



บทที่ 2

กฎหมายที่ใช้บังคับกิจการร่วมค้าในต่างประเทศ

2.1 ประเทศอังกฤษ

ตามตราวิชาการมีความเห็นดังนี้

"คำพิพากษาคดีของประเทศอังกฤษมิได้แยกปฏิบัติต่อกิจการร่วมค้าเป็นการเฉพาะ และไม่มีเหตุผลใดในกฎหมายอังกฤษที่จะทำให้กิจการร่วมกันเพื่อวัตถุประสงค์ที่เป็นพิเศษ และไม่ต่อเนื่องในกรณีที่ไม่มิลักษณะที่แตกต่าง จะไม่มีคุณสมบัติเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ"⁽²³⁾

"ข้าพเจ้าไม่เห็นว่าคุณสมบัติของกิจการร่วมค้าเท่าที่มีอยู่สามารถแบ่งแยกจากลักษณะของห้างหุ้นส่วนได้ ความสำคัญขอข้อแตกต่างถ้าจะมีเอกสารซึ่งเป็นบรรทัดฐานของประเทศอังกฤษก็ได้กล่าวถึงแต่อย่างใด"⁽²⁴⁾

"..... หลักเกณฑ์สำคัญที่จะต้องสังเกตในการพิจารณาถึงการเกิดห้างหุ้นส่วนเป็นหลักซึ่งเป็นที่ทราบดีโดยทั่วไปนับตั้งแต่คดีระหว่าง Cox กับ Hickman คือ ต้องพิจารณาสัญญาที่แท้จริง และเจตนาของคู่สัญญาที่ปรากฏจากข้อเท็จจริงในคดีทั้งหมด แม้ว่าหลักนี้จะไม่บัญญัติไว้ชัดแจ้งในพระราชบัญญัติแต่ก็เป็นกฎหมาย เพราะฉะนั้นหากได้พิจารณาสิ่งที่แวดล้อมทั้งหมดแล้วสัญญาเฉพาะฉบับนั้นแสดงลักษณะของห้างหุ้นส่วน ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงว่าคู่สัญญาในสัญญาไม่ได้เรียกว่าเป็นหุ้นส่วน เช่นเรียกว่า "ผู้ร่วมค้า" ในกรณีดังกล่าวต้องถือว่าเกิดห้างหุ้นส่วนขึ้นแล้วโดยแทบจะไม่อาจหลีกเลี่ยงได้"⁽²⁵⁾

²³ Charles D. Drake, Law of Partnership (London: Sweet & Maxwell, 1977), P. 13..

²⁴ L.C.B. Gower, Pollock on the Law of Partnership (London: Stevens & Sons limited, 1952), P.8.

²⁵ Ernest H Scamell, Lindley on the Law of partnership (London: Sweet & Maxwell, 1984), P.73-74.

"กิจการร่วมค้า".....ในประเทศอังกฤษ ถ้าบุคคลหลายคนแบ่งผลกำไรและขาดทุน ในกิจการเฉพาะอย่างหนึ่ง บุคคลเหล่านั้นจะเป็นหุ้นส่วนกันสำหรับกิจการนั้น และสิทธิ และควมรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าว ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันกับที่ใช้บังคับ แก่ห้างหุ้นส่วนสามัญ" (26)

สำหรับหลักกฎหมายตามคำพิพากษามีดังนี้

คดี Goddard v. Mills, The Times, February 16, 1929
 ทางหลักที่ต้องศึกษามาจากข้อตกลงทั้งหมด การที่คู่สัญญาเรียกตนเองว่า เป็นหุ้นส่วนนั้น
 ยังไม่อาจสรุปได้ว่าเป็นห้างหุ้นส่วน ในทางกลับกันกรณีที่คู่สัญญาตกลงแบ่งผลกำไร
 ขาดทุนแต่ระบุว่าคนไม่ใช่หุ้นส่วน มีปัญหาว่าจะศึกษามาสัญญาดังกล่าวอย่างไร
 คดี Adam v. Newbigging, 13 App. Cas. 308, Lord Halsbury กล่าวว่า "ถ้า
 ห้างหุ้นส่วนเกิดขึ้นตามข้อเท็จจริง.....การอ้างด้วยคำเป็นอย่างอื่น ไม่เปลี่ยนแปลงผลแห่งสัญญา"
 และในคดี Weiner v. Harris (1910) 1 K.B.285, 290 Cozens Hardy M.R."
 คู่สัญญาตกลงทำสัญญาและระบุว่า "ทั้งสองฝ่ายไม่ก่อให้เกิดห้างหุ้นส่วน ศาลไม่คำนึงถึงข้อ
 สัญญาดังกล่าว.....การที่คู่สัญญาใช้ถ้อยคำดังกล่าวโดยแสดงเจตนาว่า สัญญาดังกล่าว
 ไม่ใช่สัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่อาจถือเป็นข้อยุติได้"

จากแนวความเห็นในทางคำวินิจฉัยการ และตามแนวคำพิพากษาของศาล
 จะเห็นได้ว่าในประเทศอังกฤษมิได้มีกฎหมายรับรองในเรื่องกิจการร่วมค้าไว้เป็นการเฉพาะ
 กล่าวคือ มิได้มีแนวความคิดว่ากิจการร่วมค้าเป็นองค์กรธุรกิจรูปแบบหนึ่งในทางกฎหมาย
 แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับกิจการร่วมค่านั้นขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจการ
 ร่วมค้าแต่ละกรณี หากสัญญากิจการร่วมค้าใดที่มีลักษณะเข้าหลักเกณฑ์การเกิดห้างหุ้นส่วน
 ตามกฎหมายห้างหุ้นส่วนแล้ว ก็ต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าว มาใช้บังคับ

26 Alfred Conard, "International Encyclopedia of Comparative Law", Volume XIII, Chapter I, (1975), P.187.

ตามพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน ค.ศ. 1890 ของประเทศอังกฤษบัญญัติหลัก-
เกณฑ์การเกิดห้างหุ้นส่วนไว้ดังนี้

มาตรา 1 - (1) ห้างหุ้นส่วนคือความสัมพันธ์ซึ่งเกิดขึ้นระหว่างบุคคลอัน
ที่จะประกอบธุรกิจโดยมีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการแสวงหากำไร

มาตรา 2 ในการพิจารณาว่าได้เกิดมีกิจการหุ้นส่วนขึ้นแล้วหรือไม่ ให้พิจารณา
จากหลักต่อไปนี้

(1) การเข้าร่วม, การเข้าทรัพย์สินลงด้วยกัน, การถือกรรมสิทธิ์ร่วม,
การร่วมถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ใช้ร่วมกันหรือการมีส่วนร่วมในกรรมสิทธิ์โดยลักษณะแห่ง
การนั้นเอง ไม่เป็นการก่อให้เกิดห้างหุ้นส่วนไม่ว่าผู้เข้าหรือเจ้าของกรรมสิทธิ์จะ ได้มีผล
ประโยชน์ร่วมกันในการใช้ทรัพย์สินนั้นหรือไม่ก็ตาม

(2) การมีส่วนร่วมในรายได้มิได้เป็นสิ่งที่ทำให้เกิดห้างหุ้นส่วนขึ้นไม่ว่าบุคคลผู้
มีส่วนในรายได้นั้นจะมีสิทธิ์หรือผลประโยชน์ร่วมกันในทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดรายได้นั้นหรือไม่

(3) การที่บุคคลใดได้รับส่วนแบ่งผลกำไรจากธุรกิจใด ๆ นั้น ให้ถือเป็น
หลักฐานเบื้องต้นที่แสดงว่าบุคคลนั้นเป็นหุ้นส่วนในธุรกิจแต่ทั้งนี้มิให้ถือว่าการรับส่วนแบ่ง
ดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการชำระหนี้ที่พึงได้รับหรือเป็นจำนวนที่แตกต่างกันไปตามจำนวน
กำไรจากธุรกิจเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดเป็นหุ้นส่วนกันขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีต่อไปนี้

(ก) การที่บุคคลรับชำระหนี้หรือเงินจากการชำระบัญชีมาเป็น
รายงวดหรืออื่นใดโดยได้มาจากผลกำไรที่เกิดขึ้นจากธุรกิจ ย่อมไม่ทำให้เกิดเป็นหุ้นส่วนใน
ธุรกิจนั้นหรือต้องรับผิดชอบในฐานะหุ้นส่วน

(ข) สัญญาที่จะให้ค่าตอบแทนแก่ลูกจ้าง หรือตัวแทนของ
บุคคลผู้ทำธุรกิจ โดยการแบ่งผลกำไรที่เกิดจากธุรกิจให้โดยยอมไม่ทำให้ลูกจ้างหรือตัว
แทนกลายเป็นหุ้นส่วนหรือรับผิดชอบในฐานะหุ้นส่วน

(ค) บุคคลผู้เป็นคู่สมรสหม้ายหรือบุตรของหุ้นส่วนผู้ถึงแก่กรรม
ได้รับเงินค่าเลี้ยงดูตามลัทธิของผลกำไรที่เกิดขึ้นจากธุรกิจที่ผู้ถึงแก่กรรมเป็นหุ้นส่วน

(ง) การชำระเงินล่วงหน้าเป็นเงินกู้ยืมให้แก่บุคคลผู้ประกอบกิจ
การหรือกำลังจะเข้าประกอบกิจการ โดยมีการทำสัญญาว่าผู้ให้กู้ยืมจะได้รับดอกเบี้ยเป็น
อัตราแตกต่างกันไปตามผลกำไรของธุรกิจ หรือจะได้รับส่วนแบ่งผลกำไรที่เกิดจากธุรกิจ

ยอมไม่ทำให้ผู้ให้กู้กลายเป็นหุ้นส่วนกับผู้ประกอบธุรกิจเงินหรือต้องรับผิดชอบในฐานะหุ้นส่วน ทั้งนี้ สัญญากู้ยืมเงินจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงชื่อโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

(จ) บุคคลที่ได้รับเงินรายปีหรืออื่นใดตามสัดส่วนผลกำไรที่เกิดจาก ธุรกิจโดยถือตามยอดขายที่หาได้หรือค่าที่วัดล้อย่อมไม่กลายเป็นหุ้นส่วนหรือต้องร่วมรับผิดชอบ ในฐานะหุ้นส่วนเพียง เพราะการรับเงินเช่นนั้น"

ตามคำจำกัดความในมาตรา 1 (1) แห่งหุ้นส่วนเมืองประกอบที่สัญญาประการคือ (27)

1. ความสัมพันธ์ซึ่งเกิดขึ้น

ห้างหุ้นส่วน เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากสัญญา

2. ระหว่างบุคคล

ห้างหุ้นส่วนต้องเป็นการดำเนินการโดยบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป

อนึ่งคำว่า "บุคคล" ตามมาตรา 1 แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน

ค.ศ. 1890 นี้ พระราชบัญญัติการตีความ ค.ศ. 1978 (Interpretation Act. 1978)

ให้คำจำกัดความว่า หมายความว่า นิติบุคคลและบุคคลธรรมดา ดังนั้นห้างหุ้นส่วนตามกฎหมาย

อังกฤษที่ตั้งขึ้นระหว่างบริษัทจำกัดกับบุคคลธรรมดาหรือระหว่างบริษัทจำกัด หนึ่งกับบริษัท ขึ้นไปจึงเกิดขึ้นได้

3. ในอันที่จะประกอบธุรกิจ

การประกอบกิจการใด ๆ ที่มีใช้การประกอบธุรกิจไม่ถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วน

มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน ค.ศ. 1890 ให้คำจำกัดความ

คำว่า "ธุรกิจ" ว่าหมายความว่า การค้า การประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพทุกอย่าง ในคดี Re

Abenheim (1913) 109 L.T. 219 ศาลวินิจฉัยว่าคำดังกล่าวหมายความว่ารวมถึงกิจการเพียง

อย่างเดียวด้วย (28) นอกจากนี้ตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน ค.ศ. 1890

²⁷ Robert Burgess, Geoffrey Morse, Partnership Law and Practice (London: Sweet & Maxwell, 1980), p.2-7.

²⁸ Ibid., p.3

David Milman, Terrence Flanagan, Modern Partnership Law (London: Croom Helm, 1983), p.2.

บัญญัติไว้ว่า "ภายใต้ข้อตกลงระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน ทั้งหุ้นส่วนจะสิ้นสุดลง เมื่อ

(ก)

(ข) ถ้าตั้งขึ้นเพื่อทำกิจการหรืองานอย่าง เดียวเมื่อกิจการหรืองาน

นั้นสิ้นสุดลง"

ดังนั้นการประกอบกิจการอย่าง เดียวจึงอยู่ในความหมายของการประกอบ
ธุรกิจตามมาตรา 1 (1) ด้วย

4. ร่วมกัน

การประกอบธุรกิจโดยบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายต้อง เป็นการประกอบ
กิจการร่วมกัน การที่บุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปประกอบกิจการด้วยกันยังไม่ถือว่าเป็น
หุ้นส่วนกัน⁽²⁹⁾ เช่น ก. และ ข. ตกลงทำธุรกรรมที่ดินแปลงเดียวกันให้แก่ ค. ก. และ ข.
ทำงานเดียวกันและทำงานด้วยกันโดย ก. และ ข. ต่างมีสิทธิได้ค่าจ้างตามปริมาณที่ตนเข้ามา
ก. และ ข. ไม่ได้ทำงานร่วมกันจึง ไม่เป็นการเข้าหุ้นส่วนกัน การประกอบกิจการร่วมกัน
ต้องมีการที่นำเงินทุน ทักษะหรือแรงงานมาลงทุนร่วมกัน

5. มีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไร

ลักษณะสำคัญของหุ้นส่วนคือการดำเนินการร่วมกันเพื่อผลกำไร
การรวมตัวกันทางศาสนา, เพื่อการกุศล, หรือมีวัตถุประสงค์ทางสังคมไม่ถือว่าเป็นหุ้นส่วน
(คดี Pitreavie Golf Club v. Penmen 1934 S.L.T.297)⁽³⁰⁾

สำหรับคำว่า "กำไร" ตามมาตรานี้มีปัญหาว่าต้อง เป็นกำไรสุทธิ
หรือผลกำไรหลังจากหักค่าใช้จ่ายในกิจการออกก่อนหรือไม่ ในเรื่องนี้นักกฎหมาย
มีแนวความคิดแตกต่างกันแบ่งออกได้เป็นสองฝ่าย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁹ Robert Burgess, Geoffery Morse, "Partnership Law and Practice" P.4,5.

³⁰ Ibid.

ฝ่ายที่หนึ่ง (31) มีความเห็นว่า "ตามกฎหมายอังกฤษ... ก้าวโร หมายถึง ก้าวโรสุทธิ กล่าวคือ รายได้ทั้งหมดซึ่งหักรายจ่ายแล้ว จะให้ในกรณีนี้ที่นักประพันธ์ มอบบทประพันธ์ให้สำนักพิมพ์จัดพิมพ์จำหน่าย โดยสำนักพิมพ์ให้ค่าตอบแทนเป็นส่วนแบ่งจากรายได้ที่ขายหนังสือหาเป็นการเข้าหุ้นส่วนกันไม่ (Underhill's Principles of the law of Partnership, 9ed.1971, P.6) พามองเดียวกันเจ้าของโรงมหรสพ "โดยได้รับส่วนแบ่งจากค่าผ่านประตูก็หาเป็นการเข้าหุ้นส่วนกันไม่ (คดี Lyon v. Knowles 1863, 3B&S. 556) อนึ่งกฎหมายยังบัญญัติด้วยว่า "เพียงแต่มีส่วนในรายได้หาก่อให้เกิด ห้างหุ้นส่วนไม่ ไม่ว่าผู้มีส่วนในรายได้นั้นจะมีผลประโยชน์ร่วมกันในทรัพย์สิน ซึ่งก่อให้ เกิดรายได้ขึ้นหรือไม่" (The Partnership Act, 1890, Section 2 (2).)

ฝ่ายที่สอง (32) มีความเห็นว่าตามพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน ค.ศ. 1890 มาตรา 2 (2) มีความหมายว่าการมีส่วนในรายได้เพียงประการเดียวยังไม่อาจถือได้ว่าเกิด ห้างหุ้นส่วนขึ้นจาเป็นต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงอื่น ๆ ประกอบด้วย หากข้อเท็จจริงมีลักษณะ เข้าองค์ประกอบของห้างหุ้นส่วนตามมาตรา 1 แม้ว่าจะไม่มีการแบ่งก้าวโรสุทธิแต่มีการ แบ่งรายได้จากกิจการก็ถือว่าเกิดห้างหุ้นส่วนขึ้นแล้ว กล่าวคือมีความเห็นว่าก้าวโรตาม มาตรา 1 มิได้มีความหมายจำกัดเฉพาะก้าวโรสุทธิเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายที่สอง เนื่องจากเห็นว่ามาตรา 2 (2) มิได้หมายความว่าเมื่อมีการแบ่งรายได้หรือรายรับก่อนหักรายจ่ายถือว่าไม่เกิดห้างหุ้นส่วน แต่มาตรา ดังกล่าวมีความหมายว่าการที่มีการแบ่งรายได้เท่านั้นยังไม่อาจสรุปได้ว่าเกิดห้างหุ้นส่วนขึ้น ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอย่างอื่นประกอบด้วย หลักกฎหมายดังกล่าวมิได้ถือโดยเด็ดขาด ว่าทุกกรณีที่เป็นการแบ่งรายได้ถือว่าไม่เกิดห้างหุ้นส่วน อนึ่งตามตำราวิชา การได้อธิบาย เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกรายรับจากก้าวโรสุทธิไว้ว่า "ตามกฎหมายอังกฤษแต่เดิมมีหลักที่

31 โสภณ รัตนากร, ศาสตราจารย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดโรงพิมพ์ชวนพิมพ์, พ.ศ. 2532), หน้า 32.

32 P.W.D. Redmond, "Miles Taylor's Partnership Law" 10 ed. (London: Macdonald & Evans Ltd., 1966) P.15.

ถือว่าบุคคลทุกคนที่ได้รับผลกำไรต้องรับผิดชอบในฐานะ เป็นหุ้นส่วน หลักเกณฑ์เรื่องการแบ่งรับ เป็นช่องทางที่ช่วยลดความเคร่งครัดของหลักดังกล่าวลง เมื่อหลักเดิมเปลี่ยนแปลงไป หลักเกณฑ์ในเรื่องรายรับก็ไม่มีค่าความเป็นอีกต่อไป (33) "

เมื่อสัญญากิจการร่วมค้าใดมีลักษณะ เข้าหลักเกณฑ์การเกิดห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายห้างหุ้นส่วนดังกล่าวแล้ว จะมีผลในทางกฎหมายบางประการดังต่อไปนี้

1. ความรับผิดชอบร่วมกัน คู่สัญญาในสัญญากิจการร่วมค้าดังกล่าวต้องร่วมกัน รับผิดชอบหนี้ของกิจการที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนซึ่ง บัญญัติไว้ว่า "หุ้นส่วนทั้งหลายในกิจการต้องร่วมกันรับผิดชอบ.....ในหนี้และภาระผูกพันใดๆ ของกิจการที่เกิดขึ้นในขณะที่ตน เป็นหุ้นส่วนอยู่....."

ผู้เป็นหุ้นส่วน (ต่างจากผู้ถือหุ้นในบริษัท) ต้องรับผิดชอบไม่จำกัดในหนี้ของ ห้างหุ้นส่วน (Greenwood's case (1854) 3 De GM&G459) ดังนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนอาจ จะถูกเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนบังคับชำระหนี้จากสินทรัพย์ส่วนตัวทั้งหมดได้ (34).

(คดี Asante v. Tetteh 1968 (2) ALR Comm 172)

2. ความเป็นตัวแทนในระหว่างกัน คู่สัญญาแต่ละฝ่าย เป็นตัวแทนผู้เป็น หุ้นส่วนฝ่ายอื่นในกิจการที่อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วน การใด ๆ ที่คู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งกระทำไปตามปกติวิสัยในการประกอบธุรกิจย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญาฝ่ายอื่น ทั้งนี้ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนซึ่งบัญญัติไว้ว่า

"หุ้นส่วนแต่ละฝ่ายถือเป็นตัวแทนของห้างหุ้นส่วน และผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นใน กิจการที่อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วน การกระทำของหุ้นส่วนแต่ละฝ่ายซึ่งได้กระทำ ไปตามปกติวิสัยแห่งการประกอบธุรกิจย่อมผูกพันห้างหุ้นส่วนและหุ้นส่วนรายอื่น เว้นแต่ หุ้นส่วนรายนั้นจะ ได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจในกิจการเฉพาะ เรื่องและบุคคลที่ติดต่อด้วย ได้ทราบถึงการที่หุ้นส่วนรายนั้นไม่มีอำนาจ หรือไม่ทราบว่าบุคคลนั้นเป็นหุ้นส่วน หรือไม่

³³ Charles D. Drake, "Law of Partnership" 2nd.ed. (London Sweet & Maxwell, 1977), P.14.

³⁴ David Milman, Terrence Flanagan, "Modern Partnership Law", p.68.

เชื่อว่าบุคคลนั้นเป็นหุ้นส่วน"

3. การประกอบกิจการแข่งขันกับกิจการร่วมค้า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่จะไม่ประกอบธุรกิจประเภทเดียวกันกับกิจการที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันหา เว้นแต่จะได้รับ ความยินยอมจากหุ้นส่วนฝ่ายอื่น มิฉะนั้นต้องชำระเงินค่าเรอทั้งหมัดที่หาได้จากธุรกิจนั้นให้แก่ ห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน ค.ศ. 1890 ซึ่งบัญญัติว่า

หน้าที่ของหุ้นส่วนที่จะต้องไม่แข่งขันกับห้างหุ้นส่วน

มาตรา 30 หุ้นส่วนรายใด หากมิได้รับความยินยอมจากหุ้นส่วนรายอื่น ค่า เนิมการหรือประกอบธุรกิจประเภทเดียวกับห้างหุ้นส่วนในลักษณะที่เป็นการแข่งขันกับห้างหุ้นส่วน บุคคลนั้นต้องชำระผลกำไรทั้งปวงที่หาได้จากธุรกิจนั้นให้แก่ห้างหุ้นส่วน

2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในทางศรัทธาวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันออกไปแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม กลุ่มที่มีความเห็นว่าการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนโดยอธิบายว่า "กิจการร่วมค้ามีลักษณะของห้างหุ้นส่วนสามัญทุกประการนอกจากว่า กิจการร่วมค้าตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์อย่าง เดียวหรือตามวัตถุประสงค์ ที่จำกัด เนื่องจากองค์ประกอบที่เป็นห้างหุ้นส่วนชั่วคราวในทางปฏิบัติจะนำกฎหมายห้างหุ้นส่วน มาใช้บังคับกับกิจการร่วมค้าและผู้ร่วมค้า (35)

"กิจการร่วมค้าซึ่งบางครั้งเรียกว่า Joint adventure เป็นการรวมตัวทางธุรกิจ อย่างหนึ่งคือเป็นห้างหุ้นส่วนที่มีวัตถุประสงค์แคบ โดยทั่วไปกิจการร่วมค้าตั้งขึ้นเพื่อ ดำเนินงานขึ้นเดียวหรืองานที่เกี่ยวข้องหลายชิ้นในช่วงระยะเวลาสั้น ๆ โดยไม่จำเป็นต้อง ได้รับความเอาใจใส่โดยตลอดของผู้ร่วมค้า ตัวอย่างเช่นการรวมตัวโดยมีวัตถุประสงค์ ในการแบ่งและขายที่ดินในการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์จัดว่าเป็นกิจการร่วมค้าอย่างหนึ่ง เนื่องจากกิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนรูปแบบหนึ่ง ดังนั้นกิจการร่วมค้าและผู้ร่วมค้า จึงตกอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน (UPA) (36)

"จะเป็นการดีกว่าสำหรับศาลที่จะเลิกใช้คำนี้ต่อไปนอกจากในกรณีพิเศษที่ ไม่ใช้หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนบังคับ เนื่องจากการใช้คำดังกล่าวก่อให้เกิดความสับสนเป็น อย่างมาก ดังนั้นจึงควรที่จะหลีกเลี่ยงการใช้คำดังกล่าว" (37)

35 Ralph C. Hoerber, Contemporary Business Law Principles and Cases (New York: McGraw-Hill Book Company, 1982), P. 887.

36 John W. Collins, Business Law Text and Cases, P. 782.

37 Norman D. Lattin, The Law of Corporations, (Brooklyn: The Foundation Press Inc., 1959), P. 9.

กลุ่มที่ 2 มีความเห็นว่า กิจการร่วมค้าไม่ใช่ห้างหุ้นส่วนโดยอธิบายว่า "กิจการร่วมค้าคือ การร่วมกันระหว่างบุคคล (Individual) ตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปเข้าทำกิจการทางธุรกิจอย่างเดี่ยวเพื่อผลกำไร โดยมีได้ก่อตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท"(38)

"กิจการร่วมค้าคือ สัญญาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเป็นสัญญาพิเศษซึ่งบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปผูกพันตนเอง เป็นลูกหนี้ร่วมในการดำเนินการทางธุรกิจอย่างหนึ่ง เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันหรือเพื่อประโยชน์อย่างอื่น แต่มิใช่ห้างหุ้นส่วน"(39)

"กิจการร่วมค้าคือ การรวมตัวกันของบุคคล โดยมีเจตนาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายแสดงออกทางสัญญาที่จะดำเนินการทางธุรกิจอย่างหนึ่ง เพื่อผลกำไรร่วมกัน โดยไม่ก่อตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทไม่ว่าตามความหมายของกฎหมายหรือทางเทคนิค" (40)

หลักกฎหมายตามคำพิพากษายัง ไม่นั่นอนว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ตามคำพิพากษาของศาลฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วน เช่น ในคดี Stone-Fox Inc. v. Vandehey Development Co. 611P2d 1195(OR. 1980) ศาลวินิจฉัยว่า"...ห้างหุ้นส่วนอาจตั้งขึ้นเพื่อทำการ (Transaction) เพียงอย่างเดียวเรียกว่ากิจการร่วมค้า..."(41) และในคดีP&M Cattle Co. v. Holler 559 P2d 1019 (Wyo. Supp. Ct. 1977)ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า"เนื่องจากกิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่งและอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วนดังนั้นจึงต้อง

38 , The Guide To American Law Vol.6 (New York: West Publishing Company, 1984), P.348.

39 Edmund F. Ficek, Comprehensive CPA Business Law Review (New York: McGraw-Hill Book Company, 1983), P. 464.

40 Charles F. Hemphill, Jr., Phyllis D. Hemphill, The Dictionary of Practical Law (New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1979), P. 123.

41 Ralph C. Hoerber, "Contemporary Business Law: Principle and Cases",P.819.

พิจารณาตามพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน(Uniform Partnership Act)"(42) ตามแนว
 คติพิพากษาของศาลฝ่ายที่หนึ่งนี้จะนำกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาปรับใช้กับกิจการร่วมค้าโดยตรง
 แต่คติพิพากษาของศาลอีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่ากิจการร่วมค้าไม่เป็นห้างหุ้นส่วน เช่น
 ในคดี Brooks v. Brooks, 357 Mo. 343, 208 SW 2d 279. ซึ่งศาลวินิจฉัย
 ว่า"กิจการร่วมค้าคือการรวมตัวของบุคคลหลายคนในการประกอบกิจการทางธุรกิจ
 อย่างหนึ่ง บุคคลเหล่านั้นนำทรัพย์สิน, เงิน, ทักษะและความรู้ของตนมาลงทุนร่วมกันเพื่อ
 วัตถุประสงค์ดังกล่าวโดยมิได้ก่อตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทขึ้นแต่อย่างใด"(43) ในบางคดี
 ศาลเห็นว่ากิจการร่วมค้าไม่เป็นห้างหุ้นส่วนเนื่องจากขาดองค์ประกอบของห้างหุ้นส่วนตาม
 มาตรา6(1) แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน ในข้อที่มีได้มีการประกอบธุรกิจเช่น ในคดี
 Walker, Mosby & Calvert, Inc. v. Burgess, 153 Va.779,151 S.E.165
 (1930) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า"การประกอบธุรกิจมีความหมายที่ชัดเจนหมายถึงการประกอบธุรกิจ
 ในช่วงเวลาต่อเนื่องกันโดยมีวัตถุประสงค์ในการครองชีพหรือเพื่อผลกำไรมิได้หมายความว่า
 การทําการ(Transaction)เพียงอย่างเดียว"(44) ในคดี Masterson v.
 Valley Nat. Bank of L.T., 70 Misc. 2d 623, 334 NYS. 2d 356, 359(1972)
 ศาลกล่าวไว้ว่าการที่ศาลเห็นว่าการกระทำการเพียงอย่างเดียวไม่เป็นห้างหุ้นส่วนศาลก็จะ
 ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้าและนำกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับโดยการเทียบเคียง(45)
 และในคดี Goss v. Lanin, 170 Iowa, 57,152 NW.43,45 ศาลกล่าวว่า
 "แม้ว่าในปัจจุบันศาลจะไม่ถือว่ากิจการร่วมค้าเป็นสิ่งเดียวกันกับห้างหุ้นส่วนแต่โดยลักษณะ

42 Michael B. Metzger, "Business Law and Regulatory Environment: Concepts and Cases", 6th ed. (Illinois:Irwin, 1986), P.396.

43 "American Law Reports", Vol.4 (New York: The Lawyers Co-operative Publishing co., 1966), P.715.

44 Alan R. Bromberg, "Crane and Bromberg on Partnership" P.58.

45 Harold Gill Reuchlein, "Agency and Partnership", P.249.

และความสัมพันธ์ทางสัญญา...มีความคล้ายคลึงกันมาก ในทางปฏิบัติสิทธิในระหว่างผู้ร่วมค้า จึงตกอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายเดียวกันซึ่งข้างต้นส่วน(46)

ไม่ว่าจะถือว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ก็ตาม ผู้ร่วมค้าก็ต้องตกอยู่ ภายใต้บังคับกฎหมายที่ใช้กับห้างหุ้นส่วน(คดี *Few v. Few*, 239 S.C.321, 122 S.E. 2d 829(1962)) (47) ในคดี *Heinrich v. Wharton County Livestock Inc.*, 5W 2d 830 (Tex. Civ.App.1977) ศาลกล่าวไว้ว่า " ในปัจจุบันศาลมีแนวโน้มที่จะกำหนดโดยเด็ดขาดว่าตามหลักทั่วไปกิจการร่วมค้าอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายเดียวกันกับ ห้างหุ้นส่วน"(48) ในคดี *Jensen v. Schreck*, 275 NW. 2374 (Iowa 1979) ศาลเห็นว่า "กฎหมายที่ใช้บังคับกับกิจการร่วมค้าโดยทั่วไปคือกฎหมายที่ใช้บังคับกับห้างหุ้นส่วน"(49) และตามคำพิพากษาในคดี *McIver v. Norman*, 13 ALR 2d 749, 187 or. 516, 213 P2d 144. ศาลเห็นว่าสิทธิและหน้าที่ของผู้ร่วมค้าโดยสาระสำคัญคือสิทธิและหน้าที่ของหุ้นส่วน(50)

ผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าเป็นทั้งตัวแทนของผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นและเป็นตัวการ ในส่วนของตน (*Summers v. Hoffman*, 48 ALR 2d 1033, 341 Mich 686, 69 NW 2d 198,) ในคดี *Joseph W O'Brien Co v. Highland Lake Constr Co*, 292 NE2d 205 (Ill App 1972) ศาลวินิจฉัยว่า "สิทธิและความรับผิดชอบของผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายในกิจการที่กระทำร่วมกันโดยเนื้อหามีลักษณะ เหมือนกันกับสิทธิและความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วน หลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับห้างหุ้นส่วนโดยทั่วไปจะใช้บังคับกับกิจการร่วมค้า ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่าย เป็นทั้งตัวการและตัวแทนของผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น" เพราะฉะนั้นผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายจึงมีอำนาจ

46 Charles E. Clark, "Cases on the Law of Partnership", (Minnesota: West Publishing Co., 1932), P.9.

47 Alan R. Bromberg, "Crane and Bromberg on Partnership", P.192.

48 Harold Gill Reuchlein, "Agency and Partnership", P.443.

49 Ibid. P.42.

50 "American Law Reports", P.716.

ที่จะกระทำการผูกพันผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นและทำให้ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกในเรื่องที่อยู่ภายในขอบเขตของกิจการร่วมค้า (Medak v. Cox, 12 Cal App 3d 70, 90 Cal Rptr 452 (1970) แต่ไม่รวมถึง เรื่องที่อยู่นอกขอบเขตของกิจการร่วมค้า⁽⁵¹⁾ (Priestly v. Peterson, 19 Wash 2d 820 145 P2d 253(1944) การที่วัตถุประสงค์ของกิจการร่วมค้าโดยทั่วไปมีขอบเขตที่แคบทำให้อำนาจในการกระทำการแทนดังกล่าวจำกัดขอบเขตลง สัญญาที่จะจำกัดอำนาจมากเกินกว่านี้จะมีผลบังคับได้เฉพาะในระหว่างผู้ร่วมค้าด้วยกันและจะมีผลต่อบุคคลภายนอกซึ่งได้ทราบถึงข้อสัญญาดังกล่าว⁽⁵²⁾ (Taylor v. Brindley)

กิจการร่วมค้าและห้างหุ้นส่วนมีลักษณะที่เหมือนกันในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกันในหนี้และละเมิด เป็นการเข้าใจผิดอย่างมากที่คิดว่ากิจการร่วมค้าให้ความคุ้มครองจากความรับผิด ตามคำพิพากษาคดี Myers v. Lillard, 215 Ark. 355, 220 SW 2d 608 ศาลวินิจฉัยว่า "ผู้ร่วมค้าต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในหนี้ของกิจการร่วมค้า เช่นเดียวกับกับผู้เป็นหุ้นส่วน"⁽⁵³⁾

ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายมีหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน เช่นเดียวกับกับผู้เป็นหุ้นส่วนในคดี Daily v. Scott, 74 S.W.2d 881 (Mo.App.1934) ศาลวินิจฉัยว่า "ผู้ร่วมค้ามีหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตเช่นเดียวกับผู้เป็นหุ้นส่วน" ผู้ร่วมค้ามีหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตต่อกันอย่างมาก (Van Stee v. Ransford, 346 Mich 116, 77 Nw2d 346(1956))⁽⁵⁴⁾

ในคดี Jones v. Jones, 254 Ky. 475, 71 Sw.2d 999(1934) ศาลวินิจฉัยว่า "ผู้เป็นหุ้นส่วนมีหน้าที่ที่จะไม่แข่งขันกับห้างหุ้นส่วนภายในขอบเขตของกิจการ"⁽⁵⁵⁾

⁵¹ Jeremiah J. Spires, "Doing Business in the US." Vol 1:7.05, P. 7:9.

⁵² Alan R. Bromberg, "Crane and Bromberg on Partnership", P.194.

⁵³ "American Jurisprudence", P.76.

⁵⁴ Jeremiah J. Spires, "Doing Business in the US.", P.7:9

⁵⁵ Alan R. Bromberg, "Crane and Bromberg on Partnership", P.391.

เมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นจะ เห็นได้ว่าสัญญากิจการร่วมค้าตามกฎหมายของประเทศไทย มีผลดังนี้

1. ความรับผิด ผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าแต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกร่วมกันในหนี้ของกิจการร่วมค้าโดยไม่จำกัดจำนวน
2. ความเป็นตัวแทนในระหว่างกัน ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายในกิจการร่วมค้ามีความสัมพันธ์กันในลักษณะ เป็นตัวการและตัวแทนซึ่งกันและกันในการกระทำตามวัตถุประสงค์ของกิจการร่วมค้ากล่าวคือการที่ผู้ร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกระทำลงภายในขอบเขตของกิจการจะมีผลผูกพันผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น
3. หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน (Fiduciary duty) ผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าต้องมีหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตต่อกัน หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตต่อกันนี้รวมถึงหน้าที่จะไม่ประกอบกิจการประเภทเดียวกันอันเป็นการแข่งขันกับกิจการร่วมค้า

เนื่องจากหลักกฎหมายตามคำพิพากษาของศาลในประเทศไทยใน เรื่องกิจการร่วมค้าแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายดังกล่าวแล้วข้างต้นและหลักกฎหมายยังไม่เป็นที่ยุติ ดังนั้นในการพิจารณาการเกิดกิจการร่วมค้าจึงต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายทั้งสองแนว กล่าวคือ ตามแนวที่ 1 ศาลเห็นว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่ง ในการพิจารณาว่าสัญญา กิจการร่วมค้าใดจะต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ศาลจะพิจารณาตามหลักการ เกิดห้างหุ้นส่วนตามมาตรา 6 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้โดยนัย คำพิพากษาคดี P & M Cattle Co. v Holler แต่ตามแนวที่ 2 ซึ่งศาลเห็นว่ากิจการร่วมค้า ไม่ใช่ห้างหุ้นส่วน ศาลจะพิจารณาองค์ประกอบของกิจการร่วมค้าตามหลักกฎหมายที่ศาลใน คดีต่างๆ ได้วางไว้

ตามแนวคำพิพากษาศาลในคดีต่าง ๆ ได้วางหลักพิจารณาการเกิดกิจการร่วมค้าหรือองค์ประกอบที่สำคัญของกิจการร่วมค้าไว้ ซึ่งแบ่งออกได้เป็นข้อๆ ดังนี้

1. สัญญา

กิจการร่วมค้ามิได้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย แต่เป็นความสัมพันธ์โดยสมัครใจเกิดขึ้นจากสัญญา (คดี Hyman v. Regenstein)⁽⁵⁶⁾ อาจเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ สัญญาระหว่างคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องทำตามแบบหรือมีรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา แต่อาจจะเกิดขึ้นจากการกระทำและการแสดงออกของคู่สัญญา (คดี Holtz v. United Plumbing & Heating Co. 49 Cal. 2d 501, 319 P2d 617.)⁽⁵⁷⁾

2. การลงทุน

คู่สัญญาต้องมีการลงทุนในกิจการร่วมกัน ในคดี Securities Development & Invest. Co. v. Williamson, 112 Ga App. 524, 145 SE 2d 581. ศาลวางหลักไว้ว่ากิจการร่วมค้าเกิดขึ้นเมื่อบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปตกลงนำทรัพย์สิน, แรงงาน, หรือทั้งสองอย่างมาลงทุนร่วมกัน⁽⁵⁸⁾

3. มีส่วนได้เสียร่วมกัน

สำหรับองค์ประกอบในเรื่องการมีส่วนได้เสียร่วมกันนี้ ศาลในคดี In re Asiatic Exploration, 41 F2d 230 (S.D. Cal.1930) วางหลักไว้ว่า "การนำเงินมาลงทุน, การแบ่งค่าใช้จ่าย, การให้บริการ, การช่วยเหลือในการขาย, การมีส่วนในการจัดการ, การที่ทุกฝ่ายดำเนินงานร่วมกัน ถือว่าเป็นสิ่งที่แสดงถึงการมีส่วนได้เสียร่วมกันระหว่างผู้ที่เข้าร่วมในกิจการร่วมค้า"⁽⁵⁹⁾

⁵⁶ American Jurisprudence, P.29.

⁵⁷ Ibid, P.30.

⁵⁸ Ibid, P.33.

⁵⁹ Henry W. Nichols, "Joint Venture", Virginia Law Review, P.438.

ในคดี *Carboneau v. Peterson*, 1 Wash 2d 347, 375, 95 P2d 1043, 1055 (1939) ศาลได้อธิบายหลักในเรื่องส่วนได้เสียร่วมกันของผู้ร่วมค้าไว้ว่า "คู่สัญญาจะมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายร่วมกัน แต่อาจไม่มีส่วนได้เสียร่วมกัน ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาสองฝ่ายเข้าดำเนินการตามความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์อย่างหนึ่ง เพื่อประโยชน์ฝ่ายหนึ่ง เพียงฝ่ายเดียวหรือส่วนได้ส่วนเสียของฝ่ายหนึ่งอาจจะแยกจากอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้า คำว่า "ส่วนได้เสียร่วมกัน" ที่นำมาใช้กับความสัมพันธ์ในลักษณะกิจการร่วมค้า หมายถึง ส่วนได้เสียร่วมกันของคู่สัญญา กล่าวคือ มีผลประโยชน์เป็นอันหนึ่งอันเดียวในกิจการ ทุกฝ่ายมีส่วนเกี่ยวข้องในลักษณะที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และทุกฝ่ายได้รับประโยชน์และมีความรับผิดชอบร่วมกัน"⁽⁶⁰⁾

4. กิจการอย่างเดี่ยว

ตามปกติกิจการร่วมค้าจะตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพียงอย่างเดียวแม้ว่าอาจจะดำเนินการเป็นเวลานานหลายปีและหลายครั้งหลายฉบับก็ตาม ดังจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของศาลในคดีต่อไปนี้

คดี *Eubank v. Richardson* (Ky) 353 SW2d 367. ศาลมีความเห็นว่า "กิจการร่วมค้าตามปกติจำกัดเฉพาะการดำเนินงานเพียงอย่างเดียว"⁽⁶¹⁾

คดี *Spencer Kellogg & sons Inc. v Loban*, 204 Tenn 79, 315 SW.2d 514 ศาลเห็นว่า "กิจการร่วมค้าเป็นการรวมตัวชั่วคราวของบุคคลเพื่อดำเนินการทางธุรกิจ อย่างหนึ่งเพื่อผลกำไรร่วมกัน"⁽⁶²⁾

และในคดี *Harmon v. Martin* 395 Ill, 595, 612, 71 NF.2d 74, 83 (1947) ศาลวินิจฉัยว่า "สัญญาเกี่ยวกับการใช้แบ่งแยก, ปรับปรุง และขายอสังหาริมทรัพย์

⁶⁰ Ibid P.438-9.

⁶¹ American Jurisprudence, P.32.

⁶² Ibid.

โดยแบ่งกำไรในระหว่างคู่สัญญาเป็นการก่อตั้งกิจการร่วมค้าแม้ว่าจะมีการทำสัญญาหลายฉบับและดำเนินกิจการเป็นเวลาหลายปี ศาลเห็นว่าเป็นการเฉพาะอย่างเดียว มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร" (63)

5. เพื่อแสวงหาผลกำไร

กิจการร่วมค้าต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไร ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาในคดีดังต่อไปนี้

คดี Commercial Lumber Co. v. Nelsm, 181 Okla: 122, 124, 72 P2d 829, 830 (1937) "การมุ่งแสวงหากำไรร่วมกันของคู่สัญญานักการอย่างหนึ่งเป็นลักษณะที่สำคัญของกิจการร่วมค้า" (64)

คดี Binning v. Miller, 55 Nyo. 478, 102 P2d 64 (1940) "กรณีที่น่าเงินสดแรงงานมาลงทุนร่วมกันในการก่อสร้างทรัพย์สินเพื่อใช้ประโยชน์เองโดยมิได้ประสงค์จะแสวงหากำไร ศาลถือว่าไม่มีความสัมพันธ์ในลักษณะของกิจการร่วมค้า" (65)

คดี Sappenfield v. Mead 338 Ill App. 236, 247, 87 N.E. 2d 220 225 (1949) "กิจการร่วมค้าที่คาดหวังความได้ว่าเป็นการรวมตัวของบุคคลตั้งแต่สองฝ่าย เพื่อดำเนินกิจการธุรกิจอย่างหนึ่งเพื่อผลกำไร ความประสงค์ที่จะแสวงหากำไร

63 George William Miller, "Comment , the joint venture: Problem child of partnership", California law review V.38, 1950, P.863.

64 Henry W. Nichols, "Joint Ventures", Virginia law Review, P.436.

65 Ibid.

เป็นองค์ประกอบของกิจการร่วมค้าที่ขาดไม่ได้" (66)

คดี Keiswetter v. Rubenstein, 235 Mich 36, 209 NW 154, 48 ALR 1049 "สัญญาซึ่งเจ้าของที่ดินตกลงจัดหาเงินมาเพื่อก่อสร้างบ้านจำนวนหลายหลังบนที่ดิน ตกลงชำระค่าแรง, ค่าวัสดุและค่าใช้จ่ายเบ็ดเตล็ด, ทำงานในสำนักงานทุกอย่าง, รวมทั้งดูแลการดำเนินการก่อสร้างอาคาร ส่วนผู้รับเหมาก่อสร้างอาคารซึ่ง เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตกลงจัดหาผู้ชำนาญงานและคนงานในการก่อสร้างดังกล่าวและสั่งซื้อวัสดุทั้งหมด ตามสัญญามีข้อความเกี่ยวกับการแบ่งผลกำไรที่ได้จากการขายบ้านดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาโดยชัดแจ้งที่จะรวมตัวกันโดยมีความมุ่งหมายที่จะลงทุนร่วมกันในกิจการร่วมค้า" (67)

ในกรณีที่คู่สัญญาตกลง เข้าร่วมลงทุนในกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อแสวงหากำไร แม้ว่าคู่สัญญาจะมิได้ตกลงแบ่งกำไรสุทธิ หรือผลกำไรหลังจากหักรายจ่าย แต่ตกลงแบ่งรายรับในระหว่างกันศาลก็ยกถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นกิจการร่วมค้า ทั้งนี้ตามแนวคำพิพากษาในคดี Myers v. Lillard, 215 Ark 355, 220 SW2d 608 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า "กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจัดหาเมล็ดพันธุ์ข้าว และ บัญ และ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจัดหาที่ดินและแรงงาน และตกลงแบ่งเงินทั้งหมดที่ได้รับจากการขายผลผลิตเท่า ๆ กัน ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้า" (68) นอกจากนี้ในกรณีที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันลงทุนในกิจการอย่างหนึ่ง โดยมุ่งที่จะได้กำไรจากกิจการแม้ว่าจะมิได้ตกลงแบ่งกำไรเป็นเงิน แต่ตกลงแบ่งผลผลิตที่ได้จากกิจการที่ลงทุนร่วมกันศาลก็ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้าเช่นเดียวกัน ดังเช่นคำพิพากษาในคดี Carroll v. Caldwell 12 Ill 2d 487, 147 NE2d 69. ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า "ข้อตกลงระหว่างผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินต่อเนื่องกันในฐานะ เจ้าของสัมปทานมีวัตถุประสงค์ในการค้นหาแก๊สและน้ำมัน (ไม่คำนึงว่าจะขุดได้จากที่ดินแปลงใด) โดยจะ แบ่งกันตามสัดส่วนกรรมสิทธิ์ที่ดินของคู่สัญญาซึ่งนำมาร่วมกัน ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้า" (69)

66 Ibid. 437.

67 American Jurisprudence, P. 40.

68 Ibid. P. 41.

69 Ibid. P. 43, 44.

หลักพิจารณาการเกิดห้างหุ้นส่วน

ในการพิจารณาว่าห้างหุ้นส่วนเกิดขึ้นหรือไม่พระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วน (Uniform Partnership Act)⁷⁰ บัญญัติไว้ในมาตรา 6 และมาตรา 7 ดังนี้

มาตรา 6 คำจำกัดความห้างหุ้นส่วน

(1) "ห้างหุ้นส่วนคือการรวมตัวของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปประกอบธุรกิจ เพื่อแสวงหากำไรในลักษณะที่เป็นเจ้าของร่วมกัน"

มาตรา 7 (หลักในการพิจารณาว่าหุ้นส่วนเกิดขึ้นแล้วหรือไม่) ในการพิจารณาว่าหุ้นส่วนเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ให้ถือว่าหลักต่อไปนี้มาใช้บังคับ

(1) เว้นแต่ที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 16 บุคคลผู้มิได้เป็นหุ้นส่วนซึ่งกันและกัน ย่อมมิใช่หุ้นส่วนในกรณีเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกด้วย

(2) การเข้าร่วม, การเข้าทรัพย์สินเดียวกัน, การร่วมเข้าทรัพย์สิน, การถือกรรมสิทธิ์ร่วม, การร่วมถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ใช้ร่วมกัน, หรือการมีส่วนในกรรมสิทธิ์ มิได้ก่อให้เกิดหุ้นส่วนโดยลักษณะแห่งการนั้นเอง ไม่ว่าผู้เป็นเจ้าของร่วมดังกล่าวจะได้แบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพย์สินนั้นแก่กันหรือไม่ก็ตาม

(3) เพียงแต่มีส่วนในรายได้หากก่อให้เกิดห้างหุ้นส่วนไม่ ทั้งนี้ไม่ว่าผู้มีส่วนในรายได้นั้นจะมีสิทธิหรือผลประโยชน์ร่วมกันในทรัพย์สินซึ่งก่อให้เกิดรายได้นั้นหรือไม่

⁷⁰ ทูกรัฐในประเศสหรัฐอเมริกาบพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนเป็นกฎหมายในรัฐของตน เว้นแต่รัฐหลุยเซียนา และรัฐจอร์เจีย (Joseph L Franscona, "Business Law Text Cases the Legal Environment", (Iowa:Wm.C. Brown Publishers, 1984), P.655.)

(4) การที่บุคคลได้รับส่วนแบ่งผลกำไรจากธุรกิจใดๆ นั้นให้ถือเป็นหลักฐานเบื้องต้นที่แสดงว่าบุคคลนั้นเป็นหุ้นส่วนในธุรกิจ แต่ความในลํานี้มิให้ยกขึ้นเป็นข้ออ้างหากการได้รับผลกำไรนั้นเป็นการได้รับชำระในลักษณะต่อไปนี้

- (ก) ได้รับเป็นค่าผ่อนชำระหนี้หรืออื่น ๆ ทั่วมองเดียวกัน,
- (ข) ได้รับเป็นค่าแรงลูกจ้างหรือค่าเช่าที่ชำระให้เจ้าของที่ดิน,
- (ค) ได้รับเป็นค่าเลี้ยงคู่สมรลหมายหรือผู้แทนของหุ้นส่วนที่ได้ถึงแก่กรรมไปแล้ว
- (ง) ได้รับเป็นค่าดอกเบี้ยเงินกู้ ถึงแม้ว่าจำนวนเงินที่ชำระจะต่างกันออกไปโดยขึ้นอยู่กับผลกำไรที่ได้จากธุรกิจ
- (จ) เป็นค่าตอบแทนการขายก็ควิลล์ของธุรกิจใด ๆ หรือทรัพย์สินใด ๆ โดยผ่อนชำระหรืออื่น ๆ ทั่วมองเดียวกัน

จากคำจำกัดความในมาตรา 6 จะเห็นว่าห้างหุ้นส่วนเมืองค้ประกอบที่สําคัญอยู่ 4 ประการ คือ

1. มีการรวมตัวของบุคคลตั้งแต่สองฝ่าย

ห้างหุ้นส่วนต้องมีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายเข้าร่วมด้วยกันโดยความสมัครใจ

คำว่า "บุคคล" ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนหมายความรวมถึง "บุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน บริษัท และการรวมตัวในลักษณะอื่น ๆ" (ตามคำจำกัดความในมาตรา

2) ดังนั้นห้างหุ้นส่วนตามพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนนี้จึงอาจเกิดขึ้นจากการรวมตัวในระหว่างบริษัทกับบริษัทได้

อนึ่ง เดิมศาลบางศาลมีแนวความคิดว่าบริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนใน
ห้างหุ้นส่วนได้ โดยเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจของบริษัท
(Ultra Vires) ดังนั้นในกรณีที่บริษัทเข้าทำสัญญาในลักษณะห้างหุ้นส่วน ศาลจะถือว่า
สัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาห้างหุ้นส่วนแต่เป็นสัญญาถือการร่วมค้า กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาล
ถือว่าบริษัทสามารถที่จะเข้าเป็นผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าได้แต่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วน
ในห้างหุ้นส่วนได้ กิจการร่วมค้าจึงเป็นทางเลี่ยงเมื่อบริษัทถูกจำกัดอำนาจในการเข้าเป็น
หุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้จะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลในคดี *Twyford v.*
Sonken-Galamba Corp. 177 Okla. 486, 60 P.2d 1050 (1936) ซึ่งศาลวินิจฉัย
ว่า แม้สัญญาจะใช้ชื่อว่าห้างหุ้นส่วนแต่เนื่องจากบริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน
ได้ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นกิจการร่วมค้า ซึ่งต้องนำกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาปรับใช้ในการ
วินิจฉัยปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาและต่อบุคคลอื่น⁽⁷¹⁾ และในคดี *Miller's Indemnity*
Underwriters v. Patten, 250 S.W.154 (Tex. Comm. App. 1923) ศาลวินิจฉัย
ว่า "ห้างหุ้นส่วนเกิดจากเจตนาสามสัญญา... การที่บริษัทไม่สามารถเข้าหุ้นส่วน (กับจำเลย) ได้
ตามกฎหมายเป็นกรณีแวดล้อมล้าสมัยที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวไม่มีเจตนาที่จะก่อความ
สัมพันธ์ในลักษณะห้างหุ้นส่วน" ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการก่อตั้งกิจการร่วมค้า⁽⁷²⁾

2. ประกอบธุรกิจ

คำว่า "ธุรกิจ" ตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนหมายความ
รวมถึง "การค้า, อาชีพ หรือวิชาชีพทุกอย่าง"

กรณีที่ทำการ (Transaction) เพียงอย่างเดียวมีปัญหาว่าจะถือว่าเป็นการ
ประกอบธุรกิจหรือไม่ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นแตกต่างกันเป็นสองฝ่าย

⁷¹ Michael Armstrong, "Can Corporation be Partners?",
Business Lawyer 20(1965), P.909.

⁷² Harold Gill Reuchlein, "The Law of Agency and Partnership", (Minnesota: West Publishing Co., 1981), P.444.

ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การที่ทำการเพียงอย่างเดียวไม่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจ เช่นในคดี Walker, Mosby & Calvert, Inc. v. Burgess, 153 Va. 779, 151 S.E. 165 (1930) ศาลมีความเห็นว่า "การดำเนินธุรกิจมีความหมายที่ชัดเจนหมายถึงการประกอบธุรกิจในช่วงเวลาต่อเนื่องกันโดยมีวัตถุประสงค์ในการครองชีพหรือเพื่อผลกำไรมิได้ หมายความว่า การดำเนินการ (Transaction) เพียงอย่างเดียว"⁽⁷³⁾ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การที่ทำการเพียงอย่างเดียวก็ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจ เช่นในคดีระหว่าง Stone-Fox Inc. v. Vandehey Development Co. 611 P.2d 1195 (OR. 1980) ซึ่งศาลกล่าวว่า "... ห้างหุ้นส่วนอาจตั้งขึ้นเพื่อทำการ (Transaction) เพียงอย่างเดียว ซึ่งเรียกว่ากิจการร่วมค้า..."⁽⁷⁴⁾

อย่างไรก็ตาม กรณีที่ศาลเห็นว่า การทำการอย่างเดียวไม่เข้าลักษณะการประกอบธุรกิจตามกฎหมายห้างหุ้นส่วน ศาลจะถือว่าเป็นกิจการร่วมค้าและนำกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับโดยเทียบเคียง (คดี Masterson v. Valley Nat. Bank of L.I., 70 Misc.2d 623, 334 N.Y.S.2d 356, 359 (1972)⁽⁷⁵⁾)

⁷³ Alan R. Bromberg, "Crane and Bromberg on Partnership", P.58.

⁷⁴ Ralph C. Hoerber, "Contemporary business law: Principle and Cases", 2nd ed. (New York: McGraw-Hill Book Company, 1982) P.819.

⁷⁵ Harold Gill Reuschlein, "The Law of Agency and Partnership", P.249.

3. เพื่อแสวงหากำไร

ห้างหุ้นส่วนต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไร หากมีวัตถุประสงค์
เพื่อการอื่นก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นห้างหุ้นส่วน

ตามมาตรา 7 (3) บัญญัติว่า "เพียงแต่มีส่วนในรายได้หากก่อให้เกิดห้างหุ้นส่วน
ไม่ ไม่ว่าผู้มีส่วนในรายได้นั้นจะมีสิทธิหรือผลประโยชน์ร่วมกันในทรัพย์สิน ซึ่งก่อให้เกิดราย
ได้นั้นหรือไม่"

มีปัญหาว่าการที่คู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะแสวงหากำไรโดยตกลงแบ่งรายได้
จากกิจการในระหว่างกัน กล่าวคือมีข้อตกลงแบ่งกำไรสุทธิหรือกำไรหลังจากหักค่าใช้จ่าย
จะมีผลทำให้คู่สัญญาไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วนหรือไม่

หลักตามมาตรา 7 (3) มิได้หมายความว่า การมีส่วนในรายได้
หรือการแบ่งรายได้ทุกกรณีไม่ถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วน แต่มีความหมายเพียงว่าการ
มีส่วนในรายได้เพียงประการเดียวมิได้ก่อให้เกิดห้างหุ้นส่วนขึ้น กรณีที่คู่สัญญามีลักษณะ เข้าตาม
คำจำกัดความห้างหุ้นส่วนมาตรา 6 แม้ว่าจะมีข้อตกลงแบ่งกำไรหลังจากหักรายจ่าย แต่
ตกลงแบ่งรายรับรวมหรือรายได้อีกก็ถือว่าเกิดห้างหุ้นส่วนขึ้น เช่นในคดี *Beecher v*
Bush, 7NW.785, 45 Mich, 188, 40 Am.R.465 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าการมีส่วนใน
รายไ้รวมจากธุรกิจอาจทำให้ผู้รับเป็นหุ้นส่วนได้ (76)

นอกจากนี้ในกรณีที่คู่สัญญามีลักษณะ เข้าตามคำจำกัดความห้างหุ้นส่วนตามมาตรา 6 แต่คู่
สัญญาตกลงแบ่งผลผลิตที่ได้จากกิจการที่ร่วมกันทำนั้นก็ถือว่าเกิดห้างหุ้นส่วนขึ้น การที่ผู้เป็น
เจ้าของรวมในที่ดินตกลงแบ่งผลผลิตที่ตนร่วมกันพัฒนาจากที่ดินมิได้ทำให้ห้างหุ้นส่วนไม่เกิดขึ้น (77)
(คดี *Pa.-Walker v. Tupper*, 25 A.172, 152 Pa.1.)

4. ในลักษณะเจ้าของร่วม (Co-owners)

ศาลในคดี *Johnson v Plastex Co.* 500 p2d 596 (Okl.App.
1971) ให้คำจำกัดความว่า หมายถึงส่วนได้เสียร่วมกัน (78) กล่าวคือ ต้องมีส่วนในผลกำไร
และมีส่วนในการจัดการ

76 Francis J. Ludes, Harold J. Gilbert, *Corpus Juris*

Secundum, Vol. 68 (Minnesota : West Publishing Co., 1950), P.441

77 Ibid.

78 Harold Gill Reuchlein, "The Law of Agency and Partnership", p248