

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

### บทคัดย่อ

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

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

โดยตรงในคดีจนกระทั่งกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว” สัญญาเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตกเป็น โฆษะ

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

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

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

ว่าทนายความและลูกความมีเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างทนายความซึ่งรวมทั้งผลตอบแทนในด้านค่าว่าความตามผลแห่งคดีด้วย วิธีการดังกล่าวก็ใช้กันแพร่หลายในทางปฏิบัติ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงสรุปและเสนอแนะว่า การเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดีมิได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกต่อไป

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

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

### ABSTRACT

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

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

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

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

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

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

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