



บทที่ 3

กฎหมายที่ใช้บังคับกิจการร่วมค้าในประเทศไทย

กฎหมายไทยที่บัญญัติเกี่ยวกับกิจการร่วมค้าโดยตรงมีเพียง 2 ฉบับคือ

- ประมวลรัษฎากรมาตรา 39 ซึ่งบัญญัติว่า

"บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหมายความว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและให้หมายความรวมถึง

(1)

(2) กิจการร่วมค้าซึ่งได้แก่กิจการที่ดำเนินาร่วมกันเป็นทางค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือระหว่างบริษัทและ/หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีหุ้นนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น"

- พระราชบัญญัติบิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 47 ซึ่งบัญญัติว่า

"ผู้รับสัมปทานอาจรับบริษัทอื่นเข้าร่วมประกอบกิจการบิโตรเลียมตามสัมปทานได้เมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีในกรณีเช่นนี้ผู้ร่วมประกอบกิจการบิโตรเลียมแต่ละรายต้องชำระค่าภาคหลวงภาษีเงินได้และเงินอย่างอื่นและปฏิบัติตามข้อผูกพันที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการบิโตรเลียมในส่วนที่เป็นของตน

ผู้ร่วมประกอบกิจการบิโตรเลียมทุกรายต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในการปฏิบัติตามสัมปทานและตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ผู้ร่วมประกอบกิจการบิโตรเลียมรายหนึ่งไม่ต้องรับผิดชอบในการชำระภาษีเงินได้ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้บิโตรเลียมในส่วนที่เป็นของผู้ร่วมประกอบกิจการบิโตรเลียมรายอื่น

ในกรณีที่ผู้ร่วมประกอบกิจการบิโตรเลียมรายใดไม่ชำระภาษีเงินได้ที่ตนมีหน้าที่ต้องเสีย ให้รัฐมนตรีแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้ร่วมประกอบกิจการบิโตรเลียมรายอื่นทุกรายทราบ และถ้ามิได้มีการชำระภาษีเงินได้ดังกล่าวนี้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับหนังสือ ให้ถือเป็นอีกเหตุหนึ่งที่จะเพิกถอนสัมปทานได้ด้วย"

แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องกิจการร่วมค้าไว้โดยตรงจึงมีปัญหาว่า สัญญากิจการร่วมค้าที่ใช้ในวงการธุรกิจจะอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ร่วมค้าจะมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบระหว่างกันและต่อบุคคลภายนอกอย่างไร

โดยเฉพาะสัญญากิจการร่วมค้าที่มีลักษณะ เป็นการร่วมกันลงทุนในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีมุ่งที่จะแบ่งปันกำไรที่ได้จากกิจการโดยมีข้อตกลงในลักษณะที่ไม่ประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วน, คู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่เป็นตัวแทนซึ่งกันและกัน, คู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่รับผิดชอบหน้าที่คู่สัญญาฝ่ายอื่นกระทำการ, คู่สัญญาแบ่งแยกงานของแต่ละฝ่ายออกจากกัน, และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ล้มละลายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถสัญญากิจการร่วมค้ายังไม่เลิก

3.1 ความคล้ายคลึงระหว่างกิจการร่วมค้าที่มีได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในกรณี 1 กับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

สัญญากิจการร่วมค้าที่มีได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลมีลักษณะคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนหลายประการ ซึ่งอาจจะแบ่งออกได้เป็นข้อ ๆ ดังต่อไปนี้

1. ไม่มีฐานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้ง 2 กรณี ไม่มีฐานะเป็นบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นคู่สัญญา
2. มีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป
3. มีการตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย
4. มีการร่วมลงทุนด้วยเงินสด ทรัพย์สิน หรือแรงงาน
5. เพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง
6. ประสงค์ที่จะแสวงหากำไรจากกิจการที่ทำนั้น

3.2 ความแตกต่างระหว่างกิจการร่วมค้าที่มีได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในกรณี 1 กับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

ความแตกต่างระหว่างกิจการร่วมค้าที่มีได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนอาจแบ่งออกได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้

1. ผู้เป็นคู่สัญญา

โดยทั่วไปผู้ที่ เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจะ เป็นบุคคลธรรมดาแต่ผู้ที่เป็นคู่สัญญา
กิจการร่วมค้าโดยทั่วไปจะมีฐานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคล

2. ขอบเขตของกิจการ

ตามปกติห้างหุ้นส่วนจะมีลักษณะ เป็นการประกอบกิจการหลายอย่างต่อเนื่อง
กันไป แต่กิจการร่วมค้าจะมีลักษณะ เป็นการประกอบกิจการเพียงอย่าง เดียวหรือเป็น
โครงการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพียงโครงการเดียว . เมื่องานเสร็จสิ้นกิจการร่วมค้าก็จะ เลิกไป
กล่าวคือ เป็นการประกอบกิจการในลักษณะ เฉพาะกิจ

3. อำนาจในการกระทำแทน

กรณีที่สัญญากิจการร่วมค้ากำหนดว่าผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายไม่เป็นตัวแทนและ
ตัวการซึ่งกันและกัน แตกต่างจากลักษณะของห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วน
ต้องผูกพันในการอันหุ้นส่วนคนอื่นทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วน
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 ซึ่งบัญญัติว่า

"การใด ๆ อันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่ง ได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดา
การค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้น ๆ
ด้วย และ จะ ต้องรับผิดร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้น
เพราะจัดการไปเช่นนั้น"

4. ข้อตกลงไม่ให้กิจการร่วมค้าเลิก เนื่องจากการตาย ล้มละลายหรือ
ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถของผู้ร่วมค้า

สัญญากิจการร่วมค้าอาจจะกำหนดว่า กิจการร่วมค้าจะยังไม่สิ้นสุดลง แม้ว่า
ผู้ร่วมค้าฝ่ายหนึ่งจะตายหรือล้มละลาย แตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์มาตรา 1055 (5) บัญญัติว่า

"ห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย หรือล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้
ความสามารถ"

5. ข้อตกลงกำหนดว่าสัญญากิจการร่วมค้าไม่ใช่ห้างหุ้นส่วนหรือคู่สัญญา
ไม่ประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วน

สัญญากิจการร่วมค้าอาจมีข้อกำหนดว่า กิจการร่วมค้าที่ตั้งขึ้นมิใช่ห้างหุ้นส่วนหรือ
คู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วนแตกต่างจากห้างหุ้นส่วนโดยทั่วไปที่คู่สัญญาประสงค์ที่
จะตั้งห้างหุ้นส่วน

6. ข้อสัญญาที่หนดแบ่งแยกงานและหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ร่วมค้า

กรณีที่สัญญากิจการร่วมค้ากำหนดแบ่งงานและหน้าที่ความรับผิดชอบของผู้ร่วมค้า
ออกจากกันเป็นส่วน ๆ เช่น กิจการร่วมค้าที่ตกลงรับงานก่อสร้างอาคารโดยในสัญญา
กิจการร่วมค้ากำหนดว่า ผู้ร่วมค้าฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบเฉพาะในงานฐานรากอาคาร
และผู้ร่วมค้าอีกฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบเฉพาะงานก่อสร้างตัวอาคาร เป็นต้น จะเห็นได้ว่า
ข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วน
ทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา
1050

3.3 แนวความคิดเกี่ยวกับฐานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า

สัญญากิจการร่วมค้าที่มีได้จดทะเบียน เป็นนิติบุคคลในลักษณะที่มีบุคคลตั้งแต่
สองฝ่ายขึ้นไปตกลงนำทรัพย์สิน เงินสด หรือแรงงานมาลงทุนร่วมกันเพื่อที่จะร่วมกันดำเนิน
งานในโครงการอย่างใดอย่างหนึ่งจนสำเร็จ โดยประสงค์ที่จะแบ่งปันกำไรที่ได้จากการนั้น
แต่มีข้อสัญญาที่หนดว่าคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วน คู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะให้
คู่สัญญาฝ่ายอื่นเป็นตัวแทนของตน งาน, หน้าที่, และความรับผิดชอบของคู่สัญญาแบ่งแยกออก
จากกัน กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ กิจการ
ร่วมค้ายังไม่เลิก มีทั้งลักษณะที่คล้ายคลึงและแตกต่างจากสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จด
ทะเบียน จึงมีปัญหาว่ากิจการร่วมค้าดังกล่าวจะมีฐานะทางกฎหมายเป็นอย่างไร ในเรื่อง
นี้ นักวิชาการมีแนวความคิดแตกต่างกันออกไปแบ่งได้เป็น 2 ฝ่ายดังนี้

ฝ่ายที่ 1. มีความเห็นว่า สัญญากิจการร่วมค้าไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมาย
ห้างหุ้นส่วนสามัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เป็นสัญญาไม่มีชื่อหรือเป็นสัญญา
นอกบรรพ 3 ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญา ทั้งนี้โดยมีเหตุผล
ดังต่อไปนี้

1. สัญญาจัดการร่วมค้าในลักษณะดังกล่าวแตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญในสาระสำคัญจึงทำให้สัญญาดังกล่าวไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนสามัญโดยมีความเห็นว่า

1.1 นิติบุคคลไม่อาจเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ ฝ่ายนี้มีความเห็นว่า

ก. มาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

"อันว่า สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น"

คำว่า "บุคคล" หมายถึง บุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมถึงนิติบุคคลด้วย

ข. มาตรา 1033 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

"ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนมิได้ตกลงกันไว้ในกระบวนจัดการห้างหุ้นส่วนไซ้ ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนย่อมจัดการห้างหุ้นส่วนนั้นได้ทุกคน แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งคนใดจะเข้าหาสัญญาอันใดซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนอีกคนหนึ่งทำไว้ไม่ได้"

ในกรณีเช่นนี้ ท่านให้ถือว่าผู้เป็นหุ้นส่วนย่อมเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการทุกคน"

และมาตรา 70 บัญญัติว่า

"ภายในบังคับแห่งบทมาตราก่อนนี้ นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เหมือนบุคคลธรรมดา เว้นเสียแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งว่าโดยสภาพจะมีพึง เป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น"

ตามกฎหมายผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการทุกคน แต่โดยสภาพของการจัดการห้างหุ้นส่วน นิติบุคคลไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น นิติบุคคลจึงไม่อาจเข้าเป็นหุ้นส่วนได้ โดยเทียบกับเรื่องนิติบุคคลเป็นผู้เริ่มก่อการและกรรมการในบริษัท

ซึ่งไม่อาจกระทำได้⁽⁷⁹⁾

ค. มาตรา 1025 บัญญัติว่า

"อันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น คือ ห้างหุ้นส่วนประเภทซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกัน เพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนโดยไม่มีจำกัด"

นิติบุคคลมีความหมายรวมถึงบริษัทจำกัดห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งมีลักษณะจำกัดความรับผิด จึงไม่อาจเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนซึ่งมีลักษณะไม่จำกัดความรับผิดได้

79 ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อเดือนพฤษภาคม 2492 เรื่องกรรมการ "ข้อ 2. ป.พ.พ. มาตรา 70 บัญญัติว่า "ภายในบังคับแห่งบทมาตราก่อนนี้ นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เหมือนบุคคลธรรมดา เว้นเสียแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งว่าโดยสภาพจะพึงมีพึง เป็นได้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้น" สำหรับบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนแล้วก็มีฐานะ เป็นนิติบุคคล (ป.พ.พ. มาตรา 1015) จึงย่อมจะมีสิทธิและหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 70 นั้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับกรรมการของบริษัท เมื่อพิเคราะห์ดู ป.พ.พ. มาตรา 1154 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้ากรรมการคนใดล้มละลายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือทำนว่า กรรมการคนนั้นเป็นอันขาดจากตำแหน่ง" และมาตรา 1168 วรรคต้นว่า "ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้นกรรมการต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขาย ผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง" ก็จะได้เห็นว่า หน้าที่กรรมการของบริษัทเป็นหน้าที่ซึ่งต้องใช้ความรู้ ความสามารถตลอดจนความระมัดระวังแต่สิ่งเหล่านี้จะมีได้ก็แต่เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น นิติบุคคลหาอาจที่จะมีได้ไม่ ดังนั้น บริษัทจำกัดจึง เป็นกรรมการในบริษัทไม่ได้

อนึ่ง แม้จะมีข้อความระบุไว้ในวัตถุประสงค์ของบริษัทว่า ให้เป็นกรรมการในบริษัทอื่นได้ก็ตามที ก็ไม่อาจเป็นไปได้อยู่แน่นอน เพราะเมื่อพิจารณาบทบัญญัติใน ป.พ.พ. มาตรา 1012 อันว่าด้วยการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็น "สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่เท่านั้น" ทั้งนี้หมายความว่า กิจการของบริษัทต้องเป็นการค้า แต่การเป็นกรรมการของบริษัทอื่นหาใช่เป็นการค้าไม่ จึงเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ของบริษัทเอง

ง. สัญญาทางหุ้นส่วนสามัญคือคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ ผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องเลือกเห็นคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามาเป็นหุ้นส่วน เช่น ความซื่อสัตย์ ความสามารถในการทำงาน และฐานะทางการเงินของแต่ละฝ่าย และ ตามมาตรา 1055 (5) บัญญัติว่า

"ห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย หรือล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ"

อยู่ในตัว ทั้งเป็นการขัดต่อ ป.พ.พ. มาตรา 69 ซึ่งบัญญัติว่า "นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ต้องตามบทบัญญัติทั้งปวงแห่งกฎหมาย ภายในขอบวัตถุประสงค์ของตนคั้งมีกำหนดไว้ในข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งบริษัทอีกด้วย"

- ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อเดือนตุลาคม 2521 เรื่อง ผู้เริ่มกิจการ

"สำนักงานกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 3) ได้ให้คำชี้แจงเพิ่มเติมจากกรมทะเบียนการค้า มีความเห็นว่า อันนิติบุคคลตามมาตรา 68 แห่ง ป.พ.พ. ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามมาตรา 69 แห่ง ป.พ.พ. เว้นแต่สิทธิและหน้าที่อันว่าโดยสภาพแล้วบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่สามารถกระทำได้ ตามมาตรา 70 แห่ง ป.พ.พ. การที่ ป.พ.พ. มาตรา 1097 บัญญัติให้ผู้เริ่มกิจการตั้งบริษัทมีหน้าที่ทำหนังสือบริคณห์สนธิซึ่งตามมาตรา 1097 (6) (ชื่อ สำนัก อาชีวะ และลายมือชื่อของบรรดาผู้เริ่มกิจการทั้งจำนวนซึ่งต่างคนต่างเข้าชื่อไว้คนละเท่าใด) จะต้องมีรายการแสดงอาชีวะและลายมือชื่อของบรรดาผู้เริ่มกิจการด้วยนั้น เป็นการแสดงให้เห็นถึงเจตนาของกฎหมายที่มุ่งถึงอาชีวะของบุคคลธรรมดาคำว่า "อาชีวะ" ตามบทบัญญัติในมาตรานี้ย่อมมีความหมายเหมือนกับคำว่า "อาชีวะ" ในมาตรา 1111 (5) (ชื่อ อาชีวะ และที่สำนักของกรรมการทุกคน) การเป็นกรรมการตาม ป.พ.พ. นั้น กฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดแล้วว่า จะต้องเป็นบุคคลธรรมดา เพราะมีการระบุถึงคนในมาตรา 1162 และระบุถึงการเป็นผู้ไร้ความสามารถในมาตรา 1154 เมื่อคำว่า "อาชีวะ" ที่ใช้ในเรื่องกรรมการของบริษัทมีความเฉพาะในเรื่องบุคคลธรรมดาแล้ว จึงเห็นว่า คำว่า "อาชีวะ" ที่ใช้กับผู้เริ่มกิจการจะต้องมีความหมายตรงกัน

จากลักษณะ ของสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญดังกล่าวและตามกฎหมายมาตรา
ดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนว่านิติบุคคลไม่อาจเข้าเป็น
หุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้

เมื่อคู่สัญญาในสัญญาถือการร่วมค้าโดยทั่วไปเป็นนิติบุคคล สัญญาถือการร่วมค้า
ดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วน

1.2 ถือการร่วมค้าเป็นการดำเนินกิจการในลักษณะ เฉพาะกิจหรือใน
โครงการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพียงโครงการเดียว เมื่องานเสร็จถือการร่วมค้าก็จะเลิกกัน
มิได้มุ่งที่จะทำธุรกิจเป็นหลักชณะต่อเนื่อง เช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนสามัญ

ดังนั้น สัญญาถือการร่วมค้าจึง ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วน

1.3 สัญญาถือการร่วมค้ามีข้อตกลงในลักษณะที่แตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญ
ดังนี้

- ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายไม่เป็นตัวแทนของผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกฝ่าย
ต้องผูกพันในการใด ๆ ที่ผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดา
การค้าขายของห้างหุ้นส่วน

คือ อาชีพของผู้เริ่มก่อการที่เป็นบุคคลธรรมดา นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกายังได้
เคยตีความไว้ว่า การเริ่มก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้น เป็นกิจการที่ผู้เริ่มก่อการจะต้องกระทำด้วย
ตนเอง ซึ่งแสดงให้เห็นได้ชัดว่าต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาเท่านั้น อนึ่ง
ในคำแนะนำด้านหลังแบบคำขอจดทะเบียนบริษัท (แบบทบ. 402) ยังกำหนดให้ผู้ยื่น
คำร้องระบุเพศของผู้เริ่มก่อการด้วยประกอบกับปัญหาที่ว่า คำว่า "คน" ที่ใช้ใน บ.พ.พ.
เช่น ในมาตรา 1097 มาตรา 1098 (6) และมาตรา 1100 จะมีความหมายรวมถึง
นิติบุคคลได้หรือไม่ คำว่า "คน" ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้
ความหมายไว้ว่า มนุษย์ ฉะนั้น จึงต้องหมายความว่า บุคคลธรรมดาเท่านั้น เมื่อตั้ง
ถ้อยคำและเจตนารมณ์ของกฎหมายได้แสดงให้เห็นชัดว่า กฎหมายมิได้มีเจตนาที่จะให้
นิติบุคคลเป็นผู้เริ่มก่อการ ดังนั้น จึงได้ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายให้บุคคลธรรมดาเท่านั้น
ที่จะ เป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัทได้"

- สัญญากิจการร่วมค้ายังไม่สิ้นสุดแม้ว่าผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย หรือล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ แต่สัญญาห้างหุ้นส่วนเลิกกันเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ

- ผู้ร่วมค้าไม่ประสงค์ที่จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วนและไม่ให้ตีความว่า กิจการร่วมค้าที่ตั้งขึ้นเป็นห้างหุ้นส่วน แต่สัญญาห้างหุ้นส่วนผู้เป็นหุ้นส่วนประสงค์ที่จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วน

- ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายตกลงแบ่งแยกงาน หน้าที่และความรับผิดชอบออกจากกัน ตัวอย่างเช่น กรณีที่บริษัท ก. และบริษัท ข. ทำสัญญากิจการร่วมค้าโดยตกลงร่วมกันรับเหมาก่อสร้างอาคารให้กับทางราชการ แต่แบ่งแยกงานกันให้บริษัท ก. ทำงานในส่วนฐานรากอาคารและบริษัท ข. ทำงานในส่วนตัวอาคาร ในกรณีที่เกิดความเสียหายใด ๆ ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายจะรับผิดชอบในงานส่วนของตน แต่สัญญาห้างหุ้นส่วนผู้เป็นหุ้นส่วนต้องร่วมกันทำงาน และจะต้องรับผิดชอบกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ที่ผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วน

ดังนั้น สัญญากิจการร่วมค้าจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วน

1.4 โดยลักษณะพื้นฐานของกิจการร่วมค้า ผู้ร่วมค้าจะประกอบกิจการประเภทเดียวกันกับกิจการร่วมค้าซึ่งแตกต่างจากลักษณะของห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งห้ามมิให้ผู้เป็นหุ้นส่วนประกอบกิจการซึ่งมีสภาพเดียวกันเป็นการแข่งขันกับห้างหุ้นส่วน

การนำบทบัญญัติกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับกิจการร่วมค้าจึงไม่เป็นการถูกต้อง

2. เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ในการทำสัญญากิจการร่วมค้าแล้วจะเห็นได้ว่า ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายซึ่งมีกิจการของตนอยู่แล้วแต่ประสงค์ที่จะร่วมกันประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อผลจากกิจการนั้นจึงเข้าร่วมตัวกันชั่วคราวในการทำกิจการนั้น เมื่องานแล้วเสร็จก็จะแยกจากกัน ดังนั้นผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายจึงไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตนเองในการกระทำของผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น และไม่ต้องการร่วมรับผิดชอบที่ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นก่อขึ้นซึ่งแตกต่างจากเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาห้างหุ้นส่วน เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนประสงค์ที่จะเข้าร่วมกันประกอบกิจการประเภทหนึ่งหรือหลายประเภท โดยมุ่งที่จะกระทำกิจการต่อเนื่องกัน

3. เจตนารมณ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนมุ่งที่จะใช้บังคับกับกรณีบุคคลธรรมดา ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเข้าทำกิจการร่วมกันในลักษณะต่อเนื่องกัน เมื่อกิจการร่วมค้ามีลักษณะเป็นการรวมตัวของนิติบุคคลโดยประสงค์ที่จะกระทำกิจการเพียงอย่างเดียวในลักษณะชั่วคราว การนำหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาปรับใช้กับกิจการร่วมค้าจะ ไม่เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วน

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นฝ่ายที่ 1 จึงมีความเห็นว่าสัญญากิจการร่วมค้าในลักษณะดังกล่าว ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วน เมื่อไม่เข้าลักษณะ เอกเทศสัญญา อย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาโดยทั่วไปมาใช้บังคับ ในเรื่องอำนาจในการจัดการแทนผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่าย และความรับผิดชอบบุคคลภายนอกในการทำสัญญาของผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นต้องนำกฎหมายในเรื่องตัวแทนมาใช้บังคับ

ผลทางกฎหมายของสัญญากิจการร่วมค้าดังกล่าวจะมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาห้างหุ้นส่วน ในข้อสำคัญดังนี้

1. ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายไม่มีอำนาจกระทำการเป็นตัวแทนผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น เว้นแต่จะ ได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละฝ่ายมีอำนาจกระทำการแทนผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายอื่นในเรื่องที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วน
2. ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายรับผิดชอบบุคคลภายนอกเฉพาะหุ้นส่วนของตนเอง ไม่ต้องรับผิดชอบผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นในทันทีที่กระทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของกิจการร่วมค้า แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในทันทีที่ผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำไป ในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วน
3. ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายสามารถประกอบกิจการประเภทเดียวกันกับกิจการร่วมค้าได้ เว้นแต่จะตกลงไว้เป็นอย่างอื่น แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่อาจประกอบกิจการแข่งขันกับห้างหุ้นส่วนได้ เว้นแต่ผู้เป็นหุ้นส่วนจะตกลงเป็นอย่างอื่น
4. สัญญากิจการร่วมค้าไม่สิ้นสุดเมื่อผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ แต่สัญญาห้างหุ้นส่วนต้องสิ้นสุดลงเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น

ฝ่ายที่ 2 มีความเห็นว่าสัญญากิจการร่วมค้าลักษณะดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้ บังคับ กฎหมายห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมี เหตุผลดังนี้

1. การพิจารณาว่าสัญญาใดเป็นสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญหรือไม่ต้อง พิจารณาตามบทบัญญัติ มาตรา 1012

"อันว่าด้วยสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคน ขึ้นไปตกลงกันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ หนึ่งนั้น"

จะเห็นว่าสัญญากิจการร่วมค้าลักษณะดังกล่าวมีลักษณะสำคัญเข้าตามหลัก กฎหมาย มาตรา 1012 กล่าวคือ

- 1.1 มีสัญญาระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป
- 1.2 ตกลง เข้ากัน ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายเข้าทุนกันโดยลงทุนด้วยเงินสด ทรัพย์สิน หรือแรงงาน
- 1.3 กระทำการกิจการร่วมกัน ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายเข้าทำการกิจการอย่างใด อย่างหนึ่งด้วยกันโดยมีการดำเนินงานร่วมกัน
- 1.4 ประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงได้แต่กิจการที่หนึ่งนั้นกิจการร่วมค้า ในลักษณะดังกล่าวมีความประสงค์ที่จะเอากำไรเป็นทุนองการค้า มีใช้หาเพื่อการกุศล หรือเพื่อสาธารณประโยชน์

ดังนั้น จึงต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญมาใช้บังคับกับสัญญา กิจการร่วมค้าดังกล่าว

2. ลักษณะของกิจการร่วมค้าไม่แตกต่างจากลักษณะของสัญญาห้างหุ้นส่วน ในสาระสำคัญ กล่าวคือ

- 2.1 นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ โดยที่เหตุผลว่า
 - ก. คำว่า "บุคคล" ในมาตรา 1012 หมายความว่ารวมถึง นิติบุคคลด้วย
 - ข. มาตรา 69 บัญญัติว่า

"นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ต้องตามบัญญัติ

ทั้งปวงแห่งกฎหมายภายในขอบวัตถุประสงค์ของคนที่กำหนดไว้ในข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง"

ดังนั้น การที่นิติบุคคลจะ เข้าเป็นห้างหุ้นส่วนนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่ออยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของคนที่กำหนดในข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง

ค. คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นเมื่อเดือน

พฤศจิกายน 2488 ว่า

(1) บริษัทย่อมเป็นหุ้นส่วนได้ ถ้ามีวัตถุประสงค์เช่นนั้น
(2) เมื่อบริษัทเป็นหุ้นส่วนแล้วเจ้าหน้าที่ของห้างหุ้นส่วน
สามัญย่อมติดตามการบังคับการชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทได้ ในการที่ผู้ถือหุ้นในบริษัท
จำกัดมีความรับผิดชอบจำกัดนั้นหากให้ความรับผิดชอบของบริษัทในฐานะ เป็นหุ้นส่วนสามัญจำกัดไป
ด้วยไม่

ง. คำพิพากษากฎีกา 775/2516 น. 811 (ระหว่าง
ห้างหุ้นส่วนจำกัด ลพบุรียานยนต์ โดยนายสุวิทย์ สุทธิวานิช ผู้จัดการ โจทก์ นายวิชา
นันท์พงษ์ โจทก์ร่วม และนายสกล ม่วงศรี ที่ 1, นายจรัส พงษ์สวัสดิ์ ที่ 2 จำเลย)
โจทก์ร่วมได้ทรยศของคนที่เข้าวังร่วมรับจ้างบรรทุกกับโจทก์ และมอบให้โจทก์ลงชื่อ
เป็นเจ้าของในทะเบียนรถยนต์แต่โจทก์ร่วมยังเป็นผู้ออกค่าจ้างคนขับ ค่าน้ำมัน ค่าซ่อม
เครื่องยนต์และยาง ซึ่งพฤติการณ์แสดงว่ารถยนต์คันดังกล่าวยังเป็นของโจทก์ร่วมอยู่ การ
โอนทะเบียนใส่ชื่อโจทก์เป็นเจ้าของ เป็นเพียงพิธีการจะให้รถยนต์ได้เข้ามาร่วมกิจการกับ
โจทก์เพื่อหาผลประโยชน์เท่านั้น การร่วมกิจการเพื่อหาประโยชน์ร่วมกันในกรณีเช่นนี้ และ
โจทก์จดทะเบียนนิติบุคคลตามกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่การขนส่งสินค้าก็ถือว่าเป็น
ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ระหว่างโจทก์กับโจทก์ร่วมเมื่อมีผู้ทะเลาะเมิดเป็นเหตุให้
รถยนต์ดังกล่าวเสียหายโจทก์และ โจทก์ร่วมยอมมีสิทธิฟ้อง เรียกค่าเสียหายอันเป็นการเรียก
ร้อง เพื่อประโยชน์แก่ผู้ เป็นหุ้นส่วนด้วยทุกคน

จ. การที่คุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นข้อสาระสำคัญ มิได้มีผล
ทำให้นิติบุคคล เข้าเป็นคู่สัญญาไม่ได้ ทั้งนี้เพราะนิติบุคคลก็มีความน่าเชื่อถือความมั่นคงใน
ทางการเงินและความสามารถในการงานได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เมื่อเทียบกับสัญญา

ตัวแทนซึ่งถือคุณสมบัติของผู้เป็นตัวแทนเป็นข้อสาระสำคัญ นิติบุคคลก็สามารถเข้าเป็นตัวแทน
ได้

2.2 ห้างหุ้นส่วนตามปกติเป็นการประกอบกิจการในลักษณะทั่ว ๆ ไป แต่กิจการร่วมค้าเป็นการประกอบกิจการในลักษณะเฉพาะกิจ (Ad hoc) หรือเป็นกิจการเฉพาะเพียงอย่างเดียวหรือเป็นโครงการอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงโครงการเดียว เมื่องานเสร็จสิ้นกิจการร่วมค้าก็จะเลิกกัน อย่างไรก็ตามห้างหุ้นส่วนที่ตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจการเฉพาะเพียงอย่างเดียวก็อาจเกิดขึ้นได้ โดยห้างหุ้นส่วนจะเลิกกันเมื่องานเสร็จตามมาตรา 1055 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

"ห้างหุ้นส่วนสามมีชื่อย่อเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้

(1)

(2)

(3) ถ้าสัญญาหาไว้เฉพาะเพื่อทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่อย่างใดเดียวเมื่อเสร็จงานนั้น"

ดังนั้น ความแตกต่างในเรื่องนี้จึงเป็นเพียงความแตกต่างในระดับความมากน้อย มิใช่ความแตกต่างในเนื้อหา หรือสาระสำคัญ

2.3 เมื่อสัญญากิจการร่วมค้าดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนแล้ว ข้อสัญญาที่แตกต่างออกไปจะมีผลดังต่อไปนี้

- ข้อสัญญาว่า ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายไม่เป็นตัวแทนของผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น มีผลผูกพันเฉพาะในระหว่างผู้ร่วมค้าด้วยกัน แต่ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกได้ เมื่อผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำการไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของกิจการร่วมค้า ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นต้องผูกพันต่อบุคคลภายนอกด้วย

- ข้อสัญญาว่ากิจการร่วมค้ายังไม่สิ้นสุดแม้ว่าผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อตกลงแตกต่างจาก มาตรา 1055 (5) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อมาตราดังกล่าวมิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาสามารถตกลง ยกเว้นได้

- กรณีที่สัญญากิจการร่วมค้ากำหนดว่า กิจการร่วมค้าที่ตั้งขึ้นเมื่อใช้ ห้างหุ้นส่วนหรือคู่สัญญาไม่ประสงค์ที่จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วน ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนอาจ เกิดขึ้นได้โดยที่คู่สัญญาไม่เจตนาก่อตั้งห้างหุ้นส่วน แต่มีเจตนาและมีการกระทำครบตาม เงื่อนไขของกฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญแล้ว กล่าวคือ พิจารณาจากข้อสัญญาทั้งหมด ว่ามีลักษณะเข้าหลักเกณฑ์การเกิดห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ถ้าเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการเกิด ห้างหุ้นส่วนขึ้นแล้วเป็นการพิจารณาแบบภาวะวิสัย (Objective) แม้จะมีข้อสัญญาระบุว่า สัญญาดังกล่าวไม่เป็นการก่อตั้งห้างหุ้นส่วน คู่สัญญาไม่เจตนาตั้งห้างหุ้นส่วน หรือเรียกชื่อ ว่าอย่างไรก็ตาม ก็ต้องใช้กฎหมายห้างหุ้นส่วนบังคับกับสัญญาดังกล่าว มิฉะนั้นจะทักท้วง การเล็งกฎหมายได้โดยกำหนดข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าว

- เมื่อสัญญากิจการร่วมค้าดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์ของห้างหุ้นส่วนแล้ว ต้องนำมาตรา 1050 มาใช้บังคับกล่าวคือผู้ร่วมค้าต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ต่อบุคคลภายนอกในกิจการของกิจการร่วมค้า ข้อตกลงแบ่งแยกงาน หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายออกจากกันมีผลบังคับในระหว่างคู่สัญญาแต่จะยกขึ้น ใช้ยื่นบุคคลภายนอกไม่ได้

2.4 การที่ผู้ร่วมค้าโดยทั่วไปจะดำเนินการประเภทเดียวกันกับกิจการร่วมค้าลักษณะดังกล่าวไม่เป็นการขัดแย้งกับมาตรา 1038 แต่อย่างใด การประกอบ กิจการที่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 1038 นอกจากจะต้องเป็นกิจการซึ่งมีสภาพคู่จ เดียวกันแล้วยังจะต้องเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนด้วย เนื่องจาก ขอบเขตกิจการของกิจการร่วมค้ามีลักษณะจำกัดกว่าขอบเขตกิจการของห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยทั่วไป

ดังนั้น การประกอบกิจการอันมีลักษณะ เป็นการแข่งขันกับกิจการของกิจการร่วมค้า จึงมีลักษณะที่จำกัดขอบเขตไปด้วย เช่น กิจการร่วมค้ามีวัตถุประสงค์ในการประมูลงานกับทางราชการในการก่อสร้างสะพาน ผู้ร่วมค้าทุกฝ่ายที่เข้าร่วมทำสัญญากิจการร่วมค้าปกติก็ทำกิจการรับเหมาก่อสร้าง กรณีที่จะเข้าลักษณะเป็นการแข่งขันกับกิจการของกิจการร่วมค้าคือ กรณีที่ผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกลงร่วมกับบุคคลภายนอกเข้าประมูลงานกับทางราชการในการก่อสร้างสะพานรายเดียวกัน

สำหรับกรณีที่นักธุรกิจประสงค์ที่จะ ไม่ต้องผูกพันกับบุคคลภายนอกในการกระทำของผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นไม่ว่าในกรณีใด ๆ และ ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นต่อบุคคลภายนอกในกรณีที่ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นกระทำลงไม่ว่าในกรณีที่อยู่ภายในขอบเขตของกิจการร่วมค้าหรือไม่ เป็นความประสงค์ของนักธุรกิจที่ยังไม่มีกฎหมายออกมารองรับ ในเรื่องดังกล่าวกฎหมายห้ามหุ้นส่วนมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้สุจริต เนื่องจากการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนติดต่อกับบุคคลภายนอกโดยใช้ชื่อหุ้นส่วนเป็นการใช้เครดิตของผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น ๆ ด้วย บุคคลภายนอกจึงควรที่จะได้รับความคุ้มครอง หากผู้ร่วมค้าประสงค์จะให้ข้อจำกัดอำนาจในการกระทำแทนและข้อจำกัดความสามารถใช้ยืมบุคคลภายนอกก็อาจทำได้โดยแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบถึงข้อตกลง เช่นว่านี้

3. เจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ในการทำสัญญากิจการร่วมค้าที่ประสงค์จะร่วมกันประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อผลจากกิจการนั้น โดยรวมตัวกันชั่วคราว เมื่องานเสร็จก็แยกจากกัน มีลักษณะที่ไม่แตกต่างจากเจตนารมณ์ของผู้เป็นหุ้นส่วนที่ประสงค์จะทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพียงอย่างเดียว เมื่อเสร็จแล้วก็แยกจากกัน ตัวอย่างเช่น นาย ก. เป็นพ่อค้าขายผ้า ตกลงทำสัญญากับนาย ข. ซึ่งมีอาชีพรับจ้างตัดเย็บเสื้อผ้า ในการร่วมกันส่ง เสื้อผ้าสำเร็จรูปไปขายในต่างประเทศเพียงครั้งเดียวตามใบสั่งซื้อสินค้าฉบับหนึ่ง นาย ก. ลงทุนโดยจัดหาผ้ามาให้ นาย ข. นาย ข. ลงแรงในการตัดเย็บ เมื่อขายได้ก็จะนำกำไรมาแบ่งปันกัน เมื่องานเสร็จก็จะแยกจากกันไป นาย ก. และ นาย ข. ต่างก็มีกิจการของตนเอง นาย ก. และ นาย ข. ต้องผูกพันในการที่อีกฝ่ายหนึ่งจัดการไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วนคือ การจัดการเกี่ยวกับการส่ง เสื้อผ้า

สำเร็จรูปออกไปขายในต่างประเทศตามใบสั่งซื้อดังกล่าว และต้องรับผิดชอบในหน้าที่อีกฝ่ายหนึ่ง
ก่อนในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วนดังกล่าว แต่เนื่องจากขอบเขตหรือ
วัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนดังกล่าวมีลักษณะที่แคบ ดังนั้นความผูกพันและความรับผิดชอบ
จึงมีขอบเขตที่จำกัดแคบลง เฉพาะในเรื่องที่อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ดังกล่าว

เจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกิจการร่วมค้าไม่แตกต่างจากเจตนารมณ์และ
วัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วน เพียงแต่โดยทั่วไปกิจการร่วมค้าจะมีขอบเขตวัตถุประสงค์ที่
แคบกว่าเท่านั้น

4. เจตนารมณ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนมีได้มุ่งที่จะใช้บังคับเฉพาะกับบุคคล
ธรรมดาที่เข้าร่วมลงทุนทำกิจการในลักษณะต่อเนื่องกันเท่านั้น แต่รวมถึงกรณีของ
นิติบุคคลที่เข้าร่วมลงทุนทำกิจการในลักษณะที่เป็นกิจการเฉพาะเพียงอย่างเดียว เมื่อ
พิจารณาตามมาตรา 1012 ประกอบกับ มาตรา 1055 (5) จะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของ
กฎหมายห้างหุ้นส่วนมุ่งที่จะใช้บังคับกับทุกกรณีที่มีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายตกลงเข้าร่วมกันทำ
กิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อแบ่งปันผลกำไร

เมื่อลักษณะที่แตกต่างระหว่างกิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นข้อแตกต่าง
ที่มีข้อสาระสำคัญ รวมทั้ง เจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนสามัญ
มุ่งที่จะใช้บังคับกับทุกกรณีที่มีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเข้าร่วมกันทำกิจการ เพื่อแบ่งปันผล
กำไร เมื่อลักษณะของกิจการร่วมค้าดังกล่าวเข้าเงื่อนไขการเกิดห้างหุ้นส่วน จึงต้องนำ
กฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับ ผลของสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะที่สำคัญดังนี้

1. ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายมีอำนาจกระทำการแทนผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น ในกิจการ
ที่เป็นธรรมดาการค้าของกิจการร่วมค้า
2. ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในหนี้ของกิจการ
ร่วมค้า
3. ผู้ร่วมค้าจะประกอบกิจการค้าแข่งขันกับกิจการร่วมค้าไม่ได้ เว้นแต่
ผู้ร่วมค้าทุกฝ่ายจะตกลงเป็นอย่างอื่น
4. สัญญาสิ้นสุดลงเมื่อผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ตาย ล้มละลาย หรือตกเป็น
ผู้ไร้ความสามารถ เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น

3.4 บทวิเคราะห์ผลทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า

ในบทนี้ผู้เขียนจะพิจารณากิจการร่วมค้าในแง่ต่าง ๆ คือในแง่ของประวัติความเป็นมา, ในแง่ของกฎหมายต่างประเทศ, ข้อแตกต่างระหว่างกิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วนสามัญ, ในแง่การประกอบธุรกิจ, ในแง่การคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอก, แนวโน้มของศาลไทยในการนำกฎหมายมาปรับใช้กับกิจการร่วมค้า โดยจะแบ่งออกเป็นข้อ ๆ ดังนี้

1. เมื่อพิจารณาถึงประวัติความเป็นมาของกิจการร่วมค้าจะเห็นได้ว่า กิจการร่วมค้าเป็นองค์กรทางธุรกิจที่มีการนำใช้เป็นเวลานานแล้ว แต่เมื่อพิจารณาในทางกฎหมาย ในประเทศสหรัฐอเมริกากิจการร่วมค้ายังมิได้พัฒนาเป็นองค์กรแยกต่างหาก จากห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด จากการศึกษาถึงผลทางกฎหมายของกิจการร่วมค้าในประเทศอังกฤษพบว่ากฎหมายอังกฤษมิได้รับรองกิจการร่วมค้าเป็นองค์กรธุรกิจทางกฎหมาย แต่จะพิจารณาว่ากิจการร่วมค้าใดที่มีลักษณะ เข้าหลักเกณฑ์การเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนก็จะนำกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับโดยตรง ดังนั้นการพัฒนาของกิจการร่วมค้าเป็นองค์กรธุรกิจรูปแบบใหม่ จึงไม่อาจเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ในประเทศสหรัฐอเมริกาคณาจารย์ของศาลยังไม่แน่ชัดว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ในกรณีที่ศาลเห็นว่า เป็นห้างหุ้นส่วนรูปแบบหนึ่งศาลจะนำกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับโดยตรง ในกรณีที่ศาลเห็นว่าไม่เป็นห้างหุ้นส่วนศาลจะนำหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับเนื่องจากกิจการร่วมค้ามีลักษณะที่คล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนเป็นอย่างมาก จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันองค์กรธุรกิจลักษณะของกิจการร่วมค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังไม่อาจที่จะแยกตัวออกเป็นองค์กรธุรกิจทางกฎหมายต่างหากโดยชัดเจน ทั้งนี้เพราะศาลโดยทั่วไปนำหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับ จึงทำให้การพัฒนาเป็นรูปแบบขององค์กรทางกฎหมายประเภทใหม่ไม่อาจเป็นไปได้

2. เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกิจการร่วมค้าในต่างประเทศ

- ในประเทศอังกฤษถือหลักว่าสัญญากิจการร่วมค้ามีลักษณะเข้า

หลักเกณฑ์การเกิดห้างหุ้นส่วน สัญญานั้นจะตกอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนโดยตรง ซึ่งมีผลทำให้ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายมีอำนาจกระทำการแทนผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น, ผู้ร่วมค้าแต่ละ

ฝ่ายต้องร่วมกันรับผิดชอบบุคคลภายนอกในหนี้ของกิจการร่วมค้าโดยไม่จำกัดจำนวน, และ
ผู้ร่วมค้ามีหน้าที่ที่จะไม่ทำการค้าแข่งขันกับกิจการร่วมค้าเว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น

- ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักตามศัพทภาษายังไม่แน่นอนว่า
กิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในกรณีศาลเห็นว่าไม่เป็น
ห้างหุ้นส่วนศาลก็ยกน้ำหนักกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้โดยเห็นว่ามิลักษณะที่ใกล้เคียงอย่าง
มาก ซึ่งมีผลทำให้ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายมีอำนาจกระทำการแทนผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น, ผู้ร่วมค้า
แต่ละฝ่ายต้องร่วมกันรับผิดชอบบุคคลภายนอกในหนี้ของกิจการร่วมค้าโดยไม่จำกัดจำนวน
และผู้ร่วมค้ามีหน้าที่ที่จะไม่ทำการค้าแข่งขันกับกิจการร่วมค้าเว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น

3. ลักษณะที่แตกต่างกันของกิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วนสามัญ

ผู้เขียนมีความเห็นดังต่อไปนี้

3.1 นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ เนื่องจาก

ก. มีความเห็นว่าคำว่า "บุคคล" ตามมาตรา 1012

หมายความรวมถึง นิติบุคคลด้วย

ข. นิติบุคคลสามารถจัดการห้างหุ้นส่วนได้โดยผ่านผู้แทนของ

นิติบุคคลตามมาตรา 75 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

"อันความประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ย่อมแสดงปรากฏจากผู้แทน

ทั้งหลายของนิติบุคคลนั้น"

ค. ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด

พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า

"ห้ามมิให้บริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือ

เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด"

แสดงให้เห็นถึงหลักทั่วไปว่า บริษัทซึ่งมิใช่บริษัทมหาชนสามารถเป็นหุ้นส่วนได้

ข้อสังเกต 1. ในทางปฏิบัติทางกระทรวงพาณิชย์ยอมรับจดทะเบียนนิติบุคคล

เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ตามระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางว่าด้วย

การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท พ.ศ. 2531 ข้อ 50

"ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัท อาจ
เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ทั้งประเภทจำกัดความรับผิด และไม่จำกัดความรับผิด"

2. ตามกฎหมายห้างหุ้นส่วนของประเทศอังกฤษ

(Partnership Act 1890) มาตรา 1 บัญญัติว่า

"ห้างหุ้นส่วน คือ ความสัมพันธ์ ซึ่งมีขึ้นระหว่างบุคคลหลายคน
ในการดำเนินธุรกิจร่วมกัน โดยมีมุ่งที่จะแสวงหากำไร"

ตามพระราชบัญญัติตีความ ค.ศ. 1978 (Interpretation Act 1978)

คำว่า "บุคคล" ตามกฎหมายห้างหุ้นส่วน หมายรวมถึง บุคคลธรรมดา และนิติบุคคล
ดังนั้นห้างหุ้นส่วนที่ตั้งขึ้นระหว่างบริษัทจำกัดกับบุคคลธรรมดา หรือระหว่างบริษัทจำกัดตั้งแต่
สองบริษัทขึ้นไปจึงสามารถทำได้ ในช่วงไม่กี่ปีมานี้ห้างหุ้นส่วนที่ตั้งขึ้นระหว่างบริษัทจำกัดมี
อยู่โดยทั่วไป⁽⁸⁰⁾

ตามกฎหมายห้างหุ้นส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform
Partnership Act)

มาตรา 2 บัญญัติว่า

"ในพระราชบัญญัตินี้.....

คำว่า "บุคคล" รวมถึง บุคคลธรรมดา, ห้างหุ้นส่วน, บริษัท, และการ
รวมตัวในลักษณะอื่น....."

มาตรา 6 บัญญัติว่า

"ห้างหุ้นส่วน คือ การรวมตัวของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปในการประกอบ
ธุรกิจ^{ในลักษณะ} เจ้าของรวมเพื่อผลกำไร"

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าตามกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา
นิติบุคคลสามารถที่จะ เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้

⁸⁰ Ernest H. Scamells, and I'anson Banks, R.C. Lindley on
the Law of Partnership, (London: Sweet & Maxwell, 1984), P.12.

3. ความกฎหมายห้างหุ้นส่วนของประเทศอังกฤษ (Partnership Act 1890)

มาตรา 33(1) บัญญัติว่า

"เว้นแต่จะมีข้อตกลงระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นอย่างอื่นห้างหุ้นส่วนต้องเลิกเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย หรือล้มละลาย"

ตามพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Partnership) มาตรา 31 บัญญัติว่า

"ห้างหุ้นส่วนต้องสิ้นสุดเมื่อ

(4) ผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย"

ตามพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนของทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา บัญญัติถึง เหตุที่ทำให้ห้างหุ้นส่วนสิ้นสุดลง เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย แต่มิได้บัญญัติให้ห้างหุ้นส่วนสิ้นสุดลง เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนที่เป็นนิติบุคคลจดทะเบียนเลิกแต่อย่างใด แต่ตามกฎหมายห้างหุ้นส่วนของประเทศดังกล่าวผู้เป็นหุ้นส่วนมิได้จำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นแต่รวมถึงนิติบุคคลด้วย ดังนั้นการที่มาตรา 1055(5) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติถึง เหตุที่ทำให้ห้างหุ้นส่วนเลิกเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย โดยมิได้บัญญัติถึงกรณีผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนเลิกในลักษณะเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาจึงยังไม่อาจที่จะสรุปได้ว่ากฎหมายห้างหุ้นส่วนของไทยมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมถึงนิติบุคคลด้วย

4. มาตรา 1012 เป็นบทบัญญัติที่นอกจากใช้บังคับกับกรณีของห้างหุ้นส่วนสามัญแล้วยังใช้บังคับกับกรณีของห้างหุ้นส่วนจำกัดและบริษัทจำกัดด้วย เมื่อบุคคลที่ตกลงเข้ากัมนำในกรณีของบริษัทจำกัดหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดมิได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล จึงแสดงให้เห็นว่า คำว่า "บุคคล" ตามมาตรา 1012 มีความหมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย

5. ในประเทศสหรัฐอเมริกาเดิมมีแนวความคิดว่าบริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้เคยมีเหตุผลว่าบริษัทต้องจัดการกิจการของตนเองโดยกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทน หากบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้จะมีผลกระทบต่อลักษณะพื้นฐานของบริษัทในเรื่องการจัดการกิจการ เนื่องจากผู้ที่เข้าหุ้นส่วนกับบริษัทจะมีอำนาจในการกระทำการแทนบริษัทได้ทั้งนี้โดยนัยคดีพิกษานคดี Mallory v. Hanaur Oil Works (1888) 86 Tenn 598 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า "...เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนกระทำการภายในขอบเขตกิจการของห้างหุ้นส่วนย่อมมีผลผูกพันห้างหุ้นส่วน.. ถ้าบริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน บริษัทจะต้องผูกพันโดยผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายอื่น... นโยบายของกฎหมายที่บัญญัติรับรองในเรื่องบริษัทประสงค์ที่จะให้อำนาจในการจัดการกิจการของบริษัทตกอยู่กับเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับมอบอำนาจตามตราสารจัดตั้งบริษัท อำนาจจัดการนี้ต้องแยกต่างหากและเป็นการเฉพาะ การใดซึ่งทำให้อำนาจในการควบคุมกิจการบริษัทถูกดึงมาจากผู้ถือหุ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และตัวแทนของบริษัทย่อมเป็นการขัดกับนโยบายของกฎหมายในเรื่องบริษัทโดยทั่วไป ตามแนวคิดที่เป็นบรรทัดฐานถือว่า บริษัทไม่มีอำนาจที่จะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนไม่ว่าจะ เข้ากันกับบริษัทหรือบุคคลธรรมดา"(81)

ดังนั้นตามแนวความคิดนี้จึงถือว่า การที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้มีแนวความคิดโต้แย้งว่าบริษัทสามารถที่จะทาสัญญาให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจควบคุมจัดการบริษัทแต่เพียงผู้เดียวก็ได้จึงไม่ควรที่จะห้ามไม่ให้บริษัททาสัญญาห้างหุ้นส่วนซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนทุกฝ่ายมีอำนาจในการจัดการห้างหุ้นส่วนเท่า ๆ กัน(82)

81 Frank L. Mechem, "The Law of Joint Adventures", Minnesota Law Review 15(1931), P.651.

82 Michael Armstrong, "Can Corporations be Partners?", Business Lawyer 20(1965), P. 900.

นอกจากนี้ศาลบางศาลวินิจฉัยว่า บริษัทสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้ ดังเช่น
 ในคดี Trivison v. Steiner 41 Ohio App.35 at 45-46, 179 N.E. 208
 (1931) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า "...บริษัทสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้...ถ้าตราสารจัดตั้ง
 มีได้ห้ามไว้..."⁽⁸³⁾ และในคดี Universal Pictures Corp v. Roy Davidge
 Film Lab.ltd. 7 Cal, App.2d 366, 45 P2d 1028(1935) ซึ่งศาลกล่าวไว้ว่า
 "บริษัทอาจจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ถ้าตราสารจัดตั้งบริษัทได้ให้อำนาจไว้...
 เมื่อไม่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าบริษัทไม่มีอำนาจดังกล่าวและสัญญาห้างหุ้นส่วนได้ที่ขึ้น
 เพื่อประโยชน์ของบริษัท...จึงถือได้ว่าสัญญาดังกล่าวที่ขึ้นภายใต้ขอบอำนาจของบริษัท"⁽⁸⁴⁾

ในปัจจุบันเรื่องนี้ไม่เป็นปัญหาอีกต่อไปทั้งนี้เพราะแนวโน้มของกฎหมาย
 ในปัจจุบันยอมรับว่าบริษัทสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ดังจะ เห็นได้จากพระราช
 บัญญัติห้างหุ้นส่วน(Uniform Partnership Act) มาตรา 2 และมาตรา 6 ทั้งนี้โดยนัย
 คติพินิจในคดี Memphis Natural Gas Co. v. Pope ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ว่าพระราช
 บัญญัติห้างหุ้นส่วนบัญญัติให้บริษัทรวมอยู่ในคำจำกัดความคำว่า บุคคล ในลักษณะที่แสดงให้เห็น
 ว่าบริษัทอาจจะ เป็นหุ้นส่วนได้⁽⁸⁵⁾

ผู้เขียนมีความเห็นว่าตามกฎหมายไทย การที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน
 ไม่เป็นการขัดกับลักษณะพื้นฐานของบริษัทแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะบริษัทสามารถที่จะมอบอำนาจ
 ให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจในการจัดการบริษัทได้ซึ่งไม่แตกต่างจากกรณีที่ต้องผูกพันใน
 การกระทำของผู้เป็นหุ้นส่วนกับบริษัทแต่อย่างใด นอกจากนี้ผู้ที่ เป็นหุ้นส่วนกับบริษัทมีอำนาจ
 ในการกระทำแทนบริษัทเฉพาะในกรณีที่อยู่ในขอบเขตกิจการของห้างหุ้นส่วนที่ทั้งสองฝ่าย
 ตกลง เข้าร่วมกัน มิใช่มีอำนาจในการกระทำแทนบริษัทในทุก ๆ กรณี

83 Ibid., P.904.

84 Ibid., P.907.

85 George William Miller, "Comment, The joint venture;

Problem Child of Partnership", California Law Review V.38,1950,

P.866.

เมื่อมีความเห็นว่า นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วนได้ ก็จากร่วมคำกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน เป็นจริง ไม่แตกต่างกัน แม้ว่าโดยทั่วไปกิจการร่วมคำจะมีลักษณะ เป็นการรวมตัวระหว่างนิติบุคคลกับนิติบุคคลในขณะที่ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน โดยทั่วไปจะเป็นการรวมตัวระหว่างบุคคลธรรมดากับบุคคลธรรมดา แต่ก็มีความแตกต่างในระดับความมากน้อยมิใช่ความแตกต่างในเนื้อหา

3.2 ข้อแตกต่างเกี่ยวกับขอบเขตของกิจการ

กิจการร่วมคำมีขอบเขตของกิจการเฉพาะในกิจการเพียงอย่างเดียว หรือเป็นการเฉพาะกิจเท่านั้น แต่ห้างหุ้นส่วนโดยทั่วไปจะประกอบกิจการมากกว่ากิจการเดียว อย่างไรก็ตาม ห้างหุ้นส่วนอาจตั้งขึ้นเพื่อกำหนดกิจการเฉพาะเพียงอย่างเดียวได้ตามมาตรา 1055 (3) ดังนั้นความแตกต่างในเรื่องนี้จึงเป็นความแตกต่างในระดับความมากน้อยมิใช่ความแตกต่างในเนื้อหา หรือในข้อสาระสำคัญ

3.3 ข้อตกลงในลักษณะที่แตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญ

- ผู้ร่วมคำแต่ละฝ่ายไม่เป็นตัวแทนของผู้ร่วมคำฝ่ายอื่น
- สัญญากิจการร่วมคำยังไม่สิ้นสุดแม้ว่าผู้ร่วมคำฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ
- ผู้ร่วมคำไม่ประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วน หรือไม่ให้ความสัญญาว่าเป็นห้างหุ้นส่วน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

- ผู้ร่วมค้าแบ่งแยกงาน หน้าที่ และความรับผิดชอบออกจากกัน

ผู้เขียนมีความเห็นว่าผลของข้อสัญญาที่แตกต่างจากกฎหมายข้างต้นส่วนนั้น ขึ้นอยู่กับการพิจารณาว่า สัญญากิจการร่วมค้าดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายในเรื่องใด กล่าวคือ ในกรณีที่เห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ผลของข้อสัญญาดังกล่าวจะเป็นไปตามความเห็นของฝ่ายที่หนึ่ง แต่ในกรณีที่เห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาห้างหุ้นส่วน ผลของสัญญาที่จะต้องเป็นไปตามความเห็นของฝ่ายที่สอง

3.4 ลักษณะที่ผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าโดยทั่วไปจะประกอบกิจการประเภทเดียวกันกับกิจการร่วมค้า ผู้เขียนมีความเห็นว่าลักษณะดังกล่าวไม่ขัดกับหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนที่ห้ามมิให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทำการค้าแข่งขันกับห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้เพราะขอบเขตกิจการของกิจการร่วมค้ามีลักษณะที่แคบ กรณีที่ประกอบกิจการประเภทเดียวกันแต่เพียงอย่างเดียวยังไม่เป็นการต้องห้ามมาตรา 1038 แต่ต้องมีลักษณะเป็นการแข่งขันกับกิจการร่วมค้าด้วย เช่น กิจการร่วมค้ามีวัตถุประสงค์ในการประมูลงานกับทางราชการในการก่อสร้างสะพาน ผู้ร่วมค้าทุกฝ่ายที่เข้าร่วมทำสัญญากิจการร่วมค้าปกติที่ทำการรับเหมาก่อสร้าง กรณีที่จะเข้าลักษณะเป็นการแข่งขันกับกิจการของกิจการร่วมค้าก็คือ ผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกลงร่วมกับบุคคลภายนอกเข้าประมูลงานกับทางราชการในการก่อสร้างสะพานแข่งกับกิจการร่วมค้า ในกรณีที่เข้าประมูลงานสร้างสะพานรายอื่นไม่ถือว่าเป็นการแข่งขัน

3.5 เจตนารมณ์ในการทำสัญญากิจการร่วมค้ามีชื่อที่เหมือนกันกับเจตนารมณ์ในการเข้าทำสัญญาห้างหุ้นส่วนโดยทั่วไปในเรื่องความประสงค์ที่จะร่วมกันประกอบกิจการเพื่อแบ่งปันผลกำไร แต่ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าไม่ประสงค์ที่จะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วนสามัญ เนื่องจากไม่ประสงค์ที่จะผูกพันตนเองในการกระทำของผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น และไม่ประสงค์ที่จะร่วมรับผิดชอบในหนี้ที่ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นก่อขึ้น

3.6 เจตนารมณ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วน เมื่อพิจารณาจากมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่า ความหมายของสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทมีความหมายกว้างมาก ครอบคลุมองค์ธุรกิจถึงสามประเภท คือ ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัด สัญญาใดมีลักษณะที่บุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปตกลงเข้าหุ้นกันประกอบกิจการ เพื่อแบ่งปันผลกำไรที่ได้จากการนั้น จะตกอยู่ในความหมายของ

มาตรา 1012 ทั้งสิ้น และ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 1055 (5) จะเห็นได้ว่า
 มาตรา 1012 มีความหมายรวมถึง การประกอบกิจการเพียงอย่างเดียว

4. พิจารณาแง่การประกอบธุรกิจ

จากข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญากิจการร่วมค้าดังกล่าว มีแนวความคิดว่า
 นักธุรกิจประสงค์ที่จะร่วมกันประกอบกิจการในลักษณะที่เป็นองค์ธุรกิจประเภทใหม่โดย
 ไม่มีประสงค์จะมีหน้าที่และความรับผิดชอบ เช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนสามัญ ในการที่พิจารณา
 ไขกฎหมายห้างหุ้นส่วนกับสัญญาดังกล่าวจะไม่เป็นการสอดคล้องกับความต้องการในทาง
 ธุรกิจที่พัฒนาไป แต่หากถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ผลของข้อสัญญาดังกล่าวก็จะ
 สอดคล้องกับเจตนาของนักธุรกิจ กล่าวคือ ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายไม่มีฐานะ เป็นตัวแทนของ
 ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นไม่ว่าจะกระทำไปในเรื่องที่เกี่ยวกับกิจการร่วมค้าหรือไม่ ผู้ร่วมค้าแต่ละ
 ฝ่ายไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ที่ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นก่อขึ้น ทั้งในระหว่างผู้ร่วมค้าด้วยกันและต่อ
 บุคคลภายนอก

5. พิจารณาแง่ของการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริต

ตามมาตรา 1050 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้ผู้เป็น
 หุ้นส่วนทุกฝ่ายต้องผูกพันและต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในเรื่องที่ผู้ เป็นหุ้นส่วน
 ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำไปในทางธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วนแม้ว่าจะ ไม่มีการตั้งให้ผู้ เป็นหุ้นส่วน
 อื่น เป็นตัวแทนหรือผู้ เป็นหุ้นส่วนกลางจำกัดอำนาจในการกระทำแทนไว้ แสดงถึงเจตนารมณ์
 ของกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริตในการติดต่อการค้ากับห้างหุ้นส่วน
 มีแนวความคิดว่าการร่วมตัวของผู้ร่วมค้ามีลักษณะ เช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนแตกต่างกันในข้อที่
 ส่วนใหญ่ผู้ร่วมค้ามีฐานะ เป็นนิติบุคคลและมีขอบเขตของกิจการแคบกว่าห้างหุ้นส่วนโดยทั่วไป
 ดังนั้นจึงควรที่จะคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริตซึ่ง ไม่ทราบถึงการจำกัดอำนาจในการ
 กระทำการแทน หรือข้อจำกัดความรับผิดชอบต่าง ๆ ในลักษณะเดียวกับกรณีของห้างหุ้นส่วน
 ในการที่นักธุรกิจประสงค์จะให้ข้อจำกัดอำนาจหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบถึงบุคคลภายนอก
 ก็สามารถทำได้ โดยแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบถึงข้อจำกัด เช่นว่านั้น

6. พิจารณาในแง่แนวโน้มของศาลไทยในการปรับใช้กฎหมายกับสัญญา

กิจการร่วมค้า

เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำพิพากษาฎีกาที่ 160/2496 (นางบิชอบ หรือ สนิท ยวงพานิช โจทก์ นายยอน จุฑาทอง กับพวก จำเลย) สองคนเข้าหุ้นส่วนกันตั้งร้านค้ามีชื่อเป็นบริษัทบริษัทหนึ่ง ได้ทำสัญญากู้เงินเขาโดยหุ้นส่วนคนหนึ่งลงชื่อเป็นผู้กู้ มีผู้อื่นเป็นผู้ค้ำประกัน ต่อมาผิดนัดไม่ชำระหนี้แก่เขา ผู้ค้ำประกันต้องออกเงินใช้แทนไป ดังนั้นแม้ในสัญญากู้และสัญญาค้ำประกันจะใช้คำว่าบริษัทเป็นผู้กู้ก็ดี แต่บริษัทดังกล่าวยังมิได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล จึงไม่ทำให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งสองพ้นจากความรับผิดชอบได้ เพราะชื่อบริษัทที่กล่าวนี้ ผู้เป็นหุ้นส่วนใช้แทนชื่อของตนเอง และคำพิพากษาฎีกาที่ 196/2517 (นายอดิศศักดิ์ ศรีรัตนกร โจทก์ นายสุรินทร์ จงสวัสดิ์ จำเลย) ผู้ขอรับชำระหนี้กับจำเลยตกลงเข้าหุ้นกันเพื่อจะจัดตั้งบริษัททำการจัดสรรที่ดินและอาคารให้เช่า โดยให้ชื่อว่า บริษัท สยามอาคาร ซึ่งไม่มีคำว่า จำกัด ไร้ปลายชื่อ และไม่ปรากฏว่าจะเป็นบริษัท จำกัดหรือเพียงใช้ชื่อบริษัทแต่ความจริง เป็นหุ้นส่วน ผู้ขอรับชำระหนี้ได้ชำระเงินค่าหุ้นให้จำเลยรับไว้แล้ว และบริษัทได้มีการเริ่มงานไปบ้างแล้ว โดยหุ้นส่วนทุกคนมอบให้จำเลยเป็นผู้ดำเนินการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแต่ผู้เดียว ดังนั้น บริษัทดังกล่าวจึงมิใช่บริษัทจำกัด แม้จะมีได้มีการจดทะเบียนก็จะถือว่ากิจการอันตกลงร่วมหุ้นกันนั้นยังไม่จัดตั้งขึ้นหาได้ไม่ จึงจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1112 มาปรับแก้กรณีได้ ผู้ขอรับชำระหนี้จึงไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้เงินค่าหุ้นคืนจากจำเลย

จะเห็นได้ว่าหลักการพิจารณาใช้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วนของศาลไทยมิได้คำนึงว่าคู่สัญญาประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วนหรือไม่หรือคู่สัญญาเรียกตนเองว่าอย่างไร แต่จะพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าการเข้าร่วมกันนั้นมีลักษณะ เป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่หลักดังกล่าวมีความใกล้เคียงเป็นอย่างมากกับหลักที่ศาลในประเทศอังกฤษใช้ เช่นในคดี Adam V. Newbigging ซึ่งเห็นว่า "ถ้าห้างหุ้นส่วนเกิดขึ้นตามข้อเท็จจริง..... การอ้างถ้อยคำเป็นอย่างอื่น ไม่เปลี่ยนแปลงผลแห่งสัญญา"

สำหรับกรณีที่ศาลไทยพิจารณาว่า สัญญาไม่เข้าลักษณะ เอกเทศสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น สัญญาทรัสต์รีซีท (ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 6/2517, คำพิพากษาฎีกาที่ 916/2521), สัญญาเล่นแชร์เบี้ยหวาย (ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 629/2486, 698/2506, 1631-1634/2508, 436/2520), สัญญาเช่า

ต่างตอบแทนพิเศษ (คำพิพากษาฎีกาที่ 172/2488, 412/2511, 633/2521), สัญญา
ต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาคุ้มครองค่า (คำพิพากษาฎีกาที่ 2923/2525)

- สัญญาทรัสต์รีซีทจะเป็นไปตามทางปฏิบัติหรือประเพณีการค้าระหว่างประ
เทศอันเกิดจากการที่ผู้ส่งสินค้าเข้าขอให้ธนาคารชำระเงินค่าสินค้าให้ตามความผูกพันใน
เลตเตอร์ออฟเครดิต เมื่อผู้ส่งสินค้าเข้ายังไม่สามารถชำระเงินค่าสินค้าได้แต่ต้องการขอ
รับเอกสารการส่งของ เช่น ใบตราส่ง กรมธรรม์ประกันภัย และ เอกสารอื่น ๆ เกี่ยวกับ
สินค้าจากธนาคารใบสินค้าออกมาเพื่อขายหรือเก็บไว้ในโกดังสินค้า ซึ่งในที่สุดเพื่อ
เจ้าหน้าที่ต่อไป ธนาคารจึงให้ผู้ส่งสินค้าเข้าลงลายมือชื่อไว้ในสัญญาทรัสต์รีซีทตามรูปแบบที่
ธนาคารกำหนดขึ้น โดยยอมรับว่าสินค้านั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของธนาคาร ทั้งนี้เป็นการที่
ธนาคารนำสัญญาทรัสต์รีซีทมาใช้เป็นวิธีการประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินอย่างหนึ่ง เพื่อประโยชน์
ในการการค้า⁽⁸⁶⁾ สัญญาในลักษณะนี้ศาลได้นับจัญว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ตามคำพิพากษา
ฎีกาที่ 6/2517 (ระหว่างบริษัทโทรคมนาคมเตอร์ จำกัด โจทก์ บริษัท เครื่องทุ่นแรง จำกัด
จำเลย ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด ผู้ร้องขอทรัพย์สิน) ซึ่งวินิจฉัยว่า "เอกสารทรัสต์
รีซีทเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่งที่ไม่เข้าลักษณะ เอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ บรรพ 3... วัตถุประสงค์แห่งสัญญานี้นอกจากจะก่อให้เกิดสิทธิแก่ธนาคาร
ผู้ร้อง ในฐานะเจ้าหนี้เรียกร้องเอาค่าใช้ราคาสินค้าเป็นพิเศษแล้ว ยังเป็นการโอน
กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งให้เจ้าหนี้ (ธนาคาร) ไปจนกว่าจะมีการชำระราคาแล้วเสร็จ"

ศูนย์วิทยุวิทยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
⁸⁶ สุทธิรักษ์ เสียมสกุล, "สัญญาทรัสต์รีซีท", วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์
มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524 หน้า 8.

เฉลิม ยงบุญเกิด, "เลตเตอร์ ออฟ เครดิต", พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร:
รวมสาสน์, 2511), หน้า 117.

บัญญัติ สุชีวะ, "เอกเทศสัญญาทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ",
บทบัญญัติ เล่มที่ 20 ตอนที่ 2 พ.ศ. 2505, หน้า 296.

เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญาทรัสต์รีซีทีจะเห็นว่ามิใช่ข้อแตกต่างจากสัญญาจำนำเงินข้อสาระสำคัญหรือในเนื้อหา กล่าวคือ หากเป็นกรณีสัญญาจำนำธนาคารผู้รับจำนำต้อง เป็นผู้ครอบครองสินค้านั้นไว้ แต่ในกรณีตามสัญญาทรัสต์รีซีที ผู้ส่งสินค้าเข้าเป็นฝ่ายครอบครองสินค้าเพื่อวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในสัญญา นอกจากนี้ในกรณีสัญญาจำนำ กรรมสิทธิ์ในสินค้าต้องยังเป็นของผู้จำนำ (ผู้ส่งสินค้าเข้า) แต่ตามสัญญาทรัสต์รีซีทีกรรมสิทธิ์ในสินค้าเป็นของธนาคาร

เมื่อสัญญาทรัสต์รีซีทีมีข้อแตกต่างจากสัญญาจำนำเงินเนื้อหาจึงไม่เข้าลักษณะสัญญาจำนำ และเมื่อไม่เข้าลักษณะ เอกเทศสัญญาอื่นใด ศาลจึงวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อหรือสัญญานอกบรรพ 3

- สัญญาเล่นแชร์เบี้ยหาย

สัญญาประเภทนี้มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญายืมแต่แท้จริงไม่ใช่ ลักษณะของสัญญาประเภทนี้มีดังนี้คือ ลูกวางหรือผู้เล่นแชร์ทุกคนต่างลงเงินจำนวนหนึ่ง เท่ากันเป็นรายเดือน รายบักซ์หรือสัปดาห์หรือระยะเวลาใดก็ได้แล้วแต่จะกำหนดกันเรียกว่าเป็นงวด มีจำนวนงวด เท่าจำนวนคนที่เล่น แล้วมีการประมูลให้ดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ระหว่างกัน ใครให้ดอกเบี้ยสูงคนนั้นก็มียกเอาเงินกองที่ลูกวางมาลงรวมกันไปใช้ก่อน โดยจะหักดอกเบี้ยหรือจะส่งเพิ่มรายงวดภายหลัง เข้ากับเงินประจำงวดเท่ากับดอกเบี้ยที่ประมูลแล้วแต่จะตกลงกัน เมื่อประมูลได้แล้วจะต้องทำสัญญาให้นายวาง หรือลูกวางยึดถือไว้เท่ากับจำนวนเงินที่เบี้ยแชร์ได้ และต้องส่งเป็นรายเดือนไปจนกว่าจะครบ (87)

87 เข็มชัย ชูดำรง, บวรศักดิ์ อูรรณโณ, คำบรรยายกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, เอกสารอัครโรเนียว คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 7.

พิชัย นิลทองคำ, "วิธีปฏิบัติและปัญหาคดีแชร์-เบี้ยหาย",

(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติสยาม), หน้า 60.

อุทัย คุณนิศย์, "การเล่นแชร์เบี้ยหาย", ตุลพาหุ, เล่มที่ 5 ปีที่ 20

กันยายน - ตุลาคม 2516, หน้า 11.

สัญญาในลักษณะดังกล่าวศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่ไม่เข้าลักษณะ เอกเทศสัญญา ใด โดยนัยคดีพิกษาฎีกาที่ 1631-1634/2508 ซึ่งวินิจฉัยว่า การเล่นแชร์เบี้ยหวายเกิด จากความตกลงกันระหว่างผู้เล่นจึงเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง เพื่อไม่มีกฎหมายห้ามก็ใช้บังคับได้ แม้จะไม่เป็นการกู้ยืม จำเลยก็ไม่มีเหตุที่จะอ้างได้ว่าจำเลยได้ทรัพย์สินไปโดยไม่มีมูลจะอ้าง ได้ตามกฎหมายกรณีไม่เป็นลาภมิควรได้

ในเรื่องนี้ท่านศาลตราจารย์ มรว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายว่า

"นักกฎหมายบางคนพยายามจะรัดสัญญา เล่นแชร์ เบี้ยหวายให้เข้าในลักษณะ เอกเทศสัญญาใดสัญญาหนึ่ง ที่มีระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 โดย เทียบเคียงว่าเป็นไปในทางกู้ยืมเงินบ้าง เป็นสัญญาเข้าหุ้นส่วนบ้าง ตัวแทนหรือค้ำประกัน บ้าง แต่ผลที่สุดก็ดูเหมือนจะยอมรับกันว่า ถ้าจะรัดให้เข้าแบบก็จะต้องเป็นสัญญาเหล่านี้ ทั้งหมดยกเว้นหรือมิฉะนั้นก็ไม่เป็นอย่างหนึ่งอย่างใดเลย (88)

- สัญญาเช่าต่างตอบแทนพิเศษคือ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้เช่าได้ให้ ค่าตอบแทนแก่ผู้ให้เช่านอกเหนือไปจากค่าเช่าในลักษณะ เป็นการปลูกสร้างอาคารแล้วยก กรรมสิทธิ์ให้แก่เจ้าของที่ดินก็ดี เป็นการปลูกต้นไม้แล้วยกให้แก่เจ้าของที่ดินก็ดี เป็น การออกเงินช่วยค่าก่อสร้างก็ดี หรือในกรณีอื่น ๆ ในทางมองเดียวกัน แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึง การให้เงินกินเปล่า (แป๊ะเจี๊ยะ) ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาในลักษณะดังกล่าวไม่ใช้สัญญาเช่า ธรรมดา แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทนหรือสัญญาไม่มีชื่อ⁽⁸⁹⁾ โดยนัยคดีพิกษาฎีกาที่ 172/

88 เสนีย์ ปราโมช, ศาลตราจารย์ มรว., "ประมวลกฎหมายแพ่งและ พินัยว่าด้วยนิติกรรมและหนี้", เล่ม 1 (ภาค 1-2), (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2509), หน้า 11-12.

89 จิต เศรษฐบุตร, "หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา เล่มที่ 1", (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 350.

อักษราทร จุฬารัตน์, ดร., "เอกสารการลอนชุกวิชากฎหมายแพ่ง 1 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน้าที่ 11-15", (กรุงเทพฯ: บริษัท วัตตอริเทียร์ เวอพอยท์ จำกัด, 2528), หน้า 202-203.

2488 ผู้ให้เช่าทำสัญญากับผู้เช่ายอมให้ผู้เช่ารื้อดึกแล้วทำใหม่ด้วยทุนทรัพย์ของผู้เช่า และ
ว่าเมื่อทำเสร็จแล้วผู้ให้เช่ายอมให้ผู้เช่าเช่าต่อไปอีก 15 ปี ในอัตราค่าเช่าเดิม ดังนี้
เป็นสัญญาตอบแทนกัน⁹⁰ ในทางทรัพย์สินมีชื่อ เป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อผู้เช่าทำดึกเสร็จแล้วต่อไป
ถึงแก่กรรม ลิขิตตามสัญญาย่อมตกทอดแก่ทายาท"

สัญญาตอบแทนกันในทางทรัพย์สินหรือสัญญาเช่าพิเศษนี้เป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษ
นอกเหนือไปว่าสัญญาเช่าธรรมดาในแง่ของการตอบแทนกัน กล่าวคือนอกจากจะตอบแทนกัน
โดยฝ่ายหนึ่งยอมให้อีกฝ่ายหนึ่ง ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าและอีกฝ่ายหนึ่งให้
ค่าเช่าตอบแทนแล้ว ยังมีข้อตกลงซึ่งเป็นการตอบแทนกันเป็นพิเศษ⁽⁹⁰⁾ กล่าวคือ ผู้เช่าจะ
สร้างดึกและยกให้เป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้ให้เช่า โดยผู้ให้เช่ายินยอมให้ผู้เช่าเช่าดึกนั้นเป็นระยะ
เวลานานพอสมควรและคิดค่าเช่าถูก

- สัญญาด่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าการกู้ยืม กรณีที่ผู้เช่ากู้ยืมเงินโดย
มีข้อสัญญาพิเศษเพิ่มเติมจากการกู้ยืมทั่วไป คือ กำหนดให้สิทธิผู้ให้เช่าควบคุมดูแลอนุมัติ
โครงการของผู้กู้ และกำหนดให้ผู้กู้มีหน้าที่จัดหาเงินมาให้ผู้ซื้อที่ดินและบ้านในโครงการ
ในอัตราดอกเบี้ยที่กำหนดด้วย

ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาด่างตอบแทนอย่างหนึ่งตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2923/
2525 (บ.จ.ก. เครดิต ฟองซิเออร์ กรุงเทพมหานคร โจทก์ นายชัยกิจ ดิสมิรัช กับพวก
จำเลย) ซึ่งวินิจฉัยว่า

"จำเลยมีที่ดินได้เสนอโจทก์เพื่อร่วมทำโครงการจัดสรรที่ดินพร้อมบ้านกับจำเลย
พร้อมอนุมัติเงินเพื่อลงทุนด้วย โจทก์อนุมัติ ได้ทำสัญญากัน 2 ฉบับ คือสัญญาเงินและ
สัญญาให้ผู้ซื้อเงินโจทก์ไปซื้อที่ดินและบ้านตามโครงการ ดังนี้สัญญาฉบับหลัง เป็นส่วนหนึ่ง
ของสัญญาฉบับแรก ข้อความในสัญญาแต่ละฉบับมีผลผูกพันบังคับกันได้ ดังนั้น การตีความ

⁹⁰ สำเร็จ เมฆเกรียงไกร, "สัญญาอนุกรม 3 : สัญญาเช่าพิเศษ",
วารสารกฎหมาย, ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 มิถุนายน 2526, หน้า 112.

อักษรพร จุฬารัตน์, ดร., "เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1:
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เล่มที่ 3 หน่วยที่ 11-15", หน้า 203

เจตนาของคู่สัญญาจึงต้องแปลจากสัญญาทั้งสองฉบับรวมกัน ไม่ใช่ยกเอาเฉพาะข้อความตอนใด ตอนหนึ่งหรือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งหรือข้อใดข้อหนึ่งมาแปล จึงไม่ใช่นิติกรรมอำพราง และ ไม่ใช่สัญญากู้เงินโดยวิธีออกตั๋วสัญญาใช้เงินอย่าง เดียว สัญญาทั้ง 2 ฉบับจึง เป็นสัญญาต่าง คอบแทนกันเป็นพิเศษยิ่งกว่าสัญญาที่ธรรมดา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่าง มีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้อง ปฏิบัติคอบแทนซึ่งกันและกันตามข้อความที่ระบุไว้ในสัญญา

โจทก์ยอมให้จำเลยกู้เงินสูงกว่าจำนวนที่ชอกู้ในการเสนอโครงการครั้งแรก แสดงว่าได้ตกลง เปลี่ยนแปลงวง เงินกันแล้ว เท่ากับเป็นการยืนยันตามข้อตกลงนั้น ข้อตกลงนี้จึงผูกพันโจทก์ โจทก์จะปฏิเสธไม่ให้จำเลยและผู้ซื้อที่ดินกับบ้านกู้เงินถึงจำนวน ดังกล่าวไม่ได้ เป็นการผิดสัญญา"

จะ เห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าว เป็นกรณีที่คู่สัญญาสองฝ่ายตกลงทำสัญญากันโดย ฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะ ได้กู้ยืมเงินและมีสิทธิที่จะ เรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งจัดหาเงินมาให้ลูก ค่าของตนก็ได้ด้วย ทั้งนี้โดยมีหน้าที่หรือมีหน้าที่จะต้องชำระ เงินคืนพร้อมทั้งดอกเบี้ย และให้ อีกฝ่ายหนึ่ง เข้ามาควบคุมดูแลกิจการที่ดินดำเนินการด้วย

เมื่อพิจารณาสัญญาที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อในแต่ละกรณีจะ เห็นได้ว่า สัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างออกไปจากเอกเทศสัญญาในข้อสาระสำคัญ หรือมีข้อสัญญาที่ เพิ่มเติมขึ้นเป็นพิเศษ กล่าวคือ ในกรณีสัญญาทรัสต์ที่แตกต่างจากสัญญาจำนำในข้อสาระสำคัญ คือมีการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าให้แก่ เจ้าหนี้และให้ลูกหนี้ เป็นผู้ครอบครองสินค้าต่างจากสัญญา จำนำที่กรรมสิทธิ์ในสิ่ง หาริมทรัพย์ที่จำนำคงอยู่กับลูกหนี้และให้ เจ้าหนี้ เป็นผู้ครอบครองไว้, สัญญาเช่า เบี้ยหวัยมีลักษณะรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากเอกเทศสัญญาในบรรพ 3 ดังที่มี ผู้อธิบายว่ามีลักษณะ ของ เอกเทศสัญญาหลายลักษณะ รวมกันหรือไม่ เข้าลักษณะ เอกเทศสัญญา ลักษณะใดเลย, สำหรับสัญญาเช่าต่างคอบแทนพิเศษ และสัญญาต่างคอบแทนพิเศษยิ่งกว่า การกู้ยืมจะ เห็นได้ว่ามีลักษณะ ข้อตกลงที่ เพิ่มเติมขึ้นจากเอกเทศสัญญาทำให้แตกต่างจาก เอกเทศสัญญาในบรรพ 3 เมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญากิจการร่วมค้าซึ่งมีนิติบุคคลตกลง เข้าร่วมกันลงทุนกระทำกิจการเพียงอย่างเดียว จะ เห็นได้ว่าสัญญากิจการร่วมค้ามิได้มี ข้อแตกต่างจากสัญญาห้างหุ้นส่วนในข้อสาระสำคัญหรือในเนื้อหาแต่อย่างใด อีกทั้งมิได้มี ลักษณะ ของ เอกเทศสัญญาหลายลักษณะ รวมกันและ ไม่มีข้อสัญญา เพิ่มเติมขึ้นหรือมีหน้าที่

เพิ่มเติมขึ้น แต่สัญญากิจการร่วมค้าดังกล่าวต่างจากสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญที่มีข้อตกลงในลักษณะยกเว้นในเรื่องผลของกฎหมายห้างหุ้นส่วนสามัญ ขณะนี้ยังไม่ปรากฏกรณีศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาไม่มีชื่อ เนื่องจากคู่สัญญาไม่ประสงค์จะให้สัญญามีผลตามหลักกฎหมายเอกเทศสัญญา หรือมีข้อตกลงยกเว้นผลของกฎหมายเอกเทศสัญญา

ในปัจจุบันยังไม่มีความพิพาทข้อพิพาทที่แน่ชัดในเรื่องกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญากิจการร่วมค้าในเรื่องสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในทางสัญญาของผู้ร่วมค้า จึงยังไม่อาจชี้ชัดลงไปว่าสัญญากิจการร่วมค้าเป็นสัญญาไม่มีชื่อ หรือเป็นสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญ อย่างไรก็ตามในขณะนี้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิดของผู้ร่วมค้าต่อบุคคลภายนอก คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3848/2531 (นายวิชิต ศิริโสภณวรารพ โจทก์ บ.อิตาเลียนดีเวลลอปเม้นต์คอร์ปอเรชั่น จำกัด กับพวก จำเลย) "เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยที่ 1 กับบริษัท ค. และบริษัท อ. ได้จดทะเบียนการค้าสำหรับงานก่อสร้างสะพานไว้กับกรมสรรพากรว่า "สาธบริดจ์ จอยเวนเจอร์" โดยมี อ. เป็นผู้มอบอำนาจการแทน เช่นนี้ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่ากิจการ "สาธบริดจ์ จอยเวนเจอร์" ก็คือห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลซึ่งจำเลยที่ 1 กับบริษัทในต่างประเทศอีกสองบริษัทร่วมกันกระทำในประเทศไทยนั่นเอง ดังนั้น เมื่อรถยนต์บรรทุกของโจทก์ตกลงไปในหลุมที่ "สาธบริดจ์ จอยเวนเจอร์" ขุดไว้อันเป็นการละเมิดคามฟ้อง เกิดขึ้นในกิจการที่เป็นธรรมดาของ "สาธบริดจ์ จอยเวนเจอร์" จำเลยที่ 1 จึงต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1050 โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 1 ได้ ทั้งการที่จำเลยที่ 3 รับประกันภัยค้ำจุน "สาธบริดจ์ จอยเวนเจอร์" สัญญาประกันภัยก็ผูกพันจำเลยที่ 1 ด้วย เมื่อจำเลยที่ 1 ต้องรับผิดชอบต่ออำนาจภัยที่เกิดขึ้นตามฟ้อง โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยที่ 3 ให้ร่วมรับผิดชอบกับจำเลยที่ 1 ได้"

ตามคำพิพากษาดังกล่าวศาลวินิจฉัยว่า กิจการร่วมค้าคือห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าต้องร่วมกันรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน ในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการของกิจการร่วมค้า

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ศาลฎีกาจะมีคำวินิจฉัยถึงความรับผิดชอบของผู้ร่วมค้าในทางสัญญา แต่ก็น่าจะถือได้ว่าในกรณีที่ผู้ร่วมค้าฝ่ายหนึ่ง ได้ทำสัญญาในทางที่เป็นธรรมคา การค้าขายของกิจการร่วมค้า ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน ในการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าว เช่นเดียวกัน

7. สัญญากิจการร่วมค้าในลักษณะที่มีบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปตกลงร่วมกันลงทุนประกอบกิจการเพียงอย่างเดียว โดยประสงค์ที่จะแบ่งปันผลกำไรจากกิจการนั้น เป็นสัญญาที่มีลักษณะ เข้าหลักเกณฑ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนตามมาตรา 1012 สัญญาดังกล่าว ไม่มีลักษณะที่แตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญในสาระสำคัญ ข้อตกลงจำกัดอำนาจกระทำการ เป็นตัวแทนผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น, ข้อตกลงไม่รับผิดชอบร่วมกันในที่ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นก่อน, ข้อตกลงไม่ประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วน, และ ข้อตกลงไม่ให้สัญญาสิ้นสุดลง เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย, ล้มละลายหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถได้ เป็นลักษณะของสัญญาแต่เป็นผลของสัญญา ข้อตกลงดังกล่าว เป็นข้อตกลงในลักษณะยกเว้นผลของกฎหมายห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เขียนมีความเห็นว่าศาลไทยจะไม่วินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาไม่มีชื่อแต่จะวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าว เป็นสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญ

เมื่อพิจารณาในแง่ความยุติธรรมในการใช้กฎหมายห้างหุ้นส่วนบังคับกับสัญญาดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวแม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับความต้องการของนักธุรกิจที่ประสงค์จะจำกัดความรับผิดชอบของตนลง แต่หากพิจารณาในแง่ของการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตแล้วจะ เห็นได้ว่ามีความยุติธรรมต่อบุคคลภายนอกในกรณีที่ผู้ร่วมค้าประสงค์จะให้ข้อตกลงจำกัดอำนาจกระทำการแทนและข้อตกลงจำกัดความรับผิดชอบมีผลถึงบุคคลภายนอกก็อาจจะแจ้งให้บุคคลภายนอกทราบถึงข้อตกลง เช่นว่านั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาจะ เห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศทั้งสองก็มีลักษณะที่คุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตในลักษณะเดียวกัน

นอกจากนี้การที่สัญญากิจการร่วมค้ามีลักษณะที่ไม่แตกต่างในเนื้อหาหรือสาระสำคัญจากสัญญาห้างหุ้นส่วนที่นิติบุคคล เป็นคู่สัญญาประกอบกิจการเพียงอย่างเดียว การที่ไม่ปรับใช้กฎหมายห้างหุ้นส่วนกับสัญญากิจการร่วมค้าจะ เป็นการไม่ยุติธรรมในแง่ที่กฎหมายบัญญัติต่อสิ่งที่เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันแตกต่างกัน

8. กรณีที่สัญญากิจการร่วมค้ากำหนดว่าผู้ร่วมค้าจะร่วมกันลงทุนและดำเนินกิจการอย่างหนึ่งจนแล้วเสร็จโดยจะแบ่งปันรายรับ (Gross Return) ที่ได้จากกิจการ มีใช้แบ่งปันกำไรสุทธิ หรือกำไรหลังจากหักรายจ่าย ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. และบริษัท ข. ตกกลงร่วมกันรับจ้างก่อสร้างอาคารให้กับทางราชการ โดยลงทุนร่วมกันในอัตราส่วน 70 ต่อ 30 และร่วมกันจัดหาวัสดุแรงงาน วิศวกร มาใช้ในการดำเนินการก่อสร้าง เมื่อได้รับค่าจ้าง ทั้งสองฝ่ายตกลงแบ่งรายรับกันฝ่ายละครึ่งหนึ่งมีปัญหาว่า ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวจะมีผลทำให้สัญญาไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายในเรื่องห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ในเรื่องนี้นักกฎหมายมีความเห็นแตกต่างกันแบ่งออกเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายที่หนึ่งมีความเห็นว่า การแบ่งรายรับดังกล่าวมิใช่การแบ่งกำไรจากกิจการ ตามมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากมิได้หักรายจ่ายหรือทุนที่ลงไปออกจากรายรับดังกล่าว กล่าวคือ มิได้แบ่งปันกำไรสุทธิ ในบางกรณีฝ่ายหนึ่งอาจจะได้รับผลกำไร แต่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับผลขาดทุนจากการแบ่งรายรับดังกล่าว เช่น ในกรณีตามตัวอย่าง หากบริษัท ก. ลงทุนไป 7,000,000 บาท บริษัท ข. ลงทุนไป 3,000,000 บาท กิจการร่วมค้าได้รับค่าจ้างหรือรายรับ 12,000,000 บาท บริษัท ก. ได้รับส่วนแบ่ง 6,000,000 บาท ขาดทุน 1,000,000 บาท บริษัท ข. ได้รับส่วนแบ่ง 6,000,000 บาท ได้กำไร 3,000,000 บาท นอกจากนี้ในกรณีที่กิจการขาดทุนก็ยังมี การแบ่งปันรายรับอยู่

ฝ่ายที่สองมีความเห็นว่า การแบ่งรายรับดังกล่าวยังอยู่ในความหมายของการแบ่งกำไรตามมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำว่า "กำไร" หมายถึง รายได้ที่เกินรายจ่าย ถ้าได้มีการตกลงทำกิจการร่วมกันเพื่อจะหากำไรมาแบ่งกันแล้ว แม้การแบ่งกำไรจะไม่แบ่งจากกำไรสุทธิ ก็ไม่น่าจะทำให้กิจการนั้นไม่เป็นห้างหุ้นส่วนไป วิธีการที่จะแบ่งกำไรกันอย่างไร แบ่งจากเงินส่วนไหนเป็นเรื่องหนึ่ง แม้แต่จะไม่แบ่งกำไรกันตามส่วนแห่งการลงทุน หรือมีข้อตกลงให้บางคนไม่ต้องขาดทุน

ด้วยก็ยังไม่ได้นั้นกรณีที่เป็นหุ้นส่วนตกลงกันว่า รายได้ของห้างหุ้นส่วนให้แบ่งกันคนละครึ่ง หรือให้ผู้เป็นหุ้นส่วนผลัดกันเข้าไปเก็บผลประโยชน์จากทรัพย์สินหรือกิจการของห้างหุ้นส่วน โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าใครลงทุนไปเท่าใด ไม่มีการนำรายได้รายจ่ายมาคำนวณหากว่าไรสุทธิกันก่อนแล้วจึงแบ่งกำไรกัน เพียงเท่านี้หากทำกิจการนั้นกลายเป็นมีห้างหุ้นส่วนใหม่⁽⁹¹⁾

ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายที่สอง โดยเห็นว่า การแบ่งปันกำไรตามมาตรา 1012 มิได้หมายความว่าจำกัดเฉพาะกำไรสุทธิ แต่หมายความถึงผลที่ได้เกินต้นทุน กรณีตามตัวอย่างข้างต้น เป็นกรณีที่กิจการมีผลกำไร กล่าวคือ ผลหรือรายรับเกินต้นทุน การแบ่งปันรายรับในระหว่างบริษัท ก. และบริษัท ข. เป็นเรื่องที่สำคัญที่มีอิสระที่จะทำสัญญาระหว่างกันอย่างไรก็ได้ แต่ระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอก คู่สัญญายังคงต้องร่วมกันรับผิดชอบ ในกรณีที่รายรับเท่ากับหรือต่ำกว่าทุนที่ลงไป หรือกิจการไม่มีกำไร การตกลงแบ่งรายรับเท่ากับเป็นการชดเชยเงินที่คู่สัญญาจ่ายออกไปในตอนแรก

นอกจากนี้ในกรณีที่ตกลงแบ่งปันรายได้ โดยข้อตกลงอื่น ๆ เข้าหลักเกณฑ์ของมาตรา 1012 ศาลฎีกาก็วินิจฉัยว่า เป็นห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้โดยนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1836/2514 ซึ่งวินิจฉัยว่า "จำเลยที่ 2 เป็นผู้ออกรถยนต์ จำเลยที่ 1 เป็นผู้ออกแรงงาน ร่วมกันรับจ้างบรรทุกกระบะเบ็ดที่ห้องการค้า ร.ส.พ. ส่วนผลประโยชน์แบ่งกันคนละครึ่ง ดังนั้นจึงเห็นได้ชัดว่า การดำเนินกิจการเกี่ยวกับรถยนต์คันนี้ระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2 เข้าลักษณะเป็นหุ้นส่วนกัน โดยจำเลยที่ 1 เป็นผู้ออกแรง จำเลยที่ 2 เป็นผู้ออกทรัพย์ เมื่อการกระทำของหุ้นส่วนทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกคือโจทก์ จำเลยทั้งสองจึงต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในกิจการของหุ้นส่วน" และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1956/2517 (นายประเสริฐ โพธิ์เจริญ โจทก์ นางจรรยา

⁹¹ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, พ.ศ. 2532 หน้า 32.

ประสพ แพทย์ จาแลย) วินิจฉัยว่า โจทก์ฟ้องว่า ได้ลงทุน เข้าหุ้นกับจาแลยคนละครึ่ง
สร้างแพะบึงทำจอเดี๋ยบล้างคอนยาลารและลิเตัวเจ้าผลัดกันเก็บผลประโยชน์และ
เดือน ต่อมาตลาดไทใหม่ ท่อค้ำแต่ข้างตาเซ้นทำพังถล่ม ภาไปใช้แต่ข้างค้ำใหม่
ผลประโยชน์ที่ได้รับจากแพะบึงดังกล่าวลดน้อยลง โจทก์ได้แจ้งขอ เลิกหุ้นกับจาแลย
แล้วจาแลยไม่ยอมเลิก ขอให้ศาลแบ่ง เงินทุนในการสร้างแพะบึงระหว่างโจทก์จาแลย
คนละครึ่ง คั้งนี้ แม้วาทก์จะไม่ตีคดี ขอค้ำยคั้งให้เลิกหุ้นแล้วด้วย แต่ก็เห็น
ความประสงค์ของ โจทก์ได้ว่าต้องการให้ศาลสั่ง เลิกหุ้นแล้วจึง ได้ขอแบ่งทุน

คำฟ้องดังกล่าวก็อ้างว่ามีเหตุทำให้หุ้นล้มแล้ววิสัยที่จะดำรงอยู่ต่อไปได้
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1057(3) โจทก์มีสิทธิร้องขอให้ศาลสั่ง เลิก
หุ้นแล้วได้โดยไม่ว่าเป็นต้องบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 เดือน

จากเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การแบ่งรายรับในกรณีของ
สัญญากิจการร่วมค้าตามตัวอย่างข้างต้น ยังไม่ทำให้กิจการร่วมค้าดังกล่าวไม่คงอยู่ภายใต้
บังคับของกฎหมายหุ้นหุ้นแล้ว เมื่อข้อเท็จจริงอื่น ๆ แสดงให้เห็นว่าเข้าลักษณะ เป็น
หุ้นหุ้นแล้ว

9. กรณีที่สัญญากิจการร่วมค้ากำหนดว่าผู้ร่วมค้าจะร่วมกันลงทุนและดำเนิน
กิจการอย่างหนึ่ง โดยตกลง จะแบ่งปันประโยชน์ที่ได้จากกิจการในลักษณะของผลผลิต
(Production Sharing) เช่น บริษัท ค. และ บริษัท ง. ตกลงร่วมลงทุนกันในการ
เหมืองแร่ดีบุก โดยตกลงที่จะแบ่งปันผลผลิตแร่ดีบุกที่ได้จากกิจการมาละครึ่งหนึ่งของผลผลิต
แร่ดีบุกทั้งหมด มีข้อหาว่าการตกลงแบ่งปันผลผลิตตามข้อสัญญาดังกล่าว จะถือว่าเป็นการ
แบ่งปันกำไรตามความหมายของมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่
ในเรื่องนี้ นักกฎหมายมีแนวความคิดแตกต่างกัน แบ่งออกได้เป็นสองฝ่าย
ฝ่ายที่หนึ่งมีแนวความคิดว่า การแบ่งปันกำไรตามมาตรา 1012 หมายถึง
เงินกำไร สำหรับกรณีนี้ตัวอย่าง บริษัท ค. และบริษัท ง. ไม่ได้แบ่งปันเงินกำไร
แต่แบ่งปันผลผลิตแร่ดีบุกที่ขุดได้ ก็ไม่ได้ว่าเป็นการแบ่งปันกำไร แต่กับบริษัท ค. และ
บริษัท ง. นแร่ดีบุกที่ขุดได้ไปขาย เมื่อหักค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ออกจากเงินที่ขายได้ จึง

นำมาแบ่งกัน ถือว่าเป็นการแบ่งปันกำไรตามมาตรา 1012 ตามความคิดของนักกฎหมาย ฝ่ายนี้จึงเห็นว่ากรณีสัญญากิจการร่วมค้าตามตัวอย่างข้างต้นมีลักษณะที่แตกต่างจากห้างหุ้นส่วน ในลักษณะที่สำคัญคือ การแบ่งปันกำไร ดังนั้นสัญญาดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมาย ห้างหุ้นส่วนสามัญ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด

ฝ่ายที่สองมีแนวความคิดว่า การแบ่งปันกำไรตามมาตรา 1012 มิได้มีความหมายจำกัดเฉพาะเงินกำไร ในกรณีที่คู่สัญญากระทำการร่วมกัน โดยประสงค์ที่จะได้กำไรหรือผลประโยชน์จากกิจการที่ทำ แม้จะมีได้รับประโยชน์ในลักษณะของตัวเงิน ก็ไม่ทำให้สัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาหุ้นส่วน ทั้งนี้โดยนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 680/2475 ซึ่งวินิจฉัยว่า ร่วมกันเช่านาและกู้เงินมาทำนา ตกลงจะแบ่งข้าวคนละครึ่งก็เป็นห้างหุ้นส่วนกัน

และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 546/2495 วินิจฉัยว่า การร่วมทุนกันประกอบกิจการ มีและทำสวนยาง อีกนัยหนึ่งก็คือ การร่วมกันมีที่ดินสวนยางหรือทำเป็นสวนยาง เพื่อแสวงหาดอกผลธรรมชาติจากสวนยางนั้น ความสัมพันธ์เช่นนี้จึงต้องบังคับตามกฎหมาย อันว่าด้วยกรรมสิทธิ์ร่วมในสังหาริมทรัพย์นั้น จะบังคับตามกฎหมายเรื่องหุ้นส่วนแต่อย่างใดไม่ได้

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแสดงว่าการแบ่งปันผลที่ได้จากการทำกิจการ แม้ว่าจะไม่ได้แบ่งเงินในระหว่างกันก็อาจจะ เป็นสัญญาห้างหุ้นส่วนได้เมื่อลักษณะอื่น ๆ เข้าหลักเกณฑ์ของสัญญาห้างหุ้นส่วนครบถ้วน

ผู้เขียนเห็นด้วยกับนักกฎหมายฝ่ายที่สอง สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 427/2495 ซึ่งวินิจฉัยว่า โจทก์กับจำเลยตกลงกันให้จำเลยเป็นแรงงาน ส่วนโจทก์มีนา พันธุ์ข้าวปลูก และออกเงินค่าจ้างแรงกระบือเหยียบที่กล้า เมื่อนานาได้ข้าวเท่าใด แบ่งให้โจทก์ครึ่งหนึ่งจำเลยได้ครึ่งหนึ่ง กรณีเช่นนี้เป็นสัญญาธรรมดามีใช่เป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ทั้งมีใช่เป็นเรื่องเข้าหุ้นส่วนกัน

ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศัพทพจนานุกรมที่ 427/2495 มีได้ชัดกับ ศัพทพจนานุกรมที่ 680/2475 แต่อย่างไร ทั้งนี้เพราะข้อเท็จจริงในกรณีทั้งสองแตกต่างกัน ในกรณีตามศัพทพจนานุกรมที่ 427/2495 ศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ วินิจฉัยว่า "การที่จำเลยตกลงรับทำมารายนี้ เป็นสัญญาธรรมดา มิใช่เช่าทรัพย์ หรือ เช่าหุ้นส่วนแต่อย่างหนึ่งอย่างใด ความประสงค์ของโจทก์มีเพียงว่าให้จำเลยรับหาของ โจทก์ไปหาเพื่อได้เข้ามาแบ่งใช้โจทก์เท่านั้น เมื่อจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาทำให้โจทก์ เสียหาย จำเลยต้องรับผิดชอบ" การที่ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ไม่เป็นการเช่าหุ้น ส่วนกัน มิได้ถือหลักว่า การแบ่งปันผลผลิตไม่เป็นการแบ่งปันกำไร แต่พิจารณาตาม ข้อเท็จจริงในคดีว่าเป็นการรับหาไปหาเพื่อได้เข้ามาแบ่งให้โจทก์ กล่าวคือมิได้มีความ ประสงค์ที่จะทำกิจการร่วมกันแต่อย่างใด

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสัญญากิจการร่วมค้าที่มีการ ร่วมกันลงทุนดำเนินกิจการ โดยตกลงแบ่งปันผลผลิตจากกิจการต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมาย ในเรื่องข้างหุ้นส่วน

10. กรณีที่คู่สัญญาตกลงร่วมทำงานในโครงการใดโครงการหนึ่ง โดยมีได้นำ ทรัพย์สิน เงินสด หรือแรงงานมาลงทุนร่วมกัน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายทำงานและรับผิดชอบงาน เฉพาะส่วนของตนและจะได้รับผลตอบแทนเฉพาะในส่วนของตนแยกต่างหากจากกัน และ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายตกลงร่วมกันรับผิดชอบผู้ว่าจ้าง ตัวอย่างเช่น บริษัท จ. และ บริษัท ฉ. ตกลงกันรับทำงานในโครงการก่อสร้างอาคารโครงการหนึ่ง โดยมีข้อตกลงในระหว่างกันว่า บริษัท จ. ตกลงทำงานก่อสร้างในส่วนฐานรากอาคารและบริษัท ฉ. ตกลงทำงานก่อสร้าง ในส่วนตัวอาคาร แต่ละฝ่ายตกลงรับค่าจ้างจากผู้ว่าจ้าง เฉพาะในส่วนของตนแยกต่างหากจากกัน ในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา หรือในกรณีที่เกิดความบกพร่องหรือความเสียหายใด ๆ ที่เกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงร่วมกันรับผิดชอบผู้ว่าจ้าง

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการรวมกลุ่มระหว่างบริษัท จ. และบริษัท ฉ.
ตามตัวอย่างข้างต้น ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้เพราะบริษัท
ทั้งสองมิได้มีการลงทุนร่วมกันหรือทำการร่วมกันแต่อย่างใด กล่าวคือ บริษัททั้งสอง
ต่างฝ่ายต่างก็ลงทุนในงานของตน เมื่อที่พานส่วนของคนก็จะได้รับค่าจ้างแยกต่างหาก
จากกัน แม้ว่าจะมีข้อตกลงว่าจะรับผิดชอบร่วมกันเมื่อการผิดสัญญาหรือเมื่อมีความบกพร่องหรือ
ความเสียหายเกี่ยวกับงาน ก็ไม่ทำให้สัญญาดังกล่าวตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วน
แต่อย่างใด เนื่องจากขาดลักษณะสำคัญของห้างหุ้นส่วนที่ต้องมีการลงทุนร่วมกันหรือทำการ
ร่วมกัน

เมื่อสัญญาดังกล่าวไม่เข้าลักษณะของห้างหุ้นส่วนและ เอกเทศสัญญาใด ๆ
สัญญาดังกล่าวจึง เป็นสัญญาอนุกรม 3 ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา
และหนี้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย