

บทที่ 4

หลักกฎหมายต่างประเทศในการกำหนดเงินรางวัลทนายความ

4.1 การกำหนดเงินรางวัลทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) ในต่างประเทศ

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

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

4.1.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาวิชาชีพกฎหมายมีความจำเป็นอย่างมาก เนื่องจากสภาพสังคมและเศรษฐกิจการเมืองมีความซับซ้อน วิชาชีพกฎหมายจึงเป็นวิชาชีพที่ได้รับการยอมรับจากสังคมค่อนข้างสูง การเป็นทนายความในสหรัฐอเมริกาต้องสำเร็จการศึกษาปริญญาตรีสาขาใดสาขาหนึ่งมาก่อน แล้วจึงมาศึกษาทางด้านกฎหมายโดยเฉลี่ยเป็นเวลา 3 ปี จากนั้นจึงสอบเป็นเนติบัณฑิตในมลรัฐที่ประสงค์จะทำงานเป็นทนายความในรัฐนั้นได้ เมื่อเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตแห่งมลรัฐแล้วก็มีสิทธิที่จะประกอบวิชาชีพทนายความในมลรัฐนั้นได้

การกำหนดเงินรางวัลทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมี 2 วิธีที่นิยมแพร่หลายมากที่สุดคือ

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

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

ในการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีนี้ เพื่อเป็นการให้ความช่วยเหลือผู้ที่ไม่มีเงินที่จะไปว่าจ้างทนายความ ประกอบกับลูกความเองต้องการที่จะจ่ายค่าทนายความแบบไม่แน่นอนตามสัดส่วนในผลของคดี เพราะลูกความอาจไม่ต้องจ่ายค่าทนายความเลยถ้าคดีของตนแพ้ ในส่วนของทนายความเองที่ต้องการเช่นนั้นเพื่อจะได้ค่าทนายความในจำนวนที่มากเมื่อคดีนั้นประสบความสำเร็จ

ลักษณะการทำสัญญาจ้างว่าความตามผลแห่งคดีนี้จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ระบุวิธีการหรือรูปแบบ และอัตราร้อยละที่ทนายความจะได้รับในคดี ในกรณีที่มีการตกลงประนีประนอมยอมความกันหรือเมื่อศาลมีคำพิพากษา โดยทนายความจะทำหนังสือเป็นรายการแจ้งให้ลูกความทราบถึงผลของคดีและแสดงจำนวนเงินที่ถูกความจะได้รับรวมทั้งวิธีการกำหนดเรื่องค่าเสียหาย

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

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

ถ้าลูกความเห็นว่าคดีของตนชนะแน่ก็มักจะกำหนดค่าทนายความในลักษณะนี้ โดยปฏิเสธการคิดค่าทนายความแบบตามผลของคดี

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

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

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

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

4.1.2 ประเทศอังกฤษ

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

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

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

4.1.2.1 วิธีกำหนดค่าทนายความ

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

4.1.2.2 มารยาททางวิชาชีพในการกำหนดค่าทนายความ⁶

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

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

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

⁶ เสรี สุวรรณภานนท์. เล่มเดิม. หน้า 118.

โดยตรง ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้ Barrister เข้ามามีส่วนได้เสียหรือผลประโยชน์ในคดี และการนำเสนอความจริงต่อศาลด้วยความเป็นธรรมจากผู้ใช้กฎหมายทุกฝ่าย

4.1.3 ประเทศเยอรมัน

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

4.1.3.1 วิธีกำหนดค่าทนายความ⁸

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

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

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

ที่เหลือนจะแบ่งจ่ายเมื่อสืบพยานหรือตกลงกันในศาล และเมื่อศาลรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่อ้างขึ้นการตกลงกันในเรื่องค่าใช้จ่ายนี้อ่อนนุญาติให้กระทำได้

4.1.3.2 ข้อบังคับในการกำหนดค่าทนายความ

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

4.1.4 ประเทศฝรั่งเศส⁹

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

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

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

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

กระบวนการจัดหาทนายความมีความสะดวกยิ่งขึ้น ค่าใช้จ่ายในคดีความน้อยลง ทำให้วิชาชีพกฎหมายฝรั่งเศสมีความใกล้เคียงกับวิชาชีพกฎหมายของประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปที่ไม่ได้แบ่งแยกวิชาชีพกฎหมายออกเป็นหลายแขนง และทำให้วิชาชีพกฎหมาย *Avocat* มีความสำคัญมากยิ่งขึ้น

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

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

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

การ *Notariat* ถือว่ามีประวัติดั้งเดิมตั้งแต่สมัยโรมัน สถาบันนี้จึงมักพบได้โดยทั่วไปในประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน การเข้าสู่วิชาชีพนี้ต้องจบชั้นมัธยม

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

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

4.2 รากฐานความคิดในการกำหนดเงินรางวัลทนายความในต่างประเทศ

แนวความคิดเกี่ยวกับ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ภายหลังกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้ดำเนินรอยตาม ในยุคที่ยกร่างกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้ยอมรับเฉพาะที่ใช้บังคับแก่หลักการในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา โดยถือเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่งเท่านั้น จนกระทั่งมาถึงในยุคปัจจุบันปรากฏว่าหลักการดังกล่าวกลายเป็นหลักสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนโดยทั่วไป

4.2.1 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” และ “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” นั้นในแต่ละประเทศได้พยายามให้คำจำกัดความที่ใกล้เคียง และความหมายที่ครอบคลุมมากที่สุด โดยมีชื่อเรียกที่ต่างกันไปดังนี้¹

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน”

ในประเทศอังกฤษ ใช้คำว่า “Public Policy”

ในประเทศฝรั่งเศส ใช้คำว่า “Ordre Public”

ในประเทศเยอรมัน ใช้คำว่า “ÖFFEN LICHE ORDNUNG”

คำว่า “ศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ในประเทศอังกฤษ ใช้คำว่า “Good morals”

ในประเทศฝรั่งเศส ใช้คำว่า “Bonnes Moeurs”

ในประเทศเยอรมัน ใช้คำว่า “Gut Sitten”

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

การใช้ถ้อยคำที่มีความหมายว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ในกฎหมายต่าง ๆ แม้จะมีถ้อยคำที่แตกต่างกันไปบ้าง ทั้งนี้ย่อมแล้วแต่เจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น หรือขึ้นอยู่กับลักษณะของเรื่องซึ่งเป็นเฉพาะกรณี

ตำรากฎหมายต่างประเทศหลายเล่ม อธิบายและให้คำจำกัดความเกี่ยวกับหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ดังนี้

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

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

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง ผลประโยชน์ของสังคมโดยรวม นั่นเอง หรืออีกนัยหนึ่ง หมายถึง มาตรฐานทางสังคมที่หล่อหลอมขึ้นจนกระทั่งเป็นมาตรฐาน ความประพฤติที่ถูกต้องและคนส่วนใหญ่ในสังคมจะปฏิบัติเช่นนั้น”

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

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ชี้ให้เห็นว่าไม่มีบุคคลใดสามารถกระทำการเป็นผลร้ายต่อส่วนรวมได้”

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

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นแนวทางที่ศาลสามารถใช้เป็นช่องทางเพื่อ หลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด อันอาจเป็นการไม่ยุติธรรม เป็นผลเสียต่อ ประโยชน์ส่วนรวม”

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

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นศัพท์เทคนิคและไม่ควรพิจารณาโดยอาศัย นโยบายรัฐบาล”

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

“ไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะให้คำจำกัดความของคำว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพราะถ้อยคำดังกล่าวย่อมมีความหมายที่เปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา แต่อาจกล่าวได้ว่า

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

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

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

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

สัญญาที่ห้าขึ้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้นเป็นสัญญาที่ขัดต่อผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม”

เมื่อได้พิจารณาจากคำอธิบายทั้งหมด อาจสรุปได้ว่า หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคมมิให้ถูกละเมิดหรือถูกรอนโดยปัจเจกชนส่วนน้อย โดยจะให้ความสำคัญกับประโยชน์และความมั่นคงของสังคมส่วนรวมเป็นใหญ่ เพื่อให้สังคมดำรงอยู่ได้ด้วยความสะดวก และหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงได้ตามยุคสมัยที่เปลี่ยนไป

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

4.2.1.1 ประเทศอังกฤษ

นักนิติศาสตร์ของอังกฤษหลายท่านต่างสนับสนุนหลักการที่ว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและสภาพสังคมรวมทั้งทัศนะของมหาชน

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

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

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

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

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

4.2.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) หลักการในเรื่องหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมในขณะนั้น¹⁹

ประเทศฝรั่งเศสได้รับแนวคิดในเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนจากกฎหมายโรมัน โดยในยุคแรกรับเอาแนวคิดมาใช้เฉพาะในเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งถือเป็นข้อจำกัดอย่างหนึ่ง กระทั่งในปัจจุบันเสรีภาพในการทำสัญญาได้ถูกจำกัดมากหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชนจึงกลายเป็นหลักการสำคัญที่ใช้บังคับแก่กฎหมายเอกชนทั่วไป

4.2.1.3 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) โดยนักนิติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาให้ความเห็นว่า ทศนะเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนย่อมจะเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะของสังคมและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ รวมทั้งทัศนะของมหาชนที่เปลี่ยนแปลงไป

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

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

“ความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ควรมีลักษณะที่ยืดหยุ่นและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจ รวมทั้งทัศนคติของมหาชนในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ

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

ส่วนหลักศีลธรรมอันดีของประชาชน (good moral) เป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของศีลธรรมของสังคมอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักความสงบเรียบร้อย หมายความว่า กฎเกณฑ์ทางศีลธรรมเป็นส่วนหนึ่งของผลประโยชน์ส่วนรวม ที่บังคับแก่เจตนาของบุคคลให้ต้องเคารพยอมรับ

4.2.2 หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญาถือเป็นนโยบายทางกฎหมาย (Legal Policy) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของบุคคลที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิของตนตามที่ตนต้องการ และเป็นหลักที่ให้เสรีภาพอย่างสมบูรณ์แก่คู่สัญญาในอันที่จะกำหนดชนิด แบบ และเนื้อหาของสัญญา โดยจำกัดขอบเขตของรัฐในการเข้าแทรกแซงการทำสัญญาของคู่กรณีให้อยู่ในวงจำกัดที่สุด

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

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

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

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

แม้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาตามความคิดทางเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมให้เหตุผลเพื่อสนับสนุนว่าเจตนามีความสำคัญ มีอิสระในตัวเอง และถือว่าเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นเรื่องเดียวกับความยุติธรรม²³

4.2.2.1 กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

กฎหมายแพ่งฝรั่งเศสยึดหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย แต่ในยุคหลังเสรีภาพในการทำสัญญาเริ่มเสื่อมลง รัฐหรือสังคมได้พยายามเข้ามาบีบหนทางในการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามากขึ้น และแม้ในยุคหลังนี้ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสจะมีได้มีบัญญัติในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาไว้แข็งแรง แต่ก็ยังพอเห็นเจตนาในการจัดทำประมวลกฎหมายที่ได้นำเอาหลักเสรีภาพมาใช้ โดยมีอยู่ในหลายๆ มาตรการที่พอสรุปได้ดังนี้²⁴

มาตรา 6 บัญญัติว่า “บุคคลจะกระทำความตกลงพิเศษขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหาได้ไม่”

ในมาตรานี้มิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าบุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญา แต่โดยทางอ้อมแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรการนี้ยืนยันหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยจำกัดเสรีภาพไว้เท่านั้นว่าจะต้องไม่ถึงขนาดที่จะไปหลีกเลี่ยงกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น トラบใดที่คู่สัญญายังมีได้กระทำการที่จะเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว คู่สัญญาก็ย่อมมีเสรีภาพที่จะตกลงทำสัญญากันเป็นประการใดก็ได้

มาตรา 1134 บัญญัติว่า “ความตกลงที่สร้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับแก่ผู้ที่ทำความตกลงนั้น

ความตกลงนี้ จะถูกเพิกถอนได้ก็แต่โดยความยินยอมร่วมกันของคู่สัญญาหรือโดยผลของกฎหมายเท่านั้น”

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

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

มาตรานี้กฎหมายบัญญัติในแนวทางที่ให้เสรีภาพแก่คู่สัญญา โดยกล่าวได้ว่าสัญญามีผลเป็นกฎหมายของคู่สัญญา

จากที่ได้กล่าวมาในสองมาตราก่อนเป็นตัวอย่างเพื่อให้เห็นแนวทางในการให้เสรีภาพในการทำสัญญาแก่คู่สัญญาเป็นสำคัญ แม้ในระยะหลังประมวลกฎหมายแพ่งจะมีการเปลี่ยนแปลงบ้างแต่ก็มิได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงมากมายแต่อย่างใด ไม่คงมีแต่บทบัญญัติของกฎหมายพิเศษที่มีสภาพบังคับหลายฉบับตราออกมาภายหลัง ซึ่งมีลักษณะที่จำกัดเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา นอกจากนี้ศาลเองก็ได้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีในทำนองที่จำกัดเสรีภาพในการทำสัญญามากขึ้น

4.2.2.2 ข้อสังเกตการมีเสรีภาพในการทำสัญญา

แม้เสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความยุติธรรม ด้วยเหตุผลที่ว่ามนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน มีอิสระในตัวของตัวเอง แต่ในความเป็นจริงมนุษย์มิได้มีความเท่าเทียมกันดังที่กล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำสัญญา²⁵ ในยุโรปตอนปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นระยะเวลาที่มีการรวมตัวกันทางการค้าและอุตสาหกรรม ทำให้เกิดสภาพความไม่เท่าเทียมกันฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าย่อมได้เปรียบในการกำหนดเงื่อนไขของสัญญา จากสภาพการจำยอมที่ต้องทำสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสรีภาพของสัญญาจึงไม่ได้มีอยู่จริงเป็นเพียงอุดมคติที่นักกฎหมายยึดถือและใฝ่ฝันว่าเป็นหลักการที่ดีเท่านั้นแต่ไม่สามารถบังคับได้จริง²⁶

ความคิดที่ว่าเสรีภาพในการทำสัญญาจึงอาจไม่แน่นอน และบุคคลไม่จำเป็นต้องกำหนดหรือตัดสินใจการทำการตามความต้องการของตนที่จะต้องนำไปสู่ประโยชน์ของส่วนรวมสูงสุด แต่การตกลงหรือตัดสินใจของบุคคลในการใด ๆ อยู่ในระดับที่ตนพอจะได้อะไรกลับคืนมาพอสมควรเท่านั้นก็พอ กรณีจึงไม่แน่นอนเสมอไปในการตกลงตามคำเสนอคำสนองเป็นสัญญานั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ สังคม แต่เป็นเพียงความต้องการให้ได้รับผลเท่าที่จะเป็นไปได้ตามข้อเท็จจริงหนึ่ง ๆ ที่ตนต้องการ และยอมรับได้เท่านั้น

จากที่กล่าวข้างต้นหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา จึงยังไม่อาจกล่าวได้ว่ามีความเด็ดขาดในตัวของมันเองที่จะก่อให้เกิดความ

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

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

ผูกพันขึ้น โดยไม่มีองค์ประกอบอื่น ๆ เข้ามาร่วมด้วย เพราะเสรีภาพในการทำสัญญาจะเป็นแนวทางที่ก่อให้เกิดผลที่ยุติธรรมและเป็นประโยชน์ได้ในที่สุด

4.3 แนวคิดเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในต่างประเทศ

4.3.1 แนวคิดของกฎหมายเยอรมัน²⁷

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

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

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

4.3.2 แนวคิดของกฎหมายฝรั่งเศส²⁸

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

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

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

4.3.3 แนวคิดของกฎหมายสหรัฐอเมริกา

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

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

วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้คือ

1) เพื่อให้ศาลสามารถตัดสินได้ว่าสัญญาทั้งฉบับ หรือข้อสัญญาบางข้อไม่มีผลบังคับ ซึ่งแต่เดิมศาลตัดสินคดีแบบนี้โดยให้เหตุผลอื่น เช่น ขัดต่อนโยบายสาธารณะ คำรับประกันโดยปริยาย ไม่มีความยินยอมร่วมกัน และความล้มเหลวของการต่างตอบแทน เป็นต้น

²⁹ Uniform Commercial Code 2 – 302 Unconscionable Contract of Clause

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

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

2) เป็นการรวมหลักการทาง Equity มาไว้ในกฎหมาย

3) เป็นการป้องกันการเอาเปรียบและเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรม

โดยสรุปในเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของสหรัฐอเมริกา ศาลได้นำเอาหลักการที่กล่าวไว้ข้างต้นมาใช้เพื่อเสริมหลักที่มีอยู่เดิม ซึ่งกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้กว้าง ๆ โดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจปรับแก้ข้อสัญญาที่เห็นว่าไม่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบเกินไป โดยยึดหลักให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและเหมาะสมต่อสภาพการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปในสังคม³⁰

4.3.4 แนวคิดของกฎหมายอังกฤษ³¹

ในประเทศอังกฤษผู้พิพากษาได้รับอิทธิพลจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างมาก ศาลจึงไม่เข้าไปควบคุมเนื้อหาของสัญญา เว้นแต่ในกรณีของข้อสัญญาในส่วนของข้อยกเว้นต่าง ๆ แต่ในส่วนของข้อสัญญาหลักศาลเพียงแต่ใช้วิธีการควบคุมโดยทางอ้อมในการตีความข้อสัญญา โดยศาลอังกฤษมีหลักในการตีความดังนี้คือ

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

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

3. หลัก “Fundamental Breach” มี 2 ความหมาย

1) กรณีที่มีการทำผิดข้อสัญญาที่เป็นรากฐานหรือหัวใจของสัญญา ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานว่าคู่สัญญาไม่มีเจตนาให้ข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดชอบใช้บังคับในกรณีที่มีการทำผิดสัญญาข้อนั้น

2) ลักษณะการทำผิดสัญญานั้นมีลักษณะร้ายแรง กล่าวคือ การจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการทำผิดสัญญา

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

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

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

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

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

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