

บทที่ 5

วิเคราะห์ สรุป และเสนอแนะ

5.1 วิเคราะห์

การเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี (Contingent-based fee) หมายถึงการเรียกค่าวิชาชีพทนายความในงานว่าความโดยคำนวณจากผลแห่งคดีที่เกิดขึ้น การเรียกค่าทนายความในลักษณะนี้ไม่ใช่การพนันขั้นต่อเพราะตัวทนายความเองจะเป็นผู้มีผลประโยชน์ได้เสียโดยตรงในผลแห่งคดี แต่การที่ทนายความมีผลประโยชน์โดยตรงดังกล่าวทำให้ขัดแย้งกับแนวความคิดว่าทนายความควรทำหน้าที่เพียงการว่าต่างแก่ต่างแทนคู่ความในคดี (Representing the parties) เท่านั้น หากทนายความเข้าไปมีผลประโยชน์โดยตรงในผลแห่งคดีก็จะขัดต่อหลักการที่ทนายความเป็นประจักษ์ “เจ้าหน้าที่ศาล”¹ ในการประสิทธิ์ประสาทความ

¹ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่า คำว่า “เจ้าหน้าที่ศาล” ศาลฎีกาทงหมายถึง “เจ้าหน้าที่ในการยุติธรรม” (Officer of Justice) ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมมากกว่าเจ้าหน้าที่ศาลที่เป็นรูปธรรม ศาลฎีกาจึงใช้คำว่า “คุณ” หรือเสมือนเป็นเจ้าหน้าที่ศาลในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรม แต่ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ผู้เขียนเห็นว่าการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมนั้นควรเป็นหน้าที่ของบุคคลากรทุกฝ่ายในกระบวนการยุติธรรมจึงยังชอบที่จะใช้คำว่าเจ้าหน้าที่ในการยุติธรรมมากกว่า “เจ้าหน้าที่ศาล”

อนึ่ง ศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ในบทความ “หลักวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์” ลงพิมพ์ในหนังสือ *รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย* โดยรองศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543) : หน้า 131 ระบุว่า “... แนวความคิดเรื่องจริยธรรมอาจเปลี่ยนแปลงไปตามความคิดของนักกฎหมายตามกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไปได้ เช่น เรื่องค่าทนายความซึ่งเรียกตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) หรือกล่าวง่าย ๆ ว่า No win, No fee คือถ้าไม่ชนะก็ไม่เรียกค่าทนายความเลย แต่ถ้าชนะคดีทนายความก็ขอแบ่งส่วนทรัพย์สินที่พิพาทที่ได้จากการชนะคดี ซึ่งอาจจะเป็นครั้งหนึ่งหรือมากกว่านั้นแล้วแต่จะตกลงกัน ข้อตกลงเรื่องค่าทนายความประเภทนี้เดิมต้องห้ามตามกฎหมายอังกฤษถือว่า *วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติ ไม่ใช่จะเอามาแสวงหาผลประโยชน์ในลักษณะนี้* กับทั้งยังถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการยุให้รำด่าให้ร้าย ให้บุคคลเป็นความกันซึ่งเป็นความผิดอาญาอย่างหนึ่งซึ่งเรียกว่า Champerty ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกายอมให้มีการเรียกค่าว่าความในลักษณะนี้ อย่างไรก็ตาม ในประเทศอังกฤษ หลังจากปี 1996 แนวความคิดก็เปลี่ยนไปว่าให้ทนายความเรียกเก็บค่าทนายความตามผลแห่งคดีได้โดยให้เหตุผลว่า เป็นกรณีช่วยเยียวยาจากความที่ขาดทุนทรัพย์สินในการดำเนินคดี”

ยุติธรรม ดังที่ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2543 (ประชุมใหญ่) “...ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของนายความ ในฐานะที่นายความมีส่วนสำคัญในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความ ควรเป็นเจ้าหน้าที่ศาล นายความไม่พึงทำสัญญาับลูกความของตน ในลักษณะที่ตนเองมีส่วนได้เสีย โดยตรงในคดีจนกระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว”

ความคิดที่ว่านายความเป็นเจ้าหน้าที่ในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมเป็นแนวความคิด หรือปรัชญาที่ว่านายความมีหน้าที่รักษาความถูกต้องเป็นธรรมตามกฎหมาย จึงต้องมีความเป็นกลางในระดับหนึ่ง ความเป็นกลางดังกล่าวจึงต้องไม่ให้นายความเข้าไปมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีเสมือนหนึ่งเป็นคู่ความเพราะจะทำให้เสียคุณลักษณะของความเป็นกลางในการมองความถูกต้องชอบธรรม²

ในด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้อง พระราชบัญญัตินายความสองฉบับแรก กล่าวคือ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 ต่างมีบทบัญญัติห้ามการเรียกค่าทนายความ โดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ ส่วนพระราชบัญญัตินายความฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 กลับไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่น่าสนใจวิเคราะห์อย่างยิ่ง นอกจากการวิเคราะห์ในเชิงทฤษฎีและเอกสารแล้ว ผู้ทำวิทยานิพนธ์ยังได้วิเคราะห์ภาคสนาม โดยใช้แบบสอบถามไปยังนักกฎหมายทั้งภาคทนายความ เอกชน และศาล (โปรดดูรายละเอียดในภาคผนวก 2 และ 3) ผลการวิเคราะห์ยืนยันข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งว่า ความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องค่าทนายความว่าทนายความควรมีลักษณะอย่างไร ซึ่งแยกออกเป็นสองแนวคิดดังนี้

1. นายความต้องเป็นเสมือน “เจ้าหน้าที่ศาล” หรือบุคคลากรในการยุติธรรมที่ต้องเป็นกลางและพิทักษ์ประโยชน์แห่งความยุติธรรมจึงไม่อาจเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาท

² พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) “ห้ามมิให้นายความเข้าเป็นทนายความ โดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ”

พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 17 บัญญัติว่า “ทนายความต้องปฏิบัติให้ต้องตามมรรยาททนายความตามที่เนติบัณฑิตยสภากำหนดโดยตราเป็นข้อบังคับและประกาศในราชกิจจานุเบกษา การฝ่าฝืนเป็นการประพฤตินิยมมรรยาททนายความ” และมาตรา 41 บัญญัติว่า “ในระหว่างที่เนติบัณฑิตยสภายังไม่ได้ตราข้อบังคับให้ถือว่าความในมาตรา 12 (2) แห่งพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2477 เป็นเสมือนข้อบังคับที่เนติบัณฑิตยสภาดำเนิน”

ปัจจุบันข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 มีได้บัญญัติห้ามนายความเข้าเป็นทนายความโดยวิธีสัญญาเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความอย่างพระราชบัญญัตินายความสองฉบับแรก

2. การยอมให้ทนายความเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีซึ่งอาจให้ผลดีประการหนึ่งคือคู่ความที่เกี่ยวข้องไม่ต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายด้านคดีความตั้งแต่แรก

การวิจัยพบว่าทั้งวิชาชีพกฎหมายด้านตุลาการ³ และทนายความหรือนักกฎหมายที่ไม่ใช่ตุลาการ⁴ ต่างเห็นด้วยกับการให้เรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี

เมื่อวิเคราะห์หับทบัญญัติของพระราชบัญญัติทนายความทั้งสามฉบับแล้ว (ดังแผนผัง)



เป็นที่น่าสังเกตว่า พระราชบัญญัติทนายความฉบับแรก กล่าวคือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 นั้น วิชาชีพทนายความอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาลอุทธรณ์⁵ ส่วน

³ ผลจากการประเมินแบบสอบถามพบว่า ผู้พิพากษาหรือตุลาการร้อยละ 53.33 เห็นด้วยกับการเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี (โปรดดูภาคผนวก 3)

⁴ ผลจากการประเมินแบบสอบถามพบว่า ทนายความร้อยละ 73.33 เห็นด้วยกับการเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดี (โปรดดูภาคผนวก 3)

⁵ พระราชบัญญัติทนายความ พุทธศักราช 2477

มาตรา 12 “ศาลอุทธรณ์ มีอำนาจออกคำสั่งภาคทัณฑ์ หรือห้ามมิให้ทนายความคนใดทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือให้ลบชื่อทนายความคนใดออกจากทะเบียนได้ โดยอาศัยพิจารณาเห็นเหตุความผิดดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) เมื่อทนายความคนใดมีผิดฐานฉ้อกระบัตินลูกความ หรือประพฤติผิดข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ หรือเอาเท็จมาหามาแก้ลงศาลเพื่อให้ออกคำสั่ง คำบังคับซึ่งทนายความนั้นรู้อยู่แก่ใจว่าเป็นคำสั่งผิดหรือ

(2) เมื่อทนายความคนใดปลุกความโดยยุยงส่งเสริมให้เขาฟ้องกันในกรณีอันหามูลมิได้ หรือเข้าเป็นทนายความว่าต่างแก้ต่าง โดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ หรือ

(3) เมื่อทนายความคนใดสมรู้เป็นใจทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อปลุกพยานเท็จหรือเสียมสอนพยานให้เบิกความเท็จ หรือโดยปกปิดซ่อนงำอำพรางคำพยานหลักฐานใดๆ ซึ่งควรจะนำมายื่นต่อศาลหรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงานหรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน หรือ

(4) เมื่อทนายความคนใดมีผิดโดยสถานอื่นอันเป็นความประพฤตินอกมรรยาทแห่งทนายความผู้มีอาชีพอยู่ในสัจย์สุจริต

คำสั่งของ ศาลอุทธรณ์ นี้ ให้ฎีกาได้ทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหากฎหมาย ฎีกานี้ให้ยื่นภายในกำหนดหนึ่งเดือน ในระหว่างฎีกานั้น คำสั่งของศาลอุทธรณ์มีผลบังคับได้”

พระราชบัญญัติทนายความฉบับที่สอง กล่าวคือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 นั้น วิชาชีพทนายความอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเนติบัณฑิตยสภา⁶ ทั้งนี้เป็นที่ทราบกัน แพร่หลายว่าเนติบัณฑิตยสภาซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลวิชาชีพทนายความก่อนพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2528 นั้นเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยกรรมการส่วนใหญ่มาจากวิชาชีพตุลาการ เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 องค์กรที่กำกับดูแลวิชาชีพ ทนายความเป็นองค์กรของวิชาชีพทนายความเอง ภาพที่สะท้อนออกมาด้านค่าทนายความจึง มิได้มีการบัญญัติให้การเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีเป็นการผิดมรรยาท อย่างไรก็ตาม ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยมรรยาทต่อตัวความ⁷ และ มิได้ห้ามการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีดังกล่าว

⁶ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508

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

มาตรา 39 “ให้ เนติบัณฑิตยสภา แต่งตั้งคณะกรรมการมรรยาททนายความภายในหกสิบวันนับ แต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ”

⁷ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529

ข้อ 4 ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับข้อใดข้อหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่า ทนายความนั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ

หมวด 3 มรรยาทต่อตัวความ

ข้อ 9 กระทำการใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหาผลมิได้

ข้อ 10 ใช้อุบายอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้ เพื่อจูงใจให้ผู้ใดมอบคดีให้ว่าต่าง หรือแก้ต่าง

(1) หลอกลวงให้เขาหลงว่าคดีนั้นจะชนะ เมื่อตนรู้สึกแก้ไขว่าจะแพ้

(2) อวดอ้างว่าตนมีความรู้ยิ่งกว่าทนายความอื่น

(3) อวดอ้างว่าเกี่ยวข้องกับสมัครพรรคพวกรู้จักคุ้นเคยกับผู้ใดอันกระทำให้เขาหลงว่าตน สามารถจะทำให้เขาได้รับผลเป็นพิษนอกจากทางว่าความ หรือหลอกลวงว่าจะชักนำจูงใจให้ผู้นั้นช่วยเหลือ คดีในทางใดๆ ได้ หรือแอบอ้างขู่ว่าถ้าไม่ให้ตนว่าคดีนั้นแล้วจะหาหนทางให้ผู้นั้นกระทำให้คดีของเขาเป็นแพ้

ข้อ 11 เปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความเว้นแต่จะ ได้รับอนุญาตจาก ลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล

ข้อ 12 กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้อันอาจทำให้เสื่อมเสียประ โยชน์ของลูกความ

(1) จงใจขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี

(2) จงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือ

ปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ

5.1.1 วิเคราะห์ความเห็นในทางคำราชของการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี

ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่าปัจจุบันมีการออกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และมีข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 เริ่มใช้บังคับเมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2529 โดยที่ไม่มีบทบัญญัติห้ามการเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้จากคดีเป็นการผิดมรรยาททนายความ การกระทำดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย สัญญาจ้างว่าความดังกล่าวน่าจะสมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆะ ใช้บังคับได้ คำบรรยายดังกล่าวอ้างคำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530 ซึ่งวินิจฉัยว่าสัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าต่างให้จำเลยทั้งสามก่อนวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2529 โดยคิดค่าจ้างร้อยละ 30 ของเงินที่ได้มาทั้งหมด มิได้คิดจากทุนทรัพย์ที่ฟ้องเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่จะได้แก่ลูกความมิขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความพ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 (ปัจจุบันมาตรา 150)

ศาสตราจารย์ศักดิ์ ให้ความเห็นต่อไปว่า แต่ถ้าเป็นสัญญาที่ทำหลังจากวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 แล้วแม้จะเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความจะได้ในคดีนั้น สัญญาว่าจ้างนั้นก็สมบูรณ์ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

อัครวิทย์ สุมาวงศ์⁹ มีความเห็นว่า ในปัจจุบัน (หลังจากการบังคับใช้ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529) ถ้ามีการตกลงเรียกค่าจ้างว่าความเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะได้จากคดีแล้ว ก็ถือว่าไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาจ้างว่าความนั้นจะสมบูรณ์ไม่เป็น โมฆะ เช่นถ้าลูกความชนะคดีได้เงินจากคดี 100,000 บาท สัญญาว่าจะแบ่งให้ร้อยละ 20 หรือลูกความชนะคดีได้มาซึ่งที่นาจะแบ่งให้กึ่งหนึ่งหรือหนึ่งในสาม ซึ่งแต่เดิมเป็น โมฆะ แต่ปัจจุบันถือว่าเป็นข้อตกลงที่สมบูรณ์ ถ้าลูกความไม่ชำระหนี้ทนายความก็สามารถเรียกร้องโดยการฟ้องบังคับให้ลูกความปฏิบัติตามสัญญาเช่นว่านั้น ได้เมื่อชนะคดีตามที่ได้ทำสัญญาจ้างว่าความแล้ว¹⁰

⁹ ศักดิ์ สนองชาติ. เรียบเรียงโดยจรูญ ภักดีศรีนากุล. (2535). คำบรรยายกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรม – สัญญา. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 140 – 141.

¹⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ เรียบเรียงโดย ประทีป เฉลิมภัทรกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรม – สัญญา. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 144 – 146.

¹⁰ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่ากรณียังเป็นที่น่าสงสัยว่า แม้ในแนวความคิดที่ว่าอาจมีการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี ก็มีได้หมายความว่า จะมีการเรียกค่าว่าความกึ่งหนึ่งของเงินหรือทรัพย์สินที่ได้จากคำพิพากษา การเรียกค่าว่าความกึ่งหนึ่งของจำนวนเงินที่ชนะคดีอาจมีปัญหา กล่าวคือ หลังจากการใช้

จิรนิติ พะวานนท์¹¹ เห็นว่า คำทนายความย่อมขึ้นอยู่กับความตกลงระหว่าง ทนายความกับลูกความ หากตกลงกันแล้วมากเกินไป กฎหมายย่อมมีส่วนเข้าเกี่ยวข้องได้ วิชาชีพกฎหมายเป็นบริการที่จำเป็นแก่สังคมแต่ขณะเดียวกันก็เป็นการผูกขาดวิชาชีพไม่มีการ แข่งขันทางด้านราคาเพื่อป้องกันการเรียกค่าจ้างว่าความที่สูงเกินไป ศาลอ้างหลักกฎหมายว่า เรื่องกำหนดค่าจ้างว่าความนั้นหากกำหนดเกินสมควรเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน ดร.จิรนิติ กล่าวถึงหลักเกณฑ์การคำนวณค่าจ้างว่าความว่าให้ คำนึงถึงหลักการดังต่อไปนี้

1. เวลาและแรงงานที่ทนายความต้องเสียไปในการทำคดี รวมทั้งความยาก-ง่าย แห่งคดี
2. โอกาสที่ทนายความต้องเสียไปในการปฏิเสธคดีอื่นเพื่อรับคดีปัจจุบัน
3. อัตราค่าทนายความของทนายความคนอื่นๆ
4. ทุนทรัพย์แห่งคดีและผลประโยชน์ที่ลูกความพึงได้รับ
5. ความแน่นอนที่จะได้รับค่าทนายความ
6. ลูกความเป็นลูกความประจำหรือไม่

ดร.จิรนิติ ให้ความเห็นต่อไปว่า การคำนวณค่าทนายความไม่มีกฎหมายบังคับว่า จะต้องเรียกเพียงใด แต่ข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 16 บัญญัติว่า “การแย้งหรือทำการใดในลักษณะประมุขคดีที่มีทนายความอื่นว่าต่างแก้ต่างอยู่แล้ว มาว่าหรือรับหรือสัญญาว่าจะรับว่าต่างแก้ต่างในคดีที่รู้ว่ามีทนายความอื่นว่าอยู่แล้ว” เป็นการ ประพฤติผิดมรรยาททนายความ และข้อบังคับข้อ 17 บัญญัติว่า “การประกาศโฆษณาหรือยอม ให้ผู้อื่นโฆษณาอัตราค่าจ้างว่าความหรือแจ้งว่าจะไม่เรียกร้องค่าจ้างว่าความ” เป็นการประพฤติ ผิดมรรยาททนายความเช่นกัน ดร.จิรนิติ เห็นว่าตามหลักวิชาชีพกฎหมาย ทนายความเป็น บุคคลหนึ่งซึ่งปฏิบัติหน้าที่รับใช้ประชาชนในด้านความยุติธรรม ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของศาล

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีใน สัญญาจ้างว่าความถือเป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบวิชาชีพ และหากข้อตกลง ดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพ ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมศาล มีอำนาจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่จะทำให้ข้อสัญญาเช่นนั้น มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

¹¹ จิรนิติ พะวานนท์. คำอธิบายหลักวิชานักกฎหมาย. หน้า 84 – 86.

ประเภทหนึ่ง¹² การดำรงชีพต้องกระทำตามทำนองคลองธรรมถ้ามีส่วนได้เสียกับผลแห่งคดี ย่อมจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่สมบูรณ์

5.1.2 วิเคราะห์การเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

เนื่องจากการเรียกค่าทนายความในลักษณะนี้เป็นวัฒนธรรมวิชาชีพกฎหมายอเมริกันโดยแท้ บทนิยามที่ดีที่สุดน่าจะมาจากพจนานุกรมกฎหมาย Black's Law Dictionary ของอเมริกันซึ่งให้คำยามไว้ดังนี้

“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)”

“ค่าทนายความตามผลแห่งคดีหมายถึงค่าทนายความจากงานให้บริการทางกฎหมายที่เรียกเก็บเฉพาะเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ชนะคดี หรือเป็นกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความนอกศาลโดยสมประโยชน์แก่ลูกความ ค่าทนายความตามผลแห่งคดีมักจะคำนวณเป็นร้อยละของจำนวนสุทธิที่ลูกความได้รับในชั้นที่สุด (เช่นร้อยละ 25 ในกรณีที่มีการประนีประนอมยอมความ หรือร้อยละ 33 ในกรณีที่มีคำพิพากษาให้ชนะคดี”

ในส่วนที่เกี่ยวกับการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) นั้น ดร. จิรนิติ อธิบายว่า Contingent Fee ได้แก่การกำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนเงินในคดีซึ่งมี 3 ลักษณะคือ¹³

1. การกำหนดค่าจ้างว่าความตามจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง เช่นฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านบาท คิดค่าจ้างว่าความร้อยละ 10 ของจำนวนทุนทรัพย์คือ 1 แสนบาท
2. การกำหนดค่าจ้างว่าความส่วนที่จะได้รับจากการแพ้หรือชนะคดี เช่นฟ้องเรียกเงิน 1 ล้านบาท แต่ชนะคดี 5 แสนบาท ตกลงค่าจ้างว่าความคิดเป็นอัตราร้อยละ 10 จากเงินชนะคดี กรณีนี้ได้ค่าจ้างว่าความ 5 หมื่นบาท
3. การกำหนดค่าจ้างว่าความว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีที่นิยามในพจนานุกรมกฎหมาย Black's Law เฉพาะกรณีตาม 2 และ 3 เท่านั้นที่ถือว่าเป็นการเรียกค่า

¹² ข้อความนี้ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2543 (ประชุมใหญ่) “...ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความ ในฐานะที่ทนายความมีส่วนสำคัญในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความ คงเป็นเจ้าของหน้าที่ศาล”

¹³ จิรนิติ หะวานนท์. เล่มเดิม. หน้า 87 - 90.

ทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) ส่วนกรณีแรกเป็นการเรียกค่าทนายความตามทุนทรัพย์ที่ฟ้องโดยมิได้คำนึงถึงผลแห่งคำพิพากษาจึงมิได้เกี่ยวข้องกับผลแห่งคดีแต่อย่างใด ส่วนกรณีที่ 2 และที่ 3 ถือได้ว่าเป็นการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีเนื่องจากการใช้ค่าทนายความดังกล่าวขึ้นอยู่กับผลแพ้หรือชนะตามคำพิพากษาของลูกความ

ตามกฎหมายไทยในปัจจุบันซึ่งสะท้อนออกมาในคำพิพากษาศาลฎีกา

1. การเรียกค่าทนายความอย่างแรกตามจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องนั้นถือว่าชอบด้วยกฎหมาย และศาลบังคับให้ตามสัญญา¹⁴
2. การเรียกค่าทนายความแบบที่สองตามจำนวนที่ชนะในคำพิพากษาถือว่าทำให้ทนายความมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีจนอาจกระทบกระเทือนต่อหน้าที่สำคัญของทนายความในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความคู่เป็นเจ้าหน้าที่ศาล ทนายความจึงไม่พึงทำสัญญากับลูกความในลักษณะเช่นนั้น ข้อตกลงเป็นโมฆะ ศาลไม่บังคับให้¹⁵
3. ส่วนในกรณีการเรียกค่าทนายความตามแบบที่สามว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความนั้น มีคำพิพากษาซึ่งวางบรรทัดฐานไว้ว่า การตกลงในลักษณะเช่นนี้ไม่ใช่การพนันขั้นต่อ และไม่ใช่การกำหนดเอาส่วนมากน้อยจากผลชนะคดีเพราะกำหนดจำนวนเงินที่แน่นอน จึงไม่ขัดต่อกฎหมาย ศาลบังคับให้ตามสัญญา¹⁶

ด้วยความเคารพต่อศาลฎีกา ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2477, 173/2488, 1045/2493 และ 1702/2499 ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าการเรียกค่าทนายความในลักษณะที่ตกลงกันว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความนั้น แม้มีใช้การพนันขั้นต่ออย่างศาลฎีกาให้ความเห็นไว้ เพราะทนายความมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีจึงมิใช่การพนันขั้นต่อ แต่การที่ทนายความมีส่วนได้เสียในผลแห่งคดีนั้นเองทำให้ข้อกริ่งเกรงของศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1260/2543 โดยที่ประชุมใหญ่เกิดเป็นจริงขึ้นอีก นั่นคือ ทำให้ทนายความมีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีจนอาจกระทบกระเทือนต่อหน้าที่สำคัญของทนายความในการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมแก่คู่ความ จึงสมควรที่จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยในกฎหมายของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1260/2543 เช่นกัน

เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่ศาลฎีกาในคดีก่อนปี 2500 ขอมบังคับสัญญาว่าจ้างทนายความในลักษณะที่ตกลงกันว่าถ้าชนะคดีจึงจะได้ค่าว่าความ ถ้าแพ้จะไม่เอาค่าว่าความนั้น ศาลฎีกาคงมองเห็นประโยชน์ของลูกความซึ่งเป็นผู้บริโภคเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการวิชาชีพ

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 988/2507, 5229/2544

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5622/2530, 1260/2543 (ประชุมใหญ่)

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2477, 173/2488, 1045/2493 และ 1702/2499

ทนายความ และสัญญาดังกล่าวจะเป็นการให้ประโยชน์ลูกความ ศาลคงมองถึง “ความเป็นธรรม” ในสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพและผู้บริโภคว่ามีได้เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค แต่มิได้มองวิชาชีพทนายความในฐานะผู้ประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมที่ไม่ควรมีส่วนได้เสียโดยตรงในผลแห่งคดี หากเป็นเช่นนั้น การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในกฎหมายไทยในปี 2540 จึงเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไป

5.1.3 วิเคราะห์พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับการเยียวยาความไม่เป็นธรรมในสัญญาอ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความ

รัฐสภาให้เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ดังนี้ เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับผู้มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคลเพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าวโดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องสำหรับสัญญารับจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความคือบทบัญญัติในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องดังนี้

มาตรา 4 “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบวิชาชีพที่ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติเป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ

(4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

(5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา ฯลฯ

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม”

มาตรา 10 “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับนี้เปรียบเสมือน โล่ที่จำเลยอาจนำมาใช้เพื่อขอให้ศาลเยียวยาความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้น อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันในสัญญาอ้างว่าความรวมถึงความรู้ความเข้าใจในกฎหมาย และความสันทัดจัดเจนในเชิงธุรกิจที่แตกต่างกันระหว่างลูกความซึ่งเป็นผู้บริโภค กับผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความ ดังนั้น ความไม่เป็นธรรมต่างๆที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอัตราค่าทนายความ หากไม่ถึงกับเป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลก็อาจเยียวยาโดยการแก้ไขพันธะที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาให้เกิดความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี (Fair and reasonable) ได้

ปัญหาที่ตามมาคือ ในกรณีของการกำหนดอัตราค่าทนายความที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ศาลควรมีเกณฑ์อย่างไร และสมควรที่จะให้ทนายความต้องยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเพื่อประกอบการพิจารณาหรือไม่ ดังจะได้วิเคราะห์ต่อไป

5.1.4 วิเคราะห์การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) กับแนวโน้มการผ่อนปรนของกฎหมายไทยต่อการเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee)

ความคิดริเริ่มที่จะนำการดำเนินคดีแบบกลุ่มมาใช้ถือได้ว่าเป็นการ “ปฏิวัติวัฒนธรรม” ของการดำเนินคดีแพ่งในประเทศไทย ในระบบการดำเนินคดีแพ่งสมัยใหม่เป็นที่ยอมรับกันว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มในกรณีละเมิดที่มีผู้เสียหายจำนวนมาก (Mass Tort) คดีสิ่งแวดล้อม (Environmental Protection) คดีฉ้อโกงเกี่ยวกับหลักทรัพย์ (Security Fraud) คดีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค (Protection of Consumer) คดีคุ้มครองแรงงาน (Labour Protection) การแข่งขันทางการค้า (Competition) รวมทั้งข้อพิพาทอื่นๆซึ่งมีกลุ่มบุคคลที่มีสิทธิอย่างเดียวกันอันเนื่องมาจากข้อเท็จจริง หลักกฎหมาย และลักษณะเฉพาะเหมือนกัน จะมีประสิทธิภาพ ให้ความธรรม และคุ้มครองสังคมมากกว่าการให้สมาชิกกลุ่มร่วมกันฟ้องคดีหรือการให้ศาลรวมการพิจารณาคดีที่โจทก์ต่างคนต่างฟ้องมาเข้าด้วยกัน การเตรียมความพร้อมสำหรับ “วัฒนธรรมกฎหมาย” ใหม่จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น องค์ประกอบที่สำคัญที่สุดสามส่วนจึงประกอบด้วย ส่วนของศาล ส่วนของทนายความโจทก์ และส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาความและการบริหารจัดการคดี

การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (ตามร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฯ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 222/5, 222/9, 222/34 และมาตรา 222/37) ซึ่งสรุปได้ว่าผู้ที่เข้าเป็นทนายโจทก์ดังกล่าวอาจต้องทรงแจ้งค่าใช้จ่ายในคดีทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการประกาศแจ้งสมาชิกกลุ่มทุกคน ค่าใช้จ่ายในด้านพยานผู้เชี่ยวชาญ และค่าใช้จ่ายในคดีอื่นๆ ค่าใช้จ่ายเหล่านี้ รวมทั้งค่าวิชาชีพทนายความ ทนายความโจทก์จะได้รับต่อเมื่อชนะคดี โดยศาลอาจกำหนดให้ทนายโจทก์ได้รับเงินรางวัลทนายความไม่เกินร้อยละ 30 ของค่าเสียหายที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มทุกคนได้รับ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเงินรางวัลของทนายความโจทก์อยู่ที่ร่างมาตรา 222/37 ดังนี้

มาตรา 222/37 “กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สิน ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่ทนายความฝ่ายโจทก์ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดีประกอบกับระยะเวลาและการทำงานของทนายความฝ่ายโจทก์ รวมทั้งค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดำเนินคดีซึ่งมิใช่ค่าฤชาธรรมเนียมที่ทนายความฝ่ายโจทก์ได้เสียไป และเพื่อประโยชน์แห่งการนี้ เมื่อการพิจารณาคดีสิ้นสุดลงให้ทนายความฝ่ายโจทก์ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวต่อศาล โดยให้สำเนาแก่จำเลยด้วย

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยใช้เงิน นอกจากศาลต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มมีสิทธิได้รับประกอบด้วย โดยกำหนดเป็นจำนวนร้อยละของจำนวนเงินดังกล่าว แต่จำนวนเงินรางวัลดังกล่าวต้องไม่เกินร้อยละสามสิบของจำนวนเงินนั้น

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สินและให้ใช้เงินรวมอยู่ด้วย ให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการกำหนดจำนวนเงินรางวัลตามมาตรานี้ หากมีการเปลี่ยนทนายความฝ่ายโจทก์ ให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลของทนายความฝ่ายโจทก์ตามสัดส่วนของการทำงานและค่าใช้จ่ายที่เสียไป

ให้ถือว่าทนายความฝ่ายโจทก์เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและจำเลยเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในส่วนของเงินรางวัลทนายความฝ่ายโจทก์ด้วย และเงินรางวัลดังกล่าวมิใช่ค่าชดเชยธรรมเนียม”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้นำเอาการคิดค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) มาใช้โดยเต็มดังจะเห็นได้จากร่างมาตรา 222/37 วรรคสองที่ว่าถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยใช้เงิน นอกจากศาลต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มมีสิทธิได้รับประกอบด้วย โดยกำหนดเป็นจำนวนร้อยละของจำนวนเงินดังกล่าว แต่จำนวนเงินรางวัลดังกล่าวต้องไม่เกินร้อยละสามสิบของจำนวนเงินนั้น

จุดที่น่าสนใจและอาจน่าตกใจสำหรับนักกฎหมายไทยคือ เงินรางวัลทนายความที่ทนายโจทก์จะได้นั้น ไม่ใช่มีเพดานที่ร้อยละ 30 ของเงินที่โจทก์ได้รับเท่านั้น แต่เป็นร้อยละ 30 ของเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มทุกคนได้รับ ในกรณีคดีสิ่งแวดล้อมสมาชิกกลุ่มอาจมีจำนวนร้อยหรือพัน ในคดีฉ้อโกงในตลาดหลักทรัพย์ (Security Fraud) ผู้ต้องเสี่ยหายอาจมีจำนวนพันหรือหมื่น ในคดีฟ้องละเมิดสำหรับสินค้าอันตราย เช่นยารักษาโรค เครื่องจักร เครื่องยนต์ ฯลฯ ผู้ต้องเสี่ยหายอาจมีเป็นจำนวนมากและอยู่กระจัดกระจายไม่เฉพาะภายในราชอาณาจักรแต่อาจอยู่ในประเทศต่างๆ เงินรางวัลดังกล่าวจึงอาจมีจำนวนมากจนอาจเปลี่ยน “วัฒนธรรม” วิชาชีพกฎหมายด้านการว่าความในประเทศไทยก็ได้ แนวโน้มในทางลบก็คือที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการขนานนามทนายความคดีละเมิดประเภทนี้ว่า Ambulance Chaser หรือพวกที่วิ่งไล่ตามรถพยาบาล (เพื่อให้ลงนามในหนังสือมอบอำนาจฟ้องคดี)

อย่างไรก็ตามการฟ้องคดีแบบกลุ่มเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังได้แรงจูงใจจากการพิจารณาคดีแบบลูกขุน (Jury Trial) ซึ่งทนายความโจทก์อาจจูงใจให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนจำนวนมากได้ง่ายกว่าการจูงใจผู้พิพากษาอาชีพในระบบการพิจารณาที่ไม่มีคณะลูกขุน ประกอบกับการที่กฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้มีการเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) บริษัทยักษ์ใหญ่ซึ่งเป็นจำเลยซึ่งมักจะกลัวค่าเสียหายเชิงลงโทษนี้จึงพยายามให้มีการเจรจาเพื่อการประนีประนอมยอมความนอกศาลหลังจากศาลอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม และปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งเป็นหัวข้อการวิจัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ การยอมให้ทนายความโจทก์ตกลงเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) กล่าวคือโจทก์หรือสมาชิกกลุ่มไม่ต้องจ่ายค่าทนายความในขณะที่ทำหนังสือมอบอำนาจให้ฟ้องคดี และหากโจทก์แพ้คดี โจทก์ก็ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ แต่หากโจทก์ชนะคดี ทนายความโจทก์ก็จะได้รับเงินรางวัลทนายความในอัตราร้อยละของเงินที่ชนะคดีทั้งหมด

ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าเมื่อแนวโน้มกฎหมายไทยในกรณีดำเนินคดีแบบกลุ่มยอมให้ศาลทำการคำนวณค่าทนายความจากผลแห่งคดี กรณีก็ไม่น่าจะมีข้อขัดข้องใดๆ ที่จะให้คู่ความและทนายความตกลงกันในลักษณะดังกล่าวได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามหากความเกรงเกรงในเรื่องดังกล่าวเป็นความหวังใจที่ทนายความจะเอาเปรียบลูกความเช่นเรียกค่าว่าความสูงเกินไปกรณีก็จะต้องด้วยบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 เกี่ยวกับสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่หากทำให้ฝ่ายผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบอย่างมาก ศาลก็อาจแก้ไขการบังคับใช้สัญญาจนทำให้เกิดความเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้

5.1.5 วิเคราะห์ข้อพิจารณาด้านความเหมาะสมของอัตราค่าทนายความ

ปกติในสังคมเสรีนิยมที่กลไกตลาดเป็นตัวกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ การกำหนดอัตราค่าทนายความก็ไม่ควรแตกต่างจากการกำหนดอัตราค่าวิชาชีพของผู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพอื่นๆ ที่จำเป็นต่อสังคม นั่นคือ กลไกตลาด อย่างไรก็ตาม ในกรณีของค่าทนายความยังมีแนวความคิดอีกแนวหนึ่งที่จะต้องมาถ่วงดุลกับแนวความคิดแรก นั่นคือแนวความคิดที่ว่าทนายความเป็นสาขาวิชาชีพกฎหมายที่มีภาระในการสร้างความถูกต้องเป็นธรรมในสังคม ในการผดุงความยุติธรรมในสังคม ภาระนี้จึงอาจคำนวณหรือตีค่าเป็นตัวเงินได้ยาก ในทางปฏิบัติค่าทนายความที่คู่ความตกลงกับทนายความ และค่าทนายความที่ศาลมีคำสั่งให้ในคำพิพากษา¹⁷ มีความแตกต่างโดยสิ้นเชิง

¹⁷ ตาราง 6 แก้ไขโดยมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 7). พ.ศ. 2521. (2521, 31 มีนาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 95, ตอนที่ 37, หน้า 1.

ตามตาราง 6 อัตราค่าทนายความ หักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีข้อนำสังเกตคืออัตราขั้นต่ำไม่ว่าในศาลใดสำหรับทนายทนายเกิน 25,000 บาท คือ 600 บาทและอัตราขั้นสูงร้อยละ 5 ในศาลชั้นต้น และร้อยละ 3 ในศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา ส่วนคดีไม่มีทนายทนายนั้น อัตราขั้นต่ำของทุกศาลคือ 50 บาทและขั้นสูงสำหรับศาลชั้นต้น 3,000 บาท สำหรับศาลอุทธรณ์หรือฎีกา 1,500 บาท เนื่องจากตารางหักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงเป็นระยะๆก็มิอาจทันต่อความเปลี่ยนแปลงของค่าเงินและความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ¹⁸ การเรียกร้องให้แก้ไขก็ไม่เป็นที่ปรากฏชัดแจ้งนักเนื่องจากคงไม่มีผู้ใดสนใจตารางดังกล่าวอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ เพราะมีการตกลงเป็นพิเศษโดยมิได้อาศัยตาราง 6 ดังกล่าว กรณีนี้หากมองอย่างนักปฎิรูปกฎหมายก็เป็นเรื่องน่าห่วงที่บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องไม่สนใจอัตราที่กฎหมายกำหนด แต่กลับเจรจาอัตราด้วยตนเอง¹⁹

5.1.6 วิเคราะห์ค่าขึ้นศาลกับการคำนวณค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี

นอกจากอัตราค่าทนายความแล้วอัตราค่าขึ้นศาลก็เป็นองค์ประกอบสำคัญในการคำนวณค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีด้วย²⁰ ในสังคมที่ค่าทนายความและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

¹⁸ เกี่ยวกับอัตราค่าทนายความ ตาราง 6 หักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้ทำแบบสอบถามไปยังผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้านผู้พิพากษาตุลาการ และทนายความกับนักกฎหมายอื่น (ตามตัวอย่างแบบสอบถามในภาคผนวก 3 ข้อ 2) ปรากฏว่า

- ผู้พิพากษาร้อยละ 96.66 ตอบว่าไม่เหมาะสมสำหรับปัจจุบัน สมควรแก้ไขให้เพิ่มขึ้น
- ทนายความและนักกฎหมายอื่นร้อยละ 80.00 ก็ให้คำตอบแบบเดียวกัน

¹⁹ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่ายินดีว่า คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ภายใต้ประธานศาสตราจารย์จรูญ กักดิธนากุล กำลังพิจารณาเสนอตารางอัตราค่าขึ้นศาลใหม่ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว และหากคณะกรรมการภายใต้ศาสตราจารย์จรูญจะได้พิจารณาข่างอัตราค่าทนายความขึ้นใหม่ในร่างดังกล่าวด้วย ก็จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง แต่ตารางดังกล่าว ถ้าหากยังมี ก็คงใช้เฉพาะคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์เท่านั้น เพียงแต่อัตราดังกล่าวคงจะช่วยกระตุ้นให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าทนายความในคดีอื่นๆในทางที่ใกล้กับความเป็นจริงในทางปฏิบัติมากขึ้น

²⁰ โดยปกติ ทุกประเทศถือว่าศาลเป็นบริการสาธารณะด้านความยุติธรรมที่รัฐให้แก่ประชาชน ค่าขึ้นศาลจึงมิใช่ปัจจัยที่จะทำให้ผู้ประสงค์จะเป็นโจทก์ต้องทบทวนการนำคดีความสู่ศาล ทั้งนี้ต่างจากค่าทนายความ ค่าทนายความที่มีอัตราค่อนข้างสูงในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และประเทศอุตสาหกรรมอื่นๆ เป็นปัจจัยที่ทำให้โจทก์ต้องทบทวนถึงผลดีผลเสียในการนำคดีขึ้นสู่ศาล สำหรับประเทศไทย ตาราง 1 หักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2521 มีความว่า “ตาราง 1 ค่าขึ้นศาล (เสียในเวลายื่นคำฟ้อง)
(1) คดีที่มีค่าขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาสินทรัพย์ได้ ให้คิดค่าขึ้นศาลตามทนายทนายดังต่อไปนี้

ตกอยู่กับฝ่ายที่แพ้คดี²¹ และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสะท้อนค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ โจทก์ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีความถี่ถ้วนในการตัดสินใจเพื่อฟ้องคดีเพราะมีค่าใช้จ่ายสูง

ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าหากนำหลักการนี้มาใช้ในการบริหารความยุติธรรมทางแพ่งอย่างรอบคอบแล้ว ก็อาจเป็นการลดปริมาณคดีที่ไม่จำเป็นออกจากระบบได้มากอีกประการหนึ่ง ส่วนข้อแย้งว่ามาตรการดังกล่าวอาจทำให้ผู้มีรายได้น้อย หรือด้อยในฐานะทางเศรษฐกิจขาดโอกาสในการใช้สิทธิทางศาลหรือใช้สิทธิทางศาลได้ยากขึ้น คำตอบของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ อาจถึงเวลาที่กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งต้องพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 242 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างจริงจัง

มาตรา 242 “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจจัดหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว

ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

(ก) คำฟ้องนอกจากที่ระบุไว้ใน (ข) และ (ค) ต่อไปนี้ให้เรียกโดยอัตราสองบาทห้าสิบสตางค์ต่อทุกร้อยบาทแต่ไม่ให้เกินสองแสนบาท

(ข) คำฟ้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 222 ให้เรียกโดยอัตราหนึ่งบาทต่อทุกหนึ่งร้อยบาท ตามจำนวนที่อนุญาโตตุลาการกำหนดไว้ในคำชี้ขาด แต่ไม่ให้เกินแปดหมื่นบาท

(ค)

(๒) คดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกซ์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาค่าเงินได้

(ก) คดีทั่วไปรวมทั้งคดีไม่มีข้อพิพาท ให้เรียกเรื่องละสองร้อยบาท

(ข) ...

(๓)

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 161 “... ความรับผิดชอบที่สุดสำหรับค่าฤชาธรรมเนียมของคู่ความในคดี ย่อมตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่แพ้คดี” อย่างไรก็ตามในมาตราดังกล่าวให้อำนาจศาลที่จะสั่งเป็นอย่างอื่น “ตามที่ศาลจะใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงเหตุสมควรและความสุจริตในการสู้ความหรือการดำเนินคดีของคู่ความทั้งปวง”

ในทางปฏิบัติ หากโจทก์ชนะคดี ศาลก็มักจะสั่งว่า “... ให้จำเลยชำระค่าฤชาธรรมเนียมแทนโจทก์ โดยกำหนดเป็นค่าทนายความ... บาท” หลักการนี้เป็นหลักการเดียวกับประเทศอังกฤษที่เรียกว่าหลักผู้แพ้จ่าย (Loser Pays) แต่ในประเทศอังกฤษ การจ่ายค่าทนายความแก่ฝ่ายที่ชนะคดีเป็นการจ่ายที่ใกล้เคียงกับความเป็นจริงจึงมีค่าใช้จ่ายสูงสำหรับผู้แพ้คดี เป็นปัจจัยที่ทำให้มีการยับยั้งชั่งใจสำหรับฝ่ายโจทก์ที่จะไม่ฟ้องคดีโดยไม่จำเป็น

ในการจัดหาทนายความแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญานั้น รัฐใช้วิธีการจัดหาทนายความโดยจ่ายเงินรางวัลทนายความให้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้อนุวัตรหลักการในรัฐธรรมนูญโดยการตรา มาตรา 173 ดังนี้

มาตรา 173 “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณา ให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ในคดีที่มีอัตราโทษจำคุก หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณา ให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความก็ให้ศาลตั้งทนายความให้

ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลทนายความและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด”²²

ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าแนวทางนี้น่าจะเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในคดีแพ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 วรรคสองด้วย

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

ข้อ ๒ “ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม พ.ศ. 2548 เป็นต้นไป”

ตาราง

อัตราเงินรางวัลทนายความที่ศาลตั้งให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

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

หากวิเคราะห์ในรายละเอียด การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายด้านคดีแพ่งแก่ประชาชนนั้น อาจแยกเป็นการบริการให้ความรู้ทางกฎหมาย และการช่วยเหลือด้านจัดหาทนายความว่าต่างแก่ต่างให้ การให้ความรู้ทางด้านกฎหมายมีหน่วยงานหลายหน่วยงานทางภาคเอกชนและภาครัฐให้บริการอยู่แล้ว เช่นสภาทนายความ คณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยต่างๆ สำนักหรือแผนกกฎหมายในกระทรวงทบวงกรมที่จัดนิติกรดูแลและประชาสัมพันธ์งานที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานของตน สิ่งที่ยังขาดตามเงื่อนไขที่กำหนดในรัฐธรรมนูญคงเป็นเรื่องการจัดหาทนายความว่าต่างแก่ต่างแทนประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนและต้องใช้สิทธิทางศาล ในปัจจุบัน แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะมีบทบัญญัติเรื่องการดำเนินคดีอาญาอยู่แล้ว แต่ก็เป็นการเยียวยาเฉพาะค่าธรรมเนียมศาลเท่านั้น มิได้เยียวยาความเดือดร้อนอย่างมีประสิทธิภาพแก่ประชาชนที่จำเป็นแต่อย่างใด เพราะค่าใช้จ่ายที่มากกว่าในชั้นสู่ความในศาลคือค่าทนายความ

ดังนั้นการจะอนุวัติการได้เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 วรรคสอง อย่างแท้จริง รัฐต้องจัดหาทนายความว่าต่างแก่ต่างให้ในกรณีที่มีความเดือดร้อนด้านค่าใช้จ่าย และการฟ้องหรือต่อสู้คดีมีเหตุอันควร รัฐอาจมีทางเลือกสองทางคือ

1. ใช้กลไกหรือหน่วยงานของรัฐเองเป็นผู้ว่าต่างแก่ต่างให้ หรือ
2. ใช้วิธีจ้างทนายความตามแบบอย่างในการให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนด้านคดีอาญา วิธีการทั้งสองนี้อาจจำแนกเป็นแนวทางปฏิบัติได้ดังนี้

- 1) จัดหน่วยงานใน กระทรวงยุติธรรม เพื่อให้ว่าต่างแก่ต่างแทนคู่ความที่ยากจนและสมควรในคดีแพ่ง

- 2) จัดหน่วยงาน ในสำนักงานอัยการสูงสุด เพื่อให้ว่าต่างแก่ต่างแทนคู่ความที่ยากจนและสมควรในคดีแพ่ง

- 3) จัดทนายความให้คู่ความที่ยากจนและสมควร ในคดีแพ่งโดยเทียบเคียงกับอัตราเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตาม ป.วิ.อ. มาตรา 173

ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่าแนวทางตามข้อ 1) และ 2) เป็นการเพิ่มงานหรือหน่วยงานในองค์กรของรัฐ มีผลทำให้ระบบราชการ (Bureaucracy) ใหญ่โตมากขึ้น ไม่น่าจะต้องด้วยวิธีการบริหารรัฐกิจที่มีประสิทธิภาพ ส่วนแนวทางตามข้อ 3) น่าจะเหมาะสมที่สุดเนื่องจากทนายความเป็นวิชาชีพที่มีความรู้เชี่ยวชาญพิเศษ มีสภาทนายความดูแลอย่างมีประสิทธิภาพ การจ้างทนายความโดยรัฐเองน่าจะทำให้ระบบการเคลื่อนไหวของเงินค่าบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทนายความซึ่งมีการจดทะเบียนจำนวน 45,939 คนที่วราชาณาจักรก็จะมีโอกาส

ในการให้บริการอย่างทั่วถึง การจัดตั้งหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรม หรือสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อว่าต่างแก่ต่างแก่คู่ความในคดีแพ่งอาจต้องมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นอกเหนือจากการสร้างงานภาครัฐดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้ว²³

สำหรับภาระที่เพิ่มขึ้น รัฐอาจพิจารณาปรับปรุงโครงสร้างค่าขึ้นศาลใหม่เพื่อให้คดีอื่นๆ ที่คู่ความไม่มีความเดือดร้อน หรือเดือดร้อนน้อยกว่าแบกภาระในส่วนของคุณค่าที่มีฐานะทางเศรษฐกิจคือเพื่อแบ่งเบาการจ่ายจากเงินภาษีอากร โดยรวม²⁴

²³ ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้จัดทำแบบสอบถาม (Questionnaire) เพื่อสอบถามผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายประเภทผู้พิพากษา และทนายความรวมทั้งนักกฎหมายอื่น เพื่อสอบถามความเห็นเกี่ยวกับการให้รัฐจัดความช่วยเหลือด้านกฎหมายในคดีแพ่งแก่ประชาชนผู้ยากจนและมีเหตุอันสมควร ปรากฏว่า

• ผู้พิพากษาร้อยละ 66.66 และทนายความร้อยละ 76.66 เห็นควรให้รัฐจ้างทนายความ และให้เงินรางวัลทนายความในลักษณะคดีอาญา

• ผู้พิพากษาร้อยละ 26.66 และทนายความร้อยละ 16.66 เห็นควรให้รัฐจัดหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรมเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนในคดีแพ่ง

• ผู้พิพากษาร้อยละ 0.00 และทนายความร้อยละ 3.33 เห็นควรให้รัฐจัดหน่วยงานในสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนในคดีแพ่ง

²⁴ เนื่องจากการเสนอแนะค่าขึ้นศาลใหม่เป็นการเกินขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์จึงขอเสนออัตราค่าขึ้นศาลที่คณะกรรมการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ พ.ศ.... เพื่อเป็นแนวทางประกอบการพิจารณา ดังนี้ หมวด 7 ค่าฤชาธรรมเนียม มาตรา 91 “ในคดีค่าขอปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ให้โจทก์เสียค่าขึ้นศาลในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์ตามจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกหรือทรัพย์สินที่พิพาทกันดังนี้

(1) ทุนทรัพย์ไม่เกินสิบล้านบาท อัตราสองบาทห้าสิบสตางค์ต่อทุกหนึ่งร้อยบาท

(2) ทุนทรัพย์ส่วนที่เกินสิบล้านบาท อัตราหนึ่งบาทต่อทุกหนึ่งร้อยบาทแต่ไม่ให้เกินสองแสนห้าหมื่นบาท

ในคำขอปลดเปลื้องทุกข์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ให้โจทก์เสียค่าขึ้นศาลในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและพาณิชย์เรื่องละห้าพันบาท

ในคำขอปลดเปลื้องทุกข์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้และไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้รวมกันอยู่ ให้เรียกค่าขึ้นศาลตามอัตราในวรรคหนึ่ง แต่มิให้ต่ำกว่าอัตราในวรรคสอง”

5.2 สรุป

การกำหนดหรือคำนวณเงินค่าทนายความมีวิธีการหลักที่มีการนำไปใช้ในประเทศต่าง ๆ อยู่สองวิธีคือ (1) วิธีการคำนวณแบบอัตราร้อยละของเงินกองทุน (Percentage of the Fund) เงินกองทุนดังกล่าว อาจเป็นจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกครองในคดี หรือจำนวนเงินที่ได้ตามคำพิพากษา และ (2) วิธีการคำนวณจากปริมาณงานที่ทำ (Lodestar) เป็นการคำนวณจากชั่วโมงการทำงานทั้งหมดของทนายความที่ต้องใช้ไปโดยควรในคดี วิธีการทั้งสองแบบต่างมีข้อดีและข้อเสีย การใช้วิธีการแบบแรกหรือคำนวณตามอัตราร้อยละอาจจะสอดคล้องกับแนวปฏิบัติในวิชาชีพส่วนใหญ่ของทนายความในประเทศไทยที่ไม่ได้มีการกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่แน่นอน และไม่มีการบันทึกรายละเอียดการทำงานสำหรับตรวจสอบและคำนวณค่าตอบแทนกรณีจึงอาจจะมีประโยชน์ที่จะกำหนดค่าตอบแทนในลักษณะร้อยละเป็นวิธีการคำนวณเงินค่าทนายความ อย่างไรก็ตาม แนวความคิดและวิธีการบริหารงานสำนักงานกฎหมายที่พัฒนาจากต่างประเทศอาจนำไปสู่การคิดค่าทนายความตามจำนวนและปริมาณงานที่ทำ หมายความว่าวิชาชีพทนายความในประเทศไทยอาจก้าวไปสู่การคิดค่าทนายความแบบ Lodestar ซึ่งทนายความหรือเลขานุการต้องสามารถแจกแจงรายละเอียดการทำงาน (Worksheet) และระยะเวลาที่ได้ใช้ไป ทั้งการดำเนินคดีในศาลและการเตรียมการสำหรับการดำเนินคดีในศาล ข้อมูลเหล่านี้ต้องมีการบันทึกที่ชัดเจนและสามารถตรวจสอบ รวมทั้งถูกคัดค้านได้ หากมีข้อมูลเหล่านี้ที่สมบูรณ์ ศาลหรือนักคิดใดๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดค่าทนายความก็จะสามารถกำหนดได้อย่างถูกต้อง เพียงธรรม มิใช่อาศัย “ความรู้สึก” “สัญชาติญาณ” หรือแม้แต่ “อำเภอใจ” เป็นสำคัญโดยปราศจากพื้นฐานการคำนวณที่เป็นหลักการและมีความชัดเจนโปร่งใส

ผู้ทำวิทยานิพนธ์ขอสรุปผลที่ได้ค้นพบในการทำวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ดังนี้

1. ในสภาวะการณ์ของสังคมและกฎหมายไทยในปัจจุบัน การเรียกหรือกำหนดค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) มิได้เป็นข้อตกลงที่ต้องห้ามชัดเจน โดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกต่อไป
2. แม้ว่าการเรียกหรือกำหนดค่าทนายความควรอยู่ภายใต้เงื่อนไขเสรีภาพในการทำสัญญา แต่หากสัญญาดังกล่าวมีความไม่เป็นธรรม ศาลก็อาจใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาใช้เยียวยาเพื่อให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี
3. รัฐต้องให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนในคดีแพ่งเพื่ออนุเคราะห์ให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 242 วรรคสอง ทั้งนี้

อาจถือวิธีการช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีอาญาโดยการให้เงินรางวัลแก่ทนายความในการว่าต่างแก้ต่างแทนคู่ความที่ยากจนและมีเหตุสมควรในการฟ้องหรือต่อสู้คดีในทางแพ่ง

4. สภาพทนายความควรมีอัตราค่าทนายความกลางที่เป็นแนวทางสำหรับคู่ความเพื่อทราบว่าจะค่าใช้จ่ายในคดีความที่ตนเกี่ยวข้องควรมีสักเท่าใดเพื่อประกอบการตัดสินใจของตัวความเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมที่สุดสำหรับข้อพิพาทของตน

5. ศาลควรมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการกำหนดและมีคำสั่งเกี่ยวกับค่าทนายความ เพื่อให้การคำนวณของศาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมศาลอาจสั่งให้ทนายความที่เกี่ยวข้องยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น

6. การพัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) จะทำให้ “วัฒนธรรม” กฎหมายและวิชาชีพกฎหมายไทยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาก การให้ “เงินรางวัลทนายความตามผลแห่งคดี” การที่ทนายโจทก์เข้าไปเป็นส่วนหนึ่งของมูลพิพาทด้วยการ “ลงทุน” หรือทดลองค่าใช้จ่ายต่างๆ โดยที่ตัวโจทก์หรือสมาชิกกลุ่มไม่ต้องออกค่าใช้จ่ายใดๆ จะทำให้วัฒนธรรมวิชาชีพกฎหมายด้านความของไทยใกล้เคียงกับวิชาชีพเดียวกันในประเทศสหรัฐอเมริกามากขึ้น ผลเสียบางประการก็อาจตามมาเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกามีการขนานนามทนายความว่าเป็นพวก Ambulance Chasers หรือนักวิ่งไล่ตามรถพยาบาล (เพื่อให้ผู้บาดเจ็บมอบอำนาจให้ฟ้องคดี) สิ่งเหล่านี้อาจหลีกเลี่ยงมิได้ และหน้าที่หลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือการเตรียมการสำหรับนักกฎหมายและทนายความในประเทศไทยที่จะรับมือกับสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่อย่างมีประสิทธิภาพและได้ประโยชน์สูงสุดสำหรับสังคมโดยรวม

5.3 เสนอแนะ

หลังจากที่ได้มีการรวบรวมข้อมูล ความเห็น และแนวทางปฏิบัติทั้งในและต่างประเทศเกี่ยวกับค่าตอบแทนทนายความที่เหมาะสม ถูกต้อง และเป็นธรรม แต่ในขณะเดียวกันก็สร้างมูลเหตุจูงใจเพียงพอที่จะดึงดูดผู้ซึ่งมีความสามารถดีที่สุดในเข้าสู่วิชาชีพนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์ขอเสนอแนะความเห็นเกี่ยวกับการปฏิรูปโครงสร้างค่าตอบแทนทนายความเป็นข้อๆดังต่อไปนี้

1. ค่าตอบแทนทนายความต้องสะท้อนคุณภาพระหว่างเสรีภาพแห่งสัญญาภายใต้ระบบเศรษฐกิจเสรีนิยม และหน้าที่ที่สำคัญของทนายความในฐานะบุคลากรในการยุติธรรม (Officer of Justice) ที่มีพันธะเท่ากับบุคลากรอื่นๆ ในกระบวนการยุติธรรมเช่นผู้พิพากษา

ตุลาการ และพนักงานอัยการ ในการที่จะประสิทธิ์ประสาท ผดุง และธำรงไว้ซึ่งความถูกต้อง เป็นธรรมในสังคม

2. ข้อตกลงค่าทนายความตามผลแห่งคดี (Contingent Fee) ไม่ถือว่าเป็นการที่มี วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย หากข้อตกลงดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กล่าวคือ เป็นข้อตกลงที่กระทำหลังจากวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 หลังจากที่ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 มี ผลใช้บังคับ เนื่องจากข้อบังคับดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติห้ามการเรียกค่าทนายความตามผล แห่งคดีเหมือนบทบัญญัติในพระราชบัญญัติทนายความฉบับก่อนๆคือพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 จึงต้องถือว่าโดยเจตนารมณ์ ของกฎหมายการเรียกค่าทนายความในลักษณะดังกล่าวมิได้เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายอีก ต่อไป แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติอนุญาตให้เรียกค่าทนายความในลักษณะดังกล่าวโดยตรงและ ชัดแจ้งก็ตาม เพราะมิใช่หน้าที่หรือความเหมาะสมของกฎหมายที่จะบัญญัติถึงการวิธีการเรียก ค่าทนายความโดยตรง

3. ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ การเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดีเป็นการ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ผู้ทำวิทยานิพนธ์เห็นว่า ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงและเคลื่อนไหวได้ ตามกาลเวลาและสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamic) ไม่ใช่สิ่งที่อยู่นิ่งและไม่มี การเปลี่ยนแปลง การที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มิได้มีบทบัญญัติห้ามการเรียกค่า ทนายความตามผลแห่งคดีจึงมีลักษณะเป็นพลวัตของแนวคิดดังกล่าว และเมื่อร่าง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เรื่อง การดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) บัญญัติให้ศาลกำหนดเงินรางวัลทนายความให้แก่ ทนายโจทก์ตามจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มแต่ละคนจะได้รับ แต่ไม่ให้เกินร้อยละ 30 ของจำนวนเงินดังกล่าวยิ่งแสดงให้เห็นถึงสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงของสังคม และการยอมรับ ของกฎหมายในการเรียกค่าว่าความตามผลแห่งคดีมากขึ้น ผู้ทำวิทยานิพนธ์จึงเห็นว่าในความ แนวความคิดของนโยบายสาธารณะ หรือรัฐประศาสนโยบาย (Public Policy) ซึ่งรู้จักใน กฎหมายไทยว่าความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น การเรียกค่าว่าความ ตามผลแห่งคดีมิได้เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกต่อไป

4. ความ गरังเกรงของสังคมในระบบเศรษฐกิจเสรี (Free Market Economy) ประการหนึ่งคือ เสรีภาพในการทำสัญญาอาจจะทำให้ความยุติธรรมที่มีคุณภาพในแง่ของการ

ว่าต่างแก่งต่างแทนตัวความเป็นสิ่งนี้อาจอยู่ไกลเกินเอื้อมของคู่ความที่มีฐานะด้อยในทางเศรษฐกิจ การเยียวยาในเรื่องนี้มีอยู่สองลักษณะ ลักษณะแรกการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ข้อตกลงเรียกค่าทนายความตามผลแห่งคดีในสัญญาจ้างว่าความถือเป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบวิชาชีพ และหากข้อตกลงดังกล่าวทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ก็เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลมีอำนาจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่จะทำให้ข้อสัญญาเช่นว่านั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร (Fair and Reasonable)²⁵ แก่กรณีเท่านั้น ลักษณะที่สองคือการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีแพ่งโดยการอนุเคราะห์การบพิญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 242 วรรคสอง อย่างจริงจัง

มาตรา 242 “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจจัดหาทนายความได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือโดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว

ในคดีแพ่ง บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ผู้ทำวิทยานิพนธ์ขอเสนอแนะว่ารัฐควรบัญญัติกฎหมายเพื่อการจัดหาทนายความให้คู่ความที่ยากจนและมีเหตุสมควรในการฟ้องหรือต่อสู้คดีแพ่งโดยเทียบเคียงกับอัตราเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 173 เพื่อให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย (legal Aid) ในคดีแพ่งเป็นจริงและมีประสิทธิภาพ

5. สภาพทนายความควรออกเกณฑ์อัตราค่าตอบแทนของทนายความที่เป็นมาตรฐานกลาง เกณฑ์ดังกล่าวอาจเป็นอัตราขั้นต่ำและขั้นสูงของงานประเภทต่างๆ จริงอยู่การออกกฎเกณฑ์อาจถูกมองว่าเป็นการขัดต่อหลักกลไกตลาด แต่การมีกฎเกณฑ์ที่แน่ชัดย่อมทำให้ผู้บริโภคหรือลูกความ สามารถมั่นใจในค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไป รวมทั้งการตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินคดีความในศาล หรือการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยทางอื่น

6. ศาลควรมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคำนวณค่าทนายความที่ชัดเจนเพื่อจะได้สั่งได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม เกณฑ์ดังกล่าวอาจกำหนดโดยข้อกำหนดของศาลในกรณีที่ถูกกฎหมายจัดตั้งศาลนั้นๆ ให้อำนาจอธิบดีผู้พิพากษาที่จะออกข้อกำหนด เช่นกรณีของมาตรา 30

²⁵ หลักเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีมาจากคำว่า Fair and Reasonable ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 1977 (The Unfair Contract Terms Act 1977) ของอังกฤษที่ไทยใช้เป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 หรือในกรณีของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มาตรา 222/2 ก็ให้อำนาจประธานศาลฎีกาออกข้อกำหนดเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือการบังคับคดีเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว เทียบธรรม หรือเพื่อความเหมาะสมสำหรับคดีบางประเภท หลักเกณฑ์ที่วางอาจประกอบด้วยข้อพิจารณาด้านความยากง่ายแห่งงานที่ทำ ระยะเวลาที่ใช้ ค่าใช้จ่ายที่ทนายความต้องเสียไป จำนวนบุคลากรที่ใช้ในคดี เกณฑ์ขั้นต่ำและขั้นสูงที่กำหนดในตารางค่าทนายความท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หากเป็นค่าทนายความตามผลแห่งคดี โอกาสที่จะแพ้คดีในงานที่ได้รับมอบหมาย ฯลฯ เพื่อให้การคำนวณเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและได้ข้อเท็จจริงที่ครบถ้วน ศาลอาจกำหนดให้ทนายความยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายต่อศาลเพื่อประกอบการคำนวณและมีคำสั่งในเรื่องค่าทนายความก็ได้