



ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) : ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ
เสรีภาพของสัญญาและการคุ้มครองสังคม

สุธินี อุภนวัตินกุล



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2549

ISBN 974-671-356-6

**Contingent Fee : A Consideration of Freedom of Contract
and Protection of Society**



Suthinee Ruekwasinkul

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2006

ISBN 974-671-356-6



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์ คำทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) : ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเสรีภาพ
ของสัญญา และการคุ้มครองสังคม

เสนอโดย น.ส.สุรณี ฤกษ์วสินกุล

สาขาวิชา นิติศาสตร์ หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ อาจารย์วิรัช อริษะนันทกะ

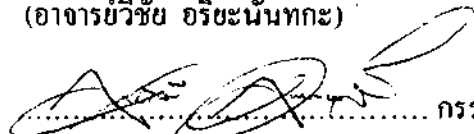
ได้พิจารณาเห็นชอบ โดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

.....ประธานกรรมการ


(อาจารย์ ดร.ไพรัตน์ พาลุสุข)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

(อาจารย์วิรัช อริษะนันทกะ)

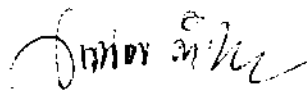
.....กรรมการ

(รศ.ดร.สุชาบดี สัตตบุศย์)

.....กรรมการ

(อาจารย์สุชาติ ธรรมพิทักษ์กุล)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว



คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ คำริชอบ)

วันที่ 5 เดือน 12 พ.ศ. 2549

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ได้ ด้วยความเมตตาจากท่านอาจารย์วิรัช อริยะนันท์ทกะ ที่ได้กรุณาสละเวลาและให้คำปรึกษาอันมีค่ายิ่งตลอดการทำวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ ดร.พีรพันธุ์ พาลุสุข รองศาสตราจารย์ ดร.สุชาติ สักคบุศย์ และศาสตราจารย์ (พิเศษ)สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล ที่ได้สละเวลามาเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำอันมีค่าแก่ผู้เขียน

ผู้เขียนขอขอบคุณอุปการะที่เกิดจากบรรณกรรมจีนนี้แด่คุณพ่อ คุณแม่ คุณอา พี่ๆ และสมาชิกทุกคนในครอบครัว “ฤกษ์วสินกุล” ขอขอบพระคุณสถาบันการศึกษาทุกแห่ง คณาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียน

นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา (ห้องผู้ช่วย 6) อันประกอบด้วยท่านอาจารย์ชีพ จุลมนต์, ท่านอาจารย์ชัยยุทธ ศรีจันทร์, ท่านอาจารย์สมยศ เข็มทอง, ท่านอาจารย์วิรัช จิตตานิษฐ์ และท่านอาจารย์วิวัฒน์ วงศกิตติรักษ์ ที่ส่งเสริม สนับสนุน และให้คำแนะนำที่มีคุณประโยชน์ยิ่งแก่ผู้เขียนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และในด้านอื่นๆ ตลอดมา

ผู้เขียนขอขอบพระคุณศาสตราจารย์(พิเศษ)จรัญ ภัคศิธนากุล, ท่านมนตรี ยอดปัญญา และศาสตราจารย์(พิเศษ)สุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล สำหรับความช่วยเหลือและการอำนวยความสะดวกในการแจกแบบสอบถามประกอบข้อมูลในการทำวิทยานิพนธ์

นอกจากนี้ ขอขอบคุณคุณสุดรัก สุขสว่าง สำหรับมิตรภาพอันยิ่งใหญ่และความจริงใจที่มีให้เสมอมา ขอขอบพระคุณท่านประเสริฐ เสียงสุทธิวงศ์ สำหรับความช่วยเหลือ และคำแนะนำด้านข้อมูลคำพิพากษาศาลฎีกาอันเป็นประโยชน์ยิ่ง ขอขอบคุณพี่น้องศาลฎีกา และอีกหลายคนที่มีส่วนในความสำเร็จซึ่งไม่อาจกล่าวถึงได้หมด ณ ที่นี้ สำหรับมิตรภาพและความห่วงใย

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ “ศาลฎีกา” องค์กรที่ทำให้หลายสิ่งหลายอย่างที่ดีๆ ในชีวิตของผู้เขียนได้มีโอกาสเริ่มต้นขึ้นที่นี่

ผู้เขียนหวังว่า วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่การศึกษากฎหมายบ้างไม่มากนักน้อย หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอน้อมรับผิดแต่เพียงผู้เดียว

สุธินี ฤกษ์วสินกุล

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ผ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ณ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 วิธีการศึกษาวิจัย.....	3
1.4 สมมุติฐานในการศึกษา.....	3
1.5 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
2. หลักกฎหมายไทยในการกำหนดเงินรางวัลตามสัญญาจ้างว่าความ.....	5
2.1 วิวัฒนาการและประวัติความเป็นมาของสัญญาจ้างว่าความ.....	5
2.1.1 สมัยกรุงสุโขทัย.....	5
2.1.2 สมัยกรุงศรีอยุธยาถึงกรุงรัตนโกสินทร์ยุคต้น.....	6
2.1.3 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ยุคกลางถึงปัจจุบัน	8
2.1.3.1 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2458	10
2.1.3.2 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477	11
2.1.3.3 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2508	12
2.1.3.4 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528	14
2.2 รากฐานความคิดในการทำสัญญาจ้างว่าความในเรื่องเงินรางวัลทนายความ.....	19
2.2.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างว่าความ.....	19
2.2.2 ลักษณะของเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างว่าความ.....	22
2.2.3 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างว่าความ.....	22
2.2.3.1 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา.....	22
2.2.3.2 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างว่าความ.....	23

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

2.3 แนวความเห็นของนักกฎหมายไทยในเรื่องค่าทนายตามผลแห่งคดี (Contingent Fee).....	26
2.4 อัตราค่าทนายความ.....	32
2.4.1 อัตราค่าทนายความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	32
2.4.1.1 ตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	33
2.4.1.2 ระบบการพิจารณาคดีแพ่ง	34
2.4.1.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีแพ่ง.....	34
2.4.1.4 หลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดอัตราค่าทนายความ.....	34
2.4.1.5 แนวคำพิพากษาฎีกาในการกำหนดอัตราค่าทนายความ.....	35
2.4.2 อัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา	36
2.4.2.1 ตารางอัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.....	37
2.4.2.2 ระบบการพิจารณาคดีอาญา.....	37
2.4.2.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญา.....	38
2.4.2.4 หลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินรางวัลทนายความ.....	38
3. การบังคับใช้กฎหมายเรื่องเงินรางวัลทนายความในประเทศไทย.....	41
3.1 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการกำหนดเงินรางวัลทนายความ.....	41
3.1.1 ที่มาของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....	41
3.1.2 ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....	42
3.1.3 ขอบเขตของความสงบเรียบร้อยของประชาชน.....	45
3.1.4 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยที่เกี่ยวกับขอบเขตของความสงบเรียบร้อย ของประชาชน.....	46
3.2 หลักศีลธรรมอันดีของประชาชนในการกำหนดเงินรางวัลทนายความ.....	50
3.2.1 ที่มาของคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชน.....	50
3.2.2 ความหมายของคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชน.....	51

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.2.3	ขอบเขตของศีลธรรมอันดีของประชาชน.....	52
3.3	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	53
3.3.1	ขอบเขตการให้ความเป็นธรรมในการกำหนดเงินรางวัลความ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	54
3.3.2	หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.....	55
3.3.2.1	หลักสุจริต ตามมาตรา 5	56
3.3.2.2	หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญาตาม มาตรา 368 และมาตรา 171	56
3.3.2.3	หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตาม มาตรา 150	56
3.3.2.4	หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบตามมาตรา 11	57
3.3.3	การให้ความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	57
3.4.	แนวความคิดในการกำหนดเงินรางวัลความ.....	61
3.4.1	การกำหนดเงินรางวัลความตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม(Class Action)...	61
3.4.1.1	ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่งในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม(Class Action).....	62
3.4.1.2	แนวคิดในการกำหนดเงินรางวัลความ(Attorney's Fee)	65
3.4.1.3	หลักการเกี่ยวกับการจ่ายเงินรางวัลความ	65
3.4.1.4	คุณสมบัติของทนายความฝ่ายโจทก์.....	66
3.4.1.5	ข้อสังเกตในการกำหนดเงินรางวัลความ.....	67
3.4.2	การกำหนดเงินรางวัลความตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สิน ทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ ...	67
3.4.2.1	ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธี พิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ พ.ศ.	68
3.4.2.2	หลักการในการกำหนดเงินรางวัลความตามร่างฯ	68

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.4.2.3 ข้อสังเกตในการกำหนดเงินรางวัลตามความตามร่างฯ	69
3.5 แนวคำพิพากษาฎีกาในการบังคับใช้กฎหมายเรื่องค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee).....	69
3.5.1 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477	69
3.5.2 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508	71
3.5.3 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528	71
3.5.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150	72
3.5.5 พระราชบัญญัติอื่น.....	74
4. หลักกฎหมายต่างประเทศในการกำหนดเงินรางวัลทนายความ.....	76
4.1 การกำหนดเงินรางวัลทนายความตามผลแห่งคดี (Contingency Fee)	76
4.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	76
4.1.1.1 วิธีกำหนดค่าทนายความตามผลแห่งคดีในสัดส่วนของเงินที่ลูกความจะได้รับในคดี (The Contingency Fee).....	77
4.1.1.2 วิธีกำหนดค่าทนายความแบบอัตราตายตัว (The Flat Fee หรือ Fixed Fee).....	77
4.1.1.3 ข้อบังคับมารยาทในทางวิชาชีพ.....	78
4.1.2 ประเทศอังกฤษ.....	78
4.1.2.1 วิธีกำหนดค่าทนายความ.....	79
4.1.1.2 มารยาททางวิชาชีพในการกำหนดค่าทนายความ.....	79
4.1.3 ประเทศเยอรมัน.....	80
4.1.3.1 วิธีกำหนดค่าทนายความ.....	80
4.1.3.2 ข้อบังคับในการกำหนดค่าทนายความ.....	81
4.1.4 ประเทศฝรั่งเศส.....	81
4.2 รากฐานความคิดในการกำหนดเงินรางวัลทนายความในต่างประเทศ.....	83
4.2.1 หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน.....	84
4.2.1.1 ประเทศอังกฤษ.....	86

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4.2.1.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	87
4.2.1.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	87
4.2.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา.....	88
4.2.2.1 กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส.....	89
4.2.2.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญา.....	90
4.3 แนวคิดเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ.....	91
4.3.1 แนวคิดของกฎหมายเยอรมัน.....	91
4.3.2 แนวคิดของกฎหมายฝรั่งเศส.....	92
4.3.3 แนวคิดของกฎหมายสหรัฐอเมริกา.....	93
4.3.4 แนวคิดของกฎหมายอังกฤษ.....	94
5. บทวิเคราะห์ สรุป และเสนอแนะ.....	96
5.1 วิเคราะห์	96
5.1.1 วิเคราะห์ความเห็นในทางคำร้องของการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี.....	100
5.1.2 วิเคราะห์การเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี.....	102
5.1.3 วิเคราะห์พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับการ เยียวยาความไม่เป็นธรรมในสัญญาอ้างว่าความระหว่างทนายความและ ลูกความ	104
5.1.4 วิเคราะห์การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) กับแนวโน้มการฟ้องปรน ของกฎหมายไทยต่อการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี.....	106
5.1.5 วิเคราะห์ข้อพิจารณาด้านความเหมาะสมของอัตราค่าทนายความ.....	108
5.1.6 วิเคราะห์ค่าขึ้นศาลกับการคำนวณค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี.....	109
5.2 สรุป.....	114
5.3 เสนอแนะ.....	115
บรรณานุกรม.....	119
ภาคผนวก.....	127
ประวัติผู้เขียน.....	162

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ค่าตอบแทนตามผลแห่งคดี (Contingent Fee): ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเสรีภาพของสัญญาและการคุ้มครองสังคม
ชื่อผู้เขียน	สุธินี ฤกษ์วสินกุล
อาจารย์ที่ปรึกษา	นายวิชัย อริยะนันท์ทกะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ (กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ)
ปีการศึกษา	2548

บทคัดย่อ

การเรียกค่าตอบแทนตามผลแห่งคดี หมายถึงการเรียกค่าวิชาชีพตามความในงานว่าความ โดยคำนวณจากผลแห่งคดีที่ศาลมีคำพิพากษา ค่าตอบแทนในลักษณะนี้มีมักคิดเป็นจำนวนร้อยละของเงินที่โจทก์ชนะและสามารถบังคับคดีได้ เช่นร้อยละ 25 ของจำนวนเงินที่ได้จากสัญญาประนีประนอมยอมความ หรือร้อยละ 33 ของจำนวนเงินที่โจทก์ชนะคดี การที่ทนายความมีผลประโยชน์โดยตรงดังกล่าวทำให้ขัดแย้งกับแนวความคิดว่าทนายความควรทำหน้าที่เพียงการว่าต่างแก้ต่างแทนคู่ความในคดีเท่านั้น หากทนายความเข้าไปมีผลประโยชน์โดยตรงในผลแห่งคดีก็จะขัดต่อหลักการที่ทนายความเป็นประจักษ์ “เจ้าหน้าที่ศาล” ในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรม ความคิดดังกล่าวทำให้พระราชบัญญัติทนายความสองฉบับแรก กล่าวคือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 ต่างมีบทบัญญัติห้ามการเรียกค่าตอบแทนโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่คู่ความ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติทนายความฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กลับไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว จึงถือได้ว่า ในปัจจุบันการเรียกค่าตอบแทนตามผลแห่งคดีไม่ถือว่าเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมายอีกต่อไป

ส่วนปัญหาว่าการเรียกค่าตอบแทนตามผลแห่งคดีจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรม ซึ่งกินความรวมถึงจริยธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1260/2543 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า “...ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความ ในฐานะที่ทนายความมีส่วนสำคัญในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความ คู่เป็นเจ้าหน้าที่ศาล ทนายความไม่พึงทำสัญญากับคู่ความของตนในลักษณะที่ตนเองมีส่วนได้เสีย

โดยตรงในคดีจนกระทั่งกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว” สัญญาเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็น โฆษ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสนอข้อพิสูจน์ว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงและเคลื่อนไหวได้ตามกาลเวลาและสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamic) ไม่ใช่สิ่งที่อยู่นิ่งและไม่มีเปลี่ยนแปลง แนวความคิดนี้แสดงออกอย่างชัดเจน และสละสลวยโดย วินฟิลด์ (Winfield) ดังนี้

“ความสงบเรียบร้อยเป็นสิ่งที่ต้องการการปรับแต่ง การปรับแต่งไม่เกิดขึ้นแต่เฉพาะจากศตวรรษหนึ่งไปอีกศตวรรษหนึ่ง หรือจากชั่วคนหนึ่งไปยังอีกชั่วคนหนึ่ง แต่การปรับแต่งอาจเกิดในชั่วคนเดียวกัน นอกจากนั้น การปรับแต่งอาจไม่เกิดขึ้นเฉพาะในหัวข้อใดหัวข้อหนึ่ง แต่กินความรวมถึงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับหัวข้อหนึ่งหัวข้อใดโดยเฉพาะด้วย การปรับแต่งแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยหรือนโยบายสาธารณะเป็นเสาหลักของหลักดังกล่าว มิใช่เป็นเครื่องมือในการทำลายหลักความสงบเรียบร้อยเอง ถ้าปราศจากการปรับแต่ง หลักความสงบเรียบร้อยก็อาจไม่มีความหมาย การก้าวไปของอารยธรรมและความยากในการกำหนดประชาคมดีทำให้การปรับแต่งหลักความสงบเรียบร้อยมีความจำเป็นอย่างยิ่ง”

สิ่งที่อาจเปลี่ยนแปลงมากที่สุดนโยบายสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในส่วนที่เกี่ยวกับค่าทนายความตามผลแห่งคดีคือการที่จะนำการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) มาใช้ในศาลไทย ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ซึ่งยกร่างโดยความคิดริเริ่มของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประสงค์จะให้เพิ่มบทบัญญัติดังกล่าวในลักษณะ 2 วิธีพิจารณาคดีวิสามัญในศาลชั้นต้นต่อกบทบัญญัติหมวด 3 อนุญาโตตุลาการ เป็นหมวด 4 การดำเนินคดีแบบกลุ่ม ซึ่งกำหนดให้ศาลกำหนดเงินรางวัลทนายความให้แก่ทนายโจทก์ตามจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มแต่ละคนจะได้รับ แต่ไม่ให้เกินร้อยละ 30 ของจำนวนเงินดังกล่าว ในการนี้ กฎหมายให้ศาลคำนึงถึงปริมาณงานที่ทนายความได้ทำไป และเวลาที่ใช้ในการทำงาน ความยากง่ายแห่งคดีรวมถึงค่าใช้จ่ายที่ได้ออกไปก่อน ทนายโจทก์ยังต้องยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปในการทำคดีเพื่อประโยชน์แก่ศาลในการคำนวณเงินรางวัลทนายความอีกด้วย จุดเปลี่ยนแปลงอีกประการหนึ่งคือกลไกของตลาดการค้าเสรี ปัจจุบัน (วันที่เขียนบทความนี้คือ ๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๙) มีทนายความที่จดทะเบียนไว้กับสภาทนายความจำนวน ๔๕,๙๓๙ คน เป็นที่แน่นอนที่สุดว่าในจำนวนทนายความดังกล่าวช่วยอมประกอบด้วยบุคคลที่มี “คุณภาพ” แตกต่างกันไป ระบบตลาดเสรีย่อมหมายความ

ว่าทนายความและลูกความมีเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างทนายความซึ่งรวมทั้งผลตอบแทนในด้านค่าว่าความตามผลแห่งคดีด้วย วิธีการดังกล่าวก็ใช้กันแพร่หลายในทางปฏิบัติ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงสรุปและเสนอแนะว่า การเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดีมิได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกต่อไป

ความเกร็งเกรงของสังคมในระบบเศรษฐกิจเสรีประการหนึ่งคือ เสรีภาพในการทำสัญญาอาจจะทำให้ความยุติธรรมที่มีคุณภาพเป็นสิ่งที่อาจอยู่ไกลเกินเอื้อมของกลุ่มความที่มีฐานะด้อยในทางเศรษฐกิจ การเยียวยาในเรื่องนี้มีอยู่สองลักษณะ ลักษณะแรกการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีในสัญญาจ้างว่าความถือเป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบวิชาชีพ และหากข้อตกลงดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลมีอำนาจที่จะทำให้ข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ลักษณะที่สองคือการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีแพ่งโดยการอนุเคราะห์การทบทวนคดีในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 242 วรรคสอง “ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ” วิทยานิพนธ์นี้จึงเสนอแนะว่ารัฐควรบัญญัติกฎหมายเพื่อการจัดการทนายความให้กลุ่มความที่ยากจนและมีเหตุสมควรในการฟ้องหรือต่อสู้คดีแพ่งโดยเทียบเคียงกับอัตราเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 เพื่อให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีแพ่งเป็นจริงและมีประสิทธิภาพสมดังเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและการบริหารงานยุติธรรมทางแพ่งที่มีประสิทธิภาพ

Thesis Title	Contingent Fee : A Consideration of Freedom of Contract and Protection of Society
Author	Suthinee Ruekwasinkul
Thesis Advisor	Judge Vichai Ariyanuntaka
Department	Law (Private and Commercial Law)
Academic Year	2005

ABSTRACT

Contingent fee means a fee charged for an attorney's services only if the lawsuit is successful or is favourably settled out of court. Contingent fees are usually calculated as a percentage of the client's net recovery, such as 25% of the recovery if the case is settled and 33% if the case is won at trial. The concept of contingent fee may offend the notion that attorneys are mere representatives of the parties in litigation. They are, as it were, '*officer of the court*', to ensure that justice is done and manifestly seen to be done in the case. As such they cannot take a direct interest in the case they are representing. This notion enshrined in the first two Attorney's Act of Thailand; the Attorney's Act B.E. 2477 (1934) and the Attorney's Act B.E. 2508 (1965). Both Acts had specific provisions prohibiting contingent fee. However, the present Attorney's Act, the Attorney's Act B.E. 2528 (1985) does not have such prohibition. This can only be interpreted as the practice of contingent fee is no longer expressly prohibited by law.

The next question to consider is whether the practice of contingent fee is contrary to public order or good morals (including etiquette) under Thai law? The Supreme Court decision no. 1260/2543 (2000), which was held in the Plenary Session answers this question in the affirmative. It held that "... In so far as the practice of attorney is concerned, Attorneys play an important part in the dispensing of justice to the parties in the litigation. As such an attorney is like an officer of the court and cannot enter into a relationship whereby he will have a direct interest in the subject matter of the dispute for it will affect his function and duties in the case" Contingent fee is thus contrary to public order and good morals and is void.

The tenet of this thesis is the proof that public policy is dynamic; it could change through time and new circumstances. It is difficult to find a more succinct and eloquently put notion of the dynamic of public policy than that of Winfield's.

He said "*Public policy is necessarily variable. It may be variable not only from one century to another, not only from one generation to another, but even in the same generation. Further, it may vary not merely with respect to the particular topics which may be included in it, but also with respect to the rules relating to any one particular topic. This variability of public policy is a stone in the edifice of the doctrine, and not a missile to be flung at it. Public policy would be almost useless without it. The march of civilization and the difficulty of ascertaining public opinion at any given time make it essential.*"

Perhaps, in Thailand the catalyst for change of the notion of public policy as far as contingent fee is concerned is the proposed introduction of class action into the Civil Procedure Code. The Council of State's draft legislation an Act to Amend the Civil Procedure Code B.E..... seeks to adopt class action in the Extraordinary Procedure of the Civil Procedure Code next to the provisions on Court-Annexed Arbitration. The proposed legislation allows the court to grant a percentage fee to the successful attorney for the plaintiff in a class case. The ceiling for the fee is put at 30% of the amount granted to the plaintiff and each member of the class. The court shall take into consideration matters such as the amount of work carried out and the length of time spent by the attorney, complication of the case including expenses incurred by the attorney. The attorney for the plaintiff shall submit to the court at the end of a successful trial the details of the expenses incurred in order to assist the court in the calculation of the fee. Another catalyst for change is free market economy itself. At present (as of 1 February 2006) there are 45,939 registered practicing attorneys in Thailand. Obviously some are 'better' than others. Free market economy means parties to a contract are free to negotiate its terms including contingent fee, which is not unusual in legal practice. One of the recommendations made by this thesis is to consider contingent fee not a violation of public policy and good morals in the present day.

Freedom of contract in modern days induces fear of unfair contract terms particularly between two unequal parties with unequal access to information and expertise. Contracts

concluded between attorney and client is one instance of this. Although attorney owes a fiduciary relationship with the client but when it comes to negotiating the fees of the service, the fiduciary relationship is not much of a help. However, in order to dispel some of the fear expressed above, Thailand since 1997 has introduced the Unfair Contract Terms Act B.E. 2540 (1997). Section 4 of the said Act deals with contractual relationship between attorney and client whereby if the court considers that the contract term is unfair, the court may render its enforcement fair and reasonable. This thesis also touches on the Constitution of Thailand Article 242 paragraph two concerning legal aid in civil cases which has not been put into reality. It is suggested that the method of legal aid carried out so successfully by the government in criminal cases be the model for legal aid in civil cases where the applicant is in financial difficulties and the case has sufficient merit to be represented.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ในการดำเนินคดีแพ่ง บุคคลจะเสนอคดีต่อศาลต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 กล่าวคือในกรณีเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิ หรือ มีความจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล นอกจากนี้จะต้องเป็นบุคคลตามกฎหมาย ทั้งบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล และจะต้องมีความสามารถตามกฎหมายด้วย ในการดำเนินคดีนี้ตัวความจะดำเนินคดีเอง หรือจะตั้งทนายความเสมือนตัวแทนให้ว่าต่างแก้ต่างคดีความของตนแทนก็ได้ ในกรณีที่ตัวความได้ว่าจ้างทนายความให้ดำเนินคดีแทน ตัวความจะต้องเสียค่าว่าจ้างทนายความซึ่งเรียกว่า “เงินรางวัลทนายความ”¹ (Attorney’s Fees)² อันเป็นค่าวิชาชีพทนายความ หรือเงินค่าตอบแทนความสามารถในวิชาชีพทนายความ โดยคำนวณจากชั่วโมงทำงาน ความยากง่ายของงาน เป็นต้น แม้ในคดีอาญาทนายความก็มีส่วนเข้าไปทำหน้าที่ช่วยเหลือจำเลยกรณีที่จำเลยไม่มีทนายความ ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับรองในการมีทนายความแก้ต่างคดี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ. 2540 มาตรา 242 และเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดหาทนายความให้แก่จำเลยที่ถูกฟ้องคดีต่อศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173

¹ “เงินรางวัลทนายความ” หมายถึง ค่าตอบแทนที่ทนายความได้รับจากลูกความในการให้บริการทางอรรถคดีว่าต่างหรือแก้ต่างแทนลูกความ อัตราค่าตอบแทนนี้อาจคำนวณเป็นชั่วโมง หรืออัตราเหมาตามความยากง่ายของงาน หรือค่าใช้จ่ายอื่นที่ทนายความต้องเสียไป หรืออาจคำนวณตามผลแห่งคดี ในคดีอาญา “เงินรางวัลทนายความ” มีความหมายพิเศษ ซึ่งบัญญัติอยู่ในระเบียบกระทรวงยุติธรรม “ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 17) พ.ศ.2532.” ประกาศและมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 8 มีนาคม 2533.

² Bryan A. Garner, Editor in Chief. (1999). **Black’s Law Dictionary**. “Attorney’s Fees means the charge to a client for services performed for the client, such as an hourly fee, a flat fee, or a contingent fee.” p. 125.

วิชาชีพทนายความจึงมีความสำคัญต่อการว่าต่างแก้ต่างคดีแทนตัวความ ในการกำหนดเงินรางวัลทนายความ จึงควรมองทั้งสองด้าน ทั้งในด้านที่ทนายความควรได้รับการตอบแทนอย่างเต็มที่ที่เหมาะสมให้ทนายความสามารถดำรงชีพอยู่ได้อย่างสมเกียรติ สมศักดิ์ศรีของวิชาชีพ ซึ่งเป็นกลไกตลาดเพื่อถ่วงดุลกับความคิดที่ว่าสังคมควรมีระบบที่ทำให้บุคคลที่ไม่สามารถจ้างทนายความมีโอกาสในการว่าจ้างทนายความเพื่อว่าต่างแก้ต่างคดีแทนตนได้ และในด้านของการดำรงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิให้มีการยุยงส่งเสริมให้เป็นความกัน ดังนั้นในการกำหนดค่าวิชาชีพทนายความหรือเงินรางวัลทนายความควรมีลักษณะของเสรีภาพในการทำสัญญาที่คู่สัญญาสามารถกำหนดเงินรางวัลทนายความได้ เช่น ในสัญญาจ้างว่าความที่ทนายความเข้ามีส่วนแบ่งในทรัพย์สินอันจะพึงได้แก่ลูกความ (Contingent Fee)³ คือ “การกำหนดเงินรางวัลทนายความตามผลแห่งคดี” โดยจะได้รับค่าทนายความเฉพาะกรณีที่ลูกความชนะคดี หรือมีการประนีประนอมยอมความกันซึ่งเป็นประโยชน์แก่ตัวความ ซึ่งจะคิดตามอัตราร้อยละของผลที่ลูกความชนะคดี และให้มีลักษณะเป็นการคุ้มครองสังคมอีกทางหนึ่งด้วย เนื่องจากสังคมควรได้รับบริการในด้านคดีความจากวิชาชีพทนายความ โดยอยู่บนดุลยภาพที่เหมาะสมของหลักเสรีภาพในการทำสัญญากับ หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เนื่องจากมีแนวคำพิพากษาฎีกาที่ได้วินิจฉัยว่า สัญญาจ้างว่าความโดยคิดค่าทนายความตามผลแห่งคดีเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เท่ากับเป็นการยุยงส่งเสริมให้เป็นความกันจึงไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ⁴ ดังนั้น “หากมีการพิจารณาถึงหลักในการกำหนดเงินรางวัลทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) เพื่อให้เข้ากับยุคสมัยปัจจุบันที่มีความคิดโน้มเอียงไปว่าถ้าเขาเป็นความกัน เขาจะได้รับความยุติธรรมจากศาล ก็ควรจะสนับสนุน การเรียกค่าทนายความเฉพาะเมื่อชนะคดีเท่านั้นจึงควรกระทำได้โดยชอบ”⁵ ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้คู่สัญญามีเสรีภาพในการทำสัญญาและเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคม

³Bryan A. Garner, Editor in Chief. (1999). **Black's Law Dictionary**. “Contingent Fee means A fee charged for a lawyer's services only if the lawsuit is successful or is favorably settled out of court. Contingent fees are usually calculated as a percentage of the client's net recovery (such as 25% of the recovery if the case is settled, and 33% if the case is won at trial).” p. 315.

⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 921/2542 , 1260/2543

⁵ ชานินทร์ กรีวิเชียร. (2544, มีนาคม). “การปฏิรูประบบงานศาล.” *บทบัญญัติ*, 57, 1. หน้า 10.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาปัญหาในการตีความกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบัน ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 , ข้อบังคับของสภาทนายความว่าด้วยมารยาททนายความ พ.ศ. 2529 , ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ว่ามีความถูกต้อง เหมาะสม ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และตรงตามเจตนาของคู่สัญญาหรือไม่เพียงใด และเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่

1.2.2 เพื่อศึกษาแนวทางปฏิบัติที่แท้จริงในสังคมปัจจุบัน ระหว่างทนายความกับลูกความในการกำหนดเงินรางวัลทนายความตามสัญญาจ้างว่าความ และพิเคราะห์ถึงข้อดีข้อเสีย ตลอดจนประสิทธิภาพต่างๆ ในการดำเนินคดีของทนายความเพื่อรักษาผลประโยชน์ให้แก่ลูกความ

1.2.3 เพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสม และสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน อันจะเป็นการช่วยคุ้มครองสังคมอีกทางหนึ่งและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน

1.3 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยทำโดยการศึกษาทั้งการรวบรวมข้อมูลเอกสาร (Documentary Research) จากตำรา วิทยานิพนธ์ บทความ เอกสารต่างๆ ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ คำพิพากษา กฎหมาย ระเบียบ รวมทั้งข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง และการวิจัยภาคสนาม (Field Research) ควบคู่กันไป โดยการออกแบบสอบถาม (Questionnaires) ไปยังบุคคลที่เกี่ยวข้อง อาทิเช่น ผู้พิพากษา ทนายความ จากนั้นนำข้อมูลที่ได้มาสังเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบกับกรวิจัยเอกสารให้ได้บทสรุปที่ตอบได้ทั้งแนวความคิดด้านทฤษฎีและข้อเท็จจริงในภาคปฏิบัติ

1.4 สมมุติฐานของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสนอข้อพิสูจน์ว่าสัญญาตกลงค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) นอกจากจะไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายแล้ว ยังไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่นำมาปรับกับสัญญาตกลงค่าทนายความตามผลแห่งคดีก็มีลักษณะเป็นพลวัต สามารถเปลี่ยนแปลงได้เช่นกัน

1.5 ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยเรื่องนี้ศึกษาเพื่อให้ทราบถึงสภาพของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดเงินรางวัลความดีในการทำสัญญาจ้างว่าความที่เรียกเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพินาศอันจะพึงได้แก่ลูกความ และเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง ก่อให้เกิดความสมดุลในการบังคับใช้กฎหมาย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการตีความกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบัน เพื่อให้เกิดความเหมาะสม ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และตรงตามเจตนาของผู้สัญญา

1.6.2 ทำให้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ และเป็นทางเลือกในการทำสัญญาจ้างว่าความ และทราบถึงข้อดี ข้อเสีย ตลอดจนประสิทธิภาพในการดำเนินคดีของนายความเพื่อรักษาผลประโยชน์ให้แก่ลูกความ

1.6.3 สร้างและเสนอแนะแนวทางในการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสม และสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคม

บทที่ 2

หลักกฎหมายไทยในการกำหนดเงินรางวัลความตามทำสัญญาจ้างว่าความ

2.1 วิวัฒนาการและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของสัญญาจ้างว่าความ

2.1.1 สมัยกรุงสุโขทัย

ในสมัยกรุงสุโขทัยเป็นราชธานีกระบวนการอำนวยความยุติธรรมตามหลักศีลตจารีกในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราชหลักที่ 1 ด้านที่ 1 บรรทัดที่ 24 ถึง 28 มีข้อความว่า "ไพร่ฟ้าลูกเจ้าลูกขุนมีแล้ผิดแปลกแสกกว้างสวน คูแท้แล้ จึงแล่งความแก่ข้าด้วยชื้อบเข้าผู้ลักมักผู้ช้อน เห็นข่าวท่านบ่ใคร่พินเห็นสินท่านบ่ใคร่เคือคำ" ข้อความที่จารึกไว้นี้แสดงให้เห็นถึง หลักการพิจารณาคดีข้อพิพาทของราษฎรจะต้องใคร่สวนให้ได้ความจริงไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เห็นแก่สินบน และตัดสินคดีด้วยความเป็นธรรม โดยผู้มีอำนาจตัดสินคดีคือ เจ้าหน้าทีฝ่ายปกครอง กระบวนการอำนวยความยุติธรรมยังมีได้มีการกล่าวถึงการทำสัญญาจ้างทนายความเพื่อว่าคดีให้แก่ตน เหตุที่เป็นเช่นนี้คงจะต้องพิจารณาประกอบไปกับวิถีชีวิตของราษฎรในสมัยนั้น ซึ่งจะเห็นได้จากหลักกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นปราศจากความยุ่งยากซับซ้อน ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับราษฎรมีลักษณะใกล้ชิด หากราษฎรจะร้องทุกข์ต่อพระมหากษัตริย์โดยตรงก็กระทำได้โดยง่าย ดังที่ปรากฏในหลักศีลตจารีก หลักที่ 1 บรรทัดที่ 32 ถึง 35 ต่อด้านที่ 2 บรรทัดที่ 1 ถึง 2 มีข้อความว่า "ในปากตุมักคิ่งอันฉิ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้าหน้าปก กลางบ้านกลางเมือง มีถ้อย มีความเจ็บท้องข้องใจ มันจกกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไร้ไปลั้น กคิ่งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองได้ยิน เรียกเมืองถามสวนความแก่มันด้วยชื้อไพร ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม" ทำให้เห็นว่าการทำสัญญาในยุคนั้นยังไม่มีความสำคัญนักเนื่องจากชุมชนในอดีตประกอบอาชีพเพียงเพื่อการดำรงชีพของสมาชิกในครอบครัวเท่านั้น โอกาสที่บุคคลในแต่ละครอบครัวของชุมชนจะมีความสัมพันธ์กันในทางเศรษฐกิจจึงมีน้อย จะมีก็แต่เฉพาะความสัมพันธ์อันถาวรระหว่างเอกชนที่มีอยู่ในระเบียบทางชุมชน ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นประมุขกับผู้อยู่ใต้บังคับ

¹ สมัคร ชาวภาพันธ์.(2534, 20 กุมภาพันธ์). "ประวัติ และความเป็นมาของสภาพทนายความ." สภาพทนายความ : เอกสารวันทนายความ, หน้า 51 – 52 .

บัญชา ผู้เป็นนายกับทาส บิดามารดากับบุตร สามีกับภรรยา เป็นต้น ฉะนั้นความผูกพันทางสัญญาจึงปรากฏขึ้นในชั้นแรกภายในรูปของการเป็นทาส การอยู่ได้บังคับบัญชา บิดามารดาปกครองบุตร สามีปกครองภรรยา² การต่อสู้คดีเพื่อแก้ข้อกล่าวหาจะเป็นในลักษณะของการช่วยเหลือเกื้อกูลกันและปกป้องคนในสกุลมากกว่าการอ้างว่าความเพื่อค่าตอบแทน โดยหัวหน้าสกุลเป็นผู้แก้ข้อกล่าวหาให้บุคคลในสกุลและบริวาร ตลอดจนญาติสนิทผู้ใกล้ชิด

ตามคำอธิบายค่านานกฎหมายเมืองไทยของสมเด็จพระยาตำราภานุภาพได้กล่าวว่า ทนายความเริ่มมีมาตั้งแต่ก่อนกรุงศรีอยุธยาหากแต่มิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าการอ้างว่าความ หรือทนายความเริ่มมีตั้งแต่เมื่อใดแน่ แต่เป็นที่เชื่อกันว่ากระบวนการศาลที่มีทนายความน่าจะมีในกรุงสุโขทัยหรือในสมัยก่อนหน้านั้นแล้ว อาจเป็นสมัยหลังพระเจ้ารามคำแหงมหาราช เป็นสมัยพระยาเลอไทย หรือสมเด็จพระมหาธรรมราชาลิไทยแล้วก็ได้ จนกระทั่งในสมัยกรุงศรีอยุธยาจึงได้มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร

2.1.2 สมัยกรุงศรีอยุธยาถึงกรุงรัตนโกสินทร์ยุคต้น

ในรัชสมัยของพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอยู่ทอง) รัชกาลที่ 1 แห่งสมัยกรุงศรีอยุธยาเมื่อ พ.ศ. 1899 ที่ได้ประกาศใช้พระอัยการลักษณะรับฟ้อง มาตรา 20 บัญญัติว่า "...ให้แต่งทนายต่างตัวแก้ในอาญา..." แสดงให้เห็นว่าขณะนั้นน่าจะมีบุคคลผู้ประกอบอาชีพทนายความเกิดขึ้นแล้ว จึงได้มีการบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การปฏิบัติงานของทนายความคงดำเนินอยู่ในลักษณะหลังฉากตัวความที่แท้จริง และคงปฏิบัติงานในทางเขียนแต่ด้านเดียว ทั้งในด้านคำฟ้อง คำให้การ และคำร้อง ส่วนการให้ทนายความเข้าตามค้ำถามตึงพยาน เป็นเรื่องของศาลเป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุนี้ทนายความจึงยังไม่มีชื่อเสียงให้ปรากฏนามต่อมาถึงยุคปัจจุบัน

ต่อมาวิถีชีวิตของคนในชุมชนค่อย ๆ กว้างขวางขึ้น จากการรวมขึ้นเป็นรัฐใหญ่ได้ทำลายล้างการปกครองอย่างเสรีของหมู่คณะดั้งเดิม บุคคลต้องดำรงชีพโดยลำพังจำต้องอาศัยความช่วยเหลือของผู้อื่นเพื่อจะได้รับสิ่งซึ่งตนไม่สามารถทำได้เอง จึงก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาใหม่ ๆ ขึ้น เช่น สัญญาตัวแทน หรือในสมัยนั้นเรียกว่า สัญญาเอเจนต์ (agency)³ ซึ่งกฎหมายเก่าของไทยไม่เคยรับรู้สัญญาตัวแทน มีบทบัญญัติเรื่องตัวแทนแต่เฉพาะการพิจารณาคดี โดยกฎหมายยอมให้บุคคลหนึ่งว่าความแทนอีกบุคคลหนึ่งซึ่งอยู่ได้อำนาจของตน เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรม ดำเนินคดีแทนผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติ

² ร.แสงภาค. (2480). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. หน้า 160 – 161.

³ สุจริต ถาวรสุข. (2513). ทนายความพิศดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ. หน้า 204 – 205.

⁴ ร.แสงภาค. เล่มเดิม. หน้า 285.

พิเศษอันเกี่ยวไปในทางวิธีพิจารณาคดีในศาล แต่ยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าเป็นการทำสัญญาจ้างว่าความเพื่อค่าตอบแทน หรือหากจะมีค่าตอบแทนบ้างก็จะเป็นผลหมากรากไม้ หรือประโยชน์อื่น ๆ เพียงเล็กน้อยเป็นสินน้ำใจในการช่วยเหลือ

รัชสมัยของสมเด็จพระนารายณ์มหาราช ได้บัญญัติพระอัยการลักษณะรับฟ้องเพิ่มเติม พ.ศ. 2215 บัญญัติให้ทนายความเป็นได้ทั้งทนายโจทก์และทนายจำเลย และว่าต่างแก้ต่างได้ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และการอุทธรณ์คำพิพากษาด้วย⁵ การว่าความเพื่อว่าต่างแก้ต่างคดีได้ขยายกว้างมากขึ้นไม่เฉพาะแต่ทนายความรวมถึง ผัวเมีย พ่อแม่ พี่น้อง อาจทำหน้าที่แทนตัวความได้ และผู้มีศักดินาสุงกว่า 400 ไร่ แต่งทนายดำเนินคดีแทนตัวความได้ ซึ่งบัญญัติอยู่ในพระอัยการลักษณะตระลาการ⁶ มาตรา 72 “...ถ้ามีพี่น้องภรรยาญาติกา สมักสมอาไศรยไพร่ฟ้าข้าคนผู้ใด ๆ แลเป็นถ้อยความสิ่งใด ๆ อยู่ก็ดี แลคนผู้เจ้าความนั้นเจ็บป่วยเป็นประการใด ๆ จะว่าความไปมิได้ จะให้พ่อแม่พี่น้องลูกหลานผัวเมียประกันแก้ความต่างก็ดี ท่านว่าจะประกันแก้ต่างว่าต่างกันได้ เพราะไข้เจ็บพี่น้องกันเขาเสียกันมิได้”

บทบัญญัติลักษณะตระลาการมาตรา 92 บัญญัติว่า “...แต่นา 400 ไร่ขึ้นไป ถ้ามีภักสุขทุกข์สิ่งใด ๆ ก็ดี แลร้องฟ้องกฎหมาย กล่าวหาผู้มีบันคาศักดิ์แต่นา 400 ขึ้นไป เป็นข้อแพ่งอาญาอุทธรณ์ก็ดี ให้แต่งทนายว่าความต่างตัวฟังให้ว่าความเอง ถ้ามิได้ให้เรียกทนายต่างตัว ท่านว่าอย่าพึ่งรับไว้บังคับบัญชาแต่นา 400 ลงมา ถ้ามีกิจธุระสิ่งใด ๆ ก็ดีจะแก้ต่างว่าต่างจะประกันหาต่างพี่น้องได้ ถ้าราษฎรจะฟ้องร้องให้พิจารณาตัวเองได้” บทบัญญัติมาตรานี้เป็นการห้ามผู้มีศักดินาสุงกว่า 400 ไร่ขึ้นไปมาว่าความเอง แต่ให้แต่งทนายดำเนินคดีแทน ซึ่งชี้ให้เห็นว่า การตั้งทนายความได้ขยายกว้างมากขึ้น

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก รัชกาลที่ 1 ได้มีบทบัญญัติกฎหมายตราสามดวง ซึ่งได้ประมวลขึ้นเมื่อจุลศักราช 1166 ตรงกับปีชวด ร.ศ. 23 (พ.ศ.2347)⁷ ได้นำกฎหมายเก่ามารวบรวมไว้ มีถ้อยคำเกี่ยวกับทนายความอยู่หลายแห่ง ดังเช่นในบทบัญญัติลักษณะรับฟ้องมาตรา 19 มีข้อความว่า “19 มาตราหนึ่ง หาในนครบาลว่าเป็นโจรก็ดี หาว่าสืบพินฆ่าตีท่านตายก็ดี แลผู้หนึ่งหาในอาญามันผู้เดิวนั้นว่ากรรโชกริบเอารูปประพรณสิ่งสินท่าน ถ้ามีกำลังให้ตัวอยู่แก้ในนครบาล ให้แต่งทนายต่างตัวแก้ในอาญา ถ้าหาทนายต่างตัวมิได้ ให้เรียกทรัพย์นั้นไว้ในอาญาให้มันแก้ในนครบาล ถ้ามันแก้ในนครบาลมันฉิบหาย จึงให้ส่งทรัพย์นั้นแก้โจท เป็นกำมของโจทในพระราชอาญานั้น” เมื่อพิจารณาจึงเห็น

⁵ สุจริต ถาวรสุข. เล่มเดิม. หน้า 10.

⁶ แหล่งเดิม. หน้า 204 - 208.

⁷ แหล่งเดิม. หน้า 11 - 12.

ได้ว่ามีเนื้อความสอดคล้องกับที่บัญญัติไว้ในรัชสมัยของพระเจ้าอู่ทองในสมัยกรุงศรีอยุธยาตามคำอธิบายตำนานกฎหมายเมืองไทยของสมเด็จพระยาคำรองราชานุภาพ พระบิดาแห่งประวัติศาสตร์ไทย คำว่าทนายความจึงมีบัญญัติชัดเจนมาตั้งแต่รัชสมัยพระเจ้าอู่ทองในสมัยกรุงศรีอยุธยา และตามตัวบทก็ปรากฏชัดเจนว่าทนายก็คือผู้ได้รับแต่งตั้งให้แก่คดีต่างตัวความในคดีอาญานั้นเอง

มีข้อความในบทบัญญัติลักษณะรับฟ้องฉบับเพิ่มเติมในกฎหมายตราสามดวง อีกตอนหนึ่งว่า “อนึ่ง ผู้มีบันดาศักดิ์มิได้ให้เรียกค่าทนายต่างตัวก็ดี 3

อนึ่ง ผู้มีบันดาศักดิ์หาเป็นเนื้อความแพ่ง อาญา อุทธรณ์มิได้แต่งทนายให้ว่าแก้ต่างตัวก็ดี 4”

บทบัญญัติตอนนี้ได้บัญญัติค่อนข้างชัดเจนว่า ให้ทนายว่าต่างและแก้ต่างตัวแก้ความ ซึ่งในสมัยปัจจุบันก็มีค่าเท่ากับเป็นได้ทั้งทนายโจทก์และทนายจำเลยและอาจเป็นทนายว่าต่างแก้ต่างได้ทั้งคดีแพ่ง อาญา และการอุทธรณ์คำพิพากษาคด้วย บทบัญญัติลักษณะรับฟ้องเพิ่มเติมนี้ ตามตำนานกฎหมายเมืองไทยของสมเด็จพระยาคำรองราชานุภาพได้ทรงบรรยายไว้ว่า ได้ประกาศใช้ในแผ่นดินสมเด็จพระนารายณ์มหาราชแห่งกรุงศรีอยุธยา เมื่อปี กุน มหาศักราช 1591 ตรงกับจุลศักราช 1033 ซึ่งประมาณว่าตรงกับปีพุทธศักราช 2215 เห็นได้ชัดว่าในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราชได้ใช้คำว่าทนายใกล้เคียงหรือเกือบเหมือนคำว่าทนายความในสมัยปัจจุบันอยู่อย่างมากทีเดียว และคำว่าทนายความที่บัญญัติในรัชสมัยสมเด็จพระนารายณ์นี้ มีนัยเปิดช่องทางในตัวบทแสดงให้เห็นว่า อาจมีการแต่งทนายได้ทั้งคดีแพ่งและอาญา รวมทั้งการทำอุทธรณ์คำพิพากษาคด้วย

2.1.3 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ยุคกลางถึงปัจจุบัน

ลักษณะการปฏิบัติงานของทนายความตั้งแต่อดีตเป็นต้นมาคงหนักไปทางด้านรับจ้างเขียนคำร้อง คำฟ้อง คำให้การและคำแถลงต่างๆเช่นเดิมจนถึงสมัยรัชกาลที่ 4 และตลอดมาถึงยุคต้นของรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ด้วยเหตุในสมัยนั้นยังไม่มีกระบวนการทนายความ ทำให้บุคคลที่มีความรู้กฎหมายเล็กน้อย ทนายหน้าหอของข้าราชการผู้ใหญ่ ข้าราชการบางคนเริ่มเข้ารับจ้างเป็นทนายความกันแพร่หลายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสมัยรัชกาลที่ 4 และ 5

ในปี พ.ศ.2424 ได้มีพระราชบัญญัติว่าความในศาลต่างประเทศจุลศักราช 1234 บัญญัติแก้ไขให้คนไทยทุกคนแต่งทนายได้ไม่จำกัดว่าต้องมีศักดินาถึง 400 ไร่ ทำให้มีความเสมอหน้ากันในการต่อสู้คดีทั้งคนไทยและคนต่างประเทศ อีกทั้งยังได้ยอมรับวิธีการศาลและกระบวนการพิจารณาแบบยุโรปมาใช้เต็มรูปแบบ และได้มีพระราชบัญญัติสนามสถิตย์

ยุติธรรมออกใช้บังคับ ร.ศ.110 ข้อ 7 บัญญัติว่า “ราษฎรทั้งหลายผู้มีบรรดาศักดิ์จะปรึกษาหารือผู้
กฎหมายให้เรียบเรียงแต่งฟ้องแล้วนำมายื่นต่อศาลโดยลงชื่อผู้แต่ง ผู้เขียนไว้ด้วยก็ได้”
กระบวนการรับจ้างว่าความจึงเริ่มปรากฏตัวทนายความชัดเจนไม่กระทำการอยู่เพียงหลังฉาก
อย่างแต่ก่อน และในระยะหลังทนายฝรั่งชาวยุโรปเข้ามาประกอบวิชาชีพทนายความใน
ประเทศไทยมากขึ้น

ในปี พ.ศ.2434⁸ (ร.ศ.110) ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มี
ประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นรวมศาลต่าง ๆ มาสังกัดกระทรวงยุติธรรม ทำให้การแต่งตั้ง
ทนายความเพื่อว่าต่างแก้ต่างคดีนั้นมีมากขึ้น แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการระบบการอำนวยความ
ยุติธรรมแก่ประชาชนมีทนายความเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในการอำนวยความยุติธรรม ให้
เกิดความสะดวกรวดเร็วทั้งยังเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบาทของทนายความจากเดิมเป็นเพียงผู้รู้
ข้อเท็จจริงเพื่อแก้ต่างแทนตัวความมาเป็นทั้งผู้รู้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ได้รับการยอมรับ
เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทนายความจะต้องทำหน้าที่เป็นผู้คุ้มครองผลประโยชน์
อันชอบด้วยกฎหมายของตัวความกับทนายความ นอกจากทนายความแล้วนายตำรวจ
ปลัดอำเภอ พนักงานศาล ได้แก่จำศาล ก็มักจะรับจ้างทำคดี แต่งฟ้อง แต่งคำให้การ โดย
วิธีการเรียกเงินทอง หากไม่ได้ก็จะถ่วงคดีให้ชักช้าเนิ่นนาน เนื่องจากขณะนั้นยังไม่มี
การควบคุมคุณสมบัติ จรรยาบรรณ ตลอดจนมารยาททนายความ ในปีร.ศ.115 (พ.ศ.2439)
รัชกาลที่ 5 ทรงโปรดเกล้าฯ ให้พระองค์เจ้าระพีพัฒนศักดิ์ จัดตั้งศาลสมัยใหม่ขึ้น และในปี
ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ได้บัญญัติพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ซึ่งเป็นกฎหมาย
ควบคุมทนายความขึ้นเป็นครั้งแรก มาตรา 127 บัญญัติว่า “ให้ศาลมีอำนาจห้ามทนายความผู้
ประพฤติไม่สมควรมิให้ว่าความในศาลใดศาลหนึ่งหรือทุกศาลได้ และให้เสนาบดีกระทรวง
ยุติธรรมตั้งกฎข้อบังคับเรื่องทนายความได้” แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ใน
ขณะนั้นยังไม่เพียงพอจึงมีผู้รู้คุณสมบัติเข้ามาแอบแฝงหากินกับการรับจ้างว่าความอยู่เป็น
จำนวนมาก ทั้งยังมีข้าราชการบางประเภทใช้เวลาราชการไปประกอบอาชีพทนายความได้
ด้วย ทำให้ชื่อเสียงของทนายความในระยะนี้ยังไม่ดีนัก

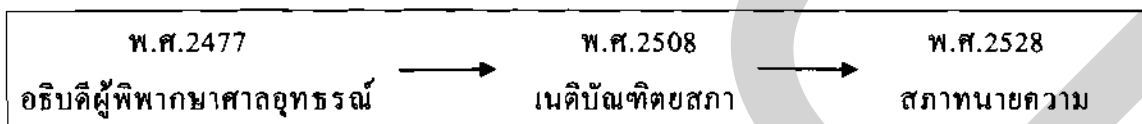
ในปี พ.ศ.2457 รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้บัญญัติให้
มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2457 ฉบับแรกขึ้น มีการก่อตั้งเนติบัณฑิตยสภาที่มีข้อบังคับ
ว่าด้วยมรรยาทออกใช้บังคับควบคุมทนายความ เพื่อคอยควบคุมและสอดส่องความประพฤติ

⁸ สมัคร เขาวงกต. เล่มเดิม. หน้า 54.

ของทนายความ และกำหนดฐานะและหน้าที่ของทนายความให้เป็นไปด้วยความเป็นระเบียบเรียบร้อย งานของทนายความจึงไม่เพียงเป็นผู้รู้กฎหมาย แต่ยังต้องอาศัยคุณสมบัติพิเศษมิใช่เป็นได้ง่าย ๆ ดังแต่ก่อน ผู้เป็นทนายความแยกเป็นสองชั้น คือทนายความชั้น 1 และชั้น 2 เฉพาะแต่ทนายความชั้น 1 ต้องเรียนสำเร็จวิชากฎหมายเป็นเนติบัณฑิต สมัยต่อมาต้องได้ทั้งปริญญาทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัย และสำเร็จเป็นเนติบัณฑิตด้วย ทนายความชั้น 2 ก็ต้องสอบคัดเลือกเพื่อเป็นทนายความประจำศาลได้ การเป็นทนายความในระบอบนี้ยังต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และมีใบอนุญาตจึงจะเข้ารับจ้างว่าความดำเนินคดีแทนตัวความได้ รวมตลอดถึงเครื่องแต่งกายเวลาเข้าว่าความที่ศาลหลวง จนผลที่สุด ในสมัยปัจจุบันคณะทนายความได้มีการรวบรวมกันก่อตั้งเป็นสมาคมมีชื่อว่า “สมาคมทนายความ” เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2500 จนกระทั่งในปัจจุบัน

เมื่อการต่อสู้คดีไม่จำกัดศักดิ์คนอย่างแต่ก่อน การจ้างว่าความจึงได้ขยายตัวเพิ่มมากขึ้น ควบคู่ไปกับการเปิดศาลยุติธรรมแบบใหม่ทั่วประเทศใน พ.ศ.2458 ผู้มีความรู้ทางกฎหมายต่างก็หันไปประกอบอาชีพทนายความ รวมทั้งข้าราชการเมื่อลาออกแล้วก็มักจะประกอบอาชีพรับจ้างว่าความกันมากขึ้น วิชาชีพทนายความจึงมีการพัฒนาจนสามารถตกลงให้มีค่าตอบแทนการว่าความ ซึ่งมีวิวัฒนาการควบคู่มากับวิชาชีพทนายความและความซับซ้อนของสังคม ส่งผลให้รูปแบบการเรียกค่าตอบแทนมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น

วิวัฒนาการในเรื่องการทำสัญญาจ้างว่าความ และการควบคุมทนายความในกรณีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ตามพระราชบัญญัติทนายความตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน พอสรุปได้ดังแผนผัง



2.1.3.1 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2458 การคิดค่าจ้างว่าความตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9

มาตรา 9 “อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์กรุงเทพฯมีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ทนายความคนใดคนหนึ่งว่าความในศาลยุติธรรมมีกำหนดไม่เกิน 3 ปี ฤฯจะออกคำสั่งให้ลบชื่อทนายคนใดคนหนึ่งออกเสียจากทะเบียนได้ โดยมาอาศัยพิจารณาเห็นเหตุความผิดดังจะว่าต่อไปนี้ คือ

(1) เมื่อทนายคนใดมีพื้นฐานข้อระดับชั้นลูกความ ฤ็ประพฤดีไม่สมควร แก่หน้าที่แห่งทนายความก็ดี ฤ็เอาเทิ่งมาแก่วงศาลชักให้หลงไป เพื่อให้ศาลนั้นออกคำสั่ง คำบังคับซึ่งทนายความนั้นรู้อยู่แกใจว่าเป็นคำสั่งผิด ฤ็เป็นการไม่สมควรก็ดีฯ

(2) เมื่อทนายความคนใดปลุกความโดยของสงเสริมให้เขาฟ้องร้องกรณีอื่นหามูล มิได้ให้รกโรงศาลก็ดี ฤ็รับเข้าเป็นทนายความว่าต่างแกต่างอรรถคดีโดยวิธีสัญญาจะแบ่งเอา ส่วนเป็นเงิน ฤ็ทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทกันอันจะพึงได้แก่ลูกความนั้น โดยเหตุที่ฟ้องขึ้น เช่นนี้ก็ดี.....”

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2458 โดยเฉพาะมาตรา 9 (2) บัญญัติห้าม ทนายความทำสัญญาจ้างว่าความโดยตกลงแบ่งเอาค่าตอบแทนการว่าความจากเงินหรือทรัพย์สิน ที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ เพื่อไม่ให้ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดี หรือของสงเสริมให้เขาเป็นความกัน

2.1.3.2 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ.2481 และฉบับที่ 3 พ.ศ.2483 โดยเฉพาะที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12 (2) ดังนี้

มาตรา 12 “ศาลอุทธรณ์มีอำนาจออกคำสั่งภาคทัณฑ์ หรือห้ามมิให้ทนายความคน ใดทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินกว่าสามปี หรือให้ลบชื่อทนายความคนใดออกจาก ทะเบียนก็ได้ โดยอาศัยพิจารณาเห็นเหตุความผิดดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) เมื่อทนายความคนใดมีความผิดฐานข้อระดับชั้นลูกความ หรือประพฤดีผิด ข้อบังคับว่าด้วยมารยาททนายความ หรือเอาเทิ่งมาหามาแก่วงศาลเพื่อให้ศาลออกคำสั่ง คำ บังคับ ซึ่งทนายความนั้นรู้อยู่แกใจว่าเป็นคำสั่งที่ผิดหรือ

(2) เมื่อทนายความคนใดปลุกความโดยของสงเสริมให้เขาฟ้องร้องกันในกรณีอื่น หามูลมิได้ หรือเข้าเป็นทนายความว่าต่างแกต่าง โดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่ เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ หรือ

(3) เมื่อทนายความคนใดสมรู้เป็นใจทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อปลุกพยานเท็จ หรือเสียมสอนพยานให้เบิกความเท็จ หรือโดยปกปิดซ่อนงำอำพรางคำพยานหลักฐานใดๆซึ่ง ควรจะนำมาขึ้นต่อศาลหรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงานหรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบน แก่เจ้าพนักงาน หรือ

(4) เมื่อทนายความคนใดมีผิด โดยสถานอื่นอันเป็นความประพฤตินอกมารยาท แห่งทนายความผู้มีอาชีพอยู่ในสัจย์สุจริต

คำสั่งของศาลอุทธรณ์นี้ ให้ฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหากฎหมาย ฎีกานี้ให้ยื่นภายในกำหนดหนึ่งเดือน ในระหว่างฎีกานั้น คำสั่งของศาลอุทธรณ์มีผลบังคับได้”

พระราชบัญญัติทนายความมาตรา 12 (2) บัญญัติห้ามทนายความทำสัญญาจ้างว่าความ โดยวิธีการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความเช่นเดียวกัน เนื่องจากในระยะเริ่มแรกของการมีทนายความเข้าช่วยดำเนินคดียังไม่มีกฎหมายควบคุมทนายความทำให้ทนายความในยุคแรก ๆ ประพฤติตนไม่สุจริตกันมาก ภาวลักษณะของทนายความในยุคแรกนี้จึงไม่น่าไว้วางใจ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงควบคุมทนายความในการทำสัญญาจ้างว่าความมากกว่าที่จะมองถึงประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ

2.1.3.3 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2508 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ.2514 ซึ่งได้ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477 และมีได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างว่าความไว้โดยตรง ดังนี้

มาตรา 3 "ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พุทธศักราช 2477 พระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481 และพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2483"

มาตรา 17 "ทนายความต้องปฏิบัติให้ต้องตามมารยาททนายความที่เนติบัณฑิตยสภากำหนด การกำหนดมารยาททนายความให้เนติบัณฑิตยสภาตราเป็นข้อบังคับและประกาศในราชกิจจานุเบกษา"

ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนข้อความที่เนติบัณฑิตยสภาตราขึ้นตามวรรคก่อนทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมารยาททนายความ"

มาตรา 39 "ให้เนติบัณฑิตยสภาแต่งตั้งคณะกรรมการมรรยาททนายความภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ"

มาตรา 40 "บรรดาเรื่องที่ค้างพิจารณาอยู่ในชั้นคณะกรรมการสอดส่องความประพฤติทนายความหรือชั้นศาลในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้บังคับตามพระราชบัญญัติทนายความ พุทธศักราช 2477 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481 และพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2483 จนกว่าจะถึงที่สุด"

มาตรา 41 "ในระหว่างที่เนติบัณฑิตยสภายังมิได้ตราข้อบังคับขึ้นตามมาตรา 17 ให้ถือว่าความในมาตรา 12 (1) (2) (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พุทธศักราช 2477 และข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภาว่าด้วยมรรยาททนายความ และการแต่งกายทนายความที่ใช้อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นเสมือนข้อบังคับที่เนติบัณฑิตยสภาได้ตราขึ้นตามมาตรา 17"

แม้กฎหมายมิได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างว่าความ โดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความไว้โดยตรง เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทนายความในฉบับก่อน ๆ แต่หลักการสำคัญที่หากทนายความทำสัญญาจ้างว่าความอันมีลักษณะเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย สัญญาจ้างว่าความดังกล่าวจะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย และตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 (มาตรา 113 เดิม)⁹ โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 17 วรรคแรกว่า “ทนายความต้องปฏิบัติให้ต้องตามมารยาททนายความที่เนติบัณฑิตยสภากำหนด การกำหนดมารยาททนายความให้เนติบัณฑิตยสภาตราเป็นข้อบังคับและประกาศในราชกิจจานุเบกษา” วรรคสองบัญญัติว่า “ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนข้อความที่เนติบัณฑิตยสภาตราขึ้นตามวรรคก่อนทนายความผู้นั้นประพฤติดังมารยาททนายความ” มาตรา 41 บัญญัติว่า “ในระหว่างที่เนติบัณฑิตยสหายังไม่ได้ตราข้อบังคับตามมาตรา 17 ให้ถือว่าความในมาตรา 12 (2) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477 และข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภาว่าด้วยมารยาททนายความ และการแต่งกายทนายความที่ใช้อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นเสมือนข้อบังคับที่เนติบัณฑิตยสภาตราขึ้นตามมาตรา 17”

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2508 นี้มิได้มีการบัญญัติห้ามไว้โดยตรงแต่ยังคงให้ใช้หลักการเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติในสองฉบับก่อน โดยให้นำพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477 มาตรา 12 (2) มาใช้บังคับ คือห้ามทนายความเรียกค่าจ้างว่าความโดยสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ซึ่งในระหว่างพระราชบัญญัติทนายความนี้ใช้บังคับ การพิพาทภาคีของศาลยังคงแยกเป็นสองแนวทางอยู่ดังนี้

1. ข้อตกลงทำสัญญาจ้างว่าความที่ถือว่าเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ศาลตัดสินโดยมองจากผลประโยชน์ที่ทนายความจะได้รับตามผลแห่งคดี หากผลประโยชน์ในคดีมากค่าจ้างว่าความก็จะมาก หากผลประโยชน์ในคดีน้อยค่าจ้างว่าความก็จะน้อย เช่น คดีค่าจ้างว่าความตามสัดส่วนที่จะได้รับตามคำพิพากษาในอัตรา 100,000 บาท ค่าจ้างว่าความ 20,000 บาท¹⁰

2. ข้อตกลงทำสัญญาจ้างว่าความที่ไม่ถือว่าเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ศาลตัดสิน โดยมองจากข้อตกลงระหว่างทนายความ

⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 429/2511, 1558/2526

¹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 871/2486

และลูกความ หากตกลงค่าจ้างว่าความกันเป็นจำนวนที่แน่นอน การตกลงเช่นนั้นไม่เป็นการที่ทนายความเข้ามีส่วนแบ่งเอาจากทรัพย์สินที่ลูกความจะพึงได้รับในคดี¹¹ หรือ ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินว่าการทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าทนายความที่แน่นอนนั้นทนายความอาจใช้วิธีคำนวณเป็นสัดส่วนหรือเปอร์เซ็นต์จากจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องร้องก็ได้ เพราะการคำนวณเช่นนี้เป็นเพียงอาศัยหลักเกณฑ์ในการคำนวณเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าจ้างว่าความที่แน่นอน¹²

2.1.3.4 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เริ่มใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมารยาททนายความ พ.ศ. 2529 เริ่มใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 จนกระทั่งปัจจุบัน ซึ่งไม่ได้บัญญัติห้ามทนายความเรียกค่าจ้างว่าความโดยแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทในคดี ดังนี้

มาตรา 3 “ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 และพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2514

บรรดาบทกฎหมาย กฎ และข้อบังคับอื่นในส่วนที่มีบัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน”

มาตรา 27 “ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้...

(3) ออกข้อบังคับสภาทนายความเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ และข้อบังคับว่าด้วย...

(จ) เรื่องอื่นๆอันอยู่ในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ของสภาทนายความ หรืออยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาทนายความตามกฎหมายอื่น รวมทั้งการแต่งตั้ง การบังคับบัญชา การรักษาวินัย และการออกจากตำแหน่งของพนักงานสภาทนายความ”

มาตรา 51 “ทนายความต้องประพฤติตน ตามข้อบังคับว่าด้วยมารยาททนายความ การกำหนดมารยาททนายความให้สภาทนายความตราเป็นข้อบังคับ

ทนายความผู้ใดฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่สภาทนายความตราขึ้นตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมารยาททนายความ”

¹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 379/2521

¹² คำพิพากษาฎีกาที่ 988/2507

มาตรา 86 “ให้คณะกรรมการออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความตามมาตรา 53 ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ในระหว่างที่คณะกรรมการยังมีได้ออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าบทบัญญัติตามมาตรา 12 (1) (2) (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัตินายความ พุทธศักราช 2477 และข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภาว่าด้วยมรรยาทนายความ และการแต่งกายของนายความที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เป็นเสมือนข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความตามพระราชบัญญัตินี้จนกว่าจะมีข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความตามวรรคหนึ่ง”

ข้อบังคับสภานายความว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ. 2529

ข้อ 3 ให้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยมรรยาทนายความและการแต่งกายของนายความตามข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภา และตามบทกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันที่ข้อบังคับนี้ให้บังคับ

ข้อ 4 นายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับข้อหนึ่งข้อใดดังจะกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่านายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาทนายความ

หมวด 2

มรรยาทต่อศาลและในศาล

ข้อ 5 ไม่รับหน้าที่เมื่อผู้พิพากษาได้ขอแรงให้เป็นนายความแก่ต่างในคดีอาญา เว้นแต่จะมีข้อแก้ตัวโดยสมควร

ข้อ 6 ไม่เคารพยำเกรงอำนาจศาล หรือกระทำการใดอันเป็นการดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในศาลหรือนอกศาล อันเป็นการทำให้เสื่อมเสียอำนาจศาลหรือผู้พิพากษา

ข้อ 7 กล่าวความ หรือทำเอกสารหรือหลักฐานเท็จ หรือใช้กลอุบายลงให้ศาลหลงหรือกระทำการใดเพื่อทราบคำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาลที่ยังไม่เปิดเผย

ข้อ 8 สมรู้เป็นใจโดยทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อทำพยานหลักฐานเท็จหรือเสียมสอนพยานให้เบิกความเท็จหรือโดยปกปิดซ่อนนำอำพรางพยานหลักฐานใดๆ ซึ่งควรนำมาขึ้นต่อศาล หรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน หรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน

หมวด ๓

มรรยาทต่อตัวความ

ข้อ 9 กระทำการใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหามูลมิได้

ข้อ 10 ให้ดูบายอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้ เพื่อจงใจให้ผู้ใดมอบคดีให้ว่าต่าง หรือแก้ต่าง

- (1) หลอกหลวงให้เขาหลงว่าคดีนั้นจะชนะ เมื่อคนรู้สึกแก้ไขว่าแพ้
- (2) อวดอ้างว่าตนมีความรู้ยิ่งกว่าทนายความอื่น
- (3) อวดอ้างว่าเกี่ยวข้องกับสมักรพรรคพวกรู้จักคุ้นเคยกับผู้ใดอันกระทำให้เขา

หลงว่าตนสามารถจะทำให้เขาได้รับผลเป็นพิเศษนอกจากทางว่าความ หรือหลอกหลวงว่าจะชักนำจงใจให้ผู้นั้นช่วยเหลือคดีในทางใดๆ ได้ หรือแอบอ้างขู่ว่าถ้าไม่ให้ตนว่าคดีนั้นแล้วจะหาหนทางให้ผู้นั้นกระทำให้คดีของเขาเป็นแพ้

ข้อ 11 เปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล

ข้อ 12 กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อันอาจทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ

- (1) จงใจขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี
- (2) จงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ

ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ซึ่งยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ไม่ได้กำหนดห้ามทนายความเรียกค่าจ้างว่าความโดยแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทในคดี แต่ได้บัญญัติให้อำนาจสภาทนายความออกข้อบังคับสภาทนายความเพื่อควบคุมมารยาทของทนายความ บัญญัติไว้ในมาตรา 27(3)(จ) ตลอดจนข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมารยาททนายความ พ.ศ.2529 ที่คณะกรรมการสภาทนายความออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ มิได้มีบทกฎหมายข้อใดบัญญัติห้ามมิให้ทนายความเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ซึ่งเท่าเทียมว่าการทำสัญญาระหว่างทนายความและลูกความในลักษณะนี้ไม่เป็นการประพฤติดิฉินมารยาททนายความ

แม้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และข้อบังคับสภาทนายความ พ.ศ.2529 มิได้บัญญัติห้ามไว้ดังเช่นพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2508 ที่แม้มิได้บัญญัติห้ามไว้แต่ยังคงให้นำพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477 มาใช้บังคับแทน ซึ่งเท่ากับว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายห้ามไว้ แต่การพิพากษาคดีของศาลในปัจจุบันยังคงพิพากษาตามแนวทางเดิมที่ว่า สัญญาดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเนื่องจากไม่ต้อง

ด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ข้อตกลงดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ¹³ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 นั้นเอง อันเป็นการปรับบทกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดี แม้พระราชบัญญัติทนายความฉบับปัจจุบันจะมีได้บัญญัติห้ามไว้ แต่หากเป็นกรณีทนายความเรียกค่าจ้างว่าความจากทุนทรัพย์ที่ฟ้องร้อง ก็ไม่ถือเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ไม่เป็นโมฆะ¹⁴ โดยมีได้มีกฎหมายบัญญัติว่าการคิดค่าจ้างว่าความจากจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องร้องในอัตราร้อยละได้มากน้อยเพียงใด

ในปัจจุบันรูปแบบของการทำสัญญาจ้างว่าความมีรูปแบบมากขึ้น แต่เดิมในสมัยโบราณหัวหน้าสกุลจะเป็นผู้แก้ไขข้อกล่าวหาให้บุคคลในสกุลและบริวาร ตลอดจนจนญาติสนิทผู้ใกล้ชิด ซึ่งมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือเกื้อกูลกันและปกป้องบุคคลในสกุลมากกว่าเป็นการทำสัญญาจ้างว่าความเพื่อมุ่งหวังในทางทรัพย์สินเงินทองเป็นค่าตอบแทน จนกระทั่งวิชาชีพทนายความมีการพัฒนาจนถึงขั้นมีการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความที่เรียกเอาจากลูกความ การทำสัญญาจ้างว่าความกับการเรียกค่าตอบแทนการว่าความของทนายความจึงมักขึ้นอยู่กับความยากง่ายของคดีและระยะเวลาในการดำเนินคดีเป็นหลัก โดยแยกพิจารณารูปแบบของสัญญาจ้างว่าความได้ดังนี้¹⁵

1. การทำสัญญาจ้างว่าความโดยกำหนดคากระยะเวลาทำงาน ทนายความจะเป็นผู้กำหนดค่าทนายความโดยมีการบันทึกเวลาการทำงานว่าได้ใช้เวลาปฏิบัติงานไปเท่าใด ทำอะไรให้แก่ลูกความ โดยคิดคำนวณจากเวลาที่ทนายได้ใช้ไปในการทำงาน สัญญาจ้างว่าความในลักษณะเช่นนี้มิได้คำนึงถึงทุนทรัพย์ในคดี

2. การทำสัญญาจ้างว่าความโดยวิธีเหมาจ่าย ซึ่งทนายความจะกำหนดอัตราค่าตอบแทนล่วงหน้าไว้แน่นอนในสัญญาจ้างว่าความ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและปัจจัยต่างๆ เช่น พิจารณาถึงความยาก-ง่ายของคดี ฐานะของลูกความ ระยะเวลาที่ต้องใช้ในการดำเนินคดี ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ความยุ่งยากซับซ้อนของคดี ชื่อเสียงความรู้ความสามารถและประสบการณ์ของทนายความ รวมถึงจำนวนทุนทรัพย์หรือราคาทรัพย์สินที่เรียกร้องกันในคดี เป็นต้น

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 921/2542 , 1260/2543

¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 5229/2544

¹⁵ เสรี สุวรรณภานนท์. (2544). ปัญหาทางกฎหมาย ในการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความ. หน้า 41 - 44.

3. การทำสัญญาจ้างว่าความโดยวิธีผสมผสาน ทนายความจะกำหนดวิธีการเรียกค่าจ้างว่าความแบบกำหนดอัตราเวลาทำงาน และวิธีเหมาจ่ายมาผสมผสานกันในคิดคำนวณค่าจ้างว่าความในสัญญา เป็นลักษณะของการประนีประนอมกัน และหาจุดตกลงร่วมกันในการทำสัญญาจ้างว่าความ

4. การทำสัญญาจ้างว่าความโดยพิจารณาจากอัตราที่รัฐกำหนดให้

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 242 บัญญัติว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว”

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พุทธศักราช 2539

มาตรา 173 บัญญัติว่า “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาในศาล ให้ถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้ศาลตั้งทนายความให้

คดีที่มีอัตราโทษจำคุก หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรานี้ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด”

ในคดีอาญารัฐต้องให้ความช่วยเหลือกรณีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีทนายความเรียกว่า “ทนายความขอแรง” ซึ่งทนายความขอแรงนี้ไม่สามารถทำสัญญาจ้างว่าความโดยกำหนดค่าตอบแทนได้เอง โดยรัฐจะกำหนดค่าตอบแทนให้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ตามระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ.2548 (เดิมพ.ศ. 2539) และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม พ.ศ.2548 โดยให้ศาลชั้นต้นกำหนดเงินรางวัลโดยพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดี และเวลาที่ทนายต้องเสียไปในการดำเนินคดีเรื่องนั้น ซึ่งการกำหนดเงินรางวัลทนายความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2539 เดิมนั้นมิได้คำนึงถึงประสิทธิภาพและความสามารถของทนายความ ทำให้ขาดแรงจูงใจแก่ทนายความที่มีประสิทธิภาพในการเข้าเป็นทนายความขอแรง การเป็นทนายความขอแรงจึงเป็นเรื่องของทนายความใหม่ที่ต้องการฝึกหัดมากกว่าทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของจำเลยหรือผู้ต้องหาได้อย่างแท้จริง

5. การทำสัญญาจ้างว่าความโดยกำหนดค่าจ้างตามผลของคดีที่ไม่แน่นอนเป็นเกณฑ์ (Contingent Fee หรือ No Win, No Fee) ทนายความและลูกความจะตกลงค่าจ้างว่าความตามผลแพ้ชนะของคดี หรือผลประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับในคดี โดยทนายความจะได้รับค่าจ้างคิดเป็นเปอร์เซ็นต์หรือสัดส่วนจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความได้รับเมื่อชนะคดี ถ้าคดีไม่ชนะก็ไม่ต้องจ่ายค่าทนายความเลย ค่าทนายจึงไม่มีความแน่นอนเพราะขึ้นอยู่กับทรัพย์สินที่พิพาทอันจะพึงให้แก่ลูกความ มีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการคือ

- (1) ถ้าคดีชนะลูกความต้องจ่ายค่าจ้างว่าความซึ่งจำนวนเงินจะมากหรือน้อยยังไม่แน่นอน ขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับในคดี
- (2) ถ้าคดีแพ้ลูกความไม่ต้องจ่ายค่าทนายความเลย
- (3) ลูกความอาจตกลงจ่ายค่าวิชาชีพหรือค่าใช้จ่ายเบื้องต้นส่วนหนึ่งก่อน และหากคดีชนะ ทนายความจะได้รับค่าทนายตามสัดส่วนของทรัพย์สินอันจะพึงให้แก่ลูกความ

2.2 รากฐานความคิดในการทำสัญญาจ้างว่าความ

การทำสัญญาจ้างว่าความเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันในเรื่องคำตอบแทนการว่าความซึ่งเกิดจากเจตนาในการเข้าทำสัญญาทั่วไป และเป็นไปโดยอิสระในทางแห่งที่คู่สัญญามีเสรีภาพในการแสดงเจตนาของตน

แต่เนื่องจากในระยะหลังเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างว่าความค่อนข้างจะถูกกระทบกระเทือนและมีข้อจำกัดมากขึ้น ทั้งจากอำนาจการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาเอง และจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา เสรีภาพในการทำสัญญาจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตลอดจนกฎหมายว่าด้วยการควบคุมทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ จึงมีความจำเป็นที่คู่สัญญาต้องตกลงกันให้ชัดเจน และต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดไม่ให้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.2.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างว่าความ

การทำสัญญาจ้างว่าความนั้นใช้ “หลักอิสระในทางแห่ง” (Privatautonomie) ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมสามารถก่อตั้งความสัมพันธ์แห่งชีวิตในทางแห่งของตนเองได้ตามชอบใจและโดยเสรี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติ “หลักอิสระในการทำสัญญา” (Vertragsfreiheit) ซึ่งหมายความว่า คู่สัญญามีเสรีที่จะทำสัญญาหรือไม่ทำสัญญา และมีเสรีที่จะตกลงกันว่าจะให้สัญญาของตนมีข้อความอย่างไร ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 151 (มาตรา 114 เดิม) “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอัน

เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นไม่เป็นโมฆะ” เว้นแต่จะเข้ากรณีตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติห้ามไว้ตามมาตรา 150 (มาตรา 113 เดิม) “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

หลัก “อิสระในทางแพ่ง” และ “หลักอิสระในการทำสัญญา” ตรงกับ “หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา” (Autonomy of will)¹⁶ ซึ่งหมายถึงบุคคลมีเสรีที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมได้ตามใจชอบ เป็นหลักที่ทำให้เอกชนสามารถกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตนโดยอิสระด้วยการแสดงเจตนา จึงมีความหมายคล้ายคลึงกับหลักเรื่อง “เสรีภาพในการทำสัญญา” (Freedom of contract) ซึ่งเป็นเสรีภาพในการทำสัญญาและไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเอกเทศสัญญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เท่านั้น ดังนั้นบุคคลจึงมีเสรีภาพในการที่จะแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาต่าง ๆ อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการทำสัญญาที่ใช้กันมานานและเป็นที่ยอมรับโดยตลอดว่าผู้ที่เข้าทำสัญญาจะตกลงทำสัญญากับใครอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น เพียงแต่ต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การแสดงเจตนาย่อมถูกต้องสมบูรณ์¹⁷

ทฤษฎีว่าด้วยความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา นักปรัชญากฎหมายมีความประสงค์ที่จะให้บุคคลมีเสรีภาพหลุดพ้นจากข้อบังคับทางสังคม รวมทั้งข้อบังคับต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยต้องการที่จะให้ข้อบังคับเป็นเรื่องของข้อยกเว้นเท่านั้น ดังนั้นบุคคลทุกคนจะต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญา ควรมีข้อยกเว้นในบางเรื่องเท่านั้นถึงจะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพไว้ หรือ เสรีภาพของบุคคลจะถูกจำกัดก็ด้วยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น ทั้งนี้เพราะเห็นกันว่า กฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดที่จะใช้บังคับแก่สัญญานั้นคงไม่มีอะไรจะดีไปกว่ากฎเกณฑ์ที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมกันในการตกลงทำสัญญา โดยถือเอาว่ากฎเกณฑ์ที่ตกลงกันไว้เป็นกฎหมายอันหนึ่งที่คู่สัญญามีเจตนาที่จะให้ใช้บังคับแก่กรณีของตน จึงน่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมให้แก่เอกชนเป็นอย่างมาก จากแนวคิดนี้จึงนำไปสู่ “หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา” ที่ให้คู่กรณีมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการทำสัญญา รัฐจะไม่บัญญัติกฎหมายไปบิบบังคับหรือเข้าไปก้าวก่ายการทำสัญญาของเอกชน กฎหมายจะยื่นมือเข้าไปเกี่ยวข้องก็แต่เฉพาะในกรณีที่เห็นสมควรเป็นพิเศษ

¹⁶ หยุต แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. หน้า 33.

¹⁷ อัครราชทูต จุฬารัตน. (2531). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 113.

เท่านั้น¹⁸ สัญญาอ้างว่าความซึ่งเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน อันเป็นบทกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยตนเอง ความสัมพันธ์ของคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ไม่มีฝ่ายใดมีอำนาจเหนือกว่า เช่น ในกรณีของกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นทนายความในฐานะเอกชนให้บริการทางกฎหมาย และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นประชาชนผู้มีความคิด มีความรู้เท่าเทียมกันทางกฎหมายในการทำสัญญาอ้างว่าความ จึงมีเสรีภาพในการกำหนดเงินรางวัลหรือค่าตอบแทนการว่าความตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือแดนอิสระของเอกชน (Spheres of Private Autonomy)

นอกจากนี้ทฤษฎีว่าด้วยเสรีภาพในการทำสัญญายังถือหลักที่ว่า “หนี้ที่เกิดจากสัญญาเป็นหนี้ที่ยุติธรรม”¹⁹ เพราะคู่สัญญามีอิสระและเสรีภาพที่จะทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ถ้าเห็นว่าฝ่ายคนเสียเปรียบก็ยอมไม่เข้าทำสัญญา เมื่อตกลงทำสัญญาแล้วก็ต้องยุติธรรม จะมากกล่าวอ้างภายหลังว่าตนไม่ได้รับความยุติธรรมไม่ได้ ดังที่ Fuller ได้กล่าวเอาไว้ว่า “ความยุติธรรมทั้งหลายคือสัญญา ใครกล่าวถึงสัญญาก็เท่ากับกล่าวถึงความยุติธรรม” ตรงกันข้ามถ้าตัวที่ก่อให้เกิดหนี้มีข้อสัญญาแต่เป็นอำนาจภายนอก ก็เป็นเรื่องของความไม่ยุติธรรม และความไม่เหมาะสม เพราะเป็นเรื่องการจำกัดเสรีภาพของบุคคล

หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามพระราชบัญญัติทนายความ มิได้มีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องรูปแบบของสัญญา การเลือกคู่สัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญา หรือแม้แต่นโยบายของสัญญาไว้โดยเฉพาะ หากจะบังคับใช้ได้ตามหลักเกณฑ์ใน “หลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา” (Principle of Freedom of Contract) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของเขาตามที่เขาต้องการ และเป็นหลักที่ทำให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาซึ่งเขาประสงค์จะตกลงกันและจำกัดขอบเขตของรัฐในการเข้าแทรกแซงการทำสัญญาของคู่กรณี ดังนั้นบุคคลที่มีอายุและความเข้าใจตามสมควรจะมีเสรีภาพเต็มที่ในการทำสัญญา และเมื่อได้กระทำลงโดยอิสระและด้วยใจสมัคร หากข้อตกลงนั้นไม่ขัดต่อหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) สัญญานั้นย่อมมีผลบังคับใช้ได้ เมื่อสัญญาไม่ได้มีสภาพบังคับโดยอำนาจแห่งกฎหมาย แต่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจที่สัญญายินยอมที่จะผูกพันกัน กฎหมายจึงเป็นเพียงผู้กำหนดบทลงโทษเมื่อมีการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น

¹⁸ สุขาบัติ สัตตบุตรย์. (2522). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบ๑ (อัดสำเนา). หน้า 1 - 2.

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 3.

2.2.2 ลักษณะของเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความ

สัญญาอ้างว่าความมีลักษณะเป็นสัญญาอ้างทำของ ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาแม้มิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ก็ให้นำบทบัญญัติในเรื่องนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติในเรื่องอ้างทำของ ดังนั้นคู่สัญญาจึงมีเสรีภาพตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นไม่เป็นโมฆะ” คู่สัญญาจึงมีเสรีภาพในลักษณะดังนี้²⁰

1. มีเสรีภาพในการคิดที่จะทำสัญญาอ้างว่าความ
2. มีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่
3. มีเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญาว่าจะอ้างทนายความคนใดเป็นคู่สัญญา
4. มีเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหา หรือวัตถุประสงค์ของสัญญาตามที่ตนเองต้องการ โดยผู้รับจ้างตกลงจะทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ แต่ข้อตกลงต้องไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
5. มีเสรีภาพในการที่จะแสดงออกซึ่งเจตนาของตนเอง เช่น การทำสัญญาอ้างว่าความเพื่อที่จะให้ทนายความฟ้องร้องดำเนินคดี ให้ทนายความยื่นคำร้อง คำขอ หรือทำสัญญาประนีประนอมยอมความ เป็นต้น
6. มีเสรีภาพในการกำหนดผลของสัญญาอ้างว่าความ เช่น ต้องการให้ทนายความฟ้องร้องดำเนินคดีแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเรียกค่าสินไหมทดแทน หรือทำสัญญาประนีประนอมยอมความโดยกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนที่ตนเองพอใจ

2.2.3 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความ

2.2.3.1 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา

บทบัญญัติของกฎหมายในหลายฉบับได้ตราออกมาเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลโดยห้ามมิให้บุคคลทำสัญญาบางประเภท หรือมีข้อห้ามกำหนดข้อตกลงบางอย่างในสัญญากฎหมายที่จำกัดเสรีภาพมักอ้างถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายได้ยื่นมือเข้ามาควบคุมการทำสัญญาของคู่สัญญามากขึ้น เสรีภาพของคู่สัญญาจึงถูกลิดรอนลงมากอีกทั้งได้วางแนวในการทำสัญญาให้คู่สัญญาทั้งหลายยึดถือปฏิบัติ โดยทำเป็นสัญญาแม่แบบ²¹ (Contract type) หรือกฎหมายได้วางแบบฟอร์มเอาไว้ในสัญญาต่าง ๆ ให้ต้องปฏิบัติตามมิใช่

²⁰ จำปี โสคติพันธุ์. (2547). คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 257.

²¹ ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2525). กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 1. หน้า 88.

ว่าจะตกลงทำกันอย่างไรก็ได้ เสรีภาพของบุคคลจึงถูกจำกัดลง โดยต้องเคารพรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้ จะตกลงทำสัญญากันให้ผิดแปลกไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ รวมทั้งการจำกัดเสรีภาพในการเลือกคู่สัญญา ซึ่งอาจถูกจำกัดสำหรับคู่สัญญาที่ดำเนินกิจการผูกขาด การจำกัดเสรีภาพในเรื่องเจตนา เพื่อที่จะคุ้มครองบุคคลอื่นที่เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังกรณีกลั่นแกล้ง การจำกัดเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา เมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเป็นผู้กำหนดเนื้อหาของสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวในลักษณะของสัญญาจำยอมหรือสัญญามาตรฐาน การจำกัดเสรีภาพในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญา ที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ให้คู่สัญญาทำสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมถึงการจำกัดเสรีภาพในเรื่องผลของสัญญา เช่นถ้าภายหลังจากที่สัญญามีเหตุการณ์บางอย่างทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ดังนั้นการจำกัดเสรีภาพจึงเกิดขึ้นได้ในทุกขั้นตอนของการทำสัญญา

2.2.3.2 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความ

กรณีของการทำสัญญาอ้างว่าความนั้นกฎหมายไม่ได้จำกัดรูปแบบในการทำสัญญา หรือเนื้อหาของสัญญาไว้ คู่สัญญาจึงมีเสรีภาพที่จะตกลงกันอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายจะเข้ามาจำกัดเสรีภาพเฉพาะในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาอ้างว่าความ และเท่าที่ไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ ประกอบกับแนวคำพิพากษาฎีกา ที่กฎหมายใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความของประชาชนดังนี้

(1) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายเป็นการฝ่าฝืนหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” สำหรับการทำสัญญาอ้างว่าความในเรื่องเงินรางวัลของทนายความ ที่ทนายความตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันจะพึงได้แก่ลูกความ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 นี้ศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องของวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นโมฆะ ซึ่งแยกพิจารณาได้สองส่วน คือ วัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน กับ วัตถุประสงค์ที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม”²² ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทย ในทางตำราแยกได้ 3 แนวความเห็นด้วยกันดังนี้

²² วีรวัฒน์ จันทโชติ. (2531). วัตถุประสงค์ของนิติกรรม. หน้า 91 – 98.

แนวความเห็นแรก²³ อธิบายว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรม ถือเป็นส่วนประกอบอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม แม้กฎหมายมิได้บังคับให้มี แต่หากทำนิติกรรมขึ้น โดยไม่มีวัตถุประสงค์ นิติกรรมนั้นก็เป็นอันไม่มีผลเหมือนเป็นเรื่องลอย ๆ ไม่จริงจังอะไร การทำนิติกรรมจึงต้องมีวัตถุประสงค์ของนิติกรรม มีความมุ่งหมาย หรือประโยชน์ที่คู่กรณีพึงได้รับจากการทำนิติกรรม เช่น สัญญาซื้อขายปิ่น วัตถุประสงค์ของสัญญา ก็คือ ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ซื้อ ผู้ขายได้รับชำระราคา ซึ่งจะเป็นเช่นนี้ในทุกๆสัญญา ส่วนมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมนั้น ไม่ใช่วัตถุประสงค์ เพราะเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณี เช่น ต้องการซื้อปิ่นเพื่อไปป้องกันตัว หรือต้องการซื้อปิ่นเพื่อไปฆ่าผู้อื่น เป็นต้น

แนวความเห็นที่สอง²⁴ อธิบายว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายที่คู่กรณีมุ่งหวังจะได้รับการทำนิติกรรม ส่วนมูลเหตุจูงใจนั้นไม่ใช่วัตถุประสงค์ แต่หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้ถึงมูลเหตุจูงใจของอีกฝ่าย มูลเหตุจูงใจนั้นก็จะเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรม เช่น สัญญาซื้อขายปิ่น หากมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าผู้ซื้อหรือผู้ขาย มีประโยชน์อย่างอื่นที่มุ่งหวังจะได้รับการทำสัญญานั้น เช่น ต้องการนำเงินที่ได้จากการขายนั้นไปผ่อนรถ หรือ ต้องการปิ่นนั้นไว้ป้องกันตัว ทั้งสองกรณีจึงเป็นประโยชน์อันเป็นผลสุดท้าย

แนวความเห็นที่สาม²⁵ อธิบายว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ การที่จะต้องปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติใด ๆ ตามที่มุ่งหมายจากนิติกรรม เช่น การให้บริการตามสัญญาจ้างแรงงาน ส่วนมูลเหตุจูงใจนั้นไม่ใช่วัตถุประสงค์เพราะเป็นเรื่องภายในจิตใจของผู้กระทำนิติกรรม ดังนั้น แม้ผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่เป็นผลทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ แต่หากคู่กรณีได้ถือเอามูลเหตุจูงใจนั้นเป็นข้อความของนิติกรรม มูลเหตุจูงใจนั้นย่อมถือเป็นข้อสำคัญ เช่นมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า คู่กรณีได้มีการพูดคุยกันถึงประเด็นว่าจะนำปิ่นนั้นไปฆ่าคน โดยถือเป็นเรื่องสำคัญในการเจรจาเลือกซื้อปิ่นที่เหมาะสม จึงเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมการซื้อปิ่นย่อมเป็นโมฆะ

²³ จี๊ด เศรษฐบุตร ก (2528). หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. หน้า 12 - 13. อักษราทร จุฬารัตน. เล่มเดิม. หน้า 93 - 94.

²⁴ ปิ่น โน สุขทรศนีย์. (2514). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 2 - 3 . ศักดิ์ สนองชาติ. (2539). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 23 - 24.

²⁵ หยุต แสงอุทัย. (2517). กฎหมายแห่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. หน้า 128 - 129.

สำหรับแนวความเห็นที่สามนี้แตกต่างไปจากสองแนวความเห็นแรก คือเป็นการพิจารณาที่การปฏิบัติหรือการกระทำ(หรือคเว้น) ตามที่กำหนดในนิติกรรม ในขณะที่สองแนวความเห็นแรก เป็นการพิจารณาที่ความมุ่งหมายของผู้กระทำนิติกรรม

คำว่า “วัตถุประสงค์จำกัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หมายความว่า นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์จำกัดความสงบเรียบร้อยของประชาชน (จี๊ด เศรษฐบุตร)²⁶ กล่าวไว้ว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนคือข้อห้ามของสังคมบังคับแก่เอกชน เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้เพื่อคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้น แต่ความหมายของความสงบเรียบร้อยก็ยังคงมีความหมายกว้างอยู่ดี” เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ซึ่งสามารถแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 ประการคือ

ประการแรก ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง ซึ่งเป็นเรื่องการปกป้องรักษาสถาบันของสังคมอันมีอยู่ 3 สถาบัน คือ รัฐ ครอบครัว และตัวเอกชนโดยเฉพาะสิทธิของเอกชนที่มีอยู่ตามกฎหมายมหาชน

ประการที่สอง ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการปกป้องรักษาระบบเศรษฐกิจของสังคมโดยรวม และ ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนในบางประการ เช่น การถือครองที่ดิน และการควบคุมอัตราดอกเบี้ย เป็นต้น

คำว่า “วัตถุประสงค์จำกัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายความว่า นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์จำกัดกับหลักจริยธรรม หรือ ทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคมซึ่งพิจารณาตามกาลเทศะ อันเป็นเรื่องที่บุคคลในสังคมที่ซื่อสัตย์ ตรงไปตรงมาและสุจริตยอมรับนับถือ แต่อาจแตกต่างกันแล้วแต่ท้องถิ่นและยุคสมัย²⁷ ยกตัวอย่างเช่น ในขณะที่คำสอนของศาสนาพุทธ มีข้อห้ามด้านการผิดประเวณีลูกเมียผู้อื่นเขา แต่ในอดีตบางสังคมที่นับถือศาสนาพุทธเป็นหลักก็ยังยอมรับการมีตัวเดียวหลายเมียได้ แต่หลังจากนั้นมาอีก การเป็นภรรยาบ่อยก็ยิ่งเกิดขึ้น และได้รับการดูแลดูแลน้อยลง จนเสมือนเป็นเรื่องธรรมดาในสังคม เป็นต้น

ดังนั้น การจะพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ใดจำกัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือจำกัดต่อศีลธรรมอันดีงามของประชาชน จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยเพราะกฎหมายไทยมิได้มีบัญญัติไว้ชัดเจนว่าวัตถุประสงค์ใดจำกัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย

(2) ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2528 และได้ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2

²⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร ข (2522). คำอธิบายหลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 16 - 19.

²⁷ แหล่งเดิม. หน้า 17.

พ.ศ. 2514) โดยพระราชบัญญัตินายความฉบับปัจจุบันนี้มิได้บัญญัติห้ามนายความทำสัญญาจ้างว่าความในการกำหนดเงินรางวัลนายความที่แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทในคดีไว้โดยตรงเหมือนดังเช่นพระราชบัญญัตินายความฉบับก่อน ๆ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 เพียงแต่บัญญัติให้อำนาจสภาพนายความในการออกข้อบังคับสภาพนายความเพื่อควบคุมมารยาทของนายความ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 27(3)(จ) ประกอบมาตรา 51

ตลอดจนข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยมารยาทนายความ พ.ศ. 2529 ที่คณะกรรมการสภาพนายความออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่ มิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายข้อใดบัญญัติห้ามมิให้นายความเข้าเป็นนายความโดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ซึ่งเท่ากับว่าการทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายและลูกความในเรื่องเงินรางวัลนายความซึ่งตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความนี้ไม่เป็นการประพฤติดิฉินมารยาทนายความ

2.3 แนวความเห็นของนักกฎหมายไทยในเรื่องค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

ศักดิ์ สนองชาติ²⁸ อธิบายว่า กรณีสัญญาเรียกค่าจ้างว่าความตามส่วนของผลคดีเดิมพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ.2478 มาตรา 12 (2) บัญญัติว่า ทนายความที่เข้าว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ อาจถูกห้ามมิให้เป็นทนายความหรือลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ จะเห็นได้ว่าเท่ากับเป็นการห้ามทนายความเรียกค่าว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าถ้ามีการเรียกค่าทนายความในลักษณะนี้ ถือว่าสัญญาจ้างว่าความนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเป็นโมฆะ เช่นทำสัญญาจ้างว่าความฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านบาท โดยตกลงกันว่าถ้าชนะคดีได้เงินมาเท่าไรจะให้ค่าจ้างว่าความ 20 เปอร์เซ็นต์ของจำนวนเงินที่ชนะมา เป็นการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความจากทรัพย์สินอันเป็นการเรียกค่าจ้างว่าความจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้มาจากคดีนั้น เป็นโมฆะ แต่ถ้าหากตกลงกันว่าฟ้องคดีทุนทรัพย์ 1 ล้านบาท ตกลงเรียกค่าจ้างว่าความ 20 เปอร์เซ็นต์ ของทุนทรัพย์ที่เรียกร้องข้อตกลงนี้ใช้ได้ ไม่เป็นโมฆะ เพราะไม่ได้เรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้ แต่เรียกส่วนแบ่งจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทในคดี แต่ในปัจจุบันมีการออก

²⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, เรียบเรียงโดยจรัญ ภักดีธนากุล. (2535). คำบรรยายกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรม - สัญญา. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 140 - 141.

พระราชบัญญัติทนายความฉบับใหม่ พ.ศ.2528 และมีการออกข้อบังคับมารยาททนายความฉบับใหม่เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 ซึ่งตามข้อบังคับที่ออกมาใหม่มีได้ระบุว่า การเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้จากคดีเป็นการผิดมารยาททนายความ การกระทำดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย ถ้าหากตกลงเรียกค่าจ้างว่าความในวิธีการเช่นนี้ในปัจจุบันสัญญาจ้างว่าความนั้นน่าจะสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะ ใช้บังคับได้

กรณีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความได้ทำขึ้นก่อนวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 จึงมีวัตถุประสงค์ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 อนุมาตรา 2 เป็นโมฆะตามมาตรา 113 (หรือในปัจจุบันคือมาตรา 150) แม้ต่อมาจะได้มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความฉบับก่อน และกำหนดให้คณะกรรมการสภาทนายความออกข้อบังคับว่าด้วยมารยาททนายความตาม มาตรา 53 ซึ่งข้อบังคับนั้นไม่ได้กำหนดเรื่องค่าจ้างการว่าความไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาที่เป็นโมฆะไปแล้วกลับสมบูรณ์ขึ้นมาได้²⁹

แต่ถ้าเป็นสัญญาที่ทำหลังจากวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 แล้วแม้จะเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้ในคดีนั้น สัญญาว่าจ้างนั้นก็สมบูรณ์ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อัครวิทย์ สุมาวงศ์³⁰ อธิบายว่า นิติกรรมที่เป็นสัญญาจ้างว่าความที่ทนายความตกลงแบ่งส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้จากคดีเดิม พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) บัญญัติว่าทนายความที่เข้าว่าความแตกต่างโดยวิธีแบ่งส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท อันจะพึงได้แก่ลูกความอาจถูกห้ามหรือลบชื่อจากทะเบียนซึ่งจากบทบัญญัติมาตรานี้เองมีผลเท่ากับห้ามทนายความเรียกค่าว่าความโดยใช้วิธีแบ่งเฉพาะส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าถ้ามีการเรียกค่าจ้างทนายความในลักษณะนั้น คือเรียกเอาส่วนแบ่งที่ลูกความจะได้จากการดำเนินคดีนั้นแล้ว ถือว่าสัญญาจ้างว่าความนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็น โมฆะ

²⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530.

³⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, เรียบเรียงโดยประทีป เฉลิมภัทรกุล. (2538). คำบรรยายวิชากฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรม - สัญญา. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 144 - 146.

เช่นทำสัญญาจ้างว่าความเรียกเงินหนึ่งแสนบาท ตกลงกันว่าถ้าชนะคดีได้เงินมาเท่าไรจะให้ค่าจ้างว่าความ 20 เปอร์เซ็นต์ของจำนวนเงินที่ชนะมา ข้อตกลงอย่างนี้เป็นการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่คู่ความได้จากคดีเป็นโมฆะ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ถ้าหากว่าคดีนั้นฟ้องเรียกเงินหนึ่งแสนบาท ตกลงเรียกค่าจ้างว่าความ 20 เปอร์เซ็นต์ ของจำนวนเงินที่ฟ้อง ฟ้องแล้วชนะได้เท่าไรไม่สำคัญ ข้อตกลงนี้ใช้ไม่ได้เป็นโมฆะ เพราะไม่ได้เรียกเอาจากทุนทรัพย์ที่เป็นมูลพิพาทในคดี แต่เรียกเอาจากส่วนแบ่งจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่คู่ความจะได้ในคดีนั้น จึงถือว่าการคิดเอาจากส่วนแบ่งของทรัพย์ที่ฟ้องได้ แต่คิดเอาจากส่วนแบ่งที่ถูกความจะได้จากการชนะคดีนั้นไม่ได้

แต่ว่าในปัจจุบันได้มีการออกพระราชบัญญัติทนายความฉบับใหม่ตั้งแต่พ.ศ. 2528 และมีข้อบังคับมารยาททนายความเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 ข้อบังคับที่ออกมาใหม่นี้ไม่ได้ระบุว่าการเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ถูกความจะได้ในคดีเป็นการผิดมารยาททนายความ ฉะนั้นการกระทำอย่างเดิม คือการเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่คู่ความจะได้ในคดีนั้น ในปัจจุบันไม่ใช่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ฉะนั้น ในปัจจุบันถ้ามีการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่คู่ความจะได้รับจากคดีแล้วก็ถือว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาจ้างว่าความนั้นจะสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะ แต่ว่าถึงแม้จะมีข้อบังคับมารยาททนายความออกมาเช่นนี้แล้วก็มาตกลงเรียกค่าจ้างว่าความกันในลักษณะนี้ได้ ข้อตกลงสมบูรณ์ ถ้าคู่ความไม่ใช่ที่ฟ้องบังคับให้ทำตามสัญญานี้ได้เมื่อชนะคดีนี้แล้ว

หลักของการวินิจฉัยว่านิติกรรมใดสมบูรณ์หรือไม่ เราไม่ได้วินิจฉัยตอนนิติกรรมนั้นเกิดผล ความสมบูรณ์นั้นต้องวินิจฉัยตอนที่ทำนิติกรรม ขณะที่ทำนิติกรรมนั้นนิติกรรมสมบูรณ์หรือเปล่า ถ้าสมบูรณ์ก็ใช้บังคับกันได้ ถ้าไม่สมบูรณ์เป็นโมฆะก็เสียไปเลย ดังนั้นถ้าหากมีการทำสัญญาจ้างว่าความกันมาก่อนวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 แล้วคู่ความไม่ชำระค่าจ้างว่าความให้ตามที่ตกลงกัน ทนายความจะฟ้องเรียกค่าจ้างว่าความนั้นได้หรือไม่ สัญญาจ้างว่าความนั้นซึ่งเป็นการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความ โดยวิธีเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่จะได้แก่คู่ความในคดีนั้นเป็นโมฆะหรือเปล่า ต้องวินิจฉัยจากผลของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ทำนิติกรรมสัญญานั้น ฉะนั้น ถ้าหากทำข้อตกลงนี้ก่อนวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 ข้อตกลงอันนี้จะเป็นโมฆะ แต่ถ้าทำหลังจากนั้นก็เป็นการที่สมบูรณ์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530 วินิจฉัยว่า สัญญาที่ทำก่อนวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 เป็นโมฆะ อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2508 มาตรา 41 ประกอบด้วย

พระราชบัญญัติทนายความพ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) แม้ต่อมาภายหลังจะมีพระราชบัญญัติทนายความพ.ศ. 2528 ออกมายกเลิกพระราชบัญญัติสองฉบับก่อนแล้วก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาที่เป็นโมฆะไปแล้ว กลับสมบูรณ์ขึ้นได้)

จิรินิติ หะวานนท์³¹ อธิบายว่า คำว่าความที่ถูกลูกความชำระแก้ทนายความจึงขึ้นอยู่กับกรตกกลางระหว่างทนายความกับลูกความ หากตกลงกันแล้วมากเกินไปแล้ว กฎหมายย่อมมีส่วนเข้าเกี่ยวข้องได้ วิชาชีพนักกฎหมายเป็นการบริการที่จำเป็นแก่สังคมแต่ขณะเดียวกันก็เป็นการผูกขาดวิชาชีพไม่มีการแข่งขันทางด้านราคา การป้องกันการเรียกค่าจ้างว่าความสูงเกินไป ศาลอ้างหลักกฎหมายว่าเรื่องการกำหนดค่าจ้างว่าความนั้นหากกำหนดเกินสมควรเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะจำนวนสูงเกินสมควรแล้วประชาชนไม่สามารถใช้บริการของทนายความได้ จึงเป็นหลักที่ศาลอ้างเพื่อลดค่าว่าความและกำหนดค่าว่าจ้างเพื่อความเหมาะสม

หลักเกณฑ์การคำนวณค่าจ้างว่าความ

1. คำนึงถึงเวลาและแรงงานที่ทนายความต้องเสียไปในการทำคดีนั้น และ คำนึงถึงความยากง่ายของคดีด้วย
2. คำนึงถึงโอกาสที่ทนายความต้องเสียไปเมื่อรับคดี หมายความว่าถ้ารับคดีนี้แล้วโอกาสจะไปรับคดีอื่นก็น้อยลง
3. คำนึงถึงค่าทนายความที่ทนายความคนอื่นเรียก
4. ค่าถึงทุนทรัพย์และประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับในคดีนั้น
5. คำนึงถึงความแน่นอนว่าจะได้รับค่าจ้างว่าความหรือไม่
6. คำนึงถึงว่าเป็นลูกความประจำหรือไม่

การคำนวณค่าจ้างไม่มีกฎหมายบังคับว่าจะต้องเรียกค่าจ้างว่าความเท่าไรมีเพียงข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความเท่านั้น ดังได้บัญญัติไว้ดังนี้

ข้อ 16 บัญญัติว่า “การแย่งหรือทำการใดในลักษณะประมุคคิตที่มีทนายความอื่นว่าต่างแก็ต่างอยู่แล้วมาว่าหรือรับหรือสัญญาว่าจะรับว่าต่างแก็ต่างในคดีที่รู้ว่ามิทนายความอื่นว่าอยู่แล้ว” เป็นการประพฤตผิดมรรยาททนายความ คือจะต้องไม่ประมุคคิตัดราคาซึ่งกันและกัน และ

ข้อ 17 “การประกาศโฆษณาหรือยอมให้ผู้อื่นโฆษณาอัตราค่าจ้างว่าความหรือแจ้งว่าจะไม่เรียกหรือค่าจ้างว่าความ” เป็นการประพฤตผิดมรรยาททนายความ

³¹ จิรินิติ หะวานนท์. คำอธิบายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย. หน้า 84 - 86.

“Contingent Fee” ได้แก่ การกำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนเงินในคดี มี 3 ลักษณะ คือ

1. การกำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง เช่น ฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านบาท คิดค่าจ้างว่าความร้อยละ 10 ของจำนวนทุนทรัพย์คือ 1 แสนบาท
2. การกำหนดค่าจ้างว่าความส่วนที่จะได้รับจากการแพ้หรือชนะคดี เช่น ฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านบาท แต่ชนะคดี 5 แสนบาท ตกลงค่าจ้างว่าความว่าคิดเป็นอัตราส่วนร้อยละ 10 จากเงินที่ชนะคดี กรณีนี้ได้ค่าจ้างว่าความ 5 หมื่นบาท
3. การกำหนดค่าจ้างว่าความว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความ

Contingent Fee ในประเทศไทยนั้น ตามหลักวิชาชีพนักกฎหมาย ทนายความ เป็นบุคคลหนึ่งซึ่งปฏิบัติหน้าที่รับใช้ประชาชนในด้านความยุติธรรม ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลประเภทหนึ่ง การดำเนินวิชาชีพต้องกระทำตามทำนองคลองธรรม ถ้ามีส่วนได้เสียกับผลแห่งคดีย่อมจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่สมบูรณ์คือการเข้าไปมีส่วนได้เสียโดยกำหนดค่าจ้างว่าความจากการชนะคดีทำให้ทนายความเสียความเป็นกลาง พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) จึงบัญญัติห้าม “ทนายความคนใดเข้าเป็นทนายความว่าต่างแก็ต่างโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ” ต่อมาพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 ไม่มีบทบัญญัติห้ามดังกล่าว แต่มาตรา 41 ให้ถือความตามมาตรา 12 (2) ของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาบังคับเสมือนเป็นข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภา พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 จึงยอมรับเอาข้อห้ามการกำหนดค่าว่าความเอาไว้ กฎหมายบัญญัติว่าห้ามสัญญาแบ่งเอาส่วนทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่อันจะพึงได้แก่ลูกความ เจตนารมณ์ของกฎหมายคือไม่ต้องการให้ทนายความเสียความยุติธรรม โดยการเข้าไปมีส่วนได้เสียในคดีนั้น

เพราะฉะนั้น Contingent Fee ประเภทที่หนึ่ง กำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนทุนทรัพย์ของคดี ซึ่งเป็นการกำหนดจำนวนค่าจ้างว่าความที่แน่นอน จึงไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย

ประเภทที่สอง กำหนดตามส่วนที่จะชนะคดี คือชนะคดีมากก็จะได้ค่าจ้างว่าความได้มาก ชนะคดีได้น้อยก็จะได้ค่าจ้างว่าความน้อย ทำให้ทนายความเข้าไปมีผลประโยชน์ เพื่อได้ค่าจ้างว่าความมากก็ต้องชนะคดีได้เงินจากลูกหนี้ตามคำพิพากษามาก จึงเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย

ประเภทที่สาม กำหนดว่าถ้าชนะคดีได้ค่าจ้างว่าความ ถ้าแพ้ไม่ได้ค่าจ้างว่าความ มีจำนวนแน่นอนแต่จะได้รับหรือไม่ขึ้นกับผลแพ้หรือชนะคดี ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาวางบรรทัดฐานว่า การตกลงในลักษณะเช่นนี้ไม่ใช่การพนันขั้นต่อและไม่ใช่การกำหนดเอาส่วนมากน้อยจากผลชนะคดีเพราะกำหนดจำนวนเงินที่แน่นอน **จึงไม่ขัดต่อกฎหมาย** (คำพิพากษาฎีกาที่ 323/2477 , 173/2488 , 1045/2493 และ 1702/2499)

เมื่อมีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 พระราชบัญญัตินี้ไม่มีข้อห้ามเรียกค่าว่าความแบบ Contingent Fee และในข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ก็ไม่ได้กำหนดให้การเรียกค่าจ้างว่าความแบบ Contingent Fee ขัดต่อมรรยาททนายความ จึงมีปัญหว่าทนายความเรียกค่าจ้างว่าความโดยกำหนดเอาจากสัดส่วนที่จะได้จากการชนะคดีได้หรือไม่ การคิดค่าจ้างว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่พิพาทอื่นซึ่งจะได้แก่ลูกความมีหลักทั่วไปอยู่ว่า ถ้าทนายความมีส่วนได้เสียกับผลแห่งคดีก็จะมุ่งชนะคดี ไม่สามารถดำรงคุณธรรมวิชาชีพในการรักษาความยุติธรรมไว้ได้ ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่ตรงกับหลักวิชาชีพนักกฎหมายเกิดเป็นผลร้ายแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่องวินิจฉัยว่าข้อสัญญาดังกล่าวนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 871/2486) และบางเรื่องวินิจฉัยว่าขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 492/2511) ในเรื่องค่าจ้างว่าความนี้บางลักษณะไม่ขัดต่อมรรยาททนายความแต่จำนวนสูงเกินไปศาลกำหนดให้ใหม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1454/2510) จึงเห็นได้ว่า ทนายความเป็นเจ้าของหน้าที่ประเภทหนึ่งของศาล ศาลมีหน้าที่ดูแลกิจการของทนายความ ดังนั้นแม้จะไม่มีกฎหมายเขียนไว้ว่าห้ามเรียกค่าจ้างว่าความแบบ Contingent Fee ประเภทที่สองสัญญาดังกล่าวก็เป็นโมฆะ เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

บางประเทศอนุญาตให้เรียกค่าจ้างว่าความแบบ Contingent Fee ได้ทั้ง 3 ประเภท เพราะเห็นว่า การเรียกค่าจ้างแบบนี้สามารถช่วยเหลือประชาชนที่ยากจนได้ คือประชาชนที่ยากจนไม่มีเงินจ่ายค่าจ้างว่าความแต่มีความเดือดร้อนเรื่องคดีความจึงให้ทนายความแบ่งเงินจากส่วนที่ชนะคดีนั่นเอง สำหรับประเทศไทยเห็นว่าการปล่อยให้กำหนดค่าจ้างว่าความแบบนี้จะทำให้ทนายความเสียความยุติธรรม ส่วนการช่วยเหลือประชาชนที่ยากจนนั้นให้ใช้วิธีการอื่น ซึ่งทั้งรัฐและทนายความต้องมีความรับผิดชอบให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนอยู่แล้ว

2.4 อัตราค่าทนายความ

วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่ต้องให้ความช่วยเหลือประชาชน ซึ่งในข้อบังคับของสภาทนายความว่าด้วยมารยาททนายความ พ.ศ.2529 ในข้อ 5 จึงกำหนดให้ทนายความมีหน้าที่ต้องรับเป็นทนายความให้เมื่อศาลขอแรงตามทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และหากไม่สามารถรับเป็นทนายความให้ได้ก็จะต้องมีเหตุผลโดยสมควร ทนายความจึงมีบทบาททั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา แม้ในคดีแพ่งจะไม่มีบัญญัติในเรื่องทนายขอแรง ทั้งนี้ไว้โดยเฉพาะแต่คู่ความในคดีก็สามารถได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมาย เช่น การให้คำปรึกษาหรือแนะนำเกี่ยวกับกฎหมาย การร่างนิติกรรมสัญญา การจัดหาทนายความเพื่อช่วยว่าต่างแก้ต่าง ซึ่งทนายความมีสิทธิได้รับค่าทนายความ หรือเงินรางวัลทนายความตามที่กฎหมายกำหนดดังนี้

2.4.1 อัตราค่าทนายความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง³²

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในหมวด 3 ค่าฤชาธรรมเนียม ส่วนที่ 2 ความรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียม ในมาตรา 161 ซึ่งได้บัญญัติเรื่องค่าทนายความไว้ดังนี้

มาตรา 161 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติห้ามมาตราต่อไปนี้ ความรับผิดชอบชั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมของคู่ความในคดีย่อมตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่แพ้คดี แต่อย่างไรก็ดี ไม่ว่าคู่ความฝ่ายใดจะชนะคดีเต็มตามข้อหาหรือแต่บางส่วน ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้นเสียค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงหรือให้คู่ความแต่ละฝ่ายเสียค่าฤชาธรรมเนียมส่วนของตนหรือตามส่วนแห่งค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงซึ่งคู่ความทั้งสองฝ่ายได้เสียไปก็ได้ ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้ความหรือการดำเนินคดีของคู่ความทั้งปวง

ถ้ามิได้ระบุค่าฤชาธรรมเนียมชนิดใดไว้โดยเฉพาะ ค่าฤชาธรรมเนียมนั้นให้รวมถึงค่าป่วยการพยาน ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมในการส่งเอกสารและบังคับคดีและค่าฤชาธรรมเนียมหรือค่าธรรมเนียมอื่น ๆ บรรดาที่กฎหมายบังคับให้เสีย

คดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ฝ่ายเริ่มคดีเป็นผู้เสียค่าฤชาธรรมเนียม”

³² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ. 2477. (แก้ไขโดยมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฉบับที่ 7, พ.ศ.2521). (2521, 31 มีนาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 95, ตอนที่ 37. หน้า 4 (ฉบับพิเศษ).

2.4.1.1 ตาราง 6 ทั่วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง³³

ตามที่ได้บัญญัติไว้ในภาค 1 บททั่วไป ลักษณะ 6 คำพิพากษาและคำสั่ง ส่วนที่ 3 เรื่องค่าฤชาธรรมเนียม ตั้งแต่มาตรา 161 – 169 เป็นหน้าที่ของศาลในการพิจารณาสั่งในเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดี จะต้องชำระให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดี โดยกฎหมายได้กำหนดอัตราค่าทนายความ ตามตาราง 6 เพื่อให้ศาลใช้เป็นเกณฑ์ในการทำคำพิพากษาและคำสั่ง

³³ ตาราง ๖

อัตราค่าทนายความ

(๑) ให้ศาลกำหนดค่าทนายความตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำ และอัตราขั้นสูง ดังที่ระบุไว้ในตารางนี้

(๒) การที่ศาลจะกำหนดค่าทนายความให้แก่ผู้ชนะคดีนั้นให้พิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดีกับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น

อัตราค่า ทนายความ	๑	๒	๓	๔	๕	๖
	ทุนทรัพย์ ไม่เกิน ๒,๐๐๐ บาท	ทุนทรัพย์ เกิน ๒,๐๐๐ บาท	ทุนทรัพย์ เกิน ๕,๐๐๐ บาท	ทุนทรัพย์ เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท	ทุนทรัพย์ เกิน ๒๕,๐๐๐ บาท	คดีไม่มี ทุนทรัพย์
	ไม่เกิน ๒,๐๐๐ บาท	แต่ไม่เกิน ๕,๐๐๐ บาท	แต่ไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท	แต่ไม่เกิน ๒๕,๐๐๐ บาท		
อัตราขั้นต่ำไม่ ว่าในศาลใด	๕๐ บาท	๑๐๐ บาท	๒๐๐ บาท	๔๐๐ บาท	๖๐๐ บาท	๕๐ บาท
อัตราขั้นสูงใน ศาลชั้นต้น ในศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา	๓๐๐ บาท	๖๐๐ บาท	๑,๐๐๐ บาท	๑,๒๐๐ บาท	ร้อยละ ๕	๓,๐๐๐ บาท
	๒๐๐ บาท	๓๐๐ บาท	๕๐๐ บาท	๖๐๐ บาท	ร้อยละ ๓	๑,๕๐๐ บาท

2.4.1.2 ระบบการพิจารณาคดีแพ่ง

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีแพ่งตัวความสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาได้เองโดยไม่ต้องแต่งตั้งทนายความก็ได้ หรือจะแต่งตั้งทนายความเพื่อให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนก็ได้ ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 60 ดังนี้

มาตรา 60 บัญญัติว่า “คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้แทนโดยชอบธรรม ในกรณีที่คู่ความเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้แทนในกรณีที่คู่ความเป็นนิติบุคคล จะว่าความด้วยตนเองและดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งปวงตามที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของตน หรือจะแต่งตั้งทนายความคนเดียวหรือหลายคนให้ว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตนก็ได้

ถ้าคู่ความ หรือผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทน ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทำหนังสือมอบอำนาจให้บุคคลใดเป็นผู้แทนตน ในคดีผู้รับมอบอำนาจเช่นว่านั้นจะว่าความอย่างทนายความไม่ได้ แต่ยอมตั้งทนายความเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาได้”

2.4.1.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีแพ่ง

มาตรา 242 วรรคสอง “ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

คามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลว่าจะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีแพ่งด้วย แม้จะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจนเหมือนในคดีอาญา ว่าในกรณีใดบ้างที่จำเลยจะได้รับความคุ้มครองสิทธิโดยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในเรื่องของการจัดหาทนายความให้ กระทั่งในคดีแพ่งใหญ่ ๆ ที่มีจำนวนทุนทรัพย์พิพาทมากก็ตาม ทั้งนี้คงเนื่องจากการดำเนินคดีแพ่งนั้น ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในฐานะโจทก์ จำเลย หรือคู่ความร่วมในคดีก็ตาม มีสิทธิที่จะดำเนินคดีได้ด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นต้องตั้งทนายความเพื่อว่าต่างคดีแทน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 242 วรรคสอง ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการดำเนินคดีแพ่งโดยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยดังนี้

2.4.1.4 หลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดอัตราค่าทนายความ

(1) ให้ศาลกำหนดค่าทนายความตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำ และอัตราขั้นสูง ดังที่ระบุไว้ในตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้

(2) การที่ศาลจะกำหนดค่าทนายความให้แก่ผู้ชนะคดีนั้นให้พิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดีกับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น

2.4.1.5 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในการกำหนดอัตราค่าทนายความ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1394/2547 ศาลฎีกาเห็นว่าทนายททรัพย์ที่โจทก์ชนะคดีจำนวน 1,600,000 บาทพร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีนับว่าเป็นทนายททรัพย์ที่สูง โจทก์นำพยานมาสู้บรวม 5 นัด และทนายโจทก์ต้องมาศาลอีกหลายนัดในวันสืบพยานจำเลย ที่ศาลชั้นต้นกำหนดให้จำเลยใช้ค่าทนายความแทนโจทก์ทั้งสองศาลเป็นเงิน 40,000 บาทนั้นเหมาะสมแล้ว

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาตัดสินโดยพิจารณาถึงทนายททรัพย์ที่โจทก์ชนะคดีประกอบกับระยะเวลาที่ทนายความได้ใช้ในการดำเนินคดีเป็นหลัก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5776/2545 จำนวนเงินค่าทนายความที่ศาลจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายหนึ่งใช้แทนคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นดุลพินิจของแต่ละศาล ซึ่งจะกำหนดให้โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้คดีหรือการดำเนินคดีของคู่ความทั้งปวงตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 161 วรรคหนึ่ง โดยศาลต้องกำหนดค่าทนายความระหว่างอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงดังที่ระบุไว้ในตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คดีนี้เป็นคดีที่มีทนายททรัพย์สูง รูปคดีมีความยุ่งยากพอสมควรและใช้เวลาในการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นนานถึง 2 ปีเศษ ทั้งจำนวนเงินค่าทนายความที่ศาลชั้นต้นกำหนดให้จำเลยใช้แทนแก่โจทก์ก็ยิ่งต่ำกว่าอัตราขั้นสูงที่กฎหมายกำหนด

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาตัดสินโดยพิจารณาถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้คดีหรือการดำเนินคดีของคู่ความทั้งปวง ประกอบกับการกำหนดอัตราค่าทนายความโดยพิจารณาจากอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงตามตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3085/2544 ค่าทนายความเป็นค่าฤชาธรรมเนียมอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 161 และ มาตรา 167 และตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติให้ศาลต้องสั่ง ที่หนังสือสัญญาผู้ยื่นข้อ 3 วรรคสอง และข้อ 5 ระบุให้ผู้ยื่นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ รวมถึงการดำเนินคดีและการบังคับการชำระหนี้ด้วยนั้น ข้อความดังกล่าวเป็นการตกลงให้จำเลยต้องชดใช้ค่าทนายความแก่โจทก์ผิดแผกแตกต่างไปจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงใช้บังคับไม่ได้ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้เงินค่าทนายความตามที่โจทก์ฟ้อง

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาตัดสินโดยพิจารณาว่าการตกลงให้ชดใช้ค่าทนายความจะต้องไม่เกินอัตราค่าทนายความตามตาราง 6 ท้ายประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อข้อตกลงผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนใช้บังคับไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5400/2536 การกำหนดค่าทนายความแก่ผู้ชนะคดีเป็นดุลพินิจของศาล คดีนี้โจทก์ฟ้องในทุนทรัพย์ถึง 5,857 ล้านบาทเศษ ซึ่งตามตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ให้ศาลกำหนดค่าทนายความให้แก่ผู้ชนะโดยพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดีกับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น เฉพาะในศาลชั้นต้นอัตราขั้นสูงไม่เกินร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์ ที่ศาลชั้นต้นกำหนดค่าทนายความ 5,000,000 บาท เพราะเหตุคดีมีทุนทรัพย์สูงและใช้เวลาพิจารณานานเกือบ 7 ปี กับเมื่อเปรียบเทียบกับอัตราค่าทนายความที่ศาลชั้นต้นกำหนดยังคงต่ำกว่าที่กฎหมายให้อำนาจอยู่มากจึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายและเหมาะสมแก่รูปคดีแล้ว

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาคัดสินโดยพิจารณาถึงความยากง่ายแห่งคดีกับดูระยะเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการดำเนินคดีเรื่องนั้น และต้องไม่เกินอัตราค่าทนายความตามตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

2.4.2 อัตรารายวันค่าทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁴

อัตรารายวันค่าทนายความ ตามระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548

ข้อ 3 “ให้ยกเลิกระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2539

บรรดาระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งอื่นใดในส่วนที่กำหนดไว้แล้วในระเบียบนี้ หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับระเบียบนี้ ให้ใช้ระเบียบนี้แทน”

⁴ ระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม “ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548.” ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 122 ตอนที่ 56 ก วันที่ 15 มิถุนายน 2548.

ข้อ 2 “ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม พ.ศ. 2548 เป็นต้นไป”

มาตรา 173 บัญญัติว่า “ในคดีที่อัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำนวนว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำนวนว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรานี้ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด”

2.4.2.1 ตารางอัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³⁵

ตารางอัตราเงินรางวัลทนายความตามที่ได้บัญญัติไว้ในระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548 ซึ่งแก้ไขใหม่ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลใช้เป็นเกณฑ์ในการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยในคดีตามอัตราที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด

2.4.2.2 ระบบการพิจารณาคดีอาญา

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาของไทยมีการดำเนินคดีในระบบกล่าวหา (Accusatorial) ศาลจะวางตัวเป็นกลางในการค้นหาความจริง เป็นหน้าที่คู่ความในการ

³⁵ ตาราง

อัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย
ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

อัตราเงินรางวัล	ประเภทที่ ๑	ประเภทที่ ๒	ประเภทที่ ๓
ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำและขั้นสูง ดังที่ระบุไว้ในตารางนี้	คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต	คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป แต่ไม่ถึงประหารชีวิต	คดีอื่นนอกจากคดีในประเภทที่ ๑ หรือประเภทที่ ๒ หรือกรณีของทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาในชั้นก่อนฟ้องคดีต่อศาล
อัตราขั้นต่ำเรื่องละ	๘,๐๐๐ บาท	๖,๐๐๐ บาท	๔,๐๐๐ บาท
อัตราขั้นสูงเรื่องละ	๕๐,๐๐๐ บาท	๔๐,๐๐๐ บาท	๓๐,๐๐๐ บาท

นำเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดหรือไม่ และเมื่อจำเลยเป็นผู้กระทำผิดก็จะมีกระบวนการลงโทษโดยศาลต่อไป การมีทนายความช่วยเหลือในการดำเนินคดีจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างมากที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับความเป็นธรรม เพราะทนายความมีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อแก้ข้อกล่าวหาที่โจทก์ได้นำเสนอต่อศาล และนำเสนอข้อเท็จจริงอันนำไปสู่การยกเว้นความผิดหรือการลดโทษแล้วแต่กรณี

2.4.2.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญา

มาตรา 242 “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว”

การให้ความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญานอกจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ยังได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาไว้ด้วย

2.4.2.4 หลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินรางวัลทนายความ

ปัจจุบันได้มีระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548 ออกมาใช้บังคับและได้ยกเลิกระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2539 โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินรางวัลทนายความดังนี้

ข้อ 4 “อัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ให้เป็นไปตามตารางและอัตราขั้นต่ำขั้นสูงท้ายระเบียบนี้”

ข้อ 5 “ให้ศาลชั้นต้นเป็นผู้กำหนดเงินรางวัลให้ทนายความ โดยพิจารณาตามความยากง่ายของลักษณะคดี กับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความได้ปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น ๆ แล้วกำหนดให้ตามที่เห็นสมควรว่าจะให้ในอัตราขั้นต่ำ หรือขั้นสูง หรือระหว่างขั้นต่ำขั้นสูง”

ข้อ 6 “การสั่งจ่ายเงินรางวัลให้ดำเนินการดังนี้

(1) ในกรณีที่ศาลตั้งทนายความให้ผู้ต้องหาในชั้นสืบพยานไว้ก่อนฟ้องคดีต่อศาล ให้สั่งจ่ายเงินรางวัลเมื่อทนายความได้ปฏิบัติหน้าที่เสร็จสิ้นแล้ว

(2) ในกรณีอื่นให้ส่งจ่ายเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว แต่ ถ้าคดีใดศาลชั้นต้นกำหนดให้มีการตรวจพยานหลักฐานก่อนสืบพยาน ให้ศาลมีอำนาจส่ง จ่ายเงินรางวัลบางส่วนให้แก่ทนายความที่เห็นสมควรหลังจากการตรวจพยานหลักฐาน เสร็จสิ้นแล้วก็ได้แต่ต้องไม่เกินร้อยละสิบห้าของอัตราขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับคดีนั้น

ในกรณีที่มีการดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกา หากเงินรางวัลที่ศาล ส่งจ่ายให้ทนายความไปแล้วมีจำนวนยังไม่ถึงอัตราขั้นสูงที่กำหนดไว้สำหรับประเภทคดีนั้น ให้ศาลชั้นต้นมีอำนาจส่งจ่ายเงินรางวัลเพิ่มเติมสำหรับการดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาให้ ทนายความนั้นได้ตามที่เห็นสมควร เมื่อศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาคหรือศาลฎีกามีคำ พิพากษา หรือคำสั่งแล้ว แต่ทั้งนี้เงินรางวัลทั้งหมดที่ทนายความได้รับต้องมีจำนวนไม่เกิน อัตราขั้นสูงที่กำหนดไว้สำหรับประเภทคดีนั้น”

ข้อ 7 “ในคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพหรือคดีเสร็จไปโดยศาลชั้นต้น ไม่ได้พิพากษา เช่น คดีที่โจทก์ถอนฟ้อง หรือยอมความกัน โดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือ จำเลยถึงแก่ความตาย เป็นต้น ให้ลดอัตราเงินรางวัลทนายความลงกึ่งหนึ่งของอัตราเงินรางวัล ทนายความที่กำหนดไว้ในตารางท้ายระเบียบนี้”

ข้อ 8 “ค่าใช้จ่ายทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ในกรณีที่มีการส่งประเด็นไปสืบที่ศาล อื่น ให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ พ.ศ. 2526 และที่แก้ไข เพิ่มเติมโดยเทียบตำแหน่งทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยกับตำแหน่งข้าราชการ พลเรือนเพื่อสิทธิในการเบิกจ่าย ดังนี้

- (1) ผู้ที่เป็นทนายความมาแล้วยังไม่ถึง 5 ปี เทียบเท่ากับตำแหน่ง ข้าราชการพลเรือน ระดับ 5
- (2) ผู้ที่เป็นทนายความมาแล้วตั้งแต่ 5 ปีขึ้นไป แต่ไม่ถึง 10 ปี เทียบเท่า กับตำแหน่งข้าราชการพลเรือน ระดับ 6
- (3) ผู้ที่เป็นทนายความมาแล้วตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป แต่ไม่ถึง 15 ปี เทียบเท่ากับตำแหน่งข้าราชการพลเรือน ระดับ 8
- (4) ผู้ที่เป็นทนายความมาแล้วตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป เทียบเท่ากับตำแหน่ง ข้าราชการพลเรือน ระดับ 9”

ข้อ 9 “ทนายความมีสิทธิเบิกค่าใช้จ่ายตามข้อ 8 เมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่ ในคดีนั้น ๆ แล้วเสร็จในแต่ละครั้ง และให้ศาลชั้นต้นเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติในการเบิกจ่าย”

ข้อ 10 “ให้ศาลชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ยกเว้นศาลเยาวชนและครอบครัวจัดทำบัญชีรายชื่อทนายความซึ่งได้แจ้งความประสงค์ต่อศาลว่าจะรับเป็นทนายความตามมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้มีข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่ติดต่อรวมทั้งประสบการณ์หรือระยะเวลาการทำงานของทนายความนั้นตามสมควร

ในการพิจารณาดังทนายความให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ศาลพึงคำนึงถึงความยากง่ายของคดีและประสบการณ์ของทนายความประกอบด้วย แต่ถ้าได้มีการจัดหาทนายความให้แล้วในชั้นสอบสวนและทนายความนั้นเป็นผู้ที่มีชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อตามวรรคหนึ่ง เมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยร้องขอ ศาลอาจมีคำสั่งตั้งทนายความผู้นั้นเป็นทนายความต่อไปในชั้นพิจารณาก็ได้

ทนายความที่ได้รับแต่งตั้งตามวรรคสองจะต้องไม่เรียกเอาผลประโยชน์ตอบแทนจากผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ไม่เหมาะสมอันเป็นการขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือทางคดีแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย”

ข้อ 11 “ระเบียบนี้ไม่ใช้บังคับแก่คดีอาญาที่ศาลตั้งทนายความให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่งถึงที่สุดหรือยังไม่ถึงที่สุด แต่ศาลได้มีคำสั่งให้จ่ายเงินรางวัลก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับและให้ใช้บังคับข้อบังคับหรือคำสั่งที่ใช้บังคับอยู่ในวันที่คดีนั้นถึงที่สุดหรือวันที่ศาลมีคำสั่งให้จ่ายเงินรางวัลแล้วแต่กรณีบังคับแก่คดีดังกล่าว”

โดยสรุป ทนายขอแรงมีสิทธิได้รับเงินรางวัลทนายความเมื่อศาลชั้นต้นพิพากษาคดีแล้ว ไม่ว่าผลของคำพิพากษาจะเป็นอย่างไร กล่าวคือทนายขอแรงมีสิทธิขอรับเงินรางวัลได้ต่อเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว โดยไม่ต้องรอให้คดีถึงที่สุดก่อน หรือในกรณีของทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาในชั้นก่อนฟ้องคดีต่อศาล ให้จ่ายเมื่อทนายความนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับแต่งตั้งเสร็จสิ้นแล้ว ทั้งนี้เป็นไปตามระเบียบกระทรวงยุติธรรม ข้อ 5

บทที่ 3

การบังคับใช้กฎหมายเรื่องเงินรางวัลความในในประเทศไทย

3.1 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการกำหนดเงินรางวัลความ

การจะให้คำจำกัดความในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก และคิดว่าคงไม่มีใครสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์¹ แต่พอสรุปได้เฉพาะในเรื่องวัตถุประสงค์ ซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะบังคับใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นและยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้

3.1.1 ที่มาของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ความสงบเรียบร้อยของสังคมมิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ มนุษย์ต่างมีความมุ่งหมายที่จะดำรงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม การบรรลุถึงความสงบเรียบร้อยย่อมเป็นมูลฐานอันสำคัญที่สุด นับแต่มนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นหมู่เหล่า มนุษย์ประสบกับความจริงที่ว่า “มีอาจวางใจได้ว่าสมาชิกทุกคนจะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสังคม” ด้วยเหตุนี้เทคนิคการควบคุมสังคมจึงถูกพัฒนาขึ้นในทุกสังคม เพื่อจัดการกับปัญหาความสงบเรียบร้อยของสังคม

ในสังคมเริ่มแรก ความสงบเรียบร้อยของสังคมเกิดขึ้นจากความกลมกลืนกับค่านิยมมูลฐานเป็นหลักใหญ่ เสริมด้วยระบบเครือญาติ (Family clan) พิธีกรรม ข้อห้าม ศรัทธา ในศาสนาที่ทุกคนยอมรับ และจารีตประเพณี อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมสลับซับซ้อนมากขึ้น มาตรการที่ใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม การระงับข้อพิพาท การดำรงไว้ซึ่งจารีตประเพณีก็ยุ่งยากมากมีโครงสร้างสูงขึ้นและไม่เกี่ยวกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะสถาบันทางกฎหมายซึ่งมีรูปแบบซับซ้อนก็เข้ามาแทนที่สถาบันเก่า ๆ ในการช่วยจรรโลงความสงบเรียบร้อยของสังคม²

¹ อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518, มีนาคม). “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” บทบัญญัติ, 32, 1. หน้า 14.

² วิสาร พันธุณะ. (2518). “หลักนิติธรรม.” ดุลพาท, 4. หน้า 87 – 89.

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” เดิมที่ประเทศไทยไม่ได้ใช้คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังเช่นในปัจจุบัน ในประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ ฉบับ พ.ศ. 2466 มาตรา 12 ใช้คำว่า “รัฐประศาสนโยบาย หรือ ความปลอดภัยแห่งบุคคลฤทธิสิทธิ์” และต่อมาในพระราชบัญญัติสมุดเอกสารและการพิมพ์ พ.ศ.2470 มาตรา 6 (3) ใช้คำว่า “ความสงบราบคาบของประชาชน”³ (พระราชบัญญัติสมุดเอกสารและหนังสือพิมพ์ พ.ศ. 2470 ซึ่งยกเลิกแล้ว) ใช้คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” แต่เพียงอย่างเดียว (พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2476 ซึ่งยกเลิกแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (10) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142, 225 และ 249 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 47) หรือใช้คำว่า “เพื่อประโยชน์แก่ประเทศหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือผาสุกของประชาชน” (พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2493 มาตรา 16) ปรากฏว่าส่วนมากคงใช้ถ้อยคำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484 ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 17 ลงวันที่ 23 ตุลาคม 2501, ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 3 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514, พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499, พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 30, มาตรา 40, มาตรา 44, มาตรา 46 และมาตรา 48 และกฎหมายอื่นๆอีกหลายฉบับ)⁴

การใช้ถ้อยคำที่มีความหมายว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในกฎหมายต่างๆ ส่วนมากได้ดำเนินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็มีอยู่หลายฉบับที่ใช้ถ้อยคำแตกต่างกันไป ซึ่งย่อมจะมีความหมายแตกต่างกันไปบ้างด้วย หรือขึ้นอยู่กับลักษณะของเรื่องด้วย ทั้งนี้แล้วแต่เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น

3.1.2 ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายไทยที่บัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทุกฉบับมิได้แปลความหมายหรือให้คำนิยามไว้แต่อย่างใด ถึงอย่างไรก็ตาม ได้มีนักกฎหมายหลายท่านพยายามค้นหาและตีความหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อให้ทราบความหมายและขอบเขตการบังคับใช้ที่ชัดเจนซึ่งจะช่วยแก้ปัญหาความเข้าใจที่คลุมเครือเกี่ยวกับหลักการดังกล่าว ทั้งนี้ผู้เขียนได้

³ ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2514). ภาษากฎหมายไทย. หน้า 55.

⁴ อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518, มีนาคม). “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” บทบัญญัติ, 32, 1. หน้า 12.

รวบรวมแนวความคิดของนักกฎหมายหลายๆ ท่านที่ได้อธิบายหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ดังนี้

เอช เอกูต์ กล่าวว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะต้องเข้าใจอย่างไร กฎหมายไม่ได้วิเคราะห์ศัพท์หรือชี้แจงไว้อย่างกว้างๆ เลย ถึงกระนั้นก็ดี ในประเทศเป็นจำนวนมากเขาถือกันว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นหมายความรวมถึง 2 อย่างคือ การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนและการคุ้มครองส่วนได้เสียทั่วไปของหมู่ประชาชน”⁵

พระมณฑาณวิมลศาสตร์ กล่าวว่า “คำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คืออะไร เรียกว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ ความยากของเรื่องนี้เป็นทำนองเดียวกับ Public Policy การจะจำกัดความลงไปว่าเป็นอะไรจึงไม่อาจกระทำได้นอกจากเปรียบเทียบตามตัวอย่างในคดี”⁶

มาโนช จรมาศ กล่าวว่า “การที่จะถือว่านิติกรรมหรือข้อตกลงใด มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น หมายความว่าขัดขวางต่อนโยบายที่มุ่งเพื่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม หรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่เกี่ยวแก่คู่กรณีโดยเฉพาะ”⁷

เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า “อะไรเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นอธิบายว่าเป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และข้อที่ควรจดจำก็คือที่ต้องการให้สังคมดำรงอยู่นั้น ก็เพื่อให้ความคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง”⁸

จีต เศรษฐบุตร กล่าวว่า “การที่จะให้คำจำกัดความว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีความหมายอย่างไรนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก และคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างสมบูรณ์แต่จะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจพูดได้ว่า

⁵เอช เอกูต์. (2475). คำอธิบายธรรมศาสตร์ชั้นปริญญาตรีทางนิติศาสตร์. หน้า 71.

⁶พระมณฑาณวิมลศาสตร์. (2479). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดารลักษณะสัญญาผิดกฎหมาย. หน้า 21 - 22.

⁷มาโนช จรมาศ. (พฤษภาคม, 2508). “ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน.” ดุลพาท, 5, 12. หน้า 12.

⁸เสนีย์ ปราโมช, น.ร.ว. (2509). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. หน้า 148.

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ของส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้ โดยสรุปความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม”⁹

ปรีดี เกษมทรัพย์ กล่าวว่า “คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นคำหลวมๆ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้น ยังไม่คิดถึงกรณีที่จะเกิดขึ้นได้ในอนาคต จึงบัญญัติเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมาย เช่น ศาล ได้ใช้ดุลยพินิจเพิ่มเติมเรียบเรียงความนี้ให้เหมาะสมกับกรณีตามกาลสมัย หากไม่มีข้อความนี้ไว้ ถ้ากรณีเกิดขึ้นภายหลัง ก็จะไม่สามารถใช้กฎหมายปรับให้นิติกรรมเป็นโมฆะได้”¹⁰

เสริม วินิจฉัยกุล กล่าวว่า “การที่จะทราบว่าบทกฎหมายใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงว่าประโยชน์ส่วนรวมของบุคคลนั้นเป็นอุปสรรคให้ทำการตกลงกันได้โดยชอบใจหรือไม่ ถ้าหากว่าประโยชน์ส่วนรวมไม่อำนวยให้ตกลงกันได้โดยชอบแล้วก็ย่อมเป็นการห้าม และถ้าบทกฎหมายนั้นไม่ได้กล่าวข้อความไว้ชัดเจนแล้ว ก็ต้องพิจารณาว่าบทกฎหมายนั้นเป็นบทอันรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมของบุคคลในสังคม ซึ่งกฎหมายไม่ยอมให้ใครหลีกเลี่ยงตกลงเป็นอย่างอื่นหรือไม่”¹¹

สุพจน์ ณ บางช้าง กล่าวว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ใช่ของง่ายที่จะให้คำนิยาม เพราะคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องมีหลักการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา แต่ก็อาจสรุปได้ว่าสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ สัญญาที่ขัดต่อผลประโยชน์ต่อส่วนรวม”¹²

อุกฤษ มงคลนาวิน กล่าวว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วนการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย

⁹ จี๊ด เศรษฐบุตร. (2512). คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. หน้า 21.

¹⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2515). คำบรรยายหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป. หน้า 14.

¹¹ เสริม วินิจฉัยกุล. (2515). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 14.

¹² สุพจน์ ณ บางช้าง. (2516). สัญญาก่อนสมรส. หน้า 86.

ของประชาชนย่อมจะไม่ขัดแย้งต่อทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม และยังคงความคลอดถึงรัฐประศาสนโยบายหรือความปลอดภัยของประเทศและบุคคลภายในประเทศด้วย”¹³

วิริยะ เกิดศิริ กล่าวว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนคือเรื่องที่มีได้เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ หากแต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม หรือเกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน และการคุ้มครองส่วนได้เสียของประชาชนในทางการเมืองและทางเศรษฐกิจ”¹⁴

เมื่อได้พิจารณาจากคำอธิบายทั้งหมด อาจสรุปได้ว่า หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม (Public Interest) มิให้ถูกละเมิดหรือถูกรอนโดยปัจเจกชนส่วนน้อย หลักการนี้มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์และความมั่นคงของสังคมเป็นใหญ่ เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้อย่างสงบสุข และหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยที่เปลี่ยนไป

3.1.3 ขอบเขตความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เนื่องจากความสงบเรียบร้อยของประชาชนคือ หลักกฎหมายที่ถือเรื่องผลประโยชน์โดยทั่วไปของส่วนรวม และต้องเปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัยของสภาพสังคมอยู่เสมอ คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จึงเป็นคำที่มีความหมายกว้าง ขากที่จะหาขอบเขตตายตัวได้ แต่นักนิติศาสตร์ได้พยายามค้นคว้ารวบรวมสิ่งที่เป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนมาวางเป็นกรอบใหญ่ๆ เพื่อเป็นแนวทางให้บุคคลทั่วไปนำไปพิจารณาในหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน มิใช่ปล่อยให้ไปไปตามความรู้สึกนึกคิดของบุคคลโดยไม่มีหลักการและเพื่อเป็นการเพิ่มพูนขอบเขตแห่งความรู้ของผู้ใช้กฎหมาย ให้มีความสมบูรณ์ทางวิชาการ จึงมีผู้ทำการวิจัยเรื่องขอบเขตของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ได้บัญญัติไว้ในบทกฎหมายต่างๆ ดังนี้

บทบัญญัติกฎหมายไทยเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁵

1. รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ.2517 มาตรา 40, 44, 48, 30, 46 และ 47
2. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142, 180, 225 และ 249

¹³ ชานินทร์ กรัยวิเชียร. เล่มเดิม. หน้า 14.

¹⁴ วิริยะ เกิดศิริ. (2517). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและหนี้. หน้า 17.

¹⁵ สุรพล ชรรณสถิตติ. (2520). ความสงบเรียบร้อยของประชาชน. หน้า 28.

3. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2, 177 และ 195
4. พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ มาตรา 24 , 35 , 51 , 59 , 73 , 83 , 91 และ 106
5. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 (มาตรา 113 เดิม) , 151 (มาตรา 114 เดิม) และ 1465
6. พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 5
7. พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 มาตรา 17 และ 19
8. พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477 (ในปัจจุบันยกเลิกแล้ว) มาตรา 12
9. พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484
10. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2514
11. ประกาศ ของคณะปฏิวัติฉบับที่ 17 ลงวันที่ 23 ตุลาคม พ.ศ.2501
12. พระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ.2494

3.1.4 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยที่เกี่ยวกับขอบเขตของความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹⁶

พระยาเทพวิฑูรฯ ให้ความเห็นว่า ขอบเขตของเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ที่กฎหมายเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของมหาชน เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการปกครอง กฎหมายเกี่ยวกับการภาษีอากร เป็นต้น แม้ในกฎหมายที่อยู่ในพวกกฎหมายเอกชนก็ยังมีบทที่นับว่าเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนอยู่มาก เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับสภาพและความสามารถของบุคคล บทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและอำนาจในครอบครัว บทบัญญัติในเรื่องทรัพย์สินซึ่งเกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ บทบัญญัติเพื่อป้องกันผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก

ปรีดี พนมยงค์ ให้ความเห็นว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนคือ ระเบียบอันจำเป็นที่จะให้การปกครองดำเนินไปโดยเรียบร้อยและมีขอบเขตดังนี้

1. กฎหมายมหาชนทั้งหลายรวมทั้งกฎหมายอาญา ย่อมเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะเหตุว่ากฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความเป็นอยู่ของประเทศ และย่อมอยู่เหนือเอกชนซึ่งจะแสดงเจตนาหลบเลี่ยงแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไรไม่ได้ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเช่นนั้นย่อมเป็นโมฆะ

¹⁶ มหล่งเดิม. หน้า 43 - 67.

2. กฎหมายเอกชน ซึ่งมีบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเฉพาะที่ได้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ทั่วไปของมหาชน เช่น

2.1 บทบัญญัติว่าด้วยสภาพและความสามารถของบุคคล ทั้งนี้มีนักปราชญ์กฎหมายกล่าวว่า สภาพและความสามารถของบุคคลที่อยู่นอกพหุณิษย์ เอกชนจะทำการลบล้างแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 เอกชนจะแก้ไขให้สภาพบุคคลของนาย ก. เริ่มขึ้นเมื่อคลอดมาได้ 5 วันแล้วเช่นนี้ไม่ได้

2.2 บทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก เช่น การจดทะเบียนต่าง ๆ ซึ่งเอกชนจะยกเว้นแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้

จิต เศรษฐบุตร ให้ความเห็นว่า ขอบเขตของความสงบเรียบร้อยของประชาชนแยกออกเป็นกรณี ๆ ดังนี้

1. ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง ได้กำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นเพื่อปกป้องรักษาสถาบันของสังคมอันมีอยู่ 3 สถาบันคือ รัฐ ครอบครัว และตัวเอกชนเอง

1.1 รัฐ : เพื่อปกป้องรักษาความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ กฎหมายมหาชนที่ตั้งสถาบันของรัฐ คือ รัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน กฎหมายมหาชนเกี่ยวกับภาษีอากร เพื่อให้มาซึ่งรายได้ของรัฐ ย่อมถือว่าเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชน นิตินกรรมของเอกชนจะมีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายมหาชนเหล่านี้ไม่ได้ หากฝ่าฝืนนิตินกรรมดังกล่าวจะเป็นโมฆะ

1.2 ครอบครัว : เพื่อปกป้องรักษาความมั่นคงของครอบครัว หมายถึงกฎหมายเอกชนอันเป็นกฎหมายแพ่ง แต่เกี่ยวกับสถาบันของครอบครัว ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร เหล่านี้ย่อมเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันเอกชนจะทำนิตินกรรมแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้

1.3 ตัวเอกชนเอง : ปกป้องรักษาความมั่นคงของเอกชนเอง กล่าวคือนิตินกรรมจะเป็นโมฆะ หากมีวัตถุประสงค์ขัดต่อสิทธิของบุคคลตามที่กฎหมายมหาชนได้มอบหมายให้เพื่อรักษาความมั่นคงของเอกชน เช่น สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2. ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ ได้กำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นเพื่อรักษาประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมและของเอกชนเอง

2.1 กรณีรักษาประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมนั้น โดยมากจะใช้ในกรณีฉุกเฉินหรือคับขัน เช่น กฎหมายห้ามนำสินค้าบางชนิดออก หรือห้ามนำเข้าสินค้าบางชนิด เพื่อเป็นการปกป้องรักษาการผลิตของสินค้านั้น เป็นต้น

2.2 กรณีรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนนั้น เช่นกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา หรือ พระราชบัญญัติควบคุมการเช่าเคหะและที่ดิน เป็นต้น

สุบิน พูลพัฒน์ ให้ความเห็นว่า การใดที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีขอบเขตดังนี้

1. การตกลงทำสัญญาเกี่ยวกับการฟ้องคดีอาญา
2. เรื่องเกี่ยวกับการยอส่งเสริมให้เป็นความกัน
3. เรื่องเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหาย
4. เรื่องเกี่ยวกับการใช้ตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบ
5. เรื่องเกี่ยวกับการยกบุตรให้เป็นกรรมสิทธิ์
6. เรื่องเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพการค้า โดยเป็นการจำกัดการค้าเสรีอย่างไม่มีเหตุผล

หยุด แสงอุทัย ได้แบ่งขอบเขตกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังนี้¹⁷

1. กฎหมายที่กำหนดให้ต้องกระทำนิติกรรมตามแบบพิธี เช่น การซื้อขายที่ดิน การสมรส เป็นต้น ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องสำคัญซึ่งต้องการให้คู่สัญญาใคร่ครวญโดยรอบคอบจึงบังคับให้ทำตามแบบพิธีเพื่อให้ยากแก่การทำนิติกรรม

2. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก เช่น เรื่องเกี่ยวกับกองทุนบริษัท ซึ่งกำหนดไว้ให้บุคคลภายนอกทราบว่าบริษัทมีทุนเท่าใด

3. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อสาธารณะประโยชน์ เช่น กฎหมายที่ว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

4. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลกระทำการทุจริต เช่น จะตกลงกันไม่ได้ว่า แม้อีกฝ่ายหนึ่งจะกระทำให้เกิดความเสียหายโดยจงใจก็เรียกค่าเสียหายไม่ได้

5. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า เช่น ผู้เช่า บุคคลวิกลจริต

6. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อศีลธรรมโดยตรง เช่น ให้ชายมีภริยาได้คนเดียว

อุกฤษ มงคลนาวิน ได้ให้ความเห็นว่า ขอบเขตของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ได้หมายถึงเฉพาะในกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น แต่หมายรวมถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ด้วย ซึ่งทั้ง 2 กรณียังแยกได้เป็น¹⁸

¹⁷ หยุด แสงอุทัย. (2514). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 106 - 107.

¹⁸ อุกฤษ มงคลนาวิน. เล่มเดิม. หน้า 16 - 25.

1. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมืองการปกครอง ซึ่งหมายความถึงอำนาจที่เกี่ยวกับการปกครองประเทศตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ผู้ใดจะทำความตกลงกันเอง เพื่อให้มีผลเป็นการยกเลิกเปลี่ยนแปลง แก้ไขอำนาจทั้งสามของรัฐยอมทำไม่ได้ หรือกระทำความตกลงกันเพื่อให้การบริหารปกครองของรัฐเปลี่ยนแปลงไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายยอมทำไม่ได้ เช่น คู่สัญญาทำความตกลงกันไม่ยอมรับรู้อำนาจของฝ่ายปกครองในท้องถิ่น หรือ ไม่ยอมรับรู้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือ ไม่ยอมรับรู้องค์กรและอำนาจของศาล ยอมทำไม่ได้ ถ้าฝ่าฝืนทำลงไป ข้อตกลงนั้นย่อมเป็นโมฆะ

2. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านครอบครัว เนื่องจากสถาบันครอบครัวเป็นสถาบันที่ควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ เพราะฉะนั้นบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและมรดกโดยทั่วไปจึงเป็นกฎหมายพิเศษ ซึ่งคู่สัญญาจะตกลงกันเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือยกเลิกตามอำเภอใจไม่ได้ แม้กฎหมายจะกำหนดให้คู่สัญญามีเสรีภาพในการแสดงเจตนา แต่สำหรับเรื่องกฎหมายครอบครัวแล้ว เสรีภาพของคู่สัญญาในการทำความตกลงจะมีแต่เฉพาะบางกรณีเท่านั้น นอกเหนือจากนี้ความตกลงนั้น ๆ จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายพิเศษที่ว่าด้วยการนั้น ๆ เช่น การทำสัญญาก่อนสมรส คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะทำหรือไม่ทำสัญญาประเภทนี้ก็ได้ ถ้าคู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะทำสัญญานั้นก็ต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด หรือ อนุญาตไว้เท่านั้น

3. ความสงบเรียบร้อยทางด้านวิชาชีพ สำหรับวิชาชีพบางประเภท เช่น วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงยึดถือกันเป็นประเพณีว่าการที่ทนายความทำความตกลงโอนลูกความให้แก่กัน หรือ กรณีที่ทนายความตกลงกับลูกความ โดยกำหนดเงินค่าจ้างทนายความด้วยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับในคดีตามผลแห่งคำพิพากษา

เหตุผลที่ห้ามการกระทำดังกล่าวนี้เพราะถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและขัดต่อหลักความเป็นอิสระของวิชาชีพทนายความ ทำให้ทนายความผูกพันตนกับชะตากรรมของคดี เป็นเหตุให้ทนายความยอมหาทางกระทำในสิ่งที่ไม่บังควร เพื่อผลสำเร็จแห่งคดี อันตนจะได้รับประโยชน์โดยคิดคำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์ สัญญาในลักษณะเช่นนี้จึงตกเป็นโมฆะ

4. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ เสรีภาพทางเศรษฐกิจได้ถูกจำกัดลง ทั้งเสรีภาพทางด้านการค้า และด้านอุตสาหกรรมด้วย เพราะได้ตรากฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามากยิ่งขึ้นทุกที นอกจากนี้ความตกลงใด ๆ ที่ทำ

กฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามากยิ่งขึ้นทุกที นอกจากนี้ความตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นอันเป็นการหลีกเลี่ยงหรือปิดบังการเสียภาษีอากรให้แก่รัฐก็ถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ซึ่งอาจพิจารณาได้ทั้งทางด้านเศรษฐกิจและทางด้านการเมือง

5. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แม้ว่าหลักความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจดูเหมือนจะจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชนก็จริง แต่ถ้าพิจารณาทางด้านสังคมแล้ว หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนได้ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างมาก เพราะฉะนั้นความตกลงใดที่ทำให้นักคลุสดูเสียความเป็นมนุษย์ หรือศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์แล้ว ความตกลงนั้นย่อมเป็นโมฆะ เช่น ความตกลงที่มนุษย์ยอมสละความเป็นมนุษย์โดยมีชีวิตอยู่อย่างสัตว์ หรือ สัญญาจ้างแรงงานที่ทำกันตลอดชีวิตก็ทำไม่ได้เช่นกันเพราะทำให้มนุษย์มีลักษณะเป็นทาส

โดยสรุปแล้วคำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีขอบเขตครอบคลุมทั้งกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน กฎหมายภายใน และกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ของส่วนรวม (Public Interest) เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคม ซึ่งมีทั้งกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นรายลักษณ์อักษร และที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (บทบัญญัติที่ใช้คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรงกับบทบัญญัติที่มีได้ใช้คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน) อย่างไรก็ดี แม้คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะมีความหมายกว้างเพียงใด ก็ยังต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมและความยุติธรรมซึ่งเป็นประเด็นหลักในการตรากฎหมาย ดังนั้นผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมอยู่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน และย่อมเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลารวมทั้งให้มีความเหมาะสมกับโครงสร้างของสังคมด้วย

3.2 หลักศีลธรรมอันดีของประชาชนในการกำหนดเงินรางวัลความ

หลักศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ การที่จะถือว่าการใดเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงความรู้สึกของชนส่วนใหญ่ในสังคมนั้น ๆ เป็นหลัก

3.2.1 ที่มาของคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในเรื่องศีลธรรมอันดีนั้นมักจะเกี่ยวข้องกับความเชื่อและศาสนาตั้งแต่ในอดีตเรื่อยมาแต่มนุษย์ก็ไม่ได้เป็นผู้กำหนดศีลธรรมอันดีขึ้นมาตามคำสั่งสอนของพระเจ้า หรือจากเงื่อนไถภายนอก ศีลธรรมเกิดขึ้นจากภายในตัวมนุษย์เอง โดยที่มีเหตุผลเป็นพื้นฐาน การที่มนุษย์ทำสิ่งใด ๆ อันเกิดจากการบังคับของเหตุผลของตนเองถือว่าการกระทำที่ถูกต้องตามหลัก

จริยธรรม และเหตุผลอันบริสุทธิ์จากตัวมนุษย์นั่นเองเป็นกฎสากลทางศีลธรรม ไม่ใช่กฎที่ได้มาจากพระเจ้าหรือกฎหมายทางสังคม¹⁹

แนวความคิดเกี่ยวกับ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ภายหลังประเทศต่าง ๆ ก็ได้ดำเนินรอยตามจนกระทั่งมาถึงในยุคปัจจุบันที่ได้ยอมรับแนวคิดในเรื่องศีลธรรมของประชาชนว่าเป็นหลักการสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไป เช่น ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีที่นิติกรรมใดมีวัตถุประสงค์ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อันมีผลทำให้นิติกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ (มาตรา 150) แล้วยังได้นำมาใช้บังคับในเรื่องอื่น ๆ อีก เช่น การใช้สิทธิหรือการชำระหนี้ซึ่งต้องกระทำโดยสุจริต (มาตรา 5) หรือการใช้สิทธิที่มีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอันถือว่าเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจต้องรับผิดชอบละเมิด (มาตรา 421) หรือผู้กระทำการฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นผู้ผิด (มาตรา 422) เป็นต้น ย่อมจะเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการใช้บังคับตามแนวความคิดที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในกฎหมายเอกชนอย่างกว้างขวาง และมีได้จำกัดเฉพาะกรณีของนิติกรรมแต่อย่างเดียวเหมือนในยุคก่อน ๆ

3.2.2 ความหมายของคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชน²⁰

คำว่า “ศีลธรรม” น. แปลว่า ความประพฤติที่ดีที่ชอบ

กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศีลธรรมเป็นเรื่องที่อยู่ในจิตใจของบุคคล ตรงกันข้ามกับวัตถุหรือทรัพย์สินเงินทองซึ่งเห็นได้ด้วยตา ดังนั้นคำว่า “ศีลธรรม” ในที่นี้จึงหมายถึงเอาเป็นคำแทนสิ่งที่ไม่ใช่วัตถุ หรือทรัพย์สินเงินทอง แต่เป็นการกระทำ หรือความรู้สึภายในจิตใจที่บุคคลส่วนใหญ่ในสังคมเห็นว่าถูกต้องเหมาะสมตามวัฒนธรรม จริยธรรม หรือจารีตประเพณีของสังคมนั้น ๆ

คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” ควบคุมกฎหมายไม่ได้ให้คำนิยามไว้ เพียงแต่เขียนไว้กว้าง ๆ และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องวินิจฉัยให้เหมาะสมแก่กรณีและเป็นไปตามยุคสมัย กล่าวคือถ้าในสังคมถือว่าอะไรเป็นศีลธรรมอันดี สิ่งนั้นก็จะเป็นศีลธรรมอันดีของประชาชน และศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัย ในยุคสมัยหนึ่งอาจเห็นเป็นเรื่องขัดต่อศีลธรรมอันดีแต่ต่อมาในอีกยุคสมัยหนึ่งอาจเห็นว่าไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีอย่างแต่ก่อน เช่น ในสมัยบูยาตาทวด การที่ผู้หญิงออกเที่ยวกลางคืน คนทั่วไปมักมองไป

¹⁹ ภิกขพร สิริกาญจน. (2520). บทบาทของเหตุผลในงานเขียนของคานท์. หน้า 71.

²⁰ สุปิ่น พูลพัฒน์. (2502, สิงหาคม). “วัตถุที่ประสงค์ต้องห้าม.” ดุลพาท, เล่ม 8, ปีที่ 6. หน้า 636.

ในทางว่าผิดศีลธรรม แต่ถ้ามองในสมัยนี้ก็กลับไม่เห็นว่าเป็นเรื่องขัดศีลธรรมอันดีอย่างแต่ก่อน หากถ้าใครเข้าไปห้ามจะกลับกลายเป็นคนโหดร้ายไม่มีศีลธรรมไปเสียอีกที่เข้าไปยุ่งเกี่ยวเรื่องส่วนตัวของผู้อื่น เพราะฉะนั้นในเรื่องการให้ความหมายหรือคำจำกัดความคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงตกมาเป็นภาระของศาลที่จะพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ตามยุคตามสมัย เช่นเดียวกับเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน

แต่อย่างไรก็ตามก็ยังพอมีหลักให้ยึดถืออยู่อย่างหนึ่งว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น มิให้ถือเอาศาสนาหนึ่งศาสนาใด หรือของกลุ่มชนใดกลุ่มชนหนึ่ง มาเป็นบรรทัดฐาน โดยเฉพาะ แต่โดยถือเอาว่าการใดคนดีเขาไม่กระทำกัน ใครฝ่าฝืนกระทำขึ้นก็ได้ ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี แต่การจะตัดสินลงไปว่าแค่ไหนเรียกว่าคนดีก็เป็นการยาก แม้นักกฎหมายจะได้พยายามจำกัดความเพื่อการนำไปบังคับใช้แต่ก็ยังไม่ใช่ว่าเรื่องง่ายอยู่ดี ในที่สุดก็ตกเป็นภาระของศาลเช่นเคยที่จะต้องวินิจฉัยไปตามยุคสมัย

3.2.3 ขอบเขตของศีลธรรมอันดีของประชาชน²¹

ในเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ นักนิติศาสตร์ได้พยายามวางขอบเขตแห่งการวินิจฉัยไว้เพื่อเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยของผู้พิพากษา ดังนี้

1. ผู้พิพากษาจะต้องไม่ถือเอาความรู้สึกของตนเป็นเกณฑ์ ถ้าการนั้นเป็นการที่บุคคลทั้งหลายถือว่ายึดต่อศีลธรรมอันดีแล้ว ผู้พิพากษาจะต้องตั้งแสดงว่ายึดต่อศีลธรรมอันดี แม้ว่าตามความเห็นของตัวเองจะไม่เห็นว่าเป็นเช่นนั้น

2. ผู้พิพากษาจะต้องไม่ถือเอาความรู้สึกของเอกชนที่นับถือศาสนาหนึ่งหรือของกลุ่มชนใด โดยเฉพาะเป็นเกณฑ์ เพราะอาจเป็นไปได้ว่าบุคคลหมู่ใดหมู่หนึ่งซึ่งมีความประพฤติอันดีงามอาจถือว่าการนั้นเป็นการขัดต่อศีลธรรม ถ้าการนั้นไม่กระทบกระเทือนความรู้สึกของประชาชนแล้วจะสั่งล้างการนั้นเสียไม่ได้

3. ผู้พิพากษาจะต้องบอกล้างการนั้นต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของการนั้นมีลักษณะต่างกันโดยชัดแจ้งและร้ายแรงกับศีลธรรมอันดี ถ้ามีความสงสัยหรือถ้าการละเมิดศีลธรรมอันดีนั้นไม่เป็นการสำคัญแล้ว ผู้พิพากษาไม่ควรสั่งล้างการนั้น

4. ผู้พิพากษาจะต้องถือว่าการอันขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้น เป็นการซึ่งผู้กระทำจะต้องได้รับความอับอายและคำติเตียนจากบุคคลอื่น การนั้นเป็นการกระทบกระเทือนความรู้สึกของประชาชน

²¹ แหล่งเดิม. หน้า 637 – 638.

หลักทั้ง 4 ข้อนี้ ถ้าผู้พิพากษาถือเอาเป็นเกณฑ์แล้วจะเห็นได้ว่า มีโอกาสสั่งการอันขัดต่อศีลธรรมโดยตรงได้น้อยราย ทั้งนี้ก็เพราะเหตุว่าการอันขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้นเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนรวมอยู่ด้วย

โดยสรุป “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” จึงหมายถึงทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม และเมื่อพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วจะเห็นได้ว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชน กับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีความสอดคล้องกันมากทั้งในด้านขอบเขตความหมาย และในทางทฤษฎีก็ไม่แตกต่างกันมากนัก เพราะว่าการยึดถือปฏิบัติตามศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมสอดคล้องกับประโยชน์ทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วนการดำรงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมไม่ขัดแย้งต่อทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม กฎหมายแห่งของบางประเทศจึงได้นำเอาแนวความคิดของความสงบเรียบร้อยของประชาชนรวมไว้กับศีลธรรมอันดีของประชาชน อย่างไรก็ดี ถ้าจะพิจารณาจากความมุ่งหมายในแง่ของการใช้ถ้อยคำจะเห็นว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” มีเหตุผลเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติ และสังคม ส่วนคำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นเหตุเกี่ยวกับทัศนคติทางจริยธรรมของประเทศชาติ

3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับกับสัญญาที่สร้างขึ้นตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม 2541 เป็นต้นไป ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 12 ว่า “พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่นิติกรรมหรือสัญญาที่สร้างขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ” เนื่องจากหลักกฎหมายแห่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคลที่จะทำสัญญาอย่างไรก็ได้และบังคับใช้ได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากัน โดยชอบด้วยกฎหมายและโดยใจสมัครแล้ว คู่กรณีจะต้องถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด ถึงแม้ผลของการทำนิติกรรมสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากมายเพียงไรก็ตาม รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าถูกต้องเป็นธรรมตลอดมาเนื่องจากมีพื้นฐานของหลักความเสมอภาคและเสรีภาพแห่งบุคคลรองรับอยู่ เมื่อสังคมยอมรับว่าบุคคลแต่ละคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย บุคคลทุกคนจึงมีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำนิติกรรมสัญญาหรือไม่ก็ได้ หากผู้ใดเลือกเข้าทำสัญญาไว้เรียบร้อยแล้ว ก็ย่อมเป็นการยุติธรรมที่กฎหมายจะ

บังคับให้ต้องผูกพันตามนั้น กฎหมายที่ไม่บังคับให้เป็นไปตามนั้นต่างหากที่จะต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม

ในสภาพความเป็นจริงของสังคมปัจจุบัน หลักความเสมอภาคของบุคคลดูเหมือนจะไม่มีนัยแห่งความเป็นจริงเลย ความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่างบุคคลมีอยู่ในทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การศึกษา สติปัญญา กระทั่ง โอกาสที่จะเลือกของแต่ละบุคคลก็ไม่เท่าเทียมกัน ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่เกิดการเอาใจเอาเปรียบทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจต่อรองอันเกิดจากความไม่เท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ คนที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่าย่อมได้เปรียบคนที่มีอำนาจต่อรองต่ำกว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตามกฎหมายจึงตกอยู่ในสภาพที่เป็นเพียงเครื่องมือในการเอาใจเอาเปรียบ ทั้งยังกลายเป็นตราประทับรับรองความชอบธรรมให้แก่การเอาใจเอาเปรียบว่าเป็นความยุติธรรมตามกฎหมายอีกด้วย²²

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 จึงเกิดขึ้นจากการพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมุ่งที่จะให้ศาลเป็นผู้ตรวจสอบสัญญาที่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ว่า มีลักษณะของการเอาใจเอาเปรียบกันมากเกินไปหรือไม่ หากเป็นการเอาเปรียบกันเกินไปก็ให้ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ดังนั้น ความสำเร็จของพระราชบัญญัตินี้จึงขึ้นอยู่กับบทบาทและสำนึกแห่งความยุติธรรม (Sense of Justice) ของศาลเป็นสำคัญ

3.3.1 ขอบเขตการให้ความเป็นธรรมในการกำหนดเงินรางวัลความตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม²³

1. พระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติให้ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบความไม่เป็นธรรมในนิติกรรมอื่นนอกจากสัญญาได้ด้วย
2. พระราชบัญญัตินี้มิได้ให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบหรือปรับแก้นิติกรรมสัญญาได้เป็นการทั่วไป เฉพาะนิติกรรมบางประเภทบางลักษณะเท่านั้นที่อยู่ในขอบอำนาจตรวจสอบของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งได้แก่นิติกรรมสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 รวม 8 ประเภทด้วยกัน ส่วนนิติกรรมสัญญาอื่น ๆ นอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 4 (1)-(8) ไม่อยู่ใน

²² จริญญา ภักดีธนากุล. (2544, มกราคม – มิถุนายน). “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.” อุลพาห, ปีที่ 45, เล่ม 1. หน้า 77 – 79.

²³ แหล่งเดิม. หน้า 80 – 83.

ขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้นผู้กรณีจึงต้องผูกพันตามที่ได้ตกลงกันไว้ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปเปลี่ยนแปลงหรือปรับลดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ได้

3. พระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตกเป็น โฆษะหรือเสียเปล่าไปทั้งหมด ข้อสัญญาเหล่านั้นยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่จะบังคับกันให้เต็มตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดไม่ได้ คงบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้โดยให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่าแค่ไหนเพียงไร จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งในการใช้ดุลยพินิจของศาลนั้นจะต้องเป็นไปตามแนวทางที่ระบุไว้ในมาตรา 10 และมีกรณียกเว้นอยู่ 3 กรณี ที่พระราชบัญญัตินี้ให้เสียเปล่าไปทั้งหมด เสมือนหนึ่งตกเป็น โฆษะจะนำมาบังคับกันไม่ได้เลย ตามมาตรา 6 , มาตรา 8 วรรคหนึ่ง และมาตรา 9

4. ข้อสัญญาที่ระบุว่ามีให้นำพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ย่อมตกเป็น โฆษะ ตามมาตรา 11 ซึ่งมาตรานี้แม้จะไม่ใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในตัวเอง แต่ผู้ร่างเกรงว่าหากยอมให้มีการทำสัญญายกเว้นหรือจำกัดไว้ จะทำให้เกิดช่องว่างหลีกเลียงกฎหมายได้ และแสดงให้เห็นว่าในมาตรานี้เป็นบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

5. นิตินกรรมสัญญาทั้ง 8 ประเภทนี้ รวมทั้งนิตินกรรมสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง และนิตินกรรมสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย

3.3.2 หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม²⁴

เมื่อสัญญาสมัยใหม่ที่อยู่ในรูปของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบอย่างมาก นักกฎหมายจึงได้พยายามหาทางแก้ไข โดยเริ่มจากการปรับใช้และตีความบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อได้พิจารณาแล้วเห็นถึงความไม่คล่องตัวในการปรับใช้หลักกฎหมายเนื่องจากมีหลักเกณฑ์ที่กว้าง ศาลต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมากในการตีความทั้งในบทบัญญัติกฎหมาย และข้อสัญญา การที่รอหลักการและแนวบรรทัดฐานจากคำพิพากษาของศาลต้องใช้เวลาและความเข้าใจที่ถูกต้องต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงเกิดความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอนในการคุ้มครองคู่สัญญา นักกฎหมายจึงเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายพิเศษสำหรับปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลเห็นถึงลักษณะของข้อสัญญาที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมได้ชัดเจนขึ้น

²⁴ คารารพร ธีระวัฒน์. (2542). กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 57 – 75.

และมีลักษณะเป็นการเสริมต่อบทบัญญัติของกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอยู่ในหลักกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.3.2.1 หลักสุจริต ตามมาตรา 5

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

หลักมาตรา 5 ถือว่าเป็นหัวใจของกฎหมายแพ่ง ที่กล่าวว่า “หลักสุจริต คือ หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ไม่ใช่แต่เฉพาะกับกฎหมายลักษณะหนี้เท่านั้น ยังพัฒนาไปใช้กับกฎหมายลักษณะอื่นด้วย เช่น ครอบครัว มรดก กระทั่งกฎหมายมหาชน...หลักสุจริตนี้เป็นบทครอบจักรวาล ซึ่งทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกๆเรื่อง จึงได้รับยกย่องว่าเป็นหลักและฐานของกฎหมายทั้งระบบทีเดียว นั้นเป็นการประกาศอุดมคติแห่งความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมว่าจะต้องประพฤติปฏิบัติต่อกันด้วยหลักสุจริต...”²⁵ การที่บุคคลตกลงทำสัญญาเพื่อก่อนนี้ผูกพันกับอีกบุคคลหนึ่ง นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจึงอยู่บนพื้นฐานของหลักความซื่อสัตย์สุจริต และความไว้วางใจ ซึ่งถือว่าเป็นความเชื่อที่บุคคลต้องมีให้แก่กันในการทำสัญญา

3.3.2.2 หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญาตามมาตรา 368, 171

มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามประสงค์ ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย”

มาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

หลักในการตีความสัญญามีจุดมุ่งหมายเพื่อกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาที่พิพาทกัน โดยพิจารณาจากมาตรฐานของการกระทำของบุคคลหนึ่ง ๆ เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง ประกอบหลักสุจริต และปกติประเพณี

3.3.2.3 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 150

มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

²⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. (หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์). หน้า 101.

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นขอบเขตเสรีภาพในการทำสัญญา ที่บุคคลจะกำหนดเจตนาหรือข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ หลักดังกล่าวเป็นหลักที่ศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาได้ที่เดียว ทำให้สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะ หลักความสงบเรียบร้อยนี้มีความหมายกว้างมาก และเป็นกรยากที่จะจำกัดความหมายที่ตายตัวลงไป

การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยต่อปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นหลักว่าบุคคลใด ๆ ย่อมมีสิทธิจะทำสัญญาอย่างไรก็ได้ เว้นแต่สัญญานั้นต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ข้อสัญญานั้นจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดเสียเปรียบกันอย่างไร

3.3.2.4 หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบ ตามมาตรา 11

มาตรา 11 บัญญัติว่า “ในกรณีมีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้”

มาตรานี้ให้ศาลมีอำนาจตีความเจตนาของคู่สัญญาว่าควรเป็นอย่างไร ในกรณีเป็นที่สงสัย ความไม่ชัดเจนของเนื้อความในสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปทำให้ข้อกำหนดในสัญญาขัดแย้งกันเอง ศาลจึงอาศัยมาตรานี้ในการตีความเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อยู่ในฐานะจำยอมเข้าทำสัญญา เพื่อหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ตามเศรษฐกิจและสังคมในเรื่องนั้น ๆ และยังช่วยกำหนดขอบเขต ควบคุมข้อกำหนดหรือเนื้อหาข้อตกลงเพื่อขจัดความไม่สมดุล ความไม่เป็นสัดส่วนของสิทธิและหน้าที่ตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นนั้น ๆ เมื่อศาลนำมาตรา 11 มาปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยสามารถวินิจฉัยให้ข้อสัญญามีผลบังคับตามกฎหมายได้ และให้สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาด้วย

3.3.3 การให้ความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ข้อสัญญาที่อยู่ในขอบเขตที่อาจตรวจสอบได้มีเฉพาะที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 รวม 8 ประเภทด้วยกัน ซึ่งข้อสัญญาที่ระบุไว้ในมาตรา 4 รวม 3 ประเภท จะใช้ตรวจสอบได้กว้างขวางที่สุด สำหรับในกรณีที่สามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องการกำหนดเงินรางวัลตามสัญญาจ้างว่าความแม้จะยังไม่เคยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาปรับใช้ในเรื่องที่นายความและลูกความตกลงชำระเงินรางวัลตามสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันจะพึงได้แก่ลูกความ แต่หากศาลจะนำมาตรา 4 และมาตรา 10 มาปรับใช้แก่กรณีได้ ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายมิได้คิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่ความฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
- (6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
- (7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงกว่าที่ควร
- (8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ยปรับค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัด หรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้
- (9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสามจะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา ๑๐ มาใช้โดยอนุโลม”

สรุปข้อสัญญาในเรื่องกำหนดความที่จะถูกตรวจสอบให้อยู่ในกรอบแห่งความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง จะต้องมีลักษณะดังนี้

(1) เป็นข้อตกลงในสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่ง ได้แก่

ก. สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจ หรือ วิชาชีพ

ข. สัญญาสำเร็จรูป

(2) เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป แล้วแต่กรณี ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และ

(3) การได้เปรียบใน (2) เป็นการได้เปรียบที่เกินสมควร

กรณีการได้เปรียบที่เกินสมควรตาม (3) นั้นในมาตรา 4 วรรคท้าย บัญญัติให้นำปัจจัยต่างๆ ที่ระบุไว้ในมาตราที่ 10 มาใช้ประกอบการพิจารณาโดยอนุโลม

มาตรา 10 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

สำหรับมาตรา 10 นี้เป็นบทบัญญัติที่วางแนวทางในการวินิจฉัยถึงระดับความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีของสภาพบังคับแห่งสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าอยู่ที่จุดใด เพื่อให้ศาลสามารถบังคับการให้คู่กรณีต้องผูกพันกันในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นได้ ดังนั้น จึงมีสภาพเป็นเครื่องมือที่ศาลจะใช้ในการปรับลดสภาพบังคับแห่งข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มาอยู่ ณ จุดที่เป็นธรรมได้อย่างมีหลักเกณฑ์และสมเหตุสมผล ทั้งนี้ เพื่อมิให้การใช้ดุลพินิจของศาลเป็นไปตามอำเภอใจไร้แนวทาง หรือแข็งกระด้างอยู่กับ “ยึดถือ” ของศาลโดยไม่มีเหตุผล²⁶

²⁶ คารพร ถิระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 107 – 108.

ตัวอย่างเช่น²⁷ ในสัญญาจ้างว่าความมีข้อตกลงว่า “ผู้ว่าจ้างจะ ไม่ถอนนายความ จนกว่าคดีจะถึงที่สุด หากมีการถอนนายความก่อนคดีถึงที่สุด โดยนายความมิได้กระทำผิดหน้าที่ผู้ว่าจ้างตกลงที่จะชำระค่าสินจ้างให้เต็มตามจำนวนที่กำหนดไว้ในสัญญา” ข้อตกลงนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะมิใช่ข้อสัญญาที่ผูกมัดคัดถอนเสรีภาพของผู้ว่าจ้างมิให้ถอนนายความเป็นการเด็ดขาด เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าหากถอนนายความ ผู้ว่าจ้างก็ยังคงชำระค่าสินจ้างให้ผู้รับจ้างเต็มจำนวนในสัญญาเท่านั้น จึงไม่เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 แต่สัญญาจ้างว่าความในกรณีนี้เป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบวิชาชีพและข้อตกลงดังกล่าวเป็นผลให้ผู้บริโภคต้องรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด เพราะตามกฎหมายเรื่องจ้างทำของนั้น เมื่อผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาในระหว่างที่ยังไม่แล้วเสร็จผู้ว่าจ้างจะต้องใช้เงินตามควรค่าแห่งงานส่วนที่ทำกับค่าเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาให้แก่ผู้รับจ้างเท่านั้น ข้อตกลงที่ให้ผู้ว่าจ้างต้องชำระค่าสินจ้างเต็มจำนวนจึงเป็นข้อตกลงที่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบผู้บริโภค ตามมาตรา 4 วรรคสาม (2) ทั้งเป็นการได้เปรียบเกินสมควร ตามมาตรา 4 วรรคท้าย เนื่องจากนายความย่อมมีความรู้ทางกฎหมายและความสันทัดจัดเจนในการทำสัญญาจ้างว่าความเหนือกว่าผู้บริโภคมากกว่ากรณีของค้ประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งให้มีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในการวินิจฉัยว่าอย่างไรจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้น นอกจากปัจจัยด้านความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน และอำนาจต่อรองของนายความเหนือกว่าผู้ว่าจ้างแล้ว ยังมีปัจจัยด้านความคาดหมายของคู่สัญญาสนับสนุนการปรับลดผลบังคับของข้อตกลงนี้อยู่อีกด้วย เพราะสัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของที่คู่สัญญามุ่งหวังและคาดหมายว่าจะได้ผลสำเร็จของงานที่คุ้มค่ากับสินจ้างที่กำหนดไว้ ดังนั้นจึงควรปรับลดให้ผู้ว่าจ้างจ่ายค่าสินจ้างแก่นายความตามมูลค่าแห่งงานส่วนที่ทำบวกกับค่าเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาก่อนกำหนดเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าสินจ้างเต็มจำนวนที่กำหนดไว้ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

อนึ่งหากได้นำแนวทางการวินิจฉัยในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้มาเป็นแนวทางในการพิจารณาคดี ในกรณีสัญญาจ้างว่าความที่นายความแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันจะพึงได้แก่ลูกความ ก็จะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาได้อีกทางหนึ่ง

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 6025/2539

3.4 แนวความคิดในการกำหนดเงินรางวัลความ

ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติหลาย ๆ ฉบับขึ้นเพื่อเสนอต่อรัฐบาลในการปรับปรุงแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องของบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ให้มีความสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ในร่างพระราชบัญญัติที่ได้จัดทำขึ้นนี้ได้เสนอแนวทางในเรื่องของเงินรางวัลความให้มีอัตราที่สูงขึ้น เพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับค่าเงินในปัจจุบัน โดยจะขอนำร่างพระราชบัญญัติที่ได้จัดทำขึ้นนี้มากล่าวเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดเงินรางวัลความต่อไป

3.4.1 การกำหนดเงินรางวัลความตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action)

ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ซึ่งมีวิวัฒนาการประยุคต์มาจากหลักความยุติธรรม (equity) เพื่อใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีที่มีจำนวนผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องคดีจำนวนมาก ทั้งยังเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย ประหยัดเวลา หลีกเลียงการซ้ำซ้อนในการฟ้องคดี และยังเป็นกรรวบรวมผู้เสียหายรายย่อยให้สามารถยื่นข้อเรียกร้องของตนเข้ามาในศาล อันเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายรายย่อยในเรื่องค่าใช้จ่ายต่าง ๆ โดยทางอ้อมอีกด้วย เช่น ค่าธรรมเนียมในการวางศาล ค่าฟ้อง ค่าร้อง รวมถึงค่าทนายความในการต่อสู้คดี เป็นต้น

คำว่า “Class Action”²⁸ ตามพจนานุกรมฉบับ Black’s Law Dictionary 5th.ed, 1979 “Class Action means one who stands in place of , and represent the interest of , another. A person who oversees the legal affairs of another”

ความหมายของคำว่า “Class Action” หมายถึง “บุคคลผู้กระทำการแทน และเพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกคนหนึ่ง บุคคลผู้ดูแลการดำเนินการใด ๆ ทางกฎหมายของบุคคลอีกคนหนึ่ง”

²⁸ Campbell, B. H. (1979). *Black’s Law Dictionary*. p. 316.

3.4.1.1 ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action)

คณะกรรมการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ. ...²⁹ เพื่อกำหนดกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (เพิ่มหมวด 4 การดำเนินคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/1 ถึงมาตรา 222/50 ในลักษณะ 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น ภาค 2 วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น) โดยมีเหตุผลว่า โดยที่การดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นกระบวนการดำเนินคดีที่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้กับประชาชน เนื่องจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มสามารถคุ้มครองผู้เสียหายจำนวนมากได้ในการดำเนินคดีเพียงครั้งเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นวิธีการที่สามารถอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ผู้เสียหายประเภทที่ไม่มีความสามารถฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายด้วยตนเองได้ หรือผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายจำนวนเพียงเล็กน้อย เช่น คดีที่ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย การดำเนินคดีแบบกลุ่มจึงเป็นมาตรการที่สร้างความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนผู้ด้อยโอกาสในสังคมได้เป็นอย่างดี ประกอบกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นวิธีการที่ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ และยังช่วยลดความเสี่ยงความซ้ำซ้อนในการฟ้องคดีและป้องกันความขัดแย้งกันของคำพิพากษา ตลอดจนเป็นมาตรการในการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกทางหนึ่ง สมควรแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อกำหนดกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ลักษณะพิเศษของคดีแบบกลุ่มคือคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันไม่เฉพาะคู่ความในคดี แต่ผูกพันสมาชิกกลุ่มด้วย ตามร่างมาตรา 222/34 ซึ่งบัญญัติว่า

²⁹ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ยกร่างโดยคณะกรรมการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เรื่อง การดำเนินคดีแบบกลุ่ม ซึ่งมีท่านสมบูรณ บุญกินนธ์ เป็นประธาน ในการยกร่างกฎหมายที่ใช้เป็นแบบอย่างคือ Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R. Civ. P.) Rule 23 (latest amendment 1998) ของประเทศสหรัฐอเมริกา Rule 23 ดังกล่าวถือเป็นกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่มหรือ Class Action (Representative Action) ที่เป็นแม่แบบในการศึกษาและยกร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่มในประเทศต่างๆทั่วโลก

มาตรา 222/34 “คำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการผูกพันคู่ความและสมาชิกกลุ่ม และในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ให้โจทก์หรือทนายความฝ่ายโจทก์มีอำนาจ ดำเนินการบังคับคดีแทน โจทก์และสมาชิกกลุ่ม”

ลักษณะของคดีแบบกลุ่ม เป็นไปตามร่างมาตรา 222/5 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 222/5 “คดีที่มีสมาชิกกลุ่มจำนวนมากดังต่อไปนี้ โจทก์ซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่ม อาจร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้

(1) คดีละเมิด

(2) คดีผิดสัญญา

(3) คดีเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค แรงงาน หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ การแข่งขันทางการค้า”

คุณสมบัติของโจทก์และทนายโจทก์ ตามร่างมาตรา 222/9 บัญญัติดังนี้

มาตรา 222/9 “ในการพิจารณาคำร้องขออนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ให้ศาลจัดส่งสำเนาคำฟ้องและคำร้องเช่นนั้นไปให้จำเลย เมื่อศาลได้ฟังคู่ความทุกฝ่ายและทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรแล้ว ศาลจะอนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ต่อเมื่อเป็นที่พอใจของศาลว่า

(1) สภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์ และของกลุ่มบุคคลมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 222/7

(2) โจทก์ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะที่เหมือนกันของกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อให้รู้ได้ว่าเป็นกลุ่มบุคคลใด

(3) กลุ่มบุคคลมีสมาชิกกลุ่มจำนวนมาก ซึ่งการดำเนินคดีอย่างคดีสามัญจะทำให้เกิดความยุ่งยากและไม่สะดวก

(4) การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากกว่าการดำเนินคดีอย่างคดีสามัญ

(5) โจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าโจทก์เป็นสมาชิกกลุ่มที่มีคุณสมบัติ ส่วนได้เสียรวมตลอดทั้งการ ได้มาซึ่งสิทธิการเป็นสมาชิกกลุ่ม ตามข้อกำหนดที่ออกโดยประธานศาลฎีกา ถ้ามี และโจทก์รวมทั้งทนายความที่โจทก์เสนอให้เป็นทนายความของกลุ่มสามารถดำเนินคดีคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม ...”

นายโจทก์ดังกล่าวอาจต้องทรงแจ้งค่าใช้จ่ายในคดีทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการ ประทาศแจ้งสมาชิกกลุ่มทุกคน ค่าใช้จ่ายในด้านพยานผู้เชี่ยวชาญ และค่าใช้จ่ายในคดีอื่นๆ ค่าใช้จ่ายเหล่านี้ รวมทั้งค่าวิชาชีพทนายความ ทนายความโจทก์จะได้รับต่อเมื่อชนะคดี โดย

ศาลอาจกำหนดให้นายโจทก์ได้รับเงินรางวัลความไม่เกินร้อยละ 30 ของค่าเสียหายที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มทุกคนได้รับ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเงินรางวัลของนายความโจทก์อยู่ที่ร่างมาตรา 222/37

ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเงินรางวัลของนายความอยู่ในร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/37³⁰

มาตรา 222/37 “กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการส่งมอบทรัพย์สิน ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่นายความฝ่ายโจทก์ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดีประกอบกับระยะเวลาและการทำงานของนายความฝ่ายโจทก์ รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่นายความฝ่ายโจทก์ได้เสียไป และเพื่อประโยชน์แห่งการนี้ เมื่อการพิจารณาสิ้นสุดให้นายความฝ่ายโจทก์ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวต่อศาลด้วย

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยใช้เงิน นอกจากศาลต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มมีสิทธิได้รับประกอบด้วย โดยกำหนดเป็นจำนวนเงินร้อยละของจำนวนเงินดังกล่าว แต่จำนวนเงินรางวัลดังกล่าวต้องไม่เกินร้อยละสามสิบของจำนวนเงินนั้น

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สินและให้ใช้เงินรวมอยู่ด้วยให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการกำหนดจำนวนเงินรางวัลตามมาตรานี้ หากมีการเปลี่ยนนายความฝ่ายโจทก์ ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลของนายความฝ่ายโจทก์ตามสัดส่วนของการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เสียไป

ให้ถือว่านายความฝ่ายโจทก์เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและจำเลยเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในส่วนของเงินรางวัลด้วย”

ดังนั้น ในเรื่องเงินรางวัลความ กำหนดให้นายความมีหน้าที่ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายต่อศาล โดยต้องแสดงจำนวนเงินค่าใช้จ่ายในคดีที่นายความได้ใช้ไปทั้งหมด

³⁰ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. (2548). คำอธิบายร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... การดำเนินคดีแบบกลุ่ม. หน้า 17 - 18.

รวมถึงค่าตอบแทนการทำงานของทนายความด้วย ในการพิจารณาเรื่องเงินรางวัลของทนายความนั้น ศาลจะกำหนดโดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดีและเวลาที่ใช้ในการดำเนินคดีด้วย

3.4.1.2 แนวคิดในการกำหนดเงินรางวัลทนายความ (Attorney's Fee)

การกำหนดเงินรางวัลทนายความ มีแนวคิดมาจากระบบค่าทนายความของสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดค่าทนายความโจทก์ โดยใช้หลักอย่างหนึ่งอย่างใดในสองหลัก ดังนี้คือ³¹

The Percentage Method คือวิธีการที่ศาลกำหนดเงินรางวัลทนายความ โดยคำนวณเป็นอัตราร้อยละของจำนวนเงินทั้งหมดที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มได้รับตามคำพิพากษา ซึ่งอัตราคดีส่วนใหญ่อยู่ในระหว่างร้อยละ 25 – 30 และร้อยละ 50 ถือเป็นอัตราสูงสุด ศาลจะดูจากจำนวนเงินที่โจทก์ชนะคดี ความสามารถของทนายความ ความยากง่ายของคดี จำนวนเวลาของทนายความที่ใช้ในคดี ความสามารถของทนายความในคดีอื่น ๆ ที่มีลักษณะเดียวกันที่ศาลเคยกำหนดเงินรางวัลทนายความให้รวมทั้งค่าคัดค้านของสมาชิกกลุ่ม

The Lodestar Method คือวิธีการที่ศาลกำหนดเงินรางวัลทนายความ โดยคำนวณตามจำนวนชั่วโมงทำงานที่ทนายความโจทก์ได้ใช้ไปตามควร (อย่างมีเหตุผล) ในคดี คูณด้วยอัตราค่าทนายความต่อชั่วโมงสำหรับงานในลักษณะนั้น โดยจำนวนเงินที่ได้จะต้องนำไปปรับกับปัจจัยอื่น ๆ ของคดีด้วย เช่น ความยุ่งยากซับซ้อนของคดี ทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย คุณภาพงาน ผลของคดี รวมทั้งความเสี่ยงของงานที่ตกลงกับลูกความในระบบ Contingent Fee คือ เงินรางวัลทนายความที่ทนายความจะได้รับตามผลของคดี หากแพ้คดีทนายโจทก์ก็ไม่อาจเรียกจากลูกความได้เลย

3.4.1.3 หลักการเกี่ยวกับการจ่ายเงินรางวัลทนายความ³²

ตามที่กำหนดไว้ในร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มของไทยนั้นจะมีความแตกต่างกับหลักการจ่ายเงินรางวัลทนายความของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นสมาชิกกลุ่มจะเป็นผู้จ่ายเงินรางวัลทนายความ กล่าวคือ เงินรางวัลทนายความจะหักจากจำนวนค่าเสียหายที่สมาชิกกลุ่มจะได้รับ

³¹ วิชัย อริยะนันท์ทกะ. (2547). คำอธิบายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action). หน้า 9 – 13.

³² ปราโมทย์ ผลาภิรมย์. (2548, กันยายน). การบรรยายเรื่อง การดำเนินคดีแบบกลุ่มในเรื่องเงินรางวัลทนายความ. (เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม Class Action ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา). หน้า 11 – 13.

แต่ในร่างกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีกลุ่มของไทยนั้น จำเลยจะเป็นผู้จ่ายเงินรางวัล
 ทุนायความ โดยมีฐานการคำนวณคือจำนวนไม่เกินร้อยละ 30 ของจำนวนค่าเสียหายที่สมาชิก
 กลุ่มมีสิทธิจะได้รับ กล่าวคือ หากจำเลยแพ้คดีแบบกลุ่ม จำเลยจะต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่
 โจทก์และสมาชิกกลุ่ม รวมทั้งจะต้องชำระเงินรางวัลทุนायความอีกด้วย กรณีมีการเปลี่ยน
 ทุนायความก็ให้ศาลกำหนดเงินรางวัลทุนायความฝ่ายโจทก์ตามสัดส่วนที่ทุนायความได้เสียไป

3.4.1.4 คุณสมบัติของทุนायความฝ่ายโจทก์³³

ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มทุนायความฝ่ายโจทก์เป็นบุคคลที่มีบทบาท
 สำคัญอย่างมาก เนื่องจากในต่างประเทศคดีแบบกลุ่มนั้นเกิดขึ้นได้เพราะทุนायความฝ่ายโจทก์
 ที่ต้องการทำคดีแบบกลุ่มโดยมีสิ่งจูงใจคือเงินรางวัลทุนायความ เช่น ในคดีแบบกลุ่มที่มี
 ผู้เสียหายจำนวนมาก อันเนื่องมาจากความเสียหายในกรณีเดียวกัน ในการจะดำเนินคดีแบบ
 กลุ่มทุนायความก็จะรวบรวมผู้เสียหายที่ได้รับ ความเสียหายจากข้อเท็จจริงและหลักกฎหมาย
 เดียวกัน และทุนायความจะเป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐาน รวมทั้งจ่ายเงินทศรองในการ
 ดำเนินคดีทั้งหมดไปก่อน เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการ
 ประกาศและส่งคำบอกกล่าวเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มให้สมาชิกกลุ่มทราบ ซึ่งคดีแบบ
 กลุ่มที่มีจำนวนผู้เสียหายเป็นจำนวนมากก็จะมีค่าใช้จ่ายจำนวนมากด้วย และศาลจะต้องเข้ามา
 มีบทบาทในการควบคุมวิธีการที่ใช้ในการประกาศและส่งคำบอกกล่าวให้สมาชิกกลุ่มทราบ
 เพื่อให้สมาชิกกลุ่มทราบมากที่สุด ในทางปฏิบัตินั้นทุนायความฝ่ายโจทก์ก็ต้องพยายามหา
 วิธีการประกาศและส่งคำบอกกล่าวให้เข้าถึงสมาชิกกลุ่มมากที่สุด เพื่อรวบรวมสมาชิกกลุ่มให้
 เข้ามาในคดีมากที่สุด โดยมีเงินรางวัลทุนायความเป็นสิ่งจูงใจ และความเห็นของนักกฎหมายที่
 เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มของประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นว่า ทุนायความฝ่ายโจทก์
 อาจจะไม่ใช้สำนักงานทุนायความใหญ่ ๆ แต่มักจะเป็นทุนायความหนุ่มสาวที่ต้องการสร้าง
 ชื่อเสียงให้แก่ตนเอง แต่ต้องเป็นทุนायความที่มีทุนทรัพย์สำรองมากพอ จึงจะสามารถทำหน้าที่
 ทุนायความฝ่ายโจทก์เพื่อคุ้มครองโจทก์และสมาชิกกลุ่มได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม

³³ วิชัย อริยะนันท์ทกะ. (2548, กันยายน). การบรรยายผลการศึกษาวิจัย เรื่องการดำเนินคดีแบบ
 กลุ่ม. (เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับร่างกฎหมายการดำเนินคดี
 แบบกลุ่ม Class Action ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ
 แพ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา). หน้า 14 – 16.

3.4.1.5 ข้อสังเกตในการกำหนดเงินรางวัลความในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม³⁴

1. ฐานของเงินรางวัลความ การคำนวณเงินรางวัลความจะคิดจากจำนวนหนี้ที่สมาชิกกลุ่มยื่นคำขอรับชำระหนี้หรือคิดจากจำนวนค่าเสียหายทั้งหมดที่สมาชิกกลุ่มมีสิทธิจะได้รับ ซึ่งหากใช้หลักการคำนวณจากจำนวนค่าเสียหายที่สมาชิกกลุ่มได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ อาจเกิดกรณีที่จำเลยไม่ยอมจ่ายเงินรางวัลความ จึงไปตกลงกับสมาชิกกลุ่มภายหลังจากที่ศาลพิพากษาว่าจะจ่ายค่าเสียหายให้สมาชิกกลุ่มในจำนวนที่สมาชิกกลุ่มพอใจ แต่สมาชิกกลุ่มต้องไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ ซึ่งจะทำให้ทนายความฝ่ายโจทก์เสียหาย

2. การปฏิบัติหน้าที่ของทนายความจะสามารถคุ้มครองประโยชน์ให้แก่สมาชิกกลุ่มผู้เสียหายอย่างเพียงพอและเป็นธรรม โดยการกำหนดระยะเวลาให้ทนายความจัดทำบัญชีค่าใช้จ่ายล่วงหน้าก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาเป็นระยะเวลานานพอสมควร เพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบได้โดยละเอียดและกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการส่งบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้ผู้สอบบัญชีที่ศาลได้ให้การรับรองเป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้อง และกำหนดให้นำบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้แก่ฝ่ายจำเลยพิจารณาและสามารถคัดค้านได้ด้วยเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง

3.4.2 การกำหนดเงินรางวัลความตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ พ.ศ.

ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่งต่อคณะรัฐบาล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและแก้ปัญหาข้อขัดข้องในการประกอบกิจการค้าพาณิชย์ให้พัฒนาไปอย่างดี และได้เสนอให้มีศาลชำนาญพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาเพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาททางพาณิชย์โดยเที่ยงธรรม สะดวก รวดเร็ว รวมทั้งให้มีวิธีพิจารณาคดีความที่เหมาะสม ทั้งเสนอแก้ไขปรับปรุงและเพิ่มเติมบทกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ตลอดจนความรับผิดชอบเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางพาณิชย์โดยมีลักษณะพิเศษนอกเหนือจากเรื่องทางแพ่งทั่วไป ซึ่งในร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ฯ ฉบับนี้ ได้มีบทบัญญัติทั้งบทสารบัญญัติ และวิธีสบัญญัติ โดยมีเรื่องสำคัญ ๆ ที่แตกต่างจากที่กฎหมายที่มีอยู่รวมทั้งในเรื่องของอัตราเงินรางวัลความด้วย และจะขอนำมากล่าวเฉพาะในส่วนอัตราเงินรางวัลความดังต่อไปนี้

³⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2548, กันยายน). การดำเนินคดีแบบกลุ่ม. (เอกสารสรุปผลการสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม Class Action). หน้า 23.

3.4.2.1 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ พ.ศ.³⁵

หมวด 7 คำอุทธรณ์

มาตรา 92 บัญญัติว่า “คำทนายความ ให้ศาลกำหนดคำทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีเป็นรายบุคคล ไม่ว่าคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีเหล่านั้นจะใช้ทนายความคนเดียวหรือไม่ โดยให้กำหนดให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีคนละไม่ต่ำกว่าห้าพันบาท แต่ไม่เกินร้อยละสิบของทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในศาลนั้น สำหรับคดีไม่มีทุนทรัพย์ให้ศาลกำหนดคำทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีไม่เกินห้าหมื่นบาท

การพิจารณาคำทนายความตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดี เวลาหรือการงานที่ทนายความต้องดำเนินการพิจารณาในคดีนั้นให้แก่ผู้ชนะคดีแต่ละคน รวมทั้งพฤติการณ์ในการดำเนินการพิจารณาของคู่ความทุกฝ่ายว่าได้คำนึงถึงความเป็นธรรมและความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินคดีหรือไม่ด้วย”

3.4.2.2 หลักการในการกำหนดเงินรางวัลทนายความตามร่างฯ³⁶

การกำหนดเงินรางวัลทนายความ เป็นกรณีที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดให้คู่ความฝ่ายหนึ่งชำระให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งส่วนใหญ่มักจะให้ฝ่ายที่แพ้คดีชดเชยให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดี เนื่องจากฝ่ายที่ชนะคดีต้องเสียค่าจ้างแก่ทนายความไป ก็ควรได้รับการชดเชยในค่าใช้จ่ายส่วนนี้บ้าง แต่เดิมมีอัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลจะกำหนดให้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อัตราสูงสุดร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์ แต่ในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้เสนอแก้ไขให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดให้ได้สูงสุดเป็นร้อยละ 10 ของทุนทรัพย์ โดยให้ศาลกำหนดให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดีเป็นรายตัวความได้ และให้ศาลนำพฤติการณ์ในการดำเนินคดีของคู่ความมาประกอบการพิจารณาคำทนายความจำนวนเงินรางวัลทนายความให้คู่ความฝ่ายหนึ่งใช้ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วย

³⁵ คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง. (2548, 28 – 29 พฤศจิกายน). แนวทางในการปรับปรุงระบบกฎหมายพาณิชย์และกระบวนการวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์และร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. (เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงวิชาการครั้งที่ 5). หน้า 31 – 32.

³⁶ คณะอนุกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง. (2548, 28 – 29 พฤศจิกายน). ข้อเสนอหลักการสำคัญของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์. (เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงวิชาการครั้งที่ 5). หน้า 8 – 10.

3.4.2.3 ข้อสังเกตในการกำหนดเงินรางวัลตามร่างฯ

1. แม้ตามร่างฯ จะได้กำหนดอัตราเงินรางวัลตามความไว้ก็เป็นการกำหนดอัตราขั้นสูงเท่านั้น ในทางปฏิบัติศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดเงินรางวัลตามความต่ำกว่าร้อยละ 10 ได้ตามพฤติการณ์ในแต่ละคดี
2. เป็นแนวทางที่ทำให้ศาลมีโอกาสกำหนดจำนวนเงินรางวัลตามความให้แก่คู่ความฝ่ายที่ควรได้รับชดใช้จากอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเงินใกล้เคียงกับค่าใช้จ่ายที่คู่ความฝ่ายนั้นต้องจ่ายไปมากขึ้น
3. เป็นแนวทางที่ทำให้คู่ความระมัดระวังในการดำเนินคดีให้เป็นไปในทางที่เหมาะสม ไม่เอารัดเอาเปรียบหรือประวิงคดีเพื่อถ่วงเวลาโดยไม่เหมาะสม เนื่องจากอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายให้แก่อีกฝ่ายมากยิ่งขึ้น
4. เป็นแนวทางในการกำหนดค่าใช้จ่ายเพื่อให้สอดคล้องกับค่าเงินในปัจจุบันมากขึ้น
5. การกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีต้องชำระให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดี จะทำให้การนำคดีมาฟ้องต่อศาลต้องยับยั้งใจให้มากขึ้น และคู่ความจะคิดถึงการประนีประนอมยอมความมากกว่าจะมาดำเนินคดีทางศาล ซึ่งจะทำให้คดีความในศาลลดน้อยลง

3.5 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในการบังคับใช้กฎหมายเรื่องค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

3.5.1 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2477 การที่ทนายความทำสัญญาับลูกความว่า ถ้าความแพ้ไม่เอาเงินค่าจ้าง เมื่อความชนะจึงจะเอาเงินค่าจ้างตามจำนวนเงินที่กำหนดไว้เช่นนี้ เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 และไม่ผิดต่อพระราชบัญญัติทนายความ ทั้งไม่มีลักษณะคล้ายการพนัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 173/2488 สัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างว่าความเรื่องฉลากกินแบ่งโดยตกลงให้ว่าความตั้งแต่ศาลชั้นต้นจนถึงที่สุด ให้ค่าจ้าง 5,000 บาท ถ้าแพ้จะไม่คิดเอาค่าจ้าง ดังนี้ เป็นเรื่องจ้างทำของโดยว่าความให้สำเร็จทุกศาล ส่วนการแพ้ชนะเป็นเงื่อนไขที่จะชำระหรือไม่ชำระค่าจ้างเท่านั้น ฉะนั้นถ้าความแพ้ศาลล่างแต่ชนะศาลสูง ผู้ว่าจ้างก็ต้องชำระค่าจ้าง

คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2499 สัญญาจ้างว่าความที่ตกลงกันว่า ถ้าหากนายความชนะ ลูกความจะให้ค่าจ้างเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ถ้าแพ้ลูกความไม่ให้ค่าจ้างเลยเช่นนี้ เป็นสัญญาที่ต้องลงแรงปฏิบัติไม่เป็นการพนันขั้นค่อ

หมายเหตุท้ายฎีกา³⁷

“...สัญญาจ้างว่าความที่คิดค่าจ้างกันดังกล่าว เป็นสัญญาที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและมีผลบังคับกันได้ ก็โดยที่สัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของ ผลสำเร็จของงานอยู่ที่การว่าความจนคดีถึงที่สุด ส่วนการแพ้หรือชนะคดีเป็นเพียงเงื่อนไขในการชำระค่าจ้าง (เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 323/2477, 173/2488 วินิจฉัยไว้ว่าเป็นสัญญาที่ใช้บังคับได้)

คำพิพากษาฎีกาที่ 1458/2511 สัญญาจ้างว่าความซึ่งมีใจความว่า จำเลยจ้างโจทก์ให้ว่าความสองสำนวนค่าจ้าง 750,000 บาท ชำระเมื่อศาลฎีกาพิพากษาให้จำเลยชนะค่าจ้างนี้ ถ้าจำเลยจะต้องเสียค่าไถ่ถอนที่ดินและค่าใช้จ่ายต่างๆ เกี่ยวกับคดีเท่าใด จำเลยลดเงินนี้หนึ่งในสามจากค่าจ้างได้ สัญญานี้ไม่ใช่สัญญาเช่าเป็นนายความว่าต่างแก่ต่างโดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ จึงไม่ขัดต่อพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2)

คำพิพากษาฎีกาที่ 492/2511 สัญญาจ้างว่าความซึ่งมีข้อความว่า ฟ้องเรียกทรัพย์สินเป็นมูลค่าประมาณ 24 ล้านบาท ขอคิดค่าจ้างรวมเป็นเงิน 12 ล้านบาท ถ้าเรียกร้องได้มากกว่านี้ก็ไม่เพิ่มขึ้นนั้น แม้จะเป็นการกำหนดค่าจ้างไว้ครั้งหนึ่งของจำนวนทุนทรัพย์ที่จะฟ้องเรียกร้องจากจำเลยก็ตาม แต่ข้อความที่เขียนต่อไปว่า “แต่ถ้าได้น้อยกว่าที่กะประมาณไว้นี้ให้ลดลงตามส่วนจำนวนเงินที่ได้มา” ดังนี้ เป็นการแสดงอยู่ว่าถ้าศาลตัดสินให้น้อยกว่าจำนวนเงินที่ฟ้องทนายก็จะเรียกค่าจ้างเอาครั้งหนึ่งของจำนวนทุนทรัพย์ที่ศาลตัดสินให้เสมอไป จึงเป็นการทำสัญญาเรียกค่าจ้างว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่คู่ความนั่นเอง นอกจากนี้ตามพฤติการณ์ในเรื่องก็เห็นได้ชัดว่าทนายจัดทำสัญญาตลอดจนปฏิบัติต่อสู้ความ ได้กระทำไปเกินขอบเขตแห่งความเป็นธรรมอยู่มาก สัญญาที่โจทก์นำมาฟ้องจึงเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ.2477 มาตรา 12 (2) และขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 โจทก์ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกเงินตามฟ้อง

คำพิพากษาฎีกาที่ 988/2507 สัญญาจ้างว่าความที่ทนายความเรียกค่าจ้างจากลูกความร้อยละ 20 ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องคิดเป็นเงินค่าจ้าง 24,200 บาทนั้น เป็นค่าจ้างที่

³⁷ ोल ธีรกุล. หนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2499 ตอน 2. หน้า 941 - 946.

แน่นอน การที่คิดเป็นเปอร์เซ็นต์ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องเท่านั้น หากใช่เป็นสัญญาแบ่งเอา ส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะพึงได้รับเมื่อชนะคดีไม่ จึงไม่ต้องห้ามตาม กฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้นจึงยอม บังคับกันได้ตามสัญญานั้น

3.5.2 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508

คำพิพากษาฎีกาที่ 1454/2510 ที่คดีที่ตกลงให้เป็นค่าจ้างว่าความเป็นที่ดินที่อยู่ นอกที่พิพาทจึงมิใช่เป็นการเรียกร้อยเอาค่าจ้างจากส่วนแบ่งในที่ดินที่พิพาท ไม่ขัดต่อ พระราชบัญญัติทนายความ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1558/2526 เมื่อสัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าความแก่ต่างให้จำเลย เพื่อแบ่งทรัพย์สินพิพาทในคดี สัญญานี้จึงมีวัตถุประสงค์เป็นความต้องห้ามขัดแจ้ง โดย พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477 มาตรา 12 (2) การที่โจทก์จำเลยทำสัญญากันก่อนว่า ความหรือระหว่างว่าความหาเป็นผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่ใช่บังคับไม่ สัญญานี้จึงเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113

คำพิพากษาฎีกาที่ 4454/2528 สัญญาจ้างทนายความให้ทวงหนี้นอกศาล โดยคิด ค่าจ้างร้อยละ 5 ของยอดหนี้ที่ทวงได้นั้นเป็นเพียงอาศัยเกณฑ์คำนวณค่าจ้างทวงถามหนี้สินใน การคิดค่าจ้าง หากใช่เป็นสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้รับ เมื่อชนะคดีไม่และมีใช่เป็นการจ้างให้เข้าดำเนินคดี สัญญาดังกล่าวจึงตกลงกันได้ไม่มี กฎหมายห้าม

3.5.3 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

คำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530 สัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าความว่าต่างให้จำเลยทั้งสาม โดยคิดค่าจ้างร้อยละสามสิบของเงินที่ได้มาทั้งหมด มิได้คิดจากจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องเป็น การแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความจึงมีวัตถุประสงค์ต่อ พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ.2508 มาตรา 41 ประกอบกับ พ.ร.บ. ทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) เป็นโมฆะตาม ป.พ.พ. มาตรา 113 แม้ต่อมาจะได้มี พ.ร.บ. ทนายความ พ.ศ. 2528 ให้ ยกเลิกพ.ร.บ. ทนายความ พ.ศ. 2508 ไปแล้ว และกำหนดให้คณะกรรมการสภาทนายความ ออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความตามมาตรา 53 ซึ่งข้อบังคับนั้นมีได้กำหนดเรื่องค่าจ้าง การว่าความไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาที่เป็นโมฆะแต่ต้น กลับสมบูรณ์ขึ้น³⁸

³⁸ เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 1047/2533

3.5.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

คำพิพากษาฎีกาที่ 1557/2500 จำเลยจ้างทนายความทำสัญญาเรียกร้อยค่า ปฏิกรรรมสงครามจากรัฐบาลไทย โดยทำสัญญาจะจ่ายค่าจ้างร้อยละ 10 ของจำนวนค่าทำขวัญ ที่จำเลยได้รับจริง สัญญานี้ไม่เป็นโมฆะ เพราะสัญญานี้มิใช่เป็นการจ้างทนายความให้ว่าต่าง แก่ต่างคดีในโรงศาล หากแต่เป็นเรื่องจ้างให้ทำกิจการนอกโรงศาล มิใช่เป็นการรับจ้างโดย หน้าทนายความ อาจตกลงว่าจ้างกันได้ตามความประสงค์ ไม่มีกฎหมายห้าม

คำพิพากษาฎีกาที่ 921/2542 การที่โจทก์ได้ค่าจ้างว่าความเป็นที่ดิน 200 ตารางวา อันเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินที่จำเลยพิพาทกับบุคคลอื่นทำให้โจทก์เข้าไปมีส่วนได้เสียในที่ดิน ดังกล่าวโดยตรง เพราะหากจำเลยแพ้คดีโจทก์จะไม่ได้ค่าจ้างว่าความ ซึ่งแสดงว่าสัญญาจ้าง ว่าความมีลักษณะเป็นการรับโอนสิทธิ ในการดำเนินคดีของจำเลยมาจัดการให้โดยขอรับส่วน แบ่งจากที่ดินพิพาทเป็นค่าตอบแทน อันเป็นการช่วยเหลือยุงส่งเสริมให้บุคคลอื่นเป็นความ กัน วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างว่าความจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชนย่อมตกเป็น โมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

คำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2543 (ประชุมใหญ่)³⁹ วิชาชีพทนายความมีลักษณะผูกขาดที่ ทนายความได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายประการ ย่อมมีพันธกรณีต่อสังคมที่ต้องปฏิบัติ และดำรงตนให้ต้องกับหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ ในส่วนการปฏิบัติหน้าที่ทนายความมีส่วนสำคัญ ในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความคู่เป็นเจ้าหน้าที่ของศาล ทนายความไม่พึงทำ สัญญากับคู่ความในลักษณะที่ตนเองมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีจนกระทบกระเทือนการปฏิบัติ หน้าที่ข้อสัญญาระหว่าง โจทก์และจำเลยส่วนที่ตกลงให้สินจ้างกันอีกร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์ สินสมรสที่จำเลยจะได้รับ เป็นข้อสัญญาที่ให้ทนายความเข้ามีส่วนได้เสียในทางการเงินโดยตรงใน ผลของคดีไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน และการวางระเบียบข้อบังคับแก่ทนายความตามพระราชบัญญัติ ทนายความกับความสมบูรณ์ของสัญญาระหว่างทนายความและคู่ความเป็นคนละส่วนกัน ที่ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มิได้กำหนดให้การเข้าเป็น ทนายความ โดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่คู่ความของ ทนายความเป็นการประพฤติผิดมรรยาททนายความอย่างพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และพ.ศ. 2508 มีผลเพียงว่าสัญญาลักษณะนี้ไม่เป็นการประพฤติผิดมรรยาททนายความ แต่หาผล ให้ข้อสัญญาดังกล่าวกลับมีความสมบูรณ์แต่อย่างใดไม่ สัญญาจ้างว่าความในส่วนนี้จึงเป็นโมฆะ

³⁹ ดูคำพิพากษานับเต็มในภาคผนวก 6, หน้า 148.

คำพิพากษาฎีกาที่ 5229/2544 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และประกาศข้อบังคับสภาทนายความ ว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มิได้บัญญัติห้ามมิให้ทนายความเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ฉะนั้นสัญญาจ้างว่าความที่พิพาทที่ระบุไว้ว่า “คิดค่าทนายความร้อยละ 20 ของยอดทุนทรัพย์ 17,188,356 บาท โดยชำระค่าทนายความเมื่อบังคับคดีได้ กรณีบังคับคดีได้เพียงบางส่วนก็คิดค่าทนายความบางส่วนที่บังคับคดีได้ และถ้าคดีมีการยอมความกันคิดค่าทนายความร้อยละ 10 ของยอดเงินที่ยอมความ” จึงไม่ขัดต่อกฎหมาย และข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณค่าทนายความระหว่างโจทก์จำเลยหาเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ สัญญาจ้างว่าความที่พิพาทจึงไม่เป็นโมฆะ

สัญญาจ้างว่าความที่พิพาทไม่มีข้อใดที่มีลักษณะเป็นการเสี่ยงโชคและไม่เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะได้เสียกัน โดยอาศัยเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน เป็นข้อแพ้ชนะกันระหว่างโจทก์จำเลย แต่เป็นสัญญาจ้างทำของที่โจทก์ต้องลงแรงว่าจ้างให้แก่จำเลยซึ่งเป็นลูกความ จึงหาใช่เป็นการพนันขึ้นต่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 853 ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 6919/2544 การที่จำเลยที่ 1 ถึงที่ 3 ตกลงให้เงินรายละ 400,000 บาท และจำเลยที่ 4 ตกลงให้เงินจำนวน 300,000 บาท แก่โจทก์เป็นค่าทนายความนั้น หมายถึงกรณีที่ฝ่ายจำเลยชนะคดีมรดกแล้วไม่ได้รับส่วนแบ่งมาเป็นที่ดิน แต่ได้รับส่วนแบ่งมาเป็นเงินที่ได้มาจากการขายที่ดินที่พิพาทนั่นเอง ซึ่งจำเลยทั้งสี่จะต้องแบ่งให้โจทก์ตามจำนวนที่ตกลงกันไว้ในบันทึกข้อตกลง บันทึกข้อตกลงจึงถือได้ว่าเป็นสัญญาจ้างว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความเมื่อจำเลยทั้งสี่ซึ่งเป็นลูกความชนะคดีเท่านั้น หากจำเลยทั้งสี่ตกเป็นฝ่ายแพ้คดีโจทก์ย่อมไม่ได้รับส่วนแบ่งตามข้อตกลง อันมีลักษณะซื้อขายความกัน

วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีลักษณะผูกขาดผู้ที่เป็นทนายความได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายประการ ผู้ที่ได้จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้เป็นทนายความจึงมีพันธกรณีต่อสังคมที่จะต้องปฏิบัติและดำรงตนให้ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในฐานะที่ทนายความมีส่วนสำคัญในการจรรโลงความยุติธรรมในสังคม ทนายความจึงไม่พึงทำสัญญากับลูกความของตนในลักษณะที่ตนเองเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลคดีโดยตรงในทำนองซื้อขายความกันย่อมไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพทนายความถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

3.5.5 พระราชบัญญัติอื่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 7206/2542 สำหรับค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานที่โจทก์ต้องจ้างนักสืบและทนายความเพื่อรักษาประโยชน์ผลงานของโจทก์ 40,000 บาท และรางวัลนำจับจำนวน 30,000 บาท โดยโจทก์มิได้นำสืบว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างไรในการบังคับตามสิทธิของโจทก์ที่จะต้องดำเนินการกับจำเลย อีกทั้งเอาสารหมายเลข 7 ก็เป็นเพียงหนังสือที่ทนายความมีถึงโจทก์เพื่อขอเบิกค่าใช้จ่าย แต่โจทก์ไม่มีหลักฐานการจ่ายเงินมานำสืบแสดงต่อศาล การที่ศาลชั้นต้นกำหนดค่าเสียหายอันเป็นค่าขาดรายได้และค่าใช้จ่ายในการดูแลสิทธิประโยชน์ของโจทก์จำนวน 35,000 บาท นั้นจึงชอบด้วยเหตุผลแล้ว

หมายเหตุท้ายฎีกา⁴⁰

ข้อ 1. กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยฉบับที่แล้วไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายไว้โดยเฉพาะแตกต่างจากพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันที่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการสั่งให้ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ชดเชยค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ในการนี้ศาลจะต้องคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย ไม่ใช่ความร้ายแรงแห่งการทำละเมิดดังคดีแพ่งทั่วไป นอกจากนี้ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากการสูญเสียประโยชน์ในอนาคต (recovery of profits) ไม่ใช่เพียงค่าเสียหายตามความเป็นจริงเท่านั้น (actual damages) เท่านั้น อีกทั้งศาลยังมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายอันเกิดจากค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ (costs and attorney's fees) ได้ (มาตรา 64)

ข้อ 2. กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา

2.4 ค่าเสียหายอันเกิดจากค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ (costs and attorney's fees) ค่าเสียหายส่วนนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล ในการพิจารณาค่าทนายความ (attorney's fees) ศาลจะพิจารณาความสามารถและชื่อเสียงของทนายความ ค่าจ้างทนายความที่แท้จริง ปริมาณงานที่ทำ และผลสำเร็จในการว่าความ ในกรณีค่าทนายจำเลยศาลมีแนวโน้มที่จะให้โจทก์ใช้ค่าทนายความหากโจทก์นำคดีขึ้นสู่ศาลโดยเจตนาไม่สุจริต ในกรณีค่าทนายโจทก์ ศาลจะให้จำเลยใช้ค่าทนายความเพื่อยับยั้งการทละเมิดลิขสิทธิ์ในอนาคตอีก

⁴⁰ วัส ดิงสมิตร. ผู้เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา 7206/2542.

ส่วนค่าเสียหายอันเกิดจากค่าใช้จ่ายอื่นๆ นั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา
ก็ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่ศาลเห็นสมควร ศาลจะให้ค่าใช้จ่ายอื่นๆ
เต็มจำนวนก็ต่อเมื่อปรากฏว่าจำเลยต่อสู้คดีโดยเจตนาไม่สุจริต ค่าใช้จ่ายดังกล่าวรวมทั้งค่าขึ้น
ศาล ค่าธรรมเนียมอื่น ค่าถ่ายเอกสารและไปรษณียากร

บทที่ 4

หลักกฎหมายต่างประเทศในการกำหนดเงินรางวัลทนายความ

4.1 การกำหนดเงินรางวัลทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) ในต่างประเทศ

Black's Law Dictionary¹, "Contingent Fee means A fee charged for a lawyer's services only if the lawsuit is successful or is favorably settled out of court. Contingent fees are usually calculated as a percentage of the client's net recovery (such as 25% of the recovery if the case is settled, and 33% if the case is won at trial)"

พจนานุกรมกฎหมาย Black's Law Dictionary อันเป็นพจนานุกรมกฎหมายที่ทรงอิทธิพลมากที่สุดในสหรัฐอเมริกาให้บทนิยามคำว่า เงินรางวัลทนายความในระบบ Contingent Fee ไว้ดังนี้ "ค่าทนายความตามผลแห่งคดี หมายถึง ค่าทนายความจากงานให้บริการทางกฎหมายที่เรียกเก็บเฉพาะเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ชนะคดี หรือในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความนอกศาลโดยสมประโยชน์แก่ลูกความ ค่าทนายความตามผลแห่งคดีมักจะคำนวณเป็นร้อยละของจำนวนสุทธิที่ลูกความได้รับในชั้นที่สุด (เช่นร้อยละ 25 ในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความ หรือร้อยละ 33 ในกรณีที่มีคำพิพากษาให้ชนะคดี)"

4.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาวิชาชีพกฎหมายมีความจำเป็นอย่างมาก เนื่องจากสภาพสังคมและเศรษฐกิจการเมืองมีความซับซ้อน วิชาชีพกฎหมายจึงเป็นวิชาชีพที่ได้รับการยอมรับจากสังคมค่อนข้างสูง การเป็นทนายความในสหรัฐอเมริกาต้องสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีสาขาใดสาขาหนึ่งมาก่อน แล้วจึงมาศึกษาทางด้านกฎหมายโดยเฉลี่ยเป็นเวลา 3 ปี จากนั้นจึงสอบเป็นเนติบัณฑิตในมลรัฐที่ประสงค์จะทำงานเป็นทนายความในรัฐนั้นได้ เมื่อเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตแห่งมลรัฐแล้วก็มีสิทธิที่จะประกอบวิชาชีพทนายความในมลรัฐนั้นได้

การกำหนดเงินรางวัลทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมี 2 วิธีที่นิยมแพร่หลายมากที่สุดคือ

¹ Bryan A. Garner, Editor in Chief. (1999). *Black's Law Dictionary*. p.315.

4.1.1.1 วิธีกำหนดค่าทนายความตามผลแห่งคดีในสัดส่วนของเงินที่ถูกความจะได้รับในคดี² (The Contingent Fee) โดยทนายความจะเรียกค่าจ้างว่าความตามสัดส่วน (Percentage) ของจำนวนเงินที่ได้รับจากการตกลงยอมความกัน ในคดี หรือจากการฟ้องร้องคดี หากคดีแพ้ลูกความก็ไม่ต้องจ่ายค่าจ้างว่าความ ยกเว้นค่าใช้จ่ายบางอย่างซึ่งทนายความได้ทรงแยกจ่ายไปสำหรับลูกความ

ในการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีนี้ เพื่อเป็นการให้ความช่วยเหลือผู้ที่ไม่มีเงินที่จะไปว่าจ้างทนายความ ประกอบกับลูกความเองต้องการที่จะจ่ายค่าทนายความแบบไม่แน่นอนตามสัดส่วนในผลของคดี เพราะลูกความอาจไม่ต้องจ่ายค่าทนายความเลยถ้าคดีของตนแพ้ ในส่วนของทนายความเองที่ต้องการเช่นนั้นเพื่อจะได้ค่าทนายความในจำนวนที่มากเมื่อคดีนั้นประสบความสำเร็จ

ลักษณะการทำสัญญาจ้างว่าความตามผลแห่งคดีนี้จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ระบุวิธีการหรือรูปแบบ และอัตราร้อยละที่ทนายความจะได้รับในคดี ในกรณีที่มีการตกลงประนีประนอมยอมความกันหรือเมื่อศาลมีคำพิพากษา โดยทนายความจะทำหนังสือเป็นรายการแจ้งให้ลูกความทราบถึงผลของคดีและแสดงจำนวนเงินที่ถูกความจะได้รับรวมทั้งวิธีการกำหนดเรื่องค่าเสียหาย

ทนายความห้ามคิดค่าจ้างว่าความตามผลแห่งคดีนี้ในคดีความสัมพันธ์ในครอบครัว การหย่าร้าง การสมรส ตามจำนวนเงินค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือการว่าความให้จำเลยในคดีอาญา (Washington State Court Rules, Rules of Professional Conduct Rule 1.5) และข้อตกลงที่ทนายความยอมรับทำคดีโดยจะจ่ายค่าใช้จ่ายในคดีด้วยตนเองหากไม่ชนะคดี ซึ่งจะถือเป็นข้อตกลงที่ผิดศีลธรรม

4.1.1.2 วิธีกำหนดค่าทนายความแบบอัตราเดียวตายตัว³ (The Flat Fee หรือ Fixed Fee) เป็นวิธีการที่ทนายความจะเรียกเก็บค่าทนายความจากลูกความโดยคิดเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน ค่าทนายความจะไม่เปลี่ยนแปลงไปตามผลคดี

ถ้าลูกความเห็นว่าคดีของตนชนะแน่ก็มักจะกำหนดค่าทนายความในลักษณะนี้ โดยปฏิเสธการคิดค่าทนายความแบบตามผลของคดี

² เสรี สุวรรณภานนท์. (2546). ปัญหาการจ้างว่าความที่ไม่แน่นอน Contingent Fee. หน้า 112 – 113.

³ George. Gordon, (1993). Your Hand Book of Everyday Law. pp.12 -14.

4.1.1.3 ข้อบังคับมารยาทในทางวิชาชีพ (Rule of Professional Conduct) ซึ่ง เป็นกฎข้อบังคับศาลวอชิงตัน ข้อบังคับที่ 1.5 ว่าด้วยการเรียกค่าทนาย โดยกำหนดว่าค่าทนายความต้องสมเหตุสมผล ประกอบด้วยปัจจัยดังต่อไปนี้

1. ระยะเวลาและแรงงานที่ได้ใช้ไปในคดี ความซับซ้อนของปัญหาที่เกี่ยวข้อง ความชำนาญเฉพาะในการปฏิบัติงานทางกฎหมายนั้น
 2. มาตรฐานค่าทนายความในท้องถิ่นและงานในลักษณะเดียวกัน โดยดูอัตราค่าทนายความทั่วไปเป็นเกณฑ์
 3. ปริมาณงานที่เกี่ยวข้องในคดี
 4. การรับงานของลูกค้าทำให้ทนายความไม่สามารถรับงานอื่นๆ ได้
 5. ข้อจำกัดในเรื่องเวลา ซึ่งถูกกำหนดโดยลูกค้าหรือสถานการณ์
 6. ประสบการณ์ ชื่อเสียง และความสามารถของทนายความ
 7. ลักษณะทั่วไปและระยะเวลา ความสัมพันธ์ทางวิชาชีพกับลูกค้า
- โดยสรุป การกำหนดค่าทนายความของประเทศสหรัฐอเมริกานอกจากที่กล่าวข้างต้นแล้ว ยังต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ทั้งของตัวทนายความและตัวลูกค้าเอง ทนายความไม่ควรคิดค่าทนายที่เกินความเหมาะสม หรือกำหนดในอัตราที่สูงเกินไปเพื่อเป็นการให้บริการทางกฎหมาย เพื่อให้บุคคลทั่วไปสามารถใช้ระบบกฎหมายในการป้องกันสิทธิและข้อพิพาทของตนเองได้ การคิดค่าทนายความที่สูงเกินไปจะทำลายความสัมพันธ์ในทางวิชาชีพระหว่างทนายความและลูกค้า (Canon 2 Ethical Considerations New York EC 2-17) ทนายความควรหลีกเลี่ยงความขัดแย้งในเรื่องค่าทนายความกับลูกค้า และควรพยายามแก้ปัญหาอย่างฉันทมิตร ในเรื่องที่ไม่เข้าใจกัน ทนายความไม่ควรฟ้องลูกค้าเรียกร้องค่าทนายความ เว้นแต่เป็นเรื่องฉ้อโกง หรือหลีกเลี่ยงการชำระภาษีอย่างชัดเจน (Canon 2 Ethical Considerations New York EC 2-23)

4.1.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) การดำเนินคดีในศาลจึงเป็นเรื่องยุ่งยาก การฟ้องร้องการต่อสู้คดีจะเป็นไปตามบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษา วิชาชีพทนายความจึงเข้าไปมีบทบาทมาก ในฐานะเป็นตัวแทนคู่ความโดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมาย ทนายความแบ่งได้เป็น 2 ประเภทดังนี้

1) Solicitor⁴ คือ ผู้ที่เป็นเสมียนทนายความ (Articled Clerk) ของโซลิซิเตอร์ มาครบจำนวนปีที่ Law Society กำหนด และไม่จำเป็นต้องจบปริญญาจากมหาวิทยาลัยมาก่อน ก็อาจสอบเข้าเรียนในโรงเรียนกฎหมายของ Law Society ได้ จากนั้นก็สอบไล่เป็น Solicitor ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายทั่ว ๆ ไปให้กับประชาชน เช่น ร่างสัญญา ร่างพินัยกรรม เป็นต้น รวมทั้งทำหน้าที่ในเรื่องของการจดทะเบียนสมรสและหย่าร้าง สามารถเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ในห้องพิจารณาคดีเฉพาะคดีเล็ก ๆ ในศาล County Courts เท่านั้น

2) Barrister คือ ผู้ที่สอบผ่านข้อเขียนในวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายลักษณะพยาน และได้ผ่านการทดสอบการเขียนคำฟ้องและความเห็นทางกฎหมายที่เรียกว่า Legal Opinion เมื่อได้เป็น Barrister แล้วจะสามารถประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ในทุกประเภทคดี และถือว่าเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติในสังคมมาก

4.1.2.1 วิธีกำหนดค่าทนายความ

ค่าทนายความที่เรียกเก็บตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) ในอังกฤษซึ่งถือว่าทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติ ไม่ใช่อาชีพที่แสวงหาผลกำไร และหากกระทำได้กล่าวถึงเป็นการขย่งส่งเสริมให้เป็นความกันเป็นความผิดทางอาญา แต่ในปัจจุบันได้เปลี่ยนแนวความคิดโดยเห็นว่าเป็นการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย (Legal aid and advice)⁵ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนพึงจะมีและได้รับโอกาสรักษาสิทธิของตนในการดำเนินคดีทางศาล และไม่เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป การช่วยเหลือประชาชนนั้นทางประเทศอังกฤษเห็นว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ทนายความกับประชาชนสามารถตกลงทำสัญญาจ้างว่าความแบบจ่ายตามสัดส่วนของผลคดีที่ไม่แน่นอนจะเป็น โอกาสให้ประชาชนจ่ายค่าทนายความได้โดยนำเอาประโยชน์ที่ได้ในคดีมาจ่ายค่าทนายความนั่นเอง

4.1.2.2 มารยาททางวิชาชีพในการกำหนดค่าทนายความ⁶

เมื่อ Solicitor นำสำนวนมาเสนอให้เสมียน Barrister เพื่อตัดสินใจว่าจะรับคดีหรือไม่ และเสมียนจะเป็นผู้กำหนดค่าธรรมเนียมในการดำเนินคดีจาก Solicitor และกฎหมายของประเทศอังกฤษกำหนดห้ามไม่ให้ทำสัญญาผูกพันกัน โดยเฉพาะถ้าได้คดีมานำมาให้ Barrister คนใดโดยเฉพาะ และห้ามเรียกค่าจ้างว่าความจากประชาชนผู้มีอรรถคดี

⁴ สุวิทย์ สุวรรณ. (2540). การประกอบวิชาชีพกฎหมายในต่างประเทศ. (คำบรรยายประกอบการฝึกอบรมวิชาว่าความรุ่นที่ 14 สภานายความ). หน้า 29 - 30.

⁵ ชานินทร์ กรีวิเชียร. (2543). หลักวิชาชีพนักกฎหมาย : ทนายความ. หน้า 131.

⁶ เสรี สุวรรณภานนท์. เล่มเดิม. หน้า 118.

โดยตรง ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้ Barrister เข้ามามีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ในคดี และการนำเสนอความจริงต่อศาลด้วยความเป็นธรรมจากผู้ใช้กฎหมายทุกฝ่าย

4.1.3 ประเทศเยอรมัน

เยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ทนายความในเยอรมันเรียกว่า Rechtsanwalt จะเป็นตัวแทนและให้คำปรึกษาต่าง ๆ เกี่ยวกับกฎหมาย และได้รับการยอมรับไว้วางใจจากประชาชนในการเป็นตัวแทนดำเนินคดีในศาล การทำหน้าที่ต่าง ๆ ของทนายความจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของประมวลกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพที่เรียกว่า The Bundesrechtsanwaltsordnung และทนายจะต้องเป็นที่ยอมรับในศาลจึงสามารถดำเนินคดีแทนคู่กรณีในศาลได้ โดยมีข้อกำหนดสำคัญว่าในเรื่องทางแพ่งหรือกฎหมายพาณิชย์ ทนายความจะเป็นผู้แทนหรือดำเนินคดีในศาลได้เฉพาะต่อศาลที่ทนายความนั้นได้รับการยอมรับอยู่ก่อนแล้ว หากทนายความได้รับการยอมรับในศาล Landgericht หรือ Oberlandesgericht หรือ Bundesgerichtshof ก็จะสามารถดำเนินคดีได้เฉพาะในศาลนั้น และในวิชาชีพกฎหมายของเยอรมันนี้นั้นมีทั้งงานในด้านเขตอำนาจ หรือระดับชั้นของศาล เช่นหากเป็นทนายความในระดับชั้นของศาลแต่ก็อยู่ในอีกชั้นหนึ่งของศาล คู่ความจะต้องเปลี่ยนตัวทนายความที่สามารถดำเนินคดีในชั้นศาลนั้น ๆ ได้ รวมทั้งบุคคลที่เป็นคณาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยจะได้รับอนุญาตให้ว่าความในศาลอาญาทั้งหมด ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ ศาลปกครองสูงสุด และศาลภาษีอากรสูงสุด และอาจเข้าดำเนินคดีในศาล การให้คำแนะนำ โดยเฉพาะในคดีสำคัญเป็นพิเศษความเห็นของบุคคลเหล่านี้โดยปกติจะได้รับความเคารพนับถือมาก และโดยปกติจะเข้าต่อสู้คดีกับทนายความของอีกฝ่ายหนึ่งในคดีที่สำคัญมาก⁷

4.1.3.1 วิธีกำหนดค่าทนายความ⁸

อัตราค่าทนายความจะกำหนดไว้โดยประมวลกฎหมายว่าด้วยทนายความ “The Bundesrechtsanwaltsordnung Fee Rechtsanwalt” โดยจะกำหนดอัตราขั้นต่ำในคดีแต่ละเรื่อง และจะคำนวณเป็นเงินตามคุณภาพของคดี ในแต่ละจำนวนเงินดังกล่าวจะสอดคล้องอัตราค่าธรรมเนียมที่กฎหมายกำหนด ในการดำเนินการตามกฎหมายทนายความจะคิดค่าใช้จ่าย 1 ใน 10 ส่วนก่อนสำหรับการดำเนินการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ค่าทนายความส่วน

⁷ E. J. Cohn. (1968). *Manual of German law*. pp. 44 – 48.

⁸ C. F. Muller Juristischer Verlag. (1994). *Justice and the Law in the Federal Republic of Germany*. pp. 84 – 85.

ที่เหลือนจะแบ่งจ่ายเมื่อสืบพยานหรือตกลงกันในศาล และเมื่อศาลรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่อ้างขึ้นการตกลงกันในเรื่องค่าใช้จ่ายนี้อนุญาตให้กระทำได้

4.1.3.2 ข้อบังคับในการกำหนดค่าทนายความ

การเก็บค่าทนายความนั้นต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับของประมวลกฎหมายว่าด้วยทนายความ คือ The Bundesrechtsanwaltsordnung Fee Rechtsanwalt ซึ่งห้ามการเรียกค่าทนายความตามสัดส่วนของผลแห่งคดี หากแพ้คดีลูกความไม่ต้องชำระค่าทนายความ (Contingent Fee) การตกลงกันในลักษณะเช่นนี้กระทำไม่ได้เป็นการต้องห้ามโดยเด็ดขาด

4.1.4 ประเทศฝรั่งเศส⁹

คำว่า “วิชาชีพกฎหมาย” ในภาษาไทย หรือ “legal profession” ในภาษาอังกฤษ เมื่อแปลเป็นภาษาฝรั่งเศสจะได้คำว่า “*professions juridiques*” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คำว่า “*professions juridiques*” มีความหมายสองนัย นัยแรก ในประเทศฝรั่งเศสมีการสอนหลักสูตรเกี่ยวกับกฎหมายในหลาย ๆ คณะ และแผนกวิชาในมหาวิทยาลัย เช่นบริหารธุรกิจ หรือบริหารรัฐกิจ ทุกคนที่มีความรู้กฎหมายดังกล่าวก็อาจใช้ประโยชน์จากวิชาที่ตนเองร่ำเรียนมาไม่ว่าจะเป็นการให้คำปรึกษา หรือใช้ประโยชน์จากความรู้ทางกฎหมายในทางอื่นใดตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อวิชาชีพของนักกฎหมายบางประเภทที่ได้สิทธิผูกขาดในงานกฎหมายบางอย่าง เช่น การว่าต่างแก้ต่างในศาล การยกร่างสัญญาจ้างงาน และตราบเท่าที่บุคคลตั้งกล่าวมิได้ใช้ชื่อตำแหน่ง เช่นตำแหน่ง *Avocat* หรือ *Notaire*¹⁰ นัยที่สอง คำว่า “*professions*” มีความหมายถึง วิชาชีพที่ต้องมีการฝึกฝนอบรม ในภาษาฝรั่งเศส น่าจะตรงกับคำว่า “*professions juridiques*” ส่วนในความหมายการใช้วิชากฎหมายเพื่อการประกอบวิชาชีพทั่วไปน่าจะตรงกับคำว่า “*profession libérale juridique*”

วิชาชีพกฎหมาย *Avocat* มีมาตั้งแต่สมัยโบราณ แต่ถูกยกเลิกในสมัยปฏิวัติฝรั่งเศส นำมาฟื้นฟูใหม่ในสมัย *Consulat* (1799 – 1804) และใช้มาตลอดจนกระทั่งมีการปรับปรุงครั้งใหญ่ในปี 1971 โดยกฎหมายวันที่ 9 ธันวาคม 1971 การปฏิรูปดังกล่าวเป็นการรวมวิชาชีพกฎหมาย *Avocat*, *Avoué près le tribunal de grande instance* และ *Agréé près les tribunaux de commerce* เข้าด้วยกัน กล่าวคือ วิชาชีพกฎหมาย *Avocat* เมื่อรวมกับวิชาชีพกฎหมาย *Avoué* และ *Agréé* เป็น *Avocat* แล้ว *Avocat* ก็สามารถให้คำปรึกษาข้อกฎหมาย และว่าต่างแก้ต่างแทนลูกความในศาลได้ การรวมกันเช่นนี้มีประโยชน์คือ ทำให้

⁹ Christian Dadomo and Susan Farran. (1996). *The French Legal System*. pp. 114 – 159.

¹⁰ René David. (1980). *English Law and French Law*. p. 49.

กระบวนการจัดหาทนายความมีความสะดวกยิ่งขึ้น ค่าใช้จ่ายในคดีความน้อยลง ทำให้วิชาชีพกฎหมายฝรั่งเศสมีความใกล้เคียงกับวิชาชีพกฎหมายของประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปที่ไม่ได้แบ่งแยกวิชาชีพกฎหมายออกเป็นหลายแขนง และทำให้วิชาชีพกฎหมาย *Avocat* มีความสำคัญมากยิ่งขึ้น

วิชาชีพกฎหมาย *Conseillers Juridiques (Legal Consultant)* การปฏิรูปวิชาชีพกฎหมายฝรั่งเศสในปี 1971 โดยกฎหมายวันที่ 9 ธันวาคม 1971 มิได้มีการรวมวิชาชีพ *Avocat* และ *Conseillers Juridiques* ตามที่คาดหมายตั้งแต่แรก วิชาชีพกฎหมาย *Conseillers Juridiques* มีหน้าที่ให้คำปรึกษาข้อกฎหมายต่างๆ แต่ไม่มีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติของบุคคลเช่นว่านั้น จึงมีแนวความคิดที่จะกำหนดคุณสมบัติของวิชาชีพกฎหมายดังกล่าว คุณสมบัติเช่นว่านั้นสัมฤทธิ์ผลในปี 1992 โดยกฎหมายในปีดังกล่าวกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย *Conseillers Juridiques* ต้องมีปริญญาทางกฎหมาย *Licence en droit* มีการประกันภัยความรับผิดในทางแพ่ง อยู่ในบังคับจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ทั้งนี้เพื่อการคุ้มครองสังคมและผู้บริโภคผู้ใช้บริการของตน

การรวมวิชาชีพกฎหมาย *Avocat* และ *Conseillers Juridiques* เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1992 ทำให้ฝรั่งเศสมีความสามารถแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพในตลาดวิชาชีพกฎหมาย การให้ฝรั่งเศสมีระบบวิชาชีพกฎหมายที่ใกล้เคียงกับประเทศในภาคพื้นยุโรปอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปี 1991 ฝรั่งเศสมีนักกฎหมายค่อนข้างน้อยเมื่อเทียบกับประเทศอื่นๆ กล่าวคือ ฝรั่งเศสมีนักกฎหมายจำนวน 30,000 คน (ในจำนวนนี้เป็น *Avocat* 18,000 คน *notaire* 7,000 คน และ *Conseils Juridiques* 5,000 คน) ประเทศเยอรมนีมีนักกฎหมายจำนวน 50,000 คน ประเทศสหราชอาณาจักรมีนักกฎหมายจำนวน 60,000 คน และประเทศสหรัฐอเมริกา มีนักกฎหมายจำนวน 750,000 คน ดังนั้น เมื่อวันที่ 1 มกราคม 1992 ฝรั่งเศสจึงได้รวมวิชาชีพกฎหมาย *Avocat* และวิชาชีพกฎหมาย *Conseillers Juridiques* เข้าด้วยกัน เพื่อความเข้มแข็งของวิชาชีพกฎหมายใหม่ที่เรียกว่า *Avocat* ซึ่งรวมความเชี่ยวชาญด้านการให้คำปรึกษากฎหมายและการว่าต่างแก้ต่างแทนคู่ความได้อย่างมีประสิทธิภาพ

วิชาชีพกฎหมาย *notaire* ในประเทศฝรั่งเศสถือว่ามีความสำคัญอันดับสูงเป็นที่สองรองจากวิชาชีพกฎหมาย *Avocat* มีบุคคลากรในวิชาชีพกฎหมาย *notaire* ซึ่งรวมทั้งฝ่ายตุลาการ เสมียน และลูกจ้างอื่นๆ ประมาณ 43,000 – 44,000 คน วิชาชีพกฎหมายนี้ผูกขาดการกระทำที่เรียกว่า *Notariat* และถือเป็นวิชาชีพกฎหมายที่ได้ค่าตอบแทนสูง

การ *Notariat* ถือว่ามีประวัติดั้งเดิมตั้งแต่สมัยโรมัน สถาบันนี้จึงมักพบได้โดยทั่วไปในประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน การเข้าสู่วิชาชีพนี้ต้องจบชั้นมัธยม

ปลาย baccalauréat (เทียบได้กับ “A” Levels ของอังกฤษ) จากนั้นการฝึกอบรมจะใช้เวลาประมาณ 7 ปี ผู้สมัครต้องมีสัญชาติฝรั่งเศส มีปริญญาทางกฎหมาย *maîtrise en droit* จากนั้นต้องผ่านการสอบคัดเลือกและเข้าศึกษาต่อในมหาวิทยาลัยหรือ *centres de formation professionnelle* อีก 12 เดือน หลักสูตรดังกล่าวเป็นหลักสูตรภาคทฤษฎีและปฏิบัติ เช่นการให้คำปรึกษา การร่างเอกสารทางกฎหมาย รวมทั้งจริยธรรมในวิชาชีพและการบริหารจัดการสำนักงานกฎหมาย ภาคปฏิบัติของการฝึกอบรมวิชาชีพ *notaire* ยังประกอบไปด้วยการฝึกงาน *stage d’initiation* อีกสองเดือน หนึ่งครั้งของระยะเวลาดังกล่าวเป็นการฝึกงานในสาขาวิชาชีพอื่นเช่น บัญชี หลังจากการฝึกอบรมผู้สมัครต้องผ่านการสอบไล่เพื่อนำไปสู่ประกาศนียบัตร *Diplôme d’aptitude aux fonctions de notaire* ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวสามารถจดทะเบียนเป็น *notaire stagiaire* หรือ *notaire* ฝึกหัด การฝึกหัดดังกล่าวกินเวลา 2 ปีซึ่งรวมถึงการเข้าอบรมและสัมมนาที่จัดขึ้นโดยสถาบันฝึกอบรมที่เรียกว่า *centre regional de formation professionnelle notaire* จากนั้นก็จะมีผลการประเมินผลเป็นระยะๆ เมื่อการอบรมและประเมินผลประสบความสำเร็จผู้สมัครก็จะได้รับประกาศนียบัตรเพื่อเป็น *notaire assistant* หรือ *notaire* ผู้ช่วย ส่วนการแต่งตั้งเป็น *notaire* นั้น กระทรวงยุติธรรมจะแต่งตั้งเมื่อมีตำแหน่งว่างลงหรือมีการเพิ่มตำแหน่งใหม่

ตำแหน่ง *notaire* ทำหน้าที่คล้าย solicitor ในอังกฤษ กล่าวคือ มีหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางกฎหมายในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ การจัดการทรัพย์สินต่างๆ นอกจากนั้นยังมีหน้าที่ในการรับรองความถูกต้องของเอกสาร หรือลายมือชื่ออีกด้วย

4.2 รากฐานความคิดในการกำหนดเงินรางวัลทนายความในต่างประเทศ

แนวความคิดเกี่ยวกับ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ภายหลังกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ดำเนินรอยตาม ในยุคที่ยกร่างกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้ยอมรับเฉพาะที่ใช้บังคับแก่หลักการในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่งเท่านั้น จนกระทั่งมาถึงในยุคปัจจุบันปรากฏว่าหลักการดังกล่าวกลายเป็นหลักสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไป

4.2.1 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” และ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้นในแต่ละประเทศได้พยายามให้คำจำกัดความที่ใกล้เคียง และความหมายที่ครอบคลุมมากที่สุด โดยมีชื่อเรียกที่ต่างกันไปดังนี้¹

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”

ในประเทศอังกฤษ ใช้คำว่า “Public Policy”

ในประเทศฝรั่งเศส ใช้คำว่า “Ordre Public”

ในประเทศเยอรมัน ใช้คำว่า “ÖFFEN LICHE ORDNUNG”

คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ในประเทศอังกฤษ ใช้คำว่า “Good morals”

ในประเทศฝรั่งเศส ใช้คำว่า “Bonnes Moeurs”

ในประเทศเยอรมัน ใช้คำว่า “Gut Sitten”

ในระบบกฎหมายแพ่งของนานาประเทศได้ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน บางประเทศใช้คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” เพียงอย่างเดียว เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (มาตรา 138 วรรคแรก) และประมวลกฎหมายหนี้สวิส (มาตรา 20 วรรคแรก) เป็นต้น แต่ในบางประเทศก็ใช้คำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ใช้ทั้งสองคำรวมกัน ในประเทศไทยในยุคแรกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2466 บัญญัติว่า “การใด ๆ ที่ขัดต่อรัฐประศาสนโยบายหรือความปลอดภัยของบุคคลหรือทรัพย์สิน การนั้นเป็นโมฆะ” เป็นการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายในทำนอง “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” แต่เพียงอย่างเดียว

การใช้ถ้อยคำที่มีความหมายว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในกฎหมายต่าง ๆ แม้จะมีถ้อยคำที่แตกต่างกันไปบ้าง ทั้งนี้ย่อมแล้วแต่เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น หรือขึ้นอยู่กับลักษณะของเรื่องซึ่งเป็นเฉพาะกรณี

ตำรากฎหมายต่างประเทศหลายเล่ม อธิบายและให้คำจำกัดความเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ดังนี้

¹ อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518, มีนาคม). “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” บทบัญญัติ, 32, 1, หน้า 11 – 12.

1. "Public Policy means the good of collective body. On the other hand it may mean the social gain that is wrought by adherence to the standards of right conduct which find expression in the mores of the community."¹²

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง ผลประโยชน์ของสังคมโดยรวม นั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่ง หมายถึง มาตรฐานทางสังคมที่หล่อหลอมขึ้นจนกระทั่งเป็นมาตรฐาน ความประพฤติที่ถูกต้องและคนส่วนใหญ่ในสังคมจะปฏิบัติเช่นนั้น”

2. "Public Policy , a phrase commonly employed to designate a general principle of law that no one has a right to do any act which will work harm to the public"¹³

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ชี้ให้เห็นว่าไม่มีบุคคลใดสามารถกระทำการเป็นผลร้ายต่อส่วนรวมได้”

3. "Ordre public is article channel through which the courts can deviate from the application of strict law when prejudicial to social policies"

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นแนวทางที่ศาลสามารถใช้เป็นช่องทางเพื่อ หลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด อันอาจเป็นการไม่ยุติธรรม เป็นผลเสียต่อ ประโยชน์ส่วนรวม”

4. The term 'public policy' is a technical legal term and should not be identified with the policy of the government in office"¹⁴

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นศัพท์เทคนิคและไม่ควรพิจารณาโดยอาศัย นโยบายรัฐบาล”

5. "It is not easy to define public policy since the term must have different meanings at different times; but it may be stated that the contracts which are held to opposed to public policy are those which it is deemed not advisable to recognize on the ground that they are opposed to the public interest."¹⁵

“ไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะให้คำจำกัดความของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะถ้อยคำดังกล่าวย่อมมีความหมายที่เปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา แต่อาจกล่าวได้ว่า

¹² Denis Lloyd. (1965). *Introduction to Jurisprudence*. p.142.

¹³ J. H. Finley, Nelson Complete. (1937). *Encyclopedia*. pp. 90 – 92.

¹⁴ F. Frank. (1957). *The General Principle of English Law*. p. 76.

¹⁵ Navin, J. (1969). *Pitman's Commercial Law*. p. 30.

สัญญาที่ห้าขึ้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นเป็นสัญญาที่ขัดต่อผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม”

เมื่อได้พิจารณาจากคำอธิบายทั้งหมด อาจสรุปได้ว่า หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมมิให้ถูกละเมิดหรือถูกรอนโดยปัจเจกชนส่วนน้อย โดยจะให้ความสำคัญกับประโยชน์และความมั่นคงของสังคมส่วนรวมเป็นใหญ่ เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้ด้วยความสะดวก และหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยที่เปลี่ยนไป

นอกจากคำว่า public policy แล้ว อีกคำหนึ่งที่มีนำมาใช้แทนความหมายของคำว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คือคำว่า ordre public หรือ public order ซึ่งสามารถตีความได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายอาญา ที่มุ่งป้องกันอันตรายที่จะกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมในสังคม อันได้แก่ ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน , ความปลอดภัยส่วนบุคคล ซึ่งมักปรากฏในรูปบทบังคับทางอาญา ที่กำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดก่อให้เกิดอันตรายต่อบุคคลอื่นหรือสังคมโดยรวม บทบังคับดังกล่าวทำให้คนในสังคมเกรงกลัวและไม่กล้ากระทำความผิด ๆ ขัดต่อ public order¹⁶ และในขณะเดียวกัน public order / ordre public ยังหมายถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่สำคัญของแต่ละประเทศ (the fundamental principles of law)¹⁷ อีกด้วย

4.2.1.1 ประเทศอังกฤษ

นักนิติศาสตร์ของอังกฤษหลายท่านต่างสนับสนุนหลักการที่ว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและสภาพสังคมรวมทั้งทัศนะของมหาชน

วินฟิลด์ (Winfield) ได้กล่าวว่า Variability of public policy: “Public policy is necessarily variable. It may be variable not only from one century to another, not only from one generation to another, but even in the same generation. Further, it may vary not merely with respect to the particular topics which may be included in it, but also with respect to the rules relating to any one particular topic. This variability of public policy is a stone in the edifice of the doctrine, and not a missile to be flung at it. Public policy would

¹⁶ A.T.H. Smith. (1987). *Offences Against Public Order*. pp. 1-3.

¹⁷ รายงาน Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards. (28 March 1955 UN Doc E/2704)

be almost useless without it. The march of civilization and the difficulty of ascertaining public opinion at any given time make it essential.”¹⁸

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” จำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลง ไม่ใช่เพียงแต่เปลี่ยนจากศตวรรษหนึ่งไปอีกศตวรรษหนึ่ง หรือเปลี่ยนจากอีกชั่วอายุคนหนึ่งไปอีกชั่วอายุคนหนึ่ง แต่อาจมีการเปลี่ยนแปลงแม้ในช่วงอายุคนเดียวกัน อีกทั้งคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนมิใช่เรื่องเกี่ยวกับเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ แต่อาจเปลี่ยนหลักการเกี่ยวกับเรื่องใด ๆ ก็ได้ ลักษณะที่สามารถแปรเปลี่ยนได้นี้เองที่เปรียบเสมือนเสาเข็มพื้นฐานของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน และไม่ควรมีสิ่งใดไปกระทบกระเทือนลักษณะพิเศษเฉพาะดังกล่าว เพราะถ้าปราศจากลักษณะพิเศษดังกล่าว คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็เกือบจะไม่มีประโยชน์อะไรเหลืออยู่เลย วัฒนาการของมนุษยชาติและความยากลำบากในการเสาะแสวงหาหามติมหาชนในช่วงระยะเวลาหนึ่งทำให้ลักษณะพิเศษดังกล่าวมีความสำคัญต่อคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนอย่างยิ่ง”

4.2.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) หลักการในเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมในขณะนั้น¹⁹

ประเทศฝรั่งเศสได้รับแนวคิดในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนจากกฎหมายโรมัน โดยในยุคแรกรับเอาแนวคิดมาใช้เฉพาะในเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งถือเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่ง กระทั่งในปัจจุบันเสรีภาพในการทำสัญญาได้ถูกจำกัดมากหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงกลายเป็นหลักการสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนทั่วไป

4.2.1.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) โดยนักนิติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาให้ความเห็นว่า ทศนะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมจะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะของสังคมและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ รวมทั้งทศนะของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงไป

¹⁸ Winfield, *Winfield & Jolowicz*, Tort, 11th ed. pp. 258 – 259.

¹⁹ สุรพล ธรรมสถิติ. (2520). ความสงบเรียบร้อยของประชาชน. หน้า 12. อ้างถึง “In civil law jurisdiction the notion of ordre public is essentially variable and relative, evolving in accordance with the political, social and economic circumstances of the time.” Sinclair, *loc. Cit.*

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ควรมีลักษณะที่ยืดหยุ่นและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนคติของมหาชนในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ

โดยสรุปแล้ว คำว่า “หลักความสงบเรียบร้อย” (public order) มีข้อความคิดที่กว้าง ซึ่งไม่มีคำจำกัดความไว้นั่นเองในตัวบทกฎหมาย นักกฎหมายหรือแม้แต่ศาลได้ให้คำอธิบายความหมายไว้หลายประการ²⁰ ซึ่งส่วนใหญ่จะเน้นหลักเดียวกันคือ หลักที่คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมที่จะเป็นกรอบของการแสดงเจตนาของบุคคล แม้จะมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาตลึงการอันใดที่อาจขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายใด แต่จะให้มีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมไม่ได้

ส่วนหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน (good moral) เป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของศีลธรรมของสังคมอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักความสงบเรียบร้อย หมายความว่า กฎเกณฑ์ทางศีลธรรมเป็นส่วนหนึ่งของผลประโยชน์ส่วนรวม ที่บังคับแก่เจตนาของบุคคลให้ต้องเคารพยอมรับ

4.2.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของตนตามที่ตนต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของสัญญา โดยจำกัดขอบเขตของรัฐในการเข้าแทรกแซงการทำสัญญาของคู่กรณีให้อยู่ในวงจำกัดที่สุด

Adam Smith ได้กล่าวไว้ในผลงานเรื่อง The Wealth of Nations ว่า “Every man should be free to pursue his own interest in his own way”²¹ หมายความว่า “บุคคลทุกคนควรมีอิสระในการจัดการผลประโยชน์ของตนเองด้วยวิถีทางของตนเอง” และเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะต้องให้ความคุ้มครองเจตนาของคู่สัญญา โดยจะมีการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาให้น้อยที่สุด²²

²⁰ GHESTIN. (1988). *Traité de Droit Civil*. pp. 66-67.

²¹ Guest A.G. (1975). *Anson's Law of Contract*. p.3ss.

²² จำปี ไสตติพันธ์. (2547). คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 256.

แม้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามความคิดทางเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมให้เหตุผลเพื่อสนับสนุนว่าเจตนามีความสำคัญ มีอิสระในตัวเอง และถือว่าเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเรื่องเดียวกับความยุติธรรม²³

4.2.2.1 กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยึดหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย แต่ในยุคหลังเสรีภาพในการทำสัญญาเริ่มเสื่อมลง รัฐหรือสังคมได้พยายามเข้ามาบีบบทบาทในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามากขึ้น และแม้ในยุคหลังนี้ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสจะมีได้มีบัญญัติในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาไว้แข็งแรง แต่ก็ยังพอเห็นเจตนาในการจัดทำประมวลกฎหมายที่ได้นำเอาหลักเสรีภาพมาใช้ โดยมีอยู่ในหลายๆ มาตรการที่พอสรุปได้ดังนี้²⁴

มาตรา 6 บัญญัติว่า “บุคคลจะกระทำความตกลงพิเศษขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหาได้ไม่”

ในมาตรานี้มิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าบุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่โดยทางอ้อมแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรานี้ยืนยันหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยจำกัดเสรีภาพไว้เท่านั้นว่าจะต้องไม่ถึงขนาดที่จะไปหลีกเลี่ยงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น トラบใดที่คู่สัญญายังมีได้กระทำการที่จะเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว คู่สัญญาก็ย่อมมีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญากันเป็นประการใดก็ได้

มาตรา 1134 บัญญัติว่า “ความตกลงที่สร้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับแก่ผู้ที่ทำความตกลงนั้น
ความตกลงนี้ จะถูกเพิกถอนได้ก็แต่โดยความยินยอมร่วมกันของคู่สัญญาหรือโดยผลของกฎหมายเท่านั้น”

²³ คาราวพร ติระวัฒน์. (2542). กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 20 – 21. อ้างถึงนักเศรษฐศาสตร์ฝรั่งเศสชื่อ Fouillee ที่ว่า “ใครกล่าวถึงสัญญาเท่ากับกล่าวถึงความยุติธรรม (Qui dit contractuelle, dit juste : Whatever is contractual is just) หรือที่ ; GOUNOT กล่าวไว้ว่า “ข้อตกลงที่อิสระก่อให้เกิดความยุติธรรมในตัวของมันเอง” (ce sont les conventions libres qui créent elles – mêmes le juste).

²⁴ สุรชาติ ตัดคนุศย์. (2522). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบ 1 (อัครธานา). หน้า 89 – 90.

มาตรานี้กฎหมายบัญญัติในแนวทางที่ให้เสรีภาพแก่คู่สัญญา โดยกล่าวได้ว่าสัญญามีผลเป็นกฎหมายของคู่สัญญา

จากที่ได้กล่าวมาในสองมาตราก่อนเป็นตัวอย่างเพื่อให้เห็นแนวทางในการให้เสรีภาพในการทำสัญญาแก่คู่สัญญาเป็นสำคัญ แม้ในระยะหลังประมวลกฎหมายแพ่งจะมีการเปลี่ยนแปลงบ้างแต่ก็มิได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงมากมายแต่อย่างใด ไม่คงมีแต่บทบัญญัติของกฎหมายพิเศษที่มีสภาพบังคับหลายฉบับตราออกมาภายหลัง ซึ่งมีลักษณะที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา นอกจากนี้ศาลเองก็ได้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีในทำนองที่จำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามากขึ้น

4.2.2.2 ข้อสังเกตการมีเสรีภาพในการทำสัญญา

แม้เสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความยุติธรรม ด้วยเหตุผลที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มีอิสระในตัวของตัวเอง แต่ในความเป็นจริงมนุษย์มิได้มีความเท่าเทียมกันดังที่กล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำสัญญา²⁵ ในยุโรปตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นระยะเวลาที่มีการรวมตัวกันทางการค้าและอุตสาหกรรม ทำให้เกิดสภาพความไม่เท่าเทียมกันฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าย่อมได้เปรียบในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญา จากสภาพการจำยอมที่ต้องทำสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสรีภาพของสัญญาจึงไม่ได้มีอยู่จริงเป็นเพียงอุดมคติที่นักกฎหมายยึดถือและใฝ่ฝันว่าเป็นหลักการที่ดีเท่านั้นแต่ไม่สามารถบังคับได้จริง²⁶

ความคิดที่ว่าเสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจไม่แน่นอน และบุคคลไม่จำเป็นต้องกำหนดหรือตัดสินใจการทำตามความต้องการของตนที่จะต้องนำไปสู่ประโยชน์ของส่วนรวมสูงสุด แต่การตกลงหรือตัดสินใจของบุคคลในการใด ๆ อยู่ในระดับที่ตนพอจะได้อะไรกลับคืนมาพอสมควรเท่านั้นก็พอ กรณีจึงไม่แน่นอนเสมอไปในการตกลงตามคำเสนอคำสนองเป็นสัญญานั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ สังคม แต่เป็นเพียงความต้องการให้ได้รับผลเท่าที่จะเป็นไปได้ตามข้อเท็จจริงหนึ่ง ๆ ที่ตนต้องการ และยอมรับได้เท่านั้น

จากที่กล่าวข้างต้นหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา จึงยังไม่อาจกล่าวได้ว่ามีความเด็ดขาดในตัวของมันเองที่จะก่อให้เกิดความ

²⁵ V. RANOUIL. (1980). *L'autonomie de la volonté*. pp.135-149.

²⁶ ZWEIGERT & KOTZ. (1992). *An Introduction to Comparative Law*. p.355.

ผูกพันขึ้น โดยไม่มีองค์ประกอบอื่น ๆ เข้ามาร่วมด้วย เพราะเสรีภาพในการทำสัญญาจะเป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดผลที่ยุติธรรมและเป็นประโยชน์ได้ในที่สุด

4.3 แนวคิดเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ

4.3.1 แนวคิดของกฎหมายเยอรมัน²⁷

กฎหมายของประเทศเยอรมัน ศาลทำหน้าที่ควบคุมข้อสัญญาทั่วไปทางธุรกิจ (General Conditions of Business) หรือข้อสัญญามาตรฐานเป็นส่วนใหญ่ เช่น การประกันภัย การธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น ศาลจะถือว่าข้อสัญญามาตรฐานใช้บังคับไม่ได้ หากข้อสัญญาดังกล่าวได้ใช้ในทางที่ผิดเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ถูกต้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากฝ่ายหนึ่งมีสิทธิและหน้าที่มากเกินไปข้อสัญญามาตรฐานจะต้องก่อให้เกิดประโยชน์ของคู่สัญญาทุกฝ่ายอย่างเท่าเทียมกัน ข้อสัญญาที่ต่างไปจากรูปแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ และผู้บริโภคไม่อาจทราบถึงลักษณะเช่นนั้น ข้อสัญญาดังกล่าวจะถูกตรวจสอบอย่างเข้มงวด ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลเยอรมันเคยใช้หลัก “การใช้อำนาจผูกขาดในทางที่มีชอบ” เพื่อตีความเป็นปฏิกิริยาต่อคู่สัญญาฝ่ายที่กำหนดข้อสัญญามาตรฐาน แต่ในระยะหลังนี้ศาลได้ใช้หลักให้คู่สัญญาปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Good Faith) ซึ่งเป็นหลักการที่กว้างกว่า หากศาลชี้ขาดให้ข้อสัญญาใดเป็นโมฆะ ศาลก็จะนำบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้บริโภคมากกว่ามาใช้บังคับแทน ข้อสัญญามาตรฐานจะไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หากข้อสัญญามาตรฐานมีลักษณะผิดปกติมากจนกระทั่งคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหมายได้ในพฤติการณ์เช่นนั้น (Rule of unexpectedness) ศาลเยอรมันมีวิธีควบคุมข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกอย่างหนึ่งซึ่งเรียกว่า “หลักความคลุมเครือ” คือ ในกรณีที่ข้อความมีความหมายไม่ชัดเจน จะต้องถูกตีความเป็นปฏิกิริยาต่อคู่สัญญาที่กำหนดข้อความนั้น (ambiguity rule) ในที่สุดเพื่อเป็นการลดความไม่เท่าเทียมกันในทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาและคุ้มครองป้องกันคู่สัญญาที่ไม่มีประสบการณ์ต่อการเอาเปรียบของคู่สัญญาที่มีฐานะเหนือกว่าในทางเศรษฐกิจ เยอรมันจึงจัดตั้งคณะทำงานภายใต้การควบคุมของกระทรวงยุติธรรมซึ่งเริ่มตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1972 ดำเนินการร่างกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าใช้เป็นมาตรฐานทั่วไปที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมขึ้น และประกาศใช้เป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 1977 เรียกชื่อ

²⁷ ลึกลงา พบรมเย็น. (2536). รายงานเรื่องกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. (รายงานเอกสารวิชาการ ฝ่ายวิชาการฝึกอบรมและพัฒนา สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม). หน้า 5 - 6.

กฎหมายฉบับนี้ว่า “Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen” (The German Standard Contracts Act) ซึ่งเนื้อหาสาระของกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาที่เป็นเงื่อนไขทั่วไปหรือข้อสัญญามาตรฐานของเยอรมันฉบับนี้เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นคู่สัญญาที่ต้องทำสัญญาที่มีการกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าและไม่เป็นธรรม

4.3.2 แนวคิดของกฎหมายฝรั่งเศส²⁸

นักกฎหมายคนสำคัญของฝรั่งเศสชื่อ Raymond Saleilles ได้ให้แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาสำเร็จรูป (Contract d'adhesion) ว่าสัญญาจะต้องอยู่ภายใต้หลักสุจริต และจะมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ทั่วไปทางกฎหมาย ความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายอย่างร้ายแรงนั้นไม่อาจทำสัญญายกเว้นความรับผิดชอบได้ ปัญหาของศาลฝรั่งเศสคือข้อกำหนดทั่วไปทางธุรกิจเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือไม่ ในกรณีนี้ต้องพิจารณาว่าผู้บริโภคได้รู้หรือควรจะรู้ถึงข้อกำหนดดังกล่าวหรือไม่หากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ศาลฝรั่งเศสไม่ถือว่าข้อสัญญาที่ได้กำหนดขึ้นแต่ฝ่ายเดียวนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

ในยุคต่อมาสมาคมผู้บริโภคของฝรั่งเศสได้เป็นกำลังสำคัญในการผลักดันให้มีกฎหมายพิเศษเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยเน้นที่ลักษณะของบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค ซึ่งต่างจากกฎหมายของประเทศเยอรมันที่เน้นในการควบคุมเนื้อหาของสัญญา กฎหมายฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้คณะกรรมการข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งเป็นองค์กรหน่วยงานใน Conseil d'Etat มีองค์ประกอบของคณะกรรมการจากฝ่ายต่างๆ เช่น ตุลาการ ที่ปรึกษากฎหมาย ตัวแทนฝ่ายบริหาร ตัวแทนสมาคมคุ้มครองผู้บริโภค และผู้ประกอบการวิชาชีพ จำนวน 15 คน ทำหน้าที่พิจารณาเนื้อหาของสัญญาที่ทำระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ไม่ประกอบวิชาชีพหรือผู้บริโภค และมีอำนาจทำเป็นข้อเสนอให้ยกเลิกหรือแก้ไขข้อสัญญาที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม และประกาศเป็นกฎหมายเพื่อให้สาธารณชนทราบ วิธีการที่ใช้องค์กรอื่นของรัฐเช่นนี้จุดประสงค์เพื่อแก้ไขเยียวยาให้การคุ้มครองตั้งแต่ต้นที่มีการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดเป็นกรณีพิพาทระหว่างคู่สัญญาในชั้นศาลก่อน

²⁸ คารพร ธีระวัฒน์. (2536). สัญญาและกฎหมายสัญญาในปัจจุบัน. (เอกสารประกอบการบรรยายชั้นปริญญาโท วิชากฎหมายรากฐานแพ่งและพาณิชย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). หน้า 7 - 8.

4.3.3 แนวคิดของกฎหมายสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาจึงได้พัฒนากฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยใช้หลักการตีความสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเหมาะสมแก่คดีแต่ละคดี (Case by Case) โดยทำให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตกเป็นโมฆะ ซึ่งให้เหตุผลว่า ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy) หรือไม่ชอบด้วยเหตุผล (Unreasonableness) โดยเหตุผลจะเปลี่ยนไปตามเหตุการณ์ในขณะนั้น ๆ นโยบายสาธารณะถือว่าเป็นเครื่องมือการควบคุมทางกฎหมายที่ยืดหยุ่นอย่างยิ่ง และเหมาะสมต่อสภาวะการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป หลักสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ศาลอ้างถึงในหลายๆ คดีด้วยกัน เช่น นโยบายสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือ คำรับประกันโดยปริยาย (implied warranty) ไม่มีความยินยอมร่วมกัน (lack of mutual assent) ไม่มีการต่างตอบแทน (failure of consideration) ข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา (defects in formation of contract) การตีความสัญญา (construction) และความซื่อสัตย์สุจริต (good faith) เป็นต้น

ต่อมาจึงได้มีการรวบรวมกฎหมายพาณิชย์เข้าไว้ด้วยกันเป็นประมวลกฎหมายพาณิชย์เอกรูป (Uniform Commercial Code) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 2 - 302²⁹ ได้บรรจุหลักความไม่มโนธรรม (Unconscionability) ซึ่งใช้เฉพาะแก่สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์แต่ศาลก็นำหลักนี้ไปปรับใช้กับสัญญาประเภทอื่นตามกฎหมายคอมมอนลว์ด้วย

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้คือ

1) เพื่อให้ศาลสามารถตัดสินได้ว่าสัญญาทั้งฉบับ หรือข้อสัญญาบางข้อไม่มีผลบังคับ ซึ่งแต่เดิมศาลตัดสินคดีแบบนี้โดยให้เหตุผลอื่น เช่น ขัดต่อนโยบายสาธารณะ คำรับประกันโดยปริยาย ไม่มีความยินยอมร่วมกัน และความล้มเหลวของการต่างตอบแทน เป็นต้น

²⁹ Uniform Commercial Code 2 – 302 Unconscionable Contract of Clause

1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause there of may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial settings, purpose and effect to avoid the court in making the determination.

- 2) เป็นการรวมหลักการทาง Equity มาไว้ในกฎหมาย
- 3) เป็นการป้องกันการเอาเปรียบและเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรม

โดยสรุปในเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา ศาลได้นำเอาหลักการที่กล่าวไว้ข้างต้นมาใช้เพื่อเสริมหลักที่มีอยู่เดิม ซึ่งกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้กว้าง ๆ โดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจปรับแก้ข้อสัญญาที่เห็นว่าไม่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบเกินไป โดยยึดหลักให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและเหมาะสมต่อสภาพการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปในสังคม³⁰

4.3.4 แนวคิดของกฎหมายอังกฤษ³¹

ในประเทศอังกฤษผู้พิพากษาได้รับอิทธิพลจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างมาก ศาลจึงไม่เข้าไปควบคุมเนื้อหาของสัญญา เว้นแต่ในกรณีของข้อสัญญาในส่วนของข้อยกเว้นต่าง ๆ แต่ในส่วนของข้อสัญญาหลักศาลเพียงแต่ใช้วิธีการควบคุมโดยทางอ้อมในการตีความข้อสัญญา โดยศาลอังกฤษมีหลักในการตีความดังนี้คือ

1. หลัก “The Contra Proferentem Rule” กล่าวคือ ศาลจะตีความข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นความรับผิดไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาที่ข้ออ้างสัญญาดังกล่าววน้อยที่สุด (Exemption clauses are strictly construed against parties who rely on them)

2. หลัก “The Proferentem Rule” กล่าวคือ การตีความข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดความรับผิดในสัญญามาตรฐานนั้น ต้องตีความไปในทางที่จะทำให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสัญญาดังกล่าววน้อยที่สุด

3. หลัก “Fundamental Breach” มี 2 ความหมาย

- 1) กรณีที่มีการทำผิดข้อสัญญาที่เป็นรากฐานหรือหัวใจของสัญญา ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานว่าคู่สัญญาไม่มีเจตนาให้ข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดใช้บังคับในกรณีที่มีการทำผิดสัญญาข้อนั้น

- 2) ลักษณะการทำผิดสัญญานั้นมีลักษณะร้ายแรง กล่าวคือ การจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการทำผิดสัญญา

³⁰Sinai Deutch. (1977). *Unfair Contracts : The Doctrine of Unconscionability*. p.11.

พอพันธ์ คิคจิตต์. (2536, พฤศจิกายน - ธันวาคม). “แนวความคิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.” *ดุลพินิจ*, เล่ม 6, ปีที่ 40. หน้า 46 - 48. อ้างถึง Jane P. Mallor. (1986). “Unconscionability in Contracts between Merchants.” 40 *Southwestern L.J.*, p.1069.

³¹ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์. (2528, มีนาคม). “สัญญาสำเร็จรูปของอังกฤษ.” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 15, ฉบับที่ 1. หน้า 23 - 27.

แม้ว่าศาลอังกฤษจะพยายามใช้หลักการตีความดังกล่าวมาช่วยจำกัดขอบเขตของการแสวงหาประโยชน์อันไม่เป็นธรรมจากการอ้างข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดก็ตาม แต่มาตรการต่าง ๆ นั้นล่าช้าและไม่เพียงพอ ดังนั้นในปี ค.ศ. 1977 ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ รัฐสภาอังกฤษจึงได้ตรากฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่งเรียกว่า The Unfair Contract Terms Act 1977 (พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977) มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2521 เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการแสวงหาผลประโยชน์จากข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดโดยไม่เป็นธรรม สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้คือ

1. เพื่อควบคุมการจำกัดความรับผิดของคู่สัญญา (exemption clauses) โดยกำหนดว่าข้อจำกัดความรับผิดไม่มีผลบังคับ หรืออาจมีผลบังคับถ้ามีเหตุผลเพียงพอ (The requirement of reasonableness)

2. เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่มีฐานะและอำนาจต่อรองน้อยกว่า โดยกำหนดว่าในกรณีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทำสัญญาในทางธุรกิจของตนโดยใช้สัญญารูปแบบที่ตนกำหนดขึ้น (standard form contract) กับคู่สัญญาอีกฝ่ายที่เป็นลูกค้าของตน การจะบังคับตามข้อสัญญานั้นจะต้องพิจารณาว่ามีเหตุผลเพียงพอหรือไม่

บทที่ 5

วิเคราะห์ สรุป และเสนอแนะ

5.1 วิเคราะห์

การเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี (Contingent-based fee) หมายถึงการเรียกค่าวิชาชีพทนายความในงานว่าความโดยคำนวณจากผลแห่งคดีที่เกิดขึ้น การเรียกค่าทนายความในลักษณะนี้ไม่ใช่การพนันขั้นต่อเพราะตัวทนายความเองจะเป็นผู้มีผลประโยชน์ได้เสียโดยตรงในผลแห่งคดี แต่การที่ทนายความมีผลประโยชน์โดยตรงดังกล่าวทำให้ขัดแย้งกับแนวความคิดว่าทนายความควรทำหน้าที่เพียงการว่าต่างแก่ต่างแทนคู่ความในคดี (Representing the parties) เท่านั้น หากทนายความเข้าไปมีผลประโยชน์โดยตรงในผลแห่งคดีก็จะขัดต่อหลักการที่ทนายความเป็นประจักษ์ “เจ้าหน้าที่ศาล”¹ ในการประสิทธิ์ประสาทความ

¹ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่า คำว่า “เจ้าหน้าที่ศาล” ศาลฎีกาทงหมายถึง “เจ้าหน้าที่ในการยุติธรรม” (Officer of Justice) ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมมากกว่าเจ้าหน้าที่ศาลที่เป็นรูปธรรม ศาลฎีกาจึงใช้คำว่า “คุณ” หรือเสมือนเป็นเจ้าหน้าที่ศาลในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรม แต่ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนเห็นว่าการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมนั้นควรเป็นหน้าที่ของบุคคลากรทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมจึงยังชอบที่จะใช้คำว่าเจ้าหน้าที่ในการยุติธรรมมากกว่า “เจ้าหน้าที่ศาล”

อนึ่ง ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ในบทความ “หลักวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์” ลงพิมพ์ในหนังสือ *รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย* โดยรองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543) : หน้า 131 ระบุว่า “... แนวความคิดเรื่องจริยธรรมอาจเปลี่ยนแปลงไปตามความคิดของนักกฎหมายตามกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไปได้ เช่น เรื่องค่าทนายความซึ่งเรียกตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) หรือกล่าวง่าย ๆ ว่า No win, No fee คือถ้าไม่ชนะก็ไม่เรียกค่าทนายความเลย แต่ถ้าชนะคดีทนายความก็ขอแบ่งส่วนทรัพย์สินที่พิพาทที่ได้จากการชนะคดี ซึ่งอาจจะเป็นครั้งหนึ่งหรือมากกว่านั้นแล้วแต่จะตกลงกัน ข้อตกลงเรื่องค่าทนายความประเภทนี้เดิมต้องห้ามตามกฎหมายอังกฤษถือว่า *วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติ ไม่ใช่จะเอามาแสวงหาผลประโยชน์ในลักษณะนี้* กับทั้งยังถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการยุให้รำด่าให้ร้าย ให้บุคคลเป็นความกันซึ่งเป็นความผิดอาญาอย่างหนึ่งที่เรียกว่า Champerty ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกายอมให้มีการเรียกค่าว่าความในลักษณะนี้ อย่างไรก็ตาม ในประเทศอังกฤษ หลังจากปี 1996 แนวความคิดก็เปลี่ยนไปว่าให้ทนายความเรียกเก็บค่าทนายความตามผลแห่งคดีได้โดยให้เหตุผลว่า เป็นกรณีช่วยเยียวยาจากความที่ขาดทุนทรัพย์สินในการดำเนินคดี”

ยุติธรรม ดังที่ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2543 (ประชุมใหญ่) “...ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของนายความ ในฐานะที่นายความมีส่วนสำคัญในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ศาล นายความไม่พึงทำสัญญากับลูกความของตน ในลักษณะที่ตนเองมีส่วนได้เสีย โดยตรงในคดีจนกระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว”

ความคิดที่ว่านายความเป็นเจ้าหน้าที่ในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมเป็นแนวความคิด หรือปรัชญาที่ว่านายความมีหน้าที่รักษาความถูกต้องเป็นธรรมตามกฎหมาย จึงต้องมีความเป็นกลางในระดับหนึ่ง ความเป็นกลางดังกล่าวจึงต้องไม่ให้นายความเข้าไปมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีเสมือนหนึ่งเป็นคู่ความเพราะจะทำให้เสียคุณลักษณะของความเป็นกลางในการมองความถูกต้องชอบธรรม²

ในด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัตินายความสองฉบับแรก กล่าวคือ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 ต่างมีบทบัญญัติห้ามการเรียกค่าทนายความ โดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ส่วนพระราชบัญญัตินายความฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 กลับไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่น่าสนใจวิเคราะห์อย่างยิ่ง นอกจากการวิเคราะห์ในเชิงทฤษฎีและเอกสารแล้ว ผู้ทำวิทยานิพนธ์ยังได้วิเคราะห์ภาคสนาม โดยใช้แบบสอบถามไปยังนักกฎหมายทั้งภาคทนายความ เอกชน และศาล (โปรดดูรายละเอียดในภาคผนวก 2 และ 3) ผลการวิเคราะห์ยืนยันข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งว่า ความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องค่าทนายความว่าทนายความควรมีลักษณะอย่างไร ซึ่งแยกออกเป็นสองแนวคิดดังนี้

1. นายความต้องเป็นเสมือน “เจ้าหน้าที่ศาล” หรือนุคกลางในการยุติธรรมที่ต้องเป็นกลางและพิทักษ์ประโยชน์แห่งความยุติธรรมจึงไม่อาจเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท

² พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) “ห้ามมิให้นายความเข้าเป็นทนายความ โดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ”

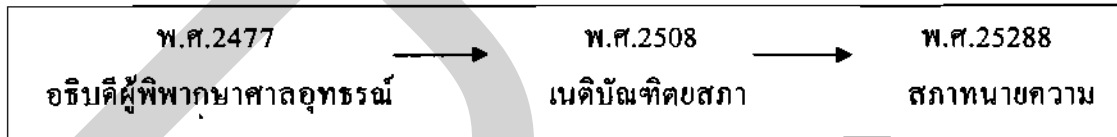
พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 17 บัญญัติว่า “ทนายความต้องปฏิบัติให้ต้องตามมรรยาททนายความตามที่เนติบัณฑิตยสภากำหนดโดยตราเป็นข้อบังคับและประกาศในราชกิจจานุเบกษา การฝ่าฝืนเป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความ” และมาตรา 41 บัญญัติว่า “ในระหว่างที่เนติบัณฑิตยสภายังไม่ได้ตราข้อบังคับให้ถือว่าความในมาตรา 12 (2) แห่งพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 เป็นเสมือนข้อบังคับที่เนติบัณฑิตยสภาดำเนิน”

ปัจจุบันข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 มิได้บัญญัติห้ามนายความเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความอย่างพระราชบัญญัตินายความสองฉบับแรก

2. การยอมให้ทนายความเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีซึ่งอาจให้ผลดีประการหนึ่งคือคู่ความที่เกี่ยวข้องไม่ต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายด้านคดีความตั้งแต่แรก

การวิจัยพบว่าทั้งวิชาชีพกฎหมายด้านตุลาการ³ และทนายความหรือนักกฎหมายที่ไม่ใช่ตุลาการ⁴ ต่างเห็นด้วยกับการให้เรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี

เมื่อวิเคราะห์หับทบัญญัติของพระราชบัญญัติทนายความทั้งสามฉบับแล้ว (ดังแผนผัง)



เป็นที่น่าสังเกตว่า พระราชบัญญัติทนายความฉบับแรก กล่าวคือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 นั้น วิชาชีพทนายความอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาลอุทธรณ์⁵ ส่วน

³ ผลจากการประเมินแบบสอบถามพบว่า ผู้พิพากษาหรือตุลาการร้อยละ 53.33 เห็นด้วยกับการเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี (โปรดดูภาคผนวก 3)

⁴ ผลจากการประเมินแบบสอบถามพบว่า ทนายความร้อยละ 73.33 เห็นด้วยกับการเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี (โปรดดูภาคผนวก 3)

⁵ พระราชบัญญัติทนายความ พุทธศักราช 2477

มาตรา 12 “ศาลอุทธรณ์ มีอำนาจออกคำสั่งภาคทัณฑ์ หรือห้ามมิให้ทนายความคนใดทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือให้ลบชื่อทนายความคนใดออกจากทะเบียนได้ โดยอาศัยพิจารณาเห็นเหตุความผิดดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) เมื่อทนายความคนใดมีผิดฐานฉ้อกระบัตินลูกความ หรือประพฤติผิดข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ หรือเอาเท็จมาหามาแก้ดวงศาลเพื่อให้ออกคำสั่ง คำบังคับซึ่งทนายความนั้นรู้อยู่แก่ใจว่าเป็นคำสั่งผิดหรือ

(2) เมื่อทนายความคนใดปลุกความโดยยุยงส่งเสริมให้เขาฟ้องกันในกรณีอันหามูลมิได้ หรือเข้าเป็นทนายความว่าต่างแก้ต่าง โดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ หรือ

(3) เมื่อทนายความคนใดสมรู้เป็นใจทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อปลุกพยานเท็จหรือเสียมสอนพยานให้เบิกความเท็จ หรือโดยปกปิดซ่อนงำอำพรางคำพยานหลักฐานใดๆ ซึ่งควรจะนำมายื่นต่อศาลหรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงานหรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน หรือ

(4) เมื่อทนายความคนใดมีผิดโดยสถานอื่นอันเป็นความประพฤตินอกมรรยาทแห่งทนายความผู้มีอาชีพอยู่ในสัจย์สุจริต

คำสั่งของ ศาลอุทธรณ์ นี้ ให้ฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหากฎหมาย ฎีกานี้ให้ยื่นภายในกำหนดหนึ่งเดือน ในระหว่างฎีกานั้น คำสั่งของศาลอุทธรณ์มีผลบังคับได้”

พระราชบัญญัติทนายความฉบับที่สอง กล่าวคือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 นั้น วิชาชีพทนายความอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเนติบัณฑิตยสภา⁶ ทั้งนี้เป็นที่ทราบกันแพร่หลายว่าเนติบัณฑิตยสภาซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลวิชาชีพทนายความก่อนพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 นั้นเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยกรรมการส่วนใหญ่มาจากวิชาชีพตุลาการ เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 องค์กรที่กำกับดูแลวิชาชีพทนายความเป็นองค์กรของวิชาชีพทนายความเอง ภาพที่สะท้อนออกมาด้านค่าทนายความจึงมิได้มีการบัญญัติให้การเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีเป็นการผิดมรรยาท อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยมรรยาทต่อตัวความ⁷ และมีได้ห้ามการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีดังกล่าว

⁶ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508

มาตรา 3 “ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พุทธศักราช 2477 พระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481 และพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2483”

มาตรา 39 “ให้ เนติบัณฑิตยสภา แต่งตั้งคณะกรรมการมรรยาททนายความภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ”

⁷ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529

ข้อ 4 ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับข้อใดข้อหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่าทนายความนั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ

หมวด 3 มรรยาทต่อตัวความ

ข้อ 9 กระทำการใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหาผลมิได้

ข้อ 10 ใช้อุบายอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวดังต่อไปนี้ เพื่อจูงใจให้ผู้ใดมอบคดีให้ว่าต่าง หรือแก้ต่าง

(1) หลอกลวงให้เขาหลงว่าคดีนั้นจะชนะ เมื่อตนรู้สึกแก้ไขว่าจะแพ้

(2) อวดอ้างว่าตนมีความรู้ยิ่งกว่าทนายความอื่น

(3) อวดอ้างว่าเกี่ยวข้องกับสมัครพรรคพวกรู้จักคุ้นเคยกับผู้ใดอันกระทำให้เขาหลงว่าตนสามารถจะทำให้เขาได้รับผลเป็นพิษนอกจากทางว่าความ หรือหลอกลวงว่าจะชักนำจูงใจให้ผู้นั้นช่วยเหลือคดีในทางใดๆ ได้ หรือแอบอ้างขู่ว่าถ้าไม่ให้ตนว่าคดีนั้นแล้วจะหาหนทางให้ผู้นั้นกระทำให้คดีของเขาเป็นแพ้

ข้อ 11 เปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความเว้นแต่จะ ได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล

ข้อ 12 กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวดังต่อไปนี้อันอาจทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ

(1) จงใจขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี

(2) จงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือ

ปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ

5.1.1 วิเคราะห์ความเห็นในทางคำราชของการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี

ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่าปัจจุบันมีการออกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และมีข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 เริ่มใช้บังคับเมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2529 โดยที่ไม่มีบทบัญญัติห้ามการเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้จากคดีเป็นการผิดมรรยาททนายความ การกระทำดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย สัญญาจ้างว่าความดังกล่าวน่าจะสมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆะ ใช้บังคับได้ คำบรรยายดังกล่าวอ้างคำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530 ซึ่งวินิจฉัยว่าสัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าต่างให้จำเลยทั้งสามก่อนวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2529 โดยคิดค่าจ้างร้อยละ 30 ของเงินที่ได้มาทั้งหมด มิได้คิดจากทุนทรัพย์ที่ฟ้องเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความมิขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความพ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 (ปัจจุบันมาตรา 150)

ศาสตราจารย์ศักดิ์ ให้ความเห็นต่อไปว่า แต่ถ้าเป็นสัญญาที่ทำหลังจากวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 แล้วแม้จะเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้ในคดีนั้น สัญญาว่าจ้างนั้นก็สมบูรณ์ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อัครวิทย์ สุมาวงศ์⁹ มีความเห็นว่า ในปัจจุบัน (หลังจากการบังคับใช้ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529) ถ้ามีการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้จากคดีแล้ว ก็ถือว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาจ้างว่าความนั้นจะสมบูรณ์ไม่เป็น โมฆะ เช่นถ้าลูกความชนะคดีได้เงินจากคดี 100,000 บาท สัญญาว่าจะแบ่งให้ร้อยละ 20 หรือลูกความชนะคดีได้มาซึ่งที่นาจะแบ่งให้กึ่งหนึ่งหรือหนึ่งในสาม ซึ่งแต่เดิมเป็น โมฆะ แต่ปัจจุบันถือว่าเป็นข้อตกลงที่สมบูรณ์ ถ้าลูกความไม่ชำระหนี้ทนายความก็สามารถเรียกร้องโดยการฟ้องบังคับให้ลูกความปฏิบัติตามสัญญาเช่นว่านั้น ได้เมื่อชนะคดีตามที่ได้ทำสัญญาจ้างว่าความแล้ว¹⁰

⁹ ศักดิ์ สนองชาติ. เรียบเรียงโดยจรูญ ภักดีศรีนากุล. (2535). คำบรรยายกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรม – สัญญา. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 140 – 141.

¹⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ เรียบเรียงโดย ประทีป เฉลิมภัทรกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรม – สัญญา. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 144 – 146.

¹⁰ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่ากรณียังเป็นที่น่าสงสัยว่า แม้ในแนวความคิดที่ว่าอาจมีการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี ก็มีได้หมายความว่า จะมีการเรียกค่าว่าความกึ่งหนึ่งของเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากคำพิพากษา การเรียกค่าว่าความกึ่งหนึ่งของจำนวนเงินที่ชนะคดีอาจมีปัญหา กล่าวคือ หลังจากการใช้

จิรนิติ หะวานนท์¹¹ เห็นว่า คำทนายความย่อมขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่าง ทนายความกับลูกความ หากตกลงกันแล้วมากเกินไป กฎหมายย่อมมีส่วนเข้าเกี่ยวข้องได้ วิชาชีพกฎหมายเป็นบริการที่จำเป็นแก่สังคมแต่ขณะเดียวกันก็เป็นการผูกขาดวิชาชีพไม่มีการ แข่งขันทางด้านราคาเพื่อป้องกันการเรียกค่าจ้างว่าความที่สูงเกินไป ศาลอ้างหลักกฎหมายว่า เรื่องกำหนดค่าจ้างว่าความนั้นหากกำหนดเกินสมควรเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน ดร.จิรนิติ กล่าวถึงหลักเกณฑ์การคำนวณค่าจ้างว่าความว่าให้ คำนึงถึงหลักการดังต่อไปนี้

1. เวลาและแรงงานที่ทนายความต้องเสียไปในการทำคดี รวมทั้งความยาก-ง่าย แห่งคดี
2. โอกาสที่ทนายความต้องเสียไปในการปฏิเสธคดีอื่นเพื่อรับคดีปัจจุบัน
3. อัตราค่าทนายความของทนายความคนอื่นๆ
4. ทุนทรัพย์แห่งคดีและผลประโยชน์ที่ลูกความพึงได้รับ
5. ความแน่นอนที่จะได้รับค่าทนายความ
6. ลูกความเป็นลูกความประจำหรือไม่

ดร.จิรนิติ ให้ความเห็นต่อไปว่า การคำนวณค่าทนายความไม่มีกฎหมายบังคับว่า จะต้องเรียกเพียงใด แต่ข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 16 บัญญัติว่า “การแย้งหรือทำการใดในลักษณะประมุขคดีที่มีทนายความอื่นว่าต่างแก้ต่างอยู่แล้ว มาว่าหรือรับหรือสัญญาว่าจะรับว่าต่างแก้ต่างในคดีที่รู้ว่ามีทนายความอื่นว่าอยู่แล้ว” เป็นการ ประพฤติผิดมรรยาททนายความ และข้อบังคับข้อ 17 บัญญัติว่า “การประกาศโฆษณาหรือยอม ให้ผู้อื่นโฆษณาอัตราค่าจ้างว่าความหรือแจ้งว่าจะไม่เรียกร้อยค่าจ้างว่าความ” เป็นการประพฤติ ผิดมรรยาททนายความเช่นกัน ดร.จิรนิติ เห็นว่าตามหลักวิชาชีพกฎหมาย ทนายความเป็น บุคคลหนึ่งซึ่งปฏิบัติหน้าที่รับใช้ประชาชนในด้านความยุติธรรม ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีใน สัญญาจ้างว่าความถือเป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบวิชาชีพ และหากข้อตกลง ดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพ ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมศาล มีอำนาจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่จะทำให้ข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

¹¹ จิรนิติ หะวานนท์. คำอธิบายหลักวิชานักกฎหมาย. หน้า 84 – 86.

ประเภทหนึ่ง¹² การดำรงชีพต้องกระทำตามทำนองคลองธรรมถ้ามีส่วนได้เสียกับผลแห่งคดีย่อมจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่สมบูรณ์

5.1.2 วิเคราะห์การเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

เนื่องจากการเรียกค่าทนายความในลักษณะนี้เป็นวัฒนธรรมวิชาชีพกฎหมายอเมริกันโดยแท้ บทนิยามที่ดีที่สุดน่าจะมาจากพจนานุกรมกฎหมาย Black's Law Dictionary ของอเมริกันซึ่งให้คำยามไว้ดังนี้

“Contingent Fee means a fee charged for a lawyer's services only if the lawsuit is successful or is favorably settled out of court. Contingent fees are usually calculated as a percentage of the client's net recovery (such as 25% of the recovery if the case is settled, and 33% if the case is won at trial)”

“ค่าทนายความตามผลแห่งคดีหมายถึงค่าทนายความจากงานให้บริการทางกฎหมายที่เรียกเก็บเฉพาะเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ชนะคดี หรือเป็นกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความนอกศาลโดยสมประโยชน์แก่ลูกความ ค่าทนายความตามผลแห่งคดีมักจะคำนวณเป็นร้อยละของจำนวนสุทธิที่ลูกความได้รับในชั้นที่สุด (เช่นร้อยละ 25 ในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความ หรือร้อยละ 33 ในกรณีที่มีคำพิพากษาให้ชนะคดี”

ในส่วนที่เกี่ยวกับการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) นั้น ดร. จิรนิติ อธิบายว่า Contingent Fee ได้แก่การกำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนเงินในคดีซึ่งมี 3 ลักษณะคือ¹³

1. การกำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง เช่นฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านบาท คิดค่าจ้างว่าความร้อยละ 10 ของจำนวนทุนทรัพย์คือ 1 แสนบาท
2. การกำหนดค่าจ้างว่าความส่วนที่จะได้รับจากการแพ้หรือชนะคดี เช่นฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านบาท แต่ชนะคดี 5 แสนบาท ตกลงค่าจ้างว่าความคิดเป็นอัตราร้อยละ 10 จากเงินชนะคดี กรณีนี้ได้ค่าจ้างว่าความ 5 หมื่นบาท
3. การกำหนดค่าจ้างว่าความว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีที่นิยามในพจนานุกรมกฎหมาย Black's Law เฉพาะกรณีตาม 2 และ 3 เท่านั้นที่ถือว่าเป็นการเรียกค่า

¹² ข้อความนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2543 (ประชุมใหญ่) “...ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความ ในฐานะที่ทนายความมีส่วนสำคัญในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความ คงเป็นเจ้าของหน้าที่ศาล”

¹³ จิรนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 87 - 90.

ทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) ส่วนกรณีแรกเป็นการเรียกค่าทนายความตามทุนทรัพย์ที่ฟ้องโดยมิได้คำนึงถึงผลแห่งคำพิพากษาจึงมิได้เกี่ยวข้องกับผลแห่งคดีแต่อย่างใด ส่วนกรณีที่ 2 และที่ 3 ถือได้ว่าเป็นการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีเนื่องจากการใช้ค่าทนายความดังกล่าวขึ้นอยู่กับผลแพ้หรือชนะตามคำพิพากษาของลูกความ

ตามกฎหมายไทยในปัจจุบันซึ่งสะท้อนออกมาในคำพิพากษาศาลฎีกา

1. การเรียกค่าทนายความอย่างแรกตามจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องนั้นถือว่าชอบด้วยกฎหมาย และศาลบังคับให้ตามสัญญา¹⁴
2. การเรียกค่าทนายความแบบที่สองตามจำนวนที่ชนะในคำพิพากษาถือว่าทำให้ทนายความมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีจนอาจกระทบกระเทือนต่อหน้าที่สำคัญของทนายความในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความคู่เป็นเจ้าหน้าที่ศาล ทนายความจึงไม่พึงทำสัญญากับลูกความในลักษณะเช่นนั้น ข้อตกลงเป็นโมฆะ ศาลไม่บังคับให้¹⁵
3. ส่วนในกรณีการเรียกค่าทนายความตามแบบที่สามว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความนั้น มีคำพิพากษาซึ่งวางบรรทัดฐานไว้ว่า การตกลงในลักษณะเช่นนี้ไม่ใช่การพนันขั้นต่อ และไม่ใช่การกำหนดเอาส่วนมากน้อยจากผลชนะคดีเพราะกำหนดจำนวนเงินที่แน่นอน จึงไม่ขัดต่อกฎหมาย ศาลบังคับให้ตามสัญญา¹⁶

ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2477, 173/2488, 1045/2493 และ 1702/2499 ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าการเรียกค่าทนายความในลักษณะที่ตกลงกันว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความนั้น แม้มีใช้การพนันขั้นต่ออย่างศาลฎีกาให้ความเห็นไว้ เพราะทนายความมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีจึงมิใช่การพนันขั้นต่อ แต่การที่ทนายความมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีนั้นเองทำให้ข้อกริ่งเกรงของศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1260/2543 โดยที่ประชุมใหญ่เกิดเป็นจริงขึ้นอีก นั่นคือ ทำให้ทนายความมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีจนอาจกระทบกระเทือนต่อหน้าที่สำคัญของทนายความในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความ จึงสมควรที่จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยในความหมายของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1260/2543 เช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่ศาลฎีกาในคดีก่อนปี 2500 ขอมบังคับสัญญาว่าจ้างทนายความในลักษณะที่ตกลงกันว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความนั้น ศาลฎีกาคงมองเห็นประโยชน์ของลูกความซึ่งเป็นผู้บริโภคเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการวิชาชีพ

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 988/2507, 5229/2544

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5622/2530, 1260/2543 (ประชุมใหญ่)

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2477, 173/2488, 1045/2493 และ 1702/2499

ทนายความ และสัญญาดังกล่าวจะเป็นการให้ประโยชน์ลูกความ ศาลคงมองถึง “ความเป็นธรรม” ในสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพและผู้บริโภคว่ามีได้เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค แต่มิได้มองวิชาชีพทนายความในฐานะผู้ประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมที่ไม่ควรมีส่วนได้เสียโดยตรงในผลแห่งคดี หากเป็นเช่นนั้น การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในกฎหมายไทยในปี 2540 จึงเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไป

5.1.3 วิเคราะห์พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับการเยียวยาความไม่เป็นธรรมในสัญญาอ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความ

รัฐสภาให้เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ดังนี้ เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับผู้มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคลเพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าวโดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องสำหรับสัญญารับจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความคือบทบัญญัติในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องดังนี้

มาตรา 4 “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบวิชาชีพที่ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

(4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา ฯลฯ

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม”

มาตรา 10 “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับนี้เปรียบเสมือน โล่ที่จำเลยอาจนำมาใช้เพื่อขอให้ศาลเยียวยาความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันในสัญญาอ้างว่าความรวมถึงความรู้ความเข้าใจในกฎหมาย และความสันทัดจัดเจนในเชิงธุรกิจที่แตกต่างกันระหว่างลูกความซึ่งเป็นผู้บริโภค กับผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความ ดังนั้น ความไม่เป็นธรรมต่างๆที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอัตราค่าทนายความ หากไม่ถึงกับเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลก็อาจเยียวยาโดยการแก้ไขพันธะที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาให้เกิดความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี (Fair and reasonable) ได้

ปัญหาที่ตามมาคือ ในกรณีของการกำหนดอัตราค่าทนายความที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ศาลควรมีเกณฑ์อย่างไร และสมควรที่จะให้ทนายความต้องยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อประกอบการพิจารณาหรือไม่ ดังจะได้วิเคราะห์ต่อไป

5.1.4 วิเคราะห์การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) กับแนวโน้มการผ่อนปรนของกฎหมายไทยต่อการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

ความคิดริเริ่มที่จะนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้ถือได้ว่าเป็นการ “ปฏิวัติวัฒนธรรม” ของการดำเนินคดีแพ่งในประเทศไทย ในระบบการดำเนินคดีแพ่งสมัยใหม่เป็นที่ยอมรับกันว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มในกรณีละเมิดที่มีผู้เสียหายจำนวนมาก (Mass Tort) คดีสิ่งแวดล้อม (Environmental Protection) คดีฉ้อโกงเกี่ยวกับหลักทรัพย์ (Security Fraud) คดีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค (Protection of Consumer) คดีคุ้มครองแรงงาน (Labour Protection) การแข่งขันทางการค้า (Competition) รวมทั้งข้อพิพาทอื่นๆซึ่งมีกลุ่มบุคคลที่มีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริง หลักกฎหมาย และลักษณะเฉพาะเหมือนกัน จะมีประสิทธิภาพ ให้ความธรรม และคุ้มครองสังคมมากกว่าการให้สมาชิกกลุ่มร่วมกันฟ้องคดีหรือการให้ศาลรวมการพิจารณาคดีที่โจทก์ต่างคนต่างฟ้องมาเข้าด้วยกัน การเตรียมความพร้อมสำหรับ “วัฒนธรรมกฎหมาย” ใหม่จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น องค์ประกอบที่สำคัญที่สุดสามส่วนจึงประกอบด้วย ส่วนของศาล ส่วนของทนายความโจทก์ และส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความและการบริหารจัดการคดี

การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฯ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222/5, 222/9, 222/34 และมาตรา 222/37) ซึ่งสรุปได้ว่าผู้ที่เข้าเป็นทนายโจทก์ดังกล่าวอาจต้องทรงแจ้งค่าใช้จ่ายในคดีทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการประกาศแจ้งสมาชิกกลุ่มทุกคน ค่าใช้จ่ายในด้านพยานผู้เชี่ยวชาญ และค่าใช้จ่ายในคดีอื่นๆ ค่าใช้จ่ายเหล่านี้ รวมทั้งค่าวิชาชีพทนายความ ทนายความโจทก์จะได้รับต่อเมื่อชนะคดี โดยศาลอาจกำหนดให้ทนายโจทก์ได้รับเงินรางวัลทนายความไม่เกินร้อยละ 30 ของค่าเสียหายที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มทุกคนได้รับ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเงินรางวัลของทนายความโจทก์อยู่ที่ร่างมาตรา 222/37 ดังนี้

มาตรา 222/37 “กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สิน ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่ทนายความฝ่ายโจทก์ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดีประกอบกับระยะเวลาและการทำงานของทนายความฝ่ายโจทก์ รวมทั้งค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินคดีซึ่งมิใช่ค่าฤชาธรรมเนียมที่ทนายความฝ่ายโจทก์ได้เสียไป และเพื่อประโยชน์แห่งการนี้ เมื่อการพิจารณาคดีสิ้นสุดลงให้ทนายความฝ่ายโจทก์ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวต่อศาล โดยให้สำเนาแก่จำเลยด้วย

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยใช้เงิน นอกจากศาลต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มมีสิทธิได้รับประกอบด้วย โดยกำหนดเป็นจำนวนร้อยละของจำนวนเงินดังกล่าว แต่จำนวนเงินรางวัลดังกล่าวต้องไม่เกินร้อยละสามสิบของจำนวนเงินนั้น

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สินและให้ใช้เงินรวมอยู่ด้วย ให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการกำหนดจำนวนเงินรางวัลตามมาตรา นี้ หากมีการเปลี่ยนทนายความฝ่ายโจทก์ ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลของทนายความฝ่ายโจทก์ตามสัดส่วนของการทำงาน และค่าใช้จ่ายที่เสียไป

ให้ถือว่าทนายความฝ่ายโจทก์เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและจำเลยเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในส่วนของเงินรางวัลทนายความฝ่ายโจทก์ด้วย และเงินรางวัลดังกล่าวมิใช่ค่าชดเชยธรรมเนียม”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้นำเอาการคิดค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) มาใช้โดยเต็มดังจะเห็นได้จากร่างมาตรา 222/37 วรรคสองที่ว่าถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยใช้เงิน นอกจากศาลต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มมีสิทธิได้รับประกอบด้วย โดยกำหนดเป็นจำนวนร้อยละของจำนวนเงินดังกล่าว แต่จำนวนเงินรางวัลดังกล่าวต้องไม่เกินร้อยละสามสิบของจำนวนเงินนั้น

จุดที่น่าสนใจและอาจน่าตกใจสำหรับนักกฎหมายไทยคือ เงินรางวัลทนายความที่ทนายโจทก์จะได้นั้น ไม่ใช่มีเพดานที่ร้อยละ 30 ของเงินที่โจทก์ได้รับเท่านั้น แต่เป็นร้อยละ 30 ของเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มทุกคนได้รับ ในกรณีคดีสิ่งแวดล้อมสมาชิกกลุ่มอาจมีจำนวนร้อยหรือพัน ในคดีฉ้อโกงในตลาดหลักทรัพย์ (Security Fraud) ผู้ต้องเสี่ยหายอาจมีจำนวนพันหรือหมื่น ในคดีฟ้องละเมิดสำหรับสินค้าอันตราย เช่นยารักษาโรค เครื่องจักร เครื่องยนต์ ฯลฯ ผู้ต้องเสี่ยหายอาจมีเป็นจำนวนมากและอยู่กระจัดกระจายไม่เฉพาะภายในราชอาณาจักรแต่อาจอยู่ในประเทศต่างๆ เงินรางวัลดังกล่าวจึงอาจมีจำนวนมากจนอาจเปลี่ยน “วัฒนธรรม” วิชาชีพกฎหมายด้านการว่าความในประเทศไทยก็ได้ แนวโน้มในทางลบก็คือที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการขนานนามทนายความคดีละเมิดประเภทนี้ว่า Ambulance Chaser หรือพวกที่วิ่งไล่ตามรถพยาบาล (เพื่อให้ลงนามในหนังสือมอบอำนาจฟ้องคดี)

อย่างไรก็ตามการฟ้องคดีแบบกลุ่มเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังได้แรงจูงใจจากการพิจารณาคดีแบบลูกขุน (Jury Trial) ซึ่งทนายความโจทก์อาจจูงใจให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนจำนวนมากได้ง่ายกว่าการจูงใจผู้พิพากษาอาชีพในระบบการพิจารณาที่ไม่มีคณะลูกขุน ประกอบกับการที่กฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้มีการเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) บริษัทยักษ์ใหญ่ซึ่งเป็นจำเลยซึ่งมักจะกลัวค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้จึงพยายามให้มีการเจรจาเพื่อการประนีประนอมยอมความนอกศาลหลังจากศาลอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม และปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นหัวข้อการวิจัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ การยอมให้ทนายความโจทก์ตกลงเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) กล่าวคือโจทก์หรือสมาชิกกลุ่มไม่ต้องจ่ายค่าทนายความในขณะที่ทำหนังสือมอบอำนาจให้ฟ้องคดี และหากโจทก์แพ้คดี โจทก์ก็ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ แต่หากโจทก์ชนะคดี ทนายความโจทก์ก็จะได้รับเงินรางวัลทนายความในอัตราร้อยละของเงินที่ชนะคดีทั้งหมด

ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าเมื่อแนวโน้มกฎหมายไทยในกรณีดำเนินคดีแบบกลุ่มยอมให้ศาลทำการคำนวณค่าทนายความจากผลแห่งคดี กรณีก็ไม่น่าจะมีข้อขัดข้องใดๆ ที่จะให้คู่ความและทนายความตกลงกันในลักษณะดังกล่าวได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามหากความเกรงเกรงในเรื่องดังกล่าวเป็นความหวังใจที่ทนายความจะเอาเปรียบลูกความเช่นเรียกค่าว่าความสูงเกินไปกรณีก็จะต้องด้วยบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 เกี่ยวกับสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่หากทำให้ฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบอย่างมาก ศาลก็อาจแก้ไขการบังคับใช้สัญญาจนทำให้เกิดความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้

5.1.5 วิเคราะห์ข้อพิจารณาด้านความเหมาะสมของอัตราค่าทนายความ

ปกติในสังคมเสรีนิยมที่กลไกตลาดเป็นตัวกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ การกำหนดอัตราค่าทนายความก็ไม่ควรแตกต่างจากการกำหนดอัตราค่าวิชาชีพของผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพอื่นๆ ที่จำเป็นต่อสังคม นั่นคือ กลไกตลาด อย่างไรก็ตาม ในกรณีของค่าทนายความยังมีแนวความคิดอีกแนวหนึ่งที่จะต้องมาถ่วงดุลกับแนวความคิดแรก นั่นคือแนวความคิดที่ว่าทนายความเป็นสาขาวิชาชีพกฎหมายที่มีภาระในการสร้างความถูกต้องเป็นธรรมในสังคม ในการผดุงความยุติธรรมในสังคม ภาระนี้จึงอาจคำนวณหรือตีค่าเป็นตัวเงินได้ยาก ในทางปฏิบัติค่าทนายความที่คู่ความตกลงกับทนายความ และค่าทนายความที่ศาลมีคำสั่งให้ในคำพิพากษา¹⁷ มีความแตกต่างโดยสิ้นเชิง

¹⁷ ตาราง 6 แก้ไขโดยมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 7). พ.ศ. 2521. (2521, 31 มีนาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 95, ตอนที่ 37, หน้า 1.

ตามตาราง 6 อัตราค่าทนายความ ห้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีข้อนำสังเกตคืออัตราขั้นต่ำไม่ว่าในศาลใดสำหรับทนายทนายเกิน 25,000 บาท คือ 600 บาทและอัตราขั้นสูงร้อยละ 5 ในศาลชั้นต้น และร้อยละ 3 ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา ส่วนคดีไม่มีทนายทนายนั้น อัตราขั้นต่ำของทุกศาลคือ 50 บาทและขั้นสูงสำหรับศาลชั้นต้น 3,000 บาท สำหรับศาลอุทธรณ์หรือฎีกา 1,500 บาท เนื่องจากตารางห้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงเป็นระยะๆก็มิอาจทันต่อความเปลี่ยนแปลงของค่าเงินและความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ¹⁸ การเรียกร้องให้แก้ไขก็ไม่เป็นที่ปรากฏชัดแจ้งนักเนื่องจากคงไม่มีผู้ใดสนใจตารางดังกล่าวอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ เพราะมีการตกลงเป็นพิเศษโดยมิได้อาศัยตาราง 6 ดังกล่าว กรณีนี้หากมองอย่างนักปฎิรูปกฎหมายก็เป็นเรื่องน่าห่วงที่บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องไม่สนใจอัตราที่กฎหมายกำหนด แต่กลับเจรจาอัตราด้วยตนเอง¹⁹

5.1.6 วิเคราะห์ค่าขึ้นศาลกับการคำนวณค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี

นอกจากอัตราค่าทนายความแล้วอัตราค่าขึ้นศาลก็เป็นองค์ประกอบสำคัญในการคำนวณค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีด้วย²⁰ ในสังคมที่ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

¹⁸ เกี่ยวกับอัตราค่าทนายความ ตาราง 6 ห้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้ทำแบบสอบถามไปยังผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้านผู้พิพากษาตุลาการ และทนายความกับนักกฎหมายอื่น (ตามตัวอย่างแบบสอบถามในภาคผนวก 3 ข้อ 2) ปรากฏว่า

- ผู้พิพากษาร้อยละ 96.66 ตอบว่าไม่เหมาะสมสำหรับปัจจุบัน สมควรแก้ไขให้เพิ่มขึ้น
- ทนายความและนักกฎหมายอื่นร้อยละ 80.00 ก็ให้คำตอบแบบเดียวกัน

¹⁹ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่ายินดีว่า คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ภายใต้ประธานศาสตราจารย์จรูญ กักดิธนากุล กำลังพิจารณาเสนอตารางอัตราค่าขึ้นศาลใหม่ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว และหากคณะกรรมการภายใต้ศาสตราจารย์จรูญจะได้พิจารณาข่างอัตราค่าทนายความขึ้นใหม่ในร่างดังกล่าวด้วย ก็จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง แต่ตารางดังกล่าว ถ้าหากยังมี ก็คงใช้เฉพาะคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์เท่านั้น เพียงแต่อัตราดังกล่าวคงจะช่วยกระตุ้นให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าทนายความในคดีอื่นๆในทางที่ใกล้กับความเป็นจริงในทางปฏิบัติมากขึ้น

²⁰ โดยปกติ ทุกประเทศถือว่าศาลเป็นบริการสาธารณะด้านความยุติธรรมที่รัฐให้แก่ประชาชน ค่าขึ้นศาลจึงมิใช่ปัจจัยที่จะทำให้ผู้ประสงค์จะเป็นโจทก์ต้องทบทวนการนำคดีความสู่ศาล ทั้งนี้ต่างจากค่าทนายความ ค่าทนายความที่มีอัตราค่อนข้างสูงในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และประเทศอุตสาหกรรมอื่นๆ เป็นปัจจัยที่ทำให้โจทก์ต้องทบทวนถึงผลดีผลเสียในการนำคดีขึ้นสู่ศาล สำหรับประเทศไทย ตาราง 1 ห้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2521 มีความว่า “ตาราง 1 ค่าขึ้นศาล (เสียในเวลายื่นคำฟ้อง)
(1) คดีที่มีค่าขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาค่าเงินได้ ให้คิดค่าขึ้นศาลตามทนายทนายดังต่อไปนี้

ตกอยู่กับฝ่ายที่แพ้คดี²¹ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสะท้อนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ โจทก์ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีความถี่ถ้วนในการตัดสินใจเพื่อฟ้องคดีเพราะมีค่าใช้จ่ายสูง

ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าหากนำหลักการนี้มาใช้ในการบริหารความยุติธรรมทางแพ่งอย่างรอบคอบแล้ว ก็อาจเป็นการลดปริมาณคดีที่ไม่จำเป็นออกจากระบบได้มากอีกประการหนึ่ง ส่วนข้อแย้งว่ามาตรการดังกล่าวอาจทำให้ผู้มีรายได้น้อย หรือด้อยในฐานะทางเศรษฐกิจขาดโอกาสในการใช้สิทธิทางศาลหรือใช้สิทธิทางศาลได้ยากขึ้น คำตอบของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ อาจถึงเวลาที่กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งต้องพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 242 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างจริงจัง

มาตรา 242 “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจจัดหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว

ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

(ก) คำฟ้องนอกจากที่ระบุไว้ใน (ข) และ (ค) ต่อไปนี้ให้เรียกโดยอัตราสองบาทห้าสิบสตางค์ต่อทุกร้อยบาทแต่ไม่ให้เกินสองแสนบาท

(ข) คำฟ้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 222 ให้เรียกโดยอัตราหนึ่งบาทต่อทุกหนึ่งร้อยบาท ตามจำนวนที่อนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในคำชี้ขาด แต่ไม่ให้เกินแปดหมื่นบาท

(ค)

(๒) คดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข้ออื่น ไม่อาจคำนวณเป็นราคาค่าเงินได้

(ก) คดีทั่วไปรวมทั้งคดีไม่มีข้อพิพาท ให้เรียกเรื่องละสองร้อยบาท

(ข) ...

(๓)

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 161 “... ความรับผิดชอบที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมของคู่ความในคดี ย่อมตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่แพ้คดี” อย่างไรก็ตามในมาตราดังกล่าวให้อำนาจศาลที่จะสั่งเป็นอย่างอื่น “ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้ความหรือการดำเนินคดีของคู่ความทั้งปวง”

ในทางปฏิบัติ หากโจทก์ชนะคดี ศาลก็มักจะสั่งว่า “... ให้จำเลยชำระค่าฤชาธรรมเนียมแทนโจทก์ โดยกำหนดเป็นค่าทนายความ... บาท” หลักการนี้เป็นหลักการเดียวกับประเทศอังกฤษที่เรียกว่าหลักผู้แพ้จ่าย (Loser Pays) แต่ในประเทศอังกฤษ การจ่ายค่าทนายความแก่ฝ่ายที่ชนะคดีเป็นการจ่ายที่ใกล้เคียงกับความเป็นจริงจึงมีค่าใช้จ่ายสูงสำหรับผู้แพ้คดี เป็นปัจจัยที่ทำให้มีการยับยั้งชั่งใจสำหรับฝ่ายโจทก์ที่จะไม่ฟ้องคดีโดยไม่จำเป็น

ในการจัดหาหนายความแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญานั้น รัฐใช้วิธีการจัดหาหนายความโดยจ่ายเงินรางวัลหนายความให้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้อนุวัตรหลักการในรัฐธรรมนูญโดยการตรามาตรา 173 ดังนี้

มาตรา 173 “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณา ให้ศาลถามจำเลยว่ามีหนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งหนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณา ให้ศาลถามจำเลยว่ามีหนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการหนายความก็ให้ศาลตั้งหนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลหนายความและค่าใช้จ่ายแก่หนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด”²²

ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าแนวทางนี้น่าจะเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในคดีแพ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 วรรคสองด้วย

²² ระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม “ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่หนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548.” ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547, ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 122 ตอนที่ 56 ก วันที่ 15 มิถุนายน 2548.

ข้อ ๒ “ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม พ.ศ. 2548 เป็นต้นไป”

ตาราง

อัตราเงินรางวัลหนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

อัตราเงินรางวัล	ประเภทที่ ๑	ประเภทที่ ๒	ประเภทที่ ๓
ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำและขั้นสูง ดังที่ระบุไว้ในตารางนี้	คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต	คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไป แต่ไม่ถึงประหารชีวิต	คดีอื่นนอกจากคดีในประเภทที่ ๑ หรือประเภทที่ ๒ หรือกรณีของหนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาในชั้นก่อนฟ้องคดีต่อศาล
อัตราขั้นต่ำเรื่องละ	๘,๐๐๐ บาท	๖,๐๐๐ บาท	๔,๐๐๐ บาท
อัตราขั้นสูงเรื่องละ	๕๐,๐๐๐ บาท	๔๐,๐๐๐ บาท	๓๐,๐๐๐ บาท

หากวิเคราะห์ในรายละเอียด การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายด้านคดีแพ่งแก่ประชาชนนั้น อาจแยกเป็นการบริการให้ความรู้ทางกฎหมาย และการช่วยเหลือด้านจัดหาทนายความว่าต่างแตกต่างกัน การให้ความรู้ทางด้านกฎหมายมีหน่วยงานหลายหน่วยงานทางภาคเอกชนและภาครัฐให้บริการอยู่แล้ว เช่น สภานายความ คณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยต่างๆ สำนักหรือแผนกกฎหมายในกระทรวงทบวงกรมที่จัดนิติกรดูแลและประชาสัมพันธ์งานที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของตน สิ่งที่ยังขาดตามเงื่อนไขที่กำหนดในรัฐธรรมนูญคงเป็นเรื่องการจัดหาทนายความว่าต่างแตกต่างกันประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนและต้องใช้สิทธิทางศาล ในปัจจุบัน แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะมีบทบัญญัติเรื่องการดำเนินคดีอาญาอยู่แล้ว แต่ก็เป็นการเยียวยาเฉพาะค่าธรรมเนียมศาลเท่านั้น มิได้เยียวยาความเดือดร้อนอย่างมีประสิทธิภาพแก่ประชาชนที่จำเป็นแต่อย่างใด เพราะค่าใช้จ่ายที่มากกว่าในชั้นสู่ความในศาลคือค่าทนายความ

ดังนั้นการจะอนุวัติการได้เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 วรรคสอง อย่างแท้จริง รัฐต้องจัดหาทนายความว่าต่างแตกต่างกันในกรณีที่มีความเดือดร้อนด้านค่าใช้จ่าย และการฟ้องหรือต่อสู้คดีมีเหตุอันควร รัฐอาจมีทางเลือกสองทางคือ

1. ใช้กลไกหรือหน่วยงานของรัฐเองเป็นผู้ว่าต่างแตกต่างกันให้ หรือ
2. ใช้วิธีจ้างทนายความตามแบบอย่างในการให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนด้านคดีอาญา วิธีการทั้งสองนี้อาจจำแนกเป็นแนวทางปฏิบัติได้ดังนี้

1) จัดหน่วยงานใน กระทรวงยุติธรรม เพื่อให้ว่าต่างแตกต่างกันคู่ความที่ยากจนและสมควรในคดีแพ่ง

2) จัดหน่วยงาน ในสำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อให้ว่าต่างแตกต่างกันคู่ความที่ยากจนและสมควรในคดีแพ่ง

3) จัดทนายความให้คู่ความที่ยากจนและสมควร ในคดีแพ่ง โดยเทียบเคียงกับอัตราเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตาม ป.วิ.อ. มาตรา 173

ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าแนวทางตามข้อ 1) และ 2) เป็นการเพิ่มงานหรือหน่วยงานในองค์กรของรัฐ มีผลทำให้ระบบราชการ (Bureaucracy) ใหญ่โตมากขึ้น ไม่น่าจะต้องด้วยวิธีการบริหารรัฐกิจที่มีประสิทธิภาพ ส่วนแนวทางตามข้อ 3) น่าจะเหมาะสมที่สุดเนื่องจากทนายความที่เป็นวิชาชีพที่มีความรู้เชี่ยวชาญพิเศษ มีสภานายความดูแลอย่างมีประสิทธิภาพ การจ้างทนายความโดยรัฐเองน่าจะทำให้ระบบการเคลื่อนไหวของเงินค่าบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทนายความซึ่งมีการจดทะเบียนจำนวน 45,939 คนที่วราฯ ราชอาณาจักรก็จะมีโอกาส

ในการให้บริการอย่างทั่วถึง การจัดตั้งหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรม หรือสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อว่าต่างแก่ต่างแก่คู่ความในคดีแพ่งอาจต้องมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นอกเหนือจากการสร้างงานภาครัฐดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้ว²³

สำหรับภาระที่เพิ่มขึ้น รัฐอาจพิจารณาปรับปรุงโครงสร้างค่าขึ้นศาลใหม่เพื่อให้คดีอื่นๆที่คู่ความไม่มีความเดือดร้อน หรือเดือดร้อนน้อยกว่าแบกภาระในส่วนของคุณค่าที่มีฐานะทางเศรษฐกิจคือเพื่อแบ่งเบาการจ่ายจากเงินภาษีอากร โดยรวม²⁴

²³ ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้จัดทำแบบสอบถาม (Questionnaire) เพื่อสอบถามผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายประเภทผู้พิพากษา และทนายความรวมทั้งนักกฎหมายอื่น เพื่อสอบถามความเห็นเกี่ยวกับการให้รัฐจัดความช่วยเหลือด้านกฎหมายในคดีแพ่งแก่ประชาชนผู้ยากจนและมีเหตุอันสมควร ปรากฏว่า

• ผู้พิพากษาร้อยละ 66.66 และทนายความร้อยละ 76.66 เห็นควรให้รัฐจ้างทนายความ และให้เงินรางวัลทนายความในลักษณะคดีอาญา

• ผู้พิพากษาร้อยละ 26.66 และทนายความร้อยละ 16.66 เห็นควรให้รัฐจัดหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรมเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนในคดีแพ่ง

• ผู้พิพากษาร้อยละ 0.00 และทนายความร้อยละ 3.33 เห็นควรให้รัฐจัดหน่วยงานในสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนในคดีแพ่ง

²⁴ เนื่องจากการเสนอแนะค่าขึ้นศาลใหม่เป็นการเกินขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์จึงขอเสนออัตราค่าขึ้นศาลที่คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ พ.ศ.... เพื่อเป็นแนวทางประกอบการพิจารณา ดังนี้ หมวด 7 ค่าฤชาธรรมเนียม มาตรา 91 “ในคดีค่าขอปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ให้โจทก์เสียค่าขึ้นศาลในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ตามจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกหรือทรัพย์สินที่พิพาทกันดังนี้

(1) ทุนทรัพย์ไม่เกินสิบล้านบาท อัตราสองบาทห้าสิบสตางค์ต่อทุกหนึ่งร้อยบาท

(2) ทุนทรัพย์ส่วนที่เกินสิบล้านบาท อัตราหนึ่งบาทต่อทุกหนึ่งร้อยบาทแต่ไม่ให้เกินสองแสนห้าหมื่นบาท

ในคำขอปลดเปลื้องทุกข์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ให้โจทก์เสียค่าขึ้นศาลในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์เรื่องละห้าพันบาท

ในคำขอปลดเปลื้องทุกข์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้และไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้รวมกันอยู่ ให้เรียกค่าขึ้นศาลตามอัตราในวรรคหนึ่ง แต่มิให้ต่ำกว่าอัตราในวรรคสอง”

5.2 สรุป

การกำหนดหรือคำนวณเงินค่าทนายความมีวิธีการหลักที่มีการนำไปใช้ในประเทศต่าง ๆ อยู่สองวิธีคือ (1) วิธีการคำนวณแบบอัตราร้อยละของเงินกองทุน (Percentage of the Fund) เงินกองทุนดังกล่าว อาจเป็นจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกครองในคดี หรือจำนวนเงินที่ได้ตามคำพิพากษา และ (2) วิธีการคำนวณจากปริมาณงานที่ทำ (Lodestar) เป็นการคำนวณจากชั่วโมงการทำงานทั้งหมดของทนายความที่ต้องใช้ไปโดยควรในคดี วิธีการทั้งสองแบบต่างมีข้อดีและข้อเสีย การใช้วิธีการแบบแรกหรือคำนวณตามอัตราร้อยละอาจจะสอดคล้องกับแนวปฏิบัติในวิชาชีพส่วนใหญ่ของทนายความในประเทศไทยที่ไม่ได้มีการกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่แน่นอน และไม่มีการบันทึกรายละเอียดการทำงานสำหรับตรวจสอบและคำนวณค่าตอบแทนกรณีจึงอาจจะมีประโยชน์ที่จะกำหนดค่าตอบแทนในลักษณะร้อยละเป็นวิธีการคำนวณเงินค่าทนายความ อย่างไรก็ตาม แนวความคิดและวิธีการบริหารงานสำนักงานกฎหมายที่พัฒนาจากต่างประเทศอาจนำไปสู่การคิดค่าทนายความตามจำนวนและปริมาณงานที่ทำ หมายความว่าวิชาชีพทนายความในประเทศไทยอาจก้าวไปสู่การคิดค่าทนายความแบบ Lodestar ซึ่งทนายความหรือเลขานุการต้องสามารถแจกแจงรายละเอียดการทำงาน (Worksheet) และระยะเวลาที่ได้ใช้ไป ทั้งการดำเนินคดีในศาลและการเตรียมการสำหรับการดำเนินคดีในศาล ข้อมูลเหล่านี้ต้องมีการบันทึกที่ชัดเจนและสามารถตรวจสอบ รวมทั้งถูกคัดค้านได้ หากมีข้อมูลเหล่านี้ที่สมบูรณ์ ศาลหรือนักคิดใดๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดค่าทนายความก็จะสามารถกำหนดได้อย่างถูกต้อง เพียงธรรม มิใช่อาศัย “ความรู้สึก” “สัญชาติญาณ” หรือแม้แต่ “อำเภอใจ” เป็นสำคัญโดยปราศจากพื้นฐานการคำนวณที่เป็นหลักการและมีความชัดเจนโปร่งใส

ผู้ทำวิทยานิพนธ์ขอสรุปผลที่ได้ค้นพบในการทำวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ดังนี้

1. ในสภาวะการณ์ของสังคมและกฎหมายไทยในปัจจุบัน การเรียกหรือกำหนดค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) มิได้เป็นข้อตกลงที่ต้องห้ามชัดเจน โดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกต่อไป
2. แม้ว่าการเรียกหรือกำหนดค่าทนายความควรอยู่ภายใต้เงื่อนไขเสรีภาพในการทำสัญญา แต่หากสัญญาดังกล่าวมีความไม่เป็นธรรม ศาลก็อาจใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาใช้เยียวยาเพื่อให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี
3. รัฐต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนในคดีแพ่งเพื่ออนุเคราะห์ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 วรรคสอง ทั้งนี้

อาจถือวิธีการช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีอาญาโดยการให้เงินรางวัลแก่ทนายความในการว่าต่างแก้ต่างแทนคู่ความที่ยากจนและมีเหตุสมควรในการฟ้องหรือต่อสู้คดีในทางแพ่ง

4. สถาปนทนายความควรมีอัตราค่าทนายความกลางที่เป็นแนวทางสำหรับคู่ความเพื่อทราบว่าจะค่าใช้จ่ายในคดีความที่ตนเกี่ยวข้องควรจะมีสักเท่าใดเพื่อประกอบการตัดสินใจของตัวความเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมที่สุดสำหรับข้อพิพาทของตน

5. ศาลควรมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการกำหนดและมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าทนายความ เพื่อให้การคำนวณของศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมศาลอาจสั่งให้ทนายความที่เกี่ยวข้องยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น

6. การพัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) จะทำให้ “วัฒนธรรม” กฎหมายและวิชาชีพกฎหมายไทยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาก การให้ “เงินรางวัลทนายความตามผลแห่งคดี” การที่ทนายโจทก์เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของมูลพิพาทด้วยการ “ลงทุน” หรือทดลองค่าใช้จ่ายต่างๆ โดยที่ตัวโจทก์หรือสมาชิกกลุ่มไม่ต้องออกค่าใช้จ่ายใดๆ จะทำให้วัฒนธรรมวิชาชีพกฎหมายด้านความของไทยใกล้เคียงกับวิชาชีพเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกามากขึ้น ผลเสียบางประการก็อาจตามมาเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกามีการขนานนามทนายความว่าเป็นพวก Ambulance Chasers หรือนักวิ่งไล่ตามรถพยาบาล (เพื่อให้ผู้บาดเจ็บมอบอำนาจให้ฟ้องคดี) สิ่งเหล่านี้อาจหลีกเลี่ยงมิได้ และหน้าที่หลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการเตรียมการสำหรับนักกฎหมายและทนายความในประเทศไทยที่จะรับมือกับสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่อย่างมีประสิทธิภาพและได้ประโยชน์สูงสุดสำหรับสังคมโดยรวม

5.3 เสนอแนะ

หลังจากที่ได้มีการรวบรวมข้อมูล ความเห็น และแนวทางปฏิบัติทั้งในและต่างประเทศเกี่ยวกับค่าตอบแทนทนายความที่เหมาะสม ถูกต้อง และเป็นธรรม แต่ในขณะเดียวกันก็สร้างมูลเหตุจูงใจเพียงพอที่จะดึงดูดผู้ซึ่งมีความสามารถดีที่สุดในเข้าสู่วิชาชีพนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์ขอเสนอแนะความเห็นเกี่ยวกับการปฏิรูปโครงสร้างค่าตอบแทนทนายความ เป็นข้อๆ ดังต่อไปนี้

1. ค่าตอบแทนทนายความต้องสะท้อนคุณภาพระหว่างเสรีภาพแห่งสัญญาภายใต้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม และหน้าที่ที่สำคัญของทนายความในฐานะบุคลากรในการยุติธรรม (Officer of Justice) ที่มีพันธะเท่ากับบุคลากรอื่นๆ ในกระบวนการยุติธรรมเช่นผู้พิพากษา

ตุลาการ และพนักงานอัยการ ในการที่จะประสิทธิ์ประสาท ผดุง และธำรงไว้ซึ่งความถูกต้อง เป็นธรรมในสังคม

2. ข้อตกลงค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) ไม่ถือว่าเป็นการที่มี วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย หากข้อตกลงดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กล่าวคือ เป็นข้อตกลงที่กระทำหลังจากวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 หลังจากที่ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มีผลใช้บังคับ เนื่องจากข้อบังคับดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติห้ามการเรียกค่าทนายความตามผล แห่งคดีเหมือนบทบัญญัติในพระราชบัญญัติทนายความฉบับก่อนๆคือพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 จึงต้องถือว่าโดยเจตนารมณ์ ของกฎหมายการเรียกค่าทนายความในลักษณะดังกล่าวมิได้เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายอีก ต่อไป แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติอนุญาตให้เรียกค่าทนายความในลักษณะดังกล่าวโดยตรงและ ชัดแจ้งก็ตาม เพราะมิใช่หน้าที่หรือความเหมาะสมของกฎหมายที่จะบัญญัติถึงการวิธีการเรียก ค่าทนายความโดยตรง

3. ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ การเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดีเป็นการ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงและเคลื่อนไหวได้ ตามกาลเวลาและสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamic) ไม่ใช่สิ่งที่อยู่นิ่งและไม่มี การเปลี่ยนแปลง การที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มิได้มีบทบัญญัติห้ามการเรียกค่า ทนายความตามผลแห่งคดีจึงมีลักษณะเป็นพลวัตของแนวคิดดังกล่าว และเมื่อร่าง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เรื่อง การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) บัญญัติให้ศาลกำหนดเงินรางวัลทนายความให้แก่ ทนายโจทก์ตามจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มแต่ละคนจะได้รับ แต่ไม่ให้เกินร้อยละ 30 ของจำนวนเงินดังกล่าวยิ่งแสดงให้เห็นถึงสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงของสังคม และการยอมรับ ของกฎหมายในการเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดีมากขึ้น ผู้ทำวิทยานิพนธ์จึงเห็นว่าในความ แนวความคิดของนโยบายสาธารณะ หรือรัฐประศาสนโยบาย(Public Policy) ซึ่งรู้จักใน กฎหมายไทยว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น การเรียกค่าว่าความ ตามผลแห่งคดีมิได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกต่อไป

4. ความ गरังเกรงของสังคมในระบบเศรษฐกิจเสรี (Free Market Economy) ประการหนึ่งคือ เสรีภาพในการทำสัญญาอาจจะทำให้ความยุติธรรมที่มีคุณภาพในแง่ของการ

ว่าต่างแก่งต่างแทนตัวความเป็นสิ่งที่อยู่ใกล้เคียงเอื้อมของคู่ความที่มีฐานะด้อยในทางเศรษฐกิจ การเยียวยาในเรื่องนี้มีอยู่สองลักษณะ ลักษณะแรกการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีในสัญญาจ้างว่าความถือเป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบวิชาชีพ และหากข้อตกลงดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลมีอำนาจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่จะทำให้ข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร (Fair and Reasonable)²⁵ แก่กรณีเท่านั้น ลักษณะที่สองคือการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีแพ่งโดยการอนุเคราะห์การบพิญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 242 วรรคสอง อย่างจริงจัง

มาตรา 242 “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจจัดหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว

ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

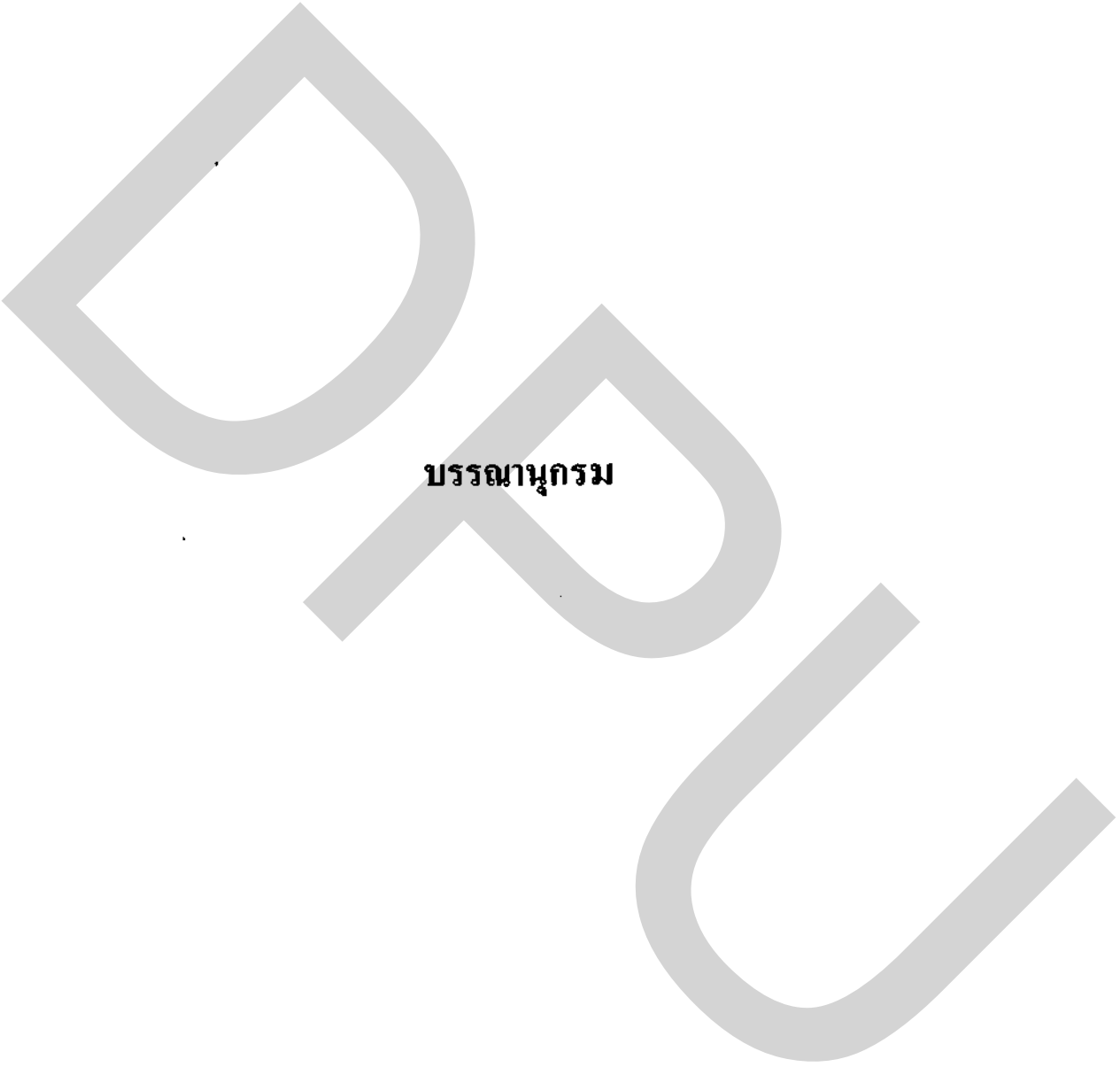
ผู้ทำวิทยานิพนธ์ขอเสนอแนะว่ารัฐควรบัญญัติกฎหมายเพื่อการจัดหาทนายความให้คู่ความที่ยากจนและมีเหตุสมควรในการฟ้องหรือต่อสู้คดีแพ่งโดยเทียบเคียงกับอัตราเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 173 เพื่อทำให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (legal Aid) ในคดีแพ่งเป็นจริงและมีประสิทธิภาพ

5. สภาพทนายความควรออกเกณฑ์อัตราค่าตอบแทนของทนายความที่เป็นมาตรฐานกลาง เกณฑ์ดังกล่าวอาจเป็นอัตราขั้นต่ำและขั้นสูงของงานประเภทต่างๆ จริงอยู่การออกกฎเกณฑ์อาจถูกมองว่าเป็นการขัดต่อหลักกลไกตลาด แต่การมีกฎเกณฑ์ที่แน่ชัดย่อมทำให้ผู้บริโภคหรือลูกความ สามารถมั่นใจในค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไป รวมทั้งการตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินคดีความในศาล หรือการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยทางอื่น

6. ศาลควรมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคำนวณค่าทนายความที่ชัดเจนเพื่อจะได้สั่งได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม เกณฑ์ดังกล่าวอาจกำหนดโดยข้อกำหนดของศาลในกรณีที่ถูกกฎหมายจัดตั้งศาลนั้นๆ ให้อำนาจอธิบดีผู้พิพากษาที่จะออกข้อกำหนด เช่นกรณีของมาตรา 30

²⁵ หลักเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีมาจากคำว่า Fair and Reasonable ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 1977 (The Unfair Contract Terms Act 1977) ของอังกฤษที่ไทยใช้เป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 หรือในกรณีของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มาตรา 222/2 ก็ให้อำนาจประธานศาลฎีกาออกข้อกำหนดเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือการบังคับคดีเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว เที่ยงธรรม หรือเพื่อความเหมาะสมสำหรับคดีบางประเภท หลักเกณฑ์ที่วางอาจประกอบด้วยข้อพิจารณาด้านความยากง่ายแห่งงานที่ทำ ระยะเวลาที่ใช้ ค่าใช้จ่ายที่ทนายความต้องเสียไป จำนวนบุคลากรที่ใช้ในคดี เกณฑ์ขั้นต่ำและขั้นสูงที่กำหนดในตารางค่าทนายความท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หากเป็นค่าทนายความตามผลแห่งคดี โอกาสที่จะแพ้คดีในงานที่ได้รับมอบหมาย ฯลฯ เพื่อให้การคำนวณเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและได้ข้อเท็จจริงที่ครบถ้วน ศาลอาจกำหนดให้ทนายความยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายต่อศาลเพื่อประกอบการคำนวณและมีคำสั่งในเรื่องค่าทนายความก็ได้



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- จิตติ ดิงสภักดิ์. (2533). **หลักวิชาชีพนักกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 6)**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิรนิติ หะวานนท์. (2536). **หลักวิชาชีพนักกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- จิต เศรษฐบุตร. (2522). **คำอธิบายหลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิต เศรษฐบุตร. (2528). **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา**. กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์.
- จำปี โสคติพันธุ์. (2547). **คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 9)**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด.
- ชมพู อรรถจินดา. (2525). **ศิลปะการว่าความและการเรียกค่าจ้างทนายความ**. กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมายสยามอินเตอร์เนชั่นแนล.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2525). **กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- คาราพร ภิระวัฒน์. (2542). **กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2543). **หลักวิชาชีพนักกฎหมาย: ทนายความ**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ปิ่นโน สุขทรศনীย์. (2514). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา**. พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2515). **คำบรรยายหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป**. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.
- พระมุนาถวิลศาสตร์. (2479). **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิศดารลักษณะสัญญาผิดกฎหมาย**. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.

- มารุต บุนนาค. (2542). *วิชาว่าความและมรรยาททนายความ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
 ร.แสงกาดี. (2480). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: กฎหมายเอกชนเรื่องสัญญา
 คำสอนชั้นปริญญาโท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.
- วิชา มหาคุณ. (2534). *การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 4)*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
 นิติบรรณการ โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม.
- วิริยะ เกิดศิริ. (2517). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา
 และหนี้*. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.
- ศักดิ์ สนองชาติ. (2539). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ
 สัญญา*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.
- สมยศ เชื้อไทย. (2538). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งหลักทั่วไป*. โครงการตำราและเอกสาร
 ประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุจริต ถาวรสุข. (2513). *ทนายความพิศดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ*. กรุงเทพฯ :
 โรงพิมพ์ไทยสัมพันธ์.
- สุธาบดี สัตตบุศย์. (2522). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เปรียบเทียบ๑(อัตถำเนา)*.
 กรุงเทพฯ : แผนกวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุปิ่น พูลพัฒน์. (2515). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ
 สัญญา*. กรุงเทพฯ : ศูนย์การพิมพ์.
- สุพิศ ปราณีตพลกรัง. (2541). *สัญญาที่ไม่เป็นธรรม*. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการ
 พิมพ์.
- สุรัชย์ สุวรรณปรีชา. (2533). *การว่าความ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- สุวิทย์ สุวรรณ. (2540). *การประกอบวิชาชีพกฎหมายในต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ : สภา
 ทนายความ.
- เสนีย์ ปราโมช. (2509). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและ
 หนี้*. พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น.
- เสริม วินิจฉัยกุล. (2515). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและ
 หนี้*. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2543). *หนังสือรวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย*. (หลักวิชาชีพ
 กฎหมายในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ โดยธานีทร์ กรัยวิเชียร).
 พระนคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด.

- หยุด แสงอุทัย. (2514). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พระนคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2517). กฎหมายแพ่งลักษณะมรดกหนึ่ง. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อัคราทร จุฬารัตน. (2531). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: มิดิรนาการพิมพ์.
- อารยา สิงห์สงบ. (2546). กฎหมายว่าด้วยสัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- เอช เอกุต์. (2475). คำอธิบายธรรมศาสตร์ชั้นปริญญาตรีทางนิติศาสตร์. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.
- อุดม เฟื่องฟู้ง. (2541). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค1. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

บทความ

- จรัญ ภักดีธนากุล. (2544, มกราคม – มิถุนายน). “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540.” *ตุลพาห*, 1, 55. หน้า 77 – 154.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2523). “หลักกฎหมายสัญญาเปรียบเทียบ.” *รวมบทความทางวิชาการอนุสรณ์ศาสตราจารย์ หยุด แสงอุทัย*. กรุงเทพฯ: วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประยูร กาญจนคล. (2539, เมษายน – มิถุนายน). “การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน.” *วารสารราชบัณฑิตยสถาน* 21, 3. หน้า 57 – 65.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2542). “กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป.” *หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์*.
- พอพันธ์ คิดจิตต์. (2536, พฤศจิกายน – ธันวาคม). “แนวความคิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.” *ตุลพาห*, 6, 40. หน้า 38 – 54.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2544, ธันวาคม). “ฎีกาวิเคราะห์การเรียกค่าจ้างว่าความโดยคิดเป็นร้อยละของทุนทรัพย์ที่ลูกความจะได้รับในคดี.” *บทบัณฑิตย*, 57, 4. หน้า 158 – 179.
- มานิช จรมาศ. (2508, พฤษภาคม). “ข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน.” *ตุลพาห*, 5, 12. หน้า 10 – 17.

วิสาร พันธนะ. (2518). “หลักนิติธรรม.” *คูหาท*, 4. หน้า 87 – 89.

สุป็น พูลพัฒน์. (2502, สิงหาคม). “วัตถุประสงค์ต้องห้าม.” *คูหาท*, 8, 6. หน้า 627 – 643.

สำนักวิชาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. (2544, มีนาคม). “การปฏิรูประบบงานศาล.” *บทบัญญัติ*, 57, 1. หน้า 4 – 11.

อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518). “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” *บทบัญญัติ*, 32, 1. หน้า 11 – 32.

เอกสารอื่นๆ

คณะกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง. (2548, 28 – 29 พฤศจิกายน). แนวทางการปรับปรุงระบบกฎหมายพาณิชย์และกระบวนการวิธีพิจารณาคดีพาณิชย์และร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้อง. เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงวิชาการครั้งที่ 5.

คณะกรรมการดำเนินการจัดทำข้อเสนอการแยกคดีพาณิชย์ออกจากคดีแพ่ง. (2548, 28 – 29 พฤศจิกายน). ข้อเสนอหลักการสำคัญของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์. เอกสารประกอบการสัมมนาเชิงวิชาการครั้งที่ 5.

คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. (2548). คำอธิบายร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (การดำเนินคดีแบบกลุ่ม). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ปราโมทย์ ผลาภิรมย์. (2548). “การบรรยายเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มในเรื่องเงินรางวัลทนายความ.” เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม Class Action. ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

มารค ตามไท. (2531, มิถุนายน). *ศีลธรรมกับความเป็นเหตุผล*. ภาควิชาปรัชญา คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- ลักคณา พบรัมย์เย็น. (2536). “รายงานเรื่องกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม.” เอกสารวิชาการ ฝ่ายวิชาการฝึกอบรมและพัฒนา. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ. สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ : กระทรวงยุติธรรม.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). “รายงานการวิจัยสถิติและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ(ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ได้อย่างเหมาะสม).” สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). กรุงเทพฯ.
- วิชัย อริยะนันท์. (2547). คำอธิบายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม(Class Action). กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเปรียบเทียบ เอกสารประกอบการสอนชั้นปริญญาโท มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- วิชัย อริยะนันท์. (2548). “การบรรยายผลการศึกษาวิจัย เรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม.” เอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม Class Action. ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- สมักร ชาวภานันท์. (2534). ประวัติและความเป็นมาของสภาพทนายความ. กรุงเทพฯ : สภาพทนายความ เอกสารวันทนายความ.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2548). “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม.” เอกสารสรุปผลการสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม Class Action. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

วิทยานิพนธ์

- ฉัตรชัย อินทสุวรรณ. (2545). การขัดแย้งทางผลประโยชน์ ระหว่างทนายความกับลูกความ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ทิวาวรรณ อ่อนพูล. (2546). บทบาทของทนายความในคดีแพ่งและการควบคุมมารยาททนายความ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ภัทรพร สิริกาญจน. (2520). บทบาทของเหตุผลในงานเขียนของคานท์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะอักษรศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- วีรวัฒน์ จันทร์โชติ. (2531). **วัตถุประสงค์ของนิติกรรม**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุพจน์ ฌ บางช้าง. (2516). **สัญญาก่อนสมรส**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต แผนกวิชา
นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุรพล ธรรมสถิติ. (2520). **ความสงบเรียบร้อยของประชาชน**. วิทยานิพนธ์ปริญญา
โทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- เสรี สุวรรณภานนท์. (2544). **ปัญหาทางกฎหมายในการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความ**.
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย
รามคำแหง.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Barbara A Babcock et al. (2001). **Civil Procedure Cases and Problems**. Aspen Law and
Business.
- C.F. Muller Juaistischer Verlag. (1994). **Justice and the Law in the Federal Republic of
Germany**. C. Gottemeyer Leonberg : Neumann Druck Heidelberg.
- Charles T. McCormick et al. (1988). **Evidence**. West Publishing Company.
- Christian Dadomo and Susan Farran. (1996). **The French Legal System, Chapter Four :
The legal Profession**. Sweet & Maxwell, London.
- David P. Currie. (1982). **Federal Courts cases and materials**. West Publishing Company.
- Denis Lloyd. (1965). **Introduction to Jurisprudence**. London : Stevenson & Sons.
- E.J. Cohn. (1968). **Manual of German law**. London: Oceama.
- F. Frank. (1957). **The General Principle of English Law**. London : George G. Harper &
Co.,Ltd.
- Federal Rules of Civil Procedure**. As Amended to May 1, 1995.
- GHESTIN. (1988). **Traité de Droit Civil**. Les Obligation, Le Contrat: Formation, L.G.D.J.
- Guest A.G. (1975). **Anson's Law of Contract**. Clarendon Press: Oxford.

- Henry Campbell Black. (1999). **Black's Law Dictionary**. Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence Ancient and modern.
- James, Fleming. (1977). **Civil Procedure**. Little, Brown and Company.
- John J. Cound et al. (1985). **Civil Procedure: Cases and Materials**. West Publishing Company.
- Karlen, Delmar. (1975). **Civil Procedure: Cases and Materials**. West Publishing Company.
- Marcus, Richard L. Sherwan, Edward F. (1995). **Civil Procedure: A modern Approach**. West Publishing Company.
- Navin, J. (1969). **Pitman's Commercial Law**. London : Sir Issac Pitman & Sons Ltd.
- René David. (1980). **English Law and French Law**. Steven and Sons, London.
- Steven T. Stern et al. (1977). **Introduction to Civil Litigation**. West Publishing Company.
- V.RANOUIL, (1980). **L'autonomie de la volonté**. Naissance et evolution d'un concept, PUF.
- Wilson N.S. (1965). **Freedom of Contract and Adhesion Contracts**. International and Comparative Law Quarterly.
- Winfield & Jolowicz. (1979). **Tort** (11th ed.). by W.V.H. Rogers. London.

Law

The New Code of Civil Procedure. France.

ELECTRONIC SOURCES

<http://www.gta.org/public/contingency/whatis.html>

<http://www.lawycouncil.or.th>

<http://www.krisdika.go.th>

<http://www.judiciary.go.th>

๑๒๓

ภาคผนวก

ภาคผนวก 1

หนังสือขออนุญาตเพื่อแจกแบบสอบถามข้อมูลประกอบการวิจัยในการทำวิทยานิพนธ์
นิตยสารมหาบัณฑิต เรื่อง “ค่าตามความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) : ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ
เสรีภาพของสัญญา และการคุ้มครองสังคม”

1. หนังสือถึงศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีธนากุล ประธานคณะกรรมการยกย่อง
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ฯ
2. หนังสือถึงนายมนตรี ยอดปัญญา ประธานคณะกรรมการกลั่นกรองกฎหมาย
ของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.)
3. หนังสือถึงศาสตราจารย์พิเศษสุชาติ ธรรมมาพิทักษ์กุล ผู้อำนวยการสำนักอบรม
วิชาชีพกฎหมายชั้นสูง สภานายความ



ที่

ศาลฎีกา

ถนนราชดำเนินใน

กทม. ๑๐๒๐๐

๒๓ มกราคม ๒๕๕๕

เรื่อง ขอบความอนุเคราะห์ในการแจกแบบสอบถามเพื่อเป็นข้อมูลในการทำวิทยานิพนธ์
เรียน ศาสตราจารย์พิเศษจรัญ ภักดีธนากุล เลขานุการประธานศาลฎีกา

เนื่องด้วยดิฉันกำลังทำวิจัยเพื่อเป็นวิทยานิพนธ์ชั้นนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจ
บัณฑิตในหัวข้อเรื่อง "ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee): ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเสรีภาพของ
สัญญาและการคุ้มครองสังคม" (Contingent Fee: A Consideration of Freedom of Contract and
Protection of Society)

เพื่อให้การวิจัยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มีความละเอียดรอบคอบ และเป็นประโยชน์ต่อ
วิชาชีพกฎหมายและสังคมโดยรวมอย่างสูงสุด ดิฉันจึงได้จัดทำแบบสอบถามข้อมูลเพื่อประกอบการวิจัย
(Questionnaire) ตามที่ได้แนบมาด้วยนี้เพื่อขออนุญาตและขอความอนุเคราะห์ในการแจกแบบสอบถาม
ดังกล่าวแก่นุกรรมการในการประชุมคณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทาง
ปัญญาและพาณิชย์ซึ่งมีท่านอาจารย์เป็นประธาน

ดิฉันหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้รับความกรุณาจากท่านอาจารย์เหมือนเช่นเคย และ
ขอขอบพระคุณในความกรุณา ณ โอกาสนี้

ขอแสดงความนับถือ

(นางสาวสุธินี ฤกษ์วสินกุล)

นิติกรศาลฎีกา

นักศึกษาผู้ทำวิทยานิพนธ์

๒๓ ม.ค. ๕๕



ที่

ศาลฎีกา

ถนนราชดำเนินใน

กทม. ๑๐๒๐๐

๑๕ มกราคม ๒๕๕๕

เรื่อง ขอบความอนุเคราะห์ในการแจกแบบสอบถามเพื่อเป็นข้อมูลในการทำวิทยานิพนธ์

เรียน นายมนตรี ขอบปัญญา ผู้พิพากษาศาลฎีกา

เนื่องด้วยดิฉันกำลังทำวิจัยเพื่อเป็นวิทยานิพนธ์ชั้นนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตในหัวข้อเรื่อง "ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee): ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเสรีภาพของสัญญาและการคุ้มครองสังคม" (Contingent Fee: A Consideration of Freedom of Contract and Protection of Society)

เพื่อให้การวิจัยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มีความละเอียดรอบคอบ และเป็นประโยชน์ต่อวิชาชีพกฎหมายและสังคมโดยรวมอย่างสูงสุด ดิฉันจึงได้จัดทำแบบสอบถามข้อมูลเพื่อประกอบการวิจัย (Questionnaire) ตามที่ได้แนบมาด้วยนี้เพื่อขออนุญาตและขอความอนุเคราะห์ในการแจกแบบสอบถามดังกล่าวแก่นุกรรมการในการประชุมคณะอนุกรรมการกลั่นกรองกฎหมายของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมซึ่งมีท่านอาจารย์เป็นประธาน

ดิฉันหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้รับความกรุณาจากท่านอาจารย์เหมือนเช่นเคย และขอขอบพระคุณในความกรุณามา ณ โอกาสนี้

ขอแสดงความนับถือ

(นางสาวสุธินี สุภวัฑฒันกุล)

นิติกรศาลฎีกา

นักศึกษาผู้ทำวิทยานิพนธ์

- ๐๘/๑๖/๕๕

- กองนิติการกรมการศึกษานอกโรงเรียน

(นายมนตรี ขอบปัญญา)



ที่

ศาลฎีกา

ถนนราชดำเนินใน

กทม. ๑๐๒๐๐

๗ มกราคม ๒๕๔๕

เรื่อง ขอบความอนุเคราะห์ในการแจกแบบสอบถามเพื่อเป็นข้อมูลในการทำวิทยานิพนธ์
เรียน ศาสตราจารย์พิเศษ สุชาติ ชรรมาพิทักษ์กุล ผู้อำนวยการสำนักอบรมวิชาศึกษาชั้นสูง สภา
ทนายความ
สิ่งที่ส่งมาด้วย แบบสอบถามจำนวน ๓๐ ฉบับ

เนื่องด้วยดิฉันกำลังทำวิจัยเพื่อเป็นวิทยานิพนธ์ชั้นนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจ
บัณฑิตในหัวข้อเรื่อง "ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingency Fee): ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเสรีภาพ
ของสัญญาและการคุ้มครองสังคม" (Contingency Fee: A Consideration of Freedom of Contract and
Protection of Society) ซึ่งมีท่านอาจารย์เป็นกรรมการสอบด้วยผู้หนึ่งนั้น

เพื่อให้การวิจัยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ มีความละเอียดรอบคอบ และเป็นประโยชน์ต่อ
วิชาศึกษาชั้นสูงและสังคมโดยรวมอย่างสูงสุด ดิฉันจึงได้จัดทำแบบสอบถามข้อมูลเพื่อประกอบการวิจัย
(Questionnaire) ตามที่ได้ส่งมาด้วยนี้เพื่อขออนุญาตและขอความอนุเคราะห์ในการแจกแบบสอบถาม
ดังกล่าวแก่นักศึกษาในหลักสูตรการอบรมวิชาศึกษาชั้นสูงของสภาทนายความ

ดิฉันหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้รับความกรุณาจากท่านอาจารย์เหมือนเช่นเคย และ
ขอขอบพระคุณในความกรุณามา ณ โอกาสนี้

ขอแสดงความนับถือ

(นางสาวสุธินี ฤกษ์วสินกุล)

นิติกรศาลฎีกา

นักศึกษาผู้ทำวิทยานิพนธ์

๓๖๖๐
15 wa 49

ภาคผนวก 2

แบบสอบถามเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการวิจัยในการทำวิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
เรื่อง “ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee): ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเสรีภาพของสัญญา
และการคุ้มครองสังคม”*

1. ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ตอบแบบสอบถาม

- อายุ

<input type="checkbox"/> ๒๐ – ๒๕ ปี	<input type="checkbox"/> ๒๕ – ๓๐ ปี
<input type="checkbox"/> ๓๐ – ๓๕ ปี	<input type="checkbox"/> ๓๕ – ๔๐ ปี
<input type="checkbox"/> ๔๐ ปีขึ้นไป	

- สาขาวิชาชีพ

<input type="checkbox"/> ผู้พิพากษาหรือตุลาการ	<input type="checkbox"/> ทนายความ
<input type="checkbox"/> ที่ปรึกษากฎหมาย	<input type="checkbox"/> นิติกร
<input type="checkbox"/> อื่นๆ โปรดระบุ.....	

- ระยะเวลาที่ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

<input type="checkbox"/> ต่ำกว่า ๑ ปี	<input type="checkbox"/> ๑ – ๕ ปี
<input type="checkbox"/> ๕ – ๑๐ ปี	<input type="checkbox"/> ๑๐-๑๕ ปี
<input type="checkbox"/> ๑๕ ปีขึ้นไป(โปรดระบุจำนวนปี)	

2. ท่านเห็นว่าอัตราค่าทนายความตามตาราง ๖ ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
อาทิจ สำหรับคดีทุนทรัพย์เกิน ๒๕,๐๐๐ บาท อัตราขั้นต่ำ ๖๐๐ บาท อัตราขั้นสูง ๕% และ
สำหรับคดีไม่มีทุนทรัพย์ อัตราขั้นสูง ๓,๐๐๐ บาท

- ไม่เหมาะสมสำหรับปัจจุบัน สมควรแก้ไขให้เพิ่มขึ้น
- ไม่เหมาะสมสำหรับปัจจุบัน สมควรแก้ไขให้ต่ำลง
- เหมาะสมแล้ว
- อื่นๆ.....

*นางสาวสุธินี ฤกษ์วสินกุล นิติกรศาลฎีกา นักศึกษาชั้นนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจ
บัณฑิตย์ ผู้ทำวิจัยขอขอบพระคุณที่ท่านกรุณาสละเวลาอันมีค่าซึ่งเพื่อตอบแบบสอบถามนี้ ดิฉันเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่า
ข้อมูลที่ท่านกรุณาให้มาจะเป็นประโยชน์ในการวิจัยเพื่อพัฒนาวิชาชีพกฎหมายอันเป็นที่รักยิ่งของเราทุกคนต่อไป

3. ท่านเห็นว่าควรมีเพดานขั้นสูงสำหรับอัตราค่าทนายความหรือไม่

ไม่สมควร

สมควร (โปรดระบุ)

ไม่เกิน ๓๐% ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง

ไม่เกิน ๒๕% ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง

ไม่เกิน ๒๐% ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง

ไม่เกิน ๑๕% ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง

อื่นๆ.....

4. คณะกรรมการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) เสนอให้มีการให้เงินค่าทนายความ (เงินรางวัลทนายความ) ในคดีแบบกลุ่มตามจำนวนเงินที่ชนะคดี อัตราขั้นสูงไม่เกิน ๓๐ % ท่านเห็นว่า

เป็นสิ่งที่ดี เป็นการพัฒนาวินิจฉัยทนายความอีกระดับหนึ่ง

ทำให้ทนายความมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดี ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและเป็นโมฆะ

อื่นๆ.....

5. ในคดีอื่นๆที่ไม่ใช่การดำเนินคดีแบบกลุ่ม ท่านเห็นว่ากฎหมายไทยสมควรให้ทนายความเรียกค่าว่าความโดยคำนวณจากเงินที่ชนะคดีตามคำพิพากษาหรือไม่

สมควร

ไม่สมควร

อื่นๆ.....

6. หากท่านเห็นว่าในคดีอื่นๆที่ไม่ใช่การดำเนินคดีแบบกลุ่ม กฎหมายไทยสมควรให้ทนายความเรียกค่าว่าความโดยคำนวณจากเงินที่ชนะคดีตามคำพิพากษา เพดานขั้นสูงสำหรับอัตราค่าทนายความ ควรเป็น

ไม่เกิน ๓๐% ของเงินตามคำพิพากษา

ไม่เกิน ๒๕% ของเงินตามคำพิพากษา

ไม่เกิน ๒๐% ของเงินตามคำพิพากษา

ไม่เกิน ๑๕% ของเงินตามคำพิพากษา

อื่นๆ.....

7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๕๐ มาตรา ๒๔๒ วรรคสอง บัญญัติว่า “ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ” ท่านเห็นว่า รัฐควรดำเนินการอย่างไร

- จัดหน่วยงานใน กระทรวงยุติธรรม เพื่อให้ว่าต่างแก้ต่างคดีแทนคู่ความที่ยากจนและมีเหตุอันสมควรในคดีแพ่ง
- จัดหน่วยงานใน สำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อให้ว่าต่างแก้ต่างคดีแทนคู่ความที่ยากจนและมีเหตุอันสมควรในคดีแพ่ง
- จัดทนายความให้คู่ความที่ยากจนและมีเหตุอันสมควรในคดีแพ่งโดยเทียบเคียงกับอัตราเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๗๓
- อื่นๆ.....

8. ในการกำหนดค่าทนายความของศาล กฎหมายควรกำหนดให้ทนายความมีหน้าที่ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายต่อศาล รวมทั้งค่าตอบแทนการทำงานของทนายความ และศาลควรกำหนดโดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดี และเวลาที่ทนายความใช้ไปในการดำเนินคดี

- เห็นด้วย
- ไม่เห็นด้วย
- อื่นๆ.....

9. วิธีพิพากษากฎหมายทนายความที่ต่างแก้ต่างแทนคู่ความในศาล กับวิธีพิพากษากฎหมายที่ปรึกษากฎหมาย สมควรได้รับค่าตอบแทนที่ (สมมุติว่าความรู้ความสามารถเท่าเทียมกัน)

- เท่าเทียมกัน
- ทนายความควร ได้มากกว่าเพราะการว่าความเป็นความเชี่ยวชาญพิเศษ
- ที่ปรึกษากฎหมายควร ได้มากกว่าเพราะเป็นความเชี่ยวชาญพิเศษ
- อื่นๆ.....

10. สภาทนายความควรออกเกณฑ์อัตราค่าตอบแทนของทนายความที่เป็นมาตรฐานกลางหรือไม่

- ไม่สมควร ควรให้เป็นการตัดสินใจของกลไกตลาด
- สมควรเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค
- อื่นๆ.....

ขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูงค่ะ
สุธินี ฤกษ์วัฒน์กุล

ภาคผนวก 3

**วิเคราะห์และประเมินแบบสอบถามข้อมูลประกอบการวิจัยวิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต
เรื่อง “ค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee): ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเสรีภาพของสัญญา
และการคุ้มครองสังคม”**

แม้ว่าวิธีการ (Methodology) หลักในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) แต่เนื่องจากข้อสรุปและเสนอแนะที่ได้จากการวิเคราะห์ผลการวิจัยในการทำวิทยานิพนธ์จะกระทบถึง “วัฒนธรรม” ชั้นพื้นฐานของวิชาชีพกฎหมายทนายความในประเทศไทย เช่นการให้ตกลงค่าทนายความตามผลแห่งคดีเป็นข้อตกลงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย การแก้ไขตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้อัตราค่าวิชาชีพทนายความสูงขึ้น การให้รัฐให้ความช่วยเหลือโดยการจัดหาทนายความว่าต่างแก่ต่างแทนในคดีแพ่งแก่ประชาชนที่ยากจนและมีเหตุอันสมควร การแก้ไขตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อให้มีอัตราค่าขึ้นศาลที่สูงขึ้นและนำมาชดเชยการให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนในการจัดหาทนายความให้ในคดีแพ่ง การให้ทนายความเสนอบัญชีค่าใช้จ่ายต่อศาลเพื่อความสะดวกในการกำหนดค่าทนายความในคดี ฯลฯ หลักการที่เสนอนี้ แม้จะอยู่ในรูปของการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับผู้เกี่ยวข้องทุกคน ความสมัครใจเห็นชอบในหลักการดังกล่าวจะมีความสำคัญที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุถึงประสิทธิผลที่มุ่งประสงค์ ผู้ทำวิทยานิพนธ์จึงได้จัดทำการศึกษาภาคสนาม (Field Research) ขึ้นเพื่อสำรวจความพร้อมของบุคลากรทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องสำหรับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

การวิจัยภาคสนามแบ่งกลุ่มเป้าหมายออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรกคือกลุ่มของผู้พิพากษาและกลุ่มที่สองคือทนายความซึ่งรวมถึงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสาขาอื่นๆ การวิจัยมุ่งไปยังกลุ่มเล็กๆที่มีอิทธิพลอย่างสูงต่อแนวความคิดใหม่ในสาขาวิชาชีพนั้นๆ สำหรับผู้พิพากษาผู้วิจัยมุ่งไปที่ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษาศาลฎีกา และผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา ผู้พิพากษาประเภทแรกจะได้ประโยชน์ในการสะท้อนถึงประสบการณ์แห่งวิชาชีพ ส่วนประเภทหลังจะได้แนวความคิดของผู้พิพากษารุ่นใหม่ที่ทำให้เห็นแนวโน้มทางความคิดของตุลาการโดยรวม นอกจากนั้นในกลุ่มผู้พิพากษา ผู้วิจัยยังได้ความเห็นจากคณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ พ.ศ. ภายใต้ประธานศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีธนากุล และคณะอนุกรรมการกลั่นกรองข้อกฎหมาย

ของคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ) ภายใต้ประธานท่านมนตรี บอศปัญญา ในกลุ่มนี้มีผู้ตอบแบบสอบถามรวม 30 คนซึ่งผู้วิจัยถือว่าเป็นตัวแทนผู้พิพากษาจำนวน 3,594 คน¹ ทั่วประเทศ กลุ่มที่สอง กลุ่มทนายความซึ่งรวมถึงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสาขาอื่นๆ กลุ่มนี้ผู้วิจัยได้รับความอนุเคราะห์จากศาสตราจารย์พิเศษสุชาติ ชรรมาพิทักษ์กุล ในการแจกแบบสอบถามแก่ผู้เข้ารับการศึกษาอบรมในหลักสูตรวิชาชีพกฎหมายชั้นสูงของสถาบันวิชาชีพกฎหมายชั้นสูง สภาทนายความ รวม 30 คน เหตุที่ผู้วิจัยเลือกกลุ่มเป้าหมายนี้เป็นตัวแทนของทนายความ 45,939 คน² ทั่วประเทศเป็นเพราะหลักสูตรดังกล่าว ซึ่งมีระยะเวลาศึกษาอบรมหนึ่งปี ประกอบด้วยทนายความและนักกฎหมายในสาขาวิชาชีพอื่นๆ (ยกเว้นผู้พิพากษา) ที่มีความรู้ ประสบการณ์ และความกระตือรือร้น ความตั้งใจจริงในการศึกษาหาความรู้ กลุ่มเป้าหมายนี้จึงน่าจะสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดที่จะกำหนดแนวทางและรูปแบบของวิชาชีพทนายความในประเทศไทยต่อไป

ผลของการวิจัยในส่วนอื่นเป็นสาระสำคัญอาจจำแนกได้ดังต่อไปนี้

1. การเรียกค่าความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) ผู้พิพากษาร้อยละ 53.33 เห็นด้วย ร้อยละ 46.66 ไม่เห็นด้วย ส่วนทนายความร้อยละ 73.33 เห็นด้วย ในขณะที่ร้อยละ 26.66 ไม่เห็นด้วย ผลแสดงว่านักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการให้ทนายความสามารถเรียกค่าความ โดยคำนวณตามผลแห่งคดีซึ่งตรงกับข้อเสนอแนะหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้
2. การที่ผู้ตอบแบบสอบถามยอมรับหลักการให้เรียกค่าความตามผลแห่งคดีอาจเป็นผลโดยตรงจากการนำวิธีการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้ในกฎหมายไทย เกี่ยวกับเรื่องนี้ ผู้ตอบ

¹ ข้อมูลขณะทำวิทยานิพนธ์เมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2549 เหตุที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ “ถือว่า” กลุ่มผู้ตอบแบบสอบถามจำนวน 30 คนเป็น “ตัวแทน” ของผู้พิพากษาทั้งหมดนั้น เนื่องจากเป็นกลุ่มเป้าหมายคุณภาพของศาลยุติธรรม กล่าวคือ กลุ่มเป้าหมายดังกล่าวประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลฎีกา ผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา กรรมการในคณะกรรมการยกร่างศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ฯ และกรรมการในคณะอนุกรรมการถ่วงดุลข้อกฎหมายของคณะ ก.บ.ศ. กลุ่มเป้าหมายทั้งสี่กลุ่มนี้เป็นกลุ่มเป้าหมายที่มีข้อมูล ความรู้ ความเชี่ยวชาญ และวิสัยทัศน์ ตลอดจนความเห็นที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของตุลาการศาลยุติธรรมในสมัยใหม่ จึงเลือกกลุ่มดังกล่าวเป็นตัวชี้ถึงแนวโน้มทางความคิดของผู้พิพากษาทั่วประเทศ

² ข้อมูลจาก www.lawyerscouncil.or.th เว็บไซต์ของสภาทนายความแห่งประเทศไทย ณ วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2549 เหตุที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ “ถือว่า” กลุ่มผู้ตอบแบบสอบถามจำนวน 30 คนเป็น “ตัวแทน” ของทนายความทั้งหมดนั้น เนื่องจากเป็นกลุ่มเป้าหมายคุณภาพของสภาทนายความ กล่าวคือ กลุ่มเป้าหมายดังกล่าวประกอบด้วยผู้เข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตรวิชาชีพกฎหมายชั้นสูงๆ ถือได้ว่าเป็นหลักสูตรของวิชาชีพทนายความที่เตรียมความพร้อมสำหรับความท้าทายแห่งวิชาชีพกฎหมายทนายความในสังคมยุคใหม่ จึงเลือกกลุ่มดังกล่าวเป็นตัวชี้ถึงแนวโน้มทางความคิดของทนายความทั่วประเทศ

แบบสอบถามที่เห็นชอบกับเพดานร้อยละ 30 ของค่าทนายความในการดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็น ผู้ตอบประเภทผู้พิพากษาถึงร้อยละ 80 และทนายความร้อยละ 86.66

3. ผู้ตอบแบบสอบถามซึ่งเป็นผู้พิพากษาร้อยละ 96.66 และทนายความร้อยละ 80 เห็นว่าควรเปลี่ยนแปลงอัตราค่าทนายความตามตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ พิ่งให้มีอัตราที่สูงขึ้น ซึ่งตรงกับข้อเสนอแนะของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

4. ผู้พิพากษาร้อยละ 80 และทนายความร้อยละ 93.33 เห็นควรให้ทนายความยื่น บัญชีค่าใช้จ่ายในคดีเพื่อความสะดวกและถูกต้องแก่ผู้พิพากษาในการกำหนดค่าทนายความให้ ซึ่งก็ ตรงกับข้อเสนอแนะในวิทยานิพนธ์นี้เช่นกัน

5. ในด้านการให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนทางกฎหมายในคดีแพ่งตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 วรรคสอง ผู้พิพากษาจำนวนร้อยละ 66.66 และ ทนายความร้อยละ 76.66 เห็นควรให้รัฐจัดทนายความให้คู่ความที่ยากจนโดยให้ศาลกำหนดค่า ทนายความด้วยการเทียบเคียงกับเงินรางวัลทนายความในคดีทนายขอแรงตามประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา มาตรา 173 ผู้ตอบแบบสอบถามมีเพียงส่วนน้อยที่เห็นว่าควรให้กระทรวง ยุติธรรม หรือสำนักงานอัยการสูงสุดจัดหาบุคคลากรให้ ซึ่งก็ตรงกับข้อเสนอแนะในวิทยานิพนธ์นี้

6. ผู้พิพากษาจำนวนร้อยละ 56.66 และทนายความจำนวนเดียวกัน เห็นว่าสภา ทนายความควรออกเกณฑ์อัตราค่าทนายความที่เป็นมาตรฐานกลางเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครอง ผู้บริโภค ในขณะที่ผู้พิพากษาจำนวนร้อยละ 43.33 และทนายความจำนวนเดียวกันเห็นว่าไม่สมควร กำหนด แต่ควรปล่อยให้การกำหนดค่าทนายความเป็นไปตามกลไกตลาดหรือหลักเสรีภาพในการ ทำสัญญา ผลการวิจัยอาจสรุปในรูปของตารางแสดงความคิดเห็นดังต่อไปนี้

ตารางวิเคราะห์แบบสอบถามคำนวณเป็นร้อยละ

จำแนกเป็นผู้พิพากษา และทนายความ (รวมทั้งวิชาชีพกฎหมายสาขาอื่น)

ข้อมูลแบบสอบถาม	ผู้พิพากษา	ทนายความ และวิชาชีพ กฎหมายอื่น	หมายเหตุ
ข้อ 1. ระยะเวลาประกอบวิชาชีพกฎหมาย			
• มากกว่า 15 ปี	66.66	6.66	
• ไม่เกิน 15 ปี	33.33	93.33	

ข้อมูลแบบสอบถาม	ผู้พิพากษา	ทนายความ และวิชาชีพ กฎหมายอื่น	หมายเหตุ
<p>ข้อ 2. อัตราค่าทนายความตามตาราง 6 ทั่วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง</p> <ul style="list-style-type: none"> ● ไม่เหมาะสม สมควรแก้ไขให้เพิ่มขึ้น ● ไม่เหมาะสม สมควรแก้ไขให้ต่ำลง ● เหมาะสมแล้ว 	<p>96.66</p> <p>0</p> <p>3.33</p>	<p>80.00</p> <p>3.33</p> <p>16.66</p>	
<p>ข้อ 3. ควรมีเพดานขั้นสูงสำหรับอัตราค่าทนายความ</p> <ul style="list-style-type: none"> ● ไม่สมควร ● สมควร <p>ไม่เกินร้อยละ 30 ของทุนทรัพย์ที่ฟ้อง</p> <p>ไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนทรัพย์ที่ฟ้อง</p> <p>ไม่เกินร้อยละ 20 ของทุนทรัพย์ที่ฟ้อง</p> <p>ไม่เกินร้อยละ 15 ของทุนทรัพย์ที่ฟ้อง</p> <p>อื่นๆ</p>	<p>6.66</p> <p>16.66</p> <p>13.33</p> <p>10.00</p> <p>36.66</p> <p>16.66</p>	<p>30.00</p> <p>23.33</p> <p>10.00</p> <p>23.33</p> <p>6.66</p> <p>6.66</p>	<p><u>ผู้พิพากษา</u></p> <p>ร้อยละ16.66</p> <p><u>ทนายความ</u></p> <p>ร้อยละ6.66</p> <p>เสนอให้</p> <p>เพดานขั้นสูง</p> <p>เป็นจำนวน</p> <p>เงิน</p>
<p>ข้อ 4. ร่างแก้ไข ป.วิ.พ.เสนอให้กำหนดจำนวนเงินรางวัลทนายความสำหรับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) อัตราขั้นสูงไม่เกิน 30 %</p> <ul style="list-style-type: none"> ● สมควร เป็นการพัฒนาวินิจฉัยทนายความ ● ไม่สมควร ทำให้ทนายความมีส่วนได้เสียในคดี 	<p>80.00</p> <p>20.00</p>	<p>86.66</p> <p>13.33</p>	
<p>ข้อ 5. ในคดีอื่นๆ กฎหมายไทยควรให้ทนายความเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี(Contingent Fee)</p> <ul style="list-style-type: none"> ● สมควร ● ไม่สมควร 	<p>53.33</p> <p>46.66</p>	<p>73.33</p> <p>26.66</p>	
<p>ข้อ 6. กฎหมายไทยควรกำหนดเพดานขั้นสูงสำหรับอัตราค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)</p> <ul style="list-style-type: none"> ● ไม่เกินร้อยละ 30 ของเงินตามคำพิพากษา ● ไม่เกินร้อยละ 25 ของเงินตามคำพิพากษา ● ไม่เกินร้อยละ 20 ของเงินตามคำพิพากษา ● ไม่เกินร้อยละ 15 ของเงินตามคำพิพากษา ● อื่น ๆ 	<p>13.33</p> <p>13.33</p> <p>26.66</p> <p>33.33</p> <p>13.33</p>	<p>33.33</p> <p>16.66</p> <p>20.00</p> <p>20.00</p> <p>10.00</p>	<p><u>ผู้พิพากษา</u></p> <p>ร้อยละ13.33</p> <p>เห็นว่าไม่ควร</p> <p>เกินร้อยละ 10</p> <p><u>ทนายความ</u></p> <p>ร้อยละ10</p> <p>เห็นว่าไม่ควร</p> <p>มีเพดานขั้นสูง</p>

ข้อมูลแบบสอบถาม	ผู้พิพากษา	ทนายความ และวิชาชีพ กฎหมายอื่น	หมายเหตุ
<p>ข้อ 7. ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 242 วรรคสอง “ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ” ท่านเห็นว่า</p> <ul style="list-style-type: none"> จัดหน่วยงานใน กระทรวงยุติธรรม เพื่อว่าต่างแก่ต่างคดีแทน จัดหน่วยงานใน สำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อว่าต่างแก่ต่างคดีแทน จัดทนายความให้คู่ความที่ยากจน และมีเหตุอันสมควร โดยให้ศาลกำหนดค่าทนายความเทียบเคียงเงินรางวัลทนายความในคดีทนายขอแรงตาม ป.วิ.อ. มาตรา 173 อื่นๆ 	<p>26.66</p> <p>0</p> <p>66.66</p> <p>6.66</p>	<p>16.66</p> <p>3.33</p> <p>76.66</p> <p>3.33</p>	<p>ผู้พิพากษา ร้อยละ 6.66 เห็นว่าควรจัดตั้งทั้ง 3 หน่วยงาน</p> <p>ทนายความ ร้อยละ 3.33 เห็นว่าควรจัดหน่วยงานในข้อ 2,3</p>
<p>ข้อ 8. กฎหมายควรกำหนดให้ทนายความมีหน้าที่ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายรวมทั้งค่าตอบแทนการทำงานของทนายความเพื่อให้ศาลสามารถกำหนดได้โดยถูกต้องเป็นธรรม ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดี และระยะเวลาที่ทนายเข้าไปในการดำเนินคดีประกอบ</p> <ul style="list-style-type: none"> เห็นด้วย ไม่เห็นด้วย 	<p>80.00</p> <p>20.00</p>	<p>93.33</p> <p>6.66</p>	
<p>ข้อ 9. วิชาชีพกฎหมายทนายความ กับวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมาย (ในกรณีที่มีความรู้ความสามารถเท่าเทียมกัน) สมควรได้รับค่าตอบแทน</p> <ul style="list-style-type: none"> เท่าเทียมกัน ทนายความควรได้มากกว่า เพราะการว่าความ เป็นความเชี่ยวชาญพิเศษ ที่ปรึกษากฎหมายควรได้มากกว่า เพราะเป็น ความเชี่ยวชาญพิเศษ อื่นๆ 	<p>56.66</p> <p>23.33</p> <p>13.33</p> <p>6.66</p>	<p>40.00</p> <p>36.66</p> <p>10.00</p> <p>13.33</p>	<p>ผู้พิพากษา ร้อยละ 6.66 และ</p> <p>ทนายความ ร้อยละ 13.33 เสนอให้เป็น กลไกตลาด</p>

ข้อมูลแบบสอบถาม	ผู้พิพากษา	ทนายความ และวิชาชีพ กฎหมายอื่น	หมายเหตุ
ข้อ 10. สภาพทนายความควรออกเกณฑ์อัตราค่า ทนายความที่เป็นมาตรฐานกลาง			
• สมควร เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค	56.66	56.66	
• ไม่สมควร ให้เป็นกลไกตลาด	43.33	43.33	

ข้อมูลและจำนวนผู้ตอบแบบสอบถาม

1. ผู้พิพากษา จำนวน 30 คน ประกอบด้วย

ผู้พิพากษาและผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

ผู้พิพากษาและกรรมการในคณะกรรมการยกเว้นพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ ฯ

ผู้พิพากษาในคณะอนุกรรมการกลั่นกรองเรื่องเสนอคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม

(ก.บ.ศ.)

2. ทนายความ และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสาขาอื่น จำนวน 30 คน จากผู้เข้ารับการศึกษาปริญญาตรี วิชาชีพกฎหมายชั้นสูง ณ สถาบันวิชาชีพกฎหมายชั้นสูง สภาพทนายความ อันประกอบด้วย ทนายความ ที่ปรึกษาทนายความ นิติกร และผู้บริหารองค์กร

ภาคผนวก 4

United States Federal Rules of Civil Procedure¹

RULES 23 CLASS ACTIONS

(a) Prerequisites to a Class Action.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Class Actions Maintainable.

An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

1. ระบบศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งออกเป็นระบบศาลมลรัฐ (state courts) และศาลสหพันธรัฐหรือศาลส่วนกลาง (District Courts) วิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้ในศาลสหพันธรัฐ (District Courts) คือ Federal Rules of Civil Procedure ซึ่งอาจแปลได้ว่าข้อกำหนดวิธีพิจารณาความแพ่งในศาลสหพันธรัฐของสหรัฐอเมริกา ข้อกำหนด (Rule) ข้อ ๒๓ ของข้อกำหนดวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวถือเป็นต้นแบบ (model) ในการร่างบทบัญญัติการดำเนินคดีแบบกลุ่มของไทย และของประเทศต่างๆในโลก จึงได้นำมาบันทึกไว้ในภาคผนวกนี้

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

(c) Determination by Order Whether Class Action to be Maintained; Notice; Judgment;

Actions Conducted Partially as Class Actions.

(1) As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits.

(2) In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that

(A) the court will exclude the member from the class if the member so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel.

(3) The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class.

(4) When appropriate (A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or (B) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly.

(d) Orders in Conduct of Actions.

In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument; (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action; (3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors; (4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly; (5) dealing with similar procedural matters. The

orders may be combined with an order under Rule 16 , and may be altered or amended as may be desirable from time to time.

(e) Dismissal or Compromise.

A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs.

(f) Appeals.

A court of appeals may in its discretion permit an appeal from an order of a district court granting or denying class action certification under this rule if application is made to it within ten days after entry of the order. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

Notes

Rule 23.1. Derivative Actions by Shareholders

In a derivative action brought by one or more shareholders or members to enforce a right of a corporation or of an unincorporated association, the corporation or association having failed to enforce a right which may properly be asserted by it, the complaint shall be verified and shall allege (1) that the plaintiff was a shareholder or member at the time of the transaction of which the plaintiff complains or that the plaintiff's share or membership thereafter devolved on the plaintiff by operation of law, and (2) that the action is not a collusive one to confer jurisdiction on a court of the United States which it would not otherwise have. The complaint shall also allege with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action the plaintiff desires from the directors or comparable authority and, if necessary, from the shareholders or members, and the reasons for the plaintiff's failure to obtain the action or for not making the effort. The derivative action may not be

maintained if it appears that the plaintiff does not fairly and adequately represent the interests of the shareholders or members similarly situated in enforcing the right of the corporation or association. The action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to shareholders or members in such manner as the court directs.

Notes

Rule 23.2, Actions Relating to Unincorporated Associations

An action brought by or against the members of an unincorporated association as a class by naming certain members as representative parties may be maintained only if it appears that the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the association and its members. In the conduct of the action the court may make appropriate orders corresponding with those described in Rule 23(d) , and the procedure for dismissal or compromise of the action shall correspond with that provided in Rule 23(e)

ภาคผนวก 5

บันทึกหลักการและเหตุผล

ประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ..)

พ.ศ.¹

(เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับทนายความและการเรียกค่าทนายความ)

หลักการ

แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อกำหนดกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (เพิ่มหมวด 4 การดำเนินคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/1 ถึงมาตรา 222/50 ในลักษณะ 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น ภาค 2 วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น)

เหตุผล

โดยที่การดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นกระบวนการดำเนินคดีที่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกธรรมชาติให้กับประชาชน เนื่องจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มสามารถคุ้มครองผู้เสียหาย

¹ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อกำหนดกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้คัดเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวกับทนายความและเงินรางวัลทนายความในร่างพระราชบัญญัตินี้มานำเสนอเพื่อให้เห็นแนวโน้มของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไทยว่าให้ความสำคัญกับวิชาชีพทนายความในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่สังคมในฐานะเจ้าหน้าที่ในการยุติธรรม (Officer of Justice) อย่างมาก และโดยเฉพาะการยอมให้คิดค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

จำนวนมากได้ในการดำเนินคดีเพียงครั้งเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นวิธีการที่สามารถอำนวยความสะดวก ยุติธรรมให้แก่ผู้เสียหายประเภทที่ไม่มีความสามารถฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายด้วยตนเองได้ หรือ ผู้เสียหายที่ได้รับ ความเสียหายจำนวนเพียงเล็กน้อย เช่น คดีที่ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย การ ดำเนินคดีแบบกลุ่มจึงเป็นมาตรการที่สร้างความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนผู้ด้อยโอกาสในสังคมได้เป็น อย่างดี ประกอบกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นวิธีการที่ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ และยังช่วยหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อนในการฟ้องคดีและป้องกันความขัดแย้งกันของคำพิพากษา ตลอดจน เป็นมาตรการในการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นสู่ศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกทางหนึ่ง สมควรแก้ไข ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อกำหนดกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ร่าง
พระราชบัญญัติ
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ..)
พ.ศ.

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 31 มาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 37 มาตรา 39 มาตรา 48

และมาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตาม
บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธี
พิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ..) พ.ศ.”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสองร้อยสี่สิบวันนับแต่วันประกาศใน
ราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นหมวด 4 การดำเนินคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/1 ถึงมาตรา
222/50 ในลักษณะ 2 วิธีพิจารณาวิสามัญในศาลชั้นต้น ภาค 2 วิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น แห่งประมวล
กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

หมวด 4

การดำเนินคดีแบบกลุ่ม

ส่วนที่ 1

บททั่วไป

มาตรา 222/1 ...

มาตรา 222/2 เพื่อความเหมาะสมสำหรับคดีบางประเภท หรือเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณา
หรือการบังคับคดีเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว เทียบธรรม ประธานศาลฎีกามีอำนาจออกข้อกำหนดใดๆ ที่ไม่
ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในหมวดนี้ได้ ดังนี้

(1)

(2)

(3)

(4)

(5) กำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการบังคับคดีและเงินรางวัลความ

(6)

ข้อกำหนดนั้น เมื่อได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

มาตรา 222/3

มาตรา 222/4

ส่วนที่ 2

การขออนุญาตดำเนินคดีแบบกลุ่ม

มาตรา 222/5

มาตรา 222/6

มาตรา 222/7

มาตรา 222/8

มาตรา 222/9 ในการพิจารณาคำร้องขออนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ให้ศาลจัดส่งสำเนาคำฟ้องและคำร้องเช่นว่านั้นไปให้จำเลย เมื่อศาลได้ฟังคู่ความทุกฝ่ายและทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรแล้ว ศาลจะอนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ได้ต่อเมื่อเป็นที่พอใจของศาลว่า

(1)

(2)

(3)

(4)

(5) โจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าโจทก์เป็นสมาชิกกลุ่มที่มีคุณสมบัติ ส่วนได้เสียรวมตลอดทั้งการได้มาซึ่งสิทธิการเป็นสมาชิกกลุ่ม ตามข้อกำหนดที่ออกโดยประธานศาลฎีกา ถัดมา และโจทก์รวมทั้งทนายความที่โจทก์เสนอให้เป็นทนายความของกลุ่มสามารถดำเนินคดีคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม

มาตรา 222/10

ส่วนที่ 3

การพิจารณาคดีแบบกลุ่ม

มาตรา 222/11

มาตรา 222/12 ให้ศาลส่งคำบอกกล่าวคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มให้สมาชิกกลุ่มเท่าที่ทราบ และประกาศทางหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายเป็นเวลาสามวัน รวมทั้งทางสื่อมวลชนอื่นหรือวิธีการอื่นใดเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร

ประกาศและคำบอกกล่าวอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้

(1) ...

(2) ชื่อ และที่อยู่ของคู่ความและทนายความฝ่ายโจทก์

(3)

(4)

(5)

(6)

(7)

(8)

(9)

มาตรา 222/13

มาตรา 222/14 สมาชิกกลุ่มที่ไม่ได้ใช้สิทธิออกจากความเป็นสมาชิกกลุ่มตามมาตรา 222/13
ย่อมมีสิทธิดังต่อไปนี้

- (1)
- (2)
- (3)
- (4) จัดหาทุนความคนใหม่ มาดำเนินคดีแทนทุนความของกลุ่มตามมาตรา 222/16 วรรคสอง
- (5)
- (6)
- (7)

สมาชิกกลุ่มอาจแต่งตั้งทุนความเพื่อดำเนินการตามวรรคหนึ่งก็ได้

มาตรา 222/15

มาตรา 222/16

หากความปรากฏต่อศาลในระหว่างการพิจารณาว่าทุนความฝ่าย โจทก์ไม่สามารถดำเนินคดี
คุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม หรือทุนความฝ่าย โจทก์ขอถอนตัวจาก
การดำเนินคดี ศาลอาจมีคำสั่งให้โจทก์และสมาชิกกลุ่มจัดหาทุนความคนใหม่มาดำเนินคดีแทน
ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด หากโจทก์และสมาชิกกลุ่มเพิกเฉยไม่ดำเนินการดังกล่าว ให้นำความใน
วรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

คำสั่งของศาลตามมาตรานี้ให้เป็นที่สุด

มาตรา 222/17

มาตรา 222/18

มาตรา 222/19

มาตรา 222/20

มาตรา 222/21

มาตรา 222/22

มาตรา 222/23

มาตรา 222/24

มาตรา 222/25

มาตรา 222/26

มาตรา 222/27

มาตรา 222/28

มาตรา 222/29

มาตรา 222/30

มาตรา 222/31

มาตรา 222/32

มาตรา 222/33

มาตรา 222/34

ส่วนที่ 4

คำพิพากษาและการบังคับคดี

มาตรา 222/35 คำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการผูกพันคู่ความและสมาชิกกลุ่ม และในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ให้โจทก์หรือทนายความฝ่าย โจทก์มีอำนาจดำเนินการบังคับคดีแทนโจทก์และสมาชิกกลุ่ม

สมาชิกกลุ่มมีสิทธิที่จะยื่นคำขอรับชำระหนี้ แต่ไม่มีสิทธิที่จะดำเนินการบังคับคดีตามส่วนนี้ด้วยตนเอง

หากความปรากฏต่อศาลว่าทนายความฝ่าย โจทก์ไม่สามารถดำเนินการบังคับคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสมาชิกกลุ่มได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม ศาลอาจมีคำสั่งให้โจทก์และสมาชิกกลุ่มจัดหาทนายความคนใหม่มาดำเนินการบังคับคดีต่อไปได้

มาตรา 222/36 คำพิพากษาของศาลต้องกล่าวหรือแสดงรายการดังต่อไปนี้

- (1) รายการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 141
- (2) ลักษณะ โศภณของของกลุ่มบุคคลหรือกลุ่มย่อยที่จะต้องถูกผูกพันตามคำพิพากษา
- (3) ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงิน ต้องระบุจำนวนเงินที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่โจทก์ รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณในการชำระหนี้ให้สมาชิกกลุ่ม

(4) จำนวนเงินรางวัลของนายความฝ่ายโจทก์ตามมาตรา 222/37

มาตรา 222/37 กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยกระทำการหรือเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สิน ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่นายความฝ่ายโจทก์ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดีประกอบกับระยะเวลาและการทำงานของนายความฝ่ายโจทก์ รวมทั้งค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินคดีซึ่งมิใช่ค่าฤชาธรรมเนียมที่นายความฝ่ายโจทก์ได้เสียไป และเพื่อประโยชน์แห่งการนี้ เมื่อการพิจารณาคดีสิ้นสุดลงให้นายความฝ่ายโจทก์ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวต่อศาล โดยให้สำเนาแก่จำเลยด้วย

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยใช้เงิน นอกจากศาลต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มมีสิทธิได้รับประกอบด้วย โดยกำหนดเป็นจำนวนร้อยละของจำนวนเงินดังกล่าว แต่จำนวนเงินรางวัลดังกล่าวต้องไม่เกินร้อยละสามสิบของจำนวนเงินนั้น

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยกระทำการหรือเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สินและให้ใช้เงินรวมอยู่ด้วย ให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการกำหนดจำนวนเงินรางวัลตามมาตรา นี้ หากมีการเปลี่ยนนายความฝ่ายโจทก์ ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลของนายความฝ่ายโจทก์ตามสัดส่วนของการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เสียไป

ให้ถือว่านายความฝ่ายโจทก์เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและจำเลยเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา ในส่วนของเงินรางวัลนายความฝ่ายโจทก์ด้วย และเงินรางวัลดังกล่าวมิใช่ค่าฤชาธรรมเนียม

มาตรา 222/38

มาตรา 222/39

มาตรา 222/40

มาตรา 222/41

มาตรา 222/42

มาตรา 222/43 เมื่อเข้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินอย่างใดของลูกหนี้ตามคำพิพากษาในคดีอื่น ไว้แทนเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว ให้นายความฝ่ายโจทก์ในคดีแบบกลุ่มมีอำนาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลที่ออกหมายบังคับคดีให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้น เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้เฉลี่ยทรัพย์แก่นายความฝ่ายโจทก์ โจทก์ และสมาชิกกลุ่มตามมาตรา 290 ตามจำนวนที่มีสิทธิได้รับ

ในกรณีที่จำนวนเงินที่สมาชิกกลุ่มได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ตามมาตรา 222/42 ยังไม่เป็นที่ยุติ ให้ศาลที่ได้รับคำร้องขอเฉลี่ยทรัพย์รอกามีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอเฉลี่ยทรัพย์ตาม

พรรคหนึ่งไว้ก่อน และเมื่อได้ข้อยุติในจำนวนเงินดังกล่าวแล้ว ให้ทนายความฝ่ายโจทก์แจ้งให้ศาลนั้นทราบ

มาตรา 222/44 เมื่อจำเลยนำเงินหรือทรัพย์สินมาวางต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือเมื่อได้ขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นซึ่งทรัพย์สินของจำเลย หรือเมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีได้รวบรวมทรัพย์สินอื่นใดของจำเลยเสร็จ และได้หักค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจ่ายเงินให้แก่ผู้มีสิทธิตามลำดับ ดังนี้

- (1) ผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 287 และมาตรา 289
- (2) เงินรางวัลทนายความฝ่ายโจทก์ตามมาตรา 222/37
- (3) ค่าฤชาธรรมเนียมใช้แทนโจทก์
- (4) โจทก์ สมาชิกกลุ่ม และเจ้าหนี้อื่นที่มีสิทธิได้รับเฉลี่ยทรัพย์สินตามมาตรา 290

ส่วนที่ 5 อุทธรณ์

มาตรา 222/45

มาตรา 222/46

มาตรา 222/47 ราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์ ให้ถือราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์เฉพาะระหว่างโจทก์กับจำเลย

ในกรณีที่จำเลยยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับอุทธรณ์ตามมาตรา 234 นั้น ให้จำเลยนำค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงมาวางศาลและนำเงินมาชำระตามคำพิพากษาหรือหาประกันให้ไว้ต่อศาลเฉพาะในส่วนที่จำเลยต้องรับผิดชอบชำระหนี้ให้แก่โจทก์ แต่ไม่ต้องนำเงินมาชำระหรือหาประกันให้ไว้ต่อศาลสำหรับเงินรางวัลทนายความ

มาตรา 222/48

มาตรา 222/49

ส่วนที่ 6
ค่าธรรมเนียม

มาตรา 222/50

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

นายกรัฐมนตรี

ภาคผนวก 6

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1260/2543 บริษัทธีรกุล จำกัด โจทก์
(ประชุมใหญ่) นางสุนตรา ปฐมวานิชย์หรือประไพภรเกียรติ์ จำเลย

เรื่อง ข้างทำของ

โจทก์ฟ้องว่า เมื่อเดือนมกราคม 2536 จำเลยตกลงว่าจ้างโจทก์ซึ่งเป็นนิติบุคคล ให้ดำเนินคดีนายรัชชัย ปฐมวานิชย์ เพื่อขอหย่าแล้วขอแบ่งสินสมรสระหว่างสามีภริยาและขอเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร จำเลยตกลงชำระค่าทนายความเบื้องต้นและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีโดยยังไม่รวมถึงค่าขึ้นศาลเป็นเงิน 500,000 บาท ส่วนค่าทนายความที่เหลือตกลงชำระให้โจทก์ในอัตราร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์ที่ได้รับจากการแบ่งสินสมรส โดยชำระเมื่อจำเลยได้รับแบ่งสินสมรสเสร็จแล้ว โจทก์ตกลงรับจ้างแล้วได้ให้ทนายความของโจทก์และเสมียนทนายความหลายคนแบ่งหน้าที่ทำการตรวจสอบทรัพย์สินของนายรัชชัยว่าทรัพย์สินใดเป็นสินสมรสซึ่งจำเลยมีสิทธิได้รับและได้อายัดไว้ก่อนเพื่อป้องกันความเสียหายให้แก่จำเลยก่อนฟ้องคดี ต่อมาวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2536 โจทก์ให้นายชิตศักดิ์ บรรจงโพธิ์กลาง และนายพงษ์ศักดิ์ เรืองโกสินทร์ ทนายความดำเนินการยื่นฟ้องนายรัชชัย ต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ต่อมาวันที่ 3 พฤศจิกายน 2536 คู่ความตกลงขอทำสัญญาประนีประนอมยอมความ และวันที่ 5 พฤศจิกายน 2536 ศาลพิพากษาคดีเสร็จเด็ดขาดไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ โดยจำเลยจะได้รับส่วนแบ่งสินสมรสเป็นเงินจำนวน 50,000,000 บาท จำเลยจึงต้องชำระค่าจ้างว่าความในอัตราร้อยละ 5 คิดเป็นเงินจำนวน 2,500,000 บาท จำเลยได้รับส่วนแบ่งสินสมรสครั้งแรกเป็นเงินจำนวน 30,000,000 บาท แล้วได้ชำระค่าจ้างว่าความแก่โจทก์เป็นเงินจำนวน 1,500,000 บาท ต่อมาจำเลยได้รับส่วนแบ่งสินสมรสครั้งสุดท้ายเป็นเงินจำนวน 20,000,000 บาทแล้ว แต่จำเลยไม่ยอมชำระเงินค่าจ้างว่าความที่ต้องชำระแก่โจทก์อีกจำนวน 1,000,000 บาท โจทก์ทวงถามแล้ว แต่จำเลยเพิกเฉย โจทก์คิดดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ถึงวันฟ้องวันที่ 18 พฤษภาคม 2538 เป็นเงิน 20,958.90 บาท ขอให้บังคับจำเลยชำระเงินจำนวน 1,020,958.90 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงิน 1,000,000 บาท นับแต่วันฟ้องจนกว่าได้ชำระเสร็จแก่โจทก์

จำเลยให้การและฟ้องแย้งว่า จำเลยยอมรับว่าตกลงว่าจ้างโจทก์ให้ดำเนินคดีนาย รัชชัย ปฐมวานิชย์ ตามฟ้องของโจทก์ แต่โจทก์จำเลยตกลงค่าจ้างเป็นเงินเพียง 1,500,000 บาท เท่านั้น จำเลยชำระค่าจ้างเบื้องต้นแก่โจทก์แล้วจำนวน 700,000 บาท เมื่อคดีถึงที่สุด โจทก์ได้มาขอรับเงินค่าจ้างว่าความจากจำเลยอีกเป็นเงินจำนวน 1,500,000 บาท ทั้งที่ตาม ราคาว่าจ้างที่ตกลงกันนั้น โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับเงินเพิ่มอีก 800,000 บาท เท่านั้น โดยลลอกจากจะเอาไปดำเนินการให้คดีถึงที่สุดโดยเร็ว จำเลยได้ชำระเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่โจทก์ไป รวมค่าจ้างครั้งแรกแล้วเป็นเงิน 2,200,000 บาท ซึ่งเป็นการชำระเกินจากค่าจ้างที่ตกลงกันถึง 700,000 บาท ต่อมา จำเลยทราบความจริงจึงมีหนังสือลงวันที่ 7 มิถุนายน 2538 ขอเงินส่วนที่จ่ายเกินคืน โจทก์มีหนังสือลงวันที่ 15 มิถุนายน 2538 แจ้งว่าโจทก์ได้นำเงินที่ได้รับจาก จำเลยครั้งแรกชำระเป็นค่าธรรมเนียมศาลจำนวน 200,000 บาท ดังนั้น โจทก์จึงยังได้รับ ค่าจ้างจากจำเลยเกินไป 500,000 บาท และยังไม่คืนให้จำเลย ขอให้ยกฟ้องและขอให้บังคับ โจทก์ชำระเงินจำนวน 500,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ 21 มิถุนายน 2538 จนกว่าได้ชำระเสร็จแก่โจทก์

โจทก์ให้การแก้ฟ้องแย้งว่า เงินจำนวน 700,000 บาท ที่จำเลยชำระให้แก่โจทก์ ครั้งแรกนั้น เป็นค่าทนายความเบื้องต้น และค่าใช้จ่ายจำนวน 500,000 บาท กับค่าขึ้นศาล จำนวน 200,000 บาท ไม่ใช่ค่าใช้จ่ายซึ่งจำเลยจะต้องชำระให้แก่โจทก์ในอัตราร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์ที่จำเลยได้รับแบ่งสินสมรส เมื่อจำเลยได้รับแบ่งสินสมรสครั้งแรกเป็นเงิน จำนวน 30,000,000 บาท จำเลยก็ได้ชำระค่าจ้างแก่โจทก์จำนวน 1,500,000 บาท ซึ่งเท่ากับ อัตราร้อยละ 5 ของราคาสินสมรสที่จำเลยได้รับตรงตามสัญญาจ้าง มิได้เกิดจากการ หลอกลวง ทั้งจำเลยชำระให้แก่โจทก์โดยมิได้โต้แย้งแต่อย่างใด จำเลยต้องชำระค่า ทนายความตามฟ้องแก่โจทก์ โจทก์ไม่ต้องคืนเงินตามฟ้องแย้ง ขอให้ยกฟ้องแย้ง

ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วพิพากษายกฟ้องโจทก์และยกฟ้องแย้งจำเลย ค่าฤชาธรรมเนียมให้เป็นพับทั้งสองฝ่าย

โจทก์อุทธรณ์

ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่า ให้จำเลยชำระเงินจำนวน 1,000,000 บาท พร้อม ดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ 28 มกราคม 2538 จนกว่าจะได้ชำระเสร็จแก่ โจทก์ แต่ดอกเบี้ยถึงวันที่ 18 พฤษภาคม 2538 ให้ชำระไม่เกิน 20,958.90 บาท ตามที่ โจทก์ขอ และให้จำเลยใช้ค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสองศาลแทนโจทก์ โดยกำหนดค่าทนายความ ให้รวม 20,000 บาท นอกจากที่แก้คงให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

จำเลยฎีกา

ศาลฎีกาตรวจสำนวนประชุมปรึกษาแล้ว ข้อเท็จจริงที่คู่ความมิได้ฎีกาโต้แย้งฟังเป็นยุติว่า จำเลยได้ทำสัญญาจ้างโจทก์ดำเนินคดีฟ้องนายรัชชัย ปฐมวาณิชย์ สามีจำเลยเพื่อขอหย่า แบ่งสินสมรสและขอเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร โดยตกลงให้สินจ้างเป็นค่าทนายความเบื้องต้น และค่าใช้จ่ายก่อน 500,000 บาท กับอีกร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์ที่ได้รับจากการแบ่งสินสมรส จำเลยได้จ่ายค่าทนายความเบื้องต้นดังกล่าวและค่าขึ้นศาลอีก 200,000 บาท รวมเป็นเงิน 700,000 บาท ให้แก่โจทก์แล้ว ส่วนที่เหลือจำเลยจะชำระเมื่อจำเลยได้รับส่วนแบ่งสินสมรสแล้ว ต่อมา โจทก์ได้มอบหมายให้ทนายความประจำของโจทก์ยื่นฟ้องนายรัชชัยต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางตามประสงค์ของจำเลยและขอแบ่งสินสมรสกึ่งหนึ่งและต่อมาศาลพิพากษาคดีเสร็จเด็ดขาดไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความโดยจำเลยจะได้รับส่วนแบ่งสินสมรสเป็นเงิน 50,000,000 บาท ซึ่งนายรัชชัยได้ชำระหนี้ตามคำพิพากษาครั้งแรกเป็นที่ดินและเงินสดจำนวน 30,000,000 บาท เมื่อจำเลยได้รับชำระหนี้ดังกล่าวแล้ว จำเลยได้มอบเงินค่าจ้างว่าความแก่โจทก์ 1,500,000 บาท ซึ่งเท่ากับร้อยละ 5 ของจำนวนเงินที่จำเลยได้รับชำระหนี้ดังกล่าว ต่อมา จำเลยได้รับชำระหนี้อีก 20,000,000 บาท แต่จำเลยไม่ชำระเงินค่าทนายความร้อยละ 5 คิดเป็นเงิน 1,000,000 บาท แก่โจทก์ ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของจำเลยมีว่า สัญญาจ้างว่าความระหว่างโจทก์จำเลยในส่วนข้อตกลงให้สินจ้างกันอีกจำนวนร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์สินสมรสที่จำเลยจะได้รับแบ่งมานั้นเป็นโมฆะหรือไม่ ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ เห็นว่า วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีลักษณะผูกขาดที่ผู้ที่เป็นทนายความได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายประการ รวมทั้งการห้ามมิให้ผู้ที่มีได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายว่าความในศาล หรือแต่งฟ้องคำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้องหรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่นอย่างผู้ที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 33 ผู้ที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความจึงย่อมมีพันธกรณีต่อสังคมที่จะต้องปฏิบัติและดำรงตนให้ต้องกับหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในฐานะที่ทนายความมีส่วนสำคัญในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความและเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล ทนายความไม่พึงทำสัญญากับลูกความของตนในลักษณะที่ตนเองมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีจนกระทบกระเทือนการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ข้อสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยในส่วนที่ตกลงให้สินจ้างกันอีกร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์สินสมรสที่จำเลยจะได้รับแบ่งมานี้เป็นข้อสัญญาที่ให้ทนายความเข้ามีส่วนได้เสียในทางการเงินโดยตรงในผลของคดี จึงไม่ต้องด้วยหลัก

จริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ย่อมถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หนึ่งข้อสัญญาลักษณะนี้กรณีที่เป็นสัญญาระหว่างทนายความกับลูกความมีบัญญัติไว้ต่างกัน ในพระราชบัญญัติทนายความสองฉบับ ฉบับแรกโดยพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 บัญญัติในมาตรา 12 (2) ห้ามมิให้ทนายความเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ส่วนฉบับที่สองโดยพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มิได้บัญญัติห้ามข้อนี้ไว้โดยตรงแต่บัญญัติไว้ในมาตรา 17 วรรคหนึ่ง ว่า ทนายความต้องปฏิบัติให้ต้องตามมรรยาททนายความตามที่เนติบัณฑิตยสภากำหนด การกำหนดมรรยาททนายความให้เนติบัณฑิตยสภาตราเป็นข้อบังคับและประกาศในราชกิจจานุเบกษา และวรรคสองว่าทนายความผู้ใดฝ่าฝืนข้อความที่เนติบัณฑิตยสภาตราขึ้นตามวรรคก่อน ทนายความผู้นั้นประพฤตินิยมมรรยาททนายความพระราชบัญญัติทนายความฉบับดังกล่าวบัญญัติต่อไปในมาตรา 41 อีกว่า ในระหว่างที่เนติบัณฑิตยสภายังไม่ได้ตราข้อบังคับตามมาตรา 17 ให้ถือว่าความในมาตรา 12 (2) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 เป็นเสมือนข้อบังคับที่เนติบัณฑิตยสภาตราขึ้นตามมาตรา 17 สำหรับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 บัญญัติในมาตรา 27 (3) (จ) ประกอบมาตรา 51 ให้คณะกรรมการสภาทนายความมีอำนาจออกข้อบังคับสภาทนายความกำหนดการกระทำที่เป็นการผิดมรรยาททนายความ และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ที่คณะกรรมการสภาทนายความออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าวที่มีได้บัญญัติห้ามมิให้ทนายความเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความอย่างพระราชบัญญัติทนายความสองฉบับแรก ในข้อนี้ศาลฎีกา เห็นว่า การวางระเบียบบังคับแก่ทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความกับความสมบูรณ์ของสัญญาระหว่างทนายความและลูกความเป็นคนละส่วนกัน การที่ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มิได้กำหนดให้การเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความของทนายความเป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความอย่างพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มีผลเพียงว่าการทำสัญญาระหว่างทนายความและลูกความในลักษณะนี้ไม่เป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความอันเป็นมูลจะลงโทษตามมาตรา 52 เท่านั้น หากมีผลให้ข้อสัญญาระหว่างโจทก์จำเลยดังกล่าวซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเนื่องจากไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความกลับมีความสมบูรณ์แต่ประการใดไม่ สัญญาจ้างว่าความระหว่าง

โจทก์จำเลยในส่วนนี้จึงเป็นโมฆะ ที่ศาลอุทธรณ์พิพากษามาไม่ต้องด้วยความเห็นของศาลฎีกา
ฎีกาของจำเลยฟังขึ้น

พิพากษาแก้เป็นว่า ให้ยกฟ้องโจทก์ ค่าฤชาธรรมเนียมทั้งสามศาลให้เป็นพับ
นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์.

นายวิชัย วิวิตเสวี

นายเรืองฤทธิ์ ศรีวรรณะ

นายพลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - สกุล	นางสาวสุธินี ฤกษ์วสินกุล
การศึกษา	ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประกาศนียบัตรการอบรมวิชาว่าความ สภานายความ
สถานที่ทำงาน	ศาลฎีกา
ตำแหน่ง	นิติกร