

การเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบของบริษัทมหาชนจำกัด



นางสาวพาขวัญ นุกูลกิจ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2556

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR) are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

PUBLIC LIMITED COMPANY AS AN UNLIMITED PARTNER



Miss Pa-kwan Nukulki

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2013

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบของบริษัทมหาชน
จำกัด

โดย

นางสาวพาขวัญ นุกุลกิจ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

อาจารย์ ดร. พัฒนพร โกวพัฒน์กิจ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ อธิพันธ์ เชื้อบุญชัย)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(อาจารย์ ดร. พัฒนพร โกวพัฒน์กิจ)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

พหุวิญญู นกุลกิจ : การเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดของบริษัทมหาชนจำกัด. (PUBLIC LIMITED COMPANY AS AN UNLIMITED PARTNER) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: อ. ดร. พัฒนพร โกวพัฒน์กิจ, 170 หน้า.

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนว่า บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ หากได้ทำสัญญาอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว ก็จะตกเป็นโมฆะ

ในการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดนั้น ผู้ร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มีเจตนารมณ์ที่คุ้มครองและป้องกันผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้นรายย่อย จึงบัญญัติห้ามไม่ให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด ไม่ว่าโดยการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

จากบทบัญญัติมาตรานี้ส่งผลทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า บริษัทมหาชนจะเข้าทำกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ได้หรือไม่ อันเนื่องมาจากผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า กิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค้านั้น กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ จากผลของคำพิพากษานี้ บริษัทมหาชนจำกัดจึงไม่สามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าได้เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 นี้ หากบริษัทมหาชนจำกัด ต้องการทำกิจการร่วมค้าจะต้องใช้วิธีตั้งบริษัทย่อยซึ่งเป็นบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำเอาบริษัทย่อยดังกล่าวไปทำกิจการร่วมค้า โดยมีบริษัทมหาชนจำกัดเป็นผู้ค้าประกัน เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจในภาพรวม เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทที่มีศักยภาพในการดำเนินธุรกิจที่ต้องใช้เงินทุนและเทคโนโลยีสูง ในปัจจุบันบริษัทที่มีศักยภาพในการทำกิจการร่วมค้าก็น่าจะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่กลับไม่สามารถกระทำได้เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 12 ในขณะที่บริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถกระทำได้ ซึ่งในปัจจุบันมีทฤษฎีทางองค์กรธุรกิจที่สามารถอธิบายการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดของบริษัทมหาชน วิชยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาให้เห็นถึงข้อดีข้อเสีย ปัญหาและมาตรการที่เหมาะสมในเข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดของบริษัทมหาชนจำกัด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2556

ลายมือชื่อนิสิต

ลายมือชื่อ อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก

5386030734 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: UNLIMITED LIABILITY / PUBLIC COMPANY / JOINT VENTURE

PA-KWAN NUKULKIJ: PUBLIC LIMITED COMPANY AS AN UNLIMITED PARTNER. ADVISOR: PATANAPORN KOWPATANAKIT, Ph.D., 170 pp.

The Public Limited Companies Act B.E. 2535 Article 12 clearly stipulates that a public limited company shall not become a partner in any ordinary partnership or a partner with unlimited liability in any limited partnership. If any agreement is made in violation of such provision, it shall be void.

In the legislative proposal of the Public Limited Companies Act, it appeared that the Act aims to protect the interest of the individual and minority shareholders, therefore, it forbids a public limited company to become an unlimited partner; neither becoming a partner in an ordinary partnership nor a partner with unlimited liability in a limited partnership.

Article 12 raises a question of whether a public limited company may participate in an unincorporated joint venture, considering the Supreme Court Ruling 3848/2531 which lays down the principle that in an unincorporated joint venture, the participants shall be unlimitedly liable for an act of tort committed by the joint venture, therefore, a joint venture is considered a form of an ordinary partnership. As a result of this ruling, a public limited company shall not participate in a joint venture because it violates the Public Limited Companies Act B.E. 2535 Article 12. If a public limited company wishes to participate in a joint venture, it may organize a private limited company in accordance with the Civil and Commercial Code and participate in a joint venture on behalf of such private company with the parent public limited company as a guarantor, in order to circumvent Article 12 of the Public Limited Companies Act B.E. 2535.

As regards this issue, the author is of a view that such restriction is a hurdle to business operations as a whole, because public limited companies possess high capacities in business engagement and require large amount of funds and high technology. Thus, currently, the companies capable to participate in joint ventures are likely to be public limited companies. However, they are prevented by the law from participating in such activity, whereas the private limited companies under the Civil and Commercial Code are not. Nowadays, there are a number of legal theories regarding business organizations which support the engagement of the companies as an unlimited partner. This thesis aims to study the pros and cons, problems, and appropriate measures for public limited companies in becoming a partner with unlimited liability.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws

Academic Year: 2013

Student's Signature

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ เป็นอย่างสูงที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และเป็นผู้เสนอแนะหัวข้อวิทยานิพนธ์อันมีคุณค่านี้ต่อผู้เขียน ตลอดจนให้คำปรึกษา แนะนำแนวทางในการจัดวางโครงสร้างวิทยานิพนธ์ อีกทั้งให้ข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์อย่างสูงทั้งในแง่วิชาการและยังได้ให้การสนับสนุนช่วยเหลือในส่วนของการหาวิชาการของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด ตั้งแต่ยังเป็นโครงร่างจนกระทั่งผู้เขียนสามารถเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้เสร็จสิ้นเป็นผลสำเร็จได้ด้วยดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เขียนกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ที่ได้ให้ความช่วยเหลือและกำลังใจแก่ผู้เขียนในยามที่ผู้เขียนรู้สึกท้อแท้และหมดกำลังใจ ตลอดจนให้คำแนะนำในการดำเนินชีวิตและโอกาสแก่ผู้เขียนอย่างดียิ่งตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์อิทธิพันธ์ เชื้อบุญชัย และศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล เป็นอย่างสูงที่กรุณาสละเวลารับเป็นประธานและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์เล่มนี้ รวมถึงให้ความรู้และคำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างสูงทั้งในแง่วิชาการและแนวปฏิบัติทางธุรกิจที่เกิดขึ้นหลายประการ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือและให้คำแนะนำอย่างดียิ่งกับผู้เขียนตลอดมา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้หากไม่ได้รับความกรุณาจากอาจารย์ทั้งสามท่านนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาผู้ให้กำเนิดที่ดูแลเลี้ยงดู ให้กำลังใจ และสนับสนุนการศึกษาของผู้เขียนอย่างไม่เคยขาดตกบกพร่องตลอดมา และขอขอบคุณน้องสาวของผู้เขียนที่เป็นกำลังใจให้กับผู้เขียนตลอดมาเช่นกัน

ผู้เขียนขอขอบคุณคุณคณาจารย์และบุคลากรของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ดูแลและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดเวลาที่ศึกษาอยู่ในคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และขอขอบคุณเพื่อน พ47 และ พ53 รวมทั้งรุ่นพี่ และรุ่นน้องคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทุกท่านที่ได้ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจสำคัญของผู้เขียนเสมอมา

ท้ายที่สุดนี้ คุณค่าของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากมีประโยชน์อยู่บ้างประการใด ผู้เขียนขอมอบแต่บิดามารดา ท่านอาจารย์ ดร. พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ รองศาสตราจารย์อิทธิพันธ์ เชื้อบุญชัย และศาสตราจารย์ (พิเศษ) สุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ครูผู้ถ่ายทอดความรู้ทางกฎหมายในชั้นปริญญาตรี และปริญญาโท ตลอดจนท่านอาจารย์ท่านอื่นๆทุกท่านในชีวิตของผู้เขียน ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทความรู้แก่ผู้เขียนตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แต่หากวิทยานิพนธ์มีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	8
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	9
1.4 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	9
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	10
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	10
บทที่ 2 แนวคิดในการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนประเทศไทย .	11
2.1 ลักษณะทั่วไปของหุ้นส่วน.....	11
2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน.....	11
2.1.1.1 ทฤษฎีรวมกลุ่ม (The Aggregate Theory)	11
2.1.1.2 ทฤษฎีตัวตน (The Entity Theory).....	12
2.1.2 หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิด	17
2.1.3 หุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด	20
2.1.4 การจัดการและสภาพการบริหารจัดการธุรกิจภายในห้างหุ้นส่วน.....	21
2.2 ลักษณะทั่วไปของบริษัท.....	24
2.2.1 ความเป็นนิติบุคคลของบริษัท.....	24
2.2.2 แนวคิดและทฤษฎีเรื่องความสามารถของนิติบุคคล	25
2.2.3 องค์การธุรกิจประเภทบริษัทในประเทศไทย.....	27
2.2.3.1 บริษัทจำกัด (Private Limited Company).....	28
2.2.3.2 บริษัทมหาชนจำกัด (Public Limited Company)	28
2.2.4 สถานะและความรับผิดของบริษัทและผู้ถือหุ้น	30

2.2.5	หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท	33
2.3	การจำกัดความรับผิดและความรับผิดอย่างไม่จำกัด.....	35
2.3.1	ความรับผิดอย่างไม่จำกัดของหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน.....	36
2.3.2	ความรับผิดอันจำกัดของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด.....	39
2.3.3	ความรับผิดอันจำกัดของผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัด.....	41
2.4	สถานภาพทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ในประเทศไทย	41
2.4.1	กิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วน.....	42
2.4.2	รูปแบบกิจการร่วมค้าในประเทศไทย.....	49
2.4.3	กิจการร่วมค้า (Joint Venture) กับกิจการค้าร่วม (Consortium).....	52
2.4.4	ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติกรณีบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า.....	58
2.5	แนวคิดที่ห้ามมิให้บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน.....	65
2.5.1	หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ	68
2.5.2	พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535	70
2.5.3	ระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2554	82
2.5.4	หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัท (Maintenance of Capital)	83
2.5.5	ปัจจัยทางด้านกายภาพของบริษัท	86
2.5.6	หลักการคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อย.....	88
บทที่ 3	แนวความคิดในการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิด ในห้างหุ้นส่วนในต่างประเทศ.....	90
3.1	ประเทศอังกฤษ	90
3.1.1	แนวคิดเรื่องการที่นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน	90
3.1.2	แนวการตีความกิจการร่วมค้า (Joint Venture).....	94
3.1.3	รูปแบบองค์กรธุรกิจที่นิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน.....	96
3.2	ประเทศสหรัฐอเมริกา	99
3.2.1	แนวคิดเรื่องการที่นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน	99
3.2.2	แนวการตีความกิจการร่วมค้า (Joint Venture).....	104
3.2.3	รูปแบบองค์กรธุรกิจที่นิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน.....	108

3.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	111
3.3.1 แนวคิดเรื่องการทำนิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน	114
3.3.2 แนวการตีความกิจการร่วมค้า (Joint Venture).....	116
3.3.3 รูปแบบองค์กรธุรกิจที่นิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน.....	117
บทที่ 4 ข้อพิจารณาทางกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อกรณีของบริษัทมหาชนจำกัด เข้าทำกิจการร่วมค้า	120
4.1 ผลทางกฎหมายของการที่บริษัทเข้าไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน	120
4.1.1 สถานภาพ การบริหารจัดการ และความรับผิดของบริษัทในฐานะที่เป็นหุ้นส่วนแบบไม่ จำกัดความผิด	120
4.1.2 รูปแบบของการที่บริษัทเข้าไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนในประเทศไทย	122
4.2 วิเคราะห์กรณีบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจกรรมร่วมค้า	126
4.2.1 พิจารณาสาเหตุที่กฎหมายห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความ รับผิดในห้างหุ้นส่วน	126
4.2.1.1 หลักคุณสมบัติเป็นสาระที่สำคัญ.....	130
4.2.1.2 ปัญหาทั่วไป	135
4.2.1.3 สถานภาพของกิจการร่วมค้า	141
4.3 ผลดีและผลเสียของการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า	151
4.3.1 ผลดีของการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า.....	151
4.3.2 ผลเสียของการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า	154
4.4 มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า	155
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	157
5.1 บทสรุป	157
5.2 ข้อเสนอแนะ	164
รายการอ้างอิง	165
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	170

สารบัญตาราง

หน้า

ตาราง 1 ตารางเปรียบเทียบระหว่างกิจการเจ้าของคนเดียวกับกิจการแบบห้างหุ้นส่วน	14
ตาราง 2 ประเภทของห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายไทย.....	15
ตาราง 3 ตารางเปรียบเทียบระหว่าง Consortium, Unincorporated Joint venture, Incorporated Joint Venture.....	56
ตาราง 4 ตารางเปรียบเทียบรูปแบบองค์กรธุรกิจในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	119



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการประกอบธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรในปัจจุบันอาจทำได้หลายรูปแบบ ทั้งในรูปแบบของการทำโดยเจ้าของคนเดียว และการทำโดยเข้าร่วมกับผู้อื่น การประกอบธุรกิจในรูปแบบเจ้าของคนเดียว แม้ว่าจะมีส่วนดีอันเนื่องมาจากเหตุผลด้านอำนาจการบริหาร การตัดสินใจหรือภาระกำไรขาดทุน แต่ในบางกิจการมีต้นทุนสูง ซึ่งเกินกำลังของบุคคลเพียงคนเดียว หรืออาจต้องการความร่วมมือจากบุคคลอื่นในด้านต่าง ๆ ดังนั้น ในบางกรณีจึงจำเป็นต้องร่วมกันกับบุคคลอื่น เพื่อประกอบธุรกิจเป็นองค์กรธุรกิจ ซึ่งการแข่งขันเสรีอย่างตามระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในปัจจุบันยอมรับให้มีการเข้าร่วมกับบุคคลอื่นเพื่อประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ เนื่องจากหลักเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เสรีภาพที่จะเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่น และเสรีภาพที่จะร่วมมือถือครองทรัพย์สิน ซึ่งการร่วมมือกันดังกล่าว ก่อให้เกิดความเข้มแข็งพอในการแข่งขัน โดยเหตุผลเบื้องต้นของการร่วมกันกับบุคคลอื่น เพื่อประกอบธุรกิจนั้นมาจากหลายเหตุปัจจัย เช่น เหตุผลด้านเงินลงทุน ในบางธุรกิจหรือโครงการใหญ่ต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมากจึงจำเป็นต้องหาผู้ร่วมลงทุนมาทำโครงการ หรือการที่ผู้ร่วมลงทุนที่มีความเชี่ยวชาญในแต่ละส่วนของโครงการแตกต่างกันไปมาร่วมทำธุรกิจกัน เพื่อเป็นการเสริมสร้างขีดความสามารถในการประกอบกิจการนั้น ๆ นอกจากนี้การประกอบธุรกิจจำพวกโครงการขนาดใหญ่ นั้น ผู้ลงทุนอาจต้องการกระจายความเสี่ยงในการที่จะต้องรับภาระความเสี่ยงทั้งหมดด้วยตนเอง จึงเกิดแนวความคิดในการที่จะหาผู้อื่นมาร่วมกระจายความเสี่ยง

ในการเข้าร่วมกันเป็นองค์กรธุรกิจตามกฎหมายไทย อาจจำแนกประเภทขององค์กรธุรกิจเป็น 2 ประเภท คือ องค์กรธุรกิจที่ไม่เป็นนิติบุคคล ซึ่งเป็นการร่วมกันเป็นองค์กรธุรกิจที่ประกอบกิจกรรมเพื่อแสวงหากำไรโดยองค์กรธุรกิจนั้น ไม่เป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากผู้เข้าร่วมการจัดองค์กรธุรกิจแบบนี้ ปัจจุบันแบ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันตามสัญญาธรรมดาซึ่งเป็นสัญญาไม่มีชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน อีกประเภท คือ องค์กรธุรกิจที่เป็นนิติบุคคล ซึ่งเป็นการร่วมกันเป็นองค์กรธุรกิจที่ประกอบกิจกรรมเพื่อแสวงหากำไร โดยที่องค์กรธุรกิจนั้นมีสภาพเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากผู้เข้าร่วมการจัดองค์กรธุรกิจ ได้แก่ ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด และนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ซึ่งให้เห็นว่า การทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนนั้น จะต้องมิบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่าห้างหุ้นส่วนจะต้องมีผู้เป็นหุ้นส่วนอย่างน้อยสองคน และเนื่องจากบทบัญญัติในมาตราใช้คำว่า “บุคคล” ไม่ได้เฉพาะเจาะจงว่า จะต้องบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล จึงเข้าใจได้ว่า ผู้ที่จะทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3657/2531 ว่านิติบุคคลก็อาจเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้

แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ได้บัญญัติว่า

“ห้ามบริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดความตกลงที่ฝ่าฝืนข้อห้ามนี้เป็นโมฆะ” จึงต้องห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ เนื่องจากห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนหรือไม่ก็ตามคงมีหุ้นส่วนเพียงประเภทเดียวคือ หุ้นส่วนที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้สินโดยไม่จำกัดจำนวน สำหรับกรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น กฎหมายได้บัญญัติบังคับให้จดทะเบียนและแบ่งแยกผู้เป็นหุ้นส่วนออกเป็น 2 ประเภทคือ หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดและหุ้นส่วนจำกัดไม่จำกัดความรับผิด ดังนั้นบริษัทมหาชนจำกัดอาจเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ เฉพาะกรณีการเข้าเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด เนื่องจากบทบัญญัติไม่ได้ห้ามบริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนชนิดจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด แต่สำหรับกรณีบริษัทจำกัดนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติใดห้ามบริษัทจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนประเภทใด ๆ ดังเช่นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ดังนั้นบริษัทจำกัดซึ่งจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงสามารถที่จะเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้

การที่ควรจะห้ามหรือไม่ห้ามบริษัทจำกัด เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น มีประเด็นควรพิจารณาในทางทฤษฎีอยู่บ้างเช่นเดียวกัน กล่าวคือ หุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น จะต้องรับผิดชอบในหนี้ทั้งหลายของห้างหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด หากยอมให้บริษัทจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนได้แล้ว ก็อาจเป็นช่องทางให้มีการหลีกเลี่ยงหลักกฎหมายดังกล่าว เพราะบุคคลธรรมดาซึ่งประสงค์จะเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญก็ดี หรือเป็นหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดก็ดี อาจเกรงว่าถ้าตนเข้าเป็นหุ้นส่วนเช่นว่ามานี้ จะมีผลทำให้ตนต้องรับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด ดังนั้น จึงหลีกเลี่ยงด้วยการไปจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นมา แล้วนำบริษัทจำกัดเข้ามาเป็นหุ้นส่วนแทน ซึ่งผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด ย่อมรับผิดชอบเพียงเงินค่าหุ้นที่จะต้องชำระให้แก่บริษัทจำกัดเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อโต้แย้งได้เช่นเดียวกันว่า บุคคลธรรมดาที่มีทรัพย์สินอย่างจำกัดเช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่บุคคลธรรมดาเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด แม้กฎหมายจะให้รับผิดชอบในหนี้ของห้างหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด แต่ผู้นั้นจะชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนได้ครบถ้วนหรือไม่ในส่วนหนึ่งก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าเขามีทรัพย์สินที่จะถูกบังคับให้นำมาชำระหนี้มากน้อยเพียงใด จึงไม่มีผลแตกต่างกับกรณีของบริษัทจำกัดที่เข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดแต่อย่างไร

นอกจากนี้การที่มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ได้บัญญัติห้ามบริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น บางครั้งก่อให้เกิดข้อติดขัดในการรวมตัวทางธุรกิจบางประเภทขึ้น เนื่องจากผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งวางหลักว่ากิจการร่วมค้า (Joint Venture) ที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ (Unincorporated Joint Venture) คือ ห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งกิจการร่วมค้านี้เป็นเพียงคำที่อยู่ในความหมายของคำว่า “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล” ตามประมวลรัษฎากร เป็นเพียงหน่วยภาษีกำหนดให้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้นิติบุคคล จึงมีปัญหาเรื่องที่ว่า บริษัทมหาชนจะเข้าทำกิจการร่วมค้า

(Joint Venture) ได้หรือไม่ การที่ไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายไทยที่กำหนดสถานะของกิจการร่วมค้า แต่อย่างใด เป็นที่ทราบแต่เพียงว่า กิจการร่วมค้า คือ การรวมตัวของกิจการตั้งแต่สองกิจการขึ้นไป เพื่อทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะคล้ายกับห้างหุ้นส่วนสามัญ จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาว่าบริษัทมหาชนจะเข้าร่วมกิจการร่วมค้าไม่ได้

เหตุผลและความจำเป็นของการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของกิจการร่วมค้า (Joint Venture) นั้น อาจสืบเนื่องมาจากเหตุผลทางธุรกิจเพื่อลดอัตราความเสี่ยงในการลงทุนในกิจการเฉพาะสิ่ง และหากเกิดความผิดพลาดในการลงทุนการบริหารจัดการความเสี่ยง (Risk Management) ของธุรกิจก็สามารถดำเนินได้ดีกว่า และไม่ส่งผลกระทบต่อธุรกิจหลักของผู้ลงทุนดำเนินกิจการในกิจการร่วมค้า ซึ่งเป็นแผนดำเนินทางธุรกิจที่เหมาะสมในการจัดการบริหารความเสี่ยงในการจัดตั้งรูปแบบธุรกิจที่วัตถุประสงค์เฉพาะขึ้นมา (Joint Venture) หากไม่สามารถสร้างผลกำไรได้ก็จะไม่ส่งผลกระทบต่อกลุ่มคู่ค้าหรือผู้ลงทุน¹ ซึ่งโอกาสในการดำเนินธุรกิจนั้น นักธุรกิจเองมักมีมุมมองในการสร้างโอกาสทางธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรในการลงทุนในอนาคต โดยเฉพาะในการลงทุนวิจัยและพัฒนาในสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ พัฒนาด้านแบบในอนาคตเพื่อการจำหน่ายต่อไป ซึ่งในกิจการบางประเภทอาจมีเงินทุนแต่ขาดนักพัฒนาและวิจัยที่มีความเชี่ยวชาญ หรือบางบริษัทมีเทคโนโลยี (Know How) ที่ดีและทันสมัย แต่ขาดเงินทุนในการพัฒนาและวิจัยต่อยอด² กลุ่มผู้ลงทุนจึงเห็นโอกาสในการร่วมมือกันเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนในการพัฒนาและวิจัยขึ้นเฉพาะกิจ (Ad Hoc) เพื่อต่อยอดงานวิจัย โดยอาศัยเงินลงทุนของกลุ่มทุน เมื่องานวิจัยสำเร็จ การตกลงในการซื้อสิทธิบัตรในเวลาต่อไป หรือการให้ค่าตอบแทนในอนาคตก็เป็นการตกลงต่อไป หากการดำเนินการไม่สามารถบรรลุผลของการพัฒนาและวิจัย การร่วมทุนก็เป็นการยกเลิกไปโดยปริยาย ซึ่งเป็นการดำเนินการดังกล่าวนี้ก็เป็นรูปแบบของกิจการร่วมค้า (joint Venture) ประเภทหนึ่งเช่นเดียวกัน³ แต่วัตถุประสงค์หลักของการดำเนินกิจการร่วมค้า คือ การลดความเสี่ยงในการดำเนินกิจการหากกิจการเฉพาะนั้นไม่สามารถดำเนินต่อไปได้ และเป็นการสร้างโอกาสทางการดำเนินธุรกิจในอนาคตหากการลงทุนนั้นประสบความสำเร็จอาจมีการพัฒนาต่อยอดกิจการในรูปแบบอื่น เช่น ในรูปแบบบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนต่อไปในอนาคตได้⁴

นอกเหนือจากการดำเนินการด้วยทฤษฎีบริหารจัดการความเสี่ยงของการดำเนินธุรกิจที่กระจายความเสี่ยงไปจัดตั้งกิจการร่วมค้าซึ่งเป็นทฤษฎีที่ยึดถือกันมาในการดำเนินธุรกิจของกลุ่มบริษัทแล้ว แต่การจัดตั้งกิจการร่วมค้าขึ้นมาเพื่อการบริหารจัดการที่ง่ายและโปร่งใสมากขึ้น โดยที่ไม่ต้องเข้าไปก้าวก่ายในกิจการเดิมของผู้ลงทุนร่วม กิจการร่วมค้าที่ตั้งขึ้นเงินลงทุน การจัดการใช้จ่ายสามารถบริหารจัดการได้อย่างมีธรรมาภิบาล (Good Governance) ได้ง่ายกว่า ด้วยเหตุที่กิจการร่วมค่านั้น เป็นการดำเนินธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะ จึงมีขอบข่ายในการดำเนินธุรกิจอย่างจำกัด

¹ Richard Anderson, "Risk Management & Corporate Governance, Organisation for Economic Co-operation and Development," [Online] Accessed: 28 February 2014. Available from: www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/42670210.pdf, p.35.

² John Hagedoorn, "Interorganizational Modes of Cooperation and Sectoral Differences," *Strategic Management Journal* 14(1993),p.371.

³ Harrigan K. R., *Strategies for Joint Ventures* (Lexington, MA USA: Lexington Books, 1985),p.181.

⁴ Williamson O. E., "The Economic Institutions of Capitalism," *Free Press New York* (1988),p.62.

สามารถเข้ามาตรวจสอบและบริหารจัดการได้อย่างเหมาะสมและถูกต้องตามหลักการธรรมาภิบาล⁵ จึงอาจเป็นหนึ่งในมูลเหตุจูงใจในการจัดตั้งขึ้นของกลุ่มผู้ลงทุนที่อาจเป็นคู่ค้าใหม่และยังไม่คุ้นเคยกัน ในการดำเนินธุรกิจการจัดตั้งกิจการร่วมค้า เพื่ออำนวยความสะดวกและตรวจสอบจึงเป็นทางเลือกหนึ่งของผู้ลงทุน

ประโยชน์ต่อมาของการดำเนินกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ในหลายๆประเทศ และรวมทั้งประเทศไทยเอง คือการเพิ่มหน่วยทางภาษี เป็นการกระจายฐานภาษีของผู้ลงทุน เป็นการบริหารจัดการลดขนาดของฐานภาษีไม่ให้นำรวมกำไรเข้ามาในหน่วยธุรกิจเดิม ซึ่งผู้ลงทุนจะได้ประโยชน์จากการเกิดหน่วยทางภาษีขึ้นมาใหม่ โดยในประเทศไทยอาจไม่มีบทบัญญัติเรื่องกิจการร่วมค้าในประมวลแพ่งและพาณิชย์ แต่มีบัญญัติถึงกิจการร่วมค้าไว้ในประมวลรัษฎากรตามมาตรา 39 (2) โดยมีการให้คำจำกัดความว่ากิจการร่วมค้าว่า

“กิจการร่วมค้า ได้แก่ กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางการค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือระหว่างบริษัทและ/หรือ ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล กับบุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่ไม่ใช่นิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น”

ซึ่งกิจการร่วมค้าหากจดทะเบียนต่อกรมสรรพากร ก็จะเป็นหน่วยทางภาษีหน่วยใหม่ที่แยกออกจากหน่วยธุรกิจเดิมที่ผู้ลงทุน ทำให้สามารถกระจายฐานเงินได้และฐานภาษีจากธุรกิจเดิมได้อีกช่องทางหนึ่ง ซึ่งนอกจากการจัดตั้งกิจการร่วมค้าตามวัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังเกิดประโยชน์ทางภาษีเพิ่มขึ้นมาอีกส่วนหนึ่งในการจูงใจนักลงทุนอีกด้วย

นอกจากการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของกิจการร่วมค้า (Joint Venture) จะเป็นไปตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์แล้ว ในการดำเนินธุรกิจบางประเทศของบริษัทข้ามชาติหรือกลุ่มทุนขนาดใหญ่ที่มีเทคโนโลยีในการลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา (Foreign Direct Investment: FDI) ยังถูกบังคับโดยข้อกฎหมายของการลงทุนของประเทศนั้นๆด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายการลงทุนของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม (Law on Foreign Investment 1992) ในมาตรา 4 กำหนดการลงทุนในประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามของต่างชาติมี 3 รูปแบบคือ

1. ภายใต้สัญญาธุรกิจร่วมกับบริษัทหรือคู่ค้าในประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม (Business Cooperation Contract)
2. กิจการร่วมค้า (Joint Venture) และ
3. บริษัทต่างชาติ 100 เปอร์เซ็นต์ (Wholly foreign-owned Enterprise)

ซึ่งกิจการในการลงทุนธุรกิจขนาดใหญ่ และอาศัยเทคโนโลยีในการดำเนินธุรกิจนั้นทางประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ไม่อนุญาตให้ธุรกิจในรูปแบบ 1 และ 3 ลงทุน โดยจำกัดการลงทุนและขนาดของการลงทุนค่อนข้างสูง เช่น หากจะเป็นต่างด้าว 100 เปอร์เซ็นต์ จะต้องนำเงินลงทุนขั้นต่ำมาลงทุน ไม่น้อยกว่า 15 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา (480 ล้านบาท)⁶ และกิจการที่

⁵ Richard Anderson, "Risk Management & Corporate Governance, Organisation for Economic Co-operation and Development.",p.36.

⁶ Mayer Brown JSM, "Guide To Doing Business in Vietnam," [Online] Accessed: 28 February 2014. Available from: <http://www.mayerbrown.com/files/Publication/d50296ec-1a78-426f-bb80->

เกี่ยวเนื่องกับการลงทุนที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีขั้นสูงประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามบังคับให้เป็นการดำเนินกิจการร่วมค้ากับบริษัทในประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเท่านั้น (มาตรา 7) และควบคุมการลงทุนโดยรัฐบาล (มาตรา 8 และ มาตรา 9) ดังนั้นหากผู้ลงทุนสนใจในการลงทุนในประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามด้านสาธารณูปโภค การลงทุนที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีนั้นผู้ลงทุนจำเป็นต้องลงทุนในรูปแบบของกิจการร่วมค้า เพราะเป็นการบังคับตามกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

ส่วนประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น ได้กำหนดการลงทุนไว้ในกฎหมายการลงทุน Adopted at the Second Session of the Fifth National People's Congress on July 1, 1979 and promulgated by Order No.7 of the Chairman of the Standing Committee of the National People's Congress on July 8, 1979 การลงทุนของต่างชาตินั้นดำเนินการในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ใน 3 รูปแบบ⁷ คือ

1. สำนักงานผู้แทน (Representative Office: RO)
2. กิจการร่วมค้า (Joint Venture) และ
3. บริษัทต่างชาติ 100 เปอร์เซ็นต์ (Wholly foreign-owned Enterprise)

ซึ่งลักษณะการบังคับจะคล้ายคลึงกับประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม คือ การดำเนินธุรกิจของต่างชาติ จะอยู่ในวงจำกัดคือ เกี่ยวข้องกับการจำหน่าย กระจายสินค้า ผลิต เป็นต้น แต่ไม่สามารถดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง ก่อลงทุนด้านสาธารณูปโภคพื้นฐานได้ หากจะทำการลงทุนดังกล่าวหรืออาศัยเทคโนโลยีระดับสูง จำเป็นต้องลงทุนในรูปแบบของกิจการร่วมค้า⁸ และต้องได้อนุมัติจากรัฐบาลท้องถิ่นและส่งเรื่องให้รัฐบาลกล่าวรับทราบ เพื่อกำหนดอัตราการจ่ายภาษีให้แก่รัฐบาลกลาง นักลงทุนต่างชาติจึงสามารถดำเนินกิจการเหล่านี้ในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนได้

ดังนั้นความจำเป็นในการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของกิจการร่วมค้า นอกจากจะเป็นทางเลือกในการลงทุนเพื่อกิจการหรือวัตถุประสงค์เฉพาะ ในทางธุรกิจเพื่อลดความเสี่ยง ในการลงทุนไม่ให้เกิดผลกระทบต่อผู้ลงทุนแล้วยังเป็นทางเลือกในการบริหารจัดการที่ดีและโปร่งใส (Good Governance) ของผู้ร่วมค้าทุกคู่สัญญา และเกิดประโยชน์หากมีกำไรในการดำเนินกิจการ การเพิ่มหน่วยธุรกิจในรูปแบบของกิจการร่วมค้ายังส่งผลให้มีการกระจายฐานภาษีลดการจ่ายภาษีของกิจการของผู้ลงทุนไปได้ตามประมวลรัษฎากร และเหตุผลการค้าเนินธุรกิจในการสุดท้ายคือ กฎหมายในบางประเทศบังคับว่าหากการลงทุนข้ามชาติที่ต้องการลงทุนในกิจการบางประเภท เช่น กิจการด้านเทคโนโลยี กิจการสาธารณูปโภคพื้นฐาน จะต้องดำเนินการในรูปแบบของกิจการร่วมค้า (Joint Venture) กับบริษัทท้องถิ่นเท่านั้นจึงจะสามารถดำเนินกิจการค้าในประเทศนั้นๆได้ ซึ่งการตัดสินใจในการดำเนินธุรกิจกิจการร่วมค้าจึงอาศัยปัจจัยเหล่านี้เข้ามาประกอบให้นักลงทุนเลือกใช้วิธีการตั้งรูปแบบนิติบุคคลในการลงทุนต่อไป

19f26d82e709/Presentation/PublicationAttachment/6eeb39de-959d-42fa-ab19-

1ff1b31fd815/Mayer%20Brown%20JSM%20Guide%20to%20Doing%20Business%20in%20Vietnam.PDF,pp.2-6.

⁷ David I. Salem, "The Joint Venture Law of the Peoples' Republic of China : Business and Legal Perspectives," 7 Md. J. Int'l L.,pp.73-76.

⁸ Ibid., p.81.

นอกจากนี้เมื่อได้พิจารณาถึงเหตุที่บริษัทต้องการที่กระทำกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน พบว่างานหรือโครงการที่กิจการร่วมค้าประเภทนี้จะกระทำนั้น มักจะมีลักษณะเป็นโครงการขนาดใหญ่ ซึ่งใช้เทคโนโลยีและเงินทุนสูง เมื่อปฏิบัติงานเสร็จเรียบร้อยแล้วกิจการร่วมค้ามักจะสิ้นสุดลง ดังนั้นการรวมตัวในลักษณะดังกล่าวนี้จึงไม่มีความจำเป็นต้องจดทะเบียนให้มีรูปแบบอย่างเป็นทางการ เป็นเพียงการรวมตัวกันนั้นเพื่อบรรลุเป้าหมายอย่างเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบริษัทไม่ได้ต้องการรวมตัวกันในลักษณะของห้างหุ้นส่วนที่มีลักษณะยืนยาวถาวร จึงไม่จดทะเบียนเป็นบริษัทอันจะทำให้กิจการร่วมค้านั้น มีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัทจำกัด เหมือนดังกรณีกิจการร่วมค้าแบบจดทะเบียน (Incorporated Joint Venture) แต่อย่างไรก็ดี อีกทั้งโครงการที่กิจการร่วมค้าร่วมกันทำนั้นมักอยู่ในรูปโครงการที่ใช้เงินลงทุนสูง ผู้ประกอบการจึงไม่ได้อยากทำในรูปบริษัท เนื่องจากความยุ่งยากในการดำเนินงานจัดตั้ง และการจัดการงานในบริษัทที่จะต้องผ่านที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งเมื่อเทียบกับการรวมตัวในลักษณะไม่เป็นทางการแบบกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) การทำงานย่อมมีความคล่องตัวกว่า เริ่มต้นด้วยมีคู่สัญญาเพียง 2 ฝ่ายตกลงเข้าร่วมกันก็สามารถกระทำกิจการร่วมค้าได้แล้วโดยอาศัยข้อตกลง แตกต่างจากบริษัทที่มีจำนวนขั้นต่ำไว้ และมีขั้นตอนการดำเนินกิจการที่ซับซ้อนกว่ารูปแบบกิจการร่วมค้ามาก อีกทั้ง กิจการร่วมค้าผู้ร่วมค้าทุกคนมีอำนาจออกหน้าจัดการงานได้เท่าเทียมกัน เหมือนเช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่ในทางปฏิบัติ เวลาผู้ร่วมค้าไปทำกิจการกันนั้น คู่สัญญาร่วมค้ามักจะแยกกันไปดำเนินงานในส่วนของตนตามความเชี่ยวชาญในแต่ละด้าน เช่น ในโครงการรับเหมาก่อสร้างสะพานให้กับราชการ คู่สัญญากิจการร่วมค้าฝ่ายหนึ่งมีความเชี่ยวชาญในการตอกเสาเข็ม คู่สัญญาร่วมค้าอีกฝ่ายมีความชำนาญในการอาบน้ำยาโครงสร้างของสะพาน ก็ย่อมแยกกันไปทำงานส่วนที่ตนรับผิดชอบ เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นว่าอันที่จริงในทางปฏิบัตินั้นกิจการร่วมค้ามักจะแยกกันทำงาน ซึ่งสามารถกระทำได้ง่ายกว่าการทำร่วมกันทั้งหมดเป็นห้างหุ้นส่วน แค่เพียงคู่สัญญาร่วมค้าเข้าร่วมกันตกลงทำสัญญาก็สามารถจัดแจ้งในสัญญาว่าคู่สัญญาร่วมค้าฝ่ายใดจำกัดงานอยู่ในขอบเขตอย่างไร รับผิดชอบงานในส่วนไหน ซึ่งจะชัดเจนว่าภาระที่แต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบมีอยู่เล็กน้อยเพียงใด

พิจารณาแล้วเห็นว่า ลักษณะกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียนนั้น มีความคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนสามัญอย่างมาก โดยเกิดจากการที่บุคคลสองฝ่ายขึ้นไปตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือปริยาย มีการร่วมลงทุนด้วยกันไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สิน เงิน แรงงาน หรือบริการ เพื่อทำกิจการใดกิจการหนึ่ง โดยประสงค์จะแสวงหากำไรจากกิจการนั้น ประเด็นสำคัญคือ กิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียนและห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล จึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่าบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าได้หรือไม่ โดยการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า จะถือเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 12 หรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับสถานะกิจการร่วมค้าว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญหรือไม่อย่างไร

ในต่างประเทศนั้น แนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความผิดในห้างหุ้นส่วนนั้น เดิมทีสหรัฐอเมริกามีแนวคิดที่ว่าบริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน โดยมีเหตุผลสนับสนุนว่าบริษัทจะต้องจัดการกิจการของตนเองโดยผ่านกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทน หากบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้จะส่งผลกระทบต่อลักษณะพื้นฐานของบริษัทในเรื่องการจัดการกิจการ เพราะผู้ที่เข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนกับบริษัทจะมีอำนาจในการกระทำการแทนบริษัทได้ เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนกระทำการภายในขอบอำนาจของกิจการของห้าง

หุ้นส่วนย่อมมีผลผูกพันห้างหุ้นส่วน ถ้าบริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน บริษัทจะต้องผูกพันโดยผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายอื่น นโยบายที่บัญญัติรับรองในเรื่องบริษัทมีวัตถุประสงค์ที่จะให้อำนาจในการจัดการกิจการของบริษัทตกอยู่กับเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับมอบอำนาจตามตราสารจัดตั้งบริษัท โดยอำนาจจัดการนี้ต้องแยกต่างหากเป็นการเฉพาะ การใดๆที่จะให้อำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทถูกดึงออกจากผู้ถือหุ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และตัวแทนของบริษัทย่อมเป็นการขัดกับนโยบายของกฎหมายในเรื่องบริษัทโดยทั่วไป ตามแนวคิดที่เป็นบรรทัดฐานถือว่าบริษัทไม่มีอำนาจในการที่จะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ไม่ว่าจะเป็กรณีเข้าเป็นหุ้นส่วนกับบริษัทหรือบุคคลธรรมดา⁹ โดยแนวความคิดดังกล่าวนี้ถือว่า การที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนถือเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (Ultra vires) แต่อย่างไรก็ดีในประเด็นดังกล่าวนี้ก็มีแนวคิดโต้แย้งเช่นกัน¹⁰ โดยอ้างว่าบริษัทสามารถทำสัญญาให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริหารจัดการแต่เพียงผู้เดียวได้เช่นกัน จึงไม่ควรห้ามมิให้บริษัททำสัญญาห้างหุ้นส่วน ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนทุกฝ่ายมีอำนาจในการจัดการห้างหุ้นส่วนเท่าๆ กัน

อย่างไรก็ดี แม้จะมีหลักทั่วไปว่านิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แต่หลักการและเหตุผลของหลักทั่วไปดังกล่าวยังคงมีข้อโต้แย้ง และน้ำหนักน้อยจากการนำหลักกฎหมายปิดปากและการเรียกห้างหุ้นส่วนว่า กิจการร่วมค้า หลักทั่วไปดังกล่าวได้ถูกยกเลิกในหลายๆ เขตอำนาจและได้มีการนำ Model Business Corporation Act มาบังคับใช้ รัฐที่มีได้มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง ศาลมักตัดสินว่านิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้หากมีกำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลหรือการจัดตั้งกิจการร่วมค้า ภายใต้ Uniform Partnership Law

นอกจากนี้ประเทศอังกฤษ ก็ไม่มีหลักการใดห้ามไม่ให้นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วนกับนิติบุคคลหรือบุคคลใด¹¹ เว้นแต่หลักที่นิติบุคคลไม่สามารถใช้เงินทุน เพื่อจุดประสงค์ที่ข้อบังคับของนิติบุคคลนั้นไม่ได้ให้อำนาจไว้

ในปัจจุบันได้มีการจัดโครงสร้างองค์กรธุรกิจให้นิติบุคคลประเภทบริษัทสามารถเข้ามาเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิด มีอำนาจบริหารจัดการห้างได้ โดยมักเป็นการนำเอาข้อดีของทั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัท เพื่อจัดโครงสร้างการเป็นหุ้นส่วน โดยมีวิธีดำเนินการแตกต่างกันไป ในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา จะมีองค์กรธุรกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยแล้วแต่ว่าองค์กรนั้นจะเลือกที่จะใช้รูปแบบห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีรูปแบบองค์กรธุรกิจที่มีบริษัทเข้าเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ โดยได้พัฒนารูปแบบของห้างหุ้นส่วนจำกัดต่อไปอีก โดยการตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดซ้อนขึ้นมาบนบริษัท กล่าวคือ มีการตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดขึ้น โดยให้บริษัทเอกชนเข้าเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดแต่ผู้เดียว และให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทเดียวกันนั่นเอง เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิด ทำให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น มีลักษณะเป็นลูกผสมพิเศษ โดยเอาประโยชน์ของการเป็นห้างหุ้นส่วน และบริษัทมารวมด้วยกัน ทำให้บุคคลธรรมดาผู้เข้ามาร่วมลงทุนคงรับผิดชอบจำกัดอยู่ตามเดิม เพราะความรับผิดส่วนที่ไม่จำกัดให้บริษัทรับไป

⁹ Frank L. Mechem, "The Law of Joint Adventures," *Minnesota Law Review* 15(1931),p.651.

¹⁰ ธรรมบุญ พิทยาภรณ์, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า.64.

¹¹ Ernest H. Scamell and R.C.I'Anson Banks, *Lindley & Banks on the law of Partnership* (London: Sweet & Maxwell 1991),p.68.

และเมื่อบริษัทเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดมีสิทธิเข้าจัดการงานของห้าง บริษัทจึงอาจนำบุคคลภายนอกผู้เหมาะสมเข้ามาดำเนินงานของห้างได้ ทั้งยังอาจได้รับผลประโยชน์ในทางด้านภาษีอีกด้วย เพราะอาจจัดสรรกำไรของห้างให้แก่บุคคลธรรมดาผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดมาก แต่จัดสรรให้แก่บริษัทซึ่งเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดแต่เพียงเล็กน้อย

ในประเทศไทยถึงแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้มีบทบัญญัติใดห้ามบริษัทจำกัด เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนประเภทใด ๆ ดังเช่นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด แต่ก็ปรากฏข้อสงสัยถึงรูปแบบ และสถานะทางกฎหมายของการที่บริษัทเข้าเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วน ดังปรากฏจากบันทึกความเห็นของสำนักงานกฤษฎีกา หมายเลข 74/2491 และ 3546/2488 เรื่องบริษัทจำกัด จะถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้หรือไม่ จวบจนเมื่อมีระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2554 ข้อ 58 ซึ่งกำหนดว่า

“ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด จะเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดหรือจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนก็ได้

ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด”

จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัท ไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด และในทางปฏิบัติบริษัทจะสามารถเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนได้ แต่มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด กลับบัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัด เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ เมื่อบริษัทมหาชนต้องการจะเข้าทำกิจการร่วมค้า วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาถึงการที่บริษัทมหาชนจำกัด เข้าทำกิจการร่วมค้าในบริบทของกฎหมายองค์การธุรกิจของประเทศไทย

1.2 สมมติฐานของการวิจัย

บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ที่กำหนดห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นอุปสรรคต่อการที่บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้า

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ มุ่งศึกษาวิจัยถึงการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า โดยศึกษาถึงผลทางกฎหมายของการที่บริษัทมหาชนจำกัด เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด รวมทั้งสิทธิหน้าที่ความรับผิดของบริษัทมหาชนจำกัด และผู้ถือหุ้นต่อห้าง และบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของนี้ โดยทำการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีขอบเขตการศึกษาดังนี้

1. ศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการรวมกลุ่มเข้าเป็นห้างหุ้นส่วน และบริษัทสิทธิหน้าที่และความรับผิด
2. ศึกษามาตรการทางกฎหมายไทยดังต่อไปนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า
 - ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
 - พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535
3. ศึกษามาตรการทางกฎหมาย และหลักการเกี่ยวกับการที่บริษัทมหาชนจำกัด เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดของประเทศต่าง ๆ ดังนี้
 - ประเทศสหรัฐอเมริกา
 - ประเทศอังกฤษ
 - สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
4. ศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดของบริษัทมหาชนจำกัด ในฐานะที่เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนของไทยและต่างประเทศ

1.4 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด
2. เพื่อศึกษาถึงรูปแบบและการบริหารจัดการองค์กรธุรกิจที่บริษัทมหาชนจำกัด เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด
3. เพื่อศึกษาแนวคิดเรื่องความรับผิดของบริษัทต่อเจ้าหน้าที่ของห้างหุ้นส่วน
4. เพื่อเสนอแนะแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องหน้าที่ และความรับผิดชอบของบริษัทมหาชนจำกัด ในกรณีที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า เพื่อไม่ให้เกิดการหาช่องทางเอาเปรียบบุคคลภายนอกผู้เป็นเจ้าของนี้ของห้างหุ้นส่วน อีกทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขอุปสรรคต่อการที่บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้า

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยวิธีการศึกษาค้นคว้าจากเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ เป็นการศึกษาวิจัยโดยการศึกษาค้นคว้า และวิเคราะห์จาก หนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร กฎหมายในประเทศ กฎหมายต่างประเทศ เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานเอกชน การสอบถามหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ความคิดเห็นทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ และข้อมูลส่วนใหญ่เป็นข้อมูลที่ได้ผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเพื่อที่จะนำข้อมูล มาสังเคราะห์เพื่อให้เป็นข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

เมื่อศึกษาปัญหาดังกล่าว จนได้ข้อสรุปเกี่ยวกับการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า จะเป็นประโยชน์แก่วิชานิติศาสตร์ และโดยส่วนรวม ทั้งจะก่อประโยชน์ให้แก่กฎหมาย และนักธุรกิจ กล่าวคือ จะทำให้เกิดความเข้าใจในผลทางกฎหมายของการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด และในที่สุดจะสามารถก้าวผ่านอุปสรรคด้านปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า นอกจากนี้ การวิจัยปัญหาดังกล่าว จะเป็นประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้า และอ้างอิงต่อไป

บทที่ 2

แนวคิดในการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนประเภท ไทย

2.1 ลักษณะทั่วไปของหุ้นส่วน

2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน¹

ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น มีข้อถกเถียงกันมายาวนานในกฎหมายห้างหุ้นส่วนในประเด็นเรื่องสภาพของห้างหุ้นส่วนว่า ห้างหุ้นส่วนควรเป็นแค่การรวมกลุ่มของปัจเจกชน กล่าวคือ เป็นเพียงความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันเท่านั้น (“An aggregate”, relationship among the partners) หรือควรถือว่าห้างหุ้นส่วนมีตัวตน (Entity) หรือมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน เพราะการที่ห้างหุ้นส่วนมีสภาพที่ต่างกันในสายตากฎหมายนั้นจะส่งผลต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งในระหว่างกันเอง และต่อห้าง เช่น เรื่องความสามารถของหุ้นส่วนในการกระทำการแทนห้างหุ้นส่วน เรื่องการถือครองและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วน และเรื่องมูลเหตุที่ทำให้ห้างเลิก เป็นต้น

ข้อถกเถียงดังกล่าวนี้ มาจากทฤษฎีที่ต่างกันสองแนวทางที่ประเทศต่าง ๆ รับมาใช้กับกฎหมายห้างหุ้นส่วนของประเทศตน ได้แก่

1. ทฤษฎีรวมกลุ่ม (The Aggregate Theory)
2. ทฤษฎีตัวตน (The Entity Theory)

2.1.1.1 ทฤษฎีรวมกลุ่ม (The Aggregate Theory)

ตาม common – law “aggregate” theory ถือว่าห้างหุ้นส่วนเป็นเพียงการรวมกลุ่มของบุคคล หรือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ซึ่งประกอบธุรกิจร่วมกันในฐานะเจ้าของร่วม จากวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้เอง ทำให้บุคคลเหล่านั้น มาเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และเกิดพันธะในหนี้สินร่วมกัน (a relationship between persons conducting business as co – owners who for that purpose jointly owned property and jointly incurred obligations)

ดังนั้น ตามทฤษฎีนี้ ห้างหุ้นส่วนจึงไม่มีตัวตน ไม่อาจมีทรัพย์สินของตนเอง ฟ้องหรือถูกฟ้องในนามตนเองได้ สำหรับประเทศที่ยังรับเอาหลัก aggregate มาใช้กับกฎหมายหุ้นส่วน ได้แก่ ประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ เป็นต้น แต่ทว่าประเทศอังกฤษเอง ก็ได้มีความพยายามที่จะแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ เพื่อให้ห้างหุ้นส่วนมีสภาพนิติบุคคลมานานแล้ว แต่ก็ถูกคัดค้านอย่างหนักจากเนติบัณฑิตยสภา

¹ ทิพย์ชนก รัตโนสถ, คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 5 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า.51-55.

ในการพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้เป็นหุ้นส่วนนั้น กฎหมายคอมมอนลอว์ได้นำธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องเจ้าของรวม และความรับผิดชอบร่วมมาใช้ (customary principle of common ownership and liability) เช่น ศาลคอมมอนลอว์มักนำเอารูปแบบของการเป็นเจ้าของรวมรูปแบบต่าง ๆ (co – ownership, joint tenancy, and tenancy in common) มาใช้กับทรัพย์สินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นเจ้าของในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจร่วมกัน ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ความสัมพันธ์ของห้างหุ้นส่วนนั้น มีมากกว่าเรื่องการเป็นเจ้าของรวมในทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วน เนื่องจากเกี่ยวข้องกับ การใช้ทรัพย์สินเหล่านั้นร่วมกัน ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจร่วมกันของผู้เป็นหุ้นส่วน ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากหลักคอมมอนลอว์ในเรื่อง co – tenancies (การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วม) เช่น เจ้าของรวมแต่ละคนสามารถที่จะโอนส่วนของตนที่ยังไม่ได้แบ่งให้กับคนอื่นได้นั้น ชัดกับความ ต้องการที่จะอุทิศทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วน เพื่อใช้ในธุรกิจของห้างหุ้นส่วนเพียงอย่างเดียว

ในทัศนะของกฎหมายคอมมอนลอว์ยุคแรก ๆ ที่มองห้างหุ้นส่วนเป็นเพียง การรวมกลุ่มของบุคคลโดยแท้ (view of partnership as a purely aggregate) ก่อให้เกิดข้อบกพร่องอย่างร้ายแรง ซึ่งข้อบกพร่องเหล่านี้ ไม่ได้เกิดจากแนวคิดเรื่องการรวมกลุ่ม แต่มาจากความพยายามที่จะนำเอาหลักดั้งเดิมในเรื่องเจ้าของกรรมสิทธิ์ และความรับผิดชอบแต่เพียงอย่างเดียวมาอธิบายถึงสิทธิและหน้าที่ของห้างหุ้นส่วน โดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมของแนวคิดนั้น ๆ ในบริบทของห้างหุ้นส่วน ทำให้เน้นหนักในเรื่องสิทธิส่วนบุคคลของผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคน (individual rights of each partner) มากกว่าสิทธิร่วมกันของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันทุกคน (collective rights of all partners) จึงได้มีการพยายามที่จะแก้ไขปัญหานี้ด้วยการนำ legal person conceptual approach and functional approach มาใช้

2.1.1.2 ทฤษฎีตัวตน (The Entity Theory)

หลัก “entity” theory หรือแนว legal-person approach นั้น เป็นการนำตัวตนสมมติ (legal fiction) ซึ่งถือว่าความสัมพันธ์ของห้างหุ้นส่วนนั้นก่อให้เกิด “ตัวตน” “entity” หรือนิติบุคคล (legal person) แยกต่างหากจากหุ้นส่วนมาใช้ โดยตัวตนของห้างหุ้นส่วนเป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมดของห้าง และรับผิดชอบหนี้สินของห้าง ดังนั้น ตามหลักนี้ห้างหุ้นส่วนจึงอาจมีชื่อ ที่อยู่ ภูมิลำเนา อาจฟ้อง และถูกฟ้องในนามของตนเองได้ ตัดปัญหาความยุ่งยากในเรื่องทรัพย์สินที่นำมาลงทุนว่าจะอยู่ในสภาพที่เป็นทรัพย์สินรวมของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือไม่ไปได้ ประเทศที่รับเอาหลัก entity มาใช้กับกฎหมายห้างหุ้นส่วนของตน คือ ประเทศสกอตแลนด์

ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายห้างหุ้นส่วนต้นแบบฉบับแรกของสหรัฐอเมริกา มีแนวคิดบางเรื่องของทั้งสองแนวปรากฏอยู่ แต่ภายหลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้ใช้กฎหมายห้างหุ้นส่วน ซึ่งเดินตามหลักการรวมกลุ่มของคอมมอนลอว์เป็นเวลาถึง 80 ปี และประสบความยุ่งยากที่เกิดขึ้นจากเรื่องสภาพของห้างหุ้นส่วนที่ไม่มีตัวตน และจากความคลุมเครือของถ้อยคำกฎหมายที่บางแห่งใช้ถ้อยคำเหมือนกับว่าห้างมีตัวตน และจากการที่กฎหมายมองห้างหุ้นส่วน ในฐานะเป็นลูกผสมในระหว่างสองหลัก โดยถือว่า ห้างหุ้นส่วนเป็นเพียงการรวมกลุ่มในบางวัตถุประสงค์ เช่น ในเรื่องการรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในหนี้ของห้าง และในฐานะเป็นตัวตนในบางวัตถุประสงค์ ดังนั้นเพื่อขจัดปัญหาดังกล่าว และให้เหมาะสมกับการดำเนินธุรกิจสมัยใหม่ จึงได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายห้าง

หุ้นส่วนครั้งใหญ่ โดยได้นำเอาหลัก entity มาใช้แทนหลัก aggregate โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 201 (a) ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนปี 1994 (แก้ไขเพิ่มเติมปี 1997) ในเรื่องสภาพของหุ้นส่วนว่า “ห้างหุ้นส่วนมีตัวตนแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น” จึงสามารถจัดปัญหาเรื่องเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนไปได้ แม้กระนั้น กฎหมายก็ไม่ได้นำหลักตัวตนมาใช้เสียทั้งหมด ทำให้ความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันของผู้เป็นหุ้นส่วนตามหลักการรวมกลุ่มยังคงอยู่ต่อไป

อย่างไรก็ตาม นักนิติศาสตร์แนว functional approach เห็นว่า กฎหมายห้างหุ้นส่วนไม่ควรผูกติดอยู่กับแนวคิดใดแนวคิดหนึ่งเป็นการเฉพาะในเรื่องสภาพของห้างหุ้นส่วน ควรพิจารณาเป็นกรณีไปว่า ในแต่ละบริบทหุ้นส่วน ควรจะถูกปฏิบัติต่อในฐานะแยกกันเป็นรายบุคคล หรือในฐานะที่ร่วมกัน เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น โดยการวินิจฉัยนั้น ควรพิจารณาจากสิทธิ และความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนตามกฎหมายหุ้นส่วนทั่ว ๆ ไป และจากนโยบายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ

สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น การที่ห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นจะมีตัวตน หรือเกิดสภาพบุคคลแยกต่างหากจากกลุ่มบุคคลที่ร่วมกันจัดตั้งขึ้นมาได้นั้น จะต้องดำเนินการจดทะเบียนตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้อีกชั้นหนึ่งก่อน เมื่อได้จดทะเบียนโดยถูกต้องแล้ว กิจการดังกล่าว จึงจะกลายเป็นนิติบุคคลซึ่งมีสภาพบุคคลแยกจากบุคคลธรรมดาที่ทำการจัดตั้งขึ้นมา ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่า ประเทศไทยเราใช้หลักการจดทะเบียนเป็นเงื่อนไขให้เกิดสภาพบุคคลขึ้น แต่ตราบไต่ที่ยังไม่จดทะเบียน กฎหมายจะไม่ยอมรับการรวมกลุ่มของบุคคลก่อให้เกิดตัวตนแยกออกต่างหากจากกลุ่มบุคคลที่ก่อตั้งห้างหุ้นส่วนขึ้นมา นับว่ากฎหมายไทยรับเอาเรื่องการรวมกลุ่มมาใช้ เพราะมาตรา 1025 บัญญัติว่า “อันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นคือ ห้างหุ้นส่วน ประเภทซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนต้องรับผิดชอบร่วมกัน เพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนโดยไม่มีจำกัด” และแม้ห้างจะจดทะเบียนแล้ว หากห้างผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ของห้างสามารถเรียกให้ชำระหนี้เอาแต่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งก็ได้ (มาตรา 1070) ส่วนสิทธิหน้าที่ในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน และผู้เป็นหุ้นส่วน และตัวห้างนั้น ก็มีความผสมผสานจากทั้งสองหลัก

ในประเทศไทย การประกอบกิจการทางธุรกิจเพื่อแสวงหากำไร อาจกระทำได้ 2 รูปแบบ ได้แก่ ดำเนินกิจการโดยเจ้าของคนเดียว (Sole Proprietorship) โดยมีเจ้าของกิจการเป็นผู้ลงทุนทั้งหมด และเป็นผู้มีอำนาจบริหาร และตัดสินใจแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งผลประกอบการของกิจการจะตกแก่เจ้าของคนเดียวทั้งหมด หากผลประกอบการดีรายได้ของผู้ประกอบกิจการก็จะดีมาก แต่หากขาดทุนเจ้าของกิจการก็ต้องรับเอาการขาดทุนคนเดียวเช่นกัน โดยกฎหมายที่มีผลบังคับกับกิจการโดยเจ้าของคนเดียวนั้น ไม่มีกฎหมายควบคุมเฉพาะ กล่าวคือ ไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายธุรกิจ หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนบริษัท แต่อาศัยหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา – หนี้ เช่าทรัพย์ ละเมิด เป็นต้น มาใช้บังคับ โดยจะมีการเสียภาษีในรูปแบบภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเพียงครั้งเดียว องค์กรธุรกิจอีกรูปแบบคือการดำเนินกิจการโดยเข้าร่วมกับบุคคลอื่น หรือมีการร่วมทุนในการประกอบกิจการ โดยจัดตั้งองค์กรธุรกิจตามกฎหมายไทยมีเจ้าของหลายคน อาจแบ่งเป็น 2 ประเภทคือ ประเภทที่ไม่เป็นนิติบุคคล ได้แก่ ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน หรือจัดตั้งในรูปแบบกิจการร่วมค้า โดยองค์กรธุรกิจประเภทนี้ไม่เป็นนิติบุคคลแยกต่างหากออกจากผู้เป็นหุ้นส่วน ต่างจากรูปแบบองค์กรธุรกิจที่มีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เข้าร่วมจัดตั้ง การแสดงเจตนาจึงต้องกระทำโดยผ่าน

ผู้แทนนิติบุคคล ในปัจจุบันแบ่งได้เป็น ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด และ บริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งในเบื้องต้น จะพิจารณาองค์กรธุรกิจรูปแบบห้างหุ้นส่วน

ตาราง 1 ตารางเปรียบเทียบระหว่างกิจการเจ้าของคนเดียวกับกิจการแบบห้างหุ้นส่วน

กิจการแบบเจ้าของคนเดียว	กิจการแบบห้างหุ้นส่วน
- เป็นเจ้าของคนเดียว และบริหารงานคนเดียว	- เป็นเจ้าของหลายคน และช่วยกันบริหาร
- เจ้าของต้องจ้าง และหาปัจจัยในการลงทุน ทั้งหลายที่ตนเองไม่มี หรือมีแต่ไม่พอ เช่น วัตถุดิบ แรงงาน	- ปัจจัยในการผลิตบางอย่าง สามารถหาได้จาก ผู้เป็นหุ้นส่วน เช่น หุ้นส่วนบางคนอาจจะเป็น แรงงาน ก็ไม่ต้องจัดหาแรงงานในการลงทุนอีก และหาปัจจัยเพิ่มเฉพาะในที่หุ้นส่วนไม่มี
- กฎหมายที่ใช้บังคับ ได้แก่ กฎหมายทรัพย์สิน กฎหมายสัญญา กฎหมายละเมิด และกฎหมาย ตัวการตัวแทน	- กฎหมายที่ใช้บังคับ ได้แก่ กฎหมายทรัพย์สิน กฎหมายสัญญา กฎหมายละเมิด กฎหมาย ตัวการตัวแทน และกฎหมายห้างหุ้นส่วน
- เก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา	- เก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา (จากกำไรที่แบ่ง ให้หุ้นส่วนหลังประกอบกิจการ

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะสามารถแบ่ง ห้างหุ้นส่วนออกเป็น 3 ประเภท คือ ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด

ห้างหุ้นส่วนสามัญ

นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ที่บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นคือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ตกลงเข้าเข้ากันเพื่อ กระทำกิจการร่วมกันด้วยประสงค์ จะแบ่งกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น” แล้วห้างหุ้นส่วนสามัญ นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1064 บัญญัติว่า

“อันห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น จะจดทะเบียนก็ได้” จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้ บังคับไว้ว่าการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญ จะต้องนำไปจดทะเบียนเช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือ บริษัท ผู้เป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนสามัญ จะจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนหรือไม่ก็ได้ ห้างหุ้นส่วนสามัญจึง แบ่งแยกเป็นสองประเภท คือ หุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนประเภทหนึ่ง และห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนอีกประเภทหนึ่ง ในกรณีห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนนั้น จึงเป็นการที่บุคคลตั้งแต่สองคน ขึ้นไปร่วมกัน เพื่อแบ่งปันกำไรไม่มีสภาพเป็นบุคคลทางกฎหมายแต่อย่างใด เว้นแต่มีฐานะเป็นเจ้าของ ร่วมในทรัพย์สินที่นำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วน (คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2494) หากไม่มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีอำนาจบริหารกิจการ ส่งผลถึงความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนที่มีอย่างไม่ จำกัดจำนวน ผลกำไรขาดทุนเป็นไปตามข้อตกลงจัดตั้งห้างหุ้นส่วน โดยสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบ เป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องห้างหุ้นส่วนบริษัทกำหนด

ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล

ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลนั้น คือ ห้างหุ้นส่วนสามัญที่ได้จดทะเบียนแล้ว ทำให้มีฐานะเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 ที่บัญญัติว่า “ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ซึ่งรวมเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น” ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีอำนาจบริหารจัดการ ส่งผลให้ผู้เป็นหุ้นส่วนมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัด ผลกำไรขาดทุนแบ่งไปตามสัญญาจัดตั้งห้าง ซึ่งต้องมีการนำไปจดทะเบียนที่กระทรวงพาณิชย์

ห้างหุ้นส่วนจำกัด

ห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นห้างหุ้นส่วนชนิดหนึ่ง ซึ่งมีผู้เป็นหุ้นส่วนรวมกัน 2 จำพวก พวกหนึ่งอาจจะคนเดียว หรือหลายคนเข้าทำสัญญากับอีกพวกหนึ่งคนเดียว หรือหลายคนว่าจะประกอบกิจการงานด้วยกัน แต่จะจำกัดความรับผิดชอบเฉพาะส่วนที่ตนลงหุ้นเท่านั้น ในขณะที่ผู้เป็นหุ้นส่วนอีกพวกหนึ่งร่วมกันรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน โดยหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ มีบทนิยามในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1077 ที่บัญญัติว่า “อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น คือ ห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่ง ซึ่งมีผู้เป็นหุ้นส่วนสองจำพวกดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งมีจำกัดความรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับ จะลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนนั้นจำพวกหนึ่งและ
- (2) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันในบรรดาหนี้ของห้างหุ้นส่วนไม่มีจำกัดอีกจำพวกหนึ่ง”

ตาราง 2 ประเภทของห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายไทย

ห้างหุ้นส่วนสามัญ	ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล	ห้างหุ้นส่วนจำกัด
บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปร่วมกัน เพื่อแบ่งปันกำไร	จดทะเบียน (ให้มีความเป็นบุคคลทางกฎหมาย)	จดทะเบียน
หุ้นส่วนทุกคนมีอำนาจบริหารกิจการ (ถ้าไม่ตกลงกันเป็นอย่างอื่น เช่น มีการตกลงตั้งหุ้นส่วนผู้จัดการ)	หุ้นส่วนทุกคนมีอำนาจบริหารกิจการ	มีหุ้นส่วนสองประเภท (หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ/ไม่จำกัด)
ผลกำไรขาดทุนเป็นไปตามข้อตกลง (ลงทุน/ลงแรง)	ผลกำไรขาดทุนแบ่งกันตามสัญญาจัดตั้งห้างฯ (ต้องนำไปจดทะเบียนที่กระทรวงพาณิชย์)	หุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบเท่านั้นที่มีอำนาจบริหารจัดการ (หุ้นส่วนจำกัดถ้าไปจัดการงานของห้าง/ต้องรับผิดชอบเหมือนหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัด)

ห้างหุ้นส่วนสามัญ	ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล	ห้างหุ้นส่วนจำกัด
ความรับผิดไม่จำกัดจำนวน	รับผิดโดยไม่จำกัด	รับผิดอย่างจำกัดและไม่จำกัด
สิทธิหน้าที่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด (ป.พ.พ. เรื่อง ห้างหุ้นส่วนและบริษัท)	สิทธิหน้าที่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด (ป.พ.พ. เรื่อง ห้างหุ้นส่วนและบริษัท)	- สิทธิหน้าที่ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด (ป.พ.พ. เรื่อง ห้างหุ้นส่วนและบริษัท)

ดังนั้นจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตราดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ห้างหุ้นส่วนจำกัดจึงประกอบด้วยหุ้นส่วนสองประเภท คือ หุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด (the partner with unlimited liability) และหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิด (the partner with limited liability) โดยผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นมีลักษณะคล้ายกับผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ กล่าวคือ² ต้องรับผิดในหนี้สินของห้างโดยไม่จำกัดจำนวน และต้องรับผิดชอบร่วมกันในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดด้วยกัน โดยผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนี้จะถือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ ส่วนผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดนั้นมีลักษณะแตกต่างกับผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดและผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ คือ จะรับผิดในหนี้สินของห้างเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่รับจะลงหุ้นไม่ต้องรับผิดในหนี้สินของห้างร่วมกัน โดยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ป็นสาระสำคัญ

จะเห็นได้ว่าในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะต้องประกอบไปด้วยหุ้นส่วนสองประเภทดังกล่าวเสมอจะมีเพียงประเภทเดียวเท่านั้นไม่ได้ และห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1078 วรรค 1 บัญญัติบังคับว่า “อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นท่านบังคับว่าต้องจดทะเบียน...” ดังนั้นห้างหุ้นส่วนจำกัดจึงแตกต่างกับห้างหุ้นส่วนสามัญ เพราะห้างหุ้นส่วนสามัญจะจดทะเบียนหรือไม่ก็ได้ แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเสมอซึ่งทำให้มีตัวตนแยกออกจากผู้เป็นหุ้นส่วน ในการทำสัญญาติดต่อกับบุคคลภายนอกก็ต้องใช้ชื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นคู่สัญญา ตามปกติในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น กฎหมายบังคับว่าให้หุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นที่จะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ (มาตรา 1087)

แต่ทั้งนี้หุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดก็ไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการได้ทุกคน โดยจะเป็นได้เฉพาะแต่บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้หุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดที่เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการจึงมีสิทธิทำสัญญาติดต่อกับบุคคลภายนอกได้โดยใช้ชื่อห้างเป็นคู่สัญญา เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดที่เป็นผู้จัดการห้างได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกในสิ่งที่ป็นธรรมดาการค้าของห้าง (มาตรา 1050) ซึ่งแม้จะเป็นบทบัญญัติในเรื่องของห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่ก็สามารถนำมาตราานี้มาใช้กับห้างหุ้นส่วนจำกัดได้โดยอนุโลม เนื่องจากห้าง

² ประภาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตยสภา, 2530), หน้า.147.

หุ้นส่วนจำกัดไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องนี้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 1080 วรรค 1 ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัติว่าด้วยห้างหุ้นส่วนสามัญข้อใดๆ หากมิได้ยกเว้นหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยบทบัญญัติแห่งหมวด 3 นี้ท่านให้นำมาใช้บังคับแก่ห้างหุ้นส่วนจำกัดด้วย” เมื่อมีหนี้สินเกิดขึ้น ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่เป็นคู่สัญญาที่ต้องรับผิดชอบหนี้รายนั้น เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนจำกัดสามารถฟ้องห้างให้รับผิดชอบได้ ในเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้จะฟ้องหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบให้ชำระหนี้แทนห้างยังไม่ได้จนกว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะตกเป็นผู้ผิดนัดเสียก่อน³

จากบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนข้างต้นจะพบว่าสิทธิและความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนนั้นแบ่งเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบและหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบ โดยที่หุ้นส่วนทั้งสองประเภทก็มีลักษณะแตกต่างกันในแง่ของสิทธิอำนาจหน้าที่ดังนี้

2.1.2 หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบ

สิทธิหน้าที่และความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบจำกัดนั้นแตกต่างจากผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ โดยหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบนั้นมีสิทธิและความรับผิดในหนี้ทั้งปวงของห้างอย่างจำกัด ดังนั้นคุณสมบัติของผู้เข้าเป็นหุ้นส่วนจึงไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญและการเป็นหุ้นส่วนนี้ไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัว หากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ห้างหุ้นส่วนไม่ต้องเลิกกัน

ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบในหนี้สินของห้างในลักษณะจำกัด กล่าวคือจำกัดทั้งจำนวนและเวลาที่ต้องรับผิดชอบ โดยรับผิดชอบตามจำนวนเงินที่ลงหุ้น ในการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะต้องมีการจดทะเบียนจำนวนเงินซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบได้ลงหุ้นไว้ด้วย ตามมาตรา 1078 (4) และมาตรา 1077 ยังได้บัญญัติว่าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนที่ตนรับจะลงหุ้นในห้างเท่านั้น ฉะนั้น ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบได้นำเงินหรือทรัพย์สินอื่นมาลงหุ้นครบตามจำนวนตามที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วความรับผิดชอบก็จะหมดไป เจ้าหนี้ของห้างจะมาบังคับชำระหนี้เอาจากผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบอีกไม่ได้ แต่ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบคนใดยังส่งเงินหรือทรัพย์สินตามที่ตนรับจะลงหุ้นและได้จดทะเบียนระบุไว้แล้วไม่ครบ ผู้นั้นก็ยังมีความรับผิดชอบที่จะต้องส่งใช้ค่าหุ้นจนครบและเจ้าหนี้ของห้างอาจเรียกเอาจากเงินจำนวนนั้นได้ตามมาตรา 1095(1) เมื่อห้างเลิกกันแล้ว

แต่อย่างไรก็ดีผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบอาจจะต้องรับผิดชอบเกินกว่าจำนวนเงินค่าหุ้นที่ลงทะเบียนไว้ หรือต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนอย่างผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบได้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น ความรับผิดเพราะสอดเข้าไปจัดการงานของห้างตามมาตรา 1088 ความรับผิดในหนี้ของห้างซึ่งเกิดก่อนห้างจดทะเบียนตามมาตรา 1079 กรณียอมให้เข้าใช้ชื่อตนระคนเป็นชื่อห้าง ตามมาตรา 1082 หรือแสดงให้บุคคลภายนอกทราบว่าได้ลงหุ้นไว้มากกว่าจำนวนที่ได้จดทะเบียนไว้ ตามมาตรา 1085 นอกจากนี้การจดทะเบียนลดหุ้นจะมีผลเฉพาะหนี้ของห้างที่เกิดภายหลัง ตามมาตรา 1086

³ ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท (พระนคร: โรงพิมพ์แสงสว่าง, 2504), หน้า.221.

กรณีเช่นนี้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดที่ถูกฟ้องให้รับผิดชอบเกี่ยวให้เจ้าหน้าที่เอชำระจากทรัพย์สินของห้างก่อนตามมาตรา 1070, 1071 ได้

นอกจากนี้หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดไม่ต้องรับผิดชอบกว่าห้างจะเลิก ตามมาตรา 1095 ที่บัญญัติว่า “ตราบใดที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดยังมีได้เลิกกันตรานั้นเจ้าหน้าที่ของห้างย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดได้

แต่เมื่อห้างหุ้นส่วนนั้นได้เลิกกันแล้วเจ้าหน้าที่ของห้างมีสิทธิจะฟ้องร้องผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดได้เพียงจำนวนดังนี้ คือ

- (1) จำนวนลงหุ้นของผู้ที่เป็นหุ้นส่วนเท่าที่ยังค้างส่งแก่ห้างหุ้นส่วน
- (2) จำนวนลงหุ้นเท่าที่ผู้เป็นหุ้นส่วนได้ถอนไปจากทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วน
- (3) จำนวนเงินปันผลและดอกเบี้ยซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนได้รับไปแล้วโดยทุจริตและฝ่าฝืน

ต่อบทบัญญัติมาตรา 1084”

หากห้างยังไม่เลิกเจ้าหน้าที่ของห้างจะฟ้องผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดไม่ได้ ซึ่งการที่บัญญัติไว้เช่นนี้อาจจะทำให้เจ้าหน้าที่ของห้างเสียเปรียบได้ เพราะตราบใดที่ห้างยังไม่เลิก เจ้าหน้าที่ก็ไม่สามารถฟ้องเรียกเงินจากผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดไม่ได้ และไม่มีบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฟ้องขอเลิกห้างได้ด้วย แต่เมื่อห้างเลิกแล้วผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดต้องส่งเงินลงหุ้นที่ค้างส่งอยู่ตามที่เจ้าหน้าที่เรียกร้อง ไม่มีทางที่จะเกี่ยงให้เอาจากห้างก่อนได้เลย⁴

เนื่องจากหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดมีความรับผิดจำกัดตัวเอง หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดจึงถูกจำกัดสิทธิให้มีสิทธิน้อยกว่าหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด เห็นได้จาก

มาตรา1081 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เอาชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดมาเรียกขานระคนเป็นชื่อห้าง”

มาตรา1082 บัญญัติว่า “ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดคนใดยินยอมโดยแสดงออกชัดหรือโดยปริยายให้ใช้ชื่อของตนระคนเป็นชื่อห้างไซ้ ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนคนนั้น จะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเสมือนดังว่าเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดฉะนั้น

แต่ในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนกันเองนั้น ความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนเช่นนี้ท่านให้บังคับตามสัญญาหุ้นส่วน”

บทบัญญัติสองมาตรานี้มีที่มาจากกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งกำหนดให้เอาชื่อสกุลของหุ้นส่วนอย่างน้อย 1 คน มาตั้งเป็นชื่อห้างโดยมีคำต่อท้ายว่า “และพวก” (and co.) หรือถ้อยคำในทำนองเดียวกัน แต่สำหรับผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดนั้นถูกห้ามมิให้นำมาเป็นชื่ออ้าง

เหตุที่กฎหมายห้ามมิให้เอาชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดไปตั้งเป็นชื่อห้างหรือส่วนหนึ่งของชื่อนั้น อาจเพราะผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดมีความรับผิดจำกัด ไม่มีสิทธิในการดำเนินการของห้าง การที่เอาชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกนี้ไปตั้งเป็นชื่อห้างอาจทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิดว่าผู้นั้นเป็นผู้ควบคุมกิจการงานของห้าง อันอาจเข้าใจได้ว่าผู้นั้นเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดไปด้วย กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดที่ยอมให้ใช้ชื่อของตนเป็นชื่อห้างต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกโดยไม่จำกัดแถมเช่นผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดด้วย

⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า.200.

ความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดตามมาตรา 1082 นี้เป็นความรับผิดตามหลักกฎหมายปิดปากเช่นเดียวกับความรับผิดของผู้ที่มีได้เป็นหุ้นส่วนแต่แสดงตนว่าเป็นหุ้นส่วน หรือยินยอมให้เขาใช้ชื่อของตนเป็นชื่อห้างหุ้นส่วน หรือปล่อยให้เขาแสดงว่าตนเป็นหุ้นส่วนตามมาตรา 1054 นั้นเอง ซึ่งตามหลักกฎหมายปิดปากจะต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกผู้หลงผิดและเกิดการเสียหายต่อเขาเท่านั้น สำหรับระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันเองทุกคนซึ่งย่อมต้องรู้ว่าแท้จริงแล้วคนไหนเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดหรือไม่จำกัดความรับผิด แม้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดจะยอมให้เขาเอาชื่อไปตั้งเป็นชื่อห้าง ผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นก็ไม่หลงผิดแต่อย่างใด ในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนกันเองผู้เป็นหุ้นส่วนคนนั้นจึงยังคงรับผิดจำกัดอยู่เช่นเดิม หลักกฎหมายปิดปากนี้ นอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1082 แล้วยังนำมาใช้กับผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดในมาตรา 1085 และ 1088 อีกด้วย และเนื่องจากมาตรา 1081, 1082 มีผลดังกล่าวนี้เอง ผู้เป็นหุ้นส่วนผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดจึงย่อมมีสิทธิที่จะห้ามมิให้เอาชื่อของตนไปตั้งเป็นชื่อห้างได้ทำนองเดียวกันกับผู้เป็นหุ้นส่วนสามัญซึ่งออกจากห้างอาจขอให้ตั้งชื่อตนเป็นชื่อห้างได้ตามมาตรา 1047

นอกจากนี้การลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดก็แตกต่างจากผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด กล่าวคือผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดนอกจากจะเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการไม่ได้แล้วยังลงหุ้นด้วยแรงงานไม่ได้อีกด้วย

มาตรา 1083 บัญญัติว่า “การลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดนั้น ท่านว่าต้องให้ลงเป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่น ๆ”

ดังนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดจึงไม่อาจลงหุ้นด้วยแรงงานต่างกับผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดที่อาจลงหุ้นด้วยแรงงานโดยการเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการก็ได้

เมื่อห้างดำเนินกิจการมีรายได้ขึ้นมาหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดจะไม่ได้รับแบ่งเงินปันผลหรือดอกเบียจนกว่าห้างจะได้กำไร ตามมาตรา 1084 ถ้าเพียงแต่ตกลงกันว่ามีการให้เงินปันผลหรือดอกเบียแก่ผู้เป็นหุ้นส่วน หากไม่ได้กำไรผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดก็ไม่มีสิทธิได้เงินปันผลหรือดอกเบียและแม้ห้างจะได้กำไรแต่ถ้าห้างเคยขาดทุนมาก่อนและเงินทุนยังขาดหายอยู่ ก็ยังจะจ่ายเงินปันผลหรือดอกเบียให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดไม่ได้จนกว่าจะแก้ไขให้ทุนที่ขาดหายไปนั้นคืนมาเต็มจำนวน

ด้วยเหตุที่หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดมีความรับผิดอันจำกัดนี้เอง หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดจึงถูกจำกัดสิทธิหรือมีสิทธิน้อยกว่าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดหลายประการ ในแง่ของการบริหารจัดการนั้นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดถูกจำกัดสิทธิในการบริหารจัดการห้างทำให้หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดจัดการงานของห้างไม่ได้

มาตรา 1087 บัญญัติว่า “อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ท่านว่าต้องให้แต่เฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นเป็นผู้จัดการ”

มาตรา 1088 บัญญัติว่า “ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดผู้ใดสอดเข้าไปเกี่ยวข้องจัดการงานของห้างหุ้นส่วน ท่านว่าผู้นั้นจะต้องรับผิดร่วมกันในบรรดาหนี้ทั้งหลายของห้างหุ้นส่วนนั้นโดยไม่จำกัดจำนวน

แต่การออกความเห็นและแนะนำก็คือออกเสียงเป็นคะแนนนับในการตั้งและถอดถอนผู้จัดการตามกรณีที่มีบังคับไว้สัญญาหุ้นส่วนนั้นก็ดี ท่านหาหนว่าเป็นการสอดเข้าไปเกี่ยวข้องจัดการ งานของหุ้นส่วนนั้นไม่”

การกระทำซึ่งจะถือว่าเป็นการเข้าไปจัดการห้างหุ้นส่วนนั้นน่าจะต้องเป็นการกระทำถึงขนาดเข้าไปยุ่งกับงานในอำนาจหน้าที่ของผู้จัดการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการไม่ใช่เพียงไปทำงานในฐานะลูกจ้างหรือพนักงานของห้าง หรือเป็นการเข้าไปจัดการในฐานะผู้ชำระบัญชีซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบมีสิทธิเป็นได้ตามมาตรา 1089 หรือเพียงแต่เป็นการออกความเห็นให้คำแนะนำ และออกเสียงตั้งหรือถอดถอนผู้จัดการ ตามสัญญาหุ้นส่วน ทั้งจะต้องเป็นการกระทำซึ่งเป็นการติดต่อกับบุคคลภายนอก ทำให้บุคคลภายนอกเข้าใจผิด ซึ่งถ้ายอมให้ผู้เป็นหุ้นส่วนปฏิเสธได้ว่าตนไม่ใช่หุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบก็จะทำให้เสียหายแก่บุคคลภายนอกผู้สุจริตอันเป็นหลักทั่วไปของกฎหมายปิดปากด้วย⁵

แต่ทั้งนี้มาตรา 1088 บัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบที่สอดเข้าไปจัดการงานต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนนั้น เป็นความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันเองนั้น ผู้ที่สอดเข้าไปจัดการก็ยังคงรับผิดชอบจำกัดตามที่ตนเองทำนั้น ทำนองเดียวกับบทบัญญัติของมาตรา 1082 วรรค 2

2.1.3 หุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ

ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบมีลักษณะคล้ายผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบก็ไม่จำกัดอย่างเช่นผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบโดยมีสิทธิและความรับผิดชอบไม่จำกัด ดังนั้นคุณสมบัติของผู้เข้าเป็นหุ้นส่วนจึงถือว่าเป็นสาระสำคัญและการเป็นหุ้นส่วนนี้เป็นสิทธิเฉพาะตัว หากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ห้างหุ้นส่วนจึงต้องเลิกกันตามบทบัญญัติของมาตรา 1055 (5) และ 1080

นอกจากนี้ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบมีสิทธิจัดการงานของห้างและมีอำนาจกระทำการผูกพันห้างและผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นได้ ทำนองเดียวกันกับผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน บทบัญญัติของห้างหุ้นส่วนสามัญในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการงานของห้าง ตามมาตรา 1033 – 1039 ก็ยอมนำมาใช้บังคับกับผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบได้โดยผลของมาตรา 1080

แม้ว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดจะมีการจดทะเบียนห้างเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนแล้ว แต่สำหรับหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบก็ยังคงรับผิดชอบในหนี้ของห้างเสมือนเป็นบุคคลเดียวกับห้าง ด้วยเหตุนี้เองกรณีที่ห้างล้มละลายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2453 มาตรา 89 อาจมีการร้องขอให้ศาลสั่งให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบล้มละลายตามห้างไปด้วยเลยโดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ และหุ้นส่วนไม่อาจต่อสู้หรือนำสืบว่าตนมีหนี้สินพอชำระหนี้ของห้างได้ หรือหุ้นส่วนเองไม่เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว (คำพิพากษาฎีกาที่ 790/2510, 1172/2521, 3013/2524, 2645/2538 และ 7093/2545)⁶

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 193-194.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 202.

ในกรณีที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้น บริษัทย่อมประสงค์ที่จะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการจัดการงานของห้าง เนื่องจากบริษัทจะสามารถออกหน้าจัดการ หรือบริหารจัดการใด ๆ ภายในห้างหุ้นส่วนได้ ด้วยเหตุนี้เองบริษัทจึงจำเป็นต้องเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด เพื่อที่จะได้มีสิทธิจัดการงานของห้างอันจะมีอำนาจกระทำการผูกพันห้างและผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น

แต่เนื่องจากบริษัทนั้นเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นไม่ใช่บุคคลธรรมดา บริษัทจึงไม่มีสภาพทางกายภาพ กล่าวคือไม่มีสมอง มือเท้าที่จะจัดการการภายในห้างได้ด้วยตนเอง บริษัทจึงกระทำการต่าง ๆ ได้ก็โดยอาศัยบุคคลธรรมดาทำการแทน ซึ่งก็คือกรรมการของบริษัทซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท เป็นผู้แสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทตามมาตรา 70 วรรค 2

ดังนั้นการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หากบริษัทประสงค์ที่จะเป็นผู้มีอำนาจจัดการภายในห้างแล้ว บริษัทจึงต้องเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดอันส่งผลให้มีความรับผิดอย่างไม่จำกัดเหมือนกับหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดทั่วไป โดยบริษัทจะมีความรับผิดอย่างไม่จำกัดต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนนั้น

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดจะส่งผลให้บริษัทมีความรับผิดไม่จำกัดก็ตาม แต่ภายใต้หลักการที่ว่าบริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย บริษัทย่อมมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายที่มารวมเข้ากันเป็นบริษัท โดยบริษัทจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เป็นลูกหนี้และเป็นเจ้าหนี้เองโดยที่ไม่เกี่ยวกับผู้ถือหุ้น มีสิทธิหน้าที่และความรับผิดเป็นส่วนตัวโดยแท้ไม่ปะปนกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ถือหุ้น ดังนั้นหากบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนแล้ว เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนจึงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ของบริษัทจากทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้น กล่าวคือ บริษัทเท่านั้นที่มีความผูกพันที่จะต้องรับผิด มิใช่ผู้ถือหุ้นเป็นรายบุคคล ดังนั้นเจ้าหนี้ของห้างจึงไม่สามารถที่จะเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดในหนี้สินของบริษัทเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังสงใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น ตามมาตรา 1096 เท่านั้น

2.1.4 การจัดการและสภาพการบริหารจัดการธุรกิจภายในห้างหุ้นส่วน

สำหรับห้างหุ้นส่วนจำกัด บทบัญญัติมาตรา 1087 บัญญัติว่า “อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ท่านว่าต้องให้แต่เฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นเป็นผู้จัดการ” กล่าวคือ ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นที่จะมีสิทธิจัดการห้าง กฎหมายได้จำกัดสิทธิในการจัดการของหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิด อาจจะเป็นเพราะว่าหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดนี้รับความเสี่ยงในการลงทุนน้อยกว่าหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด เนื่องจากรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินส่วนที่ลงทุน ดังนั้นการที่จะให้เข้ามามีส่วนในการจัดการงานของห้างโดยตรงจึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่น ๆ ได้ เพราะการที่รับความเสี่ยงภัยอย่างจำกัดนี้อาจเป็นเหตุให้พวกเขาใช้ความระมัดระวังในการจัดการงานของห้างในระดับที่น้อยเกินไปได้ แตกต่างจากหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดที่กฎหมายกำหนดให้แต่เฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นเป็นผู้จัดการ ที่จะมีสิทธิจัดการงานของห้าง เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดต้องรับความเสี่ยงภัยที่สูงมาก ดังนั้นพวกเขาจึงใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดในการจัดการงานของห้าง เพราะหากจัดการผิดพลาดก่อให้เกิด

ความเสียหายจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้ของห้างโดยไม่จำกัดจำนวนจากผลของการกระทำของตน ไม่ว่าจะป็นหนี้ตามนิติกรรมสัญญา ค่าภาษีอากร หรือเกิดจากมูลละเมิด⁷

ดังนั้น หากผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบเข้าไปจัดการงานของห้างก็ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกโดยไม่จำกัด ซึ่งมาตรา 1088 ก็ได้บัญญัติถึงผลของการที่หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบเข้าไปจัดการงานของห้างไว้ว่า “ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบเข้าไปเกี่ยวข้อง จัดการงานของห้างหุ้นส่วน ท่านว่าผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบร่วมกันในบรรดาหนี้ทั้งหลายของห้างหุ้นส่วนนั้น โดยไม่จำกัดจำนวน

แต่การออกความเห็นและแนะนำก็ดี ออกเสียงเป็นคะแนนลับในการแต่งตั้งและถอดถอนผู้จัดการ ตามกรณีที่มีบังคับไว้ในสัญญาหุ้นส่วนนั้นก็ดี ท่านหาว่าเป็นการสอดเข้าไปเกี่ยวข้องจัดการงานของ ห้างหุ้นส่วนนั้นไม่”

เรื่องนี้เป็นนโยบายของกฎหมายห้างหุ้นส่วนจำกัดที่มีขึ้นเพื่อให้เป็นทางเลือกสำหรับบุคคลที่ต้องการลงทุนในธุรกิจและปล่อยให้การดำเนินกิจการอยู่ในมือของหุ้นส่วนผู้จัดการ ซึ่งเป็นคนละแนวคิดกับห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งหุ้นส่วนทุกคนต้องมีส่วนร่วมในการจัดการงานห้าง และมีอำนาจกระทำการผูกพันห้าง ดังนั้นกฎหมายจึงห้ามหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบเข้าไปเกี่ยวข้องจัดการงานของห้างหุ้นส่วน และไม่มีอำนาจกระทำการผูกพันห้าง หากหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบคนใด “สอด”เข้าไปเกี่ยวข้องจัดการงานของห้าง กฎหมายจึงกำหนดให้ต้องรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ทั้งหลายของห้างโดยไม่จำกัดจำนวน⁸

แต่สำหรับความรับผิดชอบต่อผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นก็ต้องนำมาตรา 1043 ไปใช้เช่นกัน ทั้งนี้โดยบทบัญญัติของมาตรา 1080

มาตรา 1043 บัญญัติว่า “ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนอันมิได้เป็นผู้จัดการเอื้อมเข้ามาจัดการงานของห้างหุ้นส่วนก็ดี หรือผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งเป็นผู้จัดการการท่าล่งขออำนาจของตนก็ดี ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการจัดการงานนอกสั่ง”

ดังนั้นหากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือหุ้นส่วนผู้จัดการจัดการงานของห้างโดยไม่มีอำนาจ หรือเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจแล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนหรือหุ้นส่วนผู้จัดการนั้นจะต้องรับผิดชอบชดใช้ให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น เป็นเรื่องความเกี่ยวพันระหว่างหุ้นส่วนด้วยกันเอง แต่สำหรับบุคคลภายนอกนั้น แม้การกระทำดังกล่าวจะกระทำไปโดยไม่มีอำนาจหรือเกินขอบอำนาจก็ตาม หากเป็นการกระทำที่ได้ทำไปในทางธรรมดาการค้าขายของห้างแล้ว ย่อมผูกพันผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันทั้งหมดให้ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ตามมาตรา 1050 ข้อจำกัดอำนาจผู้เป็นหุ้นส่วนนั้นไม่ผูกพันบุคคลภายนอก (มาตรา 1053)

การจัดการงานของห้างนั้นมิได้หมายความว่าเฉพาะการดำเนินงานในทางซื้อขายหรือหากำไรเข้าห้างแต่อย่างเดียว แต่รวมถึงงานอื่นๆที่จำเป็นหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการงานของห้างด้วย และในการจัดการงานของห้างดังกล่าวนี้ มาตรา 1039 บัญญัติว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดจัดการงานของห้างหุ้นส่วนด้วยความระมัดระวังให้มากเสมือนกับจัดการงานของตนเองฉะนั้น” ดังนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการจึงต้องจัดการงานของห้างด้วยความระมัดระวังให้มากเสมือนกับจัดการงานของตนเอง ถ้าหากผู้เป็น

⁷ ทิพย์ชนก รัตโนสถ, คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า.184.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 185.

หุ้นส่วนผู้จัดการได้ระมัดระวังแล้วว่าแล้ว แม้การจัดการงานนั้นไม่ดี หรือเกิดเสียหายขึ้น ก็เป็นเคราะห์กรรมของผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายเองที่ไปร่วมกิจการกับผู้เป็นหุ้นส่วนนั้น หรือเพราะตนมอบหมายงานให้ผู้เป็นหุ้นส่วนนั้นทำ การที่กฎหมายกำหนดระดับความระมัดระวังของผู้เป็นหุ้นส่วนไว้ในระดับเดียวกับการจัดการงานของผู้เป็นหุ้นส่วนเองเท่านั้น หากพิจารณาให้ดีแม้ว่าจะต่ำกว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้ความระมัดระวังเหมือนวิญญูชนพึงปฏิบัติ แต่ในความเป็นจริง หากผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นมีความระมัดระวังสูง ระดับความระมัดระวังในการจัดการงานของผู้เป็นหุ้นส่วนผู้นั้นอาจสูงกว่าระดับวิญญูชนก็เป็นได้ จึงถือว่าเป็นระดับความระมัดระวังที่วัดจากตัวผู้เป็นหุ้นส่วนเองเป็นเกณฑ์ หรือเป็นการใช้มาตรฐานทางอัตวิสัย⁹ (subjective standard) ไม่ได้เทียบกับบุคคลอื่น เพราะถือว่าเป็นหุ้นส่วนทุกคนต่างมีส่วนได้เสียในห้างหุ้นส่วนในลักษณะร่วมหัวจมท้ายกันอยู่แล้ว ดังนั้นต่างคนต่างก็ต้องดำเนินการให้ดีที่สุดเพื่อผลประโยชน์ของตนเองและหุ้นส่วนอื่น ๆ หากกระทำผิดพลาดเกิดความเสียหายเท่าใดตนก็ต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดร่วมกับผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่น ๆ เท่าจำนวนนั้นด้วย

ในกรณีที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน ส่งผลทำให้บริษัทมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดอย่างไม่จำกัดเหมือนกับกรณีหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดทั่วไป กล่าวคือบริษัทดังกล่าวจะมีความรับผิดอย่างไม่จำกัดต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนด้วยเหตุนี้บริษัทจึงย่อมมีสิทธิจัดการงานของห้างและมีอำนาจกระทำการผูกพันห้างและผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น ๆ โดยในการจัดการและสภาพการบริหารจัดการภายในห้างนั้น จะเป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัท เนื่องจากบริษัทเป็นนิติบุคคล กล่าวคือเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น บริษัทจึงไม่มีสิทธิหน้าที่บางอย่างซึ่งปกติจะมีได้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น อีกทั้งสิทธิและหน้าที่ของบริษัทนั้น ย่อมเป็นไปตามกฎหมายและวัตถุประสงค์ของบริษัท ตามมาตรา 66 และมาตรา 67 เนื่องจากไม่ใช่บุคคลธรรมดา บริษัทจึงไม่มีสภาพทางกายภาพ กล่าวคือบริษัทไม่มีสมอง มือเท้าที่จะจัดการงานต่าง ๆ ภายในห้างได้ด้วยตนเอง บริษัทจะกระทำการต่าง ๆ ได้ก็แต่โดยอาศัยบุคคลธรรมดาทำการแทน ซึ่งก็คือ กรรมการของบริษัทซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท เป็นผู้แสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทตามมาตรา 70 วรรค 2

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

2.2 ลักษณะทั่วไปของบริษัท

2.2.1 ความเป็นนิติบุคคลของบริษัท

ทฤษฎีเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคลมีมาตั้งแต่สมัยโรมัน¹⁰ ปรากฏอยู่ในกฎหมายศาสนา (cannon law) และกฎหมายพาณิชย์ในสมัยแรกเริ่ม ถือกันว่าบริษัทเป็นบุคคลสมมติสร้างขึ้นโดยกฎหมาย เป็นเพียงบุคคลตามกฎหมาย (legal person) มีตัวตนตามกฎหมาย (juristic entity) เกิดขึ้นโดยอำนาจของรัฐกลายมาเป็นแนวความคิดของ Fiction หรือ Entity Theory และคอมมอนลอว์นำมาใช้กับกิจการค้าซึ่งไม่ใช่นิติบุคคลตาม Aggregate Theory เมื่อเน้นถึงความเป็นนิติบุคคลว่าเกิดโดยอำนาจรัฐก็เรียกว่า Fiat หรือ Concession Theory¹¹ ซึ่งเป็นผลให้เกิดแนวความคิดให้บริษัทต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ มีการแปลอำนาจของบริษัทโดยเคร่งครัดว่าคงมีอยู่ตามที่ได้รับอนุญาต ตลอดจนการจัดตั้ง การดำเนินการของบริษัทก็ต้องทำให้ถูกต้องตามระเบียบแบบแผนและกฎหมาย ในขณะที่ Realistic Theory มองบริษัทว่าเป็นกลุ่มบุคคล กลุ่มผลประโยชน์ กลุ่มของกิจกรรม มีความจำเป็นที่ต้องได้รับการรับรองแยกต่างหากจากตัวบุคคลผู้ประกอบเป็นกลุ่มขึ้น เมื่อมีการรับรองเป็นบุคคลต่างหากขึ้นมาก็ต้องให้สิทธิและคุณลักษณะต่างๆ ของบุคคลธรรมดาแก่บริษัทด้วย

ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทนี้ได้มีทฤษฎีกล่าวถึงในแง่มุมต่าง ๆ กัน โดยนักกฎหมายฝ่าย Fiction Theory เห็นว่านิติบุคคลต่างจากบุคคลธรรมดา¹² กล่าวคือเป็นตัวละครแห่งสิทธิที่สมมติขึ้นสร้างขึ้นโดยกฎหมาย ดังนั้นจึงจำเป็นต้องอาศัยการกระทำของรัฐในการจัดตั้งและตรวจสอบนิติบุคคลเพื่อป้องกันให้พ้นจากอันตรายที่จะเกิดขึ้น

ด้านนักกฎหมายฝ่าย Organic Theory เห็นว่านิติบุคคลเป็นปรากฏการณ์จริงเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ดังนั้นในทางกฎหมายนิติบุคคลจึงมีความสามารถเฉกเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา มีสิทธิหรือเสรีภาพในการกระทำในตัวเอง แต่อาจถูกจำกัดได้เช่นเดียวกับการกระทำทางกฎหมายของเอกชน เช่น รัฐกำหนดว่าจะต้องไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรม

ในส่วนของกฎหมายคอมมอนลอว์ จะเน้นความเป็นนิติบุคคลในทางรูปแบบ โดยถืออำนาจรัฐหรือการยอมรับทางกฎหมายเป็นหลัก ในอังกฤษต่อมา มีการอธิบายว่าที่ประชุมใหญ่ คณะกรรมการและกรรมการผู้จัดการบริษัทเป็นองค์กรของบริษัทเช่นเดียวกัน แต่เป็นการอธิบายในเรื่องความสามารถในการกระทำและกำหนดความรับผิดชอบของนิติบุคคล ไม่ได้เป็นการอธิบายในส่วนของนิติบุคคลโดยตรง ซึ่งกฎหมายไทยส่วนมากแล้วจะอธิบายความหมายของนิติบุคคลไปในทำนองเดียวกันกับกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือภาวะที่กฎหมายให้สิทธิและหน้าที่ได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา¹³

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้ให้คำจำกัดความของคำว่านิติบุคคลไว้ว่า “นิติบุคคลหมายถึง การที่บุคคลรวมกันทำกิจกรรมอันหนึ่ง เป็นวิธีการที่จำเป็นต้องมีเพื่อความสำเร็จใน

¹⁰ โสภณ รัตนาร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, หน้า.255.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 255.

¹² ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ, “ความรับผิดชอบนิติบุคคลและความรับผิดชอบของกรรมการนิติบุคคลต่อบุคคลภายนอก : ศึกษากรณีบริษัท” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า.18.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

กิจการที่บุคคลคนเดียวไม่สามารถทำให้สำเร็จได้ กฎหมายจึงยอมรับให้ภาวะที่มารวมกันนั้นมีสภาพแยกออกจากกันหากจากแต่ละคนที่มารวมกัน บุคคลที่กฎหมายกำหนดขึ้นนี้ไม่ใช่บุคคลธรรมดาที่มีชีวิตจิตใจ กฎหมายเรียกว่า นิติบุคคล ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้จึงจะมีสภาพนิติบุคคลขึ้น”¹⁴

ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เมื่อบริษัทจดทะเบียนแล้วกฎหมายจะถือว่าบริษัทมีตัวตนต่างหากจากผู้ถือหุ้น (มาตรา 1015) บริษัทจึงมีสิทธิหน้าที่ต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน อาจเป็นลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ มีสิทธิทำนิติกรรมต่างๆ และฟ้องหรือดำเนินคดีในนามบริษัทเอง ไม่ต้องประสบปัญหาโรคภัยไข้เจ็บหรือการบกพร่องทางความสามารถเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา และเมื่อมีการแยกผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นออกจากกันแล้ว ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นซึ่งมีอยู่ในบริษัทโดยเฉพาะในเรื่องหุ้นที่ย่อมโอนกันได้โดยง่ายยิ่งกว่าผลประโยชน์ในกิจการค้ารูปแบบอื่น

2.2.2 แนวคิดและทฤษฎีเรื่องความสามารถของนิติบุคคล

แต่เดิมนั้น fiction theory ได้ยืนยันถึงความสามารถของนิติบุคคลว่ามีความสามารถเฉพาะด้านทรัพย์สินเท่านั้น (property legal capacity)¹⁵ ปัจจุบันแนวคิดพัฒนาไปเป็นการยอมรับว่านิติบุคคลยังมีความสามารถและมีสิทธิหน้าที่อื่นได้อีก เช่น การมีชื่อ สิทธิในการตั้งตัวแทน หรืออาจกล่าวได้ว่านิติบุคคลสามารถมีสิทธิหน้าที่ได้ทุกอย่างที่ไม่ใช่สิทธิและหน้าที่เฉพาะอันพึงมีพึงเป็นของบุคคลธรรมดา

จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องความสามารถของนิติบุคคลดังนี้¹⁶

(1) นิติบุคคลมีความสามารถโดยสภาพของนิติบุคคลหรือเพราะกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ Fiction theory นั้นมีวิธีการจำกัดความสามารถหรือสิทธิหน้าที่ของนิติบุคคล โดยถือว่านิติบุคคลมีความสามารถเนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้มีความสามารถไว้ แต่ organic theory ถือว่านิติบุคคลมีความสามารถโดยสภาพของนิติบุคคลเอง ไม่ได้มาจากการที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ดังนั้นตามทฤษฎีนี้นิติบุคคลจึงมีความสามารถได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

(2) นิติบุคคลมีความสามารถทางกฎหมายโดยทั่วไป หรือว่ามีความสามารถทางกฎหมายในขอบเขตที่จำกัดเฉพาะแต่ที่กำหนดไว้โดยวัตถุประสงค์สำหรับนิติบุคคลนั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่านิติบุคคลมีความสามารถทางกฎหมายเฉพาะสิ่งที่พึงมีต่อนิติบุคคลเท่านั้น โดยนิติบุคคลมีความสามารถทางกฎหมายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลจึงไม่อาจจะกระทำการใดเกินไปกว่าความตั้งใจเดิมของผู้ที่เป็นสมาชิกที่ประกอบเข้าเป็นนิติบุคคล แต่ก็มีความเห็นต่างออกไปว่า นิติบุคคลสามารถกระทำการได้ทุกอย่างเนื่องจากนิติบุคคลเป็นตัวการแห่งสิทธิที่มีอิสระต่างหาก

¹⁴ บุญวัฒน์ การะเวกพันธ์, "การแปรสภาพบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทจำกัด" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า.8.

¹⁵ Riasanovsky, *Chinese Civil Law* (Tiensin, 1938). อ้างถึงในหนังสือรวมคำอธิบายกฎหมายแพ่งเงินของ ศ.หยุด แสงอุทัย.

¹⁶ ชัยนันท์ งามจรกุลกิจ, "ความรับผิดชอบของนิติบุคคลและความรับผิดชอบของกรรมการนิติบุคคลต่อบุคคลภายนอก : ศึกษากรณีบริษัท," หน้า.35-36.

ฉากเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา จึงทำให้นิติบุคคลมีความสามารถตั้งตัวการแห่งสิทธิพึงมี เว้นแต่สิทธิอันพึงมีพึงได้แต่เฉพาะบุคคลธรรมดา เช่น สิทธิในครอบครัว เพศ อายุ เป็นต้น

(3) ผลแห่งการกระทำนอกขอบความสามารถของนิติบุคคลหรือการกระทำนอกวัตถุประสงค์เมื่อพิจารณา fiction theory แล้วพบว่า ต้องการจำกัดความสามารถของนิติบุคคล ดังนั้นการกระทำที่เกินขอบวัตถุประสงค์ถือเป็นโมฆะ ไม่มีการกระทำนั้นอยู่ จึงไม่ผูกพันนิติบุคคลโดยถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นโมฆะ แม้ว่าทุกคนในนิติบุคคลนั้นจะรับรู้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับเท่าที่ควรเนื่องจากการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์เป็นเพียงข้อขัดแย้งภายในเท่านั้น นิติบุคคลอยู่ในฐานะที่จะเข้าใจวัตถุประสงค์ได้ดีกว่ารัฐ รัฐจะเข้ามาแทรกแซงแต่เฉพาะการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ที่อาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องพิจารณาว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากวัตถุประสงค์ถึงขนาดหรือไม่ ตราบใดที่นิติบุคคลไม่ได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมถือว่ามีผลทางกฎหมาย ฉะนั้นความสามารถทางกฎหมายที่ระบุไว้ไม่ใช่เงื่อนไขบังคับอันจะกระทบถึงความสมบูรณ์ของการกระทำของนิติบุคคล เป็นเพียงวิธีการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้เป็นสมาชิกในนิติบุคคล ดังนั้นการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์จึงไม่ใช่หลักจำกัดความสามารถของนิติบุคคล แต่ความสามารถของนิติบุคคลอาจถูกจำกัดได้เช่นเดียวกับความสามารถทางกฎหมายโดยทั่วไปของบุคคลธรรมดา

เมื่อนิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติทางกฎหมาย นิติบุคคลจึงไม่มีความสามารถในการใช้ความสามารถ (no disposing capacity) การใช้ความสามารถของนั้นต้องมีเจตนาแต่นิติบุคคลไม่มีเจตนาของตนเอง ดังนั้นการติดต่อกับบุคคลภายนอกจึงต้องกระทำผ่านผู้แทนหรือตัวแทนเท่านั้น นิติบุคคลจึงไม่สามารถมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของผู้แทน อีกทั้งไม่สามารถกระทำละเมิดได้ด้วยตัวเอง แต่กฎหมายอาจบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำของตัวแทนหรือผู้แทนได้

เนื่องจากนิติบุคคลไม่ใช่บุคคลตามธรรมชาติที่มีสภาพทางกายภาพ แต่เป็นบุคคลสมมติตามกฎหมาย กล่าวคือนิติบุคคลหมายถึงคณะบุคคล หรือกองทรัพย์สินซึ่งกฎหมายยอมรับให้มีสิทธิและหน้าที่เหมือนบุคคลธรรมดา แต่สิทธิหน้าที่ใดซึ่งโดยสภาพแล้วพึงมีได้เฉพาะแต่ในบุคคลธรรมดาเท่านั้นสภาพไม่เปิดช่องให้นิติบุคคลมีได้ นิติบุคคลเมื่อเกิดขึ้นแล้วย่อมมีฐานะเป็นบุคคลต่างหากจากบุคคลธรรมดาแต่เนื่องจากนิติบุคคลไม่ใช่บุคคลธรรมดาเป็นเพียงคณะบุคคลหรือกองทรัพย์สินเท่านั้น ฉะนั้นการแสดงเจตนาของนิติบุคคลนั้นย่อมกระทำได้อีกต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติให้มีสิทธิและหน้าที่ กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มีผู้แสดงความประสงค์หรือเจตนาแทนนิติบุคคลเพื่อประโยชน์ในการใช้สิทธิหน้าที่ของนิติบุคคลนั้น โดยความประสงค์ของนิติบุคคลนั้นย่อมแสดงปรากฏโดยผู้แทนทั้งหลายของนิติบุคคลนั้น¹⁷

อย่างไรก็ดีเนื่องจากบริษัทเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นจึงไม่มีสิทธิหน้าที่บางอย่างซึ่งปกติจะมีได้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น ทั้งสิทธิและหน้าที่ของบริษัทย่อมเป็นไปตามกฎหมายและวัตถุประสงค์ของบริษัท (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 66, 67) ด้วยเหตุที่บริษัทไม่ใช่บุคคลธรรมดานี้เอง บริษัทจึงไม่มีสภาพทางกายภาพ กล่าวคือ ไม่มีสมอง มือเท้าที่จะทำการต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง บริษัทจะกระทำการต่าง ๆ ได้ก็โดยอาศัยบุคคลธรรมดาทำการแทน ซึ่งก็คือกรรมการของบริษัทซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท เป็นผู้แสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทตามประมวลกฎหมาย

¹⁷ บัญญัติ สุชีวะ, "การแสดงเจตนาของนิติบุคคล," วารสารกฎหมาย ปีที่2, 1 มกราคม (2519), หน้า 26.

แพ่งและพาณิชย์มาตรา 70 วรรค 2 แต่กรรมการบริษัทก็ควรมีอำนาจจัดการงานของบริษัทตามที่บริษัทมอบหมายตามที่กฎหมายกำหนดตลอดจนตามข้อบังคับของบริษัทและอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

2.2.3 องค์การธุรกิจประเภทบริษัทในประเทศไทย

การประกอบธุรกิจการค้าอาจเริ่มจากกิจการเจ้าของคนเดียว ซึ่งเป็นรูปแบบที่เก่าแก่ที่สุด มีวิธีการดำเนินกิจการที่ไม่ซับซ้อน ไม่มีปัญหาผู้ควบคุมดูแลเนื่องจากผู้เป็นเจ้าของกิจการมีคนเดียว ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องเงินทุน การจัดการรวมถึงหนี้สินทั้งปวงของกิจการแต่เพียงผู้เดียว แต่เมื่อการดำเนินธุรกิจได้พัฒนารูปแบบไปเพื่อให้เหมาะสมแก่ความต้องการทางธุรกิจเมื่อต้องการเงินทุนในการประกอบกิจการมากขึ้นจึงเกิดแนวคิดการรวมทุนระหว่างบุคคลหลาย ๆ คน จัดตั้งองค์กรธุรกิจขึ้นมา ซึ่งรูปแบบที่นิยมแพร่หลายคือ รูปแบบบริษัท โดยมีลักษณะสำคัญคือผู้ร่วมทุนทุกคนมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนทุนที่ตนได้ลงไว้

ในกฎหมายไทยไม่ได้มีการให้คำนิยามคำว่า “บริษัท” ไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ซึ่งได้บัญญัติถึง “วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัท” ว่าเป็นสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรจากกิจการนั้น ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 ซึ่งได้บัญญัติถึงคำจำกัดความของคำว่า “บริษัทจำกัด” ว่าเป็นกิจการซึ่งตั้งขึ้นโดยแบ่งทุนเป็นหุ้นมูลค่าเท่าๆกัน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น อีกทั้งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 15 ที่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “บริษัทมหาชน” เอาไว้ว่าเป็นบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ตนต้องชำระ โดยบริษัทต้องระบุนามประสงคฺ์เช่นว่านั้นในหนังสือบริคณห์สนธิ จึงสามารถสรุปองค์ประกอบของบริษัทได้ 3 ประการดังนี้¹⁸

(1) บริษัทเป็นการรวมตัวกันของบุคคลเพื่อประกอบกิจการค้าขาย โดยมีวัตถุประสงค์คือ นำกำไรจากการประกอบกิจการมาแบ่งระหว่างกัน ซึ่งบุคคลที่จะมารวมตัวกันนี้อาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ดังนั้นนิติบุคคลสามารถเข้าร่วมลงทุนได้

(2) บริษัทจะต้องแบ่งทุนออกเป็นหุ้น โดยแต่ละหุ้นมีมูลค่าเท่ากัน ดังนั้นผู้ลงทุน จะทราบเงินทุนที่แน่นอนของบริษัทและสามารถระบุจำนวนเงินที่ตนต้องการลงทุนได้

(3) ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดตามมูลค่าหุ้นที่ถือ ไม่ต้องรับผิดชอบหนี้สินทั้งหมดของบริษัท

การจัดตั้งองค์กรธุรกิจประเภทบริษัทในประเทศไทยนั้นมีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ทั้งสิ้น 3 รูปแบบดังนี้

¹⁸ บุญยวัฒน์ การะเวกพันธ์, "การแปรสภาพบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทจำกัด," หน้า. 7-8.

2.2.3.1 บริษัทจำกัด (Private Limited Company)

ถือเป็นรูปแบบของบริษัทในระยะแรก ซึ่งเกิดจากการร่วมทุนของบุคคลหลายคนเข้ารวมกันเพื่อประกอบกิจการร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันเกิดจากการประกอบกิจการในรูปของเงินปันผล โดยลักษณะสำคัญประการหนึ่งของบริษัทจำกัดคือ ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัด โดยผู้ถือหุ้นทุกคนมีความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนต้องชำระ

บริษัทจำกัดจึงตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนตั้งแต่การจัดตั้งบริษัทไปจนถึงการสิ้นสุดสถานะเอาไว้ โดยได้กำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบให้แก่ผู้ถือหุ้น โดยมีกรรมการผู้มีหน้าที่บริหารจัดการเพื่อให้บริษัทได้ดำเนินกิจการไปอย่างมีประสิทธิภาพตลอดจนคุ้มครองบุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัท โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่สำคัญได้แก่กรมพัฒนาธุรกิจการค้า

แนวความคิดการจัดตั้งบริษัทเกิดจากความมุ่งหมายที่จะให้มีการระดมทุนเพื่อดำเนินธุรกิจกันในการลงทุนในระหว่างกลุ่มเล็กๆ ด้วยเหตุที่การประกอบธุรกิจในรูปแบบของบริษัทจำกัดนั้นเหมาะกับกิจการขนาดเล็กหรือขนาดกลางที่ไม่ต้องอาศัยเงินทุนจำนวนมากประกอบกับบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีข้อจำกัดอยู่มากไม่สอดคล้องกับการดำเนินธุรกิจขนาดใหญ่ในปัจจุบัน ไม่สามารถระดมเงินทุนโดยเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนได้ ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดรูปแบบบริษัทอีกประเภทหนึ่งสำหรับกิจการขนาดใหญ่ ซึ่งก็คือบริษัทมหาชนจำกัด ที่ต้องอาศัยการระดมทุนจากประชาชนเพื่อนำมาใช้ในการดำเนินธุรกิจโดยการดำเนินการผ่านตลาดทุน¹⁹

2.2.3.2 บริษัทมหาชนจำกัด (Public Limited Company)

บริษัทมหาชนจำกัดจัดตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนชน โดยจะระบุมูลค่าความประสงค์ไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ ดังนั้นบริษัทมหาชนจึงแบ่งทุนออกเป็นหุ้น เป็นไปเพื่อความสะดวกในการเสนอขายหุ้นต่อประชาชน ด้วยเหตุที่บริษัทมหาชนจะระบุมูลค่าความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน (public offering) ไว้ในหนังสือบริคณห์สนธินี้เอง แสดงให้เห็นว่าบริษัทมหาชนมีวัตถุประสงค์ระดมทุนจากประชาชนโดยการเสนอขายหุ้นเป็นการทั่วไปอันถือเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของบริษัทมหาชนจำกัดอาจกล่าวได้ว่าบริษัทมหาชนมีองค์ประกอบสำคัญดังนี้ คือ²⁰

(1) เป็นบริษัทประเภทที่มีการแบ่งทุนออกเป็นหุ้น ซึ่งเป็นสาระสำคัญขององค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัท ทั้งนี้การแบ่งทุนออกเป็นหุ้นนี้ก็เพื่อความสะดวกในการระดมทุนโดยการเสนอขายหุ้นต่อประชาชน

(2) ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ตนต้องชำระ

¹⁹ จิรจิตร ช่วยศรียัง, "บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียว" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า.17.

²⁰ พิเศษ เสตเสถียร, หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), หน้า.3-5.

(3) บริษัทมหาชนเป็นบริษัทที่มีความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน (public offering) โดยระบุมูลค่าประสงค์ดังกล่าวไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของบริษัทมหาชนจำกัดคือระดมทุนจากประชาชนโดยการเสนอขายหุ้นเป็นการทั่วไป

รูปแบบของบริษัทมหาชนได้รับอิทธิพลและแนวคิดมาจากต่างประเทศ เช่นประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดยมีวัตถุประสงค์คือต้องการส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและเพิ่มปริมาณการลงทุนซึ่งต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมาก ทั้งได้รับอิทธิพลจากข้อบกพร่องในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่รองรับรูปแบบของกิจการขนาดใหญ่ เช่น ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการระดมทุน ไม่มีหลักเกณฑ์ที่คุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยที่เข้ามาลงทุนอย่างเพียงพอ จึงมีการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทมหาชนจำกัด โดยมีกฎหมายพิเศษ คือพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 ที่ควบคุมการดำเนินกิจการและคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ลงทุนรายย่อยอย่างชัดเจน โดยระยะแรกบริษัทมหาชนได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายเอกชน เพราะเป็นกฎข้อบังคับระหว่างบุคคลต่อบุคคลที่จะต้องปฏิบัติตาม อันเกี่ยวพันกับสิทธิและผลประโยชน์ได้เสียระหว่างคู่กรณี หากไม่ปฏิบัติตามก็อาศัยอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคล นอกจากนี้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521 ยังมีลักษณะเป็นกฎหมายเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง เนื่องจากในการดำเนินการจัดตั้งบริษัทที่ดีดำเนินการในรูปแบบบริษัทที่ดี จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 เป็นแม่บท และใช้เอกเทศสัญญาส่วนอื่นที่เกี่ยวข้องที่บัญญัติไว้ในลักษณะทั่วไปในบรรพ 3 รวมทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่เกี่ยวข้องมาใช้ในการดำเนินกิจการบริษัทด้วย²¹ แต่ทว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากมีข้อจำกัดหลายประการและมีการควบคุมที่เข้มงวดจนเกินไป ทำให้เอกชนเห็นว่าการเป็นบริษัทมหาชนเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ ส่งผลให้มีการจัดตั้งบริษัทมหาชนขึ้นมาเพียง 20 กว่าบริษัทเท่านั้น²² ด้วยเหตุนี้จึงมีการตรากฎหมายขึ้นใหม่คือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 ซึ่งได้ยกเลิกข้อจำกัดและอุปสรรคต่าง ๆ ไป ส่งผลให้เกิดการจัดตั้งบริษัทมหาชนขึ้นเป็นจำนวนมากสอดคล้องกับแนวคิดที่ต้องการการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศ²³

อย่างไรก็ตาม อาจจะมีบริษัทมหาชนที่จัดตั้งขึ้นมาโดยไม่ได้ทำการเสนอขายหุ้นหรือหลักทรัพย์ต่อประชาชนเป็นการทั่วไป เพียงแต่ระบุในหนังสือบริคณห์สนธิว่าประสงค์จะเสนอขายหุ้นหรือต่อประชาชนเท่านั้นก็เป็นได้ แต่หากบริษัทมหาชนใดจัดตั้งแล้วเสนอขายหุ้นหรือหลักทรัพย์ต่อประชาชนเป็นการทั่วไปแล้วจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ซึ่งกำหนดให้บริษัทมหาชนต้องดำเนินการขออนุญาตจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เสียก่อน

โดยสรุปแล้วบริษัทมหาชนจำกัดที่ประสงค์จะทำการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนไม่ว่าด้วยการออกตราสารทุนหรือตราสารหนี้ นอกจากจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของ

²¹ ศิริรินทร์ เทียงวิบูลย์วงศ์, "กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดในประเทศไทย ศึกษาในแง่ปัญหาตามตัวบทกฎหมายและข้อเท็จจริงในการปฏิบัติ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า.47.

²² ภาสกร ชุมหล่อ, คำอธิบายกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า.153.

²³ บุญวัฒน์ ภาวะเวกพันธ์, "การแปรสภาพบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทจำกัด," หน้า.12.

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 และพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 แล้ว ยังจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ เงื่อนไขและระเบียบของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อีกด้วย

นอกจากนี้ ตามข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ในประเทศไทย เรื่องการรับหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียน พ.ศ.2544 ได้ให้คำนิยามของ “บริษัทจดทะเบียน” ว่าเป็นบริษัทที่มีหุ้นสามัญจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ กล่าวคือเป็นบริษัทที่นำหลักทรัพย์เข้าไปจดทะเบียนกับตลาดหลักทรัพย์เพื่อทำการซื้อขายหลักทรัพย์ผ่านตลาดหลักทรัพย์ อันจะทำให้เกิดความคล่องตัวมากยิ่งขึ้น

ดังนั้นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์จะต้องเป็นบริษัทมหาชนซึ่งได้รับอนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ให้เสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน และในภายหลังได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการหลักทรัพย์รับเข้าเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ โดยจะต้องมีที่ปรึกษาทางการเงินในการจัดเตรียมเอกสาร ให้คำปรึกษา ติดต่อประสานงานกับตลาดหลักทรัพย์ ติดตามผลการดำเนินงานและร่วมชี้แจงกับบริษัทเป็นระยะเวลา 1 ปี หลังจากที่ได้เข้าเป็นบริษัทจดทะเบียนแล้ว

ดังนั้น การที่บริษัทจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนประเภทหนึ่งจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535 และต้องปฏิบัติตามประกาศของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ดังเช่นบริษัทมหาชนทั่วไปที่ทำการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน นอกจากนี้ยังจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อบังคับและกฎระเบียบที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนดทุกประการอีกด้วย ดังนั้นจึงมีหน่วยงานเข้ามาควบคุมกำกับอีกหน่วยงาน ได้แก่ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

2.2.4 สถานะและความรับผิดชอบของบริษัทและผู้ถือหุ้น

บทบัญญัติของกฎหมายได้กำหนดสถานะและความรับผิดชอบของบริษัทและผู้ถือหุ้นของบริษัทมีดังนี้

มาตรา 1015 บัญญัติว่า “ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น”

มาตรา 1096 บัญญัติว่า “อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งเป็นหุ้นมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ”

จะเห็นได้ว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่งตามกฎหมายอันมีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในขอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในข้อบังคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิ โดยมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นเสียแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งพึงมีพึงได้แก่เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น

บริษัทจำกัดประกอบไปด้วยผู้ถือหุ้น โดยตัวบริษัทเป็นเจ้าของทรัพย์สินของบริษัทผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นแต่ละคนไม่ได้เป็นเจ้าของบริษัทเป็นแต่เพียงส่วนประกอบของบริษัท ไม่ได้เป็นเจ้าของ

ทรัพย์สินของบริษัท²⁴ เมื่อบริษัทจดทะเบียนแล้วจึงมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย จึงย่อมมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย บริษัทเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสามารถเป็นลูกหนี้และเป็นเจ้าหนี้เองโดยที่ไม่เกี่ยวกับผู้ถือหุ้น โดยบริษัทมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบส่วนตัว สิทธิและหน้าที่ของบริษัทซึ่งเกิดจากการประกอบกิจการของบรรดาผู้ถือหุ้นที่ได้จัดการไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทนั้น ซึ่งถือเป็นสิทธิหน้าที่ของบริษัทโดยแท้ไม่ปะปนกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ถือหุ้น ด้วยเหตุนี้เจ้าหนี้ของบริษัทจึงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ของบริษัทจากทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้น เจ้าหนี้ส่วนตัวของผู้ถือหุ้นจะบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของบริษัทไม่ได้ นอกจากนี้เจ้าหนี้ส่วนตัวของผู้ถือหุ้นจะขอหักกลบลบหนี้ในกรณีที่ดินเป็นลูกหนี้ของบริษัทก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน ทรัพย์สินของบริษัทย่อมเป็นประกันแก่เจ้าหนี้ของบริษัทนั้น โดยที่เจ้าหนี้ของบริษัทมีสิทธิจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทก่อนเจ้าหนี้ส่วนตัวของผู้ถือหุ้น

สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในหนี้ของบริษัทนั้น โดยหลักเมื่อบริษัทเป็นนิติบุคคลแล้วจะมีสิทธิหน้าที่ของตนแยกออกจากผู้ถือหุ้น ตามมาตรา 1015 ส่วนผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น จึงถือว่าผู้ถือหุ้นไม่มีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในกรณีที่บริษัทไปก่อหนี้สิน แม้บริษัทจะประสบปัญหาขาดทุนและต้องล้มละลายก็ไม่ส่งผลให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากบริษัทจากเป็นตัวบริษัทเองที่ตกอยู่ในฐานะลูกหนี้ต่อบุคคลภายนอก นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 บัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในบริษัทว่าผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดไว้เพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือ หากผู้ถือหุ้นได้ชำระค่าหุ้นเต็มจำนวนแล้วย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในหนี้สินทั้งปวงของบริษัท ทั้งนี้การจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นกระทำไปในฐานะของผู้ถือหุ้น ซึ่งกฎหมายกำหนดบทบาทสิทธิหน้าที่ต่อบริษัทไว้เท่านั้น หากผู้ถือหุ้นกระทำไปเกินกว่าฐานะของผู้ถือหุ้นที่มีต่อบริษัทผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นทั้งต่อบริษัทและบุคคลภายนอก²⁵

การกระทำในฐานะผู้ถือหุ้นซึ่งกฎหมายกำหนดบทบาทสิทธิหน้าที่ต่อบริษัทไว้ได้แก่ การกระทำตามสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับและบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถือหุ้นเป็นเพียงเจ้าของหุ้นซึ่งเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งและสำหรับตัวผู้ถือหุ้นเองนั้นหุ้นเป็นสิ่งแสดงให้เห็นถึงส่วนได้เสียของผู้ถือหุ้นที่มีอยู่ในบริษัท²⁶ อันได้แก่การมีสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นในบริษัท กล่าวคือ สิทธิที่จะได้เงินปันผล สิทธิที่จะเข้าร่วมประชุมและลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ สิทธิในการเรียกประชุม สิทธิในการควบคุม การดำเนินงานของบริษัท เป็นต้น นอกจากนี้หุ้นยังแสดงให้เห็นถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในอันที่จะต้องชำระราคาค่าหุ้นแก่บริษัท

ผู้ถือหุ้นไม่มีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ในกรณีที่บริษัทจำกัดได้ไปก่อหนี้สินถึงแม้บริษัทขาดทุน หรือล้มละลายเสียหายประการใดก็ตาม ก็ไม่ทำให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบต่อ

²⁴ นิวิชชุชย์ สำเนาพันธุ์, "ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า.6.

²⁵ ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ, "ความรับผิดชอบของนิติบุคคลและความรับผิดชอบของกรรมการนิติบุคคลต่อบุคคลภายนอก : ศึกษากรณีบริษัท," หน้า.68.

²⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, หน้า.273.

บุคคลภายนอกนั้นได้เลย ทั้งนี้เนื่องจากบริษัทเป็นลูกหนี้บุคคลภายนอก ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงมิได้เป็นลูกหนี้ต่อบุคคลภายนอก ความรับผิดของผู้ถือหุ้นมีแต่เฉพาะต่อบริษัทมิได้มีต่อเจ้าหนี้โดยตรง อีกทั้งความรับผิดนี้มีอยู่เพียงจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1096 ที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือนอกจากนี้ผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบใช้เงินค่าหุ้นให้เต็มจำนวนที่ตนถือโดยผู้ถือหุ้นจะหักหนี้กับบริษัทแทนการชำระค่าหุ้นมิได้ ตามมาตรา 1119

ดังนั้นสถานะของผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น คือผู้ลงทุนโดยมีผลตอบแทนในรูปของเงินปันผล โดยมีความรับผิดตามจำนวนที่ตนสัญญาว่าจะลงทุนในบริษัทเท่านั้น

ในกรณีที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน ก็จะเหมือนกับหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดทั่วไปในห้างหุ้นส่วน กล่าวคือบริษัทดังกล่าวจะมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดอย่างไม่จำกัดต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วน อันส่งผลให้บริษัทมีสิทธิจัดการงานของห้างและมีอำนาจกระทำการผูกพันห้างและผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นๆ ทั้งนี้บริษัทจะบริหารจัดการภายในห้างหุ้นส่วนก็โดยผ่านทางกรรมการบริษัท เนื่องจากบริษัทเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น ไม่ใช่บุคคลธรรมดาจึงไม่มีสภาพทางกายภาพ กล่าวคือบริษัทไม่มีสมองหรือร่างกายทางกายภาพที่จะสามารถไปจัดการงานต่าง ๆ ภายในห้างได้ด้วยตนเอง ดังนั้นบริษัทจะกระทำการต่าง ๆ ได้ก็แต่โดยอาศัยบุคคลธรรมดาทำการแทน ซึ่งก็คือกรรมการของบริษัทซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัทเป็นผู้แสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 70 วรรค 2 ทำให้การแสดงเจตนาในนามของบริษัทเท่ากับเป็นการแสดงเจตนาของบริษัทเอง ซึ่งตามแนวคิดทฤษฎี Organic theory ถือว่ากรรมการและบริษัทเป็นส่วนเดียวกันไม่สามารถแบ่งแยกจากกันได้ โดยที่บทบัญญัติของไทยเกี่ยวกับนิติบุคคลมีรากฐานมาจากกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น และเยอรมัน แต่หลักกฎหมายเรื่องบริษัทของไทยมีรากฐานมาจากกฎหมายบริษัทของประเทศไทยซึ่งมีแนวคิดตามทฤษฎี Fiction theory ซึ่งถือว่านิติบุคคลมีอยู่ได้โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น²⁷ ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 ซึ่งบัญญัติว่า

“ความเกี่ยวพันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน”

ทำให้กรรมการมีฐานะเสมือนเป็นตัวแทนของบริษัท ไม่ได้เป็นผู้ที่บริษัทแต่งตั้งอย่างกรณีตัวแทน

อย่างไรก็ดีแม้ว่าบริษัทจะมีความรับผิดอย่างไม่จำกัดต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วน แต่ภายใต้หลักการพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจ บริษัทเท่านั้นที่จะต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนมิใช่ผู้ถือหุ้นเป็นรายบุคคลในส่วนของผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้น เนื่องด้วยเหตุที่ว่าเมื่อบริษัทจดทะเบียนแล้วทำให้บริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย บริษัทย่อมมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายที่มารวมเข้ากันเป็นบริษัท โดยบริษัทจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เป็นลูกหนี้และเป็นเจ้าหนี้เองโดยที่ไม่เกี่ยวกับผู้ถือหุ้น มีสิทธิหน้าที่และความรับผิดเป็นส่วนตัวโดยแท้ไม่ปะปนกับสิทธิและหน้าที่ของผู้ถือหุ้น ดังนั้นหากบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนสามัญ หรือ

²⁷ สุทิน โชติคสิงห์, "สภาพภาพ อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารและกรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหาร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า.13.

หุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนแล้ว เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนจึงมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ของบริษัทจากทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้น กล่าวคือบริษัทเท่านั้นที่มีความผูกพันที่จะต้องรับผิด มิใช่ผู้ถือหุ้นเป็นรายบุคคล ดังนั้นเจ้าหนี้ของห้างจึงไม่สามารถที่จะเรียกให้ผู้ถือหุ้นรับผิดได้ เนื่องจากเมื่อบริษัทเป็นนิติบุคคลแล้วจะมีสิทธิหน้าที่ของตนแยกออกจากผู้ถือหุ้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 ฉะนั้น ผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดในหนี้สินของบริษัทเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 เท่านั้น

2.2.5 หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท

หลักที่ว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นถือเป็น “ม่านนิติบุคคล” (the veil of incorporation) เกิดขึ้นจากคดี Salomon V. Salomon & Co. Ltd. ของอังกฤษ²⁸ ซึ่งพ่อค้าคนหนึ่งตั้งบริษัทขึ้นเพื่อรับซื้อกิจการของตนเอง โดยให้บริษัทชำระราคาด้วยการออกหุ้นกู้ชนิดที่มีทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทเป็นประกัน ต่อมาบริษัทล้มละลายแต่พ่อค้าผู้นั้นได้รับชำระหนี้แต่เพียงผู้เดียว เพราะเป็นเจ้าหนี้มีประกัน ส่วนเจ้าหนี้อื่นหาได้รับชำระไม่ ทั้งไม่อาจได้รับชำระจากพ่อค้าผู้นั้นได้ด้วย ทั้งที่เขาเป็นผู้ควบคุมกิจการบริษัทนั้น ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทและผู้ถือหุ้นย่อมแยกจากกัน

การใช้หลักสภาพนิติบุคคลโดยเคร่งครัด ถือว่าบริษัทมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และผู้ถือหุ้นมีความรับผิดจำกัดจำนวนโดยเด็ดขาด อันถือเป็นที่ยอมรับและได้รับความนิยมน้อยอย่างแพร่หลาย เนื่องจากข้อประโยชน์ในแง่การระดมทุนและลดภาระความรับผิดของผู้ถือหุ้นให้อยู่ภายในจำนวนที่ผู้ถือหุ้นประสงค์จะลงทุนในบริษัทนั้นๆ แต่บางครั้งเกิดกรณีการใช้สิทธิอันไม่สุจริตอาศัยผลของการมีสภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบจากการตั้งบริษัทหรือใช้บริษัทเพื่อการฉ้อฉลหรือเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดตามกฎหมายแทนตน เนื่องจากบางบริษัทจัดตั้งขึ้นโดยมิได้มีวัตถุประสงค์จะดำเนินธุรกิจอย่างแท้จริง แม้บริษัทนั้นจะจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินธุรกิจแต่ผู้ก่อตั้งมีความมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่และความรับผิดตามกฎหมายอันจะเกิดขึ้นในอนาคตโดยใช้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นบังหน้า

ดังนั้นการใช้หลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัด จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาจากบุคคลที่แสวงหาประโยชน์อันมิชอบจากหลักกฎหมายดังกล่าวโดยไม่สุจริต ใช้หลักดังกล่าวเพื่อการหลีกเลี่ยงความรับผิดในเรื่องอื่นๆ ตลอดจนการเสียภาษี จนในที่สุดได้เกิดหลักใหม่ที่จะให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทต้องรับผิดในบางกรณี หลักใหม่นี้เรียกว่า “การเจาะม่าน” (piercing the veil) หรือ “การเลิกม่าน” (lifting the veil) หรือกรณีการไม่คำนึงถึงการเป็นนิติบุคคล (disregard of corporateness)

เมื่อมีการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจะเกิดผลทางกฎหมายที่สำคัญคือ หลักดังกล่าวเป็นการผ่อนคลายนัยความเข้มงวดหรือเป็นข้อยกเว้นของหลักสภาพนิติบุคคลของบริษัทโดยเคร่งครัดที่ว่า บริษัทมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และผู้ถือหุ้นรับผิดจำกัดเพียงจำนวนตามหุ้นที่ถือ โดยไม่ต้องรับผิดในหนี้สินของบริษัท ซึ่งเมื่อมีการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติ

²⁸ โสภณ รัตนาร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, หน้า.273.

บุคคลของบริษัทแล้วจะถือว่า บริษัทเป็นบุคคลเดียวกันกับผู้ถือหุ้น (Alter ego)²⁹ กล่าวคือ บริษัทกับผู้ถือหุ้นมิได้มีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากกันโดยเด็ดขาด หรือถือว่ากิจการที่บริษัทประกอบกิจการเป็นกิจการส่วนตัวของผู้ถือหุ้นหรือกรรมการบริษัทนั่นเอง ดังนั้นผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทที่อยู่เบื้องหลังบริษัทและอาศัยสภาพนิติบุคคลของบริษัทเป็นหุ่นเชิดหรือม่านบังหน้า เพื่อกระทำการหาประโยชน์ส่วนตัวอันมิชอบโดยฉ้อฉล เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดตามกฎหมายที่ตนควรจะต้องรับผิดชอบนั้น หรือใช้บริษัทกระทำการโดยมีวัตถุประสงค์ที่มีชอบอันใด จะต้องร่วมรับผิดชอบกับบริษัทโดยไม่จำกัดจำนวนในหนี้สินทั้งปวงที่ตนได้ก่อขึ้น

ทั้งนี้ การใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมิได้เป็นการยกเลิกหรือทำลายหลักสภาพนิติบุคคลของบริษัทอันเป็นหลักสากลที่ใช้กันมาแต่อย่างใด มิได้มีผลทำให้บริษัทสิ้นสภาพนิติบุคคล โดยบริษัทยังคงดำเนินธุรกิจต่อไปได้ตามปกติ เพียงแต่เป็นการพิจารณาไปถึงบุคคลที่อยู่เบื้องหลังและเป็นบุคคลที่ควรจะต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทต่อบุคคลภายนอกอย่างแท้จริง เช่น ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัท หรือบริษัทแม่ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทในเครือ เป็นต้น หลักนี้เป็นเพียงหลักที่ยกเว้นหลักสภาพนิติบุคคลของบริษัท เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในบางกรณีและใช้เฉพาะกับบริษัทที่กระทำการโดยมิชอบเท่านั้น มีผลให้ผู้ถือหุ้นมีอาจอ้างการจำกัดความรับผิดและทำให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบนอกเหนือจากที่ตนตกลงจะจ่ายเพียงค่าหุ้นตามมูลค่าหุ้นที่ตนถือให้แก่เจ้าหน้าที่ของบริษัทโดยตรง หรือผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบต่อบริษัทเกินกว่าที่เขาต้องจ่ายเงินค่าหุ้นของตน³⁰

ดังนั้นการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจึงมีขึ้น เพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้³¹

- (1) ใช้ในการพิจารณาถึงฐานะหรือลักษณะของบริษัท
- (2) ใช้ประกอบการตีความเกี่ยวกับความรับผิดหรือหนี้ตามกฎหมาย รวมทั้งการดำเนินธุรกิจเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ถือหุ้นที่ไม่สุจริต โดยใช้บริษัทเป็นเครื่องกำบังจากความรับผิดที่จะพึงมีต่อเจ้าหน้าที่หรือบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากบริษัท
- (3) ใช้ในกรณีที่มีการใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อฉ้อฉล หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดด้านภาษีอื่น ๆ

ทั้งนี้ เป็นการพิจารณาเพื่อหาตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบที่แท้จริง โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเจตนาของบุคคลที่ซ่อนเร้นอยู่เบื้องหลังบริษัท

ในประเทศอังกฤษ แรกเริ่มหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเกิดจากคำพิพากษา³² เช่น ศาลในอังกฤษถือว่าบริษัทซึ่งมีชนชาติศัตรูเป็นผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้นใหญ่เป็นบริษัทชนชาติศัตรู ภายหลังได้มีการออกกฎหมายมารองรับหลักการนี้ในกรณีต่างๆ เพิ่มเติม เช่น กรณีที่ตั้งบริษัทโดยไม่ถูกต้องมีผลให้บริษัทไม่เกิดขึ้นตามกฎหมาย แต่ผู้ถือหุ้นได้ดำเนินกิจการค้าในนามบริษัทไปแล้วผู้ถือหุ้นจึงต้องรับผิด หรือการที่กรรมการของบริษัทหนึ่งให้เงินกู้ของบริษัทอีกแก่บริษัทหนึ่งซึ่งตนเป็นผู้

²⁹ นิวิชชุชย์ สำเนาพันธุ, "ความรับผิดของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด," หน้า.11.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

³¹ Friedman W., "Legal Theory " Columbia University Press 5th Ed.(1967)., p.560.

³² โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, หน้า.258.

ถือหุ้นใหญ่ ต้องถือว่าเป็นการที่กรรมการผู้นั้นให้เงินกู้แก่ตนเอง ในบางกรณีศาลถือว่าบริษัทแม่กับบริษัทในเครือเป็นบริษัทเดียวกัน เพื่อให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายจากบริษัทแม่ได้ บางกรณีบริษัทต้องเสียหายโดยถือว่ามีมูลสำเนาตามมูลสำเนาของผู้บริหาร และในกรณีที่มีการฉ้อโกง ผู้ถือหุ้นอาจต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัด เป็นต้น

ในสหรัฐอเมริกาถือว่า กรณีที่มีการใช้หลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทให้เกิดความไม่เป็นธรรม หรือผิดไปจากวัตถุประสงค์ของหลักนั้นแล้วก็นำหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ทันที³³ ส่วนใหญ่มักใช้กับกรณีของบริษัทซึ่งมีผู้ถือหุ้นคนเดียวบริษัทในครอบครัวและบริษัทในเครือ ถ้าบริษัทโอนทรัพย์สินไปให้ผู้ถือหุ้นเพื่อโกงเจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็จะไปตามยึดมาได้ กรณีมีการตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อฉ้อโกงหรือมีทุนไม่เพียงพอ ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดในจำนวนหนี้ของบริษัท ไม่ว่าจะหนี้ที่เกิดจากสัญญาหรือละเมิด ในกรณีที่ตั้งบริษัทขึ้นมาบังหน้าเพื่อหนีภาษี รัฐก็อาจถือว่าไม่มีบริษัทตั้งอยู่

การใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทต่างประเทศศาลได้อาศัยหลักกฎหมายในเรื่องต่างๆ เช่น หลักความสุจริต (good faith) หลักตัวแทน หลักอภีนิติ (Equity) หลัก alter ego หรือหลักความสุจริต ซึ่งศาลไทยเราก็นำหลักในเรื่องนี้มาใช้ให้เกิดความเป็นธรรมได้มากขึ้น โดยอาศัยหลักความสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และหลักเรื่องตัวแทนได้เช่นกัน³⁴

2.3 การจำกัดความรับผิดและความรับผิดอย่างไม่จำกัด

ความรับผิด (Liability) เป็นคำที่ใช้ในทางกฎหมายโดยมีลักษณะเป็นการอธิบายอย่างกว้างๆ ถึงสถานะความรับผิดชอบในลักษณะต่าง ๆ (Responsibility) ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบในหนี้สินทุกประเภท หรือหน้าที่ที่บุคคลจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ตลอดจนหน้าที่รับผิดชอบและความรับผิดในทุกประเภทและสถานะที่ทำให้เกิดหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคต เช่น ความเสียหายทางแพ่ง ความเสียหายทางอาญา ค่าใช้จ่ายภาระผูกพันต่าง ๆ สถานะที่ทำให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องกระทำการใดในทันทีหรือในอนาคต และพันธะกรณีทางกฎหมายทุกประเภท ดังนั้นความรับผิดจะนำมาใช้ในความหมายของสถานะที่ถูกผูกพันหน้าที่ตามกฎหมายให้บุคคลกระทำการใดในการชำระหนี้ด้วยทรัพย์สิน หากไม่กระทำจะถูกบังคับ ความรับผิดตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจ หมายถึง ความรับผิดของผู้ถือหุ้น บริษัท ต่อบุคคลภายนอก หรือความผิดระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท ซึ่งอาจจะเป็นความรับผิดประเภทจำกัดจำนวนความรับผิด (Limited Liability) หรือความรับผิดอย่างไม่จำกัดจำนวน (Unlimited Liability) หรือความรับผิดอื่นตามที่กฎหมายกำหนด³⁵

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 259.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 262.

³⁵ บุญทิสฐ์ ศรีหงส์, "ความรับผิดตามกฎหมายของบริษัทข้ามชาติ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า.26.

หลักการจำกัดความรับผิดเป็นหลักการที่มีความสำคัญในกฎหมายองค์กรธุรกิจ (Corporate Law) ซึ่งแนวความคิดทางกฎหมายที่ถือว่าบริษัทเป็นบุคคลทางกฎหมาย เป็นการเอื้อต่อการยอมรับหลักการจำกัดความรับผิด โดยหลักการจำกัดความรับผิดอยู่ที่ว่าผู้ลงทุนในบริษัทมีความรับผิดไม่เกินไปกว่าจำนวนเงินที่ตนได้ลงทุนไป³⁶ โดยหลักการจำกัดความรับผิดเป็นหลักที่เกิดขึ้นในระยะเวลาเดียวกับการพัฒนา

องค์กรธุรกิจบริษัทสมัยใหม่ การยอมรับหลักการจำกัดความรับผิดเป็นผลพวงมาจากการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจภายหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมโดยนำเอาหลักการจำกัดไปใช้เป็นสิ่งจูงใจในการดำเนินธุรกิจ Nicholas (President of Columbia University) ได้กล่าวว่า “ลักษณะของการจำกัดความรับผิดขององค์กรธุรกิจถือเป็นการค้นพบอันยิ่งใหญ่ในปัจจุบัน” เนื่องจากการประกอบธุรกิจนั้นหากมีความเสี่ยงสูงผลตอบแทนก็ยิ่งสูง การจำกัดความรับผิดขององค์กรธุรกิจก็เพื่อให้องค์กรธุรกิจสามารถลงทุนในกิจการที่มีความเสี่ยงสูงได้ นอกจากนี้ยังมีการนำเอาหลักการจำกัดความรับผิดไปใช้เป็นนโยบายในการหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

2.3.1 ความรับผิดอย่างไม่จำกัดของหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ซึ่งให้เห็นว่าการทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนนั้นจะต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่าห้างหุ้นส่วนจะต้องมีผู้เป็นหุ้นส่วนอย่างน้อยสองคนและเนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 1012 ใช้คำว่า “บุคคล” ไม่ได้เฉพาะเจาะจงว่าจะต้องบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจึงเข้าใจได้ว่าผู้ที่ทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ซึ่งศาลฎีกาก็เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3657/2531 ว่านิติบุคคลก็อาจเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้

การที่ควรจะห้ามหรือไม่ห้ามบริษัทจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นคงมีรากฐานมาจากหลักพื้นฐานที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนย่อมมีความรับผิดไม่จำกัด ในขณะที่ความรับผิดของผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้นจำกัด จึงอาจมองว่าจะให้ไปรับผิดไม่จำกัดได้อย่างไร และเนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดมีสิทธิและความรับผิดไม่จำกัดนี้เองคุณสมบัติของผู้ที่เข้าเป็นหุ้นส่วนจึงถือว่าเป็นสาระสำคัญ ซึ่งอันที่จริงแล้วหลักที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดไม่จำกัดนั้นก็มีที่มาจากหลักคุณสมบัติของหุ้นส่วนเป็นข้อสาระสำคัญ ซึ่งหลักนี้แม้จะไม่มีบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่เมื่อได้พิจารณาถึงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทดังต่อไปนี้แล้วจะเห็นว่ากฎหมายถือเช่นนั้นจริง

มาตรา 1033 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับผู้จัดการห้าง วางหลักว่า ให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีอำนาจเป็นผู้จัดการห้างหุ้นส่วน ในเมื่อมิได้ตกลงกันไว้อย่างใดกันในเรื่องการจัดการงานของห้างหุ้นส่วนนั้น

มาตรา 1034 ที่บัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งมีคะแนนเสียงเป็นคะแนนหนึ่งในเมื่อมิได้ตกลงกันไว้ให้จัดการงานของห้างหุ้นส่วนโดยเสียงข้างมาก

³⁶ Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, "Limited Liability and the Corporation," *The University of Chicago Law Review* 52(1985), pp.89-90.

มาตรา 1040 บัญญัติห้ามมิให้ชักนำเอาบุคคลอื่นเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน โดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหมดทุกคน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

มาตรา 1041 บัญญัติห้ามมิให้บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนส่วนกำไร จะเป็นทั้งหมด หรือแต่บางส่วนก็ตามมีฐานะเป็นผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคน

มาตรา 1050 บัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดชอบในกิจการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในการที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น และจะต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะการจัดการไปเช่นนั้น

มาตรา 1055 (5) บัญญัติให้ห้างหุ้นส่วนสามัญเลิกกันเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย กล่าวคือเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนถึงแก่ความตาย คุณสมบัติของห้างก็สิ้นสุดลงห้างจึงต้องเลิก

จากบทบัญญัติเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายถือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นข้อสำคัญยิ่งไปเสียกว่าทุนที่เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนได้นำมาลงหุ้น

หลักเรื่องคุณสมบัติเป็นสาระสำคัญสะท้อนให้เห็นถึงที่มาของกฎหมายห้างหุ้นส่วนที่ว่าห้างหุ้นส่วนเป็นกิจการที่อาศัยคุณสมบัติของตัวผู้เป็นหุ้นส่วนในการดำเนินกิจการ ดังนั้นเมื่อตัวบุคคลเป็นผู้ดำเนินการ ความรับผิดชอบจึงอยู่ที่ตัวบุคคลนั้นจึงทำให้ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน

ในทางตรงกันข้ามคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่ว่าจะเป็นบริษัทเอกชนหรือบริษัทมหาชนไม่ว่าว่าคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด ต้องรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังสงใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น กรรมการผู้จัดการบริษัทที่เราถือหุ้นจะไปก่อกวนสินให้บริษัทต้องรับผิดชอบเพียงใด ผู้ถือหุ้นก็ยังคงรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ยังสงใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้น ดังนั้นเมื่อผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบเป็นจำนวนแน่นอนไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ผู้ถือหุ้นจึงไม่มีสิทธิเข้าจัดการงานของบริษัท มีเพียงสิทธิดูแลครอบงำการดำเนินกิจการที่กรรมการบริษัทจัดการโดยผ่านการออกเสียงลงคะแนนในทางที่ประชุม

เมื่อผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิจัดการ ก่อหนี้ให้ผู้อื่นต้องร่วมรับผิดชอบโดยไม่จำกัด คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นจึงไม่มีความสำคัญต่อกันเช่นในเรื่องผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัด ผู้ถือหุ้นจะมีหรือจน หรือจะมีคุณวุฒิใดหรือไม่ ผู้ถือหุ้นด้วยกันเองไม่ถือเป็นสาระสำคัญ เพราะต่างไม่มีสิทธิจะทำอะไรให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัด

เพราะฉะนั้นบริษัทจำกัดจึงไม่ต้องเลิกเมื่อหุ้นส่วนคนใดตาย ล้มละลายหรือกลายเป็นผู้ไร้ความสามารถและหุ้นส่วนชนิดไม่ระบุชื่อนั้นอาจโอนหรือรับมรดกกันได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้ถือหุ้นทั้งหลายอื่น ดังเช่นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญ³⁷

เมื่อผู้ถือหุ้นในบริษัทมีความรับผิดชอบจำกัดและคุณสมบัติไม่เป็นข้อสาระสำคัญเช่นนี้แล้ว เป็นเหตุให้เกิดปัญหาว่าบริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้หรือไม่ เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนนั้นมีความรับผิดชอบไม่จำกัดและมีคุณสมบัติเป็นสาระสำคัญดังจะเห็นได้จากบันทึกความเห็นต่อข้อหารือของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง

³⁷ หลวงปรีชาธรรมปาฐก, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม (พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500), หน้า.56-58.

เสร็จที่ 121/2488 ปัญหาเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนบริษัทที่ว่าในการรับจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทได้ ประสบปัญหาบางประการอันเนื่องมาจากมีผู้มาขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญต่อกองหุ้นส่วนบริษัท กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งในห้างเป็นบริษัท จำกัด หัวหน้ากรมทะเบียนการค้ามีความเห็นว่าไม่ควรรับจดทะเบียนให้ด้วยเหตุว่าความรับผิดของห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นไม่จำกัด แต่ความรับผิดของบริษัทนั้นมีจำกัดซึ่งเป็นการตรงกันข้าม ทั้งปรากฏชัดอยู่ในตัวแล้วว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นจะมีผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดร่วมอยู่ด้วยไม่ได้ แต่ทั้งนี้ไม่มีบทกฎหมายห้ามไว้แต่อย่างใด ทั้งไม่เคยมีตัวอย่างมาก่อน กระทรวงพาณิชย์จึงขอหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า บริษัทจำกัดจะถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 3) ได้พิจารณาปัญหานี้แล้วเห็นว่า บริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1015 และมีทรัพย์สินเป็นของตนเอง ไม่มีกฎหมายใดห้ามไม่ให้บริษัทจำกัดถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น หากวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดเปิดช่องให้บริษัทถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้แล้ว บริษัทก็ย่อมถือหุ้นได้ การที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าห้างหุ้นส่วนสามัญจะมีผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดอยู่ด้วยไม่ได้นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นด้วย แต่การที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าไม่ควรรับจดทะเบียนโดยถือว่า บริษัทจำกัดเวลาถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญก็จำกัดความรับผิดด้วยนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่เห็นด้วย เพราะเมื่อบริษัทจำกัดเข้าถือหุ้นดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนสามัญก็ย่อมติดตามบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทได้ ในการที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทมีความรับผิดอย่างจำกัดนั้น ไม่อาจทำให้ความรับผิดของบริษัทในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญจำกัดไปด้วย ซึ่งแม้ตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศสก็มีหลักในทำนองเดียวกันนี้ (Cf.laws of England Vo. Partnership No.805 and 991; Lyon-Caen droit commercial Tome II P.90)

ต่อมาก็ได้มีหนังสือจากกระทรวงพาณิชย์ขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาช่วยวินิจฉัยอันเนื่องมาประสบปัญหาในการรับจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทอีก ในประเด็นที่ว่าบริษัทจำกัดจะเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้เสนอความคิดเห็นตามที่เคยได้วินิจฉัยให้ความเห็นไปแล้วตามเรื่องเสร็จที่ 121/2488 เช่นกัน

จวบจนเมื่อมีระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2554 ข้อ 58 ซึ่งกำหนดว่า “ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด จะเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดหรือจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนก็ได้

ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด”

ดังนั้น จึงถือว่าในทางปฏิบัติกรณีบริษัทจำกัด กระทรวงพาณิชย์ยอมรับจดทะเบียนนิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

อย่างไรก็ตามข้อต้องพิจารณาในทางทฤษฎีอยู่บางประการกล่าวคือหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะต้องรับผิดในหนี้ทั้งหลายของห้างหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัดถ้ายอมให้บริษัทจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนได้แล้วก็อาจเป็นช่องทางให้มีการ

หลีกเลี่ยงหลักกฎหมายดังกล่าวเพราะบุคคลธรรมดาซึ่งประสงค์จะเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญก็ดี หรือเป็นหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดก็ดี อาจเกรงว่าถ้าตนเข้าเป็นหุ้นส่วนเช่นว่า มาจะมีผลทำให้ตนต้องรับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัดดังนั้นจึงหลีกเลี่ยงด้วยการไปจัดตั้ง บริษัทจำกัดขึ้นมาแล้วนำบริษัทจำกัดเข้ามาเป็นหุ้นส่วนแทนซึ่งผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดย่อมรับผิดเพียง เงินค่าหุ้นที่จะต้องชำระให้แก่บริษัทจำกัดเท่านั้น

แม้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ได้บัญญัติห้าม บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดความตกลงที่ฝ่าฝืนข้อห้ามนี้เป็นโมฆะแต่ก็ไม่ได้ห้ามบริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนชนิด จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดแต่สำหรับบริษัทจำกัดนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มี บทบัญญัติใดห้ามบริษัทจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนประเภทใด ๆ ดังเช่นพระราชบัญญัติบริษัท มหาชนจำกัดดังนั้นบริษัทจำกัดซึ่งจัดตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงสามารถที่จะเป็น หุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้

ดังนั้น หากวัตถุประสงค์ของบริษัทเปิดช่องให้บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน บริษัทก็ย่อมเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนได้โดยบริษัทจะมีความรับผิดอย่างไม่จำกัดต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วน เมื่อบริษัทเข้าถือหุ้นดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้ของห้าง ก็ย่อมติดตามบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทได้ การที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทมีความรับผิดอย่าง จำกัดนั้นไม่อาจทำให้ความรับผิดของบริษัทในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญจำกัดไปด้วย

อย่างไรก็ตาม บริษัทเท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนมิใช่ผู้ถือหุ้นเป็น รายบุคคล อันเนื่องมาจากบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนแล้วจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย บริษัทจึงมี สิทธิหน้าที่และความรับผิดแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ดังนั้นบริษัทจึงมีความความผูกพันที่ จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ของห้าง มิใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัท

ดังนั้นเจ้าหนี้ของห้างจึงไม่สามารถที่จะเรียกให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทให้รับผิดได้ เนื่องจากเมื่อบริษัทเป็นนิติบุคคลแล้วจะมีสิทธิหน้าที่ของตนแยกออกจากผู้ถือหุ้น ตามบทบัญญัติ มาตรา 1015 ผู้ถือหุ้นจึงมีความรับผิดในหนี้สินของบริษัทเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบ มูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น ตามมาตรา 1096 เท่านั้น

2.3.2 ความรับผิดอันจำกัดของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด

หลักการจำกัดความรับผิดเป็นหลักการที่มีความสำคัญในกฎหมายว่าด้วยบริษัท โดยผู้ลงทุนในบริษัทจะมีความรับผิดไม่เกินไปกว่าจำนวนเงินที่ตนได้ลงทุนไป เมื่อความรับผิดไม่ เกินไปกว่าจำนวนเงินที่ลงทุนความรับผิดของผู้ถือหุ้นในบริษัทจึงจำกัดจำนวนลง

แนวคิดที่ว่าบริษัทเป็นบุคคลทางกฎหมาย (Legal personality) ทำให้บริษัทมี สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดแยกต่างหากจากผู้เป็นเจ้าของ มีการเสียภาษีแยกต่างหากจากตัวผู้เป็น เจ้าของ และมีรูปแบบการจัดตั้งอย่างเป็นทางการ มีผลในทางที่เอื้ออำนวยต่อการยอมรับหลักการ จำกัดความรับผิดซึ่งมีลักษณะทำให้ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดในหนี้สินของบริษัทไม่เกินไปกว่าจำนวน เงินลงทุนของตน แต่หลักการจำกัดความรับผิดก็ยังคงมีความแตกต่างกันในรายละเอียดหลาย ๆ ประการ

หลักการจำกัดความรับผิดนี้เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังแนวความคิดในกฎหมายโรมัน หลังใช้หลักกฎหมายว่าด้วยสภาพบุคคล³⁸ ซึ่งในการยอมรับหลักสภาพบุคคลนั้นมิได้มีความหมายว่าจะเป็นการยอมรับหลักการจำกัดความรับผิดด้วย หลักการจำกัดความรับผิดเป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นในระยะเวลาพร้อม ๆ กับการพัฒนาขององค์กรธุรกิจบริษัทสมัยใหม่ อันถือเป็นการค้นพบอันยิ่งใหญ่ เนื่องจากทำให้ลดความเสี่ยงของกิจการและเพื่อลดภาระในการควบคุมผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นอื่น เพราะโดยทั่วไปในการประกอบธุรกิจนั้น เชื่อว่าหากมีความเสี่ยงสูงผลตอบแทนก็จะสูงตามไปด้วย แต่หากความเสี่ยงสูงมากเกินไปจนบริษัทไม่สามารถจะแบกรับได้ก็อาจเป็นการผลักภาระบางอย่างให้แก่สังคม (Externality problem) เนื่องจากบริษัทได้จำกัดความรับผิดไปแล้ว ดังนั้นหากตัวบริษัทไปก่อหนี้มากกว่าที่ได้จำกัดไว้ ก็ไม่สามารถจะเรียกให้ผู้ถือหุ้นชดใช้ได้มากกว่าภาระที่บริษัทได้ก่อได้ ภาระที่เหลือจึงอาจตกแก่สังคม การยอมรับหลักการจำกัดความรับผิดเป็นผลจากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจหลังการปฏิวัติอุตสาหกรรมโดยมีการนำเอาหลักการจำกัดความรับผิดไปใช้ในนโยบายในการหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจและเป็นสิ่งจูงใจในการดำเนินธุรกิจ

ดังนั้นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดจึงมีความรับผิดจำกัด และไม่มี ความรับผิดต่อบุคคลภายนอกในกรณีที่บริษัทจำกัดได้ไปก่อหนี้สิน ถึงแม้บริษัทขาดทุนหรือล้มละลายเสียหายประการใดก็ตาม ก็ไม่ทำให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกนั้นได้เลย อีกทั้งความรับผิดนี้มีอยู่เพียงจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1096 ที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น

เมื่อสถานะของผู้ถือหุ้นในบริษัทคือผู้ลงทุนโดยมีผลตอบแทนในรูปของเงินปันผล โดยมีความรับผิดตามจำนวนที่ตนสัญญาว่าจะลงทุนในบริษัทเท่านั้น บริษัทย่อมเข้าเป็นหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ หากวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัดเปิดช่องให้บริษัทถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดได้แล้วบริษัทก็ย่อมถือหุ้นได้ เนื่องจากเมื่อบริษัทจำกัดเข้าถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดแล้วย่อมมีความรับผิดอย่างไม่จำกัด เจ้าหน้าที่ของห้างหุ้นส่วนสามัญก็ย่อมติดตามบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทได้อยู่แล้ว

ในส่วนของผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองตามหลักการจำกัดความรับผิดอันเป็นผลมาจากการที่บริษัทมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากตัวผู้ถือหุ้น ความรับผิดของผู้ถือหุ้นในบริษัทจึงมีอยู่เพียงจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น หากผู้ถือหุ้นส่งใช้ค่าหุ้นครบแล้ว แม้บริษัทจำกัดไปเป็นหุ้นส่วนในห้างสามัญหรือหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้วก่อหนี้สิน แม้ห้างหุ้นส่วนจะขาดทุนหรือล้มละลายเสียหายเล็กน้อยเพียงใดก็ตาม ก็ไม่ทำให้ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกได้เลย ทั้งนี้เนื่องจากบริษัทเป็นลูกหนี้บุคคลภายนอก ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงมิได้เป็นลูกหนี้ต่อบุคคลภายนอก ความรับผิดของผู้ถือหุ้นบริษัทจึงมีแต่เฉพาะต่อบริษัทมิได้มีต่อเจ้าหน้าที่โดยตรง อีกทั้งความรับผิดนี้มีอยู่เพียงจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น อันเป็นไปตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1096 ที่กำหนดให้ผู้ถือหุ้นรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ

³⁸ บุญพิสิฐ ศรีหงส์, "ความรับผิดตามกฎหมายของบริษัทข้ามชาติ," หน้า.42.

2.3.3 ความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัด

บริษัทมหาชนจำกัด เป็นบริษัทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชน และได้ระบุมูลค่าความประสงค์ไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดของกฎหมายบริษัท

ดังนั้นบริษัทมหาชนจึงมีสภาพเป็นนิติบุคคลเป็นของตนเองแยกต่างหากจากบรรดาผู้ถือหุ้น โดยกฎหมายถือว่าเป็นเสมือนบุคคลในทางกฎหมาย มีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของตนเอง รวมทั้งมีความสามารถในการครอบครองทรัพย์สิน มีความสามารถในการดำเนินธุรกรรมกับบุคคลภายนอก มีสิทธิฟ้องและถูกฟ้องคดีโดยลำพัง เมื่อบริษัทมหาชนมีสภาพเป็นนิติบุคคลดังนี้แล้วการดำรงสภาพนิติบุคคลจึงมีอยู่ตลอดไปโดยไม่ขึ้นอยู่กับคุณสมบัติของผู้ถือหุ้น กล่าวคือมีความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น แม้ว่าผู้ถือหุ้นจะถึงแก่ความตายหรือมีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นก็ไม่ทำให้สภาพความเป็นนิติบุคคลสิ้นสุดลง ทั้งประโยชน์ของบริษัทก็แยกต่างหากจากประโยชน์ของผู้ถือหุ้น

ผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนแต่ละคนจะมีความรับผิดชอบเฉพาะจำนวนที่ตนได้ลงทุนไว้ เช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนเป็นจำนวนเท่าใดก็มีความรับผิดชอบที่จะจ่ายเงินตามจำนวนหุ้นที่ตนถือ ไม่ต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินทั้งหมดของบริษัทมหาชนเป็นการส่วนตัว ในกรณีที่บริษัทมหาชนเข้าเป็นหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้วห้างเกิดหนี้สินขึ้น หนี้สินที่เกิดขึ้นนั้นเจ้าหนี้ของห้างจะมาบังคับเอาจากผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนไม่ได้ตามหลักการจำกัดความรับผิดชอบ แต่ทว่าบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งผู้เขียนจะทำการศึกษาดังกล่าวซึ่งมองว่าเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจเมื่อบริษัทมหาชนต้องการจะเข้าทำกิจการร่วมค้าในลำดับต่อไป

2.4 สถานภาพทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ในประเทศไทย

ปัจจุบันเนื่องจากการค้าและการพาณิชย์ที่ขยายตัวครอบคลุมโยงโยไปทั่วโลก นักธุรกิจต่างเสาะแสวงหาช่องทางในการดำเนินธุรกิจให้เหมาะสมกับรูปแบบธุรกิจของตน ไม่ว่าจะเป็นแหล่งประกอบกิจการ พันธมิตรทางการค้าการเข้าร่วมลงทุนกับเอกชนเจ้าของประเทศในรูปแบบการลงทุนร่วมซึ่งล้วนแล้วแต่ส่งผลดีต่อกิจการ และเป็นการเพิ่มศักยภาพของกิจการอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ทำให้มีนักธุรกิจชาวต่างชาติต่างเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น โดยการลงทุนอาจเป็นไปในลักษณะเข้ามาประกอบกิจการโดยนักธุรกิจต่างชาติในลักษณะของการนำทุนมาจากต่างประเทศทั้งหมด โดยนักธุรกิจต่างชาติเป็นเจ้าของกิจการทั้งหมด หรือร่วมลงทุนกับบริษัทท้องถิ่นแล้วเปิดสาขาบริษัท บริษัทลูกในเครือบริษัท แม้จากต่างประเทศในประเทศที่ต้องการดำเนินธุรกิจ รวมไปถึงการลงทุนร่วมลงทุนในลักษณะการเข้าร่วมลงทุนหรือทำกิจการร่วมค้ากับนักธุรกิจในประเทศไทย ซึ่งการเข้ามาลงทุนในลักษณะดังกล่าวเป็นที่นิยมกันมาก เนื่องจากทั้งนักธุรกิจชาวต่างชาติและนักธุรกิจฝ่ายไทยต่างก็ได้รับประโยชน์จากอีกฝ่ายหนึ่งในการเข้าร่วมลงทุนกัน ในด้านนักธุรกิจต่างชาติก็ได้รับประโยชน์จากนักธุรกิจชาวไทยในแง่ของ

การติดต่อประสานงานกับหน่วยงานหรือสถานที่ราชการในท้องถิ่น อีกทั้งนักธุรกิจไทยย่อมทราบถึงบรรยากาศการลงทุนภายในประเทศเป็นอย่างดี ตลอดจนข้อมูลด้านกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ แนวปฏิบัติ แนวนโยบายภายในของรัฐบาล และสภาพสังคมวัฒนธรรมและเศรษฐกิจในประเทศ อีกทั้งผู้ร่วมลงทุนฝ่ายไทยสามารถที่จะจัดหาแหล่งเงินทุนและขออนุมัติสินเชื่อจากสถาบันการเงินภายในประเทศได้ดีกว่าในขณะที่นักธุรกิจฝ่ายไทยยังได้รับประโยชน์ในแง่การถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ในการบริหารงาน ตลอดจนเทคโนโลยีใหม่ ๆ ตลอดจนเงินลงทุนจากต่างประเทศ นอกจากนี้บรรดาผู้ประกอบการธุรกิจชาวไทยเองหากมีความต้องการจะประกอบธุรกิจในลักษณะร่วมลงทุนโดยทำกิจการร่วมค้าเพื่อเป็นการเพิ่มศักยภาพทางธุรกิจส่งผลทำให้มีเงินทุนในกิจการ เพิ่มความเชื่อถือในสถานะทางการเงินทำให้เป็นประโยชน์ในการกู้ยืมเงินมาใช้ลงทุนในกิจการ นอกจากนี้ยังเป็นลดความเสี่ยงในการขาดทุนการกระจายความเสี่ยงในการลงทุน บางครั้งยังเป็นการลดการแข่งขันทางธุรกิจเปลี่ยนจากคู่แข่งชั้นเป็นคู่ค้าอีกด้วย

2.4.1 กิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วน

กิจการร่วมค้าถือเป็นองค์กรทางธุรกิจที่เกิดขึ้นในแวดวงธุรกิจการค้าอย่างช้านาน ในยุคแรกมีการใช้กิจการร่วมค้าเพื่อประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ในประเทศอียิปต์ ซีเรีย ฟินีเชีย และบาบิโลน โดยมีการใช้กิจการร่วมค้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์โดยตรงจากธรรมชาติตั้งแต่ยุคเล็กลงสู่ศตวรรษที่ยุคเกษตรกรรม ยุคอุตสาหกรรม และยุคอุตสาหกรรม มาเป็นลำดับ โดยในยุคแรกมักทำกันในแบบครอบครัว ในกรณีที่กิจการจะต้องใช้เงินทุนมากจะต้องร่วมกันประกอบกิจการในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนหรือกิจการร่วมค้า ต่อมาในยุคโรมันนั้น การประกอบกิจการที่ใช้เงินทุนจำนวนน้อยจะมีการใช้องค์กรลักษณะห้างหุ้นส่วน แต่ในกิจการที่ใช้เงินทุนจำนวนมากจะมีการใช้องค์กรในลักษณะกิจการร่วมค้า ซึ่งกิจการร่วมค้าได้รับอิทธิพลจากกฎหมายที่เกิดจากทางปฏิบัติของพ่อค้า โดยมีการใช้องค์กรธุรกิจในลักษณะกิจการร่วมค้า (lex mercatoria) เช่น การค้าขายทางเรือจะมีการร่วมหุ้นกันค้าขายสินค้าทางเรือในแต่ละเที่ยว โดยในยุคแรกๆ พ่อค้าแต่ละฝ่ายจะรวบรวมทรัพย์สินของตนมาลงทุนในกิจการร่วมค้าใหญ่ๆ เช่น การก่อสร้างเรือ จึงกลายมาเป็นประเพณีปฏิบัติว่าเมื่อต้องประกอบกิจการที่ใช้เงินทุนจำนวนมาก ผู้ประกอบกิจการจะร่วมกันลงทุนในลักษณะของกิจการร่วมค้า อันเนื่องจากเหตุผลด้านการหาเงินลงทุนให้ได้ตามที่ต้องการและเป็นการกระจายความเสี่ยง³⁹

จะเห็นว่าในระยะแรกนั้น กิจการร่วมค้าที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก ซึ่งโดยทั่วไปจะมีช่วงเวลาเท่ากับการเดินทางทำการค้าหนึ่งเที่ยว หรือเป็นการประกอบกิจการเพียงคราวเดียวไม่มีลักษณะการดำเนินกิจการต่อเนื่องถาวร

หากพิจารณากิจการร่วมค้าในลักษณะองค์กรในลักษณะของบริษัท กิจการร่วมค้าถือเป็นองค์กรที่มีการพัฒนาขึ้นก่อน ในประวัติศาสตร์ยุคต้นของประเทศอิตาลี ฝรั่งเศส และเยอรมัน พบว่าการนำองค์กรธุรกิจลักษณะกิจการร่วมค้ามาใช้ในการค้า ซึ่งต่อมาองค์กรธุรกิจประเภทนี้ได้มีการเผยแพร่และนำมาใช้ในประเทศอังกฤษ และมีการเผยแพร่จากประเทศอังกฤษไปสู่ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยประเทศ

³⁹ พิชัย นิลทองคำ, สัญญากิจการร่วมค้า การร่วมค้าและการเข้าซื้อกิจการ (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2535), หน้า.72.

เหล่านี้ต่างได้นำกิจการร่วมค้ามาใช้ เนื่องจากความจำเป็นในด้านการรวบรวมเงินทุนในอุตสาหกรรมและกิจการขนาดใหญ่ และเหตุผลด้านการกระจายความเสี่ยง⁴⁰

คำว่ากิจการร่วมค้า (Joint Venture) เป็นคำที่ใช้ในแวดวงธุรกิจ ยังไม่มีความหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอย่างแน่นอน มีนักกฎหมายหลายท่านพยายามให้คำนิยามเอาไว้ดังนี้

“กิจการร่วมค้า คือ การรวมตัวของบุคคลหรือบริษัทตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เพื่อดำเนินการธุรกิจอย่างหนึ่งเพื่อแสวงหากำไร ซึ่งโดยทั่วไปการรวมตัวลักษณะนี้เกิดขึ้นเนื่องจากบุคคลหรือห้างไม่มีทรัพย์สินของตนเองในการดำเนินการตามโครงการ ความสัมพันธ์ระหว่างกันจะสิ้นสุดลงเมื่อเสร็จโครงการ”⁴¹

“กิจการร่วมค้า หมายถึง สถานการณ์ที่บุคคลหรือหน่วยธุรกิจที่เป็นอิสระ ตั้งแต่สองหน่วยขึ้นไปรวมอำนาจเข้าด้วยกันเพื่อวัตถุประสงค์บางประการ”⁴²

“กิจการร่วมค้าเป็นการรวมตัวกันของบุคคลธรรมดา บริษัท หรือห้างหุ้นส่วน ตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปหรือการรวมตัวของบุคคลดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินการทางธุรกิจ”⁴³

“กิจการร่วมค้าเป็นการรวมตัวหรือเข้าตกลงทำสัญญาระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เพื่อดำเนินกิจการเฉพาะอย่างอันมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร”⁴⁴

“กิจการร่วมค้า คือ การรวมตัวของบุคคลหรือหน่วยตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ตั้งขึ้นเพื่อดำเนินธุรกิจอย่างหนึ่งหรือกิจการที่เกี่ยวข้องหลายอย่างเพื่อผลกำไร”⁴⁵

“กิจการร่วมค้าเกิดขึ้นเมื่อบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปร่วมกันในกิจการธุรกิจเฉพาะอย่าง โดยได้มีการตกลงแบ่งผลกำไรขาดทุนร่วมกันหรือตามสัดส่วนแห่งการลงทุน”⁴⁶

“กิจการร่วมค้า หมายถึง การที่หน่วยธุรกิจตั้งแต่สองหน่วยขึ้นไปเข้าร่วมกัน โดยที่คู่สัญญาที่เข้าร่วมในกิจการร่วมค้ายังคงมีสภาพนิติบุคคลของตนเองแยกต่างหากจากกิจการร่วมค้า โดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะในทางธุรกิจในระยะเวลาที่จำกัด”⁴⁷

“กิจการร่วมค้าเป็นการอธิบายถึงการรวมตัวทางธุรกิจ เพื่อทำกิจการในรูปแบบใดๆ ซึ่งมีการเป็นเจ้าของและการดำเนินกิจการควบคุมร่วมกัน มีวัตถุประสงค์เพื่อทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งเฉพาะ โดยการดำเนินกิจการนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ร่วมกันของผู้เป็นเจ้าของร่วมในกิจการ คู่สัญญากิจการร่วมค้าจะมีส่วนในการบริหารจัดการเพียงใดขึ้นอยู่กับสัดส่วนความเป็นเจ้าของ และ

⁴⁰ Henry W. Nicolas, "Joint Venture," *Virginia Law Review* 36, May (1950), pp.426-429.

⁴¹ Jr. Charles F. Hemphill, *Basic business Law* (New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1984), p.307.

⁴² Robert Pitofsky, "Joint Venture Under the Antitrust Law : Some Reflection on the Significance of Pen-Olin," *Harvard Law Review* 82(1969), p.1007.

⁴³ J.M. Barette and Erwin Seago, *Partners and Partnerships Law and Taxation*, Vol.1 ed. (Virginia: the Michie Company 1956), p.65.

⁴⁴ Stephen M. Bainbridge, *Agency, Partnerships & LLCs* (New York 2004), p114.

⁴⁵ Patrick R. Delaney and Irvin N. Gleim, *CPA Examination Reviews Business Law* (New York Harcourt Brace Jovanovich Inc., 1982), p.49

⁴⁶ Robert N. Corley., Eric M. Holmes., and William J. Robert., *Principle of Business Law* (New Jersey: Practice-Hall, 1983), p.692.

⁴⁷ Fred J. Weston and Samuel C. weaver, *Restructing and cooperate Control* (New Jersey: Practice Hall International Inc, 1990), pp.123-124.

การตัดสินใจในการดำเนินธุรกิจในเรื่องสำคัญนั้น จะต้องอาศัยความยินยอมของคู่สัญญาทุกฝ่าย คู่สัญญาแต่เพียงลำพังฝ่ายเดียวไม่อาจจะควบคุมฝ่ายเดียวได้ ซึ่งกิจการร่วมค้าอาจจะดำเนินการในรูปแบบใดๆก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนซึ่งประกอบด้วยหุ้นส่วนจำกัดหรือไม่ จำกัดความรับผิดก็ได้”⁴⁸

“กิจการร่วมค้า เป็นการร่วมดำเนินกิจการระหว่างธุรกิจตั้งแต่สองหน่วยธุรกิจขึ้นไปซึ่งเป็นอิสระจากจาก โดยที่กิจการที่ดำเนินร่วมกันนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลร่วมกันของคู่สัญญา กิจการที่ดำเนินร่วมกันถือเป็นนิติบุคคลทางเศรษฐกิจแยกต่างหากจากคู่สัญญาที่เข้าร่วมกันนั้น”⁴⁹

“กิจการร่วมค้ามีลักษณะเป็นการเข้าร่วมที่เป็นหุ้นส่วนร่วมกัน เป็นหนี้ต่อกันและกันตราบเท่าที่ดำเนินกิจการอยู่ มีหน้าที่ในอันที่จะซื้อสัตย์สุจริตต่อกันอย่างยิ่ง”⁵⁰

“กิจการร่วมค้า หมายถึง ข้อตกลงทางพาณิชย์ใดๆของหน่วยธุรกิจตั้งแต่สองหน่วยขึ้นไป เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์โดยเฉพาะของการดำเนินกิจการ ซึ่งเป็นการรวมการดำเนินการบางส่วนเข้าด้วยกัน อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมร่วมกัน”⁵¹

จะเห็นได้ว่าจากนิยามต่างๆ กิจการร่วมค้ามีลักษณะคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วน โดยเฉพาะห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) กล่าวคือ กิจการร่วมค้าเป็นการรวมตัวกันเพื่อดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อแสวงหากำไร แตกต่างกับห้างหุ้นส่วนตรงที่กิจการร่วมค้ามักจะมีการร่วมกันดำเนินกิจการเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่ง เมื่อดำเนินงานจนบรรลุวัตถุประสงค์แล้วก็แยกจากกัน โดยคู่สัญญาผูกพันกันด้วยข้อกำหนดของสัญญา

นอกจากนี้ยังมีความเห็นว่าข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างกิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วน ได้แก่ ห้างหุ้นส่วนนั้นถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมทั่วไปทางธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง แต่กิจการร่วมค้ามักถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์และเป้าหมายการดำเนินงานอย่างใดอย่างหนึ่งไว้ อย่างชัดเจน ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า การดำเนินการต้องเสร็จสิ้นภายในระยะเวลาอันจำกัด ซึ่งอาจใช้เวลาดำเนินการหลายปีและส่วนมากมักมิได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนไว้ในสัญญา แต่สามารถวัดได้จากระยะเวลาของการประกอบกิจการ (Duration of the Venture) ในคดี Key v. Nims ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย กล่าวว่าลักษณะที่แตกต่างกันระหว่างห้างหุ้นส่วนกับกิจการร่วมค้า คือนิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แต่สามารถผูกพันตนเข้าจัดตั้งกิจการร่วมค้าได้ โดยเมื่อนิติบุคคลเข้าร่วมกิจการร่วมค้าจะมีข้อสันนิษฐานว่ากิจการร่วมค้านั้นมีผลโดยสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะ หรือเป็นสัญญาห้างหุ้นส่วนซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจของนิติบุคคล Red Robin Stores v. Rose นิติบุคคลต้องมีความตกลงยินยอมร่วมกันของคู่สัญญาในการตัดสินใจเชิงนโยบายที่สำคัญและการ

⁴⁸ Harry G. Henn and John R. Alexander, *Law of Corporation and other business enterprise* (West Group Publishing, 1983), pp.105-107.

⁴⁹ Joseph F. Brodley, "Joint Venture and Antitrust Policy," *Harvard Law Review* 95(1982). pp.1521-1526.

⁵⁰ D. Gordon Smith and Cynthia A. Williams, *Business Organizations Cases, Problems, and Case Studies* (New York: Aspen Publisher, 2008), p.82.

⁵¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law* (Great Britain: Oxford University Press, 2001), p.813.

กระทำที่ผู้กุมัดระยะยาว ศาลรัฐนิวยอร์กกล่าวว่า “ศาลจะไม่ตัดสินว่าความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนเป็นกิจการร่วมค้า เว้นแต่เจตนาของคู่สัญญาจะปรากฏโดยชัดแจ้ง”⁵²

จะพบว่าแม้กิจการร่วมค้ามีลักษณะคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนเป็นอันมาก แต่ตามกฎหมายอเมริกันนั้น กิจการร่วมค้าแตกต่างจากการดำเนินธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีการเข้าร่วมกันตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป แต่เป็นการรวมตัวกันดำเนินกิจการอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ที่มีลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนชั่วคราว และมีการเลิกกันเมื่อบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ โดยไม่ถือว่าการร่วมกันดำเนินกิจการดังกล่าวเป็นห้างหุ้นส่วน แม้ว่าอาจจะมีการเป็นเจ้าของทรัพย์สินร่วมกันก็ตาม

นอกจากนี้ โดยทั่วไปแม้ว่าจะมีการนำหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาบังคับใช้กับกิจการร่วมค้าแต่ก็ไม่ได้หมายความว่ากิจการร่วมค้าคือห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด⁵³

ในประเทศอังกฤษ กิจการร่วมค้าไม่จำเป็นจะต้องเป็นห้างหุ้นส่วนเสมอไป การที่คู่สัญญาตกลงแบ่งผลกำไรและขาดทุนร่วมกัน ก็ไม่ได้ทำให้กิจการร่วมค้านั้นเป็นห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด⁵⁴

ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายไทย ไม่ได้มีการกล่าวถึงกิจการร่วมค้าไว้โดยตรง เห็นได้จากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องกิจการร่วมค้าไว้โดยตรง จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่า สัญญากิจการร่วมค้าที่ใช้กันในวงการธุรกิจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด ส่งผลถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบทางสัญญาในระหว่างคู่สัญญาและต่อบุคคลภายนอก คงมีแต่ในประมวลรัษฎากร มาตรา 39 ที่ได้ให้คำนิยามของกิจการร่วมค้าไว้ ดังนี้

“กิจการร่วมค้า ได้แก่ กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางการค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือระหว่างบริษัทและ/หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีใช้นิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น”

สังเกตได้ว่ากิจการร่วมค้าตามประมวลรัษฎากรนั้นจะต้องมีฝ่ายหนึ่งเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ในขณะที่อีกฝ่ายจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และแม้จะเป็นนิติบุคคลที่ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล” ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 39 ก็สามารถเป็นกิจการร่วมค้าได้ เช่นรัฐบาลหรือองค์กรของรัฐบาล ซึ่งหากเข้าร่วมกับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลก็ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้าได้⁵⁵ หากเป็นกรณีที่ผู้ร่วมค้าต่างเป็นบุคคลธรรมดาด้วยกันจะมีฐานะตามประมวลรัษฎากรเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญหรือคณะบุคคลที่ไม่ใช่นิติบุคคลและเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

จึงเห็นได้ว่าแม้ประมวลรัษฎากรจะไม่ได้ให้ความหมายคำว่ากิจการร่วมค้าเอาไว้ แต่ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของกิจการร่วมค้าเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี มิใช่กฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของกิจการ

⁵² Michael Armstrong, "Can corporations be partners?," *The business Lawyer* 20(1964-1965), pp.908-910.

⁵³ Harry G. Henn and John R. Alexander, *Law of Corporation and other business enterprise*, pp. 105-107.

⁵⁴ Ernest H. Scamell and R.C.I'Anson Banks, *Lindley & Banks on the law of Partnership*. (London : Sweet & Maxwell, 1991), p.61.

⁵⁵ ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม และ ธนิญา ไตรวรรณนท์, "สถานะทางกฎหมายกับภาระภาษีของกิจการร่วมค้า (Joint Venture)," *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์*, เดือนตุลาคม - ธันวาคม (2540), หน้า 87.

ร่วมค้าเหมือนตั้งเช่นกฎหมายเอกเทศสัญญา ดังนั้นแม้ว่าจะมีการให้คำจำกัดความ กิจการร่วมค้าไว้ อย่างไรก็ตาม แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้ให้คำจำกัดความไว้ ดังนั้นในการ พิจารณาถึงผลทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงไม่อาจจะถือคำจำกัดความในกรณี ไตกรณีหนึ่งรวมทั้งคำจำกัดความตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากรเป็นหลัก อีกทั้งคำว่า “กิจการ ร่วมค้า” เป็นคำทางธุรกิจซึ่งอาจใช้ในความหมายที่กว้างกว่าความหมายที่มีการให้คำจำกัดความ ดังนั้นการ พิจารณาผลทางกฎหมายของสัญญากิจการร่วมค้าจึงต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ตามข้อความที่ปรากฏใน สัญญานั้น⁵⁶

จากการที่ได้พิจารณาคำนิยามต่างๆของกิจการร่วมค้าพบว่ากิจการร่วมค้ามี ลักษณะทั่วไป ได้แก่

(1) มีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยทั่วไปผู้ที่เป็นคู่สัญญาในสัญญากิจการร่วมค้ามี ฐานะเป็นนิติบุคคล เช่นบริษัทจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด

(2) กิจการร่วมค้าเป็นสัญญาอย่างหนึ่งเกิดขึ้นจากการตกลงกันในระหว่างคู่สัญญา ทั้งนี้อาจเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาโดยทำสัญญาเป็นหนังสือหรือวาจาก็ได้

(3) ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายนำทรัพย์สิน เงิน หรือแรงงานมาลงทุน ทั้งนี้อาจจะนำมา ลงทุนร่วมกันหรือแบ่งแยกกันลงทุนในงานส่วนที่ตนเองรับผิดชอบ

(4) เพื่อดำเนินงานในโครงการอย่างใดอย่างหนึ่งจนสำเร็จ กล่าวคือเป็นการ ดำเนินการเฉพาะในโครงการเดียวผู้ร่วมค้ามีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไรจากกิจการนั้น กล่าวคือ มิได้ กระทำการในลักษณะการกุศลหรือเพื่อสาธารณประโยชน์ คู่สัญญาอาจตกลงแบ่งผลตอบแทนที่ได้รับ แยกต่างกันอย่างออกไป เช่น แบ่งจากเงินกำไรสุทธิ แบ่งจากเงินรายรับ แบ่งจากผลผลิต หรือต่างฝ่ายต่าง ได้รับค่าตอบแทนเฉพาะในส่วนของตนแยกต่างหากออกจากกัน

แม้จะมีความเห็นว่ากิจการร่วมค้าจะไม่เข้าลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท แต่ กิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล (Unincorporated Joint Venture) ก็มีความ คล้ายคลึงกับการดำเนินธุรกิจแบบห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนอยู่บางประการ กล่าวคือ เป็นสัญญา ชนิดหนึ่งซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงทำธุรกิจการค้าร่วมกันไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันโดยชัดแจ้ง หรือปริยาย มีการร่วมลงทุนด้วยเงินสดทรัพย์สินหรือแรงงานและดำเนินการกระทำกิจการอย่างใดอย่าง หนึ่งร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหาผลประโยชน์มาแบ่งกัน ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับห้าง หุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนนอกจากนี้กิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลจะไม่มีฐานะเป็น บุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นคู่สัญญาเหมือนกรณีห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

อย่างไรก็ดีมีความเห็นทางวิชาการว่าลักษณะของกิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วน สามัญมีความแตกต่างกันโดยสรุปได้ ดังนี้

(1) ผู้เป็นคู่สัญญากิจการร่วมค้าโดยทั่วไปแล้วจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลดังจะเห็นได้ จากคำนิยาม มาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร ในขณะที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจะเป็น บุคคลธรรมดา

⁵⁶ ธรรมนูญ พิทยาภรณ์, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาคศึกษานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า.14.

(2) ขอบเขตของกิจการร่วมค้ามักจะจะเป็นไปในลักษณะการประกอบการกิจการเฉพาะกิจประกอบกิจการเจาะจงเพียงอย่างเดียว หรือเป็นเพียงโครงการเดียวซึ่งเมื่อเสร็จสิ้นแล้ว สัญญากิจการร่วมค้าก็จะเลิกไป ในขณะที่ห้างหุ้นส่วนจะมีลักษณะการประกอบกิจการหลายอย่างต่อเนื่องไป

(3) กิจการร่วมค้าที่ระบุในข้อสัญญากิจการร่วมค้าว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่เป็นตัวแทนซึ่งกันและกัน การบริหารจัดการต้องทำร่วมกันเสมอ เวลาลงนามในสัญญาก็ต่างต้องลงนามควบคู่กัน จะไม่สามารถที่จะมอบหมายให้แก่กัน แตกต่างจากลักษณะของห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนซึ่งสามารถมอบหมายให้ผู้เป็นหุ้นส่วนใดเป็นผู้จัดการก็ได้⁵⁷ เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนต้องผูกพันในการอันหุ้นส่วนคนอื่นกระทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วน ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 ซึ่งบัญญัติว่า

“การใด ๆ อันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้น ๆ ด้วย และจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้น”

(4) สัญญากิจการร่วมค้าอาจกำหนดข้อตกลงไม่ให้กิจการร่วมค้าสิ้นสุดลงอันเนื่องมาจากการตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถของผู้ร่วมค้า แตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1055 (5) บัญญัติว่า

“ห้างหุ้นส่วนย่อมเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้...

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย หรือล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ”

(5) สัญญากิจการร่วมค้าอาจระบุกำหนดไว้ว่ากิจการร่วมค้าที่ตั้งขึ้นไม่ใช่ห้างหุ้นส่วนหรือคู่สัญญาไม่ประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วนในขณะที่ห้างหุ้นส่วนโดยทั่วไปที่ก่อตั้งขึ้นด้วยประสงค์จะตั้งห้างหุ้นส่วน

(6) กิจการร่วมค้าอาจจะมีข้อสัญญากำหนดแบ่งแยกงานและหน้าที่ความรับผิดชอบของกิจการร่วมค้าออกเป็นส่วน ๆ ได้ แตกต่างกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในหนี้ของห้างทั้งปวงโดยไม่จำกัดจำนวน ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 ซึ่งกำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนผูกพันในการกระทำใด ๆ ที่ได้ทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วน

นอกจากนี้จากการศึกษาพบว่ารูปแบบโครงสร้างการดำเนินงานของกิจการร่วมค้าโดยเฉพาะในธุรกิจสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้าง ซึ่งถือเป็นสายงานธุรกิจที่มีการดำเนินกิจการในรูปแบบกิจการร่วมค้าอย่างแพร่หลายในประเทศไทย พบว่าแบ่งโครงสร้างการทำงานเป็น 4 รูปแบบ⁵⁸

รูปแบบแรก กิจการร่วมค้าที่ทำงานร่วมกัน ไม่มีการแบ่งแยกงานให้ผู้สัญญาไปปฏิบัติ โดยงานทุกส่วนจะอยู่ภายใต้ความควบคุมดูแลสั่งการโดยผู้จัดการโครงการเพียงคนเดียว

⁵⁷ อนันต์ ธีรานันตชัย, "การจดทะเบียนการจัดตั้ง และการแปรสภาพบริษัทเอกชนจำกัดเป็นบริษัทมหาชนจำกัด," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด(2522), หน้า 61-62.

⁵⁸ อภิชาติ ประสิทธิ์สม, "การบริหารกิจการร่วมค้างานก่อสร้างในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชาวิศวกรรมโยธา คณะวิศวกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า.135.

คู่สัญญาไม่สามารถเข้ามาบริหารจัดการกิจการร่วมค้าได้โดยตรง มักพบในงานก่อสร้างที่มีลักษณะงานที่ไม่สามารถแยกออกเป็นส่วนต่างๆ หรือสมาชิกต้องการเรียนรู้เทคโนโลยีการก่อสร้างจากอีกฝ่าย

รูปแบบที่สอง กิจการร่วมค้าแบบแบ่งงานกันทำ เป็นกิจการร่วมค้าที่สามารถแบ่งโครงการออกเป็นส่วนๆ แล้วมอบหมายให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายรับไปปฏิบัติตามแต่ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของคู่สัญญาฝ่ายนั้นๆ โดยไม่มีส่วนใดเลยที่สมาชิกต้องปฏิบัติงานร่วมกัน มักพบในงานก่อสร้างที่สามารถแบ่งแยกงานออกเป็นส่วนๆได้ หรือคู่สัญญาไม่ต้องการเรียนรู้เทคโนโลยีการก่อสร้างจากอีกฝ่าย

รูปแบบที่สาม กิจการร่วมค้าแบบผสม เป็นกิจการร่วมค้าที่โครงการก่อสร้างบางส่วนจะถูกแบ่งแยกมอบหมายให้กับคู่สัญญารับผิดชอบเพื่อความคล่องตัวในการดำเนินงาน แต่ยังมีบางส่วนของสมาชิกต้องปฏิบัติงานร่วมกัน

รูปแบบที่สี่ กิจการร่วมค้าแบบทำงานฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นกิจการร่วมค้าที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบการปฏิบัติงานในโครงการทั้งหมด ในขณะที่คู่สัญญาที่เหลือจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดๆกับการปฏิบัติงานโครงการก่อสร้างเลย

จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัตินั้น โครงสร้างการดำเนินงานกิจการร่วมค้าอาจมีการแบ่งงานกันทำอย่างชัดเจน ทั้งในรูปแบบของข้อตกลงกิจการร่วมค้า ซึ่งบางครั้งอาจจะไม่ได้มีการระบุข้อตกลงแบ่งงานกันทำอย่างชัดเจน แต่เป็นไปในทางปฏิบัติ เนื่องจากลักษณะโครงการก่อสร้างบางส่วนอาจถูกแบ่งแยกมอบหมายให้กับคู่สัญญารับผิดชอบเพื่อความคล่องตัวในการดำเนินงาน ทำให้เกิดประเด็นถกเถียงว่า กิจการร่วมค้าที่มีข้อสัญญากำหนดแบ่งแยกงานและหน้าที่ความรับผิดชอบของกิจการร่วมค้าออกเป็นส่วน ๆ เช่นนี้ แตกต่างกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ซึ่งจะมีลักษณะร่วมการทำงานด้วยกัน นอกจากนี้ยังทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า แม้จะมีการดำเนินกิจการโดยใช้ชื่อว่ากิจการร่วมค้า (Joint Venture) แต่ในการปฏิบัติงานจริงกลับมีการแบ่งแยกงานออกเป็นส่วนต่างๆ ให้คู่สัญญารับผิดชอบ ส่งผลให้การบริหารงานกิจการร่วมค้าดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับการบริหารงานในรูปแบบกิจการร่วม (Consortium)

อย่างไรก็ดี ในส่วนของแนวการตีความกิจการร่วมค้าในประเทศไทย เมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับกิจการร่วมค้าพบว่าศาลฎีกาเคยวางแนววินิจฉัยว่า Joint Venture เป็นห้างหุ้นส่วนเช่นกัน⁵⁹ โดยวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 1 กับบริษัท ต. และบริษัท อ. ได้จดทะเบียนการค้าสำหรับงานก่อสร้างสะพานไว้กับกรมสรรพากรว่า “สาธรรบริตจ์ จอยเวนเจอร์” ก็คือห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ซึ่งจำเลยที่ 1 กับบริษัทในต่างประเทศอีกสองบริษัทร่วมกันกระทำในประเทศไทยนั่นเอง ดังนั้นเมื่อรถยนต์บรรทุกของโจทก์ตกลงไปในหลุมที่ “สาธรรบริตจ์ จอยเวนเจอร์” ขุดไว้ อันเป็นการละเมิดตามฟ้อง เกิดขึ้นในกิจการที่เป็นธรรมดาของ “สาธรรบริตจ์ จอยเวนเจอร์” จำเลยที่ 1 จึงต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการละเมิดนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 โจทก์จึงฟ้องจำเลยที่ 1 ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3848/2531)

สืบเนื่องจากคำพิพากษาในคดีนี้ การที่ศาลได้วินิจฉัยว่ากิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค่านั้น กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ

⁵⁹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, หน้า 48.

อีกทั้งในปัจจุบันนี้ยังไม่ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่แน่ชัดในประเด็นเรื่องสถานภาพทางกฎหมายที่จะมาใช้บังคับกับสัญญากิจการร่วมค้า ในเรื่องสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดในทางสัญญาของผู้ร่วมค้า จึงยังไม่อาจชี้ชัดไปได้ว่าสัญญากิจการร่วมค้าเป็นสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นสัญญาไม่มีชื่อ มีเพียงคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดในทางละเมิดของคู่สัญญาผู้ร่วมค้าต่อบุคคลภายนอกด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้วินิจฉัยถึงความรับผิดของคู่สัญญาผู้ร่วมค้าในคดีโดยเป็นการนำกฎหมายหุ้นส่วนมาใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง มากกว่าจะสรุปได้ว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วน แต่ทั้งนี้แม้ศาลจะไม่ได้วินิจฉัยถึงความรับผิดของคู่สัญญากิจการร่วมค้าในทางสัญญา แต่ก็อาจถือได้ว่าหากคู่สัญญาผู้ร่วมค้าฝ่ายหนึ่งได้ทำสัญญาในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของกิจการร่วมค้า ทำให้ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในบรรดาหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาผู้ร่วมค้าดังกล่าวเช่นเดียวกัน

ดังนั้นจึงมีประเด็นปัญหาว่า เมื่อกิจการร่วมค้ามิได้มีสถานะเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท และยังไม่มีการยอมรับรองฐานะและสิทธิหน้าที่ของผู้ร่วมกิจการดังกล่าวว่าจะมีความผูกพันระหว่างกันและต่อบุคคลภายนอกอย่างชัดแจ้ง มีเพียงการนำกฎหมายหุ้นส่วนมาใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ปัญหานี้คงต้องวินิจฉัยตามข้อตกลงและทางปฏิบัติของผู้ร่วมกิจการร่วมค้าซึ่งเป็นคู่สัญญากัน อีกทั้งการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกด้วย

2.4.2 รูปแบบกิจการร่วมค้าในประเทศไทย

ปัจจุบันการดำเนินธุรกิจบางประเภทนอกจากจะต้องใช้เงินทุนมหาศาลแล้ว ยังต้องอาศัยความน่าเชื่อถือในตลาดทุนและสถาบันการเงินเพื่อเป็นช่องทางในการสนับสนุนทางด้านเงินลงทุน นอกจากนี้การจัดการที่มีประสิทธิภาพโดยบุคคลากร โดยเฉพาะในกิจการที่ต้องอาศัยความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ และเทคโนโลยีขั้นสูง รวมไปถึงทรัพยากรทางธุรกิจอื่น ๆ ถือเป็นปัจจัยสำคัญในการส่งเสริมกิจการให้มีศักยภาพเพื่อที่จะก้าวไปสู่ความเป็นเลิศทางการค้าและปรับตัวให้เหมาะสมกับการแข่งขันทางธุรกิจที่มีสูงมากในปัจจุบัน ดังนั้นทางเลือกหนึ่งที่นักธุรกิจมักจะใช้ คือ การหาพันธมิตรทางการค้าโดยการเข้าร่วมกันดำเนินการลงทุนทางการค้าในรูปแบบกิจการร่วมค้า เพื่อช่วยแบ่งเบาภาระด้านการลงทุนตลอดจนเป็นการกระจายความเสี่ยงและลดการแข่งขันไปในตัว เนื่องจากการมีคู่สัญญาผู้ร่วมค้าที่มีศักยภาพและความรู้ความสามารถในการดำเนินธุรกิจเข้ามาแบ่งปัน ความรู้ความสามารถทักษะและเครื่องจักร ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่ธุรกิจ โดยเฉพาะกิจการร่วมค้าที่เริ่มก้าวขึ้นมามีบทบาทในปัจจุบันก็คือ กิจการร่วมค้าที่มีลักษณะข้ามชาติเข้าร่วมทุนกับเอกชนภายในประเทศในรูปแบบการร่วมลงทุนในกิจการร่วมค้า

ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายไทยกิจการร่วมค้าสามารถจัดตั้งได้ใน 5 รูปแบบ ดังนี้⁶⁰

- (1) ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน
- (2) ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล
- (3) ห้างหุ้นส่วนจำกัด
- (4) บริษัทจำกัด

⁶⁰ วีระวงศ์ จิตต์มิตรภาพ, "Joint Venture in Thailand," บทบัญญัติ 48, 4 ธันวาคม 2535., หน้า 55.

(5) บริษัทมหาชนจำกัด

โดยเมื่อพิจารณาหลักเสรีภาพในการตกลงเข้าทำสัญญา⁶¹ อันเป็นรากฐานของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ซึ่งเป็นเสรีภาพในการเริ่มต้นดำเนินการต่อไปหรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งมีทั้งด้านการกระทำ (Positive sense) กล่าวคือ การเริ่มต้นหรือดำเนินการต่อไปและการตกลงเข้าทำสัญญา และด้านไม่กระทำ (Negative sense) กล่าวคือ การไม่เข้าทำสัญญาหรือระงับกระบวนการในการเจรจา โดยการถอนคำเสนอ ยกเลิกการเจรจา เป็นต้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั้งหลายที่ใช้บังคับกับรูปแบบองค์กรธุรกิจข้างต้นแล้ว พบว่าการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาสามารถจะระบุหรือกำหนดเป็นอย่างอื่นแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ได้ ตรีบาทที่ว่าวัตถุประสงค์ของข้อสัญญานั้นไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

แต่ในทางปฏิบัติรูปแบบของกิจการร่วมค้าในประเทศไทย มักจะกระทำกันใน 2 รูปแบบ คือ⁶²

(1) กิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) โดยมักจะเป็นการรวมตัวของบริษัทต่าง ๆ เพื่อเข้ารับงานที่มีลักษณะเป็นโครงการขนาดใหญ่ เช่น การก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ อาทิ งานสร้างเขื่อน สะพาน ทางด่วน การวางโครงข่าย เป็นต้น ซึ่งงานลักษณะนี้นอกจากจะเป็นโครงการใหญ่แล้วยังเป็นโครงการที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านอีกด้วย ซึ่งเมื่อปฏิบัติงานเสร็จเรียบร้อยแล้วก็แยกจากกัน ดังนั้นการรวมตัวในลักษณะดังกล่าวนี้จึงไม่มีความจำเป็นต้องจดทะเบียนให้มีรูปแบบอย่างเป็นทางการ เพราะการรวมตัวกันนั้นเพียงเพื่องานเฉพาะเจาะจงเป็นอย่างเดียวเท่านั้น หากงานแล้วเสร็จกิจการร่วมค้าก็เป็นอันเลิกกันไป โดยคู่สัญญากิจการร่วมค้าจะผูกพันกันด้วยข้อกำหนดของสัญญา ดังนั้นจึงได้เรียกกิจการร่วมค้าประเภทนี้ว่ากิจการร่วมค้าที่เกิดจากสัญญา (Contractual Joint Venture)

(2) กิจการร่วมค้าแบบจดทะเบียน (Incorporate Joint Venture) กิจการร่วมค้าแบบนี้มักเป็นกิจการที่ร่วมกันกระทำโดยถาวร เช่น บริษัทต่างชาติเป็นฝ่ายที่มีเทคโนโลยีขั้นสูงในการผลิต ในขณะที่บริษัทของประเทศไทยมีความสามารถด้านการตลาดและจัดจำหน่าย จึงอาจจะมีการร่วมทุนกันเพื่อจัดตั้งโรงงานขึ้นผลิตสินค้าของต่างประเทศนั้นออกจำหน่ายในประเทศ การร่วมค้าแบบนี้มักทำในรูปแบบจดทะเบียนเป็นบริษัทโดยมีบริษัทต่างประเทศและบริษัทไทยถือหุ้นเป็นอัตราส่วนต่อกัน และมีข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นหรือสัญญาร่วมค้า (Shareholders' Agreement of Joint Venture Agreement) การจดทะเบียนจึงไม่ใช่การจดทะเบียนกิจการร่วมค้าเพราะเหตุว่าไม่มีกฎหมายรับรองสถานะของกิจการร่วมค้าดังกล่าวมาแล้ว สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้าในรูปแบบนี้ จึงเป็นบริษัทจำกัดแห่งหนึ่งเท่านั้น

ประเด็นปัญหาเรื่องที่ว่าบริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าได้หรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับสถานะของกิจการร่วมค้าว่าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ซึ่งปัญหานี้ก็มีแต่เฉพาะในกิจการร่วมค้าในรูปแบบกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) กล่าวคือ กิจการร่วมค้าที่ไม่

⁶¹ จำปี โสถพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า.254.

⁶² พิเศษ เสตเสถียร, "บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ได้หรือไม่," วารสารกฎหมายธุรกิจ 16, 2 เมษายน 2539., หน้า 10.

จดทะเบียนมีลักษณะคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนสามัญแต่บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ได้บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

ความตกลงได้อันมีผลเป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

แนวความคิดพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทซึ่งระดมเงินทุนจากประชาชนมาใช้ในกิจการ ดังนั้นจึงต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนซึ่งนำเงินมาลงทุนในกิจการของบริษัท โดยการดำเนินกิจการของบริษัทจะต้องเป็นไปโดยซื่อสัตย์สุจริต และเพื่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องวางข้อกำหนดให้บริษัทปฏิบัติตามเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้น การดำเนินกิจการตลอดจนกรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารกิจการของบริษัทมหาชนจำกัด บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นี้ ถือเป็นบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองบริษัทมหาชนจำกัดและผู้ถือหุ้นของบริษัท มิให้เกิดความเสียหายจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเสี่ยงเข้าไปรับผิดชอบร่วมกันในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน จึงได้บัญญัติห้ามบริษัทมหาชนจำกัดไม่ให้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่ว่าจะ เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม เนื่องมาจากห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นมีเพียงหุ้นส่วนจำพวกรับผิดไม่จำกัด ซึ่งต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้สินอย่างไม่จำกัดจำนวน

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาไปถึงตอนที่ได้มีการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนขึ้นมา ขณะนั้นได้ยึดหลักการการคำนึงถึงผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปผู้ลงทุน ด้วยเกรงว่าจะทำให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยเสียหาย จึงได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หากมีการทำสัญญาที่ฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ สัญญาก็ตกเป็นโมฆะ ส่งผลให้บริษัทมหาชนเข้าเป็นคู่สัญญาร่วมค้าในกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียนไม่ได้ เนื่องจากได้มีคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับความรับผิดในทางละเมิดของผู้เป็นคู่สัญญาร่วมค้าต่อบุคคลภายนอก คือ คำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยในคดีนี้ว่า กิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียนขึ้นใหม่ ถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ และผู้เป็นคู่สัญญาร่วมค้าในกิจการร่วมค้าต้องร่วมรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการของกิจการร่วมค้า

ดังนั้นจากผลของคำพิพากษานี้ทำให้บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าแบบไม่ได้จดทะเบียน เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 ที่กำหนดห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ บริษัทมหาชนจำกัดเหล่านี้จึงต้องใช้วิธีตั้งบริษัทย่อยซึ่งเป็นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำบริษัทย่อยดังกล่าวนี้ไปทำกิจการร่วมค้า โดยมีบริษัทมหาชนจำกัดเป็นผู้ค้ำประกันเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด หรือเป็นกรณีที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้าด้วยตนเอง ทำให้เสี่ยงต่อการถูกตีความว่าเป็นการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งถือเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ ไม่ควรจะให้เป็นอย่างนั้น เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทขนาดใหญ่แต่ไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ทั้งๆที่บริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถกระทำได้

บริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าได้หรือไม่ นั้น จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า กิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญหรือไม่ และค้นหาเจตนารมณ์แห่งกฎหมายรวมถึงเหตุผลเบื้องหลังที่กฎหมายห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในหุ้นส่วน ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอประเด็นนี้ในลำดับต่อไป

ส่วนกิจการร่วมค้าประเภทจดทะเบียนซึ่งมีสภาพตามกฎหมายเป็นบริษัทนั้นไม่มีปัญหาแต่อย่างใดเนื่องจากบริษัทมหาชนย่อมสามารถเข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่นได้

2.4.3 กิจการร่วมค้า (Joint Venture) กับกิจการค้าร่วม (Consortium)

กิจการร่วมค้า (Joint Venture) เป็นเพียงถ้อยคำเรียกการรวมตัวทางธุรกิจรูปแบบหนึ่ง ไม่ได้มีการกล่าวถึงกิจกรรมร่วมค้าไว้ในกฎหมายโดยตรง มีเพียงประมวลรัษฎากรมาตรา 39 ที่ได้ให้นิยามกิจการร่วมค้าไว้เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บและเสียภาษีนิติบุคคลของกิจการร่วมค้า ไม่ใช่กฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดถึงสถานะ สิทธิ หน้าที่และความรับผิดของกิจการร่วมค้า ที่ผ่านมามีนักกฎหมายได้พยายามให้ความหมายไว้ต่าง ๆ กันดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ดังนั้นกิจการร่วมค้า จึงถือได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการร่วมลงทุนทางธุรกิจ ซึ่งมีการร่วมกันลงทุนโดยการประกอบธุรกิจโดยมีผู้ร่วมลงทุนของบุคคลอย่างน้อยสองคนขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร (Profit) มาแบ่งกัน หรือแบ่งกันผลประโยชน์ในรูปแบบของการแบ่งผลผลิต (Product Sharing) หรือแบ่งปันในรูปรายได้ก่อนหักรายจ่าย (Gross Return) กรณีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรมาแบ่งปันกันย่อมทำให้กิจการร่วมค้านั้นเป็นห้างหุ้นส่วนไม่จดทะเบียน⁶³ แต่บางท่านก็เห็นว่าเป็นการร่วมกันดำเนินงานโดยที่คู่สัญญาไม่มีลักษณะเป็นการหลวมตัวกันอย่างห้างหุ้นส่วนสามัญ มิได้ร่วมขาดทุนหรือกำไรกันอย่างหุ้นส่วน การแบ่งผลประโยชน์มุ่งแบ่งผลผลิตหรือรายได้ยิ่งกว่าแบ่งกำไร อีกทั้งในมุมมองของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ไม่ได้มีลักษณะเป็นตัวการตัวแทนอย่างหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนสามัญ คู่สัญญาไม่ได้รับผิดจำกัดอย่างผู้ถือหุ้นในบริษัท และกิจการร่วมค้าก็มิได้มีฐานะเป็นนิติบุคคลเหมือนกับบริษัท ในการรวมตัวกันทำกิจการร่วมค้ามักจะทำการตกลงทำกิจการเฉพาะอย่าง ซึ่งมีลักษณะชั่วคราวเสร็จงานแล้วก็เลิกกัน ไม่เป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นการถาวรเหมือนกับห้างหุ้นส่วน การรวมกันของคู่สัญญาก็เป็นการรวมกันอย่างหลวม ๆ ไม่มีลักษณะเป็นเอกเทศจากตัวผู้ร่วมกิจการ จึงมักไม่มีชื่อเรียกกิจการที่รวมขึ้นใหม่ ดังเช่นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท แต่กิจการร่วมค้ามักจะเป็นการร่วมกันดำเนินกิจการที่เป็นโครงการใหญ่ที่ใช้เงินทุนจำนวนมาก ใช้เทคโนโลยีความเชี่ยวชาญและต้องการความร่วมมือจากหลายฝ่าย⁶⁴

กิจการค้าร่วม (Consortium) คือการประกอบธุรกิจที่มีลักษณะของการร่วมกันขององค์กรธุรกิจตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป เพื่อดำเนินกิจการด้วยวัตถุประสงค์เป็นการเข้าร่วมกันทำงาน เพื่อให้งานสำเร็จลุล่วงตามแผนธุรกิจ โดยแต่ละฝ่ายจะใช้ความรู้ความชำนาญความสามารถในการทำงานในส่วนที่ตนรับผิดชอบให้สำเร็จตามโครงการ และมีการแบ่งแยกการทำงานไว้อย่างชัดเจน โดยต่างฝ่ายต่างออกไปแบง้งหนี้และใบเสร็จรับเงินเฉพาะบริษัทของตน

⁶³ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และ ธนิญา ไตรวรรณ, "สถานะทางกฎหมายกับภาระภาษีของกิจการร่วมค้า (Joint Venture)," *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์*, เดือนตุลาคม - ธันวาคม (2540), หน้า 86-87.

⁶⁴ โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท*, หน้า 47.

สัญญากิจการค้าร่วม (Consortium Agreement) เป็นเพียงการลงนามร่วมกันในการทำสัญญากับเจ้าของโครงการเท่านั้น เพราะแต่ละฝ่ายจะรับผิดชอบในส่วนของตน ไม่มีการร่วมทุนหรือแบ่งปันผลกำไรหรือขาดทุนระหว่างกัน เมื่องานเสร็จสิ้นแล้วก็จะยุติลงเหมือนกิจการร่วมค้า กิจการร่วมค้าไม่มีชื่อเรียกตามเรียกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายรัชฎากร จึงไม่ต้องขอบัตรประจำตัวผู้เสียภาษีอากร แต่มีการเสียภาษีจากกำไรของแต่ละบริษัทนั่นเอง

กิจการร่วม หรือ “Consortium” ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดแต่อย่างใด เช่นเดียวกับกับกิจการร่วมค้าในรูปแบบไม่จดทะเบียน แต่เนื่องจากมีลักษณะที่แตกต่างจากกิจการร่วมค้า คือ ไม่มีการร่วมทุนหรือร่วมกันแบ่งผลกำไรและขาดทุนในกิจการ ด้านความรับผิดชอบโดยปกติแล้วกิจการร่วมต่างฝ่ายต่างรับผิดชอบ แต่บางกรณีอาจมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น โดยอาจจะปรากฏมีข้อสัญญาที่กำหนดให้ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก จึงได้มีผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายภาษีอากรบางท่านเห็นว่า กิจการลักษณะนี้ มิใช่กรณีเป็นกิจการร่วมค้า แต่ถือเป็น “กลุ่มบริษัท” (Consortium)⁶⁵ จึงไม่มีหน่วยภาษี (Tax entity) เกิดขึ้น และไม่มีการนำรายรับมาเสียภาษีในนามของหน่วยภาษีใหม่เหมือนกิจการร่วมค้า ต่างฝ่ายต่างต้องนำรายรับในส่วนในส่วนที่ตนได้รับจากกิจการร่วมไปรวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีในนามของตนเอง การรวมตัวกันในลักษณะนี้ผลประโยชน์ที่ผู้ลงทุนจะได้รับขึ้นอยู่กับผลการประกอบการหรือกำไรขาดทุนของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายโดยบางบริษัทอาจมีกำไร และบางบริษัทอาจจะขาดทุน แตกต่างกับการรวมกันโดยลักษณะของกิจการร่วมค้า ซึ่งมีการแบ่งผลกำไรขาดทุน โดยหากมีกำไรก็จะร่วมมีกำไรด้วยกัน ถ้าขาดทุนก็จะร่วมขาดทุนด้วยกัน และเนื่องด้วยเหตุที่กิจการร่วมนี้ไม่ถือเป็นหน่วยภาษีตามประมวลรัชฎากร จึงแตกต่างจากกิจการร่วมค้ารูปแบบไม่จดทะเบียนตามประมวลรัชฎากร ซึ่งถือเป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากผู้ร่วมค้า กิจการร่วมจึงต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล โดยที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีหน้าที่จะต้องเสียภาษีในนามตนเอง อีกทั้งในดำเนินธุรกิจนั้นกิจการร่วมจะไม่มีการร่วมลงทุนกัน การแบ่งผลประโยชน์จึงเป็นไปในลักษณะของการแบ่งรายได้ไม่ใช่การแบ่งผลกำไร

ในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบโดยปกติกิจการร่วม (Consortium) จะต่างฝ่ายต่างรับผิดชอบ เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น แตกต่างจากกิจการร่วมค้าประเภทไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ที่มีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกร่วมกันแต่ในระหว่างกันเอง อาจตกลงแบ่งแยกความรับผิดชอบได้ อีกทั้งยังแตกต่างจากกิจการร่วมค้ารูปแบบจดทะเบียน (Incorporated Joint Venture) ซึ่งผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาแยกเป็นอิสระจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ผู้ถือหุ้นคงรับผิดชอบเพียงจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบ

โดยสรุปกิจการร่วม “Consortium” จึงเป็นการมาร่วมกันทำธุรกิจแบบต่างคนต่างทำงาน แยกการรับผิดชอบในส่วนงานและแยกกันเสียภาษี

เพื่อให้มองเห็นความแตกต่างระหว่างกิจการร่วมค้า (Joint Venture) กับกิจการร่วม (Consortium) ชัดเจนมากยิ่งขึ้น จึงต้องพิจารณาจากแนววินิจฉัยของกรมสรรพากร ตัวอย่างดังต่อไปนี้

ทำสัญญาให้บริการแก่หน่วยงานราชการลักษณะเป็นที่ปรึกษาร่วมทำข้อเสนอแผนการดำเนินการในโครงการเดียวกัน โดยแต่ละบริษัทแบ่งแยกงานกันทำชัดเจน ไม่ได้ตกลงเข้าร่วมทุนหรือร่วมผลกำไรขาดทุน ไม่ได้ระบุในสัญญาว่าเป็นกิจการร่วมค้า ไม่ได้กำหนดในสัญญาให้ต้องรับ

⁶⁵ สุวรรณ วลัยเสถียร, เสียภาษีอย่างไรให้ประหยัด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติกรรม, 2531), หน้า.37.

ผิดร่วมกันไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ในสัญญาได้แบ่งงานและค่าตอบแทนอย่างชัดเจนต่างออกไปเสร็จ หรือใบแจ้งหนี้เฉพาะส่วนของบริษัทตัวเอง ไม่เข้าลักษณะกิจการร่วมค้า ตามมาตรา 39 ประมวลรัษฎากร (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0802/1728 ลงวันที่ 7 กันยายน 2536)

ยื่นประมูลงานก่อสร้างโดยแต่ละรายเสนอราคาเฉพาะงานส่วนของตน ไม่มีการร่วมลงทุน ผู้ว่าจ้างจะจ่ายเงินค่าจ้างเหมาแต่ละรายโดยตรงไม่มีการนำค่าจ้างเหมามาคำนวณกำไรมาแบ่งกัน กำไรขาดทุนเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้ร่วมลงทุนแต่ละราย แต่ถ้ามีความเสียหายเกี่ยวกับงานที่รับเหมาเกิดขึ้นไม่ว่าส่วนใด ผู้รับเหมาทุกคนต้องร่วมรับผิดชอบ ไม่เข้าลักษณะกิจการร่วมค้า เนื่องจากไม่มีการร่วมลงทุนและแบ่งผลกำไรขาดทุน (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0802/15520 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน 2527)

ร่วมกันลงทุนซื้อที่ดินแล้วขายไปเข้าลักษณะกิจการร่วมค้า จะแยกนำส่วนแบ่งกำไรไปเสียภาษีไม่ได้ จะต้องนำเงินได้จากการขายที่ดินนั้นมาเสียภาษีในนามกิจการร่วมค้า (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0802/8867 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2536)

การที่บริษัททำสัญญาร่วมทำงาน (Consortium Agreement) กับส่วนราชการหรือเอกชน ในสัญญาไม่ได้มีคำว่ากิจการร่วมค้า และไม่ได้ร่วมในผลกำไรขาดทุน แม้สัญญากำหนดให้รับผิดชอบร่วมกันต่อบุคคลภายนอกไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ไม่ได้ร่วมรับค่าตอบแทนตามสัญญาแบ่งแยกงานและค่าตอบแทนระหว่างกันอย่างชัดเจน ไม่เข้าลักษณะกิจการร่วมค้า (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0802/20901 ลงวันที่ 15 กันยายน 2538)

ตามสัญญาบริษัททั้งสามร่วมกันเป็นที่ปรึกษา ได้ร่วมกันทำสัญญากับสำนักงานเร่งรัดพัฒนาชนบท โดยตามสัญญาดังกล่าวกำหนดให้ที่ปรึกษาต้องรับผิดชอบร่วมกันในงานที่ทำไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ถือว่ากิจการที่ดำเนินร่วมกันนั้นเข้าลักษณะกิจการร่วมค้า (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0811/พ.ก.333 ลงวันที่ 11 กันยายน 2543)

ผู้รับจ้างร่วมกันเป็นผู้สนับสนุนเงินทุนในแต่ละงวดงาน ยอมผูกพันตนอย่างลูกหนี้ร่วมทุกประการ ในสัญญาไม่มีการแบ่งแยกงานและค่าตอบแทนที่ชัดเจน เข้าลักษณะกิจการร่วมค้ามีหน้าที่ยื่นคำขอมีเลขประจำตัวและบัตรประจำตัวผู้เสียภาษีอากร (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0811/6199 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 2543)

ในสัญญามีการแบ่งแยกงานและค่าตอบแทนของบริษัททั้งสองไว้อย่างชัดเจน โดยไม่ได้มีการเข้าร่วมทุนกัน ไม่ได้ร่วมกันในผลกำไรหรือขาดทุนตามสัญญา ไม่เข้าลักษณะกิจการร่วมค้า ต้องแยกกันเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในส่วนของตน (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0811/7748 ลงวันที่ 6 สิงหาคม 2544)

สัญญามีวัตถุประสงค์เข้าประกวดราคาก่อสร้างกับหน่วยงานราชการ ไม่มีการแบ่งแยกงาน ความรับผิดชอบและรับเงินค่าจ้างอย่างชัดเจน และกำหนดให้บริหารกิจการในรูปคณะกรรมการบริหารซึ่งแต่งตั้งจากนิติบุคคลทั้งสองฝ่าย โดยยึดถือหลักถ้อยที่ถ้อยอาศัย เพื่อประโยชน์สูงสุดของกิจการร่วมค้า สัญญาจ้างระบุชัดแจ้งว่าเข้าทำสัญญาในลักษณะกิจการร่วมค้า ไม่มีการแบ่งแยกงาน ความรับผิดชอบและการรับเงินค่างวดงาน จึงเข้าลักษณะกิจการร่วมค้า การที่บริษัทอ้างว่าไม่มีวัตถุประสงค์ดำเนินการในลักษณะกิจการร่วมค้าแต่มาร่วมดำเนินงานโดยอาศัยสัญญาระหว่างกัน

เท่านั้น ถือเป็นข้อตกลงภายในของกิจการร่วมค้าไม่อาจนำมาเป็นข้อยกเว้นในการปฏิบัติตามกฎหมายได้ (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0706/12698 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2546)

เข้าร่วมกันทำสัญญากับ ค. ในนามกิจการร่วมค้า หากการแบ่งแยกงาน ค่าใช้จ่าย ความรับผิดชอบ และค่าตอบแทน เป็นความตกลงที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัททั้งสองที่เข้าร่วมกิจการร่วมค้าเท่านั้น ภายใต้สัญญาการก่อสร้างกับ ค. บริษัททั้งสองอยู่ในฐานะผู้ร่วมดำเนินการที่ไม่มีข้อกำหนดในการแบ่งแยกงาน และค่าตอบแทนออกจากกันอย่างชัดเจน เข้าลักษณะเป็นกิจการร่วมค้า (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0706/12382 ลงวันที่ 21 ธันวาคม 2550)

สัญญาระหว่างบริษัทคู่ร่วม (Consortium Agreement) โดยตกลงแบ่งแยกหน้าที่ความรับผิดชอบ แบ่งแยกงาน แบ่งแยกค่าตอบแทนระหว่างบริษัทคู่ร่วมไว้ชัดเจนตามที่ปรากฏตามสัญญา เมื่อบริษัทคู่ร่วมทั้งสามไม่ได้ร่วมทุนกัน ไม่ว่าจะเงิน แรงงาน ทรัพย์สินหรือเทคโนโลยี ไม่แบ่งปันผลกำไร หรือขาดทุนในระหว่างสมาชิกบริษัทคู่ร่วม แม้ว่าในหนังสือแต่งตั้งตัวแทนจะระบุให้ต้องร่วมรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมต่อ ค. ก็ตาม เมื่อเรียกเก็บค่าบริการตามส่วนของการให้บริการของตนแยกต่างหากจากบริษัทคู่ร่วมอื่น โดยศ.ผู้จ่ายเงินได้หักภาษี ณ ที่จ่าย โดยแยกแต่ละบริษัท ถือว่ากิจการคู่ร่วมดังกล่าวไม่เข้าลักษณะกิจการร่วมค้า (หนังสือกรมสรรพากรที่ กค0702/8522 ลงวันที่ 11 ธันวาคม 2551)

เมื่อพิจารณาตัวอย่างแนววินิจฉัยของสรรพากรข้างต้นจึงพบว่ากิจการร่วมค้า (Unincorporated Joint Venture) จะมีลักษณะแตกต่างจากกิจการคู่ร่วม (Consortium) ดังนี้

(1) กิจการร่วมค้าจะมีการร่วมทุนกันในเงินทุน ทรัพย์สิน แรงงาน หรือเทคโนโลยี หรือร่วมกันในผลกำไรหรือขาดทุนอันจะพึงได้ตามสัญญาที่ร่วมกันทำกับบุคคลภายนอกในขณะที่กิจการคู่ร่วมไม่มีการร่วมลงทุนกันไม่จะเป็นเงิน แรงงาน ทรัพย์สินหรือเทคโนโลยี

(2) กิจการร่วมค้ามีการร่วมกันทำสัญญากับบุคคลภายนอก โดยระบุไว้ในสัญญาว่าเป็นกิจการร่วมค้าแม้จะอ้างว่าไม่มีวัตถุประสงค์ดำเนินการในลักษณะกิจการร่วมค้าแต่มาาร่วมดำเนินงานโดยอาศัยสัญญาระหว่างกันเท่านั้น ก็ถือเป็นข้อตกลงภายในของกิจการร่วมค้าเท่านั้น

(3) ความรับผิดชอบบุคคลภายนอกกิจการร่วมค้านั้นต้องรับผิดชอบร่วมกันในงานที่ทำทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ระหว่างกันเองอาจตกลงแบ่งแยกความรับผิดชอบได้กิจการร่วมค้ามีการรับค่าตอบแทนตามสัญญาร่วมกัน โดยสัญญากิจการร่วมค้านั้นไม่ได้ระบุแบ่งแยกงานและค่าตอบแทนระหว่างกันไว้อย่างชัดเจน ในขณะที่กิจการคู่ร่วมต่างฝ่ายต่างรับผิดชอบในงานที่ตนทำ แต่อาจมีข้อตกลงอื่นว่าให้ต้องร่วมรับผิดชอบกับบุคคลภายนอก สัญญาจะมีการแบ่งงานและค่าตอบแทนระหว่างกันไว้อย่างชัดเจน

(4) กิจการร่วมค้ามีการแบ่งผลกำไรขาดทุน ในขณะที่กิจการคู่ร่วม (Consortium) แบ่งรายได้ไม่ได้แบ่งผลกำไรขาดทุน

การประกอบกิจการในลักษณะการเข้าร่วมกันดำเนินการไม่จะเป็นเป็นกิจการร่วมค้าทั้งในรูปแบบกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) กิจการร่วมค้าแบบจดทะเบียน (Incorporated Joint Venture) หรือกิจการคู่ร่วม (Consortium) ต่างก็มีสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบแตกต่างกันไปสรุปได้ดังตารางนี้

ตาราง 3 ตารางเปรียบเทียบระหว่าง Consortium, Unincorporated Joint venture, Incorporated Joint Venture⁶⁶

หัวข้อ	Consortium	Joint venture	
		Unincorporated	Incorporated
1. สถานะทางกฎหมาย	ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ตาม ป.พ.พ. / พ.ร.บ. บริษัทมหาชนจำกัด	ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ตาม ป.พ.พ. / พ.ร.บ. บริษัทมหาชนจำกัด	มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น
2. ฐานะทางภาษี	ไม่เป็นหน่วยในทางภาษี (Tax Entity) คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องจ่ายภาษีเอง	เป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากผู้ร่วมค้า และต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล	เป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล
3. การลงทุน	ไม่มีการร่วมลงทุน	มีการร่วมลงทุน	มีการถือหุ้น
4. การแบ่งผลประโยชน์	เป็นการแบ่งรายได้ มิใช่แบ่งผลกำไรขาดทุน	มีการแบ่งผลกำไรขาดทุน	ได้รับส่วนแบ่งเป็นเงินปันผล
5. ผลประโยชน์ที่ผู้ลงทุนได้รับ	ขึ้นอยู่กับผลการประกอบการหรือกำไรขาดทุนของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย	นำกำไรมาแบ่งได้เต็มที่ ไม่ต้องมีสำรองตามกฎหมาย	เป็นไปตามนโยบายการแบ่งผลกำไรของบริษัท ผู้ลงทุนอาจได้รับเงินปันผลหลังจากมีการสำรองตามกฎหมายแล้ว (5%)
6. การขอรับการส่งเสริมการลงทุนและการถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน	ขอรับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI เป็นกลุ่มไม่ได้ แต่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้และคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะกอบกิจการตามบัญชี ก. และ ข. ของ ปว. 281 และจะถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้หรือไม่ ย่อมแล้วแต่สภาพของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย	ขอรับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI ไม่ได้ กิจกรรมร่วมค้าที่มีคนต่างด้าวเป็นหุ้นส่วนจะถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่ได้ และประกอบกิจการตามบัญชี ก. และ ข. ของ ปว. 281 ก็ไม่ได้	ขอรับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI ได้ บริษัทไทยที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ 49% ของทุนจดทะเบียน ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ในฐานะบริษัทไทย แต่ถ้ามีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่า 49% ของทุนจดทะเบียนถือเป็นคนต่างด้าว ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินได้เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจาก BOI

⁶⁶ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และ ธนิญา ไตรวรรณนท์, "สถานะทางกฎหมายกับภาระภาษีของกิจการร่วมค้า (Joint Venture)", หน้า 89-90.

หัวข้อ	Consortium	Joint venture	
		Unincorporated	Incorporated
7. ความรับผิดชอบ	โดยปกติต่างฝ่ายต่างรับผิดชอบ เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น	รับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกร่วมกัน แต่ระหว่างกันเองอาจตกลงแบ่งแยกความรับผิดชอบได้	ผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก บริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาแยกเป็นอิสระจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ผู้ถือหุ้นคงรับผิดชอบจำกัดเพียงจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบ
8. การขอหมายเลขประจำตัวผู้เสียภาษี	ไม่ต้องขอในนาม Consortium แต่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องขอ	ต้องขอในนามของกิจการร่วมค้าภายใน 60 วัน นับแต่วันเริ่มประกอบกิจการ	ต้องขอในนามบริษัทภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล
9. การเสียภาษีสำหรับเงินส่วนแบ่งรายได้/กำไร/เงินปันผล	แต่ละบริษัทต้องนำส่วนแบ่งรายได้ของตนไปรวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษี	หากผู้รับเงินส่วนแบ่งกำไรเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลไทยหรือต่างประเทศ แต่ประกอบกิจการในไทย จะได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีสำหรับเงินส่วนแบ่งกำไรนั้น	เงินปันผลที่ได้รับต้องเสียภาษี โดยผู้จ่ายต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย 10% เว้นแต่เงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทที่ได้รับ BOI หรือเป็นกรณีตาม ม.65 ทวิ (10) แห่งประมวลรัษฎากร
10. การเสีย VAT	แต่ละบริษัทต่างคนต่างจดทะเบียนและเสีย VAT	ต้องจดทะเบียนและเสีย VAT ในนามของกิจการร่วมค้า	ต้องจดทะเบียนและเสีย VAT ในนามของบริษัทใหม่ที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล

2.4.4 ข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติกรณีบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

แม้ผู้เขียนจะได้ทำการสัมภาษณ์รวบรวมข้อมูลและความคิดเห็นต่างๆจากผู้ประกอบกิจการที่ดำเนินธุรกิจด้านวิศวกรรมและการก่อสร้างระดับแนวหน้าของประเทศไทย แต่ก็มีข้อจำกัดของงานวิจัยในแง่ของผู้ประกอบกิจการด้านวิศวกรรมและการก่อสร้างส่วนใหญ่จะมีบุคคลากรที่มีความรู้และความเข้าใจในรูปแบบของการทำกิจการร่วมค้าไม่มาก และส่วนใหญ่จะมีภาระหน้าที่รับผิดชอบที่สูง ทำให้ปริมาณของผู้ตอบรับให้สัมภาษณ์สำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจำนวนไม่มากนัก อีกทั้งการบริหารงานของกิจการร่วมค่านั้น ดำรงอยู่บนพื้นฐานของข้อตกลงหรือสัญญากิจการร่วมค้า ที่อาจมีการกำหนดให้สมาชิกต้องปกปิดข้อมูลความลับของการบริหารจัดการกิจการร่วมค้า จึงอาจจะส่งผลให้ผู้ให้สัมภาษณ์ไม่อาจให้รายละเอียดถึงชื่อและรายละเอียดของกิจการร่วมค่านั้นๆได้ รวมไปถึงการที่ผู้ให้สัมภาษณ์ไม่สะดวกให้ระบุชื่อจริงในวิทยานิพนธ์

จากที่ได้ทำการสัมภาษณ์ผู้ประกอบกิจการที่ดำเนินธุรกิจด้านวิศวกรรมและการก่อสร้าง เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติในกรณีบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ผู้ให้สัมภาษณ์รายที่ 1 ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยกรรมการผู้จัดการใหญ่อาวุโสของบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย บริษัทประกอบกิจการด้านวิศวกรรมและการก่อสร้าง ดำเนินกิจการด้วยประสบการณ์และความเชี่ยวชาญมากกว่า 40 ปี จนเป็นที่ยอมรับในวงการก่อสร้าง โดยดำเนินธุรกิจรับเหมาก่อสร้างทั้งจากภาครัฐและเอกชน ซึ่งลักษณะงานก่อสร้างจะมีตั้งแต่โครงการก่อสร้างตั้งแต่ขนาดกลางไปจนถึงขนาดใหญ่ที่ต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะทางและเทคโนโลยีระดับสูง โดยลักษณะงานก่อสร้างที่ผู้ประกอบกิจการรับดำเนินการนั้นแบ่งเป็นงานโยธา และงานเครื่องกล ซึ่งแบ่งประเภทงานออกเป็น 5 ประเภท ได้แก่

1. งานก่อสร้างอาคาร
2. งานก่อสร้างสาธารณูปโภค
3. งานก่อสร้างด้านพลังงาน
4. งานก่อสร้างด้านสิ่งแวดล้อม
5. งานก่อสร้างด้านโรงงานอุตสาหกรรมขนาดใหญ่

ซึ่งการดำเนินการของบริษัทนั้นถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งในการสร้างรากฐานความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสาธารณูปโภคของประเทศ ผ่านทางการดำเนินโครงการก่อสร้างด้านสาธารณูปโภคต่างๆ เช่น รถไฟฟ้าขนส่งมวลชน ทางยกระดับ ทางด่วน ถนน และเขื่อนกักเก็บน้ำ เป็นต้น โดยมีเทคโนโลยีและเทคนิคการก่อสร้างที่ทันสมัยเข้ามาใช้ในงานก่อสร้าง

จากการสัมภาษณ์พบว่าในทางปฏิบัติธุรกิจสายงานรับเหมาก่อสร้าง บริษัทได้มีการเข้าทำกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัทมหาชนจำกัดด้วยกัน โดยการใช้บริษัทมหาชนจำกัดนั้นเองเข้าทำกิจการร่วมค้า โดยความเป็นกิจการร่วมค้าเกิดขึ้นตามข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างกัน มีลักษณะเป็นกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาตลอดจนสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเป็นไปตามข้อตกลงร่วมกันระหว่างคู่สัญญา เดิมทีเคยมีการเข้าทำกิจการร่วมค้าแบบจดทะเบียนตั้งเป็นบริษัท (Incorporated Joint Venture) อยู่บ้าง แต่สำหรับ

ธุรกิจงานก่อสร้างมักไม่ค่อยมีการเข้าทำกิจการร่วมค้าแบบจดทะเบียนตั้งเป็นบริษัท เนื่องมาจากธรรมชาติของการดำเนินงานในสายงานก่อสร้าง มักจะเป็นการรวมตัวกันเพียงช่วงระยะเวลาหนึ่ง เมื่อเสร็จสิ้นโครงการก็แยกกันไป ไม่ได้มีการก่อตั้งเป็นนิติบุคคลถาวร กิจการร่วมค้าจึงมีลักษณะคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนสามัญหลายประการ หากต้องการจะดำเนินการแบบถาวร จึงมักจะก่อตั้งเป็นบริษัท โดยสภาพจึงไม่ค่อยมีการร่วมค้าแบบจดทะเบียนเป็นบริษัทถาวรเกิดขึ้น แต่ก็อาจจะมีเกิดขึ้นบ้างภายใต้บังคับข้อกำหนดของรัฐบาล โดยหากจะใช้ผลงานของรัฐบาล กล่าวคือ ต้องการใช้ผลงานของคู่สัญญา กำหนดว่าจะต้องต้องเป็นจดทะเบียนเป็นบริษัทถาวร

เมื่อพิจารณาลักษณะกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) พบว่าจะเป็นการร่วมตัวในระยะเวลาชั่วคราว เนื่องจากไม่มีสถานะทางกฎหมาย จึงไม่ต้องจดทะเบียนกระทรวงพาณิชย์นั้น ซึ่งถือว่าเป็นความคล่องตัวทางธุรกิจ ไม่เช่นนั้นย่อมเกิดปัญหาความยุ่งยากในการทำบัญชี โดยมีเพียงการจดทะเบียนเพื่อเสียภาษีกับสรรพากรเท่านั้น ซึ่งการที่ประมวลรัษฎากรได้ให้คำจำกัดความกิจการร่วมค้าไว้ ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของกิจการร่วมค้าเท่านั้น ไม่ได้เป็นการให้สถานะทางกฎหมายกิจการร่วมค้าไว้แต่อย่างใด ในกรณีของบริษัท เมื่อมีการดำเนินธุรกิจแล้วเห็นว่าการเจริญเติบโตดี ก็อาจไปจดทะเบียนตั้งเป็นบริษัทใหม่ขึ้นเช่นกัน แต่ทั้งนี้ยังคงคำว่า “Joint Venture” ไว้ในชื่อบริษัทนั้นด้วย

ในส่วนของลักษณะการแบ่งงานของกิจการร่วมค่านั้น การดำเนินการมีทั้งแบบการแบ่งงานกันทำอย่างชัดเจน และแบบร่วมกันทำงานโดยการตั้งหน่วยขึ้นมาใหม่ ซึ่งต่างฝ่ายต่างส่งตัวแทนเข้ามาตั้งคณะบริหาร แล้วจึงมีจัดการเรื่องค่าใช้จ่ายในแต่ละทีมว่าจะมีการใช้จ่ายในแต่ละทีมอย่างไร

ลักษณะการแบ่งแยกความรับผิดชอบของบริษัทผู้เป็นคู่สัญญากิจการร่วมค่านั้น ในประเทศไทย มีแนวปฏิบัติของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ในกรณีผู้เสนอราคาเป็นกิจการร่วมค้า (Joint Venture) หรือกิจการค้าร่วม (Consortium) จะต้องแสดงสัญญากิจการร่วมค้า ซึ่งจะต้องมีข้อสัญญาระบุว่าคู่สัญญากิจการร่วมค้าหรือกิจการค้าร่วมทุกราย จะต้องรับผิดชอบร่วมกัน และแทนกัน (Jointly and Severally) ไม่มีการอนุญาตให้แบ่งแยกความรับผิดชอบ ไม่เช่นนั้นผู้ว่าจ้างจะตกเป็นผู้เสียเปรียบ ดังนั้นตามกฎหมายแล้วคู่สัญญากิจการร่วมค้าจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบร่วมกัน และแทนกัน แต่ในกรณีข้อตกลงภายในระหว่างคู่สัญญาจะเป็นอย่างอื่นจะเป็นเช่นไรนั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่ง ซึ่งถือเป็นการจัดการภายในระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมค้าเอง ทั้งนี้การที่กำหนดให้รับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน ก็เป็นไปเพื่อคำนึงถึงประโยชน์และคุ้มครองผู้ว่าจ้าง ซึ่งโดยทั่วไปสายงานธุรกิจก่อสร้าง ผู้ว่าจ้างจะไม่รู้ว่าผู้รับเหมาจะตกลงระหว่างกันภายในคู่สัญญาเช่นไร ผู้ว่าจ้างรับรู้เพียงแต่โครงการที่มอบหมายให้กิจการร่วมค้ารับผิดชอบนั้น มีคู่สัญญาเป็นใครร่วมกับใคร แต่เมื่อมีเหตุให้ต้องรับผิดชอบต่อผู้ว่าจ้าง คู่สัญญาก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน (Jointly and Severally)

ดังนั้น แม้ว่าจะมีการจัดการภายในระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมค้าแยกงานและมีข้อตกลงแบ่งแยกความรับผิดชอบ หากคู่สัญญายังไม่ล้มละลายหรือโดนปรับเรียกค่าเสียหาย ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นเจ้าของงานย่อมยอมรับได้ แต่ต้องเขียนในสัญญาตอนประประมูลงาน แต่เมื่อใดที่มีปัญหาหางานล่าช้า หรือคู่สัญญาอีกฝ่ายล้มละลาย คู่สัญญากิจการร่วมค้าอีกฝ่ายต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน (Jointly and Severally)

อย่างไรก็ดี ในประเด็นเรื่องการจัดการภายในระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมค้าโดยการเขียนสัญญาตอนประมวลงานว่าแยกกันรับผิดชอบอย่างไรนั้น โดยปกติงานราชการจะไม่อนุญาตให้กระทำยกเว้นงานก่อสร้างที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีขั้นสูง เช่น การสร้างโรงไฟฟ้า เนื่องจากไม่เช่นนั้นต่างชาติจะไม่มาร่วมลงทุนด้วย ซึ่งแนวโน้มกิจการร่วมค้างานก่อสร้างนี้ หากรัฐบาลไม่ใช่เงินกู้กิจการร่วมค้าต่างชาติแทบไม่เกิดขึ้น เพราะต่างชาติมักไม่ยอมรับในหลักการของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุของไทยนี้เอง

การเข้าทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) นั้น มีพื้นฐานมาจากความต้องการในการรวมตัวกันของบริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป แล้วให้ประโยชน์มากกว่าแค่การที่สองบริษัทหรือมากกว่ารวมตัวกัน (Synergy) กล่าวคือ จะต้องเป็นการรวมตัวกันแล้วก่อประโยชน์มากขึ้นกว่าเดิมที่องค์กรของตนสามารถทำได้โดยลำพัง เช่น หากเห็นว่าบริษัทขาด Know How จึงเข้าทำกิจการร่วมค้ากับกลุ่มที่มี Know How หรือกรณีมีการเงินไม่แข็งแรงก็จะเข้าทำกิจการร่วมค้ากับบริษัทที่มีความมั่นคงทางการเงิน ในขณะที่บริษัทที่มีการเงินแข็งแรง แต่ไม่มี Know How ก็อาจจะต้องการผลประโยชน์ต่างตอบแทนในส่วนนี้กับบริษัทที่มี Know How จึงเกิดการเข้าทำกิจการร่วมค้าขึ้นมา ซึ่งโดยสรุปแล้ว การเข้าทำกิจการร่วมค้าจึงเป็นเรื่องผลประโยชน์ต่างตอบแทนเป็นหลัก หากโครงการใดที่บริษัทมีศักยภาพสามารถทำได้ด้วยตนเอง ก็จะไม่เกิดกรณีการเข้าทำกิจการร่วมค้าขึ้น การพิจารณาจึงต้องมองในประเด็นผลประโยชน์ต่างตอบแทนเป็นรายกรณีไป

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ กล่าวไว้เพียงแค่ว่าคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน (Jointly and Severally) การที่ผู้รับเหมาต่างชาติไม่เข้ามาดำเนินกิจการร่วมค้าในประเทศไทย เนื่องจากระเบียบพัสดุ ๆ นี้กำหนดให้มีค่าปรับที่ไม่จำกัดจำนวน ซึ่งในต่างประเทศจะมีการจำกัดไว้ ผู้รับเหมาก่อสร้างต่างชาติต้องการให้เป็นอย่างกิจการค้าร่วม (Consortium) ที่แยกความรับผิดชอบของคู่สัญญาออกจากกัน ไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน (Jointly and Severally) แต่ในความเป็นจริงแล้ว แม้จะเป็นกิจการค้าร่วม (Consortium) ก็มีความเห็นว่าอย่างไรก็ตาม คู่สัญญากิจการร่วมค้าก็ยังคงรับผิดชอบร่วมกันแทนกันอยู่ต่อผู้ว่าจ้าง เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นก็ต้องร่วมรับผิดชอบกัน แต่หากไม่มีกรณีเกิดความเสียหายขึ้น จะมีการแบ่งแยกความรับผิดชอบของแต่ละฝ่ายอย่างไรก็สามารถกระทำได้

นอกจากนี้กรณีที่บริษัทได้มีการทำกิจการค้าร่วม (Consortium) ด้วยเช่นกัน ซึ่งโดยทั่วไปนั้นพบว่าไม่มีนิยามทางกฎหมายของกิจการค้าร่วม แต่การทำกิจการค้าร่วมจะสามารถจัดการแยกบัญชีได้ โดยที่กิจการค้าร่วมจะแบ่งแยกใบเสร็จเพื่อส่งไปเก็บค่าใช้จ่ายกับผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นเจ้าของงาน จึงไม่มีบัญชีกลางให้เกิดความยุ่งยาก ในขณะที่กิจการร่วมค้า (Joint Venture) ต้องมีบัญชีกลาง เนื่องจากตอนจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม (Vat) นั้นเป็นการจดทะเบียนในนามกิจการร่วมค้า (Joint Venture)

อย่างไรก็ดี จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นไม่ว่าจะเป็นกิจการค้าร่วม หรือ กิจการร่วมค้า เมื่อเวลาเกิดปัญหาขึ้นมา คู่สัญญาก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบกันที่สุดในที่สุด ในบางหน่วยราชการจึงอาจให้ใช้กิจการค้าร่วม (Consortium) ได้ แต่ต้องมีข้อตกลงต่อท้ายว่าจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน (Jointly and Severally) เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ว่าจ้าง

ความคิดเห็นเกี่ยวกับแนวโน้มการทำกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัทมหาชนจำกัดในประเทศไทยนั้น มีความเห็นว่าในปัจจุบันมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ หากมองในมุมของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ที่ถือปฏิบัติกันอยู่ถือว่าเป็นข้อดีอยู่แล้ว เนื่องจากรัฐบาลปฏิบัติต่อผู้รับเหมาของไทยและต่างประเทศอย่างเท่าเทียมกัน ในกรณีการปรับแบบไม่จำกัดจำนวนเท่าเทียมกัน ทำให้ต่างชาติไม่กล้ามาค้าแข่ง จึงเป็นการป้องกันการแย่งงานในตลาดไปในตัว เพราะผู้รับเหมาต่างประเทศเมื่อเห็นว่ามีค่าปรับแบบไม่จำกัดส่งผลให้ผู้รับเหมาต่างประเทศไม่กล้าเสี่ยง แต่ก็มีบางประเทศที่เข้ามาดำเนินกิจการในประเทศไทย เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน เป็นต้น

ในส่วนของนโยบายของต่างประเทศที่บังคับให้คนที่มาทำกิจการก่อสร้างต้องทำเป็นรูปแบบกิจการร่วมค้ากับบริษัทในประเทศนั้น มีความเห็นว่าเป็นไปเพื่อป้องกันประเทศตนเอง ส่งผลให้คนในประเทศมีงานและรายได้ แม้กระทั่งประเทศไทยก็บังคับว่าต้องเป็นสัญชาติไทย ยกเว้นงาน International Bid เงินกู้ระหว่างประเทศ เนื่องจากบางองค์กร เช่น JBIC บังคับให้ต้องมีความรับผิดชอบที่จำกัด แต่ถ้าเป็นเงินกู้ในประเทศของรัฐบาลเองจะมีการรับผิดชอบไม่มีจำกัด เนื่องจากไม่ต้องอาศัยเงินกู้จากต่างประเทศ จึงมีความเห็นว่าการร่วมค้ากับต่างชาติจึงมีน้อยลง เพราะมีประเด็นเรื่องการต้องรับผิดชอบไม่จำกัด ปัจจุบันจึงเป็นการทำกิจการร่วมค้าระหว่างบริษัทไทยกันเอง เนื่องจากระเบียบพัสดุ ฯ มีแนวทางปฏิบัติราชการ แต่แนวปฏิบัติเช่นนี้ไม่ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้รับเหมาต่างชาติไม่สามารถยอมรับแนวปฏิบัติดังกล่าวนี้ได้ แต่ก็มีหลายบริษัทต่างชาติที่มาตั้งในประเทศไทย ก็อาจมีประเด็นเรื่องการใช้นominee แทน

เมื่อกกล่าวถึงระเบียบพัสดุ ฯ นี้พบว่าในทางปฏิบัติจะมีการปรับเรื่อยๆ ไปจนถึง 10 เปอร์เซ็นต์ เมื่อถึง 10 เปอร์เซ็นต์ แนวทางปฏิบัติรัฐบาลจะให้เลือกว่าจะทำต่อไปหรือจะเลิกสัญญา ซึ่งหากยืนยันจะทำต่อไปก็จะมีการปรับไปเรื่อยๆ แต่ถ้าทำงานเสร็จก็ยังสามารถประมูลงานต่อไปได้ แต่หากตัดสินใจไม่ทำต่อและตกลงเลิกสัญญา จะโดนขึ้นบัญชีดำห้ามเข้าประมูลงาน 10 ปี ซึ่งเหล่านี้ก็ถือเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของรัฐ เอกชนไทยยอมรับแนวปฏิบัตินี้มานาน แต่ผู้รับเหมาต่างชาติยังไม่ยอมรับแนวปฏิบัตินี้ เนื่องจากไม่มีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติซึ่งเปลี่ยนแปลงได้ จึงถือเป็นการแบกรับความเสี่ยงหากคู่สัญญาฝ่ายไทยผิดสัญญาขึ้นมา บริษัทต่างชาติก็มีความเสี่ยง โดยปัจจุบัน ก.ล.ต. พิจารณาว่าหากเป็นรัฐบาลให้รับผิดชอบไม่จำกัด ก.ล.ต. ยอมรับได้ แต่หากเป็นเอกชนใดที่รับผิดชอบไม่จำกัด ก.ล.ต. จะไม่ยอมรับและไม่อนุญาต เช่นเดียวกันกับ ก.ล.ต. ในต่างประเทศ

ดังนั้นจึงมีความเห็นว่าการร่วมค้าในสายงานธุรกิจก่อสร้าง โดยธรรมชาติของการดำเนินกิจการจะมีการร่วมกันดำเนินการชั่วระยะเวลาหนึ่ง เมื่อเสร็จสิ้นแล้วแยกย้ายกันไป มีความเห็นว่า บางครั้งการเลือกที่จะเข้าร่วมทำกิจการร่วมค้าโดยคำนึงผลประโยชน์ต่างตอบแทนก็เป็นดาบ 2 คม ทำให้ผู้รับเหมาระดับกลางลำบาก เนื่องจากบริษัทขนาดใหญ่ที่มีศักยภาพก็มักไม่ไปทำกิจการร่วมค้ากับผู้รับเหมาระดับกลาง เนื่องจากหากบริษัทมีศักยภาพสามารถทำโครงการได้เองอยู่แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นจะต้องไปทำกิจการร่วมค้าด้วย ทำให้ผู้รับเหมาระดับกลางจึงต้องไปทำกิจการร่วมค้ากับผู้รับเหมาจากต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน หากจะทำกิจการร่วมค้ากับผู้รับเหมาญี่ปุ่นก็ต้องเป็นบริษัทที่มีฐานอยู่ในไทยมาก่อน ซึ่งรัฐธรรมเนียมนิยมปฏิบัติกันมาแล้ว ซึ่งไม่ค่อยพบผู้รับเหมาจากสหรัฐอเมริกา หรือยุโรป ออสเตรเลีย โดยผู้รับเหมาต่างชาติอ้างว่ารัฐบาลไม่ยอมรับ

จึงมีความคิดเห็นว่าจะเป็นการกีดขวางด้าน Know How ด้านก่อสร้าง แต่ประเด็นเรื่อง Know How นี้ไม่เป็นอุปสรรคสำหรับผู้รับเหมาไทย เนื่องจาก know How ด้านการก่อสร้างนั้นสามารถศึกษาเรียนรู้กันได้ ไม่เหมือนกรณีโรงไฟฟ้าที่เป็นระบบ process ที่มีลักษณะของ Know How เฉพาะด้าน

ผู้ให้สัมภาษณ์รายที่ 2 ดำรงตำแหน่งกรรมการอิสระและกรรมการตรวจสอบบริษัท โดยเป็นบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เป็นหนึ่งในบริษัทที่ประกอบกิจการด้านวิศวกรรมและการก่อสร้างที่ใหญ่ที่สุดในประเทศ ดำเนินกิจการด้านวิศวกรรมและการก่อสร้างทั้งในไทยและต่างประเทศ ด้วยประสบการณ์และความเชี่ยวชาญมากกว่า 30 ปี บริษัทมีความโดดเด่นเป็นผลมาจากศักยภาพด้านเทคนิคการผลิต ซึ่งมีความหลากหลาย ส่งผลให้บริษัทสามารถดำเนินงานได้หลายประเภทจนเป็นที่ยอมรับในวงการก่อสร้าง โดยดำเนินธุรกิจรับเหมาก่อสร้างทั้งจากภาครัฐและเอกชน โดยลักษณะงานก่อสร้างจะมีทั้งงานก่อสร้างอาคารสูง โรงพยาบาล และห้างสรรพสินค้า โรงแรม และโครงการบ้านจัดสรร งานก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐาน เช่น ถนน ทางยกระดับ ทางด่วน ทางรถไฟ และสะพาน เชื้อเพลิง อ่างเก็บน้ำ ท่าเทียบส่งเรือ และเขื่อนกั้นน้ำ เป็นต้น นอกจากนี้ยังดำเนินกิจการก่อสร้างที่อาศัยเทคโนโลยีขั้นสูง เช่น การก่อสร้างโรงไฟฟ้า งานอุโมงค์ และงานดินท่อใต้ดิน เป็นต้น

บริษัทดำเนินธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง โดยรับงานจากหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และเอกชน ซึ่งมีทั้งงานที่เป็นผู้รับเหมาโดยตรง ผู้รับเหมาช่วง และกิจการร่วมค้า (Joint Venture) บริษัทเป็นผู้รับเหมาชั้นนำของหลายหน่วยงานของรัฐ มีสิทธิเข้าประกวดราคางานได้ทุกประเภทของกรมทางหลวง โดยไม่จำกัดระยะเวลาและจำนวนเงิน และยังเป็นผู้รับเหมาที่ได้จดทะเบียนกับหน่วยราชการต่างๆ ในการรับงานแต่ละโครงการบริษัทจะรับงานโดยวิธีการประกวดราคา หรือการว่าจ้างโดยตรง เนื่องจากผลงานที่ผ่านมาส่งผลให้เกิดความเชื่อมั่นกับผู้ว่าจ้าง

นอกจากนี้บริษัทยังได้ดำเนินกิจการรับเหมาก่อสร้างร่วมกับบริษัทอื่นในลักษณะกิจการร่วมค้า (Joint Venture) เพื่อประมูลโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง หรือโครงการที่บริษัทยังขาดประสบการณ์การทำงานมาก่อน โดยร่วมกันเพื่อให้มีคุณสมบัติและศักยภาพครบที่ผู้ว่าจ้างต้องการ หรือเพื่อใช้ประโยชน์จากเครื่องจักร และความชำนาญของบุคลากรของแต่ละฝ่าย

ในสายงานธุรกิจวิศวกรรมและการก่อสร้าง บริษัทซึ่งเป็นบริษัทมหาชนจำกัดจะมีการเข้าทำกิจการร่วมค้าโดยมีการเข้าทำกิจการร่วมค้าด้วยตนเอง และมีบางกรณีที่ใช้บริษัทย่อย ซึ่งเป็นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้าทำกิจการร่วมค้า

โดยการเข้าทำกิจการร่วมค้ากันนั้นมักมีการผลิตเปลี่ยนคู่สัญญากิจการร่วมค้าอยู่เรื่อยๆ ขึ้นอยู่กับลักษณะงานก่อสร้างนั้นๆ เช่น งานก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานจำพวกรถไฟฟ้า ก็จะมีการเข้าทำกิจการร่วมค้ากับต่าง เช่น ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งบริษัทต่างชาติเหล่านี้ไม่สามารถเข้ามารับงานก่อสร้างในไทยด้วยตัวเองได้อย่างเต็มตัว เนื่องจากข้อจำกัดทางด้านกฎหมายที่กำหนดให้ต้องคู่สัญญาเป็นบริษัทสัญชาติไทย แต่เพราะความจำเป็นด้านการกู้ยืมเงินจากประเทศญี่ปุ่น ทำให้จะต้องเข้าทำกิจการร่วมค้ากับบริษัทญี่ปุ่น

ลักษณะการเข้าร่วมทำกิจการร่วมค้ำนั้น โดยทั่วไปธุรกิจสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้าง มักเป็นการรวมตัวกันดำเนินงานชั่วระยะหนึ่งอาจจะมีกำหนด 3 - 5 ปี จนกว่าโครงการจะแล้วเสร็จ ซึ่งมีความเห็นว่าธุรกิจสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้างเป็นธุรกิจที่มีการเข้าทำกิจการร่วมค้ำกันอย่างคล่องตัว เป็นธุรกิจที่น่าจับตามองในอนาคต

การเข้าทำกิจการร่วมค้ำของบริษัทกับคู่สัญญากิจการร่วมค้ำ มักจะเป็นไปในแง่ของการรวมความเชี่ยวชาญของแต่ละฝ่าย โดยที่ผ่านมานี้บริษัทได้เรียนรู้ด้านการก่อสร้างโครงสร้างอุโมงค์มาจากเข้าร่วมทำกิจการร่วมค้ำกับบริษัทญี่ปุ่นที่มีทักษะและความเชี่ยวชาญ ทำให้ในปัจจุบันบริษัทจึงเป็นบริษัทที่มีศักยภาพและความเชี่ยวชาญในการก่อสร้างอุโมงค์ ดังนั้น เมื่อบริษัทมีชื่อเสียงและผลงานจึงเป็นปัจจัยหลักในการสร้างความเชื่อมั่นให้ผู้ว่าจ้างงานของบริษัท ส่งผลให้เป็นผู้มีคุณสมบัติดีที่จะเข้าประมูลงานในแต่ละโครงการ ซึ่งบริษัทถือเป็นผู้รับเหมาชั้นนำของหลายหน่วยงาน เช่น เป็นผู้รับเหมาซึ่งมีสิทธิเข้าประกวดราคางานทางได้ทุกประเภทของกรมทางหลวง โดยไม่จำกัดระยะทางและจำนวนเงิน

สำหรับแนวโน้มของกิจการร่วมค้ำในประเทศไทย ในสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้าง พบว่ามีแนวโน้มจะขยายธุรกิจออกไปจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ถูกหมายกำหนดเกี่ยวกับผู้รับเหมาต่างชาติว่า ผู้รับเหมาต่างชาติจะไม่สามารถมารับงานด้วยตนเอง จึงจำเป็นต้องหาคู่ค้ำซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติไทยเข้าทำกิจการร่วมค้ำกัน นอกจากนี้กรณีบริษัทขนาดเล็กถึงขนาดกลางที่ไม่มีเงินทุนเพียงพอ ก็สามารถขยายธุรกิจของตนได้โดยอาศัยการเข้าทำกิจการร่วมค้ำกับบริษัทอื่น จึงมีความคิดเห็นว่าหากมีการทำกิจการร่วมค้ำเพิ่มขึ้น ย่อมส่งผลดีต่อเศรษฐกิจแน่นอน เพราะเมื่อมีการร่วมตัวกันของบริษัทต่างๆ ก็เกิดการขยายตัวของธุรกิจ จึงเห็นสมควรส่งเสริม ให้มีการทำกิจการร่วมค้ำเพิ่มมากยิ่งขึ้นในอนาคต

พบว่าจากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งประกอบธุรกิจสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้าง พบว่ากิจการร่วมค้ำเป็นรูปแบบการดำเนินการทางธุรกิจของผู้รับจ้างที่จะช่วยเพิ่มศักยภาพด้านต่างๆของการดำเนินธุรกิจโครงการก่อสร้าง ซึ่งวัตถุประสงค์ของการเข้าทำกิจการร่วมค้ำในสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้างนั้น มีพื้นฐานมาจากผลประโยชน์ต่างตอบแทนที่แต่ละฝ่ายมุ่งหวังว่าจะได้รับจากการเข้าร่วมทำกิจการร่วมค้ำกัน ซึ่งโดยทั่วไปผู้ประกอบการธุรกิจสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้างมีวัตถุประสงค์ในการเข้าร่วมกัน (Synergy) โดยมียุทธศาสตร์ใจดังต่อไปนี้

1. เหตุผลด้านการเงิน

ในโครงการที่มีขนาดใหญ่หรือจำเป็นต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก ผู้ประกอบการแต่ละฝ่ายอาจขาดความเข้มแข็งในด้านเงินทุน จึงมีความจำเป็นที่จะร่วมกันกับคู่สัญญากิจการร่วมค้ำเพื่อเพิ่มความน่าเชื่อถือในตลาดเงินทุน

2. เหตุผลทางด้านเทคโนโลยี

ผู้ประกอบการบางรายอาจไม่ประสบปัญหาเรื่องการจัดหาเงินทุน แต่ขาดเครื่องจักร อุปกรณ์เทคโนโลยีขั้นสูง ซึ่งเหล่านี้ย่อมก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น การเข้าร่วมทำกิจการร่วมค้ากับคู่สัญญาที่สามารถจัดหาสิ่งเหล่านั้น หรือมีเครื่องจักร อุปกรณ์เทคโนโลยีขั้นสูง อยู่แล้วก็สามารถเข้าดำเนินกิจการได้อย่างรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

3. เหตุผลด้านการถ่ายทอดทักษะความชำนาญ (Know How)

กิจการร่วมค้าอาจเกิดขึ้นจากความต้องการแลกเปลี่ยนหรือเรียนรู้เกี่ยวกับการใช้ทักษะในการดำเนินงานเทคโนโลยีต่างๆ ซึ่งบางครั้งในธุรกิจสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้าง บริษัทที่เข้าร่วมทำกิจการร่วมค้ากับบริษัทอื่นก็ย่อมได้รับประโยชน์จากการทำกิจการร่วมค้าในระยะยาวคือได้มีการแลกเปลี่ยนหรือเรียนรู้เกี่ยวกับการใช้ทักษะในการก่อสร้าง

นอกจากนี้ จากการที่ได้สัมภาษณ์พบว่าผู้ประกอบการในสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้างนั้นมักจะมีการเข้าทำกิจการร่วมค้าในลักษณะกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ซึ่งเป็นกิจการร่วมค้าที่เกิดขึ้นตามข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมค้า ไม่มีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแต่อย่างใด เนื่องจากด้วยลักษณะงานก่อสร้างนั้น ธรรมชาติของงานก่อสร้างจะเป็นการรวมตัวกันทำงานในช่วงระยะเวลาหนึ่งจนกว่าโครงการจะเสร็จ ซึ่งอาจใช้เวลา 3-5 ปี ไม่มีลักษณะเป็นการก่อตั้งร่วมกันเป็นการถาวรแต่อย่างใด โดยในทางปฏิบัติบริษัทมหาชนจำกัดเหล่านี้จะเข้าทำกิจการร่วมค้าด้วยเอง หรืออาจมีการใช้บริษัทย่อยเข้าทำกิจการร่วมค้า

ผู้เขียนมีความเห็นว่าจากบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งห้ามไว้อย่างชัดเจนว่าบริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด อาจส่งผลทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าบริษัทมหาชนจะเข้าเป็นผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ไม่ได้สืบเนื่องจากผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ที่วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่ากิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวน ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าจึงต้องร่วมกันรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค้านั้น กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ

ดังนั้นจากผลของคำพิพากษานี้ ทำให้การที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าอาจเสี่ยงต่อการขัดต่อบทบัญญัติพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 หากเกิดปัญหาต้องรับผิดร่วมกันระหว่างคู่สัญญาและถูกตีความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ทำให้กิจการที่บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้านั้นเสียไป เนื่องจากพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 วรรคสอง ได้วางหลักว่าความตกลงอันใดมีผลเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ ทำให้บริษัทมหาชนจำกัดเหล่านี้อาจตกอยู่ในความเสี่ยง การจัดการใดๆที่ได้กระทำไปเป็นอันเสีย

ไปทั้งหมด ซึ่งอาจจะเกิดความเสียหายอย่างมหาศาล ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นอุปสรรคในภาพรวมต่อการประกอบธุรกิจ เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่มีเงินทุนและศักยภาพในการดำเนินธุรกิจที่ต้องใช้เงินทุนและเทคโนโลยีสูง ในปัจจุบันบริษัทที่มีศักยภาพในการทำกิจการร่วมค้าได้ก็น่าจะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่หากจะต้องถูกจำกัดห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ทั้ง ๆ ที่บริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถกระทำได้ โดยในปัจจุบันก็ยังไม่มีความพิพากษาที่แน่ชัดถึงสถานภาพของกิจการร่วมค้า อีกทั้งบทบังคับกฎหมายในประเทศไทยนั้นไม่มีบทบัญญัติถึงสถานภาพของกิจการร่วมค้าเอาไว้ เพียงรับรู้กันว่าเป็นการรวมตัวของกิจการตั้งแต่สองกิจการขึ้นไปเพื่อดำเนินการอย่างใดซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนสามัญ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าบริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าไม่ได้

2.5 แนวคิดที่ห้ามมิให้บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน

ในปัจจุบันเป็นที่แน่ชัดว่านิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล และห้างหุ้นส่วนจำกัดสามารถเป็น “ผู้ถือหุ้น” ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดได้ เนื่องจากมีบทบัญญัติกฎหมายรับรองให้กระทำได้ โดยในกรณีบริษัทจำกัดจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 ที่บัญญัติว่า

“อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือบริษัทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยมีผู้ถือหุ้นต่างรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือ”

ในกรณีบริษัทมหาชนจำกัด ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 15 ที่บัญญัติว่า

“บริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระและบริษัทดังกล่าวได้ระบுவัตถุประสงค์เช่นนั้นไว้”

ดังนั้นจากการพิจารณาทั้งบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 15 จึงสามารถสรุปได้ว่าผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดนอกจากบุคคลธรรมดาแล้วยังรวมไปถึงนิติบุคคลอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ดีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติชัดแจ้งว่าบริษัทหรือนิติบุคคลอื่นสามารถเข้าเป็น “หุ้นส่วน” ในห้างหุ้นส่วนทั้งประเภทห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล หรือห้างหุ้นส่วนจำกัดได้หรือไม่โดยพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ซึ่งบัญญัติว่า

“อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่นำมาใช้กับห้างหุ้นส่วนทุกรูปแบบตลอดจนบริษัทจำกัด ซึ่งการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้วางหลักว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดเป็นสัญญาที่จะต้องมิ “บุคคล” ตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้าร่วมทำกิจการ

ร่วมกัน แต่ไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ระบุถึง “บุคคล” ว่าเป็น “บุคคลธรรมดา” เท่านั้น รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าให้รวมไปถึง “นิติบุคคล” มีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3657/2531 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่านิติบุคคลก็อาจเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ซึ่งหากบุคคลที่ตกลงเข้ากันในกรณีบริษัทจำกัดหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดมีได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ย่อมแสดงให้เห็นว่า “บุคคล” ตามมาตรา 1012 อาจมีความหมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย จึงก่อให้เกิดข้อพิจารณาว่าบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับกับห้างหุ้นส่วนแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดที่ใช้บังคับกับบริษัทตรงที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า “นิติบุคคลจะสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือไม่” แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้บัญญัติเอาไว้ โดยพิจารณาได้จากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ซึ่งได้บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้บริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

ความตกลงอันใดมีผลเป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั้งสองพบว่าบทบัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนเกี่ยวกับการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนของบริษัทมหาชนจำกัดแตกต่างกับบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่บังคับใช้กับห้างหุ้นส่วนและบริษัท โดยจะเห็นได้ว่าการร่างพระราชบัญญัติ บริษัทมหาชนจำกัดนั้นมีเจตนารมณ์ที่จะให้นิติบุคคลรวมไปถึงบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนขององค์กรธุรกิจรูปแบบใดๆ ภายใต้กฎหมายไทย แต่ด้วยหลักการคำนึงถึงผู้ถือหุ้นรายย่อยและเพื่อปกป้องสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยไม่ได้รับความเสียหาย ผู้ยกร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 จึงห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด ไม่ว่าจะโดยการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยอนุญาตให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นได้แต่เพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน และเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้เท่านั้น บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ หากได้ทำสัญญาอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ก็จะตกเป็นโมฆะ

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 และมาตรา 15 ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 และการที่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติชัดแจ้งในการห้ามมิให้นิติบุคคลเป็นสมาชิกในองค์กรธุรกิจใด ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่านิติบุคคลจึงสามารถเป็นสมาชิกในองค์กรธุรกิจได้ในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ในห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญอาจจะไม่ใช่แต่เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่บริษัทจำกัด⁶⁷ รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่น ๆ ก็ยังสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญได้ ยกเว้นบริษัทมหาชนที่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 12 ได้บัญญัติห้ามไว้

(2) ในห้างหุ้นส่วนสามัญที่ได้จดทะเบียน หรือที่เรียกกันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลอาจจะเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดา รวมไปถึงบริษัทจำกัดและ

⁶⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกความเห็นของสำนักงานกฤษฎีกาหมายเลข 74/2491 และ 3546/2488.”

ห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่น ๆ ยกเว้นบริษัทมหาชนที่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 12 ได้บัญญัติห้ามไว้

(3) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนอาจจะเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล รวมไปถึงบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัดเฉพาะกรณีมาเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลต่าง ๆ

(4) ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดนอกจากบุคคลธรรมดาแล้วยังรวมถึงนิติบุคคลอีกด้วย กล่าวคือ บริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่น ๆ สามารถเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดได้

แต่อย่างไรก็ดี มีความเห็นว่าผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นจะเป็นได้แค่เพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้น และการจัดการในรูปแบบที่มีบริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนเป็นเพียงแต่ลักษณะของการทำข้อตกลงและความผูกพันโดยสัญญาภายใต้บทบัญญัติกฎหมายไทย ซึ่งมีการนำบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในฐานะบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ บางมีความคิดเห็นไปในทางตรงกันข้ามถึงขนาดว่าไม่ควรให้บริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะต้องรับผิดในหนี้ทั้งหลายของบริษัทอย่างไม่จำกัด หากยอมให้บริษัทจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนได้อาจจะเป็นช่องทางให้มีการหลีกเลี่ยงความรับผิด เนื่องจากบุคคลธรรมดาผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังนั้นจึงเสี่ยงโดยการจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นมาแล้วนำบริษัทจำกัดมาเป็นหุ้นส่วนแทน ซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดย่อมรับผิดเพียงเท่าค่าหุ้นที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบเท่านั้น หากบุคคลผู้นั้นส่งใช้ค่าหุ้นครบถ้วนแล้วย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดไป จึงควรให้บริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

ซึ่งผู้เขียนมีความคิดเห็นในประเด็นนี้แตกต่างออกไป เนื่องจากบุคคลธรรมดาก็มีทรัพย์สินอย่างจำกัด ดังนั้นการที่บุคคลธรรมดาเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด แม้กฎหมายจะให้รับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด แต่การที่บุคคลผู้นั้นจะใช้หนี้ของห้างหุ้นส่วนได้ครบถ้วนหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าเขามีความสามารถในการชำระหนี้เพียงใด กล่าวคือ บุคคลธรรมดานั้นมีทรัพย์สินที่ถูกบังคับให้นำมาชำระหนี้ว่ามีอยู่เพียงใด จึงยอมให้ผลที่ไม่แตกต่างกับกรณีของบริษัทจำกัดที่เข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

ดังนั้น แนวคิดที่ว่าบริษัทจะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่ จึงได้มีการถกเถียงกันมาเป็นเวลายาวนาน โดยมีทั้งความเห็นที่มาจากแนวคิดและทฤษฎีในต่างประเทศและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ระเบียบวิธีปฏิบัติ และการตีความของศาลและคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเทศไทยในที่นี้ผู้เขียนจะอธิบายเฉพาะในส่วนของกฎหมายไทย โดยในส่วนแนวคิดและทฤษฎีในต่างประเทศที่บริษัทจะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่อย่างไรนั้นผู้เขียนจะอธิบายไว้ภายในบทถัดไปในส่วนที่เกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีที่บริษัทจะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนในต่างประเทศ

2.5.1 หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ

แนวความคิดที่ห้ามไม่ให้บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน มาจากพื้นฐานที่ว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดชอบในหนี้ทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนแบบไม่จำกัด ซึ่งหลักการที่ว่าผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดชอบไม่จำกัดนั้นมีที่มาจากหลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ โดยไม่ได้มีบทบัญญัติปรากฏชัดแจ้งในกฎหมาย แต่เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาสตราจารย์ หลวงศรีปริษา ธรรมปาฐก ได้กล่าวไว้ว่า “ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นข้อสาระสำคัญ”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังต่อไปนี้ จะพบว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายที่สะท้อนอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหล่านี้ถือว่า คุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นสาระสำคัญ ซึ่งเป็นรากฐานที่มาของหลักการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัด

มาตรา 1033 บัญญัติว่า

“ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนมิได้ตกลงกันไว้ในกระบวนการจัดการห้างหุ้นส่วนไซร์ ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนย่อมจัดการห้างหุ้นส่วนนั้นได้ทุกคน แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งคนใดจะเข้าทำสัญญาอันใดซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนอีกคนหนึ่งทักท้วงนั้นไม่ได้

ในกรณีเช่นนี้ ท่านให้ถือว่าผู้เป็นหุ้นส่วนย่อมเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการทุกคน”

บทบัญญัตินี้ได้กำหนดอำนาจจัดการงานห้างหุ้นส่วนในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกันไว้ว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีอำนาจเป็นผู้จัดการห้างหุ้นส่วน

มาตรา 1034 บัญญัติว่า

“ถ้าได้ตกลงกันไว้ว่าการงานของห้างหุ้นส่วนนั้นจักให้เป็นไปตามเสียงข้างมากแห่งผู้เป็นหุ้นส่วนไซร์ ท่านให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งมีเสียงเป็นคะแนนหนึ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนที่ลงหุ้นด้วยมากหรือน้อย”

บทบัญญัตินี้กล่าวถึงกรณีที่ได้มีการตกลงกันไว้ให้จัดการงานของห้างหุ้นส่วนโดยเสียงข้างมากนั้น ให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งมีคะแนนเสียงเป็นหนึ่งคะแนน

มาตรา 1040 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ชักนำเอาบุคคลอื่นเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนโดยมิได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันหมดทุกคน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น”

บทบัญญัตินี้ชี้ชัดว่าห้ามมิให้ชักนำเอาบุคคลอื่นเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนโดยมิได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นหมดทุกคน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

มาตรา 1041 บัญญัติว่า

“ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งโอนส่วนกำไรของตนในห้างหุ้นส่วนทั้งหมดก็ดี หรือแต่บางส่วนก็ดีให้แก่บุคคลภายนอก โดยมิได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายอื่นไซร์ ท่านว่าบุคคลภายนอกนั้นจะกลายเป็นเข้าหุ้นส่วนก็หาไม่ได้”

บัญญัติห้ามไม่ให้บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนส่วนกำไร ไม่ว่าจะเป็นที่ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม มีฐานะเป็นผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคน

มาตรา 1050 บัญญัติว่า

“การใด ๆ อันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้น ๆ ด้วย และจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้น”

เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดชอบในกิจการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วนนั้น ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะการจัดการไปเช่นนั้น

มาตรา 1055 (5) บัญญัติว่า

“ห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้...

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย หรือล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ”

เห็นถึงการให้ความสำคัญต่อคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วน โดยกำหนดให้ห้างหุ้นส่วนย่อยเลิกกันเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย ดังนั้นเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนถึงแก่ความตายคุณสมบัติของห้างหุ้นส่วนก็สิ้นสุด ดังนั้นห้างหุ้นส่วนจึงต้องเลิก

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่กล่าวมานี้ล้วนแล้วแต่แสดงให้เห็นว่า กฎหมายยึดถือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นสาระสำคัญยิ่งกว่าทุนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนได้นำมาลงหุ้นส่วน เนื่องจากในห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนมีสิทธิจัดการงานของห้างหุ้นส่วนได้เท่ากันทุกคน โดยไม่คำนึงว่าหุ้นส่วนผู้นั้นจะนำทุนมาลงให้กับห้างหุ้นส่วนเป็นจำนวนเท่าไร ดังนั้นการจะชักนำผู้ใดเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจึงต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคน

หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญนี้สะท้อนมาจากการจัดการภายในห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในการดำเนินกิจการ เมื่อตัวบุคคลเป็นผู้ดำเนินการ ความรับผิดชอบย่อมอยู่ที่บุคคลนั้นจึงเป็นผลให้ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน แตกต่างกับคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน ซึ่งไม่ถือว่าคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากผู้ถือหุ้นไม่ว่าในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้น จะมีความรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น ไม่ว่าจะกรรมการผู้จัดการบริษัทจะดำเนินการบริหารบริษัททำให้บริษัทเสียหายขาดทุนเพียงใด ผู้ถือหุ้นในบริษัทก็มีความรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้น หากส่งใช้ค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว ความรับผิดชอบก็มีเพียงจำนวนในมูลค่าหุ้นที่ตนถือไว้ แม้บริษัทจะไปก่อนนั้นมากกว่าที่บริษัทได้จำกัดเอาไว้ เจ้าหนี้ก็ไม่สามารถที่จะไปเรียกให้ผู้ถือหุ้นชดใช้ได้อีก เมื่อผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดจำนวนแน่นอนเช่นนี้ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ผู้ถือหุ้นจึงไม่มีสิทธิจัดการงานของบริษัท มีสิทธิเพียงแต่ดำเนินการดูแลรอบจำกิจการงานที่กรรมการของบริษัทจัดการ โดยวิธีลงคะแนนเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น เมื่อผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิจัดการภายในบริษัทหรือไปก่อนนี้ให้ผู้อื่นต้องร่วมรับผิดชอบโดยไม่จำกัด คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นจึงไม่มีมีความสำคัญต่อกัน ดังนั้น

เมื่อผู้ถือหุ้นคนใดตาย ตกเป็นผู้ล้มละลายหรือไร้ความสามารถ และหุ้น (ชนิดไม่ระบุชื่อ) อาจโอนหรือรับมรดกกันได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ

ดังนั้นการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญมีความรับผิดชอบในหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด และคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ แต่ในขณะที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทมีความรับผิดชอบจำกัดและคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญ จึงเป็นสาเหตุที่มาของประเด็นปัญหาที่ว่าบริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญได้หรือไม่ ซึ่งตามลักษณะที่กล่าวมาบริษัทจะไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้เนื่องจากมีคุณสมบัติขัดกัน⁶⁸ ดังที่ได้กล่าวมา

แต่อย่างไรก็ดี หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญนั้น ก็ได้มีความสำคัญลดน้อยลงเนื่องจากห้างหุ้นส่วนในกิจการต่าง ๆ ได้พัฒนาขึ้นเป็นอย่างมาก ทำให้ห้างหุ้นส่วนมีความสำคัญเหนือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วน เช่นในสถานพยาบาลที่มีชื่อเสียง ผู้ป่วยที่ต้องการเข้ามาทำการรักษาย่อมจะให้ความสำคัญแก่ตัวสถานพยาบาลมากกว่าตัวบุคคลกรทางการแพทย์ หรือกรณีสำนักงานทนายความที่มีชื่อเสียงและเป็นที่น่าเชื่อถือ ลูกความก็สนใจที่จะไปปรึกษาและมอบหมายให้รับผิดชอบคดีความเนื่องจากเชื่อถือในชื่อเสียงขององค์กรมากกว่าที่จะไปหาทนายความคนใดเฉพาะเจาะจง ดังนั้นจึงทำให้ห้างหุ้นส่วนพึ่งพิงคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนน้อยลง หลักกฎหมายที่ว่าห้างหุ้นส่วนอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญก็ผ่อนคลายความเคร่งครัดลงไป⁶⁹ ดังนั้นการที่บริษัทจะไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่ผ่อนคลายลงไปด้วย เห็นได้จากแนวคิดทฤษฎีทั้งในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และเยอรมัน โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงในบทถัดไป

2.5.2 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติชัดแจ้งว่าบริษัทหรือนิติบุคคลอื่น สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่ ทั้งในกรณีที่เป็นการห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด แต่ทั้งนี้ก็ไม่มียกเว้นโดยชัดแจ้ง ดังเช่นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ห้ามมิให้บริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด

ความตกลงอันใดมีผลเป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

บทบัญญัติดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นบทบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดแจ้งว่า บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังนั้นบทบัญญัตินี้จึงอนุญาตให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นได้แต่เพียงหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ หากได้ทำสัญญาอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้จะตกเป็นโมฆะ

⁶⁸ พิเศษ เสตเสถียร, "บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ได้หรือไม่," วารสารกฎหมายธุรกิจ 16, 2 เมษายน 2539., หน้า 9.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน.

บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นี้ ถือเป็นบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองบริษัทมหาชนจำกัดและผู้ถือหุ้นของบริษัท มิให้เกิดการเสียหายในการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเสี่ยงเข้าไปรับผิดร่วมกันในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน จึงได้บัญญัติห้ามบริษัทมหาชนจำกัดไม่ให้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่ว่าจะเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม เนื่องมาจากห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นมีเพียงหุ้นส่วนจำพวกรับผิดไม่จำกัด ซึ่งต้องร่วมรับผิดในหนี้สินอย่างไม่จำกัดจำนวน

เดิมที่นั้นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มาตรา 12 ได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน จึงทำให้เกิดการตีความไปว่าอาจเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ซึ่งไม่ถูกต้องนักอันอาจส่งผลให้เกิดความเสียหายได้ ดังนั้นเมื่อมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จึงได้ตัดคำว่า “จดทะเบียน” ออกเสีย ดังนั้นตามบทบัญญัติที่ได้แก้ไขใหม่นี้จึงห้ามบริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญโดยเด็ดขาด กล่าวคือ ทั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนและห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน

ในกรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น กฎหมายบังคับให้จดทะเบียน โดยจะแบ่งแยกผู้เป็นหุ้นส่วนออกเป็น 2 ประเภท คือ หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิด และหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด จะเห็นได้ว่ากรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น บริษัทมหาชนจำกัดอาจเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นกรณีเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น ไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดได้

นอกจากนี้ เดิมที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มีเพียงบทบัญญัติวรรคแรกเท่านั้น จนกระทั่งมีการปรับปรุงพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 จึงได้มีแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในวรรค 2 ของมาตรา โดยกล่าวถึงความตกลงอันใดมีผลเป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ⁷⁰

วัตถุประสงค์ในการตราพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดนั้น เพื่อต้องการใช้บริษัทมหาชนเป็นเครื่องมือในการพัฒนาตลาดทุน ด้วยการระดมเงินทุนระยะยาวจากประชาชน เพื่อนำไปใช้ในการประกอบกิจการที่สำคัญทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุตสาหกรรม การค้าและการเงิน ด้วยการจัดตั้งบริษัทที่มีประชาชนเป็นผู้ถือหุ้น และมีการกระจายผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการนั้นๆ แก่ผู้ถือหุ้น แทนที่จะให้ผลประโยชน์นั้นตกอยู่กับบุคคลหรือกลุ่มคนบางกลุ่ม ทั้งนี้เนื่องจากการประกอบธุรกิจในรูปบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่สามารถคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายประชาชนได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากอำนาจในการบริหารงานบริษัทตกอยู่กับคณะกรรมการซึ่งเป็นบุคคลส่วนน้อยที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทและเป็นบุคคลเพียงกลุ่มเดียวซึ่งเป็นกลุ่มเครือญาติหรือบุคคลที่สนิทชิดเชื้อกัน หรือที่เรียกบริษัทครอบครัว การแต่งตั้งคณะกรรมการที่มีอำนาจบริหารจัดการบริษัทก็เป็นที่ไปตามความต้องการของบุคคลเพียงบางกลุ่มซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และคณะกรรมการบริหารมีความอิสระในการบริหารบริษัทมากจนกระทั่งผู้ถือหุ้นไม่สามารถเข้าควบคุมได้อย่างมีประสิทธิภาพ การควบคุมการประกอบธุรกิจบางอย่างที่ประชาชนมีส่วนได้เสียก็ไม่

⁷⁰ สหัฐ ลิงหวิริยะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2550), หน้า.14.

รัดกุมเพียงพอ ส่งผลให้เกิดการกระทบกระเทือนผลประโยชน์ ความปลอดภัยของประชาชน อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจของประเทศชาติและสวัสดิภาพของประชาชนได้ ไม่ได้มีการแบ่งเฉลี่ยกระจายผลประโยชน์ที่ได้จากการประกอบกิจการไปยังประชาชนผู้ถือหุ้นให้สมดุลกัน จึงจำเป็นต้องดำเนินการให้มีบริษัทมหาชนขึ้นมาเพื่อวางระเบียบในการก่อตั้ง กระจายหุ้น การจัดการ และการควบคุมเพื่อคุ้มครองประชาชนในการซื้อหุ้น และคุ้มครองผลประโยชน์ซึ่งก็มาจากเงินที่ประชาชนนำมาลงทุน ตลอดจนจัดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรม ประเด็นที่สำคัญที่สุดคือใช้บริษัทมหาชนสำหรับประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนได้เสียของประชาชน หรือใช้เงินทองประชาชนเป็นทุนในการดำเนินกิจการ กิจการที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดกิจการสาธารณูปโภค กิจการที่นำทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นสมบัติส่วนรวมของชาติมาใช้ โดยบังคับให้การประกอบกิจการดังกล่าวต้องดำเนินในรูปแบบบริษัทมหาชนเท่านั้น จะดำเนินการในรูปแบบบริษัทเอกชนไม่ได้

พิจารณาแล้วจึงพบว่าลักษณะพื้นฐานของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2521⁷¹ เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง โดยมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการลงทุน และจำนวนผู้ถือหุ้น มีการกำหนดคุณสมบัติผู้เริ่มจัดตั้ง และคงหลักการสำคัญคือผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัด ซึ่งทำให้คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญ มีการบริหารงานโดยคณะกรรมการ

หลักการและเหตุผลในการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน⁷² เนื่องมาจากการประกอบธุรกิจการค้าและอุตสาหกรรมในรูปแบบบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ขยายตัวเจริญก้าวหน้าไปอย่างมาก มีบริษัทจำกัดจำนวนมากที่มีทุนทรัพย์บริษัทหลายสิบถึงหลายร้อยล้านบาท ดำเนินธุรกิจมีมูลค่าคิดเป็นเงินรวมกันปีละหลายหมื่นล้านบาทและได้จำหน่ายหุ้นให้แก่ประชาชนทั่วไปมาหลายปีแล้วจนกระทั่งบริษัทหนึ่งๆมีผู้ถือหุ้นจำนวนมาก แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนี้ นอกจากจะไม่สามารถคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวได้อย่างเพียงพอแล้ว ยังไม่ให้อำนาจผู้ถือหุ้นควบคุมการบริหารงานของบริษัทอย่างใกล้ชิด เป็นเหตุให้เกิดปัญหาอยู่เนืองๆ หากปล่อยให้เกิดภาวการณ์เช่นนี้คงอยู่ต่อไปโดยไม่รีบแก้ไข ย่อมจะเป็นภัยอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ จำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายปัจจุบันให้เหมาะสมกับกาลสมัย เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น และให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมเป็นเจ้าของกิจการต่างๆมากขึ้น อันจะเป็นช่องทางช่วยระดมเงินทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและพัฒนาตลาดหลักทรัพย์ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นมา

นอกจากนี้ เมื่อได้ทำการศึกษาถึงเหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพบว่า เป็นไปเพื่อจูงใจให้ประชาชนหันมาจัดตั้งบริษัทมหาชนมากขึ้น แต่ผลปรากฏว่าตั้งแต่ปี พ.ศ. 2521 จนถึง พ.ศ. 2531 เวลาผ่านไป 10 ปี พบว่ามีบริษัท 31 บริษัท แปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนเพียง 8 บริษัท ไม่ประกอบกิจการบางส่วน หรือแม้กระทั่งจดทะเบียนเลิกไปก็มี พบว่า

⁷¹ ศิริรินทร์ เทียงวิบูลย์วงศ์, "กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดในประเทศไทย ศึกษาในแง่ปัญหาตามตัวบทกฎหมายและข้อเท็จจริงในการปฏิบัติ," หน้า.47.

⁷² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521

ในภาพรวมจึงถือว่าล้มเหลว จำเป็นต้องพิจารณาหาแนวทางปรับปรุงแก้ไข⁷³ จึงเป็นที่มาของการเห็นสมควรที่จะได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยมีเหตุผลสนับสนุนคือ ด้วยหลักการเดิมนั้นประสงค์จะระดมทุนจากประชาชนทั่วไป ดังนั้นกฎหมายจึงมีมาตรการที่ค่อนข้างเข้มงวด ในอันที่จะพิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อย และควบคุมการบริหารงานของบริษัทที่กำหนดจำนวนผู้ถือหุ้นไว้ตั้งแต่ 100 คนขึ้นไป และกำหนดอัตราส่วนการถือหุ้นที่แต่ละคนจะถือได้ไม่เกินอัตราที่กำหนด ซึ่งเหล่านี้นล้วนเป็นอุปสรรคในการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด การยกเว้นพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และการแก้ไขพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดในปี 2535 ถือเป็นการวางรากฐานในการระดมทุนใหม่ โดยได้รวมการกำกับดูแลการระดมทุนในตลาดแรกมาไว้ในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เพียงแห่งเดียวและให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และดูแลตลาดหลักทรัพย์เป็นผู้ดูแล และให้คณะกรรมการหลักทรัพย์ฯ เป็นผู้ดูแลการนำหลักทรัพย์เข้าไปซื้อขายในตลาดรองของตนเอง

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ยังได้แก้ไขเพื่อแบ่งแยกบริษัทมหาชนจำกัดออกจากบริษัทเอกชนให้ชัดเจนขึ้นจากเดิมที่แบ่งตามจำนวนผู้ถือหุ้น ไปเป็นการแบ่งตามวัตถุประสงค์ในการระดมทุน กล่าวคือ หากบริษัทใดที่ประสงค์จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน จะต้องแปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัดก่อน⁷⁴ ซึ่งแม้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นั้นจะมีการผ่อนคลายความเคร่งครัดของบทบัญญัติบางมาตราลง แต่ก็ยังคงให้ความสำคัญคุ้มครองในส่วนผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นดั้งเดิม

จากการศึกษาเบื้องต้นถึงที่มาของการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จะเห็นได้ว่า ผู้ร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มีเจตนารมณ์ที่จะให้นิติบุคคลรวมไปถึงบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรธุรกิจรูปแบบใดๆ ที่มีภายใต้กฎหมายไทย แต่ด้วยหลักการคำนึงถึงผู้ถือหุ้นรายย่อยและเพื่อปกป้องสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยไม่ให้เกิดความเสียหาย อีกทั้งเป็นการคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นของบริษัท ซึ่งเป็นผู้ลงทุนในบริษัทและเป็นเจ้าของเงินลงทุน การที่บริษัทจะดำเนินการใดๆ ซึ่งเป็นการกระทบถึงเงินลงทุนของผู้ถือหุ้นเหล่านี้ ดังปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมีข้อความว่า

“ในเรื่องของหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนี้ นอกจากไม่สามารถคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ ยังไม่ให้อำนาจผู้ถือหุ้นควบคุมการบริหารงานของบริษัทอย่างใกล้ชิดเป็นเหตุให้เกิดปัญหาอยู่เนืองๆ หากปล่อยให้ภาวะการณ์เช่นนี้คงอยู่ต่อไปโดยไม่รีบแก้ไข ย่อมจะเป็นภัยอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ จำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายปัจจุบันให้เหมาะกับกาลสมัย เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้น และให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมเป็นเจ้าของกิจการต่างๆ มากขึ้น อันเป็นช่องทางช่วยระดมเงินทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และพัฒนาตลาดหลักทรัพย์จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

⁷³ "บันทึกการอภิปรายเรื่องการปรับปรุง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2521," ใน กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สมาคมสมาชิกตลาดหลักทรัพย์ และสมาคมบริษัทเงินทุน (2532)..

⁷⁴ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และดูแลตลาดหลักทรัพย์, "หนึ่งทศวรรษ ก.ล.ต.," (2545), หน้า 45.

ดังนั้นกฎหมายจึงให้ความคุ้มครอง โดยบัญญัติห้ามไม่ให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด ไม่ว่าจะโดยการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหาย ซึ่งอาจเป็นผลกระทบจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเสี่ยงเข้าไปรับผิดรวมกันในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน ดังนั้นบัญญัติมาตรา 12 จึงอนุญาตให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นได้แต่เพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน และหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้เท่านั้น แต่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ หากได้ทำสัญญาอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติก็จะตกเป็นโมฆะ

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของบริษัทมหาชนจำกัด ท่านอาจารย์ประยูร เกลิงศรี หนึ่งในผู้มีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายในขณะนั้น มีมุมมองต่อบริษัทมหาชนในลักษณะกว้างๆ ว่าจะต้องมีผู้ถือหุ้นจำนวนมาก ไม่จำกัดอยู่แต่ในครอบครัว หรือกลุ่มคนกลุ่มหนึ่ง ทั้งนี้รวมถึงพนักงานและลูกจ้างของบริษัท ดังนั้นกฎหมายนี้จึงไม่ใช่กฎหมายแพ่งที่กำหนดให้คนสองคนมาทำสัญญากัน แต่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่จะต้องร่างขึ้น จึงเป็นไปได้ที่จะนำคนจำนวนมากจำนวนเป็นพันเป็นหมื่นคนมาร่างสัญญาาร่วมกัน ได้ ซึ่งแนวคิดนี้เป็นแนวคิดริเริ่มของกฎหมายบริษัทมหาชนซึ่งในช่วงระยะเวลา 10 ปีแรกนั้น ถือว่าเป็นเพียงการเริ่มต้น เนื่องจากแม้ในต่างประเทศได้มีการพัฒนาเป็นระยะเวลาร้อยปี ก็ยังมีบริษัทมหาชนน้อยกว่าบริษัทเอกชน ซึ่งอาจเป็นเพราะเศรษฐกิจอาจจะยังไม่เจริญเติบโตอย่างในบางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น โดยผู้ร่างเล็งเห็นว่าในอนาคตบริษัทมหาชนอาจมีการพัฒนาไปเป็นองค์กรที่มีความสำคัญมากไปกว่าการแก้ปัญหาเฉพาะอย่างขณะเริ่มต้นร่าง⁷⁵

นอกจากนี้กรมทะเบียนการค้า ในขณะนั้นได้ส่งคณะทำงานไปศึกษาเกี่ยวกับรูปแบบ Public Company และ Private Company ของประเทศอังกฤษ พบว่ากฎหมายควบคุมธุรกิจของประเทศอังกฤษนั้นมีด้วยกัน 3 ฉบับ ได้แก่ Company Act 1985, Company Security (Inside Dealing) Act 1985, Financial Service 1985

Company Act 1985 นั้นมีลักษณะคล้ายกฎหมายหุ้นส่วนบริษัททั่วไป เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัท ข้อบังคับ หนังสือบริคณห์สนธิ ความสามารถของบริษัทในการเข้าทำสัญญา การจัดสรรทุน เป็นต้น

ในส่วนของ Company Security (Inside Dealing) Act 1985 นั้นจะเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นและนักลงทุน เป็นบทบัญญัติห้ามมิให้กรรมการ บริษัทดำเนินการใดๆ ในลักษณะเอาเปรียบผู้ถือหุ้น โดยกฎหมายฉบับนี้มีผลค่อนข้างรุนแรงและมุ่งที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นและนักลงทุนโดยเฉพาะ

Financial Service 1985 เป็นกฎหมายควบคุมกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทที่ประกอบธุรกิจการลงทุน เช่น บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ บริษัทประกันชีวิต เป็นต้น

โดยการประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับที่กล่าวมาข้างต้นรวมกัน

⁷⁵ ประยูร เกลิงศรี, "การปรับปรุงพ.ร.บ.บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521," วารสารกฎหมายจุฬา ปีที่ 12 ฉบับที่ 3, ประจำเดือนมีนาคม (2532), หน้า 13-14.

พบว่า การแยกประเภทของบริษัทในประเทศอังกฤษอาศัยหลักการง่ายๆ โดยกฎหมาย Company Act 1985 ได้บัญญัติไว้สั้นๆว่า “บริษัทใดที่ไม่ใช่บริษัทเอกชนคือบริษัทมหาชน” ซึ่งได้วางลักษณะของบริษัทมหาชนไว้ โดยมีข้อแตกต่างกับบริษัทเอกชน แต่กฎหมายอังกฤษไม่ได้บังคับว่าเมื่อนิติบุคคลใดมีผู้ถือหุ้นเกินจำนวนหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วจะต้องแปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนแต่อย่างใด แต่จะเป็นไปในลักษณะของการให้อิสระแก่ผู้ประกอบการธุรกิจ แต่มีการกำกับดูแลควบคุมการดำเนินงานของบริษัทที่เข้มงวดกว่าบริษัทเอกชน เช่น การส่งงบการเงินแก่ นายทะเบียนภายใน 7 เดือนนับตั้งแต่ปิดงบ ซึ่งแตกต่างจากบริษัทเอกชนที่ให้ส่งภายใน 10 เดือน บริษัทมหาชนจะต้องแต่งตั้งบุคคลที่มีความรู้ความสามารถเป็นเลขานุการบริษัท ในขณะที่บริษัทเอกชนจะแต่งตั้งใครก็ได้ เป็นต้น ในส่วนบริษัทเอกชนจะคล้ายคลึงกับประเทศไทย ที่บริษัทเอกชนไม่สามารถออกหนังสือชี้ชวนได้ แต่บริษัทมหาชนออกหนังสือชี้ชวนได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายธุรกิจของประเทศอังกฤษจะควบคุมนิติบุคคลที่ระดมทุนจากประชาชนมาประกอบธุรกิจ เข้มงวดกว่านิติบุคคลที่ไม่ระดมทุนจากประชาชน เช่น บริษัทเอกชน ซึ่งพบว่าได้มีการร้องเรียนจากวงการธุรกิจต่างๆว่ากฎหมายบริษัทมหาชนของไทยเข้มงวดมาก และมีบทลงโทษในเรื่องต่างๆละเอียด ซึ่งเห็นว่าหากต้องการให้กฎหมายบริษัทมหาชนเป็นเครื่องมือแยกบริษัทเอกชนออกจากบริษัทมหาชนอย่างชัดเจนเพื่อประโยชน์ในการควบคุมดูแล ในขณะเดียวกันก็เอื้ออำนวยต่อการระดมทุนด้วย ก็อาจจะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติต่อไป ซึ่งควรจะมีมาตรการควบคุมดูแลค่อนข้างรัดกุม เนื่องจากบริษัทมหาชนเป็นบริษัทที่ระดมทุนจากประชาชนมาประกอบธุรกิจ แตกต่างจากบริษัทเอกชนซึ่งอาจเป็นบริษัทในครอบครัวหรือในกลุ่มคนใกล้ชิดที่มีการรู้จักสนิทสนมและร่วมลงทุนกัน รัฐจึงไม่มีความจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมดูแลมากนัก⁷⁶

อย่างไรก็ดี หม่อมราชวงศ์ จตุมงคล โสณกุล นักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิ ก็ได้ให้ความคิดเห็นถึงหลักการและแนวคิดเรื่องบริษัทมหาชนว่า บางแนวคิดนั้นอาจจะถือว่าบริษัทเป็นบริษัทมหาชนก็เพราะเหตุที่มีผู้ถือหุ้นมาก บ้างก็ถือว่าเป็นกิจการใหญ่มีความสำคัญต่อประเทศ รวมไปถึงเป็นการระดมทุนจากประชาชนทั่วไปไม่ใช่แต่เพียงในหมู่พรรคพวกหรือเครือญาติ เพราะฉะนั้นจึงเป็นบริษัทมหาชน เดิมทีถือว่าผู้ถือตั้งแต่ 100 คนนั้นใช้หลักที่ว่าผู้ถือหุ้นเป็นจำนวนมาก จึงมีประเด็นปัญหาต่อไปว่า จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีกฎหมายพิเศษ หรือบทบัญญัติพิเศษในกฎหมายเดิม ซึ่งเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมี ไม่ว่าจะเป็นอย่างกฎหมายพิเศษหรือบทบัญญัติพิเศษ ด้วยเหตุที่ว่า ท่านได้แยกบริษัทมหาชนออกมาจากบริษัทเอกชน ให้เห็นถึงความแตกต่างของกันและกันจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติว่าแตกต่างกันอย่างไร และมีสิทธิหน้าที่ต่างกันอย่างไร ซึ่งหลักการออกกฎหมายมีอยู่ 2 หลัก คือ เพื่อควบคุมบังคับให้สิ่งที่เกิดขึ้น และเพื่อชักจูงให้สิ่งที่เกิดขึ้น ซึ่งมีประเด็นที่น่าสนใจเรื่องกฎหมายตลาดหลักทรัพย์ซึ่งออกมาในระยะเวลาเดียวกันแต่มีหลักการที่ค่อนข้างจะแตกต่างกัน สังเกตได้ว่าจะไม่มีบทลงโทษ ซึ่งเหตุที่ไม่เขียนบทลงโทษในเรื่องต่างๆ เนื่องจากเกรงว่าจะไม่มีคนค้าหลักทรัพย์ ซึ่งถือเป็นประเด็นที่น่าสนใจ เพราะภายหลังจากนั้นตลาดหลักทรัพย์ก็พัฒนารูปแบบขึ้นมา โดยที่มาตรการควบคุมก็ยังมีอยู่น้อย การควบคุมที่ดีขึ้นมากในปัจจุบันเป็นเหตุมาจากคน ไม่ใช่มาตรการต่างๆ ระบบเศรษฐกิจเริ่มเรียนรู้ที่จะพัฒนาขึ้น โดยที่ผู้ควบคุมเข้าใจในหลักการและวิธีการมากขึ้น ส่งผลให้ตลาดหลักทรัพย์ดีขึ้นมาก เห็นได้จากบริษัทที่เลือกเข้าตลาดหลักทรัพย์ในสมัยนั้นเทียบกับ

⁷⁶ "บันทึกการอภิปรายเรื่องการปรับปรุง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2521."

บริษัทที่ไม่เข้าตลาดหลักทรัพย์ บริษัทที่เข้าตลาดหลักทรัพย์เจริญเติบโตเร็วกว่า เพิ่มทุนเพื่อการผลิตสินค้าได้เร็วกว่า หาทุนได้มากกว่า แต่ก็อาจจะมีบ้างที่ล้มละลายลงไป ในส่วนของตลาดหลักทรัพย์เองก็เจริญเติบโตขึ้น การเข้าตลาดหลักทรัพย์ถือเป็นสิ่งดี คนส่วนใหญ่อยากเข้าแต่ไม่มีคุณสมบัติที่กำหนดไว้ ซึ่งมองว่าเป็นประเด็นที่น่าสนใจว่ากฎหมายสองฉบับออกมาในเวลาใกล้เคียงกัน แต่มีหลักการที่ต่างกัน มีความเห็นว่าบริษัทมหาชนควรจะเป็นบริษัทที่มีภาพลักษณ์ที่ดี มีจุดมุ่งหมายและการบริหารและการจัดการที่ดี ไม่ใช่บริษัทที่ถูกลงโทษ จึงจะยอมให้เป็นบริษัทมหาชน ควรสร้างแนวคิดที่ว่าบริษัทมหาชนเป็นบริษัทที่ดีเป็นพิเศษ ทุกคนล้วนแล้วแต่อยากเป็นบริษัทมหาชน หากมีการทำรูปแบบทุกอย่างตามบริษัทมหาชนแล้ว ผู้ถือหุ้นจะมีความเชื่อมั่น เมื่อรัฐใช้คำว่าบริษัทมหาชนแล้วจะเข้าใจได้ว่าการบริหารงานที่ดี มีการวางหลักเกณฑ์ที่ดีให้เลือกปฏิบัติ หากบริษัทมีการดำเนินการที่ดีก็ย่อมส่งผลดีต่อกิจการ หากมีการดำเนินการที่ไม่ดี มีประวัติไม่ดีย่อมต้องเป็นบทลงโทษค่อนข้างรุนแรงสำหรับบริษัทนั้นอยู่แล้ว จึงเสนอแนะว่าควรให้มีการส่งเสริมให้มาก ไม่ควรที่จะบังคับควบคุมมากนัก เจาะจงหลักต่างๆ ที่เห็นว่าข้อดีของบริษัทมหาชนในต่างประเทศ และกำหนดว่าหากทำตามข้อดีนั้นค่อยๆ เป็นค่อยๆ ไปให้ใช้คำว่าบริษัทมหาชนได้ เนื่องจากกลไกที่ทำให้บริษัทดีขึ้นมาโดยการจูงใจให้คนอยากเป็นบริษัทมหาชน ก็จะมีผู้สนใจถือหุ้นเกิดขึ้นมาเอง⁷⁷

เมื่อบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทที่ระดมทุนจากประชาชนมาประกอบธุรกิจ แตกต่างจากบริษัทเอกชนซึ่งอาจเป็นบริษัทในครอบครัวหรือในกลุ่มคนใกล้ชิดที่มีการรู้จักสนิทสนมและร่วมลงทุนกันนั่นเอง รัฐจึงไม่มีความจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมเข้มงวด เนื่องจากแนวความคิดพื้นฐานของกฎหมายบริษัทมหาชน คือ บริษัทมหาชนเป็นบริษัทซึ่งระดมเงินทุนจากประชาชนมาใช้ในกิจการ ดังนั้น จึงต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนผู้ซึ่งนำเงินมาลงทุนในกิจการของบริษัท โดยการดำเนินกิจการของบริษัทจะต้องเป็นไปด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ดังนั้นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจึงได้วางข้อกำหนดต่างๆ ให้บริษัทมหาชนจำกัดต้องปฏิบัติเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้น กรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารกิจการของบริษัทมหาชนย่อมมีภาระหน้าที่และตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่เข้มงวด ซึ่งแตกต่างจากบริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนั้นยังต้องมีความรับผิดชอบคู่มากับภาระหน้าที่ของบริษัทมหาชน ดังนั้นกรรมการของบริษัทมหาชนจึงมีความจำเป็นต้องเอาใจใส่หน้าที่ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ เพื่อที่จะได้ระมัดระวังปฏิบัติให้ถูกต้อง มิเช่นนั้นอาจจะต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำนั้นได้⁷⁸

อนึ่ง เมื่อพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับบริษัทมหาชนจำกัด จะพบว่าอยู่ภายใต้บังคับของหลักทั่วไปเรื่องนิติบุคคล ซึ่งเป็นเป็นการรวมตัวของบุคคลหรือทรัพย์สินขึ้นมาแยกเป็นส่วนหนึ่งต่างหากจากตัวบุคคลที่เข้ามารวมกัน ก่อให้เกิดสภาพเป็นบุคคลสมมติขึ้นมา เรียกว่า “นิติบุคคล” ซึ่งโดยสภาพไม่มีตัวตนที่จะทำงานของตนเองได้ จะต้องมีคนมาทำงานแทน แม้ว่านิติบุคคลจะถือว่าเป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่เหมือนอย่างบุคคลธรรมดา แต่ก็มีสิทธิเพียงเท่าที่สภาพเปิดช่องให้เท่านั้น สิ่งใดที่มีได้ในเฉพาะบุคคลธรรมดา นิติบุคคลก็อาจจะกระทำได้ ดังนั้นแม้นิติบุคคลจะมีสภาพบุคคลแยก

⁷⁷ หม่อมราชวงศ์ จิตุมงคล โสณกุล, "การปรับปรุงพ.ร.บ.บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521," วารสารกฎหมายจุฬา ปีที่ 12 ฉบับที่ 3, ประจำเดือนมีนาคม 2532.

⁷⁸ พิเศษ เสตเสถียร, ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2536), หน้า.9-10.

ต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่มารวมกัน แต่ก็ต้องมีบุคคลธรรมดาเข้ามาทำงานบริหารจัดการงานแทน หรืออาจจะมีการที่นิติบุคคลเข้าไปจัดการในอีกนิติบุคคลหนึ่ง คนที่เข้าไปจัดการงานแทนนิติบุคคลก็ยังคงอาศัยบุคคลธรรมดา โดยบุคคลที่มาทำงานแทนนิติบุคคลนั้น เราเรียกว่า “ผู้แทน” ผู้แทนนิติบุคคลที่ว่านี้แบ่งเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ผู้จัดการนิติบุคคล และผู้แทนอื่นๆ โดยผู้จัดการนิติบุคคลเปรียบดังชีวิตจิตใจของนิติบุคคล เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย ตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย ดังนั้น บริษัทจำกัดจึงมีผู้จัดการนิติบุคคลเรียกว่า “กรรมการ” เพราะเหตุที่ว่ากฎหมายเรื่องบริษัทจำกัดบัญญัติไว้ว่า กรรมการเป็นผู้จัดการของบริษัท ซึ่งเกิดขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจกฎหมาย ดังนั้นบริษัทจำกัดจึงมีกรรมการเป็นชีวิตจิตใจและเป็นมันสมองของบริษัท ส่วนการที่กรรมการจะตั้งให้ผู้ใดต่อไปนั้น บุคคลเหล่านั้นจึงเป็นแต่เพียงผู้แทนอื่นๆ ซึ่งไม่ใช่ผู้จัดการซึ่งเป็นชีวิตจิตใจของนิติบุคคลนั้น⁷⁹

ประเด็นเรื่องนี้เคยมีปัญหาในแง่กฎหมายเกิดขึ้นว่า กรรมการบริษัทอยู่ในฐานะ “ตัวแทน” หรือ “ผู้แทน” ทั้งนี้เพราะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 บัญญัติว่า “ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน” และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 97 ได้บัญญัติไว้ทำนองเดียวกันว่า “เว้นแต่จะมีบัญญัติไว้ในหมวดนี้เป็นอย่างอื่น ความเกี่ยวพันระหว่างกรรมการและบริษัทและบริษัทกับบุคคลภายนอก ให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน” จึงอาจทำให้เกิดการตีความได้ว่ากรรมการบริษัทมีฐานะเป็นตัวแทนของบริษัท การที่เกิดปัญหานี้สืบเนื่องจากเหตุผลที่ว่า หากกรรมการเป็น “ตัวแทน” บริษัทแล้วก็จะมีความเป็นตัวแทนทั่วไป แต่ก็ยังถูกจำกัดอำนาจบางประการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 801 ซึ่งหากถือว่ากรรมการเป็นตัวแทนบริษัท ก็จะไม่สามารถดำเนินการตามมาตรา 801 (1) ถึง (6) ไม่ได้ อันได้แก่ การขายหรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์กว่าสามปีขึ้นไป การให้ การประนีประนอมยอมความ การยื่นฟ้องต่อศาล และการมอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณา แต่ถ้าถือว่ากรรมการเป็น “ผู้แทน” บริษัทแล้ว ก็อาจดำเนินการดังกล่าวได้

จนได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกา ตัดสินในข้อปัญหาข้อนี้ไว้โดยชัดแจ้งว่ากรรมการบริษัทเป็น “ผู้แทน” (Representative) ของบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 75 (ในปัจจุบันมาตรา 70) มิใช่ “ตัวแทน” (Agent) ตามมาตรา 801 ดังนั้นตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1808/2494 จึงเป็นที่ยุติว่ากรรมการบริษัทเป็นผู้แทนบริษัทมิใช่ตัวแทน กรรมการบริษัทจึงมีอำนาจกระทำการกิจการทุกอย่างได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 801⁸⁰

จะเห็นได้ว่ากรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดย่อมต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อบริษัทมหาชนจำกัดควบคู่กันมา หน้าที่นี้บัญญัติชัดเจนอยู่ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 ว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความ

⁷⁹ จิตติ ดิงศกัทธิย์, "การจัดการและความรับผิดชอบของกรรมการ รวมทั้งการควบคุมบริษัทโดยผู้ถือหุ้น," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (2522), หน้า 86-89.

⁸⁰ สหัส ลิงหวิริยะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 หน้า.121-123.

ชื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท” ดังนั้นหน้าที่โดยทั่วไปของกรรมการ คือ ต้องปฏิบัติงานให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ 4 ประการ⁸¹

1. กรรมการมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย ในที่นี้คือ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด อีกทั้งกฎระเบียบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง
2. กรรมการมีหน้าที่ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของบริษัท บริษัทไม่สามารถกระทำสิ่งที่ไม่ได้อยู่ในของวัตถุประสงค์ได้ ดังนั้นกรรมการจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานภายใต้ของวัตถุประสงค์ของบริษัท
3. กรรมการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของบริษัท โดยข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดเงื่อนไขการจัดการภายในบริษัท กรรมการจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับที่บริษัทกำหนด
4. กรรมการมีหน้าที่ปฏิบัติตามมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ซึ่งถือเป็นนโยบายของบริษัทที่กรรมการบริษัทจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เนื่องจากผู้ถือหุ้นมีส่วนได้เสียในทรัพย์สินทั้งปวงของบริษัท จึงเปรียบเสมือนนโยบายของผู้ถือหุ้นที่มอบให้กรรมการนำไปดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับบริษัท จึงเป็นหน้าที่ของกรรมการบริษัทที่จะต้องปฏิบัติตามมติที่ประชุมใหญ่ได้มอบไว้

กรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวนี้ บริษัทมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการได้ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 85 วรรค 2 (1) หากบริษัทไม่ดำเนินการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการบริษัท ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนอาจรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าหุ้นของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด แจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนบริษัทก็ได้ นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นอาจจะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำของกรรมการที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ก็ได้ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 85 วรรค 2 (2) โดยทั้งสองกรณีนี้ผู้ถือหุ้นอาจขอให้ศาลสั่งให้กรรมการที่กระทำฝ่าฝืนต่อหน้าที่นี้ออกจากตำแหน่งก็ได้ ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 85 วรรค 3 แต่ทั้งนี้ มาตรา 85 วรรค 4 กำหนดไว้ว่า ผู้ถือหุ้นจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะที่กรรมการกระทำการหรือละเว้นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่อันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหาย

นอกจากนี้ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ได้ให้ความหมายของกรรมการและกรรมการบริหารของบริษัทจดทะเบียนว่า จะต้องเป็นบุคคลที่มีมาตรฐานทางศีลธรรมจริยธรรมในระดับสูง มีความเชี่ยวชาญและการตัดสินใจทางธุรกิจที่ดี และมีประสิทธิภาพในการดำเนินกิจการของบริษัท หากฝ่ายบริหารจัดการของบริษัทมีประสิทธิภาพย่อมจะทำให้การดำเนินธุรกิจเป็นไปตาม

⁸¹ ปกป้อง ศรีสนิท, "ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า.8-9.

วัตถุประสงค์ของบริษัทก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด กรรมการและกรรมการบริหารจึงต้องใช้ความซื่อสัตย์สุจริต และความระมัดระวังเอาใจใส่เท่าที่พึงจะคาดหวังได้จากผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการตลอดระยะเวลาที่กรรมการดำรงตำแหน่งในบริษัท กรรมการและกรรมการบริหารของบริษัทต้องหลีกเลี่ยงการดำเนินกิจการอันอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างบริษัทกับกรรมการหรือกรรมการบริหาร นอกจากนี้ยังต้องเปิดเผยโดยละเอียดซึ่งการกระทำธุรกรรมหรือสัญญาใดๆ อันอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างกรรมการหรือกรรมการบริหารกับบริษัท ทั้งนี้ในบางกรณีกรรมการหรือกรรมการบริหารบริษัทอาจต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการด้วย ไม่เช่นนั้นอาจจะไม่ผูกพันบริษัท⁸²

กรรมการหรือผู้บริหารบริษัทมหาชนจึงมีหน้าที่ความรับผิดชอบตามกฎหมายหลายฉบับ เช่นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 เป็นต้น ซึ่งหน้าที่และความรับผิดชอบส่วนใหญ่ล้วนมาจากพื้นฐานมาจาก หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary Duty) หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of Care) และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of Interest) ดังนั้น หากผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดกระทำการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ จะต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งและทางอาญา รวมไปถึงทางวินัยธุรกิจ

บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งห้ามไว้อย่างชัดเจนว่าบริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด จากบทบัญญัติมาตรานี้จึงส่งผลทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าบริษัทมหาชนจะเข้าเป็นผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ไม่ได้ อันเนื่องมาจากผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ที่วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า กิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 อย่างเดียวกับห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค้านั้น กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ

ดังนั้น จากผลของคำพิพากษานี้ทำให้บริษัทมหาชนจำกัดที่จะเข้าทำกิจการร่วมค้าไม่สามารถกระทำได้ เพราะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 บริษัทมหาชนจำกัดจึงต้องใช้วิธีตั้งบริษัทย่อยที่เป็นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำเอาบริษัทย่อยดังกล่าวไปทำกิจการร่วมค้า โดยมีบริษัทมหาชนจำกัดเป็นผู้ค้าประกัน เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 รวมไปถึงการที่บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้เข้าร่วมกิจการร่วมค้า ก็จะทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายที่ห้ามมิให้บริษัทมหาชนเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือไม่

⁸² ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน (กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2540), หน้า 9-10.

นอกจากนี้กรรมการที่ให้ความเห็นให้บริษัทมหาชนจำกัดไปทำกิจการร่วมค้าก็อาจมีความผิดทางอาญา ซึ่งความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 195, 196, 197, 202, 207 เป็นความรับผิดที่ต้องการเจตนา เนื่องจากความผิดเหล่านี้มิใช่ความผิดลหุโทษ เพราะมีโทษปรับเกิน 1,000 บาท และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดก็ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าเป็นความรับผิดที่ไม่ต้องการเจตนา ความรับผิดทางอาญาอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อป้องกันผลประโยชน์ขัดกัน ซึ่งบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 203 และมาตรา 204 โดยได้กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 88 และมาตรา 89 กล่าวคือ เกี่ยวข้องกับการที่กรรมการบริษัทไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ หรือปฏิบัติตาม แต่ไม่ครบถ้วนหรือไม่ตรงกับความเป็นจริงในอันที่จะต้องแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการทำสัญญาที่กรรมการมีส่วนได้เสียและรายละเอียดเกี่ยวกับการถือหุ้น หรือหุ้นกู้ของกรรมการของกรรมการในบริษัท หรือบริษัทในเครือให้บริษัทได้ทราบ และเกี่ยวกับการให้กู้ยืมเงินของบริษัทแก่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้าง นอกจากนี้ยังได้กำหนดโทษแก่บุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของบริษัท อันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตไว้ใน มาตรา 215 ซึ่งกำหนดโทษปรับไม่เกิน 50,000 บาท ถือเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติไว้เพื่อปรามการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ และเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นประชาชนทั่วไป ไม่ให้ถูกเอาเปรียบหรือถูกฉ้อโกง ดังนั้นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องจึงเข้มงวดกว่า

นอกจากความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดแล้วยังมีความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งได้แบ่งความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการออกหลักทรัพย์และการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน ในมาตรา 268-281 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการกระทำอันไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ในมาตรา 296 ความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการเข้าถึงหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ ในมาตรา 298 และความรับผิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ในมาตรา 313, 307, 311 โดยในมาตรา 307 และมาตรา 311 บัญญัติถ้อยคำไว้คล้ายคลึงกัน แต่มีความแตกต่างกันในบางประเด็น และความรับผิดของผู้ร่วมกระทำผิดกับผู้บริหารบริษัทหลักทรัพย์ ในมาตรา 314 และมาตรา 315 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักผู้ซื้อและผู้สนับสนุน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 84 และมาตรา 86

นอกจากนี้ความรับผิดทางวินัยทางธุรกิจของผู้บริหารบริษัทมหาชนก็ถือว่ามีบทบาทกำหนดความประพฤติของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัดได้ แม้ว่าผู้บริหารที่ฝ่าฝืนต่อวินัยทางธุรกิจอาจไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่ง หรือถูกดำเนินคดีทางอาญา แต่จะต้องรับผิดทางวินัยทางธุรกิจซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงของบริษัทมหาชนจำกัดและตัวผู้บริหารนั่นเอง ซึ่งปัจจุบันปรากฏอยู่ในข้อปฏิบัติที่ดีสำหรับกรรมการบริษัทจดทะเบียน (Code of Best Practice for Director of Listed Company) หรือแนวทางปฏิบัติที่ดีของคณะกรรมการตรวจสอบ (Best Practice Guidelines for Audit Committee) ที่ออกโดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย⁸³

จะเห็นได้ว่าแนวความคิดพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทซึ่งระดมเงินทุนจากประชาชนมาใช้ในกิจการ ดังนั้นจึงต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนซึ่ง

⁸³ ปกป้อง ศรีสนิท, "ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด," หน้า.219-221.

นำเงินมาลงทุนในกิจการของบริษัท โดยการดำเนินกิจการของบริษัทจะต้องเป็นไปโดยซื่อสัตย์สุจริต และเพื่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องวางข้อกำหนดให้บริษัทปฏิบัติตามเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้น การดำเนินกิจการตลอดจนกรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารกิจการของบริษัทมหาชนจำกัด ย่อมมีภาระหน้าที่ ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่เข้มงวด ซึ่งแตกต่างจากกรณีบริษัทจำกัด

อย่างไรก็ดี การที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 บัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน ทำให้บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ หากได้ทำสัญญาอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติก็จะตกเป็นโมฆะ และการที่ไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายไทยที่กำหนดสถานภาพทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า มีเพียงประมวลรัษฎากร มาตรา 39 ที่ได้ให้ความหมายคำว่ากิจการร่วมค้าเอาไว้ แต่ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของกิจการร่วมค้าเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี มิใช่กฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของกิจการร่วมค้าเหมือนดังเช่นกฎหมายเอกเทศสัญญา

ดังนั้นแม้ว่าประมวลรัษฎากรจะมีการให้คำจำกัดความกิจการร่วมค้าไว้อย่างไรก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ได้ให้คำจำกัดความไว้ ในการพิจารณาถึงผลทางกฎหมาย จึงไม่อาจจะถือคำจำกัดความในกรณีใดกรณีหนึ่งทางธุรกิจ รวมทั้งคำจำกัดความตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากรเป็นหลัก จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญหรือไม่ มีเพียงคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าต้องร่วมกันรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค้านั้น กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ และจวบจนปัจจุบันก็ยังไม่มีความพิพากษาที่แน่ชัดถึงสถานภาพของกิจการร่วมค้า เมื่อกิจการร่วมค้าไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายไทยที่กำหนดว่ามีสถานะอย่างไรใด เพียงแต่รับรู้ว่ากิจการร่วมค้าคือการรวมตัวของกิจการตั้งแต่สองกิจการขึ้นไปเพื่อทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันมีลักษณะคล้ายกับห้างหุ้นส่วนสามัญจึงเกิดปัญหาขึ้นมาว่าบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าร่วมกิจการร่วมค้าได้หรือไม่

ในประเด็นเกี่ยวกับการห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นอุปสรรคในภาพรวมต่อการประกอบธุรกิจ เนื่องจาก ในปัจจุบันบริษัทที่มีศักยภาพในการทำกิจการร่วมค้า ซึ่งต้องรับผิดชอบดำเนินโครงการที่มีขนาดใหญ่ อาศัยเงินทุนมหาศาลและเทคโนโลยีขั้นสูงได้ ก็น่าจะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่กลับไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ ทั้ง ๆ ที่บริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถกระทำได้ โดยประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในลำดับต่อไป

2.5.3 ระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วน และบริษัท พ.ศ. 2554

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติใดห้ามบริษัทจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนประเภทใดๆดังเช่นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535แต่ก็ปรากฏข้อสงสัยถึงรูปแบบและสถานะทางกฎหมายของบริษัทเข้าเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังปรากฏจากบันทึกความเห็นของสำนักงานกฤษฎีกา เรื่องเสร็จเลขที่ 74/2491 และ 3546/2488 เรื่องบริษัทจำกัดจะถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้หรือไม่โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาปัญหานี้แล้ว เห็นว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 บริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย และมีทรัพย์สินของตนเอง ไม่มีกฎหมายใดห้ามมิให้บริษัทจำกัดถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญ ฉะนั้นหากวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัด เปิดช่องให้บริษัทถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้แล้ว บริษัทก็ย่อมถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้ การที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าห้างหุ้นส่วนสามัญจะมีผู้เป็นหุ้นส่วนพวกจำกัดความรับผิดชอบอยู่ด้วยไม่ได้นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นด้วย แต่การที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าไม่ควรรับจดทะเบียน โดยถือว่าบริษัทจำกัดเวลาถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญก็จะจำกัดความรับผิดชอบด้วยนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่เห็นด้วย เพราะเมื่อบริษัทจำกัดเข้าถือหุ้นดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเข้าติดตามบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของบริษัทได้ ในการที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดมีความรับผิดชอบจำกัดนั้นไม่ได้ทำให้ความรับผิดชอบของบริษัทจำกัดในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญจำกัดไปด้วย

จวบจนเมื่อมีระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2554 ข้อ 58 ซึ่งกำหนดว่า

“ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด จะเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบหรือจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนก็ได้

ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด”

จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัทไม่มีบทบัญญัติห้ามบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดและในทางปฏิบัติบริษัทสามารถเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนได้ ซึ่งมีระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2554 ข้อ 58กำหนดไว้ว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัดจะเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบหรือจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนก็ย่อมกระทำได้ แม้กระทำการที่องค์กรธุรกิจทั้งสามนี้จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย และมีทรัพย์สินเป็นของตนเอง ก็ยังสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด

อย่างไรก็ดีในวรรค 2 ของระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2554 ข้อ 58 นี้ก็ได้กำหนดห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดไว้

เช่นเดียวกันกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนชนิดไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

2.5.4 หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัท (Maintenance of Capital)

ปัจจัยที่สำคัญในการประกอบธุรกิจก็คือเงินทุน การทำธุรกิจย่อมต้องมีเงินทุนในการใช้บริหารจัดการกิจการ โดยทุนอาจจะหมายถึงเงินสด ทรัพย์สิน ตลอดจนสินเชื่อและเครดิต ซึ่งวิธีแสวงหาทุนอาจทำได้หลายวิธีดังต่อไปนี้

(1) ออกหุ้นเพื่อจะได้เงินค่าหุ้นมาใช้ในการดำเนินกิจการ เรียกว่า ทุนหุ้นหรือทุนเรือนหุ้น (share capital) ซึ่งอาจทำได้ทั้งการออกขายหุ้นให้ผู้ใกล้ชิด หรือออกหุ้นเสนอขายแก่ประชาชนในกรณีบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งทุนในลักษณะนี้ถือเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิของผู้ถือหุ้นที่มีต่อบริษัทตามบทบัญญัติว่าด้วยบริษัท อยู่ภายใต้กฎต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน (Maintenance of capital)

(2) วิธีการกู้ยืม ในที่นี้อาจจะกระทำได้ในหลายรูปแบบ เช่น การกู้ยืมเงินโดยตรงจากผู้มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับบริษัท เช่น กรรมการบริษัท ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัท ตลอดจนบุคคลภายนอก ซึ่งที่นิยมทำกันมากที่สุดคือการกู้ยืมเงินจากธนาคารหรือสถาบันทางการเงินต่าง ๆ นอกจากนี้ยังสามารถออกหุ้นกู้ซึ่งเป็นการกู้เงินจากประชาชนทั่วไป เรียกว่า ทุนกู้ยืม (loan capital) หรือ ทุนหนี้ (debt capital) ซึ่งทุนในลักษณะนี้ถือเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีต่อบริษัทตามบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องนี้

(3) ดำเนินงานโดยอาศัยเครดิต ซึ่งมักจะทำกันในลักษณะการซื้อเครื่องจักร โรงงาน ที่ดิน หรือเทคโนโลยีโดยให้ผลตอบแทนหรือชำระราคาในภายหลัง เป็นข้อดีในแง่ของการทยอยจ่ายทุนเป็นงวดๆ ไม่ต้องจัดหาทุนก้อนใหญ่มาชำระในคราวเดียว

(4) กั้นเงินกำไรบางส่วนมาเป็นทุนดำเนินงาน

แม้ว่าเงินทุนโดยทั่วไปจะหมายรวมถึง เงิน ทรัพย์สิน สินเชื่อและเครดิต แต่คำว่า ทุนในความหมายแคบหมายถึง “ทุนเรือนหุ้น” (share capital) เงินส่วนเกินที่ได้จากการขายหุ้นเกินราคาที่จดทะเบียน (share premium) รวมไปถึงเงินกำไรที่ยังไม่ได้แบ่งปันผลและเงินทุนสำรองของบริษัท แต่ในความหมายที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทุนของบริษัทหมายถึงเฉพาะแต่ “ทุนเรือนหุ้นเท่านั้น”

อนึ่ง สำหรับธุรกิจของคนคนเดียวหรือห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น ทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ประกอบการหรือของหุ้นส่วนย่อมตกอยู่ภายใต้การบังคับชำระหนี้ทั้งหมด ในขณะที่บริษัทซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่างหากจากตัวผู้ถือหุ้นหรือผู้บริหารงาน แม้ว่าผู้ถือหุ้นจะมีฐานะมั่งคั่งเพียงใด ทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นหรือผู้บริหารก็ไม่ได้เป็นหลักประกันของบริษัท นอกจากนี้ยังมีหลักคุ้มครองความรับผิดของผู้ถือหุ้นไม่ให้อำนาจรับผิดเกินกว่ามูลค่าหุ้นที่ตนยังชำระไม่ครบ หากผู้ถือหุ้นนั้นได้ชำระค่าหุ้นครบแล้ว ความรับผิดก็จะมีอยู่เพียงจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น แม้บริษัทจะไปก่อหนี้สินมากกว่านั้นเจ้าหนี้ก็ไม่สามารถมาเรียกร้องเอาจากผู้ถือหุ้นอีก และเนื่องจากการที่เจ้าหนี้ไม่สามารถที่จะบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นได้นอกจากทุนของบริษัท ดังนั้นกฎหมายจึงมีมาตรการเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้มี

การทำให้ทุนของบริษัทลดลง หลักการดังกล่าวนี้เรียกว่า “หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัท” (Maintenance of capital) หมายถึงการที่บริษัทจะต้องดำรงรักษาทุนไว้ ไม่กระทำการใด ๆ ในลักษณะการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของบริษัทในลักษณะที่จะก่อความเสียหายให้เกิดขึ้นกับทุนของบริษัท โดยมีขอบ กล่าวคือ บริษัทจะนำทุนของบริษัทไปใช้ในกิจการอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของบริษัทไม่ได้ อันจะเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ (Ultra vires) หรือจะนำทุนของบริษัทคืนให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยการจ่ายเงินปันผลหรือโดยวิธีอื่นใดไม่ได้

อย่างไรก็ดี หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทไม่ได้ถึงขนาดว่าบริษัทไม่สามารถนำทุนไปใช้ได้เลย หรือต้องเก็บรักษาทุนไว้ให้คงอยู่ครบถ้วนตลอดเวลา บริษัทย่อมสามารถนำทุนของบริษัทนี้มาใช้ในกิจการงานของบริษัทเหมือนกับเงินส่วนอื่น ๆ เนื่องจากการประกอบธุรกิจย่อมมีความเสี่ยง มีกำไรขาดทุน การเก็บทุนบริษัทไว้เพียงเพื่อเป็นประกันแก่เจ้านี้ย่อมขัดกับหลักการดำเนินธุรกิจ ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นเงินทุน หากนำเงินทุนไปดำเนินธุรกิจแล้วต้องประสบกับภาวะขาดทุน ก็ย่อมต้องทำให้เงินทุนเรือนหุ้นนี้ลดลงไปเป็นธรรมดา การดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนจึงหมายถึงการป้องกันไม่ให้นำเงินทุนไปใช้ในทางไม่ชอบ

หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทนี้เป็นหลักควบคุมคู่ไปกับหลักความรับผิดจำกัด (Limited liability) ของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นรับผิดชอบจำกัดเพียงค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบ เงินค่าหุ้นที่ผู้ถือหุ้นส่งแล้วบริษัทต้องเก็บรักษาไว้ ไม่คืนให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยไม่ชอบ โดยจะได้คืนก็ต่อเมื่อมีการเลิกบริษัทและหลังจากชำระบัญชีแล้วเหลืออยู่เท่านั้น ผู้ถือหุ้นจะได้รับเฉพาะส่วนเงินกำไรจากบริษัท โดยก่อนที่จะมีการเลิกบริษัทและชำระบัญชีนั้นบริษัทต้องรักษาทุนนั้นไว้เพื่อนำมาใช้ในการดำเนินงานของบริษัทเหมือนเงินส่วนอื่นๆ ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท

เหตุที่ต้องมีหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนนั้นก็เกินไปเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นและเจ้านี้ยของบริษัทเนื่องจากผู้ถือหุ้นจะได้รับเงินส่วนของตนที่ลงในบริษัทก็ต่อเมื่อมีการเลิกบริษัท ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีที่ยังคงมีทรัพย์สินเหลืออยู่ภายหลังจากการได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้านี้ยของบริษัทแล้ว ซึ่งการที่เจ้านี้ยของบริษัทจะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนก็มาจากเหตุผลของการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัท เช่นเดียวกัน เพราะบริษัทมีสภาพบุคคลแยกออกจากหากจากผู้ถือหุ้นเจ้านี้ยของบริษัทจึงไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นชำระหนี้แก่ตนได้ มีสิทธิเพียงเรียกร้องเอาจากตัวบริษัทเท่านั้น ดังนั้นทุนของบริษัทย่อมเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ให้แก่เจ้านี้ย บริษัทจึงไม่สามารถกระทำการใดอันเป็นการทำให้ทุนของบริษัทลดลงโดยมิชอบ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเจ้านี้ยของบริษัท อีกทั้งหากบริษัทได้กระทำการใดอันมีผลให้ทุนของบริษัทลดลงโดยมิชอบ ย่อมส่งผลทำให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทได้รับเงินคืนไม่ครบจำนวนตามที่ตนได้ลงไว้

นอกจากนี้ในการดำเนินการบางลักษณะที่มีผลกระทบต่อทุนของบริษัทในลักษณะที่ทำให้ความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ลดลง กฎหมายจึงเข้ามาคุ้มครองบรรดาเจ้านี้ยของบริษัท เช่น หากบริษัทจะทำการลดทุนหรือควบรวมบริษัท ต้องได้รับความเห็นชอบจากบรรดาเจ้านี้ย หากเจ้านี้ยไม่เห็นชอบลูกหนี้ต้องชำระหนี้หรือหาหลักประกันจนเป็นที่พอใจให้จึงจะสามารถดำเนินการดังกล่าวได้⁸⁴

จากการพิจารณาหลักการดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าหากบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งในประเด็นที่เรากำลังพิจารณาคือรูปแบบ

⁸⁴ บุญยวัฒน์ การเวกพันธุ์, "การแปรสภาพบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทจำกัด," หน้า.48.

กิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน โดยหากกิจการร่วมค่านั้นต้องตกอยู่ภายใต้การตีความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ กรณีนี้จะเห็นได้ว่าเมื่อผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดนั้นได้ชำระค่าหุ้นครบแล้ว ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดก็จะมีอยู่เพียงจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น แม้บริษัทมหาชนจำกัดนั้นจะไปก่อหนี้สินมากกว่านั้นเจ้าหนี้ของบริษัทก็ไม่สามารถมาเรียกร้องเอาจากผู้ถือหุ้นอีก เนื่องจากเจ้าหนี้ไม่สามารถที่จะบังคับชำระหนี้เอากับทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นได้นอกจากทุนของบริษัทได้

ดังนั้น ด้วยหลักการที่ว่าบริษัทจะต้องดำรงรักษาทุนไว้ บริษัทจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ ในลักษณะการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของบริษัทในลักษณะที่จะก่อความเสียหายให้เกิดขึ้นกับทุนของบริษัท โดยนำทุนของบริษัทไปใช้ในกิจการอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของ บริษัทไม่ได้ เพราะเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ (Ultra vires) แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทนั้นไม่ได้เข้มงวดจนถึงขนาดว่าบริษัทไม่สามารถนำทุนไปใช้ได้เลย หรือต้องเก็บรักษาทุนไว้ให้คงอยู่ครบถ้วนตลอดเวลา เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทที่มีขนาดใหญ่ มีเงินทุนสูง และศักยภาพในการดำเนินธุรกิจ ย่อมสามารถนำทุนของบริษัทนี้มาใช้ในกิจการงานของบริษัท เหมือนกับเงินในส่วนอื่นๆ รวมไปถึงการเข้าทำกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน ทั้งนี้หากวัตถุประสงค์ของ บริษัทไม่ได้ห้ามไว้ก็ไม่น่าจะขัดกับหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน เนื่องจากการประกอบธุรกิจย่อมจะมีความเสี่ยง แม้นำเงินทุนไปดำเนินธุรกิจดังกล่าวแล้วต้องประสบกับภาวะขาดทุนเป็นผลทำให้เงินทุนเรือนหุ้นนี้ลดลงก็ตาม การเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนนั้นถือเป็นหนึ่งในความเสี่ยงทางธุรกิจเท่านั้น

นอกจากนี้หากบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน แม้ว่าจะดำเนินธุรกิจแล้วต้องประสบกับภาวะขาดทุน เจ้าหนี้ของกิจการร่วมค้าก็ย่อมติดตามบังคับการชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทมหาชนจำกัดได้ การที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทมหาชนจำกัดมีความรับผิดชอบจำกัดนั้น ไม่ทำให้ความรับผิดชอบของบริษัทมหาชนจำกัดในฐานะผู้เป็นคู่สัญญากิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียนจำกัดความรับผิดชอบไปด้วย แม้ว่าผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ที่ได้มีการวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่ากิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน ถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น ย่อมส่งผลให้ให้บริษัทมหาชนจำกัดผู้เป็นคู่สัญญาร่วมค่านั้นมีฐานะเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบดังนั้นเจ้าหนี้ของกิจการร่วมค้าก็ย่อมติดตามบังคับการชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทมหาชนจำกัดได้

2.5.5 ปัจจัยทางด้านกายภาพของบริษัท

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1012 ซึ่งบัญญัติว่า
 “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

บทบัญญัติมาตรา 1012 นี้ ถือเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่นำมาใช้กับห้างหุ้นส่วนทุกรูปแบบตลอดจนบริษัทจำกัด ซึ่งการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้วางหลักว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดเป็นสัญญาที่จะต้องมี “บุคคล” ตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้าร่วมทำการร่วมกันนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ระบุถึง “บุคคล” ว่าให้หมายความถึง “บุคคลธรรมดา” เท่านั้น รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าให้รวมไปถึง “นิติบุคคล” ด้วยหรือไม่ มีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3657/2531 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่านิติบุคคลก็อาจเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ซึ่งหากบุคคลที่ตกลงเข้ากันในกรณีบริษัทจำกัดหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดมิได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ย่อมแสดงให้เห็นว่า “บุคคล” ตามมาตรา 1012 อาจมีความหมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย

นอกจากนี้กระทรวงพาณิชย์ได้เคยหารือกับคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง “บริษัทจำกัดจะถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้หรือไม่” ตามหนังสือหารือที่ น. 3847/2491 ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยให้ความเห็นว่า ประเด็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กอง 3) ได้เคยวินิจฉัยความเห็นไว้แล้วดังปรากฏตามบันทึกโดยอ้างถึงหนังสือที่ น. 1348/2488 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2488 ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาปัญหาแล้วเห็นว่าบริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 ซึ่งบัญญัติว่า

“ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบัญญัติแห่งนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น”

บริษัทจำกัดมีทรัพย์สินเป็นของตนเอง ไม่มีกฎหมายใดห้ามไม่ให้บริษัทจำกัดถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญ ฉะนั้นหากวัตถุประสงค์ของบริษัทเปิดช่องให้บริษัทถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้แล้ว บริษัทก็ย่อมถือหุ้นได้ การที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญจะมีผู้เป็นหุ้นส่วนพวักจำกัดความรับผิดชอบไม่ได้ นั่น คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นด้วย แต่การที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าไม่ควรรับจดทะเบียนโดยถือว่า บริษัทจำกัดเวลาถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญก็จะจำกัดความรับผิดชอบด้วยนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่เห็นด้วย เพราะเมื่อบริษัทจำกัดเข้าถือหุ้นดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนสามัญก็ย่อมติดตามบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของบริษัทได้ ในการที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดมีความรับผิดชอบจำกัดนั้น ไม่ได้ทำให้ความรับผิดชอบของบริษัทจำกัดในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญจำกัดไปด้วยแม้ตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศสก็มีหลักในการทำงานเดียวกันนี้ (Cf. law of England Vo. Partnership No.805 and 991 : Lyon – Caen droit commercial Tome II P. 90)⁸⁵

เนื่องจากบริษัทเป็นนิติบุคคล ซึ่งเป็นบุคคลสมมติทางกฎหมาย จึงมีข้อจำกัดประการสำคัญที่มักถูกนำมาโต้แย้งถึงการที่บริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน กล่าวคือ

⁸⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกความเห็นของสำนักงานกฤษฎีกาหมายเลข 74/2491 และ 3546/2488.”

ความสามารถของบริษัทในการกระทำการใด ๆ อาจกล่าวได้ว่าเนื่องจากสภาพทางกายภาพของบริษัท ทำให้บริษัทไม่สามารถจะกระทำการใดๆได้เฉกเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดที่ว่า บริษัทไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้

ในทางกายภาพนั้นบริษัทไม่มีร่างกาย สมอง อันจะสามารถกระทำการได้อย่าง บุคคลธรรมดาทั่วไปที่เกิดตามธรรมชาติ ดังนั้นนิติบุคคลจะเกิดหรือมีได้ก็ต่ออาศัยอำนาจของประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือโดยอาศัยกฎหมายอื่นดังนั้นนิติบุคคลเมื่อเกิดหรือมีขึ้นแล้วย่อมมีฐานะ เป็นบุคคลต่างหากจากบุคคลธรรมดา แสดงเจตนาหรือแสดงความประสงค์ด้วยตนเองดังเช่นบุคคล ธรรมดาไม่ได้แต่เมื่อกฎหมายกำหนดให้มีสิทธิหน้าที่ได้เหมือนบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิอันพึงมีพึงได้ เฉพาะแต่ในบุคคลธรรมดาเท่านั้น กฎหมายจึงกำหนดให้บริษัทมีผู้แสดงความประสงค์หรือเจตนาแทน นิติบุคคล ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรคสอง

เนื่องจากบริษัทไม่มีสภาพทางกายภาพของนี้เอง จึงทำให้มีความคิดเห็นว่าเป็นบริษัทซึ่งเป็นเพียงบุคคลสมมติตามกฎหมาย ไม่สามารถบริหารจัดการงานภายในห้างหุ้นส่วนได้ดังเช่นผู้เป็น หุ้นส่วนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาตามธรรมชาติในห้างหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1033 ซึ่งบัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีอำนาจเป็นผู้จัดการห้างหุ้นส่วน เมื่อไม่ได้ตกลงกันไว้อย่างไรในเรื่องจัดการงานของห้างหุ้นส่วนนั้น

แต่ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวต่างออกไป กล่าวคือแม้ว่าบริษัทจะ ไม่มีสภาพทางกายภาพ กล่าวคือ ไม่มีร่างกาย สมอง หรือทักษะอันจะสามารถกระทำการใดเช่นที่ผู้เป็น หุ้นส่วนที่เป็นบุคคลธรรมดาตามธรรมชาติกระทำได้ตาม หากแต่บริษัทก็สามารถกระทำการโดยผ่าน กรรมการของบริษัท ในอันที่จะจัดการงานของห้างหุ้นส่วน หากการดำเนินธุรกิจของห้างหุ้นส่วนที่มี บริษัทเป็นหุ้นส่วนนั้นสามารถกระทำการไปเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอาจกล่าวได้ว่าโดยถือว่าการ กระทำโดยผ่านกรรมการของบริษัทผู้แสดงออกซึ่งเจตนาของบริษัทจนเป็นส่วนหนึ่ง ของกิจการของ ห้างหุ้นส่วนและเมื่อรายได้ของห้างหุ้นส่วนที่ได้รับนั้นย่อมถูกนำมาเข้าบัญชีระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน ทั้งหมด ดังนั้นข้อโต้แย้งในประเด็นข้อจำกัดทางด้านความสามารถทางกายภาพของบริษัทในการเข้า เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนย่อมตกไป

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ได้จำกัดเฉพาะบุคคล ธรรมดาที่มีสภาพทางกายภาพเท่านั้นแต่หมายรวมไปถึงนิติบุคคลด้วย ซึ่งมีข้อพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 1055 (5) ที่บัญญัติว่า

“ห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้...

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย หรือล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ”

หากมองว่าความตายของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นเหตุที่ทำให้ห้างหุ้นส่วนเลิก แล้วการเลิก บริษัทจะทำให้ห้างหุ้นส่วนเลิกด้วยนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการเลิกบริษัทไม่ใช่ความตาย เนื่องจากบริษัทจะ ยังคงอยู่ต่อไปจนกว่าจะชำระบัญชีเสร็จ อีกทั้งแม้ว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจะแสดงให้เห็นถึงการให้ ความสำคัญต่อคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วน โดยกำหนดให้ห้างหุ้นส่วนยอมเลิกกันเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคน ใดคนหนึ่งตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ดังนั้นเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนถึงแก่ความตาย คุณสมบัติของห้างหุ้นส่วนก็สิ้นสุด ห้างหุ้นส่วนจึงต้องเลิกแต่การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1056 (5) ได้บัญญัติว่าการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายเป็นเหตุที่ทำให้ห้างหุ้นส่วนเลิก

โดยไม่ได้บัญญัติถึงกรณีที่ผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนเล็ก จึงไม่อาจจะสรุปได้ว่ากฎหมายห้างหุ้นส่วนของไทยมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาตามธรรมชาติเท่านั้นไม่รวมไปถึงนิติบุคคล

2.5.6 หลักการคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อย

ผู้ถือหุ้นที่นำเงินมาลงทุนในบริษัทเป็นผู้ที่ได้รับความเสี่ยงจากการบริหารจัดการมากที่สุด กล่าวคือ หากการดำเนินกิจการของบริษัทก่อให้เกิดผลประโยชน์ที่มิกำไร ผู้ถือหุ้นย่อมได้รับส่วนแบ่งของกำไรในรูปเงินปันผลของบริษัท ในทางตรงกันข้ามหากบริษัทดำเนินกิจการแล้วเกิดความล้มเหลวขาดทุน ผู้ถือหุ้นย่อมต้องร่วมรับในผลขาดทุนของบริษัท ซึ่งเมื่อมีการเลิกบริษัทผู้ถือหุ้นอาจได้รับเงินค่าหุ้นคืนน้อยกว่าตอนที่นำเงินไปลงทุนไว้กับบริษัทในตอนแรก ดังนั้นจึงถือว่าผู้ถือหุ้นจึงตกอยู่ในความเสี่ยงจากการบริหารจัดการของบริษัท หากบริษัทจะดำเนินกิจการที่มีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นจึงต้องได้รับความยินยอมจากบรรดาผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ก่อนเพื่อให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทยอมรับในผลของการดำเนินการ

อย่างไรก็ดี เมื่อบริษัทได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้ดำเนินการในเรื่องใดแล้ว ย่อมมีกรณีที่ผู้ถือหุ้นบางคนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายย่อยไม่เห็นด้วยในแนวทางการดำเนินกิจการดังกล่าว ซึ่งผู้ถือหุ้นเหล่านี้อาจถูกกระทบการดำเนินการนั้น ซึ่งกฎหมายจึงมุ่งที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยที่อาจถูกกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ถือหุ้นอันเนื่องมาจากการกระทำบางประการ โดยแรกเริ่มที่มีการยกร่างกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดนี้มีความเห็นว่าควรยึดหลักการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนผู้ซื้อหลักทรัพย์และผู้ถือหุ้นรายย่อย⁸⁶ กล่าวคือ สิทธิของผู้ถือหุ้นแต่ละคนนั้นตกอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหารซึ่งอ้างว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของกิจการ โดยเฉพาะในกรณีบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งระดมทุนจากประชาชน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทมหาชนเท่านั้นที่จะสามารถทำหนังสือชี้ชวนให้ประชาชนซื้อหุ้นก็ได้ จึงทำให้มีผู้ถือหุ้นอยู่เป็นจำนวนมากกระจายกันออกไปซึ่งประชาชนที่เอาเงินมาลงทุนกับฝ่ายจัดการโดยที่มิรู้จักกันเลย แตกต่างกรณีบริษัทจำกัดที่ผู้ถือหุ้นอาจจำกัดอยู่ภายในครอบครัว วงศาคณาญาติ หรือคนกลุ่มหนึ่ง ดังนั้นระบบการควบคุมบริษัทควรจะออกมาในรูปแบบใดจึงเป็นเรื่องที่สำคัญมาก

วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ดั้งเดิมที่มีในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด คือ ต้องการที่จะให้บริษัทที่มีทุนทรัพย์สูงมีจำนวนผู้ถือหุ้นมาก อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือรวมทั้งนิติบุคคลก็ได้ ในบริษัทมหาชนจำกัดโดยทั่วไปนั้น หากจะแบ่งกลุ่มผู้ถือหุ้นก็จะมีกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย และกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรืออาจเป็นไปได้ในกรณีที่มีผู้ถือหุ้นเพียงกลุ่มเดียวคือผู้ถือหุ้นรายย่อยทั้งหมด ก็ย่อมเป็นไปได้เนื่องจากไม่ได้มีกฎหมายห้ามไว้แต่อย่างใด แต่ในทางปฏิบัตินั้นภายในบริษัทมหาชนจำกัดทุกบริษัทจะต้องมีกลุ่มผู้ถือหุ้นสองกลุ่ม นั่นคือ กลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย

⁸⁶ ประเสริฐ นาสกุล, "ที่มาและการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521," วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับพิเศษกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (2522), หน้า 2-3.

เหตุที่บริษัทมหาชนจำกัดต้องแบ่งจำนวนผู้ถือหุ้นรายย่อยกับผู้ถือหุ้นรายใหญ่ให้มีจำนวนไม่เกินตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้ ก็เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อย⁸⁷

ได้มีการยืนยันถึงหลักการค้ำประกันหลักการนี้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ซึ่งมีข้อความว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากการประกอบธุรกิจการค้าและอุตสาหกรรมในรูปแบบบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ขยายตัวเจริญก้าวหน้าไปมาก มีบริษัทจำกัดเป็นจำนวนมากที่มีทุนทรัพย์บริษัทหลายสิบถึงหลายร้อยล้านบาท ดำเนินธุรกิจมีมูลค่าคิดเป็นเงินรวมกันปีละหลายหมื่นล้านบาท และได้จำหน่ายหุ้นให้แก่ประชาชนทั่วไปมาหลายปีแล้วจนบริษัทหนึ่งๆมีผู้ถือหุ้นจำนวนมาก แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนี้ นอกจากจะไม่สามารถคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวได้อย่างเพียงพอแล้ว ยังไม่ให้อำนาจผู้ถือหุ้นควบคุมการบริหารงานของบริษัทอย่างใกล้ชิด เป็นเหตุให้เกิดเป็นปัญหาอยู่เนื่อง ๆ หากปล่อยให้ภาวการณ์เช่นนี้คงอยู่ต่อไปโดยไม่รีบแก้ไข ย่อมจะเป็นอันตรายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ จำเป็นต้องแก้ไขปรับปรุงกฎหมายปัจจุบันให้เหมาะสมกับกาลสมัย เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้น และให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมเป็นเจ้าของกิจการต่าง ๆ มากขึ้น อันจะเป็นช่องทางช่วยระดมเงินทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและพัฒนาตลาดหลักทรัพย์ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น”⁸⁸

ด้วยเหตุนี้เองบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ตลอดจนเมื่อมีการแก้ไข พ.ศ. 2535 จึงห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หากมีการทำสัญญาที่ฝ่าฝืนจะตกเป็นโมฆะ ส่งผลให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียนไม่ได้ สืบเนื่องมาจากผลของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งได้วินิจฉัยว่ากิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนขึ้นใหม่ จะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค้านั้นกิจการร่วมค้า จึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ดังนั้นการจะทำกิจการร่วมค้าบริษัทมหาชนจำกัด จึงจะต้องตั้งบริษัทลูกที่เป็นบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำเอาบริษัทลูกนั้นไปเข้าทำกิจการร่วมค้า โดยมีบริษัทมหาชนจำกัดนั้นเป็นผู้ค้าประกัน เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁸⁷ อุกฤษ มงคลนาวิน, “ที่มาและการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521,” วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับพิเศษ กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (2522), หน้า 26.

⁸⁸ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล, “บันทึกการอภิปรายเรื่อง การปรับปรุงพ.ร.บ.บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2521 ซึ่งจัดโดย กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สมาคมสมาชิกตลาดหลักทรัพย์ และสมาคมบริษัทเงินทุน วันที่ 19 มกราคม 2532 ณ โรงแรมอิมพีเรียล,” วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 12 ฉบับที่ 3 ประจำเดือน มีนาคม 2532 (2532), หน้า 32-33.

บทที่ 3

แนวความคิดในการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิด ในห้างหุ้นส่วนในต่างประเทศ

3.1 ประเทศอังกฤษ

3.1.1 แนวคิดเรื่องการที่นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

ในประเทศอังกฤษนั้น ไม่มีหลักการใดห้ามไม่ให้นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วนกับนิติบุคคลหรือบุคคลใด¹ เว้นแต่หลักที่นิติบุคคลไม่สามารถใช้เงินทุน เพื่อจุดประสงค์ที่ข้อบังคับของนิติบุคคลนั้นไม่ได้ให้อำนาจไว้ จากหลักการนี้อาจพิจารณาในเบื้องต้นได้ว่าเป็นกรณี Ultra Vires (การกระทำนอกขอบอำนาจ) การที่นิติบุคคลประเภทบริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนกับบุคคลอื่นนั้น การจะพิจารณาว่าการกระทำใดถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หรือเป็นกรณี Ultra Vires นั้น มีเส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่างห้างหุ้นส่วนที่ดำเนินธุรกิจไป โดยมีวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมาย และห้างหุ้นส่วนที่ดำเนินธุรกิจไปโดยไม่มีผลทางกฎหมาย เนื่องจากการกระทำของผู้เป็นหุ้นส่วนหนึ่งหรือมากกว่านั้นเป็นการกระทำที่ Ultra Vires² ซึ่งห้างหุ้นส่วนประเภทหลังนี้ โดยตัวของมันเองไม่มีข้อต่างพร้อยของประเด็นการผิดกฎหมายอยู่เลย เพียงแต่บังคับใช้ไม่ได้เท่านั้น เช่นเดียวกับบริษัทที่หนังสือบริคณห์สนธิไม่อนุญาตให้ก่อความสัมพันธ์แบบห้างหุ้นส่วน โดยหลัก Ultra Vires นี้ ใช้มายาวนาน จนกระทั่งปี 1980 จึงค่อย ๆ ลดน้อยลง เพราะหากมีการระบุดูวัตถุประสงค์ของบริษัทอยู่จำนวนหนึ่ง แต่ประสบปัญหาว่า หากมีกรณีนอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ จะสามารถกระทำได้หรือไม่ จึงได้มีการพยายามเขียนวัตถุประสงค์ให้ครอบคลุม แต่ยิ่งเขียนมากขึ้นเท่าไร ปัญหายิ่งเกิดตามมามากขึ้น เนื่องจากหากสิ่งที่จะต้องกระทำไม่อยู่ในข้อบังคับ จะเกิดปัญหาตามมาว่า จะสามารถกระทำได้หรือไม่ แต่ในปัจจุบันหลัก Ultra Vires แทบจะหมดความศักดิ์สิทธิ์ไปแล้ว โดยปัจจุบันมีการแก้ไข The Company Act 2006 ว่า เมื่อตั้งบริษัทมาแล้ว ให้สามารถกระทำได้ทุกอย่าง นอกจากนี้ศาลอังกฤษก็จะพิจารณาเรื่องขอบวัตถุประสงค์ โดยเมื่อพิจารณาคำรู้ระหว่างบุคคลภายนอกที่เข้าทำธุรกรรมกับบริษัท ซึ่งบุคคลภายนอกย่อมรู้เท่าที่ราชกิจจานุเบกษาระบุไว้ เทียบกับกรรมการซึ่งเป็นบุคคลภายในบริษัทเอง ผู้ใดจะเป็นคนที่รู้ถึงขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทดีกว่า ดังนั้นเมื่อชั่งน้ำหนักเช่นนี้แล้ว ถือว่าคนภายในต้องรู้ขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทดีกว่าบุคคลภายนอก จึงไม่สามารถอ้างหลัก Ultra Vires เป็นข้อยกเว้นได้ นักกฎหมายจึงเห็นว่าหลัก Ultra Vires ลดความนิยมลงไป

¹ Ernest H. Scamell and R.C.'Anson Banks, *Lindley & Banks on the law of Partnership*. (London : Sweet & Maxwell, 1991), p.68.

² Ibid.

อย่างไรก็ดี ทั้งนี้หากการที่นิติบุคคลประเภทบริษัทนั้น จะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนกับบุคคลอื่น ขึ้นอยู่กับหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท³ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลในคดี Newstead V. Frost ซึ่งศาลได้วินิจฉัยโดยใช้คำว่า “all kind of financial...or other operations” ในหนังสือบริคณห์สนธิ จึงสามารถอนุมานได้ว่ารวมไปถึงธุรกิจของห้างหุ้นส่วนด้วย ในกรณีใดๆภายใต้บทบัญญัติ Company Act 1948 บริษัทใดที่หนังสือบริคณห์สนธิไม่ได้ให้อำนาจในการเข้าเป็นหุ้นส่วนกับบุคคลอื่นไว้ อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลได้โดยวิธีที่ยุ่ยากซับซ้อนน้อยกว่าเดิมที่เคยเป็นมา เพื่อที่จะทำให้บริษัทมีอำนาจในการที่จะกระทำการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนเช่นว่านั้นได้

อนึ่ง คำว่า “บุคคล” ตามถ้อยคำในบทบัญญัติ มาตรา1(1) แห่ง Partnership Act 1890 ที่บัญญัติว่า

“Partnership is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit.”

กล่าวคือ ห้างหุ้นส่วน คือ ความสัมพันธ์ ซึ่งมีขึ้นระหว่างบุคคลหลายคนในการดำเนินธุรกิจร่วมกัน โดยมุ่งแสวงหากำไร ดังนั้นคำว่า “บุคคล” ให้ความหมายถึง นิติบุคคลและบุคคลธรรมดา⁴ ดังนั้น ห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายอังกฤษที่จัดตั้งขึ้นระหว่างบริษัทกับบุคคลธรรมดา หรือระหว่างบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป จึงสามารถเกิดขึ้นได้ ดังนั้น นิติบุคคลประเภทบริษัท จึงสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายอังกฤษ

การที่บริษัทจะเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้น ย่อมเกิดขึ้นได้ พิจารณาได้จากคำนิยามคำว่า “บุคคล” ใน Partnership Act 1890 และ Interpretation Act 1978 ที่ได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วว่า นอกจากจะหมายถึงบุคคลธรรมดาแล้ว ยังหมายรวมถึงนิติบุคคลอีกด้วย หากแต่ก็มีบทบัญญัติบางมาตราได้กล่าวถึงการล้มละลายของหุ้นส่วนมากกว่าการขาดความสามารถในการจ่ายหนี้ของหุ้นส่วน เนื่องจากบริษัทไม่สามารถล้มละลายได้ จึงไม่สามารถนำบทบัญญัตินี้มาใช้กับบริษัทได้ ซึ่งอันที่จริงแล้วก็ได้มีอะไรที่จะห้ามไม่ให้บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน บริษัทในฐานะหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นสามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้ในหลายบทบาท เช่น แก้ปัญหาการจำกัดขนาดของห้างหุ้นส่วนในรูปแบบเดิม กล่าวคือ ห้างหุ้นส่วนอาจจำกัดให้มีสมาชิกได้ไม่เกิน 20 คน ในขณะที่บริษัทในฐานะหุ้นส่วนนั้น ในแต่ละบริษัทมีสมาชิกมากเท่าใดก็ได้ นอกจากนี้มีประเด็นเรื่องการนำหลักการจำกัดความรับผิดมาใช้ ถึงแม้ว่าบริษัทที่เป็นหุ้นส่วนจะมีความรับผิดในหนี้ทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัด เจ้าหนี้ของห้างในอันที่จะเรียกร้องหนี้ดังกล่าวเอาจากห้าง จะสามารถเรียกร้องได้เพียงส่วนในทรัพย์สินของบริษัท โดยไม่ก้าวล้ำไปถึงทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้น รวมไปถึงการวางแผนภาษี ก็ถูกนำมาพิจารณาในการเลือกให้บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน หรือแม้แต่กิจการวิชาชีพอิสระที่ไม่สามารถตั้งองค์กรธุรกิจรูปแบบบริษัทเพื่อประกอบกิจการดังกล่าว หากบริษัทต้องการประกอบวิชาชีพอิสระก็สามารถนำรูปแบบการที่บริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนไปใช้ได้

เนื่องจากปัจจุบันได้มีการพัฒนาแนวคิดเรื่องการที่บริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน แต่ทั้งนี้ ก่อนจะมีแนวคิดดังกล่าวประเทศอังกฤษก็เคยมีแนวคิดที่ว่าบริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนใน

³ Ibid., p.68.

⁴ "Interpretation Act 1978."

ห้างหุ้นส่วนได้ จึงควรพิจารณาย้อนไปถึงแนวคิดของกฎหมายอังกฤษที่ว่าบริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นแต่เดิมนั้นว่ามาจากเหตุผลใด โดยพบว่ามักจะมีปัญหาในประเด็นที่บริษัทเป็นเพียงบุคคลสมมติในทางกฎหมาย ประกอบกับมีแนวคิดดั้งเดิมถึงข้อจำกัด 2 ประการ⁵ ในเรื่องความสามารถของบริษัทในการกระทำการใด ๆ จึงอาจกล่าวได้ว่า เนื่องจากสภาพทางกายภาพของบริษัททำให้บริษัทไม่สามารถจะกระทำการใด ๆ ได้เฉกเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดที่ว่าบริษัทไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แนวคิดดังกล่าวนี้ได้ถูกโต้แย้งในยุคต่อมาโดยลำดับ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลในคดี *Newstead V. Frost* ที่กรมสรรพากรได้กล่าวหาหุ้นส่วนระหว่างนาย David Frost และบริษัท Bahamian company ในฐานะที่นาย Frost และบริษัทได้ร่วมกันตั้งห้างหุ้นส่วนขึ้นมาเพื่อดำเนินกิจการให้คำปรึกษาและแนะนำเกี่ยวกับภาพยนตร์และโทรทัศน์...ผู้จัดรายการ นักแสดง ผู้กำกับ ผู้เขียนบท และศิลปิน ข้อเท็จจริงพบว่าผู้ให้ความบันเทิงมีเพียงนาย Frost เท่านั้น ข้อโต้แย้งจึงมีขึ้นในประเด็นที่ว่า ในทางกายภาพนั้นบริษัทไม่สามารถเป็นผู้ให้ความบันเทิงทางโทรทัศน์หรือแม้แต่จะเป็นผู้ประพันธ์ และไม่สามารถก่อตั้งห้างหุ้นส่วนในวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ เนื่องจากหุ้นส่วนคนอื่นนั้นไม่อาจใช้ทักษะของเขาได้ สภานางได้ปฏิเสธในข้อกล่าวหานี้เนื่องจากไม่ได้มีการระบุในข้อตกลงว่าบริษัทต้องสามารถให้ความบันเทิง หรือประพันธ์หนังสือได้ และไม่มีสิ่งใดห้ามไม่ให้บริษัทเข้าร่วมกับบุคคลใดเพื่อใช้ทักษะของบุคคลธรรมดานั้น อีกทั้งศาลอุทธรณ์ยังได้มีคำวินิจฉัยว่า แม้ว่าบริษัทจะไม่สามารถกระทำการใดเช่นที่ได้ตั้งคำถามมากก็ตาม หากแต่ห้างหุ้นส่วนสามารถกระทำการไปเป็นหนึ่งเดียว โดยถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกิจการของห้างหุ้นส่วนและยอมถูกนำมาเข้าบัญชีระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด ดังนั้นข้อโต้แย้งในประเด็นข้อจำกัดทางด้านความสามารถทางกายภาพของบริษัทในการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนย่อมตกไป

นอกจากนี้จากการที่ได้พิจารณาถึงเบื้องหลังแนวคิดที่ว่าบริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนแต่เดิมนั้นมาจากเหตุผลใดอีก พบว่าในอดีตเป็นที่ยอมรับสืบมาว่าบริษัทถูกจำกัดโดยข้อบังคับทำให้บริษัทไม่มีความสามารถในการกระทำการใดๆนอกเหนือไปจากที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท ข้อจำกัดดังกล่าวมีสืบมาจนกระทั่งยกเลิกไปโดยให้บริษัทสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ โดยบทบัญญัติมาตรา 5 แห่ง *Company Act 1989* ที่มาแทน *Company Act 1985*⁶ ซึ่งวางหลักไว้ ดังนี้

“The validity of an act done by company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company’s memorandum.”

กล่าวคือ ความสมบูรณ์ของการกระทำโดยบริษัท จะไม่ถูกตั้งข้อสงสัยว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจด้วยเหตุผลที่ว่าไม่ได้ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ

ยิ่งไปกว่านั้น หากกรรมการของบริษัทยินยอมที่จะผูกพันบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วน แม้จะกระทำไปตรงกันข้ามกับข้อบังคับของบริษัท การกระทำเช่นว่านั้นยังคงมีผล หากผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นไม่ได้แสดงออกโดยความเข้าใจอันแท้จริงว่า การกระทำเช่นว่าเป็นการกระทำที่ตรงกันข้ามกับข้อบังคับของบริษัท แม้กระทั่งข้อตกลงบริษัทยังอาจให้สัตยาบันได้ กล่าวคือ กิจการใดที่กรรมการ

⁵ Geoffrey Morse, *Partnership Law* (Oxford University Press, 2006), p.40.

⁶ *Ibid.*

หรือตัวแทนของบริษัทกระทำไปในนามของบริษัท แม้ว่ากิจการนั้น จะอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ถ้าบริษัทเข้ารับกิจการนั้นแล้ว บริษัทจะมาปฏิเสธความรับผิดชอบในภายหลังโดยอ้างว่ากิจการนั้นอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ไม่ได้ มาตรา 35A แห่ง Company Act 1985 ซึ่งมีระบุเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ใน

§ 322A โดยที่บทบัญญัติดังกล่าวนี้ จะนำมาใช้เมื่อบริษัทเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนพร้อม ๆ กับกรรมการหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น และแม้กระทั่งกรณีดังกล่าว ข้อตกลงมีผลเพียงแค่ว่าบริษัทสามารถบอกกล่าวได้เท่านั้น ซึ่งข้อห้ามของบริษัทเป็นประเด็นใหญ่ระหว่างกรรมการกับผู้ถือหุ้น สิทธิของผู้ถือหุ้นในการที่จะป้องกันมิให้บริษัทกระทำการนอกเหนือไปจากข้อบังคับก็ทำได้โดยข้อคำสั่งศาล ซึ่งเป็นเพียงสิทธิในทางทฤษฎีเท่านั้นไม่มีการทำกันในทางปฏิบัติ

นอกจากประเด็นข้อจำกัดของการที่บริษัท จะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนในเรื่องปัจจัยทางกายภาพ และการถูกจำกัดโดยข้อบังคับของบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นแล้ว ยังพบว่า ในกฎหมายอังกฤษ ได้ระบุถึงคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ อันเป็นรากฐานที่มาของห้างหุ้นส่วนว่าเป็นกิจการที่อาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในการดำเนินกิจการ ซึ่งสะท้อนอยู่ในบทบัญญัติ Partnership Act 1890 มาตรา 33(1) ซึ่งบัญญัติว่า

“เว้นแต่จะมีข้อตกลงระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นอย่างอื่น ห้างหุ้นส่วนต้องเลิกเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือล้มละลาย”

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติหุ้นส่วนของประเทศอังกฤษ ได้บัญญัติถึงเหตุที่ทำให้ห้างหุ้นส่วนสิ้นสุดลง เนื่องมาจากผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย แต่มิได้บัญญัติให้ห้างหุ้นส่วนสิ้นสุดลงเนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนที่เป็นนิติบุคคลจดทะเบียนเลิกแต่อย่างใด และตามกฎหมายหุ้นส่วนของประเทศอังกฤษนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ได้จำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่รวมไปถึงนิติบุคคลด้วย ด้วยเหตุนี้ประเด็นที่ว่าห้างหุ้นส่วน จะต้องสิ้นสุดลงเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย จึงทำให้บริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ อันเนื่องมาจาก ห้างหุ้นส่วนต้องเลิกเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือล้มละลาย และคุณสมบัติของห้างหุ้นส่วน ก็สิ้นสุดลงห้างหุ้นส่วนต้องเลิก⁷ ซึ่งแตกต่างจากคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในบริษัท ไม่ว่าจะบริษัทเอกชน หรือบริษัทมหาชนซึ่งไม่ถือคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นเป็นสาระสำคัญ⁸ จึงไม่อาจสรุปได้ว่า ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ นิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ เนื่องด้วยเหตุผลที่ว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนตามกฎหมายอังกฤษมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาเท่านั้น ดังที่ได้กล่าวมา

หากไม่มีการตกลงพิเศษเป็นอย่างอื่น เมื่อมีความตายของผู้เป็นหุ้นส่วนโดยอ้อมเป็นเหตุให้ห้างต้องเลิก เป็นการชี้ชัดให้เห็นว่า การตายของผู้เป็นหุ้นส่วนทำให้ไม่สามารถจะยึดถือสัญญาหุ้นส่วนอีกต่อไป ผู้เป็นคู่สัญญาทุกคนจะต้องมีชีวิตอยู่ เพียงข้อเท็จจริงที่ว่า การเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนเป็นช่วงเวลาหนึ่ง เมื่อมีการตายของผู้เป็นหุ้นส่วนเกิดขึ้น ก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงไปจากการที่จะต้องเลิกห้าง

⁷ ธรรมนูญ พินัยกรรม, สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 63.

⁸ หลวงปรีชาธรรมปาฐก, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม, หน้า.56-58.

ได้ แม้กระทั่งใน Scotland ที่มีหลักการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคลของห้างหุ้นส่วน Partnership Act มาตรา 4(2) บัญญัติว่าการเปลี่ยนแปลงของหุ้นส่วนเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายของห้างหุ้นส่วน⁹

ผลของการตายของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน เป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาในเรื่องการดำรงอยู่ของผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น เนื่องจากข้อตกลงใด ๆ ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน ห้างหุ้นส่วนต้องเลิกเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย หรือล้มละลาย และผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น ๆ ไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนตาย ผู้จัดการมรดกของผู้เป็นหุ้นส่วนที่ได้ตายไปนั้น ไม่สามารถเข้ามาเป็นหุ้นส่วนแทนผู้เป็นหุ้นส่วนผู้ตาย หรือสอดเข้ามาในกิจการของห้าง ผู้จัดการมรดกเป็นเพียงผู้แทนของผู้เป็นหุ้นส่วนที่ตายไปเพื่อจุดประสงค์ทางบัญชี¹⁰ และหากไม่มีการตกลงพิเศษเป็นอย่างอื่น ในอันที่เขาจะเข้ามามีอำนาจกระทำการ หรือเข้ามาเกี่ยวข้องใด ๆ กับห้างในลักษณะที่เป็นการทำให้ผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นได้รับความเสียหาย ตามที่ได้บัญญัติไว้ใน Partnership Act 1890 มาตรา 39

ในมุมมองของผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น Partnership Act 1890 มาตรา 38 ได้บัญญัติวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า หากมีการตายของผู้เป็นหุ้นส่วน อำนาจของผู้เป็นหุ้นส่วนอื่นที่ยังมีชีวิตอยู่ ในการที่จะผูกพันห้างยังคงมีอยู่ต่อไปตราบเท่าที่จำเป็นต่อการดำเนินธุรกิจของห้าง และจะเป็นบุคคลผู้มีหน้าที่ในการดำเนินการจัดการหนี้ของห้างหุ้นส่วน¹¹ เนื่องจากภายหลังจากการเลิกห้างอำนาจของผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนในอันที่จะผูกพันห้าง รวมไปถึงจนถึงหนี้ของห้างหุ้นส่วนยังคงดำเนินต่อไป โดยไม่คำนึงถึงการเลิกห้าง แม้ว่าจะมีการเลิกห้างก็ตาม ตราบเท่าที่จำเป็นต่อธุรกิจของห้างหุ้นส่วน และการกระทำธุรกรรมที่ได้เริ่มไว้แล้ว ยังคงค้างคาให้เสร็จสมบูรณ์ในเวลาเลิกห้าง อันถือเป็นสิทธิและหน้าที่ของผู้เป็นหุ้นส่วนที่ยังมีชีวิตอยู่ในการกระทำสิ่งจำเป็นใด ๆ ให้เสร็จสิ้นสมบูรณ์ เพื่อจะทำให้สัญญาของห้างหุ้นส่วนที่ยังคงมีผลบังคับในเวลาเลิกห้างให้สำเร็จลุล่วงไป ไม่เช่นนั้นแล้ว จะเป็นการกระทบต่อตำแหน่งของผู้เป็นหุ้นส่วนที่ยังมีชีวิตอยู่มากจนเกินไป เช่น ห้างหุ้นส่วนรับจ้างสร้างสะพาน และเสร็จสิ้นไปเพียงครึ่งเดียว ในขณะที่ห้างหุ้นส่วนเล็ก หุ้นส่วนผู้มีชีวิตจะต้องผูกพันจนกว่า จะสร้างงานเสร็จ ไม่เช่นนั้นอาจเกิดการหน่วงรั้งผู้จ้างงานไว้ โดยปฏิเสธที่จะดำเนินการต่อหาไม่ทำสัญญาใหม่ที่เอื้ออำนวย ในทางตรงกันข้ามผู้จ้างงานสามารถในการปฏิเสธในการจะให้งานดำเนินการต่อ หากผู้เป็นหุ้นส่วนที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่เขียนสัญญาขึ้นมาใหม่ ซึ่งดูจะไม่ถูกต้องนัก ยิ่งไปกว่านั้น การติดตามการดำเนินการเช่นนี้ ก็เพื่อที่จะสานต่อกิจการที่ได้เริ่มไว้ให้เสร็จสิ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องแสดงถึงความดูแลเอาใจใส่อย่างเหมาะสม และใช้ความชำนาญ มิเช่นนั้น อาจจะแสดงถึงความไม่ระมัดระวังเอาใจใส่ แม้ว่าห้างหุ้นส่วนจะได้เลิกไปแล้วก็ตาม

3.1.2 แนวการตีความกิจการร่วมค้า (Joint Venture)

เมื่อพิจารณาแนวความคิดเห็นทางวิชาการ และตามแนวคำพิพากษาคดีของประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษ มิได้มีการแยกการปฏิบัติต่อกิจการร่วมค้าเป็นการเฉพาะเจาะจง¹² ทั้งไม่ได้มีการรับรองในเรื่องกิจการร่วมค้า ว่าเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจรูปแบบหนึ่งในทางกฎหมาย กฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับกิจการร่วมค้านั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจการร่วมค้าในแต่ละกรณีไป

⁹ Ernest H. Scamell and R.C.I'Anson Banks, *Lindley & Banks on the law of Partnership.*, p.691-692.

¹⁰ Ibid. p.739.

¹¹ Ibid. p.837.

¹² Charles D. drake, *Law of Parthnership* (London: Sweet & Maxwell, 1997),p 13.

หากกิจการร่วมค้าใดเข้าลักษณะเกณฑ์การเกิดหุ้นส่วน โดยเป็นการที่บุคคลเข้าร่วมกันดำเนินกิจการ เฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อจุดประสงค์ในการแสวงหาผลกำไรมาแบ่งกัน หรือร่วมขาดทุนในกิจการนั้น บุคคลเหล่านั้น เป็นหุ้นส่วนสำหรับกิจการนั้น โดยสิทธิและความรับผิดชอบของบุคคลเหล่านั้น ตกอยู่ ภายใต้บังคับของกฎหมายห้างหุ้นส่วน จึงต้องนำหลักกฎหมายเรื่องห้างหุ้นส่วนสามัญมาใช้บังคับกับ กิจการร่วมค้า¹³

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกิจการร่วมค้าในอังกฤษแล้ว จึงพบว่า ประเทศ อังกฤษถือว่าสัญญากิจการร่วมค้าใด ที่มีลักษณะเข้าเกณฑ์การเกิดห้างหุ้นส่วน สัญญากิจการร่วมค่านั้น ก็ ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนโดยตรง และมีผลทำให้ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่าย มีอำนาจ กระทำการแทนผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่น และผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่าย จะต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในหนี้ของ กิจการร่วมค้าโดยไม่จำกัดจำนวน และผู้ร่วมคามีหน้าที่ที่จะไม่ทำการค้าแข่งกับกิจการร่วมค้า เว้นแต่ จะมีข้อตกลงพิเศษเป็นอย่างอื่น ถ้าห้างหุ้นส่วนถูกตั้งขึ้นมาเพื่อประกอบกิจการใดกิจการหนึ่ง โดยเฉพาะ ภายใต้ข้อตกลงที่ว่านี้ห้างหุ้นส่วนจะอยู่จนกระทั่งเสร็จสิ้น โดยในคดี *Reade V. Bentley*¹⁴ ได้ มีคำวินิจฉัยว่า ข้อตกลงที่มีผลให้สำนักพิมพ์ ควรจะออกค่าใช้จ่ายของงานประพันธ์ของนักเขียน และ ควรจะได้รับส่วนแบ่งของเงินที่ได้จากการขาย และกำไรสุทธิในการจัดพิมพ์แต่ละครั้ง ควรจะถูกแบ่ง โดยเท่ากันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย รวมเป็นข้อตกลงกิจการร่วมค้าระหว่างผู้เขียนกับสำนักพิมพ์ จนกว่าจะจัดพิมพ์ได้เสร็จสิ้นสมบูรณ์ แต่หากการจัดพิมพ์หมดไปคู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็มีอิสระในการที่จะ ไม่ต่อสัญญากิจการร่วมค้า

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า หลักการพิจารณาใช้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วนของศาลอังกฤษ ไม่ได้ คำนิยามคู่สัญญา จะประสงค์ที่จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วนหรือไม่ หรือคู่สัญญาจะเรียกตนเองว่าอย่างไร หากแต่จะพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า การเข้าร่วมกันนั้น ว่าเข้าเกณฑ์ลักษณะการเกิดห้างหุ้นส่วน หรือไม่ เช่นในคดี *Adam V. Newbigging* ซึ่งวินิจฉัยว่าหากห้างหุ้นส่วนเกิดขึ้นตามข้อเท็จจริง...การ อ้างถ้อยคำเป็นอย่างอื่นจะไม่มีผลเปลี่ยนแปลงผลแห่งสัญญา¹⁵

ซึ่งในการพิจารณาองค์ประกอบสำคัญของห้างหุ้นส่วน ตามคำจำกัดความในมาตรา 1(1) แห่ง Partnership Act 1890 พบว่าห้างหุ้นส่วนต้องประกอบไปด้วย

(1) ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในห้างหุ้นส่วนเกิดจากสัญญา

(2) ผู้เป็นหุ้นส่วนต้องดำเนินการโดยบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งเมื่อพิจารณาคำว่า “บุคคล” ตามมาตรา 1(1)นี้ ประกอบกับ Interpretation Act 1978 แล้ว จะเห็นได้ว่าคำว่าบุคคล หมายรวมถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ดังนั้น ห้างหุ้นส่วนจึงอาจตั้งขึ้นโดยบุคคลสองฝ่าย ทั้ง ระหว่างบริษัทกับบุคคลธรรมดา หรือระหว่างบริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไปก็ได้

(3) การประกอบการใด ๆ ในทางธุรกิจ ซึ่งมาตรา 45 แห่ง Partnership Act 1890 ให้ คำจำกัดความคำว่า “ธุรกิจ” หมายถึง การค้า ประกอบอาชีพ วิชาชีพทุกอย่าง ในคดี *Abenheim (1913) 109 L.T.219* ศาลวินิจฉัยว่าคำว่าธุรกิจหมายความว่าความรวมถึงกิจการเพียงอย่างเดียวด้วย¹⁶ นอกจากนี้

¹³ Alfred Conard, *International Encyclopedia of Comparative Law Volume XIII Chapter I* (1975), p. 187.

¹⁴ Ernest H. Scamell and R.C.I'Anson Banks, *Lindley & Banks on the law of Partnership.*, p.177.

¹⁵ ธรรมนูญ พิทยากรณ์, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," หน้า.69.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

มาตรา 32 แห่ง Partnership Act 1890 บัญญัติไว้ว่า ภายใต้ข้อตกลงระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน หากห้างหุ้นส่วนนั้นตั้งขึ้น เพื่อทำกิจการงานเพียงอย่างเดียว เมื่อกิจการงานนั้นได้สิ้นสุดลง ความเป็นห้างหุ้นส่วนจะสิ้นสุดลงด้วย ดังนั้น จึงถือได้ว่าการประกอบกิจการเพียงอย่างเดียวจึงอยู่ในความหมายของคำว่า “การประกอบธุรกิจ” ตามมาตรา 1(1)

(4) การประกอบธุรกิจโดยบุคคลตั้งแต่สองฝ่าย จะต้องเป็นการประกอบกิจการร่วมกัน การที่บุคคลสองฝ่ายขึ้นไปประกอบกิจการด้วยกันยังไม่ถือเป็นหุ้นส่วนกัน¹⁷ หากตกลงทำงานเดียวกัน แต่ไม่ได้ทำงานร่วมกัน ก็ไม่ถือว่าเป็นการเข้าหุ้นส่วนกัน โดยการประกอบกิจการร่วมกันนี้ ต้องมีการนำเงินทุน ทักษะหรือแรงงานมาร่วมลงทุนกัน

(5) การดำเนินกิจการของห้างหุ้นส่วน มีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไร โดยกำไรมีความคิดเห็นแบ่งเป็นสองฝ่ายกันว่า ต้องเป็นกำไรสุทธิ หรือผลกำไรหลังจากหักค่าใช้จ่ายในกิจการแล้ว โดยฝ่ายที่มองว่ามาตรา 2(2) แห่ง Partnership Act 1890 นั้น ไม่ได้หมายความว่า เมื่อแบ่งรายได้ หรือรายรับก่อนหักค่าใช้จ่าย ไม่ถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วน แต่หมายความถึง การแบ่งรายได้เท่านั้นไม่อาจสรุปว่า เกิดห้างหุ้นส่วนขึ้นแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงอื่น ๆ ประกอบด้วย¹⁸ ซึ่งหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีลักษณะเข้าองค์ประกอบห้างหุ้นส่วนตามมาตรา 1 แม้จะไม่มีกำไรสุทธิ แต่มีการแบ่งรายได้จากกิจการก็ถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วนขึ้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการรวมตัวกันเพื่อการกุศลหรือสาธารณประโยชน์ หรือวัตถุประสงค์ทางศาสนาหรือสังคม จึงไม่ถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วน โดยเห็นได้จากคดี Pitreavie Golf Club v. Penmen 1934 S.L.T 297

3.1.3 รูปแบบองค์กรธุรกิจที่มีนิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

สืบเนื่องมาจากการพัฒนารูปแบบองค์กรธุรกิจแยกเช่นเดียวกับในหลาย ๆ ประเทศ ทำให้ปัจจุบันประเทศอังกฤษ ได้มีรูปแบบองค์กรธุรกิจที่มีนิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนเกิดขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการทางธุรกิจ โดยผู้ประกอบการสามารถที่จะเลือกประกอบธุรกิจในรูปแบบใดก็ได้ ตามความเหมาะสมกับธุรกิจ และเพื่อให้สอดคล้องกับประเภทธุรกิจที่ผู้ประกอบการต้องการ องค์กรธุรกิจ LLPs จึงเป็นองค์กรธุรกิจประเภทหนึ่ง ซึ่งถือเป็นทางเลือกของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษ เกิดขึ้นราวปี 2000 โดยมี Limited Liability Partnership Act 2000 ออกมาโดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่ 6 เมษายน ค.ศ. 2001 ซึ่งมีผลใช้บังคับกับองค์กรธุรกิจแบบ Limited Liability Partnership (LLPs) ใน 3 ประเทศ คือ อังกฤษ เวลส์ และสกอตแลนด์ โดยมูลเหตุที่เกิดองค์กรธุรกิจประเภทนี้ คือ องค์กรวิชาชีพ เช่น นักบัญชี นักกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งในประเทศอังกฤษแต่เดิมนั้น จะจัดตั้งในรูปแบบของห้างหุ้นส่วน มีผลทำให้ผู้เป็นหุ้นส่วน ต้องมีความรับผิดชอบโดยไม่จำกัดในหนี้ทั้งปวงของห้างหุ้นส่วน นอกจากนี้ องค์กรวิชาชีพดังกล่าว ไม่อยู่เฉพาะแต่ในประเทศอังกฤษเท่านั้น บางครั้งองค์กรธุรกิจเหล่านั้น ก็มีสาขากระจายอยู่ตามประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ดังนั้น การที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในหนี้ทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนนั้น อาจไม่เป็นธรรม เนื่องจากบางครั้ง ผู้เป็นหุ้นส่วนอาจไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในประเด็นที่ต้องมีความรับผิดชอบดังกล่าวเลย หรืออาจจะมีเพียงเล็กน้อย ทั้งนี้ หากไม่มีการดำเนินการ

¹⁷ Robert Burgess and Geoffrey Morse, *Partnership Law and Practice.*, pp.4-5.

¹⁸ ธรรมนูญ พิทยาภรณ์, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," หน้า.26.

เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจอาจหาทางเลือกใหม่ โดยการไปตั้งรูปแบบองค์กรธุรกิจอื่นที่มีในต่างประเทศ ซึ่งเหมาะสมกับการประกอบธุรกิจของตนมากกว่า

ตั้งแต่วันที่ 6 เมษายน 2001 บุคคลหรือนิติบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป สามารถตั้งองค์กรธุรกิจ LLPs ได้ อันเป็นอีกทางเลือกหนึ่งของห้างหุ้นส่วน ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ Partnership act 1890 หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ Limited Partnership act 1907 หรือบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ Companies Act 1985 โดยแม้ว่าในหลาย ๆ ประเทศจะมีองค์กรธุรกิจในรูปแบบ LLPs แต่องค์กรธุรกิจประเภท LLPs ในประเทศอังกฤษนั้น มีแนวคิดที่แตกต่างออกไป¹⁹ เป็นผลมาจากศักยภาพในการรับผิดชอบของหุ้นส่วนในความเสียหายที่เกิดขึ้น จากการละลายของผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น จึงมีความพยายามที่จะหารูปแบบองค์กรธุรกิจที่เหมาะสม เพื่อมาแก้ปัญหาที่แทนห้างหุ้นส่วนแบบดั้งเดิม ที่เคยปฏิบัติสืบต่อกันมา โดยจำกัดความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนในหนี้ของห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้ รูปแบบ LLPs ในประเทศอังกฤษ ยังเป็นอีกทางเลือกขององค์กรธุรกิจประเภทบริษัท เพราะในประเทศอังกฤษเลือกที่จะนำแนวคิดรูปแบบ LLPs ที่แยกความรับผิดชอบออกจากตัวห้างหุ้นส่วน จึงทำให้มีรากเหง้าของความเป็นบริษัท มากกว่ารูปแบบห้างหุ้นส่วนแบบในมลรัฐ Delaware ในสหรัฐอเมริกา²⁰ ที่เป็นการใช้รูปแบบของห้างหุ้นส่วนจริง ๆ LLPs จึงถือว่ามีพื้นฐานมาจากกฎหมายบริษัท โดยมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายห้างหุ้นส่วน ต่อมารูปแบบ LLPs ได้ถูกนำไปใช้ไม่เฉพาะแต่ในกิจการธุรกิจในองค์กรวิชาชีพเท่านั้น แต่ได้เปิดใช้สำหรับทุกอาชีพ LLPs จึงเป็นอีกหนึ่งทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับธุรกิจทุกประเภท ไม่แต่เฉพาะห้างหุ้นส่วนแบบดั้งเดิม แต่ยังเป็นทางเลือกบริษัทอีกด้วย อีกทั้งใช้เป็น การตั้งหรือถ่ายโอนการดำเนินธุรกิจหรือในลักษณะที่เป็นตัวขับเคลื่อนสำหรับกิจการร่วมค้า โดยลักษณะสำคัญของ LLPs มีดังนี้²¹

(1) LLPs เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย จัดตั้งโดยการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน ซึ่งผลของการจดทะเบียนทำให้สถานะทางกฎหมายของ LLPs ถือว่าเป็นนิติบุคคลแยกออกจากสมาชิกผู้เป็นเจ้าของใน LLPs ทำให้ LLPs มีสิทธิหน้าที่และความรับผิด ตลอดจนหนี้สิน และมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นของตนเอง โดยมีสัญญาข้อตกลง LLPs เป็นตัวกำหนดสิทธิหน้าที่ และความรับผิดระหว่างผู้เป็นสมาชิกใน LLPs ด้วยกันเอง และระหว่างตัว LLPs กับผู้เป็นสมาชิกใน LLPs ซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับให้ LLPs จะต้องมีข้อตกลง LLPs แต่เพื่อความชัดเจนและป้องกันข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจึงมักต้องมีข้อตกลงไว้

(2) LLPs ต้องประกอบไปด้วย สมาชิกอย่างน้อย 2 คน เรียกว่า “member” ซึ่งแตกต่างจากที่ใช้เรียกหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น โดยสมาชิกอาจจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ ไม่มีการกำหนดจำนวนสมาชิกขั้นสูงเอาไว้ ส่งผลให้ LLPs สามารถมีสมาชิกได้ไม่จำกัดจำนวน แต่อย่างไรก็ดี หากสมาชิกใน LLPs ลดลงเหลือ 1 คน ศาลอาจจะมีคำสั่งให้เลิก LLPs ได้ หรือแม้ว่า LLPs จะยังประกอบกิจการต่อไป แม้จะเหลือสมาชิกเพียง 1 คนก็ตาม สมาชิกผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบหนี้ทั้งปวงของ LLPs สิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวกับความจำกัดความรับผิดชอบของผู้เป็นสมาชิก ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งของ LLPs จะสิ้นสุดลงทันที

¹⁹ Geoffrey Morse, *Partnership law.*, p.292.

²⁰ Ibid. p.32.

²¹ ปวีณา มณีดุลย์, "สถานภาพทางกฎหมายและลักษณะสำคัญของ Limited Liability Company" (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า.18-19.

(3) ผู้เป็นสมาชิกใน LLPs มีความรับผิดชอบจำกัดเพียงสิ่งที่ตนนำมาลงทุนเท่านั้น

(4) การบริหารจัดการใน LLPs เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาข้อตกลง LLPs นอกจากนี้กฎหมายได้กำหนดให้มีการตั้ง designated members อย่างน้อยสองคน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากผู้เป็นสมาชิกใน LLPs ซึ่งหากไม่มีการแต่งตั้ง designated members ขึ้นมาสมาชิก LLPs ทุกคน ก็จะสามารถจัดการงานใน LLPs ได้ โดยถือว่าการกระทำของสมาชิกดังกล่าว เป็นการกระทำในฐานะตัวแทนของ LLPs ตามที่บทบัญญัติมาตรา 6(1) แห่ง Limited Liability Partnership Act 2000 ได้บัญญัติไว้ว่า “Every member of a limited liability partnership is the agent of the limited liability partnership”

(5) การเสียหายของ LLPs ซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจที่ต้องเสียภาษีรูปแบบเดียวกับห้างหุ้นส่วน ในส่วนตัว LLPs นั้น ไม่ต้องเสียภาษีจากผลกำไรที่ได้จากการประกอบกิจการ แต่ภาระภาษีจะถูกส่งผ่านไปยังผู้เป็นสมาชิกของ LLPs โดยจะนำไปรวมเสียภาษีเป็นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของผู้เป็นสมาชิก LLPs

มีการโต้เถียงกันถึงความไม่น่าจะเป็นไปได้ของ LLPs อย่างไรก็ตาม ก็มี LLPs เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ทั้งที่จดทะเบียนและที่ดำเนินกิจการในรูปแบบ LLPs โดยในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2004 มี LLPs ที่จดทะเบียนมากถึง 7,396 กิจการและที่ดำเนินการในรูปแบบ LLPs 5,542 กิจการ

ในแง่ของรูปแบบของธุรกิจ หากไม่คำนึงถึงชื่อกิจการรูปแบบ LLPs จะพบว่า LLPs เป็นการดัดแปลงรูปแบบของบริษัท และไม่ใช้ห้างหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด ดังเช่นชื่อของ LLPs โดยบทบัญญัติมาตรา 1(5) แห่ง Limited Liability Partnership Act 2000 ได้บัญญัติโดยชัดเจน โดยวางหลักว่า หากไม่มีบทบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น จะไม่นำบทบัญญัติของห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับกับ LLPs²² ดังนั้น จึงถือได้ว่า LLPs เป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจใหม่อย่างแท้จริง ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว จะถูกมองว่าเป็นบริษัทในแง่ของบุคคลภายนอก เช่น เจ้าหน้าที่ของ LLPs ตลอดจนความสามารถในการปฏิเสธถึงการเป็นห้างหุ้นส่วน ซึ่งในทางตรงกันข้ามสัญญาระหว่างสมาชิกใน LLPs ด้วยกันนั้น มีรากฐานมาจากส่วนหนึ่งของ Partnership Act ยิ่งไปกว่านั้น ดังนี้ได้กล่าวมาแล้วว่า LLPs มีสมาชิก ไม่มีผู้ถือหุ้น กรรมการหรือหุ้นทุนเหมือนกับบริษัท ซึ่งสามารถอธิบายได้ถึงเหตุที่ LLPs ไม่นำกฎหมายบริษัทมาใช้ทั้งหมด เพื่อที่สมาชิกของ LLPs จะสามารถจัดการความสัมพันธ์ภายใน LLPs โดยอาศัยข้อตกลงได้เหมือนกับห้างหุ้นส่วน

ในแง่ของการเป็นองค์กรธุรกิจที่มีการจำกัดความรับผิด²³ ตามบทบัญญัติ Limited Liability Partnership Act 2000 มาตรา 1 ได้สร้างให้ LLPs เป็นองค์กรธุรกิจที่มีความเป็นนิติบุคคลแยกออกจากผู้เป็นสมาชิกใน LLPs หลักการโดยทั่วไป คือ มีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับบริษัท มีความสามารถไปทำสัญญากับบุคคลภายนอกผู้เป็นคู่สัญญา มีความรับผิดชอบต่อการกระทำของตัวแทน ส่วนที่เหมือนกับห้างหุ้นส่วน คือ LLPs มีความสามารถอย่างไม่จำกัด จึงมีอำนาจในการกระทำการต่าง ๆ ไม่มีประเด็นปัญหาในเรื่อง Ultra Vires แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็จะพิจารณาไปถึงเบื้องหลังของความเป็นนิติบุคคล ในกรณีที่มีความฉ้อฉลเกิดขึ้น ในส่วนของความรับผิดเพื่อการกระทำใดอันเป็นการละเมิดจะคล้ายคลึงกับบริษัท กล่าวคือ สมาชิกยังคงมีความรับผิดชอบส่วนบุคคล หากเป็นผู้ทำสัญญากับ

²² Geoffrey Morse, *Partnership law.*, p.295.

²³ Ibid. p.296.

คู่สัญญาขึ้นเอง รวมไปถึงการที่ LLPs แสดงตนเหมือนกับเป็นตัวแทน ในอันที่จะผูกพันสมาชิกหากอยู่ในอำนาจของ LLPs ในการที่จะกระทำเช่นนั้น

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาประวัติความเป็นมาของการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดของไทยนั้น พบว่าคณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติได้นำเอาต้นแบบแนวคิดและหลักกฎหมายหลายประเทศมาบัญญัติไว้ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น เกาหลี และแอฟริกาใต้ โดยบัญญัติไว้ในหลักการสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งในการวิเคราะห์กฎหมายต่างประเทศนั้น ผู้เขียนตระหนักดีว่าการนำกฎหมายของต่างประเทศมาใช้หรือเปรียบเทียบกับกฎหมายภายในประเทศที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน อาจต้องพิจารณาในรายละเอียดมากกว่าที่เป็นอยู่ การทราบถึงข้อดีและข้อเสียของต่างประเทศแล้วนำมาแต่ข้อดีมาวิเคราะห์อย่างเดียวย่อมไม่เพียงพอ จะต้องพิจารณาโครงสร้างเกี่ยวกับระบบการปกครองและส่วนที่เกี่ยวข้องต่างๆ ประกอบกันด้วย ซึ่งอาจจะมีข้อแตกต่างกับหลักกฎหมายภายในประเทศหลายส่วน โดยในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงแนวคิดและกฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนของนิติบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาในแง่มุมของกฎหมายองค์กรธุรกิจมากกว่าที่จะกล่าวถึงหลักการดังกล่าวในต่างประเทศนั้นไม่มีกฎหมายห้ามให้กระทำแต่ประเทศไทยมีการบัญญัติห้ามมิให้กระทำ

เหตุที่เลือกศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีตลาดทุนใหญ่เป็นระดับต้นๆ ของโลก มีการพัฒนาด้านองค์กรธุรกิจมายาวนานเห็นได้จากกฎหมายบริษัทของสหรัฐอเมริกาได้พัฒนามาตั้งแต่ประมาณ ปี 1930 จึงควรศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนของนิติบุคคลว่ามีหลักการและเหตุผลอย่างไรบ้าง

3.2.1 แนวคิดเรื่องการที่นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

ประเด็นปัญหาที่ว่านิติบุคคลสามารถเข้าเป็นคู่สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา เดิมทีมีแนวคิดที่บริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน โดยมีเหตุผลสนับสนุนว่าบริษัทจะต้องจัดการกิจการของตนเองโดยผ่านกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทน หากบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้จะส่งผลกระทบต่อลักษณะพื้นฐานของบริษัทในเรื่องการจัดการกิจการ เพราะผู้ที่เข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนกับบริษัทจะมีอำนาจในการกระทำการแทนบริษัทได้ ดังปรากฏในคำพิพากษาในคดี *Mallory v. Hanaur Oil Works* (1888) 86 Tenn 598 ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า “...เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนกระทำการภายในขอบอำนาจของกิจการของห้างหุ้นส่วนย่อมมีผลผูกพันห้างหุ้นส่วน... ถ้าบริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน บริษัทจะต้องผูกพันโดยผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายอื่น... นโยบายที่บัญญัติรับรองในเรื่องบริษัท มีวัตถุประสงค์ที่จะให้อำนาจในการจัดการกิจการของบริษัทตกอยู่กับเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับมอบอำนาจตามตราสารจัดตั้งบริษัท อำนาจจัดการนี้ต้องแยกต่างหากเป็นการเฉพาะ การใดๆที่จะให้อำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทถูกดึงออกจากผู้ถือหุ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ และตัวแทนของบริษัทย่อมเป็นการขัดกับนโยบายของ

กฎหมายในเรื่องบริษัทโดยทั่วไป ตามแนวคิดที่เป็นบรรทัดฐานถือว่าบริษัทไม่มีอำนาจในการที่จะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ไม่ว่าจะป็นกรณีเข้าเป็นหุ้นส่วนกับบริษัทหรือบุคคลธรรมดา”²⁴ โดยแนวความคิดดังกล่าวนี้ถือว่า การที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนถือเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (Ultra vires)

แต่อย่างไรก็ดีในประเด็นดังกล่าวนี้ก็มีแนวคิดโต้แย้งเช่นกัน²⁵ โดยอ้างว่าบริษัทสามารถทำสัญญาให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริหารจัดการแต่เพียงผู้เดียวได้เช่นกัน จึงไม่ควรห้ามมิให้บริษัททำสัญญาห้างหุ้นส่วนซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนทุกฝ่ายมีอำนาจในการจัดการห้างหุ้นส่วนเท่าๆ กัน

เขตอำนาจ (jurisdiction) ในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนว่านิติบุคคลสามารถเข้าร่วมจัดตั้งห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่ หลายพื้นที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกรณี (case law) ในเรื่องนี้ ทั้งยังไม่พบคำวินิจฉัยของศาลในรัฐเดลาแวร์หรือรัฐอื่นๆ ที่ตีความกฎหมายของรัฐเดลาแวร์ในประเด็นดังกล่าว ในที่นี้ จะขอกล่าวถึงบทวิเคราะห์ของคำวินิจฉัยที่สำคัญที่มีความเกี่ยวข้อง ดังนี้²⁶

การเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนของนิติบุคคลในกรณีที่ไม่มีตัวบทกฎหมายหรือข้อกำหนดในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลให้อำนาจไว้ มีหลักทั่วไป (General Rule) ว่า “นิติบุคคล” ไม่สามารถร่วมจัดตั้งห้างหุ้นส่วนกับนิติบุคคลอื่นหรือบุคคลอื่นได้ เว้นแต่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือข้อกำหนดในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง

หลักการทั่วไปดังกล่าวนี้ ได้มีการกล่าวถึงเกินกว่าครึ่งหนึ่งของเขตอำนาจในประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม มีบางรัฐไม่เห็นด้วย หลายครั้งที่คำวินิจฉัยของศาลหลีกเลี่ยงการกล่าวอ้างถึงหลักทั่วไปดังกล่าว หรือแม้กระทั่งมองข้ามไป แม้จะไม่มีคำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าไม่เห็นด้วยกับหลักทั่วไปดังกล่าว แต่ข้อวิเคราะห์ในคดีใหญ่ๆ หลายคดี แสดงให้เห็นว่าหลักทั่วไปดังกล่าวมีข้อจำกัด ข้อยกเว้น และมีแนวโน้มว่าศาลอาจหลีกเลี่ยงการใช้หลักการดังกล่าว หรืออาจมีการออกกฎหมายออกมามากเล็ก

หลักการและเหตุผลของหลักทั่วไป (Reasons for General Rules)²⁷ นั้น ศาลฎีกาแห่งรัฐแมสซาชูเซตต์ ได้อธิบายเหตุผลไว้ในคดี Whittenton Mills v. Upton ดังนี้

The second section of c.38 of the Rev. Sts. กำหนดว่าธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับบริษัทผู้ผลิตจะถูกบริหารจัดการโดยประธาน กรรมการบริษัท เจ้าหน้าที่ ผู้แทน ซึ่งจะกระทำการใดที่เห็นว่าเหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของบริษัท เป็นที่ชัดเจนว่าบทบัญญัติในข้อนี้ไม่สามารถนำไปใช้บังคับกับกรณีห้างหุ้นส่วนได้ ผู้เป็นหุ้นส่วนอาจบริหารจัดการกิจกรรมหรือธุรกิจของบริษัทเป็นเหตุให้ผูกพันตนกับการดังกล่าวที่ได้กระทำไป ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนดังกล่าวมิได้กระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่หรือตัวแทนของบริษัท หากแต่กระทำการในฐานะตัวการซึ่งมีความเท่าเทียมกับบุคคลอื่นสามารถเจรจาและผูกพันตนผ่านการกระทำของตนได้

²⁴ ธรรมนูญ พินัยกรรม, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," หน้า.64

²⁵ เรื่องเดียวกัน.

²⁶ Michael Armstrong, "Can Corporations be Partners?," *The business Lawyer* 20(1964-1965), p.900..

²⁷ Ibid.

นอกจากนี้ อำนาจในการทำสัญญาอันก่อให้เกิดภาระหนี้สินได้ถูกมอบให้เป็นอำนาจเฉพาะตัวของกรรมการ ดังนั้น จะไม่เป็นการสอดคล้องกับอำนาจเฉพาะตัวดังกล่าวหากมีตัวการอีกคนซึ่งมีอำนาจเท่าเทียมกันในการก่อหนี้ ทั้งยังผูกพันห้างหุ้นส่วนและนิติบุคคล

Scott Rowley ผู้เขียนหนังสือ Rowley on Partnership ได้ตั้งคำถามถึงเหตุผลของหลักการดังกล่าว และชี้ให้เห็นว่ามีเหตุการณ์อื่นๆ ที่การบริหารจัดการและควบคุมธุรกิจของนิติบุคคลต้องเลิกราไปมากกว่าประเด็นเรื่องห้างหุ้นส่วนนี้ โดย Rowley ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ในเมื่อนิติบุคคลซึ่งสามารถทำการต่างๆ ได้โดยผ่านบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนเท่านั้น สามารถทำสัญญากับบุคคลอื่นโดยมอบอำนาจในการบริหารควบคุมนิติบุคคล ดังนั้น โดยอาศัยอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลดังกล่าว จึงควรอนุญาตให้ทำสัญญาห้างหุ้นส่วนที่ให้อำนาจผู้เป็นหุ้นส่วนรายอื่นในการควบคุมบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนอย่างเท่าเทียมกับตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเมื่อหุ้นส่วนมักมีอำนาจในการควบคุมร่วมกัน ในขณะที่ผู้แทนนิติบุคคลอาจมีอำนาจควบคุมโดยเด็ดขาด

มีบางกรณีที่คำตัดสินดูเหมือนจะอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ว่า การเข้าทำสัญญาห้างหุ้นส่วนของนิติบุคคลเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจ (Ultra vires) ของนิติบุคคล ดังนั้น ใน Brunswick Timber Co. v. Guy ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐจอร์เจียได้ตัดสินว่า ไม่ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นโดยวิธีใดก็ตาม นิติบุคคลผู้เป็นจำเลยจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ผู้ได้รับบาดเจ็บจากโรงเลื่อยจักร (saw mill operation) ซึ่งโจทก์ได้อ้างว่าเป็นสัญญาห้างหุ้นส่วนที่กระทำขึ้นระหว่างนิติบุคคลกับบุคคลอื่น เนื่องจากนิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนได้โดยปราศจากการให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม มีอีกหลายคดีที่ศาลตัดสินว่า นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ เช่น ในคดี Trivison v. Steiner ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐโอไฮโอ กล่าวว่า

“ได้มีคำตัดสินในรัฐโอไฮโอในอดีตว่า นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนกับนิติบุคคลอื่นหรือกับบุคคลอื่นได้ ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลปฏิเสธสัญญาห้างหุ้นส่วนเนื่องจากถูกตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมาย แต่ศาลตัดสินว่า นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนได้โดยชอบด้วยกฎหมายหากไม่มีข้อกำหนดในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลห้ามไว้”²⁸

อย่างไรก็ดี คำตัดสินหลายๆ คดีของศาลรัฐโอไฮโอเป็นไปในแนวทางที่สอดคล้องกับหลักทั่วไป โดยมีคำตัดสินที่พิพากษารับรองสิทธิของนิติบุคคลในการเข้าเป็นหุ้นส่วนในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนแม้ในตราสารจัดตั้งบริษัทหรือตัวบทกฎหมายจะไม่ได้ให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง แต่ศาลในคดีดังกล่าวมิได้กล่าวถึงหลักทั่วไปหรืออธิบายว่าการกระทำของนิติบุคคลดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจของนิติบุคคลหรือไม่ ในคดี Memphis Natural Gas Co. v. Pope ศาลรัฐเทนเนสซีกล่าวว่า Uniform Partnership Act ได้กำหนดนิยามคำว่า “บุคคล” ให้หมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย ซึ่งชี้ให้เห็นว่านิติบุคคลอาจเป็นหุ้นส่วนได้ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ศาลได้วางหลักว่าภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วน นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แต่ไม่ได้ตัดสินว่านิติบุคคลสามารถกระทำการดังกล่าวได้โดยปราศจากข้อกำหนดในตราสารจัดตั้งนิติบุคคล (Charter) ว่าให้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้

²⁸ Ibid. p.904.

นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนเหมืองแร่ได้ในกรณีที่ไม่มีข้อห้ามโดยชัดแจ้งระบุไว้ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลหรือในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หลักการที่แตกต่างระหว่างห้างหุ้นส่วนเหมืองแร่กับห้างหุ้นส่วนประเภทอื่น ได้แก่ อาจมีการขายหรือโอนผลประโยชน์/ดอกเบี้ย (interest) ได้โดยไม่ต้องมีการสิ้นสุดสภาพของห้างหุ้นส่วน และหุ้นส่วนจะถูกผูกพันต่อบุคคลภายนอกโดยจำกัดเพียงในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการทำเหมืองแร่เท่านั้น

ในหลายๆ กรณีมีการปฏิเสธข้อเท็จจริงที่ว่า นิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนได้ โดยการปิดปากหุ้นส่วนรายใดรายหนึ่งในการปฏิเสธสัญญาห้างหุ้นส่วนเพราะอยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจของนิติบุคคล ดังนั้น ได้มีคำตัดสินในหลายๆ คดีว่า เมื่อห้างหุ้นส่วนได้เกิดขึ้นและมีผลบังคับใช้แล้ว บุคคลผู้เป็นคู่สัญญาหรือฝ่ายนิติบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาจะไม่สามารถอ้างความเป็นโมฆะกรรมของสัญญาห้างหุ้นส่วนโดยใช้ยันกับคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ นิติบุคคลถูกปิดปาก (Estoppel) มิให้ปฏิเสธความมีอยู่ของห้างหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอกเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาล²⁹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีความรับผิดชอบเกิดขึ้นจากสัญญาดังกล่าว ถึงแม้ว่าจะถือว่าอยู่นอกเหนือขอบเขตอำนาจของนิติบุคคล ฝ่ายบุคคลผู้เป็นหุ้นส่วนก็เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ ห้างหุ้นส่วนที่มีหุ้นส่วนเป็นบุคคลฝ่ายหนึ่งและนิติบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง สามารถฟ้องร้องบุคคลภายนอกบนพื้นฐานสัญญาที่มีผลบังคับใช้โดยสมบูรณ์ที่ทำขึ้นระหว่างห้างหุ้นส่วนและบุคคลภายนอกนั้น โดยไม่คำนึงถึงความสามารถในการเข้าเป็นหุ้นส่วนของนิติบุคคล มีบางคดีที่นิติบุคคลไม่ถูกปิดปากให้มีอาจปฏิเสธถึงการเป็นห้างหุ้นส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อสัญญามีได้มีผลบังคับใช้โดยสมบูรณ์ ในบางกรณี แม้นิติบุคคลจะไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนแต่อาจต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกหรือสามารถฟ้องร้องบุคคลภายนอกได้ในฐานะกิจการร่วมค้า

จากการที่ศาลวินิจฉัยว่าบริษัทสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้ดังคดีที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น จึงมีประเด็นควรพิจารณาต่อไปอีกว่าการอนุญาตให้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นสามารถเป็นการอนุญาตโดยปริยาย (Implied Authorization in Charter) หรือว่าต้องมีกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในตราสารจัดตั้งบริษัท (Specific Authorization in Statute or Charter)

หลักทั่วไปที่กำหนดว่านิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมิได้เป็นตัวบ่งชี้ว่า การเป็นหุ้นส่วน เป็นไปไม่ได้เลยเสียทีเดียว หากมีข้อกำหนดในตราสารจัดตั้งบริษัทหรือมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดว่าสามารถกระทำได้ กล่าวคือ หากมีกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในตราสารจัดตั้งบริษัท (Specific Authorization in Statute or Charter) แทบจะเป็นหลักสากลว่า ศาลจะตัดสินให้นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนได้ กว่า 20 เขตอำนาจในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ หลักการนี้ได้ถูกบัญญัติในพระราชบัญญัติ Model Business Corporation Act และได้นำไปบังคับใช้ในหลายรัฐ³⁰

ในคดี News-Register Co. v. Rockingham Pub. Co. ศาลแห่งรัฐเวอร์จิเนียตัดสินว่าบริษัทหนังสือพิมพ์สองบริษัท ที่ได้ตกลงแก้ไขตราสารจัดตั้งบริษัทโดยกำหนดให้มีวัตถุประสงค์เฉพาะในการเข้าทำสัญญาเพื่อทำธุรกิจหนังสือพิมพ์ร่วมกัน ถือว่าได้จัดตั้งห้างหุ้นส่วนขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว ศาลได้กล่าวถึงหลักทั่วไปที่ว่านิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้หากไม่มีข้อกำหนด

²⁹ Ibid. p.905.

³⁰ Ibid. p.906.

ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลหรือมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดว่าสามารถกระทำได้นั้นเป็นหลักที่มีมานานแล้ว แต่หลักการที่สำคัญคือ เมื่อมีการให้อำนาจแล้ว การใช้อำนาจอ้างกล่าวย่อมกระทำได้และมีผลโดยสมบูรณ์ เนื่องจากเหตุผลที่โต้แย้งย่อมไม่มีแล้ว เหตุผลดังกล่าว คือ ผู้ถือหุ้นมีสิทธิที่จะถือว่าการกระทำของตนจะปฏิบัติหน้าที่โดยมิได้มอบหมายให้ผู้อื่นกระทำการแทน เว้นแต่ผู้ถือหุ้นจะได้รับแจ้งเป็นอย่างอื่น ดังนั้น หากมีการให้อำนาจนิติบุคคลในการเข้าเป็นหุ้นส่วนโดยกำหนดไว้ชัดเจน ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคล การเข้าเป็นหุ้นส่วนของนิติบุคคลดังกล่าวจึงย่อมสามารถกระทำได้ ศาลได้กล่าวต่อไปว่า ทั้งในอดีตและปัจจุบัน ยังไม่เคยปรากฏความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการที่นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วน และการมีอยู่หรือการใช้อำนาจอ้างกล่าวจะต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่ว่า มีข้อกำหนดในตราสารจัดตั้งบริษัทให้อำนาจไว้หรือไม่

กรณีการอนุญาตให้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นสามารถเป็นการอนุญาตโดยปริยายในตราสารจัดตั้งบริษัท (Implied Authorization in Charter) ปรากฏในคำพิพากษาคดี Universal Pictures Corp v. Roy Davidge Film Lab. Ltd. ซึ่งศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนียกล่าวไว้ว่า “นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้หากกำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งบริษัทไม่มีหลักฐานบ่งชี้ว่านิติบุคคลมิได้กระทำการโดยปราศจากการอนุญาตดังกล่าว สัญญานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคล และหากไม่มีพยานหลักฐานใหม่ที่บ่งชี้ไปในทางตรงกันข้าม ย่อมสามารถสรุปได้ว่าการเข้าเป็นหุ้นส่วนดังกล่าวเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของนิติบุคคลนั้น”³¹

อย่างไรก็ดี ก็มีหลายคดีในรัฐจอร์เจียที่เห็นว่านิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ หากปราศจากการให้อำนาจโดยชัดแจ้ง ในขณะที่ศาลอื่นๆ ตัดสินว่า ในเมื่อคู่สัญญาต่างถือความรู้ข้อกฎหมาย จึงย่อมสันนิษฐานได้ว่า เจตนาของคู่สัญญาย่อมมุ่งหมายให้เป็นการตกลงในลักษณะของกิจการร่วมค้าหากสัญญาสอดคล้องกับกิจการที่ตราสารจัดตั้งนิติบุคคลกำหนดไว้

ปัจจุบันในประเทศสหรัฐอเมริกาแนวคิดที่ว่าบริษัทสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่นั้น ไม่เป็นปัญหาอีกต่อไป เนื่องจากแนวโน้มกฎหมายปัจจุบันยอมรับว่าบริษัทสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน (Uniform Partnership Act) มาตรา 2 ซึ่งวางหลักไว้ว่า ในพระราชบัญญัตินี้ คำว่า “บุคคล” ให้หมายรวมถึงบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน บริษัท และการรวมตัวในลักษณะอื่นๆ และมาตรา 6 วางหลักไว้ว่า ห้างหุ้นส่วน คือการรวมตัวของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปในการประกอบธุรกิจลักษณะเจ้าของรวมเพื่อผลกำไร ดังนั้นนิติบุคคลจึงสามารถที่จะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ทั้งนี้โดยนัยคำพิพากษา

นอกจากนี้เมื่อได้พิจารณาพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Partnership Act) มาตรา 31 ซึ่งได้บัญญัติวางหลักให้ห้างหุ้นส่วนสิ้นสุดลงเนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย แต่ไม่ได้บัญญัติให้ห้างหุ้นส่วนสิ้นสุดลงเนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนที่เป็นนิติบุคคลจดทะเบียนเลิกแต่อย่างใด ประกอบกับมาตรา 2 และมาตรา 6 ที่บัญญัติให้ “บุคคล” หมายรวมถึง บุคคลธรรมดา และนิติบุคคลด้วย ทั้งนี้โดยนัยคำพิพากษาคดี Memphis Natural Gas Co. v. Pope ศาลรัฐเทนเนสซีได้กล่าวว่า Uniform Partnership Act ได้กำหนดนิยามคำว่า “บุคคล” ให้

³¹ Ibid. p.907.

หมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย ซึ่งชี้ให้เห็นว่านิติบุคคลอาจเป็นหุ้นส่วนได้³² แสดงให้เห็นว่าบริษัทอาจจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้

อย่างไรก็ดี แม้ประเด็นถกเถียงในเรื่องนิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน จะได้ถูกอธิบายหักล้างด้วยทฤษฎีและหลักการต่างๆ รวมไปถึงการหยาบคายการตีความจากคำพิพากษา ดังได้กล่าวไปข้างต้น ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักการและเหตุผลของหลักทั่วไปที่ห้ามมิให้นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนยังคงมีข้อโต้แย้ง และน้ำหนักน้อยกว่าการนำหลักกฎหมายปิดปากและการเรียกห้างหุ้นส่วนว่ากิจการร่วมค้าเข้ามาใช้ จึงมีประเด็นควรพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาถือเป็นห้างหุ้นส่วนหรือกิจการร่วมค้า

3.2.2 แนวการตีความกิจการร่วมค้า (Joint Venture)

ลักษณะทั่วไปของกิจการร่วมค้าในสหรัฐอเมริกา นั้นกิจการร่วมค้าเป็นกิจการมีบุคคลอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไปเข้าทำกิจการร่วมกัน โดยกิจการร่วมค้ามักถูกจัดตั้งขึ้นกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายการดำเนินงานเป้าหมายหนึ่งไว้อย่างชัดเจน และต้องสิ้นสุดลงเมื่อการดำเนินกิจการนั้นเสร็จสิ้น กิจการร่วมค้าไม่มีรูปแบบที่กำหนดไว้ตายตัว ได้มีการนำหลักเรื่องหุ้นส่วนบริษัทมาบังคับใช้ตราบเท่าที่ใช้ได้

อย่างไรก็ตาม บางครั้งมีการกล่าวว่าการร่วมค่านั้นไม่มีตัวแทนร่วมกัน โดยคู่สัญญาที่เข้าร่วมกิจการร่วมค้าต่างก็ต้องมีความสัมพันธ์แบบความไว้วางใจต่อกันอย่างยิ่งให้สมกับที่ได้รับ ความไว้วางใจเป็นอย่างยิ่งให้สมกับที่ได้รับ ความไว้วางใจ (Fiduciary) มีความรับผิดชอบร่วมกันในหนี้ทั้งปวงของกิจการร่วมค้าแบบไม่จำกัด กิจการร่วมค้าไม่มีลักษณะการเข้าร่วมที่แน่ชัดนัก และถูกเก็บภาษีเหมือนห้างหุ้นส่วน กิจการร่วมค้าต่างจากรูปแบบอื่น แม้เป็นการเข้าร่วมทำกิจการร่วมกัน โดยบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเหมือนกับห้างหุ้นส่วน แต่กิจการร่วมค้าเป็นการทำกิจการพิเศษรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนชั่วคราว โดยจะเลิกกันเมื่อทำกิจการเสร็จ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ยากในการจะตัดสินว่านิติสัมพันธ์ของกิจการร่วมค้าอยู่ในลักษณะใด แต่พอจะสรุปหลักการได้ดังนี้³³

- (1) มีข้อตกลงระหว่างกันทั้งที่เป็นการชัดเจนหรือโดยปริยาย
- (2) เป็นกิจการที่แบ่งผลประโยชน์ร่วมกัน
- (3) มุ่งแบ่งผลกำไรของกิจการระหว่างกันและหากกิจการประสบความล้มเหลวขาดทุน คู่สัญญาก็มีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัด
- (4) มีอำนาจร่วมกันในการบริหารควบคุมกิจการ

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าการร่วมค้าไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายดังเช่นห้างหุ้นส่วน แต่อย่างไรก็ดี ทรัพย์สินของกิจการร่วมค่านั้น อาจมีการเป็นเจ้าของร่วมกัน การดำเนินกิจการมักไม่มีชื่อและไม่มีรูปแบบกิจการที่ตายตัว การตกลงระหว่างคู่สัญญาร่วมค่านั้นอาจกระทำได้ทั้งด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งต้องอาศัยหลักกฎหมายนิติกรรมสัญญา มาพิจารณา

³² Ibid.

³³ Harry G. Henn and John R. Alexander, *Law of Corporation and other business enterprise*. (West Publishing Co. : 1970), p.77.

โดยทั่วไปกิจการร่วมค้าถูกกำกับโดยหลักกฎหมายหุ้นส่วน อาจจะมีข้อแตกต่างในรายละเอียดเรื่องอำนาจของหุ้นส่วนในการที่จะผูกพันหุ้นส่วนอื่นนั้นมีจำกัด บางครั้งอาจกล่าวได้ว่าไม่มีความเป็นตัวแทนระหว่างกัน ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมค้านั้นอาศัยความไว้นใจเชื่อใจกัน โดยระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมค้ามีหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duty) อันประกอบไปด้วยสองหน้าที่หลัก คือ หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of care) หน้าที่ของความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และแน่นอนว่าคู่สัญญากิจการร่วมค้าผูกพันกันด้วยข้อสัญญาข้อสันนิษฐานอำนาจของผู้เป็นคู่สัญญาร่วมค้ากับบุคคลภายนอกนั้น คือ ร่วมรับผิดชอบบุคคลภายนอกอย่างไม่จำกัดและปราศจากเงื่อนไข แม้ว่าระหว่างคู่สัญญากันเองจะมีเงื่อนไขข้อตกลงใดกำหนดความรับผิดชอบไว้แก่กันเองก็ตาม ก็มีอาจอ้างเพื่อที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกได้ ความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกมีอยู่อย่างไม่จำกัดแม้ว่าขอบเขตอำนาจของนิติบุคคลนั้นอาจไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แต่มักมีอำนาจในอันที่จะเป็นคู่สัญญาในกิจการร่วมค้าโดยถือว่าไม่มีสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการที่นิติบุคคลจะจัดตั้งกิจการร่วมค้าในเมื่อกิจการร่วมค้ามีได้อยู่นอกเหนือจากกรอบวัตถุประสงค์ทางธุรกิจของนิติบุคคลที่ได้จัดตั้งขึ้น

ผู้ก่อการนิติบุคคลก่อนที่จะตั้งบริษัทนั้น ผู้ก่อการนิติบุคคลจะมีความสัมพันธ์ในรูปแบบของความไว้อสัตย์สุจริตเป็นอย่างยิ่งให้สมกับที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary) เหมือนดังเช่นกิจการร่วมค้า³⁴ แต่ภายหลังจากมีการตั้งบริษัทขึ้นมาแล้วความสัมพันธ์แบบกิจการร่วมค้าเช่นว่านี้ก็จะถูกทำลายแทนที่ด้วยความสัมพันธ์ในแบบนิติบุคคล ภายใต้หลักการนี้แม้ว่านิติบุคคลจะสามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าได้ มันอาจจะไม่ได้ถูกตั้งขึ้นเพื่อประกอบกิจการร่วมค้าโดยการเข้าร่วมทำกิจการระหว่างบุคคลผู้อยู่ในฐานะที่เป็นคู่สัญญาร่วมค้าระหว่างกัน และในฐานะผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลนั้น³⁵

ปัจจุบันเริ่มจะมีการตั้งกิจการร่วมค้าโดยมีกิจการตั้งแต่สองกิจการขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือในอื่นๆ โดยเฉพาะในกิจการที่ใช้เงินทุนและเทคโนโลยีสูงมีลักษณะเป็นการถาวร เช่น กิจการน้ำมันปิโตรเลียม เคมีภัณฑ์ อิเล็กทรอนิกส์ และสนามพลังงานต่างๆ กิจการเหล่านี้เรียกกันแบบกว้างๆว่า “กิจการร่วมค้า” ซึ่งมักจะจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล (Incorporated Joint Venture) ในกรณีเช่นนี้กิจการร่วมค้าเหล่านี้มีฐานะเป็นนิติบุคคลถูกกำกับโดยกฎหมายองค์กรธุรกิจ ทางธุรกิจเรียกกิจการเหล่านี้ว่า “Joint Venture Corporation” กิจการร่วมค้าที่มีบริษัทต่างประเทศเข้ามาร่วมลงทุนนับวันยิ่งเพิ่มมากขึ้นต่างจากสมัยก่อน โดย 40% ของบริษัทต่างชาติมีการทำธุรกิจในรูปแบบนี้ โดยมักเป็นนักธุรกิจต่างชาติ 50% หรืออาจมากกว่านี้สนใจที่จะทำกิจการในรูปแบบกิจการร่วม (Consortium)³⁶

หากไม่มีข้อกฎหมายหรือข้อกำหนดในตราสารจัดตั้งบริษัทห้ามไว้ นิติบุคคลสามารถเข้าทำสัญญากิจการร่วมค้าซึ่งอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล และอำนาจการบริหารจัดการและอำนาจควบคุมกิจการร่วมค้าในเรื่องที่สำคัญ จะต้องไม่ตกอยู่ในมือของบุคคลแปลกหน้าของนิติบุคคล ดังนั้น ในคดี *Kasishke v. Baker* ศาลอุทธรณ์ยอมรับว่า นิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนได้แต่กฎหมายของรัฐโอคลาโฮมาได้ยืนยันสิทธิของนิติบุคคลในการจัดตั้งกิจการร่วมค้าในรัฐนิวเจอร์ซีย์ มีคดี

³⁴ Ibid. p.173.

³⁵ Ibid. p.79.

³⁶ Ibid.

ได้ถูกตัดสินก่อน Business Corporation Law ออกมาบังคับใช้ โดยศาลได้อนุญาตให้นิติบุคคลเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนได้ Red Robin Stores v. Rose ศาลตัดสินว่า “ไม่มีสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการที่นิติบุคคลจะจัดตั้งกิจการร่วมค้าในเมื่อกิจการร่วมค้ามิได้อยู่นอกเหนือจากกรอบวัตถุประสงค์ทางธุรกิจของนิติบุคคลที่ได้จัดตั้งขึ้น มีอีกหลายคดีในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ศาลตัดสินว่านิติบุคคลสามารถเข้าร่วมจัดตั้งกิจการร่วมค้าได้ สำหรับกิจการที่วัตถุประสงค์อยู่ภายใต้กรอบอำนาจของนิติบุคคลนั้น³⁷

เป็นเรื่องยากที่จะอธิบายความแตกต่างในผลทางกฎหมายระหว่างกิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วน ข้อแตกต่างที่สำคัญได้แก่ ห้างหุ้นส่วนถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมทั่วไปทางธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่ง แต่ กิจการร่วมค้ามักถูกจัดตั้งขึ้นกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายการดำเนินงานเป้าหมายหนึ่งไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า การดำเนินการต้องเสร็จสิ้นภายในระยะเวลาอันจำกัด อาจใช้เวลาหลายปีและส่วนมากมักมิได้กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนไว้ในสัญญา แต่จะวัดได้จากระยะเวลาของการประกอบกิจการ (duration of the venture) ในคดี Key v. Nims ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย กล่าวว่าลักษณะที่แตกต่างกันระหว่างห้างหุ้นส่วนกับกิจการร่วมค้าคือ นิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แต่ สามารถผูกพันตนเข้าจัดตั้งกิจการร่วมค้าได้³⁸

อย่างไรก็ดี ข้อสันนิษฐานว่าเป็นกิจการร่วมค้ามิใช่ห้างหุ้นส่วน (Presumption of Joint Venture Not Partnership) เมื่อนิติบุคคลเข้าร่วมกิจการร่วมค้าจะมีข้อสันนิษฐานว่ากิจการร่วมค้านั้นมีผลโดยสมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆะหรือเป็นสัญญาห้างหุ้นส่วนซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจของนิติบุคคล³⁹ Red Robin Stores v. Rose นิติบุคคลต้องมีความตกลงยินยอมร่วมกันของคู่สัญญาในการตัดสินใจเชิงนโยบายที่สำคัญและการกระทำที่ผูกมัดระยะยาว ศาลรัฐนิวยอร์กกล่าวว่า “ศาลจะไม่ตัดสินว่าความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนเป็นกิจการร่วมค้า เว้นแต่เจตนาของคู่สัญญาจะปรากฏโดยชัดแจ้ง”⁴⁰

ศาลรัฐโอไฮโอตัดสินว่าแม้ข้อตกลงดังกล่าวจะคล้ายกับห้างหุ้นส่วนแต่มันเรียกว่าการทำการค้าร่วมกัน (joint business) และเจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลสามารถฟ้องเรียกเอาส่วนแบ่งเงินทุนของนิติบุคคลที่ร่วมค้าได้ ในคดี Twyford v. SonkenGalamba Corp. ศาลรัฐโอคลาโฮมากล่าวว่า ข้อตกลงดังกล่าวเรียกว่าห้างหุ้นส่วน แต่ทั้งนี้ เนื่องจากนิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ มันจึงเป็นกิจการร่วมค้าซึ่งกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนจะนำมาใช้บังคับในส่วนของการระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาหรือกับบุคคลอื่น

ในคดี Bank of America N.T. & S.A. v. Fisher ศาลอุทธรณ์ภาค 9 ได้ตัดสินว่าการกำหนดชื่อสัญญาโดยคู่สัญญาว่าเป็นกิจการร่วมค้านั้นก็ยังมีอาจสรุปได้ เพียงแต่ถือเป็นปัจจัยหนึ่งในการตีความสัญญาเท่านั้น

นอกจากนี้ ยังมีกฎเกณฑ์ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนนำมาใช้บังคับกับกิจการร่วมค้า (Rules of Partnership Apply to Joint Ventures) ในคดี Keyes v. Nims ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย

³⁷ Michael Armstrong, "Can corporations be partners?", *The business Lawyer* 20(1964-1965), pp.907-908.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid. p.908.

⁴⁰ Ibid. p.909..

สรุปว่ามันเป็นเรื่องที่ต้องวิเคราะห์ด้วยหลักวิชาการในประเด็นว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ถือเป็นห้างหุ้นส่วนหรือกิจการร่วมค้าเนื่องจาก “ความคล้ายคลึงกันระหว่างห้างหุ้นส่วนกับกิจการร่วมค้ามีมากจนกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับกิจการร่วมค้าก็คือกฎเกณฑ์ชุดเดียวกันที่ใช้บังคับกับห้างหุ้นส่วน”⁴¹

ในคดี *Ross v. Willett* ศาลรัฐนิวยอร์กได้กล่าวว่า “กิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดในแง่ของขอบเขตและระยะเวลา แต่มีได้จำกัดในแง่ของความรับผิดชอบ และภายใต้กฎหมายของเรากิจการร่วมค้าและห้างหุ้นส่วนต่างอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน ” Prof. Mechum กล่าวว่า ไม่มีกฎหมายว่าด้วยกิจการร่วมค้ามีแต่กฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วน ในเมื่อกิจการร่วมค้าและห้างหุ้นส่วนต่างอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทั่วไปเดียวกัน จึงไม่มีข้อกังขาหากจะกล่าวว่า กิจการร่วมค้าย่อมอยู่ภายใต้ Uniform Partnership Act⁴²

ดังนั้นแม้จะมีหลักทั่วไปที่ว่า นิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แต่หลักการและเหตุผลของหลักทั่วไปดังกล่าวยังคงมีข้อโต้แย้ง และน้ำหนักน้อยกว่าการนำหลักกฎหมายปิดปากและการเรียกห้างหุ้นส่วนว่า กิจการร่วมค้าหลักทั่วไปดังกล่าวได้ถูกยกเลิกในหลายๆ เขตอำนาจและได้มีการนำ Model Business Corporation Act มาบังคับใช้ รัฐที่มีได้มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง ศาลมักตัดสินว่านิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้หากมีกำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลหรือการจัดตั้งกิจการร่วมค้าภายใต้ Uniform Partnership Law⁴³

จากการศึกษาแนวคิดและกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการที่นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนผู้เขียนมีความเห็นว่านิติบุคคลสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ไม่น่าจะเป็นการขัดกับลักษณะพื้นฐานของบริษัทแต่อย่างใด เนื่องจากบริษัทสามารถมอบอำนาจให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจบริหารจัดการควบคุมบริษัทได้ในเมื่อนิติบุคคลซึ่งสามารถทำการต่างๆ ได้โดยผ่านบุคคลซึ่งเป็นตัวแทนเท่านั้น สามารถทำสัญญากับบุคคลอื่นโดยมอบอำนาจในการบริหารควบคุมนิติบุคคล ดังนั้น โดยอาศัยอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลดังกล่าว จึงควรอนุญาตให้ทำสัญญาห้างหุ้นส่วนที่ให้อำนาจผู้เป็นหุ้นส่วนรายอื่นในการควบคุมบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนอย่างเท่าเทียมกับตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมื่อหุ้นส่วนมักมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการร่วมกันอยู่แล้ว ในขณะที่ผู้แทนนิติบุคคลอาจมีอำนาจควบคุมโดยเด็ดขาด

หากนิติบุคคลสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ กิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนก็ย่อมไม่แตกต่างกัน แม้ว่าทั่วไปแล้วกิจการร่วมค่านั้นจะมีลักษณะเป็นการรวมตัวระหว่างนิติบุคคลกับนิติบุคคล ในขณะที่ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนโดยทั่วไปจะเป็นการรวมตัวกันระหว่างบุคคลธรรมดาต่อบุคคลธรรมดา แต่ก็ไม่ใช่ความแตกต่างด้านเนื้อหา เป็นเพียงความแตกต่างในระดับความมากน้อยเท่านั้น⁴⁴

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid. p.909-910.

⁴³ Ibid. p.910.

⁴⁴ ธรรมนูญ พิทยาภรณ์, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," หน้า.66.

3.2.3 รูปแบบองค์กรธุรกิจที่นิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

จากการศึกษารูปแบบองค์กรธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า มีองค์กรธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่ทำให้เห็นว่าในบางกรณีนิติบุคคลก็สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งองค์กรธุรกิจรูปแบบนี้ถูกพัฒนาขึ้นมาเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ประกอบธุรกิจในประเด็นปัญหาเรื่องการจำกัดความรับผิดของผู้เป็นเจ้าของและการเสียภาษีซ้ำซ้อนในรูปแบบองค์กรธุรกิจ เรียกกันว่า Limited Liability Company (LLC)

LLC เป็นองค์กรธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่แพร่หลายและเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลายมากในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากมีรูปแบบที่เอื้ออำนวยแก่นักธุรกิจหลายประการ นอกจากนี้ยังมีข้อดีเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดและลดภาระการเสียภาษีซ้ำซ้อน แต่ละมรัฐก็จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้ง LLC บังคับใช้ของตนเองแตกต่างกันไป เช่น รัฐโคโลราโดและรัฐแมสซาชูเซตส์ได้กำหนดให้นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียวก็สามารถจัดตั้ง LLC ได้ แตกต่างจากรัฐมิชิแกน ที่กำหนดให้บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะสามารถจัดตั้ง LLC ได้ นอกจากนี้ข้อแตกต่างอื่นๆเกี่ยวกับระยะเวลาในการประกอบกิจการของ LLC ก็จำกัดแตกต่างกันออกไป⁴⁵ ดังนั้นนักธุรกิจที่ประสงค์จะประกอบกิจการรูปแบบ LLC จึงจำเป็นต้องศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้ง LLC ในรัฐนั้นๆให้เป็นอย่างดีเพื่อที่จะปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายแต่ละรัฐกำหนดไว้ได้อย่างถูกต้อง

LLC เป็นองค์กรธุรกิจรูปแบบใหม่ที่ถูกพัฒนาขึ้นมาเป็นทางเลือกให้กับนักธุรกิจในปัจจุบัน โดยมีลักษณะผสมผสานนำเอาลักษณะเด่นขององค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทจำกัดและห้างหุ้นส่วนเข้าด้วยกัน โดย Uniform Law of Limited Liability Company Act 1996S201ได้ให้คำนิยามไว้ว่า คือ นิติบุคคลมีสถานะแยกต่างหากจากผู้เป็นสมาชิก นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความเห็นว่า LLC คือองค์กรธุรกิจที่ผสมผสานเอาลักษณะการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด และสิทธิประโยชน์ในทางภาษีของห้างหุ้นส่วนมาใช้⁴⁶ กล่าวคือ สามารถเลือกเสียภาษีในรูปแบบหนึ่งระหว่างบริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนก็ได้ จึงเป็นทางเลือกในการกับนักธุรกิจเลือกใช้ให้เหมาะสมกับองค์กรของตนมากที่สุด โดยหากเลือกใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแบบห้างหุ้นส่วน กล่าวคือ ถือว่าสถานะตัวตนของห้างและหุ้นส่วนไม่แยกจากกัน ทำให้ตัวของห้างหุ้นส่วนไม่มีภาระภาษี แต่ภาษีจะถูกผ่านไปยังผู้เป็นหุ้นส่วน นอกจากนี้สมาชิก LLC ยังสามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการงานในองค์กรได้เหมือนหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

LLC นั้น จะต้องมีการมีบุคคลธรรมดาเป็นผู้กระทำการแทน ซึ่งจุดนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า คล้ายคลึงกับกรณีบริษัทจำกัดที่มีกรรมการเป็นผู้กระทำการแทน แต่การจัดการภายใน LLC นั้นจะกระทำได้โดยทางสมาชิกของ LLC หรือบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากสมาชิกของ LLC ก็ได้ การกระทำการหรือการบริหารนั้นต้องเป็นการกระทำตามขอบวัตถุประสงค์ของ LLC ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์นั้น มาจากหลักการที่ว่านิติบุคคลจะต้องตั้งขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ที่ขอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่มีการทำสัญญาภายนอกขอบวัตถุประสงค์จะมีผลทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ ซึ่งหลัก Ultra vires นี้เคยเป็นที่ยอมรับในสหรัฐอเมริกา แต่ในปัจจุบันหลักการนี้ได้มีการ

⁴⁵ ปวีณา มณีตุลย์, "สถานภาพทางกฎหมายและลักษณะสำคัญของ Limited Liability Company," หน้า.19-20.

⁴⁶ Roger Leroy Miller and Gaylard A Jentz, *Business Law Today Text & Summarized Cases, E-Commerce, Legal, Ethical and International Environment* (New York Thomson South-western west, 2003), p.483.

เปลี่ยนแปลงไป โดยมีหลักการใหม่เพิ่มขึ้นมาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบริษัทในการกระทำกิจการต่างๆหรือการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นอยู่กับการบริหารงานของคณะกรรมการ ซึ่งเป็นที่ยอมรับแล้วว่ามีอำนาจกระทำได้ แม้ว่าจะอยู่นอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทจำกัด⁴⁷ โดยอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ไม่มีใครที่จะเข้าใจหรือตัดสินใจว่าวัตถุประสงค์หรือขอบข่ายของการดำเนินกิจการของบริษัทจำกัดควรจะออกมาในทางใดได้ดีไปกว่าผู้เป็นคณะกรรมการบริษัท⁴⁸ ดังนั้นปัจจุบันหลัก Ultra vires จึงแทบจะถูกยกเลิกไปแล้ว มีเพียงบางรัฐเท่านั้นที่ยังคงมีอยู่ โดยถือว่าสัญญาที่กระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทถือเป็นโมฆะหากยังไม่ได้มีการปฏิบัติตามสัญญา แต่หากคู่สัญญามีการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว สัญญานั้นก็จะมีผลสมบูรณ์

จากการศึกษารูปแบบองค์กรธุรกิจ LLC พบว่าลักษณะสำคัญของกิจการรูปแบบ LLC มีอยู่ 4 ประการ

(1) การจำกัดความรับผิดชอบของผู้เป็นสมาชิกใน LLC

เนื่องจากไม่มีผู้ประกอบธุรกิจคนใดต้องการที่จะรับผิดชอบอย่างไม่จำกัดจำนวน ดังนั้นการจำกัดความรับผิดชอบ ถือเป็นอีกสิ่งหนึ่งที่ผู้ประกอบธุรกิจปรารถนา ดังนั้นจึงมีการพัฒนานำเอาหลักการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นในบริษัทมาปรับใช้ใน LLC โดยที่ LLC นั้นมีสถานะแยกต่างหากจากผู้เป็นสมาชิก สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของ LLC จึงแยกออกจากตัวผู้เป็นสมาชิกใน LLC โดยผู้เป็นสมาชิก LLC มีความรับผิดชอบจำกัดเพียงสิ่งที่ตนนำมาลงทุนด้วยเท่านั้น ซึ่ง Uniform Law of Limited Liability Company Act (1996) §401 วางหลักว่าสิ่งที่นำมาลงทุนอาจเป็นได้ทั้งเงินสด ทรัพย์สิน แรงงาน หรือบริการก็ได้ โดยขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละรัฐและสัญญาการจัดการ (Operating Agreement) ซึ่งเป็นเอกสารแยกต่างหากจากข้อบังคับสำหรับกำหนดกติกาการบริหารและอำนาจของผู้จัดการ สมาชิกไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้ของ LLC ไม่ว่าจะตามสัญญาหรือละเมิดหรืออื่นๆ เว้นแต่จะมีข้อตกลงโดยได้ทำเป็นสัญญากำหนดความรับผิดชอบของตนเป็นพิเศษเอาไว้

เนื่องจากความรับผิดชอบของสมาชิก LLC จำกัดเพียงสิ่งที่ลงทุนไปเช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งมีความรับผิดชอบเพียงค่าหุ้นที่ค้างชำระ ดังนั้นหากสมาชิกใน LLC ได้ส่งมอบหุ้นให้แก่ LLC ครบถ้วนแล้วสมาชิกจึงไม่มีความรับผิดชอบใดๆในหนี้จาก LLC อีก รวมทั้งไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกหรือความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการกระทำละเมิดของผู้เป็นสมาชิกหรือผู้จัดการ LLC ยกเว้นกรณีผู้เป็นสมาชิกทำสัญญารับหนี้ทั้งปวงไว้หรือได้กำหนดความรับผิดชอบของสมาชิกไว้เป็นกรณีพิเศษ กรณีดังกล่าวนี้จึงอาจต้องนำเอาหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาปรับใช้ในกรณีผู้เป็นสมาชิกกระทำการไม่สุจริตอาศัยสภาพบุคคลของ LLC แสวงหาผลประโยชน์โดยไม่ชอบจากบุคคลภายนอก โดยผู้เป็นสมาชิกจะไม่สามารถยกหลักจำกัดความรับผิดชอบขึ้นมาอ้างปฏิเสธเพื่อจำกัดความรับผิดชอบของตน

⁴⁷ ปรีดา มณีดุลย์, "สถานภาพทางกฎหมายและลักษณะสำคัญของ Limited Liability Company," หน้า.26.

⁴⁸ นิเวศน์ มนต์วิสุวัฒน์, "ความรับผิดจากการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า.26.

(2) การจัดการงานภายใน LLC

การจัดการงานใน LLC มีความยืดหยุ่นเป็นอันมาก โดยสามารถมีทั้งการจัดการโดยผู้เป็นสมาชิกใน LLC เองและบุคคลภายนอกเป็นผู้จัดการ โดยมีสมาชิกที่เหลือควบคุมจัดการงานของหุ้นส่วนผู้จัดการอีกชั้นหนึ่งก็ได้

การจัดการโดยผู้เป็นสมาชิกใน LLC นั้น Uniform Law of Limited Liability Company Act (1996) §301 (a) ได้กำหนดให้ผู้เป็นสมาชิกใน LLC ถือเป็นตัวแทน LLC ดังนั้นการกระทำใดๆซึ่งกระทำในนาม LLCหรือในทางปกติการค้า ย่อมถือเป็นการกระทำของ LLC ด้วย เว้นแต่เป็นกรณีผู้เป็นสมาชิกดังกล่าวไม่มีอำนาจกระทำและบุคคลภายนอกได้ล่วงรู้ถึงการไม่มีอำนาจนั้น การกระทำนั้นก็จะไม่มีผลผูกพัน LLC

การจัดการงานภายใน LLC โดยผู้เป็นสมาชิกนั้นหากไม่มีการตกลงไว้ชัดเจนเป็นอย่างอื่นไว้ใน Operating agreement จะถือว่าสมาชิก 1 คนมีสิทธิออกเสียงได้ 1 คะแนนเสียง โดยการลงคะแนนจะถือหลักเสียงข้างมากของผู้เป็นสมาชิก เว้นแต่กรณีพิเศษที่ต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากผู้เป็นสมาชิกทุกคนซึ่งกำหนดไว้เป็นพิเศษใน Article of Organization และ Operation Agreement โดยกิจการที่กำหนดไว้เป็นพิเศษว่าต้องได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกทั้งหมดนั้นบัญญัติไว้ใน Uniform Law of Limited Liability Company Act (1996) §404 (c)

ประเด็นสำคัญที่น่าสนใจในเรื่องการจัดการใน LLC คือนอกเหนือจากสมาชิกใน LLC จะเป็นผู้จัดการกิจการ LLCแล้วยังสามารถจะกำหนดตั้งบุคคลภายนอกขึ้นมาเป็นผู้จัดการใน LLC ได้อีกด้วย โดยอาศัยการลงคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิก LLC

ในบางรัฐได้เปิดโอกาสให้นิติบุคคลเข้ามาเป็นผู้จัดการ LLC ได้นอกจากกำหนดให้ผู้จัดการของ LLCเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งมีความเห็นว่าการอนุญาตให้นิติบุคคลเข้ามาเป็นผู้จัดการใน LLC นี้ถือเป็นข้อแตกต่างสำคัญระหว่าง LLCกับบริษัทจำกัด ซึ่งในบริษัทจำกัดนั้นผู้มีอำนาจจัดการงานของบริษัทคือกรรมการ และกรรมการในบริษัทจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น⁴⁹

LLCที่มีการจัดการโดยผู้เป็นผู้จัดการ LLC โดยถือเป็นตัวแทนของ LLC ทำให้การกระทำของผู้เป็นสมาชิกใน LLC จึงไม่ใช่การกระทำในฐานะตัวแทนของ LLC อีกต่อไป ดังนั้นสมาชิกของ LLC ที่มีรูปแบบการจัดการโดยผู้จัดการที่ได้รับแต่งตั้ง จึงไม่มีอำนาจในการจัดการงานใน LLC หากสมาชิกของ LLC กระทำการใดๆไปจะไม่ผูกพัน LLCเนื่องจากสมาชิก LLC มีเพียงอำนาจในการควบคุมดูแลการจัดการงานของผู้จัดการเท่านั้น

(3) การโอนส่วนได้เสียใน LLC

การโอนส่วนได้เสียของสมาชิกใน LLC มีลักษณะคล้ายกับการโอนความเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญ กล่าวคือ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้เป็นสมาชิกรายอื่นๆเป็นเอกฉันท์ แต่การโอนไปซึ่งสิทธิในการได้รับส่วนแบ่งผลกำไรใน LLC ไม่เป็นการทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งสิทธิความเป็นสมาชิกใน LLC แตกต่างกับกรณีบริษัท ที่ผู้ถือหุ้นภายในบริษัทจำกัดสามารถโอนหุ้นของตนได้อย่างเสรี เว้นแต่จะมีข้อกำหนดห้ามโอนไว้เป็นพิเศษระหว่างผู้ถือหุ้น⁵⁰

⁴⁹ ปวีณา มณีตุลย์, "สถานภาพทางกฎหมายและลักษณะสำคัญของ Limited Liability Company," หน้า.26.

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน.

อย่างไรก็ดี หาก LLC ต้องการที่จะมีข้อกำหนดให้สามารถโอนส่วนได้เสีย หรือโอนความเป็นสมาชิกได้อย่างเสรี โดยไม่ต้องการที่จะติดขัดด้วยเงื่อนไขความยินยอมโดยเอกฉันท์ ในทางปฏิบัติผู้เป็นสมาชิกอาจตกลงทำสัญญาไว้เป็นกรณีพิเศษใน Operating Agreement ซึ่งเป็นเอกสารอีกฉบับแยกต่างหากออกจากข้อบังคับซึ่งจะกำหนดกติกาการบริหารใน LLC และอำนาจของผู้จัดการ เพื่อเป็นประโยชน์แก่การประกอบธุรกิจให้มีความคล่องตัวยิ่งขึ้นก็ได้

(4) ภาระการเสียภาษีของ LLC

LLC มีสิทธิที่จะเลือกเสียภาษีได้สองวิธี กล่าวคือ เสียภาษีในรูปแบบการส่งผ่านไปยังผู้เป็นสมาชิก เช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วน โดยไม่ถือว่า LLC เป็นหน่วยภาษีซึ่งอยู่ในบังคับที่จะต้องเสียภาษี หน้าที่การจ่ายภาษีตกอยู่กับผู้เป็นสมาชิก ที่จะต้องไปเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามสัดส่วนส่วนแบ่งในกำไรที่ได้รับจากการประกอบกิจการที่ได้กำหนดไว้ใน Operating Agreement และเสียภาษีในรูปแบบบริษัทจำกัด ซึ่งเป็นกรณีที่มีลักษณะการเสียภาษีที่ซับซ้อน กล่าวคือ เมื่อ LLC ประกอบกิจการได้กำไรมาแล้ว ย่อมมีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลจากเงินกำไรจากกิจการ จากนั้นเมื่อมีการจ่ายหรือส่วนแบ่งให้กับผู้เป็นสมาชิกใน LLC ผู้เป็นสมาชิกต้องนำเอาส่วนที่ได้นั้นไปรวมเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาอีกครั้งหนึ่งด้วย

LLC จะมีการเสียภาษีในรูปแบบใดนั้น มักจะกำหนดไว้ใน Operating Agreement โดยผู้เป็นสมาชิกต้องพิจารณาเลือกวิธีการเสียภาษีให้เหมาะสมกับรูปแบบการดำเนินกิจการของตน เพื่อไม่ให้เกิดภาระภาษีที่มากกว่าเดิม

จึงถือว่า LLC เป็นการผสมผสานนำเอาลักษณะเด่นขององค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัท จำกัดและห้างหุ้นส่วนเข้าด้วยกัน กล่าวคือสมาชิกทุกคนใน LLC สามารถเข้ามาบริหารจัดการงานใน LLC ด้วยตนเองได้ ไม่ต้องตั้งกรรมการขึ้นมาบริหารจัดการแทนเหมือนเช่นบริษัทจำกัด ไม่ต้องพะวงกับการสอดเข้าไปจัดการงานของบริษัทที่จะต้องเข้าไปร่วมรับผิดชอบในกิจการที่สอดเข้าไปดังเช่นกรณีหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดสอดเข้าไปจัดการงานของห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้ LLC ยังคงชูหลักการจำกัดความรับผิดชอบเป็นข้อดีดึงดูดให้คนสนใจดำเนินกิจการในรูปแบบนี้ โดยผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้สินของ LLC เนื่องจาก LLC เมื่อก่อหนี้แล้วจะไปอยู่ที่ทุนของ LLC ซึ่งแตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญของไทย นับว่า LLC ช่วยแก้ข้อบกพร่องของบริษัทและห้างหุ้นส่วนได้

3.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เหตุที่เลือกศึกษาแนวคิดและกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้รับเอาหลักกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตั้งแต่แรก โดยในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ泰นั้น ได้มีการนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาเป็นแม่แบบหลักในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอีกทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการพัฒนาด้านองค์กรธุรกิจมายาวนานเห็นได้จากมีรูปแบบองค์กรธุรกิจมากมายหลายประเภท ให้นักธุรกิจเลือกที่จะประกอบกิจการให้เหมาะสมและก่อประโยชน์ต่อการประกอบธุรกิจของตนสูงที่สุด ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการสั่งสมแนวคิดและพัฒนากฎหมาย จึงเห็นควรที่ทำการศึกษานโยบายเกี่ยวกับการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนของนิติบุคคลในสหพันธ์สาธารณรัฐ

เยอรมนีว่ามีหลักการและเหตุผลอย่างไร รวมไปถึงศึกษาโครงสร้างรูปแบบองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว

กฎหมายบริษัทของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีรูปแบบองค์กรธุรกิจประเภทต่างๆมากมาย โดยรูปแบบองค์กรธุรกิจที่เป็นที่รู้จักคุ้นเคย ได้แก่ บริษัทจำกัด (GesellschaftmitbeschränkterHaftung) เรียกกันย่อๆ ว่า GmbH ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัทจำกัดนี้ได้แก่ Gesetz betreffend die GesellschaftmitbeschränkterHaftung หรือเรียกกันว่า GmbH-Gesetz โดยใช้ชื่อย่อว่า GmbHG โดยทั่วไปแล้วกิจการในรูปแบบบริษัทนี้มักจะเป็นกิจการขนาดเล็กไปถึงขนาดกลาง มีผู้ถือหุ้นน้อย ซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นคนในครอบครัว กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบริษัทค่อนข้างที่จะยืดหยุ่น มีการเปิดเผยข้อมูลให้ทราบเป็นการทั่วไปในระดับกลางๆไม่เหมือนกับห้างหุ้นส่วน หลักการสำคัญคือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น โดยมีความรับผิดชอบจำกัดเพียงค่าหุ้นในส่วนที่ยังคงค้างชำระ ผู้ถือหุ้นที่ได้ชำระค่าหุ้นครบถ้วนแล้วย่อมพ้นจากความรับผิดในหนี้ทั้งปวงของบริษัท นอกจากนี้บริษัทจำกัดมีข้อแตกต่างจากห้างหุ้นส่วนในแง่ของหุ้นส่วนผู้จัดการ กล่าวคือ กฎหมายบริษัทจำกัดไม่ได้กำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนอย่างน้อยหนึ่งคนต้องทำหน้าที่เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการและแตกต่างจากบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์จำกัดตรงผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดจะมีอิทธิพลเหนือการกระทำของกรรมการบริหารอย่างกว้างขวาง ตรงกันข้ามกับผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

แต่อย่างไรก็ดี หลักทั่วไปของกฎหมายบริษัทสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือสร้างสมดุลระหว่างระหว่างเอกสิทธิ์ของการจำกัดความรับผิดและผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของบริษัท⁵¹ ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายบริษัทจำกัดรวมไปถึงบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ มีเจตนารมณ์หนักแน่นมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเจ้าหน้าที่ แตกต่างจากกฎหมายห้างหุ้นส่วน ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการย่อมมีความรับผิดเป็นส่วนตัวในการกระทำอันเป็นกิจการของห้าง หลักการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ในกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ คุ้มครองเจ้าหน้าที่โดยผ่านระบบทุนจดทะเบียน และหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน (Kapitalerhaltungsregeln) โดยหลักการนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิให้มีการแจกจ่ายทุนของบริษัทให้กับผู้ถือหุ้น เพื่อที่อย่างน้อยจะได้เหลือทรัพย์สินเพื่อใช้หนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ของบริษัทเมื่อมีการเลิกบริษัท โดยหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์จำกัดมีความเข้มงวดมากกว่าในกรณีบริษัทจำกัด

ประวัติความเป็นมาของบริษัทจำกัดความรับผิดในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น มีตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 19⁵² โดยอุตสาหกรรมในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและทวีปยุโรปในตอนนั้นได้มีการยอมรับรูปแบบบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์เป็นทางเลือก แทนห้างหุ้นส่วนพาณิชย์ซึ่งเป็นรูปแบบกิจการแบบเดิม แนวคิดทั่วไปมองว่าห้างหุ้นส่วนพาณิชย์นั้นสะดวกสำหรับกิจการขนาดเล็กไปจนถึงขนาดกลาง ที่มีการดำเนินกิจการในรูปแบบครอบครัวหรือวงศาคณาญาติ ในขณะที่ธุรกิจขนาดใหญ่เลือกที่จะประกอบธุรกิจในรูปแบบของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์จำกัด ซึ่งมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการองค์กรที่มีเงินทุนมากมายมหาศาล ซึ่งเป็นการระดมทุนมาจากผู้คน

⁵¹ CarstenJungmann, *German GmbH Law Das deutsche, GmbH Recht A Guide to German Company with Limited Liability Including Bilingual Versions of the Relevant statutes* (München Verlag C.H.Beck 2001.), p.1-2.

⁵² Ibid.

จำนวนมากที่ไม่ได้มีความต้องการเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการบริษัท แต่อยู่ในฐานะที่จะคอยดูแลการบริหารกิจการและรับเงินปันผลเสียมากกว่า

จนเวลาผ่านไป เริ่มปรากฏชัดถึงความต้องการที่จะมีองค์กรทางการค้าพาณิชย์ที่มีข้อดีด้านความยืดหยุ่นมากกว่าบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เฉกเช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนที่สะดวกต่อกิจการเล็กๆ แต่มีความรับผิดชอบจำกัดสำหรับผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกเหมือนดังเช่นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ผลก็คือเกิดองค์กรธุรกิจรูปแบบใหม่ คือ บริษัทจำกัด ซึ่งเป็นนิติบุคคลใหม่แตกต่างหากออกจากตัวผู้ถือหุ้น ซึ่งมีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่างผู้เป็นสมาชิกด้วยกัน และมีบทบัญญัติที่ค่อนข้างยืดหยุ่น

กฎหมายบริษัทจำกัดเริ่มมีผลบังคับในปี ค.ศ. 1892 ซึ่งประสบความสำเร็จอย่างมากในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ปัจจุบันนี้มีบริษัทจำกัดประมาณหนึ่งล้านบริษัทในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และในอีกหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในแถบตะวันตกที่ได้นำรูปแบบองค์กรธุรกิจนี้ไปประยุกต์

อย่างไรก็ดี มีบางประเทศที่ยอมรับรูปแบบกิจการแบบบริษัทจำกัดเป็นจำนวนน้อยมาก โดยประเทศเหล่านี้รูปแบบกิจการเล็กๆแบบกิจการในครอบครัวหรือกิจการรูปแบบบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ จะได้รับความนิยมน้อยกว่าบริษัท

บทบัญญัติ Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG) §1 ได้บัญญัติวางหลักไว้ว่า บริษัทจำกัดอาจก่อตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆอันชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่จำเป็นว่าจะต้องก่อตั้งขึ้นเพื่อที่จะประกอบกิจการทางการค้าพาณิชย์เท่านั้น ดังนั้นบริษัทจำกัดอาจก่อตั้งขึ้นโดยวัตถุประสงค์เพื่อที่จะประกอบธุรกิจใดๆก็ได้ เช่น เพื่อประกอบกิจการวิชาชีพไม่ว่าจะเป็นคลินิกแพทย์ หรือสำนักงานทนายความ ซึ่งเป็นกิจการวิชาชีพ หรือกระทั่งกิจการซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการแสวงหากำไร

กฎหมายองค์กรธุรกิจของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอาจจะแตกต่างจากกฎหมายในเขตอำนาจอื่นๆ เนื่องจากกฎหมายองค์กรธุรกิจของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้ยึดถือหลัก Ultra Vires ดังนั้นการกระทำใดๆของกรรมการผู้มีอำนาจจัดการบริษัท หากไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริษัท การกระทำนั้นก็ไม่เสียไป หากแต่ยังผูกพันบริษัทอีกด้วย

เมื่อศึกษาถึงพัฒนาการของบริษัทจำกัดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้เขียนได้พบประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการใช้บริษัทจำกัด (GmbH) ซึ่งเป็นนิติบุคคลในการสร้างองค์กรธุรกิจรูปแบบพิเศษขึ้นมา โดยแสดงให้เห็นถึงรูปแบบหนึ่งของการที่นิติบุคคลจะสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ยิ่งไปกว่านั้น มันเป็นการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดอีกด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าบ่อยครั้งในทางปฏิบัติบริษัทจำกัดอาจจะมีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจเป็นพิเศษ กล่าวคือ บริษัทสามารถก่อตั้งขึ้นเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะใช้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด (Kommanditgesellschaft) ซึ่งองค์กรธุรกิจรูปแบบนี้มีชื่อเรียกว่า “GmbH & Co. KG” ซึ่งให้เห็นว่าองค์กรธุรกิจนี้ดำเนินกิจการในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนจำกัด แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดนี้ไม่ได้มีผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นบุคคลธรรมดาตามธรรมชาติ แต่มีบริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด

โดยประมวลกฎหมายพาณิชย์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แยกให้เห็นถึงความแตกต่างของ Commercial Company (Handels-gesellschaften) สองประเภท ได้แก่ ห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือ General Commercial Partnerships (offeneHandelsgesellschaft) และห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือ Limited Commercial Partnership (Kommanditgesellschaft) โดยห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญมีความรับผิดชอบร่วมกันต่อเจ้าหนี้ในหนี้ทั้งหมดของห้างหุ้นส่วน ซึ่งในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะมีผู้เป็นหุ้นส่วน 2 ประเภทด้วยกัน กล่าวคือ หุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัด และหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด ซึ่งเป็นหุ้นส่วนที่ไม่มีอำนาจจัดการใดๆในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น และไม่เป็นตัวแทนของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น โดยผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดนั้นจะมีความรับผิดชอบในหนี้ของห้างจำกัดจำนวนไว้เพียงแค่ส่วนที่เขาลงหุ้นไว้ เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดได้ส่งใช้ค่าหุ้นให้แก่ห้างหุ้นส่วนแล้วไม่ว่ามูลค่าหุ้นนั้นจะเท่ากับหรือเกินกว่ามูลค่าที่ได้จดทะเบียนไว้ก็ตาม ตราบเท่าที่ยังไม่มีการคืนหุ้นกลับไปความรับผิดชอบในหนี้ของหุ้นส่วนจำกัดความผิดนั้นก็ยังคงจำกัดอยู่ แต่ในทางตรงกันข้ามผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการนั้นมีสิทธิและความรับผิดชอบอย่างผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยหุ้นส่วนผู้จัดการมีฐานะเป็นตัวแทนของห้างหุ้นส่วน และมีความรับผิดชอบแบบไม่จำกัด

3.3.1 แนวคิดเรื่องการที่นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี องค์กรธุรกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายอย่างเช่นบริษัทจำกัดสามารถเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนได้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีไม่มีหุ้นส่วนผู้จัดการที่เป็นบุคคลธรรมดา มีแต่เพียงนิติบุคคล เช่น บริษัทจำกัดเท่านั้นที่เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ เมื่อเป็นเช่นนั้นห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวก็จะต้องมีชื่อองค์กรธุรกิจใหม่ว่า “GmbH & Co.KG” เป็นส่วนหนึ่งของชื่อบริษัท นอกจากนี้ “GmbH & Co.KG” ยังถูกกำกับโดยบทบัญญัติกฎหมายมากหรือน้อยเหมือนกับบทบัญญัติของกฎหมายบริษัทจำกัด เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้⁵³

บทบัญญัติ Gesetz betreffend die GesellschaftmitbeschränkterHaftung (GmbHG) §1 ยังได้กล่าวไว้อีกด้วยว่า บริษัทนั้นอาจจะมีสมาชิกตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป ดังนั้นกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่าแม้จะมีสมาชิกเพียงแค่ 1 คน แต่กฎหมายก็ยังถือว่าเป็นนิติบุคคลได้เช่นกัน ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ที่บุคคลคนเดียวจะก่อตั้งบริษัทจำกัดได้ โดยสมาชิกของบริษัทนั้นสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาตามธรรมชาติ Commercial Company หรือนิติบุคคลที่เป็นบริษัทอื่นๆ⁵⁴ เช่น บริษัทแม่ได้ก่อตั้งสาขากิจการขึ้น เพื่อใช้เป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจ กลุ่มของบริษัท (Konzern) สามารถประกอบไปด้วยบริษัทแม่ที่เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ที่เป็นเจ้าของบริษัทจำกัดตั้งแต่หนึ่งแห่งขึ้นไป

ห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งมีบริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด หรือที่เรียกในชื่อว่า GmbH & Co.KG นั้นถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งมีหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป

⁵³ Ibid. p.4.

⁵⁴ Ibid.

และมีหุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งจะมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนเป็นบริษัทจำกัดไม่ใช่บุคคลธรรมดาเหมือนห้างหุ้นส่วนทั่วไป โดย GmbH & Co.KG จะมีบริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ (General Partner GmbH) ความพิเศษของห้างหุ้นส่วนชนิดนี้คือ ห้างหุ้นส่วนรูปแบบนี้จะไม่มีการรับผิดตามธรรมชาติที่จะมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัดต่อเจ้าหนี้ เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องเอาได้จากทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น นอกจากนี้หุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งเป็นบริษัทจำกัดมีความรับผิดชอบโดยตรงต่อเจ้าหนี้ของ GmbH & Co.KG ด้วยทรัพย์สินทั้งหมดที่มี หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบของ GmbH & Co.KG และผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัด โดยทั่วไปแล้วจะไม่ต้องมีความรับผิดชอบส่วนตัว ปัจจุบัน GmbH & Co.KG ถูกยอมรับขึ้น มากกว่าจะเป็นเพียงใน case law แต่ด้วยบทบัญญัติต่างๆ และเนื่องจากลักษณะที่ความรับผิดถูกมองว่าคล้ายกับนิติบุคคลที่เป็นบริษัท ดังนั้นบทบัญญัติต่างๆที่ใช้กับนิติบุคคลที่เป็นบริษัทจึงสามารถนำมาใช้กับ GmbH & Co.KG ได้เช่นกัน

ห้างหุ้นส่วนอาจจะมีส่วนที่เป็นบริษัท เช่นบริษัทจำกัด (GmbH)หรือบริษัทที่จดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ (AG) บริษัทที่ถือหุ้นอยู่ในห้างหุ้นส่วนสามัญ (OHG) หรือเป็นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิด (General Partner) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด (KG) โดยจะมีลักษณะเหมือนหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดทั่วไป กล่าวคือ บริษัทดังกล่าวจะมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัดต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนนั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าภายใต้หลักการพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยองค์กรธุรกิจ บริษัทเท่านั้นที่จะมีความผูกพันในอันที่จะต้องรับผิด มิใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป็นรายบุคคล

รูปแบบการรวมตัวกันระหว่างห้างหุ้นส่วนและบริษัทที่พบเห็นบ่อย ได้แก่ การที่บริษัทจำกัดไปเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด (GmbH & Co.KG.) โดยรูปแบบห้างหุ้นส่วนจำกัดดังกล่าวนี้ หุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดจะเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัด แต่เพียงผู้เดียวและสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้นจะเท่ากับส่วนแบ่งของตนที่มีอยู่ในห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัดมักไม่มีสัดส่วนความเป็นเจ้าของในห้างหุ้นส่วนจำกัดและมีสิทธิได้รับค่าชดเชยเพียงจำนวนเล็กน้อย เช่น ร้อยละ 5 ต่อปีของทุนเรือนหุ้นสำหรับความผิดส่วนตัวและการชำระเงินคืนให้ในส่วนของการใช้จ่ายที่ได้ทรงออกไปก่อน เป็นต้น แต่ถึงแม้ว่าองค์กรธุรกิจรูปแบบ GmbH & Co. KG จะมีความใกล้เคียงความเป็นบริษัท แต่ในกฎหมายพาณิชย์รวมไปถึงกฎหมายภาษีนั้นได้กำหนดให้ GmbH & Co. KG มีสถานะเป็นห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่ง โดยรูปแบบการดำเนินธุรกิจประเภทนี้ได้รับความนิยมเป็นอย่างสูง เนื่องจากองค์กรธุรกิจดังกล่าวได้รวมข้อได้เปรียบของความเป็นห้างหุ้นส่วนและบริษัทเอาไว้ด้วยกัน ซึ่งเหนือกว่าข้อเสียในด้านรูปแบบขององค์กรธุรกิจที่มีความซับซ้อน ข้อดีของ GmbH & Co. KG คือ การให้ความคุ้มครองในส่วนของความรับผิดที่จำกัดของผู้ถือหุ้นในบริษัทและมีโครงสร้างอันยืดหยุ่นตามลักษณะความเป็นห้างหุ้นส่วนโดยทั่วไป นอกจากนี้ GmbH & Co. KG จะต้องเสียภาษีในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนซึ่งจะได้รับสิทธิประโยชน์มากกว่าเสียภาษีในฐานะที่เป็นบริษัท ในทางตรงกันข้าม การได้รับสิทธิประโยชน์ในทางภาษียังสามารถกระทำได้โดยทำให้หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดเป็นพนักงานของบริษัท

นอกจากนี้รูปแบบธุรกิจแบบ GmbH & Co. KG อาจใช้เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยง Codetermination Act ซึ่งภายใต้บังคับกฎหมายดังกล่าวบริษัทที่มีพนักงานมากกว่า 500-2,000คน จะต้องก่อตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล (supervisory board) ซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทน

พนักงานจำนวนหนึ่งในสามและผู้แทนของผู้ถือหุ้นจำนวนสองในสาม หรือสัดส่วนครึ่งต่อครึ่ง ตามลำดับ อย่างไรก็ตามหากเสียงข้างมากของหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบในหุ้นส่วนจำกัดนั้นถือเสียงข้างมากในบริษัทจำกัด พนักงานของหุ้นส่วนจำกัดและบริษัทลูกมักจะถือเป็นพนักงานของบริษัทจำกัดเมื่อต้องกำหนดการนำ Codetermination Act มาบังคับใช้

ในบางครั้งได้มีการนำ GmbH & Co. KG มาใช้ในรูปแบบกิจการร่วมค้า (Joint venture) ระหว่างนักลงทุนชาวเยอรมันกับนักลงทุนชาวต่างประเทศ ในกรณีที่นักลงทุนชาวเยอรมันต้องการได้สิทธิประโยชน์ทางภาษีดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ในขณะที่นักลงทุนชาวต่างประเทศต้องการใช้บริษัทลูกสัญชาติเยอรมันในการเข้าร่วมกิจการร่วมค้า⁵⁵

3.3.2 แนวการตีความกิจการร่วมค้า (Joint Venture)

กิจการร่วมค้าค่อนข้างเป็นที่นิยมในแง่มุมมองของนักลงทุนต่างชาติในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีการพัฒนาตลาดเศรษฐกิจเสรีนิยมขึ้นอย่างมากด้วยเหตุที่ไม่ค่อยห้ามหรือจำกัดการลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและการพาณิชย์สัมพันธ์กับคู่ค้าในภูมิภาคยุโรปที่เปิดเสรีเป็นอย่างมากในการก่อตั้งกิจการร่วมค้า (Joint Venture) แต่ถึงอย่างไรก็ดี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ถือเป็นประเทศที่มีกฎหมายซับซ้อน เช่น กฎหมายแรงงาน กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งอาจจะไม่คุ้นชินสำหรับมุมมองของนักลงทุนต่างประเทศ

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีข้อห้ามสำหรับใช้บังคับต่อนักลงทุน ยกเว้นแต่กรณีที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับ Foreign Trade Act และมีบทบัญญัติที่เคร่งครัดในเรื่องหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัท (Kapitalerhaltungsregeln) เพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่โดยผ่านระบบทุนจดทะเบียน โดยหลักการนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิให้มีการแจกจ่ายทุนของบริษัทให้กับผู้ถือหุ้น เพื่อที่อย่างน้อยจะได้เหลือทรัพย์สินเพื่อใช้หนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ของบริษัทเมื่อมีการเลิกบริษัท ซึ่งหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนนี้จะถูกนำมาพิจารณาก่อนที่จะก่อตั้งโครงสร้างทางการเงินของกิจการร่วมค้า⁵⁶

แม้ทั่วไปการก่อตั้งธุรกิจใดๆนั้นจะสามารถกระทำได้อย่างเสรีปราศจากข้อจำกัดด้านกฎหมายใดๆ แต่ก็ต้องแจ้งไปยังเจ้าหน้าที่ในท้องถิ่นและหน่วยงานที่มีอำนาจเกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษี ธุรกิจบางประเภทอาจต้องคำนึงถึงบทบัญญัติข้อบังคับด้านการเงินการธนาคาร ประกันและกองทุนการลงทุนเป็นอันดับแรก นอกเหนือไปจากประเด็นเรื่องการจัดตั้งดังกล่าว ซึ่งบางครั้งการขออนุญาตอาจไม่จำเป็นต้องกระทำหากเป็นธุรกิจที่มีอำนาจกระทำในประเทศอื่นในประชาคมยุโรป ดังนั้นกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับเป็นอันดับแรกคือ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ซึ่งจะนำมาใช้ทั้งกับคู่สัญญาที่เป็นต่างชาติและคู่สัญญาที่เป็นชาวเยอรมัน ไม่เหมือนกับกรณี EC Merger Regulation (ECMR) พระราชบัญญัติต่อต้านการยับยั้งการแข่งขัน (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB) ไม่ได้แบ่งแยกชัดเจนไปว่ากิจการร่วมค้าต้องตกอยู่ภายใต้

⁵⁵ Dieter Beinert, Frank Burmeister and Hermann-Josef Tries, *Mergers and Acquisitions in Germany* (München: Verlag C.H. Beck, 2009), p.5.

⁵⁶ Ian Hewitt, *Joint Venture* (London Sweet & Maxwell, 2005), p.517.

บทบัญญัติเรื่องการควบคุมการรวมตัวของหน่วยธุรกิจ (Concentrative Joint Ventures) ออกจากพวกที่อยู่ภายใต้หลักการทางปฏิบัติ (Co-operative Joint Ventures)

รูปแบบกิจการร่วมค้ามักถูกนำมาใช้ในการก่อตั้งกิจการร่วมค้าของต่างประเทศ ซึ่งมีการประกอบกิจการอยู่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีทั้งในรูปแบบบริษัท (GmbH) และห้างหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด ซึ่งมีหุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งเป็นบริษัทที่มีความรับผิดอย่างไม่จำกัด (GmbH & Co.KG.) หากกิจการร่วมค้าเลือกที่จะใช้รูปแบบห้างจะนำไปสู่หลักการที่คู่สัญญาจะต้องร่วมกันรับผิดในลักษณะลูกหนี้ร่วมต่อบุคคลภายนอก โดยที่เจ้าหนี้สามารถเรียกให้ลูกหนี้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบในหนี้ดังกล่าวได้เต็มจำนวน หรือเรียกลูกหนี้ให้รับผิดร่วมกันทั้งหมดในหนี้นั้น นอกจากนี้ยังมีหน้าที่อันต้องซื่อสัตย์ต่อกันอย่างยิ่งระหว่างคู่สัญญา เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องร่วมรับผิดอย่างลูกหนี้ร่วมในหนี้หรือความรับผิดอื่นๆของห้าง

อย่างไรก็ดี ในกรณีห้างหุ้นส่วนจำกัด ความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดจะจำกัดเพียงจำนวนที่ได้จดทะเบียนไว้เท่านั้น อีกทั้งไม่มีหน้าที่เฉพาะเจาะจงในอันที่จะต้องมีความซื่อสัตย์อย่างยิ่งเป็นการเฉพาะระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันมากไปกว่าหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์โดยทั่วไป (Good Faith) ภายใต้กฎหมายองค์กรธุรกิจ⁵⁷

3.3.3 รูปแบบองค์กรธุรกิจที่นิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน

จากการศึกษาพบว่าในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการอนุญาตให้นิติบุคคล เช่น บริษัทจำกัด เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ เป็นการผสมผสานระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัดและบริษัท โดยมีบริษัทเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งเป็นหุ้นส่วนจำพวกรับผิดไม่จำกัดจำนวน ทำให้บริษัทนั้นมีความรับผิดเป็นส่วนตัว (Complementär)⁵⁸ ซึ่งความรับผิดเป็นส่วนตัวนี้สามารถเลี่ยงได้โดยการขออนุญาตทางกฎหมาย ภายใต้หลักการที่ว่า เพียงบริษัทเท่านั้นที่มีความรับผิดเต็ม ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นที่จะมีความรับผิดต่อเจ้าหนี้ของห้าง องค์กรธุรกิจรูปแบบนี้มีเรียกว่า GmbH & Co.KG. ซึ่งเป็นชื่อเรียกที่มาจาก การผสมผสานระหว่าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Kommanditgesellschaft, KG) และบริษัทจำกัด (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH)

องค์กรธุรกิจรูปแบบนี้ถือได้ว่าเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ที่มีบริษัทเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ในขณะที่หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดก็เป็นผู้ถือหุ้นที่อยู่ในบริษัทนั่นเอง ผลจากคำตัดสินของ Reich Supreme Court RGZ (105 101) ถือว่าผลทางกฎหมายของห้างประเภทนี้คือ ไม่มีบทบัญญัติใดห้ามมิให้บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด⁵⁹ โดยจุดประสงค์แรกเริ่มของการก่อตั้งรูปแบบองค์กรธุรกิจประเภทนี้ คือการหลีกเลี่ยงการเสียภาษีซ้อน (Double taxation) ในส่วนของกำไรของบริษัทและเงินปันผลที่ผู้ถือหุ้นได้รับ โดยข้อสัญญาของห้างหุ้นส่วนจำกัดนี้ กำไรของห้างหุ้นส่วนจำกัดจะถูกแบ่งระหว่างบริษัทผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการของห้าง และผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัด ความรับผิดแต่ละคนในสัดส่วนที่ทั้งภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจะสามารถจ่าย

⁵⁷ Ibid. p.519-520..

⁵⁸ Martin Schulz and Oliver Wasmeier, *The Law of Business Organization : Concise overview German Corporate Law* (Berlin: Springer, 2012)., p.28.

⁵⁹ H. Wüding, *German Company Law* (London: Oyez publishing, 1975)., p.230.

ได้ในส่วนของกำไรซึ่งเป็นไปโดยน้อยที่สุด แต่จะไม่มีกำไรที่จะถูกเก็บภาษีทั้งสองทาง ซึ่งถือเป็นการนำข้อดีของห้างในด้านผลประโยชน์ทางด้านภาษีมารมาใช้ เดิมทีศาลภาษีอากรมีความเห็นว่าองค์กรธุรกิจรูปแบบนี้เป็นการนำห้างหุ้นส่วนจำกัดมาใช้ในทางที่ผิด แต่ถูกยอมรับในเวลาต่อมาว่าเป็นการใช้รูปแบบขององค์กรธุรกิจเพื่อวัตถุประสงค์ทางด้านภาษี (Federal Tax Gazette, 1959, p.181) เนื่องจากมันได้ได้ถูกนำมาใช้แต่เพียงเครื่องมือในการหลีกเลี่ยงภาษี แต่ยังเป็นไปเพื่อเหตุผลทางธุรกิจที่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁰

เมื่อพิจารณาในแง่มุมมองทางเศรษฐศาสตร์ การใช้องค์กรธุรกิจในรูปแบบ GmbH & Co.KG นั้นการที่นำบริษัทมาใช้เป็นหุ้นส่วนจำกัดไม่จำกัดความรับผิด ซึ่งมีอำนาจบริหารจัดการเป็นการเลี่ยงปัญหาอันอาจจะเกิดขึ้นจากการตายของผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ทางเศรษฐศาสตร์มองว่าการกระทำดังกล่าวเป็นที่มาสำหรับการหามาได้ซึ่งทรัพย์สินขององค์กรที่มากขึ้นเป็นประโยชน์อย่างมากหากทำโดยบริษัท มากกว่าการเพิ่มขึ้นโดยการรวมทรัพย์สินเข้าด้วยกันแบบห้างหุ้นส่วน เนื่องจากการที่บริษัทเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการนี้ ทรัพย์สินส่วนบุคคลของผู้ถือหุ้นแต่ละคนจะไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ความรับผิดของห้าง และผลที่สุดก็จะเป็นการจำกัดความเสี่ยงนั่นเอง นอกจากนี้พบว่าก็มีห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดเป็นนิติบุคคล โดยเห็นได้ชัดว่าต่างก็ได้รับผลประโยชน์ในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน⁶¹

เมื่อทำการศึกษาพบว่าการที่บริษัทและห้างหุ้นส่วนจำกัดมีลักษณะโครงสร้างขององค์กรธุรกิจที่แตกต่างกัน ก่อให้เกิดปัญหาในกรณีองค์กรธุรกิจรูปแบบ GmbH & Co.KG. นี้คือ การตัดสินใจของผู้ถือหุ้นของบริษัทจะมีขึ้นโดยอาศัยเสียงข้างมาก แต่หุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นสามารถใช้สิทธิในการบริหารจัดการได้ด้วยตัวเอง นอกจากนี้หุ้นในบริษัทอาจถูกโอนเปลี่ยนมือกันได้ หากไม่มีบทบัญญัติหรือข้อบังคับห้ามไม่ให้โอน ในขณะที่ห้างหุ้นส่วนไม่สามารถโอนความเป็นหุ้นส่วน นอกจากจะมีข้อสัญญาอนุญาตให้โอน นอกจากนี้การแสดงเจตนาของบริษัทจะแสดงผ่านกรรมการในการติดต่อกับบุคคลภายนอก และกรรมการจะต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้น ไม่มีกฎหมายโดยตรงเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างกรรมการของบริษัทและผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดใน GmbH & Co.KG. ซึ่งในทางปฏิบัติหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนก็จะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทนั่นเอง

ดังนั้นจึงถือได้ว่าสิ่งที่น่าสนใจขององค์กรธุรกิจรูปแบบนี้คือการผสมผสานข้อดีของบริษัทในแง่ของการจำกัดความรับผิด และห้างหุ้นส่วนในแง่ของสิทธิประโยชน์ทางภาษีเข้าด้วยกัน โดยสามารถทำให้มองข้ามถึงข้อเสียในแง่ของโครงสร้างองค์กรธุรกิจที่ซับซ้อนไปได้

นอกจากนี้ยังมีองค์กรที่มีลักษณะเป็นการผสมผสานผสมคล้ายคลึงกับ GmbH & Co.KG. นั่นคือ “KGaA”⁶² ซึ่งมีสถานะเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด (KG) กับบริษัท (AG) ซึ่งเป็นบริษัทที่มีลักษณะใกล้เคียงกับบริษัทมหาชนจำกัดของไทย โดย KGaA จะมีหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดอย่างน้อย 1 คนมาทำหน้าที่ผู้จัดการห้าง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น บริษัทก็สามารถเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดได้ ในกรณีนี้

⁶⁰ Ibid. p.231.

⁶¹ Ibid.

⁶² Martin Schulz and Oliver Wasmeier, *The Law of Business Organization : Concise overview German Corporate Law.*, p. 29.

เป็นได้ทั้งบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด ส่งผลให้บริษัทนิติบุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนี้ ก็จะจำกัดความรับผิดเพียงเท่ากับทุนของบริษัทนั่นเอง แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดประเภทนี้จะไม่มีการ Board of Management เหมือนในบริษัท AG แต่บริหารและเป็นตัวแทนโดยผู้จัดการห้าง ซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด⁶³ โดยจะนำกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาใช้บังคับกับหุ้นส่วนตัว ในขณะที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดนี้และผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิด อยู่ภายใต้บทบัญญัติ German Stock Corporation Act

ตาราง 4 ตารางเปรียบเทียบรูปแบบองค์กรธุรกิจในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁶⁴

ห้างหุ้นส่วน	รูปแบบผสม	บริษัท
General Partnership (GbR)	Hybrid Commercial Partnership (GmbH & Co.KG)	Limited Liability Company (GmbH)
General Commercial Partnerships (oHG)	Partnership Limited by Shares (KGaA)	Stock Corporations (AG)
Limited Commercial Partnership (KG)		European Company (SE)
Silent Partnership (Stille Gesellschaft)		

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁶³ Dieter Beinert, Frank Burmeister and Hermann-Josef Tries, *Mergers and Acquisitions in Germany*, p.14.

⁶⁴ Martin Schulz and Oliver Wasmeier, *The Law of Business Organization : Concise overview German Corporate Law*, p.29.

บทที่ 4

ข้อพิจารณาทางกฎหมายและมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อกรณีที่บริษัท มหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

4.1 ผลทางกฎหมายของการที่บริษัทเข้าไปเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน

4.1.1 สถานภาพ การบริหารจัดการ และความรับผิดของบริษัทในฐานะที่เป็นหุ้นส่วน แบบไม่จำกัดความผิด

บริษัทเป็นนิติบุคคล ซึ่งเป็นบุคคลสมมติในทางกฎหมาย บริษัทจึงไม่มีสภาพทางกายภาพ กล่าวคือ ไม่มีร่างกาย สมอง เลือดเนื้อ ชีวิตเหมือนกับบุคคลธรรมดา ในอันที่จะสามารถจัดการภายใน ห้างได้ด้วยตนเอง บริษัทจึงกระทำการต่างๆได้ก็โดยอาศัยบุคคลธรรมดาทำการแทน ซึ่งคือกรรมการ ของบริษัทซึ่งมีฐานะเป็นผู้แทนของบริษัท เป็นผู้แสดงออกซึ่งความประสงค์ของบริษัทตามนัยประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรค 2 เนื่องจากบริษัทเป็นบุคคลต่างหากจากกรรมการของ บริษัทและผู้ถือหุ้น มีผลทำให้บริษัทมีสิทธิ หน้าที่ ความรับผิด รวมไปถึงทรัพย์สินและหนี้สินของ ตนเองต่างหากจากผู้ถือหุ้น (A Separate Legal Entity) กรรมการของบริษัทจึงเปรียบเสมือนกับ สมองของบริษัทในการคิดและตัดสินใจกระทำการกิจการงานของบริษัท เหมือนกับเป็นอวัยวะชิ้นสำคัญที่ สั่งการบริษัทให้ขับเคลื่อนไปตามแนวทางที่มุ่งหมายไว้ ซึ่งในที่นี่คือการดำเนินธุรกิจไปตามขอบ วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ¹

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ เมื่อบริษัทจำกัดเกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่บุคคล ประสงค์ที่จะประกอบกิจการธุรกิจ โดยให้ตนเองมีความรับผิดจำกัด (Limited Liabilities) เพียงเท่าที่ตนลงหุ้นในบริษัท เมื่อบริษัทจำกัดมาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัด ความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทก็ย่อมถือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด ส่งผลให้บริษัทจำกัด มีความรับผิดอย่างไม่จำกัด เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนย่อมติดตามบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัท ได้ การที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทมีความรับผิดจำกัดแค่เพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ ถือ ตามนัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 นั้น ไม่ได้ทำให้ความรับผิดของบริษัท จำกัดในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญจำกัดไปด้วย²

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่นำมาใช้กับ ห้างหุ้นส่วนทุกรูปแบบ ตลอดจนบริษัทจำกัด ได้วางหลักว่า สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด เป็นสัญญาที่จะต้อง มี “บุคคล” ตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้าร่วมทำกิจการร่วมกัน แต่ไม่มีบทบัญญัติ ใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ระบุถึง “บุคคล” ว่าเป็น “บุคคลธรรมดา” เท่านั้น รวมทั้ง

¹ สุทิน โชติสิงห์, "สถานภาพ อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารและกรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหาร," หน้า. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 7.

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกความเห็นของสำนักงานกฤษฎีกาหมายเลข 74/2491 และ 3546/2488."

ไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าให้รวมไปถึง “นิติบุคคล” มีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3657/2531 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า นิติบุคคลก็อาจเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ บุคคลที่ตกลงเข้าร่วมกันเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น จึงเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ย่อมแสดงให้เห็นว่า “บุคคล” ตามมาตรา 1012 อาจมีความหมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย

จึงมีข้อพิจารณาว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับกับห้างหุ้นส่วนแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดที่ใช้บังคับกับบริษัท ตรงที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้รับเกี่ยวกับประเด็นที่ว่า “นิติบุคคลจะสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือไม่”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 วางหลักว่า เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนแล้ว ย่อมถือว่าบริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย และมีทรัพย์สินเป็นของตนเอง ในปัจจุบัน ไม่มีมาตราใดประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติห้ามมิให้บริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังนั้นหากวัตถุประสงค์ของบริษัทเปิดช่องให้บริษัทถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้แล้ว บริษัทจำกัดก็ย่อมถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนเหล่านั้นได้

เหตุที่บริษัทมีความต้องการจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้น ชี้ให้เห็นว่าบริษัทนั้นย่อมมีความประสงค์ที่จะเป็นผู้ที่มีอำนาจในการจัดการงานของห้าง (Management Control) เนื่องจากบริษัทจะสามารถออกหน้าจัดการ หรือบริหารจัดการใดๆภายในห้างหุ้นส่วนได้เท่าเทียมกับผู้ถือหุ้นอื่นๆในห้างหุ้นส่วนนั้น ด้วยเหตุนี้เอง บริษัทที่ต้องการจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจึงจำเป็นต้องเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด เพื่อที่จะได้มีสิทธิบริหารจัดการงานของห้าง ซึ่งจะมีอำนาจกระทำการผูกพันห้างและผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น แม้การที่เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการแล้วจะต้องมีความรับผิดอย่างไม่จำกัดในหนี้สินของห้างก็ตาม (Unlimited liability)

ดังนั้น ไม่ว่าบริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หากบริษัทมีความประสงค์ที่จะเป็นผู้มีอำนาจจัดการภายในห้างแล้ว บริษัทจะต้องเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด อันส่งผลให้มีความรับผิดอย่างไม่จำกัดเหมือนกับหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดทั่วไป โดยบริษัทจะมีความรับผิดอย่างไม่จำกัดต่อเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนนั้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1087 ซึ่งบัญญัติให้ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นที่จะมีสิทธิจัดการห้าง จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้จำกัดสิทธิในการจัดการของหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิด ผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจจะมาจากเหตุผลที่ว่า หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดนี้รับความเสี่ยงในการลงทุนน้อยกว่าหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด โดยผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดจะมีความรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินส่วนที่ลงทุน

ดังนั้น การที่จะให้หุ้นส่วนที่มีความรับผิดจำกัดเข้ามามีส่วนในการจัดการงานของห้างหุ้นส่วนโดยตรง อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่นๆได้ โดยที่หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดอาจจะใช้ความระมัดระวังในการจัดการงานของห้างในระดับที่น้อยเกินไป เนื่องจากเห็นว่าตนรับความเสี่ยงภัยอย่างจำกัด ในทางตรงกันข้าม กฎหมายกำหนดให้แต่เฉพาะผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดเท่านั้นเป็นผู้จัดการ ซึ่งจะมีสิทธิจัดการงานของห้าง เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดต้องรับความเสี่ยงภัยที่สูงกว่า กล่าวคือ ต้องรับผิดในหนี้สินทั้งปวงของห้างอย่างไม่จำกัดจำนวน ดังนั้น

หุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างดีที่สุดในการจัดการงานของห้าง เพราะหากบริหารจัดการผิดพลาดก่อให้เกิดความเสียหาย จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้ของห้างโดยไม่จำกัดจำนวนจากผลของการกระทำของตน ไม่ว่าจะหนี้ตามนิติกรรมสัญญา ภาษีอากร หรือเกิดจากมูลละเมิด³ ฉะนั้น บริษัทที่ประสงค์ที่จะเป็นผู้มีอำนาจจัดการภายในห้างหุ้นส่วน บริษัทจะต้องเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ และต้องรับผิดชอบหนี้สินทั้งปวงของห้างอย่างไม่จำกัดจำนวน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา เดิมมีแนวคิดที่ว่าบริษัทไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้มีการให้เหตุผลว่าเป็นเรื่องกระทบต่อพื้นฐานบริษัทในเรื่องการจัดการ โดยมองว่าบริษัทต้องจัดการงานของตนเองโดยกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทน หากบริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้จะมีผลกระทบต่อลักษณะพื้นฐานของบริษัทในเรื่องการบริหารจัดการ เนื่องจากผู้ที่เข้าหุ้นส่วนกับบริษัทจะมีอำนาจในการกระทำการแทนบริษัทได้ เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนกระทำการภายในของวัตถุประสงค์ของห้าง ก็ย่อมมีผลผูกพันห้างนั้น ดังนั้น หากบริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน บริษัทย่อมต้องถูกผูกพันโดยการกระทำของผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายอื่นด้วย ซึ่งนโยบายของกฎหมายบริษัทนั้นมุ่งประสงค์ที่จะให้อำนาจในการจัดการกิจการของบริษัทตกอยู่กับกรรมการซึ่งได้รับมอบอำนาจตามตราสารจัดตั้งบริษัท อำนาจนี้ต้องแยกต่างหากและเป็นการเฉพาะ การใดๆที่ทำให้อำนาจในการควบคุมบริหารจัดการบริษัทถูกดึงออกจาก ผู้ถือหุ้น กรรมการ และผู้แทนบริษัทย่อมขัดกับนโยบายพื้นฐานของกฎหมายบริษัททั่วไป ซึ่งมีแนวคิดพื้นฐานว่า บริษัทไม่มีอำนาจที่จะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนไม่ว่าจะเข้าเป็นหุ้นส่วนกับนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา แนวคิดนี้มองว่าเป็นเรื่อง Ultra Vires ซึ่งประเด็นนี้ได้มีแนวคิดโต้แย้งว่า บริษัทก็สามารถทำสัญญาให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจควบคุมจัดการบริษัทแต่เพียงผู้เดียวได้ จึงไม่ควรจะห้ามไม่ให้บริษัทเข้าทำสัญญาหุ้นส่วนซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนทุกฝ่ายมีอำนาจเท่าเทียมกัน⁴ โดยมีความเห็นทางกฎหมายว่า การที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่ได้ขัดต่อหลักการพื้นฐานของบริษัทแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะบริษัทสามารถมอบอำนาจให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจจัดการแทนบริษัทได้ ไม่ต่างจากการที่บริษัทต้องถูกผูกพันในการกระทำของหุ้นส่วนของบริษัท ทั้งนี้ ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนกับบริษัทจะมีอำนาจในการกระทำแทนบริษัทเฉพาะสิ่งที่อยู่ในขอบอำนาจของห้างหุ้นส่วน ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนกับบริษัทมีอยู่ ไม่ได้เป็นอำนาจในการกระทำแทนกันทุกกรณี

4.1.2 รูปแบบของการที่บริษัทเข้าไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนในประเทศไทย

ในปัจจุบันเป็นที่แน่ชัดแล้วว่านิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล และห้างหุ้นส่วนจำกัดสามารถเป็น “ผู้ถือหุ้น” ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดได้ เนื่องจากมีบทบัญญัติกฎหมายรับรองให้กระทำได้ ในกรณีบริษัทจำกัดจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 ซึ่งบัญญัติให้เห็นถึงลักษณะของบริษัทจำกัด กล่าวคือ บริษัทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่าๆกัน โดยมีผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือ

³ ทิพย์ชนก รัตโนสถ, คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า.184

⁴ ธรรมนูญ พินัยการณ, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," หน้า.64.

ในกรณีบริษัทมหาชนจำกัดนั้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 มาตรา 15 ได้บัญญัติถึงลักษณะของบริษัทมหาชนจำกัดว่า เป็นบริษัทที่มีความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ และบริษัทดังกล่าวได้ระบுவัตถุประสงค์เช่นนั้นไว้

ดังนั้นจากการพิจารณาทั้งบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 15 จึงสามารถสรุปได้ว่า ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดนั้น นอกจากบุคคลธรรมดาแล้วยังหมายความรวมถึงนิติบุคคลอีกด้วย

แต่อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติชัดแจ้งในกรณีที่บริษัท หรือนิติบุคคลอื่นจะสามารถเข้าเป็น “หุ้นส่วน” ในห้างหุ้นส่วนทั้งประเภทห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล หรือห้างหุ้นส่วนจำกัดได้หรือไม่ โดยพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 ซึ่งบัญญัติว่า

“อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

โดยบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบททั่วไป ซึ่งนำมาใช้กับห้างหุ้นส่วนทุกรูปแบบ ตลอดจนบริษัทจำกัด ซึ่งการที่กฎหมายได้กำหนดว่า สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดเป็นสัญญาที่จะต้อง มี “บุคคล” ตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้าร่วมทำกิจการร่วมกัน แต่ไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ระบุถึง “บุคคล” ว่าเป็น “บุคคลธรรมดา” เท่านั้น รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าให้รวมไปถึง “นิติบุคคล” มีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3657/2531 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า นิติบุคคลอาจเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ ซึ่งหากบุคคลที่ตกลงเข้าร่วมกันในกรณีบริษัทจำกัด หรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดมีได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ย่อมแสดงให้เห็นว่า “บุคคล” ตาม มาตรา 1012 อาจมีความหมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย ก่อให้เกิดข้อพิจารณาว่า บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งใช้บังคับกับห้างหุ้นส่วนนั้นแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดซึ่งใช้บังคับกับบริษัท ในประเด็นที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุเกี่ยวกับกรณีที่ “นิติบุคคลจะสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือไม่” แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้บัญญัติเอาไว้ โดยพิจารณาได้จากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ซึ่งได้บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้บริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัด

ความตกลงอันใดมีผลเป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติทั้งสองพบว่า บทบัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดในส่วนที่เกี่ยวกับการเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนของบริษัทมหาชนจำกัดนั้น แตกต่างกับบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่บังคับใช้กับห้างหุ้นส่วนและบริษัท โดยจะเห็นว่าการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดนั้น มีเจตนารมณ์ที่จะให้นิติบุคคลรวมไปถึงบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนขององค์กรธุรกิจรูปแบบใดๆซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายไทย แต่ด้วยหลักการคำนึงถึงสิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยและเพื่อปกป้องสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยไม่ได้รับความเสียหาย โดยได้มีการยืนยันถึงการคำนึงหลักการนี้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติบริษัท เนื่องจากสิทธิของผู้ถือหุ้น

แต่ละคนนั้นตกอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งอ้างว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของกิจการ โดยเฉพาะในกรณีบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งเป็นการระดมทุนจากประชาชน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้นที่จะสามารถทำหนังสือชี้ชวนให้ประชาชนซื้อหุ้นกู้ได้ จึงทำให้มีผู้ถือหุ้นอยู่เป็นจำนวนมากกระจายกันออกไป ในขั้นตอนร่างกฎหมายผู้ร่างเกรงว่าหากบริษัทมหาชนจำกัดล้มละลายไป ประชาชนที่เอาเงินมาลงทุนกับฝ่ายจัดการโดยที่ไม่ได้รู้จักกันเลย จะต้องเสียหายจากการลงทุน ผู้ยกร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 จึงได้บัญญัติห้ามไม่ให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด ไม่ว่าโดยการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด โดยอนุญาตให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นได้แต่เพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน และเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้เท่านั้น บริษัทมหาชนจำกัดจึงไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ หากได้ทำสัญญาอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ก็จะตกเป็นโมฆะ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 และมาตรา 15 ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 และเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติชัดเจนในการห้ามไม่ให้นิติบุคคลเป็นสมาชิกในองค์กรธุรกิจใด ดังนั้นจึงสามารถสรุปได้ว่านิติบุคคลจึงสามารถเป็นสมาชิกในองค์กรธุรกิจได้ในลักษณะดังต่อไปนี้⁵

(1) ในห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญอาจจะไม่ใช่แต่เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่บริษัทจำกัด⁶ รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่นๆ ก็ยังสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญได้ ยกเว้นบริษัทมหาชนที่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ เนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 12 ได้บัญญัติห้ามไว้

(2) ในห้างหุ้นส่วนสามัญที่ได้จดทะเบียน หรือที่เรียกกันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลอาจจะเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดา รวมไปถึงบริษัทจำกัดและห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่นๆ ยกเว้นบริษัทมหาชนที่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน มาตรา 12 ได้บัญญัติห้ามไว้

(3) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนอาจจะเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล รวมไปถึงบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัดเฉพาะกรณีมาเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลต่างๆ

(4) ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดนอกจากบุคคลธรรมดาแล้วยังรวมถึงนิติบุคคลอีกด้วย กล่าวคือ บริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่นๆสามารถเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดได้

⁵ วีระวงศ์ จิตต์มิตรภาพ, "Joint Venture in Thailand," บทบัญญัติ 48, 4 ธันวาคม 2535., หน้า 67.

⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกความเห็นของสำนักงานกฤษฎีกาหมายเลข 74/2491 และ 3546/2488."

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วว่านิติบุคคลสามารถเข้าเป็นสมาชิกในองค์กรธุรกิจใดได้บ้าง องค์กรภายใต้บทบัญญัติกฎหมาย จึงสามารถสรุปรูปแบบของการที่บริษัทเข้าไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนในประเทศไทยได้ดังนี้

“บริษัทจำกัด” สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล และห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ แม้กระทั่งว่าจะเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดก็ตาม บริษัทที่ยังคงสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นได้ ดังจะเห็นได้จากความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งได้มีการตอบข้อหารือกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ ในประเด็นที่ว่า บริษัทจำกัดจะถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้หรือไม่ มีใจความว่าดังนี้ “คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่าบริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 และบริษัทจำกัดมีทรัพย์สินเป็นของตนเอง ไม่มีกฎหมายใดห้ามมิให้บริษัทจำกัดถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญ ฉะนั้นหากวัตถุประสงค์ของบริษัทเปิดช่องให้บริษัทจำกัดถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้แล้ว บริษัทจำกัดก็ย่อมสามารถถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญได้

การที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าห้างหุ้นส่วนสามัญจะมีผู้เป็นหุ้นส่วนพวกจำกัดความรับผิดร่วมอยู่ร่วมด้วยไม่ได้นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นด้วยกับกรมทะเบียนการค้าในประเด็นดังกล่าวนี้ แต่การที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าไม่ควรรับจดทะเบียน โดยถือว่าเวลาบริษัทจำกัดถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญ ก็จำกัดความรับผิดด้วยนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาไม่เห็นด้วย เพราะเมื่อบริษัทจำกัดเข้าถือหุ้นดังกล่าวแล้ว เจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนสามัญก็ย่อมติดตามบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของบริษัทได้ ในการที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดมีความรับผิดจำกัดนั้น ไม่ได้ทำให้ความรับผิดของบริษัทจำกัดในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนสามัญจำกัดไปด้วย”

ปัจจุบันนี้ ปัญหาเกี่ยวกับการที่บริษัทจำกัดจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนไม่มีอีกต่อไป เนื่องจากปัจจุบันระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2554 มาตรา 58 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด จะเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดหรือจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนก็ได้ แต่ในวรรค 2 ได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน

ดังนั้น บริษัทจำกัดจึงสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ และเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ ทั้งประเภทจำกัดความรับผิดและไม่จำกัดความรับผิด

“บริษัทมหาชนจำกัด” สามารถเป็นได้เพียงหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้เท่านั้น บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด ไม่ว่าจะโดยการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด เนื่องจากมีบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 และระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2554 มาตรา 58 ห้ามไว้อย่างชัดเจน

ดังนั้นบริษัทมหาชนจำกัด สามารถเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้เท่านั้น

มีปัญหาต้องพิจารณาต่อไปว่า หากบริษัทมหาชนจำกัดจะเข้ากิจการร่วมค้า (Joint Venture) สามารถกระทำได้หรือไม่ ซึ่งการที่จะสรุปว่าบริษัทมหาชนสามารถทำกิจการร่วมค้าได้หรือไม่นั้น มีประเด็นต้องพิจารณาในเรื่องสถานภาพของกิจการร่วมค้าว่าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

4.2 วิเคราะห์กรณีบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจกรรมร่วมค้า

ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายไทยในปัจจุบัน บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน เนื่องจากติดขัดที่มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งได้บัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด ไม่ว่าจะโดยการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

จึงมีข้อควรพิจารณาเหตุที่กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด นั้นเหมาะสมหรือไม่อย่างไร

4.2.1 พิจารณาสาเหตุที่กฎหมายห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน

แนวความคิดพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทซึ่งระดมเงินทุนจากประชาชนมาใช้ในกิจการ ดังนั้นจึงต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนซึ่งนำเงินมาลงทุนในกิจการของบริษัท โดยการดำเนินกิจการของบริษัทจะต้องเป็นไปโดยซื่อสัตย์สุจริต และเพื่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องวางข้อกำหนดให้บริษัทปฏิบัติตามเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้น จึงต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกิจการตลอดจนกรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารกิจการของบริษัทมหาชนจำกัดที่เข้มงวด

บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด จึงถือเป็นบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองบริษัทมหาชนจำกัดและผู้ถือหุ้นของบริษัท มิให้เกิดความเสียหายจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเสี่ยงเข้าไปรับผิดร่วมกันในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน จึงได้บัญญัติห้ามบริษัทมหาชนจำกัดไม่ให้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่ว่าจะเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม เนื่องมาจากห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นมีเพียงหุ้นส่วนจำกัดจำนวนไม่จำกัด ซึ่งต้องร่วมรับผิดในหนี้สินอย่างไม่จำกัดจำนวน รวมไปถึงการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

การที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดบัญญัติห้ามมิให้บริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญและเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดอย่างไม่จำกัด กฎหมายจึงบัญญัติห้ามไว้เนื่องจากเกรงว่าเมื่อบริษัทมหาชนจำกัดต้องตกอยู่ภายใต้ความรับผิดอย่างไม่จำกัดแล้ว จะส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้นำ

เงินมาลงทุน อีกทั้งการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดถือเป็นการใช้เงินของผู้ลงทุนซึ่งกระจายกันอยู่ในวงกว้าง จึงต้องให้ความคุ้มครองป้องกันมิให้เกิดความเสียหายจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเสี่ยงเข้าไปรับผิดชอบร่วมกันในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน ทั้งๆที่ในความเป็นจริงผู้ถือหุ้นก็ได้รับความคุ้มครองอยู่แล้ว เนื่องมาจากหลักจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดจะรับผิดชอบเท่ามูลค่าหุ้นที่ตนเองถือ

ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า การที่ผู้ถือหุ้นต้องการจำกัดความรับผิดนั้น ก็เพื่อลดความเสี่ยงและภาระในการควบคุมผู้ถือหุ้นอื่น และที่สำคัญเพื่อที่บริษัทจะสามารถลงทุนในกิจการที่มีความเสี่ยงสูงได้ เนื่องจากหลักทั่วไปของการประกอบกิจการ คือ หากความเสี่ยงสูงผลตอบแทนก็ยิ่งสูง แต่หากความเสี่ยงสูงมากจนเกินไปจนบริษัทไม่สามารถจะแบกรับได้ก็จะเป็นการ “ผลักภาระให้สังคม” ซึ่งเป็นข้อเสียของหลัก Limited Liability เนื่องจากตัวบริษัทได้จำกัดหนี้ไว้เพียงทุนของบริษัท หากบริษัทก่อหนี้มากกว่าที่บริษัทได้จำกัดไว้ก็ไม่สามารถไปเรียกให้ผู้ถือหุ้นชดใช้ได้ ภาระที่เหลือก็จะตกอยู่กับสังคม ส่วนภาระนั้นจะตกอยู่กับผู้ใดก็ต้องพิจารณาจากมุมมองของเจ้าหนี้ ซึ่งปกติเจ้าหนี้ของบริษัทจะแบ่งเป็น เจ้าหนี้ที่เกิดจากนิติกรรมสัญญา และเจ้าหนี้หนี้เหตุ หรือที่เรียกกันว่าเจ้าหนี้ละเมิด กล่าวคือ กรณีเจ้าหนี้ที่เกิดจากนิติกรรมสัญญานั้น ภาระที่เหลือของบริษัทจะถูกกำหนดตกลงไว้ในสัญญาว่าจะมีการชดใช้ให้แก่กันอย่างไร ซึ่งบางกรณีอาจมีเงื่อนไขรับประกันไว้ กรณีเจ้าหนี้หนี้เหตุ ภาระที่เหลือของบริษัทไม่สามารถตกลงกันได้ ภาระที่เหลือของบริษัทจึงตกแก่สังคม เช่น รัฐบาลอาจจะต้องตั้งกองทุนเข้ามาเยียวยา เป็นต้น

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเรื่องบริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่อย่างไรนั้น ปรากฏให้เห็นในรูปแบบของกรณีที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ดังจะเห็นได้ว่ากิจการร่วมค้ามักจะเป็นกิจการขนาดใหญ่ที่มีการลงทุนสูง ดังนั้นบริษัทที่จะมีศักยภาพมากพอที่จะประกอบกิจการร่วมค้าขนาดใหญ่ได้ก็น่าจะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่ทั้งนี้ในการเข้าร่วมทำการร่วมค้ากันนั้น ผู้ประกอบการแต่ละฝ่ายก็ย่อมต้องมีความต้องการที่จะมีอำนาจจัดการกิจการเท่าๆกันในการบริหารจัดการและควบคุมกิจการเป็นธรรมดา ซึ่งแม้การเป็นหุ้นส่วนแบบจำกัดความรับผิดจะมีข้อดีในประเด็นการรับผิดอย่างจำกัด แต่ก็มีข้อด้อยในเรื่องของอำนาจบริหารจัดการ ซึ่งผู้ลงทุนที่เลือกรูปแบบการเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดจะไม่สามารถเข้ามามีอำนาจบริหารจัดการ (Management Control) ในกิจการได้ นอกจากนี้ แม้ว่าผู้ลงทุนเลือกที่จะเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด แต่หากเมื่อใดที่มีการสอดเข้ามาบริหารจัดการงานของห้างหุ้นส่วน ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดที่สอดเข้าไปจัดการงานของห้างก็ต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน ซึ่งเป็นความรับผิดต่อบุคคลภายนอก แต่ในระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันเองนั้น ผู้ที่สอดเข้าไปจัดการก็ยังคงรับผิดชอบจำกัดตามที่ตนลงหุ้นเท่านั้น

เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีบทกฎหมายใดกำหนดสถานะของกิจการร่วมค้านั้น เรารับรู้กิจการร่วมค้า (Joint Venture) เพียงแต่ในรูปแบบของการร่วมกันลงทุนประกอบธุรกิจ โดยมีผู้ร่วมลงทุนอย่างน้อย 2 คนขึ้นไป มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรมาแบ่งกัน หรือแบ่งปันผลประโยชน์ในรูปแบบการแบ่งผลผลิต⁷ และเป็นหน่วยภาษีเท่านั้น

⁷ ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม และ ธนิญา ไตรวรรณนท์, "สถานะทางกฎหมายกับภาระภาษีของกิจการร่วมค้า (Joint Venture)," *วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์, เดือนตุลาคม - ธันวาคม (2540),* หน้า 87.

การที่บริษัทมหาชนจำกัดจะสามารถเข้าทำกิจกรรมร่วมค้า (Joint Venture) ได้หรือไม่ นั้น มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ซึ่งได้บัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้งว่า “ห้ามมิให้บริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

ความตกลงอันใดมีผลเป็นการฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

อันเนื่องมาจากแนวความคิดพื้นฐานของบริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทมหาชนจำกัด เป็นบริษัทซึ่งระดมเงินทุนจากประชาชนมาใช้ในกิจการ ดังนั้น จึงต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน ซึ่งนำเงินมาลงทุนในกิจการของบริษัท โดยการดำเนินกิจการของบริษัทจะต้องเป็นไปโดยซื่อสัตย์ สุจริต และเพื่อผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น ดังนั้นบทบัญญัติของกฎหมายจึงต้องวางข้อกำหนดให้บริษัทมหาชนจำกัดปฏิบัติตาม เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนผู้ถือหุ้น ควบคุมการดำเนินกิจการ ตลอดจนกรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารกิจการของบริษัทมหาชนจำกัด บทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นี้ จึงถือเป็นบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองบริษัทมหาชนจำกัดและผู้ถือหุ้นของบริษัท มิให้เกิดความเสียหายจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเสี่ยงเข้าไปรับผิดร่วมกันในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน จึงได้บัญญัติห้ามบริษัทมหาชนจำกัดไม่ให้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่ว่าจะเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม เนื่องมาจากห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นมีเพียงหุ้นส่วนจำพวกรับผิดไม่จำกัด ซึ่งต้องร่วมรับผิดในหนี้สินอย่างไม่จำกัดจำนวน

ในกรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น กฎหมายบังคับให้จดทะเบียน โดยจะแบ่งแยกผู้เป็นหุ้นส่วนออกเป็น 2 ประเภท คือ หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิด และหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด จะเห็นได้ว่ากรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น บริษัทมหาชนจำกัดอาจเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นกรณีเป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น ไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดได้

เหตุที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนก็เพื่อมุ่งที่จะ “คุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อย” ซึ่งเป็นประชาชนผู้เป็นเจ้าของเงินลงทุนในบริษัทมหาชนที่อาจถูกกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ถือหุ้น อันเนื่องมาจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดเสี่ยงเข้าไปรับผิดร่วมกันในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน โดยแรกเริ่มที่มีการร่างกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดนี้มีความเห็นว่า ควรยึดหลักการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนผู้ซื้อหลักทรัพย์และผู้ถือหุ้นรายย่อย กล่าวคือ สิทธิของผู้ถือหุ้นแต่ละคนนั้นตกอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งอ้างว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของกิจการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้นที่จะสามารถทำหน้าที่ซื้อหุ้นให้ประชาชนซื้อหุ้นกันได้ จึงถือว่าเป็นบริษัทที่มีกระแสเงินทุนจากประชาชน ทำให้มีผู้ถือหุ้นอยู่เป็นจำนวนมากกระจายกันออกไป โดยที่ประชาชนที่นำเงินมาลงทุนกับฝ่ายจัดการไม่รู้จักกันเลย ดังนั้นกฎหมายจึงบัญญัติห้ามไว้ เพราะเกรงว่าเมื่อเกิดความเสียหายกับบริษัทมหาชนจำกัด ผู้ที่จะได้รับผลกระทบคือผู้ถือหุ้นรายย่อยจำนวนมาก

แต่ผู้เชี่ยวชาญมีความคิดเห็นว่า บริษัทมหาชนจำกัดเป็นนิติบุคคลแยกออกจากตัวผู้ถือหุ้น เมื่อเกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดขึ้นมา ตัวบริษัทมหาชนจำกัดต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดในหนี้ไม่จำกัดโดยจะไปอยู่ในส่วนของทุนของบริษัท ในส่วนของผู้ถือหุ้นนั้นก็ได้รับความ

คุ้มครองภายใต้หลักจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีความรับผิดจำกัดเพียงเท่ามูลค่าหุ้นที่ตนถืออยู่เท่านั้น จึงเห็นว่าแม้จะไม่มีเหตุที่บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องรับผิดไม่จำกัดอันเนื่องมาจากผลของการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน บริษัทมหาชนจำกัดก็สามารถเสียหายล้มละลายได้จากเหตุอื่นเช่นกัน เพราะในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันในทางธุรกิจว่า ความรับผิดไม่จำกัดเป็นเพียงความเสี่ยงหนึ่งของการประกอบธุรกิจเท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการบัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทมหาชนจำกัด โดยเป็นไปตาม “หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน” ทั้งนี้ก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ของบริษัท เนื่องจากผู้ถือหุ้นจะได้รับเงินส่วนของตนที่ลงในบริษัทที่ต่อเมื่อมีการเลิกบริษัท ซึ่งต้องเป็นกรณีที่ยังคงมีทรัพย์สินเหลืออยู่ภายหลังจากการได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทแล้ว การที่เจ้าหนี้ของบริษัทจะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนก็มาจากเหตุผลของการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทเช่นเดียวกัน เพราะบริษัทมหาชนจำกัดมีสภาพบุคคลแยกออกจากจากผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ของบริษัทจึงไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นชำระหนี้แก่ตนได้ มีสิทธิเพียงเรียกร้องเอาจากตัวบริษัทเท่านั้น ดังนั้นทุนของบริษัทย่อมเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ บริษัทจึงไม่สามารถกระทำการใดอันเป็นการทำให้ทุนของบริษัทลดลงโดยมิชอบ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้ของบริษัท อีกทั้งหากบริษัทได้กระทำการใดอันมีผลให้ทุนของบริษัทลดลงโดยมิชอบ ย่อมส่งผลทำให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทได้รับเงินคืนไม่ครบจำนวนตามที่ตนได้ลงไว้ และสืบเนื่องจากหลักการที่ว่าบริษัทจะต้องดำรงรักษาทุนไว้ บริษัทจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ ในลักษณะการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของบริษัทในลักษณะที่จะก่อความเสียหายให้เกิดขึ้นกับทุนของบริษัท โดยนำทุนของบริษัทไปใช้ในกิจการอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของบริษัทไม่ได้ เพราะเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ (Ultra Vires)

แต่ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทนั้น ไม่ได้เข้มงวดจนถึงขนาดว่าบริษัทไม่สามารถนำทุนไปใช้ได้เลย หรือต้องเก็บรักษาทุนไว้ให้คงอยู่ครบถ้วนตลอดเวลา เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทที่มีขนาดใหญ่ มีเงินทุนสูงและศักยภาพในการดำเนินธุรกิจย่อมสามารถนำทุนของบริษัทนี้มาใช้ในกิจการงานของบริษัทเหมือนกับเงินในส่วนอื่นๆ รวมไปถึงการเข้าทำกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน ทั้งนี้หากวัตถุประสงค์ของบริษัทไม่ได้ห้ามไว้ก็ไม่อาจจะขัดกับหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน เนื่องจากการประกอบธุรกิจย่อมมีความเสี่ยง แม้นำเงินทุนไปดำเนินธุรกิจดังกล่าวแล้วต้องประสบกับภาวะขาดทุนเป็นผลทำให้เงินทุนเรือนหุ้นนี้ลดลงก็ตาม แต่การเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนนั้น ถือเป็นหนึ่งในความเสี่ยงทางธุรกิจเท่านั้น

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าบริษัทมหาชนจำกัดจะสามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าได้หรือไม่ นั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะของกิจการร่วมค้าควบคู่กันไปด้วย แต่ก่อนที่จะกล่าวถึงประเด็นเรื่องสถานะของกิจการร่วมค้าในประเทศไทย ผู้เขียนจะกล่าวถึงเหตุผลและแนวความคิดพื้นฐานที่กฎหมายห้ามมิให้บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ดังต่อไปนี้

4.2.1.1 หลักคุณสมบัติเป็นสาระที่สำคัญ

หลักคุณสมบัติเป็นสาระสำคัญมาจากหลักพื้นฐานที่ว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดชอบในหนี้ทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนแบบไม่จำกัด ซึ่งหลักการที่ว่าผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดชอบไม่จำกัดนั้น มีที่มาจากหลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ ซึ่งไม่ได้มีบทบัญญัติปรากฏชัดแจ้งในกฎหมาย แต่เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาสตราจารย์ หลวงศรีปริชา ธรรมปาฐกได้กล่าวไว้ว่า “ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นข้อสาระสำคัญ”

เมื่อศึกษาพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังต่อไปนี้ จะพบว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายที่สะท้อนอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหล่านี้ ถือว่า คุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นสาระสำคัญ ซึ่งเป็นรากฐานที่มาของหลักการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดชอบไม่จำกัด

มาตรา 1033 บัญญัติว่า

“ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนมีได้ตกลงกันไว้ในกระบวนการจัดการห้างหุ้นส่วนไซร์ ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนยอมจัดการห้างหุ้นส่วนนั้นได้ทุกคน แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งคนใดจะเข้าทำสัญญาอันใด ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนอีกคนหนึ่งทักท้วงนั้นไม่ได้

ในกรณีเช่นนี้ ท่านให้ถือว่าผู้เป็นหุ้นส่วนยอมเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการทุกคน”

พบว่าบทบัญญัตินี้ได้กำหนดอำนาจจัดการงานห้างหุ้นส่วนในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกันไว้ว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนมีอำนาจเป็นผู้จัดการห้างหุ้นส่วน สะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับผู้เป็นหุ้นส่วน โดยมีความไว้วางใจถึงขนาดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบมีอำนาจบริหารจัดการงานของห้าง

มาตรา 1034 บัญญัติว่า

“ถ้าได้ตกลงกันไว้ว่าการงานของห้างหุ้นส่วนนั้นจักให้เป็นไปตามเสียงข้างมากแห่งผู้เป็นหุ้นส่วนไซร์ ท่านให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งมีเสียงเป็นคะแนนหนึ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนที่ลงหุ้นด้วยมากหรือน้อย”

บทบัญญัตินี้กล่าวถึงกรณีที่ได้มีการตกลงกันไว้ให้จัดการงานของห้างหุ้นส่วนโดยเสียงข้างมากนั้น ให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งมีคะแนนเสียงเป็นหนึ่งคะแนน ซึ่งถือว่าไม่ว่าผู้เป็นหุ้นส่วนนั้นจะลงหุ้นแตกต่างกันอย่างไร แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนก็มีความสำคัญเสมอกันแม้กระทั่งการลงคะแนนยังให้คุณค่าทุกคนโดยเท่าๆกัน

มาตรา 1040 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ชักนำเอาบุคคลอื่นเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนโดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันหมดทุกคน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น”

บทบัญญัตินี้ชี้ชัดว่าให้ความสำคัญกับผู้เป็นหุ้นส่วน บัญญัติห้ามมิให้ชักนำเอาบุคคลอื่นเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน โดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นหมดทุกคน เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น

มาตรา 1041 บัญญัติว่า

“ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งโอนส่วนกำไรของตนในห้างหุ้นส่วนทั้งหมดก็ดี หรือแต่บางส่วนก็ดีให้แก่บุคคลภายนอก โดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายอื่นไซ้ ท่านว่าบุคคลภายนอกนั้นจะกลายเป็นเข้าหุ้นส่วนก็หาไม่ได้”

บัญญัติห้ามไม่ไห้บุคคลภายนอกที่ได้รับโอนส่วนกำไร ไม่ว่าจะเป็นที่ทั้งหมดหรือ บางส่วนก็ตาม มีฐานะเป็นผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน เว้นแต่จะได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วน หมดทุกคน การได้รับโอนส่วนกำไรของห้างไม่ได้ทำให้กลายเป็นหุ้นส่วนในห้าง

มาตรา 1050 บัญญัติว่า

“การใดๆอันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้นๆด้วย และ จะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้น”

เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดชอบในกิจการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางธรรมดาการค้าของห้างหุ้นส่วนนั้น ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะการจัดการไปเช่นนั้น

มาตรา 1055 (5) บัญญัติว่า

“ห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้...

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย หรือล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ”

แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญต่อคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วน โดยกำหนดให้ห้างหุ้นส่วนยอมเลิกกันเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย ดังนั้นเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนถึงแก่ความตาย คุณสมบัติของห้างหุ้นส่วนก็สิ้นสุด ดังนั้นห้างหุ้นส่วนจึงต้องเลิก

มีนักกฎหมายได้ให้ความเห็นว่า การที่บุคคลธรรมดาเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน เมื่อบุคคลผู้นั้นตาย ห้างหุ้นส่วนเลิก จึงเป็นสาเหตุว่าคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ ผู้ที่จะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนได้ย่อมเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่ก็มีความคิดเห็นโต้แย้งในประเด็นที่ว่าหากการตายของผู้เป็นหุ้นส่วนจะทำให้ห้างเลิก บุคคลผู้เป็นหุ้นส่วนจึงเป็นได้แต่เพียงบุคคลธรรมดานั้นอาจจะไม่ถูกต้องนัก เช่น ในกรณีที่มีห้างหุ้นส่วนสองห้างมาร่วมหุ้นกัน หากมีผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนตายทำให้ห้างหุ้นส่วนนี้ต้องเลิกไป ผลของมันย่อมไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น

อย่างไรก็ดี มีความเห็นต่างออกไปในประเด็นนี้ กล่าวคือ เมื่อได้ศึกษากฎหมายห้างหุ้นส่วนของประเทศอังกฤษ (Partnership Act 1890) มาตรา 33 (1) ซึ่งวางหลักไว้ว่า เว้นแต่จะมีข้อตกลงพิเศษเป็นอย่างอื่นระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน ห้างหุ้นส่วนต้องเลิกเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย หรือล้มละลาย ประกอบกับพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา (Uniform Partnership Act) มาตรา 31 ซึ่งวางหลักให้ห้างหุ้นส่วนต้องสิ้นสุดลงเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย พบว่าหลักกฎหมายทั้งประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกากำหนดถึงเหตุที่ทำให้ห้างหุ้นส่วนสิ้นสุดลง คือ ความตายของผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่ไม่ได้บัญญัติให้ห้างหุ้นส่วนสิ้นสุดลง เนื่องจากการจดทะเบียนเลิกบริษัทแต่อย่างใด แต่ในกฎหมายของทั้งสองประเทศนั้น ผู้เป็น

หุ้นส่วนนั้นไม่ได้จำกัดอยู่แค่เพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้น นิติบุคคลก็สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้เช่นกัน

ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1055 (5) ซึ่งได้บัญญัติถึงเหตุซึ่งทำให้ห้างหุ้นส่วนเลิกเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย แต่ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีที่ผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนเลิกในลักษณะเช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนของประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา จึงยังไม่อาจจะสรุปได้ว่ากฎหมายห้างหุ้นส่วนของไทยมีเจตนารมณ์ที่จะใช้บังคับเข้ากับเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น⁸

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่กล่าวมานี้ล้วนแล้วแต่แสดงให้เห็นว่า กฎหมายยึดถือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นสาระสำคัญยิ่งกว่าทุนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนได้นำมาลงหุ้นส่วน เนื่องจากในห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละคนมีสิทธิจัดการงานของห้างหุ้นส่วนได้เท่ากันทุกคน โดยไม่คำนึงว่าหุ้นส่วนผู้นั้นจะนำทุนมาลงให้กับห้างหุ้นส่วนเป็นจำนวนเท่าไร ดังนั้นการจะชักนำผู้ใดเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจึงต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคน

หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญที่สะท้อนมาจากการจัดการภายในห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในการดำเนินกิจการ เมื่อตัวบุคคลเป็นผู้ดำเนินการความรับผิดชอบย่อมอยู่ที่บุคคลผู้นั้น จึงเป็นผลให้ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน แตกต่างกับคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งไม่ถือว่าคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากผู้ถือหุ้นไม่ว่าในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้น จะมีความรับผิดชอบเพียงไม่เกินจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น ไม่ว่ากรรมการผู้จัดการบริษัทจะดำเนินการบริหารบริษัททำให้บริษัทเสียหายขาดทุนเพียงใด หากส่งใช้ค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว ความรับผิดชอบก็มีเพียงจำนวนในมูลค่าหุ้นที่ตนถือไว้ แม้บริษัทจะไปก่อหนี้มากกว่าที่บริษัทได้จำกัดเอาไว้ เจ้าหนี้ก็ไม่สามารถที่จะไปเรียกให้ผู้ถือหุ้นชดเชยได้อีก เมื่อผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดจำนวนแน่นอนเช่นนี้ ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ถือหุ้นอื่นๆ ผู้ถือหุ้นจึงไม่มีสิทธิจัดการงานของบริษัท มีสิทธิเพียงแต่ดำเนินการดูแลรอบงำกิจการงานที่กรรมการของบริษัทจัดการ โดยวิธีลงคะแนนเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น เมื่อผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิจัดการภายในบริษัท หรือไปก่อหนี้ให้ผู้อื่นต้องร่วมรับผิดชอบโดยไม่จำกัด คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นจึงไม่มีมีความสำคัญต่อกัน ดังนั้นเมื่อผู้ถือหุ้นคนใดตาย ตกเป็นผู้ล้มละลายหรือไร้ความสามารถ และหุ้น (ชนิดไม่ระบุชื่อ) อาจโอนหรือรับมรดกกันได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ

ดังนั้นการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญมีความรับผิดชอบในหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด และถือหลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ แต่ในขณะที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทมีความรับผิดชอบจำกัดและคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญ จึงเป็นสาเหตุที่มาของประเด็นปัญหาที่ว่าบริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญได้หรือไม่ ซึ่งตามลักษณะที่กล่าวมาบริษัทจะไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้เนื่องจากมีคุณสมบัติขัดกัน ดังที่ได้กล่าวมา

⁸ ธรรมานุญ พินัยกรรม, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," หน้า.63.

⁹ พิเศษ เสตเสถียร, "บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ได้หรือไม่," วารสารกฎหมายธุรกิจ 16, 2 เมษายน 2539., หน้า 9.

แต่อย่างไรก็ดี หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญนั้น ก็ได้มีความสำคัญลดน้อยลง เนื่องจากห้างหุ้นส่วนในกิจการต่างๆได้พัฒนาขึ้นเป็นอย่างมาก ทำให้ห้างหุ้นส่วนมีความสำคัญเหนือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วน เช่น สถานพยาบาลที่มีชื่อเสียง ผู้ป่วยที่ต้องการเข้ามาทำการรักษาย่อมจะให้ความสำคัญกับตัวสถานพยาบาลมากกว่าตัวบุคคลกรทางการแพทย์เป็นรายบุคคล เห็นได้จากผู้ป่วยจะเลือกใช้บริการจากสถานพยาบาลที่ตนเองเชื่อถือ กระทั่งสถานพยาบาลเองเวลาที่มีการโฆษณาที่มุ่งเน้นคุณภาพลักษณ์ และชื่อเสียงของสถานพยาบาลของตนมากกว่าจะให้ความสำคัญไปที่การนำเสนอแพทย์ผู้เชี่ยวชาญแต่ละคน หรือกรณีสำนักงานทนายความที่มีชื่อเสียงและเป็นที่น่าเชื่อถือถูกความก็มักสนใจที่จะไปปรึกษาและมอบหมายให้รับผิดชอบคดีความ เนื่องจากเชื่อถือในชื่อเสียงขององค์กรมากกว่าที่จะไปหาทนายความคนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นจึงทำให้ห้างหุ้นส่วนพึงพิงคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนน้อยลง หลักกฎหมายที่ว่าห้างหุ้นส่วนอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญก็ผ่อนคลายความเคร่งครัดลงไป¹⁰ ดังนั้นการที่บริษัทจะไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนก็ผ่อนคลายลงไปด้วย

แนวคิดทฤษฎีกรณีบริษัทเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนนั้น เริ่มเป็นที่ยอมรับในหลายประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่อาจจะเป็นการใช้รูปแบบการจัดโครงสร้างในองค์กร แสดงให้เห็นว่าการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนนั้นสามารถกระทำได้ในระดับสากล และมีผลดีต่อเศรษฐกิจในแง่เป็นทางเลือกให้กับนักธุรกิจในการเลือกที่จะประกอบกิจการให้เหมาะสมกับธุรกิจของตนมากที่สุดและก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ต่อผู้ลงทุนมากที่สุด ทั้งนี้ทำให้การประกอบธุรกิจเป็นไปได้อย่างคล่องตัว

จะเห็นได้จากที่ประเทศอังกฤษ ที่ได้มีองค์กรธุรกิจประเภท “LLPs” แม้ว่าจะมีองค์กรธุรกิจรูปแบบ LLPs อยู่ในหลายประเทศ แต่ในประเทศอังกฤษนั้นมีแนวคิดที่แตกต่างออกไป¹¹ จากประเทศอื่นๆ เป็นผลมาจากศักยภาพในการรับผิดของหุ้นส่วนในความเสียหายที่เกิดขึ้น จากการละลายของผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น จึงมีความพยายามที่จะหารูปแบบองค์กรธุรกิจที่เหมาะสม เพื่อมาแก้ปัญหานี้แทนห้างหุ้นส่วนแบบดั้งเดิมที่เคยปฏิบัติสืบทอดกันมา ซึ่งเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่บริษัทสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ เนื่องจาก LLPs นั้น บุคคลหรือนิติบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ก็สามารถตั้งองค์กรธุรกิจ LLPs ได้ จึงถือเป็นอีกทางเลือกหนึ่งของห้างหุ้นส่วน ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ Partnership act 1890 หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ Limited Partnership act 1907 หรือบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ Companies Act 1985 โดยจำกัดความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนในหนี้ของห้างหุ้นส่วน โดยหุ้นส่วนไม่ต้องรับผิดในหนี้ของห้างแบบไม่จำกัด แต่ยังคงมีอำนาจบริหารกิจการภายในห้างหุ้นส่วนได้เหมือนกับหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด

รูปแบบ LLPs ในประเทศอังกฤษ ยังเป็นอีกทางเลือกขององค์กรธุรกิจประเภทบริษัท เพราะในประเทศอังกฤษเลือกที่จะนำแนวคิดรูปแบบ LLPs ที่แยกความรับผิดออกจากตัวห้างหุ้นส่วน จึงทำให้มีรากเหง้าของความเป็นบริษัทมากกว่ารูปแบบห้างหุ้นส่วนแบบในมลรัฐ Delaware ใน

¹⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 9.

¹¹ Geoffrey Morse, *Partnership Law*, p.292.

สหรัฐอเมริกา¹² ที่เป็นการใช้รูปแบบของห้างหุ้นส่วนจริง ๆ LLPs จึงถือว่ามีพื้นฐานมาจากกฎหมายบริษัท โดยมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายห้างหุ้นส่วน

ในประเทศสหรัฐอเมริกา รูปแบบกิจการ LLC ซึ่งมีลักษณะผสมผสานนำเอาลักษณะเด่นขององค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัทจำกัดและห้างหุ้นส่วนเข้าด้วยกัน กล่าวคือสมาชิกทุกคนใน LLC สามารถเข้ามาบริหารจัดการงานใน LLC ด้วยตนเองได้ ไม่ต้องตั้งกรรมการขึ้นมาบริหารจัดการแทนเหมือนเช่นบริษัทจำกัด ไม่ต้องพะวงกับการสอดเข้าไปจัดการงานของบริษัทว่าจะต้องเข้าไปร่วมรับผิดชอบในกิจการที่สอดเข้าไปดังเช่นกรณีหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดสอดเข้าไปจัดการงานของห้างหุ้นส่วน ทั้งนี้ LLC ยังคงชูหลักการจำกัดความรับผิดเป็นข้อดึงดูดให้คนสนใจดำเนินกิจการในรูปแบบนี้ โดยผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้สินของ LLC เนื่องจาก LLC เมื่อก่อหนี้แล้วจะไปอยู่ที่หุ้นของ LLC ซึ่งแตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญของไทย นับว่า LLC ช่วยแก้ข้อบกพร่องของบริษัทและห้างหุ้นส่วนได้

รูปแบบ “GmbH & Co.KG.” ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่ก้าวข้ามปัญหาการขัดกันของคุณสมบัติของห้างหุ้นส่วนและบริษัท และหลักการคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ เป็นการผสมผสานระหว่างข้อดีของห้างหุ้นส่วนและบริษัท โดยเป็นองค์กรลูกผสมระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด (KG.) กับบริษัท โดยมีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบริษัทจำกัด (GmbH) รูปแบบองค์กรธุรกิจนี้เป็นการอนุญาตให้นิติบุคคลเช่นบริษัทมาเป็นหุ้นส่วนที่มีความรับผิดเป็นส่วนตัว (Komplementär) ซึ่งความรับผิดเป็นส่วนตัวนี้สามารถเลี่ยงได้โดยการที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำโดยมีหลักว่า บริษัทเท่านั้นที่ต้องรับผิดโดยตรงต่อเจ้าหนี้ของห้าง ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นที่จะรับผิด ซึ่งรูปแบบนี้มีความน่าสนใจอยู่ที่การผสมผสานข้อดีของห้างหุ้นส่วน นั่นคือสิทธิประโยชน์ทางภาษี และความรับผิดอันจำกัดของบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคล ด้วยข้อดีอันได้กล่าวมานี้ทำให้เป็นองค์กรธุรกิจที่นิยมกันมาก ซึ่งทำให้สามารถมองข้ามข้อเสียในเรื่องโครงสร้างที่ซับซ้อนไปได้

นอกจากนี้ยังมีองค์กรที่มีลักษณะลูกผสมคล้ายคลึงกับ GmbH & Co.KG. นั่นคือ “KGaA” มีสถานะเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด (KG) กับบริษัท (AG) ซึ่งเป็นบริษัทมีลักษณะใกล้เคียงกับบริษัทมหาชนจำกัดของไทย โดย KGaA จะมีหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดอย่างน้อย 1 คนมาทำหน้าที่ผู้จัดการห้าง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น บริษัทก็สามารถเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดได้ ผลคือบริษัทนิติบุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนี้ ก็จะมีความรับผิดเพียงเท่ากับทุนของบริษัทนั่นเอง แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดประเภทนี้ จะไม่มี Board of Management เหมือนในบริษัท AG แต่บริหารและเป็นตัวแทนโดยผู้จัดการห้างซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด

เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลที่มาของการห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจะเห็นได้ว่า การที่กฎหมายห้ามให้บริษัทเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน มีรากฐานมาจากหลักการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญมีความรับผิดไม่จำกัด ในขณะที่ความรับผิดของผู้ถือหุ้นในบริษัทมีจำกัด ทำให้เกิดปัญหาการขัดกันของคุณสมบัติของห้างหุ้นส่วนและบริษัท ทั้งนี้หลักผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมีความรับผิดไม่จำกัดนั้นมีที่มาจากหลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญนั่นเอง แต่ปัจจุบันห้างหุ้นส่วนพึงพิงคุณสมบัติของผู้เป็น

¹² Ibid. p.32.

หุ้นส่วนน้อยลง หลักกฎหมายที่ว่าห้างหุ้นส่วนอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญก็ผ่อนคลายความเคร่งครัดลงไป ดังนั้นการที่บริษัทจะไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนก็ผ่อนคลายลงไปด้วย ดังจะเห็นได้จากรูปแบบของคํารุจรูจที่มีในหลายประเทศดังเหตุผลที่กล่าวมา

4.2.1.2 ปัญหาทั่วไป

จากบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งได้บัญญัติห้ามบริษัทมหาชนจำกัดไม่ให้เข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่ว่าจะเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือไม่ก็ตาม เนื่องมาจากห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นมีเพียงหุ้นส่วนจำพวกรับผิดไม่จำกัด ซึ่งต้องร่วมรับผิดในหนี้สินอย่างไม่จำกัดจำนวน รวมไปถึงการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด เพื่อคุ้มครองบริษัทมหาชนจำกัดและผู้ถือหุ้นของบริษัท มิให้เกิดความเสียหายจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเสี่ยงเข้าไปรับผิดร่วมกันในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน

ทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า บริษัทมหาชนไม่สามารถเข้าเป็นผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ซึ่งมักจะเป็นการรวมตัวกันของบริษัทที่เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ๆ เช่น งานก่อสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ ซึ่งเป็นลักษณะโครงการที่ใหญ่ใช้เงินทุนและเครื่องมืออุปกรณ์เทคโนโลยีขั้นสูง ต้องอาศัยประสบการณ์และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน โดยเป็นกรณีที่คู่สัญญาสามารถร่วมกันทำกิจการร่วมค้าในโครงการร่วมกันดังกล่าว เมื่อโครงการแล้วเสร็จก็แยกจากกันไปไม่ได้ จดทะเบียนกิจการร่วมค้า อันจะทำให้กิจการร่วมค่านั้นมีสถานะเป็นนิติบุคคลมีสถานทางกฎหมายเป็นบริษัทจำกัด เหมือนดังกรณีกิจการร่วมค้าแบบจดทะเบียน (Incorporated Joint Venture) แต่อย่างใด

จากการที่ได้สัมภาษณ์ผู้ประกอบการในสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้างพบว่า ประกอบกิจการในสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้างที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัด มักจะมีการเข้าทำกิจการร่วมค้าในลักษณะกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ซึ่งเป็นกิจการร่วมค้าที่เกิดขึ้นตามข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมค้า ไม่มีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแต่อย่างใด เนื่องจากลักษณะงานก่อสร้างเป็นการรวมตัวกันทำงานในช่วงระยะเวลาหนึ่งจนกว่าโครงการจะเสร็จ ซึ่งอาจใช้เวลา 3-5 ปี ไม่มีลักษณะเป็นการก่อตั้งร่วมกันเป็นการถาวรแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในทางปฏิบัติบริษัทมหาชนจำกัดเหล่านี้จะเข้าทำกิจการร่วมค้าด้วยเอง หรืออาจมีการใช้บริษัทย่อยของตนเข้าทำกิจการร่วมค้า

ผู้เขียนมีความเห็นว่าจากบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งห้ามไว้อย่างชัดเจนว่าบริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด อาจส่งผลทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า บริษัทมหาชนจะเข้าเป็นผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ไม่ได้สืบเนื่องจากผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ที่วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่ากิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวน ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าจึงต้องร่วมกันรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค่านั้น กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ

ดังนั้นจากผลของคำพิพากษานี้ ทำให้การที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าอาจเสี่ยงต่อการขัดต่อบทบัญญัติพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 หากเกิดปัญหาต้องรับผิดร่วมกันระหว่างคู่สัญญาและถูกตีความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ทำให้กิจการที่บริษัท

มหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้ำนั้นเสียไป เนื่องจากพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 วรรคสอง ได้วางหลักว่าความตกลงอันใดมีผลเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ ทำให้บริษัทมหาชนจำกัดที่เข้าทำกิจการร่วมค้ำเหล่านี้อาจตกอยู่ในความเสี่ยงต่อการขัดบทบัญญัติมาตรา 12 เป็นผลให้การจัดการใดๆที่ได้กระทำไปเป็นอันเสียไปทั้งหมด ซึ่งอาจจะจะเกิดความเสียหายอย่างมหาศาล ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นอุปสรรคในภาพรวมต่อการประกอบธุรกิจ เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทขนาดใหญ่มีเงินทุนและศักยภาพในการดำเนินธุรกิจที่ต้องใช้เงินทุนและเทคโนโลยีสูง ซึ่งในปัจจุบันบริษัทที่มีศักยภาพในการทำกิจการร่วมค้ำได้น่าจะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่หากจะต้องถูกจำกัดห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ทั้ง ๆ ที่บริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถกระทำได้อีกทั้งการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าร่วมกันทำกิจการร่วมค้ำนั้น ย่อมส่งผลดีในแง่ของการขยายตัวทางธุรกิจเกิดประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจ เนื่องจากการเพิ่มขีดความสามารถขององค์กรในแง่ของขนาดและขอบเขตของโครงการที่บริษัทจะสามารถรับผิดชอบดำเนินการได้ ทั้งเป็นการผนวกความรู้ความเชี่ยวชาญในการทำงานของบริษัทที่มีความเชี่ยวชาญแตกต่างกันออกไป สามารถดำเนินโครงการได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาการเรียนรู้ด้านทักษะความเชี่ยวชาญและเทคโนโลยีขึ้น

โดยในปัจจุบันนี้ก็ยังไม่มีคำพิพากษาที่แน่ชัดถึงสถานภาพของกิจการร่วมค้ำ อีกทั้งบทบังคับกฎหมายในประเทศไทยนั้นไม่ได้บัญญัติถึงสถานภาพของกิจการร่วมค้ำเอาไว้ เพียงรับรู้ว่าเป็นการรวมตัวของกิจการตั้งแต่สองกิจการขึ้นไป เพื่อดำเนินการอย่างใดอันมีลักษณะคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนสามัญ จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าบริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้ำไม่ได้

สืบเนื่องมาจากผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า กิจการร่วมค้ำจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวน ผู้ร่วมค้ำในสัญญากิจการร่วมค้ำต้องร่วมกันรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค้ำนั้น กิจการร่วมค้ำจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ดังนั้นด้วยผลแห่งคำพิพากษานี้ หากบริษัทมหาชนจำกัดมีความประสงค์จะทำกิจการร่วมค้ำ จะไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ซึ่งทางออกของบริษัทมหาชนจำกัดที่ประสงค์จะทำกิจการร่วมค้ำแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) จึงต้องใช้วิธีตั้งบริษัทย่อย ซึ่งเป็นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำเอาบริษัทย่อยดังกล่าวไปทำกิจการร่วมค้ำ โดยมีบริษัทมหาชนจำกัดนั้นเองเป็นผู้ค้ำประกัน เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 รวมทั้งบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้เข้าทำกิจการร่วมค้ำ อาจเสี่ยงต่อการขัดต่อบทบัญญัติพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 หากเกิดปัญหาต้องรับผิดร่วมกันระหว่างคู่สัญญาและถูกตีความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ทำให้กิจการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้ำนั้นเสียไป เนื่องจากพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 วรรคสอง ได้วางหลักว่าความตกลงอันใดมีผลเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติวรรคหนึ่ง ความตกลงนั้นเป็นโมฆะ ทำให้บริษัทมหาชนจำกัดเหล่านี้อาจตกอยู่ในความเสี่ยง การจัดการใดๆที่ได้กระทำไปเป็นอันเสียไปทั้งหมด ซึ่งอาจจะจะเกิดความเสียหายอย่างมหาศาล

ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าได้ด้วยตนเอง แต่ต้องเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายโดยการใช้วิธีการตั้งบริษัทย่อย ซึ่งเป็นบริษัทจำกัดขึ้นมาเพื่อนำไปทำกิจการร่วมค้านั้นเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวของบริษัทมหาชนจำกัดนั้น ก็เป็นไปเพื่อที่จะกระทำให้เกิดกิจการร่วมค้าขึ้นมาตามความประสงค์ของบริษัทมหาชนจำกัดนั่นเอง เพียงแต่ใช้วิธีการเลี่ยงไปใช้บริษัทจำกัดเพื่อไม่ให้ติดขัดพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 และการที่บริษัทมหาชนจำกัดนั้นเองเป็นผู้ค้าประกันให้บริษัทย่อยดังกล่าว เป็นการให้ความมั่นใจกับเจ้าหนี้ว่าหากกิจการร่วมค้านั้นประสบความเสียหายขาดทุนขึ้นมา เจ้าหนี้ยังมีประกันเรียกร้องเอาที่บริษัทมหาชนได้ ซึ่งผลก็ไม่ต่างจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าด้วยตนเอง เนื่องจากหากมีหนี้เกิดขึ้นมาก็ย่อมมาเรียกร้องเอาที่บริษัทมหาชนผู้เป็นผู้ค้าประกันให้กับบริษัทจำกัดซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นมาได้อยู่ดี ซึ่งการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ย่อมสื่อให้เห็นชัดอยู่แล้วว่าบริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นมานั้นก็เป็นไปเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ของบริษัทมหาชนจำกัด ดังนั้นบริษัทมหาชนจำกัดควรที่จะเข้าทำกิจการร่วมค้าได้

แม้เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดมุ่งคุ้มครองประชาชนผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายย่อยๆ ซึ่งไม่มีอำนาจจัดการในบริษัทเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัท โดยมองว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นเหล่านี้อาจตกอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งอ้างว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของกิจการ บทบัญญัติจึงมุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปที่อาจจะได้รับผลกระทบจากความเสียหายจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทบไปถึงตัวผู้ถือหุ้นจำนวนมาก ต่างจากกรณีบริษัทจำกัดซึ่งมีบุคคลที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องไม่มาก เนื่องจากลักษณะกิจการของบริษัทจำกัดที่ผู้ถือหุ้นอาจจะจำกัดอยู่ที่คนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ไม่ได้กระทบถึงผู้ถือหุ้นรายย่อยเป็นจำนวนมากอย่างบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการระดมเงินทุนจากประชาชนทั่วไป

ผู้เขียนมีความคิดเห็นในประเด็นดังกล่าวว่า บริษัทมหาชนจำกัดมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากตัวผู้ถือหุ้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นมาบริษัทมหาชนจำกัดต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในหนี้ โดยไปอยู่ในส่วนของทุนของบริษัท ในส่วนของผู้ถือหุ้นนั้นก็ได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีความรับผิดจำกัดเพียงเท่ามูลค่าหุ้นที่ตนถืออยู่เท่านั้น นอกจากนี้เห็นว่า แม้จะไม่มีเหตุที่บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องรับผิดไม่จำกัดอันเนื่องมาจากผลของการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน บริษัทมหาชนจำกัดก็สามารถเสียหายล้มละลายได้จากเหตุอื่นเช่นกัน เพราะในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันในทางธุรกิจว่า ความรับผิดไม่จำกัดเป็นเพียงความเสี่ยงหนึ่งของการประกอบธุรกิจเท่านั้น การลงทุนในธุรกิจในรูปแบบอื่นอาจจะมีความเสี่ยงมากกว่าการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน เหตุเพราะบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

นอกจากนี้ บริษัทมหาชนจำกัดซึ่งเป็นบริษัทขนาดใหญ่มีเงินทุนและศักยภาพในการดำเนินธุรกิจที่ต้องใช้เงินทุนและเทคโนโลยีสูง ในปัจจุบันบริษัทที่มีศักยภาพในการทำกิจการร่วมค้าได้ก็น่าจะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่กลับไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ ทั้งๆที่บริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถกระทำได้อาจ

ส่งผลต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะบริษัทมหาชนจำกัดในกลุ่มธุรกิจสายงานวิศวกรรม และการก่อสร้างขนาดใหญ่ ซึ่งถือว่าเป็นกลุ่มธุรกิจที่มีการทำกิจการร่วมค้าอย่างแพร่หลาย และมีเงินลงทุนหมุนเวียนจำนวนมาก เนื่องจากการตัดสินใจทำกิจการร่วมค้านั้นเกิดมาจากสาเหตุสำคัญ ดังนี้¹³

1. ความจำเป็นที่จะต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงและหลากหลายในการก่อสร้าง ประกอบกับผู้ว่าจ้างไม่ต้องการให้แบ่งงานในโครงการออกเป็นส่วนต่างๆ ทำให้ผู้ประกอบการในสายงานวิศวกรรม และการก่อสร้างต้องเพิ่มกำลังความสามารถทางเทคโนโลยีและเทคนิคการก่อสร้าง เพื่อให้เป็นผู้มีคุณสมบัติสามารถเข้าประมูล และดำเนินงานในโครงการต่างๆ ได้ เช่น ผู้ประกอบการที่มีความเชี่ยวชาญด้านงานวิศวกรรมไฟฟ้า อาจต้องเข้าร่วมกับผู้ประกอบการที่มีประสบการณ์ดำเนินธุรกิจด้านการก่อสร้าง โครงสร้างเพื่อรับงานในโครงการโรงไฟฟ้า หรือผู้ประกอบการก่อสร้างในประเทศที่มีความพร้อมด้านกำลังคนและทรัพยากร รวมตัวกับผู้ประกอบการที่มีความเชี่ยวชาญเทคโนโลยีการขุดเจาะอุโมงค์เพื่อรับงานโครงการรถไฟฟ้าใต้ดิน เป็นต้น
2. เป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการบริหารจัดการโครงการต่างๆ ทั้งในด้านบุคลากร แรงงาน ทำให้ได้บุคลากรที่มีคุณภาพ เนื่องจากผู้ประกอบการแต่ละฝ่ายย่อมมีบุคลากรที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในสายงานของตนอยู่แล้ว
3. เป็นการกระจายความเสี่ยงในการดำเนินโครงการ เนื่องจากการดำเนินโครงการใหญ่ย่อมมีความเสี่ยงทั้งด้านการเงิน แรงงานและวัตถุดิบ รวมถึงความเสี่ยงในด้านการบริหารจัดการ การดำเนินกิจการในรูปแบบกิจการร่วมค้านั้น เป็นการกระจายความเสี่ยง ไปสู่คู่สัญญากิจการร่วมค้า ทำให้ไม่ต้องแบกรับความเสี่ยงแต่เพียงองค์กรเดียว
4. เป็นเครื่องจัดอุปสรรคในด้านการแข่งขันและข้อจำกัดต่างๆ เช่น การรวมตัวเข้าทำกิจการร่วมค้าระหว่างผู้ประกอบการที่มีประสบการณ์และประวัติการทำงานอันยาวนาน มีคุณสมบัติสามารถเข้าประมูลและดำเนินงานในโครงการต่างๆ ได้ ตลอดจนเข้าถึงแหล่งเงินทุน นอกจากนี้ข้อกำหนดในการประกอบกิจการ บางประเภทที่จำกัดมิให้นิติบุคคลต่างด้าวประกอบกิจการ ทำให้นิติบุคคลต่างด้าวเหล่านี้จำเป็นต้องเข้าร่วมลงทุนรูปแบบกิจการร่วมค้ากับผู้ประกอบการในประเทศ หรือข้อกำหนดในสัญญาของผู้ว่าจ้างซึ่งมีการกำหนดให้ต้องดำเนินงานร่วมกับนิติบุคคลต่าง

¹³ Dibner D. R., *Joint Venture for Architects and Engineers* (McGraw-Hill, 1972).

ตัวหรือนิติบุคคลที่บริหารงานโดยชาวต่างประเทศ เนื่องจากผู้ว่าจ้างได้รับการสนับสนุนด้านการเงินจากประเทศเหล่านั้น และมีข้อกำหนดให้โครงการต้องว่าจ้างทรัพยากรจากประเทศผู้ให้การสนับสนุนทางการเงิน หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์จากภาครัฐ

ดังนั้น หากมีการส่งเสริมให้มีการทำกิจการร่วมค้าย่อมเป็นการส่งเสริมให้มีการขยายตัวทางธุรกิจ อันจะส่งผลต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำกิจการร่วมค้า ถือได้ว่าเป็นรูปแบบการดำเนินการทางธุรกิจของผู้ประกอบกิจการด้านวิศวกรรมและการก่อสร้างที่ช่วยเพิ่มศักยภาพในการดำเนินธุรกิจ เนื่องจากในบางครั้งผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นบริษัทมหาชนจำกัดอาจจะขาดคุณสมบัติบางประการทำให้มีความจำเป็นจะต้องเข้าทำกิจการร่วมค้า เพื่อเป็นการเพิ่มขีดความสามารถของตนให้เป็นที่พอใจของผู้ว่าจ้าง เช่น ผลงานที่มีคุณภาพเสร็จตรงตามกำหนดเวลา สามารถดำเนินการภายใต้งบประมาณที่กำหนดไว้ เป็นต้น

จากการสำรวจอุตสาหกรรมก่อสร้างภายในปี 2552 ซึ่งเป็นการจัดทำสำรวจที่ดำเนินการขึ้นทุกๆ 5 ปี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเก็บรวบรวมข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการประกอบกิจการอุตสาหกรรมก่อสร้าง ซึ่งเป็นข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับการประกอบกิจการอุตสาหกรรมก่อสร้าง ซึ่งเป็นข้อมูลสำคัญต่อภาครัฐในการวางแผนเศรษฐกิจของประเทศและการลงทุน รวมทั้งการจ้างงานของเอกชน โดยผลการดำเนินการระหว่าง 1 มกราคม – 31 ธันวาคม 2551 ของสถานประกอบการก่อสร้างที่ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานครพบว่าจากสถานประกอบการก่อสร้างในกรุงเทพมหานคร จำนวนทั้งสิ้น 3,869 แห่ง ส่วนใหญ่เป็นการดำเนินการกิจการเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร หรือสิ่งก่อสร้าง ร้อยละ 44.3 รองลงมาได้แก่ การดำเนินการเกี่ยวกับการสร้างอาคารให้เสร็จสมบูรณ์ ประมาณร้อยละ 18.7 การติดตั้งระบบไฟฟ้า ประมาณร้อยละ 14.5 สำหรับการก่อสร้างนอกเหนือจากที่กล่าวข้างต้นแต่ละหมู่อ้อยมีสัดส่วนต่ำกว่าร้อยละ 0.6 ของจำนวนสถานก่อสร้างทั้งหมด ได้แก่ การรื้อถอนและเตรียมสถานที่ก่อสร้าง ตลอดจนการติดตั้งสิ่งก่อสร้าง กิจกรรมก่อสร้างเฉพาะงานอื่นๆ การติดตั้งระบบประปา ระบบทำความร้อน และระบบระบายอากาศ การก่อสร้างโครงการสาธารณูปโภค การก่อสร้างถนนและทางรถไฟ และการก่อสร้างโครงการวิศวกรรมโยธาอื่นๆ ตามลำดับ

การก่อสร้างถนนและทางรถไฟ การก่อสร้างโครงการสาธารณูปโภค การก่อสร้างโครงการงานวิศวกรรมโยธาอื่นๆ และการรื้อถอน เป็นกลุ่มที่มีจำนวนคนทำงานมากที่สุด 3 อันดับแรก และสถานประกอบการก่อสร้างในกรุงเทพมหานคร ส่วนใหญ่เป็นสถานประกอบการที่มีวงเงินรับเหมาก่อสร้าง 10-49 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 32.1 ส่วนสถานประกอบการที่มีวงเงินรับเหมาก่อสร้างตั้งแต่ 50 ล้านบาทขึ้นไปมีเพียงร้อยละ 13.5

ในปี 2551 ลูกจ้างในอุตสาหกรรมก่อสร้างที่ตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร ได้รับค่าตอบแทนแรงงานรวมทั้งสิ้นประมาณ 16,665.9 ล้านบาท หรือเฉลี่ยต่อคนต่อปีประมาณ 122,377

บาท โดยลูกจ้างที่ปฏิบัติงานอยู่ในอุตสาหกรรมก่อสร้างเกี่ยวกับการก่อสร้างสาธารณูปโภคได้รับค่าตอบแทนเฉลี่ยต่อคนต่อปีสูงสุดประมาณ 151,173 บาท รองลงมาเป็นลูกจ้างที่ปฏิบัติงานในสถานประกอบการอุตสาหกรรมก่อสร้างเกี่ยวกับการติดตั้งระบบประปา ระบบทำความร้อน และระบบระบายอากาศ และการสร้างถนนและทางรถไฟ ซึ่งได้รับค่าตอบแทนต่อคนต่อปี 147,997 และ 144,808 บาท ตามลำดับ¹⁴ หากได้มีการส่งเสริมให้มีการขยายตัวของธุรกิจสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้างย่อมเกิดประโยชน์ในแง่ของการกระจายรายได้ และด้านตลาดแรงงานของประเทศ

นอกจากนี้ ข้อมูลลงทุนของภาครัฐด้านการก่อสร้างในไตรมาสที่ 3/2556 พบว่าด้านการก่อสร้าง แม้ว่าการก่อสร้างของทางรัฐบาลกลางและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะหดตัวลง แต่สำหรับการก่อสร้างของรัฐวิสาหกิจขยายตัวต่อเนื่อง ร้อยละ 13.3 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นโครงการต่อเนื่อง เช่น โครงการรถไฟฟ้ามหานคร สายเฉลิมรัชมงคล การก่อสร้างโครงการรถไฟฟ้าสายสีม่วง บางใหญ่ – ราษฎร์บูรณะ ช่วงบางใหญ่ – บางซื่อ การก่อสร้างรถไฟฟ้าสายสีน้ำเงิน ช่วงหัวลำโพง – บางแค และช่วงบางซื่อ – ท่าพระ การก่อสร้างโรงไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย โครงการก่อสร้างพัฒนาสายส่งพลังงานไฟฟ้าของการไฟฟ้านครหลวง โครงการก่อสร้างระบบจำหน่ายกระแสไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายภูมิภาค¹⁵ ซึ่งโครงการก่อสร้างพื้นฐานเหล่านี้จากการศึกษาพบว่าส่วนใหญ่จะดำเนินการก่อสร้างโดยบริษัทมหาชนจำกัดที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญ ศักยภาพด้านเทคนิคการผลิต ซึ่งมีความหลากหลาย ซึ่งบริษัทมหาชนจำกัดจะดำเนินกิจการรับเหมาก่อสร้างโดยเข้าร่วมกับบริษัทอื่นในลักษณะกิจการร่วมค้า (Joint Venture) เพื่อรับงานจากหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และเอกชนเพื่อประมูลโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง หรือโครงการที่บริษัทยังขาดประสบการณ์การทำงานมาก่อน โดยเป็นการร่วมกันเพื่อให้มีคุณสมบัติและศักยภาพครบตามที่ผู้ว่าจ้างต้องการ หรือเพื่อใช้ประโยชน์จากเครื่องจักร และความชำนาญของบุคลากรของแต่ละฝ่าย

ดังนั้นการที่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติห้ามมิให้บริษัทเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเป็นอุปสรรคต่อการค้าและการลงทุน เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติถึงสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นหนึ่งในสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้สอดคล้องกับหลักสากลในต่างประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมยึดถือเป็นหลักการสำคัญ โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 43 ได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” เห็นว่าการบัญญัติห้ามใดๆที่เป็นการกระทบสิทธิดังกล่าวควรมุ่งถึงสภาพการณ์ของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และการดำเนินชีวิตในขณะนั้น

จวบจนปัจจุบันก็ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับสภาพของกิจการร่วมค้า เนื่องจากคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่ากิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 เช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนสามัญ ดังนั้น トラบใดที่กิจการร่วมค้ายังถูกตีความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงจากลักษณะของการเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น คู่สัญญาร่วมค้าก็จะต้องรับผิด

¹⁴ สำนักงานสถิติเศรษฐกิจและสังคม, "รายงานการสำรวจอุตสาหกรรมก่อสร้างของกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2552.", หน้า 21-29.

¹⁵ สำนักบัญชีประชาชาติ, "ผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ ไตรมาสที่ 3/2556.", หน้า 12.

อย่างไม่จำกัดเสมือนเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด ซึ่งจะทำให้มีปัญหาตามมาว่าบริษัทมหาชนที่ประสงค์จะทำกิจการร่วมค้าจะตกอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 ซึ่งบัญญัติให้ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยมีผลให้ความตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ ดังนั้นหากมีบริษัทมหาชนจำกัดที่ไม่ได้ศึกษารายละเอียดของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด และได้เข้าทำกิจการร่วมค้าขึ้น จะก่อให้เกิดปัญหาว่าสัญญาที่ทำนั้นเป็นโมฆะ การจัดการใดๆที่ได้กระทำไปเป็นอันเสียไปทั้งหมด ซึ่งจะสร้างความเสียหายอย่างมากมายมหาศาล

ประเด็นการตีความของศาลฎีกาเกี่ยวกับกิจการร่วมค้านี้ มีนักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3848/2531 เป็นการวินิจฉัยถึงความรับผิดของคู่สัญญาร่วมค้า ซึ่งเป็นการนำกฎหมายหุ้นส่วนมาใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง มากกว่าที่จะสรุปว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่ก็มีนักวิชาการอีกกลุ่มมีความเห็นว่า แม้คำพิพากษานี้จะไม่ได้วินิจฉัยถึงความรับผิดของผู้ร่วมค้าในทางสัญญาไว้ แต่การกระทำของคู่สัญญาร่วมค้าฝ่ายหนึ่งที่ได้ทำสัญญาที่เป็นธรรมดาการค้าขายของกิจการร่วมค้า ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นก็ต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาดังกล่าวเช่นเดียวกัน

แต่ไม่ว่าจะมีความเห็นเกี่ยวกับการตีความกิจการร่วมค้าเป็นอย่างไรก็ตาม ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายในประเทศไทยนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงสถานภาพของกิจการร่วมค้าไว้ แม้ว่าประมวลรัษฎากร มาตรา 39 จะได้ให้ความหมายคำว่ากิจการร่วมค้าเอาไว้ แต่ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของกิจการร่วมค้าเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรนั้นถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี มิใช่กฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของกิจการร่วมค้า เหมือนดังเช่นกฎหมายเอกเทศสัญญา แม้ว่าประมวลรัษฎากรจะมีการให้คำจำกัดความกิจการร่วมค้าไว้อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ได้ให้คำจำกัดความไว้ ดังนั้นในการพิจารณาถึงผลทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่อาจจะถือคำจำกัดความในทางธุรกิจรวมทั้งคำจำกัดความตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากรเป็นตัวตัดสินว่ากิจการร่วมค้านั้นเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญหรือไม่ ซึ่งจะส่งผลต่อการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้าโดยตรง เนื่องจากหากตราบใดที่กิจการร่วมค้ายังมีลักษณะของการเป็นหุ้นส่วนสามัญอยู่ การที่บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้าย่อมขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด

ดังนั้นการที่บริษัทมหาชนจะเข้าทำกิจการร่วมค้าแล้วจะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 12 หรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับพิจารณาว่ากิจการร่วมค้านั้นเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่นั่นเอง

4.2.1.3 สถานภาพของกิจการร่วมค้า

ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดกล่าวถึงกิจการร่วมค้าไว้โดยตรง มีแต่เพียงประมวลรัษฎากร มาตรา 39 ที่ได้ให้คำนิยามของกิจการร่วมค้าไว้ว่า “กิจการร่วมค้า ได้แก่ กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางการค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือระหว่างบริษัทและ/หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีเช่นนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น”

จะเห็นว่ากิจการร่วมค้าตามประมวลรัษฎากรนั้นจะต้องมีฝ่ายหนึ่งเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ในขณะที่อีกฝ่ายจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และแม้จะเป็นนิติบุคคลที่ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล” ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 39 ก็ สามารถเป็นกิจการร่วมค้าได้ เช่น รัฐบาลหรือองค์กรของรัฐบาล ซึ่งหากเข้าร่วมกับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ก็ถือว่าเป็นกิจการร่วมค้าได้ แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ร่วมค้าต่างเป็นบุคคลธรรมดาด้วยกัน จะมีฐานะตามประมวลรัษฎากรเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญหรือคณะบุคคลที่ไม่ใช่นิติบุคคลและเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องกิจการร่วมค้าไว้โดยตรง จึงทำให้เกิดปัญหาในการตีความว่า สัญญากิจการร่วมค้าที่ใช้กันในวงการธุรกิจอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด ส่งผลถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบทางสัญญาในระหว่างคู่สัญญาและต่อบุคคลภายนอก ดังนั้น แม้ว่าจะมีการให้คำจำกัดความกิจการร่วมค้าไว้อย่างไรก็ตาม ดังนั้นในการพิจารณาถึงผลทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่อาจจะถือคำจำกัดความในกรณีใดกรณีหนึ่งรวมทั้งคำจำกัดความตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากรเป็นหลัก เนื่องจากประมวลรัษฎากรจะได้ให้ความหมายคำว่ากิจการร่วมค้าเอาไว้ ก็เพื่อประโยชน์ในการเสียภาษีเงินได้ของนิติบุคคลของกิจการร่วมค้าเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี มิใช่กฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของกิจการร่วมค้าเหมือนดังเช่นกฎหมายเอกเทศสัญญา

สิ่งสำคัญในการลงทุนทำธุรกิจคือการดำเนินธุรกิจให้เหมาะสมกับรูปแบบธุรกิจของตน ในปัจจุบันการร่วมลงทุนของนักธุรกิจต่างชาติกับเอกชนเจ้าของประเทศกำลังเป็นที่นิยมเป็นอันมากในแวดวงธุรกิจ ในรูปแบบการลงทุนร่วมซึ่งเพิ่มศักยภาพของกิจการอีกด้วย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้มีนักธุรกิจชาวต่างชาติต่างเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น โดยการลงทุนอาจเป็นไปในลักษณะการเข้ามาประกอบกิจการโดยที่นักธุรกิจต่างชาติเป็นเจ้าของกิจการทั้งหมด หรือร่วมลงทุนกับบริษัทท้องถิ่นแล้วเปิดสาขาบริษัท บริษัทลูกในเครือบริษัทแม่จากต่างประเทศในประเทศที่ต้องการดำเนินธุรกิจ รวมไปถึงการลงทุนในลักษณะการเข้าร่วมลงทุนหรือทำกิจการร่วมค้ากับนักธุรกิจในประเทศไทย ซึ่งการเข้ามาลงทุนในลักษณะดังกล่าวเป็นที่นิยมกันมาก เนื่องจากทั้งนักธุรกิจชาวต่างชาติและนักธุรกิจฝ่ายไทยต่างก็ได้รับประโยชน์จากอีกฝ่ายหนึ่งในการเข้าร่วมลงทุนกัน ในด้านนักธุรกิจต่างชาติก็ได้รับประโยชน์จากนักธุรกิจชาวไทยในแง่ของการติดต่อประสานงานกับหน่วยงานหรือสถานที่ราชการในท้องถิ่น อีกทั้งนักธุรกิจไทยย่อมทราบถึงบรรยากาศการลงทุนภายในประเทศเป็นอย่างดี ตลอดจนข้อมูลด้านกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับแนวปฏิบัติ แนวนโยบายภายในของรัฐบาล และสภาพสังคมวัฒนธรรมและเศรษฐกิจในประเทศ อีกทั้งผู้ร่วมลงทุนฝ่ายไทยสามารถที่จะจัดหาแหล่งเงินทุนและขออนุมัติสินเชื่อจากสถาบันการเงินภายในประเทศได้ดีกว่าในขณะที่นักธุรกิจฝ่ายไทยยังได้รับประโยชน์ในแง่การถ่ายทอดความรู้และประสบการณ์ในการบริหารงาน ตลอดจนการถ่ายโอนเทคโนโลยีใหม่ ๆ ตลอดจนเงินลงทุนจากต่างประเทศ นอกจากนี้บรรดาผู้ประกอบการชาวไทยเองหากมีความต้องการจะประกอบธุรกิจในลักษณะร่วมลงทุนโดยทำกิจการร่วมค้าเพื่อเป็นการเพิ่มศักยภาพทางธุรกิจส่งผลทำให้มีเงินทุนในกิจการ เพิ่มความเชื่อถือในสถานะทางการเงิน ซึ่งเป็นประโยชน์ในการกู้ยืมเงินมาใช้ลงทุนในกิจการและยังเป็นการลดความเสี่ยงในการขาดทุน เป็นการกระจายความเสี่ยงในการลงทุน บางครั้งยังเป็นการลดการแข่งขันทางธุรกิจเปลี่ยนจากคู่แข่งกันเป็นคู่ค้าอีกด้วย

กิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล (Unincorporated Joint Venture) นั้น มีความคล้ายคลึงกับการดำเนินธุรกิจแบบห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนอยู่บางประการ กล่าวคือ เป็น สัญญาชนิดหนึ่งซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงทำธุรกิจการค้าร่วมกันไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันโดย ชัดแจ้งหรือปริยาย มีการร่วมลงทุนด้วยเงินสดทรัพย์สินหรือแรงงานและดำเนินการกระทำกิจการอย่าง ใดอย่างหนึ่งร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหาผลประโยชน์มาแบ่งกัน ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกัน กับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนนอกจากนี้กิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลจะไม่มี ฐานะเป็นบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นคู่สัญญาเหมือนกรณีห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

การที่บริษัทมหาชนจะเข้าทำกิจการร่วมค้าแล้วจะเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 12 หรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับพิจารณาว่ากิจการร่วมค่านั้นเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่นั่นเอง

ในทางปฏิบัติรูปแบบของกิจการร่วมค้าในประเทศไทย มักจะกระทำกันใน 2 รูปแบบ คือ

(1) กิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ซึ่งมักจะเป็น การรวมตัวของบริษัทต่าง ๆ เพื่อเข้ารับงานที่มีลักษณะเป็นโครงการขนาดใหญ่ เช่น งานรับเหมา ก่อสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐาน เป็นต้น ซึ่งลักษณะงานจะเป็นโครงการใหญ่ที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญ เฉพาะด้านอีกทั้งเทคโนโลยีที่ทันสมัย ส่วนใหญ่แล้วเป็นโครงการที่มีอยู่แล้วจบไปในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เมื่อ ปฏิบัติงานเสร็จเรียบร้อยแล้วกิจการร่วมค้ามักจะสิ้นสุดลง ดังนั้นการรวมตัวในลักษณะดังกล่าวนี้จึงไม่มี ความจำเป็นต้องจดทะเบียนให้มีรูปแบบอย่างเป็นทางการ เป็นเพียงการรวมตัวกันนั้นเพื่อบรรลุ เป้าหมายอย่างเฉพาะเจาะจงเท่านั้น โดยคู่สัญญากิจการร่วมค้าจะผูกพันกันด้วยข้อตกลงสัญญา กิจการร่วมค้าประเภทนี้จึงมีชื่อเรียกว่า กิจการร่วมค้าที่เกิดจากสัญญา (Contractual Joint Venture)

(2) กิจการร่วมค้าแบบจดทะเบียน (Incorporate Joint Venture) กิจการร่วมค้าในรูปแบบนี้ มักเป็นกิจการที่มีลักษณะการร่วมกันถาวร เช่น ฝ่ายผู้ร่วมค้าซึ่งเป็นบริษัทของประเทศไทยมี ความสามารถด้านการตลาดและจัดจำหน่ายเนื่องจากเป็นคนชาติย่อมรู้ถึงบรรยากาศการลงทุน ตลอดจน กฎเกณฑ์ข้อบังคับ และการติดต่อกับหน่วยงานราชการของไทยดี ในขณะที่บริษัทต่างชาติเป็นฝ่ายที่มี เทคโนโลยีขั้นสูงในการผลิต จึงอาจจะมีการร่วมทุนกันเพื่อจัดตั้งโรงงานขึ้นผลิตสินค้าออกจำหน่าย การ ทำกิจการร่วมค้าประเภทนี้ มักทำในรูปแบบจดทะเบียนเป็นบริษัท โดยที่บริษัทต่างประเทศและบริษัทไทย ถือหุ้นเป็นอัตราส่วนต่อกัน และมีข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นหรือสัญญาร่วมค้า (Shareholders' Agreement of Joint Venture Agreement) สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้าในรูปแบบนี้เป็น บริษัทจำกัด มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้สถานภาพ กิจการร่วมค้า แม้จะมีการจดทะเบียน แต่ก็ไม่ได้ถือเป็นการจดทะเบียนกิจการร่วมค้า

ปัญหาเรื่องที่ว่าบริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับสถานะของ กิจการร่วมค้าว่าถือเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ ซึ่งปัญหานี้ก็มีแต่เฉพาะในกิจการร่วมค้าในรูปกิจการร่วม ค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture)

เบื้องต้นเมื่อได้พิจารณาว่าเหตุใดบริษัทมหาชนจำกัดจึงต้องการที่กระทำกิจการร่วมค้าแบบ ไม่จดทะเบียน พบว่างานที่กิจการร่วมค้าประเภทนี้จะทำนั้น มักลักษณะเป็นโครงการขนาดใหญ่ ใช้เทคโนโลยีและเงินทุนสูง เมื่อปฏิบัติงานเสร็จเรียบร้อยแล้วกิจการร่วมค้ามักจะสิ้นสุดลง ดังนั้นการรวมตัว ในลักษณะดังกล่าวนี้จึงไม่มีความจำเป็นต้องจดทะเบียนให้มีรูปแบบอย่างเป็นทางการ เป็นเพียงการ

รวมตัวกันนั้นเพื่อบรรลุเป้าหมายอย่างเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบริษัทไม่ได้ต้องการรวมตัวกันในลักษณะของห้างหุ้นส่วนที่ยืนยาวถาวรจึงไม่จดทะเบียน อีกทั้งโครงการที่กิจการร่วมค้าร่วมกันทำนั้นมักอยู่ในรูปโครงการที่ใช้เงินลงทุนสูง ผู้ประกอบการจึงไม่ได้อยากทำในรูปบริษัท เนื่องจากความยุ่งยากในการดำเนินงานจัดตั้ง และการจัดการงานในบริษัทที่จะต้องผ่านที่ประชุมผู้ถือหุ้น เมื่อเทียบกับการรวมตัวในลักษณะไม่เป็นทางการแบบกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) แล้ว การทำงานย่อมมีความคล่องตัวกว่า เริ่มต้นด้วยมีคู่สัญญา 2 ฝ่ายตกลงเข้าร่วมกันก็สามารถกระทำกิจการร่วมค้าได้แล้วโดยอาศัยข้อตกลง แตกต่างจากบริษัทที่มีจำนวนขั้นต่ำไว้และมีขั้นตอนการดำเนินกิจการที่ซับซ้อนกว่ารูปแบบกิจการร่วมค้ามาก อีกทั้งกิจการร่วมค้าผู้ร่วมค้าทุกคนมีอำนาจออกหน้าจัดการงานได้เท่าเทียมกัน เหมือนเช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่ในทางปฏิบัติเวลาผู้ร่วมค้าไปทำกิจการกันนั้น คู่สัญญาร่วมค้ามักจะแยกกันไปดำเนินงานในส่วนของตนตามความเชี่ยวชาญในแต่ละด้าน เช่น ในโครงการรับเหมาก่อสร้างสะพานให้กับราชการ คู่สัญญากิจการร่วมค้าฝ่ายหนึ่งมีความเชี่ยวชาญในการตอกเสาเข็ม คู่สัญญาร่วมค้าอีกฝ่ายมีความชำนาญในการอาบน้ำยาโครงสร้างเหล็กของสะพาน ก็ย่อมแยกกันไปทำงานส่วนที่ตนรับผิดชอบ เป็นต้น

ดังนั้น จะเห็นว่าอันที่จริงในทางปฏิบัตินั้นกิจการร่วมค้ามักจะแยกกันทำงาน ซึ่งสามารถกระทำได้ง่ายกว่าการทำร่วมกันทั้งหมดเป็นห้างหุ้นส่วน แค่เพียงคู่สัญญาร่วมค้าเข้าร่วมกันตกลงทำสัญญาก็สามารถจดทะเบียนสัญญาว่าคู่สัญญาร่วมค้าฝ่ายใดจำกัดงานอยู่ในขอบเขตอย่างไร รับผิดชอบงานในส่วนไหน ซึ่งจะชัดเจนว่าภาระที่แต่ละฝ่ายต้องรับผิดชอบมีอยู่เล็กน้อยเพียงใด

พิจารณาแล้วเห็นว่า ลักษณะกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียนนั้น มีความคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนสามัญอย่างมาก โดยเกิดจากการที่บุคคลสองฝ่ายขึ้นไปตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือปริยาย มีการร่วมลงทุนด้วยกันไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สิน เงิน แรงงาน หรือบริการ เพื่อทำกิจการใดกิจการหนึ่ง โดยประสงค์จะแสวงหากำไรจากกิจการนั้น ประเด็นสำคัญคือกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียนและห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาเกี่ยวกับกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียนและห้างหุ้นส่วนสามัญมีข้อแตกต่างกันในบางประการ กล่าวคือ

(1) ผู้เป็นคู่สัญญากิจการร่วมค้า โดยทั่วไปแล้วจะมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลเสมอ ดังจะเห็นได้จากคำนิยาม มาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร ในขณะที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจะมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกล่าวว่าผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญจะมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้นคงจะไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากมาตรา 1012 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปที่นำมาใช้กับห้างหุ้นส่วน ตลอดจนบริษัทจำกัดได้วางหลักว่า สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดเป็นสัญญาที่จะต้อง มี “บุคคล” ตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้าร่วมทำกิจการร่วมกัน แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่มีบทบัญญัติใดในที่ระบุดัง “บุคคล” ว่าเป็น “บุคคลธรรมดา” เท่านั้น รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าให้รวมไปถึง “นิติบุคคล” มีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3657/2531 ที่ศาลได้วินิจฉัยว่า นิติบุคคลก็อาจเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ บุคคลที่ตกลงเข้าร่วมกันเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดนั้น จึงเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ย่อมแสดงให้เห็นว่า “บุคคล” ตามมาตรา 1012 อาจมีความหมายรวมถึงนิติบุคคลด้วย

อย่างไรก็ดี ก็มีข้อโต้แย้งว่านิติบุคคลไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ เนื่องจากหลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญนั้น ผู้เขียนมีความเห็นในประเด็นนี้ว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญมีความรับผิดชอบในหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด และถือหลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ แต่ในขณะที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลมีความรับผิดชอบจำกัดและคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญ จึงเป็นสาเหตุที่ว่าบริษัทจะไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้ เนื่องจากมีคุณสมบัติขัดกัน แต่ห้างหุ้นส่วนในกิจการต่างๆในปัจจุบันได้พัฒนาขึ้นเป็นอย่างมาก ทำให้ห้างหุ้นส่วนมีความสำคัญเหนือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วน ดังนั้น ห้างหุ้นส่วนพึงพึงคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนน้อยลง หลักกฎหมายที่ว่าห้างหุ้นส่วนอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญก็ผ่อนคลายความเคร่งครัดลงไป ดังนั้นการที่บริษัทจะไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนก็ผ่อนคลายลงไปด้วย ประกอบกับนิติบุคคลสามารถมีความมั่นคงน่าเชื่อถือได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาเช่นกัน เห็นได้จากการที่นิติบุคคลสามารถเข้าเป็นตัวแทนได้ ซึ่งสัญญาตัวแทนก็ถือคุณสมบัติของผู้เป็นตัวแทนเป็นสาระสำคัญ

(2) ขอบเขตของกิจการร่วมค้ามักจะเข้าไปในลักษณะการประกอบกิจการเฉพาะกิจ ประกอบกิจการเจาะจง (Ad hoc) เพียงอย่างเดียว หรือเป็นเพียงโครงการเดียวซึ่งเมื่อเสร็จสิ้นแล้วสัญญากิจการร่วมค้าก็จะเลิกไป ในขณะที่ห้างหุ้นส่วนจะมีลักษณะการประกอบกิจการหลายอย่างต่อเนื่องไป

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ห้างหุ้นส่วนที่ตั้งขึ้นเพื่อดำเนินกิจการเฉพาะเพียงอย่างเดียวก็สามารถเกิดขึ้นได้ พิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1055 (3) ซึ่งบัญญัติว่าหลักว่าห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมเลิกกัน ด้วยเหตุที่ว่าหากสัญญาทำไว้เฉพาะเพื่อทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดแต่อย่างเดียวเมื่อเสร็จการนั้นห้างหุ้นส่วนก็ย่อมเลิกกัน แสดงให้เห็นว่า ห้างหุ้นส่วนนอกจากจะประกอบกิจการในลักษณะทั่วไปแล้ว ยังสามารถจัดตั้งห้างเพื่อดำเนินกิจการเฉพาะอย่างได้ ดังนั้นจึงไม่อาจสรุปได้ว่ากิจการร่วมค้าต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญ เนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งกิจการร่วมค้าเป็นการประกอบกิจการในลักษณะเฉพาะกิจ ไม่ได้มีความแตกต่างกันในเนื้อหา หากแต่เป็นเพียงความแตกต่างในรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น

(3) กิจการร่วมค้าที่ระบุในข้อสัญญากิจการร่วมค้าว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่เป็นตัวแทนซึ่งกันและกัน การบริหารจัดการต้องทำร่วมกันเสมอ เวลาลงนามในสัญญาที่ต่างต้องเซ็นควบคู่กัน จะไม่สามารถที่จะมอบหมายให้แก่กัน แตกต่างจากลักษณะของห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนซึ่งสามารถมอบหมายให้ผู้เป็นหุ้นส่วนใดเป็นผู้จัดการก็ได้เนื่องจากผู้เป็นหุ้นส่วนต้องผูกพันในการอันหุ้นส่วนคนอื่น กระทำไปในทางที่เป็นธรรมการค้ำของห้างหุ้นส่วน ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1050 ซึ่งบัญญัติว่า

“การใด ๆ อันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมการค้ำขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้น ๆ ด้วย และจะต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้น”

ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่ายไม่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาร่วมค้าร่วมค้าฝ่ายอื่น มีผลผูกพันเฉพาะในระหว่างคู่สัญญาร่วมค้าร่วมค้าด้วยกันเท่านั้น แต่ไม่อาจยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้

บุคคลภายนอกเมื่อคู่สัญญาร่วมค้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าของกิจการร่วมค้านั้น ผู้ร่วมค้าก็ย่อมต้องถูกผูกพันต่อบุคคลภายนอกด้วยในที่สุด

(4) สัญญากิจการร่วมค้าอาจกำหนดข้อตกลงไม่ให้กิจการร่วมค้าสิ้นสุดลงอันเนื่องมาจากการตาย ล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถของผู้ร่วมค้า แตกต่างจากห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1055 (5) บัญญัติว่า

“ห้างหุ้นส่วนย่อมเลิกกันด้วยเหตุดังกล่าวต่อไปนี้...

(5) เมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตาย หรือล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ”

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1055 (5) ไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมหรืออันดีของประชาชน แม้สัญญากิจการร่วมค้าจะกำหนดข้อตกลงข้อยกเว้นให้แตกต่างจากบทบัญญัติไปก็สามารถกระทำได้

(5) สัญญากิจการร่วมค้าอาจระบุกำหนดไว้ว่ากิจการร่วมค้าที่ตั้งขึ้นไม่ใช่ห้างหุ้นส่วนหรือคู่สัญญาไม่ประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วนในขณะที่ห้างหุ้นส่วนโดยทั่วไปที่ก่อตั้งขึ้นด้วยประสงค์จะตั้งห้างหุ้นส่วน

ผู้เขียนเห็นว่า คู่สัญญาของห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนก็อาจจะไม่มีเจตนาที่จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วน โดยมีการระบุว่ากิจการร่วมค้าที่ตั้งขึ้นไม่ใช่ห้างหุ้นส่วน หรือคู่สัญญาไม่ประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วนนั้น แต่หากเจตนาและการกระทำครบองค์ประกอบเงื่อนไขการเกิดห้างหุ้นส่วนสามัญแล้ว ซึ่งก็ต้องพิจารณาจากข้อสัญญาว่าเข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขการเกิดห้างหุ้นส่วนหรือไม่ โยเป็นการพิจารณาในลักษณะภาวะวิสัย (Objective) หากครบองค์ประกอบการเกิดห้างหุ้นส่วนแล้ว แม้ว่าสัญญาจะระบุว่ากิจการร่วมค้าดังกล่าวไม่เป็นการก่อตั้งห้างหุ้นส่วน และคู่สัญญาไม่มีเจตนาก่อตั้งห้างหุ้นส่วน หรือจะมีชื่อเรียกอย่างไรก็ตาม ก็ต้องใช้กฎหมายห้างหุ้นส่วนมาบังคับกับสัญญาดังกล่าว มิฉะนั้นแล้วจะก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมายขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้คู่สัญญากิจการร่วมค้าจะตกลงทำข้อตกลงระบุว่ากิจการร่วมค้าที่ตั้งขึ้นไม่ใช่ห้างหุ้นส่วนหรือคู่สัญญาไม่ประสงค์จะก่อตั้งห้างหุ้นส่วนก็ตาม แต่ก็ไม่มีสิทธิอ้างกับบุคคลภายนอกถึงข้อตกลงระหว่างหุ้นส่วนนี้ เพราะถึงอย่างไรเมื่อเกิดความเสียหายขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาร่วมค้าต่อบุคคลภายนอกก็ยังคงเสี่ยงที่ถูกละเมิดว่าเป็นลักษณะห้างหุ้นส่วนพิจารณาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้คู่สัญญาร่วมกันรับผิดชอบร่วมกันต่อคนภายนอก

ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้เขียนมีความเห็นว่า อันที่จริงไม่น่าจะเป็นดังที่ศาลวินิจฉัยในบางส่วน เนื่องจากหากร่วมกันทำกิจการร่วมค้าในโครงการหนึ่ง โดยแบ่งแยกหน้าที่กันทำในส่วนที่ตนมีความเชี่ยวชาญ ฝ่ายหนึ่งรับผิดชอบในส่วน Hardware อีกฝ่ายรับผิดชอบส่วน Software เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นมาในส่วนผลงานของฝ่าย Software ก็ไม่ควรที่จะไปฟ้องร้องเอา กับฝ่าย Hardware ซึ่งเมื่อเทียบกับกิจการประเภท “กิจการค้าร่วม” (Consortium) จะเห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยของสรรพากรว่าแยกความรับผิดชอบแต่ละคู่สัญญาจากกันชัดเจน ซึ่งเมื่อเทียบกับกรณีนี้ พบว่ากิจการค้าร่วม (Consortium) มีแง่ดีในเรื่องการแยกความรับผิดชอบระหว่างกันชัดเจน

(6) กิจการร่วมค้าอาจจะมีข้อสัญญากำหนดแบ่งแยกงานและหน้าที่ความรับผิดชอบของกิจการร่วมค้าออกเป็นส่วน ๆ ได้ แตกต่างกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนจะต้องร่วมกันรับผิดชอบในหนี้ของห้างทั้งปวงโดยไม่จำกัดจำนวน ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์มาตรา 1050 ซึ่งกำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนผูกพันในการกระทำใด ๆ ที่ได้ทำไปในทางที่เป็นธรรมตามการค้าขายของห้างหุ้นส่วน

ผลแห่งข้อสัญญาที่กำหนดแบ่งแยะงานและหน้าที่ความรับผิดชอบของกิจการร่วมค่านี้นี้จะแตกต่างจากห้างหุ้นส่วนหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญากิจการร่วมค่านี้นั้นจะตกอยู่ในบังคับของกฎหมายใด หากเป็นกรณีเห็นว่าเป็นสัญญานอกบรรพ 3 หรือสัญญาไม่มีชื่อ ผลของสัญญากิจการร่วมค่านี้นั้นจะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนิติกรรมสัญญา ในขณะที่หากเห็นว่าสัญญากิจการร่วมค่านี้นั้นเป็นสัญญาห้างหุ้นส่วน ผลของสัญญากิจการร่วมค่านี้นั้นจะตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

เนื่องจากเคยมีศาลได้วินิจฉัยไว้ใน คำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ว่ากิจการร่วมค่านี้นี้จะต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน กิจการร่วมค่านี้นี้ถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้ร่วมค่านี้นั้นในสัญญากิจการร่วมค่านี้นี้จึงต้องร่วมกันรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค่านี้นั้น

ในปัจจุบันนี้ ยังไม่ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่แน่ชัด ในประเด็นเรื่องสถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค่านี้นี้ กฎหมายที่จะมาใช้บังคับกับสัญญากิจการร่วมค่านี้นี้ ในเรื่องสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบในทางสัญญาของผู้ร่วมค่านี้นั้นยังไม่อาจชี้ชัดไปได้ว่าสัญญากิจการร่วมค่านี้นี้เป็นสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นสัญญาไม่มีชื่อ มีเพียงคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางละเมิดของคู่สัญญาร่วมค่านี้นี้ต่อบุคคลภายนอก ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำพิพากษาศาลฎีกานี้ได้วินิจฉัยถึงความรับผิดชอบของคู่สัญญาร่วมค่านี้นี้โดยเป็นการนำกฎหมายหุ้นส่วนมาใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง มากกว่าจะสรุปได้ว่ากิจการร่วมค่านี้นี้เป็นห้างหุ้นส่วน แต่ทั้งนี้แม้ศาลจะไม่ได้วินิจฉัยถึงความรับผิดชอบของคู่สัญญากิจการร่วมค่านี้นี้ในทางสัญญา แต่ก็อาจถือได้ว่าหากคู่สัญญาร่วมค่านี้นี้ฝ่ายหนึ่งได้ทำสัญญาในทางที่เป็นธรรมตามการค้าของกิจการร่วมค่านี้นี้ ทำให้ผู้ร่วมค่านี้นั้นต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในบรรดาหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาร่วมค่านี้นี้ดังกล่าวเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่าแม้กิจการร่วมค่านี้นี้จะมีลักษณะคล้ายคลึงกับห้างหุ้นส่วนเป็นอันมาก แต่ตามกฎหมายอเมริกันนั้น กิจการร่วมค่านี้นี้แตกต่างจากการดำเนินธุรกิจในรูปแบบอื่นที่มีการเข้าร่วมกันตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยเป็นการรวมตัวกันดำเนินกิจการอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ ที่มีลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนชั่วคราว และมีการเลิกกันเมื่อบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ โดยไม่ถือว่าการร่วมกันดำเนินกิจการดังกล่าวนี้เป็นห้างหุ้นส่วน แม้ว่าอาจจะมีการเป็นเจ้าของทรัพย์สินร่วมกันก็ตาม แม้ว่าจะมีการนำหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนมาบังคับใช้กับกิจการร่วมค่านี้นี้แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ากิจการร่วมค่านี้นี้คือห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด

ในประเทศอังกฤษ กิจการร่วมค่านี้นี้ไม่จำเป็นจะต้องเป็นห้างหุ้นส่วนเสมอไป การที่คู่สัญญาตกลงแบ่งผลกำไรและขาดทุนร่วมกัน ก็ไม่ได้ทำให้กิจการร่วมค่านี้นี้เป็นห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด

ฉะนั้น เมื่อกิจการร่วมค่านี้นี้ได้มีสถานะเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท และยังไม่มีการรับรองฐานะและสิทธิหน้าที่ของผู้ร่วมกิจการดังกล่าว การจะมีความผูกพันระหว่างกันและต่อบุคคลภายนอกอย่างชัดแจ้ง มีเพียงแต่การนำกฎหมายหุ้นส่วนมาใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ปัญหาที่ผู้เขียนเห็นว่าควรต้องวินิจฉัยตามข้อตกลงและทางปฏิบัติของผู้ร่วมกิจการร่วมค่านี้นี้ ซึ่งเป็นคู่สัญญากัน อีกทั้งการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกด้วย โดยผู้เขียนมีความเห็นว่ากิจการร่วมค่านี้นี้มีลักษณะเข้าองค์ประกอบตามหลักกฎหมายหุ้นส่วน แต่เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยสรรพากรแล้วพบกิจการรูปแบบ

หนึ่งมีความน่าสนใจมาก กล่าวคือ เป็นการเข้าร่วมทำการค้าประเภทหนึ่งที่เรียกว่า “กิจการค้าร่วม” (Consortium) เนื่องจากแม้มีการเข้าร่วมกันทำการค้าตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยแต่ละฝ่ายจะรับผิดชอบในส่วนของตน แต่ไม่มีการร่วมทุนหรือแบ่งปันผลกำไรหรือขาดทุนระหว่างกัน แม้เมื่องานเสร็จสิ้นแล้วก็จะยุติลงเหมือนกิจการร่วมค้า แต่การที่ไม่ได้นำทุนมาลงทุนร่วมกัน แต่ละฝ่ายรับงานเพียงส่วนใด ส่วนหนึ่งของงานทั้งหมด คู่สัญญาต่างก็แบ่งแยกกันทำงานของฝ่ายตนอย่างชัดเจน จวบจนเมื่อถึงเวลาชำระเงินค่าตอบแทน ก็แยกกันรับเฉพาะในส่วนของตนต่างหากจากกัน แต่ถือเป็นกลุ่มบริษัทจึงไม่มีหน่วยภาษี โดยกิจการค้าร่วมนี้เป็นทางเลือกที่น่าสนใจแก่ผู้ที่ต้องการสิทธิประโยชน์จากภาษี คู่สัญญาแต่ละฝ่าย นำรายได้ของตนมาจ่ายภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเอง ส่วนในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบนั้น โดยปกติ กิจการการค้าร่วม (Consortium) จะต่างฝ่ายต่างรับผิดชอบ เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น ซึ่งแตกต่างจาก กิจการร่วมค้าประเภทไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ที่มีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกร่วมกัน แต่ในระหว่างกันเองอาจตกลงแบ่งแยกความรับผิดชอบได้ อีกทั้งยังแตกต่างจากกิจการร่วมค้ารูปแบบจดทะเบียน (Incorporated Joint Venture) ซึ่งผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก บริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาแยกเป็นอิสระจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ผู้ถือหุ้นคงรับผิดชอบเพียงจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังสงฆ์ไม่ครบ

ดังนั้นประเด็นควรพิจารณาคือ เมื่อกิจการค้าร่วมไม่ใช่กิจการร่วมค้าอย่างที่สรรพากรให้ความเห็น หากบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการค้าร่วม กิจการการค้าร่วมนี้จะถูกตีความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญเช่นเดียวกับกิจการร่วมค้าหรือไม่ เนื่องจากหากไม่ได้จดทะเบียนศาลก็อาจตีความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนได้ ซึ่งโดยปกติแล้วกิจการการค้าร่วมนี้ ได้ใช้เพื่อสิทธิประโยชน์ทางภาษี สรรพากรมองว่าไม่ใช่เป็นกิจการร่วมค้า อันถือเป็นหน่วยภาษี ดังนั้นผู้ร่วมทำกิจการการค้าร่วมจึงต้องแยกจ่ายภาษีในส่วนของแต่ละคน มีประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ หนึ่งกับบุคคลภายนอก กิจการการค้าร่วมต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกโดยถือว่าเป็นหนึ่งร่วมกันหรือไม่ หากถือว่าเป็นหนึ่งร่วมกัน จะเข้าข่ายเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ อันต้องห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้า

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติยังพบว่าโครงสร้างการดำเนินงานกิจการร่วมค้าอาจมีการแบ่งงานกันทำอย่างชัดเจน ทั้งในรูปแบบของข้อตกลงกิจการร่วมค้า ซึ่งบางครั้งอาจจะไม่ได้มีการระบุข้อตกลงแบ่งงานกันทำอย่างชัดเจน แต่เป็นไปในทางปฏิบัติ เนื่องจากลักษณะโครงการก่อสร้างบางส่วนอาจถูกแบ่งแยกมอบหมายให้กับคู่สัญญารับผิดชอบต่อความคล่องตัวในการดำเนินงาน ทำให้เกิดประเด็นถกเถียงว่า กิจการร่วมค้าที่มีข้อสัญญากำหนดแบ่งแยกงานและหน้าที่ความรับผิดชอบของกิจการร่วมค้าออกเป็นส่วน ๆ เช่นนี้ แตกต่างกับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน ซึ่งจะมีลักษณะร่วมการทำงานด้วยกัน นอกจากนี้ยังทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า แม้จะมีการดำเนินกิจการโดยใช้ชื่อว่ากิจการร่วมค้า (Joint Venture) แต่ในการปฏิบัติงานจริงกลับมีการแบ่งแยกงานออกเป็นส่วนต่างๆ ให้คู่สัญญารับผิดชอบต่อ ส่งผลให้การบริหารงานกิจการร่วมค้าดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับการบริหารงานในรูปแบบกิจการการค้าร่วม (Consortium)

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า หากตราบิตที่กิจการร่วมค้ายังไม่สามารถหลีกเลี่ยงลักษณะของการเป็นหุ้นส่วนสามัญได้ ไม่ว่าจะด้วยแนวการตีความ หรือลักษณะข้อตกลงของกิจการร่วมค้านี้เอง การที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้าย่อมขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจ

หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญได้ผ่อนคลายความเคร่งครัดลง จนเป็นเหตุให้แนวคิดที่ว่าบริษัทจะไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้เนื่องจากมีคุณสมบัติขัดกันนั้น ไม่น่าจะเคร่งครัดอีกต่อไป เนื่องจากปัจจุบันห้างหุ้นส่วนได้พัฒนาจนมีความสำคัญเหนือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วน ดังนั้น ห้างหุ้นส่วนพึงพึงคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนน้อยลง หลักกฎหมายที่ว่าห้างหุ้นส่วนอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญก็ควรจะผ่อนคลายความเคร่งครัดลงไป ดังนั้นการห้ามไม่ให้บริษัทจะไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนก็ผ่อนคลายลงไปด้วย ประกอบกับนิติบุคคลเองก็มีความมีความมั่นคงน่าเชื่อถือได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา

การเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนของบริษัทในต่างประเทศเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับในหลายประเทศ ดังได้เห็นจากการศึกษาแนวคิดและกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศอังกฤษมีแนวคิดที่จะให้นิติบุคคลที่เป็นบริษัทเข้าเป็นห้างหุ้นส่วนได้เมื่อพิจารณากฎหมายที่ใช้บังคับกิจการร่วมค้าในอังกฤษแล้ว จึงพบว่า ประเทศอังกฤษถือว่าสัญญากิจการร่วมค้าใดที่มีลักษณะเข้าเกณฑ์การเกิดห้างหุ้นส่วน สัญญากิจการร่วมค้านั้น ก็ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายห้างหุ้นส่วนโดยตรง และมีผลทำให้ผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่าย มีอำนาจกระทำการแทนผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นและผู้ร่วมค้าแต่ละฝ่าย จะต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในหนี้ของกิจการร่วมค้าโดยไม่จำกัดจำนวน และผู้ร่วมค้ามีหน้าที่ที่จะไม่ทำการค้าแข่งกับกิจการร่วมค้า เว้นแต่จะมีข้อตกลงพิเศษเป็นอย่างอื่น

ปัจจุบันได้มีรูปแบบองค์กรธุรกิจที่มีนิติบุคคลเป็นหุ้นส่วนเกิดขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการทางธุรกิจ โดยผู้ประกอบการสามารถที่จะเลือกประกอบธุรกิจในรูปแบบใดก็ได้ โดย LLPs เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย จัดตั้งโดยการจดทะเบียนต่อนายทะเบียน ซึ่งผลของการจดทะเบียนทำให้สถานะทางกฎหมายของ LLPs ถือว่าเป็นนิติบุคคลแยกออกจากสมาชิกผู้เป็นเจ้าของใน LLPs ทำให้ LLPs มีสิทธิหน้าที่และความรับผิด ตลอดจนหนี้สิน และมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นของตนเอง โดยมีสัญญาข้อตกลง LLPs เป็นตัวกำหนดสิทธิหน้าที่ และความรับผิดระหว่างผู้เป็นสมาชิกใน LLPs ด้วยกันเอง และระหว่างตัว LLPs กับผู้เป็นสมาชิกใน LLPs ซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับให้ LLPs จะต้องมีข้อตกลง LLPs แต่เพื่อความชัดเจนและป้องกันข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นภายหลัง จึงมักต้องมีข้อตกลงไว้ LLPs ต้องประกอบไปด้วยสมาชิกอย่างน้อย 2 คน เรียกว่า “member” ซึ่งแตกต่างจากที่ใช้เรียกหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น โดยสมาชิกอาจจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ และผู้เป็นสมาชิกใน LLPs มีความรับผิดจำกัดเพียงสิ่งที่ตนนำมาลงทุนเท่านั้น ดังนั้นผู้เป็นหุ้นส่วนใน LLPs ไม่ต้องรับผิดชอบในหนี้ของ LLPs เหมือนเช่นห้างหุ้นส่วนของไทย LLPs มีสิทธิประโยชน์ทางภาษี โดยเสียภาษีรูปแบบเดียวกับห้างหุ้นส่วนในส่วนตัวองค์กร LLPs นั้นไม่ต้องเสียภาษีจากผลกำไรที่ได้จากการประกอบกิจการ แต่ภาระภาษีจะถูกส่งผ่านไปยังผู้เป็นสมาชิกของ LLPs โดยจะนำไปรวมเสียภาษีเป็นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของผู้เป็นสมาชิก LLPs

ประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคิดเกี่ยวกับการที่นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ผู้เขียนมีความเห็นว่านิติบุคคลสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ไม่น่าจะเป็นการขัดกับลักษณะพื้นฐานของบริษัทแต่อย่างใด เนื่องจากบริษัทสามารถมอบอำนาจให้บุคคลภายนอกเป็นผู้มีอำนาจบริหารจัดการควบคุมบริษัทได้ในเมื่อนิติบุคคลซึ่งสามารถทำการต่างๆได้โดยผ่านบุคคลซึ่งเป็นตัวแทน

เท่านั้น สามารถทำสัญญากับบุคคลอื่นโดยมอบอำนาจในการบริหารควบคุมนิติบุคคล ดังนั้น โดยอาศัยอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลดังกล่าว จึงควรอนุญาตให้ทำสัญญาห้างหุ้นส่วนที่ให้อำนาจผู้เป็นหุ้นส่วนรายอื่นในการควบคุมบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนอย่างเท่าเทียมกับตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมื่อหุ้นส่วนมักมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการร่วมกันอยู่แล้ว ในขณะที่ผู้แทนนิติบุคคลอาจมีอำนาจควบคุมโดยเด็ดขาด

หากนิติบุคคลสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ กิจการร่วมค้ากับห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนก็ย่อมไม่แตกต่างกัน แม้ว่าทั่วไปแล้วกิจการร่วมค่านั้นจะมีลักษณะเป็นการรวมตัวระหว่างนิติบุคคลกับนิติบุคคล ในขณะที่ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนโดยทั่วไปจะเป็นการรวมตัวกันระหว่างบุคคลธรรมดาต่อบุคคลธรรมดา แต่ก็ไม่ใช่ความแตกต่างด้านเนื้อหา เป็นเพียงความแตกต่างในระดับความมากน้อยเท่านั้น¹⁶

จากการศึกษารูปแบบองค์กรธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า มีองค์กรธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่ทำให้เห็นว่าในบางกรณีนิติบุคคลก็สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งองค์กรธุรกิจรูปแบบนี้ถูกพัฒนาขึ้นมาเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศ ปัญหาเรื่องการจำกัดความรับผิดของผู้เป็นเจ้าของและการเสียภาษีซ้ำซ้อนในรูปแบบองค์กรธุรกิจเรียกกันว่า Limited Liability Company (LLC) โดยที่ LLC นั้นมีสถานะแยกต่างหากจากผู้เป็นสมาชิก สิทธิหน้าที่และความรับผิดของ LLC จึงแยกออกจากตัวผู้เป็นสมาชิกใน LLC โดยผู้เป็นสมาชิก LLC มีความรับผิดจำกัดเพียงสิ่งที่ตนนำมาลงทุนด้วยเท่านั้น ความรับผิดของสมาชิก LLC จำกัดเพียงสิ่งที่ลงทุนไปเช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งมีความรับผิดเพียงค่าหุ้นที่ค้างชำระ ดังนั้นหากสมาชิกใน LLC ได้ส่งมอบหุ้นให้แก่ LLC ครบถ้วนแล้วสมาชิกจึงไม่มีความรับผิดใดๆในหนี้จาก LLC อีก เพราะเมื่อ LLC ก่อหนี้ขึ้นมาจะอยู่ที่ทุนของ LLC รวมทั้งไม่ต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกหรือความรับผิดทางอาญาที่เกิดจากการกระทำละเมิดของผู้เป็นสมาชิกหรือผู้จัดการ LLC บางรัฐได้เปิดโอกาสให้นิติบุคคลเข้ามาเป็นผู้จัดการ LLC ได้นอกจากกำหนดให้ผู้จัดการของ LLC เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งมีความเห็นว่าการอนุญาตให้นิติบุคคลเข้ามาเป็นผู้จัดการใน LLC นี้ถือเป็นข้อแตกต่างสำคัญระหว่าง LLC กับบริษัทจำกัด ซึ่งในบริษัทจำกัดนั้นผู้มีอำนาจจัดการงานของบริษัทคือกรรมการและกรรมการในบริษัทจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น

ส่วนในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น หลักทั่วไปของกฎหมายบริษัทสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คือสร้างสมดุลระหว่างระหว่างเอกสิทธิ์ของการจำกัดความรับผิดและผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ของบริษัท¹⁷ ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายบริษัทจำกัดรวมไปถึงบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ มีเจตนารมณ์หนักแน่นมุ่งหมายที่จะคุ้มครองเจ้าหนี้ แตกต่างจากกฎหมายห้างหุ้นส่วน ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการย่อมมีความรับผิดเป็นส่วนตัวในการกระทำอันเป็นกิจการของห้าง หลักการคุ้มครองเจ้าหนี้ในกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ คุ้มครองเจ้าหนี้โดยผ่านระบบทุนจดทะเบียน และหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน (Kapitalerhaltungsregeln) โดยหลักการนี้มีไว้เพื่อป้องกันมิให้มีการแจกจ่ายทุนของบริษัทให้กับผู้ถือหุ้น เพื่อที่อย่างน้อยจะได้เหลือ

¹⁶ ธรรมนูญ พิทยาภรณ์, "สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า," หน้า.66..

¹⁷ CarstenJungmann, German GmbH Law Das deutsche, GmbH Recht A Guide to German Company with Limited Liability Including Bilingual Versions of the Relevant statutes., pp.1-2.

ทรัพย์สินเพื่อใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทเมื่อมีการเลิกบริษัท โดยหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์จำกัดมีความเข้มงวดมากกว่าในกรณีบริษัทจำกัด

มีพัฒนาการของบริษัทจำกัดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผู้เขียนได้พบประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับการใช้บริษัทจำกัด (GmbH) ซึ่งเป็นนิติบุคคลในการสร้างองค์กรธุรกิจรูปแบบพิเศษขึ้นมา โดยแสดงให้เห็นถึงรูปแบบหนึ่งของการที่นิติบุคคลจะสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ยิ่งไปกว่านั้น มันเป็นการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดอีกด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าบ่อยครั้งในทางปฏิบัติบริษัทจำกัดอาจจะมิวัตถุประสงค์ทางธุรกิจเป็นพิเศษ กล่าวคือบริษัทสามารถก่อตั้งขึ้นเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะใช้เป็นที่หุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด (Kommanditgesellschaft) ซึ่งองค์กรธุรกิจรูปแบบนี้มีชื่อเรียกว่า “GmbH & Co. KG” ซึ่งให้เห็นว่าองค์กรธุรกิจนี้ดำเนินกิจการในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนจำกัด แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดนี้ไม่ได้มีผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นบุคคลธรรมดาตามธรรมชาติ แต่มีบริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการในห้างหุ้นส่วนจำกัด

นอกจากนี้ยังมีรูปแบบองค์กรธุรกิจ “KGaA” ซึ่งมีสถานะเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด เป็นการผสมผสานระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด (KG) กับบริษัท (AG) ซึ่งเป็นบริษัทมีลักษณะใกล้เคียงกับบริษัทมหาชนจำกัดของไทย โดย KGaA จะมีหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดอย่างน้อย 1 คนมาทำหน้าที่ผู้จัดการห้าง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น บริษัทก็สามารถเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดได้ ผลคือบริษัทนิติบุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนี้ ก็จะมีคามรับผิดเพียงเท่ากับทุนของบริษัทนั่นเอง แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดประเภทนี้จะไม่มีการมี Board of Management เหมือนในบริษัท AG แต่บริหารและเป็นตัวแทนโดยผู้จัดการห้างซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด

4.3 ผลดีและผลเสียของการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

4.3.1 ผลดีของการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

บริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทขนาดใหญ่ ซึ่งมีเงินทุนและศักยภาพในการดำเนินธุรกิจที่ต้องใช้เงินทุนและเทคโนโลยีสูง ในปัจจุบันบริษัทที่มีศักยภาพในการทำกิจการร่วมค้าอันเป็นกิจการที่มีเม็ดเงินลงทุนสูงได้ก็น่าจะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด แต่บริษัทมหาชนจำกัดกลับไม่สามารถจะเข้ากิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ได้ เนื่องจากเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติบริษัทจำกัดมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ที่ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ ซึ่งเป็นผลกระทบสืบเนื่องมาจากผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า กิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวน กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ดังนั้นจากผลแห่งคำพิพากษานี้ หากบริษัทมหาชนจำกัดมีความประสงค์จะทำกิจการร่วมค้าจึงไม่สามารถกระทำได้นอกจากจะตกอยู่ในสถานะหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน ทำให้ความตกลงที่ได้ทำไปนั้นเป็นโมฆะ และหากบริษัทมหาชนประสงค์จะเข้าทำกิจการร่วมค้า ทางออกของบริษัทมหาชนจำกัดที่ประสงค์จะทำกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) คือ ต้องใช้วิธีตั้งบริษัทย่อย ซึ่งเป็นบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำเอาบริษัทย่อยดังกล่าวไปทำกิจการร่วมค้า โดยมีบริษัทมหาชนจำกัด

นั่นเองเป็นผู้ค้ำประกัน เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ย่อมสื่อให้เห็นชัดเจนอยู่แล้วว่าบริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นมานั้นก็เป็นไปเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ของบริษัทมหาชนจำกัด

จากการที่ได้สัมภาษณ์พบว่าบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งประกอบกิจการธุรกิจในสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้างที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญและศักยภาพด้านเทคนิคการผลิต ดำเนินธุรกิจรับเหมาก่อสร้างทั้งจากภาครัฐและเอกชน มักจะดำเนินกิจการรับเหมาก่อสร้างร่วมกับบริษัทอื่นในลักษณะกิจการร่วมค้า (Joint Venture) เพื่อรับงานจากหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และเอกชนเพื่อประมูลโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง หรือโครงการที่บริษัทยังขาดประสบการณ์การทำงานมาก่อน โดยเป็นการร่วมกันเพื่อให้มีคุณสมบัติและศักยภาพครบที่ผู้ว่าจ้างต้องการ หรือเพื่อใช้ประโยชน์จากเครื่องจักร และความชำนาญของบุคลากรของแต่ละฝ่าย ทำให้เสี่ยงต่อการถูกตีความว่าเป็นการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด อันเป็นเหตุให้ขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 12

ดังนั้น หากมีการส่งเสริมให้มีการทำกิจการร่วมค้าให้มีความคล่องตัว โดยขจัดปัจจัยที่เป็นอุปสรรคของการค้าและการลงทุน ย่อมจะส่งผลต่อการขยายตัวของธุรกิจสายงานวิศวกรรมและการก่อสร้าง ก่อให้เกิดประโยชน์ในแง่ของการกระจายรายได้ และด้านตลาดแรงงานของประเทศ เนื่องจากการขยายตัวอย่างต่อเนื่องของโครงการสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานของรัฐวิสาหกิจในปัจจุบัน เช่น โครงการรถไฟฟ้า โครงการรถไฟใต้ดิน การก่อสร้างโรงไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย โครงการก่อสร้างพัฒนาระบบสายส่งพลังงานไฟฟ้าของการไฟฟ้านครหลวง โครงการก่อสร้างระบบจำหน่ายกระแสไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายภูมิภาค ซึ่งจากการศึกษาพบว่าโครงการก่อสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานเหล่านี้ ส่วนใหญ่จะดำเนินการก่อสร้างโดยบริษัทมหาชนจำกัดที่มีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญ ศักยภาพด้านเทคนิคการผลิต ซึ่งมีความหลากหลาย ซึ่งบริษัทมหาชนจำกัดเหล่านี้จะดำเนินกิจการรับเหมาก่อสร้างโดยเข้าร่วมกับบริษัทอื่นในลักษณะกิจการร่วมค้า (Joint Venture) เพื่อรับงานจากหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และเอกชนเพื่อประมูลโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูง หรือโครงการที่บริษัทยังขาดประสบการณ์การทำงานมาก่อน โดยเป็นการร่วมกันเพื่อให้มีคุณสมบัติและศักยภาพครบตามที่ผู้ว่าจ้างต้องการ หรือเพื่อใช้ประโยชน์จากเครื่องจักร และความชำนาญของบุคลากรของแต่ละฝ่าย อีกทั้งยังเป็นการเอื้อต่อการส่งเสริมให้มีการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ เนื่องจากข้อกำหนดในการประกอบกิจการบางประเภท ที่จำกัดมิให้นิติบุคคลต่างด้าวประกอบกิจการ ทำให้นิติบุคคลต่างด้าวเหล่านี้จำเป็นต้องเข้าร่วมลงทุนรูปแบบกิจการร่วมค้ากับผู้ประกอบกิจการในประเทศ หรือข้อกำหนดในสัญญาของผู้ว่าจ้างซึ่งมีการกำหนดให้ต้องดำเนินงานร่วมกับนิติบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่บริหารงานโดยชาวต่างประเทศ เนื่องจากผู้ว่าจ้างได้รับการสนับสนุนด้านการเงินจากประเทศเหล่านั้น และมีข้อกำหนดให้โครงการต้องว่าจ้างทรัพยากรจากประเทศผู้ให้การสนับสนุนทางการเงิน หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์และการขอรับความช่วยเหลือจากภาครัฐ

นอกจากนี้กรณีบริษัทขนาดเล็กถึงขนาดกลางซึ่งไม่มีเงินทุนเพียงพอ ก็สามารถขยายธุรกิจของตนได้โดยอาศัยการเข้าทำกิจการร่วมค้ากับบริษัทอื่น จึงมีความคิดเห็นว่าหากมีการทำกิจการร่วมค้าเพิ่มขึ้น ย่อมส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศอย่างแน่นอน เพราะเมื่อมีการร่วมตัวกันของบริษัท

ต่างๆ ก็จะทำให้เกิดการขยายตัวของธุรกิจ จึงเห็นสมควรส่งเสริมให้มีการทำกิจการร่วมค้าเพิ่มมากยิ่งขึ้นในอนาคต

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าบริษัทมหาชนจำกัดควรที่จะเข้าทำกิจการร่วมค้าได้ แม้ว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดจะมุ่งคุ้มครองประชาชนผู้ถือหุ้นรายย่อยๆ ซึ่งไม่มีอำนาจจัดการในบริษัทเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัท ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากความเสียหายจากการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน จึงได้บัญญัติห้ามเอาไว้เช่นนี้ แต่ในความเป็นจริงผู้ถือหุ้นก็ได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจะจำกัดรับผิดเท่ามูลค่าหุ้นที่ตนเองถือเท่านั้น

บริษัทมหาชนจำกัดซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากตัวผู้ถือหุ้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นมา ตัวบริษัทมหาชนจำกัดต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดในหนี้โดยไปอยู่ในส่วนของทุนของบริษัท ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ถึงแม้จะไม่มีเหตุที่บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องรับผิดอย่างไม่จำกัดอันเนื่องมาจากผลของการเข้าทำกิจการร่วมค้าแล้วตกอยู่ภายใต้การตีความว่าต้องรับผิดไม่จำกัดอย่างห้างหุ้นส่วนสามัญ บริษัทมหาชนจำกัดก็สามารถเสียหายล้มละลายได้จากเหตุอื่นเช่นกัน เพราะในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันในทางธุรกิจว่าความรับผิดอย่างไม่จำกัดเป็นเพียงความเสี่ยงหนึ่งของการประกอบธุรกิจเท่านั้น การลงทุนในธุรกิจในรูปแบบอื่นอาจมีความเสี่ยงมากกว่าการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน เหตุเพราะบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า อีกทั้งสอดคล้องกับเจตนาของผู้ถือหุ้น ซึ่งการที่ผู้ถือหุ้นต้องการจำกัดความรับผิดนั้นก็เพื่อลดความเสี่ยงและภาระในการควบคุมผู้ถือหุ้นอื่น และที่สำคัญเพื่อที่บริษัทจะสามารถลงทุนในกิจการที่มีความเสี่ยงสูงได้

ดังนั้นหากบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าได้ จะเป็นการส่งเสริมทางด้านความร่วมมือทางธุรกิจในระดับมหภาค เนื่องจากจะมีเม็ดเงินลงทุนเข้ามาจากต่างประเทศ หรือแม้กระทั่งเป็นการขยายตัวทางเศรษฐกิจของไทยเอง เนื่องจากจะทำให้มีเงินทุนหมุนเวียนในเศรษฐกิจ เหตุเพราะกิจการร่วมค้าในตัวกิจการร่วมค้าเองเป็นรูปแบบองค์กรที่น่าสนใจในสายตาของนักธุรกิจ นอกจากมุมมองด้านประโยชน์ทางภาษี กล่าวคือ

1. เหตุผลทางด้านเงินลงทุน กิจการร่วมค้าซึ่งเป็นโครงการที่มุ่งการลงทุนสูงต้องใช้เงินทุนมาก ผู้ประกอบธุรกิจอาจไม่สามารถจัดหาเงินลงทุนแต่เพียงผู้เดียวได้ จึงมีความจำเป็นจะต้องเข้าร่วมลงทุนกับบุคคลอื่นในการประกอบกิจการ
2. เนื่องจากเป็นโครงการที่ใหญ่ บางครั้งผู้ลงทุนไม่ต้องการทำในรูปแบบบริษัท เนื่องจากกระบวนการต่างๆ ยากมากกว่าการเข้าทำกิจการร่วมค้า ด้วยเหตุที่ว่า มีคู่สัญญากิจการร่วมค้าเพียง 2 ฝ่ายก็เพียงพอแล้วที่จะสามารถดำเนินกิจการร่วมค้าได้ ไม่ต้องตกอยู่ในเงื่อนไขที่ต้องให้มีสมาชิกถึงสามคนจึงจะตั้งกิจการขึ้นมาได้ ทั้งนี้การจัดตั้งกิจการร่วมค้าอาศัยเพียงแค่ข้อสัญญาระหว่างกัน อีกทั้งในการบริหารจัดการก็สามารถกระทำได้ด้วยตัวเอง ไม่ต้องติดขัดกับความยุ่งยากเกี่ยวกับที่ประชุมผู้ถือหุ้น แต่ทั้งนี้การบริหารงานต้องทำร่วมกันเสมอ การเซ็นสัญญาก็ต้องเซ็นควบคู่กันจะมอบหมายให้แก่กันไม่ได้อย่างห้างหุ้นส่วนสามัญ
3. ในบางประเทศมีกฎหมายที่น่าสนใจ คือ กำหนดให้นักลงทุนต่างประเทศที่ต้องการเข้ามาลงทุนภายในประเทศ ต้องทำเป็นรูปแบบกิจการร่วมค้าเพื่อที่จะจะได้มีการถ่ายโอนเทคโนโลยีและความเชี่ยวชาญ

4. ด้านการกระจายความเสี่ยง การร่วมกันทำกิจการร่วมค้า ซึ่งบางกรณีมีความเสี่ยงต่อการขาดทุนสูง ผลขาดทุนของกิจการร่วมค้าก็จะกระจายไปยังคู่สัญญาร่วมค้าหลายฝ่ายเพื่อลดความเสี่ยงลง นอกจากนี้การที่ได้เข้าร่วมกับคู่สัญญาร่วมค้าที่มีประสบการณ์และความชำนาญเฉพาะด้านย่อมลดความเสี่ยงลงได้อีกทางหนึ่งด้วย
5. หากคู่สัญญากิจการร่วมค้าทุกฝ่ายประกอบกิจการประเภทเดียวกัน การร่วมทุนกันทำกิจการร่วมค้าจะทำให้ได้รับประโยชน์ด้วยกันทุกฝ่ายในแง่ของการลดค่าใช้จ่าย
6. การเข้าทำกิจการร่วมค้าในบางครั้งเป็นการเปลี่ยนให้คู่แข่งทางธุรกิจมาเป็นคู่ค้าในธุรกิจนั้นๆ เนื่องจากผู้เข้าทำกิจการร่วมค้าส่วนใหญ่จะต้องเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์คร่ำหวอดอยู่ในแวดวงธุรกิจนั้นๆมานาน

จะเห็นได้ว่าการขจัดอุปสรรคในการที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าออกไปได้ จะเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศสืบไป

4.3.2 ผลเสียของการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการบัญญัติห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น เนื่องจากต้องการคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทมหาชนจำกัด โดยเป็นไปตาม “หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน” ทั้งนี้ก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ของบริษัทด้วย เนื่องจากผู้ถือหุ้นจะได้รับเงินส่วนของตนที่ลงในบริษัทก็ต่อเมื่อมีการเลิกบริษัท ซึ่งต้องเป็นกรณีที่ยังคงมีทรัพย์สินเหลืออยู่ภายหลังจากการได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทแล้ว การที่เจ้าหนี้ของบริษัทจะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนก็มาจกเหตุผลของการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทเช่นเดียวกัน เพราะบริษัทมหาชนจำกัดมีสภาพบุคคลแยกออกจากจากผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ของบริษัทจึงไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นชำระหนี้แก่ตนได้ มีสิทธิเพียงเรียกร้องเอาจากตัวบริษัทเท่านั้น

ดังนั้นทุนของบริษัทย่อมเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ บริษัทไม่สามารถกระทำการใดอันเป็นการทำให้ทุนของบริษัทลดลงโดยมิชอบ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้ของบริษัท อีกทั้งหากบริษัทได้กระทำการใดอันมีผลให้ทุนของบริษัทลดลงโดยมิชอบ ย่อมส่งผลทำให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทได้รับเงินคืนไม่ครบจำนวนตามที่ตนได้ลงไว้ และสืบเนื่องจากหลักการที่ว่านี้ บริษัทจะต้องดำรงรักษาทุนไว้ไม่สามารถกระทำการใด อันเป็นลักษณะการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของบริษัทหรือก่อความเสียหายให้เกิดขึ้นกับทุนของบริษัท โดยนำทุนของบริษัทไปใช้ในกิจการอื่นนอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ของบริษัทไม่ได้ เพราะจะถือว่าเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจ (Ultra Vires)

แต่ทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทนั้น ไม่ได้เข้มงวดจนถึงขนาดว่าบริษัทไม่สามารถนำทุนไปใช้ได้เลย หรือต้องเก็บรักษาทุนไว้ให้คงอยู่ครบถ้วนตลอดเวลา เนื่องจากบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทที่มีขนาดใหญ่ มีเงินทุนสูงและศักยภาพในการดำเนินธุรกิจย่อมสามารถนำทุนของบริษัทนี้มาใช้ต่อยอดในกิจการงานของบริษัทเหมือนกับเงินในส่วนอื่นๆ รวมไปถึงการเข้าทำกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน ทั้งนี้หากวัตถุประสงค์ของบริษัทไม่ได้ห้ามไว้ก็ไม่น่าจะขัด

กับหลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน เนื่องจากการประกอบธุรกิจย่อมมีความเสี่ยง แต่การนำเงินทุนไปดำเนินธุรกิจดังกล่าวอาจต้องประสบกับภาวะขาดทุนเป็นผลทำให้เงินทุนเรือนหุ้นนี้ลดลงก็ตาม

ในขณะที่ผู้ถือหุ้นได้รับความคุ้มครองอยู่แล้วเนื่องมาจากหลักจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดรับผิดชอบมูลค่าหุ้นที่ตนเองถือ เนื่องจากหลักทั่วไปของการประกอบธุรกิจที่ย่อมมีความเสี่ยง แต่หากความเสี่ยงสูงมากจนเกินไปจนบริษัทไม่สามารถจะแบกรับได้ ก็จะเป็นการ “ผลักรถให้ล้ม” ซึ่งเป็นข้อเสียของหลัก Limited Liability เนื่องจากตัวบริษัทได้จำกัดหนี้ไว้เพียงทุนของบริษัท หากบริษัทก่อนหน้ามากกว่าที่บริษัทได้จำกัดไว้ก็ไม่สามารถไปเรียกให้ผู้ถือหุ้นชดใช้ได้ ภาระที่เหลือก็จะตกอยู่กับสังคม โดยภาระจะตกอยู่กับผู้ใดก็ต้องพิจารณาจากมุมมองของเจ้าหน้าที่ ซึ่งปกติเจ้าหน้าที่ของบริษัทจะแบ่งเป็น เจ้าหน้าที่ที่เกิดจากนิติกรรมสัญญา และเจ้าหน้าที่นิติเหตุ หรือที่เรียกกันว่าเจ้าหน้าที่ละเมิด กล่าวคือ

กรณีเจ้าหน้าที่ที่เกิดจากนิติกรรมสัญญานั้นภาระที่เหลือของบริษัทจะถูกกำหนดตกลงไว้ในสัญญาว่าจะมีการชดใช้ให้แก่กันอย่างไร ซึ่งบางกรณีอาจมีเงื่อนไขรับประกันไว้

กรณีเจ้าหน้าที่นิติเหตุ ภาระที่เหลือของบริษัทไม่สามารถตกลงกันได้ ภาระที่เหลือของบริษัทจึงตกแก่สังคม เช่น รัฐบาลอาจจะต้องตั้งกองทุนเข้ามาเยียวยาแก้ไขความเสียหายนั้น

จึงควรมีมาตรการสร้างสมดุลระหว่างระหว่างเอกสิทธิ์ของการจำกัดความรับผิดและผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของบริษัทควบคู่กันไปเพื่อป้องกันหรือบรรเทาเบาบางความเสียหาย

4.4 มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

เนื่องจากผลแห่งคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า ผู้ร่วมค้าในสัญญากิจการร่วมค้าต้องร่วมกันรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวนในการกระทำละเมิดที่อยู่ในกิจการร่วมค้านั้น กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญดั่งนั้นจากผลแห่งคำพิพากษานี้ หากบริษัทมหาชนจำกัดมีความประสงค์จะทำกิจการร่วมค้า จะไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12

ซึ่งทางออกของบริษัทมหาชนจำกัดที่ประสงค์จะทำกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) จึงต้องใช้วิธีตั้งบริษัทย่อย ซึ่งเป็นบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำเอาบริษัทย่อยดังกล่าวไปทำกิจการร่วมค้า โดยมีบริษัทมหาชนจำกัดนั้นเองเป็นผู้ค้าประกัน เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วผู้เขียนจึงเห็นควรที่จะให้มีมาตรการที่เหมาะสมที่จะให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้ากิจการร่วมค้าได้ กล่าวคือ หากกิจการร่วมค้ายังคงถูกตีความให้เป็นห้างหุ้นส่วนอยู่เช่นนี้ การที่บริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าก็จะติดขัดที่ มาตรา 12 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าควรให้มีการนำเอามาตรานี้ออกไป แม้ว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดมุ่งคุ้มครองประชาชนผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายย่อยๆ ซึ่งไม่มีอำนาจจัดการในบริษัทเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัท โดยมองว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นเหล่านี้อาจตกอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งอ้างว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของกิจการ บทบัญญัติจึงมุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปที่อาจจะได้รับผลกระทบจากความเสียหายจากการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน แต่บริษัทมหาชนจำกัดมี

สถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากตัวผู้ถือหุ้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นมาตัวบริษัทมหาชนจำกัดต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในหนี้ โดยไปอยู่ในส่วนของทุนของบริษัท ในส่วนของผู้ถือหุ้นนั้นก็ได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีความรับผิดจำกัดเพียงเท่ามูลค่าหุ้นที่ตนถืออยู่เท่านั้น จึงเห็นว่าแม้จะไม่มีเหตุที่จะไปกระทบผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดให้ต้องรับผิดไม่จำกัด อันเนื่องมาจากผลของการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน เนื่องจากได้รับความคุ้มครองตามหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นอยู่แล้ว บริษัทมหาชนจำกัดก็สามารถเสียหายล้มละลายได้จากเหตุอื่นๆเช่นกัน เพราะในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันในทางธุรกิจว่า ความรับผิดไม่จำกัดเป็นเพียงความเสี่ยงหนึ่งของการประกอบธุรกิจเท่านั้น การลงทุนในธุรกิจในรูปแบบอื่นอาจจะมีความเสี่ยงมากกว่าการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน เหตุเพราะบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

แต่ทั้งนี้ควรสร้างสมดุลระหว่างระหว่างเอกสิทธิ์ของการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นและผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของบริษัท กล่าวคือ ควรมีการประกันให้เจ้าหน้าที่พอใจเนื่องจากเจ้าหน้าที่จะเป็นผู้ได้รับผลกระทบมากที่สุดจากการที่บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิด จึงควรมีมาตรการเพื่อคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของบริษัทมหาชนจำกัด โดยเป็นไปตาม “หลักการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุน” ทั้งนี้ก็เป็นไปเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่ของบริษัทด้วย เนื่องจากผู้ถือหุ้นจะได้รับเงินส่วนของตนที่ลงในบริษัทที่ต่อเมื่อมีการเลิกบริษัท ซึ่งต้องเป็นกรณีที่ยังคงมีทรัพย์สินเหลืออยู่ภายหลังจากการได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ของบริษัทแล้ว การที่เจ้าหน้าที่ของบริษัทจะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนก็มาจากเหตุผลของการดำรงรักษาไว้ซึ่งทุนของบริษัทเช่นเดียวกัน เพราะบริษัทมหาชนจำกัดมีสภาพบุคคลแยกออกต่างหากจากผู้ถือหุ้น เจ้าหน้าที่ของบริษัทจึงไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นชำระหนี้แก่ตนได้ มีสิทธิเพียงเรียกร้องเอาจากตัวบริษัทเท่านั้น เห็นควรกำหนดมาตรการคุ้มครองเจ้าหน้าที่โดยอาจทำสัญญาค้ำประกันในวงเงินที่สมประโยชน์กันทั้งฝ่ายบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมีความจำเป็นในการลงทุน และเจ้าหน้าที่อันมีสิทธิเรียกร้องโดยชอบธรรม

นอกจากนี้หากจะให้บทบัญญัติมาตรานี้ยังคงอยู่ต่อไป ควรมีการควบคุมกำกับดูแลกิจการที่ดีบังคับกับบริษัทมหาชนให้เกิดผลอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ควรที่จะมีบทบัญญัติห้ามไว้แต่ในความเป็นจริงทางปฏิบัติก็ไปเสี่ยงกันโดยวิธีอื่น หรือจงใจกระทำฝ่าฝืน หรืออาจกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ จึงควรมีบทลงโทษที่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากปัจจุบันมีการเข้าทำกิจการร่วมค้าในลักษณะนี้ ถ้าหากมองว่าเป็นเรื่องที่เหมาะสมห้าม และควบคุมก็ควรจะมีมาตรการบังคับให้โทษแก่กรรมการให้ต้องรับผิดชอบเมื่อเกิดการเข้าทำกิจการร่วมค้าอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 12

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า บริษัทมหาชนไม่สามารถเข้าเป็นผู้ร่วมค้าในกิจการร่วมค้าที่ไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) ซึ่งกิจการร่วมค้าประเภทนี้มักจะเป็นการรวมตัวกันของบริษัทที่เป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ๆ เช่น งานก่อสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานต่างๆ ซึ่งเป็นลักษณะโครงการที่ใหญ่ใช้เงินทุนและเครื่องมืออุปกรณ์เทคโนโลยีขั้นสูง ต้องอาศัยประสบการณ์และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เมื่อคู่สัญญามารวมตัวกันทำกิจการร่วมค้าในโครงการร่วมกันดังกล่าว เมื่อโครงการแล้วเสร็จก็แยกจากกันไป ไม่ได้จดทะเบียนกิจการร่วมค้าอันจะทำให้กิจการร่วมค่านั้นมีสถานะเป็นนิติบุคคลมีสถานทางกฎหมายเป็นบริษัทจำกัด เหมือนดังกรณีกิจการร่วมค้าแบบจดทะเบียน (Incorporated Joint Venture) แต่อย่างไร

สืบเนื่องมาจากผลแห่งคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่า กิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดชอบโดยไม่จำกัดจำนวน กิจการร่วมค้าจึงถือเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ดังนั้นจากผลแห่งคำพิพากษานี้ หากบริษัทมหาชนจำกัดมีความประสงค์จะทำกิจการร่วมค้า จะไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 ซึ่งทางออกของบริษัทมหาชนจำกัดที่ประสงค์จะทำกิจการร่วมค้าแบบไม่จดทะเบียน (Unincorporated Joint Venture) เหล่านี้ จึงต้องใช้วิธีตั้งบริษัทย่อยขึ้นมา ซึ่งเป็นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วนำเอาบริษัทย่อยดังกล่าวนี้ไปทำกิจการร่วมค้า โดยมีบริษัทมหาชนจำกัดนั่นเองเป็นผู้ค้าประกัน เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งการที่บริษัทมหาชนจำกัดไม่สามารถเข้าทำกิจการร่วมค้าได้ด้วยตนเอง แต่ต้องเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายโดยการใช้วิธีการตั้งบริษัทย่อยซึ่งเป็นบริษัทจำกัดขึ้นมา เพื่อนำไปทำกิจการร่วมค่านั้นเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจในอนาคต

แม้ว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติมหาชนจำกัดมุ่งคุ้มครองประชาชนผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายย่อย ที่ไม่มีอำนาจจัดการในบริษัทเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัท โดยมองว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นเหล่านี้ อาจตกอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหาร ซึ่งอ้างว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของกิจการ บทบัญญัติจึงมุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปที่อาจจะได้รับผลกระทบจากความเสียหายจากการเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทบไปถึงตัวผู้ถือหุ้นจำนวนมากผู้ถือหุ้นที่นำเงินมาลงทุนในบริษัทเป็นผู้ที่ได้รับความเสี่ยงจากการบริหารจัดการมากที่สุด กล่าวคือ หากการดำเนินกิจการของบริษัทก่อให้เกิดผลประกอบการที่ดีมีกำไร ผู้ถือหุ้นย่อมได้รับส่วนแบ่งของกำไรในรูปเงินปันผลของบริษัท ในทางตรงกันข้ามหากบริษัทดำเนินกิจการแล้วเกิดความล้มเหลวขาดทุน ผู้ถือหุ้นย่อมต้องร่วมรับในผลขาดทุนของบริษัท ซึ่งเมื่อมีการเลิกบริษัทผู้ถือหุ้นอาจได้รับเงินค่าหุ้นคืนน้อยกว่าตอนที่นำเงินไปลงทุนไว้กับบริษัทในตอนแรก ดังนั้นจึงถือว่าผู้ถือหุ้นจึงตก

อยู่ในความเสียหายจากการบริหารจัดการของบริษัท หากบริษัทจะดำเนินกิจการที่มีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นจึงต้องได้รับความยินยอมจากบรรดาผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ก่อนเพื่อให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทยอมรับในผลของการดำเนินการ

อย่างไรก็ดี เมื่อบริษัทได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้ดำเนินการในเรื่องใดแล้วย่อมมีกรณีที่ผู้ถือหุ้นบางคนซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายย่อยไม่เห็นด้วยในแนวทางการดำเนินกิจการดังกล่าว ซึ่งผู้ถือหุ้นเหล่านี้อาจถูกกระทบการดำเนินการนั้น ซึ่งกฎหมายจึงมุ่งที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยที่อาจถูกกระทบกระเทือนสิทธิของผู้ถือหุ้นอันเนื่องมาจากการกระทำบางประการ โดยแรกเริ่มที่มีการยกวางกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดนี้มีความเห็นว่าควรยึดหลักการให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนผู้ซื้อหลักทรัพย์และผู้ถือหุ้นรายย่อย กล่าวคือ สิทธิของผู้ถือหุ้นแต่ละคนนั้นตกอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหารซึ่งอ้างว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของกิจการ โดยเฉพาะในกรณีบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งระดมทุนจากประชาชน และโดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทมหาชนเท่านั้นที่จะสามารถทำหนังสือชี้ชวนให้ประชาชนซื้อหุ้นกันได้ จึงทำให้มีผู้ถือหุ้นอยู่เป็นจำนวนมากกระจายกันออกไปซึ่งประชาชนที่เอาเงินมาลงทุนกับฝ่ายจัดการโดยที่ไม่รู้จักกันเลย

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 และมาตรา 15 ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 และการที่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีบทบัญญัติชัดเจนในการห้ามไม่ให้นิติบุคคลเป็นสมาชิกในองค์กรธุรกิจใด ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่านิติบุคคลจึงสามารถเป็นสมาชิกในองค์กรธุรกิจได้ในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ในห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญอาจจะไม่ใช่แต่เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่บริษัทจำกัด รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่น ๆ ก็ยังสามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญได้ ยกเว้นบริษัทมหาชนที่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 ได้บัญญัติห้ามไว้

(2) ในห้างหุ้นส่วนสามัญที่ได้จดทะเบียน หรือที่เรียกกันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลอาจจะไม่ได้ทั้งบุคคลธรรมดา รวมไปถึงบริษัทจำกัดและห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่น ๆ ยกเว้นบริษัทมหาชนจำกัดที่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 12 ได้บัญญัติห้ามไว้

(3) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนอาจจะไม่ได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล รวมไปถึงบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัดเฉพาะกรณีมาเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบในห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลต่าง ๆ

(4) ผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดนอกจากบุคคลธรรมดาแล้วยังรวมถึงนิติบุคคลอีกด้วย กล่าวคือ บริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด รวมไปถึงห้างหุ้นส่วนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอื่น ๆ สามารถเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดได้

แต่อย่างไรก็ดี มีความเห็นว่าผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นจะเป็นได้แค่เพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้น การจัดการในรูปแบบที่มีบริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนเป็นเพียงแค่ลักษณะของการทำข้อตกลงและความผูกพันโดยสัญญาภายใต้บทบัญญัติกฎหมายไทย ซึ่งมีการนำบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในฐานะบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ บางมีความคิดเห็นไปในทางตรงกันข้าม ถึงขนาดว่าไม่ควรให้บริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะต้องรับผิดในหนี้ทั้งหลายของบริษัทอย่างไม่จำกัด หากยอมให้บริษัทจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนได้อาจจะเป็นช่องทางให้มีการหลีกเลี่ยงความรับผิด เนื่องจากบุคคลธรรมดาผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังนั้นจึงเสี่ยงโดยการจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นมาแล้วนำบริษัทจำกัดมาเป็นหุ้นส่วนแทน ซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดย่อมรับผิดเพียงเท่าค่าหุ้นที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบเท่านั้น หากบุคคลผู้นั้นส่งใช้ค่าหุ้นครบถ้วนแล้วย่อมหลุดพ้นจากความรับผิดไป จึงไม่ควรให้บริษัทจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

ซึ่งผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า บุคคลธรรมดาก็มีทรัพย์สินอย่างจำกัด ดังนั้นการที่บุคคลธรรมดาเข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด แม้กฎหมายจะให้รับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด แต่การที่บุคคลผู้นั้นจะใช้หนี้ของห้างหุ้นส่วนได้ครบถ้วนหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่าเขามีความสามารถในการชำระหนี้เพียงใด กล่าวคือ บุคคลธรรมดานั้นมีทรัพย์สินที่ถูกบังคับให้นำมาชำระหนี้ว่ามีอยู่เพียงน้อยเพียงใด จึงยอมให้ผลที่ไม่แตกต่างกับกรณีของบริษัทจำกัดที่เข้ามาเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด

แนวคิดที่ว่าบริษัทจะเข้ามาเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนได้หรือไม่ จึงได้มีการถกเถียงกันมาเป็นเวลายาวนาน โดยมีทั้งความเห็นที่มาจากแนวคิดและทฤษฎีในต่างประเทศและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ระเบียบวิธีปฏิบัติ และการตีความของศาลและคณะกรรมการกฤษฎีกา พบว่าการที่กฎหมายห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า เนื่องมาจากเหตุผลหลายประการ

หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ ซึ่งสะท้อนมาจากการจัดการภายในหุ้นส่วนสามัญว่ามาจากการอาศัยความไว้วางใจในคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในการดำเนินกิจการ เพราะเมื่อตัวบุคคลเป็นผู้ดำเนินการ ความรับผิดชอบยอมตกอยู่ที่บุคคลผู้นั้น จึงเป็นผลให้ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวน แตกต่างกับคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งไม่ถือว่าคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากผู้ถือหุ้นไม่ว่าในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้น จะมีความรับผิดเพียงไม่เกินจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่านั้น หากส่งใช้ค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว ความรับผิดก็มีเพียงจำนวนในมูลค่าหุ้นที่ตนถือไว้ แม้บริษัทจะไปก่อหนี้มากกว่าที่บริษัทได้จำกัดเอาไว้ เจ้าหนี้ก็ไม่สามารถที่จะไปเรียกให้ผู้ถือหุ้นชดใช้ได้อีก

ฉะนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นมีความรับผิดจำกัดจำนวนแน่นอนไม่ต้องร่วมรับผิดกับผู้ถือหุ้นอื่นๆ ผู้ถือหุ้นจึงไม่มีสิทธิจัดการงานของบริษัท ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเพียงแต่ดำเนินการดูแลครอบงำกิจการงานที่กรรมการของบริษัทจัดการ โดยวิธีลงคะแนนเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น เมื่อผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิจัดการภายในบริษัท หรือไปก่อหนี้ให้ผู้อื่นต้องร่วมรับผิดโดยไม่จำกัด คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นจึงไม่มีความสำคัญต่อกัน ดังนั้นเมื่อผู้ถือหุ้นคนใดตาย ตกเป็นผู้ล้มละลายหรือไร้ความสามารถ และหุ้น (ชนิดไม่ระบุชื่อ) อาจโอนหรือรับมรดกกันได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ

ดังนั้นการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญมีความรับผิดชอบในหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนอย่างไม่จำกัด และถือหลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ แต่ในขณะที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทมีความรับผิดชอบจำกัดและคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญ จึงเป็นสาเหตุที่มาของประเด็นปัญหาที่ว่า บริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญได้หรือไม่ ซึ่งตามลักษณะคุณสมบัติขัดกันดังที่กล่าวมา บริษัทจะไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนได้

หลักการนี้ไม่ได้มีเขียนปรากฏชัดในกฎหมายแต่สะท้อนออกมาจากบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ให้ความสำคัญกับผู้ที่จะมาเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด โดยบทบัญญัติเหล่านี้ ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายถือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญเป็นสำคัญยิ่งกว่าจำนวนทุนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนลงทุน

แต่อย่างไรก็ดี หลักคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญนั้น ก็ได้มีความสำคัญลดน้อยลง โดยปัจจุบันเชื่อถือในชื่อเสียงขององค์กรมากกว่าที่จะให้ความสำคัญในตัวบุคคล เฉพาะเจาะจง ดังนั้นเมื่อห้างหุ้นส่วนพึ่งพิงคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนน้อยลง หลักกฎหมายที่ว่าห้างหุ้นส่วนอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญก็ผ่อนคลายความเคร่งครัดลงไป หลักกฎหมายที่ว่าห้างหุ้นส่วนอาศัยคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญก็ผ่อนปรนลง ดังนั้นการที่บริษัทจะไปเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนที่ผ่อนคลายลงไปด้วย

นอกจากนี้จากการศึกษาเบื้องต้น ถึงที่มาของการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จะเห็นได้ว่าในตอนร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ผู้ร่างมีเจตนารมณ์ที่จะให้นิติบุคคลรวมไปถึงบริษัทมหาชนจำกัดสามารถเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรธุรกิจรูปแบบใดๆที่มีภายใต้กฎหมายไทย แต่ด้วยหลักการคำนึงถึงผู้ถือหุ้นรายย่อยและเพื่อปกป้องสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยไม่ให้เกิดความเสียหาย จึงห้ามไม่ให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด ไม่ว่าโดยการเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด ดังนั้นบัญญัติมาตรา 12 จึงอนุญาตให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นได้แต่เพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน และหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้เท่านั้นแต่ไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดได้ หากได้ทำสัญญาอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติก็จะตกเป็นโมฆะ

บริษัทมหาชนจำกัดมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากตัวผู้ถือหุ้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นมาตัวบริษัทมหาชนจำกัดต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในหนี้โดยไปอยู่ในส่วนของทุนของบริษัท ในส่วนของผู้ถือหุ้นนั้นก็ได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีความรับผิดจำกัดเพียงเท่ามูลค่าหุ้นที่ตนถืออยู่เท่านั้น จึงเห็นว่าแม้จะไม่มีเหตุที่บริษัทมหาชนจำกัดจะต้องรับผิดไม่จำกัดอันเนื่องมาจากผลของการเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน บริษัทมหาชนจำกัดก็สามารถเสียหายล้มละลายได้จากเหตุอื่นเช่นกัน เพราะในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันในทางธุรกิจว่า ความรับผิดไม่จำกัดเป็นเพียงความเสี่ยงหนึ่งของการประกอบธุรกิจเท่านั้น การลงทุนในธุรกิจในรูปแบบอื่นอาจจะมีความเสี่ยงมากกว่าการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วน เหตุเพราะบริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้า

นอกจากนี้ประเด็นเรื่องการขัดหลักพื้นฐานของบริษัทที่ประสงค์จะให้อำนาจการจัดการของบริษัทตกอยู่กับบุคคลที่ได้รับมอบหมายตามตราสารจัดตั้งบริษัท โยอำนาจดังกล่าวนี้แยกต่างหาก

และเป็นการเฉพาะ จึงมีแนวความคิดว่าบริษัทไม่มีอำนาจเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ไม่ว่าจะโดยการเข้าเป็นหุ้นส่วนกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เนื่องจากการตั้งอำนาจในการควบคุมกิจการออกมาจากผู้ถือหุ้น กรรมการ และตัวแทนบริษัทเป็นการขัดกับพื้นฐานของบริษัท แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่เป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานของบริษัทแต่อย่างใด เปรียบเทียบให้เห็นได้จากการที่บริษัทสามารถมอบอำนาจให้บุคคลภายนอกมีอำนาจในการจัดการงานของบริษัท ไม่ต่างไปจากการที่บริษัทต้องผูกพันในการกระทำของผู้ที่เข้าเป็นหุ้นส่วนกับบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ผู้เป็นหุ้นส่วนกับบริษัทมีอำนาจกระทำการแทนบริษัทนั้น ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจกระทำการแทนทุกกรณี แต่เป็นกรณีอยู่ในขอบกิจการของห้างหุ้นส่วนที่ทั้งสองฝ่ายตกลงเข้าร่วมกัน ดังนั้นการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจึงไม่เป็นการขัดกับหลักพื้นฐานของบริษัท เมื่อนิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ กิจการร่วมค้าและห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนจึงไม่น่าจะแตกต่างกัน แม้ว่าโดยทั่วไปกิจการร่วมค้าจะเป็นการรวมตัวกันระหว่างนิติบุคคลกับนิติบุคคลใน แต่ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนจะเป็นการรวมตัวกันระหว่างบุคคลธรรมดากับบุคคลธรรมดา แต่ก็ไม่ได้เป็นความแตกต่างในระดับเนื้อหา

ประเด็นปัญหาว่าบริษัทมหาชนจำกัดจะเข้าทำกิจการร่วมค้าได้หรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับสถานะของกิจการร่วมค้าว่า ถือเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่

ในต่างประเทศ เดิมทีมีหลักทั่วไปที่ว่านิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แต่หลักการและเหตุผลของหลักทั่วไปดังกล่าวยังคงมีข้อโต้แย้ง และน้ำหนักน้อยจากการนำหลักกฎหมายปิดปากและการเรียกห้างหุ้นส่วนว่า กิจการร่วมค้า หลักทั่วไปดังกล่าวได้ถูกยกเลิกในหลายๆ เขตอำนาจและได้มีการนำ Model Business Corporation Act มาบังคับใช้ รัฐที่มีได้มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้ง ศาลมักตัดสินว่านิติบุคคลสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้หากมีกำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลหรือการจัดตั้งกิจการร่วมค้า ภายใต้ Uniform Partnership Law แต่ในปัจจุบันแนวโน้มของกฎหมายยอมรับการที่บริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนมากขึ้นเห็นได้จาก Uniform Partnership Act มาตรา 2 และมาตรา 6 ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ว่าคำจำกัดความคำว่า “บุคคล” ในพระราชบัญญัติห้างหุ้นส่วนให้รวมไปถึงบริษัท และบริษัทอาจเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้

ในประเทศอังกฤษไม่มีหลักการใดห้ามไม่ให้นิติบุคคลเข้าเป็นหุ้นส่วนกับนิติบุคคลหรือบุคคลใดเว้นแต่หลักที่นิติบุคคลไม่สามารถใช้เงินทุน เพื่อจุดประสงค์ที่ข้อบังคับของนิติบุคคลนั้น ไม่ได้ให้อำนาจไว้ แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดและกฎหมายสมัยใหม่ที่ยอมรับในการที่บริษัทจะเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน โดยประเด็นถกเถียงในเรื่องนิติบุคคลไม่สามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ถูกอธิบายหักล้างด้วยทฤษฎีและหลักการต่างๆ รวมไปถึงการหยาบคายการตีความจากคำพิพากษา

โดยทั่วไป กิจการร่วมค้าถูกกำกับโดยหลักกฎหมายหุ้นส่วน อาจจะมีข้อแตกต่างในรายละเอียดเรื่องอำนาจของหุ้นส่วนในการที่จะผูกพันหุ้นส่วนอื่นนั้นมีจำกัด บางครั้งอาจกล่าวได้ว่าไม่มีความเป็นตัวแทนระหว่างกัน ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมค่านั้นอาศัยความไว้นใจเชื่อใจกัน โดยระหว่างคู่สัญญากิจการร่วมคามีหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duty) อันประกอบไปด้วยสองหน้าที่หลัก คือ หน้าที่แห่งความระมัดระวัง (Duty of care) หน้าที่ของความซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) และแน่นอนว่าคู่สัญญากิจการร่วมค้าผูกพันกันด้วยข้อสัญญาข้อ

สันนิษฐานอำนาจของผู้เป็นคู่สัญญาร่วมค้ากับบุคคลภายนอกนั้น คือ ร่วมรับผิดชอบบุคคลภายนอกอย่างไม่จำกัดและปราศจากเงื่อนไข แม้ว่าระหว่างคู่สัญญากันเองจะมีเงื่อนไขข้อตกลงใดกำหนดความรับผิดชอบไว้แก่กันเองก็ตาม ก็มีอาจอ้างเพื่อที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบบุคคลภายนอกได้ ความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกมีอยู่อย่างไม่จำกัดแม้ว่าขอบเขตอำนาจของนิติบุคคลนั้นอาจจะไม่สามารถเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนได้ แต่มักมีอำนาจในอันที่จะเป็นคู่สัญญาในกิจการร่วมค้าโดยถือว่าไม่มีสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการที่นิติบุคคลจะจัดตั้งกิจการร่วมค้าในเมื่อกิจการร่วมค้ามิได้อยู่นอกเหนือจากการอภิประสงค์ทางธุรกิจของนิติบุคคลที่ได้จัดตั้งขึ้น

สิ่งที่น่าสนใจจากการที่ได้ศึกษาแนวคิดและกฎหมายเกี่ยวกับการที่บริษัทเข้าเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความผิดในกิจการร่วมค้าในต่างประเทศ คือ ได้มีการจัดโครงสร้างองค์กรธุรกิจให้นิติบุคคลสามารถเข้ามาเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิด มีอำนาจบริหารจัดการห้างได้ โดยมักเป็นการนำเอาข้อดีของทั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัท เพื่อจัดโครงสร้างการเป็นหุ้นส่วน โดยมีวิธีดำเนินการแตกต่างกันไป ในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา จะมีองค์กรธุรกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น โดยแล้วแต่ว่าองค์กรนั้นจะเลือกที่จะใช้รูปแบบห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ในส่วนขององค์กรธุรกิจแบบ LLPs ในประเทศอังกฤษมีรากฐานแนวคิดแยกความรับผิดชอบออกจากตัวผู้เป็นสมาชิกโดยใช้แนวคิดบริษัท ในขณะที่องค์กรธุรกิจแบบ LLC นั้นมีรูปแบบห้างหุ้นส่วน แต่มีลักษณะสำคัญคล้ายคลึงกัน ในส่วนของสมาชิกจะถูกจำกัดความรับผิดของตนเพียงสิ่งที่นำมาลงหุ้นใน LLPs LLC เท่านั้น เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นพิเศษกันไว้ต่างหาก ผู้เป็นสมาชิกสามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล ข้อเด่นคือสมาชิกสามารถจัดการงานขององค์กรได้ด้วยตนเอง และที่สำคัญที่สุดคือเป็นการพัฒนาองค์กรธุรกิจขึ้นมาเพื่อจำกัดความรับผิดของผู้เป็นสมาชิก ดังนั้นเมื่อ LLC LLPs ก่อหนี้จะอยู่ที่หุ้นของบริษัท สิ่งจูงใจอีกประการคือสิทธิประโยชน์ทางภาษี โดย LLPs เสียภาษีในรูปแบบห้างหุ้นส่วนซึ่งตัว LLPs ไม่ต้องเสียภาษีจากผลกำไรประกอบกิจการ ภาระภาษีถูกส่งผ่านไปยังผู้เป็นสมาชิก ซึ่งจะนำไปรวมเสียภาษีเงินได้ของผู้เป็นสมาชิกโดยข้อแตกต่างระหว่างระหว่าง LLPs LLC มี 2 ประการ คือ หาก LLPs มีผู้เป็นสมาชิกลดน้อยลงกว่า 2 คน ลักษณะความสำคัญเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดจะหายไป สมาชิกที่เหลือต้องรับผิดชอบในหนี้สินทั้งปวงอย่างไม่จำกัด ต่างจาก LLC ที่แม้ว่าจะเหลือสมาชิกเพียงคนเดียว คุณสมบัติเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดก็ไม่หายไป ข้อแตกต่างประการสุดท้ายคือ LLPs ต้องเสียภาษีในรูปแบบห้างหุ้นส่วนเท่านั้น ในขณะที่ LLC ให้สิทธิเลือกที่จะเสียภาษีในรูปแบบห้างหุ้นส่วน หรือรูปแบบเดียวกับบริษัทจำกัดได้

ส่วนประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีรูปแบบ “GmbH & Co.KG.” ซึ่งเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่ก้าวข้ามปัญหาการขัดกันของคุณสมบัติของห้างหุ้นส่วนและบริษัท และหลักการคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ เป็นการผสมผสานระหว่างข้อดีของห้างหุ้นส่วนและบริษัท โดยเป็นองค์กรลูกผสมระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด (KG.) กับบริษัท โดยมีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบริษัทจำกัด (GmbH) รูปแบบองค์กรธุรกิจนี้เป็นการอนุญาตให้นิติบุคคลเช่นบริษัทมาเป็นหุ้นส่วนที่มีความรับผิดเป็นส่วนตัว (Komplementär) ซึ่งความรับผิดเป็นส่วนตัวนี้สามารถเลี่ยงได้โดยการที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำโดยมีหลักว่า บริษัทเท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อเจ้าหนี้ของห้าง ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นที่จะรับผิดชอบ ซึ่งรูปแบบนี้มีความน่าสนใจอยู่ที่การผสมผสานข้อดีของห้างหุ้นส่วน นั่นคือสิทธิ

ประโยชน์ทางภาษี และความรับผิดชอบจำกัดของบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคล ด้วยข้อดีอันได้กล่าวมานี้ทำให้เป็นองค์กรธุรกิจที่นิยมกันมาก ซึ่งทำให้สามารถมองข้ามข้อเสียในเรื่องโครงสร้างที่ซับซ้อนไปได้

นอกจากนี้ยังมีองค์กรที่มีลักษณะลูกผสมคล้ายคลึงกับ GmbH & Co.KG. นั่นคือ “KGaA” มีสถานะเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งเป็นการผสมผสานระหว่างห้างหุ้นส่วนจำกัด (KG) กับบริษัท (AG) ซึ่งเป็นบริษัทมีลักษณะใกล้เคียงกับบริษัทมหาชนจำกัดของไทย โดย KGaA จะมีหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดอย่างน้อย 1 คนมาทำหน้าที่ผู้จัดการห้าง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น บริษัทก็สามารถเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดได้ ผลคือบริษัทนิติบุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนี้ ก็จะมีความรับผิดเพียงเท่ากับทุนของบริษัทนั่นเอง แต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดประเภทนี้ จะไม่มี Board of Management เหมือนในบริษัท AG แต่บริหารและเป็นตัวแทนโดยผู้จัดการห้างซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด

จวบจนปัจจุบันประเทศไทย ก็ยังไม่มีคำพิพากษาที่ให้ความชัดเจนเกี่ยวกับสถานภาพของกิจการร่วมค้า มีเพียงคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า กิจการร่วมค้าจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 เช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนสามัญ

ประเด็นการตีความของศาลฎีกาเกี่ยวกับกิจการร่วมค้านี้ มีนักวิชาการบางท่านได้ให้ความเห็นว่าคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 เป็นการวินิจฉัยถึงความรับผิดของคู่สัญญาร่วมค้า ซึ่งเป็นการนำกฎหมายหุ้นส่วนมาใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง มากกว่าที่จะสรุปว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่ก็มีนักวิชาการอีกกลุ่มมีความเห็นว่า แม้คำพิพากษานี้จะไม่ได้วินิจฉัยถึงความรับผิดของผู้ร่วมค้าในทางสัญญาไว้ แต่การกระทำของคู่สัญญาร่วมค้าฝ่ายหนึ่งที่เป็นธรรมดาการค้าขายของกิจการร่วมค้า ผู้ร่วมค้าฝ่ายอื่นก็ต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาดังกล่าวเช่นเดียวกัน

แต่ไม่ว่าจะมีความเห็นเกี่ยวกับการตีความกิจการร่วมค้าเป็นอย่างไรก็ตาม ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายในประเทศไทยนั้น ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงสถานภาพของกิจการร่วมค้าไว้ แม้ว่าประมวลรัษฎากร มาตรา 39 จะได้ให้ความหมายคำว่ากิจการร่วมค้าเอาไว้ แต่ก็เกินไปเพื่อประโยชน์ในการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของกิจการร่วมค้าเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรนั้นถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี มิใช่กฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของกิจการร่วมค้า เหมือนดังเช่นกฎหมายเอกเทศสัญญา ไม่อาจจะถือคำจำกัดความในทางธุรกิจรวมทั้งคำจำกัดความตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากรเป็นตัวตัดสินว่ากิจการร่วมค้านั้นเป็นห้างหุ้นส่วนหรือไม่ จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญหรือไม่ ซึ่งจะส่งผลต่อการที่บริษัทมหาชนจำกัดเข้าทำกิจการร่วมค้าโดยตรง เนื่องจากหากตราบไต่ที่กิจการร่วมค้ายังมีลักษณะของการเป็นหุ้นส่วนสามัญอยู่ การที่บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้าย่อมขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด

ดังนั้น ตราบใดที่กิจการร่วมค้ายังถูกตีความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้จากลักษณะของการเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญไปได้ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นมา คู่สัญญาร่วมค้าก็จะต้องรับผิดอย่างไม่จำกัดเสมือนเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิด ซึ่งจะทำให้มีปัญหาตามมาคือบริษัทมหาชนที่ประสงค์จะทำกิจการร่วมค้าจะตกอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดมาตรา 12 ซึ่งบัญญัติให้ห้ามมิให้บริษัทมหาชนจำกัดเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ โดยมีผลให้

ความตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ ดังนั้นหากมีบริษัทมหาชนจำกัดที่ไม่ได้ศึกษารายละเอียด หรือจงใจกระทำฝ่าฝืนพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 12 นี้ และได้เข้าทำกิจการร่วมค้าขึ้น หากมีการยื่นเรื่องให้ตรวจสอบจะก่อให้เกิดปัญหาว่าสัญญาที่ทำนั้นเป็นโมฆะ การจัดการใดๆที่ได้กระทำไปเป็นอันเสียไปทั้งหมด ซึ่งจะเกิดความเสียหายอย่างมหาศาล

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. หากกิจการร่วมค้าไม่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญดังเช่นที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 เห็นควรให้มีการตีความสถานะของกิจการร่วมค้าใหม่
2. หากเห็นว่ากิจการร่วมค้าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญอย่างแน่แท้ เห็นสมควรที่จะยกเลิกมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 เนื่องจากเป็นอุปสรรคต่อการค้าและการลงทุน
3. ให้คงพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 12 เอาไว้ดังเดิม แล้วออกพระราชบัญญัติมิให้นำเรื่องห้างหุ้นส่วนมาบังคับใช้กับกิจการร่วมค้า
4. แก้ไขเพิ่มเติมให้มีองค์กรธุรกิจทางเลือกใหม่เพิ่มเติม เช่น LLC เป็นต้น

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- "บันทึกการอภิปรายเรื่องการปรับปรุง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2521." In กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สมาคมสมาชิกตลาดหลักทรัพย์ และ สมาคมบริษัทเงินทุน 2532.
- จำปี โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- จิตติ ติงศภัทัย. การจัดการและความรับผิดชอบของกรรมการ รวมทั้งการควบคุมบริษัทโดยผู้ถือหุ้น. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (2522).
- จิรจิตร ช่วยศรียัง. บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นคนเดียว. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2548.
- ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ. ความรับผิดของนิติบุคคลและความรับผิดของกรรมการนิติบุคคลต่อบุคคลภายนอก : ศึกษากรณีบริษัท. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2531.
- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม และ ธัญญา ไตรวรรณนท์. สถานะทางกฎหมายกับภาวะภาษีของกิจการร่วมค้า (Joint Venture). วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์, เดือนตุลาคม - ธันวาคม (2540).
- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. บทบาท หน้าที่ และความรับผิดชอบของคณะกรรมการบริษัทจดทะเบียน. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2540.
- ทวี เจริญพิทักษ์. คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท. พระนคร: โรงพิมพ์แสงสว่าง, 2504.
- ทิพย์ชนก รัตโนสถ. คำอธิบายเรียงมาตรากฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 5 (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ธรรมบุญ พิทยาภรณ์. สถานะทางกฎหมายของกิจการร่วมค้า. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2533.
- นิวิษฐชัย สำเนาพันธ์. ความรับผิดของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2529.
- นิเวศน์ มนต์วีสุวัฒน์. ความรับผิดจากการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2526.
- บัญญัติ สุชีวะ. การแสดงเจตนาของนิติบุคคล. วารสารกฎหมาย ปีที่2, 1 มกราคม (2519): 26.
- บุญพิสิฐ ศรีหงส์. ความรับผิดตามกฎหมายของบริษัทข้ามชาติ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2548.
- บุญยวัฒน์ การะเวกพันธ์. การแปรสภาพบริษัทมหาชนจำกัดเป็นบริษัทจำกัด. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550.

- ปกป้อง ศรีสนิท. ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชนจำกัด. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2544.
- ประกาศน์ อวยชัย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530.
- ประยูร เกลิงศรี. การปรับปรุงพ.ร.บ.บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521. วารสารกฎหมายจุฬา ปีที่ 12 ฉบับที่ 3, ประจำเดือนมีนาคม (2532).
- ประสิทธิ์ ไชวโกล. บันทึกการอภิปรายเรื่อง การปรับปรุงพ.ร.บ.บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2521 ซึ่งจัด โดย กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สมาคมสมาชิก ตลาดหลักทรัพย์ และสมาคมบริษัทเงินทุน วันที่ 19 มกราคม 2532 ณ โรงแรมอิมพีเรียล. วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 12 ฉบับที่ 3 ประจำเดือน มีนาคม 2532 (2532).
- ประเสริฐ นาสกุล. ที่มาและการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521. วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับพิเศษกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (2522).
- ปวีณา มณีดุลย์. สถานภาพทางกฎหมายและลักษณะสำคัญของ Limited Liability Company. สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2550.
- พิชัย นิลทองคำ. สัญญากิจการร่วมค้า การร่วมค้าและการเข้าซื้อกิจการ. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2535.
- พิเศษ เสตเสถียร. ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2536.
- . บริษัทมหาชนเข้าทำกิจการร่วมค้า (Joint Venture) ได้หรือไม่. วารสารกฎหมายธุรกิจ 16, 2 เมษายน 2539.
- . หลักกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546.
- ภาสกร ชุณหอุไร. คำอธิบายกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539.
- วีระวงศ์ จิตต์มิตรภาพ. Joint Venture in Thailand. บทบัญญัติ 48, 4 ธันวาคม 2535.
- ศิรินันท์ เทียงวิบูลย์วงศ์. กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัดในประเทศไทย ศึกษาในแง่ปัญหาตามตัวบทกฎหมายและข้อเท็จจริงในการปฏิบัติ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2524.
- สหัส สิงหวิริยะ. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2550.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. "บันทึกความเห็นของสำนักงานกฤษฎีกาหมายเลข 74/2491 และ 3546/2488."
- . "บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521".
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. หนึ่งทศวรรษ ก.ล.ต. (2545).
- สำนักงานสถิติเศรษฐกิจและสังคม. "รายงานการสำรวจอุตสาหกรรมก่อสร้างของกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2552."
- สำนักบัญชีประชาชาติ. "ผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ ไตรมาศที่ 3/2556."

- สุทิน โชติสิงห์. สถานภาพ อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรรมการผู้มีอำนาจบริหารและกรรมการผู้ไม่มีอำนาจบริหาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2544.
- สุวรรณ วลัยเสถียร. เสียภาษีอย่างไรให้ประหยัด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติกรรม, 2531.
- โสภณ รัตนาก. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548.
- หม่อมราชวงศ์ จัตุมงคล โสณกุล. การปรับปรุงพ.ร.บ.บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521. วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 12 ฉบับที่ 3, ประจำเดือนมีนาคม 2532.
- หลวงประดิษฐไพเราะ. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม. พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2500.
- อนันต์ ธีรานันตชัย. การจดทะเบียนการจัดตั้ง และการแปรสภาพบริษัทเอกชนจำกัดเป็นบริษัทมหาชนจำกัด. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ฉบับพิเศษ กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด(2522).
- อภิชาติ ประสิทธิ์สม. การบริหารกิจการร่วมค้างานก่อสร้างในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชาวิศวกรรมโยธา คณะวิศวกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2550.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. ที่มาและการร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521. วารสารกฎหมายคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ฉบับพิเศษ กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (2522).

ภาษาอังกฤษ

- "Interpretation Act 1978."
- Alfred Conard. International Encyclopedia of Comparative Law Volume XIII Chapter I. 1975.
- Alison Jones and Brenda Sufrin. EC Competition Law. Great Britain: Oxford University Press, 2001.
- CarstenJungmann. German GmbH Law Das deutsche, GmbH Recht A Guide to German Company with Limited Liability Including Bilingual Versions of the Relevant statutes. München Verlag C.H.Beck 2001.
- Charles D. drake. Law of Parthnership. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Charles F. Hemphill, Jr. Basic business Law. New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1984.
- Corley., Robert N., Eric M. Holmes., and William J. Robert. Principle of Business Law. New Jersey: Practice-Hall, 1983.
- D. Gordon Smith and Cynthia A. Williams. Business Organizations Cases, Problems, and Case Studies. New York: Aspen Publisher, 2008.
- David I. Salem. The Joint Venture Law of the Peoples' Republic of China : Business and Legal Perspectives. 7 Md. J. Int'l L.: 73 -117.
- Dibner D. R. Joint Venture for Architects and Engineers. McGraw-Hill, 1972.

- Dieter Beinert, Frank Burmeister and Hermann-Josef Tries. Mergers and Acquisitions in Germany. München: Verlag C.H. Beck, 2009.
- Ernest H. Scamell and R.C. Anson Banks. Lindley & Banks on the law of Partnership. London: Sweet & Maxwell 1991.
- Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel. Limited Liability and the Corporation. The University of Chicago Law Review 52 (1985): 89-90.
- Frank L. Mechem. The Law of Joint Adventures. Minnesota Law Review 15 (1931): 651.
- Friedman W. Legal Theory Columbia University Press 5th Ed. (1967): 560.
- Geoffrey Morse. Partnership Law. Oxford University Press, 2006.
- H. Wüding. German Company Law. London: Oyez publishing, 1975.
- Harrigan K. R. Strategies for Joint Ventures. Lexington, MA USA: Lexington Books, 1985.
- Harry G. Henn and John R. Alexander. Law of Corporation and other business enterprise. West Group Publishing, 1983.
- Henry W. Nicolas. Joint Venture. Virginia Law Review 36, May (1950).
- Ian Hewitt. Joint Venture. London Sweet & Maxwell, 2005.
- J.M. Barette and Erwin Seago. Partners and Partnerships Law and Taxation. Vol.1 ed. Virginia: the Michie Company 1956.
- John Hagedoorn. Interorganizational Modes of Cooperation and Sectoral Differences. Strategic Management Journal 14 (1993): 371- 385.
- Joseph F Brodley. Joint Venture and Antitrust Policy. Harvard Law Review 95 (1982).
- Martin Schulz and Oliver Wasmeier. The Law of Business Organization : Concise overview German Corporate Law. Berlin: Springer, 2012.
- Mayer Brown JSM. Guide To Doing Business in Vietnam [Online]. Available from: <http://www.mayerbrown.com/files/Publication/d50296ec-1a78-426f-bb80-19f26d82e709/Presentation/PublicationAttachment/6eeb39de-959d-42fa-ab19-1ff1b31fd815/Mayer%20Brown%20JSM%20Guide%20to%20Doing%20Business%20in%20Vietnam.PDF> [28 February 2014.]
- Michael Armstrong. Can Corporations be Partners? The business Lawyer 20 (1964-1965).
- . Can corporations be partners? The business Lawyer 20 (1964-1965).
- Patrick R. Delaney and Irvin N. Gleim. CPA Examination Reviews Business Law New York Harcourt Brace Jovanovich Inc., 1982.
- Riasanovsky. Chinese Civil Law (Tiensin, 1938).
- Richard Anderson. Risk Management & Corporate Governance, Organisation for Economic Co-operation and Development [Online]. Available from:

www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/42670210.pdf [28 February 2014.]

Robert Burgess and Geoffrey Morse. Partnership Law and Practice.

Robert Pitofsky. Joint Venture Under the Antitrust Law : Some Reflection on the Significance of Pen-Olin. Harvard Law Review 82 (1969): 1007.

Roger Leroy Miller and Gaylard A Jentz. Business Law Today Text & Summarized Cases, E-Commerce, Legal, Ethical and International Environment. New York Thomson South-western west, 2003.

Stephen M. Bainbridge. Agency, Partnerships & LLCs New York 2004.

weaver, Fred J. Weston and Samuel C. Restructuring and cooperate Control. New Jersey: Practice Hall International Inc, 1990.

Williamson O. E. The Economic Institutions of Capitalism. Free Press New York (1988): 62.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาว พาชวิญ นกุลกิจ เกิดวันที่ 28 มกราคม 2528 ที่อำเภอเมือง จังหวัดยะลา สำเร็จ การศึกษาปริญญานิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2551 และ เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2553



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY