



1. ความหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

คำว่า "ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท" (Promoter)¹ ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายให้นิยามไว้ ศาลจึงเป็นผู้สร้างคำนิยามขึ้น แต่อย่างไรก็ดี คำนิยามที่ชัดเจนก็ยังไม่ปรากฏ¹ ศาลอังกฤษได้ให้นิยามไว้

ในสหรัฐอเมริกา เมื่อกล่าวถึงผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท มีคำที่ใช้อยู่ 2 คำ คือ "Promoter" กับ "Incorporator" ซึ่งความหมายที่แท้จริงไม่เหมือนกัน กล่าวคือ Incorporator ไม่ใช่ Promoter ที่แท้จริง โดยปกติ Incorporator เป็นเพียงหุ่นเชิด (dummy) หรือลูกจ้างในสำนักงานกฎหมาย และจะไม่เข้าไปทำสัญญาอะไรในกรณีใด ๆ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้กระทำได้ ดังเช่น บทบัญญัติกฎหมายของมลรัฐมิชิแกน (Mich. Stat. Am. ch. 195, para.21.8 (1931)) ที่วัตถุประสงค์ของมาตราดังกล่าวนี้ยินยอมให้ Incorporator ทำสัญญาได้ในช่วงระยะเวลาจัดตั้งบริษัทให้สมบูรณ์โดยการยื่นตราสารต่อเจ้าหน้าที่ (Dr. Joseph H. Gross, "Liability on Pre-incorporation Contracts : A Comparative Review," McGill Law Journal 18 (1972) : 528)

Black's law dictionary ให้ความหมายของคำว่า "Incorporator" ว่า หมายถึง บุคคลที่ร่วมกันกับบุคคลอื่นทำการจัดตั้งบริษัทหรือนิติบุคคลใด ๆ ขึ้นมา และเป็นผู้ที่ลงนามในเอกสารการจัดตั้งบริษัท เป็นบุคคลหนึ่งหรือหลายคนที่ทำหนังสือบริคณห์สนธิ (Articles of incorporation) ในบทบัญญัติกฎหมายบริษัทสมัยใหม่ อาจมี Incorporator เพียงคนเดียวก็ได้ และให้ความหมายของคำว่า "Promoter" ว่า หมายถึงบุคคลที่เริ่มดำเนินการก่อตั้งหรือรวบรวมจัดตั้งบริษัท นิติบุคคล หรือวิสาหกิจใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อตนเองหรือคนอื่น บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้ที่รวมตัวกันโดยมีความมุ่งหมายเพื่อทำการก่อตั้งบริษัทขึ้นมา ตลอดจนออกหนังสือชี้ชวนให้ซื้อหุ้น จัดหาผู้จองซื้อหุ้น ฯลฯ (Henry Campbell Black, Black's law dictionary, 6th.ed. (St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990)).

¹Klaus Heinemann, "Pre-incorporation transactions : A comparative analysis," (Master's thesis, Faculty of Graduate Studies and Research, Institute of Comparative Law, McGill University, Montreal, 1989), p.16.

ในคดี *Twycross v. Grant* (1877) 2 CPD 469 at 54, per Cockburn CJ. ว่า Promoter อาจเป็นผู้ใดก็ตามที่เสนอตัวเข้ามาเพื่อจัดตั้งบริษัท โดยเป็นผู้วางรูปแบบโครงการ และกระทำการจำเป็นใด ๆ เพื่อให้บรรลุผลตามที่วางไว้² ในคดี *Whaley Bridge Co. v. Green*, 5 Q.B.D.109, 111 (1879) ได้กล่าวไว้ว่า Promoter ไม่ใช่ถ้อยคำ (Term) ในทางกฎหมาย แต่เป็นถ้อยคำในทางธุรกิจ เป็นคำสรุปที่เป็นประโยชน์ในคำเพียงคำเดียว ศาล Massachusetts สหรัฐอเมริกา ได้กล่าวเปรียบเทียบไว้³ ในคดี *Old Dominion Copper Co. v. Bigelow*, 203 Mass. 159, 187, 89 N.E.193, 206 (1909) ว่า บริษัท (Corporation) อยู่ภายใต้มือของผู้เป็น Promoter เปรียบเสมือนที่ดินเหนียวที่อยู่ในมือของช่างปั้น³ ในคดี *Crosse v. Callis*, 263 Md. 65, 282 A. 2d 86 (1971) และคดี *Old Dominion Copper Mining & Smelting Co. v. Bigelow* วางหลักไว้ว่า "Promoter" ไม่มีความหมายที่แน่นอน แต่มีความยืดหยุ่นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งดูเหมือนว่าจะเป็นความจริงในประเทศอังกฤษด้วย แต่อาจกล่าวได้ว่า "Promoter" รวมถึงบุคคลซึ่งมีหน้าที่จัดตั้งบริษัทและจัดหาสิทธิ ตลอดจนเครื่องมือและทุนให้บริษัท โดยบริษัทต้องดำเนินการไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในตราสารของบริษัท และจัดสร้างบริษัทให้มีความสามารถที่จะดำเนินธุรกิจได้⁴ ในคดี *Wheeler & M. Mercantile Co. v. Lamerton* (CA 8) 8 F 2d 957, 44 ALR 769 วางหลักว่า บุคคลซึ่งเพียงแต่ลงนามและยืนยันในหนังสือบริคณห์สนธิ (Article of incorporation) กับเข้าถือหุ้นในบริษัทที่กำลังจะจัดตั้งขึ้นเท่านั้น หากทำให้ผู้นั้นเป็น Promoter ไม่⁵ และคดี *Re Great Wheal Polgooth Co., Ltd.* (1883) 53 L.J. Ch.42. วางหลักว่า "บุคคลซึ่งเพียงแต่กระทำในฐานะเป็นหน้าที่ของผู้วิชาชีพ เช่น ทนายความ (solicitor)

²Robert R. Pennington, Company Law, 6th.ed. (London : Butterworths, 1990), p.524.

³Manfred W. Ehrich and Lucille C. Bunzl, "Promoters' contracts," Yale Law Journal 38 (June, 1929) : 1011.

⁴Larry D. Soderquist and A.A. Sommer, Jr., Corporations : A Problem Approach (Charlottesville, Virginia : The Michie Company Law Publishers, 1986), p.46.

⁵American Jurisprudence, Vol.18 (New York : The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1965), p.647.

นักบัญชี (accountant) เป็นต้น หาเป็น Promoter ไม่"⁶ นอกจากนั้นยังมีนักกฎหมายบางท่านให้ความหมายของ "Promoter" ไว้ค่อนข้างกว้างกว่า

กล่าวในถ้อยคำอย่างกว้าง ๆ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ได้แก่ ผู้ซึ่งมีความสำคัญอย่างเด่นชัดในการก่อตั้งบริษัทหรือในการเริ่มตั้งบริษัทใหม่โดยจำหน่ายหุ้นแก่ประชาชนหรือตั้งค่าอุปมาของผู้แต่งตำราชาวอเมริกันว่า ได้แก่ ผู้ซึ่งเป็นหมอต้าแยกท่าคลอดธุรกิจ (Speaking in General term, the promoters of a company are those who are the leading lights in its formation or flotation or, to adopt the metaphor of an American writer, who are the midwife of the business.)⁷

ดังนี้ ถึงแม้คำว่า "Promoter" จะได้รับการอธิบายในแง่ข้อความคิด (Concept) โดยศาลก็ตาม แต่สำหรับนิยามที่ชัดเจนก็ยังมีไม่ ซึ่งสาเหตุที่ยังไม่มีนิยามกล่าวได้ว่าเป็นเนื่องจากเหตุผล 4 ประการดังต่อไปนี้⁸

1. คดีใด ๆ ก็ตามที่มาสู่ได้อ่านศาลเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความหายนะหรือการฉ้อฉล (Misfortune or fraud) ซึ่งทำให้บริษัทประสบความยุ่งยากใด ๆ ในกรณีนี้ผู้พิพากษาเห็นว่าการได้รับไว้ซึ่งผลประโยชน์ใด ๆ ที่แอบแสวงหา (Secret profits) ย่อมเป็นการไม่สุจริตธรรม ดังนั้น โดยกระบวนการแห่งเหตุผลของการมีผลย้อนหลัง (Process of ex post facto rationalisation) ผู้พิพากษาเรียกผู้ซึ่งกระทำดังกล่าวว่า Promoter
2. มีความคิดว่า ถ้าปล่อยให้เป็นถ้อยคำ (Term) ในทางธุรกิจน่าจะดีที่สุด
3. การที่ไม่ให้นิยามไว้แน่นอนตายตัว จะทำให้มีการละเมิดหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ยาก
4. การจัดตั้งบริษัทมีหลายวิธีและขอบเขตกว้าง ดังนั้นจะนิยามไว้เป็นกรณีใดกรณีหนึ่งจึงเป็นไปได้

⁶Clive M. Schmitthoff, Palmer's Company Law, 24th.ed : Stevens & Sons, 1987), p.259.

⁷John H. Farrar; Nigel E. Furey; Brenda M. Hannigan; Philip Wylie Farrar's Company Law (London : Butterworths, 1991), p.52.

⁸Ibid.

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท ใช้คำในความหมายถึงผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (Promoter) ว่า "ผู้เริ่มก่อการ"^{*} แต่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 (ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว) และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ใช้คำว่า "ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท"^{**} คำว่า "ผู้เริ่มก่อการ" มีความหมายเดียวกันกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท การที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 เปลี่ยนชื่อผู้เริ่มก่อการเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทนั้น มีเหตุผลในการยกร่างกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดว่า คำว่า "ผู้เริ่มก่อการ" เป็นภาษาที่ใช้กันมานานแล้ว ปัจจุบันมีแนวโน้มไปในทางที่ทำให้เข้าใจว่าเป็นความหมายที่ค่อนข้างรุนแรง กล่าวคือ ฟังดูคล้ายกับเป็นการก่อการร้าย ปฏิวัติ หรือรัฐประหาร จึงได้เปลี่ยนมาเป็น "ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท"^o

อนึ่ง ในวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า "ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท" เป็นความหมายทั่วไป ไม่แบ่งแยกว่าเป็นบริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือบริษัทมหาชนตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เว้นแต่กรณีที่กำลังกล่าวถึงบริษัทเอกชนเป็นการเฉพาะ จึงจะใช้คำว่า "ผู้เริ่มก่อการ" ตามบทบัญญัตินั้น ๆ

บทบัญญัติกฎหมายไทยเรื่องบริษัทดังกล่าวไม่มีนิยามคำว่า "ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท" เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีประเด็นวินิจฉัยเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหลายเรื่อง^{***} แต่ยังไม่มีการวินิจฉัยถึงนิยามหรือความหมายของคำว่า "ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท" โดยตรง แต่อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายของไทยให้ความหมายของ "ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท" ไว้ดังนี้

ผู้เริ่มก่อการ เป็นบุคคลที่รับชُرระจัดตั้งบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ และจัดการให้การทำงานของบริษัทดำเนินไป ทั้งเป็นผู้ที่จะต้องกระทำการอื่นตามที่จำเป็น เพื่อจัดการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายนั้นด้วย ผู้เริ่มก่อการไม่ใช่ตัวแทนของบริษัท แต่ว่าอยู่ในฐานะเป็นผู้มีความเกี่ยวข้องกับบริษัท¹⁰

^{*} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097-1115

^{**} พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มาตรา 16-59.

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 16-46.

^o มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท วิคตอรี เพาเวอร์ พอยท์ จำกัด, 2526), หน้า 245.

^{***} เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1741/2505, 795/2515, 55/2523 และ 2652-2653/2529 เป็นต้น.

¹⁰ หลวงประพนธ์นิติสารค์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท สมาคม (คำสอนปริญญาตรี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2477), หน้า 110.

ผู้เริ่มก่อการ (Promoters) หมายถึง บุคคลผู้มีหน้าที่ในการดำเนินการจัดตั้งบริษัท วัตถุประสงค์ของการมีผู้เริ่มก่อการหรือผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท คือ ต้องมีบุคคลกลุ่มหนึ่งเข้าดำเนินงานเท่าที่จำเป็นเพื่อการจัดตั้งบริษัท¹¹

ผู้เริ่มก่อการ คือ ผู้ก่อตั้งบริษัทเป็นผู้ที่มีความมุ่งหมายอยู่แล้วว่าจะตั้งบริษัทขึ้นเพื่อดำเนินกิจการอะไร จึงเป็นผู้เตรียมจัดหาสิ่งจำเป็นทั้งหลายในการจัดตั้งบริษัท ตลอดจนสิ่งจำเป็นอื่น ๆ สำหรับการดำเนินงานของบริษัท เป็นผู้จัดทำหนังสือบริคณห์สนธิและนำไปจดทะเบียน จัดทำข้อบังคับของบริษัท จัดซื้อทรัพย์สินที่จำเป็น ตลอดจนหาทุนรอนของบริษัท ผู้เริ่มก่อการมักจะกลายเป็นกรรมการชุดแรกของบริษัทด้วย ผู้ที่จะนับว่าเป็นผู้เริ่มก่อการได้นั้น นอกจากจะเป็นผู้ก่อตั้งบริษัทและดำเนินการต่าง ๆ ดังกล่าวแล้ว ยังต้องเป็นผู้ที่มีชื่อระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิตามมาตรา 1098 (6) ด้วย ผู้ที่ช่วยเหลือในการก่อตั้งบริษัทโดยเป็นลูกจ้างหรือตัวแทนของผู้เริ่มก่อการ เช่น ทนายความ นักบัญชี หรือผู้วิ่งเต้นติดต่อในการจดทะเบียน แต่ไม่มีชื่อในหนังสือบริคณห์สนธิ หากถือว่าเป็นผู้เริ่มก่อการไม่ว่ากัน โดยแท้จริงแล้ว ผู้เริ่มก่อการน่าจะต้องเป็นคนที่เป็นผู้วางแผน เป็นสมอง เป็นหัวใจในการจัดตั้งบริษัทขึ้น¹²

ความหมายของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (Promoter) ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) จึงเป็นปัญหาของข้อเท็จจริงมากกว่าปัญหาเรื่องรูปแบบทางกฎหมาย "ปัญหาว่าบุคคลใดเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (Promoter) หรือไม่นั้น เป็นปัญหาข้อเท็จจริงซึ่งขึ้นอยู่กับสิ่งที่ผู้นั้นกระทำ"¹³ บุคคลหนึ่งบุคคลใดอาจกลายมาเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท (Promoter) หลังจากก่อตั้งบริษัทขึ้นแล้วก็ได้ ปัญหาว่าบุคคลใดเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท

¹¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7, หน้า 245.

¹² โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532), หน้า 215.

¹³ Halsbury's Laws of England, Vol.7 (I), p.39.

(Promoter) จริงหรือไม่ วันใดที่ถือว่าเป็นและยังคงเป็นอยู่หรือไม่ ล้วนเป็นปัญหาข้อเท็จจริง¹⁴ แต่ตามกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) มีปัญหาว่า เมื่อใดจึงจะถือว่าบุคคลใดเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท จะพิจารณาจากข้อกำหนดที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น หรือต้องพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบด้วย เพราะบทบัญญัติกฎหมายไม่ได้ให้นิยามหรือความหมายไว้ แต่บัญญัติให้บุคคลที่จะเริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิ* และหนังสือบริคณห์สนธินั้นจะต้องจดทะเบียน มีนักกฎหมายท่านหนึ่งซึ่งได้กล่าวถึงแล้วเห็นว่า "ผู้ที่จะนับว่าเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้นั้น นอกจากจะเป็นผู้ก่อตั้งบริษัทและดำเนินการต่าง ๆ แล้ว ยังต้องเป็นผู้ที่มีชื่อระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิด้วย"¹⁵ ในทางปฏิบัติจึงเกิดปัญหาว่า "มีการรับจ้างจัดตั้งบริษัท คนที่เป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจริง ๆ กลับหาได้ปรากฏชื่อในหนังสือบริคณห์สนธิไม่ ผู้ที่มีชื่อเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิกลับเป็นลูกจ้าง หรือเสมียนของสำนักงานผู้รับจ้างจัดตั้งบริษัทนั่นเอง"¹⁶

2. คุณสมบัติและจำนวนของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดคุณสมบัติและจำนวนของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท ไว้ดังนี้

1. เป็นบุคคลธรรมดา**
2. บรรลุนิติภาวะแล้ว***

¹⁴Geoffrey Morse, Enid A. Marshall, Richard Morris and Letitia Crabb, Charlesworth & Morse Company Law, 14th.ed. (London : Sweet & Maxwell/Stevens, 1991), p.99.

*ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 บัญญัติว่า "บุคคลใด ๆ ตั้งแต่เจ็ดคนขึ้นไปจะเริ่มก่อนการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ ด้วยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้" และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 16 บัญญัติว่า "บุคคลธรรมดาตั้งแต่สิบห้าคนขึ้นไปจะเริ่มจัดตั้งบริษัทได้โดยจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิ และปฏิบัติการอย่างอื่นตามพระราชบัญญัตินี้."

¹⁵โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 215.

¹⁶เรื่องเดียวกัน.

**พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 16.

***ข้อ 2-6, พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 17.

3. มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้เริ่มจัดตั้งทั้งหมด
4. จอห์น และหุ้นที่จองทั้งหมดนั้นต้องเป็นหุ้นที่ชำระค่าหุ้นเป็นตัวเงินรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของทุนจดทะเบียน
5. ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือไม่เป็นหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลาย
6. ไม่เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้กระทำโดยทุจริต
7. มีจำนวนตั้งแต่ 15 คนขึ้นไป*

สำหรับบริษัทเอกชน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดคุณสมบัติและจำนวนของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้เพียงว่า

1. เป็นบุคคล**
2. ลงชื่อชื่อหุ้น ๆ หนึ่งเป็นอย่างน้อย***
3. มีจำนวนตั้งแต่ 7 คนขึ้นไป+

ปัญหาจึงมีว่า ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเอกชนจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเหมือนกับกรณีบริษัทมหาชน ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนหรือไม่ ในเรื่องดังกล่าวมีความเห็นของนักกฎหมายหลายท่าน ดังนี้

เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับผู้เริ่มก่อการรวมกันหลาย ๆ มาตรา แล้ว จะเห็นได้ว่า ภาระหน้าที่ของผู้เริ่มก่อการตามที่บัญญัติไว้ในส่วนที่ 1 ว่าด้วยสภาพและการจัดตั้งบริษัทจำกัด อาจมีหรือกระทำได้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้น เช่น การลงลายมือชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1098 (6) และมาตรา 1099 หรือการออกเสียงลงคะแนน ตามมาตรา 1109 เป็นต้น กิจกรรมดังกล่าวนี้เห็นได้ชัดว่า กฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้กระทำด้วยตัวของผู้เริ่มก่อการเอง และภายใต้สภาพของการเป็นบุคคลธรรมดา ส่วนนิติบุคคลนั้นไม่อยู่

* พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 16.

** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097.

*** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1100.

+ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097.

ในภาวะที่จะแสดงพฤติกรรมด้วยตนเองได้อย่างบุคคลธรรมดา ประกอบกับนิติบุคคล
 ย่อมมีสภาพความสามารถที่จำกัดกว่าบุคคลธรรมดา เพราะจะต้องดำเนินการไป
 ตามวัตถุประสงค์ของตราสารจัดตั้งและข้อบังคับที่กำหนดไว้เท่านั้น การเป็น
 ผู้เริ่มก่อการเป็นภาระที่ต่างก็ต้องพึ่งพาอาศัยความสามารถ ชื่อเสียงและสภาพ
 ความรับผิดชอบที่ไม่จำกัดจำนวน ตลอดจนการแสดงเจตนาต่าง ๆ ในแผนงานการ
 จัดตั้งบริษัทได้ด้วยตนเอง ผู้เริ่มก่อการบริษัทเอกชนจึงต้องเป็นบุคคลธรรมดา
 เช่นเดียวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชน ซึ่งเป็นแนวปฏิบัติของสำนักงานทะเบียน
 หุ้นส่วนบริษัทกลาง กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์¹⁷
 นักกฎหมายอีกท่านหนึ่ง¹⁸ เห็นว่า



¹⁷ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7, หน้า 246.

¹⁸ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 216.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 บัญญัติไว้แต่เพียงว่า "บุคคลใด ๆ ตั้งแต่เจ็ดคนขึ้นไปจะเริ่มก่อนการและจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้..." ว่ากันตามตัวอักษรนิติบุคคลก็เป็นบุคคล จึงน่าจะเป็นผู้เริ่มก่อนการได้เช่นกัน แต่นายทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทถือตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา* ว่า ตามเจตนารมณ์

*ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เดือนตุลาคม 2521 เรื่องผู้เริ่มก่อนการ โดยละเอียดมีดังต่อไปนี้

สำนักงานกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 3) ได้ให้คำชี้แจงเพิ่มเติมจากกรมทะเบียนการค้า มีความเห็นว่า อันนิติบุคคลตามมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามมาตรา 69 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เว้นแต่สิทธิและหน้าที่อื่นว่าโดยสภาพแล้วบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่สามารถกระทำได้ตามมาตรา 70 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 บัญญัติให้ผู้เริ่มก่อนการตั้งบริษัทมีหน้าที่ทำหนังสือบริคณห์สนธิ ซึ่งตามมาตรา 1097 (6) (ชื่อ สำนัก อาชีวะ และลายมือชื่อของบรรดาผู้เริ่มก่อนการทั้งจำนวนหุ้นซึ่งต่างคนต่างเข้าชื่อชื่อไว้คนละเท่าใด) จะต้องมีรายการแสดงอาชีวะและลายมือชื่อของบรรดาผู้เริ่มก่อนการด้วยนั้น เป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนาของกฎหมายที่มุ่งถึงอาชีวะของบุคคลธรรมดา คำว่า "อาชีวะ" ตามบทบัญญัติในมาตรานี้น่าจะมีความหมายเหมือนกับคำว่า "อาชีวะ" ในมาตรา 1111 (5) (ชื่อ อาชีวะ และที่สำนักของกรรมการทุกคน) การเป็นกรรมการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดแล้วว่าต้องเป็นบุคคลธรรมดา เพราะมีการระบุถึงคนในมาตรา 1162 และระบุถึงการเป็นผู้ไร้ความสามารถในมาตรา 1154 เมื่อคำว่า อาชีวะ ที่ใช้ในเรื่องกรรมการของบริษัทมีความหมายเฉพาะในเรื่องบุคคลธรรมดาแล้ว จึงเห็นว่า คำว่า "อาชีวะ" ที่ใช้กับผู้เริ่มก่อนการจำต้องมีความหมายตรงกัน คือ อาชีวะของผู้เริ่มก่อนการที่เป็นบุคคลธรรมดา นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกายังได้เคยตีความไว้ว่า การเริ่มก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้น เป็นกิจการที่ผู้เริ่มก่อนการจะต้องกระทำด้วยตนเอง ซึ่งแสดงให้เห็นได้ชัดว่าต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาเท่านั้น อนึ่งในคำแนะนำด้านหลังแบบคำขอจดทะเบียนบริคณห์สนธิ (แบบ ทบ.402) ยังกำหนดให้ผู้ยื่นคำร้องระบุเพศของผู้เริ่มก่อนการด้วย ประกอบกับปัญหาที่ว่า คำว่า "คน" ที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ในมาตรา 1097 มาตรา 1098 (6) และมาตรา 1100 จะมีความหมายรวมถึงนิติบุคคลได้ด้วยหรือไม่ คำว่า "คน" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายไว้ว่า มนุษย์ ฉะนั้น จึงต้องหมายความถึงบุคคลธรรมดาเท่านั้น เมื่อทั้งถ้อยคำและเจตนารมณ์ของกฎหมายได้แสดงให้เห็นชัดว่า กฎหมายมิได้มีเจตนาที่จะให้นิติบุคคลเป็นผู้เริ่มก่อนการ ดังนั้น จึงได้ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายให้บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะเป็นผู้เริ่มก่อนการตั้งบริษัทได้.

ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เริ่มก่อนการจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาทำนองเดียวกับกรรมการของบริษัท เพราะมาตรา 1097 บัญญัติให้ผู้เริ่มก่อนการมีหน้าที่ทำหนังสือบริคณห์สนธิ ซึ่งตามมาตรา 1098 (6) จะต้องแสดงอาชีวะและลงลายมือชื่อด้วย ยังมีนัยกฎหมายอีกท่านหนึ่ง¹⁰ เห็นว่า นิติบุคคลนั้น กฎหมายมิได้กำหนดห้ามไว้ที่จะเป็นผู้เริ่มก่อนการได้ และโดยหน้าที่ของผู้เริ่มก่อนการแล้ว นิติบุคคลก็น่าจะทำได้ ในเมื่อวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น กำหนดไว้ให้เป็นผู้เริ่มก่อนการได้เช่นนั้น เพราะผู้เริ่มก่อนการเมื่อยังมีได้จดทะเบียนก็ถือเป็นเสมือนผู้เป็นหุ้นส่วนในทางหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งนิติบุคคลย่อมเข้าเป็นหุ้นส่วนในทางหุ้นส่วนสามัญได้ถ้าในวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ทำให้ จึงไม่น่าจะเป็นการขัดข้องในการที่จะเป็นผู้เริ่มก่อนการในการจัดตั้งบริษัท

ปัญหาต่อไปมีว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดเรื่องความสามารถ ถิ่นที่อยู่ และประวัติเคยต้องโทษของบุคคลที่จะเป็นผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเอกชนไว้เหมือนที่บัญญัติไว้ชัดเจนในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ดังนั้นจะถือหลักอย่างไร เกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้มีความเห็นของนักกฎหมายว่า

1. เรื่องอายุ ผู้เริ่มก่อนการจะต้องทำนิติกรรมต่าง ๆ ในการเตรียมจัดตั้งบริษัท ผู้เริ่มก่อนการจึงจะต้องบรรลุนิติภาวะ หรืออย่างน้อยต้องมีความสามารถที่จะทำนิติกรรมได้²⁰

ในทางปฏิบัติของนายทะเบียนถือว่า ผู้เยาว์จะเป็นผู้เริ่มก่อนการได้เมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม... แต่ในกรณีที่ผู้เยาว์มีอายุน้อยเกินไปจนทำให้เห็นได้ชัดว่า ผู้เยาว์อยู่ในสภาพที่ไม่อาจมีความริเริ่มหรือเห็นดีเห็นชอบในการจัดตั้งบริษัทด้วยตนเอง นายทะเบียนจะปฏิเสธไม่ยอมรับจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิโดยอาศัยเหตุว่า ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมมิได้เกิดขึ้นจากความต้องการหรือความเห็นดีเห็นชอบของผู้เยาว์ แต่เป็นเรื่องที่ผู้แทนโดยชอบธรรมจัดให้มีความยินยอมของตนเอง กรณีดังกล่าวนี้ถือว่ามีใช่เป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย ดังนั้น ในการจดทะเบียนนายทะเบียนจะกำหนดอายุของผู้เริ่มก่อนการต้องไม่ต่ำกว่า 12 ปี เพราะผู้เยาว์อายุ 12 ปี อาจมีความรู้ลึกซึ้งพอแล้วกับหน้าที่การเป็นผู้เริ่มก่อนการโดยได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม ส่วนผู้เยาว์อายุต่ำกว่า 12 ปี นายทะเบียนจะปฏิเสธการจดทะเบียน เมื่อพิจารณาได้ว่า ผู้เยาว์ไม่อยู่ในภาวะที่จะรับหน้าที่เป็นผู้เริ่มก่อนการโดยความ

¹⁰ ศักดิ์วัฒน์ ระวีศิริวงศ์, คู่มือกฎหมายการค้าภาคปฏิบัติว่าด้วยห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด หลักเกณฑ์และวิธีการจดทะเบียนจัดตั้ง เปลี่ยนแปลง เลิกการชำระบัญชี (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรบริการ, 2507) หน้า 183.

* ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อเดือนพฤศจิกายน 2488 ให้ความเห็นว่าบริษัทย่อมเป็นหุ้นส่วนได้ถ้ามีวัตถุประสงค์เช่นนั้น.

²⁰ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 216.

สมัครใจของตนเอง²¹

²¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7, หน้า 248.

เกี่ยวกับเรื่องอายุของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเอกชนนี้ มีแนวทางปฏิบัติและความเห็นของกรมทะเบียนการค้าและคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังต่อไปนี้

- ความหนังสือกรมทะเบียนการค้า ลงวันที่ 3 กันยายน 2516 ถึงนายทะเบียนสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทจังหวัด มีใจความว่า ...ตามที่กรมได้กำหนดอายุของผู้เยาว์ที่จะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนซึ่งจดทะเบียนตั้งใหม่และเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัท ซึ่งกรมได้กำหนดอายุตั้งแต่ 12 ปีขึ้นไปเป็นหลักปฏิบัติในการรับจดทะเบียนนั้น บัดนี้มีปัญหาว่าผู้เยาว์ซึ่งมีอายุต่ำกว่า 12 ปี จะเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทได้หรือไม่เพียงใด กรมทะเบียนการค้าขอข้อความเข้าใจว่า เรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยไว้เป็นหลักว่า ผู้เข้าเป็นหุ้นส่วนหรือผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทจะต้องสามารถแสดงเจตนาได้ด้วยตนเอง หากผู้เข้าเป็นหุ้นส่วนหรือผู้เริ่มก่อการมีอายุน้อยเกินไปก็อาจอยู่ในสภาพที่ไม่อาจริเริ่มเข้าหุ้นส่วนหรือเห็นดีเห็นชอบในการก่อตั้งบริษัทได้ ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมอาจจะไม่ได้เกิดจากความต้องการของผู้เยาว์โดยแท้จริง อย่างไรก็ตาม อายุของผู้เยาว์ที่กำหนดไว้ 12 ปีนั้น เพราะเห็นว่าโดยทั่วไปแล้ว ผู้เยาว์อายุขนาดนี้สามารถจะเริ่มการต่าง ๆ ได้ในกรณีที่ผู้เข้าเป็นหุ้นส่วนหรือผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทมีอายุต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ดังกล่าว ก็ให้นายทะเบียนพิจารณาใช้ดุลพินิจของตนเองว่า ผู้เยาว์นั้นสามารถแสดงเจตนาเข้าหุ้นส่วนหรือเริ่มก่อการได้ด้วยตนเองหรือไม่ หากเห็นว่าสามารถทำได้โดยมิใช่เป็นความต้องการของผู้แทนโดยชอบธรรมแล้ว นายทะเบียนก็อาจพิจารณารับจดทะเบียนได้ โดยบันทึกปากคำของผู้เยาว์และมีพยานรับรองพร้อมทั้งบันทึกความเห็นของนายทะเบียนประกอบไว้ในเรื่อง ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดมีปัญหาลงในภายหลัง

- ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2513 มีใจความว่า ...กรณีผู้เยาว์รวม 4 คน มีอายุเพียง 9 ปี 10 ปี 11 ปี และ 14 ปี บิดาให้ความยินยอมให้เป็นผู้เริ่มก่อการของบริษัท แต่กระทรวงเศรษฐกิจเห็นว่าผู้เยาว์อายุเพียงเท่านี้โดยสภาพแล้วไม่อาจทำการก่อตั้งบริษัทได้ แม้จะได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองแล้วก็ตาม ทั้งนี้ โดยอาศัยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ การก่อตั้งบริษัทนั้นกฎหมายมีเจตนาจะให้ผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทต้องลงมือ

2. เรื่องการไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ บุคคลไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถย่อมเป็นบุคคลที่ถูกจำกัดความสามารถตามบทบัญญัติทั่วไป ข้อบกพร่องในเรื่องความสามารถเป็นเรื่องที่บรรดาผู้เริ่มก่อการด้วยกันที่จะต้องรับผิดชอบในการชักนำหรือยินยอมให้มีการชักนำเอาบุคคลในสภาพเช่นนั้นเข้ามาเป็นผู้เริ่มก่อการ ถ้าหากความเสียหายจะเกิดมี

(เชิงอรรถ 21 ต่อ)

กระทำการด้วยตนเอง เช่น จะต้องลงชื่อในหนังสือบริคณห์สนธิทุกคนและนำไปจดทะเบียน จะต้องลงชื่อชื้อหุ้นทุกคน และต้องลงชื่อในหนังสือชื้อหุ้นให้เข้าชื้อชื้อหุ้น จะต้องนัดประชุมตั้งบริษัท จัดทำบัญชีรายชื่อผู้เข้าชื้อชื้อหุ้นเพื่อแถลงในที่ประชุม เหล่านี้เป็นต้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทจะต้องกระทำด้วยตนเอง จะตั้งให้ผู้อื่นทำแทนมิได้ กระทรวงเศรษฐกิจจึงเห็นว่าผู้เยาว์ที่จะทำการดังกล่าวได้ควรจะมีอายุตั้งแต่ 17 ปีขึ้นไป แต่โดยที่กรณีมีปัญหายังคงขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นนั้น

คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นชอบด้วยความเห็นของกระทรวงเศรษฐกิจว่า การเริ่มก่อการตั้งบริษัทจำกัดนั้น เป็นกิจการที่ผู้เริ่มก่อการจะต้องกระทำด้วยตนเอง และเห็นว่าการทำหนังสือบริคณห์สนธิก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้น เป็นการดำเนินการซึ่งถ้าผู้กระทำเป็นผู้เยาว์ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21... ผู้แทนกระทรวงเศรษฐกิจชี้แจงเพิ่มเติมในที่ประชุมว่า ผู้เยาว์ทั้ง 4 คนที่มีชื่อเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทจำกัดได้ลงชื่อด้วยตนเองในหนังสือบริคณห์สนธิก็ทั้งได้มีการแสดงการให้ความยินยอมของบิดาผู้เยาว์เหล่านั้นมาด้วยแล้ว เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาก็เห็นว่า การทำหนังสือบริคณห์สนธิของผู้เยาว์ในเรื่องนี้ ผู้เยาว์ได้กระทำด้วยตนเองและโดยได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมโดยถูกต้องตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 ดังกล่าวข้างต้นนั้นแล้ว เพราะจะต้องถือว่าบิดาของผู้เยาว์ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์นั้นไปในตัวด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541... เมื่อกรณีเป็นดังนี้ ก็ย่อมจะกล่าวมิได้ว่า การก่อตั้งบริษัทจำกัดรายนี้จะกระทำไปมิได้

ขึ้นเพราะความสามารถจำกัดของผู้เริ่มก่อการบางคน²² ผู้เริ่มก่อการจะต้องทำนิติกรรมต่าง ๆ ในการเตรียมจัดตั้งบริษัท ผู้เริ่มก่อการจึงจะต้องบรรลุนิติภาวะหรืออย่างน้อยต้องมีความสามารถที่จะทำนิติกรรมได้²³

(เชิงอรรถ 21 ต่อ)¹

เพราะผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทจำกัดบางคนเป็นผู้เยาว์ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้เยาว์ที่จะกระทำการบางอย่างไม่ได้นั้น กฎหมายได้บัญญัติกำหนดไว้เฉพาะกรณีการทำนิติกรรมเท่านั้นว่า ผู้เยาว์ที่มีอายุไม่ถึงสิบห้าปีบริบูรณ์จะทำนิติกรรมไม่ได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25) หาได้บัญญัติกำหนดไว้ในเรื่องการก่อตั้งบริษัทจำกัดด้วยไม่ ฉะนั้น ความเห็นของกระทรวงเศรษฐกิจที่ว่า ผู้เยาว์ที่จะเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทจำกัดได้ควรจะมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์เสียก่อน จึงเป็นความเห็นที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ดี คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นสมควรกล่าวไว้ด้วยว่า ในเรื่องกับผู้เยาว์จะเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทจำกัดได้หรือไม่ ดังนี้ ดังที่ได้กล่าวมานายทะเบียนจะปฏิเสธไม่ยอมรับจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิโดยอาศัยเหตุแห่งการที่ผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทจำกัดเป็นผู้เยาว์หาได้ไม่ ในเมื่อผู้เยาว์ได้รับความยินยอมแล้วจากผู้แทนโดยชอบธรรม แต่ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นผู้มีอายุน้อยเกินไปจนทำให้เห็นได้ชัดว่ายังอยู่ในสภาพที่ไม่อาจมีความริเริ่มหรือเห็นดีเห็นชอบในการก่อตั้งบริษัทจำกัดได้ ในกรณีเช่นนั้นหากนายทะเบียนจะปฏิเสธไม่ยอมรับจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิโดยอาศัยเหตุว่า ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมมิได้เกิดขึ้นจากความต้องการหรือความเห็นดีเห็นชอบของผู้เยาว์ ผู้แทนโดยชอบธรรมจัดให้มีความยินยอมของตนเอง มิใช่เป็นความยินยอมที่สอดคล้องความมุ่งหมายของกฎหมายก็ย่อมจะเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งเห็นว่านายทะเบียนพึงกระทำได้ด้วยความรู้ความรับผิดชอบของนายทะเบียน.

²² เรื่องเดียวกัน.

²³ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 216.

ส่วนบุคคลล้มละลายนั้น อาจถือได้ว่าเป็นบุคคลที่ความสามารถถูกจำกัดในบางเรื่องเช่นกัน กล่าวคือ เมื่อศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ลูกหนี้ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถในการจัดการทรัพย์สิน²⁴ การที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติในเรื่องความสามารถของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้ เพราะผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงต่อการจัดตั้งบริษัท ความก้าวหน้าของกิจการของบริษัทมีส่วนมาจากการริเริ่มของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท หน้าที่ในฐานะผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงเป็นภาระอันยิ่งใหญ่ที่จะเกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนได้เสียของมหาชนจำนวนหนึ่ง ซึ่งต่อไปจะเข้ามาผูกพันถือหุ้นอยู่ในบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจึงย่อมจะต้องมีคุณสมบัติเป็นนักธุรกิจการค้าที่ดี และเป็นกึ่งไว้วางใจของบุคคลทั่วไป²⁵

3. เรื่องผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนจะต้องไม่เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่ได้กระทำโดยทุจริตนั้น เนื่องจากกฎหมายต้องการให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเป็นบุคคลที่ไม่มีประวัติต่างพร้อย โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์ แต่มีปัญหาทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนว่า นายทะเบียนไม่สามารถตรวจสอบได้ว่าผู้เริ่มจัดตั้งคนใดขาดคุณสมบัติข้อนี้²⁶ แต่สำหรับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเอกชนแล้ว คุณสมบัติเรื่องนี้คงไม่ใช่บังคับเพราะไม่ใช่หลักทั่วไปเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรม

4. เรื่องถิ่นที่อยู่ การที่ต้องมีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนจำนวนหนึ่งอยู่ในประเทศเพราะจะทำให้บุคคลภายนอกรวมทั้งนายทะเบียนสามารถติดตามหาตัวผู้รับผิดชอบในการจัดตั้งบริษัทได้ง่ายขึ้น ส่วนบริษัทเอกชน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดเกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้เริ่มก่อการบริษัทเอกชนจึงไม่ต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศด้วย²⁷

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 24 บัญญัติว่า "เมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้แล้ว ห้ามมิให้ลูกหนี้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการของตน เว้นแต่จะได้กระทำตามคำสั่งหรือความเห็นชอบของศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์..." และมาตรา 62 บัญญัติว่า "การล้มละลายของลูกหนี้เริ่มต้นมีผลตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์."

²⁴ ปรีชา พานิชวงศ์, กฎหมายล้มละลาย (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุกข์การพิมพ์, 2526), หน้า 8.

²⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7, หน้า 249.

²⁶ เรื่องเดียวกัน.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 247.

ส่วนเหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเอกชนจะต้องลงชื่อถือหุ้น ๆ หนึ่งเป็น
อย่างน้อยและผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนจะต้องจองหุ้นและหุ้นที่จองทั้งหมดจะต้องเป็นหุ้นที่ชำระค่าหุ้น
เป็นตัวเงินรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของทุนจดทะเบียนนั้น เพราะการจองหุ้นเป็นเงื่อนไขสำคัญ
จะทำให้ผู้เริ่มก่อการหรือผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องมีความผูกพันกับบริษัท มิให้กระทำแต่เพียงริเริ่ม
จัดตั้งบริษัทแล้วถอนตัวออก ทั้งนี้เพราะคุณสมบัติส่วนตัวของผู้เริ่มก่อการหรือผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทอาจ
เป็นเหตุผลหนึ่งของการตัดสินใจในการจองหุ้นของผู้ถือหุ้นก็ได้ ในการจดทะเบียนถ้านายทะเบียน
พบว่า ผู้เริ่มก่อการหรือผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทคนหนึ่งหรือหลายคนมิได้เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทด้วย
นายทะเบียนจะมีคำสั่งไม่รับจดทะเบียน²⁸ ... เหตุที่กฎหมายต้องบัญญัติไว้เช่นนี้ก็โดยมีเจตนารมณ์
จะให้ผู้เริ่มก่อการได้มีส่วนได้เสียในการจัดตั้งบริษัทอย่างจริงจัง จึงต้องบังคับให้ผู้เริ่มก่อการต้อง
เข้าหุ้นด้วย โดยผู้เริ่มก่อการจะเข้าชื่อถือหุ้นคนละกี่หุ้นก็ได้ แต่จะต้องไม่น้อยกว่าคนละ 1 หุ้น
เท่านั้น ถ้าไม่บัญญัติไว้เช่นนี้ก็อาจทำให้บุคคลที่ไม่มีทุนอะไรเลยร่วมกันตั้งตนเป็นผู้เริ่มก่อการ
หลอกลวงประชาชนได้ง่าย ๆ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและขัดต่อรัฐประศาสน์นโยบายอย่างหนึ่ง²⁹
มาตรา 1100 กำหนดให้ผู้เริ่มก่อการต้องลงชื่อถือหุ้นอย่างน้อย 1 หุ้นด้วย ทั้งนี้คงจะเพื่อเป็น
หลักประกันว่าได้มีเจตนาจะก่อตั้งบริษัทกันอย่างจริงจัง แต่ก็คงเป็นหลักประกันอะไรไม่ได้มากนัก
เพราะตามกฎหมายหุ้นอาจมีราคาเพียง 5 บาทและก็ได้ไม่ได้มีข้อห้ามมิให้ผู้เริ่มก่อการโอนหุ้น³⁰

สำหรับจำนวนผู้เริ่มก่อการบริษัทมหาชนต้องมีไม่น้อยกว่า 15 คน มากกว่าบริษัทเอกชน
ที่มีจำนวนไม่น้อยกว่า 7 คนนั้น มีเหตุผล คือ "เพื่อให้การจัดตั้งบริษัทมหาชนเป็นที่เชื่อถือแก่
ประชาชนทั่วไป และจำนวนของผู้เริ่มจัดตั้งอาจเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงแผนงานหรือโครงการ
ประกอบธุรกิจของบริษัท ซึ่งอาจมีความจำเป็นอย่างมากในการชักชวนให้ประชาชนทั่วไปไปซื้อหุ้น..."³¹

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 249.

²⁹ ประภาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร : กรุงสยามการพิมพ์, 2526), หน้า 155.

³⁰ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 216.

³¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 1-7, หน้า 246.

3. คุณสมบัติและจำนวนของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา
 ประเทศอังกฤษ Companies Act 1985³² ได้บัญญัติถึงคุณสมบัติและจำนวนของ
 ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้ในมาตรา 1 (1) ว่า

Section 1 Mode of forming incorporated company

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

ดังนั้น ตามบทบัญญัติกฎหมายอังกฤษได้กำหนดคุณสมบัติและจำนวนของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้เพียงว่า เป็นบุคคล (person) และมีจำนวนตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปเท่านั้น

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐส่วนมากกำหนดว่า³³ ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่บรรลุนิติภาวะแล้ว (Adult natural persons)* จำนวนตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป แต่มีบางมลรัฐยอมให้มีผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทเพียง 1 หรือ 2 คน ส่วนมลรัฐ Utah กำหนดว่าต้องไม่น้อยกว่า 5 คน มลรัฐจำนวนมากกำหนดว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทต้องมีอายุอย่างน้อย 21 ปี หรือ "Full age"^{**} และโดยปกติจะต้องเป็นบุคคลธรรมดา (Natural persons) แต่มีบางมลรัฐ

³²Keith Walmsley, Butterworths Company Law Handbook, 8th.ed. (London : Butterworths, 1991), p.18.

³³Harry G. Henn, Handbook of the Law of Corporation (St.Paul Minn. : West Publishing Co., 1961), p.178. ; Robert W. Hamilton, The Law of Corporations in a nutshell, 2nd.ed. (St.Paul Minn. : West Publishing Co., 1987), p.31.

*Black's law dictionary ให้ความหมายของ "Adult" ว่า "One who has attained the legal age of majority ; generally 18 years. At civil law, a male who had attained the age of 14 ; a female who had attained the age of 12."

**Black's law dictionary ให้ความหมายของ "Full age" ว่า "The age of legal Majority ; legal age."

เช่น Kentucky ยอมให้เป็นบริษัทก็ได้ ส่วน Michigan นอกจากอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัทแล้ว ยังอาจเป็นห้างหุ้นส่วนก็ได้ บางมลรัฐบังคับอีกว่าผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องมีสัญชาติ (Citizenship) หรือถิ่นที่อยู่ (Residence) หรือจองซื้อหุ้นตามที่กำหนดกฎหมายบริษัทของมลรัฐ Delaware (Delaware General Corporation Law) บัญญัติถึงคุณสมบัติและจำนวนของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้ในมาตรา 101 (a) ว่า³⁴

Any person, partnership, association or corporation, singly or jointly with others, and without regard to his or their residence, domicile or state of incorporation, may incorporate or organize a corporation under this chapter by filing with the Secretary of State a certificate of incorporation which shall be executed, ...

ส่วนใน Revised Model Business Corporation Act บัญญัติถึงคุณสมบัติและจำนวนของผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทไว้ในมาตรา 2.01 เพียงว่า³⁵ "One or more persons may act as the incorporator or incorporators of a corporation by delivering articles of incorporation to the secretary of state for filing."

³⁴Melvin Aron Eisenberg, Corporations and business associations (New York : The Foundation Press, Inc., 1989), p.64.

³⁵Ibid., p.162.