

บทที่ 2

ลักษณะวิชาชีพกฎหมาย

ในการอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์ ไม่ว่าจะสังคมขนาดเล็กหรือขนาดใหญ่ จำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ ระเบียบ และข้อบังคับ ไว้เป็นแนวทางปฏิบัติของสังคม เป็นสิ่งที่ผูกมัดให้บุคคลทั้งหลายในสังคมอยู่ร่วมกันโดยปกติสุขที่เรียกว่า กฎหมาย จนมีคำกล่าวที่ว่า "มีสังคมมนุษย์ที่ไหน ก็มีกฎหมายที่นั่น" (Ubisocietas Ibijus) เมื่อกฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครองบ้านเมือง ความรู้ในเรื่องกฎหมายจึงจำเป็นต้องมีบุคคลที่รู้และสามารถใช้กฎหมายซึ่งอาจเรียกว่า นักกฎหมาย นักกฎหมายในที่นี้ หมายถึง ผู้ที่ใช้ความรู้ทางกฎหมายเป็นวิชาการประกอบการงานที่ตนปฏิบัติในสาขาต่าง ๆ เป็นคำรวมหมายความถึง ผู้ประกอบการงานทางกฎหมายทุกประเภท ไม่เฉพาะแต่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในฐานะของทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายหรือให้บริการทางวิชาชีพแก่ลูกค้า แต่รวมถึงผู้พิพากษา อัยการ อาจารย์สอนกฎหมาย นิติกรในหน่วยงานของรัฐ เป็นต้น

จึงเป็นที่เข้าใจว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย หมายถึง บุคคลประเภทหนึ่งซึ่งมีความรอบรู้ในด้านกฎหมาย คอยให้บริการแก่ประชาชน โดยรับเป็นที่ปรึกษา ให้คำแนะนำ ให้ความคิดเห็นแก่ผู้ที่มีความสงสัย หรือมีข้อขัดข้องเกี่ยวกับกฎหมาย รวมทั้งหากผู้ใดประสงค์จะใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองความยุติธรรมตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา¹

งานในหน้าที่ของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็น งานในฐานะวิชาชีพอิสระ และงานที่ต้องผูกพันตามกฎหมาย สำหรับงานในวิชาชีพอิสระนั้นได้แก่ การให้คำปรึกษาอรรถคดี การเตรียมคดี การเรียงคำคู่ความ คำแถลงการณ์ และการว่าความ นอกจากนี้ ยังมีงานอาชีพทั่วไป ซึ่งอาจเป็นที่ปรึกษากฎหมายประจำ การจัดการทรัพย์สิน การ

¹ชาญ แก้วชูใส, "มรรยาททนายความ," วารสารสภาทนายความ 2 (กุมภาพันธ์ 2533): 42-53.

จดทะเบียนต่าง ๆ การจัดธุรกิจ ให้คำปรึกษาทางภาษีอากร การทำสัญญาและนิติกรรม เหล่านี้ เป็นต้น²

ส่วนงานที่ต้องผูกพันตามกฎหมาย ได้แก่ การเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความให้จำเลยในคดีอาญาโดยศาลตั้งหรือขอแรง การเป็นที่ปรึกษากฎหมายของเด็กและเยาวชนในศาลคดีเด็กและเยาวชนซึ่งศาลแต่งตั้งให้ไม่ว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นจะประสงค์หรือไม่

เมื่อกล่าวถึงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย คนทั่วไปมักจะนึกถึงคำว่า "ทนายความ" ซึ่งทนายความก็คือ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย แต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิใช่จะมีเฉพาะทนายความเท่านั้น ยังรวมถึงที่ปรึกษากฎหมายและผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายอื่นที่มีได้ทำงานในส่วนที่เป็นเอกสิทธิเฉพาะของทนายความ กล่าวคือ ทนายความนั้นเป็นผู้ที่ได้รับการจดทะเบียน และได้รับใบอนุญาตให้ว่าความจากสภาทนายความ จึงเป็นผู้มีเอกสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการว่าความ แต่ทั้งนี้ เว้นแต่บุคคลบางประเภทที่กฎหมายกำหนด ให้มีสิทธิเช่นเดียวกับทนายความ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 รับรองงานของทนายความเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการว่าคดีในศาล แต่มิได้รองรับงานให้คำปรึกษา หรือการบริการทางวิชาชีพอื่น ๆ อย่างชัดเจน ทั้งที่ในทางปฏิบัติทนายความก็ทำงานดังกล่าวด้วย ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่ผู้ประสงค์จะให้บริการวิชาชีพกฎหมายเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการว่าความ เช่น การให้คำปรึกษาหรือการบริการวิชาชีพกฎหมายอื่น ๆ ก็มีจำเป็นต้องจดทะเบียน หรือรับใบอนุญาตให้ว่าความแต่อย่างไร ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจเรียกว่าที่ปรึกษากฎหมายหรือหมอความ ซึ่งเป็นคำเก่า ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1373/2493 ให้ความหมายของหมอความว่า หมายถึงบุคคลผู้ถืออาชีพหรือแสดงออกว่าเป็นผู้มีความรู้เพื่อรับจ้างในการใช้วิชากฎหมายโดยทั่ว ๆ ไป ที่ปรึกษากฎหมายจึงเป็นหมอความ ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงหมายความว่า ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีวิชาชีพในการให้บริการทางกฎหมายแก่ลูกความ แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงอัยการ ผู้พิพากษา ซึ่งเป็นวิชาชีพที่มีกฎหมายควบคุมโดยเฉพาะแล้ว

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 42-53.

2.1 วิชาชีพกฎหมายเป็นวิชาชีพ

วิชาชีพกฎหมาย มีลักษณะของความเป็นวิชาชีพ (Profession) ซึ่งเป็นอาชีพที่ต้องอาศัยความชำนาญในทางสติปัญญาล้วน ๆ และความชำนาญในทางฝีมือที่อยู่ภายใต้การควบคุมความชำนาญ ในการใช้สติปัญญาของผู้ประกอบการ (Intellectual skill of the operator) ลักษณะงานของผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไปจะมีลักษณะเป็นการให้บริการมากกว่าการผลิตสินค้า ผู้บริโภคหรือผู้ขอรับบริการมีทัศนคติต่อการบริการของผู้ประกอบวิชาชีพในแขนงต่าง ๆ ว่าเป็นสิ่งที่มีคุณค่า และไม่สามารถที่จะให้บริการดังกล่าวได้ด้วยตนเอง จึงจำเป็นต้องหาผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และผ่านการอบรมฝึกฝนเป็นอย่างดี เพื่อให้บริการในทางวิชาชีพนั้น

วิชาชีพ มาจากคำว่า Profession มาจากคำกริยา "to profess" จากคำลาติน pro + fateri แปลว่า ยอมรับหรือรับว่าเป็นของตน หรือการปฏิญาณตนเป็นอาชีพที่มีลักษณะเป็นผู้มีความรู้ขั้นสูงที่จะต้องผ่านการศึกษอบรมเป็นเวลาหลายปี และเป็นอาชีพที่เป็นหมู่คณะที่มีขนบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของหมู่คณะโดยเฉพาะ และหมู่คณะวิชาชีพนั้น ๆ จะคอยสอดส่องดูแลรักษาของเอาเองให้อยู่ในกรอบของขนบธรรมเนียมของวิชาชีพนั้น ๆ³ นอกจากนี้วิชาชีพยังหมายถึง อาชีพซึ่งต้องมีการฝึกอบรมขั้นสูงในศิลปศาสตร์ (Liberal art) หรือวิทยาศาสตร์ ซึ่งปกติเป็นงานในทางความคิด (Mental) มากกว่ากำลังกาย (Manual) เช่น การสอนวิศวกรรม การเขียนบทความ โดยเฉพาะแพทย์ กฎหมาย การศาสนา ซึ่งเคยเรียกว่า วิชาชีพของผู้รู้ (The learned professions) หรือของผู้คงแก่เรียน ซึ่งหมายความว่า เป็นการหาเลี้ยงชีวิตด้วยการใช้ความรู้ที่ต้องศึกษอบรมทางความคิดเป็นพิเศษ⁴

³ปรีดี เกษมทรัพย์, "หลักวิชานักกฎหมายยุโรป," ใน รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพกฎหมาย โดยแสง บุญเฉลิมวิภาส, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 11.

⁴จิตติ ดิงศภักย์, หลักวิชานักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 15-16.

โดยปกติ อาชีพที่ถือว่าเป็นวิชาชีพได้นั้น จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของอาชีพนั้นว่าเข้าองค์ประกอบหรือลักษณะของวิชาชีพหรือไม่ ซึ่งแนวทางในการวิเคราะห์ว่าอาชีพใดมีลักษณะวิชาชีพ มีผู้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้พิจารณาในหลาย ๆ แนวทางด้วยกัน ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปว่า

อาชีพที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นวิชาชีพ มีลักษณะ 5 ประการ คือ

2.1.1 ลักษณะของงาน จะต้องปรากฏลักษณะดังนี้

ก. งานที่กระทำจะต้องใช้ความชำนาญ และความเชี่ยวชาญพิเศษ

ข. ส่วนประกอบของงานที่ทำ จะต้องเป็นการใช้สติปัญญามากกว่าจะใช้ฝีมือ

ค. จำเป็นต้องมีระยะเวลาที่ใช้อบรม ทั้งในด้านทฤษฎีและปฏิบัติก่อนที่จะปฏิบัติงานได้อย่างเพียงพอ อันก่อให้เกิดทักษะหรือความสามารถพิเศษ หรือคุณสมบัติพิเศษ ซึ่งแยกต่างหากจากการฝึกฝนและประสบการณ์⁵ ทั้งนี้ เพราะงานของผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องมีการศึกษาโดยเฉพาะในวิชานั้น ๆ ไม่ใช่งานที่บุคคลทั่วไปทำได้ จึงต้องมีการอบรมอย่างสมบูรณ์แบบในทางวิทยาการชั่วระยะเวลาหนึ่ง เป็นการศึกษาอบรมทางความคิด⁶

2.1.2 ลักษณะของศีลธรรมจรรยาบรรณ (Moral aspect) ผู้ประกอบวิชาชีพโดยปกติจะได้รับการมอบหมายหรือคาดหวังว่า จะต้องกระทำการตามที่ได้รับมอบหมายด้วยหลักของศีลธรรมหรือจรรยาบรรณในวิชาชีพนั้น อันเป็นหน้าที่ทั่ว ๆ ไปของความซื่อสัตย์ ผู้ประกอบวิชาชีพจะได้รับการคาดหวังว่าจะเสนอการบริการทางวิชาชีพที่มีมาตรฐานสูง รวมถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของการรักษาความลับ และหน้าที่ที่มีต่อสังคม ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่เหนือกว่าหน้าที่ โดยเฉพาะต่อผู้ขอรับบริการทางวิชาชีพ ไม่ว่าจะป็นในฐานะลูกความของผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมาย หรือในฐานะผู้ป่วยของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ฯลฯ ตัวอย่างเช่น หน้าที่ของแพทย์ในอันที่จะป้องกันการแพร่ขยายของโรคติดต่อ ซึ่งอาจจะเป็นการเกินเลยหน้าที่ของตน

⁵Rupert M. Jackson and John L.Powell, Professional Negligence (London: Sweet & Maxwell, 1987), p. 1.

⁶จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, หน้า 18.

ที่มีต่อผู้ป่วยเฉพาะราย หรือกรณีหน้าที่ของสถาปนิก ซึ่งต้องมีความรับผิดชอบสำหรับความปลอดภัยต่อสาธารณชน ซึ่งเป็นหน้าที่ที่นอกเหนือหน้าที่ของเขามีสื่อผู้รับบริการ เป็นต้น

2.1.3 ลักษณะเป็นองค์กรที่รวมตัวกันเป็นหมู่คณะ (Collective Organization) โดยปกติแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องสังกัดหรือเข้าร่วมองค์กรของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งเป็นผู้ออกกฎข้อบังคับในการรับเข้าเป็นสมาชิก และแสวงหาทางที่จะส่งเสริมมาตรฐานทั้งหลายของการประกอบวิชาชีพ โดยปกติ องค์กรของผู้ประกอบวิชาชีพจะกำหนดการสอบเพื่อทดสอบความสามารถ และกำหนดข้อบังคับทางวิชาชีพในเรื่องความประพฤติและจริยธรรม องค์กรดังกล่าวอาจเป็นองค์กรอิสระในการควบคุมดูแลตนเอง หรืออาจถูกควบคุมโดยรัฐก็ได้ เช่น ในประเทศเครือจักรภพ ผู้ประกอบวิชาชีพจะมีการควบคุมกันเองและเป็นอิสระ แต่ในประเทศภาคพื้นยุโรปมักจะถูกควบคุมโดยรัฐ⁷ วิชาชีพเป็นอาชีพที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษ สภาพอาชีพจึงเป็นการผูกขาด ถ้าไม่มีการควบคุมย่อมไปสู่การหาประโยชน์เกินขอบเขตเป็นธรรมดา การควบคุมนี้ทำได้โดยให้มืองค์กรที่ได้รับมอบให้มีหน้าที่ในการนี้ องค์กรนี้ทำหน้าที่ทั้งในทางควบคุมและให้ทางคุ้มครองส่งเสริมวิชาชีพนั้น ๆ แต่หน้าที่ในทางควบคุมนั้นสำคัญกว่าการคุ้มครองส่งเสริมรักษาประโยชน์ของวิชาชีพ

2.1.4 สถานะภาพ ผู้ประกอบวิชาชีพส่วนมากจะมีสถานะภาพสูงในสังคม สังคมจะยกย่องและให้ความสำคัญแก่ผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งการที่ผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้ได้รับการยกย่องในสังคมอาจเนื่องมาจากความเชื่อถือและความไว้วางใจในวิชาชีพว่าเป็นสิ่งที่อาศัยซึ่งความรู้ความสามารถ และมีส่วนช่วยเหลือสังคม ซึ่งบุคคลทั่ว ๆ ไปมีอาจมีคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพหรือมีความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพนั้นได้ อีกทั้งจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพในสังคมมีจำนวนไม่มาก ดังจะเห็นได้จากวัฒนธรรมยุโรปยกย่องนักกฎหมาย วิชาชีพของนักกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นวิชาและวิชาชีพที่รุ่งเรือง มีเกียรติ เป็นวิชาชีพชั้นสูงที่ให้คุณประโยชน์ให้แก่สังคมได้⁸ และอาจมีเอกสิทธิ์พิเศษซึ่งได้รับโดยรัฐ เช่น สิทธิในการใช้ชื่อแสดงถึงตำแหน่งของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ

2.1.5 การรับรองของกฎหมายต่อสถานะของวิชาชีพ (Legalistic approach) หมายความว่า พิจารณาดูว่ามีกฎหมายรับรองสถานะให้เป็นวิชาชีพหรือไม่ หากมีกฎหมายรับรองการปฏิบัติงานของอาชีพใด ก็เรียกได้ว่าเป็นวิชาชีพ เช่น แพทย์จะรักษาคนไข้ได้ต้องมี

⁷ Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 2.

⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, "หลักวิชาชีพนักกฎหมายยุโรป," หน้า 13.



ใบประกอบโรคศิลปะ ผู้ตรวจบัญชีจะต้องเป็นผู้สอบบัญชีอนุญาตจึงจะตรวจสอบและรับรองงบการเงินของกิจการต่าง ๆ ได้ เป็นต้น การรับรองว่าอาชีพใดเป็นวิชาชีพตามหลักสากลมีเกณฑ์การพิจารณา 3 ประการ คือ

- (1) มีการจดทะเบียน (Registration)
- (2) มีการให้ประกาศนียบัตร (Certification)
- (3) การมีใบอนุญาต (Licensing)⁹

ดังนั้น จากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอาชีพใดมีลักษณะเป็นวิชาชีพข้างต้น จะเห็นได้ว่าวิชาชีพกฎหมายเป็นวิชาชีพ กล่าวคือ ผู้ประกอบวิชาชีพจำเป็นต้องได้รับการศึกษาอบรมความรู้เฉพาะด้านกฎหมาย บุคคลซึ่งไม่ได้รับการศึกษาอบรมความรู้ดังกล่าวย่อมไม่สามารถประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ และมีการจัดตั้งองค์กรทางวิชาชีพกฎหมายขึ้นเพื่อพัฒนาวิชาชีพกฎหมาย รวมทั้งให้การศึกษาอบรมและการกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมวิชาชีพกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ความประพฤติ วินัย มรรยาท หรือจรรยาบรรณของสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในองค์กรนั้น สภานายความซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เป็นองค์กรทางวิชาชีพกฎหมายในลักษณะดังกล่าวข้างต้น นอกจากนี้ บุคคลที่จะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 จะต้องมีสถานะตามที่กฎหมายดังกล่าวรับรอง คือ การขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ว่าความ

2.2 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

ผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศไทยสามารถประกอบวิชาชีพในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศาล และส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาลได้ งานที่เกี่ยวข้องกับศาล ได้แก่ การว่าความอรรถคดีในศาล การแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาล เป็นต้น งานที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาล ได้แก่ การให้คำแนะนำปรึกษา กฎหมายต่าง ๆ การร่างสัญญาและนิติกรรมต่าง ๆ การวางแผนภาษีอากร การดำเนินการใด ๆ

⁹วิสาร พันธนะ และมาลี สุระเชษฐ์, "สถานภาพและการประกอบวิชาชีพกฎหมาย," ใน เอกสารการสอนชุดวิชา ประสบการณ์วิชาชีพกฎหมาย หน่วยที่ 1 - 7 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2532), หน้า 5.

เกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัท ห้างหุ้นส่วนจำกัด ฯลฯ ทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ที่ดิน และงานใด ๆ ที่ต้องใช้ความรู้ ความสามารถทางกฎหมาย เป็นต้น

กฎหมายควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติ ทัศนายนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งใช้บังคับเฉพาะผู้ที่สภานายความได้รับจดทะเบียนและออกไป อนุญาตว่าความให้ และเรียกผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติว่า "ทัศนายนายความ"

งานที่เป็นเอกสิทธิเฉพาะทัศนายนายความซึ่งสภานายความได้จดทะเบียนและออกไป อนุญาตให้เป็นทัศนายนายความได้แก่ งานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 ซึ่งบัญญัติว่า

"มาตรา 33 ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการ เป็นทัศนายนายความ หรือต้องห้ามทำการเป็นทัศนายนายความว่าความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีใน ศาลให้แก่บุคคลอื่น ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้กระทำในฐานะเป็นข้าราชการผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ องค์การของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ ผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือมีอำนาจหน้าที่กระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความหรือกฎหมาย อื่น"

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของทัศนายนายความ ลักษณะของงานทัศนายนายความตามมาตรา 33 และบทกำหนดโทษตามมาตรา 82 ซึ่งบัญญัติให้ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 33 ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ทำให้เข้าใจว่าทัศนายนายความ คือ ผู้ที่ ได้จดทะเบียนและได้รับอนุญาตให้ว่าความซึ่งเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับศาลดังที่กำหนดไว้ใน มาตรา 33 ทัศนายนายความจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติทัศนายนายความ พ.ศ. 2528 รวมทั้งข้อบังคับสภานายความว่าด้วยมรรยาททัศนายนายความ พ.ศ. 2529 และข้อบังคับอื่นซึ่ง ออกตามพระราชบัญญัติดังกล่าว หากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายให้บริการทางวิชาชีพที่ไม่ เกี่ยวข้องกับศาลแล้ว ย่อมไม่ถือว่าเป็นทัศนายนายความอันต้องจดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้ ว่าความตามพระราชบัญญัติทัศนายนายความ พ.ศ. 2528 และไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติรวมถึงข้อบังคับใด ๆ ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย ทั้งที่ในทาง ปฏิบัติคงจะปฏิเสธมิได้ว่าทัศนายนายความมิได้ประกอบวิชาชีพเฉพาะงานที่เกี่ยวข้องกับศาลเท่านั้น แต่ รวมถึงงานที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาล เช่น การให้คำปรึกษาเกี่ยวกับกฎหมาย เป็นต้น งานดังกล่าว ถือเป็นงานที่สำคัญของผู้ประกอบ วิชาชีพกฎหมายทีเดียว การที่พระราชบัญญัติทัศนายนายความ พ.ศ. 2528 กำหนดคำนิยามของทัศนายนายความและงานของทัศนายนายความไว้โดยไม่รวมถึงงานให้ คำปรึกษาและงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการบริการทางวิชาชีพกฎหมายนั้น เป็นการกำหนดคำนิยาม ที่แคบเกินไป และเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/34 (16) ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 193/34 (16) ทนายความ หรือผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย รวมทั้งพยาน ผู้เชี่ยวชาญเรียกเอาค่าการทำงานที่ทำให้ รวมทั้งเงินที่ได้ออกทดลองไปหรือคู่ความเรียกเอาคืนซึ่งเงินเช่นว่านั้นที่ตนได้จ่ายล่วงหน้าไป

มาตรา 193/34 (16) ได้แก้ไขคำว่า หมอความ เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นวิชาชีพหนึ่ง ทนายความก็เป็นอีกวิชาชีพหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายควรรวมถึงทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งได้รับการจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ว่าความ และผู้ที่มีได้เป็นหรือเป็นทนายความตามพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2528 แต่เป็นผู้ให้บริการทางกฎหมายนอกเหนือจากงานที่เกี่ยวกับศาล ดังที่ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ กล่าวว่า

ประเภทการงานของนักกฎหมายโดยตรงเกี่ยวกับวงการของศาลยุติธรรมอันเป็นศาลที่พิพากษาคดีเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ได้แก่ ทนายความ เป็นวิชาชีพเอกชนโดยอิสระ หรือ หมอความ (ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย) ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 165 (15) (มาตรา 193/34 (16)) จะเป็นงานในศาลหรือก่อนคดีถึงศาลก็เป็นงานของทนายความเช่นเดียวกับแบบทนายความอเมริกัน ไม่แยกเป็น Barrister กับ Solicitor* ซึ่งเป็นแบบเฉพาะของอังกฤษ . . .¹⁰

*Solicitor จะทำหน้าที่ให้คำปรึกษาข้อกฎหมาย จัดทำนิติกรรมสัญญา ร่าง พินัยกรรม ดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ และมีสิทธิว่าความในคดีบางประเภท เช่น ในคดีอาญาที่พิจารณาโดยรวบรัด (Summary Criminal Case หรือ Summary Trial) ในศาล Magistrates Court ซึ่งเป็นคดีเล็ก ๆ น้อย ๆ ที่พิจารณาโดย Lay Justice of The Peace หรือ Stipendiary Magistrates ส่วนในคดีแพ่ง Solicitor มีสิทธิว่าความใน County court ซึ่งเป็นศาลท้องถิ่นที่โดยทั่วไปมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีทุนทรัพย์ หรือจำนวนเงินที่เรียกร้อง 5,000 ปอนด์ (ในปัจจุบัน Solicitor สามารถว่าความในศาลสูง (High court) ได้) Barrister เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีความชำนาญเฉพาะด้านว่าความ มีเอกสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการว่าต่าง และแก้คดีแทนคู่ความในศาลสูงและมีสิทธิว่าความในศาลอื่น ๆ ทั้งหมด; กนก อินทรมพรรย์, "ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพด้านว่าความในอังกฤษ," หน้า 15-47.

¹⁰จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาชีพกฎหมาย, หน้า 12.

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย หากได้จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตว่าความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 แล้ว ย่อมมีเอกสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับคดีความในศาลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 และมีสิทธิในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายแก่ลูกความของตนในเรื่องอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการใด ๆ ในศาลแฉกเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ได้จดทะเบียนและได้รับอนุญาตให้ว่าความ แต่มีความรู้ทางกฎหมายในการประกอบวิชาชีพได้

2.2.1 คุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความไว้ในมาตรา 35 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 35 ผู้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

- (1) มีสัญชาติไทย
- (2) อายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ในวันยื่นคำขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาต
- (3) สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี หรืออนุปริญญาทางนิติศาสตร์ หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรืออนุปริญญาจากสถาบันการศึกษา ซึ่งสภาทนายความเห็นว่า สถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐานการศึกษาที่ผู้ได้รับปริญญาตรี หรืออนุปริญญา หรือประกาศนียบัตร ควรเป็นทนายความได้ และเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา
- (4) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี และไม่เป็นผู้ได้กระทำการใดซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต
- (5) ไม่อยู่ในระหว่างต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก
- (6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ . . .”

คุณสมบัติของผู้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความมีข้อพิจารณาในประเด็นที่สำคัญดังนี้

ก. การศึกษากฎหมาย ผู้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตจะต้องสำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีหรืออนุปริญญาทางนิติศาสตร์ หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งสภาทนายความเห็นว่าสถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐาน การศึกษากฎหมายส่วนใหญ่จะเป็นการศึกษาในระดับปริญญาตรีของมหาวิทยาลัยของรัฐและเอกชน อาทิเช่น คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นต้น หลักสูตรการศึกษาใช้ระยะเวลาประมาณ 4 ปี ผู้สำเร็จการศึกษาจะได้รับปริญญานิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.)

ในประเทศอังกฤษ ผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะ Barrister หรือ Solicitor จะต้องมีคุณสมบัติเบื้องต้น คือ ความรู้ทางด้านกฎหมายจากมหาวิทยาลัย หรือ สถาบันการศึกษากฎหมาย ปริญญาทางกฎหมายในประเทศอังกฤษเรียกว่า LL.B (Legum Baccalaureus) ยกเว้นมหาวิทยาลัย Oxford และ Cambridge เรียกว่า B.A. (Law) หลักสูตรปริญญาทางกฎหมายในมหาวิทยาลัยอังกฤษใช้ระยะเวลา 3 ปี¹¹

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องสำเร็จกฎหมายจาก โรงเรียนสอนกฎหมาย (Law school) อันเป็นพื้นฐานเบื้องต้นเสียก่อน ซึ่งโดยปกติหลักสูตร การศึกษาจะใช้เวลาประมาณ 3 ปี ก่อนที่จะเข้าศึกษาวิชากฎหมาย นักศึกษาต้องสำเร็จการ ศึกษาชั้นปริญญาตรีสาขาใดสาขาหนึ่งมาแล้ว ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษของการศึกษากฎหมายใน สหรัฐอเมริกา ปริญญาทางกฎหมายเดิมเรียกว่า LL.B. แต่ปัจจุบันนี้ เปลี่ยนเป็น Juris Doctor¹²

ข. การฝึกอบรมจากสภาทนายความ เนื่องจากตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กำหนดให้คณะกรรมการสภาทนายความจะรับจดทะเบียนและออกใบอนุญาต ทนายความให้ก็ต่อเมื่อผู้ยื่นคำขอได้ผ่านการฝึกอบรมมรรยาททนายความหลักปฏิบัติเบื้องต้น ในการว่าความ และการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นคำขอจะได้ผ่านการ ฝึกหัดงานในสำนักทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี (พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 38) นอกจากนี้ ตามข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ. 2529 กำหนดว่า ในกรณีที่ผู้ได้เคยปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาลมาแล้ว ไม่น้อยกว่า 2 ปี อาจขอให้คณะกรรมการพิจารณาสั่งยกเว้นให้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต เป็นทนายความได้โดยไม่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมจากสภาทนายความ ซึ่งรวมถึงผู้ที่เคยเป็น ทนายความ ผู้พิพากษา ตุลาการศาลทหาร พนักงานอัยการ อัยการทหาร หรือทนายความตาม กฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารมาก่อน สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความซึ่ง ได้รับการจัดตั้งโดยคณะกรรมการสภาทนายความจะเป็นผู้กำหนดวิธีและจัดให้มีการฝึกอบรม ดังกล่าว ซึ่งจะจัดให้มีการฝึกอบรมวิชาว่าความเป็นประจำทุกปี ปีละไม่น้อยกว่า 1 ครั้ง¹³ หลักสูตรการฝึกอบรมวิชาว่าความแบ่งเป็น 2 ภาค ดังนี้¹⁴

¹¹ Charles S. Rhyne, Law and Judicial System of Nation, 3rd ed. (New York: The World Peace Through Law Center, 1978), p. 794.

¹² วิษณุ เครืองาม, "ระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน," ใน ระบบกฎหมายไทยและ ต่างประเทศ หน้าที่ 1-7, พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี: ฝ่ายการพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัย ธรรมาธิราช, 2535), หน้า 316.

¹³ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ. 2529 ข้อ 12.

¹⁴ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ. 2529 ข้อ 13.

(1) ภาคทฤษฎี มีระยะเวลาให้ฝึกอบรมไม่น้อยกว่า 90 ชั่วโมง

(2) ภาคปฏิบัติ มีระยะเวลาฝึกอบรมเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน การฝึกอบรมภาคปฏิบัติอาจกระทำได้โดยให้ผู้เข้ารับการฝึกอบรมฝึกหัดงานที่สำนักฝึกอบรมหรือที่สำนักทนายความก็ได้ แต่ระยะเวลาฝึกหัดงานแห่งใดแห่งหนึ่งหรือทั้งสองแห่งรวมกันแล้วต้องไม่น้อยกว่าระยะเวลาที่กำหนด

เมื่อเสร็จสิ้นการฝึกอบรมภาคทฤษฎีแล้ว จะทำการทดสอบความรู้ในภาคทฤษฎี และเมื่อเสร็จสิ้นการฝึกอบรมภาคปฏิบัติแล้ว จะทำการทดสอบความรู้ในภาคปฏิบัติเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติต่าง ๆ ตามกฎหมายในหน้าที่ของทนายความ

ค. การเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา การเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาถือว่าเป็นคุณสมบัติอย่างหนึ่งของผู้ที่ขอยื่นขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ

ตามพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2507 สมาชิกเนติบัณฑิตยสภา มี 5 ประเภท คือ

(1) สามัญสมาชิก ซึ่งในปัจจุบันผู้มีสิทธิขอสมัครเป็นสามัญสมาชิก ได้แก่ ผู้สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา

(2) สมาชิกวิสามัญ ผู้ขอสมัครจะต้องเป็นผู้ที่สอบความรู้ทางนิติศาสตร์ได้ปริญญาตรีจากมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง หรือมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หรือจากมหาวิทยาลัยอื่นในประเทศไทย ซึ่งเนติบัณฑิตยสภาเห็นว่ามีความรู้มาตรฐานการศึกษาเทียบได้กับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

(3) สมาชิกสมทบ ต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติและความสามารถ อาจได้รับอนุญาตเป็นทนายความชั้นสอง ซึ่งปัจจุบันตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มิได้แบ่งประเภททนายความออกเป็นทนายความชั้นหนึ่งและทนายความชั้นสอง ดังนั้น การขอสมัครเป็นสมาชิกสมทบจึงเป็นไปได้ เนติบัณฑิตยสภาจึงแก้ไขข้อบังคับใหม่ว่า "ผู้สมัครเป็นสมาชิกสมทบต้องเป็นผู้ผ่านการฝึกอบรมวิชาว่าความหรือผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความตามข้อบังคับสภาทนายความ ซึ่งมีมาตรฐานให้ผู้ผ่านการอบรมหรือฝึกหัดมีความสามารถเป็นทนายความได้"¹⁵

¹⁵ สุรัชย์ สุวรรณปรีชา, การว่าความ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2533), หน้า 26.

(4) ภาคีสมาชิก ได้แก่ นักศึกษาในสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาซึ่งมิได้เป็นวิสามัญสมาชิก

(5) สมาชิกกิตติมศักดิ์ ได้แก่ ผู้ทรงเกียรติคุณและมีความรอบรู้นิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ ซึ่งกรรมการเนติบัณฑิตยสภายกย่องและเชิญให้เป็นสมาชิก ซึ่งปัจจุบันมีเพียง 4 พระองค์เท่านั้น คือ

- ก. พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว
- ข. พระบาทสมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถ
- ค. สมเด็จพระบรมโอรสาธิราชฯ สยามมกุฎราชกุมาร
- ง. สมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี

ผู้ที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความแล้ว ถือเป็นสมาชิกสภาทนายความด้วย ใบอนุญาตเป็นทนายความมี 2 ประเภท คือ ใบอนุญาตให้เป็นทนายความ 2 ปี และใบอนุญาตให้เป็นทนายความตลอดชีพ ซึ่งแล้วแต่ความประสงค์ของผู้ขออนุญาต

2.2.2 องค์การควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย ในกรณีที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 องค์การที่เกี่ยวข้อง และควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมาย แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) สภาทนายความ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้จัดตั้งสภาทนายความขึ้น ประกอบด้วยคณะกรรมการสภาทนายความ และสมาชิกสภาทนายความ¹⁶ ซึ่งเป็นทนายความตามพระราชบัญญัติดังกล่าว สภาทนายความมีฐานะเป็นนิติบุคคล

สภาทนายความมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้¹⁷

- (1) ส่งเสริมการศึกษาและการประกอบวิชาชีพทนายความ
- (2) ควบคุมมรรยาททนายความ
- (3) ส่งเสริมความสามัคคีและผดุงเกียรติของสมาชิกทนายความ

¹⁶พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 6.

¹⁷พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 7.

(4) ส่งเสริมและจัดสวัสดิการให้แก่สมาชิกสภาทนายความ

(5) ส่งเสริม ช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษแก่ประชาชนในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย

อำนาจหน้าที่ของสภาทนายความมีดังต่อไปนี้¹⁸

ก. จัดทะเบียนและออกใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

ข. ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสภาทนายความและตามอำนาจหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

คณะกรรมการสภาทนายความเป็นผู้แทนของสภาทนายความในการบริหารกิจการของสภาทนายความตามวัตถุประสงค์ที่กล่าวมาข้างต้น รวมทั้งออกข้อบังคับสภาทนายความเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ เช่น ข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ ข้อบังคับการเป็นสมาชิกและการขาดจากการเป็นสมาชิกสภาทนายความ¹⁹ เป็นต้น ข้อบังคับนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความซึ่งก็คือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม²⁰ และได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

ทนายความต้องประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ โดยสภาทนายความจะเป็นผู้ตราข้อบังคับดังกล่าวขึ้น หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ²¹ โดยคณะกรรมการมรรยาททนายความจะเป็นผู้พิจารณาคติมรรยาททนายความ

2) เนติบัณฑิตยสภา เนื่องจากผู้ที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายในส่วนเกี่ยวกับการว่าความหรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลได้นั้น จะต้องเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาด้วย ไม่ว่าจะ เป็นสมาชิกประเภทใดก็ตามดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เนติบัณฑิตยสภาเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ตามมาตรา 5 บัญญัติให้เนติบัณฑิตยสภามีหน้าที่ควบคุมมรรยาททนายความตามกฎหมาย ทนายความ แต่ในปัจจุบัน สภาทนายความจะเป็นผู้ควบคุมดูแลมรรยาท รวมถึงการดำเนินคดี

¹⁸ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 8.

¹⁹ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 27.

²⁰ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 10.

²¹ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 51.

มรรยาททนายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ก็ตาม ทั้งนี้เพราะ ตาม มาตรา 3 บัญญัติให้บรรดาบทกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับอื่นในส่วนที่บัญญัติไว้ในแล้วใน พระราชบัญญัตินี้หรือซึ่งขัดแย้งกับบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้แทน ประกอบกับบทเฉพาะกาลตามมาตรา 85 กำหนดให้เนติบัณฑิตยสภาส่งมอบทะเบียนและ บรรดาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความ การควบคุมมรรยาท ทนายความ ให้แก่สภาทนายความ เว้นแต่สำนวนคดีมรรยาททนายความที่ยังค้างพิจารณาอยู่ อย่างไรก็ตาม ทนายความยังต้องตกอยู่ภายใต้การสอดส่องดูแลของเนติบัณฑิตยสภาอีกด้วย²² ในฐานะที่ทนายความเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา เช่น ถ้าปรากฏต่อนายทะเบียนว่าศาลมี คำสั่งแสดงว่าสมาชิกเป็นผู้ไร้ความสามารถหรือคนสาบสูญ หรือทำความผิดอาญาต้องโทษ จำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ความผิดลหุโทษหรือกระทำโดยประมาท หรือ ประพฤติตนในทางที่อาจนำความเสื่อมเสียมาสู่เนติบัณฑิตยสภา คณะกรรมการเนติบัณฑิตย สภาอาจพิจารณาลบชื่อออกจากทะเบียนหรือภาคทัณฑ์ เป็นต้น

ดังนั้น ในปัจจุบัน องค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพ กฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ก็คือสภาทนายความ ซึ่งต่างจากประเทศ อื่น ๆ ที่องค์กรควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมักตกอยู่ภายใต้อำนาจของเนติบัณฑิตยสภา เช่น ในประเทศฝรั่งเศสจะมีการจัดตั้งเนติบัณฑิตยสภาส่วนท้องถิ่นขึ้นในแต่ละเขตอำนาจศาล หรือที่เรียกว่า Local Barreau จะอยู่ภายใต้การดูแลของสภาบริหารเนติบัณฑิตยสภา หรือที่ เรียกว่า Conseil de l'Order des Avocats (Executive Council)²³ ในการดำเนินงานมี Batonnier เป็นหัวหน้าเนติบัณฑิตยสภา ซึ่งมีหน้าที่ในการดูแล Avocats ที่เป็นสมาชิกของตน กระทำการตามหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพอย่างสมบูรณ์ และรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของ Avocats นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ในการออกข้อบังคับกฎเกณฑ์ ต่าง ๆ มีอำนาจในการควบคุม ระเบียบวินัยของ Avocates และพิจารณาหรือระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับจริยธรรมของ Avocates ในประเทศเยอรมัน ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องจดทะเบียนต่อเนติบัณฑิตยสภา (Rechtsanwaltskammer) ซึ่งตั้งขึ้นในทุก ๆ เขตศาลอุทธรณ์ ทุก ๆ Rechtsanwaltskammer จะมีอำนาจอยู่ในขอบเขตที่กำหนดโดยกฎหมาย Federal Statute on Attorneys (Bundesrechtsanwaltsordnung) และ Rechtsanwaltskammer จะอยู่ภายใต้การควบคุมของ เนติบัณฑิตยสภาแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesrechtsanwaltskammer) Rechtsanwaltskammer มี

²² สุรัชย์ สุวรรณปรีชา, การว่าความ, หน้า 27.

²³ Charles S. Rhyne, Law and Judicial System of Nation, p. 241.

หน้าที่ให้คำแนะนำปรึกษาแก่สมาชิกในเรื่องจริยธรรม และจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ใกล้เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างสมาชิกและระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความ ในประเทศญี่ปุ่น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประสงค์จะประกอบวิชาชีพกฎหมายในท้องถิ่นใด ต้องจดทะเบียนกับเนติบัณฑิตยสภาส่วนท้องถิ่น (Local bars) ซึ่งจัดตั้งโดยเนติบัณฑิตยสภาแห่งชาติญี่ปุ่น (The Japan Federation of Bar Associations (Nihon No Horitsulimusho)) ในท้องถิ่นนั้น ๆ เนติบัณฑิตยสภาส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่ในการควบคุมดูแล กำหนดระเบียบ ข้อบังคับ และรับจดทะเบียนหรือปฏิเสธการจดทะเบียนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เนติบัณฑิตยสภาท้องถิ่นจะต้องอยู่ในทุก ๆ เขตศาลอย่างน้อยหนึ่งแห่ง ยกเว้นโตเกียวจะมีเนติบัณฑิตยสภาท้องถิ่นสามแห่ง

สำหรับประเด็นเรื่ององค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยนั้น ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ให้ความเห็นว่าองค์กรควบคุมวิชาชีพกฎหมายควรจะให้รัฐมีบทบาทในการควบคุม มิใช่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายควบคุมกันเอง โดยให้เหตุผลโดยสรุปว่า องค์กรประกอบคณะกรรมการนี้ คือ ทนายความจำนวนไม่เกิน 23 คน ซึ่งสมาชิกคือ ทนายความเป็นผู้เลือกตั้ง มีกรรมกรโดยตำแหน่งคือ ผู้แทนกระทรวงยุติธรรมคนหนึ่งกับผู้แทนเนติบัณฑิตยสภาอีกคนหนึ่ง (มาตรา 14) ซึ่งไม่มีความหมายอะไรเลยในการออกเสียงลงคะแนนของคณะกรรมการ สภานายกพิเศษอาจยับยั้งมติต่าง ๆ ได้ แต่ในที่สุดก็ต้องบังคับตามมตินั้นเมื่อได้รับการยืนยันจากที่ประชุมอีกโดยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด หลักการนี้แสดงชัดเจนว่าทนายความซึ่งเป็นเอกชนรวมกันประกอบวิชาชีพผูกขาดไม่ยอมให้ทางราชการเข้ามามีเสียงอย่างมีความหมายแต่ประการใด ทนายความเป็นเจ้าของศาลส่วนหนึ่ง เป็นราชการอำนวยความสะดวกอันเป็นภารกิจของรัฐเกี่ยวกับทรัพย์สิน เสรีภาพ และชีวิตของประชาชนที่รัฐจะละเลยเสียไม่ได้ เป็นภารกิจของรัฐที่อารยประเทศทั้งหลายยอมรับการที่รัฐไม่รับภาระหน้าที่นี้และปล่อยให้องค์กรเอกชนเข้ามาดำเนินการผูกขาด เป็นการที่รัฐไม่สำนึก ไม่ปฏิบัติภารกิจที่อารยรัฐต้องทำ เป็นการผูกขาดซึ่งนำไปสู่การแสวงประโยชน์ส่วนตน ชัดกับหลักวิชาชีพที่ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะยิ่งกว่าประโยชน์ส่วนตนอันเป็นจุดประสงค์โดยตรงที่ต้องมีการควบคุม²⁴

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นข้างต้น ถึงแม้ว่าโดยหลัก องค์กรควบคุมวิชาชีพในอุดมคติควรจะเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยสมาชิกผู้มีวิชาชีพนั้น ๆ เพื่อควบคุมส่งเสริมสมาชิกในองค์กรเองก็ตาม แต่วิชาชีพกฎหมายมีความสำคัญต่อความยุติธรรมและสังคม รัฐจึงควรมี

²⁴จิติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, หน้า 44-45.

บทบาทในการควบคุมด้วย ซึ่งอาจจะกำหนดให้มีกรรมการซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากส่วนราชการ เช่น กระทรวงยุติธรรม เนติบัณฑิต อัยการ หรือศาล เพิ่มขึ้นในสัดส่วนที่เหมาะสมกับกรรมการ ซึ่งเป็นทนายความ

2.3 ข้อสังเกตบางประการของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

กฎหมายหลักที่ใช้ควบคุมและบังคับผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เมื่อพิจารณาสาระของพระราชบัญญัตินี้มีข้อสังเกตซึ่งจะยกขึ้นมากล่าวในที่นี้บางประการ ดังนี้

2.3.1 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้ให้ความหมายของทนายความไว้ว่า ทนายความ หมายความว่า ผู้ที่สภาทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ ซึ่งทนายความเป็นผู้สิทธิแต่ผู้เดียวในการทำการเป็นทนายว่าความในศาล หรือ แต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น เพราะฉะนั้น ความหมายของคำว่าทนายความและหน้าที่ของทนายความนั้นจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการว่าความอรรถคดีในศาล อันเป็นความหมายที่แคบและไม่เหมาะสม งานของทนายความในทางปฏิบัติแล้วรวมถึงการให้คำปรึกษาในเรื่องกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา หรือกฎหมายธุรกิจต่าง ๆ อันได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน ทรัพย์สินทางปัญญา การค้าระหว่างประเทศ หลักทรัพย์ ธนาคาร เป็นต้น และการให้บริการทางกฎหมายต่าง ๆ เช่น การจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร อนุญาโตตุลาการ การวางแผนภาษีอากร เป็นต้น ซึ่งงานเหล่านี้ล้วนเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและต้องใช้ความรู้ทางกฎหมาย อันเป็นส่วนหนึ่งของการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายให้แก่ลูกค้าผู้มาขอรับบริการ ในประเทศญี่ปุ่น กฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีสิทธิผูกขาดในการให้บริการทางกฎหมายทั้งปวง โดยบัญญัติว่าไม่มีบุคคลใดนอกเหนือจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้บริการทางกฎหมายเพื่อจุดประสงค์ที่จะได้รับค่าตอบแทน ผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวอาจถูกปรับหรือกักขังเป็นเวลาไม่เกินสองปี²⁵ ดังนั้น คำนิยามของทนายความจึงควรได้รับการแก้ไขเพื่อให้ครอบคลุมถึงงานให้คำปรึกษากฎหมายและงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมาย

²⁵Hiroshi Oda, Japanese Law (London: Butterworths, 1992), p. 106.

ด้วย²⁶ โดยไม่จำเป็นต้องแยกคำนิยามของ “ทนายความ” และ “ที่ปรึกษากฎหมาย” ออกจากกัน เพราะจะทำให้เกิดความเข้าใจว่าคุณสมบัติของทนายความและที่ปรึกษากฎหมายมีความแตกต่างกัน และอาจจะก่อให้เกิดการแบ่งประเภทของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งจะเป็นการแบ่งประเภทผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายออกเป็น Barrister และ Solicitor ของอังกฤษ อันไม่เป็นไปตามหลักการของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เพราะพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ต้องการให้มีการแบ่งแยกทนายความ ดังจะเห็นได้จากการยกเลิกประเภทของทนายความ ซึ่งแต่เดิมแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ทนายความชั้นหนึ่ง และทนายความชั้นสอง ถึงแม้ว่าจะเป็น การแบ่งประเภทตามคุณวุฒิการศึกษาและอาณาเขตของการประกอบวิชาชีพกฎหมาย มิใช่เป็นการแบ่งตามประเภทของงานก็ตาม ความหมายของทนายความและที่ปรึกษา กฎหมายจึงควรอยู่ในคำนิยาม “ทนายความ” เพียงคำเดียว ใบอนุญาตที่สภาทนายความจะออกให้ควรจะเป็นใบอนุญาตทนายความใบเดียว ซึ่งจะให้สิทธิแก่ทนายความในการประกอบวิชาชีพ ไม่ว่าจะเป็นการทำงานว่าความหรืองานที่ปรึกษากฎหมายก็ตาม²⁷ นอกจากนี้ ในส่วนของข้อบังคับเกี่ยวกับวินัยและมรรยาท ควรจะขยายขอบเขตให้ครอบคลุมถึงงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดังกล่าวด้วย เนื่องจากข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความฉบับปัจจุบันนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวเนื่องกับการดำเนินคดีความในศาลเป็นส่วนใหญ่

2.3.2 ผู้ที่สามารถประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความ คือ ผู้ที่ได้รับการจดทะเบียนและให้ใบใบอนุญาตให้เป็นทนายความจากสภาทนายความ และไม่ใช่ว่าผู้ที่ได้ขาดจากการเป็นทนายความหรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความ ซึ่งผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จึงถือได้ว่างานว่าความของทนายความนั้น เป็นการผูกขาดการประกอบวิชาชีพ และเป็นเอกสิทธิ์ของผู้มีคุณสมบัติเฉพาะเท่านั้น อันเป็นไปตามลักษณะของวิชาชีพ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติข้อห้ามในการใช้ชื่อ “ทนายความ” หรือคำที่แสดงความหมายในทำนองเดียวกัน ร่วมกับบทลงโทษแก่ผู้ที่ฝ่าฝืน ซึ่งต่างกับผู้ประกอบวิชาชีพอื่น เช่น แพทย์ เกษษกร วิศวกร เป็นต้น ที่ห้ามมิให้ใช้ชื่อหรือคำที่แสดงว่าเป็นผู้มีวิชาชีพดังกล่าว หากไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายควบคุมวิชาชีพกำหนด การที่ไม่บัญญัติถึงข้อห้ามดังกล่าวอาจเป็นผลให้ประชาชนเกิดความหลงผิดในคุณสมบัติ และความสามารถของทนายความได้ กล่าวคือ ใน

²⁶ชวลิต อรรถศาสตร์, “มุมมองหนึ่งเกี่ยวกับ พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ. 2528,” วารสารทนายความ 21 (กุมภาพันธ์ 2539): 36-39.

²⁷เรื่องเดียวกัน.

กรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มิได้ประสงค์จะให้บริการทางวิชาชีพในฐานะทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 แต่ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะของผู้ให้คำปรึกษาและบริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ ซึ่งทำให้ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับเกี่ยวกับวินัยและมรรยาทของทนายความ และมีจำต้องได้รับการศึกษาอบรม และการฝึกหัดงานตามที่สภาทนายความกำหนดไว้เพื่อก่อให้เกิดมาตรฐานการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ประชาชนผู้ขอรับบริการทางวิชาชีพจากบุคคลดังกล่าวย่อมคาดหวังและไว้วางใจว่าจะได้รับบริการทางวิชาชีพจากผู้ให้บริการด้วยความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญในทางกฎหมายของผู้ให้บริการซึ่งอย่างน้อยต้องมีมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพกฎหมายเฉกเช่นเดียวกับผู้ที่มีคุณสมบัติของทนายความ และผ่านการอบรมตามที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กำหนดไว้ ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวประพฤติตนในทางที่มิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความหรือผู้ขอรับบริการแล้ว ปัญหาประการหนึ่งก็คือ บุคคลเหล่านั้นจะได้รับการลงโทษตามข้อบังคับเกี่ยวกับมรรยาททนายความหรือไม่ ในเมื่อข้อบังคับดังกล่าวใช้ควบคุมและบังคับทนายความผู้ที่ไต่ยื่นขอจดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตว่าความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เท่านั้น ในประเทศสิงคโปร์ Legal Profession Act 1990 มาตรา 33 ได้บัญญัติห้ามบุคคลผู้ไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามกฎหมายดังกล่าวเป็นผู้มีคุณสมบัติหรือมีอำนาจในการกระทำการในฐานะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามกฎหมายดังกล่าว ใช้ชื่อ หรือค่านำหน้าชื่อ อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า บุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีคุณสมบัติหรือมีอำนาจในการกระทำการในฐานะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ที่ฝ่าฝืนย่อมมีความผิด และต้องถูกปรับเป็นเงินไม่เกินหนึ่งพันดอลลาร์ (สิงคโปร์) หรือจำคุกเป็นระยะเวลาไม่เกินหกเดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁸

ดังนั้น จึงควรบัญญัติข้อห้ามมิให้บุคคลใดผู้ไม่มีสิทธิเป็นทนายความหรือมีอำนาจกระทำการในงานที่มีลักษณะเดียวกับทนายความ ใช้ชื่อ หรือค่านำหน้าชื่อ หรือคำใด ๆ อันมีความหมายที่แสดงให้เห็นว่า บุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิประกอบวิชาชีพ หรือให้บริการวิชาชีพกฎหมาย หรือมีอำนาจในการกระทำการใด ๆ ในงานที่มีลักษณะเดียวกัน รวมทั้งบัญญัติบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุม ดูแล ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายทุกประเภทให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย เพื่อคุ้มครองประโยชน์แก่

²⁸M.Karthigesu, "Legal professional responsibility," prepared for the postgraduate practice law course 1983, Revised 1992, p. 136.



ลูกค้า หรือประชาชนผู้มาขอรับบริการทางวิชาชีพ รวมถึงเป็นการกำหนดวิธีการควบคุม และดูแลผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายให้อยู่ในกรอบและแนวทางเดียวกัน และป้องกันมิให้ผู้ที่มี ได้มีความรู้ความสามารถทางกฎหมายประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย

2.3.3 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทยอาจประกอบวิชาชีพตามลำพัง แต่ผู้เดียว หรืออาจร่วมกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นในการประกอบกิจการให้บริการทาง วิชาชีพกฎหมาย ซึ่งเป็นในรูปห้างหุ้นส่วนสามัญ หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด สถานที่ประกอบกิจการดังกล่าวอาจเรียกว่า สำนักงานกฎหมาย หรือสำนักงานทนายความ เป็นต้น ซึ่งนอกจากจะเป็นที่ทำการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว ยังเป็นที่สำหรับ ลูกค้าในการขอรับบริการในวิชาชีพกฎหมายด้วย เป็นที่น่าสังเกตว่าตามพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2528 มิได้มีบทบัญญัติในการควบคุมดูแลการขออนุญาตประกอบกิจการ สำนักงานกฎหมายแต่อย่างใด ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าสำนักงานกฎหมาย ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นใน รูปของนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาควรอยู่ ภายใต้การควบคุมของสภาทนายความ โดยจัดให้มี การตรวจสอบและขึ้นทะเบียนไว้กับสภาทนายความ สำนักงานกฎหมายจะต้องแจ้งให้สภา ทนายความทราบภายในกำหนดเวลา (เช่น ภายใน 30 วัน) นับแต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย นั้น ๆ เข้าปฏิบัติงานในสำนักงานกฎหมายของตน และสำนักงานกฎหมายควรต้องรับผิดชอบ ต่อการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่อยู่ในสังกัด และปฏิบัติงานให้แก่สำนักงาน กฎหมายนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้สภาทนายความสามารถจัดทำทะเบียนสำนักงานกฎหมายและ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่อยู่ในสังกัด ตลอดจนควบคุมได้อย่างมีประสิทธิภาพ²⁹ ใน ประเทศอังกฤษ ในกรณีที่มีการตั้งสำนักงานกฎหมาย จะถูกควบคุมการประกอบ กิจการภายใต้ Solicitor's Incorporated Rules 1988 และ Solicitor Act 1974 เช่นเดียวกันกับประเทศ สหรัฐอเมริกา ซึ่งในแต่ละมลรัฐจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อจัดตั้งและควบคุมดูแลสำนักงาน กฎหมาย เป็นต้น

ดังนั้น จึงควรที่จะออกกฎหมาย หรือข้อบังคับ หรือระเบียบใด ๆ ในการควบคุม ดูแลการประกอบกิจการสำนักงานทนายความหรือสำนักงานกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบ ของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด รวมทั้งบทกำหนดโทษด้วย

2.3.4 เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิก WTO (World Trade Organization) หรือองค์การการค้าโลก ซึ่งเกิดขึ้นโดย Marrakesh Agreement Establishing

²⁹ชาลิต อัดถศาสตร์, "มุมมองหนึ่งเกี่ยวกับ พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ. 2528," หน้า 36-39.

(ข้อตกลงมาร์ราเกซ ก่อตั้งองค์การค้าโลก) หรือ WTO Agreement ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2538 โดยประเทศไทยเป็นสมาชิก WTO Agreement ได้ถือสัญญาพหุภาคี และเอกสารทางกฎหมายหลายฉบับเข้าเป็นภาคผนวก (Annex) รวมทั้งสัญญาพหุภาคีเกี่ยวกับการค้าสินค้า (Multilateral Agreements on Trade in Goods) ซึ่งได้แก่ GATT และสัญญาอื่น ๆ อีกหลายฉบับ GATS (General Agreement on Trade in Services) เป็นภาคผนวก (Annex) หนึ่งของ WTO Agreement GATS เป็นข้อตกลงที่พยายามสร้างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าบริการ โดยใช้หลักการค่าเสรีในขณะเดียวกันก็ให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกที่จะออกกฎหมายและระเบียบภายใน เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายของประเทศสมาชิกนั้น ๆ คำว่า "บริการ" หมายรวมถึงบริการให้หลายสาขา ยกเว้นบริการที่ให้ตามอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล³⁰

สิ่งที่น่าพิจารณาคือ เมื่อประเทศไทยย่างก้าวเข้าสู่โลกาภิวัตน์แล้ว และเข้าเป็นสมาชิกของ GATS และ WTO กฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องจะต้องถูกยกเลิกหรือแก้ไข หรืออาจต้องมีการออกกฎหมายใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ตาม WTO Agreement ซึ่งรวมถึง GATS ด้วย

การบริการทางกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสงวนวิชาชีพกฎหมายให้แก่คนไทยหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายควบคุมการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทย กำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานบริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี ซึ่งมีความหมายกว้างรวมถึง การให้คำปรึกษากฎหมาย การร่างสัญญา การดำเนินการจดทะเบียนบริษัท เครื่องหมายการค้าและสิทธิบัตร และการว่าความ ฯลฯ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มีข้อกำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจหลายประเภท รวมทั้งธุรกิจในรูปของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ซึ่งคำว่า "ธุรกิจบริการด้านกฎหมาย" เป็นคำที่มีความหมายกว้างเช่นเดียวกับธุรกิจที่ห้ามไว้ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 นอกจากนี้ ยังมีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งควบคุมเฉพาะผู้ประกอบวิชาชีพในฐานะทนายความอย่างเดียว และคุณสมบัติประการหนึ่งที่สำคัญสำหรับผู้ขอจดทะเบียน และรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความว่าความคือต้องมีสัญชาติไทย

อย่างไรก็ตาม หากคนต่างด้าวหรือคนต่างชาตินั้นเป็นคนสัญชาติอเมริกันหรือนิติบุคคลสัญชาติอเมริกัน บุคคลนั้นสามารถให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายได้ไม่ต้องห้ามตาม

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36-39.

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 และประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 โดยขอรับความคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวให้สิทธิประเทศสหรัฐอเมริกาในการประกอบธุรกิจหรือทำงาน ในฐานะเดียวกับคนสัญชาติไทย เว้นแต่ในเรื่องเกี่ยวกับการคมนาคม การขนส่ง หน้าที่รับดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น การธนาคารที่เกี่ยวกับหน้าที่รับฝากเงิน การแสวงหาประโยชน์จากที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติอื่น และการค้าภายในเกี่ยวกับผลิตผลทางเกษตรพื้นเมือง งานบริการด้านกฎหมายนี้ จำกัดเฉพาะงานในด้านที่ปรึกษากฎหมายหรืองานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย อันมิใช่งานที่เกี่ยวกับการว่าความหรือดำเนินคดีในศาล เนื่องจากต้องห้ามตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ตามมาตรา 35 (1) ที่กำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตให้ว่าความต้องมีสัญชาติไทยเท่านั้น ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่างานในด้านที่ปรึกษากฎหมายหรืองานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายดังกล่าว คนสัญชาติอเมริกันประกอบการได้นั้น มิได้มีกฎหมายควบคุม บังคับ ดูแลแต่อย่างใด ประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติกฎหมายในปี ค.ศ. 1986 อนุญาตให้คนต่างชาติประกอบวิชาชีพได้ เรียกว่า Foreign Law Solicitors (gaikoku - hojimu - bennagoshi) คนต่างชาติที่มีคุณสมบัติเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างชาติต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและมีคุณสมบัติอื่น ๆ เช่น มีหลักฐานทางการเงินดีเพื่อที่ได้ประกอบธุรกิจได้อย่างเหมาะสมและเป็นจริง ความเสี่ยงจากการประกอบวิชาชีพ และมีความรู้ทางกฎหมายดี เป็นต้น ภายหลังจากได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างชาติต้องจดทะเบียนกับเนติบัณฑิตยสภาแห่งชาติญี่ปุ่น (The Japan Federation of Bar Association) และเมื่อได้รับการจดทะเบียนแล้วจะถือว่าได้รับการยอมรับเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภาแห่งชาติญี่ปุ่น และเนติบัณฑิตยสภาส่วนท้องถิ่น³¹ งานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างชาตินี้จะไม่รวมถึงเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายญี่ปุ่น เพราะไม่มีสิ่งใดที่จะรับประกันได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างชาตินั้นมีความรู้และความเชี่ยวชาญเพียงพอเกี่ยวกับกฎหมายญี่ปุ่น

ประเทศฝรั่งเศสภายหลังจากการปฏิรูปกฎหมายในปี ค.ศ.1990 ได้ขยายขอบเขตให้คนต่างชาติเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เรียกว่า Avocat ได้และมีบทบัญญัติรับรองผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างชาติ และ/หรือบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติฝรั่งเศสต้องผ่านการสอบเกี่ยวกับกฎหมายฝรั่งเศส หากประสงค์จะเป็น Avocat ในประเทศฝรั่งเศส³²

³¹ Hiroshi Oda, *Japanese Law*, p. 108.

³² Walter Cairns and Robert Mc Keon, *Introduction to French Law* (London: Gavendish, 1995), p. 50.

มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างชาติว่า พระราชบัญญัติ ทัศนายน พ.ศ. 2528 ควรออกบทบัญญัติควรรับรอง "ที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศ" เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการค้าเสรี โดยให้สภานายความเป็นผู้ออกใบอนุญาตให้เช่นเดียวกับการออกใบอนุญาตทัศนายน และจะเป็นผู้ควบคุมที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศให้ทำงานเป็นที่ปรึกษากฎหมายเฉพาะงานที่เกี่ยวกับกฎหมายของประเทศ หรือมลรัฐที่ตนมีคุณสมบัติ และมีสิทธิให้คำปรึกษากฎหมายได้เท่านั้น ใบอนุญาตที่สภานายความจะออกให้แก่ที่ปรึกษา กฎหมายต่างประเทศจะเป็นใบอนุญาตต่างหากจากใบอนุญาตทัศนายน คุณสมบัติของ ผู้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศจะมีกำหนดไว้ต่างหาก และจะได้รับอนุญาตให้ทำหน้าที่ปรึกษากฎหมายเฉพาะกฎหมายของประเทศที่ผู้ขอรับใบอนุญาตจบการศึกษาและรับอนุญาตให้เป็นทัศนายนหรือที่ปรึกษากฎหมายเท่านั้น ผู้รับใบอนุญาตที่ปรึกษา กฎหมายต่างประเทศจะเป็นสมาชิกสมทบของสภานายความ โดยไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน หรือลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นกรรมการสภานายความ หลักสูตรการอบรมที่ปรึกษา กฎหมายต่างประเทศไม่จำเป็นต้องมี แต่การเสนอหลักฐานแสดงคุณสมบัติ ตลอดจนการสอบ ประวัติของผู้ขอรับใบอนุญาต ที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศจะต้องกระทำโดยรอบคอบ³³

นอกจากนี้ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศควรต้องมีการขึ้นทะเบียนไว้กับสภานายความด้วยเช่นกัน และจะต้องแจ้งชื่อของที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศที่อยู่ในสังกัดของตนให้สภานายความทราบด้วย

ดังนั้น เพื่อเป็นการสอดคล้องกับข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ GATS ซึ่ง ประเทศไทยมีความผูกพันที่ต้องออกกฎหมายและระเบียบภายในให้สอดคล้องกับข้อตกลงดังกล่าว ประกอบกับประเทศไทยยังขาดแคลนผู้มีความรู้ความสามารถอย่างเพียงพอเกี่ยวกับ กฎหมายระหว่างประเทศ จึงควรที่จะแก้ไขพระราชบัญญัติทัศนายน พ.ศ. 2528 เพื่อรองรับ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างชาติ ประกอบอีกทั้งกำหนดวิธีการควบคุมและการขออนุญาต ประกอบวิชาชีพกฎหมายของคนต่างชาติด้วย ซึ่งเป็นงานเฉพาะการให้คำปรึกษากฎหมาย ซึ่ง ไม่ควรรวมถึงการว่าความหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ซึ่งควรจะอนุญาตให้เฉพาะ บุคคลสัญชาติไทยที่มีความรู้ทางกฎหมายไทยเท่านั้น เพราะผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่าง ประเทศย่อมเข้าใจและมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายไทยอย่างดีพอ และควรแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวอันได้แก่ พระราชบัญญัติการทำงานของคน

³³ชวลิต อรรถศาสตร์, "มุมมองหนึ่งเกี่ยวกับ พ.ร.บ.ทัศนายน พ.ศ. 2528," หน้า 36-39.

ต่างด้าว พ.ศ. 2521 และประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เพื่อเปิดโอกาสให้คนต่างด้าว ประกอบธุรกิจบริการด้านกฎหมาย ซึ่งไม่รวมถึงการให้บริการทางอรรถคดี นอกจากนี้ ควร แก่ไขสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 เพราะจะทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติได้³⁴ ซึ่งจะขัดกับหลักของ GATS เกี่ยวกับผลปฏิบัติแห่งชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง

2.3.5 ในปัจจุบันการติดต่อทางธุรกิจการค้าระหว่างประเทศมีความเจริญก้าวหน้า เป็นอย่างมาก ประเทศไทยเองก็มีการพัฒนาทางด้านการค้าและธุรกิจระหว่างประเทศเป็น อย่างมากเช่นกัน ในการดำเนินธุรกรรมการค้าระหว่างประเทศ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรม ดังกล่าวย่อมมีเป็นจำนวนมาก เอกสารดังกล่าวอาจทำขึ้นในประเทศหนึ่งและนำไปใช้ในอีก ประเทศหนึ่ง ประเทศที่รับเอกสารดังกล่าวอาจเกิดความไม่แน่ใจในเอกสารนั้น ว่าเป็นเอกสาร ที่ถูกต้องหรือแท้จริงเพียงใด หรือในบางกรณีหากจะทำเอกสารต้นฉบับไปใช้ในต่างประเทศ อาจเกิดความยุ่งยากหรือเสียค่าใช้จ่ายสูง จึงมีการดำเนินการรับรองเอกสารที่ใช้ระหว่าง ประเทศนั้นขึ้น และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับรองเอกสารดังกล่าวก็คือ โนตารีพับลิก (Notary Public) ในประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law หรือ Civil Law ต่างก็มีโนตารีพับลิก เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา อาฟริกาใต้ ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เยอรมัน ฝรั่งเศส และประเทศในเครือจักรภพอื่น ๆ เป็นต้น ในประเทศเยอรมัน โนตารีจะอยู่ภายใต้กฎหมายที่เรียกว่า Federal law on Notaries 1961 (Bundesnotarordnung) คุณสมบัติของโนตารีจะมีคุณสมบัติเดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมาย ในบางรัฐ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจประกอบวิชาชีพในฐานะผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายและโนตารีพับลิก ซึ่งในกรณีหลังนี้จะเรียกว่า Rechtsanwalt and Notar³⁵ โนตารีมี สิทธิแต่เพียงผู้เดียวตามที่กฎหมายบัญญัติในเรื่องต่าง ๆ เช่น การรับรองลายมือชื่อของบุคคล หนึ่งบุคคลใดในเอกสาร (Beglaubigung) การเป็นพยานรับรองในคำให้การหรือสัญญา (Beurkundung) ซึ่งในกรณีนี้ โนตารีจะร่างเอกสารซึ่งประกอบด้วยชื่อของคู่สัญญาและเนื้อหา ที่ตรงตามคำให้การของคู่สัญญาดังกล่าว ซึ่งคู่สัญญาต้องลงนามและให้โนตารีรับรองในเอกสาร ว่า ตนได้อ่านคำให้การต่อหน้าคู่สัญญาและคู่สัญญาได้อนุมัติและลงนามแล้ว การเป็นพยาน

³⁴ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย “ผลกระทบต่อการค้าบริการจากการเปิดเสรีภาพหลังจากการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย สาขาบริการวิชาชีพ,” หน้า 94.

³⁵ Charles S. Shyme, *Law Judicial System of Nation*, p. 265.

รับรองของโนตารีพับลิกนี้เป็นสิ่งที่กฎหมายต้องการสำหรับธุรกรรม ที่สำคัญ ๆ³⁶ ได้แก่ สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญาให้ สัญญาสมรส และพินัยกรรม เป็นต้น ในประเทศฝรั่งเศสมีโนตารีพับลิก แต่มีสถานะเป็นเจ้าของหน้าที่ฝ่ายบริหารหรือข้าราชการ ผู้สำเร็จการศึกษากฎหมาย หากประสงค์จะเป็นโนตารีพับลิกจะต้องผ่านการสอบเฉพาะของโนตารีพับลิก งานของโนตารีอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ การร่างเอกสารสำคัญ ๆ เช่น สัญญาสมรส พินัยกรรม จำนอง และการโอนทรัพย์สิน เป็นต้น การรับรองเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานที่สำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล และให้บริการรับฝากเอกสารต้นฉบับของพินัยกรรมและเอกสารอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน³⁷

งานของโนตารีพับลิกในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียด แต่ในหลักใหญ่ก็คล้าย ๆ กัน เช่น อำนาจหน้าที่ของโนตารีพับลิกการจัดทำเอกสาร การพิสูจน์เอกสาร การแปลเอกสาร การทำคำร้อง หรือรับรองตัวแลกเงิน การรับรองใบขน การรับรองคำให้การที่เป็นลายลักษณ์อักษร การทำคำร้องหรือคำคัดค้านเกี่ยวกับเรือ หรือพาณิชย์นาวี เป็นต้น ในกรณีการรับรองเอกสาร หากโนตารีพับลิกได้มีการลงนามอย่างถูกต้องแท้จริงและประทับตราสำคัญ ก็เป็นที่ยอมรับของทุกประเทศ

ประมวลกฎหมายไทยมีบทบัญญัติในการยอมรับเอกสารหรือคำรับรองเอกสารที่จัดทำโดยโนตารีพับลิกของต่างประเทศ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 459 บัญญัติว่า

“การสมรสในต่างประเทศ ระหว่างคนไทยที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทย จะทำตามแบบที่กำหนดไว้ตามกฎหมายไทย หรือกฎหมายแห่งประเทศนั้นก็ไ้

ในกรณีที่คู่สมรสประสงค์จะจดทะเบียนตามกฎหมายไทย ให้พนักงาน ชูต หรือกงสุลไทย เป็นผู้รับจดทะเบียน”

³⁶Norbert Horn, Hein Kötz and Hans G. Leser, German Private and Commercial Law: An Introduction, translated by Tony Weir (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 44.

³⁷Mary Ann, Glendon Michael, Wallace Gordon and Christopher Osakwe, Comparative Legal Tradition (St. Paul Minn: West Publishing, 1985), p. 152.

ซึ่งจะเห็นว่า เป็นการรับรองเอกสารทะเบียนสมรส ซึ่งในกรณีถ้าประเทศนั้นต้องมี โนตารี เมื่อคู่สมรสจะทำตามแบบที่กฎหมายประเทศนั้นกำหนดไว้ ก็ต้องทำต่อหน้าโนตารี แต่ถ้าจะทำตามกฎหมายไทย การรับรองเอกสารดังกล่าวต้องทำต่อหน้าพนักงานทูตหรือกงสุล ไทย เอกสารหรือการรับรองเอกสารดังกล่าวจึงจะใช้ได้³⁸

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 47 บัญญัติว่า

“ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดยื่นใบมอบอำนาจต่อศาล ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้คู่ความ หรือบุคคลนั้น ให้ถ้อยคำสาบานว่าเป็นใบมอบอำนาจอันแท้จริง

ถ้าใบมอบอำนาจนั้นได้ทำในราชอาณาจักรสยาม ต้องให้นายอำเภอเป็นพยาน ถ้าได้ทำในเมืองต่างประเทศที่มีกงสุลสยาม ต้องให้กงสุลนั้นเป็นพยาน ถ้าได้ทำในเมืองต่างประเทศที่ไม่มีกงสุลสยาม ต้องให้บุคคลเหล่านี้เป็นพยาน คือ เจ้าพนักงานโนตารีบับลิก หรือ เมยิสเตร็ด หรือบุคคลอื่นซึ่งกฎหมายแห่งท้องถิ่นตั้งให้เป็นผู้มีอำนาจเป็นพยานในเอกสาร เช่นว่านั้น และต้องมีใบสำคัญของรัฐบาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ที่แสดงว่าบุคคลที่เป็นพยาน นั้นเป็นผู้มีอำนาจกระทำการได้ . . .”

ในประเทศไทยยังไม่มีระบบโนตารีพับลิก ปัจจุบันหากคนไทยมีการติดต่อเกี่ยวข้องกับต่างประเทศในหลายเรื่อง ทั้งที่เกี่ยวกับธุรกิจการค้าและส่วนตัวซึ่งในหลาย ๆ กรณีมีความ จำเป็นต้องมีผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะรับรองเอกสารที่จำเป็นต้องนำไปใช้ในต่างประเทศ กรรมการผู้มีอำนาจของบริษัท จะต้องไปแสดงตนต่อเจ้าหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อขอคำรับรองลายมือชื่อ ซึ่งอาจเกิดความไม่สะดวกในบางกรณีในอันที่จะจัดให้กรรมการผู้มี อำนาจของบริษัทหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใด ต้องไปแสดงตนต่อหน้าเจ้าหน้าที่ที่กระทรวงการต่าง ประเทศ และไปแสดงต่อสถานทูตของประเทศปลายทางที่จะส่งเอกสารไปทำการรับรองอีกชั้น หนึ่ง³⁹

ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในทางการค้าระหว่างประเทศ โนตารีพับลิก หากมีการจัดตั้ง ขึ้น ควรจะมีกฎหมายรองรับซึ่งอาจเป็นพระราชบัญญัติหนายความนี้ก็ได้ โดยให้อยู่ในความ

³⁸ ประเสริฐ ลิ้มประเสริฐ “การรับรองเอกสารระหว่างประเทศ,” ใน คำบรรยาย ประกอบการฝึกอบรมว่าความรุ่นที่ 8 (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร), 3: 23.

³⁹ ชวลิต อรรถศาสตร์, “มุมมองหนึ่งเกี่ยวกับ พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ. 2528,” หน้า 36-39.

ควบคุมดูแลของสภานายความ ซึ่งจะต้องมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็น โนตารีพับลิก และมีการออกใบอนุญาตโนตารีพับลิกโดยสภานายความ ซึ่งผู้ที่จะมีคุณสมบัติ เป็นโนตารีพับลิกได้นั้น ควรจะต้องมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายเป็นอย่างดี โดยเฉพาะ เป็นผู้มีความรู้ความชำนาญเกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศด้วย

2.3.6 ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพกฎหมาย นอกจากจะมีคุณสมบัติตามมาตรา 35 แล้ว โดยทั่วไปจะต้องผ่านการฝึกอบรม มรรยาททนายความ หลักปฏิบัติเบื้องต้นในการว่าความและการประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นคำขอจะได้ผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความแล้วไม่น้อยกว่า 30 ชั่วโมง และภาคปฏิบัติไม่น้อยกว่า 6 เดือน ซึ่งระยะเวลาดังกล่าว เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายในประเทศอื่นแล้วจะเห็นได้ว่าระยะเวลาของการฝึกอบรมน้อยกว่ามาก ตัวอย่างเช่น

ในประเทศญี่ปุ่น ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ต้องผ่านการสอบที่เรียกว่า "State examination" 2 ครั้ง โดยครั้งแรกจะต้องสอบภายหลังสำเร็จการศึกษากฎหมาย เมื่อผ่านการสอบแล้ว จึงมีสิทธิเข้าฝึกงานกับสถาบันฝึกอบรมและวิจัยกฎหมาย (The Legal Training and Research Institute) เป็นระยะเวลา 2 ปี ระยะเวลา 4 เดือนแรก และ 4 เดือน สุกท้ายจะใช้เวลาฝึกฝนอยู่ในสถาบัน จากนั้นจะเข้าอบรมในศาลเป็นเวลา 8 เดือน ฝึกงานภายในสำนักงานอัยการ 4 เดือน และฝึกงานกับสำนักงานผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอีก 4 เดือน ผู้ที่ผ่านการสอบจึงมีคุณสมบัติเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย⁴⁰ ซึ่งคล้ายคลึงกับประเทศ เยอรมัน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศเยอรมัน จะต้องผ่านการฝึกฝนและการฝึกอบรม ทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติตามกฎหมาย Law on the Judiciary (Richtergesetz) ซึ่งใช้ บังคับกับผู้พิพากษา โนตารี และอัยการด้วย กฎหมายดังกล่าวกำหนดว่า จะต้องผ่านการสอบ ของรัฐ 2 ครั้ง⁴¹ ผู้สำเร็จการศึกษาจะต้องผ่านการสอบครั้งแรกภายหลังสำเร็จการศึกษาใน ระดับมหาวิทยาลัยแล้ว การสอบครั้งแรกนี้เรียกว่า "Erste Juristische Staatsprüfung" เมื่อ ผ่านการสอบครั้งแรก จะต้องเข้ารับการฝึกงานภาคปฏิบัติ เพื่อเป็นการเตรียมตัวในการให้ บริการทางวิชาชีพกฎหมายการฝึกงานจะใช้เวลา 30 เดือน ผู้เข้ารับการฝึกงานเรียกว่า "Referendar" ผู้เข้ารับการฝึกงานจะต้องช่วยเหลืองานในแผนกคดีแพ่งและคดีอาญาของ

⁴⁰Hiroshi Oda, Japanese Law, p. 110.

⁴¹Nobert Horn, Hein Kotz and Hans G. Leser, German Private and Commercial Law: An Introduction, p. 36.

ศาลล่าง (Amtsgericht) และศาลเขต (Landgericht) ก่อน หลังจากนั้นจะฝึกงานในสำนักงานอัยการ หน่วยงานทางปกครอง และในสำนักงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เป็นขั้นตอนสุดท้าย เมื่อสิ้นสุดการฝึกงานแล้ว ผู้ผ่านการฝึกงานจะต้องเข้ารับการสอบครั้งที่สอง เรียกว่า "Zweite Juristische Staatsprüfung"⁴² ประเทศฝรั่งเศส ภายหลังจากการปฏิรูปกฎหมายในปี ค.ศ. 1990 ผู้ที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ต้องสำเร็จการศึกษากฎหมายในระดับ Maitrise en droit⁴³ ต้องผ่านการอบรมและการสอบสำหรับวิชาชีพกฎหมายซึ่งจัดโดย CRFP (Centre Régional de Formation Professionnelle) เมื่อสอบผ่านแล้วจะได้รับวุฒิปัตร์ที่เรียกว่า Certificate d'Aptitude à la Profession d'Avocat (CAPA) หลังจากนั้น จะต้องขอรับการฝึกงานภาคปฏิบัติภายในเนติบัณฑิตยสภาส่วนท้องถิ่น (Local Barreau) ซึ่งผู้เข้ารับการอบรม และฝึกงานภาคปฏิบัติจะถูกเรียกว่า Avocats Stagiaire การฝึกงานจะใช้ระยะเวลาประมาณ 2 ปี (le stage) Avocats Stagiaire จะต้องรับการศึกษาตามหลักสูตรที่จัดโดย Centres for Professional Legal Education และทำงานในสำนักงานของ Avocats หรือศาล หรือโนตารี (Notaires)⁴⁴ เมื่อผ่านการฝึกงานแล้ว จึงจะได้รับการจดทะเบียนเป็น Avocats

จะเห็นได้ว่า การศึกษากฎหมายในประเทศต่าง ๆ ต้องผ่านการฝึกฝนอบรมและการทดสอบเป็นระยะเวลานาน เพื่อเป็นการฝึกฝนและส่งเสริมความรู้และประสบการณ์ให้กับผู้ที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายอย่างเพียงพอ ประเทศไทยก่อนปี พ.ศ. 2514 ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความชั้นหนึ่งต้องเป็นสามัญสมาชิก คือ ผ่านการสอบของเนติบัณฑิตยสภา เหตุผลจะเห็นได้ว่าจากคำปรารภในการตั้งสำนักอบรมศึกษากฎหมายขึ้นในเนติบัณฑิตยสภาที่หวังใ้ว่า ผู้มีวิชาชีพกฎหมายไม่เคยชินกับภาคปฏิบัติและวิธีดำเนินคดีในโรงศาล เกิดความเสียหายแก่ลูกความและประชาชน จึงตั้งสำนักอบรมศึกษากฎหมายขึ้นเพื่อประสาทและส่งเสริมความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย⁴⁵ อย่างไรก็ตาม

⁴²Charles S. Rhyne, Law and Judicial System of Nation, 3rd ed. (New York: The World Peace Through Law Center, 1978), pp. 264-265.

⁴³Walter Cairns & Robert Mc Keon, Introduction to French Law (London: Gavendish Publishing Limited, 1995), pp. 49-50.

⁴⁴John Henry Merryman and David S. Clark, Comparative Law: Western European and Latin American Legal System (Boston: The Bobles - Merrill Company, Inc., 1978), p. 492.

⁴⁵จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, หน้า 32.

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2511 เป็นต้นมา เงื่อนไขที่จะต้องผ่านการสอบตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาจึงถูกยกเลิกไป ในปัจจุบันนี้ โดยปกติผู้ที่ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความต้องผ่านการฝึกอบรมจากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ ซึ่งใช้ระยะเวลาประมาณ 1 ปี การฝึกอบรมดังกล่าวใช้ระยะเวลาน้อยเกินไป โดยเฉพาะในกรณีของการฝึกอบรมภาคปฏิบัติที่ใช้ระยะเวลาประมาณ 6 เดือน ซึ่งจะฝึกงานที่สำนักฝึกอบรมฯ หรือที่สำนักงานทนายความก็ได้ ทำให้ไม่สามารถที่จะเรียนรู้ศึกษางานทางด้านปฏิบัติอย่างเพียงพอ ประกอบกับสำนักงานทนายความบางแห่งอาจไม่มีมาตรฐานหรือความสามารถหรือเอาใจใส่ในการให้การฝึกอบรมอย่างมีประสิทธิภาพ จึงอาจทำให้ผู้เข้ารับการอบรมไม่ได้รับความรู้จากการฝึกอบรมดีเท่าที่ควร

ดังนั้น จึงควรจะมีการเปลี่ยนแปลงหลักสูตรการฝึกอบรมให้มีระยะเวลาที่นานพอสมควร และมีความเพียงพอต่อการพัฒนาความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญในการประกอบวิชาชีพกฎหมายของผู้เข้ารับการอบรมให้อยู่ในระดับที่มีมาตรฐานสมกับความคาดหวังและความไว้วางใจของลูกความที่ขอรับบริการทางวิชาชีพ

2.4 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจ ความสามารถในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตัวบทกฎหมาย โดยไม่จำกัดเฉพาะประมวลกฎหมายหลัก ๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นต้น แต่รวมถึงกฎหมายต่าง ๆ ที่รัฐได้ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนหรือสังคม หรือมีความเกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อประชาชนหรือสังคม เป็นต้น วิชาชีพกฎหมายจึงถือว่าเป็นวิชาชีพของผู้รู้ (Learned Profession) ประชาชนผู้มีปัญหาในข้อกฎหมาย หรือ ต้องการแสวงหาสิทธิที่ตนพึงมีพึงได้ตามกฎหมายหรือเรียกร้องความเป็นธรรมที่พึงได้รับตามกฎหมาย บุคคลที่ประชาชนจะไว้วางใจในฐานะเป็นผู้รู้กฎหมาย และสามารถช่วยเหลือเขาเหล่านั้นได้ก็คือ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย วิชาชีพกฎหมายเป็นวิชาชีพอิสระ อย่างไรก็ตาม การประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตกฎหมายจริยธรรมและจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการในสิ่งที่ผิดกฎหมาย หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์ของลูกความของตนฝ่ายเดียว ไม่อาศัยประโยชน์จากการเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายแนะนำหรือช่วยเหลือลูกความของตนฝ่าฝืนกฎหมายหรือกระทำความผิด เพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือของลูกความ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบวิชาชีพอาจจะแนะนำและช่วยเหลือลูกความให้ได้รับประโยชน์

จากช่องว่างหรือข้อบกพร่องของกฎหมายก็ได้ แต่ต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์ และใช้ ทัศนคติ และความสามารถในขอบเขตของกฎหมาย ไม่น้อยลงหรือหลอกลวงลูกความของตน ไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการขัดผลประโยชน์ของลูกความ หรือก่อให้เกิดการขัดกันซึ่งผล ประโยชน์ของผู้ประกอบวิชาชีพและลูกความของตน

ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจจะต้องมีความ รับผิดชอบในการให้บริการวิชาชีพของตน ไม่ว่าจะต่อลูกความ หรือต่อรัฐ หรือต่อองค์กรควบคุม ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งเราอาจสรุปประเภทของความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายได้ 3 ประเภท คือ (1) ความรับผิดชอบทางแพ่ง (2) ความรับผิดชอบทางอาญา และ (3) ความรับผิดชอบตามกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมาย

2.4.1 ความรับผิดชอบทางแพ่ง แบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ

1) ความรับผิดชอบทางสัญญา ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายและลูกความเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา โดยลูกความได้ว่าจ้างตกลงขอรับบริการ จากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ดำเนินการใด ๆ โดยใช้ความรู้ทางกฎหมาย ซึ่งผู้ประกอบ วิชาชีพกฎหมายตกลงดำเนินการ หรือให้บริการแก่ลูกความตามที่ลูกความมีความประสงค์ สัญญาที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ อาจเรียกว่าเป็นสัญญาบริการประเภทหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มีได้บัญญัติลักษณะของสัญญาบริการไว้ ต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่ง บัญญัติเรื่องสัญญาบริการ และสามารถใช้กับการบริการทุกประเภท ตามพระราชบัญญัติ คຸ້ມຄອງຜູ້ບຣິໂກດ พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า "บริการ" หมายความว่า การรับจัด ทำการงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดย เรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งลักษณะงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีลักษณะตามคำนิยามในพระราชบัญญัติดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติคຸ້ມຄອງຜູ້ບຣິໂກດ พ.ศ. 2522 มาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของ ผู้บริโກດที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้บริการ และรับการพิจารณาและชดเชยค่าเสียหาย ทั้งนี้โดยอาศัยกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้ อย่างไรก็ตาม พระราช บัญญัติดังกล่าวหาได้มีบทบัญญัติคຸ້ມຄອງຜູ້ບຣິໂກດเกี่ยวกับสัญญาบริการ หรือการใช้บริการ จากผู้ให้บริการไม่ ดังนั้นผู้ขอรับบริการหรือลูกความจึงต้องฟ้องร้องผู้ให้บริการทางวิชาชีพ กฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตัวบทกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญา ให้บริการทางวิชาชีพดังกล่าวคือบทบัญญัติว่าด้วยจ้างทำของ ทั้งนี้เนื่องจากสัญญาบริการ และ สัญญาจ้างทำของต่างมีวัตถุประสงค์เดียวกันคือ มุ่งถึงผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญและการ ปฏิบัติงานตามสัญญาดังกล่าวหาตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ว่าจ้างไม่

เมื่อความสัมพันธ์ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของ สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายสัญญาจ้างทำของ และอยู่ภายใต้บทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยหนี้และนิติกรรมสัญญาหากบทบัญญัติในกฎหมายจ้างทำของมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการ หรือละเว้นกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติหรือฝ่าฝืนสัญญาที่ได้ตกลงกัน ลูกความย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำดังกล่าว

ในกรณีที่ลูกความได้ว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ดำเนินการยื่นฟ้องต่อศาล ประนีประนอมยอมความ หรือการกระทำใด ๆ แทนลูกความหรือก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายแก่ลูกความ เสมือนหนึ่งว่าลูกความได้กระทำด้วยตนเอง ลูกความจะต้องมอบอำนาจหรือแต่งตั้งให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ดำเนินการแทนตน การมอบอำนาจดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจในลักษณะของสัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยตัวแทน ดังนั้น ความสัมพันธ์ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ นอกจากจะเป็นไปตามบทกฎหมายว่าด้วยสัญญาจ้างทำของ ยังรวมถึงสัญญาตัวแทนด้วย

2) ความรับผิดทางละเมิด ความรับผิดทางละเมิดมิได้เกิดขึ้นจากนิติกรรมหรือสัญญา แต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้มีความรับผิดเกิดขึ้น หากบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่อีกบุคคลหนึ่ง อันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือความประมาทเลินเล่อ ส่งผลให้บุคคลนั้นเสียหายแก่ทรัพย์สิน ชีวิต เสรีภาพ หรือสิทธิใด ๆ เป็นต้น บุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องให้บริการทางวิชาชีพด้วยความสามารถ และใช้ความระมัดระวังในงานที่ได้รับมอบหมายจากลูกความของตนให้สมกับการไว้วางใจ หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้บริการทางวิชาชีพโดยเจตนาทุจริตหรือด้วยความประมาทเลินเล่อ ขาดความระมัดระวังตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ก่อให้เกิดความเสียหายใด ๆ แก่ลูกความของตน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ลูกความตามหลักกฎหมายว่าด้วยละเมิด มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี ออณมัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

ในการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายปฏิบัติฝ่าฝืนต่อข้อตกลงตามสัญญาที่ทำไว้กับลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็ย่อมต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ลูกความของตนอันเป็นความผูกพันทางสัญญาของคู่สัญญา ส่วนความรับผิดทางละเมิดเป็นความรับผิดชดเชยค่า

เสียหายแก่ลูกความอันเป็นความผูกพันที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งโดยปกติแล้ว ความรับผิดชอบทางสัญญาและละเมิดต่างก็อยู่คนละส่วนกัน แต่ในพฤติการณ์บางกรณีอาจเกิดขึ้นพร้อมกันก็ได้ ถ้าเหตุผิดสัญญาเป็นเพราะปฏิบัติหน้าที่บกพร่องอันเป็นการกระทำโดยมิชอบ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย การผิดสัญญาอาจเป็นละเมิดในตัวเองได้ ถ้าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (Absolute right) ของผู้อื่นด้วย

2.4.2 ความรับผิดทางอาญา

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจต้องรับผิดทางอาญาแก่ลูกความของตน หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำความผิดครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ และอาจต้องรับผิดในทางละเมิดชดเชยค่าเสียหายแก่ลูกความด้วย คดีประเภทนี้เรียกว่า คดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ลูกความผู้เสียหายจะฟ้องคดีอาญาและฟ้องร้องค่าเสียหายเป็นคดีแพ่งพร้อม ๆ กันก็ได้ในเรื่องความรับผิดทางแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา โดยปกติการกระทำความผิดทางอาญามักจะเป็นความผิดทางละเมิดด้วย อย่างไรก็ตาม บางกรณีไม่เป็นความผิดทางอาญา แต่ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับชดเชยทางแพ่ง คือเป็นละเมิด ในทำนองกลับกัน เป็นความผิดทางอาญา แต่ไม่เป็นละเมิด ตัวอย่างเช่น การทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหายโดยประมาทไม่เป็นความผิดอาญา แต่เป็นละเมิดต่อทรัพย์สิน หรือการยินยอมให้ผู้อื่นทำร้ายร่างกาย ต้องรับผิดทางอาญาฐานทำร้ายผู้อื่นโดยเจตนา แต่ไม่เป็นการทำละเมิดต่อร่างกายผู้อื่น เพราะถือว่าผู้เสียหายยินยอมรับเอาความเสียหายนั้นแต่ต้น⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติความผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไว้โดยเฉพาะ เช่น

มาตรา 180 “ผู้ได้นำสืบ หรือแสดงพยานหลักฐาน อันเป็นเท็จในการพิจารณาคดี ถ้าเป็นพยานหลักฐานในข้อสำคัญในคดีนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ . . .”

มาตรา 269 “ผู้ใดในการประกอบกิจการงานในวิชาแพทย์ กฎหมาย บัญชี หรือวิชาชีพอื่นใด ทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือประชาชนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

⁴⁶ สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: แสงสุทธิการพิมพ์, 2537), หน้า 4.

มาตรา 323 "ผู้ใดล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงาน ผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการ ประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

ในการประกอบวิชาชีพ ผู้ประกอบวิชาชีพอาจรับผิดชอบในทางอาญาตามฐานความผิด อื่นอีก ในกรณีที่มีเจตนาไม่สุจริตต่อลูกความของตน เช่น ในกรณีที่เป็นผู้ดูแลทรัพย์สินหรือ ครอบครองทรัพย์สินแทนลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นมา เป็นของตน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดชอบยกยอกตามมาตรา 352 แห่งประมวล กฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 352 "ผู้ใดครอบครองทรัพย์สินซึ่งเป็นของผู้อื่นหรือซึ่งผู้อื่นเป็นเจ้าของรวม อยู่ด้วย เบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตน หรือบุคคลที่สามโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิด ฐานยกยอก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

2.4.3 ความรับผิดชอบตามกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมาย

วิชาชีพกฎหมายเป็นวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ สังคมและประชาชนทั่วไปและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึง เป็นผู้ที่มีความสำคัญต่อสังคม และประเทศชาติ จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องมีกฎหมายออกมาควบคุม การประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่ใช้ควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในปัจจุบันนี้ ก็คือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งมีบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคลผู้ที่จะ ขอจดทะเบียนและได้รับอนุญาตให้เป็นทนายความ การให้การฝึกอบรมแก่บุคคลดังกล่าวรวม ตลอดถึงการจัดตั้งองค์กรที่เรียกว่า สภาทนายความ เป็นผู้ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ตลอดจนการควบคุมความประพฤติหรือมรรยาทของทนายความให้เป็นไปในแนวทางที่ เหมาะสมและดีงาม เพื่อให้สมกับความเป็นผู้มีวิชาชีพ และความไว้วางใจที่สังคมมีให้ประกอบ กับผดุงไว้ซึ่งเกียรติศักดิ์ของมวลสมาชิกซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

ในการควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความ สภาทนายความมี อำนาจลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะทนายความซึ่งมิได้ปฏิบัติตามข้อบังคับสภา ทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ ประกอบด้วยข้อกำหนดดังต่อไปนี้ (มาตรา 53)

- (1) มรรยาทของทนายความต่อศาลและในศาล
- (2) มรรยาทของทนายความต่อตัวความ

- (3) มรรยาทของทนายความต่อทนายความด้วยกัน
- (4) มรรยาทของทนายความต่อประชาชนผู้มีอรรถคดี
- (5) มรรยาทเกี่ยวกับความประพฤติของทนายความ
- (6) การแต่งกายของทนายความ
- (7) การปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาททนายความ คณะกรรมการสภาทนายความ หรือสภานายกพิเศษ แล้วแต่กรณี

หากทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับข้อหนึ่งข้อใดแล้ว ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ ข้อบังคับเกี่ยวกับมรรยาทของทนายความ เป็นเรื่องสำคัญในการรักษามาตรฐานทางวิชาชีพทนายความให้เป็นที่เชื่อถือศรัทธาแก่ประชาชน มีวัตถุประสงค์คุ้มครองลูกความผู้มอบความไว้วางใจแก่ทนายความเป็นพิเศษ โทษที่ทนายความจะได้รับมี 3 สถาน คือ

- (1) ภาคทัณฑ์
- (2) ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือ
- (3) ลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ

อย่างไรก็ตาม ในกรณีประพฤติผิดมารยาททนายความเล็กน้อยและเป็นความผิดครั้งแรก หากผู้มีอำนาจในการสั่งลงโทษ ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการมรรยาททนายความ หรือนายกสภาทนายความ หรือสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความอาจงดโทษให้ โดยว่ากล่าวตักเตือน หรือให้ทำทัณฑ์บน⁴⁷

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจต้องรับผิดชอบในความผิดทางแพ่ง อาญา และกฎหมายควบคุมประกอบวิชาชีพกฎหมายร่วมกัน เช่น ทนายความรับว่าความให้แก่ลูกความ แล้วจงใจทอดทิ้งคดีหรือขาดนัด ทนายความต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือความรับผิดทางสัญญาและละเมิด รวมทั้งความรับผิดตามข้อบังคับมรรยาททนายความเช่นกัน หรือทนายความเรียกและรับเงินจากลูกหนี้ของลูกความ แต่ไม่ยอมคืนเงินที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ ซึ่งทนายความรับไว้แทนลูกความ เป็นการประพฤติผิดมรรยาททนายความตามข้อบังคับสภา

⁴⁷ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 52.

ทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 15⁴⁸ รวมทั้งมีความรับผิดชอบทางอาญาในความผิดฐานยกยอก และรับผิดชอบทางแพ่งด้วย เป็นต้น

ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเนื่องมาจากการประพฤติผิดมรรยาททนายความนั้น ผู้เขียนมีข้อพิจารณา ดังนี้

1) คณะกรรมการมรรยาททนายความมีหน้าที่ในการพิจารณาคดีมรรยาททนายความ ประกอบไปด้วยประธานกรรมการ รองประธานกรรมการ และกรรมการมรรยาททนายความอื่นอีกไม่น้อยกว่าเจ็ดคนตามจำนวนที่คณะกรรมการสภาทนายความกำหนด ซึ่งคณะกรรมการสภาทนายความจะแต่งตั้งจากทนายความซึ่งเป็นทนายความมาแล้วรวมกันไม่น้อยกว่าสิบปี และไม่เคยถูกลงโทษฐานประพฤติผิดมรรยาททนายความ หรือถูกจำหน่ายชื่อออกจากทะเบียนทนายความ (พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 54) มีข้อสังเกตว่า คณะกรรมการมรรยาททนายความจะประกอบด้วยทนายความเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการพิจารณาคดีมรรยาททนายความ เนื่องจากกรรมการมรรยาททนายความเป็นผู้อยู่ในวิชาชีพเดียวกันกับทนายความที่ถูกกล่าวหา อาจจะก่อให้เกิดอคติหรือความลำเอียงเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกกล่าวหาได้ ในประเทศอังกฤษ คณะกรรมการที่ทำหน้าที่สอบสวนและพิจารณาคดีมรรยาทของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะ Solicitor เรียกว่า "The Solicitors' Disciplinary Tribunal" เป็นหน่วยงานอิสระของ The Law Society คณะกรรมการจะได้รับการแต่งตั้งจาก Master of Rolls ในการพิจารณาคดีมรรยาทองค์คณะจะประกอบด้วย Solicitor จำนวน 2 คน ซึ่งคัดเลือกจาก Solicitor ที่ประกอบวิชาชีพมาแล้วไม่น้อยกว่า 10 ปี และบุคคลภายนอก (Lay member) 1 คน ซึ่งมีใช้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะ Barrister หรือ Solicitor⁴⁹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา สมาคมเนติบัณฑิตยสภาอเมริกันได้จัดทำข้อบังคับว่าด้วยการสอบสวนคดีมรรยาท โดยกำหนดให้ศาลสูงของรัฐเป็น

⁴⁸ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 15 บัญญัติว่า

“กระทำการอันเป็นการฉ้อโกง ยกยอก หรือตบตีสินลูกความ หรือครอบครองหรือหน่วงเหนี่ยวเงินหรือทรัพย์สินของลูกความที่ตนได้รับมาโดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องไว้นานเกินเหตุ โดยมิได้รับความยินยอมจากลูกความ เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร”

⁴⁹ The Law Society, *The Guide to the Professional Conduct of Solicitors*, 7th ed. (London: Law Society, 1996), p. 694.

ผู้แต่งตั้งกรรมการมรรยาทเพื่อวินิจฉัยคดีมรรยาทของผู้ประกอบวิชาชีพในรัฐนั้นจำนวน 9 คน ในจำนวนนี้ 2 ใน 3 ของกรรมการทั้งหมดให้แต่งตั้งจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ส่วนอีก 1 ใน 3 ให้แต่งตั้งจากบุคคลภายนอกที่ไม่เคยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย⁵⁰

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในการพิจารณาคดีมรรยาททนายความ ควรจะมีการแต่งตั้งบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิและมีใช่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเข้าร่วมเป็นองค์คณะด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้คำวินิจฉัยหรือการพิจารณาคดีมรรยาททนายความก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ลูกความ ซึ่งเป็นผู้เสียหายอันเนื่องมาจากการประพฤติผิดมรรยาททนายความของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

2) ในการพิจารณาคดีมรรยาท คณะกรรมการมรรยาทมีอำนาจสั่งจำหน่ายคดีสั่งยกคำกล่าวหา หรือสั่งลงโทษทนายความผู้ประพฤติผิดมรรยาททนายความ แต่ทั้งนี้ ต้องส่งสำนวนคดีมรรยาทให้คณะกรรมการสภาทนายความพิจารณามีคำสั่ง ในกรณีที่คณะกรรมการสภาทนายความมีคำสั่งยืนตามคำสั่งคณะกรรมการมรรยาททนายความให้จำหน่ายคดี หรือยกคำกล่าวหา คำสั่งดังกล่าวถือเป็นที่สุด หากคณะกรรมการมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาททนายความ ทนายความซึ่งถูกลงโทษอาจอุทธรณ์คำสั่งต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในฐานะสภานายกพิเศษ ซึ่งคำวินิจฉัยของสภานายกพิเศษถือเป็นที่สุด ในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นดังนี้

2.1) ในกรณีที่คณะกรรมการสภาทนายความมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาทให้ยกคำกล่าวหาของลูกความ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวถือเป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์ต่อไปได้นั้น ผู้เขียนเห็นว่าอาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ลูกความ หากคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาททนายความมีข้อบกพร่องผิดพลาด จึงควรที่จะให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาในการอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อสภานายกพิเศษด้วย

2.2) ในกรณีที่ทนายความซึ่งถูกลงโทษหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งอาจอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการสภาทนายความต่อสภานายกพิเศษ และถือว่าคำวินิจฉัยของสภานายกพิเศษเป็นที่สุดนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าอาจจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อ

⁵⁰ ก่อศักดิ์ เอนสมุทรสินธุ์, การสอบสวนและพิจารณาคดีมรรยาททนายความ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 151.

ทนายความที่ถูกกล่าวหา ถึงแม้การที่ให้คำวินิจฉัยของสภานายกพิเศษเป็นที่สุดท้ายนั้นจะทำให้การดำเนินคดีมรรยาททนายความดำเนินไปอย่างรวดเร็วไม่ล่าช้าก็ตาม แต่สภานายกพิเศษคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นข้าราชการการเมือง มิใช่ศาล คำวินิจฉัยของสภานายกพิเศษ ย่อมมีโอกาสหว้งได้ว่าเป็นหลักประกันหรือสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความยุติธรรมในการวินิจฉัยคดีมรรยาททนายความอย่างเพียงพอ ในต่างประเทศจะกำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่งขององค์กรควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในคดีมรรยาทต่อศาล และให้คำพิพากษาศาลเป็นที่สุดท้าย เช่น ในประเทศญี่ปุ่น การดำเนินการพิจารณาคดีมรรยาทของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย คณะกรรมการมรรยาท (the disciplinary commission) ของเนติบัณฑิตยสภาส่วนท้องถิ่นเป็นผู้วินิจฉัยคดีมรรยาท คำวินิจฉัยของคณะกรรมการมรรยาทสามารถอุทธรณ์ไปยังเนติบัณฑิตยสภาแห่งชาติญี่ปุ่น (The Japan Federation of Bar Associates) คำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ไปยังศาล The Tokyo Appellate Court และคำพิพากษาศาลถือเป็นที่สุด⁵¹

ในประเทศฝรั่งเศส สภการบริหารเนติบัณฑิตยสภา หรือที่เรียกว่า Conseil de l'Order des Avocats (Executive Council) จะพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับจริยธรรมของ Avocats ซึ่งคำวินิจฉัยหรือคำตัดสินของ Conseil de l'Order des Avocats จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบและการรับคำอุทธรณ์โดยศาล Cour d'Appel⁵²

ในประเทศอังกฤษ Solicitor ที่ได้รับโทษตามคำวินิจฉัยจากคณะกรรมการมรรยาทอาจอุทธรณ์คำวินิจฉัยต่อศาลสูง (High Court) หรือ Master of the Rolls ซึ่งคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลสูง (High Court) หรือ Master of Rolls ถือเป็นที่สุด⁵³

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เพื่อให้สิทธิแก่ทนายความผู้ถูกกล่าวหาในการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของสภานายกพิเศษต่อศาล ซึ่งอาจจะกำหนดให้ศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาเป็นผู้รับคำอุทธรณ์ และให้

⁵¹ Hiroshi Oda, *Japanese Law*, p. 101.

⁵² John Henry Merryman and David S. Clark, *Comparative Law: Western European and Latin American Legal System* (Boston: The Bobles-Merrill Company, Inc., 1978), p. 492.

⁵³ ก่อศักดิ์ เอนสมุทรสินธุ์, *การสอบสวนและพิจารณาคดีมรรยาททนายความ*, หน้า 130.

คำพิพากษาเป็นที่สุด ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมอันเกิดแก่ทนายความผู้ถูกกล่าวหาในคดีมรรยาททนายความ

2.3) ผู้เขียนเห็นว่าข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความควรจะนำมาใช้บังคับกับสำนักงานกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นสำนักงานกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบใด โดยบัญญัติให้สำนักงานกฎหมายเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 อันเป็นผลให้สำนักงานกฎหมายจำต้องปฏิบัติตามข้อบังคับมรรยาททนายความ และข้อบังคับอื่น ๆ ของสภาพทนายความ รวมถึงการกำหนดบทลงโทษแก่สำนักงานกฎหมายที่ประพฤติมรรยาททนายความไว้โดยเฉพาะ เช่น การภาคทัณฑ์ หรือการห้ามประกอบกิจการภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือการปรับ เป็นต้น ซึ่งการที่จะถือว่าสำนักงานกฎหมายประพฤติผิดมรรยาททนายความนั้นก็ต่อเมื่อมีการประพฤติผิดมรรยาททนายความของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดของตน หรือการมีส่วนรับรู้หรือสนับสนุนให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดของตนประพฤติผิดมรรยาททนายความ ไม่ว่าจะบุคคลดังกล่าวจะอยู่ในฐานะกรรมการ หรือหุ้นส่วน หรือลูกจ้างสำนักงานกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้สำนักงานกฎหมายมีส่วนร่วมรับผิดชอบกับการประพฤติผิดมรรยาททนายความของบุคคลดังกล่าว และก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้มีอำนาจดูแลกิจการของสำนักงานกฎหมายในการดูแลผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสังกัดของตนให้ประพฤติปฏิบัติในกรอบข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความอยู่ตลอดเวลา อันเป็นวิธีการหนึ่งในการป้องกันมิให้มีการประพฤติผิดมรรยาททนายความของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในประเทศอังกฤษ The Solicitor's Practice Rule 1996 ซึ่งเป็นกฎข้อบังคับที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ความประพฤติและมรรยาทของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะ Solicitor ตามกฎข้อบังคับที่ 18 ได้ให้คำนิยามของ Solicitor ตามกฎข้อบังคับดังกล่าวว่าหมายถึง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะ Solicitor แห่งศาล Supreme Court ในประเทศอังกฤษและเวลส์ ซึ่งรวมถึงสำนักงานกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือองค์กรให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายซึ่งได้รับอนุญาตแล้ว⁵⁴

ในบทต่อไป ผู้เขียนจะพิจารณาโดยละเอียดถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยจะแยกพิจารณาเป็น 2 ระบบกฎหมาย ได้แก่ ระบบคอมมอนลอว์ในบทที่ 3 และระบบซีวิลลอว์ในบทที่ 4 ต่อไป

⁵⁴Law Society, The Guide to the Professional Conduct of Solicitors, p. 12.