



สถานะทางกฎหมายและความรับผิดของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายต่างประเทศ

1. ประเทศอังกฤษ

1.1 สถานะทางกฎหมาย หน้าที่ ความรับผิด และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

(1) สถานะทางกฎหมาย

สถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ศาลได้วางหลักกฎหมายไว้ในคำพิพากษาหลายคดี ในคดี Kelner v. Baxter (1866) L.R.2 C. P.174 และคดี Tinnevely Sugar Refining Co., Ltd. v. Mirrlees, Watson & Yaryan Co., Ltd. (1894) 21 R.1009 วางหลักว่า¹ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่มีสถานะเป็น ตัวแทน (Agent) ของบริษัทที่ทำการจัดตั้งขึ้น เพราะขณะที่ทำการจัดตั้งบริษัทนั้น บริษัทยังไม่มีตัวตน จึงไม่อาจมีตัวแทนได้ คดี Re Leeds & Hanley Theatres of Varieties Ltd. (1902) 2 Ch 809, คดี Rita Joan Dairies Ltd. v. Thomson (1974) 1 NZLR 285, คดี Omnium Electric Palaces Ltd. v. Baines (1914) 1 Ch.332 และคดี Edinburgh Northern Tramways Co. v. Mann (1896) 23 R.1056 วางหลักว่า² ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ถือว่าเป็นกระทำการในฐานะทรัสต์ (Trustee)* เพื่อบริษัทในอนาคตที่จะจัดตั้งขึ้น แม้ว่าตามหลักการแล้วจะมีความเป็นไปได้ (doctrinal possibility) คดี Wood v. Duke of Argyll (1844) 6 Mann & G 928 วางหลักว่า³ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่อยู่ในฐานะเป็น

¹Geoffrey Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, 14th.ed. (London : Sweet & Maxwell/Stevens, 1991), p.99.

²Ibid. ; John H. Farrar and others, Farrar's Company Law, 3rd.ed. (London : Butterworths, 1991), p.55.

*"ทรัสต์" (Trust) ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป อันดำรงอยู่บนความไว้น้ำใจซึ่งกันและกันโดยให้ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า "ทรัสต์" (Trustee) เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า "ผู้รับประโยชน์" (Beneficiary) (ไชยวัฒน์ บุณาค, ศัพท์และวลีกฎหมาย (อังกฤษ-ไทย) (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ดีแอนด์เอส, 2529)).

³Robert R. Pennington, Company Law, 6th.ed. (London : Butterworths, 1990), p.524.

หุ้นส่วนกัน (partners) คดี Spicer (Keith) Ltd. v. Mansell (1970) 1 W.L.R. 333 วางหลักไว้ทำนองเดียวกันว่า⁴ บุคคลเกินกว่าหนึ่งคนขึ้นไปรวมตัวกันเพื่อทำการจัดตั้งบริษัทเอกชน (private company) โดยก่อนบริษัทจะถูกจัดตั้งขึ้นมานั้นไม่มีเจตนาประกอบธุรกิจหาผลกำไร พวกเขาเหล่านั้นจึงไม่เป็นหุ้นส่วนกัน (partners) ตามความหมายใน section 1 (1) แห่ง Partnership Act 1890 ซึ่งกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วน (Partnership law) นั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยตัวแทน (Law of Agency) ผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนเป็นตัวแทนซึ่งกันและกัน⁵ ดังนั้นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแต่ละคนจึงไม่เป็นตัวแทนซึ่งกันและกัน หากไม่มีข้อตกลงระหว่างกันไว้โดยชัดแจ้งแล้ว แต่ละคนจึงไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกันหรือแทนกันในสัญญาใด ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทซึ่งกระทำโดยคนอื่น ๆ (หลักจากคดี Wood v. Duke of Argyll (1844) 6 Man & G 928.)⁶

จึงเห็นได้ว่า ตามหลักกฎหมายอังกฤษ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่มีสถานะทางกฎหมายที่มีชื่อเรียกลักษณะหนึ่งลักษณะใด แต่อย่างไรก็ตาม ในคดี Twycross v. Grant (1877) 2 CPD 469 CA, คดี Erlanger v. New Sombreo Phosphate Co. (1878) 3 App Cas 1218 HL, คดี Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate (1899) 2 Ch 392 CA, คดี Gluckstein v. Barnes (1900) AC 240 HL, คดี Emma Silver Mining Co. v. Grant (1879) 11 Ch.D.918, คดี Bagnail v. Carton (1877) 6 Ch. D.371, คดี Whaley Bridge Co. v. Green (1879) 5 Q.B.D.109, คดี Mann v. Edinburgh Northern Trams Co. (1893) A.C.69, คดี Re Leeds and Hanley Theatre of Varieties Ltd. (No.1) (1902) 2 Ch.809 และคดี Henderson v. The Huntington Copper and Sulphate Co. 1877, 5 R. (H.L.) 1 วางหลักไว้ว่า⁷

⁴Clive M. Schmitthoff, Palmer's Company Law, 24th.ed. (London : Stevens & Sons, 1987), p.260.

⁵L.C.B. Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, 4th.ed. (London : Stevens & Sons, 1979), p.3.

⁶Pennington, Company Law, p.524.

⁷Halsbury's Laws of England, Vol.7 (1), pp.41-42.

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่จะต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary position)* ในส่วนที่เกี่ยวกับบริษัทซึ่งทำการก่อตั้งขึ้น โดยฐานะดังกล่าวมีขึ้นตั้งแต่เมื่อเริ่มเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและมีอยู่จนกระทั่งสิ้นสุดการเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท Lord Cairns ได้กล่าวไว้ในคดี Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co., ว่า⁸ "ไม่ต้องสงสัยเลยว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่จะต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary position) เนื่องจากพวกเขาเป็นผู้วางรูปแบบและสร้างบริษัท และมีอำนาจที่จะกำหนดเรื่องอะไร อย่างไรและเมื่อใด อันจะเป็นจุดเริ่มต้นของการมีตัวตนและดำเนินกิจการของบริษัท

(2) หน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิ

ก. หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัท

หน้าที่ในส่วนนี้เป็นปัญหาข้อเท็จจริงที่สำคัญต่อการวินิจฉัยว่า สิ่งทีบุคคลใดได้กระทำลงไป จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (คดี Lydney and Wigpool Iron Ore Co v. Bird (1886) 33 Ch.D.85 CA, คดี Twycross v. Grant (1877) 2 CPD 469 CA และคดี Emma Silver Mining Co. v. Lewis & Son (1879) 4 CPD 396)⁹ หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท จากหลักในคำพิพากษาก็คือ กระทำการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จในการก่อตั้งบริษัทตามที่วางแผนไว้ หน้าที่ดังกล่าว เช่น จัดหาทุน จัดหาผู้เข้ามาถือหุ้น จัดทำสัญญาหรือข้อตกลงในเบื้องต้น (preliminary agreement) เป็นต้น (คดี Twycross v. Grant (1877) 2 C.P.D.469, 541, CA, คดี Cf. Bagnall v. Carlton (1877) 6 Ch. D.371 CA, คดี Emma Silver Mining Co.v.

*คำว่า "Fiduciary" มีนักกฎหมายบางท่านใช้คำภาษาไทยว่า "ความซื่อสัตย์สุจริต" (โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532), หน้า 217-219. ; สมชัย วิชญไพศริสุกุล, "หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย," (วิทยานพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530). ; นิเวศน์ มนต์วีรวิวัฒน์, "ความรับผิดชอบของกรรมการบริษัท," รวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ ดร.ปรีดี เภษมทวิทย์ (ตุลาคม 2531) : 85-89.)

⁸Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.262.

⁹Halsbury's Laws of England, Vol.7 (1), p.39.

Grant (1879) 11 Ch.D.918 CA, คดี Whaley Bridge Printing Co. v. Green (1880) 5 Q.B.D.109, คดี Lydney & Wigpool Iron Ore Co. v. Bird (1886), คดี Mann v. Edinburgh Northern Tramway Co. (1893) AC 69 HL, คดี Jubilee Cotton Mills v. Lewis (1924) AC 958 HL และคดี Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate (1899) 2 Ch.392, 428 CA)¹⁰

สำหรับหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั้น Companies Act 1985 มาตรา 1 (1) บัญญัติไว้ว่า

Any two or more persons associated for a lawful purpose may, by subscribing their names to a memorandum of associated and otherwise complying with the requirements of this Act in respect of registration, form an incorporated company, with or without limited liability

ตามบทบัญญัติดังกล่าว บุคคลใด ๆ ตั้งแต่สองคนขึ้นไปจะตกลงเข้าร่วมกัน เพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ และกระทำการอย่างอื่น ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ในเรื่องการจดทะเบียนตั้งบริษัทโดยจำกัดหรือไม่จำกัดความรับผิด แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลใด ๆ จะเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหรือไม่นั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับเพียงว่าได้กระทำการ ตามมาตรา 1 (1) แห่ง The Companies Act 1985 ดังกล่าวเท่านั้น เพราะคำว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (Promoter) กฎหมายไม่ได้บัญญัตินิยามไว้ แต่ความหมายของคำนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาคดีต่าง ๆ ซึ่งคำนี้ไม่ใช่ถ้อยคำในทางกฎหมาย หากเป็นถ้อยคำในทางธุรกิจ (คดี Whaley Bridge Calico Printing Co. v. Green (1880) 5 QBD 109) จึงเป็นเรื่องสะดวกที่

¹⁰Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.325.

The Companies Act 1985 จะให้อำนาจบุคคลซึ่งได้กระทำการที่เข้าข่ายเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ดังกล่าวก่อตั้งบริษัทโดยการจดทะเบียน (Incorporated company)¹¹

ข. หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับการต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้น้ำเนื้อเชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) และความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care)

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่ต้องทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้น้ำเนื้อเชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary position) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริษัทซึ่งทำการก่อตั้งขึ้น¹² ความเกี่ยวพันที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีต่อบริษัทจึงเป็นไปตามหลัก Fiduciary relationship¹³ กล่าวคือ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่มีความผูกพัน ตามกฎหมายที่จะต้องกระทำการใด ๆ อย่างผู้ที่ได้รับความไว้น้ำเนื้อเชื่อใจเป็นพิเศษต่อบริษัท กล่าวอีกนัยหนึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท มีหน้าที่ต่อบริษัทตามหลักหน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้น้ำเนื้อเชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duties)¹⁴ นอกจากนั้นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ตามหลักต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร

¹¹ Halsbury's Laws of England, Vol.7 (1), p.39.

ทั้งนี้ ในบทบัญญัติที่ยกเลิกไปแล้วได้นัก Joint Stock Companies Act 1844 s 3 ให้นิยามว่า หมายถึง "every person acting by whatever name in the forming and establishing of a company at any period prior to the company obtaining complete registration" และ The Companies Act 1948 s 43 (5) กับ The Companies Act 1985 s 67 (3) (ซึ่งยกเลิกโดย The Financial Services Act 1986 s 212 (3), Sch 17 Pt I) ได้กำหนดนิยามคำว่า "Promoter" ในความเกี่ยวพันกับความผิดกรณีการออกหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น (prospectus) หรือเสนอขายหุ้น (offer for sale) ว่า หมายความว่า "who was a party to the prospectus or offer for sale, or the portion of it containing the untrue statement, other than a person acting in a professional capacity."

¹² Ibid., p.41. ; Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.262. ; Farrar and others, Farrar's Company Law, p.55.

¹³ Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.261.

¹⁴ Pennington, Company Law, p.524. ; Farrar and others, Farrar's Company Law, p.55.

"Fiduciary" หมายความว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลอันอาศัยความไว้น้ำเนื้อเชื่อใจกันเป็นพิเศษ ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องใช้อิทธิพลหรือกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยสุจริต เพื่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง (อาจเปรียบเทียบอย่างผิวเผินได้กับความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวทน ตามกฎหมายไทย) (ไชยวัฒน์ บุนนาค, ศัพท์และวลีกฎหมาย (อังกฤษ-ไทย)).

(เชิงอรรถ 14 ต่อ)

"Fiduciary" เป็นคำที่มีต้นกำเนิดมาจากกฎหมายโรมัน หมายความว่า บุคคลที่อยู่ในฐานะของทรัสต์ (Trustee) หรือเทียบเคียงได้กับทรัสต์ ซึ่งเป็นที่ไว้วางใจและเชื่อมั่นในความสุจริตและจริงใจ (the scrupulous good faith and candor) หน้าที่นี้เกิดแก่บุคคลซึ่งกระทำการใด ๆ เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น...

"Fiduciary duty" หมายความว่า หน้าที่ต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลหนึ่ง บุคคลใดในขณะที่จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของตนเองเป็นรองผลประโยชน์ของบุคคลอื่น ซึ่งจัดว่าเป็นมาตรฐานที่สูงที่สุดของหน้าที่อันพึงกระทำตามนัยกฎหมาย (ตัวอย่างเช่น ทรัสต์ ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ เป็นต้น

(Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, 6th.ed. (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990)).

Donovan Waters ให้นิยามของ "Fiduciary" ว่า ได้แก่ บุคคลผู้ซึ่งกระทำการภายใต้หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (duty of loyalty) ต่อบุคคลอื่น

Professor Finn ได้กล่าวว่า สำหรับบุคคลที่อยู่ในฐานะ "fiduciary" นั้น สิ่งที่ต้องมาลำดับแรกสุดก็คือ การผูกพันตนเองในทางใดทางหนึ่งที่จะกระทำการเพื่อปกป้องคุ้มครองและ/หรือเพิ่มพูนผลประโยชน์ของบุคคลอีกคนหนึ่ง

ทฤษฎี Property Theory ซึ่งเป็นทฤษฎีดั้งเดิมที่สุดอธิบายหลัก Fiduciary relationship ว่า หลัก Fiduciary relationship ย่อมมีขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งมีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย และ/หรือมีอำนาจควบคุมเหนือทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดและบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์เป็นเจ้าของสิ่งเหล่านั้น

Farthing J. กล่าวไว้ว่า หลัก Fiduciary relationship มีขึ้นเมื่อคนหนึ่งซึ่งได้รับความไว้วางใจว่าเป็นผู้ที่มีความยุติธรรมและสามัญสำนึกที่ดี (equity and good conscience) ผูกพันตนที่จะกระทำการโดยสุจริต (good faith) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของอีกคนหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ตาม J.C. Shepherd สรุปไว้ว่า เนื่องจากข้อความคิด (concept) ที่คลุมเครือของหลักที่เรียกว่า "Fiduciary" จึงทำให้ไม่ประสบผลสำเร็จในการที่จะนิยามหรือวิเคราะห์ โดยเฉพาะการปฏิเสธที่ชัดเจนที่สุดถึงความพยายามใด ๆ ที่จะพยายามกำหนด concept ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวของหลัก Fiduciary relationship ก็คือคำกล่าวของ Professor Finn ที่ว่า "It is meaningless to talk of fiduciary relationships as such." นอกจากนี้ J.C. Shepherd ยังเปรียบเทียบไว้ว่า "In the area of

(Duty of care)¹⁵ อีกด้วย

ข.1 หน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ
(Fiduciary duties)

คดี Omnium Electric Palaeds Ltd. v. Baines (1914)

1 Ch.332 วางหลักไว้ว่า¹⁶ หลักความยุติธรรมในหน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Equitable fiduciary duties) ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามคอมมอน ลอว์ (Common law) เป็นหลักที่คล้ายกันกับหลักที่มีอยู่ในเรื่องตัวแทน (Agent) โดยมีสาระสำคัญ (Substantial) เหมือนกัน

หน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ ประกอบด้วยหลักสำคัญ 3 ประการ คือ¹⁷

(เชิงอรรด 14 ต่อ)

fiduciaries, we in the academic community have been like the blind men describing the elephant. Our point of view has governed our conclusions." แต่จะอย่างไรก็ตาม เนื่องจากความซับซ้อนของความสัมพันธ์ในทางกฎหมายสมัยใหม่เกี่ยวกับนิติบุคคล (corporation) และรูปแบบทางธุรกิจ (business form) หลัก Fiduciary principle จึงถูกนำมาใช้แก้ปัญหาอย่างกว้างขวาง เช่น ใช้กับเรื่อง Joint venture, Franchising, corporation เป็นต้น ซึ่งไม่มีที่ใดเลยที่หลัก Fiduciary principles จะมีการใช้โดยอธิบายอย่างยุ่งยากและซับซ้อนเท่ากับในกรณีของนิติบุคคลสมัยใหม่ (modern corporation)

(J.C. Shepherd, The Law of Fiduciaries (Toronto, Canada : The Carswell Company Limited, 1981), pp.4-6, 24-33, 59, 65, 72, 89, 93 and 347.)

¹⁵Pennington, Company Law, p.527.

¹⁶Ibid., pp.524-525.

¹⁷Ibid., pp.525-526. ; Farrar and others, Farrar's Company Law, pp.55-57.



(เชิงอรรถ 17 ต่อ)

ทั้งนี้สิ่งที่เรียกได้ว่าเป็น "หัวใจ" (essence) ซึ่งอยู่ภายในหลักสำคัญ 3 ประการของหน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ นี้ก็คือ

1. Good faith (ความสุจริต)
2. Fair dealing (ความเที่ยงธรรม)
3. Full Disclosure (การเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่)

Lord Blackburn ได้กล่าวไว้ในคดี Erlanger v. New Bombrero Phosphate Co (1878) 3 App Cas 1218 ว่า "The Companies Act gave to promoters 'an almost unlimited power to make the corporation subject to such regulations as they please, and for such purposes as they please, and to create it with a managing body whom they select having such powers as they choose to give to those managers.' และกล่าวต่อไปอีกว่า 'I think those who accept and use such extensive powers are not entitled to disregard must make a reasonable use of the powers which they accept from the legislature... and consequently the do stand, with regard to that corporation when formed, in what is commonly called a fiduciary relation to some extent.'" (Farrar and others, Farrar's Company Law, p.55. ; Gower and others, Gower's Principle of Modern Company Law, pp.325-326.)

สำหรับการจำแนกหลักสำคัญอันเป็นส่วนประกอบของขอบเขตหน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ ตามตำรา Robert R. Pennington แบ่งเป็น 2 ประการ โดยสรุป คือ 1) ห้ามแอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) 2) ต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ (Disclosure of interest) แต่ตามตำรา John H. Farrar and others แบ่งเป็น 3 ประการ โดยสรุป คือ 1) ห้ามแอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) 2) ต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ (Disclosure of interest) 3) ต้องไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของอิทธิพลที่ไม่ชอบธรรม (Undue influence) และไม่ฉ้อฉล (Fraud) โดยเฉพาะต้องไม่ซ่อนผลประโยชน์โดยผ่านทางผู้แทน (nominee).

1) ห้ามมิให้แอบแสวงหาประโยชน์ (Secret profit) จากการดำเนินการก่อตั้งบริษัทโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท ในคดี *Re Cape Breton Co*² (1885) 29 ChD 795 และคดี *Focobus Marler Estates Ltd. v. Marler* (1913) 85 LJPC 167 n วางหลักว่า วิธีที่ง่ายที่สุดที่ผู้หากินจากการเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (professional promoters) จะแอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) ก็คือ การซื้อทรัพย์สินหรือธุรกิจแล้วนำมาขายต่อให้แก่บริษัทในราคาที่สูงขึ้น ซึ่งราคาส่วนที่เกินขึ้นมานี้เป็นผลประโยชน์ที่แอบแสวงหา ดังนั้น ถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อทรัพย์สินหรือธุรกิจมาในขณะที่เริ่มทำการก่อตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงมีหน้าที่ต่อบริษัทที่จะไม่แอบแสวงหาผลประโยชน์จากการขายทรัพย์สินหรือธุรกิจนั้นให้แก่บริษัท แต่ถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อทรัพย์สินหรือธุรกิจมาในขณะที่เพียงแต่ตั้งใจว่าจะทำการก่อตั้งบริษัทในอนาคต เช่นนี้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ไม่มีหน้าที่ตามหลักการต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) ต่อบริษัทที่ตั้งขึ้นมา (คดี *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.* (1878) 3 App Cas 1218 และคดี *Ladywell Mining Co. v. Brookes* (1887) 35 ChD 400) ซึ่งกรณีหลังนี้รวมถึงการที่ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเพียงทำสัญญากับผู้ขายว่าจะทำการก่อตั้งบริษัทขึ้นโดยทรัพย์สิน หรือธุรกิจจะถูกโอนไปให้บริษัทที่ตั้งขึ้นมา และรวมถึงการที่ความสมบูรณ์ของการซื้อขายล่าช้า จนกระทั่งบริษัทได้ตั้งขึ้นมา (คดี *Re Leeds and Hanley Theatres of Varieties Ltd.* (1902) 2 Ch 809 และคดี *Re Coal Economising Gas Co, Gover's Case* (1875) 1 ChD 182) แต่ถ้าหาก ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้เชิญชวนผู้ลงทุนให้ลงทุนก่อนที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะซื้อทรัพย์สินหรือธุรกิจที่ขายต่อให้บริษัท ดังนั้น การก่อตั้งบริษัทได้เริ่มขึ้นก่อนวันที่ซื้อทรัพย์สินหรือธุรกิจ จึงอาจเป็นการแอบแสวงหาผลประโยชน์ก็ได้ (คดี *Ladywell Mining Co. v. Brookes* (1887))^{1a}

สำหรับการแอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) โดยวิธีอื่น คดี *Whaley Bridge Calico Printing Co v. Green* (1880) 5 QBD 109 วางหลักว่า การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ทำความตกลงกับผู้ที่จะขายธุรกิจ (Sale of business) แก่บริษัทที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะก่อตั้งขึ้น โดยผู้ขายตกลงจะจ่ายผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้รับจากการให้ผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทในรูปของหุ้น (Share of the profit) ดังนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบบริษัทในหุ้นที่ได้มาดังกล่าว คดี *Gluckster v. Bornes* (1900) AC 240 วางหลักว่า การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อธุรกิจของบริษัทที่กำลังจะล้มละลาย (moribund company) และนำมาขายต่อให้บริษัทใหม่ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก่อตั้งขึ้นมา ดังนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบบริษัทใหม่ใน

^{1a} Pennington, *Company Law*, p.525.

ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการซื้อหุ้นกู้ (Debenture) ของบริษัทเก่าในราคาถูกตามราคาตลาดก่อนที่การก่อตั้งบริษัทใหม่จะเริ่มขึ้น โดยต้องชำระเงิน (รวมทั้งดอกเบี้ย) คืนในส่วนต่างของราคาหุ้นกู้ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อเข้ามาในราคาต่ำ แต่บริษัทใหม่ซื้อต่อในราคาเต็ม¹⁰

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องไม่กระทำการอื่นเป็นการฉ้อฉล (Fraud) โดยเฉพาะจะต้องไม่กระทำการปิดบังซ่อนเร้นผลประโยชน์ของตนโดยผ่านทางผู้แทน (Nominee) ของตน (คดี Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co (187), คดี Gluckstein v. Bornes (1900) AC 240, คดี Covendish-Bentinck v. Fenn (1887) 12 App Cas 652 HL และคดี Glasier v. Rolls (1889) 42 Ch.D.436)²⁰

2) ต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ (Disclosure of interest) ใน ๗ ที่มื่ออยู่ในการดำเนินธุรกรรมก่อตั้งบริษัท

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องเปิดเผยต่อบริษัทถึงผลประโยชน์ใด ๆ ที่ได้รับมา หรือว่าจะได้รับจากการดำเนินธุรกรรมการก่อตั้งบริษัท แม้แต่กรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ทรัพย์สินมาก่อนที่จะเริ่มก่อการตั้งบริษัท และได้ขายทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บริษัท ซึ่งกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นการแอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) แต่ก็ต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ (Disclosure of interest) ดังกล่าวเช่นเดียวกัน (คดี Re Lady Forest (Murchison) Gold Mine Co., Ltd. (1901) 1 Ch 582)²¹

3) ต้องไม่ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกครอบงำด้วยอิทธิพลอันไม่ชอบธรรม (Undue influence)²²

๒.2 หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care) หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อบริษัทตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common law) ยังไม่มีหลักกฎหมายจากคำพิพากษาวางรายละเอียดในเรื่องนี้ไว้ แต่เนื่องจากหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ได้เกิดจากสัญญา เพราะบริษัทยังไม่ตั้งขึ้นจึงไม่อาจทำสัญญากับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ดังนั้น หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

¹⁰ Ibid.

²⁰ Farrar and others, Farrar's Company Law, p.57. ; Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.263.

²¹ Pennington, Company Law, p.525.

²² Farrar and others, Farrar's Company Law, p.57.

คือบริษัทตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ จึงต้องใช้หลักกฎหมาย ซึ่งเหมือนกันกับกรณีที่บุคคลหนึ่งกระทำการ
 ในนามของอีกบุคคลหนึ่งโดยไม่มีสัญญาระหว่างกัน หน้าที่ดังกล่าวนี้ได้แก่²³

- ต้องไม่กระทำการฉ้อฉล (Deception)*
- ต้องใช้ทักษะและความระมัดระวังตามสมควร (Reasonable skill and care)**

หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care) ของ
 ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนั้น ศาลคงจะไม่เคร่งครัดถึงขนาดถือเอามาตรฐานเดียวกับมาตรฐานที่ใช้กับ
 กรรมการ (Directors) ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นแล้ว หน้าที่ที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความ
 ไว้เนื้อเชื่อใจเป็นพิเศษของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (Fiduciary duties of promoters) ก็จะต้อง
 คงเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในอันที่จะใช้กับการกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ดังนั้น จึงมีคำพิพากษา

²³ Pennington, Company Law, p.528.

*ความหมายของ "Deception" ตาม Black's Law Dictionary หมายความว่า
 "The act of deceiving ; intentional misleading by falsehood spoken or
 acted. Synonymous with fraud."

ตามคำราชของ John H. Farrar and others จัดหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
 ต้องไม่กระทำการฉ้อฉล (Fraud) ไว้ในส่วนของหน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้เนื้อ
 เชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duties) แต่ตามคำราชของ L.C.B. Gower and others
 เรื่องการฉ้อฉล (Fraud) เป็นกฎหมาย คอมมอน ลอว์ (หลักจากคดี Re Leeds and Hanley
 Theatre of Varieties (1902) 2 Ch 809 CA) (Farrar and others, Farrar's
 Company Law, pp.55-57. ; Gower and others, Gower's Principles of Modern
 Company Law, pp.331-332.)

** คำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา วางหลักไว้ว่า หลักต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับ
 ความไว้เนื้อเชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary) ประกอบด้วยหน้าที่อันใหญ่ยิ่ง (paramount) 2 ประการ
 ด้วยกัน คือ

1. Responsibility
2. Loyalty

หน้าที่ตามหลักการต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้เนื้อเชื่อใจเป็นพิเศษ
 (Fiduciary) จึงไม่มีแต่เพียงหน้าที่ต้องซื่อสัตย์สุจริต (Duty of loyalty) เท่านั้น หากต้องมี
 หน้าที่ระมัดระวังตามสมควร (Duty of care) อีกด้วย (คดี Bayer v. Beran (1944) 49
 N.Y.S. 2 d 2 และคดี York v. Guar Trust (1944) 143 F 2d 503 (2 Cir), re'd
 on other grounds (1945) 326 U.S.99)

วางหลักว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซึ่งประมาทเลินเล่อ (Negligence) ปล่อยให้บริษัทซื้อทรัพย์สินในราคาที่สูงกว่ามูลค่าที่แท้จริงจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่บริษัทได้รับ (คดี *Jacobus Marler Estates Ltd. v. Marler* (1913) 85 LJPC 167 n) และในคดีที่กล่าวมาแล้ว (คดี *Re Leeds and Hanley Theatres of Varieties*) ซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทถูกตัดสินให้ชดใช้ความเสียหายเนื่องจากการทำผิดหน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (breach of a fiduciary duty) นั้น อาจจะถูกพิจารณาได้ในแง่ที่ว่า การกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นการไม่ปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทโดยประมาท ในคดีดังกล่าวนี้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทยังถูกตัดสินให้ต้องรับผิดชอบต่อบริษัทในความเสียหายที่เกิดจากการออกหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น (prospectus) ซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททราบว่ามีข้อความที่เป็นเท็จ โดยศาลเห็นว่าเป็นเรื่องของการฉ้อฉล (fraud) ทั้งนี้เป็นที่ชัดเจนว่าการกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็คือการทำผิดหน้าที่ที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ต่าง ๆ ของบริษัทและจะต้องไม่ทำละเมิดด้วยกลฉ้อฉล (tort of deceit) และศาลได้ตัดสินทำนองเดียวกันกรณีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อบริษัท ถ้าหากได้รับหุ้นของบริษัทที่ออกเป็นค่าทรัพย์สินที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทขายให้แก่บริษัทในราคาที่สูงเกินกว่ามูลค่าที่แท้จริง ซึ่งเป็นการตัดโอกาสของบริษัทที่จะออกหุ้นระดมเงินจากประชาชน (คดี *Re Fubilee Cotton Mills Ltd.* (1922) 1 Ch 100) ในคดีเหล่านี้ทั้งหมดความจริงแล้ว ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

(เชิงอรรถ ** หน้า 28 ต่อ)

หน้าที่ต้องระมัดระวังตามสมควร (Duty of care) เป็นพื้นฐานของการจัดการตามหน้าที่ (Management duty) ซึ่งต้องมีมาตรฐานการปฏิบัติงานเป็นพิเศษในขั้นต่ำเกี่ยวกับทักษะ (Skill), การพิจารณาตัดสินใจ (Judgment), ความสามารถ (Competence) ฯลฯ หน้าที่ดังกล่าวนี้ไม่ได้มีเฉพาะแต่เพียงในสถานการณ์ที่ต้องมีหน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary Situations) เท่านั้น แต่ยังมีในสถานการณ์ของการปฏิบัติตามสัญญาและการกระทำที่เป็นละเมิด (Contractual and tortious situations) อีกด้วย อย่างไรก็ตาม หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care) ไม่ได้เกี่ยวข้องกับหรือเป็นส่วนหนึ่งของความสัมพันธ์ตามกฎหมายของหลักการต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary relationships) ทั้งหมดทุกกรณี

(J.C. Shepherd, *The Law of Fiduciary*, pp.47-49.)

ก็มีความผิดในการกระทำผิดหน้าที่การต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duties) ด้วย แต่กรณีเดียวกันนี้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็อาจมีความผิดในการประมาทเลินเล่อ (negligence) เท่านั้นก็ได้²⁴

ค. บุคคลที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่และความรับผิดชอบและการเชี่ยวชาญความเสียหาย

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duties) ต่อบริษัท แต่ไม่ต้องมีหน้าที่ดังกล่าวต่อผู้ถือหุ้น (Shareholder) และเจ้าหนี้ (Creditor)²⁵ (ส่วนกรณีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสิทธิได้รับผลประโยชน์จากการก่อตั้งบริษัทจะต้องมีหน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงต่อคณะกรรมการที่เป็นอิสระ (Independent board) หรือต่อผู้ถือหุ้นหรือผู้จองหุ้นในหนังสือ ชั่วคราวให้ชื่อนั้นนั้นจะกล่าวถึงในหัวข้อ ง. "สิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทฯ")

²⁴ Pennington, Company Law, p.528.

หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duties of care) ของกรรมการ (Directors) หมายความว่า กรรมการของบริษัทมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duties of care) ในการจัดการกิจการของบริษัท หากกรรมการไม่ใช้ความระมัดระวังเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายแล้ว กรรมการผิดหน้าที่ต่อบริษัท ในคดี Re City Equitable Fire Insurance Co. (1925) Ch.407 Rome J. ได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการไว้ 3 ประการ คือ

1. กรรมการไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่าระดับที่ตนเคยประพฤติปฏิบัติในกิจการของตนเอง ดังนั้นจึงไม่ต้องรับผิดชอบโดยเหตุเพราะตัดสินใจผิดพลาด (mere errors of judgment)

2. กรรมการไม่จำเป็นต้องเอาใจใส่ในการบริหารกิจการของบริษัทตลอดเวลา หน้าที่ของกรรมการนั้นเป็นหน้าที่เป็นครั้งคราวที่เกิดขึ้นในการประชุมกรรมการและกรรมการไม่จำเป็นต้องเข้าประชุมกรรมการทุกครั้ง คงมีหน้าที่เข้าประชุมตามสมควรแห่งสถานการณ์

3. กรรมการอาจมอบหมายงานในหน้าที่ของตนให้พนักงานคนใดคนหนึ่งทำหน้าที่แทนตนได้ตามที่จำเป็น เว้นแต่ข้อบังคับของบริษัทจะระบุไว้เป็นอย่างอื่น และกรรมการมีสิทธิเชื่อถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวนั้นปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต เว้นแต่จะมีเหตุอันควรสงสัยเป็นอย่างอื่น

(สรุศักดิ์ วาจาสิทธิ์, "หน้าที่ของกรรมการบริษัทตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายไทย," รวมบทความในโอกาสเกษียณอายุราชการ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ : 90-91.)

²⁵ Farrar and others, Farrar's Company Law, p.58.

แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งผู้ถือหุ้น (Shareholder) และเจ้าหนี้ (Creditor) อาจฟ้องร้องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common law) ในเรื่องกลฉ้อฉล (Deceit, Misrepresentation) หรือประมาท (Negligence)²⁶ ซึ่งตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่จะต้องไม่กระทำการทุจริตหรือไม่ซื่อสัตย์ (Falsehoods) (คดี Derry v. Peek (1889) 14 App. Cas.337, HL) และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่สามารถทำสัญญา ยกเว้นหน้าที่ของตนโดยเพิ่มเงื่อนไขในข้อบังคับเพื่อให้บริษัทและผู้ถือหุ้นตกลงผลประโยชน์ของพวกเขา²⁷ นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ยังสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตาม Financial Services 1986 ตามมาตรา 150-152 ในกรณีของ หลักทรัพย์ที่จดทะเบียน (listed securities) และมาตรา 166-168 ในกรณีของ หลักทรัพย์ที่ไม่จดทะเบียน (unlisted securities) ถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีส่วนร่วมในการออกหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น (Prospectus) เพื่อเสนอขายหุ้นหรือหุ้นกู้ แต่หนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้นนั้น จะเลขการให้ข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่ไมตรงความจริง²⁸ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบ ถ้าหุ้นกลายเป็นไม่มีมูลค่าเพราะผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำผิดหน้าที่ต่อบริษัท เว้นแต่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะชักจูงผู้มาลงทุน โดยให้ข้อมูลที่ไมตรงความจริงดังกล่าวมาแล้ว²⁹

บริษัทมีสิทธิฟ้องร้องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกรณีทำผิดหน้าที่ตามหลักการต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary) และหน้าที่ตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common law duties) ต่อบริษัท โดยสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิเด็ดขาด ไม่สามารถยกเว้นโดยข้อกำหนดใด ๆ³⁰

สำหรับวิธีการเยียวยาความเสียหายมีในกรณีดังต่อไปนี้

1. ถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำขึ้นจากการก่อตั้งบริษัทหรือทำผิดหน้าที่การต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duties) ต่อบริษัท วิธีการเยียวยาดังต่อไปนี้ อาจเปิดช่องทางให้กระทำได้

²⁶ Ibid.

²⁷ Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, pp.328-329.

²⁸ Farrar and others, Farrar's Company Law, p.58. ; Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.266.

²⁹ Pennington, Company Law, p.529.

³⁰ Ibid.

1.1 กรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทขายทรัพย์สินของตนให้แก่บริษัท ดังนี้ บริษัทอาจยกเลิกสัญญา และได้รับการคืนเงินที่จ่ายไปในการซื้อทรัพย์สินนั้น³¹ ทั้งยังสามารถเรียกเอาผลประโยชน์ใด ๆ ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแอบแสวงหาจากการขายทรัพย์สินให้แก่บริษัท³² สิทธิการยกเลิกสัญญาดังกล่าวนี้จะต้องปฏิบัติตามหลักสัญญาโดยทั่วไป กล่าวคือ บริษัทจะต้องไม่กระทำการใดที่แสดงว่ามีเจตนาให้สัญญาอันนั้น หลังจากพบว่ามีการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริง (Non-disclosure) หรือมีการทำกลฉ้อฉล (Misrepresentation) และการกลับคืนสู่สภาพเดิมหรือชดใช้ค่าเสียหายในกรณีไม่อาจคืนทรัพย์สินให้ได้ (Restitutio in integrum) สามารถกระทำได้³³

คดี Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co. (1878) 3 App.Cas.1218 (P.C.) ข้อเท็จจริงปรากฏว่ากลุ่มบุคคลซึ่งมี E. เป็นหัวหน้า ได้ซื้อเกาะใน West Indies ที่มีเหมืองแร่ฟอสเฟต (Phosphates) มาในราคา 55,000 ปอนด์ ต่อมา E. ได้ก่อตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อซื้อเกาะดังกล่าวนี้ สัญญาซื้อขายได้ทำขึ้นระหว่าง X. ซึ่งเป็นผู้แทน (Nominee) ของกลุ่มบุคคลดังกล่าวกับบริษัท โดยซื้อในราคา 110,000 ปอนด์ ศาลตัดสินว่า เนื่องจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผลประโยชน์ที่พวกเขากระทำ บริษัทจึงมีสิทธิยกเลิกสัญญาและได้รับการชดใช้เงินที่จ่ายไปในการซื้อทรัพย์สินจาก E. และบุคคลอื่น ๆ ที่อยู่ในกลุ่มดังกล่าว³⁴

1.1.1 สิทธิที่จะยกเลิกสัญญาอาจจะหมดไปในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1.) ถ้าหากคู่สัญญาไม่สามารถกลับคืนสู่สถานะเดิมได้ กล่าวคือ ทรัพย์สินได้ถูกแปรสภาพไป (คดี Lagunaw Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate (1899) 2 Ch.392 (C.A.) แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้การกลับคืนสู่สถานะเดิมโดยการคืนทรัพย์สินไม่

³¹ Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.101.

³² Pennington, Company Law, p. 527. ; Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.329.

³³ Gower and others, Ibid., p.329.

³⁴ Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.101. ; Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.329.

สามารถทำได้ แต่ถ้าสามารถชดเชยค่าเสียหายในกรณีที่ไม่สามารถคืนทรัพย์สินให้ได้ (Restitution) การยกเลิกสัญญาที่อาจกระทำได้³⁵

(2.) ถ้าหากบุคคลที่สาม (Third parties) มีสิทธิได้รับมูลค่า (Value) ของสิ่งนั้นแล้ว ไม่ว่าจะโดยสิทธิจำนอง (Mortgage) หรือสิทธิอื่น ๆ ตามสัญญาโดยสุจริต (คดี Re Leeds and Hanley Theatres of Varieties Ltd. (1902) 2 Ch.809 C.A.)³⁶

(3.) ถ้าหากบริษัทใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้วเข้าโดยไม่มีเหตุอันสมควร แต่อย่างไรก็ดี หากกรรมการ (Board of directors) ของบริษัทถูกควบคุมโดยผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำให้กรรมการไม่อาจเปิดเผยการทำผิดหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อผู้ถือหุ้นได้ ดังนั้นบริษัทย่อมไม่หมดสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้แม้ว่าจะเกินเวลาที่สมควรก็ตาม (คดี Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate Ltd. (1899)) แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ถือหุ้นทั้งหมดได้ทราบถึงการกระทำผิดหน้าที่แล้วและไม่ดำเนินการใดภายในเวลาอันสมควร ดังนั้น บริษัทย่อมหมดสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ (คดี Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co. (1878) 3 App.Cas 1218) บริษัทอาจสละสิทธิเลิกสัญญาได้โดยสมมติสามัญผู้ถือหุ้น (คดี (Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co. และคดี Re Cape Breton Co. (1885) 29 ChD 795) แต่หากมตินั้นผ่านไปโดยเสียงของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเท่านั้น มติดังกล่าวก็ไม่เป็นผล บริษัทยังคงมีสิทธิเลิกสัญญาได้ (คดี Atwool v. Merryweather (1867) LR 5 Eq 464 n)³⁷

1.2 บริษัทอาจฟ้องร้องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทให้ชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำผิดหน้าที่ต่อกรรมการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duties) และอาจจะบังคับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทให้ชำระเงินตามจำนวนผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำขึ้นให้แก่บริษัท³⁸ ถึงแม้ว่าบริษัทจะไม่ได้ยกเลิกสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) นั้นก็ตาม³⁹

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Pennington, Company Law, p.527.

³⁸ Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.103.

³⁹ Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law,

ในคดี *Gluckstein v. Barnes* (1900) A.C.240 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า กลุ่มบุคคลซึ่งมีจำนวน 4 คน ได้ซื้อทรัพย์สินมาในราคา 140,000 ปอนด์ เพื่อที่จะขายต่อให้บริษัทที่จะก่อตั้งขึ้น เมื่อก่อตั้งบริษัทขึ้นแล้วผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททั้ง 4 คนดังกล่าวเป็นกรรมการชุดแรกของบริษัทและได้ขายทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บริษัทในราคา 180,000 ปอนด์ ซึ่งทำให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้รับกำไรจากการขายทรัพย์สินนั้น 40,000 ปอนด์ และยังได้รับผลประโยชน์ค่าส่วนลดจำนวน 20,000 ปอนด์ เป็นรางวัลจากการที่ชำระราคาทรัพย์สินที่ซื้อมาทั้งหมดในคราวเดียว หนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น (Prospectus) ที่ออกมาได้เปิดเผยผลประโยชน์ (Profit) ในจำนวน 40,000 ปอนด์ เท่านั้น แต่ไม่เปิดเผยในส่วนที่ได้รับ 20,000 ปอนด์ ด้วย ศาลตัดสินว่าเงินจำนวน 20,000 ปอนด์ ดังกล่าวเป็นผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแอบแสวงหามา (Secret profit) ซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีภาระผูกพันที่จะต้องชดใช้เงินจำนวนดังกล่าวให้แก่บริษัทในคดี *Re Leeds and Hanley Theatres of Varieties Ltd.* (1902) 2 Ch.809 (C.A.) ปรากฏข้อเท็จจริงว่า F. Co. ทำสัญญาซื้อ music-halls 2 โรง ในราคา 24,000 ปอนด์ แล้วโอนไปให้ R. ซึ่งเป็นผู้แทน (nominee) ถือไว้ก่อน โดยมีเจตนาที่จะขายต่อให้แก่ T.Co. เมื่อก่อตั้งขึ้นแล้วในภายหลัง ดังนั้น F. Co. จึงทำการก่อตั้ง T. Co. และตกลงจะขาย music-halls ให้ T. Co. ในราคา 75,000 ปอนด์ และสั่งให้ R. ส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว คณะกรรมการของ T. Co. ไม่ใช่คณะกรรมการที่เป็นอิสระ (Independent board) หนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้นถูกออกสู่สาธารณชน โดย T. Co. ระบุให้ R. เป็นผู้ขายทรัพย์สินดังกล่าว และไม่เปิดเผยถึงผลประโยชน์ของ F. Co. หรือการแสวงหาประโยชน์ของ F. Co. ศาลตัดสินว่า หนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้นต้องเปิดเผยว่า F. Co. คือผู้ขายที่แท้จริง ตลอดจนจำนวนของผลประโยชน์ที่ทำการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำผิดหน้าที่ต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) ดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายต่อบริษัท ซึ่งจำนวนของค่าเสียหายวัดได้จากผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้รับ ในคดี *Re Cape Breton Co.* (1885) 29 Ch.D.795 C.A., คดี *Jacobus Marler Estates Ltd. v. Evatt* (1971) A.C. 793 P.C. วางหลักว่า กรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทขายทรัพย์สินของตนให้แก่บริษัท และบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบัน (affirm) สัญญา บริษัทสามารถเรียกร้องให้ชำระเงินจำนวนที่เป็นผลประโยชน์คืน

หรือให้ชดใช้ค่าเสียหาย และร้องขอต่อศาลให้เปลี่ยนแปลงสัญญาซื้อขายเสียใหม่โดยสั่งให้จำเลย
ชดใช้คืนของตนในราคาที่ต่ำลงได้⁴⁰

ถึงแม้ว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะไม่ได้ชดใช้คืนของตนให้แก่บริษัท
แต่แอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) จากการก่อตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ต้อง
ชดใช้คืนซึ่งผลประโยชน์นั้นแก่บริษัท (คดี Henderson v. The Huntington Copper etc.
Co. Ltd. (1877) 5 R. (H.L.) 1 ; (1877) 4 R.294 และคดี Mann v. Edinburgh
Northern Tramways Co. (1892) 20 R. (H.L.) 7 ; (1891) 18 R.1140)
แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีภาระผูกพันที่จะต้องชดใช้คืนซึ่งผลประโยชน์ที่ตนทำขึ้น
เพียงเท่าที่หลังจากหักค่าใช้จ่ายตามกฎหมายทั้งหมดออกไปแล้ว ซึ่งได้แก่ ค่าใช้จ่ายในค่าจ้าง
พนักงานรังวัด (Surveyors' charges) ค่าใช้จ่ายในค่าธรรมเนียมทนายความ (Solicitors'
charges) และค่าใช้จ่ายในการจัดพิมพ์เอกสาร (Printing costs) อันเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น
จากการก่อตั้งบริษัท (คดี Lydney and Wigpool Iron Ore Co. v. Bird (1886) 33
Ch.D.85 C.A.)⁴¹

2. นอกจากการเสียหายความเสียหายดังกล่าวมาแล้ว บริษัทอาจจะฟ้องร้อง
ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทให้ชดใช้ค่าเสียหายในกรณีกระทำการฉ้อฉล (Fraud) (คดี Re Leeds and
Hanley Theatre of Varieties (1902)⁴² ซึ่งหากในกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common
law) ไม่มีเรื่องการฉ้อฉล (Fraud) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายจากกรณีที่ไม่
เปิดเผยข้อเท็จจริง หรือกรณีที่เหมาะสมแล้วทำให้บริษัทซื้อทรัพย์สินในราคาที่สูงเกินไป (คดี
Leeds case และคดี Jacobus Marler Estates v. Marler (1913) 85 L.J.P.C.)
ซึ่งค่าเสียหายได้แก่ราคาที่แตกต่างกันระหว่างราคาตลาดกับราคาตามสัญญา นอกจากนั้น ผู้เริ่มจัดตั้ง
บริษัทอาจต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายต่อผู้จองหุ้น (Subscriber) กรณีมีการฉ้อฉล (Fraud) ถ้า
หากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเจตนาแสดงข้อความที่เป็นเท็จในข้อเสนอชักชวนให้ซื้อหุ้น (Inducing
subscriptions) และแม้แต่ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ได้มีเจตนาจะทำการฉ้อฉล แต่ได้แสดง

⁴⁰Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law,
pp.102-103.

⁴¹Ibid., pp.103. ; Pennington, Company Law, p.526.

⁴²Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.103.



ข้อความที่เป็นเท็จไว้ในหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น (Prospectus) หรือไม่ได้แสดงข้อมูลใดไว้ในหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้นตามที่ Companies Act 1948 ต้องการให้แสดง ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็อาจต้องรับผิดชอบใช้คำสินไหมทดแทนผู้ลงทุน ซึ่งความรับผิดชอบดังกล่าวนี้เหมือนกับที่ความรับผิดชอบของผู้จัดการบริษัท (Director)⁴³

แต่อย่างไรก็ตาม ดังได้กล่าวมาแล้วในข้อ (1) "สถานะทางกฎหมาย" ว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่อยู่ในฐานะเป็นหุ้นส่วนกันไม่เป็นตัวแทนซึ่งกันและกัน ถ้าหากไม่มีข้อตกลงระหว่างกันไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกันหรือแทนกัน (Jointly or vicariously liable) ในสัญญาใด ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทซึ่งกระทำโดยบุคคลอื่น ๆ⁴⁴

ง. สิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะแสวงหาผลประโยชน์ และได้รับการชดเชยคืนค่าใช้จ่าย
กับได้รับค่าตอบแทน

1. ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสิทธิที่จะหาผลประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมในค่าใช้จ่ายของบริษัทที่ตนทำการก่อตั้งขึ้น ถ้าหากได้เปิดเผยข้อเท็จจริงแก่บริษัทและได้รับความยินยอมจากบริษัท⁴⁵ แต่ความยากอยู่ตรงที่การพิจารณาว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้กระทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงนี้ได้อย่างไร เพราะบริษัทเป็นเพียงนิติบุคคลที่สมมติให้มีตัวตนขึ้นมา (Artificial entity) ในคดี Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co. (1878) 3 App.Cas.1217, H.L. วางหลักว่า เป็นหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะต้องทำให้เกิดความมั่นใจว่า บริษัทได้มีคณะกรรมการบริษัทที่เป็นอิสระ (Independent board of directors) และกระทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (full disclosure) ต่อคณะกรรมการดังกล่าว Lord Cairns ได้กล่าวไว้ในคดีนี้ตอนหนึ่งว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจจะขายทรัพย์สินของตนให้แก่บริษัทที่ตนก่อตั้งขึ้นก็ได้ แต่จะต้องกระทำการดังกล่าวโดยผ่านคนกลาง คือ คณะกรรมการบริษัท (Medium of a board of directors) ซึ่งสามารถกระทำการอย่างเป็นทางการและเป็นอิสระและมีความฉลาดรอบรู้ในการพิจารณาวินิจฉัยทางธุรกรรม ต่อมาในคดี Salomon v. Salomon (1897) A.

⁴³Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, pp.331-332.

⁴⁴Ibid., p.3. ; Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.260. ; Pennington, Company Law, p.524.

⁴⁵Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.262.

C.22, H.L. และคดี Gluckstein v. Barnes (1900) A.C.240, H.L. วางหลักเพิ่มเติม
ว่า การเปิดเผยข้อเท็จจริง (Disclosure) ต่อบริษัท ต้องกระทำต่อคณะกรรมการที่เป็นอิสระ
โดยสมบูรณ์ (Entirely independent board) หรือต่อผู้ถือหุ้นและผู้จองหุ้น (Existing
and potential members) ทั้งหมด⁴⁶

ดังนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ซึ่งทำขึ้นจากการดำเนินการ
ตั้งบริษัทต่อคณะบุคคลใดคณะบุคคลหนึ่งดังต่อไปนี้⁴⁷

- (1.) คณะกรรมการที่เป็นอิสระ (An independent board of directors)
 - (2.) ผู้ถือหุ้นและผู้จองหุ้น (The existing and intended shareholder)
- โดยกระทำในหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น (prospectus) หรือในวิธีการอื่น

นอกจากนั้นในมาตรา 11 แห่งข้อบังคับของประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ฉบับที่ 2
(Art.11 of the Second EEC Directive) ได้เสนอแนวทางคุ้มครองบริษัทกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้ง
บริษัทขายทรัพย์สินให้บริษัทไว้ คือ จะต้องมีการประเมินราคาที่เป็นอิสระ (Independent
valuation) และได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ของบริษัท (Approval by the general
meeting) ภายในกำหนดเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปีหลังจากก่อตั้งบริษัท⁴⁸

ถึงแม้ว่าโดยปกติผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะไม่ได้ปฏิบัติกับบริษัทในอนาคต (Future
company) อย่างเป็นทรัสต์ (Trustee)⁴⁹ แต่ถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้รับทรัพย์สินใด ๆ มา
หลังจากเริ่มต้นทำการก่อตั้งบริษัทแล้ว ย่อมถูกสันนิษฐานว่ากระทำการเป็นทรัสต์ (Trustee)
ของบริษัท ดังนั้นจะต้องส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่บริษัทในราคาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อมา เว้นเสียแต่ว่า

⁴⁶Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law,
pp.326-327.

⁴⁷Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.100.

⁴⁸Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law,
p.329.

⁴⁹Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.99.

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อบริษัททั้งเรื่องผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตั้งใจที่จะกระทำ และต้องแจ้งให้บริษัททราบถึงสิทธิของบริษัทที่จะเรียกเอาทรัพย์สินนั้นในราคาต้นทุนด้วย⁵⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อทรัพย์สินโดยมีเจตนาที่จะขายต่อให้บริษัทซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกำลังก่อตั้งขึ้น ดังนี้ ย่อมไม่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำอย่างผู้เป็นทรัสต์ (Trustee) ของบริษัทและผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมจะขายทรัพย์สินดังกล่าวต่อให้บริษัทในราคาที่มิกำไรได้ตามกฎหมาย ถ้าหากเปิดเผยข้อเท็จจริงเรื่องผลกำไรนั้น⁵¹

2. ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่มีสิทธิจะได้รับการชดเชยคืนค่าใช้จ่ายในการก่อตั้งบริษัท (Preliminary expenses) ค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน (Registration fee) และค่าภาษีมูลค่าเพิ่มของบริษัท (Capital duties) จากบริษัทก็ต่อเมื่อมีสัญญาที่บริษัททำขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายให้อ่านาจ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเรียกร้องค่าใช้จ่ายดังกล่าวคืนได้⁵² แต่สัญญาดังกล่าวบริษัทจะทำขึ้นให้มีผลบังคับได้ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อบริษัทได้ก่อตั้งขึ้นแล้วเท่านั้น เพราะก่อนบริษัทตั้งขึ้นไม่สามารถทำสัญญาได้และเมื่อบริษัทตั้งขึ้นแล้วก็ไม้อาจให้สัตยาบันสัญญาที่ทำขึ้นก่อนก่อตั้งบริษัท ดังนั้น เมื่อบริษัทตั้งขึ้นแล้วจึงต้องทำสัญญาดังกล่าวขึ้นใหม่ และเนื่องจากเมื่อสัญญาทำขึ้นใหม่นั้นในส่วนของการตอบแทน (Consideration) ซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องส่งมอบยอมล่วงหน้าไปแล้ว ดังนั้นสัญญาที่ทำขึ้นใหม่ดังกล่าวย่อมต้องกระทำตามแบบหรือโดยมีตราประทับ (Under seal)⁵³

⁵⁰Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.327.

⁵¹Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.101.

⁵²Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.266. ; Gower and others, Gower's Principle of Modern Company Law, p.332.

⁵³Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.332. ; Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.103.

คำว่า "Consideration" หมายความว่า "ค่าตอบแทน" ซึ่งเป็นองค์ประกอบของสัญญาตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ (ไซซิลัน บุนาค, ศัพท์และวลีกฎหมาย (อังกฤษ-ไทย).)

คำว่า "Consideration" หมายถึง สิ่งที่ได้ให้หรือรับไว้เพื่อเป็นการตอบแทนคำมั่นสัญญา (Promise) ที่มีแก่กัน... แต่ต้องเข้าใจว่าที่ให้แก่กันไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งของอาจเป็น

ในคดี Clinton's Claim (1908) 2 Ch.515 (C.A.) ปรากฏข้อเท็จจริงว่า กลุ่มบุคคลกลุ่มหนึ่งทำการก่อตั้งบริษัทและได้จ่ายค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน (Registration fees) กับค่าภาษีมูลค่าทรัพย์สิน (Ad volorem stamp duty) ในการก่อตั้งบริษัทหลังบริษัทตั้งขึ้นมาได้ไม่นานก็ถูกชำระบัญชี ศาลตัดสินว่ากลุ่มบุคคลดังกล่าวไม่มีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปคืน⁵⁴

โดยหลักดังกล่าวจึงดูเหมือนว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องทราวง่ายเงินไปก่อนโดยปราศจากหลักประกันใด ๆ ว่าจะได้รับการชดใช้คืน แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายในการก่อตั้งบริษัทและค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน (Preliminary expenses and registration fees) คิ่้นนั้นไม่เป็นการยุ่งยากแต่ประการใด กล่าวคือ โดยปกติผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทสามารถจัดทำข้อบังคับของบริษัท (Company's articles) ที่ให้อำนาจกรรมการบริษัท (Directors) ทำการชดใช้คืนซึ่งค่าใช้จ่ายดังกล่าวแก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ถึงแม้ว่ากรณีเช่นนี้ไม่เป็นการก่อสัญญาาระหว่างบริษัทกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทให้ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับดังกล่าวหรือไม่เป็นหนี้ตามกฎหมายที่บังคับให้บริษัทต้องปฏิบัติต่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ตาม แต่โดยปกติแล้วผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหรือผู้แทน (Nominees) ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมักจะเป็นกรรมการบริษัทชุดแรก (The first directors of the company) ทั้งนี้จะมีความเสี่ยงบ้างเล็กน้อยก็คือเรื่องการไม่ให้ใช้อำนาจในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตนเองเท่านั้น ดังนั้นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทสามารถมั่นใจได้ตาม

(เชิงอรรถ 53 ต่อ)

เพียงคำมั่นสัญญาอีกอันหนึ่งก็ได้... ในกฎหมายอังกฤษที่พัฒนาแล้ว คือตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 ปัจจัยสำคัญในการพิจารณา (คำมั่นสัญญา) ก็คือ การมีหรือไม่มีสิ่งตอบแทน... ในกฎหมายอังกฤษยังมีกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่ว่า คำมั่นสัญญาที่มีตราประทับเท่านั้นที่ผูกพันตามกฎหมาย... (พิชัยศักดิ์ ทรยางกูร, "สิ่งตอบแทน (สินจ้าง) ในกฎหมายสัญญาอังกฤษ," 2525, หน้า 1. (อัดสำเนา).)

หลักกฎหมายอังกฤษ (England) ที่ว่า ค่าตอบแทน (Consideration) จะต้องไม่เป็นเรื่องในอดีตนั้น ไม่ใช่หลักกฎหมายสกอต (Scots Law) และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทสกอต อาจจะมีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปเกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัทคืนโดยอาศัยข้อความในหนังสือบริคณห์สนธิ (Memorandum) หรือข้อบังคับบริษัท (Articles) (Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.104.)

⁵⁴ Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.104.

สมควรว่า ค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปนั้นจะได้รับการชดใช้คืน⁵⁵ การที่หนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท (Memorandum or articles of association) มีข้อกำหนดไว้ว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้รับการชดใช้คืนซึ่งค่าใช้จ่ายในการก่อตั้งบริษัทนั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะสามารถบังคับให้เป็นไปตามนั้นได้ ถึงแม้ว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะเป็นสมาชิกของบริษัท (Members of the company) ก็ตาม เพราะว่ากรณีดังกล่าวไม่เกี่ยวกับสิทธิที่มีในฐานะที่เป็นสมาชิกหรือผู้ถือหุ้นของบริษัท (Members or shareholders of the company) แต่อย่างใด⁵⁶

สำหรับสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการดำเนินงานก่อตั้งบริษัทนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมไม่ต้องการเพียงที่จะได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนเท่านั้น ทั้งนี้ ดังที่ Lord Hatherly กล่าวไว้ในคดี *Touche v. Metropolitan Ry Warehousing Co.* (1871) L.R. 6 Ch. App.671, 676. ว่า การดำเนินงาน (The services) ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทพิเศษมาก อาจต้องใช้ทักษะอย่างใหญ่หลวง (Great skill) ใช้กำลังความสามารถและใช้ สติปัญญาในการวางแผนแล้วทำให้แผนการบรรลุผลอย่างดีที่สุด ดังนั้นนอกจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายในการก่อตั้งบริษัทคืน ยังอาจได้ผลประโยชน์จากการก่อตั้งบริษัทในหลายรูปแบบ⁵⁷ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจได้รับค่าตอบแทนเป็นมูลค่าของการดำเนินการก่อตั้งบริษัท (Value of promotion services) ซึ่งการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้รับค่าตอบแทนดังกล่าว นั้นขึ้นอยู่กับเงื่อนไขเช่นเดียวกันกับกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายคืนดังกล่าวมาแล้วข้างต้น กล่าวคือ บริษัทต้องทำสัญญาจะจ่ายค่าตอบแทนตามมูลค่าการดำเนินงานก่อตั้งบริษัทให้แก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ซึ่งบริษัทจะทำสัญญาดังกล่าวก่อนบริษัทมีตัวตนย่อมไม่ได้ ดังนั้นต้องทำหลังจาก

⁵⁵ Pennington, Company Law, p.530. ; Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, pp.332-333.

ใน The Companies Act 1948, Table A, art 80, ให้อำนาจกรรมการบริษัทที่จะชดใช้ค่าใช้จ่ายในการก่อตั้งบริษัทและค่าธรรมเนียมจดทะเบียนบริษัท แต่ใน Table A ปัจจุบันไม่มีข้อกำหนดเช่นเดียวกันนี้.

⁵⁶ Pennington, Company Law, p.530.

⁵⁷ Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.333.

บริษัทก่อตั้งขึ้นมาแล้ว และสัญญานั้นบริษัทต้องทำตามแบบหรือทำภายใต้ตราประทับ (under the company's common seal or as a deed) เพราะว่าการดำเนินงานของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท กลายเป็นคำตอบแทนในอดีตสำหรับคำมั่นสัญญาของบริษัท (Company's promise) ไปแล้ว แต่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็อาจเลือกวิธีวางข้อกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท (Company's articles) ให้อำนาจกรรมการบริษัทที่จะจ่ายคำตอบแทนในมูลค่าการดำเนินงานก่อตั้งบริษัทให้แก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ซึ่งโดยปกติแล้วผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็มักจะเป็นกรรมการบริษัทชุดแรก⁵⁸ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องตระหนักว่า ข้อกำหนดนั้นเป็นเพียงการให้อำนาจกรรมการบริษัทเท่านั้น ไม่เป็นการก่อให้เกิดสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท สามารถฟ้องร้องบริษัทได้ และหากกรรมการบริษัทจะชดใช้คืนค่าใช้จ่ายแก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่ดี จะจ่ายคำตอบแทนการดำเนินงานแก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่ดี กรรมการบริษัทย่อมทำการได้ส่วนก่อนได้⁵⁹

การให้คำตอบแทนการดำเนินงานก่อตั้งบริษัทแก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่นิยมกระทำอีก รูปแบบหนึ่งก็คือ การจัดสรรหุ้นประเภทพิเศษ ได้แก่ หุ้นด้อยสิทธิ (Deferred shares) หรือหุ้นสำหรับผู้ก่อตั้ง (Founder shares) ให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท โดยถือว่าหุ้นที่ออกให้ดังกล่าวแก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ชำระค่าหุ้นด้วยคำตอบแทนการดำเนินงานก่อตั้งบริษัท ซึ่งหุ้นดังกล่าวจะได้รับเงินปันผลหลังจากที่หุ้นบริมสิทธิและหุ้นสามัญได้รับเงินเต็มตามสิทธิแล้ว นอกจากนี้แล้วยังอาจใช้วิธีให้โอกาสผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจองหุ้นในราคาพิเศษคือราคาพาร์ (Par) ภายในเวลาที่กำหนด โดยผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเชื่อมั่นว่า ต่อไปในอนาคตจะได้รับกำไรจากส่วนต่างระหว่างราคาพาร์กับราคาตลาด (Premium)⁶⁰ การให้คำตอบแทนนั้นจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure) ไม่แต่เพียง โดยผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อบริษัทดังกฎเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วเท่านั้น แต่จะต้องกระทำโดยบริษัทในหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น (Prospectus) ภายในเวลา 2 ปี นับแต่ได้จ่ายคำตอบแทนหรือตราประทับที่คำตอบแทนยังค้างจ่ายด้วย⁶¹

⁵⁸ Pennington, Company Law, p.530.

⁵⁹ Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.265.

⁶⁰ Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.334. ; Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.265.

⁶¹ Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.334. ; Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.104.

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้พยายามบรรเทาปัญหาดังกล่าวโดยเฉพาะในเรื่องสัญญา จะต้องมีค่าตอบแทน (Consideration) ในคดี Re Empress Engineering Co (1880) 16 ChD 125. วางหลักว่า ก่อนที่บริษัทตั้งขึ้นถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ดำเนินงานใด ๆ ซึ่งทำให้มูลค่าของทรัพย์สินบริษัทเพิ่มมากขึ้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทสามารถใช้สิทธิบังคับตามหลักการเรียกร้องอย่างยุติธรรม (Equitable claim) ต่อทรัพย์สินดังกล่าว ตามจำนวนมูลค่าการดำเนินงานของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหรืออาจใช้สิทธิฟ้องร้องตามหลักตามสมควรแก่งานที่ทำ (Quantum meruit) เพื่อให้บริษัทชดใช้คืนตามมูลค่าที่สมควรของการดำเนินงานของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท^{๘๒}

จ. เวลาเริ่มต้นและเวลาสิ้นสุดของหน้าที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่จะต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary position) ต่อบริษัท โดยเริ่มตั้งแต่เมื่อการก่อตั้งบริษัทเริ่มขึ้นและสิ้นสุดลงหลังจากบริษัทถูกก่อตั้งขึ้นแล้วหรือแผนการจัดตั้งบริษัทสำเร็จสมบูรณ์แล้ว^{๘๓} แต่ทั้งนี้หน้าที่ต่าง ๆ ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหาได้สิ้นสุดลงทันที เมื่อบริษัทถูกก่อตั้งขึ้นแล้วไม่ หรือแม้แต่คณะกรรมการบริษัทได้รับแต่งตั้งแล้วก็ตาม หน้าที่ต่าง ๆ ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทยังคงมีอยู่ต่อไป จนกว่าบริษัทจะได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือธุรกิจที่ถูกจัดหาไว้ เพื่อบริษัทที่จะตั้งขึ้น และทำการเรียกเก็บค่าทุนเรือนหุ้นที่ต้องชำระครั้งแรก (Initial share capital) ได้แล้วนอกจากนั้น คณะกรรมการบริษัทจะต้องเข้าควบคุมการจัดการกิจการงานของบริษัทต่อจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแล้ว เมื่อมีการปฏิบัติตั้งหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามหลักการต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary) และตามหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common law) จึงจะสิ้นสุดลง^{๘๔}

1.2 ผลทางกฎหมายของสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท (Pre-incorporation contract)

(1.) สัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท (Pre-incorporation contract) ตามหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common law)

ก่อนบริษัทตั้งขึ้นมาผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมักมีความจำเป็นต้องทำการเจรจากับบุคคลภายนอก (Third parties) เกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัท และหากมีการทำสัญญากันขึ้นก็จะเกิดปัญหาว่าใครคือผู้ต้องรับผิดชอบสัญญานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นปัญหาว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวหรือไม่^{๘๕} เพราะก่อนบริษัทก่อตั้งขึ้น บริษัทไม่มีความสามารถทำสัญญา ผลที่เกิดขึ้นตามมาในกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law)* คือว่า ไม่มีผู้ใดสามารถทำสัญญาในฐานะ

^{๘๒} Pennington, Company Law, p.89.

^{๘๓} Farrar and others, Farrar's Company Law, p.55.

^{๘๔} Pennington, Company Law, pp.528-529.

^{๘๕} Farrar and others, Farrar's Company Law, p.59.

*ทั้งนี้ภายใต้ The Companies Act 1985, s.36 (4) ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป.

ตัวแทนได้ เนื่องจากการกระทำใดที่ตัวการไม่สามารถกระทำได้อีก ก็ไม่สามารถกระทำโดยผ่านตัวแทน (Agent) ได้ เมื่อบริษัทก่อตั้งขึ้นแล้วก็ไม่อาจตกเป็นผู้รับผิดชอบหรือได้รับสิทธิตามสัญญาที่ทำในนามบริษัทก่อนบริษัทก่อตั้งขึ้น และไม่อาจให้สัตยาบัน (Ratified) สัญญาดังกล่าวนั้นได้^{๕๕} เคยมีคดี Spiller v. Paris Skating Ring Co. (1878) 7 ChD 368. ตัดสินว่าบริษัทสามารถรับเอาตามหลักความยุติธรรม (Equity adopt) ซึ่งสัญญาที่ทำในนามบริษัทก่อนตั้งบริษัทและทำให้บริษัทเป็นคู่สัญญา แต่ต่อมาถูกกลับโดยคดี Natal Land and Colonization Co. Ltd. v. Pauline Colliery and Development Syndicate (1904) AC 120. และคดี Re National Motor Mail-Coach Co. Ltd., Clinton's Claim (1908) 2 Ch 515. ซึ่งวางหลักว่า ทั้งการรับเอา (Adoption) และการให้สัตยาบัน (Ratification) เป็นสิ่งเดียวกันโดยอยู่ภายใต้กฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) ดังนั้น บริษัทจึงไม่อาจเข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทโดยรับเอา (Adopting) สัญญานั้น ถ้าหากบริษัทต้องการผลผูกพันตามสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทเมื่อบริษัทตั้งขึ้นแล้วจะต้องทำสัญญาขึ้นใหม่^{๕๖} โดยมีข้อความ (Terms) เหมือนในสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท ซึ่งเป็นการแปลงหนี้ใหม่ (Novation) ลำพังเพียงการปฏิบัติตามสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทเท่านั้นไม่ก่อให้เกิดพยานหลักฐานเพียงพอว่ามีการทำสัญญาขึ้นใหม่^{๕๗} ถึงแม้ว่าหนังสือบริคณห์สนธิ (Memorandum) จะกำหนดว่าบริษัทจะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทก็ยังไม่เพียงพอ หรือการที่บริษัทยอมรับการปฏิบัติเสมือนการรับผิดชอบตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ไม่เพียงพอเช่นเดียวกัน ถ้าหากบริษัททำสัญญาขึ้นใหม่เพราะกรรมการบริษัทเชื่อโดยสำคัญผิดว่าบริษัทถูกผูกพันตามสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทสัญญาใหม่ก็ไม่เกิดขึ้น ดังนั้น บริษัทจะผูกพันตามสัญญาที่ทำขึ้นใหม่ต่อเมื่อบริษัทแสดงเจตนาชัดแจ้งทำสัญญานั้น^{๕๘} อาจกล่าวได้ว่าฐานะทางกฎหมายของเรื่องดังกล่าวยังไม่เป็นที่น่าพอใจ^{๕๙} ดังนั้น The Jenkins Report โดย

^{๕๕}Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, pp.334-335. ; Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, p.106. ; Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.227.

^{๕๖}Pennington, Company Law, p.87.

^{๕๗}Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.227.

^{๕๘}Pennington, Company Law, pp.87-88.

^{๕๙}Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, p.336.

The Jenkins Committee ในปี 1962 จึงสนับสนุนให้มีการปฏิรูปกฎหมายในเรื่องดังกล่าว โดยให้ความเห็นว่าควรให้อำนาจตามกฎหมาย (Statutory power) แก่บริษัท ที่จะรับเอา (Adopt) สัญญาซึ่งทำในนามบริษัทหรือแทนบริษัทก่อนตั้งบริษัท และอำนาจดังกล่าวนี้ควรจะให้บริษัททำได้โดยฝ่ายเดียว (Unilateral) ไม่ต้องขึ้นอยู่กับความยินยอมของคู่สัญญาอีกฝ่ายแต่ขอเสนอให้มีการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวก็ยังไม่ได้ถูกนำไปบัญญัติเป็นกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศได้นำข้อเสนอนี้ไปปฏิรูปกฎหมายของตนแล้ว คือ Ireland Canada Australia New Zealand และ Ghana⁷¹

ปัญหาว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว (Personal liability) ตามสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทหรือไม่ยังเป็นปัญหาที่สลับซับซ้อนในคอมมอน ลอว์ (Common Law)⁷² ในคดี Newborne v. Sensolid (Great Britain) Ltd. (1954) 1 Q.B.45, คดี Tinnevely Sugar Refining Co. v. Mirrlees, Watson & Varyan Co. (1894) 21 R.1009, 2 S.L.T.149 และคดี Cummings and Ors. v. Quartzag Ltd. (1981) S.L.T.205. วางหลักว่า ถ้าหากสัญญาก่อนตั้งบริษัทมีข้อความที่แสดงว่ากระทำโดยบริษัทซึ่งยังไม่มีตัวตน สัญญานั้นเป็นโมฆะ (Nullity) ทั้งบริษัทที่ตั้งขึ้นและผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซึ่งลงนามในสัญญาไม่สามารถฟ้องร้องหรือถูกฟ้องร้องตามสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม ในคดี Kelner v. Baxter (1867) L.R. 2 C.P.174 วางหลักว่า หากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแสดงตนในสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทว่าตนเป็นตัวแทน (Agent) ของบริษัทที่ยังไม่มีตัวตน ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามสัญญา ในกรณีเช่นนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถพิสูจน์ว่าถึงแม้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะทำสัญญาในฐานะเป็นตัวแทน แต่อันที่จริงแล้วทำในฐานะเป็นตัวการ (Principal) ด้วยการผูกพันให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเท่านั้น จึงจะทำให้สัญญาเกิดผลใด ๆ ได้ ดังที่ Parker J. กล่าวในคดี Newborne's case (1954) 1 Q.B.45, 51. เกี่ยวกับคดี Kelner v. Baxter นี้ว่า "...เป็นที่ชัดเจนในหลักการที่ว่า ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของเรื่องการผิดคำรับรองว่าได้รับมอบอำนาจให้กระทำ (Breach of warranty of authority) เพราะว่าการที่ตัวการไม่มีตัวตนจึงไม่มีปัญหาใด ๆ ที่อยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายปิดปาก

⁷¹Pennington, Company Law, p.87. ; Farrar and others, Farrar's Company Law, p.60.

⁷²Farrar and others, Farrar's Company Law, p.59.

(Estoppel) แต่ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของหลักการที่ว่า การผูกพันให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเท่านั้น จึงจะทำให้สัญญาเกิดผลได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการยอมให้โจทก์ (Plaintiff) หากทางพิสูจน์ให้ตัวแทนต้องรับผิดชอบหลักที่ว่าถึงแม้ตัวแทนจะทำสัญญาไว้ในฐานะเป็นตัวแทน แต่ในความจริงแล้วตัวเขาเองก็คือตัวการ"⁷³ คดี Newborne v. Sensolid และ คดี Kelner v. Baxter ดังกล่าว ผลในทางคดีแตกต่างกัน เพราะคดีแรกผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ได้ทำสัญญาในนามตัวแทนแต่ทำในนามบริษัท การลงนามของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเสมือนเป็นการลงนามของบริษัทเอง ดังนั้นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงไม่สามารถเข้ามาเป็นคู่สัญญาได้ คดีทั้งสองนี้เป็นข้อถกเถียงกันในทางการศึกษาว่าเป็นกรณีของผลการตัดสินใจที่ขัดแย้งกัน ความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ควรที่จะขึ้นอยู่กับคำถามที่ว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเองหรือบริษัทเป็นผู้ทำสัญญา แต่ควรจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้กระทำเพียงในฐานะตัวแทนหรือว่าเป็นคู่สัญญาเองโดยตรง ซึ่งคำตอบขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา ในคดี Kelner v. Baxter ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีเจตนาจะรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ส่วนในคดี Newborne v. Sensolid นั้นไม่มีเจตนาจะรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว⁷⁴ ตามคอมมอนลอว์ (Common Law) จะพิจารณาเจตนาอันแท้จริงซึ่งแสดงให้เห็นในสัญญาเป็นสำคัญ กล่าวคือ ต้องดูเจตนาของผู้ทำสัญญาว่าเจตนาที่จะให้ตนเองรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวหรือเจตนาให้บริษัทที่ยังไม่ได้ตั้งขึ้นเป็นผู้ที่รับผิดชอบเท่านั้น ซึ่งในกรณีหลังนี้สัญญาไม่เกิดขึ้น⁷⁵ แต่อย่างไรก็ตาม การที่คอมมอนลอว์ (Common Law) ใช้หลักวิเคราะห์เจตนาของคู่สัญญานั้น มีผู้วิจารณ์จำนวนมากว่าไม่เหมาะสมกับความมุ่งหวังในด้านพาณิชย์ เพราะการที่จะดูเจตนาของคู่กรณีไม่ได้ง่ายเหมือนเช่นคดีตัวอย่างที่กล่าวมาแล้ว นักธุรกิจย่อมต้องการใช้วิธีที่สามารถจะคาดการณ์ในผลลัพธ์ได้ เมื่อพิจารณาถึงความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดังกล่าวแล้ว จึงยังรู้สึกสับสนมาก คอมมอนลอว์ (Common Law) ไม่ได้ให้ความกระจ่าง การวิเคราะห์หลักเรื่องสัญญา กฎหมายชาติวิสัยทัศน์ (The law loses sight) ในขณะที่ "เจตนา" (Intention) ไม่ได้ให้

⁷³Schmitthoff, Palmer's Company Law, pp.227-228.

⁷⁴Klaus Heinemann, "Pre-incorporation transactions : A comparative analysis" (Master's thesis, Faculty of Graduate Studies and Research, Institute of Comparative Law, McGill University, Montreal), pp.18, 19, 23.

⁷⁵Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.228.

แนวทางในการจำแนกเท่าใดนัก และก็ไม่มีตระหนักถึงกรณีของ "คู่สัญญา" (Parties) กฎหมายก้าวไปไกลถึงขนาดว่าให้ถือว่าคนใดคนหนึ่งเป็นตัวการเสียเอง (คดี Kelner v. Baxter) หรือเป็นเพียงแค่ตราสาร (Instruments) (คดี Newborne v. Sensolid) โดยละทิ้งข้อเท็จจริงที่ว่า คู่สัญญาต่างก็กระทำการทั้งหมดเพื่อบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นแต่เพียงผู้ที่ทำหน้าที่ "นายหน้า" (Go-between) กล่าวคือ เป็นตัวแทน (Agent) เท่านั้นเอง^{๗๕}

ในกรณีที่สัญญาซึ่งทำก่อนตั้งบริษัทไม่มีผลผูกพันระหว่างบริษัทที่ตั้งขึ้นกับคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนั้น ศาลได้หาทางเยียวยาบริษัทหรือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนอกเหนือจากการใช้หลักกฎหมายเรื่องสัญญา กล่าวคือ ถ้าตามสัญญาก่อนตั้งบริษัทได้มีการจ่ายเงินหรือโอนทรัพย์สินเกิดขึ้น ทั้งบริษัทและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจได้รับการชดใช้คืนจำนวนเงินที่จ่ายไปตามสัญญา โดยถือเสมือนว่าเป็นเงินที่จ่ายไปโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (Mistake of fact) และอาจได้รับการโอนทรัพย์สินให้คืนโดยกระบวนการชดใช้คืนอย่างเป็นธรรม (By the equitable process of restitution) แต่จะต้องเป็นกรณีที่กระทำการจ่ายเงินหรือโอนหลังจากที่บริษัทตั้งขึ้น (After the company's incorporation) ยิ่งกว่านั้นยังอาจเลือกที่จะกลับคืนสู่ฐานะเดิม (Restitution) หรือถ้าหากไม่อาจทำได้ (เช่น เป็นสัญญาเพื่อกระทำการใด ๆ เป็นต้น) ทั้งบริษัทและคู่สัญญาอีกฝ่ายอาจจะได้รับการชดใช้คืนเป็นจำนวนมูลค่าของงานที่ทำตามสัญญา ตามหลักตามสมควรแก่งานที่ทำ (Quantum meruit) หรือตามมูลค่าของสิ่งของ (Goods) ที่ส่งมอบตามหลักตามสมควรแก่มูลค่าของทรัพย์สิน (Quantum valebant) ทั้งนี้ การชดใช้การงานที่ทำหรือสิ่งของ (Goods) ที่ส่งมอบต้องมีขึ้นหลังจากมีการก่อตั้งบริษัท^{๗๗}

(2.) สัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท (Pre-incorporation contract) ภายใต้อำนาจ The Companies Act 1985 มาตรา 36 (4)

ปัญหาว่าสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท (Pre-incorporation contract) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวหรือไม่นั้น ภายหลังจากมีบทบัญญัติ The European Communities Act 1972 มาตรา 9 (2) และได้รับการนำไปบัญญัติไว้ใน The Companies Act 1985 มาตรา 36 (4) ขอบเขตของปัญหาได้จำกัดลง ต่อมามาตรา 36 (4) แห่ง

^{๗๕}Heinemann, "Pre-incorporation transactions : A comparative analysis," pp.25-27, 34.

^{๗๗}Pennington, Company Law, p.89.



The Companies Act 1985 ถูกนำไปบัญญัติไว้ในมาตรา 36 C (1) แห่ง The Companies Act 1985 แทน ดังนี้⁷⁸

36 C. Pre-incorporation contracts, deeds and obligations

(1) A Contract which purports to be made by or on behalf of a company at a time when the company has not been formed has effect, subject to any agreement to the contrary, as one made with the person purporting to act for the company or as agent for it, and he is personally liable on the contract accordingly.

สัญญาซึ่งมีความว่าได้กระทำโดยหรือทำในนามของบริษัท ณ เวลาที่บริษัทยังไม่ได้ตั้งขึ้นย่อมมีผล เว้นเสียแต่ว่าจะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น บุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งอ้างว่ากระทำเพื่อบริษัทหรือเป็นตัวแทนของบริษัท เขาต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามสัญญา

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้ช่วยจัดปัญหาแนวความคิดของการแบ่งแยกที่ไม่ถูกต้องใน Common Law เกี่ยวกับการมีตัวตนของบริษัทและการขึ้นอยู่กับการลงนามโดยอ้างว่าเป็นตัวแทนเมื่อกระทำเพื่อบริษัทที่ยังไม่ได้ตั้งขึ้น ดังปรากฏความแตกต่างระหว่างคดี Kelner v. Baxter กับคดี Newborne v. Sensolid. ดังกล่าวมาแล้ว⁷⁹

ในคดี Phonogram Ltd. v. Lane (1922) Q.B.938 C.A. ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ก่อนการก่อตั้งบริษัท Fragile Management Ltd. Lane (จำเลย) ได้กู้ยืมเงินจาก Phonogram Ltd. (โจทก์) เริ่มต้น 6,000 ปอนด์ โดย Lane ได้ลงนามในสัญญากู้ยืมมีข้อความว่า "Signed by (Brian Lane) for and on behalf of Fragile Management Ltd." ซึ่งทุกฝ่ายทราบดีว่าขณะทำสัญญารัฐบริษัทยังไม่ได้ตั้งขึ้น และในความจริงแล้วบริษัท Fragile Management Ltd. ก็ไม่เคยถูกก่อตั้งขึ้นเลย Phonogram Ltd. จึงฟ้อง Mr.Lane ให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวจำนวน 6,000 ปอนด์ Phillips J. วินิจฉัยข้อเท็จจริงว่า คู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาจะให้ Mr.Lane รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามสัญญา ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) รับในข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้และมีความเห็นเป็นเอกฉันท์ว่า Mr.Lane มีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามมาตรา 36 (4) Lord Denning M.R. กล่าวว่า บทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่า คดีทั้งหมดเหมือนเช่นคดีนี้ เมื่อบุคคลใดอ้างในสัญญาว่ากระทำในนามของบริษัทที่ยัง

⁷⁸Farrar and others, Farrar's Company Law, pp.59-60.

⁷⁹Schmitthoff, Palmer's Company Law, p.228.

ไม่ก่อตั้งขึ้นและลงลายมือชื่อตนในสัญญา ดังนี้เขามีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามสัญญา บทบัญญัติดังกล่าวจึงลบล้างความคลุมเครือเก่า ๆ ส่วนการใช้คำว่า "Subject to any agreement to the contrary" มีความหมายเหมือนกับคำว่า "Unless otherwise agreed"^{a0}

ความหมายของวลี "Subject to any agreement to the contrary" ในมาตรา 36 (4) (มาตรา 36 C (1) ในปัจจุบัน) แสดงให้เห็นว่าตัวแทนซึ่งกล่าวอ้างว่ากระทำการ เพื่อบริษัทที่ยังไม่ได้ตั้งขึ้นและคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะตกลงกันว่าตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัว ซึ่งข้อตกลงนั้นจะต้องแสดงอย่างชัดแจ้ง แต่อย่างไรก็ตาม มีความน่าสงสัยว่าวลี "Subject to any agreement to the contrary" สามารถจะตีความว่าหมายถึง คู่สัญญาอาจจะตกลงกันว่า เมื่อหลังจากที่บริษัทตั้งขึ้นแล้วก็อาจให้สัตยาบัน (Ratify) แก่สัญญานั้นได้หรือไม่ (ตามข้อเสนอของ The Jenkins Report Cmnd. 1749 (1962), paras.44 and 54 (b)) ซึ่งศาลอังกฤษอาจจะตอบปัญหานี้ในแง่ลบ (Negative) และน่าจะเสียดายที่กระบวนการนิติบัญญัติของสหราชอาณาจักรอังกฤษ (U.K.) ยังไม่เห็นสมควรปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามข้อเสนอของ The Jenkins Report ดังกล่าว^{a1}

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1 สถานะทางกฎหมาย หน้าที่ ความรับผิดชอบและสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

(1) สถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวกับบริษัทที่ดำเนินการก่อตั้ง ไม่มีความเกี่ยวพันในเรื่องตัวแทน (Relation of agency) กับบริษัท และไม่มีอำนาจทำสัญญาเริ่มแรก (Preliminary contract) ผูกพันบริษัท เพราะก่อนบริษัทตั้งขึ้นบริษัทไม่สามารถมีตัวแทนหรือเข้าทำสัญญาหรือถูกทำสัญญาผูกพันได้^{a2} โดยปกติถือว่าฐานะของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็น "กิจการร่วมค้า" (Joint Venture) ซึ่งมีความ

^{a0} Ibid., pp.228-229. ; Farrar and others, Farrar's Company Law, p.60.

^{a1} Schmitthoff, Ibid., p.229.

^{a2} American Jurisprudence, Vol.18 (New York : Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1965), p.660.

เกี่ยวพันกันตามหลักการต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary relationship)⁸³ ในกรณีนี้หลักกฎหมายที่จะนำมาใช้คือ หลักกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนหรือหลักการต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (The law of partnership or of fiduciary) โดยผู้เป็นหุ้นส่วน (Partners) มีหน้าที่ต้องสุจริตต่อกันเป็นอย่างยิ่ง (The duty of utmost good faith) จนกว่าห้างหุ้นส่วนจะเลิก⁸⁴ แต่ฐานะของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ไม่เหมือนกับห้างหุ้นส่วน

⁸³ Harry G. Henn, Handbook of the Law of Corporations (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1961), p.131. ; Harry G. Henn and John R. Alexander, Law of Corporations (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1983), pp.238-239.

คำว่า "กิจการร่วมค้า" (Joint Venture) เป็นคำที่มีความหมายในทางธุรกิจว่าการร่วมค้าหรือการร่วมลงทุน และในภาษาอังกฤษมีคำที่ใช้ในความหมายลักษณะคล้ายกันได้แก่ Joint Adventure, Co-venture, Co-adventure, Syndicate, Group, Pool, Joint Enterprise, Joint Undertaking และ Joint Speculation คำดังกล่าวนี้เป็นเพียงคำที่ใช้เรียกกันทางธุรกิจ แต่จากความหมายของกิจการร่วมค้าที่มีผู้ให้ไว้ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลและความคิดเห็นของนักกฎหมายในต่างประเทศ กล่าวได้ว่าเป็นสัญญาที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงร่วมกันเป็นกิจการร่วมค้า โดยมีการลงทุนร่วมกันเพื่อจุดมุ่งหมายในการดำเนินกิจการร่วมกัน โดยมีการแบ่งผลประโยชน์กันในรูปแบบของกำไรและขาดทุนหรือแบ่งปันผลผลิตหรือรายได้ของกิจการที่ร่วมกัน และมีสิทธิในการบริหารหรือควบคุมกิจการตามที่กำหนดไว้ในสัญญา (วิรัตน์ ศิริขจรกิจ, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," บทบัญญัติ (ธันวาคม 2531) : 71, 76.) ในประเทศอังกฤษมิได้มีกฎหมายรับรองในเรื่องกิจการร่วมค้าไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ มิได้มีแนวความคิดว่ากิจการร่วมค้าเป็นองค์กรธุรกิจรูปแบบหนึ่งในทางกฎหมายแต่อย่างใด สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับกิจการร่วมค่านั้นขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจการร่วมค้าแต่ละกรณี ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักตามคำพิพากษายังไม่แน่นอนว่า กิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ในคดี Daily v. Scott, 74 S.W. 2d 881 (Mo. App.1934) ศาลวินิจฉัยว่า ผู้ร่วมค้ามีหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตเช่นเดียวกับผู้เป็นหุ้นส่วน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลเห็นว่าไม่เป็นห้างหุ้นส่วน ศาลก็ยังนำกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาปรับใช้โดยเห็นว่ามีลักษณะที่ใกล้เคียงอย่างมาก (ชรรมนัญ พิทยาภรณ์, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 23, 33 และ 61.)

⁸⁴ Norman D. Lattin, The Law of Corporations (Brooklyn : The Foundation Press, Inc., 1959), p.100.

(Partnership or Association) ทั้งหมด⁸⁵ สิทธิและความรับผิดชอบระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทด้วยกันย่อมเป็นไปตามข้อตกลง (Agreement) ที่ทำไว้ต่อกัน และมีความเกี่ยวพันตามหลักต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary relation) ดังนั้นจึงเป็นการยากที่จะนิยาม ฐานะความเกี่ยวพันของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้อย่างแน่นอน ถึงแม้บางศาลจะวางหลักว่าเป็นหุ้นส่วน (Partners) กับห้างหุ้นส่วน (Partnership) (คดี Leeds v. Townsend, 228 III 451, 81 N.E. 1069 และคดี Getty v Devlin, 54 NY 403.) แต่บางศาลวางหลักว่า มีความใกล้เคียง อย่างยิ่งกับห้างหุ้นส่วน (is analogous to a partnership) (คดี Mattern v. Canavan, 3 Cal App 493, 86 p.618.) ในขณะที่บางศาลวางหลักว่า เป็นกิจการร่วมค้า (Joint adventures) มากกว่าที่จะเป็นห้างหุ้นส่วน (คดี Morris v. Whittier Amusement Co., 123 Cal App 121, 10 P 2d 1017 และคดี Bottsford v. Van Riper, 33 Nev 156, 110 P 705.) แต่อย่างไรก็ตาม มิใช่สิ่งสำคัญที่จะกำหนดให้แน่นอนว่าฐานะความเกี่ยวพันดังกล่าวเป็นลักษณะของห้างหุ้นส่วน (Partnership) หรือกิจการร่วมค้า (Joint adventure) เท่านั้นหรือไม่ เพราะว่าต่างก็มีหลักกฎหมายและหลักการ (The legal rules and the principles) ที่เหมือนกัน กล่าวคือ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องมีความสุจริตต่อกันเป็นอย่างยิ่ง (The utmost good faith) ในเรื่องที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกัน เสมือนว่าเป็นหุ้นส่วนกัน (Partners) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งถือว่าเป็นความไว้วางใจให้เป็นตัวแทนและทรัสต์ (Agent and trustee) ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น จึงต้องทำธุรกรรมใด ๆ (Transactions) โดยสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (The utmost good faith)⁸⁶ การดำเนินธุรกรรมเกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัทผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่จะต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary) หรือในบางครั้งอยู่ในฐานะทรัสต์ (Trustee)⁸⁷

⁸⁵ Nathan Isaacs, "The Promoter : A Legislative Problem," Harvard Law Review Vol.38 (1925) : 898.

⁸⁶ American Jurisprudence, Vol.18, p.672.

⁸⁷ Robert A. Kessler, "Promoters' Contracts : A Statutory Solution," Rutgers Law Review Vol.15 (1961) : 600.

(2) หน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก. หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัท

ในการดำเนินการก่อตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ดังต่อไปนี้^{๕๖๖}

1. ค้นหาโอกาสหรือช่องทางประกอบธุรกิจ
2. ตรวจสอบและศึกษาความเป็นไปได้ในทางเศรษฐกิจ
3. รวบรวมเงินทุน ทรัพย์สิน และบุคลากรที่จำเป็น
4. ทำการก่อตั้งบริษัทขึ้นมาให้สมบูรณ์
5. เรียกประชุมคณะกรรมการบริษัทชุดแรก
6. ส่งเอกสารข้อบังคับของบริษัท (Articles of incorporation)

หรือหนังสือสำคัญแสดงการจัดตั้งบริษัทจำกัด (Certificate of incorporation) ไปให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบดูแลการก่อตั้งธุรกิจรูปแบบต่าง ๆ (The secretary of state) เพื่อเก็บบันทึกไว้

7. รับตราสารของบริษัท (Charter) หรือหนังสือสำคัญแสดงการจัดตั้งบริษัทจำกัด (Certificate of incorporation) คืนจาก The secretary of state

8. อาจทำการแก้ไขข้อบังคับของบริษัท (Articles of incorporation) โดยได้รับความยินยอมเป็นเอกฉันท์ ถ้าบริษัทยังไม่ได้เริ่มทำธุรกิจและยังไม่ได้ออกหุ้นใด ๆ

9. อาจจะล้มเลิกใจเลิกบริษัทถ้าหากบริษัทยังไม่ได้เริ่มทำธุรกิจและยังไม่ได้ออกหุ้นใด ๆ

^{๕๖๖}Henn, Handbook of the Law of Corporations p.131. ; Robert W. Hamilton, Corporation, 2nd.ed. (St.Paul, Minn. : West Publishing Co., 1986), p.110. ; Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a Nutshell, 2nd.ed. (St.Paul, Minn. : West Publishing Co., 1987), p.32. ; Revised Model Business Corporation Act, sec.2.01. ; Delaware General Corporation Law, sec. 101 (a).

ข. หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับการต้องกระทำ การอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) และความระมัดระวังตาม สัมควร (Duty of Care)

ข.1 หน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ เป็นพิเศษ (Fiduciary duty)

บุคคลทุกคนที่ทำการก่อตั้งบริษัทไม่ว่าจะกระทำในนามอะไร ก่อนบริษัทตั้งขึ้นโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายถือว่ามี ความเกี่ยวข้องกับบริษัทตามหลักการต้องกระทำ การอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary relation) โดยประหนึ่งว่าเป็น ตัวแทน (Quasi agent) ของบริษัท และความสามารถถูกจำกัด (Disability) ตามหลัก กฎหมายดังกล่าว ทั้งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่หรือความเกี่ยวข้องตามหลักการต้องกระทำ การอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty or Fiduciary relation) ต่อบริษัท ผู้ถือหุ้น (Stockholder) ผู้จองหุ้น (Who is anticipated will buy such stock) ผู้ลงทุน (Investors) เจ้าหนี้ของบริษัท (Creditors of the corporation) และต่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทด้วยกัน^{๘๐}

หน้าที่หรือความเกี่ยวข้องตามหลักการต้องกระทำ การอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty or Fiduciary relation) ของผู้เริ่ม จัดตั้งบริษัทดังกล่าวมาแล้วประกอบด้วยหลักสำคัญดังต่อไปนี้^{๘๐}

1. ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure)
2. ต้องไม่แอบแสวงหาผลประโยชน์ใด ๆ (Secret profits)
3. ต้องรายงานถึงผลประโยชน์ใด ๆ ที่อาจจะได้รับทั้งหมด (Full advice of any interest)
4. ต้องมีความสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (The utmost good faith)
5. ต้องมีความเที่ยงธรรม (Fair dealing)

นอกจากนั้น ในบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหลักทรัพย์และข้อบังคับเกี่ยวกับการจัดการ (Securities legislation and administrative regulations) ของมลรัฐ ต่าง ๆ และของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีภาระหน้าที่ที่จะต้องทำ การ

^{๘๐} American Jurisprudence, Vol.18, p.650. ; Henn and Alexander, Law of Corporations, pp.238-244. ; Henn, Handbook of the Law of Corporations pp.131-132, 137.

^{๘๐} American Jurisprudence, Vol.18, pp.650 - 651.

เปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure)^{๐๑} และแต่ละมลรัฐในสหรัฐอเมริกา มักจะมีกฎหมายซึ่งเรียกว่า "Blue sky law" ควบคุมการออกหุ้นขายหลอกลวงประชาชน ที่กฎหมายมีชื่อเรียกกันเช่นนี้เพราะเกี่ยวกับการขายหุ้นที่เต็มไปด้วยความว่างเปล่าเหมือนกับท้องฟ้า และกรณีที่มีการออกหุ้นตอบแทนการให้บริการหรือทรัพย์สินของผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทนั้น ก็จะต้องไม่ออกหุ้นให้จนเกินมูลค่าของบริการหรือทรัพย์สิน^{๐๒} ซึ่ง "Blue sky law" ของหลายมลรัฐ เช่น Wisconsin, Texas, California, Colorado, Florida, Illinois, Michigan และ Ohio เป็นต้น และ The Federal Securities Act of 1938 ก็ได้บัญญัติให้ต้องทำการเปิดเผยข้อเท็จจริง อย่างเต็มที่ (Full disclosure) ในการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน (Public offering of securities)^{๐๓}

๒.2 หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care)

จากการวิจัยของผู้เขียนยังไม่พบว่ามีคดีที่วางหลักกฎหมายไว้โดยตรงว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ในคดี Bayer v. Beran (1944) 49 N.Y.S. 2d 2 และคดี York v. Guar Trust (1944) 143 F.2d 503 (2 Cir), re'd on other grounds (1945) 326 U.S. 99 ได้วางหลักว่า หน้าที่ตามหลักการต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary) ประกอบด้วย หน้าที่ต้องซื่อสัตย์ (Duty of loyalty) และหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care)^{๐๔} นอกจากนี้ ตามหลักกฎหมายในเรื่องทรัสต์ (Trust) หน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งของทรัสต์ (Trustee) คือหน้าที่ต้องกระทำโดยใช้ฝีมือและความระมัดระวังตามสมควร (Duty to exercise reasonable care and skill) ดังเช่นที่วิญญูชนจะพึงกระทำกับทรัพย์สินของตนเอง (As a man of ordinary prudence would exercise in dealing with his own property)^{๐๕}

^{๐๑}Henn, Handbook of the Law of Corporations p.138.

^{๐๒}Henn and Alexander, Law of Corporations, p.105. อ้างถึงใน โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532), หน้า 218-219.

^{๐๓}Henn, Handbook of the Law of Corporations, p.138.

^{๐๔}Shepherd, The Law of Fiduciary, pp.47-49.

^{๐๕}Austin Wakeman Scott, The Law of Trusts, Vol.II (Boston : Little, Brown and Company, 1939), p.924.

ค. ความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและการเชี่ยวชาญความเสียหาย

1. ความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทด้วยกัน

กรณีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป และคนใดคนหนึ่งหรือทั้งหมดได้ทำสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัทขึ้น ดังนี้ ทุกคนต้องรับผิดชอบตามสัญญาเสมือนเป็นหุ้นส่วน (As partners) แต่ถ้าสัญญานั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนใดคนหนึ่งทำโดยได้รับมอบอำนาจโดยตรงหรือโดยปริยายหรือได้รับการให้สัตยาบันจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททั้งหมด ดังนี้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ ที่ไม่ได้เป็นผู้ทำสัญญาต้องรับผิดชอบเป็นตัวการ (As principals) ในกรณีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งได้ทำสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อตั้งบริษัทต่อมามีบุคคลอื่นเข้ามาร่วมเป็นผู้เริ่มก่อตั้งบริษัท (Co-promoter) ดังนี้ผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทซึ่งเข้ามาร่วมภายหลังไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าว เว้นแต่ว่าจะได้ให้สัตยาบัน (Ratify) สัญญานั้น กรณีที่ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดำเนินธุรกิจซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติของบริษัท (Business in the nature of a corporation) ก่อนที่บริษัทจะตั้งขึ้นเป็นองค์กรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีคุณสมบัติที่จะ ดำเนินธุรกิจได้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนนั้นจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวหากทำสัญญาที่เกี่ยวกับธุรกิจดังกล่าว (Contracts made in connection with the business) ถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ทำความตกลงกัน (Mutual agreement) ดำเนินธุรกิจในนามบริษัทก่อนที่บริษัทก่อตั้งขึ้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบในหนี้สินของธุรกิจนั้น (The debts of business) เสมือนเป็นหุ้นส่วนกัน (As partners) เว้นแต่ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนใดที่ไม่ได้ยินยอมหรือได้คัดค้านโดยชัดแจ้งในการดำเนินธุรกิจนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททุกคนต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโครงการต่าง ๆ ที่ตนรู้และที่เป็นพื้นฐานการลงทุนของตนให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นรับทราบ และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททุกคนจะต้องไม่แอบแบ่งเอาผลประโยชน์ใด ๆ (Any secret and separate advantage) มาเป็นของตนโดยไม่เป็นธรรมแก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งแสดงให้เห็นว่า ทรัพย์สินตามรายการสามารถซื้อได้ในราคาที่ระบุไว้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นจึงร่วมกันชำระราคาทรัพย์สินดังกล่าว ทั้งที่ความจริงแล้วการซื้อขายได้ทำในราคาที่ต่ำกว่านั้น และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทผู้นั้นได้รับส่วนต่างระหว่างราคาดังกล่าว และกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสัญญาลับ (Secret contract) เกี่ยวกับการซื้อขายทรัพย์สินนั้นโดยสัญญาดังกล่าวมีข้อความที่ให้ประโยชน์มากกว่าที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทผู้นั้นได้เปิดเผย ดังนี้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทผู้นั้นอาจถูกบังคับให้รับผิดชอบต่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นสำหรับผลประโยชน์ใด ๆ ที่เขาได้รับ ถึงแม้ว่าทรัพย์สินอาจจะมีค่า (Worth) ตามราคาที่ได้ชำระก็ตาม^{๑๕}

2. ความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่ของบริษัท

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่ซึ่งถูกหลอกลวงหรือฉ้อโกงเกี่ยวกับผลประโยชน์หรือ

^{๑๕} American Jurisprudence, Vol.18, pp.668-669, 673.

ทรัพย์สิน (Any defrauded shareholders and creditors) ซึ่งผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ดังกล่าว อาจจะเรียกผลประโยชน์หรือทรัพย์สินคืนได้โดยกระทำในนามตนเองหรือในนามของเหล่าผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหนี้โดยไม่ต้องกระทำในนามของบริษัท ในคดี Old Dominion Copper Mining & Smelting Co. v. Lewisohn, 210 U.S., 28 S.Ct.634, 52 L.Ed.1025 (1908). Holmes J. ได้กล่าวว่า หน้าที่ใด ๆ ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีต่อบริษัทนอกจากจะมีในขณะที่บริษัทมีตัวตนขึ้นแล้วยังต้องมีในขณะที่บริษัทอยู่ในระหว่างการก่อตั้งด้วย หากมีการเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure) ต่อบุคคลทั้งหมดซึ่งมีส่วนได้เสียเกี่ยวกับบริษัทในขณะนั้นแล้วจึงจะถือว่าไม่ทำผิดหน้าที่ต่อบริษัท ถึงแม้ว่ามีความผิดพลาดทางวิธีการ (Technic) บ้างก็ได้รับการให้อภัย ถ้าหากต่อมาเหล่าผู้ถือหุ้น (Shareholders) ถูกหลอกลวงหรือฉ้อโกง (Defraud) ก็สามารถฟ้องร้องในนามของเหล่าผู้ถือหุ้นได้ ศาล Massachusetts ได้วางหลัก (The Massachusetts Court's theory) ว่า หน้าที่ต่าง ๆ ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อบริษัทได้ขยายไปพร้อมกับแผนการขยายการก่อตั้งบริษัทด้วย ในกรณีต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure) ต่อบุคคลที่มีอยู่ทั้งหมด (All of the existing shareholders) เมื่อมีการออกหุ้นสำรองไว้แต่เดิมตามที่กำหนดไว้ในตราสารหรือข้อบังคับของบริษัท (Originally - authorized shares were reserved) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของแผนการก่อตั้งบริษัทเพื่อเพิ่มจำนวนผู้ถือหุ้น แต่ไม่มีการเปิดเผยข้อเท็จจริง (Disclosure) ต่อบุคคลที่เพิ่มขึ้นนั้น ดังนั้นไม่ถือว่ามี การเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure) ต่อบริษัทและเป็นความผิดต่อบริษัท ซึ่งบริษัท (ถ้าหากเป็นอิสระจากการควบคุมของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท) อาจฟ้องบังคับหรือเหล่าผู้ถือหุ้นที่บริสุทธิ์ (Innocent shareholders) อาจใช้สิทธิแทนบริษัทฟ้องบังคับได้ แต่อย่างไรก็ตาม เหล่าผู้ถือหุ้นที่บริสุทธิ์และเจ้าหนี้ของบริษัทซึ่งถูกผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำการหลอกลวงหรือฉ้อโกง (Defraud) ซึ่งอาจจะเป็นการฉ้อโกงอย่างแท้จริง (Positive misrepresentation) หรือการไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดเมื่ออยู่ภายใต้หน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงสามารถฟ้องร้องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทโดยตรงให้เสียหายความเสียหายได้เอง^{๑๗} ในกรณีที่บริษัทเริ่มประกอบธุรกิจ หากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำให้สินทรัพย์ (Assets) ของบริษัทหมดไปจนเกือบจะล้มละลายหลังจากแสดงข้อความหลอกลวงว่าบริษัทมีหลักทรัพย์สำรองไว้ (Margins of security) เพียงพอ แม้ว่าบริษัทจะยังไม่เริ่มล้มละลายจริง ๆ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ของบริษัท^{๑๘}

^{๑๗} Henn, Handbook of the Law of Corporations, pp.135-137.

^{๑๘} American Jurisprudence, Vol.18, p.652.

3. ความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อบริษัท กรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำการฉ้อฉลหรือฉ้อโกง (Fraudulent) ปิดบังผลประโยชน์ (Concealment of the profit) และออกหุ้นตอบแทนการให้บริการหรือทรัพย์สินของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเกินมูลค่าของบริการหรือทรัพย์สิน (Issue of shares for grossly overvalued services or property) การยกเลิก (Rescission) ข้อตกลงสัญญาดังกล่าวโดยบริษัทเป็นทางเยียวยา (Remedy) ที่เหมาะสมสำหรับการฟ้องร้องให้ยกเลิก (The action for cancellation) หุ้นที่ออกให้ตอบแทนการให้บริการหรือทรัพย์สินของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซึ่งเกินมูลค่าของบริการหรือทรัพย์สินนั้น โดยปกติแล้วเป็นสิทธิของบริษัทแต่มีหลายศาลที่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นซึ่งไม่ได้ยินยอมให้ออกหุ้นดังกล่าวและหุ้นของพวกเขาต้องมีมูลค่าลดลงสามารถฟ้องร้องได้โดยลำพังตนเองหรือโดยรวมกันได้ เนื่องจากความเสียหายที่แท้จริงตกแก่ผู้ถือหุ้นไม่ใช่บริษัท และเป็นการฟ้องร้องเพื่อปกป้องสิทธิส่วนตัว (Individual rights)^{๑๐๐} สิทธิของบริษัทที่จะบังคับให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทชดเชยคืนผลประโยชน์ที่ได้รับไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทั้งหมดนั้นไม่เสียไป ถึงแม้ว่าหลังจากฟ้องร้องแล้วผู้ถือหุ้นบางคนได้ไปทำความตกลงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการไม่ดำเนินคดีต่อไปก็ตาม บริษัทสามารถฟ้องเรียกผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแอบทำขึ้น (Secret profits) ได้โดยไม่ต้องยกเลิกสัญญาหรือคืนทรัพย์สินก่อน แต่บริษัทก็อาจฟ้องเพื่อยกเลิกสัญญาซื้อขายทรัพย์สินที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำขึ้นโดยฉ้อฉล (Fraud) ซึ่งโดยปกติต้องคืนทรัพย์สินที่บริษัทได้รับไว้ แต่หากในเวลาบริษัทรู้ถึงการฉ้อฉลทรัพย์สินนั้นไม่อยู่ในสภาพเดิมที่บริษัทได้รับมาแล้ว บริษัทก็อาจเก็บทรัพย์สินนั้นไว้ (may keep the property) และฟ้องเรียกผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแอบทำขึ้น (Secret profits) ได้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหลายคนต้องรับผิดชอบร่วมกันถ้าหากกระทำการโดยมีจุดประสงค์ร่วมกันเพื่อฉ้อฉลบริษัทหรือสมาชิก (Members) ของบริษัท นอกจากนั้นบุคคลซึ่งร่วมมือกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำการกำหนดราคาทรัพย์สินและขายให้บริษัทโดยราคาสูงเกินควร บุคคลเหล่านั้นก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในผลประโยชน์ที่ได้รับไป ซึ่งเท่ากับราคาส่งเกินควร ถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะไม่ได้ถูกกล่าวหาว่าได้ทำการเกี่ยวข้องกับบริษัทหรือสมาชิก (Members) ของบริษัทหรืออยู่ภายใต้ความเกี่ยวพันตามหลักการต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (occupied fiduciary relations) หรือไม่ได้ถูกกล่าวหาว่าได้ทำการฉ้อฉล (Misrepresentation) ต่อผู้ถือหุ้น (Stockholders) ก็ตาม^{๑๐๐}

^{๑๐๐} Lattin, The Law of Corporations pp.143, 145.

^{๑๐๐} American Jurisprudence, Vol.18, pp.656-660.

ง. สิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะแสวงหาผลประโยชน์ ได้รับการชดใช้
ค่าใช้จ่ายและได้รับค่าตอบแทน

1. สิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะแสวงหาผลประโยชน์จากการก่อ
ตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมิได้ถูกห้ามอย่างเด็ดขาด (Absolutely prohibit) มิให้ทำธุรกิจ
 แสวงหากำไรจากบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจกระทำการดังกล่าวได้ถ้าหากการดำเนินธุรกรรม
 (Transaction) นั้น ได้กระทำอย่างเปิดเผยและถูกต้องเป็นธรรม (Openly and fairly)
 โดยคณะบุคคลที่มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของบริษัท (having independent charge
 of the company) และบรรดาบุคคลที่ถูกชักชวนให้ซื้อหุ้นของบริษัท (Those who are induced
 to become subscribers to its stock) จะต้องได้รับการแนะนำตีเตือนอย่างเต็มที่
 (Fully advise) เกี่ยวกับการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่จะขายให้แก่บริษัท และ
 ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องกระทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure) ต่อ
 บริษัทในเรื่องความเกี่ยวข้องใด ๆ ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อทรัพย์สินที่นำมาทำธุรกิจกับบริษัท¹⁰¹

ศาล Massachusetts ในคดี Old Dominion Copper
 Mining & Smelting Co. v. Bigelow 203 Mass. 159, 89 N.E.193, 40 L.R.A.,
 N.S., 314 (1909) ได้วางหลักเกณฑ์กรณีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทจะมีผลผูกพัน
 คู่สัญญาโดยสมบูรณ์ต่อเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ข้อหนึ่งข้อใดดังต่อไปนี้¹⁰²

(1) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจจัดหาคณะกรรมการที่เป็นอิสระ (An
 independent board of officers) ซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุม (Control) ของผู้เริ่มจัดตั้ง
 บริษัทไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม และกระทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure)
 ต่อบริษัทโดยผ่านทางคณะกรรมการดังกล่าว

(2) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full
 disclosure) ซึ่งเป็นสาระสำคัญทั้งหมดต่อบรรดาผู้เข้าซื้อหุ้นของบริษัท (to each
 original subscriber of shares in the corporation)

¹⁰¹ Ibid., pp.651-654.

¹⁰² William L. Cary and Melvin Aron Eisenberg, Cases and
Materials on Corporation (Westbury, New York : The Foundation Press,
 Inc., 1988), p.1408.

(3) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจจัดให้มีการให้สัตยาบันสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำหลังจากที่เปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสัญญาแล้ว โดยการออกเสียงของผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ตั้งขึ้นสมบูรณ์แล้ว (by vote of the stockholders of the completely established corporation)

(4) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจเป็นผู้ลงทุนทุน (Capital stock) ทั้งหมด โดยถือเป็นส่วนหนึ่งของแผนการจัดตั้งบริษัท

2. สิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายและได้รับค่าตอบแทน โดยปกติผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมคาดหวังว่าจะได้รับการชดใช้การดำเนินงาน (Service) ของตนในการก่อตั้งบริษัท ซึ่งได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่ตรงจ่ายไปก่อนและค่าตอบแทนการดำเนินงาน แต่ในขณะที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดำเนินงานนั้น บริษัทยังไม่มีตัวตนจึงไม่อาจทำสัญญากับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ หลังจากบริษัทก่อตั้งขึ้นแล้วบริษัทอาจสมชดใช้การดำเนินงานดังกล่าวโดยแสดงออกชัดเจน เช่น การให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับว่าสัญญามีผลบังคับ (Adoption) การยอมรับความรับผิด (Assumption of liabilities) การแปลงหนี้ใหม่ (Novation) และการสนองรับคำเสนอต่อเนื่อง (Acceptance of continuing offer) เป็นต้น หรืออาจรับผิด โดยปริยายด้วยการรับเอาประโยชน์ใด ๆ ของการดำเนินงานก่อตั้งบริษัท ซึ่งในกรณีหลังนี้โดยปกติไม่อาจวินิจฉัยได้ เนื่องจากบริษัทไม่อยู่ในฐานะที่จะปฏิเสธประโยชน์ใด ๆ ดังกล่าวโดยไม่มีผลกระทบต่อบริษัทเองซึ่งไม่อาจก่อตั้งขึ้นได้ถ้าไม่รับประโยชน์จากการบริการดังกล่าว (หลักจากคดี Bishop v. Parker, 103 Utah 145, 134 P. 2d 180 (1943) และคดี Indianapolis Blue Print & Mfg. Co. v. Kennedy, 215 Ind.409, 19 N.E. 2d 554 (1939).)¹⁰³

ในเรื่องความรับผิดของบริษัทต่อการชดใช้ค่าตอบแทนให้แก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ซึ่งได้ดำเนินงานและเสียค่าใช้จ่ายในการก่อตั้งบริษัทนั้นมีหลักจากคำพิพากษาแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้¹⁰⁴

(1) ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือตราสารของบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น บริษัทไม่ต้องรับผิดชดใช้ค่าตอบแทนดังกล่าวให้แก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท เว้นแต่เมื่อบริษัทได้

¹⁰³ Henn, Handbook of the Law of Corporations p.146.

¹⁰⁴ American Jurisprudence, Vol.18, pp.148-149.

ตั้งขึ้นแล้วมีการตกลงโดยชัดแจ้งว่าบริษัทจะชดใช้ให้ หรือมีข้อเท็จจริงอื่นที่ศาลถือว่ามีความสำคัญใหม่ ต่อกันว่าบริษัทจะชดใช้ให้ มีหลายศาลที่ถือตามความเห็นนี้ โดยวางหลักว่าขณะที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ดำเนินงานหรือตรองจ่ายค่าใช้จ่ายไปก่อนนั้น บริษัทยังไม่ได้ตั้งขึ้นและกล่าวไม่ได้ว่าเป็นการ ดำเนินงานหรือตรองจ่ายในนามของบริษัท ยิ่งไปกว่านั้นบริษัทไม่ผูกพันตามหลัก "Equity" ที่จะต้องจ่ายค่าใช้จ่ายเบื้องต้นเพียงเพราะเหตุผลว่า บริษัทได้รับประโยชน์จากการดำเนินงานที่เกิดขึ้นก่อนบริษัทตั้งขึ้น หลักที่ว่าบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับค่าตอบแทนการดำเนินงานและค่าใช้จ่าย ก่อนตั้งบริษัทดังกล่าว มีความเหมาะสมเป็นพิเศษในกรณีที่การดำเนินงานและค่าใช้จ่ายที่ขึ้นนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ได้มุ่งหมายจะเรียกให้บริษัทชดใช้ให้เมื่อบริษัทตั้งขึ้นแล้ว และเป็นการสมเหตุสม ผลที่จะวินิจฉัยว่าการดำเนินงานที่ทำให้และค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปก่อนตั้งบริษัทเป็นการให้โดยไม่คิดมูลค่า ซึ่งเป็นเรื่องดีงามหรือเป็นเรื่องที่คาดหวังว่าจะได้รับผลประโยชน์เป็นการส่วนตัวจากวัตถุประสงค์ ของบริษัท นอกจากนั้นย่อมเป็นการไม่ยุติธรรมต่อผู้ถือหุ้นในแง่ที่ว่า ทรัพย์สินของพวกเขาไม่ควรจะ ตกอยู่ในความรับผิดชอบของสิทธิเรียกร้องที่พวกเขาไม่ได้มีส่วนรู้เห็น

(2) การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดำเนินงานและเสียค่าใช้จ่ายที่จำเป็น และสมควรเพื่อก่อตั้งบริษัทขึ้นโดยสมบูรณ์ ย่อมเป็นที่เข้าใจและคาดหวังว่าจะได้รับการชดใช้ให้ เมื่อบริษัทได้ตั้งขึ้นและรับเอาผลประโยชน์จากการดำเนินงานและค่าใช้จ่ายดังกล่าวแล้ว กรณีถือ ได้ว่ามีข้อตกลงว่าจะชดใช้ให้โดยปริยาย มิฉะนั้นแล้วย่อมจะเกิดความยุ่งยากในการก่อตั้งบริษัทได้ จะไม่มีผู้ใดดำเนินงานและออกค่าใช้จ่ายที่จำเป็นต่อการก่อตั้งบริษัท ถ้าหากบริษัทไม่ต้องชดใช้ ค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนให้เมื่อบริษัทตั้งขึ้นแล้ว

ในหลายมลรัฐมีบทบัญญัติกฎหมายอนุญาตให้จ่ายค่าธรรมเนียมและค่า ใช้จ่ายตามสมควร (Reasonable charges and expenses) ในการก่อตั้งบริษัทจากทุนของ บริษัทที่ได้รับชำระเป็นค่าหุ้นของบริษัท แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ทำให้ทุนของบริษัทเสื่อมเสียหรือลดน้อย ลงกว่าที่แสดงไว้ (Impairing capital) หรือเป็นการจ่ายจากหุ้นที่ยังมิได้ชำระเต็มมูลค่าของ หุ้นและไม่สามารถประเมินราคาได้¹⁰⁵ เช่นใน Revised Model Business Corporation Act มาตรา 6.28 บัญญัติว่า "A corporation may pay the expenses of selling or underwriting its shares, and of organizing or reorganizing the

¹⁰⁵ Hamilton, The Law of Corporations in a Nutshell, p.73.

corporation, from the consideration received for shares." แต่สำหรับการออกหุ้นเพื่อชดเชยค่าตอบแทนการดำเนินงานก่อตั้งบริษัทหรือค่าใช้จ่ายในการก่อตั้งบริษัทนั้น มีเขตอำนาจศาล (Jurisdictions) เพียงไม่กี่แห่งที่อนุญาตให้ทำได้โดยบทบัญญัติกฎหมายหรือหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (Statute or decisional law) แต่มีบางเขตอำนาจศาลที่มีบทบัญญัติกฎหมายไม่อนุญาตให้ออกหุ้นเพื่อเป็นค่าตอบแทนการดำเนินงานก่อตั้งบริษัท¹⁰⁶

ในกรณีที่ไม่มีสัญญา ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทน (Compensation) การดำเนินงานจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น เพียงความเกี่ยวพันระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมิได้ถือว่ามีข้อตกลงโดยปริยายว่าจะต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนดังกล่าว 2 แต่ถ้าหากมีสัญญาระหว่างกันก็สามารถเรียกร้องได้ ซึ่งสัญญาดังกล่าวอาจเป็นการตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่จะต้องมีความแน่นอนเพียงพอ¹⁰⁷

จ. เวลาเริ่มต้นและเวลาสิ้นสุดของหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
งานของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจเริ่มมานานก่อนการจัดตั้งองค์กรของบริษัท (The organization of the corporation) โดยเป็นงานเกี่ยวกับการหาช่องทางเปิดกิจการและการวางแผนการพัฒนาบริษัท งานของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจมีต่อไปอีกหลังจากก่อตั้งบริษัทขึ้นแล้ว ความเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่จำเป็นต้องสิ้นสุดลงเมื่อก่อตั้งบริษัทขึ้นแล้ว ถ้าหากยังคงดำเนินงานเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ต่อไป เช่น การชักชวนคนมาซื้อหุ้นเพิ่มทุนของบริษัท หรือโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากยังคงควบคุมกิจการของบริษัทอยู่ นอกจากนั้น ถึงแม้ว่าจะมีการส่งมอบการควบคุมบริษัทให้แก่คณะกรรมการบริษัทที่เป็นอิสระ (Independent board of directors) แล้วก็ตาม ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็อาจเกี่ยวข้องกับบริษัท โดยที่ความรับผิดชอบหลักการต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary) ไม่ได้ระงับไป แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซึ่งกระทำการหรือร่วมกระทำการเพื่อธุรกิจของบริษัทโดยมิได้กำหนดเวลาการปฏิบัติงานเอาไว้ ไม่ถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติงานต่อไปอีกในเวลาอันสมควร โดยอาจหยุดปฏิบัติงานเพื่อมอบงานคืนให้บริษัทได้ตามความพอใจ และไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ซึ่งนำเงินมาลงทุนโดยความเชื่อถือในคำมั่นสัญญา (The faith of the promise) ถึงแม้ว่าการหยุดปฏิบัติงานจะทำให้บริษัทต้องประสบความเสียหายอย่างร้ายแรงก็ตาม¹⁰⁸

¹⁰⁶ Henn, Handbook of the Law of Corporations p.147.

¹⁰⁷ American Jurisprudence, Vol.18, pp.674-675.

¹⁰⁸ Ibid., pp.647-648.

สำหรับการฟ้องคดีเรียกคืนผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแอบทำขึ้น หรือได้มาโดยการฉ้อฉล (Secret or fraudulent profits) มีอายุความตามบทบัญญัติว่าด้วยอายุความ (Statute of limitations) หากสิทธิของบริษัทที่จะฟ้องคดีขาดอายุความแล้ว สิทธิของผู้ถือหุ้นที่ขาดอายุความด้วย และอายุความจะยังไม่เริ่มนับถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทยังคงควบคุมบริษัทอยู่ โดยถือว่าบริษัทยังไม่ทราบข้อเท็จจริง¹⁰⁰

2.2 ผลทางกฎหมายของสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท (Pre-incorporation contracts)

ก่อนบริษัทก่อตั้งขึ้นตามกฎหมาย* บริษัทไม่อาจมีตัวแทนได้และไม่อาจทำสัญญาใด ๆ ได้ บริษัทไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้ก่อนตั้งบริษัท เว้นแต่เมื่อบริษัทตั้งขึ้นแล้วได้กระทำการที่เป็นการยอมรับ (Assume) หนี้ (Obligation) ดังกล่าว หรือมิฉะนั้น ความรับผิดชอบได้ถูกกำหนดไว้โดยกฎหมาย ศาล Equity ปฏิเสธที่จะบังคับให้บริษัทปฏิบัติตามสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้ในนามบริษัท เว้นแต่ปรากฏเหตุผลเพื่อความเป็นธรรมที่จะต้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญานั้น¹¹⁰ หลักกฎหมายเรื่องสัญญามีได้นำไปปรับใช้ได้อย่างสัมพันธ์กับกรณีของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท เพราะว่ามีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่แตกต่างไปจากคู่สัญญาโดยทั่ว ๆ ไป ผู้ที่ทำสัญญากับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีความเสี่ยงกับความสามารถของบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้นในการปฏิบัติตามสัญญา และอาจคาดหวังได้เพียงเล็กน้อยว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะสุจริต (Good faith)¹¹¹ ปัญหาว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่ทำเพื่อประโยชน์ของบริษัทเป็นการส่วนตัวหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญา โดยพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ รวมทั้งเวลาในการปฏิบัติตามสัญญา ลักษณะการ

¹⁰⁰ Ibid., pp.658-659.

* ภายใต้อัตนบทบัญญัติกฎหมายสมัยใหม่ (Modern statutes) ความมีตัวตนของบริษัท (The Corporate existence) เริ่มเมื่อข้อบังคับของบริษัท (Articles of incorporation) ได้รับการยอมรับโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ (are accepted for filing) และสัญญาที่เกิดขึ้นโดยผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทภายหลังจากวันนั้นโดยปกติผูกพันแต่เพียงบริษัทเท่านั้น (Hamilton, Corporations, p.110.)

¹¹⁰ American Jurisprudence, Vol.18, pp.660-661.

¹¹¹ Manfred W. Ehrich and Lucille C. Bunzl, "Promoters' Contracts," Yale Law Journal Vol.38 (June, 1929) : 1013.

ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาและรูปแบบของการลงนามของผู้ทำสัญญา¹¹²

ก. ลักษณะของสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท (Pre-incorporation contracts)
สัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทอาจแบ่งเป็น 3 ลักษณะดังต่อไปนี้*

(1) สัญญาระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบุคคลที่สามซึ่งไม่ได้ทำในนามของบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้น แต่ทำในนามของผู้เริ่มก่อตั้งบริษัท กรณีนี้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทผูกพันตามสัญญาเป็นการส่วนตัว ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมไม่หลุดพ้นความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ถึงแม้ว่าต่อมาบริษัทซึ่งตั้งขึ้นแล้วได้รับเอาประโยชน์ตามสัญญาหรือแม้แต่ยอมรับว่าสัญญามีผลบังคับ (Adopt) หรือให้สัตยาบัน (Ratify) สัญญาดังกล่าวก็ตาม แต่คู่สัญญาอาจตกลงกันว่าเมื่อบริษัทก่อตั้งขึ้นและยอมรับว่าสัญญามีผลบังคับ (Adopt) หรือให้สัตยาบัน (Ratify) สัญญา ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะไม่ต้องรับผิดชอบ ความตกลงดังกล่าวก็มีผลตามกฎหมายและในกรณีที่มีการแปลงหนี้ใหม่หลังจากบริษัทตั้งขึ้นแล้ว บริษัทก็เข้าเป็นคู่สัญญาแทนที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ส่วนผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมหมดสิทธิและหลุดพ้นความรับผิดชอบตามสัญญา¹¹³

¹¹² American Jurisprudence, Vol.18, p.669.

* เป็นการแบ่งตามตำราของ Henn, Handbook of the Law of Corporations, pp.140-147.

มีหลักจากคำพิพากษาจำแนกลักษณะสัญญาก่อนตั้งบริษัทออกเป็น (1) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทรับคำเสนอ (Offer) จากอีกฝ่ายในนามของบริษัท หลังจากบริษัทตั้งขึ้นแล้วยอมรับคำเสนอดังกล่าวก็จะกลายเป็นสัญญา (2) ทำสัญญาในขณะนั้นผูกพันผู้เริ่มจัดตั้งเองโดยเป็นที่เข้าใจว่าถ้าบริษัทตั้งขึ้นแล้วก็จะเข้ามาเป็นคู่สัญญาแทนและทำให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหลุดพ้นความรับผิดชอบ (3) โดยผูกพันผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นการส่วนตัวและรอให้บริษัทตั้งขึ้นแล้วก็ให้บริษัทชดใช้ค่าเสียหาย (Lattin, The Law of Corporations, p.101.)

¹¹³ Henn, Handbook of the Law of Corporations, p.141. ;
American Jurisprudence, Vol.18, pp.668, 670.

(2) สัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำกับบุคคลที่สามในนามของบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้น และเจตนาไม่ให้ผูกพันผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท กรณีนี้ไม่เป็นสัญญา (Contracts) แต่ส่วนมากจะเป็นสัญญาสุภาพบุรุษ (Gentlemen's agreements) และเกิดเป็นคำเสนอ (Offer) แก่บริษัทหลังจากบริษัทตั้งขึ้นแล้ว ส่วนผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่มีสิทธิและความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ไม่เป็นกลฉ้อฉล (Absent misrepresentation) และไม่เป็นการผิดคำรับประกัน (Breach of warranty) ภายใต้อาณัติตกลง (Agreement) ดังกล่าว ในกรณีที่คำเสนอ (Offer) ไม่ถูกเพิกถอนและบริษัทสนองรับ (Accept) คำเสนอดังกล่าว สัญญาย่อมเกิดขึ้นระหว่างบริษัทและบุคคลที่สาม แต่หากเป็นในทางกลับกันสัญญาย่อมไม่เกิดขึ้น¹¹⁴ ดังนั้น การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแสดงโดยชัดแจ้งว่าตนเป็นคู่สัญญาในนามของบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้นและไม่เป็นการทำสัญญาในนามส่วนตัวของตน คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจึงต้องเชื่อมั่นในฐานะชื่อเสียง (Credit) ของบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้นเอง และไม่มีสิทธิฟ้องร้องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัว¹¹⁵ โดยในคดี Quaker Hill, Inc. v. Parr 364 P 2d 1056 Colo.1961 ศาลให้เหตุผลว่า ตามข้อเท็จจริง บุคคลที่สามไม่เคยตั้งใจที่จะเชื่อมั่นต่อการชำระหนี้ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามสัญญา ดังนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว¹¹⁶

(3) สัญญาระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและบุคคลที่สามซึ่งทำในนามของบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้น และมีเจตนาให้ผูกพันผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตั้งแต่แรกเริ่มทำสัญญา ซึ่งความผูกพันดังกล่าวคงมีอยู่ต่อไปถ้าหากบริษัทไม่มีการก่อตั้งขึ้นมาหรือหากบริษัทตั้งขึ้นแล้ว แต่ไม่ได้กระทำการใดในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญานั้น แต่ถ้าหากบริษัทได้กระทำการใด ๆ ตามสัญญานั้น ดังนี้สิทธิและความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมขึ้นอยู่กับทฤษฎีทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับกรณีที่บริษัทแสดงการยอมรับ

¹¹⁴Henn, Ibid., p.142. ; American Jurisprudence, Ibid., pp.668-669.

¹¹⁵Richard J. Conviser and others, Gilbert Law Summaries Corporations, 12 th.ed. (Chicago : Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publications, Inc., 1984), p.15.

¹¹⁶Hamilton, The Law of Corporation in a Nutshell, p.69.



เอาสัญญานั้น¹¹⁷

ข. ทฤษฎีทางกฎหมายที่ใช้พิจารณาเกี่ยวกับกรณีที่บริษัทแสดงการยอมรับสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท

ทฤษฎีทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับกรณีที่บริษัทแสดงการยอมรับสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท ซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำในนามของบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้น และมีเจตนาให้ผูกพันผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตั้งแต่นั้นมาเริ่มทำสัญญานั้น ทฤษฎีที่มีความเป็นไปได้มีหลายทฤษฎีซึ่งแต่ละทฤษฎีเป็นที่รู้จักหรือรับรองในระดับแตกต่างกันในแต่ละเขตอำนาจศาล (Jurisdictions) ทฤษฎีต่าง ๆ ดังกล่าวนี้ ได้แก่¹¹⁸

(1) การให้สัตยาบัน (Ratification)

พื้นฐานของทฤษฎีนี้ คือ หลักเรื่องตัวแทน (Agency rule) ซึ่งตัวการสามารถให้สัตยาบันการกระทำโดยไม่มีอำนาจของตัวแทน การให้สัตยาบันดังกล่าว ตามกฎหมายตัวแทน (Agency law) มีผลย้อนหลังไปในเวลาที่ตัวแทนกระทำการและถือว่ามีอำนาจกระทำตั้งแต่นั้นมาแต่ความขาดของการใช้หลักดังกล่าวกับสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท (Pre-incorporation agreement) ก็คือ ในเวลาที่ทำสัญญายังไม่มีตัวการ (กล่าวคือ บริษัท) ที่มีตัวตน จึงมีบางศาลปฏิเสธทฤษฎีการให้สัตยาบัน (เช่น คดี Stone v. Walker, 201 Ala.130, 134, 77 So.554, 558 (1917) และคดี Abbott v. Hapgood, 150 Mass.248, 22 N.E.907, 5 L.R.A.586 (1889). เป็นต้น) อย่างไรก็ตาม มีหลายศาลที่สนับสนุนทฤษฎีการให้สัตยาบันและการให้สัตยาบันนั้นอาจกระทำโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย¹¹⁹

¹¹⁷ Henn, Handbook of the Law of Corporations, p.142.

นอกจากนั้น ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำสัญญากับบุคคลที่สามในนามของบริษัทโดยไม่เปิดเผยความจริงว่าบริษัทยังไม่ได้ตั้งขึ้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว แต่ถ้าภายหลังจากนั้นบริษัทตั้งขึ้นมาและรับสัญญามาปฏิบัติต่อไป (Take over the contract) ดังนี้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมมีโอกาสที่จะหลุดพ้นความรับผิดชอบ แต่อย่างไรก็ดี ศาลอาจจะเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ได้มีเจตนาแปลงหนี้ใหม่ (Novation) และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทยังคงต้องรับผิดชอบ (Hamilton, The Law of Corporations, p.66.)

¹¹⁸ Henn, Handbook of the Law of Corporations, pp.142-146.

¹¹⁹ Ibid., p.143. ; Lattin, The Law of Corporations, p.102. ; American Jurisprudence Vol.18, pp.662, 666. ; Manfred W. Ehrich and Lucille C. Bunzl, Yale Law Journal Vol.38, pp.1031-1032.

(2) การยอมรับว่าสัญญามีผลบังคับ (Adoption)

เนื่องจากเหตุผลเรื่องการมีผลย้อนหลังไม่ได้ของการให้สัตยาบัน (Ratification) ดังนั้น บางศาลและผู้วิจารณ์ (Commentator) ส่วนใหญ่จึงชอบที่จะใช้หลัก "การยอมรับว่าสัญญามีผลบังคับ" (Adoption)* การ "Adoption" อาจกระทำโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายเหมือนการให้สัตยาบัน กล่าวคือ อาจมีการแสดงการถือเอาสิทธิตามสัญญานั้น โดยคณะกรรมการบริษัทอย่างเป็นทางการ หรืออาจไม่เป็นทางการด้วยการรับเอาประโยชน์ใด ๆ ตามสัญญานั้น¹²⁰ แต่หลักการดังกล่าวไม่ใช้ในกรณีที่บริษัทได้รับผลประโยชน์ที่จับต้องไม่ได้โดยตรง

*ข้อความคิด (Concept) ทางกฎหมายของ "Adoption" กับ "Ratification" แตกต่างกัน เพราะมีพื้นฐานทางทฤษฎีที่ต่างกัน กล่าวคือ "Ratification" มีข้อความคิด (Concept) อยู่บนพื้นฐานของการขยายขอบเขตหลักตัวตน (The extension of agency rules) ส่วนแนวความคิด (Idea) ของ "Adoption" มีลักษณะเป็นการเข้าไปใกล้กับสัญญาในปัจจุบัน (Immediate contractual approach) ในคดี Wall v. Niagara Mining & Smelting Co. of Idaho (1899), 20 Utah 474, 59p 339 (Utah, S.C.) ซึ่งเป็นคดีหลักที่ใช้ทฤษฎี Adoption ได้วางหลักว่า บริษัทไม่ได้เข้ามาผูกพันสัญญาโดยเหตุผลของหลักตัวตน (Agency principles) ความรับผิดชอบของบริษัทพบว่ามีอำนาจของบริษัทเอง ในฐานะที่ตัวบริษัทเข้าทำสัญญา (own inherent powers as a body corporate to make contracts) "Adoption" ได้ตั้งคำถามที่ยังไม่มีคำตอบว่า คำเสนอ (Offer) สามารถทำต่อบุคคลที่ยังไม่มีตัวตนได้หรือไม่ ในคดี Kirkup v. Anaconda Amusement Co. (1921), 59 Mont. 469, 197 P.1005 (Mont., S.C.) วางหลักว่า บริษัทเข้ามาผูกพันสัญญาโดยพื้นฐานของหลักสัญญาในเรื่องคำเสนอและคำสนอง (Offer and acceptance) สัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัท ซึ่งเรียกว่า คำเสนอต่อเนื่อง (Continuing offer) แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎี Adoption กับแนวความคิดในเรื่องบริษัทรับเอาคำเสนอต่อเนื่อง (The corporation accepting a continuing offer) ปรากฏว่าบ่อสองครั้งที่ถูกถือว่าเป็นทฤษฎีที่แยกจากกัน (Separate theories) (Heinemann, "Pre-incorporation Transactions : A Corporative Analysis," pp.49-50).

¹²⁰Henn, Handbook of the Law of Corporation, p.144. ; Lattin, The Law of Corporations, p.103.

(Tangible benefit) นอกจากนั้น ภายใต้อีกทั่วไปที่ขอมให้บริษัทถือเอาสิทธิและความผิดตามสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้ สัญญาดังกล่าวต้องไม่เกินวัตถุประสงค์ของบริษัท (Ultra vires) และบริษัทสามารถกระทำตัวเองตั้งแต่นั้น¹²¹ การที่บริษัท "Adoption" สัญญา ทำให้บริษัทเป็นคู่สัญญาจึงสามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้โดยตรง¹²² ตามทฤษฎีการ "Adoption" ข้อมมีผลผูกพันบริษัทตั้งแต่วันที่บริษัทรับเอา (Accept) สัญญาดังกล่าวมาเสมือนเป็นสัญญาที่บริษัททำเอง¹²³ แต่แม้บริษัทจะ "Adoption" สัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำก่อนตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ไม่หลุดพ้นความรับผิด¹²⁴ นอกจากนั้นในคดี RKO - Stanley Warner Theatres, Inc. v. Graziano, 355 A. 2d 830 (Pa.1976) วางหลักว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทยังคงรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม (Co-obligor) กับบริษัท¹²⁵ อย่างไรก็ตาม ถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดแล้วก็อาจเรียกให้บริษัทชดใช้ความเสียหายให้ได้¹²⁶ ในคดี Ennis Cotton - Oil Co. v. Burks, 39 S. W.966 (Tex. Civ. App.1897) วางหลักว่า การ "Adoption" ไม่ทำให้ความรับผิดของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเปลี่ยนไป ทั้งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและบริษัทต้องรับผิดชอบตามสัญญา บริษัทจะต้องรับผิดโดยลำพังต่อเมื่อบริษัททำสัญญาใหม่ (New agreement)¹²⁷ อย่างไรก็ตาม ในคดี Carle v. Corhan, 127 Va.223, 103 S.E.699 (1920) และคดี Esper v. Miller, 131 Mich.334, 91 N.W.613 (1902) ได้วางหลักว่า การที่บริษัท "Adoption" สัญญา ก่อนตั้งบริษัท

¹²¹ American Jurisprudence Vol.18, pp.661, 665.

¹²² Conviser and others, Gilbert Law Summaries Corporations, p.15.

¹²³ American Jurisprudence, Vol.18, p.666. ; Lattin, The Law of Corporations, p.102.

¹²⁴ Henn, Handbook of the Law of Corporations, p.144.

¹²⁵ Hamilton, The Law of Corporation in a Nutshell, p.120.

¹²⁶ Henn, Handbook of the Law of Corporations, p.144.

¹²⁷ Ehrich and Bunzl, "Promoters' Contracts," : 1014.

^{๕๕} ทั้งนี้ ในสหรัฐอเมริกาอย่างน้อย 1 มลรัฐ คือ มลรัฐ Massachusetts ที่ใช้หลัก English Rule ในคดี Kelner v. Baxter, (1866) L.R. 2 C.P. 174. ที่วางหลักว่า บริษัทไม่สามารถผูกพันตามสัญญาที่ทำก่อนบริษัทมีตัวตนได้ (Kessler, "Promoters' Contracts : A Statutory Solution," : 572.)

อาจทำให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ถ้าหากเป็นเจตนาของคู่สัญญาที่แสดงไว้¹²⁸

(3) การโอนสิทธิเรียกร้อง (Assignment)

ถ้าสัญญาสามารถโอนสิทธิเรียกร้องได้ และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทโอนสิทธิเรียกร้องไปยังบริษัทหลังจากบริษัทตั้งขึ้นแล้ว บริษัทกลายเป็นผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทภายใต้สัญญาเดิม ถ้าบริษัทยอมรับการส่งมอบ (accept delegation) หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท โดยปกติบริษัทย่อมกลายเป็นผู้รับผิดชอบตามสัญญา ส่วนผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทโดยปกติก็ยังต้องรับผิดชอบแต่สามารถเรียกร้องให้บริษัทชดใช้ความเสียหายได้ตามความรับผิดชอบดังกล่าว¹²⁹

(4) การแปลงหนี้ใหม่ (Novation)

ในกรณีที่มีการแปลงหนี้ใหม่ บริษัทเข้าแทนที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในฐานะเป็นคู่สัญญา โดยบุคคลที่สาม ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท และบริษัทตกลงจะยอมรับการแทนที่เช่นนั้น การแปลงหนี้ใหม่ต้องกระทำโดยชัดแจ้ง ยกเว้นแต่ในเขตอำนาจศาลอย่าง England และ Massachusetts ที่อาจกระทำโดยปริยายได้¹³⁰ การเรียกร้องให้บริษัทชดใช้ความเสียหายตามสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำก่อนตั้งบริษัทนั้น ตามทฤษฎีการแปลงหนี้ใหม่จะทำได้ต้องปรากฏว่าบริษัทยอมรับและตกลงที่จะทำสัญญาของตนเอง โดยคู่สัญญาทราบว่าการแปลงหนี้ใหม่จะหลุดพ้นความรับผิดชอบไปหรือบริษัทยอมรับและตกลงที่จะปฏิบัติตามสัญญาแทนลูกหนี้เดิมโดยความยินยอมของคู่สัญญาในสัญญาเดิม¹³¹ การแปลงหนี้ใหม่จึงทำให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหลุดพ้นความรับผิด¹³²

¹²⁸ Roy L. Rogers, "Cases Comment," Michigan Law Review Vol.38 (1940) : 1272.

¹²⁹ Henn, Handbook of the Law of Corporations, p.144.

¹³⁰ Ibid., pp.144-145.

¹³¹ คดี O' Roreke v. Greary, 207 Pa.240, 56 A.541 (1903).

วางหลักว่า การ "Ratification" หรือ "Adoption" อาจกระทำโดยปริยายได้ แต่การ "Novation" ไม่อาจกระทำโดยปริยายได้.

¹³¹ American Jurisprudence Vol.18, p.66.

¹³² Hamilton, Corporations, p.111.

(5) ทฤษฎีบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ (Third Party Beneficiary) บริษัทถือว่ามีฐานะเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ (The third party beneficiary) จากสัญญาระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบุคคลที่สาม ซึ่งบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ (The third party beneficiary) ไม่จำเป็นต้องมีตัวตนอยู่ในเวลาที่สัญญาถูกทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลดังกล่าว ถ้าบริษัทไม่ปฏิเสธสิทธิดังกล่าว บริษัทก็จะได้รับสิทธิตามสัญญาเดิมโดยบริษัท ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท¹³³

(6) ทฤษฎีผู้รับประโยชน์ของทรัสต์ (Beneficiary of trust) บริษัทถือว่ามีฐานะเป็นผู้รับประโยชน์ของทรัสต์ (Beneficiary of trust) สิทธิของบริษัทคือสัญญาและทรัสต์ (Trustee) ของบริษัท คือ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ซึ่งผู้รับประโยชน์จากทรัสต์ (Beneficiary of trust) ไม่จำเป็นต้องมีตัวตนในเวลาที่ก่อตั้งทรัสต์ ถ้าบริษัทไม่ปฏิเสธสิทธิดังกล่าว บริษัทก็จะได้รับสิทธิตามสัญญาเดิม เมื่อบริษัทรับเอาประโยชน์ดังกล่าว ทรัสต์ (Trust) จะถูกสันนิษฐานว่าสิ้นสุดลง และบริษัทจะกลายมาเป็นผู้รับผิดชอบตามสัญญากับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่หลุดพ้นจากฐานะเป็นทรัสต์¹³⁴

(7) ทฤษฎีอีกร่างหนึ่ง (Alter Ego)* ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและบริษัทถูกมองว่าเป็นเสมือนบุคคลคนเดียวกันเป็นการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด โดยถือว่าบริษัทเป็นบุคคลคนเดียวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (The corporate entity being disregarded)¹³⁵

(8) ทฤษฎีตามสมควรแก่งานที่ทำ (Quantum Meruit) กรณีที่บริษัทรับเอาประโยชน์ใด ๆ บริษัทอาจต้องรับผิดชอบด้วยเหตุผลของมูลค่าประโยชน์ที่ได้รับ (Quantum meruit) ตามทฤษฎีเสมือนมีสัญญา (Quasi contract) หรือทฤษฎีมีสัญญาตามความจริงโดยปริยาย (Inferred-in-fact contract)¹³⁶

(9) ทฤษฎีกฎหมายปิดปาก (Estoppel)

¹³³Henn, Handbook of the Law of Corporations, p.145.

¹³⁴Ibid.

*ดู ไชยวัฒน์ บุนนาค, ศัพท์และวลีกฎหมาย (อังกฤษ - ไทย) ให้ความหมายของ Alter Ego" ว่า เป็นทฤษฎีที่ว่าบริษัทหนึ่งอาจถูกบริษัทอีกบริษัทหนึ่งครอบงำจนกระทั่งไม่เป็นตัวของตัวเอง แต่กลายเป็น "เงา" ของบริษัทแรกไป เป็นผลให้บริษัทแรกนั้นต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทที่ตน เข้าไปครอบงำในการกระทำต่อบุคคลภายนอก

¹³⁵Ibid.

¹³⁶Ibid.

เมื่อบุคคลที่สามได้รับความเสียหายเพราะเชื่อมั่นในตัวแทนตามข้อเท็จจริงของบริษัท (The corporation's representation of fact) บริษัทก็อาจถูกกฎหมายปิดปาก (Estopped) ไม่ให้ปฏิเสธความรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าว หลักกฎหมายปิดปากอาจเกิดผลคนละอย่างกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและบุคคลที่สาม¹³⁷

(10) โดษบทบัญญัติกฎหมาย (Statutory)

มีผู้เห็นว่า การที่กฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) ให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบไม่เป็นธรรม กล่าวคือ การที่ให้สิทธิคู่สัญญาที่จะเลือกผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหรือบริษัทเป็นผู้รับผิดชอบ หรืออาจให้บริษัทรับผิดชอบหนึ่งและให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทรับผิดชอบอีกส่วนหนึ่งก็ได้ นั้นย่อมไม่เป็นธรรม เมื่อเทียบกับสัญญาที่ทำกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหรือทำกับบริษัทซึ่งมีผู้ต้องรับผิดชอบตามสัญญาเพียงคนเดียว ดังนั้น จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายออกนอกหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law)¹³⁸ ดังกล่าว จึงมีบางมลรัฐที่พยายามบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทในบทบัญญัติสมัยใหม่ (Modern statutes) ทั้งหมดจะมีบทบัญญัติว่า ความมีตัวตนของบริษัทจะเริ่มต้นเมื่อมีการออกหนังสือรับรองการจัดตั้งบริษัท และมีบทบัญญัติของหลายมลรัฐที่มีเนื้อความว่า บุคคลซึ่งกระทำการเสมือนว่าเป็นบริษัท (As a corporation) จะต้องรับผิดชอบอย่างผู้เป็นหุ้นส่วน (As partners) ใน Revised Model Business Corporation Act (RMBC) มาตรา 2.04 บัญญัติว่า

All persons purporting to act as or on behalf of a corporation knowing there was no incorporation under this Act, are jointly and severally liable for all liabilities created while so acting

ซึ่งบทบัญญัตินี้มีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติใน The Uniform Limited partnership Act และ Revised Uniform Limited Partnership Act¹³⁹ ในมลรัฐ Washington, Florida,

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Kessler, "Promoters' Contracts : A Statutory Solution," : 581-583.

¹³⁹ Henn, Handbook of the Law of Corporations, p.146. ; Hamilton, Corporations, pp.115, 117.

Alaska และ Oregon ได้บัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นบททั่วไปว่า บุคคลทุกคนซึ่งถือสิทธิกระทำการ
 เสมือนว่าเป็นบริษัทโดยปราศจากอำนาจที่จะทำเช่นนั้นได้ต้องรับผิดชอบกันประการต่าง ๆ ในหน
 ึ่งทั้งหมด¹⁴⁰ อย่างไรก็ตาม บางครั้งบทบัญญัติก็เคลือบคลุมและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้เช่นกัน
 ดังเช่น บทบัญญัติของมลรัฐ Michigan และ Kansas โดยกฎหมายมลรัฐ Michigan (Mich.
 Stat. Ann. Ch.195 sec.21.8 (1931)) บัญญัติว่า

No contract made by the incorporators for or on behalf of
 any corporation to be formed preliminary to the filing of
 the articles shall be deemed to be invalid or ineffectual
 because made prior to such filing, and all property held by
 such incorporators for the benefit of the proposed
 corporation shall be deemed to be the property of such
 corporation.

ซึ่งในคดี In re Montreuil's Estate, 291 Mich.582, 289 N.W.262 (1939). ศาล
 ได้ตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (Promoter-Incorporator) ย่อมถือว่าเป็น
 ตัวแทน (Agent) ของบริษัท ถึงแม้ว่าบริษัทจะยังไม่ได้ตั้งขึ้น และหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ได้ให้
 คำรับรองเป็นการส่วนตัว (Personal Pledge) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว
 ตามสัญญา คำพิพากษานี้จึงดูเหมือนว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงหลักคอมมอน ลอว์ (Common
 Law) ที่ว่า ไม่อาจมีตัวแทนได้หากไม่มีตัวการอยู่แล้ว ในคดี Hart Potato Growers'
 Association v. Grenier, 236 Mich.638, 211 N.W.45 (1926) และคดี Bill-
 Gel Co. v. Thoma (1956), 345 Mich.698, 77 N.W.2d 89 (Mich., S.C.) วาง
 หลักว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้บริษัทต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่ทำก่อนตั้งบริษัทในทันทีที่บริษัทตั้งขึ้น
 โดยไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน (Ratification) หรือการยอมรับว่าสัญญามีผลบังคับ (Adoption)
 กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่มีทางหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบได้เลย ดังนั้น บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงยังมี
 ความคลุมเครืออยู่ คือ หากบริษัทไม่สามารถตั้งขึ้นได้ผลจะเป็นอย่างไร บริษัทที่ตั้งขึ้นแล้วจะ

¹⁴⁰Heinemann, "Pre-incorporation Transaction : Comparative
 Analysis," : 55.

สามารถปฏิเสธไม่ยอมรับ สัญญาก่อนตั้งบริษัทได้ในกรณีใดบ้าง และบุคคลผู้ทำสัญญาก่อนตั้งบริษัท จะหมายถึงผู้ใด กล่าวคือ จะหมายถึง "Promoters" ในแง่ทั่ว ๆ ไป หรือ "Incorporators" ในแง่วิธีการ (Promoters in general or incorporators in the technical sense of the word) ดังเช่น พนักงานในสำนักงานกฎหมายซึ่งได้รับมอบหมายให้ดำเนินการก่อตั้งบริษัท เป็นต้น¹⁴¹ ส่วนกฎหมายมลรัฐ Kansas (Kansas Gen. Stat. Ann. Sec.17-2807 (1939)) บัญญัติว่า

When the existence of a corporation has begun under the provisions of section 14 (17-2805) and the conditions precedent to the beginning of business under the provision of section 15 (17-2806) has been performed, the promoters, subscribers and incorporators shall thereafter be relieved and released from all personal liability for the obligations of such corporation contracted in its name, either before or after the organization thereof, unless said corporation within thirty days from the date of filing the affidavit provided for in section 15... shall have disaffirmed or repudiated said obligation made on its behalf.

ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้ปรับปรุงข้อบกพร่องของกฎหมายมลรัฐ Michigan แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อบกพร่องอยู่อีก คือ กฎหมายมิได้กำหนดความรับผิดชอบตามสัญญาไว้โดยชัดแจ้ง กรณีที่บริษัทปฏิเสธสัญญาแต่รับเอาประโยชน์ตามสัญญา และการกำหนดเวลาให้ปฏิเสธสัญญาโดยไม่คำนึงว่าบริษัทจะรู้ถึงสัญญานั้น

¹⁴¹Kessler, "Promoters' Contracts : A Statutory Solution," : 576-579. ; Rogers, "Cases Comment," : 1266-1267. ; Heinemann, "Pre-incorporation Transaction : Comparative Analysis," : 52-53.

เมื่อใด¹⁴²

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ในมลรัฐที่มีบทบัญญัติกฎหมายใช้บังคับ แต่ศาลก็ยัง คงอาศัยหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Non-statutory principles) ในการพิจารณา วินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดของบุคคล จะมีก็เพียงศาล The Washington Court of Appeals ที่พิจารณาความรับผิดของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามบทบัญญัติกฎหมาย (Statutory provision) (คดี Heintze Corporation, Inc. v. Northwest Tech-Manuals, Inc. (1972), 502 P. 2d 486 (Wash., C.A.) และคดี Goodman v. Darden, Darden & Stafford Associates (1982), 653 P. 2d 1271 (Wash., C.A.)) และศาล The Washington Supreme Court ก็ยังเดินตามศาลอุทธรณ์ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (Appeal decision) ในคดี Goodman v. Darden, Darden & Stafford Associates (1983), 670 P. 2d 648 (Wash., S.C.) แต่สำหรับศาลอื่น ๆ นั้นต่างก็อดเอื้อน (Reluctant) ที่จะอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) ทั้งนี้ ศาล The Supreme Court of Oregon ได้แสดงจุดยืนอย่างชัดเจนว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) ไม่ได้ มุ่งหมายที่จะสร้างหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับความรับผิดของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในสัญญาที่ทำก่อนตั้ง บริษัทเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด (คดี Timberline Equipment Company, Inc. v. Davenport (1973), 514 P. 2d 1109 (Or., S.C.) และคดี Sherwood & Roberts - Oregon, Inc. v. Alexander (1974), 525 P. 2d 135 (Or., S.C.))¹⁴³

¹⁴²Kessler, "Promoters' Contracts : A Statutory Solution," : 579-581.

ทั้งนี้ บทบัญญัติของมลรัฐ Kansas ปี 1939 ดังกล่าวต่อมาได้บัญญัติไว้ใน Kansas Gen. Corp. Code Sec.17-2807, 1949 โดยมีข้อความเหมือนเดิม แต่ในปี 1972 มลรัฐ Kansas ได้ยกเลิกบทบัญญัติแล้วหันกลับไปใช้หลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Heinemann, "Pre-incorporation Transactions : A Comparative Analysis," : 53-54.)

¹⁴³Heinemann, Ibid., : 56.