

บทที่ 4

ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในระบบซีวิลลอว์

ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ พิจารณาจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นการตีความตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ และนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปมาใช้ร่วมกับคดีเฉพาะเรื่องเป็นคดี ๆ ไป¹ หลักโดยทั่วไปของความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีต่อลูกค้าในประเทศซีวิลลอว์ทั้งหมดมีหลักว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดต่อลูกค้าของตน ซึ่งความรับผิดหลักคือสัญญา และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจรับผิดทางละเมิดด้วย² ขอบเขตโดยทั่วไปของหนี้ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศซีวิลลอว์ก็คือสัญญา ประเภทของสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกค้าไม่เป็นรูปแบบเดียวกัน เนื่องจากการจัดแบ่งประเภท สัญญาทั่วไปของระบบกฎหมายที่พบในประเทศซีวิลลอว์ต่าง ๆ มีความแตกต่างกัน บางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน จัดเป็นสัญญาบริการคุณภาพสูง (high quality service) ประเทศฝรั่งเศสจัดเป็นสัญญาอุตสาหกรรม (louage d'industrie)³ ประเทศไทยจัดประเภทของสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกค้าเป็นสัญญาจ้างทำของ ซึ่งการจัดแบ่งประเภทเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงความคิดพื้นฐานที่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่มีหนี้หรือรับประกันในความสำเร็จของผลลัพธ์ที่เป็นประโยชน์พิเศษ (beneficial result) ซึ่งได้แก่การรับรองผลชนะของคดี เพราะโดยหลักแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพเป็นหนี้ต่อหน้าที่ในการให้บริการด้วยความระมัดระวังหรือกระทำการด้วยความระมัดระวังในกิจการงานที่มอบหมายแก่เขา ซึ่งหลักดังกล่าวคล้ายกับระบบของประเทศคอมมอนลอว์ ที่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะไม่

¹ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 7.

² Panayotis J. Zepos and Phoebus Christodoulou, Professional Liability, p. 45.

³ *Ibid.*, p. 48

รับรองในทุก ๆ กรณีว่า ลูกความจะชนะคดี เพียงแต่รับรองว่าจะนำมาซึ่งระดับของความชำนาญตามความเหมาะสม ตามสมควร และตามความสามารถ

ความรับผิดทางละเมิดในประเทศชวีลลอร์ จะบัญญัติหลักเกณฑ์ของความรับผิดทางละเมิดไว้เป็นหลักทั่วไป ถ้ามีข้อเท็จจริงใดเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ปรับบทได้ว่าเป็นละเมิดและเรียกให้ชดใช้เยียวยาได้ ซึ่งต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดของคอมมอนลอร์ ซึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดเฉพาะเรื่องในฐานะต่าง ๆ (specific type of tort) แม้แต่ความรับผิดเพื่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่อก็เป็นความรับผิดฐานหนึ่งเท่านั้น แต่ละฐานจึงเป็นเอกเทศไม่ปะปนกัน⁴ ตามหลักทั่วไปของกฎหมายละเมิดของประเทศชวีลลอร์ถือว่าความรับผิดทางละเมิดนั้นอยู่บนพื้นฐานของ ความผิด (fault) ซึ่งหมายถึง การจงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (culpa) ล่วงสิทธิของบุคคลอื่น ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (liability based on fault) ในประเทศชวีลลอร์จะเห็นได้จากหลักเกณฑ์ทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 ประมวลกฎหมายฝรั่งเศส มาตรา 1382 และ 1383 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เป็นต้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจมีความรับผิดต่อบุคคลที่สามซึ่งมิใช่เป็นลูกความของตนโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางละเมิดเป็นแนววินิจฉัย

ในการวินิจฉัยถึงความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในระบบชวีลลอร์ จะพิจารณาในส่วนของความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมันและประเทศไทย

4.1 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมัน

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมันเรียกว่า Rechtsanwalt ลักษณะงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้แก่ การให้คำแนะนำปรึกษาแก่ลูกความในเรื่องข้อกฎหมาย ทั้งปวง กระทำการแทนลูกความในการติดต่อธุรกรรมกับบุคคลที่สาม และการว่าความอรรถคดี

⁴อนันต์ จันทโรภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด," ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 96.

ในนามของลูกความ รวมทั้งการร่างเอกสารที่จำเป็นและแถลงการณ์ในศาลแทนลูกความด้วยความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อลูกความอาจพิจารณาได้ 2 ประการ คือ ความรับผิดชอบทางสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ กับความรับผิดชอบทางละเมิด

4.1.1 ความรับผิดชอบทางสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมัน

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความของตนเป็นความผูกพันกันตามสัญญาบริการ (Dienstverträge) ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรับรองว่าจะให้บริการตามที่ตกลงกันไว้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรับรองว่าจะชำระค่าตอบแทนตามที่ตกลงกัน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์หลักระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ

ลักษณะของคำจำกัดความของสัญญาบริการได้บัญญัติไว้ในมาตรา 611 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) อันมีความบัญญัติไว้เป็นภาษาอังกฤษว่า

"By the Contract for service, the person who promises service is bound to perform the service promised and the other party is bound to pay the remuneration agreed upon.

Service of any kind may be the object of the contract for service."

สัญญาบริการตามมาตรา 611 เป็นสัญญาที่ใช้ได้กับการบริการทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสัญญาระหว่างแพทย์และคนไข้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความของตน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังปรับใช้กับการบริการที่เป็นส่วนสำคัญรองลงมา (subordinate) ในสัญญาใด ๆ ด้วย และประการสำคัญ สัญญาบริการยังปรับใช้กับสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องทำงานภายใต้การบังคับบัญชาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งสัญญาประเภทนี้เรียกว่า สัญญาจ้างแรงงาน (Arbeitsverträge) ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมิได้บัญญัติเรื่องสัญญาจ้างแรงงานไว้โดยเฉพาะ ประกอบกับสัญญาจ้างแรงงานมีลักษณะเป็นการให้บริการอันเข้าองค์ประกอบสัญญาบริการตามมาตรา 611 และบทบัญญัติในสัญญาบริการถือเป็นบทหลัก (principle) ของสัญญาจ้างแรงงาน นอกเหนือจากบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ ที่ออกโดยรัฐเป็นพิเศษสำหรับกฎหมายแรงงาน เช่น Collective Agreement Act of 1947 (Tarifvertrags-gesetz), Labor Management Relation Act 1972 (Betriebsverfassungsgesetz) เป็นต้น สัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายเยอรมันจึงเป็นสัญญาบริการประเภทหนึ่ง ซึ่งภายใต้สัญญาจ้าง

แรงงาน ลูกจ้างมิใช่เพียงมีหน้าที่ต้องให้บริการ แต่ต้องกระทำการภายใต้อำนาจของนายจ้าง⁵ ซึ่งการบังคับบัญชาของนายจ้างเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสัญญาบริการทั่วไปกับสัญญาจ้างแรงงาน

สัญญาบริการเป็นสัญญาต่างตอบแทน (reciprocal agreement) ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสัญญาว่าจะให้บริการ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีความผูกพันหรือหน้าที่ต้องชำระค่าตอบแทนตามที่ตกลงกัน⁶ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงมีหน้าที่และความผูกพันในฐานะเป็นผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายตามที่ลูกความประสงค์ และเพื่อเป็นการตอบแทนการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ลูกความต้องให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามที่ตกลงกันอันเป็นหนี้หรือความผูกพันตามสัญญาที่ลูกความมีต่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ในประเทศเยอรมัน ค่าตอบแทนของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือที่เรียกว่าค่าธรรมเนียมวิชาชีพกฎหมาย (attorneys' fees) ไม่ว่าจะเป็นการริบค่าความหรือการให้คำปรึกษา ตาม Federal Statute on Attorneys Fees (Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte) ได้กำหนดรายละเอียดและรายการของค่าธรรมเนียมวิชาชีพกฎหมายเพื่อเป็นฐานในการคำนวณค่าธรรมเนียมวิชาชีพ ในการว่าความผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะมีค่าธรรมเนียมพื้นฐาน 3 ประการ โดยทั่ว ๆ ไป คือ (1) ค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่ได้รับเมื่อเริ่มฟ้องคดี (the action start) (2) ค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่ได้รับเมื่อเริ่มแถลงการณ์ด้วยวาจาในศาล (oral argument) และ (3) ค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่ได้รับเมื่อมีการสืบพยาน ค่าธรรมเนียมพื้นฐาน (basic fee) จะอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวซึ่งเกี่ยวข้องกับคดีและเรื่องใด ๆ ที่ดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เพราะฉะนั้น โดยหลักแล้ว ค่าธรรมเนียมวิชาชีพจึงมีความคล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะคดีนั้นจะต้องทำงานมากหรือทำงานน้อย ไม่ว่าเป็นคดีที่ซับซ้อนหรือธรรมดา ไม่ว่าจะลูกความจะเป็นคนรวยหรือคนจน ไม่ว่าจะผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะเป็นผู้มีชื่อเสียงหรือไม่ และไม่ว่าเขาจะชนะคดีหรือไม่ก็ตาม ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้คำแนะนำปรึกษาหรือกระทำการใด ๆ ให้ลูกความ อาจมีความยืดหยุ่นได้ ทั้งนี้ เพราะการว่าความในศาล การคำนวณค่าธรรมเนียมจะขึ้นอยู่กับทุนทรัพย์ของคดี (value on the matter)

⁵ Joachim Geres and Harald Jung, Handbook of German Employment Law, (Frankfurt am Man: Alfred Metzner, 1983) p. 25.

⁶ Ibid.

ซึ่งทุนทรัพย์ของคดีจะเห็นได้จากหลักฐานที่ปรากฏจากจำนวนเงินที่มีการเรียกร้องกัน หรืออาจ จะกำหนดโดยศาล เช่น คดีหย่า หรือสิทธิเรียกร้องที่ไม่เป็นตัวเงิน (non-pecuniary claims)⁷ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจทำความตกลงกับลูกความสำหรับค่าธรรมเนียม วิชาชีพที่สูงกว่ากฎหมายกำหนดก็ได้ โดยจะต้องทำข้อตกลงดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษร (writing) แต่ทั้งนี้ จะตกลงค่าธรรมเนียมวิชาชีพให้น้อยกว่าที่กฎหมายไว้ไม่ได้ เป็นการผิด จรรยาบรรณ (unethical) นอกจากนี้ ค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่ขึ้นอยู่กับความสำเร็จของคดีหรือ ที่เรียกว่า contingent fee เป็นการผิดกฎหมาย และฝ่าฝืนต่อจรรยาบรรณ ศาลสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof) ถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะและขัดต่อความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน (contrary to public policy)⁸ ในประเทศญี่ปุ่น ค่าธรรมเนียมวิชาชีพกฎหมายมิได้ กำหนดโดยกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน อย่างไรก็ตาม สหพันธ์เนติบัณฑิตยสภา แห่งชาติญี่ปุ่น (The Japan Federation of Bar Associations) ได้กำหนดมาตรฐานของค่า ธรรมเนียมวิชาชีพกฎหมายไว้ แต่เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติเท่านั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ไม่จำเป็นต้องผูกพันตามมาตรฐานดังกล่าวแต่อย่างใด⁹ เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส การให้ค่า แนะนำ การร่างเอกสาร และการแถลงด้วยวาจาในศาล ไม่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมวิชาชีพ กฎหมายอย่างเป็นทางการ ค่าธรรมเนียมวิชาชีพ จะถูกกำหนดโดยสัญญาระหว่าง avocats กับลูกความของตน อย่างไรก็ตาม ค่าธรรมเนียมวิชาชีพกฎหมายประเภท contingent fee ถือ ว่าเป็นสิ่งที่มีชอบด้วยกฎหมาย¹⁰

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความสัมพันธ์ตามสัญญาบริการกับลูกความ ทั้ง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความต้องตกอยู่ภายใต้สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบ บทบัญญัติในเรื่องสัญญาบริการตามมาตรา 611-630 อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า

⁷ Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law: An Introduction, p. 43.

⁸ Ibid.

⁹ Hiroshi Oda, Japanese Law, (London: Butterworths, 1992) p. 102.

¹⁰ John Henry Merryman and David S. Clark, Comparative Law: Western European and Latin American Legal System, p. 493.

สัญญาบริการตามกฎหมายเยอรมันใช้ได้กับสัญญาจ้างแรงงานด้วย ซึ่งบทบัญญัติบางมาตราสามารถนำไปใช้ได้กับสัญญาบริการและสัญญาจ้างแรงงาน และบทบัญญัติบางมาตราใช้ได้เฉพาะสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่ใช้ได้ทั้งสัญญาบริการและสัญญาจ้างทำของคือ ลูกจ้างหรือผู้รับจ้างโดยปกติต้องให้บริการด้วยตัวเอง (personally) เว้นแต่จะขัดแย้งกับข้อตกลง ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 613¹¹ ส่วนบทบัญญัติที่ใช้กับสัญญาจ้างแรงงานโดยเฉพาะ เช่น มาตรา 618 ซึ่งกำหนดหน้าที่ในการดูแลของนายจ้างต่อลูกจ้างโดยทั่ว ๆ ไปว่า เงื่อนไขการทำงานนั้นรับรองความคุ้มครองลูกจ้างต่อความเสี่ยงและอันตราย เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและลูกความตามสัญญาบริการ อาจก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะตัวการตัวแทนได้ เช่น ในกรณีว่าจ้างให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการติดต่อธุรกรรมใด ๆ กับบุคคลที่สามในนามของลูกความ ซึ่งการกระทำการแทนหรือในนามของลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพย่อมอยู่ในฐานะของตัวแทน (Stellvertreter) มีอำนาจดำเนินการใด ๆ ภายในขอบอำนาจตามที่ได้รับมอบหมายจากลูกความซึ่งมีฐานะเป็นตัวการ (Vertretener)

ลักษณะตัวแทนของเยอรมันบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 164 ถึง มาตรา 180 ประมวลกฎหมายนานาประเทศส่วนใหญ่กล่าวถึงเรื่องทำการแทนไว้ในลักษณะตัวการตัวแทน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติเรื่องลักษณะตัวการตัวแทนไว้ในบรรพ 3 เพราะถือว่าเป็นเอกเทศสัญญา แต่กฎหมายตัวแทนของเยอรมันบัญญัติไว้ในบรรพ 1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่ง (Allgemeiner Teil หรือ General Part) ซึ่งใช้ได้กับทุกบรรพ บทบัญญัติของตัวการตัวแทนในส่วนนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนฝ่ายหนึ่งกับบุคคลที่สามอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งใช้ได้กับตัวแทนทุกประเภท

¹¹BGB, Section 613

The employee shall, in case of doubt, perform his service in person. The claim for service is, in case of doubt, not transferable.

ลักษณะของตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 164¹² หมายถึง บุคคลซึ่งการติดต่อธุรกรรมโดยการรับหรือการแสดงเจตนา ซึ่งมีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อ ตัวการ¹³ ความสัมพันธ์ระหว่างตัวการตัวแทนไม่จำเป็นต้องเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา แต่อาจจะเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ผู้ปกครองเป็นตัวแทนโดยกฎหมาย (Gesetzlicher Vertreter) ของผู้อยู่ในความปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1793 เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติเรื่องตัวแทนในบรรพทั่วไปสามารถปรับใช้ได้ทั้งกรณีตัวแทนโดย กฎหมายและตัวแทนตามสัญญา เว้นแต่จะขัดแย้งกับบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน

หน้าที่ตัวแทนก็คือการแสดงเจตนาทางกฎหมายทั้งหมดของตัวแทนในนามของ ตัวการและมีผลผูกพันต่อตัวการทันที ตัวแทนไม่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบหรือได้มาซึ่งสิทธิใด ๆ เว้นแต่ถ้าตัวแทนทำโดยปราศจากอำนาจ¹⁴ (falsus procurator) ตัวแทนต้องรับผิดชอบโดย ลำพัง ขอบเขตของอำนาจที่ให้แก่ตัวแทน คือ ในกรณีที่ตัวแทนโดยกฎหมายจะถูกกำหนดโดย กฎหมาย ในกรณีตัวแทนตามสัญญาจะถูกกำหนดโดยการแสดงเจตนาของตัวการ ไม่ว่าจะ เป็น ตัวแทนมอบอำนาจทั่วไปหรือตัวแทนเฉพาะการ (Untervollmacht) กฎหมายเยอรมันห้ามมิให้ ตัวแทนทำธุรกรรมระหว่างตัวการกับตนเองหรือเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก หรือที่เรียกว่า "self-contracting" เว้นแต่จะได้มอบอำนาจให้ทำการดังกล่าวอย่างชัดเจน ถ้าตัวแทนทำ

¹²BGB, Section 164

1. A declaration of intention which a person makes in the name of a principal within the scope of his agency operates directly both in favor of and against the principal. It makes no difference whether the declaration is made expressly in the name of the principal, or if the circumstances indicate that it was to be made in his name.

2. If the intention to act in the name of another is not apparent, the agent's absence of intention to act in his own name is not taken into consideration.

3. the provision of (1) apply mutatis mutandis if a declaration of intention required to be made to another is made to his agent.

¹³Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law: An Introduction, p. 225.

¹⁴E.J. Cohn, W. Zdziebło, Manual of German Law, Volume I: General Introduction Civil Law (London: Oceana Publication, 1968), p. 87.

สัญญาซึ่งตนไม่มีอำนาจทำ ตัวการอาจให้สัตยาบันแก่สัญญานั้นได้ ถ้าตัวการให้สัตยาบัน สัญญาดังกล่าวจะได้รับการปฏิบัติราวกับว่าได้ทำขึ้นภายในขอบอำนาจของตัวแทนและมีผล ย้อนหลังใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ในทางตรงกันข้าม ถ้าตัวการไม่ให้สัตยาบัน บุคคลที่สาม อาจให้ตัวแทนปฏิบัติตามสัญญาหรือชำระค่าเสียหายในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้¹⁵

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและ ลูกความตามกฎหมายเยอรมันเป็นสัญญาบริการ ซึ่งผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ตาม สัญญาดังกล่าวรวมถึงมีความผูกพันในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนซึ่งต้องกระทำการภายในขอบเขตอำนาจที่ตัวการ หรือลูกความได้มอบอำนาจไว้

ทฤษฎีกฎหมายเยอรมันแสดงให้เห็นถึงข้อตกลง หรือหนี้ตามสัญญาก่อให้เกิด หน้าที่ต่าง ๆ มากมาย ซึ่งหน้าที่เหล่านี้เป็นหน้าที่มีแหล่งที่มาจากสัญญา และเพื่อที่จะทำให้ หน้าที่เหล่านี้สิ้นสุดลงได้ก็ต่อเมื่อมีการชำระหนี้ การชำระหนี้จึงเป็นการทำให้ความสัมพันธ์ ทางหนี้ของคู่สัญญาสิ้นสุดลง¹⁶ การที่สัญญาก่อให้เกิดหน้าที่มากมายที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติ หากทำผิดหน้าที่ในทางสัญญาย่อมมีเพียงผิดนัดหรือไม่ชำระหนี้ แต่ต่อมามีนักกฎหมายเสนอ ความคิดเห็นว่า นอกจากการผิดนัดไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว ยังมีกรณีผิดสัญญา กล่าวคือ การทำผิดหน้าที่ของลูกหนี้ถือว่าเป็นการผิดสัญญาในการชำระหนี้ (Positive breach of contract) ซึ่งศาลเยอรมันได้พัฒนาหลักนี้ขึ้นมาภายหลัง¹⁷ และได้รับการยอมรับว่า การผิด สัญญาในการชำระหนี้ ถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้โดยทั่ว ๆ ไป และอาจก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่ เป็นอิสระหรือสิทธิเรียกร้องร่วมกัน หากการกระทำของลูกหนี้ในการผิดสัญญาไม่ชำระหนี้เป็น ละเมิดด้วย และก่อให้เกิดการชดใช้เยียวยาในทางละเมิด¹⁸ ซึ่งหลักความรับผิดชอบทางละเมิดจะได้ กล่าวต่อไปในภายหลัง

¹⁵ Ibid., p. 88.

¹⁶ Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law, pp. 90-91.

¹⁷ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จ ทั่วไป, หน้า 144.

¹⁸ Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law, p. 107.

ในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ ในหลักกฎหมายเยอรมัน การบังคับชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงเป็นวิธีแก้ไขสำหรับการไม่ชำระหนี้ที่สำคัญ ในบทบัญญัติเรื่องหนี้ ตาม มาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งบทบัญญัติให้เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ ลูกหนี้ชำระหนี้ ซึ่งการบังคับชำระหนี้อาจกระทำโดยคำพิพากษาสั่งให้ชำระหนี้ และการจะ บังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก็ต่อเมื่อตามสัญญาการชำระหนี้ยังคงเป็นไปได้อ¹⁹ ทำนองเดียวกันกับ สภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้มีการชำระหนี้ตามสัญญาได้ หากไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดย เฉพาะเจาะจงได้ เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือเลิกสัญญาแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะ เจาะจงตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน

ข้อวินิจฉัยในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเยอรมันจะต้องรับผิดชอบทางสัญญา ตามกฎหมายเยอรมัน อาจพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

- 1) ความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย
- 2) ความสุจริตของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย
 - 1) ความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ตามกฎหมายเยอรมัน ลูกหนี้โดยปกติต้องรับผิดชอบต่อการไม่ชำระหนี้ของตน ซึ่ง การไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ ก็เนื่องมาจากการกระทำหรือพฤติกรรมของลูกหนี้ และการกระทำ หรือพฤติกรรมนั้นเป็นความผิด (culpable) อันเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า หลักความผิด (principle of fault) ซึ่งมีแนวคิดมาตั้งแต่สมัยโรมันว่า การที่ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ นั้น ลูกหนี้จะต้องได้กระทำผิด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเสียหายซึ่งเจ้าหนี้จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ ชดใช้หนี้จะต้องโทษลูกหนี้ได้ เว้นแต่ในบางกรณีที่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดซึ่งลูกหนี้ จะต้องรับผิดชอบแม้ลูกหนี้ไม่ได้กระทำผิด อันเป็นความรับผิดชอบซึ่งไม่คำนึงถึงว่าลูกหนี้ผิดหรือไม่ ระบบกฎหมายซวิสเซอร์ได้รับเอาแนวคิดดังกล่าวมา โดยถือหลักว่า "ไม่มีความรับผิดชอบในการไม่ ชำระหนี้ หรือชำระหนี้บกพร่องก็เฉพาะในกรณีที่การไม่ชำระหนี้ หรือการบกพร่องเกิดขึ้นจาก การกระทำของลูกหนี้ ทั้งการกระทำนั้นถือได้ว่าเป็นความผิด หรือเป็นกรณีที่อาจโทษลูกหนี้ได้"

¹⁹Konard Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law, Volume II: The Institution of Private Law* (Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1977), p. 265.

ในกรณีที่ไม่มี การชำระหนี้โดยมิใช่ความผิดของลูกหนี้ เป็นต้นว่า มีเหตุสุดวิสัยมาขัดขวางการชำระหนี้ดังนี้ โดยปกติลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดไม่²⁰

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติเรื่องความผิดไว้ในมาตรา 276 ซึ่งวางหลักไว้ว่าลูกหนี้มีความรับผิดสำหรับการกระทำโดยเจตนา (wilful conduct) และความประมาทเลินเล่อ เพราะฉะนั้นลูกหนี้มีความรับผิดในการชำระค่าเสียหายก็เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามปกติแห่งมูลหนี้ และลูกหนี้มีความผิดตามมาตรา 276 ที่วางหลักให้ลูกหนี้มีความรับผิดเสมอสำหรับการไม่ใช้ความระมัดระวังซึ่งเป็นความประมาทเลินเล่อ และการกระทำโดยจงใจไม่ชำระหนี้ นั้น บทบัญญัติตามมาตรา 276 ถือเป็นบทหลักที่ปรับใช้ได้โดยทั่วไป ซึ่งต่างจากกฎหมายของแองโกลอเมริกัน²¹ และกฎหมายคอมมอนลอว์ ในประเทศอังกฤษหาได้ยึดถือหลักความผิดของลูกหนี้ไม่ เมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญาแล้ว ก็ย่อมต้องรับผิดชอบในการที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยเคร่งครัด หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือปฏิบัติไม่ครบถ้วนก็จะอ้างว่าตนได้ใช้ความพยายามเต็มที่ที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนแล้ว เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดหาได้ไม่²²

ตามกฎหมายฝรั่งเศส ลูกหนี้จะต้องรับผิดในการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ล่าช้า ก็ต่อเมื่อลูกหนี้มีความผิด (fault) คือประมาทเลินเล่อ (imprudence or negligence) หรือมีกลฉ้อฉล (fraud) คือ ไม่สุจริตในการชำระหนี้ (bad faith) หรือจงใจทำผิดในการชำระหนี้

โดยหลักทั่วไปลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในเหตุภายนอก (fortuitousevent) หรือเหตุสุดวิสัย (irresistible force) ซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้ตกเป็นเคราะห์กรรมของเจ้าหนี้เอง ลูกหนี้จะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อตกลงจะชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เจ้าหนี้เป็นพิเศษ กับกรณีที่ลูกหนี้ตกเป็นผู้ผิดนัด²³

²⁰โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 60-61.

²¹Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law, p. 97.

²²R.M. Goode, Commercial Law (Penguin Book 3, 1982), p. 113 อ้างในโสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 65.

²³เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

หลักความผิดของการชำระหนี้ ไม่ว่าจะโดยจงใจและประมาทเลินเล่อตามกฎหมายเยอรมันนั้น เป็นหลักเกณฑ์สำคัญของความรับผิดทางละเมิดเช่นกัน การกระทำโดยจงใจเป็นการกระทำโดยรู้ว่าการกระทำของตนจะก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น ส่วนความประมาทเลินเล่อเป็นการกระทำโดยขาดความระมัดระวังรอบคอบ ในระดับซึ่งวิญญูชนในพฤติการณ์เช่นนั้นพึงมี มาตรฐานของความระมัดระวังเป็นมาตรฐานตามภาวะวิสัย (objective standards) ไม่ใช่พิจารณาจากลักษณะเฉพาะตัวของลูกหนี้ การละเว้นการกระทำในกรณีที่มีหน้าที่ตามกฎหมายให้กระทำ ก็ถือว่าเป็นการกระทำผิดเช่นกัน²⁴

ดังนั้น ในการให้บริการตามสัญญาบริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเยอรมัน ผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าว หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจงใจไม่ชำระหนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีความรับผิดต่อลูกความ นอกจากนี้ หน้าที่ประการหนึ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีความสำคัญคือ หนี้หรือหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังอันเป็นที่ต้องการตามพฤติการณ์ในการจัดกิจการงานของลูกความ ลูกความซึ่งจัดกิจการงานของลูกความต่ำกว่ามาตรฐานการระมัดระวัง ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดในการชดเชยค่าเสียหายที่ตนก่อให้เกิดขึ้นแก่ลูกความของตน ไม่ว่าจะเป็ความผิดในการให้คำแนะนำหรือการจัดกิจการงานหรือในกรณีที่เป็นผู้แทนของลูกความในศาล²⁵ ผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง ในการจัดกิจการงานของลูกความให้เป็นไปตามมาตรฐานความระมัดระวังตามที่ผู้ประกอบวิชาชีพทั่วไปจะใช้ความระมัดระวังอันเป็นที่คาดหวังได้จากผู้มีวิชาชีพเดียวกันโดยเฉลี่ยทั่ว ๆ ไป อย่างไรก็ตาม ศาลเยอรมันมีความเข้มงวดต่อความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากการศึกษาคดีของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มต่อความเข้มงวด และความต้องการมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เพิ่มมากขึ้น ศาลเยอรมันดูเหมือนต้องการให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายที่ดีที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ มีความเข้าใจในข้อมูลที่เป็นระบบหรือเป็นหลักการอย่างมากที่สุดและดีที่สุด และมีความเพียรพยายามสูงสุด ซึ่งไม่ใช่แค่เพียงผู้ประกอบวิชาชีพผู้มีความเพียรพยายามโดยเฉลี่ย แต่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพ

²⁴Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law: An Introduction, p. 97.

²⁵ibid., p. 42.

กฎหมายที่มีความเพียรพยายามสูงสุด มีความรู้ที่ดีที่สุด และมีความสามารถดีที่สุดใน²⁶ ทั้งนี้ ส่วนหนึ่งอาจจะเป็นเพราะประเทศเยอรมันจัดประเภทสัญญาของระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย และลูกความเป็นสัญญาบริการคุณภาพสูง (high quality service)

2) ความสุจริตของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ในการชำระหนี้ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามสัญญานั้น จะต้องชำระหนี้ด้วยความสุจริต (good faith) ตามกฎหมายเยอรมันได้วางหลักเรื่องสุจริตไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อควบคุมการชำระหนี้ของลูกหนี้ เพื่อควบคุมการใช้สิทธิของคู่สัญญาหรือบุคคลใด ๆ และเพื่อการตีความสัญญาหรือเงื่อนไขในสัญญา หลักทั่วไปในการชำระหนี้ ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้โดยสุจริตตามปกติแห่งสภาพแห่งมูลหนี้ ซึ่งปฏิบัติกันโดยทั่วไปหรือคำนึงถึงปกติประเพณีในการชำระหนี้ด้วย

คำว่า สุจริต เป็นคำที่มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน เป็นแนวคิดเรื่องการใช้สิทธิจะต้องกระทำโดยสุจริต เรียกว่า *exceptio doli generalis* เป็นภาษาลาตินว่า *Bona fides* แปลว่าความซื่อสัตย์หรือสัจจะที่ดี ภาษาเยอรมันใช้คำว่า *Treu und Glauben* แปลได้ว่า "ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ"²⁷ เป็นการกำหนดว่าบุคคลภายใต้ระบบกฎหมายนั้นจะต้องประพฤติตนอย่างซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ความประพฤติใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อความเป็นคนที่มีความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ ย่อมนับว่าเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต²⁸

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักความคิดเรื่องความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ มีบทบาทอย่างมากในการตีความและควบคุมเงื่อนไขของสัญญาเป็นอย่างมาก นักกฎหมายเยอรมันเอามาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งหลายเรื่องด้วยกัน เช่น ห้ามมิให้ใช้สิทธิในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา

²⁶Panayotis J. Zepos and Phoebus Christodoulou, "Professional Liability," p. 50.

²⁷สมยศ เชื้อไทย, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมาย วิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2534), หน้า 122.

²⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 124.

226²⁹ และเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 ของไทย หลักเรื่องการตีความสัญญา ซึ่งจะต้องให้เป็นไปตามความประสงค์ในทางสุจริต ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 157³⁰ และเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368 บทบัญญัติที่นับว่าสำคัญที่สุดก็คือ หลักที่ว่าลูกหนี้จะต้องชำระหนี้โดยสุจริต ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 242 อันกลายเป็นบทบัญญัติของมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิส และเป็นมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³¹ บทหลักของความสุจริตในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติไว้ในมาตรา 242 อันมีความบัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า "The debtor is bound to effect the performance according to the requirements of good faith, ordinary usage being taken into consideration." ซึ่งถอดความเป็นภาษาไทยว่า "ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยสุจริต ทั้งนี้ให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติด้วย"

เกณฑ์ที่สำคัญของมาตรานี้คือ บุคคลทุกคนจะต้องปฏิบัติให้สมแก่การชำระหนี้ของตนและใช้สิทธิของตนตามหลักสุจริตทั่วไป³² บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 242 นี้ มีขอบเขตการใช้บังคับกว้างขวาง ทั้งนี้ เพราะเปิดช่องให้ศาลวินิจฉัยว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตและสอดคล้องกับปกติประเพณีทั่วไปหรือไม่³³ ศาลเยอรมันได้แปลใช้หลักกฎหมายตามมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งอย่าง

²⁹BGB, Section 226: "The exercise of right which can only have the purpose of causing injury to another is unlawful."

³⁰BGB, Section 157: "Agreement shall be interpreted according to the requirement of good faith, ordinary usage being taken into consideration."

³¹โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 103-104.

³²อุบลรัตน์ สิทธิยานันท์, "ความหมายของการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," บทบัญญัติ 43 (ธันวาคม 2530): 26.

³³อรนุช อาษาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 27.

กว้างขวางมาก ความมุ่งหมายเดิมของมาตรานี้ต้องการเพียงให้มีการสำนึกถึงเนื้อหาที่แท้จริงของหนี้ตามสัญญาและขอบเขตของบทบัญญัติ เพียงเพื่อกำหนดลักษณะ และวิธีการชำระหนี้ เช่นว่าบุคคลไม่จำเป็นต้องชำระหนี้ในเวลาที่ไม่สะดวก บางกรณีทรัพย์จะต้องบรรจุหีบห่อให้เรียบร้อย และบางกรณีต้องมีข้อแนะนำการใช้ทรัพย์ด้วย แต่ตอนหลังบทบัญญัตินี้ได้กลายเป็นบทควบคุมเกี่ยวกับการชำระหนี้ที่สำคัญยิ่ง และเป็นหลักนิติจริยธรรม (principle of legal ethics) ครอบคลุมไปทั่วระบบกฎหมายศาลเยอรมันได้แปลมาตรานี้ถอดช่องโหว่ต่าง ๆ ของกฎหมาย³⁴

ศาลเยอรมันได้นำหลักเรื่องความสุจริตในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย มาตรา 242 มาปรับใช้เช่นกัน เช่น กรณีที่ผู้ประกอบการวิชาชีพของเจ้าหนี้ไม่แนะนำให้เจ้าหนี้ทราบว่า การดำเนินคดีล้มละลายกับลูกหนี้จะไม่คุ้มค่า ศาลตัดสินว่าผู้ประกอบการวิชาชีพจะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้³⁵ ซึ่งเป็นลูกความของตน

มาตรา 242 ได้ถูกนำไปใช้ในการตีความสัญญาที่ได้จัดทำขึ้น และก่อให้เกิดหน้าที่ต่าง ๆ มากมายสำหรับคู่สัญญา รวมถึงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังหน้าที่ในการจัดการลักษณะและรูปแบบการชำระหนี้ หน้าที่ในการประกันการชำระหนี้ และหน้าที่ในการให้ข้อมูลและการอธิบาย³⁶ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังใช้เป็นการควบคุมการใช้สิทธิของบุคคลในกรณีที่บุคคลผู้ใช้สิทธิจะได้รับประโยชน์จากสิทธิ แต่เมื่อคำนึงถึงขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีประกอบด้วย ถ้าการใช้สิทธินั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อื่นเกินกว่าที่ควรจะเป็นตามปกติธรรมดาของการใช้สิทธิแล้ว ก็ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น³⁷ นอกจากนี้ แนวความคิดที่ว่าด้วยความสุจริตในกฎหมายเยอรมันนั้น ไม่ได้มีความจำกัดเฉพาะแต่ "ความสุจริตตามความเป็นจริง" เท่านั้น หากแต่ยังหมายรวมถึงการปฏิบัติต่อกันตามมาตรฐานซึ่งวิญญูชนจะพึงปฏิบัติต่อกันในการติดต่อสัมพันธ์กันทางการค้า

³⁴โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 104.

³⁵เรื่องเดียวกัน.

³⁶Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law, p. 97.

³⁷อนันต์ จันทรโอภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด," หน้า 100.



อีกด้วย³⁸ จะเห็นได้ว่า ศาลเยอรมันแปลใช้หลักความสุจริตอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ทำให้เกิดความไม่แน่นอนของกฎหมายขึ้นได้เหมือนกัน แต่ก็มุ่งไปในทางให้เกิดความเป็นธรรม ทำนองเดียวกับศาลอังกฤษนำหลักอภิปรัชญามาใช้เพื่อแก้ความไม่เป็นธรรม ซึ่งเกิดจากการใช้กฎหมายคอมมอนลอว์โดยเคร่งครัดในอดีตนั่นเอง³⁹ จากการใช้หลักสุจริตนี้เดิมบัญญัติในบรรพ 2 โดยเฉพาะในกฎหมายลักษณะหนี้ ต่อมาศาลเยอรมันได้พัฒนาหลักมาตรา 242 จนกลายเป็นหลักทั่วไปใช้บังคับกับกรณีต่าง ๆ ทุกเรื่อง และในปัจจุบันนี้เป็นความเห็นพ้องต้องกันในวงการนิติศาสตร์ในตระกูลเยอรมันรวมทั้งสวิสเซอร์แลนด์และออสเตรียว่า หลักสุจริตหรือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ได้กับกฎหมายทุกแขนง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมหาชนหรือเอกชนก็ใช้ได้ทั้งนั้น⁴⁰

ดังนั้น ความรับผิดชอบทางสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมันจึงเกิดจากการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิได้กระทำการตามหน้าที่ในสัญญาบริการและหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมาย อันถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ไม่ว่าจะเป็นการชำระหนี้ล่าช้าหรือพ้นวิสัยอันเนื่องมาจากความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม รวมถึงการใช้สิทธิหรือการชำระหนี้ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่เป็นไปตามหลักสุจริตหรือธรรมเนียมปฏิบัติ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงต้องรับผิดชอบต่อลูกความ ไม่ว่าจะเป็นการรับผิดชอบในการที่ลูกความบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจง หากมิสามารถบังคับชำระหนี้ได้ ลูกความย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาหรือลูกความย่อมมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหาย อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งหลักในการเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายเยอรมันถือว่า หลักค่าเสียหายไม่มีความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบตามสัญญา และความรับผิดชอบอันมิใช่สัญญา (non-contractual claim)⁴¹

³⁸ อรุณช อาษาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาค้ำประกันไม่เป็นธรรม," หน้า 27-28.

³⁹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 105.

⁴⁰ สมยศ เชื้อไทย, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมาย วิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป, หน้า 126.

⁴¹ สุรศักดิ์ มณีศรี, "ปริมณฑลของความรับผิดชอบในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 95.

อย่างไรก็ตาม ความเสียหายอันเนื่องมาจากความรับผิดทางสัญญา จะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำของ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วยหรือมีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล เช่นเดียวกับขอบเขตของความรับผิดทางละเมิดที่ผู้กระทำละเมิดจะรับผิดชอบในการกระทำผิดโดยมิชอบด้วยกฎหมายของตน ก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันถือหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในทางสัญญาและละเมิด โดยอาศัยหลักเกณฑ์ของทฤษฎีที่เรียกว่า มูลเหตุที่เหมาะสม (Adequate Cause) สาระสำคัญของทฤษฎีนี้คือ การที่จะถือว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลก็ต่อเมื่อการกระทำของจำเลยอยู่ในลักษณะที่เหมาะสมที่จะนำไปสู่ความเสียหายที่เกิดขึ้นในลักษณะปกติของชีวิต (The normal rules of life) โดยไม่คำนึงว่าจำเลยสามารถเล็งเห็นผลหรือไม่ ทฤษฎีนี้เป็นที่ยอมรับกันในศาลเยอรมันเป็นส่วนมาก⁴² อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์นี้ขยายขอบเขตความรับผิดมากและแทบจะไม่นำสู่ขอบเขตความรับผิดที่แท้จริง ซึ่งต่างจากหลักเหตุใกล้ชิด (proximate cause) ของกฎหมายแองโกลอเมริกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย⁴³ จะต้องเป็นเหตุใกล้ชิดความเสียหายของโจทก์ซึ่งใช้กับความรับผิดทางละเมิดและการฝ่าฝืนสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือหลักเกณฑ์ในคดี Hadley V. Baxendale ซึ่งกำหนดความรับผิดในค่าเสียหายสำหรับความเสี่ยงที่ลูกหนี้คาดเห็นได้ในขณะที่สัญญาได้ทำขึ้น อันเป็นหลักเกณฑ์ในประเทศอังกฤษที่ถือว่า ความเสียหายที่ต้องรับผิดต้องไม่ไกลกว่าเหตุ (Remoteness of damage) หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ประมาทเลินเล่อมีความรับผิดบางส่วนหรือทั้งหมดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ความรับผิดของเขาจะถูกจำกัดเฉพาะความเสียหายซึ่งไม่ไกลเกินกว่าเหตุ (too remote)⁴⁴ ซึ่งกฎหมายเยอรมันไม่มีหลักเกณฑ์ดังกล่าว ความรับผิดทางสัญญาตามกฎหมายเยอรมันจึงมีขอบเขตที่กว้างมาก⁴⁵

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

⁴³ Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, pp. 102-103.

⁴⁴ A.M. Dugale and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 251.

⁴⁵ Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law, p. 97.

4.1.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมัน

กฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลักษณะหนี้ในบรรพ 2 ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแยกบทบัญญัติในลักษณะหนี้ออกเป็นสองประเภท คือ บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องหนี้ (มาตรา 241 - 432) และบทบัญญัติเฉพาะ (มาตรา 433-853) ซึ่งบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องนี้กล่าวถึงสัญญาเฉพาะหรือเอกเทศสัญญาที่สำคัญ อาทิ สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาซื้อขาย จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้ และละเมิด ฯลฯ ส่วนบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องนี้ที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 2 คน ซึ่งทำให้บุคคลหนึ่งมีสิทธิเรียกร้องให้อีกบุคคลหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการบางอย่างซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าสามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ นำไปใช้ได้กับสิทธิเรียกร้องหรือหนี้ตามสัญญาและละเมิด ดังนั้น ในระบบประมวลกฎหมายเยอรมัน กฎเกณฑ์ทางละเมิดเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับกฎเกณฑ์ทางสัญญา เนื่องจากสัญญาและละเมิดต่างให้สิทธิแก่บุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกร้องบางสิ่งบางอย่างจากบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง⁴⁶ กล่าวคือ ทั้งกฎหมายสัญญาและกฎหมายละเมิดให้สิทธิแก่บุคคลทั่วไปในการเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เขาได้รับ⁴⁷

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 823 วรรคแรก

มาตรา 823 บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยปราศจากสิทธิตามกฎหมายทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของบุคคลอื่น จำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น . . .⁴⁸

⁴⁶Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law: An Introduction, p. 147.

⁴⁷Konard Zweigert and Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, Volumn II: The Institution of Private Law, p. 265.

⁴⁸BGB, Section 823

"A person Who willfully or negligently injures the life, body, health, freedom, property, or other right of another contrary to Law is bound to compensate him for any damage arising therefrom . . ."

มาตรา 823 วรรค 1 เป็นหลักเกณฑ์หลักในการวินิจฉัยความรับผิดในความเสียหายอันเกิดขึ้นจากความมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) และความผิด (culpable) และมีผลกระทบต่อผู้เสียหายเกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมาย (legal interest) อย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามกฎหมายเหล่านี้ได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน และสิทธิอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 823 วรรคแรก องค์ประกอบพื้นฐานตามมาตรา 823 วรรคแรก อาจแบ่งออกเป็น 4 ประการ คือ⁴⁹

- 1) ต้องมีการฝ่าฝืนต่อสิทธิหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ
- 2) โดยมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful)
- 3) โดยความผิด ไม่ว่าจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของจำเลยกับความเสียหายของโจทก์

1) ต้องมีการฝ่าฝืนต่อสิทธิหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่น ๆ ซึ่งสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิเด็ดขาด (absolute right) มิใช่สิทธิสัมพัทธ์ (relative right)⁵⁰ สิทธิอื่น ๆ (sonstiges recht) มีความหมายอย่างชัดเจนว่า หมายถึง สิทธิเด็ดขาดอันเป็นสิทธิซึ่งใช้อำนาจกับบุคคลทุกคน และไม่สามารถถูกแทรกแซงโดยบุคคลใด ๆ เช่น สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า รวมทั้งชื่อของบุคคลธรรมดาและบุคคลตามกฎหมาย แต่สิทธิสัมพัทธ์หรือสิทธิเรียกร้องเป็นสิทธิที่มีอยู่ต่อบุคคลคนหนึ่งหรือบุคคลบางคนเท่านั้น ไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรานี้ การฝ่าฝืนการชำระหนี้ซึ่งเกิดขึ้นจากสัญญาเท่านั้น เช่น การไม่ชำระหนี้ ย่อมไม่ถือว่าต้องรับผิดในทางละเมิด แต่ถ้าข้อเท็จจริงเป็นการฝ่าฝืนสัญญาและเป็นการกระทำในทางละเมิดด้วย โจทก์ย่อมมีอิสระในการเลือกฟ้องเพื่อประโยชน์ของตนเอง⁵¹ นอกจากนี้ ได้มีการตีความขยายสิทธิอื่น ๆ ตามมาตรานี้ให้รวมถึงสิทธิส่วนบุคคลทั่วไป (general right of personality) ความสัมพันธ์ทางครอบครัว (family

⁴⁹B.S. Markesinis, *The German Law of Tort* (Oxford: Clarendon Paperbacks Press, 1990) p. 33.

⁵⁰หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, หน้า 206-209.

⁵¹B.S. Markesinis, *German Law of Tort*, p. 51.

relationship) และสิทธิที่เกี่ยวกับการก่อตั้งหรือการดำเนินธุรกิจ (right of an established and operating business)

2) โดยมีขอบด้วยกฎหมาย (Rechtswidrigkeit) การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นถึงการฝ่าฝืนต่อบรรทัดฐานของกฎหมาย (legal norm) โดยปราศจากข้ออ้างตามกฎหมาย หากผู้กระทำสามารถอ้างเหตุใด ๆ ตามกฎหมาย ย่อมไม่เข้าองค์ประกอบในส่วนนี้ ข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ที่ยอมรับได้ตามกฎหมาย (Rechtfertigungsgrund) เช่น การกระทำโดยป้องกันตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 227 หรือการกระทำโดยจำเป็น (necessity) หรือการทำลายสิ่งก่อสร้างให้ตนเองหรือบุคคลอื่นพ้นจากอันตรายตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 228 หรือการอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria)⁵² เป็นต้น

3) โดยความผิด (Verschulden) หากผู้ทำละเมิดฝ่าฝืนต่อสิทธิหรือประโยชน์ที่ได้รับการปกป้องตามกฎหมายและเป็นการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายโดยปราศจากข้อต่อสู้หรือข้ออ้างตามกฎหมายแล้ว โจทก์จะต้องทำการพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดของจำเลย ซึ่งความผิดในที่นี้หมายถึง การจงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (culpa) ความผิดเป็นสภาพจิตใจของผู้กระทำ เป็นเรื่องของความรู้ผิดชอบชั่วดีหรือความสามารถในการใช้วิจารณญาณว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นได้หรือไม่ ถ้ากระทำทั้ง ๆ ที่รู้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือละเลยไม่ใช้วิจารณญาณหรือความสามารถของตนเพื่อพิจารณาเสียก่อนว่าบุคคลอื่นจะได้รับความเสียหายจากการกระทำของตน สังคมก็จะถือว่าการกระทำนั้นน่าตำหนิหรือเป็นความผิด ซึ่งผู้กระทำต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นอันเป็นเนื่องมาจากการกระทำนั้น⁵³

เจตนา คือ สภาวะทางจิตใจ (State of mind) ของบุคคลที่กระทำโดยรู้สำนึก (consciously) และโดยเจตนา (willingly) ต่อผลที่มีขอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะ (dolus directus) หรือการรู้สำนึกถึงผลดังกล่าวจุดจูงใจของผลของความมุ่งหมายหลักที่อาจเป็นไปได้

⁵² ความยินยอมที่ไม่เป็นละเมิด กฎหมายเยอรมันถือว่าหลักความยินยอมจะใช้ได้ และมีผลผูกพันในกรณีที่ผู้ให้ความยินยอมให้ความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยความรู้ในข้อเท็จจริงทั้งหมด และได้ให้ก่อนที่การกระทำที่ได้รับความยินยอมนั้นได้ถูกกระทำขึ้นแล้ว;

B.S. Markesinis, *The German Law of Tort*, p. 53.

⁵³ อนันต์ จันทโรภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด," หน้า 98.

ได้ของตน และแม้ว่าตนไม่ได้ประสงค์ต่อผลเหล่านั้น แต่ก็ยอมรับในผลที่ปรากฏขึ้น (dolus eventualis)⁵⁴

ความประมาทเลินเล่อเป็นกรณีที่บุคคลมิได้ปฏิบัติด้วยความระมัดระวังอันเป็นที่ต้องการในชีวิตประจำวัน ความจำเป็นของระดับความระมัดระวังเป็นสิ่งซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งจำเป็นในสังคม คำนิยามของความประมาทเลินเล่อบัญญัติไว้ในประมวลแพ่งเยอรมัน มาตรา 276 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องหนี้ซึ่งถอดความเป็นภาษาอังกฤษว่า

"The debtor is responsible, unless otherwise provided, for recklessness and negligence. A person who does not exercise the care required in ordinary intercourse acts negligently. The provision of Section 827 and 828 apply.

The debtor may not be released beforehand from responsibility for recklessness."

การวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อของผู้กระทำละเมิดวินิจฉัยจากวิญญูชนในสถานการณ์เดียวกันว่ากระทำการอย่างไร เพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดความเสียหายอันไม่สมควรแก่บุคคลอื่น ถ้าจำเลยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ จำเลยจะถูกพิจารณาจากมาตรฐานที่คาดหวังว่าจะได้รับจากสมาชิกของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น⁵⁵ จำเลยจะอ้างว่าตนเป็นผู้ไม่มีความสามารถตามมาตรฐานของความระมัดระวังตามความต้องการของวิญญูชนไม่ได้⁵⁶ การละเว้นการกระทำอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดถ้าจำเลยมีหน้าที่ต้องกระทำหน้าที่ดังกล่าวอาจเป็นผลมาจากสัญญา⁵⁷ หรือกฎหมายก็ได้ หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้ดเว้นหรือผู้เสียหายก็ได้⁵⁸ หน้าที่นี้ถือเป็นสิ่งที่จำเป็นในกรณีความรับผิดชอบอันเนื่องมา

⁵⁴B.S. Markesinis, The German Law of Tort, p. 63.

⁵⁵Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law, p. 148.

⁵⁶Ibid., p. 48.

⁵⁷E.J. Cohn, W. Zdzieblo, Manual of German Law, p. 156.

⁵⁸จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), หน้า 185.

จากการละเว้นการกระทำ การกระทำใดแม้จะเป็นการฝ่าฝืนต่อสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองจะไม่ถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายเว้นแต่จะแสดงให้เห็นว่าจำเลยได้ขาดมาตรฐานของความระมัดระวังอันเป็นที่ต้องการของสังคม⁵⁹

ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไป หากไม่คำนึงถึงความรับผิดทางสัญญาหรือทางละเมิดแล้ว จะพบว่าความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพจะเกิดจากการปฏิบัติงานที่ขาดมาตรฐานอันพึงคาดหวังตามกฎหมาย มาตรฐานของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมันส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากบทบังคับทางกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ใน Federal State on Attorneys 1956 (Bundesrechtsanwaltsordnung) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมวิชาชีพกฎหมายในเยอรมัน กล่าวคือ กฎหมายควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเยอรมันคล้ายกับข้อบังคับว่าด้วยจรรยาบรรณทางวิชาชีพ (rules of professional ethics) ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลความรับผิดทางวิชาชีพ (The Code of Professional Responsibility) ของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตกลงกับลูกความว่าจะกระทำการด้วยความซื่อสัตย์ ความระมัดระวัง และกระทำการแทนลูกความด้วยความสามารถ อันเป็นผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดสำหรับความต้องการความซื่อสัตย์ ความระมัดระวัง และความพยายามดังกล่าวตามที่บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยปกติพึงมีพึงใช้ในเรื่องของการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อันเป็นหลักความรับผิดที่เห็นได้ชัดในประเทศเยอรมัน แต่การวินิจฉัยความรับผิดโดยใช้หลักดังกล่าวต้องแล้วแต่พฤติการณ์ในคดี หน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวเป็นหน้าที่พิเศษของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงมีพึงใช้ และหน้าที่ดังกล่าวได้มีการพัฒนาที่ละเอียดละออน้อยจนเป็นมาตรฐานของความระมัดระวังในปัจจุบัน⁶⁰

4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของจำเลยกับความเสียหายของโจทก์ ในกรณีที่การกระทำของจำเลยได้แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และโดยความผิดไม่ว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หลักประการสุดท้ายที่จะต้องพิจารณาก่อนที่จำเลยจะต้องรับผิดตามมาตรา 823 คือ การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายและโดยความผิดของจำเลยต้องเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่โจทก์ได้รับและผลความ

⁵⁹B.S. Markesinis, *The German Law of Tort*, pp. 63-64.

⁶⁰Panayotis J. Zepos and Phoeleus Christodoulou, "Professional Liability," p. 53.

เสียหายที่ตามมา⁶¹ ซึ่งเป็นการพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล การกระทำของจำเลย (causation) เพราะหากโจทก์พิสูจน์ไม่ได้ว่าผลเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลของการกระทำของจำเลยแล้ว ย่อมเอาผิดจำเลยมิได้ การวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลหรือระหว่างความผิดและความเสียหายจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะให้จำเลยรับผิดชอบในความเสียหายนั้น และหลักกฎหมายเยอรมันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเป็นหลักเดียวกันสำหรับความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญา⁶² ตามหลักกฎหมายเยอรมัน ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลจะมีขึ้นก็ต่อเมื่อการกระทำของจำเลยเป็นเหตุเหมาะสมของความเสียหายหรือเป็นสิ่งเหมาะสมไปสู่ผลที่เกิดขึ้น หรือเป็นเหตุที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องรับรู้ถึงเหตุการณ์พิเศษหรือไม่นำไปได้⁶³ ซึ่งเรียกหลักดังกล่าวว่า ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม (doctrine of the adequate causal connection)⁶⁴ ทฤษฎีนี้เป็นการประนีประนอมของทฤษฎีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีเงื่อนไข (conditio sine qua non) ที่ถือว่าการกระทำของจำเลยจะเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นอย่างน้อยต้องเป็นเงื่อนไขของความเสียหายนั้นเป็นอย่างน้อย กล่าวคือ หากปรากฏว่าถ้าไม่มีการกระทำดังที่ถูกล่ามถามแล้ว ผลจะไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น ต้องถือว่าผลที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลอันเกิดจากการกระทำที่ถูกล่ามถาม⁶⁵ และทฤษฎีความคาดเห็นได้ (Foreseeability Theory) ถือว่าการกระทำของจำเลยที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ และจำเลยจะรับผิดชอบในผลนั้นก็ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่คาดเห็นได้⁶⁶

⁶¹ Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law, p. 151.

⁶² E.J. Cohn, W. Zdziebło, Manual of German Law, p. 155.

⁶³ Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Lesser, German Private and Commercial Law, p. 151.

⁶⁴ B.S. Markesinis, The German Law of Tort, p. 82.

⁶⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 185.

⁶⁶ ดู โสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 150-151.

แม้จะเป็นที่ถกเถียงกันถึงทฤษฎีที่จะนำมาใช้กับผลเสียหายที่เกิดจากการกระทำของจำเลยและจำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายเยอรมันถือว่าความเสียหายไม่ว่าจะเป็นกรณีของการผิดสัญญาหรือละเมิดจะต้องเกิดจากเหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้น อันเป็นไปตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสมนั่นเอง⁶⁷ (doctrine of the adequate causal connection) กล่าวคือ ผลที่ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบต้องเป็นผลที่เป็นไปตามปกติของกฎแห่งชีวิต เพียงแต่ผลนั้นจะไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีการกระทำของผู้ก่อความเสียหายเท่านั้น ยังไม่ถือว่าผู้ก่อความเสียหายนั้นต้องรับผิดชอบ แต่ผลที่เกิดขึ้นตามปกติก็ไม่จำเป็นที่ตัวผู้ก่อความเสียหายเองควรจะได้อรรถาธิบาย⁶⁸ ซึ่งทฤษฎีนี้ ศาลเยอรมันส่วนใหญ่ยึดถือเพื่อใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในทางละเมิด แต่ก็ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าศาลได้เคยใช้ทฤษฎีอื่นในการวินิจฉัยปัญหาด้วย เช่น ทฤษฎีความเท่าเทียมแห่งเหตุ (Equivalent)* เป็นต้น ในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไม่สามารถแก้ไขได้โดยหลักทางตรรกวิทยาบริสุทธิ์และหลักที่เป็นนามธรรม แต่โดยสาระสำคัญของการแก้ปัญหาขึ้นอยู่กับคุณค่าของความยุติธรรม (value-judgement)⁶⁹ อันเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีได้อย่างเต็มที่เหมือนกับในประเทศฝรั่งเศส

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 152.

⁶⁸ จิตติ ดิงศภักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 214.

*ทฤษฎีนี้ใช้กันมากในฝรั่งเศส โดยสาระสำคัญของทฤษฎีได้รับอิทธิพลมาจากจอห์น สจ๊วต มิลล์ การใช้ทฤษฎีนี้ถูกต้องตามความเป็นจริงที่จำเลยเป็นผู้ก่อความเสียหาย จึงต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายทั้งหมด โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจำเลยสามารถคาดเห็นหรือควรได้คาดเห็นความเสียหายเช่นนั้นได้ก่อนหรือไม่; สุรศักดิ์ มณเฑียร, "ปริมณฑลของความรับผิดชอบทางละเมิดในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," หน้า 98.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 98-99.

4.2 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

ในการพิจารณาถึงความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย อาจแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

4.2.1 ความรับผิดชอบทางสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

4.2.2 ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

4.2.1 ความรับผิดชอบทางสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความ เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ โดยลูกความตกลงว่าจ้างให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการว่าความอรรถคดี หรือให้ความเห็น คำแนะนำ คำปรึกษาในข้อกฎหมาย หรือให้บริการทางวิชาชีพอื่นที่เกี่ยวกับกฎหมาย โดยให้สินจ้างแก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในการตกลงรับจ้างและกระทำการงานจนเป็นผลสำเร็จ ในการให้บริการทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อาจก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทนอีกส่วนหนึ่ง เช่น การว่าความในศาลไม่ว่าคดีแพ่งหรือคดีอาญา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความจะต้องได้รับการแต่งตั้งและมอบอำนาจให้เป็นทนาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 61 หรือในการทำนิติกรรมใด ๆ แทนลูกความ ต้องมีการมอบอำนาจให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการแทนลูกความของตน ซึ่งเป็นไปตามหลักสัญญาตัวแทน เป็นต้น ในส่วนของความรับผิดชอบทางสัญญาจึงแยกพิจารณาสัญญาออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาพื้นฐานที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งก็คือสัญญาจ้างทำของ และสัญญาซึ่งเป็นส่วนประกอบของสัญญาพื้นฐาน คือ สัญญาตัวแทนอีกส่วนหนึ่ง

1) สัญญาจ้างทำของ สัญญาที่ลูกความตกลงให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการใด ๆ โดยใช้ความรู้ทางกฎหมายของตนตามที่ลูกความจ้าง และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตกลงจะทำการงานตามที่ลูกความต้องการ โดยได้รับค่าตอบแทนในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการเกี่ยวกับการให้คำแนะนำปรึกษากฎหมาย การดำเนินคดีหรือว่าความ หรือให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งเป็นบริการที่ใช้ความรู้ทางกฎหมาย ซึ่งอาจเรียกสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความเป็นสัญญาบริการ เนื่องจากงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นงานทางด้านบริการมิใช่เป็นการผลิต

สินค้าหรือวัตถุใด ๆ นอกจากนี้ อาจเรียกชื่อสัญญาได้หลายชื่อ เช่น สัญญาจ้างว่าความ สัญญาจ้างที่ปรึกษากฎหมาย หรือสัญญาให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ก็คือ หลักกฎหมายว่าด้วยจ้างทำของซึ่งจัดอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา งานตามสัญญาจ้างทำของที่ต้องทำให้สำเร็จนี้มีใช้จำกัดเฉพาะงานที่เป็นวัตถุแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่รวมถึงงานที่ไม่ก่อให้เกิดวัตถุ หรือเป็นการทำสิ่งที่มีรูปร่างอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 258/2486 "สัญญาจ้างทนายความให้ความให้คำปรึกษา เป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 587 เพราะเป็นการตกลงรับว่าจะทำงานจนสำเร็จโดยลำพังความคิดของผู้รับจ้าง"

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ซึ่งบัญญัติว่า

"อันว่าจ้างทำของ คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น"

เมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความของสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 587 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และจากบทบัญญัติในเรื่องสัญญาจ้างทำของ ก็สามารถที่จะแยกพิจารณาถึงสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของได้ดังนี้ คือ

1.1) วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างทำของก็คือ การที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ ผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการแรงงานของผู้รับจ้างแต่เพียงอย่างเดียว ดังเช่นนายจ้างต้องการจากลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ลูกความในฐานะผู้ว่าจ้างไม่อาจบังคับบัญชาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการให้บริการทางวิชาชีพแต่อย่างใด ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีอิสระในการทำงานตามที่ได้รับมอบหมายตามความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญของตน ลูกความเป็นเพียงผู้มอบหมายงานและหวังผลสำเร็จของงานนั้นเป็นสำคัญ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1176/2510 สัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 นั้น ผู้รับจ้างตกลงจะทำงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง โดยผู้รับจ้างไม่ได้อยู่ในความควบคุมบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิจะสั่งงานหรือบงการแก่ผู้รับจ้าง

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย รับจ้างว่าความให้กับลูกความ ผลสำเร็จของงานก็คือ ว่าความหรือดำเนินคดีแทนลูกความในศาลจนคดีถึงที่สุดซึ่งบางครั้งอาจตกลงกันให้ผลสำเร็จของงาน รวมถึงการบังคับคดีตามคำพิพากษาและรับชำระหนี้แทนลูกความของตน หากจำเลยถูกบังคับคดีหรือยอมชำระหนี้ตามคำพิพากษา ผลสำเร็จก็ย่อมเป็นไปตามที่ตกลงกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 173/2488 จ้างทนายว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของจ้างทนายความว่าความตั้งแต่ต้นจนคดีถึงที่สุด โดยกำหนดค่าจ้างไว้ ถ้าแพ้ไม่คิดเอาค่าจ้างนั้น ผลสำเร็จของงานย่อมอยู่ที่การว่าคดีจนถึงที่สุด ส่วนการแพ้หรือชนะเป็นเพียงเงื่อนไขในการชำระค่าจ้าง

ในกรณีถ้าเป็นการให้คำแนะนำข้อกฎหมาย ผลสำเร็จของงานก็คือลูกความได้รับคำแนะนำหรือความเห็นในข้อกฎหมายแล้ว หรือในกรณีที่ได้รับมอบหมายให้ร่างสัญญา ผลสำเร็จก็คือสัญญาที่ถูกร่างขึ้นเรียบร้อยแล้วตามความประสงค์ของลูกความ เป็นต้น

แต่พึงระวังว่า คำว่า "ผลสำเร็จ" นี้ อาจจะเป็นที่พึงพอใจของผู้ว่าจ้างหรือไม่ก็ได้ เช่น จ้างทนายให้ว่าคดีให้จนเสร็จคดี เมื่อศาลชั้นต้นตัดสินคดี หรือเมื่อคดีถึงที่สุด (ทั้งนี้แล้วแต่จะตกลงกันไว้อย่างไร) แม้จะแพ้คดี ผู้ว่าจ้างหรือลูกความก็ต้องจ่ายสินจ้างเพื่อการนั้น⁷⁰ และถือว่างานที่มอบหมายให้ดำเนินการเป็นผลสำเร็จ ทั้งนี้ เพราะผลลัพธ์ที่ได้มิได้อยู่ภายในขอบเขตของความรู้ความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว แต่ขึ้นอยู่กับมูลคดีของลูกความตน ข้อต่อสู้ของฝ่ายตรงข้ามและน้ำหนักของพยานที่ต่างฝ่ายต่างนำมาสืบเพื่อประกอบคดีและดุลพินิจของศาลด้วย เพียงแต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องทำงานที่ได้รับมอบหมายด้วยความรู้ความสามารถตามที่ลูกความคาดหวังว่าจะได้รับจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ก็คล้ายกับแนวความคิดของประเทศคอมมอนลอว์ที่กล่าวไว้ข้างต้น

1.2) สินจ้าง ผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จการทำงานนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิได้ทำงานให้แก่ลูกความโดยเปล่าประโยชน์หรือปราศจากค่าตอบแทน เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้บริการทางวิชาชีพแก่ผู้ว่าจ้างแล้ว ก็จะได้รับ

⁷⁰มานะ พิทยาภรณ์, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ และรับขน (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พับลิคิสิเนส พรินท์ จำกัด), หน้า 302.

สินจ้างเป็นการตอบแทน จึงถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ตอบแทนซึ่งกันและกัน คำว่า "สินจ้าง" ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 587 ตามปกติมักจะเป็นเงินตรา แต่อาจเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นก็นับว่าเป็นสินจ้าง

มีข้อสังเกตในเรื่องสินจ้างของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคือ แต่เดิมถือว่าเป็นสินจ้างโดยแบ่งจากประโยชน์ที่ลูกความได้รับไม่ได้ ดังมีตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับทนายความแบ่งเอาส่วนทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท ซึ่งวินิจฉัยโดยอาศัยหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 ซึ่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 ให้ใช้เป็นข้อบังคับกำหนดมรรยาททนายความ บัญญัติไว้ว่า "ทนายความที่เชื่อว่าต่างแก่ต่าง โดยวิธีสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทอันจะให้แก่ลูกความ อาจถูกห้ามมิให้ทำการเป็นทนายความหรือถูกลบชื่อจากทะเบียนทนายความ"

คำพิพากษาฎีกาที่ 871/2480 จำเลยจ้างโจทก์เป็นทนายความโดยมีข้อสัญญาว่าค่าจ้างนั้นให้คิดคำนวณว่า เมื่อเรียกร้องเป็นเงินแสนบาท จะยอมให้ค่าจ้างสองหมื่นบาท ทั้งนี้ ถือเป็นหลักอนุโลมมากน้อยตามส่วนที่จะได้ หากเรียกร้องไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะไม่จ่ายค่าจ้างเลย ดังนี้ ถือว่าเป็นข้อสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่พิพาทขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) ย่อมเป็นโมฆะ และโจทก์จะฟ้องเรียกค่าจ้างตามสมควรก็ไม่ได้ด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1558/2526 สัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าความแก่ต่างให้จำเลยเพื่อแบ่งทรัพย์สินพิพาทในคดีเป็นสัญญาที่วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) การทำสัญญากันก่อนว่าความหรือระหว่างว่าความมาเป็นผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่ใช่บังคับไม่ สัญญานี้จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 (มาตรา 150)

สำหรับคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยการคิดค่าสินจ้างซึ่งไม่เป็นการแบ่งทรัพย์สินพิพาทคดี เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 988/2507 สัญญาจ้างว่าความที่ทนายความเรียกค่าจ้างจากลูกความ 20% ของจำนวนทุนทรัพย์ที่ฟ้อง คิดเป็นเงิน 22,200 บาทนั้น เป็นค่าจ้างที่แน่นอน การที่คิดเป็นเปอร์เซ็นต์ของจำนวนทุนทรัพย์เป็นเพียงอาศัยเป็นเกณฑ์คำนวณค่าจ้างว่าความว่าจะเรียกค่าจ้างคิดเป็นเปอร์เซ็นต์เท่าใด ทุนทรัพย์ที่ฟ้องเท่านั้น หาใช่เป็นสัญญาแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความพึงได้เมื่อชนะคดีไม่ จึงไม่ต้องห้ามตามกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ฉะนั้นย่อมบังคับกันได้ตามสัญญา

คำพิพากษาฎีกาที่ 1454/2510 ที่ดินที่ตกลงให้เป็นค่าจ้างว่าความเป็นที่ดิน ที่อยู่นอกที่พิพาท จึงมิใช่เป็นการเรียกร้องเอาค่าจ้างจากส่วนแบ่งในที่ดินที่พิพาท ไม่ขัดต่อ พระราชบัญญัติทนายความ หรือความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 379/2521 สัญญาจ้างทนายว่าความกำหนดค่าจ้างเป็น จำนวนเงินแน่นอน มิใช่แบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาท ไม่เป็นโมฆะ ทนายความ ของจำเลยในคดีที่จำเลยยอมความในศาลกับคู่ความที่เป็นผู้เยาว์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล ถือเป็นการที่ทนายความขาดความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นเหตุให้จำเลยเสียหาย เพราะถูกเพิกถอนการยอมความต้องลดค่าว่าจ้างลงตามสมควร

ในเรื่องการกำหนดสินจ้างซึ่งเป็นที่ต้องห้ามนั้น จะไม่ใช่บังคับในกรณีทำงานของ ผู้ประกอบวิชาชีพเป็นงานที่ไม่เกี่ยวกับการว่าต่างแก้ต่างในศาล ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า สามารถ กำหนดสินจ้างโดยแบ่งจากมูลค่าของทรัพย์สินที่ลูกความได้รับได้ ไม่มีกฎหมายห้ามและไม่ขัด ต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน

คำพิพากษาฎีกาที่ 1557/2500 ทนายความรับจ้างทำเรื่องราวเรียกค่าปฏิกรรม สงครามจากรัฐบาล โดยคิดค่าจ้างร้อยละ 10 ของจำนวนที่จะได้รับจริง ไม่ใช่รับจ้างในหน้าที่ ทนายความว่าต่างแก้ต่างในศาล ไม่ต้องห้ามและไม่เป็นโมฆะ

ในปัจจุบันได้มีการออกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาใช้บังคับและได้ มีการออกข้อบังคับมรรยาททนายความ เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 ข้อบังคับที่ออกมา ใหม่ไม่ได้ระบุว่า การเรียกเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่ลูกความได้จากคดีเป็นการผิดมรรยาท ทนายความ จึงเกิดปัญหาว่าการเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความได้จากในคดีนั้น ในปัจจุบันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

อาจารย์ อัครวิทย์ สุมาวงศ์ ให้ความเห็นว่า ในปัจจุบันถ้ามีการตกลงเรียกค่าจ้าง ว่าความเอาส่วนแบ่งจากทรัพย์สินที่เป็นมูลพิพาทที่ลูกความได้จากคดีแล้ว ก็ถือว่าไม่ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาจ้างว่าความนั้นจะสมบูรณ์ไม่เป็น โมฆะ⁷¹ และข้อตกลงดังกล่าวจะต้องทำขึ้นภายหลังวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2529 ซึ่งเป็นวันที่ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ใช้บังคับ

⁷¹ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, "กฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรม-สัญญา," ใน รวม คำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 48 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง เนติบัณฑิตยสภา, 2538), 2: 145.

ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความเห็นว่า ถึงแม้ว่าไม่มีกฎหมายใดควบคุมการคิดค่าทนายความเอง ซึ่งมีได้หมายความว่า จะคิดค่าทนายความเท่าไรก็ได้ เพราะค่าทนายความยังต้องตกอยู่ภายใต้หลักแห่งศีลธรรมอันดีคือ จะเรียกสูงเกินควรไม่ได้ และจะเรียกเอาจากประโยชน์ที่คู่ความจะได้รับจากการชนะคดีก็ไม่ได้⁷² อย่างไรก็ตาม ได้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยในทำนองคล้ายกับความเห็นแรก คือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 5622/2530 สัญญาที่โจทก์รับจ้างว่าต่างให้จำเลยทั้งสาม ก่อน 18 กุมภาพันธ์ 2529 โดยคิดค่าจ้างร้อยละ 30 ของเงินที่ได้มาทั้งหมด มิได้คิดจากจำนวนทุนทรัพย์ที่ได้ฟ้องเป็นการแบ่งเอาส่วนจากทรัพย์สินอันเป็นมูลพิพาทที่ได้แก่ลูกความ มีวัตถุประสงค์ขัดต่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 มาตรา 41 ประกอบกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 มาตรา 12 (2) เป็นโมฆะตามมาตรา 113 (มาตรา 150) แม้ต่อมาจะได้มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 และกำหนดให้คณะกรรมการสภาทนายความออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ ตามมาตรา 53 ซึ่งข้อบังคับนั้นไม่ได้กำหนดเรื่องค่าจ้างว่าความไว้ก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะไปแล้วกลับสมบูรณ์ขึ้นได้

ในสหรัฐอเมริกา การเรียกค่าทนายความประเภทเรียกเก็บตามผลของคดี (contingent fee) นั้นทำได้ แต่จะเรียกค่าทนายความแพงเกินสมควรกว่าเหตุไม่ได้ อย่างไรก็ตาม เป็นเรื่องแพงเกินสมควรกว่าเหตุ นั้น ศาลเป็นผู้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงความยากง่าย ระยะเวลาที่ต้องใช้ในการดำเนินคดี ชื่อเสียงของทนายความผู้เรียกเป็นสำคัญ ในประเทศอังกฤษเอง หลังจากปี 1966 มาแล้ว เปลี่ยนแนวความคิดเป็นว่าให้ทนายความเรียกค่าทนายความประเภทนี้ได้ โดยมีเหตุผลว่า ในกรณีที่ลูกความไม่มีเงิน และถ้าไม่ได้รับการช่วยเหลือจากทนายความเลย เขาก็ไม่ได้อะไรเลยเหมือนกัน อีกประการหนึ่ง วงการกฎหมายอังกฤษมีการช่วยเหลือทางกฎหมาย (legal aid and advice) เป็นการอนุเคราะห์ให้ทุกคนได้มีโอกาสรักษาสิทธิของตน อันเป็นสิทธิที่พึงมีพึงได้ เป็นสิทธิที่เขาพึงใช้ในศาลยุติธรรมในกรณีที่คู่ความไม่มีเงินเสียค่า

⁷²จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมายทั่วไป, หน้า 8.

ฤชาธรรมเนียม เพราะฉะนั้น การเรียกค่าทนายความประเภทนี้จึงไม่ถือเป็นการผิดกฎหมาย ไม่เป็น 'champerty' ตามกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างแต่ก่อน⁷³

เนื่องจากสินจ้างเป็นค่าตอบแทนที่ลูกความต้องให้แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย จะชำระเมื่อไหร่ก็แล้วแต่จะตกลงกัน ซึ่งอาจจะชำระเป็นส่วน ๆ ก็ได้หรือจะตกลงชำระกันก่อน ที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจะลงมือทำงาน หรือขณะเมื่อการงานที่ทำแล้วเสร็จ หรือแม้แต่จะตกลงให้ชำระกันภายหลังที่การงานได้ทำแล้วเสร็จก็ได้ แต่ถ้ามิได้ตกลงกันในเรื่องเวลาการ ชำระหนี้ไว้ ก็ต้องชำระเมื่อลูกความได้รับมอบงานแล้วตามมาตรา 602⁷⁴ ถึงแม้ว่าโดยสภาพ ของงานที่ผู้ประกอบการวิชาชีพทำในบางกรณีตามสภาพแล้วไม่มีอะไรจะส่งมอบ ลูกความต้องชำระ ค่าจ้างเมื่อการนั้นสำเร็จลง เช่น จ้างว่าความชำระสินจ้างเมื่อคดีถึงที่สุด เป็นต้น

คำพิพากษาฎีกาที่ 1045/2493 สัญญาจ้างโจทก์ให้ความแก่ต่างจำเลยในคดี เรื่องหนึ่ง ศาลพิพากษาหรือสั่งยกฟ้อง จำเลยยอมให้ค่าจ้าง ถ้าแพ้ไม่ต้องเสียค่าจ้าง โจทก์ได้ เข้าว่าคดีนั้นโดยตัดฟ้องว่า ผู้ฟ้องไม่มีอำนาจฟ้องในที่สุดศาลสั่งไม่ประทับฟ้องคดีนั้น อันเป็น ยุติเพียงนั้น ดังนี้ ข้อสัญญาย่อมผูกมัดจำเลยให้จำต้องจ่ายเงินแก่โจทก์ตามสัญญา แม้ว่า จำเลยจะถูกฟ้องเป็นคดีอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งเป็นกรณีเดียวกับคดีที่ศาลสั่งไม่ประทับฟ้องแล้วก็ตาม

คำพิพากษาฎีกาที่ 1229/2501 จำเลยอ้างว่าความตกลงจ่ายค่าจ้างกันเป็น 3 งวด งวดละ 3,000 บาท รวม 9,000 บาท งวดที่ 3 จ่ายเมื่อคดีเสร็จเด็ดขาด ปรากฏว่าศาล สั่งจำหน่ายคดีถึงที่สุด คดีมีปัญหาว่า เมื่อศาลสั่งจำหน่ายคดีซึ่งจำเลยอาจถูกฟ้องใหม่เช่นนี้ จะจ่ายค่าจ้างเต็มจำนวนหรือไม่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า สัญญานี้เป็นสัญญาจ้างเหมาทั้งหมด เมื่อ โจทก์ได้ว่าความให้จำเลยจนคดีเสร็จเด็ดขาดถึงที่สุดแล้ว แม้จะถึงที่สุดโดยวิธีใดก็ตาม จำเลย ต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่โจทก์เต็มจำนวนในสัญญา

⁷³ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร, "หลักวิชาชีพนักกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์," ใน รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพกฎหมาย แสงวบุญ เฉลิมวิภาส บรรณาธิการ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 23.

⁷⁴ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 602 บัญญัติว่า

"อันสินจ้างนั้นพึงใช้ให้เมื่อรับมอบการที่ทำ ถ้าการที่ทำนั้นมีกำหนดว่าจะส่งรับกัน เป็นส่วน ๆ และได้ระบุจำนวนสินจ้างไว้เป็นส่วน ๆ ไซ้ ท่านว่าพึงใช้สินจ้างเพื่อการแต่ละส่วน ในเวลารับเอาส่วนนั้น"

คำพิพากษาฎีกาที่ 951/2509 อัตราค่าทนายความท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นอัตราสำหรับศาลจะพิพากษาให้คู่ความชดใช้แทนกันเท่านั้น ส่วนการกำหนดจำนวนค่าจ้างว่าความ ย่อมเป็นไปตามที่ตกลงกันได้ ในกรณีที่ไม่ปรากฏการตกลงค่าจ้างโดยชัดแจ้ง ศาลก็กำหนดให้ตามที่เห็นสมควรแล้วแต่งานที่ทำ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2908/2523 สัญญาจ้างว่าความโดยจ่ายค่าจ้างเป็นงวด ๆ งวดแรกจ่ายวันทำสัญญา งวดที่ 2 จ่ายวันที่ 24 มิถุนายน 2520 งวดที่ 3 จะจ่ายให้ก่อนวันที่สืบพยาน งวดสุดท้ายจะจ่ายให้เมื่อคดีศาลชั้นต้นสิ้นสุด ปรากฏว่าคดีถึงที่สุดโดยโจทก์ในคดีดังกล่าวถอนฟ้องก่อนมีการสืบพยาน ศาลเห็นว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ กล่าวคือ เป็นการจ้างเหมามาหมด แม้คดีจะถึงที่สุดโดยการสืบพยาน จำเลยต้องชำระค่าจ้างให้แก่โจทก์ แต่มีเหตุผลค่าจ้างให้จำเลย

อย่างไรก็ตาม หากมิได้กำหนดค่าสินจ้างเอาไว้ ศาลก็อาจกำหนดให้ตามที่เห็นสมควร โดยพิจารณาถึงงานที่ทำ และคำนึงถึงความสุจริตและปกติประเพณีด้วย

คำพิพากษาฎีกาที่ 1454/2510 จำเลยตกลงจ้างโจทก์เป็นทนายว่าความให้ โดยได้ตกลงกำหนดสินจ้าง ศาลย่อมกำหนดสินจ้างให้ตามจำนวนที่สมควรโดยคาดคิดว่าคู่สัญญาจะตกลงกันโดยสุจริตและตามปกติประเพณี

คำพิพากษาฎีกาที่ 2207/2525 จำเลยว่าจ้างโจทก์ให้เป็นทนายความดำเนินคดีและโจทก์ได้ทำการงานสำเร็จแล้ว แม้จะมีได้ตกลงกันในเรื่องสินจ้างก็มีสัญญาผูกพันจำเลยที่จะต้องจ่ายสินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการงานที่ทำนั้น และการคิดคำนวณสินจ้างในกรณีดังกล่าว จำเป็นต้องตีความสัญญาให้เป็นไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย

1.3) สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายนั้น เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ โดยการแสดงเจตนาเมื่อมีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ ไม่ต้องทำเป็นหนังสือการนำสืบถึงข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาอาศัยข้อเท็จจริง ทั้งนี้ เพราะความสำเร็จของงานเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา คู่กรณีไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือก็เรียกร้องบังคับกันได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 233/2488 สัญญาจ้างว่าความทำด้วยปากเปล่าก็ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 434/2504 หนี้ตามฟ้องของโจทก์เรียกค่าว่าความนั้น อาจนำพยานบุคคลหรือพยานหลักฐานอื่นมาสืบได้ ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย อีกนัยหนึ่งก็คือ สัญญาจ้างว่าความไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือก็ได้

1.4) สัญญาจ้างทำของ โดยหลักแล้วมิใช่เป็นสัญญาเฉพาะตัว ผู้รับจ้างจะเอาการทำงานที่ได้รับจ้างทั้งหมด หรือแบ่งการทำงานแต่บางส่วนให้กับผู้รับจ้างทำอีกทอดหนึ่งก็ได้⁷⁵ และในกรณีที่ผู้รับจ้างตายหรือเป็นผู้ไม่สามารถทำงานที่รับจ้างสัญญาจ้างย่อมไม่สิ้นสุดลง สิทธิหน้าที่และความผูกพันตามสัญญาจ้างทำของตกสู่ทายาท อย่างไรก็ตาม สัญญาจ้างทำของ อาจเป็นสัญญาเฉพาะตัวได้หากสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้าง หากผู้รับจ้างตายหรือไม่สามารถทำงานที่จ้างได้ สัญญาจ้างย่อมเป็นอันสิ้นสุดลงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 606 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้างและผู้รับจ้างตายก็ดี หรือตกเป็นผู้ไม่สามารถทำงานที่รับจ้างนั้นต่อไปได้ ด้วยมิใช่เพราะความผิดของตนก็ดี ท่านว่าสัญญานั้นย่อมเป็นอันสิ้นสุดลง”

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ลูกความว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็เนื่องจากความเชื่อถือในความรู้และความสามารถ ผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ บุคคลที่ไม่มีความรู้ความสามารถ ย่อมไม่อาจที่จะดำเนินการตามที่ลูกความประสงค์ และหากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผ่านการประกอบวิชาชีพมาเป็นเวลานานมีประสบการณ์มาก ย่อมจะเป็นที่ไว้วางใจของลูกความมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ งานที่ลูกความตกลงให้ผู้ประกอบวิชาชีพดำเนินการ มักจะเป็นเรื่องที่มีผลต่อตัวลูกความโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิ ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใด ๆ ที่ลูกความอาจจะได้รับหรือเสียไป หรืออาจเป็นเรื่องที่มีผลต่ออริสภาพของตนเอง เช่น ได้รับโทษจำคุก หรือกักขังตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น ลูกความจึงต้องเลือกจ้างผู้มีคุณสมบัติและความสามารถด้วยประสงค์จะให้เป็นผู้รักษาผลประโยชน์ของตน ประกอบกับเป็นผู้มีความน่าเชื่อถือและความซื่อสัตย์ สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงเป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญอยู่ที่ความรู้ความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะตกลงเป็นอย่างอื่น หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตายหรือไม่สามารถทำงานที่ได้รับมอบหมายได้ สัญญาจ้างย่อมระงับ แต่ถ้าหากกรณีผู้รับจ้างเป็นนิติบุคคล ผู้เขียนเห็นว่าลูกความแสดงเจตนาโดยปริยายยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งอยู่ในสังกัดของนิติบุคคลสามารถทำงานของลูกความได้ และไม่ถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้รับจ้างช่วงตามนัยมาตรา 607 เพราะนิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายสมมุติให้ มิได้มีตัวตนแต่อย่างไร ซึ่งสัญญาอาจจะสิ้นสุด

⁷⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 607 “ผู้รับจ้างจะเอาการทำงานที่รับจ้างทั้งหมด หรือแบ่งการแต่บางส่วนไปให้ผู้รับจ้างช่วงทำอีกทอดหนึ่งก็ได้ เว้นแต่สาระสำคัญของสัญญานั้นจะอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัว ผู้รับจ้าง แต่ผู้รับจ้างคงต้องรับผิดชอบเพื่อความปลอดภัยหรือความผิดอย่างใด ๆ ของผู้รับจ้างช่วง”

ลงได้หากนิติบุคคลล้มละลายหรือเลิกกิจการไป การโอนงานบางส่วนหรือทั้งหมดให้แก่ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นที่มีได้อยู่ในสังกัดของตนรับช่วงงานนั้นย่อมไม่อาจทำได้เช่นกัน เว้นแต่ในสัญญาผู้ว่าจ้างหรือลูกความให้ความยินยอมไว้ ผู้ประกอบวิชาชีพถือว่ามีความรับผิดชอบ เมื่อเขามอบให้บุคคลอื่นจัดการงานของลูกความแทนตนโดยปราศจากสิทธิ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย เพราะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความโดยทั่วไปเป็นลักษณะของความเชื่อมั่น⁷⁶

คำพิพากษาฎีกาที่ 3463/2538 ฉ. ตกลงจ้าง ว. ให้ดำเนินการขับไล่ผู้เช่าให้ออก ไปจากที่ดินเป็นเงิน 1 ล้านบาท และ ว. ได้กระทำตามที่ ฉ. ว่าจ้างไปบ้างแล้ว ต่อมาทั้ง ฉ. และ ว. ถึงแก่ความตาย สัญญายอมสิ้นสุดลง ฉ. จึงต้องใช้สินจ้างตามส่วนของการงานที่ได้ทำไป แล้วอันเป็นประโยชน์แก่ ฉ. ซึ่งศาลกำหนดให้ 450,000 บาท เป็นจำนวนพอสมควรแล้ว

2) สัญญาตัวแทน ในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย บางกรณี ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องมีความผูกพันตามหลักตัวการตัวแทน เช่น ในการว่าความ ดำเนินคดีแทนลูกความในศาล หรือในการเป็นตัวแทนของผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีได้มีสำนักงานในประเทศไทย (พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2535 มาตรา 10) หรือการดำเนินการใด ๆ แทนลูกความ หรือในนามของลูกความ เพื่อก่อให้เกิดผลสำเร็จ ของงานตามที่ลูกความมอบหมาย ในส่วนของสัญญาตัวแทน หน้าที่และความรับผิดชอบของ ตัวแทนที่มีต่อลูกความซึ่งเป็นตัวการนั้นจะอยู่ภายใต้เอกเทศสัญญา ลักษณะ 15 เรื่องตัวแทน ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ ในกรณีของการว่าความใน ศาล การมอบหมายให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแทนลูกความจะ ต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบ อำนาจและหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไว้

ลักษณะของสัญญาตัวแทนได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 ซึ่งบัญญัติว่า

‘อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือ สัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ตัวแทน มีอำนาจ ทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าตัวการ และตกลงทำการดั่งนั้น อันความเป็นตัวแทนนั้นจะ เป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัด หรือโดยปริยายก็ย่อมได้’

⁷⁶Panayotis J. Zepos and Phoebus Christodoulou, "Professional Liability," p. 48.

สัญญาตัวแทนมีลักษณะเป็นสัญญาสองฝ่าย ตัวแทนฝ่ายหนึ่ง และตัวการอีกฝ่ายหนึ่ง โดยตัวการมอบหมายอำนาจให้ตัวแทน เป็นผู้ทำการแทนตัวการ และตัวการได้ตกลงทำการนั้น

ความหมายคำว่า "ทำการ" ตามสัญญาตัวแทนนั้น เมื่อพิจารณาเนื้อความบทบัญญัติมาตรา 797 ประกอบกับมาตรา 820 ซึ่งบัญญัติว่า "ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอัน ตัวแทนหรือตัวแทนช่วงได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน" แล้ว เห็นได้ว่าสัญญาตัวแทนเป็นสัญญาที่ให้ตัวแทนไปติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกอันเป็นบุคคลที่สาม ฉะนั้น คำว่า "ทำการ" จึงต้องเป็นกิจการที่ทำการต่อบุคคลที่สามคือมีวัตถุประสงค์เพื่อทำการติดต่อกับบุคคลที่สามแทนตัวการ การทำการติดต่อกับบุคคลที่สามอาจเป็นการติดต่อทำสัญญาแทนตัวการในเรื่องซื้อขาย เช่าทรัพย์สิน กู้ยืม จำนอง ประนีประนอมยอมความ หรืออาจเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น ชำระหนี้ ปลดหนี้ หักกลบหนี้ บอกเลิกสัญญา บอกกล่าวบังคับจำนอง รับสภาพหนี้ เป็นต้น การทำงานแทนนั้นไม่จำกัดเฉพาะแค่การทำสัญญาเท่านั้น กิจการทุกเรื่องที่ทำแทนหากมีการติดต่อกับบุคคลภายนอกก็เป็นการตั้งตัวแทนได้ เช่น มอบอำนาจให้ฟ้องคดี การฟ้องคดีไม่ใช่ทำสัญญา แต่ก็มี การติดต่อบุคคลภายนอกเป็นตัวแทนได้⁷⁷

การตั้งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นตัวแทนมี 2 วิธี ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 797 วรรค 2 คือ (1) การแต่งตั้งตัวแทนโดยชัดแจ้ง คือ ต้องมีข้อตกลงทั้งสองฝ่ายว่าตัวการตกลงมอบอำนาจให้ตัวแทนทำงานแทนตน⁷⁸ ซึ่งการมอบอำนาจอาจทำได้ด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ เพียงแต่ต้องแสดงให้เห็นชัดว่ามีการมอบอำนาจกันแล้ว และ (2) การแต่งตั้งตัวแทนโดยปริยาย มิได้มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาที่จะเป็นตัวการตัวแทนกัน แต่จากการแสดงออกที่ปฏิบัติต่อกัน ประกอบกับจากลักษณะงานนั่นเอง ทำให้เป็นที่เข้าใจว่าได้มีการตกลงยินยอมเป็นตัวการตัวแทนกัน⁷⁹ ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ หรือพิจารณาจาก

⁷⁷ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทน-นายหน้า (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2534), หน้า 6.

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

การกระทำและงดเว้นการกระทำของผู้ที่เป็นตัวการและตัวแทนปฏิบัติต่อกัน หรือพฤติการณ์ภายนอก⁸⁰

โดยปกติสัญญาตัวแทนนี้ไม่มีแบบ อาจตกลงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ และอาจแต่งตั้งโดยแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ได้ ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นอยู่บางประการ ตามมาตรา 798 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

“กิจการอันใดท่านบังคับไว้โดยกฎหมายว่าต้องทำเป็นหนังสือการตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนี้ ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย”

กิจการอันใดท่านบังคับไว้ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้น ก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย”

บทบัญญัติในมาตรานี้วางหลักไว้สำหรับการแต่งตั้งตัวแทนโดยชัดแจ้งว่า ในการมอบหมายให้ตัวแทนทำกิจการอันใด ถ้ากิจการอันนั้น กฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการนั้น ต้องทำเป็นหนังสือด้วย สัญญาตัวแทนจึงจะมีผลบังคับให้ตัวการผูกพันต่อบุคคลภายนอก ท่านองเดียวกัน ถ้ากฎหมายบังคับว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การมอบอำนาจให้ตัวแทนไปทำการอันกฎหมายบังคับไว้เช่นนั้น ก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย ตัวการจึงจะผูกพันต่อบุคคลภายนอก แต่ถ้ากิจการใดกฎหมายไม่บังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือแล้ว การมอบอำนาจก็ไม่อยู่ภายในบังคับตามมาตรานี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 596/2501 การมอบอำนาจให้ทนายความบอกเลิกการเช่านั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 317/2489 การตั้งตัวแทนไปทวงค่าเช่าหรือบอกเลิกสัญญาเช่านั้น ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2522/2530 ปราบกฎในสัญญาประนีประนอมยอมความว่า จำเลยได้ชำระเงินงวดแรกให้แก่โจทก์ต่อหน้าศาลในวันทำสัญญา เมื่อโจทก์ไม่มาศาลในวันทำสัญญาประนีประนอมยอมความยอมถือว่า โจทก์ได้มอบหมายให้ทนายโจทก์รับเงินงวดแรกแทนโจทก์ด้วย และการรับเงินในกรณีเช่นนี้กฎหมายมิได้บังคับว่าจะต้องทำเป็นหนังสือ

⁸⁰มาโนช สุทธิวาทนฤพุมิ, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า, หน้า 23.

หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ ทั้งมิใช่การรับเงินจากศาลอันจะต้องทำเป็นหนังสือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 63 การที่จำเลยชำระเงินงวดแรกให้แก่นายโจทก์ต่อหน้าศาล จึงผูกพันโจทก์ผู้เป็นเจ้าของ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1189-1193/2521 สัญญาประนีประนอมยอมความต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้น จึงจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ ดังนั้น การตั้งตัวแทนเพื่อทำสัญญาประนีประนอมยอมความก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 วรรคสอง จึงจะมีผลผูกพันตัวการ

คำพิพากษาฎีกา 581/2494 ข้อเท็จจริงได้ความว่า จำเลยได้ทำสัญญากู้ยืมเงินของโจทก์ไป กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ แต่มิได้กำหนดเวลาชำระหนี้ แต่มาโจทก์ได้มอบสัญญากู้ยืมให้ทนายความจัดการทวงถามเรียกร้องให้จำเลยชำระหนี้ ผลที่สุดทนายกับจำเลย ได้ทำบันทึกตกลงให้จำเลยผ่อนชำระหนี้ที่ยังคงเหลืออยู่เป็นรายเดือน บันทึกนี้ทนายเป็นผู้เขียน จำเลยและทนายต่างได้ลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐานด้วยกัน แต่จำเลยหาได้ผ่อนชำระหนี้ให้โจทก์ตามบันทึกนั้นไม่ จนโจทก์ทำคดีมาฟ้องเรื่องนี้เกินกว่า 5 ปีแล้วนับแต่วันบันทึก ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บันทึกท้ายสัญญาเป็นหลักฐานประกอบกับคำเบิกความของโจทก์ที่รับไว้ ถ้าจำเลยนำเงินมาผ่อนให้เป็นรายเดือน โจทก์ก็ยอมรับ แสดงออกโดยชัดแจ้งว่าโจทก์ยินยอมรับเอาข้อตกลงที่ทนายจัดการแทนโจทก์ไว้แล้ว จึงผูกพันโจทก์ แม้การมอบหมายให้ทนายทวงถาม ลูกหนี้ของโจทก์มิได้ทำเป็นหนังสือก็ดี แต่กิจการเช่นนี้หากมีกฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1237/2535 โจทก์ตั้ง ส. ทนายความผู้รับมอบอำนาจเป็นตัวแทนบอกกล่าวบังคับจำนองโดยไม่ได้ทำเป็นหนังสือ ไม่ชอบด้วยกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 796 แต่เมื่อ ส. มีหนังสือบอกกล่าวบังคับจำนองไปยังจำเลย จำเลยได้รับแล้ว แต่ไม่ชำระหนี้แก่โจทก์ โจทก์จึงนำคดีมาฟ้อง แสดงว่าโจทก์ยอมรับเอาการบอกกล่าวบังคับจำนอง ส. เป็นตัวการให้สัตยาบันแก่การกระทำของ ส. ซึ่งเป็นตัวแทนแล้ว ถือได้ว่า ส. เป็นตัวแทนของโจทก์โดยชอบตามมาตรา 823 ซึ่งการตั้งตัวแทนลักษณะเช่นนี้ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ การบอกกล่าวบังคับจำนองจึงชอบแล้ว

ในทางปฏิบัติ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หากจะทำการแทนลูกความหรือกระทำการในนามของลูกความและมีผลผูกพันตัวการ มักจะทำเป็นหนังสือเพื่อป้องกันปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น เช่น การมอบหมายนั้นผูกพันลูกความหรือไม่ มีผลบังคับใช้หรือไม่ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังกำหนดขอบเขตของการมอบอำนาจไว้ กล่าวคือ การที่ลูกความได้มอบอำนาจให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการให้บริการทางวิชาชีพใด ๆ เพื่อประโยชน์ของลูกความนั้น

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องกระทำการตามขอบเขตของอำนาจที่ลูกความได้ให้ไว้ จะทำการเกินขอบอำนาจหาได้ไม่ อำนาจที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้รับอาจทำให้สถานะของตัวแทนเป็นตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการ (special agent) ซึ่งเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากตัวการให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะ จะทำการอย่างอื่นนอกเหนือหรือเกินเลยจากที่ตัวการมอบหมายไว้ นั้นไม่ได้ มิฉะนั้นจะไม่ผูกพันตัวการ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 800 หรือตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไป (general agent) การมอบอำนาจที่เรียกว่ามอบอำนาจทั่วไปคือ มอบอำนาจโดยไม่ระบุกิจการซึ่งตรงข้ามกับตัวแทนรับมอบอำนาจเฉพาะการซึ่งระบุกิจการให้รู้ขอบเขตการทำงาน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1274/2501) แม้ตัวแทนรับมอบอำนาจทั่วไปจะมีอำนาจกระทำการได้กว้าง ๆ แต่มีข้อจำกัดตามมาตรา 801 วรรคสอง (1) - (6) ที่ผู้รับมอบอำนาจทั่วไปมีอาจดำเนินการได้ ยกเว้นแต่จะได้รับการมอบอำนาจโดยชัดแจ้งจากตัวการ ได้แก่ การขายหรือจำนองอสังหาริมทรัพย์ การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์กว่าสามปีขึ้นไป การให้ซึ่งรวมถึงการบริจาคนและคำมั่นว่าจะให้ด้วย การประนีประนอมยอมความ ไม่ว่าจะเป็นการประนีประนอมยอมความในศาลหรือนอกศาล การยื่นฟ้องต่อศาล

สัญญาตัวแทนเป็นสัญญาที่ตัวแทนจะต้องทำการตามที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง เว้นแต่จะได้รับการมอบอำนาจจากตัวการให้ตั้งตัวแทนช่วงได้ ตัวการจึงฟ้องขอให้ศาลบังคับตัวแทนให้ทำการตามที่ตกลงนั้นไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องเฉพาะตัว⁸¹ ทั้งนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติตามมาตรา 808 เหตุผลก็คือว่า การตั้งตัวแทนนั้นย่อมเกี่ยวกับคุณสมบัติของตัวแทน ตัวการย่อมคัดเลือกบุคคลที่จะเป็นตัวแทนว่าน่าไว้วางใจเชื่อใจได้แค่ไหน เพราะกิจการนั้นต่อไปก็จะผูกพันตัวการได้ในภายหลัง เมื่อตัวการได้คิดตัดสินใจในการให้ความไว้วางใจและเชื่อถือฝีมือตัวแทน จึงมอบอำนาจให้ตัวแทนไปทำงานแทนตัวการ ตัวแทนจึงมีหน้าที่ประการแรก คือ ต้องกระทำการที่ได้รับมอบหมายมาด้วยตนเอง ไม่มีอำนาจแต่งตั้งตัวแทนช่วงไปทำงานแทน ถ้าตั้งตัวแทนช่วงถือว่าเป็นการทำโดยปราศจากอำนาจ ตัวการไม่ผูกพันในกิจการที่ตัวแทนช่วงกระทำ ตัวแทนต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น และตัวแทนต้องรับผิดชอบในสัญญาที่ตัวแทนช่วงทำต่อบุคคลภายนอกเองโดยลำพัง⁸²

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

⁸² จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวแทนนายหน้า, หน้า 24-35.

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ไปหานาย ข. ให้เป็นทนายความดำเนินคดีฟ้องเรียกมรดก เช่นนี้ก็ต้องหมายความว่า นายเหลียงมีความไว้วางใจในความสามารถของนาย ข. จึงได้จ้างว่าความ ฉะนั้น นายแดงจะไปมอบเรื่องนี้ให้คนอื่นทำแทนโดยนายเหลียงมิได้ยินยอมไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องเฉพาะตัว เขามอบความไว้วางใจโดยเห็นว่านาย ข. เป็นทนายความมีชื่อ จึงได้มอบให้ว่าความ นาย ข. จึงตั้งตัวแทนช่วงไม่ได้ หรือลูกความมอบอำนาจให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทำสัญญาประนีประนอมยอมความและรับเงินแทน ตัวแทนจะมอบหมายให้ตัวแทนช่วงไปรับเงินแทนไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากลูกความ

ตามที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้นว่า ในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเพื่อความในศาลนั้น จำต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วย เช่น

ก. การตั้งทนายความนั้นต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อตัวความและทนายความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 61 ซึ่งบัญญัติว่า

“การตั้งทนายความนั้นต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อตัวความและทนายความแล้วยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวน ใบแต่งตั้งทนายนี้ให้ใช้ได้เฉพาะคดีเรื่องหนึ่ง ๆ ตามที่ได้ยื่นไว้เท่านั้น เมื่อทนายความผู้ใดได้รับมอบอำนาจทั่วไปที่จะแทนบุคคลอื่นไม่ว่าในคดีใด ๆ ให้ทนายความผู้นั้นแสดงใบมอบอำนาจทั่วไป แล้วคัดสำเนายื่นต่อศาลแทนใบแต่งตั้งทนายเพื่อดำเนินคดีเป็นเรื่อง ๆ ไปตามความในมาตรานี้”

ข. ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาหรือว่าความแทนตัวความได้ตามที่เห็นสมควรเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตัวคู่ความ และหากมิได้รับอำนาจจากลูกความโดยชัดแจ้ง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางจำหน่ายสิทธิของลูกความไม่ได้ เช่น การยอมรับตามที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้อง การถอนฟ้อง การประนีประนอมยอมความ การสละสิทธิหรือใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาหรือในการขอให้พิจารณาคดีใหม่ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 62

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1382/2480 ทนายความทำสัญญาประนีประนอมยอมความโดยไม่มีอำนาจเท่ากับตัวแทนทำโดยปราศจากอำนาจไม่เป็นโมฆะ ตัวความอาจให้สัตยาบันในภายหลังได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2515 จำเลยแต่งตั้งทนายความเข้ามาดำเนินคดี และระบุข้อความไว้ในใบแต่งตั้งทนายว่าให้มีอำนาจในการประนีประนอมยอมความด้วย เมื่อทนายของจำเลยไปตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความโจทก์ แม้จะไม่ได้ปรึกษากับจำเลยก่อน จำเลยก็จะมาอ้างว่าศาลได้ดำเนินการพิจารณาโดยโดยผิดระเบียบหาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1635/2520 การที่ตัวความถึงแก่กรรมก่อนมีการยื่นฎีกา หมายความว่ามีความเป็นผู้อยู่ในฎีกาแทนจำเลยผู้มรณะได้ ทั้งนี้ เพื่อรักษาประโยชน์ของ ตัวความไว้ระหว่างฎีกา

คำพิพากษาฎีกาที่ 356/2537 จำเลยที่ 2 ถึงแก่กรรมขณะคดียังอยู่ในระหว่าง การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ภาค 2 โดยไม่มีผู้ใดร้องขอเข้ามาเป็นคู่ความแทนที่จำเลยที่ 2 ผู้ มรณะภายใน 1 ปี นับแต่วันที่จำเลยที่ 2 ถึงแก่กรรม จนกระทั่งได้มีการอ่านคำพิพากษา อุทธรณ์ภาค 2 ให้คู่ความฟังแล้วถือได้ว่าเป็นการล่วงพ้นระยะเวลาที่ตัวแทนหรือทนายจำเลย ที่ 2 จะจัดการดำเนินคดีเพื่อปกป้องรักษาประโยชน์ของจำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 828 แล้ว ทนายจำเลยที่ 2 จึงไม่มีอำนาจดำเนินคดีแทนอีกต่อไป ทนายจำเลยที่ 2 ยื่นฎีกาหลังจากที่หมดอำนาจแล้วฎีกาของจำเลยที่ 2 จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายกับลูกความเป็นบ่อเกิด แห่งหนี้ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่ต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนกัน สัญญาว่าจ้าง ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายหรือสัญญาให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายอันมีลักษณะเป็นสัญญา จ้างทำของเป็นสัญญาหลักของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ผู้ประกอบการวิชาชีพมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ตาม ข้อตกลงในสัญญา ซึ่งหน้าที่สำคัญก็คือ การให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแก่ลูกความ หรือทำ งานตามที่ได้รับมอบหมายจากลูกความจนสำเร็จ นอกจากนี้ ยังรวมถึงหน้าที่อื่น ๆ ตามบท บัญญัติแห่งสัญญาจ้างทำของซึ่งนำมาปรับใช้กับสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย เช่น ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายต้องทำงานที่ได้รับมอบหมายจากลูกความโดยไม่ชักช้า เพราะ มิฉะนั้นผลสำเร็จของงานก็จะคลาดเคลื่อนจากความประสงค์ของลูกความได้ ดังนั้น กฎหมาย จึงบัญญัติความรับผิดชอบของผู้รับจ้างในกรณีเกี่ยวกับการล่าช้าในการปฏิบัติงานไว้ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 593 ซึ่งบัญญัติว่า

“ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่ง สัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้างจนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่า การนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้ มีพักต้องรอคอยให้ถึงเวลากำหนดส่งมอบของนั้นเลย”

ตัวอย่างเช่น ก. ว่าจ้างให้ ข. ซึ่งเป็นทนายความให้ดำเนินคดีแพ่งเรียกค่าเสียหาย จาก ค. แต่ ข. ไม่เริ่มทำการจน ก. คาดหมายได้ว่าคดีของตนอาจจะเสียหายได้ ดังนี้ ก. มีสิทธิ บอกลเลิกสัญญาเสียโดยไม่จำเป็นต้องรอจนกว่าจะว่าคดีของตนจนเกิดความเสียหายขึ้น เป็นต้น

ในกรณีที่สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตาม สัญญาตัวแทน ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายย่อมต้องมีการชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวด้วย ซึ่ง หน้าที่สำคัญในกรณีที่มีการกระทำแทนลูกความ ได้แก่ หน้าที่ในการกระทำการตามที่ได้รับ

มอบหมายหรือได้รับคำสั่งจากลูกความ อันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาให้เสร็จสิ้น ทั้งนี้ ต้อง
กระทำการภายในขอบเขตของอำนาจ หากกระทำการโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนือขอบ
อำนาจ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 807 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 807 ตัวแทนต้องทำการตามคำสั่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายของ
ตัวการ เมื่อไม่มีคำสั่งเช่นนั้น ก็ต้องดำเนินตามทางที่เคยทำกันมาในกิจการค้าขายอันเขาให้ตน
ทำอยู่นั้น

อนึ่ง บทบัญญัติมาตรา 659 ว่าด้วยการฝากทรัพย์สิน ท่านให้นำมาใช้ด้วยโดย
อนุโลมตามควร”

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกระทำการแทนลูกความในการว่าความในศาล กรณีนี้
ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องใช้ความระมัดระวังในระดับสูงกว่าวิญญูชน ซึ่งปกติการ
พิจารณาความระมัดระวังในทางสัญญาจะเปรียบเทียบกับวิญญูชนซึ่งควรมีความระมัดระวัง
ตามสภาพของข้อผูกพันทางสัญญานั้น ๆ เป็นกรณี ๆ ไป แต่สำหรับหน้าที่ในการใช้ความ
ระมัดระวังตามสัญญาตัวแทน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องใช้ความระมัดระวังและมีมือ
เท้าที่ธรรมดาต้องใช้และสมควรต้องใช้ในทางวิชาชีพกฎหมาย ทั้งนี้ โดยนำบทบัญญัติว่าด้วย
การฝากทรัพย์สิน มาตรา 659 มาใช้โดยอนุโลมตามควร⁸³

⁸³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 659 บัญญัติว่า

“ถ้าการรับฝากทรัพย์สินเป็นการทำให้เปล่า ไม่มีบำเหน็จไซ้ ท่านว่าผู้รับฝากทรัพย์สิน
จำต้องใช้ความระมัดระวังสงวนทรัพย์สินซึ่งฝากนั้นเหมือนเช่นเคยประพฤตินในกิจการของตน
เอง

ถ้าการรับฝากทรัพย์สินนั้นมีบำเหน็จค่าฝาก ท่านว่าผู้รับฝากจำต้องใช้ความ
ระมัดระวังและใช้ฝีมือเพื่อสงวนทรัพย์สินนั้นเหมือนเช่นวิญญูชนจะพึงประพฤติดโดยพฤติการณ์
ตั้งนั้น ทั้งนี้ ย่อมรวมทั้งการใช้ฝีมืออันพิเศษเฉพาะการในที่ซึ่งใช้ฝีมือเช่นนั้นด้วย

ถ้าและผู้รับฝากเป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่างหนึ่งอย่างใด
ก็จำต้องใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเท่าที่ธรรมดาจะต้องใช้ในกิจการค้าขายหรืออาชีพอย่าง
นั้น”

นอกจากผู้ประกอบการวิชาชีพมีหน้าที่ตามบทบัญญัติในสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาตัวแทนแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่หรือหนี้ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งตกอยู่ภายใต้บทบังคับว่าด้วยนิติกรรมสัญญา หากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อาจเกิดจากการฟ้องร้องบังคับชำระหนี้ตามมาตรา 213 หรือฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตามมาตรา 215 หรือการใช้สิทธิเลิกสัญญาของลูกความอันเนื่องมาจากความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งเป็นสิทธิของลูกความในการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้รับผิดชอบสัญญา ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปดังนี้

ก. สิทธิเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากลูกความบังคับชำระหนี้ สิทธิโดยปกติของเจ้าหนี้อันเนื่องมาจากการที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ รวมทั้งเรียกค่าเสียหาย ในกรณีที่ลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ หากสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้กันได้ เจ้าหนี้อย่อมมีในการเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่สามารถบังคับชำระหนี้ลูกหนี้ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 213 ถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุประสงค์แห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

อนึ่งบทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาก่อนนี้ หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายไม่”

การบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ตามสัญญาโดยตรงอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นวิธีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) เช่น ในกรณีที่ลูกความว่าจ้างให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการทวงถามลูกหนี้ของลูกของตนให้ชำระหนี้แก่ตน หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้รับชำระหนี้จากลูกความแล้ว ย่อมมีหน้าที่ต้องส่งทรัพย์สินหรือเงินนั้นให้แก่ลูกความตามสัญญาจ้างหรือตามหน้าที่ของตัวแทนในการส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับมาอันเนื่องมาจากการกระทำการแทนตัวการคืนแก่ตัวการหรือลูกความด้วย หากผู้ประกอบการ

วิชาชีพกฎหมายไม่ส่งมอบหรือคืนเงินหรือทรัพย์สินใด ๆ ลูกความมีสิทธิขอให้ศาลบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายส่งมอบเงินหรือทรัพย์สินใด ๆ แก่ลูกความได้

แต่ถ้าหนี้ของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นการที่ต้องทำเองเฉพาะตัว ลูกความย่อมมีอาจบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายชำระหนี้ที่เป็นหนี้เฉพาะตัวได้ ซึ่งกรณีนี้เรียกว่าสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่อง สิทธิที่ลูกความจะได้รับคือค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ สัญญาจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการว่าจ้างให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายว่าความดำเนินคดีหรือให้คำปรึกษากฎหมาย ลูกความมักจะคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นสำคัญ ประกอบกับความไว้วางใจและความเชื่อถือในความรู้ความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ชำระหนี้ ศาลจะไม่บังคับให้ ถ้าหากบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำ ก็เท่ากับเป็นการฝืนใจกลับจะก่อความเสียหายให้กับลูกความ ลูกความก็ได้แต่ฟ้องร้องเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ตามมาตรา 215 เท่านั้น อย่างไรก็ตาม มาตรา 213 ได้บัญญัติทางแก้ไข โดยถ้าเป็นหนี้ที่สามารถทำแทนกันได้ ลูกความอาจร้องขอต่อศาลเพื่อให้บุคคลภายนอกกระทำการนั้นแทน โดยให้ผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้รับผิดชอบเสียค่าใช้จ่าย หากวัตถุประสงค์แห่งหนี้นั้นสามารถกระทำได้อยู่ เช่น คดียังไม่ขาดอายุความ อย่างไรก็ตาม หากลูกความยังมีความเสียหายใด ๆ ก็ย่อมเรียกเอาค่าเสียหายได้ตามมาตรา 213 บรรคท้าย

นอกจากการเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการบังคับชำระหนี้ตามมาตรา 213 แล้ว ลูกความอาจเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 215 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นได้”

มาตรา 215 มีผลใช้บังคับกว้างขวางมาก โดยรวมถึงการบังคับชำระหนี้กรณีที่สภาพหนี้ไม่เปิดช่องด้วย คำว่าวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้หมายความว่าถึง จุดประสงค์หรือความมุ่งหมายในผลของหนี้ที่จะได้รับการปฏิบัติจากลูกหนี้ตามที่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน หรือหมายถึงความคาดหมายที่คิดว่าจะได้รับจากการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้ในเวลาที่ก่อหนี้ขึ้น บางครั้งก็เป็นเรื่องที่จะต้องตีความว่าสัญญาที่มีความประสงค์ที่แท้จริงอย่างไร

ดังนั้น ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ลูกความสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนจากผู้ประกอบวิชาชีพโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรานี้ นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทำงานตามที่ได้รับการว่าจ้างจนสำเร็จ แต่มีความบกพร่องในงานนั้น ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายร่างสัญญาหรือพินัยกรรมให้ลูกความ ปรากฏว่าไม่สามารถบังคับได้ตาม

กฎหมาย กล่าวคือ สัญญาอาจตกเป็นโมฆะเนื่องจากมิได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นโมฆียะเนื่องจากมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมและสัญญาได้ถูกบอกกล่าว ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะถือได้ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายทำงานที่ได้รับมอบหมายไม่ถูกต้องตรงกับวัตถุประสงค์ที่พึงคาดหมายได้จากการจัดทำสัญญาให้ลูกค้า ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

ข. สิทธิเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากลูกความใช้สิทธิเลิกสัญญา การเลิกสัญญา เป็นผลให้หนี้ตามสัญญาสิ้นสุดลง หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการระงับความผูกพันในอนาคต โดยปกติ สิทธิเลิกสัญญาจะกระทำได้อีกเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ใช้สิทธิเลิกสัญญามีสิทธิเลิกสัญญา ซึ่งสิทธินี้อาจเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายนี้อาจเป็นบทบัญญัติตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 387, 388 และ 389 หรือตามบทบัญญัติในเรื่องสัญญาจ้างทำของหรือตามสัญญาตัวแทน นอกจากนี้ สิทธิเลิกสัญญาอาจเกิดจากข้อตกลงของคู่สัญญาว่าจะกำหนดเหตุแห่งการเลิกสัญญาไว้อย่างไร วิธีการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 ซึ่งบัญญัติวิธีการเลิกสัญญาว่า

“ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนั้นย่อมทำด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

การแสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจถอนได้ไม่”

หากลูกความจะเลิกสัญญา จะต้องมิสิทธิในการเลิกสัญญาและต้องแสดงเจตนาเลิกสัญญาแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย หากลูกความมิได้แสดงเจตนาดังกล่าว สัญญาก็ยังมีผลผูกพันผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย ยังผลให้ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายต้องชำระหนี้ตามสัญญาต่อไป ในทำนองเดียวกัน ลูกความก็ย่อมผูกพันในการปฏิบัติตามสัญญาเช่นกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 171/2488 จำเลยจ้างโจทก์ให้ว่าความแก้ต่างในคดีทุกสำนวนที่จำเลยถูกฟ้องเกี่ยวกับสลากกินแบ่งฉบับหนึ่ง โดยตกลงให้ค่าจ้าง 5,000 บาท แต่ถ้าแพ้คดีจะไม่เอาค่าจ้าง ครั้นศาลชั้นต้นพิพากษาให้แพ้คดี จำเลยไปหาทนายความคนใหม่ให้สู้คดีในชั้นอุทธรณ์ฎีกา คดีถึงที่สุด กลับเป็นฝ่ายชนะ ดังนี้ จำเลยต้องใช้ค่าจ้างแก่โจทก์ เพราะเมื่อศาลชั้นต้นพิพากษา สัญญาจ้างว่าความยังหาได้สิ้นสุดลงไม่ โจทก์ก็มีหน้าที่ที่จะต้องว่าความต่อไปจนถึงที่สุด กรณีจึงอยู่ในระหว่างที่การจ้างยังไม่แล้วเสร็จ เมื่อจำเลยไม่ได้บอกเลิกสัญญา สัญญาจ้างว่าความยังคงมีผลบังคับได้อยู่โดยบริบูรณ์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1283/2510 สิทธิเรียกร้องเงินที่คู่ความจ่ายแก่ทนายความไปล่วงหน้าคืน จะมีขึ้นก็ต่อเมื่อมีการเลิกสัญญาโดยทำให้คู่สัญญา กลับสู่ฐานะเดิม การที่

ทนายความไม่ได้จัดการฟ้องลูกหนี้ตามหน้าที่เป็นเวลา 3 ปีเศษ ย่อมไม่เป็นเหตุที่ถือได้ว่าเลิกสัญญาแล้ว

ผลของการเลิกสัญญาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำเป็นต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้ จะให้เป็นทีที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้

สิ่งที่เป็นภาระงานอันได้กระทำและเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะชดใช้คืน ท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญามีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น

การใช้สิทธิเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

การใช้สิทธิเลิกสัญญาไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ฉะนั้น โดยปกติของการเลิกสัญญา หากเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้อย่างไร การเลิกสัญญาก็ไม่กระทบกระทั่งถึงสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกเอาค่าเสียหายในการที่ลูกหนี้ผิดสัญญาไม่ชำระหนี้

สำหรับค่าเสียหายที่ลูกหนี้มีความผิดสิทธิเรียกร้องเอาแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพได้โดยปกติ เป็นค่าเสียหายตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 ซึ่งบัญญัติว่า

“การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นสมควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนการไม่ชำระหนี้ตามมาตรา 222 เป็นการชดใช้ให้แก่เจ้าหนี้เสมือนว่ามีการชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แล้ว มิใช่การทำให้เจ้าหนี้กลับคืนสภาพเดิมเหมือนดังว่ามีได้มีหนี้ต่อกัน ซึ่งต่างจากหลักการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในเรื่องละเมิด ซึ่ง

หลักการทดแทนในเรื่องละเมิดเป็นเรื่องที่ลูกหนี้จะต้องทำให้เจ้าหนี้กลับสู่สถานะเดิมก่อนถูกละเมิดให้มากที่สุด⁸⁴

ตามมาตรา 222 นี้ได้กำหนดความเสียหายเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ไว้ 2 ประเภทด้วยกัน คือ

(1) ความเสียหายเช่นที่ตามปกติ (usually) ย่อมเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ เป็นการเรียกเอาค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนอันเป็นผลโดยตรงหรือผลธรรมดาอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ หรืออีกนัยหนึ่งเป็นค่าเสียหายที่ทุกคนอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นถ้าไม่ชำระหนี้⁸⁴ ๑

(2) ความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ (special circumstance) หมายถึง ความถึง ความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้เช่นเดียวกัน แต่เป็นความเสียหายจากพฤติการณ์พิเศษผิดธรรมดา ซึ่งลูกหนี้ไม่พึงคาดหมายได้ตามปกติ ฉะนั้น จะให้ลูกหนี้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนก็จะเป็นธรรม เพราะลูกหนี้ไม่รู้ตัว ซึ่งถ้าลูกหนี้รู้ตัวจะจัดการขวนขวายชำระหนี้ได้ แต่ถ้าลูกหนี้ได้คาดหมายหรือควรจะได้คาดเห็นในพฤติการณ์พิเศษนั้นแล้ว ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าหนี้⁸⁵

ดังนั้น หากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องชำระค่าสินไหมทดแทนที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้หรือในความเสียหายพิเศษใด ๆ อันเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายคาดเห็นหรือพึงคาดเห็นในขณะทำสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายว่าหากไม่ชำระหนี้ตามสัญญาแล้ว ความเสียหายจะเกิดแก่ลูกความอย่างไร

4.2.2 ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและลูกความ หากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์

⁸⁴ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 95.

⁸⁵ ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล, คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: กิ่งจันทร์การพิมพ์, 2531), หน้า 72-73.

แห่งมูลหนี้ ความรับผิดประการแรกที่เห็นได้คือความรับผิดทางสัญญา อย่างไรก็ตาม หากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือการชำระหนี้บกพร่องไม่เป็นตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ หรือปฏิบัติหน้าที่บกพร่องโดยปราศจากซึ่งความระมัดระวังตามที่ตนพึงมีพึงใช้ในฐานะเป็นผู้มีวิชาชีพกฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ลูกความได้มอบหมายและไว้วางใจจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความแล้ว การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้อีกประการหนึ่ง หากการกระทำรวมถึงการละเว้นการกระทำ อันเนื่องจากตนมีหน้าที่ต้องกระทำตามสัญญาหรือตามวิชาชีพกฎหมายที่ตนมี เข้าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปของความรับผิดทางละเมิด ซึ่งคล้ายกับหลักเกณฑ์ความรับผิดตามกฎหมายเยอรมันและกฎหมายของฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดเป็นหลักทั่วไป

โดยปกติความรับผิดทางสัญญาและละเมิดต่างก็อยู่คนละส่วนกัน แต่ในพฤติการณ์บางกรณีอาจเกิดขึ้นพร้อมกันได้ การมีความสัมพันธ์ทางสัญญาผูกพันระหว่างคู่กรณีนั้นอาจเป็นช่องโอกาสทำให้มีการทำละเมิดเกิดขึ้นได้ จึงมีความรับผิดขึ้นทั้งสองกรณี กล่าวโดยทั่วไป การไม่ปฏิบัติตามสัญญาหาเป็นละเมิดไม่ เป็นเพียงผิดสัญญาเท่านั้น เช่น กรณีลูกความว่าจ้างให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการทวงหนี้สินแทนลูกความ หรือจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท หรือร่างสัญญา หรือดำเนินการว่าความ หรือให้คำปรึกษากฎหมาย เป็นต้น หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ดำเนินการดังกล่าว กรณีนี้ย่อมเป็นการผิดสัญญา แต่ในบางกรณีการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผูกพันตนโดยสัญญา การผิดสัญญาอาจเป็นละเมิดในตัวเองได้ ถ้าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดในสิทธิตามที่บัญญัติในมาตรา 420 หรือการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (absolute right) เช่น ในการฟ้องร้องคดี หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อในการร่างคำฟ้อง คำให้การ จนเป็นเหตุให้ลูกความแพ้คดี หรือการจงใจขาดนัดพิจารณาคดี หรือไม่นำพยานหลักฐานเข้าสืบทั้งที่มีพยานหลักฐาน จนเป็นเหตุให้ลูกความแพ้คดี เหล่านี้เป็นการผิดสัญญาในแง่ที่ว่าเป็นการชำระหนี้บกพร่องไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้หรือไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพกฎหมายในฐานะเป็นตัวแทนของลูกความ และเป็นความรับผิดทางละเมิดด้วย หากมีความเสียหายแก่สิทธิของลูกความตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น

โดยปกติในบางกรณีที่สิทธิเรียกร้องของโจทก์และการกระทำของจำเลยเป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญา ก็เป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือกฟ้องร้องบังคับเอาโดยมูลใดก็ได้ แล้วแต่จะเลือก สุดแต่ว่าทางใดจะเป็นประโยชน์แก่ตนมากกว่า หรือจะบังคับเอาทั้งสองทางก็ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 3814/2525) ไม่มีกฎหมายบังคับว่าโจทก์จะต้องเลือกเอาทางหนึ่งทางใด

(คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 974/2592) ในกรณีที่เลือกฟ้องโดยมูลละเมิด โจทก์มีหน้าที่นำสืบว่า จำเลยได้จงใจ หรือประมาทเลินเล่อ⁸⁶

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 974/2492 กรณีที่เป็นได้ทั้งละเมิดและผิดสัญญา กฎหมาย ไม่บังคับว่าโจทก์จะต้องเลือกฟ้องแต่ทางใดทางหนึ่ง โจทก์บรรยายข้อเท็จจริงแล้วขอค่าเสียหายมาเลยก็ได้ ศาลมีหน้าที่ต้องเอาตัวบทมาปรับแก้คดีว่า ตามที่โจทก์ฟ้องนั้นมีกฎหมายให้ โจทก์ได้ค่าเสียหายตามขอหรือไม่

หลักเกณฑ์ที่ถือว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดนั้น พิจารณาได้จากมาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

มาตรา 420 นี้ มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 ตามมาตรา 420 การกระทำอันเป็นละเมิดหมายความว่า การทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น โดยไม่มีสิทธิหรือที่เรียกว่าล่วงสิทธิผิดหน้าที่ (breach of duty) ซึ่งหมายความรวมถึงการล่วงล้ำเข้าไป ทำให้เสียหายต่อสิทธิของผู้อื่นซึ่งตนมีหน้าที่จำต้องเคารพในสิทธินั้น จึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน⁸⁷ ความรับผิดเพื่อละเมิดเกิดจากการล่วงสิทธิผิดหน้าที่นี้มิใช่การใช้ สิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้นแรก หน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นโดยทั่วไป (general) และการทำผิดหน้าที่ย่อมฟ้องเรียกร้องเอาค่าเสียหายกันได้ มาตรา 420 เป็นแม่บทลักษณะละเมิด เป็นบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของบุคคลในการกระทำของตนเอง ซึ่งหมายความว่าบุคคลผู้ต้องรับผิดจะต้องกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ บุคคลใดที่กระทำการเข้าหลักเกณฑ์ดังบัญญัติไว้ในมาตรานี้ กฎหมายถือว่าทำละเมิด⁸⁸

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

⁸⁷ สุขุม สุภานิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 13.

⁸⁸ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2529), หน้า 56.

ในการพิจารณาความรับผิดตามมาตรา 420 อาจแบ่งแยกองค์ประกอบของความรับผิดได้ดังนี้

- 1) ต้องมีการกระทำต่อบุคคลอื่น
- 2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- 3) โดยผิดกฎหมาย
- 4) มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น
- 5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

1) มีการกระทำต่อบุคคลอื่น

ความรับผิดทางละเมิดต้องมีการกระทำ การกระทำตามมาตรา 420 มิได้หมายความว่าแต่เพียงการกระทำในทางเคลื่อนไหวอริยาบถ (fait positif, positive act) เท่านั้น ยังหมายความรวมถึงการงดเว้นไม่กระทำ (omission) อีกด้วย⁸⁹ การกระทำหมายความว่าถึง การเคลื่อนไหวอริยาบถ โดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าการกระทำคือการ เคลื่อนไหวของร่างกายที่อยู่ในบังคับของจิตใจ ถ้าไม่อยู่ในบังคับของจิตใจแล้ว ก็ไม่เรียกว่าเป็น การกระทำของตน⁹⁰ การงดเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำนั้น ต้องเป็นการงดเว้นหรือ ละเว้นไม่ทำการที่มีหน้าที่ต้องทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น หรืออีกนัยหนึ่งการงด เว้นกระทำก็คือ การงดเว้นไม่เคลื่อนไหวร่างกายภายใต้บังคับของจิตใจ เป็นการงดเว้นกระทำ ในกรณีที่จักต้องป้องกันผล⁹¹ หน้าที่นั้นอาจเกิดขึ้นจากหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด หรือโดยหน้าที่ ตามสัญญา หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้งดเว้นกับผู้เสียหาย หรือ โดยหน้าที่ตามวิชาชีพ ซึ่งหน้าที่ในทางวิชาชีพนั้นก็คือหน้าที่ตามสัญญาระหว่างผู้ประกอบการ วิชาชีพกฎหมายกับลูกความ

บุคคลอื่นที่ถูกกระทำ คือ ผู้มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ส่วนผู้กระทำรวมถึงบุคคลทุกชนิด ไม่ว่าบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้เยาว์

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน.

⁹⁰ พจน ฤษปาคม, ละเมิด (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2530), หน้า 47.

⁹¹ สุขุม สุภณิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 14.

บุคคลวิกลจริต นิติบุคคล นอกจากนี้ อาจรวมถึงบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น หรือความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินหรือสิ่งของ ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้บุคคลนั้นต้อง รับผิดชอบในกรณีที่บุคคลที่กระทำละเมิดมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับตน เช่น ตัวการตัวแทน ลูกจ้างกับนายจ้าง ผู้รับจ้างทำของกับผู้ว่าจ้าง

2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดต้องเป็นการกระทำลง โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออันเป็นสภาพทางจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่ สำคัญของละเมิด อันเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงพื้นฐานความรับผิดชอบทางละเมิดนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐาน ของความผิด ความรับผิดชอบที่ไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของความผิด ไม่ถือว่าเป็นละเมิดโดยแท้ (properdelicts) ซึ่งโดยหลักวิชานิติศาสตร์แล้ว การกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดจึงหมายถึง การทำให้เสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ⁹² ซึ่งตามหลักเกณฑ์ ความรับผิดชอบทางละเมิดของเยอรมันก็ยอมรับหลักความผิด เป็นองค์ประกอบความรับผิดชอบทาง ละเมิด เช่นเดียวกับกฎหมายละเมิดของฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1382 ซึ่งเป็นแม่บทแห่งความรับผิดชอบทางละเมิดได้กล่าวว่า "การกระทำใด ๆ ของมนุษย์อันเป็น เหตุทำความเสียหายแก่ผู้อื่น ย่อมทำให้บุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายโดยความผิดของตนนั้น ต้องชดเชยความเสียหายดังกล่าว" (Any act by which a person causes damage to another makes the person by whose fault the damage occurred liable to make reparation for such damage)

การกระทำโดยจงใจ ตามปกติหมายความว่า กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะ เกิดจากการกระทำของตน ถ้ารู้ว่าการกระทำนั้นจะเกิดผลเสียหายแก่เขาแล้ว ก็ถือว่าเป็นการ กระทำโดยจงใจ ส่วนผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ แม้ผลเสียหายจะเกิด ขึ้นมากกว่าที่เข้าใจ โดยจงใจก็หมายความว่ารวมถึงการกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น และได้กระทำลงโดยรู้ข้อเท็จจริงเหล่านั้นอยู่แล้วแม้ในใจจริง ผู้ทำไม่คิดว่าการที่จง ใจกระทำลงไปนั้นจะเกิดความเสียหาย ก็เป็นการกระทำโดยจงใจเหมือนกัน อันเป็นหลัก วิวินิจฉัยการกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้นนั่นเอง⁹³

⁹²อนันต์ จันทโรภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด," หน้า 97-98.

⁹³จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 178.

การกระทำโดยจงใจ มีความหมายคล้ายกับโดยเจตนา ในทางอาญาที่ถือว่าต้องเป็นการกระทำลงโดยรู้สำนึกในขณะกระทำ แต่มีความแตกต่างเพียงว่า เจตนาในทางอาญานั้นหมายความว่าความรวมถึงทำโดยมุ่งประสงค์หรือเล็งเห็นผลแห่งการกระทำด้วย⁹⁴ ส่วนการกระทำโดยจงใจนั้นหมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำว่าจะเป็นผลเสียหาย แต่มิได้หมายเลยไปถึงว่าต้องเจาะจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะอย่างเช่นการกระทำโดยเจตนา

หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำ หรือละเว้นการกระทำโดยจงใจ เป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความ ก็ถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหาย การกระทำโดยจงใจ เช่น การจงใจขาดนัดพิจารณา การขาดนัดยื่นคำให้การ การทอดทิ้งคดี การจงใจละเว้นหน้าที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือจงใจปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความ นอกจากนี้ ยังรวมถึงการกระทำใด ๆ ของผู้ประกอบวิชาชีพโดยทุจริต อันเป็นการขัดต่ออุดมการณ์ของวิชาชีพ และขัดต่อความไว้วางใจ ความเชื่อมั่นที่ลูกความมีต่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เช่น การฉ้อโกง ยักยอกเงินหรือทรัพย์สินของลูกความที่ตนได้รับโดยหน้าที่อันเกี่ยวข้อง การเปิดเผยความลับของลูกความแก่คู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือบุคคลใด ๆ การมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกับผลประโยชน์ของลูกความ การรับเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้กับลูกความและคู่ความปรปักษ์ในเรื่องหรือคดีเดียวกัน เป็นต้น คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับผิดชอบในทางละเมิดโดยจงใจไม่ค่อยปรากฏส่วนใหญ่จะเป็นการฟ้องให้รับผิดชอบในคดีมรณาทนายความซึ่งเป็นการฟ้องร้องก่อนที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ใช้บังคับ หากเป็นการฟ้องร้องภายหลังพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 คำวินิจฉัยจะเป็นคำสั่งสมานายกพิเศษแห่งสมานายกความซึ่งขอล่าวาดหาตามคำพิพากษาศาลฎีกาหรือสมานายกพิเศษ แสดงให้เห็นถึงความผิดโดยจงใจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2459 ทนายความทำหนังสือปลอมให้แก่ลูกความของตน แล้วกลับเปิดเผยความลับนั้นให้แก่ลูกความฝ่ายโน้นทราบ และเข้าเป็นพยานให้ลูกความฝ่ายโน้นด้วย เป็นการผิดมรณาทนายความ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 722/2469 ทนายความที่ประพฤตินอทรัพย์ของราษฎร จนศาลได้พิพากษาลงโทษจำคุกแล้วนั้น ไม่ควรให้เป็นทนายว่าความต่อไป

⁹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 2 บัญญัติว่า "กระทำโดยเจตนาได้แก่กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะเดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น"

คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสหภาพนายความที่ 3/2531, 12/2534 ผู้ถูกกล่าวหาไม่ยอมคืนเงินที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ โดยผู้ถูกกล่าวหารับไว้แทนให้แก่ผู้กล่าว เป็นการประพฤติผิดมรรยาทนายความข้อ 15 ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนด 1 ปี

คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสหภาพนายความที่ 7/2533 ผู้ถูกกล่าวหาได้รับเงินและเอกสารจากผู้กล่าวหาไปแล้ว แต่ไม่ได้ฟ้องคดีให้และไม่ยอมคืนเงิน เป็นการจงใจทอดทิ้งคดีและจงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีของลูกความของตน เป็นการประพฤติผิดมรรยาทนายความตามข้อบังคับสหภาพนายความว่าด้วยมรรยาทนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 12

คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสหภาพนายความที่ 9/2533 ผู้ถูกกล่าวหาเป็นทนายให้ผู้กล่าวหา และศาลพิพากษาให้ผู้กล่าวหาแพ้คดี ผู้ถูกกล่าวหาปกปิดไม่แจ้งผู้กล่าวหาทราบจนล่วงเลยระยะเวลาอุทธรณ์นั้น ผู้ถูกกล่าวหาให้การว่าผู้กล่าวหาประสงค์จะประวิงเวลาเท่านั้น ไม่ประสงค์จะสู้คดีนั้นฟังไม่ขึ้น การที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ไปฟังประเด็นกลับจึงเป็นการจงใจขาดนัดทอดทิ้งคดี จงใจไม่ยื่นบัญชีระบุพยานและยังปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ผู้กล่าวหาทราบ จนผู้กล่าวหาหมดโอกาสอุทธรณ์ เป็นการประพฤติผิดมรรยาทนายความ ข้อ 12 (1) และ (2) ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนด 2 ปี

คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสหภาพนายความที่ 18/2533 ผู้ถูกกล่าวหาปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบและไปรับเป็นทนายความหรือใช้ความรู้ที่ได้มานั้นช่วยเหลือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นการประพฤติผิดมรรยาทนายความ ข้อ 12 (2) และ 13 และหมวด 4 ข้อ 18

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายความว่าถึงการกระทำโดยไม่จงใจ แต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้ รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย หรือการกระทำโดยไม่จงใจ แต่กระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้น จักต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลที่อยู่ในภาวะอย่างเดียวกันกับผู้กระทำฟังใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ไม่⁹⁵ ซึ่งความหมายของประมาทเลินเล่อดังกล่าวมิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แต่อาศัยเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4 ซึ่งบัญญัติว่า "การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา

⁹⁵ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 18.

แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

ระดับของความระมัดระวังที่สมมติขึ้น ใช้เป็นมาตรฐานสำหรับเปรียบเทียบเพื่อวินิจฉัยความรับผิดของผู้กระทำ ความเสียหายนั้น ต้องเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะ ความระมัดระวังจึงอาจแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์แห่งตัวบุคคล ไม่แน่นอนคงที่เหมือนกับความรับผิดทางสัญญา ขนาดของความระมัดระวังของผู้กระทำในทางละเมิดมีหลักพิจารณาต่างจากความระมัดระวังของคู่กรณีในสัญญา เพราะความประมาทเลินเล่อในทางสัญญานั้น พิจารณาจากความระมัดระวังของลูกหนี้โดยเทียบกับคนปกติธรรมดาทั่วไป หรือวิญญูชนซึ่งควรมีความระมัดระวังตามสภาพของข้อผูกพันทางสัญญานั้น ๆ เป็นกรณี ๆ ไป หาได้เทียบกับบุคคลตามภาวะวิสัยหรือพฤติการณ์อย่างกรณีละเมิดไม่ ทั้งนี้ความเป็นหนี้หนี้คู่สัญญาต่างต้องผูกพันตนโดยรู้สภาพแห่งหน้อยู่แล้ว การใช้ความระมัดระวังจึงพิจารณาโดยอาศัยลักษณะหนี้เป็นเกณฑ์ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 323 วรรค 2 ที่ว่า “ลูกหนี้จำต้องรักษาทรัพย์ (วัตถุแห่งหนี้) นั้นไว้ด้วยความระมัดระวังอย่างวิญญูชน จะพึงสงวนทรัพย์สินของตนเองจนกว่าจะได้ส่งมอบทรัพย์นั้น” ซึ่งบางกรณีกฎหมายอาจเพิ่มระดับความระมัดระวังมากกว่าปกติทั่วไปได้ เช่น มาตรา 398, 659 และ 866 เป็นต้น ทำให้ลูกหนี้ต้องเพิ่มความระมัดระวังขึ้นมากกว่าเกณฑ์ปกติทั่วไปที่ตนเคยใช้อยู่⁹⁶

วิสัย (Nature) คือ สภาพของบุคคลผู้กระทำว่ามีลักษณะหรือสภาพภายนอกอย่างไร การพิเคราะห์เรื่องวิสัยนี้ต้องดูฐานะ (Status) ของผู้กระทำว่าเป็นเด็ก ผู้ใหญ่ สตรี คนชรา หรือผู้มีวิชาชีพ⁹⁷ พิจารณาประกอบ เป็นต้น การวัดว่ามีความระมัดระวังตามวิสัยจึงหมายความว่า บุคคลทั่ว ๆ ไปที่อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำนั้นเขาใช้ความระมัดระวังอย่างไร ในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้และได้รับการอบรมมาเป็นพิเศษในเรื่องกฎหมายนั้น การวัดความระมัดระวังจึงใช้ขนาดระมัดระวังอย่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย จะอ้างว่าคนธรรมดาใช้ความระมัดระวังเพียงใด ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็ได้ใช้ความระมัดระวังเพียงนั้นหาได้ไม่ เพราะบุคคลธรรมดาย่อมมิอาจมีความรู้ ประสบการณ์ ความชำนาญเฉพาะทางกฎหมายเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงมากกว่าบุคคลธรรมดาหรือวิญญูชนทั่วไป และในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอ้างตนว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย (specialist) ความระมัด

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

⁹⁷ ศินีนาด เกียรติกังวาลกุล, “ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ,” หน้า

ระวางที่ไว้ก็ต้องใช้อย่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผู้ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเช่นกัน การใช้ความระมัดระวังในสภาพเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไป ย่อมเป็นการไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมแก่ลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญย่อมมีความระมัดระวังที่สูงกว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่ว ๆ ไป คำพิพากษาของสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสต่างยอมรับว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยเฉลี่ยเป็นมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพ แต่ในทางปฏิบัติทั้งสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสต่างคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพที่เหนือกว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่น เช่น ความเชี่ยวชาญ ความชำนาญพิเศษที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นมี⁹⁸ ซึ่งเกี่ยวข้องกับจัดการคดีหรือเรื่องใด ๆ ของลูกความ

พฤติการณ์ (circumstances) คือ ข้อเท็จจริงภายนอก หรือสภาพแวดล้อมภายนอก ซึ่งผู้กระทำไปเกี่ยวข้องกับ ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ย่อมหมุนเปลี่ยนไปไม่คงที่ การใช้ความระมัดระวังต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ ในกรณีพฤติการณ์ฉุกเฉิน (Emergency) เช่น ตกอยู่ภายใต้ภัยอันตรายอย่างหนึ่งอย่างใด ย่อมไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้อย่างเช่นกรณีปกติ ดังนั้น พฤติการณ์ฉุกเฉินซึ่งต้องนำมาประกอบในการพิจารณาความระมัดระวัง อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่ากรณีฉุกเฉินจะสามารถใช้เป็นข้อแก้ตัวได้ว่า ไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้ หลักอยู่ที่วิญญูชนคนทั่วไป (reasonable man) ในฐานะเดียวกับผู้กระทำเขาปฏิบัติกันอย่างไรหากมีพฤติการณ์ฉุกเฉินเช่นนั้น⁹⁹ ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีเวลาอันจำกัดในการทำงานให้ลูกความ เช่น การที่ผู้ประกอบวิชาชีพพบว่าความและต้องจัดเตรียมเอกสารเพื่อยื่นฟ้องภายในวันสุดท้ายของอายุความ หรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีเวลาในการค้นข้อมูลกฎหมายหรือวางแผนในการฟ้องคดีหรือไม่ พฤติการณ์เหล่านี้เป็นข้อควรคำนึงในการพิจารณาเกี่ยวกับความระมัดระวังด้วย เป็นต้น

หลักในการวินิจฉัยว่าผู้กระทำขาดความระมัดระวังตามวิสัยหรือพฤติการณ์หรือไม่ นั้น จะต้องสมมติบุคคลขึ้นเปรียบเทียบ บุคคลนี้มีทุกอย่างเหมือนผู้กระทำ กล่าวคือ เป็นบุคคลที่อยู่ในภาวะเช่นนั้นตามวิสัยและพฤติการณ์อย่างเดียวกับผู้กระทำ หากบุคคลซึ่งสมมติขึ้นนี้โดยทั่วไปอาจใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำขาดความระมัดระวังเช่นนั้นก็ถือว่าผู้กระทำประมาท หากบุคคลซึ่งสมมติขึ้นนี้โดยทั่วไปไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้ การที่ผู้กระทำขาด

⁹⁸ Panayotis J. Zepas and Phoebus Christodoulou, "Professional Liability," p. 51.

⁹⁹ ศินีนารถ เกียรติกังวาลพิบูล, "ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ," หน้า 72.

ความระมัดระวัง ก็ไม่ถือว่าผู้กระทำประมาท¹⁰⁰ หลักการวินิจฉัยโดยใช้บุคคลขึ้นเปรียบเทียบ เรียกว่า in abstracto บุคคลที่สมมติขึ้นเป็นมาตรฐานเปรียบเทียบในความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น คือ บุคคลที่มีสภาพทางร่างกาย (physical attributes) อย่างเดียวกับผู้ทำความเสียหาย แต่มีสติปัญญา ความสามารถทางจิตใจเป็นปกติสำหรับบุคคลในสภาพทางร่างกายเช่นนั้น สภาพทางร่างกายนั้นต้องพิจารณาความสมบูรณ์หรือความบกพร่องทางร่างกาย เช่น ตาบอด หรือ กายพิการ ซึ่งผู้ที่มีสภาพทางร่างกายบกพร่องเช่นนี้ ย่อมจะทำอะไรให้ตีเหมือนคนปกติไม่ได้ เพศและวัยของบุคคลก็ต้องนำมาพิจารณาเหมือนกัน รวมถึงในกรณีที่บุคคลผู้กระทำความเสียหายเป็นผู้มีฝีมือความชำนาญบางอย่าง เช่น แพทย์ วิศวกร ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ฯลฯ บุคคลที่สมมติขึ้นจึงต้องเป็นบุคคลที่มีฝีมือและความชำนาญเช่นเดียวกัน บุคคลที่สมมตินี้ต้องอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหายด้วย ส่วนความฉลาดหรือความโง่ มั่งง่าย หรือรอบคอบแค่นั้นเป็นสภาพทางจิตใจที่คนในสภาพร่างกายเช่นเดียวกันจะต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น จึงถือเอาสภาพจิตใจของผู้กระทำความเสียหายเป็นหลักวินิจฉัยด้วยไม่ได้ จะกลายเป็นวินิจฉัยตัวผู้กระทำที่เรียกว่า in concreto¹⁰¹

ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพหรือผู้มีวิชาชีพ ซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญ ตลอดจนมีประสบการณ์พิเศษแตกต่างหรือสูงกว่าคนธรรมดาทั่วไป และซึ่งความรู้ความสามารถเช่นนั้นโดยปกติแล้ว คนธรรมดาสามัญทั่วไปไม่อาจรู้และปฏิบัติได้ ด้วยเหตุนี้การใช้ความระมัดระวังจึงต้องวัดเอาจากผู้มีวิชาชีพ เช่นเดียวกับในสังคมนั้นว่าเขาใช้ความระมัดระวังกันอย่างไรในพฤติการณ์ คดีส่วนใหญ่ที่เกี่ยวกับประมาทเลินเล่อในวิชาชีพมักจะต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert) เพื่ออธิบายถึงหน้าที่ในความระมัดระวัง หรือแนวปฏิบัติในวิชาชีพนั้น เพราะโดยปกติแล้วคนธรรมดาทั่วไป (Layman) ที่มีได้ศึกษาเล่าเรียนมาโดยตรงจะไม่อาจทราบในข้อเท็จจริงที่ผู้มีความรู้ประกอบอยู่ ควรแก้ไขปัญหานั้นอย่างไร¹⁰² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัญหาข้อกฎหมาย ผู้ที่มีใช้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ย่อมมีอาจใช้ดุลพินิจหรือความรู้ของตนในการแก้ไขปัญหาคอนกรีต รวมทั้งการหาวิธีการแก้ไขปัญหาคอนกรีตให้เป็นไปตามสิทธิที่ตนพึงมีพึงได้รับตามกฎหมาย รวมถึงการมีอาจดำเนินการใด ๆ ในศาลอย่างมีความ

¹⁰⁰ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 159.

¹⁰¹ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180-181.

¹⁰² ศินีนาถ เกียรติกังวาฬไกล, "ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ," หน้า 69.

สามารถและประสิทธิภาพเฉกเช่นผู้ที่ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ที่มีความอิสระในการใช้ความคิดเพื่อแก้ปัญหาให้ความเห็นหรือคำปรึกษา รวมทั้งมีอิสระในการดำเนินการโดยใช้ความรู้ทางกฎหมายเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของลูกความของตน อย่างไรก็ตาม ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความรู้และหลักวิชาการกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งการจะถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อเพียงใด ศาลอเมริกันถือว่าผู้มีวิชาชีพต้องรู้หลักพื้นฐานอันเป็นความรู้ทั่วไปในวิชาชีพของตนซึ่งผู้อื่นต่างถือเป็นหลักสากล การปฏิบัติหน้าที่ตามวิชาชีพต้องกระทำด้วยความสุจริตใจ และใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นผู้อื่นเขาใช้ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องการวินิจฉัยตัดสินใจนั้น การที่ผู้มีวิชาชีพกฎหมายกระทำการใดโดยสุจริตระมัดระวังโดยพื้นฐานของหลักวิชาความรู้ แม้จะเป็นการผิดพลาดที่เรียกว่า "Error of Judgment" ศาลอเมริกันถือว่าไม่เป็นประมาทเลินเล่อ ในทางตรงกันข้ามหากเป็นเรื่องของการผิดพลาดเพราะขาดความรู้ความสามารถที่ผู้มีวิชาชีพกฎหมายคนอื่น ๆ พึงมี หรือเป็นเพราะการปฏิบัติหน้าที่โดยเลินเล่อ ผู้นั้นย่อมรับผิดชอบ การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายว่าความโดยอ้างอิงบทกฎหมายที่มีอยู่ย่อมเป็นการใช้ระมัดระวังตามวิชาชีพ การที่ทนายความฟ้องคดีให้ลูกความเมื่อล่วงเลยระยะเวลาทำให้ศาลพิพากษยกฟ้อง เพราะคดีขาดอายุความ ทนายความต้องรับผิดชอบ จะอ้างว่าไม่รู้ว่าจะคดีขาดอายุความไม่ได้ เป็นหน้าที่ของทนายความต้องรู้และระมัดระวัง

ดังนั้น ในการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย จึงต้องวินิจฉัยถึงขนาดความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยเทียบกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปซึ่งอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์อย่างเดียวกันกับผู้กระทำ ว่าปกติ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเช่นว่านั้นจะใช้ความระมัดระวังได้มากน้อยเพียงใด ถ้าหากปรากฏว่าผู้ประกอบวิชาชีพที่เป็นมาตรฐานเทียบเคียงนั้นอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกันกับผู้กระทำจะใช้ความระมัดระวังมากกว่าผู้กระทำและความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น ก็ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้กระทำนั้นประมาทเลินเล่อ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1151/2534 โจทก์ว่าจ้างให้จำเลยเป็นทนายความฟ้อง ด. ให้ชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมแก่โจทก์ โดยโจทก์มอบต้นฉบับสัญญากู้ยืมให้จำเลยไปแล้ว แต่จำเลยกลับทำให้ต้นฉบับสัญญากู้ยืมสูญหายไม่ตกอยู่ในความครอบครองของ ด. เป็นเหตุให้โจทก์แพ้คดี ถือว่าจำเลยทำละเมิดต่อโจทก์โดยประมาทเลินเล่อ จำเลยจำต้องรับผิดชอบต่อโจทก์

3) โดยผิดกฎหมาย

นอกจากมีการกระทำ และการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว ยังมีหลักเกณฑ์อีกว่าจะต้องเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ที่ว่าโดยผิดกฎหมายนั้น ถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กฎหมายอาญาบัญญัติว่าการกระทำอันใดเป็นความผิดก็ย่อมเป็นการกระทำผิดกฎหมายอย่างไม่มีปัญหา แต่ความรับผิดชอบละเมิดไม่จำเป็น

ต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำอันใดเป็นการกระทำผิดกฎหมายดังเช่นประมวลกฎหมายอาญา

การที่มาตรา 420 ใช้คำว่า โดยผิดกฎหมาย นั้น ทำให้เข้าใจว่าถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แล้วย่อมไม่เป็นละเมิด คำว่า "โดยผิดกฎหมาย" ในมาตรานี้ มาจาก "unlawfully" ในต้นร่าง ซึ่งใช้ในมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีความหมายในทางนิเสธเช่นเดียวกับคำว่า มิชอบด้วยกฎหมาย ที่ใช้ในมาตรา 421 นั้นเอง¹⁰³ คำว่า "โดยผิดกฎหมาย" จึงน่าจะเป็นการกระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิ หรือทำลงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นก็จะเป็นละเมิดได้ ส่วนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใด เป็นเรื่องที่ต้องนำสืบและไม่ใช้ประเด็นที่ทำให้ขาดองค์ประกอบอันเป็นละเมิด¹⁰⁴ นอกจากนี้ การกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายนี้ ผู้กระทำต้องไม่มีอำนาจกระทำถ้ามีอำนาจกระทำได้ไม่เป็นการกระทำผิดกฎหมาย อำนาจที่จะกระทำได้อาจเกิดโดยมีกฎหมายให้อำนาจโดยตรง มีอำนาจตามสัญญา อาศัยอำนาจตามคำพิพากษา มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นไม่ต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่น นิรโทษกรรม และกระทำโดยความยินยอมของผู้เสียหาย¹⁰⁵ อย่างไรก็ตาม แม้ผู้กระทำมีสิทธิมีอำนาจกระทำอาจถือว่าเป็นการอันผิดกฎหมายได้ เพราะสิทธิต่าง ๆ ได้ก่อกำขึ้นโดยมีความมุ่งหมายบางอย่างบางประการโดยเฉพาะ และสิทธิใดสิทธิหนึ่งย่อมจะสิ้นสภาพจากการเป็นสิทธิทันที ถ้าหากใช้เพื่อความมุ่งหมายให้แตกต่างไปจากความมุ่งหมายที่ก่อกำตั้งสิทธินั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 ได้บัญญัติการควบคุมการใช้สิทธิว่า "การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย" มาตรา 421 จึงเป็นข้อยกเว้นหรือบทขยายของคำว่า "โดยผิดกฎหมาย" ในมาตรา 420 อีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ คำว่า "มิชอบด้วยกฎหมาย" ตามมาตรา 421 หมายถึง "โดยผิดกฎหมาย" ในมาตรา 420 นั้นเอง¹⁰⁶

¹⁰³ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 180-181.

¹⁰⁴ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 16-18.

¹⁰⁵ พจน์ ปุษปาคม, ละเมิด, หน้า 50.

¹⁰⁶ ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 16.

4) มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น

หลักที่ว่ามีความเสียหายแก่บุคคลอื่น หมายความว่า แม้จะมีการทำโดยผิดกฎหมายแล้ว แต่ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้นก็ยังไม่เป็นละเมิด จะเป็นละเมิดนั้นก็ต่อเมื่อการที่ได้ทำลงไปนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ลักษณะของความเสียหายอาจมีลักษณะ 3 ประการคือ

(1) ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน ความเสียหายที่แน่นอนนี้มีได้หมายความว่าเฉพาะผลที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบันเท่านั้น (actuel) แต่รวมถึงผลที่เกิดขึ้นในอนาคต (future) อันเป็นที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นด้วย แต่ทั้งนี้ ย่อมไม่รวมถึงความเสียหายที่ไม่แน่นอน ซึ่งยังเป็นเพียงความคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดก็ได้ (eventuel, chance) ความคาดหมายเช่นนี้ยังไม่ถือเป็นความเสียหายตามความหมายของมาตรานี้ ความเสียหายที่แน่นอนอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้น อาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงิน หรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินก็ได้ ที่จริงความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพก็เป็นที่ยกเว้นรวมทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าที่ต้องขาดประโยชน์เพราะไม่สามารถประกอบกิจการ และความเจ็บปวดเสียหายอันเป็นความเสียหายในความรู้สึกของจิตใจ ซึ่งไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ตามหลักจึงถือกันว่า ความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหาย เป็นรูปร่างคำนวณเป็นเงินได้ (corporal, materiel) หรือความเสียหายทางจิตใจคำนวณเป็นเงินไม่ได้ (moral) ถ้าเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้ว ก็เป็นมูลความผิดฐานละเมิดได้¹⁰⁷

(2) ต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรอง ถ้าเป็นความเสียหายโดยพฤตินัย เช่น ผู้เสียหายยอมให้กระทำไม่เป็นละเมิด แม้จะเกิดความเสียหาย แต่ก็ไม่ใช่ความเสียหายตามกฎหมายที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้¹⁰⁸

(3) ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น อันได้แก่ สิทธิตามบัญญัติไว้ในมาตรา 420 อันได้แก่ ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

¹⁰⁷ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 192.

¹⁰⁸ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง (กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์, 2534), หน้า 35.

ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ย่อมหมายถึงความเสียหาย แก่สิทธิของบุคคลทั้งสิ้น เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และทรัพย์สิน สิทธิอันเป็นมูลฐานที่เกิดจากละเมิดดังกล่าวนี้เป็นสิทธิเด็ดขาด ซึ่งกฎหมายรับรองคุ้มครองอัน บุคคลทั่วไปต้องเคารพ สิ่งเหล่านี้รวมอยู่ในความหมายของคำว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด"

สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติในมาตรา 420 มิใช่หมายถึงเฉพาะสิทธิ เด็ดขาดหรือทรัพย์สินที่ดั่งบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังมีบทบัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับกรณีที่เกิดความเสียหายต่อสิทธิอื่น นอกเหนือจากสิทธิเด็ดขาดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 823 แม้ว่ามาตรา 823 ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะเป็นที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ก็ตาม แต่ที่ถูกลบแล้วมาตรา 420 หาได้มีความหมายเฉพาะสิทธิเด็ดขาดหรือทรัพย์สิน อย่างเดียวไม่ มาตรา 420 เป็นบทบัญญัติเดียวที่อธิบายเรื่องการกระทำอันเป็นละเมิด ซึ่งต่าง จากกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น คำว่า "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" จึงควรหมายความถึง การทำให้เกิด ความเสียหายต่อสิทธิทั้งหลายอันมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งสิทธิในที่นี้ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้อง เคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็เป็สิทธิ โดยไม่จำกัดแต่เฉพาะ สิทธิที่เป็นทรัพย์สินหรือสิทธิเด็ดขาดเท่านั้น เหตุนี้การทำให้เสียหายต่อสิทธิตามสัญญาอัน เป็นสิทธิ จึงเป็นละเมิดตามมาตรา 420 ด้วย¹⁰⁹

5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

การกระทำอันเป็นละเมิดนั้น แม้ว่าจะได้กระทำลงจนเข้าองค์ประกอบตามที่ กล่าวมาแล้ว 4 ประการก็ตาม แต่หากโจทก์ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าผลเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผล จากการกระทำของจำเลยแล้ว ก็เอาผิดแก่จำเลยมิได้ โจทก์จึงต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลย หลักดังกล่าวนี้เรียกว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุ และผลหรือระหว่างความผิดกับความเสียหาย (causation, rapport de causalite) ซึ่งยังไม่มี หลักแน่นอนที่จะปรับแก้กรณีต่าง ๆ ได้ทั่วไปทุกกรณี

แม้บทบัญญัติตามมาตรา 420 จะมีได้บัญญัติถึงขอบเขตความรับผิดชอบของจำเลยใน คดีละเมิดไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่ตัวบทใช้คำว่า "จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" แต่การจะให้จำเลยต้องรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำของเขา จำต้องมีหลักในการพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลของการกระทำ

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

ในเรื่องนี้นักกฎหมายพยายามหาข้อยุติไว้มากมายหลายทฤษฎีด้วยกัน แต่ไม่มีทฤษฎีใดที่สามารถตอบคำถามว่าอะไรเป็นเหตุแห่งผลได้ดีที่สุด ชนิดที่สิ้นข้อสงสัย ยุติธรรม และใช้ได้ทุกกรณี¹¹⁰ หลักเกณฑ์ที่นำมาปรับใช้แก่ปัญหาต่าง ๆ ว่าผลที่จะต้องรับผิดชอบอยู่ในขอบเขตอย่างไร ปัญหาข้อนี้ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป โดยอาศัย ตรรกวิทยา ความคิดธรรมดา ความยุติธรรม นโยบายและบรรทัดฐานที่มีมา (logic, common sense, justice and precedent) คำพิพากษาไม่ว่าประเทศใดไม่พยายามวางหลักเรื่องนี้ เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่กับข้อเท็จจริงในคดีนั้น ๆ โดยเรียกความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลนั้นต่าง ๆ กัน เช่น เหตุกับผลธรรมดา (natural consequent) เหตุอันใกล้ชิด (proximate cause) เหตุกับผลโดยตรง (direct) เหตุกับผลสำคัญ (substantial) และเหตุอันก่อให้เกิดผล (cause generstric) เป็นต้น อย่างไรก็ตามไม่ว่าศาลหรือนักนิติศาสตร์จะเรียกเหตุผลหรือแนวคิดทฤษฎีที่ยกขึ้นอ้างว่าอย่างไร ก็ดูเหมือนจะไม่แตกต่างจากแนวทฤษฎี 2 ทฤษฎีของนักนิติศาสตร์เยอรมันที่ได้อธิบายไว้ ดังนี้

(1) ทฤษฎีเงื่อนไข (theorie de l'equivalence des conditions) หรือทฤษฎีผลโดยตรง หรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ (Causa sine qua non) ถือว่าถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งผลย่อมไม่เกิดขึ้น ผลอันหนึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุหลายประการประกอบกัน ซึ่งหากขาดเหตุทั้งหลายนั้นเสียแม้แต่เหตุใดเหตุหนึ่งผลนั้นก็ย่อมจะไม่เกิดขึ้น จึงถือว่าเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลได้เท่ากัน อันไม่มีเหตุใดสำคัญกว่ากัน¹¹¹ ดังนั้น ถ้ามีการกระทำหลายอย่างอันเป็นเหตุแห่งผลก็ถือว่า เหตุทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันที่จะก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น¹¹² จะถือว่าเป็นแต่เหตุบางประการเท่านั้นที่ก่อให้เกิดผลขึ้นหาได้ไม่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1326/2510 ทั้งสองฝ่ายขัดแย้งกันต่างเถียงกันว่า คนในรถตายมิได้เกิดจากการกระทำของตน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เหตุที่รถชนกันนี้เป็นเพราะความประมาททั้งสองฝ่าย ถ้าจำเลยที่ 1 ไม่ขับรถเร็วกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ก็จะไม่ชนกัน ส่วนจำเลยที่ 2 นั้น ถ้าวินิจฉัยจำเลยที่ 1 ซึ่งขับมาทางตรงผ่านไปก่อน รถก็จะไม่ชนกันขึ้น

¹¹⁰ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 44-45.

¹¹¹ พจน์ ปุษปาคม, ละเมิด, หน้า 216.

¹¹² สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 45.

เหมือนกัน การที่รถชนกันขึ้นนั้นจึงเป็นผลโดยตรงจากความประมาทของจำเลยทั้งสองที่ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับของกฎหมาย มีความผิดฐานทำให้คนตายโดยประมาท

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3008/2527 รถของโจทก์ถูกรถของจำเลยชนโดยประมาทอยู่กลางถนน แล้วถูกรถของบุคคลอื่นชนซ้ำ โดยไม่ใช่ความประมาทของบุคคลนั้น แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายเพิ่มขึ้นก็เป็นผลโดยตรงอันเกิดจากความประมาทของฝ่ายจำเลยเป็นผู้ก่อขึ้นก่อน ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในผลอันนี้ด้วย

สรุปก็คือทฤษฎีนี้ถือว่า การกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดผลนั้นมีความสำคัญเท่า ๆ กัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำอันเดียว หรือหลายการกระทำต่างก็ส่งผลได้เท่ากัน แม้การกระทำอันเดียว ผลจะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใด ก็ถือว่าเป็นผลจากเหตุอันเดียวนั้น ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ ทฤษฎีนี้มีข้อดีที่เป็นหลักตรงกับความจริงตามธรรมชาติ¹¹³ แต่ทฤษฎีนี้มีข้อเสียอยู่ที่ว่า เป็นการผลักภาระความรับผิดชอบที่เกินกว่าความเป็นจริง และไม่เป็นการยุติธรรมต่อผู้กระทำ เพราะในบางกรณีอาจมีเหตุอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่าเหตุเดิมแทรกซ้อนขึ้นและเป็นเหตุให้เกิดผลได้อย่างชัดเจน ถ้าถือว่าทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากันหมดทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบมากเกินกว่าความเป็นจริง¹¹⁴ โดยไม่มีขอบเขต ตลอดจนถึงความเสียหายที่ไม่มีใครคาดหมายได้ก็ต้องรับผิดชอบ

(2) ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (Theorie de la causalite adequate) ทฤษฎีผลธรรมดา ทฤษฎีนี้ถือว่าเฉพาะการกระทำที่เป็นเหตุสำคัญซึ่งส่งผลตามธรรมดาหรือเป็นเหตุเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิดขึ้นเท่านั้นที่ถือได้ว่าเป็นเหตุที่จะต้องรับผิดชอบ¹¹⁵ กล่าวคือ บรรดาเหตุที่ก่อให้เกิดผลเสียหายขึ้นนั้น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเฉพาะเหตุที่ตามปกติย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายเช่นนั้นขึ้น ต้องพิจารณาว่าตามความรู้ความชำนาญของมนุษย์ ผลอาจจะเกิดจากการกระทำของผู้กระทำหรือไม่ ผลที่อาจเกิดขึ้นนั้นต้องไม่ห่างไกล จนตามความคิดเห็นของคนธรรมดาไม่สามารถจะคาดหมายได้¹¹⁶

¹¹³ไพจิตร ปุณฺณพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 42

¹¹⁴สุขุม ศุภานิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 45.

¹¹⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

¹¹⁶พจน์ ปุษปาคม, ละเมิด, หน้า 46.

ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมที่ถือว่า ผลที่ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบเป็นผลที่ตามปกติ ควรจะเกิดจากการกระทำของผู้กระทำ มีข้อดีที่ตรงกับหลักวินิจัยความผิดหรือความประมาท เลินเล่อของจำเลย ซึ่งต้องวินิจัยตามพฤติการณ์ที่บุคคลในฐานะเช่นจำเลยควรจะทำ แต่มี ข้อเสียที่จำกัดผลที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบอยู่ภายในวงที่ผู้กระทำควรได้คาดเห็นเท่านั้นขัดกับ ความเป็นจริงที่อาจมีความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการทำของจำเลยแท้ ๆ แต่จำเลย ผู้กระทำละเมิดกลับไม่ต้องรับผิด ทำให้ผู้เสียหายซึ่งไม่มีส่วนทำอะไรผิดเลยต้องรับบาป เคราะห์ไปโดยลำพังตามยถากรรม¹¹⁷

จากคำพิพากษาฎีกา จะเห็นได้ว่าศาลไทยจะใช้ถ้อยคำที่ไม่แน่ชัดว่าเป็นการ วินิจฉัยโดยอาศัยทฤษฎีใดแน่ เช่น ใช้คำว่าเป็นผลโดยตรงซึ่งเกิดจากการกระทำ หรือเป็นผล ธรรมดาซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำ หรือเป็นผลโดยตรงที่อาจเกิดขึ้นได้เป็นธรรมดาจากการ กระทำของจำเลย ตัวอย่างเช่น¹¹⁸

คำพิพากษาฎีกาที่ 131/2496 ในเรื่องละเมิดกฎหมายคุ้มครองการกระทำอัน เป็นผลธรรมดาหรือโดยตรง หรือใกล้ชิดกับเหตุเท่านั้น

ถ้าจำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของโจทก์เก็บรักษาสมุดเช็คและตราบอกบัญชีไว้เองก็เป็น การป้องกันอย่างดี ผู้ร้ายจะหาโอกาสปลอมเช็คไปเบิกเงินของโจทก์ได้ยาก อาจตำหนิจำเลยใน ทางปกครองได้ แต่จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด เพราะไม่ใช่ผลโดยตรงใกล้ชิดกับการกระทำ ของจำเลย

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า ศาลไทยใช้ทฤษฎีผลโดยตรงในการวิเคราะห์ความ สัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในคดีละเมิด ไม่ว่าจะเป็นจงใจละเมิดหรือประมาทเลินเล่อทำ ให้เกิดเสียหาย เหตุผลมีอยู่ว่าหน้าที่เกิดจากมูลละเมิดนั้น ความเสียหายมีอาจคาดหมายได้เสมอ ไปดูจหน้าที่เกิดจากสัญญาซึ่งคู่กรณีในสัญญาย่อมรู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเป็นธรรมดา เนื่องมาจากการผิดนัดชำระหนี้ ดังนั้น ถ้าจะจำกัดความรับผิดในมูลหนี้ละเมิดให้เหมือนหนี้ผิด สัญญา ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เสียหายในคดี

¹¹⁷ จิตติ ดิงศภักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 224.

¹¹⁸ สุขุม สุภานิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 49.



ละเมิดก็ต้องรับบาปเคราะห์แห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นเกินกว่าผู้กระทำคาดหมายได้เสมอไป¹¹⁹

มาตรา 222 เป็นบทบัญญัติในการเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ ซึ่งค่าสินไหมทดแทนที่เรียกนั้น ก็เพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ ซึ่งคล้ายกับทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสมที่ว่า การที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดจากเหตุที่ตามปกติแล้วเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลเสียหาย อันอยู่ในขอบเขตที่ผู้กระทำควรคาดเห็นได้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 222 นี้ไม่อาจนำมาใช้กับกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดได้ เพราะเหตุผลที่มาตรา 222 บัญญัติให้ลูกหนี้รับผิดชอบเฉพาะผลที่ตามปกติย่อมเกิดจากการไม่ชำระหนี้ ก็เพราะในกรณีไม่ชำระหนี้หรืออีกนัยหนึ่งกรณีผิดสัญญา นั้น โดยปกติเจ้าหนี้ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความผิดของลูกหนี้ เมื่อไม่มีการชำระหนี้ ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบ (มาตรา 213) เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ที่จะต้องพิสูจน์ข้อแก้ตัวให้พ้นผิด ถ้าจะให้ลูกหนี้ต้องใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยผลทุกอย่างแล้ว ลูกหนี้อาจต้องรับผิดชอบโดยไม่มีขอบเขต กฎหมายจึงจำกัดความรับผิดชอบเฉพาะผลปกติ ซึ่งย่อมคาดเห็นอยู่แล้ว โดยเหตุนี้ ถ้าได้คาดเห็นพฤติการณ์ที่ทำให้เกิดความเสียหายพิเศษ ลูกหนี้ผู้ไม่ชำระหนี้ก็ต้องรับผิดชอบอีกด้วย แต่ในความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ผู้ก่อความเสียหายต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อได้ทำความผิด คือ ได้ทำความเสียหายขึ้นโดยผิดกฎหมายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความรับผิดชอบของผู้ทำละเมิดย่อมมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะที่เกิดจากความผิดของผู้กระทำละเมิดนั้นอยู่แล้ว เมื่อผู้ทำละเมิดก่อความเสียหายขึ้น แม้จะเป็นผลที่ไม่คาดหมายก็ตาม เมื่อเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดของตนแล้วผู้ทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบ ในระหว่างที่ผู้เสียหายซึ่งไม่มีความผิดอันใดเลย กับผู้ทำละเมิดซึ่งเป็นฝ่ายทำผิดให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้น ก็เป็นที่เห็นได้ว่าไม่มีเหตุที่ผู้เสียหายจะต้องรับบาปเคราะห์ แต่ควรเป็นผู้ทำละเมิดที่ต้องการรับภาระชดใช้ค่าเสียหาย¹²⁰ นอกจากนี้ มาตรา 222 ยังบังคับในกรณีที่ผู้กระทำกับผู้เสียหายมีฐานะเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้กัน แต่ในกรณีละเมิดก่อนเกิดการละเมิดผู้กระทำกับผู้เสียหายมิได้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้ หรือลูกหนี้ หรือหนี้ผูกพัน

แม้ศาลไทยจะใช้ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีผลโดยตรงในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในคดีละเมิด ไม่ว่าจะเป็นการจงใจหรือความประมาทเลินเล่อทำให้

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

¹²⁰ จิตติ ดิงศภักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 217.

เกิดเสียหายดังที่กล่าวมาข้างต้น หากในกรณีที่เหตุแทรกแซงซึ่งถือว่าเป็นเหตุอันใหม่ที่เป็นเหตุให้เกิดผลเสียหายขึ้นหลังจากการกระทำอันแรกได้สิ้นสุดลงแล้วนั้น ในเรื่องนี้ศาลไทยใช้หลักทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีผลธรรมดาวิจจัย กล่าวคือ หากเหตุแทรกแซงมีน้ำหนักพอที่จะทำให้เกิดผลเสียหายสุดท้ายขึ้น และผู้กระทำคนแรกอาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดเหตุแทรกแซงนั้น ผู้กระทำคนแรกก็ต้องรับผิดชอบ แต่หากเหตุแทรกแซงนั้นผู้กระทำคนแรกไม่สามารถคาดหมายได้ ก็ทำให้ขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลสุดท้าย และทำให้ผู้กระทำคนแรกต้องรับผิดชอบเพียงเท่าที่ตนเองก่อขึ้นเท่านั้น¹²¹ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ความคาดหมายได้หรือไม่จะเป็นจุดที่ชี้ให้เห็นว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่ไกลออกไปจากการกระทำของจำเลยหรือไม่¹²²

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2086/2523 จำเลยที่ 1 และที่ 2 ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการต่อท่อสูบน้ำมันเบนซินจากเรือบรรทุกน้ำมันเข้าคลังน้ำมันของจำเลยที่ 3 ที่ 4 เมื่อเดินเครื่องสูบน้ำมันแล้วเป็นเหตุให้น้ำมันเบนซิน 5,195 ลิตร รั่วไหลตกไปในแม่น้ำแม่กระเจาไปบนผิวน้ำ ถ่านที่เหลือจากการหุงต้มทิ้งลงในแม่น้ำตามปกติ จึงทำให้เกิดไฟลุกไหม้น้ำมันเบนซินบนผิวน้ำลุกลามไหม้บ้านเรือนทรัพย์สินของโจทก์อย่างรวดเร็ว เป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของจำเลยที่ 1 และที่ 2 จำเลยทั้งสองต้องร่วมรับผิดชอบต่อโจทก์ในความเสียหายที่เกิดขึ้น

ดังนั้น ในกรณีพิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงใช้ทฤษฎีเงื่อนไข หรือทฤษฎีผลโดยตรงเช่นกัน โดยถือว่าความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดผลเสียหายแก่ลูกความของตน หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิได้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว ความเสียหายของลูกความย่อมไม่เกิดขึ้น หรือถ้าความเสียหายยังคงเกิดขึ้น ความเสียหายนั้นมิใช่เป็นผลจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักวิจจัยตามทฤษฎีดังกล่าวในเหตุการณ์หรือผลอันหนึ่งมีเหตุหลายประการที่ทำให้เกิดผลอันนั้นขึ้น บางกรณีจึงอาจไม่เป็นธรรมที่จะทำให้จำเลยรับผิดชอบในความเสียหายทั้งสิ้นอันเกิดจากเหตุนั้นแต่

¹²¹ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 50-51.

¹²² ศินีนาถ เกียรติกังวาล, ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ, หน้า 81.

ผู้เดียว กรณีเช่นนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ซึ่งบัญญัติว่า "คำ
สินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใด เพียงใดนั้นให้ศาลวินิจฉัยตามสมควรแก่พฤติการณ์และ
ความร้ายแรงแห่งละเมิด" เปิดโอกาสให้ศาลมีบทบาทในการกำหนดขอบเขตแห่งความรับผิดชอบ
ในความเสียหายที่เกินไปจากความรับผิดชอบที่ตนเป็นผู้ก่อขึ้น ซึ่งศาลอาจให้ผู้ประกอบวิชาชีพ
กฎหมายรับผิดชอบทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน หรือยกเว้นความรับผิดชอบเสียเลยก็ได้ สำหรับความ
รับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในกรณีที่มีเหตุแทรกแซงที่เกิดขึ้นภายหลังจากการกระทำ
ของผู้ประกอบวิชาชีพสิ้นสุดแล้ว และเหตุแทรกแซงอันใหม่ที่เป็นเหตุให้เกิดผลเสียหายแก่
ลูกความ เช่น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนแรกร่างคำฟ้องโดยความประมาทเลินเล่อ
เช่น ปราศจากสภาพแห่งข้อหาที่แจ้งชัด หรือคำบังคับท้ายฟ้องที่ไม่ครบถ้วนเพื่อประโยชน์ของ
ลูกความของตน ต่อมาได้ถอนตัวจากการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในคดีของลูกความ
และลูกความได้ว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนอื่นให้ดำเนินคดี ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพ
กฎหมายคนใหม่ไม่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบคำฟ้องเพื่อที่จะแก้ไขคำฟ้องให้สมบูรณ์
ภายในระยะเวลาตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จนศาลพิพากษาให้
ลูกความนั้นแพ้คดีหรือก่อผลเสียหายแก่ลูกความแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าถ้าคำฟ้องที่ผู้ประกอบ
วิชาชีพกฎหมายคนแรกร่างและได้ยื่นฟ้องต่อศาลแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนแรกยอม
รับผิดชอบถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นในวันปลายเพราะยอมคาดหมายได้ว่าจะเกิดเหตุแทรกแซงโดย
ผู้ประกอบวิชาชีพคนใหม่ได้