

ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures

ปกรณ นิลประพันธ์*

ความเก่า

กิจการ Joint Ventures ซึ่งเป็นที่รู้จักกัน
ในประเทศไทยว่า “กิจการร่วมค้า” หรือ “กิจการ
ร่วมลงทุน” นั้น เป็นกรณีที่เอกชนร่วมกัน
ประกอบกิจการใดกิจการหนึ่งโดยมีวัตถุประสงค์
ในอันที่จะลดอัตราความเสี่ยงในการประกอบ
กิจการ การประกอบธุรกิจลักษณะนี้
มีวิวัฒนาการที่ค่อนข้างยาวนานในต่างประเทศ
โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกา กลุ่ม
ประเทศประชาคมยุโรป และออสเตรเลีย แต่
เพิ่งก้าวเข้ามาสัมผัสบทบาทในประเทศไทยเมื่อไม่นาน

มานี้เอง เมื่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจของ
ประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปจากระบบที่พึ่งพา
เกษตรกรรมเป็นระบบเศรษฐกิจที่มุ่งเน้นทาง
ด้านอุตสาหกรรม เนื่องจากการประกอบธุรกิจ
อุตสาหกรรมนั้นจำเป็นต้องใช้เงินลงทุน
จำนวนมากรวมทั้งต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงซึ่ง
เป็นสิ่งที่นักลงทุนไทยยังคงขาดแคลนอยู่มาก
อย่างไรก็ตาม การประกอบกิจการในรูปแบบของ
Joint Ventures ในประเทศไทยก็ยังไม่แพร่หลาย
นัก โดยยังคงจำกัดอยู่เฉพาะแต่กิจการที่มีความ
เสี่ยงสูงมาก กล่าวคือต้องลงทุนสูงมากหรือต้อง
ใช้เทคโนโลยีขั้นสูงมากเท่านั้น

*น.บ. (ธรรมศาสตร์), LL.M. (Sydney), นิตกร 5 ปฏิบัติหน้าที่ผู้ช่วยเลขานุการประจำคณะกรรมการวินิจฉัย
ร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

อย่างไรก็ดี มีแนวโน้มว่าการประกอบธุรกิจรูปแบบนี้ น่าที่จะขยายตัวอย่างรวดเร็วในอนาคตอันใกล้ ทั้งนี้เนื่องจากปัจจัยที่สำคัญสองประการ ประการแรกเป็นปัจจัยภายในอันสืบเนื่องมาจากปัญหาทางเศรษฐกิจและการเงินของประเทศทำให้นักลงทุนไทยไม่กล้าเสี่ยงที่จะลงทุนประกอบกิจการใดกิจการหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว ประการที่สองเป็นปัจจัยภายนอก โดยหลังจากที่ได้มีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organisation : WTO) ขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2538 รูปแบบของการประกอบการค้าและให้บริการได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กฎเกณฑ์ทางการค้าที่ WTO กำหนดขึ้นมีวัตถุประสงค์หลักในอันที่จะส่งเสริมและสนับสนุนระบบการค้าเสรี (Free Trade) โดยมีการกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อขจัดอุปสรรคทางการค้า (Trade Barriers) รูปแบบต่างๆ ลง รวมทั้งได้วางมาตรการในการบังคับให้สมาชิกต้อง “เปิดตลาด” ของตน และจะต้องปฏิบัติต่อผู้ประกอบการค้าจากประเทศสมาชิกอื่นเช่นชาติตามหลัก National Treatment เพื่อให้การค้าเสรีเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม หลักการดังกล่าวมีผลให้การผ่านเข้าออกของสินค้าและบริการต่างๆ ระหว่างประเทศสมาชิกมีความสะดวกยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ สินค้าหรือบริการที่ผลิตจากต่างประเทศก็จะเข้าไปมีส่วนแบ่งในตลาดของแต่ละประเทศมากขึ้น โดยนัยนี้เอง การแข่งขันในตลาดของประเทศต่างๆ จะทวีความรุนแรงมากขึ้น และสินค้าหรือบริการที่ด้อยคุณภาพจะไม่มีโอกาสที่จะเข้าไปมีส่วนแบ่งตลาดได้ ดังนั้น หากสินค้าหรือบริการที่ผลิตในประเทศมีคุณภาพ ไม่ทัดเทียมกับสินค้า

หรือบริการที่นำเข้ามาจากต่างประเทศแล้ว ก็เป็นที่แน่นอนว่าสินค้าหรือบริการที่ผลิตในประเทศจะต้องสูญเสียตลาดที่เคยครองอยู่ให้แก่สินค้าหรือบริการที่มาจากต่างประเทศ กรณีจึงกล่าวได้ว่าตลาดการค้าในอนาคตจะเป็นตลาดของผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้าและบริการในอนาคตก็จะเป็นการแข่งขันกันในด้าน “คุณภาพ” แต่โดยที่การพัฒนาคุณภาพของสินค้านั้นต้องใช้เงินลงทุนรวมทั้งเทคโนโลยีขั้นสูง ดังนั้น ในอีกทางหนึ่งแล้วการพัฒนาคุณภาพของสินค้าจึงเป็นการเพิ่มอัตราความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจแก่ผู้ประกอบการไปด้วยในตัว การประกอบกิจการในรูปแบบของ Joint Ventures ซึ่งเป็นการกระจายความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจจึงเป็นทางเลือกที่สำคัญอีกทางหนึ่งของนักลงทุนในอนาคต

อย่างไรก็ตาม โดยที่แนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ในประเทศไทยยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าเข้าลักษณะเป็นหุ้นส่วนซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทหรือเป็นสัญญาไม่มีชื่อที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น บทความนี้จะได้ศึกษาถึงปัญหานี้โดยเฉพาะเจาะจง เริ่มจากการศึกษาความเข้าใจทั่วไปเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ข้อความคิดเกี่ยวกับการประกอบกิจการดังกล่าวที่เป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ แล้วจึงจะมาพิจารณาว่ากิจการดังกล่าวควรมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร

ความเข้าใจทั่วไปเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures

เมื่อกล่าวถึงกิจการ Joint Ventures หรือที่รู้จักกันในชื่อ “กิจการร่วมค้า” หรือ “กิจการร่วมลงทุน”² นั้น คนทั่วไปก็มักจะนึกถึงและเข้าใจว่าเป็นกิจการที่เกิดขึ้นจากการร่วมลงทุนตามสัญญาระหว่างเอกชนเพื่อนำผลกำไรมาแบ่งปันกันระหว่างผู้ร่วมลงทุนนั่นเอง โดยที่สัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวนั้นจะได้กำหนดสัดส่วนและประเภทของทุนที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะนำมาลงในการประกอบกิจการนั้น อำนาจควบคุมกิจการที่ร่วมลงทุน ความรับผิดชอบของคู่สัญญาต่อบุคคลภายนอก รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการในการแบ่งปันผลกำไรที่จะได้รับจากการประกอบกิจการนั้น ทั้งนี้ ไม่ว่ากิจการที่เกิดขึ้นจากการร่วมลงทุนนั้นจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลขึ้นใหม่หรือไม่ ซึ่งหากนำความเข้าใจทั่วไปเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ดังกล่าวมาพิจารณาในกรอบของกฎหมายแล้ว จะเห็นว่าการประกอบธุรกิจประเภทนี้แทบจะไม่แตกต่างไปจากการประกอบกิจการในรูปของห้างหุ้นส่วน (Partnership) หรือบริษัท (Company) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ประการใด กล่าวคือเป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากัน

เพื่อกระทำการใดกิจการหนึ่งร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ในอันที่จะนำผลกำไรอันพึงได้จากกิจการนั้นมาแบ่งปันกัน³

เป็นที่น่าสนใจว่าความเข้าใจที่ว่ากิจการ Joint Ventures มีลักษณะเป็นการประกอบการค้าในรูปของห้างหุ้นส่วนบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแม้ในวงการนักกฎหมาย และคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 3848/2531 ก็อาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าศาลเองก็ยอมรับว่ากิจการ Joint Ventures เป็นห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแพ่งด้วย โดยข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวปรากฏว่า รถยนต์ของโจทก์ตกลงไปในหลุมที่ “สาธบริตจ์ จอยเวนเจอร์” ขุดไว้โดยมิได้ติดตั้งเครื่องหมายหรือสัญญาณใดๆ เพื่อให้ทราบว่าเป็นเขตก่อสร้าง ซึ่งทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องขอให้จำเลยซึ่งร่วมกันจัดตั้งกิจการ Joint Ventures ดังกล่าวรับผิดชอบละเมิดและต้องชดเชยค่าเสียหายในทางพิจารณา ศาลฟังข้อเท็จจริงว่าจำเลยที่ 1 กับบริษัท ด. และบริษัท อ. ซึ่งเป็นในต่างประเทศ ได้จดทะเบียนการค้า สำหรับงานก่อสร้างสะพานไว้กับกรมสรรพากรว่า “สาธบริตจ์ จอยเวนเจอร์” โดยมี อ. เป็นผู้ทำการแทน แต่มิได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย จากข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลเห็นว่า “สาธบริตจ์

²ปิยะดา สุจริตกุล และมานิดา ชิมเมอร์แมน, “กิจการร่วมค้าในประเทศไทย : มุมมองจากนักลงทุนฝ่ายไทย” ใน *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : กรุงเทพฯ), 2536, หน้า 202

³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1012 อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่เท่านั้น

จอยเวนเจอร์” ก็คือห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ซึ่งจำเลยที่ 1 กับบริษัทต่างประเทศอีกสองบริษัทร่วมกันทำในประเทศไทยนั่นเอง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า ศาลมีคำพิพากษาในคดีนี้โดยพิเคราะห์ข้อเท็จจริง เพียงว่าเป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงกันเพื่อทำกิจการใดกิจการหนึ่งร่วมกัน แต่มิได้พิเคราะห์ลงไป ในรายละเอียดว่าการตกลงเข้ากันของจำเลยที่ 1 กับบริษัท ต. และบริษัท อ. นั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะนำผลกำไรสุทธิ (net profits) หรือเงินรายรับของกิจการ ซึ่งหักรายจ่ายออกแล้วมาแบ่งปันกัน หรือว่ามีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อแบ่งปันรายได้ (gross returns) ที่เกิดจากกิจการนั้นในระหว่างผู้ร่วมลงทุน ซึ่งตามหลักกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทนั้น นอกจาก

การรวมทุนเข้าด้วยกันแล้ว การแบ่งปันผลกำไรสุทธิระหว่างผู้ร่วมทุนถือเป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งของหุ้นส่วนบริษัท⁴ แม้จะได้มีการร่วมทุนประกอบกิจการกัน แต่หากการเข้าร่วมทุนหรือร่วมประกอบกิจการดังกล่าวมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรมาแบ่งปันกันแล้ว กรณีก็ไม่อาจถือว่าการนั้นเป็นห้างหุ้นส่วน⁵ คงเป็นเพียง “กิจการเจ้าของร่วม” เท่านั้น⁶ นอกจากนี้ การร่วมกันประกอบกิจการโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อที่จะแบ่งความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกิจการนั้นก็ไม่ใช่ห้างหุ้นส่วนเช่นกัน⁷ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำพิพากษาฎีกาที่ 3848/2531 ยังไม่อาจถือเป็นบรรทัดฐานได้ว่ากิจการ Joint Ventures เข้าลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมาย

แนวความคิดทาง กฎหมายเกี่ยวกับ กิจการ Joint Ventures ใน ประเทศไทยยังไม่ เป็นที่ชัดเจนว่า เข้าลักษณะเป็น ห้างหุ้นส่วน....หรือ เป็นสัญญาไม่มีชื่อ

⁴E.R. Hardy Ivamy, *Underhill's Principles of the Law of Partnership* (11th ed.), Butterworth : London (1981), pp. 6-8.

⁵*Kay v Johnston* (1865) 21 Beav. 536 per Sir John Romilly M.R. และดูหลวงศรีปริชาธรรมปาฐก, คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2503 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม, แผนกคำสอน ม.ธ. : กรุงเทพฯ, 2503, หน้า 28-29; นอกจากนี้ศาลฎีกาเองก็ได้มีคำพิพากษาวางบรรทัดฐานในเรื่องนี้ไว้หลายคำพิพากษา เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 969/2484 คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2494 เป็นต้น

⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2494

⁷*Campbell v Pownall* (1844) 3 LTOS 1822

แพ่งและพาณิชย์ นักวิชาการบางท่าน⁸ เห็นว่า ศาลในคำพิพากษานี้เพียงแต่นำกฎหมายหุ้นส่วน มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายใกล้เคียง อย่างยิ่งมากกว่าที่จะสรุปว่ากิจการร่วมค้าเป็น ห้างหุ้นส่วน⁹

เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจทำให้ให้นักกฎหมายเข้าใจว่ากิจการ Joint Ventures มีลักษณะเช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแพ่งก็คือ บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรซึ่งได้นิยามความหมายของคำว่า “กิจการร่วมค้า” อันเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงกิจการ Joint Ventures ว่า ได้แก่ “กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางการค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือระหว่างบริษัทและ/หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีโชินิติบุคคล หุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น”¹⁰ ซึ่งจะเห็นได้จากนิยามดังกล่าวว่ากิจการร่วมค่านั้นแทบจะไม่แตกต่างจากห้างหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์แต่อย่างใด แต่นักกฎหมายบางท่านใช้นิยามของกิจการร่วมค้าตามประมวลรัษฎากรในการจำแนกความแตกต่างระหว่างกิจการ Joint Ventures กับห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแพ่งว่า Joint Ventures เป็นการร่วมลงทุนระหว่างนิติบุคคล หรือระหว่างนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลที่มีโชินิติบุคคล ขณะที่ห้างหุ้นส่วนเป็นการร่วมลงทุนกันระหว่างบุคคลธรรมดา¹¹ อย่างไรก็ตาม มีที่น่านำพิจารณาอยู่ว่าตามมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น การตั้งห้างหุ้นส่วนเป็นสัญญา ระหว่าง “บุคคล” ตั้งแต่สองคนขึ้นไป¹² และบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองก็มีสองประเภท คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ดังนั้น คำว่า “บุคคล” ที่มีความสามารถจะทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนตามมาตรา 1012 ดังกล่าวจึงน่าจะหมายรวมถึงทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล นอกจากนี้ กฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นแบบของกฎหมายหุ้นส่วนของไทยนั้น ถือว่าผู้เป็นหุ้นส่วนอาจเป็นนิติบุคคลก็ได้¹³

⁸พิเศษ เสตเสถียร, “บริษัทมหาชนเป็นเจ้าของกิจการร่วมค้า (Joint Ventures) ได้หรือไม่”, วารสารกฎหมาย ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 เมษายน 2539

⁹อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหากจะถือว่าศาลใช้วิธีเทียบเคียง (analogy) กฎหมายหุ้นส่วนมาใช้แก่กรณีของสัญญา Joint Ventures แล้ว ก็เท่ากับถือว่าไม่มีแนวปฏิบัติหรือประเพณีทางการค้าที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการค้าในรูป Joint Ventures ในประเทศไทยเลย ทั้งที่จริงๆ แล้วการประกอบกิจการค้าในรูปของ Joint Ventures ก็มีในประเทศไทยมานานพอสมควรแล้ว

¹⁰มาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร

¹¹Chanvitaya SUVARNPUNYA, *Joint Ventures in Thailand* ใน รพี 39, คณะนิติศาสตร์ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง (2539), หน้า 133-137.

¹²มาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ 3

¹³Charles D. DRAKE, *Law of Partnership*, Sweet & Maxwell : London (1972), pp.10-12.

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าแม้ในทางรูปแบบจะ ทำให้ดูเหมือนว่ากิจการร่วมค้าตามประมวล รัชฎากรนั้นเป็นห้างหุ้นส่วนเพราะต้องมีคู่สัญญา ฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคล แต่หากพิจารณาในแง่ เนื้อหาแล้วจะเห็นว่า กิจการร่วมค้าตามที่นิยาม ไว้ในประมวลรัชฎากรนั้นกลับมีความหมายที่ กว้างขวางกว่าห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแพ่ง เนื่องจากมิได้กำหนดไว้แต่โดยเฉพาะเจาะจงว่า ต้องเป็นการร่วมทุนกัน “เพื่อนำกำไร (net profits) มาแบ่งปันกัน” โดยประมวลรัชฎากร กำหนดไว้เพียงกว้าง ๆ ว่าเป็นการร่วมทุนกัน “เป็นทางการค้าหรือหากำไร” เท่านั้น ซึ่งอาจ เป็นการลงทุนร่วมกันเพื่อนำกำไร (net profits) มาแบ่งปันกันโดยตรงหรืออาจเป็นการร่วมกัน ผลิตสินค้าเพื่อประโยชน์ในการลดต้นทุน แล้ว แบ่งสินค้าที่ผลิตได้ให้ผู้ร่วมลงทุนแต่ละรายตาม ส่วนเพื่อให้ผู้ร่วมลงทุนแต่ละรายนั้นนำไปขาย เอาเองก็ได้ ซึ่งการที่ประมวลรัชฎากรนิยาม ความหมายของคำว่ากิจการร่วมค้าไว้อย่างกว้าง ๆ เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากประมวลรัชฎากร เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษีอากร จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่บทบัญญัติของกฎหมาย ดังกล่าวจะต้องครอบคลุมถึงกิจการทุกประเภทที่ สร้างรายได้ในประเทศไทย และวิธีการที่เหมาะสม ที่สุดก็คือการให้คำนิยามโดยใช้ลักษณะร่วมของ กิจการเป็นหลัก เนื่องจากการที่จะกำหนด

ประเภทของกิจการที่ต้องเสียภาษีอากรลงไปโดย เฉพาะเจาะจงนั้นอาจทำให้เกิดช่องโหว่ในการจัด เก็บภาษีอากรขึ้นได้

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าแนว ความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ในประเทศไทยนั้นยังไม่รู้ที่จะมีความ ชัดเจนเท่าใดนัก ดังนั้น สมควรที่จะพิจารณา ข้อความคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับกิจการ ดังกล่าวเสียก่อนเพราะการประกอบธุรกิจรูปแบบ นี้เกิดขึ้นในต่างประเทศและมีวิวัฒนาการมาเป็น เวลานานแล้ว

ข้อความคิดเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ของต่างประเทศ

ความยากในการศึกษาเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures นั้น เป็นผลมาจากการที่ยังไม่เคยมีการให้คำนิยามที่ชัดเจนเกี่ยวกับกิจการ ประเภทนี้ว่าเป็นอย่างไร แม้ในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นแหล่ง กำเนิดของกิจการ Joint Ventures นั้น ก็ได้มีการให้คำนิยามของกิจการดังกล่าวเอาไว้ แต่ก็ เป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึงการที่เอกชนตั้งแต่สอง รายขึ้นไปร่วมทุนเข้ากันตามสัญญาเพื่อจัดตั้ง องค์กรธุรกิจองค์กรใหม่ขึ้นเพื่อประโยชน์ในการ

¹⁴ John P. Karalis, *International Joint Ventures : A Practical Guide*, West Publishing : St. Paul, Minn. (1992), pp. 6-7

¹⁵ 326 U.S.I.

¹⁶ 441 U.S.I. (1979)

¹⁷ 629 F. 2d 1351 (5th Cir. 1980)

¹⁸ *Lane v Phillips*, 509 S.W. 2d 894.

สร้างหรือเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตสินค้า หรือให้บริการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยใช้เงินลงทุนต่ำและเพื่อให้มีความคล่องตัวในการดำเนินการ ทั้งนี้ โดยไม่ประสงค์ให้องค์กรธุรกิจที่ตั้งขึ้นมาใหม่นั้นมีสภาพเป็นนิติบุคคล¹⁴ ในคดี *Associated Press v United States*¹⁵ และคดี *Broadcast Music, Inc. v CBS*¹⁶ ศาลสูงของสหรัฐฯ ได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ว่ากิจการที่ตั้งขึ้นใหม่ระหว่างผู้ร่วมลงทุนเป็นกิจการ *Joint Ventures* เนื่องจากเป็นการตั้งองค์กรใหม่เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการให้บริการเคเบิลทีวี และในคดี *United States v Realty Multi-List, Inc.*¹⁷ ศาลเห็นว่าการที่จำเลยร่วมกับบุคคลอื่นจัดตั้งขึ้นเพื่อสร้างระบบฐานข้อมูลธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เป็นกิจการ *Joint Ventures* และมีข้อสังเกตว่าการเกิดขึ้นของกิจการ *Joint Ventures* นั้นเป็นไปตามหลักสัญญาทั่วไป กล่าวคือ จะเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอคำสนองของคู่กรณีถูกต้องตรงกันโดยไม่ต้องจำเป็นต้องทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร¹⁸

ในแง่ของการร่วมทุน เอกชนผู้ร่วมลงทุนแต่ละรายนั้นจะเป็นผู้ใดก็ได้ ส่วนทุนที่จะนำมารวมเข้ากันนั้นก็ไม่ว่ากันว่าจะต้องเป็นเงิน อาจเป็นเครื่องมือ ทรัพย์สินอื่นหรือเทคโนโลยีการ

ผลิตก็ได้¹⁹ สำหรับวัตถุประสงค์ของการเข้าร่วมทุนกันนั้นก็เพื่อลดต้นทุน (*cost saving*) ซึ่งเป็นความเสี่ยงในการผลิตสินค้าหรือให้บริการ โดยการร่วมลงทุนนั้นจะทำให้ต้นทุนต่างๆ ของแต่ละฝ่ายลดลง ไม่ว่าจะเป็นต้นทุนการผลิต ต้นทุนในการวิจัยและพัฒนาคุณภาพของสินค้าหรือบริการ หรือต้นทุนในการแทรกแซงตลาด²⁰ เพราะแทนที่แต่ละฝ่ายจะต้องลงทุน 100% ก็อาจลงทุนเพียง 50% เท่านั้น นอกจากนี้ การร่วมลงทุนเช่นนี้ก็ก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนเทคโนโลยี (*technical knowhow*) ในระหว่างผู้ร่วมลงทุนด้วย ซึ่งจะทำให้กระบวนการผลิตมีประสิทธิภาพสูงขึ้นทั้งในแง่คุณภาพและปริมาณสินค้าที่ผลิตขึ้นตามสัญญา *Joint Ventures* จึงเข้าลักษณะเป็น “ของดี ราคาถูก” ซึ่งมีประโยชน์อย่างมากในการแทรกแซงและครองตลาด²¹ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ทุนที่ผู้ร่วมลงทุนแต่ละฝ่ายจะนำมาลงจึงต้องมีจำนวนมากเพียงพอที่จะให้หน่วยธุรกิจใหม่นั้นสามารถดำเนินการไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ²²

ส่วนการแบ่งปันรายได้ กำไร หรือผลิตผลที่จะเกิดขึ้นจากกิจการที่ร่วมลงทุนนั้นจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ แต่การที่ผู้ร่วมประกอบกิจการรายใดรายหนึ่งจะโอนสิทธิตามสัญญา *Joint Ventures*

¹⁹*Hobert Hovenkamp, Economic and Federal Antitrust Law, West Publishing : St.Paul, Minn. (1985), p. 111.*

²⁰*J.D. Heydon, Trade Practices Law, Law Books Company : Sydney (1989), p. 2321.*

²¹*Robert Pitofsky, Joint Ventures under the Antitrust Law: Some Reflexions on the Significance of Penn-Olin, 82 Harvard Law Review 1007 (1969)*

²²*Joseph F. Broadley, Joint Ventures and Antitrust Policy, 95 Harvard Law Review 1526 (1982)*

ให้แก่บุคคลภายนอกนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ร่วมประกอบกิจการรายอื่นเสียก่อน เนื่องจากศักยภาพของผู้ร่วมประกอบการแต่ละรายมีความแตกต่างกัน และเป็นประเด็นสำคัญที่ผู้ร่วมประกอบการรายอื่นต้องคำนึงถึงหากว่า จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ร่วมประกอบการ รายใดรายหนึ่งขึ้นมา เพราะแทนที่จะเป็นการลดภาระความเสี่ยงในการลงทุนก็อาจเป็นการเพิ่ม ภาระความเสี่ยงขึ้นก็ได้ โดยปกติการให้ความเห็น ดังกล่าวผู้ร่วมประกอบกิจการจะพิจารณาถึงความ เหมาะสมของผู้ร่วมประกอบกิจการรายใหม่²³ ความ รู้และประสบการณ์ในการประกอบกิจการที่ร่วม ประกอบการนั้น²⁴ ตลอดจนความมั่นคงของ ผู้ที่จะรับโอนสิทธิให้เข้าร่วมประกอบการด้วย²⁵

สถานะทางกฎหมายของกิจการ Joint Ventures

จากข้อความคิดเกี่ยวกับกิจการ Joint Ventures ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า กิจการ Joint Ventures มีลักษณะร่วมกับห้างหุ้นส่วน หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการเกิดขึ้นตาม

สัญญาระหว่างบุคคลเพื่อจัดตั้งองค์กรธุรกิจขึ้น ใหม่และทุนที่จะนำลงก็ไม่จำเป็นต้องเป็นเงินอย่างไร ก็ตาม หากนำสัญญาจัดตั้งกิจการ Joint Ventures มาพิจารณาประกอบกับข้อความคิดทาง กฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนแล้ว จะเห็นได้ว่า กิจการ Joint Ventures มีความแตกต่างจาก ห้างหุ้นส่วนอย่างน้อยที่สุดสามประการ

ประการแรก กิจการ Joint Ventures เป็นการเข้าร่วมลงทุนกันระหว่างเอกชนเพื่อ ประโยชน์ในการสร้างหรือเพิ่มประสิทธิภาพใน การผลิตสินค้าหรือบริการอย่างใดอย่างหนึ่ง²⁶ และเพื่อนำกำไร (net profits) หรือผลผลิตที่ได้ (outputs) หรือรายได้ที่เกิดขึ้นแต่กิจการนั้น (gross returns) มาแบ่งปันกันตามส่วนที่กำหนด ไว้ในสัญญา²⁷ แต่ห้างหุ้นส่วนจะต้องเป็นการนำ กำไรมาแบ่งปันกันเท่านั้น ดังนั้น ถ้าเป็นการ ร่วมลงทุนเพื่อนำกำไรมาแบ่งปันกันก็อาจเป็นได้ ทั้งห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายแพ่งและกิจการ Joint Ventures ซึ่งต้องพิจารณาลักษณะพิเศษประการ อื่นต่อไป

ประการที่สอง กฎหมายห้างหุ้นส่วน

²³*Ibid.*

²⁴*Ibid.*

²⁵*Ibid.*

²⁶John P. Karalis, *op. cit.*, pp. 6-7.

²⁷*Greer v McCrory, App.*, 192 S.W. 2d 431, 439; *Stogden v Charleston Transit Co.*, 32 S.E. 2d 276, 279 อย่างไรก็ตาม มีข้อสงสัยเกี่ยวกับหลักการนี้เป็นที่ยอมรับในสหรัฐอเมริกา แต่ในออสเตรเลียถือว่าต้องเป็นการร่วม ลงทุนเพื่อนำ "ผลผลิตหรือรายได้" จากกิจการนั้นมาแบ่งปันกันตามส่วนเท่านั้น มิใช่การร่วมกันผลิตและจำหน่ายแล้ว จึงนำกำไรมาแบ่งปันกัน โปรดดู *United Dominions Corp Ltd v Brian Pty Ltd (1985)* 59 ALJR 676 per Dawson J ; *ARM Constructions Pty Ltd v Federal Cmr of Taxation (1987)* 19 ATR 337 at 354

ห้ามมิให้เป็นหุ้นส่วนใน
ห้างหุ้นส่วนสามัญและ
ผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่
จำกัด ความรับผิดชอบใน
ห้างหุ้นส่วนจำกัด ประกอบ
กิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง
ซึ่งมีสภาพเดียวกับกิจการ
ของห้างหุ้นส่วนและเป็น
การแข่งขันกับกิจการของ
ห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่ว่าจะทำ
เพื่อประโยชน์ของตนหรือ
ประโยชน์ของผู้อื่นโดยมิได้
ได้รับความยินยอมจากหุ้นส่วน
คนอื่น²⁸ และในการ
พิจารณาว่าการที่หุ้นส่วน
ดังกล่าวประกอบกิจการอัน
มีสภาพอย่างเดียวกันและ
เป็นการแข่งขันกับกิจการ
ของห้างหุ้นส่วนหรือไม่ จะ
ต้องพิจารณาถึงสภาพของ
กิจการ เวลาและสถานที่
ประกอบกิจการด้วย²⁹ แต่
กรณีของ Joint Ventures
ไม่มีข้อจำกัดเช่นนี้ ผู้เข้า
ร่วมกิจการดังกล่าวอาจเป็น
คู่แข่งทางการค้าระหว่าง
กันก็ได้ เช่น กรณีนาย ก.

ในสหรัฐอเมริกาเดิม
ศาลเห็นว่ากิจการ
Joint Ventures
เป็นห้างหุ้นส่วน
รูปแบบพิเศษ
(informal partner-
ships) และอยู่
ภายใต้บังคับ
กฎหมายว่าด้วย
ห้างหุ้นส่วน
แต่แนวความคิด
ดังกล่าวได้
เปลี่ยนแปลงไปใน
ปลายศตวรรษที่ 19

และนาย ข. ร่วมลงทุนตั้ง
โรงงานผลิตตุ้ยน โดยที่
นาย ก. และนาย ข. อาจ
เป็นพ่อค้าตุ้ยนในกรุงเทพฯ
ด้วยกันซึ่งถือได้ว่าเป็นคู่แข่ง
ทางการค้าในตลาดเดียวกัน
(same geographic
market) หรือนาย ก. อาจ
เป็นพ่อค้าตุ้ยนในเขตภาค
กลาง และนาย ข. เป็น
พ่อค้าตุ้ยนในเขตภาคอีสาน
ซึ่งเป็นการค้าในตลาดที่
แตกต่างกัน (different
geographic markets) ก็
สามารถประกอบกิจการ
Joint Ventures ในระหว่าง
กันได้ ความสัมพันธ์
ระหว่างผู้ร่วมลงทุนจะเป็น
ไปตามที่ได้มีการกำหนดไว้
ในสัญญา³⁰ อย่างไรก็ตาม
ผู้ร่วมลงทุนอาจตกลงกันได้
เป็นพิเศษเพื่อห้ามมิให้
ผู้ร่วมลงทุนรายใดรายหนึ่ง
หรือทุกรายประกอบกร
ค้าแข่งขันกับกิจการ Joint
Ventures หรือประกอบ
กิจการใดกิจการหนึ่งที่อาจ

28ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1038 และมาตรา 1066

29ประกาศนั อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หจก. คุณพิน
อักษรกิจ : กรุงเทพฯ, 2526, หน้า 89-91 และหน้า 141-143.

30Joseph F. Broadley, op.cit.

ส่งผลกระทบต่อกิจการที่ร่วมลงทุนก็ได้ แต่ข้อห้ามดังกล่าวจะต้องไม่ขัดขวางต่อการแข่งขันทางการค้า (Restraint of Trade)³¹ ข้อจำกัดมีเพียงว่าผู้ร่วมลงทุน (Joint Ventures or Parents) จะต้องไม่มีอำนาจควบคุมระหว่างกันหรืออยู่ในอำนาจครอบงำเดียวกัน เพราะมิฉะนั้นความสัมพันธ์ระหว่างผู้ร่วมลงทุนกับหน่วยธุรกิจที่ตั้งขึ้นใหม่จะมีลักษณะเหมือนบริษัทแม่-บริษัทลูก (Parent-Subsidiary Relationship) ไป³²

ประการที่สาม ในแง่ของการประกอบธุรกิจ การประกอบธุรกิจของห้างหุ้นส่วนจะมีลักษณะที่ต่อเนื่อง ไม่สิ้นสุดลงเมื่อบรรล่วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ อีกทั้งการประกอบธุรกิจจะเป็นไปในทางกว้าง (horizontal axis) กล่าวคือ ห้างหุ้นส่วนสามารถที่จะประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องเนื่องได้ด้วยนอกจากธุรกิจเฉพาะของห้างหุ้นส่วน ส่วนการประกอบกิจการ Joint Ventures จะเป็นไปในทางลึก (vertical axis) คือ จะอยู่ในกรอบที่ตกลงกันไว้เท่านั้น จะดำเนินธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องไม่ได้เว้นแต่จะตกลงกันไว้เป็นพิเศษ และจะยุบเลิกไปเมื่อการดำเนินกิจการบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้³³

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เราจึงไม่สามารถที่จะชี้ชัดได้ว่ากิจการที่ใช้ชื่อว่า Joint Ventures จะเป็นหุ้นส่วนธรรมดาหรือเป็นกิจการ Joint Ventures โดยแท้จนกว่าจะได้ศึกษาราย

ละเอียดของแต่ละสัญญาว่ามีลักษณะพิเศษของ Joint Ventures ดังที่กล่าวไว้แล้วหรือไม่ และปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือหากกิจการดังกล่าวเป็นกิจการ Joint Ventures แล้วกิจการนั้นควรอยู่ภายใต้กฎหมายใด ผู้เขียนเห็นว่าแม้การประกอบกิจการดังกล่าวจะไม่เข้าลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนบริษัทและไม่มีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่งโดยเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่โดยที่กิจการดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่ผู้ร่วมประกอบกิจการตกลงเข้ากันในอันที่จะสร้างองค์กรหรือหน่วยธุรกิจที่เรียกว่า Joint Ventures ขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ร่วมประกอบกิจการจึงเป็นความสัมพันธ์ที่อยู่บนพื้นฐานของสัญญา การประกอบกิจการในรูปแบบของ Joint Ventures ทั้งในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาและความรับผิดชอบระหว่างคู่สัญญากับบุคคลภายนอกจึงควรที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญา นอกจากนี้ ในทางการค้านั้น เมื่อได้มีการพัฒนาสัญญารูปแบบใหม่ๆ ขึ้นมาแล้วก็จะมีการพัฒนาประเพณีปฏิบัติทางการค้าเกี่ยวกับสัญญานั้นๆ ขึ้นมาพร้อมกันไปด้วยเสมอ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากมีกรณีปัญหาขึ้นกับสัญญา Joint Ventures และหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาไม่ครอบคลุมถึงปัญหาเหล่านั้น กรณีนี้อาจนำประเพณีปฏิบัติทางการค้ามาใช้ในการ

³¹Noranda Australia Ltd v Laohlan Resources NL (NL) 14 NSWLR 1 at 17, - 22

³²Joseph F. Broadley, *op. cit.*

³³Arnold O. Ginnow (editor), *Corpus Juris Secunfum*, Vol. 48A, West Publishing : Minn (1981), pp. 401-402.

อุตสาหกรรมดังกล่าวได้³⁴ ส่วนการตรากฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจประเภทนี้เป็นการเฉพาะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นเพราะพัฒนาการของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันได้สร้างสัญญาไม่มีชื่อรูปแบบใหม่ๆ ขึ้นอย่างมากมายและรวดเร็วซึ่งก็รวมถึงสัญญาการประกอบธุรกิจแบบ Joint Ventures นี้ด้วยซึ่งทำให้การตรากฎหมายขึ้นมาให้ทันสมัยบังคับรูปแบบสัญญาใหม่ๆ แบบนี้แทบจะเป็นไปไม่ได้

ในสหรัฐอเมริกา เดิมศาลเห็นว่ากิจการ Joint Ventures เป็นห้างหุ้นส่วนรูปแบบพิเศษ (informal partnerships) และอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วน แต่แนวความคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปในตอนปลายศตวรรษ

ที่ 19 เมื่อศาลได้พิจารณาถึงลักษณะพิเศษของกิจการ Joint Ventures ดังกล่าว ศาลจึงไม่ถือว่าสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายห้างหุ้นส่วน แต่ปฏิบัติต่อสัญญา Joint Ventures เสมือนสัญญาไม่มีชื่อ โดยอยู่ภายใต้บังคับหลักกฎหมายสัญญาทั่วไป³⁵ และไม่มีมีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับกับกิจการประเภทนี้เป็นพิเศษ อย่างไรก็ตาม หากกิจการ Joint Ventures นั้นก่อให้เกิดสภาพการผูกขาดตัดตอนอันเป็นการทำลายสภาพการแข่งขันทางการค้า กิจการ Joint Ventures จะถูกตรวจสอบภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับป้องกันการผูกขาดทางการค้า



³⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 4 กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

³⁵John P. Karalis, *op. cit.*