

## บทที่ 2

### การประกอบวิชาชีพทนายความและความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่เก่าแก่ และมีประวัติความเป็นมายาวนาน นับแต่ยุคกรีก โรมัน จนถึงปัจจุบัน ทนายความเข้าไปมีบทบาทในสังคมที่เป็นชนชั้นนำในทางสังคม เป็นที่พึ่งของประชาชน และเป็นผู้ให้ความรู้ ความเข้าใจในแง่มุมกฎหมายแก่คนในสังคม ดังนั้น สังคมที่ปกครองด้วยหลักนิติธรรม "Rule of Law" จำเป็นต้องอาศัยความรู้ ความสามารถของ ทนายความในการที่จะพิทักษ์คุ้มครองส่งเสริมให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนในสังคมได้

#### 2.1 การประกอบวิชาชีพทนายความ

ทนายความ หมายถึง นักกฎหมายผู้ที่ได้รับใบอนุญาตจากองค์กรที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจให้มีสิทธิว่าความแก่ต่างแทนลูกความในศาลรวมทั้งมีสิทธิในการแต่งฟ้องที่ใช้การฟ้อง อุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง แก่คำแถลงอันเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาล<sup>1</sup> ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ให้ความหมายทนายความว่า คือผู้ที่สามารถ ทำกิจกรรม การเป็นทนายความในศาล หรือแต่งคำฟ้อง คำให้การแก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง คำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น<sup>2</sup> การประกอบวิชาชีพ ทนายความจึงผูกขาดเฉพาะผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ว่าความและขึ้นทะเบียนเป็นทนายความเท่านั้น

ลักษณะของวิชาชีพ (Profession) ท่านศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ได้ให้ คำอธิบายองค์ประกอบอยู่ 3 ประการ คือ

---

<sup>1</sup> สุจริต ถาวรสุข. ทนายความพิสดาร ภาคหนึ่ง ว่าด้วยความสำคัญทนายความ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยสัมพันธ์, 2513), หน้า 32.

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 33 ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็นทนายความ หรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้อง อุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น

1) การศึกษาขั้นสูงในด้านความคิด ความรู้ที่จะนำไปใช้หากิน (Learning) เป็นความรู้ที่คนทั่วไปหากมิได้รับการศึกษาถึงขั้นแล้วจะไม่มี การศึกษาขั้นสูงในด้านความคิดไม่ใช่การปฏิบัติ แต่เมื่อเกิดความชำนาญหรือมีประสบการณ์แล้วก็จะนำไปประกอบการได้เอง

2) การฝึกอบรมทางจิตใจ เพื่อให้เกิดอุดมการณ์รับใช้ส่วนรวม (Spirit of Public Service) เป็นเพราะว่าพวกเหล่านี้มีการทำงานในลักษณะผูกขาดอยู่ในตัวเอง คนอื่นหากมิได้รับการศึกษาจะมาทำงานนั้นไม่ได้ การผูกขาดก็มีได้หมายความว่า จะมุ่งหาประโยชน์ส่วนตัวโดยมิได้คำนึงถึงส่วนรวม

3) การมีองค์กรมาควบคุม (Organization) เนื่องจากการที่จะทำให้เกิดอุดมการณ์รับใช้ส่วนรวมได้ นอกจากจะใช้อบรมทางจิตใจแล้วยังอาจกระทำโดยมีองค์กรมาควบคุมเพื่อมิให้ออกนอกกลุ่มนอกทาง อันจะทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้อยู่ในขอบเขตของอุดมการณ์<sup>3</sup>

นอกจากนี้เมื่อนักกฎหมายได้วางแนวความคิดของการประกอบวิชาชีพไว้ว่า อาชีพที่จะกล่าวได้ว่า เป็นวิชาชีพ จะประกอบลักษณะของงาน 4 ลักษณะ<sup>4</sup>

1) ลักษณะของงานเป็นงานที่ต้องกระทำโดยใช้ความชำนาญ (Skilled) และความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขา (Specialised) และต้องเป็นการใช้สติปัญญา (Mental) มากกว่าจะใช้ฝีมือ รวมทั้งมีระยะเวลาสำหรับใช้อบรมทั้งในด้านทฤษฎีและปฏิบัติ ก่อนที่จะปฏิบัติการ (Perform) อย่างเพียงพอ

2) ลักษณะที่เป็นจรรยาบรรณ (The Moral Aspect) ต้องประกอบวิชาชีพถูกต้องตามหลักศีลธรรม จริยธรรม และมีความซื่อสัตย์สุจริต การให้บริการทางวิชาชีพที่มีมาตรฐานชั้นสูง การเก็บรักษาความลับ มีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบในการประกอบวิชาชีพ

<sup>3</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 109.

<sup>4</sup> ศิณีนาด เกียรติกำวาฬไกล, "ความรับผิดชอบของผู้ประกอบการวิชาชีพ" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 6-7.

3) มีลักษณะเป็นองค์กรที่รวมตัวกันเป็นหมู่คณะ (Collective Organization) สังกัดสมาคมวิชาชีพมีกฎข้อบังคับ มาตรฐานการส่งเสริมการประกอบวิชาชีพ (Standards Of Profession) ทั้งวางกฎระเบียบ ศีลธรรมจรรยาบังคับไว้ด้วย

4) สถานภาพ (Status) การประกอบวิชาชีพโดยส่วนมากแล้วจะมีสถานภาพสูงในสังคม ทุกคนในสังคมให้การยอมรับว่าเป็นที่พึ่งของประชาชนในสังคมได้ ในประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น แม้กระทั่งสิงคโปร์ ประเทศเหล่านี้ ผู้ประกอบวิชาชีพโดยเฉพาะทนายความจะได้รับการยอมรับนับถือจากคนในสังคมเป็นอาชีพอันดับหนึ่งทั้งสิ้น

การประกอบวิชาชีพทนายความจึงเป็นงานวิชาชีพ กล่าวคือ ผู้ที่จะประกอบอาชีพทนายความได้ต้องเป็นบุคคลที่ผ่านการศึกษาระดับสูง มีการใช้ความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญพิเศษ มีจรรยาบรรณ มีมาตรฐานจริยธรรมในการควบคุมการประกอบวิชาชีพ มีองค์กรที่ควบคุมและดูแลความประพฤติกำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับทางวิชาชีพต่างๆ เพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและความเป็นมาตรฐานเดียวกันของการประกอบวิชาชีพนั้น ทั้งนี้วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่ผู้ประกอบวิชาชีพต้องกระทำด้วยการอุทิศตนมีจุดมุ่งหมายเพื่อการบริการประชาชนตามความรู้ และตามความเชี่ยวชาญที่ตนเองมีอย่างเต็มความสามารถและทนายความยังเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมที่จะก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ประชาชนและสังคมโดยส่วนรวมด้วย

### 2.1.1. ลักษณะของการประกอบวิชาชีพทนายความ

ลักษณะของการประกอบวิชาชีพทนายความสามารถแยกได้ 2 ลักษณะ คือ

1) การประกอบวิชาชีพทนายความที่เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรม หากบุคคลใดต้องการใช้สิทธิทางศาล และบุคคลนั้นไม่ใช่ทนายความ การที่ให้ตนจะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเต็มที่จำเป็นต้องแต่งตั้งทนายความให้ดำเนินคดีแทน แม้ในคดีอาญาหากจำเลยไม่มีทนายความ ศาลต้องจัดให้มีทนายความขอแรงเป็นทนายความให้แก่จำเลย

เมื่อทนายความได้รับการแต่งตั้งให้เป็นทนายความแล้ว ทนายความมีสิทธิว่าความดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนคู่ความได้ตามที่เห็นสมควร เพื่อรักษาผลประโยชน์ของคู่ความ

ทั้งมีสิทธิดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ อันเป็นไปในทางจำหน่ายสิทธิของคู่ความ เช่น การยอมรับตามที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเรียกร้อง การถอนฟ้อง การประนีประนอมยอมความ การสละสิทธิ หรือการใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาหรือการขอพิจารณาคดีใหม่ การทำหน้าที่ทนายความดังกล่าวเป็นการดำเนินกระบวนการในศาล

2) การเป็นที่ปรึกษากฎหมายซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีในศาล มีการทำงานหลากหลาย เช่น การจัดการทรัพย์สิน การเป็นผู้จัดการมรดก ผู้จดทะเบียนจัดตั้งทะเบียนพาณิชย์ ห้างหุ้นส่วนบริษัท สมาคม นิติบุคคลอื่นๆ การรับจดลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า การเป็นผู้บริหารแผนในการฟื้นฟูกิจการในพระราชบัญญัติล้มละลาย การวางแผนจัดการธุรกิจเกี่ยวกับภาษีอากร การร่างนิติกรรมสัญญาต่างๆ การเป็นตัวแทนนายหน้า การเป็นผู้ชำระบัญชี การเป็นอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น งานประเภทดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นงานที่ใช้ความรู้ทางกฎหมายในการเข้าไปดำเนินการแทนลูกค้า

### 2.1.1.1 การดำเนินคดีในศาล

ในหมวดนี้ผู้เขียนขออธิบายถึงการประกอบวิชาชีพทนายความโดยสังเขปที่ทนายความต้องปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินคดีในศาลทั้งในคดีแพ่งและในคดีอาญาซึ่งมีขั้นตอนและวิธีการ ดังนี้

#### (1) ขั้นตอนการรับคดีและการรับเป็นทนายความ

เมื่อลูกค้าเข้ามาปรึกษาอรรถคดีกับทนายความต้องการให้ทนายความดำเนินคดีในศาลแทนไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิทางศาล การยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรับรองสิทธิหรือก่อตั้งสิทธิ การฟ้องคดีเพื่อบังคับชำระหนี้ การให้การต่อสู้คดี การฟ้องให้ลงโทษทางอาญาตามฐานความผิดทางอาญา การต่อสู้คดีอาญา ขั้นตอนที่ทนายความจะต้องทำประการแรกก่อนที่จะให้คำปรึกษาคดีได้นั้น ทนายความต้องทำการสอบข้อเท็จจริงจากลูกค้าและพยานที่เกี่ยวข้องรู้เห็นในข้อเท็จจริงในคดีเพื่อจัดทำคำฟ้อง หรือคำให้การต่อสู้คดีตามประเด็นข้อพิพาท

## (2) การเรียบเรียงคำฟ้อง

การเรียบเรียงคำฟ้องในคดีแพ่งหรือการร่างคำฟ้องนี้เป็นการเสนอข้อกล่าวหาต่อศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติว่า “การร่างคำฟ้อง ต้องแสดงโดยชัดแจ้ง ซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์ และคำขอบังคับ ทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่ง ข้อหาที่ว่านั้น”

ในสวนคำฟ้องคดีอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 158 ได้กำหนดรายละเอียดของฟ้องไว้ว่า คำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือและมีชื่อศาล และวันเดือนปี คดีระหว่างผู้ใดโจทก์ผู้ใดจำเลย และฐานความผิด ตำแหน่งพนักงานอัยการผู้เป็นโจทก์ ถ้าราษฎร เป็นโจทก์ให้ใส่ชื่อตัว นามสกุล อายุ ที่อยู่ ชาติและบังคับ ชื่อตัว นามสกุล ที่อยู่ ชาติและบังคับ ของจำเลย การกระทำทั้งหลายที่อ้างว่าจำเลยได้กระทำผิดข้อเท็จจริงและรายละเอียดที่เกี่ยวกับ เวลาและสถานที่ ซึ่งเกิดการกระทำนั้นๆ อีกทั้งบุคคลหรือสิ่งของที่เกี่ยวข้อด้วยพอสมควรเท่าที่จะ ให้จำเลยเข้าใจข้อหาได้ดี

## (3) การเรียงคำร้องเพื่อขอให้ศาลคุ้มครองรับรองสิทธิ

คำร้องเป็นคำคู่ความเช่นเดียวกับคำฟ้อง เช่น การร้องเป็นผู้จัดการมรดก การร้อง ครอบครองทรัพย์สิน หรือการร้องขอให้เป็นคนไร้ความสามารถ การร้องตั้งผู้อนุบาล เป็นต้น คำร้อง ต้องแสดงโดยละเอียดถึงสิทธิตามกฎหมาย และการขอให้ศาลมีคำสั่งคำร้อง โดยมากแล้วคำร้อง เป็นคำร้องฝ่ายเดียว คือการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลได้สวนข้อเท็จจริงแล้วมีคำสั่ง อย่างไรก็ตาม การที่จะได้สวนคำร้อง ศาลจะเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่มีส่วนได้เสียมีสิทธิยื่นคำคัดค้าน คำร้องนั้น เมื่อมีผู้ยื่นคำคัดค้านแล้ว การดำเนินกระบวนการพิจารณาจะกลายเป็นคดีมีข้อพิพาท ดังนั้น การเรียงคำร้องทนายความต้องบรรยายคำร้องให้ชัดเจน โดยกล่าวถึงสิทธิในการยื่นคำ ร้องให้ครบองค์ประกอบตามกฎหมาย

#### (4) การเรียงคำให้การต่อสู้คดี

คำให้การเป็นคำคู่ความเป็นการต่อสู้คดีในประเด็นข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง โดยพิจารณาจากคำฟ้องเป็นสำคัญ คำให้การตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177 ระบุให้คำให้การต้องให้การโดยชัดแจ้งว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ทั้งสิ้น หรือแต่บางส่วน รวมทั้งเหตุแห่งการนั้น หากคำให้การไม่ชัดแจ้งแล้ว ศาลจะถือว่าจำเลยไม่ได้ให้การต่อสู้คดีจึงไม่มีประเด็นข้อพิพาท มีตัวอย่างที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาฎีกาที่ 1801/2539 (ประชุมใหญ่) “ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 177 วรรคสอง นอกจากจำเลยจะต้องแสดงโดยชัดแจ้งในคำให้การว่าจำเลยยอมรับหรือปฏิเสธข้ออ้างของโจทก์ทั้งสิ้น หรือแต่บางส่วนแล้ว จำเลยต้องให้การโดยแสดงเหตุแห่งการขาดอายุความให้ปรากฏ กล่าวคือ ต้องบรรยายว่าคดีโจทก์ขาดอายุความเมื่อใด นับแต่วันใด ถึงวันฟ้องคดีขาดอายุความไปแล้ว การที่จำเลยให้การแต่เพียงว่าคดีโจทก์ขาดอายุความ โดยมีได้กล่าวถึงเหตุแห่งการขาดอายุความให้ปรากฏ จึงไม่มีประเด็นเรื่องอายุความ” ทนายความต้องรอบคอบในการจัดทำคำให้การ เพื่อให้เป็นคำให้การที่สอดคล้องกฎหมาย ในคดีอาญากฎหมายไม่ได้บังคับให้จำเลยให้การปฏิเสธฟ้องของโจทก์โดยชัดแจ้ง เนื่องจากบทสันนิษฐานของกฎหมายว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์เสมอ ตราบใดที่โจทก์ไม่สามารถนำสืบถึงความผิดของจำเลยได้ ภาระการพิสูจน์ตกอยู่ที่โจทก์ฝ่ายเดียว ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง<sup>5</sup> คำให้การของจำเลยที่ให้การเพียงว่า จำเลยขอให้การปฏิเสธฟ้องโจทก์ ทั้งสิ้นว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดตามฟ้องก็ถือเป็นคำให้การที่สอดคล้องกฎหมายแล้ว

#### (5) การว่าความในศาล

การว่าความในศาลจัดเป็นศิลปะแห่งการเป็นทนายความที่แท้จริง ซึ่งทนายความ ต้องใช้ไหวพริบปฏิภาณในการว่าความในศาลอย่างมาก การแถลงข้อเท็จจริงต่อศาล การรับ

<sup>5</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย”

ข้อเท็จจริง หรือการทำการประนีประนอมกันในศาลเหล่านี้ผูกพันต่อคู่ความทั้งสิ้น และเป็น การที่ขาดการได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์ของคู่ความ ประเภทของการว่าความมีอยู่ 3 ประเภท คือ

#### 1) การแถลงข้อเท็จจริงต่อศาล

การแถลงข้อเท็จจริงตามที่จำเป็นต่อศาล ซึ่งทนายความหรือคู่ความอาจเป็นผู้แถลงก็ได้ การแถลงนี้อาจเป็นการแถลงด้วยวาจาโดยการตอบคำถามของศาล หรือการแถลงข้อเท็จจริงเพื่อให้ศาลวินิจฉัย หรือการแถลงนี้รวมถึงการทำคำร้อง คำขอ ต่อศาลที่ไม่ใช่คำคู่ความ เช่น อาจร้องขอให้ศาลออกหมายเรียกพยานเอกสาร การร้องขอให้ศาลออกหมายเรียกพยานบุคคล เป็นต้น การแถลงโต้แย้งคัดค้านระหว่างทนายโจทก์ ทนายจำเลย การยอมรับหรือปฏิเสธข้อเท็จจริงของอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อคู่ความอีกฝ่ายแถลงข้อเท็จจริงต่อศาล และรวมถึงการแถลงเปิดคดี การแถลงการณปิดคดี

#### 2) การซักถามพยานฝ่ายที่ตนนำสืบ และการถามติง

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 117<sup>6</sup> บัญญัติขั้นตอนการซักถามพยานว่า ภายหลังจากที่ศาลซักถามพยานแล้ว ทนายโจทก์หรือทนายจำเลยที่นำพยานฝ่ายของตนเข้าเบิกความ จะทำการซักถามพยานได้ทันที ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 118<sup>7</sup> ห้ามใช้คำถามนำ เว้นแต่คู่ความอีกฝ่ายจะยินยอม หรือได้รับอนุญาตจากศาล การ

<sup>6</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 117 บัญญัติว่า "คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานชอบที่จะตั้งข้อซักถามพยานได้ในทันที ที่พยานได้สาบานตนและแสดงตนตามมาตรา 112 และ 116 แล้ว หรือถ้าศาลเป็นผู้ซักถามพยานก่อน ก็ให้คู่ความซักถามได้ต่อเมื่อศาลได้ซักถามเสร็จแล้ว

เมื่อคู่ความฝ่ายที่อ้างพยานได้ซักถามพยานเสร็จแล้ว คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งชอบที่จะถามค้านพยานนั้นได้

เมื่อได้ถามค้านพยานเสร็จแล้ว คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานชอบที่จะถามติงได้

เมื่อได้ถามติงพยานเสร็จแล้ว ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายใดซักถามพยานอีก เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล ถ้าคู่ความฝ่ายใดได้รับอนุญาตให้ถามพยานได้ดังกล่าวนี้ คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งย่อมถามค้านพยานได้อีกในข้อที่เกี่ยวกับคำถามนั้น"

<sup>7</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 118 "ในการที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานจะซักถามพยานก็ได้ หรือถามติงพยานก็ได้ ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นใช้คำถามนำ เว้นแต่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมหรือได้รับอนุญาตจากศาล

ในการที่คู่ความฝ่ายที่อ้างพยานจะถามติงพยาน ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นใช้คำถามอื่นใดนอกจากคำถามที่เกี่ยวกับคำถามเบิกความตอบคำถามค้าน

ซักถามหมายถึงการนำพยานเข้าสืบแล้ว ทนายความซักถามพยานของตนให้พยานตอบตามประเด็นที่ต้องการซักถาม เพื่อแสดงต่อศาลว่าพยานใจทักู้เห็นด้วยในข้อพิพาท<sup>๖</sup> และพยานต้องอยู่ในประเด็นแห่งคำฟ้องและคำให้การ การซักถามพยานนี้เป็นสิ่งจำเป็นและสำคัญ เนื่องจากระบบกล่าวหา (Accusatorial System) นี้ โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ตามที่ตนกล่าวอ้าง เมื่อทนายความซักพยานฝ่ายตนแล้วเสร็จ คู่ความอีกฝ่ายจะถามค้านคำเบิกความพยาน จากนั้นทนายความฝ่ายตนจะถามติงได้ การถามติงพยานนี้ จำกัดเฉพาะคำถามที่ทนายความอีกฝ่ายหนึ่งถามค้าน ต้องเกี่ยวกับคำถามค้านเท่านั้น ห้ามถามใหม่แตกต่างจากถามค้าน เว้นแต่ศาลจะได้อนุญาต การถามติงเพื่อให้พยานอธิบายข้อที่ขัดแย้งกับการซักถามที่พยานถูกอีกฝ่ายหนึ่งถามค้านแล้ว คำเบิกความพยานขัดกันหรือเบิกความไว้ไม่ชัดเจน ต้องถามติงให้พยานอธิบายข้อเท็จจริงใหม่ตามประเด็นแห่งคดี การซักถามพยานและการถามติงเป็นการยากที่จะตั้งคำถามให้พยานตอบตามที่ตนต้องการ

### 3) การถามค้าน

การถามค้านนี้ เมื่อคู่ความฝ่ายที่อ้างพยานนำพยานเข้าเบิกความแล้ว คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิในการถามค้านพยานปากนั้นได้

การถามค้านมีจุดประสงค์หลักเพื่อทำลายน้ำหนักความน่าเชื่อถือของพยานฝ่ายตรงข้าม ซึ่งการถามค้านทนายความจะตั้งคำถามให้พยานเบิกความถึงข้อเท็จจริงใด ๆ ก็ได้ ไม่ได้บังคับให้ต้องถามเฉพาะคำเบิกความของพยานเท่านั้น เนื่องจากฝ่ายที่นำสืบพยานก็ต้องการได้เฉพาะข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์กับฝ่ายตนเท่านั้น แต่คำถามจะต้องอยู่ในประเด็นแห่งคดี การถามค้านเป็นศิลปะในการหาข้อมูลที่ต้องอาศัยการฝึกฝน และลอกเลียนแบบจากทนายความอาวุโส ทนายความใหม่ ๆ อาจจะมีปัญหาในการถามค้านได้

---

ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามไม่ให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถามพยานด้วย

(1) คำถามอื่นไม่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคดี

(2) คำถามที่อาจทำให้พยาน หรือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งหรือบุคคลภายนอกต้องรับโทษทางอาญา หรือคำถามที่เป็นหมิ่นประมาทพยาน เว้นแต่คำถามเช่นนั้นเป็นข้อสาระสำคัญในอันที่จะชี้ขาดข้อพิพาท"

<sup>๖</sup> พระยานิติศาสตร์ไพศาล, หลักวิชาว่าความ (เอกสารประกอบการทำ work shop ของทนายฝึกหัด : สำนักงาน สิทธิโชค ศรีเจริญ ทนายความ, วันที่ 2-3 มิถุนายน 2550), หน้า 1.



## (6) การเรียงคำฟ้องอุทธรณ์ ฎีกา คำแก้อุทธรณ์และคำแก้ฎีกา

ในการดำเนินคดีในศาลชั้นต้น ระหว่างการพิจารณาคู่ความอาจยื่นคำร้อง คำขอ ใดๆ ต่อศาล เมื่อศาลได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดคำร้อง คำขอต่าง ๆ แล้ว มีคำสั่งอนุญาต หรือยกคำร้อง คำขอ อันไม่ใช่ประเด็นแห่งคดีที่จะทำให้คดีเสร็จไปจากศาล เช่น การสั่งอนุญาตให้ยื่นคำให้การ หรือบางครั้งศาลชั้นต้นมีคำสั่งเองโดยไม่มีผู้ร้องขอ เช่น การรับหรือไม่รับคำคู่ความ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18 คำขอขยายระยะเวลาตามมาตรา 27 หรือคำสั่งให้เลื่อนคดีตามมาตรา 38 และการที่ศาลมีคำวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นแห่งคดี โดยมีคำพิพากษาบังคับ ให้ทำตามฟ้องโจทก์หรือยกฟ้องโจทก์ ยกคำฟ้องแย้งเป็นต้น หรือกรณีศาลมีคำสั่งให้คดีที่ไม่มีข้อพิพาท หรือมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีจากสารบบความ ไม่ว่าจะ เป็นคดีมีข้อพิพาทหรือไม่มีข้อพิพาท ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 131 (2) ซึ่งทำให้คดีเสร็จไปจากศาล<sup>9</sup>

คำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าว หากโจทก์หรือจำเลยผู้ที่ไม่พอใจคำพิพากษาหรือคำสั่งมีสิทธิที่จะอุทธรณ์ เพื่อเปลี่ยนแปลงคำพิพากษา หรือคำสั่งได้โดยต้องยื่นอุทธรณ์เป็นลายลักษณ์อักษรต่อศาล การยื่นอุทธรณ์ ต้องยื่นภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่ศาลชั้นต้นได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

การฎีกาและการแก้ฎีกานั้น เป็นกระบวนการหลังจากที่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง คู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดที่ไม่เห็นพ้องกับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ และประสงค์จะได้แย้งคัดค้านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ต้องทำฟ้องฎีกายื่นต่อศาลฎีกาให้วินิจฉัยคดี ให้แตกต่างจากศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ประเด็นในการฎีกาก็ต้องเป็นประเด็นที่ได้กล่าวกันมาแล้วในศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกาจะวินิจฉัยนอกฟ้องนอกประเด็นไม่ได้ การฎีกาในบางคดีมีข้อจำกัดในการฎีกา เช่น คดีที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 200,000 บาท ห้ามมิให้คู่ความฎีกาในข้อเท็จจริงเป็นต้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 248 และคดีอาญาที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ห้ามมิให้คู่ความฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 219

<sup>9</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำบรรยายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 3, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม ปรีณัติ, 2549), หน้า 7

### 2.1.1.2 การเป็นที่ปรึกษากฎหมาย

การเป็นที่ปรึกษากฎหมายเป็นงานที่ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความต้องให้บริการแก่ลูกค้าที่ต้องการปรึกษาปัญหากฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นประชาชน พ่อค้า นักธุรกิจ นิติบุคคล ประเภทต่าง ๆ เมื่อมีความจำเป็นที่ต้องใช้บริการทางวิชาชีพจากทนายความ การให้บริการทางวิชาชีพทนายความในการเป็นที่ปรึกษากฎหมายที่ไม่เกี่ยวกับศาลสามารถแบ่งเป็นประเภทงานได้ ดังนี้

(1) การรับจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลประเภทต่าง ๆ เช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด บริษัทมหาชน สมาคม มูลนิธิ เป็นต้น การให้บริการในการจดทะเบียนนิติบุคคลต่าง ๆ

(2) การเป็นที่ปรึกษาภาษีอากร ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีการค้า ภาษีสรรพากร รวมถึงภาษีศุลกากร การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมของทางราชการ เช่น ค่าภาคหลวงแร่ ค่าฤชาธรรมเนียม เป็นต้น

(3) การเป็นที่ปรึกษาร่างนิติกรรมสัญญาต่าง ๆ

งานร่างนิติกรรมสัญญา การให้ความเห็นในสัญญาต่าง ๆ มีมากมายหลายแบบ เป็นไปตามแบบประเภทของธุรกิจ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ สัญญาโอนขายลิขสิทธิ์ สัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ เป็นต้น งานร่างสัญญาเหล่านี้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องให้ทนายความเป็นผู้ร่างสัญญาต่าง ๆ ให้เพื่อให้ได้เงื่อนไขครบถ้วนและมีความรอบคอบรัดกุมไม่ทำให้เสียเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งการร่างสัญญาบางชนิดต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของทนายความผู้มีความเชี่ยวชาญ เช่น สัญญาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ หรือสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ เป็นต้น ทนายความต้องทำการศึกษาและมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศอย่างพอเพียงจึงจะสามารถร่างสัญญาที่รักษาผลประโยชน์ลูกค้าความได้ ทั้งนี้ การร่างสัญญาต่างประเทศทนายความต้องมีความรู้ภาษาต่างประเทศในระดับที่ดีอีกด้วย

#### (4) การรับเป็นตัวแทนหรือนายหน้าในกิจการบางอย่าง

กิจการบางอย่างอาจไม่เหมาะสมที่ผู้ไม่รู้กฎหมายจะทำด้วยตนเองจึงผู้ประกอบการอาจมอบหมายให้นายความทำแทน เนื่องจากนายความมีความรู้ความชำนาญสามารถดำเนินการให้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่า เช่น การรับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน การเป็นตัวแทนในการเจรจาซื้อขาย การทำการไถ่ถอน จำนอง ขายฝาก เช่าทรัพย์สิน การมอบหมายให้นายความเป็นนายหน้าในการเจรจาธุรกิจต่าง ๆ แทนลูกค้า เป็นต้น

#### (5) การใช้บริการรับรองเอกสารหรือรับแปลเอกสาร

การรับรองเอกสารในระหว่างประเทศ นายความสามารถรับรองเอกสารได้ เรียกว่าวิธีการโนตารีพับลิก (NOTARY PUBLIC) นายความต้องฝึกอบรม และได้รับอนุญาตขึ้นทะเบียนเป็นผู้รับรองเอกสารด้วย จึงจะสามารถทำงานรับรองเอกสารได้ พร้อมงานแปลสัญญาต่างประเทศ การแปลกรรมธรรม์ประกันภัยชนิดต่าง ๆ

#### (6) การรับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร รวมถึงการดูแลทรัพย์สินทางปัญญา

งานประเภทการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ งานดูแลเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เป็นงานที่ได้รับความนิยมมากของนายความในประเทศไทย การยื่นขอจดทะเบียนเหล่านี้ต้องกระทำต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งนายความอาจรับเป็นตัวแทนไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า หรือคัดค้านการจดทะเบียนการค้าที่เหมือนหรือคล้ายซึ่งต้องห้ามมิให้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ รวมทั้งเป็นตัวแทนดูแลลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร ตามกฎหมายให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้น ๆ ด้วย

#### (7) การบริการทางกฎหมายอื่น ๆ แก่ลูกค้า

นอกจากงานบริการทางวิชาชีพที่ยกตัวอย่างมาโดยสังเขปข้างต้นแล้ว นายความ ยังเป็นผู้ที่ให้บริการทางวิชาชีพแก่ลูกค้าในการอื่น ๆ ตามกฎหมายอีก แล้วแต่ลูกค้าจะมอบหมายให้ดำเนินการ การใช้บริการทางวิชาชีพกฎหมายนี้ หากไม่ขัดหรือแย้งกับ

กฎหมาย หรือความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ทนายความก็สามารถให้บริการแก่ลูกความได้

การประกอบวิชาชีพทนายความในงานที่ปรึกษา ไม่มีกฎหมายให้เป็นสิทธิเฉพาะแก่ทนายความเท่านั้นที่สามารถให้บริการทางวิชาชีพเช่นนี้ได้ เพราะผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายทั่วไปก็สามารถให้บริการทางวิชาชีพได้เช่นกัน บุคคลเหล่านี้ซึ่งเป็นที่ปรึกษาจึงไม่จำเป็นต้องขออนุญาตต่อสภาทนายความเพื่อรับใบอนุญาตให้เป็นที่ปรึกษากฎหมาย หรือได้รับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ ทำให้ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับเกี่ยวกับมรรยาททนายความ และไม่จำกัดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพเป็นที่ปรึกษากฎหมายไว้ และไม่มีหลักสูตรการศึกษาอบรมฝึกงาน ตามที่สภาทนายความกำหนด เนื่องจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ให้อำนาจเฉพาะผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เป็นทนายความและจดทะเบียนเป็นทนายความเท่านั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 33<sup>10</sup> เมื่อผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เป็นทนายความและจดทะเบียนทนายความกระทำการที่เป็น การขัดต่อหลักมรรยาททนายความก็ไม่สามารถลงโทษบุคคลนั้นตามโทษที่ระบุไว้ในกฎหมายได้ เป็นช่องว่างของกฎหมายที่ต้องแก้ไขปรับปรุงต่อไป มีนักกฎหมายบางท่านได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า คำนิยามของทนายความควรแก้ไขเพื่อให้ครอบคลุมถึงงานให้คำปรึกษากฎหมาย และงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายด้วย<sup>11</sup>

กรณีที่ปรึกษากฎหมายชาวต่างประเทศที่ประกอบวิชาชีพเป็นที่ปรึกษากฎหมายในประเทศไทยที่ไม่เกี่ยวกับงานว่าความในศาลนั้น ทนายความชาวต่างประเทศเหล่านี้สามารถประกอบอาชีพการให้บริการด้านกฎหมายได้ ไม่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 แต่การว่าความเป็นการทำงานจำกัดเฉพาะทนายความผู้มีสัญชาติไทยเท่านั้น ดังนั้น พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 จึงไม่สามารถควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่างประเทศว่าด้วยหมวดมรรยาททนายความได้ อาจารย์ชวลิต อรรถศาสตร์ จึงเสนอความเห็นว่า พระราชบัญญัติทนายความควรออกบทบัญญัติที่เกี่ยวกับวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศด้วย เพื่อเป็นการควบคุมโดยให้มีการสอบใบอนุญาต และการจดทะเบียนสำนักงานที่ปรึกษา

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติสภาทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 33 บัญญัติว่า "ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็นทนายความ หรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความว่าความในศาล หรือแต่งคำให้การ คำฟ้อง ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก้อฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น..."

<sup>11</sup> ชวลิต อรรถศาสตร์. "มุมมองเกี่ยวกับ พรบ.ทนายความ", วารสารสภาทนายความ พ.ศ.2528 หน้า 38.

กฎหมายต่างประเทศ พร้อมทั้งรายชื่อที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศที่อยู่ในสังกัดด้วย เพื่อประโยชน์ในการควบคุม<sup>12</sup> ที่ปรึกษากฎหมายชาวต่างประเทศ

## 2.1.2 มาตรฐานของการประกอบวิชาชีพทนายความ

ลูกความที่รับบริการทางวิชาชีพทนายความย่อมมีความคาดหวังว่าจะได้รับการบริการทางวิชาชีพอย่างสุดความสามารถตามมาตรฐานทางวิชาชีพทนายความ แต่ก็มีความจำเป็นไม่น้อยที่ประกอบวิชาชีพด้อยกว่ามาตรฐานที่ผู้มีวิชาชีพพึงมี ทำให้ลูกความได้รับความเสียหาย หรือไม่ได้รับประโยชน์จากการรับบริการทางกฎหมายของทนายความตามสมควร หลักเกณฑ์ที่จะอธิบายได้ถึงมาตรฐานการประกอบวิชาชีพทนายความ คือ คุณวุฒิและการศึกษาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ และมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

### 2.1.2.1 คุณวุฒิผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

ประเทศไทยกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความและชั้นทะเบียนเป็นทนายความได้ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 35 กำหนดว่า "การขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาต ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ ข้อ (3) สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี หรืออนุปริญญาทางนิติศาสตร์ หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี หรืออนุปริญญาจากสถาบันการศึกษา ซึ่งสภาทนายความเห็นว่า สถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐานการศึกษาที่ผู้ได้รับปริญญาตรี หรืออนุปริญญา หรือประกาศนียบัตรควรเป็นทนายความได้ และเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา" และมาตรา 38 กำหนดคุณสมบัติเพิ่มเติมในการพิจารณารับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตการเป็นทนายความไว้ว่า "...เว้นแต่ผู้ยื่นคำขอจะได้ผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี"

ซึ่งการศึกษาระดับอนุปริญญา คือ ประกาศนียบัตรรับรองจากสถานศึกษาแห่งใดแห่งหนึ่งว่า ได้เรียนและได้ไปเทียบเท่าครึ่งหนึ่งหรือเกินครึ่งของหลักสูตรปริญญาตรี

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 39.

การศึกษานิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยปัจจุบันนี้มีจำนวนมาก มหาวิทยาลัยเอกชนทุกมหาวิทยาลัยมีการเปิดการเรียนการสอนหลักสูตรนิติศาสตร์ นอกจากนี้แล้วมหาวิทยาลัยที่เพิ่งเป็นมหาวิทยาลัย คือ มหาวิทยาลัยราชภัฏทุกมหาวิทยาลัยก็มีการเปิดการเรียนการสอนหลักสูตรนิติศาสตร์ ดังนั้น ตามพระราชบัญญัติสภาพนายความ 2528 มาตรา 35 (3) จึงบัญญัติให้สภาพนายความเป็นผู้ให้ความเห็นว่า สถาบันการศึกษาใดที่มีมาตรฐานการศึกษาที่ผู้รับปริญญาตรีหรืออนุปริญญา หรือประกาศนียบัตรสามารถเป็นทนายความได้ ซึ่งระเบียบในการตรวจสอบสถาบันการศึกษานั้น กำหนดว่า คณาจารย์ ห้องสมุด อุปกรณ์การศึกษา สถานที่และอาคารเรียน แผนพัฒนา อาจารย์ประจำ และการเรียนการสอน การวัดผล ต้องได้มาตรฐานตามที่สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความของสภาพนายความกำหนด

การขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้ที่ต้องการประกอบวิชาชีพทนายความต้องเข้ารับการศึกษอบรมที่สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ แห่งสภาพนายความ และผู้เข้ารับการฝึกอบรมวิชาว่าความต้องมีคุณสมบัติตามข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ.2529 ข้อ 5. ดังนี้

1. มีสัญชาติไทย
2. สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีหรืออนุปริญญาทางนิติศาสตร์ หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี หรืออนุปริญญาจากสถาบันการศึกษา ซึ่งสภาพนายความเห็นว่าสถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐานการศึกษาที่ผู้ได้รับปริญญาตรีหรืออนุปริญญาหรือประกาศนียบัตรควรเป็นทนายความได้
3. ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี และไม่เป็นผู้ได้กระทำการใดซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต
4. ไม่อยู่ในระหว่างต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก
5. ไม่เป็นโรคติดต่อซึ่งเป็นที่ยังเกี่ยวแก่สังคม

ผู้เข้ารับการฝึกอบรมวิชาว่าความซึ่งได้ผ่านการฝึกอบรมที่จัดโดยสำนักฝึกอบรมตามหลักสูตรและวิธีการที่กำหนดไว้ในข้อบังคับนี้เท่านั้น จึงมีสิทธิขอจดทะเบียนเป็นทนายความ เว้นแต่ผู้ที่ได้เคยปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาลมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี อาจขอให้

คณะกรรมการพิจารณาสั่งยกเว้นให้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความได้ โดยไม่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมตามข้อบังคับนี้

การฝึกอบรมวิชาชีพทนายความแบ่งเป็น 2 ภาค คือ

1) ภาคทฤษฎี ตามข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาความ พ.ศ.2529 ให้สำนักอบรมกำหนดการอบรมภาคทฤษฎี โดยมีรายการให้ฝึกอบรมไม่น้อยกว่า 90 ชั่วโมง ประกอบด้วยการบรรยายในเรื่องมรรยาททนายความและจริยธรรมทนายความ วิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา วิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายอื่นๆ หลักการให้คำปรึกษากฎหมาย เป็นต้น

2) ภาคปฏิบัติ ให้ฝึกอบรมภาคปฏิบัติเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือน การฝึกอบรมภาคปฏิบัติอาจกระทำได้โดยให้ผู้เข้ารับการฝึกหัดงานที่สำนักงานฝึกอบรม หรือสำนักงานทนายความก็ได้ และระยะเวลาการฝึกหัดงานแห่งใดแห่งหนึ่งหรือทั้งสองแห่งต้องไม่น้อยกว่า 6 เดือน<sup>13</sup>

การฝึกหัดงานในสำนักงานของผู้เข้าอบรมวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความสภาพทนายความมีข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความ พ.ศ.2535 ผู้เข้าฝึกหัดงานในสำนักงานมี 2 ประเภท คือ ผู้เข้ารับการฝึกที่มาจากสำนักงานวิชาว่าความ ซึ่งมีกำหนดการฝึกอบรม 6 เดือน สามารถเข้าทดสอบเมื่อผ่านการทดสอบแล้ว สามารถเป็นทนายความได้ หรือกรณีผู้ที่เข้าฝึกหัดงานในสำนักงานไม่น้อยกว่า 1 ปี ซึ่งจะขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความได้เช่นกัน ซึ่งคุณสมบัติที่ผู้ได้รับฝึกงาน 1 ปี จะขอจดทะเบียนเป็นทนายความ และรับใบอนุญาตได้ คือ สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี หรืออนุปริญญาทางนิติศาสตร์ หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ซึ่งเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี หรืออนุปริญญาจากสถาบันการศึกษาซึ่งสภาพทนายความเห็นว่า สถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐานการศึกษาที่ผู้ได้รับปริญญาตรีหรืออนุปริญญา หรือประกาศนียบัตรเป็นทนายความได้

การเข้าฝึกหัดงานในสำนักงาน ผู้ฝึกหัดงานต้องได้รับการควบคุม และฝึกงานจากทนายความอาวุโสที่มีใบอนุญาตให้เป็นทนายความเป็นเวลารวมกันไม่น้อยกว่า 7 ปี

<sup>13</sup> ข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยการฝึกอบรม วิชาว่าความ พ.ศ.2529 ข้อ 13.

ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า แต่ละสำนักงานทนายความอาจมีรูปแบบการฝึกหัดงานทนายความที่เป็นมาตรฐานไม่เหมือนกัน ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วก็สุดแท้แต่ผู้เป็นหัวหน้าสำนักงานหรือทนายความอาวุโสในสำนักงานว่าจะฝึกงานแก่ผู้ฝึกหัดงานด้วยการว่าความในศาล หรือการเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งระยะเวลาการฝึกงานที่สั้นเกินไปเพียง 6 เดือน หรือ 1 ปี ทนายความฝึกหัดนั้นจะไม่สามารถเรียนรู้การเป็นทนายความได้ทั้งหมด ปัญหาที่เกิดขึ้นการฝึกอบรมวิชาว่าความ คือ สำนักงานทนายความที่รับฝึกงานมีมาตรฐานในการฝึกงานแตกต่างกัน ซึ่งบางแห่งให้ความสนใจและใส่ใจการฝึกอบรมกับทนายความฝึกหัดมาก ถือเป็นหน้าที่ที่ต้องให้การอบรมและฝึกหัดอย่างจริงจัง เพื่อให้ทนายฝึกหัดสามารถเป็นทนายความได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่บางสำนักงานซึ่งทนายความฝึกหัดไม่ได้เข้าไปฝึกงานอย่างจริงจัง หรือไม่มีการฝึกหัดสอบจากทนายความผู้ควบคุมการฝึกหัดอย่างเพียงพอ ทำให้ได้ทนายความที่ไม่มีประสิทธิภาพและอาจส่งผลให้ผู้รับบริการทางวิชาชีพอาจไม่ได้รับการบริการทางวิชาชีพที่เหมาะสมจากทนายความที่ขาดการฝึกอบรมฝึกหัดอย่างจริงจังดังกล่าวได้

#### 2.1.2.2. ระดับมาตรฐานการประกอบวิชาชีพทนายความ (Professional Standards)

ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความไทยไม่มีการกำหนดกฎเกณฑ์มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งกฎหมายควบคุมการประกอบวิชาชีพ คือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ก็มีได้บัญญัติถึงมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ มีเพียงกฎหมายควบคุมความประพฤติ (Conduct) ของผู้ประกอบวิชาชีพ คือ ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วย มรรยาททนายความ พ.ศ.2529 ซึ่งกำหนดข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทที่ให้ทนายความต้องปฏิบัติตาม เช่น มรรยาทต่อศาล มรรยาทต่อตัวความ มรรยาทต่อตัวความผู้มีอรรถคดี มรรยาทในการแต่งกาย การปฏิบัติตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความนี้เป็นข้อกำหนดเบื้องต้นให้ทนายความปฏิบัติว่า ทนายความที่ดีควรประพฤติตนตามกรอบมรรยาททนายความอย่างไร

ส่วนมาตรฐานของวิชาชีพ (Professional Standards) ซึ่งหมายถึงแนวทางการปฏิบัติการ (Practice) ในวิชาชีพแต่ละวิชาชีพ ซึ่งเป็นที่ยอมรับหรือถูกกำหนดสร้างขึ้นโดยสมาชิกหรือคณะกรรมการกฎหมายที่ควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ซึ่งหากผู้ประกอบวิชาชีพได้ปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพนั้น ๆ แล้ว ก็ถือได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพ



ได้ปฏิบัติการตามวิชาชีพตามมาตรฐานแห่งความชำนาญของผู้ประกอบวิชาชีพทุกๆ ไป (Standard of skill of the average practioner)<sup>14</sup>

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความต้องปฏิบัติตามหลักวิชาชีพ ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังระดับมาตรฐานเดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพทนายความคนอื่นๆ ที่ทำงานเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวโดยละเอียดในหมวดต่อไปของบทนี้

## 2.2 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

การประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความต้องให้บริการทางวิชาชีพแก่ลูกค้าความอย่างสุดความสามารถ ถ้าหากผู้ประกอบวิชาชีพประกอบวิชาชีพด้วยกระทำผิดจากความประมาทเลินเล่อ จงใจให้กระทำผิด เมื่อมีความผิดพลาดเกิดขึ้นทนายความต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกค้าของตน หรือบางกรณีอาจเกิดความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกได้เช่นกัน ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

การแบ่งประเภทความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความสามารถจำแนกความรับผิดชอบได้ 3 ประเภท คือ

1. ความรับผิดทางแพ่ง
2. ความรับผิดทางอาญา
3. ความรับผิดทางวิชาชีพ

### 2.2.1 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

การพิจารณาความรับผิดทางแพ่งนี้สามารถจำแนกความรับผิดชอบออกได้เป็น 2 ประการ คือ

- ก. ความรับผิดตามสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ
- ข. ความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

<sup>14</sup> ศิณีนาท เกียรติกังวาลไกล, ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ, หน้า 108.

ความผิดทางแพ่งทั้งสองประการข้างต้นคือความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด สิ่งที่จะก่อให้เกิดความรับผิดดังกล่าวได้ คือ ผู้กระทำต้องมี “ความผิด” ถึงได้มีการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย ซึ่งความรับผิดทางแพ่ง และความรับผิดทางละเมิดนั้น ท่านอาจารย์ศันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ ได้ให้ความหมายความรับผิดตามสัญญาหมายถึงความรับผิดที่เกิดจากความผิดในการไม่ชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตามโดยคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้อาจถูกคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องบังคับให้ชำระหนี้หากสภาพหนี้เปิดช่องให้ทำได้หรือเรียกค่าเสียหายด้วย<sup>15</sup> สัญญาเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งเนื่องจากเป็นความตกลงระหว่างบุคคลในอันที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย คู่สัญญามีสิทธิ์ต่อกันในการที่จะบังคับชำระหนี้ตามข้อตกลงในสัญญา<sup>16</sup> ดังนั้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ปฏิบัติผิดสัญญาจึงต้องมีหน้าที่ชำระหนี้ตามสัญญาพร้อมทั้งชำระค่าเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหากมีการเรียกร้อง

ความรับผิดทางละเมิด หมายถึง ความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนหนี้ตามกฎหมายที่จะต้องงดเว้นกระทำการคือ ต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้อื่น ความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดตามกฎหมาย เมื่อบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายโดยจงใจหรือไม่ระมัดระวังทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นผู้กระทำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทน<sup>17</sup>

โดยสรุปแล้วสามารถกล่าวได้ว่าละเมิดต่างจากสัญญาตรงที่ละเมิดเป็นหนี้ที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนด ส่วนสัญญาเป็นข้อตกลงที่บุคคลที่ก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นระหว่างคู่สัญญาเป็นหนี้ระหว่างบุคคลใดบุคคลหนึ่งนอกจากนี้แล้ววัตถุประสงค์แห่งสัญญามุ่งถึงข้อตกลงในสัญญาเป็นสำคัญส่วนละเมิดนั้นวัตถุประสงค์มุ่งเพื่อชดเชยเยียวยาความเสียหายที่มีผลจากการกระทำละเมิดนั้น

<sup>15</sup> ศันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ , กฎหมายลักษณะละเมิดจัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550) , หน้า 20.

<sup>16</sup> สุขุม ศุภนิตย์ , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550) หน้า 4.

<sup>17</sup> ศันท์ภรณ์ โสคติพันธ์ , กฎหมายลักษณะละเมิดจัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ , หน้า 20.

### 2.2.1.1 ความรับผิดชอบทางสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

ในส่วนนี้ผู้เขียนขอนำเสนอความรับผิดชอบตามสัญญาที่เกิดจากการให้บริการทางวิชาชีพทนายความแก่ลูกค้าความดังนี้

#### 1) ความรับผิดชอบตามสัญญาจ้างทำของ

นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพทนายความกับลูกค้า เป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587<sup>18</sup> ซึ่งลูกค้าตกลงว่าจ้างทนายความให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความว่าความในคดีความต่างๆ ให้ความเห็น คำปรึกษาในทางกฎหมาย และให้บริการทางวิชาชีพอื่นๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมาย โดยลูกค้าให้สินจ้างแก่ทนายความเป็นการตอบแทน ศาลฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานในคำพิพากษาฎีกาที่ 258/2486 ว่า สัญญาจ้างทนายความให้ว่าความนั้นเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 เพราะผู้ว่าจ้างตกลงจะทำการสำเร็จตามความคิดของผู้รับจ้าง

เมื่อทนายความรับจ้างทำงานแล้ววัตถุประสงค์หลักของการทำงาน ตามสัญญาจ้างทำของ คือ ความสำเร็จของงาน เช่น ลูกค้าแต่งตั้งให้ทนายความว่าความผลสำเร็จของการทำงาน คือ ว่าความให้แล้วเสร็จไปจากศาล ผลสำเร็จไม่ได้อยู่ที่ผลแพ้ชนะคดีความเสมอไป หากทนายความทำผิดหน้าที่บกพร่องต่อหน้าที่ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอ้อมเป็นการผิดสัญญา ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำของทนายความ เช่น ทนายความยื่นคำให้การมาเมื่อพ้นระยะเวลาตามกฎหมาย ทำให้ลูกค้าเสียหายเปรียบในการดำเนินคดีอย่างยิ่ง ถือได้ว่าทนายความไม่ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะทนายความก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกค้า เป็นการผิดสัญญาต่อลูกค้า ทนายความต้องรับผิดชอบต่อลูกค้าโดยชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำของทนายความ ส่วนลูกค้ามีหนี้หรือมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าจ้างว่าความ ซึ่งค่าจ้างว่าความไม่ใช่มี

<sup>18</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 บัญญัติว่า "อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น"

แต่เฉพาะเงินอย่างเดียวเท่านั้น อาจจ่ายค่าความเป็นสิ่งอื่นตามที่ตกลงกันได้ และการที่ ลูกความถอนนายความในคดีก็ไม่มีทางที่จะทำให้ลูกความหลุดพ้นจากความผูกพันในอันจะต้องชำระค่าจ้างว่าความให้กับนายความ

หน้าที่ที่นายความผู้รับจ้างต้องกระทำการเมื่อสัญญาจ้างเกิดแล้ว คือ การที่ลงมือทำงานและทำงานโดยไม่ชักช้า หลังจากทำสัญญาและก่อนส่งมอบงาน บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 593<sup>19</sup> เมื่อได้รับทำงานให้แก่ลูกความแล้วต้องทำงานให้แก่ลูกความทันที ซึ่งต้องทำอย่างรวดเร็วและทำตามกรอบระยะเวลาของกฎหมาย ไม่สามารถยืดหยุ่นด้วยเหตุใดได้ เช่น ในกรณีรับคดีมาฟ้องคดี แม้คดีจะขาดอายุความภายในวันนั้น นายความต้องทำฟ้องให้แล้วเสร็จและยื่นฟ้องให้ทันภายในกำหนดระยะเวลาของอายุความ มิฉะนั้น เมื่อรับคดีแล้ว ฟ้องล่าช้าทำให้คดีขาดอายุความก็อาจต้องรับผิดชอบลูกความได้ หรือการขอรายงานความเห็นทางกฎหมายจากนายความ นายความต้องทำด้วยความรวดเร็วรอบคอบ และถูกต้องเพื่อรายงานความเห็นให้แก่ลูกความให้เร็วที่สุดเท่าที่สามารถทำได้เช่นกันในกรณี นายความส่งมอบงานล่าช้า ทำให้ลูกความได้รับความเสียหายซึ่งความล่าช้านั้นปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้างหรือลูกความแล้ว นายความผู้นั้นมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ลูกความ

นายความมีความรับผิดชอบต่อลูกความ ในกรณีงานที่ชำระค่าบริการหรือค่าตอบแทน สัญญาระหว่างการทำงานก่อนส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 594<sup>20</sup> กรณีการทำงานชำระค่าบริการ ผู้ว่าจ้างหรือลูกความมีสิทธิให้นายความแก้ไขได้ ก่อนส่งมอบ แต่ถ้าไม่ทำการในกำหนด กฎหมายให้สิทธิลูกความในการที่จะเอาการงานนั้นไปบุคคลอื่นทำได้ และลูกความมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพนายความได้ด้วยเช่นกัน

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 593 บัญญัติว่า "ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้การนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้ มีพักต้องรอคอยให้ถึงเวลากำหนดส่งมอบของนั้นเลย"

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 594 บัญญัติว่า "ถ้าในระหว่างเวลาที่ทำการอยู่นั้นเป็นวิสัยจะคาดหมายล่วงหน้าได้แน่นอนว่า การที่ทำนั้นจะสำเร็จอย่างบกพร่องหรือจะเป็นไปในทางอันฝ่าฝืนข้อสัญญาเพราะความผิดของผู้รับจ้างไซ้ ผู้ว่าจ้างจะบอกกล่าวให้ผู้รับจ้างแก้ไขสิ่งที่บกพร่องให้คืนดี หรือทำการให้เป็นไปตามสัญญา ภายในเวลาอันสมควรซึ่งกำหนดให้ในคำบอกกล่าวนั้นก็ดี ถ้าและคลาดกำหนดนั้นไป ท่านว่าผู้ว่าจ้างชอบที่จะเอาการนั้นไปบุคคลภายนอกซ่อมแซมหรือทำต่อไปได้ ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องเสี่ยงความเสียหายและออกค่าใช้จ่ายทั้งสิ้น"

## 2) ความรับผิดชอบตามสัญญาตัวแทน

การประกอบวิชาชีพทนายความ นอกจากนิติสัมพันธ์มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของแล้ว การที่ทนายความกระทำการแทนลูกความ นิติสัมพันธ์อาจมีลักษณะเป็นสัญญาตัวแทน เช่น การที่ทนายความทำสัญญาประนีประนอมแทนลูกความนั้น ย่อมต้องผูกพันตัวการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797<sup>21</sup> การพิจารณาคดีในศาลทนายความดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ศาล กฎหมายให้ถือว่าเสมือนคู่ความทำด้วยตนเองต้องผูกพันในการต่างๆ ในที่ทนายความได้ทำขึ้น ในระหว่างที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นทนายความ เช่น ทนายความตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความแทนลูกความ ยอมรับคำฟ้องในศาล เป็นต้น ลูกความจะปฏิเสธว่าตนไม่ได้ยินยอม หรืออนุญาตให้ทนายความทำสัญญาประนีประนอมยอมความไป ไม่ได้ต้องผูกพันต่อกันไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2115/2517 ศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานว่า การที่คู่ความแต่งตั้งทนายความให้ว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 60 เป็นการแต่งตั้งตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 15 ว่าด้วยตัวแทน ทนายโจทก์ซึ่งเป็นตัวแทนย่อมมีหน้าที่ต้องจัดการดำเนินคดีเพื่อปกป้องรักษาประโยชน์ของโจทก์ตามบทกฎหมายดังกล่าว การที่ทนายโจทก์ฟังคำพิพากษาศาลชั้นต้นแล้วยื่นอุทธรณ์ภายในกำหนด 1 เดือน จึงเป็นการชอบด้วยกฎหมายหาเป็นโมฆะไม่ แม้ตัวโจทก์จะถึงแก่ความตายไปก่อนที่ศาลชั้นต้นจะได้อ่านคำพิพากษา และยังไม่มีการทวงขอเข้ารับมรดกความและแต่งตั้งทนายโจทก์เป็นทนายความของผู้รับมรดกความก็ตาม

มีนักกฎหมายที่เห็นว่า สัญญาว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของที่ทนายความมีหน้าที่ดำเนินคดีให้แก่ตัวความ แต่ตัวความก็สามารถมอบอำนาจให้ทนายความเป็นตัวความได้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคดีความซึ่งมีสัญญาตัวแทนเกิดขึ้นอีกด้วยซ้อนเข้าไปในสัญญาจ้างทำของ<sup>22</sup>

<sup>21</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 บัญญัติว่า "อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือ สัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ตัวแทน มีอำนาจกระทำการแทนบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง เรียกว่า ตัวการและตกลงจะทำการดังนั้น"

<sup>22</sup> ไพฑูริย์ เอกจริยากร, คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงานจ้างทำของรับขน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 147.

นิติสัมพันธ์ลักษณะตัวการตัวแทนนี้ มีนักกฎหมายที่มีความเห็นขัดแย้งว่า สัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาตัวแทน คือ ท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ ท่านให้ความเห็นแย้งว่า การตั้งทนายความมิใช่การตั้งตัวแทน ตัวแทนเป็นเอกเทศสัญญาบัญญัติไว้ตาม มาตรา 797 อันเป็นบทนิยามลักษณะสัญญาตัวแทนนั้น ต้องเป็นเรื่องสัญญาที่ให้บุคคลเรียกว่า ตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ตัวการคือทำการติดต่อกับบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามถึงการนั้นอาจเป็นนิติกรรมสัญญาก็ได้ กิจการอื่นใดที่ไม่ใช่นิติกรรมสัญญาก็ได้ พึงสังเกตว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 801 ตัวแทนซึ่งได้รับมอบอำนาจทั่วไปจะทำกิจการใด ๆ ในทางจัดการแทนตัวการได้ทุกอย่างนอกจากที่ระบุ ยกเว้นไว้ 6 อนุมาตรา ซึ่งอนุมาตรา (5) บัญญัติเกี่ยวกับการยื่นฟ้องต่อศาล หมายความว่าตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจทั่วไป จะทำไม่ได้ นอกจากตัวการโดยเฉพาะ ให้ฟ้องคดีได้ อาจทำให้มีผู้เข้าใจผิดว่าการยื่นฟ้องคดีต่อศาลหมายถึงการตั้งทนายความเป็นตัวแทนแล้ว โดยเข้าใจว่าการตั้งทนายความเป็นการตั้งตัวแทนอย่างหนึ่ง<sup>23</sup>

ผู้เขียนเห็นว่า แม้สัญญาตัวแทนจะมีบทบัญญัติเอกเทศสัญญาอีกประเภทหนึ่ง แต่การตั้งทนายความให้ดำเนินคดีแทน ซึ่งในกิจการบางอย่างทนายความกระทำการแทนตัวความไม่ได้ เช่น การประนีประนอมยอมความ หรือยอมรับตามที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเสนอ ซึ่งกิจการเหล่านี้เมื่อทนายความกระทำการแทนลูกความแล้ว ย่อมผูกพันตัวความซึ่งเป็นลูกความ ก็มีลักษณะเป็นสัญญาตัวแทนอยู่นั่นเอง ซึ่งเป็นสัญญาที่ซ้อนขึ้นอีกสัญญาหนึ่งที่ซ้อนสัญญาจ้างว่าความซึ่งเป็นสัญญาจ้างทำของ ดังเคยมีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาตามคำพิพากษาฎีกาที่ 2434/2526 จำเลยที่ 2 ผู้จัดการธนาคารสาขา ได้รับมอบอำนาจจากธนาคารจำเลยที่ 3 ได้แต่งตั้งจำเลยที่ 1 เป็นทนายความฟ้องโจทก์ให้ชำระหนี้และไถ่ถอนจำนองตามหนังสือมอบอำนาจจำเลยที่ 1 ไม่มีอำนาจรับเงินในคดีแทนจำเลยที่ 2 นอกศาล การที่โจทก์มอบเช็คให้จำเลยที่ 1 ไปจัดการชำระหนี้ให้แก่จำเลยที่ 3 เพื่อมิให้ที่ดินของโจทก์ต้องถูกขายทอดตลาดจำเลยที่ 1 ยอมรับเช็คไปดำเนินการตามความประสงค์ของโจทก์ จำเลยที่ 1 ย่อมได้ชื่อว่าเป็นตัวแทนโดยปริยายของโจทก์แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 วรรคสอง หากมีความเสียหายเกิดขึ้นเพราะความประมาท

<sup>23</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, "ฎีกาวิเคราะห์ (2)", วารสารนิติศาสตร์ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 28 ฉบับที่ 3), หน้า 981-982.

เส้นเลือดของจำเลยที่ 1 แล้ว ย่อมถือได้ว่าจำเลยที่ 1 ทำละเมิด เมื่อที่ดินของโจทก์ต้องถูกขายทอดตลาดไปเพราะความประมาทเส้นเลือดของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 ก็ต้องรับผิดชอบโจทก์

ความรับผิดของทนายความในฐานะตัวแทนของลูกความซึ่งเป็นตัวการเป็นไปตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 812<sup>24</sup> กล่าวคือ เมื่อทนายความซึ่งเป็นตัวแทนของลูกความได้กระทำการใดด้วยความประมาทเส้นเลือดจนเกิดความเสียหายแก่ตัวการ คือไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพทนายความ ถึงระดับที่พึงใช้ตามหน้าที่ของตนซึ่งตัวแทนผู้ใช้วิชาชีพทนายความต้องให้ความระมัดระวังตามวิชาชีพของตนให้สมกับที่ประชาชนไว้วางใจ ไม่ว่าจะการทำงานของทนายความจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ ถ้าใช้ความระมัดระวังหย่อนเกินไป ต้องถือว่ากระทำโดยประมาทเส้นเลือด<sup>25</sup> ทนายความต้องรับผิดชอบแก่ตัวการ ทนายความอาจมีความรับผิดเพราะไม่กระทำการเป็นตัวแทนตามที่ตกลงมอบหมายกันแล้ว หากเกิดความเสียหายต่อตัวการ คือ ลูกความ ทนายความก็ต้องรับผิดชอบ<sup>26</sup>

การประกอบวิชาชีพทนายความที่มีฐานะเป็นตัวแทนลูกความด้วยนั้น มีความรับผิดชอบอีกประการ คือ การกระทำผิดเพราะกระทำการนอกเหนือขอบเขตอำนาจ หรือทำโดยปราศจากอำนาจ หากทนายความได้รับการแต่งตั้งจากลูกความแล้ว ต้องทำการตามที่ลูกความมอบหมายให้ทำตามขอบอำนาจที่แท้จริง และกระทำโดยที่ไม่มีอำนาจ หากเกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่ลูกความแล้ว ทนายความย่อมต้องรับผิดชอบ<sup>27</sup>

ในการมอบหมายให้ทนายความเป็นตัวแทนของลูกความ โดยทั่วไปแล้ว ทนายความต้องกระทำการด้วยตนเองไม่สามารถแต่งตั้งผู้อื่นทำแทนได้ เว้นแต่จะมีอำนาจทำได้ ถ้าไม่มีอำนาจแต่งตั้งตัวแทนช่วงก็เป็นการทำนอกเหนืออำนาจ ความรับผิดในการแต่งตั้งตัวแทนช่วงมี 2 กรณี คือ ตัวแทนรู้ว่าตัวแทนช่วงที่ตัวการระบุไว้นั้นไม่เหมาะสมแล้วตั้งช่วงไป เช่น รู้ว่าทนายความที่ระบุไว้นั้นว่าความแพ่งไม่เป็น แล้วยังไปจ้างให้ว่าความแพ่ง โดยไม่บอกตัวความ

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 812 บัญญัติว่า "ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นอย่างใด ๆ เพราะความประมาทเส้นเลือดของตัวแทนก็ดี เพราะไม่ทำการเป็นตัวแทนก็ดี หรือเพราะทำการโดยปราศจากอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจก็ดี ท่านว่าตัวแทนจะต้องรับผิดชอบ"

<sup>25</sup> สกิต เล็งโรสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทน และนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539) หน้า 124.

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 125.

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 126.

เช่นนี้ ตัวแทนย่อมต้องรับผิดชอบต่อการ หรือตัวแทนรู้ว่าตัวแทนช่วงที่ระบุไว้ไม่เหมาะสมและไม่ควรแก่การไว้วางใจ แล้วแต่งตั้งโดยไม่แจ้งตัวการทราบ หรือบอกถอนตัวแทนก็ต้องรับผิดชอบต่อตัวการ<sup>28</sup>

### 3) ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในหลักทั่วไปแห่งหนี้

นอกจากความรับผิดชอบต่อความตามสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาตัวแทนแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความยังคงต้องมีความรับผิดชอบตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะหนี้บททั่วไป กล่าวคือ เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นลูกหนี้ละเลยไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิบังคับชำระหนี้ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 ที่บัญญัติว่า ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ การละเลยไม่ชำระหนี้หมายความว่า ลูกหนี้มีเจตนาไม่ชำระหนี้หรือไม่สนใจที่จะชำระหนี้ไม่ใช้กรณีที่ลูกหนี้ไม่อยู่ในวิสัยที่จะชำระหนี้ได้ เพราะเป็นการพ้นวิสัยซึ่งลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบ<sup>29</sup>

ตามมาตรา 213 วรรค 2 บัญญัติว่า "เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันใช้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการนั้นโดยให้ลูกหนี้ใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการใดอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ได้" ตามมาตรา 213 วรรค 3 บัญญัติว่า "อนึ่ง บทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาาก่อนนี้ หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายไม่"

ลักษณะของหนี้ของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่า เป็นหนี้ลักษณะเฉพาะตัว ลูกหนี้ย่อมมีอาจบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายชำระหนี้เฉพาะตัวได้ ซึ่งกรณีนี้สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องสิทธิที่ลูกความจะได้รับคืนค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ สัญญาจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจ้างให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายว่าความดำเนินคดี หรือให้คำปรึกษาลูกความมักคำนึงถึงคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพ

<sup>28</sup> สกิต เล็งไรสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทน และนายหน้า, หน้า 129.

<sup>29</sup> ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า 126.



ทนายความเป็นสำคัญ ประกอบกับความไว้วางใจและความเชื่อถือในความรู้ความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ชำระหนี้ ศาลจะไม่บังคับให้ ถ้าบังคับให้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำก็เท่ากับเป็นการผิดใจ กลับจะก่อความเสียหายให้กับลูกความ<sup>30</sup>

ดังนั้น ลูกความหรือเจ้าหนี้ตามสัญญาที่มีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ คือ เรียกค่าสินไหมทดแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213 วรรคท้าย หรือมีสิทธิที่จะให้บุคคลอื่นชำระหนี้แทนได้ โดยการว่าจ้างทนายความคนใหม่เข้าทำหน้าที่ทนายความแทน โดยคิดค่าใช้จ่ายจากลูกหนี้หรือทนายความผู้ผิดสัญญาได้ หรืออาจเรียกให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ครบถ้วน ไม่ตรงต่อเวลา เกิดความเสียหายขึ้นแก่เจ้าหนี้ เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระค่าเสียหายเพิ่มเติมจากการไม่ชำระหนี้ได้<sup>31</sup>

#### 4) ความรับผิดจากการเลิกสัญญา

นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและลูกความดังกล่าวมาแล้วว่าเป็นไปตามสัญญาจ้างทำของ การเกิดสัญญาต้องอาศัยหลักเจตนาในการเข้าทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ และลูกความ ซึ่งสัญญาจ้างทนายความไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรไม่มีแบบกำหนดไว้ การทำสัญญาจึงเป็นไปตามหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา ตราบใดที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ได้แสดงเจตนาเพื่อเป็นการเลิกสัญญา ซึ่งเป็นวิธีหนึ่งที่จะทำให้สัญญาระงับสิ้นไปซึ่งจะมีการเลิกสัญญาได้ นิติสัมพันธ์ตามสัญญาจะต้องยังมีอยู่ และสมบูรณ์ทุกประการ<sup>32</sup> ดังนั้น ความระงับสิ้นแห่งสัญญาจ้างทนายความย่อมระงับสิ้นไปด้วยการเลิกสัญญา

การเลิกสัญญาจึงเป็นสิทธิของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่สามารถบอกบอกเลิกสัญญาระหว่างกันได้ อย่างไรก็ตาม แม้ตามสัญญาจะมีข้อตกลงในสัญญาที่ห้ามมิให้บอกเลิกสัญญาก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวไม่สามารถบังคับได้ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6025/2539 ที่วินิจฉัยว่าสัญญาจ้างว่าความเป็นสัญญาจ้างทำของถือเอาผลสำเร็จของงานคือการดำเนินคดีหรือทำ

<sup>30</sup> ณัฐฤติ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย, หน้า 137.

<sup>31</sup> ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, หน้า 145.

<sup>32</sup> ศันสน์ภรณ์ ไชยดิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 374-375.

หน้าที่ทนายความตั้งแต่เตรียมคดีและว่าต่างหรือแก้ต่างในศาลไปจนคดีถึงที่สุดและการจ่ายสินจ้างต้องถือเอาความสำเร็จของผลงานหรือจ่ายสินจ้างตามที่ตกลงกันไว้ แม้สัญญาจ้างระบุว่า "ผู้ว่าจ้างจะไม่ถอนทนายหรือผู้แทนจนกว่าคดีจะถึงที่สุด หากมีการถอนทนายก่อนคดีถึงที่สุด ผู้ว่าจ้างตกลงที่จะชำระค่าสินจ้างให้เต็มตามจำนวนในสัญญาจ้างนี้" ก็ไม่ใช่สัญญาที่ผูกมัดตัดทอนเสรีภาพของผู้ว่าจ้างเพราะมิได้ห้ามเด็ดขาดมิให้ผู้ว่าจ้างถอนทนายเพียงแต่มีเงื่อนไขว่าหากถอนทนายผู้ว่าจ้างก็ยังคงชำระค่าสินจ้างให้ผู้รับจ้างเต็มจำนวนในสัญญาเท่านั้น ข้อตกลงนี้จึงไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาจ้างทนายความเป็นสัญญาที่ต้องอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจและความศรัทธา เคารพเชื่อถือในความสามารถของทนายความผู้นั้นจนถึงขนาดที่มอบหมายให้ทำงานเป็นทนายความให้ เมื่อลูกความหมดความเชื่อถือหรือไม่ใส่ใจทนายความแล้ว และไม่ได้แสดงให้เห็นความสามารถตามที่คาดหวังไว้ ลูกความสามารถบอกเลิกสัญญาจ้างว่าความได้ เมื่อลูกความไม่ประสงค์จะให้เป็นทนายความแล้ว ทนายความคนนั้นต้องถอนตัวจากการเป็นทนายความ และส่งมอบงานการที่ทำให้แก่ลูกความคืนทั้งหมด ทนายความก็สามารถที่จะบอกเลิกการเป็นทนายความได้เช่นกัน แต่หากการเลิกสัญญาของทนายความนั้น ศาลต้องอนุญาตให้ถอนตัวจากการเป็นทนายความก่อน ทนายความจะบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว และไม่ไปปฏิบัติหน้าที่ทนายความในศาลไม่ได้<sup>33</sup> ซึ่งเป็นการผิดมรรยาททนายความได้ และอาจผิดสัญญาจ้างว่าความได้ ปรกติแล้วการบอกกล่าวถอนตัวของทนายความต้องบอกกล่าวแก่ลูกความไม่น้อยกว่าช่วงเวลาหรือเพื่อให้ลูกความสามารถจัดหาทนายความคนใหม่ให้ดำเนินคดีแทนตนได้

การเลิกสัญญาเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 386 "ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญานั้นย่อมทำได้ด้วยการแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

ในกรณีที่สัญญาเลิกกันด้วยเหตุใดก็ตามระหว่างที่การว่าจ้างยังไม่แล้วเสร็จ เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605 บัญญัติว่า "ถ้าการที่จ้างยังไม่แล้ว

<sup>33</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 65 บัญญัติว่า "ทนายความที่ตัวความได้แต่งตั้งให้เป็นทนายในคดีจะมีคำขอต่อศาลให้สั่งถอนตนจากการตั้งแต่นั้นก็ได้ แต่ต้องแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่าทนายความผู้นั้นได้แจ้งให้ตัวความทราบแล้ว เว้นแต่จะหาตัวความไม่พบ"

เสรีอยู่ตราบได้ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 บัญญัติไว้ว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดั้งเดิมที่เป็นอยู่ แต่ทั้งนี้จะเป็นที่เสื่อมเสียสิทธิแก่บุคคลภายนอกไม่ได้”

วรรคสาม บัญญัติว่า “ส่วนที่เป็นภาระงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ใช้ทรัพย์สิน การที่จะชดใช้คืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรแห่งการนั้น ๆ หรือถ้าในสัญญาไม่กำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ใช้ได้ตามนั้น”

วรรคสี่ “การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา หากกระทบถึงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่”

ดังนั้น เมื่อมีการเลิกสัญญาเกิดขึ้น หนายความอาจมีสิทธิเรียกค่าการงานในส่วนของการงานอันใจทักได้กระทำไปแล้วผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมีความรับผิดชอบในกรณีการเรียกค่าสินไหมทดแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 ซึ่งบัญญัติว่า “การเรียกค่าเสียหายนั้นได้แก่การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย เช่น ที่ตามปกติย่อมเกิดแต่การไม่ชำระหนี้”

มาตรา 222 วรรคสอง บัญญัติว่า “เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือควรจะคาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนได้”

ค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 มี 2 ประการ ดังนี้ 1) ค่าเสียหายปกติ คือ ค่าเสียหายที่เป็นค่าเสียหาย เช่น ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ หรือผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ หรือเป็นค่าเสียหายที่ทุกคนอาจคาดเห็นได้ว่าจะเกิดจากการไม่ชำระหนี้<sup>34</sup> เช่น การที่ทนายความมิได้ฟ้องคดีให้แก่ลูกความในคดีขาดอายุความ เช่นนี้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจึงเท่ากับสิทธิที่จะได้จากการฟ้องคดี เป็นต้น 2) ส่วนค่าเสียหายพิเศษ เป็นค่าเสียหายสำหรับความเสียหาย ซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นตามปกติจากการไม่ชำระหนี้ กล่าวคือ ความเสียหายนั้นไม่ใช่เป็นเรื่องที่คนทั่วไปอาจคาดเห็นได้ เป็นความเสียหายพิเศษที่ไม่ได้เกิดขึ้นตามปกติ หากแต่เกิดขึ้นจากเหตุการณ์พิเศษ เพราะฉะนั้นโดยทั่วไปลูกหนี้จึง

<sup>34</sup> ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 175.

ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนี้ เพราะลูกหนี้ไม่อาจคาดเห็นได้ก่อนว่าจะเกิดขึ้นถ้าไม่ชำระหนี้ แต่ถ้าเหตุการณ์พิเศษที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้นเป็นที่รู้แก่ลูกหนี้อยู่ก่อนแล้ว หรือลูกหนี้ควรรู้ หรือควรที่จะรู้ ลูกหนี้อาจคาดเห็นได้ว่าความเสียหายพิเศษจะเกิดขึ้นหากไม่ชำระหนี้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้และเกิดความเสียหายพิเศษขึ้น เจ้าหนี้ก็เรียกเอาค่าสินไหมทดแทนรวมไปถึงค่าเสียหายพิเศษนั้นได้ด้วย<sup>35</sup> ตัวอย่างเช่น กรณีที่ลูกความให้ทนายความฟ้องขับไล่บุคคลที่อยู่ในที่ดินที่เป็น การครอบครองปรปักษ์ของตน เนื่องจากต้องการนำที่ดินไปพัฒนา แต่ทนายความไม่ได้ฟ้องคดีแก่ ลูกความ จนครอบครองได้กรรมสิทธิ์โดยการครอบครองปรปักษ์ ลูกความเสียหายในที่ดินกรณี เช่นนี้ เมื่อลูกความได้แจ้งอยู่แล้วว่าจะนำที่ดินไปพัฒนาต่อเพื่อขายเช่นนี้ ทนายความต้องรับผิดชอบแก่ ลูกความในกรณีที่ทนายผิดสัญญาไม่ชำระหนี้

กล่าวโดยสรุปแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของ สัญญาตัวแทน หรือสัญญาอื่นๆ แล้วแต่กรณีตามเจตนาของคู่สัญญา หากผู้ประกอบวิชาชีพ ทนายความปฏิบัติผิดสัญญา ลูกความสามารถเรียกค่าเสียหายจากทนายความได้ ทั้งค่าเสียหาย จากการไม่ชำระหนี้ ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษตามแต่กรณี หรือค่าสินไหมทดแทน

### 2.2.1.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

หน้าที่และความรับผิดของทนายความที่มีต่อลูกความ นอกจากความรับผิดทาง สัญญาแล้ว หากผู้ประกอบวิชาชีพทนายความไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตาม วัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ หรือปฏิบัติหน้าที่โดยประมาทปราศจากความระมัดระวัง จงใจหรือ ประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความ ทนายความต้องรับผิดทางละเมิดตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งในบางกรณี การละเว้นการกระทำตามหน้าที่ ของทนายความที่มีตามสัญญา และตามหลักของการประกอบวิชาชีพทนายความ ความสัมพันธ์ ตามสัญญาอาจก่อให้เกิดความรับผิดฐานละเมิดขึ้นได้ เช่น ทนายความต้องไปว่าความที่ศาล แต่จงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ไปศาลจนแพ้คดี ทนายความมีความผิดตามสัญญาจ้างว่าความ และผิดฐานละเมิดด้วยเช่นกัน

<sup>35</sup> โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 176.

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้อธิบายหลักเกณฑ์ สาระสำคัญของความรับผิดทางละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น"

สาระสำคัญของความรับผิดทางละเมิด จึงแยกออกได้ 4 ประการ คือ

#### 1) ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย

ความรับผิดทางละเมิดต้องมีการกระทำต่อบุคคลอื่น การกระทำหมายถึงการ เคลื่อนไหวของร่างกายในอิริยาบถโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้น คือ เป็นการกระทำของร่างกาย ที่อยู่ในบังคับของจิตใจ<sup>36</sup> และผู้กระทำสามารถระงับความเคลื่อนไหวได้ด้วย มิได้หมายความว่า แต่เพียงการกระทำในทางเคลื่อนไหวอิริยาบถ (Fait positif, Positive Act) เท่านั้น ยังรวมถึงการ กระทำหรือการงดเว้นไม่กระทำอีกด้วย<sup>37</sup>

การกระทำละเมิดโดยผิดกฎหมายนั้น มีทั้งการกระทำผิดโดยที่กฎหมายบัญญัติ ไว้โดยชัดแจ้งแล้ว และการกระทำผิดอีกประการ คือ การกระทำ ความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดของ บุคคล คือ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิเด็ดขาดอย่างอื่น โดยไม่มีข้อแก้ตัวตาม กฎหมาย ถือเป็นความรับผิดอยู่ในตัว<sup>38</sup> โดยสรุปแล้วการกระทำโดยผิดกฎหมายหมายความว่า การกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำลงไปโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิ หรือทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพทนายความกระทำโดยเป็นการผิดกฎหมายต่อ ลูกความ ก็เข้าลักษณะองค์ประกอบของการกระทำที่เป็นละเมิดได้ ดังมีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 439/2539 วินิจฉัยว่า ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มิได้บัญญัติห้ามศาลที่จะ

<sup>36</sup> พจนี ปุષปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 5 ละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มิตรไทย, 2506), หน้า 2.

<sup>37</sup> ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานา ประเทศกฎหมายเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 25.

<sup>38</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 172-173.

วินิจฉัยว่า ทนายความผู้มีพฤติกรรมการขัดต่อมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 เป็นผู้ประพฤติดมรรยาททนายความเพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบทางแพ่งในการทำละเมิด เมื่อเป็นเช่นนี้การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 3 เห็นว่า จำเลยทั้งสามประพฤติฝ่าฝืนข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วย มรรยาททนายความ พ.ศ.2529 มาตรา 3 ข้อ 12 (1) คือ จงใจขาดนัดหรือทอดทิ้งคดี ทำให้โจทก์เสื่อมเสียประโยชน์ของโจทก์ผู้เป็นลูกความของจำเลยทั้งสอง ศาลอุทธรณ์ก็มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่า การกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นการประพฤติดมรรยาททนายความ อันเป็นการละเมิดต่อโจทก์ ทำให้โจทก์เสียหายได้

นอกจากนี้ การกระทำความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่มีลักษณะที่เป็นการกระทำละเมิดโดยผิดกฎหมายนั้น ได้มีคำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความวินิจฉัยความผิดของทนายความเกี่ยวกับการกระทำละเมิดโดยผิดกฎหมายต่อลูกความ ดังคำสั่งที่ 15/2544<sup>39</sup> “ผู้กล่าวหาแต่งตั้งผู้ถูกกล่าวหาเป็นทนายความในคดี และมอบเงินจำนวน 100,000 บาท ให้ผู้ถูกกล่าวหานำไปชำระหนี้แก่ทนายโจทก์ แต่ผู้ถูกกล่าวหานำไปใช้ประโยชน์ส่วนตัว เมื่อถูกทวงถามก็ไม่ได้คืนแก่ผู้กล่าวหา จนผู้กล่าวหาดำเนินคดีขอยกยอกเงิน จึงยอมคืนเงินให้แก่ผู้กล่าวหา การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาจึงเป็นการฉ้อโกง ตระบัดสิน หน่วงเหนี่ยวเงินของลูกความ และนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อศักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความอย่างร้ายแรง เป็นการประพฤติดมรรยาททนายความตามข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 15 และข้อ 18”

## 2) การกระทำโดยจงใจ (Willful) หรือประมาทเลินเล่อ (Negligence)

(1) การกระทำโดยจงใจ (Willful) ที่ถือเป็นละเมิดต้องเป็นการกระทำหรือดเว้นการกระทำเป็นเหตุทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ท่านศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมาย คำว่า “จงใจ” หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตน การกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น และได้กระทำลงโดยรู้ข้อเท็จจริง

<sup>39</sup> คณะกรรมการส่งเสริมและประสานงานสอบสวนคดีมรรยาททนายความ สภาทนายความ , ย่อคำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความ , (กรุงเทพมหานคร : สภาทนายความ , 2544), หน้า 12

เหล่านั้นอยู่แล้ว แม้ในใจของผู้ทำไม่คิดว่าการที่จงใจกระทำลงไปนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายก็เป็นการกระทำโดยจงใจเหมือนกัน<sup>40</sup>

ศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความหมายว่า “ความจงใจ หมายถึง ความรู้ความตั้งใจของตนเอง ความเคลื่อนไหวของบุคคลเกิดแก่ความตั้งใจต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ถ้าบุคคลผู้เป็นเจ้าของการเคลื่อนไหว รู้ความตั้งใจที่จะทำอะไรลงไปแล้ว หากได้ทำลงไปโดยประสงค์ต่อผลใดหรืออาจถึงเห็นผลแห่งการกระทำนั้นได้ก็ได้อีกถือว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ<sup>41</sup> การกระทำโดยจงใจนี้เทียบเคียงกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4

ศาสตราจารย์จิต เศรษฐบุตร ได้ให้ความหมายว่าเป็นการกระทำโดยตั้งใจให้เสียหาย<sup>42</sup>

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า การกระทำโดยจงใจหมายถึงการกระทำโดยตั้งใจ สำเนียงรู้อยู่ว่าการกระทำลงไปนั้นอาจส่งผลหรือคาดหมายให้เกิดผลได้ว่า ผู้ที่ถูกกระทำได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น ส่วนความเสียหายมากหรือน้อยเพียงใดเป็นเรื่องที่ต้องกล่าวต่อไปในเรื่องการชดใช้ในเรื่องการใช้ค่าสินไหมทดแทนว่ามีเท่าใด

ในการกระทำโดยจงใจของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความนั้นยังไม่มีแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาที่วินิจฉัยในเรื่องละเมิดไว้แต่อย่างใด ต้องพิจารณาเทียบเคียงจากคำสั่งสถานายกพิเศษแห่งสภาทนายความที่วินิจฉัยถึงการกระทำความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความฐานจงใจละทิ้งคดีอันเป็นความผิดต่อข้อบังคับว่าด้วย มรรยาททนายความ พ.ศ.2529

คำสั่งที่ 9/2546<sup>43</sup> การที่ผู้ถูกกล่าวหาในฐานะทนายจำเลยที่ 1 ทราบนัดโดยชอบแล้ว ไม่ไปศาลโดยไม่แจ้งเหตุขัดข้องหรือมอบหมายให้ทนายความคนอื่นดำเนินคดีแทนผู้ถูกกล่าวหาเป็นทนายความมีหน้าที่ต้องไปศาลตามกำหนดโดยเคร่งครัด หากมีเหตุจำเป็นไม่

<sup>40</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354-452, หน้า 178

<sup>41</sup> เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์ จำกัด, 2527), หน้า 480.

<sup>42</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2539), หน้า 104.

<sup>43</sup> คณะกรรมการมรรยาททนายความ, คู่มือการสอบสวนคดีมรรยาททนายความ (กรุงเทพมหานคร : สภาทนายความ, 2548), หน้า 187.

อาจไปศาลได้ต้องมอบฉันทะให้ผู้อื่นไปแทน อีกทั้งจำเลยที่ 1 ยังเป็นชาวต่างประเทศ เข้าใจและพูดภาษาไทยได้เพียงเล็กน้อยจึงจำเป็นต้องใช้ล่ามแปล การที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ไปศาลในวันสืบพยานโจทก์นั้น ย่อมทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาจึงเป็นการจงใจขาดนัดหรือทอดทิ้งคดี อันอาจทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความและเป็นการประทุพติตนอันเป็นการเสื่อมเสียต่อศักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความ

คำสั่งที่ 13/2546<sup>44</sup> ผู้กล่าวหาทั้งสองว่าจ้างให้ผู้ถูกกล่าวหาดำเนินการฟ้องคดีให้ พร้อมทั้งได้มอบเงินค่าธรรมเนียมศาลและเอกสารให้แก่ผู้ถูกกล่าวหา หลังจากนั้นประมาณ 1 ปี ผู้ถูกกล่าวหายังไม่ได้ดำเนินการฟ้องคดีให้ จึงได้ขอเงินและเอกสารคืน ผู้ถูกกล่าวหารับว่าจะคืนให้พร้อมทั้งได้ทำบันทึกไว้เป็นหลักฐาน แต่ไม่ได้คืนให้ การกระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นการจงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน และปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ เป็นการยกยอกหรือกระบังตลิ่งลูกความ และเป็นการประทุพติตนอันเป็นการเสื่อมเสียต่อศักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความอันเป็นการประทุพติตนมรรยาททนายความ

(2) การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Negligence) หมายถึง การกระทำโดยไม่จงใจแต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรใช้ รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย<sup>45</sup> การขาดความระมัดระวัง คือ บุคคลในภาวะวิสัยเช่นนั้นจำเป็นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลที่อยู่ในภาวะวิสัยอย่างเดียวกันกับผู้กระทำพึงใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาใช้ไม่<sup>46</sup> กฎหมายได้วางระดับความระมัดระวังอย่างวิญญูชน ในกรณีความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความนั้นพึงต้องมีความระมัดระวังยิ่งกว่าบุคคลธรรมดาเนื่องจากการประกอบวิชาชีพทนายความมีลักษณะเป็นวิชาชีพที่มีความชำนาญพิเศษ เช่น ความระมัดระวังของทนายความจะต้องใช้มาตรฐานการทำงานและความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความเช่นกันเป็นตัววัดระดับมาตรฐานความระมัดระวัง อย่างไรก็ตามกรณีทนายความผู้ประกอบวิชาชีพชำนาญเฉพาะเรื่อง

<sup>44</sup> คณะกรรมการมรรยาททนายความ , คู่มือตรวจสอบสวนคดีมรรยาททนายความ, หน้า 188.

<sup>45</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 ถึง 452, หน้า 177-178.

<sup>46</sup> สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, หน้า 18.



(Specialist) เช่น หนายความผู้เชี่ยวชาญกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายสิทธิบัตร การค้าระหว่างประเทศ หนายความเหล่านั้นก็ต้องมีความแตกต่างมาตรฐานและระมัดระวังที่แตกต่างจากหนายความ ทั่ว ๆ ไป เช่นกัน

วิสัย (Nature) คือ สภาพบุคคลผู้กระทำว่ามีลักษณะหรือสภาพอย่างไรการวิเคราะห์เรื่องวิสัยนี้ต้องดูฐานะ(Status) ของผู้กระทำว่าเป็นเด็ก ผู้ใหญ่ ผู้มีวิชาชีพ ผู้เชี่ยวชาญ ขึ้นประกอบการพิจารณาวินิจฉัยว่า ระมัดระวังตามวิสัยหรือไม่ ต้องดูที่บุคคลทั่วไปที่อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกันนั้นใช้ความระมัดระวังเพียงใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1151/2534 วินิจฉัยว่าโจทก์ได้มอบต้นฉบับสัญญาให้แก่จำเลยซึ่งเป็นหนายความฟ้องเรียกเงินตามสัญญาจาก ด. จำเลยประมาทเดินเล่อทำให้ต้นฉบับสัญญาสูญหายไปตกอยู่ในความครอบครองของหนายความของ ด. อันเป็นเหตุให้โจทก์แพ้คดีที่ฟ้องเรียกเงินกู้ยืมจาก ด. และทำให้โจทก์เสียหาย การกระทำของจำเลยเป็นละเมิด จำเลยต้องรับผิดชอบโจทก์

ตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้ หนายความมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบเก็บรักษาสัญญากู้ยืมเป็นต้นฉบับเอกสารของลูกความไม่ให้เอกสารสูญหาย กรณีจึงเป็นการไม่ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพหนายความในการเก็บรักษาเอกสารต้นฉบับของลูกความ หนายความจึงต้องรับผิดชอบโจทก์

พฤติการณ์ (Circumstances) คือ ข้อเท็จจริงภายนอก และสภาพแวดล้อมภายนอกซึ่งผู้กระทำไปเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์หมุนเวียนเปลี่ยนไปไม่คงที่ กล่าวคือบุคคลที่เป็นวิญญูชน (Reasonable Man) ว่าเมื่อเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ขึ้นแล้ว วิญญูชนนั้นใช้ระดับความระมัดระวังเพียงใด ต้องใช้ความระมัดระวังต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในกรณีพฤติการณ์ฉุกเฉิน (Emergency) เช่น หากอยู่ภายใต้สถานการณ์ อย่างหนึ่งอย่างใด ย่อมไม่อาจใช้ความระมัดระวังตามปกติได้ พฤติการณ์ต้องนำมาประกอบในการพิจารณา ถึงขนาดความระมัดระวังอย่างไรก็ตาม การอยู่ภายใต้การใช้ความระมัดระวังวิญญูชน (Reasonable Man) ว่าเมื่อเกิดเหตุการณ์อย่างไรแล้ววิญญูชนนั้นใช้ความระมัดระวังเพียงใด<sup>47</sup>

มีแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่วินิจฉัยถึงพฤติการณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพหนายความโดยประมาทเดินเล่อ ดังนี้

<sup>47</sup> ศีณินาถ เกียรติกังวาฬไกล. ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ, หน้า 72.

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1081/2534

การที่จำเลยยื่นอุทธรณ์ไม่ทันกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์เพราะความพลั้งเผลอของ ทนายความ ไม่ใช่เหตุสุดวิสัยอันจะทำให้จำเลยมีสิทธิยื่นคำร้องขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ได้เมื่อ สิ้นระยะเวลาอุทธรณ์แล้วตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 23 ประกอบด้วย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 15

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4326/2541

การที่ทนายจำเลยยื่นคำให้การแก้คดี และลงลายมือชื่อรับทราบกำหนดวันเวลา นัดชี้สองสถานไว้แล้ว เป็นการกระทำแทนจำเลยโดยชอบ ถือว่าจำเลยทราบวันเวลาดังชี้สอง สถานแล้วด้วย ครั้นถึงกำหนดดังกล่าว จำเลยรวมทั้งทนายจำเลยไม่ไปศาล ศาลชั้นต้นจึงชี้สอง สถานและกำหนดวันเวลาสืบพยานโจทก์ไป ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 183 ตรี วรรคแรก ให้ถือว่าจำเลยและทนายจำเลยได้ทราบกระบวนการพิจารณาในวันนั้น แล้ว ซึ่งรวมถึงทราบกำหนดวันนัดสืบพยานโจทก์อันเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล ชั้นต้นด้วย เมื่อจำเลยและทนายจำเลยไม่มาศาลในวันนัดสืบพยานโจทก์โดยไม่แจ้งเหตุขัดข้อง หรือร้องขอเลื่อนคดีในวันสืบพยานหรือก่อนวันนั้น จึงเป็นการขาดนัดพิจารณาโดยจงใจและไม่มี เหตุสมควรที่จะให้พิจารณาใหม่ การที่ทนายจำเลยทั้งสองไม่แจ้งวันนัดให้จำเลยทราบเป็นเรื่อง ระหว่างจำเลยกับทนายจำเลย จำเลยจะนำมาอ้างเป็นเหตุว่ามีได้จงใจขาดนัดพิจารณาหาได้ไม่

### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1052/2542

การที่ทนายจำเลยลงชื่อรับทราบให้มาฟังคำสั่งศาล ถือได้ว่าทนายจำเลยทราบว่า ถูกโจทก์ฟ้องคดีนี้และทราบกำหนดวันนัดสืบพยานโจทก์แล้ว จึงต้องถือว่าจำเลยทราบนัดด้วย การที่จำเลยอ้างว่าทนายจำเลยเจ็บป่วย จำเลยหรือทนายจำเลยอาจยื่นคำร้องขอเลื่อนคดี หรือ แจ้งเหตุขัดข้องที่ไม่อาจมาศาลในวันนัดสืบพยานโจทก์ต่อศาลชั้นต้นได้ หรือมอบหมายให้ผู้ใดมา ทำการแทนได้ แต่จำเลยหรือทนายจำเลยหาได้กระทำไม่ แสดงว่าจำเลยรวมทั้งทนายจำเลยไม่ได้

เอาใจใส่ในคดีของตนเอง ถือได้ว่าจำเลยจงใจขาดนัดพิจารณาอยู่นั้นเอง กรณีเช่นนี้ศาลชั้นต้นจึงมีอำนาจสั่งยกคำร้องของพิจารณาคดีใหม่ของจำเลยเสียได้ โดยหาจำเป็นต้องทำการไต่สวนคำร้องของจำเลยก่อนมีคำสั่งไม่

#### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 296/2544

เมื่อผู้รับมอบฉันทะทนายโจทก์ลงชื่อรับทราบคำสั่งของศาลชั้นต้นที่รับอุทธรณ์ของโจทก์และให้โจทก์นำส่งหมายภายใน 7 วัน ส่งไม่ได้ให้แถลงเพื่อดำเนินการต่อไปภายใน 15 วัน มิฉะนั้น ถือว่าทิ้งอุทธรณ์ ต้องถือว่าทนายโจทก์ทราบคำสั่งดังกล่าวเช่นกัน ทั้งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม เมื่อเจ้าพนักงานศาลส่งหมายนัดและสำเนาอุทธรณ์ให้จำเลยไม่ได้ โจทก์มิได้แถลงเพื่อดำเนินการต่อไปตามกำหนดอันเป็นการกระทำโดยฝ่าฝืนคำสั่งของศาลชั้นต้น จึงเป็นการทิ้งฟ้องอุทธรณ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 174(2) ประกอบด้วย มาตรา 24

#### คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6460/2546

จำเลยทั้งสองมิได้นำส่งหมายนัดและสำเนาคำให้การและฟ้องแย้งให้แก่ฝ่ายโจทก์กระทั่งเวลาล่วงเลยไปจนศาลชั้นต้นพิพากษา จึงต้องถือว่าจำเลยทั้งสองเพิกเฉยไม่ร้องขอต่อเจ้าหน้าที่เพื่อให้ส่งหมายเรียกให้แก่คดีแก่โจทก์ทั้งห้าและไม่แจ้งให้ศาลทราบสาเหตุแห่งการเพิกเฉยเช่นว่านั้นภายในกำหนดเจ็ดวัน นับแต่วันยื่นคำฟ้องแย้งอันเป็นการทิ้งฟ้องแย้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 174(1)

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นได้ว่า การวินิจฉัยคดีของศาลจะหยิบยกความประมาทเลินเล่อ ความบกพร่องของทนายความในการพิจารณา ซึ่งพฤติการณ์ดังกล่าวถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของทนายความที่ทำให้ลูกความได้รับความเสียหายจากการกระทำของตน

นอกจากนี้ การพิจารณาถึงวิสัยและพฤติการณ์ในการประกอบการพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพทนายความประมาทเลินเล่อหรือไม่ จึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ทนายความใหม่ๆ ย่อมไม่มีความรู้ความสามารถเท่าเทียมกับทนายความอาวุโส การที่จะหามาตรฐานการระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ ต้องใช้เกณฑ์มาตรฐานเป็นเกณฑ์การพิจารณา เช่นนี้มีปัญหา

ในทางปฏิบัติ อย่างไรก็ตามแม้สภาวิชาชีพ เช่น สภานายความมิได้บัญญัติถึงมาตรฐานการประกอบวิชาชีพไว้ก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า มาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความใหม่กับทนายความอาวุโส หรือทนายผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านต้องพิจารณาจากผู้ประกอบวิชาชีพทนายความทุกๆ ไปว่า เข้าใจความระมัดระวังเช่นใด และขนาดใด การกล่าวอ้างว่าเป็นทนายความใหม่ จึงไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายแก่บุคคลอื่น จึงไม่น่าที่จะกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบได้

### 3) ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย

ความเสียหายนี้ หมายความว่า แม้จะมีการกระทำโดยผิดกฎหมายแล้ว แต่ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้นก็ไม่เป็นการกระทำละเมิด ซึ่งจะเกิดเป็นละเมิดขึ้นก็ต่อเมื่อความผิดที่กระทำนั้นมีผลให้เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ หรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ และความเสียหายนี้ต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน แต่หากความเสียหายที่เป็นการคาดคะเนเท่านั้น อาจจะไม่เกิดหรือไม่เกิดก็ได้ไม่ถือเป็นความเสียหาย<sup>48</sup> ความเสียหายที่กฎหมายกำหนด คือ ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

ความเสียหายที่เกิดจากการประกอบวิชาชีพทนายความที่ผิดพลาด ดังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1162/2545 ทนายโจทก์ยื่นคำร้องขอถอนตัวจากการเป็นทนายความในวันนัดสืบพยานโจทก์ ซึ่งโจทก์มีหน้าที่สืบก่อน แต่เมื่อศาลชั้นต้นยังไม่อนุญาตให้ทนายความพ้นจากการเป็นทนายความ โดยทนายโจทก์ลงชื่อทราบนัดแล้ว ถือว่าโจทก์ทราบนัดโดยชอบ เมื่อถึงวันนัดทนายความไม่ไปศาล ศาลมีคำสั่งว่า โจทก์ขาดนัดพิจารณา จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ซึ่งเมื่อวิเคราะห์เหตุแห่งความรับผิดชอบของทนายความที่เกิดขึ้นในคดีนี้แล้ว ความรับผิดชอบจากการที่ทนายความไม่ไปทำหน้าที่ของตนในศาล ทำให้ศาลจำหน่ายคดี ลูกความได้รับความเสียหาย จึงเป็นความเสียหายที่ชัดเจนทำให้ลูกความเสียหายสิทธิตามคำฟ้องของตน ซึ่งเป็นความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ นอกจากจะเป็นค่าเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ บางกรณีหากทนายความทำคดีผิดพลาด โดยลูกความต้องถูกจำคุกทั้งที่ไม่มีผิดแล้ว การได้รับทุกขกรรมในการรับโทษ เมื่อวิเคราะห์แล้วก็สามารถคิดเป็นค่าเสียหายทางจิตใจได้ ซึ่งไม่อาจ

<sup>48</sup> จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ม.354 ถึง 452, หน้า 191-192.

คำนวณเป็นเงินได้ ดังนั้น การประกอบวิชาชีพทนายความ อาจทำให้ลูกความได้รับความเสียหาย ทั้งที่คำนวณเป็นเงินได้และค่าเสียหายทางจิตใจที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ซึ่งทนายความต้อง ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

#### 4) ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำละเมิด

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เป็นปัญหาสำคัญที่ไม่มีความ แน่นอนตายตัวในการวินิจฉัยว่าอย่างไรที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำอันเป็นเหตุและผลที่ ต้องรับผิดชอบ การที่จะมีความรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา 420 ได้ ต้องมีหลักในการพิสูจน์ถึง ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลของการกระทำที่ถือว่าเป็นละเมิด การพิจารณาถึงหลัก ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล

ท่านศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้วางหลักทฤษฎีไว้ 2 ทฤษฎี คือ

(1) ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ หรือทฤษฎีเงื่อนไข ทฤษฎีนี้ถือว่า หากปรากฏว่า ถ้าไม่มีการกระทำดังที่ถูกกล่าวหาแล้วผลจะไม่เกิดขึ้นเช่นนั้น ต้องถือว่า ผลที่เกิดขึ้นเป็นผลอันเกิด จากการกระทำผิดที่ถูกกล่าวหา อันเป็นผลหนึ่งซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากเหตุหลายประการ ถ้าการ กระทำของผู้ถูกกล่าวหาเป็นเหตุอันหนึ่งในเหตุหลายๆ เหตุนั้นด้วยแล้ว ผู้นั้นก็ต้องรับผิดชอบ โดยไม่ ต้องคำนึงถึงว่ามีเหตุอื่นอีกที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นด้วยเหมือนกัน เพราะถือว่าเหตุทุกเหตุมี น้ำหนักเท่ากัน จะถือว่าเป็นแต่เหตุบางประการเท่านั้นที่ก่อให้เกิดผลนั้นขึ้นหาได้ไม่ เพราะถ้าไม่มี เหตุทุกๆ ประการเหล่านั้น รวมกันเข้าด้วยกันแล้ว ผลก็ย่อมไม่เกิดขึ้นเช่นกัน<sup>49</sup> หรือกล่าวสรุปว่า ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่งผลย่อมไม่เกิดขึ้น การกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดผลมีความสำคัญ เท่าๆ กัน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำอันเดียวกันหรือการกระทำต่างๆ ก็ส่งผลเท่ากัน แม้การกระทำอัน เดียวจะเกิดผลมากน้อยเพียงใด ก็ถือว่าเป็นผลจากเหตุอันเดียวกันนั้น ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ<sup>50</sup>

<sup>49</sup> จิติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 ถึง 452, หน้า 212.

<sup>50</sup> สุขุม สุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า 46.

(2) ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม (Causality adequate) หรือทฤษฎีผลธรรมดา ทฤษฎีนี้ถือว่าในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดผลขึ้นในแง่ความรับผิดชอบของผู้กระทำใด ๆ แล้ว เฉพาะแต่เหตุที่ตามปกติ ย่อมก่อให้เกิดผลเช่นนั้นเท่านั้น ที่ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ เช่น ก. เคาะศีรษะ ข. เบาๆ ข. ตายเพราะกะโหลกบางเป็นพิเศษ ก. ไม่ต้องรับผิดชอบในความตาย<sup>51</sup> สรุปแล้ว เฉพาะการกระทำที่เป็นเหตุสำคัญซึ่งจะส่งผลตามธรรมดาหรือเป็นเหตุเหมาะสมที่จะส่งผลให้เกิดขึ้นเท่านั้น ที่ถือได้ว่าเป็นเหตุที่จะต้องรับผิดชอบ

เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความกระทำละเมิดต่อลูกความแล้ว ทนายความต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ลูกความเพื่อความเสียหายนั้น ซึ่งหนี้ละเมิดที่ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดทางแพ่งเวลาทำละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 206<sup>52</sup> กำหนดให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ทันที ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใด ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์ และความร้ายแรงแห่งละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438<sup>53</sup>

## 2.2.2 ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความ

ความรับผิดของทนายความต่อลูกความในบางกรณี หากกระทำการที่ครอบงำประกอบความผิดทางอาญา กล่าวคือ ทนายความมีเจตนากระทำผิดทางอาญาที่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานใดฐานหนึ่ง ทนายความผู้นั้นต้องได้รับโทษทางอาญา เช่น เจตนาฉ้อโกงลูกความ หรือยกยอกทรัพย์ เป็นต้น

<sup>51</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 ถึง 452, หน้า 212.

<sup>52</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 206 บัญญัติว่า "ในกรณีหนึ่งอันเกิดแต่มูลละเมิด ลูกหนี้ได้ชื่อว่าผิดนัดมาแต่เวลาที่ทำละเมิด"

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 บัญญัติว่า "ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด"

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย"

ในบางกรณีหากการประกอบวิชาชีพของนายความได้ล่วงรู้ความลับของลูกค้าแล้วนำไปเปิดเผย นายความต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323<sup>54</sup>

องค์ประกอบความผิดตามวรรคหนึ่ง การล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่น โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นหมอความ นายความ แล้วเปิดเผยความลับนั้น โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดโดยเจตนา

องค์ประกอบความผิดตามวรรคสอง การได้ล่วงรู้ หรือได้มาซึ่งความลับ ในการศึกษาอบรมในอาชีพ หมอความ นายความ เปิดเผยความลับของผู้อื่นนั้น โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด โดยเจตนา

การเปิดเผยความลับนั้น ความลับหมายถึงข้อความหรือสิ่งซึ่งบุคคลผู้มีประโยชน์ได้เสียประสงค์จะปกปิดไว้ไม่ยอมเปิดเผยทั่วไป โดยให้รู้ได้เฉพาะบุคคลบางคนอันจำกัด แต่การจะถือว่าอะไรเป็นความลับต้องดูที่ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์<sup>55</sup> การได้รู้ความลับโดยเหตุที่ประกอบอาชีพตามความผิดฐานนี้ใช้คำว่าหมอความ ซึ่งหมอความอาจไม่ใช่ทนายความเป็นเพียงที่ปรึกษาหารือในข้อกฎหมายวางรูปคดี ตรงที่ปรึกษากฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้จดทะเบียน และรับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพทนายความ การที่ลูกความให้ความไว้วางใจแล้วเปิดเผยความลับตามมาตรานี้ ทำให้ลูกความเสียหาย นายความย่อมต้องรับผิดชอบถึงหมอความด้วย และผู้ที่เป็นผู้ศึกษาอบรมในอาชีพหมอความ นายความ ย่อมมีความรับผิดชอบด้วย

นอกจากนี้แล้วยังมีกฎหมายอาญาที่ห้ามการเปิดเผยความลับอีกตามมาตรา 324<sup>56</sup> องค์ประกอบความผิด ผู้กระทำความผิด มีวิชาชีพอันเป็นที่น่าไว้วางใจ กระทำการเปิดเผย คือ การนำไปแจ้งแก่คนอื่น สิ่งทีกระทำต่อ ความลับของผู้อื่นที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบ

<sup>54</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 บัญญัติว่า "ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์...หมอความ นายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้นแล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ"

<sup>55</sup> สุปิ่น พูลพัฒน์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิด, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2540), หน้า 316-318.

<sup>56</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 324 บัญญัติว่า "ผู้ใดโดยเหตุที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ วิชาชีพหรืออาชีพอันเป็นที่น่าไว้วางใจ ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นเกี่ยวกับอุตสาหกรรม การค้นพบ หรือการนิมิตในวิทยาศาสตร์ เปิดเผยหรือใช้ความลับนั้นเพื่อประโยชน์ตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

วิทยาศาสตร์<sup>57</sup> การเปิดเผยความลับนี้เป็นเจตนาเพื่อเปิดเผยหรือใช้ความลับเพื่อประโยชน์ตนเองหรือผู้อื่น ในมาตรานี้การเปิดเผยความลับของผู้อื่นในทางอุตสาหกรรมวิทยาศาสตร์ โดยที่ตนมีวิชาชีพหรืออาชีพเป็นที่น่าไว้วางใจ ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ หากล่วงรู้ความลับของลูกค้าแล้วนำไปเปิดเผย ย่อมต้องมีความผิดตามมาตรา<sup>58</sup>นี้ด้วย

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพทนายความกระทำการโดยมีเจตนาเปิดเผยความลับของลูกค้าทั้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 และมาตรา 324 กำหนดอัตราโทษให้จำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จะเห็นว่าโทษที่ลงแก่ทนายความผู้เปิดเผยความลับ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทนายความ เช่น ผู้เข้ารับการศึกษาอบรมต้องรับผิดชอบซึ่งอัตราโทษที่ลงไม่มากนัก เมื่อเทียบกับความเสียหายที่ลูกค้าอาจจะได้รับจากการกระทำผิดทางอาญาที่ได้รับ บทบัญญัติดังกล่าวอาจทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความไม่เกรงกลัวต่อความผิดได้ เมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำผิดของทนายความได้ ถ้าหากทนายความผู้นั้นมีเจตนาที่จะทำทุจริตต่อลูกค้าของตน

## 2.2.3 ความรับผิดทางวิชาชีพ (Professional liability)

### 2.2.3.1 มรรยาททนายความ

การประกอบวิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่ทรงเกียรติสิ่งสำคัญที่จะทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความได้รับการยอมรับนับถือ และยกย่องจากสังคม คือ การเป็นผู้มีจริยธรรมและมรรยาทในการประกอบวิชาชีพ ตามพระราชบัญญัติสภาทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 51<sup>58</sup>

<sup>57</sup> คณิต ณ นคร, กฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), หน้า 284-285.

<sup>58</sup> พระราชบัญญัติสภาทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 51 บัญญัติว่า "ทนายความต้องประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ การกำหนดมรรยาททนายความให้สภาทนายความตราเป็นข้อบังคับ ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่สภาทนายความตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ"



เมื่อ พ.ศ.2529 สภานายความได้ตราข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความ โดยมีสาระสำคัญอยู่ 4 หมวด คือ<sup>59</sup>

### (1) มรรยาทต่อศาลและในศาล

ทนายความไม่รับหน้าที่เมื่อผู้พิพากษาได้ขอแรงให้เป็นทนายความแก่ต่างในคดีอาญา เว้นแต่จะมีข้อแก้ตัวโดยสมควร ไม่เครพยำเกรงอำนาจศาล หรือกระทำการใดอันเป็นการดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในศาลหรือนอกศาล อันเป็นการทำให้เสื่อมเสียอำนาจศาลหรือผู้พิพากษากล่าวความ หรือทำเอกสารหรือหลักฐานเท็จ หรือใช้กลอุบายลงให้ศาลหลงเชื่อหรือกระทำการใดเพื่อทราบคำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาลที่ยังไม่เปิดเผย สมรู้เป็นใจโดยทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อทำพยานหลักฐานเท็จ หรือเสียมสอนพยานให้เบิกความเท็จ หรือโดยปกปิดซ่อนอำพรางพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งควรนำมายื่นต่อศาล หรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน หรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน

### (2) มรรยาทต่อตัวความ

ทนายความกระทำการอันใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหามูลมิได้ใช้อุบายอย่างหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้เพื่อจูงใจให้ผู้ใดมอบคดีให้ว่าต่างหรือแก้ต่าง หลอกลวงให้เขาหลงว่าคดีนั้นจะชนะ เมื่อตนรู้สึกแก้ไขว่าจะแพ้ อวดอ้างว่าตนมีความรู้ยิ่งกว่าทนายความอื่นอวดอ้างว่าเกี่ยวเป็นสมัครพรรคพวกรู้จักคุ้นเคยกับผู้ใดอันกระทำให้หลงว่า ตนสามารถจะทำให้เขาได้รับผลเป็นพิเศษ นอกจากทางว่าความหรือหลอกลวงว่าจะชักนำจูงใจให้ผู้ นั้น ช่วยเหลือคดีในทางใด ๆ ได้ หรือแอบอ้างขู่ถ้าให้ตนว่าคดีนั้นแล้วจะหาหนทางให้ผู้ นั้นกระทำให้คดีของเขาเป็นแพ้ เปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล กระทำการอันอาจทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ เช่น จงใจขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี จงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การ

<sup>59</sup> สภานายความ, พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 พร้อมกฎกระทรวง, (กรุงเทพมหานคร : สภานายความ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 41-45.

ดำเนินคดีแห่งลูกความของตนหรือปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ ได้รับปรึกษาหารือ หรือได้รู้เรื่องกรณีแห่งคดีใด โดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับคู่ความฝ่ายหนึ่ง แล้วภายหลังไปรับเป็น ทนายความหรือใช้ความรู้ที่ได้มานั้นช่วยเหลือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นปรปักษ์อยู่ในกรณี เดียวกัน ได้รับเป็นทนายความแล้ว ภายหลังใช้อุบายด้วยประการใด ๆ โดยปราศจากเหตุผลอัน สมควร เพื่อจะให้ตนได้รับประโยชน์นอกเหนือจากที่ลูกความได้ตกลงสัญญาให้ กระทำการใดอัน เป็นการข้อโกง ยักยอก หรือระบัดสินลูกความ หรือครอบครอง หรือหน่วงเหนี่ยวเงินหรือทรัพย์สิน ของลูกความที่ตนได้รับมาโดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องไว้นานเกินกว่าเหตุ โดยมีได้รับความยินยอมจาก ลูกความ เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร

### (3) มรรยาทต่อทนายความด้วยกัน ต่อประชาชนผู้มีอรรถคดี และอื่น ๆ

ทนายความแย่ง หรือทำการใดในลักษณะประมุขคดีที่มีทนายความอื่นว่าต่างแก่ ต่างอยู่แล้ว มาว่าหรือรับ หรือสัญญาว่าจะรับว่าต่าง แก่ต่างในคดีที่รู้ว่ามีทนายความอื่นว่าอยู่ แล้วเว้นแต่ได้รับความยินยอมจากทนายความที่ว่าความอยู่ในเรื่องนั้นแล้ว มีเหตุผลอันควรเชื่อว่า ตัวความได้ถอนทนายความคนก่อนจากการเป็นทนายความของเขาแล้ว ทนายความผู้ว่าความใน เรื่องนั้นปฏิเสธ หรือแสดงความไม่สมัครใจที่จะว่าความในคดีนั้นต่อไปแล้ว

ทนายความประกาศโฆษณา หรือยอมให้ผู้อื่นประกาศโฆษณาใด ๆ ซึ่งอัตรา ค่าจ้างว่าความ หรือแจ้งว่าไม่เรียกร้องค่าจ้างว่าความ เว้นแต่การประกาศโฆษณาของทนายความ เกี่ยวกับการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย ซึ่งดำเนินการโดยสภาทนายความเอง หรือโดย สถาบัน สมาคม องค์การ หรือส่วนราชการใดที่เกี่ยวข้อง หรือโฆษณาชื่อ คุณวุฒิ ตำแหน่ง ถิ่นที่อยู่ หรือสำนักงาน อันเป็นไปในทางโอ้อวด เป็นเชิงชักชวนให้ผู้มีอรรถคดีมาหาเพื่อเป็นทนายความว่า ต่าง หรือแก้ต่างให้ เว้นแต่การแสดงชื่อ คุณวุฒิ หรืออื่น ๆ ดังกล่าวตามสมควรโดยสุภาพ ประกอบ อาชีพดำเนินธุรกิจ หรือประพฤตินั้นอันเป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดีหรือเป็นการเสื่อมเสียต่อ คักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความ ยินยอมตกลง หรือให้คำมั่นสัญญาว่าจะให้ค่านายหน้าหรือ บำเหน็จรางวัลใด ๆ ด้วยทรัพย์สิน หรือประโยชน์ใด ๆ แก่ผู้ที่หาคดีความหรือนำคดีความมาให้ หรือมีคนประจำสำนักงานดำเนินการจัดหาคดีความมาให้ว่า โดยทนายความผู้นั้นคิดค่าส่วนลด ของค่าจ้างให้ หรือให้เงินเดือนหรือเงินจำนวนหนึ่งจำนวนใด หรือทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างใด ๆ

แก่ผู้ที่หาคดีความมาให้นั้น แม้บุคคลผู้หาคดีความมาให้โดยลักษณะดังกล่าวจะเป็นเสมียนหรือลูกจ้างประจำสำนักงานของทนายความผู้นั้นก็ตาม

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพทนายความกระทำผิดข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความที่ทนายความ เมื่อมีการกล่าวโทษทนายความแล้ว คณะกรรมการมรรยาทจะเป็นผู้ไต่สวน และพิจารณาคดีมรรยาท หากคดีกรรมการมรรยาทพิจารณาแล้ว มีคำสั่งว่าผู้ประกอบวิชาชีพทนายความได้กระทำผิดจริงตามที่ถูกร้องเรียนแล้ว การลงโทษเป็นไปตามพระราชบัญญัติสภาทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 52 ลงโทษ 2 สถาน คือ ภาคทัณฑ์ หรือห้ามทำการเป็นทนายความ มีกำหนดไม่เกินสามปี และลบชื่อจากทะเบียนทนายความ การลงโทษนั้นขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ ความร้ายแรงแห่งการกระทำผิดของทนายความผู้นั้น เช่น การจงใจ การฉ้อโกง ยักยอก

### 2.2.3.2 จริยธรรมทนายความ

จริยธรรม หมายถึง ธรรมที่เป็นข้อปฏิบัติตนของทนายความที่พึงยึดถือปฏิบัติตน ในการประกอบอาชีพและหมายรวมถึงข้อห้ามในการปฏิบัติตนที่ผิดศีลธรรมด้วย ซึ่งทนายที่ดีไม่ควรกระทำ<sup>60</sup> ท่านอาจารย์สิทธิโชค ศรีเจริญ ประธานคณะกรรมการมรรยาททนายความได้ให้ความหมายของคำว่าจริยธรรมว่า หลักวิชาชีพทนายความเป็นหลักธรรมในวิชาชีพหรือจริยธรรม ในการประกอบวิชาชีพทนายความซึ่งเป็นกรอบความคิดและวิธีปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม การประกอบวิชาชีพทนายความเป็นงานที่ต้องใช้กฎหมายเป็นหลักหากผู้ใช้กฎหมายไม่มีหลักคิดที่อยู่ในกรอบจริยธรรมแล้วการใช้กฎหมายนั้นก็ย่อมไม่เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนและไม่เกิดความเป็นธรรมในการดำเนินความยุติธรรมของรัฐ<sup>61</sup>

จริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความแต่เป็นข้อกำหนดในทางสังคมที่กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความต้องปฏิบัติให้เกิดความชอบธรรมการปฏิบัติฝ่าฝืนจริยธรรมในทางกฎหมายไม่มีบทลงโทษแต่เป็นการรู้สึกผิดต่อจิตใจของตนเองหรือได้รับการดำเนินคดีจากผู้

<sup>60</sup> คณะกรรมการมรรยาททนายความ , คู่มือสอบสวนคดีมรรยาททนายความ , หน้า 17.

<sup>61</sup> สิทธิโชค ศรีเจริญ, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, (บทความทางวิชาการของสำนักงาน สิทธิโชค ศรีเจริญ ทนายความ, 2550 ), หน้า 1.

ประกอบวิชาชีพด้วยกันรวมถึงบุคคลทั่วไปในสังคมด้วย ทำให้วิชาชีพทนายความไม่ได้รับการยอมรับนับถือจากสังคมเป็นผลเสียต่อสถาบันวิชาชีพ

ศาสตราจารย์มารุต บุญนาค ได้ให้หลักจริยธรรมของทนายความไว้ดังนี้

1. จริยธรรมในการประกอบอาชีพในศาล คือการวางตนในการไปทำงานที่ศาล การแต่งกายสุภาพเรียบร้อย ความประพฤติ การพูดจาต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง ปฏิบัติตามระเบียบศาล การว่าความต้องในความเคารพต่อศาล สถาบันศาล ใช้คำพูดกับศาลด้วยกริยาเรียบร้อยสำรวม

2. จริยธรรมของทนายความในการปฏิบัติหน้าที่นอกศาล ทนายความต้องไม่รับคดีโดยที่ตนไม่ทราบข้อเท็จจริงในคดีดีพอควรมุ่งเน้นให้มีการประนีประนอมยอมความ ไม่ควรยุยงส่งเสริมให้คนเป็นคดี หรือเป็นความ

3. จริยธรรมของทนายความในการดำรงตน ทนายความต้องมีกรอบจริยธรรมต่อตนเองและผู้อื่น มีความซื่อสัตย์สุจริตต่อวิชาชีพ ดำรงตนตามตามอัตภาพไม่กอบโกยผลประโยชน์ เรียกค่าว่าความมากจนเป็นการเบียดเบียนลูกความ ยึดมั่นแนวความคิดการผดุงความยุติธรรมมีความกล้าหาญในการแสดงความคิดเห็น ไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้ใด<sup>62</sup>

ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพที่ฝ่าฝืนหลักจริยธรรมแล้ว ความรับผิดชอบหลักจริยธรรมไม่มีบทลงโทษใดที่เป็นรูปธรรม เพียงแต่จะไม่ได้รับการยอมรับนับถือของสภาวิชาชีพด้วยกันของผู้ประกอบวิชาชีพเท่านั้น แต่หากหลักจริยธรรมใดที่สอดคล้องกับข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความแล้ว หากทนายความนั้นปฏิบัติฝ่าฝืนหลักจริยธรรมดังกล่าว ทนายความผู้นั้นต้องรับผิดชอบตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความไป อันเป็นการลงโทษทางวิชาชีพ

### 2.3 ความรับผิดชอบตามกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในต่างประเทศ ซึ่งจะศึกษาเฉพาะความรับผิดชอบในระบบ Common Law ที่จะพบในความรับผิดชอบ

<sup>62</sup> มารุต บุญนาค , วิชาว่าความและมรรยาททนายความ, พิมพ์ครั้งที่ 3 , (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2545), หน้า 285-286.

ตามสัญญา (Contract) และความรับผิดชอบทางละเมิด (Negligence) และนอกจากนี้จะได้ศึกษาถึงมาตรฐานการประกอบวิชาชีพของทนายความว่ามีอย่างไรบ้าง

### 2.3.1 ความรับผิดชอบของทนายความในประเทศอังกฤษ

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เดิมกลางปี ค.ศ. 1970 การพิจารณาว่าความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพจะมีได้เฉพาะความรับผิดตามสัญญาเท่านั้น หลังปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพศาลได้มีคำวินิจฉัยว่ารวมถึงความรับผิดทางละเมิดด้วย<sup>63</sup> ประเด็นสำคัญที่ศาลจะวินิจฉัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพไม่ว่าวิชาชีพใดเพื่อความรับผิดทางแพ่งและทางละเมิดนั้น ศาลจะใช้หลักหน้าที่ใช้ความระมัดระวังหรือที่เรียกว่า "Duty of Care" คือ ผู้ประกอบวิชาชีพประกอบวิชาชีพโดยฝ่าฝืนต่อหน้าที่ซึ่งตนเองต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพ ผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อได้มีการกระทำความผิดโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งจะมีความรับผิดได้เฉพาะการกระทำที่ผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้ก่อให้เกิดความรับผิดขึ้น<sup>64</sup>

ดังนั้น การวินิจฉัยความรับผิดหากมีความเสียหายเกิดขึ้นการที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพต้องรับผิดหรือไม่อยู่ที่สถานการณ์เช่นนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังหรือไม่ หน้าที่ใช้ความระมัดระวังนี้มีการเปลี่ยนแปลงตามระยะเวลาและสถานที่แม้ไม่ได้กำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ผู้ประกอบวิชาชีพย่อมต้องมีความระมัดระวังตามความคาดหวังของผู้รับบริการทางวิชาชีพที่เกิดจากความเชื่อถือ หน้าที่ใช้ความระมัดระวังสิ่งที่จะต้องพิจารณาเป็นสำคัญคือ การปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (Standard Of Care) คือ หากผู้ประกอบวิชาชีพไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ย่อมทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพต้องรับผิดตามละเมิดหรือสัญญาเนื่องจากหน้าที่ในการกระทำการบริการทางวิชาชีพให้ได้ตามมาตรฐานนี้เป็นข้อตกลงโดยปริยายในสัญญาระหว่างที่ปรึกษากฎหมายและลูกค้าของตนแม้ว่าจะไม่มี

<sup>63</sup> ศิณิศา เกียรติกังวาลไกล, ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ, หน้า 10

<sup>64</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 12

ข้อตกลงโดยชัดแจ้งก็ตาม นอกจากนี้การฟ้องร้องคดีละเมิดอาจกระทำได้แม้ว่าจะมีความรับผิดชอบตามสัญญาเกิดขึ้นอยู่แล้ว<sup>65</sup>

นอกจากนี้ การกำหนดมาตรฐานการประกอบวิชาชีพในประเทศอังกฤษยังปรากฏในประมวลความประพฤติ(Code Of Conduct) แห่งสหภาพนายความแห่งอังกฤษและเวลส์ กำหนดให้ทนายความในศาลจะต้องเตือนที่ปรึกษากฎหมายหากมีความเสี่ยงที่คาดหมายได้จากรายงานความเห็นจะไม่อาจกระทำได้ภายในระยะเวลาและจะต้องมีการส่งคดีคืนภายในระยะเวลา เพื่อแจ้งให้ทนายความในศาลคนอื่นทราบ ในกรณีทนายความในศาลข้อกำหนดตามกฎประมวลความประพฤติแห่งเนติบัณฑิตยสภาอังกฤษและเวลส์ได้ระบุว่าทนายความในศาลจะต้องไม่รับสรุปความเห็นที่อาจทำให้ตนมีปัญหาในการประกอบวิชาชีพ (Professional Embossed) ซึ่งตามกฎหมายนี้ได้ระบุพฤติการณ์ที่อาจเป็นปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการประกอบวิชาชีพได้ซึ่งรวมถึงการที่มีประสบการณ์หรือความสามารถน้อย การไม่มีเวลาทำงานที่เหมาะสม และการกระทำใดที่เสี่ยงต่อการกระทำผิดต่อการเปิดเผยความลับ นอกจากนี้ในกฎความประพฤติของทนายความในศาลได้กำหนดหลักทั่วไปว่าทนายความในศาลจะต้องมีความพร้อมที่จะใช้ความระมัดระวังและการปฏิบัติงานอย่างตั้งใจทำงานด้วยสามารถใช้วิธีการที่เหมาะสมและสามารถปฏิบัติได้เพื่อเป็นการประกันว่าตนได้ปฏิบัติตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ<sup>66</sup>

ดังได้กล่าวมาแล้วเป็นหลักในการวินิจฉัยความรับผิดชอบของทนายความ ต่อไปผู้เขียนจะได้อธิบายถึงความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศอังกฤษ มีความรับผิดชอบคือ

### 2.3.1.1 ความรับผิดชอบตามสัญญา

สัญญาระหว่างทนายที่ปรึกษากฎหมายและลูกความอาจจะทำอย่างเป็นทางการที่เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตามไม่ได้มีกฎหมายกำหนดว่าการทำสัญญาจ้างจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป สัญญาอาจเกิดขึ้นโดยการกระทำของคู่กรณีหากเป็นกรณีที่มี

<sup>65</sup> Dennis Campbell, and Christian T. Cambell, Professional Liability of Lawyer, (London : Lloyd's of London Press Ltd., 1995) P.74

<sup>66</sup> Dennis Campbell, and Christian T. Cambell, Professional Liability of Lawyer. P. 75.

ความสัมพันธ์ระหว่างที่ปรึกษากฎหมายและลูกความซึ่งถือว่าเป็นสัญญาโดยปริยาย ขอบเขตหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาโดยปริยายนั้นก็เกิดจากการใช้ความสามารถ และความระมัดระวังตามสมควรมากกว่าที่เกิดจากการผิดข้อตกลงที่ระบุไว้โดยชัดแจ้ง

สัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและลูกความในประเทศอังกฤษ เป็นสัญญาว่าจ้างให้มีการบริการทางวิชาชีพ โดยลูกความตกลงจะจ่ายค่าตอบแทน หรือค่าธรรมเนียมทางวิชาชีพแก่ทนายความ ส่วนผู้ประกอบวิชาชีพต้องประกอบวิชาชีพด้วยความชำนาญ และความระมัดระวัง ตามความเหมาะสมทางวิชาชีพ

ลักษณะของสัญญาจ้างระหว่างทนายความและลูกความ โดยทั่วไปต้องเป็นไปตามลายลักษณ์อักษรที่ได้ตกลงกันตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของการทำสัญญา แต่หากสัญญาไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร สามารถอนุมานได้จากการแสดงออกของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ระหว่างทนายความและลูกความว่ามีข้อตกลงแห่งสัญญาจ้างอย่างไร<sup>67</sup> มีตัวอย่างคำตัดสินในคดี *Groom v Crocker*<sup>68</sup> ที่ได้วินิจฉัยว่า ค่าทนายความเมื่อได้มอบไว้จะนำมาซึ่งการทำงานตามเงื่อนไขปกติแห่งความสัมพันธ์ของสัญญาโดยรวมถึงหน้าที่ของทนายความที่จะปกป้องผลประโยชน์ของลูกความ และปฏิบัติตามคำสั่งของลูกความให้สำเร็จในลักษณะที่ค่าทนายความสัมพันธ์กัน ตามวิธีการที่เหมาะสม ตามแนวคำวินิจฉัยศาลนี้ เมื่อทนายความได้รับคำปรึกษาทนายความแล้วต้องผูกพันเป็นสัญญาจ้างทนายความ ถือเป็นสัญญาจ้างทนายความโดยปริยาย โดยต้องพิจารณาจากพฤติการณ์ของคู่สัญญาเป็นสำคัญ

ความรับผิดชอบตามสัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อทนายความที่ปรึกษาได้ปฏิบัติฝ่าฝืนข้อกำหนดในสัญญา หรือฝ่าฝืนต่อหน้าที่ของตน (Breach The Duties) ที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งทนายความมีหน้าที่ต้องประกอบวิชาชีพทั้งตามสัญญาและตามมาตรฐานในการระมัดระวัง และใช้ทักษะความรู้อย่างระมัดระวัง สมเหตุสมผล (Reasonable Care and Skill)<sup>69</sup> แม้จะไม่ได้มีการตกลงกันไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยสรุปแล้วทนายต้องประกอบวิชาชีพตามมาตรฐานและเป็นไปตามสัญญาจ้างผู้ประกอบวิชาชีพ แม้สัญญาจะไม่ได้ทำกันขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

<sup>67</sup> Dennis Campbell, and Christian T. Cambell, *Professional Liability of Lawyer*, P.76.

<sup>68</sup> (1838) 8 C.8 P.475.

<sup>69</sup> Dennis Campbell, and Christian T. Cambell, *Professional Liability of Lawyer*, P.77.

### 2.3.1.2. ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในอังกฤษ

การพิจารณาความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นหลักการที่สำคัญ คือความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศอังกฤษ ความประมาทเลินเล่อจากการประกอบวิชาชีพ ซึ่งกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญแห่งการละเมิด<sup>70</sup>

การที่จะเรียกร้องค่าเสียหายทางละเมิดกับผู้ประกอบวิชาชีพได้ต้องเป็นกรณีที่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ทนายความผู้นั้นมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง ได้กระทำผิดต่อการใช้หน้าที่นั้นและมีความเสียหายเกิดขึ้นหากทนายความผู้นั้นไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ได้กระทำฝ่าฝืนต่อหน้าที่นั้น และมีความเสียหายเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่นั้น มีแนวคำวินิจฉัยศาลซึ่งตัดสินในคดี Crossman V Ward Brace well & Co.<sup>71</sup> ว่า หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังสามารถเกิดขึ้นได้ แม้ว่าจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาปรากฏอยู่ก็ตามข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ ภายหลังจากโจทก์ถูกกล่าวหาว่าขับรถโดยประมาท จึงได้ปรึกษาทนายความที่ปรึกษาซึ่งให้คำแนะนำแก่โจทก์ถึงความเป็นไปได้ของค่าใช้จ่ายที่ผู้รับประกันภัยของโจทก์จะต้องได้รับ โจทก์จึงตัดสินใจดำเนินคดีด้วยตนเอง และไม่ได้แจ้งผู้รับประกันภัย ผู้รับประกันภัยจึงปฏิเสธความคุ้มครอง ต่อมาโจทก์จึงได้ฟ้องทนายความที่ปรึกษาให้รับผิดโดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ว่าทนายความที่ปรึกษาไม่เคยทำสัญญากัน ศาลพิพากษาว่า ทนายที่ปรึกษาไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังต่อโจทก์ที่จะให้คำปรึกษาทางกฎหมายในการที่โจทก์มีสิทธิได้รับเงินค่าสินไหมทดแทนจากการประกันภัยจากรถ

ตามคำพิพากษาเห็นได้ว่า ศาลได้กำหนดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังว่า สามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีสัญญาระหว่างทนายความและลูกความ ซึ่งเป็นหน้าที่ของทนายความที่ปรึกษาที่ต้องรับผิด<sup>72</sup> หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) นี้ ไม่มีคำตัดสินชี้ขาด

<sup>70</sup> ศีลีนาด เกียรติกังวาลไกล, ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ, หน้า 58.

<sup>71</sup> (1989) 5 PN 103

<sup>72</sup> Dennis Campbell, and Christian T. Cambell, Professional Liability of Lawyer. (London : Lloyd's of London Press Ltd., 1995) P.77.



ตายตัว ความรับผิดชอบเกิดขึ้นได้ตามลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ ซึ่งกฎหมายอาจเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของสังคม ศาลต้องตัดสินโดยพิจารณาจากสถานการณ์ต่าง ๆ ในการดำเนินชีวิตในสังคม

การที่จะพิจารณาว่า หนายความมีความผิดต่อหน้าที่หรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักมาตรฐานของความระมัดระวัง (Standard of Care) ซึ่งพิจารณาได้จาก<sup>73</sup>

1. มาตรฐานการระมัดระวังของวิญญูชนทั้งของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ ตามความสามารถและการใช้ความระมัดระวัง วิญญูชนในที่นี้จะไม่ใช่บุคคลทั่ว ๆ ไปแต่ต้องเป็นวิญญูชนของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไปได้รับการศึกษาฝึกอบรมสูงกว่าบุคคลที่เป็นวิญญูชนธรรมดา ในส่วนผู้ประกอบวิชาชีพหนายความต้องใช้หลักเกณฑ์ของมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพหนายความด้วยกันและระดับของมาตรฐานแห่งความระมัดระวัง และความชำนาญ (Degree of Care and skill)

2. ผู้ประกอบวิชาชีพหนายความไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญสูงเกินกว่าธรรมดาของผู้ประกอบวิชาชีพทั่วไปที่พึงมี การที่อยู่ในวิชาชีพเดียวกันก็ไม่ได้ผูกมัดเสมอไปว่าขนาดแห่งความระมัดระวังจะต้องเท่ากันเพราะความรู้ ความสามารถ ความชำนาญ อาจแตกต่างกัน เช่นหนายความอาวุโส หนายความว่าความใหม่ ประสบการณ์การประกอบวิชาชีพย่อมต้องใช้มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิญญูชนที่เหมาะสมกับผู้ประกอบวิชาชีพนั้นเช่นสถานะ ตำแหน่งความอาวุโส ในระดับเดียวกัน แต่หากผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะ Specialist เช่นผู้เชี่ยวชาญด้านระหว่างประเทศ ภาษีอากร เป็นต้น มาตรฐานและความระมัดระวังจะต้องวินิจฉัยโดยมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งมีความรู้ ความสามารถ และความเชี่ยวชาญในสาขานั้น ๆ ตามที่ได้แสดงว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญ<sup>74</sup>

<sup>73</sup> ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย, หน้า 79.

<sup>74</sup> ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย, หน้า 62.

## 2.3.2 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศ สหรัฐอเมริกา

การดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากทนายความส่วนใหญ่เกิดจากความประมาทเลินเล่อของทนายความ กล่าวคือ ทนายความมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังให้เหมาะสมแต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังก่อให้เกิดความเสียหายต่อหน้าที่นั้น การใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสมเป็นหน้าที่ของทนายความผู้ให้บริการทางวิชาชีพเนื่องจากทนายความมีความรู้ความสามารถมากกว่าบุคคลทั่วไป มาตรฐานการใช้ความระมัดระวังย่อมต้องสูงกว่าบุคคลทั่วไป มาตรฐานนี้คือระดับของความระมัดระวัง ระดับการใช้ความสามารถ การพิจารณาไตร่ตรองและความรู้ที่ควรจะมีเท่ากับบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพทนายความทั่วไปพึงมีด้วย

การประกอบวิชาชีพทนายความในสหรัฐอเมริกา ทนายความสามารถว่าความในศาลและรวมทั้งสามารถให้บริการวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมายนอกเหนือจากงานว่าความ ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมี 2 ลักษณะ คือ ความรับผิดชอบตามสัญญา และความรับผิดชอบทางละเมิด คล้ายกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศคอมมอนลอว์อื่น ๆ เช่น อังกฤษ ความรับผิดชอบจากการประกอบวิชาชีพมักจะเกิดจากการมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ ซึ่งหน้าที่เกิดขึ้นโดยผลแห่งสัญญาและผลแห่งกฎหมาย คือหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่นในสังคมเพื่อมิให้เกิดความเสียหาย โดยผลแห่งสัญญาจึงต้องกำหนดหน้าที่ให้ทนายให้บริการทางวิชาชีพด้วยความระมัดระวัง<sup>75</sup>

### 2.3.2.1 ความรับผิดชอบตามสัญญาของทนายความในสหรัฐอเมริกา

ความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพทนายความกับลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมีหน้าที่ต้องกระทำการตามที่ลูกความว่าจ้างและลูกความต้องชำระค่าบริการทางวิชาชีพแก่ทนายความ สัญญาจ้างทนายความเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ การว่าจ้างสามารถทำได้ด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ได้ แต่ในทางปฏิบัติมักทำเป็นลายลักษณ์อักษร

<sup>75</sup> ญัฐฉิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย, หน้า 79.

การพิจารณาความรับผิดของทนายความต้องเป็นไปตามเงื่อนไขแห่งสัญญาว่าจ้างทนายความ ทนายความต้องทำงานตามที่รับจ้างให้เสร็จสิ้นสมบูรณ์ ความรับผิดตามสัญญามีความรับผิดโดยชัดแจ้ง แต่อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความจะได้ตกลงในสัญญาจ้าง คือ การทำงาน แต่ทนายความไม่สามารถที่จะให้หลักประกันว่าจะชนะคดีได้ แต่ผู้ประกอบวิชาชีพก็มีหน้าที่ปฏิบัติตามสัญญาอย่างเต็มความสามารถและด้วยความระมัดระวังตามสมควร และต้องปฏิบัติตามคำสั่งของลูกค้าเกี่ยวกับงานที่มอบหมายให้ทนายความต้องกระทำการ ซึ่งการขอให้ทนายความกระทำการนี้ลูกค้าไม่มีสิทธิในการสั่งการให้ทนายความทำการต่อผู้คดี หรือดำเนินคดีตามความเห็นของลูกค้าได้ เพราะทนายความมีอิสระในการทำงานบริการทางวิชาชีพ

ความรับผิดโดยปริยาย ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ตามสัญญาความรับผิดตามสัญญาโดยปริยาย คือ การใช้ความรู้ความสามารถตามปกติ (Ordinary Skill and Knowledge) ยังเป็นหลักการเดียวกันกับการใช้ความชำนาญและความระมัดระวังตามสมควร เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ (Reasonable Skill and Care) หรือหลักการความระมัดระวังและความชำนาญ (Care and Skill) หน้าที่ใช้ความระมัดระวังโดยปริยายนี้จะใช้มาตรฐานของการระมัดระวังเช่นเดียวกับการกระทำละเมิด<sup>76</sup>

### 2.3.2.2 ความรับผิดทางละเมิดในสหรัฐอเมริกา

เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในสหรัฐอเมริการับทำงานให้กับลูกค้าแล้ว นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น คือ การปฏิบัติหน้าที่ในงานที่ได้รับมอบหมายจากลูกค้าด้วย ความรู้และความชำนาญอย่างระมัดระวัง การที่ทนายความฝ่าฝืนต่อหน้าที่ ทำหน้าที่ปราศจากมาตรฐานแห่งความระมัดระวัง และฝ่าฝืนหน้าที่ใช้ความระมัดระวังย่อมต้องถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิด ซึ่งลูกค้ามีสิทธิในการดำเนินคดีฐานละเมิดได้

หลักการที่สำคัญในการพิจารณาความผิดฐานละเมิด คือ หลักการที่ฝ่าฝืนต่อประการแรกหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังนี้จะมี

<sup>76</sup> Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, *Legal Malpractice*, 2<sup>nd</sup> edition, (St. Paul Minn. : West Publishing Co., 1981), P.182.

ลักษณะเช่นเดียวกับทนายความในประเทศอังกฤษ เป็นหลักการเดียวกันของระบบคอมมอนลอว์ หากทนายความประกอบวิชาชีพโดยขาดความระมัดระวัง หรือประมาทไม่ใช้ความรู้ความสามารถ เช่น ทนายความคนอื่นที่ต้องปฏิบัติหน้าที่นั้นๆ คือ ใช้ความระมัดระวังในระดับวิญญูชนที่ควรจะใช้ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อมาตรฐานการใช้ความระมัดระวัง (Standard of care) เพื่อกระทำการโดยประมาทเลินเล่อแล้ว ความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุที่ใกล้ชิดต่อความเสียหายของ ลูกความ<sup>77</sup>

มาตรฐานแห่งความระมัดระวัง โดยปรกติแล้วผู้ประกอบวิชาชีพจะใช้ความ ขำนาญในระดับวิญญูชน (Reasonable man) ของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความด้วยกันเป็น เกณฑ์ แต่หากทนายความคนใดมีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษยิ่งกว่าทนายความทั่วไป หรือ ความชำนาญเฉพาะด้านนั้น การใช้ความระมัดระวัง ระดับมาตรฐานความระมัดระวังจะไม่ สามารถใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานของทนายความทั่วไปได้ ต้องใช้มาตรฐานตามสมควร ของผู้มีความรู้ความสามารถพิเศษนั้น เป็นอย่างน้อยที่ต้องใช้มาตรฐานนั้น หากไม่ได้ใช้ความ ระมัดระวังจึงจะถือว่าเป็นการกระทำละเมิด

ในศาลอุทธรณ์แคลิฟอร์เนีย (California Court of Appeal) ได้วินิจฉัยไว้ในคดี Wright V. Williams<sup>78</sup> ว่า บุคคลผู้แสดงความเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายจะต้องปฏิบัติทาง วิชาชีพในพฤติการณ์ที่คล้ายกันกับผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายอื่น ๆ แต่มิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายทั่วไป ผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายซึ่งแสดงต่อสาธารณชนและผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขากฎหมายโดยต้องใช้ความชำนาญความรอบคอบระมัดระวัง และความเพียรพยายามเช่นเดียวกันกับผู้เชี่ยวชาญกฎหมายอื่น ๆ ใช้ความชำนาญ และ ความสามารถด้วยความเชี่ยวชาญในสาขากฎหมายเดียวกัน

เมื่อเกิดความประมาทเลินเล่อ และมีความเสียหาย สิ่งที่กฎหมายสหรัฐอเมริกา ต้องพิจารณาต่อไป คือ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลความเสียหายที่เกิดขึ้น (Causation) มีความใกล้ชิดต่อความเสียหายหรือไม่ หากทนายความไม่ประมาทเลินเล่อความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น ดังนั้น ความประมาทเลินเล่อเป็นผลโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น

<sup>77</sup> Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, *Legal Malpractice*, P.205.

<sup>78</sup> 47 Cal. App. 3d 802, 121 Cite by Ronald E. Mallen and Victor B. Levit. *Legal Malpractice* P.328-329.

ซึ่งสหรัฐอเมริกาใช้หลักการเดียวกันกับประเทศอังกฤษในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็น ละเมิดหรือไม่<sup>79</sup>

## 2.4 บุคคลที่ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความต้องรับผิดชอบจากการประกอบวิชาชีพทนายความ

### 2.4.1 ความรับผิดชอบต่อลูกความ

บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพทนายความคนแรก คือ ลูกความ ซึ่งเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับทนายความไม่ว่าจะเป็นการผิดตามสัญญาจ้างทำการไม่กระทำตามสัญญาละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ หรือการกระทำการโดยประมาทเลินเล่อ รวมทั้ง การกระทำนอกเหนือจากการมอบอำนาจด้วยเช่นกัน ก็ถือเป็นความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ ทนายความที่ต้องรับผิดชอบต่อลูกความในความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น

เช่น คำพิพากษาศาลฎีกา 4249/2533 ที่ศาลวินิจฉัยว่า โจทก์แต่งตั้งจำเลยให้ เป็นทนายความฟ้องขับไล่ ป. และบริวารออกไปจากที่ดินพิพาท ซึ่งโจทก์ได้ดูแลและรักษาและใช้ ประโยชน์ในราชการต่อมาศาลยกฟ้อง จำเลยมีหน้าที่ต้องรายงานผลคดี และเสนอความเห็นไปยัง โจทก์ภายในกำหนดระยะเวลาชั้นอุทธรณ์ แต่จำเลยมิได้รายงานผลคดี และเสนอความเห็นไปยัง โจทก์ภายในกำหนดเวลาอุทธรณ์ เป็นการสูญเสียสิทธิและโอกาสในการอุทธรณ์ฎีกา ทนายความ จึงต้องรับผิดชอบในบรรดาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ลูกความไม่สามารถอุทธรณ์คำพิพากษาได้ทัน

### 2.4.2 ความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก

กรณีทนายความกระทำตามหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจหรือได้รับจ้างจากลูกความ ใช้กระทำการงานอย่างใดอย่างหนึ่ง การประกอบวิชาชีพในบางกรณี อาจเกิดความประมาท เลินเล่อขึ้นทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย บุคคลภายนอกอาจเรียกร้องให้ผู้ประกอบ วิชาชีพทนายความชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้

<sup>79</sup> Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, P.177.

ในสัญญาตัวแทน หากนายความเป็นตัวแทนของลูกความในการดำเนินคดีด้วยความสัมพันธ์ระหว่างสัญญาจะต้องผูกพันตามสัญญาตัวแทนดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งหากนายความกระทำการนอกขอบเขตอำนาจปราศจากอำนาจก็ดี ย่อมไม่ผูกพันตัวการ เว้นแต่ตัวการจะได้ให้สัตยาบันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 820 ดังนั้น ตัวแทนต้องรับผิดชอบตัวหากกระทำนอกกรอบวัตถุประสงค์ แต่ถ้าตัวแทนได้กระทำภายใต้กรอบแห่งฐานะตัวแทน ตัวการก็ต้องร่วมรับผิดชอบละเมิดด้วย และเมื่อตัวการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว ขอบที่จะได้รับชดใช้จากตัวแทนด้วย<sup>80</sup>

กรณีความผูกพันตามสัญญาจ้างทำของ ตามปกติแล้วผู้รับจ้างทำของต้องรับผิดชอบในการละเมิด เพื่อชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกด้วยตนเองทั้งสิ้น ผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบร่วมด้วย เนื่องจากผู้รับจ้างเป็นผู้กระทำด้วยตนเองไม่อยู่ภายใต้คำสั่งหรือการควบคุมบังคับบัญชาจากผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำของมิใช่ความรับผิดแทนกัน อย่างไรก็ตามผู้ว่าจ้างอาจต้องร่วมรับผิดกับผู้ประกอบวิชาชีพนายความ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428<sup>81</sup> เป็นกรณีที่ผู้รับจ้างได้กระทำให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลภายนอกในการงานที่จ้างในกรณีที่ผู้ว่าจ้างเลือกหาผู้รับจ้าง ผู้ว่าจ้างต้องร่วมรับผิดในผลที่เกิดขึ้น แม้ว่าจะเป็นการกระทำของผู้รับจ้างก็ตาม ถือว่าผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดด้วย ต้องร่วมกันรับผิดชอบ คือ การผิดหน้าที่ตนเอง<sup>82</sup>

นอกจากนี้แล้วผู้ว่าจ้างซึ่งได้สั่งให้ผู้รับจ้างกระทำการงานที่ทําเป็นละเมิด เพราะการงานที่สั่งให้ทําเป็นละเมิด เช่น สั่งให้นายความแก่งล้างฟ้องคดีอาญาแก่บุคคลอื่นที่มาเบิกความเป็นพยานฐานเบิกความต่อศาลเป็นเท็จเป็นต้น ซึ่งปราศจากความจริง ต่อคำสั่งดังกล่าวผู้ว่าจ้างต้องร่วมกับนายความในความผิดนั้นด้วย ปัจจุบันยังไม่มีตัวอย่างที่เป็นคำพิพากษาของศาลฎีกาในประเด็นนี้

<sup>80</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้, (กรุงเทพมหานคร : มีสมบัติการพิมพ์, 2548), หน้า 116-117.

<sup>81</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 428 บัญญัติว่า "ผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนของการทำงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือการเลือกหาผู้รับจ้าง"

<sup>82</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้, หน้า 121-122.

### 2.4.3 ความรับผิดชอบคู่ความฝ่ายตรงข้าม

ในการประกอบวิชาชีพทนายความเกี่ยวกับการฟ้องคดีต่อศาลนั้น ต้องมีผู้ที่เป็นคู่ความในคดีที่มีคู่ความเป็นโจทก์หรือจำเลย หากการประกอบวิชาชีพไม่ได้เป็นไปโดยความสุจริต เช่น ทนายความนำพยานหลักฐานอันเป็นเท็จมาฟ้องคดี ทำให้คู่ความเสียหายกรณีดังกล่าว หากข้อเท็จจริงที่ทนายความนำมาฟ้องนั้น ทนายความรู้ข้อเท็จจริงอยู่แล้วว่าเป็นเท็จ ทนายความย่อมต้องรับผิดชอบคู่ความด้วย แต่ถ้าทนายความไม่รู้ก็ไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมายอาญา

ความเสียหายแก่คู่ความอาจมีทั้งการฟ้องคดี หรือการบังคับคดี ซึ่งการฟ้องคดีนั้น หากทนายความประมาทเลินเล่อ ฟ้องคดีโดยไม่ตรวจสอบข้อเท็จจริงแห่งคดี ทนายความก็ย่อมมีความรับผิดชอบต่อคู่ความอีกฝ่ายร่วมกับตัวความหรือลูกความของตน ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 967/2545 แม้โจทก์จะมีชื่อและนามสกุลอย่างเดียวกันกับลูกหนี้ของจำเลย แต่ก็มีภูมิลำเนาต่างกัน ทั้งลูกหนี้ของจำเลยไม่เคยย้ายภูมิลำเนา อีกทั้งเมื่อโจทก์ติดต่อทนายความจำเลยแจ้งว่ามีได้เป็นหนี้ ทนายความจำเลยหรือจำเลยกลับยืนยันว่าเป็นหนี้ ถ้าไม่ชำระหนี้จะฟ้องร้องต่อศาล ทำให้โจทก์เกิดความกลัวจึงได้ไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเป็นเหตุให้โจทก์ถูกหนังสือพิมพ์รายวันลงข่าวเผยแพร่ไปทั่วราชอาณาจักร ทำให้โจทก์ถูกผู้บังคับบัญชาเรียกไปสอบสวนหามูลเหตุของข่าวการเป็นหนี้จำเลย และลงความเห็นถ้าข่าวดังกล่าวเป็นจริงโจทก์จะถูกลงโทษ โจทก์ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการโทรศัพท์ทางไกลติดต่อญาติพี่น้องเพื่อแจ้งความจริงให้ทราบ และได้ว่าจ้างทนายความให้ตรวจสอบรายละเอียดเกี่ยวกับหนี้ดังกล่าว ดังนี้ กรณีถือได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อหรือไม่โยดีต่อผลแห่งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่โจทก์ในภายหลังโดยไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ทำการตรวจสอบเกี่ยวกับตัวลูกหนี้ของจำเลยเสียใหม่ ตามที่โจทก์แจ้งให้ทนายความของจำเลยหรือจำเลยทราบแล้วว่าโจทก์มิใช่ลูกหนี้ของจำเลย รวมทั้งจำเลยยังได้ยืนยันที่จะฟ้องร้องโจทก์ต่อศาล จนเป็นเหตุให้โจทก์เกิดความกลัวและนำเรื่องไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนจนถูกหนังสือพิมพ์รายวันบางฉบับนำข่าวไปเผยแพร่ทั่วราชอาณาจักร อันเป็นการกระทำต่อโจทก์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทำให้โจทก์เสียหาย พฤติการณ์จึงถือได้ว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์อันจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์เพื่อการนั้นแล้วครบถ้วนด้วย องค์ประกอบแห่งความผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

แม้คำพิพากษาศาลฎีกาคดีนี้ โจทก์จะฟ้องเพียงจำเลย คือ ลูกความ แต่ผู้เขียนเห็นว่าโดยลักษณะและข้อเท็จจริงแห่งคดีก็น่าจะสามารถฟ้องทนายความให้ร่วมกันรับผิดชอบ ลูกความได้ฐานประมาทเลินเล่อ ให้ร่วมรับผิดชอบด้วยฐานละเมิดในการประกอบวิชาชีพได้เช่นกัน

## 2.5 การเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดในวิชาชีพทนายความ

### 2.5.1 มาตรการเยียวยาความเสียหาย

การเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพทนายความ ปัจจุบันมีเพียงการดำเนินคดีทางแพ่งเท่านั้น คือ การฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เท่านั้น ซึ่งการดำเนินคดีกับทนายความ ในประเทศไทยมักประสบปัญหาการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม การนำคดีเข้าสู่ศาล ส่วนสภาพทนายความ ซึ่งเป็นองค์กรวิชาชีพไม่มีบทบัญญัติหรือข้อบังคับ ในการเยียวยาความเสียหายแก่ลูกความ หรือนุคคลภายนอก ผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพทนายความ ตามพระราชบัญญัติสภาพทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 64<sup>83</sup> มีการกำหนดให้สิทธิผู้เสียหายจากการประกอบวิชาชีพทนายความดำเนินคดีมรรยาทเท่านั้น ซึ่งในการดำเนินคดีทำให้เกิดผลเพียงเพื่อการห้ามปรามหรือการกำจัดผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่ไม่ดีออกจากการเป็นทนายความได้ การพักใบอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาตว่าความเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติใดแห่งสภาพทนายความในการที่จะเยียวยาความเสียหายแก่ลูกความหรือประชาชนที่เสียหายจากการประกอบวิชาชีพทนายความ นอกจากนี้พระราชบัญญัติสภาพทนายความ พ.ศ. 2528 ก็ไม่ได้ใช้อำนาจสภาพทนายความหรือคณะกรรมการมรรยาททนายความบังคับให้ทนายความชดใช้ค่าเสียหายแก่ลูกความได้

<sup>83</sup> พระราชบัญญัติสภาพทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 64 บัญญัติว่า “บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย หรือทนายความมีสิทธิกล่าวหาทนายความว่า ประพฤติผิดมรรยาททนายความ โดยทำคำกล่าวหาเป็นหนังสือยื่นต่อประธานกรรมการมรรยาททนายความ”



นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติสภาพนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 73<sup>84</sup> ได้บัญญัติถึงกองทุนสวัสดิการนายความว่าให้มีกองทุนสวัสดิการสภาพนายความ ซึ่งได้รับเงินอุดหนุนจากสภาพนายความเป็นประจำทุกปี ทรัพย์สินจากผู้บริจาคให้เข้ากองทุนและดอกผลจากเงินดังกล่าวข้างต้น กองทุนดังกล่าวมุ่งช่วยเหลือเพียงนายความที่ได้รับความเดือดร้อน มีสิทธิได้รับการสงเคราะห์จากกองทุน ซึ่งจะเป็นได้ว่าผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพของนายความไม่มีสิทธิเข้าขอรับการช่วยเหลือเลย ดังนั้น โอกาสในการขอรับการเยียวยาความเสียหายตามพระราชบัญญัติทนายความจึงไม่สามารถกระทำได้นี้เนื่องจากไม่มีข้อกำหนดให้สิทธิผู้เสียหายเข้ารับเงินช่วยเหลือจากกองทุนของสภาพนายความ

## 2.5.2 การประเมินค่าความเสียหาย

เมื่อเกิดความเสียหายแก่ลูกความผู้รับบริการทางวิชาชีพจากทนายความกรณีความเสียหายจากการผิดสัญญาตามสัญญาจ้างทนายความนั้นหากมีการตกลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดเจนก็สามารถบังคับตามสัญญาได้ตามหลักเจตนา หรือการใช้ค่าสินไหมทดแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 ได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามปรกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ แต่ค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษนั้น เช่น ค่าเสียหายอันพึงคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นแก่ลูกความที่เกิดจากการให้การบริการทางวิชาชีพที่ผิดพลาดแก่ลูกความ เช่น กรณีที่ลูกความฟ้องคดีขับไล่ เพื่อนำที่ดินไปพัฒนาต่อเพื่อสร้างบ้านจัดสรร ทนายความกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ดำเนินคดีแพ่ง ซึ่งคดีไม่ควรจะแพ้เช่นนี้ ถือเป็นค่าเสียหาย

---

<sup>84</sup> พระราชบัญญัติสภาพนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 73 ให้มีกองทุนสวัสดิการนายความประกอบด้วย

- (1) เงินที่สภาพนายความจัดสรรให้เป็นประจำปี
- (2) ทรัพย์สินที่มีผู้บริจาคให้ และ
- (3) ดอกผลของ (1) และ (2)

ทนายความที่ได้รับความเดือดร้อนหรือทายาทของทนายความที่ถึงแก่ความตายซึ่งได้รับความเดือดร้อน มีสิทธิขอรับการสงเคราะห์จากเงินกองทุนสวัสดิการนายความ โดยยื่นคำขอต่อสวัสดิการสภาพนายความ

การสงเคราะห์การเก็บรักษา และการจ่ายเงินสวัสดิการนายความให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับ

พิเศษที่สามารถคาดเห็นได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 หรือกรณีที่ถูกความครอบครองปรปักษ์ที่ดินจะได้กรรมสิทธิ์ด้วยการครอบครองปรปักษ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 382 แต่ทนายความกลัวว่าความให้แก่คดี หากลูกความได้เจรจาขายที่ดินดังกล่าวแก่บุคคลภายนอกแล้ว ค่าเสียหายเหล่านี้เป็นค่าเสียหายพิเศษที่พึงคาดเห็นได้ที่ทนายความต้องรับผิดชอบแก่ลูกความ ค่าเสียหายพฤติการณ์พิเศษนี้ ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ไสภณรัตน์กร ได้สรุปค่าเสียหายพิเศษนี้อยู่ 5 ประการ ประกอบด้วย กำไร เบี้ยปรับ มัดจำ ค่าเช่า และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ<sup>85</sup>

### 2.5.3 ปัญหาและอุปสรรคการเยียวยาความเสียหาย

ปัญหาและอุปสรรคในการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพทนายความไม่ว่าจะเป็นลูกความ บุคคลภายนอก คู่ความฝ่ายตรงข้าม

#### 2.5.3.1 ปัญหาในการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

เนื่องจากการดำเนินคดีกับผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ศาลไทยใช้ระบบการกล่าวหาในการดำเนินคดีแพ่ง การพิสูจน์ความเสียหายให้ได้ว่ามีแค่ไหนเพียงใด ซึ่งเป็นหน้าที่หลักของโจทก์ผู้กล่าวอ้าง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 บัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง

แต่ว่า (1) คู่ความไม่ต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงซึ่งเป็นที่รู้จักกันอยู่ทั่วไป หรือซึ่งไม่อาจโต้แย้งได้ หรือซึ่งศาลเห็นว่า คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้รับแล้ว

(2) ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายเป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

<sup>85</sup> ไสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, หน้า 176-178.

จากบทบัญญัติดังกล่าวสรุปได้ว่า เกณฑ์การกำหนดหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ในกฎหมายไทยมีหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 วรรค 1 ที่ว่า ผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น ส่วนข้อยกเว้นของหลักนี้มีอยู่ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 วรรค 2 (2) ว่าเว้นแต่ฝ่ายที่กล่าวอ้างจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานที่มีกฎหมายบัญญัติสันนิษฐานไว้เบื้องต้นในกรณีเช่นนี้ภาระการพิสูจน์จะตกในคู่ความฝ่ายตรงข้ามที่ต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น<sup>86</sup> การนำสืบในคดีละเมิดเนื่องจากหลักกฎหมายไทย โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งคล้ายคลึงกับประเทศคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ มีหลักว่าการฟ้องคดีสำหรับการประมาทเลินเล่อภาระการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อ (Negligence) และความเสียหาย (Damage) ตกอยู่แก่โจทก์<sup>87</sup> ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาในคดีประมาทเลินเล่อโจทก์ต้องมีหน้าที่

1. ภาระการพิสูจน์ความประมาทเลินเล่อของจำเลย
2. นำพยานหลักฐานมาสืบถึงความประมาทเลินเล่อ
3. ทำให้ศาลเชื่อในข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานที่นำมาแสดง

คดีละเมิดเนื่องจากความประมาทเลินเล่อซึ่งเกิดจากขาดความระมัดระวังและการไม่ได้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่โดยทั่วไปหรือมาตรฐานความประพฤติ (Standard of Conduct) เป็นปัญหาของการพิสูจน์ทั้งสิ้น<sup>88</sup>

ส่วนการพิสูจน์ความรับผิดในการผิดสัญญาแพ่งนั้น ก็มีปัญหาในการพิสูจน์ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ซึ่งความรับผิดดังกล่าว โจทก์ก็ย่อมมีหน้าที่นำสืบให้ตามหน้าที่ในการพิสูจน์ความผิดด้วยว่า ทนายความกระทำการโดยการฝ่าฝืนต่อสัญญา หรือเป็นการผิดสัญญาจ้างทำของหรือไม่ การพิสูจน์ถึงมาตรฐานการประกอบวิชาชีพทนายความในการพิสูจน์ความผิดว่า รับผิดตามสัญญาจึงเป็นเรื่องที่ยุ่งยากและซับซ้อนของผู้เสียหายที่จะฟ้องเรียกฐานผิดสัญญากับทนายความได้

<sup>86</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : จีวีดีเอ็มการพิมพ์, พ.ศ. 2549), หน้า 181-182.

<sup>87</sup> ประสิทธิ์ จงวิจิต, "ภาระการพิสูจน์ในคดีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ, บทบัญญัติคดี เล่มที่ 62 ตอน 1, มีนาคม 2549, หน้า 108.

<sup>88</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 109.

### 2.5.3.2 การนำหลักสิ่งที่ปรากฏในตัวเอง "Res Ipsa Loquitur" มาใช้ในการพิสูจน์ความผิด

ในประเทศคอมมอนลอว์มีหลักกฎหมายที่เรียกว่า Res Ipsa Loquitur หรือหลักสิ่งที่ปรากฏมันฟ้องอยู่ในตัว มาผลักภาระการพิสูจน์ให้เป็นหน้าที่ของจำเลย<sup>89</sup> หลักการดังกล่าวใช้ในเรื่องประมาทในทางละเมิด กล่าวคือเมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้นและมีข้อโต้แย้งกันว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายประมาทแล้ว บางกรณีเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั่นเองย่อมบอกอยู่ในตัวว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายประมาท ท่านอาจารย์บัญญัติ สุชีวะ ได้อธิบายว่า Res Ipsa Loquitur หมายความว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ย่อมแสดงข้อเท็จจริงอยู่ในตัวว่าฝ่ายใดควรเป็นฝ่ายผิด พฤติการณ์ต่าง ๆ ที่มีอยู่ขณะเกิดความเสียหายนั้นไม่มีใครนอกจากผู้กระทำความเสียหายนั้นเองเป็นผู้รับผิดชอบการที่เกิดเหตุเช่นนั้นขึ้นก็ไม่สามารถสันนิษฐานเป็นอย่างอื่นได้นอกจากจะสันนิษฐานว่าเป็นความประมาทของผู้กระทำ เช่น รถยนต์แล่นขึ้นไปชนคนบนทางเท้า โจรก็นำสืบเพียงว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นเท่านั้น ส่วนจำเลยต้องมีหน้าที่นำสืบแก้ว่าเหตุที่เกิดขึ้นนั้นไม่ใช่เพราะความประมาทของตน ถ้าจำเลยไม่นำสืบหรือนำสืบถึงข้อต่อสู้ไม่ได้ก็ต้องรับผิด<sup>90</sup> ดังนั้นการใช้หลัก Res Ipsa Loquitur จะเป็นประโยชน์ต่อโจทก์เป็นการแบ่งเบาภาระในการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลย เป็นหน้าที่ของจำเลยจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อจะให้ตนหลุดพ้นความรับผิด ตัวอย่างการใช้หลักนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 434 เรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่ชำรุดบกพร่องหรือบำรุงรักษาไม่ดี ผู้ครองโรงเรือนต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนและมาตรา 436 บุคคลผู้อยู่ในโรงเรือนต้องรับผิดชอบข้าวของตกหล่นจากโรงเรือนโดยที่ทิ้งขว้างไป

ศาลไทยเคยใช้หลัก Res Ipsa Loquitur นี้เพื่อตัดสินความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1605/2527 จำเลยที่ 2 เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 ได้ทำศัลยกรรมตกแต่งจมูกโจทก์ด้วยความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้จมูกโจทก์อักเสบเป็นหนองจำเลยได้เจาะเลือดคั่งที่หน้าผากซึบยาและบีบหนองที่ตั้งจมูกแต่รักษาไม่หายโจทก์ต้องไปให้

<sup>89</sup> วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพแพทย์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย", บทบัณฑิตย เล่มที่ 49, 2536), หน้า 59.

<sup>90</sup> บัญญัติ สุชีวะ, "ประมาท", บทบัณฑิตย, เล่มที่ 21 ตอนที่ 2, เมษายน 2506, หน้า 295.

นายแพทย์อีกคนรักษาต่อโจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยศาลตัดสินให้โจทก์ชนะคดีโดยไม่ได้นำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญคดีนี้ศาลอาศัยหลักสิ่งที่ปรากฏมันฟ้องอยู่ในตัวมาวินิจฉัยความรับผิดชอบของจำเลย

ปัจจุบันมีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ใหม่ โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง(ฉบับที่ 23) พ.ศ.2550 โดยเพิ่มข้อความในมาตรา 84/1 ว่า “คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็น ซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว”

โดยผลของการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังกล่าว จึงเป็นการรับรองหลัก Res Ipsa Loquitur แล้วโดยกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งจะเป็นผลดีในการพิสูจน์ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความได้ง่ายขึ้น

### 2.5.3.3 การนำข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความมาพิสูจน์ความรับผิด

ในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความศาลฎีกาได้วินิจฉัยจากความประพฤติของทนายความที่ขัดต่อข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 เป็นผู้ประพฤติผิดมรรยาททนายความเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางแพ่งกรณีละเมิดตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 439/2539 เมื่อจำเลยทอดทิ้งคดีของโจทก์ทำให้โจทก์แพ้คดีการทอดทิ้งคดีเป็นการประพฤติผิดมรรยาททนายความข้อ 12 การกระทำอันอาจทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ(1)<sup>91</sup> จึงใจขาดนัดหรือทอดทิ้งคดี ดังนั้น การที่จะวินิจฉัยความผิดสามารถนำสืบถึงการประกอบวิชาชีพที่ผิดมรรยาททนายความได้ คำพิพากษาศาลดังกล่าวเป็นแนวทางในการฟ้องคดีการกระทำละเมิดของทนายความได้เป็นอย่างดี ซึ่งไม่ถือว่าศาลก้าวล่วงการกระทำของคณะกรรมการมรรยาททนายความ

<sup>91</sup> ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2539 ข้อ 12.

### 2.5.3.4 ภาวะการพิสูจน์จำนวนความเสียหาย

ภาวะการพิสูจน์ความเสียหายเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของโจทก์ที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีความเสียหายอย่างไรเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 ที่บัญญัติว่าค่าสินไหมทดแทนพึงใช้สถานใด เพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามสมควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดจากบทบัญญัติดังกล่าวโจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นให้ได้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำผิดของทนายความอย่างไรบ้าง ดังมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 24/2542 วินิจฉัยว่า การที่จำเลยมอบอำนาจให้เสมียนทนายไปเลื่อนคดีหลังจากที่มีการสืบพยานปากนาย อ. เสร็จแล้วจนเป็นเหตุให้ศาลไม่อนุญาตให้เลื่อนคดีทำให้ไม่มีโอกาสซักค้านพยานปากดังกล่าว การที่ไม่นำพยานโจทก์เข้าเบิกความทั้งที่โจทก์แสดงเจตนาว่าจะเข้าเบิกความก็ดี การที่จำเลยไม่ได้ฟังคำพิพากษา ไม่อุทธรณ์ และไม่แจ้งเหตุให้โจทก์ทราบ พฤติการณ์ต่าง ๆ ถือได้ว่าเป็นการละเลยการปฏิบัติหน้าที่และเป็นการผิดสัญญาจ้างว่าความจำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ค่าเสียหายนั้นโจทก์นำสืบตนเองเพียงปากเดียวลอย ๆ มิได้ชี้ให้เห็นชัดเจนว่าหากจำเลยปฏิบัติหน้าที่ในฐานะทนายความเต็มที่แล้วโจทก์จะชนะคดีส่วนใดมากน้อยเพียงใดจึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายเต็มตามฟ้องได้สมควรกำหนดค่าเสียหายจำนวนสี่หมื่นบาท

ท่านอาจารย์พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา ได้ให้ความเห็นท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 24/2542 นี้ว่า การกำหนดค่าเสียหายคงเป็นเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานโดยชัดแจ้ง<sup>92</sup> เมื่อโจทก์นำสืบไม่ได้ศาลจะเป็นผู้กำหนดค่าเสียหายตามความร้ายแรงแห่งพฤติการณ์เอง ค่าเสียหายจึงเป็นประเด็นที่สำคัญต่อภาวะการพิสูจน์ของโจทก์

การได้รับการชดเชยค่าเสียหาย เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดีแล้ว ค่าเสียหายจะมีจำนวนมากน้อยเพียงใดโจทก์ต้องทำการบังคับคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาคบังคับคดีเพื่อบังคับเอาทรัพย์สินของจำเลยนำมาชำระหนี้แก่โจทก์ ปัญหาสำคัญคือ การที่จะบังคับคดีได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากทนายความซึ่งเป็นลูกหนี้เองเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งอาจไม่มีทรัพย์สินเพียงพอในการชำระหนี้แก่โจทก์หรือในกรณีที่ทนายความมีนายจ้างที่เป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด ก็อยู่ในข่ายการบังคับคดีได้แต่นิติบุคคลเหล่านั้น หากไม่มีทรัพย์สิน

<sup>92</sup> หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 24/2542

เพียงพอลูกความผู้เสียหายย่อมไม่ได้รับการชดใช้และเยียวยาความเสียหายตามจำนวนที่ได้รับอย่างแท้จริง

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพของทนายความเป็นปัญหาสำคัญที่จะได้ศึกษาต่อไปว่ามีมาตรการใดที่จะใช้บังคับและให้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับความคุ้มครองสิทธิและได้รับชำระหนี้อย่างเพียงพอตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและจากการศึกษาดังกล่าวมาข้างต้นส่วนของผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความเองอาจได้รับความเสียหายจากการถูกฟ้องเรียกให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนจากลูกความได้ทนายความอาจต้องถูกฟ้องล้มละลายหากไม่สามารถชำระหนี้และมีหนี้สินล้นพ้นตัวอันจะนำไปสู่การขาดคุณสมบัติการเป็นทนายความในบางกรณีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกับค่าวิชาชีพทนายความซึ่งเป็นค่าจ้างจากการรับเป็นทนายความไม่เท่าเทียมกัน เช่น ในบางคดีทุนทรัพย์ของคดีอาจมีจำนวนร้อยล้านหรือพันล้านแต่การเรียกเก็บค่าวิชาชีพทนายความอาจไม่ถึงห้าแสนบาท เป็นต้น หากเกิดความรับผิดชอบเกิดขึ้นจากการประกอบวิชาชีพทนายความต้องชดใช้ค่าเสียหายหลายเท่าตัวของค่าจ้างหรืออาจรวมถึงค่าเสียหายอื่น ๆ ที่คาดหมายได้ ดังนั้นทั้งสองกรณีนี้ ควรมีการส่งเสริมให้มีการเอาประกันภัยความรับผิดทางวิชาชีพของทนายความเพื่อเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายโอนความเสี่ยงจากการประกอบวิชาชีพเข้าสู่ระบบการประกันภัยซึ่งระบบการประกันภัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมีลักษณะอย่างไรและควรเป็นการประกันภัยในระบบใดจะได้ศึกษาโดยละเอียดในบทต่อไป