

สิ่งที่ขาดหายไปในกฎหมาย
ว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัท:
ศึกษากรณีบริษัทจำกัด*

The Missing Part in Law on Derivative Action:
The Study of Private Company

นิลุบล เลิศนุวัฒน์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Nilubol Lertnuwat

Assistant Professor, Faculty of Law, Thammasat University

รับ 6 มกราคม 2562; แก้ไข 14 กุมภาพันธ์ 2562; ตอรับ 14 กุมภาพันธ์ 2562

บทคัดย่อ

ลักษณะของการฟ้องคดีแทนบริษัท คือ กฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องกรรมการเนื่องจากบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องกรรมการ วัตถุประสงค์ของหลักดังกล่าวคือ เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการที่บริษัทไม่ยอมดำเนินการเรียกร้องเอาค่ากรรมการทั้งที่กรรมการทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท หลักการดังกล่าวปรากฏในมาตรา 1169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ให้สิทธิทั้งผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่ในการฟ้องกรรมการ บทความนี้ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัทตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และไทย โดยวิเคราะห์ว่ากฎหมายไทยว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัทมีข้อบกพร่องประการใด การศึกษาพบว่ากฎหมายไทยไม่ได้กำหนดกระบวนการที่ผู้

* บทความนี้สรุปจากงานวิจัยเรื่อง “สิ่งที่ขาดหายไปในกฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัท: ศึกษากรณีบริษัทจำกัด” เสนอต่อคณะกรรมการศูนย์วิจัยและให้คำปรึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2561)

ถือหุ้นต้องกระทำก่อนที่จะฟ้องกรรมการทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าผู้ถือหุ้นต้องดำเนินการอย่างไร กฎหมายยังไม่ได้กำหนดให้เรื่องกรอบในการชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแทนบริษัททำให้ผู้ถือหุ้นอาจไม่ได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่ตนต้องเสียไปในการดำเนินคดี นอกจากนี้กรอบในการใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทตามกฎหมายไทยก็เกินไปอย่างจำกัด อันเป็นอุปสรรคต่อผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท การศึกษายังพบว่ากรณีที่กฎหมายไทยบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการฟ้องคดีดังเช่นที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของหลักการฟ้องคดีแทนบริษัท บทความนี้เสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัทเพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของหลักการฟ้องคดีแทนบริษัท

คำสำคัญ: การฟ้องคดีแทนบริษัท, การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้น, ความรับผิดชอบของกรรมการ, สิทธิของผู้ถือหุ้น

Abstract

The characteristic of derivative action is that the shareholder is entitled to bring an action on behalf of the company against directors if the company fails to do. The purpose of granting the right to derive the company's action is to provide a relief of grievances to the shareholder as the company ignores to sue wrongdoing directors. Such legal concept appears in section 1169 of the Civil and Commercial Code which allows both the shareholder and creditor to initiate a derivative lawsuit. The research focuses on the comparative study of the United Kingdom, United States and Thai laws governing derivative actions in private companies and analyses the legal issues under Thai laws. The research finds that the provision under the Civil and Commercial Code on demand requirement which the shareholder must fulfil before bringing an action is unclear. The law also fails to address the scope of the litigation expense reimbursement advanced by the plaintiff shareholder. Consequently, the plaintiff shareholder may not be fully compensated. Besides, the scope of the derivative action against the wrongdoers provided is very limited. This becomes a significant burden on the shareholder to bring the derivative lawsuit. The study addresses that the provision authoring the creditors to initiate the derivative lawsuit does not cohere with the fundamental concept of derivative actions. The research therefore suggests some legal amendments to ensure that Thai laws on derivative action cohere with the objective of derivative action concept.

Keywords: derivative action, shareholder action, director's liability, shareholder's right

1. บทนำ

บริษัทเป็นรูปแบบการประกอบธุรกิจอย่างหนึ่งซึ่งผู้ร่วมลงทุนที่เรียกว่า “ผู้ถือหุ้น” รวบรวมเงินหรือทรัพย์สินเข้าด้วยกันเพื่อประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำกำไรที่ได้รับจากการประกอบกิจการมาแบ่งปันกัน บริษัทมีสภาพความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นตามหลักการเรื่องการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคลของบริษัทออกจากผู้ถือหุ้น (separation of entity) ทำให้บริษัทสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้ด้วยตนเองผ่านทางผู้แทนของบริษัทที่เรียกว่า กรรมการ

กรรมการได้รับความไว้วางใจจากบริษัทให้ดำเนินการต่าง ๆ แทนบริษัททั้งในด้านการบริหารกิจการทั่วไปและการใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจทางธุรกิจ กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการโดยมุ่งให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่บริษัท และเพื่อให้เกิดความแน่นอนว่ากรรมการจะกระทำการเพื่อประโยชน์ของบริษัทมิใช่เพื่อประโยชน์ของตนเอง กฎหมายจึงเข้ามาควบคุมการปฏิบัติงานของกรรมการโดยกำหนดให้กรรมการมีหน้าที่ต่อบริษัท หน้าที่หลักของกรรมการ คือ กรรมการต้องจัดการงานของบริษัทด้วยความระมัดระวัง และกรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความซื่อสัตย์สุจริตคำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัทมากกว่าประโยชน์ของตน หากกรรมการกระทำความผิดหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด กรรมการมีความรับผิด และความรับผิดของกรรมการเป็นความรับผิดที่กรรมการมีต่อบริษัทเนื่องจากกรรมการเป็นผู้แทนของบริษัท เมื่อกรรมการกระทำการหรือละเว้นการกระทำการอันขัดต่อหน้าที่ของตนหรือกรรมการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่อันส่งผลให้บริษัทเสียหาย บริษัทย่อมสามารถเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือบังคับให้กรรมการกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการได้

ถึงแม้บริษัทจะสามารถฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัทหรือบังคับให้กรรมการกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการ แต่การตัดสินใจว่าบริษัทจะฟ้องคดีต่อกรรมการให้ต้องรับผิดชอบหรือไม่กระทำโดยกรรมการ และโดยทั่วไป กรรมการย่อมไม่ฟ้องตนเองหรือกรรมการอื่นที่ตนมีความใกล้ชิดเป็นคดี ท้ายที่สุดบริษัทก็จะไม่นำคดีฟ้องกรรมการถึงแม้ว่ากรรมการจะทำให้บริษัทและผู้ถือหุ้นเสียหาย และถึงแม้ผู้ถือหุ้นจะประสงค์จะนำคดีขึ้นสู่ศาลเอง ผู้ถือหุ้นก็ไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากบริษัทมีสภาพความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และผู้ถือหุ้นมิใช่ผู้แทนของบริษัท ผลที่ตามมา คือ เมื่อไม่มีบุคคลใดฟ้องคดีต่อกรรมการ บริษัทก็ไม่อาจชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้

เมื่อกรรมการไม่ฟ้องคดีตนเองหรือกรรมการอื่นที่กระทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท ผู้ถือหุ้นย่อมไม่พอใจและอาศัยที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติถอดถอนกรรมการนั้นออกจากตำแหน่งและแต่งตั้งกรรมการคนใหม่หรือชุดใหม่ให้เข้ามาดำรงตำแหน่งเพื่อดำเนินการฟ้องกรรมการที่ทำให้บริษัทเสียหาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กรรมการที่กระทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากหรือมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากย่อมไม่มีมติถอดถอนกรรมการนั้นออกจากตำแหน่ง ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยก็ถือหุ้นเป็นจำนวนไม่เพียงพอที่จะถอดถอนกรรมการนั้นได้ การถอดถอนกรรมการจากตำแหน่งดังที่ควรจะเป็นจึงไม่เกิดขึ้น การที่กรรมการในฐานะผู้บริหารจัดการบริษัทกระทำความผิดหน้าที่หรือทำให้บริษัทเสียหายแต่ไม่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของตน

แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ที่สามารถควบคุมบริษัท และการใช้อำนาจดังกล่าวส่งผลเสียหายต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นอื่น เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องกรรมการที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทได้ โดยการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นเป็นการดำเนินการแทนบริษัท

มาตรา 1169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“ถ้ากรรมการทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัท ๆ จะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นขึ้นมาก็ได้

อนึ่ง การเรียกร้องเช่นนี้ เจ้าหนี้ของบริษัทจะเป็นผู้เรียกบังคับก็ได้ เท่าที่เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องแก่บริษัทอยู่”

บทบัญญัติข้างต้นอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ของบริษัทฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเอาจากกรรมการเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทได้ โดยมีเงื่อนไขสำคัญ คือ บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องต่อกรรมการ การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ของบริษัทต่อกรรมการจึงเป็นการกระทำเมื่อบริษัทไม่ยอมกระทำการ อย่างไรก็ดี ถึงแม้บทบัญญัติดังกล่าวจะให้สิทธิผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้ในการฟ้องคดีต่อกรรมการ บทบัญญัติดังกล่าวยังมีข้อจำกัดและความไม่ชัดเจนในหลายประการ เช่น กฎหมายให้สิทธิของผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้เฉพาะสิทธิในการเรียกให้กรรมการรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัทเท่านั้นอันส่งผลให้ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้ไม่อาจใช้สิทธิแทนบริษัทในรูปแบบอื่นได้ทั้งที่วิธีการในการเยียวยาความเสียหายสามารถกระทำได้ด้วยวิธีอื่น หรือกฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้ในการฟ้องกรรมการเมื่อบริษัทไม่ยอมฟ้องร้องกรรมการ แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการในการดำเนินการเพื่อให้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง รวมทั้งไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาที่ให้แก่บริษัทในการพิจารณาและตัดสินใจว่าบริษัทจะดำเนินการฟ้องร้องกรรมการตามผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้เรียกร้องหรือไม่ นอกจากนี้ เมื่อการดำเนินการฟ้องคดีต่อกรรมการมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้น ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้ที่ฟ้องคดีจำต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องแต่กฎหมายไม่ได้กำหนดในเรื่องการชดเชยค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ไว้

ข้อสังเกตข้างต้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัทดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความไม่ชัดเจนอันส่งผลให้ผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้ของบริษัทไม่สามารถใช้สิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัทเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทได้ดังความมุ่งหมายของหลักกฎหมายในเรื่องการฟ้องคดีแทนบริษัท บทความนี้จึงศึกษาบทบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัทในบริษัทจำกัดเพื่อวิเคราะห์ความไม่สมบูรณ์หรือข้อบกพร่องของบทบัญญัติดังกล่าวโดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้แก่ Companies Act 2006, Civil Procedure Rules และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ Model Business Corporation Act (2016 Revision), Federal Rules of Civil Procedure รวมทั้งคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง และนำเสนอแนวทางในการพัฒนากฎหมายไทยเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการและวัตถุประสงค์ของกฎหมายในเรื่องการฟ้องคดีแทนบริษัท

2. ผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดี

ข้อพิจารณาประการแรกที่มีความสำคัญอย่างมากในเรื่องการฟ้องคดีแทนบริษัท คือ บุคคลใดที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัท

2.1 ผู้ถือหุ้น

ทั้ง Model Business Corporation Act, Companies Act และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้สิทธิผู้ถือหุ้นของบริษัทให้สามารถฟ้องคดีแทนบริษัท แต่ก็มี ความแตกต่างในรายละเอียดของกรอบในให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้น

2.1.1 การกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำ

Model Business Corporation Act, Companies Act และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติในเรื่องจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทต้องถือไว้ในทางเดียวกัน คือ ไม่มีการกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่ผู้ถือหุ้นต้องถือเพื่อให้มีสิทธิในการดำเนินการฟ้องคดีแทนบริษัท ดังนี้ ไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะถือหุ้นเป็นจำนวนเท่าใดก็มีสิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัทได้ ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นพ้องกับการไม่กำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำ เนื่องจากการกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่ผู้ถือหุ้นถือควรใช้เฉพาะกับบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนมาก¹ การกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำไว้เพื่อป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นจำนวนน้อยมากนำคดีที่ไม่มีสาระขึ้นสู่ศาล แต่สำหรับบริษัทขนาดเล็กดังเช่นบริษัทจำกัด ผู้ถือหุ้นที่ได้รับผลกระทบจากการที่บริษัทไม่นำคดีขึ้นฟ้องร้องกรรมการอันส่งผลให้ตนต้องเสียหายไม่สามารถเยียวยาความเสียหายของตนโดยการขายหุ้นของตนให้กับผู้อื่นได้โดยง่ายดังเช่นผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัด² หากมีการกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่ผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องคดีต้องถือก็จะเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้นในการเยียวยาความเสียหายของตน

2.1.2 สิทธิของผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่นในการฟ้องคดี

ในกรณีที่กรรมการของบริษัททำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทและบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องกรรมการ ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องกรรมการให้รับผิดชอบแทนบริษัทได้ ข้อพิจารณาประการต่อมา คือ ในกรณีที่ไม่มีผู้ถือหุ้นคนใดในบริษัทดำเนินการฟ้องร้องกรรมการแทนบริษัทเนื่องจากผู้ถือหุ้นนั้นมีฐานะเป็นกรรมการหรือได้รับผลประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ชอบของกรรมการ ดังนี้ ผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัทที่กรรมการกระทำให้เกิดความเสียหายสามารถฟ้องกรรมการที่กระทำความผิดแทนบริษัทที่ตนมี

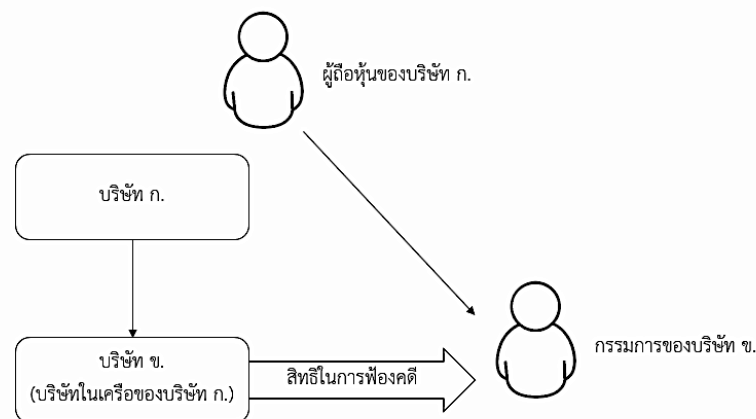
¹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535, มาตรา 85; พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 89/18.

² Martin Gelter, “ Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?,” *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 37, No. 3, 843, pp.856-857 (2012).

ความเกี่ยวข้องได้หรือไม่ เช่น กรรมการในบริษัทในเครือกระทำการโดยมิชอบทำให้บริษัทเสียหาย บริษัทในเครือไม่ดำเนินการฟ้องกรรมการ ผู้ถือหุ้นในบริษัทในเครือซึ่งรวมถึงบริษัทแม่สามารถนำคดีขึ้นฟ้องกรรมการแทนบริษัท แต่กรรมการของบริษัทแม่กลับไม่ดำเนินการฟ้องร้องเนื่องจากกรรมการในบริษัทแม่และกรรมการในบริษัทเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน³ ดังนี้ ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่สามารถนำคดีฟ้องกรรมการแทนบริษัทในเครือได้หรือไม่ ในทางหนึ่ง เนื่องจากบริษัทแม่และบริษัทในเครือมีความเกี่ยวพันกัน การที่ทรัพย์สินของบริษัทในเครือลดลงย่อมส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินของบริษัทแม่และกระทบกับผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ควรมีสถานะฟ้องคดีแทนบริษัทลูก อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทแม่และบริษัทในเครือ บริษัททั้งสองมีความเป็นนิติบุคคลแยกออกจากกัน แม้ว่าบริษัทแม่จะมีอำนาจในการควบคุมบริษัทในเครือ ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนควรจำกัดอยู่เพียงผู้ถือหุ้นของบริษัทในเครือเท่านั้น⁴

ลักษณะที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทแม่นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องกรรมการแทนบริษัทในเครือเรียกว่า double derivative action หรือที่เรียกว่า multiple derivative action ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทแม่ในลำดับขั้นที่สูงขึ้นไปฟ้องกรรมการของบริษัทในเครือ⁵ ดังภาพ

แผนภาพที่ 1 ลักษณะของ double derivative action



บริษัท ข. มีสิทธิในการฟ้องคดีต่อกรรมการของตน เมื่อบริษัท ข. โดยการตัดสินใจของกรรมการทั้งหลายไม่ดำเนินการฟ้องคดีต่อกรรมการที่กระทำทำให้บริษัทเสียหาย ผู้ถือหุ้นของบริษัท ข. ก็ย่อมดำเนินคดีต่อกรรมการให้รับผิดได้ บริษัท ก. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ข. สามารถฟ้องคดีแทนบริษัท ข. ได้ (การฟ้องคดีของบริษัท ก. ต่อกรรมการของบริษัท ข. เป็นการฟ้องคดีแทนบริษัท ที่เรียกว่า derivative action)

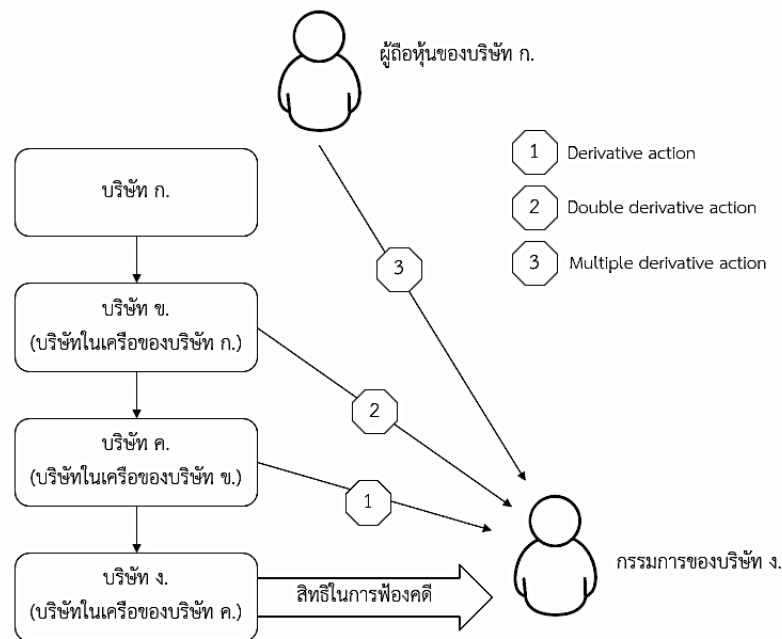
³ William H Painter, "Double Derivative Suits and Other Remedies with Regard to Damaged Subsidiaries," *Indiana Law Journal*, Vol. 36, p.143 (1960).

⁴ ดู David W Locascio, "Dilemma of the Double Derivative Suit Comment," *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, p.729 (1988).

⁵ ดู William H Painter, "Double Derivative Suits and Other Remedies With Regard to Damaged Subsidiaries," *Indiana Law Journal*, Vol. 36, No. 2, p.143 (1961).

หากปรากฏว่ากรรมการของบริษัท ก. มีความใกล้ชิดกับกรรมการของบริษัท ข. จึงตัดสินใจไม่ดำเนินการฟ้องกรรมการของบริษัท ข. ทั้งที่กรรมการของบริษัท ข. ทำให้บริษัท ข. เสียหายอันกระทบต่อประโยชน์ของบริษัท ก. เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้ถือหุ้นอื่นของบริษัท ก. จึงควรมีโอกาสในการฟ้องคดีต่อกรรมการของบริษัท ข. ได้ การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ดังกล่าวเรียกว่า double derivative action

แผนภาพที่ 2 ลักษณะของ double derivative action ร่วมกับ multiple derivative action



จากภาพข้างต้น บริษัท ง. มีสิทธิในการฟ้องคดีต่อกรรมการของตน เมื่อบริษัท ง. โดยการตัดสินใจของกรรมการทั้งหลายไม่ดำเนินการฟ้องคดีต่อกรรมการที่กระทำให้บริษัทเสียหาย ผู้ถือหุ้นของบริษัท ง. ก็ย่อมดำเนินคดีต่อกรรมการให้รับผิดชอบได้ บริษัท ค. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ง. สามารถฟ้องคดีแทนบริษัท ง. ได้ (การฟ้องคดีของบริษัท ค. ต่อกรรมการของบริษัท ง. เป็นการฟ้องคดีแทนบริษัท ที่เรียกว่า derivative action) หากปรากฏว่ากรรมการของบริษัท ค. มีความใกล้ชิดกับกรรมการของบริษัท ง. จึงตัดสินใจไม่ดำเนินการฟ้องกรรมการของบริษัท ง. ผู้ถือหุ้นอื่นของบริษัท ค. ก็สามารถฟ้องคดีต่อกรรมการของบริษัท ง. ได้ การฟ้องคดีดังกล่าวเรียกว่า double derivative action อันส่งผลให้บริษัท ข. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ค. สามารถฟ้องกรรมการของบริษัท ง. ได้ แต่หากปรากฏว่ากรรมการของบริษัทแม่และบริษัทในเครือทั้งหลายมีความเกี่ยวพันกันทำให้ไม่มีกรรมการในบริษัทแม่/บริษัทในเครือฟ้องคดีต่อกรรมการที่กระทำความผิด ผู้ถือหุ้นของบริษัท ก. ซึ่งเป็นบริษัทแม่ก็สามารถฟ้องคดีได้ การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นของผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ในลำดับที่สูงขึ้นไปเรียกว่า multiple derivative action

เหตุผลของการอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่สามารถฟ้องกรรมการของบริษัทในเครือได้ทั้งที่ตนไม่ใช่ผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้นเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทในกรณีปกติ กล่าวคือ หากกฎหมายไม่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ฟ้องคดีแทนบริษัทในเครือ

ได้ ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ก็ไม่มีวิธีการอื่นในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น⁶ และเมื่อพิจารณาจากลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทในเครือพบว่า การที่กรรมการในบริษัทแม่ไม่ยอมฟ้องกรรมการในบริษัทในเครือ เนื่องจากการของของบริษัทแม่และบริษัทในเครือมักเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกัน กรรมการของบริษัทแม่ย่อมไม่ดำเนินการฟ้องตนเองหรือคนที่ตนมีความใกล้ชิดเป็นคดี

ในประเทศสหรัฐอเมริกา Model Business Corporation Act ไม่มีบทบัญญัติอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่สามารถดำเนินการฟ้องคดีกรรมการของบริษัทในเครือได้ แต่หลักการนี้ได้รับการรับรองโดยศาล⁷ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษที่ Companies Act ก็ไม่มีบทบัญญัติในเรื่อง double derivative action แต่ศาลเป็นผู้รับรองหลักการดังกล่าว⁸ และแม้ว่าหลังจากการชำระกฎหมายเรื่องการฟ้องคดีแทนบริษัทในช่วงปี ค.ศ. 1997 หลักการเรื่อง double derivative action ยังไม่ปรากฏใน Companies Act ศาลในคดี *Universal Project Management Services Limited v Fort Gilkicker Limited & Ors* ได้วางหลักว่า ถึงแม้ Companies Act จะไม่ได้บัญญัติรับรอง double derivative action แต่หลักการดังกล่าวก็ยังคงดำรงอยู่⁹ เจื่อนไขที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่จะสามารถฟ้องกรรมการในบริษัทในเครือให้รับผิดชอบได้ต้องปรากฏว่าบริษัทแม่ครอบงำกิจการของบริษัทในเครือ เช่น บริษัทแม่ถือหุ้นในบริษัทในเครือทั้งหมด¹⁰ (wholly-owned subsidiary) หรือบริษัทในเครืออยู่ในฐานะที่เป็นเพียงตัวแทนของบริษัทแม่เท่านั้น¹¹

⁶ ดู “Note, Corporations—An Examination of the Multiple Derivative Suit and Some Problems Involved Therein in Light of the Theory of the Single Derivative Suit,” *New York Law Review*, Vol. 31, 932 (1956); Melvin Aron Eisenberg, *The Structure of the Corporation: A Legal Analysis*, (Washington, D.C.: Beard Books, 1976), pp.288-289.

⁷ ดู Blumberg, Phillip I et al, *The Law of Corporate Groups: Jurisdiction, Practice, and Procedure*, (New York: Aspen Publishers, 2008), § 44.02.

⁸ David Kershaw, *Company Law in Context: Text and Materials*, (United Kingdom: Oxford University Press, 2009), pp.629-630.

⁹ *Universal Project Management Services Limited v. Fort Gilkicker Limited & Ors* [2013] All ER (D) 313. Judge Briggs stated that:

26. In my judgment the common law procedural device called the derivative action was, at least until 2006, clearly sufficiently flexible to accommodate as the legal champion or representative of a company in wrongdoer control a would-be claimant who was either (and usually) a member of that company or (exceptionally) a member of its parent company where that parent company was in the same wrongdoer control. I would not describe that flexibility in terms of separate forms of derivative action, whether headed “ordinary”, “multiple” or “double”. Rather it was a single piece of procedural ingenuity designed to serve the interests of justice in appropriate cases calling for the identification of an exception to the rule in *Foss v Harbottle*.

คำพิพากษาในคดี *Bhullar v. Bhullar & Ors* [2015] EWHC 1943 (Ch) ก็วินิจฉัยไปในทางเดียวกัน.

¹⁰ *N.A. Lambrecht v. O’Neal*, No. 135, 2010 (Del. Supr. Aug. 27, 2010).

¹¹ William H Painter, *supra* note 5, p.149.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้สิทธิเฉพาะผู้ถือหุ้นของบริษัทในการฟ้องกรรมการแทนบริษัท และไม่ได้บัญญัติขยายสิทธิให้ไปถึงผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัทให้สามารถฟ้องคดีแทนได้ เมื่อกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่นฟ้องคดีแทน ข้อพิจารณาในประเด็นนี้ คือ ควรมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมถึงการให้สิทธิของผู้ถือหุ้นในกรณีนี้หรือไม่ ในการรับเอาหลัก double derivative action หรือ multiple derivative action เข้ามาหรือไม่ นั้นมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาสองประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ความจำเป็นของการมีหลักการดังกล่าว

การอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่สามารถฟ้องกรรมการของบริษัทในเครือได้เป็นการสร้างวิธีการในการเยียวยาผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่อันมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องกับบริษัทในเครือ การรับเอาหลักการดังกล่าวเข้ามาในระบบกฎหมายไทยย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ อย่างไรก็ดี หากรูปแบบการจัดการบริษัทในกลุ่มเดียวกันในประเทศไทยไม่ได้อยู่ในรูปของบริษัทแม่และบริษัทในเครือ การเพิ่มบทบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่สามารถฟ้องกรรมการในบริษัทในเครือได้ก็ไม่ได้มีความจำเป็น ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจำต้องมีการศึกษาในเบื้องต้นว่าในประเทศไทย บริษัทที่มีความเกี่ยวข้องกันใช้รูปแบบการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทในเครือมากน้อยเพียงใดเพื่อแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการมีหลักการดังกล่าว

ประการที่สอง ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก

หากการศึกษาแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ในการฟ้องกรรมการแทนบริษัทในเครือได้ ข้อสังเกตประการต่อมา คือ การให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ในการฟ้องคดีควรกระทำอย่างจำกัด กล่าวคือ บริษัทแม่ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีแทนได้ต้องอยู่ในฐานะที่มีอำนาจในการควบคุมบริษัทในเครืออย่างสมบูรณ์ เช่น บริษัทแม่ถือหุ้นในบริษัทในเครือทั้งหมด อำนาจในการควบคุมของบริษัทแม่ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ไม่มีผู้ถือหุ้นอื่นในบริษัทในเครือที่จะดำเนินการฟ้องกรรมการแทนบริษัท ทำให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทแม่ต้องเข้ามาฟ้องคดีแทนบริษัทในเครือ การกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทอันเป็นที่พึงสุดท้ายของผู้ถือหุ้นในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น¹²

¹² Ibid, pp.150-151.

2.1.3 ผู้รับโอนหุ้นที่ไม่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้น

ทั้ง Companies Act และ Model Business Corporation Act กำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัทได้ และยังขยายสิทธิในการฟ้องคดีไปถึงบุคคลอื่นที่มีใช้ผู้ถือหุ้นอีกด้วย Companies Act รับรองสิทธิในการฟ้องคดีให้รวมไปถึงบุคคลที่รับโอนหุ้นมาโดยผลของกฎหมาย¹³ เช่น ทรัสต์ในคดีล้มละลาย หรือ ผู้แทน ของ ผู้ถือหุ้น ที่ ถึง แก่ ความ ตาย¹⁴ ส่วน Model Business Corporation Act ให้สิทธิรวมไปถึงผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง (beneficial owner) ในกรณีที่หุ้นนั้นมีทรัสต์ที่ได้รับมอบหมายให้ออกเสียงแทนผู้ถือหุ้น¹⁵ หรือนอมนิของผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง¹⁶ จึงเห็นได้ว่าทั้ง Companies Act และ Model Business Corporation Act ไม่ได้จำกัดตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีให้อยู่เฉพาะผู้ถือหุ้นแต่ยังขยายไปถึงบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์โดยตรงด้วย สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายให้สิทธิเฉพาะ “ผู้ถือหุ้น” ในการฟ้องคดีแทนบริษัท จึงเกิดประเด็นที่พึงพิจารณาว่าบุคคลที่เป็นเจ้าของที่แท้จริงในหุ้นแต่ไม่มีชื่อปรากฏเป็นผู้ถือหุ้นในทะเบียนผู้ถือหุ้น เช่น ผู้ที่รับโอนหุ้นไม่ว่าจะเป็นการรับโอนหุ้นโดยนิติกรรมหรือโดยผลของกฎหมายแต่ยังไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงรายการในทะเบียนผู้ถือหุ้น บุคคลดังกล่าวมีสิทธิฟ้องคดีต่อกรรมการแทนบริษัทได้หรือไม่

ในกรณีที่เป็นการโอนหุ้นโดยนิติกรรม ผู้รับโอนหุ้นที่ยังไม่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้นยังไม่มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นที่สามารถใช้สิทธิความเป็นผู้ถือหุ้นในการอ้างยันต่อบุคคลใด ๆ ได้¹⁷ หรือในกรณีที่เป็นการโอนหุ้นโดยผลของกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ได้กำหนดให้ผู้รับโอนหุ้นโดยผลของกฎหมายมีสิทธิในฐานะผู้ถือหุ้นในทันที ผู้มีสิทธิที่จะได้หุ้นต้องนำหลักฐานมาแสดงต่อบริษัทว่าตนเป็นผู้ที่จะมีสิทธิถือหุ้น จากนั้นบริษัทจึงจะรับบุคคลนั้นลงทะเบียนเป็นผู้ถือหุ้น¹⁸ ด้วยถ้อยคำของกฎหมายที่ว่า “จนกว่าจะได้จดทะเบียนการโอนทั้งชื่อและสำนักของผู้รับโอนนั้นลงทะเบียนเป็นผู้ถือหุ้น” ในกรณีการโอนหุ้นโดยนิติกรรม และ “ก็ให้บริษัทรับบุคคลนั้นลงทะเบียนเป็นผู้ถือหุ้น” ในกรณีการโอนหุ้นโดยผลของกฎหมายแสดงให้เห็นว่ากฎหมายให้ความสำคัญแก่ระบบทะเบียนผู้ถือหุ้น การยอมรับสถานะของความเป็นผู้ถือหุ้นนั้นเกิดขึ้นเมื่อมีรายละเอียดของผู้ถือหุ้นปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้น

¹³ Companies Act 2006, section 260(5).

¹⁴ “Companies Act 2006 : Explanatory Notes,” Nationalarchives, accessed 25 December 2018, from http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20070628230000/http://www.opsi.gov.uk/acts/en2006/ukpgaen_20060046_en.pdf, p.74.

¹⁵ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนจะทำความตกลงกับทรัสต์เพื่อโอนสิทธิในการออกเสียงเหนือหุ้นของผู้ถือหุ้นให้แก่ทรัสต์ภายในระยะเวลาที่ตกลง ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นในการมอบสิทธิในการออกเสียงให้ทรัสต์เรียกว่า voting trust. ที่มาลักษณะและประโยชน์ของ voting trust ดู Harry Alonzo Cushing, *Voting Trusts: A Chapter in Recent Corporate History*, (New York: The Macmillan Company, 1915).

¹⁶ Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.40; ดูนโยบายของ beneficial owner ใน Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 1.40.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1129 วรรคสาม.

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1132.

เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ความสำคัญกับทะเบียนผู้ถือหุ้น ข้อพิจารณาประการต่อมา คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ควรบัญญัติขยายสิทธิผู้ที่สามารถฟ้องคดีแทนบริษัทได้ให้รวมไปถึงบุคคลที่ไม่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้นหรือไม่ การขยายสิทธิในการฟ้องคดีให้รวมไปถึงผู้ที่รับโอนหุ้นแต่ยังไม่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้นอาจมีความจำเป็นโดยเฉพาะกรณีที่สิทธิในการเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบในความเสียหายกำลังจะขาดอายุความ หากบริษัทยังไม่ดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงทะเบียนผู้ถือหุ้น ผู้รับโอนหุ้นก็ยังไม่มีความเป็นหุ้นส่วนจึงยังไม่มีสิทธิฟ้องกรรมการ และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการโอนหุ้นก็ไม่พบว่ากฎหมายกำหนดระยะเวลาให้บริษัทต้องดำเนินการแก้ไขทะเบียนผู้ถือหุ้นไว้อย่างชัดเจน¹⁹ ความไม่ชัดเจนของกฎหมายส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิของผู้รับโอนหุ้นในการฟ้องคดี ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าถึงแม้การที่บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จำกัดกรอบให้เฉพาะผู้ถือหุ้นที่มีชื่อในทะเบียนผู้ถือหุ้นเท่านั้นที่สามารถฟ้องคดีได้ส่งผลให้ผู้ที่ได้รับโอนหุ้นแต่ยังไม่มีชื่อในทะเบียนผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทอันเป็นการจำกัดสิทธิของผู้รับโอนหุ้น แต่การให้สิทธิเฉพาะแต่ผู้ที่มีชื่อปรากฏในทะเบียนในการฟ้องคดีแทนบริษัทมีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากการให้สิทธิเฉพาะผู้ที่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้นสอดคล้องกับบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดให้ผู้ที่มีสิทธิจะถือหุ้นต้องดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขทะเบียนผู้ถือหุ้นเสียก่อนจึงจะใช้อ้างยันต่อบุคคลอื่นได้ นอกจากนี้ การฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นกระบวนการที่ต้องการความชัดเจนว่าผู้ที่น่าคดีขึ้นสู่ศาลเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท การให้สิทธิเฉพาะผู้ที่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีจึงมีความเหมาะสม ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องกรอบระยะเวลาที่บริษัทต้องดำเนินการแก้ไขทะเบียนผู้ถือหุ้นเพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องระยะเวลาในการแก้ไขทะเบียนผู้ถือหุ้น อันส่งผลให้ผู้รับโอนหุ้นสามารถดำเนินการทางทะเบียนเพื่อให้ตนมีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้นและสามารถใช้สิทธิในฐานะผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทได้โดยไม่ชักช้า

2.1.4 การถือหุ้นในขณะที่มีการกระทำที่ไม่ชอบ

ข้อพิจารณาที่สำคัญประการหนึ่งของคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท คือ ผู้ถือหุ้นจำต้องถือหุ้นในขณะที่การกระทำที่กล่าวอ้างเกิดขึ้นหรือไม่ Companies Act ไม่ได้กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีจะต้องถือหุ้นในขณะที่มีการกระทำที่ไม่ชอบเกิดขึ้น²⁰ สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา Model Business Corporation Act ใช้หลักความเป็นเจ้าของอย่างต่อเนื่อง (contemporaneous ownership) อันกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่จะฟ้องคดีแทนบริษัทต้องถือหุ้นในขณะที่มีการกระทำที่ไม่ชอบ หรือได้รับโอนหุ้นโดยผลของกฎหมายมาจากผู้ถือหุ้นในขณะที่มีการกระทำที่ไม่ชอบ²¹

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1129 วรรคท้าย.

²⁰ Companies Act 2006, section 260(4).

²¹ Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.41.

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทต้องถือหุ้นในขณะที่กรรมการก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท ดังนี้ บุคคลที่เข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นหลังจากที่กรรมการกระทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้อย่างเหมาะสมแล้ว เนื่องจากผู้ถือหุ้นจากผู้ถือหุ้นเดิมอาจไม่รู้ถึงการกระทำของกรรมการที่ทำให้บริษัทเสียหายเนื่องจากผู้ถือหุ้นเดิมไม่ได้แจ้งให้ทราบ เพราะหากผู้ถือหุ้นเดิมแจ้งให้ทราบ ผู้ถือหุ้นเดิมอาจไม่สามารถขายหุ้นได้ หรืออาจไม่สามารถขายหุ้นได้ในราคาที่ตนต้องการ หรือการที่ผู้ถือหุ้นเดิมไม่ได้แจ้งก็อาจเกิดจากการที่ผู้ถือหุ้นเดิมไม่รู้ถึงการกระทำที่ไม่ชอบของกรรมการ ดังนี้ หากกฎหมายตัดสิทธิผู้ถือหุ้นที่เข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นภายหลังจากการกระทำที่ไม่ชอบเกิดขึ้นไม่ให้ฟ้องคดีแทนบริษัทก็จะเกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ถือหุ้นที่เข้าถือหุ้นในภายหลัง นอกจากนี้ หากพิจารณาจากเหตุผลเบื้องหลังของการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิฟ้องคดีได้ต้องถือหุ้นขณะที่มีการกระทำที่ไม่ชอบในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า การบัญญัติข้อจำกัดดังกล่าวมีขึ้นเพื่อป้องกันการที่บุคคลเข้าซื้อหุ้นของบริษัทเพื่อให้มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นและนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อแสวงหาประโยชน์ให้กับตนเอง²² แต่ปัญหาดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศไทยจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้นในการนำคดีขึ้นสู่ศาล

2.2 เจ้าหนี้

ข้อแตกต่างประการสำคัญระหว่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ Companies Act และ Model Business Corporation Act คือ การให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการฟ้องคดีแทนบริษัท ทั้ง Companies Act และ Model Business Corporation Act ไม่ได้บัญญัติอนุญาตให้เจ้าหนี้ของบริษัทสามารถใช้สิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัทได้²³ คำพิพากษาในคดี *Abouraya v. Sigmund & Ors*²⁴ ในประเทศอังกฤษ และ คดี *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla*²⁵ ในมลรัฐเดลาแวร์ก็วินิจฉัยไปในทางเดียวกันว่าในกรณีปกติ เจ้าหนี้ของบริษัทไม่มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัท เจ้าหนี้สามารถดำเนินการฟ้องคดีแทนบริษัทได้เฉพาะในกรณีที่เป็นการชดเชยหนี้ คือ บริษัทตกอยู่ในสถานะที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว การกระทำของเจ้าหนี้ในการดำเนินคดีเป็นการกระทำเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ในภาวะที่บริษัทประสบปัญหาทางการเงิน อันส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้ อาจได้รับชำระหนี้ไม่ครบถ้วน จึงเห็นได้ว่า การใช้สิทธิของเจ้าหนี้กระทำเฉพาะ

²² ดู “Extortionate Corporate Litigation: The Strike Suit,” *Columbia Law Review*, Vol. 34, p.1308 (1934); Joshua D Fulop, “Reducing Frivolous Litigation through Empowerment of Shareholders,” *Journal of Business and Securities Law*, Vol. 7, 213, pp.215-216 (2007).

²³ นอกเหนือจากเจ้าหนี้แล้ว ผู้ที่ถือตราสารประเภทอื่น เช่น options หรือ warrants ก็ไม่มีสิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัทอย่างผู้ถือหุ้น ดู *Model Business Corporation Act (2016 Revision)*, § 7.41 Official Comment.

²⁴ [2014] EWHC 277 (Ch).

²⁵ 930 A.2d 92 (Del. 2007).

ในกรณีที่เป็นการช้อยกเว้นเท่านั้น²⁶ และเป็นการกระทำเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเองมากกว่าการกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัท อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้เจ้าหนี้สามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการแทนบริษัทได้ โดยเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องได้เท่าที่เจ้าหนี้มีสิทธิต่อบริษัท

ข้อพิจารณาในประเด็นนี้ ได้แก่ **ประการที่หนึ่ง** สิทธิที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้แก่เจ้าหนี้ในการฟ้องกรรมการที่ทำให้บริษัทเสียหายเป็นสิทธิอย่างเดียวกันกับสิทธิที่กฎหมายให้แก่ผู้ถือหุ้นหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 1169 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า “อนึ่ง การเรียกร้องเช่นนี้ เจ้าหนี้ของบริษัทจะเป็นผู้เรียกบังคับก็ได้ เท่าที่เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องแก่บริษัทอยู่” ซึ่งบัญญัติในมาตราเดียวกันกับการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทอาจทำให้เข้าใจได้ว่าการเรียกร้องของเจ้าหนี้ให้กรรมการรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นสิทธิอย่างเดียวกันกับสิทธิที่กฎหมายให้ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัท อย่างไรก็ตาม สิทธิที่กฎหมายให้แก่เจ้าหนี้มิใช่สิทธิในลักษณะเดียวกันกับสิทธิที่กฎหมายให้แก่ผู้ถือหุ้น ดังที่ศาสตราจารย์โสภณได้อธิบายว่า “การที่เจ้าหนี้ฟ้องคดีก็ต้องถือว่าเป็นการฟ้องเพราะบริษัทไม่ยอมฟ้องเช่นกัน แต่ไม่ใช่เป็นการฟ้องแทนบริษัทหรือเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นดังผู้ถือหุ้นฟ้อง เจ้าหนี้ฟ้องคดีโดยอำนาจของตนเองในฐานะเป็นเจ้าหนี้เพื่อให้ได้รับชำระหนี้”²⁷ จึงเห็นได้ว่าเจ้าหนี้ใช้สิทธิของตนในการเรียกให้กรรมการรับผิดชอบ เมื่อเจ้าหนี้ใช้สิทธิของตนมิใช่สิทธิของบริษัท ค่าเสียหายที่เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องเอาจากการการจึงจำกัดอยู่เพียงเท่าจำนวนที่บริษัทเป็นหนี้แก่เจ้าหนี้อยู่ เจ้าหนี้จึงไม่อาจเรียกร้องเอาจากการการได้เต็มจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่กรรมการต้องชำระให้แก่บริษัทได้²⁸

ประการที่สอง การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเช่นเดียวกับที่กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นมีความเหมาะสมหรือไม่ กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีต่อกรรมการแทนบริษัท เนื่องจากกรรมการหรือผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจในการควบคุมบริษัทไม่ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อกรรมการทั้งที่กรรมการนั้นทำให้บริษัทเสียหาย ผู้ถือหุ้นจึงมีสิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัทด้วยเหตุที่บริษัทไม่ยอมดำเนินการ หลักการฟ้องคดีแทนบริษัทจึงเป็นหลักการที่ศาลสร้างขึ้นเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำที่ไม่เป็นธรรมในบริษัท²⁹ การให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีได้จึงถือว่าเป็นวิธีการสุดท้ายที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิของตนเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทเพราะผู้ถือหุ้นไม่อยู่ในฐานะที่จะดำเนินคดีต่อกรรมการได้โดยตรง³⁰ จึงเห็นได้ว่าสาเหตุ

²⁶ ศาลในคดี *Quadrant Structured Products Co. v. Vertin*, 115 A.3d 535 (Del. Ch. May 4, 2015) วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน และยังวางหลักเพิ่มเติมว่าในกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องคดี เจ้าหนี้ผู้ฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการมีหนี้สินล้นพ้นตัวอย่างต่อเนื่อง (continuous insolvency).

²⁷ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), น.426.

²⁸ สหณ รัตนไพจิตร, กฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), น.387.

²⁹ *Schoon v. Smith*, 953 A.2d 196, 202 (Del. 2008).

... the plaintiff is permitted, notwithstanding his want of interest, to maintain the action solely to prevent an otherwise complete failure of justice.

³⁰ Hans C Hirt, *The Enforcement of Directors' Duties in Britain and Germany: A Comparative Study with Particular Reference to Large Companies*, (Oxford: Peter Lang, 2004), p.121.

สำคัญของการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัท คือ ผู้ถือหุ้นไม่สามารถดำเนินการด้วยวิธีการอื่นใดเพื่อธำรงรักษาประโยชน์ของบริษัทเอาไว้ได้นอกจากการใช้สิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัท

ในส่วนของการให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่ของบริษัทในการฟ้องคดีแทนบริษัทนั้น ถึงแม้การที่บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องให้กรรมการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทำให้เจ้าหน้าที่ของบริษัทต้องเสียหาย³¹ เจ้าหน้าที่ของบริษัทก็อยู่ในฐานะที่จะสามารถป้องกันผลประโยชน์ของตนเองได้อยู่แล้วทั้งในแง่การกำหนดกรอบของสัญญาให้เป็นคุณแก่ตนหรืออาศัยช่องทางในทางกฎหมายในการบังคับตามสิทธิที่มี เช่น เจ้าหน้าที่อาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการใช้สิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ โดยเจ้าหน้าที่ใช้สิทธิเรียกร้องของบริษัทอันเป็นลูกหนี้ของตนในการเรียกร้องแทนลูกหนี้เพื่อป้องกันสิทธิของตนในมูลหนี้³² หรือเจ้าหน้าที่ใช้กลไกตามกฎหมายในการเพิกถอนการฉ้อฉลที่บริษัททำขึ้นได้ทั้งในกรณีปกติ³³ และกรณีที่บริษัทล้มละลาย³⁴ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการให้สิทธิแก่เจ้าหน้าที่ในการฟ้องคดีต่อกรรมการในลักษณะเดียวกันกับที่กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทไม่มีความจำเป็นและไม่สัมพันธ์กับเหตุผลของการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัท จึงควรแก้ไขปรับปรุงมาตรา 1169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อยกเลิกการให้สิทธิเจ้าหน้าที่ในการฟ้องคดีต่อกรรมการเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทน

2. กรอบในการเรียกร้อง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นสามารถเรียกร้องให้กรรมการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บริษัทได้³⁵ แต่ไม่ได้กำหนดอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นดำเนินการเรียกร้องในรูปแบบอื่น เช่น การเรียกร้องให้กรรมการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น การเรียกร้องให้กรรมการงดเว้นการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท หรือการฟ้องบังคับให้กรรมการส่งคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปโดยมิชอบกลับมายังบริษัท เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติอนุญาต ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีต่อกรรมการเพื่อเรียกร้องต่อกรรมการในรูปแบบอื่นนอกเหนือจากการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาในหลาย ๆ คดีว่าการฟ้องร้องของผู้ถือหุ้นนั้นต้องมีเพื่อฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการที่กรรมการทำให้เกิดเสียหายต่อบริษัทเท่านั้น ผู้ถือหุ้นจะร้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมระหว่างบริษัทและกรรมการที่กระทำโดยมิชอบ³⁶ หรือจะฟ้องให้กรรมการตกเป็นผู้ล้มละลายหรือกระทำการอื่นไม่ได้³⁷ อย่างไรก็ดี ในบางกรณีผู้ถือหุ้น

³¹ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์, หลักกฎหมายทางหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.241.

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 233.

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 237.

³⁴ พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483, มาตรา 113.

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1169.

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1426/2542.

³⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1910/2538

สามารถร้องขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปโดยไม่ชอบกลับคืนมายังบริษัทได้ การร้องขอดังกล่าวไม่ได้เป็นการร้องขอให้บังคับให้กรรมการกระทำการส่งคืนทรัพย์สิน เพราะการคืนหรือการใช้ราคาทรัพย์สินจัดเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิของบริษัทในการเรียกร้องได้อยู่แล้ว³⁸ เมื่อเป็นเช่นนี้ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ การที่กฎหมายไทยกำหนดกรอบของการฟ้องแทนบริษัทเฉพาะให้สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการเท่านั้นมีความเหมาะสมหรือไม่

Model Business Corporation Act ให้ความหมายของการฟ้องคดีแทนบริษัทหรือ derivative proceeding ว่าเป็นการฟ้องคดีในทางแพ่งตามสิทธิของบริษัท³⁹ ส่วน Companies Act บัญญัติว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทหรือ derivative claim จะกระทำได้อีกหากเหตุในการฟ้องคดีเกิดจากการที่กรรมการกระทำการหรือจะกระทำการอันเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่กระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ จงใจ กระทำผิดต่อหน้าที่ หรือฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการได้รับความไว้วางใจ⁴⁰ จึงเห็นได้ว่าทั้ง Model Business Corporation Act และ Companies Act ไม่ได้กำหนดกรอบในการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นไว้อย่างจำกัดดังที่กฎหมายไทยกำหนด

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรอบของการเรียกร้องตามที่กฎหมายไทยกำหนดไม่สอดคล้องกับลักษณะของหลักกฎหมายและเหตุผลของการกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัท กล่าวคือการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งการบรรเทาความเสียหาย (relief of injury) ที่เกิดขึ้นต่อบริษัท⁴¹ กฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาฟ้องคดีได้ทั้งที่ผู้ถือหุ้นมิใช่ผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำของกรรมการเนื่องจากผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงจากการที่บริษัทเสียหายไม่

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10878/2551 ในคดีนี้ผู้ถือหุ้นร้องขอให้ศาลบังคับให้กรรมการโอนที่ดินคืนให้แก่บริษัทเนื่องจากกรรมการกระทำความผิดโดยมิชอบ หากไม่สามารถคืนได้ก็ให้ใช้ราคาที่ดิน ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าการขอให้ศาลสั่งโอนที่ดินคืนให้แก่บริษัทมิใช่เป็นการฟ้องเพื่อเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ ศาลฎีกาไม่เห็นพ้องและพิพากษาให้กรรมการโอนที่ดินคืนให้แก่บริษัท.

³⁹ *Model Business Corporation Act (2016 Revision)*, § 7.40.

In this subchapter:

“Derivative proceeding” means a civil suit in the right of a domestic corporation or to extent provided in Section 7.47, in the right of a foreign corporation.

...

⁴⁰ *Companies Act 2006*, section 260(3).

A derivative claim under this Chapter may be brought only in respect of a cause of action arising from an actual or proposed act or omission involving negligence, default, breach of duty or breach of trust by a director of the company.

...

⁴¹ Sabrina Bruno and Eugenio Ruggiero (eds), *Public Companies and the Role of Shareholders: National Models Towards Global Integration*, (The Netherlands: Kluwer Law International, 2011); James D Cox and Thomas Hazen, *Cox and Hazen's Business Organizations Law, Hornbook*, 3rd edition (Minnesota: West Academic Publishing, 2011), p.4 4 1 ; William K Sjostrom, *Business Organizations: A Transactional Approach*, (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2016); *supra* note 14, p.74.

สามารถแสวงหาการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยวิธีการอื่น⁴² วัตถุประสงค์ของการนำคดีขึ้นสู่ศาลของผู้ถือหุ้นก็เพื่อให้เป็นวิธีการในการบรรเทาความเสียหายจากการกระทำของกรรมการ วิธีการในการบรรเทาความเสียหายจึงมีขอบเขตที่กว้างขวางไม่จำกัดอยู่เฉพาะการฟ้องกรรมการเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทน นอกจากนี้ หากพิจารณาจากลักษณะโดยแท้ของการฟ้องคดีแทนบริษัทจะเห็นได้ว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นการกระทำ “แทน” บริษัท การกระทำการของผู้ถือหุ้นจึงเป็นการเข้ามา “สวมสิทธิ” ของบริษัทในการดำเนินการต่าง ๆ ที่บริษัทสามารถกระทำได้ เมื่อบริษัทมีสิทธิในการเรียกร้องเช่นไร ผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิในการเรียกร้องเช่นนั้น การใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นในการเรียกร้องจึงไม่จำกัดอยู่เฉพาะแก่การเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการที่กระทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเท่านั้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการขยายขอบเขตการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นให้เกินไปกว่าการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการโดยกฎหมายควรกำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิในการเรียกร้องแทนบริษัทในกรณีต่อไปนี้

ก) การบังคับให้กรรมการกระทำการหรือดเว้นการกระทำที่อาจทำให้บริษัทเสียหาย หากกรรมการไม่ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้ถือหุ้นก็สามารถใช้สิทธิในการฟ้องบังคับให้กรรมการกระทำการหรือดเว้นการกระทำการได้

ข) การบังคับให้กรรมการชดเชยค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่กรรมการกระทำผิดหน้าที่เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัท

ค) การบังคับให้กรรมการต้องส่งผลประโยชน์หรือทรัพย์สินที่กรรมการได้รับโดยไม่ชอบกลับคืนมายังบริษัท⁴³ เนื่องจากผลประโยชน์หรือทรัพย์สินนั้นเป็นประโยชน์หรือทรัพย์สินที่กรรมการได้รับไปโดยไม่ชอบ การให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเรียกประโยชน์หรือทรัพย์สินคืนมาจากกรรมการเป็นคนละกรณีกับการเรียกทรัพย์สินของบริษัทคืนในกรณีละเมิด เนื่องจากการเรียกทรัพย์สินของบริษัทคืนในกรณีละเมิด ผู้ถือหุ้นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นและผู้ถือหุ้นไม่อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่การใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัท ผู้ถือหุ้นมีภาระการนำสืบว่ากรรมการกระทำการโดยไม่ชอบเท่านั้นโดยไม่ต้องพิจารณาว่าบริษัทมีความเสียหายเกิดขึ้นเพียงใด

การแก้ไขกฎหมายที่ขยายกรอบการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นในการเรียกร้องเอาจากกรรมการทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิในการเยียวยาความเสียหายให้แก่บริษัทได้อย่างกว้างขวางและสมบูรณ์มากกว่าการเรียกเอาค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากในบางกรณีการเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนอาจมิใช่วิธีการในการเยียวยาความเสียหายให้แก่บริษัท

3. การเรียกให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่กรรมการรับผิดชอบ

⁴² James D Cox and Thomas Hazen, *ibid* , p.441.

⁴³ สอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10878/2551 ที่ศาลสั่งให้กรรมการต้องโอนทรัพย์สินที่ได้รับจากบริษัทโดยมิชอบกลับคืนมา.

ประเด็นที่เกิดขึ้นประการหนึ่งเกี่ยวกับการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัท คือ ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีต่อบุคคลอื่นที่ไม่ใช่กรรมการแทนบริษัทได้หรือไม่ เช่น กรรมการกระทำความผิดหน้าที่อันมีผลทำให้บริษัทเสียหาย ต่อมากรรมการคนดังกล่าวพ้นจากตำแหน่งทำให้ไม่อยู่ในฐานะกรรมการของบริษัทอีกต่อไป กรรมการร่วมกับบุคคลภายนอกกระทำการฉ้อโกงบริษัท หรือบุคคลภายนอกที่ทำให้บริษัทเสียหายเป็นบุคคลผู้มีความใกล้ชิดกับกรรมการ กรรมการจึงไม่ดำเนินการเรียกร้องให้บุคคลภายนอกต้องรับผิดชอบ ดังนี้ ผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิในการฟ้องคดีต่อบุคคลภายนอกแทนบริษัทเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัท

ในประเด็นที่ว่าหากกรรมการพ้นจากตำแหน่งแล้ว ผู้ถือหุ้นยังสามารถฟ้องกรรมการได้หรือไม่ นั้น เมื่อกรรมการกระทำให้เกิดเสียหายต่อบริษัทอันเป็นการกระทบทสิทธิของบริษัท บริษัทย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น บริษัทสามารถเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบเมื่อใดก็ได้จนกว่าสิทธิของบริษัทในการเรียกร้องต่อกรรมการจะขาดอายุความ ดังนี้ ถึงแม้กรรมการจะพ้นจากตำแหน่ง หากบริษัทไม่ฟ้องร้องกรรมการผู้ทำให้เสียหาย ผู้ถือหุ้นก็สามารถใช้สิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัทได้ โดยผู้ถือหุ้นต้องฟ้องกรรมการภายในอายุความละเมิด⁴⁴

ส่วนในประเด็นที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิของบริษัทฟ้องคดีต่อบุคคลภายนอกแทนบริษัทนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องบุคคลอื่นที่มีใช้กรรมการให้รับผิดชอบได้ และศาลฎีกาก็ได้มีคำวินิจฉัยในหลาย ๆ คดีว่า ผู้ถือหุ้นไม่สามารถฟ้องบุคคลภายนอกแทนบริษัทได้ เนื่องจากบุคคลภายนอกมิใช่กรรมการจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด⁴⁵ ผู้ถือหุ้นไม่สามารถใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องเพื่อเพิกถอนนิติกรรมระหว่างบริษัทและบุคคลภายนอกที่กระทำโดยไม่ชอบ⁴⁶ หรือร้องขอให้ศาลบังคับให้บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนทรัพย์สินโดยไม่ชอบให้โอนทรัพย์สินกลับคืนมายังบริษัท ถึงแม้กรรมการจะเป็นผู้รับโอนทรัพย์สินร่วมกับบุคคลภายนอกก็ตาม⁴⁷ หรือร้องขอให้ศาลบังคับให้บุคคลภายนอกปฏิบัติตามสัญญาที่มีต่อบริษัทได้⁴⁸

คำวินิจฉัยของศาลสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายเนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีแทนบริษัทได้เฉพาะกรณีที่ “กรรมการ” ทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัทเท่านั้น⁴⁹ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากกรอบอำนาจของผู้ถือหุ้นแล้ว ผู้ถือหุ้นไม่มีอำนาจในการจัดการหรือประกอบกิจการของบริษัท เนื่องจากอำนาจดังกล่าวเป็นของกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้น กรรมการสามารถบริหารจัดการบริษัทได้โดยอยู่ในความครอบงำของที่ประชุม

⁴⁴ อายุความละเมิด คือ ระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่ได้รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้กระทำละเมิดและสืบนับแต่วันทำละเมิด. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 448. ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5806/2539.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3193/2558.

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1426/2542 และ 2481/2552.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10878/2551.

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3250/2545.

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1169.

ผู้ถือหุ้น⁵⁰ การที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องร้องบังคับต่อบุคคลภายนอก “จึงเป็นการที่ผู้ถือหุ้นก้าวล่วงเข้าไปจัดการงานของบริษัทเสียเอง”⁵¹

ประเด็นที่พึงพิจารณาในเบื้องต้น คือ การที่กฎหมายไม่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นฟ้องบุคคลอื่นที่มีใช้กรรมการให้รับผิดชอบได้ส่งผลกระทบต่อบริษัทหรือไม่ ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าบริษัทสามารถใช้หลักกฎหมายละเมิดในการฟ้องบุคคลภายนอกให้ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ทำให้บริษัทเสียหายได้ หากกรรมการไม่ฟ้องให้บุคคลภายนอกรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ผู้ถือหุ้นก็สามารถใช้ทบทวนในเรื่องการฟ้องกรรมการแทนบริษัทเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการที่กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ได้⁵² ดังนั้น แม้กฎหมายไทยจะจำกัดกรอบในการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทให้อยู่เฉพาะการฟ้องกรรมการเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนก็ไม่ส่งผลกระทบต่อบริษัท เพราะผู้ถือหุ้นก็ยังจะสามารถใช้สิทธิฟ้องแทนบริษัทในการเรียกให้กรรมการรับผิดชอบได้

ข้อพิจารณาประการต่อมา คือ เมื่อกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องบุคคลภายนอกแทนบริษัท ควรมีการแก้ไขกฎหมายให้ครอบคลุมไปถึงการฟ้องบุคคลภายนอกแทนบริษัทหรือไม่

ทั้งกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องบุคคลภายนอกแทนบริษัทได้ แต่กรอบในการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องบุคคลภายนอกอยู่ในระดับที่แตกต่างกัน Companies Act กำหนดให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องบุคคลที่พ้นจากการเป็นกรรมการของบริษัท และให้สิทธิในการฟ้องบุคคลภายนอกได้ เฉพาะในกรณีที่บุคคลภายนอกมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำที่ไม่ชอบของกรรมการ⁵³ เช่น กรรมการโอนทรัพย์สินไปให้บุคคลภายนอกโดยมิชอบ หากบุคคลภายนอกรู้ถึงการกระทำที่ไม่ชอบของกรรมการ ผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องบุคคลภายนอกได้ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลในคดี *Dodge v. Woolsey*⁵⁴ รับรองให้การฟ้องคดีแทนบริษัทต่อบุคคลภายนอกสามารถกระทำได้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1885 โดยไม่ได้มีข้อจำกัดอย่างใดที่ Companies Act บัญญัติ จึงเห็นได้ว่าทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องคดีต่อบุคคลภายนอกได้ การให้สิทธิดังกล่าวไม่ได้เป็นการขยายขอบเขตของหลักการฟ้องคดีแทนบริษัทแต่อย่างใด สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องบุคคลภายนอกแทนบริษัทสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่า การดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นเป็นการดำเนินการ “แทน” บริษัท สิทธิของผู้ถือหุ้นในการดำเนินการฟ้องคดีแทนบริษัทจึงเป็นอย่าง

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1144. ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4355/2536.

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3250/2545.

⁵² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6250/2541 ในคดีนี้ ผู้ถือหุ้นร้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมที่เป็นโมฆะระหว่างบริษัทและบุคคลภายนอก ข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้น คือ หากไม่ถือว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายที่จะร้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมที่เป็นโมฆะได้ก็จะมีใครเป็นผู้เสียหายได้เลย ศาลมองว่าผู้ถือหุ้นสามารถชี้มูลที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นถอดถอนกรรมการชุดเดิมและแต่งตั้งกรรมการชุดใหม่แล้วให้กรรมการชุดใหม่ดำเนินการแทนบริษัทในการเพิกถอนนิติกรรม หรือหากผู้ถือหุ้นเสียหายก็สามารถฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการหากบริษัทไม่ยอมดำเนินการ ศาลวินิจฉัยว่าผู้ถือหุ้นไม่มีอำนาจฟ้อง.

⁵³ Companies Act 2006, section 260(3).

⁵⁴ 59 U.S. 331 (1885).

เดียวกันกับสิทธิของบริษัท ดังนี้ ผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิในการฟ้องบุคคลภายนอกแทนบริษัทเนื่องจากผู้ถือหุ้นผู้ ใ ช้ สิ ท ธิ ข อ ง บ ริ ชั ท ใน ก า ร ต า เนิ น ค ตี มี สิ ท ธิ อย่างเดียวกันกับเจ้าของสิทธิ เมื่อบริษัทมีสิทธิในการฟ้องบุคคลใดเพียงใด ผู้ถือหุ้นก็ควรมีสิทธิเพียงนั้น

นอกจากนี้ การให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องบุคคลภายนอกยังทำให้รอบการใช้สิทธิในการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปได้อย่างสมบูรณ์โดยเฉพาะในกรณีที่บุคคลภายนอกมีความเกี่ยวพันกับการกระทำที่ไม่ชอบของกรรมการ เช่น บุคคลภายนอกร่วมกันกับกรรมการฉ้อโกงบริษัท กรรมการโอนทรัพย์สินของบริษัทไปให้บุคคลภายนอก หากผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิฟ้องบุคคลภายนอก ผู้ถือหุ้นก็ไม่สามารถร้องขอต่อศาลให้บังคับให้บุคคลภายนอกโอนทรัพย์สินกลับมายังบริษัทได้ ผู้ถือหุ้นสามารถร้องขอได้เพียงเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการที่กระทำให้เกิดความเสียหายเท่านั้น ถึงแม้ผู้ถือหุ้นจะสามารถชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ แต่ในบางกรณี การได้ทรัพย์สินของบริษัทคืนมาจะเป็นประโยชน์มากกว่าการได้รับค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการ

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าถึงแม้ผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิในการฟ้องบุคคลภายนอกแทนบริษัท แต่ควรมีการกำหนดกรอบในการฟ้องให้บุคคลภายนอกต้องรับผิดชอบ ผู้เขียนเห็นพ้องกับ Companies Act ที่ไม่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นฟ้องบุคคลภายนอกได้อย่างไม่มีขอบเขต⁵⁵ เนื่องจากการให้ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องบุคคลภายนอกในทุกกรณีเป็นการสร้างข้อยกเว้นของหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทอย่างไม่มีขีดจำกัด เมื่อบริษัทมีสภาพความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ผู้ที่เสียหายจากการกระทำโดยไม่ชอบต่อบริษัทคือ บริษัท เมื่อมีผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท บริษัทคือผู้ที่มีสิทธิในการเรียกร้องให้ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทรับผิดชอบ⁵⁶ การให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องบุคคลภายนอกแทนบริษัทได้อย่างไม่มีขอบเขตเป็นการให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาก้าวล่วงการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ และหากกรรมการไม่ฟ้องบุคคลภายนอกที่ทำให้บริษัทเสียหาย ผู้ถือหุ้นก็มีวิธีการในการเยียวยาโดยการฟ้องกรรมการที่กระทำผิดหน้าที่แทนบริษัท⁵⁷ ดังนี้ การให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องบุคคลภายนอกได้ควรจำกัดเฉพาะในกรณีที่บุคคลภายนอกมีความเกี่ยวข้องกับการกระทำที่มีขอบของกรรมการเท่านั้น

4. กระบวนการก่อนการฟ้องคดี

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเงื่อนไขให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีแทนบริษัทได้เมื่อ “บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง” กรรมการที่ทำให้บริษัทเสียหาย⁵⁸ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดีไว้อย่างแน่ชัด แต่กฎหมายไม่ได้บัญญัติกระบวนการที่ผู้ถือหุ้นต้องกระทำเพื่อให้

⁵⁵ Law Commission, *Shareholder Remedies*, (United Kingdom: Stationary Office, 1997), para 6.3; *supra* note 14, p.75.

⁵⁶ ภายใต้หลักโจทก์ที่เหมาะสม (proper plaintiff) ดู Jenkins LJ in *Edwards v. Halliwell* [1950] 2 All ER 1064, 1066.

⁵⁷ Law Commission, *supra* note 55, para 6.34.

⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1169.

เกิดความชัดเจนว่าอย่างไรจึงจะถือว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องกรรมการ เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติวิธีการในการดำเนินการ ผู้ถือหุ้นย่อมไม่ทราบได้ว่าตนต้องดำเนินการอย่างไรเพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนว่าบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องกรรมการ แต่ภาระในการแสดงให้ศาลเห็นว่าบริษัทไม่ยอมฟ้องร้องตกอยู่กับผู้ถือหุ้น เมื่อผู้ถือหุ้นนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องกรรมการที่กระทำให้เกิดเสียหาย⁵⁹ นอกจากนี้ การที่กฎหมายไม่มีความชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ เช่น เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดในเรื่องระยะเวลาที่ให้แก่บริษัทในการพิจารณาว่าจะฟ้องกรรมการดังที่ผู้ถือหุ้นกล่าวอ้างหรือไม่ หากผู้ถือหุ้นมีหนังสือถึงบริษัทเรียกให้บริษัทดำเนินการฟ้องกรรมการภายในระยะเวลาที่กำหนดในหนังสือ บริษัทเห็นวาระเวลาที่ผู้ถือหุ้นให้แก่บริษัทนั้นสั้นเกินไป บริษัทสามารถดำเนินการอย่างไรได้บ้าง หรือในกรณีที่สิทธิเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบกำลังจะสิ้นสุดลงด้วยเหตุแห่งอายุความ หากให้ผู้ถือหุ้นดำเนินการแจ้งให้บริษัทพิจารณาและต้องรอให้บริษัทพิจารณาข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้น ก็จะพ้นระยะเวลาที่ผู้ถือหุ้นสามารถใช้สิทธิเรียกร้องแทนบริษัทได้ ดังนี้ จะมีกรณีใดที่เป็นข้อยกเว้นให้ผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีฟ้องกรรมการแทนบริษัทได้โดยไม่ต้องเรียกร้องให้บริษัทฟ้องคดีต่อกรรมการเสียก่อน

ดังที่กล่าวข้างต้น Model Business Corporation Act และ Federal Rules of Civil Procedure ให้ความสำคัญกับการดำเนินการของผู้ถือหุ้นก่อนฟ้องคดีเป็นอย่างมาก Model Business Corporation Act กำหนดกระบวนการที่ผู้ถือหุ้นต้องกระทำก่อนที่จะนำคดีฟ้องต่อศาล โดยผู้ถือหุ้นต้องทำหนังสือไปยังบริษัทร้องขอให้บริษัทดำเนินการฟ้องคดี⁶⁰ และบริษัทมีเวลา 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือถึงบริษัทในการพิจารณาข้ออ้างของผู้ถือหุ้นและตัดสินใจว่าจะฟ้องคดีต่อกรรมการหรือไม่ หากพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องกรรมการ ผู้ถือหุ้นจึงจะสามารถฟ้องคดีแทนบริษัทได้ ข้อยกเว้นของการที่ผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องรอให้ครบระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือถึงบริษัท คือกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้รับแจ้งจากบริษัทก่อนที่จะครบระยะเวลา 90 วันว่าบริษัทจะไม่ดำเนินการฟ้องคดีต่อกรรมการ หรือกรณีที่หากผู้ถือหุ้นขอให้พ้นระยะเวลาดังกล่าวก่อนจึงจะสามารถฟ้องคดีต่อศาลได้จะมีผลทำให้บริษัทเสียหายและความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้⁶¹ สำหรับกฎหมายของประเทศอังกฤษ Companies Act ไม่ได้กำหนดกระบวนการที่ผู้ถือหุ้นต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงการกระทำที่ไม่ชอบดังเช่นที่ Model Business Corporation Act บัญญัติ ในครั้งปฏิรูปกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 1997 Law Commission เสนอให้มีการบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นต้องทำหนังสือแจ้งไปยังบริษัทก่อนที่จะฟ้องคดีแทนบริษัทได้ โดยหนังสือแจ้งต้องระบุเหตุในการนำคดีขึ้นสู่ศาล การทำหนังสือแจ้งดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้โอกาสแก่บริษัทในการตัดสินใจว่าจะดำเนินคดีต่อกรรมการหรือไม่ เนื่องจากผู้ที่เสียหายจากการกระทำของกรรมการก็คือ ตัวบริษัทเอง⁶²

⁵⁹ ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4530/2539.

⁶⁰ Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.42.

⁶¹ Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.42.

⁶² Law Commission, *supra* note 55, para 16.16.

Law Commission เสนอให้ระยะเวลา 28 วันแก่บริษัทในการพิจารณาว่าบริษัทจะดำเนินการฟ้อง
ก ร ร ม ก า ร ห รื อ ไม่ อ ย่ า ง ไ ร ก้ ดี ใน ก ร ณี ที่ มี ค วาม จ า เป็ น
ผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องทำหนังสือแจ้งไปยังบริษัท หากผู้ถือหุ้นสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าการดำเนินการ
เรียกร้องเพื่อให้ชดเชยความเสียหายมีความจำเป็นเร่งด่วน⁶³ อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอของ Law Commission
ในส่วนนี้ก็ไม่ได้รับการยอมรับให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่แก้ไข

เนื่องจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีความชัดเจนอันก่อให้เกิดปัญหา
ดังที่ได้อธิบายข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องการแจ้งให้
บริษัททราบถึงการกระทำที่ไม่ชอบของกรรมการ ในประเด็นนี้ที่มีต้องพิจารณา ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง วิธีการบอกกล่าว

เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าผู้ถือหุ้นได้ดำเนินการบอกกล่าวแก่บริษัทถึงการกระทำที่ไม่ชอบของ
กรรมการเพื่อให้บริษัทดำเนินการฟ้องคดีต่อกรรมการ การบอกกล่าวจึงต้องทำเป็นหนังสือส่งไปยัง
คณะกรรมการของบริษัท

ประการที่สอง รายละเอียดของหนังสือบอกกล่าว

Model Business Corporation Act ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของหนังสือบอกกล่าวที่
ผู้ถือหุ้นส่งให้กับบริษัท เนื่องจากบริษัทสามารถติดต่อสอบถามข้อมูลจากผู้ถือหุ้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนถึง
ข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้นที่ปรากฏในหนังสือบอกกล่าวได้อยู่แล้วหากข้อความในหนังสือ
ไม่มีความชัดเจน⁶⁴ อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์แก่บริษัทในการทำความเข้าใจเบื้องต้นถึงข้อกล่าวอ้างของผู้
ถือหุ้น ควรมีการกำหนดให้หนังสือที่ผู้ถือหุ้นส่งให้แกบริษัทต้องระบุเหตุในการร้องขอให้บริษัทฟ้องคดีให้ชัด
แจ้ง

ประการที่สาม ระยะเวลาที่ให้แก่บริษัทในการพิจารณา

กฎหมายควรกำหนดในเรื่องระยะเวลาที่ให้แก่บริษัทในการพิจารณาว่าบริษัทจะดำเนินการ
ฟ้องร้องกรรมการดังที่ผู้ถือหุ้นกล่าวอ้างหรือไม่ การกำหนดระยะเวลาให้แก่บริษัทในการพิจารณาว่าจะฟ้อง
คดีหรือไม่เป็นสาระสำคัญ เนื่องจากการไม่กำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนอาจเป็นช่องทางให้บริษัทใช้
ระยะเวลานานเกินสมควรในการพิจารณาคำร้องของผู้ถือหุ้น ระยะเวลาที่ให้แก่บริษัทในการพิจารณาคำ
ร้องของผู้ถือหุ้นต้องเป็นเวลาที่สมควรเพราะการกำหนดให้บริษัทต้องตัดสินใจว่าจะฟ้องกรรมการหรือไม่
ภายในระยะเวลาที่สั้นเกินสมควรย่อมไม่เป็นธรรมแก่บริษัท Model Business Corporation Act ให้เวลา
แก่บริษัท 90 วันนับแต่วันที่มีการส่งหนังสือถึงบริษัท ระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมที่ให้แก่
คณะกรรมการในการพิจารณาคำกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้น เนื่องจากคณะกรรมการจำเป็นต้องใช้เวลาในการนัด
หมาย การสอบสวนข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้น การรอผลการสอบสวนและการตัดสินใจว่าจะฟ้องคดีหรือไม่⁶⁵
อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่ากรอบระยะเวลาที่ Model Business Corporation Act กำหนดให้บริษัทถึง

⁶³ Ibid, para 16.17.

⁶⁴ ดู Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.42 Official comment.

⁶⁵ ดู Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.42 Official comment.

90 วัน เป็ น ระยะเวลา ที่ น าน เกิ น ไป ผู้เขียนเห็นว่าควรนำระยะเวลาตามที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่ให้ระยะเวลาแก่บริษัทมหาชนจำกัดจำนวนหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้แจ้งในการพิจารณาคำร้องของผู้ถือหุ้น⁶⁶ มาปรับใช้มีความเหมาะสมมากกว่า เนื่องจากบริษัทจำกัดมักเป็นบริษัทขนาดเล็ก การตรวจสอบการกระทำที่ไม่ชอบของกรรมการไม่จำเป็นต้องใช้เวลานานถึง 90 วัน

ประการที่สี่ ขอยกเว้นในการทำคําทักท้วง

ในประเด็นเรื่องขอยกเว้นที่ผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้โดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลาหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ผู้ถือหุ้นแจ้งให้บริษัททราบ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายควรกำหนดขอยกเว้นไว้เนื่องจากในบางกรณีการรอให้ครบระยะเวลาหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นอาจไม่สามารถใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องกรรมการได้ด้วยเหตุแห่งอายุความ หรือในกรณีที่ผู้ถือหุ้นประสงค์จะใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อกรรมการให้กรรมการละเว้นการกระทำการเพื่อป้องกันมิให้ความเสียหายเกิดขึ้น หากผู้ถือหุ้นต้องรอให้ครบระยะเวลาหนึ่งเดือน การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นในการป้องกันมิให้ความเสียหายเกิดขึ้นก็อาจเนิ่นช้าเกินไป ดังนี้ กฎหมายควรกำหนดขอยกเว้นให้ผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้โดยไม่ต้องรอให้พ้นระยะเวลาหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ผู้ถือหุ้นแจ้งให้บริษัททราบในกรณีที่บริษัทได้แจ้งผู้ถือหุ้นว่าบริษัทไม่ประสงค์จะฟ้องกรรมการเป็นคดี หรือในกรณีที่การเรียกร้องต่อกรรมการต้องกระทำด้วยความจำเป็นเร่งด่วน เช่น สิทธิเรียกร้องกำลังจะขาดอายุความ และเมื่อผู้ถือหุ้นนำคดีขึ้นสู่ศาลก่อนครบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้ถือหุ้นมีภาระในการพิสูจน์ถึงความจำเป็นเร่งด่วนต่อศาล

ประการที่ห้า การก่อตั้งสิทธิในการฟ้องคดี

เมื่อผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดมีหนังสือเรียกร้องให้บริษัทฟ้องคดีต่อกรรมการแล้ว และบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องกรรมการภายในระยะเวลาหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ผู้ถือหุ้นแจ้งให้บริษัททราบ หากต่อมาผู้ถือหุ้นที่มีหนังสือนั้นไม่ประสงค์จะนำคดีขึ้นสู่ศาลหรือผู้ถือหุ้นนั้นขายหุ้นให้แก่บุคคลอื่น การที่ผู้ถือหุ้นนั้นได้มีหนังสือไปถึงบริษัทเพื่อเรียกร้องให้บริษัทฟ้องคดีเป็นการก่อตั้งสิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีต่อกรรมการแทนบริษัท ดังนี้ ผู้ถือหุ้นอื่นที่ไม่ได้มีหนังสือเรียกร้องให้บริษัทฟ้องคดีต่อกรรมการก็สามารถฟ้องคดีต่อกรรมการแทนบริษัทได้เช่นกัน⁶⁷

⁶⁶ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535, มาตรา 86 วรรคสอง (1) และมาตรา 86 วรรคสาม; พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 89/18 วรรคสอง.

⁶⁷ ดู Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.42 Official comment.

ประการที่หก สิทธิของบริษัทในการขยายเวลาในการพิจารณาคำร้องขอ

ดังที่กล่าวข้างต้น เมื่อบริษัทได้รับคำร้องขอจากผู้ถือหุ้นแล้ว บริษัทมีระยะเวลาหนึ่งเดือนในการพิจารณาว่าบริษัทจะดำเนินการฟ้องร้องกรรมการดังที่ผู้ถือหุ้นกล่าวอ้างหรือไม่ ในกรณีที่บริษัทมีข้อมูลในเรื่องที่ผู้ถือหุ้นกล่าวอ้างอยู่แล้ว บริษัทย่อมใช้เวลาในการพิจารณาไม่นาน แต่หากเรื่องที่ผู้ถือหุ้นกล่าวอ้างเป็นเรื่องที่บริษัทไม่รับรู้หรือมีไม่ข้อมูลมาก่อน ระยะเวลาหนึ่งเดือนในการพิจารณาข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้นอาจไม่เพียงพอ บริษัทจึงไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าบริษัทจะฟ้องคดีหรือไม่ เมื่อพ้นเวลาดังกล่าว ผู้ถือหุ้นก็นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องกรรมการแทนบริษัท เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อบริษัท ควรมีการกำหนดให้สิทธิแก่บริษัทในการร้องขอต่อศาลให้ศาลระงับกระบวนการพิจารณาไว้ด้วยเหตุที่บริษัทยังคงดำเนินการสอบสวนข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้นอยู่⁶⁸ โดยบริษัทต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าบริษัทไม่ได้มีเจตนาที่จะประวิงคดี

บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่อาจนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้ คือ หลักการเลื่อนการนั่งพิจารณาที่ให้อำนาจศาลในการเลื่อนการนั่งพิจารณาเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม⁶⁹ หากบริษัทร้องขอให้เลื่อนคดีเนื่องจากความจำเป็นที่บริษัทต้องใช้เวลาเพิ่มเติมในการพิจารณาข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้นและศาลก็มีอำนาจในการสั่งเลื่อนการนั่งพิจารณาภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควร อย่างไรก็ตามการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลจะมีคำสั่งให้เลื่อนการนั่งพิจารณาต่อไปได้เมื่อศาลเห็นสมควรหรือคู่ความที่เกี่ยวข้องร้องขอ เมื่อผู้ถือหุ้นนำคดีขึ้นสู่ศาลแทนบริษัทหลังจากที่บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องคดีตามที่ผู้ถือหุ้นร้องขอ ผู้ถือหุ้นก็ย่อมไม่ร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งเลื่อนการนั่งพิจารณา และศาลก็ไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งให้เลื่อนการนั่งพิจารณาเพื่อให้ระยะเวลาแก่บริษัทในการพิจารณาข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้น หากคู่ความมิได้ร้องขอ⁷⁰ บริษัทจะสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อเลื่อนการนั่งพิจารณาได้ก็ต่อเมื่อบริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีเพื่อใช้สิทธิในฐานะคู่ความเพื่อขอให้ศาลสั่งเลื่อนการนั่งพิจารณา แต่การที่บริษัทต้องเข้ามาเป็นคู่ความก็ย่อมเป็นการบังคับให้บริษัทต้องดำเนินคดีต่อไปทั้งที่ในท้ายที่สุดบริษัทอาจไม่ดำเนินคดีดังที่ผู้ถือหุ้นกล่าวอ้างก็ได้ ทำให้เกิดประเด็นที่พึงพิจารณาต่อไปว่าหากมีการนำบทบัญญัติเรื่องการเลื่อนการนั่งพิจารณาไปปรับใช้กับกรณีของการฟ้องคดีแทนบริษัทอาจต้องมีการแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายที่ใช้กับการเลื่อนการนั่งพิจารณาเป็นการเฉพาะ

ข้อพิจารณาสืบเนื่องอีกประการหนึ่ง คือ หากบริษัทในประเทศไทยใช้วิธีการดังที่บริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาจัดการกับข้อเรียกร้องของผู้ถือหุ้นให้บริษัทฟ้องคดีโดยการตั้ง special litigation committee⁷¹ ขึ้นมาชุดหนึ่งเพื่อพิจารณาและให้คำแนะนำว่าบริษัทควรจะดำเนินการฟ้องคดีต่อกรรมการหรือไม่ หาก special litigation committee มีมติแนะนำให้บริษัทไม่ฟ้องคดีด้วยเหตุที่ special

⁶⁸ ดู Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.43.

⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 39.

⁷⁰ การร้องขอให้เลื่อนการนั่งพิจารณาเนื่องจากมีเหตุจำเป็นของคู่ความ ดู ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: บริษัท กรุงสยาม พับบลิชซิง จำกัด, 2560), น.231-233.

⁷¹ ดู James L Rudolph and Gustavo A Del Puerto, "The Special Litigation Committee: Origin, Development, and Adoption under Massachusetts Law," *Massachusetts Law Review*, Vol. 83, No. 2, 47, pp. 51-52 (1998).

litigation committee เห็นว่าการฟ้องคดีไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท และบริษัทก็เห็นพ้องกับมติของ special litigation committee จึงตัดสินใจไม่ฟ้องคดี ดังนี้ หากผู้ถือหุ้นยังคงเห็นถึงความจำเป็นที่จะฟ้องคดีและฟ้องคดีต่อศาลแทนบริษัท ศาลไทยจะเอาการตัดสินใจของ special litigation committee มาเป็นเหตุในการสั่งยกฟ้องเนื่องจากการฟ้องคดีไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทดังเช่นศาลในสหรัฐอเมริกาหรือไม่⁷²

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า อำนาจในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีต่อศาลเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่นั้นไม่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย ศาลไทยจึงไม่มีอำนาจในการพิจารณาว่าการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ ดังนี้ ถึงแม้บริษัทในประเทศไทยจะตั้ง special litigation committee ขึ้นมาเพื่อพิจารณาว่าบริษัทควรฟ้องคดีหรือไม่ก็ส่งผลกระทบต่อคดีที่ผู้ถือหุ้นนำขึ้นสู่ศาล ข้อพิจารณาประการต่อมา คือ เมื่อกฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการเข้ามาพิจารณาว่าการฟ้องคดีของบริษัทเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจเข้ามาตรวจสอบการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นหรือไม่ ในข้อนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์รวมไปกับการพิจารณาให้อำนาจแก่ศาลในการตรวจสอบการฟ้องคดีแทนบริษัทดังที่จะได้กล่าวต่อไป

5. บทบาทของผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ฟ้องคดี

การฟ้องคดีแทนบริษัทโดยผู้ถือหุ้นเป็นการกระทำที่ผู้ถือหุ้นกระทำแทนบริษัทเนื่องจากบริษัทไม่ดำเนินคดีต่อกรรมการที่กระทำการโดยไม่ชอบต่อบริษัท ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีต้องรับภาระค่าใช้จ่ายและใช้เวลาในการดำเนินคดีเพื่อเรียกเอาผลประโยชน์กลับคืนมายังบริษัท การกระทำของผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีจึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลาย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้ถือหุ้นที่ดำเนินคดีแทนบริษัทเป็นผู้ถือหุ้นคนใดก็ได้ หากผู้ถือหุ้นและทนายความที่นำคดีขึ้นสู่ศาลไม่มีประสบการณ์หรือความรู้ความสามารถหรือไม่ได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการต่อสู้คดี ทำให้ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ากรรมการกระทำผิดดังที่กล่าวอ้างจนทำให้ผู้ถือหุ้นแพ้คดี การแพ้คดีดังกล่าวไม่ได้มีผลผูกพันเฉพาะผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแต่มีผลผูกพันบริษัทเนื่องจากการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นเป็นการกระทำแทนบริษัท ดังนี้ บริษัทหรือผู้ถือหุ้นอื่นจะสามารถดำเนินคดีต่อกรรมการโดยอาศัยข้ออ้างอย่างเดียวกันได้หรือไม่

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษา (*res judicata*) อันเป็นหลักการหนึ่งของหลักกฎหมายปิดปาก (*estoppel*) ดังที่พบในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำคัญของหลักการนี้ คือ คำพิพากษาในคดีที่ศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้วมีผลผูกพันคู่ความในคดีหรือผู้มีส่วนได้เสีย ทำให้คู่ความเดียวกันไม่สามารถฟ้องคดีโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันกับที่ได้เคยฟ้องคดีไว้ ดังนั้นเมื่อผู้ถือหุ้นได้นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องกรรมการ และศาลได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่าการกรรมการไม่ได้

⁷² ถึงแม้ศาลจะไม่มีอำนาจในการพิจารณาว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทหรือไม่ แต่ศาลก็มีอำนาจในการพิจารณาว่าการตัดสินใจว่าบริษัทจะฟ้องคดีดังที่ผู้ถือหุ้นเรียกร้องกระทำโดยชอบหรือไม่. *Model Business Corporation Act (2016 Revision)*, § 7.44(a).



กระทำผิด คำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันคู่ความ นั่นคือ บริษัทและกรรมการที่ถูกฟ้องเป็นคดี ทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นอื่นที่ประสงค์จะใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทไม่สามารถฟ้องกรรมการโดยอาศัยการกระทำเดียวกันกับที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดได้ฟ้องกรรมการแล้วได้ การดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งจึงมีผลกระทบต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นอื่นอย่างมาก⁷³

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลรับรองหลัก *res judicata* อันมีผลทำให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถฟ้องคดีโดยอาศัยข้ออ้างอย่างเดียวกันกับข้ออ้างที่ผู้ถือหุ้นอื่นใช้ในการฟ้องคดีก่อนหน้านี้แล้ว⁷⁴ ศาลสูงของมลรัฐเดลาแวร์ได้กำหนดองค์ประกอบของหลัก *res judicata* ไว้ห้าประการ ได้แก่

- ก) ศาลในคดีก่อนมีอำนาจในการพิจารณาคดีที่คู่ความนำขึ้นสู่ศาล
- ข) คู่ความที่นำคดีขึ้นสู่ศาลในคดีหลังเป็นคู่ความเดียวกันกับคู่ความที่เคยนำคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว
- ค) เหตุในการนำคดีขึ้นสู่ศาลในคดีหลังเป็นเหตุเดียวกันกับเหตุที่เคยนำคดีขึ้นสู่ศาล
- ง) ศาลในคดีก่อนหน้าได้พิจารณาประเด็นที่นำขึ้นสู่ศาลแล้ว และ
- จ) คำพิพากษาในคดีก่อนเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด⁷⁵

การที่ศาลยอมรับหลัก *res judicata* อันทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นอื่นไม่อาจฟ้องกรรมการโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันได้ แต่เหตุที่ผู้ถือหุ้นและทนายความที่นำคดีขึ้นสู่ศาลไม่มีประสบการณ์หรือไม่มีความรู้ความสามารถ หรือไม่ได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการต่อสู้คดีทำให้ผู้ถือหุ้นแพ้คดีไม่เป็นปัญหาในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากทนายความเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินคดีในฐานะที่ตนมีส่วนได้เสียโดยตรงต่อผลแพ้ชนะของคดี ทำให้ทนายความใช้ความสามารถอย่างเต็มที่ในการดำเนินคดีเพราะหากแพ้คดี ตนจะไม่ได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปในการดำเนินคดี⁷⁶

ดังที่กล่าวข้างต้น โดยมากคดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องแทนบริษัทมีทนายความเป็นผู้ดำเนินกระบวนการและออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี แล้วจึงมาเรียกเอาบางส่วนแบ่งของเงินที่ผู้ถือหุ้นได้รับเมื่อชนะคดี ทำให้ทนายความมักเลือกที่จะยุติคดีแทนการพิสูจน์ความรับผิดชอบของกรรมการ เนื่องจากการตกลงยุติคดีทำให้ทนายความได้รับค่าทนายความอย่างแน่นอน เมื่อมีการตกลงระหว่างกรรมการและทนายความเพื่อยุติคดีข้อพิจารณาต่อมาคือ ในกรณีที่มีการตกลงยุติคดี ผู้ถือหุ้นอื่นยังสามารถฟ้องคดีต่อกรรมการโดยอาศัยข้ออ้างอย่างเดียวกันขึ้นสู่ศาลได้หรือไม่ กล่าวคือ หลัก *res judicata* นำมาปรับใช้ในกรณีที่มีการตกลงยุติคดีด้วยหรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลในคดี *Gamco Asset Management, Inc. v iHeart Media Inc.*⁷⁷ วินิจฉัยไว้ว่า ในกรณีนี้ คดีเดิมสิ้นสุดลง

⁷³ *Colan v. Monumental Corp.*, 524 F. Supp. 1023, 1025 (N.D. Ill. 1981).

⁷⁴ ดู "Res Judicata in the Derivative Action: Adequacy of Representation and the Inadequate Plaintiff," *Michigan Law Review*, Vol. 71, No. 5, 1042 (1973).

⁷⁵ *Dover Historical Society, Inc. v. City of Dover Planning Commission*, 902 A.2d 1084, 1092 (Del. 2006).

⁷⁶ ที่เรียกว่า contingent fee. รายละเอียดการคิดค่าธรรมเนียมและ แนวคิดในเรื่องการคิดค่าธรรมเนียม ดู Adam Shajnfeld, "A Critical Survey of the Law, Ethics, and Economics of Attorney Contingent Fee Arrangements," *New York Law School Law Review*, Vol. 54, p.773 (2009).

⁷⁷ C.A. No. 12312-VCS (Del. Ch. Nov. 29, 2016).

เนื่องมาจากการตกลงยุติคดี ผู้ถือหุ้นไม่สามารถฟ้องร้องเป็นคดีใหม่โดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันกับที่ได้เคยฟ้องร้องในคดีก่อนได้ ดังนี้ หลัก *res judicata* ใช้บังคับแก่กรณีที่มีการตกลงยุติคดีเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นที่ผู้ถือหุ้นในคดีหลังสามารถฟ้องร้องกรรมการโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันกับคดีเดิมที่สิ้นสุดลงได้ คือ กรณีที่การตกลงยุติคดีไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เมื่อมีตกลงยุติคดีจะต้องมีการแจ้งให้ผู้ถือหุ้นที่ได้รับผลกระทบทราบถึงการตกลงยุติคดีนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการตกลงยุติคดีโดยไม่ได้แจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบก่อน การตกลงยุติคดีกระทำโดยไม่ชอบ ผู้ถือหุ้นจึงสามารถฟ้องกรรมการโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันกับคดีเดิมที่สิ้นสุดลงได้⁷⁸

ประเทศอังกฤษก็รับรองหลัก *res judicata* เช่นกันทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นอื่นไม่อาจฟ้องกรรมการโดยอาศัยข้ออ้างอย่างเดียวกันกับข้ออ้างที่ใช้ในการฟ้องกรรมการในคดีก่อนได้ แต่ Companies Act บัญญัติช่องทางในการแก้ปัญหาในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่นำคดีขึ้นสู่ศาลไม่มีประสบการณ์หรือความรู้ความสามารถ หรือไม่ได้ใช้ความพยายามอย่างเต็มที่ในการต่อสู้คดี โดยกฎหมายอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นอื่นสามารถดำเนินคดี “ต่อ” จากคดีที่ได้ฟ้องแทนบริษัทไว้แล้วได้⁷⁹ เงื่อนไขที่ผู้ถือหุ้นอื่นสามารถดำเนินคดีต่อจากคดีที่ได้ฟ้องแทนบริษัทไว้แล้วได้มีสามประการ ได้แก่

ก) ต้องปรากฏว่าผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีดำเนินคดีในลักษณะที่เป็นการใช้กระบวนการทางศาลโดยไม่สุจริต⁸⁰ (abuse of the process of the court)

ข) ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินคดีด้วยความระมัดระวัง⁸¹ และ

ค) การดำเนินคดีโดยผู้ร้องขอให้ดำเนินคดีต่อมีความเหมาะสมมากกว่า⁸²

เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำร้องขอดำเนินคดีต่อจากผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ศาลก็จะอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นอื่นเข้ามาดำเนินคดีต่อได้ ลักษณะเฉพาะประการหนึ่งของกฎหมายในเรื่องนี้ คือ การเข้ามาดำเนินคดีต่อจากผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีสามารถกระทำได้โดยไม่จำกัด กล่าวคือ ถึงแม้จะมีผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดร้องขอเข้ามาดำเนินคดีต่อจากผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแล้ว ผู้ถือหุ้นอื่นก็ยังสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อเข้ามาดำเนินคดีต่ออีกชั้นหนึ่งก็ได้⁸³

การให้ผู้ถือหุ้นอื่นสามารถดำเนินคดีต่อจากผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทมีข้อดี คือ ทำให้เกิดความแน่นอนว่าการดำเนินคดีโดยผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดกระทำอย่างเต็มความสามารถและได้ใช้ความระมัดระวังเพื่อประโยชน์ของบริษัท และยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดกรณีที่ผู้ถือหุ้นดำเนินคดีเพื่อกีดกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นคนอื่นฟ้องคดี เช่น กรรมการกระทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัท กรรมการเห็นว่าหากตนในฐานะผู้แทนนิติบุคคลไม่ดำเนินคดีผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดก็อาจฟ้องคดีต่อตนเองแทนบริษัท กรรมการจึงให้ผู้ถือหุ้นที่ตนมี

⁷⁸ *Cramer v. General Telephone & Electronics Corp.*, 582 F.2d 259 (3rd Cir. 1978).

⁷⁹ *Companies Act 2006*, section 264(2).

⁸⁰ *Companies Act 2006*, section 264(2)(a).

⁸¹ *Companies Act 2006*, section 264(2)(b).

⁸² *Companies Act 2006*, section 264(2)(c).

⁸³ *Companies Act 2006*, section 264(1).

ความใกล้ชิดดำเนินคดีแทนบริษัทเสียเองเพื่อผู้ถือหุ้นอื่นจะไม่ดำเนินการฟ้องตนเป็นคดี⁸⁴ ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องกรรมการเป็นคดีแทนบริษัทก็ไม่ได้ให้ความสำคัญต่อกระบวนการในการดำเนินคดี ด้วยประสงค์ให้ตนแพ้คดี การอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นอื่นสามารถเข้ามาดำเนินคดีต่อจากผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีจึงเป็นการป้องกันการใช้สิทธิฟ้องคดีแทนบริษัทโดยมิชอบอันกระทบต่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น

จากการศึกษาข้างต้น กฎหมายของทั้งสองประเทศยอมรับหลัก *res judicata* ซึ่งห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการโดยอาศัยข้อเท็จจริงหรือมูลเหตุอย่างเดียวกันกับที่ผู้ถือหุ้นอื่นได้ยกอ้างมาในคดีก่อน แต่ก็กำหนดวิธีการให้ผู้ถือหุ้นอื่นเข้ามามีส่วนในคดีที่ตนไม่ได้ฟ้องได้ เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยพบว่า กฎหมายรับรองว่าคำพิพากษาในคดีที่ศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดแล้วมีผลผูกพันคู่ความในคดีหรือผู้มีส่วนได้เสีย ทำให้คู่ความเดียวกันไม่สามารถฟ้องคดีโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกันกับที่ได้เคยฟ้องคดีไว้ หากนำคดีขึ้นสู่ศาลโดยอาศัยเหตุอย่างเดียวกัน ศาลจะไม่สามารถรับฟ้องได้เนื่องจากเป็นการฟ้องซ้ำ⁸⁵ อันเป็นการยอมรับหลัก *res judicata* เช่นกัน ข้อยกเว้นที่กฎหมายอนุญาตให้คู่ความสามารถร้องขอให้ศาลดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาใหม่ได้กระทำได้เฉพาะในกรณีที่จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การและศาลพิพากษาให้จำเลยที่ขาดนัดยื่นคำให้การแพ้คดี⁸⁶ หรือกรณีคู่ความขาดนัดพิจารณา⁸⁷ ดังนี้ หากกรรมการซึ่งเป็นคู่ความขาดนัดพิจารณา บริษัทหรือผู้ถือหุ้นอื่นก็สามารถร้องขอให้ศาลดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาใหม่ได้ แต่หากเป็นเหตุประการอื่น ผู้ถือหุ้นไม่สามารถร้องขอให้ศาลดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาใหม่ได้ ประเด็นที่พึงพิจารณาต่อมา คือ กฎหมายไทยกำหนดช่องทางที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นอื่นในการเข้าไปมีส่วนร่วมในคดีที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดได้ฟ้องคดีแทนบริษัทไว้แล้วหรือไม่

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่มีบทบัญญัติที่ใช้เฉพาะเจาะจงแก่คดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทที่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นอื่นเข้ามาฟ้องคดีโดยอ้างเหตุอย่างเดียวกันกับที่เคยฟ้องคดีไว้แต่กรณีที่มีการขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณา และไม่มีบทบัญญัติอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาดำเนินคดีต่อจากผู้ถือหุ้นที่ได้ฟ้องคดีได้ บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อให้ผู้ถือหุ้นอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดได้ฟ้องคดีไว้แล้ว คือ การขอเข้าเป็นคู่ความร่วม⁸⁸ กล่าวคือ หากผู้ถือหุ้นคนหนึ่งฟ้องคดีแล้ว ผู้ถือหุ้นคนอื่นก็สามารถเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายมีผลประโยชน์ร่วมกันในมูลความแห่งคดี

⁸⁴ *Supra* note 14, p.76.

⁸⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 148.

⁸⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 199 ตี.

⁸⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 207.

⁸⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 59.

6. ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีแทนบริษัท

เมื่อผู้ถือหุ้นใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องคดีต่อกรรมการและผู้ถือหุ้นขณะคดี คำสินไหมทดแทนที่ได้รับตกเป็นของบริษัทซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำที่ไม่ชอบของกรรมการ⁸⁹ เมื่อการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นเป็นประโยชน์ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลาย หรือถึงแม้ว่าผู้ถือหุ้นจะแพ้คดี ผู้ถือหุ้นก็ควรได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีแทนบริษัทเพื่อสร้างแรงจูงใจและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจในการกำหนดว่าคู่ความฝ่ายใดจะเป็นผู้รับภาระในค่าฤชาธรรมเนียมโดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการดำเนินคดี⁹⁰ ดังนั้น ถึงแม้ผู้ถือหุ้นจะแพ้คดีที่ฟ้องกรรมการให้รับผิด ผู้ถือหุ้นก็อาจไม่ต้องรับภาระในค่าฤชาธรรมเนียมทั้งของตนและของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหากศาลพิจารณาแล้วเห็นถึงเหตุสมควรและความสุจริตของผู้ถือหุ้นในการดำเนินคดี อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีอาจไม่ต้องรับภาระในค่าฤชาธรรมเนียมก็ยังมีประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น ได้แก่

ประการที่หนึ่ง ความไม่แน่นอนในการได้รับชดเชยค่าฤชาธรรมเนียม

เนื่องจากกฎหมายให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจเพื่อพิจารณาว่าการดำเนินคดีของคู่ความทั้งสองฝ่ายกระทำด้วยความสุจริตหรือไม่ การที่ผู้ถือหุ้นจะได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีแทนบริษัทหรือไม่จึงมีความไม่แน่นอน นอกจากนี้ ในกรณีที่คดีเสร็จเด็ดขาดลงโดยการตกลงหรือการประนีประนอมยอมความหรืออนุญาโตตุลาการ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้คู่ความแต่ละฝ่ายรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมในส่วนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของตน เว้นแต่คู่ความจะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น⁹¹ ดังนั้น หากผู้ถือหุ้นและกรรมการตกลงยุติคดี ผู้ถือหุ้นก็ต้องทำความตกลงกับกรรมการในส่วนของค่าฤชาธรรมเนียม หากไม่มีการตกลง ผู้ถือหุ้นก็ต้องรับภาระในค่าฤชาธรรมเนียมในส่วนของตน

ประการที่สอง จำนวนค่าฤชาธรรมเนียมที่ผู้ถือหุ้นได้รับอาจน้อยกว่าจำนวนเงินที่ผู้ถือหุ้นรับภาระ

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดอัตราค่าฤชาธรรมเนียมต่าง ๆ ทั้งในรูปของอัตราคงที่และอัตราขั้นสูง เช่น กฎหมายกำหนดค่าธรรมเนียมศาลไว้ในอัตราร้อยละสองของจำนวนทุนทรัพย์ แต่ไม่เกินสองแสนบาทสำหรับคดีมีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าสิบล้านบาท และร้อยละศูนย์จุดหนึ่งของจำนวนทุนทรัพย์สำหรับส่วนที่เกินห้าสิบล้านบาทขึ้นไป⁹² ส่วนค่าทนายความนั้น กฎหมายกำหนดไว้ให้ไม่เกินอัตราขั้นสูงใน

⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติในเรื่องคำสินไหมทดแทนที่ได้รับจากการฟ้องกรรมการไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะการฟ้องคดีแทนบริษัทแล้ว ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิของบริษัทในการฟ้องคดี คำสินไหมทดแทนที่ได้รับจึงตกเป็นของบริษัท. ดู หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1426/2542

... และจากการที่ผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการโดยถือว่าเป็นการฟ้องเพื่อประโยชน์ของบริษัทเช่นนี้ คำสินไหมทดแทนที่ผู้ถือหุ้นเรียกร้องมาจึงต้องตกได้แก่บริษัทเท่านั้น มิใช่ตกแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ดำเนินการฟ้องร้อง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 220/2484) ...

⁹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 161.

⁹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 163.

⁹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, ตาราง 1.



อัตราร้อยละห้าของจำนวนทุนทรัพย์สำหรับศาลชั้นต้น และร้อยละสามของจำนวนทุนทรัพย์สำหรับศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา⁹³ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่ต้องชดใช้ให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งไม่เกินร้อยละหนึ่งของจำนวนทุนทรัพย์⁹⁴ หากศาลใช้ดุลยพินิจกำหนดให้ผู้ถือหุ้นได้รับค่าฤชาธรรมเนียมจากดำเนินคดี ผู้ถือหุ้นก็จะได้รับค่าฤชาธรรมเนียมตามอัตราที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ในส่วนของค่าธรรมเนียมศาล ผู้ถือหุ้นจะได้รับคืนครบถ้วนตามจำนวนที่จ่ายไป แต่สำหรับค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่น ผู้ถือหุ้นอาจได้รับชดใช้ ใน จำนวน ที่ นี้อ ย ก ว่า จำนวน ที่ ผู้ถือหุ้นชำระไปตามความเป็นจริง เช่น หากผู้ถือหุ้นตกลงจ้างทนายความที่มีประสบการณ์มาก ค่าทนายความที่ผู้ถือหุ้นต้องจ่ายอาจสูงกว่าอัตราค่าทนายความที่กฎหมายกำหนด ผู้ถือหุ้นจึงมีภาระต้องรับภาระค่าใช้จ่ายส่วนที่เกินนี้เอง

ประการที่สาม ผู้ถือหุ้นอาจไม่ได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายบางประการที่เสียไป

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดกรอบของค่าฤชาธรรมเนียมให้ครอบคลุมถึงค่าธรรมเนียมศาล ค่าสืบพยานหลักฐานนอกศาล ค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักของพยานผู้เชี่ยวชาญ ล่าม และเจ้าพนักงานศาล ค่าทนายความ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ตลอดจนค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ บรรดาที่กฎหมายบังคับให้ชำระ⁹⁵ หากมีค่าใช้จ่ายอื่นที่อยู่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด เช่น ค่าใช้จ่ายในการเดินทางของทนายความหรือค่าที่พักของทนายความ⁹⁶ ผู้ถือหุ้นต้องรับภาระค่าใช้จ่ายส่วนที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเอง ถึงแม้ว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีก็ตาม

จากข้อสังเกตข้างต้นแสดงให้เห็นว่าถึงแม้การดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นต่อกรรมการแทนบริษัทจะเป็นประโยชน์ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีก็อาจไม่ได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายทั้งหลายที่เสียไป หรือหากได้รับชดเชยค่าใช้จ่าย ผู้ถือหุ้นก็อาจไม่ได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายทั้งหมด เมื่อเป็นเช่นนี้ การที่ผู้ถือหุ้นต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ทั้งที่การกระทำของผู้ถือหุ้นเป็นประโยชน์ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นอื่นย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้ถือหุ้นนั้น

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ทั้ง Companies Act และ Model Business Corporation Act กำหนดให้ผู้ที่ต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัท คือ บริษัท หากการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท⁹⁷

⁹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, ตาราง 6.

⁹⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, ตาราง 7.

⁹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 149.

⁹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6065/2557.

⁹⁷ Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.46(1); Civil Procedure Rules Rule, 19.9E. ข้อแตกต่างระหว่างกฎหมายทั้งสอง คือ Model Business Corporation Act กำหนดเงื่อนไขในการให้บริษัทรับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแทนบริษัทเมื่อบริษัทได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นอย่างมีนัยสำคัญ ส่วน Civil Procedure Rule กำหนดให้บริษัทต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเมื่อบริษัทได้รับประโยชน์จากการฟ้องคดีแทนบริษัท โดยไม่กำหนดว่าประโยชน์ที่บริษัทได้รับต้องเป็นประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญ.

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นพ้องกับแนวทางที่กำหนดให้บริษัทต้องเข้ามารับภาระในค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นต้องเสียไปในการดำเนินคดีแทนบริษัทด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง การดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลาย

หากผู้ถือหุ้นที่น่าคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องกรรมการแทนบริษัทและชนะคดี ค่าสินไหมทดแทนที่ได้จากการเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบเป็นของบริษัทเนื่องจากผู้เสียหายที่แท้จริงคือบริษัท มิใช่ผู้ถือหุ้น ถึงแม้การที่ผู้ถือหุ้นชนะคดีจะทำให้บริษัทได้รับค่าสินไหมทดแทนชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นการเพิ่มทรัพย์สินให้แก่บริษัท และผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีเองก็ได้รับประโยชน์จากการที่ทรัพย์สินของบริษัทเพิ่มขึ้น แต่ประโยชน์ดังกล่าวก็เป็นประโยชน์โดยอ้อม การที่ผู้ถือหุ้นไม่ได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายที่ตนเสียไปย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นไม่มีแรงจูงใจในการฟ้องคดีและไม่เป็นธรรมต่อผู้ถือหุ้น ดังนี้ เมื่อการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นกระทำแทนบริษัท ผู้ถือหุ้นจึงควรได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ตนต้องเสียไปจากบริษัท

ประการที่สอง ผู้ถือหุ้นต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแต่กรรมการไม่ต้องรับภาระ

เมื่อเปรียบเทียบกับกรรมการ กรรมการต่อสู้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องออกค่าใช้จ่ายเองเพราะกรรมการสามารถใช้ทรัพยากรของบริษัทในการสู้คดี นอกจากนี้ กรรมการได้รับประโยชน์จากการประกันความรับผิดชอบของกรรมการซึ่งการประกันความรับผิดชอบที่สร้างขึ้นครอบคลุมทั้งส่วนของการชดเชยค่าสินไหมทดแทนและค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี⁹⁸ การประกันความรับผิดชอบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของกรรมการนั้นมีบริษัทเป็นผู้ชำระค่าเบี้ยประกัน ดังนี้ เมื่อการกระทำของผู้ถือหุ้นเป็นการกระทำแทนบริษัทและเพื่อประโยชน์ของบริษัท ผู้ถือหุ้นก็ควรได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่ตนต้องชำระไปด้วย

ด้วยเหตุผลที่กล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขกฎหมายให้บริษัทชดเชยค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นต้องเสียไป ดังเช่นที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้ศาลมีอำนาจในการกำหนดให้บริษัทชดเชยค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้น⁹⁹ เพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าผู้ถือหุ้นจะได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายที่ตนออกไป ประเด็นที่พึงพิจารณาต่อมา คือ หากมีการแก้ไขกฎหมายให้บริษัทต้องชดเชยค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นเสียไปในการดำเนินคดี หลักเกณฑ์ในการชดเชยค่าใช้จ่ายควรเป็นเช่นไร เมื่อพิจารณาทั้ง Model Business Corporation Act และ Companies Act รวมทั้งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พบว่ากฎหมายไม่ได้ถือเอาผลของการแพ้ชนะคดีมาเป็นเหตุในการกำหนดว่าบริษัทจะชดเชยค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าผลแพ้ชนะแห่งคดีไม่ควรนำมาใช้เป็นเงื่อนไขในการชดเชยค่าใช้จ่าย

ดังที่กล่าวข้างต้นหลักเกณฑ์ที่ Model Business Corporation Act และ Companies Act ใช้เป็นเงื่อนไขในการชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้น คือ บริษัทได้รับประโยชน์จากการที่ผู้ถือหุ้นฟ้องคดี ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่ Model Business Corporation Act และ Companies Act ใช้เป็น

⁹⁸ กรอบและลักษณะการประกันความรับผิดชอบของกรรมการ ดู Tom Baker and Sean J Griffith, "Predicting Corporate Governance Risk: Evidence from the Directors' & Officers' Liability Insurance Market," *Chicago Law Review*, Vol. 74, p.487 (2007).

⁹⁹ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 89/18 วรรคสาม.

หลักเกณฑ์ที่เหมาะสม เนื่องจากการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นควรเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่ตนฟ้องคดีแทน หากบริษัทไม่ได้รับประโยชน์จากการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้น บริษัทไม่ควรมีหน้าที่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทที่ตนฟ้องคดีแทนหรือไม่อาจทำได้โดยง่าย ในทางหนึ่ง การที่บริษัทตัดสินใจไม่ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลยพินิจของบริษัทในทางที่ไม่ใช้สิทธิเรียกร้องเนื่องจากบริษัทมองว่าการฟ้องกรรมการไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัท แต่ในอีกทางหนึ่ง ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีก็เห็นถึงความจำเป็นที่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกร้องให้กรรมการรับผิดชอบ การให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่าความเห็นฝ่ายใดเป็นความเห็นที่ถูกต้องย่อมไม่เหมาะสมเพราะศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะวินิจฉัยชี้ขาดได้ ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมมากกว่าการพิจารณาว่าบริษัทได้ประโยชน์จากการฟ้องคดีต่อกรรมการของผู้ถือหุ้นหรือไม่ คือ การพิจารณาว่าผู้ถือหุ้นได้ดำเนินคดีด้วยความสุจริต และได้ใช้ความสามารถและความระมัดระวังในการดำเนินคดีอย่างเหมาะสมหรือไม่ หากผู้ถือหุ้นกระทำการด้วยความสุจริตอย่างเต็มความสามารถ ผู้ถือหุ้นควรได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีอันสอดคล้องกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535¹⁰⁰

ข้อพิจารณาประการต่อมา คือ เมื่อบริษัทต้องชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้กับผู้ถือหุ้นจำนวนเงินที่บริษัทต้องชดเชยให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้นควรเป็นจำนวนเท่าใด หากพิจารณาจากหลักการของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายใช้วิธีการกำหนดเป็นอัตราขั้นสูง ดังนี้ ไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นจำนวนเท่าใด ผู้ถือหุ้นก็ได้รับชดเชยไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด ผู้เขียนเห็นว่าการใช้วิธีการกำหนดเป็นอัตราขั้นสูงไม่เหมาะสมดังเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าผู้ถือหุ้นควรได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีตามจำนวนที่ผู้ถือหุ้นได้ใช้จ่ายไปตามจริง แต่ค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมที่ผู้ถือหุ้นจำต้องจ่ายเพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีซึ่งคล้ายคลึงกับที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการกำหนดให้บริษัทชดเชยค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริงให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ใช้สิทธิฟ้องคดี¹⁰¹

ผู้เขียนเห็นว่านอกจากหลักเกณฑ์เรื่องความสมควรของค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นต้องจ่ายในการฟ้องคดี กฎหมายควรกำหนดหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่ง คือ ค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นได้รับชดเชยต้องไม่สูงไปกว่าประโยชน์ที่บริษัทได้รับในกรณีที่ผู้ถือหุ้นชนะคดี หากประโยชน์ที่บริษัทได้รับมีจำนวนน้อยกว่าค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไป การนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อเรียกร้องเอาประโยชน์ที่พึงจะได้รับในจำนวนที่น้อยกว่าค่าใช้จ่ายที่เสียไปย่อมเป็นการกระทำที่ไม่สมเหตุผลและไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท อันแสดงให้เห็นว่าการที่บริษัทตัดสินใจไม่ฟ้องคดีต่อกรรมการแต่ต้นนั้นชอบแล้ว ดังนี้ หากค่าใช้จ่ายผู้ถือหุ้นที่ใช้ในการดำเนินคดีสูงกว่าประโยชน์ที่บริษัทจะได้รับ ผู้ถือหุ้นจะต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายส่วนเกินเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อบริษัท

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 89/18 วรรคสาม.

¹⁰¹ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, มาตรา 89/18 วรรคสาม.

ข้อพิจารณาสืบเนื่องอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการเรียกให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นควรได้รับ หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อกำหนดให้บริษัทต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีให้แก่ผู้ถือหุ้น ควรมีการกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการเรียกให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่ายดังเช่นที่พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 บัญญัติหรือไม่ ผู้เขียนไม่เห็นพ้องกับพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ที่ให้อำนาจศาลในการเรียกให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดีเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่าย เนื่องจากการที่บริษัทตัดสินใจที่จะไม่ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจทางธุรกิจของบริษัท เมื่อบริษัทเห็นว่าการไม่ฟ้องคดีจะเป็นประโยชน์มากกว่า ศาลไม่ควรเข้าไปก้าวก้าวการใช้ดุลยพินิจของบริษัทโดยบังคับให้บริษัทเข้ามาเป็นคู่ความในคดี การกำหนดให้บริษัทต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นต้องเสียไปตามสมควรก็เพียงพอแล้ว และเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าใช้จ่าย ผู้ถือหุ้นมีหน้าที่ในการแสดงต่อศาลว่าค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปในการดำเนินคดีเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงและเป็นค่าใช้จ่ายตามสมควร

7. อำนาจของศาลในการใช้ดุลยพินิจ

การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัททั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีลักษณะที่สำคัญประการหนึ่ง คือ ศาลมีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจเข้ามาตรวจสอบการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัท กล่าวคือ ในประเทศอังกฤษ มีการใช้รูปแบบที่เรียกว่า application for leave ที่ให้อำนาจแก่ศาลในการตรวจสอบว่าศาลควรอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นดำเนินการเพื่อพิสูจน์ความรับผิดชอบของกรรมการหรือไม่ เกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบ คือ การพิจารณาว่าข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้นมีมูล (*prima facie*) หรือไม่¹⁰² ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา Model Business Corporation Act กำหนดให้อำนาจศาลในการพิจารณาว่ากระบวนการในการตัดสินใจว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทกระทำโดยชอบหรือไม่¹⁰³

สำหรับกฎหมายไทยนั้น จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รวมทั้งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้กำหนดให้อำนาจแก่ศาลไทยในการเข้าไปตรวจสอบคดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องแทนบริษัทในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายของอังกฤษและกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ศาลในคดีแพ่งไม่มีอำนาจในการพิจารณาว่าข้อกล่าวหาของผู้ถือหุ้นว่าคดีมีมูลหรือไม่ดังเช่นศาลในคดีอาญา¹⁰⁴ และกฎหมายก็ไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าการฟ้องคดีเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่ ข้อพิจารณาประการต่อมา คือ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทยให้อำนาจศาลในการพิจารณาหรือตรวจสอบคำร้องขอฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นหรือไม่

¹⁰² Companies Act 2006, sections 261, 263.

¹⁰³ Model Business Corporation Act (2016 Revision), § 7.44.

¹⁰⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 162(1).

ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายไทยไม่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในคดีแพ่งพิจารณาว่าคดีมีมูลหรือไม่ดังเช่นที่ศาลในประเทศอังกฤษมีอำนาจกระทำได้ หรือไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาว่ากระบวนการในการตัดสินใจฟ้องคดีกระทำโดยชอบหรือไม่ดังเช่นศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา มีอำนาจกระทำได้นั้นชอบแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้ศาลในคดีแพ่งต้องเข้ามาตรวจสอบว่าข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้นเป็นข้อกล่าวอ้างที่มีมูลดังเช่นคดีอาญาไม่สอดคล้องกับระบบการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีแพ่งของไทย และหากมีการกำหนดให้ศาลในคดีแพ่งต้องเข้ามาพิจารณาว่าข้อกล่าวหาของผู้ถือหุ้นมีมูลหรือไม่ อาจก่อให้เกิดความสับสนแก่ผู้ปรับใช้กฎหมายว่าศาลจะใช้หลักเกณฑ์หรือมาตรฐานใดในการพิจารณาว่าข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้นมีมูลหรือไม่ และจากการศึกษาหลักเกณฑ์ที่ศาลในประเทศอังกฤษใช้พิจารณาว่าคดีมีมูลหรือไม่ก็พบว่าหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ยังคงมีความไม่ชัดเจน นอกจากนี้ การแก้ไขกฎหมายให้ศาลเข้ามาตรวจสอบว่าคดีมีมูลหรือไม่ย่อมเพิ่มภาระในการดำเนินคดีแก่ผู้ถือหุ้น และอาจทำให้ผู้ถือหุ้นไม่ประสงค์จะนำคดีขึ้นสู่ศาลเนื่องจากผู้ถือหุ้นเห็นว่ากระบวนการในการฟ้องคดีมีความยุ่งยาก

ในส่วนของการให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีต่อศาลเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่หรือพิจารณาว่ากระบวนการในการตัดสินใจว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทกระทำโดยชอบหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าศาลไม่ควรมียุติวินิจฉัยในการคัดกรองคดีที่ผู้ถือหุ้นนำขึ้นสู่ศาล แต่ควรให้ศาลมีอำนาจแต่เพียงการพิจารณาตัดสินว่าข้ออ้างของผู้ถือหุ้นที่ว่ากรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบฟังขึ้นหรือไม่ การให้ศาลมีดุลยพินิจในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้ถือหุ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่หรือพิจารณาว่ากระบวนการในการตัดสินใจว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทกระทำโดยชอบหรือไม่จะสร้างความยุ่งยากในการปรับใช้กฎหมาย เนื่องจากการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้ถือหุ้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทหรือไม่หรือเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากระบวนการในการตัดสินใจว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทกระทำโดยชอบหรือไม่มีความซับซ้อนมาก และการบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้ครอบคลุมกับข้อเท็จจริงที่มีความหลากหลายไม่สามารถทำได้โดยง่าย

8. การตกลงยุติคดี

เมื่อผู้ถือหุ้นดำเนินการฟ้องคดีแทนบริษัทแล้ว ต่อมาผู้ถือหุ้นและกรรมการได้ตกลงยอมความกัน และประสงค์จะยุติคดี กฎหมายของทั้งสามประเทศบัญญัติไปในทิศทางเดียวกัน คือ การยุติคดีสามารถกระทำได้ อย่างไรก็ดี ข้อแตกต่างที่สำคัญ คือ ทั้ง Companies Act และ Model Business Corporation Act กำหนดให้ศาลมีดุลยพินิจในการพิจารณาว่าศาลจะอนุญาตให้มีการยุติคดีหรือไม่ ศาลเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาการตกลงยอมความเพื่อให้เกิดความแน่ชัดว่าความตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นและกรรมการเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ศาลมีบทบาทอย่างมากในการป้องกันไม่ให้มีการตกลงยุติคดีเพื่อผลประโยชน์ของนายความ แต่สำหรับประเทศไทย หากคู่ความได้ทำข้อตกลงประนีประนอมยอมความและ

ผู้ถือหุ้นมาขอถอนฟ้อง ศาลต้องอนุญาตตามที่ขอ¹⁰⁵ ศาลไม่มีดุลยพินิจในการตัดสินว่าจะอนุญาตหรือไม่ เพียงแต่โจทก์ต้องแสดงหนังสือสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อให้ศาลเชื่อว่ามี การประนีประนอมยอมความกันจริง¹⁰⁶

ประเด็นที่พึงพิจารณา คือ การที่ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทและกรรมการทำข้อตกลงประนีประนอมยอมความกัน และผู้ถือหุ้นมาขอถอนฟ้อง กฎหมายควรให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาคำขอถอนฟ้องหรือไม่ หากพิจารณาถึงลักษณะของการฟ้องคดีแทนบริษัท การดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นเป็นการกระทำแทนบริษัท ผลของการดำเนินคดีของผู้ถือหุ้นไม่ว่าจะเป็นไปในทางใดก็มีผลผูกพันบริษัท และยังมีผลทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นอื่นไม่สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยอ้างการกระทำเดียวกันได้เพราะจะเป็นการฟ้องซ้ำ การกระทำการต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นรวมทั้งการตกลงประนีประนอมยอมความจึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัท ศาลจึงควรมีบทบาทในการเข้ามาตรวจสอบการตกลงยุติคดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องแทนบริษัท อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าถึงแม้การให้ศาลต้องเข้ามาตรวจสอบการประนีประนอมยอมความระหว่างผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีกับกรรมการจะเป็นประโยชน์ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลาย แต่สำหรับประเทศไทยการกำหนดดังกล่าวยังไม่มีความจำเป็น เนื่องจากทนายความในประเทศไทยไม่สามารถทำสัญญากับลูกความในลักษณะที่ให้ทนายความเข้ามีส่วนได้เสียทางทรัพย์สินโดยตรงในผลแห่งคดี หากมีการทำข้อตกลงระหว่างทนายความและลูกความกำหนดให้ทนายความได้รับส่วนแบ่งจากผลแพ้ชนะแห่งคดีขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ¹⁰⁷ ดังนั้น ทนายความในประเทศไทยจึงไม่สามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินคดีเช่นเดียวกันกับทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้ไม่เกิดปัญหาจากการที่ทนายความอาศัยการประนีประนอมยอมความและตกลงยุติคดีเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตน นอกจากนี้ หากผู้ถือหุ้นอื่นเห็นว่าคดีที่ผู้ถือหุ้นได้ฟ้องแทนบริษัทมีความสำคัญและกังวลว่าจะมีการตกลงยุติคดีเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว ผู้ถือหุ้นนั้นสามารถเข้ามาเป็นคู่ความร่วมในคดีที่ได้ฟ้องไว้แล้วดังที่กล่าวตอนต้น

¹⁰⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, มาตรา 175(2).

¹⁰⁶ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 2 ลักษณะ 1 วิธีพิจารณาสามัญในศาลชั้นต้น, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพ: บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด, 2559), น.220.

¹⁰⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 810/2554 และ 1584/2555.

9. บทสรุป

เมื่อกรรมการกระทำการ จดเว้นการกระทำการอันผิดต่อหน้าที่หรือส่งผลให้บริษัทเสียหาย กรรมการก็มีความรับผิดชอบบริษัท บริษัทย่อมสามารถฟ้องกรรมการเพื่อเรียกให้กรรมการรับผิดชอบ อย่างไรก็ดี เมื่อการตัดสินใจฟ้องคดีหรือไม่กระทำโดยผู้แทนนิติบุคคลนั้นคือ กรรมการ หากกรรมการเป็นผู้กระทำผิดเสียเอง กรรมการก็ย่อมไม่ฟ้องตนเองเป็นคดี หรือในกรณีที่กรรมการต้องการรักษาความสัมพันธ์กับ กรรมการที่กระทำผิดก็ย่อมไม่ประสงค์จะฟ้องกรรมการที่กระทำผิดเป็นคดี นอกจากนี้ หากกรรมการที่กระทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากหรือเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก ผู้ถือหุ้นนั้นย่อมไม่ถอดถอนตนเองหรือบุคคลที่ใกล้ชิดออกจากตำแหน่ง การที่กรรมการตัดสินใจไม่นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อชดเชยความเสียหาย แต่กลับไม่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของตนแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจของผู้ที่ควบคุมบริษัทโดยมิชอบ และการใช้อำนาจที่ไม่ชอบมีผลเสียหายต่อบริษัทและผู้ถือหุ้นอื่น

เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น จึงมีการพัฒนาแนวคิดเรื่องการฟ้องคดีแทนบริษัทที่ให้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องคดีแทนบริษัทเกิดขึ้นจากการที่บริษัทถูกรบกวนงำโดยกรรมการหรือผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจในการควบคุมทำให้บริษัทไม่ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อกรรมการที่ทำให้บริษัทเสียหาย การให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องคดีแทนบริษัทจึงเป็นวิธีการแต่เพียงอย่างเดียวที่ผู้ถือหุ้นสามารถกระทำได้เพื่อธำรงรักษาประโยชน์ของบริษัท หลักการฟ้องคดีแทนบริษัทได้รับการรับรองในหลาย ๆ ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยดังที่ปรากฏในมาตรา 1169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติให้ผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่ของบริษัทสามารถฟ้องเรียกให้กรรมการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บริษัทได้ โดยมีเงื่อนไขสำคัญ คือ บริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องต่อกรรมการ

การศึกษาพบว่าผู้ถือหุ้นในบริษัทของไทยสามารถฟ้องคดีต่อกรรมการแทนบริษัทได้โดยไม่มีข้อจำกัด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สิทธิผู้ถือหุ้นที่มีชื่อในทะเบียนผู้ถือหุ้นในการนำคดีขึ้นฟ้อง กรรมการแทนบริษัทโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขประการอื่น กล่าวคือ กฎหมายไม่กำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำอันผู้ถือหุ้นที่ประสงค์จะฟ้องคดีแทนบริษัทต้องถือทำให้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดไม่ว่าจะถือหุ้นในจำนวนเท่าใดก็สามารถฟ้องคดีแทนบริษัทได้ และกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดให้ผู้ถือหุ้นต้องถือหุ้นในขณะที่กรรมการก่อให้เกิดความเสียหายต่อบริษัททำให้บุคคลที่เข้าถือหุ้นหลังจากที่กรรมการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทก็สามารถฟ้องคดีแทนบริษัทได้เช่นกัน นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งยังบัญญัติให้สิทธิผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ฟ้องคดีในการเข้าไปมีส่วนร่วมในคดีที่ผู้ถือหุ้นอื่นฟ้องคดีโดยการใช้อำนาจร่วม ทำให้ผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ฟ้องคดีสามารถเข้าเป็นโจทก์ร่วมในคดีที่ฟ้องไว้แล้วอันเป็นการระงับรักษาผลประโยชน์ของตนที่มีอยู่ในมูลความแห่งคดีเดียวกัน

อย่างไรก็ดี การศึกษาพบว่ากฎหมายที่บัญญัติให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัทยังคงมีความไม่ชัดเจนในเรื่องกระบวนการในการเรียกร้องให้บริษัทฟ้องร้องกรรมการ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ผู้ถือหุ้นสามารถฟ้องแทนบริษัทเมื่อบริษัทไม่ดำเนินการฟ้องร้องแต่กลับไม่ได้กำหนดกระบวนการที่ผู้ถือหุ้นต้องกระทำเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าบริษัทตัดสินใจไม่ดำเนินการฟ้องกรรมการ บทความนี้เสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยกำหนดให้ผู้ถือหุ้นทำ

หนังสือเรียกร้องไปยังบริษัทพร้อมทั้งระบุเหตุที่เป็นข้ออ้างของผู้ถือหุ้นให้ชัดเจน และกำหนดให้เวลาแก่บริษัทหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้ถือหุ้นในการพิจารณาว่าจะฟ้องร้องกรรมการตั้งที่ผู้ถือหุ้นกล่าวอ้างหรือไม่

นอกเหนือจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายแล้ว การศึกษายังพบว่ากรอบในการเรียกร้องเอาแก่กรรมการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อบริษัทเท่านั้น ทำให้ผู้ถือหุ้นไม่สามารถใช้สิทธิในการฟ้องเพื่อเรียกร้องแก่กรรมการในรูปแบบอื่น การที่กฎหมายบัญญัติกรอบในการเรียกร้องเอาแก่กรรมการไว้อย่างจำกัด ไม่สอดคล้องกับหลักการการฟ้องคดีของบริษัทที่ประสงค์ให้การฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทเป็นวิธีการในการบรรเทาความเสียหาย (relief of injury) ที่เกิดขึ้นต่อบริษัท เมื่อการนำคดีขึ้นสู่ศาลของผู้ถือหุ้นเป็นวิธีการในการบรรเทาความเสียหายจากการกระทำของกรรมการ วิธีการในการบรรเทาความเสียหายจึงมีขอบเขตกว้างขวางไม่จำกัดอยู่เฉพาะการฟ้องกรรมการเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อการฟ้องคดีแทนบริษัทของผู้ถือหุ้นเป็นการกระทำ “แทน” บริษัท การกระทำการของผู้ถือหุ้นจึงเป็นการเข้ามา “สวมสิทธิ” ของบริษัทในการดำเนินการต่าง ๆ ที่บริษัทสามารถกระทำได้ เมื่อบริษัทมีสิทธิในการเรียกร้องเช่นไร ผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิในการเรียกร้องเช่นนั้น บทความนี้จึงเสนอให้การแก้ไขกฎหมายเพื่อขยายสิทธิของผู้ถือหุ้นในการเรียกร้องเอาจากกรรมการในลักษณะอื่นนอกเหนือจากการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อให้ครอบคลุมการบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบริษัท นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นควรมีสิทธิฟ้องบุคคลภายนอกที่เกี่ยวเนื่องกับบริษัท

ในกรณีที่บุคคลภายนอกมีส่วนร่วมหรือได้รับประโยชน์โดยทุจริตจากการกระทำของกรรมการอีกด้วย นอกจากนี้ กฎหมายไทยยังมีความบกพร่องในเรื่องการชดเชยค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีแทนบริษัทให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่ได้บัญญัติรับรองว่าผู้ถือหุ้นที่ฟ้องคดีแทนบริษัทจะได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีที่ตนออกไปทั้งที่การฟ้องคดีนั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัท และแม้ผู้ถือหุ้นจะได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี จำนวนค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นได้รับอาจมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนเงินที่ผู้ถือหุ้นต้องรับภาระ การที่ผู้ถือหุ้นได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแทนบริษัทไม่ครบถ้วนทำให้ผู้ถือหุ้นไม่มีแรงจูงใจที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล เมื่อผู้ถือหุ้นดำเนินการฟ้องร้องคดีแทนบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นอื่น ผู้ถือหุ้นควรได้รับชดเชยค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะชนะหรือแพ้ คดี ค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นได้รับควรเป็นค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เห็นสมควรซึ่งเกิดขึ้นจริง โดยให้ศาลเป็นผู้พิจารณาว่าผู้ถือหุ้นได้ดำเนินคดีด้วยความสุจริต และได้ใช้ความสามารถและความระมัดระวังในการดำเนินคดีอย่างเหมาะสมหรือไม่ หากผู้ถือหุ้นดำเนินคดีด้วยความสุจริตอย่างเต็มความสามารถ ผู้ถือหุ้นควรได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีอย่างใดก็ได้ จำนวนค่าใช้จ่ายที่ผู้ถือหุ้นได้รับต้องไม่เกินประโยชน์ที่บริษัทได้รับชดเชยจากการฟ้องคดี

การศึกษายังพบว่ากฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีแทนบริษัทของไทยไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของหลักการฟ้องคดีแทนบริษัท กล่าวคือ สาเหตุสำคัญของการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัท

คือ ผู้ถือหุ้นไม่สามารถดำเนินการด้วยวิธีการอื่นใดเพื่อดำรงรักษาประโยชน์ของบริษัทเอาไว้ได้นอกจากการใช้สิทธิฟ้องกรรมการแทนบริษัท การฟ้องคดีแทนบริษัทจึงเป็นช่องทางแต่เพียงประการเดียวในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้สิทธิแก่ทั้งผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่ของบริษัทในการฟ้องคดี ทั้งที่เจ้าหน้าที่สามารถปกป้องผลประโยชน์และเยียวยาความเสียหายของตนเองได้อยู่แล้วโดยอาศัยกลไกทางสัญญาและกลไกทางกฎหมาย บทความนี้จึงเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อยกเลิกสิทธิที่ให้แก่เจ้าหน้าที่ในการฟ้องคดีเมื่อบริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง

การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษพบว่าข้อแตกต่างประการสำคัญของกฎหมายที่ศึกษา คือ บทบาทของศาลในการพิจารณากรณีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการแทนบริษัท กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษให้อำนาจแก่ศาลในการใช้ดุลยพินิจเข้าไปตรวจสอบคดีที่ผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการไม่ว่าจะเป็นดุลยพินิจในการตรวจสอบข้อกล่าวอ้างของผู้ถือหุ้น ดุลยพินิจในการตรวจสอบว่ากระบวนการในการตัดสินใจว่าการฟ้องคดีแทนบริษัทเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทกระทำโดยชอบหรือไม่ รวมทั้งดุลยพินิจในการอนุญาตให้มีการตกลงยุติคดี แต่สำหรับกฎหมายไทย ศาลมีอำนาจเฉพาะแต่การวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดีว่ากรรมการกระทำผิดตามที่ผู้ถือหุ้นกล่าวอ้างหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยมีความแตกต่างกับระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษเป็นอย่างมาก การจำกัดบทบาทของศาลไทยในการใช้ดุลยพินิจมีความเหมาะสมแล้ว