บทที่ 5
วิเคราะห์ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในประเทศคอมมอนลอว์และประเทศซีวิลลอว์

ในบทนี้จะเป็นเรื่องการวิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มาตรฐานของความระมัดระวัง และการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ ตลอดจนเรื่องเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นและจำกัดความรับผิดในประเทศคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ นอกจากนี้ ยังแสดงให้เห็นถึงหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์ซึ่งเป็นหน้าที่ที่เป็นอิสระจากกฎหมายคอมมอนลอว์ เป็นหน้าที่อันเกิดขึ้นตามหลักอิควิตี้ (equity rule) ซึ่งก็คือหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties)

5.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จะมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างการบริหารความยุติธรรมและกฎหมายปกครอง ซึ่งจะถูกควบคุมโดยบทบัญญัติของกฎหมายของแต่ละประเทศอันมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน กฎหมายดังกล่าวแสดงถึงการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและองค์กรควบคุมวิชาชีพกฎหมาย ข้อบังคับเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ข้อบังคับว่าด้วยจรรยาบรรณหรือมรรยาท นอกจากนี้ ยังกำหนดหน้าที่และพื้นฐานตลอดจนขอบเขตความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเป็นนโยบายภายในองค์กรควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพเอง ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีคุณลักษณะและบทบาทหน้าที่สอดคล้องกับความต้องการของสังคม (Panayotis and Phoebus, 1978) ในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่เพียงแต่มีความรับผิดต่อองค์กรควบคุมวิชาชีพเท่านั้น ยังรวมถึงความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางแพ่งอีกด้วย

หลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีต่อลูกความอันเนื่องมาจากการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย หลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งในแต่ละประเทศอาจคล้ายคลึงกันหรือแตกต่างกันตามแต่ระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ซึ่งอาจ

แยกพิจารณาได้เป็นความรับผิดทางแพ่งในประเทศคอมมอนลอว์และความรับผิดทางแพ่งในประเทศซีวิลลอว์

5.1.1 หลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งในประเทศคอมมอนลอว์

หลักเกณฑ์ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์จะพิจารณาจากหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นสำคัญ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะมีความรับผิดก็ต่อเมื่อมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ตนพึงกระทำหรือละเว้นการกระทำ ที่มาหรือบ่อเกิดของหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็คือสัญญาว่าจ้าง นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการแทนลูกความในธุรกรรมใด ๆ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีหน้าที่ตามหลักของตัวแทน ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่พึงมีต่อลูกความ การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญาว่าจ้าง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดต่อลูกความในทางสัญญา ในขณะเดียวกันผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายที่เป็นอิสระจากสัญญาซึ่งก็คือหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีความรับผิดในทางละเมิดเช่นกัน

1) ความรับผิดทางสัญญา

หน้าที่ตามสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ หน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้ง และหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยาย

1.1) หน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้ง สัญญาว่าจ้างจะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงหรือสาระสำคัญหรือขอบเขตหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการว่าจ้างไว้ ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้ตกลงกันไว้โดยชัดแจ้งไม่ว่าโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ยอมรับคำสั่งของลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่อย่างเคร่งครัดในการกระทำการตามคำสั่งดังกล่าวและมีหน้าที่คลุมถึงการปกป้องผลประโยชน์ของลูกความตน ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่อันเป็นสาระสำคัญของสัญญา ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการแทนลูกความ ในข้อตกลงสัญญามักจะกำหนดอำนาจในการกระทำการแทนลูกความ ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่จะต้องกระทำการตามอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากลูกความด้วย รวมถึงหน้าที่ที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของลูกความ ส่วนวิธีการทำงานเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้ความรู้และความสามารถทางกฎหมายของตน ในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายตามสัญญา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องให้บริการทางวิชาชีพด้วยตนเอง จะโอนงานที่ตนรับผิดชอบให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นมิได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากลูกความ

1.2) หน้าที่ตามสัญญาโดยปริยาย ในสัญญาทุกประเภทอาจกล่าวได้ว่าก่อให้เกิดหนี้ในสองลักษณะ หนี้ที่เกิดจากข้อตกลงที่แท้จริงและเจตนาของคู่สัญญาซึ่งอาจแสดงให้ปรากฏด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นหนี้หรือหน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้ง ในทางตรงกันข้าม ก็มีหนี้หรือหน้าที่ที่อนุมานจากพฤติกรรมของคู่สัญญา เรียกว่า สัญญาโดยปริยาย

ในประเทศอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพ ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายที่สำคัญก็คือ การให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายโดยใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควร (reasonable skill and care) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องมีหน้าที่ดังกล่าวแม้ว่าจะไม่ได้กำหนดหน้าที่ดังกล่าวไว้ในสัญญาด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม กฎหมายสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับหลักของสัญญาโดยปริยายเช่นเดียวกับของประเทศอังกฤษและประเทศคอมมอนลอว์อื่น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกามีหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายที่สำคัญคือ การใช้ความชำนาญและความรู้ตามปกติ (ordinary skill and knowledge) ในการให้บริการทางวิชาชีพ

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรอันเป็นหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยาย ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อในทางละเมิดเช่นกัน การวินิจฉัยความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและการชดใช้ความเสียหายเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับความประมาทเลินเล่อในทางละเมิด

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญา ลูกความย่อมมีสิทธิฟ้องร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้รับผิดชดใช้ค่าเสียหายทางสัญญา หรือบางกรณีอาจจะบอกเลิกสัญญาได้ถ้าการทำผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้นั้นเป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา

2) ความรับผิดทางละเมิด

หลักความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกามีความคล้ายคลึงกันกับหลักความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษและประเทศคอมมอนลอว์อื่น ๆ โดยถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) มิให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่อันเป็นอิสระจากสัญญา เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้น บุคคลที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องใช้ความระมัดระวังนั้นได้แก่ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างเพียงพอ โดยไม่จำกัดเฉพาะลูกความซึ่งเป็นบุคคลที่มีความผูกพันตามสัญญากับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย รวมถึงบุคคลที่มิได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเป็นไปตามหลักเพื่อนบ้าน (neighbour principle)

ในประเทศคอมมอนลอว์ถือว่า หน้าที่ใช้ความระมัดระวังในทางละเมิดเป็นหน้าที่เดียวกันกับหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยาย เพียงแต่ขอบเขตของความระมัดระวังจะแตกต่างกัน หน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายเป็นหน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีต่อลูกความในฐานะเป็นคู่สัญญาอันเป็นหน้าที่ที่ผูกพันระหว่างคู่สัญญาตามหลัก "privity of contract" ส่วนหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในทางละเมิดเป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลในสังคมพึงใช้ความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แม้ตนจะมิได้สัญญาต่อกันก็ตาม ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนต่อหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยาย ในขณะเดียวกันย่อมถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งเป็นหน้าที่ในทางกฎหมายละเมิด การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังดังกล่าวย่อมถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดในทางความประมาทเลินเล่อ หน้าที่ในทางละเมิดจึงครอบคลุมถึงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสัญญาอันเป็นหน้าที่คาบเกี่ยวกัน เพราะฉะนั้น ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต่างยอมรับแนวความคิดที่ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ประมาทเลินเล่อไม่ใช้ความระมัดระวังมีความรับผิดต่อลูกความของตนทั้งทางสัญญาและทางละเมิดร่วมกัน (Concurrent Liability) ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการพัฒนาหลักกฎหมายละเมิดให้กว้างขวางขึ้นกว่าแต่ก่อนและนำไปใช้ได้กับทุกกรณี โดยไม่คำนึงว่ามีความสัมพันธ์ทางสัญญากับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือไม่ บุคคลที่สามแม้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญากับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจฟ้องร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับผิดในการประกอบวิชาชีพกฎหมายให้แก่ลูกความของตนโดยปราศจากความระมัดระวังอันเป็นเหตุให้ลูกความและบุคคลที่สามได้รับความเสียหายก็ได้

ในการวินิจฉัยหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสัญญาโดยปริยายหรือตามกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์ ศาลคอมมอนลอว์จะกำหนดความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นมาตรฐานเปรียบเทียบกับจำเลยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสถานการณ์เดียวกัน ซึ่งศาลจะไม่ใช้ความระมัดระวังของวิญญูชน (reasonable man) ทั้งนี้ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้มีความรู้ความสามารถทางกฎหมายซึ่งได้รับจากการศึกษาอบรมความรู้ทางกฎหมายมาโดยเฉพาะ ย่อมมีความระมัดระวังมากกว่าบุคคลธรรมดาซึ่งมิได้มีความรู้ทางกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น แนวทางในการวินิจฉัยความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพก็คือ จะวินิจฉัยโดยอิงกับมาตรฐานความระมัดระวังและความชำนาญที่เหมาะสมของสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งมีฐานะและตำแหน่งเช่นเดียวกับจำเลย และขนาดหรือระดับของมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (Degree of Care and Skill) อันผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องใช้ในการปฏิบัติงานในวิชาชีพนั้น ในประเทศอังกฤษถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญเกินกว่าธรรมดาหรือสูงเกินกว่าความระมัดระวังและความชำนาญที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไปควรจะมีมาตรฐานของความระมัดระวังนี้ไม่ว่าจะเป็นมาตรฐานในทางสัญญาหรือทางละเมิด

เป็นมาตรฐานของความระมัดระวังเดียวกัน ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องมีความระมัดระวังในระดับต่ำที่สุดของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงมี

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอ้างตนเองว่าเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในทางกฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่ง ศาลในประเทศอังกฤษวินิจฉัยความระมัดระวังของจำเลยซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายนั้นโดยมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งมีความสามารถและเป็นผู้เชี่ยวชาญตามสมควรในสาขากฎหมายที่จำเลยได้แสดงตนว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับแนวคิดที่ว่าควรจะนำเอามาตรฐานความระมัดระวังที่สูงกว่ามาใช้กับผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย โดยถือว่าผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายจะต้องใช้ความชำนาญ ความระมัดระวัง และความเพียรพยายามในความเชี่ยวชาญของตน โดยเปรียบเทียบกับความชำนาญและความระมัดระวังของผู้เชี่ยวชาญทั่วไปในสาขาเดียวกันซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับตน

ในกรณีที่โจทก์จะได้รับการเยียวยาความเสียหายอันเนื่องมาจากความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกันระหว่างความผิดกับความเสียหายที่แท้จริง ซึ่งหลักการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในความผิดเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่แตกต่างไปจากหลักการและการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในความประมาทเลินเล่อทั่ว ๆ ไป และความเสียหายที่พิสูจน์ได้ต้องมิใช่ความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ (too remote)

ในประเทศอังกฤษ ศาลใช้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามหลัก "But for" อันมีลักษณะเป็นการคาดเดาว่าผลที่เกิดขึ้นควรจะเป็นอย่างไรหากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิได้ประมาทเลินเล่อ ซึ่งมีหลักว่า

"ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นเว้นแต่จะมีความประมาทเลินเล่อของจำเลย ถ้าไม่มีความประมาทเลินเล่อของจำเลย ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าปรากฏว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน แม้ว่าไม่มีความประมาทเลินของจำเลย กรณีเช่นนี้ถือว่าความประมาทเลินเล่อของจำเลยมิใช่เป็นเหตุของความเสียหาย"

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทฤษฎีพื้นฐานในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลก็คือ หลักความใกล้ชิด (Proximate Cause) โดยถือว่าการกระทำความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องเป็นเหตุใกล้ชิดกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะไม่มีความรับผิดในความเสียหายใด ๆ อันเป็นผลของการกระทำและละเว้นการกระทำของตน เว้นแต่ความเสียหายเป็นเหตุใกล้ชิดกับการกระทำและการละเว้นการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้ เพื่อจำกัดความเสียหายมิให้ไกลเกินไปกว่าการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อ

ในการที่โจทก์จะได้รับค่าเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเนื่องมาจากการประพฤติผิดหน้าที่นั้น โจทก์ไม่เพียงแต่แสดงให้ศาลเห็นว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์เท่านั้น แต่จะต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นได้ด้วย หากความเสียหายที่โจทก์หรือลูกความได้รับเป็นสิ่งที่คาดเห็นไม่ได้แล้ว ย่อมถือได้ว่าความเสียหายไกลเกินกว่าเหตุ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ลูกความของตน และศาลคอมมอนลอว์จะวินิจฉัยความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่จำกัดเฉพาะความเสียหายที่คาดเห็นได้ในขณะทำสัญญาอันเป็นความเสียหายจากการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนสัญญา ศาลได้ขยายขอบเขตความคาดเห็นได้ทางสัญญาให้เป็นไปตามหลักในทางละเมิด คือ ใช้ความคาดเห็นถึงความเสียหายในเวลาที่มีการฝ่าฝืนสัญญาหรือมีการฝ่าฝืนหน้าที่

5.1.2 <u>หลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งในประเทศซีวิลลอว์</u>

ในการวินิจฉัยความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศซีวิลลอว์ จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจมีความรับผิดทางสัญญาหากมิได้มีการปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาหรือข้อตกลงกันระหว่างคู่สัญญา และอาจมีความรับผิดทางละเมิดหากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของตนกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิด

1) ความรับผิดทางสัญญา

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นความผูกพันกันตามสัญญาบริการ (dienstverträge) ซึ่งเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรับรองว่าจะให้บริการตามที่ตกลงกันไว้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งรับรองว่าจะชำระค่าตอบแทนตามที่ตกลงกัน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์หลักระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ ลักษณะของสัญญาบริการตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันบัญญัติไว้ในมาตรา 611 ซึ่งสามารถใช้กับการบริการทุกประเภท ในประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องสัญญาบริการไว้ บทบัญญัติที่นำมาปรับใช้คือ สัญญาจ้างทำของตามมาตรา 587 ทั้งนี้ เพราะสัญญาจ้างทำของมุ่งคำนึงถึงผลสำเร็จของงานและการที่ผู้รับจ้างไม่อยู่ในบังคับบัญชาของผู้จ้างเป็นสำคัญ และผลสำเร็จของงานไม่จำเป็นต้องเป็นงานที่เห็นประจักษ์ เช่น ตึก อาคาร สะพาน ฯลฯ ก็ได้ แม้แต่ผลงานที่ไม่เห็นประจักษ์หรือมิใช่เป็นวัตถุที่เป็นรูปร่าง เช่น สัญญาจ้างออกแบบ สัญญาจ้างทนายความ เป็นต้น ก็ล้วนจัดเป็นสัญญาจ้างทำของทั้งสิ้น

กฎหมายเยอรมันนั้นมีบทบัญญัติในเรื่องสัญญาจ้างทำของดังบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 631 มีความว่า

By a contract for work, the contract is bound to produce the work promised and the customer is bound to pay the remuneration agreed upon.

The object of the contract for work may be either the production or alteration of a thing, or any other result to be brought about by labour or performance of service.

สัญญาจ้างทำของหรือสัญญาจ้างผลิต (Werkvertrag) เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง (Unternekmer) สัญญาว่าจะผลิตงานให้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าลูกค้า (besteller) สัญญาว่าจะชำระค่าจ้างสำหรับงานนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างทำของคือ ผลผลิตหรือการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสิ่งของ วัตถุ หรือการใช้แรงงาน หรือการให้บริการที่ก่อให้เกิดผลดังกล่าว เป็นการพิจารณาถึงความสำเร็จของงานที่แน่นอนหรือเห็นประจักษ์เป็นสำคัญ ดังนั้น กฎหมายเยอรมันจึงถือว่าสัญญาจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นสัญญาบริการ เพราะว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ต้องรับผิดชอบในผลสำเร็จที่แน่นอนหรือเห็นประจักษ์ (certain result)

ในบางกรณีหากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการแทนลูกความ ในระบบซีวิลลอว์ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ตามหลักกฎหมายตัวแทนด้วย เช่น ต้องกระทำการตามคำสั่งของตัวการภายในขอบอำนาจที่ตัวการมอบหมายไว้

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมันจะต้องให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายด้วยตัวเอง (personally) เว้นแต่จะขัดแย้งกับข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดเมื่อมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดการเกี่ยวกับคดีหรือเรื่องที่ตนได้รับมอบหมายโดยปราศจากอำนาจตามสัญญาอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ทั้งนี้ เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างลูกความและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นเป็นลักษณะของความไว้ใจ และความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในกรณีข้างต้นจึงเป็นความรับผิดส่วนตัว (personal liability) มิใช่ความรับผิดเนื่องจากความผิดของบุคคลอื่น ซึ่งกรณีนี้คล้ายกับหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กล่าวคือ กรณีของการจ้างผู้ประกอบวิชาชีพเพื่อให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการให้ความเห็นทางกฎหมาย การร่างเอกสารสัญญา การว่าความ ตามบทบัญญัติในเรื่องจ้างทำของ มาตรา 607 ซึ่งวางหลักไว้ว่า หากสาระสำคัญแห่งสัญญานั้นจะอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างไม่สามารถจะเอาการที่รับจ้างทั้งหมดหรือแบ่งการแต่บางส่วนไปให้ผู้รับจ้างช่วงทำอีกทอดหนึ่ง ซึ่งในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้น ลูกความมักจะคำนึงถึงความสามารถเฉพาะตัวของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประกอบกับความไว้วางใจและความ

เชื่อถือในตัวผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเอง แต่ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเจตนาและความยินยอมของลูกความด้วย ในเรื่องตัวแทนก็บัญญัติหลักในทำนองเดียวกันไว้ในมาตรา 808 ที่ว่า ตัวแทนต้องทำการด้วยตนเอง เว้นแต่จะมีอำนาจให้ตัวแทนช่วงทำการได้ ในการว่าความผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความผูกพันตามสัญญาตัวแทนด้วย เนื่องจากเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการใด ๆ แทนลูกความในศาลหรือการดำเนินการใด ๆ แทนลูกความ เช่น การจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท การทำนิติกรรมต่าง ๆ แทนลูกความ การบังคับชำระหนี้ การบอกเลิกสัญญา เป็นต้น และหากลูกความมิได้มอบอำนาจให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตั้งตัวแทนช่วงได้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีความรับผิดในการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาตัวแทน แม้ว่างานที่ตัวแทนช่วงดำเนินการไปนั้นจะเป็นผลสำเร็จก็ตาม ส่วนความเสียหายในเรื่องการฝ่าฝืนหน้าที่นั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่ง

ประเทศซีวิลลอว์ถือว่าสัญญาก่อให้เกิดหนี้ระหว่างคู่สัญญาและการที่ให้หนี้ระหว่างคู่สัญญาสิ้นสุดลงก็โดยการชำระหนี้ ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงมีหน้าที่หรือหนี้ที่จะต้องชำระหนี้หรือให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายตามที่ตกลงกัน หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดต่อลูกความ

ในประเทศเยอรมัน ลูกหนี้โดยปกติต้องรับผิดต่อการไม่ชำระหนี้ของตน ซึ่งการไม่ชำระหนี้ของลูกหนี้ก็เนื่องมาจากการกระทำหรือพฤติกรรมของลูกหนี้ และการกระทำหรือพฤติกรรมนั้นเป็นความผิด (culpable) อันเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า หลักความผิด (principle of fault) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้บัญญัติเรื่องความผิดไว้ในมาตรา 276 ซึ่งวางหลักไว้ว่าลูกหนี้มีความรับผิดสำหรับการกระทำโดยเจตนา (wilful conduct) และความประมาทเลินเล่อ เพราะฉะนั้นลูกหนี้มีความรับผิดในการชำระค่าเสียหายก็เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามปกติแห่งมูลหนี้ และลูกหนี้มีความผิดตามมาตรา 276 ที่วางหลักให้ลูกหนี้มีความรับผิดเสมอสำหรับการไม่ใช้ความระมัดระวังซึ่งเป็นความประมาทเลินเล่อ และการกระทำโดยจงใจไม่ชำระหนี้นั้น บทบัญญัติตามมาตรา 276 ถือเป็นบทหลักที่ปรับใช้ได้โดยทั่วไป รวมถึงหนี้ละเมิดด้วย ซึ่งต่างจากกฎหมายของแองโกลอเมริกัน และกฎหมายคอมมอนลอว์ ในประเทศอังกฤษหาได้ยึดถือหลักความผิดของลูกหนี้ไม่ เมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญาแล้ว ก็ย่อมต้องรับผิดชอบในการที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยเคร่งครัด หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็จะอ้างว่าตนได้ใช้ความพยายามเต็มที่ที่จะชำระหนี้ให้ถูกต้องครบถ้วนแล้วเพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดหาได้ไม่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามมูลหนี้ หรือชำระหนี้ตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ โดยปกติลูกหนี้จะต้องรับผิดโดยไม่คำนึงถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการไม่ชำระหนี้ ดังนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดโดยไม่จำต้องคำนึงว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความผิด เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ เช่น ตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 807 ซึ่งบัญญัติให้ตัวแทนต้องทำตามคำสั่งของตัวการโดยใช้ความระมัดระวัง และหากมีความเสียหายใด ๆ เพราะความประมาทเลินเล่อของตัวแทน ตัวแทนจำต้องรับผิดตามมาตรา 818

ในการชำระหนี้ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามสัญญานั้น กฎหมายเยอรมันได้วางหลักให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องชำระหนี้ด้วยความสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 242 ซึ่งบัญญัติให้ลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยสุจริต ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติด้วย มาตราดังกล่าวเป็นที่มาของมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

มาตรา 242 เป็นบทบัญญัติเป็นบทบัญญัติที่สำคัญในโครงสร้างกฎหมายสัญญาเยอรมัน และได้ถูกนำไปใช้ในการตีความสัญญาที่ได้จัดทำขึ้น และก่อให้เกิดหน้าที่ต่าง ๆ มากมายสำหรับคู่สัญญา รวมถึงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง หน้าที่ในการจัดการลักษณะและรูปแบบการชำระหนี้ และยังใช้เป็นการควบคุมการใช้สิทธิของบุคคลในกรณีที่บุคคลผู้ใช้สิทธิจะได้รับประโยชน์จากสิทธิ แต่เมื่อคำนึงถึงขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีประกอบด้วย ถ้าการใช้สิทธินั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อื่นเกินกว่าที่ควรจะเป็นตามปกติธรรมดาของการใช้สิทธิแล้ว ก็ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น

ในกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ ในหลักกฎหมายเยอรมัน การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นวิธีแก้ไขสำหรับการไม่ชำระหนี้ที่สำคัญ ในบทบัญญัติเรื่องหนี้ตามมาตรา 241 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งบัญญัติให้เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ซึ่งการบังคับชำระหนี้อาจกระทำโดยคำพิพากษาสั่งให้ชำระหนี้และการจะบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก็ต่อเมื่อการชำระหนี้ยังคงเป็นไปได้ ทำนองเดียวกันกับสภาพแห่งหนี้เปิดช่องให้มีการชำระหนี้ตามสัญญาได้ หากไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือเลิกสัญญาแทนการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับการบังคับชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 213 และหากไม่สามารถบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย นอกจากนี้ การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ลูกความย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ ซึ่งต่างจากประเทศคอมมอนลอว์ที่ถือว่าค่าเสียหายเป็นการเยียวยาแก้ไขความเสียหายทางสัญญาที่สำคัญ

หลักในการเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายเยอรมันถือว่า หลักค่าเสียหายไม่มีความแตกต่างระหว่างความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดอันมิใช่สัญญา (non-contractual claim) อย่างไรก็ตาม ความเสียหายอันเนื่องมาจากความรับผิดทางสัญญาจะต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วย หรือมีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและ

ผล เช่นเดียวกับขอบเขตของความรับผิดทางละเมิดที่ผู้กระทำละเมิดจะรับผิดในการกระทำผิดโดยมิชอบด้วยกฎหมายของตนก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันถือหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในทางสัญญาและละเมิด โดยอาศัยหลักเกณฑ์ ของทฤษฎีที่เรียกว่า มูลเหตุที่เหมาะสม (Adequate Cause) ซึ่งจำเลยต้องรับผิดในความเสียหายก็ต่อเมื่อการกระทำของจำเลยอยู่ในลักษณะที่เหมาะสมที่จะนำไปสู่ความเสียหายที่เกิดขึ้นในลักษณะปกติของชีวิต (The normal rules of life) โดยไม่คำนึงว่าจำเลยสามารถเล็งเห็นผลหรือไม่

สำหรับหลักเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 222 ได้วางหลักให้ลูกความได้รับค่าเสียหายซึ่งเป็นความเสียหายเช่นที่ตามปกติ (usually) ย่อมเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ เป็นการเรียกเอาค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนอันเป็นผลโดยตรงหรือผลธรรมดาอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้ หรืออีกนัยหนึ่งเป็นค่าเสียหายที่ทุกคนอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นถ้าไม่ชำระหนี้นั้น ๆ อย่างไรก็ตามลูกความสามารถเรียกค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ (special circumstance) หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้คาดหมายหรือควรจะได้คาดเห็นในพฤติการณ์พิเศษนั้นแล้ว

2) ความรับผิดทางละเมิด

ความรับผิดทางละเมิดในประเทศซีวิลลอว์จะบัญญัติหลักเกณฑ์ของความรับผิดทางละเมิดไว้เป็นหลักทั่วไป ถ้ามีข้อเท็จจริงใดเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ปรับบทได้ว่าเป็นละเมิดและเรียกให้ชดใช้เยียวยาได้ ซึ่งต่างจากกฎหมายลักษณะละเมิดของคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดเฉพาะเรื่องในฐานะต่าง ๆ (specific type of tort) แม้แต่ความรับผิดเพื่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่อก็เป็นความรับผิดฐานหนึ่งเท่านั้น แต่ละฐานจึงเป็นเอกเทศไม่ปะปนกัน ตามหลักทั่วไปของกฎหมายละเมิดของประเทศซีวิลลอว์ถือว่าความรับผิดทางละเมิดนั้นอยู่บนพื้นฐานของความผิด (fault) ซึ่งหมายถึง การจงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (culpa) ล่วงสิทธิของบุคคลอื่น ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (liability based on fault) เห็นได้จากหลักเกณฑ์ทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 420 เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่ถือว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น พิจารณาได้จากมาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่า

"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

มาตรา 420 นี้ มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรคแรก ซึ่งเป็นบทหลักของความรับผิดทางละเมิดในประเทศเยอรมัน ซึ่งหลักเกณฑ์ความรับผิดมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวโดยสรุปคือ

2.1) มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความรับผิดทางละเมิดต้องมีการกระทำ ซึ่งการกระทำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 คือการเคลื่อนไหวของร่างกายที่อยู่ในบังคับของจิตใจ และยังหมายความรวมถึงการงดเว้นไม่กระทำ (omission) อีกด้วย การงดเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำนั้นต้องเป็นการงดเว้นหรือละเว้นไม่ทำการที่มีหน้าที่ต้องทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น หน้าที่นั้นอาจเกิดขึ้นจากหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด หรือหน้าที่ตามสัญญา หรือเกิดจากความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้งดเว้นกับผู้เสียหาย หรือโดยหน้าที่ตามวิชาชีพ ซึ่งหน้าที่ในทางวิชาชีพนี้ก็คือหน้าที่ตามสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความ

การกระทำที่จะเข้าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดต้องเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันเป็นสภาพทางจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของละเมิด อันเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงพื้นฐานความรับผิดทางละเมิดนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด การกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดจึงหมายถึงการทำให้เสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งประเทศเยอรมันก็ยอมรับหลักความผิดเช่นเดียวกัน

ตามหลักกฎหมายไทย การกระทำโดยจงใจเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน ส่วนผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นมากน้อยเพียงใดไม่สำคัญ การกระทำโดยประมาทเลินเล่อหมายความถึงการกระทำโดยไม่จงใจ กระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลที่อยู่ในภาวะเช่นเดียวกันกับผู้กระทำพึงใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ไม่ ซึ่งความหมายของประมาทเลินเล่อดังกล่าวมิได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แต่อาศัยเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 4

ตามหลักกฎหมายเยอรมัน เจตนาคือ สภาวะทางจิตใจ (state of mind) ของบุคคลที่กระทำโดยรู้สึกนึก (consciously) และโดยเจตนา (willingly) ต่อผลที่มิชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะ (dolus directus) ความประมาทเลินเล่อเป็นกรณีที่บุคคลมิได้ปฏิบัติด้วยความระมัดระวังอันเป็นที่ต้องการในชีวิตประจำวัน ความจำเป็นของระดับความระมัดระวังเป็นสิ่งซึ่งเป็นเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเป็นสิ่งจำเป็นในสังคม ดังบัญญัติไว้ในประมวลแพ่งเยอรมัน มาตรา 276 ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องหนี้

ในการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทั้งประเทศเยอรมันและประเทศไทยต่างยอมรับว่าต้องวินิจฉัยถึงขนาดความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปซึ่งอยู่ในวิสัยและพฤติการณ์อย่างเดียวกันกับผู้กระทำว่า ปกติผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเช่นว่านั้นจะใช้ความระมัดระวังได้มากน้อยเพียงใด ถ้าหากปรากฏว่าวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เป็นมาตรฐานเทียบเคียงนั้นอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกันกับผู้กระทำจะใช้ความระมัดระวังมากกว่าผู้กระทำ และความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น ก็ต้องถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้กระทำนั้นประมาทเลินเล่อ

2.2) โดยมิชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นการกระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิ ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อการกระทำนั้นก็เป็นละเมิดได้ การกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายนี้ ผู้กระทำต้องไม่มีอำนาจกระทำ ถ้ามีอำนาจกระทำได้ไม่เป็นการกระทำผิดกฎหมาย อำนาจที่จะกระทำได้อาจเกิดโดยมีกฎหมายให้อำนาจโดยตรง มีอำนาจตามสัญญา อาศัยอำนาจตามคำพิพากษา นิรโทษกรรม เป็นต้น ซึ่งทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้วางหลักไว้ตรงกัน

2.3) มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น ลักษณะของความเสียหายอาจมีลักษณะคือ ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน (certain) และกฎหมายรับรอง ซึ่งไม่หมายความเฉพาะผลที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบันเท่านั้น (actual) แต่รวมถึงผลที่เกิดขึ้นในอนาคต (future) อันเป็นที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นด้วย แต่ทั้งนี้ ย่อมไม่รวมถึงความเสียหายที่ไม่แน่นอน เป็นเพียงความหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดก็ได้ (eventual, chance) และความเสียหายที่แน่นอนอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้นอาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินหรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินก็ได้ และต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่น ซึ่งสิทธิตามบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้แก่ ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับกฎหมายเยอรมัน เพียงแต่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่จำกัดเฉพาะสิทธิเด็ดขาดเช่นเดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 820 แต่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยหมายถึง การทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิทั้งหลายอันมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งสิทธิในที่นี้ได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ และบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้น

2.4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ความรับผิดทางละเมิดในประเทศซีวิลลอว์ โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าผลเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ตามหลักกฎหมายเยอรมัน ความสัมพันธ์ระหว่าง

เหตุและผลจะมีขึ้นก็ต่อเมื่อการกระทำของจำเลยเป็นเหตุเหมาะสมของความเสียหายหรือเป็นสิ่งเหมาะสมไปสู่ผลที่เกิดขึ้น หรือเป็นเหตุที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นโดยไม่จำต้องรับรู้ถึงเหตุการณ์พิเศษหรือไม่น่าเป็นไปได้ ซึ่งเรียกหลักดังกล่าวว่า ทฤษฎีมูลเหตุที่เหมาะสม (doctrine of the adequate causal connection) ซึ่งนำไปใช้กับความเสียหายในทางสัญญาด้วย

ตามหลักกฎหมายไทย ศาลไทยใช้ทฤษฎีผลโดยตรงในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในคดีละเมิด ไม่ว่าจะเป็นจงใจละเมิดหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดเสียหาย โดยถือว่าผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดในผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดจากการกระทำของตน โดยไม่จำต้องเป็นความเสียหายที่ตนต้องคาดหมายได้ ซึ่งต่างจากหลักทั่วไปของการเรียกค่าเสียหายในมูลหนี้ผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 ซึ่งจำกัดความเสียหายที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้อันอยู่ในขอบเขตที่ลูกหนี้ควรคาดเห็นได้จากการกระทำดังกล่าว

จากหลักเกณฑ์ความรับผิดข้างต้น มีข้อพิจารณาว่าในกรณีที่ลูกความว่าจ้างสำนักงานกฎหมายซึ่งเป็นนิติบุคคล สำนักงานกฎหมายจะมีความรับผิดประการใด

ในประเทศไทย รูปแบบในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายมีหลายรูปแบบด้วยกัน เช่นการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย โดยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเพียงคนเดียว (Sole Practitioner) การให้บริการวิชาชีพกฎหมายในรูปของห้างหุ้นส่วน และการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายในรูปของบริษัท ซึ่งสำนักงานกฎหมายที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายได้แก่ ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัท

นิติบุคคลเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้น มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ทั้งนี้ เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพแล้วจะมีเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น สิทธิหน้าที่ของนิติบุคคลย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายและตามวัตถุประสงค์ที่ได้จดทะเบียนไว้ นิติบุคคลอาจเป็นลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ มีสิทธิในการทำนิติกรรมต่าง ๆ และฟ้องคดีหรือดำเนินคดีในนามของตนเอง ตลอดจนมีความรับผิดต่าง ๆ เนื่องจากนิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลสมมุติ มิได้มีตัวตน การแสดงเจตนาและการกระทำการของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดยผู้แทน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66 และมาตรา 70) ซึ่งผู้แทนได้แก่ กรรมการ หรือหุ้นส่วนผู้จัดการ

ในกรณีที่ลูกความทำสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับผู้แทนนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นกรรมการหรือห้างหุ้นส่วนผู้จัดการ ในกรณีนี้ถือว่าบุคคลดังกล่าวกระทำการแทนสำนักงานกฎหมาย ดังนั้น สำนักงานกฎหมายที่เป็นนิติบุคคลจึงเป็นคู่สัญญาให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายกับลูกความ ย่อมต้องมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม สำนักงานกฎหมายดังกล่าวมิใช่อยู่ในฐานะของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามพระราชบัญญัติ

ทนายความ พ.ศ. 2528 เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าวต้องเป็นบุคคลธรรมดา

นิติบุคคลดังกล่าวจึงเป็นองค์กรที่ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายตามที่วัตถุประสงค์ของนิติบุคคลดังกล่าวกำหนดไว้ และมีสถานะเป็นผู้รับจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 นิติบุคคลดังกล่าวจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติการชำระหนี้หรือให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแก่ลูกความตามสัญญาว่าจ้างดังกล่าว เนื่องจากนิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้น มิได้มีตัวตนอย่างไร การให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายตามสัญญาว่าจ้างนั้น จึงต้องกระทำการโดยกรรมการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดของนิติบุคคลนั้น หากบุคคลดังกล่าวไม่ชำระหนี้ตามสัญญาหรือชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ในสัญญา จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความอันเป็นความรับผิดทางสัญญา หรือกระทำการอันเป็นละเมิดต่อลูกความ เช่น จงใจทอดทิ้งคดี หรือขาดนัดพิจารณาคดี หรือยักยอกทรัพย์ของลูกความ เป็นต้น กรณีดังกล่าวสำนักงานกฎหมายจะต้องมีความรับผิดในการกระทำของบุคคลดังกล่าว ซึ่งพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

ก. ความรับผิดทางสัญญา ในกรณีที่กรรมการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นผู้ดำเนินการในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแก่ลูกความ หากบุคคลดังกล่าวไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ต้องตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ กรณีเช่นนี้ถือว่ากระทำการแทนนิติบุคคล นิติบุคคลจึงต้องรับผิดในความเสียหายต่อลูกความต่อการไม่ชำระหนี้หรือการประพฤติผิดสัญญาตามหลักทั่วไปในมาตรา 76 ซึ่งบัญญัติว่า

"ถ้าการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาแก่ผู้ก่อความเสียหาย . . ."

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดของตนได้รับมอบหมายเป็นผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายตามสัญญาแก่ลูกความแล้ว หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญา เช่น การไม่ชำระหนี้ หรือการกระทำฝ่าฝืนต่อสัญญาจ้าง กรณีเช่นนี้ถือว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการแทนบริษัทในฐานะตัวแทน นิติบุคคลดังกล่าวย่อมรับผิดในทางสัญญาต่อลูกความอันเนื่องจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพในสังกัดดังกล่าว ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 220 ซึ่งบัญญัติว่า

"ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนแห่งตนกับทั้งของบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้นั้นโดยขนาด เสมอกับว่าเป็นความผิดของตนเองฉะนั้น แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนี้ด้วยไม่"

ข. ความรับผิดทางละเมิด ในกรณีที่ผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแก่ลูกความเป็นกรรมการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคลได้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแก่ลูกความ และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความ อันเป็นความรับผิดทางละเมิด กรณีนี้ถือว่านิติบุคคลจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องจากการกระทำของผู้แทนนิติบุคคล

ในกรณีที่ผู้ให้บริการทางวิชาชีพเป็นบุคคลในสังกัดของสำนักงานกฎหมายซึ่งเป็นนิติบุคคล ได้รับมอบหมายงานในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแก่ลูกความ กระทำการหรือละเว้นการกระทำใด ๆ อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความอันเป็นความผิดในทางละเมิดแล้ว นิติบุคคลจะต้องรับผิดต่อลูกความในฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างตามมาตรา 425 ซึ่งบัญญัติว่า "นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำการไปในทางการที่จ้าง"

อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลสามารถไล่เบี้ยเอากับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดของตนตามมาตรา 426 ซึ่งบัญญัติว่า "นายจ้างซึ่งได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้ทำขึ้น ย่อมที่จะได้รับชดใช้จากลูกจ้างนั้น"

นอกจากนี้ อาจถือได้ว่าการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดได้รับมอบหมายให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแก่ลูกความโดยอิสระ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นเป็นตัวแทนของสำนักงานกฎหมาย สำนักงานกฎหมายจะต้องรับผิดต่อลูกความของตนและมีสิทธิไล่เบี้ยกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดังกล่าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 ซึ่งบัญญัติว่า "บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้น ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วย"

ดังนั้น ในกรณีที่นิติบุคคลผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย และเป็นคู่สัญญากับลูกความแล้ว นิติบุคคลดังกล่าวย่อมมีความรับผิดทางแพ่งต่อลูกความ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือทางละเมิดก็ตาม ในทำนองเดียวกันกับกรณีที่ลูกความว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา

ผู้เขียนมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งมิได้จดทะเบียน หากหุ้นส่วนคนใดกระทำความผิดในทางวิชาชีพต่อลูกความ หุ้นส่วนซึ่งมิได้มีส่วนรู้เห็นกับการกระทำดังกล่าวก็ต้องรับผิดด้วย ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 ซึ่งบัญญัติว่า

"การใด ๆ อันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้น ๆ ด้วย และจะต้องรับผิดร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้น"

ทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วน (the ordinary course of the business of the partnership) มีความหมายกว้างกว่าวัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วน การที่เป็น

ธรรมดาการค้าขายย่อมคลุมถึงวัตถุประสงค์ของห้างอยู่ในตัว ความรับผิดที่เกิดขึ้นอันเป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนรวมถึงการละเมิดด้วย ไม่จำเป็นต้องเฉพาะเรื่องสัญญาเท่านั้น (ภาสกร ชุณหอุไร, 2531)

เพราะฉะนั้น ในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย หากหุ้นส่วนคนใดฝ่าฝืนไม่ชำระหนี้ตามสัญญาว่าจ้าง หรือจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายอันก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาหรือละเมิดแก่ลูกความแล้ว ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนที่มิได้มีส่วนรู้เห็นจะต้องร่วมรับผิดในความเสียหายดังกล่าว ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักทั่วไปของความรับผิดขององค์กรผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย เช่น ห้างหุ้นส่วน ก็คือ ห้างหุ้นส่วนและหุ้นส่วนมีความรับผิดในทางละเมิดหรือความรับผิดอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนสัญญาซึ่งเกิดจากการกระทำของหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งภายในขอบเขตของอำนาจที่ได้รับ (Ronald and Victor, 1981) ดังนั้น ในกรณีที่หุ้นส่วนกระทำการตามอำนาจของตนแล้ว ห้างหุ้นส่วนต้องรับผิดในความผิดอันเกิดจากการฉ้อโกงลูกความด้วย หุ้นส่วนผู้ที่มิได้มีส่วนร่วมหรือรู้เห็นกับการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของหุ้นส่วนดังกล่าวย่อมมีความรับผิดเช่นกัน นอกจากนี้ หุ้นส่วนผู้ที่มิได้มีส่วนรู้เห็นกับการกระทำความผิดของห้างหุ้นส่วนดังกล่าวอาจมีความรับผิดเพิ่มขึ้นนอกเหนือจากความรับผิดร่วมกับหุ้นส่วนที่กระทำความผิด เช่น ในกรณีที่หุ้นส่วนคนใดกระทำความผิดฐานยักยอกทรัพย์ย่อมเป็นสิ่งที่ที่แสดงให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่อของหุ้นส่วนคนอื่น ๆ ในการดูแลรักษาทรัพย์สินของลูกความด้วย

สิ่งที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในองค์กรวิชาชีพกฎหมายกระทำผิดในทางวิชาชีพกฎหมายจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรดังกล่าวอาจจะได้รับผลกระทบที่ไม่เป็นธรรม เช่น กรณีที่หุ้นส่วนคนใดกระทำการโดยขาดความระมัดระวัง หรือประพฤติผิดหรือฝ่าฝืนมาตรฐานในทางวิชาชีพในทางที่ร้ายแรง เช่น การยักยอกทรัพย์หรือฉ้อโกงทรัพย์สินของลูกความ หุ้นส่วนคนอื่นที่มิได้รู้เห็นหรือมีส่วนร่วมในการกระทำของหุ้นส่วนดังกล่าว ไม่น่าจะมีส่วนร่วมในความผิดดังกล่าว หากหุ้นส่วนที่บริสุทธิ์ต้องรับภัยพิบัติในการกระทำของหุ้นส่วนคนอื่น ในเรื่องดังกล่าวดูจะไม่เป็นธรรมแก่หุ้นส่วนที่มิได้มีส่วนรู้เห็นนั้น หรือในกรณีที่องค์กรธุรกิจวิชาชีพกฎหมายเป็นนิติบุคคลก็ต้องร่วมรับผิดกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดที่กระทำความผิดทางวิชาชีพ ซึ่งย่อมส่งผลให้สถานะทางการเงินของกิจการลดน้อยลง เช่น ต้องชำระค่าเสียหายจากการถูกฟ้องร้องคดีหรือการชำระค่าเบี้ยประกันภัยที่มากขึ้นเพราะต้องครอบคลุมถึงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดของตน อันจะส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นหรือหุ้นส่วนคนอื่น ๆ เช่นกัน ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรจะให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดขององค์กรธุรกิจวิชาชีพกฎหมาย มีความรับผิดในการกระทำความผิดทางวิชาชีพกฎหมายจนก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อลูกความ องค์กรธุรกิจวิชาชีพกฎหมายหรือหุ้นส่วนในองค์กรธุรกิจไม่จำต้องรับผิดในผลเสียหายดังกล่าว แต่ทั้งนี้ จะต้องมีการนำระบบประกันภัยทางวิชาชีพกฎหมายมาบังคับใช้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วย เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ลูกความ ผู้เสียหาย

ที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายจากบริษัทประกันภัย จึงเป็นประเด็นที่ควรจะมีการศึกษาต่อไปว่าประเทศไทยควรจะมีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรธุรกิจวิชาชีพกฎหมาย ไม่ว่าในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนและบริษัทที่มีวัตถุประสงค์ในการให้บริการทางวิชาชีพหรือไม่ และควรจะกำหนดสิทธิและหน้าที่ตลอดจนความรับผิดของหุ้นส่วน กรรมการ หรือผู้ถือหุ้นที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างไร เช่น ในกรณีที่มีการจัดตั้งองค์กรธุรกิจวิชาชีพกฎหมายในรูปห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนอาจจำกัดความรับผิดของตนเองต่อหุ้นส่วนที่กระทำความผิดในทางวิชาชีพกฎหมายต่อลูกความได้ เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะลักษณะของการประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างจากการประกอบอาชีพอื่น เช่น เป็นงานที่ต้องใช้ความรู้และความสามารถในทางความคิด และเป็นงานที่มีผลกระทบต่อความยุติธรรมและต่อสังคม และสาระสำคัญของการว่าจ้างอยู่ที่ตัวผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าองค์กรธุรกิจวิชาชีพกฎหมาย เช่น ห้างหุ้นส่วนที่ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแตกต่างจากห้างหุ้นส่วนทางการค้าอื่น คือ ห้างหุ้นส่วนที่ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายและสมาชิกในองค์กรดังกล่าวมีหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) ต่อลูกความของตน (Ronald and Victor, 1981)

นอกจากนี้ ควรจะส่งเสริมและสนับสนุนให้มีระบบประกันภัยทางวิชาชีพกฎหมายมาใช้บังคับกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเพื่อเป็นการคุ้มครองลูกความผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดทางวิชาชีพกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วย

5.2 มาตรฐานความระมัดระวัง

ในประเทศคอมมอนลอว์และประเทศซีวิลลอว์ มาตรฐานความระมัดระวังเป็นสิ่งที่นำมาใช้ในการเปรียบเทียบกับความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่พฤติการณ์หรือไม่ มาตรฐานของความระมัดระวังนี้เป็นมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นมาตรฐานความระมัดระวังที่สูงกว่ามาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนทั่วไปที่ใช้เฉพาะกรณีที่บุคคลผู้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อเป็นผู้ที่มิได้มีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ แตกต่างไปจากบุคคลธรรมดาทั่วไป มาตรฐานของความระมัดระวังขึ้นอยู่กับพฤติกรณ์แวดล้อมซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา

ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องใช้ความรู้ในทางกฎหมายของตน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องมีมาตรฐานของความรู้ทางกฎหมายเพื่อใช้แก้ปัญหาต่าง ๆ ของลูกความ นอกจากความรู้ทางกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องใช้ดุลพินิจเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวหากข้อกฎหมายไม่มีความแน่นอนหรือหาข้อยุติไม่ได้ ความรู้ทางกฎหมายและการใช้ดุลพินิจจึงถือเป็นพื้นฐานของการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ซึ่ง

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีความระมัดระวังในการใช้ความรู้ทางกฎหมายและการใช้ดุลพินิจของตนตามมาตรฐานทางวิชาชีพ

5.2.1 มาตรฐานความรู้ทางกฎหมาย (Knowledge of Law)

ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องใช้ความรู้ทางกฎหมายในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีความรู้ทางกฎหมายตามมาตรฐานของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจมีความรับผิดในผลของการไม่รู้กฎเกณฑ์ที่ใช้ว่าความในศาล ความระมัดระวังในการตระเตรียมคดี หรือการไม่จัดการคดีของตน ซึ่งโดยปกติธรรมดาจะตกอยู่ภายในขอบเขตความรู้ทางวิชาชีพของตน

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ได้รับการคาดหวังว่าจะเป็นผู้มีความรอบรู้สารพัดอย่าง ดังเช่นในคดี Montriou V. Jefferys[1] ซึ่งวินิจฉัยว่า "ไม่มีผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนใดรู้กฎหมายทั้งหมด พระผู้เป็นเจ้าห้ามไม่ให้จินตนาการว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ที่ปรึกษากฎหมาย หรือแม้แต่ศาลจะรอบรู้กฎหมายทั้งหมด"

ถึงแม้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ผูกพันตนว่าจะต้องรู้กฎหมายทั้งหมด แต่เขาควรที่จะรู้ว่าจะค้นคว้ากฎหมายได้ที่ไหน หรือวิธีการค้นหากฎหมายจะทำอย่างไร ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีผลกระทบต่อเรื่องที่อยู่ภายในวิชาชีพของตน กล่าวคือ โดยทั่วไปผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีความรู้ถึงบทบัญญัติหรือกฎหมายพื้นฐานซึ่งเกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพของตนเป็นอย่างดี ในคดี Central Trust Co. V. Rafuse ผู้พิพากษา Le Dain J. ให้ความเห็นโดยสรุปว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีความรู้อย่างเพียงพอเกี่ยวกับหลักของกฎหมายซึ่งนำมาใช้กับงานโดยเฉพาะ[2] พฤติการณ์ที่จะต้องปรากฏก่อนที่จะถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความผิดอันเนื่องมาจากการที่ตนไม่รู้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงานของตนอย่างเพียงพอก็คือ พฤติการณ์ที่เตือนให้วิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีความรอบคอบทราบถึงสิ่งที่ต้องมีการค้นคว้าเพื่อให้เกิดความแน่นอนในข้อกฎหมายของประเด็นที่เกี่ยวข้อง ในประเทศนิวซีแลนด์ คดี Bannerman Brydone Falster & Co. V. Murray ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่รู้ว่าสัญญาให้สิทธิ Option เป็นอุปสรรคต่อการไถ่คืนอสังหาริมทรัพย์ ศาล Court of Appeal ถือ

---

[1][1825] 2C. & P. 113 at P. 116 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 807.

[2]Stephen M. Grant and Linda P. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 15.

ว่าความผิดพลาดดังกล่าวไม่เป็นความประมาทเลินเล่อ ถึงแม้ว่าเรื่องดังกล่าวจะอยู่ในตำรากฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ แต่ข้อเท็จจริงไม่เป็นสิ่งที่เตือนให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยเฉลี่ยทั่วไปในประเทศนิวซีแลนด์ ต้องอ้างอิงถึงตำรากฎหมายในประเด็นดังกล่าว[3]

5.2.2 มาตรฐานของการใช้ดุลพินิจ

ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพมักจะต้องใช้ดุลพินิจในการแก้ปัญหาต่าง ๆ ความไม่แน่นอนของข้อกฎหมายเป็นสิ่งหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องใช้ดุลพินิจ กฎหมายไม่ใช่วิทยาศาสตร์ที่อาจมีความแน่นอน กฎหมายอาจมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนหรืออาจตีความได้หลายนัย หรืออาจก่อให้เกิดความเห็นที่แตกต่างกันของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและศาล และมักจะเห็นกันอยู่เสมอว่าแม้แต่ศาลเองอาจมีความเข้าใจและใช้กฎหมายในการพิพากษาคดีไม่ถูกต้อง

หลักทั่วไปที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็คือ ความผิดพลาดของดุลพินิจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่เป็นความประมาทเลินเล่อ[4] ความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ถือได้ว่าเป็นความไม่ประมาทเลินเล่อนี้หมายความว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ใช้ดุลพินิจตามมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว ปรากฏว่าดุลพินิจหรือความเห็นของตนผิด กรณีเช่นนี้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่มีความประมาทเลินเล่อ แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อไม่ใช้ความระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจของตนแล้ว กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ

ในการวินิจฉัยความผิดพลาดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการใช้ดุลพินิจก็จะวินิจฉัยจากพยานผู้เชี่ยวชาญ และหลักฐานต่าง ๆ ที่แสดงว่าวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความผิดพลาดเช่นเดียวกันกับจำเลย[5]

หลักความรับผิดในความผิดพลาดของดุลพินิจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษได้รับการยอมรับโดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ควรรับผิดในความผิดพลาดเกี่ยวกับข้อกฎหมายที่มี

---

[3]Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 206.

[4]Stephen M. Grant and Linda P. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 14.

[5]Ibid., p. 15.

การโต้เถียงไม่เป็นที่ยุติ ซึ่งเป็นสิ่งที่ยอมรับกันทั่วไป อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าว สิ่งที่แสดงให้เห็นถึงมาตรฐานของความระมัดระวังในการใช้ดุลพินิจก็คือ การวิจัยค้นคว้ากฎหมาย หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้วิจัยค้นคว้าข้อกฎหมายใด ๆ ก่อนที่จะใช้ดุลพินิจแม้ดุลพินิจของตนจะผิดพลาด ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาล กรณีเช่นนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่มีความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ สำหรับการใช้ดุลพินิจของผู้ประกอบวิชาชีพในกฎหมายทั่วไปหรือข้อกฎหมายซึ่งมีความชัดเจนแล้ว หากเกิดความผิดพลาดขึ้นย่อมไม่อาจถือเป็นข้อแก้ตัวได้[6]

5.2.3 ข้อยกเว้นของการใช้มาตรฐานความระมัดระวังในคดีของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ในการพิจารณาถึงมาตรฐานของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย นอกจากจะคำนึงถึงหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้ว หากมีข้อเท็จจริงบางอย่างเกิดขึ้นจากพฤติกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว ศาลอาจถือเป็นปัจจัยสำคัญในการวินิจฉัยว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ ข้อเท็จจริงนี้ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ร้ายแรงและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องรับผิดในความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นแก่ลูกความ และยากที่จะอ้างข้อต่อสู้ใด ๆ มาเพื่อยกเว้นหรือบรรเทาความรับผิดในความเสียหายทั้งหมดที่เกิดแก่ลูกความได้ ปัจจัยดังกล่าวเรียกว่า "Aggravating Factors" ดังนั้น หากข้อเท็จจริงมีสถานการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลคอมมอนลอว์มักจะใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยความประมาทเลินเล่อด้วย ซึ่งปัจจัยดังกล่าวได้แก่

1) การก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยไม่จำเป็น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพก่อหรือทำให้เกิดความเสี่ยงโดยไม่จำเป็นนี้ เขาย่อมมีความรับผิดในผลของความเสียหายใด ๆ ที่ตามมา โดยหลักทั่วไป การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำผิดพลาดอันเป็นผลมาจากการปฏิบัติตามแนวทางการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไป ซึ่งโดยปกติจะไม่ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อ แต่กรณีความเสี่ยงโดยไม่จำเป็นนี้ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประกอบวิชาชีพแตกต่างจากแนวทางของผู้มีวิชาชีพกฎหมาย การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะให้บริการทางวิชาชีพในเรื่องใด ๆ แก่ลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพอาจพบว่ามีสองแนวทางให้เลือกกระทำ ซึ่งทางหนึ่งเป็นวิธีที่ถูกต้องและมีความชัดเจน อีกทางหนึ่งเป็นวิธีที่ไม่แน่นอนและมีข้อสงสัย หากผู้ประกอบวิชาชีพเลือกวิธีที่ยังมีข้อสงสัยและไม่มีความ

---

[6]Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, pp. 282-287.

ชัดเจนแน่นอน กรณีนี้ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่ออันเนื่องมาจากการที่ตนก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยไม่จำเป็นแก่ลูกความ ดังตัวอย่างคดี C.W. Dixey & Sons Ltd. V. Parsons[7] โจทก์เป็นผู้เช่าได้ว่าจ้างให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการแทนโจทก์ในการอนุญาตให้เช่าช่วงสถานที่เช่านั้น ตามสัญญาเช่าหลัก ข้อ 2 (10) กำหนดว่าสถานที่เช่าจะไม่ถูกนำไปใช้ในการประกอบกิจการทางการแพทย์หรือกึ่งการแพทย์ แต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายร่างสัญญาให้เช่าช่วงโดยยอมให้ผู้เช่าช่วงใช้สถานที่เช่าเพื่อวัตถุประสงค์ในการเป็นห้องปรึกษาของจิตแพทย์ เจ้าของที่ดินเห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อสัญญาเช่าหลักข้อ 2 (10) และดำเนินการฟ้องเรียกสถานที่เช่าคืน และต่อมาได้มีการประนีประนอมยอมความกัน ผู้พิพากษา Salmon L.J. ได้วินิจฉัยว่า จำเลยประมาทเลินเล่อและถึงแม้ว่าการใช้สถานที่เช่าจะไม่เป็นการขัดต่อข้อสัญญาข้อ 2 (10) ก็ตาม ก็ถือได้ว่าจำเลยได้ประมาทเลินเล่อแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต่อลูกความของตนในการใช้ความระมัดระวังตามสมควรซึ่งไม่เพียงแต่ปกป้องลูกความจากการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเท่านั้น แต่ยังต้องปกป้องลูกความในการเสี่ยงต่อการฟ้องร้องดำเนินคดีด้วย ในการเตรียมการเช่าในคดีนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องแสดงให้เห็นถึงอันตรายที่สังเกตุได้ ซึ่งหากมีอันตรายอยู่ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าความคิดเห็นของตนถูกต้องทั้งหมด จากพฤติการณ์ในคดีนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่รอบคอบจะแนะนำให้ลูกความไม่ควรลงนามในสัญญาให้เช่าช่วง

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยไม่จำเป็นได้อีก ในกรณีที่ที่ตนกระทำการในเรื่องที่ยากเกินไปกว่าความสามารถของตน หรือให้คำแนะนำในประเด็นที่ควรจะได้รับคำแนะนำจากที่ปรึกษากฎหมาย ในพฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการก่อให้เกิดความเสี่ยงด้วยตัวเอง ดังนั้น หากเขากระทำผิดพลาดในสิ่งที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของตนโดยไม่คำนึงว่าตนได้ใช้ความชำนาญและความระมัดระวังตามสมควรอย่างดีที่สุดแล้ว ในคดี Richards V. Cox[8] โจทก์ได้ปรึกษาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเรื่องอุบัติเหตุทางรถยนต์จนเป็นผลให้ตนได้รับบาดเจ็บ เสมียนของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ความเห็นว่าการฟ้องร้องคนขับรถเป็นสิ่งที่ไร้ประโยชน์ เนื่องจากเขาไม่มีประกันภัยคุ้มครองถึงการบาดเจ็บ ศาล Court of Appeal ได้ตีความกรมธรรม์ประกันภัยที่เกี่ยวข้อง (ซึ่งยากแก่การตีความมาก) อย่างเหมาะสมแล้ว พบว่า

---

[7][1964] 192 E.G. 197 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 214.

[8][1943] 1 K.B. 139 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 214.

คนขับรถได้ทำประกันภัยไว้ เพราะฉะนั้น โจทก์จึงเรียกให้ผู้ประกอบวิชาชีพของตนชดใช้ค่าเสียหายซึ่งได้รับจากคนขับรถได้ คดีนี้ ผู้พิพากษา Goddard L.J. กล่าวว่า ความประมาทเลินเล่อของเสมียนของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามที่กล่าวหาก็คือ การที่เขาวินิจฉัยปัญหาที่ยากมากด้วยตนเอง ดังนั้น ในการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้รับผิดในความประมาทเลินเล่อ หากมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก่อให้เกิดความเสี่ยงแก่ลูกความจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย หรือหากมีข้อเท็จจริงใด ๆ ที่แสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ก่อความเสี่ยงด้วยตนเองแล้ว ศาลคอมมอนลอว์มักจะมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ แม้จะใช้ความระมัดระวังเพียงใดก็ตาม

2) การกระทำการแทนคู่ความซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกัน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษโดยปกติมักจะไม่กระทำการใด ๆ ให้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในธุรกรรมใด ๆ ที่มีผลประโยชน์ขัดกันหรือมีแนวโน้มที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ขัดกัน ทั้งนี้ จะเป็นการขัดต่อกฎเกณฑ์ความประพฤติทางวิชาชีพซึ่งเป็นการกระทำไม่เหมาะสมหากมีการดำเนินการให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะการกระทำการแทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการขายที่ดินมักจะได้รับการตำหนิจากศาล ถึงแม้ว่ากฎเกณฑ์ทางวิชาชีพยินยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการแทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเฉพาะการโอนทรัพย์สิน ซึ่งต่อมา The Royal Commission on Legal Services (1979) ในประเทศอังกฤษ พิจารณาว่าอันตรายที่เกิดจากการกระทำแทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเป็นการประมาณไว้มากเกินไป ควรจะมีการผ่อนผันทั้งนี้ เพราะเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวได้ถูกหักล้างลงโดยคำวินิจฉัยในคดี Goody V. Baring และ Smith V. Mansim ซึ่งผู้พิพากษา Dankwerts L.J. ได้ชี้ให้เห็นว่าเป็นตัวอย่างของปัญหาและค่าใช้จ่ายที่น่าตกใจ ในกรณีที่คู่ความทั้งสองฝ่ายว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนเดียวกัน[9]

ในสถานการณ์ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องกระทำการแทนลูกความทั้งสองฝ่ายที่มีผลประโยชน์ขัดกัน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดในความประมาทแก่ลูกความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ทั้ง ๆ ที่ได้ใช้ความชำนาญและความระมัดระวังสูงที่สุดแล้ว[10] ในคดี Nash V. Phillips ศาลวินิจฉัยว่า ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำผิดหรือละเว้นการกระทำแก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ศาลจะพิจารณาความผิดพลาดดังกล่าวเป็นความประมาทเลินเล่อเนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ควรจะทำให้ตนอยู่ในสถานการณ์นั้นตั้งแต่เริ่มแรก

---

[9]Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 215.

[10]Ibid.

ปัญหาในทำนองเดียวกันนี้อาจเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการให้กับผู้กู้และผู้ให้กู้ คำวินิจฉัยของศาล Court of Appeal ในคดี Will V. Wood[11] ซึ่งเป็นคดีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินระหว่างลูกความทั้งสองฝ่าย ผู้พิพากษา Sir John Donaldson M.R. กล่าวว่า ถ้าเงื่อนไขของการกู้ยืมเงินได้รับการตกลงทั้งสองฝ่าย ปัญหาข้างต้นก็อาจไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องการคำแนะนำหรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องเกี่ยวข้องกับการเจรจาต่อรองเงื่อนไขของสัญญาหรือคู่สัญญาอาจค้นหาในสิ่งที่แสดงว่าผู้ประกอบวิชาชีพได้ทำหน้าที่ให้คำแนะนำในสิ่งที่ตนควรรู้อย่างเพียงพอแล้ว สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงจากการถูกวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับการดำเนินการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ดังนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการแทนลูกความทั้งสองฝ่ายซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกันหรือมีแนวโน้มว่าจะมีผลประโยชน์ขัดกัน หากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ศาลมักจะถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใช้ความชำนาญหรือความระมัดระวังเพียงใด

5.2.4 แหล่งที่มาของมาตรฐานความระมัดระวัง

ในการวินิจฉัยมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย สิ่งที่นำมาใช้เป็นส่วนช่วยในการแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานของความระมัดระวังของวิญญูชนมีมากมาย ซึ่งอาจพอจะสรุปได้จากหลักเกณฑ์ของประเทศคอมมอนลอว์ดังนี้

1) แนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายทั่วไปและเป็นที่ยอมรับ ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำผิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพทั่วไปของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว โดยปกติจะไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ ในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผิดพลาดอันเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพทั่วไป โดยปกติจะถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ[12] ในประเทศไทย แนวทางการปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับ เช่น การอ้างอิงคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยมักจะอ้างอิงคำพิพากษาศาลฎีกาในการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่ลูกความ ทั้ง ๆ ที่คำพิพากษาศาลฎีกามิใช่กฎหมายเหมือนดังเช่นคำพิพากษาของศาลในประเทศคอมมอนลอว์ และคำพิพากษาศาลฎีกานั้นอาจจะไม่เป็นที่ยอมรับในวงการวิชาชีพกฎหมายซึ่งอาจถูกกลับคำ

---

[11] Ibid., p. 216.

[12] Ibid., p. 208.

พิพากษาในภายหลังก็ตาม แต่ก็เป็นสิ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายปฏิบัติจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป เป็นต้น

ดังนั้น ในคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้านว่าความหรือให้คำปรึกษา มักจะต้องสู้คดีโดยอ้างหลักว่าได้กระทำการตามแนวทางปฏิบัติของวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปอันเป็นที่ยอมรับ หรือตามธรรมเนียมประเพณีของการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย[13] อย่างไรก็ตาม จากคำพิพากษาในคดี Edward Wong Finance Co.,Ltd. V. Johnson, Stokes & Master[14] ทำให้ข้อต่อสู้ข้างต้นไม่มีน้ำหนักพอ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ โจทก์เป็นสถาบันการเงินให้กู้ยืมเงินจำนวน 1,355,000 เหรียญให้แก่ผู้ซื้อโรงงานโดยมีการจำนองโรงงานเป็นหลักประกัน โจทก์ได้ว่าจ้างจำเลยให้ดำเนินการแทนโจทก์ในการโอนที่ดิน จำเลยได้จ่ายเงินล่วงหน้าให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของฝ่ายผู้ขายในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้หลักประกันเงินกู้ของโจทก์เสร็จสมบูรณ์ โดยเฉพาะในเรื่องการปลดภาระผูกพันเดิมในที่ดินและจดทะเบียนจำนอง ปรากฏว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของฝ่ายผู้ขายหนีออกจากฮ่องกงพร้อมด้วยเงินดังกล่าว โดยยังมิได้ดำเนินการไถ่ถอนจำนองจากทรัพย์สินที่มีอยู่เดิม เจตนาของโจทก์ที่จะใช้สิทธิควบคุมเหนือทรัพย์สินดังกล่าวจึงเป็นอันไร้ประโยชน์

จำเลยได้แสดงหลักฐานเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฮ่องกง (Hong Kong Style) ว่า ในการดำเนินการเกี่ยวกับธุรกรรมการโอนที่ดินในฮ่องกง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผู้ซื้อหรือผู้รับจำนองจะส่งมอบเงินค่าซื้อทรัพย์สินแก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของผู้ขายล่วงหน้าเพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของผู้ขายดำเนินการเกี่ยวกับเอกสารสิทธิต่าง ๆ ภายในเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งเป็นการกระตุ้นให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการในเรื่องดังกล่าวด้วยความรวดเร็ว วิธีการปฏิบัติทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฮ่องกงดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้ในธุรกรรมต่าง ๆ ในฮ่องกงไม่น้อยกว่าร้อยละ 99 ซึ่งจำเลยก็ยอมรับและปฏิบัติตามวิธีดังกล่าว ศาล Privy Council พิพากษาว่าจำเลยประมาทเลินเล่อในการประกอบวิชาชีพเนื่องจากการให้บริการทางวิชาชีพของจำเลยเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงที่คาดเห็นได้ ซึ่งจำเลยควรจะหลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่น แต่จำเลยผิดพลาดที่จะกระทำการดังกล่าว

ศาล Privy Council ให้เหตุผลว่า การปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายตามแบบฮ่องกงไม่ใช่เป็นสิ่งที่น่าตำหนิ แต่ในการปฏิบัติทางวิชาชีพนั้น เป็นที่คาดเห็นได้ว่าอาจส่งผลให้เกิด

---

[13]Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 20.

[14][1984] AC. 296 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, pp. 208- 209.

ความเสียหายได้ เช่น การยักยอกเงินค่าซื้อทรัพย์สินโดยผู้รับเงิน ความเสี่ยงที่คาดเห็นนี้ได้รับการยอมรับจาก Law Society แห่งฮ่องกง ซึ่งได้รายงานเรื่องเกี่ยวกับการโอนที่ดินในปี 1965 ว่า ควรจะมีความระมัดระวังต่อความเสี่ยงที่เกิดจากการยักยอกทรัพย์ ความเสี่ยงที่มีอยู่ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายตามแบบฮ่องกงเป็นสิ่งที่คาดเห็นได้และควรจะมีการหลีกเลี่ยง ดังนั้น จึงถือได้ว่าจำเลยมีความผิดทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงเขาได้ปฏิบัติตามแนวทางการประกอบวิชาชีพโดยทั่ว ๆ ไปของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ในประเทศแคนาดา มีตัวอย่างของคดีในทำนองเดียวกัน คือ คดี Polischuk V. Hagerty[15] ศาล Ontario Court of Appeal ยืนตามข้อสรุปของผู้พิพากษา Henry J. ว่าจำเลยซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดโดยไม่คำนึงว่าเขาได้กระทำการตามแนวทางการประกอบวิชาชีพโดยทั่ว ๆ ไป ซึ่งเป็นแนวทางที่ผู้ประกอบวิชาชีพฎหมายทั้งหลายพึงปฏิบัติในพฤติการณ์ดังกล่าว หรือเขาได้ใช้ความชำนาญหรือดุลพินิจตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพ จำเลยในคดี Polischuk ยอมรับคำรับรองของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของผู้ขายในการทำธุรกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ ได้ชำระเงินค่าซื้อที่ดินบางส่วนเพื่อดำเนินการไถ่ถอนจำนองที่มีอยู่เดิม ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของผู้ขายฝ่าฝืนต่อคำรับรองของตน และต่อมาได้หนีไปโดยไม่คืนเงินค่าซื้อที่ได้ชำระไปหรือไถ่ถอนจำนองที่มีอยู่ ส่วนผู้ขายได้หนีออกนอกประเทศ ผู้พิพากษา Henry J. ถือว่าจำเลยผิดพลาดในหน้าที่ที่จะทำให้ธุรกรรมดังกล่าวเสร็จสมบูรณ์ตามเงื่อนไขของข้อตกลงในสัญญาซื้อขาย ซึ่งในสัญญาระบุให้ผู้ซื้อได้รับเอกสารสิทธิในที่ดินโดยปราศจากภาระติดพันใด ๆ ที่มีอยู่ โดยให้เหตุผลว่า ผู้ประกอบวิชาชีพจะอ้างแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพโดยปราศจากความรู้หรือความยินยอมของลูกความของตนหรือของสาธารณชนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ นอกจากนี้ ในคดี Glivar V. Noble[16] ศาล Ontario Court of Appeal ได้ปฏิเสธการยอมรับแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพที่แพร่หลายของศาลชั้นต้นในการกำหนดมาตรฐานของความระมัดระวังที่เหมาะสม จำเลยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้รับการว่าจ้างจากลูกความ ซึ่งงานหนึ่งที่ได้รับการว่าจ้างก็คือ การอุทธรณ์การประเมินอาคารของลูกความ ตามแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายที่แพร่หลายในกลุ่มของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะคัดค้านการประเมินต่อศาล Assessment Review Court ซึ่งตามความเป็นจริงไม่มีอำนาจในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่า

---

[15][1983], 42 O.R. (2d) 417, cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, pp. 20-21.

[16][1985], 8 OPC. 60 cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 21.

ศาลที่จำเลยเลือกอุทธรณ์การประเมินไม่ถูกต้อง และศาลที่มีอำนาจรับอุทธรณ์เรื่องดังกล่าวคือ ศาล Supreme Court อย่างไรก็ตาม ความผิดพลาดของจำเลยไม่ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อ เพราะคำนึงถึงแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพที่แพร่หลาย ศาลอุทธรณ์ถือว่าศาลชั้นต้นผิดพลาดในการยอมรับแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพที่แพร่หลายเป็นมาตรฐานของความระมัดระวังที่เหมาะสม และนำหลักความเสี่ยงที่คาดเห็นได้ (foreseeable risk) ในคดี Edward Wong มาใช้โดยถือว่าคำอุทธรณ์ต่อศาล Assessment Review Court เป็นความเสี่ยงที่คาดเห็นได้อย่างแท้จริง เนื่องจากจำเลยตระหนักอยู่แล้วว่าศาลดังกล่าวไม่มีอำนาจในการรับอุทธรณ์

ดังนั้น ในประเทศคอมมอนลอว์ถือว่าแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพโดยทั่ว ๆ ไป หรือเป็นที่แพร่หลายที่ได้รับการยอมรับจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรืออาจเกิดจากธรรมเนียมประเพณีที่ปฏิบัติกันมานั้น โดยหลักแล้วถือว่าเป็นมาตรฐานของความระมัดระวังซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหากได้ปฏิบัติตามแล้ว แม้เกิดความผิดพลาดและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความแล้ว ก็ไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตาม หากแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพดังกล่าวเป็นที่คาดเห็นได้ว่าจะเกิดความเสี่ยงต่อการเกิดความเสียหายของลูกความแล้ว หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายปฏิบัติตามโดยไม่ยอมหลีกเลี่ยงความเสี่ยงโดยวิธีอื่นแล้ว ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ และแนวทางปฏิบัติดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นมาตรฐานของความระมัดระวังที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงมี

2) พยานผู้เชี่ยวชาญ การกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังโดยอาศัยแนวปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเริ่มมีความไม่แน่นอน พยานผู้เชี่ยวชาญจึงเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้แนวปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายมีความแน่นอนเพื่อใช้เป็นมาตรฐานของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งศาลคอมมอนลอว์ยอมรับผู้ประกอบวิชาชีพที่ได้รับการเรียกเข้ามาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญโดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม ศาลอาจจะไม่ให้ความสำคัญกับหลักฐานที่ได้จากพยานผู้เชี่ยวชาญก็ได้ เช่น ในคดี Midland Bank V. Wett. Stables & Kemp[17] ผู้พิพากษา Oliver J. วิจารณ์แนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพซึ่งได้จากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งถูกเรียกเข้ามาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญว่าอะไรเป็นสิ่งที่ควรกระทำ ว่ามีข้อน่าสงสัยเกี่ยวกับคุณค่าหรือการยอมรับพยานประเภทนี้ ซึ่งดูเหมือนว่าจะเป็นประเพณีปฏิบัติในคดีเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ถ้าหากมีแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพ เช่น มาตรฐานของความประพฤติซึ่งกำหนดโดยสถาบันทาง

---

[17][1979] Ch. 384, cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 208.

วิชาชีพหรือถูกบังคับโดยปกติประเพณีแล้ว หลักฐานดังกล่าวสามารถได้รับการยอมรับได้ แต่ถ้าพยานหลักฐานเป็นสิ่งที่ไม่มากเกินไปกว่าการแสดงความคิดเห็นโดยผู้ประกอบวิชาชีพที่คิดว่าอะไรเป็นสิ่งที่ควรทำ ในกรณีนี้ไม่น่าจะเป็นประโยชน์ต่อศาล ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัย

ในปัจจุบัน พยานผู้เชี่ยวชาญมักจะได้รับการวิจารณ์จากศาลเพิ่มมากขึ้น[18] ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า

ประการที่ 1 ศาลเริ่มมีความระมัดระวังเกี่ยวกับลักษณะของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ถูกอ้างถึง ศาลจะปฏิเสธหลักฐานของพยานผู้เชี่ยวชาญที่ไม่ตรงประเด็นหรือเกี่ยวข้องกับปัญหา นั่นก็คือ พยานผู้เชี่ยวชาญต้องแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติในทางวิชาชีพโดยทั่วไปและได้รับการยอมรับ ซึ่งไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับกฎเกณฑ์หรือหลักการส่วนตัว ดังเช่นคดี Gerima V. MacMillian[19] พยานผู้เชี่ยวชาญทั้งหมดเบิกความเกี่ยวกับความเห็นและประสบการณ์ส่วนตัวโดยปราศจากการถูกตำหนิโดยศาล ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

ประการที่ 2 พยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งใช้เพื่อการกำหนดความชัดเจนของมาตรฐานความระมัดระวังนั้นอาจไม่ได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะในกรณีที่พยานผู้เชี่ยวชาญของโจทก์และจำเลยให้ความเห็นขัดแย้งกัน นอกจากนี้ น้ำหนักของความคิดเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญอาจลดลงหากการกระทำที่ถูกฟ้องร้องนั้นก่อให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพตามประเพณีหรือที่เป็นมาตรฐานว่ามีอยู่จริงหรือไม่

ดังนั้น ในการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อนำสืบถึงมาตรฐานของความระมัดระวัง ศาลคอมมอนลอว์มักจะใช้ความระมัดระวังในการยอมรับหลักฐานจากผู้เชี่ยวชาญนั้น ซึ่งต่างจากคดีความรับผิดทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ๆ โดยเฉพาะคดีความผิดทางวิชาชีพเวชกรรม จะสังเกตเห็นได้ว่าศาลซึ่งมีความชำนาญในคดีมีความยากลำบากในการปฏิเสธหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งอาจจะเป็นเพราะศาลไม่มีความคุ้นเคยกับวิชาชีพดังกล่าว ซึ่งต่างกับคดีความรับผิดทางวิชาชีพกฎหมายซึ่งศาลมีความคุ้นเคย ดังจะเห็นได้จากคำกล่าวของผู้พิพากษาในคดี Morris V. Jackson ว่า "ในความเห็นของข้าพเจ้า ผู้พิพากษา ณ ศาลแห่งนี้เป็น

---

[18]Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, pp. 22-27.

[19][1972] 30.R. 214.27 D.W.R. (3d) 666 (H.C.), cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, pp. 23.

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งด้านว่าความและให้คำปรึกษา สามารถที่จะประเมินความประพฤติทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ โดยปราศจากพยานผู้เชี่ยวชาญ"[20]

3) มาตรฐานที่บัญญัติโดยองค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมาย องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศต่าง ๆ มักจะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศของตน ไม่ว่าจะเป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หลักเกณฑ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย หลักเกณฑ์ในการจัดตั้งสำนักงานกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้มีประโยชน์ต่อศาลในการอ้างอิงเพื่อวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ดังนั้น มาตรฐานของความระมัดระวังอาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติโดยองค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมาย แม้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเป็นบทบัญญัติในการควบคุมมาตรฐานของสมาชิกภายในองค์กรดังกล่าว และมีบทลงโทษหากมีการฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์หรือหน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในองค์กรวิชาชีพพึงปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติต่อศาล ต่อลูกความ หรือต่อผู้ประกอบวิชาชีพในองค์กรเดียวกัน ส่วนบทลงโทษอาจเป็นการห้ามประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นการชั่วคราวหรือตามระยะเวลาที่กำหนด และในบางกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติหรือกฎข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ใดๆ ที่องค์กรควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายบัญญัติไว้ อาจได้รับโทษจำคุกหรือโทษปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในประเทศแคนาดา เนติบัณฑิตยสภาแห่งประเทศแคนาดา (Canadian Bar Associations) ได้บัญญัติกฎหมายควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไว้ในปี 1974 เรียกว่า Code of Professional Conduct ซึ่งมีบทบัญญัติมากมาย เช่น ในบทที่ 2 ของประมวลกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องความสามารถและคุณภาพของการให้บริการ (Competence and Quantity of Service) ได้บัญญัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไว้ว่า

ก) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต่อลูกความของตนในการให้บริการทางกฎหมายด้วยความสามารถซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับรองว่ากระทำในนามของตนเอง

ข) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายควรให้บริการแก่ลูกความด้วยความรอบคอบระมัดระวัง ความเพียรพยาม และมีประสิทธิภาพ และควรให้คุณภาพของการบริการอย่าง

---

[20]Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, pp. 22-27.

น้อยที่สุดเทียบเท่ากับคุณภาพของการบริการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไปเชื่อว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งมีความสามารถในสถานการณ์เช่นนั้นจะทำได้[21]

ศาลในประเทศแคนาดามักจะวินิจฉัยโดยอ้างอิงถึงบทบัญญัติต่าง ๆ ใน Code of Professional Conduct เพื่อแสดงให้เห็นว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่ำกว่ามาตรฐานของความระมัดระวัง ดังตัวอย่างในคดี Pelky V. Hudson Bay Ins. co.[22] ศาลได้อ้างอิงกฎเกณฑ์ใน Code of Professional Conduct ของ Law Society ในการแสดงถึงหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการติดต่อกับลูกความของตนเกี่ยวกับข้อเสนอในการชำระหนี้แก่ลูกความ ซึ่งศาลในคดีนี้สรุปว่าการไม่ติดต่อหรือแจ้งให้ลูกความทราบถึงข้อเสนอในการชำระหนี้เป็นความประมาทเลินเล่อ เช่นเดียวกับคดี Kern-Hill Co-op Furniture Ltd. V. Shuchett[23] ได้มีการอ้าง Code of Professional conduct ของเนติบัณฑิตยสภาในการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประการหนึ่ง คือ การห้ามถอนตัวจากการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของลูกความ เว้นแต่มีเหตุอันควรและได้มีการแจ้งให้ลูกความทราบตามความเหมาะสม ดังนั้น ในประเทศแคนาดา ศาลมักจะถือว่าการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานจรรยาบรรณเป็นความประมาทเลินเล่อ

ในประเทศอังกฤษ ได้มีการบัญญัติมาตรฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นตามคำแนะนำของ Royal Commission on Legal Services คณะทำงานของ Law Society จึงได้ออกมาตรฐานเป็นลายลักษณ์อักษร 3 ฉบับ ในปี ค.ศ. 1985 ได้แก่ ความรับผิดสำหรับเรื่องหรือคดีของลูกความ (Responsibility for the Client's Case or Matter) การติดต่อเกี่ยวกับคดีหรือเรื่องของลูกความ (Communication for the Client's Case or Matter) และข้อมูลเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายสำหรับลูกความแต่ละราย (Information on Costs for the Individual Client)[24] และ

---

[21](a) The Lawyer owes a duty to his Client to be competent to perform the legal services which the Lawyer undertakes on his behalf.

(b) The Lawyer should serve his Client in a conscienstious, diligent and efficient manner and he should provide a quality of service at least equal to that which Lawyers generally would expect of a competent lawyers in a like situation.

[22][1981], 35 O.R. (2d) 97 (H.C.), cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 26.

[23][1975], 58 D.L.R. (3d) 157 (Man. C.A.), cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 26.

[24]Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 210.

ได้มีการออกมาตรฐานอื่น ๆ อีกตามมา นอกจากนี้ The Council of the Law Society ได้ออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ความประพฤติหรือวินัยของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยอาศัยอำนาจตาม Solicitor Act 1974 มาตรา 31 เช่น The Solicitors' Practice Rules 1990 ซึ่งสรุปถึงหลักเกณฑ์พื้นฐานของความประพฤติทางวิชาชีพ และมีบทบัญญัติพิเศษมากมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย[25] ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลมักจะอ้างอิงถึงมาตรฐานหรือกฎข้อบังคับทางจรรยาบรรณในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ถึงแม้ว่าการฝ่าฝืนมาตรฐานหรือกฎข้อบังคับดังกล่าวโดยหลักจะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดหรือความรับผิดในค่าเสียหายก็ตาม[26] มาตรฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านี้นำไปใช้ในศาลได้และเป็นหลักฐานที่มีน้ำหนักมาก ด้วยเหตุผลที่ว่า

1. เป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพทั่ว ๆ ไป ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

2. แสดงให้เห็นถึงขั้นตอนที่วิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งมีความสามารถและความระมัดระวังตามสมควรควรกระทำ

ในประเทศเยอรมัน กฎหมายควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย Federal State on Attorney 1959 (Bundesrechtsanwaltsordnung) ได้วางหลักเกณฑ์พิเศษกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสัญญากับลูกความว่าจะใช้ความเชี่ยวชาญและความระมัดระวัง และกระทำการแทนลูกความอย่างเต็มความสามารถ ผลก็คือ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดสำหรับการใช้ความเชี่ยวชาญและความระมัดระวังที่ได้สัญญาไว้ ซึ่งมาตรฐานที่บัญญัติโดยองค์กรวิชาชีพเหล่านี้ได้พัฒนาขึ้นจนก่อให้เกิดมาตรฐานของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย[27]

สำหรับมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยมิได้มีการบัญญัติโดยองค์กรควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอย่างเพียงพอที่จะใช้เป็นแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพทั่ว ๆ ไปของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือแสดงขั้นตอนหรือหน้าที่

---

[25]Law Society, The Guide to the Professional Conduct of Solicitors, 7th ed. (London: The Law Society, 1996), p. 4.

[26]Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 340.

[27]Panayotis J. Zepos and Phoebus Christodeulou, Professional Liability, p. 47.

ในการประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่ว ๆ ไปแต่อย่างไร ซึ่งแตกต่างจากกฎข้อบังคับหรือมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกาซึ่งมีการกำหนดรายละเอียดของการประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นหลักหรือแนวทางให้ปฏิบัติไว้มากมาย เพราะฉะนั้น ในการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มาตรฐานของความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นข้อเท็จจริงซึ่งนำสืบจากพยานบุคคลซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือพยาน ผู้เชี่ยวชาญเพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวทางปฏิบัติทั่วไปทางวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งอาจจะไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่ศาลจะรับฟังเป็นพยาน ซึ่งอาจจะเป็นเพราะความเห็นของพยานบุคคลเหล่านั้นอาจเป็นความคิดเห็นของแต่ละบุคคลซึ่งอาจแตกต่างกันหรือเหมือนกัน ทั้งนี้ เพราะการขาดซึ่งมาตรฐานทางวิชาชีพพื้นฐานที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายควรจะมีในแนวเดียวกัน นอกจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายเฉพาะสาขามีน้อยและไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นมาตรฐานของผู้เชี่ยวชาญประกอบกับการเป็นผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวเป็นการอ้างหรือแสดงตนโดยอาศัยความชำชองและประสบการณ์ของตนเองโดยเฉพาะ

ดังนั้น สภาทนายความซึ่งเป็นองค์กรควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายควรจะบัญญัติมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทั้งมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพกฎหมายด้านว่าความและการให้คำปรึกษากฎหมายโดยทั่วไป แต่มิใช่เป็นการบัญญัติมาตรฐานโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อครอบคลุมการประกอบวิชาชีพกฎหมายในทุก ๆ เหตุการณ์หรือทุกกรณีซึ่งในทางปฏิบัติเป็นไปไม่ได้ มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหลักพื้นฐานอยู่ 3 ประการ คือ

ประการแรก หลักความซื่อสัตย์ต่อลูกความ (Loyalty to his client)

ประการที่สอง ความบริสุทธิ์ยุติธรรมในศาล (Candor to the tribunal)

ประการที่สาม ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (Fairness to the opposing party)

มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยอาจบัญญัติในลักษณะตามแบบประมวลความรับผิดทางวิชาชีพกฎหมาย (Code of Professional Responsibility 1983) ของเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน กล่าวคือ ประมวลความรับผิดทางวิชาชีพแบ่งออกเป็น 9 หมวด (Canon) ในแต่ละหมวดจะประกอบด้วยบทบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ Ethical Considerations และ Disciplinary Rules

Ethical Consideration เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เป็นเพียงความคาดหวังที่จะให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงปฏิบัติตามเพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีมาตรฐานสูงทางวิชาชีพ ซึ่งบทบัญญัติประเภทนี้จะกำหนดแนวทางให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใช้ปฏิบัติหากมีสถานการณ์ใด ๆ ตามที่ระบุไว้เกิดขึ้น

Disciplinary Rules ต่างจาก Ethical Consideration เพราะเป็นบทบัญญัติในลักษณะเชิงบังคับ เป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายในระดับต่ำสุด ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องปฏิบัติตาม หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติจะต้องถูกดำเนินคดีทางวินัย[28] ลักษณะของประมวลความรับผิดดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนได้แสดงไว้เป็นแนวทางในการศึกษาเกี่ยวกับมาตรฐานทางวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยต่อไป

5.3 ภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof)

ในประเทศคอมมอนลอว์ คดีความผิดทางวิชาชีพกฎหมายโดยปกติโจทก์จะเลือกระหว่างการฟ้องร้องคดีโดยอาศัยหลักความประมาทเลินเล่อหรือการฝ่าฝืนสัญญา อย่างไรก็ตาม ถึงแม้โจทก์จะมีข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเรื่องของสัญญาโดยชัดแจ้ง แต่ในการฟ้องร้องคดีโจทก์มักจะอ้างสัญญาโดยปริยายซึ่งเป็นเรื่องการใช้ความรู้และความระมัดระวังตามธรรมดาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วย[29] ดังนั้น ในคดีความผิดเกี่ยวกับวิชาชีพกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์จึงมักเป็นคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการไม่ใช้ความระมัดระวังในการบริการทางวิชาชีพแก่ลูกความ

ในการฟ้องร้องคดีผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โจทก์ต้องอ้างข้อเท็จจริงซึ่งแสดงให้เห็นว่า (1) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ในการใช้ความชำนาญและความรู้หรือความระมัดระวัง ซึ่งหน้าที่เกิดขึ้นเกิดจากความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างลูกความและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (2) มีการฝ่าฝืนหน้าที่ซึ่งอาจเกิดจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำ หากเป็นการละเว้นการกระทำ โจทก์จะต้องแสดงข้อเท็จจริงให้เห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำภายในขอบเขตของการว่าจ้าง (3) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของความเสียหาย ซึ่งโจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำหรือละเว้นการกระทำ

---

[28]Stephen Gillers and Roy D. Simon, Regulations of Lawyers Status and Standard (Boston: Little Brown & Company, 1989), p. 206.

[29]Ronald E. mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 802.

โดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ในทำนองกลับกัน หากมีการกระทำที่เหมาะสมแล้ว จะเป็นการหลีกเลี่ยงความเสียหาย ซึ่งหลักที่นำมาใช้คือหลัก "but for" (4) ความสูญเสียหรือความเสียหายที่แท้จริงซึ่งโจทก์ได้รับ ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่เป็นตามธรรมชาติหรือสืบเนื่องมาจากการกระทำความผิดนั้น[30]

โดยปกติโจทก์จะมีภาระการพิสูจน์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการมีอยู่ของสัญญาจ้างระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความ มาตรฐานความระมัดระวังและการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ โดยการพิสูจน์ให้เห็นว่าการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังในขณะเดียวกันกับการที่โจทก์พิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ประการสุดท้ายซึ่งเป็นหลักทั่วไปของความประมาทเลินเล่อคือ โจทก์จะต้องอ้างและพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุแห่งความเสียหายตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นสิ่งที่ยากแก่โจทก์ในการพิสูจน์ในกรณีที่เป็นความประมาทเลินเล่ออันเนื่องมาจากการว่าความและลูกความได้แพ้คดี หรือเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยื่นอุทธรณ์ภายหลังอายุความสิ้นสุดลงตามกฎหมายเพื่อให้คำพิพากษาที่ลูกความได้รับนั้นถึงที่สุด การที่ลูกความแพ้คดีหรือการที่คดีของลูกความสิ้นสุดลงโดยมิได้อุทธรณ์นั้นเป็นการเพียงพอที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายหรือไม่ หรือลูกความจะต้องพิสูจน์เพิ่มเติมถึงความเสียหายว่าจะไม่เกิดขึ้นถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิได้ประมาทเลินเล่อ หรืออีกนัยหนึ่ง หากไม่เป็นเพราะความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ลูกความต้องชนะคดี หรือหากอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลา ลูกความจะชนะคดี บุคคลใดเป็นผู้มีหน้าที่ในการนำสืบ บุคคลใดจะเป็นผู้มีภาระการนำสืบ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ต่างมีวิธีการในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่แตกต่างกัน[31]

ประเทศคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ในกรณีที่ลูกความฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเนื่องมาจากการที่ตนต้องแพ้คดี เมื่อลูกความแพ้คดี ลูกความไม่เพียงแต่พิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย แต่รวมถึงผลที่แตกต่างหากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ประมาทเลินเล่อ โดยใช้หลักที่เรียกว่า "Suit within a suit" กล่าวคือ ลูกความต้องแสดงว่าตนควรจะชนะคดีหากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใช้ความระมัดระวัง ทั้งนี้ เพื่อขั้นตอนต่อไปลูกความจะได้ใช้เป็นประโยชน์ในการที่ตนจะชนะคดีที่ฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย นอกจากนี้ จะต้องพิสูจน์

---

[30]Ibid., pp. 804-807.

[31]Panayotis J. Zepos and Phoeleus Christodoulou, Professional Liability, p. 51.

ให้เห็นถึงคำพิพากษาที่คู่ความปฏิปักษ์ของลูกความควรจะได้รับและพิสูจน์ว่าเขาควรจะพอใจในคำพิพากษานั้น ซึ่งการเป็นสิ่งที่ยากลำบากในการพิสูจน์ของโจทก์

ศาลในประเทศซีวิลลอว์จะมีวิธีที่แตกต่างกัน โดยหลักลูกความต้องพิสูจน์แต่เพียงว่า

(1) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการหรือละเว้นการกระทำการซึ่งเป็นผลเสียหายแก่คดีหรือสิทธิในการอุทธรณ์

(2) ความเสียหายที่มีอยู่

ลูกความไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงผลของคำพิพากษาที่ควรจะเกิดขึ้นหรือคำพิพากษาของศาลที่รับคำอุทธรณ์ว่าจะเป็นอย่างไร หากมีการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษานั้นภายในเวลาที่กำหนด เพราะการสูญเสียสิทธิในการอุทธรณ์เป็นการสูญเสียโอกาสซึ่งศาลจะเป็นผู้ประเมินมูลค่าของโอกาสที่เสียไป การพิสูจน์ถึงการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นการพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วย ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องแก้ข้อกล่าวหาโดยการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับแม้มิใช่ความผิดของตน ก็ยังคงเกิด หรืออีกนัยหนึ่ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากเหตุอื่นนอกเหนือจากความผิดของตน[32]

ในคดีความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความในการไม่ใช้ความระมัดระวังหรือการฝ่าฝืนหน้าที่ตามข้อตกลงในสัญญาเป็นผลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความ ศาลในคดีมีหน้าที่ค้นหาความจริงให้ได้ว่าเรื่องที่เกิดขึ้นในคดีนั้นมีข้อเท็จจริงเป็นอย่างไร เพื่อที่จะนำไปปรับเข้ากับตัวกฎหมาย ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดอยู่ 2 ประการ คือ ปัญหาในเรื่องข้อเท็จจริงกับปัญหาในข้อกฎหมาย ปัญหาข้อกฎหมายนั้นเป็นข้อที่ศาลรับรู้เองโดยไม่ต้องอาศัยการพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐาน แต่ถ้าเป็นกฎหมายต่างประเทศถือเป็นข้อเท็จจริงซึ่งคู่ความต้องนำสืบพิสูจน์ ส่วนปัญหาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องที่คู่ความแต่ละฝ่ายจะเป็นผู้นำสืบข้อเท็จจริงตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดี โดยเฉพาะคดีแพ่งในประเทศไทยนั้น เมื่อมีข้อเท็จจริงที่จะต้องนำสืบพยานหลักฐานต่อศาล สิ่งแรกที่จะต้องทราบก็คือว่า คู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่จะต้องนำสืบพยานหลักฐานนั้น หลักในเรื่องนี้เรียกกันกว้าง ๆ ว่า "หน้าที่นำสืบ" ซึ่งผู้ที่มีหน้าที่ในการนำสืบจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้ศาลเห็นตามที่ตนกล่าวอ้าง

---

[32]Ibid., pp. 51-52.

ตามมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และหน้าที่นำสืบตามมาตรา 84 หมายถึง ทั้งภาระ การพิสูจน์และหน้าที่นำสืบก่อน[33]

ในคดีแพ่ง ภาระการพิสูจน์รวมทั้งการนำสืบก่อนอาจเป็นของโจทก์หรือของจำเลยก็ได้ ทั้งนี้ ย่อมแล้วแต่รูปคดีตามคำฟ้อง คำให้การ และประเด็นที่เกิดขึ้นจากการชี้สองสถาน ในทางปฏิบัติ ศาลจะพิจารณาก่อนว่าในคดีนั้นมีประเด็นที่จะต้องนำสืบอยู่กี่ประเด็น แต่ละประเด็นภาระการพิสูจน์ตกอยู่แก่ฝ่ายใด ถ้าคู่ความฝ่ายใดมีหน้าที่นำสืบในประเด็นใดก็มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความจริงเป็นอย่างไร หากพิสูจน์ไม่ได้ ผู้ที่มีภาระนี้ย่อมต้องแพ้คดีในประเด็นนั้น ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าตนจะเป็นผู้นำพยานเข้าสืบก่อนหรือหลังในคดี

โดยปกติในการกำหนดหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ ศาลจะอาศัยหลัก "ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบ" ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ซึ่งบัญญัติว่า

"ถ้าคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงตกอยู่แก่ฝ่ายที่กล่าวอ้าง แต่ว่า

(1) คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นที่รู้กันทั่วไป หรือซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ หรือซึ่งศาลเห็นว่าคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแล้ว

(2) ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว"

หน้าที่นำสืบตามข้อเท็จจริงอยู่แก่ลูกความที่กล่าวอ้างนั้น หมายความว่า โจทก์อ้างข้อเท็จจริงใด ๆ แต่จำเลยไม่รับ ข้อเท็จจริงยังเถียงกันอยู่ ไม่แน่ว่าเป็นความจริงดังที่โจทก์อ้างหรือไม่ โจทก์จึงต้องมีหน้าที่นำสืบให้ศาลเชื่อว่าเป็นความจริงดังที่อ้าง หรือกลับกัน จำเลยรับว่ามีข้อเท็จจริงตามที่โจทก์กล่าวอ้าง แต่จำเลยกลับยกข้อเท็จจริงใหม่ขึ้นเถียงว่าไม่ต้องรับผิดเช่นนี้จำเลยเป็นฝ่ายกล่าวอ้างว่ามีข้อเท็จจริงนั้น หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงอันใหม่นี้จึงตกแก่จำเลย[34]

---

[33]ประมูล สุวรรณศร, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2517), หน้า 43.

[34]พจน์ ปุษปาคม, ละเมิด, หน้า 354.

ก. ภาระการพิสูจน์ทางละเมิด

ในเรื่องความรับผิดทางละเมิดนั้นต้องมีการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งโดยมากเป็นข้อห้ามมิให้กระทำ การบรรยายฟ้องละเมิดต้องบรรยายให้เข้าหลักเกณฑ์ของละเมิด คือ จำเลยกระทำผิดอย่างไร เป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ถ้าจะหาว่าประมาทเลินเล่อจะต้องบรรยายว่าจำเลยกระทำการอย่างไร ซึ่งเป็นการใช้ความระมัดระวังไม่เพียงพอหรือไม่ใช้ความระมัดระวังหรือฝ่าฝืนระเบียบแบบแผนอย่างไร อันจะถือว่าเป็นการประมาทเลินเล่อไม่กระทำตามหน้าที่อันควรกระทำ และการกระทำของจำเลยทำให้เสียหายอย่างไรแก่โจทก์ โจทก์มีสิทธิอย่างไรที่จำเลยทำให้เสียหายแก่สิทธิ[35]

ตามหลักภาระการพิสูจน์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ผู้กล่าวอ้างมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลเห็นว่าเป็นความจริงตามข้อเท็จจริงตามที่ตนกล่าวอ้างไว้นั้น ถ้านำพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลเชื่อไม่ได้ตามนั้น หรือไม่นำพยานหลักฐานมาสืบตามข้อเท็จจริงนั้นเสียเลย ข้อกล่าวอ้างของตนในข้อเท็จจริงนั้นย่อมตกไปและศาลก็จะพิพากษาให้แพ้คดี หากข้อเท็จจริงนั้นเป็นข้อแพ้ชนะใคดี[36]

ดังนั้น ลูกความผู้ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีอำนาจฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนลูกความ ไม่เพียงแต่พิสูจน์ถึงความเสียหาย แต่ต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยซึ่งเป็นเหตุให้เกิดการละเมิดได้ โดยต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการขาดความระมัดระวังซึ่งเกิดจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย กล่าวคือ ประการแรก ต้องปรากฏข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ หมายความว่า ต้องมีพยานหลักฐานที่แสดงว่าเหตุการณ์เกิดขึ้นอย่างไร ประการที่สอง ต้องมีพยานหลักฐานบางอย่างที่แสดงว่าจำเลยได้ปฏิบัติต่ำกว่ามาตรฐานของความระมัดระวังภายใต้พฤติการณ์แวดล้อมแห่งกรณี และโดยการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ ถ้าหากว่าข้อสรุปของพยานหลักฐานที่พิสูจน์นั้นไม่อาจถือได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อโจทก์ก็ต้องแพ้คดีไป[37]

---

[35]เรื่องเดียวกัน, หน้า 733.

[36]บัญญัติ สุชีวะ, "ข้อสังเกตุบางประการเกี่ยวกับหน้าที่นำสืบในคดีแพ่ง," บทบัณฑิตย์ 35 (เมษายน, 2521): 186.

[37]พนารัตน์ เฉลิมวุฒิศักดิ์, "ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2534), หน้า 96.

ในการพิสูจน์ความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในคดีละเมิดทางวิชาชีพ โจทก์จะต้องพิสูจน์แสดงให้เห็นได้ว่าข้อเท็จจริงของเหตุการณ์เป็นอย่างไร และในกรณีเช่นนั้นถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานหรือไม่ ประกอบกับหลักเกณฑ์ในการนำสืบความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องเทียบกับความระมัดระวังของบุคคลที่ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ เป็นการเฉพาะ ซึ่งอยู่ในสถานะและตำแหน่งเดียวกัน จึงมีข้อพิจารณาว่าโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาย่อมไม่สามารถรู้ได้ว่าผู้มีวิชาชีพดังกล่าวได้ปฏิบัติงานตามหลักการทางวิชาชีพของตนหรือไม่ นอกจากนี้ ในขณะที่ลูกความได้รับความเสียหายบางกรณี ลูกความย่อมไม่มีโอกาสที่จะรู้ได้เลยว่า ความเสียหายของตนเกิดจากความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่าได้ขอคำปรึกษาจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนอื่น ซึ่งโดยปกติศาลคอมมอนลอว์มักจะถือว่าในกรณีที่ไม่ปรากฏหลักฐานแก่วิญญูชนถึงความผิดพลาดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อายุความจะไม่เริ่มนับจนกระทั่งลูกความได้ขอรับคำปรึกษาหรือความเห็นจากผู้เชี่ยวทางกฎหมายว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ[38]

ในทางปฏิบัติ หากมีหลักฐานที่เห็นได้ชัดเจนถึงความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ภาระการพิสูจน์อาจจะไม่ลำบากนัก เพราะผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เป็นโจทก์แทนลูกความในคดีฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมรู้ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยหรือความจงใจในการกระทำผิด เช่น การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ยื่นคำฟ้องภายในอายุความ หรือการยักยอกทรัพย์ของลูกความ เป็นต้น แต่ในบางกรณี ก็มิอาจเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าจำเลยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายขาดความระมัดระวังอย่างไร เช่น ในกรณีที่ลูกความว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการจดทะเบียนเพื่อขอความคุ้มครองสิทธิบัตรของตน ปรากฏว่าก่อนที่จะมีการจดทะเบียนเพื่อขอรับความคุ้มครอง สิทธิบัตรของลูกความซึ่งเป็นความลับได้ถูกเปิดเผยและเกิดความเสียหายแก่ลูกความ ปัญหาก็คือ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ใช้ความระมัดระวังในการเก็บความลับของลูกความอย่างไร ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้การควบคุมและดำเนินการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแต่เพียงผู้เดียว หรือในกรณีที่ลูกความว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทางภาษีอากรให้ความเห็นหรือวางแผนภาษีอากรให้กับกิจการของลูกความ หรือธุรกรรมใด ๆ ของลูกความ ปรากฏว่าภายหลังถูก เจ้าพนักงานประเมินตรวจสอบพบว่าลูกความชำระภาษีไม่ถูกต้อง ถึงถูกประเมินภาษีใหม่และเสียเบี้ยปรับเงินเพิ่มเป็นจำนวนมาก และเมื่ออุทธรณ์การประเมินต่อศาลภาษีอากร ศาลพิพากษายืนตามการประเมินของเจ้าพนักงานประเมิน ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นเพราะการขาด

---

[38]Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 7.

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือไม่ อย่างไร หากในความเป็นจริงความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจตีความตัวบทกฎหมายซึ่งไม่ปรากฏว่ามีคำพิพากษาฎีกาแสดงถึงแนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าว ประกอบกับผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายภาษีอากรเองก็มีความเห็นไม่ลงรอยกัน ข้อเท็จจริงที่ว่าลูกความถูกประเมินภาษีใหม่และเสียเบี้ยปรับเงินเพิ่มเป็นจำนวนมากตามคำพิพากษาศาลภาษีอากร ดูจะไม่เป็นหลักฐานอันเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นโจทก์ฟ้องแทนลูกความก็มิอาจมีความรู้ในสิ่งเหล่านี้ได้ เพราะการใช้ดุลพินิจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแต่ละคนต่างมีเป็นของตนเอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมิใช่ทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์ที่มีความแน่นอนและพิสูจน์ได้ แม้แต่ศาลเองยังมีดุลพินิจหรือความเห็นในการตีความกฎหมายต่างกัน เป็นต้น นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายเฉพาะสาขา ซึ่งบางสาขาเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปมิอาจรู้หรือเข้าใจดีพอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายต่างประเทศ การเงินการธนาคาร การครอบงำกิจการ เป็นต้น

ในการพิสูจน์ถึงความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายว่าต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือไม่ ย่อมเป็นการยากที่จะแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงมีเช่นกัน เพราะไม่มีการกำหนด มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนเพียงพอที่ลูกความจะนำไปใช้อ้างอิงในศาล หรือศาลอาจนำสิ่งเหล่านี้มาเป็นส่วนช่วยในการวินิจฉัย ดังเช่นประเทศอังกฤษ อเมริกา เป็นต้น สำหรับตำราต่าง ๆ เกี่ยวกับการปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายที่แต่งโดยนักนิติศาสตร์ต่าง ๆ ดูเหมือนจะไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นความ ระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เพราะสิ่งที่นักนิติศาสตร์เหล่านั้นเขียนอาจจะไม่ครอบคลุมถึงคดีที่วินิจฉัยอยู่ และประการสำคัญ ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่ปรากฏเป็นเพียงความรู้และประสบการณ์ส่วนตัวของผู้แต่ง เว้นเสียแต่ว่าผู้แต่งตำราหลาย ๆ ท่านเห็นเป็นอย่างเดียวกันและเป็นแนวทางปฏิบัติจริงของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย กรณีนี้ก็พอที่จะถือเป็นมาตรฐานทางวิชาชีพกฎหมายซึ่งเกิดจากแนวทางปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปตามที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องมาตรฐานความระมัดระวัง

แนวทางในการแก้ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ การผลักภาระการพิสูจน์ความผิดให้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดเรื่องละเมิดมีบทบัญญัติให้สันนิษฐานว่าผู้ทำละเมิดเป็นผู้ผิด ถ้าฝ่าฝืนกฎหมายบางอย่างและบัญญัติว่าต้องรับผิด เมื่อโจทก์นำสืบให้ฟังได้หรือจำเลยรับข้อเท็จจริงเข้าเกณฑ์ที่สันนิษฐานว่าเป็นผู้ผิดหรือต้องรับผิด

แล้ว จำเลยจะต้องนำสืบแก้ตัวตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้านำสืบไม่ได้ต้องแพ้คดี[39] ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะกล่าวต่อไปในส่วนของบทสันนิษฐานความรับผิด

ข. ภาระการพิสูจน์ทางสัญญา

โดยหลักทั่วไป ในการนำสืบความรับผิดทางสัญญาตามกฎหมายไทย ใช้หลักการเดียวกันตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 มีหลักสำคัญอยู่ว่าฝ่ายใดกล่าวอ้างฝ่ายนั้นต้องนำสืบ จึงเป็นผลในทางปฏิบัติ โจทก์มีหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับโจทก์ เพราะเมื่อโจทก์ฟ้องคดี โจทก์ต้องแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหาของตน รวมทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172[40]

ภาระการพิสูจน์ทางสัญญาอาจตกอยู่กับโจทก์หรือจำเลยก็ได้ ทั้งนี้ แล้วแต่ว่าจำเลยได้อ้างข้อเท็จจริงใหม่หรือไม่ หากมีการอ้างข้อเท็จจริงขึ้นใหม่ ผู้กล่าวอ้างคือจำเลยย่อมมีหน้าที่ในการนำสืบข้อเท็จจริงนั้น เช่น กรณีที่โจทก์อ้างว่าจำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการผิดสัญญาหรือจำเลยไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดข้อหนึ่งอันเป็นการผิดสัญญา แต่จำเลยปฏิเสธว่าจำเลยมิได้กระทำการเช่นนั้นหรือจำเลยไม่ได้ผิดสัญญาข้อที่โจทก์อ้าง แต่โจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา ดังนี้ โจทก์ต้องมีหน้าที่นำสืบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1687/2493 และ 2009/2500) หรือในกรณีที่โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นการผิดสัญญา จำเลยให้การว่าได้กระทำการเช่นนั้นจริง แต่จำเลยมีอำนาจทำได้โดยไม่ถือว่าผิดสัญญา ดังนี้ เท่ากับจำเลยยอมรับว่ากระทำการตามที่โจทก์อ้าง แต่ตั้งประเด็นต่อสู้ไหม่ว่าตนมีอำนาจทำได้ ดังนั้น จำเลยมีหน้าที่ต้องนำสืบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 598/2485 และ 636-640/2502) หรือโจทก์ฟ้องเรียกเงินที่จำเลยค้างชำระตามสัญญาซื้อขาย จำเลยต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้ครบถ้วนแล้ว เป็นหน้าที่ของจำเลยต้องนำสืบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1414/2479) หรือเมื่อจำเลยรับว่าได้ทำสัญญากับโจทก์ตามฟ้องจริง ข้อต่อสู้ว่าได้ชำระหนี้แล้ว จำเลยต้องนำสืบก่อน (คำพิพากษาฎีกาที่ 441/2506) เป็นต้น

ในการที่ลูกความฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้รับผิดทางสัญญา โดยปกติจะเป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ชำระหนี้ตามสัญญาหรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตรงตามเวลาที่กำหนด หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องตรงตามประสงค์ เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

---

[39]พจน์ ปุษปาคม, ละเมิด, หน้า 762-766.

[40]พนารัตน์ เฉลิมวุฒิศักดิ์, "ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง," หน้า 96.

ไม่ฟ้องร้องคดีจนกระทั่งลูกความเห็นว่าความชักช้าของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจทำให้คดีของลูกความขาดอายุความ ลูกความจะใช้สิทธิเลิกสัญญาตามมาตรา 593 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความรับผิดจึงมีอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก ลูกหนี้กระทำความผิดโดยการฝ่าฝืนไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ให้ไม่ถูกต้องตามประสงค์ ประการที่สอง ความผิดดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ ซึ่งข้อสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายส่วนมากมักเป็นเรื่องก่อหนี้ให้กระทำแล้ว อีกฝ่ายงดเว้นกระทำหรือกระทำไม่ถูกต้อง ฉะนั้น ประเด็นความรับผิดทางสัญญาที่ว่ามีการไม่ชำระหนี้โดยเอาผิดแก่ลูกหนี้ได้หรือไม่ จึงเป็นการสืบยืนยันซึ่งอยู่ในวิสัยที่ลูกหนี้หรือจำเลยนำสืบได้[41] ภาระการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบจึงตกเป็นภาระแก่ลูกหนี้หรือจำเลย หากสืบไม่ได้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นลูกหนี้ก็ต้องรับผิด

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ลูกความสามารถฟ้องร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับผิดโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความผิดในการไม่ใช้ความระมัดระวัง แต่ในบางกรณี การฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในทางสัญญาอาจเกิดขึ้นจากการไม่ใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการกระทำการแทนลูกความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการว่าความในศาลในฐานะตัวแทน ถ้าหากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ใช้ความระมัดระวังการดำเนินคดีในศาลแทนลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 812 ซึ่งบัญญัติว่า

"ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นอย่างใดเพราะความประมาทเลินเล่อของตัวแทนก็ดี เพราะไม่ทำการเป็นตัวแทนก็ดี หรือเพราะทำการโดยปราศจากอำนาจก็ดี หรือนอกเหนืออำนาจก็ดี ท่านว่าตัวแทนต้องรับผิด"

ตามมาตรา 812 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดในกรณีที่ตนไม่ทำการเป็นตัวแทนหรือจงใจ มิได้ปฏิบัติหน้าที่อันควรแก่หน้าที่ของตัวแทน เช่น ไม่ฟ้องคดีภายในอายุความ เป็นต้น แต่ถ้าตัวแทนไม่อาจฟ้องได้ภายในอายุความ ทั้งที่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและอันควรแก่หน้าที่ของตนแล้ว ถือว่าการชำระหนี้เป็นอันพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นภายหลังได้ก่อหนี้ขึ้น และซึ่งตัวแทนไม่ต้องรับผิดชอบ ตัวแทนจึงหลุด

---

[41]จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2532), หน้า 76, อ้างใน พนารัตน์ เฉลิมวุฒิศักดิ์, "ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง," หน้า 100-101.

พ้นจากหน้าที่ตามมาตรา 219 รวมทั้งหลุดพ้นจากการที่ต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามมาตรานี้ด้วย[42]

ระดับของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการเป็นตัวแทนของลูกความคือ การใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเท่าที่เป็นธรรมดาจะต้องใช้และสมควรจะต้องใช้ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 807 วรรคสอง ซึ่งให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการฝากทรัพย์ มาตรา 659 มาใช้โดยอนุโลม เช่น ตัวแทนในฐานะทนายความก็ต้องใช้ความระมัดระวังในการดำเนินกระบวนพิจารณามิให้ตัวความเสียหาย ถ้าทนายความลืมยื่นบัญชีระบุพยาน ทำให้ตัวความไม่สามารถสืบพยานต่อสู้คดีจนกระทั่งแพ้คดี ทนายความต้องรับผิด

ในการนำสืบความระมัดระวังในทางสัญญาข้างต้น ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการนำสืบความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในบางกรณีเป็นการยากที่ลูกความจะนำสืบให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่อและการไม่ใช้ความระมัดระวัง หากเป็นสิ่งที่อยู่ในดุลพินิจในการดำเนินคดีของทนายความ วิชาชีพกฎหมายเป็นวิชาชีพอิสระ วิธีการดำเนินงานจึงไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความเป็นอิสระในการดำเนิน วิธีการภายในขอบเขตความรู้และประสบการณ์ของตน เช่น การร่างฟ้อง การนำพยานเข้าสืบ การเตรียมคดี กลยุทธในการว่าความ เป็นต้น ซึ่งสิ่งเหล่านี้อยู่ในดุลพินิจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ลูกความซึ่งมิได้เป็นผู้มีวิชาชีพย่อมมิอาจรู้ว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นการใช้ดุลพินิจโดยระมัดระวังหรือไม่ และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเองต่างก็มีกลยุทธและวิธีการดำเนินคดีที่แตกต่างกันในบางกรณี ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นกับภาระในการพิสูจน์ความระมัดระวังในกรณีนี้ จึงคล้ายกับปัญหาภาระการพิสูจน์ความระมัดระวังในทางละเมิด ในประเทศคอมมอนลอว์จะมีการนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาสืบในคดีเพื่อแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานความระมัดระวังดังกล่าว และอาจมีการผลักภาระการพิสูจน์ให้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามหลัก Res Ipsa Loquitur[43] ซึ่งจะกล่าวต่อไป

---

[42]ไพโรจน์ วายุภาพ, "กฎหมายแพ่งลักษณะตัวแทน-รับขน-ประกันภัย," ใน รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 48 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2538), 4: 162.

[43]Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 830.

5.3.1 การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ (Expert Testimony)

การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษและอเมริกาถือเป็นสิ่งสำคัญในการฟ้องคดีของโจทก์ การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญโดยปกติก็เพื่อแสดงหลักฐานของมาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำของจำเลย อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญอาจใช้แสดงในเรื่องความผิดพลาดของกฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และความเสียหาย[44] ซึ่งการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญนำไปใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพอื่น เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแพทย์ เป็นต้น

เงื่อนไขสำคัญที่ศาลยอมให้นำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบในกรณีความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไป คือ ประเด็นแห่งคดีเป็นปัญหาซึ่งคนธรรมดาไม่อาจตัดสินได้โดยใช้ความรู้ความสามารถหรือประสบการณ์ในชีวิตประจำวันของวิญญูชน และความรู้ทางวิทยาศาสตร์หรือความรู้เฉพาะในวิทยาการแขนงนั้นจะได้จากการเบิกความของผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลจะไม่ยอมรับฟังความเห็นของผู้เชี่ยวชาญในปัญหาที่สามารถตัดสินได้โดยความรู้ของคนธรรมดาสามัญ[45]

การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญเป็นที่ยอมรับได้ในศาลของประเทศคอมมอนลอว์ก็เพราะว่าเรื่องความประมาทเลินเล่อเป็นการผสมผสานระหว่างข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ปฏิบัติตามมาตรฐานของความระมัดระวังหรือไม่เป็นข้อเท็จจริง ความจำเป็นของพยานผู้เชี่ยวชาญก็เพื่อแสดงให้เห็นถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว หากปราศจากความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว ลูกขุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาย่อมไม่อาจเข้าใจในประเด็นของคดีและในประเด็นที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพหรือการให้คำแนะนำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญนี้เป็นความต้องการเชิงบังคับ (madatory requirement) เพื่อที่จะใช้พิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มาตรฐานของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการใช้ความรู้และความระมัดระวังเป็นสิ่งที่ยากเกินไปกว่าความรู้ธรรมดาของวิญญูชน[46] การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญในประเทศสหรัฐอเมริกามักจะ

---

[44]Ibid., p. 834.

[45]เข็มชัย ชุติวงศ์, "พยานผู้เชี่ยวชาญในสหรัฐอเมริกา," อัยการนิเทศ 3 (2523): 42-45.

[46]Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, pp. 837-838.

เป็นการให้พยานผู้เชี่ยวชาญตอบ คำถามสมมุติแบบที่เรียกว่า "Hypothetical question"[47] เพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงต่าง ๆ

ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของคณะลูกขุน (Jury Trial) การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญถือว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม มีเหตุผลสามประการที่เป็นข้อยกเว้นของการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ คือ[48]

1) ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพอยู่ในความรู้ของวิญญูชนคนธรรมดา

2) หากความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นเรื่องเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของลูกความ ทั้งนี้ เพราะความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในกรณีนี้เป็นเรื่องของหลักความรับผิดทางสัญญามากกว่าความรับผิดในทางละเมิดอันเป็นความรับผิดที่ถูกวินิจฉัยโดยมาตรฐานความระมัดระวัง อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติตามคำสั่งของลูกความเป็นเรื่องที่ เกี่ยวกับความสามารถและลักษณะเฉพาะของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เช่น การวางแผนหรือกลยุทธในการดำเนินคดี กรณีเช่นนี้จำต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ

3) ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยอมรับว่าการกระทำที่มิชอบตามข้อกล่าวหาเป็นความผิดในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย แต่ปฏิเสธว่าตนมิได้กระทำเช่นนั้น

ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีโดยศาล (Trial Judge) ศาลมักจะมีความเห็นว่า ในคดีที่มีการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ ผู้พิพากษานั้นเป็นผู้คุ้นเคยกับมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ ดังนั้น การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญจึงไม่จำเป็น เหตุผลในความเห็นดังกล่าวอาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นเพราะผู้พิพากษาเป็นผู้มีความรู้และประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งถ้าหากข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นจริง การสืบพยานผู้เชี่ยวชาญจึงไม่มีความจำเป็นแต่อย่างไร ซึ่งจะก่อผลเสียให้แก่โจทก์ ถ้าหากผู้พิพากษาไม่อาจกำหนดมาตรฐานของความระมัดระวังได้แล้ว โจทก์ก็ย่อมไม่มีหน้าที่นำสืบและจะไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไขความเสียหาย ซึ่งขอบเขตของความเสี่ยงที่โจทก์ได้รับจากผู้พิพากษาก็คือ ภูมิหลังในการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของผู้พิพากษา และความคุ้นเคยของผู้พิพากษาในเรื่องที่กำลังพิจารณาคดีกัน เพราะประสบการณ์ของผู้พิพากษานั้นแตกต่างกัน และผู้พิพากษาโดยปกติทั่วไปอาจจะมีความรู้ หรือความ

---

[47]Ibid., p. 850; เข็มชัย ชุติวงศ์, "พยานผู้เชี่ยวชาญในสหรัฐอเมริกา," หน้า 42-54.

[48]Ibid., pp. 839-841.

ชำนาญมากกว่าหรือน้อยกว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไป ในกรณีที่จำเลยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายถูกฟ้องร้องในความประมาทเลินเล่อในเรื่องกฎหมายซึ่งจำเลยเป็นผู้เชี่ยวชาญ การคาดหวังว่าผู้พิพากษาควรจะมีความรู้ในมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพกฎหมายเฉพาะสาขาเป็นสิ่งที่ไร้เหตุผล จึงควรมีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ และเนื่องจากมาตรฐานของความระมัดระวังเป็นปัญหาข้อเท็จจริง จึงควรจะมีการแสดงข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อศาล ดังจะเห็นได้จากคดี Conley V. Lieber ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นของการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญแม้จะเป็นการพิจารณาคดีโดยไม่มีลูกขุน ในคดีนี้ โจทก์ฟ้องว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อในการจัดเตรียมสัญญาห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited Partnership Agreement) ศาลยกฟ้องโจทก์เนื่องจากมิได้มีการนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสืบถึงมาตรฐานความระมัดระวัง[49]

ในการฟ้องร้องคดีผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย มาตรฐานความระมัดระวังเป็นข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำสืบต่อศาลเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือคำกล่าวอ้างของตนตามหลักการนำสืบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง อย่างไรก็ตาม ในการ ที่จะนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามานำสืบในคดี จำต้องพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 98 ซึ่งบัญญัติว่า "คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะอ้างบุคคลใดเป็นพยานของตนก็ได้ เมื่อบุคคลนั้นเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศิลป วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้าหรือการงานที่ทำ หรือในกฎหมายต่างประเทศ และซึ่งความเห็นของพยานอาจเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อความในประเด็น ทั้งนี้ ไม่ว่าพยานจะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่"

โดยหลักการ พยานผู้เชี่ยวชาญมีน้ำหนักน้อยกว่าประจักษ์พยาน แต่ในกรณีที่ไม่เกี่ยวข้องกับประจักษ์พยาน พยานผู้เชี่ยวชาญมักจะเป็นพยานคนกลางและเบิกความแสดงความคิดเห็นตามหลักวิชา มีน้ำหนักน่าเชื่อถือว่าทั้งในด้านวิชาการและเหตุผล และในคดีแพ่งระบบพยานผู้เชี่ยวชาญจะมีน้ำหนักให้ศาลรับฟังได้มั่นคง[50] สาระสำคัญตามมาตรา 98 ระบุว่าบุคคลที่จะมาเป็นพยานในฐานะผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญนั้น จะต้องเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในสาขาวิชาชีพดังที่กำหนดไว้คือ ศิลป วิทยาศาสตร์ การฝีมือ การค้า หรือการงานที่ทำ หรือกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งความเห็นของพยานเป็นประโยชน์ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อความในประเด็น ทั้งนี้ ไม่ว่าพยานจะเป็นผู้มีอาชีพในการนั้นหรือไม่ก็ตาม[51]

---

[49]Ibid., pp. 842-843.

[50]เริงธรรม ลัดพลี, "ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ชำนาญการพิเศษ และผู้มีความรู้เชี่ยวชาญ," <u>ดุลพาห</u> 31 (กันยายน - ตุลาคม, 2527): 48-56.

[51]เรื่องเดียวกัน.

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 98 เห็นว่า ความหมายของผู้เชี่ยวชาญถูกจำกัดแคบกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 243 ซึ่งไม่จำกัดความหมายของผู้เชี่ยวชาญไว้ อย่างไรก็ตาม การที่ลูกความจะอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายโดยอาศัยมาตรา 98 นี้ ลูกความอาจอ้างพยานผู้เชี่ยวชาญโดยอาศัยความเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในการงานที่ทำเพื่อนำสืบในคดีฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ลูกความอาจเกิดความเสี่ยงต่อความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญในทางกฎหมายซึ่งอาจจะไม่มีน้ำหนักและไม่ได้รับการยอมรับจากศาล ทั้งนี้ เพราะความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญอาจเป็นความเห็นเฉพาะตัวของพยานผู้เชี่ยวชาญเอง เป็นความเห็นที่เกิดจากความรู้และประสบการณ์ของตนซึ่งมิอาจถือได้ว่าเป็นมาตรฐานของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประกอบกับมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพกฎหมายก็มิได้บัญญัติเพื่อเป็นหลักฐานอ้างอิงในศาลได้ และบางครั้งความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญอาจมีอคติหรือมุ่งที่จะปกป้องผู้ที่อยู่ในวิชาชีพเดียวกันก็ได้

5.3.2 Res Ipsa Loquitur

โดยปกติคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพ (Professional Negligence) ภาระการพิสูจน์ตกอยู่แก่โจทก์[52] อันเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการฟ้องคดีสำหรับความประมาทเลินเล่อซึ่งมีหลักว่า "คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอันเป็นมูลพิพาทขึ้นมาฝ่ายนั้นมีหน้าที่นำสืบ (he who asserts a matter must prove it) ซึ่งหลักดังกล่าวมาจากหลักกฎหมายโรมันที่ว่า "ภาระการพิสูจน์ตกแก่คู่ความซึ่งกล่าวอ้าง หาได้ตกอยู่แก่ผู้ปฏิเสธไม่ (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat) ดังนั้น ภาระการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อและความเสียหายตกอยู่แก่โจทก์ผู้ฟ้องคดีละเมิด[53]

ในคดีเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไป หน้าที่ของโจทก์ในการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นเรื่องที่ไม่ง่ายนักและเป็นภาระอันหนักสำหรับโจทก์ ทั้งนี้ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้ที่มีความรู้และมีคุณสมบัติตลอดจนประสบการณ์พิเศษที่ผู้ประกอบอาชีพทั่ว ๆ ไปอาจไม่ต้องมี ลักษณะของงานที่เป็นวิชาชีพนั้นจะต้องอาศัยการฝึกอบรมเป็นระยะเวลาหนึ่งเพื่อให้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน บุคคล

---

[52]A.M. Dugdle and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 229.

[53]ศินีนาถ เกียรติกังวาฬไกล, "ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ," หน้า 35.

ทั่วไปที่ไม่ได้รับการศึกษาอบรมดังกล่าวย่อมไม่มีโอกาสที่จะทราบถึงแนวทางปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้แต่อย่างใดเลย ทั้งนี้ เพราะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประมาทอยู่ในความรู้ของฝ่ายจำเลยทั้งหมด ไม่มีใครทราบต้นเหตุได้นอกจากจำเลย โจทก์สามารถพิสูจน์ถึงเหตุการณ์ได้ แต่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเหตุการณ์เกิดขึ้นได้อย่างไร เพื่อที่แสดงให้เห็นถึงที่มาของความประมาทเลินเล่อของจำเลยและการที่ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตกอยู่กับฝ่ายโจทก์ผู้กล่าวอ้าง จึงมักพบเห็นกันบ่อยครั้งในคดีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อว่าข้อต่อสู้ที่จำเลยหยิบยกขึ้นเป็นทางปฏิเสธความรับผิดอย่างได้ผลก็คือ โจทก์พิสูจน์ไม่ได้ว่าจำเลยมีการกระทำอันเข้าลักษณะเป็นการประมาทเลินเล่อตามวิสัยและพฤติการณ์แห่งคดี ยิ่งในคดีละเมิดบางเรื่องซึ่งพยานวัตถุก็ดี พยานบุคคลก็ดี ล้วนแต่อยู่ในความรู้เห็นครอบครองของจำเลย ภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายก็จะมากขึ้นเป็นทวีคูณ จนบางครั้งถึงกับเป็นการเหลือวิสัยที่จะพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของจำเลย ซึ่งถ้าถือตามหลักวิธีพิจารณาความดังกล่าวข้างต้น จำเลยย่อมปัดความรับผิดได้ทุกคดีไป[54] ดังนั้น หากยังเกณฑ์ให้โจทก์ต้องนำสืบถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยอยู่ โจทก์ย่อมไม่มีทางทำได้ เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนนี้ จึงได้เกิดหลักที่เรียกว่า "Res Ipsa Loquitur" (The thing (accident) speaks for itself) ซึ่งเป็นแนวความคิดที่จะผลักภาระการพิสูจน์ในเรื่องความประมาทเลินเล่อจากโจทก์ไปสู่จำเลย โดยฝ่ายจำเลยจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังปัดป้องความเสียหายในคดีนั้นอย่างเพียงพอที่จะถือว่าการกระทำของตนเป็นไปตาม "มาตรฐานแห่งความระมัดระวัง" หรือมิได้ประมาทเลินเล่อ แทนที่จะแก้ตัวว่าพยานหลักฐานของโจทก์ไม่พอรับฟังอย่างในกรณีทั่ว ๆ ไป หลัก Res Ipsa Loquitur นี้เชื่อกันว่ามีที่มาจากประเทศอังกฤษ ในคดี Byrne V. Boadle ข้อเท็จจริงได้ความว่าจำเลยเป็นเจ้าของโรงเก็บสินค้าแป้งสาลีตั้งอยู่ริมถนน ในวันเกิดเหตุผู้เสียหายเดินผ่านบริเวณโรงเก็บสินค้าของจำเลย เป็นจังหวะพอดีกับถุงแป้งสาลีหนึ่งถุงไหลตกออกทางหน้าต่างหล่นใส่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บ ศาล Exchequer ชี้ขาดให้จำเลยรับผิดชดใช้ค่าเสียหาย แม้ไม่ปรากฏพยานหลักฐานทางการนำสืบให้เห็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของจำเลย[55] หลังจากนั้นหลัก Res Ipsa Loquitur ได้ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลในคดีซึ่งถือเป็นบรรทัดฐานจนกระทั่งปัจจุบันนี้ คือ คดีระหว่าง Scott V. London & St. Katherine's Docks Co.[56] ข้อเท็จจริงได้

---

[54]คัมภีร์ แก้วเจริญ, "ลัทธิผลักภาระการพิสูจน์ในคดีละเมิด," วารสารอัยการ 58 (ตุลาคม 2525): 24-25.

[55]เรื่องเดียวกัน, หน้า 25-26.

[56]ศินีนาถ เกียรติกังวาฬกุล, "ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ," หน้า 37.

ความว่าจำเลยเก็บกระสอบน้ำตาลไว้ในโรงเก็บสินค้าข้างทาง ในวันเกิดเหตุโจทก์เดินผ่านมา ปรากฏว่ามีน้ำตาลหลายกระสอบไหลลงมาทับโจทก์ได้รับบาดเจ็บ ศาลเห็นว่าตามเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นฟังได้ในเบื้องต้นว่า จำเลยประมาทในการเก็บรักษาน้ำตาล จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังพอสมควรแล้ว มิฉะนั้นต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ ท่านผู้พิพากษา William Erle C.J. กล่าวไว้ว่า

"พยานหลักฐานที่สมเหตุสมผลในการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อนั้นเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ อย่างไรก็ดี ในคดีที่จำเลยหรือลูกจ้างของจำเลยเป็นผู้ควบคุมจัดการสิ่งของที่ก่ออุบัติเหตุซึ่งตามสภาพปกติจะไม่ก่ออุบัติเหตุขึ้น หากผู้ที่ควบคุมจัดการได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม และจำเลยเองก็มิได้นำสืบให้เห็นเป็นอย่างอื่นแล้ว ย่อมจะต้องถือว่ามีพยานหลักฐานที่สมเหตุสมผลว่าอุบัติเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะความประมาทของจำเลยนั่นเอง"[57]

หลัก Res Ipsa Loquitur เป็นหลักในการวินิจฉัยคดีของศาลคอมมอนลอว์ทั้งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาสำหรับข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกัน ในคดีความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพตามธรรมดาทั่วไปแล้ว ภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ตกอยู่แก่โจทก์ทั้งหมด หลัก Res Ipsa Loquitur อาจถูกนำมาใช้โดยเฉพาะกับโจทก์ในการฟ้องร้องในเรื่องการประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ กล่าวคือ Res Ipsa Loquitur อาจจะกำหนดให้บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพต้องผูกพันอยู่ภายใต้ภาระหน้าที่ในอันที่จะต้องอธิบายและแสดงให้เห็นถึงวิธีการที่ตนยอมรับเอามาเพื่อการปฏิบัติงานของตน ทั้งนี้ เพราะในสถานการณ์ของการประกอบวิชาชีพหนึ่ง ๆ โจทก์ไม่มีความสามารถ ความชำนาญ หรือความรู้ในกรณีดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม การใช้หลัก Res Ipsa Loquitur นี้ไม่ลบล้างความจำเป็นที่จะต้องมีพยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) ทั้งนี้ เพราะความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า ประสบการณ์ธรรมดาของมนุษย์นั้นไม่รู้ถึงหลักการความชำนาญที่มีอยู่ในงานวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพ ดังนั้น ในการวินิจฉัยถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งข้อเท็จจริงนอกเหนือความรู้ของบุคคลธรรมดา ผู้พิพากษาขาดประสบการณ์ในการที่จะลงความเห็นถึงความประมาทเลินเล่อ[58] โจทก์จึงควรนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาสืบเพื่อแสดงว่าเหตุการณ์จะไม่เกิดขึ้นโดยปราศจากความประมาทเลินเล่อ จึงเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของหลัก Res Ipsa Loquitur

---

[57]William L. Prasser, The Law of Torts, p. 214.

[58]ศินีนาถ เกียรติกังวาฬไกล, "ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ," หน้า 42.

ดังนั้น การใช้หลัก Res Ipsa Loquitur โดยทั่วไปมีเงื่อนไขอยู่ 2 ประการ คือ

1. สิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุม (control) ของจำเลยหรือลูกจ้างของตน และ

2. เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นตามธรรมดาจะไม่เกิดขึ้นหากผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

นอกจากเงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการดังกล่าวข้างต้น มีนักนิติศาสตร์บางท่านได้เพิ่มเติมเงื่อนไขอื่น ๆ อีก เช่น จะต้องไม่มีพยานหลักฐานที่แสดงถึงสาเหตุที่เกิดขึ้นหรือแสดงว่าเหตุการณ์เกิดขึ้นได้อย่างไร[59] หรือความเสียหายต้องมิใช่เกิดจากความสมัครใจหรือการมีส่วนร่วมของโจทก์[60]

ประการแรก สิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุม (control) ของจำเลยหรือลูกจ้างของเขา โจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ถึงการเกิดขึ้นของเหตุการณ์เป็นพยานหลักฐานของความประมาทเลินเล่อของจำเลย โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าสิ่งที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ในความควบคุมของจำเลยหรือลูกจ้างของจำเลย เช่น คดี Jager V. Adams (1877) ขณะที่โจทก์เดินข้ามถนนข้างหน้าสิ่งก่อสร้างซึ่งสูงชัน ปรากฏว่ามีเศษอิฐตกลงมาถูกโจทก์ได้รับบาดเจ็บ กรณีดังกล่าวถือว่าจำเลยซึ่งมีสัญญาในการก่อสร้างตึกต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากการทำละเมิด ศาลกล่าวว่าเป็นหน้าที่ของจำเลยในการที่จะป้องกันเหตุการณ์ที่จะเกิดจากการที่อิฐตกลงมา ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าว สิ่งซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลย[61]

ประการที่สอง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น ตามธรรมดาจะไม่เกิดถ้าผู้กระทำใดใช้ความระมัดระวังตามสมควร

---

[59]A.L. Armitage, Cleck & Lindsell on torts (London: Sweet and Maxwell, 1969), p. 569, อ้างใน พนารัตน์ เฉลิมวุฒิศักดิ์, "ความรับผิดทางแพ่งเนื่องจากการประกอบวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง," หน้า 105-106.

[60]William L. Prosser, The Law of Torts, p. 214.

[61]A.L. Armitage, Cleck & Lindsell on torts (London: Sweet and Maxwell, 1969), p. 569, อ้างใน พนารัตน์ เฉลิมวุฒิศักดิ์, "ความรับผิดทางแพ่งเนื่องจากการประกอบวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง," หน้า 105-106.

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุการณ์ซึ่งอาจเห็นได้ในตัวเองว่าเป็นความประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น จำเป็นต้องอาศัยประสบการณ์ธรรมดา ๆ ของมนุษย์ (the ordinary experience of mandkind) พิจารณาว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนี้เกิดขึ้นโดยขาดไร้ซึ่งความระมัดระวังเช่นวิญญูชน (reasonable care)[62] ในคดี Makon V. Osborne ข้อเท็จจริงได้ความว่า ผ้าซับเลือดถูกลืมไว้ในท้องของคนไข้หลังจากการผ่าตัดช่องท้อง (abdominal surgery) ท่านผู้พิพากษา Scott L.F. ได้ให้ความเห็นว่า "ถ้าความรู้ของสามัญชนทั่วไปไม่อาจลงความเห็นในเรื่องความประมาทเลินเล่อได้ หลัก Res Ipsa Loquitur จึงไม่อาจนำมาใช้ได้"

คดีที่ใช้หลัก Res Ipsa Loquitur ส่วนมากเป็นคดีเกี่ยวกับอุบัติเหตุส่วนคดีเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพมักจะเป็นคดีเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นส่วนใหญ่ และในระยะหลังนี้ ศาล Common Law นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาอ้างในคดีความรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพผู้สอบบัญชี (auditor) ในคดี Re London & General Bank (No. 2)[63]

ในการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสำหรับความผิดอันเกิดจากการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย โจทก์อาจหาประโยชน์จากการใช้หลัก Res Ipsa Loquitur กล่าวคือ หากมีการนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ ภาระการพิสูจน์และการหาพยานหลักฐานจะถูกผลักภาระให้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย[64]

การใช้หลัก Res Ipsa Loquitur ในคดีความผิดเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพกฎหมายในครั้งแรกได้รับการปฏิเสธว่าไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างมากในเวลาต่อมา หลัก Res Ipsa Loquitur มีผลต่อภาระการพิสูจน์หรือการนำพยานหลักฐานมาสืบ เมื่อมีการใช้หลักดังกล่าว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าตนมิได้ประมาท การใช้หลัก Res Ipsa Loquitur จะไม่ใช้ในกรณีที่พยานหลักฐานที่มีน้ำหนักที่แสดงให้เห็นถึงความผิดพลาดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายภายใต้พฤติการณ์ที่ชัดแจ้งว่า ความประมาทเลินเล่ออยู่ภายในความรู้ตามปกติของวิญญูชนและไม่ต้องการที่จะมีการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่ออธิบายถึงความประมาทเลินเล่อ[64]

---

[62]A.M. Dugdle and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 130.

[63]Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 459.

[64]Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 815.

[65]Ibid., pp. 850-851.

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการยอมรับว่าแนวความคิดในการผลักภาระการพิสูจน์ไปให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมนำมาใช้ได้สำหรับการฟ้องร้องคดีความรับผิดทางวิชาชีพกฎหมาย และหลักดังกล่าวได้รับการยอมรับในกรณีที่ลูกความฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duties) และหาทางเยียวยาความเสียหายเพื่อหลักความเป็นธรรมเกี่ยวกับธุรกรรมหรือการจัดการใด ๆ ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย[66]

สมมุติฐานของหลัก Res Ipsa Loquitur ก็คือ ความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามธรรมดาจะไม่เกิดขึ้นโดยปราศจากความประมาทเลินเล่อ ซึ่งต้องมีการพิสูจน์โดยพยานผู้เชี่ยวชาญหรือความรู้ของสามัญชนทั่วไป (common knowledge of lay persons) และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นบุคคลเพียงคนเดียวที่ก่อให้เกิดความผิดนั้น

การใช้หลัก Res Ipsa Loquitur ในคดีความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็เนื่องมาจากข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งคนไข้ได้มอบความไว้วางใจในตัวผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและความรู้ที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีอยู่ในสถานะที่ดีกว่าผู้ป่วยในการอธิบายได้ว่าทำไมจึงเกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย เหตุผลเหล่านี้ใช้ได้กับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความ ซึ่งลูกความมอบความไว้วางใจด้วยชีวิตเสรีภาพ หรือความอยู่รอดทางเศรษฐกิจของตนให้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ศาล Indiana Appellate Court ได้ยอมรับหลัก Res Ipsa Loquitur ในคดี Donato V. Dutton, Kappes & Overman[67] โดยให้เหตุผลว่า การใช้หลักดังกล่าวกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความเหมาะสมเช่นเดียวกันกับศัลยแพทย์และผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม อย่างไรก็ตาม โจทก์ไม่ได้ประโยชน์จากหลักดังกล่าวถ้าโจทก์ไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าความผิดตามฟ้องอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

คำพิพากษาของศาลในมลรัฐนิวเจอซี่ได้ยอมรับหลัก Res Ipsa Loquitur เช่นกัน ในคดี Fuschetti V. Bierman ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผิดพลาดในการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับความเสียหายแก่ร่างกายภายในอายุความ ศาลให้ข้อสังเกตุว่าการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่เริ่มฟ้องคดีภายในอายุความ ตามปกติถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อ ดังนั้น ศาลจึงสรุปว่า

---

[66]Ibid., p. 851.

[67]154 Ind. App. 17, 288 N.E. 2d 795 (1972) cited by Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 851.

ทันทีที่โจทก์ได้แสดงให้ศาลเห็นว่าจำเลยยอมปล่อยให้อายุความสิ้นสุดลง จำเลยย่อมต้องมีภาระการพิสูจน์หรือแสดงหลักฐานว่าอายุความไม่เป็นอุปสรรคของคดีดังกล่าว[68]

กล่าวโดยสรุป ในระบบกฎหมาย Common Law ศาลได้หาทางบรรเทาภาระการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแก่โจทก์เพื่อให้ได้รับการเยียวยาชดใช้ความเสียหาย โดยการนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ปรับกับกรณีความรับผิดเพื่อความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพ เพราะฉะนั้น ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพเมื่อโจทก์นำสืบได้ว่าเขาได้รับความเสียหายจากสิ่งซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลยและความเสียหายนั้นปกติแล้วจะไม่เกิดขึ้น ถ้าหากว่าได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร กรณีดังกล่าวจึงเข้ากับหลัก Res Ipsa Loquitur ซึ่งมีผลทำให้โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลย แต่จำเลยอาจนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานความประมาทเลินเล่อได้โดยพิสูจน์ว่าเหตุการณ์ได้เกิดขึ้นโดยมิใช่ความประมาทเลินเล่อของจำเลย ด้วยเหตุนี้ ข้อต่อสู้ของจำเลยโดยปกติจึงเป็นการพิสูจน์ถึงความระมัดระวังของจำเลย ที่สำคัญที่สุดก็คือ พิสูจน์ได้ว่าความจริงแล้วเหตุการณ์ไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่อของตนหรือเป็นผลที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (the result of an inevitable casualty) หรือเกิดจากเหตุสุดวิสัยซึ่งวิญญูชนไม่อาจป้องกันได้[69] ในการจะนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ในคดีความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยจำเป็นต้องคำนึงถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับบทสันนิษฐานความรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลย ซึ่งจะกล่าวในส่วนต่อไป

5.3.3 <u>บทสันนิษฐานความรับผิด (Presumption of Fault) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 422</u>

ในการฟ้องร้องคดีผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ลูกความซึ่งได้รับความเสียหายจะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำฟ้องของตน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีตกเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องที่จะพิสูจน์ว่าการกระทำของตน

---

[68]Ibid., pp. 852.

[69]พนารัตน์ เฉลิมวุฒิศักดิ์, "ความรับผิดทางแพ่งเนื่องจากการประกอบวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง," หน้า 108-109.

นั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมิฉะนั้นก็พิสูจน์ว่าเหตุแห่งความเสียหายนั้น ๆ เกิดจากบุคคลอื่น ซึ่งเท่ากับเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลย ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (2) ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว"

เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวบทที่น่าพิจารณาและอาจถือได้ว่าเป็นแม่บทของการผลักภาระการพิสูจน์ก็คือ มาตรา 422 ซึ่งบัญญัติว่า "ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายอันใดอันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด"

บทบัญญัติมาตรา 422 นี้เป็นบทสันนิษฐานความผิดประการหนึ่งหรือเป็นข้อสันนิษฐานความมิชอบซึ่งเป็นองค์ประกอบแฝงอยู่ในการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อันเป็นสาระสำคัญแห่งความรับผิดทั่วไปทางละเมิด[70] ข้อสันนิษฐานว่าผู้กระทำเป็นผู้ผิดเพียงแต่เป็นบทสันนิษฐานว่าได้มีการกระทำลงโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น ส่วนที่ว่ามีความเสียหายหรือไม่เป็นเรื่องที่โจทก์ต้องนำพิสูจน์ให้ศาลเห็น และแม้เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าผู้ฝ่าฝืนกฎหมายที่มีวัตถุที่ประสงค์จะปกป้องบุคคลอื่นเป็นผู้ผิด ข้อสันนิษฐานนี้ก็ไม่ใช่ข้อสันนิษฐานที่เด็ดขาด ผู้กระทำอาจนำสืบหักล้างได้[71]

การกระทำที่จะเข้าข้อสันนิษฐานของมาตรา 422 นี้ จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ

1. จะต้องเป็นการฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมาย มิใช่เพียงแต่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎระเบียบข้อบังคับของกระทรวง ทบวง กรม หรือมติคณะรัฐมนตรี

2. จะต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อป้องกันบุคคลอื่น ๆ หรือเพื่อป้องกันความเสียหายต่อสาธารณะ

บทบัญญัติในมาตรา 422 มีที่มาจากกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลใดฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอันมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคลอื่นก็เกิดความรับผิดเช่นเดียวกัน ถ้าตามลักษณะของบทบัญญัตินั้น การฝ่าฝืนจะเป็นไปได้โดยไม่ต้อง

---

[70]คัมภีร์ แก้วเจริญ, "สิทธิผลักภาระการพิสูจน์ในคดีละเมิด," หน้า 34.

[71]สุษม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 75.

อาศัยความผิดของผู้กระทำ หน้าที่ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะมีก็ต่อเมื่อมีความผิดที่ถือได้ว่าเป็นของผู้นั้น"[72] แต่ควรสังเกตุว่า มาตรา 422 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิใช่บทบัญญัติว่าด้วยละเมิด เพียงแต่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ผิดจึงต่างกันกับมาตรา 823 วรรค 2 ของเยอรมันที่ถือว่าต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดกฎหมายนั้นทีเดียว ในประเทศเยอรมัน มีแนวที่ยอมรับกันว่ากฎหมายตามมาตรา 823 วรรค 2 มีความหมายถึง กฎหรือระเบียบใด ๆ ที่กำหนดข้อปฏิบัติแห่งสังคมไว้ (rule refers to any kind of legal norm) เป็นกฎหมายตามความหมายของมาตรา 823 วรรค 2 นี้ แต่การกำหนดข้อปฏิบัติแห่งสังคมนั้นต้องมีวัตถุประสงค์จะปกป้องทุกคน มิใช่เพื่อความเป็นระเบียบของสังคมสาธารณะแต่อย่างเดียว ดังนั้น ถ้ากฎหรือระเบียบใดออกมาเพื่อใช้บังคับเพื่อการปฏิบัติราชการ ที่คล่องตัวมากขึ้นหรือเพื่อสะดวกแก่การควบคุมการปฏิบัติตามกฎหมาย กฎหรือระเบียบนั้นไม่ใช่กฎหมายตามความหมายของมาตรา 823 วรรคนี้

สำหรับกฎหมายมาตรา 422 ของไทย ควรจะตีความเช่นเดียวกันกับที่ศาลเยอรมันได้วางแนวไว้ กล่าวคือ การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องคนอื่นนั้น ควรหมายความถึงบทกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของบุคคลทั่วไปไว้ในการที่ต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อป้องกันความเสียหายต่อสาธารณชน[73] เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายกำหนดราคาและป้องกันการผูกขาด เป็นต้น

การนำหลักมาตรา 422 มาใช้กับการพิสูจน์ความผิดในการประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นการก่อให้เกิดการผ่อนคลายภาระการพิสูจน์ของโจทก์ ฉะนั้น จึงต้องพิจารณาว่าพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งเป็นกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพของทนายความเป็นกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่นหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 สาระของกฎหมายจะเป็นเรื่องการจัดตั้งองค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เรียกว่า สภาทนายความแห่งประเทศไทย โดยมีวัตถุประสงค์ส่งเสริมการศึกษาและการประกอบวิชาชีพทนายความ ควบคุม

---

[72]GBG, Section 823, Paragraph 2

"The same obligation attached to a person who infringes a statutory provision intended for the protection of other."

[73]สุษม ศุภนิตย์, <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด</u>, หน้า 75-76.

มรรยาททนายความ และมีหน้าที่ในการจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้ว่าความ รวมถึงการออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติทางวิชาชีพ หากมองโดยภาพรวม วัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ก็คือ การควบคุมและส่งเสริมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความให้เป็นไปในแนวทางที่เหมาะสมและดีงาม พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 จึงยังไม่มีความชัดเจนที่จะถือได้ว่าเป็นกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ๆ

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากข้อบังคับสภาทนายความ ว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งออกโดยสภาทนายความ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ในส่วนที่เกี่ยวกับมรรยาทของทนายความต่อตัวความ ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ทนายความกระทำการใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหามูลมิได้ หรือเปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่การได้รับอนุญาตจากทนายความนั้นแล้วหรือโดยอำนาจศาล หรือกระทำการอันทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ จงใจขาดนัดหรือทอดทิ้งคดี จงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีของลูกความของตน หรือปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ กระทำการใดอันเป็นการฉ้อโกง ยักยอก หรือตระบัดสินลูกความ หรือครอบครองหรือหน่วงเหนี่ยวเงิน หรือทรัพย์ของลูกความที่ตนได้รับมา โดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องไว้นานเกินกว่าเหตุ เป็นต้น

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อบังคับในส่วนนี้น่าจะมีวัตถุประสงค์เป็นการปกป้องประชาชนผู้มีอรรถคดีโดยทั่วไปมิให้เกิดความเสียหายจากการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากคำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความที่ 1/2531 ซึ่งวินิจฉัยคดีมรรยาททนายความว่า

"ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 15 ซึ่งห้ามทนายความ "กระทำการใด ๆ อันเป็นการฉ้อโกง ยักยอก หรือตระบัดสินลูกความ หรือครอบครอง หรือหน่วงเหนี่ยวเงินหรือทรัพย์สินของลูกความที่ตนได้รับมาโดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องไว้นานเกินกว่าเหตุโดยมิได้รับความยินยอมจากลูกความ เว้นแต่จะมีเหตุอันควร" นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อจะคุ้มครองลูกความผู้มอบหมายความลับและความไว้วางใจให้ไว้กับทนายความของตนเป็นพิเศษ มรรยาททนายความข้อนี้ถือเป็นเรื่องสำคัญที่สุดเรื่องหนึ่ง ในการที่จะรักษามาตรฐานวิชาชีพทนายความให้เป็นที่เชื่อถือศรัทธาของประชาชน ดังนั้น จึงถือเป็นเรื่องที่จะต้องบังคับใช้กันอย่างจริงจัง"

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อบังคับมรรยาททนายความที่มีต่อลูกความดังกล่าวเป็นการกำหนดขอบเขตของหน้าที่ไว้อย่างกว้าง ๆ และเป็นส่วนหนึ่งของข้อบังคับอื่น ๆ ซึ่งเป็นเรื่องของทนายความโดยเฉพาะเจาะจง เช่น มรรยาทในการแต่งกาย มรรยาทของทนายความต่อศาลและในศาล มรรยาทของทนายความต่อทนายความด้วยกัน มรรยาทเกี่ยวกับความประพฤติของทนายความ ซึ่งทนายความจะต้องไม่ประพฤติตนฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี

หรือเป็นการเสื่อมเสียต่อศักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความ เป็นต้น การจะอ้างว่าข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 จะเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการปกป้องบุคคลอื่น ดูจะไม่เหมาะสมนัก

คัมภีร์ แก้วเจริญ (2525) ให้ความเห็นเกี่ยวกับการนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาใช้ผลักภาระการพิสูจน์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแพทย์โดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 422 ไว้ว่า

> ศาลไม่อาจผลักภาระการพิสูจน์ตามลำพังข้อเท็จจริงอย่างที่ศาลคอมมอนลอว์เคยปฏิบัติโดยอ้างลัทธิ Res Ipsa Loquitur แต่จะกระทำได้ต่อเมื่อมีตัวบทกฎหมายกำหนดไว้ให้ผลักภาระ ดังนั้น หากเรามีมาตรการสำคัญคือ "กฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่น ๆ" ตามนัย ปพพ. มาตรา 422 มากขึ้นเท่าใด ผู้เสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่งสาธารณชนโดยส่วนรวมก็ย่อมจะได้รับความคุ้มครองจากลัทธิผลักภาระการพิสูจน์มากยิ่งขึ้นเท่านั้น อย่างในกรณีผู้ป่วยเข้าไปรับการรักษาพยาบาล . . . ถ้ามีกฎกระทรวงออกตามความในกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล เช่น กำหนดให้ต้องบันทึกสอบถามประวัติคนไข้เรื่องการแพ้ยา และต้องทำการทดสอบตามหลักวิชาก่อนที่จะฉีดยาอันตราย . . . ผู้เสียหายก็จะมีโอกาสได้รับการชดใช้ค่าเสียหายอย่างแน่นอนขึ้น โดยถือเป็นหน้าที่ของทางคลีนิค . . . ซึ่งฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งแห่งกฎกระทรวงดังกล่าวต้องนำสืบแก้ตัวให้ได้ มิฉะนั้นจะต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหาย

ดังนั้น หากจะมีการคุ้มครองลูกความหรือประชาชนผู้มีอรรถคดีให้มากขึ้น โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 422 ดังกล่าวแล้ว จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อรับรองมาตรฐานหรือแนวปฏิบัติทางวิชาชีพกฎหมายหรือวิธีการให้บริการวิชาชีพกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะหน้าที่เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพด้านว่าความ แต่รวมถึงการให้คำปรึกษาแนะนำกฎหมายและการให้บริการอื่น ๆ ทางวิชาชีพกฎหมาย อันเป็นหน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องปฏิบัติเพื่อคุ้มครองปกป้องประชาชนผู้มีอรรถคดี ซึ่งหากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ปฏิบัติตาม มาตรฐานดังกล่าวย่อมจะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ผิด ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่นำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว อันจะเป็นวิธีการหนึ่งในการผลักภาระการพิสูจน์ให้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทำให้ลูกความผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพกฎหมายได้มีโอกาสในการเยียวยาความเสียหายของตนมากขึ้น แม้ว่าในความเป็นจริง การกระทำผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในบางกรณีจะสามารถแสดงหลักฐานหรือพิสูจน์ความผิดได้โดยไม่ยากนัก เพราะผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของลูกความซึ่งเป็นผู้ฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความจะรู้ถึงเหตุการณ์ของการประมาทเลินเล่อหรือความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ถูกฟ้องร้อง ประกอบกับผู้พิพากษาเองก็ถือได้ว่าเป็นผู้รู้กฎหมายคนหนึ่งและเคยผ่านการประกอบวิชาชีพกฎหมายมาพอสมควร แต่ในบางกรณี ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้ฟ้องร้องคดี

ให้ลูกความหรือแม้แต่ศาลเองอาจเกิดความไม่แน่ใจว่า การที่จำเลยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประพฤติผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังหรือไม่นั้น หน้าที่ดังกล่าวถือเป็นหน้าที่ที่พึงปฏิบัติในหมู่วิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะไม่มีการกำหนดหน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายควรปฏิบัติ อันเป็นพื้นฐานให้การให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายนั่นเอง ทำให้เกิดการใช้ดุลพินิจและความคิดเห็นอันเป็นส่วนตัวว่าสิ่งที่จำเลยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความหรือไม่ นอกจากนี้ ในปัจจุบัน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยมักจะมีการแสดงตนว่าเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเฉพาะสาขา เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา การเงินการธนาคาร การค้าระหว่างประเทศ การขนส่งทางทะเล การประกันภัย สัญญาระหว่างประเทศ เป็นต้น การทำงาน วิธีการทำงาน และลักษณะการทำงานดังกล่าวเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย นอกจากลูกความจะไม่รู้หลักการมาตรฐานในการปฏิบัติงานแล้ว แม้แต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไป รวมทั้งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายของลูกความที่เป็นโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดังกล่าว และศาลเองก็อาจจะไม่รู้ในสิ่งดังกล่าวดีเพียงพอ เช่น ในเรื่องการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า โดยปกติ ผู้ที่ชำนาญงานทางด้านเครื่องหมายการค้าควรจะต้องดำเนินการตรวจสอบเครื่องหมายการค้าที่อยู่ในสารบบของกรมทรัพย์สินทางปัญญาก่อนเพื่อตรวจสอบว่ามีเครื่องหมายการค้าใดที่จดทะเบียนหรือกำลังอยู่ในระหว่างการจดทะเบียนเหมือนหรือคล้ายกับของลูกความหรือไม่ และพิจารณาเครื่องหมายการค้าของลูกความว่ามีลักษณะอันพึงจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2535 หรือไม่ และแจ้งให้ลูกความทราบเพื่อขอคำสั่งอื่น ๆ จากลูกความก่อนจะจดทะเบียน ในขณะที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปอาจจะไม่ดำเนินการดังกล่าวเพราะความไม่รู้หรือไม่เห็นถึงความจำเป็นในหน้าที่ดังกล่าวอาจจะดำเนินการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเลย โดยไม่ดำเนินการตรวจสอบ หากเครื่องหมายการค้าดังกล่าวดังกล่าวรับจดทะเบียนไม่ได้ ลูกความย่อมได้รับความเสียหาย หรือในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความเชี่ยวชาญหรือให้บริการทางวิชาชีพเกี่ยวกับการครอบงำกิจการ หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวมิใช่เพียงแต่ทำสัญญาโอนหุ้นเท่านั้น อาจรวมถึงหน้าที่ในการตรวจสอบบัญชีงบดุล ทรัพย์สิน ตลอดจนภาระผูกพันใด ๆ ของบริษัทที่ถูกครอบงำ และอาจจะรวมถึงการให้ความเห็นทางภาษีอากรด้วย ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไปไม่อาจรู้ถึงหน้าที่ดังกล่าวได้หากมิเคยได้เกี่ยวข้องหรือมีประสบการณ์ในด้านนี้มาก่อน เป็นต้น เพราะฉะนั้น การผลักภาระการพิสูจน์ตามมาตรา 422 จึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการบรรเทาภาระการพิสูจน์ของลูกความในการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในทางกลับกันจะก่อผลดีให้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยที่จะได้มีการพัฒนาความสามารถและความรู้อย่างต่อเนื่อง เพื่อให้ตนมีมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เพียงพอ ให้สมกับความเชื่อมั่นและไว้ใจของลูกความ

5.4 หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties)

ในประเทศคอมมอนลอว์ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนอกจากจะต้องกระทำหน้าที่ตามสัญญา ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในสัญญาอย่างชัดแจ้งและหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามสัญญาปริยาย และหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังโดยทั่ว ๆ ไป อันเป็นหน้าที่ในทางละเมิดแล้ว ยังมีหน้าที่อีกประเภทหนึ่งซึ่งเป็นหน้าที่ตามหลักอิควิตี้ (equity rule)* เรียกว่าหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) เป็นหน้าที่ที่เป็นอิสระจากสัญญาและละเมิดตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นหน้าที่ที่สำคัญของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่พึงมีต่อลูกความ ให้สมกับความไว้วางใจและความเชื่อมั่นที่ลูกความมีต่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นหน้าที่ที่ศาลกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใช้ตำแหน่งหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจจากลูกความในทางที่ผิด หรือใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ให้ตนเองหรือแก่ผู้อื่น ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่สมควรในการปกป้องผลประโยชน์ของลูกความของตน

---

*หลักอิควิตี้นี้เดิมเป็นหลักกฎหมายที่แยกต่างหากจากหลักคอมมอนลอว์ แต่ปัจจุบันความแตกต่างของหลักกฎหมายสองหลักมีน้อยมาก เช่น ในประเทศอังกฤษมีการรวมกันของศาล ซึ่งพิจารณาคดีตามหลักอิควิตี้และตามกฎหมายคอมมอนลอว์เข้าด้วยกันโดย Judicature Acts, 1873-75 ทำให้ทั้งกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักอิควิตี้นำไปใช้พิจารณาในศาลเดียวกัน หลักอิควิตี้มิได้แยกต่างหากจากกฎหมายคอมมอนลอว์โดยสมบูรณ์ แต่ใช้เป็นการอุดช่องว่างของระบบกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์ ดังคำกล่าวที่ว่า หลักความอิควิตี้เป็นเงาของกฎหมายคอมมอนลอว์ (Equity is a gloss on the Common Law) หลักอิควิตี้เป็นหลักที่ใช้เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คดีในกรณีที่หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่อาจบังคับใช้หรือก่อให้เกิดความเป็นธรรมได้ ดังจะเห็นได้จากการใช้หลักอิควิตี้สำหรับแนวคิดใหม่ในระบบกฎหมายของอังกฤษหรือของประเทศในเครือจักรภพ เช่น การยอมรับสิทธิประเภทใหม่ ๆ รวมทั้งการเยียวยาแก้ไขความเสียหายโดยวิธีใหม่ ๆ การออกหมายบังคับ (injunction) และการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) เป็นต้น; T. Antony Downes, Textbook on Contract (London: Blackstone Press Limited, 1987), p. 2., P.W.D. Redmond, General Principle of English Law, 3rd ed. (London: Mac Donald & E Vans Ltd., 1970), pp. 8-9.

โดยปกติการวินิจฉัยว่ามีความสัมพันธ์โดยความไว้วางใจหรือไม่นั้น จะพิจารณาจากหลักที่ว่าความสัมพันธ์โดยความไว้วางใจจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับมอบหมายให้มีอำนาจสำหรับผลประโยชน์ของบุคคลอื่น และการใช้อำนาจเหล่านี้ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยตรงหรือโดยใกล้ชิดจากบุคคลอื่น[74] ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความมักจะเป็นความสัมพันธ์โดยความไว้วางใจเสมอ ๆ เนื่องจากหน้าที่ประการสำคัญของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็คือ การปกป้องผลประโยชน์ของลูกความ หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจนี้นำไปใช้กับกรณีตัวการ ตัวแทนเพื่อปกป้องบุคคลซึ่งเป็นผู้ให้ความไว้วางใจแก่บุคคลอื่นให้พ้นจากการใช้ความไว้วางใจที่มอบให้ไปในทางที่ผิด อันเป็นการกำหนดมาตรฐานของความประพฤติของตัวแทนให้สูงขึ้น[75]

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ ลูกความย่อมมีสิทธิฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในความผิดต่อหน้าที่ดังกล่าว และการชดใช้เยียวยาความเสียหายไม่จำกัดเฉพาะค่าเสียหายเท่านั้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล ในบางคดีศาลอาจจะสั่งให้ผู้ประกอบวิชาชีพคืนกำไรอันเป็นผลประโยชน์ที่ตนได้รับเนื่องจากการมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกับหน้าที่ที่ตนมีต่อลูกความก็ได้ นอกจากนี้ ค่าเสียหายที่ได้รับจะไม่ถูกจำกัดตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) และหลักไกลกว่าเหตุ (remoteness) ตามหลักการเรียกค่าเสียหายในการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาหรือทางละเมิด โจทก์มีสิทธิได้รับชดใช้ความสูญเสียทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นความสูญเสียหรือความเสียหายที่คาดหมายได้หรืออยู่ภายใต้การใคร่ครวญของคู่สัญญาหรือไม่[76] ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่า มูลคดีของการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นคดีทางละเมิดที่มิใช่ความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพและไม่ใช่ทางสัญญา[77]

หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจมีมากมายและมักถูกกำหนดขึ้นโดยศาล ลักษณะของหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจโดยทั่วไปมักจะแสดงความหมายว่าเป็นหน้าที่ที่ต้องกระทำการด้วยความสุจริต ไม่หาผลประโยชน์ส่วนตนหรือก่อให้เกิดผลประโยชน์ขัดกันระหว่างผู้ประกอบ

---

[74]Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 30.

[75]T. Antony Downes, Textbook on Contract, p. 316.

[76]Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, pp. 94-95.

[77]Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 210.

วิชาชีพกฎหมายโดยอาศัยตำแหน่งหรือหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากลูกความ การฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจนี้โดยปกติไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยจงใจ (deliberate) นอกจากนี้ แม้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะกระทำการด้วยความสุจริต (good faith) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะอาศัยความสุจริตเป็นข้อต่อสู้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจมิได้ ลักษณะของหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจอาจจะจำแนกได้เป็น 3 ประการ คือ

5.4.1 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องกระทำการแทนลูกความของตนด้วยความซื่อสัตย์หรือความจงรักภักดีโดยไม่แบ่งแยก (undivided loyalty)

5.4.2 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรักษาความลับ (confidentiality) ของลูกความ

5.4.3 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องทำการเปิดเผยข้อมูลหลักหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเกี่ยวกับผลประโยชน์ของลูกความของตน[78]

5.4.1 <u>หน้าที่ของความซื่อสัตย์และความจงรักภักดี</u> (Duty of Loyalty) หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเกี่ยวกับความซื่อสัตย์หรือความจงรักภักดีโดยไม่แบ่งแยกนำไปใช้ในกรณีที่หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพที่มีต่อลูกความขัดกับผลประโยชน์ส่วนตัวของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในคดี Boardman V. Phipps ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวในบริษัทที่ลูกความของตน คือ Phipps family trust เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้แจ้งให้ผู้รับผลประโยชน์ในทรัสต์ทุกคนทราบว่า การที่ตนทำไปเช่นนั้นเพื่อเพิ่มมูลค่าของผลประโยชน์ของทรัสต์ แต่แท้จริงแล้วสิ่งที่เกี่ยวข้องคือผลกำไร จำนวนมหาศาลของบริษัท ศาล House of Lord วินิจฉัยว่า Boardman ซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายถือหุ้นในฐานะเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์โดยปริยาย (constructive trustee) เพื่อลูกความและในนามของลูกความ Phipps family trust และมีความรับผิดต่อโจทก์ซึ่งเป็นผู้รับผลประโยชน์ในทรัสต์สำหรับผลกำไรในหุ้นดังกล่าว ในคดี Taylor V. Murphy ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจโดยกระทำการแทนผู้ซื้อในการซื้อที่ดินของตนเอง

หลักของความซื่อสัตย์ที่มิอาจแบ่งแยกได้ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่สามารถกระทำการใด ๆ ให้กับลูกความสองฝ่ายซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกัน (Acting for both

---

[78]Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, <u>Lawyers' Professional Liability</u>, pp. 32.

sides) เว้นแต่จะได้มีการแจ้งให้ลูกความทั้งสองฝ่ายทราบถึงความขัดแย้งนั้น และเป็นที่เข้าใจโดยชัดแจ้งถึงความเกี่ยวข้องรวมทั้งได้รับความยินยอมให้กระทำการดังกล่าวด้วย ดังภาษิตที่ว่า "no man shall serve two masters" ในคดี Davey V. Wooley, Hames, Dale & Dingwall[79] จำเลยเป็นสำนักงานกฎหมาย ได้รับการว่าจ้างจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในธุรกรรมการซื้อขายธุรกิจ ผู้ซื้อคือ Howe และผู้ขายคือ Davey ได้ให้สำนักงานกฎหมายจำเลยร่างสัญญาทางกฎหมายขึ้น สัญญาดังกล่าวระบุให้สิทธิการซื้อสามารถโอนให้กับบริษัทหนึ่งซึ่งควบคุมโดย Howe และบริษัทนี้เป็น ลูกความของสำนักงานกฎหมายเช่นกัน และ Wooley ซึ่งเป็นหุ้นส่วนอาวุโสของสำนักงานกฎหมายมีผลประโยชน์ทางการเงินในบริษัทดังกล่าว ข้อพิพาทเกิดขึ้นภายใต้สัญญา โจทก์คือ Davey ได้เรียกร้องค่าเสียหายจากสำนักงานกฎหมายสำหรับความประมาทเลินเล่อและการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจในการปกป้องผลประโยชน์ทางการเงินของโจทก์ โดยทำให้โจทก์ไม่ได้รับหลักประกันอย่างเพียงพอจาก Howe ศาล Court of Appeal ถือว่าสำนักงานกฎหมายฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจต่อโจทก์ โดยไม่คำนึงว่าก่อนสิ้นสุดการทำธุรกรรมซื้อขายธุรกิจ สำนักงานกฎหมายจะได้ให้โจทก์ลงนามในการรับรู้ว่าสำนักงานกฎหมายกระทำการให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และ Wooley ซึ่งเป็นหุ้นส่วนในสำนักงานกฎหมายมีผลประโยชน์ทางการเงินส่วนตัวในบริษัทที่รับโอนสิทธิการซื้อ ทั้งนี้ ศาลให้เหตุผลว่าความยินยอมของโจทก์ในคดีนี้น้อยมาก และโจทก์ได้ให้ความยินยอมช้าเกินไป

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงไม่สามารถให้บริการวิชาชีพแก่บุคคลใด ๆ สองฝ่ายที่มีผลประโยชน์ไม่ตรงกัน โดยปกติถ้าผู้ประกอบวิชาชีพทราบว่าจะเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น จะต้องถอนตัวออกจากการเป็นผู้แทนลูกความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย[80] อย่างไรก็ตาม การถอนตัวออกจากลูกความทั้งสองฝ่ายโดยให้ต่างฝ่ายต่างว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนใหม่จะเป็นการวิธีการดีที่สุดเพราะในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการแทนลูกความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด อาจเกิดความเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องในความผิดฐานฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจได้ เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจใช้ข้อมูลของลูกความฝ่ายที่ตนถอนตัวไปใช้เพื่อประโยชน์ของลูกความของตนจนเกิดความเสียหายแก่ลูกความอีกฝ่ายหนึ่ง

5.4.2 <u>หน้าที่รักษาความลับ</u> (confidentiality) ในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีโอกาสได้รับรู้ความลับของลูกความมากมาย หน้าที่ที่

---

[79][1982], 35 O.R. (2d) 599, 133 D.L.R. (3d) 647 (C.A.) cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, <u>Lawyers' Professional Liability</u>, pp. 36-37.

[80]Richard J. Ennis, "Professional Responsibility," prepared for Postgraduate Practice Law Course, 1992, p. 166.

สำคัญของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย คือ การปกป้องรักษาความลับของลูกความของตนอย่างดีที่สุด ความลับนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลที่ลูกความได้ให้ไว้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเท่านั้น แต่ยังรวมถึงข้อมูลใด ๆ ที่ได้รับอันเนื่องมาจากการให้บริการทางวิชาชีพ การเก็บรักษาความลับไม่เพียงมีอยู่ตราบเท่าที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความยังมีความสัมพันธ์ต่อกัน แม้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสิ้นสุดลงก็ตาม หน้าที่ในการรักษาความลับยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่องตลอดไป ในคดี Szarfer V. Chodos[81] ศาล Ontario Hight Court กล่าวว่า ความสัมพันธ์โดยความไว้วางใจระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ ห้ามมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใช้ข้อมูลอันเป็นความลับใด ๆ ที่ได้รับจากลูกความเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น หรือทำให้ลูกความเสียเปรียบ

แม้ว่าการเปิดเผยความลับจะเกิดจากความประสงค์ดี ความรับผิดก็อาจจะเกิดขึ้นได้ ดังคดี Ott V. Fleishman[82] โจทก์ได้ว่าจ้างจำเลยซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้เป็นผู้ดำเนินคดีฟ้องหย่าและได้ว่าจ้างนักสืบเอกชนให้หาหลักฐานการมีชู้ของสามี ในเวลาต่อมาโจทก์ได้แจ้งแก่จำเลยว่าตนมีความสัมพันธ์ฉันท์ชู้สาวกับนักสืบดังกล่าว จำเลยจึงขอถอนตัวออกจากคดีและแถลงให้ศาลทราบถึงเรื่องดังกล่าวเพื่อป้องกันการหลอกลวงศาลในคดีฟ้องหย่า โจทก์จึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย ศาล British Columbia Supreme Court ถือว่าไม่มีเหตุที่จะอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับของโจทก์ได้

การเปิดเผยความลับของลูกความจะกระทำได้ต่อเมื่อเป็นการเปิดเผยตามกฎหมาย เช่น การเปิดเผยข้อมูลเพื่อใช้ในการพิจารณาคดีในศาล หรือการเปิดเผยสิทธิบัตรต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนสิทธิบัตร เป็นต้น

5.4.3 <u>หน้าที่เปิดเผยข้อมูล</u> (Duty of Disclosure) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่เปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดแก่ลูกความทันทีที่ได้รับการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิอาจหลีกหนีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม และเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ศาลจะต้องบังคับใช้หลักนี้โดยปราศจากข้อยกเว้น[83]

---

[81][1986] 540.R. (2d) 663 cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, <u>Lawyers' Professional Liability</u>, p. 41.

[82][1983] 5 W.W.R. 721 (BCSC) cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, <u>Lawyers' Professional Liability</u>, pp. 41-42.

[83]Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, <u>Lawyers' Professional Liability</u>, p. 38.

หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ

1) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องเปิดเผยผลประโยชน์ส่วนตัวของตนเองหรือผู้ร่วมงานในสำนักงานของตนในกิจการหรือธุรกรรมใด ๆ ของลูกความ และเปิดเผยข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับธุรกรรมใด ๆ ซึ่งได้รับจากลูกความคนอื่นหรืออดีตลูกความ การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนตัวของตนในธุรกรรมใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับลูกความนั้น ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ ดังคดี Henfrey & Co.,Ltd. V. A Law Firm[84] บริษัทกำลังจะล้มละลายมีหนี้ค่าธรรมเนียมวิชาชีพกฎหมายกับสำนักงานกฎหมายของจำเลย และยังคงค้างชำระหลังจากที่ได้มีการขอให้ชำระหนี้หลายครั้ง แม้กระนั้นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็ยังกระทำการแทนลูกความในคดีล้มละลายและการขายทรัพย์สินของบริษัท สำนักงานได้นำเอาเงินในกองทุนของบริษัทเข้าบัญชีของสำนักงานโดยมิได้แจ้งให้ลูกความทราบ ผู้พิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลายยื่นฟ้องสำนักงานกฎหมายเป็นจำเลยเนื่องจากไม่เปิดเผยข้อมูลล่วงหน้าถึงเจตนาที่จะยึดเงินดังกล่าว ซึ่งศาลในคดีนี้ พิพากษาว่าจำเลยมีความผิด

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายครอบครองข้อมูลที่เป็นความลับหรือข้อมูลพิเศษของลูกความ เขาไม่ควรจะอาศัยความได้เปรียบเข้าทำการติดต่อทางธุรกรรมกับลูกความของตน ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเข้าทำธุรกรรมใด ๆ กับลูกความ จะต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดเกี่ยวกับสถานะของตนเพื่อจะไม่ทำให้ลูกความเสียเปรียบ หลักการนี้ใช้ได้กับลูกความปัจจุบันและลูกความในอดีต ดังคดี Kory V. St. Pierre ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย Kory ไม่ทำการเปิดเผยให้อดีตลูกความของตนทราบถึงบุคคลที่ทำธุรกิจร่วมกันซึ่งก็คือตนเอง ศาล Court of Appeal ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ในคดี Bailev V. Ornhein ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลในขณะที่ให้บริการทางวิชาชีพแก่ผู้จำนองและผู้รับจำนอง โดยผิดพลาดในการให้ข้อมูลสำคัญซึ่งตนรู้ว่าเป็นสิ่งที่สำคัญมากต่อการตัดสินใจของผู้รับจำนองในการดำเนินการหรือหยุดดำเนินการในธุรกรรมที่เกี่ยวกับผู้จำนอง ศาลถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต้อง เปิดเผยให้ผู้รับจำนองทราบทุกสิ่งทุกอย่างที่ตนรู้เกี่ยวกับหลักประกัน วัตถุประสงค์ของการกู้ยืม และความมั่นคงทางการเงินของผู้จำนอง[85]

---

[84][1983], 56 B.C.L.R. 227 cited by Stephen M. Grant and Linda R. Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 38.

[85]Ibid., pp. 38-39.

2) ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีผลประโยชน์ขัดกันกับลูกความ (conflict interest) เขามีหน้าที่ต้องแจ้งลูกความเกี่ยวกับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ลูกความได้ว่าจ้างการเปิดเผยไม่จำกัดเฉพาะข้อเท็จจริงที่สำคัญเท่านั้น แต่รวมถึงการอธิบายผลในทางกฎหมายด้วย ในคดีส่วนมากหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจจะควบคู่ไปกับหน้าที่ในการให้คำแนะนำและการเตือนอันเป็นหน้าที่ในกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ การให้คำแนะนำแก่ลูกความให้ทราบถึงความเสี่ยงในธุรกรรมต่าง ๆ หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้รับการพิสูจน์ว่ามีเจตนาที่จะไม่ให้คำแนะนำดังกล่าว อาจถือว่าเป็นการฉ้อฉลได้[86]

หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจข้างต้นเป็นหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศส่วนใหญ่ในเครือจักรภพ เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา ฯลฯ หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ตามหลักอิควิตี้ (equity) หากกล่าวโดยภาพรวมแล้ว จะเห็นได้ว่าหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจนี้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีต่อลูกความที่สำคัญก็คือ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์อย่างยิ่ง (utmost honesty) และยุติธรรม (fairness) เป็นที่สังเกตุว่าหน้าที่ดังกล่าวนี้มักจะบัญญัติอยู่ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เช่น ประมวลความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพ (Code of Professional Conduct) ของเนติบัณฑิตยสภาแคนาดา (Canada Bar Association) โดยบทที่ 5 เรื่องการขัดกันของผลประโยชน์กำหนดว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องไม่ให้คำแนะนำหรือกระทำการแทนลูกความทั้งสองฝ่ายที่มีความขัดแย้งกัน[87] หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ดังกล่าวในบทบัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมวิชาชีพมากมาย เช่น Rules of Professional Conduct 1989, Code of Professional Responsibility 1983 ซึ่งร่างโดยสมาคมเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน เป็นต้น

ในประเทศไทย ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ได้บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจไว้ในหมวด 3 มรรยาทต่อตัวความ ข้อ 9-15 อันได้แก่

---

[86] Ibid., pp. 39-40.

[87] "The Lawyer must not advise or represent both sides of a dispute and, save after adequate disclosure to and with consent of the client or prospective client concerned, should not act or continue to act in a matter when there is or there is likely to be a conflicting interest . . ."

ก. การเปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากลูกความแล้ว หรือโดยอำนาจศาล (ข้อ 11)

ข. การจงใจปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบเกี่ยวกับการดำเนินคดีแห่งลูกความของตน อันอาจจะทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ (ข้อ 12)

ค. ได้รับการปรึกษาหารือหรือได้รู้เรื่องกรณีแห่งคดีใดโดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายหนึ่ง แล้วภายหลังไปรับเป็นทนายความหรือใช้ความรู้ที่ได้มานั้นช่วยเหลือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นปรปักษ์อยู่ในกรณีเดียวกัน (ข้อ 13)

ง. ได้รับเป็นทนายความแล้ว ภายหลังใช้อุบายด้วยประการใด ๆ โดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เพื่อจะให้ตนได้รับประโยชน์นอกเหนือจากที่ลูกความได้ตกลงสัญญาให้ (ข้อ 14)

จ. กระทำการใดอันเป็นการฉ้อโกง ยักยอก หรือตระบัดสัตย์ลูกความ หรือครอบครองหรือหน่วยเหนี่ยวเงินหรือทรัพย์สินของลูกความที่ตนได้รับไว้โดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องไว้นานเกินเหตุโดยมิได้รับความยินยอมจากลูกความ เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร (ข้อ 15)

ฉ. การกระทำการใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหามูลมิได้ (ข้อ 9) หรือใช้อุบายหลอกลวงให้ลูกความหลงเชื่อว่าคดีนั้นจะชนะ หรือตนรู้สึกแก่ใจว่าแพ้ (ข้อ 10) ข้อบังคับข้อนี้คล้ายกับหลักคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า "undue influence" ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพยายามหาประโยชน์เพื่อตนเองจากค่าใช้จ่ายของลูกความ อีกนัยหนึ่งเป็นการใช้อำนาจชักจูงลูกความเกินสมควรเพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์จากทรัพย์สินของลูกความหรือจากการที่ลูกความต้องเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้น

ข้อบังคับของสภาทนายความข้างต้นเป็นบทบัญญัติในการควบคุมความประพฤติหรือมรรยาทของทนายความ ซึ่งบทลงโทษได้แก่ การสั่งห้ามกระทำการเป็นทนายความตามเวลาที่กำหนด หรือเพิกถอนใบอนุญาตทนายความ เมื่อพิจารณาข้อบังคับข้างต้นแล้ว ข้อบังคับสภาทนายความดังกล่าวได้เปิดช่องให้สภาทนายความใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยความประพฤติหรือมรรยาททนายความว่าเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ หรือไม่ โดยอาศัยข้อบังคับข้อ 16 ซึ่งบัญญัติว่า "ประกอบวิชาชีพ ดำเนินธุรกิจ หรือประพฤติตนอันเป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี หรือเป็นการเสื่อมเสียต่อศักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความ"

นอกจากนี้ ถึงแม้ข้อบังคับดังกล่าวจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการว่าความก็ตาม หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งให้บริการทางวิชาชีพนอกเหนือจากการว่าความฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 แล้ว ลูกความย่อมมีสิทธิกล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อสภาทนายความโดยอาศัยข้อบังคับดังกล่าวเช่นกัน

สิทธิของลูกความนอกเหนือจากสิทธิในการยื่นคำกล่าวหาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อสภาทนายความเพื่อลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการฝ่าฝืนมรรยาททนายความ ลูกความสามารถเยียวยาแก้ไขความเสียหายของตนโดยฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน"

การที่ลูกความได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ เช่น การเปิดเผยความลับหรือการกระทำการแทนลูกความฝ่ายปรปักษ์ซึ่งมีผลประโยชน์ขัดกัน นั้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำหน้าที่ตามวิชาชีพกฎหมายอันตนพึงมีต่อลูกความเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของลูกความ ซึ่งเกิดจากสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อันเป็นการกระทำที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้ อันถือได้ว่าเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในการกระทำผิดต่อหน้าที่ดังกล่าว ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิใช่ทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 แต่เป็นผู้มีวิชาชีพในการให้บริการทางกฎหมาย ย่อมมีความรับผิดทางละเมิดต่อลูกความของตนในการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจเช่นกัน เพราะแม้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเหล่านี้จะมิใช่ทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2538 แต่ก็ได้อ้างตนว่าเป็นผู้มีวิชาชีพกฎหมาย จึงควรมีหน้าที่ดังกล่าวต่อผู้มาขอรับบริการด้วย บทบัญญัติของกฎหมายก็ยอมรับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประเภทดังกล่าวด้วย ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 193/34 (16) ซึ่งบัญญัติว่า "ทนายความหรือผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย รวมทั้งพยานผู้เชี่ยวชาญ เรียกเอาค่าการงานที่ทำให้ รวมทั้งเงินที่ได้ออกทดรองไป หรือคู่ความเรียกเอาคืนซึ่งเงินเช่นว่านั้นที่ตนได้จ่ายล่วงหน้าไป" นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการกระทำแทนลูกความ บทบัญญัติในเรื่องตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหน้าที่อันมีลักษณะเป็นหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ เช่น ในมาตรา 805 ซึ่งห้ามมิให้ตัวแทนทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อประโยชน์ของตัวการ เป็นต้น

5.5 ข้อจำกัดและยกเว้นความรับผิด (Exemption and Limitation Clauses)

ในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจมีความรับผิดในทางสัญญาหรือทางละเมิด เพราะฉะนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจทำสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดต่อความเสียหายใด ๆ ที่ตนอาจจะก่อให้เกิดขึ้นกับลูกความได้ จึงมีข้อ

พิจารณาว่าสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีผลบังคับตามกฎหมายเพียงใด

โดยปกติ ในประเทศต่าง ๆ การจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมักจะอยู่ภายใต้บทบัญญัติพิเศษซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของตน ซึ่งบทบัญญัติพิเศษนี้เป็นกฎหมาย ข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศต่าง ๆ เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ตามประมวลความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (Code of Professional Responsibility 1983) Canon 6 ข้อ DR 6-102 บัญญัติว่า "ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องไม่พยายามทำให้ตนพ้นจากความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดของตนต่อลูกความสำหรับความผิดในการประกอบวิชาชีพกฎหมายของตน" (A Lawyer shall not attempt to exonerate himself from or limit his liability to his client for his personal malpractice.)

ในประเทศแคนาดา กฎหมายควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในมลรัฐออนตาริโอ และบริติช โคลัมเบีย ได้บัญญัติว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่สามารถทำข้อตกลงใด ๆ อันเป็นผลให้ตนเองไม่ต้องรับผิดในความประมาทเลินเล่อหรือทำให้ตนพ้นจากความรับผิดใด ๆ อันเกิดจากการที่ตนกระทำการในฐานะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มิฉะนั้นข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นโมฆะ[88]

ในประเทศอังกฤษ ตาม Solicitor Act 1974 มาตรา 60 (5) บัญญัติว่า ข้อกำหนดในสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพในเรื่องที่มีข้อพิพาท (contentious business) ใด ๆ ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ต้องรับผิดในความประมาทเลินเล่อ หรือให้หลุดพ้นจากความรับผิดใด ๆ ที่ตนน่าจะต้องรับภาระในฐานะที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้น เป็น

---

[88]In Ontario, The Solicitors Act, RS.O 1980:

"24. A provision in any such agreement that the solicitor is not to be liable for negligence or that he is to be relieved from any responsibility to which he would otherwise be subject as such solicitor is wholly void."

In British Columbia, the Barristers and Solicitors Act, RS. BC. 1979:

"(3) A provision in the contract that the member of the Society shall not be liable for negligence, or that he shall be relieved from responsibility to which he would otherwise be subject as a member, is null and void."

โมฆะ[89]สำหรับการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในเรื่องที่ไม่มีข้อพิพาท(non-contentious business) นั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสามารถทำข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตน ภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ เช่น[90]

1) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสามารถจำกัดความรับผิดของตนที่เกิดขึ้นจากการให้บริการทางวิชาชีพได้ แต่ต้องไม่ต่ำกว่า 1,000,000 ปอนด์ ตามหลักเกณฑ์ใน The Solicitors' Indemnity Rules ซึ่งเป็นข้อบังคับเกี่ยวกับการจัดการกองทุนของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเพื่อชดเชยให้แก่ลูกความผู้ได้รับความเสียหายจากความผิดในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย

2) ความรับผิดในการฉ้อฉล (fraud) หรือความประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (reckless) ต่อหน้าที่ในทางวิชาชีพกฎหมายไม่อาจจำกัดความรับผิดได้

3) ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม ("Unfair Contract Term Act 1977) ดังนี้

ก. ตามมาตรา 2 (2) ซึ่งวางหลักไว้ว่า เงื่อนไขของสัญญาในการยกเว้นความรับผิดไม่มีผลบังคับใช้ เว้นแต่เป็นไปตามหลักความสมเหตุสมผล (reasonableness) เช่น ข้อสัญญาต้องมีความเป็นธรรมและสมเหตุสมผลตามแต่พฤติการณ์ ซึ่งคู่สัญญาควรที่จะได้รู้หรือได้ไตร่ตรองไว้ก่อนในขณะทำสัญญา

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทำสัญญายกเว้นความรับผิดไว้ ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดจะใช้ได้ก็ต่อเมื่อศาลจะเห็นว่าข้อยกเว้นความรับผิดนั้นมีความเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่ โดยถือเอาพฤติการณ์ในการรับรู้ถึงข้อยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญาในขณะทำสัญญา อย่างไรก็ตาม หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อทั้งหมดต่อลูกความ กรณีเช่นนี้น่าจะถือได้ว่าไม่สมเหตุสมผล[91]

---

[89]Solicitor Act 1974, Section 60 (5):

"A provision in a contentious business agreement that the solicitor shall not be liable for negligence, or that he shall be relieved from any responsibility to which he would otherwise be subject as a solicitor, shall be void."

[90]Law Society, The Guide to the Professional Conduct of Socilitor, p. 215.

[91]Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 26.

ข. ตามมาตรา 11 (4) ซึ่งใช้บังคับกับข้อสัญญาจำกัดความรับผิดที่กำหนดจำนวนเงินที่ต้องรับผิดไว้มีหลักเกณฑ์ว่า "เมื่อบุคคลใดพยายามจำกัดความรับผิดไว้เป็นจำนวนเงินที่แน่นอนนั้น ในการที่จะวินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวมีความสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- แหล่งที่บุคคลนั้นสามารถหาทรัพย์สินมาชำระหนี้ได้หรือไม่
- กรณีดังกล่าวผู้รับผิดสามารถเอาประกันภัยได้หรือไม่"[92]

องค์ประกอบสำคัญในมาตรานี้ก็คือการประกันภัยทางวิชาชีพ (Professional Insurance) ดังนั้น ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทำประกันภัยทางวิชาชีพไว้ และได้จำกัดความรับผิดเท่ากับจำนวนเงินที่เอาประกัน ข้อจำกัดความรับผิดดังกล่าวถือได้ว่ามีความสมเหตุสมผลและสามารถใช้บังคับได้[93]

4) ข้อจำกัดความรับผิดใด ๆ ลูกความจะต้องรู้ข้อจำกัดความรับผิดนั้นอย่างชัดแจ้งในสัญญาว่าจ้าง และต้องเข้าใจและยอมรับข้อจำกัดความรับผิดนั้นด้วย นอกจากนี้ ในการยอมรับข้อจำกัดความรับผิดใด ๆ ของลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องมีหลักฐานหรือคำยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรของลูกความอีกด้วย

ในประเทศชีวิลลอว์ การจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจพิจารณาได้สองกรณี คือ กรณีความรับผิดทางสัญญา ประเทศชีวิลลอว์จะนำบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดทางสัญญามาปรับใช้ ซึ่งปกติขอบเขตของการจำกัดความรับผิดในทางสัญญาในบางประเภทยอมให้จำกัดความรับผิดเฉพาะความเสียหายที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อเล็กน้อยเท่านั้น ส่วนความรับผิดทางละเมิด ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่สามารถจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดได้[94] เช่น ในประเทศฝรั่งเศส ข้อสัญญาไม่รับผิด (Clause d' irresponsabilité) เป็นที่รับรู้กันว่า ตามหลักข้อสัญญาไม่รับผิดทางสัญญานั้นใช้บังคับได้ จะมีข้อยกเว้นก็คือ ข้อสัญญาไม่รับผิดเพื่อกลฉ้อฉล (dol) หรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (faute lourde) เท่านั้นที่ถือเป็นโมฆะ ส่วนข้อสัญญาไม่รับผิดทางละเมิด

---

[92]อรนุช อาชาทองสุข, "การควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม," หน้า 104.

[93]Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 27.

[94]Panayotis J. Zepose and Phoebus Christodoulou, "Professional Liability," p. 47.

นั้นมีผู้เห็นว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อสัญญาไม่รับผิดทางละเมิดจึงต้องเป็นโมฆะ[95]

ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดหรือการยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากการประกอบวิชาชีพกฎหมายไว้ ดังนั้น ในการวินิจฉัยข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความได้ตกลงกันล่วงหน้าจึงต้องอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาพิจารณา

โดยปกติบุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญาก่อผลผูกพันกันได้ตามความสมัครใจ จะได้เปรียบเสียเปรียบกันอย่างไร กฎหมายไม่เข้ายุ่งเกี่ยวด้วย อันเป็นการยอมรับรองความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (The sanctity of contract) เว้นแต่การกระทำนั้นจะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[96] หรือแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[97] ดังนั้น บุคคลจึงอาจทำสัญญาเปลี่ยนแปลงความรับผิดของลูกหนี้ให้แตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ เว้นแต่จะต้องห้ามด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังกล่าวแล้ว จึงจะใช้บังคับมิได้[98] ดังนั้น คู่สัญญาอาจทำสัญญายกเว้นความรับผิดของลูกหนี้หรือจำกัดความรับผิดของลูกหนี้ให้เบาลงนั้นจะต้องทำเป็นสัญญาหรือความตกลงระหว่างคู่สัญญา บางกรณีกฎหมายก็บัญญัติไว้ว่าคู่สัญญาจะต้องตกลงกันอย่างชัดแจ้ง เช่น ในเอกเทศสัญญาลักษณะรับขน มาตรา 639 บัญญัติว่า "ตั๋ว ใบรับ หรือเอกสารอื่นทำนองเช่นว่านี้ อันผู้ขนส่งได้ส่งมอบแก่คนโดยสาร

---

[95]จี๊ด เศรษฐบุตร, "กฎหมายประเทศที่ใช้ประมวล," วารสารนิติศาสตร์ 3 (มิถุนายน 2514): 63-120.

[96]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 บัญญัติว่า

"การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ"

[97]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 บัญญัติว่า

"การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ"

[98]ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์, 2527), หน้า 411.

นั้น หากมีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งอย่างใด ๆ ท่านว่าข้อความนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่คนโดยสารจะได้ตกลงด้วยชัดแจ้งในการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเช่นนั้น" ในการตกลงเปลี่ยนแปลงความรับผิดของคู่สัญญา ไม่ว่าจะเป็นการตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อาจพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

5.5.1 ข้อยกเว้นความรับผิด เป็นข้อตกลงที่คู่สัญญากำหนดไว้ล่วงหน้าว่า หากมีความเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ตามข้อตกลงหรือสัญญา หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามเวลา สถานที่ หรือตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ ฯลฯ แล้ว ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้น

1) ข้อยกเว้นความรับผิดทางสัญญา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดทางสัญญาต่อลูกความ แต่ทั้งนี้ ต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ซึ่งบัญญัติว่า "ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ" บทบัญญัติมาตรา 373 ดังอ้างไว้ข้างต้นเป็นบทหนึ่งซึ่งยกเว้นหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา กล่าวคือ ไม่ยอมให้คู่สัญญาทำสัญญาหรือความตกลงไว้ล่วงหน้ายกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน ถ้าฝ่าฝืนกระทำ ให้ตกเป็นโมฆะ เหตุที่กฎหมายห้ามย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าเพราะเป็นการขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน[99] ประกอบกับการตกลงยกเว้นความรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อาจเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความไม่สุจริตของคู่สัญญาฝ่ายที่อาจต้องรับผิดในการชำระหนี้ตามสัญญาของตน ซึ่งหลักสุจริตนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติว่า "ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุนคนต้องกระทำโดยสุจริต"

กลฉ้อฉล หมายถึง การไม่ชำระหนี้หรือการทำให้เสียหายโดยจงใจ (faute intentionelle dol)[100] ซึ่งต่างจากกลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 159 ซึ่งหมายถึง การใช้อุบายหลอกลวงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งสำคัญผิด ด้วยการแสดงข้อความให้ผิดต่อความจริง เพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นแสดงเจตนาทำนิติกรรม มีผลทำให้นิติกรรมที่ทำขึ้นโดยผู้ทำนิติกรรมถูกกลฉ้อฉลนั้น ตกเป็นโมฆียะ กลฉ้อฉลตามมาตรา 373 หมายความถึง

---

[99]เรื่องเดียวกัน, หน้า 412.

[100]จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 62.

การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยได้ตั้งใจไว้ตั้งแต่เมื่อเริ่มทำสัญญาแล้วว่าตนจะไม่ชำระหนี้ แต่ได้หลอกลวงให้เจ้าหนี้สำคัญผิดคิดว่าตนจะชำระหนี้ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้โดยมีเจตนาทุจริตคิดโกงเจ้าหนี้นั่นเอง[101]

ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หมายความถึง ความประมาทเลินเล่อโดยที่ไม่ใช้ความระมัดระวังเสียเลย ทั้ง ๆ ที่เห็นภยันตรายอยู่ชัด ๆ ก็ยังไม่ใช้ความระวังให้พ้นภยันตรายที่เห็นอยู่นั้น ถ้าหากจะใช้ความระวังแต่เพียงเล็กน้อย ภยันตรายนั้นก็จะไม่เกิดขึ้น[102] หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การที่ลูกหนี้แกล้งเพื่อให้เจ้าหนี้เสียหายนั่นเอง เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นถือเท่ากับความผิดโดยจงใจเหมือนกัน

นักกฎหมายส่วนมากมีความเห็นว่ามาตรา 373 เป็นบทยกเว้น ต้องตีความโดยเคร่งครัด เมื่อบัญญัติห้ามเฉพาะการไม่ชำระหนี้โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงซึ่งถือเท่ากับจงใจ ย่อมแปลได้ว่าคู่สัญญามีสิทธิทำสัญญาหรือความตกลงไว้ล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดของลูกหนี้อันเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดาซึ่งไม่ร้ายแรงได้[103]และต้องเป็นการตกลงล่วงหน้าก่อนเกิดความเสียหาย ซึ่งจะตกลงกันไว้ในสัญญาอันก่อหนี้หรือตกลงโดยสัญญาเพิ่มเติมในภายหลังก็ได้[104] เพราะหากเกิดความเสียหายอันลูกหนี้ต้องรับผิดขึ้นแล้ว ไม่ว่าโดยฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ ย่อมเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้นหรือไม่ หากเจ้าหนี้ไม่ติดใจเรียกร้องย่อมจะทำสัญญากับลูกหนี้ระงับสิทธิของตนหรือจะแสดงเจตนาปลดหนี้ให้แก่ลูกหนี้ตามมาตรา 340 ก็ได้ หาเป็นโมฆะไม่

---

[101]พวงผกา บุญโสภาคย์ และ ประสาน บุญโสภาคย์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530), หน้า 376-677.

[102]จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354-452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 62.

[103]พวงผกา บุญโสภาคย์ และ ประสาน บุญโสภาคย์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 376-677.

[104]ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 411.

มาตรา 373 เป็นข้อห้ามมิให้ลูกหนี้ทำสัญญายกเว้นความรับผิดอันเกิดจากกลฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้เท่านั้น คู่สัญญาสามารถทำสัญญายกเว้นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของตัวแทนของตนหรือลูกจ้างของตนที่ตนใช้ไปปฏิบัติการชำระหนี้แทนตนได้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 220 ที่ว่า "ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความผิดของตัวแทนแห่งตน กับทั้งของบุคคลที่ตนใช้ในการชำระหนี้นั้น โดยขนาดเสมอกับว่าเป็นความผิดของตนเองฉะนั้น แต่บทบัญญัติแห่งมาตรา 373 หาใช้บังคับแก่กรณีเช่นนี้ด้วยไม่"

เพราะฉะนั้น แม้การไม่ชำระหนี้ของตัวแทนหรือบุคคลซึ่งลูกหนี้ใช้ให้ชำระหนี้จะเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ความตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ในส่วนนี้จึงบังคับได้ไม่เป็นโมฆะ

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงสามารถทำสัญญาตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดทางสัญญาที่อาจเกิดขึ้นกับลูกความได้ แต่ทั้งนี้ ต้องมิใช่การจำกัดความรับผิดอันเกิดจากกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน มิฉะนั้น ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดจะตกเป็นโมฆะ

2) ข้อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิด ในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจมีความรับผิดในทางละเมิด ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดอันเนื่องมาจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทำข้อตกลงหรือสัญญากับลูกความเพื่อยกเว้นความรับผิดดังกล่าว มีข้อพิจารณาว่าข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวใช้บังคับกับคู่สัญญาได้เพียงไร

ข้อตกลงหรือสัญญาจำกัดความระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความมีลักษณะเป็นความยินยอมของลูกความในการไม่เรียกร้องความรับผิดอันเนื่องมาจากการให้บริการทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ตามกฎหมายละเมิดมีหลักเกณฑ์ทั้งเกี่ยวกับการให้ความยินยอมว่าความยินยอมไม่เป็นละเมิด ซึ่งหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดหรือความยินยอมไม่ทำให้เกิดความเสียหาย (Volenti non fit injuria) มีความหมายว่า บุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่งหรือบุคคลซึ่งเข้าเสี่ยงภัยยอมรับความเสียหายจะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำหรือความเสียหายนั้นมิได้[105] อันเป็นหลักที่ใช้อ้างเพื่อทำให้ผู้ที่ยินยอมนั้นหมดสิทธิเรียกร้องให้มีการชดใช้เยียวยา แม้ว่าผลเสียหายจะเกิดขึ้นจริง ความยินยอมเป็นหลักกฎหมาย

---

[105]ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 23.

ปิดปาก (Estoppel)[106] ฝ่ายผู้เสียหายมิให้อ้างว่าตนเสียหาย เป็นข้ออ้างที่ฝ่ายผู้กระทำมีสิทธิยกขึ้นอ้างได้เพียงฝ่ายเดียว

หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย แต่ศาลไทยนำหลักดังกล่าวมาวินิจฉัยความรับผิดในทางละเมิด

คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 การที่โจทก์ท้าให้จำเลยฟันเพื่อทดลองคาถาอาคมซึ่งตนเชื่อถือและอวดอ้างว่าตนมีอยู่นั้น เป็นการที่โจทก์ได้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกาย เป็นการยอมรับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะอ้างหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาใช้ในข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดของตนไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะความยินยอมเป็นนิติกรรมซึ่งอาจทำได้ฝ่ายเดียว เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลผู้ยอมรับความเสียหายที่จะเกิดแก่ตนเอง ส่วนข้อสัญญาหรือข้อตกลงยกเว้นความรับผิดเกิดจาการแสดงเจตนาทั้งสองฝ่ายมีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน เกิดเป็นสัญญาขึ้น ความยินยอมนั้นอาจจะยกเลิกเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ ไม่ผูกมัดว่าจะต้องให้ความยินยอมอยู่เช่นนั้นตลอดไป[107] ข้อตกลงหรือสัญญานั้นเป็นความตกลงทั้งสองฝ่ายจึงมีความยินยอมรวมอยู่ด้วย[108] แต่เป็นข้อผูกพันที่ผู้ให้ความยินยอมมิอาจเพิกถอนความยินยอมได้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันระหว่างคู่สัญญาให้เพิกถอนความยินยอมนั้น ผู้ให้ความยินยอมต้องยอมให้กระทำหรือยอมต่อการกระทำหรือเสี่ยงเข้ารับเอาผลความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเอง และเป็นความยินยอมรับผลเสียหายที่ผู้ยินยอมรู้อยู่แล้วว่าจะเป็นความเสียหายแก่ตนแน่นอน เช่น ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัด ผู้ป่วยย่อมทราบถึงผลเสียหายที่เกิดกับตัวเองจากการถูกแพทย์ผ่าตัด เพราะการผ่าตัดเป็นการทำต่อร่างกายคน แต่การตกลงกันล่วงหน้า ยกเว้นความรับผิดในทางละเมิด ลูกความย่อมไม่อาจทราบถึงผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนแน่นอน เพราะการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิใช่เป็นการทำละเมิดต่อลูกความ

---

[106]สุษม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 42.

[107]ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 26.

[108]พจน์ ปุษปาคม, ละเมิด, หน้า 78.

เนื่องจากข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดเป็นนิติกรรมสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความ จึงมีข้อพิจารณาว่า ข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดในทางละเมิดจะตกอยู่ภายใต้บังคับตามมาตรา 373 ซึ่งเป็นการห้ามมิให้มีการทำความตกลงไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดต่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน มิฉะนั้นเป็นโมฆะ จะนำมาใช้บังคับได้หรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ตามมาตรา 373 เป็นการห้ามตกลงล่วงหน้ายกเว้นความรับผิดอันเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ มาตรา 373 บัญญัติอยู่ในส่วนของผลแห่งสัญญา อันแสดงให้เห็นว่ามีการทำสัญญากันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายและมีการกำหนดตัวเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ในการปฏิบัติตามสัญญาแล้ว สำหรับหนี้ในทางละเมิด จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อได้มีการล่วงสิทธิผิดหน้าที่ตามกฎหมาย ความเป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้จะเกิดขึ้นนับตั้งแต่วันทำละเมิด มิใช่เกิดขึ้นในขณะทำสัญญา การจะนำเอามาตรา 373 มาใช้กับการยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดจึงไม่เหมาะสม

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดในทางละเมิดควรอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องนิติกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ซึ่งบัญญัติว่า "การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือเป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ"

การนำเอามาตรา 150 มาใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญาหรือข้อตกลงยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดนั้นจะเป็นสิ่งที่ศาลใช้กำหนดว่าข้อสัญญาหรือข้อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดประเภทใดเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพราะความผิดในทางละเมิดมิใช่เรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในทุก ๆ กรณี อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าผลที่ได้รับจากการใช้มาตรา 150 หรือมาตรา 373 น่าจะได้ผลที่ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะทำข้อตกลงหรือสัญญากับลูกความเพื่อยกเว้นความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงไม่ได้ ข้อตกลงในส่วนนี้เป็นโมฆะ เพราะการยกเว้นความรับผิดในกรณีดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงความจงใจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายโดยเจตนาทุจริต ซึ่งใช้เหตุผลและหลักการเดียวกันกับมาตรา 373 อันเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หากเป็นการยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้ เพราะความประมาทเลินเล่อเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปความประมาทเลินเล่อเป็นสิ่งปกติธรรมดาที่เกิดขึ้นได้กับบุคคลทุกคนในสังคม

อย่างไรก็ตาม ได้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่าข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดในทางละเมิดนั้นตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติตามมาตรา 373 กล่าวคือ ข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากกลฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดดังกล่าวเป็นโมฆะ

คำพิพากษาฎีกาที่ 4161/2532 มีผู้ลักเช็คของโจทก์ไปปลอมลายมือชื่อโจทก์สั่งจ่ายเงิน 100,000 บาท แล้วนำไปเบิกเงินจากธนาคารจำเลยที่ 3 ซึ่งโจทก์มีบัญชีกระแสรายวันอยู่ จำเลยที่ 1 ผู้ช่วยสมุห์บัญชี และจำเลยที่ 2 ผู้จัดการธนาคาร จำเลยที่ 3 มีหน้าที่ตรวจลายมือชื่อลูกค้าอยู่เป็นประจำ ย่อมมีความชำนาญในการตรวจพิสูจน์ลายมือชื่อของลูกค้ามากกว่าคนธรรมดา ถ้าใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่โดยละเอียดรอบคอบจะต้องทราบว่าลายมือชื่อผู้สั่งจ่ายในเช็คเป็นลายมือชื่อปลอม แต่จำเลยที่ 1 และที่ 2 ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง จึงไม่ทราบและอนุมัติให้จ่ายเงินจากบัญชีของโจทก์ จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ทำให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์อันเป็นทั้งละเมิดและผิดสัญญาฝากทรัพย์ ซึ่งจำเลยทั้งสามต้องร่วมกันรับผิดต่อโจทก์ แม้จะมีข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของจำเลยไว้ตามหนังสือขอเปิดบัญชีกระแสรายวันก็ตาม จำเลยก็จะอ้างมาปฏิเสธความรับผิดไม่ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373

ดังนั้น ข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดทางละเมิดในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ ย่อมมีผลบังคับผูกพันคู่สัญญา แต่ทั้งนี้ จะต้องมิใช่ข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดอันเกิดจากกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งถือได้ว่าเป็นการจงใจทำละเมิดต่อลูกความ มิฉะนั้นข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 373

5.5.2 ข้อจำกัดความรับผิด ข้อตกลงหรือสัญญาจำกัดความรับผิดนั้นเป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงว่าหากมีความเสียหายใด ๆ เกิดขึ้นจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าความเสียหายจะเกิดจากการไม่ชำระหนี้หรือเกิดจากการทำละเมิดก็ตาม ฝ่ายที่ก่อความเสียหายจะตกลงรับผิดในความเสียหายไม่เกินจำนวนค่าเสียหายที่กำหนดเอาไว้ล่วงหน้า ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตกลงจำกัดความรับผิดอันเกิดขึ้นจากการประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายต่อลูกความนั้น มีข้อพิจารณา 2 ประการ คือ

1) ข้อจำกัดความรับผิดตามสัญญา ข้อจำกัดความรับผิด ได้แก่ กรณีที่คู่สัญญาทำความตกลงกันล่วงหน้าว่า หากลูกหนี้ไม่ทำการชำระหนี้แล้ว ลูกหนี้คงรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายไม่เกินจำนวนเท่านั้นเท่านี้บ้าง ซึ่งเป็นจำนวนเงินที่น้อยกว่าค่าเสียหายที่เจ้าหนี้จะได้รับจริง เพราะฉะนั้น แม้ความเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้จะมากมายเพียงใด ลูกหนี้ยังคงรับผิดเพียงที่กำหนดไว้ในข้อตกลงเท่านั้น เจ้าหนี้จะเรียกร้อง

เพิ่มเติมไม่ได้ แต่ถ้าความเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้มีน้อยว่าจำนวนที่ความตกลงจำกัดความรับผิดไว้ ลูกหนี้ยังคงรับผิดเพียงเท่าที่เจ้าหนี้เสียหายเท่านั้น[109] กล่าวโดยสรุปก็คือ ความตกลงจำกัดความรับผิดกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนอย่างสูงที่ลูกหนี้จะชำระหนี้ให้เจ้าหนี้

การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตกลงกับลูกความในการจำกัดความรับผิดในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายตามสัญญาว่าจ้างล่วงหน้าซึ่งอาจจะตกลงกันไว้ในขณะทำสัญญาว่าจ้างหรือตกลงกันโดยสัญญาเพิ่มเติมภายหลังที่ได้ทำสัญญาว่าจ้าง ข้อสัญญาดังกล่าวย่อมสามารถบังคับใช้ได้ระหว่างคู่สัญญา ข้อจำกัดความรับผิดตามที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตกลงกับลูกความไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 373 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ในกรณีที่ไม่ชำระหนี้โดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือเกิดจากกลฉ้อฉล

เพราะฉะนั้น สัญญาจำกัดความรับผิดนี้ โดยปกติย่อมตกลงกันได้เสมอตามหลักความศักดิ์สิทธิแห่งการแสดงเจตนา เพราะไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผลของความตกลงจำกัดความรับผิดของลูกหนี้ดังกล่าวจึงสมบูรณ์มีผลใช้บังคับได้[110] อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงจำกัดความรับผิดต้องไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นหลักในการควบคุมการทำนิติกรรมใด ๆ

ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดสามารถบังคับใช้และมีผลผูกพันได้ คู่สัญญาสามารถที่จะตกลงกันจำกัดความรับผิดในกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนได้ อย่างไรก็ตาม ความรับผิดที่จำกัดไว้ในกรณีดังกล่าวจะต้องมีจำนวนมากพอสมควรกับความผิดที่คาดว่าจะเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติชำระหนี้ กล่าวคือ หากความตกลงจำกัดความรับผิดกำหนดขีดความรับผิดน้อยเกินสมควร อาจถือได้ว่ากลายเป็นความตกลงยกเว้นความรับผิดก็ได้ และตามปกติ ความตกลงจำกัดความรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นกฎหมายไม่ห้ามอย่างเช่นความตกลงยกเว้นความรับผิด แต่หากความตกลงจำกัดความรับผิดกำหนดระดับน้อยเกินสมควร ศาลฝรั่งเศสเคยถือว่าความตกลงจำกัดความรับผิดนี้เป็นโมฆะได้[111] ตัวอย่างเช่น ถ้าคู่สัญญาตกลงกันว่าหากรถยนต์สูญหายไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่าง

---

[109] ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จรัลสนิทวงศ์, 2527), หน้า 498.

[110] เรื่องเดียวกัน.

[111] เรื่องเดียวกัน.

ร้ายแรงของผู้รับฝาก ให้ผู้รับฝากรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผู้ฝากเป็นเงินไม่เกิน 500 บาท อันเป็นการตกลงจำกัดความรับผิดของลูกหนี้ไว้เพื่อมิให้เจ้าหนี้เรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเกินไปกว่านั้น ย่อมจะเห็นได้ว่าขีดความรับผิดที่กำหนดไว้น้อยเกินสมควร ซึ่งแทบจะไม่แตกต่างอะไรเลยกับความตกลงยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ ดังนั้น ผลจึงควรจะเป็นเช่นเดียวกันคือ ความตกลงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 373[112]

ในการพิจารณาถึงระดับของความรับผิด ผู้เขียนเห็นว่าขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการวินิจฉัยระดับของความรับผิดนั้นมีความสมเหตุสมผลและน้อยเกินควรหรือไม่ โดยอาศัยหลักความสุจริตในการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 และการตีความสัญญาโดยคำนึงถึงความสุจริตและปกติประเพณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสามารถตกลงจำกัดความรับผิดทางสัญญาใด ๆ ต่อลูกความได้ แม้จะเป็นการจำกัดความรับผิดอันเนื่องมาจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ตาม แต่ทั้งนี้ ความรับผิดที่จำกัดไว้จะต้องไม่น้อยเกินควร

2) ข้อจำกัดความรับผิดในทางละเมิด ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทำความตกลงจำกัดความรับผิดทางละเมิดอันเนื่องมาจากการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายนี้ ข้อตกลงหรือสัญญาที่ทำขึ้นย่อมบังคับได้ ในทำนองเดียวกันกับข้อจำกัดความรับผิดในทางสัญญาซึ่งเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่จำกัดความรับผิดมิได้ปฏิเสธหรือหลีกเลี่ยงความรับผิดในทางละเมิด แต่เป็นการที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นยอมรับผิดหากมีความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดของตน เพียงแต่ตกลงสัญญากันไว้ถึงจำนวนค่าเสียหายที่จะชดใช้ให้กับฝ่ายที่ต้องเสียหาย

ดังนั้น ข้อตกลงจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในความรับผิดทางละเมิดที่มีต่อลูกความถือว่าเป็นข้อตกลงหรือสัญญาที่มีผลบังคับใช้ได้ ไม่ว่าจะเป็นความผิดที่เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงหรือสัญญาจำกัดความรับผิดต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของนิติกรรมทั่วไป กล่าวคือ ข้อตกลงหรือสัญญาดังกล่าวไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับจำนวนค่าเสียหายที่จำกัดไว้ล่วงหน้าจะต้องมีความสมเหตุสมผล คือ ไม่น้อยเกินควรอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ลูกความฝ่ายที่ต้องเสียหายในการทำละเมิดของ

---

[112]ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 411.

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่ายที่ต้องรับผิด และถือได้ว่าเป็นการยกเว้นความรับผิด มิฉะนั้น ข้อตกลงจำกัดความรับผิดจะตกเป็นโมฆะ

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสามารถทำข้อตกลงหรือสัญญายกเว้นความรับผิดทางสัญญาและทางละเมิดต่อลูกความได้เฉพาะความรับผิดอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อเท่านั้น การยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเป็นโมฆะ นอกจากนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสามารถทำข้อตกลงหรือสัญญาจำกัดความรับผิดทางสัญญาหรือทางละเมิดต่อลูกความได้ ไม่ว่าความผิดจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่ทั้งนี้ จำนวนค่าเสียหายที่จำกัดไว้ล่วงหน้าจะต้องไม่น้อยเกินควร อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสามารถจำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดในการให้บริการแก่ลูกความ ทั้งนี้ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับประชาชนผู้มีปัญหาข้อกฎหมายหรือต้องการแสวงหาสิทธิที่ตนพึงมีพึงได้ตามกฎหมาย หรือเรียกร้องความเป็นธรรมตามกฎหมาย ซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชน มิใช่เฉพาะแค่ทรัพย์สินเงินทอง แต่บางครั้งรวมทั้งชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพด้วย บุคคลที่มีส่วนช่วยเหลือให้ประชาชนเหล่านั้นได้รับความเป็นธรรมก็คือ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดต่อประชาชนผู้ขอรับบริการทางวิชาชีพแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจเพิกเฉย ละเลย ไม่ใช้ความระมัดระวังในการให้บริการทางวิชาชีพ จนกระทั่งประชาชนผู้ขอรับบริการอาจจะได้รับความเสียหายเพิ่มมากขึ้น หรือได้รับความไม่เป็นธรรมตามกฎหมาย ประเทศอังกฤษแม้จะยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของตนในคดีหรือเรื่องที่ไม่มีข้อพิพาทก็ตาม แต่ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ควบคุมการยกเว้นหรือการจำกัดความรับผิด เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ลูกความ อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษเองก็มิได้ยอมรับในการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพยายามทำสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดที่ตนมีต่อลูกความ[113] ดังความเห็นของ The Royal Commission on Legal Services ที่ว่า สิ่งที่เป็นเครื่องหมายของการพัฒนาทางวิชาชีพอย่างสมบูรณ์แบบก็คือ การไม่พยายามยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด[114] เพราะฉะนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรจะมีการควบคุมการยกเว้นหรือการจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งอาจจะออกเป็นข้อบังคับสภาทนายความ ห้าม

---

[113]Law Society, The Guide to Professional Conduct of Solicitors, p. 214.

[114]Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, pp. 217- 218.

มิให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใด ๆ ที่ตนมีต่อลูกความ ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงความสามารถและมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพัฒนาความรู้ ความสามารถของตนอยู่ตลอดเวลา นอกจากนี้ ควรมีการส่งเสริมให้มีการประกันภัยทางวิชาชีพกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการบรรเทาความเสียหายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเองและของลูกความผู้ได้รับความเสียหายจากการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย