

บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรธุรกิจของประเทศไทยและของสหรัฐอเมริกา

ในบทนี้ผู้เขียนจะนำเสนอเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับองค์กรธุรกิจของประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา โดยจะกล่าวถึงเรื่องของรูปแบบองค์กรทางธุรกิจเกี่ยวกับลักษณะทั่วไปของการจัดตั้ง การบริหาร และการสิ้นสภาพขององค์กรธุรกิจ ในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัด ซึ่งได้เรียงลำดับการนำเสนอ ดังนี้

3.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรธุรกิจของประเทศไทย

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับองค์กรธุรกิจของประเทศไทยนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับลักษณะทั่วไปของการจัดตั้ง การบริหาร และการสิ้นสภาพของห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัดของประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1.1 ห้างหุ้นส่วนสามัญ

3.1.1.1 การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญ

ห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นเพียงการรวมกลุ่มกันโดยสัญญาของบุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนกันในห้าง ห้างหุ้นส่วนสามัญจึงไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนได้แสดงเจตนาโดยมีคำเสนอคำสนองตรงกันในสาระสำคัญของสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนแล้ว ห้างหุ้นส่วนสามัญก็เกิดขึ้นทันทีโดยไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือและไม่มีแบบ

เมื่อมีการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญเรียบร้อยแล้ว ต่อมาถ้าจะเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาเดิมของห้างหุ้นส่วน หรือประเภทของกิจการของห้างหุ้นส่วน จะกระทำได้ต่อเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนหมดด้วยกันทุกคนยินยอม เว้นแต่จะมีข้อตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น¹

3.1.1.2 การบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนสามัญ

ในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 กำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนต้องกระทำกิจการร่วมกัน ซึ่งการทำกิจการร่วมกันนั้นอาจแบ่งได้เป็น

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1032.

3 ประการ คือ 1) การจัดการห้างหุ้นส่วน 2) การดูแลครอบงำกิจการ และ 3) ความเกี่ยวพันระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอก

1) การจัดการห้างหุ้นส่วน แยกออกเป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณีไม่ได้ตกลงกันในกระบวนการจัดการ กล่าวคือ ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนมิได้ตกลงกันไว้ในกระบวนการจัดการ ผู้เป็นหุ้นส่วนย่อมจัดการห้างหุ้นส่วนนั้นได้ทุกคน แต่ไม่สามารถเข้าทำสัญญาใดๆ ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นทักท้วงได้²

(2) กรณีได้ตกลงกันเกี่ยวกับกระบวนการจัดการห้างหุ้นส่วน กล่าวคือ ผู้เป็นหุ้นส่วนอาจตกลงกันเกี่ยวกับกระบวนการจัดการก็ได้ ซึ่งในการตกลงโดยให้จัดการตามเสียงข้างมากโดยให้ผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนมีหนึ่งเสียงโดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนที่ลงหุ้น หรือตกลงตั้งหุ้นส่วนผู้จัดการให้มีอำนาจจัดการงานได้เต็มที่โดยลำพังก็ได้ ในกรณีหากมีการตั้งหุ้นส่วนผู้จัดการหลายคนให้แต่ละคนสามารถจัดการห้างหุ้นส่วนก็ได้แต่จะกระทำการใด ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการอีกคนคัดค้านไม่ได้³

ในการจัดกิจการของห้างหุ้นส่วนนั้น หุ้นส่วนผู้จัดการต้องจัดการห้างหุ้นส่วนนั้นด้วยความระมัดระวังให้มากเสมือนกับการจัดการงานของตนเอง⁴ และต้องจัดการงานภายในขอบเขตอำนาจเท่านั้น กรณีที่หุ้นส่วนผู้จัดการกระทำล่วงขอบอำนาจ หรือในกรณีที่ผู้เป็นหุ้นส่วนที่ไม่ได้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการเข้าไปจัดการงานของห้างหุ้นส่วน⁵ ต้องบังคับตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการจัดการนอกสั่ง⁶

2) การดูแลครอบงำกิจการ

กรณีที่มิได้ตกลงกันไว้ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนเกี่ยวกับการจัดการงานของห้างหุ้นส่วนแล้ว ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนย่อมมีอำนาจจัดการงานของห้างได้⁷ แต่ถ้ามีการตกลงกันให้ผู้เป็นหุ้นส่วนบางคนเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแล้ว เฉพาะหุ้นส่วนผู้จัดการเท่านั้นที่มีสิทธิจัดการงานของห้างหุ้นส่วนได้ ส่วนผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นมีเพียงสิทธิดูแล ครอบงำกิจการเท่านั้น

สิทธิในการดูแลครอบงำกิจการ สามารถทำได้ คือ (1) ใต้ตามถึงกิจการงานของห้างหุ้นส่วนได้ทุกเมื่อ และ (2) ตรวจ และคัดสำเนา สมุด บัญชี และเอกสารของห้างหุ้นส่วน

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1033.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1034 และมาตรา 1035.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1039.

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1043.

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1053.

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1033.

โดยสิทธิทั้งสองประการนี้ เป็นสิทธิที่ผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนสามารถใช้ได้โดยไม่ต้องอาศัยเสียงข้างมากแต่อย่างใด⁸

3) ความเกี่ยวพันระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอก

ความเกี่ยวพันระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอก มีรากฐานมาจากหลักกฎหมาย 3 เรื่องด้วยกัน คือ

(1) หลักในเรื่องตัวแทน

(2) หลักในเรื่องกรรมสิทธิ์รวม ทั้งนี้เพราะห้างหุ้นส่วนสามัญไม่มีการจดทะเบียน จึงไม่เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลาย สิทธิและทรัพย์สินของห้างจึงตกได้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนรวมกัน

(3) หลักเรื่องลูกหนี้ร่วม ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ห้างมิได้จดทะเบียน ดังนั้น หน้าที่และความรับผิดชอบของห้างหุ้นส่วนสามัญจึงตกอยู่กับผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนรวมกัน ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนตกเป็นลูกหนี้ร่วมและต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน⁹

(3.1) สิทธิของผู้เป็นหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอก

ในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอกด้วยกันเอง ผู้เป็นหุ้นส่วนถือว่าตนเป็นตัวแทนของห้าง ดังนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นอาจเรียกเอาส่วนของตนจากผู้เป็นหุ้นส่วนที่ถือว่าเป็นตัวแทนได้แม้ว่ากิจการนั้นจะไม่ปรากฏชื่อของตนก็ตาม¹⁰ แต่ในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนกับบุคคลภายนอกแล้ว จะเรียกเอาส่วนของตนจากบุคคลภายนอกในกิจการที่ปรากฏชื่อของตนไม่ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 1049 ความว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนจะถือเอาสิทธิใดๆ แก่บุคคลภายนอกในกิจการค้าขายซึ่งไม่ปรากฏชื่อของตนหาได้ไม่” กล่าวคือ เนื่องจากห้างหุ้นส่วนสามัญไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล ดังนั้น เวลาหุ้นส่วนผู้จัดการไปทำกิจการแทนห้างจึงไม่สามารถเอาชื่อห้างออกเป็นคู่สัญญาได้ แต่ต้องใช้ชื่อหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นคู่สัญญาแทน แต่หากเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกกระทำการละเมิดต่อห้างหุ้นส่วนแล้ว หุ้นส่วนผู้จัดการย่อมสามารถฟ้องคดีได้โดยลำพัง เพราะไม่ถือว่าเป็นกิจการค้าที่ต้องตกอยู่ในบังคับ มาตรา 1049 นั้นเอง

(3.2) ความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอก

ความรับผิดชอบต่อผู้เป็นหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอกบัญญัติไว้ในมาตรา 1050 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การใดๆ อันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้กระทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วนนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคน ย่อมมีความผูกพัน

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1037.

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1025.

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1048.

ในการนั้นๆ ด้วย และจะต้องร่วมกันรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้น เพราะจัดการเช่นนั้นไป”

ความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนดังที่กล่าวมานั้นอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(3.2.1) กิจการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกนั้นจะต้องเป็นกิจการของห้าง มิใช่กิจการส่วนตัวของผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ และจะต้องได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วน กล่าวคือ กิจการที่จัดทำไปในทางธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วนนั้น อาจเป็นการกระทำกิจการภายในวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนก็ได้ หรืออาจเป็นการกระทำซึ่งเกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ หรือจำเป็นในการดำเนินกิจการของห้างหุ้นส่วนก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากการจัดกิจการในทางการที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนได้ละเมิดบุคคลอื่น ผู้เป็นหุ้นส่วนก็ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในผลอันเกิดจากการละเมิดนั้นด้วย

(3.2.2) สำหรับขอบเขตของความรับผิดชอบนั้น หากเป็นกิจการที่ได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนแล้ว ผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050

(3.2.3) ส่วนข้อจำกัดอำนาจของผู้เป็นหุ้นส่วนนั้น หากมีข้อจำกัดอำนาจของหุ้นส่วนในการที่จะผูกพันหุ้นส่วนคนอื่นๆ ข้อจำกัดอำนาจนี้ใช้บังคับเองได้ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันเอง แต่ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก เว้นเสียแต่ว่าบุคคลภายนอกนั้นได้ล่วงรู้ถึงข้อจำกัดอำนาจนั้น¹¹

(3.3) ความรับผิดชอบของผู้ที่เพิ่งเข้ามาเป็นหุ้นส่วนและผู้ที่ยังออกจากห้างหุ้นส่วน ในกรณีที่ผู้เป็นหุ้นส่วนเพิ่งเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้น ผู้ที่เพิ่งเข้ามาเป็นหุ้นส่วนใหม่นั้นจะต้องรับผิดชอบในหนี้ใดๆ ซึ่งห้างหุ้นส่วนได้ก่อให้เกิดขึ้นก่อนที่ตนเข้ามาเป็นหุ้นส่วนด้วย¹²

ความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนที่ออกจากห้างหุ้นส่วนไปแล้วนั้น ยังคงต้องรับผิดชอบในหนี้ ซึ่งห้างได้ก่อให้เกิดขึ้นก่อนที่ตนได้ออกจากหุ้นส่วนไป¹³

3.1.1.3 การสิ้นสภาพของห้างหุ้นส่วนสามัญ

ห้างหุ้นส่วนสามัญอาจเลิกกันได้ด้วยสาเหตุต่างๆ กันซึ่งอาจแยกอธิบายได้เป็น 3 กรณี กล่าวคือ

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1053.

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1052.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1051.

1) การเลิกโดยสัญญา

เนื่องจากห้างหุ้นส่วนเป็นการรวมตัวกันโดยลักษณะของสัญญา ดังนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนจึงอาจตกลงกันให้เลิกห้างได้เช่นเดียวกัน แต่หากหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งคัดค้านก็จะเลิกกันโดยสัญญาไม่ได้

2) การเลิกโดยผลของกฎหมาย

การเลิกกันโดยผลของกฎหมาย เป็นการเลิกเมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ และเป็นการเลิกโดยอัตโนมัติโดยไม่ต้องร้องขอให้ศาลสั่งเลิก

เหตุที่จะทำให้ห้างหุ้นส่วนเลิกกันโดยผลของกฎหมาย มีบัญญัติไว้ในมาตรา 1055 ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 4 ประการ คือ

(1) ถ้าในสัญญาทำไว้มีกำหนดกรณีใดอันเป็นเหตุที่จะเลิกกันเมื่อมีกรณีนั้น กล่าวคือ ผู้เป็นหุ้นส่วนได้ตกลงไว้ในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนว่า หากมีกรณีใดเกิดขึ้นให้ห้างเป็นอันเลิกกัน เมื่อเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นห้างก็เป็นอันเลิกกัน

(2) ถ้าทำสัญญาไว้ทำเฉพาะกำหนดการใด เมื่อสิ้นกำหนดกาลนั้น กล่าวคือ ผู้เป็นหุ้นส่วนได้ตกลงกันไว้ในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนว่าให้ห้างหุ้นส่วนเลิกกันเมื่อเวลาใดอย่างไรก็ตาม หากครบกำหนดระยะเวลาตามที่ตกลงกันไว้แล้วแต่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลาย หรือผู้เป็นหุ้นส่วนที่เคยได้จัดการอยู่นั้นได้ดำเนินการค้าต่อไปโดยไม่มีการชำระบัญชี ให้ถือว่าผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งปวงตกลงกันกระทำการเป็นหุ้นส่วนกันต่อไปอย่างไม่มีกำหนด

(3) ถ้าสัญญาทำไว้เฉพาะเพื่อกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่อย่างเดียวเมื่อเสร็จการนั้น กล่าวคือ ผู้เป็นหุ้นส่วนได้ตกลงกันไว้ในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนว่าจำประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้นเมื่อเสร็จการนั้นๆ แล้วห้างหุ้นส่วนก็ต้องเลิกกัน

3) การเลิกโดยคำสั่งศาล

เมื่อมีกรณีเกิดขึ้นตามมาตรา 1057 ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งอาจร้องขอต่อศาลสั่งให้ห้างหุ้นส่วนสามัญเลิกกันเสียก็ได้ โดยกรณีนี้อาจร้องขอให้ศาลสั่งให้ห้างหุ้นส่วนเลิกกันนั้นมี 3 กรณี คือ

(1) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งนอกจากผู้ร้องนั้น ล่วงละเมิดข้อสาระสำคัญของแห่งสัญญาหุ้นส่วนโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ตามมาตรา 1057 (1)

(2) เมื่อกิจการของห้างหุ้นส่วนนั้นอาจจะทำไปก็มีแต่ขาดทุนอย่างเดียว และไม่มีหวังจะกลับฟื้นตัวได้อีก ตามมาตรา 1057 (2)

(3) เมื่อมีเหตุอื่นใด ทำให้ห้างหุ้นส่วนนั้นเหลือวิสัยที่จะดำรงอยู่ได้ตามมาตรา 1057 (3)

3.1.2 ห้างหุ้นส่วนจำกัด

3.1.2.1 การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด

การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นการรวมตัวกันทำสัญญาเข้าหุ้นหรือลงหุ้นกระทำกิจการระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อนำกำไรมาแบ่งกัน¹⁴ เมื่อสัญญานั้นเข้าตามเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1077¹⁵ ก็จะเกิดห้างขึ้นทันที ส่วนการจะเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดต่อเมื่อมีการจดทะเบียน เนื่องจากว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเท่านั้น ตามมาตรา 1078 ดังนั้น การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดจึงประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์สองข้อ คือ

1) สัญญาตกลงเข้าหุ้นกันจัดตั้งห้างหุ้นส่วน

การตกลงทำสัญญาเข้าหุ้นกันจัดตั้งห้างหุ้นส่วน หมายความว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนต้องมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนเพื่อเป็นทุนในการดำเนินกิจการของห้างหุ้นส่วน สิ่งที่น่ามาลงหุ้นอาจเป็นเงิน ทรัพย์สินอย่างอื่น เช่น เครื่องจักร บ้าน ที่ดิน หรือแรงงานก็ได้¹⁶

แต่สำหรับผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดจะลงหุ้นด้วยเงิน ทรัพย์สินอย่างอื่นหรือแรงงานก็ได้¹⁷ แต่มีข้อจำกัดสำหรับผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดจะต้องเป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นเท่านั้น¹⁸ ดังนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดจะลงหุ้นด้วยแรงงานไม่ได้ เพราะผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดไม่มีสิทธิในการจัดการห้างและผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทนี้รับผิดชอบจำกัดจำนวนอยู่แล้ว ถ้าให้ลงหุ้นด้วยแรงงานได้บุคคลภายนอกที่เป็นเจ้าหนี้จะไม่ได้รับชำระหนี้เลย

¹⁴ ลาวัลย์ หอนพรัตน์. (2547). *เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายพาณิชย์ 4 หน่วยที่ 5*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 306.

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1077 “อันว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่งซึ่งมีผู้เป็นหุ้นส่วนสองจำพวก ดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งมีจำกัดความรับผิดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนนั้นจำพวกหนึ่ง และ

(2) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันในบรรดาหนี้ของห้างหุ้นส่วนไม่มีจำกัดจำนวนอีกพวกหนึ่ง”.

¹⁶ ลาวัลย์ หอนพรัตน์. อ้างแล้ว. เจียงอรรถที่ 14. หน้า 307.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1026.

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1083 “การลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดท่านว่าต้องให้ลงเป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นๆ”.

2) ต้องจดทะเบียนห้างหุ้นส่วน

การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้¹⁹

(1) ชื่อห้างหุ้นส่วนจำกัด

ในการตั้งชื่อของห้างจะเอาชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบมาเป็นชื่อห้างไม่ได้²⁰ และถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบใดยินยอมโดยแสดงออกชัดหรือโดยปริยายในการใช้ชื่อตนระคนเป็นชื่อห้าง ผู้เป็นหุ้นส่วนคนนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเสมือนหนึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ²¹

(2) ข้อตกลงความเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดและวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนนั้น

ชื่อของห้างหุ้นส่วนจะเป็นชื่อใดก็ตามต้องมีคำว่า “ห้างหุ้นส่วนจำกัด” เสมอ²² จะเอาไว้ข้างหน้าชื่อ ตรงกลาง หรือท้ายชื่อห้างก็ได้

สำหรับวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะต้องบอกวัตถุประสงค์ว่าจะดำเนินกิจการค้าขายหรือประกอบธุรกิจอะไร มีขอบเขตกว้างแค่ไหน ทางปฏิบัติในการจดทะเบียนตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยส่วนมากมักบอกวัตถุประสงค์ของห้างไว้กว้างเพราะถ้าจดทะเบียนซึ่งบอกวัตถุประสงค์ไว้แคบ ต่อมาจะขยายกิจการอื่นเพิ่มเติมจะต้องไปจดทะเบียนเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของห้างอีกเพราะมีฉะนั้นถ้าดำเนินกิจการไปจะเป็นการทำการนอกขอบวัตถุประสงค์ของห้าง ซึ่งทำให้เสียเวลาและยุ่งยาก

3) ที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่และสำนักงานสาขาทั้งปวง

ห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องจดทะเบียนว่ามีที่ตั้งสำนักงานใหญ่และสำนักงานสาขาที่ใด เพื่อให้ทราบภูมิสำเนาของห้างหุ้นส่วนจำกัด

4) ชื่อ ยี่ห้อ สำนัก และอาชีพะของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบ และจำนวนเงินซึ่งเขาเหล่านั้นได้ลงทุนด้วยในห้างหุ้นส่วน

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1078.

²⁰ พระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2549. มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในกรณีใช้ชื่อในดวงตรา ป้ายชื่อ หนังสือ บอกกกล่าวป่าวร้อง จดหมาย หรือเอกสารอย่างอื่นเกี่ยวกับธุรกิจของห้างนั้น

(1) ถ้าเป็นอักษรไทย ไม่ใช่คำว่า “ห้างหุ้นส่วนจำกัด” ประกอบชื่อแล้วแต่กรณี

(2) ถ้าเป็นอักษรต่างประเทศไม่ใช่คำซึ่งมีความหมายว่า “ห้างหุ้นส่วนจำกัด” ตามประเภทของตามกระทรวงเศรษฐกิจประกอบชื่อการแล้วแต่กรณี

ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท และปรับอีกไม่เกินวันละห้าสิบบาทจนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง”.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1081.

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1082.

ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลทั่วไปทราบว่าใครเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบอยู่ที่ไหน อาชีพอะไร และมีความรับผิดชอบเป็นจำนวนเท่าใด ถ้าจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดไม่ระบุหุ้นส่วนคนใด จำกัดความรับผิดชอบผู้เป็นหุ้นส่วนจะอ้างว่าตนจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทต่อบุคคลอื่น

5) ชื่อ ยี่ห้อ ตำนก และอาชีพของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ

ทั้งนี้ ก็เพื่อให้บุคคลทั่วไปทราบว่าใครเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบบ้าง อยู่ที่ไหน อาชีพอะไร ควรเชื่อถือหรือไม่เพียงใด ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติให้ต้องจดทะเบียนไว้ด้วย

6) ชื่อหุ้นส่วนผู้จัดการ

7) ถ้ามีข้อจำกัดอำนาจหุ้นส่วนผู้จัดการอันจะผูกพันห้างหุ้นส่วนนั้นประการใด ให้ลงไว้ด้วย

โดยปกติแล้วถ้าไม่มีข้อจำกัดอำนาจของหุ้นส่วนผู้จัดการไว้ หุ้นส่วนผู้จัดการมีอำนาจเต็มที่ที่จะจัดการตามวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งทำให้หุ้นส่วนผู้จัดการสามารถจัดการงานของห้างอย่างใดก็ได้และมีผลผูกพันห้างหุ้นส่วนจำกัด

ดังนั้น เมื่อมีการจดทะเบียนถูกต้องครบถ้วนแล้วนั้นอาจเกิดผลทางด้านกฎหมายที่ต้องพิจารณาอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ²³

ประการที่หนึ่ง เมื่อจดทะเบียนแล้วห้างหุ้นส่วนจำกัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีสิทธิและหน้าที่ต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด²⁴ มีทรัพย์สินและหนี้สินต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน²⁵ ต้องรับผิดชอบในการกระทำของหุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งกระทำไปในของวัตถุประสงค์²⁶ และเกี่ยวเนื่องกับวัตถุประสงค์²⁷ แต่ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของหุ้นส่วนผู้จัดการที่อยู่นอกขอบวัตถุประสงค์²⁸ เว้นแต่ห้างจะได้รับเอาการกระทำนั้นแล้ว²⁹

ประการที่สอง ผลก่อนการจดทะเบียนนั้นห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นกฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียนเสมอ หากมีสัญญาหรือข้อตกลงจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้ว แต่ยังมีได้จดทะเบียนกฎหมายถือว่าห้างหุ้นส่วนนั้นเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญตามบทบัญญัติใน มาตรา 1079 เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกที่เข้ามามีนิติสัมพันธ์กับห้างหุ้นส่วนเพราะตราบใด

²³ โสภณ รัตนกร. (2547). *คำอธิบายหุ้นส่วนบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 175.

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1015.

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1012/2493.

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1043-4/2518.

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 553/2497.

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 41/2509.

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2004/2517.

ที่ยังไม่มีการจดทะเบียนบุคคลภายนอกย่อมไม่ทราบถึงข้อตกลงในระหว่างหุ้นส่วนคนใดจำกัดความรับผิดหรือไม่เพียงใด จึงต้องถือว่าก่อนจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนนั้นมีฐานะเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนต้องร่วมกันรับผิดในหนี้ของห้างโดยไม่จำกัดจำนวน³⁰

3.1.2.2 การบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนสามัญ

1) สิทธิหน้าที่ข้อจำกัดสิทธิและความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วน ไม่จำกัดความรับผิด

(1) สิทธิและหน้าที่ของผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด

เนื่องจากห้างหุ้นส่วนจำกัดอาจมีผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งต้องรับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวนและหากมีหลายคนก็ต้องร่วมรับผิดในหนี้หนี้ไม่มีจำกัดจำนวน ลักษณะของความรับผิดนี้เป็นทำนองเดียวกันกับผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ดังนั้นสิทธิหน้าที่ของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดจึงเป็นอย่างเดียวกันกับสิทธิหน้าที่ของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญโดยมาตรา 1080 ให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของผู้เป็นหุ้นส่วนสามัญมาใช้บังคับกับผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดด้วย โดยสิทธิและหน้าที่ทั่วไปของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนั้น มีดังต่อไปนี้

(1.1) สิทธิที่จะลงหุ้นด้วยแรงงาน

กฎหมายบังคับว่าผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนจะต้องมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาลงหุ้นเสมอ³¹ หากผู้ใดไม่ลงหุ้นก็ไม่ถือว่าเป็นหุ้นส่วน³²

ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดจึงสามารถลงทุนด้วยแรงงานได้ ไม่ทำให้เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนจำกัดต้องเสียเปรียบแต่ประการใด เพราะผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดเท่านั้นที่กฎหมายห้ามมิให้ลงหุ้นด้วยแรงงาน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1083 ความว่า “การลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดนั้น ท่านว่าต้องให้ลงเป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่น”

(1.2) สิทธิในการเป็นผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัด

การบริหารกิจการด้านต่างๆ ของห้างหุ้นส่วนจำกัดไม่ว่าการผลิต จำหน่าย ให้บริการ จัดหาทรัพยากรมาใช้ในการดำเนินงานตลอดจนการฟ้องคดี³³ กฎหมายให้เฉพาะผู้เป็น

³⁰ ทวี เจริญพิทักษ์. (2521). *คำอธิบายกฎหมายห้างหุ้นส่วนและบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม. หน้า 139.

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1026.

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1399/2523.

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1771/2499.

หุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นที่มีอำนาจจัดการได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 1087 ความว่า “อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ต้องให้แต่เฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นเป็นผู้จัดการ” เหตุผลที่กฎหมายให้สิทธิเฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเป็นผู้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัดเพราะต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินโดยไม่จำกัดจำนวนนั่นเอง

หากห้างหุ้นส่วนจำกัดมีผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดคนเดียวคนนั้นก็เป็นผู้จัดการ หากมีผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดหลายคนให้ถือว่าทุกคนยอมเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการได้³⁴ หรืออาจตกลงให้คนใดคนหนึ่งเป็นผู้จัดการ³⁵

มาตรฐานในการจัดการห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นผู้จัดการต้องทำด้วยความระมัดระวังเสมือนการจัดการงานของตนเอง³⁶ ภายในขอบอำนาจ³⁷ และจะได้รับบำเหน็จเพื่อการจัดการไม่ได้เว้นแต่จะมีข้อตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น³⁸

(1.3) สิทธิไต่ถามการทำงานของห้างและตรวจคัดสำเนา บัญชี เอกสารของห้าง

ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนต้องถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในการดำเนินการงานห้าง แม้จะมีผู้จัดการห้างแต่มีฐานะเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ย่อมมีสิทธิทราบตามสมควรถึงฐานะและการจัดการห้างว่ามีสภาพอย่างไร กฎหมายจึงให้สิทธิแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนธรรมดาที่จะไต่ถามถึงการทำงานของห้างจากหุ้นส่วนผู้จัดการได้และเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนใช้สิทธินี้หุ้นส่วนผู้จัดการก็ต้องตอบให้ทราบตามความเป็นจริง นอกจากนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนธรรมดายังมีสิทธิตรวจและคัดสำเนาสมุดบัญชี เอกสารต่างๆ ของห้างได้ด้วย เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดต้องการตรวจสอบ บัญชี เอกสารของห้างหุ้นส่วนผู้จัดการมีหน้าที่ต้องจัดให้ตามความประสงค์ ดังนั้นสิทธิข้อนี้โดยนัยหนึ่งก็คือการควบคุมดูแลการจัดการห้างนั่นเองเป็นสิทธิที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1037 และเอามาใช้บังคับกับห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยมาตรา 1080 และผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนรวมทั้งผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดดังกล่าวด้วยเช่นกัน

(1.4) สิทธิเรียกเอาส่วนของตนในกิจการค้าซึ่งไม่ปรากฏชื่อตน

สิทธิข้อนี้เป็นสิทธิที่มีต่อผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันเอง³⁹ และต่อบุคคลภายนอก⁴⁰ เพราะการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดจัดการงานของห้างหุ้นส่วนยอมเป็นการจัดการในนามผู้เป็นหุ้นส่วน

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1030 ประกอบมาตรา 1080.

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1037 ประกอบมาตรา 1080.

³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1039 ประกอบมาตรา 1080.

³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1043 ประกอบมาตรา 1080.

³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1046 ประกอบมาตรา 1080.

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1048 ประกอบมาตรา 1080.

ทุกคน เมื่อได้สิทธิหรือทรัพย์สินสิ่งใดมาต้องนำมาแบ่งแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกัน มิฉะนั้นหุ้นส่วนอื่นสามารถฟ้องร้องได้

(1.5) สิทธิบอกเลิกห้างหุ้นส่วนจำกัด

กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดที่จะบอกเลิกห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ด้วยการส่งคำบอกกล่าวแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ แต่จะใช้สิทธิข้อนี้ได้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นได้ตั้งขึ้นโดยไม่มีกำหนดเวลาเลิกและต้องบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 เดือนก่อนสิ้นรอบปีทางบัญชีของห้างหุ้นส่วน⁴¹

(1.6) สิทธิขอให้ศาลบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนก่อน

เนื่องจากห้างหุ้นส่วนจำกัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน การก่อกวนสัมพันธ์ต่างๆ ในการดำเนินกิจการของห้างหุ้นส่วนจำกัดจะทำในนามของห้าง เมื่อมีหนี้สินเกิดขึ้นห้างจะเป็นลูกหนี้ชั้นหนึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนจะเป็นลูกหนี้ชั้นสองแม้จะเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดก็เป็นลูกหนี้ชั้นสองเหมือนกัน โดยเหตุนี้ห้างหุ้นส่วนจำกัดต้องผัดนัดไม่ชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้จึงมีสิทธิเรียกให้ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชำระหนี้ได้⁴²

ในกรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดผัดนัดไม่ชำระหนี้แล้วผู้เป็นหุ้นส่วนมีสิทธิขอให้ศาลบังคับชำระหนี้เอาแก่ห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนได้ โดยพิสูจน์ว่าสินทรัพย์ของห้างยังไม่มีพอ และการบังคับเอาแก่ห้างไม่เป็นการยาก แต่สิทธินี้มีได้เด็ดขาดขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะเห็นสมควร⁴³ หากศาลไม่เห็นสมควรก็ไม่บังคับให้ตามสิทธิ

(2) ข้อจำกัดสิทธิของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด

กฎหมายได้กำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดไม่จำกัดความรับผิดไว้หลายประการ ดังต่อไปนี้

(2.1) ห้ามชักนำบุคคลอื่นเข้ามาเป็นหุ้นส่วน

การชักนำบุคคลอื่นเข้ามาเป็นหุ้นส่วนใหม่อาจทำโดยวิธีโอนหุ้นของตนให้บุคคลอื่นทั้งหมดหรือบางส่วนหรือยอมให้บุคคลอื่นเข้ามาลงหุ้นเพิ่มเติมในภายหลังก็ได้ การกระทำนี้กฎหมายห้ามเฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเว้นแต่จะมีข้อตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น⁴⁴

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1065 ประกอบมาตรา 1080.

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1055 (4) และมาตรา 1056 ประกอบมาตรา 1080.

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1070 ประกอบมาตรา 1080.

⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1071 ประกอบมาตรา 1080.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1040 ประกอบมาตรา 1080.

เช่น ในสัญญาตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด มีข้อตกลงกันว่าผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบสามารถโอนหุ้นให้แก่ผู้อื่นได้ เป็นต้น

(2.2) ห้ามประกอบกิจการแข่งกับห้าง

ข้อห้ามนี้ห้ามเฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด กล่าวคือ กฎหมายห้ามผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดประกอบกิจการที่มีสภาพคลุ้เดียวกันและเป็นการแข่งขันกับห้างหุ้นส่วนจำกัดไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น นอกจากนั้น ยังห้ามมิให้เข้าไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนอื่นที่ประกอบธุรกิจแข่งกับห้างหุ้นส่วนเดิมของตน แต่ข้อนี้ไม่มีผลใช้ได้ในกรณีดังต่อไปนี้⁴⁵

(2.2.1) ผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นทั้งหมดได้ยินยอมให้ทำได้ หรือ

(2.2.2) ผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นทั้งหมดได้รู้อยู่แล้วในเวลาจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนว่าผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้กระทำการดังต่อไปนี้

- ได้ประกอบกิจการแข่งกับห้างหุ้นส่วนอยู่แล้ว หรือ

- เข้าไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนอื่นที่ทำการแข่งกับห้างหุ้นส่วนเดิมของตนและในสัญญาเข้าหุ้นส่วนก็ไม่ได้บังคับให้ถอนตัว

หากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดคนใดกระทำฝ่าฝืนข้อห้ามห้างหุ้นส่วนจำกัดเดิมมีสิทธิเรียกเอาผลกำไรที่ฝ่าฝืนหาได้ทั้งหมดหรือเรียกค่าสินไหมทดแทนก็ได้ แต่ต้องฟ้องภายใน 1 ปีนับแต่วันที่ทำการฝ่าฝืน⁴⁶ และผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดอื่นอาจฟ้องให้เลิกห้างเสียก็ได้ หรืออาจขอให้ศาลสั่งกำจัดผู้เป็นหุ้นส่วนคนนั้นออกจากห้างแทนการเลิกห้างก็ได้⁴⁷

(3) ความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด

ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนมีสิทธิ หน้าที่ ทรัพย์สิน และหนี้สินแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน ดังนั้น หนี้สินของห้างก็เป็นหน้าที่โดยตรงที่ผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญาแต่เป็นเพราะกฎหมายบัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนต้องรับผิดในหนี้ของห้าง ข้อพิจารณาเรื่องนี้แบ่งออกเป็น 3 ประเด็นด้วยกัน คือ ลักษณะของความรับผิดผู้เป็นหุ้นส่วนที่ต้องรับผิดและเวลาที่ต้องรับผิด⁴⁸

⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1066 ประกอบมาตรา 1080.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1067 ประกอบมาตรา 1080.

⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1058 ประกอบมาตรา 1080.

⁴⁸ ลาวัลย์ หอนพรัตน์. อ่างแล้ว. เจริญธรรมที่ 14. หน้า 321.

(3.1) ลักษณะของความรับผิด

ความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1077 (2) ความว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งต้องรับผิดร่วมกันในบรรดาหนี้ของห้างหุ้นส่วนไม่มีจำกัดจำนวน...” จากบทบัญญัตินี้ลักษณะของความรับผิดมี 2 ประการ คือ รับผิดร่วมกัน และรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวน

(3.1.1) รับผิดร่วมกัน ข้อความในต้วบทที่ว่า “ต้องรับผิดร่วมกัน” หมายถึง รับผิดร่วมกันในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด มิใช่รับผิดร่วมกันกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ลักษณะของการรับผิดร่วมกันนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปหากมีผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดคนเดียวก็รับผิดไปคนเดียว⁴⁹

การรับผิดร่วมกันนี้คือรับผิดร่วมกันและแทนกัน เรียกว่า ลูกหนี้ร่วม ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้คนใดคนหนึ่งชำระหนี้ทั้งหมดหรือตามส่วนก็ได้ หรือจะเรียกให้ลูกหนี้ทุกคนชำระหนี้ก็ได้และลูกหนี้ทุกคนก็ยังคงร่วมรับผิดจนกว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้ครบถ้วน⁵⁰

(3.1.2) รับผิดโดยไม่จำกัดจำนวน ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีหนี้อยู่เท่าไรก็ตามผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดต้องร่วมรับผิดในหนี้ทั้งหมด แม้จะเกินจำนวนเงินที่ตนลงหุ้นไว้จะเกี่ยวข้องรับผิดตามส่วนของหุ้นไม่ได้⁵¹

(3.2) ผู้เป็นหุ้นส่วนที่ต้องรับผิด

กฎหมายบัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดที่ออกจากห้างหุ้นส่วนไปแล้ว⁵² และผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดที่เข้ามาใหม่⁵³ ต่างต้องรับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนด้วย จึงกล่าวได้ว่าผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดที่ต้องร่วมกันรับผิดมี 3 ประการ

(3.2.1) ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดปัจจุบัน

(3.2.2) ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดที่ออกไปแล้ว

(3.2.3) ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดที่เข้าใหม่

⁴⁹ ลาวัลย์ หอนพรัตน์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 14. หน้า 321.

⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 219.

⁵¹ โสภณ รัตนกร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 187.

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1051 ประกอบมาตรา 1080.

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1052 ประกอบมาตรา 1080.

แต่สำหรับผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดที่ออกไปแล้วนั้น กฎหมายจำกัดระยะเวลาของความรับผิดไว้เพียง 2 ปีนับแต่ออกจากห้างหุ้นส่วน⁵⁴ กำหนดเวลานี้ไม่ใช่อายุความ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่าคู่กรณีอาจตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ เพราะไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

(3.3) เวลาที่ต้องรับผิด

กฎหมายมิได้บังคับให้ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดต้องรับผิดร่วมกับห้างหุ้นส่วนจำกัดแต่อย่างใด เมื่อหนี้ที่เกิดขึ้นเป็นหนี้ของห้างหุ้นส่วนซึ่งเป็นนิติบุคคล เจ้าหนี้ชอบที่จะเรียกให้ชำระหนี้เอากับผู้เป็นลูกหนี้คือห้างหุ้นส่วนก่อน ต่อเมื่อไม่ได้ผลจึงจะมาเรียกเอาจากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1070 ความว่า “เมื่อใดที่ห้างหุ้นส่วนซึ่งจดทะเบียนผิดนัดชำระหนี้ เมื่อนั้นเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนนั้นชอบที่จะเรียกให้ชำระหนี้เอาแต่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งก็ได้” โดยมาตรานี้นำมาใช้บังคับกับห้างหุ้นส่วนจำกัดด้วยตามมาตรา 1080

ฉะนั้น เมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดผิดนัดเวลาใดนับแต่เวลานั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด จึงจะรับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วน แม้ห้างหุ้นส่วนยังไม่เลิกก็ต้องรับผิด⁵⁵ แต่หากห้างหุ้นส่วนยังไม่ผิดนัดเจ้าหนี้จะมาเรียกให้ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชำระหนี้ไม่ได้

ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดจึงเป็นลูกหนี้ชั้นสองคล้ายกับผู้ค้ำประกัน กฎหมายจึงให้สิทธิที่จะเงี่ยงให้บังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนได้⁵⁶

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนี้ ในลักษณะหนึ่งก็คล้ายกับห้างหุ้นส่วนจำกัดเพราะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดไม่ว่าจะเป็นหนี้อะไร จำนวนเท่าไร ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดล้มละลายก็อาจได้รับผลร้ายตามห้างไปด้วย

2) สิทธิหน้าที่ ข้อจำกัดสิทธิและความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด

(1) สิทธิของผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิด

ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด ในข้อที่ว่า จะรับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับลงหุ้นเท่านั้น คือ รับผิดอย่างจำกัดนั่นเองสิทธิของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดจึงย่อมแตกต่างจากสิทธิของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเป็นธรรมดา แต่ในฐานะที่เป็นหุ้นส่วนเหมือนกันหุ้นส่วนทั้งสองประเภทจึงมีสิทธิบางอย่างเหมือนกัน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1068 ประกอบมาตรา 1080.

⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 590/2520.

⁵⁶ สมศักดิ์ เอี่ยมพลับใหญ่. (2552). *หุ้นส่วนและบริษัท*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 143.

(1.1) ใ้ตามการทำงานของห้างและตรวจคัดสำเนาบัญชี เอกสารของห้าง หรือสิทธิควบคุมดูแลการจัดการห้าง

การจัดการห้างหุ้นส่วนเป็นสิทธิสำหรับผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ เท่านั้น ตามมาตรา 1087 ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบจึงเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบที่จะควบคุมการจัดการห้างได้ โดยการสอบถามถึง กิจการของห้าง โดยการขอตรวจและคัดสำเนาสมุดบัญชีและเอกสารทุกชนิดของห้างได้ตามสมควร⁵⁷ ซึ่งศาลเคยได้วินิจฉัยถึงสิทธิข้อนี้ว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบอาจขอให้ผู้จัดการแสดงบัญชี รับจ่ายและหลักฐานใบสำคัญการรับจ่ายเงินได้⁵⁸

(1.2) สิทธิเรียกเอาส่วนของตนในกิจการค้าซึ่งไม่ปรากฏชื่อตน

การที่บุคคลเอาทรัพย์สินมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนก็โดยหวังที่จะได้รับ ประโยชน์ตอบแทนจากการที่ลงทุนของตน เมื่อห้างดำเนินการได้สิทธิหรือทรัพย์สินมาเป็นสิทธิ ของผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนที่จะได้รับส่วนแบ่งของตนตามเงินที่ลงทุนไป สิทธินี้สามารถใช้ยื่นกับ บุคคลผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันและบุคคลภายนอกด้วย⁵⁹

(1.3) สิทธิที่จะปฏิเสธการชำระหนี้จากเจ้าหนี้ของห้างเมื่อห้างยังไม่เลิก

กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในอันที่จะปฏิเสธ การชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของห้าง กล่าวคือ ตามมาตรา 1095 ที่วางหลักไว้ว่า “เจ้าหนี้ของห้างจะฟ้อง ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบได้ต่อเมื่อห้างเลิกกันแล้ว”

(1.4) สิทธิออกความเห็น แนะนำ ออกเสียงแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้จัดการ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1088 วรรคสอง ความว่า “แต่การออกเสียงและแนะนำก็ดี ออกเสียงเป็นคะแนนนับในการตั้งและถอดถอนผู้จัดการตามกรณี ที่มีบังคับไว้สัญญาหุ้นส่วนนั้นก็ดี หานับว่าเป็นการสอดเข้าไปเกี่ยวข้องจัดการงานของห้างหุ้นส่วน นั้นไม่” สิทธินี้คล้ายกับสิทธิควบคุมจัดการห้างแต่มีลักษณะอ่อนกว่าการกระทำที่เป็นการควบคุม การจัดการ กฎหมายยังอนุญาตให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบสามารถทำได้ด้วยเพราะความเห็น และคำแนะนำย่อมไม่ผูกพันผู้จัดการห้างอยู่แล้ว ดังนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบมีสิทธิ ให้ความเห็นหรือคำแนะนำได้ทุกเรื่อง แม้จะเป็นเรื่องการจัดการห้างก็ให้ความเห็นหรือแนะนำได้ ขึ้นอยู่กับการพิจารณาตัดสินใจของผู้จัดการว่าจะปฏิบัติตามหรือไม่และกฎหมายก็ไม่ถือว่าเป็นการ สอดเข้าไปจัดการห้างหุ้นส่วน

⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1037 ประกอบมาตรา 1080.

⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1768/2520.

⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1048 มาตรา 1056 ประกอบมาตรา 1080.

ส่วนสิทธิในการออกเสียงตั้งและถอดถอนผู้จัดการเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหากสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนกำหนดให้ทำได้ก็มีสิทธิแต่หากสัญญามีได้ระบุมิได้ระบุมิได้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไม่มีสิทธิออกเสียงตั้งและถอดถอนผู้จัดการ

(1.5) สิทธิค้าขายแข่งกับห้าง

โดยลักษณะของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบจะมุ่งหวังเรื่องผลตอบแทนที่จะได้รับการลงทุนเป็นด้านหลัก การเข้ามาเป็นหุ้นส่วนก็ในฐานะนักลงทุนเท่านั้น ไม่มีบทบาทสำคัญในห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้เป็นผู้จัดการห้างที่ตนลงทุน ดังนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบลงทุนไว้ที่ห้างก็ไม่เกิดผลกระทบรุนแรงเรื่องผลประโยชน์ขัดกันและจะประกอบธุรกิจค้าขายแข่งกับห้างกฎหมายก็ไม่ห้าม ดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1090 ความว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบการการค้าขายอย่างใดๆ เพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกก็ได้ แม้ว่าการทำงานเช่นนั้นจะมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันกับการค้าขายของห้างหุ้นส่วนก็ไม่ห้าม”

กฎหมายให้สิทธิค้าขายแข่งกับห้างไว้ค่อนข้างกว้าง คือ ทำเพื่อตนเองหรือทำเพื่อบุคคลอื่นก็ได้

(1.6) สิทธิโอนหุ้นของตนเองให้ผู้อื่น

สิทธินี้เป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นจะคัดค้านไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1091 ความว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบโอนหุ้นของตนปราศจากความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นๆ ก็โอนได้” กล่าวคือผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบมีอำนาจโอนหุ้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของตนให้ผู้อื่นได้โดยลำพังโดยไม่ต้องให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ ยินยอมด้วย ซึ่งต่างกับผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบที่จะโอนหุ้นปราศจากความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ ไม่ได้

(2) ข้อจำกัดสิทธิของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ

เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนจำกัด และลักษณะของการเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไม่สำคัญกับห้างมากนัก ดังนั้น การกระทำใดที่กฎหมายเห็นว่าส่งผลกระทบต่อห้าง กฎหมายจะห้ามมิให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบกระทำการนั้นหรือจำกัดสิทธิของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไว้ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(2.1) ห้ามเอาชื่อผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบมาเป็นชื่อห้าง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1081 วางหลักว่า “ห้ามมิให้เอาชื่อผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบมาเรียกขานระคนเป็นชื่อห้าง” การที่กฎหมายห้ามเช่นนี้ก็เพื่อ

ป้องกันมิให้บุคคลภายนอกมาเข้าใจว่าผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบที่ถูกเอาชื่อไปเรียกขานเป็นชื่อห้างนั้นเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ

คำว่า “ชื่อ” หมายถึง ชื่อตัว ชื่อรอง ชื่อสกุล⁶⁰ ดังนั้น จะเอาชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไปเรียกเป็นชื่อห้างไม่ได้ กฎหมายห้ามไว้เด็ดขาดหากฝ่าฝืนไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบนั้นต้องรับผิดชอบในหนี้สินของห้างโดยไม่จำกัดตามมาตรา 1082 ความว่า “ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบคนใดยินยอมให้แสดงออกชัดหรือโดยปริยายให้ใช้ชื่อตนระคนเป็นชื่อห้าง ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบคนนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเสมือนดังว่าเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ

แต่ในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนกันเองนั้นความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนเช่นนี้ให้บังคับตามสัญญาหุ้นส่วน”

การกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติทั้งสองนี้ต้องเป็นการใช้ชื่อเต็มของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบมิใช่ส่วนใดส่วนหนึ่งของชื่อ หรือพยางค์หนึ่งของชื่อไปเรียกขานเป็นชื่อห้าง เว้นแต่เป็นที่รู้จักกันทั่วไปว่าชื่อบางส่วนหรือพยางค์หนึ่งของชื่อนั้นเป็นคำที่เรียกขานเป็นชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ

(2.2) ลงหุ้นด้วยแรงไม่ได้

ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบจะลงหุ้นด้วยเงิน ทรัพย์สิน หรือแรงงานก็ได้ เพราะจะลงหุ้นด้วยอะไรก็ไม่มีผลต่อความรับผิดชอบของตน แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบนั้นกฎหมายบังคับไว้ว่าต้องลงหุ้นด้วยเงินหรือทรัพย์สินเท่านั้น ตามมาตรา 1083 ความว่า “การลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบนั้น ท่านว่าต้องให้ลงเป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่นฯ” เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้นก็เท่ากับห้ามมิให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบลงหุ้นด้วยแรงงานเป็นการจำกัดสิทธิในการลงหุ้นนั่นเอง

(2.3) ไม่มีสิทธิได้รับเงินปันผลหรือดอกเบี้ยจนกว่าห้างจะได้กำไร

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1084 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า “ห้ามมิให้แบ่งเงินปันผลหรือดอกเบี้ยให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ นอกจากผลกำไรซึ่งห้างหุ้นส่วนทำมาค้าได้

ถ้าหากทุนของห้างหุ้นส่วนน้อยลงไปเพราะค้าขายขาดทุน ห้ามมิให้แบ่งเงินปันผลหรือดอกเบี้ยให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบจนกว่าทุนที่ขาดไปนั้นจะได้คืนมาเต็มจำนวนเดิม

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1286/2532 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1422/2536.

แต่ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบคนใดได้รับเงินปันผลหรือ ดอกเบี้ยไปแล้วโดยสุจริตหาอาจบังคับเขาคืนเงินนั้นได้ไม่”

ในบางกรณีการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบนำเงินหรือทรัพย์สิน มาลงหุ้นอาจมีข้อตกลงในสัญญาตั้งห้างหุ้นส่วนว่าจะมีการจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนแก่เงินลงทุน ในรูปแบบเงินปันผลตามจำนวนหุ้นหรือจ่ายดอกเบี้ยแก่เงินทุนตามอัตราที่ตกลงกันไว้ แทนการจ่าย กำไร ซึ่งการจ่ายกำไรนั้นกฎหมายก็ต้องคำนวณตามส่วนของเงินลงหุ้น⁶¹ หมายความว่า ลงหุ้นมากก็ได้ ส่วนแบ่งกำไรมากลงหุ้นน้อยก็จะได้ส่วนแบ่งกำไรน้อย⁶²

หากมีข้อตกลงกันเช่นนี้ มาตรา 1084 วรรคแรก ก็บังคับไว้ว่า การจ่ายเงิน ปันผลหรือดอกเบี้ยให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบต้องนำกำไรมาจ่าย คือจ่ายเงินปันผลหรือ ดอกเบี้ยได้ต่อเมื่อห้างห้างค้าขายแล้วมีกำไรถ้าไม่มีผลกำไรจะจ่ายไม่ได้⁶³

และบทบัญญัติในวรรคสองยังห้ามต่อไปว่า แม้ห้างจะค้าขายมีกำไร แต่ถ้า เคยขาดทุนมาก่อนหน้านั้นก็ยังจ่ายเงินปันผลหรือดอกเบี้ยให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้ เหมือนกันจนกว่าเงินทุนที่ขาดไปนั้นได้คืนมาครบถ้วนตามเดิม

การจ่ายเงินปันผลและดอกเบี้ยโดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในวรรคหนึ่งและ วรรคสองถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไว้โดยสุจริต คือไม่ทราบว่ายี่ห้อห้างค้าขายขาดทุน ห้างหุ้นส่วนหรือผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นจะเรียกคืนไม่ได้ แต่ถ้ารับไว้โดยทราบว่าห้างค้าขายขาดทุนคือ ไม่สุจริตก็ต้องคืนเงินแก่ห้างหุ้นส่วน

(2.4) ไม่มีสิทธิจัดการงานของห้าง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายให้สิทธิแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ เท่านั้นที่จะจัดการงานของห้างได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1087 ผู้เป็น หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบจึงไม่มีสิทธิจัดการงานของห้างหุ้นส่วนได้ เหตุผลสำคัญที่กฎหมายจำกัด สิทธิข้อนี้ก็เพราะผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบนั้นสามารถประกอบกิจการค้าขายแข่งกับห้างได้ หากมีสิทธิเป็นผู้จัดการห้างอีกการบริหารงานก็จะเกิดปัญหาความขัดแย้งกันในผลประโยชน์ ซึ่งจะเสียหายต่อธุรกิจของห้างได้เพราะผู้จัดการย่อมรู้ความลับต่างๆ ของห้าง ฐานะทางการเงิน ตลอดจนจนกลวิธีในการดำเนินธุรกิจ

⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1044 ประกอบมาตรา 1080.

⁶² ทาวลีย์ หอนพรัตน์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 14. หน้า 329.

⁶³ โสภณ รัตนาร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 177.

การจัดการ คือ การตัดสินใจดำเนินธุรกิจของห้าง ผู้จัดการจึงต้องมีอำนาจที่จะตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ในกิจการของห้าง มิใช่เป็นแค่พนักงานธรรมดาของห้างที่ทำหน้าที่บัญชี แต่ต้องเป็นผู้บริหารระดับมีอำนาจตัดสินใจในนามของห้างได้^{๕๔}

ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดฝ่าฝืนและสอดเข้าไปจัดการงานของห้าง กฎหมายให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนนั้นต้องรับผิดในหนี้สินของห้างอย่างไม่จำกัดจำนวนตามมาตรา 1088 นั้นเอง

(3) ความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด

ผู้เป็นหุ้นส่วนกับห้างหุ้นส่วนถือเป็นคนละคนกัน ต่างมีสิทธิหน้าที่ ทรัพย์สินหนี้สินแยกกัน แต่กฎหมายบัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดต้องเข้ารับผิดในหนี้ของห้างด้วย เพราะมีส่วนในการดำเนินธุรกิจของห้างซึ่งอาจพิจารณาเป็น 2 ประเด็น คือ ลักษณะของความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดและเวลาที่ต้องรับผิด กล่าวคือ

(3.1) ลักษณะของความรับผิด

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1077 (1) ความว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งมีจำกัดความรับผิดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับจะลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนนั้น...” บทบัญญัตินี้เป็นหลักสำคัญเกี่ยวกับความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด คือ รับผิดจำกัดไม่เกินจำนวนเงินที่ลงหุ้น แต่บางกรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นพิเศษให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดต้องรับผิดเกินกว่าเงินลงหุ้นของตนหรือรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวน ดังนั้นความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดจึงมี 3 ลักษณะ คือ รับผิดจำกัดไม่เกินจำนวนเงินลงหุ้น รับผิดเกินกว่าเงินลงหุ้น และรับผิดไม่จำกัด

(3.1.1) รับผิดจำกัดไม่เกินจำนวนเงินที่ลงหุ้น

ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดต้องลงหุ้นด้วยทรัพย์สินหรือเงินและความรับผิดในหนี้ของห้างก็จำกัดอยู่เพียงเท่านั้น ไม่ว่าหนี้สินของห้างจะมีเท่าไร และเมื่อได้ส่งเงินหรือทรัพย์สินให้ห้างครบจำนวนที่ตกลงกันจะลงหุ้นแล้วก็หมดความรับผิดชอบในหนี้ของห้าง แต่ถ้ายังส่งไม่ครบก็รับผิดเพียงเท่าจำนวนส่งไม่ครบนั้น การที่จะทราบว่าเงินลงหุ้นส่งครบหรือไม่สามารถตรวจสอบได้จากหลักฐานทางทะเบียน เพราะตามมาตรา 1078 (4) จำนวนเงินลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดต้องจดทะเบียนด้วย

หากภายหลังมีการตกลงเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือเงินลงหุ้นก็ต้องจดทะเบียนการเปลี่ยนแปลงนั้น เพื่อให้บุคคลภายนอกได้ทราบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1086 ความว่า “ข้อตกลงกันในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายเพื่อการเปลี่ยนแปลง

^{๕๔} โสภณ รัตนากร. อ่างแก้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 178.

ประเภททรัพย์สินที่ลงหุ้น หรือเพื่อจะลดจำนวนลงหุ้นแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบคนหนึ่งคนใดนั้น ยังไม่เป็นผลแก่บุคคลภายนอกจนกว่าจะได้จดทะเบียน

เมื่อได้จดทะเบียนแล้ว ข้อตกลงนั้นๆ ก็ย่อมมีผลแต่เพียงเฉพาะแก่หุ้นอันห่างหุ้นส่วนได้ก่อให้เกิดขึ้นภายหลังเวลาที่ได้จดทะเบียนแล้วนั้น”

(3.1.2) รับผิดชอบเกินกว่าจำนวนเงินที่ลงหุ้น

กรณีนี้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในหนี้ของห้างหนักกว่ากรณีแรก แต่ยังมีชั้นจำกัดไว้มิใช่ถึงขนาดไม่จำกัดจำนวน คือ การที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบได้แสดงตนว่าได้ลงหุ้นมากกว่าจำนวนที่จดทะเบียนไว้ ตามบทบัญญัติมาตรา 1085 วางหลักเอาไว้ว่า “ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบได้แสดงด้วยจดหมายหรือใบแจ้งความหรือด้วยวิธีอื่นใดให้บุคคลภายนอกทราบว่าตนได้ลงหุ้นไว้มากกว่าจำนวนซึ่งได้จดทะเบียนเพียงใด ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบถึงจำนวนเพียงนั้น”

การกระทำที่ทำให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบเกินกว่าเงินลงหุ้น คือ ไปแสดงให้บุคคลภายนอกทราบว่าตนได้ลงหุ้นมากกว่าที่จดทะเบียนไว้จะแสดงด้วยวิธีใดๆ ก็ได้ จะเป็นการพูด จดหมาย ประกาศ ใบปลิว โฆษณาหรือทางอีเมลล์ ก็ได้⁶⁵

(3.1.3) รับผิดชอบไม่จำกัดจำนวน

กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน ได้แก่

- มาตรา 1079 ความรับผิดชอบในหนี้ของห้างซึ่งเกิดขึ้นก่อนจดทะเบียนห้าง
- มาตรา 1082 ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบยินยอมให้ใช้ชื่อตนระคนเป็นชื่อห้าง
- มาตรา 1088 ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบเข้าไปจัดการงานของห้าง

(3.2) เวลาที่ต้องรับผิด

ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบนั้นจะรับผิดชอบในหนี้ของห้างต่อเมื่อห้างผิดนัดชำระหนี้ กล่าวคือ ถ้าห้างยังไม่ผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้จะฟ้องคดีบังคับเอาแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบยังไม่ได้

สำหรับผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบจะมีความผูกพันและความรับผิดชอบในหนี้ของห้างน้อยกว่าผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ ถ้าห้างผิดนัดยังไม่เป็นเหตุเพียงพอที่เจ้าหนี้

⁶⁵ วรุฒิ เทพทอง. (2522). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 219.

ของห้างจะฟ้องผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดได้ ต้องถึงขั้นที่เลิกห้างจึงจะฟ้องได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1095 ความว่า “ตราบใดที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดยังมีได้เลิกกัน ตราบนั้นเจ้าหนี้ของห้างย่อมไม่มีสิทธิจะฟ้องร้องผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดได้

แต่เมื่อห้างหุ้นส่วนนั้นได้เลิกกันแล้ว เจ้าหนี้ของห้างมีสิทธิฟ้องร้องผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดได้เพียงจำนวน ดังนี้

(3.2.1) จำนวนลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนเท่าที่ยังค้างส่งแก่ห้างหุ้นส่วน

(3.2.2) จำนวนเงินลงหุ้นเท่าที่ผู้เป็นหุ้นส่วนได้ถอนไปจากสินทรัพย์ของห้างหุ้นส่วน

(3.2.3) จำนวนเงินปันผลและดอกเบี้ยซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนได้รับไปแล้วโดยทุจริตและฝ่าฝืนต่อบทมาตรา 1084”

หมายความว่า แม้ว่าห้างจะผิดนัด แต่ถ้าห้างไม่เลิกเจ้าหนี้ของห้างจะฟ้องผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดไม่ได้ (แต่ฟ้องผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดได้)⁶⁶

- จำนวนลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนเท่าที่ยังค้างส่งแก่ห้างหุ้นส่วน

- จำนวนเงินลงหุ้นเท่าที่ผู้เป็นหุ้นส่วนได้ถอนไปจากสินทรัพย์ของห้าง

- จำนวนเงินปันผลและดอกเบี้ยซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนได้รับไปแล้ว

3.1.2.3 การสิ้นสภาพของห้างหุ้นส่วนจำกัด

บทบัญญัติว่าด้วยห้างหุ้นส่วนจำกัดได้บัญญัติเกี่ยวกับการเลิกห้างหุ้นส่วนจำกัดไว้ 3 มาตรา ในกรณีผลที่เกิดจากผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถ แต่ไม่มีบทบัญญัติถึงเหตุของการเลิกห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังนั้นเหตุในการเลิกห้างจึงต้องนำบทบัญญัติของห้างหุ้นส่วนสามัญมาใช้บังคับ กล่าวโดยสรุปได้ ดังนี้

1) เลิกกันตามมาตรา 1055 ประกอบมาตรา 1080 กล่าวคือ

(1) ถ้าสัญญาที่ทำกันไว้มีกำหนดกรณีอันใดเป็นเหตุให้เลิกกันเมื่อมีกรณีนั้น

(2) ถ้าสัญญาทำไว้เฉพาะกำหนดกาลใด เมื่อสิ้นกำหนดกาลนั้น

(3) ถ้าสัญญาทำไว้เฉพาะเพื่อกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่เพียงอย่างเดียว เมื่อ

เสร็จการนั้น

(4) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดคนใดคนหนึ่งให้คำบอกกล่าวแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 1056

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดคนใดคนหนึ่งตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถ

⁶⁶ ลาวัลย์ หอนพรัตน์. อ่างแล้ว. เจริญธรรมที่ 14. หน้า 334.

2) เลิกกันตามมาตรา 1057 ประกอบมาตรา 1080 กล่าวคือ

(1) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วน (จำกัดความรับผิดหรือไม่จำกัดความรับผิด) คนใดคนหนึ่งร้องขอ ให้ศาลสั่งเลิกห้างหุ้นส่วนจำกัด ในกรณีผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดนอกจากผู้ฟ้องร้องได้ล่วงละเมิดบทบังคับใดๆ อันเป็นข้อสาระสำคัญซึ่งสัญญาหุ้นส่วนกำหนดไว้แก่ตนโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

(2) กิจการของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นทำไปมีแต่ขาดทุน และไม่มีหวังจะกลับฟื้นตัวได้อีก

(3) มีเหตุใดๆ ทำให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นเหลือวิสัยจะดำรงอยู่ต่อไป

3) เลิกกันตามมาตรา 1069 ประกอบมาตรา 1080 กล่าวคือเมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดล้มละลายเป็นเหตุให้ห้างเลิกห้างหุ้นส่วน

4) กรณีผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่ง ในห้างหุ้นส่วนจำกัด ตาย ล้มละลายหรือตกเป็นคนไร้ความสามารถ

3.1.3 บริษัทจำกัด

3.1.3.1 ลักษณะทั่วไปการจัดตั้งบริษัท

ลักษณะสำคัญของบริษัทจำกัดนั้น นอกจากจะมีลักษณะตามมาตรา 1012 ที่กำหนดไว้ว่าเป็นสัญญาซึ่งคู่สัญญาดตกลงเข้ากันเพื่อทำกิจการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น อันเป็นลักษณะทั่วไปของห้างหุ้นส่วนบริษัทแล้ว บริษัทจำกัดยังมีลักษณะพิเศษตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1096 และมาตรา 1097 อีกห้าประการด้วยกัน⁶⁷ กล่าวคือ

1) ต้องมีคู่สัญญาหรือผู้ถือหุ้นตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป (มาตรา 1097)

2) มีการแบ่งทุนออกเป็นหุ้น แต่ละหุ้นมีมูลค่าเท่าๆ กัน มูลค่าหุ้นในแต่ละหุ้นจะต้องไม่ต่ำกว่าห้าบาท

3) ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดจำกัดเพียงค่าหุ้นที่ยังส่งไม่ครบ (มาตรา 1096)

4) ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล (มาตรา 1111)

5) คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญ

การที่คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญนี้ ทำให้บริษัทต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยผู้ถือหุ้นของบริษัทอาจเป็นผู้เยาว์ คนไร้ความสามารถก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ถือหุ้น ไม่ได้เกี่ยวข้องกับอย่างใดกับการจัดการงานนั่นเองซึ่งในการจัดตั้งบริษัทจำกัดอาจลำดับได้ ดังต่อไปนี้⁶⁸

⁶⁷ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. (2552). *ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วนบริษัท*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 139.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 141.

1) ผู้เริ่มก่อนการทำหนังสือบริคณห์สนธิ และนำหนังสือบริคณห์สนธิไปจดทะเบียนลำดับแรกในการจัดตั้งบริษัทจำกัดก็โดยบุคคลผู้เริ่มก่อนการเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ และนำหนังสือบริคณห์สนธินั้น ไปจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 1098 และมาตรา 1099

2) ผู้เริ่มก่อนการจัดให้มีผู้เข้าชื่อชื่อและจัดสรรหุ้นจนครบ เมื่อผู้เริ่มก่อนการได้นำหนังสือบริคณห์สนธิไปจดทะเบียนแล้ว ผู้เริ่มก่อนการจะต้องจัดให้มีผู้เข้าชื่อชื่อและจัดสรรหุ้นจนครบตามมาตรา 1044 ในการจัดให้มีผู้เข้าชื่อชื่อและจัดสรรหุ้นดังกล่าวกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้ คือ

(1) ผู้เริ่มก่อนการทุกคนต้องลงชื่อชื่อหุ้นๆ หนึ่งเป็นอย่างน้อย (มาตรา 1101)

(2) ห้ามมิให้ชู้ชนประชาชนให้ชื่อหุ้น กล่าวคือ ในการจัดให้มีผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นนั้น ต้องกระทำโดยวิธีธรรมดาโดยตรงต่อผู้รับคำเสนอจะออกเป็นหนังสือชู้ชนหรือประกาศโฆษณาแก่สาธารณชนทั่วไปไม่ได้ (มาตรา 1102)

(3) การเข้าชื่อชื่อหุ้นเป็นสัญญาที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนว่าถ้าบริษัทตั้งขึ้นได้แล้ว ผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นจะใช้จำนวนเงินค่าหุ้นนั้นๆ ให้แก่บริษัท (มาตรา 1106)

3) การประชุมตั้งบริษัท

(1) การเตรียมและนัดประชุมเป็นหน้าที่ของผู้เริ่มก่อนการที่จะต้องเตรียมการและนัดประชุมผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นเพื่อประชุมตั้งบริษัทตามมาตรา 1107 โดยกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้ คือ

(1.1) ได้มีผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นหมดแล้ว ตามมาตรา 1107 วรรคแรก

(1.2) ผู้เริ่มก่อนการต้องส่งรายงานการตั้งบริษัทไปยังผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นทุกคนก่อนวันนัดประชุมอย่างน้อย 7 วัน ตามมาตรา 1107 วรรคสอง โดยรายงานดังกล่าวต้องมีคำรับรองของผู้เริ่มก่อนการว่าถูกต้องและต้องส่งระเบียบวาระการประชุม ซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 1108 ไปด้วย

(1.3) ผู้เริ่มก่อนการต้องส่งสำเนารายการตั้งบริษัท ไปยังนายทะเบียนตามมาตรา 1107 วรรคสาม

(1.4) ผู้เริ่มก่อนการต้องจัดให้มีบัญชีรายชื่อผู้เข้าชื่อชื่อหุ้นพร้อมทั้งแสดงฐานะที่อยู่และจำนวนหุ้นซึ่งแต่ละคนลงชื่อชื่อหุ้นไว้เพื่อเสนอต่อที่ประชุมด้วยตามมาตรา 1107 วรรคสี่

(2) กิจการที่พึงประชุมกิจการที่พึงประชุมในการประชุมตั้งบริษัทมีกำหนดไว้ในมาตรา 1108 คือ⁶⁹

(2.1) ทำความตกลงตั้งข้อบังคับของบริษัท กล่าวคือ วางระเบียบภายในของบริษัท ซึ่งหากบริษัทใดไม่ประสงค์จะตั้งข้อบังคับของบริษัท บริษัทนั้นก็อาจจะกำหนดให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่ว่าด้วยบริษัทจำกัดเป็นข้อบังคับของบริษัทก็ได้

(2.2) ให้สัตยาบันแก่บรรดาสัญญาที่ผู้เริ่มก่อการ ได้ทำไว้และค่าใช้จ่ายอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเขาต้องออกไปในการเริ่มก่อบริษัท ในการจัดตั้งบริษัทผู้เริ่มก่อการอาจต้องทำสัญญาหรือก่อหนี้บางอย่างขึ้นมา เช่น ทำสัญญาเช่าสถานที่เพื่อเป็นที่ตั้งของบริษัท บรรดาสัญญาหรือหนี้เหล่านี้ต้องให้ที่ประชุมตั้งบริษัทให้สัตยาบันหากที่ประชุมไม่ให้สัตยาบันบรรดาผู้เริ่มก่อการต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยไม่จำกัด และถึงแม้ว่าจะให้สัตยาบันแล้ว ก็ยังคงรับผิดชอบจนกว่าจะได้จดทะเบียนบริษัทตามมาตรา 1113

(2.3) วางกำหนดจำนวนเงินที่จะให้แก่ผู้เริ่มก่อการ โดยจะให้หรือไม่ก็ได้

(2.4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิโดยพิจารณาว่าควรมีหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ หากจะมีควรมีจำนวนเท่าใด มีสภาพและบุริมสิทธิเพียงใด

(2.5) วางกำหนดจำนวนหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิที่ออกให้เสมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้วหรือใช้แต่บางส่วนแล้วเพราะใช้ให้ด้วยอย่างอื่นนอกจากตัวเงิน

โดยปกติการชำระมูลค่าหุ้นจะต้องชำระด้วยเงินสดเสมอตามมาตรา 1119 อย่างไรก็ตาม ในการประชุมตั้งบริษัทอาจให้มีหุ้นซึ่งชำระด้วยอย่างอื่น เช่น ทรัพย์สินหรือแรงงานก็ได้ แต่หุ้นดังกล่าวจะต้องวางกำหนดไว้ในการประชุมตั้งบริษัทและต้องแถลงด้วยว่าหุ้นดังกล่าวนั้นจะออกเพื่อตอบแทนแรงงานหรือทรัพย์สินประเภทใด

(2.6) เลือกตั้งกรรมการและพนักงานสอบบัญชีอันเป็นชุดแรกของบริษัท และวางกำหนดอำนาจของคนที่ด้วย⁷⁰

(3) การออกเสียงและมติของที่ประชุมในการออกเสียงลงมติของที่ประชุมตามมาตรา 1109 วรรคแรก ให้เป็นสิทธิของผู้เริ่มก่อการและผู้เข้าซื้อหุ้น เว้นเสียแต่ว่าตนจะมีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในปัญหานั้นๆ

มติของที่ประชุมในการตั้งบริษัทให้ถือตามเสียงข้างมากไม่น้อยกว่ากึ่งจำนวนของผู้เข้าซื้อหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิลงคะแนนได้และมีจำนวนหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของผู้ถือหุ้นนั้นๆ ทั้งหมดด้วยกันตามมาตรา 1109 วรรคสอง

⁶⁹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และสหชนรัตน์ไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 148.

⁷⁰ ลาวัลย์ หอนพรัตน์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 14. หน้า 372.

ผู้เริ่มก่อการหรือผู้เข้าซื้อหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนนั้นจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษในปัญหานั้นๆ หากมีส่วนได้เสียธรรมดาก็สามารถออกเสียงลงคะแนนได้ การออกเสียงเลือกตั้งกรรมการนั้นถือว่าเป็นส่วนได้เสียตามธรรมดา

(4) มอบงานให้แก่กรรมการชุดแรกของบริษัท เมื่อได้ประชุมตั้งบริษัทแล้ว ให้ผู้เริ่มก่อการมอบงานทั้งปวงให้แก่กรรมการชุดแรกของบริษัทตามมาตรา 1110 วรรคแรก

(4.1) กรรมการชุดแรกเรียกให้ผู้เข้าซื้อหุ้นชำระค่าหุ้นเมื่อผู้เริ่มก่อการมอบงานทั้งปวงให้แก่กรรมการชุดแรกของบริษัทแล้ว กรรมการจะต้องเรียกให้ผู้เริ่มก่อการและผู้เข้าซื้อหุ้น ชำระค่าหุ้น ตามมาตรา 1110 ในการเรียกให้ชำระค่าหุ้นครั้งแรกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ 2 ประการ คือ

(4.1.1) จะเรียกหุ้นหนึ่งๆ อย่างต่ำร้อยละ 25

(4.1.2) หากมีการออกหุ้นเกินมูลค่าที่กำหนดจะต้องเรียกมูลค่าส่วนที่เกินทั้งหมดตามมาตรา 1105 วรรคสอง

ตัวอย่าง เช่น บริษัทมีมูลค่าหุ้นที่กำหนด 100 บาท แต่ ออกหุ้นขายราคา 150 บาท ในการเรียกให้ผู้เข้าซื้อหุ้นชำระค่าหุ้นครั้งแรก กรรมการต้องเรียกมูลค่าหุ้นอย่างต่ำร้อยละ 25 เท่ากับ 25 บาท และมูลค่าหุ้นที่เกินอีก 50 บาท รวมเป็น 75 บาท⁷¹

(4.2) การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท

(4.2.1) เงื่อนไขในการจดทะเบียนกฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนไว้ 3 ประการ คือ

- มีผู้เข้าซื้อหุ้นและจัดสรรหุ้นทั้งหมดแล้ว ตามมาตรา 1104

- กรรมการต้องเรียกให้ชำระเงินค่าหุ้นครั้งแรกแล้ว ตามมาตรา 1111

- ต้องยื่นคำขอจดทะเบียนบริษัทภายใน 3 เดือนนับแต่วันประชุมตั้งบริษัทตามมาตรา 1112 วรรคแรก ซึ่งหากมีการยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทภายหลัง 3 เดือน นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทจะต้องปฏิเสธการรับจดทะเบียน⁷²

(4.2.2) คำขอจดทะเบียนบริษัทจะต้องมีรายการตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 1111 วรรคสอง⁷³ คือ

- จำนวนหุ้นซึ่งได้มีผู้เข้าซื้อหรือที่ได้ออกให้แล้วทั้งหุ้นสามัญ

และหุ้นบุริมสิทธิ

⁷¹ โสภณ รัตนกร. อ่างแล้ว. เจริญรอดที่ 23. หน้า 225.

⁷² ระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท พ.ศ. 2531. ข้อ 63.

⁷³ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ่างแล้ว. เจริญรอดที่ 67. หน้า 153.

- จำนวนหุ้นซึ่งชดใช้ด้วยทรัพย์สินหรือแรงงาน
- จำนวนเงินซึ่งได้ใช้แล้วหุ้นละเท่าใด
- จำนวนเงินซึ่งได้รับไว้เป็นค่าหุ้นทั้งสิ้นเท่าใด
- ชื่อ อาชิวะ และสำนักของกรรมการ
- อำนาจของกรรมการ
- ถ้าตั้งบริษัทขึ้นชั่วคราวกำหนดอันหนึ่งให้บอกกำหนดอันนั้นด้วย
- ที่ตั้งสำนักงานใหญ่และสาขา การลงทะเบียนนั้นจะมีรายการอื่นๆ

ตามที่กรรมการเห็นสมควรจะให้ทราบแก่ประชาชนก็ได้ เช่น ตราสำคัญของบริษัทในกรณีที่บริษัทจดทะเบียนตราสำคัญของบริษัทตามมาตรา 1111⁷⁴

- หากบริษัทได้จัดทำตราขึ้นใหม่เพื่อใช้ในกิจการตามปกติ ตราที่จัดทำขึ้นใหม่นั้นก็มีผลผูกพันบริษัทเช่นเดียวกัน

(4.2.3) เอกสารที่ต้องส่งไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียน ในการยื่นคำขอ

จดทะเบียน มาตรา 1111 วรรคสี่ ได้กำหนดให้ยื่นเอกสาร ไปพร้อมกับคำขอ คือ

- สำเนาข้อบังคับของบริษัท (ถ้ามี) โดยให้มีกรรมการอย่างน้อยหนึ่งคนลงลายมือชื่อรับรองด้วย

- สำเนารายงานการประชุมตั้งบริษัท โดยให้มีกรรมการ อย่างน้อยหนึ่งคนลงลายมือชื่อรับรองด้วย

เมื่อได้ยื่นคำขอจดทะเบียนถูกต้องและนายทะเบียนรับจดทะเบียนแล้ว นายทะเบียนจะออกใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนให้ ตามมาตรา 1111 วรรคท้าย และนับแต่นั้นไปถือว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้น

(4.2.4) การจัดตั้งบริษัทจำกัดกรณีรวบรัดขั้นตอน

ในการก่อดั้งบริษัทจำกัดตามปกติในข้อ ข. จะมีขั้นตอนหลายขั้นตอน และกว่าจะดำเนินการตามขั้นตอนครบก็ใช้ระยะเวลาหลายวัน ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับที่ 18 พ.ศ. 2551 โดยได้เพิ่มเติมมาตรา 1111/1 เพื่อให้การจัดตั้งบริษัทจำกัดอาจใช้กรณีรวบรัดขั้นตอนได้⁷⁵ ดังนี้

มาตรา 1111/1 “ในการจัดตั้งบริษัท ถ้าได้ดำเนินการครบทุกขั้นตอนดังต่อไปนี้ ภายในวันเดียวกันกับผู้เริ่มก่อการจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิ กรรมการจะขอจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิและจดทะเบียนบริษัทไปพร้อมกันภายในวันเดียวกันก็ได้

⁷⁴ ลาวัลย์ หอนพรัตน์. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 14. หน้า 379.

⁷⁵ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 157.

(1) จัดให้มีผู้เข้าซื้อซื้อหุ้นครบตามจำนวนหุ้นทั้งหมดที่บริษัทจะ
จดทะเบียน

(2) ประชุมจัดตั้งบริษัทเพื่อพิจารณากิจการต่างๆ ตามมาตรา 1108 โดยมีผู้เริ่มก่อการและผู้เข้าซื้อซื้อหุ้นทุกคนเข้าร่วมประชุม และผู้เริ่มก่อการและผู้เข้าซื้อซื้อหุ้นทุกคนให้ความเห็นชอบในกิจการที่ได้ประชุมกันนั้น

(3) ผู้เริ่มก่อการได้มอบกิจการทั้งปวงให้แก่กรรมการ

(4) กรรมการได้เรียกให้ผู้เข้าซื้อซื้อหุ้นใช้เงินค่าหุ้นตามมาตรา 1110 วรรคสอง และเงินค่าหุ้นดังกล่าวได้ใช้เสร็จแล้ว”

(4.2.5) ผลของการจดทะเบียน

บริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคล มีฐานะและตัวตนแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และมีชื่อ ภูมิลำเนา สัญชาติต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน และมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน โดยจะอยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท

3.1.3.2 การบริหารงานของบริษัทจำกัด

1) การบริหารงานของบริษัทจำกัด

(1) ความทั่วไป

บริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้นไม่สามารถที่จะกระทำการต่างๆ ด้วยตนเองได้ จึงต้องมีบุคคลธรรมดากระทำการและแสดงความประสงค์แทนนิติบุคคล ซึ่งเรียกว่าผู้แทน (มาตรา 70) และผู้แทนของบริษัทก็คือกรรมการของบริษัทนั่นเอง (มาตรา 1144)⁷⁶

ในการกระทำการแทนบริษัท ฐานะของกรรมการโดยทั่วไปแล้วไม่ใช่ลูกจ้างของบริษัทแต่เป็นผู้แทน⁷⁷ ดังมาตรา 1167 ความว่า “ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน”

ในการบริหารงานของกรรมการนั้น กรรมการจะต้องกระทำไปภายในขอบวัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัท ทั้งนี้เนื่องจากขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจะเป็นตัวกำหนดสิทธิหน้าที่ของบริษัท หากกิจการใดนอกขอบวัตถุประสงค์แล้วกิจการนั้นก็ไม่ใช่ผูกพันบริษัท และแม้แต่ที่ประชุมใหญ่จะให้สัตยาบันยอมรับเอากิจการนั้นก็ไม่ได้ ส่วนข้อบังคับของบริษัทเป็น

⁷⁶ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหทรน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 193.

⁷⁷ ทิพย์ชนก รัตโนสถ. (2556). คำอธิบายเรียงมาตรา กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 327.

ข้อตกลงในการบริหารงานของบริษัทซึ่งถูกกำหนดโดยที่ประชุมใหญ่หากกรรมการกระทำการผิดข้อบังคับแล้วกรรมการก็ต้องรับผิดชอบบริษัท

ในการจัดการบริษัทเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการส่วนผู้ถือหุ้นมีอำนาจหน้าที่ควบคุมกรรมการ โดยใช้สิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้ถือหุ้นจะทำนอกเหนือหน้าที่ตนโดยเข้าจัดการบริษัทซึ่งเป็นอำนาจของกรรมการไม่ได้

(2) กรรมการบริษัท

(2.1) จำนวนกรรมการ จำนวนกรรมการของบริษัทอาจมีกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทก็ได้ว่าในบริษัทนั้นจะให้กี่จำนวนเท่าใด หากไม่มีกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทตามมาตรา 1150 กำหนดให้เป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นว่าจะให้มีจำนวนอย่างน้อยเท่าใดก็ได้

(2.2) การแต่งตั้งกรรมการแยกพิจารณาออกได้เป็น 3 กรณี คือ

(2.2.1) กรรมการชุดแรก แต่งตั้งโดยที่ประชุมตั้งบริษัทตามมาตรา 1108 (6)

(2.2.2) กรรมการชุดต่อไป แต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1115

(2.2.3) การตั้งซ่อมกรรมการที่ตำแหน่งว่างลงเพราะเหตุอื่น นอกจากออกตามวาระคณะกรรมการมีอำนาจที่จะตั้งผู้ใดเป็นกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างก็ได้ตามมาตรา 1115 อย่งไรก็ตาม หากจะไม่ตั้งก็ได้หรือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจะเป็นผู้ตั้งก็ได้

ในกรณีการตั้งซ่อมกรรมการนั้นเป็นอำนาจของคณะกรรมการและวาระกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นจะเท่ากับกรรมการซึ่งออกไปชอบที่จะอยู่ได้ตามมาตรา 1115 การตั้งซ่อมกรรมการนี้อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้เป็นกรรมการคนเดิมได้ตาย ลาออก ตกเป็นคนล้มละลาย หรือไร้ความสามารถ เป็นต้น

(2.3) การถอดถอนกรรมการ

เมื่อได้แต่งตั้งกรรมการแล้วเฉพาะที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้นที่มีอำนาจถอดถอนได้ตามมาตรา 1115 ไม่ว่ากรรมการคนนั้นจะเป็นกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งจากที่ประชุมใหญ่หรือคณะกรรมการเป็นคนแต่งตั้งเพื่อแทนกรรมการที่ว่างก็ตาม

(2.4) กำหนดเวลาอยู่ในตำแหน่ง

กำหนดเวลาอยู่ในตำแหน่งของกรรมการจะขึ้นอยู่กับข้อบังคับของบริษัท โดยข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดให้กรรมการอยู่ในตำแหน่งกี่ปีก็ได้และให้เลือกตั้งใหม่ภายในเวลาเท่าใดก็ได้ อย่งไรก็ตามหากในข้อบังคับไม่ได้ระบุไว้ จะต้องบังคับมาตรา 1142 และมาตรา 1153 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวาระของกรรมการดังนี้ คือ

(2.4.1) เมื่อมีการประชุมสามัญครั้งแรกภายหลังจดทะเบียนบริษัทหรือประชุมสามัญครั้งแรกในปีต่อไปทุกๆ ปี ผู้เป็นกรรมการต้องออกจากตำแหน่งจำนวนหนึ่งในสามหรือถ้าแบ่งเป็นสามส่วนไม่ได้ก็ให้ใกล้เคียงหนึ่งในสาม

(2.4.2) ตัวกรรมการที่จะต้องออกจากตำแหน่งในปีแรกและปีที่สองนั้น ถ้าตกลงกันไม่ได้ก็ให้จับสลากกัน ส่วนปีต่อไปให้กรรมการคนที่อยู่ในตำแหน่งนานที่สุดเป็นผู้ออก

(2.4.3) กรรมการที่ออกไปมีสิทธิได้รับเลือกเข้ามารับตำแหน่งอีกได้ มีข้อน่าสังเกตว่า มาตรา 1152 และมาตรา 1153 เป็นกำหนดเวลาอยู่ในตำแหน่งตามปกติของกรรมการ แต่ถ้าเป็นกรรมการซึ่งตั้งขึ้นมาเพื่อแทนกรรมการที่ออกไปโดยเหตุอื่นนอกจากการออกตามวาระ เช่น ตาย ตกเป็นผู้ล้มละลาย ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ตามมาตรา 1154 และมาตรา 1155 หรือ ถูกที่ประชุมใหญ่ถอดถอนตามมาตรา 1156 กรรมการคนที่ถูกตั้งให้เป็นกรรมการใหม่นั้น จะอยู่ในตำแหน่งได้เพียงเท่ากำหนดเวลาที่กรรมการผู้ออกไปนั้นชอบที่จะอยู่ได้⁷⁸

(2.5) การพ้นจากตำแหน่งของกรรมการ

กรรมการอาจพ้นจากตำแหน่งได้หลายประการด้วยกัน คือ

(2.5.1) พ้นจากตำแหน่งตามวาระ ตามมาตรา 1152, 1153

(2.5.2) พ้นจากตำแหน่งเพราะที่ประชุมใหญ่ถอดถอน ตามมาตรา 1151

(2.5.3) พ้นจากตำแหน่งเพราะล้มละลาย ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ตามมาตรา 1154

(2.5.4) พ้นจากตำแหน่งโดยเหตุอื่น เช่น ตาย ลาออก ขาดคุณสมบัติ ตามที่ข้อบังคับกำหนด เป็นต้น⁷⁹

(3) การปฏิบัติงานของกรรมการ

ในการบริหารงานของบริษัทนั้นกรรมการจะทำงานร่วมกันเป็นคณะ เรียกว่า คณะกรรมการ⁸⁰ หรือสภากรรมการ⁸¹ วิธีการปฏิบัติงานของกรรมการจะต้องเป็นไปตามที่ข้อบังคับของบริษัทที่ได้กำหนดไว้ (มาตรา 1158) หากไม่มีข้อบังคับกำหนดไว้ก็ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

(3.1) องค์ประชุมของคณะกรรมการ ให้กรรมการเป็นผู้กำหนดว่าในการประชุมคณะกรรมการนั้นจะต้องมีการเข้าร่วมประชุมกี่คนจึงจะเป็นองค์ประชุม ถ้าข้อบังคับไม่ได้

⁷⁸ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 67. หน้า 202.

⁷⁹ โสภณ รัตนากร. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 23. หน้า 335.

⁸⁰ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 67. หน้า 205.

⁸¹ โสภณ รัตนากร. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 23. หน้า 338.

กำหนดไว้และกรรมการมีเกินกว่า 3 คน ท่านว่าต้องมีกรรมการเข้าประชุมสามคนจึงจะเป็นองค์ประชุม ตามมาตรา 1160

(3.2) กรณีที่กรรมการว่างลง หากกรรมการว่างลงแต่ยังเหลือครบองค์ประชุม กรรมการที่เหลือก็ย่อมทำกิจการได้ แต่ถ้ายังเหลือไม่ครบองค์ประชุมกรรมการจะทำกิจการได้ก็แต่ เฉพาะเรื่องการตั้งกรรมการเพิ่มขึ้นเพื่อให้ครบจำนวนหรือนัดเรียกประชุมใหญ่ของบริษัทเท่านั้น ตามมาตรา 1159 หากกรรมการว่างลง เช่น กรรมการบางส่วนลาออกทำให้กรรมการที่เหลือมีไม่ครบ องค์ประชุมกรรมการที่เหลือก็ต้องเรียกประชุมผู้ถือหุ้นแล้วให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นแต่งตั้งกรรมการ เพิ่มเอาเอง กรรมการจะใช้วิธีร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลตั้งกรรมการเพิ่มแทนไม่ได้⁸²

(3.3) ประธานในที่ประชุม กรรมการจะเลือกกรรมการคนหนึ่งขึ้นเป็นประธาน ที่ประชุมและจะกำหนดเวลาว่าให้อยู่ในตำแหน่งเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าหากไม่ได้เลือกหรือเลือกแล้ว ประธานไม่มาประชุมกรรมการที่มาประชุมจะเลือกกันเองให้คนหนึ่งขึ้นเป็นประธานในการประชุม ก็ได้ ตามมาตรา 1163

(3.4) การเรียกประชุมกรรมการ กรรมการคนหนึ่งคนใดจะนัดเรียกประชุม กรรมการก็ได้ ตามมาตรา 1162

(3.5) การลงคะแนน ในการออกเสียงลงคะแนนให้ถือตามเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ผู้เป็นประธานเป็นผู้ออกเสียงชี้ขาดตามมาตรา 1161 มีข้อที่น่าสังเกตว่า ในการลงคะแนนเสียงของกรรมการนั้นประธานกรรมการถือเป็นกรรมการคนหนึ่ง ประธานกรรมการ จึงมีสิทธิออกเสียงด้วยตามปกติและเมื่อออกเสียงแล้วต่อมาคะแนนเสียงเกิดมีเท่านั้น ประธานกรรมการ ย่อมมีสิทธิออกเสียงอีกครั้ง เป็นเสียงชี้ขาด จึงเท่ากับกรณีนี้ประธานกรรมการมี Casting Vote⁸³

(4) การกระทำนอกขอบอำนาจ

กรณีกรรมการได้กระทำนอกขอบอำนาจอาจแยกพิจารณาได้ 4 กรณี คือ
(ก) กระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท (ข) กระทำเกินข้อจำกัดอำนาจซึ่งจดทะเบียนไว้
(ค) กระทำนอกขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการและ (ง) การกระทำนอกขอบอำนาจ ของตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากกรรมการหรือคณะกรรมการ⁸⁴

⁸² สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 206.

⁸³ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 207.

⁸⁴ จันตรี ตินสุภกฤษ. (2556). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 182.

(4.1) กระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท

นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ต้องตามบทบัญญัติทั้งปวงแห่งกฎหมาย ภายในขอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ (ตามมาตรา 66) ซึ่งขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจะปรากฏ อยู่ในหนังสือบริคณห์สนธิ์นั่นเอง

จากมาตรา 66 จะเห็นได้ว่า กิจการใดซึ่งอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท กิจการนั้นนิติบุคคลย่อมมีสิทธิหน้าที่ได้แต่หากกิจการใดอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์แล้วนิติบุคคล ย่อมไม่สามารถมีสิทธิหน้าที่ในกิจการนั้นซึ่งอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ได้ หลักที่ว่ากิจการ ซึ่งอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทย่อมไม่ผูกพันบริษัทนั้นเรียกว่าหลัก Ultra Vires⁸⁵

หลัก Ultra Vires มีประโยชน์ทั้งในแง่คุ้มครองเจ้าหน้าที่ของบริษัทและ คุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ว่าคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของบริษัทก็เพราะในการให้เครดิตระหว่างเจ้าหน้าที่ กับบริษัท เจ้าหน้าที่จะได้พิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์ของบริษัทว่าทั้งขึ้นมาเพื่ออะไร หากเจ้าหน้าที่คิดว่า วัตถุประสงค์ของบริษัทเป็นการดำเนินกิจการที่เสี่ยงตนก็จะไม่ต้องให้เครดิต แต่หากกิจการไม่เสี่ยง ตนก็จะให้เครดิตได้ในการให้เครดิตตอนแรก หากเจ้าหน้าที่ให้เครดิตไปแล้วต่อมากิจกรรมเกิดไปจัด กิจการนอกขอบวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ตอนแรก การจัดกิจการดังกล่าวก็จะไม่มีผลผูกพัน บริษัทและที่ว่าคุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัท ก็เพราะในการตัดสินใจลงทุนผู้ถือหุ้นเลือกลงทุน ในบริษัทดังกล่าวก็อาจเนื่องจากตนพิจารณากิจการของบริษัทจากวัตถุประสงค์แล้ว เห็นว่ากิจการ ดังกล่าวไม่มีความเสี่ยงมาก ต่อมาหากให้กรรมการกระทำกิจการที่นอกขอบวัตถุประสงค์และผูกพัน บริษัทได้ ผู้ถือหุ้นที่เลือกลงทุนในบริษัท โดยพิจารณาจากกิจการตามวัตถุประสงค์ก็จะเสียเปรียบ⁸⁶

การกำหนดขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจะกำหนดโดยระบุประเภทต่างๆ ของกิจการไว้ เช่น ประกอบการค้าข้าว ค้าไม้ ค้าน้ำตาล เป็นต้น⁸⁷ กิจการใดที่จะอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ ของบริษัทย่อมดูได้จากหนังสือบริคณห์สนธิ์ โดยหนังสือบริคณห์สนธิ์จะกำหนดไว้ว่า บริษัทตั้งขึ้นมา เพื่อกระทำกิจกรรมอะไร เช่น ประกอบการค้าข้าว เป็นต้น⁸⁸ หากกิจการ ซึ่งกรรมการได้กระทำไปนอกขอบวัตถุประสงค์แล้วกิจการดังกล่าวย่อมไม่ผูกพันบริษัท และแม้ว่า ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจะให้สัตยาบันในภายหลังเพื่อยอมรับเอากิจการนั้นก็ไม่ได้ เนื่องจากกิจการ ดังกล่าวไม่มีผลผูกพันเพราะอยู่นอกสิทธิหน้าที่ของนิติบุคคล

⁸⁵ คุณลักษณะ ตรีชาธรรม และ ชัยสิทธิ์ ตรีชาธรรม. (2547). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 441.

⁸⁶ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 67. หน้า 211.

⁸⁷ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 67. หน้า 211.

⁸⁸ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 67. หน้า 211.

ดังได้กล่าวแล้วว่า บริษัทย่อมมีสิทธิหน้าที่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ ดังนั้น การกระทำใดของกรรมการซึ่งอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทย่อมไม่ผูกพันบริษัท

หลักการเรื่องการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ซึ่งจะไม่มีผลผูกพันนิติบุคคลนั้น ศาลฎีกาไทยได้วางหลักเพื่อผ่อนคลายความแข็งกระด้างของหลักการดังกล่าว อยู่สองกรณี⁸⁹ คือ

(4.1.1) กรณีการเรียกทรัพย์สิน หลักในเรื่องการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์นี้ เป็นเรื่องการกระทำซึ่งเป็นการประกอบกิจการของบริษัทเท่านั้น โดยจะไม่ใช่บังคับถึงการเรียกคืนทรัพย์สินหรือต้องรับผิดชอบคืนทรัพย์สินด้วย เช่น หากกรรมการนำเงินของบริษัทไปให้ผู้อื่นกู้ ซึ่งเป็นการนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท บริษัทย่อมฟ้องเรียกเงินที่ให้กู้คืนได้หรือกรรมการให้ยืมทรัพย์สินของบริษัท แม้การยืมจะนอกขอบวัตถุประสงค์แต่ทรัพย์สินดังกล่าวก็เป็นทรัพย์สินของบริษัทจึงอาจใช้สิทธิติดตามมาตรา 1336 เรียกคืนทรัพย์สินได้ เป็นต้น⁹⁰

(4.1.2) กรณีบริษัทรับเอาประโยชน์แล้วบริษัทจะอ้างว่าไม่รับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ ในกรณีที่กรรมการได้กระทำการใดซึ่งนอกขอบวัตถุประสงค์และได้รับประโยชน์จากบุคคลภายนอกไปแล้ว ต่อมาเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นบริษัทจะอ้างว่าไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพราะการกระทำของกรรมการอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์บริษัทจึงไม่ต้องรับผิดชอบเช่นนี้อ้างไม่ได้ หลักการข้างต้นเป็นหลักการที่ศาลฎีกาของไทยได้วางหลักไว้ ซึ่งความจริงแล้วก็เป็นหลักสุจริตตามมาตรา 5 นั้นเอง⁹¹

(4.2) กระทำไม่เป็นไปตามข้อจำกัดอำนาจที่จดทะเบียนไว้

(4.2.1) ข้อจำกัดอำนาจในการดำเนินกิจการของบริษัทเป็นระเบียบบริหารงานภายในของบริษัท โดยจะมีข้อจำกัดอำนาจของกรรมการและได้นำข้อจำกัดอำนาจดังกล่าวจดทะเบียนไว้ตามมาตรา 1111 (6) ตัวอย่างเช่น จำกัดว่าจะต้องประทับตราบริษัทด้วยสัญญา จึงจะมีผลผูกพันบริษัทหรือจำกัดว่ากรรมการต้องลงลายมือชื่อร่วมกัน 2 คน เป็นต้น⁹² ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องจดทะเบียนและประกาศในราชกิจจานุเบกษา ดังนั้นเมื่อได้จดทะเบียนและประกาศโฆษณาในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงถือว่าเป็นกันรู้แก่บุคคลทั่วไปและหากกรรมการคนใดกระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว บริษัทจึงอาจไม่ยอมรับเอาการกระทำของกรรมการได้ เพราะถือว่าบุคคลภายนอกรู้แล้วว่ากรรมการกระทำไปโดยปราศจากอำนาจ

⁸⁹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 214.

⁹⁰ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 215.

⁹¹ คุณลักษณะ ตรีชาธรรม และ ชัยสิทธิ์ ตรีชาธรรม. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 85. หน้า 442.

⁹² สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 217.

(4.2.2) การกระทำเกินอำนาจตามข้อจำกัดอำนาจนี้หากเป็นกรณีที่ยังอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ซึ่งบริษัทยังคงมีสิทธิหน้าที่ได้เพียงแต่การกระทำของกรรมการเกินอำนาจตามข้อจำกัดซึ่งเป็นเรื่องการบริหารงานภายในที่ได้กำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้นเมื่อยังอยู่ในขอบวัตถุประสงค์บริษัทจึงยังมีสิทธิที่จะให้สัตยาบันการกระทำซึ่งเกินขอบข้อจำกัดอำนาจตามที่จดทะเบียนไว้นั้น หากบริษัทได้ให้สัตยาบันไปแล้วบริษัทย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นในการให้สัตยาบันการกระทำซึ่งเกินอำนาจตามข้อจำกัดอำนาจนั้นอาจเป็นการให้สัตยาบันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ตามแนวคำพิพากษาฎีกา⁹³ การที่กรรมการกระทำนอกขอบข้อจำกัดอำนาจและบริษัทสามารถให้สัตยาบันยอมรับเอาการกระทำซึ่งนอกขอบอำนาจได้นั้น เนื่องจากหลักตัวการตัวแทนโดยถือว่ากรรมการซึ่งกระทำนอกขอบอำนาจดังกล่าวเป็นตัวแทนของบริษัทตามมาตรา 823 ซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนที่ได้กระทำการโดยปราศจากอำนาจหากตัวการให้สัตยาบันกิจการนั้นก็ผูกพันตัวการ แต่หากตัวการไม่ให้สัตยาบันตัวแทนก็ต้องรับผิดชอบนอกเป็นการส่วนตัว

(4.2.3) แม้ว่าจะกระทำนอกขอบข้อจำกัดอำนาจแต่การกระทำอาจเข้าลักษณะของตัวแทนเชิดตามมาตรา 821 ก็ได้

(4.3) การกระทำนอกขอบอำนาจของกรรมการที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการ

คณะกรรมการอาจมอบอำนาจให้คณะอนุกรรมการหรือผู้จัดการกระทำการบางอย่างแทนตนได้ตามมาตรา 1164 หากคณะกรรมการได้มอบอำนาจแล้วต่อมากกรรมการผู้จัดการได้กระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา (แต่ไม่เกินขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทหรือไม่เกินอำนาจตามข้อบังคับของบริษัท) บริษัทย่อมต้องรับผิดชอบในการกระทำของคณะกรรมการผู้จัดการนั้น ทั้งนี้เนื่องจากว่าการมอบอำนาจให้แก่คณะกรรมการผู้จัดการเป็นเรื่องภายในไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกผู้สุจริต

ตัวอย่าง เช่น คณะกรรมการผู้มีอำนาจมอบอำนาจให้ ก. ซึ่งเป็นกรรมการไปทำสัญญาซื้อรถยนต์ยี่ห้อนิสสัน ในราคาไม่เกินคันละ 800,000 บาท แต่ ก. ไปทำสัญญาซื้อรถยนต์ยี่ห้อเมอซิเดสเบ็นซ์ในราคาคันละ 2,000,000 บาท โดยที่บุคคลภายนอกไม่ทราบว่าทำนอกขอบอำนาจเช่นนี้ สัญญาที่กรรมการซื้อรถยนต์ยี่ห้อเมอซิเดสเบ็นซ์ย่อมผูกพันบริษัท⁹⁴

⁹³ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 218.

⁹⁴ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 223.

(4.4) การกระทำนอกขอบอำนาจของตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากกรรมการ หรือคณะกรรมการ

คณะกรรมการหรือกรรมการอาจมอบอำนาจของคนให้บุคคลภายนอกเป็นตัวแทนก็ได้โดยถือว่าผู้แทนของบริษัทซึ่งกระทำการแทนบริษัทเป็นตัวแทนมอบอำนาจให้บุคคลภายนอกเป็นตัวแทน ในกรณีดังกล่าวนี้ความสัมพันธ์ของคู่กรณีต้องบังคับด้วยหลักตัวการตัวแทน

(5) หน้าที่ของกรรมการ

กรรมการเป็นผู้แทนของบริษัทและเป็นผู้จัดการงานแทนบริษัทซึ่งในการทำหน้าที่ดังกล่าวอาจแยกพิจารณารายละเอียดได้ ดังนี้

(5.1) หน้าที่ทั่วไป

(5.1.1) กรรมการจะต้องจัดการงานตามขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท หากการจัดกิจการอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท กิจการดังกล่าวไม่ผูกพันตามมาตรา 66 และกรรมการต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวตามมาตรา 76 วรรคสอง และ 1176

(5.1.2) กรรมการจะต้องจัดการงานตามข้อบังคับของบริษัท ตามมาตรา 1144 หากการจัดกิจการอยู่นอกขอบข้อบังคับของบริษัทและบริษัทไม่ให้สัตยาบันรับเอากิจการดังกล่าว กรรมการต้องรับผิดชอบส่วนตัว

(5.2) หน้าที่เฉพาะตามมาตรา 1168 วรรคสอง

มาตรา 1168 วรรคสอง กำหนดให้กรรมการมีหน้าที่และต้องร่วมกันรับผิดชอบดูแลให้กิจการเหล่านี้เป็นไปโดยถูกต้อง คือ

(5.2.1) กรรมการต้องรับผิดชอบดูแลว่าการใช้เงินค่าหุ้นนั้นได้ใช้กันจริงตามมาตรา 1168 (1)

(5.2.2) กรรมการต้องจัดให้มีและเก็บรักษาไว้ซึ่งบรรดาสมุดบัญชีและเอกสารที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 1168 (2) บัญชีต้องจัดให้มีและเก็บรักษาไว้เป็นไปตามมาตรา 1026 คือ

- บัญชีเงินสด ซึ่งแสดงถึงจำนวนเงินที่บริษัทได้รับและได้จ่าย
- บัญชีแสดงสินทรัพย์และหนี้สินของบริษัท

(5.2.3) กรรมการต้องแจกเงินปันผลหรือดอกเบี้ยให้เป็นไปโดยถูกต้องตามมาตรา 1168 (3)

(5.2.4) กรรมการจะต้องบังคับการให้เป็นไปตามมติของที่ประชุมใหญ่ตามมาตรา 1168 (4)

การดำเนินการของบริษัทบางประการกฎหมายกำหนดให้อยู่ในการควบคุมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น โดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นต้องอนุมัติหรือมีมติเสียก่อน และเมื่อที่ประชุมใหญ่มีมติอย่างไรแล้วกรรมการจะต้องบังคับการให้เป็นไปตามมตินั้น

เช่น ผู้ถือหุ้นอาจมีมติธรรมดาเรื่องแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการตามมาตรา 1150 และมาตรา 1151 มติจ่ายเงินปันผลตามมาตรา 1201 มติตั้งผู้สอบบัญชี ตามมาตรา 1209 เป็นต้น หรือมีมติพิเศษ เรื่องการแก้ไขข้อความในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับตามมาตรา 1154 การเพิ่มทุนตามมาตรา 1120 การลดทุนตามมาตรา 1224 การเลิกบริษัทตามมาตรา 1236 การควบบริษัทตามมาตรา 1238 เป็นต้น⁹⁵

(5.3) หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์โดยไม่ค้าแข่งกับบริษัทตามมาตรา 1168 วรรคสอง และวรรคสาม กำหนดหน้าที่กรรมการไม่ให้ค้าแข่งกับบริษัท ดังนี้

(5.3.1) กรรมการต้องไม่ประกอบการค้าใดๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่นโดยมิได้รับความยินยอมจากที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1168 วรรคสาม

(5.3.2) กรรมการต้องไม่เข้าไปเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนอื่นซึ่งประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทโดยมิได้รับความยินยอมจากที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1168 วรรคสาม หน้าที่ตามมาตรา 1168 วรรคสามนี้ ให้ใช้บังคับถึงผู้แทนของกรรมการด้วยตามมาตรา 1168 วรรคสี่ด้วย

(5.4) มาตรฐานของหน้าที่

ในการประกอบกิจการของบริษัทนั้นกรรมการต้องใช้ความเอื้อเพื่อ สอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวังตามมาตรา 1168 วรรคแรก

มาตรฐานในความระมัดระวังตามมาตรา 1168 วรรคแรกนี้ กำหนดให้ใช้มาตรฐานของผู้ประกอบการค้าที่เอาใจใส่ในกิจการของตนไม่ใช่พิจารณาจากระดับความสามารถของตัวกรรมการเอง เช่น ผู้ที่เป็นกรรมการในธนาคารพาณิชย์ก็พึงใช้ความระมัดระวังเช่นผู้ที่ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์พึงใช้ในการดูแลการปล่อยสินเชื่อหรือการติดตามหนี้สินที่ค้างชำระจากลูกค้าที่เป็นผู้กู้⁹⁶

(6) ความรับผิดชอบทางแพ่งของกรรมการ

ความรับผิดชอบทางแพ่งของกรรมการอาจแยกพิจารณาได้ตามความสัมพันธ์ของกรรมการกับบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ คือ

⁹⁵ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญรอดที่ 67. หน้า 227.

⁹⁶ พินิจ ทิพย์มณี. (2555). *หลักกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 228.

(6.1) ความรับผิดชอบบริษัท

หากกรรมการซึ่งมีหน้าที่กระทำการได้กระทำการผิดหน้าที่ต่างๆ ตามข้อบังคับตามมติของที่ประชุมใหญ่หรือตามบทบัญญัติของกฎหมายและการกระทำผิดหน้าที่นั้นก่อให้เกิดความเสียหาย กรรมการผู้นั้นต้องรับผิดชอบเว้นเสียแต่ว่าการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นกรรมการได้ทำไปโดยได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่แล้ว กรรมการผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบไม่ว่าต่อบริษัทหรือต่อผู้ถือหุ้นที่ได้อนุมัติตามมาตรา 1170

ผู้ที่มีอำนาจฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบบริษัท ได้แก่ ตัวบริษัทเองหรือผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งหรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทตามมาตรา 1169

(6.2) ความรับผิดชอบผู้ถือหุ้น

ผู้เป็นกรรมการของบริษัทย่อมถือว่ามีกรตกงโดยปริยายกับผู้ถือหุ้นว่าจะบริหารงานของบริษัทไปตามข้อบังคับและวัตถุประสงค์ของบริษัท นอกจากนั้น ยังต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย ถ้ากรรมการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นย่อมฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบได้เว้นเสียแต่ว่าการที่กรรมการได้กระทำไปนั้นตนได้ทำโดยรับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่แล้ว กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้อนุมัติหรือต่อบริษัทอีก อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ได้ทำไปเพราะที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอนุมัตินั้นตามมาตรา 1170 วรรคสอง กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่มีได้อนุมัติด้วยนั้นต้องฟ้องคดีภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่วันที่ที่ประชุมใหญ่อนุมัติให้ทำการเช่นนั้น

มีข้อที่น่าสังเกตว่าตามมาตรา 1169 นั้นเป็นกรณีที่เป็นกรฟ้องเรียกค่าสินไหมเอาแก่กรรมการ มิใช่เป็นกรณีที่ฟ้องตามความผิดอาญาที่กรรมการทำผิด อย่างไรก็ตาม หากผู้ถือหุ้นประสงค์จะฟ้องความผิดอาญาแก่กรรมการก็สามารถทำได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ไม่ใช่มาตรา 5 (3)⁹⁷

(6.3) ความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก

โดยปกติกรรมการได้ปฏิบัติงานในฐานะผู้แทนของบริษัทซึ่งตามมาตรา 1167 ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยตัวแทนมาบังคับใช้ กับความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอก เพราะฉะนั้นกิจการที่กรรมการกระทำไปภายในขอบอำนาจหน้าที่ของตนแล้ว กรรมการจึงไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว แต่ถ้าหากการกระทำนั้นอยู่นอกขอบอำนาจ (ข้อบังคับ) และบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบันกรรมการก็อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อบุคคลภายนอกคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1725/2513⁹⁸

⁹⁷ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 236.

⁹⁸ โสภณ รัตนกร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 428.

2) การควบคุมการบริหารงานของบริษัท

การบริหารงานของบริษัทกระทำโดยกรรมการ ผู้ถือหุ้นของบริษัทแม้ว่าในด้านหนึ่งจะมองว่าเป็นผู้ร่วมลงทุนก็ตาม แต่ก็ไม่มีอำนาจที่จะบริหารงานด้วย เนื่องจากผู้บริหารงานและผู้ร่วมลงทุนเป็นคนละส่วนกัน กฎหมายจึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการบริหารงานของบริษัทขึ้นมาโดยที่ประชุมใหญ่อาจแยกพิจารณารายละเอียดได้ ดังนี้

(1) ความทั่วไป

ในบริษัทอาจมองเป็น 2 ส่วน คือ คณะกรรมการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้แทนบริษัท และที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นบริษัททั้งสองส่วนนี้จะมีภาระหน้าที่แยกจากกัน ที่ประชุมใหญ่นั้นมีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151 และในการประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องปฏิบัติงานให้เป็นไปโดยถูกต้องตามมติที่ประชุมใหญ่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1168 (4) เว้นแต่มติที่ประชุมใหญ่จะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจะลงมติให้เสนอหุ้นเพิ่มทุนที่ออกใหม่เพื่อขายให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยขัดกับหลักที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1222 ว่าต้องเสนอขายให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นซึ่งเขาถืออยู่ไม่ได้⁹⁹

(2) ประเภทของการประชุมใหญ่

การประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การประชุมสามัญ และการประชุมวิสามัญ¹⁰⁰

(2.1) การประชุมสามัญมี 2 กรณี คือ

(2.1.1) การประชุมสามัญครั้งแรก กล่าวคือเป็นการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นโดยให้มีภายในหกเดือนนับแต่วันจดทะเบียนบริษัทตามมาตรา 1171 วรรคแรก

(2.1.2) การประชุมสามัญครั้งต่อไป คือ เป็นการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นหลังจากได้มีการประชุมสามัญครั้งแรกไปแล้วโดยมาตรา 1171 วรรคแรก กำหนดให้มีการประชุมอย่างน้อยหนึ่งครั้งทุกระยะเวลาสิบสองเดือน

(2.2) การประชุมวิสามัญ เป็นการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นครั้งอื่นๆ นอกจากที่เป็นการประชุมสามัญ ตามมาตรา 1171 วรรคสาม โดยปกติการประชุมวิสามัญก็เพราะมีเรื่องรีบด่วนที่จะต้องให้ที่ประชุมใหญ่วินิจฉัย

⁹⁹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 240.

¹⁰⁰ ดุลลักษณ์ ตราจรรยา และ ชัยสิทธิ์ ตราจรรยา. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 85. หน้า 456.

กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ในกรณีที่จะให้มีการประชุมวิสามัญได้ ดังนี้
คือ

(2.2.1) เมื่อกรรมการเห็นสมควรจะให้ปีการประชุมวิสามัญตามมาตรา 1172 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “กรรมการจะเรียกประชุมวิสามัญเมื่อไรก็ได้ สุดแต่จะเห็นสมควร”

(2.2.2) เมื่อบริษัทขาดทุนถึงกึ่งจำนวนต้นทุน ในกรณีที่บริษัทขาดทุนถึงกึ่งจำนวนต้นทุนกรรมการต้องเรียกประชุมวิสามัญทันทีเพื่อแจ้งให้ที่ประชุมทราบตามมาตรา 1172 วรรคสอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1980/2519 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่กรรมการผู้จัดการละเลยไม่เรียกประชุมวิสามัญตามมาตรานี้ นั้น หากไม่ใช่สาเหตุโดยตรงในการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทผู้ล้มละลาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ของบริษัทผู้ล้มละลายจะฟ้องให้กรรมการคนอื่นรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายไม่ได้¹⁰¹

แต่ถ้าหากบริษัทเสียหายเพราะการละเลยหน้าที่ในมาตรานี้และเป็นความเสียหายโดยตรงกรรมการก็อาจต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 1169 ได้

(2.2.3) เมื่อผู้ถือหุ้นมีจำนวนหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าร้องขอให้เรียกประชุมผู้ถือหุ้นที่มีจำนวนหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าแห่งจำนวนหุ้นของบริษัทอาจเข้าชื่อทำหนังสือขอให้กรรมการเรียกประชุมวิสามัญได้ โดยในหนังสือต้องระบุไว้ว่าประสงค์จะให้เรียกประชุมเพื่อวัตถุประสงค์อะไร ตามมาตรา 1173 เมื่อกรรมการได้รับหนังสือแล้ว เป็นหน้าที่ของกรรมการที่จะต้องเรียกประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นโดยพลันตามมาตรา 1174 วรรคแรก หากกรรมการมิได้เรียกประชุมภายในกำหนดระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันยื่นคำร้อง ผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งเป็นผู้ร้องหรือผู้ถือหุ้นคนอื่นรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าแห่งจำนวนหุ้นของบริษัทอาจเรียกประชุมเองก็ได้ตามมาตรา 1174 วรรคสอง

(2.2.4) เมื่อผู้สอบบัญชีว่างลงตามมาตรา 1211 เมื่อมีตำแหน่งว่างลงในจำนวนผู้สอบบัญชีให้กรรมการนัดเรียกประชุมวิสามัญเพื่อเลือกตั้งขึ้นใหม่ให้ครบจำนวน

(3) มติที่ประชุม

เมื่อมีปัญหาที่ที่ประชุมใหญ่จะต้องตัดสินใจก็ต้องมีการลงมติ มติของที่ประชุมใหญ่แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ มติธรรมดา และมติพิเศษ¹⁰²

¹⁰¹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 243.

¹⁰² พินิจ ทิพย์มณี. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 96. หน้า 251.

(3.1) มติธรรมคา คือการลงมติตกลงในที่ประชุมใหญ่ สำหรับกิจการธรรมดา ซึ่งกฎหมายมิได้บังคับให้ตกลงกันด้วยมติพิเศษ มติธรรมคาให้ถือตามเสียงข้างมากที่ที่ประชุมลงคะแนนเสียงซึ่งอาจเป็นการลงคะแนนด้วยวิธีชুমือ หรือการลงคะแนนลับก็ได้

มติธรรมคาเป็นมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากโดยนับคะแนนเสียงจากผู้ถือหุ้นที่ได้เข้าประชุมและออกเสียง ในกรณีที่เป็นการลงคะแนนลับหุ้นสามัญหนึ่งหุ้นก็จะมีเสียงหนึ่งเสียง

(3.2) มติพิเศษ คือการลงมติตกลงในที่ประชุมใหญ่สำหรับกิจการบางชนิด ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าจะต้องลงด้วยมติพิเศษ โดยต้องได้คะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1194 โดยกิจการที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องมีมติพิเศษ มี 6 กรณี¹⁰³ คือ

(3.2.1) การตั้งข้อบังคับใหม่หรือเพิ่มเติมข้อบังคับ ตามมาตรา 1145

(3.2.2) การแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิ ตามมาตรา 1145

(3.2.3) การเพิ่มทุนโดยออกหุ้นใหม่ ตามมาตรา 1220 และตามมาตรา 1221

(3.2.4) การลดทุน ตามมาตรา 1224

(3.2.5) เลิกบริษัท ตามมาตรา 1236 (4)

(3.2.6) การควบบริษัทเข้าด้วยกัน ตามมาตรา 1238

3.1.3.3 การเลิกบริษัท

เมื่อบริษัท ได้ตั้งขึ้นแล้ว บริษัทจะเลิกกันได้ด้วยสาเหตุ 3 ประการ¹⁰⁴ คือ

1) เลิกโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 1236

2) เลิกโดยมีคำสั่งศาลตามมาตรา 1237 และ

3) เลิกโดยนายทะเบียนชื้อบริษัทออกจากทะเบียนเพราะเป็นบริษัทร้างตามมาตรา 1246

การเลิกบริษัทตาม กรณี 1) และ 2) จะส่งผลให้บริษัทต้องหยุดประกอบธุรกิจตามปกติ และจะมีผู้ชำระบัญชีเข้ามาจัดการงานของบริษัทเพื่อประโยชน์ในการรวบรวมทรัพย์สินในปัจจุบันยังมีปัญหาที่มีความเห็นไม่ลงรอยกันว่าผลของการเลิกบริษัททำให้บริษัทสิ้นสภาพบุคคลไปเลยหรือไม่ ความเห็นฝ่ายหนึ่งอ้างว่าบริษัทสิ้นสภาพบุคคลทันทีเมื่อบริษัทได้เลิกกันตามมาตรา 1236, 1237 หรือ 1246 ส่วนชั้นตอนหลังจากเลิกบริษัท เช่น การจดทะเบียนเลิกบริษัท หรือการชำระบัญชีนั้นเป็นเพียงขั้นตอนประกอบเท่านั้น เปรียบเสมือนการเข้าจัดการทรัพย์สินมรดก

¹⁰³ โสภณ รัตนกร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 449.

¹⁰⁴ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์ และ สหชน รัตนไพจิตร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 67. หน้า 281.

หลังจากเข้ามรดกถึงแก่ความตาย ความเห็นฝ่ายที่สองอ้างว่าบริษัทสิ้นสภาพบุคคลทันทีเมื่อได้มีการจดทะเบียนเลิกบริษัทตามมาตรา 1254 ทั้งนี้ เนื่องจากบริษัทเป็นนิติบุคคลเกิดขึ้นมาได้โดยอำนาจของกฎหมาย ดังนั้นจะสิ้นสภาพบุคคลได้ก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนเลิกบริษัทด้วย ความเห็นฝ่ายที่สามอ้างว่าบริษัทสิ้นสภาพบุคคลเมื่อได้มีการจดทะเบียนสิ้นสุดการชำระบัญชีแล้ว ถึงแม้ว่าจะได้จดทะเบียนเลิกบริษัทก็ตามแต่บริษัทยังไม่สิ้นสภาพบุคคลเพราะมาตรา 1249 บัญญัติให้ถือว่ายังคงตั้งอยู่ตราบเท่าเวลาที่จำเป็นเพื่อการชำระบัญชีและการชำระบัญชีจะเสร็จสิ้นเมื่อจดทะเบียนมติที่ประชุมใหญ่อนุมติการชำระบัญชีตามมาตรา 1270 วรรคสอง สำหรับแนวคำพิพากษากฎีกานั้น อาจเทียบเคียงได้จาก

1) เหตุที่จะเลิกบริษัท

การเลิกบริษัทมีได้ด้วยสาเหตุ 3 ประการ ซึ่งอาจแยกพิจารณา¹⁰⁵ ได้ดังนี้ คือ

(1) เลิกโดยผลของกฎหมายมีบัญญัติไว้ในมาตรา 1236¹⁰⁶ คือ

(1.1) เลิกตามที่ข้อบังคับกำหนดกรณีที่จะเลิกไว้ ตามมาตรา 1236 (1)

(1.2) เลิกตามกำหนดเวลาที่จดทะเบียนไว้ ตามมาตรา 1236 (2) เพราะอาจ

จดทะเบียนกำหนดไว้ได้ตามมาตรา 1111 (7)

(1.3) ถ้าบริษัทตั้งขึ้นเพื่อทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่อย่างเดียว บริษัทยอมเลิกกันเมื่อเสร็จการนั้น มาตรา 1236 (3)

(1.4) เมื่อที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นมีมติพิเศษให้เลิก ตามมาตรา 1236 (4)

(1.5) เมื่อบริษัทล้มละลาย ตามมาตรา 1236 (5)

การเลิกโดยผลของกฎหมายนี้เป็นการที่บริษัทเลิกกันโดยอัตโนมัติเมื่อมีสาเหตุดังที่กล่าวมาในมาตรา 1236 โดยที่ไม่ต้องไปร้องขอต่อศาลเพื่อสั่งให้เลิกอีก

(2) เลิกโดยคำสั่งศาล¹⁰⁷

ผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งหรือกรรมการอาจมาร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งเลิกบริษัทได้ถ้ามีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 1237 คือ

(2.1) ถ้ามีการทำผิดในการยื่นรายงานประชุมตั้งบริษัทหรือทำผิดในการประชุมตั้งบริษัท ตามมาตรา 1237 (1)

¹⁰⁵ โสภณ รัตนากกร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 526.

¹⁰⁶ พินิจ ทิพย์มณี. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 96. หน้า 266.

¹⁰⁷ พินิจ ทิพย์มณี. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 96. หน้า 268.

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการร้องขอให้เลิกโดยอาศัยเหตุตามมาตรา 1237 (1) นี้ ศาลอาจใช้ดุลพินิจสั่งให้ยื่นรายงานการประชุมตั้งบริษัทหรือประชุมตั้งบริษัทเสียใหม่ แทนการสั่งเลิกบริษัทก็ได้ตามมาตรา 1237 วรรคท้าย

(2.2) บริษัทไม่เริ่มทำการภายในปีหนึ่งนับแต่วันจดทะเบียนหรือหยุดทำการถึงหนึ่งปีเต็ม ตามมาตรา 1237 (2)

(2.3) ถ้าการค้าของบริษัทมีแต่ขาดทุนอย่างเดียวและไม่มีทางหวังว่าจะกลับฟื้นตัว ตามมาตรา 1237 (3)

(2.4) จำนวนผู้ถือหุ้นลดลงจนเหลือไม่ถึง 3 คน

ในการร้องขอต่อศาลตามมาตรา 1237 นั้น เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องทำเป็นคำร้องขออย่างเดียว ดังนั้นผู้ร้องขอให้เลิกบริษัทจึงอาจทำเป็นคำฟ้องได้

(3) เลิกโดยนายทะเบียนจัดซื้อบริษัทออกจากทะเบียน เพราะเป็นบริษัทร้างตามมาตรา 1246¹⁰⁸

นายทะเบียนอาจจัดซื้อบริษัทออกจากทะเบียนเพราะเป็นบริษัทร้างได้ ตามมาตรา 1246 ในการนี้ให้ถือว่าบริษัทเลิกกันตั้งแต่วันที่โฆษณาแจ้งความในหนังสือราชกิจจานุเบกษา

2) ผลของการเลิกบริษัท

เมื่อบริษัทเลิกจะต้องมีการชำระบัญชีบริษัทและดำเนินบริษัทเลิกเพราะเหตุล้มละลาย ก็ต้องชำระบัญชีและปฏิบัติตามกฎหมายล้มละลาย การเลิกบริษัทไม่ทำให้บริษัทสิ้นสภาพบุคคล (ยังมีความเห็นในทางตรงกันข้าม) เพียงแต่บริษัทหยุดประกอบกิจการเท่านั้น และกรรมการบริษัทหมดอำนาจบริหารงานบริษัท แต่บริษัทยังคงตั้งอยู่ตราบเท่าที่จำเป็นเพื่อการชำระบัญชีตามมาตรา 1249 เมื่อมีการเลิกห้าง/บริษัทฯ ยังไม่ทำให้ ห้าง/บริษัทฯ สิ้นสภาพบุคคล แต่ห้าง/บริษัทฯ ยังคงตั้งอยู่ตราบเท่าที่จำเป็นเพื่อการชำระบัญชี ดังนั้นห้างจึงอาจถูกฟ้องให้ล้มละลายได้อยู่ แม้ว่าจดทะเบียนเลิกแล้วก็ตาม¹⁰⁹

3.1.4 บริษัทมหาชนจำกัด

บริษัทมหาชนจำกัดนั้นเป็นรูปแบบการประกอบกิจการค้าหรือองค์กรธุรกิจอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นในประเทศไทยเมื่อไม่นานมานี้เอง แต่เป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมในปัจจุบันสำหรับนักลงทุนและผู้ประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ หรือแม้กระทั่งการประกอบกิจการค้าบางประเภทของภาครัฐเองก็กระทำในรูปแบบขององค์กรธุรกิจรูปแบบนี้ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงพอสังเขป ดังนี้

¹⁰⁸ พินิจ ทิพย์มณี. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 96. หน้า 228.

¹⁰⁹ โสภณ รัตนกร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 30.

3.1.4.1 การจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด

แม้บริษัทจำกัดมหาชนจะอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการและขั้นตอนโดยรวมของการจัดตั้งบริษัทจำกัดมหาชนเป็นไปในทำนองเดียวกันกับการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากมีขั้นตอนเพียงบางขั้นตอนเท่านั้นที่เป็นข้อแตกต่างไปจากขั้นตอนที่แตกต่างจากการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

1) กระบวนการและขั้นตอน โดยรวมของการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด

(1) การจัดทำและการจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิ

ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดจะต้องมีจำนวนตั้งแต่สิบห้าคนขึ้นไป และต้องเป็นบุคคลธรรมดา และมีคุณสมบัติต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ บรรลุนิติภาวะ มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ก่อตั้งทั้งหมด ไม่เป็นบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย และไม่เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ที่ได้กระทำโดยทุจริต นอกจากนี้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องจองหุ้นที่ต้องชำระค่าหุ้นเป็นตัวเงินรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของทุนจดทะเบียน

สำหรับหนังสือบริคณห์สนธิจะต้องประกอบไปด้วยรายการต่างๆ อันเป็นเรื่องหลักๆ เกี่ยวกับบริษัทมหาชนจำกัดที่จะต้องตั้งขึ้นร่วมกัน¹¹⁰ ในทำนองเดียวกันกำหนดหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทจำกัดนั่นเอง เช่น ชื่อบริษัท¹¹¹ วัตถุประสงค์ของบริษัท¹¹² ทุนจดทะเบียนของบริษัทที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัท ข้อมูลเกี่ยวกับผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและจำนวนหุ้นที่แต่ละคนจองไว้ แต่อย่างไรก็ตาม รายการหนึ่งที่ต้องปรากฏในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งไม่ปรากฏในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทจำกัด คือ “ความประสงค์ของบริษัทที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน” ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด¹¹³

(2) การประชุมจัดตั้งบริษัท

ภายหลังจากที่มีการจองหุ้นครบตามจำนวนที่กำหนดไว้ในหนังสือชี้ชวน ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ การประชุม

¹¹⁰ พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 18.

¹¹¹ พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 11 (1) ประกอบมาตรา 18 (1).

¹¹² พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 12 วรรคหนึ่ง “บริษัทจำกัดมหาชนจำกัดจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสำคัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดมิได้”.

¹¹³ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ. (2556). *หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 290.

จัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและผู้จองซื้อหุ้นทั้งหลาย กำหนดเรื่องต่างๆ ในรายละเอียด ภายหลังจากที่ได้กำหนดเรื่องหลักๆ ที่เกี่ยวกับบริษัทตามที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ กิจการต่างๆ ที่จะพิจารณาในที่ประชุมจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด¹⁴ ได้แก่ พิจารณาเรื่องข้อบังคับของบริษัท การให้สัตยาบันแก่กิจการที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้ทำไว้และอนุมัติค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไป เนื่องจากการจัดตั้งบริษัท กำหนดจำนวนเงินที่จะให้แก่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัท กำหนดลักษณะหุ้นบุริมสิทธิ เลือกตั้งกรรมการ และเลือกตั้งผู้สอบบัญชี

(3) การจดทะเบียนบริษัท

เมื่อคณะกรรมการได้รับชำระเงินค่าหุ้นครบจำนวนที่กำหนดไว้ในหนังสือชี้ชวนแล้ว คณะกรรมการต้องดำเนินการจดทะเบียนบริษัทภายในสามเดือนนับแต่วันประชุมจัดตั้งบริษัทเสร็จ ทั้งนี้ตามมาตรา 39 พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

อนึ่ง หากการขอจดทะเบียนบริษัทมิได้กระทำภายในกำหนดเวลาดังกล่าวหรือ นายทะเบียนมีคำสั่งไม่รับจดทะเบียนและคำสั่งนั้นถึงที่สุดแล้วให้ถือว่าบริษัทนั้นเป็นอันมิได้จัดตั้งขึ้นในกรณีเช่นนี้ คณะกรรมการจะต้องคืนเงินค่าหุ้นให้แก่ผู้จองหุ้น โดยจะต้องดำเนินการภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าว¹⁵ มิฉะนั้นกรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนพร้อมกับชำระดอกเบี้ยนับแต่วันพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว¹⁶

2) ขั้นตอนเฉพาะของการจัดตั้งบริษัทจำกัดมหาชน

ด้วยเหตุที่บริษัทจำกัดมหาชนจัดตั้งขึ้นด้วยประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชนอันเป็นลักษณะพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด พระราชบัญญัติบริษัทจำกัดมหาชน พ.ศ. 2535 จึงกำหนดขั้นตอนดำเนินการขั้นตอนหนึ่งไว้เป็นการเฉพาะสำหรับการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งเป็นขั้นตอนดำเนินการภายหลังจากจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิแล้ว แต่ก่อนการเรียกประชุมจัดตั้งบริษัท กล่าวคือ การเสนอขายหุ้นต่อประชนหรือบุคคลใดๆ ภายหลังจากการจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิ

เมื่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทได้จดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิแล้ว ก่อนที่ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะเรียกบรรดาผู้จองซื้อหุ้นทั้งหมดมาประชุมจัดตั้งบริษัท ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะต้องดำเนินการเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ของบริษัทตามหนังสือชี้ชวนเสียก่อน แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจะยังไม่สามารถที่จะดำเนินการเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่โดยทันทีภายหลังจากที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิ หากแต่จะต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และ

¹⁴ พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 35.

¹⁵ พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 44.

¹⁶ พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 45.

ตลาดหลักทรัพย์โดยการขออนุญาตต่อสำนักงานหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เสียก่อน จึงจะดำเนินการขายหุ้นต่อประชาชนหรือบุคคลใดๆ ได้¹¹⁷

3) ผลของการจดทะเบียน

เมื่อได้จดทะเบียนบริษัทแล้ว บริษัทมหาชนจำกัดมีสภาพเป็นนิติบุคคลนับตั้งแต่วันที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยนับเช่นนี้ การจดทะเบียนบริษัทจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้บริษัทมหาชนจำกัดเกิดขึ้นและมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัท บริษัทจึงมีสิทธิทรัพย์สิน มีความรับผิดชอบแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามหลัก “ความเป็นนิติบุคคลของบริษัท” และบริษัทย่อมมีอำนาจกระทำการใดๆ ภายในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ของบริษัทตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ทั้งนี้โดยผ่านคณะกรรมการซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคล

4) การบริหารจัดการของบริษัทมหาชนจำกัด

การดำเนินกิจการของบริษัทมหาชนจำกัดนั้นประกอบไปด้วยบุคคลต่างๆ จำนวนมาก เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจหรือการดำเนินงานของบริษัท แต่อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่า บุคคลที่เข้ามามีบทบาทอย่างมากต่อการประกอบธุรกิจหรือการดำเนินงานของบริษัทจำกัดมหาชน ได้แก่ บุคคลสองกลุ่ม กล่าวคือ คณะกรรมการ¹¹⁸ ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบกับการจัดการบริษัท และผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ลงทุนในบริษัท บุคคลทั้งสองกลุ่มนี้มีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด ซึ่งเป็นความผูกพันในลักษณะที่ผู้ถือหุ้นมีอำนาจตรวจสอบ ควบคุมการดำเนินกิจการและการจัดการบริษัทของกรรมการ ในทำนองเดียวกับความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการ และผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด

ของคณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการจัดการบริษัท ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังที่มาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 การจัดการบริษัทของคณะกรรมการจึงต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของ

¹¹⁷ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535. มาตรา 35 ความว่า “ห้ามมิให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ต่อประชาชนหรือบุคคลใดๆ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานและปฏิบัติตามมาตรา 65”.

¹¹⁸ เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดต้องมีบุคคลหลายคนเป็นกรรมการ ทั้งนี้ ตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งวางหลักว่า “บริษัทต้องมีคณะกรรมการชุดหนึ่งเพื่อดำเนินกิจการของบริษัท ประกอบด้วยกรรมการอย่างน้อยห้าคนและกรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร” ประกอบมาตรา 77 วรรคหนึ่ง ซึ่งวางหลักว่า “คณะกรรมการมีอำนาจและหน้าที่จัดการบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับและมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น”.

บริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลายเป็นสำคัญ อำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการยังครอบคลุมการดำเนินการในเรื่องต่างๆ อย่างกว้างขวาง ทั้งในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดการภายในบริษัทด้วย อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จะกำหนดให้บริษัทมหาชนจำกัดมีคณะกรรมการเพื่อบริหารกิจการของบริษัท แต่คณะกรรมการจะต้องจัดการบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ทั้งนี้คณะกรรมการอาจมอบหมายให้กรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนหรือบุคคลใดปฏิบัติกรอย่างใดอย่างหนึ่งแทนคณะกรรมการก็ได้ เว้นแต่บริษัทจะมีข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้ง

มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติให้ความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการกับบริษัท และบริษัทกับบุคคลภายนอกเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน ในทำนองความเกี่ยวกันระหว่างกรรมการบริษัทและบุคคลภายนอกในกรณีบริษัทจำกัด¹¹⁹ โดยนัยเช่นนี้ กรรมการจึงมีสถานะเป็นเสมือนตัวแทนผู้กระทำการแทนบริษัทต่อการต่อบุคคลภายนอก เมื่อกรรมการกระทำการภายในขอบอำนาจตัวแทนและกิจการนั้นอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทต่อการ กิจการนั้นย่อมผูกพันบริษัทด้วยการ นอกจากนี้ บรรดากิจการของบริษัทที่คณะกรรมการ กรรมการ หรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการได้กระทำไปในนามของบริษัท ย่อมมีผลสมบูรณ์และผูกพันบริษัท แม้ปรากฏในภายหลังว่ามีข้อบกพร่องเกี่ยวกับการเลือกตั้ง แต่งตั้ง หรือคุณสมบัติ¹²⁰ ทั้งนี้ ในทำนองเดียวกันกับบริษัทจำกัด

คณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดยังมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับการดำเนินการภายในบริษัทอีกด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 เช่น การเรียกให้ผู้ถือหุ้นชำระเงินค่าหุ้นหรือโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินให้แก่บริษัท การจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น โดยชอบด้วยกฎหมาย การจัดทำและเก็บรักษาบัญชีและเอกสารต่างๆ ของบริษัท ตลอดจนอำนาจหน้าที่อื่นๆ ที่พระราชบัญญัติกำหนด เช่น การจัดให้มีประชุมผู้ถือหุ้นสามัญประจำปี¹²¹ การเรียกประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้น¹²²

สำหรับการประชุมผู้ถือหุ้นของคณะกรรมการของบริษัทมหาชนจำกัดนั้น ต้องมีจำนวนขั้นต่ำที่ประกอบกันเป็นองค์ประชุม เพื่อให้เกิดเป็นที่ประชุมคณะกรรมการที่สามารถพิจารณาและลงมติในเรื่องต่างๆ ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อให้มติที่ประชุมเป็นมติ

¹¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1167.

¹²⁰ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 84.

¹²¹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 98.

¹²² พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 99.

ที่ขอด้วยกฎหมายและใช้บังคับกับกรรมการทุกคนได้ มาตรา 80 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประชุมของที่ประชุมคณะกรรมการไว้ กล่าวคือ ในที่ประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม ดังนั้น หากกรรมการมาประชุมไม่ถึงกึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดที่ประชุมนั้นย่อมจะปรึกษาหารือกิจการอันนั้นมิได้

สำหรับการออกเสียงมาตรา 80 วรรคสอง ยังกำหนดเรื่องของการวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมคณะกรรมการไว้ อีกด้วยว่า การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมากของจำนวนเสียงทั้งหมดของกรรมการที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียง โดยกรรมการคนหนึ่งมีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คะแนนเสียงเท่ากันประธานที่ประชุมย่อมสามารถออกเสียงเพิ่มขึ้นหนึ่งเสียงชี้ขาดได้¹²³ อย่างไรก็ตาม กรรมการซึ่งมีส่วนได้เสียในเรื่องใดไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องนั้นตามมาตรา 80 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

5) การเลิกบริษัทจำกัดมหาชน

เหตุแห่งการเลิกบริษัทมหาชนจำกัดแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ (1) การเลิกบริษัทโดยข้อตกลงหรือตามมติของผู้ถือหุ้น (2) การเลิกบริษัทโดยบทบัญญัติของกฎหมาย (3) การเลิกบริษัทโดยคำสั่งศาล ดังนี้

(1) การเลิกบริษัทโดยข้อตกลงหรือตามมติของผู้ถือหุ้น

ในชั้นจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทเกิดขึ้นจากการตกลงกันในระหว่างผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทและผู้ถือหุ้นในอันที่จะดำเนินกิจการค้าขายร่วมกันเพื่อแสวงหากำไรจากการประกอบกิจการของบริษัทมาแบ่งปันกัน ในระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหลายทั้งหมด ดังนั้น หากผู้ถือหุ้นไม่ประสงค์ที่จะดำเนินกิจการค้าขายร่วมกันเป็นบริษัทมหาชนจำกัดอีกต่อไป บริษัทย่อมเป็นอันเลิกกัน มาตรา 154 (1) แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ด้วยเหตุที่การเลิกบริษัทเป็นเรื่องที่สำคัญและกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของบรรดาผู้ถือหุ้นทั้งหลายของบริษัท พระราชบัญญัตินี้จึงบัญญัติให้มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่ให้เลิกบริษัทนั้นต้องประกอบไปด้วยคะแนนเสียงข้างมากซึ่งสูงกว่าจำนวนคะแนนเสียงข้างมากปกติ ในทำนองเดียวกันกับการพิจารณาลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในเรื่องสำคัญที่กระทบต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายของบริษัท เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท¹²⁴ การซื้อหรือรับโอนกิจการของ

¹²³ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 80.

¹²⁴ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 31.

บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดอื่นมาเป็นของบริษัทจำกัด¹²⁵ การเพิ่มทุนหรือการลดทุน¹²⁶ เป็นต้น

(2) การเลิกบริษัทโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

บริษัทมหาชนจำกัดยังอาจเลิกกันโดยบทบัญญัติของกฎหมายเมื่อบริษัทล้มละลาย การที่บริษัทล้มละลายย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อนักลงทุนและประชาชนโดยกว้าง และอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ ดังนี้ เมื่อศาลมีคำสั่งให้บริษัทล้มละลาย บริษัทย่อมสูญเสียความน่าเชื่อถือในสายตาของผู้ลงทุนและประชาชนทั่วไป และไม่อยู่ในสถานะที่จะสามารถประกอบกิจการและจัดการทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัทได้ด้วยตัวเอง เนื่องจากเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะเข้ามาทำหน้าที่จัดการบริษัทแทนคณะกรรมการบริษัทในการรวบรวมและจัดการทรัพย์สินของบริษัทเพื่อชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งปวงของบริษัท ดังนั้น การล้มละลายของบริษัทย่อมเป็นเหตุให้เลิกบริษัทตามมาตรา 154 (2) แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

(3) การเลิกบริษัทโดยคำสั่งศาล

บริษัทมหาชนจำกัดก็อาจจะเลิกกันได้เมื่อศาลมีคำสั่งอันถึงที่สุดแล้วให้เลิกบริษัท เหตุที่ศาลจะใช้มาตรฐานในการออกคำสั่งให้เลิกบริษัทมีบัญญัติไว้ในมาตรา 155 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 วางหลักว่า “ผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะร้องขอให้ศาลสั่งเลิกบริษัทก็ได้ เมื่อมีเหตุผลหนึ่ง ดังต่อไปนี้ (1) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการประชุมจัดตั้งบริษัทหรือการจัดทำรายงานการจัดตั้งบริษัท หรือคณะกรรมการบริษัทฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการชำระค่าหุ้น การโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินหรือทำเอกสารหลักฐานการใช้สิทธิต่างๆ ให้แก่บริษัทเพื่อชำระค่าหุ้น การทำบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น หรือการจดทะเบียนบริษัท (2) ถ้าจำนวนผู้ถือหุ้นลดน้อยลงเหลือไม่ถึงสิบห้าคน (3) กิจการบริษัท หากกระทำไปจะมีแต่ขาดทุนและไม่มีหวังที่จะกลับฟื้นตัวได้อีก...”

การสั่งให้เลิกบริษัทหรือไม่เป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งศาลย่อมต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทั้งหลายของบริษัทเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่เป็นการร้องขอให้ศาลสั่งให้เลิกบริษัทโดยอาศัยเหตุในกรณีตาม (1) หรือ (2) ดังกล่าวข้างต้น ศาลอาจสั่งให้บริษัทแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งต้องไม่เกินหกเดือนแทนการสั่งให้

¹²⁵ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 107.

¹²⁶ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 136.

เลิกบริษัทก็ได้¹²⁷ อย่างไรก็ตาม ในกรณีผู้ถือหุ้นร้องขอให้ศาลสั่งเลิกบริษัท ผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด

3.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรธุรกิจของสหรัฐอเมริกา

องค์กรธุรกิจของสหรัฐอเมริกาจัดตั้งและถูกควบคุมโดยกฎหมายในระดับมลรัฐ โดยแต่ละมลรัฐจะตรากฎหมายของตนเองขึ้นมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การจัดตั้งองค์กรธุรกิจแต่ละประเภท โดยส่วนใหญ่จะตรากฎหมายนี้ไว้ในฉบับเดียวกัน โดยมีองค์กรธุรกิจหลากหลายประเภทให้ผู้ประสงค์จะดำเนินธุรกิจเลือกที่จะจัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายของมลรัฐที่ได้รับความนิยมในการอ้างอิงถึงในแง่ที่มีการจัดตั้งองค์กรธุรกิจภายใต้กฎหมายองค์กรธุรกิจของมลรัฐนี้มากที่สุดคือ มลรัฐ Delaware เพราะตัวกฎหมายมีความยืดหยุ่นเหมาะแก่การจัดตั้งองค์กรธุรกิจทำให้องค์กรธุรกิจขนาดใหญ่เข้าไปจดทะเบียนจัดตั้งในมลรัฐนี้ อย่างไรก็ตาม บทบาทของศาลในการตีความ คือสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรธุรกิจก็ยังคงเป็นบทบาทที่สำคัญอยู่

หนึ่ง ได้มีความพยายามนำเสนอกฎหมายเอกรูปทำนองเดียวกันกับประมวลกฎหมายเอกรูปทางการพาณิชย์ (Uniform Commercial Code (U.C.C)) สำหรับกฎหมายองค์กรธุรกิจที่มีการจัดทำขึ้นเพื่อให้มลรัฐต่างๆ รับผิดชอบพิจารณาเพื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายภายในมลรัฐของตนเอง ได้แก่ Uniform Partnership Act 1994 (UPA), Revised Uniform Partnership Act 1997 (RUPA), Uniform Limited Partnership Act 1916 (ULPA), Revised Uniform Limited Partnership Act, Limited Liability Company Act, Model Business Corporation Act 1969 และ Model Business Corporation Act 1984 (MBCA) ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ไม่มีค่าผูกพันในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา เพราะมิได้ตราขึ้นโดยองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติแม้จะเรียกว่า “กฎหมาย” (Act) แต่กฎหมายเหล่านี้จะมีค่าผูกพันเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายสหรัฐอเมริกา เมื่อมีการนำไปตราขึ้นเป็นกฎหมายใช้บังคับภายในแต่ละมลรัฐซึ่งการนำไปตราขึ้นเป็นกฎหมายนี้แต่ละมลรัฐก็เลือกได้ว่าจะตราขึ้นเหมือนกับที่มีการนำเสนอหรือจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไร

อย่างไรก็ดี ในช่วงศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา รัฐบาลกลางได้มีการตรากฎหมายในระดับสหรัฐ (Federal law) ที่กระทบต่อองค์กรธุรกิจซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐสภาภายใต้หลักการในเรื่องกิจการที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ (Commerce Clause) เพื่อควบคุมกิจกรรมทางการพาณิชย์ระหว่างมลรัฐกฎหมายที่ตราภายใต้หลักการนี้ Securities Act of 1930 และ Securities and Exchange

¹²⁷ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 115.

Act of 1934 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีองค์ที่ดูแลและใช้อำนาจที่สำคัญ คือ Securities and Exchange Commission นอกจากนี้ ก็ยังมีกฎหมายภาษีที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งกระทบต่อองค์กรธุรกิจ ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงลักษณะทั่วไปของการจัดตั้ง การบริหาร และการสิ้นสภาพขององค์กรธุรกิจของสหรัฐอเมริกา ดังต่อไปนี้

3.2.1 ห้างหุ้นส่วนสามัญ (General Partnership)

3.2.1.1 การจัดตั้ง

ห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นองค์กรธุรกิจที่มีพัฒนาการมาจากกฎหมายคอมมอนลอร์ ซึ่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นในภายหลังก็ยอมรับนำหลักกฎหมายจากคอมมอนลอร์ มาบัญญัติไว้ นิยามความหมายของห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นทั้ง Uniform Partnership Act 1994 (UPA) และ Revised Uniform Partnership Act 1997 (RUPA) ต่างให้ความหมายไว้ว่า คือ การเข้าร่วมกันของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อประกอบกิจการเป็นเจ้าของธุรกิจเพื่อหวังในกำไร¹²⁸

การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญนี้เกิดขึ้นจากข้อตกลงระหว่างผู้เข้าร่วมห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยไม่ต้องมีการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ซึ่งห้างหุ้นส่วนสามัญนี้เป็นรูปแบบของธุรกิจเดี่ยวที่ไม่ต้องจดทะเบียนการจัดตั้งต่อเจ้าหน้าที่ อนึ่งความตกลงระหว่างผู้เข้าร่วมห้างหุ้นส่วนสามัญนี้อาจเป็นความตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

ในกรณีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเข้าร่วมกิจการงานประกอบการทางธุรกิจ แต่ไม่ได้ดำเนินการตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดสำหรับการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบอื่น กล่าวคือ ไม่ได้จดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ ความสัมพันธ์ของผู้เข้าร่วมกิจการงานนั้นๆ จะตกอยู่ในบังคับของลักษณะความสัมพันธ์ในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญ

การที่ห้างหุ้นส่วนสามัญจัดตั้งขึ้นโดยไม่ได้มีการตกลงรายละเอียดเป็นลายลักษณ์อักษร จะทำให้ความสัมพันธ์ของหุ้นส่วนแต่ละคนนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น หากหุ้นส่วนประสอจะตกลงกันให้เป็นอย่างอื่นนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ต้องทำข้อตกลงในการก่อตั้งห้างหุ้นส่วนไว้เป็นลายลักษณ์ ทั้งนี้ข้อตกลงในการก่อตั้งห้างหุ้นส่วนนี้สามารถบังคับกันได้ เพราะเป็นการทำสัญญาอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม แม้มีการทำสัญญาก่อตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญกันไว้ แต่หากสิ่งใดหรือประเด็นใดไม่มีการตกลงกันไว้ในสัญญาเรื่องนั้นๆ ก็ต้องบังคับกันตามที่กฎหมายกำหนด

อนึ่ง แม้หุ้นส่วนสามารถทำข้อตกลงในการก่อตั้งห้างหุ้นส่วนที่มีการกำหนดเรื่องราวต่างๆ แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ แต่มีเรื่องราวบางอย่างที่หุ้นส่วนไม่สามารถทำข้อตกลง

¹²⁸ มานิต จุมปา. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 146.

ให้แตกต่างไปจากกฎหมายได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิของหุ้นส่วนที่จะได้รับข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับกิจการของห้างหุ้นส่วน หน้าที่ในการกระทำการใดๆ โดยสุจริตและเที่ยงตรง หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้นือเชื่อใจที่ต้องกระทำต่อบุคคลอื่น ความรับผิดชอบของหุ้นส่วนสามัญที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวและสิทธิในการแยกตัวออกจากห้างหุ้นส่วนสามัญ

3.2.1.2 การบริหารจัดการ

การบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน แต่หากไม่มีการตกลงกันไว้เป็นการเฉพาะ การบริหารจัดการก็ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด (Default rules) อนึ่งแม้ข้อตกลงระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนจะกำหนดเรื่องการจัดการห้างไว้ แต่หากเรื่องใดไม่ได้มีการกำหนดไว้ก็ต้องบังคับกันไปตามที่กฎหมายกำหนด

กรณีที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์หรือความผูกพันระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน แต่หากเป็นกรณีความสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกต้องพิจารณาตามกฎหมายเรื่องตัวแทน ซึ่งจะกำหนดให้การคุ้มครองบุคคลภายนอกที่เชื่อว่าหุ้นส่วนที่ติดต่อด้วยนั้นมีอำนาจเช่นใด¹²⁹

1) หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้นือเชื่อใจของหุ้นส่วน

หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้นือเชื่อใจ เป็นหน้าที่ที่กำเนิดขึ้นมาจากกฎหมายในเรื่องทรัสต์ แล้วพัฒนามาสู่องค์กรธุรกิจ โดยภายใต้หน้าที่นี้ หมายความว่า บุคคลที่กระทำการเพื่อผู้อื่นซึ่งมีความสัมพันธ์ต่อกันจะต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติงานหรือการกระทำการใดๆ ไปด้วยความซื่อสัตย์ ไว้นือเชื่อใจ เชื่อถือได้ ตรงไปตรงมา

หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้นือเชื่อใจของหุ้นส่วนที่มีต่อห้างหุ้นส่วนและหุ้นส่วนคนอื่นนั้น มีขอบเขตที่กว้างกว่าหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้นือเชื่อใจของกรรมการและพนักงานในบริษัท แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล (คอมมอนลอว์) ได้สร้างหลักในเรื่องความไว้นือเชื่อใจของหุ้นส่วนขึ้น คดีสำคัญ (Landmark decision) ที่ได้รับการอ้างอิงมากที่สุดในเรื่องนี้ คือ คดี Meinhardvs Salmon (1928)¹³⁰

โดยทั่วไปแล้ว หุ้นส่วนมีหน้าที่ในการกระทำด้วยความสุจริตในระดับสูงยิ่ง ซื่อสัตย์ และระมัดระวัง

2) ผลตอบแทนของหุ้นส่วน

ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจะได้ผลตอบแทนในหลากหลายรูปแบบที่สำคัญ ได้แก่ เงินเดือน และกำไรของห้างหุ้นส่วนที่มีการแบ่งปัน

¹²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 150.

¹³⁰ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 128. หน้า 150.

(1) เงินเดือน

เงินเดือนของผู้เป็นหุ้นส่วนจะได้มากได้น้อยประการใดนั้นเป็นไปตามสัญญา ก่อตั้งห้างหุ้นส่วน โดยถ้าหากสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ก็เป็นไปตามกฎหมาย เช่น สัญญา ก่อตั้ง ห้างหุ้นส่วนไม่ได้กำหนดไว้ว่าจะมีการจ่ายเงินเดือนให้กับหุ้นส่วนที่ได้เข้ามาทำงานให้ห้างหุ้นส่วน หรือกรณีที่ข้อตกลงสัญญา ก่อตั้งห้างหุ้นส่วนมีการกำหนดให้เงินเดือนเป็นจำนวนมากที่แน่นอน ให้แก่หุ้นส่วนรายหนึ่งที่ได้เข้ามาทำงานให้ห้างหุ้นส่วน แต่ไม่ได้กำหนดว่าหากจะขึ้นเงินเดือนจะต้อง ดำเนินการอย่างไร ใน Revised Uniform Partnership Act 1997 (RUPA) กำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากหุ้นส่วนทั้งหมดเพราะกรณีนี้เป็นกรกระทบต่อข้อตกลงในการก่อตั้งห้างหุ้นส่วน

อนึ่ง แม้หุ้นส่วนคนใดไม่ได้ทำงานให้ห้างหุ้นส่วนเลย แต่ข้อตกลงในการ ก่อตั้งห้างหุ้นส่วนกำหนดให้มีการจ่ายเงินเดือนให้หุ้นส่วนคนดังกล่าว เช่นนี้ก็สามารถทำได้

(2) กำไรหรือทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนที่มีการแบ่งปัน

คำว่า “กำไร” กับคำว่า “ทรัพย์สินที่มีการแบ่งปัน” มีความแตกต่างกัน โดยกำไร คือ กำไรของห้างหุ้นส่วนที่เกิดจากการประกอบธุรกิจซึ่งพิจารณาตามระบบบัญชี คือ มีรายได้ มากกว่ารายจ่าย ส่วนทรัพย์สินที่มีการแบ่งปัน คือ การเอาทรัพย์สินของห้างไม่ว่าจะเป็นกำไรหรือ ทรัพย์สินอื่นของห้างหุ้นส่วนมาแบ่งปันให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วน ดังนั้น กิจการอาจมีกำไรแต่ไม่มีการ แบ่งปันทรัพย์สินให้แก่หุ้นส่วนก็ได้หรือกิจการอาจมีการแบ่งปันทรัพย์สินให้แก่หุ้นส่วนโดยที่กิจการ ไม่มีกำไรก็ได้¹³¹

การแบ่งปันกำไรหรือแบ่งปันทรัพย์สินให้แก่หุ้นส่วนนั้นเป็นไปตามข้อตกลง ในการก่อตั้งห้างหุ้นส่วนว่ามีการกำหนดสัดส่วนการได้รับของหุ้นส่วนแต่ละคนไว้ในสัดส่วน มากน้อยเท่าใด แต่หากไม่มีการกำหนดไว้ก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่นใน RUPA กำหนดไว้ว่าหากไม่มีการกำหนดสัดส่วนของการแบ่งปันกำไรไว้ผู้ถือหุ้นทุกคนได้รับส่วนแบ่ง เท่ากันไม่ว่าจะลงทุนไปในห้างหุ้นส่วนมากน้อยต่างกันอย่างไรก็ตาม

อนึ่ง กรณีที่กิจการมีกำไรแต่มีปัญหาในการตกลงว่าจะมีการแบ่งปัน (Distributions) กำไรหรือไม่ อาจเพราะหุ้นส่วนบางส่วนเห็นว่าควรเอากำไรเข้ามาเป็นทุน เพื่อขยายกิจการ ในขณะที่หุ้นส่วนบางส่วนเห็นว่าควรเอากำไรมาแบ่งปันปัน เช่นนี้ก็ต้องพิจารณา ตามข้อสัญญาห้างหุ้นส่วน หากไม่มีการกำหนดไว้ว่าจะตัดสินกันอย่างไรก็ต้องเป็นไปตามที่ กฎหมายกำหนด เช่น RUPA กำหนดว่า ในกรณีนี้ต้องมีการลงมติโดยอาศัยเสียงข้างมากของผู้เป็น หุ้นส่วน เป็นต้น

¹³¹ Joseph Shade. (2006). *Business Association* (2nd). Minnesota: Thomson West. p. 325. อ้างถึงใน มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 128. หน้า 151.

3.2.1.3 การสิ้นสุดของห้างหุ้นส่วน

1) การเลิกห้างหุ้นส่วนภายใต้ UPA

ภายใต้มาตรา 29 ถึง 32 ของ Revised Uniform Partnership Act 1997 (RUPA) ห้างหุ้นส่วนต้องเลิกกันเมื่อหุ้นส่วนล้มละลาย ตาย หรือหุ้นส่วนถอนตัวออกจากห้างหุ้นส่วน

ตาม UPA นั้นได้กำหนดให้หุ้นส่วนมีอิสระในการถอนตัวออกจากห้างหุ้นส่วนได้ตลอดเวลา แม้จะมีข้อตกลงระหว่างหุ้นส่วนว่าจะหุ้นส่วนกันในช่วงเวลาที่กำหนด เช่น 5 ปี ซึ่งก็หมายความว่าหุ้นส่วนจะถอนตัวไม่ได้ แต่หุ้นส่วนก็สามารถถอนตัวจากห้างหุ้นส่วนได้ แม้ว่าจะยังไม่ครบ 5 ปีตามที่กำหนดไว้ แต่หุ้นส่วนที่ถอนตัวออกจากห้างไปก่อนที่จะครบระยะเวลาที่กำหนดถือว่าได้กระทำการอันผิดสัญญาที่ได้ตกลงไว้ก็ต้องมีความรับผิดชอบจากการผิดสัญญาดังกล่าว¹³²

อย่างไรก็ตาม แม้ห้างหุ้นส่วนจะถูกเลิกไปเพราะเกิดกรณีต่างๆ ที่เป็นเหตุให้หุ้นส่วนต้องเลิกกันไป แต่ในทางเทคนิคห้างหุ้นส่วนนั้นสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้เพียงแต่ต้องมีการทำข้อตกลงก่อตั้งห้างหุ้นส่วนกันใหม่

อนึ่ง ในกรณีที่หุ้นส่วนถอนตัวออกจากห้างไปแล้วไม่มีการกำหนดไว้ในข้อสัญญาก่อตั้งห้างหุ้นส่วนเป็นเฉพาะหุ้นส่วนอาจดำเนินการต่อไปได้ หากผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนรวมทั้งคนที่ถอนตัวออกจากห้างเห็นพ้องต้องกันให้ห้างหุ้นส่วนดำเนินการต่อไป ในการนี้หุ้นส่วนที่ถอนตัวออกไปจะได้รับค่าตอบแทนตามมูลค่าของความเป็นหุ้นส่วน

เมื่อห้างหุ้นส่วนเลิกกันก็ต้องมีการชำระบัญชี (Liquidated) โดยทรัพย์สินในห้างหุ้นส่วนก็ต้องมีการขายออกไปเงินที่มีอยู่ก็ต้องนำมาชำระหนี้สินให้แก่เจ้าหนี้เหลืออยู่เท่าใดก็นำมาแบ่งปันให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วน

2) การเลิกห้างหุ้นส่วนภายใต้ Revised Uniform Partnership Act 1997 (RUPA)

ภายใต้ RUPA มีการกำหนดคำขึ้นมาใหม่ที่ไม่ปรากฏ UPA เกี่ยวกับการเลิกห้างหุ้นส่วน คือ กรณีที่หุ้นส่วนถอนตัวออกจากห้างหุ้นส่วน RUPA ใช้คำว่า “การแยกตัวออกจากห้างหุ้นส่วน”¹³³ โดยภายใต้ RUPA นี้ การที่หุ้นส่วนแยกตัวออกจากห้างหุ้นส่วนไม่ทำให้ห้างหุ้นส่วนต้องเลิกกันเสมอไป โดย RUPA กำหนดให้หุ้นส่วนสามารถตกลงกันไว้ในข้อตกลงก่อตั้งห้างหุ้นส่วนได้ว่าการถอนตัวของหุ้นส่วนไม่เป็นเหตุทำให้ห้างหุ้นส่วนต้องเลิก อนึ่ง RUPA กำหนดต่อไปว่าการถอนตัวของหุ้นส่วนจะเป็นเหตุทำให้ห้างหุ้นส่วนต้องเลิกกิจการต่อเมื่อมีมติของผู้เป็นหุ้นส่วนเกินกึ่งหนึ่งให้เลิกกิจการ ห้างหุ้นส่วนจึงจะเลิกกันแต่ RUPA ก็มีข้อกำหนดอีกว่า หุ้นส่วนสามารถตกลงยกเว้นในเรื่องการเลิกกิจการได้

¹³² มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 128. หน้า 153.

¹³³ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 128. หน้า 153.

มาตรา 602 ของ RUPA ได้กำหนดแบ่งแยกการแยกตัวออกจากห้างหุ้นส่วน ระหว่างการแยกตัวออกจากห้างหุ้นส่วนโดยไม่ถูกต้องกับการแยกตัวโดยถูกต้อง โดยการแยกตัวที่ไม่ถูกต้องกับกรณีที่หุ้นส่วนตายจะไม่เป็นเหตุทำให้ห้างหุ้นส่วนต้องเลิกกิจการ สำหรับการแยกตัวออกจากห้างหุ้นส่วนโดยไม่ถูกต้อง ได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

(1) การแยกตัวนั้นเป็นการฝ่าฝืนข้อกำหนดที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในข้อสัญญา ก่อตั้งห้างหุ้นส่วน

(2) การแยกตัวนั้นเป็นการแยกตัวออกจากกิจการตั้งแต่แรกเริ่มที่กิจการดำเนินการ

(3) การแยกตัวนั้นส่งผลร้ายต่อห้างหุ้นส่วน

(4) การแยกตัวนั้นเป็นไปอย่างตั้งใจเพื่อฝ่าฝืนหน้าที่ในการระมัดระวัง (Duty of care) หรือหน้าที่ในความซื่อสัตย์หรือหน้าที่ต้องปฏิบัติด้วยความสุจริต

3.2.2 ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited Partnership)

3.2.2.1 การจัดตั้ง

รูปแบบขององค์กรธุรกิจแบบห้างหุ้นส่วนจำกัดนี้ไม่ได้มีการพัฒนาการมาจากคอมมอนลอว์เหมือนดังเช่นกรณีของห้างหุ้นส่วนสามัญ หากแต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดเกิดขึ้นจากการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมากำหนดรูปแบบขององค์กรธุรกิจ¹³⁴

กฎหมายห้างหุ้นส่วนจำกัดของแต่ละมลรัฐจะกำหนดให้การก่อตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดต้องจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือและมีการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่โดยในข้อตกลงหรือสัญญาก่อตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดนี้ มักจะระบุเกี่ยวกับเรื่องการรับหุ้นส่วนคนใหม่เข้ามาในห้างหุ้นส่วนจำกัด ขั้นตอนในการลงมติ ขั้นตอนการถอนตัวออกจากห้างหุ้นส่วนจำกัด การเยียวยาความเสียหายเมื่อมีการผิดสัญญาก่อตั้งห้างหุ้นส่วน การสิ้นสุดห้างหุ้นส่วนจำกัด เป็นต้น ที่สำคัญในข้อตกลงการก่อตั้งห้างหุ้นส่วนจะกำหนดสัดส่วนการแบ่งปันผลกำไรของกิจการซึ่งหากไม่มีการระบุเรื่องนี้ไว้ในสัญญาส่วนแบ่งก็จะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งกฎหมายส่วนใหญ่จะกำหนดให้มีการแบ่งปันกำไรและผลขาดทุนตามสัดส่วนของทุนที่มีการลงไปในห้างหุ้นส่วนจำกัด

การที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดแบ่งหุ้นส่วนออกเป็นสองประเภท คือ หุ้นส่วนสามัญ ซึ่งมีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการของห้างหุ้นส่วนเต็มที่และก็มีความรับผิดชอบในหนี้ไม่จำกัดจำนวนกับหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด ซึ่งไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการของห้างและรับผิดชอบในหนี้จำกัดเฉพาะเงินลงทุนเท่านั้น ซึ่งรากฐานแนวคิดนี้มาจากการที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดยอมแลกอำนาจในการบริหารจัดการห้างกับการจำกัดความรับผิดในหนี้ ในปัจจุบันกฎหมาย

¹³⁴ มานิต จุมปา. อ่างแล้ว. เชิงอรรถที่ 128. หน้า 153.

ห้างหุ้นส่วนจำกัดของแต่ละมตรัฐส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติที่กำหนดการกระทำที่หุ้นส่วนจำกัด ความรับผิดชอบสามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการของห้างหุ้นส่วน

3.2.2.2 การบริหารจัดการ

ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ประกอบไปด้วยหุ้นส่วนสองประเภท คือ หุ้นส่วนสามัญ และหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ ทั้งนี้เฉพาะแต่หุ้นส่วนสามัญเท่านั้นที่มีอำนาจบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนจำกัด หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไม่มีอำนาจเช่นนี้ ซึ่งหากหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบฝ่าฝืนข้อห้ามนี้ย่อมจะทำให้หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบสูญเสียสิทธิที่จะจำกัดความรับผิดชอบ

ในการบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยหุ้นส่วนสามัญนั้น ประเด็นต่างๆ ทางกฎหมายก็จะเหมือนกันกรณีการบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนสามัญ¹³⁵

3.2.2.3 ความรับผิดชอบของหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบที่เข้ามายุ่งเกี่ยวกับการบริหารจัดการห้าง

1) หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบอย่างหุ้นส่วนสามัญในกิจการที่เข้ามายุ่งเกี่ยวกับปกตินั้น หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบจำกัดเพียงจำนวนเงินที่ลงไป ในห้างหุ้นส่วนโดยไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการห้างหุ้นส่วน แต่หากหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนตาม Uniform Limited Partnership Act 1916 (ULPA) กำหนดให้หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบเหมือนเป็นหุ้นส่วนสามัญ¹³⁶

2) หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบสามารถเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการของห้างได้โดยไม่ถือว่าเป็นการก้าวก่ายอันทำให้ต้องรับผิดชอบเหมือนเป็นหุ้นส่วน

การที่ Uniform Limited Partnership Act 1916 กำหนดให้หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบเหมือนเป็นหุ้นส่วนสามัญเมื่อได้เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการของห้าง ก่อให้เกิดปัญหาว่าการกระทำใดบ้างที่ถือว่าเป็นการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกิจการของห้าง จึงทำให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ไว้ใน Revised Limited Partnership Act (RULPA) โดยกำหนดกิจกรรมที่หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบสามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนอันจะเป็นเหตุทำให้หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบแบบหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งบทบัญญัตินี้เรียกกันว่า “Safe harbors” เช่น การที่หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบเข้าเป็นผู้รับจ้างทำงาน เป็นตัวแทน หรือเป็นลูกจ้างให้กับห้างหุ้นส่วนจำกัด การที่หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบเข้าไปค้าประกันห้างหุ้นส่วนจำกัด การที่หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไปเป็นกรรมการของห้างหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ เป็นต้น

¹³⁵ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 128. หน้า 154.

¹³⁶ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 128. หน้า 154.

3.2.3 ห้างหุ้นส่วนสามัญที่หุ้นส่วนสามารถจำกัดความรับผิดได้ (Limited Liability Partnership)

ห้างหุ้นส่วนสามัญที่หุ้นส่วนสามารถจำกัดความรับผิดได้ ส่วนใหญ่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายในเรื่องเดียวกันกับห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งต่างจากห้างหุ้นส่วนจำกัดที่มีกฎหมายต่างหากควบคุม

ความแตกต่างในประการสำคัญระหว่างห้างหุ้นส่วนที่หุ้นส่วนสามารถจำกัดความรับผิดได้กับห้างหุ้นส่วนสามัญคือ หุ้นส่วนสามัญในห้างหุ้นส่วนสามัญที่หุ้นส่วนสามารถจำกัดความรับผิดได้สามารถปกป้องตนเองจากความรับผิดไม่จำกัดได้ ดังนั้น เมื่อมีการจำกัดความรับผิดได้เช่นนี้ การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญที่หุ้นส่วนสามารถจำกัดความรับผิดได้จึงต้องมีการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่โดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายของแต่ละมลรัฐมักจะกำหนดจำนวนเงินทุนขั้นต่ำของห้างหุ้นส่วนสามัญที่หุ้นส่วนสามารถจำกัดความรับผิดได้หรือไม่ก็กำหนดให้ต้องมีการทำประกันภัยความรับผิดครอบคลุมมูลค่าหรือจำนวนตามที่กฎหมายกำหนด¹³⁷

3.2.4 บริษัท (Corporation)

3.2.4.1 การจัดตั้ง

การจัดตั้งบริษัทต้องมีการจัดทำเอกสารที่เรียกว่าหนังสือก่อตั้งบริษัทเพื่อยื่นจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่โดยเอกสารนี้ต้องลงนามโดยผู้ก่อตั้งบริษัท ทั้งนี้ หนังสือก่อตั้งบริษัทจะมีรายละเอียดหลายประการ เช่น ชื่อบริษัท ซึ่งต้องมีคำที่แสดงให้เห็นว่าเป็นรูปแบบองค์กรในแบบบริษัท โดยต้องมีคำว่า Corporation, Company, Incorporated หรือคำย่อที่สื่อให้เห็นเช่นเดียวกันนั้น รายละเอียดเกี่ยวกับสถานที่ตั้งบริษัท ลักษณะกิจการหรือวัตถุประสงค์ของบริษัท เป็นต้น ที่สำคัญหนังสือก่อตั้งบริษัทต้องระบุจำนวนหุ้นและราคาหุ้นด้วย

ประเด็นสำคัญในการจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท คือ การเลือกที่จะจดทะเบียนตั้งบริษัทในมลรัฐใด ทั้งนี้เพราะไม่เป็นการบังคับว่าบริษัทที่ตั้งอยู่ในมลรัฐใดจะต้องจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทในมลรัฐนั้น หากแต่ว่าบริษัทสามารถเลือกได้ว่าจะจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทภายใต้กฎหมายของมลรัฐใด ซึ่งลักษณะเช่นนี้เองทำให้เกิดการแบ่งแยกออกเป็นบริษัทต่างมลรัฐกับบริษัทในมลรัฐ ตัวอย่างเช่น บริษัทจดทะเบียนในมลรัฐ Delaware แต่ธุรกิจทั้งหมดประกอบกิจการในมลรัฐ Texas เช่นนี้สำหรับมลรัฐ Texas ถือว่าบริษัทนี้เป็นบริษัทต่างมลรัฐ อนึ่งด้วยความยืดหยุ่นของกฎหมายในมลรัฐ Delaware ทำให้บริษัทต่างๆ นิยมจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทในมลรัฐ Delaware¹³⁸

¹³⁷ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 128. หน้า 153.

¹³⁸ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 128. หน้า 155.

ความสำคัญประการหนึ่ง ของการเลือกมลรัฐในการจดทะเบียนก่อตั้งบริษัท คือ การปรับใช้กฎหมายเมื่อเกิดคดีขึ้น โดยหลักแล้วเมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องภายในของบริษัท เช่น สิทธิหน้าที่ผู้ถือหุ้น สิทธิหน้าที่ของกรรมการบริษัท สิทธิหน้าที่ของพนักงานบริษัท ประเด็นข้อพิพาท เหล่านี้ไม่ว่าจะเป็นคดีในศาลมลรัฐใด ศาลก็ต้องปรับใช้กฎหมายมลรัฐที่บริษัทนั้นจดทะเบียน

เมื่อมีการจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทกับเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว เจ้าหน้าที่จะออกเอกสาร แสดงการจดทะเบียนตั้งบริษัทให้ ซึ่งวันที่มีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทนี้เป็นเหมือนวันที่มีการ ให้กำเนิดบุคคลขึ้นมาใหม่

หลังจากจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทแล้ว บริษัทต้องจัดทำข้อบังคับของบริษัทเพื่อกำหนด กฎเกณฑ์ในการบริหารงานภายในบริษัท ตลอดจนกำหนดรายละเอียดในการเรียกประชุม กรรมการบริษัท การเรียกประชุมผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ข้อบังคับบริษัทนี้ไม่ต้องยื่นจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ หนึ่งบริษัทต้องมีการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อเลือกกรรมการบริษัท

ในการก่อตั้งบริษัทแม้จะถือว่าบริษัทกำเนิดเป็นบุคคลขึ้นในวันที่มีการจดทะเบียน ตั้งบริษัท แต่อย่างไรก็ดี ในขั้นตอนต่างๆ ที่เตรียมเพื่อตั้งบริษัทนั้นบ่อยครั้งที่ต้องมีการ ดำเนินการต่างๆ ในลักษณะที่ต้องมีความผูกพันทางกฎหมาย เช่น การลงนามในสัญญาเช่าที่ตั้งบริษัท ในขณะที่บริษัทยังไม่ได้จดทะเบียนจัดตั้ง เป็นต้น¹³⁹ โดยสภาพการลงนามในสัญญาเช่านั้นก็ย่อมไม่ อาจกระทำในนามของบริษัทได้เพราะบริษัทยังไม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ในขั้นตอนต่างๆ เหล่านี้ มีผู้ก่อการเป็นผู้ดำเนินการเพื่อบริษัทที่จะก่อตั้งขึ้น ซึ่งเมื่อบริษัทก่อตั้งขึ้นแล้วจึงทำให้มีประเด็น ที่ตามมาว่าบรรดากิจการหรือสัญญาใดๆ ที่ก่อการได้กระทำไปเพื่อบริษัทนั้นจะผูกพันบริษัท มากน้อยเพียงใดหรือผู้ก่อการจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในเรื่องใดหรือไม่

สำหรับความรับผิดชอบของผู้ก่อการนั้น ศาลวางบรรทัดฐานไว้ว่าสัญญาที่ผู้ก่อการ ได้ทำลงไป ในนามของบริษัทที่กำลังจะก่อตั้งขึ้นนั้น โดยหลักแล้วผู้ก่อการต้องรับผิดชอบผูกพัน ในสัญญานั้นเป็นการส่วนตัว เว้นเสียแต่ว่าคู่สัญญาที่เข้ามาทำสัญญากับผู้ก่อการนั้นรับรู้ถึงการ กำลังดำเนินการก่อตั้งบริษัทและมีเจตนาจะผูกพันสัญญานั้นกับบริษัทที่ได้ก่อตั้งขึ้นเช่นนี้ ผู้ก่อการ ไม่ต้องรับผิดชอบในสัญญานั้นเป็นการส่วนตัว¹⁴⁰

ส่วนความรับผิดชอบของบริษัทที่ได้ก่อตั้งขึ้นแล้วในสัญญาที่ผู้ก่อการ ได้ทำไปเพื่อบริษัท โดยหลักแล้วบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบผูกพันในสัญญาที่ผู้ก่อการ ได้ทำไปโดยอัตโนมัติ ซึ่งเป็นไปตาม หลักการกฎหมายตัวแทนที่ว่าบุคคลไม่อาจทำการเป็นตัวแทนของบริษัทที่ยังไม่มีสภาพบุคคล แต่อย่างไรก็ดี บริษัทที่ก่อตั้งขึ้นแล้วอาจมีมติรับเอาสัญญาที่ผู้ก่อการ ได้ทำไปแล้วได้

¹³⁹ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 128. หน้า 156.

¹⁴⁰ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 128. หน้า 156.

3.2.4.2 การจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น

1) หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น

ผู้ถือหุ้นในบริษัทนับได้ว่าเป็นต้นแบบของการจำกัดความรับผิด การที่บริษัทจำกัดความรับผิดนั้น ไม่ได้หมายความว่าตัวของบริษัทจะจำกัดความรับผิดในหนี้ หากแต่หมายถึงผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดความรับผิดแต่เพียงเท่าเงินที่ลงทุนไปในหุ้นเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม เจ้าหนี้ของบริษัทก็มีสิทธิบังคับชำระหนี้ได้แต่เพียงทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้น ไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปบังคับเอากับทรัพย์สินส่วนตัวของผู้ถือหุ้น

2) ข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดไปจำกัดจำนวนในเรื่องสัญญาทะเลเมิด

ในบางกรณีที่บริษัทต้องการกู้ยืมเงิน เจ้าหนี้อาจไม่ยินยอมให้กู้ยืมแต่ผู้ถือหุ้นได้เข้ามาค้ำประกันหนี้เงินกู้ของบริษัท ซึ่งหากผู้ถือหุ้นเข้ามาค้ำประกันการกู้ยืมเงินของบริษัท ย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดไม่จำกัดจำนวนในหนี้ที่ค้ำประกันภายใต้หลักกฎหมายสัญญา

นอกจากนั้น ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นกระทำละเมิดในกิจการที่เกี่ยวข้องกับบริษัท เช่น ย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นรับผิดไม่จำกัดจำนวนในหนี้ละเมิดนั้นๆ

3) ข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดไม่จำกัดจำนวนจากหลักการไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคล

หลักการหนึ่งซึ่งเข้ามาขบถการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นเป็นหลักการที่สร้างจากแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล (คอมมอนลอว์) คือ หลักการไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคล ซึ่งหลักการนี้มักมีการนำมาใช้เมื่อบริษัทถูกฟ้องล้มละลายทำให้ทรัพย์สินของบริษัทไม่เพียงพอชำระหนี้ เจ้าหนี้จึงพยายามที่จะใช้หลักการนี้เพื่อให้ผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดชอบในหนี้สินของบริษัท กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อใดก็ตามที่ศาลเห็นว่าเข้าหลักเกณฑ์ของการไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคล ย่อมจะทำให้ผู้ถือหุ้นเข้ามารับผิดเป็นการส่วนตัวในหนี้สินนั้นแทนที่แต่เดิมผู้ถือหุ้นจำกัดความรับผิดแต่เพียงเงินที่ลงทุนไปในหุ้นเท่านั้น¹⁴¹

อย่างไรก็ดี โดยส่วนมากแล้ว โอกาสที่ศาลจะปรับใช้หลักการไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคลค่อนข้างน้อย โดยปัจจัยที่สนับสนุนให้ศาลปรับใช้หลักการไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคลมีหลายกรณี เช่น

(1) พิจารณาจากเรื่องราวที่พิพาทกันว่าข้อพิพาทกันนั้นเป็นเรื่องสัญญาหรือละเมิด โดยศาลมักจะปรับใช้หลักการไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคลกับกรณีของละเมิดมากกว่าสัญญา เพราะกรณีการทำละเมิด ผู้เสียหายมิได้สมัครใจเข้ามาผูกพันกับบริษัทเหมือนดังเช่นกรณีความผูกพันตามสัญญาซึ่งเจ้าหนี้ตามสัญญามีโอกาสในการตรวจสอบสถานะของบริษัท

¹⁴¹ มานิต จุมปา. อ่างแล้ว. เจริญรอดที่ 128. หน้า 157.

(2) กรณีที่มีลักษณะเป็นการฉ้อ โกงหากผู้ถือหุ้นกระทำการใดที่มีลักษณะเป็นการฉ้อ โกงหรือกระทำผิด เช่น ผู้ถือหุ้นกระทำการใดๆ ที่ส่งผลให้ทรัพย์สินของบริษัทเหลือไม่เพียงพอชำระหนี้ เป็นต้น เช่นนี้มีโอกาสที่ศาลจะปรับใช้หลักการ ไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคล

(3) กรณีที่บริษัทมีทุนไม่เพียงพอ

(4) กรณีที่มีการไม่ดำเนินการตามระเบียบขั้นตอนในการบริหารบริษัท ศาลก็มักปรับใช้หลักการ ไม่ยอมรับความเป็นนิติบุคคล

(5) กรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นบริษัทแม่เข้าถือหุ้นในบริษัทลูกแม้โดยปกติจะแยกความเป็นนิติบุคคลกัน แต่หากทั้งบริษัทแม่และบริษัทลูกมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าไม่แบ่งแยกความเป็นนิติบุคคลออกจากกัน

3.2.4.3 การบริหารจัดการ

การบริหารจัดการบริษัทนั้น ผู้ถือหุ้นจะเลือกคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการบริษัทเพื่อเป็นผู้กำหนดนโยบายของบริษัท ตลอดจนพิจารณาจ้างพนักงานบริษัท เพื่อให้พนักงานปฏิบัติงานประจำของบริษัท ดังนั้น แม้ผู้ถือหุ้นจะเป็นเจ้าของบริษัท แต่ก็ไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการบริหารจัดการงานบริษัท ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการแยกตัวบริษัทออกจากตัวผู้ถือหุ้นในการบริหารจัดการบริษัทมีบุคคลสามกลุ่มเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้ถือหุ้น คณะกรรมการบริหาร และพนักงานบริษัท สามารถกล่าวได้ดังนี้¹⁴²

1) ผู้ถือหุ้น

(1) บทบาทของผู้ถือหุ้นในบริษัท

ผู้ถือหุ้นมีบทบาทในการลงมติเลือกคณะกรรมการบริษัทเพื่อให้เข้ามาบริหารงานบริษัท ซึ่งรวมไปถึงการลงมติถอดถอนกรรมการบริษัทด้วย นอกจากนั้น ผู้ถือหุ้นยังมีส่วนในการลงมติเพื่อให้ความเห็นชอบในการดำเนินกิจการของบริษัทในเรื่องพื้นฐานที่มีความสำคัญที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท เช่น การควรวมกิจการ การขายทรัพย์สินที่สำคัญของบริษัท การเลิกบริษัท การแก้ไขข้อบังคับของบริษัท เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี ผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิกระทำการใดๆ ในนามของบริษัท

อนึ่ง แม้ผู้ถือหุ้นจะไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการบริหารงานของบริษัท แต่ผู้ถือหุ้นก็มีอิทธิพลเหนือการบริหารงานของบริษัทผ่านอำนาจในการลงมติแต่งตั้งและถอดถอนคณะกรรมการบริษัท

¹⁴² มานิต จุมปา. อ่างแก้ว. เศรษฐกิจที่ 128. หน้า 158.

ในการบริหารงานของบริษัทนี้ผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่

(1.1) สิทธิในการลงมติ

(1.2) สิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารต่างๆ

(1.3) สิทธิในการฟ้องร้องกรรมการและพนักงานบริษัทที่ฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจ

(2) การลงมติของผู้ถือหุ้น

โดยปกติบริษัทจะต้องจัดให้มีการประชุมสามัญประจำปี อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง ซึ่งจะมีการประชุมเพื่อมีมติเลือกคณะกรรมการบริษัทหรือลงมติในเรื่องอื่นๆ แต่นอกจากนั้นบริษัทอาจมีการประชุมวิสามัญได้ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ทั้งนี้ ในการจัดประชุมต้องมีการแจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษร อีกทั้งในวันประชุมต้องมีผู้เข้าร่วมประชุมครบองค์ประชุมด้วย ส่วนการลงมตินั้นผู้ถือหุ้นอาจเดินทางไปเข้าร่วมประชุมเพื่อลงมติเอง หรือมีการมอบอำนาจให้มีการลงมติแทนก็ได้

2) คณะกรรมการบริษัท

คณะกรรมการบริษัท คือ ศูนย์กลางการบริหารงานของบริษัทตามกฎหมายแล้ว อำนาจในการดำเนินการต่างๆ ในนามบริษัทเป็นของคณะกรรมการบริษัท แต่ตัวของคณะกรรมการบริษัทเป็นผู้กำหนดนโยบายและควบคุมการทำงานของบริษัท หน้าที่ในการบริหารกิจการประจำวันของบริษัทจะเป็นของพนักงานบริษัทที่คณะกรรมการเป็นคนว่าจ้างคัดเลือกเข้ามาทำงาน กรรมการบริษัทมีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจต่อบริษัท และต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ที่ผิดต่อหน้าที่นี้

ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการนั้น อำนาจของคณะกรรมการจะมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท การใช้อำนาจของคณะกรรมการจะต้องเป็นการใช้อำนาจในนามของคณะกรรมการ ไม่ใช่กรรมการคนใดคนหนึ่งโดยในการประชุมเพื่อมีมติใดๆ ปกติต้องดำเนินการให้ถูกต้อง กล่าวคือ ต้องมีกรรมการมาประชุมครบองค์ประชุม การลงมติปกติใช้เสียงข้างมาก (Majority vote)¹⁴³ เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อนึ่งการประชุมคณะกรรมการบริษัทนี้อาจกระทำผ่านการประชุมทางโทรศัพท์หรือการสื่อสารอื่นใดก็ได้ หากข้อบังคับบริษัทระบุไว้ แต่การลงมติของกรรมการบริษัท กรรมการต้องกระทำด้วยตนเองจะมอบอำนาจไม่ได้ ซึ่งต่างไปจากการลงมติของผู้ถือหุ้น ซึ่งอาจมีการมอบอำนาจให้มีการลงมติแทนไว้ การประชุมคณะกรรมการบริษัทที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่มีการกำหนดไว้ย่อมทำให้การประชุมนั้นตกเป็นโมฆะ

¹⁴³ โสภณ รัตนกร. อ่างแล้ว. เชิงอรรถที่ 23. หน้า 378.

อนึ่ง แม้การประชุมคณะกรรมการบริษัทจะตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามขั้นตอนหรือหลักเกณฑ์ที่มีการกำหนดไว้ แต่หากเรื่องที่มีการลงมตินั้นเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก ศาลก็ถือว่าการนั้นผูกพันบริษัทได้ภายใต้หลักกฎหมายปิดปาก

3) พนักงานบริษัท

พนักงานบริษัท คือ ผู้ที่ปฏิบัติงานประจำของบริษัท หน้าที่ของพนักงานในแต่ละตำแหน่งจะถูกกำหนดโดยคณะกรรมการบริษัทภายใต้สายการบังคับบัญชา พนักงานต้องรับผิดชอบขึ้นตรงต่อคณะกรรมการบริษัท ไม่ใช่ผู้ถือหุ้น

ในการปฏิบัติหน้าที่ประจำของบริษัท พนักงานสามารถกระทำการใดๆ ที่เป็นเรื่องปกติของบริษัทและมีผลผูกพันบริษัท แต่หากเป็นการกระทำที่นอกเหนือไปจากเรื่องประจำของบริษัท พนักงานบริษัทจำเป็นต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการบริษัทก่อนที่จะกระทำการอันผูกพันบริษัท ทั้งนี้ พนักงานบริษัทก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจต่อบริษัท เช่นเดียวกับกรรมการบริษัท

สำหรับพนักงานบริษัทที่จะกระทำการใดผูกพันบริษัทนั้นมีลักษณะที่แตกต่างไปจากอำนาจของคณะกรรมการบริษัท โดยคณะกรรมการบริษัทมีอำนาจกระทำการผูกพันบริษัทตามที่ข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้ แต่พนักงานบริษัทจะกระทำการใดที่ผูกพันบริษัทได้นั้นไม่มีข้อบังคับกำหนดไว้ หากแต่เป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทน กล่าวคือ พนักงานบริษัทมีอำนาจกระทำการผูกพันบริษัทตามอำนาจที่ได้รับมอบหมายอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายจากคณะกรรมการบริษัท แต่จะไม่มีมีการมอบอำนาจอย่างชัดแจ้งแต่หากบุคคลภายนอกเข้าทำธุรกรรมโดยเห็นว่าพนักงานบริษัทมีอำนาจในการกระทำนั้นศาลก็จะปรับเข้ากับหลักการในเรื่องอำนาจที่ปรากฏ ซึ่งจะทำให้บริษัทต้องผูกพันในการกระทำนั้น

อนึ่ง ในกรณีที่พนักงานกระทำการใดไปนอกเหนืออำนาจแต่หากคณะกรรมการบริษัทได้ให้สัตยาบันในการกระทำนั้น การกระทำนั้นก็ย่อมผูกพันบริษัทได้

4) หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจของกรรมการพนักงานบริษัทและผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจในการควบคุมบริษัท

การกำหนดขอบเขตของหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจนั้นได้รับการพัฒนาขึ้นจากแนวบรรทัดฐานของศาลในระดับมลรัฐเพื่อสร้างสมดุลระหว่างหน้าที่ดังกล่าวนี้กับความคล่องตัวหรือความยืดหยุ่นในการบริหารจัดการบริษัทส่งผลทำให้หน้าที่นี้อาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไว้เนื้อเชื่อใจก็มีลักษณะร่วมกันที่เป็นสาระสำคัญ ดังจะกล่าวต่อไป

ในภาพรวมระดับความเข้มข้นของหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไวเนื้อเชื้อใจ จะมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับตำแหน่งของบุคคลในบริษัท โดยกรรมการบริษัทกับพนักงานระดับสูง เช่น CEO จะมีระดับของหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไวเนื้อเชื้อใจที่มีต่อบริษัทสูงกว่าพนักงานทั่วไป แต่อย่างไรก็ดี พนักงานของบริษัทถือว่าเป็นตัวแทนของบริษัทตามกฎหมาย ตัวแทนทำให้มีหน้าที่ภายใต้กฎหมาย ตัวแทนที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ขอบเขตของการเป็นตัวแทน¹⁴⁴

สำหรับหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความไวเนื้อเชื้อใจของกรรมการบริษัทและพนักงานบริษัท มี 2 หน้าที่พื้นฐาน ได้แก่ หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง และหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์

(1) หน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวัง

กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้กรรมการบริษัทและพนักงานบริษัทมีหน้าที่ในการปฏิบัติงานของบริษัทด้วยความระมัดระวัง โดยต้องปฏิบัติงานในระดับบุคคลที่มีเหตุมีผลซึ่งได้ปฏิบัติงานเรื่องเดียวกันนั้นๆ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือมีมาตรฐานในการเปรียบเทียบระดับความระมัดระวังซึ่งหากกรรมการบริษัทหรือพนักงานปฏิบัติงานต่ำกว่ามาตรฐานนี้ก็คือว่าปฏิบัติหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังมาตรฐานนั้นเทียบกับคนที่มิเหตุมีผล ซึ่งทำงานในประเภทเดียวกันนั้น

หากกรรมการบริษัทหรือพนักงานบริษัทปฏิบัติภารกิจอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ในการปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังแล้ว ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท กรรมการบริษัทหรือพนักงานบริษัทจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท นอกจากนั้น หากคณะกรรมการบริษัทปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความระมัดระวังในการอนุมัติธุรกรรมใดๆ ศาลอาจออกคำสั่งเพื่อระงับธุรกรรมนั้นได้¹⁴⁵

(2) มาตรฐานของความระมัดระวัง

(2.1) มาตรฐานพื้นฐาน

มาตรฐานพื้นฐานสำหรับกรรมการและพนักงานบริษัท คือ ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างคนที่มีเหตุมีผลพึงปฏิบัติในการทำหน้าที่หรือการงานประเภทเดียวกัน โดยปกติการปฏิบัติหน้าที่ในการระมัดระวังจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบเมื่อได้กระทำการนั้นๆ ไปด้วยความประมาทเลินเล่อ

¹⁴⁴ มานิต จุมปา. อังแล้ว. เจริญธรรมที่ 128. หน้า 161.

¹⁴⁵ มานิต จุมปา. อังแล้ว. เจริญธรรมที่ 128. หน้า 161.

(2.2) มาตรฐานที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง

มาตรฐานของหน้าที่ในการทำงานด้วยความระมัดระวังตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริง กล่าวคือ เมื่อกรรมการบริษัทอยู่ในฐานะกรรมการบริษัทก็ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างคนที่มีเหตุมีผล ซึ่งอยู่ในฐานะกรรมการบริษัท หากกรรมการบริษัทปฏิบัติหน้าที่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กรรมการต้องมีความหลักแหลมและมีความรู้สำหรับการปฏิบัติงานในธุรกิจนั้น กรรมการปฏิบัติก็ปฏิบัติผิดหน้าที่ในการต้องมีความระมัดระวัง ดังนั้น กรรมการบริษัทจะอ้างมาตรฐานการเป็นกรรมการบริษัทเหมือนคนธรรมดาทั่วไปทำงานไม่ได้

นอกจากนั้น ในกรณีที่ตำแหน่งกรรมการบริษัทใดต้องการความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ กรรมการบริษัทก็ต้องใช้ความเชี่ยวชาญนั้นในการทำหน้าที่ซึ่งจะทำให้มาตรฐานในความระมัดระวังต้องเปรียบเทียบกับผู้เชี่ยวชาญระดับเดียวกับกรรมการนั้น

5) การสิ้นสุดความเป็นบริษัท

(1) การเลิกบริษัท

โดยลักษณะของบริษัทที่มีความเป็นนิติบุคคลแยกออกจากตัวเจ้าของ คือ ผู้ถือหุ้น ทำให้การเลิกบริษัทเกิดขึ้นได้ค่อนข้างยากกว่าการเลิกห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่อย่างไรก็ตาม การเลิกบริษัทอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะใหญ่¹⁴⁶ ได้แก่

(1.1) การเลิกบริษัท โดยความสมัครใจ กฎหมายบริษัทของมลรัฐต่างๆ จะกำหนดให้การเลิกบริษัท โดยความสมัครใจต้องกระทำโดยการที่คณะกรรมการบริษัทมีมติให้เลิกบริษัทแล้วนำเสนอเพื่อขอมติผู้ถือหุ้นในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งต้องใช้เสียง 2 ใน 3 ของผู้ถือหุ้น หลังจากนั้นก็ต้องมีการไปจดแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ว่าบริษัทได้เลิกกันแล้ว

(1.2) การเลิกบริษัทโดยไม่สมัครใจ หรือบางครั้งเรียกว่า การเลิกบริษัท โดยคำพิพากษาของศาล เป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ต้องการให้บริษัทเลิกกันนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งเลิกบริษัท โดยสาเหตุที่จะทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถนำไปฟ้องร้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งเลิกบริษัทได้นั้น ปกติกฎหมายมลรัฐจะกำหนดสาเหตุที่สำคัญ ได้แก่ กรณีที่ผู้ที่มีอำนาจควบคุมบริษัทได้ทำให้บริษัทกระทำการที่ผิดกฎหมายหรือกฉีหรือฉ้อโกง

เมื่อบริษัทเลิกกันทั้งกรณีเลิกโดยความสมัครใจ บริษัทยังคงมีความเป็นบริษัทอยู่ต่อไปเพื่อประโยชน์แห่งการชำระบัญชีบริษัท เจ้าหนี้บริษัทต้องได้รับการชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัท ทรัพย์สินที่เหลือจึงแบ่งปันให้แก่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ หากทรัพย์สินไม่เพียงพอชำระหนี้บริษัทผู้ถือหุ้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัว เพราะผู้ถือหุ้นรับผิดชอบเพียงเงินค่าหุ้นเท่านั้น

¹⁴⁶ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 128. หน้า 174.

(2) การควบรวมกิจการและการเข้ายึดถือเอากิจการ

การควบรวมและการเข้ายึดถือเอากิจการมีรายละเอียดของการดำเนินค่อนข้างมาก ปกติในการเรียนการสอนจะแยกออกเป็นอีกวิชาหนึ่ง คือ Mergers and Acquisitions¹⁴⁷ เป็นการเฉพาะ ในที่นี้จะกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวเพียงเบื้องต้นประกอบการพิจารณาว่าการควบรวมกิจการนี้เป็นเหตุ ทำให้บริษัทสิ้นสุดลงอย่างไร

การควบรวมกิจการและการเข้ายึดถือเอากิจการนี้ โดยปกติมีการดำเนินการ ใน 2 ลักษณะ คือ การเข้ายึดถือเอากิจการอย่างเป็นมิตร กับการเข้ายึดถือเอากิจการอย่างไม่เป็นมิตร

(2.1) การเข้ายึดถือเอากิจการอย่างเป็นมิตร¹⁴⁸

การเข้ายึดถือเอากิจการอย่างเป็นมิตรนี้ โดยปกติมีโครงสร้างในการดำเนินการ ใน 3 ลักษณะสำคัญ ได้แก่ การควบรวมกิจการ การซื้อทรัพย์สิน และการซื้อหุ้น

(2.1.1) การควบรวมกิจการ

การควบรวมกิจการ คือ การที่บริษัทตั้งแต่สองแห่งขึ้นไปตกลงเข้าร่วมกัน เป็นนิติบุคคลเดียวกัน โดยในการเข้าร่วมกันนี้จะมีเพียงหนึ่งบริษัทที่ยังคงดำเนินสภาพคงอยู่ ส่วนบริษัทอื่นก็จะสิ้นสภาพไป

ในการควบรวมกิจการก็จะต้องมีการดำเนินการเจรจาระหว่างบริษัท ที่จะเข้ามาควบรวมกิจการ เมื่อการเจรจาสำเร็จบริษัทที่ยังคงดำเนินสภาพคงอยู่ภายหลังการควบรวมกิจการ โดยปกติก็ต้องดำเนินการออกหุ้นใหม่ให้แก่ผู้ถือหุ้นในบริษัทที่สิ้นสภาพไปจากการควบรวมกิจการ ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นในบริษัทที่สิ้นสภาพไปมักจะมีทางเลือกที่เกิดจากการควบรวมกิจการ กล่าวคือ อาจเลือกที่จะรับเงินสดเพราะไม่ต้องการเข้าร่วมกับบริษัทอีก ต่อไปเรียกกันว่า Cash out merger¹⁴⁹ คือ รับเงินแล้วออกจากกระบวนการควบรวมกิจการไม่ได้เข้ามาเป็นผู้ถือหุ้น ในบริษัทที่ยังคงดำเนินสภาพคงอยู่หรืออาจเลือกที่จะรับทั้งเงินสดและหุ้นของบริษัทที่ยังคงดำเนินสภาพคงอยู่ก็ได้สุดแต่ผลแห่งการเจรจาในการควบรวมกิจการ

ผลของการควบรวมกิจการจะทำให้บริษัทที่ยังคงดำเนินสภาพอยู่รับไป ทั้งทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทที่สิ้นสภาพไป

(2.1.2) การซื้อทรัพย์สิน

ในการเข้ายึดถือเอากิจการนั้นอาจใช้วิธีการที่บริษัทหนึ่งขายทรัพย์สินของบริษัทตนเองทั้งหมดให้แก่อีกบริษัทหนึ่งก็ได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ผูกพันกันภายใต้กฎหมายซื้อขาย

¹⁴⁷ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 128. หน้า 175.

¹⁴⁸ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 128. หน้า 175.

¹⁴⁹ มานิต จุมปา. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 128. หน้า 177.

โดยบริษัทที่เข้ามาซื้อทรัพย์สินก็ต้องจ่ายเงินหรือหุ้นหรือทั้งเงินและหุ้นตอบแทนการได้มาซึ่งทรัพย์สิน อนึ่งผลกระทบของการซื้อทรัพย์สินที่มีต่อเจ้าหนี้และผู้ถือหุ้นจะมีความแตกต่างไปจากกรณีที่มีการควบรวมกิจการ

ในการซื้อทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทนี้ บริษัทที่ขายทรัพย์สินทั้งหมดต้องได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นและกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่จะไม่ให้สิทธิที่จะได้รับการประเมินค่าหุ้นในกรณีการขายทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท ทั้งนี้การที่บริษัทขายทรัพย์สินทั้งหมดย่อมนำไปสู่การเลิกบริษัทในท้ายที่สุดซึ่งบริษัทที่ขายทรัพย์สินทั้งหมดก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายในเรื่องการเลิกบริษัท คือ ต้องมีการชำระบัญชีเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้วนำทรัพย์สินที่เหลือมาแบ่งให้แก่ผู้ถือหุ้น

(2.1.3) การซื้อหุ้น

การเข้ายึดกิจการอย่างเป็นทางการเป็นมิตรอีกวิธีหนึ่ง คือ บริษัทที่ต้องการเข้ามาครอบครองกิจการเข้าไปซื้อหุ้นทั้งหมดของบริษัทเป้าหมายซึ่งก็จะทำให้บริษัทที่ต้องการเข้าไปยึดได้เป็นเจ้าของบริษัทเป้าหมายในฐานะผู้ถือหุ้น

(2.2) การเข้ายึดกิจการอย่างไม่เป็นมิตร

การเข้ายึดกิจการอย่างไม่เป็นมิตรเกิดขึ้นเมื่อมีความพยายามเข้ามาควบคุมบริษัทเป้าหมายโดยตัวบริษัทไม่ยินยอมโดยผู้ที่จะเข้ามาควบคุมบริษัทนั้น เรียกว่า “Raider” หรือ “Shark” ส่วนบริษัทเป้าหมายนั้น เรียกว่า “Target Company” ทั้งนี้ ผู้ที่จะเข้ามาควบคุมบริษัทนั้นไม่ได้ประสงค์จะเข้ามาซื้อหุ้นทั้งหมดของบริษัท หากแต่ต้องการเพียงซื้อหุ้นในระดับที่สามารถเข้ามาควบคุมกิจการของบริษัทได้ ในกรณีที่บริษัทเป้าหมายนั้นเป็นบริษัทเป้าหมายนั้นเป็นบริษัทที่ขายหุ้นเป็นการทั่วไปในตลาดหลักทรัพย์การเข้ายึดกิจการในกรณีก็จะต้องมีการทำคำเสนอซื้อหุ้นเป็นการทั่วไป

การเข้ายึดถือเอากิจการอย่างไม่เป็นมิตรนี้เป็นการกว้านซื้อหุ้นจากผู้ถือหุ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นในระดับที่สามารถควบคุมบริษัทแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายของบริษัทเป้าหมายได้สร้างสรรค์หลากหลายมาตรการเพื่อป้องกันการเข้ายึดเอากิจการแบบไม่เป็นมิตรซึ่งใช้โดยกรรมการบริษัทเป้าหมาย

(3) การล้มละลาย

บริษัทจะต้องเลิกกิจการไปหากบริษัทตกอยู่ในภาวะล้มละลายและเข้าสู่กระบวนการภายใต้กฎหมายล้มละลาย

3.2.5 บริษัทที่สมาชิกมีส่วนร่วมในการบริหารงาน หรือบริษัทจำกัดความรับผิด (Limited Liability Company)

ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ทั้งในกฎหมายของรัฐบาลกลางและกฎหมายของมลรัฐต่างๆ กำหนดให้การจัดตั้งบริษัทนั้นจะต้องประกอบไปด้วยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป โดยบริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังชำระไม่ครบเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจจัดตั้งองค์กรธุรกิจ在美国จะต้องคำนึงถึงปัจจัยสองประการ ได้แก่ การจำกัดความรับผิดในหนี้ของบริษัท และภาระภาษีตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งภาษีจะเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเพื่อกำหนดธุรกิจ在美国เป็นอย่างมาก ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบของบริษัทจำกัด (Limited Liability Company: LLC) ขึ้นในปี ค.ศ. 1977 ในกฎหมายมลรัฐ Wyoming ซึ่งได้แบบอย่างมาจากกฎหมายของประเทศในทางยุโรป บริษัทจำกัดเป็นรูปแบบใหม่ของการประกอบธุรกิจ ซึ่งอนุญาตให้ผู้ลงทุนเป็นอิสระจากความรับผิดส่วนตัวในหนี้ของบริษัท โดยผู้ลงทุนสามารถใช้สิทธิในความเป็นเจ้าของเพื่อควบคุมการดำเนินงานของบริษัท นอกจากนี้ ยังมีความคล่องตัวในการจัดการ และได้รับประโยชน์จากการชำระภาษีในลักษณะเช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วน¹⁵⁰ ดังนั้นบริษัทจำกัดจึงมีลักษณะผสมผสานกันระหว่างบริษัทจำกัดและห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยบริษัทจำกัดมีลักษณะสำคัญคล้ายกับห้างหุ้นส่วนจำกัด เฉพาะในกรณีที่สมาชิกของบริษัทมีความรับผิดจำกัดแตกต่างกันตรงที่สมาชิกของบริษัทสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการบริษัท โดยไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัวในหนี้ของบริษัท ทั้งนี้ กฎหมายบริษัทจำกัดกำหนดให้บริษัทอาจจะมีการจัดการโดยสมาชิกหรือโดยผู้จัดการก็ได้

ความแตกต่างระหว่างบริษัทโดยทั่วไป (Corporation) กับบริษัทจำกัด (Limited Liability Company) คือ บริษัททั่วไปมีลักษณะสำคัญ 4 ประการ คือ การจำกัดความรับผิด การรวมศูนย์การจัดการ การดำรงอยู่ตลอดไป และการมีอิสระในการโอนผลประโยชน์ของผู้ที่เป็นเจ้าของ หากแต่บริษัทจำกัด (LLC) ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีลักษณะทั่วไปเช่นเดียวกับบริษัทโดยทั่วไป เฉพาะในส่วนของการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นเท่านั้น ทั้งนี้หากบริษัทมีการจัดการโดยสมาชิกของบริษัทก็ขาดองค์ประกอบของการรวมศูนย์การจัดการ¹⁵¹ โดยตามกฎหมายมลรัฐต่างๆ จะนำหลักการของกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาปรับใช้โดยห้ามมิให้โอนความเป็นเจ้าของหุ้นทั้งหมดให้แก่บุคคลอื่นโดยปราศจากความยินยอมของสมาชิกทุกคน แต่อย่างไรก็ดี อาจจะมีการ

¹⁵⁰ Robert W. Hamilton. (2010). *The Law of Company in a Nutshell*. n.p.. p. 23. อ้างถึงใน จิรจิตร ช่วยศรียัง. (2548). *บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 71.

¹⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

กำหนดเป็นอย่างอื่นในข้อตกลงการจัดการ (Operating agreement) นอกจากนี้ กฎหมายมลรัฐต่างๆ ยังกำหนดเหตุแห่งการเลิกบริษัทโดยนำหลักการของกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาปรับใช้ ดังนั้นบริษัทจำกัดจึงอาจจะไม่ดำรงอยู่ตลอด (Continuity of life) อย่างเช่นบริษัททั่วไป แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายกำหนดให้บริษัทจำกัดอาจจะกำหนดในข้อตกลงการจัดการว่าจะดำรงอยู่ตลอดไป ภายหลังจากการออกจากการเป็นสมาชิกของบริษัทแล้วก็ได้ภายใต้การลงคะแนนเสียงข้างมาก เป็นอย่างน้อย

เนื่องจากว่า ในสหรัฐอเมริกามีการแบ่งแยกการปกครองออกเป็นมลรัฐต่างๆ ดังนั้นกฎหมายบริษัทจึงประกอบไปด้วยกฎหมายรัฐบาลกลางที่เรียกว่า Uniform Limited Liability Company Act (1996) ซึ่งเป็นกฎหมายที่สามารถใช้บังคับได้ทุกมลรัฐ แต่อย่างไรก็ดี มลรัฐต่างๆ ก็สามารถที่จะออกกฎหมายของตนเองเพื่อใช้บังคับในแต่ละมลรัฐได้ โดยมลรัฐที่ถือได้ว่าเป็นการพัฒนาการของกฎหมายบริษัทที่ก้าวหน้าที่สุด คือ มลรัฐ Delaware ซึ่งได้ออกกฎหมายบริษัทสำหรับการใช้บังคับภายในมลรัฐเรียกว่า Delaware Limited Liability Company Act¹⁵²

มลรัฐ Delaware ถือได้ว่าเป็นมลรัฐในระยะแรกที่อนุญาตให้มีการจัดตั้งบริษัทจำกัด โดยให้บริษัทจำกัด (LLC) สามารถจัดตั้งได้โดยมีบุคคลเพียงคนเดียว ต่อมาในปี ค.ศ. 2003 กฎหมายบริษัทของทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกาที่อนุญาตให้มีการจัดตั้งบริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียวได้ (Single-Member Limited Liability Company) ทั้งนี้ บริษัทที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียวเป็นรูปแบบขององค์กรธุรกิจที่เหมาะสมสำหรับการประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมมากกว่า การประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ โดยกฎหมายกำหนดให้บริษัทประเภทนี้ได้รับประโยชน์จากหลักการจำกัดความรับผิดเช่นเดียวกับบริษัทโดยทั่วไป และได้กำหนดภาระทางภาษีที่แตกต่างจากบริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นหลายคน (Multi-Member Limited Liability Company)

อย่างไรก็ตาม บริษัทจำกัดความรับผิดที่จัดตั้งโดยผู้ถือหุ้นน้อยราย นิยมจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทลูก (Subsidiary) เนื่องจากโลกแห่งการค้าเสรีทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง ประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเป็นเจ้าของเงินทุนนิยมจัดตั้งเพื่อลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งมักเป็นประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศด้อยพัฒนา เนื่องจากมีต้นทุนการดำเนินงานน้อยกว่าหรือมีแหล่งทรัพยากรที่สมบูรณ์กว่า ซึ่งการจัดตั้งบริษัทลูกในต่างประเทศมักจะเป็นการการลงทุนในรูปแบบของการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศ โดยบริษัทแม่ในประเทศผู้ลงทุนเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทลูกในประเทศผู้รับการลงทุน และมีอำนาจในการกำหนดนโยบายและควบคุมการดำเนินงานทั้งหมดของบริษัทลูก โดยบริษัทแม่เป็นทั้งผู้ถือหุ้นและทำหน้าที่เป็นกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทลูกด้วย เนื่องจากกรรมการและผู้บริหารของบริษัทแม่

¹⁵² จิรจิตร ช่วยศรียัง. อ้างแล้ว. เจริญธุรกิจที่ 150. หน้า 73.

มักจะเป็นกับกรรมการและผู้บริหารของบริษัทลูก ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่อาจเกิดจากความขัดแย้งในทางผลประโยชน์ระหว่างตัวการและตัวแทนที่อาจเกิดขึ้นระหว่างบริษัทแม่ (ตัวการ) และกรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทลูก (ตัวแทน) นั้นเอง

ดังนั้น ในการศึกษาในเรื่องดังกล่าวนี้อ้างอิงเฉพาะบทบัญญัติของ Delaware Limited Liability Company Act เท่านั้น

3.2.5.1 การจัดตั้งและจำนวนผู้ถือหุ้นของบริษัท

สำหรับการจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดในสหรัฐอเมริกาของมลรัฐ Delaware นั้นได้กำหนดให้บุคคลที่ต้องการจัดตั้งบริษัทในลักษณะนี้สามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดได้ตามที่ Delaware Limited Liability Company Act กำหนดไว้ ซึ่งตามที่ Delaware Limited Liability Company Act ได้ให้ความหมายคำว่า “บริษัทจำกัด” (Limited Liability Company) และ “บริษัท” (Domestic Limited Liability Company) หมายถึง บริษัทจำกัดความรับผิดที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของมลรัฐ Delaware ซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกตั้งแต่หนึ่งคนหรือมากกว่านั้นขึ้นไป¹⁵³ โดยในการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามกฎหมายมลรัฐ Delaware ได้กำหนดให้บริษัทจำกัดจัดตั้งขึ้นโดยการยื่นใบรับรองการจัดตั้งต่อรัฐมนตรีต่างประเทศ และเข้าผู้การทำสัญญาบริษัท โดยสัญญาจะต้องมีข้อบังคับของการจัดตั้งบริษัท และข้อตกลงของผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ สัญญาจัดตั้งบริษัทจะต้องกำหนดวัตถุประสงค์และอำนาจของบริษัทและประเด็นอื่นๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับการจัดตั้งบริษัท¹⁵⁴

สำหรับสมาชิกที่จะทำการจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดหรือเข้ามาภายหลังการจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดแล้วนั้น ตามกฎหมายของมลรัฐ Delaware ไม่ได้จำกัดเฉพาะที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่ยังเปิดโอกาสให้บุคคลประเภทอื่นๆ สามารถเข้ามาเป็นสมาชิกบริษัทจำกัดความรับผิดได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ห้างหุ้นส่วนธุรกิจการร่วมค้า เป็นต้น¹⁵⁵

สำหรับชื่อของบริษัทจำกัดนั้น จะใช้ชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้จัดการของบริษัทจำกัดความรับผิดนั้นตั้งเป็นชื่อบริษัทก็ได้ แต่ต้องให้เป็นที่แน่ใจได้ว่าในการตั้งชื่อและจดทะเบียนนั้น

¹⁵³ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-101 (6) “Limited liability company” and “Domestic Limited Liability Company” mean a Limited liability company formed under the Laws of the State of Delaware and having one or more member. อ้างถึงใน จิรจิตร ช่วยศรียัง. อ้างแล้ว. เจริงอรรถที่ 150. หน้า 75.

¹⁵⁴ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-104. (a) Each limited liability company shall have and maintain in the State of Delaware.

¹⁵⁵ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-101. Definitions (12) “Person” means a natural person, partnership (whether general or limited), trust, estate, as sociation, corporation, custodian, nominee or any other individual or entity in its own or any representative capacity, in each case, whether domestic or foreign, and a limited liability company or foreign limited liability company.

ชื่อของบริษัทจำกัดความรับผิดนั้นจะต้องไม่ซ้ำกับชื่อนิติบุคคลอื่นๆ ที่ได้จดทะเบียนไว้ในมลรัฐ Delaware อีกด้วย นอกจากนี้ บริษัทจำกัดความรับผิดยังสามารถมีคำดังต่อไปนี้ต่อท้ายชื่อบริษัท ด้วยก็ได้ เช่น “Association” “club” “foundation” “fund” “institute” “society” “Union” “Syndicay” or “trust” เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายมลรัฐ Delaware ยังกำหนดให้บริษัทที่จดทะเบียนบริษัท ในรูปแบบ LLC นั้นจะต้องมีคำว่า “Limited liability company” หรือคำว่า “L.L.C.” หรือคำว่า “LLC;” ต่อท้ายชื่อบริษัทอยู่ด้วยเสมอ¹⁵⁶

3.2.5.2 ทุนของการจัดตั้งบริษัทและการจัดการทรัพย์สินของบริษัท

สำหรับทุนที่บริษัทจำกัดความรับผิดจะนำมาเป็นทุนสำหรับจัดตั้งและดำเนินงานของบริษัทนั้น ตาม Delaware Limited Liability Company Act ไม่ได้กำหนดจำนวนเงินหรือทรัพย์สิน ซึ่งเป็นทุนขั้นต่ำในการจัดตั้งบริษัทไว้แต่ประการใด เพียงแต่กำหนดให้การลงทุนของสมาชิกบริษัท อาจประกอบด้วยทรัพย์สินที่จับต้องได้หรือจับต้องไม่ได้ หรือผลประโยชน์อื่น รวมทั้งเงินสด ตั๋วสัญญาใช้เงิน การให้บริการ หรือข้อตกลงอื่นที่ทำให้ได้มาซึ่งเงินสด หรือทรัพย์สิน หรือสัญญา เพื่อการบริการ¹⁵⁷ ในการส่งมอบส่วนลงทุนแก่บริษัทนั้น ผู้ถือหุ้นเว้นแต่ในสัญญาจัดตั้งจะกำหนดไว้ เป็นอย่างอื่น ผู้ถือหุ้นมีหน้าที่ต้องส่งมอบส่วนลงทุนให้แก่บริษัท ไม่ว่าจะเป็เงิน ทรัพย์สินหรือ การบริการอื่นใด แม้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นจะถึงแก่ความตาย ไร้ความสามารถ หรือเหตุผลอื่นใดก็ตาม แต่หากไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินหรือการบริการได้ ก็สามารถใช้เงินแทนทรัพย์สินหรือบริการ ดังกล่าวได้¹⁵⁸ และยังกำหนดให้เงินหรือทรัพย์สินอื่นๆ ซึ่งเป็นทุนของบริษัทนั้นให้ผู้เป็นหุ้นส่วน ทุกคนจัดการร่วมกันตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิด แต่หากไม่ได้ กำหนดเอาไว้ ในสัญญาจัดตั้งบริษัทสมาชิกแต่ละคนสามารถจัดการทรัพย์สินของบริษัทนั้นไปตาม อำนาจหน้าที่ที่ได้รับจากบริษัทจำกัดความรับผิด¹⁵⁹

¹⁵⁶ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-102.

¹⁵⁷ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-501. The contribution of a member to a limited liability company may be in cash, property or services rendered, or promissory note or other obligation to contribute cash or property or to perform services. อ้างถึงใน จิรจิตร ช่วยศรียัง. อ้างแล้ว. เชิงบรรณที่ 150. หน้า 76.

¹⁵⁸ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-502 (a).

¹⁵⁹ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-504 “Distributions of cash or other assets of a limited liability company shall be allocated among the members, and among classes or groups of members, in the manner provided in a limited liability company agreement. If the limited liability company agreement does not so provide, distributions shall be made on the basis of the agreed value (as stated in the records of the limited liability company) of the contributions made by each member to the extent they have been received by the limited liability company and have not been returned”.

3.2.5.3 การบริหารจัดการบริษัท

ภายใต้กฎหมายบริษัทจำกัดของมลรัฐ Delaware การจัดการและการควบคุม การดำเนินงานของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบจะกระทำโดยผู้จัดการหรือสมาชิกของบริษัท ตาม 18-402. ก็ได้ ทั้งนี้หากเป็นการจัดการโดยสมาชิกของบริษัทจำกัดเองตาม 18-402. ตอนต้น กำหนดไว้ว่า เว้นแต่สัญญาจัดตั้งบริษัทจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การจัดการบริษัทนั้นให้ตกเป็น ของสมาชิกของบริษัทตามจำนวนหุ้นหรือผลประโยชน์ที่สมาชิคนั้นมีอยู่ในบริษัท สำหรับ เกณฑ์การตัดสินใจให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่าห้าสิบเปอร์เซ็นต์ของหุ้นหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ในบริษัทเป็นเกณฑ์การตัดสินใจ

สำหรับกรณีที่บริษัทจำกัดนั้นได้มีการตั้งผู้จัดการไว้จัดการงานของบริษัททั้งหมด หรือแต่บางส่วนนั้น ให้อำนาจในการจัดการบริษัทจำกัดความรับผิดชอบนั้นเป็นของผู้จัดการบริษัท ที่ได้รับการแต่งตั้ง และบริษัทนั้นสามารถแต่งตั้งผู้จัดการบริษัทได้มากกว่าหนึ่งคนอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่มีการจัดตั้งผู้จัดการบริษัทเอาไว้แล้วหากมิได้กำหนดให้ผู้จัดการหรือ คณะผู้จัดการมีอำนาจในการจัดการบริษัทแต่เพียงผู้เดียวผู้ถือหุ้นในบริษัทก็ยังมีอำนาจจัดการ บริษัทจำกัดความรับผิดชอบได้ด้วยเช่นเดียวกัน¹⁶⁰

การแต่งตั้งผู้จัดการบริษัทจำกัดความรับผิดชอบนั้นอาจเป็นการจัดตั้งตามที่กำหนดไว้ใน สัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือตราสารจัดตั้งอย่างอื่นตามแบบที่บริษัทจำกัดความรับผิดชอบกำหนด

¹⁶⁰ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-402 “Unless otherwise provided in a limited liability company agreement, the management of a limited liability company shall be vested in its members in proportion to the then current percentage or other interest of members in the profits of the limited liability company owned by all of the members, the decision of members owning more than 50 percent of the said percentage or other interest in the profits controlling; provided however, that if a limited liability company agreement provides for the management, in whole or in part, of a limited liability company by a manager, the management of the limited liability company, to the extent so provided, shall be vested in the manager who shall be chosen in the manner provided in the limited liability company agreement. The manager shall also hold the offices and have the responsibilities accorded to the manager by or in the manner provided in a limited liability company agreement. Subject to § 18-602 of this title, a manager shall cease to be a manager as provided in a limited liability company agreement. A limited liability company may have more than 1 manager. Unless otherwise provided in a limited liability company agreement, each member and manager has the authority to bind the limited liability company”.

เอาไว้¹⁶¹ นอกจากนั้น ผู้จัดการของบริษัทจำกัดความรับผิดอาจเข้ามามีส่วนในผลกำไรหรือขาดทุนอย่างเดียวกับผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดความรับผิดได้หากตนเองนั้น¹⁶² ส่วนการลาออกจากการเป็นผู้จัดการนั้น อาจทำได้ด้วยหากมีการกำหนดระยะเวลาไว้ในสัญญาของบริษัทจำกัดความรับผิดหรือหากมีเหตุการณ์หรือพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งที่กำหนดไว้ในสัญญาให้สามารถลาออกจากรักษาตำแหน่งได้ถ้ามีเหตุการณ์เช่นนั้น และถึงแม้ว่าในสัญญาดังกล่าวจะกำหนดมิให้ใช้สิทธิในการลาออกของผู้จัดการก็ตาม ผู้จัดการดังกล่าวก็สามารถที่จะลาออกจากรักษาตำแหน่งได้เช่นเดียวกันโดยทำเป็นหนังสือลาออกส่งให้กับผู้เป็นผู้ถือหุ้นหรือผู้จัดการคนอื่น (ถ้าหากมี) แต่อย่างไรก็ตามหากการลาออกอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามลาออกตามสัญญาของบริษัทจำกัดความรับผิดแล้วเกิดความเสียหายอย่างใดๆ ขึ้น บริษัทจำกัดความรับผิดสามารถเรียกให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัทเนื่องจากการลาออกของผู้จัดการได้ด้วย¹⁶³

การบริหารจัดการบริษัทจำกัดความรับผิดนั้นแบ่งออกเป็นสองกรณี ดังนี้

กรณีแรก เป็นกรณีที่บริษัทจำกัดความรับผิดนั้นมิได้แต่งตั้งผู้จัดการหรือคณะผู้จัดการเอาไว้บริหารจัดการบริษัทโดยสมาชิกนั้นเป็นผู้บริหารงานเองกล่าวคือ ในการบริหารงานนั้นไม่มาจากการกระทำใดๆ ของสมาชิกหรือกลุ่มสมาชิกอันเป็นการบริหารงานของบริษัทจำกัดความรับผิดนั้น ต้องได้รับการยินยอมหรือการอนุญาตโดยที่ประชุมของสมาชิกแล้วเท่านั้นจึงจะถือว่าเป็นการผูกพันบริษัทจำกัดความรับผิดและต้องเป็นความยินยอมที่ได้ผ่านเสียงประชามติของที่ประชุมของคณะสมาชิกโดยการให้ความยินยอมนั้นต้องไม่น้อยกว่าจำนวนขั้นต่ำของสมาชิกที่มีสิทธิออกเสียงได้ตามที่สัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดกำหนดเอาไว้ ซึ่งการออกเสียงเพื่อให้ความยินยอมในการกระทำการนั้นกรรมการจะเป็นผู้ออกเสียงในที่ประชุมเองหรือมอบอำนาจเป็นหนังสือให้ตัวแทนของตนเองมาใช้สิทธิออกเสียงในที่ประชุมของกรรมการก็ได้¹⁶⁴

¹⁶¹ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-101. Definitions (10) "Manager" means a person who is named as a manager of a limited liability company in, or designated as a manager of a limited liability company pursuant to, a limited liability company agreement or similar instrument under which the limited liability company is formed.

¹⁶² Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-403 "A manager of a limited liability company may make contributions to the limited liability company and share in the profits and losses of, and in distributions from, the limited liability company as a member..."

¹⁶³ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-602.

¹⁶⁴ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-302 (d).

แต่หากกรณีเป็นบริษัทจำกัดความรับผิดชอบที่มีผู้ถือหุ้นน้อยราย (สองคนหรือน้อยกว่านั้น) การประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อยินยอมหรืออนุญาตนั้นจึงไม่อาจมีได้ คงเป็นเพียงการตกลงกันระหว่างผู้ถือหุ้นว่าสมควรบริหารหรือกระทำการอย่างใดๆ เท่านั้นเอง

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทตั้งบุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้บริหารหรือคณะผู้บริหารเข้ามาดำเนินงานแทนสมาชิกของบริษัทนั้น ในการบริหารงานนั้นก็เช่นเช่นเดียวกันกับการบริหารงานตามกรณีแรกนั่นเอง เนื่องจากว่าตัวบทใน Section 18-302 (d) และ Section 18-404 (d) มีเนื้อหาอย่างเดียวกัน กล่าวคือ ไม่ว่าจะการกระทำใดๆ ของผู้จัดการหรือคณะผู้จัดการอันเป็นการบริหารงานของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบนั้นต้องได้รับการยินยอมหรือการอนุญาตโดยที่ประชุมของคณะผู้จัดการแล้วเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นการผูกพันบริษัทจำกัดความรับผิดชอบและต้องเป็นความยินยอมที่ได้ผ่านเสียงประชามติของที่ประชุมของคณะผู้จัดการ โดยการให้ความยินยอมนั้นต้องไม่น้อยกว่าจำนวนขั้นต่ำของสมาชิกที่มีสิทธิออกเสียงได้ตามที่สัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดชอบกำหนดเอาไว้ ซึ่งการออกเสียงเพื่อให้ความยินยอมในการกระทำนั้นผู้จัดการจะเป็นผู้ออกเสียงในที่ประชุมเองหรือมอบอำนาจเป็นหนังสือให้ตัวแทนของตนเองมาใช้สิทธิออกเสียงในที่ประชุมของกรรมการก็ได้¹⁶⁵

3.2.5.4 ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและผู้จัดการบริษัท

สำหรับความรับผิดชอบของบรรดาสมาชิกหรือความรับผิดชอบของผู้จัดการบริษัทจำกัดความรับผิดชอบนั้นเป็นไปตาม Delaware Limited Liability Company Act 18-303 A. ซึ่งกำหนดให้บรรดาหนี้สิน ภาระผูกพันและความรับผิดชอบของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบนั้นไม่ว่าจะเกิดจากสัญญาหรือเกิดจากละเมิดหรือเกิดจากการกระทำใดๆ ของสมาชิกหรือผู้จัดการก็ตาม ให้ความรับผิดชอบเหล่านี้เป็นความรับผิดชอบของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว โดยผู้ถือหุ้นและผู้จัดการของบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวแต่ประการใด¹⁶⁶

แต่อย่างไรก็ตาม แม้จะข้อกำหนดตามความใน Act 18-303 A. สัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดชอบหรือข้อกำหนดอื่นใดของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบ บรรดาสมาชิกหรือผู้จัดการของบริษัทอาจตกลงที่จะผูกพันตนในหนี้สินหรือความรับผิดชอบของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบได้เช่นเดียวกัน¹⁶⁷ และใน Section 18-1107 (n) ยังได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าสมาชิกหรือผู้จัดการนั้น

¹⁶⁵ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-404 (d).

¹⁶⁶ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-303 A.

¹⁶⁷ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-303 B.

ไม่ต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้สิน ความรับผิดชอบหรือภาระผูกพันใดๆ ของบริษัทจำกัดความรับผิด แต่อย่างใด¹⁶⁸

นอกจากนั้น บริษัทจำกัดความรับผิดอาจกำหนดไว้ในสัญญาจัดตั้งบริษัทให้สมาชิกต้องรับผิดชอบเอาไว้ด้วย โดยหากสมาชิกดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขดังที่ระบุไว้ในสัญญาจัดตั้งบริษัท สมาชิกดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบในผลจากการกระทำนั้นเป็นการส่วนตัว¹⁶⁹ หรือหากมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งสัญญาจัดตั้งบริษัทระบุเอาไว้และสมาชิกกระทำให้เกิดเหตุการณ์ดังที่ระบุไว้ในสัญญานั้น¹⁷⁰ ในส่วนของผู้จัดการก็เช่นเดียวกันกับสมาชิกที่จะต้องรับผิดชอบหากทำการ โดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ระบุเอาไว้ในสัญญาจัดตั้งบริษัท¹⁷¹

3.2.5.5 การเสียภาษีของบริษัทจำกัดความรับผิด

จากที่กล่าวมาแล้วว่าบริษัทจำกัดความรับผิดนั้นได้จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อการได้รับประโยชน์ในทางภาษีอากร เนื่องจากการแก้ไข Check-In-Box ตาม International Revenue Code of 1986 อนุญาตให้บริษัทดังกล่าวนี้สามารถหลีกเลี่ยงการชำระภาษีจากเงินได้ของบริษัท โดยให้บริษัทสามารถชำระภาษีเสมือนเป็นผู้ประกอบการในลักษณะเช่นเดียวกับผู้เป็นส่วนหนึ่งของห้างหุ้นส่วนที่ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งการแก้ไขปัญหาดังกล่าวทำให้มีผลกระทบที่ตามมาคือ ทำให้บริษัทมีการกำหนดข้อจำกัดการ โอนหุ้นเอาไว้อย่างเคร่งครัด การจำกัดอายุของบริษัท หรือการกำหนดจำนวนต่ำสุดของทุนจดทะเบียนในการจัดตั้งบริษัท หรือเงินทุนของบริษัทเพื่อให้บริษัทจำกัดความรับผิดที่จัดตั้งนั้นสามารถได้รับประโยชน์ทางด้านภาษีในลักษณะดังกล่าวต่อไป¹⁷²

สมาชิกหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดความรับผิดดังกล่าวนี้มีสิทธิ อำนาจ และหน้าที่ ในบริษัทจำกัดความรับผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ทุกประการ ทั้งนี้ บริษัทจำกัดความรับผิดเป็นองค์กรที่มีความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited partnership) และความเป็นบริษัท (Corporate) กล่าวคือ สมาชิกของบริษัทมีความรับผิดจำกัดเช่นเดียวกับผู้เป็นส่วนหนึ่งในห้างหุ้นส่วน แต่สมาชิกของบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้ของบริษัทเช่นเดียวกันกับบริษัท โดยทั่วไป

¹⁶⁸ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-1107 “.A member or manager of a domestic limited liability company or foreign limited liability company is not liable for the debts, obligations or liabilities of such domestic limited liability company or foreign limited liability company.....”

¹⁶⁹ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-306 (1).

¹⁷⁰ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-306 (2).

¹⁷¹ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-405.

¹⁷² จิรจิตร ช่วยศรียัง. อ้างแล้ว. เจริญรอดที่ 150. หน้า 76.

อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายภาษีเงินได้ของรัฐบาลกลางบริษัทจำกัดความรับผิด ยังไม่เป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยชำระภาษีโดยไม่ต้องคำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทซึ่งเป็นการชำระภาษีในลักษณะของห้างหุ้นส่วน (Partnership) ดังนั้น กำไรหรือขาดทุนที่เกิดจากการดำเนินงานของบริษัทจึงถือเป็นเงินได้ของผู้ถือหุ้นแต่ละคนโดยบริษัทก็ยังคงไม่ต้องชำระภาษีจากเงินได้ของบริษัทอยู่นั่นเอง แต่หากบริษัทจำกัดความรับผิดนั้นมีการเพิ่มจำนวนสมาชิกมากขึ้นกว่าเดิมก็ไม่ทำให้สถานะทางภาษีของบริษัทจำกัดความรับผิดเปลี่ยนแปลงไป¹⁷³ บริษัทจำกัดความรับผิดยังสามารถที่จะชำระภาษีอย่างเช่นห้างหุ้นส่วนเช่นเดิม และยังสามารถที่จะเลือกชำระภาษีในนามของบริษัทจำกัดซึ่งนิติบุคคลเพียงอย่างเดียวก็ได้¹⁷⁴

3.2.5.6 การสิ้นสุดความเป็นบริษัท

Delaware Limited Liability Company Act ได้บัญญัติเหตุแห่งการเลิกบริษัทเอาไว้หลายกรณีซึ่งตามหลักใน Section 18-801 และ Section 18-802 โดยบริษัทอาจเลิกกันโดยเหตุ

1) บริษัทจำกัดความรับผิดอาจสิ้นสุดลงได้ ดังต่อไปนี้

(1) ตามที่ตกลงไว้ในข้อตกลงการจัดการหรือข้อตกลงในการจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิด กล่าวคือ ในการจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดนั้น เริ่มก่อตั้งอาจดำเนินการจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการดำเนินธุรกิจชั่วคราวโดยกำหนดเวลาเอาไว้สิ้นสุดการเป็นบริษัทจำกัดความรับผิดเอาไว้ แต่หากไม่ได้ระบุระยะเวลาในการเอาไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่สามารถจะทราบระยะเวลาที่แน่ชัดได้ ให้บริษัทจำกัดความรับผิดดังกล่าวนั้นมีสภาพคงอยู่ตลอดไป จนกว่าจะมีการเลิกบริษัทจำกัดความรับผิดด้วยเหตุอื่นๆ¹⁷⁵

(2) เมื่อมีเหตุการณ์หรือมีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญาการจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดหรือตามที่กำหนดไว้ในสัญญาการจัดการบริษัทจำกัดความรับผิด กำหนดเอาไว้ กล่าวคือ ในบางกรณีการจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดเอาไว้

¹⁷³ จิรจิตร ช่วยศรีขิง. อ่างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 150. หน้า 78.

¹⁷⁴ ชนาธิป ชินะนาวิน. (2546). “การนำรูปแบบธุรกิจ LLC มาใช้ในประเทศไทย”. *บทบัญญัติ*, เล่มที่ 69 ตอนที่ 4, หน้า 49.

¹⁷⁵ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-801 A (1) “At the time specified in a limited liability company agreement, but if no such time is set forth in the limited liability company agreement, then the limited liability company shall have a perpetual existence;

กิจการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะ เมื่อกิจการดังกล่าวได้ดำเนินการสำเร็จตามความประสงค์ของผู้จัดตั้งแล้ว บริษัทจำกัดความรับผิดชอบนั้นก็สิ้นสภาพความเป็นบริษัทตามที่ทำสัญญากันไว้¹⁷⁶

(3) เว้นแต่สัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดชอบกำหนดเอาไว้ บริษัทอาจเลิกกัน สมาชิกหรือผู้ถือหุ้นของของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบให้เลิก โดยมีคะแนนเสียงมากกว่าสองในสามของผู้เป็นถือหุ้นของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบ¹⁷⁷

(4) เมื่อบริษัทจำกัดความรับผิดชอบผู้ถือหุ้นในบริษัทแล้ว¹⁷⁸

(5) เมื่อมีคำร้องขอจากผู้ถือหุ้นหรือจากผู้จัดการของบริษัทจำกัดความรับผิดชอบว่าบริษัทไม่สามารถดำเนินการตามสัญญาจัดตั้งบริษัทได้ศาลอาจมีคำพิพากษาให้บริษัทจำกัดความรับผิดชอบสิ้นสุดลงก็ได้¹⁷⁹

3.3 การเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่าง Limited Liability Company (LLC) ของสหรัฐอเมริกา กับบริษัทจำกัดของประเทศไทย

3.3.1 การเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่าง Limited Liability Company (LLC) ของสหรัฐอเมริกากับห้างหุ้นส่วนจำกัดของประเทศไทย

3.3.1.1 ความเป็นเจ้าของในธุรกิจ

การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นการรวมตัวกันทำสัญญาเข้าหุ้นหรือลงหุ้นกระทำการระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อนำกำไรมาแบ่งกันและต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเสมอ โดยผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนนั้นเป็นเจ้าของกิจการห้างหุ้นส่วนจำกัดทุกคน

¹⁷⁶ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-801A (2)“Upon the happening of events specified in a limited liability company agreement”.

¹⁷⁷ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-801 A (3) “Unless otherwise provided in a limited liability company agreement, upon the affirmative vote or written consent of the members of the limited liability company or, if there is more than 1 class or group of members, then by each class or group of members, in either case, by members who own more than two-thirds of the then-current percentage or other interest in the profits of the limited liability company owned by all of the members or by the members in each class or group, as appropriate”.

¹⁷⁸ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-801 A (4). “At any time there are no members...”.

¹⁷⁹ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-801 A (5) “The entry of a decree of judicial dissolution under § 18-802 of this title.. And section 18-802 “On application by or for a member or manager the Court of Chancery may decree dissolution of a limited liability company whenever it is not reasonably practicable to carry on the business in conformity with a limited liability company agreement”.

ส่วนการจัดตั้งการจัดตั้ง LLC นั้น เกิดจากการจัดตั้งของผู้เป็นหุ้นส่วนมีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ส่วนความเป็นเจ้าของนั้นอาจเป็นสมาชิกคนเดียวหรือมากกว่านั้นเป็นเจ้าของกิจการก็ได้¹⁸⁰

3.3.1.2 การจัดการกิจการของห้างหุ้นส่วนจำกัด

ห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะมีหุ้นส่วนอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท คือ หุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบและหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้เฉพาะหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบเท่านั้นสามารถจัดการห้างได้ เนื่องจากความรับผิดชอบไม่จำกัดนี้เองผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบมีสิทธิที่จะจัดการงานของห้างและมีอำนาจกระทำการแทนห้างและผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นได้ ส่วนหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบนั้นห้ามมิให้จัดการห้างหุ้นส่วนจำกัดแต่อย่างใด

การบริหารจัดการสำหรับธุรกิจแบบ LLC นั้น ควบคุมกิจการโดยสมาชิกขององค์กรหรือบริหารจัดการตามข้อตกลงระหว่างสมาชิกด้วยกันเองตามที่ได้ตกลงกันไว้และสามารถที่จะมอบอำนาจให้กับผู้จัดการซึ่งอาจเป็นบุคคลภายในที่เป็นสมาชิกเองหรือหรือเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาบริหารงานบริษัทจำกัดความรับผิดชอบแทนก็ได้¹⁸¹

3.3.1.3 ความรับผิดชอบของห้างหุ้นส่วนจำกัด

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น มีหุ้นส่วน 2 ประเภท คือ หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบและหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ สำหรับหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบนั้นต้องรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนมีลักษณะเป็นการจำกัด กล่าวคือ ในการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องมีการจดทะเบียนจำนวนเงินซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบได้ลงหุ้นไว้ด้วย เพราะฉะนั้นถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบได้นำเงินหรือทรัพย์สินอื่นมาลงหุ้นครบตามจำนวนที่จดทะเบียนไว้แล้วความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบก็จะหมดไป เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนจะบังคับชำระเอาจากผู้เป็นหุ้นส่วนนั้นอีกไม่ได้ แต่ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบยังส่งเงินหรือทรัพย์สินที่ลงหุ้นยังไม่ครบตามที่ตนลงหุ้นไว้ ผู้นั้นก็ยังคงมีความรับผิดชอบที่จะต้องส่งใช้ค่าหุ้นให้จนครบและเจ้าหนี้ของห้างอาจเรียกเอาเงินจำนวนนั้นได้เมื่อห้างเลิกกันแล้วได้อีกด้วย ส่วนหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบแม้ว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดจะมีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนแล้วก็ตาม หุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบก็ยังคงรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนไม่ว่าจะเป็นหนี้ชนิดใดก็ตามเสมือนเป็นบุคคลเดียวกับห้างหุ้นส่วนจำกัด

¹⁸⁰ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-101 (6).

¹⁸¹ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-302 and Section 18-404.

ความรับผิดชอบของธุรกิจแบบ LLC นั้น ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินที่ลงทุน และไม่ต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้สิน ภาระผูกพันและหนี้สินใดๆ ของบริษัท¹⁸² เว้นแต่ว่าผู้ถือหุ้นส่วนนั้นจะได้ค้ำประกันในหนี้ขององค์กรเอาไว้เป็นการส่วนตัว¹⁸³

3.3.1.4 การเสียภาษีของห้างหุ้นส่วนจำกัด

การเสียภาษีของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น เนื่องจากว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การเสียภาษีของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะเสียภาษีตามผลกำไรขาดทุนประจำปีในนามของห้างหุ้นส่วนจำกัด และหุ้นส่วนแต่ละคนจะเสียภาษีจากกำไรขาดทุนที่ห้างหุ้นส่วนได้ปันผลมาเช่นเดียวกับบริษัทจำกัด

ภาระทางภาษีของธุรกิจแบบ LLC สามารถเลือกเสียภาษีแบบห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดได้ กล่าวคือ ในการจัดเก็บภาษี ผู้ถือหุ้นในบริษัทจะต้องเสียภาษีเช่นเดียวกับหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยเสียภาษีจากผลกำไรและขาดทุนที่ได้รับจากบริษัทจำกัดความรับผิดชอบ (เสียเฉพาะภาษีเงินได้จากเงินปันผล) ซึ่งจะจัดเก็บภาษีครั้งเดียวโดยยกเว้นไม่จัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลจากกำไรของบริษัทแต่จะจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลธรรมดาจากเงินปันผล¹⁸⁴

3.3.2 การเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่าง Limited Liability Company (LLC) ของสหรัฐอเมริกากับบริษัทจำกัดของประเทศไทย

3.3.2.1 ความเป็นเจ้าของบริษัทจำกัด

สำหรับความเป็นเจ้าของของบริษัทจำกัดนั้นคือ ผู้ถือหุ้นของบริษัท โดยบริษัทจะทำการแบ่งทุนออกเป็นหุ้น (Share หรือ Stock) หุ้นละเท่าๆ กัน ผู้ถือหุ้นมีฐานะเป็นเจ้าของหุ้นมิใช่เจ้าของแต่มีสิทธิได้รับผลประโยชน์จากหุ้นที่ถืออยู่ในรูปของ “เงินปันผล” ผู้เป็นเจ้าของก็คือ นิติบุคคลที่เป็นบริษัทจำกัด ถ้าบริษัทจำกัดใดไม่มีผู้ถือหุ้นรายใหญ่ แต่กระจายการถือหุ้นเป็นจำนวนมาก เรียกว่าเป็น “บริษัทมหาชน” (Public Company) แต่ถ้าผู้ถือหุ้นมีจำนวนน้อยคนและส่วนใหญ่เป็นญาติพี่น้องกัน โดยมีได้นำทุนออกขายให้แก่ประชาชนทั่วไป บริษัทนี้ก็จะเป็นบริษัทเอกชนหรือบริษัทครอบครัว (Private Company หรือ Family Company)

ส่วนการจัดตั้งการจัดตั้ง LLC นั้น เกิดจากการจัดตั้งของผู้ถือหุ้นส่วนมีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ส่วนความเป็นเจ้าของนั้นอาจเป็นสมาชิกคนเดียวหรือมากกว่านั้นเป็นเจ้าของกิจการก็ได้¹⁸⁵

¹⁸² Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-303(a) and Section 18-1107 (n).

¹⁸³ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-303 (b).

¹⁸⁴ ชนาธิป ชินะนาวิน. อ่างแก้ว. เชิงอรรถที่ 174. หน้า 49.

¹⁸⁵ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-101 (6).

3.3.2.2 การจัดการกิจการของบริษัทจำกัด

บริษัทเป็นนิติบุคคล โดยกฎหมายสมมติขึ้นจึงต้องมีบุคคลธรรมดาเข้าไปบริหารงานของบริษัท เรียกว่า กรรมการบริษัท ซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัทในการปฏิบัติงานของกรรมการบริษัท เมื่อกรรมการเป็นเพียงผู้แทนหรือตัวแทนของบริษัท กรรมการจึงต้องกระทำภายในกรอบอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายเท่านั้นและจะกระทำการเกินอำนาจหน้าที่ที่บริษัทมีอยู่ไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมการจะต้องปฏิบัติงานให้เป็นไปตามหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัทซึ่งเป็นเสมือนธรรมนูญและกฎหมายของบริษัท โดยในการดำเนินงานของกรรมการบริษัท กรรมการไม่จำเป็นต้องไปปฏิบัติงานอยู่เป็นประจำ โดยปกติกรรมการจะทำงานโดยการประชุมกันเป็นครั้งคราว เว้นแต่ว่าจะดำรงตำแหน่งหน้าที่ประจำของบริษัท สำหรับผู้ถือหุ้นนั้นแม้ว่าจะจะเป็นเจ้าของทุนและโดยทั่วไปมักจะถือว่าเป็นเจ้าของบริษัท ตลอดจนมีอำนาจแต่งตั้งกรรมการบริษัทได้ก็ตาม แต่ในฐานะผู้ถือหุ้นหาอาจเข้าไปจัดการงานของบริษัทได้ไม่ ได้แต่เป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมการดำเนินงานของคณะกรรมการบริษัท โดยเข้าประชุมออกเสียงลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น

การบริหารจัดการสำหรับธุรกิจแบบ LLC นั้นควบคุมกิจการโดยสมาชิกขององค์กรหรือบริหารจัดการตามข้อตกลงระหว่างสมาชิกด้วยกันเองตามที่ได้ตกลงกันไว้และสามารถที่จะมอบอำนาจให้กับผู้จัดการซึ่งอาจเป็นบุคคลภายในที่เป็นสมาชิกเองหรือหรือเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาบริหารงานบริษัทจำกัดความรับผิดชอบก็ได้¹⁸⁶

3.3.2.3 ความรับผิดชอบของบริษัทจำกัด

กรณีความรับผิดชอบของของบริษัทของประเทศไทยต่อบุคคลภายนอกนั้น โดยปกติแล้วบริษัทในฐานะที่เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกรรมการและผู้ถือหุ้น ย่อมมีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในกิจการที่เกี่ยวกับธุรกิจของตนอยู่แล้ว กล่าวคือ โดยปกติแล้วกรรมการจะปฏิบัติงานในฐานะตัวแทนของบริษัท เพราะฉะนั้นกิจการที่กรรมการกระทำไปภายในขอบอำนาจหน้าที่ของตนโดยชอบนั้นกรรมการหาต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวไม่ แต่ถ้ากรรมการกระทำไปโดยปราศจากอำนาจหรือทำนอกเหนือขอบอำนาจและบริษัทไม่ได้ให้สัตยาบัน กรรมการก็อาจต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อบุคคลภายนอก สัญญาต่างๆ ที่กรรมการทำไปแทนบริษัทกรรมการย่อมไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว เว้นแต่จะทำสัญญาขอรับผิดชอบเป็นลูกหนี้ร่วมหรือเป็นผู้ค้ำประกัน มีการให้คำรับรอง หรือทำการหลอกลวงให้เขาทำสัญญา เป็นต้น

¹⁸⁶ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-302 and Section 18-404.

ความรับผิดชอบของธุรกิจแบบ LLC นั้น ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินที่ลงทุน และไม่ต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้สิน ภาระผูกพันและความรับผิดใดๆ ของบริษัท¹⁸⁷ เว้นแต่ว่าผู้ถือหุ้นส่วนนั้นจะได้ค้ำประกันในหนี้ขององค์กรเอาไว้เป็นการส่วนตัว¹⁸⁸

3.3.2.4 การเสียภาษีของบริษัทจำกัด

เสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามผลกำไรขาดทุนประจำปีในนามของนิติบุคคลชั้นหนึ่งก่อน และเมื่อมีการส่งออกกำไรขาดทุนไปยังผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัด ผู้ถือหุ้นจะต้องนำเงินปันผลไปเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลธรรมดาอีกชั้นหนึ่ง

ภาระทางภาษีของธุรกิจแบบ LLC สามารถเลือกเสียภาษีแบบห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดได้ กล่าวคือ ในการจัดเก็บภาษี ผู้ถือหุ้นในบริษัทจะต้องเสียภาษีเช่นเดียวกับหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยเสียภาษีจากผลกำไรและขาดทุนที่ได้รับจากบริษัทจำกัดความรับผิดชอบ (เสียเฉพาะภาษีเงินได้จากเงินปันผล) ซึ่งจะจัดเก็บภาษีครั้งเดียวโดยยกเว้น ไม่จัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลจากกำไรของบริษัท แต่จะจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลธรรมดาจากเงินปันผล¹⁸⁹

3.3.2.5 การประชุมสามัญผู้ถือหุ้นประจำปี

บริษัทจำกัดนั้นกฎหมายกำหนดว่าจะต้องมีการจัดประชุมสามัญครั้งแรกภายในกำหนด 6 เดือนนับตั้งแต่วันที่มีการจดทะเบียน ซึ่งโดยปกติจะเป็นการประชุมเพื่อแถลงกิจการของบริษัทหลังจากที่ได้มีการจดทะเบียนและดำเนินการมาชั่วระยะเวลาหนึ่งทั้งยังเป็นโอกาสที่จะได้ปรึกษาเกี่ยวกับกิจการที่ดำเนินต่อไป ส่วนหลังจากการประชุมสามัญครั้งแรกไปแล้วนั้นกฎหมายก็ยังกำหนดให้ต้องจัดการประชุมสามัญครั้งต่อไปอย่างน้อย 1 ครั้งทุกๆ รอบ 12 เดือน นับแต่การประชุมครั้งแรก ซึ่งบริษัทอาจจะจัดให้มีการประชุมสามัญมากกว่า 1 ครั้งในรอบหนึ่งปีก็ได้ อาจจะไว้ในข้อบังคับแน่นอนว่าในหนึ่งปีจะให้มีการจัดประชุมสามัญกี่ครั้งก็ได้

สำหรับการจัดการประชุมผู้ถือหุ้นของ LLC นั้นไม่จำเป็นต้องจัดการประชุมผู้ถือหุ้น แต่ต้องส่งรายงานประจำปี ทำให้ประหยัดต้นทุนการดำเนินงาน¹⁹⁰

¹⁸⁷ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-303 (a) and Section 18-1107 (n).

¹⁸⁸ Delaware Limited Liability Company Act. Section 18-303 (b).

¹⁸⁹ ชนาธิป ชินะนาวิน. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 174. หน้า 49.

¹⁹⁰ ชนาธิป ชินะนาวิน. อ้างแล้ว. เศรษฐกิจที่ 174. หน้า 49.

3.4 Company และ Corporation ความเหมือนและความแตกต่างโดยสังเขป

Corporation จัดได้ว่าเป็น นวัตกรรม ขั้นสุดยุคอันหนึ่งที่มนุษย์ได้คิดขึ้นสร้างสรรค์ขึ้น หลังจากเริ่มมีชุมชน มีอารยธรรม มีประดิษฐกรรมด้านต่างๆ เกิดขึ้นมากมายแล้วทำให้มีผลต่อเนื่อง มากมายมหาศาลจนถึงปัจจุบัน ในทุกๆ ด้าน ตั้งแต่อารยธรรม การเมืองการปกครอง การศาสนา และการค้าพาณิชย์

คำว่า Corporation แปลว่า Body ร่างกาย มาจากคำว่า Corpus (Latin “body”, or a “body of people”) ปัจจุบันเราเรียก Body of People ว่า องค์กร ซึ่งพบว่า เกิดมาตั้งแต่สมัยโรมันยุคโบราณ และ อาณาจักร Maurya (พระเจ้าอโศก) ในประเทศอินเดีย ในยุโรปยุคกลาง โบสถ์ต่างๆ จัดตั้งเป็น Corporation รวมไปถึง สถาบันโป๊ป มหานครลอนดอน City of London Corporation เป็นต้น

สาระสำคัญก็คือ การจัดตั้งเป็น Corporation จะทำให้องค์กรนั้นๆ คงอยู่ตลอดไป แยกไปจากชีวิตและการเป็นอยู่ของ สมาชิกคนใดคนหนึ่ง กล่าวคือ การแยกองค์กร Corporation (Juristic Body) บุคคลตามกฎหมายออกจากตัวเจ้าของหรือสมาชิกในองค์กรทำให้องค์กรคงอยู่และ ทำหน้าที่ได้เต็มที่ต่อเนื่องไปอย่างถาวรอันเรียกว่า หลักการ Separation of Body (Entity) and Owners ที่นับกันว่าเป็น Corporation ทางธุรกิจที่เก่าแก่ที่สุดในโลก ก็คือ Stora Kopparberg mining community Sweden ได้รับทะเบียนจัดตั้งจากพระมหากษัตริย์ ในปี ค.ศ. 1347

สิ่งที่เลื่องลือกันอย่างมาก ก็คือ นวัตกรรมการจัดตั้ง Corporation ของประเทศเนเธอร์แลนด์ หรือ ชาวดัตช์ (Dutch) ที่เอื้อและทำให้การค้าพาณิชย์ของประเทศเนเธอร์แลนด์ก้าวหน้าและรุ่งเรือง ที่สุดของโลกในยุคนั้น และเป็นรากฐานของรูปแบบ วิธีคิด การจัดตั้ง กฎหมายบริษัท Corporation ในปัจจุบันที่โด่งดังสุดๆ ก็คือ the Dutch East India Company ที่ออกมามีอิทธิพล ครองครอง ทำธุรกิจ ทางด้านตะวันออกอินเดีย อินโดนีเซีย รวมไปถึงไทย ตั้งแต่ครั้งกรุงศรีอยุธยาและ The Hudson's Bay Company ที่มุ่งไปตะวันตกโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาสมัยเกิดใหม่ เป็นอาณานิคม ประเทศอังกฤษ ได้เรียนรู้หลักการวิธีการทำธุรกิจและการจัดตั้ง Corporation จากผู้เชี่ยวชาญ ชาวดัตช์ และได้ใช้ วิธีการนี้ได้ผลอย่างกว้างขวางและรวดเร็วจนเป็นผลให้อังกฤษกลายมาเป็นผู้ทรงอิทธิพลทางการค้า พณิชย์ แทนเนเธอร์แลนด์ได้ในที่สุดและเป็นมหาอำนาจ ยิ่งใหญ่ที่สุดของโลกอยู่หลายร้อยปี

East India Company ได้รับสมญานามจากทั้งนักประวัติศาสตร์และผู้คนในยุคสมัยนั้น ว่าเป็นสมาคมทางการค้าพาณิชย์ที่ยิ่งใหญ่ที่สุดในจักรวาล “the grandest society of merchants in the universe” หลายนๆ ท่าน อาจไม่ทราบ ว่าบริษัท East India Company นี้ ทำหน้าที่เป็นผู้ปกครอง ประเทศอินเดียแทนรัฐบาลอังกฤษอยู่มากกว่า 100 ปี จนเกิดกบฏต่อต้านจากชาวอินเดียทำให้ รัฐบาลอังกฤษต้องเข้ามาดำเนินการปกครองดูแลเองโดยตรง และสร้างความมั่งคั่งให้ประเทศอังกฤษ

และผู้ถือหุ้นอย่างมากมายและรวดเร็ว จัดตั้งขึ้น ในปี ค.ศ. 1600 และเพียง 10 ปีต่อมา ค.ศ. 1611 ผลตอบแทนการลงทุนของผู้ถือหุ้นสูงถึง 150% ต่อปี

ในสหรัฐอเมริกาการจัดตั้งบริษัท เรียกว่า Incorporate บริษัทที่จัดตั้งแล้วตามกฎหมาย มีคำว่า Incorporated หรือ Incorporation ย่อเป็น Inc. ตามหลัง เช่น ร้านดัง Macy's Inc. Time Warner Inc. (เจ้าของ CNN) หรือใช้ คำว่า Corporation หลังชื่อ เช่น CBS Corporation

องค์กร Body ที่ไม่ใช่บริษัททางธุรกิจที่เก่าแก่ที่สุดของสหรัฐอเมริกา คือ มหาวิทยาลัย ฮาร์วาร์ด Harvard Corporation ที่เก่าแก่หลายร้อยปี หรือ Yale Corporation ที่ยังเป็นชื่อองค์กร ที่ใช้อยู่ปัจจุบัน

ระบบอังกฤษ ใช้เรียกว่า Company และต้องลงท้ายว่า Company Limited ย่อว่า Co.Ltd. ส่วน บริษัท มหาชน ใช้คำว่า Public Limited Company ย่อว่า Plc. เช่นเดียวกับ ระบบกฎหมายไทย ที่ต้องเริ่มว่า บริษัท และ ลงท้ายชื่อว่า จำกัด ย่อว่า บจก. ใช้เป็นภาษาอังกฤษว่า Company Limited ย่อว่า Co. Ltd. เหมือนกัน แต่บริษัทมหาชน ใช้คำว่า Public Company Limited ย่อว่า Pcl. (แบบไทยๆ) ภาษาไทยว่า บริษัท..... จำกัด (มหาชน) ย่อว่า บมจ.

ในปัจจุบันเมื่อเอ่ยถึง Corporation, Company จะเข้าใจว่า หมายความว่า หมายความถึง องค์กร (Body) ทางธุรกิจ ซึ่งอาศัยกลไกทางกฎหมายและการเงินขยายตัวใหญ่โต จนหลายบริษัทร่ำรวยใหญ่โต กว่าหลายๆ ประเทศมีอิทธิพล การค้าการเมืองมากมาย ในวันนี้ก็เริ่มมีนักคิด นักการเมือง นักปรัชญา นักเศรษฐศาสตร์ นักกฎหมายที่เริ่มวิตกกังวลถึงความใหญ่โตอิทธิพลอาณาจักรพลทางธุรกิจ ที่หลายๆ บริษัท หรือ Corporation ใหญ่กว่ามากกว่าหลายๆ ประเทศในโลก และมีอิทธิที่อาจมีผล เสียหายต่อประเทศ สังคม โดยรวมได้โดยง่าย เช่น ใน “Gangs of America: The Rise of Corporate Power and the Disabling of Democracy”¹⁹¹

ความเหมือนและความแตกต่างที่เห็นได้ชัดเกี่ยวกับ Company กับ Corporation ก็คือ Company นั้น เป็นองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทจำกัดที่เกิดจากการรวมตัวกันเพื่อดำเนินธุรกิจ อย่างเดียวกันกับ Corporation แต่ความแตกต่างนั้นอยู่ที่ว่า Corporation นั้นมีลักษณะเป็นกิจการที่ ทำธุรกิจขนาดใหญ่เกินกว่าหนึ่งกิจการและอาจดำเนินกิจการแบบครบวงจร นิยมใช้กับกิจการที่ ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “บรรษัทข้ามชาติ” โดยมี 2 ลักษณะคือ (1) เป็นแบบบริษัทแม่กับบริษัทลูก (Wholly subsidiziries) และ (2) เป็นบริษัทแบบร่วมทุน (Joint Ventures)

หากพิจารณาตามรูปแบบที่กล่าวมาข้างต้นบริษัทจำกัดความรับผิด (Limited Liability Company) นั้นมีลักษณะที่เรียกว่า Company กับ Corporation อยู่ในตัวอยู่แล้วขึ้นอยู่กับว่า บริษัทจำกัด

¹⁹¹ โสภณ รัตนกร. อ่างแก้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 214.

ความรับผิดชอบนั้นจะประกอบธุรกิจหรือดำเนินกิจการในลักษณะใด กล่าวคือ หากบริษัทจำกัดความรับผิดชอบ (LLC) นั้น ประกอบธุรกิจในลักษณะที่เป็นกิจการที่ไม่ใหญ่โตมากนัก และเป็นธุรกิจภายในประเทศ เราอาจเรียกบริษัทจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวนี้เป็น Company ก็ได้ แต่หากว่าบริษัทจำกัดความรับผิดชอบนี้เป็นบริษัทที่ดำเนินธุรกิจที่เกิดจากการร่วมทุนทั้งภายในประเทศและนอกประเทศ เปิดกิจการหลายสาขาหรือตั้งบริษัทจำกัดความรับผิดชอบอื่นๆ เพื่อร่วมมือกันประกอบธุรกิจอย่างนี้ เราสามารถเรียกบริษัทจำกัดความรับผิดชอบนี้ว่า Corporation ก็ได้

3.5 บริษัทในเครือ (บริษัทแม่และบริษัทลูก)

การดำเนินธุรกิจใหญ่ๆ มักจะมีการรวมตัวกันหลายๆ บริษัท เป็นกลุ่มหรือเครือข่ายเดียวกัน วิธีการดำเนินธุรกิจแบบนี้อาจเพื่อประโยชน์ทางด้านภาษี ด้านการบริหาร หรือการขยายงาน หรือเพื่อการแข่งขันทางการค้าก็ได้ นอกจากนั้น การที่บริษัทเดิมขยายงานกว้างขวางออกไปในหลายๆ ด้านต่างกัน อาจตั้งบริษัทย่อยๆ ขึ้นมารับกิจการแต่ละประเภทไปดำเนินงานก็ได้หรือในกรณีที่บริษัทหนึ่งเข้าครอบงำกิจการของอีกบริษัทหนึ่ง ถ้าไม่ประสงค์จะให้มีการควบบริษัทกันก็อาจให้บริษัทที่ถูกครอบงำยังคงดำเนินกิจการต่อไปร่วมกับบริษัทที่เข้าครอบงำกิจการ จึงเกิดกลุ่มบริษัทหรือบริษัทในเครือ โดยมีบริษัทแม่และบริษัทลูก บริษัทแม่มีอำนาจเหนือบริษัทลูกด้วยการเข้าไปครอบงำในการบริหารงานของบริษัทลูก ไม่ว่าจะโดยเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทลูก หรือมีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนกรรมการในบริษัทลูกก็ได้

บริษัทแม่บริษัทลูกอาจมีเป็นทอดๆ ต่อไปอีกก็ได้ เช่น บริษัท ก. ถือหุ้นใหญ่ในบริษัท ข. และบริษัท ข. ถือหุ้นใหญ่ในบริษัท ค. ดังนี้ บริษัท ก. ก็อาจเป็นบริษัทแม่ของบริษัท ข. และบริษัท ข. ก็เป็นบริษัทแม่ของบริษัท ค. อีกทอดหนึ่ง และบริษัท ค. ก็เป็นบริษัทลูกของบริษัท ก. ด้วย¹⁹²

การจัดบริษัทแม่และบริษัทลูกเป็นกลุ่มหรือเครือข่ายเดียวกันนี้ มีความมุ่งหมายหลายประการอาจเป็นเรื่องของระบบบัญชี ภาษี หรือการรักษาเงินทุน ซึ่งห้ามมิให้บริษัทลูกย้อนกลับไปถือหุ้นในบริษัทแม่อีก เป็นต้น นอกจากนั้นก็ยังมีการถกเถียงกันว่า กรณีที่บริษัทลูกมีหนี้สิน สันพันตัว บริษัทแม่จะต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทลูกด้วยหรือไม่ กล่าวคือ กรณีเช่นนี้ควรถือว่าบริษัททั้งสองเป็นนิติบุคคลเดียวกัน โดยไม่คำนึงถึงว่าต่างเป็นบุคคลแยกจากกันหรือไม่ เพราะอาจมีกรณีที่บริษัทแม่อาจตั้งบริษัทลูกขึ้นมาบังหน้า เพื่อฉ้อโกงประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทซึ่งดำเนินกิจการอันเสี่ยงต่อการก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนหรือสิ่งแวดล้อม อาจตั้งบริษัทลูกขึ้นมาดำเนินการแทนเพื่อตัดตอนความรับผิดชอบขึ้น หากเกิดความเสียหายขึ้น

¹⁹² โสภณ รัตนกร. อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 23. หน้า 213.

ผู้เสียหายก็ได้แต่ฟ้องเอาที่บริษัทลูกซึ่งไม่มีทรัพย์สินอะไรมาก แต่ไม่อาจฟ้องเอาที่บริษัทแม่ผู้เป็นเจ้าของกิจการที่แท้จริงได้¹⁹³

บริษัทจำกัดความรับผิด (Limited Liability Company: LLC) นิยมจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทลูก (Subsidiary) เนื่องจากว่าโลกแห่งการค้าเสรีทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง ประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเป็นเจ้าของเงินทุนนิยมจัดตั้งบริษัทเพื่อลงทุนในประเทศผู้รับการลงทุนซึ่งมักจะเป็นประเทศกำลังพัฒนา หรือประเทศด้อยพัฒนา เนื่องจากมีต้นทุนการดำเนินการน้อยกว่าหรือมีแหล่งทรัพยากรที่สมบูรณ์กว่า โดยบริษัทแม่ (Parent Company) ในประเทศผู้ลงทุนเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทลูกในประเทศผู้รับการลงทุน และมีอำนาจในการกำหนดนโยบายและควบคุมการดำเนินงานทั้งหมดของบริษัทลูก โดยบริษัทแม่จะเป็นทั้งผู้ถือหุ้นและทำหน้าที่เป็นกรรมการหรือเป็นผู้บริหารทั้งหมดของบริษัทลูก

¹⁹³ โสภณ รัตนกร. อ่างแก้ว. เชิงอรรถที่ 23. หน้า 213.