

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผู้ถือหุ้นถือเป็นหัวใจหลักในการจัดการบริษัท เพราะเป็นผู้มีเงินมาลงทุนในบริษัท และทำให้บริษัทสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ แต่หากบริษัทมีเพียงผู้ถือหุ้นเพียงอย่างเดียวก็ย่อมที่จะไม่สามารถทำให้บริษัทดำเนินกิจการได้ หรือหากจะดำเนินการได้ก็ย่อมไม่คล่องตัวเพราะผู้ถือหุ้นมีจำนวนมากและอาจไม่มีความชำนาญในการบริหารจัดการ ดังนั้น จึงต้องมีโครงสร้างของบริษัทอีก โครงสร้างหนึ่งขึ้นมาในบริษัท เพื่อการจัดการบริหารบริษัท ซึ่งก็คือกรรมการ

กรรมการบริษัทกับผู้ถือหุ้นของบริษัทจึงมีความสัมพันธ์กันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และเป็นความสัมพันธ์ที่อาศัยซึ่งกันและกัน ในขณะที่กรรมการบริษัทมีหน้าที่ในการบริหารกิจการของบริษัท การบริหารงานดังกล่าวของกรรมการก็ต้องทำโดยอาศัยมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ ดังนั้น ทั้งการบริหารกิจการอันเป็นหน้าที่โดยตรงของกรรมการบริษัทและการลงมติของผู้ถือหุ้น โดยที่ประชุมย่อมเป็นการแสดงออกถึงการกระทำที่เป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นได้ทั้งสิ้น

หุ้นในบริษัทมหาชน อันเป็นฐานที่มาแห่งสิทธิความเป็นผู้ถือหุ้นมีอยู่ 2 ประเภท คือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ผู้ถือหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นหุ้นที่ออกเป็นจำนวนมาก เป็นหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทจะมีสิทธิเท่าเทียมกัน แตกต่างจากหุ้นบุริมสิทธิที่จะมีสิทธิพิเศษบางประการที่ดีกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ เช่น สิทธิที่จะได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนแน่นอน เป็นต้น ความเป็นผู้ถือหุ้นสามัญและความเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นคนดังกล่าวมีสภาพเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยของบริษัทได้ทั้งสิ้น กฎหมายจึงต้องหาวิธีคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นดังกล่าว

ผู้ถือหุ้นสามัญที่เป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย กฎหมายได้วางหลักคุ้มครองเอาไว้ในเรื่องสิทธิการออกเสียงในส่วนที่เรียกว่า การลงคะแนนเสียงสะสม (cumulative voting) ซึ่งต่างจากการลงคะแนนแบบขมมือหรือแบบลงคะแนนลับที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นมากนัก แต่กฎหมายไทยยังไม่ได้นำหลักในเรื่องการลงคะแนนเสียงแบบสัดส่วนมาใช้ ซึ่งก็อาจจะเป็นช่องทางที่จะให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้มากกว่าเดิมได้

สำหรับในประเด็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอันมีลักษณะพิเศษมากกว่าหุ้นสามัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดสิทธิเรื่องการรับเงินปันผลนั้น หุ้นบุริมสิทธิเองก็ยังมีปัญหาบางประการ ในการกำหนดสภาพบุริมสิทธิในประเด็นต่างๆ เช่น การได้รับเงินปันผล การแปลงสภาพหุ้น การคืนทุนเมื่อเลิกกิจการ การลด/เพิ่มสิทธิออกเสียง การไถ่ถอนบุริมสิทธิ และสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่

ตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ได้บัญญัติหลักการคุ้มครองผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิไว้แล้วตามมาตรา 65 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) ว่าบุริมสิทธิในหุ้นซึ่งได้ออกให้แล้วจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ซึ่งหลักการนี้มีข้อยกเว้นคือการ

แปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธินั้น การแปลงสภาพหุ้นในบริษัทมหาชนตามมาตรา 65 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2534 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักที่ว่าหุ้นบุริมสิทธิจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ผลจึงเป็นว่าหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทมหาชนจึงสามารถแปลงสภาพได้ ทำให้หุ้นบุริมสิทธิแยกได้เป็นสองชนิดคือ หุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ กับ หุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญไม่ได้ สิทธิในการแปลงสภาพนี้ได้ผนวกอยู่กับหุ้นบุริมสิทธิ เมื่อได้มีการใช้สิทธิแปลงสภาพจะมีผลให้บุริมสิทธิในหุ้นหมดไป สิทธิในการแปลงสภาพจึงไม่อาจแยกออกมาพิจารณาว่าเป็นหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ แต่อาจพิจารณาได้ว่าสิทธิในการแปลงสภาพนั้นไม่ใช่เรื่องแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิแต่เป็นการแปลงสภาพของหุ้นจากหุ้นบุริมสิทธิกลายเป็นหุ้นสามัญเหมือนสิทธิในการแปลงสภาพของหุ้นกู้แปลงสภาพที่เมื่อแปลงสภาพแล้วจะทำให้ผู้ถือหุ้นกู้กลายเป็นหุ้นสามัญ ดังนั้นสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิแปลงสภาพจะมีสิทธิที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิเช่น สิทธิในเงินปันผลบวกกับสิทธิในการแปลงสภาพซึ่งเป็นสิทธิควบคู่กัน เมื่อกำหนดแล้วจึงเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เพราะกระทบต่อสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้น

การลด/เพิ่มสิทธิออกเสียง ในกรณีการลดสิทธิออกเสียงนั้น ในกฎหมายบริษัทมหาชนเดิมกฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามัญและผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงแบบ one share one vote หรือหนึ่งหุ้นต่อหนึ่งเสียง เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในส่วนของบริษัทเอกชน ดังนั้น แต่เดิมข้อกำหนดในการจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชนจึงเป็นข้อกำหนดเดียวกัน ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ดี หลักเช่นนี้ได้มาจากการตีความกฎหมายจากข้อหารือของกรมทะเบียนการค้าที่หารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งต่างจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 102 ซึ่งได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าการกำหนดลดสิทธิออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิสามารถทำได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการตีความจากการขอหารือ หรือ เทียบเคียงกับบริษัทเอกชน ผลจึงเป็นว่าการกำหนดให้บุริมสิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญจึงสามารถทำได้ แต่อย่างไรก็ตาม อาจต้องมีการคำนึงถึง มาตรา 65 ที่กำหนดว่า บุริมสิทธิในหุ้นซึ่งได้ออกแล้วจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ด้วย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว ผลจะเป็นว่าจะสามารถวางข้อกำหนดลดสิทธิออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิได้เพียงเฉพาะหุ้นที่จะออกในภายหลังเท่านั้น ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วผลจะเป็นว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่ออกตั้งแต่เริ่มแรกจะได้รับการคุ้มครองในระดับหนึ่ง จึงถือว่ามาตรา 65 เป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อย (ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่ออกตั้งแต่เริ่มแรก) อีกมาตราหนึ่ง แต่สำหรับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในหุ้นที่ออกใหม่ภายหลังจะเป็นข้อยกเว้นในกรณีนี้และในส่วนของการเพิ่มสิทธิออกเสียงนั้น ตามมาตรา 102 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.44) เองก็ได้กำหนดเฉพาะเรื่องการลดสิทธิออกเสียงเท่านั้น ดังนั้น หากตีความโดยเคร่งครัดแล้ว จึงเห็นได้ว่าในกรณีการเพิ่มสิทธิออกเสียงนั้นเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจน ดังนั้น จึงไม่สามารถทำได้ เพราะบทบัญญัติในเรื่องสิทธิออกเสียงของบริษัทมหาชนชัดเจนกว่าบริษัทเอกชนที่ได้จากการตีความทฤษฎีและข้อหารือของกรม

ทะเบียนการค้ากับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนั้น เมื่อพบบัญญัติของบริษัทมหาชนไม่ได้กล่าวถึงการเพิ่มสิทธิออกเสียงไว้โดยชัดแจ้ง จึงถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่สามารถทำได้ นอกจากนั้น ตามแนวของบริษัทเอกชนเองก็ถือว่าการเพิ่มสิทธิออกเสียงไม่สามารถทำได้อีกนัยหนึ่งด้วย

จากนิยามของหุ้นบุริมสิทธิที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ว่าหุ้นบุริมสิทธิหมายถึงหุ้นซึ่งมีสิทธิบางประการที่แตกต่างไปจากหุ้นสามัญ ซึ่งส่วนใหญ่ก็จะเน้นไปที่สิทธิรับเงินปันผลว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนแน่นอนเป็นจำนวนเท่าใด และเนื่องจากสิทธิที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเป็นสิทธิพิเศษกว่าที่ผู้ถือหุ้นสามัญได้รับนั่นเอง จำนวนผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจึงมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนผู้ถือหุ้นสามัญ ดังนั้น กลุ่มของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทจึงสามารถถือเป็นกลุ่มของผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้

ตามปกติแล้วผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมักเป็นกลุ่มผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัท โดยการออกหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวเท่ากับว่าเป็นการ “ปูนบำเหน็จ” ให้แก่คณะบุคคลนั้นๆ จึงมีความเป็นไปได้สูงที่บุคคลผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะมีอำนาจครอบงำกิจการของบริษัทมากกว่าบุคคลผู้ถือหุ้นสามัญ ในกฎหมายบริษัทมหาชนกำหนดหลักของการออกเสียงไว้ว่า ผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนมีสิทธิออกเสียงตามจำนวนหุ้นที่ตนถืออยู่ หรือ แบบ one share one vote เท่ากันหมด ดังนั้น จากหลักดังกล่าวจึงส่งผลให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิและผู้ถือหุ้นสามัญมีสิทธิในการออกเสียงเท่าเทียมกัน ทั้งๆ ที่ปกติแล้วผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิยังมีสิทธิที่คิดว่าผู้ถือหุ้นสามัญในบางประการอยู่แล้ว การให้สิทธิในการออกเสียงที่เป็นไปในทางเดียวกันย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับสิทธิมากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเข้าไปอีก หากมองในมุมมองของผู้ถือหุ้นสามัญก็จะเห็นว่าเป็นการไม่ยุติธรรมที่จะให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิมากเกินไป แต่เมื่อหันกลับมาพิจารณาถึงแนวคิดในการออกหุ้นบุริมสิทธิซึ่งเป็นการออกหุ้นในลักษณะ “ตอบแทน” หรือ “ปูนบำเหน็จ” กลุ่มบุคคลที่ทำการก่อตั้งบริษัทตั้งแต่แรก และเป็นการออกหุ้นเพื่อเป็นการจูงใจให้คนมาลงทุนในบริษัทแล้ว การที่จะต้องให้สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบางประการที่แตกต่างกับผู้ถือหุ้นสามัญในหลายประการนั้นก็ก็เป็นเหตุผลที่สมควรอยู่

แต่การที่กฎหมายบริษัทมหาชนกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามัญและผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงแบบ one share one vote หรือหนึ่งหุ้นต่อหนึ่งเสียงเช่นเดียวกันนั้นทำให้ติดขัดแก่บริษัทมหาชนที่ประสงค์จะออกหุ้นบุริมสิทธิโดยการกำหนดสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างไปจากผู้ถือหุ้นสามัญตามแนวคิดของการออกหุ้นบุริมสิทธิตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับใหม่จึงยกเลิกหลักดังกล่าว และกำหนดหลักใหม่ที่ว่า การออกเสียงลงคะแนนในส่วนที่ว่าหุ้นหนึ่งมีหนึ่งเสียงนั้น มิให้ใช้บังคับกรณีของบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิและกำหนดให้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของหุ้นบุริมสิทธิน้อยกว่าหุ้นสามัญ

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่า ต่อไปหากบริษัทมหาชนจะออกหุ้นบุริมสิทธิ บริษัทดังกล่าวสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่โดยให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญได้ เช่น หุ้นสามัญ 1 หุ้นต่อ 1 เสียง แต่หุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้น ต่อ 1 เสียง

เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายใช้คำว่า สิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญเท่านั้น ดังนั้น การออกหุ้นบุริมสิทธิโดยให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่า หรือไม่ให้มีสิทธิออกเสียงเลย (Non-Voting share) จึงไม่น่าที่จะกระทำได้

การกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนน้อยกว่าหุ้นสามัญนี้ คงจะกระทำได้เฉพาะหุ้นบุริมสิทธิที่บริษัทจะออกใหม่นับแต่ขึ้นไปเท่านั้น ส่วนหุ้นบุริมสิทธิที่มีอยู่แล้วคงไม่สามารถไปเปลี่ยนแปลงได้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดว่า เมื่อบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิให้มีสิทธิอย่างไรแล้วจะเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิภายหลังไม่ได้

จากบทบัญญัติเรื่องสิทธิการออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับใหม่จะเห็นได้ว่า หากมองในมุมมองของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอันถือเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยกลุ่มหนึ่งในบริษัทแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติใหม่ในเรื่องนี้ได้ลดทอนสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่มีอยู่ตามเดิมลงไปจากที่เคยสามารถมีสิทธิออกเสียงหนึ่งหุ้นต่อหนึ่งเสียงเหมือนผู้ถือหุ้นสามัญ ก็กลายเป็นว่า ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิตามบทบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับใหม่มีสิทธิในการออกเสียงน้อยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ ซึ่งหากพิจารณาจากแนวคิดพื้นฐานในการออกหุ้นบุริมสิทธิที่จะให้เป็นการปูนบำเหน็จผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทและเพื่อเป็นการจูงใจให้มีคนมาลงทุนในกิจการของบริษัทแล้ว การลดทอนสิทธิการออกเสียงอาจไม่สอดคล้องกับแนวคิดพื้นฐานดังกล่าวนัก แต่หากมองในมุมมองของผู้ถือหุ้นสามัญผู้มีสิทธิคือยกว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิแล้ว การเปลี่ยนแปลงหลักการสิทธิการออกเสียงจะเป็นสิ่งที่เอื้อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นสามัญอย่างมาก เพราะผู้ถือหุ้นสามัญจะเล็งเห็นว่าผลประโยชน์ที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับจากข้อตกลง เช่น การได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนแน่นอนอนตายตัว หรือการได้รับเงินปันผลในจำนวนที่มากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ ก็ถือเป็นสิทธิประโยชน์ที่เพียงพอแล้วสำหรับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ การเปลี่ยนแปลงสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนฉบับใหม่จึงเป็นสิ่งที่ถูกต้องเหมาะสมแล้ว

จึงถือได้ว่า การที่พระราชบัญญัติดังกล่าวมีการเปลี่ยนแปลงสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้น ก็จะเป็นการเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมแล้วแต่ว่าผู้มองเป็นผู้ถือหุ้นประเภทใด แต่อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะมองในมุมใด ก็จะมีผู้ถือหุ้นกลุ่มหนึ่งได้รับประโยชน์จากการเปลี่ยนแปลงหลักดังกล่าวเสมอ

จะเห็นได้ว่ากฎหมาย กฎและประกาศที่มีอยู่ได้บัญญัติถึงการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยไปแล้วบ้างบางส่วน และในส่วนของกรรมการบริษัทเอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการบริหารงานของกรรมการอยู่บนพื้นฐานของโครงสร้างของบริษัท โดยในเรื่องนี้นั้นแม้จะเป็นกรรมการในบริษัทมหาชนก็ตาม แต่การบริหารงานก็ถือหลักเช่นเดียวกับบริษัทเอกชนเนื่องจากบริษัทมหาชนและบริษัทเอกชนมีความสัมพันธ์กันดังที่กล่าวมาแล้ว โครงสร้างของบริษัทที่จะนำมาพิจารณาหน้าที่ของกรรมการมีอยู่ 3 หลักด้วยกัน คือ หลักความระมัดระวัง (Duty of care) หลักวินิจัยในทางการค้า (Business Judgment Rule) และหลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty)

หลักความระมัดระวัง (Duty of care) หมายถึง กรรมการบริษัทมีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มที่ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของบริษัทให้ได้มากที่สุด การใช้ดุลยพินิจหรือ วิจารณญาณในการดำเนินงานต้องอยู่ในหลักของความระมัดระวังอันเป็นพื้นฐานหน้าที่ที่มีอยู่ กฎหมายไทยได้ยอมรับหลักความระมัดระวังและได้วางหลักความระมัดระวังเอาไว้ในระดับที่ต้องเป็น “การเอาใจใส่การทำงานยิ่งกว่าวิญญูชนธรรมดาและยิ่งกว่าการงานของตนเอง” เพราะจะต้องเอามาตรฐานการเอาใจใส่ให้ได้เท่ากับความเอื้อเฟื้อสวดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบไปด้วยความระมัดระวัง ซึ่งหน้าที่นี้ของกรรมการจะแตกต่างกันไปตามประเภทของกิจการ แต่หลักความระมัดระวังไม่ได้หมายความว่าไปไกลถึงกับว่า เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว กรรมการต้องรับผิดชอบในทุกรณีไป เพราะในบางกรณีเกิดความเสียหายที่ไม่สามารถคาดเดาได้ ก็จะเป็นการไม่เป็นธรรมที่จะให้กรรมการมารับผิด

ในส่วนของบริษัทมหาชนนั้น ได้กำหนดประเด็นความรับผิดชอบไว้ในกรณีที่กรรมการทั้งคณะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำบางอย่างที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งก็รวมถึง กรรมการแต่ละคนต้องจัดการบริหารด้วยความระมัดระวังด้วย จึงสรุปได้ว่าในกรณีของบริษัทมหาชน กรรมการทั้งคณะต้องรับผิดชอบร่วมกันทุกรณี เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้ร่วมทำกิจการนั้น หรือไม่ได้ร่วมออกมติหรือคัดค้านแล้ว

แต่ในประเด็นของการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารนั้น ถือว่าการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารเป็นหน้าที่ของกรรมการทุกคน แม้กรรมการอื่นที่ไม่ได้จัดการบริหารในแต่ละวันเป็นประจำก็ยังคงต้องให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหารด้วยการคอยดูแลไม่ให้เกิดเหตุการณ์ที่ไม่ถูกต้องสมควร เพราะกรรมการได้ให้สิทธิในฐานะกรรมการไว้ค่อนข้างมาก ดังนั้น ตนจึงควรใช้สิทธิเรียกร้องนั้นให้ได้รับแจ้งเกี่ยวกับกิจการที่มีผลกระทบต่อธุรกิจของบริษัท โดยอาจกำหนดให้เสนอรายงานเกี่ยวกับธุรกิจของบริษัทตามระยะเวลาที่สมควรต่อที่ประชุมกรรมการ ทั้งนี้ อาจเพราะสิทธิและหน้าที่ของคณะกรรมการควรต้องปฏิบัติและรับผิดชอบ โดยองค์กรนี้อย่าง ในฐานะกลุ่มหนึ่ง เนื่องจากเจตจำนงของคณะกรรมการสามารถแสดงได้เพียงมติของคณะกรรมการ การให้ความเอาใจใส่จัดการบริหารนั้นไม่ได้จำกัดให้เป็นหน้าที่เฉพาะของกรรมการผู้ได้รับมอบอำนาจพิเศษจากคณะกรรมการ เช่น กรรมการผู้จัดการ เป็นต้น เท่านั้น อีกทั้งยังรวมถึงหน้าที่ให้ความเอาใจใส่กับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการผู้อื่นทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรรมการผู้ได้รับมอบอำนาจเป็นพิเศษจากคณะกรรมการ ซึ่งคงต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในความสามารถของกรรมการแต่ละคนในการที่จะหยุดหรือห้ามการกระทำที่ไม่ถูกต้องของกรรมการผู้อื่นนั้น กล่าวคือ ตนได้ใช้ความสามารถที่มีนั้นน้อยเพียงใด ตนก็อาจมีความรับผิดชอบอันเกิดจากการมองข้ามการกระทำทั้งหลายเหล่านั้นมากขึ้นเท่านั้น เป็นต้น

สำหรับประเด็นเรื่องการละเลยไม่เข้าร่วมประชุมคณะกรรมการนั้น จะถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความระมัดระวังได้ต่อเมื่อกรรมการผู้นั้นมีความบกพร่องต่อการที่ตนจะต้อง

ให้ความเอาใจใส่เข้าร่วมประชุมอย่างสม่ำเสมอตามเหตุผลอันสมควร หากกรรมการมีเหตุผลเพียงพอที่จะไม่เข้าร่วมประชุม เช่น ความเจ็บป่วยทางกาย ก็ถือว่าการไม่เข้าร่วมประชุมดังกล่าวไม่ถือเป็นการละเลยการให้ความเอาใจใส่ในการจัดการบริหาร เพราะกรรมการไม่จำเป็นต้องมีส่วนร่วมในทุกธุรกิจการค้าของบริษัทที่นำมาพิจารณาในการประชุมแต่อย่างใดก็ดี ก็ต้องพึงตระหนักไว้ว่า กฎหมายบริษัทได้วางรูปแบบการบริหารงานบริษัทให้อยู่ในรูปของคณะกรรมการบริษัท ซึ่งมีความมุ่งหมายให้กรรมการทั้งคณะได้ประชุมปรึกษาหารือเพื่อพิจารณาและกระทำการจัดการบริหารร่วมกันพอสมควร กรรมการจึงควรตระหนักในประเด็นนี้และพยายามกระทำการที่สนองตอบประเด็นนี้ให้มากที่สุด

ในกฎหมายต่างประเทศ ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาไปถึงเรื่องของระดับทักษะ (skill) กับระดับความระมัดระวัง เนื่องจากใน Model Business Corporation Act ของสหรัฐอเมริกา ไม่ปรากฏคำว่า “ทักษะ” (skill) อยู่ในส่วนของหน้าที่ของงานกรรมการ จึงเห็นได้ว่าคำว่าทักษะเป็นคำที่ใช้กับบุคคลที่ทำงาน โดยต้องอาศัยความสามารถทางเทคนิคตามสาขาวิชาเป็นการเฉพาะ ซึ่งไม่ควรจะถือเป็นคุณสมบัติสำหรับตำแหน่งหน้าที่ของกรรมการ แต่เรื่องนี้มีผลต่อการกำหนดค่าตอบแทนของกรรมการบริษัทด้วยกล่าวคือหากกรรมการดังกล่าวได้ค่าตอบแทนจากการเป็นกรรมการบริษัทในจำนวนที่สูงก็เป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นว่าระดับความระมัดระวังของกรรมการบริษัทในบริษัทดังกล่าวก็ย่อมที่จะสูงตามไปด้วย ซึ่งไม่ปรากฏประเด็นต่างๆเหล่านี้ในกฎหมายไทย กำหนดไว้แต่เพียงว่าในการประกอบกิจการของบริษัท กรรมการแต่ละคนโดยส่วนตัวต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบไปด้วยความระมัดระวัง (ตามมาตรา 1168 วรรคแรก) ซึ่งนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า ระดับหรือขั้นความระมัดระวังเอาใจใส่ไม่เหมือนกับตัวแทนธรรมดา กรรมการมีหน้าที่ประกอบกิจการบริษัทหนักกว่าตัวแทน ซึ่งตัวการธรรมดาได้ออกคำสั่งให้ตัวแทนทำหรือเมื่อไม่มีคำสั่งก็ต้องดำเนินการไปตามที่เคยทำมาในกิจการค้าขายอันเขาให้ตนทำอยู่นั้น (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 807) แต่ในเรื่องบริษัทนั้น กรรมการเป็นผู้ดำเนินกิจการของบริษัทเอง คงมีแต่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งจะครอบงำเป็นครั้งคราวอยู่ห่างไม่ใกล้ชิดกับกรรมการ กรรมการนั้นจะต้องเอาใจใส่เป็นพิเศษยิ่งกว่าวิญญูชนธรรมดาและยิ่งกว่างานของตนโดยต้องใช้มาตรฐานในการเอาใจใส่เท่ากับความเอื้อเพื่อสอดส่องของบุคคลค้าขายผู้ประกอบไปด้วยความระมัดระวัง จึงต้องอาศัยข้อเท็จจริงและกาลเวลาวินิจฉัย เช่น ต้องสอดส่องดูราคาตลาดขึ้นลงของสินค้าในขณะนั้นประกอบกับเหตุการณ์อันจะมีขึ้นในภายหน้าที่รู้ได้และระมัดระวังซึ่งนำหนักเพื่อที่จะได้ให้ประโยชน์แก่บริษัท หรือมีแนวคิดหนึ่งวางหลักว่า มาตรฐานความระมัดระวังนี้ให้ใช้มาตรฐานของผู้ประกอบการค้าที่เอาใจใส่ในกิจการของตน มิใช่พิจารณาจากระดับความสามารถของตัวกรรมการเอง และในส่วนของบริษัทมหาชน ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) มาตรา 85 กำหนดให้กรรมการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์และระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท แต่ก็ไม่ได้กำหนดว่ากรรมการมีหน้าที่ในเรื่องนี้อย่างไร

บ้าง จึงเป็นหน้าที่ของศาลจะปรับใช้ให้เหมาะสมกับเหตุการณ์ ประเพณีทางการค้า และความรู้สึกของวิญญูชนต่อไป

และเพื่อเป็นการเสริมหลักความระมัดระวังดังกล่าว ทฤษฎีของกฎหมายบริษัทยังได้สร้างหลักวินิจฉัยทางการค้า (Business Judgement Rule) มาใช้ โดยหลักดังกล่าวพัฒนาขึ้นมาในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา การใช้หลักดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้กรรมการบริษัทจะใช้อำนาจหน้าที่ในการจัดการบริษัทและคุ้มครองกรรมการให้พ้นจากความรับผิดซึ่งเป็นผลมาจากความเสียหายจากการตัดสินใจของกรรมการเหล่านั้น โดยหลักนี้เป็นเสมือนเกราะป้องกันกรรมการให้พ้นจากความรับผิด แต่ก็ต้องนำมาปรับใช้เป็นกรณีๆ ไป

หลักความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) หลักความซื่อสัตย์สุจริต เป็นหลักที่ใช้กันอย่างแพร่หลายและเป็นหลักแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา ประเทศในทาง common law เห็นว่าหลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการเป็นหลักที่มีความสำคัญมากประการหนึ่ง กล่าวคือกรรมการต้องอยู่ในฐานะที่มีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท (Duties of Loyalty and Good Faith) โดยบรรดาอำนาจทั้งปวงที่ได้รับมอบหมายจากบริษัท กรรมการจะต้องใช้เท่าที่พึงมีตามสถานะแห่งหน้าที่ที่จะต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัท หน้าที่ตามหลักสุจริตนี้ เกิดจากความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้น เพราะผู้ถือหุ้นเป็นผู้เป็นเจ้าของเงินทุนในการลงทุนในบริษัทและเป็นผู้ที่แต่งตั้งกรรมการบริษัท กรรมการจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต โดยต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทมากกว่าผลประโยชน์ส่วนตัว และต้องไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับบริษัท ซึ่งหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตนี้จะเป็นการห้ามมิให้กรรมการใช้ออกาสจากการที่ตนเป็นกรรมการแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเอง แม้ว่ากรรมการจะสามารถตัดสินใจในเรื่องต่างๆเองได้ก็ตาม หากการตัดสินใจนั้นทำไปเพื่อประโยชน์ของตนเองด้วยแล้ว ถือว่ากรรมการทำไปโดยไม่ซื่อสัตย์สุจริต จึงไม่ได้รับความคุ้มครอง

ในปัจจุบันตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 (ที่แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2544) ก็ตาม มีหลักการดังที่ปรากฏในมาตรา 85 วรรคหนึ่ง ความว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัทตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท” จึงเห็นได้ว่า แนวคิดในเรื่องนี้ยังคงไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด

นอกจากนั้นยังเป็นกรณีของการที่กรรมการใช้อำนาจที่มีอยู่ในทางที่มีขอบมิควร ซึ่งการที่กรรมการใช้อำนาจที่มีอยู่ในทางที่มีขอบมิควรนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หมายความว่าเพียงการใช้อำนาจโดยมิชอบมิควร โดยอาศัยประโยชน์จากการเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมาก ซึ่งเป็นซึ่งเป็นกรณีที่สามรถตอบคำถามได้ว่ากรณีที่กรรมการปฏิบัติตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตหรือ fiduciary Duties อย่างเคร่งครัดแล้วนั้น จะเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยเป็นพิเศษจากการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตหรือ Fiduciary Duties ตามปกติทั่วไปได้อย่างไร

การใช้อำนาจโดยมิชอบมิควรโดยอาศัยประโยชน์จากการเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมาก นั้นจะอยู่บนแนวความคิดที่ว่ากรรมการจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้นอยู่ก่อนแล้ว มิใช่เป็น กรรมการในฐานะกรรมการคนนอก ซึ่งในปัญหาเช่นนี้มักเกิดขึ้นในบริษัทเอกชนจำกัดเป็นสำคัญ ตามกฎหมายบริษัทของกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ เห็นว่า บุคคลใดก็ตามซึ่งถือหุ้นเป็นจำนวนมาก ในบริษัทจนสามารถเกิดอำนาจควบคุมและครอบงำดูแลการจัดการกิจการของบริษัทได้อย่างเด็ดขาด ทำการใช้สิทธิออกเสียงลงมติเกี่ยวกับกิจการใดๆก็ตามของบริษัทอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งจำต้องได้รับการออกเสียงในการรับรองจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเช่นนี้แล้ว ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตหรือ Fiduciary Duties ที่พึงมีต่อบริษัทของตน เหมือนเช่นกรณีที่กรรมการจักต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อบริษัทด้วยเช่นกัน โดยผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้อง ทำกิจการใดๆไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทเป็นสำคัญ มิใช่เพื่อประโยชน์ของตนเอง ทั้งจะต้องไม่ กระทำการล่อลวงฉ้อฉล หรือกดขี่ข่มเหงบรรดาผู้ถือหุ้นข้างน้อยของบริษัท หรือกระทำการทุจริต ฉ้อโกง ตลอดจนกระทำการใดๆอันไม่สุจริตก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในระหว่างผู้ถือหุ้นของ บริษัท ซึ่งย่อมจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงในการดำเนินกิจการของบริษัท และอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ในที่สุด เนื่องจากผู้ถือหุ้นกลุ่มดังกล่าว สามารถใช้อำนาจที่มีชอบมิควรและ สิทธิไม่สุจริตเข้าแสวงหาผลประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นได้โดยง่าย ไม่ว่าจะกลุ่มผู้ถือหุ้นนั้นจะเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัทเท่านั้นหรืออยู่ในฐานะเป็นกรรมการของบริษัทด้วยก็ตาม กล่าวคือ ศาลในระบบประเทศคอมมอนลอร์ได้อาศัยหน้าที่ตามหลักความซื่อสัตย์สุจริตหรือ Fiduciary Duties เป็น เครื่องมือสำคัญในการใช้แก้ปัญหาจากการกระทำของกรรมการในลักษณะดังกล่าว เพื่อให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นส่วนรวม ดังพฤติการณ์การกระทำของกรรมการที่อาศัย ประโยชน์จากการที่ตนเป็นผู้ถือหุ้นจำนวนมากในบริษัท เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนเองหรือผู้อื่นโดยอ้อม เป็นต้นว่า กรณีที่กรรมการออกเสียงลงมติในฐานะผู้ถือหุ้น สนับสนุนให้บริษัทกระทำการใดๆก็ตามซึ่งตนเล็งเห็นหรือคาดหมายว่าจะเป็นผลประโยชน์แก่ตนเองหรือผู้อื่นโดยอ้อม เช่น ลงมติสนับสนุนให้บริษัทแก้ไขข้อบังคับตามที่ตนเสนอ เพื่อให้อำนาจคณะกรรมการบริษัทในการ กระทำการบางอย่างที่เอื้อประโยชน์ของตน จะเห็นได้ว่าเป็นการทำไปเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น ดังนั้นจึงไม่ผูกพันบริษัทตามข้อบังคับที่แก้ไข หรือพฤติการณ์ที่กรรมการทำการรวบอำนาจควบคุมการบริหารงานภายในของบริษัทให้ตกอยู่แก่ตน ด้วยวิธีล่อลวงฉ้อฉลเอาเปรียบบริษัทและผู้ถือหุ้นข้างน้อย โดยการบังคับให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆที่เป็นพวกพ้องของตนลงมติสนับสนุนกิจการใดกิจการหนึ่งที่ตนมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ แม้ว่าตนจะงดออกเสียงนั้นก็ตาม

มติดังกล่าวจึงเป็นมติที่เป็นการกระทำการบางอย่างที่เอื้อประโยชน์ของตน จึงไม่ผูกพันบริษัท

ในกฎหมายบริษัทจำกัดของไทยเอง มิได้มีบทบัญญัติใดโดยเฉพาะและชัดเจนแน่นอนที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการแก้ไขปัญหาเพื่อให้ความคุ้มครองบริษัทและผู้ถือหุ้นที่สุจริตจากการใช้อำนาจของบริษัทในลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด ซึ่งในกรณีนี้อาจทำให้เกิดข้อขัดข้องใน



การใช้กฎหมายได้ เช่น การที่กรรมการใช้สิทธิที่ตนถือหุ้นจำนวนมาในบริษัท ออกเสียงลงมติสนับสนุนให้บริษัทแก้ไขข้อบังคับของบริษัท เพื่อให้มีผลโดยอ้อมให้พรรคพวกของตนได้รับเงินปันผล นั้น ถึงแม้ว่าจะมีมาตรา 1185 บัญญัติไว้เพื่อห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทคนใดที่มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในข้ออันใด ซึ่งที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจะต้องลงมติออกเสียงลงคะแนนด้วยในข้อนั้น โดยหากผู้ถือหุ้นคนใดลงมติฝ่าฝืนมาตรานี้ อาจมีผลให้การประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นในครั้งนั้นๆถูกผู้ถือหุ้นคนอื่นๆฟ้องคดีต่อศาล ขอให้เพิกถอนได้ตามมาตรา 1185 เนื่องจากการประชุมที่มีการลงมติฝ่าฝืนต่อกฎหมายก็ตาม แต่ในกรณีที่กรรมการได้ออกเสียงลงมติในฐานะผู้ถือหุ้น สนับสนุนให้บริษัทแก้ไขข้อบังคับของบริษัทดังกล่าวข้างต้น น่าจะเป็นเรื่องวิธีการจัดการกิจการภายในบริษัทตามกฎหมายบริษัทจำกัด มิใช่เรื่องส่วนตัว ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1246/2520 ว่า การที่ผู้ถือหุ้นออกเสียงลงคะแนนให้ตนเองเป็นกรรมการบริษัทนั้น ไม่ถือว่ามีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ เพราะการตั้งกรรมการบริษัทเป็นวิธีจัดการบริษัท มิใช่เรื่องส่วนตัว ฉะนั้น กรณีจึงไม่ต้องตามบทบัญญัติมาตรา 1185 ที่จะเป็เหตุให้ศาลเพิกถอนมตินี้ได้แต่อย่างใด ดังนั้นในบางครั้งจึงเป็นการยากที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้ทุกกรณีของการกระทำที่กรรมการได้ทำลงไปเนื่องจากฐานะ 2 ประการคือการเป็นผู้ถือหุ้นควบคู่ไปกับการเป็นกรรมการบริษัทของกรรมการคนดังกล่าวนั่นเอง เว้นแต่เพียงบริษัทดังกล่าวจะมีการกระจายหุ้นอย่างแท้จริง ซึ่งการกระจายหุ้นนั้นก็จะเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้มากในระดับหนึ่งอยู่แล้ว

หรือในกรณีที่กรรมการกระทำการล่อลวงจ้อฉลอาร์คเอาเปรียบบริษัทและผู้ถือหุ้นข้างน้อย โดยกรรมการดังกล่าวบังคับบัญชาให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ที่เป็นพวกพ้องของตนลงมติสนับสนุนให้บริษัทกระทำกิจการใดๆก็ตาม ซึ่งกรรมการนั้นมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษ จะเห็นได้ว่าการกระทำของกรรมการเช่นนี้ เป็นเรื่องที่กรรมการมุ่งคำนึงผลประโยชน์สำหรับตนเองเป็นสำคัญ ไม่คำนึงถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบริษัทและผู้ถือหุ้นข้างน้อย กรรมการจึงไม่น่ามีสิทธิอาศัยประโยชน์จากความเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากของบริษัทกระทำการดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของไทยแล้ว ปรากฏว่าไม่มีมาตราใดที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้กรรมการกระทำการในลักษณะดังกล่าวเพื่อให้ความคุ้มครองบริษัทและผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่ต้องเสียหายแต่อย่างใด ฉะนั้นจึงอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการนำหลักกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดของไทยมาใช้อีกประการหนึ่ง เช่น กรณีที่กรรมการบีบบังคับให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆที่เป็นพวกพ้องของตนลงมติสนับสนุนตนในกรณีต่างๆ ได้มีมาตรา 1195 วางหลักเอาไว้แต่เพียงว่าผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นที่มีการเรียก การประชุมหรือลงมติฝ่าฝืนข้อบังคับหรือขัดต่อกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีกรณีการบีบบังคับให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆที่เป็นพวกพ้องของตนลงมติสนับสนุนตนในกรณีต่างๆแต่อย่างใด และยังไปกว่านั้น การลงมติในกรณีนี้ กรรมการเองก็ไม่ได้ลงมติแต่อย่างใดเนื่องจากพบว่าตนมีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่มีช่องทางที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นในกรณีนี้ได้เลย

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น หากกรรมการปฏิบัติงานโดยยึดหลักต่างๆ นี้ เป็นแนวทางในการบริหารแล้วย่อมเป็นที่แน่ใจได้ว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นจะได้รับความคุ้มครองในระดับหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของผู้ถือหุ้นแล้ว ตัวผู้ถือหุ้นเองก็มีสิทธิเฉพาะตัวในการออกเสียง โดยมีพื้นฐานแห่งสิทธิมาจากหุ้นที่ตนถืออยู่

แต่ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นตามความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและผู้ถือหุ้นตามทฤษฎีกฎหมายบริษัท หรือจะเป็นการคุ้มครองตามหุ้นที่ผู้ถือหุ้นดังกล่าวถือก็ตาม สิ่งที่กฎหมายต้องการในเรื่องนี้ก็คือการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยให้ได้มากที่สุดจากกฎหมาย กฎ หรือประกาศที่มีอยู่เดิม ซึ่งก็รวมถึงการเสนอแนวคิดใหม่ๆ มาปรับใช้ เช่น การลงคะแนนเสียงแบบสัดส่วน เป็นต้น แต่มาตรการต่างๆ ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นนี้ ก็อาจถือได้ว่าเป็นเพียงมาตรการ “ก่อน” ที่ความเสียหายต่างๆ หรือการถูกเอารัดเอาเปรียบต่างๆ ของผู้ถือหุ้นข้างน้อยจะเกิดขึ้น ซึ่งหากบริษัทใดปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าวครบถ้วนแล้ว ก็ย่อมเป็นที่แน่ใจในระดับหนึ่งว่า ผู้ถือหุ้นข้างน้อยย่อมจะได้รับความคุ้มครอง แต่เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง กฎหมายก็จำเป็นต้องมีวิธีการเยียวยา ซึ่งก็คือการวางหลักบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการฟ้องคดีเอาไว้ โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้นำมากล่าวไว้ในบทที่ 4 การคุ้มครองสิทธิผู้ถือหุ้นข้างน้อย ในหัวข้อ 4.1 การคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน สิทธิการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นนั้นมีด้วยกัน 2 ประการ คือ การฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของผู้ถือหุ้นเพื่อประโยชน์ส่วนตัว และการฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิของบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทเป็นส่วนรวม ซึ่งอยู่บนทฤษฎีที่ว่าโดยปกติ บุคคลใดๆ ก็ตามไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา บริษัท ห้างหุ้นส่วนหรือบุคคลใดๆ ที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย เมื่อได้รับความเสียหายจากการกระทำของบุคคลอื่น ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม ย่อมสามารถจะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดจากผู้ทำความเสียหายได้อยู่แล้ว โดยเฉพาะในกรณีการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นนี้ เป็นทฤษฎีกฎหมายที่สร้างขึ้นมาเพื่อตอบคำถามที่ว่าในบางกรณีที่เกิดข้อสงสัยว่าหากผู้ได้รับความเสียหายมิใช่ผู้ได้รับความเสียหายโดยตรง แต่เป็นผู้ที่ได้รับผลความเสียหายโดยอ้อมจากการกระทำผิดต่อบุคคลอื่น จะมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลที่กระทำความผิดแทนบุคคลอื่นได้หรือไม่

ตามหลักกฎหมายต่างประเทศได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในเรื่อง Derivative Action ซึ่งหมายถึงการที่ผู้ถือหุ้นจะเข้าใช้สิทธิของบริษัทในการเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ในกรณีที่บริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงละเลยไม่ใช้สิทธิดังกล่าว สำหรับกฎหมายไทยก็ได้บัญญัติรับเรื่องดังกล่าวไว้ในกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2544) และ

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ซึ่งล้าแล้วแต่เป็นกฎหมายที่ยกมาอ้างในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ในอดีตที่ผ่านมามักพบว่า สาเหตุส่วนใหญ่ของการที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ที่เกี่ยวข้องก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่วิศวกรรมหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากแก่ผู้ถือหุ้น ดังนั้น หลักเกณฑ์ในเรื่อง Derivative Action จึงเกิดขึ้นมาเพื่อป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหายจากการที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้อง คือผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องร้องโดยใช้สิทธิของตนเองโดยตรงได้เลยโดยไม่ต้องไปรื้อให้บริษัทฟ้องหรือทะเลาะเลยไม่ใช้สิทธิดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีนี้ ผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการเรียกร้องดังกล่าวจะตกเป็นของบริษัท มิใช่เป็นของผู้ถือหุ้นที่ดำเนินการฟ้องร้อง เนื่องจากเป็นการที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิในนามบริษัทมิใช่ทำในนามของตนเอง

หลักการใช้ Derivative Action ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนนั้น มีอยู่ 2 กรณีด้วยกันคือ กรณีที่กรรมการก่อให้เกิดความเสียหายโดยทั่วไปและกรณีที่สองคือกรณีที่กรรมการทำการค้าขายแข่งกับบริษัท

ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีนี้คือเมื่อไหร่ที่จะถือว่าบริษัททะเลาะไม่ใช้สิทธิในการฟ้องคดีอันจะเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ถือหุ้นเข้าใช้สิทธิแทนได้ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนกำหนดไว้ชัดเจนว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นจะมีขึ้นเมื่อได้แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการแล้วและบริษัทยังคงเพิกเฉยไม่ใช้สิทธิต่อไป ในขณะที่กรณีของบริษัทจำกัดไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าวนี้ไว้ในทางปฏิบัติการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดจึงอาจต้องเทียบเคียงกับบริษัทมหาชนจำกัด กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดอาจต้องแจ้งให้บริษัทดำเนินการใช้สิทธิก่อน หากบริษัทยังคงเพิกเฉยผู้ถือหุ้นจึงเข้าใช้สิทธิแทนได้ และนอกจากนั้น เฉพาะในกรณีของบริษัทมหาชนจำกัด กฎหมายยังจำกัดอำนาจขอบเขตในเรื่องการกระทำของกรรมการที่จะเป็นมูลเหตุให้ผู้ถือหุ้นฟ้องเรียกค่าเสียหายไว้ กล่าวคือ จะฟ้องร้องได้เฉพาะกรณีที่เป็นกรณียกเลิกตำแหน่งใหม่ทดแทน ซึ่งหมายถึงว่าเป็นกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว แต่ไม่มีบทบัญญัติตอนใดของกฎหมายที่กำหนดไว้ว่าผู้ถือหุ้นอาจขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ ดังเช่นที่กำหนดไว้ในบริษัทมหาชน

ยิ่งไปกว่านั้น Derivative Action ยังให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากกรรมการบริษัทเท่านั้น แต่ไม่ครอบคลุมไปถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลอื่น เช่น ผู้สอบบัญชี หรือพนักงานของบริษัท ซึ่งหากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น ผู้ถือหุ้นก็ไม่มีสิทธิใดๆที่จะเข้าใช้สิทธิของบริษัทเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกได้ คงมีอำนาจเพียงแต่ฟ้องกรรมการฐานกระทำการโดยไม่ซื่อสัตย์สุจริตหรือไม่ระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัทเท่านั้น

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า Derivative Action ยังปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ซึ่งมีลักษณะเด่นคือ พระราชบัญญัติดังกล่าวให้สิทธิโดยตรงแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากคณะกรรมการดังกล่าวที่เป็นต้นเหตุของการฝ่าฝืนคำ

ตั้งของคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ โดยไม่ถือว่าผู้ถือหุ้นในกรณีนี้เป็นเพียงผู้เสียหายอันดับรอง  
 ดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่  
 ผู้ถือหุ้นในกรณีนี้จะต้องมีคุณสมบัติคือ 1. ต้องเป็นผู้ที่ได้หุ้นนั้นมาก่อนที่จะมีการเปิดถอน และไม่  
 ได้มีส่วนร่วมหรือให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติในการกระทำการฝ่าฝืนของผู้บริหาร

สำหรับในประเด็น Class Action นั้น เป็นการนำแนวคิดเรื่องการดำเนินคดีแพ่ง  
 แทนผู้เสียหายจำนวนมากมาใช้บังคับ อันจะนำมาซึ่งความเป็นธรรมกับผู้เสียหาย และในขณะเดียวกัน  
 จะเป็นการลดค่าใช้จ่ายโดยรวมของการดำเนินคดี อีกทั้งการกำหนดให้มีองค์กรช่วยเข้าดำเนินคดี  
 แทนผู้เสียหายก็จะเป็นการช่วยยับยั้งการกระทำความผิดได้อีกทางหนึ่งด้วย

แต่จากที่ได้ทำการศึกษาพบว่า การใช้ Derivative Action และ Class Action ของ  
 ไทยที่ผ่านมายังไม่ค่อยได้รับความนิยมมากนัก โดยในอดีตที่ผ่านมาพบว่ามีการใช้ Derivative  
 Action เป็นคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาจำนวนไม่ถึง 10 คดี ซึ่งถือว่าเป็นจำนวนที่น้อยมาก ก็น่าจะมีสาเหตุ  
 เนื่องมาจากการที่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่มักจะไม่นำสิทธิของตนเองในการที่จะปกป้องคุ้มครองผล  
 ประโยชน์ของบริษัทหรือแม้กระทั่งผู้ถือหุ้นที่ทราบถึงสิทธิดังกล่าวนี้เองโดยมากก็ไม่ปรารถนาที่จะ  
 ใช้สิทธิดังกล่าว เนื่องจากมองเห็นถึงความยากลำบากในการดำเนินคดีในการแสวงหาข้อเท็จจริงและ  
 การเสียค่าใช้จ่าย และแม้เมื่อชนะคดีแล้วผลประโยชน์ที่ได้ก็ตกเป็นของบริษัทส่วนหนึ่งรวมทั้ง  
 กระจายไปยังผู้ถือหุ้นอื่นๆตามส่วนได้เสียของผู้ถือหุ้นด้วย สำหรับ Class Action นั้นที่ผ่านมามี  
 ว่ายังไม่เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาเลย ดังนั้น หากมองในภาพรวมแล้วอาจพบว่าผู้ถือหุ้นเองอาจยังไม่  
 ตระหนักในการใช้สิทธิเรียกร้องประโยชน์ของตนเองก็ได้ ซึ่งก็น่าจะเป็นปัญหาที่นำมาพิจารณาว่า  
 เนื่องมาจากสาเหตุใด

จึงเห็นได้ว่าในเรื่องเกี่ยวกับการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นนี้ หลักเกณฑ์ในเรื่องการใช้  
 สิทธิของผู้ถือหุ้นยังมาสมบูรณ์เท่าที่ควร และยังไม่มียกเว้นที่ชัดเจนที่จะรองรับให้ผู้ถือหุ้น  
 สามารถใช้สิทธิของบริษัทฟ้องบุคคลภายนอกผู้ก่อความเสียหายแก่บริษัทได้ รวมทั้งในประเด็นใน  
 เรื่องความไม่ชัดเจนของกระบวนการใช้สิทธิที่ว่าอย่างไรจึงจะถือว่าบริษัทละเลยไม่ใช้สิทธิ ซึ่ง  
 ปัญหาต่างๆเหล่านี้สมควรได้รับการแก้ไขที่ชัดเจนและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุดูวัตถุประสงค์  
 ของหลักในเรื่อง Derivative Action มากที่สุด

ข้อเสนอแนะในการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยตามวิธานพันธบัตรฉบับนี้  
 มีดังนี้

1. การบังคับใช้และมีการปฏิบัติตามหลักต่างๆอันมีที่มาจากระบบความสัมพันธ์  
 ของกรรมการบริษัทและผู้ถือหุ้นของบริษัทอย่างจริงจัง เพราะจากที่ปรากฏมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า  
 ในระบบกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันได้มีมาตรการที่คุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยอยู่ตามสมควรแล้วแก่  
 สภาพปัญหา รวมทั้งสอดคล้องกับปริมาณการใช้สิทธิต่างๆของผู้ถือหุ้นในปัจจุบันแล้ว

2. ประชาสัมพันธ์และชี้แจงให้ผู้ถือหุ้นทราบถึงกระบวนการใช้สิทธิในการฟ้องคดีของตน รวมทั้งปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับระบบธุรกิจในรูปแบบบริษัทของประเทศไทย รวมทั้งพัฒนากฎหมายในเรื่องดังกล่าวให้มีการคุ้มครองผู้ถือหุ้นมากกว่าเดิม

3. สำหรับในเรื่องการลงคะแนนเสียงนั้น ปัจจุบันการใช้มาตรการ cumulative voting หรือการลงคะแนนเสียงแบบสะสม ก็นับว่าเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้ในระดับหนึ่ง การลงคะแนนเสียงแบบสัดส่วนนั้น แม้จะนำมาพิจารณา แต่ก็ควรจะมีการวิเคราะห์และวิจัยให้แน่ชัดก่อนว่าจะสามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้อย่างแท้จริงหรือไม่ มิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าการนำเอา “ของใหม่” มาลองใช้ อาจก่อให้เกิดปัญหาได้มากกว่าการใช้มาตรการที่มีอยู่เดิม

อย่างไรก็ดี การพัฒนาแนวคิดและหลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยต้องอยู่บนพื้นฐานของการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ และต้องไม่เป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยมากเกินไปจนกระทั่งทำให้เกิดการก่อกวนการบริหารงานของบริษัทจากการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้

ยิ่งไปกว่านั้น สิ่งที่ต้องควรตระหนักอยู่เสมอในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้รับการคุ้มครองมากขึ้นกว่าเดิมตามที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้หยิบยกขึ้นมาเสนอนั้น ควรจะเป็นแนวคิดประการที่ว่า ในการขร่างกฎหมายซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการระดมเงินทุนจากประชาชนและดูแลรักษาผลประโยชน์ของผู้ลงทุนนั้น ย่อมจะต้องการให้มีการควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิดตั้งแต่การเริ่มจัดตั้งบริษัท การดำเนินกิจการ ตลอดจนถึงการเลิกบริษัท ซึ่งต้องคำนึงถึงสภาพและความเป็นไปได้ในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวด้วย เพราะบ่อยครั้งที่พบว่า Law in book คือกฎหมายที่บัญญัติไว้ ไม่สามารถนำไปใช้แบบ Law in action คือนำไปใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติได้ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเนื่องไปถึงการลงทุนในรูปแบบมหาชนจะไม่ได้ได้รับความนิยมนเท่าที่ควร ดังนั้น จึงเป็นที่น่าจับตามองต่อไปว่ากฎหมายในเรื่องการคุ้มครองผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัทมหาชนจะพัฒนาต่อไปอย่างไร