

บทที่ 4

วิเคราะห์ถึงเหตุผลความจำเป็นและผลกระทบในการแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดจำนวนของผู้เริ่มก่อการในการจัดตั้งบริษัท จำกัดตามมาตรา 1097 นั้น ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1012 อันเป็นหลักการพื้นฐานของการรวมตัวกันจัดตั้งองค์กรธุรกิจและทำให้เกิดผลกระทบต่อบรรดาคณะบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญและห้างหุ้นส่วนจำกัด ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงเหตุผลความจำเป็นและผลกระทบรวมทั้งปัญหาในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วน และบริษัท รวมทั้งข้อดีข้อเสีย และความจำเป็นในการแก้ไขด้วยดังต่อไปนี้

4.1 เหตุผลความจำเป็น และผลกระทบในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัด

4.1.1 เหตุผลในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัด

ในปัจจุบันองค์กรธุรกิจมีรูปแบบหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็น ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด ซึ่งรูปแบบขององค์กรธุรกิจตามที่กล่าวมาผู้ประกอบการธุรกิจสามารถเลือกให้เหมาะสมกับลักษณะของธุรกิจและความต้องการของการประกอบธุรกิจ โดยแต่ละรูปแบบ มีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันออกไป จากการศึกษาพบว่า องค์กรธุรกิจในรูปแบบวิสาหกิจ ขนาดกลางและขนาดย่อมมีความสำคัญกับระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมากกว่ารูปแบบ องค์กรธุรกิจรูปแบบอื่นๆ โดยจะเห็นได้ว่า จำนวนวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมมีจำนวน มากกว่าร้อยละ 90 จากองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่นๆ โดยวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อมนี้ มีรูปแบบการจัดตั้งทั้งที่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด โดยในการวิเคราะห์ ครั้งนี้ จะกล่าวถึงเพียงวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่จัดตั้งในรูปแบบของบริษัทจำกัดเท่านั้น

วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม หรือ Small and Medium Enterprises (SMEs) ที่จัดตั้ง ในรูปแบบของบริษัทนั้นจะถูกกำหนดโดยจำนวนของลูกจ้างและรายได้ของธุรกิจเพื่อประโยชน์

ในการได้รับสิทธิประโยชน์ในการได้รับการส่งเสริมจากภาครัฐ กล่าวคือ กรณีแรกการกำหนดจากมูลค่าชั้นสูงของสินทรัพย์ถาวร

1) กิจการการผลิต วิสาหกิจขนาดกลางมีทรัพย์สินถาวรไม่เกิน 200 ล้านบาท หากเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีทรัพย์สินถาวรไม่เกิน 50 ล้านบาท

2) กิจการบริการวิสาหกิจขนาดกลางมีทรัพย์สินถาวรไม่เกิน 200 ล้านบาท หากเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีทรัพย์สินถาวรไม่เกิน 50 ล้านบาท และ

3) กิจการการค้า สำหรับการค้าส่ง วิสาหกิจขนาดกลางมีทรัพย์สินถาวรไม่เกิน 100 ล้านบาท หากเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีทรัพย์สินถาวรไม่เกิน 50 ล้านบาท หากเป็นกิจการค้าปลีกถ้าวิสาหกิจขนาดกลางมีทรัพย์สินถาวรไม่เกิน 60 ล้านบาท หากเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีทรัพย์สินถาวรไม่เกิน 30 ล้านบาท

กรณีที่สอง ลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแบ่งลักษณะโดยการจ้างแรงงาน

1) กิจการการผลิตหากเป็นวิสาหกิจขนาดกลางมีการจ้างงานไม่เกิน 200 คน หากเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีการจ้างงานไม่เกิน 50 คน

2) กิจการบริการหากเป็นวิสาหกิจขนาดกลางมีการจ้างงานไม่เกิน 200 คน หากเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีการจ้างงานไม่เกิน 50 คน

3) กิจการการค้า กรณีเป็นการค้าส่ง หากเป็นวิสาหกิจขนาดกลางมีการจ้างงานไม่เกิน 50 คน หากเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีการจ้างงานไม่เกิน 25 คน แต่หากเป็นการค้าปลีก กรณีเป็นการค้าส่ง หากเป็นวิสาหกิจขนาดกลางมีการจ้างงานไม่เกิน 30 คน หากเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีการจ้างงานไม่เกิน 15 คน

สำหรับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม หรือ SMEs ที่จัดตั้งในรูปแบบบริษัทนั้น จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ประมวลกฎหมายและพาณิชย์ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ผู้ที่จัดตั้งบริษัทนั้นจะต้องมีผู้เริ่มก่อการจำนวน 3 คนตามมาตรา 1097 ความว่า “บุคคลใดๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อการและจัดตั้งบริษัทจำกัดก็ได้ โดยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้” จากบทบัญญัติจะเห็นได้ว่า การก่อตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทนั้นจะต้องมีหุ้นส่วนอย่างน้อยสามคนเป็นอย่างน้อย ซึ่งจำนวนของผู้เริ่มก่อการนี้สำหรับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมบางแห่งผู้เริ่มจัดตั้งนั้นอาจมีเพียงหนึ่งหรือสองคนเท่านั้น เนื่องจากว่าวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมนั้นเป็นองค์กรธุรกิจขนาดเล็ก แม้จะสามารถเลือกจัดตั้งในรูปแบบห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ก็ตาม แต่เนื่องจากว่าองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทนั้นได้รับความนิยมนและมีความน่าเชื่อถือมากกว่าห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดเสียอีก ปัญหาที่เห็นได้ชัดตามมา

ก็คือ การที่กฎหมายบัญญัติให้การจัดตั้งบริษัทนั้นจะต้องประกอบไปด้วยผู้เริ่มก่อการจำนวนสามคนขึ้นไปตามมาตรา 1097 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ประกอบการหลายรายจะต้องหาบุคคลอื่นที่มีได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมเพื่อทำกิจการร่วมกันเพื่อให้ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดนั่นเอง

เมื่อพิจารณาประกอบกับประเทศไทยเองมีการเข้าร่วมกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หรือ AEC ซึ่งต้องให้ความสำคัญกับการประกอบธุรกิจของภาคอุตสาหกรรม หากกรณีเป็นการเข้ามาลงทุนภายในประเทศของนักลงทุนต่างชาติ ทั้งที่เข้ามาโดยรูปแบบนิติบุคคลหรือนุคคลธรรมดา หากต้องติดปัญหาเกี่ยวกับจำนวนของผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทที่ต้องมีถึงสามคนอาจทำให้เกิดการนำบุคคลอื่นเข้ามาเป็นถือหุ้นในบริษัทที่ตั้งขึ้นใหม่เพียงหนึ่งหุ้น โดยไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ ต่อบริษัทเลยก็เป็นได้

การจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มี 2 ประเภทหลักๆ คือ ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัด เราเอาเปรียบเทียบนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายทั้งสองในเรื่องของจำนวนผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทแล้วมีความแตกต่างกันเพียงหนึ่งคนเท่านั้น แต่อาจมีความต่างกันในส่วนรายละเอียดอื่นอีกบ้างบางประการ ซึ่งหากห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลต้องการเปลี่ยนสภาพมาเป็นบริษัทจำกัด ปัญหาของห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล คือ การหาหุ้นส่วนเพิ่มอีกหนึ่งคนเพื่อให้ครบองค์ประกอบตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด หากมองในมุมห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลสามารถจัดตั้งโดยหุ้นส่วนตั้งแต่สองคนขึ้นไปจดทะเบียนจัดตั้งหรืออาจเปลี่ยนสภาพจากห้างหุ้นส่วนสามัญมาเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลก็ได้ จากความสามารถในการเปลี่ยนแปลงสภาพบุคคลตามที่กฎหมายกำหนดได้ แต่กับการเปลี่ยนสภาพเป็นบริษัทจำกัด จะเห็นได้ว่า การจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดที่แก้ไขใหม่นั้นยังไม่สามารถตอบสนองหรือเข้าถึงความต้องการที่แท้จริงของเอกชนที่เป็น SMEs ได้ เนื่องจากได้กล่าวมาแล้วว่าธุรกิจขนาดย่อมนั้นเกิดขึ้นมาจากกิจการขนาดเล็กที่ผู้ก่อตั้งธุรกิจนั้นเริ่มมาจากบุคคลในครอบครัวเดียวกันหรืออาจเริ่มต้นมาจากบุคคลเพียงคนเดียวเท่านั้น และธุรกิจขนาดเล็กเหล่านี้เกิดขึ้นมามากมายไม่เว้นแต่ละวัน บางก็เป็นธุรกิจที่มีได้จดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด บางก็จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย ปัญหาเกิดแต่เฉพาะธุรกิจที่มีได้จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ จากปัญหาที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่า องค์กรธุรกิจในรูปแบบของวิสาหกิจขนาดเล็ก หรือ SMEs นั้น มีฐานมาจากธุรกิจครอบครัวซึ่งเป็นการเริ่มต้นธุรกิจมาจากบุคคลในครอบครัวหรือบุคคลเพียงคนเดียวเท่านั้น ซึ่งธุรกิจเหล่านี้นับวันยังมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น

การกำหนดจำนวนขั้นต่ำของการก่อตั้งทำให้เงื่อนไขมันเยอะเกินไป ควรให้การจัดตั้งขึ้นใหม่หรือการเปลี่ยนแปลงจากห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดมาเป็นบริษัทนั้น

สามารถทำได้โดยง่ายหรือสอดคล้องกัน ไม่ควรแยกให้มีความแตกต่างกันจนไม่จำเป็นต้องนำเอาบุคคลที่ไม่มีเจตนาทำธุรกิจร่วมกันเข้ามาเป็นหุ้นส่วนด้วย

ปัญหาเรื่องการนำบุคคลที่มีได้มีเจตนาทำธุรกิจร่วมกันเข้ามาเป็นหุ้นส่วนเพื่อให้ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดนั้น ทำให้เกิดแนวความคิดในการเสนอเพื่อปรับลดจำนวนของผู้เริ่มก่อนการจัดตั้งบริษัทตามมาตรา 1097 จากสามคนให้เหลือเพียงสองคน เพื่อให้เป็นการสะดวกแก่ผู้ที่ต้องการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทหรือสะดวกต่อห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ต้องการเปลี่ยนสภาพมาเป็นบริษัทจำกัด ทั้งยังเพื่อให้สอดคล้องเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012

แนวความคิดในเรื่องการลดจำนวนผู้เริ่มก่อนการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามมาตรา 1097 นั้น ได้รับอิทธิพลหรือฐานความคิดมาจากการพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร ฉบับที่ 39 พ.ศ. 2557 โดยให้เพิ่มเติมบทคำว่า “คณะบุคคลที่มีใช้นิติบุคคล” ในนิยามมาตรา 3 ว่า “คณะบุคคลที่มีใช้นิติบุคคล หมายความว่า บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงกระทำการร่วมกันอันมิใช่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ” ซึ่งเหตุผลในการเพิ่มเติมประมวลรัษฎากรนี้ก็เพื่อปรับปรุงการจัดเก็บภาษีเงินได้จากห้างหุ้นส่วนสามัญหรือคณะบุคคลที่มีใช้นิติบุคคลเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นการหามาตรการเพื่อจัดเก็บภาษีของธุรกิจ SMEs ที่มีได้มีการจัดตั้งในรูปแบบองค์กรธุรกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะสังเกตได้ว่าประมวลรัษฎากรนั้นพิจารณาหลักเกณฑ์ในการจัดเก็บภาษีโดยถือเอาหลักการรวมตัวกันเพื่อประกอบกิจการตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยมีได้พิจารณาว่าจะได้มีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลหรือไม่ หากเข้าหลักเกณฑ์การร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปประกอบธุรกิจแล้วจะต้องถูกจัดเก็บภาษีด้วยกันทั้งสิ้น

จากแนวความคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร ฉบับที่ 39 พ.ศ. 2557 นั้น สอดคล้องกับแนวคิดของผู้เขียนที่ว่าธุรกิจประเภทที่เป็นธุรกิจขนาดเล็กหรือ SMEs นั้น ในปัจจุบันมิได้มีการจดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมายมากนักทำให้ภาครัฐเองไม่สามารถที่จะจัดเก็บภาษีจากธุรกิจเหล่านี้ได้ จึงต้องการที่จะเสนอแนวคิดที่จะอำนวยความสะดวกหรือเพื่อให้สามารถจัดตั้งได้ง่ายขึ้น โดยการแก้ไขจำนวนของผู้เริ่มก่อนการจัดตั้งบริษัทจำกัดให้เหลือเพียงสองคน ทั้งสำหรับการจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นใหม่และการเปลี่ยนสภาพจากห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดมาเป็นบริษัทจำกัด

จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบของบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยการลดจำนวนของผู้เริ่มก่อนการหรือผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1097 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้จะสามารถทำให้ผู้ประกอบการขนาดเล็กที่มีจำนวนผู้เริ่มก่อนการหรือผู้ถือหุ้นจำนวนน้อยกว่าสามคนที่มีความประสงค์จะจัดตั้ง

บริษัทเพื่อดำเนินธุรกิจสามารถจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทได้ โดยไม่จำเป็นต้องนำบุคคลที่ไม่มีเจตนาเข้าร่วมกันเพื่อทำธุรกิจตามหลักการการรวมตัวกันขององค์กรธุรกิจตามหลักการเบื้องต้นของการของการเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ความว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงได้แต่กิจการที่ทำได้”

จากข้อความตามมาตรา 1012 อาจขยายความได้ว่า ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบด้วยกัน 3 ประการ กล่าวคือ

1) การจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นเป็นสัญญาชนิดหนึ่งจึงต้องมีการตกลงร่วมกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปซึ่งในกรณีของบริษัทนั้นก็จัดตั้งแต่สามคนขึ้นไป

2) สำหรับการกระทำการกิจการร่วมกันซึ่งอาจเป็น

(1) การกระทำการอันเดียวกัน กล่าวคือ การที่บุคคลเข้าหุ้นกันนั้นต่างมีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์อันเดียวกันหรือในแนวเดียวกัน ซึ่งมีความมุ่งหมายจะทำการค้าด้วยกันนั่นเอง

(2) ดำเนินการร่วมกัน สำหรับการดำเนินการร่วมกันนั้นไม่ได้หมายความว่า ผู้ถือหุ้นของบริษัททุกคนจะต้องเข้าไปร่วมดำเนินงานของบริษัทด้วยตนเอง เพียงแต่ว่ามีสิทธิเข้าไปจัดการงานหรือควบคุมการจัดการงานของบริษัท ผู้ถือหุ้นอาจไม่มีสิทธินั้นๆ หรืออาจมอบหมายให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้นแทนตนเองได้ และ

(3) ไม่กระทำการแข่งขันกัน หมายความว่า บริษัทจัดตั้งขึ้นเพื่อหากำไรมาแบ่งกัน ในระหว่างผู้ถือหุ้น มีการร่วมทุนร่วมแรงร่วมกำไรขาดทุนกันการที่บุคคลจะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนกันก็มักจะเป็นเรื่องความไว้วางใจกัน กรรมการของบริษัทซึ่งเป็นผู้บริหารงานของบริษัทแทนผู้ถือหุ้นทั้งปวงอยู่ในฐานะที่รู้ความลับทางการค้าและอาจหาผลประโยชน์ใส่ตัวให้เป็นที่เสียหายแก่บริษัท และ

3) จากการร่วมตัวกันนั้นก็เพื่อทำกิจการนั้นเพื่อประสงค์จะแบ่งกำไรอันได้กิจการนั้น กล่าวคือ ลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งที่ทำให้สัญญาจัดตั้งบริษัทมีความแตกต่างจากสัญญาอื่นๆ คือ บริษัทเป็นสัญญาซึ่งเกิดขึ้นเพราะคู่สัญญาต่างประสงค์จะแสวงหาผลกำไรจากกิจการที่ทำมาแบ่งปันกัน เพราะฉะนั้น ประการแรก กิจการที่จะเป็นบริษัทได้นั้นย่อมจะต้องเป็นกิจการค้าหรือกิจการอื่น ซึ่งมีทางหาผลกำไร กิจการซึ่งไม่ประสงค์จะหากำไรหาอาจตั้งเป็นบริษัทได้ไม่ประการที่สอง ข้อตกลงหรือสัญญาที่เป็นบริษัทได้นั้น จะต้องมิใช่ข้อตกลงหรือสัญญาที่จะแบ่งผลกำไรกัน ข้อตกลงหรือสัญญาแบ่งรายได้แม้จะเป็นรายได้ที่เกิดจากธุรกิจการค้าอาจไม่ใช่บริษัท

แต่อาจเป็นสัญญาจ้างทำของหรือจ้างแรงงานโดยจ่ายค่าจ้างเป็นส่วนแบ่งของรายได้หรือเป็นกิจการร่วมค้าก็ได้

สืบเนื่องจากจำนวนของผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทจำกัดที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดเอาไว้ตั้งแต่สามคนขึ้นไป ทำให้บรรดาบุคคลธรรมดาหรือ ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ที่มีผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ถึงสามคนนั้นไม่สามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือเปลี่ยนสภาพมาเป็นบริษัทจำกัดได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้จะถูกแก้ไขจากผู้ที่ต้องการจัดตั้งบริษัทด้วยการนำบุคคลอื่นที่มีได้มีเจตนาที่จะเข้าร่วมทำธุรกิจด้วยนั้นเข้ามาถือหุ้นเพียงเล็กน้อย (หนึ่งหุ้น โดยประมาณ) เพื่อให้ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการแก้ปัญหานี้เกิดขึ้นตั้งแต่เริ่มกระบวนการจัดตั้งเป็นบริษัทหรือการเปลี่ยนสภาพจากห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดมาเป็นบริษัทจำกัด โดยกระบวนการเอาบุคคลที่ไม่มีเจตนาเข้ามาเป็นหุ้นส่วนเพื่อทำกิจการร่วมกันเข้ามาเป็นหุ้นส่วนเพิ่มเติม นั้น สงเกตได้จากปัญหาที่เกิดขึ้นก่อนการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ทำการลดจำนวนผู้เริ่มก่อการจาก 7 คนให้เหลือเพียง 3 คนนั้นก็เกิดปัญหาเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การจัดตั้งบริษัทจำกัดแต่เดิมนั้นต้องมีบุคคลเข้าร่วมกันทำธุรกิจอย่างน้อย 7 คนขึ้นไป จึงเป็นการยากที่ธุรกิจหนึ่งนั้นจะมีผู้ที่มีเจตนาทำธุรกิจร่วมกันถึง 7 คน จึงมีการนำบุคคลที่มีได้มีเจตนาเป็นหุ้นส่วนมาตั้งแต่ตนเข้ามาเป็นหุ้นส่วนโดยถือหุ้นเพียงคนละหนึ่งหุ้นเท่านั้น ประกอบกับธุรกิจจำพวก SMEs มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ธุรกิจประเภทนี้ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเองมีความเห็นว่า การแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้ ยังไม่เป็นการตอบสนองปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรม เนื่องจากว่ายังคงเกิดปัญหาการนำเอาบุคคลที่มีได้มีเจตนาเข้าร่วมกันทำธุรกิจเข้ามาเป็นหุ้นส่วนตามที่กำหนดเช่นเดิม ซึ่งเป็นการขัดกับหลักของการมีส่วนร่วมในการซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการรวมตัวกันเพื่อก่อตั้งธุรกิจ โดยผู้เขียนจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

ดังนั้นจากสาเหตุตามที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการให้บุคคลอื่นเข้ามาถือหุ้นในบริษัทเพื่อให้ครบหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งบางกรณีอาจเป็นกรณีการเข้ามาถือหุ้นเพียงหนึ่งหุ้นเท่านั้น ปัญหาดังกล่าวนี้ จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท จำนวนของผู้เริ่มก่อการตามมาตรา 1097 ให้เหลือเพียงสองคน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่มีจำนวนมากมาย่างในปัจจุบัน

4.1.2 ความจำเป็นในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัด

เนื่องจากการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนของจำนวนของผู้เริ่มก่อการหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทให้เหลือจำนวนสามคนนั้น ก็เพื่อวัตถุประสงค์ให้การจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นมีความสะดวกมากขึ้นและสามารถทำให้ผู้ที่ต้องการจะจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นสามารถจัดตั้งบริษัทได้ง่ายขึ้น โดยมีผู้เริ่มก่อตั้งสามคน แต่ทั้งนี้การแก้ไขปัญหาดังกล่าวนั้นยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ครอบคลุมทั้งหมดเนื่องจากว่าบทบัญญัติตามมาตรา 1097 ยังไม่สอดคล้องกับมาตรา 1012 อันเป็นบทบัญญัติพื้นฐานของการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ ประกอบกับการกำหนดจำนวนของผู้เริ่มก่อการในลักษณะดังกล่าวนี้ทำให้องค์กรธุรกิจรูปแบบอื่นๆ ไม่สามารถจัดตั้งหรือเปลี่ยนแปลงมาเป็นบริษัทจำกัดได้ซึ่งจากปัญหาเกี่ยวกับจำนวนผู้เริ่มก่อการหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดตามมาตรา 1097 นั้นทำให้เกิดปัญหาเรื่องของการให้บุคคลอื่นเข้ามาถือหุ้นในบริษัทเพื่อให้ครบหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งบางกรณีอาจเป็นกรณีการเข้ามาถือหุ้นเพียงหนึ่งหุ้นเท่านั้นและปัญหาดังกล่าวนี้ทำให้หลักการตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงได้แต่กิจการที่ทำได้นั่นเอง ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 ให้เหลือจำนวนของผู้เริ่มก่อการเพียงสองคนเท่านั้นเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 1012

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบริษัทจำกัดมาตรา 1012 วางหลักเอาไว้ว่า “การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงได้แต่กิจการที่ทำได้” นั้น จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นต้องการบุคคลที่ต้องการทำธุรกิจร่วมกัน มิได้ต้องการบุคคลที่มีได้มีเจตนาทำธุรกิจรวมกันเท่านั้นจึงจะเป็นสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท มิฉะนั้นแล้วการเข้าร่วมกันดังกล่าวจะมีใช้สัญญาเพื่อจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น การจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นต้องประกอบไปด้วยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อดำเนินกิจการร่วมกันโดยประสงค์จะแบ่งปันผลกำไรอันเกิดจากกิจการที่ร่วมกันทำนั้น แต่หากมีเพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่ขาดเจตนาตามที่กฎหมายกำหนด แต่เข้ามาให้ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายต้องการเท่านั้นโดยมากจะเข้ามาถือหุ้นเพียงหุ้นเดียวเนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องถือหุ้นเป็นจำนวนเท่าใด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1100 เพียงแต่กำหนดว่า “ผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทจะต้องซื้อหุ้นหนึ่งหุ้นเป็นอย่างน้อย” เท่านั้นเอง ซึ่งปัญหานี้ทำให้เกิดการเข้ามาถือหุ้นให้ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

หากพิจารณาหลักการของมาตรา 1012 แล้ว “การจัดตั้งบริษัทเป็นสัญญาเพื่อทำกิจการร่วมกัน” นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาชนิดหนึ่งที่คู่สัญญาต้องมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันเพื่อก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ จึงจะเกิดเป็นสัญญาได้ และวัตถุประสงค์แห่งสัญญาของคู่สัญญานั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย มิฉะนั้นแล้วย่อมไม่ก่อให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ ดังนั้น เมื่อนำเอาหลักของสัญญามาพิจารณาประกอบกับสัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัดตามมาตรา 1012 นั้นเห็นได้ชัดเจนว่า เจตนาและวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาทั้งสามคนตามมาตรา 1097 นั้น หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีเจตนาเข้าร่วมจัดตั้งเพื่อทำกิจการร่วมกันตามเจตนารมณ์ของมาตรา 1012 แล้ว ย่อมถือว่าขัดกับเจตนารมณ์ของมาตรา 1012 แต่อย่างไรก็ตามมาตรการบังคับถึงผลของเรื่องดังกล่าวนี้นั้น กฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทนั้นจะมีได้มีมาตรการบังคับเอาไว้แต่อย่างไร ประกอบกับในเรื่องดังกล่าวนี้ยังไม่สามารถที่จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นรูปธรรมที่ชัดเจน แม้ว่าจะมีปัญหาเรื่องของการนำบุคคลที่มีได้มีเจตนาเข้ามาเป็นหุ้นส่วนอย่างแท้จริงก็ตาม

ดังนั้น การตกลงเข้าร่วมกันซึ่งเป็นสัญญาชนิดหนึ่งนั้น ผู้เข้าร่วมเข้าทำสัญญานั้นต้องมีเจตนาทำธุรกิจร่วมกันมาตั้งแต่ต้นนั่นเอง โดยเจตนารมณ์ของมาตรา 1012 เป็นที่ชัดเจนอยู่แล้วว่าต้องมีเจตนาร่วมกันทำธุรกิจ ซึ่งหากมิได้เป็นไปตามนั้นแล้วผลของมาตรา 1097 จะไม่สามารถบังคับใช้ได้ว่าเป็นรูปธรรมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 1012 และมาตรา 1097 เพราะมิฉะนั้นแล้ว ก็จะกลายเป็นว่าบทบัญญัติว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นสามารถบังคับใช้ได้ว่าเป็นรูปธรรม ที่กล่าวเช่นนี้ก็เนื่องมาจากว่าบทบัญญัติในสองมาตราที่กล่าวมานี้จะเป็นการวางหลักเกณฑ์ในเชิงตัวอักษรเท่านั้น แต่ไม่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายได้

นอกจากนั้นในกรณีหากมีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัดให้มีผู้เริ่มก่อการตามมาตรา 1097 ให้เหลือจำนวนเพียงสองคนเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการในมาตรา 1012 แล้วนั้นอาจทำให้เกิดข้อขัดแย้งต่อไปนี้ คือ

1) ช่วยลดปัญหาความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างตัวการตัวแทน กล่าวคือโดยทั่วไปแล้วบริษัทที่ผู้ถือหุ้นจำนวนมากนั้น โดยมากผู้ถือหุ้นเหล่านั้นจะแต่งตั้งกรรมการของบริษัทขึ้นมาเป็นตัวแทนในการดำเนินงานของบริษัทแทนผู้ถือหุ้น โดยผู้ถือหุ้นนั้นจะมีฐานะเป็นนักลงทุนเท่านั้นและมีความสามารถในการลงทุนเป็นหลักและไม่มีความรู้ ความสามารถเกี่ยวกับการบริหารจึงทำการแต่งตั้งตัวแทนขึ้นมาเพื่อทำการบริหารบริษัทแทนตนเอง โดยกรรมการบริษัทที่เป็นตัวแทนนั้นจะได้รับผลตอบแทนเป็นเงินเดือนในจำนวนที่แน่นอนไม่ว่าการดำเนินงานของบริษัทจะได้รับผลกำไรหรือขาดทุน จึงเป็นเหตุให้กรรมการบริหารงานของบริษัทถูกลด

หาผลประโยชน์ให้กับตนเอง เนื่องจากว่าตนเองไม่มีผลประโยชน์ใดๆ จากบริษัทเลยนอกจากเงินเดือนและผลตอบแทนที่ได้รับในจำนวนที่แน่นอนโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้น ดังนั้นการจัดตั้งบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเพียงสองคนซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทเองที่ดำรงตำแหน่งกรรมการของบริษัทในขณะเดียวกัน จึงไม่ก่อให้เกิดปัญหาการฉกฉวยโอกาสแสวงหาประโยชน์ เพื่อตนเองโดยไม่ชอบหรือการดำเนินงานที่ไม่เป็นประโยชน์สูงสุดของบริษัท

2) ช่วยให้ผู้ประกอบการขนาดเล็กมีทางเลือกในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจมากขึ้น กล่าวคือตามสภาพของการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการรายย่อยที่มีในประเทศไทยนั้น ส่วนมากจะเป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กและมีเจ้าของกิจการเพียงคนเดียวหรือสองคนเท่านั้น การที่ผู้ประกอบการเหล่านี้ต้องการที่จะก่อตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบนิติบุคคลนั้นสามารถทำได้เพียงการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น ซึ่งองค์กรธุรกิจเหล่านี้มีทั้งที่ถือว่าเป็นนิติบุคคลและบุคคลธรรมดา โดยไม่สามารถจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบของบริษัทได้ เนื่องจากจำนวนของผู้ถือหุ้นและความยุ่งยากในการจัดตั้งซึ่งหากมีการเปลี่ยนแปลงจำนวนผู้ถือหุ้นของบริษัทแล้วผู้ประกอบการรายย่อยดังกล่าวสามารถมีทางเลือกในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจได้หลากหลายขึ้น กล่าวคือ หากผู้ประกอบการสามารถแบกรับภาระในการรับผิดชอบในหนี้ขององค์กรธุรกิจได้มากและสามารถจัดตั้งได้ง่ายก็สามารถที่จะจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ เนื่องจากว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นมีหุ้นส่วนสองประเภท ได้แก่ หุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดและหุ้นส่วนจำไม่จำกัดความรับผิดซึ่งหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดนี้เองที่ต้องรับผิดชอบในหนี้ของห้างอย่างไม่จำกัดจำนวนส่วนหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดนั้นรับผิดชอบในหนี้ของห้างเพียงส่วนที่ตัวเองลงหุ้นไปในห้างหุ้นส่วนเท่านั้นตามมาตรา 1077 แต่หากผู้ประกอบการรายย่อยดังกล่าวไม่ต้องการที่จะแบกรับความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบในหนี้ของกิจการผู้ประกอบการก็สามารถจัดตั้งกิจการนั้นเป็นบริษัทจำกัดได้ แม้ว่าขั้นตอนการดำเนินการจะมีความยุ่งยากกว่าการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดก็ตาม จะเห็นได้ว่าบริษัทจำกัดค่อนข้างที่จะมีข้อจำกัดมากกว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดทั้งในเรื่องของขั้นตอนการจัดตั้งและจำนวนผู้ถือหุ้นนั่นเอง เนื่องจากว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นสามารถจัดตั้งได้โดยมีผู้เริ่มจัดตั้งได้เพียงสองคนเท่านั้นก็สามารถจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ตามมาตรา 1012 แต่สำหรับบริษัทจำกัดนั้นจะต้องมีผู้เริ่มก่อการอย่างน้อยสามคนตามมาตรา 1097

ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการรายย่อยเหล่านี้ดำเนินการจัดตั้งรูปแบบองค์กรธุรกิจได้หลากหลายมากยิ่งขึ้นจึงสมควรที่จะปรับลดจำนวนผู้เริ่มก่อการและผู้ถือหุ้นของบริษัทลงให้เหลือเพียงสองคนเท่านั้น เพื่อให้ผู้ประกอบการนั้นสามารถเลือกรูปแบบของธุรกิจได้หลากหลายขึ้น

3) ช่วยให้ภาครัฐสามารถจัดเก็บภาษีได้มากขึ้น กล่าวคือ จากที่กล่าวมาในข้อ (2) ว่าผู้ประกอบการรายย่อยในประเทศไทยนั้นมีจำนวนมากและธุรกิจรายย่อยเหล่านี้เป็นกลไกสำคัญที่ขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจ แต่อย่างไรก็ตาม ยังคงมีธุรกิจรายย่อยอีกเป็นจำนวนมากที่มีใ้ได้อยู่ในระบบภาษี ทำให้ภาครัฐเอกต้องขาดรายได้ต่อไปไม่น้อย กล่าวคือ บรรดาธุรกิจรายย่อยต่างๆ ที่ไม่อยู่ในระบบการจัดเก็บภาษีนั้นเกิดจากการที่ธุรกิจเหล่านี้เปิดกิจการและดำเนินกิจการ ต่อมาเมื่อไม่มีการจัดตั้งรูปแบบองค์กรธุรกิจ อย่างเช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด ธุรกิจรายย่อยเหล่านี้ก็ไม่อยู่ในระบบภาษีของรัฐ ปัญหาการจัดตั้งรูปแบบองค์กรธุรกิจรูปแบบองค์กรธุรกิจสำหรับธุรกิจรายย่อยเหล่านี้คือความยุ่งยากในการเตรียมเอกสาร ค่าใช้จ่าย และจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทนั่นเอง ดังนั้นการที่ภาครัฐควรสนับสนุนให้บรรดาธุรกิจรายย่อยเหล่านี้จัดตั้งองค์กรธุรกิจตามที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดจำนวนของผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้นควรกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจขนาดย่อยนั้นสามารถเข้ามาสู่ระบบได้ง่ายและควรมีการกำหนดมาตรฐานในเรื่องจำนวนของผู้ถือหุ้นของบริษัทและจำนวนผู้เป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนจำกัดให้เท่ากัน โดยกำหนดให้บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปนั้นสามารถจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทได้ ทั้งนี้เพื่อให้ภาครัฐสามารถจัดเก็บภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพได้อีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีหากมีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทให้มีผู้เริ่มก่อการตามมาตรา 1097 ให้เหลือจำนวนเพียงสองคนนั้น อาจทำให้เกิดข้อเสียดังต่อไปนี้ คือ

(1) บริษัทที่จัดตั้ง โดยผู้เริ่มก่อการเพียงสองคนทำให้บริษัทมีลักษณะเป็นบริษัทขนาดเล็กที่มีความสามารถในการระดมทุนจำกัด

บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นน้อยรายส่วนใหญ่เป็นบริษัทขนาดเล็กที่มีทุนจดทะเบียนจำนวนไม่สูงนัก และจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทจำกัดซึ่งไม่สามารถขายหุ้นให้แก่บุคคลโดยทั่วไปได้ ดังนั้น บริษัทที่มีผู้ถือหุ้นน้อยรายมีความสามารถในการระดมทุนจากบุคคลภายนอกได้น้อยกว่าบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนมาก ในบางกรณีจึงมีความจำเป็นจะต้องกู้ยืมเงินจากแหล่งเงินทุนที่มีต้นทุนต่ำที่สุดจากแหล่งเงินทุนภายในและภายนอกประเทศ โดยบริษัทจะต้องคำนึงถึงความสามารถในการชำระหนี้เป็นสำคัญ เนื่องจากหากบริษัทไม่มีความสามารถชำระหนี้เพียงพอบริษัทย่อมเสี่ยงต่อการประสบกับภาวะล้มละลายได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่บริษัทที่มีผู้ถือหุ้นน้อยรายเป็นบริษัทลูกที่มีบริษัทแม่ตั้งอยู่ในต่างประเทศมักจะทำการกู้ยืมเงินจากบริษัทแม่เพื่อนำมาใช้ในการดำเนินงานของบริษัท เนื่องจากมีต้นทุนต่ำกว่าการกู้ยืมเงินจากแหล่งเงินทุนภายนอกอื่นซึ่งนำไปสู่ปัญหาการจัดตั้งบริษัทด้วยต้นทุนต่ำเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีอากร

(2) บริษัทที่จัดตั้งโดยผู้เริ่มก่อการเพียงสองคนทำให้บริษัทที่มีผู้ถือหุ้นรายใหญ่เป็นผู้ครอบงำการดำเนินงานของบริษัท

บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นน้อยรายมักจะมีผู้ถือหุ้นรายใหญ่เพียงไม่กี่รายเป็นผู้มีอำนาจครอบงำการดำเนินงานของบริษัท โดยผู้ถือหุ้นรายย่อยมักจะไม่มีความสามารถในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัทมากนัก หรือในบางกรณีก็มีเพียงชื่อเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทในลักษณะเป็นผู้ถือหุ้นแทน (Nominee) เพื่อให้จำนวนผู้ถือหุ้นครบตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงบริษัทดังกล่าวทำให้อำนาจในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัทตกอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาการผูกขาดทางการค้า (Monopoly) ในการดำเนินธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งได้ นอกจากนี้ การซื้อหุ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อครอบงำการดำเนินงานของบริษัทยังสามารถทำได้ง่ายกว่าบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนมากเนื่องจากจำนวนผู้ถือหุ้นรายย่อยมีจำนวนไม่มากนัก แต่อย่างไรก็ดี ในบางประเทศซึ่งกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยจะมีการกำหนดห้ามมิให้มีการบังคับซื้อหุ้นจากผู้ถือหุ้นข้างน้อยเพื่อจำกัดสิทธิผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งมีอำนาจการต่อรองสูงมิให้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยนั่นเอง

(3) บริษัทที่จัดตั้งโดยผู้เริ่มก่อการเพียงสองคนทำให้การจัดการบริษัทไปโดยไม่คำนึงถึงหลักการแบ่งแยกระหว่างความเป็นเจ้าของและการจัดการ

บริษัทที่มีผู้ถือหุ้นน้อยรายมักจะดำเนินงานโดยไม่มีการแบ่งแยกระหว่างความเป็นเจ้าของและการจัดการ โดยผู้ถือหุ้นของบริษัทจะดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทด้วย ในขณะเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดปัญหาการแสวงหาประโยชน์เพื่อตนเองโดยมิชอบของกรรมการบริษัทหรือดำเนินงานของกรรมการโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบริษัท ผู้ถือหุ้นของบริษัทจึงสวมหมวกสองใบทั้งในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัท การดำเนินงานในลักษณะดังกล่าวถึงแม้จะช่วยลดปัญหาอันเกิดจากความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างตัวการและตัวแทน แต่ก็อาจจะทำให้การดำเนินงานของบริษัทเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้ถือหุ้นอาจจะไม่มีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัทเพียงพอ หรืออาจจะดำเนินงานเพื่อผลประโยชน์ของตนเองเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นอื่นซึ่งอาจจะเกิดเหตุที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างตัวการตัวแทน (Agency Problem) ระหว่างผู้ถือหุ้นข้างน้อยและผู้ถือหุ้นข้างมากภายในบริษัทได้

4.1.3 ผลกระทบในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัด

เมื่อพิจารณาหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2551 ระบุไว้เพียงว่า

“เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทใช้บังคับมาเป็นเวลานาน บทบัญญัติบางมาตราสร้างภาระโดยไม่จำเป็นแก่ประชาชนและก่อให้เกิดความยุ่งยาก ซ้ำซ้อน และความล่าช้าต่อการปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการ นอกจากนี้ ยังเป็นอุปสรรคต่อการเสริมสร้างศักยภาพในการแข่งขันของประเทศอีกด้วย ดังนั้น เพื่อขจัดปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวและเพื่อให้การดำเนินงานกิจการค้าในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนและบริษัทมีความคล่องตัวมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ผู้เขียนจึงสันนิษฐานว่า การลดจำนวนผู้เริ่มก่อการเป็นความตั้งใจของผู้ร่างกฎหมายที่จะทำให้การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทเป็นไปได้โดยง่ายขึ้น ส่วนข้อกำหนดที่ให้เริ่มก่อการจำนวนอย่างน้อยเจ็ดคนตามกฎหมายเก่านั้น ผู้เขียนสันนิษฐานว่าหากการแก้ไขกฎหมายนั้นทำเพื่อต้องการอำนวยความสะดวกกับธุรกิจทุกขนาดในการจัดตั้งบริษัทจำกัดได้ง่ายกว่าเดิมนั้นเอง แต่การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่เกี่ยวข้องกับงานสารนิพนธ์เล่มนี้ ได้แก้ไขมาตรา 1097 โดยกำหนดให้ผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทมีจำนวนตั้งแต่สามคนขึ้นไปนั้นย่อมเกิดผลกระทบต่อองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่น อันได้แก่ สมาคม ห้างหุ้นส่วนสามัญ และห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังต่อไปนี้

1) ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อคณะบุคคล

กล่าวคือ คณะบุคคลเป็นธุรกิจที่ดำเนินงานด้วยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปโดยได้ตกลงทำกิจกรรมร่วมกันมีวัตถุประสงค์ที่จะแบ่งปันผลกำไรตามอัตราส่วนที่ตกลงกันหรือแต่ละคนที่ได้ลงทุนในกิจการ คณะบุคคลจึงไม่มีสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในประมวลรัษฎากรให้ถือว่าเป็นหน่วยภาษีที่มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่แยกออกจากตัวบุคคลถือเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งตามมาตรา 56 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากรโดยเสียภาษีเช่นเดียวกันกับห้างหุ้นส่วนสามัญ

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า คำว่า “คณะบุคคล” นั้น ไม่ได้มีการนิยามเอาไว้เป็นการเฉพาะคงมีแต่ประมวลรัษฎากรที่ได้ให้วางหลักเกณฑ์ของคำว่าคณะบุคคลเอาไว้ให้ถือว่าคณะบุคคลนั้นเป็นหน่วยภาษีชนิดหนึ่งโดยใช้ความหมายเทียบเคียงจากคำว่าห้างหุ้นส่วนสามัญตามมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่วางหลักไว้ว่าห้างหุ้นส่วน คือ บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป

ตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แก่กิจการที่ทำนั้น เมื่อคณะบุคคลเป็นหน่วยภาวที่กำหนดยกขึ้นตามประมวลรัษฎากรเพื่อให้ครอบคลุมการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา จึงอาจให้คำนิยามได้ว่า “คณะบุคคล” หมายถึง บุคคลธรรมดาตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน แต่ไม่มีวัตถุประสงค์จะแบ่งปันผลกำไรที่ได้จากกิจการที่ทำนั้น การจัดตั้งคณะบุคคลนั้นหากพิจารณาจากการนิยามลักษณะตามที่ประมวลรัษฎากรกำหนดเอาไว้ในลักษณะของการจัดตั้งจะเป็นการจัดตั้งโดยไม่มี การประกอบการค้าและนำกำไรมาแบ่งกัน ดังเช่นห้างหุ้นส่วนสามัญก็ตาม แต่การรวมตัวกันเพื่อจัดตั้งเป็นสมาคมนั้นก็ยังคงใช้หลักการพื้นฐานของการรวมตัวกันขององค์กรธุรกิจในรูปแบบอื่น อาทิเช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดนั่นเอง แต่การจัดตั้งคณะบุคคลที่ดูเหมือนว่าจะจะเป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบันนี้เป็นปัญหาเรื่องของการจัดตั้งคณะบุคคลเพื่อเป็นการกระจายรายได้เพื่อให้เสียภาษีที่ถูกลงหรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการวางแผนทางภาษีอากรนั่นเอง ซึ่งปัญหานี้ในปัจจุบันยังไม่สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างจริงจัง การจัดตั้งคณะบุคคลในลักษณะนี้นั้นเมื่อนำมาพิจารณาเกี่ยวกับการรวมตัวกันเป็นองค์กรธุรกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 และการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 และผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขมาตรา 1097 ให้จำนวนของผู้เริ่มก่อการหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดนั้นเหลือจำนวนสามคนนั้นย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 1012 และเกิดผลกระทบต่อคณะบุคคล กล่าวคือ การจัดตั้งคณะบุคคลนั้นผู้จัดตั้งจะจดทะเบียนคณะบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ได้ หากจดทะเบียนคณะบุคคลเป็นนิติบุคคลแล้วคณะบุคคลก็จะกลายเป็นบุคคลต่างหากจากสมาชิกในคณะบุคคลและเสียภาษีในนามนิติบุคคล แต่หากไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้วก็ถือว่าเป็นองค์กรชนิดหนึ่งและหากมีเงินได้จากกิจกรรมของคณะบุคคลนั้นก็เสียภาษีในนามบุคคลธรรมดา โดยผู้ที่เป็นสมาชิกของคณะบุคคลนั้น และจากการศึกษาพบว่า การจัดตั้งคณะบุคคลนั้นโดยสภาพปัญหาที่พบ ก็คือ มีการนิยมนำจัดตั้งคณะบุคคลขึ้นมาเพื่อเป็นตัวแทนในกลุ่มบุคคลเพื่อทำกิจกรรมที่มีเงินได้และเสียภาษีในนามคณะบุคคลเสียก่อนก่อนที่จะนำเงินได้นั้นให้แก่สมาชิกในคณะบุคคลนั้นที่พบเห็นได้บ่อยที่สุดก็ได้แก่ ธุรกิจการก่อสร้างขนาดใหญ่ทำการจัดตั้งคณะบุคคลขนาดเล็กหลายๆ คณะบุคคลเข้ามาดำเนินกิจกรรมในหลายๆ ส่วนของการก่อสร้างทำให้ธุรกิจก่อสร้างลดการจ่ายภาษีลงได้อย่างมาก ซึ่งปัญหาเหล่านี้ทำให้ภาครัฐสูญเสียรายได้อย่างมาก เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 1097 แล้วจะเห็นได้ว่า การแก้ไขมาตรา 1097 ในเรื่องจำนวนผู้เริ่มก่อการนั้นย่อมเป็นการยากที่คณะบุคคลที่จัดตั้งขึ้นโดยบุคคลเพียงสองรายที่จะเปลี่ยนมาเป็นการจัดตั้งเป็นองค์กรธุรกิจอื่นๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 1097 ให้บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปนั้นสามารถจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดได้ ย่อมเป็นทางเลือกให้ผู้ที่จะจัดตั้งคณะบุคคลนั้นสามารถเข้าถึงการจัดตั้งคณะบุคคลเป็นบริษัทได้

2) ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อห้างหุ้นส่วนสามัญ

ในกรณีห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจพื้นฐานที่สุดของการรวมตัวกันเพื่อประกอบธุรกิจ โดยการรวมตัวกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปตามมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นกฎหมายมิได้กำหนดให้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล แต่หากจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้วก็จะกลายเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดทันที เมื่อพิจารณาการแก้ไขจำนวนของผู้เริ่มก่อการในการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามมาตรา 1097 นั้นย่อมเกิดผลกระทบต่อห้างหุ้นส่วนสามัญในส่วนของการจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัด ซึ่งการเป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นมีความรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัดจำนวนจะแตกต่างกับผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดที่จะต้องรับผิดชอบในหนี้ของหนี้บริษัทเพียงไม่เกิดจำนวนที่ยังส่งใช้ค่าหุ้นไม่ครบเท่านั้นหากมีการชำระค่าหุ้นครบถ้วนแล้วก็ไม่มีความรับผิดชอบใดๆ ต่อเจ้าหนี้ของบริษัท เมื่อมีการกำหนดจำนวนของผู้เริ่มก่อการไว้ตั้งแต่สามคนขึ้นไปนั้นทำให้ผู้ที่มีเจตนาที่จะก่อตั้งบริษัทจำกัดแต่มีการเข้าร่วมกันจัดตั้งเพียงสองคนซึ่งเข้าหลักเกณฑ์มาตรา 1012 ที่วางหลักเอาไว้เท่านั้น แต่ไม่สามารถจัดตั้งบริษัทจำกัดได้เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 1097 นั้นไม่สอดคล้องกับหลักการในการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตามมาตรา 1012

3) ผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อห้างหุ้นส่วนจำกัด

ห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 1078 โดยมีผู้ถือหุ้นด้วยกันสองประเภท คือ หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบ ซึ่งต้องรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนจำกัดไม่เกินจำนวนเงินที่ตนลงหุ้น และหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบซึ่งต้องรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนจำกัดอย่างไม่จำกัดจำนวนเช่นเดียวกับหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญและเฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบเท่านั้นที่จะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการได้ตามมาตรา 1077 และมาตรา 1087 ซึ่งแตกต่างจากบริษัทจำกัดที่ผู้ถือหุ้นนั้นจะต้องรับผิดชอบเฉพาะเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบเท่านั้น โดยการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนอาจเข้าร่วมกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น จากพื้นฐานของสัญญาการเข้าร่วมกันจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด มาตรา 1012 ประกอบมาตรา 1078 โดยการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบนั้นจะต้องแบกรับภาระจากการรับผิดชอบอย่างไม่จำกัดจำนวนในหนี้ของห้างหุ้นส่วนจำกัด ในจำนวนของผู้เริ่มก่อตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดกับจำนวนของผู้เริ่มก่อการของบริษัทจำกัดนั้นมีความแตกต่างกันอยู่ โดยพิจารณาจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องของจำนวนผู้เริ่มก่อการให้มีจำนวนตั้งแต่สามคนขึ้นไปนั้นทำให้ผู้ที่จัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ต้องการจะจัดตั้งหรือเปลี่ยนแปลงสภาพบริษัทจำกัดนั้นไม่สามารถดำเนินการจัดตั้งได้

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปเกี่ยวกับผลกระทบจากการจากการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับจำนวนผู้เริ่มก่อการตามมาตรา 1097 ที่กระทบต่อคณะบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญและห้างหุ้นส่วนจำกัด กล่าวคือ จากหลักการพื้นฐานของการรวมตัวกัน เพื่อจัดตั้งเป็นองค์กรธุรกิจนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ได้วางหลักอันเป็นใจความสำคัญว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น” ประกอบกับมาตรา 1013 ได้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องนี้ ความว่า “อันห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น ท่านกำหนดเป็นสามประเภท คือ (1) ห้างหุ้นส่วนสามัญ (2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด (3) บริษัทจำกัด” เมื่อพิจารณามาตรา 1012 มาตรา 1013 และมาตรา 1097 ประกอบกันแล้วจะเห็นได้ว่า ลักษณะประการสำคัญของการจัดตั้งองค์กรธุรกิจนั้นมีหลักการมาจากการรวมตัวกันของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อที่จะทำการกิจการร่วมกันนั่นเอง การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 กำหนดไว้ว่า “บุคคลใดๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ โดยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ และกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้” ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการเบื้องต้นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1012 นั้นเอง ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ทำให้เกิดผลกระทบต่อบรรดา คณะบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญ และห้างหุ้นส่วนจำกัด ในการใช้สิทธิจากการรวมตัวกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทได้

4.2 ปัญหาในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัด

บริษัท หมายถึง องค์กรธุรกิจประเภทหนึ่งที่ประกอบไปด้วยบุคคลที่เข้ามารวมตัวกัน จัดตั้งบริษัทขึ้น โดยมีเจตนารมณ์เพื่อดำเนินธุรกิจร่วมกัน โดยบุคคลเหล่านั้นมีความสนใจในการยอมรับผลกำไรและผลขาดทุนอันเกิดจากการดำเนินงานของบริษัทนั้น อย่างไรก็ตาม มีผู้กล่าวว่าการให้คำจำกัดความว่า “บริษัท” เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเอียงเอนของคนที่ให้คำจำกัดความนั้น กล่าวคือ การให้คำจำกัดความของคำว่าบริษัทของบุคคลย่อมมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับทัศนะของคนที่ให้คำจำกัดความนั้นว่ามองบริษัทในด้านใด นักกฎหมายบางคนอาจอธิบายว่าบริษัทเป็นสัญญา โดยถือว่าบริษัทไม่ได้เป็นอะไรมากไปกว่าข้อตกลงข้อตกลงทั้งหลายที่รวมกัน ซึ่งนำไปสู่การจัดตั้งบริษัท บางคนอาจมองว่าบริษัท คือ เครื่องมืออย่างหนึ่งซึ่งเป็นที่รวมของเงินทุนเพื่อทำกิจกรรมการผลิตและจำหน่ายสินค้าและบริการและการลงทุน ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงถือข้อสันนิษฐานที่สำคัญว่าพื้นฐานของกฎหมายบริษัทควรมีจุดมุ่งหมายเพื่อยกระดับกำไรของบริษัทเพื่อเพิ่มมูลค่าของเจ้าของบริษัทซึ่งก็คือผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ บางคนอาจเห็นว่าบริษัท คือ สิ่งไม่มีชีวิตที่ถูกประดิษฐ์ขึ้นอย่างหนึ่ง

มองไม่เห็น จับต้องไม่ได้ แต่ดำรงอยู่ในความคิดของนักกฎหมายเท่านั้น การเป็นเพียงสิ่งที่กฎหมายสร้างขึ้นนี้ทำให้บริษัทมีคุณสมบัติต่างๆ ตามที่บทบัญญัติในการจัดตั้งมอบให้กับบริษัทอีกประการหนึ่ง ได้แก่ การมีชีวิตเป็นนิรันดร์และอาจหมายรวมถึงลักษณะความเป็นหนึ่งซึ่งนำไปสู่การรับช่วงกันอย่างต่อเนื่องของคนหลายคนซึ่งถือได้ว่าเหมือนกันและอาจกระทำการเหมือนบุคคลคนเดียว¹

ทฤษฎีองค์กรธุรกิจสมัยใหม่ ถือว่าบริษัทเป็นสิ่งที่ถูกสมมติขึ้น ทั้งนี้บริษัทเปรียบเสมือนเป็นเกาะกำบังให้แก่ผู้ถือหุ้นที่รวมตัวกันเพื่อจัดตั้งบริษัทเพื่อให้ได้รับประโยชน์จากหลักการจำกัดความรับผิดชอบของนิติบุคคล เนื่องจากบริษัทมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น บริษัทสามารถใช้สิทธิในการดำเนินงานต่างๆ ในนามของตนเอง รวมทั้งมีสิทธิหน้าที่ที่จะปฏิบัติเป็นการเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนด ในระยะเริ่มการประกอบธุรกิจจะเป็นกิจการขนาดเล็ก การจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจในระยะแรกจึงมีลักษณะไม่ซับซ้อน และเป็นรูปแบบของธุรกิจครอบครัว แต่ต่อมาเมื่อมีการขยายการลงทุนบริษัทจึงต้องการเงินทุนเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินงานมากขึ้น จึงมีการออกหุ้นเพื่อระดมเงินทุนจากบุคคลภายนอกทั้งในการระดมทุนจากบุคคลในรูปบริษัทจำกัด และการระดมทุนจากบุคคลในวงกว้างโดยมีตลาดทุนเป็นศูนย์กลางในรูปแบบบริษัทมหาชนจำกัด ทั้งนี้ บริษัทสมัยใหม่มักจะเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่มีการระดมทุนจากผู้ถือหุ้นจำนวนมาก แต่อย่างไรก็ดี ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทก็มักจะเป็นสมาชิกในครอบครัวเดียวกัน นอกจากนี้กรรมการบริหารของบริษัทก็มักจะเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท ดังนั้น จึงเป็นที่เห็นได้ว่าแม้บริษัทสมัยใหม่จะมีการระดมทุนจากผู้ถือหุ้นจำนวนมากเพื่อขยายการลงทุน แต่ผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจครอบงำการดำเนินงานของบริษัทก็ยังคงเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกันเช่นเดียวกับการจัดตั้งบริษัทครอบครัวในอดีตนั่นเอง

ในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2551 นั้น ตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2551 ระบุ “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทใช้บังคับมาเป็นเวลานาน บทบัญญัติบางมาตราสร้างภาระโดยไม่จำเป็นแก่ประชาชนและก่อให้เกิดความยุ่งยาก ซ้ำซ้อน และความล่าช้าต่อการปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการ นอกจากนี้ ยังเป็นอุปสรรคต่อการเสริมสร้างศักยภาพในการแข่งขันของประเทศอีกด้วย ดังนั้น เพื่อขจัดปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวและเพื่อให้การดำเนินกิจการค้าในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนและบริษัทมีความคล่องตัวมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตรา

¹ สังเวียน อินทวิชัย. (2545). *รวมบทความการกำกับดูแลกิจการที่ดี*. กรุงเทพฯ: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. หน้า 12.

พระราชบัญญัตินี้” จึงมีการแก้ไขในหลายส่วนหนึ่งในส่วนที่แก้ไข ได้แก่ การแก้ไขจำนวนของผู้ถือหุ้นของบริษัทตามมาตรา 1097 จากเดิมที่ว่า “บุคคลใดๆ ตั้งแต่เจ็ดคนขึ้นไปจะเริ่มก่อนการและตั้งบริษัทจำกัดก็ได้ โดยการเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้” แก้ไขเป็น “บุคคลใดๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อนการและตั้งบริษัทจำกัดก็ได้ โดยการเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้” การแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้แม้ว่าจะเป็นการแก้ไขความยุ่งยากเพื่อขจัดปัญหาและอุปสรรคเพื่อให้การดำเนินกิจการค้าในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนและบริษัทมีความคล่องตัวมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนกลับเห็นว่ายังไม่สามารถที่จะตอบสนองต่อความเป็นจริงของการประกอบธุรกิจในรูปแบบของบริษัทได้ เนื่องจากว่าการแก้ไขที่กำหนดให้จำนวนผู้เริ่มก่อนการและผู้ถือหุ้นที่กำหนดให้เป็นสามคนนั้นมีความแตกต่างจากหลักการของการทำสัญญาโดยรวมตัวกันห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตามมาตรา 1012 เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้วจะเห็นว่าการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดสามารถทำได้เมื่อมีการเข้าทำสัญญาร่วมกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป แต่ในมาตรา 1097 กำหนดให้ต้องมีผู้เริ่มก่อนการตั้งแต่สามคนขึ้นไป จึงทำให้องค์กรธุรกิจทั้งสองนี้มีความแตกต่างกันทำให้ผู้ประกอบการรายย่อยจำนวนไม่น้อยที่ไม่มีความสามารถที่จะจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดได้ ดังนั้นหากแก้ไขหลักการดังกล่าวนี้โดยกำหนดจำนวนผู้เริ่มก่อนการหรือจำนวนผู้ถือหุ้นเสียใหม่เท่ากับจำนวนของผู้จัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้วย่อมก่อให้เกิดความเสมอภาคสำหรับผู้ประกอบการรายย่อยในการเลือกรูปแบบขององค์กรธุรกิจใด

ในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบริษัทจำกัดนั้นเพื่อให้สอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์เพื่อจัดตั้งองค์กรธุรกิจตามมาตรา 1012 นั้นควรดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทจำกัด ดังนี้

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัท

สำหรับกรณีปัญหาเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทนั้นหากกรณีมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทแล้ว บทบัญญัติแรกที่จะได้รับผลกระทบ คือ มาตรา 1097 ความว่า “บุคคลใดๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อนการและตั้งบริษัทจำกัดก็ได้ โดยการเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้”

จากแนวคิดในเรื่องของการรวมตัวกันเพื่อจัดตั้งองค์กรธุรกิจตามมาตรา 1012 ที่กำหนดว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น” ซึ่งผู้เขียนมองว่า การเข้าร่วมกันกันของบุคคลเพื่อทำการกิจการร่วมกันนั้น ผู้ก่อตั้งย่อมมีสิทธิที่จะเลือกรูปแบบขององค์กรธุรกิจได้ว่าจะจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบใด แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในบทบัญญัติ

ในมาตรา 1097 นั้น มีการกำหนดจำนวนของผู้ที่จะจัดตั้งองค์กรธุรกิจได้จะตั้งประกอบไปด้วยบุคคลผู้เริ่มก่อการสามคน ซึ่งในบางกรณีผู้ที่ต้องการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทนั้นอาจมีจุดเริ่มต้นมาจากการร่วมตัวกันระหว่างธุรกิจที่เป็นกิจการเจ้าของรายเดียวสองกิจการที่ต้องการจัดตั้งบริษัทให้เกิดความน่าเชื่อถือทั้งในการระดมเงินทุนจากสถาบันการเงินรวมทั้งบรรดาลูกค้าที่ต้องการความน่าเชื่อถือขององค์กรในรูปแบบบริษัทที่มีทรัพย์สินและสามารถตรวจสอบถึงสถานะทางการเงินเพื่อความน่าเชื่อถือในการร่วมธุรกิจด้วย อีกทั้งอาจเป็นการยกระดับของวิสาหกิจชุมชนที่มีขนาดเล็กขึ้นมาเป็นนิติบุคคลในรูปแบบบริษัทก็เป็นได้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า องค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทนั้นมีความสำคัญต่อภาคธุรกิจขนาดเล็กของประเทศไทยค่อนข้างสูง หากไม่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 แล้ว อาจมีการนำบุคคลที่ไม่มีความต้องการที่จะเข้าร่วมกันเพื่อกระทำการร่วมกันเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นเพียงเล็กน้อยหรือหุ้นเดียวเพื่อให้ครบองค์ประกอบด้านผู้ถือหุ้นในการเป็นบริษัทจำกัด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้เจตนารมณ์ของของกฎหมายไม่สามารถบังคับได้อย่างแท้จริง กับทั้งเป็นการบังคับให้ผู้ที่ต้องการจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานของการเป็นบริษัทจำกัดที่ถูกตั้งอีกด้วย ผู้เขียนจึงเห็นสมควรว่า ให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 ให้มีจำนวนผู้เริ่มการจัดตั้งบริษัทเพียงสองคนเท่านั้น

4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการจัดการบริษัท

ปัญหาเกี่ยวกับการครอบงำกรรมการ โดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น กล่าวคือ มาตรา 1144 ได้วางหลักเกี่ยวกับการควบคุมกรรมการของบริษัทจำกัดเอาไว้ว่า “บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง” ตามความในมาตรานี้ หมายความว่า ในกรณีที่บริษัทจำกัดนั้นผู้ถือหุ้นจำนวนมาก หรือมีผู้ถือหุ้นตั้งแต่สามคนขึ้นไปนั้น จะมีการตั้งกรรมการหนึ่งคนหรือมากกว่านั้นก็ได้ โดยการดำเนินงานของบริษัทที่กระทำโดยกรรมการของบริษัทที่ได้รับการแต่งตั้งนั้น จะต้องดำเนินงานไปภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทที่ได้จัดแจ้งไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิและตามข้อบังคับของบริษัทถ้าหากมี โดยผู้ถือหุ้นนั้นเมื่อแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเป็นกรรมการของบริษัทแล้วนั้นก็ไม่สามารถที่จะเข้ามาบริหารจัดการบริษัทที่ตนถือหุ้นอยู่ได้ เป็นได้แต่การควบคุมให้กรรมการของบริษัทที่ตนแต่งตั้งนั้นบริหารกิจการให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิและตามข้อบังคับของบริษัทเท่านั้น ซึ่งในการควบคุมดังกล่าวนี้กระทำผ่านการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั่นเอง

แต่สำหรับบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเพียงสองคนนั้น การถือครองหุ้นของบริษัทประเภทนี้นั้นโดยลักษณะแล้วไม่สามารถที่จะมีที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้ เนื่องจากว่าบริษัทประเภทนี้นั้นผู้ถือหุ้นเอง

จะเป็นกรรมการของบริษัทด้วย จึงไม่มีที่ประชุมใหญ่เข้ามาคอยควบคุมดังเช่นบริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนมากนั่นเอง

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับกรรมการของบริษัท

1) ปัญหาเกี่ยวกับการถอดถอนกรรมการบริษัท

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทได้วางหลักในเรื่องนี้เอาไว้ในมาตรา 1151 ความว่า “อันผู้เป็นกรรมการนั้น เฉพาะแต่ที่ประชุมใหญ่เท่านั้นอาจจะตั้งหรือถอนได้” หมายความว่า กรณีที่บริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเพียงสองคน ผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวนั้นมักจะเป็นกรรมการของบริษัทดังกล่าวด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 1151 ประกอบแล้วจะเห็นได้ว่าการถอดถอนกรรมการดังกล่าวโดยที่ประชุมใหญ่ไม่สามารถกระทำได้ เพราะเท่ากับเป็นการถอดถอนตัวผู้ถือหุ้นเอง ออกจากการเป็นกรรมการบริษัทนั่นเอง แต่กรณีดังกล่าวนี้สามารถบังคับให้เป็นไปตามมาตรา 1151 ได้เฉพาะในกรณีที่มีการเลือกบุคคลอื่นนอกจากผู้ถือหุ้นเองเข้ามารับตำแหน่งกรรมการของบริษัทที่ย่อมทำได้

2) ปัญหาเกี่ยวกับการให้กรรมการของบริษัทออกจากตำแหน่ง

มาตรา 1152 ได้วางหลักการสำคัญความว่า “ในเมื่อมีการประชุมสามัญครั้งแรก ภายหลังแต่จดทะเบียนบริษัทก็ดี และในเมื่อมีการประชุมสามัญครั้งแรกในปีทุกๆ ปีต่อไปก็ดี ผู้เป็นกรรมการต้องออกจากตำแหน่งโดยจำนวนหนึ่งในสามเป็นอัตรา ถ้าและจำนวนกรรมการจะแบ่งออกให้ตรงเป็นส่วนสามไม่ได้ ก็ให้ออกโดยจำนวนใกล้เคียงที่สุดกับส่วนหนึ่งในสาม” จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่บริษัทที่มีผู้ถือหุ้นสองคน โดยผู้ถือหุ้นดังกล่าวนี้เป็นกรรมการคนใดคนหนึ่งหรือสองคนนั้น มาตราดังกล่าวนี้ไม่สามารถที่จะใช้บังคับกับบริษัทดังกล่าวนี้ได้ กล่าวคือ หากมีการให้ออกจากตำแหน่งหนึ่งในสามหรือในอัตราที่ใกล้เคียงมากที่สุดแล้วก็หมายความว่า จะต้องออกจากกรรมการหนึ่งคนนั่นเอง ซึ่งหากบริษัทที่จัดตั้งนั้นมีกรรมการเพียงหนึ่งคนย่อมไม่สามารถจะใช้มาตราดังกล่าวนี้ได้

4.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

1) ปัญหาเกี่ยวกับการเรียกประชุมวิสามัญตามมาตรา 1174

มาตรา 1174 ได้วางหลักเกี่ยวกับการเรียกประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้นเอาไว้ดังนี้ ความว่า “เมื่อผู้ถือหุ้นยื่นคำร้องขอให้เรียกประชุมวิสามัญตั้งได้กล่าวมาในมาตราก่อนนี้แล้ว ให้กรรมการเรียกประชุมโดยพลัน”

ถ้าและกรรมการมิได้เรียกประชุมภายในสามสิบวันนับแต่วันยื่นคำร้องไว้ ผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งเป็นผู้ร้องหรือผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ รวมกันได้จำนวนตั้งบังคับไว้ในวันจะเรียกประชุมเองก็ได้” จะเห็นได้ว่ามาตรา 1174 วรรคท้ายนี้ ใช้บังคับได้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นหลายคนแต่ไม่สามารถที่จะ

ใช้บังคับได้กับบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเพียงสองคนได้ เนื่องจากว่าในการเรียกประชุมจะต้องมีใช้จำนวนหุ้นรวมกัน ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนหุ้นของบริษัทตามมาตรา 1173 ซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นสองคนนั้น คนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนก็อาจเป็นกรรมการของบริษัทอีกด้วย ดังนั้นการประชุมกันระหว่างผู้ถือหุ้นเพียงสองคนนั้นจึงไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นทำการเรียกประชุมตามมาตราดังกล่าวนี้ได้

2) ปัญหาเกี่ยวกับการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น

ในเรื่องนี้มาตรา 1193 ได้วางหลักความว่า “ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน จะเป็นในการชুমมือก็ดี หรือในการลงคะแนนลับก็ดี ให้ผู้เป็นประธานในที่ประชุมมีคะแนนอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด” กล่าวคือ ตามที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่แล้วการที่บริษัทมีผู้ถือหุ้นเพียงสองคน โดยส่วนมากผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้นเองที่จะเป็นกรรมการของบริษัท ส่วนผู้ถือหุ้นทั้งสองคนหรือเพียงแค่นคนเดียวจะเป็นกรรมการของบริษัทนั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 1173 แล้วจะเห็นได้ว่า ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเพียงสองคนได้ เนื่องจากว่ากรณีที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป็นกรรมการในขณะเดียวกัน ในการหารือเกี่ยวกับการจัดการงานของบริษัทนั้น ผู้เขียนเห็นว่า จะเป็นการตกลงกันระหว่างผู้เป็นกรรมการหรือผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง ไม่มีการออกเสียงเพื่อลงมติ อย่างเช่น กรณีที่บริษัทมีผู้ถือหุ้นหลายคนและไม่สามารถหาข้อยุติในการประชุมได้เพราะมีคะแนนเสียงเท่ากัน

3) ปัญหาเกี่ยวกับการออกเสียงมติพิเศษในที่ประชุมผู้ถือหุ้น

มาตรา 1194 ได้วางหลักเอาไว้ว่า “การใดที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำโดยมติพิเศษที่ประชุมใหญ่ต้องลงมติในเรื่องนั้น โดยคะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน” หมายความว่า โดยปกติแล้วมติที่ประชุมใหญ่จะมีสองประเภท คือ มติธรรมดาและมติพิเศษ

มติธรรมดา หมายถึง คะแนนเสียงข้างมากเกินกว่ากึ่งหนึ่งของคะแนนเสียงทั้งหมดที่มาประชุม โดยคิดตามจำนวนหุ้น โดยให้ผู้ถือหุ้นมีคะแนนหนึ่งเสียงต่อหนึ่งหุ้นตามมาตรา 1182 และมติพิเศษ หมายถึง มติเสียงข้างมากสองรอบ การลงมติครั้งแรกโดยคะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมด การลงมติครั้งหลังโดยลงมติยืนยันตามมติที่ประชุมครั้งแรกโดยคะแนนเสียงข้างมากนับได้ไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมดตามมาตรา 1194 กิจกรรมที่ต้องมีมติพิเศษ เช่น การเพิ่มหรือลดทุนบริษัทตามมาตรา 1220 การควบบริษัทตามมาตรา 1238 และการเลิกบริษัทตามมาตรา 1236 (4) ซึ่งผู้ถือหุ้นจะต้องใช้คะแนนเสียงข้างมาก กล่าวคือ หากเป็นบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเพียงสองคนต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าแต่ละคนถือหุ้นในบริษัทมากน้อยเพียงใด หากผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งถือหุ้นร้อยละ 75 หรือมากกว่านั้นก็ไม่มีควมจำเป็นจะต้องลงคะแนน

เพื่อห้ามพิเศษแต่อย่างใดเพราะผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียวที่ถือหุ้นร้อยละ 75 ของหุ้นทั้งหมดสามารถจะใช้มติพิเศษหรือไม่ก็ได้ แต่หากว่าผู้ถือหุ้นแต่ละคนต่างถือหุ้นของบริษัทไม่ถึงร้อยละ 75 ผู้ถือหุ้นทั้งสองคนต้องมีมติพิเศษร่วมกันในเรื่องที่ต้องการมติพิเศษ หากผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งไม่เห็นด้วยแล้วมติพิเศษก็ไม่อาจทำได้เลย ซึ่งต่างจากบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นหลายรายหรือมีผู้ถือหุ้นจำนวนมากที่มีการกระจายหุ้นออกไปยังผู้ถือหุ้นหลายๆ คน เมื่อกิจการใดต้องการมติพิเศษจึงต้องมีการใช้คะแนนเสียงผู้ถือหุ้นหลายๆ คน โดยมีการรวมคะแนนเสียงจากจำนวนหุ้นที่ลงมตินั้น

4.2.5 ปัญหาเกี่ยวกับการเลิกบริษัท

จากที่กล่าวมาแล้วว่าบริษัทเป็นเป็นเอกเทศสัญชาตญาณหนึ่งย่อมสามารถเลิกกันได้โดยข้อสัญญาหรือข้อตกลงในระหว่างผู้ถือหุ้นของบริษัท อย่างไรก็ตาม บริษัทยังอาจเลิกกันได้โดยเหตุการณ์อื่นอีกด้วย กล่าวคือ การเลิกโดยบทบัญญัติของกฎหมายหรือการเลิกโดยคำสั่งศาล

ลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งที่ทำให้บริษัทมีความแตกต่างจากสัญญาประเภทอื่นก็คือบริษัทอาจเลิกกันได้โดยคำสั่งศาลก็ได้ ทั้งนี้เหตุที่จะเป็นฐานในการร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งให้บริษัทเลิกกันมีกำหนดไว้ในมาตรา 1237 ซึ่งมีการดำเนินการแก้ไขจำนวนผู้ถือหุ้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 ให้เหลือเพียงสองคนแล้วย่อมจะเกิดผลกระทบต่อมาตรา 1237 (4) ดังนั้นจึงต้องแก้ไขมาตราดังกล่าวนี้เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 1097 ที่แก้ไขใหม่ ดังนี้

มาตรา 1237 ความว่า “นอกจากนี้ ศาลอาจสั่งให้เลิกบริษัทจำกัดด้วยเหตุต่อไปนี้ คือ

(1) ถ้าทำผิดในการยื่นรายงานประชุมตั้งบริษัท หรือทำผิดในการประชุมตั้งบริษัท

(2) ถ้าบริษัทไม่เริ่มทำการภายในปีหนึ่งนับแต่วันจดทะเบียนหรือหยุดทำการถึง

ปีหนึ่งเต็ม

(3) ถ้าการค้าของบริษัททำไปก็มีแต่ขาดทุนอย่างเดียว และไม่มีทางหวังว่าจะกลับ

ฟื้นตัวได้

(4) ถ้าจำนวนผู้ถือหุ้นลดน้อยลงจนเหลือไม่ถึงสามคน”

กล่าวคือ ตามมาตรา 1237 (4) กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้เลิกบริษัทในกรณีที่จำนวนผู้ถือหุ้นลดน้อยลงจนเหลือไม่ถึงสามคน ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 1097 ความว่า “บุคคลใดๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อการและตั้งบริษัทจำกัดก็ได้ โดยการเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิและกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้” และมาตรา 1100 ความว่า “ผู้เริ่มก่อการทุกคนต้องลงชื่อชื่อหุ้นๆ หนึ่งเป็นอย่างน้อย” หมายความว่า ผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทนั้นต้องมีอย่างน้อยสามคน และทุกคนต้องชื่อหุ้นหนึ่งหุ้นเป็นอย่างน้อย จึงทำให้เห็นได้ว่า การที่กฎหมายกำหนดไว้เช่น มาตรา 1097 และมาตรา 1237 (4) นั้น เพื่อต้องการที่คงไว้ซึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นตามที่กฎหมายได้ แต่หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทตามมาตรา 1097 แล้ว

ย่อมเป็นผลให้มาตรา 1237 (4) ไม่สามารถใช้อย่างบังคับได้อีกต่อไปเพราะจะขัดต่อมาตรา 1097 ที่แก้ไขใหม่ จึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 1097 ใหม่

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นควรว่า จะต้องดำเนินการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท “ด้วยเหตุผลว่าโดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทใช้บังคับนั้นมีบทบัญญัติบางมาตราสร้างภาระโดยไม่จำเป็นแก่ประชาชน และก่อให้เกิดความยุ่งยาก ซ้ำซ้อนความล่าช้าและทำให้ประชาชนไม่สามารถจัดตั้ง นอกจากนี้ยังเป็นอุปสรรคต่อการเสริมสร้างศักยภาพในการแข่งขันของประเทศอีกด้วย ดังนั้น เพื่อขจัดปัญหา และอุปสรรคดังกล่าวและเพื่อให้การดำเนินกิจการค้าในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนและบริษัทมีความคล่องตัวมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะทำให้เกิดผลดีแก่ภาคเอกชนและภาครัฐและระบบเศรษฐกิจ จึงมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”