

Business Judgment Rule กับกฎหมายไทย: กรรมการตัดสินใจผิดพลาดต้องรับผิดไหม?

โดย เอกสยาม ชัยศรี ที่ปรึกษากฎหมาย
บริษัท เอกสยาม แอนด์ पार्टเนอร์ส จำกัด

เนื้อหานี้เป็นข้อมูลกฎหมายทั่วไป ไม่ใช่ความเห็นทางกฎหมายเฉพาะกรณี การพิจารณาแต่ละเรื่องต้องอาศัยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของเรื่องนั้น ฉบับออนไลน์ที่ปรับปรุงล่าสุดอยู่ที่ <https://eksiamcorporatelaw.com/articles/business-judgment-rule-thailand.html>

กฎหมายที่ใช้อ้างอิงในบทความนี้

- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ปพพ.) มาตรา 1168: หน้าที่ความระมัดระวังและความเอื้อเพื่อสอดส่องของกรรมการ
- ปพพ. มาตรา 1169: สิทธิของผู้ถือหุ้นในการฟ้องคดีแทนบริษัท
- Delaware General Corporation Law (DGCL) Section 141(a), 102(b)(7): Business Judgment Rule และการจำกัดความรับผิด
- Aktiengesetz (AktG) มาตรา 93(1) เยอรมนี: Sorgfaltspflicht (มาตรฐานความระมัดระวัง)
- Companies Act 2006 (CA 2006) มาตรา 174 สหราชอาณาจักร: Duty to exercise reasonable care, skill and diligence

คำถามที่กรรมการทุกคนควรรู้คำตอบ

ลองนึกภาพสถานการณ์นี้ครับ: คณะกรรมการบริษัทมีมติอนุมัติการลงทุนขยายโรงงาน 100 ล้านบาท โดยศึกษาตลาดอย่างรอบคอบ ศึกษาที่ปรึกษาการเงิน และประเมินความเสี่ยงแล้ว แต่หลังจากนั้น 2 ปี ตลาดพลิกผัน บริษัทขาดทุนหนัก ผู้ถือหุ้นรายหนึ่งโกรธมากและตั้งคำถามว่า "กรรมการต้องรับผิดส่วนตัวไหม?"



คำตอบขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายที่เรียกว่า **Business Judgment Rule** หรือ "หลักดุลพินิจทางธุรกิจ" ซึ่งกำหนดว่า การตัดสินใจทางธุรกิจที่ทำโดยสุจริต มีข้อมูลเพียงพอ และไม่มี ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ควรได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย แม้ผลลัพธ์จะผิดพลาดก็ตาม

ปัญหา คือ กฎหมายไทยยังไม่มีบัญญัติไว้อย่างชัดเจน บทความนี้จะวิเคราะห์ว่ากรรมการบริษัทไทยอยู่ในฐานะใดภายใต้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และจะเรียนรู้อะไรได้บ้างจากระบบกฎหมายชั้นนำของโลก

ต้นตอของปัญหา: Agency Problem และหน้าที่ของกรรมการ

ในบริษัทจำกัด ผู้ถือหุ้นเป็น "ตัวการ" (Principal) และกรรมการเป็น "ตัวแทน" (Agent) ที่ได้รับมอบอำนาจให้บริหารจัดการ ความตึงเครียดพื้นฐานในโครงสร้างนี้เรียกว่า **Agency Problem**

Michael C. Jensen และ William H. Meckling นักวิชาการเศรษฐศาสตร์ชั้นนำ นิยาม "ต้นทุนตัวแทน" (Agency Costs) ไว้ในบทความ ค.ศ. 1976 ว่าเป็นผลรวมของสามส่วน คือ (1) ค่าใช้จ่ายในการกำกับดูแลของ ตัวการ (monitoring expenditures) (2) ค่าใช้จ่าย ที่ ตัวแทน ใช้ ผูกมัด ตนเอง เพื่อให้ ตัวการ ไว้วางใจ (bonding expenditures) และ (3) ความสูญเสียส่วนที่เหลือ (residual loss) ซึ่งเกิดจากการตัดสินใจของ ตัวแทนที่ยังไม่ตรงกับประโยชน์สูงสุดของตัวการ

กลไกสำคัญที่กฎหมายองค์กรธุรกิจใช้ลดต้นทุนเหล่านี้คือการกำหนด **หน้าที่และมาตรฐานความประพฤติ** ของกรรมการ ซึ่งในทุกระบบกฎหมายมีหน้าที่หลัก 2 ประการ ได้แก่ หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่ความซื่อสัตย์ (Duty of Loyalty)

Duty of Care ในกฎหมายไทย: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หุ้นส่วนและบริษัท หมวด 4 บริษัทจำกัด มาตรา 1168 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

"ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง"

: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคหนึ่ง



มาตรฐาน "บุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง" นี้ เป็นมาตรฐานวิสัยวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพค้าขาย ซึ่งนักวิชาการส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นความคล้ายคลึงกับมาตรฐาน Sorgfaltspflicht ของกฎหมายเยอรมนี กล่าวคือ ต้อง พิจารณา ทั้ง ความรู้ และ ประสบการณ์ จริง ที่ กรรมการ ผู้ นั้น มี ควบคู่ กับ มาตรฐานวิญญูชนในตำแหน่งเดียวกัน

มาตรา 1168 วรรคสอง กำหนดเรื่องที่กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกัน เช่น การใช้เงินค่าหุ้น การจัดให้มีสมุดบัญชีและเอกสาร และการแจกเงินปันผลให้ถูกต้อง ส่วนวรรคสามบัญญัติว่า

"อนึ่ง ท่านห้ามมิให้ผู้เป็นกรรมการประกอบการค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่น หรือไปเข้าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัท โดยมีได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น"

: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสาม

บทนี้เป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ความซื่อสัตย์ (Duty of Loyalty) ในกฎหมายไทย ในรูปของข้อห้ามประกอบการค้าแข่งขันกับบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ ซึ่งเทียบได้กับข้อห้ามแข่งขันของกรรมการตาม AktG มาตรา 88 ของเยอรมนี

Business Judgment Rule ในสหรัฐอเมริกา: มาตรฐานที่โลกอ้างอิง

กฎหมาย บริษัท รัฐ เดลาแวร์ (Delaware General Corporation Law: DGCL) มาตรา 141(a) กำหนดว่าธุรกิจของบริษัท ต้องถูก บริหาร จัดการ "โดย หรือภายใต้การกำกับของ" คณะกรรมการ ระบบนี้ให้อำนาจดุลพินิจแก่กรรมการอย่างกว้างขวาง และใช้หลัก Business Judgment Rule เป็นกลไกคุ้มครอง

ภายใต้ Business Judgment Rule ศาลเดลาแวร์จะ **สันนิษฐาน** ว่ากรรมการกระทำโดย (1) สุจริต (Good Faith) (2) มีข้อมูลเพียงพอ (Informed Basis) และ (3) เชื่อโดยสมเหตุสมผลว่าการกระทำนั้นเป็นประโยชน์สูงสุดต่อบริษัท การการพิสูจน์ตกแก่ผู้ฟ้องคดีที่ต้องโต้แย้งสันนิษฐานนี้

หากกรรมการสามารถอ้าง Business Judgment Rule ได้ ศาลจะไม่เข้าไปทบทวนความถูกต้องของการตัดสินใจ แม้ผลลัพธ์ จะ เลวร้าย ก็ตาม DGCL มาตรา 102(b)(7) ยัง อนุญาตให้ บริษัท บัญญัติใน หนังสือบริคณห์สนธิเพื่อกำหนดหรือยกเว้นความรับผิดชอบตัวของกรรมการจากการละเมิด Duty of Care ในบางกรณีได้อีกด้วย



มาตรฐานเยอรมนี: Sorgfaltspflicht และ Business Judgment Rule เชิง ลายลักษณ์อักษร

กฎหมายบริษัทมหาชนของเยอรมนี (Aktiengesetz: AktG) มาตรา 93(1) บัญญัติว่ากรรมการต้อง "ใช้ความ
ใส่ใจของผู้บริหารธุรกิจที่มีความรู้และความระมัดระวัง (Sorgfaltspflicht)" ซึ่งใช้มาตรฐานแบบผสม
(Objective-Subjective Test) โดยประเมินจากวิญญูชนในตำแหน่งเดียวกัน ผนวกกับความรู้และ
ประสบการณ์จริงที่กรรมการผู้นั้นมี

สิ่งที่น่าสนใจคือ AktG มาตรา 93(1) ประโยคที่ 2 ซึ่งเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2005 ได้บัญญัติ Business
Judgment Rule ไว้โดยตรงว่า

"ไม่ถือว่ากรรมการละเมิดหน้าที่ หากในการตัดสินใจทางธุรกิจ กรรมการอาจเชื่อได้โดยมีเหตุอันสมควรว่าตน
กระทำเพื่อประโยชน์ของบริษัท บนพื้นฐานของข้อมูลที่เหมาะสมเพียงพอ" (ต้นฉบับ: "Eine Pflichtverletzung
liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung
vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der
Gesellschaft zu handeln.")

: Aktiengesetz มาตรา 93(1) ประโยคที่ 2 (เพิ่ม โดย กฎหมาย UMAG ค.ศ. 2005 ต่อยอด แนว คำพิพากษา
ARAG/Garmenbeck ของศาลสหพันธ์ ค.ศ. 1997, คำแปลไม่เป็นทางการ)

เยอรมนีจึงเป็นตัวอย่างของประเทศ Civil Law ที่บัญญัติหลัก Business Judgment Rule ไว้เป็นลายลักษณ์
อักษรอย่างชัดเจน เป็นแบบอย่างที่กฎหมายไทยอาจพิจารณานำมาปรับใช้ในอนาคต

สหราชอาณาจักร: มาตรฐานผสม Objective-Subjective

Companies Act 2006 (CA 2006) มาตรา 174 กำหนดว่ากรรมการมีหน้าที่ "ใช้ความระมัดระวัง ทักษะ
และความขยันหมั่นเพียรอย่างสมเหตุสมผล" (Reasonable care, skill and diligence) โดยมาตรฐานขั้นต่ำ
วัดจากความรู้และทักษะทั่วไปที่คาดหวังได้จากผู้ดำรงตำแหน่งเดียวกัน แต่หากกรรมการผู้นั้นมีความรู้หรือ
ทักษะเหนือกว่ามาตรฐานทั่วไป จะถูกวัดด้วยมาตรฐานที่สูงขึ้นตามความรู้จริงที่มี

ระบบอังกฤษไม่มีหลัก Business Judgment Rule ที่ชัดเจนเหมือนอเมริกา แต่ศาลอังกฤษโดยทั่วไปจะให้
ความเคารพต่อดุลพินิจเชิงพาณิชย์ของกรรมการ และจะไม่เข้าไปแทนที่การตัดสินใจทางธุรกิจที่ทำโดย
สุจริตและมีข้อมูลเพียงพอ



ตารางเปรียบเทียบ: 4 ระบบกฎหมาย

หลักเกณฑ์	ไทย (ปพพ.)	เยอรมนี (AktG)	อังกฤษ (CA 2006)	สหรัฐฯ (DGCL)
มาตรฐาน Duty of Care	บุคคลค้าขายผู้ระมัดระวัง (ม.1168)	Sorgfaltspflicht (ม.93 (1))	Reasonable care, skill & diligence (ม.174)	Informed, good faith business judgment
Business Judgment Rule	ไม่มีบัญญัติชัดเจน	มีบัญญัติชัดเจน (ม.93 (1) ประโยค 2)	ไม่มีบัญญัติ แต่ศาลให้ความเคารพดุลพินิจ	มีพัฒนาการทาง Case Law ชัดเจน
ภาระการพิสูจน์	โจทก์พิสูจน์การละเมิดหน้าที่	กรรมการต้องพิสูจน์ว่าไม่ผิดหน้าที่	โจทก์พิสูจน์การขาดทักษะ/ความระมัดระวัง	โจทก์ได้แย่งสันนิษฐาน BJR
การจำกัดความรับผิด	ไม่มีกลไกชัดเจน	ไม่อนุญาต (AktG ม.23 (5))	มีข้อจำกัด (CA 2006 ม.232)	บัญญัติในหนังสือบริคณห์ (DGCL ม.102(b)(7))

ไทยอยู่ตรงไหน? สถานะปัจจุบันและช่องว่างทางกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบ ปพพ. กับมาตรฐานสากล จะพบว่าประเทศไทยมีพื้นฐานที่แข็งแกร่ง แต่ยังขาดกลไกสำคัญ 2 ประการ

ประการแรก: ไม่มี Business Judgment Rule เป็นลายลักษณ์อักษร: ปพพ. กำหนดมาตรฐานความระมัดระวังไว้ใน มาตรา 1168 แต่ไม่ได้บัญญัติหลักดุลพินิจทางธุรกิจที่ปกป้องกรรมการผู้ตัดสินใจโดยสุจริตไว้อย่างชัดเจน ผลที่ตามมาคือ ศาลไทยอาจมีขอบเขตอำนาจในการใช้ดุลพินิจตรวจสอบสาระสำคัญของการตัดสินใจทางธุรกิจได้กว้างกว่าศาลในระบบที่มี Business Judgment Rule

ประการที่สอง: ไม่มีกลไกจำกัดความรับผิดอย่างเป็นระบบ: ไม่มีบทบัญญัติเทียบเคียงกับ DGCL มาตรา 102(b)(7) ที่อนุญาตให้บริษัท จำกัดความรับผิดของ กรรมการ จากการ ละเมิด Duty of Care ในหนังสือบริคณห์สนธิ สิ่งนี้อาจเป็นปัจจัยที่ทำให้กรรมการขาดความกล้าตัดสินใจเชิงนวัตกรรม (Conduct Risk)



อย่างไรก็ตาม การที่ ปพพ. ใช้มาตรฐาน "บุคคลค้าขายผู้ระมัดระวัง" ซึ่งเป็นมาตรฐานเชิงวัตถุวิสัยที่วัดจากบุคคลในตำแหน่งเดียวกัน ทำให้ศาลไทยในทางปฏิบัติมักไม่ตัดสินว่ากรรมการผิดหน้าที่เพียงเพราะการตัดสินใจที่มีเหตุผลการรับนั้นผิดพลาด หากการตัดสินใจนั้นสมเหตุสมผลในบริบทที่กระทำ

แนวทางปฏิบัติ: กรรมการไทยจะป้องกันความเสี่ยงอย่างไร

แม้กฎหมายไทยจะยังไม่มี Business Judgment Rule ที่ชัดเจน กรรมการสามารถป้องกันความเสี่ยงได้โดยปฏิบัติตามหลักการที่ใช้ในทุกระบบกฎหมาย ดังนี้

หนึ่ง: จัดทำ บันทึก กระบวนการตัดสินใจ: บันทึก รายงานการประชุม ต้องแสดงให้เห็น ว่า กรรมการได้รับข้อมูลอะไร ตรวจสอบผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ และมีเหตุผลอะไรรองรับมติ กระบวนการนี้สำคัญกว่าผลลัพธ์ในทางกฎหมาย เพราะ Duty of Care ตาม ปพพ. มาตรา 1168 วัดที่ "ความระมัดระวังในการตัดสินใจ" ไม่ใช่ความถูกต้องของผลลัพธ์

สอง: ตรวจสอบผู้เชี่ยวชาญ ก่อน ตัดสินใจ สำคัญ: กรรมการ สามารถ อ้างว่า ตน ได้ ใช้ ความระมัดระวัง ตาม มาตรา 1168 ได้ง่ายขึ้น หากมีหลักฐานว่าได้ปรึกษานักบัญชี ที่ปรึกษากฎหมาย หรือผู้เชี่ยวชาญภายนอก ก่อนการตัดสินใจขนาดใหญ่

สาม: เปิดเผยความขัดแย้งทางผลประโยชน์ทันที: ปพพ. มาตรา 1168 วรรคสาม ห้ามกรรมการประกอบ การค้าที่แข่งขันกับบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ การเปิดเผยความขัดแย้งและถอนตัว ออกจากการลงมติเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย คือการแสดงหลักฐานของ Good Faith ที่ชัดเจนที่สุด

สี่: ใช้ Shareholder Agreement กำหนด ขอบเขต: แม้ ปพพ. ไม่ มี กลไก จำกัดความ รับผิด แบบ DGCL มาตรา 102(b)(7) แต่ผู้ถือหุ้นสามารถบัญญัติกรอบการตัดสินใจและกระบวนการอนุมัติธุรกรรมขนาดใหญ่ ไว้ใน Shareholder Agreement ซึ่งช่วยลดความเสี่ยงข้อพิพาทในภายหลังได้



สรุปสาระสำคัญ

- ปพพ. มาตรา 1168 กำหนดมาตรฐาน Duty of Care ว่ากรรมการต้องใช้ความระมัดระวัง "อย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง" ซึ่งวัดเชิงวัตถุวิสัย ไม่ใช่แค่เจตนาส่วนตัว
- Business Judgment Rule ในกฎหมายอเมริกา (DGCL) และเยอรมนี (AktG ม.93(1)) คุ่มครองกรรมการที่ตัดสินใจโดยสุจริต มีข้อมูลเพียงพอ และเพื่อประโยชน์บริษัท แม้ผลลัพธ์จะผิดพลาด
- กฎหมายไทยยังไม่มีหลัก Business Judgment Rule เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งอาจเป็น ความเสี่ยงของกรรมการในกรณีที่เกิดข้อพิพาท
- กรรมการไทยสามารถป้องกันความเสี่ยงได้โดยจัดทำบันทึกกระบวนการตัดสินใจอย่างครบถ้วน ปรีกษาผู้เชี่ยวชาญ เปิดเผย ความขัดแย้ง ทางผลประโยชน์ และ ปฏิบัติตาม ข้อห้าม ประกอบ การค้า แข่งขัน ตาม ปพพ. มาตรา 1168 วรรคสาม
- ผู้ถือหุ้น สามารถ ฟ้องคดี แทน บริษัท ตาม ปพพ. มาตรา 1169 หาก กรรมการ ทำให้เกิด ความเสียหาย แก่ บริษัทและบริษัทไม่ยอมฟ้อง

