับดูแลที่ได้รับแต่งตั้งตามวิธีการดังกล่าว จึงเป็นบุคคลที่เป็นที่ยอมรับร่วมกันของฝ่ายผู้ถือหุ้นและฝ่ายลูกจ้าง และมีความเป็นไปได้มากที่จะทำให้สมาชิกของคณะกรรมการกำกับดูแลปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามแนวทางเดียวกัน และยังเป็นการส่งเสริมการให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมในการจัดการบริหารและควบคุมดูแลบริษัทโดยอ้อมด้วย ส่วนฝรั่งเศส มีเพียงแต่กฎหมายหมายแรงงานที่บัญญัติให้คณะกรรมการลูกจ้างมีสิทธิแต่งตั้งตัวแทนลูกจ้างเข้าประชุมร่วมกับคณะกรรมการกำกับดูแลได้ ทั้งนี้ตัวแทนลูกจ้างดังกล่าว ไม่มี

สิทธิออกเสียงในที่ประชุมคณะกรรมการกำกับดูแลแต่อย่างใด บทบาทของตัวแทนลูกจ้างดังกล่าว จึงเปรียบเสมือนเป็นที่ปรึกษาให้กับคณะกรรมการกำกับดูแลเท่านั้น

สำหรับบริษัทในประเทศไทย นั้น การพิจารณากำหนดให้ลูกจ้างมีส่วนร่วมเป็นสมาชิกในคณะกรรมการกำกับดูแลนั้น จะต้องกระทำอย่างรัดกุมและให้สอดคล้องกับสภาพสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมของคนไทย ซึ่งจากการพิจารณาสภาพสังคม เศรษฐกิจของประเทศ ประกอบกับแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างบริษัทของไทยในปัจจุบันและอนาคตอันใกล้นี้ยังคงให้ความสำคัญกับลูกจ้างในฐานะผู้มีส่วนร่วมในการเพิ่มผลผลิตให้กับธุรกิจเป็นหลัก กล่าวคือ ประเทศไทยยังคงไม่พัฒนาไปไกลถึงขนาดยอมรับแนวคิดให้ลูกจ้างมีส่วนตัดสินใจร่วมกับนายจ้าง จึงเห็นว่าในขั้นต้นนี้ องค์ประกอบของคณะกรรมการกำกับดูแลที่จะนำมาปรับใช้กับบริษัทในไทยตามที่ได้เสนอข้างต้น นั้น มีความเห็นว่าควรจะต้องประกอบด้วยบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งจากผู้ถือหุ้นทั้งหมดเป็นหลัก จนกว่าแนวคิดในเรื่องการมีส่วนร่วมของลูกจ้างในการจัดการงานของนายจ้างของไทยได้พัฒนาจนถึงจุดที่เหมาะสมเมื่อใด จึงควรกลับมาพิจารณาว่าสมควรหรือไม่ที่จะกำหนดให้ลูกจ้างเข้าไปมีส่วนร่วมในคณะกรรมการกำกับดูแลด้วย

ท้ายสุดนี้เพื่อให้การควบคุมและตรวจสอบการบริหารงานของบริษัท โดยการนำรูปแบบคณะกรรมการกำกับดูแลตามกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทย เกิดประสิทธิผลและมีประสิทธิภาพ ควรต้องคำนึงถึงข้อจำกัดหรือข้อพึงระวังในการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวบางประการซึ่งเกี่ยวกับเรื่องคุณสมบัติและที่มาของคณะกรรมการกำกับดูแลตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 5.4.3 ประกอบด้วย เช่น ข้อจำกัดของคณะกรรมการกำกับดูแลในเรื่องความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการงานของบริษัท , ข้อพึงระวังในเรื่องความเป็นอิสระที่แท้จริงของคณะกรรมการกำกับดูแล เป็นต้น และไม่ว่าอย่างไรก็ตามการนำรูปแบบคณะกรรมการกำกับดูแลมาปรับใช้เพื่อเสริมสร้างให้เกิดการกำกับดูแลกิจการที่ดีขึ้นในบริษัทได้นั้น จะต้องนำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในทางที่สามารถปฏิบัติได้จริงและเหมาะสมแก่สถานการณ์และปัจจัยแวดล้อมของแต่ละบริษัทเป็นกรณี ๆ ไป

สถาบันวิจัยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย :

- กอบชัย นิมกุล. มารู้อีกคำว่า Corporate Governance กัน. บริษัทปริทัศน์ ปีที่ 18 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม-ธันวาคม 2541) : 14-17.
- ฉัตรทิพย์ ตันตพระศาสตร์. มาตรการคุ้มครองผู้ถือหุ้น. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2525.
- ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ. ความล้มเหลวของการวางระบบการจัดการของกฎหมายบริษัท. วารสารกฎหมาย ปีที่ 18 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม 2541) : 91-107.
- ไชยวัฒน์ บุณาค. “ใครเป็นเจ้าของบริษัท”, ใน วีรพงษ์ บุญญานุสาสน์ (บรรณาธิการ), ครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ตังศภัทย์, หน้า 51-58. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.
- ณรงค์ ปรีदानันท์ . คณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee). วารสารบริหารธุรกิจ ฉบับที่ 80 (ตุลาคม-ธันวาคม 2541) : 22-33.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. คำอธิบายเกี่ยวกับคณะกรรมการตรวจสอบและแนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee and Good Practice Guidelines) , 12 พฤศจิกายน 2540.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย . รายงานการกำกับดูแลกิจการที่ดี , มกราคม 2543.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย . แนวปฏิบัติของคณะกรรมการตรวจสอบ . กรุงเทพมหานคร : บริษัท บุญศิริการพิมพ์ จำกัด , 2541.
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบ ของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน . กรุงเทพมหานคร : บริษัท บุญศิริการพิมพ์ จำกัด , 2541.
- บริษัท ศูนย์วิจัยไทยพาณิชย์ จำกัด. Good Governance ในภาคเอกชน. วารสารเศรษฐกิจปริทัศน์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 4 (เมษายน 2541) : 23-31.
- ปรีชา เปี่ยมพงษ์สานต์. “บทวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์การเมือง เรื่องการมีส่วนร่วมของแรงงานกับการปรับปรุงคุณภาพชีวิตและสิ่งแวดล้อม.” ใน บัณฑิตย ธิชัยเศรษฐวุฒิ (บรรณาธิการ) , แรงงาน กับ การมีส่วนร่วม , หน้า 14-27. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิอารมณ์ พงศ์พงัน , 2535.
- พิพัฒน์ วุฒิชัยสารานนท์. หลักความระมัดระวังของกรรมการบริษัท. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2539.
- พิเศษ เสตเสถียร. ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2536.
- พิเศษ เสตเสถียร. บริษัทจำกัด. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2535.
- ไพลิน ผ่องใส . การจัดการสมัยใหม่ . พิมพ์ครั้งที่ 2 . กรุงเทพมหานคร : คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2531.

ภัทรวรรณ ศรีสุข. การถือหุ้นไขว้ : ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบต่อทางกฎหมายและการควบคุมงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2541.

มูลนิธิสถาบันเพื่อการพัฒนาประเทศไทย , ธรรมมาภิบาลภาคเอกชน (Good Corporate Governance) .เอกสารในการสัมมนาวิชาการประจำปี 2541 เรื่องธรรมมาภิบาลเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน. เสนอที่โรงแรมแอมบาสเดอร์ซิตี จังหวัดราชบุรี. 12 ธันวาคม 2541 , (เอกสารอัดสำเนา)

วรภัทร โทณะเกษม. การสร้าง Good Governance ในองค์กร. กสท.(ตุลาคม 2542) : 11-17. สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. การใช้สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 29 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2542) : 93-110.

สรารุช ศิริภาณุรักษ์. คณะกรรมการลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527.

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. “บทสรุปผู้บริหาร ” (บทศึกษา เรื่อง การเสริมสร้าง Good Corporate Governance ของบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย) แหล่งที่มา : <http://www.sec.or.th/research/summary.html>

สังเวียน อินทวิชัย. คณะอนุกรรมการตรวจสอบ : วัฒนธรรมใหม่ของการจัดการ. วารสารบริหารธุรกิจ. 80 (ตุลาคม – ธันวาคม 2541) : 1-4.

สุโขทัยธรรมมาธิราช ,มหาวิทยาลัย , สาขาวิชานิติศาสตร์ . เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4. หน่วยที่ 1-7 . พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: ห.จ.ก. ภาพพิมพ์ , 2533.

สุโขทัยธรรมมาธิราช , มหาวิทยาลัย , สาขาวิชานิติศาสตร์ . เอกสารการสอนชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการบริหารธุรกิจ หน่วยที่ 1-9. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร:ห.จ.ก.ภาพพิมพ์, 2533.

สุชาติ ฤทธิวัฒน์พงศ์ .กระบวนการกำกับดูแลกิจการที่ดี :ศึกษาแนวการจัดตั้ง บทบาท และหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะรัฐประศาสนศาสตร์ ภาควิชารัฐประศาสนศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2541.

สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2536.

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2537.

ภาษาอังกฤษ:

- Alexis Mailand Hudson. French Practical Commercial Law. London : Longman Group , 1991.
- Benjamin T.Lo. Improving Corporate Governance : Lessons from the European Community. Available from : <http://www.law.indiana.edu/glsj/vol1./lo.html>
- Brian R. Cheffins. Company Law: Theory, Structure and Operation. Oxford : Clarendon Press ,1997.
- Christopher Bovis. Business Law in the European Union. London: Sweet & Maxwell , 1997.
- Dietrich Hoffman. The German Co-determination Act 1976. Deventer, The Netherlands: Kluwer, 1976
- Enno W.Ercklentz ,Jr. Modern German Corporation Law Volme 1 . New York : Oceana Publications, 1979.
- Enno W.Ercklentz ,Jr. Modern German Corporation Law Volme 2 . New York : Oceana Publications, 1979.
- George Vorbrug. Labor Participation in German Companies and Its European Context. International Lawyer. 11,2 (Spring) : 250-259.
- H.C.S. Warendorf ,“Company Law in The Netherlands.” in Company in Europe . London: Butterworths ,1997.
- Hiroshi Oda . Japanese Law . London : Butterworths , 1992.
- Jaruwan Ruangswadipong , “Corporate Governance Improvement with Audit Committee,” A Dissertation presented in part consideration for the degree of Master of Business Administration , The University of Nottingham ,1997.
- Jean-Pierre Le Gall and Paul Morel. French Company Law . London : Longman Group UK Ltd., 1992.
- J.M.M. Maeijer. A Modern European Company Law System Commentary on the 1976 Dutch Legislation. n.p: Sijthoff & Noordoff International Publishes, 1978.
- John H. Crabb. French Business Enterprise: Basic Legislative Texts (as amended to January 1, 1979). Colorado: fred B. Rothman , 1979.
- Manfred Weiss. Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany. Deventer/Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers , 1989.
- Michio Matsueda and Kazuo Ihara . Company Law in General, in Doing Business in Japan. Volume1, Zentaro Kitagawa Editor .New York : Matthew Vender,1983

- Norbert Horn, Hein Kotz and Hans G. Laser. German Private and Commercial Law. Trans Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- OECD online , Corporate Affairs , OECD Principles of Corporate Governance. Available from : <http://www.oecd.org/daf/governance/principles.htm>.
- Phillip I. Blumberg .The Multinational Challenge to Corporation Law : The Search for a New Corporate Personality . Newyork : Oxford University Press , 1993.
- P.Meinhardt. Company Law in Europe .3rd ed, England : Gower Publishing , 1981.
- Richard Meissel and Michael Fogel. Co-Determination in Germany: Labor ' s Participation in Management. The International Lawyer . 9 , 1 (January 1975) :183-196.
- Rudolf Mueller. GmbH German Law Concerning The Companies with Limited Liability. 3rd ed, Frankfurt: Fritz Knapp Verlag, 1977
- Rudolf Mueller and Evan G. Galbraith. The German Stock Corporation Law. 2nd ed, Frankfurt: Fritz Knapp Verlag, 1977
- S.N. Formmel and J. H. Thomson. Company Law in Europe. Deventer , The Netherlands: Kluwer, 1975.
- Stengel , Arndt–Steven and Christine , Corporate Governance (role, legislation, director). International Financial Law Review. vol.Corporate Governance 1998 Supplement , Corporate Governance : 1-14.
- Strobl , Killius & Vorbrugg. Business Law Guide to Germany. n.p. : CCH Editions Limited, 1988.
- Thomas J. Andre, Jr. Some Reflections on German Corporate Governance: A Glimpse at German Supervisory Boards. Tulane Law review, 70 , 6 (June 1996) , Parts A&B : 1819-1849.
- Willem A Hoyng , Julie A Roelvink and Francine M Schlingmann. The Netherlands Practical Commercial Law. London : Longman Group , 1992.



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก.

ข้อบังคับและประกาศตลาดหลักทรัพย์เกี่ยวกับคณะกรรมการตรวจสอบ

- ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน (ฉบับที่ 8)
- ประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง ข้อกำหนดเพื่อการดำรงสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 2)
- ประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย
เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและ
เพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน (ฉบับที่ 8)

บจ.10-1-08

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 170 วรรคสอง (1) แห่งพระราชบัญญัติ
หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย
ด้วยความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ออกข้อกำหนดไว้ดัง
ต่อไปนี้

ให้ยกเลิกความใน (8) ของข้อ 5 แห่งข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย
เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน ลงวันที่
12 มีนาคม 2536 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์
เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน (ฉบับที่ 5) ลงวันที่ 3
มกราคม 2539 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“(8) การกำกับดูแลกิจการและการควบคุมภายใน

8.1 ต้องจัดให้มีระบบการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) ที่ดี
โดยผู้ยื่นคำขอต้องมีคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) คณะหนึ่ง เพื่อกำกับดูแลการ
ดำเนินงานของผู้ยื่นคำขอให้ได้มาตรฐานและเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้อง โดยบุคคลดังกล่าว
มีคุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานตามที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนด

การจัดให้มีการ
กำกับดูแลกิจการ

ให้ผู้ยื่นคำขอจัดทำและนำเสนอรายชื่อและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการ
ตรวจสอบต่อตลาดหลักทรัพย์ ตามแบบที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนด

การจัดทำและนำส่ง
เอกสารเกี่ยวกับคณะกรรมการ
ตรวจสอบ

8.2 ต้องจัดให้มีระบบการควบคุมภายใน (Internal Control) และการตรวจสอบ
ภายใน (Internal Audit) ที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ”

การจัดให้มีการ
ควบคุมภายใน

ข้อบังคับนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 มกราคม 2541 เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ 19 มกราคม 2541

(ลงนาม) นายอมเรศ สีลาอ่อน

(นายอมเรศ สีลาอ่อน)

ประธานกรรมการ

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย



ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

บจ.85-2-03

ประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

เรื่อง ข้อกำหนดเพื่อการดำรงสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 2)

อาศัยอำนาจตามความในข้อ 35 แห่งข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน ลงวันที่ 12 มีนาคม 2536 คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ออกข้อกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นข้อ 10 และข้อ 11 แห่งประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง ข้อกำหนดเพื่อการดำรงสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2539

“ข้อ 10 บริษัทจดทะเบียนคือ จัดให้มีระบบการกำกับดูแลกิจการ (Corporate Governance) ที่ดี โดยบริษัทจดทะเบียนต้องมีคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) หนึ่ง เพื่อกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทจดทะเบียนให้ได้มาตรฐานและเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องตลอดระยะเวลาที่เป็นบริษัทจดทะเบียน โดยบุคคลดังกล่าวมีคุณสมบัติและชอบเขตการดำเนินงานตามประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยว่าด้วยคุณสมบัติและชอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ ทั้งนี้ ให้บริษัทจดทะเบียนดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2542

ในกรณีที่คณะกรรมการตรวจสอบมีจำนวนน้อยกว่าตามที่กำหนดในประกาศดังกล่าวข้างต้น ให้บริษัทจดทะเบียนดำเนินการแต่งตั้งเพิ่มเติมให้ครบตามจำนวนที่กำหนดภายใน 3 เดือนนับจากวันที่คณะกรรมการตรวจสอบมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนที่กำหนดไว้

ในกรณีที่บริษัทจดทะเบียนมีเหตุจำเป็นไม่อาจดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบได้ภายในระยะเวลาตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง หากตลาดหลักทรัพย์เห็นสมควรก็อาจผ่อนผันระยะเวลาการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ระยะเวลาดังกล่าวต้องไม่เกินกว่า 6 เดือนนับจากวันที่ครบกำหนดระยะเวลาตามที่กำหนดในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองแล้วแต่กรณี

ให้บริษัทจดทะเบียนจัดทำและนำเสนอรายชื่อและชอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบต่อตลาดหลักทรัพย์ตามแบบที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนด

การจัดให้มีระบบการกำกับดูแลกิจการ และการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบ

/.....ข้อ 11

ข้อ 11 บริษัทจดทะเบียนต้องจัดให้มีระบบการควบคุมภายใน (Internal Control) การจัดให้มีระบบ และการตรวจสอบภายใน (Internal Audit) ที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพตลอดระยะเวลาที่เป็น การควบคุมภายใน บริษัทจดทะเบียน”

ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 มกราคม 2541 เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ 19 มกราคม 2541

(ลงนาม) นายอมเรศ สีลาอ่อน

(นายอมเรศ สีลาอ่อน)

ประธานกรรมการ

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย The Stock Exchange of Thailand

ประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2542

โดยที่ เห็นสมควร ให้ มีการปรับปรุง คุณสมบัติ และขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) เพื่อให้บริษัทมีระบบการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) ได้มาตรฐานและเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องตามความในข้อ 5 (8) 8.1 แห่งข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน ลงวันที่ 12 มีนาคม 2536 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการรับและเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน (ฉบับที่ 8) ลงวันที่ 19 มกราคม 2541

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ออกข้อกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

- ข้อ 1 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 กรกฎาคม 2542 เป็นต้นไป ฉบับบังคับใช้
- ข้อ 2 ให้ยกเลิกประกาศตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง คุณสมบัติและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบ ลงวันที่ 19 มกราคม 2541 บทยกเลิก
- ข้อ 3 ในประกาศนี้ นิยาม
 "บริษัท" หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือบริษัทจดทะเบียน
 "ญาติสนิท" หมายความว่า บุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิต ทางการสมรส และโดยการจดทะเบียนตามกฎหมาย เช่น บิดา มารดา คู่สมรส บุตร พี่น้อง อุง ป้า น้า อา รวมทั้งคู่สมรสของบุคคลดังกล่าว เป็นต้น
 "รายการที่เกี่ยวข้องกัน" หมายความว่า รายการที่เกี่ยวข้องกันตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการดำเนินการเมื่อบริษัทจดทะเบียนมีรายการที่เกี่ยวข้องกัน
 "บริษัทที่เกี่ยวข้อง" หมายความว่า หน่วยงานหรือนิติบุคคลตามมาตรา 258 (3) ถึง (7) แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

สถาบันวิทยบริการ /ข้อ 4...
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<p>ดังต่อไปนี้</p> <p>บริษัท และ</p>	<p>ข้อ 4 คณะกรรมการตรวจสอบ (Audit Committee) ของบริษัทต้องมีองค์ประกอบ</p> <p>(1) เป็นกรรมการของบริษัท</p> <p>(2) ได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการของบริษัทหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัท</p> <p>(3) มีจำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน</p>	<p>องค์ประกอบของ คณะกรรมการ ตรวจสอบ</p>
	<p>ข้อ 5 ให้อำนาจบริษัทแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบและจัดทำรายชื่อและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบตามแบบที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนด และนำส่งต่อตลาดหลักทรัพย์โดยวิธีการตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการรายงานโดยผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์</p>	<p>การแจ้งรายชื่อ และขอบเขต การดำเนินงาน</p>
	<p>ข้อ 6 ให้อำนาจบริษัทแต่งตั้งผู้รับรองและประวัติของกรรมการตรวจสอบต่อตลาดหลักทรัพย์ภายใน 3 วันนับแต่วันที่คณะกรรมการของบริษัทหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทมีมติแต่งตั้งกรรมการตรวจสอบ</p>	<p>การนำส่งหนังสือรับ รองและประวัติของ กรรมการตรวจสอบ</p>
	<p>ข้อ 7 กรรมการตรวจสอบต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้</p> <p>(1) ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 5 ของทุนชำระแล้วของบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม หรือบริษัทที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ไม่นับรวมหุ้นที่ถือโดยผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย</p> <p>(2) เป็นกรรมการที่ไม่มีส่วนร่วมในการบริหารงานในบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม บริษัทที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท รวมทั้งไม่เป็นลูกจ้าง พนักงาน หรือที่ปรึกษาที่ได้รับเงินเดือนประจำจากบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม บริษัทที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท</p> <p>(3) เป็นกรรมการที่ไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมทั้งในด้านการเงินและบริหารงานของบริษัท บริษัทในเครือ บริษัทร่วม หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท และรวมถึงไม่มีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียในลักษณะดังกล่าวในเวลา 1 ปีก่อนได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการตรวจสอบ ยกเว้นคณะกรรมการของบริษัทได้พิจารณาอย่างรอบคอบแล้วเห็นว่าการเคยมีผลประโยชน์หรือส่วนได้เสียนั้นจะไม่มีผลกระทบต่อปฏิบัติหน้าที่และการให้ความเห็นที่เป็นอิสระของกรรมการตรวจสอบ</p>	<p>คุณสมบัติของ กรรมการตรวจสอบ</p>

/(4)...

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(4) เป็นกรรมการที่ไม่ใช่เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องหรือญาติสนิทของผู้บริหาร หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท

(5) เป็นกรรมการที่ไม่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นเป็นตัวแทนเพื่อรักษาผลประโยชน์ของกรรมการของบริษัท ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท

(6) สามารถปฏิบัติหน้าที่และแสดงความเห็นหรือรายงานผลการปฏิบัติงานตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการของบริษัทได้โดยอิสระ โดยไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท รวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องหรือญาติสนิทของบุคคลดังกล่าว

ข้อ 8 รายงานดังกล่าวต่อไปนี้อาจถือเป็นรายการที่ไม่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่และการให้ความเห็นที่เป็นอิสระของกรรมการตรวจสอบ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาตามข้อ 7 (3)

(1) รายการระหว่างกรรมการตรวจสอบหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบที่กระทำกับบริษัท บริษัทย่อย บริษัทร่วม หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทเกี่ยวกับการได้มาหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(ก) การได้มาหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการนั้นอยู่บนพื้นฐานของการดำเนินการธุรกิจปกติและเป็นเงื่อนไขการค้าโดยทั่วไปที่กำหนดโดยมีหลักเกณฑ์ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับและ

(ข) ราคาสินค้าหรือค่าบริการเป็นราคาที่เทียบเคียงได้กับราคาสินค้าหรือค่าบริการที่ไหลสู่ค่ายอื่น

(2) ความช่วยเหลือทางการเงินที่กรรมการตรวจสอบหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบได้รับจากบริษัท บริษัทย่อย บริษัทร่วม หรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทที่เป็นธุรกิจปกติในฐานะเป็นสถาบันการเงิน

(3) การทำรายการที่เกี่ยวข้องกันซึ่งได้ดำเนินการตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ที่เกี่ยวข้องแล้ว

(4) รายการอื่นตามที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนด

ข้อ 9....

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ข้อ 9 ของบริษัท ดังต่อไปนี้	คณะกรรมการตรวจสอบมีหน้าที่ตามที่	หน้าที่และความ รับผิดชอบ
	<p>(1) สอบทานให้บริษัทมีการรายงานทางการเงินอย่างถูกต้องและเพียงพอ</p> <p>(2) สอบทานให้บริษัทมีระบบการควบคุมภายใน (Internal Control) และการตรวจสอบภายใน (Internal Audit) ที่เหมาะสมและมี ประสิทธิภาพ</p> <p>(3) สอบทานให้บริษัทปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท</p> <p>(4) พิจารณา คัดเลือก เสนอแต่งตั้งและเสนอค่าตอบแทนผู้สอบบัญชีของบริษัท</p>	
	<p>(5) พิจารณาการเปิดเผยข้อมูลของบริษัทในกรณีที่เกิดรายการที่เกี่ยวข้อง โกงกัน หรือรายการที่อาจมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ให้มีความถูกต้องและครบถ้วน</p> <p>(6) จัดทำรายงานการกำกับดูแลกิจการของคณะกรรมการตรวจสอบโดยเปิดเผยไว้ในรายงานประจำปีของบริษัท ซึ่งรายงานดังกล่าวต้องลงนามโดยประธานคณะกรรมการตรวจสอบ</p> <p>(7) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่คณะกรรมการของบริษัทมอบหมายด้วยความเห็นชอบจากคณะกรรมการตรวจสอบ</p>	
	<p>ในการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการตรวจสอบมีความรับผิดชอบต่อคณะกรรมการของบริษัทโดยตรง และคณะกรรมการของบริษัทยังมีความรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทต่อบุคคลภายนอก</p>	
	<p>ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ ให้บริษัทจดทะเบียนแจ้งมติเปลี่ยนแปลงหน้าที่ และจัดทำรายชื่อและขอบเขตการดำเนินงานของคณะกรรมการตรวจสอบที่มีการเปลี่ยนแปลงตามแบบที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนด และนำส่งต่อตลาดหลักทรัพย์ภายใน 3 วัน นับแต่วันที่ มีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว โดยวิธี การตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการรายงานโดยผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์</p>	

/ข้อ 10...

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ข้อ 10 ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบหากพบหรือมีข้อสงสัยว่ามีรายการหรือการกระทำดังต่อไปนี้ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัท ให้คณะกรรมการตรวจสอบรายงานต่อคณะกรรมการของบริษัทเพื่อดำเนินการปรับปรุงแก้ไขภายในเวลาที่คณะกรรมการตรวจสอบเห็นสมควร

การรายงานต่อ
คณะกรรมการ
ของบริษัทหรือ
หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

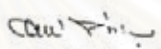
(1) รายการที่เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์

(2) การทุจริต หรือมีสิ่งผิดปกติหรือมีความบกพร่องที่สำคัญในระบบการควบคุมภายใน

(3) การฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ ข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจของบริษัท

หากคณะกรรมการของบริษัทหรือผู้บริหารไม่ดำเนินการให้มีการปรับปรุงแก้ไขภายในเวลาดังวรรคหนึ่ง กรรมการตรวจสอบรายใดรายหนึ่งอาจรายงานว่ามีรายการหรือการกระทำตามวรรคหนึ่งต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์หรือตลาดหลักทรัพย์

ประกาศ ณ วันที่ 28 มิถุนายน 2542


(นายตังกร ตังหัตถสวัสดิ์)
กรรมการและผู้จัดการ

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ข.

Co-Determination of Employee Act (Mitbestimmungsgesetz–MitbestG) May 4,1976,
FirstPart(Pyrview) , Second Part(Supervisory Board) ,
Third Part(Body Representing the Company Legally)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

xCo-Determination of Employees Act

- Co-Determination Act -

- (Mitbestimmungsgesetz - MibestG) -

May 4, 1976

The Bundestag has passed the following Act:

First Part

Purview

Section 1

Companies Concerned

- (1) In enterprises
 1. organized as joint-stock companies, partnerships limited by shares (Kommanditgesellschaft auf Aktien), limited liability companies, mining companies established as 'bergrechtliche Gewerkschaften' and persons at law, and profit-orientated co-operatives,
 2. employing as a rule more than 2000 employees, the employees have a right of co-determination subject to the provisions of this Act.

- (2) This Act does not apply to co-determination in bodies of enterprises, where the employees have a right of co-determination pursuant to
 1. the Co-Determination of Employees in the Supervisory Boards and Executive Committees of Enterprises in the Mining, Iron, and Steel Producing Industry Act 1951 (Bundesgesetzbl. I S. 347) – Montan Co-Determination Act – as amended by the Joint-Stock Company Introductory Act 1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1185) or
 2. the Co-Determination of Employees in the Supervisory Board and Executive Committees of Enterprises in the Mining, Iron, and Steel Producing Industry Supplementary Act 1956 (Bundesgesetzbl. I S. 707) as amended by the Co-Determination of Employees in the Supervisory Boards and Executive Committees of Enterprises in the Mining, Iron, and Steel Producing Industry Supplementary Amendment Act 1967 (Bundesgesetzbl. I S. 505).

- (3) The representation of employees in the supervisory boards of enterprises, where employees do not have a right of co-determination pursuant to subsection 1 or 2 above is regulated by the provisions of the Labour Management Relations Act 1952 (Bundesgesetzbl. I S. 681) – Betriebsverfassungsgesetz 1952 – as amended by the Labour Management Relations Act 1972 (Bundesgesetzbl. I S. 13) – Betriebsverfassungsgesetz 1972–.
- (4) This Act does not apply to enterprises serving directly or mainly
1. political, party political, religious, charitable, educational, scientific, or artistic purposes or
 2. purposes of reporting or free speech within the meaning of article 5 subsection 1 clause 2 of the Federal Constitution– Grundgesetz–.

Nor does this Act apply to religious communities and their charitable and educational institutions notwithstanding of their legal form.

Section 2

Shareholders

Shareholders within the meaning of this Act are – corresponding to the legal form of the enterprises defined in section 1 subsection 1 no. 1 above shareholders, partners, ‘Gewerken’ holding shares of a mining company organized as ‘Gewerkschaft’, and members of a profit-orientated co-operative.

Section 3

Employees

- (1) Employees within the meaning of this Act are industrial workers and office staff. This provision does not apply to persons defined in section 5 subsection 2 Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz–.
- (2) Industrial workers within the meaning of this Act are the employees defined in section 6 subsection 1 Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz–.

- (3) Office staff within the meaning of this Act are
1. the employees defined in section 6 subsection 2 Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz – with the exception of the senior executives defined in section 5 subsection 3 Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz–,
 2. the senior executives defined in section 5 subsection 3 Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz–.

Section 4

Limited Partnership

- (1) If a company as defined in section 1 subsection 1 no. 1 above is a general partner of a limited partnership and if furthermore the majority of the limited partners of this limited partnership – computed according to the majority of shares or votes – holds the majority of shares or votes in the company of the general partner, then, as to the application of this Act to the general partner, the employees of the limited partnership are deemed to be employees of the general partner, unless the general partner has its own business with – as a rule – more than 500 employees. If the limited partnership is a general partner in another limited partnership, then the employees of the latter limited partnership are also deemed to be employees of the company defined in section 1 subsection 1 no.1 above. This provision applies accordingly, if the chain of limited partnerships continues in this way.
- (2) The company cannot be excluded from the management of the limited partnership.

Section 5

Group of Companies

- (1) If a company defined in section 1 subsection 1 no. 1 above is the controlling enterprise of a group of companies (section 18 subsection 1 Joint-Stock Company Act), then, as to the application of this Act to the controlling enterprise, the employees of the controlled companies are deemed to be employees of the controlling enterprise. This provision applies also to the employees of a company defined in section 1 subsection 1 no. 1 above which is a general partner of a dependent company (section 18 subsection 1 Joint-Stock Company Act) organized as a limited partnership.
- (2) If a limited partnership is the controlling enterprise of a group of companies (section 18 subsection 1 Joint-Stock Company Act) and if pursuant to section 4 subsection 1 above as for the application of this Act to the general partner the employee of the limited partnership are deemed to be employees of the general partner, then, as to the application of this Act to the general partner of the limited partnership, the employees of the controlled companies are also deemed to be employees of the general partner. Subsection 1 clause 2 above as well as section 4 subsection 2 above apply accordingly.
- (3) If companies forming a group of companies are controlled by an enterprise not defined in subsection 1 or 2 above and if, however, the management of this enterprise controls other companies of the group by means of a company defined in subsection 1 or 2 above or by means of several such companies, then, as to the application of this Act, the companies defined in subsection 1 or 2 above being closest to the management of the directing enterprise and enabling this management to control other members of the group of companies are considered as controlling enterprises.

Second Part Supervisory Board

First Subpart

Formation and Composition

Section 6

Principle

- (1) The companies defined in section 1 subsection 1 above – if not yet pursuant to other legal provisions – are herewith obliged to form a supervisory board.
- (2) The supervisory board is formed and composed and its members are appointed or recalled subject to section 7 to 24 of this Act and – if not pursuant to other legal provisions – subject to section 96 subsection 2, sections 97 to 101 subsection 1 and 3, and section 102 to 106 Joint-Stock Company Act. The eligibility of a ‘Prokurist’ (head-clerk with proxy) for representation of the labour side in the supervisory board is only excluded, if this ‘Prokurist’ reports directly to the body legally representing the company and is authorized to use his proxy for the entire sphere of business of this body. Other legal provisions and bylaws (articles of association or partnership, statutes) on the composition of the supervisory board as well as on the appointment and the recall of its members remain in force, as far as provision of the Act are not to the contrary.
- (3) Section 100, 101 subsection 1 and 3 and section 103 and 106 Joint-Stock Company Act do not apply to profit-orientated co-operatives. Nor dose section 9 subsection 2 Profit-Orientated Co-Operatives Act apply to employees’ representatives on the supervisory board.

Section 7

Composition of the Supervisory Board

- (1) The supervisory board of an enterprise
1. employing as a rule less than 10,000 employees is composed of six members representing the shareholders and six other members representing the employees;
 2. employing as a rule more than 10,000 but less than 20,000 employees is composed of eight members representing the shareholders and eight other members representing the employees;
 3. employing as a rule more than 20,000 employees is composed of ten members representing the shareholders and ten other members representing the employees.

The bylaws (articles of association or partnership, statutes) of the companies defined in clause 1 no. 1 above may provide for the application of clause no. 2 or 3 above. The bylaws (articles of association or partnership, statutes) of the companies defined in clause 1 no. 2 above may provide for the application of clause 1 no. 3 above.

- (2) The representation of the employees in the supervisory board is regulated in the following manner:
1. in a supervisory board with six members representing the employees four members must be employees of the company and two members must be union representatives,
 2. in a supervisory board with eight members representing the employees six members must be employees of the company and two members must be union representatives,
 3. in a supervisory board with ten members representing the employees, seven members must be employees of the company and three members must be union representatives.
- (3) The employees of the company mentioned in subsection 2 above must be more than 18 years of age. Furthermore they must have been with the company for at least one year. Finally they must comply with the other requirements for eligibility laid down in section 8 of the Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz–.

- (4) The unions defined in section 2 above must be represented in the enterprise itself or in another company the employees of which participate in the election of supervisory board members of the enterprise pursuant to this Act.

Second Subpart Appointment of Members of the Supervisory Board

(A) Members of the Supervisory Board from the shareholders' Side

Section 8

- (1) The members of the supervisory board from the shareholders' side are appointed by the body (elective body) which pursuant to law, bylaws, articles of association or partnership, or statutes is entitled to elect members of the supervisory board. They are appointed subject to bylaws, articles of association or partnership, or statutes, unless contrary to legal provision.
- (2) Section 101 subsection 2 Joint-Stock Company Act is not affected by this Act.

(B) Members of the Supervisory Board from the Employees' Side, Principle

Section 9

- (1) The members of the supervisory board representing the employee (section 7 subsection 2 above) of a company which employs as a rule more than 8000 employees shall be elected by electors, unless the employees entitled to vote decide to have a direct election.
- (2) The members of the supervisory board representing the employees (section 7 subsection 2 above) of a company which employs as a rule not more than 8000 employees are elected by direct election, unless the employees entitled to vote decide to have an election by electors.
- (3) In order to determine, whether the election shall be held directly or by electors, a petition is necessary. It must be signed by one-twentieth of the employees of the company who are qualified to vote. The decision itself is reached by secret ballot. A decision pursuant to

subsection 1 or 2 above can only be made by to least half the employees qualified to vote and only by a majority of the votes cast.

(C) Election of the members of the Supervisory Board from the Employees' Side by Electors

Section 10

Election of the Electors

- (1) In each of the works of the company industrial workers (section 3 subsection 2 above) and office staff (section 3 subsection 3 above) elect the electors in a separate election, by secret ballot, and according to the principles of election based on proportional representation. Section 4 Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz – applies to branches and separate departments of works. Regulations in collective agreements concerning the connexion of branches and separate departments apply pursuant to section 3 subsection 1 no. 3 Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz-.
- (2) Varying from the provision laid down in subsection 1 above the electors shall be elected in a joint election, provided that the industrial workers and the office staff of the works, who are entitled to vote, favour such a joint election in a separate are secret vote. A decision pursuant to clause 1 above can only be taken if requested by one-twentieth and vote on by at least half the members of each group who are entitled to vote. Furthermore it can only be taken with the majority of the votes polled.
- (3) All employees who have completed their 18th year of age are qualified to vote in the election of the electors.
- (4) The employees mentioned in subsection 3 above who comply with the further requirements for election pursuant to section 8 of the Labour Management Relations Act – Betriebsverfassungsgesetz – are eligible for election as electors.

- (5) If only one list of candidates is submitted for a unit of works, then the employees named in this list are considered to be elected in the order in which they are listed. Section 11 subsection 2 below applies.

Section 11

Computation of the Numbers of Electors

- (1) In each of the works there will be one elector for each number of 60 employees entitled to vote. If the computation pursuant to clause 1 above provides for one group in a unit of works more than
1. 30 electors, their number is reduced by half; each of these electors has two votes;
 2. 90 electors, their number is reduced to a third; each of these electors has three votes;
 3. 150 electors, their number is reduced to a fourth; each of these electors has four votes.

In computing the number of electors part numbers are computed in full, if they attain at least to half of the full number.

- (2) The industrial workers and the office staff must be represented by the electors in the individual works according to their numerical ratios. Furthermore the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above and the senior executives must be represented by the electors falling to the office staff as a whole according to their numerical ratios. If there are at least nine electors to be elected in a unit of works, then each group: the industrial workers, the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above, and the senior executives must be represented by at least one elector; this provision does not apply, however, to works which have not more than five industrial workers, office staff members defined in section 3 subsection 3 no.1 above, or senior executives entitled to vote. As far as industrial workers, office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above, and senior executives are represented by electors solely pursuant to clause 3 above, the number of electors computed

according to the method prescribed in subsection 1 above is enlarged respectively.

- (3) If pursuant to subsection 2 above the industrial workers, the office staff as defined in section 3 subsection 3 no. 1 above, or the senior executives of a unit of works are not represented by at least one elector, then the employees without due representation are considered for the purpose of the election of the electors as employees of the headquarters of the company. If furthermore pursuant to subsection 2 and pursuant to clause 1 above the industrial workers, the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above, or the senior executives of the headquarters of the company are not represented by at least one elector, then the employees without due representation are considered for the purpose of the election of the electors as employees of the unit of works which – taking account of the employees entitled to vote – is the largest unit of works of the company.
- (4) If a unit of works does not provide any elector, subsection 3 above applies accordingly.
- (5) The elector continues as elector of the group of industrial workers or of the group of office staff, even if changes from one group to the other. If an elector of the office staff changes his affiliation to the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above or to the senior executives, clause 1 above applies accordingly.

Section 12

List of Candidates for the Electors

- (1) The employees of the works who are qualified to vote can submit lists of candidates for the election of the electors. Each list of candidates must be signed in the case of
 1. an elector of the industrial workers by one-tenth or 100 of the industrial workers entitled to vote,
 2. an elector of the office staff as defined in section 3 subsection 3 no. 1 above by one-tenth or 100 of the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above entitled to vote,
 3. an elector of the senior executives by one-tenth or 100 of the senior executives entitled to vote.
- (2) In each list of candidates the number of candidates should be at least twice as high as the number of electors to be elected in the election.

Section 13

Term of Office of the Electors

- (1) The electors are elected for the same term of office as the members of the supervisory board. They perform the powers and duties pursuant to the provision of this Act, until new elections for electors commence.
- (2) In the case defined in section 9 subsection 1 above the term of office of the electors ends, when
 1. the employees qualified to vote decide to have a direct election,
 2. the company does no longer employ as a rule more than 8000 employees, unless the employees vote, that the term of office shall continue to the date defined in subsection 1 above; section 9 subsection 3 above applies accordingly.

- (3) In the cases defined in section 9 subsection 2 above the term of office of the electors ends, when the employees vote for a direct election; section 9 subsection 3 above applies accordingly.
- (4) Varying from subsection 1 above the term of office of the electors of a unit of works ends, when, after all the substitutes on the list of candidates to which the electors to be replaced belonged have already taken office, the total number of electors has sunk below the number of electors prescribed and provided for this unit of works since the last election.

Section 14

Premature Termination of the Term of Electors or Hindrance to Hold Office

- (1) Varying from the rule laid down in section 13 subsection 1 clause 2 above the term of office of an elector ends
1. by resignation,
 2. by termination of the employment of the elector in the works for which he is elector,
 3. by loss of eligibility for election.
- (2) If the term of office of an elector ends prematurely or if he is prevented from holding office, he is replaced by a substitute. The substitutes will be taken from the ranks of the employees not elected and in descending order from those lists of candidates to which the electors to be replaced belonged.

Section 15

Election of the Labour Representatives of the Supervisory Board Belonging to the Company

- (1) The electors elect the members of the supervisory board who must be employees of the company pursuant to section 7 subsection 2 above by secret ballot and according to the principles of election based on proportional representation for the term of office which is laid down in legal provisions or in bylaws (in articles of

association or partnership, in statutes) for those members of the supervisory board who are to be elected by the election body of the shareholders.

- (2) Among the members of the supervisory board who are to be elected pursuant to subsection 1 above industrial workers and office staff must be represented according to their numerical ratios in the company. Among the members of the supervisory board representing the office defined in section 3 subsection 3 no. 1 above and the senior executives must also be represented according to their numerical ratios. At least one industrial worker, one representative of the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above, and one senior executive must be a member of the supervisory board.
- (3) The members of the supervisory board representing the industrial workers are elected by the electors of the industrial worker, the members of the supervisory board representing the office staff are elected by the electors of the office staff. Varying from clause 1 above the members of the supervisory board are elected by joint election, if the electors of the industrial workers and the electors of the office staff favour such a joint election in separate and secret votings; section 10 subsection 2 clause 2 above applies accordingly.
- (4) The election is conducted on the basis of lists of candidates. Each list for
 1. members of the supervisory board representing industrial workers must be signed either by one-fifth of the total number of industrial workers qualified to vote in the company or by 100 qualified industrial workers;
 2. members of the supervisory board representing office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above must be signed either by one-fifth of the total number of office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above and qualified to vote in the company or by 100 qualified members of the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above;
 3. members of the supervisory board representing senior executives is made on the basis of voting proposals by vote of the senior executives who are qualified to vote. Each voting proposal must be signed either by one-twentieth of the total number of senior executives or by 50 senior executives. The decision on the proposal is reached by secret ballot and by a majority of the votes cast. If this majority is not attained for the number

of candidates prescribed in subsection 5 clause 3 below, a new voting takes place for which new proposals can be made. After the second voting so many candidates as after the first voting were lacking of the number of candidates prescribed in subsection 5 clause 3 below are to be placed in the list of candidates according to the number of single votes received. When voting each senior executive disposes of so many single votes as candidates are to be listed pursuant to subsection 5 clause 3 below.

(5) Varying from the rule laid down in subsection 1 above there will be an election on the principles of a majority vote as far as pursuant to subsection 2 above only one industrial worker, one member of the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above, or one senior executive must be on the supervisory board. Furthermore an election on the basis of a majority vote takes place, if only one list of candidates is submitted for

1. the members of the supervisory board representing the industrial workers,
2. the members of the supervisory board representing the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above,
3. the members of the supervisory board representing the senior executives.

If pursuant to clause 2 above an election on the basis of a majority vote is held, the list of candidates must contain twice as many candidates as members of the supervisory board are needed for due representation of the industrial workers, the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above, or the senior executives.

Section 16

Election of the Representatives of the Trade Unions to the Supervisory Board

- (1) The electors elect the members of the supervisory board who are representatives of the trade unions pursuant to section 7 subsection 2 above in a joint election, by secret ballot, and based on the principles of proportional representation for the term defined in section 15 subsection 1 above.
- (2) The election will be conducted on the basis of lists of candidates submitted by the trade unions which are represented in the company itself or in another company the employees of which participate in the election of members of the supervisory board

of the company who represent the employees pursuant to the provisions of this Act. If only one list of candidates is submitted, then, varying from clause 1 above, an election based on the principles of a majority vote takes place. In this case the list of candidates must provide at least twice as many candidates as are needed for representatives of the trade unions to be elected to the supervisory board.

Section 17

Substitutes

- (1) Together with each candidate a substitute of the supervisory board may be proposed in each list of candidates. For a candidate who is an industrial worker only another industrial worker, for a member of the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above only another member of the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above, and for a senior executive only another senior executive can be proposed as substitute. A candidate cannot be proposed as substitute at the same time.
- (2) When a candidate is elected as member of the supervisory board, his substitute listed together with him is also elected.

(D) Direct Election of the Labour Members of the Supervisory Board

Section 18

If subject to section 9 above the members of the supervisory board will be elected in a direct election, the employees who have completed their 18th year of age are entitled to vote. Sections 15 to 17 above apply to this election with the understanding that

1. the industrial workers entitled to vote take the place of the electors of the industrial workers,
2. the members of the office staff entitled to vote take the place of the electors of the office staff.

(E) Further Provisions on Election Procedure and on Appointment and Dismissal of Members of the Supervisory Board

Section 19

Announcement of the Members of the Supervisory Board

The body representing the enterprise legally must announce the names of the members of the supervisory board and the names of their substitutes right away after their appointment by means of a notice in the works of the company for a period of two weeks and by publication in the 'Bundesanzeiger' (federal gazette). If the employees of another company also participate in the election of the members of the supervisory board of the enterprise, then the body representing the other company legally must also give due notice in its works.

Section 20

Protection and Expenses of the Elections

- (1) Nobody shall impede elections held pursuant to sections 10, 15, 16, and 18 above. In particular nobody shall be restricted in the exercise of his franchise or his eligibility.
- (2) Nobody shall influence the elections by causing or threatening with disadvantages or by granting or promising advantages.
- (3) The company defrays the expenses of the elections. The loss of working time resulting from due exercise of the franchise or the activity in the election committee does not entitle the employer to a reduction of salaries or wages.

Section 21

Challenging the Election of the Electors

- (1) An action can be brought before the 'Arbeitsgericht' (Industrial Relations Court) challenging the election of the electors of a unit of works, if essential provisions

concerning the franchise, the eligibility, or the election procedure have been disregarded and a correction has not been made, unless the infringement could not have changed or influenced the result of the election.

- (2) Entitled to bring an action before the court challenging the election are:
1. a group of at least three employees who have the right to vote in the works,
 2. the works council,
 3. the body entitled to represent the company legally.

The election can only be challenged within a term of two weeks starting with the day of the announcement of the election results.

Section 22

Challenging the Election of the Labour Members of the Supervisory Board

- (1) An action can be brought before the 'Arbeitsgericht' (Industrial Relations Court) challenging the election of a member of the supervisory board who represents employees, if essential provisions concerning the franchise, the eligibility, or the election procedure have been disregarded and a correction has not been made, unless the infringement could not have changed or influenced the result of the election.
- (2) Entitled to bring an action before the court challenging the election are:
1. at least three employees who have a right to vote in the company,
 2. the general works council of the company, or, if there is only one works council in the company, this works council, or if the company is the controlling enterprise of a group of companies, the works council of the group of companies provided that such a works council exists,
 3. the general works council of another company the employees of which take part in the election of the members of the supervisory board of this enterprise pursuant to the provisions of this Act or, if there is only one works council in the other company, the works council,
 4. each trade union entitled to submit lists of candidates pursuant to section 16 subsection 2 above,
 5. the body entitled to represent the company legally.

The election can only be challenged within a term of two weeks starting with the day of publication in the 'Bundesanzeiger' (federal gazette).

Section 23

Removal of Labour Members of the Supervisory Board

- (1) A member of the supervisory board representing employees can be removed prior to the expiration of his term of office. The removal of a
1. member of the supervisory board representing industrial workers can be applied for by three-fourths of the industrial workers entitled to vote,
 2. member of the supervisory board representing office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above can be applied for by three-fourths of the members of the office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above who are entitled to vote,
 3. member of the supervisory board representing senior executives can be applied for by three-fourths of the senior executives entitled to vote,
 4. member of the supervisory board representing a trade union pursuant to section 7 subsection 2 above can be applied for by the trade union which has listed the member.
- (2) A member of the supervisory board elected by electors in a separate election (section 15 subsection 3 clause 1 above) will be recalled by vote of the electors of his group. A member of the supervisory board elected by electors in a joint election (section 15 subsection 3 clause 2 above) will be removed by vote of the electors. Votings pursuant to clauses 1 and 2 above are passed by secret ballot; they require a majority of three-fourths of the single votes cast.
- (3) A member of the supervisory board directly elected by the employees of group will be recalled by vote of the employees of this group who are entitled to vote. A member of the supervisory board directly elected in a joint election will be removed by vote of the employees entitled to vote. Votings pursuant to clauses 1 and 2 above are passed directly by secret ballot; they require a majority of three-fourths of the single votes cast.

- (4) Subsection 1 to 3 above apply to the removal of substitutes accordingly.

Section 24

Loss of Eligibility and Change of Group Affiliation by Members of the Supervisory Board Belonging to the Company

- (1) If a member of the supervisory board who must be an employee of the company pursuant to section 7 subsection 2 above, loses his eligibility, his office expires.
- (2) If a member of the supervisory board representing industrial workers or office staff changes his group affiliation, he stays in his office. If furthermore a member of the supervisory board representing office staff defined in section 3 subsection 3 no. 1 above or senior executives changes his affiliation, clause 1 above applies accordingly.

Third Subpart

Internal Order, Powers and Duties of the Supervisory Board

Section 25

Principle

- (1) The internal order, the passing of votes as well as the powers and duties of the supervisory board are regulated in section 27 to 29, sections 31 and 32 below, and, unless otherwise provided by these provisions,
1. for joint-stock companies and partnerships limited by shares in the Joint-Stock Company Act,
 2. for companies with limited liability and mining companies organized as 'bergrechtliche Gewerkschaftern' and persons at law in section 90 subsection 3, 4, and 5 clauses 1 and 2, in section 107 to 116, 118 subsection 2, in section 125 subsection 3, and in sections 171 and 268 subsection 2 Joint-Stock Company Act,

3. for profit-orientated co-operatives in the Profit-Orientated Co-Operatives Act. Section 4 subsection 2 of the Act on the Transfer of Shares of the Volkswagen Limited Liability Company to Private Ownership 1960 (Bundesgesetzbl. I S. 585) as amended by the Second Amendment Act on the Transfer of Shares of the Volkswagen Limited Liability Company to Private Ownership 1970 (Bundesgesetzbl. I S. 1149) remains in force.
- (2) Other legal provisions and regulations of bylaws (articles of association or partnership, statutes) or the standing orders of the supervisory board on the internal order, the passing of votes as well as the powers and duties of the supervisory board remain in force, unless contrary to subsection 1 above.

Section 26

Protection of the Members of the Supervisory Board from Prejudice

The members of the supervisory board representing employees shall not be troubled or impeded in the exercise of their activity. They shall not be prejudiced for the sake of their activity in the supervisory board of a company in which they are employees or deemed to be employees pursuant to section 4 or section 5 above. This provision applies also as far as their professional progress is concerned.

Section 27

Chairmanship of the Supervisory Board

- (1) The supervisory board elects a chairman and his deputy from among its members by a two-thirds majority of the total number of members of which it must consist.
- (2) If at the election of the chairman or his deputy the majority required pursuant to subsection 1 above is not attained, a second election for the chairman and his deputy will take place. In this second election the members of the supervisory board representing the shareholders will elect the chairman and the members of the supervisory board representing the employees will elect the deputy by a simple majority of the votes cast.

- (3) Immediately after the election of the chairman of the supervisory board and his deputy the supervisory board sets up a committee which shall exercise the powers defined in section 31 subsection 3 clause 1 below and which is composed of the chairman of the supervisory board, his deputy, one member elected by the members of the supervisory board representing the employees, and another member elected by the members of the supervisory board representing the shareholders, each member being elected by a majority of the votes cast.

Section 28

Quorum

The supervisory board is only competent to pass a vote, if at least half of all the members of whom it must be composed take part in the voting. Section 108 subsection 2 clause 4 Joint-Stock Company Act applies accordingly.

Section 29

Votings

- (1) Votings of the supervisory board require the majority of the votes cast, unless otherwise provided in section 27 above and in subsection 2 as well as in section 31 and 32 below.
- (2) If a voting in the supervisory board ends in a tie and if the stalemate continues after a second voting on the same subject matter, then the chairman of the supervisory board will have the casting vote. Section 108 subsection 3 Joint-Stock Company Act will also apply to this second single vote. The deputy does not have a casting vote.

Third Part

Body Representing the Company Legally

Section 30

Principle

The composition, the powers and duties of the body entitled to represent the company legally as well as the appointment of its members follow from the provisions that apply to the legal form of the company in question, unless otherwise provided in section 31 to 33 below.

Section 31

Appointment and Recall

- (1) The appointment of the members of the body entitled to represent the company legally and the recall of this appointment are subject to the provisions in section 84 and 85 Joint-Stock Company Act, unless otherwise provided in subsection 2 to 5 below. This rule does not apply to partnerships limited by shares.
- (2) The supervisory board appoints the members of the body entitled to represent the company legally by at least a two-thirds majority of all its members.
- (3) If an appointment pursuant to subsection 2 above is not accomplished, the committee of the supervisory board defined section 27 subsection 3 above shall propose an appointment to the supervisory board within a month after the voting which did not attain the majority prescribed in subsection 2 above; this proposal does not exclude further recommendations. The supervisory board then appoints the members of the body representing the company legally by a simple majority vote of all its members
- (4) If an appointment pursuant to subsection 3 above is not achieved, then the chairman of the supervisory board has a casting vote in a second voting; subsection 3 clause 2 above applies. Section 108 subsection 3 Joint-Stock Company Act applies to the passing of the casting vote. The deputy does not have a second single vote.

- (5) Subsection 2 to 4 above apply accordingly, when the appointment of a member of the body entitled to represent the company legally is recalled.

Section 32

Exercise of Rights Derived from Participations in Other Companies

- (1) Rights of a company on the ground of participation in another company may be exercised by the body entitled to represent the company legally only on the basis of decision of the supervisory board, provided that the participating as well as the participated company is a company in which the employees have a right of co-determination subject to the provisions of this Act and provided furthermore that the right to be exercised concerns one of the following subject matters: the appointment, the recall of an appointment, or the discharge of board members, also the passing of a vote on the winding up, the merger, or the change into another form of organization of this other company, on contracts with the other company regulating rights and duties among a group of companies (section 291, 292 Joint-Stock Company Act), and on the continuation of the other company after its liquidation or the transfer of its assets. The decisions of the supervisory board which in the cases defined above are underlying and indispensable for the exercise of rights by the body entitled to represent the company legally require only a majority of those members of the supervisory board who represent the shareholders; they are binding for the body entitled to represent the company legally.
- (2) Subsection 1 above does not apply, when the participation of the company in the other company amounts to less than a fourth.

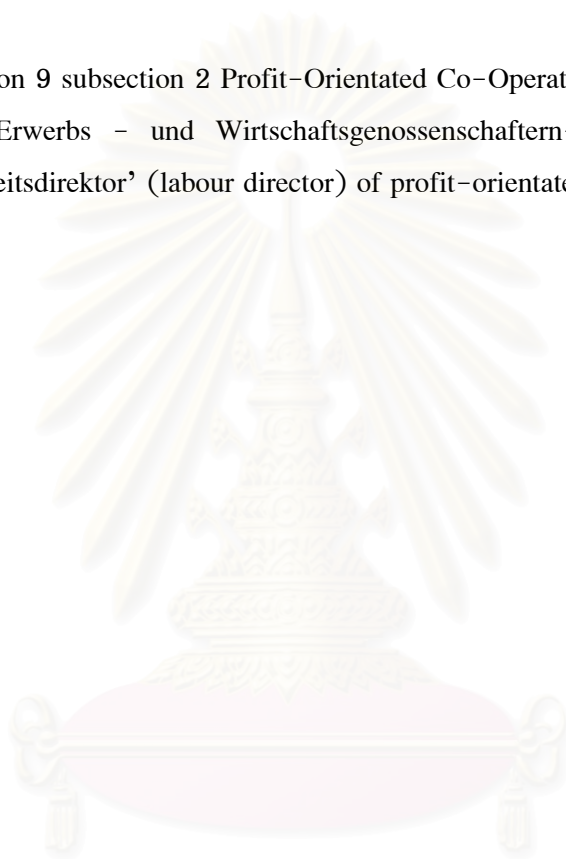
Section 33

‘Arbeitsdirektor’

- (1) One member of the body entitled to represent the company legally is appointed as ‘Arbeitsdirektor’ (labour director). The rights of the ‘Arbeitsdirektor’ (labour director) are equal to the rights of the other members of the body

entitled to represent the company legally. Clauses 1 and 2 above do not apply to partnerships limited by shares.

- (2) The ‘Arbeitsdirektor’ (labour director) has to fulfill his duties as the other members of the body entitled to represent the company legally in close understanding with the body as a whole. Details are regulated in the standing orders.
- (3) Section 9 subsection 2 Profit-Orientated Co-Operative Act – Gesetz, betreffend die Erwerbs - und Wirtschaftsgenossenschaften – does not apply to the ‘Arbeitsdirektor’ (labour director) of profit-orientated co-operatives.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียน

นายคณิน สุบิน เกิดวันที่ 23 เมษายน 2508 ที่เขตบางกอกน้อย กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปีการศึกษา 2529 ประกาศนียบัตรวิชาภาษาอังกฤษเฉพาะอาชีพ(กฎหมาย) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ในปีการศึกษา 2540 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2540 ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งผู้ช่วยผู้จัดการส่วน ฝ่ายนิติกรรมการสัญญา บริษัทเงินทุน ธนชาติ จำกัด (มหาชน)



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย