

สถานะทางกฎหมายและความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายไทย

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงบทบัญญัติกฎหมายไทยที่บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้ แล้วจะกล่าวถึงปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย หน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซึ่งเห็นว่าสำคัญ และวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวโดยพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมาย หลักกฎหมาย เจตนารมณ์แห่งกฎหมายและเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศประกอบด้วย ซึ่งผู้เขียนจะขอแยกพิจารณาออกเป็น 3 หัวข้อ ดังนี้

1. บทบัญญัติกฎหมายไทยที่บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ ความรับผิดชอบและสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
 2. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
 3. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ ความรับผิดชอบ สิทธิ และรูปแบบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
- ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอพิจารณาตามลำดับ ดังนี้

1. บทบัญญัติกฎหมายไทยที่บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีอยู่ด้วยกัน 3 ฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

1.1 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

- (1) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องทำหนังสือบริคณห์สนธิ และนำหนังสือบริคณห์ไปจดทะเบียน (มาตรา 1097, 1099)
- (2) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททุกคนต้องลงชื่อชื่อหุ้น ๆ หนึ่งเป็นอย่างน้อย (มาตรา 1100)
- (3) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องนัดผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นมาประชุมตั้งบริษัทโดยไม่ชักช้า เมื่อมีผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นที่จะต้องชำระเป็นเงินครบแล้ว (มาตรา 1107)
- (4) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะออกเสียงลงคะแนนไม่ได้ ถ้าหากมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในปัญหาที่ยกขึ้นวินิจฉัยนั้น (มาตรา 1109)
- (5) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องมอบกิจการทั้งหมดให้แก่กรรมการบริษัทเมื่อได้ประชุมตั้งบริษัทแล้ว (มาตรา 1110)
- (6) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจไม่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาที่ทำไว้ และได้รับการชดเชยค่าใช้จ่าช ถ้าหากที่ประชุมตั้งบริษัทให้สัตยาบันสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้และค่าใช้จ่าชที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ออกไปในกาารก่อตั้งบริษัท (มาตรา 1108 (2))

(7) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจได้รับเงินตอบแทนตามจำนวนซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทกำหนดให้ (มาตรา 1108 (3))

(8) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันและโดยไม่จำกัดในบรรดาหนี้และการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทไม่อนุมัติ และแม้จะได้อนุมัติก็ยังต้องรับผิดชอบจนกว่าจะได้จดทะเบียนบริษัท (มาตรา 1113)

(9) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจถูกบุคคลผู้มีส่วนได้เสียฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน ถ้าหากซื้อบริษัทที่ตั้งไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิพร้อมกับซื้อบริษัทอื่นซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว หรือฟ้องกับซื้อที่ตั้งไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิฉบับอื่นซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว (มาตรา 1115)

1.2 ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

(1) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องทำหนังสือบริคณห์สนธิ และนำหนังสือบริคณห์สนธิไปจดทะเบียน (มาตรา 16, 19 วรรคแรก)

(2) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจทำการแก้ไขเพิ่มเติมหนังสือบริคณห์สนธิที่จดทะเบียนแล้ว แต่ก่อนจดทะเบียนบริษัทและก่อนเสนอขายหุ้นต่อประชาชนหรือบุคคลใด ๆ โดยต้องได้รับความยินยอมจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททุกคน และนำไปจดทะเบียนการแก้ไขเพิ่มเติม (มาตรา 19 วรรคสอง)

(3) ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนใดตายหรือถอนตัวก่อนประชุมตั้งบริษัทเสร็จสิ้น หากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่เหลือประสงค์จะดำเนินการต่อไปจะต้อง 1) หากคนแทนที่ภายในหนึ่งเดือนนับแต่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่เหลือซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 ตกลงกันไม่หาคนแทนที่ 2) แจ้งให้ผู้จองหุ้นทราบเกี่ยวกับการหาคนแทนที่หรือการตกลงกันไม่หาคนแทนที่ 3) ไปจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมรายการเกี่ยวกับจำนวนและบุคคลผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิ แต่ถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่เหลือไม่ประสงค์จะดำเนินการต่อไป หรือไม่ปฏิบัติตาม 1) หรือ 3) หนังสือบริคณห์สนธิที่จดทะเบียนไว้สิ้นผลไป ซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องแจ้งต่อนายทะเบียนและผู้จองหุ้น (มาตรา 20)

(4) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะเสนอขายหุ้นต่อประชาชนหรือบุคคลใด ๆ ได้ต่อเมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิแล้ว และต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (มาตรา 23-24)

(5) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องส่งเอกสารเกี่ยวกับการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนให้นายทะเบียน (มาตรา 25)

(6) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องจองหุ้นที่ต้องชำระค่าหุ้นเป็นเงินรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของทุนจดทะเบียน (มาตรา 17 (3))



- (7) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้รับชำระเป็นค่าจองหุ้นของบริษัท หรือนำเงินค่าจองหุ้นของบริษัทไปใช้จ่ายในกิจการใด ๆ ไม่ได้ (มาตรา 26)
- (8) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องเรียกประชุมจัดตั้งบริษัทภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด เมื่อมีการจองหุ้นครบตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด ถ้าหากการประชุมจัดตั้งบริษัทไม่แล้วเสร็จ ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หนังสือบริคณห์สนธิจะสิ้นผลและผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องคืนเงินค่าจองหุ้น ให้แก่ผู้จองหุ้นภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด (มาตรา 27)
- (9) ในการเรียกประชุมจัดตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องส่งหนังสือนัดประชุม พร้อมด้วยเอกสารไปยังผู้จองหุ้นซึ่งได้รับการจัดสรรหุ้นให้แล้ว . และส่งสำเนาหนังสือกับเอกสาร ดังกล่าวไปให้นายทะเบียน (มาตรา 28)
- (10) ร่างข้อบังคับของบริษัทที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจัดทำซึ่งต้องส่งไปพร้อมกับหนังสือ นัดประชุมด้วยนั้น ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหนังสือบริคณห์สนธิและบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 30)
- (11) ถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษเรื่องใด ไม่มีสิทธิออกเสียง ลงคะแนนในเรื่องนั้น เว้นแต่การออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งกรรมการ (มาตรา 33)
- (12) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องมอบกิจการและเอกสารทั้งปวงของบริษัทแก่ คณะกรรมการหลังจากการประชุมจัดตั้งบริษัทเสร็จสิ้น (มาตรา 37)
- (13) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจไม่ต้องรับผิดชอบในกิจการที่ได้ทำไว้ และได้รับการ ชดเชยค่าใช้จ่าย ถ้าหากที่ประชุมตั้งบริษัทให้ลืดยาบันและอนุมัติ ทั้งอาจได้รับเงินตอบแทนตาม จำนวน ซึ่งที่ประชุมจัดตั้งบริษัทกำหนดให้ ถ้าหากได้ระบุไว้เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ในหนังสือชื้อชาน (มาตรา 35)
- (14) ในการชำระค่าหุ้นจะหักกลบลบหนี้กับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ได้ (มาตรา 37)
- (15) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันในกิจการต่าง ๆ ที่ได้กระทำไปเนื่อง ในการจัดตั้งบริษัท ถ้าไม่สามารถจัดให้มีการประชุมจัดตั้งบริษัทให้เสร็จสิ้นและต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยไม่จำกัดจำนวนในหนี้และการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมจัดตั้งบริษัทไม่ได้อนุมัติ (มาตรา 46)
- (16) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนใด
- ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 20 วรรคสาม มาตรา 28 หรือมาตรา 37 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท (มาตรา 192)
 - ผ่าฝืนมาตรา 26 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 193)
 - ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 27 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท (มาตรา 194)

1.3 ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

(1) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ต่อประชาชนหรือบุคคลใด ๆ มิได้ หากไม่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และต้องยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์กับร่างหนังสือชี้ชวนต่อสำนักงานและแบบกับร่างหนังสือดังกล่าวนี้เมื่อผลใช้บังคับแล้ว (มาตรา 32, 65-69, 77, 79-80)

(2) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรายงานผลการขายหลักทรัพย์ต่อสำนักงานเมื่อได้เสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนแล้ว (มาตรา 81)

(3) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซึ่งลงลายมือชื่อไว้ในแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์และหนังสือชี้ชวน อาจถูกเรียกร้องให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายร่วมกับบริษัทหรือเจ้าของหลักทรัพย์แก่บุคคลใด ๆ ที่ซื้อหลักทรัพย์จากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ถ้าหากแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์และหนังสือชี้ชวนมีข้อความหรือรายการเป็นเท็จ หรือขาดข้อความที่ควรต้องแจ้งในสาระสำคัญ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีส่วนรู้เห็นหรือโดยตำแหน่งหน้าที่ตนไม่อาจล่วงรู้ถึงความแท้จริงของข้อมูลหรือการขาดข้อความที่ควรต้องแจ้งนั้น (มาตรา 82-85)

(4) ถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทฝ่าฝืนมาตรา 32 มีโทษจำคุก และ/หรือปรับ (มาตรา 268)

(5) ถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเสนอขายหรือขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนหรือบุคคลใด ๆ โดยมิได้ยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์และร่างหนังสือชี้ชวนต่อสำนักงานตาม มาตรา 65 หรือในระหว่างที่สำนักงานระงับการมีผลใช้บังคับของแบบและร่างหนังสือดังกล่าวนี้ ตามมาตรา 76 หรือก่อนที่แบบและร่างดังกล่าวนี้ยื่นไว้ต่อสำนักงานตามมาตรา 65 มีผลใช้บังคับ มีโทษจำคุกและ/หรือปรับ (มาตรา 276-277)

(6) ถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งในแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์หรือร่างหนังสือชี้ชวนที่ยื่นตามมาตรา 65 ในสาระสำคัญ มีโทษจำคุกและ/หรือปรับ (มาตรา 278)

(7) ถ้าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 66 วรรคสอง หรือ มาตรา 81 มีโทษปรับ แต่หากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 77, 79 หรือ 80 มีโทษจำคุก และ/หรือปรับ (มาตรา 279-280)

แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวข้างต้นก็มิได้บัญญัติเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้ชัดเจน จึงมีปัญหว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสถานะทางกฎหมาย

ตรงกับหลักกฎหมายเรื่องใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ เพียงใด หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนอกจากที่มีบัญญัติไว้ในกฎหมายทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวมาแล้วยังมีประการอื่นอีกหรือไม่ เพียงใด สิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายจากการดำเนินการจัดตั้งบริษัทนอกจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังกล่าวข้างต้นยังมีอีกหรือไม่ เพียงใด สัญญาที่เกี่ยวเนื่องกับการจัดตั้งบริษัทซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้กับบุคคลภายนอกก่อนบริษัทตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย จะมีผลทางกฎหมายผูกพันบุคคลใดบ้าง เพียงใด ซึ่งจะได้พิจารณาต่อไปตามลำดับ

2. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะได้บัญญัติรับรองฐานะของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทโดยบัญญัติในเรื่องหน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท นอกเหนือจากที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลक्षणอักษรชัดแจ้งดังกล่าวมาแล้ว เช่น ปัญหาเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแสวงหาประโยชน์จากการจัดตั้งบริษัท โดยการนำทรัพย์สินของตนเองหรือเป็นตัวแทนนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาขายให้บริษัทที่ตนกำลังทำการจัดตั้งจะทำได้หรือไม่ อย่างไร หรือปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามสัญญาที่ทำไว้กับบุคคลภายนอกเกี่ยวเนื่องกับการจัดตั้งบริษัท หากต่อมาบริษัทตั้งขึ้นและได้ให้สัตยาบันสัญญาดังกล่าว ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะหลุดพ้นความรับผิดชอบไปเลยหรือไม่ อย่างไร เป็นต้น ดังนี้ จึงเป็นปัญหาว่า การพิจารณาปัญหากฎหมายตามที่ยกตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเรื่องใด ดังนั้น จึงจะต้องวิเคราะห์ก่อนว่า ความเกี่ยวพันระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบริษัทที่กำลังทำการจัดตั้งขึ้น และความเกี่ยวพันระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทด้วยกันเองนั้น เข้าลักษณะกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใดในเอกเทศสัญญา บรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ เพราะหากเข้าหลักเกณฑ์เรื่องหนึ่งเรื่องใดก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายในเรื่องนั้น แต่หากไม่เข้าลักษณะกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใดในเอกเทศสัญญาก็มีปัญหาว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร และตามสถานะทางกฎหมายนั้นมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอย่างไร

วิเคราะห์ปัญหา

2.1 ความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

- "ปัญหาว่าผู้เริ่มก่อการจะต้องปฏิบัติต่อกันอย่างไร จะมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อกันอย่างไร อาจจะต้องเอาบทบัญญัติเรื่องตัวแทนหรือห้างหุ้นส่วนมาใช้โดยอนุโลม หรือในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง... อันที่จริงผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทมาใช้ตัวแทนของบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นไม่ เพราะขณะที่ผู้ก่อการกระทำการในการเตรียมจัดตั้งบริษัทนั้น บริษัทยังไม่ได้จดทะเบียน ยังไม่มีตัวตน จึงย่อมมีตัวแทนไม่ได้... แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติให้นำ บทบัญญัติเรื่องตัวแทนมาใช้กับผู้เริ่มก่อการ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เริ่มก่อการและบริษัทก็มีอยู่หลายประการที่คล้ายกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนและตัวการ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็บัญญัติรับรองไว้โดยปริยาย เช่น มาตรา 1108 บัญญัติถึงกิจการที่พึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทไว้ประการหนึ่งในข้อ 2 ว่า ให้ที่ประชุม "ให้สัตยาบันแก่บรรดาสัญญาซึ่งผู้เริ่มก่อการได้ทำไว้ และค่าใช้จ่ายอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเขาต้องออกไปในการเริ่มบริษัท" และมาตรา 1113 ก็บัญญัติว่า "ผู้เริ่มก่อการบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันและโดยไม่จำกัดในบรรดาหนี้และการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ..." ซึ่งเป็นบทบัญญัติทำนองเดียวกับเรื่องตัวการให้สัตยาบันแก่การกระทำของตัวแทนในมาตรา 823... ด้วยเหตุนี้ บทกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องเรื่องตัวแทนก็ย่อมนำมาใช้กับผู้เริ่มก่อการบริษัทได้ด้วย... สำหรับหนี้และค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการตั้งบริษัท ผู้เริ่มก่อการต้องรับผิดชอบร่วมกันอย่างลูกหนี้ร่วม (มาตรา 1113)"¹

- "ผู้เริ่มก่อการมีฐานะทางกฎหมายอย่างไรก่อนที่จะมีการจดทะเบียนบริษัทเรื่องนี้ มิได้มีบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อวิเคราะห์ถึงบทบัญญัติในมาตรา 1113 ที่ว่า "ผู้เริ่มก่อการบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันและโดยไม่จำกัด..." เทียบกับบทบัญญัติของมาตรา 1079 ในเรื่องห้างหุ้นส่วนจำกัด และมาตรา 1025 ในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญแล้ว อาจจะสามารถได้ว่า ผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทนั้นมีฐานะเช่นเดียวกับผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญนั่นเอง ตามกฎหมายอเมริกันนั้น ผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทมีฐานะเป็น Joint Venture ซึ่งน่าจะเทียบได้กับห้างหุ้นส่วนสามัญที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดโดย เฉพาะ กล่าวคือ

¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532), หน้า 218. ; โสภณ รัตนากร, "บันทึกท้ายฎีกาที่ 660/2511," ตุลาการ (กรกฎาคม-สิงหาคม 2511) : 136-137.

มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจัดตั้งบริษัทให้เป็นที่เรียบร้อยเท่านั้น เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลแล้ว ทรัพย์สินส่วนนั้นก็เป็นอย่างอื่นเล็กน้อยตามมาตรา 1055 (3)"²

- "ผู้เริ่มก่อการมิใช่ผู้แทนหรือตัวแทนบริษัท เพราะเหตุว่าบริษัทยังมิได้เกิดขึ้น ในขณะที่ แต่ก็อยู่ในฐานะเป็นผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับบริษัทที่จะตั้งขึ้น ถ้าหากว่าผู้เริ่มก่อการได้รับประโยชน์อย่างใดในการจัดตั้งบริษัท ก็ต้องส่งมอบประโยชน์เหล่านั้นให้แก่บริษัท"³

- "ผู้เริ่มก่อการเมื่อยังมีได้จดทะเบียนก็ถือเป็นเสมือนผู้เป็นหุ้นส่วนในทรัพย์สินส่วนสามัญ"⁴

- "กรณีผู้เริ่มก่อการทำสัญญากับบุคคลภายนอกก่อนตั้งบริษัท หากที่ประชุมตั้งบริษัทไม่ยอมให้สัตยาบันสัญญา ผู้เริ่มก่อการทุกคนก็ต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดเสมือนหนึ่งว่าเป็นหุ้นส่วนในทรัพย์สินส่วนสามัญที่ไม่ได้จดทะเบียน"⁵

2.2 สถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายอังกฤษและอเมริกัน

- ตามกฎหมายอังกฤษ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่อยู่ในฐานะเป็นตัวแทนของบริษัท เพราะขณะนั้นบริษัทยังไม่มีตัวตน และไม่อยู่ในฐานะเป็นหุ้นส่วนกันเพราะก่อนบริษัทตั้งขึ้นนั้น ไม่มีเจตนาประกอบกิจการแสวงหาผลกำไร ผลจากการนี้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงไม่เป็นตัวแทนซึ่งกันและกันด้วย แต่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่จะต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary position) และมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care)⁶

²พิเศษ เสตเสถียร, "คำพิพากษาฎีกา," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ 5 (2523) : 128-129.

³โพยม เลขานนท์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2512), หน้า 99.

⁴ศักดิ์วัฒน์ ระวีศิริวงศ์, คู่มือกฎหมายการค้าภาคปฏิบัติว่าด้วยหุ้นส่วนสามัญหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด หลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนจัดตั้ง เปลี่ยนแปลง เลิกการชำระบัญชี (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรบริการ, 2507), หน้า 183.

⁵โสภณ อรรถนิศาลโสภณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท สมาคม สหกรณ์ (ม.ป.ท., 2516), หน้า 86.

⁶Geoffrey Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, 14th.ed. (London : Sweet & Maxwell/Stevens, 1991), p.99. ; Robert R. Pennington, Company Law, 6th.ed. (London : Butterworths, 1990), p.524. ; Clive M. Schmitthoff, Palmer's Company Law 24th.ed. London : Steven & sons, 1987), p.260. ; L.C.B. Gower and others, Gower's Principles of Modern Company Law, 4th.ed. (London : Steven & Sons, 1979), p.3. ; Halsbury's Law of England, Vol.7 (1), pp.41-42

จึงเห็นได้ว่า สถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามหลักกฎหมายอังกฤษ ไม่เข้าลักษณะกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใด หรือถือว่าอยู่ในฐานะที่ใกล้เคียงกับกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ ส่วนการที่ถือว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary position) นั้น ก็มีใช้สถานะทางกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใด โดยเฉพาะ เนื่องจากฐานะที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษ เป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ในเรื่องต่าง ๆ หลายเรื่อง เช่น ตัวแทน, หุ้นส่วน, บริษัท, ทรัสต์ (Trust) เป็นต้น*

- ตามกฎหมายอเมริกัน ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่อยู่ในฐานะเป็นตัวแทนของบริษัท แต่สถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ยังไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ขึ้นอยู่กับความเห็นของศาลแต่ละมลรัฐ โดยอาจอยู่ในฐานะเป็นกิจการร่วมค้า (Joint Venture) หรือเป็นห้างหุ้นส่วน หรือใกล้เคียงอย่างอื่น (Analogy) กับห้างหุ้นส่วน แต่อย่างไรก็ตาม มีหลักกฎหมายที่สอดคล้องตรงกัน คือ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งถือว่ามีฐานะเป็นตัวแทนหรือทรัสต์ (Trustee) ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่อยู่ในฐานะที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty or Fiduciary relation) ต่อบริษัท ผู้จองหุ้น ผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ของบริษัท และต่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทด้วยตนเอง⁷

* ดูเชิงอรรถที่ 14 ในบทที่ 2 สถานะทางกฎหมายและความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ตามกฎหมายต่างประเทศ

⁷ American Jurisprudence, Vol.18. (New York : Lawyers Co-Operative Publishing Co., 1965), pp.660, 672. ; Harry G. Henn, Handbook of the Law of Corporation (St.Paul, Minn. : West Publishing Co., 1961), pp.131-132, 137. ; Robert A. Kessler, "Promoters' Contracts : A Statutory Solution," Rutgers Law Review 15 (1961) : 600. ; Harry G. Henn and John R. Alexander, Law of Corporations (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1983, pp.238-244.

2.3 ความคล้ายคลึงระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

- (1) มีบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป
- (2) มีการตกลงกันเป็นสัญญา
- (3) มีการร่วมลงทุนด้วยเงินสด ทรัพย์สิน หรือแรงงาน
- (4) มีการกระทำกิจการอื่นเดียวกัน
- (5) มีการกระทำกิจการร่วมกัน
- (6) มีวัตถุประสงค์แสวงหาผลกำไรจากกิจการที่ทำมาแบ่งปันกัน

ข้อสังเกต ตามหลักกฎหมายอังกฤษถือว่าก่อนบริษัทตั้งขึ้น ไม่ได้มีเจตนาประกอบกิจการแสวงหาผลกำไร แต่หากพิจารณาให้ถี่ถ้วน จะเห็นว่าอันที่จริงแล้วการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตกลงกันดำเนินการจัดตั้งบริษัทเพื่อกระทำกิจการแสวงหาผลกำไรมาแบ่งปันกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปของห้างหุ้นส่วนและบริษัทนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมมีวัตถุประสงค์ดังกล่าวตั้งแต่เริ่มแรกที่มีการตกลงกันดำเนินการ จัดตั้งบริษัทแล้ว มิใช่เพิ่งจะมีหลังจากที่บริษัทตั้งขึ้นแล้ว ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1100 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 17 (3) ก็ได้บัญญัติให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททุกคนต้องลงชื่อชื่อหุ้นหรือจองหุ้นของบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นด้วย

- (7) คุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนและผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นสาระสำคัญ

ข้อสังเกต ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1040 บัญญัติว่า "ห้ามมิให้ชักนำเอาบุคคลผู้อื่นเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนโดยมิได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนหมดด้วยกันทุกคน..."

มาตรา 1055 (5) บัญญัติว่า "ห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งตายหรือล้มละลายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ" สำหรับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเอกชน ถึงแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมิได้มีบทบัญญัติท่านเองเดียวกันนี้ แต่เมื่อพิจารณาให้ถี่ถ้วนจะเห็นว่า โดยแท้จริงแล้วคุณสมบัติของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมเป็นสาระสำคัญเช่นเดียวกัน เพราะคุณสมบัติชื่อเสียงของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมมีความสำคัญต่อความเชื่อถือไว้วางใจของผู้ที่จะมาลงทุนโดยการจองหุ้นของบริษัท ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1113 ก็บัญญัติให้ "ผู้เริ่มก่อการบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันและโดยไม่จำกัดในบรรดาหนี้และการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ และแม้จะได้มีอนุมัติก็ต้องรับผิดชอบอย่างนั้นไปจนกว่าจะได้จดทะเบียนบริษัท" อันแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของผู้ที่จะมาร่วม

ดำเนินการจัดตั้งบริษัทว่าต้องสามารถไว้เนื้อเชื่อใจกันได้ ซึ่งมาตรา 1113 นี้ บัญญัติกำหนดเอาไว้
กับมาตรา 1025 เรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญ ดังนั้น กรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ เสียชีวิตหรือถอนตัวก่อนจดทะเบียนตั้งบริษัท หนังสือบริคณห์สนธิที่จดทะเบียนไว้
จึงควรจะเสียไป ถึงแม้ว่าจำนวนผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่เหลืออยู่จะยังมีจำนวนถึง 7 คนก็ตาม* ส่วน
พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ยิ่งแสดงให้เห็นแจ่มชัดว่า คุณสมบัติของผู้เริ่มจัดตั้ง
บริษัทเป็นสาระสำคัญ โดยมาตรา 20 บัญญัติว่า

ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนใดตายหรือถอนตัวก่อนประชุมจัดตั้งบริษัทเสร็จสิ้น
และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่เหลือประสงค์จะดำเนินการต่อไปให้ปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) หากคนแทนที่ภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตาย หรือถอนตัว
เว้นแต่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่เหลือซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 ได้
ตกลงกันไม่หาคนแทนที่

(2) แจ้งให้ผู้จองหุ้นทราบเป็นหนังสือ...

การถอนตัวจากการเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องได้รับความยินยอมจากผู้เริ่มจัดตั้ง
บริษัททุกคน

ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่เหลือไม่ประสงค์จะดำเนินการต่อไปหรือไม่ปฏิบัติตาม

(1) หรือ (3) ให้หนังสือบริคณห์สนธิที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนไว้แล้วสิ้นผล...
มาตรา 21 บัญญัติว่า

"ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งคนใดตายหรือถอนตัว ผู้จองหุ้นจะถอนค่าขอ
การจองหุ้นก็ได้..."

(8) ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากผู้เป็นคู่สัญญา

*แต่ทางปฏิบัติของนายทะเบียน คือ "ถ้าผู้เริ่มก่อการที่ยังเหลืออยู่ยังมีจำนวนไม่น้อย
กว่าเจ็ดคน บรรดาผู้เริ่มก่อการที่เหลืออยู่ก็ชอบที่จะดำเนินการจัดตั้งบริษัทต่อไปได้" (ดู มหาวิทวัส
สุโขทัยธรรมมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7 (กรุงเทพมหานคร :
บริษัท วิคตอรี เพาเวอร์ พอยท์ จำกัด, 2526), หน้า 247.)

2.4 ความแตกต่างระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

โดยปกติการประกอบกิจการของห้างหุ้นส่วนสามัญจะมีลักษณะกิจการหลายอย่าง และต่อเนื่องไป ส่วนการที่ห้างหุ้นส่วนอาจจะจัดตั้งขึ้นเพื่อทำกิจการเพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อเสร็จแล้วก็เลิกไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1055 (3) นั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณียกเว้นมิใช่กรณีตามปกติของลักษณะการประกอบกิจการห้างหุ้นส่วน แต่สำหรับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนั้น ข้อตกลงหรือสัญญาที่มีเพียงกรณีเดียวเท่านั้น คือ เพื่อดำเนินการจัดตั้งบริษัท เมื่อเสร็จเรียบร้อยแล้วก็เลิกไป

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ลักษณะของความสัมพันธ์ในระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีความ คล้ายคลึงเป็นอย่างมากกับเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

2.5 ความคล้ายคลึงระหว่างความสัมพันธ์ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบริษัทและความสัมพันธ์ของตัวแทนกับตัวการ

ถึงแม้ว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะมีใช้ตัวแทนของบริษัท เพราะสัญญาตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 ต้องมีตัวการอยู่ก่อนแล้วมอบอำนาจให้ตัวแทน ไปกระทำการใด ๆ แทนตน แต่ขณะที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดำเนินการจัดตั้งบริษัทอยู่นั้น บริษัทยังไม่ได้ ตั้งขึ้นจึงไม่มีตัวตน แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบริษัทที่ผู้เริ่มจัดตั้ง บริษัทกำลังจัดตั้งขึ้น และความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนกับตัวการก็มีความคล้ายคลึงกันหลายประการ ดังต่อไปนี้

(1) ความเป็นตัวแทนนอกจากเกิดขึ้นจากการได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งหรือ โดยปริยายหรือโดยตามที่เคยปฏิบัติกันมา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 และ 807 แล้ว ยังอาจเกิดขึ้นโดยการให้สัตยาบันซึ่งเป็นการให้หรือรับรองอำนาจของตัวแทนในภายหลัง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 วรรคแรก แต่ถ้าหากตัวการไม่ให้สัตยาบัน ตัวแทนต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 วรรคสอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ตนเองเดียวกับบทบัญญัติให้เรื่องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (2) และ 1113 กับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (2) และ 46 กล่าวคือ

- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (2) บัญญัติว่า
"กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

(2) ให้สัตยาบันแก่บรรดาสัญญาซึ่งผู้เริ่มก่อการได้ทำไว้และค่าใช้จ่าย อย่างหนึ่ง อย่างใด ซึ่งเขาต้องออกไปในการเริ่มก่อตั้งบริษัท"

มาตรา 1113 บัญญัติว่า "ผู้เริ่มก่อการบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันและโดยไม่จำกัดในบรรดาหนี้และการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ..."

- พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (2) บัญญัติว่า "กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมจัดตั้งบริษัทนั้น คือ

(2) ให้สัตยาบันแก่กิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ทำไว้..."

มาตรา 46 บัญญัติว่า "ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันในบรรดากิจการต่าง ๆ ที่ได้กระทำไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัทถ้าไม่สามารถจัดให้มีการประชุมจัดตั้งบริษัทให้เสร็จสิ้นได้ และต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในบรรดาหนี้และการจ่ายเงิน ซึ่งที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ"

- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 823 บัญญัติว่า "ถ้าตัวแทนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยปราศจากอำนาจก็ดีหรือทำนอกทำเหนือขอบอำนาจก็ดี ท่านว่าผู้นั้นไม่ผูกพันตัวการเว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบันแก่การนั้น

ถ้าตัวการไม่ให้สัตยาบัน ท่านว่าตัวแทนย่อมต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกโดยลำพังตนเอง..."

(2) โดยปกติผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่มีสิทธิจะได้รับเงินตอบแทนการดำเนินงานก่อตั้งบริษัท เว้นแต่ที่ประชุมตั้งบริษัทจะเห็นสมควรกำหนดให้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (3) และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (3)) ท่านองเดียวกับตัวแทนที่โดยปกติไม่มีสิทธิจะได้รับบำเหน็จ เว้นแต่จะได้มีข้อตกลงกันไว้ในสัญญาว่ามีบำเหน็จ หรือทางการที่คู่สัญญาประพฤติดอกกันนั้นเป็นปรีชาว่ามีบำเหน็จ หรือเคยเป็นธรรมเนียมมีบำเหน็จ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 803)

(3) พิจารณาเปรียบเทียบระหว่างหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามหลักกฎหมายอังกฤษและอเมริกันกับหน้าที่ของตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3.1) หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อบริษัทตามหลักกฎหมายอังกฤษ คือ หน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) และหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care)



(3.1.1) หน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ
เชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) ประกอบด้วยหลักสำคัญดังต่อไปนี้^๘

- ห้ามมิให้แอบแสวงหาผลประโยชน์จากการ
ดำเนินการจัดตั้งบริษัท (Secret profit)
- ต้องเปิดเผยผลประโยชน์ที่มีอยู่จากการ
ดำเนินงานจัดตั้งบริษัท (Disclosure of interest)
- ต้องไม่ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกรอบงำด้วยอิทธิพล
อันไม่ชอบธรรม (Undue influence)

(3.1.2) หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร ได้แก่
การใช้ทักษะและความระมัดระวังตามสมควร (Reasonable skill and care)^๙

(3.2) หน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อบริษัทตามหลักกฎหมายอเมริกัน
คือ หน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty)

(3.2.1) หน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ
เชื่อใจเป็นพิเศษ ประกอบด้วยหลักสำคัญดังต่อไปนี้^{๑๐}

- ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full
disclosure)
- ต้องไม่แอบแสวงหาผลประโยชน์จากการดำเนินงาน
จัดตั้งบริษัท (Secret profit)
- ต้องรายงานผลประโยชน์ที่อาจจะได้รับทั้งหมด
จากการดำเนินงานจัดตั้งบริษัท (Full advice of any interest)

^๘Pennington, Company Law, pp.525-526. ; Farrar and others, Farrar's Company Law, pp.55-57.

^๙Pennington, Company Law, p.528.

^{๑๐}American Jurisprudence, Vol.18, pp.650-651.

- ต้องมีความสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (The utmost good faith)

- ต้องมีความเที่ยงธรรม (Fair dealing)

(3.2.2) จากการวิจัยของผู้เขียนเกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ของ
ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายอเมริกัน ยังไม่พบคดีที่วางหลักโดยตรงว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่
ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care) ด้วย แต่อย่างไรก็ตามในคดี Bayer v.
Beron (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 วางหลักว่า หน้าที่ตามหลัก
การต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary) ประกอบด้วยหน้าที่
ต้องซื่อสัตย์สุจริต (Duty of loyalty) และหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty
of care)¹¹

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต่อบริษัทตามกฎหมายอังกฤษ
และอเมริกันดังกล่าวข้างต้น มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนตามประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์หลายประการดังกรณีต่อไปนี้

(ก) กรณีห้ามมิให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแอบแสวงหาผลประโยชน์จากการดำเนินงานจัดตั้ง
บริษัท (Secret profit) นั้น เป็นหลักกฎหมายทำนองเดียวกับหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตราต่อไปนี้

มาตรา 805 บัญญัติว่า "ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการจะเข้าทำนิติกรรม
อันใดในนามของตนเองหรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกหาได้ไม่..."

มาตรา 810 บัญญัติว่า "เงินและทรัพย์สินอย่างอื่นบรรดาที่ตัวแทนได้รับไว้เกี่ยวด้วยการ
เป็นตัวแทนนั้น ท่านว่าตัวแทนต้องส่งให้แก่ตัวการทั้งสิ้น

อนึ่ง สิทธิทั้งหลายซึ่งตัวแทนชวนชวนได้มาในนามของตนเอง แต่โดยฐานที่ทำการแทน
ตัวการนั้น ตัวแทนก็ต้องโอนให้แก่ตัวการทั้งสิ้น"

¹¹J.C. Shepherd, The Law of Fiduciaries (Toronto, Canada :
The Carswell Company Limited, 1981), pp.47-49.

มาตรา 811 บัญญัติว่า "ถ้าตัวแทนเอาเงินซึ่งควรจะได้ส่งแก่ตัวการ หรือซึ่งควรจะใช้ในกิจการของตัวการนั้นไปใช้สอยเป็นประโยชน์ตนเสีย ท่านว่าตัวแทนต้องเสียดอกเบี้ยในเงินนั้นนับแต่วันที่ได้อำนาจไปใช้"

(ข) กรณีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกครอบงำด้วยอิทธิพลอันไม่ชอบธรรม (Undue influence) หรือต้องมีความสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (The utmost good faith) และต้องมีความเที่ยงธรรม (Fair dealing) นั้นเป็นหลักกฎหมายท่านเองเดียวกับหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทน ตามมาตรา 805 และ 825

มาตรา 825 บัญญัติว่า "ถ้าตัวแทนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยเห็นแก่อำมสินจ้างเป็นทรัพย์สินอย่างใด ๆ หรือประโยชน์อย่างอื่น อันบุคคลภายนอกได้ให้เป็นलगส่วนตัวก็ดี หรือให้คำมั่นว่าจะให้ก็ดี ท่านว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย"

(ค) กรณีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure) ต้องเปิดเผยผลประโยชน์ที่มีอยู่จากการดำเนินงานจัดตั้งบริษัท (Disclosure of interest) และต้องรายงานผลประโยชน์ใด ๆ ที่อาจจะได้รับทั้งหมด (Full advice of any interest) นั้น เป็นหลักกฎหมายท่านเองเดียวกับหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนตามมาตรา 805 และ 825

(ง) กรณีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควร (Duty of care) นั้นเป็นหลักกฎหมายท่านเองเดียวกับหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนตามมาตรา 807 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติให้นำบทบัญญัติมาตรา 659 ว่าด้วยการฝากทรัพย์สินมาใช้โดยอนุโลม และตามมาตรา 659 เรื่องฝากทรัพย์สินนั้น ได้บัญญัติให้การรับฝากทรัพย์สินที่เป็นการทำให้เปล่าไม่มีบำเหน็จ ผู้รับฝากทรัพย์สินต้องใช้ความระมัดระวังสงวนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเหมือนเช่นเคยประพฤติในกิจการของตนเอง

ดังนี้ จึงเห็นได้ว่า ลักษณะความเกี่ยวพันทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบริษัทที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกำลังดำเนินการจัดตั้งขึ้น มีความคล้ายคลึงเป็นอย่างมากกับลักษณะความเกี่ยวพันทางกฎหมายของตัวแทนกับตัวการ

2.6 สรุปผลการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

จากการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า สถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่เข้าลักษณะเรื่องหนึ่งเรื่องใดในเอกเทศสัญญา บรรพ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่มีสถานะทางกฎหมายที่มีรูปแบบเป็นของตนเองโดยเฉพาะ โดยมีฐานะเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซึ่งกฎหมายบัญญัติรับรองฐานะไว้

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เอกเทศสัญญาลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท และในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แต่อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า สถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทด้วยกันเอง มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับหลักกฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน และในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบริษัทที่กำลังทำการจัดตั้งขึ้นมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การพิจารณาหลักกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ ความรับผิดชอบและสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท จึงอาจเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน และเรื่องตัวแทนได้ด้วย

3. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ ความรับผิดชอบ สิทธิ และรูปแบบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 2 ว่า สถานะทางกฎหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่เข้าหลักเกณฑ์ของกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใดในเอกเทศสัญญา บรรพ 3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสถานะทางกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะของตนเอง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติรับรองฐานะไว้ ดังนั้น จึงมีปัญหาว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะมีหน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธินอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 1 หรือไม่อย่างไร ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงขอเสนอปัญหากฎหมายที่เห็นว่าสำคัญเกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ ความรับผิดชอบ และสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมากกว่า และทำการวิเคราะห์ปัญหานั้น ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอแยกพิจารณาปัญหาออกเป็น 4 กรณี ดังนี้

- 3.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบของการเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
- 3.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
- 3.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
- 3.4 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

ซึ่งผู้เขียนจะขอทำการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวตามลำดับดังนี้

3.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับรูปแบบของการเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติให้บุคคลใดที่จะเริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทจะต้องเข้าชื่อกันกำหนดหนังสือบริคณห์สนธิ และ



นำหนังสือบริคณห์สนธินั้นไปจดทะเบียน* จึงมีปัญหาคือความเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายเริ่มขึ้นเมื่อใด จะเริ่มขึ้นเมื่อจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิ ? หรือจะต้องรอให้จดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิเสียก่อน ?

วิเคราะห์ปัญหา

เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวนั้นประเด็นจะต้องพิจารณาก่อนว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธินี้ถือว่าเป็นเรื่องแบบของนิติกรรมหรือไม่ เพราะถ้าเป็นเรื่องแบบของนิติกรรมหากไม่ทำให้ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัตินิติกรรมนั้นก็ตกเป็นโมฆะตาม ปพพ. มาตรา 152

วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่บัญญัติเรื่องแบบของนิติกรรมไว้มี 3 ประการดังนี้**

1) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลผู้ทำนิติกรรมนั้น เพราะเมื่อต้องทำตามพิธีที่กฎหมายกำหนด คู่กรณีก็จะมีความระมัดระวังไม่กระทำลงไปง่าย ๆ โดยขาดความรอบคอบ และเมื่อกระทำแล้วก็ย่อมจะเป็นหลักฐานมั่นคงสะดวกแก่การที่จะพิสูจน์ความจริงภายหลัง

* ปพพ.

มาตรา 1079 บัญญัติว่า บุคคลใด ๆ ตั้งแต่เจ็ดคนขึ้นไปจะเริ่มก่อนการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ด้วยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ และกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้

มาตรา 1099 วรรคสอง บัญญัติว่า หนังสือบริคณห์สนธิซึ่งได้ทำนั้น ท่านบังคับให้นำฉบับหนึ่งไปจดทะเบียนและมอบไว้ ณ หอทะเบียน

พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

มาตรา 16 บัญญัติว่า บุคคลธรรมดาตั้งแต่สิบห้าคนขึ้นไปจะเริ่มจัดตั้งบริษัทได้โดยจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิ และปฏิบัติการอย่างอื่นตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 19 บัญญัติว่า หนังสือบริคณห์สนธินั้น ให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททุกคนลงลายมือชื่อและนำไปขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียน

** ดู ไกรสร บารมีอวยชัย, "แบบแห่งนิติกรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 7-14.

2) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอก เพราะเป็นมาตรการให้บุคคลภายนอกได้มีโอกาสที่จะหยั่งรู้ถึงสิทธิและหน้าที่ของตนในการที่จะเข้าผูกพันเกี่ยวกับนิติกรรมอย่างใดแบบนิติกรรมที่สามารถใช้ได้กับกรณีนี้ ได้แก่ การจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

3) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ เพราะรัฐสามารถควบคุมดูแลการทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้อย่างทั่วถึง เพื่อให้มีการทำนิติกรรมโดยมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กฎหมายจึงบัญญัติแบบให้นิติกรรมนั้นต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

สำหรับหนังสือบริคณห์สนธิเป็นตราสารจัดตั้งนิติบุคคลตาม ปพพ. มาตรา 66 เป็นหนังสือที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแสดงความประสงค์ในการจัดตั้งบริษัท และเป็นแม่บทที่วางวัตถุประสงค์และขอบเขตการจัดการงานของบริษัทต่อบุคคลภายนอก ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิด้วยนั้นมีลักษณะตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย 3 ประการ ที่บัญญัติเรื่องแบบของนิติกรรมไว้ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น การจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิจึงเป็นแบบของนิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติไว้*

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายได้แก่ผู้ที่มีชื่อเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิและหนังสือบริคณห์สนธิได้ทำการจดทะเบียนตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วเท่านั้น บุคคลซึ่งเพียงแต่มีเจตนาร่วมกันทำการจัดตั้งบริษัทแต่ยังไม่มีชื่อเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิที่จดทะเบียนแล้ว หรือมีชื่อเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิแต่หนังสือบริคณห์สนธินั้นยังไม่ได้จดทะเบียนยังไม่ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมาย เนื่องจากไม่ทำตามแบบของนิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติไว้

3.2 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

ถึงแม้ว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะมีบทบาทหน้าที่เฉพาะแต่ในระหว่างทำการจัดตั้งบริษัท เมื่อมีการประชุมจัดตั้งบริษัทและเลือกกรรมการแล้ว ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ต้องมอบกิจการ

*ดู ศักดิ์ สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ม.ป.ป.), หน้า 79. ยกตัวอย่างว่า หนังสือบริคณห์สนธิ (ปพพ. มาตรา 1099) เป็นแบบของนิติกรรมประเภทที่กฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

และเอกสารทั้งปวงของบริษัทให้แก่คณะกรรมการบริษัท* แต่บทบาทหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในช่วงดังกล่าว ก็มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่ออนาคตของบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นและผู้ถือหุ้นของบริษัท เนื่องจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นทั้งผู้วางแผนและดำเนินการจัดตั้งบริษัท จึงมีส่วนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งโดยตรงและโดยทางอ้อม ดังนั้น จึงมีปัญหว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องมีหน้าที่ต่อบริษัทที่กำลังทำการจัดตั้งขึ้น ผู้ถือหุ้นของบริษัท และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทบริษัทด้วยกันเอง นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอีกหรือไม่อย่างไร ซึ่งในการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจะขอแยกพิจารณาปัญหาออกเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

3.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนำทรัพย์สินของตนหรือเป็นตัวแทนนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาขายให้แก่บริษัทที่ตนกำลังทำการจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้กำไรจากการขายทรัพย์สินนั้นหรือไม่ก็ตาม

3.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ ไม่สืบราคาทรัพย์สินที่ซื้อมาเพื่อการจัดตั้งบริษัท ทำให้บริษัทต้องซื้อทรัพย์สินนั้นในราคาที่แพงกว่าราคาท้องตลาดโดยทั่วไป

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวตามลำดับ ดังนี้

3.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนำทรัพย์สินของตนหรือเป็นตัวแทนนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาขายให้แก่บริษัทที่ตนกำลังทำการจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้กำไรจากการขายทรัพย์สินนั้นหรือไม่ก็ตาม จะทำได้เพียงใด อย่างไร

วิเคราะห์ปัญหา

ในการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจะขอแยกวิเคราะห์เป็น 2 กรณี ดังนี้

(ก) กรณีความเกี่ยวพันระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบริษัทและผู้ถือหุ้น

(ข) กรณีความเกี่ยวพันระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทด้วยกัน

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ตามลำดับ ดังนี้

*ปพพ. มาตรา 1110 บัญญัติว่า เมื่อได้ประชุมตั้งบริษัทแล้ว ให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมอบการทั้งปวงให้แก่กรรมการของบริษัท

พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 37 บัญญัติว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องมอบกิจการและเอกสารทั้งปวงของบริษัทแก่คณะกรรมการภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมจัดตั้งบริษัท

(ก) กรณีความเกี่ยวพันระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับบริษัทและผู้ถือหุ้น(ก.1) หน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ

ในการจัดตั้งบริษัทถึงแม้ว่าในระหว่างที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกำลังทำการจัดตั้งบริษัท
อยู่นั้นบริษัทจะยังไม่มีตัวตน แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นได้ว่า โดยสภาพ
ความเป็นจริงผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมิได้กระทำการจัดตั้งบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเองเพียงเท่านั้น
แต่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นด้วย ซึ่งได้แก่บริษัทที่จะตั้งขึ้นในอนาคตและผู้ถือหุ้น
ของบริษัท โดยลักษณะหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่ต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น
ดังกล่าว จึงมีลักษณะเดียวกับหน้าที่ของตัวแทนที่ต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ของตัวการ ซึ่งลักษณะ
ของความสัมพันธ์ที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีหน้าที่จะต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นดังกล่าว
จะเห็นได้ว่าต้องตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานของการ ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็น
พิเศษ เป็นประการสำคัญ ผู้เขียนจึงเห็นว่า หน้าที่พื้นฐานของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะต้องต่อบริษัทที่
ตนกำลังทำการจัดตั้งขึ้นและผู้ถือหุ้นของบริษัท ได้แก่ หน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ
เป็นพิเศษนั่นเอง ดังนั้น ถ้าหากการกระทำใดมีลักษณะเป็นการขัดกันระหว่างหน้าที่ดังกล่าว
ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นแล้ว จึงไม่อาจกระทำได้ ทั้งนี้ หลักการซึ่ง
เป็นหน้าที่พื้นฐานของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดังกล่าว มีลักษณะเดียวกับหน้าที่ของตัวแทนที่มีต่อตัวการ และ
มีลักษณะสอดคล้องกับหลักกฎหมายในเรื่องหน้าที่ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายของประเทศ
อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ดังนี้

- ตามหลักกฎหมายเรื่องตัวแทน ปพพ. มาตรา 805* ได้บัญญัติหลักการที่เป็น
หน้าที่พื้นฐานของตัวแทนที่ต้องมีต่อตัวการ คือหน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ
เป็นพิเศษ ดังนั้น ตัวแทนจึงไม่อาจเข้าทำนิติกรรมกับตัวการเสียเอง และไม่อาจเป็นตัวแทนของ
บุคคลภายนอกเข้าทำนิติกรรมกับตัวการด้วย ถ้าหากไม่ได้รับความยินยอมจากตัวการ เพราะเป็น
กรณีที่ประโยชน์ขัดกันอาจจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการได้**

* ปพพ. มาตรา 805 บัญญัติว่า ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการ
จะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของตัวการทำกับตนเองในนามของตนเอง หรือในฐานะเป็นตัวแทน
ของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้

** ดู สถิติย์ เล็งไชยสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 2
(กรุงเทพมหานคร : บริษัทศรีสมบัติการพิมพ์, ม.ป.ป.), หน้า 71. กล่าวว่า มาตรา 805 นี้
กำหนดหน้าที่อันเป็นคุณลักษณะพิเศษที่สำคัญซึ่งประการหนึ่งของตัวแทน คือ หน้าที่กระทำการอย่าง
ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและจงรักภักดี (Fiduciary duty) เป็นหน้าที่ของบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะบ่าว
คนใช้ ลูกจ้าง และตัวแทน

- ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะที่ต้อง
กระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary position) เนื่องจาก
ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นผู้ก่อสร้างบริษัทมีอำนาจที่จะวางรูปแบบและกำหนดเรื่องต่าง ๆ สำหรับบริษัท
ที่จะจัดตั้งขึ้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงอยู่ในฐานะที่มีความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องกระทำการอย่างผู้ที่
ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ ต่อบริษัทที่กำลังทำการจัดตั้งขึ้น ดังนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงมี
หน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) ต่อบริษัท¹²

- ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้อง
ทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) ต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น¹³
โดยเสมือนว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นตัวแทน (Quasi agent) ของบริษัท¹⁴

(ก.2) ลักษณะของหน้าที่ที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ
เป็นพิเศษ

ดังที่ได้วิเคราะห์มาแล้วในหัวข้อ (ก.1) ว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้อง
กระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น แต่อย่างไรก็ตาม
ผู้เขียนเห็นว่าโดยสภาพของการเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและตามหลักการแล้ว ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท
สามารถนำทรัพย์สินของตนหรือเป็นตัวแทนนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาขายให้แก่บริษัทที่ตน
กำลังทำการจัดตั้งได้ ถ้าหากว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการกระทำที่ผิดต่อหน้าที่ที่ต้องกระทำการ
อย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท โดยต้องไม่ทำให้เกิดกรณีประโยชน์
ขัดกันระหว่างประโยชน์ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกับประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น ดังนั้น ผู้เริ่ม
จัดตั้งบริษัทจึงต้องไม่แอบแสวงหาประโยชน์โดยการแอบขายทรัพย์สินในกรณีดังกล่าวให้แก่บริษัท
ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการขายทรัพย์สินดังกล่าวผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้กำไรหรือไม่ก็ตามต้องกระทำโดย
เปิดเผย และการเปิดเผยนั้นจะต้องเป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงจนหมดสิ้นต่อที่ประชุมจัดตั้งบริษัท

¹²Clive M. Schmitthoff, Palmer's Company Law. 24th. ed.
(London : Stevens & Son, 1987). pp. 261-262.; John H. Farrar and others,
Farrar's Company Law (London : Butterworths, 1991). p. 55. ; Robert R.
Pennington, Company Law, 6th. ed. (London : Butterworths, 1990). p. 524.

¹³Harry G. Henn and John R. Alexander, Law of Corporations
(St. Paul Minn. : West Publishing Co., 1961), pp. 131-132, 137.

¹⁴American Jurisprudence, Vol. 18 (New York : The Lawyers
Co-operative Publishin Co., 1965), p. 650.

ให้รับรู้ เพราะ ปพพ. มาตรา 1108 (2) และพรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (2)* ได้บัญญัติรองรับไว้ให้เป็นดุลพินิจของที่ประชุมจัดตั้งบริษัทที่จะพิจารณาว่าสมควรให้สัตยาบันสัญญาหรือกิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไปแล้วนั้นหรือไม่ ดังนั้น การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนำทรัพย์สินในกรณีดังกล่าวข้างต้นมาขายให้แก่บริษัท ถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเปิดเผยข้อเท็จจริงจนหมดสิ้นให้ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทรับรู้แล้ว และที่ประชุมจัดตั้งบริษัทได้ให้สัตยาบันสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทดังกล่าว กรณีนี้จึงไม่ถือว่าการกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นการกระทำผิดต่อหน้าที่ที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ เพราะไม่ได้แอบแสวงหาประโยชน์โดยได้เปิดเผยข้อเท็จจริงจนหมดสิ้นให้ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทรับรู้แล้ว และการที่ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบันสัญญาดังกล่าวก็ทำให้การกระทำนั้นไม่เป็นกรณีที่ผลประโยชน์ขัดกัน แต่ถ้าหากที่ประชุมจัดตั้งบริษัทไม่ให้สัตยาบันสัญญาดังกล่าว ดังนี้ ถือว่าการกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนั้นเป็นกรณีที่ประโยชน์ขัดกันจึงไม่มีผลผูกพันบริษัทและผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ หลักดังกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนและหลักกฎหมายในเรื่องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ดังนี้

- ตามหลักกฎหมายเรื่องตัวแทน ปพพ. มาตรา 805 วางหลักพื้นฐานว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์สุจริตต่อตัวการ โดยตัวแทนจะต้องไม่แอบกระทำการที่มีลักษณะของประโยชน์ตัวแทนขัดกับประโยชน์ของตัวการ แต่ตามมาตรานี้ก็บัญญัติให้ตัวแทนสามารถกระทำการที่มีลักษณะของประโยชน์ขัดกันดังกล่าวได้ ถ้าหากได้รับความยินยอมจากตัวการ ซึ่งการที่ตัวการจะให้ดุลพินิจตัดสินใจได้ว่าจะให้ความยินยอมหรือไม่ให้ จึงเป็นหน้าที่ของตัวแทนที่จะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตโดยการเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ตัวการรับรู้

- ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) ต่อบริษัทซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้ประกอบด้วยหลักสำคัญ 3 ประการคือ¹⁵

* ปพพ. มาตรา 1108 (2) บัญญัติว่า กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ (2) ให้สัตยาบันแก่บรรดาสัญญาซึ่งผู้เริ่มก่อการได้ทำไว้และค่าใช้จ่ายอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเขาต้องออกไปในการเริ่มก่อตั้งบริษัท

พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (2) บัญญัติว่า กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมจัดตั้งบริษัทนั้น คือ (2) ให้สัตยาบันแก่กิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ทำไว้ และอนุมัติค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัท

¹⁵ Pennington, Company Law. pp.525-526. : Farrar and others, Farrar's Company Law. pp. 55-57.



1) ห้ามมิให้แอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) จากการจัดตั้งบริษัท โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบริษัท

2) ต้องเปิดเผยถึงผลประโยชน์ที่มีอยู่ในการจัดตั้งบริษัท (Disclosure of interest) ทั้งนี้ แม้ว่าผลประโยชน์นั้นอาจจะไม่ถือว่าเป็นกรณีของการแอบแสวงหาผลประโยชน์ (Secret profit) ก็ตาม

3) ต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกครอบงำด้วยอิทธิพลอันไม่ชอบธรรม (Undue influence)

ทั้งนี้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมจากการจัดตั้งบริษัท ถ้าหากได้เปิดเผยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผลประโยชน์นั้นให้บริษัทรับรู้ และได้รับความยินยอมจากบริษัท¹⁶ ซึ่งการเปิดเผยข้อเท็จจริงนั้นจะต้องกระทำต่อคณะกรรมการที่เป็นอิสระ (Independent board of directors) หรือผู้ถือหุ้นและผู้จองหุ้น (The existing and intended shareholder)¹⁷

- ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา หน้าที่ต้องกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (Fiduciary duty) ประกอบด้วยหลักสำคัญดังนี้¹⁸

- 1) ต้องไม่แอบแสวงหาประโยชน์ (Secret profit) จากการจัดตั้งบริษัท
- 2) ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure)
- 3) ต้องรายงานผลประโยชน์ที่มีอยู่ทั้งหมด (Full advice of any interest)
- 4) ต้องมีความสุจริตเป็นอย่างยิ่ง (The utmost good faith)
- 5) ต้องมีความเที่ยงธรรม (Fair dealing)

ทั้งนี้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไม่ถูกห้ามประกอบธุรกิจแสวงหาประโยชน์จากการจัดตั้งบริษัท ถ้าหากกระทำการโดยเปิดเผยและตรงไปตรงมา (Fairly and openly) โดยจะต้องทำการเปิดเผยข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ (Full disclosure) ต่อคณะกรรมการที่เป็นอิสระ (Independent board of directors) หรือเปิดเผยต่อผู้ถือหุ้น (Shareholders) หรือ

¹⁶Schmitthoff., Palmer's Company Law, p. 262.

¹⁷Geoffrey Morse and others, Charlesworth & Morse Company Law, 17th. ed. (London : Sweet & Maxwell/Stevens, 1991). p. 100.

¹⁸American Jurisprudence, Vol. 18, pp. 650-651.; Henn. and Alexander., Law of Corporations, p. 239.

ผู้ถือหุ้น (Subscribers) ทั้งหมด¹⁰

(ข) กรณีความเกี่ยวพันระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทด้วยกัน

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนอกจากจะทำการจัดตั้งบริษัทเพื่อประโยชน์ของบริษัทที่จะตั้งขึ้นในอนาคตและผู้ถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวมาแล้ว ยังเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ ด้วย เนื่องจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมิใช่เป็นเพียงผู้ทำการจัดตั้งบริษัทเท่านั้น แต่ยังเป็นผู้ลงทุนมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับบริษัทที่กำลังจัดตั้งด้วย ซึ่งกฎหมายก็ได้บัญญัติให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททุกคนต้องจองหุ้นของบริษัท* นอกจากนี้กฎหมายยังบัญญัติให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดในบรรดาหนี้และการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ** ซึ่งลักษณะของความรับผิดชอบตามกฎหมายบัญญัติดังกล่าวนี้ เป็นลักษณะของความผิดอย่างลูกหนี้ร่วมจึงเท่ากับว่าการกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งเป็นการกระทำแทนผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ ด้วย

¹⁰ American Jurisprudence, Vol. 18, pp. 651-633. ; Henn. and Aleyander., Law of Corporations, pp. 239-240. ; William L. Crry and Melvin Aron Eisenberg, Cases and Materials on Corporations (Westbury, New York : The Foundation Press, Inc., 1988), pp. 1408-1409.

* ปพพ. มาตรา 1100 บัญญัติว่า ผู้เริ่มก่อการทุกคนต้องลงชื่อถือหุ้น ๆ หนึ่ง เป็นอย่างน้อย

พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 17 (3) บัญญัติว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้อง (3) จองหุ้น และหุ้นที่จองทั้งหมดนั้นต้องเป็นหุ้นที่ชำระค่าหุ้นเป็นตัวเงินรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของทุนจดทะเบียน

** ปพพ. มาตรา 1113 บัญญัติว่า ผู้เริ่มก่อการบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันและโดยไม่จำกัดในบรรดาหนี้และการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทมิได้อนุมัติและแม้จะได้มีอนุมัติก็ยังคงต้องรับผิดชอบเช่นนั้นไปจนกว่าจะได้จดทะเบียนบริษัท

พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 46 บัญญัติว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกันในบรรดากิจการต่าง ๆ ที่ได้กระทำไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัท ถ้าไม่สามารถจัดให้มีการประชุมจัดตั้งบริษัทให้เสร็จสิ้นได้ และต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดในบรรดาหนี้และการจ่ายเงิน ซึ่งที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ

โดยลักษณะของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดังกล่าวมาข้างต้นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าในการทำการจัดตั้งบริษัทผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแต่ละคนจะต้องตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานของการกระทำอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษต่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นๆ ด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งคนใดนำทรัพย์สินของตนหรือเป็นตัวแทนนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาขายให้แก่บริษัทที่ตนกำลังทำการจัดตั้ง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการขายทรัพย์สินนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้กำไรหรือไม่ก็ตาม จึงเป็นเรื่องที่ผลประโยชน์ขัดกัน ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนนั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นๆ ได้รับรู้และได้รับความยินยอมจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นๆ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน และหลักกฎหมายในเรื่องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

- ตามหลักกฎหมายเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งคนใดจะประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งมีสภาพเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนไม่ได้ ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ของผู้อื่น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ * หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักพื้นฐานที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษต่อกัน ดังนั้น จะแอบกระทำการที่เป็นกรณีผลประโยชน์ขัดกันไม่ได้ ถ้าหากจะกระทำการในลักษณะดังกล่าวจึงต้องไม่แอบกระทำแต่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงจนหมดสิ้นให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ ได้รับรู้ และถ้าได้รับความยินยอมจากผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ แล้ว ก็สามารถกระทำการดังกล่าวได้ไม่ถือว่าเป็นกรณีผลประโยชน์ขัดกัน

- ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษ (Fiduciary duty) ต่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นๆ²⁰ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งถือว่าได้รับความไว้วางใจให้เป็นตัวแทนและทรัสต์ (Agent and trustee) ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นๆ จึงต้องมีความสุจริตต่อกันเป็นอย่างยิ่ง (The utmost good faith) การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะนำทรัพย์สินของตนมาขายให้แก่บริษัทจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่นๆ ด้วย²¹

3.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทประเภทเงินเล่อไม่ทำการสืบราคาทรัพย์สินที่ซื้อมาเพื่อการจัดตั้งบริษัท ทำให้บริษัทต้องซื้อทรัพย์สินนั้นแพงกว่าราคาในท้องตลาดโดยทั่วไป

* พพ. มาตรา 1038 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้เป็นหุ้นส่วนประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งมีสภาพคล้ายเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือประโยชน์ผู้อื่น โดยมีได้รับความยินยอมจากผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ

²⁰ Henn. and Alexander., Law of Corporations, p. 238.

²¹ American Jurisprudence, Vol. 18, pp. 672, 651-653.

วิเคราะห์ปัญหา

การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอยู่ในฐานะต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ซึ่งได้แก่บริษัทที่จะตั้งขึ้นในอนาคต ผู้ลงทุน และผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ และมีหน้าที่ต้องซื้อสัตย์สุจริตต่อบุคคลดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าโดยลักษณะของความสัมพันธ์เช่นนี้ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องกระทำการด้วยความระมัดระวัง ซึ่งอย่างน้อยที่สุดจะต้องใช้ความระมัดระวังในระดับที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเคยใช้ในการจัดการงานของตนเอง ดังนั้น การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อทรัพย์สินมาเพื่อการจัดตั้งบริษัทโดยประมาณเงินแล้วไม่สืบราคาก่อน ทำให้บริษัทต้องซื้อทรัพย์สินนั้นแพงกว่าราคาในท้องตลาดโดยทั่วไป จึงเป็นการผิดต่อหน้าที่ที่ต้องกระทำการโดยใช้ความระมัดระวัง ทั้งนี้ หลักดังกล่าวสอดคล้องกับหลักกฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญ เรื่องตัวแทน และหลักกฎหมายเรื่องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ดังนี้

- ตามหลักกฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วนต้องจัดการงานของห้างด้วยความระมัดระวังให้มากเหมือนกับจัดการงานของตนเอง*
- ตามหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทน ในกรณีที่เป็นตัวแทนไม่มีบำเหน็จตัวแทนนั้นต้องใช้ความระมัดระวังเหมือนอย่างที่เคยปฏิบัติในกิจการของตนเอง**
- ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ในการปฏิบัติหน้าที่จัดตั้งบริษัท²²
- ตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา จากการวิจัยของผู้เขียนยังไม่พบว่ามีคดีใดที่วางหลักไว้โดยตรงว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่จัดตั้งบริษัทด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ในคดี Bayer V. Beron (1944) 49 N.Y.S. 2d 2 และ

* ปพพ. มาตรา 1039 บัญญัติว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนจำต้องจัดการงานของห้างหุ้นส่วนด้วยความระมัดระวังให้มากเสมือนกับจัดการงานของตนเองฉะนั้น

** ปพพ. มาตรา 807 วรรคสอง บัญญัติให้นำมาตรา 659 ว่าด้วยการฝากทรัพย์สินมาใช้กับเรื่องตัวแทนโดยอนุโลม

มาตรา 659 บัญญัติว่า ถ้าการรับฝากทรัพย์สินเป็นการทำให้เปล่าไม่มีบำเหน็จใช้รันทานว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความระมัดระวังส่งทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเหมือนเช่นเคยประพฤติในกิจการของตนเอง....

²² Pennington, Company Law, p. 528.

คดี York V. Guar Trust (1944) 143 F. 2d 503 (2 Cir), re'd on other grounds (1945) 326 U.S. 99 วางหลักว่า หน้าที่ตามหลักการกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ (Fiduciary) ประกอบด้วยหน้าที่ต้องซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of care)²³

3.3 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะขอแยกพิจารณาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

3.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ

3.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับผลของสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้กับบุคคลภายนอกก่อนบริษัทตั้งขึ้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวข้างต้นตามลำดับ ดังนี้

3.3.1 ปัญหาเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 3.2 ว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่ต้องกระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษต่อบริษัทที่จะตั้งขึ้นในอนาคต ผู้จองหุ้นและผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ ซึ่งหน้าที่กระทำกรอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษดังกล่าวได้แก่หน้าที่ต้องไม่แอบแสวงหาประโยชน์จากการจัดตั้งบริษัท หรือกระทำกรที่มีลักษณะผลประโยชน์ขัดกัน ดังนั้น หากมีการกระทำในลักษณะดังกล่าวผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดต่อที่ประชุมจัดตั้งบริษัทและผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ นอกจากนั้น ในการปฏิบัติงานจัดตั้งบริษัทผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทยังมีหน้าที่ต้องกระทำกรโดยใช้ความระมัดระวังเท่ากับระดับความระมัดระวังที่ตนเคยใช้ในการจัดการงานของตนเองด้วย ปัญหาจึงมีว่า (ก) ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนำทรัพย์สินของตนเองหรือเป็นตัวแทนนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาขายให้บริษัทที่ตนกำลังทำการจัดตั้ง โดยไม่

²³J.C. Shepherd, The Law of Fiduciaries (Toronto, Canada : The Carswell Company Limited, 1981), pp. 47-49.

เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวทั้งหมดต่อที่ประชุมจัดตั้งบริษัท และต่อมาที่ประชุมจัดตั้งบริษัทได้ให้สัตยาบันสัญญาซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าว ดังนั้นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะมีความรับผิดชอบอย่างไร (ข) ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อขายทรัพย์สินเพื่อใช้ในการจัดตั้งบริษัท แต่ประมาณเงินแล้วไม่สู้มีราคาสินทรัพย์ดังกล่าวเสียก่อน ทำให้บริษัทต้องซื้อทรัพย์สินนั้นในราคาแพงกว่าราคาท้องตลาดโดยทั่วไป ดังนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะมีความรับผิดชอบอย่างไร ทั้งนี้ ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวตามลำดับดังนี้

วิเคราะห์ปัญหา

(ก) ปัญหาเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษ

ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนำทรัพย์สินของตนเองหรือเป็นตัวแทนนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาขายให้แก่บริษัทที่ตนกำลังทำการจัดตั้ง โดยไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวทั้งหมดต่อที่ประชุมจัดตั้งบริษัท และต่อมาที่ประชุมจัดตั้งบริษัทได้ให้สัตยาบันสัญญาซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าวนั้น ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นการกระทำที่ผิดหน้าที่อันสำคัญยิ่งของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท คือหน้าที่ที่จะต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษต่อบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นในอนาคตและต่อผู้ลงทุน เพราะการกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดังกล่าวมีลักษณะเป็นการแอบแสวงหาประโยชน์จากการจัดตั้งบริษัท หรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะประโยชน์ขัดกัน ดังนั้น การที่ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบันสัญญาซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าว โดยไม่ทราบข้อเท็จจริงในเรื่องที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทแอบแสวงหาประโยชน์จากสัญญาซื้อขายทรัพย์สินนั้น จึงเป็นการให้สัตยาบันโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ การให้สัตยาบันจึงไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดในสัญญาดังกล่าวเพราะถือว่าที่ประชุมจัดตั้งบริษัทยังมีได้อนุมัติตามพพ. มาตรา 1113 และ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 46 แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อภายหลังที่ประชุมจัดตั้งบริษัททราบข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วก็อาจให้สัตยาบันสัญญาซื้อขายนั้น พร้อมกับเรียกร้องให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทชดเชยค่าเสียหายหรือเรียกร้องเอาผลประโยชน์ที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้รับไป เพราะผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้กระทำผิดหน้าที่ที่ต้องกระทำการอย่างผู้ที่ได้รับความไว้วางใจเชื่อใจเป็นพิเศษ ทั้งนี้ เพื่อมิให้กิจการของบริษัทต้องหยุดชะงักเสียหาย

(ข) ปัญหาเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง

ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทซื้อขายทรัพย์สินมาเนื่องในการจัดตั้งบริษัทแต่ประมาณเงินแล้วไม่สู้มีราคาสินทรัพย์ดังกล่าวเสียก่อน ทำให้บริษัทต้องซื้อทรัพย์สินนั้นในราคาแพงกว่าราคา



ท้องตลาดโดยทั่วไป นั้น ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดังกล่าวเป็นการกระทำ ผิดหน้าที่ที่ต้องกระทำการจัดตั้งบริษัทโดยใช้ความระมัดระวังในระดับที่เคยปฏิบัติในกิจการของตนเอง แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำผิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง และที่ประชุมจัดตั้งบริษัทได้ให้สัตยาบันสัญญาซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าวไม่ถือว่าที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้ สัตยาบันโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น การให้สัตยาบันจึงมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทซึ่งได้รับความเสียหายจากความประมาทเลินเล่อของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทชดเชยค่าเสียหายได้

3.3.2 ปัญหาเกี่ยวกับผลของสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้กับบุคคลภายนอกก่อนบริษัทตั้งขึ้น

ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำสัญญาต่าง ๆ เกี่ยวเนื่องในการจัดตั้งบริษัทกับบุคคลภายนอก และบุคคลภายนอกนั้นทราบข้อเท็จจริงว่าเป็นการทำสัญญาเพื่อการจัดตั้งบริษัท มีปัญหาว่า ต่อมาเมื่อที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบัน สัญญาต่าง ๆ ดังกล่าว และบริษัทได้ตั้งขึ้นตามกฎหมายแล้ว ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะหลุดพ้นความรับผิดชอบตามสัญญานั้นหรือไม่ อย่างไร

วิเคราะห์ปัญหา

เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว มีประเด็นจะต้องวิเคราะห์ 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรก การให้สัตยาบันของที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมีผลเหมือนกับการให้สัตยาบันของตัวการตามหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนหรือไม่ ประเด็นที่สอง ตาม ปพพ. มาตรา 1113 และ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 46 ได้บัญญัติให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยไม่จำกัดในบรรดาหนี้ และการจ่ายเงิน ซึ่งที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ ดังนั้น หากที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบันหรือ อนุมัติสัญญาที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้กับบุคคลภายนอกจะแปลความได้ว่าบริษัทจึงเข้ามารับผิดชอบตามสัญญาแทนผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ส่วนผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นอันหลุดพ้นความรับผิดชอบไป ทั้งนี้ ผู้เขียนจะ ขอลงถึงคำพิพากษาศาลฎีกาและความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวก่อนดังนี้

(ก) ตามคำพิพากษาฎีกา

- คำพิพากษาฎีกาที่ 55/2523 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทขอมให้จำเลยที่ 1 และที่ 2 ใช้ชื่อบริษัทตลอดจนเครื่องหมายของบริษัทและหมายเลขโทรศัพท์ของบริษัทติดที่ข้างรถจำเลยที่ 2 เท่ากับเป็นการขอมรับต่อบุคคลภายนอกว่ารถของจำเลยที่ 2 เป็นรถของบริษัท เมื่อจำเลยที่ 1 ลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ได้ขับรถคันดังกล่าวไปในทางการที่จ้างโดยประมาณ เลื่อนรถโจทก์ได้รับความเสียหาย บริษัทดังกล่าวจึงต้องรับผิดชอบโจทก์ เมื่อบริษัทดังกล่าวยังมิได้จดทะเบียนยังไม่มีสภาพนิติบุคคล ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ต้องร่วมรับผิดชอบตามความในมาตรา 1113 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่รถยนต์ซึ่งเดินในนามของบริษัทไปทำให้บุคคลอื่นเสียหาย และบริษัทจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายนั้น นับว่าเป็นหนึ่งอย่างหนึ่งตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1113 แม้ที่ประชุมตั้งบริษัทได้อนุมัติก็ยังคงต้องรับผิดชอบเช่นนั้นจนกว่าจะได้จดทะเบียนบริษัท เมื่อได้มีการจดทะเบียนบริษัททำให้บริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลขึ้น ความรับผิดชอบของผู้เริ่มก่อการในฐานะส่วนตัวสำหรับหน้าที่ได้อนุมัตินั้นจึงจะหมดไป ทั้งนี้ ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 1741/2505

- คำพิพากษาฎีกาที่ 1741/2505 การที่จำเลยขอมให้รถยนต์คันหมายเลข ร.อ. 0101 เดินรับส่งคนโดยสารในนามของบริษัทซึ่งจำเลยทั้ง 8 คนเป็นผู้เริ่มก่อการ และบริษัทได้รับประโยชน์จากเจ้าของรถดังกล่าวเห็นได้ว่าเป็นการขอมรับต่อบุคคลภายนอกว่า รถยนต์ ร.อ. 0101 เป็นรถของบริษัท ๆ จึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ เมื่อบริษัทดังกล่าวยังมิได้จดทะเบียนยังไม่มีสภาพนิติบุคคล ผู้เริ่มก่อการบริษัทก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1113 การที่รถยนต์ซึ่งเดินในนามของบริษัทไปทำให้บุคคลอื่นเสียหาย และบริษัทจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้หนี้ นับว่าเป็นหนึ่งอย่างหนึ่งตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1113 แม้ว่าที่ประชุมตั้งบริษัทจะมีได้อนุมัติดังกล่าวผู้เริ่มก่อการก็ต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัด และแม้จะได้มีอนุมัติก็ยังคงต้องรับผิดชอบเช่นนั้นจนกว่าจะได้จดทะเบียนบริษัท เมื่อใดได้มีการจดทะเบียนบริษัททำให้บริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลขึ้น ความรับผิดชอบของผู้เริ่มก่อการในฐานะส่วนตัวสำหรับหน้าที่ได้มีอนุมัตินั้นจึงจะหมดไป

(ข) ตามความเห็นของนักกฎหมาย

- (กรณีคำพิพากษาฎีกาที่ 55/2523) ที่ว่าผู้เริ่มก่อการยังคงต้องรับผิดชอบจนกว่าจะได้จดทะเบียนนั้นยังเป็นแง่ฉงนอยู่จะหมายความว่า เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้ว ความรับผิดชอบของผู้เริ่มก่อการจะหมดสิ้นไปหรืออย่างไร ตามปกติกิจการที่ผู้เริ่มก่อการได้

กระทำไปก่อนการประชุมตั้งบริษัทย่อมมิใช่การกระทำในฐานะตัวแทนของบริษัท เพราะในขณะนั้นบริษัทที่จะถือว่าเป็นตัวการก็ยังมีสภาพบุคคล ต่อเมื่อที่ประชุมตั้งบริษัทได้ให้สัตยาบันแก่กิจการนั้นและบริษัทได้จดทะเบียนเรียบร้อยแล้ว บริษัทจึงจะเข้ามาร่วมรับผิดชอบในหนี้ดังกล่าวด้วย และถึงแม้บริษัทจะได้ให้สัตยาบันแก่การนั้นแล้วก็ตาม ผู้เริ่มก่อการก็ยังหาหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ การแปลตัวบทมาตรา 1113 ในทางที่ให้ผู้เริ่มก่อการหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเมื่อบริษัทได้จดทะเบียนแล้วนั้น อาจจะก่อให้เกิดผลในการหลีกเลี่ยงการชำระหนี้ได้²⁴

- มาตรา 1108 (2) และ 1113 มีความหมายเพียงว่า สัญญาที่ผู้เริ่มก่อการทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบริษัท และค่าใช้จ่ายที่ผู้เริ่มก่อการออกไปในการจัดตั้งบริษัทนั้น เมื่อที่ประชุมตั้งบริษัทเห็นชอบด้วยก็มีมติให้บริษัทเข้ารับเอาและช่วยชำระหนี้สินและค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้เริ่มก่อการ แต่มาตรา 1008 (2) และ 1113 ไม่ได้กล่าวว่า สัญญาที่ผู้ก่อการทำขึ้นอันที่ประชุมตั้งบริษัทให้สัตยาบันได้นั้นจำกัดอยู่เฉพาะสัญญาที่ผู้เริ่มก่อการทำแทนหรือทำในนามของบริษัทเท่านั้น และไม่ได้กล่าวด้วยว่าถ้ามีการให้สัตยาบันหรืออนุมัติแล้ว ความรับผิดชอบของผู้ก่อการยังคงมีอยู่หรือไม่เพียงใด จึงอาจแปลได้ว่าสัญญาหรือหนี้สินใด ๆ ซึ่งผู้เริ่มก่อการทำขึ้นแล้วบริษัทคงให้สัตยาบันหรืออนุมัติได้ทั้งนั้น และเมื่อบริษัทจดทะเบียนแล้วบริษัทจะเป็นผู้รับผิดชอบแทนผู้เริ่มก่อการ ผู้เริ่มก่อการจะพ้นความรับผิดชอบไปเลย..... การที่แปลมาตรา 1108 (2) และ 1113 ว่าเมื่อมีประชุมใหญ่ให้สัตยาบันหรืออนุมัติสัญญาที่ผู้เริ่มก่อการทำขึ้นและบริษัทจดทะเบียนแล้วบริษัทเข้ารับผิดแทน ผู้เริ่มก่อการพ้นจากความรับผิดชอบไปเลยนั้น น่าจะขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาถ้าสัญญาระบุชัดเช่นนั้นหรือโดยปริยาย เช่น เป็นกรณีที่ผู้เริ่มก่อการทำสัญญาแทนบริษัทหรือในนามบริษัทมิใช่ทำในนามส่วนตัวก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้าผู้เริ่มก่อการทำสัญญาในนามของตนเอง จะให้บริษัทเข้ามามีสิทธิหรือรับผิดชอบในสัญญาแทนผู้เริ่มก่อการได้เองโดยลำพังนั้น น่าจะขัดกับหลักสิทธิและความรับผิดชอบเฉพาะตัวของคู่สัญญาและเป็นช่องทางให้โกงกันได้²⁵

²⁴ พิเศษ เสตเสถียร, "คำพิพากษาฎีกา," วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ : 130-131.

²⁵ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 256-259.

- ผลของการจดทะเบียนบริษัท ผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทเป็นอันพ้นจากความรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินและการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมบริษัทได้อนุมัติโดยบริษัทเป็นอันเข้ารับผิดในบรรดาหนี้และการจ่ายเงินนั้นแทน²⁶
- เมื่อบริษัทจดทะเบียนแล้วมีผลดังนี้ ผู้เริ่มก่อการเป็นอันพ้นจากความรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินและการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทได้อนุมัติโดยบริษัทเข้ารับผิดเอง²⁷
- ผลของการจดทะเบียน ผู้เริ่มก่อการรับผิดชอบในกิจการใด ๆ ซึ่งผู้เริ่มก่อการได้ทำและซึ่งที่ประชุมตั้งบริษัทได้อนุมัติ และบริษัทเข้ารับภาระผูกพันแทนต่อไป²⁸
- ดังนี้เองจึงทำให้เห็นว่า เมื่อได้ประชุมตั้งบริษัทขึ้นแล้วผู้ที่จะต้องรับผิดชอบนั้นมีถึง 2 พวก คือ ผู้เริ่มก่อการรับผิดชอบร่วมกันพวกหนึ่ง และบริษัทซึ่งจะได้อำนาจเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว อาจถูกฟ้องได้อีกพวกหนึ่ง แต่ต้องเข้าใจว่าหนี้นั้นเรียกได้จากพวกใดพวกหนึ่งเท่านั้น เพราะว่าผู้เริ่มก่อการมิได้ร่วมรับผิดชอบกับบริษัทที่จะได้ตั้งขึ้น เป็นแต่เพียงให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะฟ้องเอาจากผู้เริ่มก่อการหรือจะฟ้องเอาจากบริษัท²⁹

ผู้เขียนเห็นว่า ตาม ปพพ. มาตรา 1108 (2) และ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (2) ซึ่งบัญญัติให้ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทพิจารณาว่าจะให้สัตยาบันแก่สัญญาต่าง ๆ หรือกิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ทำไว้หรือไม่นั้น แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะใช้คำว่า "ให้สัตยาบัน" เหมือนกับที่ใช้ในกรณีที่ตัวการให้สัตยาบันแก่การกระทำของตัวแทน* ซึ่งผลจากการที่ตัวการให้

²⁶ ประกาศ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2526) หน้า 181.

²⁷ โปษม เลขชานนท์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 117-118.

²⁸ หลวงศรีปริชาธรรมปาฐก, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2503 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม (พระนคร : แผนกคำสอนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.), หน้า 186.

²⁹ ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิสดาร กฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2521), หน้า 197.

* ปพพ. มาตรา 823 บัญญัติว่า ถ้าตัวแทนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยปราศจากอำนาจก็ดี หรือทำนอกทำเหนือขอบเขตอำนาจก็ดี ท่านว่าย่อมไม่ผูกพันตัวการ เว้นแต่ตัวการจะให้สัตยาบันแก่การนั้น

สัตยาบันการกระทำของตัวแทนทำให้การกระทำที่ปราศจากอำนาจหรือนอกเหนือขอบอำนาจของตัว
 แทนผูกพันตัวการเป็นผลให้ตัวแทนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบบุคคลภายนอกเป็นส่วนตัว และทำให้ตัว
 การกับตัวแทนมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเหมือนกับกรณีทั่วไป* แต่สำหรับการให้สัตยาบันในกรณีที่มี
 ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบันสัญญาหรือกิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำเอาไว้แล้ว มีความแตกต่าง
 จากรณีตัวการให้สัตยาบันแก่การกระทำของตัวแทนดังกล่าวข้างต้น เนื่องจากการให้สัตยาบันโดย
 ตัวการเป็นการให้สัตยาบันแก่การกระทำของตัวแทนที่กระทำการแทนตัวการในขณะที่ตัวการมีตัวตน
 อยู่แต่การให้สัตยาบันโดยที่ประชุมจัดตั้งบริษัทนั้น เป็นการให้สัตยาบันแก่การกระทำของผู้เริ่มจัด
 ตั้งบริษัทซึ่งขณะกระทำการนั้นที่ประชุมจัดตั้งบริษัทและบริษัทยังไม่มีตัวตนเกิดขึ้น ดังนั้น การที่
 กฎหมายบัญญัติให้ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบันสัญญาหรือกิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกระทำไว้ จึง
 เป็นการให้สัตยาบันโดยผลของบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยเฉพาะ เพื่อให้บริษัทสามารถรับเอาสัญญา
 หรือกิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้มาเป็นของบริษัทได้เท่านั้น แต่มิใช่เป็นการให้สัตยาบันที่ตั้งอยู่
 บนหลักกฎหมายเดียวกับกับการให้สัตยาบันในเรื่องตัวแทนโดยตรง ซึ่งผลจากการที่ตัวการให้สัตยาบัน
 แก่การกระทำของตัวแทนทำให้ตัวแทนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบบุคคลภายนอก และ
 ผู้เขียนเห็นว่าการที่บุคคลภายนอกทำสัญญาเกี่ยวเนื่องกับการจัดตั้งบริษัทกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ด้วย
 ความเชื่อถือในตัวผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท เพราะขณะที่ทำสัญญาบริษัทยังไม่มีตัวตน และไม่เป็นที่แน่นอน
 เสมอไปว่าการจัดตั้งบริษัทจะต้องกระทำขึ้นสำเร็จ หรือแม้ว่าจะจัดตั้งบริษัทขึ้นได้สำเร็จก็ไม่เป็น
 ที่แน่นอนเสมอไปอีกกว่าที่ประชุมจัดตั้งบริษัทจะให้สัตยาบันสัญญาดังกล่าว นอกจากนั้น ถ้าหากผู้เริ่ม
 จัดตั้งบริษัทตระหนักว่าตนยังต้องมีความผูกพันรับผิดชอบตามสัญญาที่ตนทำไว้กับบุคคลภายนอกอยู่ต่อไป
 ถึงแม้ว่าต่อมาที่ประชุมจัดตั้งบริษัทจะให้สัตยาบัน สัญญาดังกล่าวและได้จดทะเบียนบริษัทแล้วก็ตาม
 ก็ย่อมจะเป็นการป้องกันมิให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคิดกระทำการใด ๆ ที่มีชอบในระหว่างทำการจัดตั้ง
 บริษัท โดยหวังผลว่าเมื่อที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบันสัญญาที่ตนทำไว้และมีการจดทะเบียนบริษัท
 แล้วบริษัทก็จะเข้ามารับผิดชอบต่อส่วนตนก็จะหลุดพ้นความรับผิดชอบตามสัญญาไป

*ดู สถิตย์ เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, หน้า 171, 179.
 และกมล สันติเกษตริน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า.
 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2523), หน้า 37-38.

ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การที่ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบันสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งบริษัทซึ่งผู้เริ่มจัดตั้งบริษัททำไว้กับบุคคลภายนอก และได้จดทะเบียนบริษัทแล้วนั้น มิได้ทำให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด หากมีผลแต่เพียงทำให้บริษัทเข้ามาผูกพันรับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าวด้วย และทำให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้บริษัทรับผิดชอบใช้ความเสียหายแก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ถ้าหากผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทถูกบุคคลภายนอกซึ่งเป็นคู่สัญญาเรียกร้องให้รับผิดชอบตามสัญญาดังกล่าว

3.4 ปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

โดยหลักแล้วผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากการจัดตั้งบริษัท ถ้าหากการแสวงหาประโยชน์นั้นได้กระทำโดยไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ต้องกระทำอย่างอื่นที่ได้รับความไว้วางใจเป็นพิเศษ ดังนั้น ในกรณีที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะแสวงหาประโยชน์จากการจัดตั้งบริษัท เช่น การนำทรัพย์สินของตนเองหรือเป็นตัวแทนนำทรัพย์สินของบุคคลภายนอกมาขายให้แก่บริษัท เป็นต้น จึงต้องไม่กระทำโดยแอบซ่อนปิดบัง แต่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดต่อที่ประชุมจัดตั้งบริษัทและต่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ ซึ่งหากที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้สัตยาบันหรืออนุมัติและผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนอื่น ๆ ให้ความยินยอมแล้ว การแสวงหาประโยชน์ของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดังกล่าวก็เป็นสิทธิที่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

แต่สำหรับสิทธิของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทที่จะได้ค่าตอบแทนในการจัดตั้งบริษัท และได้รับการชดเชยค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัทนั้น ปพพ. มาตรา 1108 (2), (3) และ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (2), (3) บัญญัติให้ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทพิจารณาให้สัตยาบันหรืออนุมัติค่าใช้จ่ายที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้จ่ายไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัท และพิจารณากำหนดจำนวนเงินที่จะให้เป็นค่าตอบแทนแก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท* และ ปพพ. มาตรา 1113

* ปพพ. มาตรา 1108 (2), (3) บัญญัติว่า

กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมจัดตั้งบริษัทนั้น คือ

(2) ให้สัตยาบันแก่บรรดาสัญญาซึ่งผู้เริ่มก่อการได้ทำไว้ และค่าใช้จ่ายอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเขาต้องออกไปในการเริ่มก่อบริษัท

(3) วางกำหนดจำนวนเงินซึ่งจะให้แก่ผู้เริ่มก่อการ ถ้าหากมีเจตนาว่าจะให้

พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (2), (3) บัญญัติว่า

กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมจัดตั้งบริษัทนั้น คือ



กับ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 46 บัญญัติให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยไม่จำกัดในหนี้และการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ ดังนั้น การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะได้รับคำตอบแทนในการจัดตั้งบริษัท และได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัทหรือไม่ เพียงใด จึงขึ้นอยู่กับพิจารณาของที่ประชุมจัดตั้งบริษัทเป็นสำคัญ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะมีสิทธิเรียกร้องคำตอบแทนและค่าใช้จ่ายดังกล่าวก็ต่อเมื่อที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมีมติให้คำตอบแทนดังกล่าวและมีมติให้สัตยาบันหรืออนุมัติค่าใช้จ่ายดังกล่าวแล้วเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนของค่าใช้จ่ายที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้จ่ายไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัทนั้น บางกรณีอาจมีค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก เช่น ค่าใช้จ่ายในการศึกษาความเป็นไปได้ (Feasibility study) ก่อนตั้งบริษัท เป็นต้น จึงมีปัญหาค่าใช้จ่ายที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้จ่ายไปเป็นจำนวนมากดังกล่าว ถ้าหากเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นและสมควรแต่ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทไม่ให้สัตยาบันหรือไม่อนุมัติ ดังนั้น ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะมีสิทธิเรียกร้องหรือไม่ เพียงใด

วิเคราะห์ปัญหา

เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า ปพพ. มาตรา 1108 (2) และ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 (2) บัญญัติไว้ชัดเจนจึงให้ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทเป็นผู้พิจารณาให้สัตยาบันหรืออนุมัติค่าใช้จ่ายที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้จ่ายไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัท โดยมี ปพพ. มาตรา 1113 และ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 46 บัญญัติรองรับว่า ให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดในการจ่ายเงินซึ่งที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมิได้อนุมัติ ตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่า ในเรื่องการชดใช้ค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทกฎหมายประสงค์จะให้ถือมติของที่ประชุมจัดตั้งบริษัทเป็นสำคัญ ดังนั้น หากที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมีมติไม่ให้สัตยาบันหรือไม่อนุมัติค่าใช้จ่ายดังกล่าว และการลงมตินั้นกระทำโดยสุจริตและชอบด้วยกฎหมายแล้ว ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องเป็นอย่างอื่นได้ ดังนี้ การที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะออกค่าใช้จ่ายใด ๆ เนื่องในการจัดตั้งบริษัท ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นความเสี่ยงในทางธุรกิจที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องพิจารณาตัดสินใจเอง เพราะผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทย่อมทราบอยู่แล้วว่าโอกาสที่จะได้รับการชดใช้ค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปนั้นขึ้นอยู่กับมติของที่ประชุมจัดตั้งบริษัทที่จะอนุมัติหรือไม่อนุมัติ

(เชิงอรรถ * หน้า 106 ต่อ)

(2) ให้สัตยาบันแก่กิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ทำไว้ และอนุมัติค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปเนื่องในการจัดตั้งบริษัท

(3) กำหนดจำนวนเงินที่จะให้แก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ถ้าระบุไว้เช่นนั้นในหนังสือชื้อชวน