

## ผู้เริ่มก่อนการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด

ณัฐพัชร สกกุลเจียมใจ\*

### บทนำ

องค์กรธุรกิจที่ใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินวิสาหกิจแต่เดิมนั้นจะเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ เป็นบริษัทร่วมทุนที่ต้องการระดมทุนจำนวนมากในการดำเนินธุรกิจและการดำเนินธุรกิจในรูปแบบ ห้างหุ้นส่วนที่เป็นการรวมตัวกันทำธุรกิจของคนที่สนใจเข้าหุ้นกันเพื่อประกอบธุรกิจแล้วแบ่งปัน กำไรที่ได้จากกิจการนั้น แต่องค์กรธุรกิจทั้งสองประเภทนั้นไม่สามารถตอบสนองความต้องการ ผู้ประกอบการในกิจการขนาดกลางและขนาดย่อมดังกล่าว ดังนั้นบริษัทเอกชนจำกัดจึงเกิดขึ้นด้วย เหตุผลทางเศรษฐกิจที่เป็นการนำองค์กรธุรกิจสองประเภทมาผสมกัน ระหว่างบริษัทมหาชนจำกัด และห้างหุ้นส่วน เพื่อเป็นองค์กรธุรกิจทางเลือก (Alternative Business Organization) ซึ่งในปัจจุบัน บริษัทจำกัดได้รับความนิยมเป็นอย่างมากแพร่หลายไปทั่วโลกและมีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายบริษัท จำกัดอย่างต่อเนื่อง จึงถือได้ว่าบริษัทจำกัดจึงมีความสำคัญต่อการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก<sup>1</sup>

ในห้วงเวลาที่ผ่านมามาประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกฎหมายบริษัทจำกัดในเรื่องของ โครงสร้างเพื่อให้บริษัทจำกัดมีสภาพเป็นบริษัทขนาดเล็กด้วยการจำกัดจำนวนผู้ถือหุ้นไม่ให้เกินเก้า สิบล้านคนและต่อมาก็มีการลดจำนวนผู้ถือหุ้นจากเจ็ดคนเหลือสามคน โดยมุ่งหวังว่าจะขจัดปัญหา การจัดตั้งบริษัทยากให้หมดไป แต่ในปัจจุบันการจัดตั้งบริษัทจำกัดเป็นไปตามบทบัญญัติแห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 1097 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดๆตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะ เริ่มก่อนการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดได้ โดยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่นตาม บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ด้วยปัญหาที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนจึงทำให้มีการ ตีความกฎหมายว่าด้วยเรื่องผู้เริ่มก่อนการและการจัดตั้ง เป็นเหตุให้มีการใช้ชื่อบุคคลอื่นเป็นผู้เริ่มก่อน

---

\* บทความนี้เรียบเรียงมาจากการค้นคว้าอิสระเรื่อง, “ผู้เริ่มก่อนการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท จำกัด” ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2560.

<sup>1</sup> เสถียรภาพ นาหลวง, “แนวทางการปฏิรูปกฎหมายบริษัทเอกชนจำกัดเพื่อส่งเสริมให้ ประเทศไทยเป็นประเทศเศรษฐกิจพัฒนา” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2559), หน้า 20.

การ เป็นผลให้มีการผิดเพี้ยนกฎหมายและการจัดตั้งจะต้องมีผู้เริ่มก่อการ ซึ่งส่งผลกระทบต่อ การพัฒนาระบบเศรษฐกิจในภาพรวมของประเทศให้ขับเคลื่อนได้ช้าตามลงไปด้วย

กฎหมายบริษัทเอกชนยุคใหม่ของนานาประเทศที่พัฒนาระบบเศรษฐกิจของโลก เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกาและเยอรมนีได้พัฒนาอนุญาตให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเป็นผู้เริ่มก่อการและให้มีจำนวนผู้เริ่มก่อการได้หนึ่งคนขึ้นไปทำให้การจัดตั้งบริษัทจำกัดทำได้ง่าย ทำให้กฎหมายผู้เริ่มก่อการบริษัทจำกัดเป็นเครื่องมือส่งเสริมในการพัฒนาเศรษฐกิจ

ดังนั้นในการค้นคว้าอิสระนี้จึงจะศึกษาวิจัยในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทจำกัดเกี่ยวกับผู้เริ่มก่อการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หน้าที่ 2 และบริษัท และควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอย่างไรจึงจะทำให้กฎหมายสอดคล้องกับสภาพแวดล้อมในปัจจุบัน และสามารถเป็นเครื่องมือพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศได้

## สรุปและข้อเสนอแนะ

การค้นคว้าอิสระฉบับนี้ได้ศึกษาและวิเคราะห์ถึงปัญหาการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งได้บัญญัติเรื่องการจัดตั้งบริษัทจำกัดได้พบปัญหาดังนี้ ปัญหาสภาพของ ผู้เริ่มก่อการ ปัญหาจำนวนผู้เริ่มก่อการ และปัญหาเอกสารการจัดตั้งบริษัทจำกัด ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้ บุคคลใดๆตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะก่อการจัดตั้งบริษัทจำกัดได้ แต่บทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนในกรณีนี้ทำให้เกิดปัญหาซึ่งเกิดทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติกล่าวคือ ปัญหาว่านิติบุคคลนั้นไม่สามารถเป็นผู้เริ่มก่อการได้ซึ่งเกิดการความไม่ชัดเจนในการบัญญัติกฎหมายและเกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย ทำให้เกิดความยุ่งยากในการจัดตั้งบริษัทจำกัด

ปัญหาจำนวนผู้เริ่มก่อการ การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีผู้เริ่มก่อการอย่างน้อย 3 คนขึ้นไปถึงจะสามารถเริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทได้ ปัญหาดังกล่าวทำให้การจดทะเบียนบริษัทจำกัดทำได้ยากเพราะในปัจจุบันผู้ประกอบการมีความต้องการประกอบการในกิจการขนาดกลางและขนาดย่อม และไม่สอดคล้องกับหลักการเกิดขึ้นของบริษัทเอกชนจำกัดที่เกิดขึ้นด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจที่เป็น การนำองค์กรธุรกิจสองประเภทมาผสมกัน ระหว่างบริษัทมหาชนจำกัดและห้างหุ้นส่วน เพื่อเป็น องค์กรธุรกิจทางเลือก (Alternative Business Organization) ทำให้ต้องมีการยืมชื่อบุคคลอื่นมาใช้ (Nominee) ซึ่งไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ปัญหาเอกสารการจัดตั้งกล่าวคือหนังสือบริคณห์สนธิที่ได้บัญญัติให้มีรายการตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1098 ที่ได้กำหนดรายการที่ต้องมี ในหนังสือบริคณห์สนธิไว้ไว้มากเกินไปทำให้การจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิทำได้โดยยาก ทำให้เกิดปัญหาการจัดตั้งบริษัททำได้ยากตามไปด้วย

จากการศึกษาประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์ และประเทศเยอรมนี พบว่าทั้งสามประเทศนั้นสภาพผู้เริ่มก่อการนั้น นิติบุคคลสามารถเป็นผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทจำกัดได้ โดยประเทศอังกฤษได้บัญญัติกฎหมายว่า “บุคคล” ก็เกิดปัญหาการตีความว่าคำว่าบุคคลนั้นหมายถึงเฉพาะบุคคลธรรมดาหรือหมายความรวมถึงนิติบุคคลด้วย แต่ก็มีคำพิพากษาออกมาว่าบุคคลนั้นหมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วย ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์ได้บัญญัติกฎหมายไว้อย่างชัดเจนทั้งในเรื่องของจำนวนและสภาพผู้เริ่มก่อการไว้ กล่าวคือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถเป็นผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทจำกัดได้ และประเทศเยอรมนีนั้น บุคคลหมายความถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วยที่สามารถเป็นผู้เริ่มก่อการ

ปัญหาเรื่องจำนวนผู้เริ่มก่อการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ต้องมีผู้เริ่มก่อการอย่างน้อยสามคนขึ้นไปซึ่งไม่สอดคล้องสภาพเศรษฐกิจและสภาพของสังคมในปัจจุบันที่มีความต้องการจะประกอบธุรกิจที่เริ่มต้นจากขนาดเล็กซึ่งแต่เดิมกฎหมายบริษัทจำกัดของไทยนั้นได้ให้ความสำคัญกับธุรกิจขนาดใหญ่โดยกำหนดผู้เริ่มก่อการหรือผู้ถือหุ้นไว้จำนวนมาก แม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในเรื่องจำนวนผู้เริ่มก่อการให้ลดลงมากจากอย่างน้อยเจ็ดคนเหลือสามคนในปัจจุบัน ก็ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของสภาพการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจ และความต้องการของผู้ประกอบการที่ต้องการเริ่มต้นธุรกิจที่มีขนาดเล็กก่อนและไม่สอดคล้องกับหลักการเกิดของบริษัทจำกัด ซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจทางเลือก (Alternative Business Organization) ที่ผสมระหว่างหุ้นส่วนที่มีผู้ถือหุ้นสองคนและบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งมีความรับผิดชอบจำกัด

จากการศึกษาวิธีการจัดตั้งและเอกสารการจัดตั้งบริษัทจำกัดของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์ ประเทศเยอรมนี และ ประเทศไทย พบว่ามีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ สรุปได้ดังนี้

1. ประเทศอังกฤษ ผู้เริ่มก่อการจะต้องทำหนังสือบริคณห์สนธิ (Memorandum of Association) ใ้ลดรายการในหนังสือบริคณห์สนธิซึ่งแตกต่างจากของเดิมที่กำหนดให้หนังสือบริคณห์สนธิต้องมีรายการที่จำเป็น แต่ตามพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 2006หนังสือบริคณห์สนธิมีสภาพเป็นเอกสารที่กล่าวว่าผู้เริ่มก่อการประสงค์ที่จะจัดตั้งบริษัทตามพระราชบัญญัตินี้ตกลงว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นและในกรณีตั้งขึ้นโดยมีทุนเรือนหุ้น แต่ละคนต้องถือหุ้นอย่างน้อยหนึ่งหุ้น หนังสือบริคณห์สนธิจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และจะต้องรับรองความแท้จริงถูกต้องโดยผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นข้อบังคับแล้วนำไปจดทะเบียนกับนายทะเบียน

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์ ผู้เริ่มก่อการไม่ต้องทำหนังสือบริคณห์สนธิเหมือนประเทศอังกฤษ แต่ต้องทำข้อบังคับของบริษัทจำกัดความรับผิด (Limited Liability Company Agreement) ข้อตกลงของบริษัทจำกัดความรับผิดเป็นเอกสารที่กำหนดเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัทแล้วนำไปจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนบริษัท

3. การจัดตั้งบริษัท ในระบบกฎหมายหมายบริษัทเยอรมนีนั้น การตั้งบริษัทไม่ต้องมีหนังสือบริคณห์สนธิ (Memorandum of Association) เหมือนระบบกฎหมายบริษัทอังกฤษ แต่ต้องมีข้อบังคับ เรียกในภาษาเยอรมันว่า “Gessellschaftsertrag” ข้อบังคับมีสภาพเป็นตราสารจัดโครงสร้างของบริษัทเอกชนจำกัด แล้วนำไปจดทะเบียน การประกาศโฆษณาการจดทะเบียนในหนังสือพิมพ์และในหนังสือราชกิจจานุเบกษาอิเล็กทรอนิกส์ นายทะเบียนแจ้งผลของการจดทะเบียนเสร็จสมบูรณ์ไปยังโนตารีพับ หลังจากนั้นกรรมการบริษัทต้องยื่นเอกสารรายการจดทะเบียนพาณิชย์ต่อเทศบาลที่บริษัทตั้งสำนักงานใหญ่

4. การจัดตั้งบริษัทจำกัดในประเทศไทย ผู้เริ่มก่อการจะต้องทำหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับแล้วนำไปจดทะเบียนกับนายทะเบียน

จากการศึกษาปัญหาที่ได้กล่าวในข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่าจะต้องมีแนวทางการแก้ไขปัญหาดังนี้

1. ต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่าบุคคลที่จะเป็นผู้เริ่มก่อการได้นั้นหมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วยเพื่อให้ปัญหาการตีความหมดไป

2. ต้องลดจำนวนผู้เริ่มการจากสามคนขึ้นไปเป็นสองคนขึ้นไปแล้วสามารถก่อการจัดตั้งบริษัทได้เพื่อให้ปัญหาการการจัดตั้งบริษัททำได้ยากและปัญหาการยืมชื่อบุคคลอื่น (Nominee) หมดไปและสอดคล้องกับหลักการเกิดขึ้นของบริษัทองค์กรธุรกิจสองประเภทมาผสมกัน ระหว่างบริษัทมหาชนจำกัดและห้างหุ้นส่วนที่มีผู้ถือหุ้นสองคน เพื่อเป็นองค์กรธุรกิจทางเลือก (Alternative Business Organization)

3. ต้องลดรายการในหนังสือบริคณห์สนธิ โดยให้หนังสือบริคณห์สนธิเป็นเอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อให้บุคคลภายนอกผู้รู้ถึงความประสงค์ที่จะจัดตั้งบริษัท

## ข้อเสนอแนะ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงประโยชน์และเพื่อส่งเสริมการพัฒนากระบวนเศรษฐกิจและสภาพการณ์ทางสังคมเพื่อให้การจัดตั้งบริษัทจำกัดซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจทางเลือก (Alternative Business Organization) นั้น ต้องจัดตั้งได้ด้วยความสะดวก โดยง่าย เพื่อให้เป็นไปตามความต้องการของผู้ประกอบการ และประเทศไทยสามารถใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการกระตุ้นระบบเศรษฐกิจ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเห็นควรแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. ประเด็นเรื่องสภาพผู้เริ่มก่อการ กฎหมายต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่าผู้เริ่มก่อการบริษัทจำกัดนั้นหมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วย

2. ประเด็นเรื่องจำนวนผู้เริ่มก่อการ กฎหมายต้องลดจำนวนผู้เริ่มก่อการจากสามคนให้เป็นสองคน

3. ประเด็นเรื่องเอกสารการจัดตั้งบริษัทจำกัดและการจัดตั้งนั้น กฎหมายต้องปรับปรุงแก้ไขรายการในหนังสือบริคณห์สนธิ โดยกำหนดให้หนังสือบริคณห์สนธิมีสภาพเป็นเอกสารที่กล่าวว่ามีผู้เริ่มก่อการประสงค์ที่จะจัดตั้งบริษัทตามพระราชบัญญัตินี้ตกลงว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นและในกรณีตั้งขึ้นโดยมีทุนเรือนหุ้น แต่ละคนต้องถือหุ้นอย่างน้อยหนึ่งหุ้น หนังสือบริคณห์สนธิจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และจะต้องรับรองความแท้จริงถูกต้องโดยผู้เข้าชื่อถือหุ้นข้อบังคับแล้วนำไปจดทะเบียนกับนายทะเบียน

ต้องมีการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1. มาตรา 1097 ดังนี้ “บุคคลใดๆ ห้างหุ้นส่วน บริษัท ตั้งแต่สองคนขึ้นไปจะเริ่มก่อการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ โดยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิแล้วนำไปจดทะเบียนกับนายทะเบียน”

2. มาตรา 1098 ดังนี้

“หนังสือบริคณห์สนธิมีสภาพเป็นเอกสารที่ผู้เริ่มก่อการแสดงต่อบุคคลทั่วไป

(1) ประสงค์จะจัดตั้งบริษัทตามกคหมายนี้

(2) ตกลงว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นและในกรณีตั้งขึ้นโดยมีทุนเรือนหุ้น แต่ละคนต้องถือหุ้นอย่างน้อยหนึ่งหุ้น

หนังสือบริคณห์สนธิจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และจะต้องรับรองความแท้จริงถูกต้องโดยผู้เริ่มก่อการ”

เพื่อให้การจัดตั้งบริษัทบริษัทสามารถทำได้โดยง่ายและสะดวกทั้งเรื่องเอกสารการจัดตั้งรวมถึงขั้นตอนการจัดตั้ง ทั้งนี้เพื่อให้ประเทศไทยมีกฎหมายที่พัฒนา ทันสมัย และเป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจได้อย่างทัดเทียมนานาประเทศ