

## บทที่ 3

### การบังคับใช้กฎหมายเรื่องเงินรางวัลความในในประเทศไทย

#### 3.1 หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนในการกำหนดเงินรางวัลความ

การจะให้คำจำกัดความในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น เป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก และคิดว่าคงไม่มีใครสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างถูกต้องสมบูรณ์<sup>1</sup> แต่พอสรุปได้เฉพาะในเรื่องวัตถุประสงค์ ซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะบังคับใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นและยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้

##### 3.1.1 ที่มาของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ความสงบเรียบร้อยของสังคมมิใช่สิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ มนุษย์ต่างมีความมุ่งหมายที่จะดำรงไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม การบรรลุถึงความสงบเรียบร้อยย่อมเป็นมูลฐานอันสำคัญที่สุด นับแต่มนุษย์อยู่ร่วมกันเป็นหมู่เหล่า มนุษย์ประสบกับความจริงที่ว่า “มีอาจวางใจได้ว่าสมาชิกทุกคนจะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของสังคม” ด้วยเหตุนี้เทคนิคการควบคุมสังคมจึงถูกพัฒนาขึ้นในทุกสังคม เพื่อจัดการกับปัญหาความสงบเรียบร้อยของสังคม

ในสังคมเริ่มแรก ความสงบเรียบร้อยของสังคมเกิดขึ้นจากความกลมกลืนกับค่านิยมมูลฐานเป็นหลักใหญ่ เสริมด้วยระบบเครือญาติ (Family clan) พิธีกรรม ข้อห้าม ศรัทธาในศาสนาที่ทุกคนยอมรับ และจารีตประเพณี อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมสลับซับซ้อนมากขึ้น มาตรการที่ใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม การระงับข้อพิพาท การดำรงไว้ซึ่งจารีตประเพณีก็ยุ่งยากมากมีโครงสร้างสูงขึ้นและไม่เกี่ยวกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะสถาบันทางกฎหมายซึ่งมีรูปแบบซับซ้อนก็เข้ามาแทนที่สถาบันเก่า ๆ ในการช่วยจรรโลงความสงบเรียบร้อยของสังคม<sup>2</sup>

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

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

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

การใช้ถ้อยคำที่มีความหมายว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในกฎหมายต่างๆ ส่วนมากได้ดำเนินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็มีอยู่หลายฉบับที่ใช้ถ้อยคำแตกต่างกันไป ซึ่งย่อมจะมีความหมายแตกต่างกันไปบ้างด้วย หรือขึ้นอยู่กับลักษณะของเรื่องด้วย ทั้งนี้แล้วแต่เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น

### 3.1.2 ความหมายของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายไทยที่บัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนทุกฉบับมิได้แปลความหมายหรือให้คำนิยามไว้แต่อย่างใด ถึงอย่างไรก็ตาม ได้มีนักกฎหมายหลายท่านพยายามค้นหาและตีความหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อให้ทราบความหมายและขอบเขตการบังคับใช้ที่ชัดเจนซึ่งจะช่วยแก้ปัญหาความเข้าใจที่คลุมเครือเกี่ยวกับหลักการดังกล่าว ทั้งนี้ผู้เขียนได้

<sup>3</sup> ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2514). ภาษากฎหมายไทย. หน้า 55.

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

รวบรวมแนวความคิดของนักกฎหมายหลายๆ ท่านที่ได้อธิบายหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ดังนี้

เอช เอกูต์ กล่าวว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนจะต้องเข้าใจอย่างไร กฎหมายไม่ได้วิเคราะห์ศัพท์หรือชี้แจงไว้อย่างกว้างๆ เลย ถึงกระนั้นก็ดี ในประเทศเป็นจำนวนมากเขาถือกันว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นหมายความรวมถึง 2 อย่างคือ การคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชนและการคุ้มครองส่วนได้เสียทั่วไปของหมู่ประชาชน”<sup>5</sup>

พระมณฑาณวิมลศาสตร์ กล่าวว่า “คำว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน คืออะไร เรียกว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจกระทำได้ ความยากของเรื่องนี้เป็นทำนองเดียวกับ Public Policy การจะจำกัดความลงไปว่าเป็นอะไรจึงไม่อาจกระทำได้นอกจากเปรียบเทียบตามตัวอย่างในคดี”<sup>6</sup>

มาโนช จรมาศ กล่าวว่า “การที่จะถือว่านิติกรรมหรือข้อตกลงใด มีวัตถุประสงค์เป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น หมายความว่าขัดขวางตอนนโยบายที่มุ่งเพื่อประโยชน์ได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม หรือเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป ไม่เกี่ยวแก่คู่กรณีโดยเฉพาะ”<sup>7</sup>

เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า “อะไรเป็นความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นอธิบายว่าเป็นข้อห้ามซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และข้อที่ควรจดจำก็คือที่ต้องการให้สังคมดำรงอยู่นั้น ก็เพื่อให้ความคุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง”<sup>8</sup>

จีต เศรษฐบุตร กล่าวว่า “การที่จะให้คำจำกัดความว่า ความสงบเรียบร้อยของประชาชน มีความหมายอย่างไรนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก และคิดว่าคงไม่มีผู้ใดสามารถให้คำจำกัดความได้อย่างสมบูรณ์แต่จะกล่าวถึงแต่เพียงวัตถุประสงค์ของคำดังกล่าวนี้ อาจพูดได้ว่า

<sup>5</sup>เอช เอกูต์. (2475). คำอธิบายธรรมศาสตร์ชั้นปริญญาตรีทางนิติศาสตร์. หน้า 71.

<sup>6</sup>พระมณฑาณวิมลศาสตร์. (2479). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดารลักษณะสัญญาผิดกฎหมาย. หน้า 21 - 22.

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

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

ความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความมุ่งหมายที่จะให้ยกขึ้นใช้ในกรณีที่ผลประโยชน์ของส่วนรวมของสังคมขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัว ผลประโยชน์ส่วนรวมย่อมมีความสำคัญกว่า และเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ดังนั้น คู่กรณีจะแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นยกเลิกไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้ โดยสรุปความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงหมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม”<sup>9</sup>

**ปรีดี เกษมทรัพย์** กล่าวว่า “คำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นคำหลวมๆ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้น ยังไม่คิดถึงกรณีที่จะเกิดขึ้นได้ในอนาคต จึงบัญญัติเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมาย เช่น ศาล ได้ใช้ดุลยพินิจเพิ่มเติมเรียบเรียงความนี้ให้เหมาะสมกับกรณีตามกาลสมัย หากไม่มีข้อความนี้ไว้ ถ้ากรณีเกิดขึ้นภายหลัง ก็จะไม่สามารถใช้กฎหมายปรับให้นิติกรรมเป็นโมฆะได้”<sup>10</sup>

**เสริม วินิจฉัยกุล** กล่าวว่า “การที่จะทราบว่าบทกฎหมายใดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงว่าประโยชน์ส่วนรวมของบุคคลนั้นเป็นอุปสรรคให้ทำการตกลงกันได้โดยชอบใจหรือไม่ ถ้าหากว่าประโยชน์ส่วนรวมไม่อำนวยให้ตกลงกันได้โดยชอบแล้วก็ย่อมเป็นการห้าม และถ้าบทกฎหมายนั้นไม่ได้กล่าวข้อความไว้ชัดเจนแล้ว ก็ต้องพิจารณาว่าบทกฎหมายนั้นเป็นบทอันรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมของบุคคลในสังคม ซึ่งกฎหมายไม่ยอมให้ใครหลีกเลี่ยงตกลงเป็นอย่างอื่นหรือไม่”<sup>11</sup>

**สุพจน์ ณ บางช้าง** กล่าวว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ใช่ของง่ายที่จะให้คำนิยาม เพราะคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องมีหลักการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา แต่ก็อาจสรุปได้ว่าสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน คือ สัญญาที่ขัดต่อผลประโยชน์ต่อส่วนรวม”<sup>12</sup>

**อุกฤษ มงคลนาวิน** กล่าวว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึงประโยชน์โดยทั่วไปของประเทศชาติและสังคม ส่วนการดำรงรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย

<sup>9</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร. (2512). คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. หน้า 21.

<sup>10</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. (2515). คำบรรยายหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป. หน้า 14.

<sup>11</sup> เสริม วินิจฉัยกุล. (2515). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้. หน้า 14.

<sup>12</sup> สุพจน์ ณ บางช้าง. (2516). สัญญาก่อนสมรส. หน้า 86.

ของประชาชนย่อมจะไม่ขัดแย้งต่อทัศนคติโดยทั่วไปทางจริยธรรมของสังคม และยังคงความคลอดถึงรัฐประศาสนโยบายหรือความปลอดภัยของประเทศและบุคคลภายในประเทศด้วย”<sup>13</sup>

วิริยะ เกิดศิริ กล่าวว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชนคือเรื่องที่มีได้เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียของเอกชนผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ หากแต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนได้เสียทั่วไปของรัฐและสังคม หรือเกี่ยวกับผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองความปลอดภัยของประชาชน และการคุ้มครองส่วนได้เสียของประชาชนในทางการเมืองและทางเศรษฐกิจ”<sup>14</sup>

เมื่อได้พิจารณาจากคำอธิบายทั้งหมด อาจสรุปได้ว่า หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม (Public Interest) มิให้ถูกละเมิดหรือถูกรอน โดยปัจเจกชนส่วนน้อย หลักการนี้มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์และความมั่นคงของสังคมเป็นใหญ่ เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้อย่างสงบสุข และหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยที่เปลี่ยนไป

### 3.1.3 ขอบเขตความสงบเรียบร้อยของประชาชน

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

#### บทบัญญัติกฎหมายไทยเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>15</sup>

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

<sup>13</sup> ชานินทร์ กรัยวิเชียร. เล่มเดิม. หน้า 14.

<sup>14</sup> วิริยะ เกิดศิริ. (2517). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาและหนี้. หน้า 17.

<sup>15</sup> สุรพล ชรรณสถิตติ. (2520). ความสงบเรียบร้อยของประชาชน. หน้า 28.

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

#### 3.1.4 แนวความเห็นของนักนิติศาสตร์ไทยที่เกี่ยวกับขอบเขตของความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>16</sup>

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

ปรีดี พนมยงค์ ให้ความเห็นว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนคือ ระเบียบอันจำเป็นที่จะให้การปกครองดำเนินไปโดยเรียบร้อยและมีขอบเขตดังนี้

1. กฎหมายมหาชนทั้งหลายรวมทั้งกฎหมายอาญา ย่อมเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะเหตุว่ากฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความเป็นอยู่ของประเทศ และย่อมอยู่เหนือเอกชนซึ่งจะแสดงเจตนาหลบเลี่ยงแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไรไม่ได้ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเช่นนั้นย่อมเป็นโมฆะ

<sup>16</sup> มหล่งเดิม. หน้า 43 - 67.

2. กฎหมายเอกชน ซึ่งมีบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนเฉพาะที่ได้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ทั่วไปของมหาชน เช่น

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

2.2 บทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก เช่น การจดทะเบียนต่าง ๆ ซึ่งเอกชนจะยกเว้นแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้

**จิต เศรษฐบุตร** ให้ความเห็นว่า ขอบเขตของความสงบเรียบร้อยของประชาชนแยกออกเป็นกรณี ๆ ดังนี้

1. ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง ได้กำหนดกฎหมายขึ้นเพื่อปกป้องรักษาสถาบันของสังคมอันมีอยู่ 3 สถาบันคือ รัฐ ครอบครัว และตัวเอกชนเอง

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

1.2 ครอบครัว : เพื่อปกป้องรักษาความมั่นคงของครอบครัว หมายถึงกฎหมายเอกชนอันเป็นกฎหมายแพ่ง แต่เกี่ยวกับสถาบันของครอบครัว ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยา ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร เหล่านี้ย่อมเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันเอกชนจะทำนิตินกรรมแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้

1.3 ตัวเอกชนเอง : ปกป้องรักษาความมั่นคงของเอกชนเอง กล่าวคือนิตินกรรมจะเป็นโมฆะ หากมีวัตถุประสงค์ขัดต่อสิทธิของบุคคลตามที่กฎหมายมหาชนได้มอบหมายให้เพื่อรักษาความมั่นคงของเอกชน เช่น สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2. ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ ได้กำหนดกฎหมายขึ้นเพื่อรักษาประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมและของเอกชนเอง

2.1 กรณีรักษาประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมนั้น โดยมากจะใช้ในกรณีฉุกเฉินหรือคับขัน เช่น กฎหมายห้ามนำสินค้าบางชนิดออก หรือห้ามนำเข้าสินค้าบางชนิด เพื่อเป็นการปกป้องรักษาการผลิตของสินค้านั้น เป็นต้น

2.2 กรณีรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนนั้น เช่นกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา หรือ พระราชบัญญัติควบคุมการเช่าเคหะและที่ดิน เป็นต้น

สุบิน พูลพัฒน์ ให้ความเห็นว่า การใดที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีขอบเขตดังนี้

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

หยุด แสงอุทัย ได้แบ่งขอบเขตกฎหมายเอกชนที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนดังนี้<sup>17</sup>

1. กฎหมายที่กำหนดให้ต้องกระทำนิติกรรมตามแบบพิธี เช่น การซื้อขายที่ดิน การสมรส เป็นต้น ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องสำคัญซึ่งต้องการให้คู่สัญญาใคร่ครวญโดยรอบคอบจึงบังคับให้ทำตามแบบพิธีเพื่อให้ยากแก่การทำนิติกรรม

2. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก เช่น เรื่องเกี่ยวกับกองทุนบริษัท ซึ่งกำหนดไว้ให้บุคคลภายนอกทราบว่าบริษัทมีทุนเท่าใด

3. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อสาธารณะประโยชน์ เช่น กฎหมายที่ว่าด้วยทรัพย์สินซึ่งเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน

4. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลกระทำการทุจริต เช่น จะตกลงกันไม่ได้ว่า แม้อีกฝ่ายหนึ่งจะกระทำให้เกิดความเสียหายโดยจงใจก็เรียกค่าเสียหายไม่ได้

5. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่า เช่น ผู้เช่า บุคคลวิกลจริต

6. กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อศีลธรรมโดยตรง เช่น ให้ชายมีภริยาได้คนเดียว

อุกฤษ มงคลนาวิน ได้ให้ความเห็นว่า ขอบเขตของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนไม่ได้หมายถึงเฉพาะในกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงเท่านั้น แต่หมายรวมถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ด้วย ซึ่งทั้ง 2 กรณียังแยกได้เป็น<sup>18</sup>

<sup>17</sup> หยุด แสงอุทัย. (2514). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 106 - 107.

<sup>18</sup> อุกฤษ มงคลนาวิน. เล่มเดิม. หน้า 16 - 25.

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

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

3. ความสงบเรียบร้อยทางด้านวิชาชีพ สำหรับวิชาชีพบางประเภท เช่น วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงยึดถือกันเป็นประเพณีว่าการที่ทนายความทำความตกลงโอนลูกความให้แก่กัน หรือ กรณีที่ทนายความตกลงกับลูกความ โดยกำหนดเงินค่าจ้างทนายความด้วยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้รับในคดีตามผลแห่งคำพิพากษา

เหตุผลที่ห้ามการกระทำดังกล่าวนี้เพราะถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและขัดต่อหลักความเป็นอิสระของวิชาชีพทนายความ ทำให้ทนายความผูกพันตนกับชะตากรรมของคดี เป็นเหตุให้ทนายความยอมหาทางกระทำในสิ่งที่ไม่บังควร เพื่อผลสำเร็จแห่งคดี อันตนจะได้รับประโยชน์โดยคิดคำนวณเป็นเปอร์เซ็นต์ สัญญาในลักษณะเช่นนี้จึงตกเป็นโมฆะ

4. ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ เสรีภาพทางเศรษฐกิจได้ถูกจำกัดลง ทั้งเสรีภาพทางด้านการค้า และด้านอุตสาหกรรมด้วย เพราะได้ตรากฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามากยิ่งขึ้นทุกที นอกจากนั้นความตกลงใด ๆ ที่ทำ

กฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามากยิ่งขึ้นทุกที นอกจากนี้ความตกลงใด ๆ ที่ทำขึ้นอันเป็นการหลีกเลี่ยงหรือปิดบังการเสียภาษีอากรให้แก่รัฐก็ถือว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนด้วย ซึ่งอาจพิจารณาได้ทั้งทางด้านเศรษฐกิจและทางด้านการเมือง

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

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

### 3.2 หลักศีลธรรมอันดีของประชาชนในการกำหนดเงินรางวัลความ

หลักศีลธรรมอันดีของประชาชน ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ การที่จะถือว่าการใดเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเป็นผู้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงความรู้สึกของชนส่วนใหญ่ในสังคมนั้น ๆ เป็นหลัก

#### 3.2.1 ที่มาของคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในเรื่องศีลธรรมอันดีนั้นมักจะเกี่ยวข้องกับความเชื่อและศาสนาตั้งแต่ในอดีตเรื่อยมาแต่มนุษย์ก็ไม่ได้เป็นผู้กำหนดศีลธรรมอันดีขึ้นมาตามคำสั่งสอนของพระเจ้า หรือจากเงื่อนไถภายนอก ศีลธรรมเกิดขึ้นจากภายในตัวมนุษย์เอง โดยที่มีเหตุผลเป็นพื้นฐาน การที่มนุษย์ทำสิ่งใด ๆ อันเกิดจากการบังคับของเหตุผลของตนเองถือว่าการกระทำที่ถูกต้องตามหลัก

จริยธรรม และเหตุผลอันบริสุทธิ์จากตัวมนุษย์นั่นเองเป็นกฎสากลทางศีลธรรม ไม่ใช่กฎที่ได้มาจากพระเจ้าหรือกฎหมายทางสังคม<sup>19</sup>

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

### 3.2.2 ความหมายของคำว่าศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>20</sup>

คำว่า “ศีลธรรม” น. แปลว่า ความประพฤติที่ดีที่ชอบ

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

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

<sup>19</sup> ภิกขพร สิริกาญจน. (2520). บทบาทของเหตุผลในงานเขียนของคานท์. หน้า 71.

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

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

แต่อย่างไรก็ตามก็ยังพอมีหลักให้ยึดถืออยู่อย่างหนึ่งว่า ศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น มิให้ถือเอาศาสนาหนึ่งศาสนาใด หรือของกลุ่มชนใดกลุ่มชนหนึ่ง มาเป็นบรรทัดฐาน โดยเฉพาะ แต่โดยถือเอาว่าการใดคนดีเขาไม่กระทำกัน ใครฝ่าฝืนกระทำขึ้นก็ได้ชื่อว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี แต่การจะตัดสินลงไปว่าแค่ไหนเรียกว่าคนดีก็เป็นการยาก แม้นักกฎหมายจะได้พยายามจำกัดความเพื่อการนำไปบังคับใช้แต่ก็ยังไม่ใช่เรื่องง่าย อยู่ดี ในที่สุดก็ตกเป็นภาระของศาลเช่นเคยที่จะต้องวินิจฉัยไปตามยุคสมัย

### 3.2.3 ขอบเขตของศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>21</sup>

ในเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชนนี้ นักนิติศาสตร์ได้พยายามวางขอบเขตแห่งการวินิจฉัยไว้เพื่อเป็นหลักเกณฑ์การวินิจฉัยของผู้พิพากษา ดังนี้

1. ผู้พิพากษาจะต้องไม่ถือเอาความรู้สึกของตนเป็นเกณฑ์ ถ้าการนั้นเป็นการที่บุคคลทั้งหลายถือว่ายึดต่อศีลธรรมอันดีแล้ว ผู้พิพากษาจะต้องตั้งแสดงว่ายึดต่อศีลธรรมอันดี แม้ว่าตามความเห็นของตัวเองจะไม่เห็นว่าเป็นเช่นนั้น
2. ผู้พิพากษาจะต้องไม่ถือเอาความรู้สึกของเอกชนที่นับถือศาสนาหนึ่งหรือของกลุ่มชนใด โดยเฉพาะเป็นเกณฑ์ เพราะอาจเป็นไปได้ว่าบุคคลหมู่ใดหมู่หนึ่งซึ่งมีความประพฤติอันดีงามอาจถือว่าการนั้นเป็นการขัดต่อศีลธรรม ถ้าการนั้นไม่กระทบกระเทือนความรู้สึกของประชาชนแล้วจะสั่งล้างการนั้นเสียไม่ได้
3. ผู้พิพากษาจะต้องบอกล้างการนั้นต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของการนั้นมีลักษณะต่างกันโดยชัดแจ้งและร้ายแรงกับศีลธรรมอันดี ถ้ามีความสงสัยหรือถ้าการละเมิดศีลธรรมอันดีนั้นไม่เป็นการสำคัญแล้ว ผู้พิพากษาไม่ควรสั่งล้างการนั้น
4. ผู้พิพากษาจะต้องถือว่าการอันขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้น เป็นการซึ่งผู้กระทำจะต้องได้รับความอับอายและคำติเตียนจากบุคคลอื่น การนั้นเป็นการกระทบกระเทือนความรู้สึกของประชาชน

<sup>21</sup> แหล่งเดิม. หน้า 637 – 638.

หลักทั้ง 4 ข้อนี้ ถ้าผู้พิพากษาถือเอาเป็นเกณฑ์แล้วจะเห็นได้ว่า มีโอกาสสั่งการอันขัดต่อศีลธรรมโดยตรงได้น้อยราย ทั้งนี้ก็เพราะเหตุว่าการอันขัดต่อศีลธรรมอันดีนั้นเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติกฎหมายและขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนรวมอยู่ด้วย

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

### 3.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

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

หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าถูกต้องเป็นธรรมตลอดมาเนื่องจากมีพื้นฐานของหลักความเสมอภาคและเสรีภาพแห่งบุคคลรองรับอยู่ เมื่อสังคมยอมรับว่าบุคคลแต่ละคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย บุคคลทุกคนจึงมีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำนิติกรรมสัญญาหรือไม่ก็ได้ หากผู้ใดเลือกเข้าทำสัญญาไว้เรียบร้อยแล้ว ก็ย่อมเป็นการยุติธรรมที่กฎหมายจะ

บังคับให้ต้องผูกพันตามนั้น กฎหมายที่ไม่บังคับให้เป็นไปตามนั้นต่างหากที่จะต้องถือว่าเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม

ในสภาพความเป็นจริงของสังคมปัจจุบัน หลักความเสมอภาคของบุคคลดูเหมือนจะไม่มีนัยแห่งความเป็นจริงเลย ความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่างบุคคลมีอยู่ในทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การศึกษา สติปัญญา กระทั่ง โอกาสที่จะเลือกของแต่ละบุคคลก็ไม่เท่าเทียมกัน ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่เกิดการเอาใจเอาเปรียบทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจต่อรองอันเกิดจากความไม่เท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ คนที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่าย่อมได้เปรียบคนที่มีอำนาจต่อรองต่ำกว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาตามกฎหมายจึงตกอยู่ในสภาพที่เป็นเพียงเครื่องมือในการเอาใจเอาเปรียบ ทั้งยังกลายเป็นตราประทับรับรองความชอบธรรมให้แก่การเอาใจเอาเปรียบว่าเป็นความยุติธรรมตามกฎหมายอีกด้วย<sup>22</sup>

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

**3.3.1 ขอบเขตการให้ความเป็นธรรมในการกำหนดเงินรางวัลความตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม<sup>23</sup>**

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

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

<sup>23</sup> แหล่งเดิม. หน้า 80 – 83.

ขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้นคู่กรณีจึงต้องผูกพันตามที่ได้ตกลงกันไว้ศาลไม่มีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปเปลี่ยนแปลงหรือปรับลดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ได้

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

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

5. นิตินกรรมสัญญาทั้ง 8 ประเภทนี้ รวมทั้งนิตินกรรมสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเอง และนิตินกรรมสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนด้วย

### 3.3.2 หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม<sup>24</sup>

เมื่อสัญญาสมัยใหม่ที่อยู่ในรูปของสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปที่ทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบอย่างมาก นักกฎหมายจึงได้พยายามหาทางแก้ไข โดยเริ่มจากการปรับใช้และตีความบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อได้พิจารณาแล้วเห็นถึงความไม่คล่องตัวในการปรับใช้หลักกฎหมายเนื่องจากมีหลักเกณฑ์ที่กว้าง ศาลต้องใช้ดุลยพินิจอย่างมากในการตีความทั้งในบทบัญญัติกฎหมาย และข้อสัญญา การที่รอหลักการและแนวบรรทัดฐานจากคำพิพากษาของศาลต้องใช้เวลาและความเข้าใจที่ถูกต้องต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงเกิดความไม่ชัดเจนและความไม่แน่นอนในการคุ้มครองคู่สัญญา นักกฎหมายจึงเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติกฎหมายพิเศษสำหรับปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลเห็นถึงลักษณะของข้อสัญญาที่มีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมได้ชัดเจนขึ้น

<sup>24</sup> คารารพร ธีระวัฒน์. (2542). กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. หน้า 57 – 75.

และมีลักษณะเป็นการเสริมต่อบทบัญญัติของกฎหมายสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอยู่ในหลักกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

### 3.3.2.1 หลักสุจริต ตามมาตรา 5

มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

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

### 3.3.2.2 หลักการตีความการแสดงเจตนาและการตีความสัญญาตามมาตรา 368, 171

มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามประสงค์ ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปรกติประเพณีด้วย”

มาตรา 171 บัญญัติว่า “ในการตีความการแสดงเจตนา นั้น ให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร”

หลักในการตีความสัญญามีจุดมุ่งหมายเพื่อกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาที่พิพาทกัน โดยพิจารณาจากมาตรฐานของการกระทำของบุคคลหนึ่ง ๆ เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง ประกอบหลักสุจริต และปกติประเพณี

### 3.3.2.3 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 150

มาตรา 150 บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

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

หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นขอบเขตเสรีภาพในการทำสัญญา ที่บุคคลจะกำหนดเจตนาหรือข้อสัญญาให้มีวัตถุประสงค์ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ หลักดังกล่าวเป็นหลักที่ศาลสามารถปฏิเสธการมีผลบังคับของสัญญาได้ที่เดียว ทำให้สัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะ หลักความสงบเรียบร้อยนี้มีความหมายกว้างมาก และเป็นกรยากที่จะจำกัดความหมายที่ตายตัวลงไป

การปรับใช้หลักความสงบเรียบร้อยต่อปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูปนี้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นหลักว่าบุคคลใด ๆ ย่อมมีสิทธิจะทำสัญญาอย่างไรก็ได้ เว้นแต่สัญญานั้นต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แม้ข้อสัญญานั้นจะกำหนดให้คู่ความฝ่ายใดเสียเปรียบกันอย่างไร

#### 3.3.2.4 หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียเปรียบ ตามมาตรา 11

มาตรา 11 บัญญัติว่า “ในกรณีมีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้”

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

#### 3.3.3 การให้ความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

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

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

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

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสามจะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา ๑๐ มาใช้โดยอนุโลม”

สรุปข้อสัญญาในเรื่องกำหนดความที่จะถูกตรวจสอบให้อยู่ในกรอบแห่งความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง จะต้องมีลักษณะดังนี้

(1) เป็นข้อตกลงในสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่ง ได้แก่

- ก. สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจ หรือ วิชาชีพ
- ข. สัญญาสำเร็จรูป

(2) เป็นข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป แล้วแต่กรณี ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และ

(3) การได้เปรียบใน (2) เป็นการได้เปรียบที่เกินสมควร

กรณีการได้เปรียบที่เกินสมควรตาม (3) นั้นในมาตรา 4 วรรคท้าย บัญญัติให้นำปัจจัยต่างๆ ที่ระบุไว้ในมาตราที่ 10 มาใช้ประกอบการพิจารณาโดยอนุโลม

มาตรา 10 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

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

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

สำหรับมาตรา 10 นี้เป็นบทบัญญัติที่วางแนวทางในการวินิจฉัยถึงระดับความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีของสภาพบังคับแห่งสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่าอยู่ที่จุดใด เพื่อให้ศาลสามารถบังคับการให้คู่กรณีต้องผูกพันกันในระดับที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีนั้นได้ ดังนั้น จึงมีสภาพเป็นเครื่องมือที่ศาลจะใช้ในการปรับลดสภาพบังคับแห่งข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มาอยู่ ณ จุดที่เป็นธรรมได้อย่างมีหลักเกณฑ์และสมเหตุสมผล ทั้งนี้ เพื่อมิให้การใช้ดุลพินิจของศาลเป็นไปตามอำเภอใจไร้แนวทาง หรือแข็งกระด้างอยู่กับ “ยึดถือ” ของศาลโดยไม่มีเหตุผล<sup>26</sup>

<sup>26</sup> คารพร ถิระวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 107 – 108.

ตัวอย่างเช่น<sup>27</sup> ในสัญญาจ้างว่าความมีข้อตกลงว่า “ผู้ว่าจ้างจะ ไม่ถอนนายความ จนกว่าคดีจะถึงที่สุด หากมีการถอนนายความก่อนคดีถึงที่สุด โดยนายความมิได้กระทำผิดหน้าที่ผู้ว่าจ้างตกลงที่จะชำระค่าสินจ้างให้เต็มตามจำนวนที่กำหนดไว้ในสัญญา” ข้อตกลงนี้ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะมิใช่ข้อสัญญาที่ผูกมัดคัดถอนเสรีภาพของผู้ว่าจ้างมิให้ถอนนายความเป็นการเด็ดขาด เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าหากถอนนายความ ผู้ว่าจ้างก็ยังคงชำระค่าสินจ้างให้ผู้รับจ้างเต็มจำนวนในสัญญาเท่านั้น จึงไม่เป็น โทษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 แต่สัญญาจ้างว่าความในกรณีนี้เป็น สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบวิชาชีพและข้อตกลงดังกล่าวเป็นผลให้ผู้บริโภคต้อง รับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด เพราะตามกฎหมายเรื่องจ้างทำของนั้น เมื่อผู้ว่าจ้างใช้สิทธิ เลิกสัญญาในระหว่างที่ยังไม่แล้วเสร็จผู้ว่าจ้างจะต้องใช้เงินตามควรค่าแห่งงานส่วนที่ ทำ กับค่าเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาให้แก่ผู้รับจ้างเท่านั้น ข้อตกลงที่ให้ผู้ว่าจ้างต้องชำระ ค่าสินจ้างเต็มจำนวนจึงเป็นข้อตกลงที่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบผู้บริโภค ตามมาตรา 4 วรรค สาม (2) ทั้งเป็นการได้เปรียบเกินสมควร ตามมาตรา 4 วรรคท้าย เนื่องจากนายความย่อมมี ความรู้ทางกฎหมายและความสันทัดจัดเจนในการทำสัญญาจ้างว่าความเหนือกว่าผู้บริโภคมาก กรณีครบองค์ประกอบเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งให้มีผลบังคับ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในการวินิจฉัยว่าอย่างไรจึงจะเป็นธรรมและ พอสมควรแก่กรณีนั้น นอกจากปัจจัยด้านความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน และอำนาจ ต่อรองของนายความเหนือกว่าผู้ว่าจ้างแล้ว ยังมีปัจจัยด้านความคาดหมายของคู่สัญญา สนับสนุนการปรับลดผลบังคับของข้อตกลงนี้อยู่อีกด้วย เพราะสัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญา จ้างทำของที่คู่สัญญามุ่งหวังและคาดหมายว่าจะได้ผลสำเร็จของงานที่คุ้มค่ากับสินจ้างที่กำหนด ไว้ ดังนั้นจึงควรปรับลดให้ผู้ว่าจ้างจ่ายค่าสินจ้างแก่นายความตามมูลค่าแห่งงานส่วนที่ ทำ บวกกับค่าเสียหายที่เกิดจากการบอกเลิกสัญญาก่อนกำหนดเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าสินจ้างเต็ม จำนวนที่กำหนดไว้ตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

อนึ่งหากได้นำแนวทางการวินิจฉัยในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้มาเป็นแนวทาง ในการพิจารณาคดี ในกรณีสัญญาจ้างว่าความที่นายความแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันจะพึง ได้แก่ลูกความ ก็จะเป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาได้อีกทางหนึ่ง

<sup>27</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 6025/2539

### 3.4 แนวความคิดในการกำหนดเงินรางวัลความ

ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติหลาย ๆ ฉบับขึ้นเพื่อเสนอต่อรัฐบาลในการปรับปรุงแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องของบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ให้มีความสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ในร่างพระราชบัญญัติที่ได้จัดทำขึ้นนี้ได้เสนอแนวทางในเรื่องของเงินรางวัลความให้มีอัตราที่สูงขึ้น เพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับค่าเงินในปัจจุบัน โดยจะขอนำร่างพระราชบัญญัติที่ได้จัดทำขึ้นนี้มากล่าวเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดเงินรางวัลความต่อไป

#### 3.4.1 การกำหนดเงินรางวัลความตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action)

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

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

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

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

### 3.4.1.1 ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action)

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

ลักษณะพิเศษของคดีแบบกลุ่มคือคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันไม่เฉพาะคู่ความในคดี แต่ผูกพันสมาชิกกลุ่มด้วย ตามร่างมาตรา 222/34 ซึ่งบัญญัติว่า

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

มาตรา 222/34 “คำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการผูกพันคู่ความและสมาชิกกลุ่ม และในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี ให้โจทก์หรือทนายความฝ่ายโจทก์มีอำนาจ ดำเนินการบังคับคดีแทน โจทก์และสมาชิกกลุ่ม”

**ลักษณะของคดีแบบกลุ่ม** เป็นไปตามร่างมาตรา 222/5 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 222/5 “คดีที่มีสมาชิกกลุ่มจำนวนมากดังต่อไปนี้ โจทก์ซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่ม อาจร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้

(1) คดีละเมิด

(2) คดีผิดสัญญา

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

**คุณสมบัติของโจทก์และทนายโจทก์** ตามร่างมาตรา 222/9 บัญญัติดังนี้

มาตรา 222/9 “ในการพิจารณาคำร้องขออนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ให้ศาลจัดส่งสำเนาคำฟ้องและคำร้องเช่นนั้นไปให้จำเลย เมื่อศาลได้ฟังคู่ความทุกฝ่ายและทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรแล้ว ศาลจะอนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ต่อเมื่อเป็นที่พอใจของศาลว่า

(1) สภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับ และข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์ และของกลุ่มบุคคลมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 222/7

(2) โจทก์ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะที่เหมือนกันของกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อให้รู้ได้ว่าเป็นกลุ่มบุคคลใด

(3) กลุ่มบุคคลมีสมาชิกกลุ่มจำนวนมาก ซึ่งการดำเนินคดีอย่างคดีสามัญจะทำให้เกิดความยุ่งยากและไม่สะดวก

(4) การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากกว่าการดำเนินคดีอย่างคดีสามัญ

(5) โจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าโจทก์เป็นสมาชิกกลุ่มที่มีคุณสมบัติ ส่วนได้เสียรวมตลอดทั้งการได้มาซึ่งสิทธิการเป็นสมาชิกกลุ่ม ตามข้อกำหนดที่ออกโดยประธานศาลฎีกา ถ้ามี และโจทก์รวมทั้งทนายความที่โจทก์เสนอให้เป็นทนายความของกลุ่มสามารถดำเนินคดีคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม ...”

นายโจทก์ดังกล่าวอาจต้องทรงแจ้งค่าใช้จ่ายในคดีทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการ ประทาศแจ้งสมาชิกกลุ่มทุกคน ค่าใช้จ่ายในด้านพยานผู้เชี่ยวชาญ และค่าใช้จ่ายในคดีอื่นๆ ค่าใช้จ่ายเหล่านี้ รวมทั้งค่าวิชาชีพทนายความ ทนายความโจทก์จะได้รับต่อเมื่อชนะคดี โดย

ศาลอาจกำหนดให้นายโจทก์ได้รับเงินรางวัลความไม่เก็นร้อยละ 30 ของค่าเสียหายที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มทุกคนได้รับ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเงินรางวัลของนายความโจทก์อยู่ที่ร่างมาตรา 222/37

ซึ่งบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเงินรางวัลของนายความอยู่ในร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 222/37<sup>30</sup>

มาตรา 222/37 “กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการส่งมอบทรัพย์สิน ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่นายความฝ่ายโจทก์ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดีประกอบกับระยะเวลาและการทำงานของนายความฝ่ายโจทก์ รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่นายความฝ่ายโจทก์ได้เสียไป และเพื่อประโยชน์แห่งการนี้ เมื่อการพิจารณาสิ้นสุดให้นายความฝ่ายโจทก์ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวต่อศาลด้วย

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยใช้เงิน นอกจากศาลต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มมีสิทธิได้รับประกอบด้วย โดยกำหนดเป็นจำนวนเงินร้อยละของจำนวนเงินดังกล่าว แต่จำนวนเงินรางวัลดังกล่าวต้องไม่เกินร้อยละสามสิบของจำนวนเงินนั้น

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สินและให้ใช้เงินรวมอยู่ด้วยให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการกำหนดจำนวนเงินรางวัลตามมาตรานี้ หากมีการเปลี่ยนนายความฝ่ายโจทก์ ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลของนายความฝ่ายโจทก์ตามสัดส่วนของการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เสียไป

ให้ถือว่านายความฝ่ายโจทก์เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและจำเลยเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในส่วนของเงินรางวัลด้วย”

ดังนั้น ในเรื่องเงินรางวัลความ กำหนดให้นายความมีหน้าที่ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายต่อศาล โดยต้องแสดงจำนวนเงินค่าใช้จ่ายในคดีที่นายความได้ใช้ไปทั้งหมด

<sup>30</sup> คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. (2548). คำอธิบายร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่...) พ.ศ. ... การดำเนินคดีแบบกลุ่ม. หน้า 17 - 18.

รวมถึงค่าตอบแทนการทำงานของทนายความด้วย ในการพิจารณาเรื่องเงินรางวัลของทนายความนั้น ศาลจะกำหนดโดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดีและเวลาที่ใช้ในการดำเนินคดีด้วย

### 3.4.1.2 แนวคิดในการกำหนดเงินรางวัลทนายความ (Attorney's Fee)

การกำหนดเงินรางวัลทนายความ มีแนวคิดมาจากระบบค่าทนายความของสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดค่าทนายความโจทก์ โดยใช้หลักอย่างหนึ่งอย่างใดในสองหลัก ดังนี้คือ<sup>31</sup>

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

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

### 3.4.1.3 หลักการเกี่ยวกับการจ่ายเงินรางวัลทนายความ<sup>32</sup>

ตามที่กำหนดไว้ในร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการดำเนินคดีแบบกลุ่มของไทยนั้นจะมีความแตกต่างกับหลักการจ่ายเงินรางวัลทนายความของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นสมาชิกกลุ่มจะเป็นผู้จ่ายเงินรางวัลทนายความ กล่าวคือ เงินรางวัลทนายความจะหักจากจำนวนค่าเสียหายที่สมาชิกกลุ่มจะได้รับ

<sup>31</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ. (2547). คำอธิบายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action). หน้า 9 – 13.

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

แต่ในร่างกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีกลุ่มของไทยนั้น จำเลยจะเป็นผู้จ่ายเงินรางวัล ทุนายความ โดยมีฐานการคำนวณคือจำนวนไม่เกินร้อยละ 30 ของจำนวนค่าเสียหายที่สมาชิก กลุ่มมีสิทธิจะได้รับ กล่าวคือ หากจำเลยแพ้คดีแบบกลุ่ม จำเลยจะต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่ โจทก์และสมาชิกกลุ่ม รวมทั้งจะต้องชำระเงินรางวัลทุนายความอีกด้วย กรณีมีการเปลี่ยน ทุนายความก็ให้ศาลกำหนดเงินรางวัลทุนายความฝ่ายโจทก์ตามสัดส่วนที่ทุนายความได้เสียไป

#### 3.4.1.4 คุณสมบัติของทุนายความฝ่ายโจทก์<sup>33</sup>

ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มทุนายความฝ่ายโจทก์เป็นบุคคลที่มีบทบาท สำคัญอย่างมาก เนื่องจากในต่างประเทศคดีแบบกลุ่มนั้นเกิดขึ้นได้เพราะทุนายความฝ่ายโจทก์ ที่ต้องการทำคดีแบบกลุ่มโดยมีสิ่งจูงใจคือเงินรางวัลทุนายความ เช่น ในคดีแบบกลุ่มที่มี ผู้เสียหายจำนวนมาก อันเนื่องมาจากความเสียหายในกรณีเดียวกัน ในการจะดำเนินคดีแบบ กลุ่มทุนายความก็จะรวบรวมผู้เสียหายที่ได้รับ ความเสียหายจากข้อเท็จจริงและหลักกฎหมาย เดียวกัน และทุนายความจะเป็นผู้รวบรวมพยานหลักฐาน รวมทั้งจ่ายเงินทศรองในการ ดำเนินคดีทั้งหมดไปก่อน เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการแสวงหาพยานหลักฐาน ค่าใช้จ่ายในการ ประকাশและส่งคำบอกกล่าวเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มให้สมาชิกกลุ่มทราบ ซึ่งคดีแบบ กลุ่มที่มีจำนวนผู้เสียหายเป็นจำนวนมากก็จะมีค่าใช้จ่ายจำนวนมากด้วย และศาลจะต้องเข้ามา มีบทบาทในการควบคุมวิธีการที่ใช้ในการประภาสและส่งคำบอกกล่าวให้สมาชิกกลุ่มทราบ เพื่อให้สมาชิกกลุ่มทราบมากที่สุด ในทางปฏิบัตินั้นทุนายความฝ่ายโจทก์ก็ต้องพยายามหา วิธีการประภาสและส่งคำบอกกล่าวให้เข้าถึงสมาชิกกลุ่มมากที่สุด เพื่อรวบรวมสมาชิกกลุ่มให้ เข้ามาในคดีมากที่สุด โดยมีเงินรางวัลทุนายความเป็นสิ่งจูงใจ และความเห็นของนักกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มของประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นว่า ทุนายความฝ่ายโจทก์ อาจจะไม่ใช่สำนักงานทุนายความใหญ่ ๆ แต่มักจะเป็นทุนายความหนุ่มสาวที่ต้องการสร้าง ชื่อเสียงให้แก่ตนเอง แต่ต้องเป็นทุนายความที่มีทุนทรัพย์สำรองมากพอ จึงจะสามารถทำหน้าที่ ทุนายความฝ่ายโจทก์เพื่อคุ้มครองโจทก์และสมาชิกกลุ่มได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม

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

### 3.4.1.5 ข้อสังเกตในการกำหนดเงินรางวัลความในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม<sup>34</sup>

1. ฐานของเงินรางวัลความ การคำนวณเงินรางวัลความจะคิดจากจำนวนหนี้ที่สมาชิกกลุ่มยื่นคำขอรับชำระหนี้หรือคิดจากจำนวนค่าเสียหายทั้งหมดที่สมาชิกกลุ่มมีสิทธิจะได้รับ ซึ่งหากใช้หลักการคำนวณจากจำนวนค่าเสียหายที่สมาชิกกลุ่มได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ อาจเกิดกรณีที่จำเลยไม่ยอมจ่ายเงินรางวัลความ จึงไปตกลงกับสมาชิกกลุ่มภายหลังจากที่ศาลพิพากษาว่าจะจ่ายค่าเสียหายให้สมาชิกกลุ่มในจำนวนที่สมาชิกกลุ่มพอใจ แต่สมาชิกกลุ่มต้องไม่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ ซึ่งจะทำให้ทนายความฝ่ายโจทก์เสียหาย

2. การปฏิบัติหน้าที่ของทนายความจะสามารถคุ้มครองประโยชน์ให้แก่สมาชิกกลุ่มผู้เสียหายอย่างเพียงพอและเป็นธรรม โดยการกำหนดระยะเวลาให้ทนายความจัดทำบัญชีค่าใช้จ่ายล่วงหน้าก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาเป็นระยะเวลานานพอสมควร เพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบได้โดยละเอียดและกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการส่งบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้ผู้สอบบัญชีที่ศาลได้ให้การรับรองเป็นผู้ตรวจสอบความถูกต้อง และกำหนดให้นำบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวให้แก่ฝ่ายจำเลยพิจารณาและสามารถคัดค้านได้ด้วยเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสียโดยตรง

### 3.4.2 การกำหนดเงินรางวัลความตามร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ พ.ศ. ....

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

<sup>34</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2548, กันยายน). การดำเนินคดีแบบกลุ่ม. (เอกสารสรุปผลการสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม Class Action). หน้า 23.

### 3.4.2.1 ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ พ.ศ. ....<sup>35</sup>

#### หมวด 7 คำอุทธรณ์

มาตรา 92 บัญญัติว่า “คำทนายความ ให้ศาลกำหนดคำทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีเป็นรายบุคคล ไม่ว่าคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีเหล่านั้นจะใช้ทนายความคนเดียวหรือไม่ โดยให้กำหนดให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีคนละไม่ต่ำกว่าห้าพันบาท แต่ไม่เกินร้อยละสิบของทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในศาลนั้น สำหรับคดีไม่มีทุนทรัพย์ให้ศาลกำหนดคำทนายความให้แก่คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีไม่เกินห้าหมื่นบาท

การพิจารณาคำทนายความตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลพิจารณาตามความยากง่ายแห่งคดี เวลาหรือการงานที่ทนายความต้องดำเนินการพิจารณาในคดีนั้นให้แก่ผู้ชนะคดีแต่ละคน รวมทั้งพฤติการณ์ในการดำเนินการพิจารณาของคู่ความทุกฝ่ายว่าได้คำนึงถึงความเป็นธรรมและความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินคดีหรือไม่ด้วย”

### 3.4.2.2 หลักการในการกำหนดเงินรางวัลทนายความตามร่างฯ<sup>36</sup>

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

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

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

### 3.4.2.3 ข้อสังเกตในการกำหนดเงินรางวัลตามร่างฯ

1. แม้ตามร่างฯ จะได้กำหนดอัตราเงินรางวัลตามความไว้ก็เป็นการกำหนดอัตราขั้นสูงเท่านั้น ในทางปฏิบัติศาลอาจใช้ดุลพินิจกำหนดเงินรางวัลตามความต่ำกว่าร้อยละ 10 ได้ตามพฤติการณ์ในแต่ละคดี

2. เป็นแนวทางที่ทำให้ศาลมีโอกาสกำหนดจำนวนเงินรางวัลตามความให้แก่คู่ความฝ่ายที่ควรได้รับชดใช้จากอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเงินใกล้เคียงกับค่าใช้จ่ายที่คู่ความฝ่ายนั้นต้องจ่ายไปมากขึ้น

3. เป็นแนวทางที่ทำให้คู่ความระมัดระวังในการดำเนินคดีให้เป็นไปในทางที่เหมาะสม ไม่เอารัดเอาเปรียบหรือประวิงคดีเพื่อถ่วงเวลาโดยไม่เหมาะสม เนื่องจากอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายให้แก่อีกฝ่ายมากยิ่งขึ้น

4. เป็นแนวทางในการกำหนดค่าใช้จ่ายเพื่อให้สอดคล้องกับค่าเงินในปัจจุบันมากขึ้น

5. การกำหนดให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีต้องชำระให้แก่ฝ่ายที่ชนะคดี จะทำให้การนำคดีมาฟ้องต่อศาลต้องยับยั้งใจให้มากขึ้น และคู่ความจะคิดถึงการประนีประนอมยอมความมากกว่าจะมาดำเนินคดีทางศาล ซึ่งจะทำให้คดีความในศาลลดน้อยลง

## 3.5 แนวคำพิพากษาฎีกาในการบังคับใช้กฎหมายเรื่องค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

### 3.5.1 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477

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

คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2488 สัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างว่าความเรื่องฉลากกินแบ่งโดยตกลงให้ว่าความตั้งแต่ศาลต้นจนคดีถึงที่สุด ให้ค่าจ้าง 5,000 บาท ถ้าแพ้จะไม่คิดเอาค่าจ้าง ดังนี้ เป็นเรื่องจ้างทำของโดยว่าความให้สำเร็จทุกศาล ส่วนการแพ้ชนะเป็นเงื่อนไขที่จะชำระหรือไม่ชำระค่าจ้างเท่านั้น ฉะนั้นถ้าความแพ้ศาลล่างแต่ชนะศาลสูง ผู้ว่าจ้างก็ต้องชำระค่าจ้าง

**คำพิพากษาฎีกาที่ 1072/2499** สัญญาจ้างว่าความที่ตกลงกันว่า ถ้าหากนายความชนะ ลูกความจะให้ค่าจ้างเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ถ้าแพ้ลูกความไม่ให้ค่าจ้างเลยเช่นนี้ เป็นสัญญาที่ต้องลงแรงปฏิบัติไม่เป็นการพนันขั้นค่อ

**หมายเหตุท้ายฎีกา<sup>37</sup>**

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

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

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

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

<sup>37</sup> ยล ธีรกุล. หนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2499 ตอน 2. หน้า 941 - 946.

แน่นอน การที่คิดเป็นเปอร์เซ็นต์ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องเท่านั้น หากใช่เป็นสัญญาแบ่งเอา ส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะพึงได้รับเมื่อชนะคดีไม่ จึงไม่ต้องห้ามตาม กฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้นจึงยอม บังคับกันได้ตามสัญญานั้น

### 3.5.2 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508

คำพิพากษาฎีกาที่ 1454/2510 ที่คดีที่ตกลงให้เป็นค่าจ้างว่าความเป็นที่ดินที่อยู่ นอกที่พิพาทจึงมิใช่เป็นการเรียกร้อยเอาค่าจ้างจากส่วนแบ่งในที่ดินที่พิพาท ไม่ขัดต่อ พระราชบัญญัติทนายความ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

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

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

### 3.5.3 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

คำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530 สัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าความว่าต่างให้จำเลยทั้งสาม โดยคิดค่าจ้างร้อยละสามสิบของเงินที่ได้มาทั้งหมด มิได้คิดจากจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องเป็น การแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความจึงมีวัตถุประสงค์คือ พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ.2508 มาตรา 41 ประกอบกับ พ.ร.บ. ทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) เป็นโมฆะตาม ป.พ.พ. มาตรา 113 แม้ต่อมาจะได้มี พ.ร.บ. ทนายความ พ.ศ. 2528 ให้ ยกเลิกพ.ร.บ. ทนายความ พ.ศ. 2508 ไปแล้ว และกำหนดให้คณะกรรมการสภาทนายความ ออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความตามมาตรา 53 ซึ่งข้อบังคับนั้นมีได้กำหนดเรื่องค่าจ้าง การว่าความไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาที่เป็น โมฆะแต่ต้น กลับสมบูรณ์ขึ้น<sup>38</sup>

<sup>38</sup> เช่นเดียวกับคำพิพากษาฎีกาที่ 1047/2533

### 3.5.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

คำพิพากษาฎีกาที่ 1557/2500 จำเลยจ้างทนายความทำสัญญาเรียกร้องค่าปฏิกรรมสงครามจากรัฐบาลไทย โดยทำสัญญาจะจ่ายค่าจ้างร้อยละ 10 ของจำนวนค่าทำขวัญที่จำเลยได้รับจริง สัญญานี้ไม่เป็นโมฆะ เพราะสัญญานี้มิใช่เป็นการจ้างทนายความให้ว่าต่างแก่ต่างคดีในโรงศาล หากแต่เป็นเรื่องจ้างให้ทำกิจการนอกโรงศาล มิใช่เป็นการรับจ้างโดยหน้าที่ทนายความ อาจตกลงว่าจ้างกันได้ตามความประสงค์ ไม่มีกฎหมายห้าม

คำพิพากษาฎีกาที่ 921/2542 การที่โจทก์ได้ค่าจ้างว่าความเป็นที่ดิน 200 ตารางวา อันเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินที่จำเลยพิพาทกับบุคคลอื่นทำให้โจทก์เข้าไปมีส่วนได้เสียในที่ดินดังกล่าวโดยตรง เพราะหากจำเลยแพ้คดีโจทก์จะไม่ได้ค่าจ้างว่าความ ซึ่งแสดงว่าสัญญาจ้างว่าความมีลักษณะเป็นการรับโอนสิทธิ ในการดำเนินคดีของจำเลยมาจัดการให้โดยขอรับส่วนแบ่งจากที่ดินพิพาทเป็นค่าตอบแทน อันเป็นการช่วยเหลือยุงส่งเสริมให้บุคคลอื่นเป็นความกัน วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างว่าความจึงขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมตกเป็น โมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

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

<sup>39</sup> ดูคำพิพากษานับเต็มในภาคผนวก 6, หน้า 148.

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

สัญญาจ้างว่าความที่พิพาทไม่มีข้อใดที่มีลักษณะเป็นการเสี่ยงโชคและไม่เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะได้เสียกัน โดยอาศัยเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน เป็นข้อแพ้ชนะกันระหว่างโจทก์จำเลย แต่เป็นสัญญาจ้างทำของที่โจทก์ต้องลงแรงว่าจ้างให้แก่จำเลยซึ่งเป็นลูกความ จึงหาใช่เป็นการพนันขึ้นต่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 853 ไม่

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

วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีลักษณะผูกขาดผู้ที่เป็นทนายความได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายประการ ผู้ที่ได้จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้เป็นทนายความจึงมีพันธกรณีต่อสังคมที่จะต้องปฏิบัติและดำรงตนให้ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในฐานะที่ทนายความมีส่วนสำคัญในการจรรโลงความยุติธรรมในสังคม ทนายความจึงไม่พึงทำสัญญากับลูกความของตนในลักษณะที่ตนเองเข้าไปมีส่วนได้เสียในผลคดีโดยตรงในทำนองซื้อขายความกันย่อมไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพทนายความถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

### 3.5.5 พระราชบัญญัติอื่น

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

#### หมายเหตุท้ายฎีกา<sup>40</sup>

##### ข้อ 1. กฎหมายลิขสิทธิ์ของไทย

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

##### ข้อ 2. กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา

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

<sup>40</sup> วัส ดิงสมิตร. ผู้เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกา 7206/2542.

ส่วนค่าเสียหายอันเกิดจากค่าใช้จ่ายอื่นๆ นั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา  
ก็ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดให้ตามที่ศาลเห็นสมควร ศาลจะให้ค่าใช้จ่ายอื่นๆ  
เต็มจำนวนก็ต่อเมื่อปรากฏว่าจำเลยต่อสู้คดีโดยเจตนาไม่สุจริต ค่าใช้จ่ายดังกล่าวรวมทั้งค่าขึ้น  
ศาล ค่าธรรมเนียมอื่น ค่าถ่ายเอกสารและไปรษณียากร