

## บทที่ 2

### หลักกฎหมายไทยในการกำหนดเงินรางวัลความตามทำสัญญาจ้างว่าความ

#### 2.1 วิวัฒนาการและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของสัญญาจ้างว่าความ

##### 2.1.1 สมัยกรุงสุโขทัย

ในสมัยกรุงสุโขทัยเป็นราชธานีกระบวนการอำนวยความยุติธรรมตามหลักศีลตาจารีกในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราชหลักที่ 1 ด้านที่ 1 บรรทัดที่ 24 ถึง 28 มีข้อความว่า "ไพร่ฟ้าลูกเจ้าลูกขุนมีแล้วผิดแปลกแสกกว้างสวน คุณแท้แล้ว จึงแล่งความแก่ข้าด้วยชื้อบเข้าผู้ลักมักผู้ช้อน เห็นข่าวท่านบ่ใคร่พินเห็นสินท่านบ่ใคร่เคือคำ" ข้อความที่จารึกไว้นี้แสดงให้เห็นถึง หลักการพิจารณาคดีข้อพิพาทของราษฎรจะต้องใคร่สวนให้ได้ความจริงไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เห็นแก่สินบน และตัดสินคดีด้วยความเป็นธรรม โดยผู้มีอำนาจตัดสินคดีคือ เจ้าหน้าที่ยุ่ยกครอง กระบวนการอำนวยความยุติธรรมยังมีได้มีการกล่าวถึงการทำสัญญาจ้างทนายความเพื่อว่าคดีให้แก่ตน เหตุที่เป็นเช่นนี้คงจะต้องพิจารณาประกอบไปกับวิถีชีวิตของราษฎรในสมัยนั้น ซึ่งจะเห็นได้จากหลักกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นปราศจากความยุ่งยากซับซ้อน ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับราษฎรมีลักษณะใกล้ชิด หากราษฎรจะร้องทุกข์ต่อพระมหากษัตริย์โดยตรงก็กระทำได้โดยง่าย ดังที่ปรากฏในหลักศีลตาจารีก หลักที่ 1 บรรทัดที่ 32 ถึง 35 ต่อด้านที่ 2 บรรทัดที่ 1 ถึง 2 มีข้อความว่า "ในปากตุมักคิ่งอันฉิ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้าหน้าปก กลางบ้านกลางเมือง มีถ้อย มีความเจ็บท้องข้องใจ มันจกกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไร้ไปลั้น กคิ่งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองได้ยิน เรียกเมืองถามสวนความแก่มันด้วยชื้อไพร ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม" ทำให้เห็นว่าการทำสัญญาในยุคนั้นยังไม่มีความสำคัญนักเนื่องจากชุมชนในอดีตประกอบอาชีพเพียงเพื่อการดำรงชีพของสมาชิกในครอบครัวเท่านั้น โอกาสที่บุคคลในแต่ละครอบครัวของชุมชนจะมีความสัมพันธ์กันในทางเศรษฐกิจจึงมีน้อย จะมีก็แต่เฉพาะความสัมพันธ์อันถาวรระหว่างเอกชนที่มีอยู่ในระเบียบทางชุมชน ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นประมุขกับผู้อยู่ใต้บังคับ

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

บัญชา ผู้เป็นนายกับทาส บิดามารดากับบุตร สามีกับภรรยา เป็นต้น ฉะนั้นความผูกพันทางสัญญาจึงปรากฏขึ้นในชั้นแรกภายในรูปของการเป็นทาส การอยู่ได้บังคับบัญชา บิดามารดาปกครองบุตร สามีกปกครองภรรยา<sup>2</sup> การต่อสู้คดีเพื่อแก้ข้อกล่าวหาจะเป็นในลักษณะของการช่วยเหลือเกื้อกูลกันและปกป้องคนในสกุลมากกว่าการอ้างว่าความเพื่อค่าตอบแทน โดยหัวหน้าสกุลเป็นผู้แก้ข้อกล่าวหาให้บุคคลในสกุลและบริวาร ตลอดจนญาติสนิทผู้ใกล้ชิด

ตามคำอธิบายค่านานกฎหมายเมืองไทยของสมเด็จพระยาตำราจรราชานุกาฬได้กล่าวว่า ทนายความเริ่มมีมาตั้งแต่ก่อนกรุงศรีอยุธยาหากแต่มิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนว่าการอ้างว่าความ หรือทนายความเริ่มมีตั้งแต่เมื่อใดแน่ แต่เป็นที่เชื่อกันว่ากระบวนการศาลที่มีทนายความน่าจะมีในกรุงสุโขทัยหรือในสมัยก่อนหน้านั้นแล้ว อาจเป็นสมัยหลังพระเจ้ารามคำแหงมหาราช เป็นสมัยพระยาเลอไทย หรือสมเด็จพระมหาธรรมราชาลิไทยแล้วก็ได้ จนกระทั่งในสมัยกรุงศรีอยุธยาจึงได้มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร

### 2.1.2 สมัยกรุงศรีอยุธยาถึงกรุงรัตนโกสินทร์ยุคต้น

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

ต่อมาวิถีชีวิตของคนในชุมชนค่อย ๆ กว้างขวางขึ้น จากการรวมขึ้นเป็นรัฐใหญ่ได้ทำลายล้างการปกครองอย่างเสรีของหมู่บ้านดั้งเดิม บุคคลต้องดำรงชีพโดยลำพังจำเป็นต้องอาศัยความช่วยเหลือของผู้อื่นเพื่อจะได้รับสิ่งซึ่งตนไม่สามารถทำได้เอง จึงก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาใหม่ ๆ ขึ้น เช่น สัญญาตัวแทน หรือในสมัยนั้นเรียกว่า สัญญาเอเจนต์ (agency)<sup>3</sup> ซึ่งกฎหมายเก่าของไทยไม่เคยรับรู้สัญญาตัวแทน มีบทบัญญัติเรื่องตัวแทนแต่เฉพาะการพิจารณาคดี โดยกฎหมายยอมให้บุคคลหนึ่งว่าความแทนอีกบุคคลหนึ่งซึ่งอยู่ได้อำนาจของตน เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรม ดำเนินคดีแทนผู้เยาว์หรือผู้ไร้ความสามารถได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติ

<sup>2</sup> ร.แสงภาค. (2480). ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2. หน้า 160 – 161.

<sup>3</sup> สุจริต ถาวรสุข. (2513). ทนายความพิศดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ. หน้า 204 – 205.

<sup>4</sup> ร.แสงภาค. เล่มเดิม. หน้า 285.

พิเศษอันเกี่ยวไปในทางวิธีพิจารณาคดีในศาล แต่ยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าเป็นการทำสัญญาจ้างว่าความเพื่อค่าตอบแทน หรือหากจะมีค่าตอบแทนบ้างก็จะเป็นผลหมากรากไม้ หรือประโยชน์อื่น ๆ เพียงเล็กน้อยเป็นสินน้ำใจในการช่วยเหลือ

รัชสมัยของสมเด็จพระนารายณ์มหาราช ได้บัญญัติพระอัยการลักษณะรับฟ้องเพิ่มเติม พ.ศ. 2215 บัญญัติให้ทนายความเป็นได้ทั้งทนายโจทก์และทนายจำเลย และว่าต่างแก้ต่างได้ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และการอุทธรณ์คำพิพากษาด้วย<sup>5</sup> การว่าความเพื่อว่าต่างแก้ต่างคดีได้ขยายกว้างมากขึ้นไม่เฉพาะแต่ทนายความรวมถึง ผัวเมีย พ่อแม่ พี่น้อง อาจทำหน้าที่แทนตัวความได้ และผู้มีศักดิ์นาสูงกว่า 400 ไร่ แต่งทนายดำเนินคดีแทนตัวความได้ ซึ่งบัญญัติอยู่ในพระอัยการลักษณะตระลาการ<sup>6</sup> มาตรา 72 “...ถ้ามีพี่น้องภรรยาญาติกา สมักสมอาไศรยไพร่ฟ้าข้าคนผู้ใด ๆ แลเป็นถ้อยความสิ่งใด ๆ อยู่ก็ดี แลคนผู้เจ้าความนั้นเจ็บป่วยเป็นประการใด ๆ จะว่าความไปมิได้ จะให้พ่อแม่พี่น้องลูกหลานผัวเมียประกันแก้ความต่างก็ดี ท่านว่าจะประกันแก้ต่างว่าต่างกันได้ เพราะไข้เจ็บพี่น้องกันเขาเสียกันมิได้”

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

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

<sup>5</sup> สุจริต ถาวรสุข. เล่มเดิม. หน้า 10.

<sup>6</sup> แหล่งเดิม. หน้า 204 - 208.

<sup>7</sup> แหล่งเดิม. หน้า 11 - 12.

ได้ว่ามีเนื้อความสอดคล้องกับที่บัญญัติไว้ในรัชสมัยของพระเจ้าอยู่ทองในสมัยกรุงศรีอยุธยาตามคำอธิบายตำนานกฎหมายเมืองไทยของสมเด็จพระยาคำรองราชานุภาพ พระบิดาแห่งประวัติศาสตร์ไทย คำว่าทนายความจึงมีบัญญัติชัดเจนมาตั้งแต่รัชสมัยพระเจ้าอยู่ทองในสมัยกรุงศรีอยุธยา และตามตัวบทก็ปรากฏชัดเจนว่าทนายก็คือผู้ได้รับแต่งตั้งให้แก่คดีต่างตัวความในคดีอาญานั้นเอง

มีข้อความในบทบัญญัติลักษณะรับฟ้องฉบับเพิ่มเติมในกฎหมายตราสามดวง อีกตอนหนึ่งว่า “อนึ่ง ผู้มีบันดาศักดิ์หามีได้ให้เรียกค่าทนายต่างตัวก็ดี 3

อนึ่ง ผู้มีบันดาศักดิ์หาเป็นเนื้อความแพ่ง อาญา อุทธรณ์ได้แต่งทนายให้ว่าแก้ต่างตัวก็ดี 4”

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

### 2.1.3 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ยุคกลางถึงปัจจุบัน

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

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

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

ในปี พ.ศ.2434<sup>8</sup> (ร.ศ.110) ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มี  
ประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นรวมศาลต่าง ๆ มาสังกัดกระทรวงยุติธรรม ทำให้การแต่งตั้ง  
ทนายความเพื่อว่าต่างแก้ต่างคดีนั้นมีมากขึ้น แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการระบบการอำนวยความ  
ยุติธรรมแก่ประชาชนมีทนายความเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งในการอำนวยความยุติธรรม ให้  
เกิดความสะดวกรวดเร็วทั้งยังเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบาทของทนายความจากเดิมเป็นเพียงผู้รู้  
ข้อเท็จจริงเพื่อแก้ต่างแทนตัวความมาเป็นทั้งผู้รู้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ได้รับการยอมรับ  
เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทนายความจะต้องทำหน้าที่เป็นผู้คุ้มครองผลประโยชน์  
อันชอบด้วยกฎหมายของตัวความกับทนายความ นอกจากทนายความแล้วนายตำรวจ  
ปลัดอำเภอ พนักงานศาล ได้แก่จำศาล ก็มักจะรับจ้างทำคดี แต่งฟ้อง แต่งคำให้การ โดย  
วิธีการเรียกเงินทอง หากไม่ได้ก็จะถ่วงคดีให้ชักช้าเนิ่นนาน เนื่องจากขณะนั้นยังไม่มี  
การควบคุมคุณสมบัติ จรรยาบรรณ ตลอดจนมารยาททนายความ ในปีร.ศ.115 (พ.ศ.2439)  
รัชกาลที่ 5 ทรงโปรดเกล้าฯ ให้พระองค์เจ้าระพีพัฒนศักดิ์ จัดตั้งศาลสมัยใหม่ขึ้น และในปี  
ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) ได้บัญญัติพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 ซึ่งเป็นกฎหมาย  
ควบคุมทนายความขึ้นเป็นครั้งแรก มาตรา 127 บัญญัติว่า “ให้ศาลมีอำนาจห้ามทนายความผู้  
ประพฤติไม่สมควรมิให้ว่าความในศาลใดศาลหนึ่งหรือทุกศาลได้ และให้เสนาบดีกระทรวง  
ยุติธรรมตั้งกฎข้อบังคับเรื่องทนายความได้” แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ใน  
ขณะนั้นยังไม่เพียงพอจึงมีผู้รู้คุณสมบัติเข้ามาแอบแฝงหากินกับการรับจ้างว่าความอยู่เป็น  
จำนวนมาก ทั้งยังมีข้าราชการบางประเภทใช้เวลาราชการไปประกอบอาชีพทนายความได้  
ด้วย ทำให้ชื่อเสียงของทนายความในระยะนี้ยังไม่ดีนัก

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

<sup>8</sup> สมัคร เขาวงกต. เล่มเดิม. หน้า 54.

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

เมื่อการต่อสู้คดีไม่จำกัดคดีกันอย่างแต่ก่อน การจ้างว่าความจึงได้ขยายตัวเพิ่มขึ้น ควบคู่ไปกับการเปิดศาลยุติธรรมแบบใหม่ทั่วประเทศใน พ.ศ.2458 ผู้มีความรู้ทางกฎหมายต่างก็หันไปประกอบอาชีพทนายความ รวมทั้งข้าราชการเมื่อลาออกแล้วก็มักจะประกอบอาชีพรับจ้างว่าความกันมากขึ้น วิชาชีพทนายความจึงมีการพัฒนาจนสามารถตกลงให้มีค่าตอบแทนการว่าความ ซึ่งมีวิวัฒนาการควบคู่มากับวิชาชีพทนายความและความซับซ้อนของสังคม ส่งผลให้รูปแบบการเรียกค่าตอบแทนมีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น

วิวัฒนาการในเรื่องการทำสัญญาจ้างว่าความ และการควบคุมทนายความในกรณีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ตามพระราชบัญญัติทนายความตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน พอสรุปได้ดังแผนผัง



2.1.3.1 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2458 การคิดค่าจ้างว่าความตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9

มาตรา 9 “อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์กรุงเทพฯมีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้ทนายความคนใดคนหนึ่งว่าความในศาลยุติธรรมมีกำหนดไม่เกิน 3 ปี ฤจะออกคำสั่งให้ลบชื่อทนายคนใดคนหนึ่งออกเสียจากทะเบียนได้ โดยมาอาศัยพิจารณาเห็นเหตุความผิดดังจะว่าต่อไปนี้ คือ

(1) เมื่อทนายคนใดมีพื้นฐานข้อระดับชั้นลูกความ ฤ็ประพฤดีไม่สมควร แก่หน้าที่แห่งทนายความก็ดี ฤ็เอาเทิ่งมาแก่วงศาลชักให้หลงไป เพื่อให้ศาลนั้นออกคำสั่ง คำบังคับซึ่งทนายความนั้นรู้อยู่แกใจว่าเป็นคำสั่งผิด ฤ็เป็นการไม่สมควรก็ดีฯ

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

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

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

มาตรา 12 “ศาลอุทธรณ์มีอำนาจออกคำสั่งภาคทัณฑ์ หรือห้ามมิให้ทนายความคน ใดทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินกว่าสามปี หรือให้ลบชื่อทนายความคนใดออกจาก ทะเบียนก็ได้ โดยอาศัยพิจารณาเห็นเหตุความผิดดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) เมื่อทนายความคนใดมีความผิดฐานข้อระดับชั้นลูกความ หรือประพฤดีผิด ข้อบังคับว่าด้วยมารยาททนายความ หรือเอาเทิ่งมาหามาแก่วงศาลเพื่อให้ศาลออกคำสั่ง คำ บังคับ ซึ่งทนายความนั้นรู้อยู่แกใจว่าเป็นคำสั่งที่ผิดหรือ

(2) เมื่อทนายความคนใดปลุกความโดยของสงเสริมให้เขาฟ้องร้องกันในกรณีอื่น หามูลมิได้ หรือเข้าเป็นทนายความว่าต่างแกต่าง โดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่ เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ หรือ

(3) เมื่อทนายความคนใดสมรู้เป็นใจทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อปลุกพยานเท็จ หรือเลี้ยมสอนพยานให้เบิกความเท็จ หรือโดยปกปิดซ่อนงำอำพรางคำพยานหลักฐานใดๆซึ่ง ควรจะนำมาขึ้นต่อศาลหรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงานหรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบน แก่เจ้าพนักงาน หรือ

(4) เมื่อทนายความคนใดมีผิด โดยสถานอื่นอันเป็นความประพฤตินอกมารยาท แห่งทนายความผู้มีอาชีพอยู่ในสัจย์สุจริต

คำสั่งของศาลอุทธรณ์นี้ ให้ฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหากฎหมาย ฎีกานี้ให้ยื่นภายในกำหนดหนึ่งเดือน ในระหว่างฎีกานั้น คำสั่งของศาลอุทธรณ์มีผลบังคับได้”

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

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

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

มาตรา 17 “ทนายความต้องปฏิบัติให้ต้องตามมารยาททนายความที่เนติบัณฑิตยสภากำหนด การกำหนดมารยาททนายความให้เนติบัณฑิตยสภาตราเป็นข้อบังคับและประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนข้อความที่เนติบัณฑิตยสภาตราขึ้นตามวรรคก่อนทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมารยาททนายความ”

มาตรา 39 “ให้เนติบัณฑิตยสภาแต่งตั้งคณะกรรมการมรรยาททนายความภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ”

มาตรา 40 “บรรดาเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่ในชั้นคณะกรรมการสอดส่องความประพฤติทนายความหรือชั้นศาลในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้บังคับตามพระราชบัญญัติทนายความ พุทธศักราช 2477 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2481 และพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2483 จนกว่าจะถึงที่สุด”

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

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

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

1. ข้อตกลงทำสัญญาจ้างว่าความที่ถือว่าเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ศาลตัดสินโดยมองจากผลประโยชน์ที่ทนายความจะได้รับตามผลแห่งคดี หากผลประโยชน์ในคดีมากค่าจ้างว่าความก็จะมาก หากผลประโยชน์ในคดีน้อยค่าจ้างว่าความก็จะน้อย เช่น คดีค่าจ้างว่าความตามสัดส่วนที่จะได้รับตามคำพิพากษาในอัตรา 100,000 บาท ค่าจ้างว่าความ 20,000 บาท<sup>10</sup>

2. ข้อตกลงทำสัญญาจ้างว่าความที่ไม่ถือว่าเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ศาลตัดสิน โดยมองจากข้อตกลงระหว่างทนายความ

<sup>9</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 429/2511, 1558/2526

<sup>10</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 871/2486

และลูกความ หากตกลงค่าจ้างว่าความกันเป็นจำนวนที่แน่นอน การตกลงเช่นนั้นไม่เป็นการที่ทนายความเข้ามีส่วนแบ่งเอาจากทรัพย์สินที่ลูกความจะพึงได้รับในคดี<sup>11</sup> หรือ ตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ตัดสินว่าการทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าทนายความที่แน่นอนนั้นทนายความอาจใช้วิธีคำนวณเป็นสัดส่วนหรือเปอร์เซ็นต์จากจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องร้องก็ได้ เพราะการคำนวณเช่นนี้เป็นเพียงอาศัยหลักเกณฑ์ในการคำนวณเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าจ้างว่าความที่แน่นอน<sup>12</sup>

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

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

บรรดาบทกฎหมาย กฎ และข้อบังคับอื่นในส่วนที่มีบัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน”

**มาตรา 27** “ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้...

(3) ออกข้อบังคับสภาทนายความเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ และข้อบังคับว่าด้วย...

(จ) เรื่องอื่นๆอันอยู่ในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ของสภาทนายความ หรืออยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาทนายความตามกฎหมายอื่น รวมทั้งการแต่งตั้ง การบังคับบัญชา การรักษาวินัย และการออกจากตำแหน่งของพนักงานสภาทนายความ”

**มาตรา 51** “ทนายความต้องประพฤติตน ตามข้อบังคับว่าด้วยมารยาททนายความ การกำหนดมารยาททนายความให้สภาทนายความตราเป็นข้อบังคับ

ทนายความผู้ใดฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่สภาทนายความตราขึ้นตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมารยาททนายความ”

<sup>11</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 379/2521

<sup>12</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 988/2507

**มาตรา 86** “ให้คณะกรรมการออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความตามมาตรา 53 ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

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

**ข้อบังคับสภานายความว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ. 2529**

**ข้อ 3** ให้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยมรรยาทนายความและการแต่งกายของนายความตามข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภา และตามบทกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันที่ข้อบังคับนี้ให้บังคับ

**ข้อ 4** นายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับข้อหนึ่งข้อใดดังจะกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่านายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาทนายความ

#### **หมวด 2**

##### **มรรยาทต่อศาลและในศาล**

**ข้อ 5** ไม่รับหน้าที่เมื่อผู้พิพากษาได้ขอแรงให้เป็นนายความแก่ต่างในคดีอาญา เว้นแต่จะมีข้อแก้ตัวโดยสมควร

**ข้อ 6** ไม่เคารพยำเกรงอำนาจศาล หรือกระทำการใดอันเป็นการดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในศาลหรือนอกศาล อันเป็นการทำให้เสื่อมเสียอำนาจศาลหรือผู้พิพากษา

**ข้อ 7** กล่าวความ หรือทำเอกสารหรือหลักฐานเท็จ หรือใช้กลอุบายลงให้ศาลหลงหรือกระทำการใดเพื่อทราบคำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาลที่ยังไม่เปิดเผย

**ข้อ 8** สมรู้เป็นใจโดยทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อทำพยานหลักฐานเท็จหรือเสียมสอนพยานให้เบิกความเท็จหรือโดยปกปิดซ่อนนำอำพรางพยานหลักฐานใดๆ ซึ่งควรนำมาขึ้นต่อศาล หรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน หรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน

#### **หมวด ๓**

##### **มรรยาทต่อตัวความ**

**ข้อ 9** กระทำการใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหามูลมิได้

ข้อ 10 ให้ดูบายอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้ เพื่อจงใจให้ผู้ใดมอบคดีให้ว่าต่าง หรือแก้ต่าง

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

หลงว่าตนสามารถจะทำให้เขาได้รับผลเป็นพิเศษนอกจากทางว่าความ หรือหลอกหลวงว่าจะชักนำจงใจให้ผู้นั้นช่วยเหลือคดีในทางใดๆ ได้ หรือแอบอ้างขู่ว่าถ้าไม่ให้ตนว่าคดีนั้นแล้วจะหาหนทางให้ผู้นั้นกระทำให้คดีของเขาเป็นแพ้

ข้อ 11 เปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล

ข้อ 12 กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อันอาจทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ

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

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

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

ด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ข้อตกลงดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะ<sup>13</sup> ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 นั้นเอง อันเป็นการปรับบทกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับในคดี แม้พระราชบัญญัติทนายความฉบับปัจจุบันจะมีได้บัญญัติห้ามไว้ แต่หากเป็นกรณีทนายความเรียกค่าจ้างว่าความจากทุนทรัพย์ที่ฟ้องร้อง ก็ไม่ถือเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ไม่เป็นโมฆะ<sup>14</sup> โดยมีได้มีกฎหมายบัญญัติว่าการคิดค่าจ้างว่าความจากจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องร้องในอัตราร้อยละได้มากน้อยเพียงใด

ในปัจจุบันรูปแบบของการทำสัญญาจ้างว่าความมีรูปแบบมากขึ้น แต่เดิมในสมัยโบราณหัวหน้าสกุลจะเป็นผู้แก้ไขข้อกล่าวหาให้บุคคลในสกุลและบริวาร ตลอดจนจนญาติสนิทผู้ใกล้ชิด ซึ่งมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือเกื้อกูลกันและปกป้องบุคคลในสกุลมากกว่าเป็นการทำสัญญาจ้างว่าความเพื่อมุ่งหวังในทางทรัพย์สินเงินทองเป็นค่าตอบแทน จนกระทั่งวิชาชีพทนายความมีการพัฒนาจนถึงขั้นมีการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความที่เรียกเอาจากลูกความ การทำสัญญาจ้างว่าความกับการเรียกค่าตอบแทนการว่าความของทนายความจึงมักขึ้นอยู่กับความยากง่ายของคดีและระยะเวลาในการดำเนินคดีเป็นหลัก โดยแยกพิจารณารูปแบบของสัญญาจ้างว่าความได้ดังนี้<sup>15</sup>

1. การทำสัญญาจ้างว่าความโดยกำหนดจากระยะเวลาทำงาน ทนายความจะเป็นผู้กำหนดค่าทนายความโดยมีการบันทึกเวลาการทำงานว่าได้ใช้เวลาปฏิบัติงานไปเท่าใด ทำอะไรให้แก่ลูกความ โดยคิดคำนวณจากเวลาที่ทนายได้ใช้ไปในการทำงาน สัญญาจ้างว่าความในลักษณะเช่นนี้มิได้คำนึงถึงทุนทรัพย์ในคดี

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

<sup>13</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 921/2542 , 1260/2543

<sup>14</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5229/2544

<sup>15</sup> เสรี สุวรรณภานนท์. (2544). ปัญหาทางกฎหมาย ในการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความ. หน้า 41 - 44.

3. การทำสัญญาจ้างว่าความโดยวิธีผสมผสาน ทนายความจะกำหนดวิธีการเรียกค่าจ้างว่าความแบบกำหนดอัตราเวลาทำงาน และวิธีเหมาจ่ายมาผสมผสานกันในคิดคำนวณค่าจ้างว่าความในสัญญา เป็นลักษณะของการประนีประนอมกัน และหาจุดตกลงร่วมกันในการทำสัญญาจ้างว่าความ

#### 4. การทำสัญญาจ้างว่าความโดยพิจารณาจากอัตราที่รัฐกำหนดให้

##### ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 242 บัญญัติว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว”

##### ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พุทธศักราช 2539

มาตรา 173 บัญญัติว่า “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาในศาล ให้ถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้ศาลตั้งทนายความให้

คดีที่มีอัตราโทษจำคุก หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรานี้ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด”

ในคดีอาญารัฐต้องให้ความช่วยเหลือกรณีกับผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีทนายความเรียกว่า “ทนายความขอแรง” ซึ่งทนายความขอแรงนี้ไม่สามารถทำสัญญาจ้างว่าความโดยกำหนดค่าตอบแทนได้เอง โดยรัฐจะกำหนดค่าตอบแทนให้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ตามระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 173 พ.ศ.2548 (เดิมพ.ศ. 2539) และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม พ.ศ.2548 โดยให้ศาลชั้นต้นกำหนดเงินรางวัลโดยพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดี และเวลาที่ทนายต้องเสียไปในการดำเนินคดีเรื่องนั้น ซึ่งการกำหนดเงินรางวัลทนายความตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2539 เดิมนั้นมิได้คำนึงถึงประสบการณ์และความสามารถของทนายความ ทำให้ขาดแรงจูงใจแก่ทนายความที่มีประสบการณ์ในการเข้าเป็นทนายความขอแรง การเป็นทนายความขอแรงจึงเป็นเรื่องของทนายความใหม่ที่ต้องการฝึกหัดมากกว่าทำให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของจำเลยหรือผู้ต้องหาได้อย่างแท้จริง

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

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

## 2.2 รากฐานความคิดในการทำสัญญาจ้างว่าความ

การทำสัญญาจ้างว่าความเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันในเรื่องคำตอบแทนการว่าความซึ่งเกิดจากเจตนาในการเข้าทำสัญญาทั่วไป และเป็นไปโดยอิสระในทางแห่งที่คู่สัญญามีเสรีภาพในการแสดงเจตนาของตน

แต่เนื่องจากในระยะหลังเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างว่าความค่อนข้างจะถูกกระทบกระเทือนและมีข้อจำกัดมากขึ้น ทั้งจากอำนาจการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาเอง และจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา เสรีภาพในการทำสัญญาจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตลอดจนกฎหมายว่าด้วยการควบคุมทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ จึงมีความจำเป็นที่คู่สัญญาต้องตกลงกันให้ชัดเจน และต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดไม่ให้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

### 2.2.1 หลักเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างว่าความ

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

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

หลัก “อิสระในทางแพ่ง” และ “หลักอิสระในการทำสัญญา” ตรงกับ “หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา” (Autonomy of will)<sup>16</sup> ซึ่งหมายถึงบุคคลมีเสรีที่จะแสดงเจตนาทำนิติกรรมได้ตามใจชอบ เป็นหลักที่ทำให้เอกชนสามารถกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างตนโดยอิสระด้วยการแสดงเจตนา จึงมีความหมายคล้ายคลึงกับหลักเรื่อง “เสรีภาพในการทำสัญญา” (Freedom of contract) ซึ่งเป็นเสรีภาพในการทำสัญญาและไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นเอกเทศสัญญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เท่านั้น ดังนั้นบุคคลจึงมีเสรีภาพในการที่จะแสดงเจตนาเพื่อทำสัญญาต่าง ๆ อันเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการทำสัญญาที่ใช้กันมานานและเป็นที่ยอมรับโดยตลอดว่าผู้ที่เข้าทำสัญญาจะตกลงทำสัญญากับใครอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น เพียงแต่ต้องอยู่ในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การแสดงเจตนาย่อมถูกต้องสมบูรณ์<sup>17</sup>

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

<sup>16</sup> หยุต แสงอุทัย. กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. หน้า 33.

<sup>17</sup> อัครราชทูต จุฬารัตน. (2531). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 113.

เท่านั้น<sup>18</sup> สัญญาอ้างว่าความซึ่งเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน อันเป็นบทกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยตนเอง ความสัมพันธ์ของคู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ไม่มีฝ่ายใดมีอำนาจเหนือกว่า เช่น ในกรณีของกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นทนายความในฐานะเอกชนให้บริการทางกฎหมาย และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นประชาชนผู้มีความคิด มีความเห็นที่เท่าเทียมกันทางกฎหมายในการทำสัญญาอ้างว่าความ จึงมีเสรีภาพในการกำหนดเงินรางวัลหรือค่าตอบแทนการว่าความตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา หรือแดนอิสระของเอกชน (Spheres of Private Autonomy)

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

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

<sup>18</sup> สุขาบัติ สัตตบุตร. (2522). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบ๑ (อัดสำเนา). หน้า 1 - 2.

<sup>19</sup> แหล่งเดิม. หน้า 3.

## 2.2.2 ลักษณะของเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความ

สัญญาอ้างว่าความมีลักษณะเป็นสัญญาอ้างทำของ ซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาแม้มิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ก็ให้นำบทบัญญัติในเรื่องนิติกรรมสัญญามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติในเรื่องอ้างทำของ ดังนั้นคู่สัญญาจึงมีเสรีภาพตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นไม่เป็นโมฆะ” คู่สัญญาจึงมีเสรีภาพในลักษณะดังนี้<sup>20</sup>

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

## 2.2.3 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความ

### 2.2.3.1 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา

บทบัญญัติของกฎหมายในหลายฉบับได้ตราออกมาเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลโดยห้ามมิให้บุคคลทำสัญญาบางประเภท หรือมีข้อห้ามกำหนดข้อตกลงบางอย่างในสัญญา กฎหมายที่จำกัดเสรีภาพมักอ้างถึงความสงบเรียบร้อยของประชาชน กฎหมายได้ยื่นมือเข้ามาควบคุมการทำสัญญาของคู่สัญญามากขึ้น เสรีภาพของคู่สัญญาจึงถูกลิดรอนลงมากอีกทั้งได้วางแนวในการทำสัญญาให้คู่สัญญาทั้งหลายยึดถือปฏิบัติ โดยทำเป็นสัญญาแม่แบบ<sup>21</sup> (Contract type) หรือกฎหมายได้วางแบบฟอร์มเอาไว้ในสัญญาต่าง ๆ ให้ต้องปฏิบัติตามมิใช่

<sup>20</sup> จำปี โสคติพันธุ์. (2547). คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 257.

<sup>21</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2525). กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 1. หน้า 88.

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

### 2.2.3.2 การจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความ

กรณีของการทำสัญญาอ้างว่าความนั้นกฎหมายไม่ได้จำกัดรูปแบบในการทำสัญญา หรือเนื้อหาของสัญญาไว้ คู่สัญญาจึงมีเสรีภาพที่จะตกลงกันอย่างไรก็ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายจะเข้ามาจำกัดเสรีภาพเฉพาะในเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาอ้างว่าความ และเท่าที่ไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ ประกอบกับแนวคำพิพากษาฎีกา ที่กฎหมายใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาอ้างว่าความของประชาชนดังนี้

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

คำว่า “วัตถุประสงค์ของนิติกรรม”<sup>22</sup> ตามแนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทย ในทางตำราแยกได้ 3 แนวความเห็นด้วยกันดังนี้

<sup>22</sup> วีรวัฒน์ จันทโชติ. (2531). วัตถุประสงค์ของนิติกรรม. หน้า 91 – 98.

**แนวความเห็นแรก<sup>23</sup>** อธิบายว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรม ถือเป็นส่วนประกอบอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม แม้กฎหมายมิได้บังคับให้มี แต่หากทำนิติกรรมขึ้น โดยไม่มีวัตถุประสงค์ นิติกรรมนั้นก็เป็อันไม่มีผลเหมือนเป็นเรื่องลอย ๆ ไม่จริงจังอะไร การทำนิติกรรมจึงต้องมีวัตถุประสงค์ของนิติกรรม มีความมุ่งหมาย หรือประโยชน์ที่คู่กรณีพึงได้รับจากการทำนิติกรรม เช่น สัญญาซื้อขายป็น วัตถุประสงค์ของสัญญา ก็คือ ผู้ซื้อได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ซื้อ ผู้ขายได้รับชำระราคา ซึ่งจะเป็นเช่นนี้ในทุกๆสัญญา ส่วนมูลเหตุจูงใจในการทำนิติกรรมนั้น ไม่ใช่วัตถุประสงค์ เพราะเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่กรณี เช่น ต้องการซื้อป็นเพื่อไปป้องกันตัว หรือต้องการซื้อป็นเพื่อไปฆ่าผู้อื่น เป็นต้น

**แนวความเห็นที่สอง<sup>24</sup>** อธิบายว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายที่คู่กรณีมุ่งหวังจะได้รับการทำนิติกรรม ส่วนมูลเหตุจูงใจนั้นไม่ใช่วัตถุประสงค์ แต่หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้ถึงมูลเหตุจูงใจของอีกฝ่าย มูลเหตุจูงใจนั้นก็จะเป็นวัตถุประสงค์ของนิติกรรม เช่น สัญญาซื้อขายป็น หากมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าผู้ซื้อหรือผู้ขาย มีประโยชน์อย่างอื่นที่มุ่งหวังจะได้รับการทำสัญญานั้น เช่น ต้องการนำเงินที่ได้จากการขายนั้นไปผ่อนรถ หรือ ต้องการป็นนั้นไว้ป้องกันตัว ทั้งสองกรณีจึงเป็นประโยชน์อันเป็นผลสุดท้าย

**แนวความเห็นที่สาม<sup>25</sup>** อธิบายว่า วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ การที่จะต้องปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติใด ๆ ตามที่มุ่งหมายจากนิติกรรม เช่น การให้บริการตามสัญญาจ้างแรงงาน ส่วนมูลเหตุจูงใจนั้นไม่ใช่วัตถุประสงค์เพราะเป็นเรื่องภายในจิตใจของผู้กระทำนิติกรรม ดังนั้น แม้ผู้กระทำมีมูลเหตุจูงใจที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็ไม่เป็นผลทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ แต่หากคู่กรณีได้ถือเอามูลเหตุจูงใจนั้นเป็นข้อความของนิติกรรม มูลเหตุจูงใจนั้นย่อมถือเป็นข้อสำคัญ เช่นมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า คู่กรณีได้มีการพูดคุยกันถึงประเด็นว่าจะนำป็นนั้นไปฆ่าคน โดยถือเป็นสาระสำคัญในการเจรจาเลือกซื้อป็นที่เหมาะสม จึงเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมการซื้อป็นย่อมเป็นโมฆะ

<sup>23</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร ก (2528). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. หน้า 12 - 13. อักษราทร จุฬารัตน. เล่มเดิม. หน้า 93 - 94.

<sup>24</sup> ปัน โน สุขทรศนีย์. (2514). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 2 - 3 . ศักดิ์ สนองชาติ. (2539). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. หน้า 23 - 24.

<sup>25</sup> หยุต แสงอุทัย. (2517). กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง. หน้า 128 - 129.

สำหรับแนวความเห็นที่สามนี้แตกต่างไปจากสองแนวความเห็นแรก คือเป็นการพิจารณาที่การปฏิบัติหรือการกระทำ(หรือคเว้น) ตามที่กำหนดในนิติกรรม ในขณะที่สองแนวความเห็นแรก เป็นการพิจารณาที่ความมุ่งหมายของผู้กระทำนิติกรรม

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

**ประการแรก** ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง ซึ่งเป็นเรื่องการปกป้องรักษาสถาบันของสังคมอันมีอยู่ 3 สถาบัน คือ รัฐ ครอบครัว และตัวเอกชนโดยเฉพาะสิทธิของเอกชนที่มีอยู่ตามกฎหมายมหาชน

**ประการที่สอง** ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นการปกป้องรักษาระบบเศรษฐกิจของสังคมโดยรวม และ ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนในบางประการ เช่น การถือครองที่ดิน และการควบคุมอัตราดอกเบี้ย เป็นต้น

คำว่า “วัตถุประสงค์จำกัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” หมายความว่า นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์จำกัดกับหลักจริยธรรม หรือ ทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคมซึ่งพิจารณาตามกาลเทศะ อันเป็นเรื่องที่บุคคลในสังคมที่ซื่อสัตย์ ตรงไปตรงมาและสุจริตยอมรับนับถือ แต่อาจแตกต่างกันแล้วแต่ท้องถิ่นและยุคสมัย<sup>27</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในขณะที่คำสอนของศาสนาพุทธ มีข้อห้ามด้านการผิดประเวณีลูกเมียผู้อื่นเขา แต่ในอดีตบางสังคมที่นับถือศาสนาพุทธเป็นหลักก็ยังยอมรับการมีตัวเดียวหลายเมียได้ แต่หลังจากนั้นมาอีก การเป็นภรรยาบ่อยก็เกิดขึ้น และได้รับการดูแลดูแลน้อยลง จนเสมือนเป็นเรื่องธรรมดาในสังคม เป็นต้น

ดังนั้น การจะพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ใดจำกัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือจำกัดต่อศีลธรรมอันดีงามของประชาชน จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยเพราะกฎหมายไทยมิได้มีบัญญัติไว้ชัดเจนว่าวัตถุประสงค์ใดจำกัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย

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

<sup>26</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร ข (2522). คำอธิบายหลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 16 - 19.

<sup>27</sup> แหล่งเดิม. หน้า 17.

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

ตลอดจนข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยมารยาทนายความ พ.ศ. 2529 ที่คณะกรรมการสภาพนายความออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่ มิได้มีบทบัญญัติของกฎหมายข้อใดบัญญัติห้ามมิให้นายความเข้าเป็นนายความโดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ซึ่งเท่ากับว่าการทำสัญญาจ้างว่าความระหว่างทนายและลูกความในเรื่องเงินรางวัลนายความซึ่งตกลงแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความนี้ไม่เป็นการประพฤติดิฉินมารยาทนายความ

### 2.3 แนวความเห็นของนักกฎหมายไทยในเรื่องค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

ศักดิ์ สนองชาติ<sup>28</sup> อธิบายว่า กรณีสัญญาเรียกค่าจ้างว่าความตามส่วนของผลคดีเดิมพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ.2478 มาตรา 12 (2) บัญญัติว่า ทนายความที่เข้าว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ อาจถูกห้ามมิให้เป็นทนายความหรือลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ จะเห็นได้ว่าเท่ากับเป็นการห้ามทนายความเรียกค่าว่าความโดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าถ้ามีการเรียกค่าทนายความในลักษณะนี้ ถือว่าสัญญาจ้างว่าความนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบและเป็นโมฆะ เช่นทำสัญญาจ้างว่าความฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านบาท โดยตกลงกันว่าถ้าชนะคดีได้เงินมาเท่าไรจะให้ค่าจ้างว่าความ 20 เปอร์เซ็นต์ของจำนวนเงินที่ชนะมา เป็นการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความจากทรัพย์สินอันเป็นการเรียกค่าจ้างว่าความจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้มาจากคดีนั้น เป็นโมฆะ แต่ถ้าหากตกลงกันว่าฟ้องคดีทุนทรัพย์ 1 ล้านบาท ตกลงเรียกค่าจ้างว่าความ 20 เปอร์เซ็นต์ ของทุนทรัพย์ที่เรียกร้องข้อตกลงนี้ใช้ได้ ไม่เป็นโมฆะ เพราะไม่ได้เรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้ แต่เรียกส่วนแบ่งจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทในคดี แต่ในปัจจุบันมีการออก

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

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

กรณีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความได้ทำขึ้นก่อนวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 จึงมีวัตถุประสงค์ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 อนุมาตรา 2 เป็นโมฆะตามมาตรา 113 (หรือในปัจจุบันคือมาตรา 150) แม้ต่อมาจะได้มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความฉบับก่อน และกำหนดให้คณะกรรมการสภาทนายความออกข้อบังคับว่าด้วยมารยาททนายความตาม มาตรา 53 ซึ่งข้อบังคับนั้นไม่ได้กำหนดเรื่องค่าจ้างการว่าความไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาที่เป็นโมฆะไปแล้วกลับสมบูรณ์ขึ้นมาได้<sup>29</sup>

แต่ถ้าเป็นสัญญาที่ทำหลังจากวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 แล้วแม้จะเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้ในคดีนั้น สัญญาว่าจ้างนั้นก็สมบูรณ์ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อัครวิทย์ สุมาวงศ์<sup>30</sup> อธิบายว่า นิติกรรมที่เป็นสัญญาจ้างว่าความที่ทนายความตกลงแบ่งส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้จากคดีเดิม พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) บัญญัติว่าทนายความที่เข้าว่าความแตกต่างโดยวิธีแบ่งส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท อันจะพึงได้แก่ลูกความอาจถูกห้ามหรือลบชื่อจากทะเบียนซึ่งจากบทบัญญัติมาตรานี้เองมีผลเท่ากับห้ามทนายความเรียกค่าว่าความโดยใช้วิธีแบ่งเฉพาะส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าถ้ามีการเรียกค่าจ้างทนายความในลักษณะนั้น คือเรียกเอาส่วนแบ่งที่ลูกความจะได้จากการดำเนินคดีนั้นแล้ว ถือว่าสัญญาจ้างว่าความนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็น โมฆะ

<sup>29</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530.

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

เช่นทำสัญญาจ้างว่าความเรียกเงินหนึ่งแสนบาท ตกลงกันว่าถ้าชนะคดีได้เงินมาเท่าไรจะให้ค่าจ้างว่าความ 20 เปอร์เซ็นต์ของจำนวนเงินที่ชนะมา ข้อตกลงอย่างนี้เป็นการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่คู่ความได้จากคดีเป็นโมฆะ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ถ้าหากว่าคดีนั้นฟ้องเรียกเงินหนึ่งแสนบาท ตกลงเรียกค่าจ้างว่าความ 20 เปอร์เซ็นต์ ของจำนวนเงินที่ฟ้อง ฟ้องแล้วชนะได้เท่าไรไม่สำคัญ ข้อตกลงนี้ใช้ไม่ได้เป็นโมฆะ เพราะไม่ได้เรียกเอาจากทุนทรัพย์ที่เป็นมูลพิพาทในคดี แต่เรียกเอาจากส่วนแบ่งจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่คู่ความจะได้ในคดีนั้น จึงถือว่าการคิดเอาจากส่วนแบ่งของทรัพย์ที่ฟ้องได้ แต่คิดเอาจากส่วนแบ่งที่ถูกความจะได้จากการชนะคดีนั้นไม่ได้

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

ฉะนั้น ในปัจจุบันถ้ามีการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่คู่ความจะได้รับจากคดีแล้วก็ถือว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาจ้างว่าความนั้นจะสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะ แต่ว่าถึงแม้จะมีข้อบังคับมารยาททนายความออกมาเช่นนี้แล้วก็มาตกลงเรียกค่าจ้างว่าความกันในลักษณะนี้ได้ ข้อตกลงสมบูรณ์ ถ้าคู่ความไม่ใช่ที่ฟ้องบังคับให้ทำตามสัญญานี้ได้เมื่อชนะคดีนี้แล้ว

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

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

**จิรินิติ หะวานนท์**<sup>31</sup> อธิบายว่า คำว่าความที่ถูกลูกความชำระแก้ทนายความจึงขึ้นอยู่กับกรตกกลางระหว่างทนายความกับลูกความ หากตกลงกันแล้วมากเกินไปแล้ว กฎหมายย่อมมีส่วนเข้าเกี่ยวข้องได้ วิชาชีพนักกฎหมายเป็นการบริการที่จำเป็นแก่สังคมแต่ขณะเดียวกันก็เป็นการผูกขาดวิชาชีพไม่มีการแข่งขันทางด้านราคา การป้องกันการเรียกค่าจ้างว่าความสูงเกินไป ศาลอ้างหลักกฎหมายว่าเรื่องการกำหนดค่าจ้างว่าความนั้นหากกำหนดเกินสมควรเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะจำนวนสูงเกินสมควรแล้วประชาชนไม่สามารถใช้บริการของทนายความได้ จึงเป็นหลักที่ศาลอ้างเพื่อลดค่าว่าความและกำหนดค่าว่าจ้างเพื่อความเหมาะสม

หลักเกณฑ์การคำนวณค่าจ้างว่าความ

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

การคำนวณค่าจ้างไม่มีกฎหมายบังคับว่าจะต้องเรียกค่าจ้างว่าความเท่าไรมีเพียงข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความเท่านั้น ดังได้บัญญัติไว้ดังนี้

ข้อ 16 บัญญัติว่า “การแย่งหรือทำการใดในลักษณะประมุคคิตที่มีทนายความอื่นว่าต่างแก็ต่างอยู่แล้วมาว่าหรือรับหรือสัญญาว่าจะรับว่าต่างแก็ต่างในคดีที่รู้ว่ามิทนายความอื่นว่าอยู่แล้ว” เป็นการประพฤคิตผิดมรรยาททนายความ คือจะต้องไม่ประมุคคิตคิตราคาซึ่งกันและกัน และ

ข้อ 17 “การประกาศโฆษณาหรือยอมให้ผู้อื่นโฆษณาอัตราค่าจ้างว่าความหรือแจ้งว่าจะไม่เรียกหรือค่าจ้างว่าความ” เป็นการประพฤคิตผิดมรรยาททนายความ

<sup>31</sup> จิรินิติ หะวานนท์. คำอธิบายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย. หน้า 84 - 86.

“Contingent Fee” ได้แก่ การกำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนเงินในคดี มี 3 ลักษณะ คือ

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

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

เพราะฉะนั้น Contingent Fee ประเภทที่หนึ่ง กำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนทุนทรัพย์ของคดี ซึ่งเป็นการกำหนดจำนวนค่าจ้างว่าความที่แน่นอน จึงไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย

ประเภทที่สอง กำหนดตามส่วนที่จะชนะคดี คือชนะคดีมากก็จะได้ค่าจ้างว่าความได้มาก ชนะคดีได้น้อยก็จะได้ค่าจ้างว่าความน้อย ทำให้ทนายความเข้าไปมีผลประโยชน์ เพื่อได้ค่าจ้างว่าความมากก็ต้องชนะคดีได้เงินจากลูกหนี้ตามคำพิพากษามาก จึงเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย

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

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

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

## 2.4 อัตราค่าทนายความ

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

### 2.4.1 อัตราค่าทนายความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>32</sup>

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในหมวด 3 ค่าฤชาธรรมเนียม ส่วนที่ 2 ความรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียม ในมาตรา 161 ซึ่งได้บัญญัติเรื่องค่าทนายความไว้ดังนี้

มาตรา 161 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติห้ามมาตราต่อไปนี้ ความรับผิดชอบชั้นที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมของคู่ความในคดีย่อมตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่แพ้คดี แต่อย่างไรก็ดี ไม่ว่าคู่ความฝ่ายใดจะชนะคดีเต็มตามข้อหาหรือแต่บางส่วน ศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีนั้นเสียค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงหรือให้คู่ความแต่ละฝ่ายเสียค่าฤชาธรรมเนียมส่วนของตนหรือตามส่วนแห่งค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงซึ่งคู่ความทั้งสองฝ่ายได้เสียไปก็ได้ ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้ความหรือการดำเนินคดีของคู่ความทั้งปวง

ถ้ามิได้ระบุค่าฤชาธรรมเนียมชนิดใดไว้โดยเฉพาะ ค่าฤชาธรรมเนียมนั้นให้รวมถึงค่าป่วยการพยาน ค่าทนายความ ค่าธรรมเนียมในการส่งเอกสารและบังคับคดีและค่าฤชาธรรมเนียมหรือค่าธรรมเนียมอื่น ๆ บรรดาที่กฎหมายบังคับให้เสีย

คดีที่ไม่มีข้อพิพาท ให้ฝ่ายเริ่มคดีเป็นผู้เสียค่าฤชาธรรมเนียม”

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

### 2.4.1.1 ตาราง 6 ทั่วยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง<sup>33</sup>

ตามที่ได้บัญญัติไว้ในภาค 1 บททั่วไป ลักษณะ 6 คำพิพากษาและคำสั่ง ส่วนที่ 3 เรื่องค่าฤชาธรรมเนียม ตั้งแต่มาตรา 161 – 169 เป็นหน้าที่ของศาลในการพิจารณาสั่ง ในเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดี จะต้องชำระให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดี โดย กฎหมายได้กำหนดอัตราค่าทนายความ ตามตาราง 6 เพื่อให้ศาลใช้เป็นเกณฑ์ในการทำคำ พิพากษาและคำสั่ง

#### <sup>33</sup> ตาราง ๖

#### อัตราค่าทนายความ

(๑) ให้ศาลกำหนดค่าทนายความตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำ และอัตรา ขั้นสูง ดังที่ระบุไว้ในตารางนี้

(๒) การที่ศาลจะกำหนดค่าทนายความให้แก่ผู้ชนะคดีนั้นให้พิจารณาตามความยากง่ายแห่ง คดีกับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น

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

#### 2.4.1.2 ระบบการพิจารณาคดีแพ่ง

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีแพ่งตัวความสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาได้เองโดยไม่ต้องแต่งตั้งทนายความก็ได้ หรือจะแต่งตั้งทนายความเพื่อให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนก็ได้ ซึ่งกฎหมายได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 60 ดังนี้

มาตรา 60 บัญญัติว่า “คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือผู้แทนโดยชอบธรรม ในกรณีที่คู่ความเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้แทนในกรณีที่คู่ความเป็นนิติบุคคล จะว่าความด้วยตนเองและดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งปวงตามที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์ของตน หรือจะแต่งตั้งทนายความคนเดียวหรือหลายคนให้ว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตนก็ได้

ถ้าคู่ความ หรือผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้แทน ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทำหนังสือมอบอำนาจให้บุคคลใดเป็นผู้แทนตน ในคดีผู้รับมอบอำนาจเช่นว่านั้นจะว่าความอย่างทนายความไม่ได้ แต่ยอมตั้งทนายความเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาได้”

#### 2.4.1.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีแพ่ง

มาตรา 242 วรรคสอง “ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

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

#### 2.4.1.4 หลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดอัตราค่าทนายความ

(1) ให้ศาลกำหนดค่าทนายความตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำ และอัตราขั้นสูง ดังที่ระบุไว้ในตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งนี้

(2) การที่ศาลจะกำหนดค่าทนายความให้แก่ผู้ชนะคดีนั้นให้พิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดีกับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น

#### 2.4.1.5 แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในการกำหนดอัตราค่าทนายความ

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

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาตัดสินโดยพิจารณาถึงทนายททรัพย์ที่โจทก์ชนะคดีประกอบกับระยะเวลาที่ทนายความได้ใช้ในการดำเนินคดีเป็นหลัก

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

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาตัดสินโดยพิจารณาถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้คดีหรือการดำเนินคดีของคู่ความทั้งปวง ประกอบกับการกำหนดอัตราค่าทนายความโดยพิจารณาจากอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงตามตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

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

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาตัดสินโดยพิจารณาว่าการตกลงให้ชดใช้ค่าทนายความจะต้องไม่เกินอัตราค่าทนายความตามตาราง 6 ท้ายประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อข้อตกลงผิดแผกแตกต่างจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนใช้บังคับไม่ได้

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

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลฎีกาคัดสินโดยพิจารณาถึงความยากง่ายแห่งคดีกับดูระยะเวลาและงานที่ทนายความต้องปฏิบัติในการดำเนินคดีเรื่องนั้น และต้องไม่เกินอัตราค่าทนายความตามตาราง 6 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

**2.4.2 อัตรารายวันค่าทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>4</sup>**

อัตรารายวันค่าทนายความ ตามระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548

**ข้อ 3 “ให้ยกเลิกระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ. 2539**

**บรรดาระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งอื่นใดในส่วนที่กำหนดไว้แล้วในระเบียบนี้ หรือซึ่งขัดหรือแย้งกับระเบียบนี้ ให้ใช้ระเบียบนี้แทน”**

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

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

มาตรา 173 บัญญัติว่า “ในคดีที่อัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำนวนว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำนวนว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความ ก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด”

2.4.2.1 ตารางอัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>35</sup>

ตารางอัตราเงินรางวัลทนายความตามที่ได้บัญญัติไว้ในระเบียบคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 พ.ศ. 2548 ซึ่งแก้ไขใหม่ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลใช้เป็นเกณฑ์ในการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้แก่จำเลยในคดีตามอัตราที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด

#### 2.4.2.2 ระบบการพิจารณาคดีอาญา

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาของไทยมีการดำเนินคดีในระบบกล่าวหา (Accusatorial) ศาลจะวางตัวเป็นกลางในการค้นหาความจริง เป็นหน้าที่คู่ความในการ

<sup>35</sup> ตาราง

อัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย  
ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

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

นำเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดหรือไม่ และเมื่อจำเลยเป็นผู้กระทำผิดก็จะมีกระบวนการลงโทษโดยศาลต่อไป การมีทนายความช่วยเหลือในการดำเนินคดีจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างมากที่จะทำให้ผู้ถูกกล่าวหาได้รับความเป็นธรรม เพราะทนายความมีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อแก้ข้อกล่าวหาที่โจทก์ได้นำเสนอต่อศาล และนำเสนอข้อเท็จจริงอันนำไปสู่การยกเว้นความผิดหรือการลดโทษแล้วแต่กรณี

#### 2.4.2.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญา

มาตรา 242 “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว”

การให้ความช่วยเหลือจำเลยในคดีอาญานอกจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ยังได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาไว้ด้วย

#### 2.4.2.4 หลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินรางวัลทนายความ

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

ข้อ 4 “อัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ให้เป็นไปตามตารางและอัตราขั้นต่ำขั้นสูงท้ายระเบียบนี้”

ข้อ 5 “ให้ศาลชั้นต้นเป็นผู้กำหนดเงินรางวัลให้ทนายความ โดยพิจารณาตามความยากง่ายของลักษณะคดี กับเทียบดูเวลาและงานที่ทนายความได้ปฏิบัติในการว่าคดีเรื่องนั้น ๆ แล้วกำหนดให้ตามที่เห็นสมควรว่าจะให้ในอัตราขั้นต่ำ หรือขั้นสูง หรือระหว่างขั้นต่ำขั้นสูง”

ข้อ 6 “การสั่งจ่ายเงินรางวัลให้ดำเนินการดังนี้

(1) ในกรณีที่ศาลตั้งทนายความให้ผู้ต้องหาในชั้นสืบพยานไว้ก่อนฟ้องคดีต่อศาล ให้สั่งจ่ายเงินรางวัลเมื่อทนายความได้ปฏิบัติหน้าที่เสร็จสิ้นแล้ว

(2) ในกรณีอื่นให้ส่งจ่ายเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว แต่ถ้าคดีใดศาลชั้นต้นกำหนดให้มีการตรวจพยานหลักฐานก่อนสืบพยาน ให้ศาลมีอำนาจส่งจ่ายเงินรางวัลบางส่วนให้แก่ทนายความที่เห็นสมควรหลังจากการตรวจพยานหลักฐานเสร็จสิ้นแล้วก็ได้แต่ต้องไม่เกินร้อยละสิบห้าของอัตราขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับคดีนั้น

ในกรณีที่มีการดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกา หากเงินรางวัลที่ศาลส่งจ่ายให้ทนายความไปแล้วมีจำนวนยังไม่ถึงอัตราขั้นสูงที่กำหนดไว้สำหรับประเภทคดีนั้น ให้ศาลชั้นต้นมีอำนาจส่งจ่ายเงินรางวัลเพิ่มเติมสำหรับการดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาให้ทนายความนั้นได้ตามที่เห็นสมควร เมื่อศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาคหรือศาลฎีกามีคำพิพากษา หรือคำสั่งแล้ว แต่ทั้งนี้เงินรางวัลทั้งหมดที่ทนายความได้รับต้องมีจำนวนไม่เกินอัตราขั้นสูงที่กำหนดไว้สำหรับประเภทคดีนั้น”

ข้อ 7 “ในคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพหรือคดีเสร็จไปโดยศาลชั้นต้น ไม่ได้พิพากษา เช่น คดีที่โจทก์ถอนฟ้อง หรือยอมความกัน โดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือจำเลยถึงแก่ความตาย เป็นต้น ให้ลดอัตราเงินรางวัลทนายความลงกึ่งหนึ่งของอัตราเงินรางวัลทนายความที่กำหนดไว้ในตารางท้ายระเบียบนี้”

ข้อ 8 “ค่าใช้จ่ายทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ในกรณีที่มีการส่งประเด็นไปสืบที่ศาลอื่น ให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ พ.ศ. 2526 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยเทียบตำแหน่งทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยกับตำแหน่งข้าราชการพลเรือนเพื่อสิทธิในการเบิกจ่าย ดังนี้

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

ข้อ 9 “ทนายความมีสิทธิเบิกค่าใช้จ่ายตามข้อ 8 เมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่ในคดีนั้น ๆ แล้วเสร็จในแต่ละครั้ง และให้ศาลชั้นต้นเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติในการเบิกจ่าย”

ข้อ 10 “ให้ศาลชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ยกเว้นศาลเยาวชนและครอบครัวจัดทำบัญชีรายชื่อทนายความซึ่งได้แจ้งความประสงค์ต่อศาลว่าจะรับเป็นทนายความตามมาตรา 173 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยให้มีข้อมูลเกี่ยวกับสถานที่ติดต่อรวมทั้งประสบการณ์หรือระยะเวลาการทำงานของทนายความนั้นตามสมควร

ในการพิจารณาดังทนายความให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย ศาลพึงคำนึงถึงความยากง่ายของคดีและประสบการณ์ของทนายความประกอบด้วย แต่ถ้าได้มีการจัดหาทนายความให้แล้วในชั้นสอบสวนและทนายความนั้นเป็นผู้ที่มีชื่ออยู่ในบัญชีรายชื่อตามวรรคหนึ่ง เมื่อผู้ต้องหาหรือจำเลยร้องขอ ศาลอาจมีคำสั่งตั้งทนายความผู้นั้นเป็นทนายความต่อไปในชั้นพิจารณาก็ได้

ทนายความที่ได้รับแต่งตั้งตามวรรคสองจะต้องไม่เรียกเอาผลประโยชน์ตอบแทนจากผู้ต้องหาหรือจำเลยหรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่ไม่เหมาะสมอันเป็นการขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือทางคดีแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย”

ข้อ 11 “ระเบียบนี้ไม่ใช้บังคับแก่คดีอาญาที่ศาลตั้งทนายความให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 ซึ่งถึงที่สุดหรือยังไม่ถึงที่สุด แต่ศาลได้มีคำสั่งให้จ่ายเงินรางวัลก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับและให้ใช้บังคับข้อบังคับหรือคำสั่งที่ใช้บังคับอยู่ในวันที่คดีนั้นถึงที่สุดหรือวันที่ศาลมีคำสั่งให้จ่ายเงินรางวัลแล้วแต่กรณีบังคับแก่คดีดังกล่าว”

โดยสรุป ทนายขอแรงมีสิทธิได้รับเงินรางวัลทนายความเมื่อศาลชั้นต้นพิพากษาคดีแล้ว ไม่ว่าผลของคำพิพากษาจะเป็นอย่างไร กล่าวคือทนายขอแรงมีสิทธิขอรับเงินรางวัลได้ต่อเมื่อศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้ว โดยไม่ต้องรอให้คดีถึงที่สุดก่อน หรือในกรณีของทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาในชั้นก่อนฟ้องคดีต่อศาล ให้จ่ายเมื่อทนายความนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับแต่งตั้งเสร็จสิ้นแล้ว ทั้งนี้เป็นไปตามระเบียบกระทรวงยุติธรรม ข้อ 5