

บทที่ 3

ระบบการพิจารณาคดี รูปแบบการเรียกค่าจ้างว่าความ และปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการเรียกค่าจ้างว่าความในคดีแพ่ง

1. ระบบการพิจารณาคดี

เป็นที่ทราบกันดีว่าในโลกปัจจุบันกฎหมายถูกแบ่งออกเป็น 2 ระบบ ใหญ่ๆ คือ กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรหรือระบบซีวิลลอว์ และระบบจารีตประเพณีหรือระบบคอมมอนลอว์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์นี้ พัฒนามาจากกฎหมายโรมันที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และชาวโรมันได้นำมาเผยแพร่ยังประเทศต่างๆ ในยุโรปทำให้ประเทศต่างๆ ในยุโรป เช่น ประเทศฝรั่งเศส สเปน อิตาลี เบลเยียม เป็นต้น ต่างใช้ระบบประมวลกฎหมาย และระบบประมวลกฎหมายนี้ได้พัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมขณะนั้น ทั้งนี้เพราะการนำกฎหมายมาบังคับใช้จะต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้หรือที่มีใช้อยู่ในขณะนั้น

ดังนั้นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จึงมีกฎหมายเกิดขึ้นและเปลี่ยนแปลงเสมอมา เนื่องจากสภาพของสังคมมนุษย์ที่เปลี่ยนไปทำให้มีปัญหาใหม่เกิดขึ้นและปัญหาเก่าเปลี่ยนแปลงเป็นผลที่ทำให้กฎหมายที่บัญญัติไว้เดิมไม่สามารถนำมาใช้แก้ปัญหาได้หรือที่เรียกกันว่า “กฎหมายล้าสมัย” นั่นเอง

ในประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบลายลักษณ์อักษรนับจากสมัยสุโขทัย พ่อขุนรามคำแหงได้เขียนกฎเกณฑ์ของสังคมไว้เป็นลายลักษณ์อักษรบนหลักศิลาจารึกแต่ไม่ได้แยกเป็นหมวดหมู่เช่นปัจจุบัน ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาที่มีลักษณะเช่นเดียวกันคือมีการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่มีการแยกหมวดหมู่มากขึ้น ต่อมาสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีชาวต่างประเทศเข้ามาค้าขายกับไทยมากขึ้นแต่เมื่อเกิดปัญหาความกลับไม่ยอมขึ้นศาลไทยโดยอ้างว่ากฎหมายไทยและกระบวนการยุติธรรมของไทยล้าสมัย ประเทศไทยจึงว่าจ้างชาวยุโรปเข้ามาปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัย และนำเอากฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรมาใช้ในประเทศไทยอย่างมีระบบเช่นปัจจุบัน

ส่วนระบบจารีตประเพณี ซึ่งประเทศอังกฤษเป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายนี้ ประเทศอังกฤษมีวิวัฒนาการของกฎหมายเป็นเอกเทศเฉพาะตัวโดยยึดถือกฎหมายจารีตประเพณีในแต่ละ

ท้องถิ่นประกอบกับหลักของความยุติธรรมมาเป็นเครื่องมือในการตัดสินคดีเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และเมื่อตัดสินคดีความนั้นแล้วก็บันทึกคำพิพากษานั้นเก็บไว้เพื่อเป็นบรรทัดฐานของการตัดสินคดีความอื่นต่อไปแต่คำพิพากษาที่จัดบันทึกไว้นี้ไม่ใช่เป็นกฎหมายเป็นเพียงบรรทัดฐานของการพิจารณาคดีที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคม (กิจบดี ชินเบญจภูษ, 2547, หน้า 13) ดังนั้นการเป็นคดีความจึงเป็นเรื่องยุ่งยากสำหรับตัวความเป็นอย่างยิ่ง เพราะกฎหมายจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่นมีไม่เหมือนกัน การที่มีผู้รู้กฎหมายอย่างแท้จริงในการช่วยเหลือในการดำเนินคดีจึงมีประโยชน์และจำเป็นอย่างยิ่งในประเทศอังกฤษ

แม้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของแต่ละระบบกฎหมายจะมีความเหมือนความแตกต่างกันหลายประการ แต่อาจกล่าวได้ว่าเป้าหมายสูงสุดของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมในทางแพ่งของทั้งระบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ต่างก็มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันคือเพื่ออำนวยความสะดวกความเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

ดังนั้นเมื่อระบบกฎหมายแตกต่างกัน ฉะนั้นระบบการพิจารณาคดีแพ่งของศาลทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงมีความแตกต่างกัน ดังจะอธิบายดังนี้

1.1 วิธีพิจารณาคดีความแพ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

การพิจารณาคดีของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบปรปักษ์ (Adversary System) ที่การพิจารณาคดีส่วนใหญ่เป็นการพิจารณาด้วยวาจา (Oral Hearing) โดยศาลจะเปิดโอกาสให้คู่ความต่อสู้คดีกันอย่างเต็มที่โดยคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาสู้ (Burden of Proof) ให้ศาลเชื่อตามที่กล่าวอ้าง (วศิน เกศวพิทักษ์, 2549, หน้า 6) โดยมีลูกขุน (Jury) ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริง ส่วนผู้พิพากษา (Judge) จะทำหน้าที่คล้ายกรรมการคอยควบคุมให้การต่อสู้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และมีหน้าที่วางหลักกฎหมายและชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมาย การพิจารณาคดีแพ่งต่อหน้าลูกขุนในปัจจุบันมีน้อยมาก ประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ไม่นิยมแบ่งแยกประเภทกฎหมายออกเป็นประเภทต่างๆ แต่มีการแบ่งออกเป็นกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักความยุติธรรม (Equity) คดีที่เกิดขึ้นตามกฎหมายคอมมอน ลอว์ ก็นำมาฟ้องยังศาลคอมมอนลอว์ ส่วนคดีที่จำเป็นต้องใช้หลักความยุติธรรมจะต้องขึ้นศาลที่มีเขตอำนาจ โดยเฉพาะ เช่น ศาลชานเซอร์รี่ (Chancery Court) ในประเทศอังกฤษ เป็นต้น (ปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงให้ศาลทั้งหมดของอังกฤษสามารถใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ควบคู่ไปกับหลักความยุติธรรมได้) ในศาลอังกฤษระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและผู้พิพากษาได้กำหนดหลักเกณฑ์อันเป็นบรรทัดฐานหรือแบบอย่างขึ้นจากข้อเท็จจริงในคดีนั้นเป็นการพิจารณาจากข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป เมื่อศาล

ได้พิพากษาและกำหนดแบบอย่างอันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายแล้วศาลต่อมาต้องผูกพันที่จะพิพากษาไปในแนวเดียวกันที่มีวิธีพิจารณาโดยลูกขุนนั้น แลลงการณ์ด้วยวาจาที่มีความสำคัญ ดังนั้นทนายความในระบบคอมมอนลอว์ จะเป็นผู้แถลงการณ์เปิดคดีหรือปิดคดีเพื่อให้ลูกขุนทราบข้อเท็จจริงเพื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าวต่อไป

ในระบบคอมมอนลอว์ การพิจารณาคดีจะใช้วาจาเป็นส่วนใหญ่ โดยระบบนี้จะมีกระบวนการหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นก่อนการพิจารณาคดีที่เรียกว่า “การค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณา” (Pre-trial Discovery) ซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญในการตัดทอนประเด็นหรือพยานหลักฐานให้น้อยลง เนื่องจากต้องการให้การพิจารณาคดีเสร็จสิ้นโดยเร็ว ระบบนี้เป็นระบบที่เปิดโอกาสให้ทนายความแสดงความสามารถอย่างเต็มที่ ทนายความจึงต้องมี ฝึปาก วาทศิลป์ และคารมดีสามารถหว่านล้อม ทำให้ลูกขุนคล้อยตามโอกาสชนะคดีจึงจะมีสูง

การค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณานี้มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ 3 ประการ คือ (กิจบดี ชินเบญจภูษ, 2547, หน้า 18)

- 1) เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีจะถูกเปิดเผยในชั้นพิจารณา
- 2) เพื่อให้ประเด็นในชั้นพิจารณาจำกัดอยู่แต่ที่เป็นข้อพิพาทแห่งคดีจริงๆ
- 3) เพื่อให้คู่ความมีโอกาสประนีประนอมยอมความ

วิธีค้นหาความจริงก่อนการพิจารณาในระบบคอมมอนลอว์นี้ มีหลายวิธีการด้วยกัน ปัจจุบันที่ยังคงมีผลบังคับใช้ในกฎหมายของประเทศสกุลคอมมอนลอว์มีอยู่ 5 วิธีการ คือ (กิจบดี ชินเบญจภูษ, 2547, หน้า 23-24)

- 1) บันทึกรับคำให้การพยานนอกศาล (Deposition)

หมายถึงการบันทึกคำให้การของพยานบุคคลที่กระทำนอกศาลต่อหน้าผู้ที่มีอำนาจกระทำการโดยคู่ความซึ่งได้แจ้งให้คู่ความทุกฝ่ายทราบเพื่อจะได้มีโอกาสมาถามค้าน วิธีการนี้เป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ยอมให้มีการบันทึกคำพยานนอกศาลได้ การคัดค้านคำถามใดๆสามารถทำได้แต่จะไม่มีผู้วินิจฉัยว่าคำถามนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คงปล่อยให้ปรากฏเป็นหลักฐานไว้เพื่อที่ศาลจะได้มีคำสั่งในภายหลัง

- 2) การสอบถามข้อเท็จจริงจากพยานฝ่ายตรงข้าม (Interrogatories of Parties)

วิธีการนี้หมายถึงการมีหนังสือไปยังคู่ความฝ่ายตรงข้ามเพื่อสอบถามข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งคู่ความฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่จะต้องตอบมา ส่วนมากใช้ในการสอบถามชื่อและที่อยู่บุคคลที่รู้ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆหรือข้อเท็จจริงต่างๆ ในคำคู่ความเพื่อให้ประเด็นคดีกระจ่างชัด

3) การแสดงหลักฐานและวัตถุพยาน (Presentation of Documents and Things)

วิธีการนี้เปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิที่จะขอให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามแสดงหรือเปิดเผยเอกสารหรือวัตถุพยาน และมีสิทธิที่จะตรวจสอบความถูกต้องแท้จริง ตลอดจนสิทธิที่จะขอสำรวจเอกสารที่จะใช้เป็นพยานได้

4) การขอให้คู่ความอีกฝ่ายยอมรับข้อเท็จจริง (Request for Admission)

เป็นวิธีการสำคัญที่มีผลต่อการจำกัดประเด็นข้อพิพาทต่างๆ ให้น้อยลง วิธีการนี้อุญาตให้คู่ความมีสิทธิแจ้งเป็นหนังสือไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อถามข้อเท็จจริงหนึ่งข้อเท็จจริงใด เพื่อให้ฝ่ายนั้นยอมรับข้อเท็จจริงนั้นๆ คู่ความฝ่ายตรงข้ามเมื่อได้รับหนังสือแล้วจะมีระยะเวลาหนึ่งเพื่อที่จะยอมรับหรือปฏิเสธ หากไม่ปฏิเสธและไม่ตอบภายในกำหนดเวลาก็จะถือว่าข้อเท็จจริงเป็นอันยุติตามที่คู่ความฝ่ายแรกแจ้งไป

5) การตรวจสภาพร่างกายและจิตใจ (Physical and Mental Examination)

ในกรณีที่สภาพร่างกายหรือจิตใจของคู่ความเป็นประเด็นในคดี เช่น โจทก์ได้รับบาดเจ็บเพียงใด คู่ความมีสิทธิที่จะขอให้ผู้ได้รับบาดเจ็บนั้นไปรับการตรวจร่างกายและสภาพจิตใจจากแพทย์ที่คู่ความฝ่ายนั้นกำหนด หรือขอรายงานการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจของแพทย์ที่เคยได้ตรวจรักษาไว้

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณา เป็นประโยชน์ต่อการเร่งรัดการพิจารณาคดีในศาล ทั้งนี้เพราะการพิจารณาคดีจะจำกัดอยู่แต่ในประเด็นที่พิพาทจริงๆ เท่านั้น ซึ่งนอกจากนั้นแล้วคู่ความมีโอกาสทราบข้อเท็จจริงต่างๆ เพิ่มขึ้นจากที่ปรากฏในคำคู่ความโดยผลแห่งการค้นหาข้อเท็จจริงก่อนการพิจารณานี้ย่อมทำให้คู่ความคาดการณ์ได้ว่าคดีของตนจะได้เปรียบเสียเปรียบอย่างไรอันจะมีผลไปสู่การประนีประนอมยอมความได้เช่นกัน

ในระบบคอมมอนลอว์ อาจแบ่งขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นช่วงระยะเวลา (Phase) ต่างๆ ได้ดังนี้ (วสิน เกศวพิทักษ์, 2549, หน้า 6-8)

1) ช่วงเตรียมการก่อนยื่นฟ้อง (Pre-suit Phase)

ช่วงนี้ว่ากันว่าเป็นช่วงที่สำคัญ เนื่องจากในช่วงเตรียมการก่อนยื่นฟ้องนี้ทนายความของทั้งฝ่ายโจทก์และทนายความของจำเลยอาจสอบถามข้อเท็จจริงจากลูกความ ทำการสืบสวน ตลอดจนรวบรวมพยานหลักฐานและพยายามที่จะเสาะแสวงหาทางออกของรูปคดี ทั้งยังเป็นช่วงที่ทนายความต้องใช้ความรู้ความสามารถในการคิดวางแผนในการฟ้องให้ดีเนื่องจากหลังจากที่นำคดีเข้าสู่ศาลเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วก็อาจมีทางเลือกในการต่อสู้คดีน้อยลง

2) ช่วงเตรียมเพื่อต่อสู้คดี (Preparation Phase)

คดีความย่อมเกิดขึ้นต่อเมื่อโจทก์ยื่นฟ้องคดีต่อศาล ปกติโจทก์ย่อมประสงค์ที่จะให้ศาลพิพากษาให้เป็นไปตามที่ตนต้องการ ในขณะที่เดียวกันจำเลยก็ย่อมต้องการให้คดียุติโดยเร็ว ด้วยเหตุผลต่างกันไปเองทำให้แต่ละฝ่ายต่างมีหน้าที่หลายประการที่ต้องทำให้เสร็จสิ้นก่อนกระบวนการพิจารณาจะเริ่มขึ้น ซึ่งสามารถแบ่งหน้าที่ที่ต้องจัดการออกได้เป็นส่วนต่างๆได้โดยหน้าที่แต่ละอย่างอาจทำไปพร้อมๆกัน ไม่จำเป็นต้องจัดการเรียงตามลำดับ ดังนี้

(1) การยื่นคำฟ้องทำให้การต่อสู้คดี (Pleading) ในส่วนนี้แต่ละฝ่ายจะต้องยื่นแสดงข้ออ้างข้อเถียงว่าตนถูกโต้แย้งสิทธิหรือตนประสงค์ที่จะให้การต่อสู้ในประเด็นใดบ้าง เพื่อให้มีการกำหนดประเด็นพิพาทให้ชัดเจน

(2) กระบวนการตรวจสอบเอกสาร (Discovery) หมายถึงขั้นตอนในการกำหนดพยานหลักฐานที่จะใช้และเตรียมไว้สำหรับชั้นพิจารณา การดำเนินคดีในปัจจุบันนี้ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญที่จะได้รับรู้ข้อมูลของอีกฝ่ายหนึ่งก่อน ซึ่งกระบวนการตรวจสอบเอกสารนี้จะสามารถช่วยในเรื่องนี้ได้ และยังรวมไปถึงการเรียกเอกสารและถ้อยคำของพยานจากบุคคลที่สามที่เป็นบุคคลภายนอกคดีด้วย กระบวนการตรวจสอบเอกสารนี้สามารถประหยัดทั้งเวลาและปริมาณงานที่ต้องทำก่อนที่ศาลจะพิจารณาคดีได้เป็นอย่างมาก

(3) ขั้นตอนปฏิบัติเกี่ยวกับคำร้อง (Motion Practice) เป็นขั้นตอนที่คู่กรณีสามารถร้องขอต่อศาลให้ทำการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น ในบางเรื่อง เนื่องจากว่าทั้งสองฝ่ายอาจไม่เห็นพ้องต้องกันในเรื่องเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทหรือเกี่ยวกับพยานหลักฐานที่จำเป็นต้องใช้ในคดีเพื่อเป็นการไม่ต้องเสียเวลาในการต่อสู้คดี

(4) ขั้นตอนปฏิบัติก่อนการพิจารณาคดี (Pretrial Practice) ขั้นนี้เป็นส่วนของการดำเนินการให้บรรลุตามกระบวนการวิธีพิจารณาและจัดการงานเกี่ยวกับเอกสารเพื่อให้คดีพร้อมสำหรับการพิจารณาและตรงประเด็นที่จะทำการพิจารณา

3) ชั้นพิจารณาคดี

ในชั้นนี้คู่กรณีต้องนำเสนอพยานหลักฐานและมีการต่อสู้คดีกันไม่ว่าจะใช้ลูกขุนหรือไม่ก็ตามก็จะมีกระบวนการพิจารณาที่สามารถตัดสินชี้ขาดโดยตรงได้โดยทำให้การพิจารณาเสร็จไปได้โดยเร็วหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนำเสนอเป็นที่น่าสนใจแก่ศาล การตัดสินคดีนั้นคำพิพากษาจะพิพากษาให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งชนะคดี และหลังจากที่มีการพิจารณาคดีแล้วกฎหมายก็ยังให้ระยะเวลาสำหรับการยื่นคำร้องขอให้ศาลกลับคำชี้ขาดหรือยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาคำตัดสินใหม่

4) ขั้นตอนหลังการพิพากษา (Post-judgment Phase)

หลังจากศาลมีคำพิพากษาคดีแล้ว คู่ความฝ่ายที่แพ้คดียังสามารถยื่นอุทธรณ์คดีต่อไปได้ และการอุทธรณ์อาจมีผลทำให้ใช้เวลาหลายปีกว่าคำพิพากษาจะถึงที่สุด เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วไม่ว่าจะด้วยไม่มีการอุทธรณ์คำพิพากษา หากคำพิพากษาในคดีแพ่งส่วนใหญ่เพียงกำหนดให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องชำระหนี้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่การบังคับคดีย่อมขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายที่จะชนะจะหาทางบังคับอีกฝ่ายให้ชำระเงินอย่างไร ซึ่งในระบบคอมมอนลอว์ ก็จะมีกระบวนการที่ถูกออกแบบมาเพื่อช่วยให้ฝ่ายที่ชนะคดีได้รับข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ฝ่ายแพคดีมีและข้อมูลว่าทรัพย์สินนั้นอยู่ที่ใดบ้าง รวมทั้งวิธีในการจัดเก็บและยึดทรัพย์เหล่านั้นเพื่อนำมาชำระหนี้ และให้ได้รับความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าพนักงานของรัฐในการเข้ายึดทรัพย์และนำทรัพย์สินไปขาย

1.2 วิธีพิจารณาความแพ่งในระบบกฎหมายชีวิตลอว์

วิธีพิจารณาความแพ่งภายใต้ระบบกฎหมายชีวิตลอว์ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาจะเน้นไปที่กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลเป็นหลัก โดยศาลจะทำหน้าที่ในการพิจารณาพยานหลักฐานและนำตัวบทกฎหมายไปปรับใช้ให้เหมาะสมสอดคล้องกับคดีเอง (วศิน เกศวพิทักษ์, 2549, หน้า 9)

วิธีพิจารณาความแพ่งในระบบชีวิตลอว์นี้จะไม่มีการเปิดเผยพยานหลักฐาน คู่ความมีสิทธิเพียงร้องขอให้ศาลไต่สวนพยานบุคคลหรือกำหนดให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามยื่นพยานเอกสารซึ่งเป็นหลักทั่วไปในระบบชีวิตลอว์ที่ศาลมีอำนาจมากกว่าคู่ความในการเรียกพยานหลักฐาน นอกจากนั้นในระบบชีวิตลอว์คู่ความไม่สามารถที่จะบังคับให้มีการยื่นพยานเอกสารได้ ซึ่งดูเหมือนว่าระบบชีวิตลอว์คู่ความอาจถูกบังคับให้ยื่นพยานเอกสารได้เมื่อผู้พิพากษาสรุปว่าเอกสารนั้นเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่สำคัญ เหตุผลนี้จึงเป็นความสามารถของผู้ที่จะทำหน้าที่พิสูจน์ประเด็นที่ต้องยืนยันกันด้วยเอกสารที่คู่ความครอบครองอยู่

วิธีพิจารณาความแพ่งในระบบชีวิตลอว์ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายชีวิตลอว์ นอกจากจะทำหน้าที่เสมือนเป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายแล้ว ยังต้องรับผิดชอบในการค้นหาพยานหลักฐานและหากกฎหมายที่ควรจะนำมาบังคับใช้ในคดีด้วย กระบวนการพิจารณาความในหลายประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายชีวิตลอว์มักดำเนินการโดยใช้ขั้นตอนการไต่สวนแบบสั้นๆ เพื่อรับฟังพยานหลักฐานเข้ามาไว้ในสำนวนบางครั้งอาจน้อยกว่าหนึ่งชั่วโมงจากนั้นก็ค้างการพิจารณาจนกว่าจะไปถึงขั้นพิจารณาทำคำพิพากษาในชั้นสุดท้าย คู่ความเป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดี และยังเป็นผู้กำหนดข้อเท็จจริงที่ใช้สนับสนุนข้อกล่าวอ้าง และข้อต่อสู้ของตน โดยในชั้นเริ่มต้นคดี คู่ความมีหน้าที่ต้องเสนอรายละเอียดของข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้าง และข้อกฎหมาย คำขอต่างๆ ให้ศาลดำเนินการต่างๆ

และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการระบุถึงพยานหลักฐานที่มีซึ่งจะใช้สนับสนุนข้อเท็จจริงดังกล่าวในกรณีที่คู่ความแสดงเหตุผลสมควรถึงการที่ไม่สามารถระบุข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานได้อย่างเพียงพอ ศาลจะให้โอกาสในการให้นำข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานที่จำเป็นมาแสดงในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาในภายหลัง ทั้งนี้ศาลอาจอนุญาตหรือเรียกให้คู่ความแก้ไขข้อโต้แย้งในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงและเสนอประเด็นข้อโต้แย้งทางกฎหมายและพยานหลักฐานประกอบข้อโต้แย้งนั้นเพิ่มเติมได้โดยปกติคู่ความแต่ละฝ่ายมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นสาระทั้งหมดเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน ซึ่งภาระการพิสูจน์ดังกล่าวมาจากการที่คู่ความมีสิทธิที่จะเสนอข้อโต้แย้งข้อโต้แย้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องและนำเสนอพยานหลักฐานที่นำมาใช้สนับสนุนการโต้แย้งคัดค้านเป็นเงื่อนไขของการสืบพยานหลักฐาน ดังนั้นการที่คู่ความไม่ได้แย้ง

ข้อกล่าวอ้างหรือข้อโต้แย้งของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งภายในกำหนดเวลาอันสมควร ภายหลังหากศาลได้เตือนคู่ความนั้นแล้วจะถือเป็นเหตุเพียงพอที่ศาลอาจนำมาเป็นข้อพิจารณาได้ว่ารับฟังหรือยอมรับข้อต่อสู้คดีได้หรือไม่การพิสูจน์พยานหลักฐานมีข้อจำกัดในเรื่องเอกสิทธิ์ความคุ้มกันหรือการคุ้มครองที่คล้ายกันต่อคู่ความหรือผู้ซึ่งไม่ใช่คู่ความเกี่ยวกับการเปิดเผยพยานหลักฐานหรือข้อมูลอื่น ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าจะมีข้อสรุปที่เป็นปฏิบัติต่อบุคคลนั้นหรือกำหนดสภาพบังคับทางอ้อมที่จำเป็นอย่างอื่นหรือไม่นั้น ศาลควรพิจารณาเรื่องการรับรองการคุ้มครองดังกล่าวเมื่อจะใช้อำนาจในการกำหนดสภาพบังคับเพื่อบังคับให้มีการเปิดเผยพยานหลักฐานหรือข้อมูลอื่นโดยคู่ความหรือผู้ที่มีใช้คู่ความ โดยบุคคลที่ต้องเสนอพยานหลักฐานไม่ว่าจะเป็นคู่ความหรือไม่มีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งเพื่อคุ้มครองการถูกเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับโดยไม่สมควรบทบาทศาลนับได้ว่าเป็นหลักประกันในการค้นพบพยานหลักฐานโดยจะมีบทบาทต่างๆ ศาลมีความรับผิดชอบในการพิจารณาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องและกำหนดข้อกฎหมายที่ถูกต้องที่ใช้เป็นฐานในการตัดสินคดี และในการเข้าถึงข้อมูลและพยานหลักฐานนั้น โดยทั่วไปศาลและคู่ความแต่ละฝ่ายควรสามารถเข้าถึงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดีซึ่งไม่มีเอกสิทธิ์คุ้มกันได้ ซึ่งรวมถึงคำให้การของคู่ความและพยาน คำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญ เอกสารและพยานหลักฐานที่ได้มาจากการตรวจสอบวัตถุ การเข้าไปในสถานที่ หรือในบางกรณีการตรวจบุคคลทางร่างกายและจิตใจ คู่ความมีสิทธิในการเสนอข้อคัดค้านที่มีผลในทางพยานหลักฐาน หากคู่ความร้องขอภายในระยะเวลาอันสมควร ศาลควรสั่งให้เปิดเผยพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องซึ่งไม่มีเอกสิทธิ์คุ้มกัน และอยู่ในความครอบครองหรือควบคุมของคู่ความอีกฝ่าย หรือของผู้ที่มีใช้คู่ความในกรณีที่จำเป็นและมีเหตุอันสมควร แม้ว่าการเปิดเผยพยานหลักฐานนั้นอาจเป็นปฏิบัติต่อบุคคลหรือบุคคลที่ต้องเปิดเผยก็ไม่เป็นเหตุที่จะให้ปฏิเสธการเปิดเผยพยานหลักฐานนั้นได้ ดังนั้น ศาล

จึงเป็นศูนย์กลางในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการมีอยู่ การเปิดเผยและการแลกเปลี่ยน พยานหลักฐาน รวมทั้งออกคำสั่งเกี่ยวกับพยานหลักฐาน

1.3 ระบบการพิจารณาคดีในศาลไทย

ระบบวิธีพิจารณาคดีในศาลที่ใช้กันนั้น มีระบบวิธีพิจารณาคดีอยู่ 2 ระบบ เรียกว่า ระบบ กล่าวหา (Accusatorial System) กับระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

1.3.1 ระบบกล่าวหา

ระบบกล่าวหาที่มีที่มาจากประเทศอังกฤษและกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมาย ระบบคอมมอนลอว์ เช่น สหรัฐอเมริกา นิวซีแลนด์ แคนาดา ฯ หลักการของระบบกล่าวหา มีวิวัฒนาการจากการแก้แค้นกันระหว่างผู้กระทำผิดกับผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง แล้วรวบรวมพยานหลักฐานมานำสืบความผิดของจำเลยในศาล ส่วนศาลหรือผู้พิพากษา จะวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัด เหตุผลที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะมีแนวความคิดมาจากการพิจารณาคดีในสมัยโบราณ ซึ่งใช้วิธีทรมาน (Trial by Ordeal) และทำให้ทั้งสองฝ่ายต่อสู้คดีกันเอง (Trial by Battle) ส่วนศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางหรือกรรมการ ต่อมาได้วิวัฒนาการมาเป็นการเอาพยานมา พิสูจน์ความผิดของจำเลย โดยฝ่ายโจทก์จะเอาพยานที่เป็นพรรคพวกของตนมาเบิกความกล่าวหา จำเลย ส่วนจำเลยก็เอาพวกของตนมาเบิกความรับรองความบริสุทธิ์ของตนให้ศาลฟังแล้วตัดสินคดีไปตามน้ำหนักพยานของแต่ละฝ่าย จากการที่ใช้วิธีการต่อสู้คดีกันนั่นเอง ระบบกล่าวหาจึงให้ความสำคัญอย่างสูงต่อหลักเกณฑ์ต่อไปนี้คือ

1) หลักการสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง

2) ถือหลักสำคัญว่าโจทก์และจำเลยมีฐานะในศาลเท่าเทียมกัน

3) ศาลจะวางตนเป็นกลางโดยเคร่งครัด ทำหน้าที่เหมือนกรรมการตัดสินกีฬาคอยควบคุมให้ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติตามกฎหมายลักษณะพยาน โดยเคร่งครัดการปฏิบัติผิดหลักเกณฑ์อาจถูกศาลพิพากษายกฟ้องได้

4) ศาลจะมีบทบาทค้นหาความจริงน้อยมาก เพราะถือว่าเป็นหน้าที่ของคู่กรณีหรือคู่ความจะต้องแสวงหาพยานมาแสดงต่อศาลด้วยตนเอง

ดังนั้นศาลจึงเป็นหน่วยงานหนึ่งในกระบวนการยุติธรรม มีหน้าที่พิทักษ์ความเป็นธรรมให้สังคมในฐานะที่เป็นศูนย์กลางหนึ่งในการปกครองระบบประชาธิปไตยของไทย ระบบการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทยนั้น ปัจจุบันใช้ระบบระบบกล่าวหา ศาลจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีก็ต่อเมื่อ โจทก์ซึ่งได้แก่ พนักงานอัยการ หรือราษฎร ฟ้องร้องต่อศาลและนำ

พยานหลักฐานมาแสดงต่อศาล โดยศาลเองไม่มีหน้าที่โดยตรงในการซักถาม สอบสวน พยานหลักฐานของคู่ความ และศาลจะตัดสินเกินคำขอหรือมิได้กล่าวในฟ้องไม่ได้ ในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาพิพากษาศาลในฐานะผู้ชี้ขาดจะต้องวางตัวเป็นกลาง โดยมุ่งที่จะคุ้มครอง ผลประโยชน์ของสังคมเป็นหลักการดำเนินคดีในระบบนี้เป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของการ ดำเนินคดีอาญาในระบบไต่สวน ที่ให้อำนาจผู้พิพากษามากเกินไป จึงมักมีอคติลำเอียงและ ข้อผิดพลาดในการพิจารณาคดี ดังนั้นระบบกล่าวหาแยกหน้าที่สอบสวน ฟ้องร้องและพิจารณาคดี ออกจากกันโดยเด็ดขาด เพื่อลดอำนาจของผู้พิพากษา ให้คงมีแต่อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี เท่านั้น เหนือสิ่งอื่นใด การพิจารณาพิพากษาคดีจะถือว่าประสบความสำเร็จก็ต่อเมื่อผู้พิจารณายึด หลักนิติธรรม (Rule of Law) ประกอบหลักข้อเท็จจริงแห่งคดี (Facts) และด้วยความเป็นอิสระอย่าง แท้จริง ปราศจากอคติ อีกทั้งต้องไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับ หรืออิทธิพลของผู้ใด ไม่ว่าบุคคลภายนอก หรือผู้พิพากษาด้วยกันเอง กล่าวโดยทั่วไปแล้ว กระบวนการยุติธรรมที่ดีจะต้องสามารถสร้าง ผลงานให้เป็นที่ประจักษ์แก่สังคมได้อย่างชัดเจนว่าสังคมนี้ ปกครองกันด้วยระบบกฎหมาย มิใช่ ด้วยอำนาจตามอำเภอใจของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายก่อความเดือดร้อนเสียหาย ให้แก่สังคมหรือบุคคลอื่นแล้ว จักต้องได้รับผลร้ายจริงๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ส่วนผู้ที่เคารพ กฎหมายประพฤติปฏิบัติตนเป็นพลเมืองดีย่อมจะต้องได้รับการคุ้มครองจากกระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้กระบวนการยุติธรรมยังจะต้องมีสมรรถนะในการขัดเกลาหรือปรับแก้พฤติกรรมของ ผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายบ้านเมืองให้กลับเข้ามาอยู่ภายในกรอบของกฎหมายได้อีกส่วนหนึ่งด้วย

หน้าที่ของศาลยุติธรรม คือ การธำรงรักษาและผดุงความยุติธรรมเพื่อประโยชน์สุข ของประเทศชาติและประชาชนโดยส่วนรวม คุ้มครองและพิทักษ์เสรีภาพส่วนบุคคลของสุจริตชน ลงโทษผู้ก่อความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้อื่นหรือสังคม ภายใต้กฎหมายอันทัดเทียมกัน (Equal Protection Under the Law) ในขณะเดียวกันก็ต้องส่งเสริมและพัฒนาการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยโดยยึดหลักนิติธรรม ด้วยส่วนอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ได้แก่ การพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับ ข้อเท็จจริงนั้น ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน เพียงแต่บัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจชั่งน้ำหนัก พยานหลักฐานที่ฟัง ไม่พิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้ กระทำความผิด หากมีความสงสัยตามสมควรว่า จำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความ สงสัยนั้นให้จำเลย (Beyond Reasonable Doubt) การใช้ดุลพินิจว่ามีการกระทำความผิดกฎหมายและ จำเลยเป็นผู้กระทำหรือไม่ ศาลจะวินิจฉัยจากข้อเท็จจริง แต่ข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นจะต้องได้จาก พยานหลักฐานสำคัญที่คู่ความนำมาสืบแสดงต่อศาล กล่าวคือ ศาลจะนำข้อเท็จจริงนอกสำนวนมา วินิจฉัยไม่ได้ อย่างไรก็ตามกฎหมายก็ให้อำนาจศาลในการสืบพยานเพิ่มเติมเพื่อตรวจสอบความ

ถูกต้องแห่งพยานหลักฐานได้ตามความเหมาะสม ทั้งนี้ อาจทำโดยการส่งประเด็นไปสืบ การเดิน เฝ้ายุติการซักถามนั่นเอง นำพยานบุคคลมาสืบ เรียกพยานเอกสารประกอบการพิจารณา เป็นต้น อันเป็นการช่วยค้นหาความจริงอีกทางหนึ่งเพิ่มเติม ซึ่งในทางปฏิบัติศาลมักไม่ค่อยใช้อำนาจในการ สืบพยานเพิ่มเติมดังกล่าวโดยพลการ เนื่องจากเกรงจะถูกกล่าวหาว่าไม่วางตัวเป็นกลาง แต่ก็เคยมี ปราบกฏกรณีที่ศาลใช้วิธีดังกล่าวในการเรียกสำนวนการสอบสวนมาประกอบการพิจารณา ทั้งนี้ เพื่อ ประโยชน์แห่งความยุติธรรมระหว่างคู่ความเฉพาะคดีเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปก็คือ ภายใต้ระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหา คู่ความต้องใช้ ความสามารถของตนเองในการพิสูจน์และปฏิเสธความผิด แต่การพิสูจน์ความจริงในการดำเนินคดี แบบนี้จะสำเร็จได้คู่ความสองฝ่ายต้องมีความสามารถในการต่อสู้คดีอย่างเท่าเทียมกันที่เรียกว่า “ทฤษฎีอาวุธเท่ากัน” จึงจะต่อสู้กันได้อย่างเป็นธรรม อย่างไรก็ตามโดยสภาพแล้วผู้ต้องหาและจำเลย ในคดีอาญาจะอยู่ในสถานะด้อยกว่าโจทก์คือพนักงานอัยการ ซึ่งมีระบบงานและการสนับสนุนจากรัฐที่มีประสิทธิภาพมากกว่า ผู้ต้องหาและจำเลยจึงจำเป็นต้องมีทนายความคอยช่วยเหลือเพื่อเสริม ศักยภาพในการต่อสู้คดีให้ทัดเทียมกับฝ่ายโจทก์ แต่หากว่าผู้ต้องหาและจำเลยเป็นผู้ยากจนไม่

สามารถจ้างทนายความว่าต่างแก่ต่างได้ เขาจะตกอยู่ในสถานะที่ไม่อาจได้รับความ เป็นธรรมตามกฎหมายไปทันที ความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจนอกจากเป็นสาเหตุประการหนึ่ง ของอาชญากรรมแล้ว ยังซ้ำเติมบุคคลที่ตกเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมให้ถูกปิดกั้นความยุติธรรม อีกด้วย

1.3.2 ระบบไต่สวน

ในระบบไต่สวนนั้นในทางทฤษฎียอมรับกันว่าระบบไต่สวนมีที่มาจากศาลทาง ศาสนาของคริสต์ศาสนานิกายคาทอลิกในสมัยกลาง ซึ่งทางศาสนจักร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สันตะปาปาแห่งกรุงโรม มีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักรคือ กษัตริย์หรือเจ้าผู้ครองนครต่างๆ ในสมัย กลาง มีวิธีการพิจารณาคดีผู้กระทำผิดเกี่ยวกับกฎหมายของทางศาสนาด้วยวิธีการซักฟอกพยาน ใน รูปของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรง คือ พระผู้ทำการไต่สวนกับผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ถูก ไต่สวน โดยไม่ต้องมีผู้พิพากษาเป็นคนกลาง ดังนั้น ในศาลศาสนา ผู้ไต่สวนจึงต้องทำหน้าที่ แสวงหาพยานหลักฐาน ซักถามพยานและชำระความโดยไต่สวนคดีด้วยตนเองตลอด และด้วยที่ ศาสนจักรมีอิทธิพลเหนือฝ่ายอาณาจักร ระบบศาลของฝ่ายอาณาจักรจึงได้รับอิทธิพลและได้ วิวัฒนาการมาเป็นระบบไต่สวนในปัจจุบัน

ตามระบบไต่สวน ศาลไม่ได้ทำหน้าที่วางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดเหมือนระบบ กล่าวหา แต่จะทำหน้าที่ค้นหาความจริงด้วยตนเอง ศาลจะมีบทบาทในการดำเนินคดีอย่างสูง ผิดกับ ในระบบกล่าวหาที่ศาลมีบทบาทน้อยมาก เพราะต้องวางตัวเป็นกลาง โดยที่ระบบไต่สวนเน้นในเรื่อง

การค้นหาคำความจริงเป็นหลัก ดังนั้น กฎเกณฑ์ในการดำเนินคดี เช่น การสืบพยาน การดำเนินการต่างๆ ในศาลจึงยึดหยุ่นกว่าระบบกล่าวหา

จากที่มาของระบบกล่าวหาที่ระบบไต่สวนที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น จะทำให้เห็นหลักการสำคัญที่ว่าเมื่อใดที่คู่ความหรือคู่กรณีมีสถานะเท่าเทียมกันแล้ว การใช้ระบบกล่าวหาจะเกิดความเป็นธรรมแก่ทั้งสองฝ่าย เพราะเป็นเรื่องที่ต่างฝ่ายต่างต้องปกป้องรักษาสิทธิของตนเอง แต่ถ้าเมื่อใดที่คู่กรณีหรือคู่ความมีสถานะไม่เท่าเทียมกันแล้ว การใช้ระบบไต่สวนย่อมจะเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งอยู่ในสถานะเสียเปรียบ เช่น กรณีพิพาทระหว่างราษฎรหรือเอกชนกับรัฐ เป็นต้น เพราะพยานหลักฐานต่างๆ มักจะอยู่ในการครอบครองของฝ่ายรัฐเสียเป็นส่วนใหญ่ จึงเป็นการยากที่ฝ่ายราษฎรจะนำสืบหรืออ้างพยานหลักฐานตามระบบกล่าวหาที่มีหลักว่า "ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ" โอกาสที่จะชนะคดีสำหรับราษฎรหรือเอกชน จึงเป็นไปได้ยาก (ชานานู จันทร-เรือง, ออนไลน์, 2549)

สำหรับประเทศไทยเรานั้น ได้มีการใช้ระบบกล่าวหาสำหรับคดีแพ่งและคดีอาญา (เว้นในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง) และใช้ระบบไต่สวนในคดีที่ใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนในศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในประเทศไทยได้ปรับปรุงกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมครั้งใหญ่ในสมัยรัชกาลที่ 5 โดยแบ่งออกเป็น 2 ระยะคือ

1) ระยะเริ่มแรก เมื่อพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงปรับปรุงกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมในระยะแรกก็ได้จัดส่งนักเรียนไทยไปศึกษากฎหมายที่ประเทศอังกฤษหลายคน เพราะอังกฤษเป็นประเทศที่มีการปกครองโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขเช่นเดียวกับประเทศไทยและเป็นประเทศที่กำลังล่าอาณานิคมในเอเชีย การส่งนักเรียนไทยไปศึกษาที่อังกฤษถือว่าเป็นการสร้างสัมพันธไมตรีกับอังกฤษไปในตัวด้วย นับเป็นการดำเนินการทางการทูตและนำความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ชาญฉลาดยิ่งขององค์พระประมุขของประเทศไทย ทำให้ประเทศไทยได้รอดพ้นจากการตกเป็นอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจในขณะนั้นมาได้ อันเป็นประวัติศาสตร์ที่น่าภาคภูมิใจยิ่ง การที่นักเรียนไทยไปศึกษากฎหมายที่อังกฤษ ย่อมได้รับแนวความคิดของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกล่าวหาของอังกฤษมาเต็มรูป ดังนั้น เมื่อปรับปรุงกฎหมายและระบบการดำเนินคดีในประเทศไทย ก็ได้นำแนวความคิดของอังกฤษมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทยในระยะเริ่มแรก เช่น กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาลับแรกของประเทศไทย ก็แปลมาจากประมวลกฎหมายอาญาของอินเดียซึ่งเป็นอาณานิคมของอังกฤษในขณะนั้น พระราชบัญญัติลักษณะพยาน ร.ศ.113 ก็เป็นกฎหมายลักษณะ

พยานของอังกฤษ ต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติ วิธีพิจารณาความมีโทษใช้ไปพลางก่อน ร.ศ.115 ก็เป็นการนำระบบกล่าวหาของอังกฤษมาใช้เต็มรูป นอกจากนั้น ระบบศาลที่ได้ปรับปรุง เมื่อมีการจัดตั้งกระทรวงยุติธรรมแล้ว พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ.127 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 ก็เป็นหลักการของอังกฤษเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และการดำเนินคดีระบบกล่าวหาของอังกฤษจึงได้เข้ามามีอิทธิพลในประเทศไทยมาตั้งแต่ต้น และได้ฝังรากลึกในระบบอังกฤษและกระบวนการยุติธรรมมาเป็นเวลานาน แม้ต่อมาจะได้มีการร่างประมวลกฎหมายอีกหลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามแบบอย่างของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย แต่อิทธิพลกฎหมายของอังกฤษก็ยังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ด้วย

2) ระยะที่สอง การปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมที่ติดตามมาก็คือ การจัดกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยประเทศไทยได้จ้างนักกฎหมายต่างประเทศมาดำเนินการให้ ซึ่งมีทั้งนักกฎหมายจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์และระบบกล่าวหา และกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและระบบไต่สวน ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นที่ยอมรับทั้งประเทศอังกฤษซึ่งใช้ระบบคอมมอนลอว์ และประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายเนื่องจากทั้งสองประเทศกำลังใช้อิทธิพลทุกประการที่จะเอาประเทศไทยเป็นอาณานิคมของตนให้ได้ จากการประนีประนอมของประเทศไทย เพื่อให้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมเป็นที่ยอมรับของทั้งสองประเทศที่มีระบบกฎหมายแตกต่างกันเป็นอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไทยจึงได้ผสมผสานกันทั้งระบบกล่าวหาของอังกฤษที่ฝังรากลึกในระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมไทยอยู่ก่อนแล้วให้เข้ากับระบบไต่สวนของฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาโครงสร้างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายลักษณะพยาน และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยโดยละเอียดแล้วจะเห็นว่า มีแนวโน้มใช้ระบบกล่าวหาเป็นหลัก เช่น การพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย คู่ความมีหน้าที่แสวงหาหลักฐานมาแสดงต่อหน้าศาลด้วยตนเอง ศาลจะไม่ทำหน้าที่แสวงหาพยานหลักฐานแต่จะวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัด คอยควบคุมการดำเนินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างเข้มงวด หากฝ่ายใดกระทำผิดกฎเกณฑ์ของกฎหมายอาจถือเป็นสาเหตุพิพากษาให้แพ้คดีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลักษณะพยานไทยและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอาจกล่าวได้ว่ามีที่มาจากกฎหมายอังกฤษโดยแท้

ระบบกล่าวหาในคดีอาญาของอังกฤษที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยนั้น ได้แฝงอยู่แต่ไม่มากเท่าระบบกล่าวหา ดังจะพิจารณาต่อไป

1) ชั้นสอบสวน

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (11) บัญญัติว่า “การสอบสวน” หมายถึงการรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่น ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ และมาตรา 131 บัญญัติถึงหน้าที่ของพนักงานสอบสวนว่า “ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิดเท่าที่จะสามารถทำได้ เพื่อประโยชน์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่างๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่อุกกล่าวหา และเพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิด”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้ แสดงว่าการสอบสวนจะต้องดำเนินไปโดยพนักงานสอบสวนต้องวางตัวเป็นกลาง รวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดทั้งที่เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ผู้ต้องหาแต่ในทางปฏิบัติพนักงานสอบสวนจำนวนไม่น้อยมักจะทำการสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานเน้นหนักในทางที่เป็นโทษแก่ผู้ต้องหา ส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องหาจะควงเว้นหรือไม่ยอมรับรวบรวมไว้ในสำนวนการสอบสวน เนื่องจากระเบียบปฏิบัติของทางราชการกำหนดไว้เช่นนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งพนักงานสอบสวนได้ตั้งตัวเป็นฝ่ายตรงข้ามกับผู้ต้องหานั่นเอง ดังนั้น ถ้าหากเรายอมรับในหลักการวางตัวเป็นกลาง และหน้าที่ค้นหาข้อเท็จจริงของพนักงานสอบสวนแล้ว การสอบสวนที่เน้นหนักในทางรวบรวมพยานหลักฐานเฉพาะที่เป็นโทษแก่ผู้ต้องหาตามระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดีข้อ 154 ดังกล่าว จึงเป็นการสอบสวนที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายระเบียบที่ออกมาเช่นนี้จะเห็นเพราะความพึงใจว่ากระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาในประเทศไทยเป็นระบบกล่าวหานั่นเอง

2) ชั้นอัยการ

การดำเนินชั้นอัยการนั้นก็ยังมีปัญหาติดตามมาเช่นเดียวกันว่า อัยการควรจะกำหนดบทบาทตนเองในฐานะเป็น “โจทก์” ประการใด ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้บัญญัติเกี่ยวกับฐานะการเป็นโจทก์โดยอัยการและการเป็นโจทก์โดยเอกชนไว้ไม่แตกต่างกัน ดังจะเห็นได้ตั้งแต่มาตรา 158 ภาค 3 ซึ่งกล่าวถึงวิธีพิจารณาในศาลชั้นต้นเป็นต้น ไปจนถึงชั้นอุทธรณ์และฎีกา เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายประสงค์ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของอัยการโดยเฉพาะ หรือมีข้อยกเว้นไว้ โดยเฉพาะจึงจะเป็นไปตามนั้น เช่น กรณีอัยการยื่นคำร้องขอเป็นโจทก์ร่วมกับผู้เสียหายตามมาตรา 31 อัยการขอให้ศาลสั่งผู้เสียหายกระทำการหรือควงเว้นกระทำการใดๆ ที่จะทำให้คดีของอัยการเสียหาย (มาตรา 32) หรือคดีที่อัยการเป็นโจทก์ศาลจะได้สวนมูลฟ้องหรือไม่ก็ได้ (มาตรา 162) เป็นต้น ฯลฯ หนึ่ง ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบ ข้อบังคับใดกำหนดให้อัยการต้องวางตัวเป็นฝ่ายตรงข้ามกับจำเลย แต่ในทางปฏิบัติการดำเนินคดีในศาลของอัยการในฐานะโจทก์ ความสัมพันธ์

ระหว่างศาลอัยการจำเลยได้เป็นอย่างดีเข้มงวด กล่าวคือเป็นการต่อสู้กันทางกฎหมายโดยมีศาลเป็นคนกลาง การดำเนินคดีโดยวิธีดังกล่าวนี้มีส่วนผลักดันให้อัยการต้องใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งยวดในการดำเนินคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบ มิให้เพลิงพล้ำเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้อง ดังนั้น ในทางปฏิบัติการฟ้องคดีหรือการว่าความของอัยการที่ดำเนินสืบต่อเนื่องกันมาช้านานตั้งแต่เริ่มก่อตั้งองค์กรอัยการในประเทศไทย ก็มักจะกล่าวถึงเฉพาะสิ่งที่กล่าวหาว่าจำเลยกระทำผิดปล่อยให้การแสดงสิ่งที่เป็นคุณแก่จำเลยเป็นหน้าที่ของจำเลย โดยการพิสูจน์ตนเองว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ เช่นเดียวกับการปฏิบัติของพนักงานสอบสวนดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้เพราะการกำหนดตนเองว่าเป็นโจทก์ผู้ฟ้องร้องกล่าวหาในคดีนั่นเอง

3) ชั้นศาล

กระบวนการพิจารณาในศาลก็เป็นอีกขั้นตอนหนึ่งที่นำระบบกล่าวหามาใช้เคร่งครัด กล่าวคือศาลจะวางตัวเป็นกลางคล้ายกับกรรมการในการแข่งกีฬา ปล่อยให้คู่ความทั้งสองฝ่ายคือโจทก์-จำเลยต่อสู้กันในทางกฎหมายฝ่ายใดปฏิบัติผิดกติกาที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายลักษณะพยานศาลย่อมถือเป็นข้อแพ้ชนะกันในทางคดี วิธีการให้ศาลวางตัวเป็นกลางนี้ได้ผลดีที่ทำให้ศาลไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการไต่สวนพยานด้วยตนเองโดยตรงเหมือนผู้พิพากษาในระบบไต่สวนดังเช่น ในประเทศฝรั่งเศสป้องกันมิให้เกิดการเอนเอียงที่จะกระทำทำให้เป็นผลร้ายแก่จำเลย และทำให้ศาลได้รับความเคารพเชื่อถือจากประชาชนมากพอสมควร แต่อย่างไรก็ดีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้ห้ามศาลทำการไต่สวนพยานแต่อย่างไร ในทางตรงกันข้ามมีบทบัญญัติบางมาตรากำหนดให้ศาลค้นหาความจริงจากพยานหลักฐานต่างๆ ได้อย่างกว้างขวาง ทั้งในชั้นไต่สวนมูลฟ้องและพิจารณาคดี ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง มาตรา 171 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการสอบสวนและการพิจารณาเว้นแต่มาตรา 175 มาบังคับแก่การไต่สวนมูลฟ้องโดยอนุโลม” ดังนั้น ศาลซึ่งทำหน้าที่ไต่สวนมูลฟ้องจึงทำหน้าที่เหมือนพนักงานสอบสวนคือรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ได้ด้วยตนเองเพื่อประกอบการพิจารณาว่าคดีของโจทก์มีมูลหรือไม่ ไม่ได้ทำหน้าที่รับฟังพยานหลักฐานจากโจทก์หรือจำเลยเท่านั้น เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 1621/2506 ซึ่งพิพากษาว่าในการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาแม้เมื่อโจทก์แถลงว่าหมดพยานแล้ว ศาลก็มีอำนาจตั้งเรียกพยานหลักฐานมาเองเพื่อประกอบการวินิจฉัยทำคำสั่งชั้นไต่สวนมูลฟ้องได้ในชั้นพิจารณาคดี กฎหมายก็ให้อำนาจศาลไต่สวนพยานได้เท่าที่สมควรเพื่อค้นหาความจริงในคดีโดยมาตรา 235 บัญญัติว่า “ในระหว่างพิจารณาเมื่อเห็นสมควรศาลมีอำนาจถามโจทก์จำเลยหรือพยานคนใดก็ได้ ห้ามมิให้ถามจำเลยเพื่อประโยชน์แต่เฉพาะจะเพิ่มเติมคดีโจทก์ซึ่งบกพร่องเว้นแต่จำเลยจะอ้างตนเองเป็นพยาน” แต่ในทางปฏิบัติศาลมักไม่ใช้อำนาจดังกล่าว แต่ใช้วิธีวางตนเป็นกลางโดยเคร่งครัดรับฟังเฉพาะพยานหลักฐานที่โจทก์และจำเลยนำมาแสดง ทั้งที่ประเทศไทยไม่ใช่ระบบ

ลูกขุนวินิจฉัยข้อเท็จจริงเหมือนอังกฤษหรือหลายประเทศ แต่ศาลไทยทำหน้าที่วินิจฉัยข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายทั้งสองอย่าง การที่วางตัวเป็นกลาง โดยเคร่งครัดดังกล่าว เข้าใจว่าจะยึดถือตามแนวปฏิบัติของระบบกล่าวหาซึ่งเป็นที่มาในระบบศาลไทยมาช้านาน การวางตัวเป็นกลางโดยเคร่งครัดนี้แม้จะทำให้หน้าเชื่อถือศาลมิได้เอนเอียงแต่ผลเสียที่เกิดตามมาก็คือ ข้อเท็จจริงที่ศาลได้รับมาจากการพิจารณาคดี อาจจะเป็นเพียงผลของความสามารถความเก่งกาจของทนายโจทก์หรือทนายจำเลยในเชิงคดีเท่านั้น แต่อาจจะไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นจริงๆ ก็ได้ อาจทำให้ความเป็นธรรมตามกฎหมายและความเป็นธรรมตามความเป็นจริงสวนทางกัน และทำให้การป้องกันปราบปรามไม่ได้ผลดีเท่าที่ควรนอกจากนี้การวางตัวเป็นกลางคอยควบคุมโจทก์จำเลยปฏิบัติตามกติกาต่อสู้คดีโดยเข้มงวดจนเกินไป ก็มีปัญหาบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ดุลยพินิจยกฟ้องคดีโจทก์ที่เกิดผิดพลาดทาง “เทคนิค” ในการเขียนฟ้อง เช่น การพิมพ์วันเวลาที่เกิดเหตุคลาดเคลื่อน พิมพ์ชื่อจำเลยผิดหรือโจทก์สับสนชื่อในการฟ้อง เป็นต้น (กุลพล พลวัน, 2546, หน้า 58)

ดังนั้น หากพิจารณาถึงเฉพาะค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแล้วอาจกล่าวได้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยใช้ระบบไต่สวนจะเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบระบบกล่าวหา สาเหตุเนื่องมาจากการนำเสนอพยานหลักฐานนั่นเอง กล่าวคือในระบบไต่สวนศาลมีอำนาจเรียกพยานต่างๆ มาพิจารณาเองได้โดยที่คู่ความไม่ต้องนำมา แต่ในระบบกล่าวหา คู่ความมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาแสดงเพื่อเพิ่มน้ำหนักพยานหลักฐานของตนเอง การนำพยานหลักฐานมาแสดงจึงมีค่าใช้จ่ายในการนี้ด้วย

2. บทบาทของทนายความในแต่ละระบบ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าในโลกปัจจุบันกฎหมายถูกแบ่งออกเป็น 2 ระบบ ใหญ่ๆ คือ กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรหรือระบบซีวิลลอว์ และระบบจารีตประเพณี หรือระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้นเมื่อระบบกฎหมายแตกต่างกัน ฉะนั้นระบบการพิจารณาคดีของศาลทั้งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึงมีความแตกต่างกัน เมื่อระบบการพิจารณาคดีแตกต่างกันบทบาทของทนายความของแต่ละระบบจึงต้องมีความแตกต่างกันออกไปด้วย

ในระบบการพิจารณาคดีของกฎหมายแต่ละระบบเมื่อทนายความมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีมากย่อมเรียกค่าจ้างว่าความได้จำนวนที่สูงกว่าระบบกฎหมายที่ทนายความไม่ค่อยมีบทบาทหรือมีบทบาทน้อยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งสามารถอธิบายดังนี้

2.1 บทบาทของทนายความในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

โดยทั่วไปประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศอังกฤษ การดำเนินคดีในศาลมีความยุ่งยากเกินกว่าที่ประชาชนทั่วไปจะเข้าใจได้ เพราะการฟ้องร้องและการต่อสู้คดีจะเป็นไปตามคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งศาลจะมีบทบาทเปรียบเสมือนกรรมการควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเท่านั้นเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเป็นไปตามกฎหมาย โดยศาลจะไม่เข้าไปมีส่วนในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริง แต่ปล่อยให้ให้เป็นหน้าที่ของบรรดาลูกขุนเท่านั้นที่ เป็นผู้ตัดสินข้อเท็จจริงในคดีโดยอาศัยการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่ทนายความแต่ละฝ่ายนำเสนอขึ้นมาสู่คดีว่าของฝ่ายใดมีความน่าเชื่อถือมากกว่ากัน ซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยทักษะความสามารถและศิลปะในการพุดจาโน้มน้าวจิตใจเพื่อให้บรรดาลูกขุนคล้อยตามและเกิดความเชื่อถือวิชาชีพรทนายความจึงเข้ามามีบทบาทมากในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบหน้ายาว-หลังสั้น ซึ่งหมายถึงขั้นตอนชั้นเตรียมคดีมีความยุ่งยากและใช้เวลาในการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดใช้เวลานาน แต่หลังจากที่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแล้วกลับใช้ระยะเวลาสั้นๆซึ่งทำให้คดีเสร็จสิ้นโดยเร็ว ดังนั้นเมื่อทนายความเข้ามามีบทบาทในคดีในการเตรียมคดีและหาพยานหลักฐานมากขึ้นเท่าไร ย่อมมีผลต่อการเรียกค่าจ้างว่าความด้วย กรณีตัวอย่างของการเข้ามามีบทบาทในคดีของทนายความซึ่งมีผลต่อการได้รับค่าจ้างว่าความในอัตราที่สูง ปรากฏให้เห็นในคดีระหว่างแอนเดอร์สันและแปซิฟิกแก๊สแอนด์อีเล็กทริก (Anderson v Pacific Gas&Electric: PG&E)

คดีดังกล่าวเป็นคดีที่ประชาชนเมืองฮิงค์ลีย์ (Hinkley) รัฐแคลิฟอร์เนียประเทศสหรัฐอเมริกายื่นฟ้องบริษัท แปซิฟิกแก๊สแอนด์อีเล็กทริก (PG&E) บริษัทผู้ผลิตแก๊สและเครื่องใช้ไฟฟ้าเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย ค่ารักษาพยาบาล และค่าทำขวัญอันเนื่องมาจากบริษัท แปซิฟิกแก๊สแอนด์อีเล็กทริก (PG&E) ปล่อยสารเฮกซะวาเลนต์ โครเมียม (Hexavalent Chromium) ในบ่อน้ำบาดาลบริเวณหมู่บ้านนั้นซึ่งเป็นสารที่มีอันตรายมากหากได้รับติดต่อกันเป็นเวลานานจะทำให้มีอาการปวดหัวเรื้อรัง เลือดกำเดาไหล และเป็นบ่อเกิดของมะเร็งทุกประเภท โดยจะเข้าไปสู่ดีเอ็นเอ (DNA) และส่งต่อไปยังลูกหลานได้ด้วย โรงงานของบริษัท แปซิฟิกแก๊สแอนด์อีเล็กทริก (PG&E) ใช้สารดังกล่าวเป็นตัวดูดซับแก๊สและเมื่อกระบวนการดูดซับแก๊สมีอุณหภูมิสูงขึ้นก็จะต้องหล่อน้ำลึกลงไปและปล่อยน้ำเสียลงในบ่อพักซึ่งน้ำในบ่อพักที่มีส่วนผสมของสารเฮกซะวาเลนต์ โครเมียมจะซึมผ่านเข้าสู่บ่อน้ำบาดาลของชาวบ้านบริเวณนั้น ทำให้ชาวบ้าน 634 ราย ได้รับความ

เสียหายโดยเป็นโรคมะเร็งต่างๆ เช่นมะเร็งลำไส้ บางรายก็เป็นมะเร็งมดลูกและกระดูกสันหลังเสื่อม เด็กๆ ต้องเข้าออกโรงพยาบาลและเด็กบางคนก็เป็นมะเร็งต่างๆ เช่นกัน

อีริน บร็อกโควิช (Erin Brockovich) ซึ่งทำงานในสำนักงานทนายความเล็กๆ แห่งหนึ่งในรัฐแคลิฟอร์เนียได้ทำการตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับน้ำที่สำนักงานประปาประจำท้องถิ่นซึ่งเป็นที่รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับน้ำในบริเวณนั้น (Lahontan Recional Water) และพบว่ามีส่วนปนเปื้อนของสารเฮกซะคลอโรไซคลิก โครเมียมในปริมาณที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน อีริน บร็อกโควิชและสำนักงานทนายความจึงได้แจ้งข้อมูลให้ประชาชนในบริเวณนั้นทราบ และรับจะเข้าเป็นทนายความให้แก่ประชาชนในบริเวณนั้นทั้งหมดจำนวน 634 ราย โดยคิดค่าทนายความจำนวน 40 เปอร์เซ็นต์ ของจำนวนเงินที่ผู้เสียหายจะได้รับและหากผู้เสียหายแพ้คดีไม่ได้อะไรเลยสำนักงานทนายความก็ไม่ได้อะไรเช่นกันและต้องแบกภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเองด้วย ซึ่งการตกลงค่าทนายความแบบสัดส่วนของผลคดีดังกล่าว ส่งผลให้ทนายความทำงานอย่างจริงจังเพื่อแสวงหาพยานหลักฐาน โดยเฉพาะเอกสารซึ่งเป็นพยานหลักฐานในทางวิทยาศาสตร์ ธรณีวิทยา และพิษวิทยาเป็นไปอย่างจริงจังเพื่อจะแสดงให้เห็นว่าอาการป่วยของชาวบ้านจำนวน 634 ราย เป็นอาการที่เกิดจากสารเฮกซะคลอโรไซคลิก โครเมียม ซึ่งรั่วซึมจากบ่อกักน้ำเสียของโรงงานบริษัท แปซิฟิกแก๊สแอนด์อีเล็กทริก (PG&E) เข้าสู่บ่อบาดาลของชาวบ้านที่ใช้บริโภคบริโภคจนเกิดโรคต่างๆ ขึ้นในการพิจารณาคดีดังกล่าวศาลใช้วิธีพิจารณาแบบรวบรัด กล่าวคือไม่มีลูกขุน แต่จะให้ผู้พิพากษามีสิทธิตัดสินคดีได้และคดีก็จะเป็นที่สุดห้ามอุทธรณ์ ผลปรากฏว่าในที่สุดแล้วคดีนี้ได้มีการยอมความกันด้วยการชดใช้เงินจำนวน 333 ล้านดอลลาร์ ซึ่งเป็นเงินก้อนใหญ่ที่สุดในประวัติศาสตร์อเมริกา โดยฝ่ายโจทก์ได้รับเงินชดเชยความสูญเสียสูงสุดเป็นประวัติการณ์ สำหรับคดีประเภทรวบรัดโดยบริษัท แปซิฟิกแก๊สแอนด์อีเล็กทริก (PG&E) แถลงว่าจะเลิกใช้สารเฮกซะคลอโรไซคลิก โครเมียม ในโรงงานทุกสาขา และจัดการให้บ่อน้ำเสียทุกจุดมีร่องพื้นกันรั่วซึมสู่แหล่งน้ำบาดาล (วสิน เกศวพิทักษ์, 2549, หน้า 12-13)

จากคดีดังกล่าวจะเห็นว่ากรณีที่ทนายความเข้าไปมีบทบาทในการศึกษารวบรวมข้อมูลตลอดจนแสวงหาพยานหลักฐานและเอกสารวิชาการอย่างจริงจังเพื่อใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้น ส่งผลให้สามารถเรียกค่าจ้างว่าความได้ในอัตราสูงกว่าระบบที่ทนายความไม่มีบทบาทหรือมีบทบาทน้อยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

2.2 บทบาทของทนายความในระบบกฎหมายชิวิลลอว์

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายชิวิลลอว์อย่างเช่นประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส วิชาชีพทนายความจะมีบทบาทไม่ต่างจากบทบาทของทนายความในประเทศไทยมากนัก โดยที่

ทนายความจะทำหน้าที่เพียงแต่ช่วยเหลือให้คำแนะนำและปรึกษาคดีและทำหน้าที่ในการว่าความดำเนินคดีเท่านั้น ส่วนใหญ่ทนายความจะไม่ได้มีบทบาทในการพูดหรือแสดงออกใดๆ เพื่อโน้มน้าวชักจูงใจให้ศาลเชื่อตามเหมือนในกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ แต่ศาลจะเป็นผู้พิจารณาและตัดสินคดีจากพยานหลักฐานที่ปรากฏในสำนวนแต่ผู้เดียว โดยอาศัยการปรับข้อเท็จจริงที่ได้จากคำฟ้องคำให้การ คำเบิกความหรือคำแถลงเข้ากับตัวบทกฎหมายที่มี ซึ่งบ่อยครั้งที่ศาลจะเป็นผู้เรียกพยานหลักฐานที่จำเป็นจากคู่ความเอง (วศิน เกศวพิทักษ์, 2549, หน้า 10-11)

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในระบบกฎหมายชีวิตลอว์ เช่นในประเทศไทย ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส นั้นอาจเรียกได้ว่าเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแบบหน้าสั้นหลังยาว ซึ่งหมายถึงขั้นตอนขั้นเตรียมคดีไม่มีความยุ่งยากและการหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความคิดใช้เวลาไม่นานมากนัก แต่หลังจากที่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแล้วกลับใช้ระยะเวลายาวซึ่งทำให้คดีเสร็จสิ้นล่าช้า และเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก

ดังได้กล่าวข้างต้นนั้น บทบาทของทนายความในระบบชีวิตลอว์ จึงไม่เด่นชัดเท่ากับทนายความในระบบคอมมอนลอว์ อย่างเช่นในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งในระบบชีวิตลอว์นี้ถือกันว่าผู้พิพากษา และทนายความ เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นการพิจารณาคดีค่อนข้างจะยืดเยื้อกว่าในระบบคอมมอนลอว์

2.3 บทบาทของทนายความในการพิจารณาคดีแพ่งในศาลไทย

บทบาทหรือการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในทางศาล (Litigation) นั้นถือว่าเป็นงานของทนายความโดยแท้ที่จะต้องใช้ความรู้ทางกฎหมายทั้งสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ ซึ่งอาจจำแนกรายละเอียดของงานในทางศาลได้ ดังนี้

1) การให้คำปรึกษาคดีความทั่วไปและการเตรียมคดี

ในเบื้องต้น ตัวความจะนำเรื่องราวหรือปัญหาข้อขัดแย้งใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและการใช้สิทธิในทางศาลมาปรึกษาทนายความก่อนที่จะมีการดำเนินการทางศาล ซึ่งเป็นหลักความจริงที่ทนายความจะต้องรู้เรื่องราวต่างๆตลอดจนข้อเท็จจริงจากตัวความให้มากที่สุด เพื่อนำข้อมูลที่ได้จากตัวความมาเรียบเรียง ลำดับขั้นตอน และวางแผนการดำเนินงานและหาหนทางแก้ไขปัญหา นั่นต่อไปซึ่งการให้คำปรึกษาและวางแผนการจัดเตรียมคดีนั้นเป็นงานที่ต้องใช้ความละเอียดรอบคอบต้องอาศัยประสบการณ์จึงจะเกิดความชำนาญ แม้ว่าผู้จบการศึกษาทางนิติศาสตร์จะมีความรู้ทางกฎหมายที่สามารถให้คำปรึกษาทางกฎหมายได้ก็ตามแต่ก็เป็นเพียงงานในเบื้องต้นเท่านั้น หากบุคคลนั้นมิได้มีประสบการณ์ในการว่าความในศาลเลย ก็ไม่สามารถเตรียมคดีและดำเนินคดีในทางศาลได้อย่างถูกต้อง อย่างไรก็ตามอาจมีกรณีที่สามารถแก้ไขปัญหาให้แก่ตัวความ

ได้เพียงแต่การให้คำปรึกษาและแนะนำโดยไม่ต้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลก็ได้ แต่หากปัญหานั้นจะต้องใช้อำนาจศาลแล้ว ทนายความจะต้องเตรียมคดีว่าจะว่าต่างในฐานะโจทก์ หรือแก้ต่างในฐานะจำเลย ซึ่งจะต้องมีการจัดเตรียมคำฟ้อง หรือคำให้การ รวมทั้งคำร้อง คำแถลงต่างๆ ตลอดจนการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อเสนอต่อศาล

2) การเรียบเรียงคำคู่ความ การแต่งคำฟ้อง คำให้การ คำร้อง คำแถลงต่างๆ คำฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ คำฎีกา คำแก้ฎีกาของทนายความที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การเรียบเรียงคำคู่ความ การแต่งคำฟ้อง คำให้การ คำร้อง คำแถลงต่างๆ คำฟ้องอุทธรณ์ การแก้อุทธรณ์ ตลอดจนคำฎีกา และแก้ฎีกา ซึ่งเป็นงานที่ต้องใช้ความประณีต นอกจากต้องมีความรู้เรื่องบทกฎหมายแล้วยังต้องมีศิลปะในการเขียนภาษากฎหมายได้เป็นอย่างดี

3) การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลนั้นนับว่าเป็นงานที่ต้องใช้วาทศิลป์เป็นสำคัญ เพื่อว่าต่างโจทก์ หรือแก้ต่างจำเลย หรือบุคคลอื่นที่พึงเข้ามาเป็นคู่ความในศาล การซักถาม ถมถนาค้น ถมถนาค้น พยานและการแถลงอื่นๆ ด้วยวาจา ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความสามารถและความชำนาญของทนายความแต่ละคน และเป็นงานที่ยากต่อการเรียนรู้ เนื่องจากเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยปฏิกิริยาไหวพริบของแต่ละคนอย่างจริงแท้ ต้องมีการโต้ตอบอย่างมีเหตุผล แก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าได้อย่างทันที ซึ่งต้องมีการฝึกหัดอย่างจริงจังจึงทำให้เกิดความชำนาญ ทั้งนี้ งานว่าความในศาลอาจแบ่งได้ดังนี้

- (1) การแถลงด้วยวาจาต่อศาล
- (2) การซักถามพยานฝ่ายที่ตนนำมาสืบ และถมถนาค้นพยาน
- (3) การถมถนาค้นพยานฝ่ายตรงข้าม

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ประกอบวิชาชีพทนายความเมื่อรับคดีความมาแล้ว ไม่ว่าจะป็นฝ่ายโจทก์คือการรับว่าแต่ หรือฝ่ายจำเลยคือการรับแก้ต่างนั้น จะต้องมีคดีเตรียมคดีเป็นอย่างดี

ในคดีแพ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว พบว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามีกรณีใดบ้างที่จำเลยได้รับความคุ้มครองสิทธิ โดยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในเรื่องของการจัดหาทนายความให้ แม้ในคดีแพ่งใหญ่ๆ ที่มีทุนทรัพย์พิพาทจำนวนมากก็ตาม ทั้งนี้คงเนื่องมาจากการดำเนินคดีในศาลของประเทศไทยนั้น ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในฐานะโจทก์หรือจำเลย และคู่ความร่วมทั้งหลายในคดี มีสิทธิที่จะดำเนินคดีได้ด้วยตนเองเพื่อประโยชน์ของตน โดยไม่จำเป็นต้องตั้งทนายความเพื่อว่าความแทน ไม่ว่าจะว่าความจะมีความรู้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลหรือไม่ก็ตาม ในต่างประเทศบางประเทศมีกฎหมายบังคับไว้ เช่น ในกฎหมายเยอรมันไม่ยอมให้ตัวความดำเนินคดีเอง เพราะอาจเสียหายแก่คดีของตัวความได้ (จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, 2545), หน้า 70)

อย่างไรก็ตามมีกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการตั้งทนายความ คือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 60 วรรคสอง ที่กำหนดให้คู่กรณีที่ได้รับมอบอำนาจได้รับมอบอำนาจจากตัวความให้เป็นผู้แทนตัวความในการดำเนินคดี ผู้รับมอบอำนาจนั้นจะทำการว่าความอย่างทนายความไม่ได้ แต่จะต้องแต่งตั้งทนายความเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแทน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้บุคคลภายนอกซึ่งมิได้มีอาชีพทนายความทำการว่าความในศาลอย่างทนายความซึ่งอาจทำความเสียหายให้แก่ตัวความได้ และเพื่อป้องกันมิให้บุคคลภายนอกมาแย่งอาชีพทนายความ

ด้วยเหตุที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดว่ากรณีใดบ้างที่ตัวความไม่อาจจะดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง แต่ต้องให้ทนายความว่าต่างแก่ต่างแทนตามที่กล่าวมาข้างต้น ตัวความจึงสามารถดำเนินคดีได้เองโดยไม่ต้องตั้งทนายความ เว้นแต่ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากตัวความกฎหมายบังคับว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาเองไม่ได้ ผู้รับมอบอำนาจนั้นจะต้องแต่งตั้งทนายความให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนอีกทีหนึ่ง หากผู้รับมอบอำนาจจากตัวความเป็นทนายความซึ่งผู้มีสิทธิว่าความอยู่แล้ว จะว่าความไปเองเลยไม่ได้ เพราะเมื่อตัวความมอบอำนาจให้เป็นผู้แทนตนในคดี ผู้รับมอบอำนาจก็ย่อมมีอำนาจเพียงดำเนินคดีแทนผู้รับมอบอำนาจในฐานะตัวความ จะว่าความอย่างทนายความแทนตัวการอีกฐานะหนึ่งด้วยหาได้ไม่ กรณีผู้รับมอบอำนาจที่เป็นทนายความนั้นสามารถทำใบแต่งตั้งทนายความแต่งตั้งตนเองเป็นทนายความเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาในฐานะทนายความอีกฐานะหนึ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 615/2524) หรือให้ตัวความลงชื่อในใบแต่งตั้งทนายความอีกใบหนึ่งให้ดำเนินคดีในฐานะทนายความ เพราะไม่มีกฎหมายห้ามทนายความเป็นผู้รับมอบอำนาจให้ดำเนินคดีและทำหน้าที่ทนายความด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1013/2525)

คดีแพ่งนั้นมีขั้นตอนการดำเนินคดีที่ยุ่งยากและซับซ้อน กล่าวคือการเสนอคดีแพ่งต่อศาลนั้นจะต้องพิจารณาว่าคดีนั้นเป็นคดีมีข้อพิพาทหรือไม่มีข้อพิพาท หากเป็นคดีมีข้อพิพาทก็ต้องมีโจทก์และจำเลย ต้องเสนอคดีเป็นคำฟ้องต่อศาล เมื่อเสนอคำฟ้องแล้ว ฝ่ายโจทก์จะต้องนำหมายเรียกพร้อมสำเนาคำฟ้องส่งไปให้แก่จำเลย และเมื่อจำเลยได้รับคำฟ้องแล้วจะต้องหาทนายความเพื่อยื่นคำให้การต่อสู้คดี ศาลเห็นว่าคดีมีข้อยุ่งยากจึงต้องนัดชี้สองสถานเพื่อกำหนดประเด็นข้อพิพาท แล้วจึงนัดสืบพยาน โจทก์พยานจำเลยต่อไปซึ่งในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้น ศาลสามารถไต่ถามโดยคู่ความทั้งสองฝ่ายโจทก์และจำเลยสมควรใจจะไต่ถามก็ทำได้ หรือเมื่อตกลงกันได้ก็สามารถทำสัญญาประนีประนอมกันในชั้นศาล หรือตกลงกันได้ระหว่างโจทก์กับจำเลยก็สามารถถอนฟ้องกันไปได้เช่นกัน หรือโจทก์จำเลยสามารถขอใช้วิธีการชั่วคราวก่อนศาลพิพากษาได้ แต่ถ้าคู่ความทั้งสองฝ่ายระหว่างโจทก์กับจำเลยไม่สามารถตกลงกันได้ก็ดำเนินการสืบพยานโจทก์และพยานจำเลยต่อไปโดยการซักถามพยานโจทก์ และพยาน

จำเลย ชักค้ำพยานโจทก์ พยานจำเลย และถามถึง เมื่อศาลมีคำพิพากษาอย่างไรแล้ว หากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็สามารถยื่นอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้ และยังสามารถขอทุเลาการบังคับคดีในระหว่างอุทธรณ์ฎีกาได้ ถ้าหากใช้บุคคลที่ไม่รู้กฎหมายและไม่เคยดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล อาจทำให้คดีของตนล่าช้าและติดขัดได้ ดังนั้นด้วยเหตุที่ตัวความไม่รู้จักกฎหมายและไม่รู้ขั้นตอนในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และเพื่อต้องการขจัดปัญหาข้อยุ่งยากในการดำเนินคดี และเพื่อความสะดวกรวดเร็ว และเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเอง ตัวความจึงมักจะมอบหมายให้ทนายความดำเนินกระบวนการคดีแทน (ทิภาวรรณ อ่อนพูล, 2546, หน้า 53-54)

เป็นที่ทราบกันว่าประเทศไทยใช้ระบบดำเนินกระบวนการคดีในแบบซีวิลลอว์ ทนายความจึงไม่ค่อยมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการคดีมากเช่นบทบาทของทนายความในระบบคอมมอนลอว์ ดังเช่นทนายความในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

3. วิวัฒนาการของการเรียกค่าจ้างว่าความ

ดังได้กล่าวมาในบทก่อนๆ ว่า วิชาชีพทนายความก่อกำเนิดขึ้นมาแต่ครั้งโบราณ และวิวัฒนาการขึ้นมาตามลำดับ เมื่อวิชาชีพทนายความมีการพัฒนาจนถึงสามารถตกลงให้มีค่าตอบแทนการว่าความ ดังนั้นค่าตอบแทนการว่าความที่ทนายความเรียกเอาจากลูกความจึงได้วิวัฒนาการขึ้นควบคู่กับวิชาชีพทนายความด้วยตามความเหมาะสมและความซับซ้อนของสภาพสังคม ส่งผลให้รูปแบบการเรียกค่าจ้างว่าความมีความหลากหลายขึ้น

แต่เดิมในสมัยโบราณหัวหน้าสกุลจะเป็นผู้แก้ไขข้อกล่าวหาให้บุคคลในสกุลและบริวารตลอดจนญาติสนิทผู้ใกล้ชิด ดังนั้นในสมัยโบราณจึงมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือเกื้อกูล และปกป้องบุคคลในสกุลมากยิ่งขึ้นกว่าการว่าจ้างทำงาน

ในสมัยโรมัน แม้ว่าจะเกิดตัวแทนในการดำเนินคดีแทนตัวความ แต่ทนายความในสมัยโรมันนั้นว่าความเพื่อเกียรติ ไม่มีสิทธิเรียกค่าว่าความ ค่าจ้างว่าความนั้นแล้วแต่ลูกความจะให้ เป็นสำคัญ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ตอนปลายศตวรรษที่ 17 ทนายความถูกกีดกันจากพระ และผู้มีอำนาจ ดังนั้นค่าตอบแทนของทนายความจึงอนุญาตให้รับได้เป็นจำนวนน้อย ถ้ารับมากอาจถูกลงโทษ และบางเมืองไม่อนุญาตให้เรียกค่าจ้างว่าความเลย

ในประเทศอังกฤษ มีทนายความ 2 ประเภท คือ โซลิซิเตอร์และบารีริสเตอร์ในประเทศอังกฤษไม่มีข้อบังคับมรรยาททนายความกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรดังเช่นในประเทศไทย แต่

ประเทศอังกฤษมีแบบธรรมเนียมที่ปฏิบัติสืบทอดต่อกันมา โดยให้หน้าที่การเรียกค่าจ้าง หมายค่านั้นเป็นของหมายคณาประเภทโซลิตีเตอร์ ซึ่งจะกำหนดและเรียกค่าหมายคณา ก่อนที่จะนำคดีมาให้หมายคณาที่เรียกว่า บาร์ริสเตอร์ การที่หมายคณาประเภทบาร์ริสเตอร์ไม่สามารถติดต่อกับลูกความได้โดยตรง ดังนั้นจึงไม่มีปัญหาในเรื่องค่าหมายคณาที่จะเรียกร้อย อีกทั้งหมายคณาบาร์ริสเตอร์ก็ไม่สามารถจะฟ้องเรียกค่าหมายคณาต่อศาลได้เช่นกัน ในประเทศไทย อาชีพหมายคณาแต่เดิมก็เป็นการช่วยเหลือเกื้อกูลกัน ค่าตอบแทนจึงมิใช่มุ่งหวังในทางทรัพย์สินเงินทองแต่เป็นการช่วยเหลือกันในสังคมย่อยๆ ซึ่งเป็นการช่วยเหลือกันในฐานะบ้านใกล้เรือนเคียง หรือในฐานะมิตรสหาย ค่าตอบแทนจึงเป็นเพียงสินน้ำใจเล็กๆ น้อยๆ เพื่อตอบแทนในการช่วยเหลือของหมายคณา

4. รูปแบบการเรียกค่าจ้างว่าความในประเทศไทย

การเรียกค่าจ้างว่าความของผู้ประกอบวิชาชีพหมายคณานั้น มีรูปแบบการเรียกค่าจ้างว่าความหลากหลายและแตกต่างกันไป ทั้งนี้เป็นไปตามที่หมายคณาแต่ละคนจะเป็นผู้กำหนด และเป็นไปตามที่หมายคณาและลูกความได้ตกลงกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการเรียกค่าจ้างว่าความของหมายคณาจะมีรูปแบบดังต่อไปนี้

4.1 การเรียกค่าจ้างว่าความโดยรัฐกำหนดให้

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173 บัญญัติไว้ว่า “ในคดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาในศาลให้ถามจำเลยว่ามีหมายคณาหรือไม่ ถ้าไม่มีให้ศาลตั้งหมายคณาให้”

คดีที่มีอัตราโทษจำคุก หรือในคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกินสิบแปดปีในวันที่ถูกฟ้องต่อศาล ก่อนเริ่มพิจารณาให้ศาลถามจำเลยว่ามีหมายคณาหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการหมายคณา ก็ให้ศาลตั้งหมายคณาให้ ให้ศาลจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่หมายคณาที่ศาลตั้งตามมาตรา นี้ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173)

จะเห็นได้ว่า ในคดีอาญาที่ศาลแต่งตั้งเพื่อเป็นหมายคณาหรือหมายขอแรงนั้น หมายคณาไม่สามารถเรียกค่าจ้างว่าความได้ โดยค่าจ้างว่าความนั้นรัฐจะเป็นผู้กำหนดให้ตามจำนวนที่รัฐเห็นว่าเหมาะสม เป็นที่น่าสังเกตว่ารัฐไม่ได้เรียกเงินประเภทนี้ว่าค่าจ้างว่าความ แต่เรียกว่า “เงินรางวัลหมายขอแรง”

ตามระเบียบกระทรวงยุติธรรมว่าด้วยการจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2539 กำหนดไว้ดังนี้

ตารางที่ 1 การจ่ายเงินรางวัลและค่าใช้จ่ายแก่ทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พ.ศ.2539

อัตราเงินรางวัล	ประเภทที่ 1	ประเภทที่ 2	ประเภทที่ 3
ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำและขั้นสูงดังที่ระบุไว้ในตารางนี้	คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต	คดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่สิบปีขึ้นไปแต่ไม่ถึงประหารชีวิต	คดีอื่นนอกจากคดีในประเภทที่ 1 หรือประเภทที่ 2 หรือกรณีของทนายความที่ศาลตั้งให้ผู้ต้องหาในชั้นก่อนฟ้องคดี
อัตราขั้นต่ำเรื่องละ	4,000 บาท	3,000 บาท	2,000 บาท
อัตราขั้นสูงเรื่องละ	10,000 บาท	8,000 บาท	6,000 บาท

การกำหนดเงินรางวัลทนายขอแรงนั้นระเบียบกระทรวงยุติธรรมให้ศาลคำนึงถึงความยากง่ายของคดีและเวลาที่ทนายความได้ปฏิบัติ โดยมีได้คำนึงถึงความสามารถ และประสบการณ์ของทนายความ ตลอดจนปัจจัยอื่นอันมีผลต่อการเรียกค่าจ้างว่าความแต่อย่างใด

ส่วนในคดีแพ่งนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้วพบว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามีกรณีใดบ้างที่จำเลยได้รับความคุ้มครองสิทธิโดยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในเรื่องการจัดหาทนายความให้

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดตารางอัตราค่าทนายความไว้เช่นกัน โดยได้กำหนดอัตราค่าทนายความที่ศาลจะพิพากษาให้คู่ความใช้แทนกันนั้น โดยการกำหนดให้ศาลกำหนดค่าทนายความตามที่ศาลเห็นสมควรระหว่างอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูง โดยให้อำนาจศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดอัตราค่าทนายความดังกล่าว ซึ่งการใช้ดุลพินิจของศาลนี้อาจมีข้อถกเถียงกันในเรื่องของการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาแต่ละคนซึ่งแตกต่างกัน

ปัจจุบันอัตราค่าทนายความตามตาราง 6 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาแพ่ง (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2521 ที่ศาลได้กำหนดอัตราที่ศาลจะพิพากษาให้คู่ความใช้แทนกันนั้นกำหนดให้ศาลกำหนดค่าทนายความตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร ระหว่างอัตราขั้นต่ำและอัตราขั้นสูงไว้ดังนี้

ตารางที่ 2 อัตราค่าทนายความตามตาราง 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อัตราค่า ทนายความ	1	2	3	4	5	6
	ทนาย ไม่เกิน 2,000 บาท	ทนาย เกิน 2,000 บาท แต่ไม่เกิน 5,000 บาท	ทนาย เกิน 5,000 บาท แต่ไม่เกิน 10,000 บาท	ทนาย เกิน 10,000 บาท แต่ไม่เกิน 25,000บาท	ทนาย เกิน 25,000บาท	คดีไม่มี ทนาย
อัตราขั้นต่ำ ไม่ว่าในศาลใด	50 บาท	100 บาท	200 บาท	400 บาท	600 บาท	50 บาท
อัตราขั้นสูง ในศาลชั้นต้น ในศาลอุทธรณ์ หรือศาลฎีกา	300 บาท 200 บาท	600 บาท 300 บาท	1,000 บาท 500 บาท	1,200 บาท 600 บาท	ร้อยละ 5 ร้อยละ 3	3,000 บาท 1,500 บาท

ที่มา: ตาราง 6 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่7) พ.ศ.2521

จะเห็นว่าอัตราค่าทนายความตามตาราง 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าวนี้เป็นการกำหนดอัตราค่าทนายความไว้ซึ่งอัตราค่าทนายความดังกล่าวใช้บังคับมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2521 จนถึงปัจจุบันเป็นเวลาเกือบ 30ปี ยังดำรงมิได้คำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันหรือคำนึงถึงปัจจัยอื่นอันมีอิทธิพลต่อการเรียกค่าจ้างว่าความแต่อย่างใดไม่ อีกทั้งยังมีได้เป็นมาตรฐานในการเก็บค่าจ้างว่าความแต่อย่างใด

4.2 การเรียกค่าจ้างว่าความโดยทนายความและลูกความตกลงกันเอง

ดังได้กล่าวมาก่อนว่าการเรียกค่าจ้างว่าความของทนายความแต่ละคนนั้นไม่เหมือนกันมีรูปแบบแตกต่างกันออกไปตามแต่ที่ทนายความจะเป็นผู้กำหนด การเรียกค่าจ้างว่าความในประเทศไทยเป็นการแสดงเจตนาในการทำสัญญาโดยทั่วไป จำต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนกฎหมายว่าด้วยการควบคุมทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 หรืออยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ข้อตกลงการเรียกค่าจ้างว่าความระหว่างทนายความกับลูกความนั้นเป็นกฎหมายเอกชน สัญญาจ้างว่าความคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นทนายความซึ่งมีฐานะเป็นเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นประชาชนผู้มีคិតติความ ทั้งทนายความและประชาชนผู้มีคิตติความจึงมี

ฐานะเท่าเทียมกันตามกฎหมาย การตกลงค่าจ้างว่าความจึงเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาหรือแดนอิสระของเอกชน (Spheres of Private Autonomy)

หลักศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาที่เกิดจากความเชื่อถือในหลักเสรีภาพที่มีอยู่ของมนุษย์ทุกคน เน้นถึงสิทธิส่วนบุคคลโดยเจตนาเป็นตัวที่ก่อให้เกิดสิทธิ เสรีภาพของมนุษย์จะถูกจำกัดลงได้ก็แต่โดยความสมัครใจของตนเอง ในแง่กฎหมายเอกชนมนุษย์ถูกผูกพันโดยเจตนาของตนเอง กฎหมายจึงคุ้มครองเจตนาของบุคคล (ประทีป ทับอรรถานนท์, 2549, หน้า 90) ซึ่งหลักนี้จะสอดคล้องกับสัญญา คือสัญญาซึ่งเมื่อเจตนาถูกแสดงออกไปและบุคคลต้องยอมรับและเคารพในเจตนาของตนเอง แสดงออกไปจนเกิดเป็นสัญญา รัฐจะไม่ไปเข้ายุ่งเกี่ยวในเจตนาของเอกชน โดยรัฐให้เสรีภาพแก่บุคคลในการทำสัญญาใดๆ โดยพื้นฐานแห่งความเท่ากันของบุคคลในการเข้าทำสัญญาเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วก็ต้องถูกบังคับและให้ปฏิบัติตามนั้นๆ

ปัจจุบันรูปแบบการเรียกค่าจ้างว่าความที่ทนายความและลูกความตกลงกันเองอาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

4.2.1 การเรียกค่าจ้างว่าความโดยกำหนดจากระยะเวลาทำงาน

การเรียกค่าจ้างว่าความในลักษณะนี้ทนายความจะเป็นผู้กำหนดค่าจ้างว่าความโดยยึดถือระยะเวลาการทำงานที่ทนายความทำงานให้กับลูกความเป็นหลัก โดยไม่คำนึงถึงทุนทรัพย์ในคดีแต่อย่างใด การคิดค่าจ้างว่าความในลักษณะเช่นนี้ทนายความต้องบันทึกเวลาการทำงานไว้ว่าตนเองได้ใช้เวลาทำงานให้กับลูกความไปเท่าใด และทำอะไรให้กับลูกความไปบ้างโดยคิดคำนวณค่าจ้างว่าความจากเวลาที่ทนายความได้ปฏิบัติไป แต่ทั้งนี้การเรียกค่าจ้างว่าความในลักษณะเช่นนี้ก็หาได้เป็นมาตรฐานของการเรียกค่าจ้างว่าความแต่อย่างใดไม่ เนื่องจากทนายความแต่ละคนเป็นผู้กำหนดค่าจ้างว่าความเองว่าตนเองจะกำหนดหรือคิดค่าจ้างในอัตราของการทำงานเท่าไร ซึ่งทนายความแต่ละคนก็กำหนดค่าจ้างว่าความแตกต่างกันออกไป

4.2.2 การเรียกค่าจ้างว่าความโดยวิธีเหมาจ่าย

การเรียกค่าจ้างว่าความในลักษณะเช่นนี้ทนายความจะเป็นผู้กำหนดอัตราค่าจ้างว่าความเป็นจำนวนที่แน่นอนไว้ว่าจะเรียกในอัตราเท่าใด ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและปัจจัยต่างๆ อาทิเช่น ปัจจัยด้านฐานะและความสัมพันธ์ของลูกความว่าลูกความมีความสามารถพอที่จะจ่ายค่าจ้างว่าความได้หรือไม่ หรือความสัมพันธ์ระหว่างทนายความและลูกความมีความสัมพันธ์กันอย่างไร ปัจจัยด้านชื่อเสียงและความสามารถของทนายความ หากทนายความเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือมีประสบการณ์มากก็จะเรียกค่าจ้างว่าความได้ในอัตราที่สูงกว่าทนายความที่ยังไม่มีชื่อเสียงหรือประสบการณ์น้อย

ปัจจัยด้านทุนทรัพย์ที่พิพาทในคดีและผลประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับ ความยากง่ายของคดี ระยะเวลาในการดำเนินงาน ปัจจัยด้านภาวะเศรษฐกิจ ตลอดจนปัจจัยด้านค่าใช้จ่ายของทนายความ การเรียกค่าจ้างว่าความในลักษณะเช่นนี้นอกจากทนายความจะคำนึงปัจจัยดังกล่าวข้างต้นแล้ว ทนายความยังจะต้องพิจารณาถึงพยานหลักฐานและการรวบรวมข้อเท็จจริงในคดี ตลอดจนความซับซ้อนในคดี และความหนักเบาของข้อหา ตลอดจนระยะเวลาของการทำงานเป็นหลัก หากคดีมีความยุ่งยากซับซ้อนหรือการรวบรวมพยานหลักฐานเป็นไปด้วยความยากลำบาก หรือคดีที่มีอัตราโทษสูง หรือใช้ระยะเวลาในการทำงานมากทนายความก็จะคิดค่าจ้างว่าความในอัตราที่สูงกว่าคดีที่ไม่ยุ่งยากหรือไม่ซับซ้อน หรือคดีที่มีอัตราโทษต่ำหรือคดีที่ใช้ระยะเวลาทำงานน้อย

ทั้งนี้การเรียกค่าจ้างว่าความในลักษณะเช่นนี้ก็หาได้เป็นมาตรฐานในการกำหนดค่าจ้างว่าความแต่อย่างใดไม่ เพราะทนายความแต่ละคนเป็นผู้กำหนดเองว่าตนเองจะคิดในอัตราเท่าใด

5. รูปแบบการเรียกค่าจ้างว่าความของประเทศต่างๆ

5.1 การเรียกค่าจ้างว่าความในประเทศอังกฤษ

ดังได้กล่าวมาในบทก่อนๆ ว่าทนายความในประเทศอังกฤษนั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือประเภทโซลิซิเตอร์และประเภทบารริสเตอร์ ทนายความประเภทโซลิซิเตอร์เป็นที่ปรึกษากฎหมายทั่วไปให้กับประชาชนทำหน้าที่ในการร่างสัญญา ร่างพินัยกรรม ทำพินัยกรรมต่างๆ ให้กับประชาชนผู้มีบรรลุนิติภาวะ รวมทั้งทำหน้าที่ในเรื่องของการจดทะเบียนสมรสและการหย่าร้าง เป็นผู้ติดต่อกับลูกความโดยตรงและเป็นผู้เตรียมสำนวนคดี

ส่วนทนายความประเภทบารริสเตอร์ เป็นนักกฎหมายที่มีความรู้เฉพาะด้านมีหน้าที่สำคัญในการว่าความ เป็นทนายความในการว่าต่างแก่ต่างให้แก่ลูกความในศาล เสนอพยานหลักฐานต่อศาล แลกเปลี่ยนด้วยวาจา ตลอดจนการร่างอุทธรณ์

การเรียกค่าจ้างว่าความในประเทศอังกฤษนั้น เมื่อโซลิซิเตอร์นำสำนวนมาหาเสมียนของบารริสเตอร์จะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะรับคดีหรือไม่ และจะเป็นผู้กำหนดค่าธรรมเนียม โดยค่าธรรมเนียมนั้นก็มิได้เรียกเก็บจากลูกความโดยตรงแต่จะเรียกเก็บจากโซลิซิเตอร์ผู้ส่งคดีมาให้

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ได้กำหนดห้ามมิให้ทนายความที่เรียกว่า โซลิซิเตอร์กับบารริสเตอร์ทำสัญญาผูกพัน โดยเฉพาะว่าหากได้คดีมาจะต้องส่งคดีให้กับบารริสเตอร์คนนั้นคนนี้ โดยเฉพาะบารริสเตอร์ ไม่มีอำนาจเรียกค่าจ้างว่าความจากประชาชนผู้มีบรรลุนิติภาวะโดยตรง ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้บารริสเตอร์เข้ามามีส่วนได้เสียในคดีนั่นเอง

การเรียกค่าทนายความในประเทศอังกฤษที่เรียกว่าการเรียกเก็บตามผลคดี (Contingent Fee) ในประเทศอังกฤษถือว่าเป็นเรื่องต้องห้าม เพราะวงการกฎหมายของประเทศอังกฤษถือว่าวิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติไม่ใช่จะเอามาแสวงหาผลประโยชน์ในลักษณะเช่นนี้ กับทั้งยังถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการยุให้ราคาให้รั่ว ให้บุคคลเป็นความกันซึ่งเป็นความถืออาญาสถานหนึ่ง ตามกฎหมายอาญาคอมมอนลอว์ ที่เรียกว่า “Champerty”

อย่างไรก็ตามปัจจุบันในปัจจุบันกฎหมายอังกฤษยอมให้มีการตกลงระหว่างทนายความและลูกความในการเรียกเก็บค่าทนายความตามผลของคดีได้ในรูปแบบที่เรียกว่า “Conditional Fee” ซึ่งแตกต่างไปจากการเรียกเก็บตามผลคดี ตรงที่ “Conditional Fee” ไม่ใช่ข้อตกลงที่ให้ทนายความมีส่วนแบ่งในทรัพย์สินที่พิพาทหรือที่ได้มาจากการชนะคดี แต่ทนายความจะมีสิทธิเพียงได้ค่าทนายความเพิ่มขึ้นเป็นพิเศษหากชนะคดี และจะไม่ได้ค่าทนายความเลยหากแพ้คดี “Conditional Fee” นี้ กฎหมายยินยอมให้เรียกได้ในบางคดีเท่านั้น ในคดีที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย เช่น คดีครอบครัว คดีอาญา กฎหมายไม่ยอมให้มีการตกลงเรียกเก็บค่าทนายความแบบ “Conditional Fee” ได้แต่อย่างใด (ธานินทร์ กรัยวิเชียร และมนินทร์ พงศาปาน, 2549, หน้า 45)

5.2 การเรียกค่าจ้างว่าความในประเทศเยอรมัน

การคิดค่าทนายความในประเทศเยอรมันนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายว่าด้วยทนายความ นั่นคือ “The Bundesrechtsanwaltsordnung Fee Rechtsanwalt” ประมวลกฎหมายนี้จะถูกกำหนดอัตราค่าทนายความไว้เป็นจำนวนแน่นอนเป็นเรื่องๆ ไว้ ค่าทนายความสำหรับการว่าความของประเทศเยอรมันถูกควบคุม (BRAO) มาตรา 49 บี และ “Statute on Attorney’s Fee” หรือ “Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung” (BRAGO) ซึ่งการคิดค่าทนายความได้ถูกกำหนดไว้เป็นจำนวนที่แน่นอน ในตารางแสดงรายการค่าทนายความ โดยคิดจากมูลค่าทนายทรัพย์ที่พิพาท (ทีภาวรรณ อ่อนพูล, 2546, หน้า 71-72) และจะต้องจ่ายเป็นสี่ครั้งขึ้นอยู่กับประเภทของงานและความยากง่ายของการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยแบ่งจ่ายดังนี้ ครั้งแรกสำหรับการยื่นฟ้อง ครั้งที่สองสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ครั้งที่สามสำหรับการสืบพยานในศาล และครั้งที่สี่สำหรับการสิ้นสุดคดี สำหรับคดีที่ไม่มีข้อพิพาทนั้นจะคิดค่าทนายความโดยคำนวณจากสภาพของคดีซึ่งทนายความต้องคิดคำนวณค่าทนายความด้วยความยุติธรรม ทั้งนี้ การคิดค่าทนายความที่สูงกว่าที่กำหนดไว้ใน BRAO ก็สามารถกระทำได้หากได้มีการตกลงกันไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนการคิดค่าทนายความโดยผลสำเร็จของงานหรือการคิดคำนวณตามสัดส่วนที่จะได้รับเมื่อชนะคดีไม่อาจทำได้ เพราะเป็นการคิดค่าทนายความในจำนวนที่ไม่แน่นอน และการลดค่าทนายความตามที่กำหนดไว้จะเป็นการขัดต่อกฎหมายและเป็น โฆษะ การกำหนดค่าทนายความเช่นนี้ทำให้เกิดผลกระทบแก่

ทนายความเป็นส่วนมาก เนื่องจากการจำกัดรายได้ของทนายความ โดยเฉพาะในศาลที่มีลำดับชั้นไม่สูงจะมีการฟ้องร้องคดีในคดีที่ทุนทรัพย์ที่ต่ำซึ่งทำให้ค่าทนายความน้อยลงไปด้วย

ตารางที่ 3 ตัวอย่างอัตราค่าทนายความในประเทศเยอรมัน (ทีกาพรรค อ่อนพูล, 2546, หน้า 72)

จำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาท (Euro)	ค่าทนายความ (Euro)
300	25
2,500	160
5,000	300
25,000	715
50,000	1,065
200,000	1,865
470,000	2,990

จะเห็นว่าการเก็บค่าจ้างว่าความหรือค่าทนายความในประเทศเยอรมันมีกฎหมายบังคับเกี่ยวกับเรื่องการเรียกเก็บค่าจ้างว่าความหรือกำหนดมาตรฐานค่าจ้างว่าความไว้เป็นเรื่องราว เป็นการเฉพาะดังได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งแตกต่างจากประเทศอังกฤษและประเทศไทยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการเก็บค่าจ้างว่าความไว้แต่อย่างใด

5.3 การเรียกค่าจ้างว่าความในประเทศฝรั่งเศส

เป็นที่ทราบดีว่าในประเทศฝรั่งเศสมีทนายความหลายประเภทซึ่งทำหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม แต่ทนายความเหล่านั้นไม่สามารถเรียกค่าจ้างว่าความตามสัดส่วนของผลคดีได้ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดเจนถึงกรณีดังกล่าว

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความหลากหลายซึ่งทำงานเกี่ยวข้องกับกฎหมายในแต่ละด้าน โดยมีลักษณะงานทางกฎหมายที่แตกต่างกัน สิทธิหรือหน้าที่ในการเรียกค่าจ้างว่าความจึงแตกต่างกัน ดังอธิบายได้ดังนี้ทนายความประเภท เอโวเกต (Avocats) จะมีหน้าที่ติดต่อกับลูกความโดยตรง ดังนั้นจึงสามารถทำสัญญาจ้างว่าความกับลูกความได้ นั่นคือสามารถตกลงค่าจ้างว่าความกับลูกความได้โดยตรงแต่ไม่สามารถเรียกค่าจ้างว่าความตามสัดส่วนของผลคดีได้ เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดเจนถึงกรณีดังกล่าว

ส่วนทนายความประเภทอื่น ๆ นั้นจะ ไม่มีความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างว่าความกับลูกความ กล่าวคือ ไม่สามารถตกลงค่าจ้างว่าความกับลูกความ ได้นั่นเอง (เสรี สุวรรณภานนท์, 2544, หน้า 86)

ดังนั้น จะเห็นว่าการเก็บค่าจ้างว่าความในประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายบังคับเกี่ยวกับเรื่อง การเรียกเก็บค่าจ้างว่าความตามสัดส่วนของผลคดีดัง ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งแตกต่างจากประเทศไทยที่ ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการเก็บค่าจ้างว่าความไว้โดยชัดเจนแต่อย่างใด

5.4 การเรียกค่าจ้างว่าความในประเทศสหรัฐอเมริกา

การเรียกค่าทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นตามกฎข้อบังคับบรรษัททางวิชาชีพ (Model Rules of Professional Conduct, Amended 2002) กำหนดไว้มีรายละเอียดโดยย่อๆ คือ ทนายความต้องไม่ทำข้อตกลงในการเก็บค่าทนายความที่ไม่สมเหตุสมผลหรือค่าใช้จ่ายในจำนวนที่ ไม่สมควร ซึ่งปัจจัยในการพิจารณาค่าทนายความอย่างสมเหตุสมผล ประกอบด้วย

- 1) ระยะเวลาและแรงงานต้องใช้ ความใหม่และความยากของปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และความรู้อันจำเป็นที่ต้องใช้สำหรับการให้บริการทางกฎหมายอย่างเหมาะสม
- 2) มีความเป็นไปได้ว่าจะทำให้ทนายความเสียโอกาสในคดีอื่นเพราะผลประโยชน์ ขัดกันกับลูกความอื่นหรือไม่
- 3) ค่าทนายความสำหรับคดีคล้ายคลึงกันเป็นปกติประเพณีโดยทั่วไปคิดเท่าไร
- 4) จำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาท และผลประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับ
- 5) กำหนดเวลาตามที่ลูกความกำหนดหรือตามสถานการณ์แวดล้อม
- 6) ลักษณะและระยะเวลาของความสัมพันธ์กับลูกความ
- 7) ประสบการณ์ ชื่อเสียง และความสามารถของทนายความหรือทนายความที่ ให้บริการ ไม่ว่าค่าทนายความจะกำหนดไว้แน่นอนหรือไม่แน่นอนตามผลของคดี ขอบเขตของการ รับเป็นทนายความและค่าทนายความพื้นฐานหรืออัตราค่าทนายความและค่าใช้จ่ายที่ลูกความ จะต้องรับผิดชอบควรแจ้งให้ลูกความทราบ ซึ่งควรจัดทำเป็นหนังสือก่อนหรือภายในเวลาอัน สมควรหลังจากที่ได้เริ่มรับเป็นทนายความให้ เว้นแต่ในกรณีที่ทนายความคิดค่าทนายความใน อัตราที่เท่ากับอัตราทนายความพื้นฐาน การเปลี่ยนแปลงค่าทนายความหรือค่าใช้จ่ายควรแจ้งให้ ลูกความทราบ

การคิดค่าทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจคิดเป็นจำนวนไม่แน่นอนตามผลของ คดี ก็ได้แต่จะทำกันเฉพาะในคดีที่โจทก์จำเลยเรียกร้องกันเป็นเงินเท่านั้น เช่นคดีที่ให้ชดใช้ค่า สินไหมทดแทน คดีที่เรียกค่าชดเชย เป็นต้น โดยในการตกลงกันระหว่างทนายความและลูกความ จะมีการกำหนดสัดส่วนของส่วนแบ่งของทนายความไว้อย่างแน่นอนตั้งแต่ต้น โดยทั่วไปจะเรียก

กันประมาณหนึ่งในสาม ของเงินที่เรียกเรื่อง (ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร และมุรินทร์ พงศาปาน, 2549, หน้า 45)

อย่างไรก็ตามการเรียกค่าทนายความแบบเรียกเก็บตามผลของคดีนี้แม้ทนายความมีสิทธิเรียกเก็บได้แต่จะเรียกค่าทนายความแพงเกินสมควรกว่าเหตุไม่ได้ ซึ่งอย่างไรจะเป็นเรื่องแพงสมควรแก่เหตุนั้นศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงความยากง่าย ระยะเวลาที่ต้องใช้ในการดำเนินคดี ชื่อเสียงของทนายความเป็นสิ่งสำคัญ

อนึ่ง หากทนายความผู้หนึ่งหากคดีหรือ โอนคดีให้กับทนายความอีกผู้หนึ่งนั้นทนายความคนนั้นจะเรียกค่านายหน้า หรือค่าโอนคดีจากทนายความผู้รับคดีไม่ได้ อย่างไรก็ตามหากเป็นคดีที่ทนายความหลายคนมีส่วนร่วมกันว่าความแก่ต่างให้ลูกความรายเดียวกันแล้วยอมแบ่งค่าทนายความกันได้

6. ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการเรียกค่าจ้างว่าความในคดีแพ่ง

เป็นที่ทราบกันดีว่าหัวใจของการรับจ้างว่าความก็คือการเรียกเก็บเงินค่าจ้างว่าความจากลูกความนั่นเอง รูปแบบการเรียกเก็บเงินค่าจ้างว่าความระหว่างทนายความกับลูกความมีหลายรูปแบบดังที่กล่าวไว้ในบทก่อนๆ การกำหนดรูปแบบการเรียกค่าจ้างว่าความของทนายความในคดีแพ่ง ก็แตกต่างกันออกไปแต่ละคน ขึ้นอยู่กับสาเหตุและปัจจัยที่แตกต่างกันออกไป ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการเรียกค่าจ้างว่าความในคดีแพ่งมีหลายประการ ดังต่อไปนี้

6.1 ปัจจัยด้านฐานะและความสัมพันธ์ของลูกความ

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าหัวใจของการรับจ้างว่าความคือการเรียกเก็บเงินค่าจ้างว่าความให้ได้ตามความประสงค์หรือจุดมุ่งหมายของทนายความนั่นเอง แต่การเรียกเก็บเงินค่าจ้างว่าความให้ได้ตามประสงค์หรือจุดมุ่งหมายของทนายความนั้นประกอบด้วยปัจจัยสำคัญหลายอย่างที่ทนายความต้องศึกษาและพิจารณาประกอบกัน อาทิเช่น ลูกความมีฐานะอย่างไร การศึกษาอยู่ในระดับใด ประกอบอาชีพอะไร บุคลิกลักษณะส่วนตัวเป็นอย่างไร เป็นคนตระหนี่ถี่เหนียวเป็นคนใจคอกว้างขวางหรือรู้จักใช้จ่ายตามจำเป็นเพราะหากลูกความมีฐานะดีแต่มีความตระหนี่ถี่เหนียวการเรียกเก็บค่าจ้างว่าความในอัตราที่สูงมักจะไม่ค่อยจะประสบความสำเร็จ หรือลูกความมีการศึกษาดีแต่ฐานะไม่มั่นคงลูกความประเภทนี้มักพูดทำความเข้าใจได้ง่ายแต่ทนายความก็ไม่สามารถเรียกเก็บค่าจ้างว่าความในอัตราที่สูงได้ แต่หากลูกความมีฐานะดี การศึกษาดี มีอาชีพที่มั่นคง เป็นคนใจคอกว้างขวางลูกความประเภทนี้ทนายความมักพูดทำความเข้าใจกับลูกความได้ง่ายและสามารถเรียก

เก็บค่าจ้างว่าความในอัตราที่สูงได้ หากทนายความไม่ศึกษาปัจจัยต่างๆ เหล่านี้เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาเรียกค่าจ้างว่าความจากลูกความแล้ว โอกาสที่ทนายความจะประสบความสำเร็จจากการเรียกค่าจ้างว่าความจากลูกความ โดยได้รับการว่าจ้างจากลูกความย่อมเหลือน้อยลงหรือหมดโอกาสได้ ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้ทนายความเรียกค่าจ้างว่าความได้น้อยลงคือความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างทนายความและลูกความ เช่น ความสัมพันธ์ในฐานะญาติพี่น้อง เพื่อน เพื่อนบ้าน ครูบาอาจารย์ หรือผู้ที่ทนายความให้ความเคารพนับถือ เป็นต้น

6.2 ปัจจัยด้านทุนทรัพย์ที่พิพาทในคดีและผลประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับ

ปัจจัยการเรียกค่าจ้างว่าความด้านทุนทรัพย์ที่พิพาทและผลประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับนี้ ทนายความและลูกความอาจตกลงกำหนดกันมากน้อยตามจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องร้องกันหรือตามผลประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับเมื่อเสร็จสิ้นคดี หรือตามส่วนที่จะบังคับเอาจากอีกฝ่ายหนึ่งได้ หากคดีมีจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้องร้องสูงหรือเมื่อคดีเสร็จสิ้นแล้วลูกความจะได้รับผลประโยชน์มาก ทนายความก็สามารถเรียกค่าจ้างว่าความในอัตราที่สูงได้ ในทางกลับกันหากทุนทรัพย์ที่พิพาทมีราคาต่ำหรือผลประโยชน์ที่ลูกความจะได้รับในคดีมีจำนวนน้อยก็เรียกค่าจ้างในอัตราที่สูงไม่ได้

อย่างไรก็ตาม ดังได้กล่าวมาแล้วว่าข้อตกลงการเรียกค่าจ้างว่าความระหว่างทนายความกับลูกความนั้นเป็นกฎหมายเอกชน สัญญาจ้างว่าความคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นทนายความซึ่งมีฐานะเป็นเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นประชาชนผู้มีความคิดเห็น ทั้งทนายความและประชาชนผู้มีความคิดเห็นมีฐานะเท่าเทียมกันตามกฎหมาย การตกลงค่าจ้างว่าความจึงเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาหรือแดนอิสระของเอกชน (Spheres of Private Autonomy) แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โฆษะ” (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 มาตรา 113เดิม)

กล่าวคือหากสัญญาว่าจ้างว่าความระหว่างทนายความและลูกความมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามโดยกฎหมายอย่างชัดแจ้ง หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาว่าจ้างนั้นเป็น โฆษะ

ขอยกตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับการคิดค่าจ้างว่าความว่ามีกรณีใดบ้างที่ขัดหรือไม่ขัด ต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนี้

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1558/2526

สัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าความแก้ต่างให้จำเลยเพื่อแบ่งทรัพย์พิพาทในคดี เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยชัดแจ้งโดย พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ.2508 ม.41 ประกอบกับ

พ.ร.บ.ธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2477 ม.12 (2) การทำสัญญากันก่อนว่าความหรือระหว่างว่าความหาเป็นผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่ใช้บังคับไม่ สัญญานี้จึงเป็นโมฆะ ตามป.พ.พ.มาตรา 10

2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4454/2528

สัญญาที่จำเลยจ้างโจทก์ซึ่งเป็นนายความให้ทวงหนี้จากสมาชิกสหกรณ์จำเลยโดยคิดค่าจ้างร้อยละ 5 ของยอดหนี้ที่ทวงได้นั้น เป็นเพียงอาศัยเป็นเกณฑ์คำนวณค่าจ้างทวงถามหนี้สินว่า จะเรียกร้อยค่าจ้างคิดเป็นร้อยละเท่าใดของหนี้ที่ทวงได้เท่านั้น หากใช่เป็นสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความจะพึงได้รับเมื่อชนะคดีไม่ ทั้งเป็นการกระทำการนอกศาลมิใช่เป็นการจ้างโจทก์ให้เป็นนายความให้ดำเนินคดี จึงตกลงกันได้เพราะไม่มีกฎหมายห้ามสัญญาจ้างไม่ เป็นโมฆะ

3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5622/2530

สัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าความว่าต่างให้จำเลยทั้งสามโดยคิดค่าจ้างร้อยละ 30 ของเงินที่ได้มาทั้งหมด มิได้คิดจากทุนทรัพย์ที่ฟ้องเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความจึงมีวัตถุประสงค์ขัดต่อ พ.ร.บ.ธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2508 มาตรา 41 ประกอบกับ พ.ร.บ.ธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2477 มาตรา 12 (2) เป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ.มาตรา 113 แม้ต่อมาจะได้มี พ.ร.บ.ธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2528 ให้ยกเลิก พ.ร.บ.ธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2508 ไปแล้ว และกำหนดให้คณะกรรมการ (คณะกรรมการสภาพนายความ) ออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความตามมาตรา 53 ซึ่งข้อบังคับนั้นมิได้กำหนดเรื่องค่าจ้างว่าความไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาที่เป็นโมฆะแต่ต้นกลับ สมบูรณ์ขึ้น

4) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5979/2531

จำเลยตกลงจ้างโจทก์ในการสืบสวนหาข้อเท็จจริงจากภรรยาจำเลยในประเทศไทยว่า จำเลยจะถูกฟ้องขอให้สินบนเจ้าพนักงานหรือไม่ และขอคำแนะนำทางด้านกฎหมาย ถ้าจำเป็นก็ให้ตั้งนายความผู้คดี โดยกำหนดจำนวนเงิน 20,000 บาทเป็นการจ้างเหมาในกิจการดังกล่าว การที่โจทก์สืบสวนหาข้อเท็จจริงให้คำปรึกษาและให้คำแนะนำแก่จำเลย เมื่อไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่า คู่กรณีต่างตกลงคิดค่าจ้างกันเป็นรายชั่วโมงหรือ โจทก์แจ้งจำเลยขอคิดค่าจ้างนอกเหนือจากเงินจำนวน 20,000 บาทเป็นพิเศษ ต้องถือว่าจำเลยตกลงจ้างโจทก์กระทำการในวงเงิน 20,000 บาท โจทก์ไม่อาจเรียกร้อยเอาเงินค่าใช้จ่ายอย่างอื่นนอกวงเงินที่จำเลยกำหนดแม้เพื่อใช้จ่ายในกิจการดังกล่าว

5) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6025/2539

สัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของถือเอาผลสำเร็จของงานคือการดำเนินคดีหรือการทำหน้าที่ที่นายความตั้งแต่เตรียมคดีและว่าต่างหรือแก้ต่างในศาลไปจนคดีถึงที่สุด และการจ่ายสินจ้างต้องถือเอาความสำเร็จของผลงานหรือจ่ายค่าจ้างตามที่ตกลงกันไว้ แม้สัญญาจ้างระบุว่า “ผู้ว่าจ้างจะไม่ถอนนายหรือผู้แทนจนกว่าคดีจะถึงที่สุด หากมีการถอนนายก่อนคดีถึงที่สุดผู้ว่าจ้างตกลงชำระค่าสินจ้างให้เต็มตามจำนวนในสัญญาจ้างนี้” ก็ไม่ใช่ข้อสัญญาที่ผูกมัดตัดตอนเสรีภาพของผู้ว่าจ้างเพราะมิได้ห้ามเด็ดขาดมิให้ผู้ว่าจ้างถอนนาย เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าหากถอนนาย ผู้ว่าจ้างก็ยังคงต้องชำระค่าสินจ้างให้ผู้รับจ้างเต็มจำนวนในสัญญาเท่านั้น ข้อตกลงนี้จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่การที่ผู้ว่าจ้างได้ถอนนายก่อนคดีถึงที่สุดเช่นนี้ถือว่าผู้ว่าจ้างใช้สิทธิเลิกสัญญาในระหว่างที่การว่าจ้างยังไม่เสร็จ ซึ่งผู้ว่าจ้างต้องใช้เงินตามควรค่าแห่งการงานนั้นๆ รวมทั้งต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใดๆอันเกิดแก่การเลิกสัญญานั้นให้แก่ผู้รับจ้างด้วย ข้อตกลงที่ว่าหากมีการถอนนายก่อนคดีถึงที่สุดผู้ว่าจ้างยอมใช้ค่าสินจ้างเต็มจำนวน เท่ากับเป็นการกำหนดค่าสินไหมทดแทนไว้ล่วงหน้าทำนองเบี้ยปรับ หากสูงเกินส่วนศาลย่อมลดลงเป็นจำนวนพอสมควรได้

6) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 323/2477 173/2488 และ 1072/2499

ข้อตกลงค่าจ้าง 20,000 บาท ชำระเมื่อชนะคดีถึงที่สุด ถ้าแพ้ไม่เอาเลยไม่เป็นพนันชั้นต่อและไม่ได้กำหนดส่วนได้มากน้อยตามผลแห่งคดี ใช้บังคับได้

7) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5229/2544

สัญญาจ้างว่าความที่พิพาทไม่มีข้อใดที่มีลักษณะเป็นการเสี่ยงโชคและไม่เป็นข้อตกลงที่มีลักษณะได้เสียกันโดยอาศัยเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอนเป็นข้อแพ้ชนะกันระหว่างโจทก์จำเลย แต่เป็นสัญญาจ้างทำของที่โจทก์ต้องลงแรงว่าต่างให้แก่จำเลยซึ่งเป็นลูกความจึงหาใช่เป็นการพนันชั้นต่อ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 853

จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นว่าแนวคำพิพากษาศาลฎีกายังมีข้อขัดแย้งกันอยู่ อาทิเช่นการคิดคำนวณค่าทนายความเป็นร้อยละจากจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทซึ่งกำหนดไว้เป็นจำนวนแน่นอนนั้นไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5229/2544 แต่ถ้าคิดคำนวณ ค่าทนายความจากจำนวนที่จะได้รับตามคำพิพากษาเมื่อลูกความชนะคดี ถือเป็นสัญญาจ้างว่าความ โดยวิธีแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะพึงได้แก่ลูกความ จึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกา 5622/2530

6.3 ปัจจัยด้านความยากง่ายของคดีและระยะเวลาในการดำเนินคดี

ปัจจัยการเรียกค่าจ้างว่าความด้านความยากง่ายของคดีและระยะเวลาในการดำเนินคดีนี้พิจารณาจากความยากง่ายของคดีและระยะเวลาในการดำเนินคดีเป็นหลัก คดีบางประเภทการสอบข้อเท็จจริงและการรวบรวมพยานเอกสารเป็นไปด้วยความลำบากเพราะบางคดีนั้นเหตุเกิดขึ้นเป็นระยะเวลานานหรือเกือบขาดอายุความแล้วพยานบุคคลย่อมหลงลืมหรือจำเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นไม่ได้ทั้งหมด พยานเอกสารต่างๆ สูญหายไม่ครบถ้วนทนายความต้องทำงานลำบากมากขึ้นเนื่องจากต้องสืบหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ให้ครบถ้วนเพื่อใช้ประกอบการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล โดยเฉพาะในคดีอาญาทนายความต้องไปตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุเพื่อหาข้อมูลและพยานแวดล้อมต่างๆ และหากมีการส่งประเด็นไปสืบพยานยังเขตอำนาจศาลอื่นๆ ทนายความมีหน้าที่ต้องตามประเด็นไปสืบพยานยังศาลอื่นๆ เหล่านั้นด้วยหรือคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนหรือที่มีอัตราโทษสูงต้องใช้ระยะเวลาในการสืบพยานเอกสารและพยานบุคคลจำนวนมากนั้นระยะเวลาในการดำเนินคดีก็จะยาวนานขึ้นทนายความก็จะคิดค่าจ้างว่าความในอัตราที่สูงกว่าคดีที่ไม่ยุ่งยากหรือไม่ซับซ้อนหรือคดีที่มีอัตราโทษต่ำหรือคดีที่ใช้ระยะเวลาทำงานน้อย ทั้งนี้โดยคำนึงถึงปัจจัยต่างๆ ดังกล่าวเพื่อประกอบการพิจารณาเรียกค่าจ้างว่าความ

6.4 ปัจจัยด้านความรู้ความสามารถและชื่อเสียงของทนายความ

ปัจจัยการเรียกค่าจ้างว่าความด้านชื่อเสียงและความสามารถของทนายความนี้ หากทนายความเป็นผู้ที่มีชื่อเสียงหรือมีความรู้ความสามารถหรือมีประสบการณ์มากก็ย่อมจะได้รับความเชื่อถือจากสังคมและประชาชนโดยทั่วไปซึ่งก็จะเรียกค่าจ้างว่าความได้ในอัตราที่สูงกว่าทนายความที่ยังไม่มีชื่อเสียงหรือประสบการณ์น้อย ทนายความใหม่ที่ยังขาดประสบการณ์ ยังไม่มีชื่อเสียงหรือเป็นที่ยอมรับตลอดจนความชำนาญในการดำเนินคดี ก็ไม่มีโอกาสเรียกค่าจ้างว่าความในจำนวนที่มากได้เท่าทนายความที่มีความรู้ความสามารถหรือมีชื่อเสียง หรือหากเรียกค่าจ้างว่าความเป็นจำนวนที่สูงเกินไปลูกความก็จะปฏิเสธไม่มอบคดีให้ทำ จึงพบว่าทนายความใหม่จำนวนไม่น้อยล้มเลิกความตั้งใจในการประกอบวิชาชีพทนายความ เพราะรายได้ไม่เพียงพอต่อการเลี้ยงชีพของตนเองและครอบครัว หรือเมื่อประกอบวิชาชีพทนายความไปแล้วก็ต้องหาอาชีพเสริมอื่นๆ ทำขาดแรงจูงใจในการทำงานและเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาขีดความสามารถในเชิงกฎหมาย

เป็นที่ทราบดีว่า ในสภาพความเป็นจริงในปัจจุบันต้องยอมรับว่าทนายความต้องมีแรงจูงใจในการทำงานและการพัฒนาตนเอง แรงจูงใจดังกล่าวที่ไม่อาจปฏิเสธได้เลยก็คือค่าจ้างว่าความ

6.5 ปัจจัยด้านภาวะเศรษฐกิจ

การคิดค่าจ้างว่าความ โดยอาศัยปัจจัยด้านภาวะเศรษฐกิจนี้ ถือว่ามีความจำเป็นและสำคัญต่อการเรียกค่าจ้างว่าความประการหนึ่ง เนื่องจากภาวะเศรษฐกิจเป็นตัวกำหนดความเป็นอยู่การดำรงชีพของประชาชนโดยทั่วไป ในช่วงหลายสิบปีที่ผ่านมาประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งในหลายๆ ประเทศที่ได้ชื่อว่าการเติบโตทางด้านเศรษฐกิจอย่างสูง ทำให้ภาวะเศรษฐกิจ สังคมในปัจจุบันค่าครองชีพสูงกว่าค่าครองชีพสมัยก่อนมาก วิวัฒนาการสมัยใหม่ รวมทั้งระบบเศรษฐกิจที่เปลี่ยนไปเช่นนี้มีอิทธิพลอย่างมากในการกำหนดค่าจ้างว่าความ

ปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจที่มีผลต่อการเรียกค่าจ้างว่าความนี้ ดูปัจจัยจากหลายสาเหตุ อาทิเช่น ปัจจัยจากอัตราเงินเฟ้อ คำนีผู้บริโภครายได้ประชาชาติ และอัตราการเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจภายในประเทศ เป็นต้น

และเมื่อเปรียบเทียบอัตราเงินเฟ้อ จากรายงานเศรษฐกิจและการเงินของธนาคารแห่งประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ.2521 ถึง พ.ศ.2549 (ธนาคารแห่งประเทศไทย, ออนไลน์, 2549) จะเห็นว่าตั้งแต่ปี พ.ศ.2521 ถึง พ.ศ.2549 อัตราเงินเฟ้อขึ้นถึง 143.40 เปอร์เซ็นต์ ประกอบกับเมื่อพิจารณากับอัตราการเจริญเติบโตของผลิตภัณฑ์โดยรวมในประเทศตั้งแต่ปี พ.ศ.2521 ถึงปัจจุบันจะเห็นว่ารายได้ประชาชาติมีอัตราเพิ่มขึ้นมากกว่า 12.50 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับอัตราเงินเฟ้อ และมูลค่าของเงินในปัจจุบัน จึงเห็นว่าการเรียกค่าจ้างว่าความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนไปตามภาวะเศรษฐกิจ อัตราเงินเฟ้อ และอัตราการเจริญเติบโตของผลิตภัณฑ์โดยรวมของประเทศที่เพิ่มขึ้น

6.6 ปัจจัยด้านค่าใช้จ่ายของทนายความ

ปัจจัยด้านค่าใช้จ่ายของทนายความก็มีอิทธิพลต่อการเรียกค่าจ้างว่าความเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น หากทนายความมีค่าใช้จ่ายมากก็อาจจะเรียกค่าจ้างว่าความในอัตราที่สูง หากทนายความมีค่าใช้จ่ายน้อย ก็อาจเรียกค่าทนายความในอัตราที่ต่ำได้

ค่าใช้จ่ายของทนายความอาจแบ่งออกเป็นค่าใช้จ่ายด้านต่างๆ ดังนี้ ค่าใช้จ่ายภายในสำนักงาน เช่น ค่าเช่า ค่าน้ำ ค่าไฟฟ้า และค่าเครื่องใช้สำนักงาน เป็นต้น ค่าใช้จ่ายด้านบุคคลากร ค่าใช้จ่ายด้านค่าพาหนะ ค่าที่พัก ตลอดจนค่าอาหารในการดำเนินคดี เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการคิดค่าจ้างว่าความเป็นเรื่องของตกลงกันระหว่างทนายความและลูกความ การคิดค่าจ้างว่าความขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ ได้กล่าวมาแล้ว แต่การคิดค่าจ้างว่าความนั้น ทนายความควรปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและเป็นธรรมต่อลูกความ เนื่องจากการประกอบวิชาชีพทนายความมิใช่เป็นการค้าหรือหากำไร แต่เป็นวิชาชีพที่ต้องรับใช้ประชาชนเพื่อผดุงความยุติธรรม และรักษาผลประโยชน์ของลูกความมากกว่าผลประโยชน์ของตนเอง