



การกำหนดค่าทนายความตามผลคดี

โดย

นางสาววนิดา มีศรี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การกำหนดค่าทนายความตามผลคดี

โดย

นางสาววนิดา มีศรี



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



CONTINGENCY FEES

BY

MISS VANIDA MEESRI



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW

PRIVATE LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
นิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาววนิดา มีศรี

เรื่อง

การกำหนดค่าทนายความตามผลคดี

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

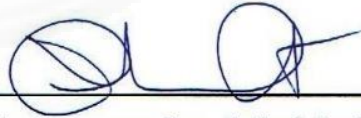
เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



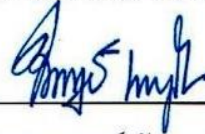
(อาจารย์ มานพ นาคทัต)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัชมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกำหนดค่าทนายความตามผลคดี
ชื่อผู้เขียน	นางสาวนิดา มีศรี
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาถึงรูปแบบข้อตกลงระหว่างทนายความและลูกความเกี่ยวกับค่าทนายความ หรือค่าตอบแทนในสัญญาจ้างว่าความ ซึ่งในอดีตนั้นถูกควบคุมโดยบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติทนายความ ที่บัญญัติไว้เป็นข้อห้ามชัดเจนมิให้มีการตกลงค่าตอบแทนโดย “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” หรือที่เรียกว่าการตกลงค่าทนายความตามผลคดี (contingency fees) หากมีการฝ่าฝืนกระทำข้อตกลงดังกล่าว สัญญาจ้างว่าความนั้นจะตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับต่อกันได้ นอกจากนั้นคู่สัญญาฝ่ายทนายความยังต้องได้รับโทษตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอีกด้วย แต่ต่อมาภายหลังจากการประกาศใช้ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อห้ามดังกล่าวก็ได้สิ้นผลบังคับไป ส่งผลให้ในปัจจุบันสัญญาจ้างว่าความจึงอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญหลายประการ ดังนี้

1. ปัญหาการค้นหาความมุ่งหมายที่แท้จริงของฝ่ายนิติบัญญัติ ในการตัดบทบัญญัติห้ามมิให้ทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนโดย “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” ออกจากพระราชบัญญัติทนายความ
2. ปัญหาการขาดแคลนกฎหมายเฉพาะที่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการทำสัญญาจ้างว่าความ และอัตราค่าตอบแทนของผู้มีวิชาชีพทนายความที่ชัดเจน และความเหมาะสมในการนำกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้เพื่อบังคับใช้กับสัญญาจ้างว่าความโดยตรง รวมทั้งหลัก

จริยธรรมวิชาชีพของทนายความ ในฐานะกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มาปรับใช้เพื่อควบคุมข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนในสัญญาจ้างว่าความ

3. ปัญหาว่าการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนโดย “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” นั้นควรถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดหลักจริยธรรมวิชาชีพทนายความ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนต่อไปหรือไม่

เพื่อประโยชน์ในการหาคำตอบของปัญหาข้างต้น ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาถึงที่มา (origin) ทางประวัติศาสตร์ของหลักข้อห้ามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติทนายความของไทยในอดีต รวมทั้งศึกษาถึงวิวัฒนาการสำคัญ ๆ ที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องของกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ในฐานะประเทศต้นกำเนิดของหลักข้อห้ามดังกล่าว, ประเทศสหรัฐอเมริกา ในฐานะประเทศที่อนุญาตให้ทนายความและลูกความทำข้อตกลง contingency fees ต่อกันได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายเป็นครั้งแรก และประเทศแอฟริกาใต้ ในฐานะประเทศที่มีการควบคุมเกี่ยวกับการทำข้อตกลง contingency fees ทุกขั้นตอนอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร และสภาวะการณ์ปัจจุบันที่เป็นอยู่ในประเทศไทย

จากการศึกษาค้นคว้าข้างต้น พบว่าการห้ามมิให้ทนายความและลูกความกำหนดค่าทนายความตามผลคดี หรือ contingency fees นั้น มีต้นกำเนิดมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่เรียกว่าหลัก “Maintenance and Champerty” ซึ่งเกิดขึ้นครั้งแรกในช่วงศตวรรษที่ 13 หรือช่วงยุคกลางของประเทศอังกฤษ ในขณะที่ระบบยุติธรรมมีความอ่อนแอ ตุลาการตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้มีอำนาจ ทั้งยังไม่มีระบบวิธีพิจารณาความที่ดีพอ ซึ่งประเทศอังกฤษก็ได้พัฒนากฎหมายอย่างต่อเนื่อง จนในปัจจุบันนี้ ได้มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาต พร้อมทั้งกำหนดวิธีการควบคุมการทำข้อตกลงดังกล่าวแล้ว ในประเทศสหรัฐอเมริกา ถึงแม้ในระยะแรกจะยึดหลักข้อห้ามที่ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายอังกฤษในการตัดสินคดีที่เกี่ยวกับข้อตกลงดังกล่าวเช่นกัน แต่เพื่อการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมมากยิ่งขึ้น จึงได้อนุญาตให้ทำข้อตกลงฯ ได้ โดยมีศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการควบคุม ส่วนประเทศแอฟริกาใต้นั้น มีกฎหมายที่ควบคุมการทำสัญญาอย่างละเอียดในทุกขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นก่อน ขณะ และหลังการทำสัญญา

เมื่อพิจารณาถึงสภาวะการณ์ปัจจุบันในประเทศไทย พบว่าไม่มีข้อจำกัดของระบบกระบวนการยุติธรรมใด ๆ เหมือนในช่วงยุคกลางของประเทศอังกฤษ และไม่ว่าข้อตกลงนั้นจะสามารถทำได้ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าข้อตกลงค่าทนายความรูปแบบนี้ปรากฏอยู่จริงในสังคมไทย และการควบคุมจะเกิดขึ้นได้เฉพาะแต่ในกรณีที่มีคดีขึ้นสู่ศาลเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอแนะให้นักกฎหมายปรับเปลี่ยนมุมมองที่มีต่อการกำหนดค่าทนายความในรูปแบบ contingency fees ซึ่งมีทั้งข้อดีและข้อเสีย เมื่อการห้ามมิให้กระทำข้อตกลงไม่มีสภาพบังคับและการควบคุมที่ดีพอ จึงสมควรมีการตรากฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ภายใต้ขอบเขตที่ชัดเจนตามกฎหมาย เพื่อให้ศาลสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เหมาะสมมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: การกำหนดค่าทนายความตามผลคดี, ค่าทนายความ, สัญญาจ้างว่าความ



Thesis Title	Contingency Fees
Author	Miss Vanida Meesri
Degree	Master of Law
Department/Faculty/University	Private Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Viravat Chantachote, Ph.D.
Academic Years	2015

ABSTRACT

The objective of this thesis is to study the lawyer fees agreement between the lawyer and the client which was, in former times, subject to The Lawyers Act “The Act”. All Thailand’s previous Acts explicitly prohibited lawyers and clients to calculate lawyer fees from the properties the client shall receive from the final judgment, internationally known as “The Contingency Fees Agreement”. If such agreements were illegally made, they would be deemed as void and unenforceable, plus the lawyer would get the penalties stipulated by The Act for violating professional ethics of lawyers. The mentioned prohibition was repealed after The Regulation of the Lawyers Council on Conduct of Lawyers B.E. 2529, issued by virtue of The Act, had come into force on February 18, 1986. Since then, the agreement between lawyers and clients has only been subject to the Civil and Commercial Code.

The fact above leads to significant problems as follows:

1. The problem on finding the true intention of the state’s legislature in eliminating the section forbidding the lawyer and the client to calculate lawyer fees from the properties the client shall receive from the final judgment.

2. The lack of the positive law (*lex scripta*) prescribes the certain means to make an agreement including the lawyer fees maximum rate which the court can

suitably apply to the case instead of using irrelevant laws or professional ethics as the Public Order and Good Morals to do so.

3) The problem whether calculating lawyer fees from the properties which the client shall receive from the final judgment should be further considered violating professional ethics which is against Public Order and Good Morals.

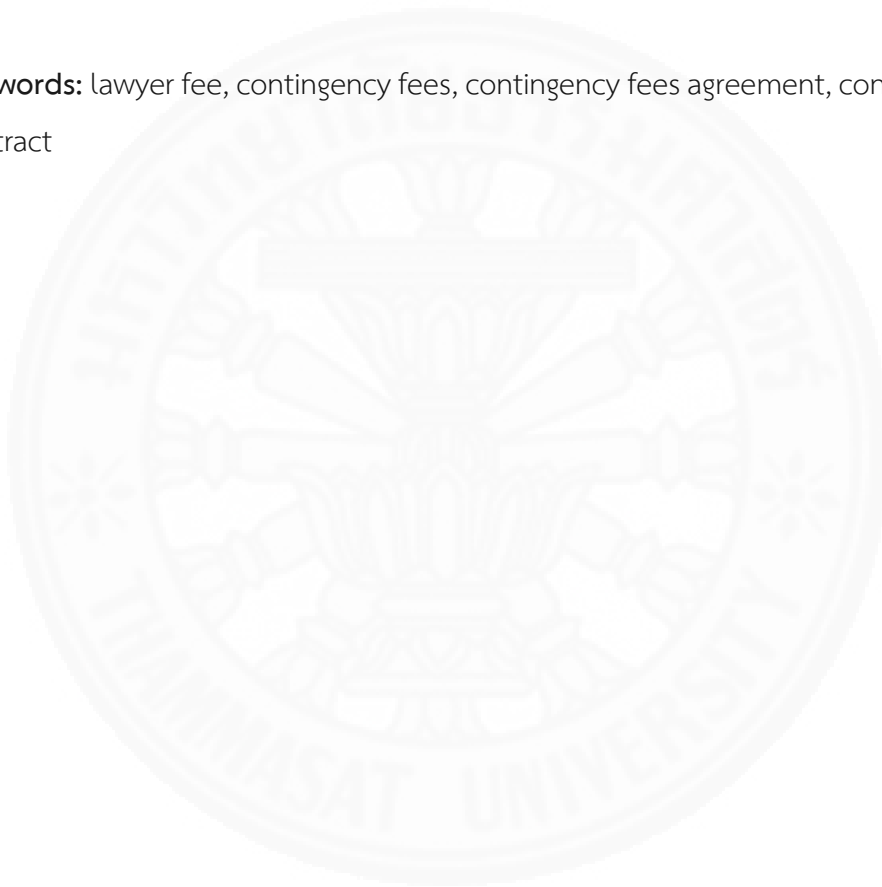
In finding the answers to those questions, the author has studied back to the history of the prohibition and its evolution in foreign countries' laws; **England**, as the origin of the prohibition, **United States of America**, as the first country to enforce the contingency fees agreement, **South Africa**, as the law of which is elaborately prescribed the process of making an agreement, in order to compare with laws and current situations in Thailand.

The research has conclusively shown that this prohibition called "The Maintenance and Champerty doctrine" first happened in medieval times in England (13th Century) while its justice system was still vulnerable, the procedure was still inconsistent, and the judge could be easily influenced by the lord and the rich. However, those situations had been improving after a period of time which made the doctrine became less important. Some Acts has been promulgated to enforce such agreement as long as it is made according to the law. The USA, like England, had refused to enforce such agreement for many years before the Industrial Revolution took place, the contingency fees agreement has finally been permitted, at the discretion of the court, in order to improve an individual's access to justice. South Africa also allows doing the agreement, by prescribing in detail about the process before, during and after the agreement was agreed.

In consideration of Thailand's situations nowadays, there is no limitation in justice system, the individual judge has independence to have cases decided on the basis of the law which is on the contrary to the situation in England during medieval times. Furthermore, whether the agreement can be legally made or not, they have long been regularly used in our country but just some cases about those agreements

were brought to the court. Thus, from the author's point of view, the court should change its perspective and interpret the true intention of the state's legislature perversely. The positive law involved should be mended and added articles to prescribe means and processes which are suitable for applying to the cases especially those about the conflicts on the contingency fees contract between the lawyer and the client which the maximum rate is considerably needed.

Keywords: lawyer fee, contingency fees, contingency fees agreement, contingency fees contract



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีเนื่องจากได้รับความกรุณาจากกรรมการวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ขอขอบพระคุณ อาจารย์มานพ นาคทัต ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีรวัฒน์ จันทร์โชติ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่ดีที่สุดในโลก ที่ได้ชี้แนะให้คำปรึกษาที่เป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้า รวมทั้งให้คำแนะนำในการแก้ไขข้อบกพร่องในส่วนต่าง ๆ จนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้เสร็จสมบูรณ์ด้วยดี

ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษา หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่เกี่ยวข้องทุกคน ที่ให้ความช่วยเหลือในการจัดสอบทั้งสองครั้ง ขอขอบคุณนางสาวรัตติยา ภริยะพงษ์พานิชย์ ที่ร่วมทุกข์ร่วมสุขกันตลอดทุกขั้นตอนในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ นายสุทธินันท์ บุญมณี ที่ช่วยให้คำแนะนำเกี่ยวกับหัวข้อเรื่องในจุดเริ่มต้น นายอภิปรัชญ์ อยู่ประจำ ที่ช่วยรับฟังการนำเสนอ เพื่อเพิ่มความมั่นใจก่อนการสอบในทุกครั้ง เพื่อน ๆ คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายเอกชนทุกคนที่ช่วยให้คำปรึกษาในเรื่องต่าง ๆ เป็นอย่างดี

ท้ายที่สุด ขอขอบคุณคุณแม่ พ่อคุณแม่ นายมานอช มีศรี และนางพุลสุข มีศรี ผู้สนับสนุนหลักทางการศึกษาอย่างเป็นทางการ สมาชิกในครอบครัวทุกคน เพื่อนสนิทที่มีเพียงไม่กี่คนในชีวิต นางสาวสุธีรา มิตัง, นางสาวสุพรรณทิพย์ อติโพธิ, นางสาวณภิญญา ฤทธิกำกับการ, นางสาวกุลชลี เหล่าทวีทรัพย์, นางสาวจารีนุช สุทธินวกุล, นางสาวสุภนิช ทวีสุขสิริอนันต์, นางสาวสุพัตรา เพ็องธรรมขจร และนายวัฒน์ สุทธิศิริมงคล ที่คอยสนับสนุน เข้าใจ และให้กำลังใจที่ดีเสมอมา

นางสาววนิดา มีศรี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.4 วิธีการศึกษา	6
1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 สัญญาจ้างว่าความที่มีการกำหนดค่าทนายความตามผลคดีในประเทศไทย	8
2.1 ข้อความคิดทั่วไป	8
2.1.1 วิชาชีพทนายความและการควบคุมทางวิชาชีพ	8
2.1.2 สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม	13
2.2 สถานะของสัญญาจ้างว่าความ	15
2.2.1 สัญญาจ้างทำของ	15
2.2.1.1 ลักษณะของสัญญาจ้างทำของ	15
2.2.1.2 รูปแบบการกำหนดค่าทนายความ	16
2.2.1.3 ความระงับแห่งสัญญา	19

2.2.2 สัญญาตัวแทน	21
2.2.2.1 ลักษณะของสัญญาตัวแทน	22
2.2.2.2 ความระงับแห่งสัญญา	25
2.2.3 สัญญาระหว่างผู้บริโศคกับผู้ให้บริการ	26
2.2.4 สัญญาระหว่างผู้บริโศคกับผู้ประกอบวิชาชีพอ	31
2.3 บทบาทศาลในการกำหนดค่าทนายความ	35
2.3.1 ตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	35
2.3.2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง: การดำเนินคดีแบบกลุ่ม	37
2.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าทนายความตามผลคดีในประเทศไทย	39
2.4.1 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457	39
2.4.2 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477	40
2.4.3 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508	41
2.4.4 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529	43
2.5 แนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี	45
2.5.1 แนวคำพิพากษาฎีกาตามกฎหมายเดิม	45
2.5.2 แนวคำพิพากษาฎีกาตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528	48
2.6 ประเด็นปัญหากฎหมายในการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี	53
 บทที่ 3 Contingency Fees ในต่างประเทศ	 54
3.1 ความหมายและรูปแบบ	54
3.2 วิวัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ	56
3.2.1 อังกฤษและเวลส์	56
3.2.1.1 บททั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญา	61
3.2.1.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าทนายความ (fee)	63
3.2.2 สหรัฐอเมริกา	64
3.2.2.1 บททั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญา	67
3.2.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าทนายความ (fee)	69

	(10)
3.2.3 แอฟริกาใต้	70
3.2.3.1 บททั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญา	78
3.2.3.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าทนายความ (fee)	81
บทที่ 4 บทวิเคราะห์	82
4.1 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบการห้ามทำข้อตกลง “Contingency Fees” กับ บทบัญญัติห้ามการทำสัญญาอ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งส่วนจากทรัพย์สิน อันจะพึงได้แก่ลูกความ	82
4.2 บทวิเคราะห์ Contingency Fees กับจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ และแนวคำพิพากษาฎีกาของประเทศไทย	85
4.2.1 จริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ	85
4.2.2 หลักการและเหตุผลอื่น ๆ ที่ศาลใช้ในการพิพากษาคดี	91
4.3 บทวิเคราะห์ความเหมาะสมของการนำ Contingency Fees มาปรับใช้ใน ประเทศไทย	96
4.3.1 ข้อดีของการกำหนดค่าทนายความแบบ Contingency Fees	97
4.3.2 ข้อเสียของการกำหนดค่าทนายความแบบ Contingency Fees	100
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	104
5.1 บทสรุป	104
5.2 ข้อเสนอแนะ	108
5.2 ตัวอย่างสัญญาอ้างว่าความลายลักษณ์อักษร	111
บรรณานุกรม	115
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก บทสัมภาษณ์	122
ประวัติผู้เขียน	124

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

“ทนายความ” เป็นวิชาชีพอิสระที่อยู่คู่กับสังคมไทยมาอย่างยาวนาน แม้บทบาทและหน้าที่ต่อสังคมจะเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย แต่สิ่งหนึ่งที่เหมือนกัน คือ การทำหน้าที่ในฐานะตัวแทนของลูกค้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล โดยทนายความในปัจจุบันจำเป็นต้องผ่านการศึกษาระดับปริญญาตรีที่สภาทนายความได้กำหนดไว้ จึงเป็นที่เชื่อมั่นได้ว่าผู้ที่ประกอบวิชาชีพทนายความนั้น เป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมากกว่าบุคคลโดยทั่วไป เมื่อบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิ และต้องการเรียกร้องสิทธิของตนที่มีอยู่ตามกฎหมาย หรือต้องการต่อสู้คดีไม่ว่าจะเป็นทางแพ่งหรือทางอาญา ย่อมต้องการปรึกษาและขอคำแนะนำจากทนายความผู้ซึ่งสามารถให้คำปรึกษา รวมทั้งหาหนทางในการต่อสู้คดีที่ดีที่สุดได้ และในการทำหน้าที่ดังกล่าว ย่อมต้องมีค่าใช้จ่ายในลักษณะที่เป็นค่าตอบแทนแก่ทนายความตาม “สัญญาจ้างว่าความ” ซึ่งเป็นไปตามที่ทนายความและลูกค้าได้ตกลงกันไว้ในสัญญา

การกำหนดค่าทนายความตามสัญญาจ้างว่าความนั้นมีรูปแบบที่หลากหลาย เป็นไปตามนโยบาย หรือวิธีปฏิบัติงานของทนายความแต่ละคน หรือสำนักงานทนายความแต่ละแห่ง ที่ย่อมมีวิธีการที่แตกต่างกันไป บางแห่งอาจกำหนดค่าตอบแทนจากระยะเวลาในการทำงานในแต่ละคดี บางแห่งอาจกำหนดค่าตอบแทนในคดีหนึ่ง ๆ เพียงครั้งเดียวแบบเหมาจ่าย และบางแห่งอาจกำหนดค่าตอบแทนตามผลของคดีที่ยังไม่มีความแน่นอนก็ได้¹ แต่มีรูปแบบการกำหนดค่าทนายความในรูปแบบหนึ่ง ที่ยังคงมีปัญหาในการบังคับใช้อยู่มากในประเทศไทย คือ การกำหนดค่าทนายความตามผลคดี โดยคำนวณจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกค้าจะได้รับตามคำพิพากษา หรือที่เรียกว่า Contingency Fees

การกำหนดค่าตอบแทนตามผลคดี หรือ contingency fees นั้น เป็นลักษณะการกำหนดค่าตอบแทนที่ใช้กันอย่างแพร่หลายและยาวนานในทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกา และแคนาดา (ยกเว้นมลรัฐออนตาริโอ ที่เพิ่งอนุญาตให้ใช้ได้เมื่อปี 2004) เพราะเชื่อว่าเป็นวิธีการหนึ่งซึ่งทำให้

¹ เสรี สุวรรณภานนท์, ปัญหาการจ้างว่าความที่ไม่แน่นอน = Contingent fee, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2546), น. 66 - 67

ประชาชนทุกคนมีโอกาสในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้มากขึ้น (access to justice) ไม่ว่าผู้หนึ่งจะมีทุนทรัพย์ในการดำเนินคดีหรือไม่ก็ตาม ในทางตรงกันข้าม ประเทศที่ยึดถือหลัก Common Law เดิม กลับต่อต้านวิธีการกำหนดค่าตอบแทนดังกล่าวมาโดยตลอด เพราะมองว่าการกำหนดค่าตอบแทนโดยวิธีนี้ เป็นการเปิดโอกาสให้ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในคดีที่เข้าลักษณะเป็น “การซื้อขายความกัน” หรือ “การหาประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน” อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (public policy) รวมทั้งเป็นการขัดต่อจริยธรรมของการประกอบวิชาชีพ (professional ethics) อันทำให้กระบวนการยุติธรรมไม่เป็นไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม เนื่องจากวิชาชีพทนายความควรทำหน้าที่เป็นกลไกหนึ่งในกระบวนการยุติธรรม มีหน้าที่ในการนำเสนอข้อเท็จจริง รวมทั้งพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้ออ้าง หรือข้อต่อสู้ของลูกความฝ่ายของตน เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลให้เป็นไปอย่างถูกต้องเที่ยงธรรม ซึ่งหากทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลคดีแล้ว จะเป็นที่ยกข้อสงสัยต่อสังคมได้ว่าทนายความผู้นั้นจะทำทุกวิถีทางไม่ว่าจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องหรือไม่เพื่อที่จะชนะคดีนั้น ๆ ให้ได้ เช่น การเลี้ยมสอนลูกความ หรือพยานบุคคลให้เบิกความอันเป็นเท็จต่อศาล การทำหรือการอ้างเอกสาร หรือพยานหลักฐานอื่น ๆ อันเป็นเท็จ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ในช่วงระยะเวลา 10 – 20 ปีที่ผ่านมา ความเชื่อดังกล่าวในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีต่อหลักการนี้ เช่น ประเทศอังกฤษและเวลส์ ประเทศแอฟริกาใต้ ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่มีการผ่อนปรนมากยิ่งขึ้น แต่การทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้กฎหมายที่มีความเคร่งครัด โดยประเทศอังกฤษและเวลส์นั้นเริ่มต้นด้วยการอนุญาตให้ใช้ข้อตกลง Conditional fee Agreement ก่อน แล้วจึงอนุญาตให้ใช้ข้อตกลง Damages-Based Agreement ในภายหลัง ส่วนประเทศแอฟริกาใต้นั้นก็มีการตรา Contingency Fees Act ในปี 1997 โดยพระราชบัญญัติและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จะมีจุดมุ่งหมายในการควบคุมการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงกำหนดค่าทนายความตามผลคดีระหว่างทนายความและลูกความ เพื่อไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายลูกความถูกเอารัดเอาเปรียบเพราะความไม่รู้กฎหมาย เนื้อหาในพระราชบัญญัติจึงมีการกำหนดข้อสัญญาพื้นฐานที่ต้องมีในสัญญาเป็นอย่างน้อย เช่น ข้อสัญญาที่ระบุว่าคู่สัญญาฝ่ายลูกความได้รับการอธิบายถึงลักษณะของสัญญา และผลของการเข้าทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงดังกล่าว, ข้อสัญญาที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายลูกความสามารถบอกเลิกสัญญาได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด, ข้อสัญญาที่กำหนดอัตราสูงสุดของค่าทนายความ เป็นต้น เพื่อให้มั่นใจได้ว่า ก่อนที่จะตกลงเข้าทำสัญญานั้น คู่สัญญาฝ่ายลูกความมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวอย่างชัดเจนดีแล้ว และยังเป็นหลักประกันว่าลูกความจะได้รับการชดเชยที่เหมาะสมตามสิทธิของตน เพราะการกำหนดอัตรา

สูงสุดของค่าทนายความนั้นเป็นการป้องกันมิให้ทรัพย์สินที่ลูกความได้รับชดใช้จากการชนะคดีนั้น กลายเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี หรือค่าทนายความไปเสียหมดสิ้น

ในประเทศไทยนั้น แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) แต่ก็ได้รับอิทธิพลทางแนวความคิดนี้มาจากหลัก Common Law ดังเดิมมาเช่นกัน โดยมองว่าการเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลของคดีนั้น เป็นสิ่งที่ทนายความไม่พึงกระทำ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติทนายความของประเทศไทยทุกฉบับในอดีต ได้แก่ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 พ.ศ. 2477 และ พ.ศ. 2508 ที่ล้วนแต่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ทนายความทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลง “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” ทั้งสิ้น จนกระทั่งได้เกิดการเปลี่ยนแปลงในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ที่ไม่มีบทบัญญัติห้ามการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีการกำหนดค่าตอบแทนในลักษณะดังกล่าวอีกต่อไป

เมื่อพิจารณาถึงการทำ “สัญญาจ้างว่าความ” ระหว่างทนายความและลูกความในปัจจุบัน ศาลไทยมีมุมมองต่อสถานะของสัญญาจ้างว่าความในฐานะเป็น “สัญญาจ้างทำของ” ซึ่งเป็นการทำสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และไม่มีกฎหมายเฉพาะที่เป็นลายลักษณ์อักษรใดบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการทำสัญญาจ้างว่าความ และอัตราค่าตอบแทนของผู้มีวิชาชีพทนายความที่ชัดเจน ส่งผลให้การทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความมีการข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนอย่างอิสระ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีคดีความเกี่ยวกับสัญญาจ้างว่าความเกิดขึ้น ศาลจะเข้ามามีบทบาทในการใช้ดุลพินิจเพื่อควบคุมข้อตกลงตามสัญญาจ้างว่าความ โดยการนำกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้เพื่อบังคับใช้กับสัญญาจ้างว่าความโดยตรง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคและพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโภค รวมทั้งหลักจริยธรรมวิชาชีพของทนายความ ในฐานะกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีรายละเอียดและขอบเขตการคุ้มครองที่ไม่ชัดเจนเพียงพอ มาปรับใช้เพื่อควบคุมข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความ

โดยในภายหลังจากการประกาศใช้ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 27(3)(จ) และมาตรา 86 แนวความคิดของนักกฎหมายไทย และแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ได้แบ่งออกเป็น 2 แนวทาง คือ

แนวทางแรก เห็นว่า สัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันพึงจะได้แก่ลูกความตกเป็นโมฆะ เพราะข้อตกลงดังกล่าวยังคงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ การที่ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มิได้บัญญัติให้การสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงค่าตอบแทนโดยแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความได้รับตามคำพิพากษาเป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความอย่างพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และ พ.ศ. 2508 มีผลเพียงว่าสัญญาลักษณะนี้ไม่เป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความเท่านั้น

แนวทางที่สอง เห็นว่า สัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงค่าตอบแทนโดยแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินสามารถบังคับต่อกันได้ตามกฎหมาย เพราะไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมายอีกต่อไป วิธีกำหนดค่าทนายความดังกล่าว เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณค่าทนายความระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น หาเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่

ในปัจจุบัน คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่นั้น เป็นไปตามแนวทางแรก กล่าวคือ ข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความได้รับตามคำพิพากษานั้นตกเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นแนวความคิดที่กฎหมายไทยได้รับอิทธิพลมาจากหลักจารีตประเพณีของอังกฤษ ซึ่งในปัจจุบันได้วิวัฒนาการไปในทิศทางตรงข้ามแล้ว จึงสมควรทำการศึกษาว่า ข้อตกลงดังกล่าวนี้ยังคงเป็นสิ่งที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนเหมือนเช่นในอดีตหรือไม่

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับการบัญญัติกฎหมายใหม่ คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม² ซึ่งมีการบัญญัติให้ศาลมีบทบาทในการกำหนดเงินรางวัลจำนวนหนึ่งให้แก่ทนายความอันมีลักษณะเป็นเงินค่าความสำเร็จ (success fee) ไม่เกินร้อยละ 30 ของจำนวนเงินซึ่งโจทก์และสมาชิกโจทก์จะได้รับเมื่อชนะคดี³ ซึ่งเป็นครั้งแรกที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้ผลประโยชน์ที่ทนายความจะได้รับ มีส่วนเกี่ยวข้องกับจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับจากการฟ้องคดี อันแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยได้ให้การยอมรับการเข้าไปมีส่วนร่วมในผลของคดีของทนายความมากขึ้นแล้วในระดับหนึ่ง

² ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนที่ 28 ก (8 เมษายน 2558) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2558

³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/37

ถึงแม้ในปัจจุบัน จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติอนุญาตให้ทนายความและลูกความทำข้อตกลงดังกล่าวได้อย่างถูกต้องก็ตาม แต่จากคำพิพากษาฎีกาซึ่งมีมาอย่างต่อเนื่อง นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันก็แสดงให้เห็นแล้วว่า การทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนเช่นนี้มีอยู่จริงในสังคมไทย ซึ่งหากข้อขัดแย้งเหล่านั้นไม่ขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาตัดสินของศาล ความคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายลูกความในสัญญาจ้างว่าความนั้นย่อมไม่เกิดขึ้น จึงสมควรทำการศึกษาแนวทางในการทำสัญญาจ้างว่าความ โดยเฉพาะในกรณีสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันจะพึงได้แก่ลูกความ ว่ามีข้อดีหรือข้อเสียอย่างไร และสมควรอนุญาตให้ทำได้อย่างถูกต้องภายใต้การควบคุมของกฎหมายหรือไม่ เมื่อคำนึงถึงจริยธรรมทางวิชาชีพ ทนายความของไทยในสังคมปัจจุบัน

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและวิวัฒนาการของกฎหมายไทย ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความ
2. เพื่อให้ทราบถึงความคิดเห็นของนักกฎหมายไทย รวมทั้งแนวคำพิพากษาฎีกาของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ที่เกี่ยวข้องกับการสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความได้รับตามคำพิพากษา
3. เพื่อให้ทราบแนวคิดและวิวัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงค่าทนายความตามผลคดี (Contingency Fees) ในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและเวลส์ และประเทศแอฟริกาใต้
4. เพื่อวิเคราะห์ความจำเป็น และความเหมาะสมในการนำหลักกฎหมายต่างประเทศที่ใช้บังคับกับสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงค่าทนายความตามผลคดี (Contingency Fees) มาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย เมื่อพิจารณาถึงข้อดี ข้อเสีย และหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความไทย

1.3 ขอบเขตการศึกษา

ในปี พ.ศ. 2544 ได้มีวิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายในการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความ” ซึ่งได้มีข้อเสนอแนะ

ให้มีการเพิ่มเติมข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยมรรยาทนายความในหมวด 3 มรรยาทต่อตัวความ โดยเห็นควรให้บัญญัติเพิ่มเติมต่อไปว่า

“ข้อ 15 ทวิ กระทำการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความจากทรัพย์สินที่เป็นมูลคดีพิพาทในคดีครอบครัว หรือคดีอาญา”

“ข้อ 15 ตรี เรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทในคดีเกินกว่าร้อยละ 40”

จากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวโดยละเอียด ผู้เขียนเห็นด้วยในแนวคิดและมีความสนใจที่จะทำการศึกษาวิจัยในกรณีนี้ต่อไป เนื่องจากปัจจุบัน กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาจ้างว่าความ อันเป็นสัญญาทางวิชาชีพ โดยเฉพาะการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงกำหนดค่าทนายความตามผลคดี (Contingency Fees) ในต่างประเทศนั้นมีพัฒนาการมากขึ้นอย่างชัดเจน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมุ่งศึกษาการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี (Contingency fees) ทั้งในกฎหมายไทย และในกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการพัฒนากฎหมายไทยให้มีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมกับสภาพสังคม และหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความไทย

1.4 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทำการศึกษาวิจัยโดยการรวบรวมข้อมูลกฎหมายลายลักษณ์อักษร หนังสือกฎหมาย บทความวิชาการ วิทยานิพนธ์ งานวิจัย สื่ออิเล็กทรอนิกส์ แนวคำพิพากษา ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งการสัมภาษณ์บุคคลผู้มีประสบการณ์เกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างว่าความโดยตรง

1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงแนวคิดและวิวัฒนาการของกฎหมายไทย ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความ

2. ทราบความเห็นของนักกฎหมายไทย และแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทย ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความได้รับตามคำพิพากษา

3. ทราบแนวคิดและวิวัฒนาการของหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี (contingency fees) ในต่างประเทศว่ามีขอบเขตเพียงใด มีข้อดี ข้อเสียอย่างไร

4. ทราบแนวทางในการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมาย หรือการบัญญัติกฎหมายใหม่เพื่อควบคุมการทำสัญญาระหว่างทนายความและลูกความในประเทศไทยในอนาคต เพื่อให้ศาลใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เหมาะสม



บทที่ 2

สัญญาจ้างว่าความที่มีการกำหนดค่าทนายความตามผลคดีตามกฎหมายไทย

2.1 ข้อความคิดทั่วไป

2.1.1 วิชาชีพทนายความและการควบคุมทางวิชาชีพ

วิชาชีพทนายความในประเทศไทย มีมาอย่างยาวนานตั้งแต่สมัยอดีต วิวัฒนาการต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน โดยจะมีลักษณะและบทบาทต่อสังคมในแต่ละยุคสมัยที่แตกต่างกัน โดยในสมัยอยุธยา กฎหมายจะให้สิทธิบุคคลในการแต่งตั้งทนายเข้าว่าคดีแทนตนได้ ดังปรากฏหลักฐานในพระไอยการลักษณะตระลาการ มาตรา 92 ซึ่งบัญญัติว่า “... แต่เนา 400 ไร่ขึ้นไป ถ้ามีภัยทุกข์สุขสิ่งใด ๆ ก็ดี และฟ้องร้องกฎหมายกล่าวหาผู้มิบรรดาศักดิ์แต่เนา 400 ไร่ขึ้นไป เป็นข้อแพ่ง อาญา อุทธรณ์ก็ดี ให้แต่งตั้งทนายว่าต่างตัวฟังให้ว่าความเอง ถ้ามิได้เรียกทนายต่างตัว ท่านว่าอย่าฟังรับไว้ บังคับบัญชา ตำนานา 400 ไร่ลงมา ถ้ามีกิจธุระสิ่งใดก็ดี จะแก้ต่างว่าต่างประกันหาต่างพี่น้องได้ ถ้าราษฎรจะฟ้องร้องให้พิจารณาตัวเองได้”¹ จากข้อความดังกล่าว สามารถสรุปได้ดังนี้

(1) บุคคลผู้มีศักดินาตั้งแต่ 400 ไร่ขึ้นไป ไม่สามารถดำเนินคดีด้วยตนเองในชั้นศาลได้ ไม่ว่าจะเป็คดีแพ่งหรือคดีอาญา จะต้องแต่งตั้งทนายความเพื่อให้ดำเนินการแทนทุกกรณี มิฉะนั้นศาลจะไม่รับไว้พิจารณา

(2) บุคคลผู้มีศักดินาต่ำกว่า 400 ไร่ สามารถดำเนินคดีในชั้นศาลได้ด้วยตนเองทั้งในคดีแพ่ง และคดีอาญา จะตั้งทนายความเพื่อให้ดำเนินการแทนกันได้เฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับตัวความเท่านั้น² เช่น บิดา มารดา บุตร พี่น้อง สามีภรรยา เป็นต้น แต่จะต้องไม่เป็นคดี ดังต่อไปนี้ คือ คดีแพทย์ทำคนไข้ตาย คดีโจรปล้นฆ่าคนตาย คดีเป็นชู้กับภริยาผู้อื่น คดีมรดก คดีเกี่ยวกับสตรี คดีลักทรัพย์ คดีเบียดบังทรัพย์ของทางราชการ คดีก่อจลาจล คดีร่วมกันขูดทรัพย์ทองหรือเงิน คดีตีฆ่าฟันกันตาย คดีฉ้อราษฎ์ คดีกรรโชกทรัพย์ราษฎร คดีวางเพลิง คดีปลอมเงินตรา คดีลอกทองหุ้มพระพุทธรูป คดีที่บุตรฟ้องร้องบิดามารดา³

¹ สุจริต ถาวรสุข, ทนายความพิสดาร ว่าด้วย ความสำคัญของทนายความ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยสัมพันธ์, 2514), น. 206

² บทบัญญัติพระไอยการ ลักษณะตระลาการ มาตรา 72

³ พรชัย รัศมีแพทย์, “ทนายความยุคใหม่ : ใครให้กำหนด”, วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีที่ 6, ฉบับที่ 2, น. 80, (ธันวาคม 2537)

อย่างไรก็ดี เนื่องจากระบบการพิจารณาคดีในสมัยอยุธยา มีลักษณะเป็นวิธีพิจารณา คดีระบบไต่สวน ซึ่งหน้าที่ในการถามพยานเป็นหน้าที่ของศาล ดังนั้น บทบาทของทนายความในสมัยนี้ จึงเป็นไปในลักษณะของการเข้าดำเนินการแทนตัวความที่แท้จริงเพื่ออำนวยความสะดวกเท่านั้น โดย ที่ทนายความไม่จำเป็นจะต้องเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายแต่อย่างใด

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น บทบาทของทนายความยังคงเป็นไปในลักษณะเดิม ไม่ เปลี่ยนไปจากสมัยอยุธยามากนัก โดยทนายความยังคงสามารถดำเนินคดีแทนตัวความได้แต่เฉพาะผู้ที่ เป็นญาติพี่น้องกันเท่านั้น และยังคงไม่มีบทบาทในการถามพยานในศาลอยู่เช่นเดิม เห็นได้จาก บทบัญญัติในกฎหมายที่บังคับใช้ในสมัยนั้น คือ กฎหมายตราสามดวง ลักษณะรับฟ้องบทที่ 1 ความว่า “ผู้ใดมิใช่คดีตน มิใช่คดีบิดามารดา ปู่ย่าตายาย หรือป้า น้า อา บุตร ภริยา พี่น้องตน บังอาจเก็บเอา เนื้อความผู้อื่นมาร้องฟ้อง ผู้นั้นบังอาจให้ยากแก่ความเองท่าน เป็นละเมิดให้ไหม โดยยศาศักดิ์ อย่า ให้รับฟ้องไว้พิจารณา” จะเห็นได้ว่าในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นนี้ นอกจากจะห้ามมิให้ทนายความ ดำเนินคดีในศาลแทนตัวความที่ไม่ได้เป็นญาติพี่น้องกันเช่นเดียวกับในสมัยอยุธยาแล้ว ยังได้บัญญัติ เพิ่มเติมให้การกระทำการเช่นนั้นเป็นความผิดทางอาญา มีโทษปรับเป็นบทลงโทษตามกฎหมายอีก ด้วย เพราะถือเป็นการนำคดีที่ผู้อื่นเป็นผู้เสียหาย มาฟ้องเพื่อประโยชน์ส่วนตน

กระทั่งในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลในสนามสถิต ยุติธรรม ร.ศ. 111 ซึ่งถือเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่อนุญาตให้มีการแต่งตั้งทนายความได้ โดยที่ทนายความไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นญาติพี่น้องกัน โดยบัญญัติไว้ใน ข้อ 7 ความว่า “ราษฎรทั้งหลายผู้มีพรรคคดีจะปรึกษาหารือผู้รู้กฎหมายให้เรียบเรียงแต่งฟ้อง แล้วนำมายื่นต่อศาล โดยลงชื่อผู้แต่ง ผู้เขียนไว้ด้วยก็ได้” ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ นอกจากจะกล่าวถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง ทนายความกับตัวความที่เปลี่ยนไปแล้ว ยังมีการกล่าวถึงความเปลี่ยนแปลงทางด้านคุณสมบัติของ ทนายความ ซึ่งจะต้องเป็นความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายจึงจะสามารถปฏิบัติหน้าที่เป็น ทนายความได้อีกด้วย จึงสามารถสรุปได้ว่าบทบาทของทนายความทุกวันนี้มีจุดเริ่มต้นมาจากการ ประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้

ในระยะแรก หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลในสนามสถิต ยุติธรรม ร.ศ. 111 วิชาชีพทนายความยังไม่มีมีการควบคุมคุณสมบัติ จรรยาบรรณ หรือมรรยาทของ ทนายความไว้แต่อย่างใด ส่งผลให้ในสมัยนั้น การประพฤติตนที่ไม่ดีของทนายความบางคนจึงทำให้ วิชาชีพทนายความมีภาพลักษณ์ที่ไม่ดีนักในมุมมองของคนในสังคม จึงได้เกิดกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ กับบุคคลที่ประกอบวิชาชีพทนายความขึ้น คือ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (ตรงกับ พ.ศ. 2451) ซึ่งถือเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่ประกาศใช้เพื่อควบคุมความประพฤติ

ของทนายความโดยตรง โดยบัญญัติให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมดังกล่าว ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 127 ความว่า “ให้ศาลมีอำนาจห้ามทนายความผู้ประพฤติตนไม่สมควรมิให้ว่าความในศาลใด ศาลหนึ่ง หรือทุกศาลได้ และให้เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมตั้งกฎข้อบังคับเรื่องทนายความได้” ซึ่งในอีก 5 ปีหลังจากนั้น เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมก็ได้ออกกฎข้อบังคับตามอำนาจที่ให้ไว้ตามมาตรา ดังกล่าว ห้ามมิให้ข้าราชการผู้มีหน้าที่รักษาพระธรรมนูญเข้าว่าความในคดีอาญา อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ก็ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องคุณสมบัติของทนายความอย่างจริงจัง เป็นเหตุให้มีบุคคล ที่ไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเข้ารับเป็นทนายความว่าความในศาล ส่งผลให้ ประชาชนได้รับความเสียหายเป็นอย่างมาก ด้วยเหตุนี้ ในปี พ.ศ. 2457 รัชกาลที่ 6 จึงทรงมีพระราช ประสงค์ให้มีการควบคุมคุณสมบัติและมรรยาทของทนายความให้เป็นไปอย่างเรียบร้อย จึงได้มีการ ตราพระราชบัญญัติเพื่อควบคุมคุณสมบัติและมรรยาทของทนายความขึ้นเป็นครั้งแรก เรียกว่า “พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457”

หลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยประมาณ 2 ปี ก็ได้มี การประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ ฉบับที่ 2 คือ “พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477” ซึ่งบังคับใช้เรื่อยมาจนสิ้นรัชสมัยของรัชกาลที่ 8⁴ ในช่วงเวลานั้น วิชาชีพทนายความก็ได้เข้ามามี บทบาทในสังคมไทยมากขึ้น แต่ยังคงขาดองค์กรที่เป็นศูนย์กลางในการรวมกลุ่มเพื่อแสดงความ เคลื่อนไหวอย่างมีเอกภาพ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการริเริ่มก่อตั้ง “สมาคมทนายความ” ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ เป็นตัวแทนของผู้มีวิชาชีพทนายความทั่วประเทศในปี พ.ศ. 2500 และได้เปลี่ยนชื่อเป็น “สมาคม ทนายความแห่งประเทศไทย” ในเวลาต่อมา

หลังจากที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2483 มีผล บังคับใช้มาเป็นระยะเวลานานถึง 25 ปี ก็ได้มีการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508” ซึ่งบัญญัติให้อำนาจแก่นิติบัณฑิตยสภาในการออกใบอนุญาตให้แก่ทนายความ⁵ (จากเดิมเป็น อำนาจของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์) แต่เนื่องจากเนติบัณฑิตยสภาต้องการดำเนินการตามแบบ แผนของเนติบัณฑิตยสภาของประเทศอังกฤษ จึงได้มีการบัญญัติเงื่อนไขเพิ่มเติมสำหรับการเป็น ทนายความขั้นที่หนึ่ง กล่าวคือ นอกจากจะต้องจบการศึกษาระดับปริญญาตรีทางด้านนิติศาสตร์ตาม

⁴ คณะกรรมการมรรยาททนายความและคณะทำงานส่งเสริมและประสานงาน สอบสวนคดีมรรยาททนายความ สภาทนายความ, จริยธรรมและมรรยาททนายความ, (กรุงเทพมหานคร : บพิธการพิมพ์, 2544), น. 15

⁵ สมัคร เชาวภานันท์, “การปฏิรูประบบงานของสภาทนายความ” งานวิจัยหลักสูตร ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง วิทยาลัยการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม พ.ศ. 2540, น. 8

กฎหมายเดิมแล้ว ยังต้องผ่านการสอบเป็นเนติบัณฑิตที่สำนักอบรมศึกษากฎหมายอีกด้วย มิฉะนั้นจะเป็นได้เพียงทนายความชั้นที่สอง ซึ่งมีสิทธิในการว่าความแต่ในจังหวัดที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น ไม่สามารถว่าความทั่วราชอาณาจักรเช่นเดียวกับทนายความชั้นหนึ่งได้ แต่หลังจากที่ข้อกำหนดนี้ได้รับการคัดค้านอย่างหนักจากทนายความชั้นสอง เพราะการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวนี้ทำให้ทนายความชั้นสองขาดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยเท่าเทียมกับประชาชนธรรมดาสามัญ อันขัดกับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ในปี พ.ศ. 2514 ให้ทนายความชั้นที่หนึ่งต้องจบการศึกษาระดับปริญญาตรีทางด้านนิติศาสตร์ตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องสอบเป็นเนติบัณฑิตที่สำนักอบรมศึกษากฎหมายอีกต่อไป

การคัดค้านการกำหนดคุณสมบัติของเนติบัณฑิตยสภาในครั้งนั้น เป็นจุดเริ่มต้นของแนวคิดที่จะให้ผู้มีวิชาชีพทนายความทำหน้าที่ในการควบคุมผู้ที่มีวิชาชีพทนายความด้วยกันเอง จึงมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติในปี พ.ศ. 2517 โดยนายกสมาคมทนายความแห่งประเทศไทยในขณะนั้น เพื่อก่อตั้งสภาทนายความ ให้มีหน้าที่ในการพิจารณาออกใบอนุญาตว่าความให้แก่ทนายความ รวมทั้งหน้าที่ในการควบคุมมรรยาทของทนายความแทนเนติบัณฑิตยสภา แต่การเสนอร่างพระราชบัญญัติครั้งนั้นก็ไม่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากสภานิติบัญญัติได้สิ้นสภาพลงก่อนที่จะได้มีการพิจารณา และต่อมาในปี พ.ศ. 2523 ก็ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งในครั้งนี้อำนาจพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ผ่านการพิจารณา และประกาศใช้ในวันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2528 เรียกว่า “พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528” ที่มีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน

ในด้านมรรยาททนายความ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 ได้บัญญัติให้อำนาจเนติบัณฑิตยสภา ในการตราข้อบังคับเกี่ยวกับมรรยาททนายความ ในปี พ.ศ. 2458 จึงเป็นครั้งแรกที่มีข้อบังคับเรื่องมรรยาททนายความเกิดขึ้นในประเทศไทย เรียกว่า “ข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2458”⁶ จุดเด่นที่สำคัญของข้อบังคับฯ ฉบับนี้ คือ การยกระดับภาพลักษณ์ในด้านฐานะในสังคมของผู้มีวิชาชีพทนายความ มีการห้ามมิให้ทนายความประกอบอาชีพบางอย่างที่เป็นการเสื่อมเกียรติของการเป็นทนายความ เช่น การเป็นลูกจ้างรับเงินล่วงหน้า การเป็นคนขับรถ การทำธุรกิจโรงรับจำนำ เป็นต้น⁷ ซึ่ง “มรรยาททนายความ” นี้หมายถึง จรรยาบรรณที่กำหนดไว้เป็นข้อควรปฏิบัติ และข้อห้ามปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพทนายความ ที่ทนายความทุกคนต้องปฏิบัติตาม⁸

⁶ สุจริต ถาวรสุข, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 148

⁷ ข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2458 ข้อ 8

⁸ คณะกรรมการมรรยาททนายความ และคณะทำงานส่งเสริมและประสานงานสอบสวนคดีมรรยาททนายความ สภาทนายความ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 53

กำหนดไว้เพื่อเป็นกรอบให้ทนายความดำรงตนอยู่ในความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อเป็นส่วนสำคัญในการผดุงความยุติธรรมในสังคม มรรยาททนายความนั้นมีความแตกต่างจากจริยธรรมวิชาชีพของทนายความ กล่าวคือ หากทนายความกระทำผิดจริยธรรมวิชาชีพของทนายความ บทลงโทษที่ทนายความผู้นั้นจะได้รับ จะเป็นเพียงการดำเนินคดีจากสังคม หรือบุคคลรอบข้าง แต่การกระทำผิดมรรยาททนายความนั้น ทนายความผู้กระทำผิด จะต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีผลบังคับใช้ อำนาจในการตราข้อบังคับซึ่งจากเดิมเป็นของเนติบัณฑิตยสภา ก็ได้เปลี่ยนมาเป็นอำนาจของสภาทนายความแทน⁹ โดยมีการตราข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ ที่บังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน คือ “ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529”

นอกจากพระราชบัญญัติทนายความ และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความแล้ว การประกอบวิชาชีพทนายความยังต้องถูกควบคุมด้วยจริยธรรมของวิชาชีพ ที่เรียกว่า “จริยธรรมของทนายความ” อันเป็นหลักปฏิบัติของทนายความเพื่อการเป็นทนายความที่ดี อันถือว่าเป็นหลักปฏิบัติที่มีมาตรฐานสูงกว่ามรรยาททนายความ¹⁰ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ทนายความว่าความโดยประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้ลูกค้าความเสียหาย นอกจากจะเป็นการละเมิดตามกฎหมายแล้ว ยังเป็นการกระทำผิดจริยธรรมของทนายความอีกด้วย เพราะการกระทำดังกล่าวถือเป็นกรณีที่ทนายความไม่ทำตามหน้าที่ที่พึงกระทำตามมาตรฐานวิชาชีพของตน¹¹

จริยธรรมวิชาชีพของทนายความไทย มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนเช่นในต่างประเทศ เช่น ในประเทศอังกฤษ หรือประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น จริยธรรมวิชาชีพทนายความในประเทศไทยจึงไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนในการใช้บังคับ ในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำผิดจริยธรรมวิชาชีพของทนายความ จึงขึ้นอยู่กับค่านิยมของคนในสังคมสมัยนั้น ๆ ว่าสามารถยอมรับการกระทำนั้นได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากสภาพบังคับ (sanction) ของจริยธรรมนั้นเป็นเพียงการดำเนินคดีจากกลุ่มคนผู้มีวิชาชีพเดียวกัน หรือจากประชาชนโดยทั่วไป

⁹ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 51

¹⁰ สิทธิโชค ศรีเจริญ; แสงว บัญเฉลิมวิภาส (บรรณาธิการ), รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพทนายความ เรื่องหลักวิชาชีพนักกฎหมาย : ทนายความ, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), น. 239

¹¹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และมนินทร์ พงศาปาน, หลักวิชาชีพนักกฎหมายในประเทศไทยที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 21

ดังนั้น ถ้าหากการกระทำใดที่ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าเป็นความผิด ไม่ว่าจะตามพระราชบัญญัติหมายความ หรือตามข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยมรรยาทนายความ นายความผู้นั้นย่อมไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย

2.1.2 สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลบังคับใช้อยู่ในระหว่างการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ ได้บัญญัติให้สิทธิใด ๆ ที่ประชาชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น สิทธิใด ๆ ที่ประชาชนชาวไทยมีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับเดิม เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในการศึกษา สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน ฯลฯ จึงยังคงได้รับการรับรองและคุ้มครองอยู่เช่นเดิม ซึ่งการบัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะป้องกันมิให้บุคคลอื่นแทรกแซงขอบเขตแห่งสิทธินั้น นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การใช้สิทธิดังกล่าวสามารถมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง¹²

ในส่วนของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมนั้น ได้เคยมีการบัญญัติไว้โดยละเอียดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หมวด 3 ซึ่งเป็นหมวดที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทั้งในทางแพ่ง และทางอาญา โดยมีรายละเอียดการคุ้มครอง ดังนี้

“มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับ

¹² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 61 – 62

การพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง

(3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม

(4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

(5) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา จำเลย และพยานในคดีอาญา มีสิทธิได้รับความคุ้มครองและความช่วยเหลือที่จำเป็นและเหมาะสมจากรัฐ ส่วนค่าตอบแทน ค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

(6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ

(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

(8) ในคดีแพ่ง บุคคลมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายอย่างเหมาะสมจากรัฐ”

สิทธิที่ได้บัญญัติไว้ข้างต้น นับเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐที่จะต้องให้ความเคารพ และจะต้องให้ความคุ้มครอง เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ในทางปฏิบัติ ซึ่งอาจเป็นไปได้โดยการพัฒนากฎหมายในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม หรือ class action ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มโอกาสให้ผู้ได้รับความเสียหายไม่ว่าจะมากหรือน้อย มีสิทธิในการร่วมเป็นสมาชิกในการฟ้องคดีแบบกลุ่มนั้น ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อเพิ่มโอกาสให้ประชาชนได้มีสิทธิในเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้มากขึ้น ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

2.2 สถานะของสัญญาจ้างว่าความ

2.2.1 สัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างว่าความ คือ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งประกอบวิชาชีพนายความ ผู้ซึ่งให้บริการทางกฎหมาย โดยมีได้เป็นไปในลักษณะการให้บริการสาธารณะ ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือ ประชาชนผู้มีอรรถคดี ดังนั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงเป็นผู้มีฐานะเท่าเทียมกัน การตกลงเข้าทำสัญญา จึงเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (The Doctrine of Freedom of Contract and Autonomy of Will) อันเป็นหลักทั่วไปในเรื่องสัญญา ระหว่างเอกชนด้วยกัน¹³

ในอดีต ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในประเทศไทย นายความสามารถฟ้องเรียกค่าจ้างว่าความจากลูกความได้โดยอาศัยสัญญาที่ได้ทำต่อกันไว้¹⁴ ต่อมา หลังจากประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่า “สัญญาจ้างว่าความ” นั้นเป็นสัญญาจ้างทำของชนิดหนึ่ง¹⁵ โดยนายความมีหน้าที่ตามสัญญาในการว่าความ และเป็นตัวแทนของลูกความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล ส่วนลูกความมีหน้าที่ในการชำระสินจ้างคือ “ค่าทนายความ” ตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาจ้างว่าความเป็นการตอบแทน แต่หากเป็นกรณีที่ทนายความและลูกความไม่ได้มีการทำสัญญาจ้างว่าความต่อกันไว้ แต่ฝ่ายนายความมีการทำงานให้ และฝ่ายลูกความก็ยอมรับเอาผลงานดังกล่าวเป็นประโยชน์แก่ตน ทนายความย่อมมีสิทธิได้รับสินจ้างตามผลแห่งงานที่ได้กระทำไป โดยศาลกำหนดให้ตามสมควร เพราะถือเป็นจัดการงานนอกสั่งที่สมประโยชน์ลูกความ¹⁶

2.2.1.1 ลักษณะของสัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของ เป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่ง ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ความว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง

¹³ เสรี สุวรรณภานนท์, ปัญหาการจ้างว่าความที่ไม่แน่นอน = Contingent fee, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2546), น. 74

¹⁴ หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 1047/2533 อ้างถึงใน คำพิพากษาฎีกาที่ 679/2549

¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2488, คำพิพากษาฎีกาที่ 962/2509 (ประชุมใหญ่), คำพิพากษาฎีกาที่ 2908/2523

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 3168/2534

ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการนั้น”

สัญญาจ้างทำของ มีลักษณะสำคัญ ดังต่อไปนี้

1. เป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ หนายความจะต้องทำหน้าที่เป็นตัวแทนของลูกความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพื่อให้ได้มาซึ่งสินจ้างที่เรียกว่า “ค่าทนายความ” จากลูกความเป็นการตอบแทน

2. เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์คือความสำเร็จของงาน ซึ่งในกรณีที่ เป็นสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความนั้น คำว่า “จะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จ” ในที่นี้ไม่ได้หมายความว่าถึงแต่กรณีที่ลูกความต้องเป็นฝ่ายชนะคดีเท่านั้น เพียงแต่ทนายความทำหน้าที่ของตนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาจนคดีสิ้นสุด ก็ถือเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ในสัญญาจ้างว่าความแล้ว คู่สัญญาฝ่ายลูกความย่อมมีหน้าที่ต้องชำระสินจ้าง คือ ค่าทนายความตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาเป็นการตอบแทน

3. เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ เมื่อคู่สัญญาตกลงว่าจ้างและรับจ้างแล้ว สัญญาย่อมเกิดขึ้น และผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น แม้จะเป็นเพียงการตกลงกันด้วยวาจา¹⁷ ก็สามารถฟ้องบังคับได้ตามกฎหมาย ดังนั้น เมื่อลูกความได้ลงลายมือชื่อในใบแต่งตั้งทนายความแล้ว แม้สัญญาจ้างว่าความนั้นจะมีได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ ฝ่ายทนายความก็มีสิทธิที่จะนำพยานบุคคลมาสืบยืนยันได้ว่าการตกลงค่าจ้างไว้เป็นจำนวนเท่าใด¹⁸

2.2.1.2 รูปแบบการกำหนดค่าทนายความ

การทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความ มีรูปแบบของข้อตกลงเกี่ยวกับค่าทนายความที่หลากหลาย ซึ่งเป็นไปตามนโยบาย หรือวิธีปฏิบัติงานของทนายความแต่ละคน หรือสำนักงานทนายความแต่ละแห่ง ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ทนายความและลูกความนิยมทำสัญญาจ้างว่าความโดยตกลงค่าทนายความกันใน 4 รูปแบบ ต่อไปนี้

(1) การตกลงค่าทนายความตามระยะเวลาการทำงาน

การตกลงค่าทนายความตามระยะเวลาการทำงาน จะกำหนดโดยมีค่านิ่งถึงความยุ่งยากของคดี หรือ ทูนทรัพย์ในคดีนั้น ทนายความจะใช้ระยะเวลาการปฏิบัติงานในคดีของลูกความ

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 434/2504, คำพิพากษาฎีกาที่ 7592/2547

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 7337/2548

ซึ่งได้บันทึกรายละเอียดไว้เป็นเกณฑ์ในการคำนวณค่าทนายความ¹⁹ โดยมีวิธีการคำนวณเวลาการทำงานเป็นชั่วโมง (hourly rate) เป็นหลัก โดยเฉพาะของ 1 ชั่วโมง มีวิธีคิดเป็นหลักทศนิยม ดังนี้

6 นาที	=	0.1 ชั่วโมง
12 นาที	=	0.2 ชั่วโมง
18 นาที	=	0.3 ชั่วโมง
24 นาที	=	0.4 ชั่วโมง
30 นาที	=	0.5 ชั่วโมง
36 นาที	=	0.6 ชั่วโมง
42 นาที	=	0.7 ชั่วโมง
48 นาที	=	0.8 ชั่วโมง
54 นาที	=	0.9 ชั่วโมง ²⁰

ส่วนอัตราค่าตอบแทนรายชั่วโมงของทนายความแต่ละคน หรือแต่ละสำนักงานจะเป็นเท่าใดนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติอัตราสูงสุดเป็นกรอบไว้ ในปัจจุบันจึงแล้วแต่เจตนาของคู่สัญญาจ้างว่าความเป็นหลัก ยกตัวอย่างเช่น หากทนายความตกลงค่าทนายความไว้ในอัตรา 2,000 บาทต่อชั่วโมง หากทนายความใช้เวลาในการศึกษาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และร่างคำฟ้อง คำร้อง หรือคำให้การ และปฏิบัติงานตามหน้าที่ทนายความเพื่อประโยชน์ของลูกค้าความเป็นเวลาทั้งสิ้น 5 ชั่วโมง 18 นาที ค่าทนายความจะเท่ากับ 10,600 บาท เป็นต้น

(2) การตกลงค่าทนายความแบบเหมาจ่าย

การตกลงค่าทนายความโดยวิธีเหมาจ่าย คือ การตกลงค่าทนายความล่วงหน้าในคดีนั้น ๆ เพียงครั้งเดียวเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน ซึ่งอาจเป็นการเหมาจ่ายเฉพาะการดำเนินคดีในแต่ละชั้นศาลก็ได้ ในการกำหนดค่าทนายความนี้ คู่สัญญาฝ่ายทนายความจะกำหนดโดยคำนึงถึงความเหมาะสมและปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความยุ่งยากของรูปคดี ความซับซ้อนของข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย

¹⁹ เสรี สุวรรณภานนท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น. 66 - 68

²⁰ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *ความรู้เบื้องต้นการให้คำปรึกษาด้านกฎหมายและการทำหน้าที่ทนายความฝึกหัด = Legal consultancy and advocacy*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), น. 23 - 24

ที่เกี่ยวข้อง ความยากง่ายในการรวบรวมพยานหลักฐาน ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี จำนวนทนายทนายของคดี เป็นต้น²¹ โดยกรณีที่มีการตกลงค่าทนายความโดยใช้จำนวนทนายทนายในคดี เป็นเกณฑ์ในการคำนวณนั้น นิยมคิดเป็นจำนวนร้อยละจากทนายทนายที่พิพาทกัน เช่น ร้อยละ 5 ร้อย ละ 10 ร้อยละ 20 ของทนายทนายในคดีนั้น ๆ²² เช่น ทนายความและลูกความตกลงค่าทนายความใน คดีที่มีทนายทนาย 500,000 บาท ในอัตราร้อยละ 10 ของทนายทนายนั้น ค่าทนายความในการดำเนินคดี นี้จะเป็นเงินรวมทั้งสิ้น 50,000 บาท เป็นต้น

(3) การตกลงค่าทนายความแบบ Retainer fee

การตกลงค่าทนายความแบบ Retainer fee มักจะเกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายลูกความเป็น บริษัท ห้างร้านต่าง ๆ ที่มีคดีความหลายคดีในเวลาเดียวกัน หรือกรณีที่ลูกความมีปัญหาทางกฎหมาย ในเชิงธุรกิจอย่างต่อเนื่อง²³ การตกลงค่าทนายความในลักษณะนี้ ลูกความจะชำระค่าทนายความ จำนวนตามที่ได้ตกลงไว้ โดยอาจมีกำหนดชำระค่าตอบแทนเป็นรายเดือนหรือรายปีก็ได้ ทนายความ จะมีหน้าที่ให้คำปรึกษาโดยไม่จำกัดว่าจะมีการขอคำปรึกษามากน้อยเพียงใด การเรียกค่าทนายความ ในรูปแบบนี้ ทนายความมักจะคำนวณจากปริมาณคดีโดยเฉลี่ยในแต่ละเดือนของลูกความเป็น หลักเกณฑ์ในการกำหนด²⁴

(4) การตกลงค่าทนายความตามผลคดี

การตกลงค่าทนายความรูปแบบนี้ ทนายความและลูกความจะตกลงกันให้คิดคำนวณ ค่าจ้างจากสัดส่วนจำนวนเงินที่ลูกความได้ตามคำพิพากษา ซึ่งอาจมาจากการคิดเป็นร้อยละ หรือ กำหนดอัตราส่วนของจำนวนที่เรียกร้องได้²⁵ และถ้าหากลูกความเป็นฝ่ายแพ้คดี ทนายความก็จะไม่ได้ รับค่าทนายความจากการทำหน้าที่ในคดีนั้น การตกลงลักษณะนี้เป็นที่นิยมมากในสหรัฐอเมริกา (ใน บางครั้งถูกเรียกว่าเป็นการเรียกค่าตอบแทนแบบ American Model) แต่ยังคงมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการ บังคับใช้อยู่มากในประเทศไทย

²¹ เสรี สุวรรณภานนท์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 66 - 68

²² สภานายความ, *คำแนะนำในการเลือกทนายความ*, <http://www.lawyerthai.com/articles/law/049.php> (สืบค้นเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2558)

²³ ภูมินทร์ บุตรอินทร์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 34

²⁴ Jean Murray, "Paying an Attorney on Retainer", http://biztaxlaw.About.com/od/glossaryr/g/retainer_retain.htm (accessed November 20, 2015)

²⁵ หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 3331/2556

การกำหนดค่าทนายความตาม (1) – (4) นั้น โดยส่วนใหญ่แล้วจะไม่ครอบคลุมไปถึงค่าใช้จ่ายในส่วนที่เป็นค่าฤชาธรรมเนียม ค่าใช้จ่ายในการเดินทางของทนายความ ค่าใช้จ่ายในส่วน อื่น ๆ และค่าตอบแทนในการดำเนินการบังคับคดี

ในเรื่องอายุความ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องของทนายความหรือผู้ประกอบการวิชาชีพทางกฎหมาย ในการเรียกเอาค่าการงานที่ทำให้ รวมทั้งเงินที่ได้ ทดรองชำระไป และสิทธิเรียกร้องของลูกความในการเรียกเอาค่านเงินนั้นที่ได้จ่ายล่วงหน้าไป ไว้ใน มาตรา 193/34(16) โดยบัญญัติให้สิทธิเรียกร้องมีอายุความ 2 ปี นับแต่วันที่สัญญาจะรับลง

2.2.1.3 ความระงับแห่งสัญญา

การระงับแห่งสัญญาของสัญญาจ้างว่าความ เมื่อพิจารณาตามหลักทั่วไปของสัญญา และหลักกฎหมายลักษณะจ้างทำของ เป็นไปได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่สัญญาได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาครบถ้วน

กรณีทนายความทำหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแทนลูกความตาม สัญญาจ้างว่าความจนคดีนั้นสิ้นสุดแล้ว ไม่ว่าจะผลคำพิพากษาจะเป็นไปในทิศทางใด ก็เทียบเคียงได้กับการส่งมอบงานอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจ้างทำของแล้ว²⁶ เมื่อลูกความชำระค่าทนายความอัน เป็นสินจ้างตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาจ้างว่าความเรียบร้อยแล้ว²⁷ สิทธิและหน้าที่ที่คู่สัญญามีต่อกัน ตามสัญญาจ้างว่าความนั้นย่อมสิ้นไป

(2) เมื่อผู้รับจ้างตาย หรือไม่สามารถทำงานได้

การทำหน้าที่เป็นทนายความนั้น จำเป็นต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะตัวของ ทนายความผู้นั้น ดังนั้น เมื่อทนายความคู่สัญญาเสียชีวิต หรือตกเป็นผู้ไม่สามารถทำหน้าที่ตามสัญญา จ้างว่าความต่อไป ก่อนที่คดีจะสิ้นสุดลง โดยมีสาเหตุจากความผิดของทนายความผู้นั้นเอง สัญญาจ้าง ว่าความนั้นย่อมสิ้นสุดลง การระงับของสัญญาเช่นนี้ ลูกความยังคงมีหน้าที่ต้องใช้สินจ้างเป็น ค่าทนายความตามสมควรสำหรับการทำงานที่ทนายความได้ทำไปเพื่อประโยชน์ของลูกความก่อน เสียชีวิต หรือก่อนที่จะไม่สามารถทำหน้าที่ตามสัญญานั้นได้²⁸

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 597

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 602

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 606

(3) เมื่อคู่สัญญาตกลงเลิกสัญญา

การระงับของสัญญาในกรณีที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแสดงเจตนาทั่วไป คือ การที่คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน เช่น กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายนายความและฝ่ายลูกความ ต่างมีความต้องการร่วมกันที่จะยุติความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างว่าความที่ได้ตกลงกันไว้ หรือกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายนายความหรือฝ่ายลูกความ ซึ่งไม่มีเหตุในการเลิกสัญญาแต่ได้แสดงเจตนาเลิกสัญญา และคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ตกลงยินยอมที่จะเลิกสัญญานั้น สิทธิและหน้าที่ของนายความและลูกความที่มีต่อกันตามสัญญาจ้างว่าความย่อมสิ้นสุดลง²⁹

(4) เมื่อผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา

สัญญาจ้างทำของ เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษกว่าสัญญาทั่วไป กล่าวคือ ตราบใดที่งานอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญายังไม่สำเร็จ ผู้ว่าจ้างมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้เสมอ³⁰ แม้จะเป็นกรณีที่นายความดำเนินงานไปตามปกติ ไม่มีการผิดสัญญาใด ๆ เกิดขึ้น ลูกความก็อาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ โดยจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทนายความเพื่อความสะดวกเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดจากการเลิกสัญญานั้นด้วย³¹ หรือกรณีที่ลูกความเห็นว่าทนายความไม่เริ่มทำงานในเวลาอันควรหรือทำงานชักช้า จนอาจคาดหมายได้ว่างานนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลา ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความได้ในอนาคต ก็อาจบอกเลิกสัญญาได้³² ซึ่งในกรณีนี้ไม่ตัดสิทธิของลูกความในการเรียกค่าเสียหายด้วย³³

(5) เมื่อผู้รับจ้างบอกเลิกสัญญา

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะสัญญาจ้างทำของนั้น ไม่ได้บัญญัติให้สิทธิในการเลิกสัญญาแก่คู่สัญญาฝ่ายผู้รับจ้างไว้ หากคู่สัญญาฝ่ายผู้รับจ้างต้องการเลิกสัญญา จึงต้องใช้สิทธิเลิก

²⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลา และอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), น. 520 - 521

³⁰ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553), น. 116

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 593

³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคท้าย

สัญญาตามหลักทั่วไปเท่านั้น³⁴ เช่น กรณีที่ลูกความไม่ชำระค่าทนายความเมื่อถึงกำหนดชำระ เมื่อได้มีการบอกกล่าวให้ชำระแล้วลูกความเพิกเฉย ทนายความก็อาจบอกเลิกสัญญาได้ โดยการแสดงเจตนาต่อลูกความ³⁵

นอกจากความระงับของสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะสัญญาจ้างทำของข้างต้นแล้ว หากทนายความเห็นว่าตนมีอาจปฏิบัติหน้าที่เป็นทนายความให้แก่ลูกความได้อย่างอิสระ โดยปราศจากความครอบงำหรือสั่งการจากลูกความหรือบุคคลอื่นใด ทนายความผู้นั้นมีสิทธิที่จะถอนตัวจากการปฏิบัติหน้าที่ โดยร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งถอนตนออกจากการได้รับการตั้งทนายความในคดีนั้นได้³⁶ เมื่อได้แจ้งล่วงหน้าให้ลูกความทราบ ทั้งนี้ เพื่อให้ลูกความได้มีระยะเวลาในการหาทนายความคนใหม่เพื่อทำหน้าที่แทน (เว้นแต่จะเป็นกรณีที่หาตัวความไม่พบ) ซึ่งการถอนตัวในกรณีนี้ ไม่ถือเป็นการผิดสัญญาจ้างว่าความแต่อย่างใด³⁷

2.2.2 สัญญาตัวแทน

ตามพระราชบัญญัติทนายความ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น ประชาชนผู้มีบรรณคดี รวมไปถึงผู้รับมอบอำนาจที่มีได้ประกอบวิชาชีพเป็นทนายความจะไม่สามารถทำหน้าที่เป็นทนายความในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล³⁸ เช่น การแต่งฟ้อง การแต่งคำให้การ การฟ้องอุทธรณ์ การแก้อุทธรณ์ การฟ้องฎีกา การแก้ฎีกา การแต่งคำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวข้องแก่การพิจารณาคดีในศาลได้³⁹ จึงมีความจำเป็นต้องมีบุคคลผู้ซึ่งประกอบวิชาชีพทนายความทำหน้าที่ดังกล่าวแทน โดยทนายความจะสามารถกระทำการต่าง ๆ เกี่ยวกับคดี แทนคู่ความได้ต่อเมื่อได้มีการ “ตั้งทนายความ” อย่างถูกต้อง ซึ่งการตั้งทนายความนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 61 บัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อตัวความและทนายความยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวนคดี โดยลูกความผู้ที่แต่งตั้งทนายนั้นจะต้องลงลายมือชื่อของตนไว้ในช่องผู้แต่งตั้ง

³⁴ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30*, หน้า 117

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 และมาตรา 387

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 65

³⁷ สิทธิโชค ศรีเจริญ; แสง บุญเฉลิมวิภาส (บรรณาธิการ), *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*,

³⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 60 วรรค 2

³⁹ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 33

ทนายความ หรือจะใช้วิธีการพิมพ์ลายนิ้วมือโดยมีพยานสองคนรับรองลายมือชื่อ⁴⁰ การตั้งทนายความนั้นจึงจะสมบูรณ์ตามกฎหมาย และใบแต่งตั้งทนายนั้นจะใช้ได้เฉพาะคดีเรื่องหนึ่ง ๆ ตามที่ได้ยื่นไว้เท่านั้น เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นกรณีที่ลูกความได้ทำการมอบอำนาจให้ทนายความผู้หนึ่งเป็นการทั่วไป ทนายความผู้นั้นจะมีอำนาจในการคัดสำเนาหนังสือมอบอำนาจฉบับดังกล่าวยื่นต่อศาล แทนใบแต่งตั้งทนายเพื่อดำเนินคดีในแต่ละเรื่องก็ได้⁴¹

การที่คู่ความแต่งตั้งทนายความให้ว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตนในศาล ตามมาตรา 60 และมาตรา 61 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนั้น ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ทนายความในการทำหน้าที่แทนตัวความในศาล การแต่งตั้งทนายความจึงมีลักษณะเป็นการตั้งตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 15 ว่าด้วยตัวแทน⁴² ดังนั้น คู่สัญญาในสัญญาจ้างว่าความ นอกจากจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในลักษณะของสัญญาจ้างทำของแล้ว ยังต้องพิจารณาความสัมพันธ์ในลักษณะตัวการตัวแทนอีกด้วย โดยมีประเด็นในการพิจารณาดังนี้

2.2.2.1 ลักษณะของสัญญาตัวแทน

สัญญาตัวแทน เป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่ง ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 ความว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้” จึงสามารถกล่าวได้ว่าสัญญาตัวแทนนั้นเป็นสัญญาระหว่างบุคคลสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งคือตัวการ อีกฝ่ายหนึ่งคือตัวแทน ซึ่งฝ่ายตัวแทนจะมีขอบเขตอำนาจในการทำการแทนผู้เป็นตัวการเพียงใดนั้น จะต้องพิจารณาถึงชนิดของตัวแทน กล่าวคือ หากเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป (general agent) ตัวแทนผู้นั้นจะมีอำนาจทำงานแทนตัวการได้ทุกอย่าง นอกจากการบางอย่างที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับการมอบอำนาจโดยชัดแจ้งเท่านั้น เช่น การขายหรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์กว่า 3 ปีขึ้นไป

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 9

⁴¹ วรณชัย บุญบำรุง, ธนภุต วรณชชากุล และคณะ, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับอ้างอิง), พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น. 187

⁴² คำพิพากษาฎีกาที่ 5919/2533, คำพิพากษาฎีกาที่ 5241/2537, คำพิพากษาฎีกาที่ 514/2538, คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2550, คำพิพากษาฎีกาที่ 2071 - 2074/2550

การให้โดนเส่นหา การปลดหนี้ การประนีประนอมยอมความ การฟ้องคดี การมอบข้อพิพาทให้ออนุญาตตุลาการพิจารณา⁴³ แต่ถ้าหากเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะ (special agent) ตัวแทนผู้นั้นจะมีอำนาจในการทำการแทนเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ และมีอำนาจในการกระทำการได้แต่เพียงสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้การนั้นบรรลุผลเท่านั้น⁴⁴

อนึ่ง เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างลูกความและทนายความนั้น มีลักษณะพิเศษบางประการที่แตกต่างไปจากการทำสัญญาตัวแทนโดยทั่วไป โดยกฎเกณฑ์และข้อจำกัดเช่นว่านั้นได้ถูกบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ลักษณะ 3 มาตรา 60 ถึงมาตรา 66 ด้วยเหตุนี้ สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของทนายความ จึงต้องพิจารณากฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าวควบคู่ไปด้วย อธิบายได้ดังต่อไปนี้

(1) อำนาจของทนายความเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา

การตั้งตัวแทนซึ่งประกอบวิชาชีพทนายความเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายเรื่องตัวแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทนายความผู้นั้นจะมีฐานะเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะ เนื่องจากมีขอบเขตหน้าที่เพียงเท่าที่จำเป็นในส่วนของการดำเนินการในคดีนั้น ๆ เท่านั้น⁴⁵ และถึงแม้การบางอย่างจะเป็นสิ่งจำเป็นในการทำหน้าที่ทนายความ และเป็นการสมควรต้องกระทำการเพื่อรักษาประโยชน์ของตัวความก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว หากการกระทำการนั้นมีผลเป็นการจำหน่ายสิทธิของตัวความ เช่น การยอมรับตามที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้อง การถอนฟ้อง การประนีประนอมยอมความ การสละสิทธิหรือใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกา หรือในการขอให้พิจารณาคดีใหม่ ทนายความก็ไม่มีอำนาจที่จะกระทำการนั้นได้⁴⁶ เว้นแต่ตัวความผู้นั้นจะได้มอบอำนาจไว้อย่างชัดแจ้งในใบแต่งตั้งทนายสำหรับคดีเรื่องนั้น หรือทำเป็นใบมอบอำนาจในภายหลัง หากตัวความได้มอบอำนาจเช่นว่านั้นแล้ว การกระทำอันเป็นการจำหน่ายสิทธินั้นย่อมผูกพันตัวความตัวความจึงไม่มีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลว่าทนายความทำการดังกล่าวไปโดยลำพังโดยตัวความ

⁴³ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 30*, น. 20 - 21

⁴⁴ *เรื่องเดียวกัน*, น. 19 - 20

⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 800

⁴⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 62

ไม่ทราบหรือไม่ยินยอม เพื่อปฏิเสธความผูกพันได้⁴⁷ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ตัวความได้ระบุไว้ในใบแต่งตั้ง นายโดยชัดแจ้ง ให้ทนายความมีอำนาจในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้ แม้อต่อมาทนายความจะเข้าทำสัญญาประนีประนอมยอมความไปโดยผลการ โดยไม่ได้ปรึกษา หรือขอความยินยอมจากตัวความก่อน ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกระบวนการพิจารณา มีผลผูกพันตัวความแล้ว หากตัวความได้รับความเสียหายประการใด ก็ต้องไปว่ากล่าวเอา แก่ทนายความของตนต่อไปเป็นอีกเรื่องหนึ่ง⁴⁸

(2) อำนาจของทนายความในการรับเงินหรือทรัพย์สินแทน

โดยปกติแล้วตัวแทนมีหน้าที่จะต้องส่งเงินหรือทรัพย์สินที่ได้รับไว้ในฐานะเป็นตัวแทนให้แก่ตัวการ⁴⁹ แต่ถ้าหากตัวแทนนั้นเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในฐานะทนายความ จะต้องพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบด้วย กล่าวคือ ทนายความที่ตัวความแต่งตั้งนั้น ย่อมมีอำนาจว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ แทนตัวความ ตามที่ระบุไว้ในใบแต่งตั้งนายได้ แต่ในส่วนของการรับชำระเงินนั้น ทนายความจะไม่มีอำนาจทำได้ เว้นแต่จะได้รับมอบหมายจากตัวความโดยเฉพาะเจาะจง หากทนายความฝ่าฝืนรับเงินไว้โดยปราศจากอำนาจ เท่ากับเป็นการชำระให้แก่บุคคลผู้ไม่มีอำนาจรับชำระหนี้ได้ หากตัวความไม่ให้สัตยาบัน การชำระนั้นย่อมไม่ผูกพันตัวความ และถือว่าเงินที่ทนายความได้รับชำระมานั้นยังไม่ตกเป็นของตัวความ⁵⁰ เว้นแต่จะเป็นกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าทนายมีอำนาจรับเงินชำระหนี้ได้ เช่น ตัวความได้เคยแสดงออกว่ารับรู้การรับเงินนั้น กรณีเช่นนี้ย่อมผู้ซึ่งได้ชำระเงินให้แก่ทนายความย่อมได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 822⁵¹ โดยต้องถือว่าการรับชำระเงินนั้นอยู่ในอำนาจของทนายความผูกพันตัวความแล้ว⁵²

⁴⁷ วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 41*, น. 190

⁴⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 5784/2550

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 810

⁵⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 190/2532, คำพิพากษาฎีกาที่ 2207/2533, คำพิพากษา ฎีกาที่ 815/2535

⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 822

⁵² คำพิพากษาฎีกาที่ 1904/2505

(3) อำนาจของทนายในการมอบฉันทะให้ทำการแทน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น การรับเป็นตัวแทนของบุคคลใดแล้วนั้น บุคคลผู้เป็นตัวแทนมีหน้าที่จะต้องกระทำการนั้นด้วยตนเอง เว้นแต่ตัวการจะได้ให้อำนาจแก่ตัวแทน ในการตั้งตัวแทนช่วงได้⁵³ แต่ในกรณีที่ตัวแทนนั้นเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ในฐานะทนายความ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 64 ได้บัญญัติให้อำนาจทนายความในการแต่งตั้งให้บุคคลใด ประทำการแทนตนได้ โดยจะต้องมีการยื่นใบมอบฉันทะต่อศาลทุกครั้งในการทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ได้แก่ การกำหนดวันนั่งพิจารณา วันสืบพยาน วันฟังคำสั่ง คำบังคับ หรือคำชี้ขาดใด ๆ ของศาล การมาฟังคำสั่ง คำบังคับ หรือคำชี้ขาดใด ๆ ของศาล การสลักหลังรับรู้ซึ่งข้อความนั้น ๆ การรับสำเนาคำให้การ คำร้อง หรือเอกสารอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 71 และมาตรา 72 และแสดงการรับรู้สิ่งเหล่านั้น การใดที่ผู้รับมอบฉันทะได้กระทำไป จึงมีผลผูกพันตัวความด้วย แม้ตัวความจะมิได้ยินยอมให้ทนายความทำการมอบฉันทะดังกล่าวก็ตาม แต่หากเป็นการอื่นใดนอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ข้างต้น กฎหมายถือเป็นกิจการสำคัญในการดำเนินคดีที่ทนายความจะต้องทำด้วยตนเอง ไม่อาจมอบอำนาจให้ผู้อื่นทำแทนได้⁵⁴

2.2.2.2 ความระงับแห่งสัญญา

ความระงับสิ้นไปของสัญญาตัวแทนถูกบัญญัติไว้กฎหมายลักษณะตัวแทน หมวด 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

กรณีแรก สัญญาตัวแทนระงับลงโดยคู่สัญญาบอกเลิกสัญญา เช่น กรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายสมัครใจในการเลิกสัญญาต่อกัน อันเป็นกรณีปกติทั่วไปตามหลักการแสดงเจตนา หรือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในเวลาใด ๆ ต้องการบอกเลิกสัญญา กล่าวคือ ตัวการต้องการถอนตัวแทนก่อนที่จะทำการเสร็จ หรือตัวแทนได้แสดงเจตนาบอกเลิกการเป็นตัวแทน ซึ่งในกรณีนี้หากเกิดความเสียหายใด คู่สัญญาฝ่ายตัวแทนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่จะเกิดแก่ฝ่ายตัวการด้วย เว้นแต่จะเป็นกรณีที่เป็นความจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้⁵⁵

เมื่อมีการเลิกสัญญาดังกล่าวแล้ว ทนายความมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 65 บัญญัติ กล่าวคือ จะต้องยื่นคำขอต่อศาล เพื่อมีดุลพินิจสั่ง

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 808

⁵⁴ วรธนชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรธนชชากุล และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 41*,

⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 827

เพิกถอนตนจากการเป็นทนายความในคดีนั้น โดยจะต้องปรากฏต่อศาลว่าทนายความได้แสดงเจตนา แก่ตัวความแล้ว เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ทำให้ตัวความไม่พบ

กรณีที่สอง สัญญาตัวแทนระงับไปโดยผลของกฎหมาย เช่น กรณีที่สัญญาตัวแทนมี กำหนดเวลาในสัญญา สัญญายอมสิ้นสุดลงเมื่อครบกำหนดเวลาเช่นว่านั้น หรืออาจเป็นกรณีที่ทำได้ทำ กิจการสำเร็จตามจุดประสงค์ของการตั้งตัวแทนแล้ว หรืออาจเป็นกรณีที่ยังไม่สำเร็จตามจุดประสงค์ แต่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต หรือตกเป็นคนที่ไร้ความสามารถ หรือล้มละลาย⁵⁶ เว้นแต่ในกรณีที่ คู่สัญญาเป็นนิติบุคคล⁵⁷ หรือกรณีที่สัญญาตัวแทนระงับไปเพราะตัวการตาย ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือล้มละลายนั้น ทนายความผู้เป็นตัวแทน ก็ยังคงมีอำนาจและหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชยศาสตร์ มาตรา 828 ในการจัดการอันสมควรเพื่อปกป้องรักษาประโยชน์ของตัวการ จนกว่าทายาท หรือผู้แทนของตัวการจะเข้าทำหน้าที่นั้น ๆ แทน⁵⁸

2.2.3 สัญญาระหว่างผู้บริโภครและผู้ให้บริการ

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดี ผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มีเจตนารมณ์ในการบัญญัติเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบใน การทำสัญญาไม่ให้อู่ถูกเอาเปรียบ ถึงแม้จะมีปัญหาในทางปฏิบัติเป็นอย่างมาก เนื่องจากคดีที่ขึ้น สู่ศาลในฐานะ “คดีผู้บริโภค”⁵⁹ ส่วนใหญ่ในปัจจุบัน กลับเป็นคดีที่ฝ่ายผู้ประกอบการเป็นฝ่ายฟ้อง

⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 826

⁵⁷ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 30*, หน้า 69

⁵⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1324/2505 (ประชุมใหญ่), คำพิพากษาฎีกาที่ 5919/2535, คำพิพากษาฎีกาที่ 514/2538, คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2550

⁵⁹ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ “คดีผู้บริโภค” หมายความว่า

(1) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภค หรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือ ตามกฎหมายอื่น กับผู้ประกอบการซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ

(2) คดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

(3) คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกันกับคดีตาม (1) หรือ (2)

(4) คดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้บริโภคมากกว่าร้อยละ 95 ของคดีผู้บริโภคทั้งหมด⁶⁰ อันเป็นข้อต่อเจตนาของกฎหมายอย่างชัดเจน⁶¹ แต่จะไม่กล่าวถึงในรายละเอียดของข้อขัดข้องดังกล่าวในขั้นนี้ โดยจะกล่าวถึงแต่เฉพาะในประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างว่าความเท่านั้น

ในกรณีที่มีปัญหาว่าคดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้นเป็นคดีผู้บริโภคหรือไม่นั้น ศาลชั้นต้นที่พิจารณาคดีนั้น ๆ หรือคู่ความในคดีขอให้ประธานศาลอุทธรณ์วินิจฉัยชี้ขาดได้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค มาตรา 8 “ในกรณีที่มีปัญหาว่าคดีใดเป็นคดีผู้บริโภคหรือไม่ ให้ประธานศาลอุทธรณ์เป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด แต่ทั้งนี้ไม่กระทบถึงกระบวนการพิจารณาใด ๆ ที่ได้กระทำไปก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยนั้น

การขอให้ประธานศาลอุทธรณ์วินิจฉัยปัญหาตามวรรคหนึ่งไม่ว่าโดยคู่ความเป็นผู้ขอหรือโดยศาลเห็นสมควร ถ้าเป็นการขอในคดีผู้บริโภคต้องกระทำอย่างช้าในวันนัดพิจารณา แต่ถ้าเป็นการขอในคดีอื่นต้องกระทำอย่างช้าในวันชี้สองสถาน หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว ห้ามมิให้มีการขอให้วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวอีก และเมื่อได้รับคำขอจากศาลชั้นต้นแล้ว ให้ประธานศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยและแจ้งผลไปยังศาลชั้นต้นโดยเร็ว

เพื่อให้การดำเนินคดีเป็นไปด้วยความรวดเร็ว การดำเนินการใด ๆ ระหว่างศาลชั้นต้นกับศาลอุทธรณ์ตามมาตรา นี้ จะดำเนินการโดยทางโทรสาร หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศอื่นใดก็ได้”

⁶⁰ อนุรัตน์ ฤกษ์วิชานนท์, ปัญหาและอุปสรรคในการพิจารณาคดีผู้บริโภคกรณีผู้ประกอบการธุรกิจเป็นโจทก์, รายงานผลงานการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 7, 2552, น. 1

⁶¹ อำนาจ ตั้งศิริพิมาน, ค่าเสียหายเชิงลงโทษ: ศึกษาเบื้องต้นในเชิงนิติเศรษฐศาสตร์ (introduction to Law and Economics: Punitive Damages), 60 ปี ดาราวพร: รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส 60 ปี รศ.ดร. ดาราวพร ธีระวัฒน์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), น. 341 - 342

โดยคดีที่เกี่ยวกับ “สัญญาจ้างว่าความ” นั้น ไม่ว่าจะเป็นคนตีที่ทนายความฟ้อง ลูกความ⁶² หรือลูกความฟ้องทนายความ⁶³ ล้วนถูกชี้ขาดว่าเป็นคดีผู้บริโภครทั้งสิ้น การชี้ขาดของ ประธานศาลอุทธรณ์นั้นได้ใช้ “สถานะของคู่ความ” เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการวินิจฉัย โดยจะต้อง เป็นข้อพิพาทระหว่างคู่ความฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในฐานะเป็น “ผู้บริโภคร”⁶⁴ กับคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่อยู่ใน ฐานะเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ”⁶⁵ ยกตัวอย่างเช่น

คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 145/2551 “.....โจทก์เป็นผู้จัดทำกรงานให้ แก่จำเลยทั้งสามโดยเรียกค่าตอบแทน ถือได้ว่าโจทก์เป็นผู้ให้บริการและเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ส่วน จำเลยทั้งสามว่าจ้างโจทก์ให้เป็นทนายความให้ในคดีของตน จึงเป็นผู้ได้รับการ และเป็นผู้บริโภคร เมื่อโจทก์ฟ้องเรียกให้จำเลยทั้งสามชำระหนี้ค่าจ้างว่าความ จึงเป็นคดีพิพาทระหว่างผู้ประกอบการ กับผู้บริโภครเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการใช้บริการ เป็นคดีผู้บริโภครตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร มาตรา 3(1)”

⁶² คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 145/2551, คำวินิจฉัยของประธานศาล อุทธรณ์ที่ 35/2552, คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 302/2552, คำวินิจฉัยของประธานศาล อุทธรณ์ที่ 305/2552, คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 17/2553, คำวินิจฉัยของประธานศาล อุทธรณ์ที่ 241/2553

⁶³ คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 273/2553

⁶⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคร พ.ศ. 2522 มาตรา 3 “ผู้บริโภคร” หมายความว่า ผู้ซื้อ หรือผู้ได้รับการจากผู้ประกอบการ หรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอ หรือการชักชวนจากผู้ประกอบ ธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้า หรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้า หรือผู้ได้รับการจาก ผู้ประกอบการโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 มาตรา 3 “ผู้บริโภคร” หมายความว่า ผู้บริโภครตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคร และให้หมายรวมถึงผู้เสียหายตาม กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย

⁶⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคร พ.ศ. 2522 มาตรา 3 “ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อ ซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย

พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 มาตรา 3 “ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า ผู้ประกอบการตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคร และให้หมายความรวมถึง ผู้ประกอบการตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย

คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 273/2553 “.....จำเลยประกอบอาชีพ
 หมายความว่า ให้คำปรึกษาทางกฎหมายตลอดจนรับจ้างว่าความดำเนินคดีในศาลต่าง ๆ โดยถือเอา
 ผลสำเร็จของงาน จึงเป็นสัญญาจ้างทำของ ถือว่าจำเลยเป็นผู้ให้บริการและเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ส่วน
 โจทก์ทั้งสองว่าจ้างจำเลยเป็นทนายความฟ้องคดีต่อศาลปกครองกลางโดยชำระค่าจ้างว่าความ ถือว่า
 โจทก์ทั้งสองเป็นผู้รับบริการและเป็นผู้บริโภค เมื่อโจทก์ทั้งสองฟ้องเรียกให้จำเลยชำระหนี้ตามสัญญา
 จ้างว่าความและค่าเสียหาย จึงเป็นคดีพิพาทระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคเกี่ยวกับสิทธิหรือ
 หน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ เป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติ
 วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3(1)”

เมื่อคดีใดถูกจัดว่าเป็นคดีผู้บริโภคแล้ว ย่อมได้รับประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ตามที่
 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคบัญญัติไว้ ซึ่งได้มีบทบัญญัติยกเว้นมิให้นำหลักกฎหมายบาง
 ประการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ
 โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) ข้อยกเว้นเรื่องเขตอำนาจศาล การฟ้องคดี และการให้การ

เพื่อความสะดวกในการดำเนินคดีผู้บริโภค การฟ้องคดีต่อศาล โจทก์จะฟ้องเป็น
 หนังสือหรือฟ้องด้วยวาจาก็ได้ หากโจทก์ฟ้องคดีด้วยวาจา ให้เจ้าพนักงานคดีจัดให้มีการบันทึก
 รายละเอียดแห่งคำฟ้อง แล้วให้โจทก์ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ⁶⁶ โดยการฟ้องคดีนั้น หากโจทก์เป็น
 ผู้บริโภคจะต้องฟ้องคดีต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเหมือนกับ
 การฟ้องคดีธรรมดา กล่าวคือ จะต้องฟ้องต่อศาลที่ผู้ประกอบการมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อ
 ศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล⁶⁷ แต่ถ้าหากโจทก์เป็นฝ่ายผู้ประกอบการ ให้มีสิทธิเสนอคำฟ้องต่อศาล
 ที่ผู้บริโภคมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลได้เพียงแห่งเดียวเท่านั้น⁶⁸ เมื่อมีการฟ้องคดีผู้บริโภคต่อศาลแล้ว
 ฝ่ายจำเลยก็สามารถให้การเป็นหนังสือ หรือให้การด้วยวาจาก็ได้เช่นเดียวกัน โดยให้ศาลจัดให้มีการ
 บันทึกคำให้การ และให้จำเลยลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ⁶⁹

⁶⁶ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 20

⁶⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4(1)

⁶⁸ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 17

⁶⁹ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 26

(2) ข้อยกเว้นเรื่องหลักฐานเป็นหนังสือ แบบของสัญญา⁷⁰

ในกรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้นิติกรรมบางอย่าง จะต้อง มีหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อฝ่ายที่จะต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ จึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ตามกฎหมาย แต่ถ้าหากเป็นการทำนิติกรรมระหว่างผู้บริโศคกับผู้ประกอบธุรกิจ พระราชบัญญัติวิธี พิจารณาผู้บริโศคได้บัญญัติยกเว้นมิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้บริโศคในการฟ้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจ ชำระหนี้ ดังนั้น แม้จะมีได้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ประกอบธุรกิจผู้บริโศค ก็สามารถ ฟ้องร้อง ฟ้องแย้ง หรือยกเป็นข้อต่อสู้ผู้ประกอบธุรกิจได้

ส่วนกรณีที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้การทำสัญญาใดจะต้องทำ ตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง มิฉะนั้นจะตกเป็นโมฆะ⁷¹ ถ้าหากเป็นการทำสัญญาระหว่างผู้บริโศคกับ ผู้ประกอบธุรกิจ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโศคได้บัญญัติให้ผู้บริโศคที่ได้วางมัดจำ หรือชำระหนี้ บางส่วนแล้ว มีอำนาจฟ้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามแบบ หรือให้ชำระหนี้ เป็นการตอบแทนก็ได้

ในการพิสูจน์ถึงนิติกรรมหรือสัญญาทั้งสองกรณีข้างต้น ซึ่งโดยปกติจะต้องเป็นไป ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 กล่าวคือ หากกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมา แสดง ศาลจะรับฟังพยานบุคคลแทนพยานเอกสาร หรือรับฟังพยานบุคคลเพิ่มเติม ตัดทอน หรือ เปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสารไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีที่นำสืบว่าพยานเอกสารที่แสดงนั้นเป็น เอกสารปลอมหรือไม่ถูกต้องทั้งหมด หรือแต่บางส่วน หรือสัญญาหรือหน้ออย่างอื่นที่ระบุไว้ในเอกสาร นั้นไม่สมบูรณ์ หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตีความหมายผิด⁷² พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโศคก็ได้ บัญญัติมิให้นำมาใช้บังคับในการฟ้องคดีผู้บริโศค เพราะหากต้องปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ การใช้สิทธิ ของผู้บริโศคทั้งสองกรณีทีกล่าวมาข้างต้นย่อมไม่อาจทำได้

ข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของฝ่ายผู้บริโศคเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น หากผู้ ประกอบธุรกิจเป็นโจทก์ฟ้องให้ผู้บริโศคชำระหนี้ตามสัญญา จะต้อง มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือ ชื่อผู้บริโศคมาแสดงเช่นเดียวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีแพ่งตามปกติ

⁷⁰ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโศค พ.ศ. 2551 มาตรา 10

⁷¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152

⁷² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94

2.2.4 สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบวิชาชีพ

ในปี พ.ศ. 2540 ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้นใช้บังคับ โดยหลักการและเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ สืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของไทยนั้นยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพแห่งสัญญา (The Doctrine of Freedom of Contract and Autonomy of will) อย่างเคร่งครัด⁷³ กล่าวคือ หากคู่สัญญาได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาต่อกันโดยใจสมัครแล้ว แม้ข้อกำหนดในสัญญาจะมีความได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร รัฐก็จะไม่เข้าไปแทรกแซง หากการทำสัญญานั้นไม่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ยอมใช้บังคับระหว่างกันได้ตามกฎหมาย ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นผลมาจากแนวความคิดทางปรัชญาการเมือง เศรษฐกิจ ในศตวรรษที่ 19 ที่รัฐจะต้องรับรองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล จะถูกจำกัดลงได้ก็แต่ด้วยความยินยอมของบุคคลนั้นเท่านั้น⁷⁴

การบัญญัติพระราชบัญญัติฉบับนี้ มาจากแนวความคิดพื้นฐานที่ว่า ในปัจจุบันนี้ สังคมมีความซับซ้อนมากขึ้น ความเท่าเทียมกันของทุกคนในสังคมนั้นกลายเป็นเพียงความคาดหวังและภาพในอุดมคติเท่านั้น เนื่องจากบุคคลย่อมมีความเหลื่อมล้ำกันไม่มากก็น้อย ไม่ว่าจะเป็นทางด้านสังคม ด้านเศรษฐกิจ ด้านการศึกษา ไปจนถึงระดับการเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ บุคคลที่อยู่ในฐานะด้อยกว่า จึงตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ และถูกเอารัดเอาเปรียบโดยผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าได้ง่าย โดยในระยะหลัง ข้อสัญญาต่าง ๆ มักอยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูปมากกว่าจะเป็นข้อสัญญาที่เกิดจากการเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่สัญญา ข้อสัญญาต่าง ๆ ในสัญญา จึงเกิดจากเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพฝ่ายเดียวเท่านั้น อันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม ดังนั้น จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น เพื่อกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา โดยกำหนดให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี⁷⁵ ซึ่งแม้คู่ความที่เกี่ยวข้องจะไม่ได้ยกขึ้นกล่าวอ้างต่อสู้กันให้เป็นประเด็นข้อพิพาทในคดี หากศาลเห็นสมควรก็

⁷³ จรัญ ภักดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540”, อุลพาน, เล่มที่ 1, ปีที่ 45 (มกราคม – มิถุนายน 2541), น. 77

⁷⁴ พอพันธ์ คิตจิตต์, “แนวความผิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม”, อุลพาน, เล่มที่ 6, ปีที่ 40 (พฤศจิกายน – ธันวาคม 2536), น. 39 - 40

⁷⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

มีอำนาจหยิบยกกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ขึ้นวินิจฉัยให้ได้ เนื่องจากเป็นข้อกำหนดอันเกี่ยวข้องกับความสะดวกเรียบร้อย⁷⁶

การวินิจฉัยของศาลว่าข้อสัญญาใดมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญา อันสมควรที่ศาลจะเข้าไปบรรเทาผลแห่งข้อสัญญานั้นมีหลักการวินิจฉัยกำหนดไว้ในมาตรา 10⁷⁷ สามารถสรุปได้เป็น 13 ประการ ดังนี้⁷⁸

(1) ความสุจริตของคู่สัญญา ข้อวินิจฉัยนี้คณะกรรมการยกร่างฯ ได้รับแนวคิดมาจากกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและเยอรมัน ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าหลักสุจริตตามมาตรา 5 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย โดยเฉพาะความสุจริตในกฎหมายเยอรมัน นั้นหมายรวมถึงการปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานซึ่งวิญญูชนจะพึงปฏิบัติต่อกันในการติดต่อสัมพันธ์กันทางการค้าอีกด้วย

(2) อำนาจต่อรองของคู่สัญญา ซึ่งศาลต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายใดมีอำนาจในการเรียกร้องให้ฝ่ายตรงข้ามยอมรับข้อกำหนดตามที่ตนต้องการมากน้อยกว่ากันเพียงใด

⁷⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142 คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง เว้นแต่

(5) ในคดีที่อาจยกข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสะดวกเรียบร้อยของประชาชนขึ้นอ้างได้นั้น เมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะยกข้อเหล่านั้นขึ้นวินิจฉัยแล้วพิพากษาคดีไปก็ได้

⁷⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 10 ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันตจิต เจตเจเน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญา หรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

⁷⁸ จรัญ ภัคดีธนากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 73*, น. 135 - 148

(3) ฐานะทางเศรษฐกิจของคู่สัญญา โดยฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่มั่นคงกว่าย่อมเป็นฝ่ายที่มีทางเลือก และมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่า แต่ในบางสถานการณ์ ฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอาจมีความรู้ความเข้าใจในกิจการที่เป็นฐานแห่งสัญญามากกว่าก็เป็นได้ซึ่งในกรณีนี้ ก็จะตกอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่า

(4) ความรู้ความเข้าใจของคู่สัญญา เช่น ความเข้าใจในกระบวนการวิธีปฏิบัติในการทำสัญญา ผลทางกฎหมายของสัญญา รวมทั้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ด้วย

(5) ความสันทัดจัดเจนของคู่สัญญา โดยฝ่ายที่มีความรู้ความเข้าใจในกิจการนั้นมากกว่า ย่อมมีช่องทางที่จะกำหนดข้อสัญญาไปในทางเอารัดเอาเปรียบผู้ที่ไม่สันทัดจัดเจนได้

(6) ความคาดหวังของคู่สัญญา ความคาดหวังในที่นี้มีความหมายที่กว้างกว่า “เจตนา” โดยความคาดหวังที่จะมีน้ำหนักจะต้องเป็นความคาดหวังที่เป็นไปทางสุจริต ชอบด้วยกฎหมาย และสอดคล้องกับมาตรฐานแห่งวิญญูชน

(7) แนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกัน หลักวินิจฉัยนี้ นำมาใช้ในการตีความการบังคับข้อสัญญา ว่าศาลมีความจำเป็นจะต้องปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญานั้นหรือไม่ เช่น ตามสัญญาเช่าซื้อที่มีข้อสัญญาระบุว่า หากผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่างวดเพียงงวดเดียว ผู้ให้เช่าซื้อก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่ในทางปฏิบัติ เมื่อผู้เช่าซื้อผิดนัดชำระค่างวด ผู้ให้เช่าซื้อก็ยังติดตามเรียกเก็บค่างวด และยังคงรับชำระหนี้อยู่เช่นเดิม อันเป็นการแสดงว่าคู่สัญญายังคงปฏิบัติต่อกันเสมือนหนึ่งสัญญายังคงใช้บังคับอยู่ ดังนั้น กำหนดเวลาชำระค่างวดตามข้อตกลงจึงไม่เป็นสาระสำคัญอีกต่อไป ศาลจะต้องนำแนวทางที่คู่สัญญาเคยปฏิบัติต่อกันมาประกอบการพิจารณาในการปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมด้วย

(8) ทางเลือกอื่นของคู่สัญญา ผู้ที่มีทางเลือกอื่น หรือมีอำนาจต่อรอง ย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากกว่า การปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงควรเป็นไปในทิศทางที่เป็นคุณแก่ผู้ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า

(9) ทางได้เสียตามความเป็นจริง หมายถึง ทางได้เสียที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยศาลจะต้องพิจารณาถึงสภาพต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาในข้อ (1) – (9) ตามสภาพแห่งความเป็นจริงให้มากที่สุด เพื่อศาลจะได้ปรับลดสภาพบังคับของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้ใกล้เคียงกับความเป็นธรรมตามสภาพที่เป็นจริงมากที่สุด

(10) ประเพณีปกติของสัญญาชนิดนั้น หลักวินิจฉัยนี้ใกล้เคียงกับทางปฏิบัติของคู่สัญญา แต่เป็นการวินิจฉัยจากทางปฏิบัติของคู่สัญญาโดยทั่วไปในการทำสัญญาชนิดเดียวกัน ไม่เพียงแต่เฉพาะทางปฏิบัติของคู่สัญญาที่เป็นกรณีกันอยู่เท่านั้น

(11) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญา หรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(12) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในทางปฏิบัติ ศาลจะใช้หลักวินิจฉัยนี้ประกอบการพิจารณาลดเบี้ยปรับให้ได้สัดส่วนที่เหมาะสมระหว่างการรับภาระของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

(13) พฤติการณ์ทั้งปวง หลักวินิจฉัยข้อนี้มีลักษณะเป็นบทเบ็ดเสร็จ ซึ่งกำหนดไว้เป็นหลักที่กว้างที่สุดเพื่อให้ศาลหยิบยกพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ปรากฏในคดีขึ้นพิจารณาได้อย่างกว้างขวางโดยไม่จำกัด เมื่อเห็นว่าพฤติการณ์นั้นมีเหตุผล

สำหรับ “สัญญาจ้างว่าความ” นั้น เป็นสัญญาที่มีนายความเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับลูกความเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง อันเป็นการทำสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ในฐานะเป็นผู้บริโภคและผู้ประกอบวิชาชีพ⁷⁹ ตามความหมายที่พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดขอบเขตไว้ ดังนั้นหากมีข้อสัญญาใดในสัญญาจ้างว่าความที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น คู่สัญญาฝ่ายลูกความต้องรับภาระบางอย่างเกินกว่าจะคาดหมายได้ตามปกติ หรือคู่สัญญาฝ่ายนายความเป็นฝ่ายได้เปรียบมากเกินสมควร ศาลก็มีอำนาจสั่งให้บังคับตามสัญญานั้นได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ ยกตัวอย่างเช่น

⁷⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3

“ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้ที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำการเพื่อการค้าด้วย

“ผู้ประกอบการกิจการค้าหรือวิชาชีพ” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

ในกรณีที่สัญญาจ้างว่าความมีข้อสัญญาหนึ่งระบุไว้ว่า ลูกความฝ่ายผู้ว่าจ้างจะไม่ถอน หมายความจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ถ้าหากมีการถอนหมายความเกิดขึ้นโดยที่หมายความมิได้กระทำผิด หน้าที ลูกความฝ่ายผู้ว่าจ้างตกลงจะชำระค่าหมายความ (สินจ้าง) ตามจำนวนที่กำหนดไว้ใน สัญญา ข้อสัญญานี้เป็นการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายลูกความต้องรับภาระมากกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ สำหรับการทำสัญญาจ้างว่าความปกติ ซึ่งลูกความมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาในระหว่างที่การงานยังไม่ แล้วเสร็จได้ โดยต้องจ่ายเงินเพียงตามควรค่าแห่งการงานที่ได้ทำไป พร้อมทั้งค่าสินไหมทดแทนความ เสียหายที่เกิดจากการเลิกสัญญานั้น⁸⁰ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 605 ประกอบมาตรา 391 ดังนั้น ข้อสัญญาข้อนี้ จึงเป็นข้อสัญญาที่มีผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบ ผู้บริโภคเกินสมควรตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาตรา 4 วรรคสาม (2) และวรรค ท้าย⁸¹ ประกอบมาตรา 10 โดยศาลได้พิจารณาข้อวินิจฉัยในเรื่องความรู้ทางกฎหมาย และความ สันต์ชัดเจนในการทำสัญญาจ้างว่าความของหมายความที่เหนือกว่าลูกความ รวมทั้งคำนึงถึงความ คาดหมายของลูกความว่าจะได้ผลสำเร็จของงานที่คุ้มค่าค่าหมายความที่กำหนดไว้ เป็นหลักในการ ปรับลดค่าหมายความดังกล่าวให้เหมาะสมกับงานได้

2.3 บทบาทศาลในการกำหนดค่าหมายความ

2.3.1 ตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 ได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2551 เพื่อปรับเปลี่ยนบทบัญญัติเกี่ยวกับ ค่าฤชาธรรมเนียมต่าง ๆ ให้เหมาะสม และสอดคล้องกับค่าครองชีพที่สูงขึ้นในปัจจุบัน⁸² ในส่วนของ ค่าหมายความตามตาราง 6 ท้ายประมวลก็ได้ถูกแก้ไขโดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วยเช่นกัน ซึ่งตาม

⁸⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 6025/2539

⁸¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 4 วรรค 3 ข้อตกลงที่มี ลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะถึงคาดหวังได้ ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

(2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดชอบ หรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม

⁸² หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่ง (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2551, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 125 ตอนที่ 22 ก

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนี้ ศาลยังคงมีอำนาจในการกำหนดค่าทนายความที่คู่ความจะต้องรับผิดชอบ โดยพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดี เทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น โดยกำหนดอัตราค่าทนายความขั้นสูงไว้ ดังตารางต่อไปนี้

อัตรา	คดีมีทุนทรัพย์	คดีไม่มีทุนทรัพย์
อัตราขั้นสูงในศาลชั้นต้น	ร้อยละ 5	30,000 บาท
อัตราขั้นสูงในศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา	ร้อยละ 3	20,000 บาท

ตามตารางข้างต้น อัตราขั้นสูงของค่าทนายความจำนวนร้อยละ 5 หรือร้อยละ 3 ซึ่งศาลจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบใช้นั้น ศาลจะกำหนดตามทุนทรัพย์เริ่มต้นแห่งคดี มิใช่จากจำนวนทุนทรัพย์ที่ศาลพิพากษาให้⁸³ ส่วนของอัตราขั้นตานั้น กฎหมายบัญญัติให้ศาลต้องกำหนดค่าทนายความไม่ต่ำกว่าคดีละ 3,000 บาท ดังนั้น หากคดีแพ่งที่มีทุนทรัพย์จำนวน 5,000,000 บาท เมื่อศาลชั้นต้นกำหนดค่าทนายความเป็นเงินจำนวน 250,000 บาท ซึ่งคิดเป็นอัตราร้อยละ 5 ของจำนวนทุนทรัพย์เริ่มต้นคดี เป็นจำนวนที่ไม่เกินอัตราขั้นสูงที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเป็นกรณีที่ศาลชั้นต้นกำหนดค่าทนายความชอบด้วยกฎหมายแล้ว

ในกรณีที่คดีหนึ่งเป็นคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ และอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้รวมอยู่ในคดีเดียว ศาลจะต้องถือเอาค่าทนายความในอัตราที่สูงกว่าเป็นหลักในการกำหนดค่าทนายความ⁸⁴ เช่น คดีฟ้องขับไล่บุคคลออกจากอสังหาริมทรัพย์ และมีการเรียกค่าเสียหายจำนวน 200,000 บาท ศาลชั้นต้นสามารถกำหนดค่าทนายความอย่างสูงในส่วนคดีไม่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 30,000 บาท ในส่วนคดีมีทุนทรัพย์ไม่เกิน 10,000 บาท เช่นนี้ศาลจะต้องใช้อัตราค่าทนายความอย่างสูงในส่วนคดีไม่มีทุนทรัพย์ คือ 30,000 บาท เป็นหลักในการกำหนดค่าทนายความ

⁸³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6617/2539, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 748/2551

⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3925/2542 อ้างถึงใน วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรรณชชากุล และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 41*, น. 875

2.3.2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง: การดำเนินคดีแบบกลุ่ม

การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) คือ การฟ้องคดีเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายจำนวนมาก ซึ่งได้รับความเสียหายภายใต้ข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายเดียวกัน⁸⁵ เพื่อให้ผู้เสียหายแต่ละราย ไม่ว่าจะได้รับความเสียหายมากหรือน้อย ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม ภายใต้การพิจารณาของศาลในคราวเดียว โดยไม่ต้องแยกฟ้องเป็นหลายคดีซ้ำซ้อนกันอันก่อให้เกิดกระบวนการพิจารณามีความล่าช้า สิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย ทั้งยังมีแนวโน้มที่จะเกิดคำพิพากษาที่แตกต่างกันในคดีที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเดียวกัน

แนวความคิดเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม หรือ class action ในประเทศไทย เกิดขึ้นมาระยะหนึ่งแล้ว และได้เคยมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้าสู่สภาผู้แทนราษฎร แต่ร่างพระราชบัญญัตินั้นตกไปเนื่องจากเหตุปัจจัยทางการเมือง ต่อมาคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้นำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมาแก้ไข และเสนอเข้าสู่สภานิติบัญญัติแห่งชาติอีกครั้ง⁸⁶ ในครั้งนี้กฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ถูกเพิ่มเติมลงในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หมวด 4 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2558 ซึ่งลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 8 เมษายน พ.ศ. 2558 และเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อพ้น 240 วันหลังจากนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้ จึงมีผลบังคับใช้ในวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2558⁸⁷

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการดำเนินคดีแบบกลุ่มนี้ แม้จะเป็นกรณีที่ผู้เสียหายหลายคน ซึ่งได้รับความเสียหายภายใต้ข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเดียวกันฟ้องคดีต่อศาล ตรงตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่จะสามารถดำเนินคดีแบบกลุ่มก็ตาม ก็ไม่ทำให้การดำเนินคดีดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีแบบกลุ่มโดยอัตโนมัติ ฝ่ายโจทก์จึงมีหน้าที่ในการยื่นคำร้องขออนุญาตต่อศาล โดยแสดง

⁸⁵ จุฬารัตน์ ยะปะนัน, “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม”, *จตุรนิติ*, น. 165, (พฤษภาคม – มิถุนายน 2553)

⁸⁶ ยุทธพงศ์ ปิ่นอนงค์, ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (การดำเนินคดีแบบกลุ่ม), http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/download/article/article_20150320141402.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558)

⁸⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2558 มาตรา 2

เหตุผลตามสมควร และยื่นคำร้องดังกล่าวไปพร้อมกับการยื่นคำฟ้อง⁸⁸ ซึ่งคำฟ้องนั้นจะต้องเป็นไปตามที่มาตรา 222/10 บัญญัติไว้ กล่าวคือ โจทก์จะต้องทำคำฟ้องเป็นหนังสือ แสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพข้อหา ค่าขอบังคับ รวมทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์ และกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเดียวกับโจทก์ ในกรณีที่โจทก์มีค่าขอบังคับให้จำเลยชำระเป็นหนี้เงิน จะต้องระบุหลักการและวิธีคำนวณเพื่อชำระเงินให้แก่สมาชิกกลุ่ม แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงชัดแจ้งถึงจำนวนเงินที่แต่ละรายจะได้รับ หากครบเงื่อนไขข้างต้นแล้ว แต่ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาต คดีนั้นจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปอย่างคดีสามัญ แต่หากศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม ศาลจะมีคำสั่งรับฟ้องดังกล่าวไปด้วยพร้อมกัน และให้ทนายความของโจทก์ทำหน้าที่ในฐานะทนายความของกลุ่มในกระบวนการพิจารณานั้นต่อไป⁸⁹

ทนายความผู้ทำหน้าที่ตามสัญญาอ้างว่าความ ในฐานะคู่สัญญาในสัญญาจ้างทำของกับลูกความผู้เป็นโจทก์ที่เริ่มต้นคดีนั้น นอกจากมีสิทธิที่จะได้รับ “ค่าทนายความ” ตามสัญญาดังกล่าวแล้ว ยังมีสิทธิในการได้รับ “เงินรางวัล” ซึ่งเงินจำนวนนี้เป็นจำนวนเงินที่จำเลยมีหน้าที่จะต้องชำระแก่ทนายความของโจทก์ โดยศาลจะเป็นผู้กำหนดให้ไว้ในคำพิพากษาตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดี ประกอบกับระยะเวลาและการทำงานของทนายความ รวมทั้งค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินคดีด้วย บทบาทศาลในการกำหนดเงินรางวัลให้แก่ทนายความในการดำเนินคดีแบบกลุ่มนี้ มีอัตราขั้นสูงที่แตกต่างจากค่าทนายความในคดีสามัญ ที่บัญญัติไว้ในตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยศาลจะต้องคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์ และสมาชิกกลุ่มได้รับประกอบด้วย เนื่องจากเงินรางวัลที่ทนายความจะได้รับนี้ ศาลจะกำหนดเป็นจำนวนร้อยละของเงินจำนวนดังกล่าว ได้ในอัตราสูงสุดไม่เกินร้อยละ 30 เท่านั้น⁹⁰

แม้ว่าการกำหนดจำนวน “เงินรางวัล” ที่จำเลยจะต้องชำระ เป็นจำนวนร้อยละของเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มได้รับ จะมีได้เพราะความจำเป็น เนื่องจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มนี้ ไม่อาจกำหนดทุนทรัพย์ของโจทก์และสมาชิกกลุ่มแต่ละคนได้อย่างชัดเจนในช่วงเริ่มคดี อย่างไรก็ตาม ต้องถือว่าพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับนี้ เป็นครั้งแรกที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยยอมรับให้ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดี เพราะยัง

⁸⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/9

⁸⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/12

⁹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/36 และ มาตรา 222/37

โจทก์และสมาชิกกลุ่มแต่ละคนได้รับการเยียวยาความเสียหายมากเท่าใด อัตราขั้นสูงของเงินรางวัลที่
 หมายความจะได้รับก็จะยิ่งสูงขึ้นเท่านั้น

2.4 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าหมายความตามผลคดีในประเทศไทย

2.4.1 พระราชบัญญัติหมายความ พ.ศ. 2457

ในปี พ.ศ. 2457 รัชกาลที่ 6 ทรงมีพระราชประสงค์ให้มีการควบคุมคุณสมบัติและ
 มรรยาทของหมายความให้เป็นไปอย่างเรียบร้อย จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติเพื่อควบคุมคุณสมบัติ
 และมรรยาทของหมายความขึ้นเป็นครั้งแรก เรียกว่า “พระราชบัญญัติหมายความ พ.ศ. 2457”
 โดยในมาตรา 9 ข้อ 2 แห่งพระราชบัญญัติหมายความฉบับนี้ ได้บัญญัติไว้ว่า “อธิบดีผู้พิพากษาศาล
 อุทธรณ์กรุงเทพฯ มีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ทนายคนใดคนหนึ่งว่าความในศาลยุติธรรมมีกำหนดไม่
 เกินกว่า 3 ปี ฤจะออกคำสั่งให้ลบชื่อทนายคนใดคนหนึ่งออกเสียจากรูกระเบียบได้ โดยมาอาศัย
 พิจารณาเห็นเหตุความผิดดังจะว่าต่อไปนี้ คือ

1. ...
2. เมื่อทนายคนใดปลุกความโดยยุยงส่งเสริมให้เขาฟ้องร้องกรณีอันหามูลมิได้ให้รัก
 โรงศาลก็ดี ฤรับเข้าเป็นทนายว่าต่างแก่ต่างอรรถคดี โดยวิธีสัญญาจะแบ่งเอาส่วนเงินฤทรัพย์สิน
 ที่เปนมูลพิภาษกันอันจะถึงได้แก่ลูกความนั้น โดยเหตุที่ฟ้อง
3. ...
4. ...”

เมื่อพระราชบัญญัติหมายความฉบับนี้มีผลบังคับใช้ การกำหนดค่าหมายความตาม
 ผลคดี หรือการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับ
 ตามคำพิพากษา ย่อมเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมาย ซึ่งถือเป็นครั้งแรกที่กฎหมายได้เข้ามามี
 บทบาทในการควบคุมการทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความ โดยบัญญัติให้
 อำนาจอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์กรุงเทพฯ ในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งลงโทษทนายความที่ได้
 กระทำความผิดได้ 2 สถาน ได้แก่ การห้ามมิให้ว่าความในศาลยุติธรรมไม่เกินกว่า 3 ปี หรือการลบชื่อ
 ออกจากทะเบียนทนายความ โดยการออกคำสั่งลงโทษทนายความของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์
 กรุงเทพฯ นี้ อาจเริ่มต้นมาจากการที่มีบุคคลได้ร้องเรียนว่าทนายความผู้หนึ่งได้ทำความผิดตาม
 พระราชบัญญัติฯ ต่อ “กรรมการผู้สอดส่องความประพฤติทนายความ” ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาไต่สวน
 สืบพยาน และทำความเห็นเสนอต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์กรุงเทพฯ เพื่อออกคำสั่งดังกล่าว⁹¹

⁹¹ พระราชบัญญัติหมายความ พ.ศ. 2457 มาตรา 11

ทนายความผู้ที่ถูกลงโทษสามารถฎีกาคำสั่งต่อศาลฎีกาได้ภายใน 1 เดือนตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในขณะนั้น⁹²

2.4.2 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477

เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2577 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457⁹³ โดยพระราชบัญญัติฯ นี้ ก็มีการบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดค่าทนายความตามผลคดีไว้ทำนองเดียวกันในมาตรา 12(2) ความว่า “ศาลอุทธรณ์มีอำนาจออกคำสั่งภาคทัณฑ์ หรือห้ามมิให้ทนายความคนใดทำการเป็นทนายความ มีกำหนดไม่เกินกว่าสามปี หรือให้ลบชื่อทนายความคนใดออกจากทะเบียนก็ได้ โดยอาศัยพิจารณาเห็นเหตุความผิดดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ...

(2) เมื่อทนายความคำใดปลุกความโดยยุยงส่งเสริมให้เขาฟ้องร้องกันในกรณีอันหามูลมิได้ หรือเข้าเป็นทนายว่าต่างแก่ต่าง โดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ

(3) ...

(4) ...

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าว การกำหนดค่าทนายความตามผลคดี หรือการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ยังคงเป็นสิ่งที่ต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายอยู่เช่นเดิม แต่พระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้มีสาระสำคัญแตกต่างจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 บางประการ อธิบายได้ดังนี้

ประการแรก ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งลงโทษทนายความจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์กรุงเทพฯ เป็น “ศาลอุทธรณ์” แทน

ประการที่สอง ได้แก่ การบัญญัติเพิ่มเติมอำนาจแก่ศาลอุทธรณ์ในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่ง “ภาคทัณฑ์” ได้ โดยเขียนคำสั่งดังกล่าวไว้ในใบอนุญาตของทนายความผู้นั้น⁹⁴

⁹² พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 มาตรา 12

⁹³ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 3

⁹⁴ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 14

ประการที่สาม ได้แก่ การบัญญัติเพิ่มเติมอำนาจพนักงานอัยการที่อธิบดีกรมอัยการ แต่งตั้งในการขอให้ “คณะกรรมการสอดส่องความประพฤตินายความ” ดำเนินการไต่สวนพิจารณา กรณีที่ไม่มีขอให้ดำเนินการ⁹⁵

ประการสุดท้าย ได้แก่ การบัญญัติให้สิทธิแก่นายความผู้ที่ถูกปลดชื่อออกจาก ทะเบียน ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังจากที่พระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้มีผลบังคับใช้ ในการยื่นคำร้องขอกลับเข้า เป็นนายความต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 4 ปีนับแต่วันถูกปลดชื่อ ซึ่งหากอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์เห็นว่านายความผู้นั้นควรได้รับสิทธิกลับเข้าเป็นนายความอีก ก็จะต้องออกใบอนุญาตให้⁹⁶

ส่วนสิทธิในการฎีกาคำสั่งต่อศาลฎีกาของนายความผู้ถูกลงโทษยังคงเป็นไป ตามเดิม กล่าวคือ จะต้องฎีกาภายใน 1 เดือนนับแต่ออกคำสั่ง โดยในระหว่างนั้นให้คำสั่งของศาล อุทธรณ์มีผลบังคับได้ทันที⁹⁷

2.4.3 พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508

ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 ซึ่งใช้บังคับมาอย่างยาวนาน มี บทบัญญัติที่ยังไม่รัดกุมเพียงพอ ไม่เหมาะสมกับพฤติการณ์ในขณะนั้น⁹⁸ ในวันที่ 24 กรกฎาคม พ.ศ. 2508 จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติ นายความ พ.ศ. 2477 พระราชบัญญัตินายความ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2481 และพระราชบัญญัติ นายความ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2483⁹⁹ ซึ่งพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 นี้ได้มีการบัญญัติให้ อำนาจแก่นิติบัณฑิตยสภาในการตราข้อบังคับมรรยาทนายความไว้ด้วย¹⁰⁰

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับค่าทนายความตามผลคดี ในพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 ปรากฏอยู่ในมาตรา 41 ความว่า “ในระหว่างที่เนติบัณฑิตยสภายังมิได้ตราข้อบังคับขึ้น ตามมาตรา 17 ให้ถือว่าความในมาตรา 12 (1) (2) (3) (4) แห่งพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477

⁹⁵ พระราชบัญญัตินายความ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2481 มาตรา 3

⁹⁶ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 15

⁹⁷ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 วรรค 2

⁹⁸ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508

⁹⁹ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 3

¹⁰⁰ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 17

และข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภาว่าด้วยมรรยาททนายความ และการแต่งกายทนายความ ที่ใช้อยู่ ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เป็นเสมือนข้อบังคับที่เนติบัณฑิตยสภาได้ตราขึ้นตามมาตรา 17”

ความในบทบัญญัติมาตราดังกล่าวส่งผลให้ มาตรา 12(2) แห่งพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2477 ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากเงินหรือ ทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ตลอดมา เพราะเนติบัณฑิตยสภา มิได้ตราข้อบังคับใด ๆ เกี่ยวกับมรรยาททนายความขึ้น จนถึงวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2528 ซึ่งเป็นวัน สิ้นสุดอายุที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้

พระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการควบคุมมรรยาททนายความ แตกต่างจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 บางประการ อธิบายได้ดังนี้

ประการแรก ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งชี้ขาดเกี่ยวกับการ กระทำผิดมรรยาททนายความจากศาลอุทธรณ์เป็น “เนติบัณฑิตยสภา” แทน¹⁰¹

ประการที่สอง ได้แก่ การบัญญัติให้เนติบัณฑิตยสภาแต่งตั้ง “คณะกรรมการมรรยาท ทนายความ” เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีมรรยาททนายความ และเสนอความเห็นเกี่ยวกับคดี ดังกล่าว¹⁰²

ประการที่สาม ได้แก่ การบัญญัติให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย เพราะการประพฤติ ผิดมรรยาททนายความ มีสิทธิกล่าวหาทนายความผู้นั้นต่อเนติบัณฑิตยสภาภายในหนึ่งปีนับแต่รู้เรื่อง การประพฤติผิดมรรยาททนายความ และรู้ตัวผู้ประพฤติผิด ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประพฤติ ผิดมรรยาททนายความ¹⁰³

ประการสุดท้าย ได้แก่ การบัญญัติให้สิทธิแก่ทนายความผู้ที่ถูกกลบชื่อออกจาก ทะเบียน ในการยื่นคำร้องขอกลับเข้าเป็นทนายความต่อเนติบัณฑิตยสภา เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาห้า ปีนับแต่วันถูกกลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ ซึ่งหากเนติบัณฑิตยสภาเห็นสมควรอนุญาต ก็จะมี อำนาจสั่งให้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความได้¹⁰⁴

¹⁰¹ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 31

¹⁰² พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 18

¹⁰³ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 23

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 34

2.4.4 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วย มรรยาททนายความ พ.ศ. 2529

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 และพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2514 ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2528 จนถึงปัจจุบัน พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติให้มีการตั้ง “สภาทนายความ” ขึ้น เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลผู้ที่จะเป็นทนายความแทนเนติบัณฑิตยสภา¹⁰⁵ รวมทั้งมีอำนาจในการออกข้อบังคับเพื่อควบคุมมรรยาททนายความด้วย¹⁰⁶

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับค่าทนายความตามผลคดีในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ปรากฏอยู่ในบทเฉพาะกาล มาตรา 86 ความว่า “ให้คณะกรรมการออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความตามมาตรา 53¹⁰⁷ ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ในระหว่างที่คณะกรรมการยังมิได้ออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าบทบัญญัติตามมาตรา 12 (1) (2) (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พุทธศักราช 2477 และข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภาว่าด้วยมรรยาททนายความ และการแต่งกายของทนายความที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นเสมือนข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความตามพระราชบัญญัตินี้ จนกว่าจะมีข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความตามวรรคหนึ่ง”

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 8

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 51

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 53 ข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ ต้องประกอบด้วยข้อกำหนด ดังต่อไปนี้

- (1) มรรยาทของทนายความต่อศาลและในศาล
- (2) มรรยาทของทนายความต่อตัวความ
- (3) มรรยาทของทนายความต่อทนายความด้วยกัน
- (4) มรรยาทของทนายความต่อประชาชนผู้มีอรรถคดี
- (5) มรรยาทเกี่ยวกับความประพฤติของทนายความ
- (6) การแต่งกายของทนายความ และ
- (7) การปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาททนายความ คณะกรรมการ หรือ

สภานายกพิเศษ แล้วแต่กรณี

ความในบทบัญญัติมาตราดังกล่าวส่งผลให้ มาตรา 12(2) แห่งพระราชบัญญัติ หมายความ พ.ศ. 2477 ซึ่งบัญญัติซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วน จากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา มีผลบังคับใช้จนถึงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2529 ซึ่งเป็นวันที่สภาทนายความออก “ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529” ไว้เป็นข้อควรปฏิบัติ และข้อห้ามปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพทนายความ ที่ทนายความทุก คนต้องปฏิบัติตาม¹⁰⁸ ในข้อบังคับฯ ดังกล่าว มีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาใกล้เคียงกับความตามมาตรา 12(2) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 ปรากฏในหมวด 3 มรรยาทต่อตัวความ ข้อ 9 ความว่า “การกระทำอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องคดีกันในกรณีอันหามูลมิได้” นั้นเป็นการ ประพฤติผิดมรรยาททนายความ¹⁰⁹ แต่มิได้มีการกล่าวถึงกรณีการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี หรือการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับตาม คำพิพากษาเอาไว้ด้วย ดังนั้น ภายหลังจากที่ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มีผลบังคับใช้ การทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงดังกล่าว จึงไม่ต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย อีกต่อไป

บทบัญญัติในส่วนของ การควบคุมมรรยาททนายความตามพระราชบัญญัติฯ ฉบับนี้ มีความเปลี่ยนแปลงหลายประการ อธิบายได้ดังต่อไปนี้

ประการแรก ได้แก่ การบัญญัติให้คณะกรรมการสภาทนายความมีอำนาจในการ คัดเลือก และแต่งตั้งทนายความผู้มีคุณสมบัติที่เหมาะสมเพื่อให้ทำหน้าที่เป็น “คณะกรรมการมรรยาท ทนายความ”¹¹⁰ โดยการแต่งตั้งนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานายกพิเศษก่อนจึงจะ สมบูรณ์¹¹¹

ประการที่สอง ได้แก่ การบัญญัติให้ประธานคณะกรรมการมรรยาททนายความส่ง สำนวนคดีมรรยาททนายความไปยังนายกสภาทนายความ ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่คณะกรรมการ

¹⁰⁸ คณะกรรมการมรรยาททนายความ และคณะทำงานส่งเสริมและประสานงาน สอบสวนคดีมรรยาททนายความ สภาทนายความ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4*, น. 53

¹⁰⁹ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 4

¹¹⁰ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 54

¹¹¹ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 55

มรรยาทนายความมีคำสั่ง เพื่อให้คณะกรรมการสภาพนายความทำการพิจารณา เพื่อสั่งยื่น แก่ หรือ กลับคำสั่งนั้น อันเป็นการตรวจสอบความเหมาะสมของคำสั่งนั้นอีกชั้นหนึ่ง¹¹²

ประการที่สาม ได้แก่ การบัญญัติเพิ่มเติมในกรณีที่ทนายความประพฤติผิดมรรยาท นายความเล็กน้อยและเป็นความผิดครั้งแรก หากมีเหตุอันควรงดโทษ จะงดโทษให้โดยว่ากล่าว ตักเตือน หรือให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือไว้ก็ได้¹¹³

ประการที่สี่ ได้แก่ การบัญญัติให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหายหรือทนายความ มีสิทธิ กล่าวหาทนายความว่าประพฤติผิดมรรยาทนายความ โดยทำคำกล่าวหาเป็นหนังสือยื่นต่อประธาน กรรมการมรรยาทนายความ ภายในหนึ่งปีนับแต่รู้เรื่องการประพฤติผิดมรรยาทนายความ และรู้ตัว ผู้ประพฤติผิด ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประพฤติผิดมรรยาทนายความ¹¹⁴

ประการสุดท้าย ได้แก่ การบัญญัติให้สิทธิแก่ทนายความผู้ที่ถูกลบชื่อออกจาก ทะเบียนทนายความ ในการยื่นคำร้องขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตอีกครั้ง เมื่อระยะเวลาได้ผ่าน พ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีนับแต่วันที่ถูกลบชื่อ¹¹⁵

2.5 แนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี

ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและ ลูกความนั้น ศาลจะใช้พระราชบัญญัติฉบับที่มีผลใช้บังคับในขณะที่ได้มีการทำสัญญาต่อกันเป็นหลัก ในการวินิจฉัยคดี ดังนั้น คำพิพากษาที่เกิดขึ้นในระหว่างพระราชบัญญัติฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ อาจ เป็นการพิพากษาที่ใช้หลักกฎหมายในพระราชบัญญัติฉบับเก่าในการตัดสินคดีก็ได้

2.5.1 แนวคำพิพากษาฎีกาตามกฎหมายเดิม

ภายใต้บังคับของกฎหมายในอดีต ได้แก่ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 มาตรา 9 ข้อ 2 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 รวมทั้งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 86 (ก่อนมีการ ประกาศใช้ข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ. 2529) การกำหนดค่า ทนายความตามผลคดี หรือการทำสัญญาจ้างว่าความโดยมีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากเงินหรือทรัพย์สิน

¹¹² พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 67

¹¹³ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 52

¹¹⁴ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 64

¹¹⁵ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 71

ที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา เป็นสิ่งต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หากมีการฝ่าฝืนกระทำ ข้อตกลงนั้นจะตกเป็นโมฆะ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษา ต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 871/2486 “สัญญาจ้างว่าความที่มีข้อความว่า “ยอมให้เรียกค่าจ้างในการเรียกร้องส่วนได้ของผู้จ้างจากวงมรดกคิดเป็นหลักค่านวนว่า เมื่อเรียกร้องเงินแสนบาท จะยอมให้ค่าจ้างสองหมื่นบาท ทั้งนี้ ถือเป็นหลักอนุโลมตามมากน้อยตามส่วนที่จะได้ หากเรียกร้องไม่ได้ด้วยประการใด ๆ ผู้จ้างจะไม่ยอมจ่ายค่าจ้างเลย” ถือเป็น การแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินพิพาท เป็นโมฆะ”

คำพิพากษาฎีกาที่ 492/2511 “สัญญาจ้างว่าความเรียกทรัพย์สินมูลค่า 24 ล้านบาท คิดค่าจ้าง 12 ล้านบาท และว่าถ้าได้น้อยกว่าที่กะประมาณไว้นี้ให้ลดลงตามส่วนจำนวนเงินที่ได้มา ย่อมแสดงว่า เป็นการเรียกเอาค่าจ้างครึ่งหนึ่งของจำนวนทุนทรัพย์ที่ศาลตัดสินให้เสมอไป จึงเป็นการเรียกค่าจ้างว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ เป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) และขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นโมฆะ”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1558/2526 “เมื่อสัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าความแก้ต่างให้จำเลย เพื่อแบ่งทรัพย์สินพิพาทในคดี สัญญานี้จึงมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้ง โดยพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) การที่โจทก์จำเลยจะทำสัญญากันก่อนว่าความ หรือระหว่างว่าความ หาเป็นผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่ใช้บังคับไม่ สัญญานี้จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113”

คำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530 “สัญญาจ้างว่าความโดยคิดค่าจ้างร้อยละ 30 ของเงินที่ได้มาทั้งหมดเป็นสัญญารับจ้างว่าความโดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ จึงมีวัตถุประสงค์ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 แม้ต่อมาจะมีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ 2508 ไปแล้ว และตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มีบทเฉพาะกาล มาตรา 86 กำหนดให้คณะกรรมการออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความตามมาตรา 53 ตามที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา มิได้กำหนดเรื่องค่าจ้างการว่าความไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาจ้างว่าความที่เป็นโมฆะมาแต่ต้นแล้วกลับสมบูรณ์ได้อีก”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2816/2537 “สัญญาจ้างว่าความระหว่างโจทก์ ซึ่งเป็นทนายความกับจำเลยซึ่งเป็นลูกความ ตกลงกันว่า ถ้าลูกความชนะคดีได้ที่ดินที่เป็นมูลพิพาทมาเท่าใด

ทนายความขอส่วนได้จากที่ดินที่จะได้มา ไม่ว่าราคาจะขึ้นลงสักเท่าใด อันเป็นการไม่แน่นอน อันถือได้ว่าโจทก์ซึ่งเป็นทนายความรับว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ มีวัตถุประสงค์ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 เดิม แม้ต่อมาจะได้มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 ไปแล้ว แต่สัญญาจ้างว่าความที่โจทก์นำมาฟ้องนั้นทำขึ้นตั้งแต่ พ.ศ. 2524 ก่อนกฎหมายดังกล่าวจะยกเลิก จึงไม่ทำให้สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยซึ่งตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่วันทำสัญญาแล้วกลับสมบูรณ์ขึ้นได้อีก”

คำพิพากษาฎีกาที่ 2890/2540 “ตามสัญญาจ้างว่าความมีข้อตกลงในการให้ค่าจ้างเป็นค่าทนายตอบแทนแก่โจทก์ผู้รับจ้างเป็นเงินทั้งสิ้น 600,000 บาท แต่เนื่องจากจำเลยยากจนไม่มีเงินชำระให้แก่โจทก์ได้ จึงประสงค์ของยกที่ดินพิพาทตามสัญญาว่าจ้างทนายชำระแทน โดยขอยกให้เป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์จำนวน 40 ส่วนของที่ดินและตึกแถวทั้งหมด และหากได้เงินจากคดีดังกล่าวมาเป็นจำนวนเท่าใด จำเลยขอแบ่งส่วนได้ให้แก่โจทก์เป็นจำนวนร้อยละ 40 เช่นเดียวกันอีกด้วย ซึ่งที่ดินนั้นเป็นที่ดินที่จำเลยจะได้มาจากการฟ้องร้องคดี จึงเป็นข้อสัญญารับจ้างว่าความโดยวิธีทำสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2577 มาตรา 12(2) ซึ่งใช้บังคับในขณะทำสัญญา จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 เดิม แม้ต่อมาจะได้มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 แล้ว และตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีบทเฉพาะกาลมาตรา 86 กำหนดให้คณะกรรมการออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความมาตรา 53 ตามประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยที่ข้อบังคับดังกล่าวมิได้กำหนดเรื่องค่าจ้างว่าความไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยที่เป็นโมฆะมาแต่แรกแล้วกลับสมบูรณ์ขึ้นมาได้”

จากคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้น จึงสรุปได้ว่า แนวคำพิพากษาฎีกาที่ได้ใช้กฎหมายเดิมเป็นเครื่องมือในการพิจารณาพิพากษาคดี (คดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างว่าความที่ทำก่อนที่จะมีข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 บังคับใช้) ล้วนมีคำพิพากษาไปในทิศทางเดียวกันว่าการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงในการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี หรือโดยการแบ่งส่วนเอาจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความได้รับตามคำพิพากษานั้นเป็นการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย นอกจากนั้นยังขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย

2.5.2 แนวคำพิพากษาฎีกาตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

แม้ว่าภายหลังจากการประกาศใช้ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 จะส่งผลให้มาตรา 12(2) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 สิ้นผลบังคับไป และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มีผลบังคับใช้กับสัญญาจ้างว่าความโดยสมบูรณ์แล้ว แนวคำพิพากษาก็ยังคงเป็นไปในทิศทางเดิม แต่ก็เริ่มมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความต่อกันโดยมีการตกลงค่าจ้างว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความอีกต่อไปแล้ว หากมีการทำสัญญาในลักษณะนี้เกิดขึ้นสัญญานั้นควรจะบังคับต่อกันได้ตามกฎหมายหรือไม่ จึงเริ่มมีการให้เหตุผลในการตัดสินคดี ดังปรากฏในคำพิพากษาฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 921/2542 “นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 นั้น นอกจากจะเป็นกรณีที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการพ้นวิสัยแล้ว ยังมีกรณีที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกด้วย ซึ่งหมายความว่า แม้การกระทำนั้นจะไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมาย แต่ถ้าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะเช่นกัน แม้การที่โจทก์เรียกค่าจ้างว่าความจากจำเลยโดยใช้วิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความนั้นจะไม่เป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 สัญญาจ้างว่าความจึงไม่ตกเป็นโมฆะเพราะเหตุดังกล่าวก็ตาม แต่การที่สัญญาจ้างว่าความฉบับพิพาทมีข้อตกลงให้โจทก์ได้รับค่าจ้างว่าความเป็นที่ดิน 200 ตารางวา อันเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินที่จำเลยพิพาทกับบุคคลอื่น ทำให้โจทก์เข้าไปมีส่วนได้เสียในที่ดินดังกล่าวโดยตรง เพราะหากจำเลยแพ้คดีโจทก์จะไม่ได้ค่าจ้างว่าความ ซึ่งแสดงว่าสัญญาจ้างว่าความนี้มีลักษณะเป็นการรับโอนสิทธิในการดำเนินคดีของจำเลยมาจัดการให้โดยขอรับส่วนแบ่ง อันเป็นการยุยงส่งเสริมให้บุคคลอื่นเป็นความกัน จึงขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150”

ต่อมาได้มีปัญหาในกรณีนี้อีก เนื่องจากศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ที่ได้พิจารณาคดีมีคำพิพากษาเกี่ยวกับประเด็นนี้แตกต่างกัน โดยศาลชั้นต้นยกฟ้องโจทก์ที่เรียกร้องค่าทนายความจากส่วนที่จำเลยได้จากการชนะคดี แต่ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้ให้จำเลยชำระค่าทนายความดังกล่าว เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลฎีกา ประเด็นทางกฎหมายนี้ จึงเป็นหนึ่งในประเด็นที่เข้าสู่การประชุมใหญ่ศาลฎีกาครั้งที่ 11/2542 โดยมีผลการประชุม ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2543 (ประชุมใหญ่) “วิชาชีพทนายความมีลักษณะผูกขาดที่ทนายความได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายประการ ย่อมมีพันธกรณีต่อสังคมที่ต้องปฏิบัติ และดำรงตนให้ต้องกับหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ ในส่วนการปฏิบัติหน้าที่ ทนายความมีส่วนสำคัญในการประสิทธิประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความและเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล ทนายความไม่เพียงทำสัญญากับลูกความในลักษณะที่ตนเองมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดี จนกระทบกระเทือนการปฏิบัติหน้าที่ ข้อสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยส่วนที่ตกลงให้สินจ้างกันอีกร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์สินสมรสที่จำเลยจะได้รับแบ่งมา เป็นข้อสัญญาที่ให้ทนายความเข้ามีส่วนได้เสียในทางการเงินโดยตรงในผลของคดี ไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

การวางระเบียบข้อบังคับแก่ทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ กับความสมบูรณ์ของสัญญาระหว่างทนายความและลูกความเป็นคนละส่วนกัน ที่ข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มิได้กำหนดให้การเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความของทนายความเป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความอย่างพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และ พ.ศ. 2508 มีผลเพียงว่าสัญญาลักษณะนี้ไม่เป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความ อันเป็นมูลจะลงโทษตามมาตรา 52 เท่านั้น หากมีผลให้ข้อสัญญาระหว่างโจทก์จำเลยซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความกลับมีความสมบูรณ์แต่อย่างใดไม่ สัญญาจ้างว่าความระหว่างโจทก์จำเลยในส่วนนี้จึงเป็นโมฆะ”

ในปีต่อมา ก็ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจฎีกาหนึ่งที่ตัดสินไปในแนวทางที่แตกต่างไปจากการวางหลักโดยที่ประชุมใหญ่ คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 5229/2544 “พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และประกาศข้อบังคับสภาพทนายความ พ.ศ. 2529 มิได้บัญญัติห้ามมิให้ทนายความเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความดังเช่นพระราชบัญญัติสองฉบับแรก (ที่ยกเลิก) ฉะนั้น สัญญาจ้างว่าความที่พิพาทที่ระบุว่า “คิดค่าทนายความร้อยละ 20 ของยอดทุนทรัพย์ 17,188,356 บาท โดยชำระค่าทนายความเมื่อบังคับคดีได้ กรณีบังคับคดีได้บางส่วนก็คิดค่าทนายความบางส่วนที่บังคับคดี และถ้าคดีมีการยอมความกัน คิดค่าทนายความร้อยละ 10 ของยอดเงินที่ยอมความ” จึงไม่ขัดต่อกฎหมาย ทั้งทุนทรัพย์พิพาทในคดีนี้มีจำนวน 20,694,520 บาท แต่โจทก์คิดค่าทนายความเพียงร้อยละ 20 ของทุนทรัพย์ 17,188,356 บาท และลดส่วนลงหากบังคับคดีได้บางส่วน หรือมีการประนีประนอมยอมความกัน เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณค่า

ทนายความระหว่างโจทก์จำเลย หาเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ สัญญาจ้างว่าความจริงไม่ตกเป็นโมฆะด้วยเหตุนี้เช่นกัน”

ทั้งสองคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ต่างมีข้อตกลงให้คิดค่าทนายความจากจำนวนทุนทรัพย์ในคดีโดยตรง และให้ชำระค่าจ้างจากเงินที่ตัวความจะได้รับ เพียงแต่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 5229/2544 นั้นระบุจำนวนเงินทุนทรัพย์ไว้น้อยกว่าจำนวนทุนทรัพย์ที่แท้จริง ก็มีเงื่อนไขลดค่าจ้างลงเหมือนว่าค่าทนายความมิใช่เป็นเงินโดยตรงในผลของคดี¹¹⁶ และในคดีล้มละลายก็มีอีกคำพิพากษาฎีกาหนึ่งตัดสินตามแนวทางนี้เช่นกัน คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 4164/2548 “ลูกหนี้ว่าจ้างเจ้าหนี้ให้ดำเนินคดีหลายคดี ได้ชำระค่าจ้างและค่าใช้จ่ายบางส่วนให้แก่เจ้าหนี้แล้ว โดยยังมีได้ชำระค่าจ้างส่วนที่ 2 อีกร้อยละ 10 ของยอดหนี้ตามฟ้องพร้อมดอกเบี้ยจากทุกจำนวนที่ลูกหนี้ได้รับชำระหนี้ โดยกำหนดหน้าที่ของเจ้าหนี้ที่จะต้องดำเนินการให้ลูกหนี้ได้รับชำระหนี้ก่อน จึงจะมีสิทธิได้รับชำระหนี้ ข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และประกาศข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ทั้งไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ข้อสัญญาระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ดังกล่าวจึงไม่เป็นโมฆะ”

หลังจากนั้น คำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินต่อมาก็เป็นไปในแนวทางที่คำพิพากษาฎีกา 1260/2543 (ประชุมใหญ่) วางหลักไว้ทั้งสิ้น เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 7337/2548 “ข้อสัญญาระหว่างโจทก์และจำเลยในส่วนที่ตกลงให้สินจ้างกันร้อยละ 7.5 ของราคาทรัพย์สิน และถ้าจำเลยไม่ได้รับที่ดินพิพาทคืน โจทก์จะไม่ได้รับค่าจ้าง เช่นนี้ ข้อตกลงตามสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการหาประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความหรือยอมให้ผู้อื่นเป็นความกัน จึงเป็นข้อสัญญาที่ให้ทนายความเข้ามีส่วนได้เสียในทางการเงินโดยตรงในผลของคดี จึงไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ย่อมถือว่าเป็นข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1584/2555 “ข้อตกลงในสัญญาว่าจ้างทนายความที่ระบุว่า “จำเลยทั้งเก้าตกลงให้ค่าจ้างจำนวนร้อยละ 10 ของจำนวนเงินค่าเสียหาย ดอกเบี้ย และผลประโยชน์ที่ได้รับนอกเหนือจากต้นเงินที่ซื้อขายที่ดิน...” มีลักษณะเป็นข้อตกลงที่ให้ทนายความเข้าไปมีส่วนได้

¹¹⁶ สมเกียรติ เจริญสวรรค์, หมายเหตุท้ายฎีกา 5229/2544

เสียในทางการเงินโดยตรงในผลของคดีที่รับว่าความ จึงไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของ ทนายความถือว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้จะปรากฏ ว่าตามข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 ซึ่งออกตามความใน พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 27(3)(จ) และมาตรา 51 มิได้กำหนดให้การเข้าเป็น ทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความของทนายความ เป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2477 และ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2508 ก็มีผลเพียงว่าการทำสัญญาระหว่างทนายความและลูกความ ทำนองนี้ไม่เป็นการผิดมรรยาททนายความอันเป็นมูลให้ลงโทษตามมาตรา 52 เท่านั้น หากมีผลทำให้ ข้อตกลงระหว่างโจทก์กับจำเลยทั้งเก้าตั้งกล่าวซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของ ประชาชนกลับมีความสมบูรณ์แต่อย่างใดไม่ สัญญาว่าจ้างทนายความระหว่างโจทก์กับจำเลยทั้งเก้าจึง เป็นโมฆะตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150”

คำพิพากษาฎีกาที่ 3331/2556 “ตามสัญญาจ้างว่าความระบุว่า “เมื่องานบรรลุ ตามสัญญานี้ จำเลยที่ 1 ต้องให้ค่าตอบแทนแก่โจทก์อีกร้อยละ 5 ของทรัพย์สินมรดกที่ได้มาจากการ ทำงานตามสัญญานี้...” และ “ในการดำเนินการต่อสู้คดี ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ อยู่ในความรับผิดชอบของชอบ โจทก์ ยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมตลอดจนเงินประกันค่าเสียหายในการบังคับคดี หรือในการดำเนิน กระบวนพิจารณาที่ต้องวางศาล ให้โจทก์เป็นผู้จ่าย” กับ “ค่าใช้จ่ายที่ต้องจ้างบุคคลภายนอกเพื่อเสริม ข้อต่อสู้คดี อันมิใช่เป็นค่าใช้จ่ายตามปกติในคดี ให้โจทก์เป็นผู้จ่าย” แสดงว่าโจทก์จะได้รับค่าจ้างมาก หรือน้อยขึ้นอยู่กับจำนวนมรดกที่จำเลยที่ 2 ได้รับตามผลคดีที่ศาลพิพากษา จึงมีลักษณะเป็นการมี ส่วนได้เสียโดยตรงในผลคดี อีกทั้งการที่โจทก์รับเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการต่อสู้คดี แม้เพียง บางส่วนก็เป็นการหาประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความ หรืออุบายให้ผู้อื่นเป็นความกัน ซึ่งไม่ต้องด้วย หลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 โจทก์ไม่อาจเรียกร้องค่าจ้างจากจำเลยทั้งสองได้”

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากเป็นกรณีที่สัญญาจ้างว่าความมีการตกลงค่าทนายความเป็น ทรัพย์สินที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินพิพาทในคดีของลูกความ หรือโดยการกำหนดค่าทนายความ จากจำนวนทุนทรัพย์ของคดี นั้นสามารถบังคับกันได้ตามสัญญา ไม่ตกเป็นโมฆะ ดังจะเห็นได้จากแนว คำพิพากษาฎีกา ต่อไปนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1454/2510 “ที่ดินที่ตกลงให้เป็นค่าจ้างว่าความเป็นที่ดินที่อยู่ นอกที่พิพาท จึงมิใช่เป็นการเรียกร้องเอาค่าจ้างจากส่วนแบ่งในที่ดินที่พิพาท ไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติ หมายความ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10654/2555 “โจทก์จำเลยตกลงกันให้จ่ายค่าจ้างว่าความ ในอัตราร้อยละ 10 ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง เป็นเพียงการกำหนดกฎเกณฑ์ในการคำนวณค่าจ้าง ว่าความให้คิดเป็นจำนวนร้อยละเท่าใดของทุนทรัพย์ที่ฟ้องซึ่งเป็นจำนวนแน่นอน หาใช่เป็นสัญญาแบ่ง เอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้รับเมื่อชนะคดีไม่ สัญญาจ้างว่าความระหว่าง โจทก์กับจำเลยจึงไม่ใช่นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนอันจะตกเป็นโมฆะตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150”

จากแนวคำพิพากษายกหลังจากที่บัพัญญัติตามพระราชบัญญัติหมายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) สิ้นผลไปตามพระราชบัญญัติหมายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 86 วรรค 2 สามารถ สรุปลักษณะซึ่งศาลใช้ในการพิพากษาคดีได้ ดังนี้

(1) การให้เหตุผลของคำพิพากษาฎีกาไม่สามารถระบุได้ว่าการทำสัญญาจ้าง ว่าความที่มีข้อตกลงค่าตอบแทนโดยแบ่งส่วนจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา เป็นการต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมายอีกต่อไป แต่ศาลก็ได้พิจารณาพิพากษาคดีโดยพิจารณาในเรื่อง เกี่ยวกับการวางตัวที่เหมาะสมของผู้มีวิชาชีพทนายความ โดยให้เหตุผลว่าการกำหนดค่าทนายความ โดยการแบ่งส่วนจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษานี้ เป็นการยุยงส่งเสริมและ เป็นการเข้ามีส่วนได้เสียจากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน ซึ่งถึงแม้การกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นการผิด มรรยาททนายความ แต่ก็ยังเป็นรูปแบบการกำหนดค่าทนายความที่ไม่ควรกระทำ ดังนั้น ศาลจึงใช้ดุลพินิจนำหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาใช้ในการพิพากษาให้ข้อตกลง นั้นตกเป็นโมฆะเช่นเดิม

(2) คำพิพากษาฎีกาบางส่วนเริ่มตัดสินไปในทิศทางที่แตกต่างกัน โดย คำพิพากษาส่วนหนึ่ง พิพากษาบังคับให้ตามข้อตกลง เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่ต้องห้ามขัดแย้ง ตามกฎหมายอีกต่อไป และถือเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณค่าทนายความ ระหว่างทนายความและลูกความเท่านั้น

(3) การกำหนดค่าทนายความจากทุนทรัพย์เริ่มต้นของคดี หรือกำหนดจาก จำนวนเงินหรือทรัพย์สินที่ไม่เกี่ยวข้องในคดี สามารถทำได้ตามกฎหมาย

2.6 ประเด็นปัญหากฎหมายในการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี

ประการแรก คือ ปัญหาการค้นหาค่าความมุ่งหมายที่แท้จริงของฝ่ายนิติบัญญัติใน พิจารณาตัดบทบัญญัติห้ามมิให้ทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับ ค่าตอบแทนโดย “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” ออกจาก พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 โดยไม่มีการบัญญัติอนุญาติให้กระทำไว้อย่างชัดเจน เช่นเดียวกัน

ประการที่สอง คือ ปัญหาการขาดแคลนกฎหมายเฉพาะที่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่มี บทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการทำสัญญาจ้างว่าความ และอัตราค่าตอบแทนของผู้มีวิชาชีพทนายความที่ ชัดเจน รวมทั้งความเหมาะสมในการนำกฎหมายที่ไม่ได้บัญญัติไว้เพื่อบังคับใช้กับสัญญาจ้างว่าความ โดยตรง เช่น หลักจริยธรรมวิชาชีพของทนายความ ในฐานะกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน มาปรับใช้เพื่อควบคุมการทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนในสัญญา จ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความ

ประการสุดท้าย คือ ปัญหาว่าการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับ ค่าตอบแทนโดย “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” นั้นควรถือว่าเป็น การกระทำที่ผิดหลักจริยธรรมวิชาชีพทนายความ อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของประชาชนต่อไปหรือไม่

บทที่ 3

Contingency Fees ในกฎหมายต่างประเทศ

3.1 ความหมายและรูปแบบ

คำว่า Contingency มีความหมายตามพจนานุกรม (dictionary) ว่า “เหตุการณ์บางอย่างที่อาจจะเกิดหรือไม่เกิดขึ้น หรือสถานะที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์” เมื่อนำมารวมกับคำว่า fee (ค่าตอบแทน) จึงอาจให้ความได้ว่า “ค่าตอบแทนที่ต้องชำระ ซึ่งจะเป็นไปตามสถานการณ์บางอย่างที่จะเกิดหรือไม่เกิดขึ้นในอนาคต”

ในต่างประเทศ คำว่า “Contingency Fees” จึงถูกนำมาใช้เรียก สิ้นจ้างหรือค่าทนายความซึ่งลูกความจะต้องชำระให้แก่ทนายความ เพื่อเป็นค่าตอบแทนในการทำหน้าที่ตามสัญญาจ้างว่าความ เฉพาะแต่ในกรณีที่มีคำพิพากษาให้ลูกความเป็นฝ่ายชนะคดี หรือในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายลูกความเท่านั้น (no win, no fee) ซึ่งโดยปกติแล้ว จะกำหนดโดยการคำนวณจากจำนวนเงินค่าเสียหายสุทธิที่ลูกความจะได้รับ¹ (แต่เฉพาะในประเทศอังกฤษและเวลส์ให้หมายรวมไปถึงการนำการแพ้ชนะคดีมาเป็นเงื่อนไขในการชำระ หรือไม่ชำระค่าตอบแทนด้วย) สัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงในลักษณะนี้ มีชื่อเรียกเฉพาะว่า “Contingency Fee Contract” หรือ “Contingency Fee Agreement”²

การตกลงจำนวนสิ้นจ้าง หรือค่าทนายความใน Contingency Fee Contract มีรูปแบบการตกลงได้หลายลักษณะ³ ที่นิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย ได้แก่

(1) Speculative Fee

การตกลงค่าทนายความในรูปแบบ speculative fee หมายถึง กรณีที่จำนวนค่าตอบแทนตามข้อตกลงใน Contingency Fee Contract จะคำนวณจากอัตราค่าทำงานรายชั่วโมง

¹ Bryan A. Garner (Ed.), Black’s Law Dictionary, (Minnesota : West Publishing Company, 2009), p. 362

² Herbert M. Kritzer, “The Wages of Risk : The Returns of Contingency Fee legal Practice”, DePaul Law Review (1998), p. 231

³ Adrian Yeo, “ Access to Justice: A Case for Contingency Fees in Singapore” Singapore Academy of Law, Vol. 16 (2004), pp. 81 - 82

ตามปกติของทนายความ ตั้งแต่เริ่มทำหน้าที่ ไปจนถึงเวลาที่ศาลมีคำพิพากษาให้ฝ่ายลูกความชนะคดี หรือการประนีประนอมยอมความที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายลูกความนั้น การตกลงลักษณะนี้ ค่าตอบแทนที่ทนายความได้รับ จะไม่มีความเกี่ยวข้องกับเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับตาม คำพิพากษาแต่อย่างใด

(2) Conditional Fee

คำว่า Conditional Fee มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “Success Fee” “Uplift Fee” หรือ “Uplift” ซึ่งแต่ละประเทศจะมีวิธีเรียกแตกต่างกันออกไป ค่าตอบแทนในส่วนนี้ เป็นส่วนที่เพิ่มขึ้นจากค่าตอบแทนที่ทนายความจะได้รับตามปกติ (normal fee) หากศาลมีคำพิพากษาให้ฝ่ายลูกความชนะคดี หรือการประนีประนอมยอมความที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายลูกความ โดยวิธีการที่ใช้ในการคำนวณค่าตอบแทนในส่วนนี้ จะคำนวณจากร้อยละของจำนวนค่าตอบแทนปกติ (Conditional fee = X% x normal fee)

(3) Percentage Contingent Fee

Contingency Fee Contact ที่มีข้อตกลงในการกำหนดค่าตอบแทนรูปแบบนี้ ทนายความจะได้รับค่าตอบแทนที่คำนวณจากร้อยละของเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับ ทั้งจากการชนะคดีตามคำพิพากษาของศาล และจากการประนีประนอมยอมความที่เป็นประโยชน์แก่ลูกความ โดยอัตราร้อยละอาจกำหนดให้มากขึ้นไปตามความยาวนานของคดี เช่น หากคดีมีคำพิพากษาถึงที่สุดเพียงในศาลชั้นต้น หรือมีการประนีประนอมยอมความกันได้รวดเร็ว อัตราร้อยละจะอยู่ในระดับที่ต่ำ หากไม่อาจมีการประนีประนอมยอมความกันได้ หรือคดีมีคำพิพากษาถึงที่สุดในศาลสูง อัตราร้อยละอาจเพิ่มขึ้นไปอีก เป็นต้น การกำหนดค่าตอบแทนลักษณะนี้เป็นที่นิยม และใช้กันอย่างแพร่หลายในทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกา จึงได้ชื่อว่าเป็น “American Model”⁴

(4) Fixed Contingent Fee

Contingency Fee Contact ที่มีข้อตกลงในการกำหนดค่าตอบแทนรูปแบบนี้ ทนายความและลูกความจะกำหนดจำนวนค่าตอบแทนที่แน่นอนไว้จำนวนหนึ่ง ซึ่งเป็นจำนวนที่ลูกความมีหน้าที่จะต้องชำระ หากศาลมีคำพิพากษาให้ตนชนะคดี หรือมีการประนีประนอมยอมความที่เป็นประโยชน์แก่ตน ดังนั้น ค่าตอบแทนรูปแบบนี้จะไม่มีความเกี่ยวข้องกับเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากการชนะคดี

⁴ Lau Liat Meng v Disciplinary Committee (Singapore) [1967] UKPC 14 (7 June 1967)

ข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนทั้ง 4 วิธีข้างต้น อาจนำมาปรับใช้ในสัญญา โดยวิธีการผสมผสานกันก็ได้ เช่น

(1) Speculative Fee และ Fixed Contingent Fee

หากทนายความและลูกความเข้าทำ Contingency Fee Contact โดยมีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนในรูปแบบ Speculative Fee และ Fixed Contingent Fee ค่าตอบแทนที่ทนายความจะได้รับจากการชนะคดีตามคำพิพากษา หรือการประนีประนอมยอมความที่เป็นประโยชน์แก่ลูกความ จะได้แก่ ค่าตอบแทนในการทำงานที่คำนวณจากชั่วโมงในการทำงาน รวมกับค่าตอบแทนอีกจำนวนหนึ่งตามที่ได้ตกลงไว้

(2) Speculative Fee และ Percentage Contingent Fee

หากทนายความและลูกความเข้าทำ Contingency Fee Contact โดยมีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนในรูปแบบ Speculative Fee และ Percentage Contingent Fee ค่าตอบแทนที่ทนายความจะได้รับจากการชนะคดีตามคำพิพากษา หรือการประนีประนอมยอมความที่เป็นประโยชน์แก่ลูกความ จะได้แก่ ค่าตอบแทนในการทำงานที่คำนวณจากชั่วโมงในการทำงาน รวมกับค่าตอบแทนอีกจำนวนหนึ่งที่คำนวณจากร้อยละของเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากการชนะคดี หรือการประนีประนอมยอมความ

3.2 วิวัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ

3.2.1 อังกฤษและเวลส์

ประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการทำ contingency fee contract ในอังกฤษนั้นมีมาอย่างยาวนาน นับตั้งแต่สมัยยุคกลาง (Middle Ages) โดยเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในช่วงราวศตวรรษที่ 13 เป็นต้นมา ในสมัยนั้นเหล่าขุนนาง (feudal lords) ผู้มีอำนาจ และคนร่ำรวยมักใช้วิธีการยืมและประพடுத்தินเป็นนายทุนให้ผู้อื่นเป็นความกัน เพื่อเพิ่มความมั่งคั่งให้แก่ตนเอง โดยการทำทุกวิถีทางในการเข้าไปมีส่วนได้เสียเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินในสิ่งที่ผู้เสียหายที่แท้จริงจะได้รับการชดใช้จากการฟ้องคดี ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายให้ “การสนับสนุนทางการเงินแก่บุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับตนเพื่อให้เขาสามารถฟ้องคดีได้ โดยมีข้อตกลงในการเข้าไปมีส่วนแบ่งในเงินหรือทรัพย์สินที่บุคคลนั้นจะได้รับการชดเชยเมื่อชนะคดี” เป็นความผิดอาญาในฐานะความผิดที่เรียกว่า

Maintenance and Champerty⁵ ซึ่งถือเป็นความผิด ทั้งตามหลักกฎหมายอาญา (penal statutes) และตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (the common law doctrine of maintenance and champerty) อันผู้กระทำผิดจะต้องระวางโทษปรับ และโทษจำคุก 3 ปี⁶

หลักกฎหมายดังกล่าว บังคับใช้กับทุกคน ไม่ว่าจะจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือบุคคลผู้เป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐ โดยในปี ค.ศ. 1617 ก็ได้มีการระบุนอย่างชัดเจนในคำพิพากษาคดี Box v. Barnaby⁷ โดย Sir Henry Hobart ถึงกรณีที่นายความเข้าไปว่าคดีโดยมีข้อตกลงในส่วนแบ่งจากการชดเชยความเสียหายว่าอยู่ในข่ายของความผิดอาญานี้เช่นเดียวกัน

ข้อห้ามเกี่ยวกับการทำ contingency fee agreement ดังกล่าว ถูกใช้เป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีตลอดมาเป็นเวลานานร้อยปี จนกระทั่งช่วงศตวรรษที่ 18 – 19 ก็เริ่มมีเสียงวิพากษ์วิจารณ์ในความเคร่งครัดของหลักการดังกล่าว เช่น ข้อความแสดงความไม่เห็นด้วยของ ผู้พิพากษา Lord Abinger ในปี ค.ศ. 1843 ความว่า “ถ้าบุคคลผู้หนึ่ง เกิดพบเห็นเหตุการณ์ซึ่งคนยากไร้ถูกละเมิดสิทธิ หรือถูกกลั่นแกล้ง โดยไม่มีหนทางใดในการเรียกร้องสิทธิของตนได้ การที่บุคคลนั้นเข้าให้ความช่วยเหลือด้วยเงินทอง หรือช่วยเหลือโดยการจ้างนายความให้ เพื่อคนยากไร้ผู้นั้นจะได้สามารถรักษาสหสิทธิของตนได้ คงต้องถกเถียงกันหนักที่จะทำให้ข้าพเจ้าเชื่อได้ ว่าการกระทำดังกล่าวนี้ เรียกว่าเป็นการยุยงส่งเสริมให้ผู้อื่นเป็นความกัน” ข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า Lord Abinger นั้นมีความเชื่อไว้ในบางกรณี การทำ Contingency fee agreement สมควรได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามกฎหมาย เมื่อคำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นบางประการ

⁵ A bargain by a stranger with a party to a lawsuit, by which such third person undertakes to carry on the litigation at his own cost and risk, in consideration of receiving, if successful, a part of the proceeds or subject sought to be recovered : ข้อตกลงระหว่างบุคคลภายนอกกับคู่ความที่ตกลงยินยอมรับภาระค่าใช้จ่าย รวมทั้งความเสี่ยงในการดำเนินคดี เพื่อประโยชน์ในทรัพย์สินที่คู่ความจะได้รับเมื่อคดีนั้นประสบความสำเร็จ (ชนะคดี)

⁶ Box v. Barnaby, 80 Eng. Rep. 266, 266 (K.B. 1617) quoted in Peter Karsten, “Enabling the Poor to Have Their Day in Court: The Sanctioning of Contingency Fee Contracts, a History to 1940” *DePaul Law Review*, Vol. 47 Issue 2 Article 3 (1988), p. 232

⁷ Ibid., p. 233

ต่อมาในปี ค.ศ. 1853 ผู้ตรวจการณเมืองถ่านหินก็ได้บรรยายถึงสถานการณ์ ยากลำบากที่เกิดขึ้น ที่ contingency fee agreement ควรเข้ามามีบทบาท⁸ เขากล่าวว่า “ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นในเมืองถ่านหินนั้น ไม่มีเงินจ้างทนายความเพื่อฟ้องคดี ตามสิทธิของตน แม้ค่าเสียหายที่พวกเขาควรจะได้รับนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งทำให้สามีของตนเสียชีวิตก็ตาม ความยากลำบากในการหาทนายความ (solicitor) เป็นอุปสรรคที่ไม่อาจก้าวข้ามได้สำหรับเหล่าหญิงม่ายและเด็กกำพร้าเหล่านั้น” อย่างไรก็ตาม ข้อวิจารณ์และความคิดเห็นของนักกฎหมายในช่วงเวลานั้นก็เป็นแต่เพียงแนวความคิดเท่านั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายแต่อย่างใด

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1966 คณะกรรมาธิการร่างกฎหมาย (The Law Commission) ได้ให้ความเห็นว่า Maintenance and Champerty นั้นเป็นกฎหมายที่ล้าสมัย จนกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่ตายแล้ว และมีการเสนอให้ยกเลิกกฎหมายนี้เสีย ข้อเสนอดังกล่าวส่งผลให้พระราชบัญญัติกฎหมายอาญา (The Criminal Law Act 1967) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปีถัดมา ไม่มีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอันมีโทษตามกฎหมายอีกต่อไป แต่ยังมีข้อยกเว้นไว้ว่า แม้จะเป็นการกระทำที่ไม่เป็นความผิดทางอาญาก็ตาม แต่หากการกระทำใดเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (public policy) การนั้นย่อมผิดกฎหมายอยู่เช่นเดิม จากข้อยกเว้นดังกล่าว การทำข้อตกลง contingency fees ระหว่างทนายความและลูกความจึงยังคงถือว่าเป็นสิ่งต้องห้ามเช่นเดิม โดย Lord Denning ได้แสดงเหตุผลในการห้ามดังกล่าวไว้ในคำพิพากษาคดี Wallersteiner v. Moir⁹ ความว่า “การห้ามทำข้อตกลง Maintenance and Champerty ก็เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดวิธีดังกล่าวในทางที่ผิด เพราะถ้าหากกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ จะก่อให้เกิดบุคคลที่กระทำการยุยงส่งเสริมให้ผู้อื่นเป็นความผิด และพยายามจะชนะคดีนั้นจนอาจมีการสร้างพยานหลักฐานเท็จ รวมไปถึงการให้สินบนพยานในคดีด้วย การที่ทนายความเรียกร้องค่าจ้างเกินกว่าที่ตนสมควรจะได้รับ โดยการเรียกร้องผลประโยชน์แก่ตนในทรัพย์สินของลูกความ หรือเมื่อรับทำคดีโดยมีข้อตกลงว่าจะรับค่าจ้างเฉพาะแต่กรณีที่ชนะคดีเท่านั้น จึงยังเป็นสิ่งที่กฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ไม่อาจยอมรับให้กระทำต่อกันได้ เพราะการกระทำดังกล่าวนี้ ถือเป็นการแสวงหาผลประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความผิด”

⁸ Peter Karsten, *supra note 6*, p. 233

⁹ Wallersteiner v Moir (No 2) [1975] QB 373 quoted in Michael Zander, “Will the Revolution in The Funding of Civil Litigation in England Eventually Lead to Contingency Fees?” *DePaul Law Review*, Vol. 52 Issue 2 Article 3 (2002), p. 261

นอกจากนั้น ในปี ค.ศ. 1970 สมาคมนักกฎหมาย (The Law Society) ยังได้มีประกาศบันทึกที่มีชื่อว่า “The Memorandum of the Council of the Law Society on Claims Assessors and Contingent Fees” ยืนยันว่าการทำ contingency fees agreement ระหว่างทนายความและลูกความนั้นเป็นการกระทำที่ผิดจรรยาบรรณวิชาชีพทนายความ โดยบัญญัติไว้ใน **กฎข้อที่ 8(1)** ว่า “ทนายความผู้ที่ได้รับจ้างให้ว่าความ ฟ้องคดี หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาอื่น ๆ จะต้องไม่เข้าทำข้อตกลงในการรับค่าจ้างเป็นส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากกระบวนการเหล่านั้น”¹⁰ นอกจากนี้ยังได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “contingency fee” กว้างขึ้นกว่าเดิม โดยให้หมายความรวมถึง “จำนวนเงิน (ไม่ว่าจะเป็นจำนวนที่แน่นอน หรือจำนวนที่ต้องคำนวณจากร้อยละจากสิ่งทีลูกความได้ก็ตาม) ซึ่งทนายความจะได้รับ เฉพาะแต่ในกรณีที่มีการฟ้องร้องหรือกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องนั้นประสบความสำเร็จ”¹¹

ในปี ค.ศ. 1979 ซึ่งเป็นปีที่มีการเริ่มต้นร่างพระราชบัญญัติศาลและการให้บริการทางกฎหมาย (The Courts and Legal Services Act) คณะกรรมาธิการร่างพระราชบัญญัติยังคงมีความเห็นว่าการอนุญาตให้ทนายความและลูกความทำ contingency fees agreement ต่อกัน จะทำให้ทนายความตกอยู่ภายใต้อิทธิพลบางประการ จนอาจก่อให้เกิดการสร้างพยานหลักฐานเท็จ การชักจูงพยานอย่างไม่เหมาะสม โดยเฉพาะพยานผู้เชี่ยวชาญในสาขาต่าง ๆ การถามพยานโดยไม่ชอบ และการอื่น ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลคดีที่ต้องการ¹² ด้วยเหตุนี้ The Courts and Legal Services Act 1990 จึงยังคงไม่มีบทบัญญัติอนุญาตให้ทนายความรับว่าความโดยมีข้อตกลงเช่นนี้ได้ แต่อย่างไรก็ตาม contingency fee agreement ก็ไม่อาจถูกตรวจพบ และควบคุมได้ทุกกราย โดยเฉพาะในคดีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับความบาดเจ็บของบุคคล (personal injuries) ซึ่งทนายความจะรับทำคดีโดยมีข้อตกลงพื้นฐานว่าจะเรียกร้องค่าทนายความเข้ากับฝ่ายตรงข้ามเมื่อคดีชนะ แต่จะไม่เรียกร้องสิ่งใดจากลูกความหากแพ้คดี ข้อตกลงเช่นว่านั้น แม้จะมีอยู่จริง แต่ก็อยู่ในลักษณะการตกลงแบบลับ ๆ เท่านั้น เพราะเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมาย¹³

¹⁰ The Memorandum of the Council of the Law Society on Claims Assessors and Contingent Fees Rule 8(1) A solicitor who is retained or employed to prosecute any action, suit or other contentious proceeding shall not enter to any arrangement to receive a contingency fee in respect of that proceeding.

¹¹ The Solicitors’ Practice Rule 18(2) C

¹² The Royal Commission on Legal Services’ Final report.

¹³ Michael Zander, *supra note 9*, p. 262

พัฒนาการที่สำคัญเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1995 ซึ่งมีการตรากฎหมาย The Conditional Fee Agreements Order 1995 ซึ่งเป็นการอนุญาตให้ทนายความและลูกความสามารถทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าจ้างว่าความบางส่วน ที่เรียกว่า “success fee” หรือ “ค่าประสบความสำเร็จ” ซึ่งเป็นค่าทนายความซึ่งขึ้นอยู่กับผลคำพิพากษาของคดีเป็นครั้งแรก (การตกลงเช่นนี้จัดอยู่ในขอบข่ายของค่าจำกัดความของคำว่า contingency fee) บทบัญญัติเรื่อง conditional fee ถูกปรับปรุงแก้ไขเรื่อยมา เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่สามารถมีข้อตกลงเช่นนี้ได้ รวมทั้งอัตราสูงสุดที่ทนายความจะได้รับ ซึ่งในปัจจุบันกำหนดไว้โดย The Conditional Fee Agreements Order 2013 Article 5 ให้กระบวนการพิจารณาในคดีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับความบาดเจ็บของบุคคล (personal injuries) มีอัตราสูงสุดของค่าประสบความสำเร็จในศาลล่างจำกัดที่ร้อยละ 25 และในศาลอื่น ๆ จำกัดที่ร้อยละ 100

ในช่วงนั้น มุมมองของนักกฎหมายที่มีต่อการทำข้อตกลง contingency fee agreement ระหว่างทนายความและลูกความก็เปลี่ยนแปลงไป ในด้านของกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มีความผ่อนคลายลงมา โดยในคำพิพากษาคดี *Giles v. Thompson*¹⁴ ผู้พิพากษาที่ตัดสินคดีนั้น คือ Lord Mustill ก็ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษา ความว่า “หลักคอมมอนลอว์เรื่อง *Maintenance and champerty* นั้น เก่าแก่เสียจนหาต้นกำเนิดไม่ได้ ความสำคัญของมันในช่วงยุคกลางนั้นชัดเจนเนื่องจากระบบกระบวนการยุติธรรมในสมัยนั้นยังไม่แข็งแกร่งพอจะต้านทานอำนาจของผู้มีอิทธิพลได้ แต่ผ่านมาเป็นเวลาหลายร้อยปีถึงปัจจุบัน ระบบศาลและกระบวนการยุติธรรมของเราแข็งแกร่งขึ้นมา มีกระบวนการที่แน่นอนเป็นพื้นฐาน ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการทั้งหลาย ต่างก็มีอิสระไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้มีอิทธิพลใด อีกทั้งการกระทำผิดต่าง ๆ ย่อมถูกตรวจสอบได้โดยง่าย การห้ามดังกล่าวจึงไม่มีความหมายอีกต่อไป”

แนวความคิดดังกล่าวเป็นที่แพร่หลายเป็นอย่างมาก จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2010 ได้มีการตรากฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 58AA(4) ประกอบกับมาตรา 120 ของ Court and Legal Services Act เพื่อบัญญัติในรายละเอียดทางเนื้อหา เรียกว่า “The Damages-Based Agreement Regulations 2010” ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกที่อนุญาตให้มีการทำข้อตกลงที่เรียกว่า “Damages-based agreement” หรือ “ข้อตกลงในการกำหนดค่าทนายความโดยใช้จำนวนค่าเสียหายเป็นฐานในการคำนวณ” ซึ่งเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเดียวกับ Contingency fee agreement เพียงแต่ใช้คำเรียกแตกต่างกันเท่านั้น โดยกฎหมายบัญญัติให้ข้อตกลงดังกล่าว สามารถ

¹⁴ *Giles v. Thompson* 1 A.C. 142 (H.L. 1994) quoted in Michael Zander, *supra* note 9, p. 260

ทำได้เฉพาะในการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน (Employment matter)¹⁵ เท่านั้น อีกทั้ง ต่อมา ในปี ค.ศ. 2013 ก็ได้มีการตรากฎหมายอีกฉบับ ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2013 คือ “The Damages-Based Agreement Regulations 2013” ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้มี บทบัญญัติขยายขอบเขตการอนุญาตให้กว้างขึ้น และไม่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายฉบับเดิม ดังนั้น “The Damages-based Agreement Regulations 2010” จึงยังคงใช้บังคับกับสัญญาที่ทำขึ้น ก่อนที่กฎหมายฉบับใหม่จะมีผลใช้บังคับ ควบคู่กันไปด้วย¹⁶

3.2.1.1 บททั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญา

ทั้ง The Damages-Based Agreement Regulations ฉบับปี ค.ศ. 2010 และ ฉบับปี ค.ศ. 2013 มีการบัญญัติกระบวนการ “ก่อน” การทำสัญญาไว้หลายประการ ซึ่งเป็นหน้าที่ของ ทนายความในการดำเนินการเช่นนั้น

The Damages-Based Agreement Act 2010 เนื่องจากกฎหมายฉบับใหม่ คือ “The Damages-Based Agreement Regulations 2013” บัญญัติกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2010 ยังคง มีผลบังคับใช้กับข้อตกลงระหว่างทนายความและลูกความในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานที่ทำขึ้นก่อน กฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2013 มีผลบังคับใช้ จึงจำเป็นต้องศึกษาควบคู่กันไปด้วย

บทบัญญัติกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2010 นี้ กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายทนายความต้อง แสดงข้อมูลต่อไปนี้เป็นลายลักษณ์อักษร (in writing) ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายลูกความทราบก่อนที่จะมีการ ลงลายมือชื่อเพื่อทำสัญญา¹⁷

(1) สถานการณ์ซึ่งลูกความสามารถตรวจสอบเกี่ยวกับรายจ่าย ในการกระทำการ เป็นตัวแทนของลูกความ และกระบวนการในการตรวจสอบเช่นนั้น

(2) สิทธิในการได้รับบริการระงับข้อพิพาทของ The Advisory, Conciliation and Arbitration Service (ACAS)

¹⁵ The Damages-Based Agreements Regulations 2010 Regulation 1(2) In these Regulations “damages-based agreement” means a damages-based agreement which relates to an employment matter.

¹⁶ The Damages-Based Agreements Regulations 2010 Regulation 2(2) The 2010 Regulations shall continue to have effect in respect of any damages-based agreements signed on or after the date on which these Regulations come into force.

¹⁷ The Damages-Based Agreements Regulations 2010 Regulation 3

(3) หนทางทางการเงินอื่น ๆ ซึ่งลูกความสามารถทำได้เพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีตามสิทธิของตน

(4) กำหนดเวลาที่ลูกความจะต้องชำระเงินซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

(5) จำนวนเงินซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีโดยประมาณ

เมื่อทนายความได้ดำเนินกระบวนการแจ้งข้อมูลที่สำคัญตาม (1) - (5) แก่ลูกความก่อนการทำสัญญาเรียบร้อยแล้ว ในขั้นตอนทำสัญญา กฎหมายก็ได้บัญญัติไว้ให้สัญญา Damages-based agreement ระหว่างทนายความและลูกความนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไว้เป็นสำคัญเท่านั้น จึงสามารถบังคับตามกฎหมายได้ โดยข้อความที่กฎหมายบังคับให้ต้องมีอยู่ในสัญญา มีดังต่อไปนี้¹⁸

(1) สิทธิเรียกร้อง และกระบวนการพิจารณาที่ขัดกลางที่เกี่ยวข้อง

(2) เหตุการณ์ หรือสถานการณ์ที่ลูกความจะต้องชำระเงินค่าใช้จ่ายต่าง ๆ

(3) เหตุผลที่ใช้ในการกำหนดค่าตอบแทนเป็นเงินจำนวนที่ระบุในสัญญานั้น

เมื่อสัญญาซึ่งมีข้อตกลง damages-based agreement ได้ทำขึ้นอย่างถูกต้องแล้ว การเลิกสัญญาสามารถทำได้โดยวิธีการเลิกสัญญาตามวิธีการที่กฎหมายลักษณะสัญญา (Law of Contract) ได้เช่นเดียวกับสัญญาทั่วไป เช่น การเลิกสัญญาเพราะการแถลงข้อความอันเป็นเท็จ (misrepresentation) การผิดสัญญาในข้อพื้นฐาน (fundamental breach) เป็นต้น¹⁹ แต่ถ้าหากไม่มีเหตุในการบอกเลิกสัญญาตามกฎหมายลักษณะสัญญาข้างต้น กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายลูกความบอกเลิกสัญญาหลังจากได้มีการประนีประนอมยอมความสำเร็จ หรือภายใน 7 วันก่อนสืบพยาน²⁰

ถ้าหากมีเหตุซึ่งทำให้สัญญาดังกล่าวต้องสิ้นสุดลง คู่สัญญาฝ่ายทนายความจะมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนเพียงไม่เกินอัตราค่าทนายความที่สมเหตุสมผลตามปกติ ซึ่งคิดเป็นรายชั่วโมง (the representative's time multiplied by the reasonable hourly rate) พร้อมทั้งจำนวนเงินค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่สำรองจ่ายไปในการดำเนินคดีนั้นเท่านั้น²¹ ทั้งนี้ ทนายความจะบอกเลิกสัญญาเพื่อ

¹⁸ The Damages-Based Agreements Regulations 2010 Regulation 2

¹⁹ The Damages-Based Agreements Regulations 2010 Regulation 5

²⁰ The Damages-Based Agreements Regulations 2010 Regulation 6(3)

²¹ The Damages-Based Agreements Regulations 2010 Regulation 6(2)

รับเงินจำนวนนี้ไม่ได้ นอกจากจะเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายลูกความนั้นมีความประพฤติที่ไร้เหตุผล (behave unreasonably)²²

The Damages-Based Agreement Act 2013 นั้น นอกจากจะบัญญัติให้กฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2010 ยังคงมีผลบังคับใช้กับข้อตกลงระหว่างทนายความและลูกความในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานที่ทำขึ้นก่อนกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2013 มีผลบังคับใช้แล้ว ยังมีการนำบทบัญญัติในเรื่องกระบวนการก่อนการทำสัญญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับปีเดิม มาบัญญัติไว้ในกฎหมายใหม่นี้อีกครั้งหนึ่งด้วย เพื่อบังคับใช้กับสัญญาลักษณะดังกล่าวที่ทำขึ้นภายหลังกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2013 มีผลบังคับใช้ อย่างไรก็ตามกระบวนการก่อนทำสัญญานี้ ก็ยังบังคับใช้เฉพาะในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานเช่นเดิม ดังนั้น คดีประเภทใหม่อื่น ๆ เช่น คดีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเกี่ยวกับความบาดเจ็บของบุคคล (personal injuries) และสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอื่น ๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้อนุญาตทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความที่มี damages-based agreement ได้เพิ่มเติมจากกฎหมายฉบับเดิม จึงไม่อยู่ในบังคับที่ทนายความจะต้องกระทำตามกระบวนการก่อนการทำสัญญานี้²³

3.2.1.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าตอบแทน (Fee)

สำหรับการทำข้อตกลงระหว่างทนายความและลูกความในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานที่ทำขึ้นก่อนกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2013 มีผลบังคับใช้นั้น จะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2010 ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าตอบแทนไว้ใน Regulation 5 โดยบัญญัติให้อัตราค่าตอบแทนสูงสุด (รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม) ต้องไม่เกินร้อยละ 35 ของจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับจากการดำเนินคดีนั้นเท่านั้น ซึ่งอัตราค่าตอบแทนสูงสุดนี้ยังคงไว้ในกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2013 ดังนั้นอัตราค่าตอบแทนซึ่งกำหนดในการทำข้อตกลงระหว่างทนายความและลูกความในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานที่ทำขึ้นหลังกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 2013 มีผลบังคับ จึงต้องไม่เกินร้อยละ 35 ของจำนวนที่ลูกความจะได้รับจากการดำเนินคดีอยู่เช่นเดิม²⁴ ส่วนคดีอื่น ๆ นอกจากคดีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าตอบแทน ดังต่อไปนี้

²² The Damages-Based Agreements Regulations 2010 Regulation 6(4)

²³ The Damages-Based Agreements Regulations 2013 Regulation 1(5)(b),
The Damages-Based Agreements Regulations 2013 Regulation 5

²⁴ The Damages-Based Agreements Regulations 2013 Regulation 7

ในคดีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเกี่ยวกับความบาดเจ็บของบุคคล (personal injuries) จำนวนค่าตอบแทนของนายความจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของเงิน ดังต่อไปนี้²⁵

(1) จำนวนเงินค่าเสียหายตามปกติจากความเจ็บปวด การได้รับความทุกข์ทรมาน การสูญเสียความสะดวกสบาย

(2) จำนวนเงินค่าเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ (แต่ไม่รวมไปถึงค่าเสียหายในอนาคต) และจำนวนเงินที่ได้รับชดเชยจากหน่วยงานชดเชยความเสียหายของสำนักงานแรงงาน และเงินบำเหน็จบำนาญ (The Compensation Recovery Unit of the Department for Work and Pensions)

รวมกันทั้งสิ้นในอัตราสูงสุดไม่เกินร้อยละ 25 (รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม) ของจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับจากการดำเนินคดีนั้น²⁶

แต่หากเป็นคดีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายประเภทอื่น ๆ กฎหมายบัญญัติให้จำนวนเงินค่าตอบแทนของนายความอันเป็นส่วนหนึ่งของจำนวนเงินตาม (1) และ (2) ในอัตราสูงสุดไม่เกินร้อยละ 50 (รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม) ของจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับจากการดำเนินคดี²⁷

3.2.2 สหรัฐอเมริกา

ในช่วงระยะแรกหลังสงครามปี ค.ศ. 1812 คำพิพากษาของศาลสูง (Supreme Court) ในสหรัฐอเมริกา ยังคงพิพากษาให้การทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนนายความแบบ contingency fees เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และพิพากษาให้ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ²⁸ โดยมีคำพิพากษาที่น่าสนใจ ดังนี้

คดี Arden v. Patterson ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงมลรัฐนิวยอร์ก ในปี ค.ศ. 1821 ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่สำคัญมาก เพราะเป็นคำพิพากษาที่วางหลักยืนยันให้นำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เกี่ยวกับการห้ามทำข้อตกลง contingency fees มาใช้เช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ โดยพิพากษา

²⁵ The Damages-Based Agreements Regulations 2013 Regulation 4(2) (a)(i) and (ii)

²⁶ The Damages-Based Agreements Regulations 2013 Regulation 4(2)(b)

²⁷ The Damages-Based Agreements Regulations 2013 Regulation 4(3)

²⁸ Peter Karsten, *supra* note 9, pp. 234 - 235

ให้ข้อตกลงเช่นว่านั้นขัดต่อหลักกฎหมายจารีตประเพณีตกเป็นโมฆะ พร้อมทั้งให้เหตุผลในการห้ามว่า เป็นการกำจัดสิ่งจูงใจอันนำไปสู่การกระทำผิดของทนายความ²⁹

คดี Key v. Vattier ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงมลรัฐโอไฮโอ ในปี ค.ศ. 1823 โดยในคดีนี้ นายชาร์ลส์ แฮมมอนด์ ได้กล่าวเกี่ยวกับการทำข้อตกลง contingency fees ว่า “การทำข้อตกลงดังกล่าวเป็นสิทธิส่วนตัวของประชาชน (personal privilege of the citizen) และเป็นประโยชน์แก่คนยากไร้ที่ต้องเผชิญกับการกดขี่ที่ละเมิดต่อกฎหมายจนสิ้นเนื้อประดาตัว ซึ่งครอบครัวของเขาต้องอดอยาก ทุกข์ทรมาน และไม่มีใครสนใจให้ความช่วยเหลือ ด้วยเหตุนี้ จึงเรียกร้องให้เขตอำนาจศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอ ปฏิเสธหลักกฎหมายจารีตประเพณีนี้เสีย” อย่างไรก็ตาม ศาลสูงโอไฮโอก็มิได้เห็นด้วยตามถ้อยคำข้างต้นและยังคงไม่บังคับตามข้อตกลงนั้น โดยให้เหตุผลว่า “การทำสัญญาระหว่างทนายความและลูกความที่มีข้อตกลง contingency fees นั้น จะนำไปสู่ข้อพิพาท ซึ่งถ้าหากไม่มีการทำข้อตกลงดังกล่าว คู่ความทั้งสองฝ่ายอาจประนีประนอมต่อกัน ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (public policy) จึงตกเป็นโมฆะ”³⁰

คดี Rust v. LaRue ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงมลรัฐเคนทักกี ในปี ค.ศ. 1823 ซึ่งในคดีนี้ นายเบนจามิน ฮาร์ดิน ทนายความ ได้ต่อสู้ในคดีว่า “หลักการที่ล้าสมัยนี้ควรถูกฝังไว้ใต้กองขยะเมื่อสองร้อยปีที่แล้ว ลูกความที่ตกลงทำข้อตกลงเช่นนี้ อาจจะไม่มียะไรจะเสียแล้ว ถ้าไม่ได้ทำข้อตกลงนี้ เขาก็ไม่อาจฟ้องร้องตามสิทธิของตนได้” นอกจากนั้นอดีตลูกความของเขาก็ได้ขึ้นให้การด้วยว่า “ในขณะที่เขาทำข้อตกลง contingency fees เขาอาจจนมาก และไม่มีทางเลือกอื่นอีกแล้ว” และเช่นเดิม ศาลได้พิพากษาให้ข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนนี้ตกเป็นโมฆะ แต่ได้กำหนดค่าทนายความจำนวนหนึ่งให้แก่ นายเบนจามิน ฮาร์ดิน บนพื้นฐานของหลัก Quantum Meruit ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป³¹

คดี State v. Chitty ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ในปี ค.ศ. 1830 ความว่า “ในกรณีที่บุคคลซึ่งมีเจตนาโดยสุจริต ได้ให้เงินจำนวนหนึ่งแก่เพื่อนบ้านผู้ยากจนของเขา เพื่อให้สามารถดำเนินการฟ้องคดีเกี่ยวกับที่ดินซึ่งกำลังจะถูกยึด การกระทำดังกล่าวนี้ อาจเป็นสิทธิของเขา ขอบด้วยหลักมนุษยธรรม และหลักความยุติธรรม แต่หากเขาได้กระทำไปโดยมีเงื่อนไขใน

²⁹ Arden v Patterson, 5 Johns. Ch. (N.Y.) 44 (1821)

³⁰ Key v. Vattier, 1 Ohio 132, 152 (1823)

³¹ Rust v. Larue, 14 Ky. (4 Litt.) 411, 418 (1823)

การได้รับส่วนหนึ่งของผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินคดีนั้น เขาจะตกอยู่ในฐานะเป็น Champertor (ผู้กระทำผิดกฎหมายจารีตประเพณีฐาน Champerty)³²

คำพิพากษาเป็นไปในทิศทางเช่นนี้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งทั้งสหรัฐอเมริกา จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1852 ศาลสูงมลรัฐเพนซิลเวเนีย เดลาแวร์ หลุยเซียน่า นิวยอร์ก เทนเนสซี ก็ได้เปลี่ยนแนวคำพิพากษา โดยยินยอมบังคับให้ตามข้อตกลง contingency fees ระหว่างทนายความและลูกความได้ทำไว้ต่อกัน ซึ่งภายในสิบปีหลังจากนั้น แนวคำพิพากษาเช่นนี้ก็แพร่หลายไปในอีกหลายมลรัฐ ได้แก่ อาร์คันซอ นิวแฮมป์เชอร์ แคลิฟอร์เนีย จอร์เจีย อิลลินอยส์ ไอโอวา เท็กซัส เวอร์จิเนีย วิสคอนซิน รวมไปถึง คอนเนตทิคัต มิชิแกน มิสซูรี นิวเจอร์ซีย์ ยูทาห์ ในช่วงเวลาหลัง Civil War โดยมีการให้เหตุผลที่น่าสนใจไว้ในคำพิพากษา เช่น ในคดี Lytle v. State³³ ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงมลรัฐอาร์คันซอ ในปี ค.ศ. 1857 ให้บังคับตามข้อตกลงดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า “ประตูลูกความยุติธรรมไม่ควรปิดไล่คนยากไร้ สิทธิใด ๆ ก็ไร้ความหมาย ถ้าไม่มีวิธีที่จะบังคับตามสิทธินั้น”, ในคดี Christie v. Sawyer ซึ่งตัดสินโดยศาลสูงมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์ ในปี ค.ศ. 1862 โดยให้เหตุผลไปในทิศทางเดียวกันว่า “มันไม่ใช่เรื่องผิดปกติก่อนที่ทนายความจะรับทำคดีให้แก่ลูกความยากจน โดยได้รับค่าตอบแทนที่พวกเขาจะได้รับจากการดำเนินคดีนั้น เพราะหากไม่ได้รับความช่วยเหลือดังกล่าว เขาก็ไม่มีทางจะดำเนินคดีตามกฎหมายได้เลย”³⁴

การทำ Contingency Fee Contract ในสหรัฐอเมริกานั้นมีมาอย่างยาวนาน ตั้งแต่ช่วงกลางศตวรรษ 19 จนถึงปัจจุบัน โดยมีมาก่อนที่ศาลจะพิพากษาให้การยอมรับ หรือจะมีกฎหมายได้ออกมารับรองให้กระทำได้ ในปัจจุบัน เกือบทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้ทนายความกับลูกความทำสัญญาลักษณะนี้ได้อย่างถูกต้อง สามารถบังคับต่อกันได้ตามกฎหมาย ในบางรัฐถึงแม้จะมีได้มีการรับรองชัดเจน แต่ก็ไม่มีห้ามมิให้กระทำแต่อย่างใด โดยจากการสำรวจสถิติของการทำสัญญาจ้างว่าความในสหรัฐอเมริกา พบว่าประมาณร้อยละ 87 ของการฟ้องคดีละเมิดทั้งหมด และประมาณร้อยละ 53 ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญา ทนายความและลูกความมีการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนรูปแบบเช่นนี้³⁵ เหตุผลหลักที่สหรัฐอเมริกาอนุญาตให้กระทำข้อตกลงเช่นนี้ในสัญญาจ้างว่าความได้ เนื่องจากเห็นว่ามิบุคคลที่มีพื้นฐานทางด้านเศรษฐกิจ

³² State v. Chitty, 17 S.C.L. (1 Bail.) 375, 400 (1830)

³³ Lytle v. State, 17 Ark. 608, 628 (1857)

³⁴ Christie v. Sawyer, 44 N.H. 298, 303 (1862)

³⁵ Emons, W., Conditional and Contingent Fees: A Survey of Some Recent Results, (Wiesbaden : Gabler), p. 327

ที่ไม่ดีพอที่จะสามารถบังคับตามสิทธิของตนที่มีอยู่ตามกฎหมายอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งปัญหานี้ชัดเจนมากที่สุดในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) ที่ก่อให้เกิดอุบัติเหตุจากการอุตสาหกรรม (Industrial Accident) ขึ้นมากมายกับชนชั้นแรงงาน แต่บุคคลเหล่านั้นไม่มีหนทางในการฟ้องคดีเพื่อบังคับตามสิทธิของตนได้ สัญญาจ้างว่าความที่มีลักษณะเป็น Contingency Fee Contract จึงถูกนำมาใช้เพื่อให้บุคคลที่ไม่มีกำลังทรัพย์ในการฟ้องคดีมีโอกาสนำคดีของตนขึ้นสู่ชั้นศาลได้ จึงมีแนวคิดที่ว่า การห้ามมิให้ทำสัญญาเช่นนี้ จะกลายเป็นการปิดกั้นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม³⁶

ต่อมาในภายหลังจากการอนุญาตให้มีการทำ Contingency Fee Contact ระหว่างทนายความและลูกความมาอย่างยาวนาน เนติบัณฑิตยสภาแห่งสหรัฐอเมริกา (The American Bar Association; ABA) ก็ได้ออกกฎที่เรียกว่า “The Model Rules of Professional Conduct” หรือ “Model Rules” ขึ้น ซึ่งเกือบทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกาก็ได้รับไปใช้ในมลรัฐของตน (ยกเว้นมลรัฐแคลิฟอร์เนียเพียงมลรัฐเดียวที่มีการบัญญัติ Professional Attorney Conduct บังคับใช้ในมลรัฐของตนเอง)

Model Rules ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างว่าความในรูปแบบ Contingency Fee Contact มีเนื้อหาในบทบัญญัติ อธิบายได้ดังนี้

3.2.2.1 บททั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญา

Model Rules ได้บัญญัติให้การรับรองว่าทนายความและลูกความสามารถเข้าทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นไปตามผลคดีที่เกิดขึ้นได้³⁷ เว้นแต่จะเป็นผลคดีในเรื่องดังต่อไปนี้³⁸

(1) คดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว เช่น การฟ้องหย่า การฟ้องเรียกค่าเลี้ยงดูหรือเงินสนับสนุน และการเข้าจัดการทรัพย์สินแทน

³⁶ Adrian Yeo, *supra note 3*, p. 91

³⁷ The Model Rules of Professional Conduct ; Client – Lawyer Relationship Rule 1.5 Fees section (c)

³⁸ The Model Rules of Professional Conduct ; Client – Lawyer Relationship Rule 1.5 Fees section (d) (1), (2)

(2) คดีอาญาทุกฐานความผิด

หากเป็นผลคดีตาม (1) และ (2) ทนายความและลูกความไม่อาจเข้าทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นไปตามผลคดีได้ หากฝ่าฝืนสัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ เนื่องจากขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (public policy)

ถ้าหากลูกความมีความประสงค์ที่จะทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนในรูปแบบอื่น ๆ ทนายความไม่มีสิทธิเป็นฝ่ายเรียกร้องให้มีการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนในลักษณะ Contingency Fees Contact ทั้งนี้ ทนายความยังมีหน้าที่ตามจริยธรรมทนายความที่จะต้องให้คำแนะนำเกี่ยวกับทางเลือกวิธีการกำหนดค่าตอบแทนในรูปแบบอื่น ๆ ให้แก่ลูกความได้ทราบเพื่อเป็นทางเลือกให้แก่ลูกความในการพิจารณาประโยชน์ที่ตนจะได้รับจากการดำเนินคดีนั้นอย่างเหมาะสม

หากลูกความมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสาระสำคัญของวิธีการคำนวณค่าตอบแทนเป็นอย่างดี และมีความต้องการที่จะเข้าทำ Contingency Fee Contact แล้ว Model Rules ได้บัญญัติให้การเข้าทำสัญญาจ้างว่าความนั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร (in writing) ลงลายมือชื่อของฝ่ายลูกความไว้เป็นสำคัญจึงจะบังคับต่อกันได้ตามกฎหมาย โดยข้อความในสัญญาจะต้องระบุถึงวิธีการที่ใช้ในการคำนวณค่าตอบแทน รวมถึงข้อตกลงในเรื่องอัตราร้อยละของเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับ ทั้งในชั้นประนีประนอมยอมความ ชั้นพิจารณาคดีในศาลล่าง และชั้นพิจารณาคดีในศาลสูงอย่างชัดเจน นอกจากนี้ ยังต้องมีข้อความระบุถึงข้อตกลงในส่วนค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการดำเนินคดีว่าจะหักค่าใช้จ่ายนั้นจากเงินชดเชยที่ได้มา ก่อนหรือหลังการคำนวณค่าตอบแทนตามสัญญา

หากการทำ Contingency Fee Contact ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ Model Rules กำหนดไว้ ศาลจะไม่บังคับตามสัญญานั้นให้ โดยในส่วนการชำระเงินค่าตอบแทน มีแนวคำพิพากษาแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ได้แก่

แนวทางแรก ศาลจะไม่บังคับให้ลูกความชำระเงินใด ๆ เลย เพราะไม่มีสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ได้ลงลายมือชื่อลูกความเป็นสำคัญ

แนวทางที่สอง ศาลจะกำหนดค่าตอบแทนที่เรียกว่า “Quantum Meruit”³⁹ ให้แก่ทนายความ โดยจำนวนเงินดังกล่าวเป็นค่าตอบแทนที่ศาลเห็นว่าทนายความสมควรได้รับในการเข้าทำหน้าที่ตามสัญญาจ้างว่าความนั้น

3.2.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าตอบแทน (Fee)

บทบัญญัติใน Model Rules มิได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับอัตราสูงสุดในการกำหนดค่าตอบแทนของทนายความตาม Contingency Fees Contact เอาไว้ แต่ก็ได้มีการบัญญัติไว้โดยรวมซึ่งบังคับใช้กับสัญญาจ้างว่าความทั้งหมด⁴⁰ ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนในรูปแบบ contingency fees หรือไม่

“กฎข้อที่ 1.5 ค่าทนายความ (a) ทนายความต้องไม่เข้าทำข้อตกลงที่เกี่ยวกับการคิดค่าตอบแทน หรือการคิดค่าใช้จ่ายในส่วนอื่น ๆ ที่ไม่มีความสมเหตุสมผล (an unreasonable fee or an unreasonable amount for expenses) โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับความสมเหตุสมผล มีดังต่อไปนี้

(1) เวลาและแรงงานที่ต้องใช้ในการทำคดี ความยากง่ายของปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้อง และระดับความสามารถที่จะต้องใช้ในการให้บริการที่มีประสิทธิภาพ

(2) การขจัดความเป็นไปได้ที่ทนายความจะเข้ารับจ้างว่าความรายอื่น

(3) ค่าตอบแทนตามปกติในการให้บริการทางกฎหมายที่ใช้ในท้องถิ่นนั้น

(4) จำนวนเงินที่เกี่ยวข้อง หรือที่จะได้รับตามผลของคดี

(5) ระยะเวลาที่จำกัดโดยลูกค้า หรือโดยสถานการณ์ต่าง ๆ

(6) สภาพ และความยาวนานในความสัมพันธ์ทางวิชาชีพของทนายความกับ

ลูกค้า

³⁹ “Quantum Meruit” (n.) a reasonable sum of money to be paid for services rendered or work done when the amount due is not stipulated in a legally enforceable contract. : จำนวนเงินที่สมเหตุสมผลที่ชำระเพื่อการให้บริการ หรือความสำเร็จของงาน เมื่อจำนวนเงินค่าตอบแทนไม่อาจบังคับตามสัญญาตามกฎหมาย

⁴⁰ The Model Rules of Professional Conduct ; Client – Lawyer Relationship Rule 1.5 Fees section (a) (1) - (8)

(7) ประสบการณ์ ชื่อเสียง ความสามารถของทนายความในการให้บริการ

(8) ค่าทนายความนั้นกำหนดไว้แน่นอน หรือเป็นไปตามผลคดี”

เมื่อมีคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างว่าความขึ้นสู่ศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า การทำสัญญาจ้างว่าความดังกล่าว เป็นไปตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญา และการกำหนดค่าตอบแทนในสัญญานั้น มีความสมเหตุสมผลตามหลักเกณฑ์ข้างต้น ศาลก็จะบังคับตามข้อความที่คู่สัญญาได้ตกลงกันได้

โดยในทางปฏิบัตินั้น การตกลงอัตราค่าทนายความแบบ contingency fees ในสหรัฐอเมริกาจะอยู่ที่ 1 ใน 3 หรือคิดเป็นร้อยละ 33 ของจำนวนเงินที่ลูกความได้รับจากการชนะคดี หรือกรณีที่มีการตกลงค่าทนายความกันโดยใช้ชั้นศาลเป็นฐานในการกำหนด และคดีนั้นยังไม่ถึงขั้นสืบพยาน ก็มักจะกำหนดค่าทนายความกันที่ร้อยละ 25 และอาจจะสูงไปถึงร้อยละ 50 หากคดีนั้นขึ้นสู่ชั้นศาลสูง⁴¹

3.2.3 แอฟริกาใต้

ด้วยเหตุที่สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) จึงมีบรรทัดฐานแต่ดั้งเดิมว่า การกำหนดค่าทนายความจากผลคดีนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สมควร และเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1996 จึงได้มีการริเริ่มความคิดที่จะให้มีการกำหนดค่าทนายความจากผลคดี หรือ Contingency Fees ขึ้น โดยมีพื้นฐานความเชื่อในหลักการว่า การกำหนดค่าทนายความจากผลคดีนั้นจะเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมได้มากขึ้น และจะเป็นกุญแจสำคัญสำหรับคนยากไร้ที่จะนำคดีไปสู่ศาล ด้วยเหตุนี้จึงเกิดแนวคิดที่จะบัญญัติให้รูปแบบการกำหนดค่าทนายความดังกล่าวสามารถทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย⁴²

อย่างไรก็ตาม ทศนคติจากบรรทัดฐานกฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิม ที่มีต่อหลักการทำให้สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ยังคงเชื่อว่า การบัญญัติอนุญาตให้สามารถกำหนดค่าทนายความลักษณะนี้ ควรมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนและแน่นอน เพื่อควบคุมไม่ให้เกิดการเอาเปรียบเกิดขึ้น อันจะส่งผล

⁴¹ Eyal Zamir and Ilana Ritov, “Revisiting the Debate over Attorneys’ Contingent Fees: A Behavioral Analysis, Journal of Legal Studies vol.39, 2010, p. 250

⁴² South African Law Commission, “ Project 93: Speculative and Contingency Fees”, 24th Annual Report, 1996, p. 29

เสียต่อประโยชน์สาธารณะ (public policy) ได้ เมื่อมีการริเริ่มหลักการดังกล่าว ก็ได้มีการหารือกันถึง ความจำเป็น และความต้องการของสังคมในการบัญญัติให้มีการกำหนดค่าทนายความจากผลแห่งคดี ได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย (ทั้งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร และหลักกฎหมายจารีตประเพณี) โดย คณะกรรมการร่างกฎหมายแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ (South African Law Commission) จนกระทั่งได้มีการตรากฎหมายฉบับหนึ่ง คือ The Contingency Fees Act 1997 หรือ พระราชบัญญัติการกำหนดค่าทนายความตามผลคดี ค.ศ. 1997 ขึ้น โดยบัญญัติให้พระราชบัญญัติ ฉบับนี้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1999

ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติฯ มีผลใช้บังคับแล้ว ก็มีปัญหาเกี่ยวกับการตีความ กฎหมายบางประการเกิดขึ้น ซึ่งในพระราชบัญญัติมิได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าควรจะให้เข้าไปในทิศทาง ไต จึงเกิดความเห็นที่แตกต่างกันในหมู่นักกฎหมาย อธิบายได้ ดังนี้

ในปี ค.ศ. 2004 ศาลสูง (High Court) ได้ส่งต่อคดีระหว่าง Price Waterhouse Coopers Inc. และพวก กับ National Potato Cooperative Ltd.⁴³ เพื่อให้ The Supreme Court of Appeal⁴⁴ ได้วินิจฉัยในปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะได้จากการฟ้อง คดีระหว่างจำเลยอุทธรณ์ (National Potato Cooperative Ltd.) กับบุคคลที่สาม (Farmers Indemnity Fund; FIF) ผู้ซึ่งไม่ได้เป็นทนายความ (non-lawyer) อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ให้ทุนทรัพย์แก่ จำเลยอุทธรณ์ เพื่อให้มีความสามารถในการฟ้องคดีโจทก์อุทธรณ์ (Price Waterhouse Coopers Inc.) เพราะเหตุผิดสัญญา ซึ่งโจทก์อุทธรณ์เห็นว่า การทำสัญญาดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อย ของประชาชน (public policy) และเป็นการทำสัญญาที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติใน Contingency Fees Act 1997 ด้วยเหตุที่บรรทัดฐานของกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ได้วางหลัก ตลอดมาว่าการเข้ามีส่วนร่วมในผลประโยชน์ที่ผู้อื่นจะได้รับจากการฟ้องคดีตามสิทธินั้นเป็นสิ่งที่ไม่ สมควร และทำให้กระบวนการยุติธรรมเสียหาย จนกระทั่ง Contingency Fees Act 1997 มีผล บังคับใช้เป็นการยกเว้นหลักกฎหมายจารีตประเพณีให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย สามารถทำสัญญา

⁴³ PricewaterhouseCoopers Inc and Others v National Potato Co-Operative Ltd 2004 (6) SA 66 (SCA)

⁴⁴ The Supreme Court of Appeal ตั้งอยู่ที่เมือง Bloemfontein เป็นศาลสูง ที่สุด เป็นอันดับสองรองจากศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ที่มีอำนาจเพียงอย่างเดียว คือ การพิจารณาปัญหาทางกฎหมายที่ศาลสูงส่งขึ้นมา เมื่อมีคำพิพากษาแล้ว มีเพียงศาลรัฐธรรมนูญ และ ศาลนี้เท่านั้นที่มีอำนาจในการกลับคำพิพากษา

ซึ่งมีผลเป็นการเข้าไปมีส่วนร่วมกับประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับจากการชนะคดีได้ แต่พระราชบัญญัติไม่ได้บัญญัติไปถึงสัญญาซึ่งมีลักษณะเดียวกันที่คู่ความอีกฝ่ายไม่ใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย จึงได้เกิดเป็นปัญหาตามคดีนี้ว่าสัญญาดังกล่าวจะสามารถบังคับระหว่างกันได้หรือไม่

ในคดีนี้ศาลพิจารณาและมีความเห็นในคำพิพากษาว่า การทำสัญญาดังกล่าวเป็นไปตามสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental right) ตามรัฐธรรมนูญในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) โดยสัญญานี้เป็นเรื่องระหว่างจำเลยอุทธรณ์กับบุคคลที่สามเท่านั้น โจทก์อุทธรณ์จึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผลของสัญญานี้แต่อย่างใด ดังนั้น โจทก์อุทธรณ์จึงไม่อาจยกผลแห่งสัญญานี้ขึ้นต่อสู้ว่าตนไม่ได้กระทำความผิดสัญญาตามฟ้องได้ อีกทั้งในคำฟ้องก็ไม่ปรากฏว่า การฟ้องคดีนี้เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต เนื่องจากไม่ว่าบุคคลที่สามจะได้อำนวยความช่วยเหลือด้านทุนทรัพย์ในการฟ้องคดีหรือไม่ก็ตาม จำเลยอุทธรณ์อยู่ในสถานะที่สามารถฟ้องคดีได้ เพราะโจทก์อุทธรณ์ได้กระทำความผิดสัญญาตามฟ้องจริง ในส่วนนี้ศาลได้อ้างคำพิพากษาคดี Ram Coomer Coondoo and another v Chunder Canto Mookerjee⁴⁵ ซึ่งได้มีคำพิพากษาไว้ในปี ค.ศ. 1886 ว่า “สัญญาจัดหาทุนทรัพย์ให้เพื่อการฟ้องคดีที่ได้กระทำต่อกันโดยสุจริต (bona fide) โดยตกลงให้ส่วนแบ่งในทรัพย์สินที่ได้จากการชนะคดีเป็นการตอบแทนนั้นไม่ควรถูกตัดสินว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน แท้จริงแล้ว การทำสัญญาดังกล่าวเป็นการส่งเสริมการใช้สิทธิของบุคคล ส่งเสริมความยุติธรรม ทั้งยังเป็นการต่อสู้กับการกดขี่ข่มเหงต่อผู้ที่มีทรัพย์สินน้อยที่ไม่มีหนทางอื่นใดนอกจากใช้ทรัพย์สินนั้นเองเพื่อประโยชน์ในการฟ้องคดี” เหตุผลที่ศาลตัดสินไว้เช่นนี้ เพราะตามหลัก common law นั้น ได้ให้ความสำคัญกับเสรีภาพของประชาชนในการเข้าทำสัญญาต่อกัน จึงควรใช้อำนาจอย่างระมัดระวังในการตัดสินให้สัญญาใดตกเป็นโมฆะ และควรตัดสินเช่นนั้นกับสัญญาที่ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งในคดีนี้ ศาลเห็นว่าหากจำเลยอุทธรณ์ไม่ได้รับความช่วยเหลือด้านทุนทรัพย์ในการฟ้องคดี จะเป็นการไม่ยุติธรรม เพราะเท่ากับเป็นการตัดโอกาสในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงตัดสินยกฟ้อง

นอกจากศาลจะพิพากษาชี้ขาดในเรื่องการบังคับใช้ต่อคู่สัญญาแล้ว ศาลยังเห็นสมควรวินิจฉัยเพื่อเป็นบรรทัดฐานต่อไปอีกด้วยว่า ในอดีตนั้นตามหลัก Common Law สัญญาที่มีผลเป็นการเข้าไปมีส่วนร่วมได้เสียกับลูกความของนายความนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สมควร ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จะตกเป็นโมฆะ แต่ในปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติ The Contingency Fees Act 1997 บังคับใช้ ซึ่งมีผลเป็นการยกเว้นหลักกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐานมาอย่างยาวนานดังกล่าว

⁴⁵ Ram Coomer Coondoo and another v Chunder Canto Mookerjee 1886

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติจะอนุญาตให้สามารถทำสัญญาที่มีลักษณะเช่นนี้ได้ แต่ในมาตราต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติฯ นั้นได้แสดงถึงเจตนาในการเข้าควบคุมวิธีการทำสัญญาไว้อย่างรัดกุม ดังนั้น สัญญาที่ทำกันขึ้นระหว่างทนายความและลูกความ เพื่อคิดค่าทนายความจากผลแห่งคดี จะต้องเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติกำหนดวิธีการไว้เท่านั้น หากทำขึ้นโดยแตกต่าง หรือ นอกเหนือไปจากข้อกำหนดในพระราชบัญญัติ จะส่งผลให้สัญญานั้นขัดต่อกฎหมาย ตกเป็นโมฆะ ไม่สามารถบังคับต่อกันได้ จากคำกล่าวในคำพิพากษาส่วนหลังนี้ ทำให้ผู้มีวิชาชีพทางกฎหมายจำนวนมากได้แสดงความไม่เห็นด้วย โดยให้เหตุผลว่า คำพิพากษาในคดีดังกล่าวนี้ เป็นเพียงความเห็นหนึ่งของผู้พิพากษา ซึ่งวางแนวการตัดสินในประเด็นที่ไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงในการตัดสินปัญหาหลักของคดี (*obiter dictum*)⁴⁶ จึงไม่มีผลผูกพันเป็นแนวทางการตัดสินคดีต่อไปในอนาคต (precedent) และ ยังได้โต้แย้งอีกว่าการทำสัญญาให้แตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสามารถทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อข้อห้ามทางจริยธรรมในเรื่องการคดโกง หรือการคิดค่าทนายความเกินสมควร⁴⁷ โดยให้ชื่อสัญญาดังกล่าวไว้ว่า “สัญญาคิดค่าทนายความจากผลแห่งคดีตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์” “Common law contingency fees agreement” ซึ่งปัญหาข้อกฎหมายนี้ได้ก่อให้เกิดความเห็นที่แตกต่างกันของผู้มีวิชาชีพทางด้านกฎหมายเป็นระยะเวลากว่าสิบปี โดยในระหว่างนั้น ก็มีการตัดสินคดีที่กลับแนวคำพิพากษากันอย่างต่อเนื่อง เช่น ในคดี *Thusi v Minister of Home Affairs and Others*⁴⁸ ซึ่งมีคำพิพากษาในปี ค.ศ. 2011 ว่า ทนายความและลูกความสามารถทำสัญญาคิดค่าทนายความจากผลแห่งคดีตามหลักคอมมอนลอว์ (Common Law Contingency Fees Agreement) ต่อกันได้ ในขณะที่คดี *Thulo v The Road Accident Fund*⁴⁹ ซึ่งได้พิพากษาในปีเดียวกัน กลับมีคำพิพากษาในทางตรงกันข้าม ว่าทนายความและลูกความไม่สามารถทำสัญญาให้แตกต่างไปจากที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติได้ และไม่มีสัญญาที่เรียกว่าสัญญาคิดค่าทนายความจากผลแห่งคดีตามหลักคอมมอนลอว์ (Common Law Contingency Fees Agreement) ที่จะสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย

⁴⁶ Obiter dictum: word of an opinion entirely unnecessary for the decision of the case. A remark opinion expressed by a judge in a decision upon a cause and not directly upon the question before the court or upon a point not necessary involve in the determination of the cause.

⁴⁷ Papers of South African Association of Personal Injury Lawyers

⁴⁸ *Thusi v Minister of Home Affairs* 2011 (2) SA 561

⁴⁹ *Thulo v Road Accident Fund* 2011 (5) SA 446 (GSJ)

จนกระทั่งในปลายปี 2012 สมาคมทนายความของบุคคลผู้ได้รับบาดเจ็บแห่งประเทศแอฟริกาใต้ (The South African Association of Personal Injury Lawyers; SAAPIL) ได้เป็นตัวแทนในการร้องขอต่อองค์คณะใหญ่ของศาลสูงเปรโตเรีย (Full Bench⁵⁰ of the High Court of Pretoria) เพื่อชี้ขาดใน 3 ประเด็น ดังต่อไปนี้

ประเด็นแรก SAAPIL ได้โต้แย้งว่า The Contingency Fees Act 1997 ไม่ได้บัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกกฎหมายจารีตประเพณีเดิม (common law) กล่าวคือ บุคคลยังคงสามารถทำสัญญาต่อกันได้โดยไม่มีข้อจำกัด เพราะเห็นว่ากระบวนการนิติบัญญัติไม่อาจลบล้างสิทธิตามกฎหมายที่มีมาแต่เดิมได้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความเห็นว่า การทำสัญญาระหว่างทนายความและลูกความที่ถึงแม้จะไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในพระราชบัญญัติ ก็สามารถมีผลบังคับใช้ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ตามหลักจริยธรรมของทนายความ ในฐานะสัญญาที่เรียกว่า สัญญาคิดค่าทนายความจากผลแห่งคดีตามกฎหมายจารีตประเพณี (Common law contingency fees agreement) พร้อมกับได้ยกคำพิพากษาในคดี Price Waterhouse Coopers and others v National Potato Cooperative Ltd. ขึ้นอ้างว่าหากศาลพิพากษาให้การทำสัญญาระหว่าง National Potato Cooperative Ltd. กับ FIF (บุคคลที่สาม) สามารถทำได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เช่นนั้นสัญญาระหว่างทนายความและลูกความก็สามารถทำได้ในลักษณะเดียวกัน

ในประเด็นนี้ศาลได้พิจารณาและชี้ขาดว่า บรรทัดฐานตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีนั้น สัญญาระหว่างทนายความและลูกความที่ให้คิดค่าทนายความจากผลแห่งคดีนั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) ส่งผลให้สัญญาดังกล่าวไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เนื่องจากทนายความ หรือผู้มีวิชาชีพทางด้านกฎหมาย จะมีสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสมกับงานที่ได้กระทำไปเท่านั้น ทั้งสาเหตุที่ได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัตินี้ขึ้นก็เพื่อยกเว้นหลักคอมมอนลอว์ที่แต่เดิมได้ห้ามการทำสัญญาในลักษณะเช่นนี้ระหว่างทนายความและลูกความอย่างเด็ดขาด (มาตรา 2(1)) แต่เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้คนยากไร้ หรือผู้ที่มีทุนทรัพย์น้อย ในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ จึงได้มีพระราชบัญญัตินี้บังคับใช้ขึ้น โดยได้บัญญัติกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ไว้เพื่อให้มั่นใจได้ว่าคู่สัญญาฝ่ายลูกความจะได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ และไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากคู่สัญญาฝ่ายทนายความผู้มีวิชาชีพทางด้านกฎหมาย ดังนั้น สัญญาที่นอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ จึงยังคงบังคับใช้ต่อกันไม่ได้อยู่เช่นเดิม เพราะเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามหลักคอมมอนลอว์เดิม ดังนั้น จึงไม่อาจมีสัญญาที่เรียกว่า สัญญาคิดค่าทนายความจาก

⁵⁰ ศาลที่มีองค์คณะผู้พิพากษาในการพิจารณาคดีมากกว่าจำนวนผู้พิพากษาในคดีปกติทั่วไป

ผลแห่งคดีตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law contingency fees agreement) เกิดขึ้นได้⁵¹ และกรณีนี้เป็นคนละกรณีกับสัญญาระหว่าง National Potato Cooperative Ltd. กับ FIF อันเป็นกรณีที่ต้องตัดสินตามหลักคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า “Champerty” เนื่องจากไม่ได้เป็นสัญญาระหว่างบุคคลที่มีวิชาชีพทางด้านกฎหมายกับลูกความ

ประเด็นที่ 2 SAAPIL ได้โต้แย้งว่า การที่ศาลได้มีบรรทัดฐานว่าการทำสัญญาจะต้องเป็นไปตามข้อเรียกร้องที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเท่านั้น มีผลทำให้พระราชบัญญัติทั้งฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 9⁵² และหลักนิติธรรม (The rule of law) ตามมาตรา 1(c)⁵³ เพราะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไร้เหตุผล และไม่ยุติธรรมต่อทนายความและลูกความ

⁵¹ Tjatji and others v Road Accident Fund 2012 ZAGPJHC 198

⁵² The Constitution of The Republic of South Africa Chapter 2 Bill of rights Section 9

(1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.

(2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.

(3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

(4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.

(5) Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (3) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.

⁵³ The Constitution of The Republic of South Africa Chapter 2 Bill of rights: Section 1 The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:

ในประเด็นนี้ศาลได้ยกคำพิพากษาในคดี Harksen v Lane and Others⁵⁴ ที่ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับวิธีการพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ไว้เป็นขั้นตอน กล่าวคือ ขั้นแรกจะต้องพิจารณาตามมาตรา 9(1) ก่อนว่ากฎหมายนั้นใช้บังคับโดยแบ่งแยกบุคคลหรือประเภทของบุคคลหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นแล้ว การบัญญัติกฎหมายมีเหตุผลทางกฎหมายตามเจตนารมณ์ของรัฐหรือไม่ ถ้ามีเหตุผล กฎหมายนั้นย่อมไม่ขัดต่อมาตรา 9(1) ซึ่งเหตุผล (rational) ในการบัญญัติกฎหมายควบคุมการทำสัญญาเช่นนี้มีความจำเป็นอย่างมาก เพราะเป็นการทำสัญญาระหว่างผู้มีวิชาชีพทางด้านกฎหมาย ผู้มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมากกว่าคู่สัญญาฝ่ายลูกความ ดังนั้น ฝ่ายผู้มีวิชาชีพทางด้านกฎหมายจึงอยู่ในสถานะที่ได้เปรียบกว่า นอกจากนั้นผู้มีวิชาชีพทางด้านกฎหมายยังต้องถูกควบคุมโดยหลักจริยธรรมวิชาชีพอีกด้วย ซึ่งหลักดังกล่าวอาจทำให้เกิดการขัดกันของผลประโยชน์ทางการเงินได้ ด้วยเหตุนี้สัญญาระหว่างทนายความกับลูกความจึงมีเหตุผลในการถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าพระราชบัญญัติมิได้ขัดต่อมาตรา 9(1) จึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาตามมาตรา 9(3) ว่าการเลือกปฏิบัติ (discriminate) นั้นเป็นไปอย่างยุติธรรมหรือไม่ และยังสามารถสรุปได้ว่าพระราชบัญญัตินี้มิได้ขัดต่อหลักนิติธรรม (The rule of law) แต่อย่างใด

ประเด็นสุดท้าย SAAPIL ได้โต้แย้งว่า มาตรา 2 และมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญให้ส่วนหลักสิทธิเสรีภาพของพลเมือง โดยมาตรา 2 ได้ตั้งข้อจำกัดในเรื่องการกำหนดค่าทนายความที่ขาดความยืดหยุ่น และต่ำจนเกินไป โดยจะต้องนำไปปรับใช้กับคดีทุกประเภทที่มีความยากง่ายแตกต่างกัน ส่วนมาตรา 4 ซึ่งเป็นเรื่องการยอมความ (settlement) ได้บัญญัติไว้เข้มงวดเกินไป เนื่องจากในคดีที่เกี่ยวกับการได้รับบาดเจ็บทางร่างกายนั้น การจะอธิบายถึงข้อดีที่จะเกิดขึ้นหากมีการยอมความ อาจจะต้องมีการเปิดเผยข้อมูลทางการแพทย์ที่เป็นส่วนตัว ทำให้ฝ่ายตรงข้ามได้รับรู้ข้อมูลนั้น ซึ่งเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 10⁵⁵ สิทธิในศักดิ์ศรี

(c) Supremacy of the constitution and the rule of law.

⁵⁴ Harksen v Lane NO and Others (CCT9/97) [1997] ZACC 12

⁵⁵ The Constitution of The Republic of South Africa Chapter 2 Bill of rights: Section 10 Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected.

ความเป็นมนุษย์ มาตรา 14⁵⁶ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว มาตรา 34⁵⁷ สิทธิในการได้รับพิจารณาคดีอย่างเปิดเผยและยุติธรรม, มาตรา 35 (1)(a), (b), (c)⁵⁸ มาตรา 35(3)(h), (j)⁵⁹ สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

⁵⁶ The Constitution of The Republic of South Africa Chapter 2 Bill of rights: Section 14 Everyone has the right to privacy, which includes the right not to have—

- (a) their person or home searched;
- (b) their property searched;
- (c) their possessions seized; or
- (d) the privacy of their communications infringed.

⁵⁷ The Constitution of The Republic of South Africa Chapter 2 Bill of rights: Section 34 Everyone has the right to have any dispute that can be resolved by the application of law decided in a fair public hearing before a court or, where appropriate, another independent and impartial tribunal or forum.

⁵⁸ The Constitution of The Republic of South Africa Chapter 2 Bill of rights: Section 35(1) Everyone who is arrested for allegedly committing an offence has the right—

- (a) to remain silent;
- (b) to be informed promptly— (i) of the right to remain silent; and (ii) of the consequences of not remaining silent;
- (c) not to be compelled to make any confession or admission that could be used in evidence against that person;

⁵⁹ The Constitution of The Republic of South Africa Chapter 2 Bill of rights: Section 35(3) Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right—

- (h) to be presumed innocent, to remain silent, and not to testify during the proceedings;
- (i) to adduce and challenge evidence;
- (j) not to be compelled to give self-incriminating evidence;

ในประเด็นนี้ศาลได้ชี้ขาดว่าพระราชบัญญัติไม่ได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญตามที่ SAAPIL ได้โต้แย้งมา เนื่องจากพระราชบัญญัติได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา จึงไม่อาจมีกรณีที่พระราชบัญญัติจะละเมิดสิทธิของประชาชนที่จะไม่ให้เกิดการเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองได้ ส่วนในประเด็นกล่าวว่าพระราชบัญญัตินั้นละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้น ก็เป็นการกล่าวอ้างโดยไม่มีหลักฐาน หรือกรณีตัวอย่างเพื่อสนับสนุนข้อโต้แย้งดังกล่าว ดังนั้น ข้อโต้แย้งนั้นจึงเป็นเพียงเรื่องทางทฤษฎี และไม่มีมูลความจริง และถึงแม้จะมีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นจริง ก็ไม่อาจถือว่าพระราชบัญญัตินี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะหากลูกความต้องการความเป็นส่วนตัว หรือต้องการให้ข้อมูลทางการแพทย์ของตนเป็นความลับ หน่วยงานก็สามารถร้องขอต่อศาลโดยตรงว่าไม่ต้องการให้ข้อมูลดังกล่าวออกสู่สาธารณะ

ด้วยเหตุผลข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่าบรรทัดฐานของศาลในเรื่องสัญญาอ้างว่าความที่กำหนดค่าทนายความตามผลแห่งคดี ไม่อาจตกลงให้แตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ได้ หากทนายความและลูกความผู้เป็นคู่สัญญาฝ่าฝืน สัญญานั้นจะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตกเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับกันได้ตามกฎหมาย

นอกจากนั้น พระราชบัญญัตินี้สามารถบังคับใช้ได้ต่อไป เพราะไม่มีบทบัญญัติมาตราใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

3.2.3.1 บทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับสัญญา

The Contingency Fees Act 1997 มีการบัญญัติข้อความให้ยกเว้นหลักกฎหมายจารีตประเพณีเดิม รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่บัญญัติไว้ตรงข้ามกับสิ่งที่พระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติไว้⁶⁰ ดังนั้น ทนายความและลูกความจึงสามารถเข้าทำสัญญาอ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นไปตามผลคดีต่อกันได้ ยกเว้นการตกลงให้กำหนดค่าตอบแทนตามผลของคดีอาญา และผลของคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัว⁶¹ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) การดำเนินคดีอาญา เนื่องจากในคดีอาญานั้นมุ่งประสงค์เพื่อพิสูจน์ว่าจำเลยมีความผิดตามฟ้องจริงหรือไม่ เพื่อรับโทษตามกฎหมายอย่างเหมาะสม ดังนั้น การทำหน้าที่ของ

⁶⁰ The Contingency Fees Act 1997 Section 2(1)

⁶¹ The Contingency Fees Act 1997 Section 1(v)

ทนายความในชั้นศาล จึงไม่ควรได้รับอรรถประโยชน์ที่จะได้จากสัญญา⁶² เพราะจะทำให้ทนายความมุ่งแต่จะชนะคดีมากจนเกินไป จนทำให้เสียความยุติธรรม

(2) การดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัว เพราะจะเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของสถาบันครอบครัว โดยเฉพาะในสวนคดีการฟ้องหย่าของสามีภรรยา⁶³ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการร่างกฎหมายแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้เห็นว่าการให้ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียกับข้อพิพาทในครอบครัวนั้นยังคงเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (public policy)

การตกลงทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นไปตามผลคดีระหว่างทนายความและลูกความ จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น⁶⁴ จึงจะมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย โดย The Contingency Fees Act 1997 ได้กำหนดให้สัญญาจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือทนายความและลูกความ จะต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ หากคู่สัญญาฝ่ายลูกความเป็นนิติบุคคล จะต้องลงลายมือชื่อของผู้แทนนิติบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้นด้วย นอกจากนั้นในสัญญายังต้องมีข้อความที่พระราชบัญญัติฯ กำหนดไว้ให้ต้องมีในสัญญาเป็นอย่างน้อย (minimum requirements) ดังต่อไปนี้

(1) จะต้องระบุถึงกระบวนการในการดำเนินคดี (proceedings) ที่เกี่ยวข้องในสัญญาจ้างว่าความนั้น

(2) จะต้องระบุว่า ก่อนเข้าทำสัญญาสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นไปตามผลคดี คู่สัญญาฝ่ายลูกความ

- ได้รับการแนะนำหนทางอื่นในการหาทุนทรัพย์ในการฟ้องคดี รวมทั้งผลที่ตามมาจากการเข้าทำสัญญานั้น

- ได้รับการแจ้งถึงระเบียบปกติในกรณีที่อาจตกเป็นฝ่ายแพคดี ว่าจะต้องรับผิดชอบในค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ของฝ่ายตรงข้าม

- ได้รับการแจ้งว่าต้องชำระค่าประสบความสำเร็จ (success fee) ในกรณีที่เป็นฝ่ายชนะคดี

⁶² Memorandum on the objects of the Contingency Fees Bill, 1997

⁶³ Memorandum on the objects of the Contingency Fees Bill, 1997

⁶⁴ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะเป็นผู้กำหนดแบบฟอร์มของสัญญาฯ แล้วประกาศลงใน the Gazette (เทียบได้กับราชกิจจานุเบกษาของไทย)

- เข้าใจความหมายและวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นเป็นอย่างดี

(3) จะต้องระบุถึงข้อตกลงของคู่สัญญา ว่าผลแห่งคดีเช่นใดบ้างที่จะถือเป็นการชนะคดีทั้งหมด (constituting success) และเช่นใดบ้างที่ถือเป็นการชนะคดีเพียงบางส่วน (partial success)

(4) จะต้องระบุถึงข้อตกลงเกี่ยวกับพฤติการณ์บางอย่าง ซึ่งเมื่อพฤติการณ์เช่นว่านั้นเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายลูกความจะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมวิชาชีพทนายความ หรือค่าธรรมเนียมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

(5) จะต้องระบุถึงจำนวนเงินอันแน่นอนที่จะต้องชำระ และผลที่จะเกิดขึ้นในกรณีที่ชนะคดีบางส่วนในระหว่างพิจารณา และในกรณีที่สัญญาจ้างว่าความสิ้นสุดลงก่อนกำหนดไม่ว่าเหตุผลใดก็ตาม

(6) จะต้องระบุจำนวนเงินอันแน่นอนที่จะต้องชำระ หรือวิธีคำนวณในการกำหนดค่าทนายความ

(7) จะต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการชำระเงิน หรือการรับชำระเงินของทนายความในนามของลูกความ

(8) จะต้องระบุถึงข้อตกลงเพื่อให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายลูกความ ในการถอนตัวจากสัญญาจ้างว่าความที่ได้กระทำลงไป ภายในระยะเวลา 14 วัน นับจากวันที่ได้ทำสัญญานั้น การถอนตัวในกรณี สามารถทำได้โดยการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคู่สัญญาฝ่ายทนายความ ทั้งนี้ ฝ่ายทนายความยังมีสิทธิได้รับเงินในส่วนงานสำคัญ อันได้กระทำไปตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของลูกความในระหว่างนั้น

ในส่วนของการข้อกำหนดในสัญญาที่ The Contingency Fees Act 1997 บังคับให้ระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรข้างต้น จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าส่วนมากเป็นข้อกำหนดที่มีไว้เพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายลูกความไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ และเพื่อให้เป็นที่ชัดเจนว่ามีความรู้ความเข้าใจอย่างแท้จริงก่อนตกลงแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา

นอกจากความคุ้มครองที่ได้กล่าวมา ซึ่งเป็นความคุ้มครองก่อนเข้าทำสัญญา หากในภายหลังที่เข้าทำสัญญาแล้ว คู่สัญญาฝ่ายลูกความรู้สึกว่าจะตนเสียเปรียบในข้อสัญญา หรือในการกำหนดค่าทนายความตามสัญญานั้น ก็มีสิทธิในการส่งสัญญาดังกล่าวให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ควบคุมทางวิชาชีพ (professional controlling body) ที่คู่สัญญาฝ่ายทนายความ เป็นสมาชิกอยู่ เพื่อทำการตรวจสอบสัญญา หรือข้อสัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าทนายความนั้น (review of agreement or

fees) หากหน่วยงานดังกล่าวทำการตรวจสอบแล้ว มีความเห็นว่าสัญญาจ้างว่าความนั้นมีข้อสัญญา หรือข้อตกลงเกี่ยวกับค่าทนายความส่วนใด ที่มีความไม่สมเหตุสมผล หรือไม่ยุติธรรม ก็ให้ตัดข้อสัญญาในส่วนนั้นออกไป

3.2.3.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าตอบแทน (Fee)⁶⁵

แม้ว่า The Contingency Fees Act 1997 จะบัญญัติอนุญาตให้ทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความโดยกำหนดค่าทนายความจากผลคดีได้ แต่ก็ได้กำหนดขอบเขต หรืออัตราขั้นสูงของการกำหนดค่าทนายความตามสัญญาจ้างว่าความไว้ด้วย ซึ่งภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ทนายความสามารถคิดค่าทนายความได้ โดยแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) ค่าทนายความปกติ (normal fee) ซึ่งเป็นค่าตอบแทนในการทำคดี ในกรณีที่ทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความต่อกันโดยไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดค่าตอบแทนที่เป็นไปตามผลคดีต่อกัน

(2) ค่าทนายความตามผลคดี (contingency fees) คือ ค่าตอบแทนที่ทนายความจะได้รับนอกเหนือไปจากค่าทนายความปกติ ซึ่งทนายความและลูกความได้ตกลงกันไว้ในสัญญาจ้างว่าความ ในกรณีที่ลูกความเป็นฝ่ายชนะคดีตามคำพิพากษา ซึ่งเงินจำนวนนี้พระราชบัญญัติได้กำหนดขอบเขตไว้ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก กรณีที่มีกำหนดค่าประสบความสำเร็จ (success fee) เงินจำนวนนั้นจะต้องไม่มากกว่าร้อยละ 100 ของจำนวนค่าทนายความปกติ (normal fee)

ประการที่สอง กรณีที่คดีนั้นเป็นคดีที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกค่าเสียหายอันเป็นตัวเงิน จำนวนค่าทนายความจะต้องไม่เกินร้อยละ 25 ของจำนวนเงินสุทธิที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา

⁶⁵ The Contingency Fees Act 1997 Clause 2(2)

บทที่ 4 บทวิเคราะห์

4.1 บทวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักข้อห้ามทำข้อตกลง "contingency fees" กับบทบัญญัติห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างว่าความที่มี "ข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ"

จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า คำจำกัดความของจำนวนเงินค่าทนายความที่เรียกว่า "contingency fees" นั้นมีความหมายกว้างขวางมาก กล่าวคือ ถ้าหากจำนวนเงินค่าทนายความตามข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความฉบับใด ต้องอาศัยสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจจะเกิดหรือไม่เกิดขึ้น เพื่อให้สามารถคำนวณจำนวนเงินค่าทนายความที่แน่นอน หรือเพื่อเป็นเงื่อนไขในการชำระหรือไม่ต้องชำระเงินค่าทนายความจำนวนนั้น ล้วนถือเป็นการกำหนดค่าตอบแทนในลักษณะ contingency fees ทั้งสิ้น ยกตัวอย่างเช่น Speculative fee (ค่าทนายความที่กำหนดจากการทำงานจริง ที่ทนายความจะได้รับต่อเมื่อลูกความชนะคดีเท่านั้น) conditional fee (ค่าทนายความที่ทนายความจะได้รับเป็นค่าประสบความสำเร็จเพิ่มขึ้นจากค่าทนายความปกติ เมื่อลูกความชนะคดีนั้นเท่านั้น), fixed contingent fee (ค่าทนายความจำนวนหนึ่งซึ่งได้ตกลงกันไว้แน่นอน ซึ่งทนายความจะได้รับต่อเมื่อลูกความชนะคดีเท่านั้น), percentage contingent fee (ค่าทนายความที่ไม่แน่นอนซึ่งกำหนดจากร้อยละของจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา) เป็นต้น ส่วน contingency fees ประเภทใดจะขัดต่อกฎหมาย ขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (public policy) หรือขัดต่อคุณธรรม จริยธรรมวิชาชีพ (professional ethics) หรือไม่ แต่ละประเทศนั้นมีหลักการที่แตกต่างกัน จึงต้องพิจารณาเป็นรายประเทศไป เช่น ในประเทศอังกฤษและเวลส์ ความหมายของ contingency fees นั้นครอบคลุมถึงการกำหนดค่าทนายความที่ไม่แน่นอนใน 2 ลักษณะ คือ

(1) การใช้ผลแพ้ชนะคดีมาเป็นเงื่อนไขในการชำระหรือไม่ชำระเงินค่าทนายความ (โดยไม่ต้องพิจารณาว่าค่าทนายความนั้นจะมีวิธีการคำนวณอย่างไร) ดังนั้น ในการทำข้อตกลง conditional fee จำนวนค่าทนายความที่เป็นค่าประสบความสำเร็จ "success fee" หรือ "uplift" ในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้ The Conditional Fee Agreements Order 1995 จึงไม่อาจทำต่อกันได้ เพราะเงินจำนวนนั้นเป็นเงินที่จะได้รับโดยมีเงื่อนไขว่าลูกความต้องชนะคดีเท่านั้น ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมาย นอกจากนั้น speculative fee และ fixed contingent fee ซึ่งแม้จะ

เป็นจำนวนเงินที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับจากการดำเนินคดีนั้นเลย ก็ถือเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายเช่นเดียวกัน เพราะเป็นจำนวนเงินที่ทนายความจะได้รับโดยมีเงื่อนไขว่าลูกความจะต้องชนะคดีเท่านั้น

(2) ค่าทนายความที่คำนวณจากเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ดังนั้น ในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้ The Damages-Based Agreement Regulations 2010 และ 2013 การตกลงจำนวนค่าทนายความที่ไม่แน่นอนซึ่งจะต้องอาศัยการคำนวณจากจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับเมื่อชนะคดีจึงเป็นการทำข้อตกลงที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้งเช่นกัน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย พบว่ามีการบัญญัติควบคุมเกี่ยวกับการกำหนดค่าทนายความโดยมีวิวัฒนาการ ดังต่อไปนี้

ครั้งแรก ในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 มาตรา 9 วรรค 2 “เมื่อทนายคนใดปลุกความโดยยุยงส่งเสริมให้เขาฟ้องร้องกรณีอันหามูลมิได้ให้รกรงศาลก็ดี ฤรับเข้าเป็นทนายว่าต่างแก่ต่างอรรถคดี โดยวิธีสัญญาจะแบ่งเอาส่วนเงินฤทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทกันอันจะถึงได้แก่ลูกความนั้นโดยเหตุที่ฟ้อง”

ครั้งที่สอง ในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) “เมื่อทนายความคำใดปลุกความโดยยุยงส่งเสริมให้เขาฟ้องร้องกันในกรณีอันหามูลมิได้ หรือเข้าเป็นทนายว่าต่างแก่ต่าง โดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” ซึ่งการบัญญัติในครั้งที่ 2 นี้มีผลบังคับใช้จนถึงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2529 ซึ่งเป็นวันที่สภาทนายความออก “ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529” อันส่งผลให้บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นอันยกเลิกไป

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเรื่อง contingency fees ในต่างประเทศทั้ง 2 ลักษณะดังที่ได้กล่าวมาตอนต้น กับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 จะพบว่าตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทย มีการกำหนดให้การกำหนดค่าทนายความเฉพาะลักษณะที่ 2 คือ percentage contingent fee เท่านั้นที่ต้องห้ามโดยชัดแจ้งตามกฎหมาย แต่ในส่วนของ การกำหนดค่าทนายความในลักษณะแรก ได้แก่ conditional fee, speculative fee และ fixed contingent fee นั้นสามารถทำได้ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) **Conditional fee** แม้จะเป็นค่าตอบแทนอีกส่วนหนึ่งที่ทนายความได้เพิ่มจากค่าทนายความตามปกติ (normal fee) ที่ต้องอาศัยเงื่อนไขว่าลูกความจะต้องชนะคดีในการชำระหรือไม่ชำระเงินก็ตาม แต่เนื่องจากเงินจำนวนดังกล่าว เป็นจำนวนที่คำนวณได้จากร้อยละของค่าทนายความตามปกติ โดยไม่เกี่ยวข้องกับจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ดังนั้น ข้อตกลงในค่าทนายความส่วนนี้จึงบังคับต่อกันได้ตามกฎหมายไทย

(2) **Speculative fee** เป็นค่าทนายความที่กำหนดจากระยะเวลาการทำงานจริงของทนายความ ที่ทนายความจะได้รับต่อเมื่อชนะคดีเท่านั้น จึงเป็นค่าตอบแทนที่อาศัยการแพ้ชนะคดีเป็นเงื่อนไขในการชำระ แต่เนื่องจากเงินจำนวนดังกล่าว ไม่มีความเกี่ยวข้องกับจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา การกำหนดค่าทนายความในลักษณะนี้ จึงไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย และแนวคำพิพากษาไทยเช่นเดียวกัน

(3) **Fixed contingent fee** แม้จะเป็นค่าทนายความที่ต้องอาศัยเงื่อนไขว่าลูกความจะต้องชนะคดีในการชำระเงินเช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากเป็นเงินจำนวนที่แน่นอนที่ตกลงกันไว้ระหว่างคู่สัญญา โดยไม่เกี่ยวข้องกับจำนวนเงินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ดังนั้น ข้อตกลงในค่าทนายความส่วนนี้จึงบังคับต่อกันได้ตามกฎหมายไทยเช่นกัน เห็นได้ชัดเจนจาก **คำพิพากษาฎีกาที่ 1458/2511** “โจทก์ฟ้องตามสัญญาจ้างว่าความซึ่งมีข้อความว่า จำเลยจ้างโจทก์ว่าความสองสำนวน ค่าจ้าง 750,000 บาท ถ้าจำเลยต้องเสียค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับคดี ให้เอามาหักจากเงินค่าจ้างนี้ 1 ใน 3 ถ้าจำเลยแพ้ความ ไม่ต้องชำระค่าจ้าง เมื่อโจทก์ฟ้องเรียกเงิน 500,000 บาทโดยคิดหักค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับคดีของจำเลยออกแล้ว แต่จำเลยให้การต่อสู้ไว้ข้อหนึ่งว่า สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะเพราะขัดกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) ทั้งศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์พิพากษาให้โจทก์ชนะคดีตามฟ้อง จำเลยฎีกา ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยชี้ว่า ค่าจ้างว่าความกำหนดไว้ 750,000 บาท เป็นจำนวนแน่นอน ข้อที่ยอมให้เอาค่าใช้จ่ายต่าง ๆ มาหักออกจากเงินจำนวนนี้ได้ นั้น ก็เป็นข้อที่ให้คุณแก่จำเลย ตามสัญญานี้จะถือว่าโจทก์เข้าเป็นทนายความว่าต่างแก่ต่างโดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความหาได้ไม่ สัญญาจึงไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ มาตรา 12(2) พิพากษายืน”

จากการเปรียบเทียบข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยทั้งในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 ไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้กำหนดค่าทนายความที่มีลักษณะเป็น contingency fees อย่างสิ้นเชิง โดยจะห้ามเฉพาะแต่การทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงค่าทนายความในรูปแบบ percentage contingent fee หรือการกำหนดค่าทนายความโดยแบ่งส่วนจากเงินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ตามความหมาย

ดั้งเดิมของหลัก “Maintenance and Champerty” เท่านั้น เนื่องจากเป็นกำหนดค่าทนายความที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทซึ่งคู่ความจะได้จากการฟ้องคดี และแม้ว่าความในพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องจะถูกลบเลิกไปแล้ว แต่ประเทศไทยก็ยังคงใช้บรรทัดฐานดังกล่าวในการพิจารณาพิพากษาคดีต่อมาในฐานะเป็น “ข้อห้ามตามหลักจริยธรรมวิชาชีพทนายความ” และ “กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ซึ่งจะได้วิเคราะห์ถึงความเหมาะสมต่อไป

4.2 บทวิเคราะห์ contingency fees กับจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทย

4.2.1 จริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ

ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12(2) ซึ่งบัญญัติห้ามทำสัญญาจ้างว่าความโดยมีข้อตกลง “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” ได้สิ้นสภาพบังคับไปในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2529 ส่งผลให้การทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมายอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาศาลฎีกาหลังจากนั้นก็ยังคงเป็นไปในทิศทางเดิม เพียงแต่การให้เหตุผลในการพิพากษาของศาลนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม คือจากให้เหตุผลในการพิพากษาว่าข้อตกลงนั้น “ตกเป็นโมฆะเนื่องจากขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ” เป็น “ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากขัดต่อจริยธรรมวิชาชีพทนายความอันเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150” แทน

ผู้เขียนเห็นว่าการใช้ “จริยธรรมทางวิชาชีพทนายความ” ในฐานะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นการไม่เหมาะสมด้วยเหตุผลหลายประการ ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

(1) ความไม่เหมาะสมในการใช้กฎหมาย และการใช้ดุลพินิจของศาล

ประเทศไทยนั้น ถึงแม้จะได้รับอิทธิพลหลาย ๆ ด้านมาจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) แต่ก็ยังคงเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก และใช้คำพิพากษาศาลฎีกาเป็นเพียงแนวทางในการพิจารณาพิพากษาเท่านั้น ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้ให้ความเห็นว่า “ศาลยุติธรรมนั้นอยู่ในฐานะเป็นแต่เพียงผู้ใช้กฎหมาย มิใช่ผู้บัญญัติหรือแก้ไขกฎหมาย ศาลจะต้องสังเกตความเปลี่ยนแปลงในแนวความคิดอันเกี่ยวกับกฎหมายของฝ่ายนิติ

บัญญัติ และต้องถือตามว่านั่นคือเจตนารมณ์ของกฎหมาย” เมื่อพิจารณาถึงการบัญญัติกฎหมายในอดีต จะเห็นว่าการทำสัญญาจ้างว่าความโดยมีข้อตกลง “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” นั้นมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าไม่สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย แต่เมื่อในบทบัญญัติกฎหมายฉบับปัจจุบันไม่มีบัญญัติถึงเนื้อความดังกล่าวอีกต่อไป ย่อมหมายถึงข้อห้ามนั้นได้ถูกยกเลิกไปแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติอนุญาตอย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในกฎหมายฉบับใหม่อีก ซึ่งหลักการเช่นนี้ถือเป็นหลักสากลในการร่างกฎหมาย¹ เพราะถ้าหากศาล หรือนักกฎหมายตีความไปในทิศทางที่ว่า “การใดซึ่งไม่มีบัญญัติอนุญาต การนั้นย่อมเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย” ย่อมทำให้เกิดความยากลำบากในการบัญญัติกฎหมายแต่ละฉบับ ให้ครอบคลุมถึงกิจการทุกอย่างที่สามารถกระทำได้

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมันในเรื่องที่เกี่ยวข้องนั้น มีการบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนถึงกรณีการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้รับ (contingency fee contract)² การที่ศาลเยอรมันยังคงพิพากษาให้สัญญาจ้างความว่าที่มีข้อตกลงดังกล่าวตกเป็นโมฆะ จึงมีความสมเหตุสมผล และมีกฎหมายเป็นหลักในการอ้างอิงที่ชัดเจน ด้วยเหตุนี้ เมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ไม่มีบทบัญญัติห้ามอีกต่อไป จึงถือได้ว่าเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการตรากฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว ศาลจำต้องถือตามเจตนารมณ์เช่นนั้นด้วย แม้จะมีความคิดเห็นที่แตกต่างออกไปก็ตาม

อนึ่ง เมื่อพิจารณาประกอบกับ ข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งสภาพทนายความได้บัญญัติโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็มีได้บัญญัติให้การทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเช่นว่านั้นเป็นการกระทำผิดมรรยาททนายความแต่อย่างใด ทั้งที่ข้อบังคับฯ ดังกล่าวนั้น มีการบัญญัติถึงมรรยาทของทนายความต่อบุคคลต่าง ๆ เช่น ศาล ตัวความ ทนายความด้วยกัน รวมไปถึงประชาชนผู้มีอรรถคดีเอาไว้อย่างชัดเจน การที่ศาลพิพากษาให้ข้อตกลงดังกล่าวไม่เป็นการกระทำผิดมรรยาททนายความ แต่ผิดจริยธรรมวิชาชีพจึงก่อให้เกิดความไม่สมเหตุสมผลเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมรรยาททนายความนั้นย่อมเป็นส่วนหนึ่งของ

¹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, ปาฐกถาพิเศษ เรื่องการใช้ดุลพินิจของศาลยุติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2547), น. 26

² เสรี สุวรรณภานนท์, “ปัญหาทางกฎหมายในการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความ” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), น. 120 -

จริยธรรมวิชาชีพที่ได้รับการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษร การพิพากษาโดยใช้หลักจริยธรรมวิชาชีพ ในฐานะกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนส่งผลให้สัญญาจ้างว่าความนั้นตกเป็นโมฆะทั้งสัญญาทันที และไม่เข้าข้อยกเว้นที่จะให้ส่วนที่ไม่ตกเป็นโมฆะ แยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173³ ได้ด้วย จึงเป็นกรณีศาลเข้าไปมีบทบาทในการแทรกแซงสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนโดยไม่จำเป็น

หลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น ถูกสร้างขึ้นเพื่อเปิดช่องให้ศาลได้มีโอกาสใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคดีที่เหมาะสมกับสภาพสังคมในขณะนั้นโดยอิสระ ไม่มีการนิยามความหมายหรือ ขอบเขตการใช้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่คงทนถาวร มีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมอยู่ตลอดเวลา หากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างสังคมในสมัยยุคกลางของอังกฤษแล้ว หลักข้อห้ามที่เรียกว่า Maintenance and Champerty นับว่าเป็นกฎหมายสำคัญที่ต้องใช้บังคับกับเหล่าขุนนาง ผู้มีอิทธิพล และผู้มีฐานะที่แสวงหาความมั่งคั่งจากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน โดยการใช้เส้นสายในการการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการยุติธรรม ทั้งที่ไม่มีหน้าที่โดยตรง แต่สังคมไทยในปัจจุบันนี้ ทัศนคติของผู้ได้รับการว่าจ้างให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล แทนลูกความ จึงเป็นผู้มีหน้าที่โดยตรงตามสัญญาจ้างว่าความ โดยมีได้เสนอตนเข้ามาเกี่ยวข้องในคดีเพื่อผลประโยชน์ที่ตนมิสมควรได้รับ ทั้งการทำหน้าที่ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็กฎหมายเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัตินายความ และข้อบังคับสภานายความว่าด้วยมรรยาทนายความ หรือกฎหมายทั่วไป ได้แก่ กฎหมายอาญา และกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อทั้งสภาพของสังคม ทั้งกฎหมายลายลักษณ์ได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง การนำหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาเป็นหลักการพื้นฐานในการพิพากษาคดี จึงควรเป็นไปอย่างเหมาะสมเพื่อความจำเป็นต่อการรักษาความสงบอย่างแท้จริง เพราะถ้าหากศาลใช้ดุลพินิจกว้างขวางจนเกินไป อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งกับเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายได้ และการที่ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างอิสระ อาจส่งผลให้การตัดสินใจโดยผู้พิพากษาแต่ละคน บนพื้นฐานข้อเท็จจริงเดียวกันนั้น เป็นไปในทิศทางที่แตกต่างกัน เห็นได้จากในคำพิพากษาฎีกาที่ 5229/2544 ซึ่งมีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนโดย “คิดค่าทนายความร้อยละ 20 ของยอดทุนทรัพย์ 17,188,356 บาท โดยชำระค่าทนายความเมื่อบังคับคดีได้ กรณีบังคับคดีได้บางส่วนก็คิดค่าทนายความบางส่วนที่บังคับได้ และถ้า

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173 ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้

คดีมีการยอมความกัน คิดค่าทนายความร้อยละ 10 ของยอดเงินที่ยอมความ” ซึ่งมีลักษณะของ ข้อตกลงแบบ contingency fees เพียงแต่มีการร่างสัญญาโดยใช้ศิลปะในการเปลี่ยนคำเท่านั้น แต่ ยังคงความหมายว่าจะใช้จำนวนเงินที่ได้จากการชนะคดีนั้นเป็นฐานในการคำนวณจำนวนเงิน ค่าตอบแทน โดยในคดีนี้ ศาลเห็นว่าวิธีการดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณ ค่าทนายความระหว่างโจทก์จำเลย หากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนไม่ สัญญาจ้างว่าความจริงไม่ตกเป็นโมฆะ สามารถบังคับต่อกันได้

(2) หลักเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดง เจตนา (The Doctrine of Freedom of Contract and Autonomy of Will)

กฎหมายสัญญาของประเทศไทยนั้นพัฒนามาจากระบบกฎหมายโรมัน (Romanistic หรือ Civil Law System) ซึ่งมีหลักการพื้นฐานว่าบุคคลสามารถก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางสัญญาขึ้น โดยอิสระตามเจตนาของตน รวมทั้งมีอำนาจในการกำหนดรูปแบบและเนื้อหาของสัญญานั้น ๆ ตามที่ ตนเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อตนสูงสุด โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐหรือผู้ใด⁴ ซึ่งในกรณีการทำ สัญญาจ้างทำของโดยทั่วไปนั้น ทั้งคู่สัญญาฝ่ายผู้รับจ้างและคู่สัญญาฝ่ายผู้ว่าจ้างย่อมมีเสรีภาพในการ เข้าทำสัญญา รวมไปถึงการทำข้อตกลงใด ๆ ต่อกันก็ได้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดผิดสัญญาจนเกิดเป็น คดีความขึ้นสู่ศาล ศาลย่อมพิจารณาไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยการจ้างทำของ โดยไม่มีการเข้าไป พิจารณาถึงความยุติธรรม หรือการเอาผิดเอาเปรียบใด ๆ ต่อกัน เพราะการทำสัญญานั้นเป็นไปด้วยความ ยินยอมต่อกัน แม้ข้อตกลงใดที่เป็นการได้เปรียบเสียเปรียบต่อกันก็สามารถบังคับได้ เนื่องจาก เป็นเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งผู้อื่นไม่มีอำนาจไปก้าวก่าย หรือตัดสินใจแทนได้

เมื่อพิจารณา “สัญญาจ้างว่าความ” ซึ่งเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ เช่นเดียวกัน แต่ศาลกลับมองว่าคู่สัญญาฝ่ายทนายความนั้นเป็นฝ่ายที่มีความรู้ทางกฎหมายเหนือกว่า และเข้าคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายลูกความ โดยเข้าไปพิจารณาถึงความยุติธรรม และการเอาผิดเอาเปรียบ ในข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญา แม้ลูกความจะเข้าใจถึงสาระสำคัญในข้อตกลงนั้นเป็นอย่างดีก็ตาม ศาลก็ อาจใช้ดุลพินิจในการพิพากษาให้สัญญานั้นตกเป็นโมฆะทั้งฉบับก็ได้ ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้เป็นการ แก้ปัญหาที่ปลายเหตุ โดยลบล้างความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของเอกชนไปทั้งหมด ด้วย หลักการทางจริยธรรมซึ่งไม่มีตัวตนอยู่ในกฎหมายฉบับใด ซึ่งเหตุการณ์นี้จะไม่เกิดขึ้น หากการทำ สัญญาจ้างว่าความ มีกฎเกณฑ์ในการทำสัญญาที่แตกต่างจากสัญญาจ้างทำของโดยทั่วไป ดังเช่นหลัก กฎหมายใน Contingency Fees Act 1997 ของประเทศแอฟริกาใต้ ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้

⁴ ศรัญวรรณ โชตินิติคุณ, หมายเหตุท้ายฎีกาที่ 3647/2549

ทนายความมีหน้าที่ต้องอธิบายข้อตกลง และผลของการเข้าทำข้อตกลงนั้นให้ลูกค้าความเข้าใจเป็นลายลักษณ์อักษร (in writing) เพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการทำสัญญาของคู่สัญญา ฝ่ายลูกค้าที่อยู่ในระดับที่น้อยกว่าฝ่ายทนายความ เมื่อคู่สัญญามีความเข้าใจข้อตกลงต่าง ๆ ดีแล้ว และยินยอมทำสัญญานั้น ย่อมไม่มีเหตุให้ศาลต้องเข้าไปมีบทบาทในการคุ้มครองการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายลูกค้าความนั้นอีก

(3) การพัฒนาหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษร

จากการศึกษาถึงแหล่งที่มา (origin) ของการห้ามทำสัญญาจ้างว่าความโดยมีข้อตกลง “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกค้า” ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรไทย พบว่าหลักกฎหมายดังกล่าวได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากหลักเรื่อง Maintenance and Champerty ซึ่งเป็นหลักข้อห้ามที่เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 13 หรือ สมัยยุคกลางของอังกฤษ (Middle ages) โดยสังคมสมัยนั้นยังไม่มีวิชาชีพทนายความที่ทำหน้าที่ในศาลแทนลูกค้าความเช่นในสมัยปัจจุบัน ขุนนาง ผู้มีฐานะ หรือผู้มีอิทธิพลมักจะแสวงหาผลประโยชน์ และสร้างความมั่งคั่งให้กับตนเองจากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน โดยจะเข้าให้การช่วยเหลือเพื่อให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้นำคดีความของตนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม และมีการตกลงแบ่งผลประโยชน์เมื่อมีการชดเชยความเสียหายเมื่อคดีจบสิ้น ข้อห้ามนี้จึงมีขึ้นเพื่อป้องกัน มิให้มีการทำข้อตกลงเช่นนั้นต่อกัน หากผู้ใดฝ่าฝืนกระทำจะต้องได้รับโทษทางกฎหมายเป็นโทษปรับและโทษจำคุก หลักการเช่นนี้แพร่หลายไปในประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (common law) แม้แต่ประเทศไทยก็ได้รับอิทธิพลจากหลักการนี้ด้วยเช่นกัน

หลัก Maintenance and Champerty เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีมาเป็นเวลานานร้อยปี ท่ามกลางเสียงวิพากษ์วิจารณ์ของเหล่านักกฎหมายที่เริ่มมีความคิดเห็นที่แตกต่างไป จนกระทั่งในช่วงศตวรรษที่ 19 - 20 หลักการดังกล่าวจึงมีวิวัฒนาการมาเป็นลำดับสามารถสรุปความเปลี่ยนแปลงได้เป็น 5 ช่วง ดังต่อไปนี้

ช่วงที่ 1 ในปี ค.ศ. 1967 มีการยกเลิกความผิดอาญาในความผิดฐาน Maintenance and Champerty ในพระราชบัญญัติกฎหมายอาญา (The Criminal Law Act 1967) อย่างไรก็ตาม Contingency fees agreement ยังคงต้องห้ามเพราะเป็นการแสวงหาผลประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน อันเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ (public policy)

ช่วงที่ 2 ในปี ค.ศ. 1970 สมาคมนักกฎหมาย (The Law Society) ประกาศ The Memorandum of the Council of the Law Society on Claims Assessors and Contingent

fees โดย Rule 8(1) บัญญัติห้ามมิให้ทนายความรับจ้างว่าความโดยมีข้อตกลงในการรับค่าจ้างเป็นส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากการดำเนินคดี

ช่วงที่ 3 ในปี ค.ศ. 1995 มีการตรากฎหมาย The Conditional Fee Agreements Order 1995 อนุญาตให้ทนายความและลูกความสามารถทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าจ้างว่าความที่เรียกว่า “ค่าประสบความสำเร็จ (success fee)” เป็นครั้งแรก ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวอยู่ในข่ายข้อตกลงในลักษณะ contingency fees ด้วย

ช่วงที่ 4 ในปี ค.ศ. 2010 มีการตรากฎหมาย The Damages-Based Agreement Regulations 2010 อนุญาตให้ทนายความและลูกความทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าทนายความโดยใช้จำนวนค่าเสียหายเป็นฐานในการคำนวณ (damages-based agreement) ในคดีที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (employment matter)

ช่วงที่ 5 ในปี ค.ศ. 2013 มีการตรากฎหมาย The Damages-Based Agreement Regulation 2013 ขยายขอบเขตการอนุญาตให้ทนายความและลูกความทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าทนายความโดยใช้จำนวนค่าเสียหายเป็นฐานในการคำนวณ (damages-based agreement) ในคดีเกี่ยวกับความบาดเจ็บของบุคคล (personal injuries) รวมไปถึงคดีสิทธิเรียกร้องทางแพ่งประเภทอื่น ๆ ด้วย

วิวัฒนาการทั้ง 5 ช่วงข้างต้น แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การที่ทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความทนายความโดยมีข้อตกลงในการรับค่าจ้างเป็นส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากการดำเนินคดีนั้น ในอดีตก็เคยเป็นสิ่งที่ผิดจริยธรรมวิชาชีพทนายความอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยในประเทศอังกฤษเช่นเดียวกัน แต่ในปัจจุบันเมื่อระบบกระบวนการยุติธรรมมีความมั่งคั่งยิ่งขึ้น มีระบบการตรวจสอบที่ดี มีกฎหมายอื่น ๆ ในการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบอาชีพทางการยุติธรรมอยู่แล้ว ข้อห้ามดังกล่าวจึงไม่จำเป็นอีกต่อไป

ส่วนวิวัฒนาการของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยที่เกี่ยวกับการควบคุมการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงดังกล่าว ได้หายไปจากตัวบทกฎหมายไทยนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2529 ซึ่งเป็นปีที่ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มีผลบังคับใช้ เหลือเพียงแต่แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตีพิมพ์ที่ขัดแย้งกันเรื่อยมาโดยใช้เหตุผลในการพิพากษาเทียบเคียงได้กับแนวความคิดของประเทศอังกฤษในช่วงปี ค.ศ. 1970 (พ.ศ. 2513) หรือเมื่อราว 50 ปีที่แล้ว

ประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจมาพิจารณาประกอบด้วย คือ การตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) ในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ในปี พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นครั้งแรกที่มีการบัญญัติอนุญาตให้ทนายความเข้าไปมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับ

ผลของคดี โดยทนายความมีสิทธิจะได้รับเงินจำนวนหนึ่งเพิ่มเติมจากค่าตอบแทนในการว่าความตามปกติ เรียกว่า “เงินรางวัล” (เทียบได้กับ success fee หรือเงินค่าประสบความสำเร็จ) โดยเงินจำนวนนี้ ศาลจะเป็นผู้กำหนดให้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ มีเหตุผลเนื่องมาจากการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (class action) นั้น ผู้เสียหายแต่ละคนย่อมได้รับความเสียหายเป็นจำนวนมากน้อยแตกต่างกัน จึงเป็นการยากลำบากที่จะกำหนดเงินให้แก่ทนายความไว้เป็นจำนวนที่แน่นอนตั้งแต่เริ่มต้นคดี โดยที่ไม่ทราบว่าคุณเสียหายนั้นจะได้รับเงินค่าเสียหายจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นเพียงใด จากการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าว เป็นครั้งแรกที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยยอมรับให้ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดี เพราะยิ่งโจทก์และสมาชิกกลุ่มแต่ละคนได้รับการเยียวยาความเสียหายมากเท่าใด อัตราขั้นสูงของเงินรางวัลที่ทนายความจะได้รับก็จะยิ่งสูงขึ้นเท่านั้น

4.2.2 หลักการและเหตุผลอื่น ๆ ที่ศาลใช้ในการพิพากษาคดี

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พบว่าในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลง “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” นอกจากศาลจะหยิบยกจริยธรรมวิชาชีพทนายความในฐานกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเหตุผลหลักในการพิพากษาแล้ว ศาลยังได้ให้เหตุผลอื่นประกอบเพื่อสนับสนุนว่าข้อตกลงเช่นนั้นไม่สมควรบังคับได้ตามกฎหมาย ได้แก่

(1) วิชาชีพทนายความมีลักษณะผูกขาด และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายประการ

ในอดีต ช่วงระยะเวลาที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มีผลใช้บังคับ การที่บุคคลจะประกอบอาชีพเป็นทนายความขั้นที่หนึ่งซึ่งสามารถว่าความทั่วราชอาณาจักรได้นั้น เนติบัณฑิตยสภาได้กำหนดให้ บุคคลนั้นต้องจบการศึกษาระดับปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ และต้องผ่านการสอบเป็นเนติบัณฑิตที่สำนักอบรมศึกษากฎหมายอีกด้วย มิฉะนั้นจะเป็นได้เพียงแต่ทนายความขั้นที่สอง ซึ่งสามารถว่าความได้จำกัดภายในจังหวัดที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น เป็นผลให้ในอดีตมีผู้ประกอบวิชาชีพทนายความจำนวนน้อยมาก จนมีลักษณะเป็นอาชีพที่ผูกขาดสำหรับคนเฉพาะกลุ่มเท่านั้น

แต่ในปัจจุบัน วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่แพร่หลายเป็นอย่างมาก เนื่องจากในปัจจุบันมีมหาวิทยาลัยทั้งของรัฐและเอกชนเปิดสอนหลักสูตรนิติศาสตร์บัณฑิตเพิ่มขึ้น และผู้สำเร็จการศึกษาจากคณะนิติศาสตร์ส่วนใหญ่ ล้วนเข้าศึกษาอบรมวิชาว่าความ และสอบเพื่อให้ได้รับ

ใบอนุญาตว่าความทั้งสิ้น โดยในปีหนึ่ง ๆ จะมีทนายความจดทะเบียนใหม่ นับพันคน แม้จะมีบางส่วนเท่านั้นที่ประกอบวิชาชีพทนายความเป็นอาชีพหลัก แต่ก็สามารถกล่าวได้ว่า วิชาชีพทนายความไม่ใช่วิชาชีพสำหรับคนเฉพาะกลุ่มอีกต่อไปแล้ว ดังนั้น ในการเลือกทนายความเป็นตัวแทนในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ประชาชนจึงมีสิทธิในการเจรจากับทนายความได้หลายราย เพื่อเปรียบเทียบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการของทนายความแต่ละรายก่อนที่จะตัดสินใจเข้าทำสัญญาจ้างว่าความได้ โดยไม่อยู่ในสภาพจำยอมแต่อย่างใด

ส่วนประเด็นเรื่องความคุ้มครองตามกฎหมายที่ทนายความได้รับนั้น จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าไม่มีกฎหมายใดให้ความคุ้มครอง หรือให้สิทธิแก่ทนายความเป็นพิเศษ

(2) ผู้เป็นทนายความอาจตกอยู่ภายใต้อิทธิพลและทำทุกทางให้ชนะคดี

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ มีหน้าที่เป็นตัวแทนของลูกความในการฟ้องคดี หรือต่อสู้คดีในศาล การที่ทนายความเข้าไปมีส่วนร่วมในผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากการฟ้องคดีนั้น มีข้อถกเถียงกันตลอดมาว่าอาจส่งผลให้ทนายความพยายามทำทุกวิถีทางที่จะชนะคดีนั้น ๆ จนนำไปสู่การกระทำการบางอย่างอันเป็นการไม่สุจริต และสร้างความเสียหายแก่กระบวนการยุติธรรม เช่น การสร้างพยานหลักฐานอันเป็นเท็จ การชักจูงตัวความ หรือพยานเพื่อให้การเท็จต่อศาล เป็นต้น แต่ถึงแม้วิชาชีพทนายความจะเป็นวิชาชีพอิสระ แต่ก็ยังอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายเฉพาะถึง 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความทุกคนต้องประพฤติปฏิบัติตัวอย่างเคร่งครัด หากทนายความผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว ย่อมจะต้องรับโทษที่ได้บัญญัติในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งมีโทษ 3 สถาน ได้แก่ ภาคทัณฑ์, การห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรืออาจจะมีความร้ายแรงถึงขั้นลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ⁵

นอกจากบทลงโทษเฉพาะสำหรับวิชาชีพข้างต้น ทนายความยังต้องรับผิดชอบตามกฎหมายทั่วไปอีกด้วย เนื่องจากวิชาชีพทนายความ เป็นวิชาชีพที่มีความเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมโดยตรง การทำหน้าที่ของทนายความย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะกระทำความผิดอาญาในกฎหมายส่วนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งความผิดบางอย่างอาจจะเป็นทั้งการประพฤติผิดมรรยาททนายความ และเป็นความผิดทางอาญาด้วย ยกตัวอย่างที่สำคัญ เช่น

⁵ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2558 มาตรา 52

1. กรณีที่ทนายความกระทำผิดมรรยาททนายความข้อ 6 ในลักษณะความผิดที่เป็น การดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษา ทนายความผู้นั้นย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 198 ด้วย

2. กรณีที่ทนายความกระทำผิดมรรยาททนายความข้อ 7 เพราะทำเอกสารเท็จหรือ หลักฐานอันเป็นเท็จ ก็ย่อมมีความผิดตามกฎหมายอาญาในส่วนความผิดเกี่ยวกับเอกสาร ตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 264 ถึง 269 ด้วย ซึ่งกฎหมายในส่วนนี้ได้บัญญัติฐานความผิดซึ่งมี บทลงโทษเฉพาะไว้เพื่อบังคับใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพทนายความผู้ได้ทำคำรับรองเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นและประชาชน ไว้ในมาตรา 267⁶ โดยการฟ้องคดีฐาน ความผิดนี้จะต้องบรรยายฟ้องโดยแสดงให้เห็นว่าจำเลยเป็นผู้มีวิชาชีพทนายความอันถือได้ว่าเป็น ผู้ประกอบการงานในวิชากฎหมายอันเป็นองค์ประกอบของความผิดด้วย⁷

3. กรณีที่ทนายความกระทำผิดมรรยาททนายความข้อ 11 ก็ย่อมมีความผิดตาม กฎหมายอาญา มาตรา 323 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษบุคคลผู้มีโอกาสในการล่วงรู้ข้อมูลที่เป็น ความลับของผู้อื่น ในลักษณะที่ผู้อื่นนั้นบอกให้ทราบเพื่อประโยชน์บางอย่าง ในทำนองเดียวกับการที่ คนไข้บอกข้อมูลที่เป็นความลับของตนกับแพทย์ผู้รักษาเพื่อจะได้ทำการรักษาอย่างถูกต้อง ลูกความก็ ย่อมบอกข้อมูลที่เป็นความลับของตนกับทนายความเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีเช่นกัน

4. กรณีที่ทนายความกระทำผิดมรรยาททนายความข้อ 15 หากความผิดนั้นมี ลักษณะเป็นการฉ้อโกง กล่าวคือ ได้ทำการหลอกลวงลูกความด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือ ปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง จนได้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินจากลูกความผู้นั้น ทนายความก็ย่อมมีความผิดฐานฉ้อโกงตามมาตรา 341 หรือหากเป็นกรณีที่ทนายความรับทรัพย์สิน

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 267 ผู้ใดในการประกอบการงานในวิชาแพทย์ กฎหมาย บัญชี หรือวิชาชีพอื่นใด ทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ

ผู้ใดโดยทุจริตใช้หรืออ้างคำรับรองอันเกิดจากการกระทำผิดวรรคแรก ต้อง ระวางโทษเช่นเดียวกัน

⁷ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญาฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 31 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 404

ใดไว้ในหน้าที่ อันเป็นการรับไว้แทนลูกความแล้วเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สาม หมายความก็ย่อมมีความผิดฐานยกยอกตามมาตรา 352 วรรค 1 ด้วย

จะเห็นได้ว่าความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในการปฏิบัติหน้าที่นั้น อยู่ภายใต้การควบคุมของทั้งกฎหมายเฉพาะ และกฎหมายทั่วไป ถึงแม้ทนายความจะเข้าไปมีส่วนได้เสียในทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากการฟ้องคดี ก็ย่อมต้องมีความเกรงกลัวต่อกฎหมายอยู่บ้าง และหากทนายความคนใดกระทำการไม่สุจริต ย่อมมีความเสี่ยงที่จะถูกคู่ความอีกฝ่ายซึ่งเป็นผู้ได้รับความเสียหายดำเนินคดี และจะต้องได้รับบทลงโทษตามกฎหมาย

(3) วิชาชีพทนายความควรทำหน้าที่ดูแลเจ้าหน้าที่ของศาล (officer of the court)

วิชาชีพแต่ละวิชาชีพย่อมมีหน้าที่ หรือบทบาทเฉพาะของวิชาชีพที่แตกต่างกันไป ยกตัวอย่างวิชาชีพทางกฎหมาย เช่น ผู้พิพากษา ย่อมมีบทบาทในการพิจารณาพิพากษาคดี อัยการ ย่อมมีหน้าที่เป็นโจทก์ในคดีอาญา รวมทั้งบทบาทอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ทนายความก็มีบทบาทหน้าที่ในการเป็นตัวแทนของลูกความ ทำหน้าที่ในการถ่ายทอดข้อเท็จจริงของลูกความ ประกอบกับความรู้ทางด้านกฎหมายของตน ในการร่างคำฟ้อง หรือคำให้การแทนลูกความใน กระบวนพิจารณาคดีในศาล ดังนั้น ทนายความย่อมมีความรับผิดชอบต่อลูกความของตนเอง มิได้มีหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงแทนศาล ดูแลเจ้าหน้าที่ของศาลตามเหตุผลดังกล่าว

เมื่อทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความต่อกันแล้ว ทนายความจะมีหน้าที่ที่เรียกว่า “fiduciary duties”⁸ หรือหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลผู้ได้รับความไว้วางใจสูงสุด ในการรักษาประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่ง โดยจะไม่หาประโยชน์จากความสัมพันธ์นั้นหากไม่ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้ง นอกจากนั้นทนายความและลูกความยังมีความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะ ที่เรียกว่า “confidential relationship”⁹ อีกด้วย เนื่องจากการทำหน้าที่ของทนายความจำเป็นต้องรับทราบ

⁸ A duty of utmost good faith, trust, confidence, and candor owed by a fiduciary (lawyer) to the beneficiary (lawyer’s client); a duty to act with the highest degree of honesty and loyalty toward another person and in the best interests of the other person, quoted in Bryan A. Garner (Ed.), *Black’s Law Dictionary*, (Minnesota : West Publishing Company, 2009), p. 581

⁹ A relationship in which one person has a duty to the other not to disclose proprietary information, quoted in *ibid.*, p. 1402

ข้อมูลสำคัญของลูกความเพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีในศาล ซึ่งข้อมูลบางอย่างอาจจะเป็นความลับ หรือเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นได้ทราบจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ลูกความได้ สิ่งพึงปฏิบัติในฐานะผู้ที่ได้รับความไว้วางใจของผู้มีวิชาชีพทนายความตามหลักสากลนั้น คือ การรักษาความลับของลูกความ หลักการนี้เป็นประเพณีปฏิบัติที่มีมาอย่างยาวนาน ถูกบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 280

“ผู้ใดล่วงรู้ความลับสำหรับตัวของผู้อื่น เพราะมันเป็นเจ้าพนักงาน จึงรู้ได้โดยตำแหน่งหน้าที่ของมันก็ดี หรือเพราะมันเป็นผู้ประกอบกรให้แก่เขาโดยทางศิลปศาสตร์ จึงรู้ความลับนั้นได้ก็ดี ถ้าแลมันมิได้มีอำนาจจะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แลมันบังอาจเอาความลับสำหรับตัวของเขาไปเปิดเผย โดยลักษณะอันสามารถอาจจะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดไซ้ร ท่านว่ามันมีความผิด”

ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ได้พัฒนามาเป็นมาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบัน¹⁰ นอกจากนั้นการเปิดเผยความลับยังเป็นการผิดมรรยาททนายความ โดยที่ไม่ต้องพิจารณาว่าการเปิดเผยข้อมูลนั้นจะเป็นสิ่งที่เป็นประโยชน์หรือยุติธรรมต่อสังคมหรือไม่¹¹ เช่น กรณีที่ทนายความซึ่งได้รู้ข้อเท็จจริง รวมถึงรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับคดีความ และรับเป็นทนายความแก่ต่างให้กับฝ่ายจำเลย ต่อมากลับรับเป็นทนายความในการฟ้องคดีให้กับฝ่ายโจทก์ การกระทำของทนายความเป็นการประพฤติดิสมรรยาททนายความ ฐานเปิดเผยความลับเพราะได้นำความรู้ที่ได้รับทราบมาโดยหน้าที่จากลูกความฝ่ายหนึ่ง แล้วได้นำความรู้นั้นมาใช้เพื่อประโยชน์แก่ลูกความอีกฝ่ายหนึ่ง¹² หรือแม้กระทั่งกรณีที่ทนายความได้รับทราบข้อมูลของลูกความฝ่ายหนึ่งมา ถึงแม้จะไม่ได้มีการตกลงให้เป็นตัวแทนในการดำเนินคดี หรือต่อสู้คดีก็ตาม หากภายหลังเมื่อคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้มอบคดีให้ แล้วทนายความได้นำข้อมูลนั้นไปใช้ประโยชน์เพื่อประโยชน์ของคู่ความฝ่ายหลัง ทนายความ

¹⁰ วาฐิณี วงษ์วิฑิต, “การเปิดเผยความลับ: กรณีศึกษาผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น. 67

¹¹ คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความที่ 5/2539 อ่างใน คณะกรรมการมรรยาททนายความ และคณะทำงานส่งเสริมและประสานงานสอบสวนคดีมรรยาททนายความ สภาทนายความ, จริยธรรมและมรรยาททนายความ, (กรุงเทพมหานคร : บพิธการพิมพ์, 2544), น. 72

¹² คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความที่ 7/2540

ย่อมมีความผิดเช่นกัน เพราะทนายความจำต้องรักษาความลับของคู่ความตลอดไป แม้คู่ความผู้นั้น จะไม่อยู่ในฐานะเป็นคู่ความของตนแล้วก็ตาม¹³

จากหน้าที่ตามหลักสากล ตามหลักกฎหมาย มรรยาททนายความ รวมไปถึง จรรยาบรรณวิชาชีพข้างต้น จึงแทบเป็นไปได้เลยที่ผู้มิวิชาชีพทนายความจะสามารถทำหน้าที่ดูจ เจ้าหน้าทีของศาลได้

4.3 บทวิเคราะห์ความเหมาะสมของการนำ contingency fees มาปรับใช้ในประเทศไทย

ในการพิจารณาความเหมาะสมของการอนุญาตให้มีการทำสัญญาจ้างว่าความที่มี ข้อตกลง “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่คู่ความ” หรือการตกลงกำหนด ค่าทนายความที่แบบ contingency fees รูปแบบหนึ่ง มีข้อถกเถียงตลอดมาถึงข้อดีและข้อเสียของ การอนุญาตให้มีข้อตกลงเช่นนั้นได้ เนื่องจากการที่บุคคลหนึ่งเข้าไปมีส่วนร่วมในประโยชน์ที่ผู้อื่น ได้รับชดเชยความเสียหายที่เขาได้รับ ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่สมควร แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้ ว่าประชาชนผู้มีบรรดาศักดิ์ ไม่สามารถว่าความในศาลในฐานะทนายความได้¹⁴ ด้วยเหตุนี้ เมื่อประชาชน ทั่วไปมีสิทธิอันจะเรียกร้องได้ตามกฎหมาย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องว่าจ้างทนายความให้เข้ามา มี บทบาทในการทำหน้าที่เรียกร้องตามสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ในศาลแทน ซึ่งในปัจจุบัน วิชาชีพทนายความก็เป็นอาชีพ ๆ หนึ่งซึ่งมีใช้การให้บริการแบบให้เปล่า แต่เป็นการทำหน้าที่โดยมี ค่าตอบแทน คือ “ค่าทนายความ” ตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาจ้างว่าความ ซึ่งค่าทนายความนั้น ไม่ว่าจะมามีวิธีการคิดคำนวณจำนวนเงินเช่นใด ก็ย่อมเป็นเงินหรือทรัพย์สินของตัวความเช่นเดียวกัน และการกำหนดค่าทนายความแบบ contingency fees ก็เป็นเพียงรูปแบบวิธีการหนึ่งที่ใช้ในการ คำนวณค่าทนายความซึ่งเป็นจำนวนเงินในอนาคตที่ไม่อาจกำหนดจำนวนเงิน ได้แน่นอนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังคงมีแนวคิดที่ว่า การทำหน้าที่ของผู้มิวิชาชีพทนายความนั้นเป็นการ ให้บริการทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อคนในสังคม ดังนั้น ค่าตอบแทนที่ได้รับจากการประกอบ วิชาชีพนี้จึงควรถูกควบคุมโดยจริยธรรมทางวิชาชีพ

¹³ คณะกรรมการมรรยาททนายความ และคณะทำงานส่งเสริมและประสานงาน สอบสวนคดีมรรยาททนายความ สภาทนายความ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 11*, น. 76

¹⁴ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 33

4.3.1 ข้อดีของการกำหนดค่าทนายความแบบ contingency fees

(1) การเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม

ประโยชน์ของการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนแบบ contingency fees เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าทำให้ผู้ที่ไม่มีทุนทรัพย์ในการฟ้องคดี มีหนทางในการนำคดีของตนขึ้นสู่ศาล เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวทำให้ผู้ต้องการฟ้องคดีไม่ต้องรับความเสี่ยงในการฟ้องคดี เพราะไม่ต้องมีภาระในค่าใช้จ่ายจนกว่าจะมีผลคำพิพากษาเป็นผลในทางบวก (positive result) เท่านั้น การทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนแบบ contingency fees โดยเฉพาะในรูปแบบค่าทนายความแบบ percentage contingent fee สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเป็นครั้งแรกที่ประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁵ ในช่วงเวลาของการปฏิวัติอุตสาหกรรม (industrial revolution) โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการอนุญาต เพื่อช่วยให้ชนชั้นแรงงานผู้ได้รับบาดเจ็บหรือได้รับความเสียหายอื่น ๆ มีโอกาสหาทนายความเพื่อเป็นตัวแทนในกระบวนการพิจารณาในศาล เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายตามสิทธิของตนที่มีได้ โดยเห็นว่าการทำข้อตกลงระหว่างทนายความและลูกความ เช่นนี้ จะช่วยให้ประชาชนไม่ว่าจะมีฐานะทางเศรษฐกิจอย่างไร มีโอกาสนำคดีความของตนขึ้นสู่ศาล ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม (access to justice) ได้ง่ายขึ้น จนมีคำกล่าวที่ว่า contingency fees นั้นเป็นกุญแจสำหรับคนยากไร้ที่จะนำคดีไปสู่ศาล “the poor man’s key to the courthouse” และยังมีแนวคิดที่ว่า การห้ามมิให้ทำสัญญาเช่นนี้ จะกลายเป็นการปิดกั้นสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental right) ของบุคคลในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในสหรัฐอเมริกา นั้น กฎหมายยังกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีบทบาทในการใช้ดุลพินิจในการควบคุมการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงค่าทนายความในรูปแบบ contingency fee นี้ให้อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม กล่าวคือ หากจำนวนเงินค่าตอบแทนนั้นสมเหตุสมผล ศาลก็จะบังคับให้ตามสัญญา ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการศึกษาของวิทยานิพนธ์นี้ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและเวลส์ รวมทั้งประเทศแอฟริกาใต้ ซึ่งอนุญาตให้มีการทำสัญญารูปแบบนี้ในภายหลัง มิได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวไว้ แต่มีการกำหนดอัตราจำนวนร้อยละ (percentage) สูงสุดเอาไว้เป็นเกณฑ์เพื่อให้ศาลใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี อีกทั้งยังได้มีการกำหนดกระบวนการทั้งก่อน และหลังทำสัญญาอย่างชัดเจนไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย

¹⁵ Adrian Yeo, “Access to Justice: A Case for Contingency Fees in Singapore” *Singapore Academy of Law*, Vol. 16 (2004), p. 99

สำหรับประเทศไทยนั้น สิทธิในกระบวนการยุติธรรม นับว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (fundamental right) ของประชาชนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ให้การรับรอง โดยประชาชนชาวไทยทุกคนมีสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง บทบัญญัติดังกล่าวผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐที่จะต้องให้ความเคารพ และให้ความคุ้มครอง โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มีแนวคิดที่ว่า การห้ามมิให้ทำสัญญาจ้างว่าความที่มีการตกลงค่าทนายความในรูปแบบ contingency fees นั้น เป็นการปิดกั้นการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยหากไม่มีข้อตกลงในรูปแบบดังกล่าว เขาก็ไม่มีโอกาสในการนำคดีความของตนขึ้นสู่ศาลได้ เนื่องจากไม่มีความสามารถในการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปในการดำเนินคดี

(2) การเข้าร่วมรับความเสี่ยง

เมื่อทนายความและลูกความตกลงทำสัญญาจ้างว่าความโดยมีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนแบบ contingency fees ภาระในการชำระสินจ้าง หรือค่าตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายลูกความจะยังไม่เกิดขึ้น จนกว่าจะมีผลคำพิพากษาซึ่งเป็นประโยชน์ต่อตัวลูกความ (positive result) และหากลูกความแพ้คดี ก็ย่อมไม่มีหน้าที่ในการชำระค่าตอบแทนใด ๆ ดังนั้น แม้คู่สัญญาฝ่ายลูกความจะไม่มีทุนทรัพย์ในการดำเนินคดี หรือมีความยากลำบากหากจะต้องเสียทรัพย์สินไปในกระบวนการฟ้องคดีซึ่งไม่อาจล่วงรู้ได้ว่าจะได้รับการชดเชยความเสียหายมากน้อยเพียงไร ก็สามารถนำคดีความเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมตามสิทธิเรียกร้องที่ตนมีได้ เปรียบเสมือนการนำจำนวนเงินค่าเสียหายที่ตนมีสิทธิได้รับในอนาคต มาใช้ในการฟ้องคดีล่วงหน้านั่นเอง เปรียบเทียบกับวิธีการกำหนดค่าทนายความประเภทอื่น ๆ เช่น การกำหนดค่าทนายความแบบเหมาจ่าย หรือการกำหนดค่าทนายความเป็นรายชั่วโมง (hourly fee) ซึ่งลูกความจะต้องชำระเงินเป็นค่าตอบแทนทนายความก่อนที่จะได้ทราบผลของคำพิพากษา หากผลของคำพิพากษาไม่เป็นประโยชน์ต่อลูกความ เงินจำนวนที่เสียไปเพื่อเป็นค่าตอบแทนทนายความย่อมสูญเปล่าไป ด้วยเหตุนี้ หากลูกความผู้ได้รับความเสียหายไม่มั่นใจว่าตนจะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือไม่มั่นใจว่าจำนวนเงินค่าเสียหายที่ได้รับจะคุ้มกับค่าทนายความที่เสียได้ไปในการดำเนินคดี ก็จะไม่ใช้สิทธิเรียกร้องของตนที่มีอยู่ตามกฎหมาย ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคม ทำให้ผู้กระทำผิดไม่ได้รับผลร้ายจากการกระทำของตน จึงอาจกล่าวได้ว่าการตกลงค่าตอบแทนแบบ contingency fees นั้น ถูกนำมาใช้ในฐานะเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่ง ที่มีผลให้ทนายความเข้าร่วมรับความเสี่ยง (risk sharing) ในการแพ้คดีกับลูกความ เพราะหากไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหายตามคำพิพากษา ลูกความก็ไม่มีหน้าที่ต้องชำระค่าตอบแทนใด ๆ แก่ทนายความเลย

การที่ทนายความเข้าร่วมรับความเสี่ยง (risk sharing) กับลูกความนี้ จะส่งผลให้ทนายความมีความกระตือรือร้น และความทุ่มเทในการทำคดีมากขึ้น เมื่อเปรียบเทียบกับการทำสัญญาจ้างว่าความที่กำหนดค่าตอบแทนทนายความในรูปแบบอื่น ๆ เช่น การกำหนดค่าตอบแทนรายชั่วโมง (hourly rate) หรือการกำหนดค่าตอบแทนครั้งเดียวแบบเหมาจ่าย เนื่องจากการกำหนดค่าทนายความ 2 รูปแบบดังกล่าว ผู้เป็นทนายความย่อมมีสิทธิได้รับเงินตามสัญญาจ้างว่าความแน่นอนแล้ว ไม่ว่าจะผลของคดีนั้น ๆ จะเป็นไปในทิศทางใด¹⁶ ยกตัวอย่างในคดี Hingkey v. PG&E ซึ่งทนายความฝ่ายโจทก์และจำเลย อยู่ภายใต้สัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนในรูปแบบ percentage contingent fee ที่ร้อยละ 40 ในคดีนั้นทนายความได้ใช้ความพยายามในการแสวงหาพยานหลักฐานอย่างมาก จนนำไปสู่การประนีประนอมยอมความระหว่างโจทก์และจำเลย โดยฝ่ายโจทก์ได้รับการชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่สูงมากเป็นประวัติการณ์¹⁷

(3) จำนวนค่าทนายความสัมพันธ์กับจำนวนเงินที่ได้รับตามคำพิพากษา

เมื่อทนายความและลูกความตกลงค่าตอบแทนแบบ contingency fees หากเป็นประเภท fixed contingent fee จะมีการกำหนดจำนวนเงินค่าตอบแทนไว้อย่างแน่นอนจำนวนหนึ่ง ซึ่งลูกความได้พิจารณาแล้วว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่พอสมควรกับเงินที่ตนจะได้รับหากชนะคดี หรือหากเป็นประเภท percentage contingent fee จะมีการกำหนดจำนวนร้อยละ (%) ของเงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้จากการดำเนินคดีนั้น ซึ่งหากลูกความได้รับการเยียวยาความเสียหายเป็นจำนวนเงินมากค่าทนายความก็จะมากไปด้วย ในทางกลับกันหากลูกความได้รับการเยียวยาความเสียหายน้อยจำนวนค่าทนายความก็จะน้อยตามไปด้วย

ยกตัวอย่าง เช่น การฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายจากการบาดเจ็บทางร่างกายเป็นเงินจำนวน 1,000,000 บาท และศาลพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายแก่โจทก์เป็นจำนวน 600,000 บาท หากมีการตกลงค่าตอบแทนตามสัญญาจ้างว่าความในรูปแบบ ต่อไปนี้

¹⁶ Zoila Hinsin and Dianne Hubbard, “Access to Justice in Namibia: Proposals for Improving Public Access to Courts (Paper no.3)” Windhoek : Ministry of Foreign Affairs, 2012, p. 49

¹⁷ เสรี สุวรรณภานนท์, “ปัญหาทางกฎหมายในการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความ” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), น. 124 - 125

1. ร้อยละ 20 ของจำนวนทุนทรัพย์	ผลคดี	ค่าทนายความ
	ชนะ	200,000 บาท
	แพ้	200,000 บาท
2. Percentage contingent fee ร้อยละ 20	ผลคดี	ค่าทนายความ
	ชนะ	120,000 บาท
	แพ้	0 บาท

จากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าการตกลงกำหนดค่าตอบแทนในรูปแบบ percentage contingent fee จำนวนค่าทนายความนั้นจะมีความสัมพันธ์กับจำนวนเงินที่ลูกความได้รับการชดใช้มากกว่า เพราะในบางครั้งศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์น้อยกว่าจำนวนที่เรียกร้องไปในคำขอท้ายฟ้อง ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ลูกความก็จะมีภาระค่าใช้จ่ายในส่วนค่าทนายความเป็นจำนวนน้อยสัมพันธ์กับค่าเสียหายที่ได้รับตามคำพิพากษา และไม่มีความเสี่ยงที่ค่าเสียหายจำนวนนั้นจะกลายเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีไปเสียทั้งหมดเนื่องจากค่าตอบแทนทนายความมากกว่าจำนวนเงินหรือทรัพย์สินที่ตนได้รับการเยียวยาความเสียหายตามคำพิพากษา

4.3.2 ข้อเสียของการกำหนดค่าทนายความแบบ contingency fees

นอกจากการกำหนดค่าทนายความแบบ contingency fees จะก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ทนายความจะทำผิดมรรยาททนายความ หรือการทำความผิดตามกฎหมายอาญาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ข้อเสียอื่น ๆ ที่เป็นประเด็นถกเถียงกันอยู่ในประเทศที่ยังมิได้อนุญาตให้กระทำข้อตกลง contingency fees มีดังต่อไปนี้

(1) การเพิ่มขึ้นของคดีความเล็ก ๆ น้อย ๆ

เมื่อผู้เสียหายมีโอกาสในการดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายตามสิทธิของตน โดยที่มิต้องมีค่าใช้จ่าย จนกว่าจะได้รับการเยียวยาความเสียหายตามคำพิพากษา ผู้เสียหายย่อมไม่ลังเลใจที่จะฟ้องคดี ทำให้อัตราการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีลดลง¹⁸ แม้ข้อเสนอที่ฝ่ายจำเลยเสนอนั้นจะเป็นจำนวนค่าเสียหายที่เหมาะสมและสามารถยอมรับได้ก็ตาม หรือลูกความ

¹⁸ Richard Moorhead and Rebecca Cumming, *Damage-Based Contingency Fees in Employment Cases: A Survey of Practitioners*, Cardiff Law School, Cardiff University (2008), p. 11

อาจจะไม่ทราบว่าจะสามารถระงับข้อพิพาทได้ เพราะทนายความก็ตกกันมิให้ได้รับรู้ข้อเท็จจริงนั้น ๆ ก่อนมีการฟ้องคดี¹⁹ ด้วยเหตุนี้ ข้อพิพาทจึงไม่อาจระงับลงได้ และทำให้มีคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมมากขึ้น ทั้งนี้ รวมไปถึงคดีที่แทบไม่มีโอกาสในการชนะคดีเลยก็ตาม (frivolous litigation)²⁰ จนมีคำกล่าวว่าการทำข้อตกลงค่าตอบแทนแบบ contingency fees นี้เป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดคดีความรอกโรงศาล (litigation explosion)

อย่างไรก็ตาม ยังมีผู้คัดค้านข้อคิดเห็นดังกล่าวอยู่มาก โดยมองว่าการที่ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลคำพิพากษา โดยการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีการตกลงค่าตอบแทนในรูปแบบ contingency fees ทนายความย่อมต้องประเมินความเป็นไปได้แล้วว่า ตนมีโอกาสจะได้รับค่าตอบแทนจากการทำหน้าที่ในดำเนินคดีนั้น อันเป็นการคัดกรองคดีชั้นหนึ่ง ว่าคดีนั้นมีมูลเหตุแห่งการฟ้อง และลูกความมีสิทธิเรียกร้องเช่นนั้นอย่างแท้จริง เพราะทนายความย่อมไม่ต้องการทำงานโดยไม่ได้รับสิ่งตอบแทนเช่นกัน²¹ ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีความเห็นในอีกแนวทางหนึ่งว่า contingency fees นี้ เป็นเครื่องมือป้องกันมิให้ทนายความรับทำคดีที่ไม่มีมูลเพื่อให้ได้ค่าจ้างว่าความจากลูกความ ทั้งที่คดีนั้นแทบไม่มีมูลอันจะฟ้องได้²² และไม่ว่าคดีนั้นจะจบลงที่ขั้นตอนการดำเนินพิจารณาช่วงใดในชั้นใกล้เคียงประนีประนอมยอมความ ในศาลล่าง หรือในศาลสูง ทนายความย่อมได้รับค่าตอบแทนอันเป็นส่วนตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาจ้างว่าความจากจำนวนเงินที่ลูกความของตนได้รับการเยียวยาเมื่อคดีสิ้นสุดเช่นเดิม จึงมีการโต้แย้งต่อไปว่า ทนายความย่อมต้องการลงทุนเวลาไปกับคดีให้น้อยที่สุด และยอมสนับสนุนให้ลูกความประนีประนอมยอมความ เพื่อให้หน้าที่ของตนตามสัญญาจ้างว่าความจบลงโดยเร็วที่สุด และหากทนายความแนะนำเช่นนั้น ลูกความโดยส่วนใหญ่ก็จะไม่ปฏิเสธที่จะทำตามที่ทนายความของตนได้แนะนำ ด้วยเหตุนี้ จึงไม่มีเหตุผลใดที่ทนายความจะต้องเข้าขัดขวางมิให้

¹⁹ Janet Ann Laufer, “Of Ethics and Economics: Contingent Percentage Fees for Legal Services” *Akron Law Review*, Vol. 16 (1983), p. 749

²⁰ Zoila Hinsin and Dianne Hubbard, *supra note 16*, p. 35

²¹ Herbert M. Kritzer, “Seven Dogged Myths Concerning Contingency Fees” *Washington University Law Review*, Vol. 80 Issue 3 (2002), p. 755

²² Mike Myers, *Benefit of the Contingent-Fee Agreement*, <http://www.contingentfeeblog.com/2008/08/articles/contingent-fee-representation/benefits-of-the-contingentfee-agreement/print.html> (accessed January 23, 2016)

การประนีประนอมยอมความเกิดขึ้นโดยเร็ว เพราะความเสี่ยงที่ทนายความต้องแบกรับในชั้นใกล้เคียง ประนีประนอมยอมความนั้นย่อมมีน้อยกว่าความเสี่ยงในชั้นพิจารณา²³

(2) การได้รับประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน

เนื่องจากพระราชบัญญัติทนายความ มีบทบัญญัติห้ามมิให้ประชาชนทั่วไปทำหน้าที่เป็นทนายความในกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เมื่อต้องการฟ้องคดี หรือต่อสู้คดีอย่างใด ๆ ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องตั้งทนายความ เพื่อเข้าเป็นตัวแทนในการกระทำการเช่นว่านั้น ซึ่งการตั้งทนายความนี้ต้องมีค่าใช้จ่าย เป็นสินจ้างตามข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความ ซึ่งการทำข้อตกลง contingency fees จะส่งผลให้ทนายความเข้าไปมีส่วนในการกระตุ้น ให้ผู้อื่นมีความต้องการที่จะฟ้องคดีมากขึ้น เนื่องจากเป็นการฟ้องคดีที่ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย หรือไม่ต้องลงทุนแต่อย่างใด ถ้าหากมีคำพิพากษาให้ตนแพ้คดี โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา มีทนายความจำนวนหนึ่งถูกประณามว่าเป็น “ambulance chaser” หรือ “ผู้ไล่ล่ารถพยาบาล” ที่มักจะเสนอตัวในการนำคดีความไปฟ้องให้ผู้ซึ่งได้รับบาดเจ็บ หรือได้รับความเสียหายโดยไม่มีค่าใช้จ่าย และขอค่าตอบแทนเป็นส่วนแบ่งหลังจากที่ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายตามคำพิพากษาของศาล²⁴ การเสนอเข้ามาทำคดีโดยไม่มีค่าใช้จ่ายของทนายความในลักษณะเช่นนี้ ส่งผลให้ทนายความมีภาพลักษณ์ที่ไม่ดีนัก เพราะเป็นผู้ที่ได้เข้ามามีบทบาท และอิทธิพลต่อการตัดสินใจฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีของผู้เสียหาย จนในบางครั้งถูกมองว่าเป็นบุคคลที่ยุყงให้บุคคลเป็นความกันเพื่อประโยชน์ของตนเอง²⁵

(3) จำนวนค่าทนายความไม่สัมพันธ์กับการใช้ความรู้ความสามารถของทนายความ และระยะเวลาในการทำงาน

เมื่อลูกความเข้าทำข้อตกลง contingency fees กับทนายความแล้ว ลูกความย่อมต้องผูกพันในจำนวนค่าทนายความอันคำนวณได้จากจำนวนค่าเสียหายที่ตนจะได้รับเมื่อคดีจบสิ้น ซึ่งอาจส่งผลให้ลูกความต้องเกิดภาระในค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงกว่าการทำสัญญาจ้างว่าความปกติ

²³ Lester Brickman, “ABA Regulation of Contingency Fees: Money Talks, Ethics Walks” *Fordham Law Review*, Vol. 65 Issue 1 Article 16 (1996), p. 270

²⁴ Jayanth K. Krishnan and Herbert M. Kritzer, Lawyers Seeking Clients, Clients Seeking Lawyers: Sources of Contingency Fee Cases and Their Implications for Case Holding, *Law & Policy*, Vol. 21 No. 4 October (1999), pp. 347 - 348

²⁵ Herbert M. Kritzer, “Contingency Fee Lawyers as Gatekeepers in the American Civil Justice System, *Judicature*, Vol. 81 (1997), p. 22

ซึ่งคำนวณจากระยะเวลาการทำงานของทนายความ (hourly rate) หากคดีดังกล่าวจบลงในระยะเวลายาวขึ้น หรือมีการประนีประนอมยอมความกันได้ก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณา²⁶ เพื่อเป็นค่าตอบแทนในความเสี่ยงของทนายความที่อาจไม่ได้รับค่าตอบแทนใดหากคดีนั้นไม่ประสบความสำเร็จ (negative result)²⁷ ดังนี้ หากลูกความได้รับการเยียวยาความเสียหายเป็นจำนวนเงินที่มาก ก็จะส่งผลให้จำนวนเงินค่าทนายความตามข้อตกลงนั้นมากขึ้นไปด้วย จนในบางครั้งอาจมากเกินไปจนสมควร เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระดับความพยายาม การใช้ความรู้ความสามารถ และระยะเวลาในการปฏิบัติงานของทนายความคู่สัญญา ยกตัวอย่างเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่โดยเฉลี่ยแล้วจำนวนค่าทนายความแบบ contingency fees จะมากกว่าค่าทนายความแบบรายชั่วโมง 2-3 เท่า²⁸ หรือถ้าหากเป็นกรณีที่ลูกความได้รับการเยียวยาความเสียหายตามคำพิพากษาเป็นจำนวนเงินที่น้อย ก็อาจส่งผลให้ลูกความไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่ดีพอ อย่างไรก็ตาม ยังมีทนายความบางรายเสนออัตราค่าจ้างว่าความในอัตราที่ต่างกันไปตามขั้นตอนที่คดีนั้น ๆ จบลง เช่น หากคดีนั้นจบลงโดยการประนีประนอมยอมความโดยไม่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล หรือคดีสิ้นสุดลงในศาลล่าง อัตราค่าทนายความจะต่ำกว่าคดีที่จบลงในชั้นศาลสูง เป็นต้น

²⁶ Ken Lamance, Pros and Cons of Contingency Fees, <http://www.legalmatch.com/law-library/article/pros-and-cons-of-contingency-fees.html> (accessed January 23, 2016)

²⁷ *Pennsylvania v. Delaware Valley Citizens' Council* (1987) quoted in Lester Brickman, "ABA Regulation of Contingency Fees: Money Talks, Ethics Walks" Fordham Law Review, Vol. 65 Issue 1 Article 16, 1996, p. 270

²⁸ Eyal Zamir and Ilana Ritov, "Revisiting the Debate over Attorneys' Contingent Fees: A Behavioral Analysis," Journal of Legal Studies, Vol. 39, 2010, p. 251

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การห้ามมิให้ทนายความและลูกความตกลงกำหนดค่าทนายความตามผลคดี หรือ Contingency fees มีต้นกำเนิดมาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ที่เรียกว่าหลัก “Maintenance and Champerty” ซึ่งเกิดขึ้นครั้งแรกในช่วงศตวรรษที่ 13 หรือในช่วงยุคกลางของประเทศอังกฤษ ในสถานการณ์ที่ระบบยุติธรรมยังคงอ่อนแอ วิธีพิจารณาคความยังไม่มีระบบ ผู้พิพากษายังคงไม่มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี และตกอยู่ภายใต้อำนาจของเหล่าขุนนางและผู้มีอิทธิพลทั้งหลายได้โดยง่าย หลักข้อห้ามนี้จึงได้มีขึ้น โดยได้กำหนดโทษทางอาญาทั้งโทษปรับและโทษจำคุก ไว้เพื่อลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกระทำข้อตกลงดังกล่าว ดังนั้น เป้าหมายแรกเริ่มของหลักการนี้จึงมีไว้เพื่อบังคับใช้แก่เหล่าขุนนาง ผู้มีอิทธิพล หรือผู้มีฐานะที่มักจะแสวงหาผลประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกัน โดยการเข้าอาสาช่วยเหลือประชาชนทั่วไปในการนำสิทธิเรียกร้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม แลกเปลี่ยนกับการเข้ามีส่วนแบ่งจากเงินหรือทรัพย์สินที่ประชาชนเหล่านั้นจะได้รับการชดใช้ตามคำพิพากษา หลักข้อห้ามดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีระหว่างทนายความและลูกความเกี่ยวกับการทำข้อตกลงค่าทนายความแบบ contingency fees ในเวลาต่อมา อิทธิพลของหลักข้อห้ามนี้เป็นไปอย่างกว้างขวางในหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย โดยในปัจจุบันยังคงมีหลายประเทศที่บัญญัติห้ามมิให้ทำข้อตกลงเช่นนี้ต่อกันไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน เช่น ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยในอดีตนั้น การทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความ จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติทนายความที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะที่ทำสัญญานั้น ซึ่งพระราชบัญญัติทนายความที่ผ่านมามากฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457, พ.ศ. 2477, พ.ศ. 2508 รวมทั้งฉบับ พ.ศ. 2528 (ในช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529) ก็มีบทบัญญัติห้ามมิให้ทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความโดยมีข้อตกลง “แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะถึงได้แก่ลูกความ” ไว้อย่างชัดเจน แต่ในภายหลังการประกาศใช้ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ในวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 บทบัญญัติมาตรา 12(2) แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 ซึ่งเป็นบัญญัติที่ห้ามมิให้ทำข้อตกลงเช่นนั้นก็ได้อันผลบังคับ

ไปตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 86 วรรค 2 ส่งผลให้การทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความในภายหลังจากนั้น ไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ข้อบังคับตามพระราชบัญญัติทนายความเหมือนเช่นในอดีตอีกต่อไป

ในปัจจุบัน สัญญาจ้างว่าความ อยู่ภายใต้บังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะมีความสัมพันธ์ส่วนใหญ่ในลักษณะที่ใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับจ้างและผู้ว่าจ้างในสัญญาจ้างทำของ และความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนในสัญญาตัวแทน แต่ในบางกรณี หลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวก็ไม่อาจนำมาปรับใช้กับสัญญาจ้างว่าความซึ่งเป็นสัญญาทางวิชาชีพที่มีลักษณะเฉพาะได้อย่างเหมาะสม เช่น กรณีที่ทนายความเห็นว่าตนมีอาจปฏิบัติหน้าที่เป็นทนายความให้แก่ลูกความได้อย่างอิสระ โดยปราศจากความครอบงำหรือสั่งการจากลูกความหรือบุคคลอื่นใด ทนายความผู้นั้นมีสิทธิที่จะถอนตัวจากการปฏิบัติหน้าที่ โดยร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งถอนตนออกจากการได้รับการตั้งทนายความในคดีนั้นได้ เมื่อได้แจ้งล่วงหน้าให้ลูกความทราบ เพื่อให้ลูกความมีระยะเวลาในการหาทนายความคนใหม่เพื่อทำหน้าที่แทน ซึ่งการถอนตัวในกรณีดังกล่าว ไม่ถือเป็นการผิดสัญญาจ้างแต่อย่างใด หรือกรณีการตั้งตัวแทนช่วงในสัญญาตัวแทน ที่ในกรณีทั่วไปตัวแทนไม่อาจตั้งตัวแทนช่วงได้หากตัวการไม่ได้ให้อำนาจไว้ แต่การทำหน้าที่เป็นทนายความนั้น ทนายความอาจทำการมอบฉันทะได้ และการใดที่ผู้รับมอบฉันทะได้กระทำไป จะมีผลผูกพันตัวความด้วย แม้ตัวความจะมีได้ยินยอมให้ทนายความทำการมอบฉันทะดังกล่าวก็ตาม นอกจากนี้ เมื่อสัญญาจ้างว่าความถูกจัดให้เป็นสัญญาจ้างทำของ และสัญญาตัวแทน จึงเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ไม่มีแบบกำหนดไว้ ดังนั้น การทำสัญญาจึงเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (The Doctrine of Freedom of Contract and Autonomy of Will) แต่เนื่องจากบทบาทของผู้มีวิชาชีพทนายความนั้นส่งผลกระทบต่อคนในสังคม เมื่อมีคดีความเกี่ยวกับสัญญาจ้างว่าความเข้าสู่ศาล ศาลก็มักจะใช้ดุลพินิจในการเข้ามามีบทบาทในการควบคุมสัญญาจ้างว่าความโดยอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ ที่มีได้บัญญัติไว้สำหรับใช้บังคับกับการทำสัญญาจ้างว่าความโดยตรง มาใช้เป็นหลักในการพิพากษาคดี เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโภค พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น โดยเฉพาะในส่วนของข้อกำหนดค่าตอบแทนที่ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลของคดีนั้น ศาลจะหยิบยกรหัสจริยธรรมวิชาชีพทนายความ ในฐานะเป็นกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนมาเป็นหลักพื้นฐานในการพิพากษาให้สัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเช่นนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งจุดมุ่งหมายหลักของการเข้ามามีบทบาทในการควบคุมการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนที่ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลของคดีนั้นก็เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากทนายความผู้ซึ่งเป็นคู่สัญญาที่มี

ความรู้ทางกฎหมายเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายลูกความ แต่การคุ้มครองดังกล่าวนั้นก็เกิดขึ้นได้เฉพาะแต่เพียงกรณีที่มีกรณีพิพาทเป็นคดีความขึ้นสู่ชั้นศาล การแก้ปัญหาโดยการให้การคุ้มครองเช่นนี้ จึงเป็นเพียงการแก้ไขปัญหที่ปลายเหตุเท่านั้น

ในส่วนการพิจารณาว่าการทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้รับจากการฟ้องคดี ยังคงเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายและเป็นการกระทำที่ผิดจริยธรรมวิชาชีพทนายความ อันขัดต่อหลักกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนต่อไปหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นกำเนิด (origin) ของข้อห้ามดังกล่าว ก็ได้มีวิวัฒนาการทางด้านกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างต่อเนื่อง เริ่มต้นจากการอนุญาตให้ทนายความและลูกความทำข้อตกลงที่เรียกว่า conditional fee ซึ่งเป็นข้อตกลงในรูปแบบที่ทนายความเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลคดีของลูกความ กล่าวคือ ทนายความจะมีสิทธิในการได้รับเงินจำนวนหนึ่งเพิ่มขึ้นจากค่าตอบแทนตามปกติที่ได้รับจากสัญญาจ้างว่าความ เรียกว่า “ค่าประสบความสำเร็จ” หรือ “success fee” เฉพาะแต่ในกรณีที่ลูกความชนะคดีเท่านั้น ซึ่งข้อตกลงลักษณะนี้นับว่าเป็นประเภทหนึ่งของข้อตกลงค่าตอบแทนแบบ contingency fees จนกระทั่งเกิดการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในปี ค.ศ. 2010 ที่ประเทศอังกฤษและเวลส์ ได้ตรากฎหมายอนุญาตให้ทนายความและลูกความทำสัญญาจ้างว่าความในการดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงาน ที่เรียกว่า “Damages-Based Agreement” หรือ “สัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงในการกำหนดค่าทนายความโดยใช้จำนวนค่าเสียหายเป็นฐานในการคำนวณ” ซึ่งมีรูปแบบข้อตกลงเช่นเดียวกับ Contingency Fees Agreement เพียงแต่ใช้ชื่อเรียกที่แตกต่างกันเท่านั้น โดยหลังจากนั้นเพียง 3 ปี คือในปี ค.ศ. 2013 ก็ได้มีการตรากฎหมายขยายขอบเขตการอนุญาตให้กว้างขวางขึ้น โดยตามกฎหมายฉบับนี้ ทนายความและลูกความสามารถทำสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงในการกำหนดค่าทนายความโดยใช้จำนวนค่าเสียหายเป็นฐานในการคำนวณได้ ในคดีสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับความบาดเจ็บของบุคคล (personal injuries) และในคดีสิทธิเรียกร้องในค่าเสียหายประเภทอื่น ๆ ด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในประเทศไทย ไม่ว่าจะระบบกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ ในปัจจุบันแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างจากสถานการณ์ในประเทศอังกฤษในช่วงเวลาที่หลักข้อห้ามนี้ได้เกิดขึ้นอย่างสิ้นเชิง เพราะในปัจจุบันสิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนทุกคน กฎหมายเกี่ยวกับระบบกระบวนการพิจารณาคดีมีความแน่นอน ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลใด กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง หลักข้อห้ามจึงมีความจำเป็นน้อยลงไปกว่าในอดีตมาก เมื่อพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียประกอบกันแล้ว ข้อห้ามดังกล่าวจึงไม่ควรเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมาย และขัดต่อจริยธรรมวิชาชีพทนายความอีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม การอนุญาตให้ทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนลักษณะเช่นนี้ ยังควรอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายลูกความให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากคำพิพากษาที่เพียงพอ โดยมีต้องเสียเงินที่ได้มาไปเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีไปเสียหมดสิ้น

เมื่อพิจารณาประกอบกับสถานการณ์ในประเทศอังกฤษ ช่วงปี ค.ศ. 1979 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่การทำข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนโดยใช้เงินหรือทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากการดำเนินคดีเป็นฐานในการคำนวณระหว่างทนายความและลูกความนั้นยังเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอยู่ ทนายความและลูกความมักจะทำข้อตกลงดังกล่าวอย่างลับ ๆ ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายประเภทต่าง ๆ ซึ่งการทำข้อตกลงเช่นว่านั้นก็ไม้อาจถูกตรวจพบ และควบคุมได้ทุกราย เช่นเดียวกับในประเทศไทยซึ่งกำลังตกอยู่ในสถานะเดียวกันกับในประเทศอังกฤษสมัยนั้น เห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงแบ่งเอาส่วนจากเงินที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ที่มีมาตลอดนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็มิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติห้ามอย่างชัดแจ้ง หรือในขณะที่บทบัญญัติห้ามนั้นได้ถูกยกเลิกไปแล้ว การทำข้อตกลงดังกล่าวแบบลับ ๆ นั้น ส่งผลเสียหลายประการทั้งต่อคู่สัญญาฝ่ายลูกความ และฝ่ายทนายความ อธิบายได้ดังนี้

ผลเสียแก่คู่สัญญาฝ่ายลูกความ คู่สัญญาฝ่ายลูกความนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเป็นพิเศษ และไม่ทราบว่าการกำหนดค่าตอบแทนทนายความโดยแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ตนจะได้รับจากการดำเนินคดีนั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (จริยธรรมวิชาชีพทนายความ) ด้วยเหตุนี้ ไม่ว่าจะคู่สัญญาฝ่ายทนายความจะเรียกร้องสัดส่วนจำนวนเท่าใด ลูกความก็พร้อมที่จะปฏิบัติตามสัญญาทั้งสิ้น และด้วยเหตุที่กฎหมายไม่ให้การยอมรับการทำข้อตกลงดังกล่าว การทำข้อตกลงที่เป็นไปในลักษณะลับ ๆ จึงไม่มีขอบเขตสูงสุดของการแบ่งส่วนนั้น จนในบางครั้งลูกความก็ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมากจนไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เพียงพอ

ผลเสียต่อคู่สัญญาฝ่ายทนายความ กรณีกลับกัน หากลูกความทราบว่า การกำหนดค่าตอบแทนทนายความโดยแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ตนจะได้รับจากการดำเนินคดีนั้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย (จริยธรรมวิชาชีพทนายความ ในฐานะกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน) แม้ข้อตกลงนั้นจะเป็นการกำหนดค่าตอบแทนที่มีความสมเหตุสมผลก็ตาม ลูกความผู้รู้กฎหมายนั้นก็อาจใช้ความรู้นี้เป็นช่องทางในการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความ เพราะเมื่อเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล ศาลก็จะพิพากษาให้สัญญาจ้างว่าความนั้นตกเป็นโมฆะทันที

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเปรียบเทียบสถานการณ์ในช่วงเวลาที่หลักข้อห้ามได้ถือกำเนิดขึ้น กับ สถานการณ์ที่เป็นอยู่ในประเทศไทยในปัจจุบัน ประกอบกับการศึกษาพัฒนาการของกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรทั้งของประเทศไทย และของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษและเวลส์ ประเทศ สหรัฐอเมริกา และประเทศแอฟริกาใต้โดยละเอียดแล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า แนวคำพิพากษา และ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างว่าความในประเทศไทย สมควรต้องพัฒนาไปตามสถานการณ์ความ เป็นไปของสังคมในปัจจุบัน โดยขอเสนอแนวทาง ดังนี้

1. นักกฎหมายควรปรับเปลี่ยนทัศนคติที่มีต่อการกำหนดค่าทนายความในรูปแบบ percentage contingent fee โดยมองว่าการตัดทบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องออกจากพระราชบัญญัติ ทนายความ แม้จะมีได้มีการบัญญัติอนุญาติไว้อย่างชัดเจน ก็เป็นการยกเลิกข้อห้ามนั้น เพราะการ คาดหวังให้มีการบัญญัติกฎหมายอนุญาติให้กระทำการใดได้บ้างนั้น เป็นการยากที่จะบัญญัติให้ ครบคลุมได้ นอกจากนี้ หากแม้ percentage contingent fee ยังเป็นการต้องห้ามอยู่ การห้าม นั้นก็ปราศจากสภาพบังคับ และมีระบบการควบคุมที่ไม่มีความชัดเจนพอ ทำให้ศาลต้องใช้กฎหมายที่ ไม่เหมาะสมกับลักษณะของสัญญาจ้างว่าความในการพิจารณาและพิพากษาคดี ด้วยเหตุนี้ จึงควรมี การบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่ออนุญาติให้การกำหนดค่าทนายความในรูปแบบ percentage contingent fee อย่างชัดเจน เพื่อให้ศาลมีต้องใช้ดุลพินิจในการหยิบยกจริยธรรม วิชาชีพทนายความซึ่งไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเหมือนเช่นในต่างประเทศ มาใช้ในฐานะ กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความแตกต่าง ในการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละท่าน และยังอาจเกิดความไม่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย มากขึ้นเรื่อย ๆ ในอนาคต

2. เมื่อปรับเปลี่ยนทัศนคติที่มีต่อการกำหนดค่าทนายความในรูปแบบ percentage contingent fee แล้วว่าเป็นการยกเลิกข้อห้ามแล้ว จะส่งผลให้ทนายความและลูกความสามารถทำ ข้อตกลงต่อกันได้ โดยไม่มีขอบเขต หรืออัตราสูงสุดของค่าทนายความที่อาจตกลงกันได้ ด้วยเหตุนี้ จึง ควรมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรวางกรอบที่ชัดเจนเกี่ยวกับการทำข้อตกลง เพื่อประโยชน์แก่ ศาลในการใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยสาระสำคัญของกฎหมายลายลักษณ์อักษร นั้น ควรเป็นไปในแนวทาง ดังต่อไปนี้

- 2.1 การบัญญัติอนุญาติให้ทำข้อตกลง percentage contingent fee ใน กระบวนการพิจารณาคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย ได้แก่ ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิด และ

ค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญา เท่านั้น เนื่องจากในคดีประเภทอื่น ไม่มีค่าเสียหาย (damages) ซึ่งศาลจะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการพิจารณาได้ว่า ค่าทนายความตามข้อตกลงนั้นอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมหรือไม่ อีกทั้งในส่วนของการใช้การแพ้ชนะคดีเป็นเงื่อนไขในการชำระหรือไม่ชำระค่าทนายความ เช่น conditional fee, speculative fee หรือ fixed contingent fee ก็เป็นรูปแบบการกำหนดค่าทนายความที่สามารถทำได้โดยไม่ต้องห้ามอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการห้ามตามกฎหมายหรือการห้ามตามแนวคำพิพากษาฎีกาก็ตาม

อย่างไรก็ตาม กฎหมายควรบัญญัติห้ามมิให้ใช้การกำหนดค่าทนายความรูปแบบที่มีลักษณะเป็น contingency fees หรือ “no win, no fee” ทั้งหมดที่กล่าวมาข้างต้น ในกระบวนการพิจารณากฎหมายครอบครัว เพราะจะเป็นการบั่นทอนความมั่นคงของสถาบันครอบครัว และในกระบวนการพิจารณากฎหมายอาญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลย เพราะการที่ทนายความมุ่งแต่ผลประโยชน์ของคดีนั้นอาจทำให้เสียความยุติธรรมได้ (โปรดดูบทที่ 3 Contingency Fees ในกฎหมายต่างประเทศ หน้า 76 - 77)

2.2 การบัญญัติให้สัญญาจ้างว่าความจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นสำคัญ จึงจะบังคับต่อกันได้ โดยให้มีข้อความเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาที่สัญญาจ้างว่าความนั้นครอบคลุมถึง จำนวนเงินค่าตอบแทน หรือวิธีการคิดคำนวณค่าตอบแทนในอนาคต รวมทั้งกำหนดเวลาในการชำระค่าตอบแทนนั้น ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในทางพยานหลักฐาน และเพื่อความเข้าใจที่ตรงกันระหว่างคู่สัญญา ซึ่งจะลดโอกาสในการเกิดข้อพิพาทขึ้นในอนาคต โดยคู่สัญญาฝ่ายทนายความ ผู้ซึ่งมีความรู้ความสามารถทางด้านกฎหมายเหนือกว่า คู่สัญญาฝ่ายลูกความ มีหน้าที่ในการอธิบายเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทั้งหมดให้แก่ลูกความทราบโดยละเอียด โดยเฉพาะทางเลือกเกี่ยวกับรูปแบบการกำหนดค่าทนายความ ซึ่งถ้าหากคู่สัญญาฝ่ายลูกความมีความเข้าใจ และความต้องการจะกำหนดค่าทนายความในรูปแบบ percentage contingent fee จะต้องมีการระบุจำนวนร้อยละ (%) ของจำนวนเงินค่าเสียหายที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษาอย่างชัดเจนในสัญญาจ้างว่าความ หากจำนวนร้อยละที่ระบุนั้นเกินไปกว่าอัตราสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ ให้บังคับได้เพียงเท่าที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย และให้ถือว่าทนายความผู้นั้นกระทำผิดมรรยาททนายความ ต้องรับโทษตามที่พระราชบัญญัติทนายความกำหนดไว้ เพื่อให้กฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้องนี้กลับมีสภาพบังคับเหมือนเช่นที่เป็นมาในอดีต

2.3 การบัญญัติอัตราค่าทนายความสูงสุดที่ทนายความจะสามารถเข้ามีส่วนร่วมในประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา (contingency fees) ให้มีอัตราขั้นสูงไม่เกิน สัดส่วน ดังต่อไปนี้

- กรณีที่เป็นการฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิด ให้จำกัดค่าทนายความที่ไม่เกินร้อยละ 25 ของค่าเสียหายที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ทั้งนี้ ไม่รวมไปถึงค่าเสียหายในอนาคต เพื่อเป็นหลักประกันแก่ลูกความให้ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เพียงพอ โดยเฉพาะกรณีที่เป็นค่าเสียหายเพื่อความบาดเจ็บของบุคคล (personal injuries)

- กรณีที่เป็นการฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญา ให้จำกัดค่าทนายความที่ไม่เกินร้อยละ 30 ของค่าเสียหายที่ลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา ทั้งนี้ เพื่อให้ไม่ทำให้ทนายความเข้าไปมีส่วนในผลประโยชน์จากการที่ผู้อื่นเป็นความกันมากเกินสมควร

- กรณีที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าประสบความสำเร็จ (success fee) ให้จำกัดอัตราขั้นสูงไม่เกินร้อยละ 50 ของค่าทนายความตามปกติ

การกำหนดอัตราขั้นสูงของค่าตอบแทนแต่ละประเภทข้างต้น ผู้ศึกษากำหนดโดยพิจารณาหลักเกณฑ์ตามกฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับความเหมาะสมกับสภาพสังคมไทย ซึ่งอยู่ในช่วงเวลาเปิดรับความเปลี่ยนแปลงนี้ในระยะแรก หากในอนาคตหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่าทนายความในรูปแบบ contingency fees เป็นที่เข้าใจและได้รับการยอมรับจากสังคมมากขึ้น สัดส่วนดังกล่าวก็อาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามความเหมาะสม

5.3 ตัวอย่างสัญญาจ้างว่าความ

(1) ตัวอย่างสัญญาจ้างว่าความทั่วไป

ทำที่ _____

วันที่ _____

สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นระหว่าง _____ อายุ _____ ปี
 อาศัยอยู่บ้านเลขที่ _____ ซึ่งต่อไป
 ในสัญญานี้จะเรียกว่า “ลูกความ” ฝ่ายหนึ่ง กับ _____
 อายุ _____ ปี สำนักงานอยู่ที่ _____
 _____ ซึ่งต่อไปในสัญญานี้จะเรียกว่า “นายความ” อีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญา
 ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำข้อตกลงกัน ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ลูกความตกลงว่าจ้าง และนายความตกลงรับทำหน้าที่ตามความจำเป็นในการ
 ดำเนินคดีตามกฎหมายแก่ _____ ในเรื่องเกี่ยวกับ

ข้อ 2 คู่สัญญาตกลงค่าจ้างว่าความ โดยแบ่งเป็นแต่ละชั้นศาล ดังต่อไปนี้

ในศาลชั้นต้น เป็นเงินจำนวน _____ บาท โดยแบ่งชำระเป็น _____ งวด ดังต่อไปนี้

งวดที่ 1 เมื่อ _____ เป็นเงินจำนวน _____ บาท

งวดที่ 2 เมื่อ _____ เป็นเงินจำนวน _____ บาท

งวดที่ 3 เมื่อ _____ เป็นเงินจำนวน _____ บาท

...

ในชั้นอุทธรณ์ เป็นเงินจำนวน _____ บาท

ในชั้นฎีกา เป็นเงินจำนวน _____ บาท

ข้อ 3 ค่าจ้างว่าความตามข้อ 2 เป็นค่าทนายความ ที่ไม่ครอบคลุมไปถึงค่าใช้จ่ายในการ บังคับคดี และค่าธรรมเนียมต่าง ๆ โดยทนายความจะแจ้งรายละเอียด และหลักฐานการทรงชำระ เงินให้ลูกความทราบเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ลูกความจะรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายไม่เกินไปกว่า _____ บาท เว้นแต่ได้จะให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร

ข้อ 4 (ข้อตกลงอื่น ๆ ที่อาจมีเพิ่มเติม) _____

ข้อ 5 (ข้อตกลงอื่น ๆ ที่อาจมีเพิ่มเติม) _____

สัญญาฉบับนี้ทำขึ้น 2 ฉบับ ซึ่งมีข้อความถูกต้องตรงกันทุกประการ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้อ่าน และเข้าใจข้อความดังกล่าวเป็นอย่างดีแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าพยาน

ลงชื่อ _____ ทนายความ
()

ลงชื่อ _____ ทนายความ
()

ลงชื่อ _____ พยาน
()

ลงชื่อ _____ พยาน
()

(2) ตัวอย่างสัญญาจ้างว่าความที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนแบบ**Percentage Contingent fee**

ทำที่ _____

วันที่ _____

สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นระหว่าง _____ อายุ _____ ปี
อาศัยอยู่บ้านเลขที่ _____ ซึ่งต่อไป
ในสัญญานี้จะเรียกว่า “ลูกความ” ฝ่ายหนึ่ง กับ _____
อายุ _____ ปี สำนักงานอยู่ที่ _____
_____ ซึ่งต่อไปในสัญญานี้จะเรียกว่า “นายความ” อีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญา
ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงทำข้อตกลงกัน ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ลูกความตกลงว่าจ้าง และนายความตกลงรับทำหน้าที่ตามความจำเป็นในการ
ดำเนินคดีตามกฎหมายแก่ _____ ในเรื่องเกี่ยวกับ

ข้อ 2 นายความได้ให้คำแนะนำเกี่ยวกับรูปแบบการกำหนดค่าทนายความวิธีอื่น ๆ พร้อม
ทั้งได้ให้ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการกำหนดค่าทนายความโดยการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็น
มูลพิพาทซึ่งลูกความจะได้รับตามคำพิพากษา เป็นลายลักษณ์อักษรก่อนทำสัญญานี้แล้ว

ลูกความเข้าใจสาระสำคัญของข้อตกลงโดยตลอดแล้ว จึงตกลงชำระค่าจ้างว่าความ ใน
สัดส่วนร้อยละ _____ ของเงินซึ่งลูกความจะได้รับตามผลของคำพิพากษา (อัตราสูงสุดต้องไม่เกินที่
กฎหมายบัญญัติไว้)

ข้อ 3 ค่าจ้างว่าความตามข้อ 2 เป็นค่าทนายความ ที่ไม่ครอบคลุมไปถึงค่าใช้จ่ายในการ
 บังคับคดี และค่าธรรมเนียมต่าง ๆ โดยนายความจะแจ้งรายละเอียด และหลักฐานการทอรองชำระ
เงินให้ลูกความทราบเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ลูกความจะรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายไม่เกินไปกว่า
_____ บาท เว้นแต่ได้จะให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร

ข้อ 4 (ข้อตกลงอื่น ๆ ที่อาจมีเพิ่มเติม) _____

ข้อ 5 (ข้อตกลงอื่น ๆ ที่อาจมีเพิ่มเติม) _____

สัญญาฉบับนี้ทำขึ้น 2 ฉบับ ซึ่งมีข้อความถูกต้องตรงกันทุกประการ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้อ่าน และเข้าใจข้อความดังกล่าวเป็นอย่างดีแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าพยาน

ลงชื่อ _____ นายความ
()

ลงชื่อ _____ นายความ
()

ลงชื่อ _____ พยาน
()

ลงชื่อ _____ พยาน
()

บรรณานุกรม

หนังสือ

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จ้างทำของรับขน. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2553.

จิตติ ดิงศภัทย์. หลักวิชาซีพนักกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

เฉลิม สถิตย์ทอง. หลักวิชาซีพกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ม.ป.ป.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. จริยธรรมของนักกฎหมาย. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2531.

ดิเรก ควรสมาคม. คำอธิบายหลักวิชาซีพนักกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.

ที่ระลึกพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2515. พระนคร : มิตรนราการพิมพ์, 2514.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. นักกฎหมายในอุดมคติ. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546.

_____. แง่คิดในการตีความกฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548.

_____. การใช้ดุลพินิจของศาลยุติธรรม: ปาฐกถาพิเศษ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547.

_____. และมุนินทร์ พงศาปาน. หลักวิชาซีพนักกฎหมายในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

_____. และวิชา มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.

ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน, 2556.

พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตโต), กรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์, พระเจ้าวรวงศ์เธอ,
จิตติ ดิงศภัทย์, ปรีดี เกษมทรัพย์, ชานินทร์ กรัยวิเชียร, โสภณ รัตนากร, และคนอื่น ๆ ;
แสง บุญเฉลิมวิภาส (บรรณาธิการ). รวมคำบรรยายหลักวิชาซีพนักกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 7.
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2550.

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 กับประกาศระเบียบการสำหรับพระราชบัญญัติทนายความ.
พระนคร : โรงพิมพ์หนังสือพิมพ์ไทย, 2459.

พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา. ปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่มีผลกระทบต่อ
กระบวนการพิจารณา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2539.

ภูมินทร์ บุตรอินทร์. ความรู้เบื้องต้นการให้คำปรึกษาด้านกฎหมายและการทำหน้าที่ทนายความฝึกหัด
≡ Legal consultancy and advocacy. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2556.

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะนิติศาสตร์. 60 ปี ดาราพร : รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 60
ปี รองศาสตราจารย์ ดร. ดาราพร ธีระวัฒน์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.

มองเตสกีเออ และบารอน ชาร์ลส์ เดอ เซอองดาร์. เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย(De l' esprit des lois)
(วิภาวรรณ ตูยานนท์, ผู้แปล). กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528.

วาสนา ฉวีรักษ์. คู่มือการสอบสวนคดีมรยาททนายความ. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการมรยาท
ทนายความ สภาทนายความ, 2542.

วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรณัชชากุล และคณะ. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับ
อ้างอิง), พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2555.

ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้ง
ระยะเวลา และอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, พิมพ์ครั้งที่
ที่ 9. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2549.

สภาทนายความ, คณะกรรมการมรยาททนายความ และคณะทำงานส่งเสริมและประสานงาน
สอบสวนคดีมรยาททนายความ. จริยธรรมและมรยาททนายความ. กรุงเทพมหานคร :
บพิศการพิมพ์, 2544.

สภาพนายความ, สถาบันวิจัยและพัฒนากฎหมาย. พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 พร้อมด้วย
กฎกระทรวงและข้อบังคับสภาพนายความที่เกี่ยวข้อง. กรุงเทพมหานคร : สภาพนายความ,
2553.

สุจริต ถาวรสุข. ทนายความพิสดาร ว่าด้วยความสำคัญของทนายความ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์
ไทยสัมพันธ์, 2514.

เสถียร วิชัยลักษณ์. พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 พร้อมด้วยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม
และข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ. พระนคร : นิติวะช, 2495.

_____. พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508. พระนคร : นิติวะช, 2508.

เสรี สุวรรณภานนท์. ปัญหาการจ้างว่าความที่ไม่แน่นอน = Contingent fee. กรุงเทพมหานคร : ห้าง
หุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร, 2546.

_____. สัญญาจ้างว่าความ : ศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์หนังสือ
สำนักกฎหมายเสรี, 2546.

สนธยา จันทรวิภาสวงศ์ (ผู้รวบรวม). พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ปรับปรุง พ.ศ. 2546 -
2549. กรุงเทพมหานคร : สุตรไพศาล, 2546.

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. รวบรวมบทความเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่
ที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, 2545.

สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, สำนักกฎหมาย. รายงานฉบับสมบูรณ์ การรวบรวมบทบัญญัติ
กฎหมายเรื่องเดียวกันไว้ด้วยกัน เกี่ยวกับมรรยาททนายความและคดีมรรยาททนายความ.
นนทบุรี : สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, 2548.

อรพรรณ พนัสพัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลักษณะฝากทรัพย์ วิธีการเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรม
ฝากเงิน เก็บของในคลังสินค้า จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร
: นิตินธรรม, 2549.

บทความ

จรัญ ภัคดีธนากุล. “สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540”.
อุลพาห, (มกราคม – มิถุนายน 2541) : 77-154.

จุฬารัตน์ ยะปะนัน. “การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
 จุลนิติ, (พฤษภาคม-มิถุนายน 2553) : 165-173.

พอพันธ์ คิตจิตต์. “แนวความผิดและผลกระทบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม”. อุลพาห, เล่มที่ 6 ปี
 ที่ 40 (พฤศจิกายน – ธันวาคม 2536) : 38-54.

ไพจิตร ปุญญพันธ์. “ฎีกาวิเคราะห์ : การเรียกค่าจ้างว่าความโดยคิดเป็นร้อยละของทุนทรัพย์ที่
 ลูกความจะได้รับในคดี”. บทบัณฑิตย, เล่ม 57 ตอน 4 (ธันวาคม 2544) : 158-179.

_____. “ฎีกาวิเคราะห์ : คำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2543 ควรให้ทนายความเข้าเป็น
 ทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ
 หรือไม่?”. วารสารกฎหมาย สุขโขทัยธรรมมาธิราช, ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2543) : 154-
 176.

วิชา มหาคุณ และคณะ. จริยธรรมในวิชาชีพกฎหมาย. จุลนิติ, (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2556) : 29-42.

อนันต์ ช้วยนีก. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความในการฟ้องคดี
 แบบกลุ่ม (Legal Problems of the Collection of Retaining Fee For Class Action
 Lawsuits)”. วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี, (กันยายน-ธันวาคม 2555) : 61-71.

วิทยานิพนธ์

ไกรวิณี สุนทรมน. “สิทธิของผู้ว่าจ้างในการเลิกสัญญาจ้างทำของ” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

วาฐิณี วงษ์วิจิต. “การเปิดเผยความลับ: กรณีศึกษาผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย” วิทยานิพนธ์ปริญญา
 มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.

วิไลพร เจียรกิตติวงศ์. “ความไม่เหมาะสมของหลักเกณฑ์ในการพิจารณาข้อสัญญาที่ไม่เป็น
 ธรรมตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม Flaws surrounding the criteria for
 determining unfair terms under the law of unfair contract terms” วิทยานิพนธ์
 ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

สนธิ์ กังสนารักษ์. “ปัญหาการเลิกสัญญาจ้างทำของ : ศึกษาเฉพาะกรณีการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว
 ของผู้ว่าจ้างตาม ปพพ. มาตรา 605” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

สุทธาวัลย์ อ่อนน้อม. “ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

เสรี สุวรรณภานนท์. “ปัญหาทางกฎหมายในการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความ” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544.

อภิสิทธิ์ ไต้ระหันต์. “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

Books

Emons, W. Conditional and Contingent Fees: A Survey of Some Recent Results. Wiesbaden : Gabler, 2008.

Hinsin, Z. and Hubbard, B. Access to Justice in Namibia: Proposals for Improving Public Access to Courts (Paper no.3). Windhoek : Ministry of Foreign Affairs, 2012.

Luban, David J. Legal Ethics and Human Dignity. Cambridge, U.K. : Cambridge University Press, 2007.

Researches

Chan, G. “Re-Examining Policy: A Case for Conditional Fees in Singapore? *Common Law World Review*” Research Collection School of Law. Singapore Management University, 2004.

Moorhead, R. “Improving Access to Justice - Contingency Fees: A study of their operation in the United States of America” A Research Paper Informing the Review of Costs. Cardiff Law School, Cardiff University, 2008.

Moorhead, R. and Cumming, R. “Damages-Based Contingency Fees in Employment Cases. A Survey of Practitioners” Cardiff Law School, Cardiff University, 2008.

Articles

Brickman, L. "ABA Regulation of Contingency Fees: Money Talks, Ethics Walks" Fordham Law Review, Vol. 65 Issue 1 Article 16, 1996.

Day, M. "No Win, No Fee: Ethics?" Amicus Curiae, Issue 34 p. 31, 2001.

Downey, M. "Ethics and Contingency Fees" Precedent, pp. 26-28, 2012.

Emons, W. and Garoupa, N. "US-Style Contingent Fees and UK-Style Conditional Fees: Agency Problems and the Supply of Legal Services" Managerial and Decision Economics, Vol. 27 Issue 5 pp. 379-385, 2006.

Jern-Fei NG. "The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration" Sweet and Maxwell, pp. 208-213, 2010.

McQuoid-Mason D. J. "The Delivery of Civil Legal Aid Services in South Africa" Fordham International Law Journal, Vol. 24 Issue 6 Article 6 pp. 109-142, 2000.

Landsman, S. "The History of Contingency and the Contingency of History" DePaul Law Review, Vol. 47 Issue 2 Article 4 pp. 261-265, 1998.

Laufer J. A. "Of Ethics and Economics: Contingent Percentage Fees for Legal Services" Akron Law Review, Vol. 16 pp. 747-759, 1983.

Karsten, P. "Enabling the Poor to Have Their Day in Court: The Sanctioning of Contingency Fee Contracts, a History to 1940" DePaul Law Review, Vol. 47 Issue 2 Article 3 pp. 231-260, 1998.

Krishnan J. K. and Kritzer H. M. "Lawyers Seeking Clients, Clients Seeking Lawyers: Sources of Contingency Fee Cases and Their Implications for Case Holding" Law & Policy, Vol. 21 No. 4, pp. 347-375, 1999.

Kritzer H. M. "Contingency Fee Lawyers As Gatekeepers in the American Civil Justice System, Judicature, Vol. 80 No. 1, pp. 22-29, 1997.

_____ "Seven Dogged Myths Concerning Contingency Fees" Washington University Law Review, Vol. 80 Issue 3 pp. 739-786, 2002.

- _____ “The Wages of Risk: The Returns of Contingency Fee legal Practice”
DePaul Law Review, Vol. 47 Issue 2 Article 5 pp. 266-319, 1998.
- Tan, D. L. “Proposal of the Sub-committee on Contingency Fees” Law Gazette, 2004.
- Yeo, A. “Access to Justice: A Case for Contingency Fees in Singapore” Singapore Academy of Law, Vol. 16 pp. 76-167, 2004.
- Zander, M. “Will The Revolution in The Funding of Civil Litigation in England Eventually Lead To Contingency Fee?” DePaul Law Review, Vol. 52 Issue 2 Article 3 pp. 259-297, 2002.
- Zamir, E and Ritov, I. “Revisiting the Debate over Attorneys’ Contingent Fees: A Behavioral Analysis” Journal of Legal Studies, Vol. 39 January pp. 245-288, 2010.

Electronics Media

- Ayling, J. and Scott, K. (2005). Maintenance and Champerty. Retrieved December 10, 2015, from http://www.39essex.com/docs/articles/KS_Maintenance_Champerty_May_05.pdf
- Barry, C. (2013). Damages Based Agreement and Contingency Fees. Retrieved October 20, 2015, from http://www.zenithchambers.co.uk/cms/document/DBAs_and_CFAs.pdf
- Urquhart, Q. E. and Sullivan LLP. (2012). Contingency fees in England after April 2013. Retrieved July 12, 2015, from <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f053e1a5-6992-4ef0-a9d8-9bef404a85e6>
- Kumar, A., Sean Yu, C., Thean, V., Coles, D., Hing, B., Chan, D., et al. (2014). Report of the Law Reform Committee on Litigation Funding in Insolvency Cases. Retrieved November 11, 2015, from <http://www.sal.org.sg/Lists/Law%20Reform%20Committee%20Reports/Attachments/39/LRC%20on%20Litigation%20Funding.pdf>

ภาคผนวก



ภาคผนวก ก

บทสัมภาษณ์

บทสัมภาษณ์ คุณศรายุทธ อติโพธิ

คำถาม : ในฐานะผู้มีประสบการณ์ในการฟ้องคดีและต่อสู้คดีในชั้นศาล ท่านมีมุมมองต่อ
 ทัศนคติทั่วไปอย่างไรบ้าง

คำตอบ : ทนายส่วนใหญ่ คิดถึงประโยชน์ส่วนตนก่อนลูกความเสมอ ถึงลูกความจะลำบาก เพราะโดน
 โกง หมดตัว แต่ทนายก็จะเรียกเก็บค่าทนายที่แพง เพราะไม่มีมาตรฐานค่าทนาย ก็ไม่ทราบว่าจะต้อง
 จ่ายเท่าไร พอไม่มีจ่าย ก็ให้เซ็นสัญญาเงินที่จะจ่ายในอนาคต พอคดียาวนาน ระหว่างการพิจารณาก็
 ทิ้งคดีไป พอมีคำพิพากษาก็กลับมากอบโกย ถ้าเป็นคนไม่รู้จักกันมาก่อน ทนายจะคิดถึงผลประโยชน์
 ตัวเองเป็นหลักก่อน รายรับที่จะได้ ก่อนจะสนใจตั้งใจต่อสู้คดี

คำถาม : ในการเลือกทนายความเพื่อเป็นตัวแทนในการฟ้องคดี หรือการต่อสู้คดี ท่านมีหลักเกณฑ์
 ใดในการพิจารณา และก่อนที่จะตัดสินใจเลือกทนายความผู้นั้น ท่านได้มีการพิจารณาทนายความ
 มากกว่าหนึ่งรายหรือไม่

คำตอบ : ความจริงใจในการรับฟังปัญหา และ การตอบคำถามทางกฎหมายอย่างละเอียดที่ผู้ทำ
 แบบสอบถามสงสัย รวมไปถึงหนทางในการทำคดี และค่าใช้จ่าย ส่วนเรื่องพิจารณาทนายความ ไม่ได้
 เป็นผู้ว่าจ้างเอง เพราะคดีนี้เป็นการเข้าเป็นคู่ความแทน

คำถาม : ได้มีการทำ “สัญญาจ้างว่าความ” ต่อกันเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ ถ้ามี มีการระบุใน
 เรื่อง “ค่าทนายความ” ไว้อย่างไร

คำตอบ : มีการทำสัญญา ระบุไว้ว่าค่าทนายความ 20% ซึ่งกลายมาเป็นปัญหาขัดแย้งกันอยู่ใน
 ปัจจุบัน ที่ถกเถียงแล้วต่อรองกันยืดยาวว่า 20% นั้น ของเงินฟ้องต้น หรือ 20% ของมูลค่าที่ชนะคดี
 ที่ศาลคิดดอกเบี้ยเพิ่มมาให้ 7.5% ต่อปี นอกจากนั้นเมื่อคดีจบ ทนายความก็ยังเรียกเอาประโยชน์ใน
 ทรัพย์สินที่บังคับคดีได้อีก 10% โดยที่ทางบ้านคิดว่ารวมอยู่ใน 20% นั้นแล้ว

คำถาม : ท่านทราบหรือไม่ว่าในประเทศไทยนั้นการกำหนดค่าทนายความในบางรูปแบบนั้นต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้สัญญาจ้างว่าความนั้นตกเป็นโมฆะ

คำตอบ : ไม่ทราบมาก่อนเลย ทราบแต่ว่า ค่าทนายแล้วแต่จะตกลงกัน ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของทั้ง 2 ฝ่าย

คำถาม : ในต่างประเทศ มีรูปแบบการกำหนดค่าทนายความรูปแบบหนึ่งเรียกว่า Contingency fees ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ทนายความจะได้ค่าทนายความเฉพาะแต่ในกรณีที่ลูกความชนะคดีเท่านั้น โดยจะได้ส่วนแบ่งเป็นจำนวนร้อยละ (%) จากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับจากการชนะคดีนั้น และจะไม่ได้รับค่าตอบแทนใด ๆ เลยหากลูกความนั้นแพ้คดี ท่านมีความเห็นอย่างไรกับการกำหนดค่าทนายความรูปแบบดังกล่าว

คำตอบ : เห็นด้วยไม่ทั้งหมด อย่างน้อยถ้าแพ้คดี ทนายก็ควรได้ค่าแรงที่เดินเรื่องบ้าง ส่วนข้อตกลงที่เป็น % ถ้าสมเหตุผล ไม่มากจนเกินไป ก็เห็นด้วย

คำถาม : การทำสัญญาจ้างว่าความในต่างประเทศนั้น จะต้องทำเป็น “ลายลักษณ์อักษร” หากมีการตกลงกันตามข้อ 5 จะต้องระบุจำนวนร้อยละ (%) ไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น หากไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงจะบังคับต่อกันได้ ท่านคิดว่าหากมีทนายความในประเทศไทยนำลักษณะข้อตกลงดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทย ซึ่งไม่มีกฎหมายบังคับให้สัญญาจ้างว่าความต้องทำเป็นหนังสือ จะส่งผลเสียหรือไม่ อย่างไร

คำตอบ : มีผลเสีย เพราะ การว่าจ้างแบบไม่มีสัญญาจ้างว่าความที่เป็นหนังสือ จะหาหลักฐานได้อย่างไร อย่างในกรณีผู้ตอบแบบสอบถาม ผู้ว่าจ้างได้เสียชีวิตไปก่อน หากไม่มีหลักฐานใด ๆ จะตกลงจ่ายค่าทนายกันอย่างไร เพราะสถานะในปัจจุบัน คือ เป็นคู่ความแทนคุณแม่ที่เสียชีวิต

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางสาว วณิดา มีศรี
วันเดือนปีเกิด	31 มกราคม พ.ศ. 2531
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 65 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
อาชีพ	ธุรกิจส่วนตัว, ทนายความ

