



สาระสำคัญของพ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิด ในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล พ.ศ.2560

The Essence of the Criminal Liability of Representatives of Juristic Person Amendment Act B.E. 2560 2017

เมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2560 สถาบันกรรมการ
บริษัทไทย(OD)ร่วมกับบริษัท ฮันตัน แอนด์ วิลเลียมส์
(ไทยแลนด์) จำกัด จัดงานสัมมนาเรื่อง พ.ร.บ.
แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับ
ความรับผิดในทางอาญาของกรรมการเพื่อเป็น
การตอบคำถามที่เดิมซึ่งมีอยู่แล้วตามพ.ร.บ.บริษัท
มหาชนจำกัด

คุณอภิชาติ พันธุ์เกษร Head of Litigation
บริษัท ฮันตัน แอนด์ วิลเลียมส์ (ไทยแลนด์) จำกัด
นำเสนอหลักการเหตุผล เนื้อหาของกฎหมาย ความ
รับผิดตามกฎหมายเก่าเมื่อเปรียบเทียบความรับผิด
ของกฎหมายใหม่และสาระสำคัญของพ.ร.บ.
ที่ปรับปรุงใหม่

หลักการ เป็นการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมาย
ที่เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของ
ผู้แทนนิติบุคคลให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่ง
มีบทบัญญัติที่สำคัญคือ สิทธิในกระบวนการ
ยุติธรรม สิทธิทางอาญา มีข้อความระบุอย่าง
ชัดเจน มาตรา 39 วรรค 2 แห่งรัฐธรรมนูญ 2550
กล่าวคือ ในคดีอาญาต้องสันนิษฐาน ว่าผู้ต้องหาหรือ
จำเลยไม่มีความผิด (Presumption of innocence)
เป็นหลักของกฎหมายอาญา คือหลักประกันสิทธิ
และเสรีภาพของบุคคล ซึ่งรับรองว่าจะไม่ถูกลงโทษ

ทางอาญาจนกว่าจะหาหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่า
คนนั้นกระทำความผิด เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็น
กฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมาย ระเบียบรองที่
ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญบทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้
บังคับไม่ได้

เหตุผล เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมี
คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายบางฉบับ
ที่เกี่ยวข้องกับบทสันนิษฐานให้กรรมการหรือ
ผู้แทนนิติบุคคลต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับการ
กระทำของนิติบุคคล แต่ไม่ปรากฏว่ากรรมการ
มีการกระทำหรือมีเจตนาประการใดเกี่ยวกับการ
กระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น กรณีนี้ถือว่าขัด
หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งคำวินิจฉัยของศาล
รัฐธรรมนูญ มีทั้งหมด 5 ฉบับ ได้แก่ พ.ร.บ.ขายตรง
พ.ร.บ.สถานบริการ พ.ร.บ.ปุ๋ย พ.ร.บ.ลิขสิทธิ์ และ
พ.ร.บ.ประกอบกิจการโทรคมนาคม วันที่กฎหมาย
ใช้บังคับคือวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2560

สรุป หลักการและเหตุผล คือมีการแก้ไขบท
บัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของ
ผู้แทนนิติบุคคล ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทสันนิษฐาน
ความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคล ไม่ให้ขัดหรือแย้ง
กับรัฐธรรมนูญ

การเปรียบเทียบบทบัญญัติของกฎหมายฉบับเดิม
กับบทบัญญัติของพ.ร.บ.แก้ไขใหม่

บทบัญญัติเก่าขึ้นต้นด้วย “ในกรณีผู้กระทำ
ความผิดซึ่งรับโทษตามพ.ร.บ.นี้เป็นนิติบุคคล”

ประการแรก กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ
ตัวแทนนิติบุคคลต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับ
ความผิดนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำ
นั้นตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็น หรือยินยอม ถ้ากรรมการ
มีส่วนรู้เห็นหรือยินยอม กรรมการต้องรับผิดชอบ
ด้วย

ประการที่สอง กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ
ตัวแทนนิติบุคคลต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้
เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีส่วนในการกระทำ
ความผิดของนิติบุคคล

บทบัญญัติใหม่ เขียนทำนองเดียวกันในกรณี
ที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลถ้าการกระทำ
ความผิดของนิติบุคคลนั้นเกิดการสั่งการ หรือการ
กระทำ ของกรรมการ ผู้จัดการหรือบุคคลใดที่
รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลคนนั้น
หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการ
หรือกระทำการและละเว้นไม่สั่งการหรือกระทำ
การจนเป็นเหตุให้นิติบุคคลนั้นกระทำความผิด



ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย กรณีตามพ.ร.บ.ฉบับใหม่คือการกำหนดการกระทำของกรรมการเป็น 2 ประการ

กรณีที่ 1 กรรมการต้องมีการสั่งการหรือกระทำการแทนนิติบุคคล

กรณีที่ 2 กรรมการมีหน้าที่ต้องสั่งการและละเว้นไม่ดำเนินการ

พื้นฐานหลักความรับผิดทางอาญาเดิมแบ่งความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลตามกฎหมายเดิมก่อนมีการแก้ไขกฎหมายก่อนมีการแก้ไขจะแบ่งความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลออกเป็น 2 ลักษณะ

กรณีที่ 1 กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติ กฎหมายระบุความรับผิดทางอาญาไว้กับกรรมการหรือผู้แทนนิติบุคคลไว้โดยตรง

กรณีที่ 2 กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรงเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของกรรมการ กรณีนี้เป็นเรื่องความรับผิดเฉพาะตัวของกรรมการ

ความรับผิดของกรรมการที่เชื่อมโยงกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล โดยหลักกฎหมายจะระบุ ถ้าบริษัทหรือนิติบุคคลกระทำความผิดให้กรรมการหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนรับผิดชอบด้วย

กรณีที่ 1 ให้กรรมการมีส่วนผิดเว้นแต่กรรมการจะพิสูจน์ได้ว่า

- 1) ไม่รู้เห็นหรือยินยอม
- 2) พิสูจน์ว่าตนเองไม่มีส่วนร่วมในการกระทำผิดนั้น

กฎหมายให้กรรมการรับผิดโดยไม่มีข้อแก้ตัว (Strict liability) กล่าวคือถ้ากรรมการทำผิดไม่ต้องปฏิเสธ กรรมการต้องรับผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ พบในมาตรา 25 ของพ.ร.บ.ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน หุ้นส่วนบริษัทจำกัดมาตรา 25 ระบุไว้ว่า ในกรณีที่บริษัทกระทำความผิดตามมาตรา 7 ถึง

มาตรา 24 ให้กรรมการผู้รับผิดชอบและเป็นผู้ดำเนินการของนิติบุคคลต้องรับโทษ แต่เป็นโทษที่แตกต่างจากบริษัท ซึ่งส่วนใหญ่เป็นโทษปรับ

ในเรื่อง ความรับผิดทางอาญาของกรรมการคือความรับผิดโดยตรงตามที่กฎหมายบัญญัติ วิธีพิจารณาคดีจะขึ้นต้นด้วย “คณะกรรมการใดหรือกรรมการคนใดไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายกำหนด” เป็นเรื่องที่กรรมการทำผิดหน้าที่กรณีบัญญัติไว้ในพ.ร.บ.มหาชนหรือพ.ร.บ.หลักทรัพย์ เช่นการปฏิบัติหน้าที่ทางด้านธุรกิจหรือทางทะเบียน การป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน การป้องกันการทุจริต หากการกระทำเข้าข่ายทุจริต หลอกลวง ฉ้อโกงถ้า และความรับผิดเนื่องจากเอาตำแหน่งหน้าที่ไปกระทำความผิด กฎหมายจะเริ่มต้นจากว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามพ.ร.บ.หรือตามมาตราดังต่อไปนี้” วรรค 2 ถ้าเป็นกรรมการจะรับผิดมากกว่าบุคคลทั่วไปกระทำความผิด สรุปความผิดของกรรมการที่เชื่อมโยงกับความรับผิดทางอาญาของบริษัทได้มีการแก้ไขแล้ว ตามพ.ร.บ.ที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมายความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล ส่วนความรับผิดทางอาญาโดยตรงของกรรมการยังไม่มีแก้ไข

สรุปสาระสำคัญของบทบัญญัติกฎหมายความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล

แนวความคิดพื้นฐาน เกี่ยวกับความรับผิดผู้แทนนิติบุคคล เนื่องจากนิติบุคคลเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้นไม่มีตัวตนที่แท้จริง เมื่อนิติบุคคลกระทำความผิด ย่อมเข้าใจได้ว่ากรรมการต้องมีส่วนรู้เห็น หรือมีส่วนยินยอม เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น ตามหลักกฎหมายเดิมซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายใหม่บางประการ กฎหมายเดิม เมื่อนิติบุคคลกระทำความผิด นิติบุคคลนั้นรับโทษ แต่ถ้าไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่ากรรมการทำผิดไปสั่งการหรือกระทำความผิด กฎหมายก็จะสันนิษฐานให้รับผิดร่วมกับนิติบุคคลได้ก่อนเว้นแต่

จะพิสูจน์ได้ว่า

1. ไม่รู้เห็นหรือยินยอมด้วยกับการกระทำความผิดของนิติบุคคล
2. พิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของนิติบุคคล

ในอดีต เมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญาของนิติบุคคล แนวทางในการดำเนินคดีกับนิติบุคคลโดยหลักจะเริ่มต้นมาจากชั้นพนักงานสอบสวนจะสืบหาว่าเป็นการสั่งการของใคร กรรมการคนไหน และนำเสนอไปสู่พนักงานอัยการในการสั่งฟ้อง แต่ในบางกรณีที่ไม่พบว่ากรรมการมีส่วนในการรู้เห็นหรือยินยอม ในกรณีนี้มีข้อสันนิษฐานโดยการอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย คือฟ้องกรรมการทุกคน แล้วให้กรรมการทั้งหลายไปพิสูจน์ความรับผิดกันเอง เนื่องจากคำฟ้องอัยการครบองค์ประกอบทุกอย่าง โจทย์หรืออัยการมีภาระพิสูจน์แต่เพียงว่ากรรมการที่ถูกฟ้องนั้นมีชื่อเป็นกรรมการอยู่ด้วย ในขณะที่มีการกระทำความผิด หลังจากนั้นภาระหรือหน้าที่นำสืบจะตกอยู่กับกรรมการที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนไม่รู้เห็นหรือยินยอมหรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด จึงจะพ้นผิด

ปัจจุบันเมื่อมีการแก้ไขใหม่ตามกฎหมายฉบับนี้ ยังเป็นหลักการเดิมคือต้องฟ้องครบองค์ประกอบคือนิติบุคคลนั้นต้องกระทำความผิดก่อนนิติบุคคลรับโทษ ต่อมามีการขยายบทโทษให้ครอบคลุมกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคล

กรณีแรก ความรับผิดของนิติบุคคลเกิดจากการสั่งการหรือกระทำการของ กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้รับผิดชอบของนิติบุคคล ถ้าท่านมีการกระทำโดยปกติก็ถือเป็นตัวการร่วม ซึ่งเป็นเรื่องที่พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการค้นพินัยอยู่แล้ว

กรณีที่ 2 กฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่ กำหนด

เรื่องที่มีการละเว้นไว้ กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้แทน นิติบุคคลมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือกระทำการแล้ว ละเว้นไม่สั่งการหรือกระทำการ จนเป็นเหตุให้นิติ บุคคลกระทำความผิด กรรมการต้องรับผิดชอบด้วย

**แต่อย่างไรก็ดี โจทย์มีภาวะพิสัจจน์ในกรณี ความรับผิดชอบของกรรมการหรือผู้แทนนิติบุคคล ทั้ง สองกรณีข้างต้น

ข้อดี ของพ.ร.บ.ฉบับนี้คือ เป็นการเอาภาวะ การพิสัจจน์ออกจากมือกรรมการหรือผู้แทน นิติบุคคลมาใส่ไว้ในมือของอัยการ และจากความ คืบเคยในการดำเนินคดีของอัยการหรือพนักงาน สอบสวน นำเชื่อว่าในอนาคตต่อไปกรรมการที่ไม่ ได้บริหารงาน (non-executive director) น่าจะไม่ ถูกสั่งฟ้องดำเนินคดีด้วย โดยจะพุ่งเป้าไปที่กรรมการ ที่มีอำนาจดำเนินการผูกพันบริษัทเป็นหลัก และ ผู้บริหาร บางส่วนที่รับงานโดยตรงจากบริษัทในเรื่อง นั้นไปดำเนินการ

ในการดำเนินงานของบริษัทจะป้องกันตัว เองให้พ้นจากความรับผิดทางอาญาของกรรมการ และผู้แทนนิติบุคคล ส่วนนี้จะนำเสนอโดยคุณมานิดา ชินเนอร์แมน partner บริษัท ฮันตัน แอนด์ วิลเลียมส์ (ไทยแลนด์) จำกัด

ตามกฎหมายใหม่ในกรณีบุคคลดังกล่าว มีหน้าที่สั่งการหรือกระทำการและละเว้นไม่สั่งการ หรือกระทำการ เนื่องจาก พ.ร.บ.นี้ไม่ได้เพิ่มหน้าที่ ตามกฎหมายของท่านกรรมการเพราะหน้าที่ตาม กฎหมายของกรรมการมีมานานแล้ว กรรมการเป็น เหมือน mind ฝ่ายจัดการเป็นเหมือน hand ดังนั้น คณะกรรมการต้องเป็นคนดูแล รับผิดชอบ การตัดสินใจของนิติบุคคล ทุกอย่างต้องมีคนทำ ประเด็น คือคนคนนั้นเป็นใคร ข้อสังเกต บริษัทจำกัด ตั้งขึ้น มาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรรมการไม่มี หน้าที่นี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธถึงบริษัท ประมวลกฎหมายแพ่งใช้คำว่า "กรรมการต้องเอื้อเพื่อกิจการของบริษัทเยี่ยง ผู้ประกอบการค้า" แต่พ.ร.บ.บริษัทมหาชนใช้คำว่า "ในการดำเนินการของบริษัทกรรมการต้องปฏิบัติ หน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย" พ.ร.บ.หลักทรัพย์ ตลาดหลักทรัพย์ ในการดำเนินงานของบริษัท กรรมการและผู้บริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ รับผิดชอบ ระมัดระวังซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งปฏิบัติ ให้เป็นไปตามกฎหมาย แต่ด้วยกฎหมายใหม่ เรื่อง ความรับผิดของกรรมการยังอยู่ภายใต้กรอบแนว ปฏิบัติของพ.ร.บ.บริษัทมหาชนและพ.ร.บ.หลัก ทรัพย์ ประการแรกความรับผิดชอบต้องกระทำ เยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบการ ประการที่ 2 เรื่อง ความระมัดระวัง duty of care ใช้ความเอื้อเพื่อ สอดส่องอย่างผู้ค้าขาย มีหน้าที่ ซื่อสัตย์สุจริต

เมื่อมีเหตุกระทำผิดตามกฎหมาย วิธีนำสืบ ของอัยการคือ ขอศาลออกหมายส่งมาที่บริษัทเพื่อ ขอมติคณะกรรมการ โดยเลขานุการมีหน้าที่ในการ เก็บเอกสารการประชุม รายงาน เอกสารประกอบการ ประชุม ขอมติ ขอคำสั่ง ขอเอกสารใดๆที่ เกี่ยวข้องกับการสั่งการของกรรมการทั้งหมด กับ การดำเนินการภายใต้มาตราต่างๆ ของพ.ร.บ.ที่ มีปัญหาอยู่ ดังนั้นกรรมการต้องแน่ใจว่ามีเอกสาร หลักฐานที่แสดงถึงการสั่งการต่างๆ

กล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นเหมือน ตัวกระตุ้นให้กรรมการต้องทำหน้าที่เป็น chief compliance officer โดยกรรมการต้องดูแลให้ บริษัททำทุกอย่างให้ถูกต้อง จัดให้มีระบบการ บริหารความเสี่ยงด้านกฎหมาย มีการทบทวน ความเสี่ยงด้านการปฏิบัติตามกฎหมายทุกปี มีทีม งานที่รับผิดชอบชัดเจน และมีระบบการรายงาน รายไตรมาสหรือราย 6 เดือน นำเทคโนโลยีมาใช้ในการ เตือนเรื่องต่ออายุใบอนุญาตต่างๆ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อกรรมการจะสามารถโต้แย้งได้ว่ามีการกำกับ ดูแลสั่งการเรื่องการปฏิบัติตามกฎหมายมาโดย ตลอด จึงถือได้ว่าปฏิบัติตามหน้าที่ของกรรมการ บริษัทได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์

ในช่วงสุดท้ายของการสัมมนาในครั้งนี้ มีคำถามที่ น่าสนใจดังนี้

1. หากมีการประชุมคณะกรรมการ แจ้งว่า จากนั้นไปกฎเกณฑ์ต่างๆที่เกี่ยวข้องกับบริษัทมีดังนี้ แล้วทำหน้าที่ให้พนักงานผู้บริหารยืนยันว่าจะ กระทำตามนี้ โดยเป็นการลงนามรับทราบ ถือว่า กรรมการได้รับหน้าที่การกำกับดูแลแล้วหรือไม่

ตอบ เป็นสิ่งที่ดีมากประเด็นเรื่องความรับผิด ทางอาญา อย่างน้อยมีบทบาทที่ชัดเจนว่าคณะกรรมการ รับทราบปัญหาและมีการดำเนินการ

2. การเปลี่ยนจากกรรมการเป็นผู้พิสัจจน์มา เป็นอัยการเป็นผู้พิสัจจน์ มีข้อดีข้อเสียอย่างไร

ตอบ ในคดีอาญาศาลพิจารณายานของ โจทย์เป็นหลัก ทั้งพยานบุคคลและพยานเอกสาร หลายคดีศาลพิพากษายกฟ้องเพราะเอกสารของ โจทย์ไม่สามารถนำสืบพิสัจจน์ให้ศาลเชื่อเกี่ยว กับการกระทำผิดของจำเลยโดยไม่ได้อ้าง เอกสารที่จำเลยนำส่งศาลเลย ถ้าภระนำสืบตกที่ อัยการ อัยการมีหน้าที่นำสืบให้ศาล กฎหมายเดิม ถ้าบริษัทมีการกระทำความผิดให้สันนิษฐาน คือว่า กรรมการรับผิดชอบด้วยเว้นแต่กรรมการจะพิสัจจน์ตัว เอง คือศาลจะดูเอกสาร พยานจากผู้มีหน้าที่นำสืบ คือทางบริษัทและพิพากษา แต่กลับกันในปัจจุบัน ภาวะพิสัจจน์ตกอยู่กับพนักงานอัยการ คดีอาญาดู พยานหลักฐานโจทย์เป็นหลัก ถ้าพยานหลักฐาน โจทย์ไม่พอก็ต้องยกฟ้อง

3. การสั่งการผ่านไลน์ถือว่าใช้เป็นหลักฐาน ได้หรือไม่

ตอบ เอกสารที่จะใช้ในคดีอาญาโดยหลักจะ ใช้ต้นฉบับเอกสาร หากใช้เอกสารผ่านไลน์คงหา ยากที่จะไปแสดงต่อศาล ต่างจากกรณีจดหมาย อิเล็กทรอนิกส์ จะมีกฎหมายรองรับ ทางไลน์ไม่แน่ ว่าเมื่อเวลาผ่านไปจะพิมพ์ออกได้หรือไม่ เป็นเรื่อง ความน่าเชื่อถือของเอกสารที่ใช้พิจารณาตัดสินของ ศาล ท่านต้องสามารถนำเอกสารนั้นออกมาได้ แต่ ไม่ควรเชื่อถือ 100 เปอร์เซ็นต์ ต้องมีระบบ back up ข้อมูล พร้อมนำมาใช้ ในทางกลับกันเจ้าพนักงาน ก็สามารถขอข้อมูล line chat back up ได้

4. ในกรณีที่กรรมการไม่สามารถ involve กับการ operation ของบริษัทได้ แต่กรรมการอิสระ กรรมการตรวจสอบใช้แนวทาง internal auditor ในการตรวจสอบ แต่ก็ base on report เท่านั้น เราไม่สามารถล่วงรู้ได้ทั้งหมด จะทำอย่างไรที่จะ ไม่ต้องรับผิด

ตอบ ถึงแม้จะไม่ involve operation แต่ ต้องรับรู้ internal audit ต้องรายงานให้ท่านทราบ ว่าความเสี่ยงทางกฎหมายทั้งหมด เรื่องขั้นตอน การดำเนินการ ต้องทำทั้งหมดที่ item และมีผู้ รับผิดชอบอยู่ 2 กฎหมายใช้คำว่าสั่งการท่านมี หน้าที่ในการสั่งการ แต่ปัญหาคือสั่งการไปแล้ว ทำไม่ ทำไม่ได้ ทำผิด ทำพลาด ประเด็นของกรรมการ คือการปฏิบัติหน้าที่โดยการสั่งการหรือไม่ ขอเพียง มีระบบ risk management และคณะกรรมการ มติสั่งการไปแล้วว่า ให้ดำเนินการแล้วให้กลับมา รายงาน เท่ากับท่านได้ปฏิบัติหน้าที่ครบถ้วนตาม กฎหมายแล้ว

5. การกระทำเยี่ยงวิญญูชน ของ คณะกรรมการคืออะไร

ตอบ หลักความรับผิดของกรรมการ มี หลักความระมัดระวังความรับผิดชอบ business judgment rule ต้องดูว่าบริษัทของท่านความเสี่ยง ด้านกฎหมายคืออะไร หากบริษัทมี regulator โดยเฉพาะกฎหมายพิเศษ ดังนั้นต้องจัดการความเสี่ยง ด้านกฎหมายให้รัดกุม เรื่องที่สำคัญมากให้ใส่ใน รายงานการประชุม

6. จุดที่ควรกังวลคืออะไร

ตอบ กฎหมายใหม่กำหนดหน้าที่กรรมการ ไว้ 2 เรื่อง 1. คุณไปกระทำการ เป็นหลักทั่วไปของ การรับผิดทางอาญา 2. เป็นเรื่องใหม่ คือเรื่องการ ละเว้นของผู้แทนนิติบุคคลในหน้าที่ตามกฎหมาย ที่ต้องสั่งการหรือกระทำการแล้วเจตนาละเว้นไม่ ดำเนินการ



Ms. Manida Zimmerman



Mr. Apichart Phankeasorn

On 10 March 2017, the Thai Institute of Directors with Hunton & Williams (Thailand) Limited hosted a seminar on the Criminal Liability of Representatives of Juristic Person Amendment Act (“Amendment Act”) to emphasize the responsibilities of directors or representatives of juristic person as formerly given under the Public Limited Company Act.

Mr. Apichart Phankeasorn, Head of Litigation of Hunton & Williams (Thailand) Limited presented the principle, reasoning and content on the liability between the former and the current law as well as the essence of the Amendment Act.

Principle The Amendment Act is an amendment of legal provisions regarding criminal liability presumptions of juristic person representatives for such provisions to be consistent with the Constitution. The significant legal provision of the Constitution is the Rights in Judicial Process and Criminal Rights. There is an evident legal provision under section 39 paragraph 2 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (2007) that “The suspect or the accused in a criminal case shall be presumed innocent.” (Presumption of Innocence). The Presumption of Innocence is the principle of criminal law which guarantees the rights and freedom of a person and ensures a person against criminal punishment until there is evidence that such person committed an offence. Since the Constitution is the highest form of law in the country, secondary laws cannot contradict the Constitution.

Reasoning Due to the judgment of the Constitutional Court on legal provisions of certain legislations that juristic person representatives are jointly criminally liable with a juristic person although it does not

appear that a director acts or has any intention in connection with the offence of the juristic person, this is deemed that such provision contradicts or conflicts with the Constitution. The consideration by the Constitutional Court on this issue appeared in five (5) Acts i.e. Direct Sales Act, Service Place Act, Fertilizer Act, Copyright Act and Telecommunications Business Act. The laws came into force on 12 February 2017.

Conclusion The principle and reasoning are that there is an amendment on the legal provisions concerning a director’s responsibility in a manner that the assumption of a director’s liability does not contradict or conflict with the Constitution.

A Comparison between the Legal Provisions of the Former Act and the Amendment Act

The former Act begins with “In the case that the wrongdoer who is liable under this Act is a Juristic Person.”

First, a managing director, manager, director/ representative of a juristic person shall be liable to a penalty of the same extent prescribed for such offences, except where such person can prove that he/she is not aware or consented to the commission of the offence. If a director is aware or consented, he/she shall be held liable as well.

Second, a managing director, manager, representative of a juristic person, shall be liable to a penalty as prescribed except such person can prove that he/she was not part of/ was involved in the commission of the offence.

The new provision is written in a similar tone for

a case that a wrongdoer is a juristic person. If a commission of an offence by a juristic person occurs from an instruction or action of a managing director, manager or any person who is responsible in the actions of such juristic person, or in the case that such person is responsible of instructing or acting, but (such person) omits to instruct or act which causes a juristic person to commit an offence, such person shall be liable to a penalty as prescribed under the act as well. The new Act states a director’s action in two cases.

The first case – a director has to instruct or act on behalf of the juristic person.

The second case – a director has a duty to instruct, but omits to do so.

In the former act prior to the Amendment Act, the basis of the criminal liability principle of a juristic person representative states that a juristic person’s criminal liability is categorized into two cases.

The first case – If a legal provision (or) law does not directly state the criminal liability of a director or a representative of a juristic person

The Second case – If there is a law that directly states a director’s criminal liability, in this case, it is a director’s personal liability.

Regarding a director’s liability which connects with a juristic person’s criminal liability, the legal principle states that if a company or a juristic person commits an offence, a director or representative shall be liable.

In the first case, a director is liable except he/ she can prove that

- 1) He/she is not aware or consents
- 2) He/she does not participate in the commission of an offence.

The law provides strict liability to a director that is if a director commits an offence without any rejection, a director is liable under the legal provisions as seen in section 25 of the Act on Registered Partnership, Limited Partnership and Limited Company. Section 25 states in the case where a limited company commits an offence under Section 7 to Section 24, a director or any person who is responsible for the carrying out of business of such limited company shall be liable. However, the penalty is different from a company whose penalty is mostly a fine.

On director’s criminal liability, it is a direct liability

as stated in the legal provisions. The procedure provision will begin with **“Any board of director or director who does not perform as stated by the law”** which is a breach of duty under the Public Limited Company Act or the Securities Act e.g. performing one’s duty on administration or registration, protection against conflict of interest or against corruption. If an action is within the scope of corruption, fraudulent, embezzlement and if a liability occurs from relying on one’s position to commit an offence, the law will begin with **“any person committing an offence under the Act or the following sections.”** In the 2nd Paragraph, if a person is a director, he/she will be more liable than a general person committing an offence. **To summarize, a director’s offence which connects to a company’s criminal liability has been amended** under the Acts relevant to a criminal liability of a director/representative of a juristic person. However, (provisions of) a

liable with a juristic person except he/she can prove that:

1. He/she is not aware or consents to the commission of the offence by a juristic person.
2. He/she is not involved in the commission of the offence by a juristic person.

In the past, when a juristic person commits an offence, the guidelines to proceed a case against a juristic person will generally begin with the investigator who investigates on who instructed on an offence and forward the case to a state attorney who will order on filing the case. However, in some cases, it is indiscoverable which director is aware or consents to the commission of an offence. In this case, there is a legal presumption that a lawsuit will be filed against every director who has to prove liability by themselves. Since a claim by a state attorney is completed with all legal factors, a plaintiff or

director, manager, or a person responsible in the operation of a juristic person. With your instruction or action, you are deemed as a co-principal which is an issue that both investigators and state attorneys are familiar with.

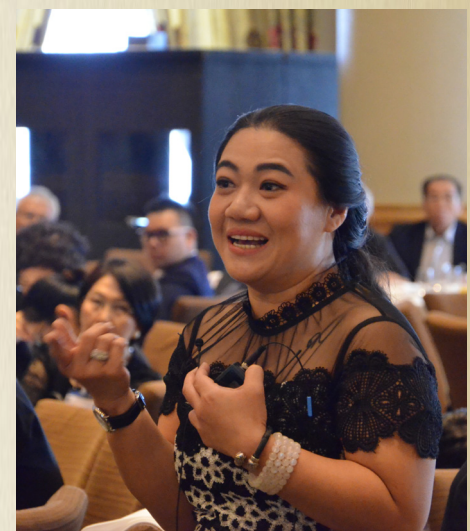
The second case – The law states that the omission of an act which a director, manager or representative of a juristic person who has the duty to instruct or act but omits to instruct or act and causes a juristic person to commit an offence, the director is also liable.

****Nevertheless**, a plaintiff has the burden of proof to prove the liability of a representative of a juristic person in both cases above.

The Pros of this act are the burden of proof has been removed from a director or representative of a juristic person to a state attorney instead.



Mr. Prakob Taraprasert



director’s direct criminal liability has not been amended.

A Summary of the Significant Provisions of a Director/Representative of a Juristic Person’s Criminal Liability

On the basic rule of thought on a representative of a juristic person’s liability, a juristic person is created by law as a legal entity. When a juristic person commits an offence, it is understandable that its director must be aware or consent to the commission of the offence. The former law has some similar legal principle to the new law. **The former law** – Once a juristic person commits an offence, such juristic person shall be liable. However, if there is no clear evidence that which director instructs or commits an offence, the law will presume that a director is jointly

state attorney only has the burden of proof of proving the person’s appointment as a director at the time the offence occurs. Afterwards, the burden of proof is a burden of each director who has to prove that he/she is not aware or consents or involves in the commission of an offence, if so a director will thus be acquitted.

At present, the Amendment Act still holds the same principle that there has to be the following factors. First, a juristic person has to commit an offence. Then, a juristic person is penalized. Later, there is an extension of the penalty to cover a director, manager or a person responsible in the operation of a juristic person.

The first case – A juristic person’s liability occurs from an instruction or action of a

With a state attorney or an investigator’s familiarity with the case, it is convincing that in the future a claim will unlikely be filed against a non-executive director. Instead, a director who has the authority to bind a company and some management which receives work directly from a company to proceed on such conduct will be the main target.

Regarding how the company can protect itself from director’s criminal liability, Ms. Manida Zimmerman, Partner of Hunton & Williams (Thailand) Limited has presented as follows. For the case of an omission of an act that a director, manager or representative of a juristic person who has the duty to instruct or act but omits to do so, the new Act does not add a director’s duty because the legal duties of a director has been established for a long time.



A director acts like the mind, and management acts like the hands of a juristic person. A director, thus, has to manage, be responsible and make a decision on behalf of a juristic person. These actions require a person to act upon. The issue is who that person is. A limited company establishes from the Civil and Commercial Code and under such Code, those actions are not director's responsibilities. The Civil Code mentions that **"the directors must in their conduct of the business apply the diligence of a careful business man."** However, the Public Limited Company Act uses the term, **"In conducting the business of the company, the directors shall comply with all laws."** In the Securities and Exchange Act **"In conducting the business of the company, a director and an executive shall perform his duty with responsibility, due care and loyalty, and shall comply with all laws"**. With the new Act, the duties and responsibilities of the directors as still under the scope of practice of the Public Limited Company Act and the Securities Act. First, a director has to perform his/her responsibility in the manner of a reasonable person operating a business. Second, on the duty of care, diligence is used to look over entrepreneurs who has the duty to act with loyalty.

Once there is an offence, a state attorney's method of investigation is to request a court to issue a warrant to the company. This is to seek the board of directors' resolution, instruction or any document related to a director's instruction which are held by a secretarial who has the duty to keep these meeting documents, reports, meeting annexes or supporting documents. The state attorney also has to proceed under the legal provisions of the Acts with which still

have problems. A director, therefore, has to be certain that there are documental evidences which shows the various instructions.

It can be said that this Act encourages directors to act as a chief compliance officer. A board of directors has to manage the company properly, arrange a system to manage legal risks, perform annual revision of legal compliance, establish a team responsible for compliance, prepare a quarterly or bi-annual report system and employ a system for reminders of licenses/permits renewal etc. A director would be able to defend that there is a continuous supervision on legal compliance and this would be deemed that a director has fully performed his/her duties as a director.

At the final session of this seminar, interesting questions are as follows:

1. During a board of director's meeting, if the board has agreed on certain rules or regulations of the company and has issued a notice for executive acknowledgement that the company will abide by these rules, is it possible to deem that a director has already acted upon compliance supervision?

Answer This is great. On the issue of criminal liability, at least there is a clear evidence that the board of directors is aware of the problem and supervises accordingly.

2. What are the pros and cons of the transferring the burden of proof from a director to a state attorney?

Answer In a criminal case, a court mainly considers evidences of a plaintiff including witnesses and documentary evidences. In many cases, the court dismisses a claim

because documents of a plaintiff cannot provide sufficient proof for the court to believe that a defendant committed an offence and the plaintiff did not refer to any documents which the defendant submitted to the court. If the burden of proof becomes a state attorney's responsibility, a state attorney has the duty to prove to the court. From the former law, if a company commits an offence, it shall be presumed that a director is held liable unless he/she can prove otherwise i.e. the court will investigate from the documents, witnesses from the party who has the burden of proof which is a company. On the contrary, at present, a state attorney has the burden of proof. As a criminal case relies mainly on a plaintiff's evidences, if the plaintiff has insufficient evidences, the court must dismiss the claim.

3. Would instruction via Line chat be deemed as an evidence?

Answer Documents used in a criminal case are in principle original copies of documents. If a document through Line is used, it would likely be difficult to show it to a court. It is different from an email that has legal support. On Line, it is uncertain whether when time passes, can the document be printed out or not? This affects a document's credibility that the court uses to consider a case. You have to be able to take that document out, but to be 100% credible, it requires a back-up system. On the contrary, an official may request for Line chat back-ups.

4. In case a director could not be involved with a company's operation but an independent director and an audit committee applies an internal auditor method of examination based only on reports, we cannot know all

(information). What can we do to avoid being held liable?

Answer Even if a director is involved in the operation of a company, a director has to be aware of internal audit results and his/her legal risks, operational procedures, how many items were executed and there is a person responsible for those items. The Act uses the term 'instruct,' therefore, you have the duty to instruct. However, the problem is once an instruction is made and it may result in a delay, an impracticality, an error. The issue is whether there is an instruction or not. If you have a risk management system, and a board of directors has a resolution to proceed and report back, this equals to having completely performed the duties in compliance with the law.

5. What is an act of a reasonable person by a director?

Answer The principle of a director's liability are based on a duty of care and business judgment rule. Please consider your company's legal risks. If your company has a regulator particularly in special laws, you have to pay special attention to legal risk management. In addition, important issues must be included in a meeting resolution.

6. What should the director be concerned about?

Answer The law states two duties of a director:
1. For you to act which is a general criminal liability principle. 2. A new issue is the omission of the duties under the law which should be instructed or acted upon but are omitted with a director/ representative of a juristic person's intention to do so.

Event supported by

**HUNTON &
WILLIAMS**

นางวีรินทร์ ศิริพันธ์
Mrs. Veerin Siriphan

Senior CG Analyst
Thai IOD



จากที่มีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับที่สำคัญต่อการทำหน้าที่กรรมการบริษัท ดร. บัณฑิต นิจนการ กรรมการผู้อำนวยการ สถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD) เปิดเผยผลสำรวจความคิดเห็นของกรรมการไทยว่า ร้อยละ 38 ของกรรมการเห็นว่าการขาดความรู้ความเข้าใจในด้านกฎหมาย เป็นข้อจำกัดสำคัญที่กระทบประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย ในขณะที่อีกร้อยละ 36 เห็นว่าข้อจำกัดมาจากระบบการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพ

หลังงานเสวนาเรื่อง พ.ร.บ. ความรับผิดในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล พ.ศ. 2560 ฉบับใหม่ ที่จัดโดย IOD เมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2560 ได้มีการสำรวจความคิดเห็นกรรมการบริษัทที่เข้าร่วมในงาน และมีกรรมการร่วมตอบแบบสอบถามทั้งหมด 82 คน ร้อยละ 70 เห็นว่า พรบ. ฉบับใหม่นี้ ซึ่งส่งผลให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลในกฎหมายอื่นๆ อีก 76 ฉบับ เหมาะสมต่อการสนับสนุนให้กรรมการบริษัททำหน้าที่ตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี ในขณะที่ร้อยละ 13 เห็นว่ายังควรปรับปรุงกฎหมายให้เน้นการปฏิบัติอย่างเข้มงวดมากขึ้น

“การที่ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่าการขาดความรู้ความเข้าใจในประเด็นกฎหมายของกรรมการเป็นข้อจำกัดสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมาย แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าจำเป็นต้องมีการพัฒนาความรู้ในเรื่องกฎหมาย ซึ่งที่สำคัญคือ ความรับผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับการทำหน้าที่กรรมการ เพราะหากกรรมการไม่ทราบหรือทำความเข้าใจและปฏิบัติให้ถูกต้อง ก็อาจส่งผลให้ต้องรับโทษตามกฎหมายโดยไม่รู้ตัวได้” ดร. บัณฑิต กล่าว

“ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายก็เป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ต้องให้ความสำคัญ เรามีกฎหมายดีๆ อยู่เยอะ แต่อย่างที่เราเห็นในหลายๆ กรณี แม้จะมีกฎหมายดี แต่เมื่อไม่มีการบังคับใช้ให้เกิดผลจริงก็ไม่มีประโยชน์”

จากผลการสำรวจ กรรมการร้อยละ 21 มองว่าตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่ชัดเจน และรัดกุมเพียงพอเปิดช่องให้มีการทำผิดกฎหมายได้ง่าย ในขณะที่กรรมการร้อยละ 5 เห็นว่าข้อจำกัดสำคัญคือบทลงโทษยังไม่รุนแรงพอ ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัว

ในประเด็นเรื่องการรับรู้ภาวะความรับผิดตามกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่กรรมการนั้น ร้อยละ 78 ระบุว่ากรรมการในบริษัทของตนรับรู้หลักการสำคัญของภาวะความรับผิดตามกฎหมาย ในขณะที่ร้อยละ 16 ระบุว่ากรรมการในบริษัทยังไม่เข้าใจว่าการปฏิบัติหน้าที่มีภาวะความรับผิดทางกฎหมายอย่างไร โดยมีเพียงร้อยละ 6 เท่านั้นที่ตอบว่ากรรมการในบริษัทเข้าใจภาวะความรับผิดตามกฎหมายในรายละเอียดเป็นอย่างดี

สำหรับประเด็นที่กรรมการที่ตอบแบบสอบถามต้องการให้รัฐบาลดำเนินการเพิ่มเติมในประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่กรรมการ ได้แก่ การเร่งรัดกระบวนการยุติธรรมกับกรรมการ และบริษัทที่กระทำความผิดอย่างจริงจัง รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ รวมถึงการขึ้นบัญชีดำกรรมการ และบริษัทที่กระทำความผิดอย่างเปิดเผย รวมถึงให้มีการปรับปรุงข้อกฎหมายเพื่อให้การคัดเลือกกรรมการ และการกำหนดคุณสมบัติกรรมการมีความรัดกุมมากขึ้น

ผลสำรวจ IOD ชี้กรรมการไทยควรพัฒนาความรู้ด้านกฎหมาย

Lacking of legal comprehension and inefficient enforcement system are two key constraints that limit the effectiveness of laws governing corporate directorship, according to the recent poll conducted by the Thai Institute of Directors (IOD).

Following a seminar conducted by the IOD on March 10 on the new Juristic Persons Act B.E. 2017 that imposes new criminal liabilities on directors, the IOD conducted a poll with responses from 82 participated directors. Some 70% of responded directors think this new legislation, which will effectively lead to similar changes to 76 other Acts and pieces of legislation, is appropriate in supporting directors to perform their roles in accordance with good corporate governance principles. Another 13% think there are rooms to tighten the law to emphasize on stricter practices.

“Since most responded directors view the lacking of legal knowledge as a key constraint, it clearly means directors need to improve their legal knowledge, especially on legal liabilities involving their directorship. If they do not aware, understand, and properly comply with the relevant laws, they could be punished for crime they don’t intentionally committed,” said Dr. Bandid Nijathaworn, President and CEO of Thai IOD.

“The efficiency of law enforcement is another crucial matter. We have a lot of decent legislations, but in certain cases, they can be fruitless without serious and effective enforcement.”

Some 38% of directors see the lacking of legal knowledge as key constraint to effective law enforcement while 36% see inefficient enforcement system as main limitations. Another 21% view unclear legislation as key condition that create loopholes for wrongdoers while 5% thinks the penalties are not severe enough to discourage violators.

Regarding awareness of legal liabilities of directorship, 78% believe directors at their companies understand key principles of the law while 16% said their directors are still not understand legal liabilities. Only 6% said directors at their firms thoroughly understand their legal liabilities.

Among issues that responded directors want the government to pursue regarding laws that involve directorship include acceleration of judicial process with directors or companies that violate the laws, blacklist directors and companies that committed serious crimes, and improve legislations involving selection and qualification of directors.

นายพิชญ พรมจรรยา
Mr. Phitsanu
Phromchanya
Public Relations
Advisor
Thai IOD



IOD Poll Shows Thai Directors Should Enhance Legal Knowledge