

### บทที่ 3

#### ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศคอมมอนลอร์

ในประเทศคอมมอนลอร์มีการพัฒนาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นเวลานาน เริ่มตั้งแต่การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกความในความเสียหายอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่โดยชัดแจ้งตามสัญญา (express duties) ต่อมาได้มีการนำหลักสัญญาโดยปริยายมาใช้ในการพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งมีการกำหนดหน้าที่โดยปริยาย (implied duty) ในการใช้ทักษะหรือความเชี่ยวชาญและความระมัดระวังตามสมควร หากผู้ประกอบวิชาชีพฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามใด ๆ ให้เป็นไปตามความระมัดระวังดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพมีความผิดฐานประมาทเลินเล่อ ซึ่งในระยะแรกนี้ ศาลในประเทศอังกฤษถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดชอบต่อลูกความของตนเฉพาะหน้าที่ที่เกิดจากสัญญาเท่านั้น หากรวมถึงความรับผิดทางละเมิดไม่ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาได้ขยายหลักความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย รวมถึงความรับผิดทางละเมิดด้วย โดยไม่คำนึงว่าลูกความนั้นจะมีทางเลือกในการเยียวยา ความเสียหายโดยอาศัยความรับผิดตามสัญญาที่ตนมีกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันต่างยอมรับว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีความรับผิดทางสัญญาและทางละเมิดร่วมกัน (Concurrent Liability) แนวความคิดสมัยใหม่นี้ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่ว ๆ ไปมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง หากผู้ประกอบวิชาชีพไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของความระมัดระวังแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดในทางละเมิดและทางสัญญา

ในกรณีความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้น เป็นการพิจารณาจากหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลทุกคนที่มีความใกล้ชิดอย่างเพียงพอ (sufficient proximity) และเป็นหน้าที่ที่อิสระจากสัญญา โดยไม่คำนึงว่าลูกความและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะมีความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่อย่างไร หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังแล้ว ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดทางละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ

ในประเทศคอมมอนลอร์ความรับผิดในความประมาทเลินเล่ออันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ระมัดระวัง มิใช่เป็นความรับผิดทางละเมิดเพียงอย่างเดียว การฝ่าฝืนหน้าที่ที่

ต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควรอันเป็นหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายก็ถือว่าเป็นความผิดในความประมาทเลินเล่อเช่นกัน หลักในการวินิจฉัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่ว ๆ ไป มีหลักอยู่ว่า บุคคลผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและฝีมืออย่างเช่นที่วิญญูชนผู้ซึ่งประกอบอาชีพนั้น ๆ จะพึงมี ดังนั้น ผู้ใช้วิชาชีพจึงต้องรับผิดในความเสียหายอย่างใด ๆ ซึ่งเกิดจากการละเลยไม่ใช้ความระมัดระวังและฝีมือดังกล่าว แม้ว่าตนจะไม่มีฝีมือและความระมัดระวังเช่นว่านั้นก็ตามที<sup>1</sup>

นอกจากหน้าที่ดังกล่าวข้างต้น ในประเทศคอมมอนลอว์ยังกำหนดหน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องปฏิบัติอีกประการหนึ่ง ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่ที่สำคัญของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เป็นหน้าที่ที่กำหนดขึ้นเพื่อความเป็นธรรมแก่ลูกความอันเป็นหน้าที่ตามหลักอิกิวิตี้ (Equity rule) หน้าที่นี้เรียกว่าหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) เพราะลักษณะงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองปกป้องผลประโยชน์ของลูกความเป็นสิ่งสำคัญ การดำเนินกิจการใด ๆ ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและผลประโยชน์ของลูกความ ไม่ว่าจะเป็นการได้สิทธิหรือได้ประโยชน์ หรือการเสียสิทธิหรือการเสียประโยชน์ของลูกความ ความไว้วางใจของลูกความที่มีต่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงเป็นสิ่งสำคัญที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องคำนึงถึงหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจนี้ ได้แก่ หน้าที่ในการรักษาความลับ หน้าที่ที่จะไม่ก่อให้เกิดการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ของลูกความกับตนเอง เป็นต้น

โดยปกติความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจพิจารณาได้เป็น 3 ประการ คือ ประการแรก ความรับผิดทางสัญญา (Contractual Liability) ประการที่สอง ความรับผิดทางละเมิด (Liability in Tort) และประการที่สามเป็นความรับผิดที่เกิดจากหลักกฎหมายที่เรียกว่าหลักอิกิวิตี้ (Equity) ซึ่งความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในบทนี้จะกล่าวถึงความรับผิดตามหลักคอมมอนลอว์ คือ ความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด ส่วนความรับผิดต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duties) จะกล่าวในบทที่ 5

<sup>1</sup>อุทิศ วีระวัฒน์, "ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชีพตามกฎหมายอังกฤษ," บทบัญญัติ 30 (2516): 723-728.

### 3.1 ความรับผิดชอบแห่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ Barrister และ Solicitor ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งสองประเภทจะแยกต่างหากจากกันอย่างชัดเจน ในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ลูกความไม่สามารถติดต่อว่าจ้าง Barrister ได้โดยตรง จะต้องติดต่อโดยผ่าน Solicitor ความสัมพันธ์ทางสัญญาจึงเกิดขึ้นระหว่างลูกความกับ Solicitor ดังนั้น Solicitor จึงอาจมีความรับผิดชอบในการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในทางสัญญาและหน้าที่ระมัดระวังในทางละเมิด สำหรับ Barrister ในประเทศอังกฤษมีลักษณะพิเศษเกี่ยวกับความรับผิดชอบแตกต่างจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้านว่าความของประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ Barrister จะได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบในการกระทำฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการประกอบวิชาชีพของตนซึ่งจะกล่าวในภายหลัง

#### 3.1.1 ความรับผิดชอบทางสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษ

กฎหมายว่าด้วยสัญญาถือเป็นหลักที่ศาลใช้ในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมาตั้งแต่แรก สัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความนั้นจะมีลักษณะของการตกลงกันที่จะว่าจ้างให้มีการบริการทางวิชาชีพ และมีการตกลงกันว่าจะจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมวิชาชีพที่เหมาะสม และในสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวจะมีหลักกฎหมายโดยปริยายในข้อสัญญาที่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องใช้ความเชี่ยวชาญและความระมัดระวังตามสมควร โดยปกติหลักในเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา กฎหมายไทยและกฎหมายคอมมอนลอว์มีหลักในเรื่องการเกิดแห่งสัญญาตรงกันว่า จะต้องมีการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองของทุกฝ่ายถูกต้องตรงกัน จึงก่อให้เกิดเป็นสัญญาผูกพันคู่สัญญานั้นได้<sup>2</sup>

ความสัมพันธ์หลักของคู่สัญญาคือ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ เป็นสัญญาว่าจ้าง (Contract of engagement) ซึ่งในประเทศคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ

<sup>2</sup>พรเพชร วิชิตชลชัย และจรัญ ภักดีธนากุล, "กฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอื่นในสกุลกฎหมายคอมมอน ลอว์," ใน เอกสารการสอนชุดวิชา ระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 8-15 (นนทบุรี: ฝ่ายการพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช), หน้า 785

หรือประเทศแคนาดา มักจะเรียกว่า retainer ซึ่งหมายถึง สัญญาที่ให้ค่าตอบแทนสำหรับข้อเสนอของลูกความ ในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับรองโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่าจะทำการนั้น<sup>3</sup> โดยปกติ คำว่า Retainer ในภาษากฎหมายทั่วไปมักจะหมายถึง ค่าธรรมเนียมหรือเงินประกันสำหรับการให้บริการ ซึ่งมีผู้เห็นว่าการใช้ในความหมายดังกล่าวอาจไม่ถูกต้องตามหลักการแม้ว่าการชำระค่าธรรมเนียมหรือเงินประกันอาจเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความได้ถูกก่อตั้งแล้ว อย่างไรก็ตาม Retainer ในที่นี้น่าจะหมายถึงสัญญาว่าจ้างโดยมีการให้ค่าตอบแทนและเป็นการก่อให้เกิดความผูกพันในการดำเนินการตามเงื่อนไขของสัญญา โดยเฉพาะหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ของลูกความและดำเนินการตามคำสั่งของลูกความในเรื่องที่เกี่ยวกับการว่าจ้าง ซึ่งรวมถึงหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ลูกความของตนเกี่ยวกับปัญหาข้อสงสัยทั้งหมดด้วย และมีหน้าที่ต้องแจ้งแก่ลูกความตามความจำเป็นอย่างเหมาะสม

สัญญาว่าจ้างอาจทำด้วยวาจา (oral) หรือลายลักษณ์อักษร (written) หรืออนุมานจากพฤติการณ์ (inferred from conduct) ก็ได้ ซึ่งการอนุมานจากพฤติการณ์เป็นการอนุมานจากพฤติการณ์ของคู่สัญญาว่ามีสัญญาว่าจ้างโดยปริยาย ดังคดี Groom V. Crocker<sup>4</sup> ผู้พิพากษา Scott L.J. ได้วินิจฉัยว่า ความสัมพันธ์โดยปกติจะเกิดขึ้นโดยสัญญาว่าจ้าง แต่สัญญาว่าจ้างจะถูกสันนิษฐานถ้าพฤติการณ์ของคู่สัญญาแสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความได้ถูกก่อตั้งระหว่างกันตามความเป็นจริง ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญาปฏิบัติต่อกันราวกับว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความมีอยู่จริง แม้ว่าจะไม่มีข้อตกลงอย่างชัดแจ้งในการก่อให้เกิดผลนั้นก็ตาม ศาลก็ถือว่า มีสัญญาว่าจ้างโดยปริยายซึ่งอนุมานจากพฤติการณ์ของคู่สัญญาแล้ว

ในกรณีที่สัญญาว่าจ้างทำด้วยวาจา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายควรจะบันทึกข้อกำหนดหรือเงื่อนไขของการว่าจ้างลงในจดหมายเพื่อแจ้งให้ลูกความทราบเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรืออย่างน้อยที่สุดควรจะบันทึกลักษณะของการจ้างไว้ในรายงานการประชุม ทั้งยังขจัดปัญหาความไม่ลงรอยกันในภายหลัง แต่สิ่งที่ดีที่สุดคือ ควรจะแสดงให้เห็น

<sup>3</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyers' Professional Liability, (Ontario: The Law Foundation of Ontario, 1989), p. 2.

<sup>4</sup> [1939] 1 K.B. 194 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 193.

ถึงเจตนาของคู่สัญญาไว้อย่างชัดเจนเพื่อเป็นหลักฐานโดยเอกสารลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะ เป็นบันทึกความเข้าใจที่ทำโดยฝ่ายเดียวหรือเป็นจดหมายโต้ตอบก็ตาม หากผู้ประกอบการวิชาชีพ เพิกเฉยต่อความระมัดระวังและภายหลังมีข้อพิพาทในสิ่งที่เขาได้รับคำสั่งให้ดำเนินการหรือ ขอบเขตของการจ้างแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบ เพราะภาระการพิสูจน์จะตก แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย<sup>5</sup>

สัญญาว่าจ้าง Retainer เป็นสัญญาที่ลูกความจะต้องชำระค่าธรรมเนียมตอบแทน สำหรับการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ค่าธรรมเนียมวิชาชีพนี้ หากไม่ได้ระบุไว้ หรือมีความคลุมเครือในข้อสัญญาเกี่ยวกับค่าธรรมเนียม กรณีนี้ข้อตกลงให้จ่ายค่าตอบแทน ตามสมควรหรือสมเหตุสมผล (reasonable remuneration) จะนำมาใช้โดยปริยาย

ความสัมพันธ์ทางสัญญาว่าจ้างระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายอาจก่อให้เกิด หลักของการเป็นตัวแทน ในการว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพใด ๆ หลักของการเป็นตัวแทนเป็น พื้นฐานสำคัญของความรับผิดชอบของตัวแทน สัญญาว่าจ้างระหว่างลูกความและที่ปรึกษาทั่ว ๆ ไป อาจก่อให้เกิดความเป็นตัวแทน เช่น การว่าจ้างผู้ประกอบการกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพ บัญชี ผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม และผู้ประกอบการวิศวกรรม ซึ่งบ่อยครั้งที่ ผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้กระทำการแทนลูกความหรือลูกค้าของตน ในกรณีที่การว่าจ้างผู้ ประกอบวิชาชีพกฎหมายก่อให้เกิดความเป็นตัวแทนด้วยนั้น ทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย อาจมีความรับผิดชอบทางสัญญาต่อลูกความและบุคคลที่สามซึ่งเป็นคู่สัญญากับลูกความ การ ประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายส่วนใหญ่จะเป็นการทำสัญญากับบุคคลที่สาม แทนลูกความของตน ซึ่งถ้าหากตนได้กระทำการตามอำนาจที่มีอยู่จริงตามที่ได้รับมอบอำนาจ จากลูกความแล้ว สัญญาที่ตัวแทนทำขึ้นก็จะเกิดผลผูกพันระหว่างลูกความและบุคคลที่สาม ในกรณีที่ตัวแทนได้แสดงให้เห็นบุคคลที่สามว่าตนกระทำการในฐานะเป็นตัวแทน แต่ปรากฏว่า ตน ไม่มีอำนาจที่จะทำการดังกล่าว ตัวแทนย่อมมีความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม แม้ว่าจะไม่มีสัญญาใด ๆ ต่อกันก็ตาม<sup>6</sup>

ลักษณะและรูปแบบของความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนและตัวการตามกฎหมาย คอมมอนลอว์มีลักษณะเป็นสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างตัวการและตัวแทน ซึ่งตัวการมอบ

<sup>5</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 2.

<sup>6</sup> A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence (London: Butterworths, 1982), p. 82.

อำนาจให้กับตัวแทนในการกระทำการใด ๆ แทนตัวการ ข้อตกลงแต่งตั้งตัวแทนอาจทำโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ข้อตกลงมักจะทำในรูปแบบของสัญญา อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงเกี่ยวกับการเป็นตัวแทนไม่จำเป็นต้องทำในรูปแบบของสัญญา

อำนาจของตัวแทนอาจได้รับอำนาจจากตัวการโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ในกรณีที่อำนาจของตัวแทนได้รับมอบอย่างชัดแจ้ง ขอบเขตของอำนาจจะกำหนดอยู่ในข้อตกลงในสัญญา อย่างไรก็ตาม อำนาจของตัวแทนอาจเกิดขึ้นโดยปริยายซึ่งเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นจากกฎหมาย เป็นอำนาจที่พิจารณาจากพฤติการณ์ทั้งหมดระหว่างตัวแทนและตัวการ และในบางกรณีอำนาจของตัวแทนแม้ได้รับมอบจากตัวการโดยชัดแจ้งแล้วก็ตาม ศาลอาจจะกำหนดอำนาจโดยปริยายให้กับตัวแทน ในการกระทำทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อให้ความประสงค์นั้นสำเร็จ ล่วงด้วย ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับจ้างว่าความให้กับลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีอำนาจในการว่าความในศาลแทนลูกความ และผู้ประกอบวิชาชีพก็มีอำนาจก่อให้เกิดความผูกพันลูกความตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความในการฟ้องร้องคดีตามที่ลูกความได้ว่าจ้าง<sup>7</sup>

ผู้ประกอบวิชาชีพมักจะกระทำการเป็นตัวแทนของลูกค้าหรือลูกความของตน และการเป็นตัวแทนอาจเป็นวัตถุประสงค์ของการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น การว่าจ้างตัวแทนประกันภัย (insurance agents) หรือตัวแทนอสังหาริมทรัพย์ (real estate agents) แต่การว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้น การเป็นตัวแทนมิใช่เป็นวัตถุประสงค์หลักในการว่าจ้าง แต่จะเป็นส่วนของการขยายความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้มากยิ่งขึ้น<sup>8</sup>

สำหรับความรับผิดตามสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งหน้าที่ในทางสัญญาตามกฎหมายคอมมอนลอว์แยกออกเป็น 2 ประเภท คือ หน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้งและหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยาย

1) ความรับผิดตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Term) สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความก่อให้เกิดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย<sup>9</sup> สัญญาว่าจ้างจะกำหนดเงื่อนไขหรือข้อตกลงหรือสาระสำคัญในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

<sup>7</sup>T. Antony Downes, Textbook on Contract (London: Blackstone Press Limited, 1987), pp. 303-304.

<sup>8</sup>A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence (London: Butterworths, 1982), p. 80.

<sup>9</sup>Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 193.

ไว้ ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้ตกลงกันไว้โดยชัดเจน ไม่ว่าโดยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ยอมรับคำสั่งของลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่อย่างเคร่งครัดในการกระทำการตามคำสั่งดังกล่าว

ขอบเขตของหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับข้อสัญญาหรือข้อกำหนดในสัญญาว่าจ้าง<sup>10</sup> อย่างไรก็ดีตาม ถึงแม้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ให้บริการทางวิชาชีพตามคำสั่งของลูกความที่มอบหมายให้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยังมีหน้าที่คลุมถึงการปกป้องผลประโยชน์ของลูกความ ซึ่งถือว่าเป็นหน้าที่อันเป็นสาระสำคัญของสัญญา<sup>11</sup> ดังคดี *Groom v. Crocker* ผู้พิพากษา Scott L.J. ได้อธิบายสถานะของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายว่า สัญญาว่าจ้างเมื่อได้ทำขึ้นย่อมต้องกำหนดเงื่อนไขอันเป็นธรรมชาติของความสัมพันธ์ทางสัญญา ซึ่งรวมถึงการหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการปกป้องผลประโยชน์ของลูกความและการกระทำตามคำสั่งของลูกความในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการว่าจ้างในประการที่เหมาะสม<sup>12</sup> ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการแทนลูกความ ในข้อตกลงสัญญามักจะกำหนดอำนาจในการกระทำการแทนลูกความ ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่จะต้องกระทำการตามอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากลูกความด้วย รวมถึงหน้าที่ที่ต้องเชื่อฟังคำสั่งของลูกความ

หน้าที่ที่ต้องเชื่อฟังคำสั่ง (Duty to Obey Instructions) ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีอำนาจตามสัญญาในการกระทำการใด ๆ ให้กับลูกความ สัญญาจะกำหนดคำสั่งต่าง ๆ ไว้ให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการตาม และหากผู้ประกอบวิชาชีพไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีความรับผิดชอบเนื่องมาจากการฝ่าฝืนสัญญา การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่กระทำการตามสิ่งที่ตนรับรองว่าจะกระทำแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่เชื่อฟังคำสั่งของลูกความ และในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำการเกินขอบอำนาจที่ลูกความให้ไว้ย่อมถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่เชื่อฟังคำสั่งของลูกความเช่นกัน<sup>13</sup>

หน้าที่ทำการด้วยตนเอง (Duty to act personally) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมไม่สามารถโอนงานหรือมอบหมายงานหรืออำนาจของตนในการกระทำการใด ๆ ในนาม

<sup>10</sup> A.M. Dugdale and K.M. Stanton, *Professional Negligence*, p. 82.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> T. Antony Downes, *Textbook on Contract*, pp. 315-317.



ของลูกความ เว้นแต่จะได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง และศาลจะไม่ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีอำนาจโดยปริยายในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนอื่นเพื่อกระทำการใด ๆ ในนามของลูกความของตนด้วย<sup>14</sup>

โดยปกติทั่วไป หน้าที่ตามสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะมีอยู่จนกระทั่งงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการอยู่นั้นสิ้นสุดลงหรือได้ทำลงเรียบร้อยแล้ว การสิ้นสุดสัญญามีหลายวิธีด้วยกัน<sup>15</sup> เช่น

(1) การดำเนินการหรือกิจการต่าง ๆ ที่ได้รับมอบหมายเสร็จสมบูรณ์แล้ว ซึ่งการสิ้นสุดสัญญาโดยวิธีนี้เป็นเรื่องปกติทั่วไป

(2) ลูกความไม่ชำระค่าธรรมเนียมวิชาชีพตามที่ได้ว่าจ้าง

(3) ลูกความตายหรือล้มละลาย

(4) การถอดถอนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือมีการเปลี่ยนตัวผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยลูกความ

(5) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายขอถอนตัวโดยมีเหตุผลที่ดี (good reason) และมีการแจ้งหรือบอกเลิกอย่างเพียงพอ (sufficient notice)

(6) การเลิกสัญญาโดยลูกความ หากมีการฝ่าฝืนสัญญาจ้างหรือในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพแสดงให้เห็นจากพฤติกรรมหรือความประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดการสูญเสียความเชื่อมั่น (loss of confidence) ในตัวผู้ประกอบวิชาชีพ ลูกความอาจเลิกสัญญาโดยมีจำต้องแจ้งก็ได้ ทั้งนี้ แล้วแต่พฤติการณ์ของแต่ละกรณี ในคดี Heywood V. Wellers ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการฝ่าฝืนสัญญาด้วยความประมาทเลินเล่อได้นำไปสู่การผิดสัญญาและก่อให้เกิดการสูญเสียความเชื่อมั่น การเลิกสัญญาโดยไม่ต้องแจ้งเป็นการสมควรแล้ว<sup>16</sup>

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาโดยชัดแจ้งตามข้อความในสัญญาว่าจ้าง ลูกความย่อมมีสิทธิฟ้องร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้รับผิดใช้ค่าเสียหายทางสัญญา ตามหลักกฎหมายอังกฤษ กรณีที่ลูกความปฏิเสธที่จะชำระหนี้

<sup>14</sup>A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 79.

<sup>15</sup>Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyers' Professional Liability, p. 3.

<sup>16</sup>A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 71.



เจ้าหนี้มักจะได้รับการเยียวยาความเสียหายด้วยค่าเสียหาย คือ เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกค่าเสียหายหรือบางกรณีอาจจะบอกเลิกสัญญาได้ถ้าการทำผิดสัญญาหรือไม่ชำระหนี้เป็นข้อสาระสำคัญของสัญญา เพราะถือว่าค่าเสียหายเป็นทางเยียวยาหรือแก้ไขที่สำคัญ<sup>17</sup> การฝ่าฝืนหน้าที่ในสัญญาโดยตัวมันเองแล้วไม่อาจก่อสิทธิให้ลูกความปฏิเสธ การจ่ายค่าธรรมเนียมสำหรับการบริการที่ผู้ประกอบการวิชาชีพได้ทำลงไป แต่การฝ่าฝืนดังกล่าวลูกความมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอย่างไรก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญาบริการ ลูกความอาจปฏิเสธการชำระเงินได้ในคดี *Heywood V. Wellers*<sup>18</sup> ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายได้รับจ้างในการฟ้องร้องทางกฎหมายเพื่อปกป้องลูกความจากการถูกละเมิดทางเพศ แทนที่จะยื่นฟ้องโดยผ่านทางศาล County Court แต่กลับตัดสินใจด้วยความประมาทเลินเล่อ ยื่นฟ้องเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายในศาล High Court ลูกความจึงเรียกร้องค่าเสียหายเนื่องจากความโศกเศร้าอันมีสาเหตุมาจากการไม่ปกป้องการถูกละเมิดทางเพศ และขอให้คืนค่าธรรมเนียมที่ได้จ่ายเนื่องจากเป็นค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย ศาลพิพากษาว่ากรณีนี้ถือว่าสิทธิในค่าธรรมเนียมของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายได้หักกลบลบหน้อย่างสมบูรณ์ต่อสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายของลูกความ ลูกความจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ส่วนผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่มีสิทธิในค่าใช้จ่ายจึงต้องคืนค่าธรรมเนียมแก่ลูกความ แต่ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ลูกความมีสิทธิทั้งค่าเสียหายและได้คืนค่าธรรมเนียมที่จ่ายไปแล้ว Lord Denning ได้อธิบายว่าไม่มีการหักกลบลบหนี้ระหว่างค่าธรรมเนียมและค่าเสียหาย ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่มีสิทธิในค่าธรรมเนียมทั้งหมดด้วยเหตุผล 2 ประการ ประการแรก สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายเป็นสัญญาเหมา (entire contract) ซึ่งเขามีหน้าที่ดำเนินการให้แล้วเสร็จ แต่เมื่อมิได้กระทำการดังกล่าว จึงไม่มีสิทธิได้ค่าใช้จ่าย ประการที่สอง งานที่ทำไร้ประโยชน์ (useless) ไม่มีอะไรที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ลูกความคาดเห็นได้และไม่มีอะไรปกป้องเธอจากการถูกละเมิดทางเพศ

2) ความรับผิดชอบตามสัญญาโดยปริยาย (Implied Contract) ในประเทศคอมมอนลอว์จะยอมรับหลักในเรื่องข้อตกลงโดยปริยายว่าถึงแม้คู่สัญญาจะมีได้ทำความตกลงเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่บางประการเอาไว้โดยชัดแจ้งในสัญญา ศาลก็อาจวินิจฉัยในคดีที่พิพาทกัน

<sup>17</sup> พรรณิภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522), หน้า 35-37.

<sup>18</sup> [1976] QB 446, [1976] 1 ALL ER 300, CA. cited by A.M. Dugdale and K.M. Stanton, *Professional Negligence*, p. 70.

เกี่ยวกับสัญญา นั้นได้ว่ามีข้อตกลงโดยปริยายอย่างใดอย่างหนึ่งผูกพันคู่สัญญาอยู่ ซึ่งข้อตกลงโดยปริยายนี้อาจมีรากฐานที่มาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร (by Statute) หรือโดยความคิดเห็นของศาลเอง (by the Courts) ว่าตามพฤติการณ์แห่งคดีนั้นเป็นการสมควรที่จะต้องมีข้อตกลงโดยปริยายเช่นนั้น ข้อตกลงโดยปริยายที่ศาลตีความขึ้นเองนี้อาจมีลักษณะเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่สัญญา หรือเพียงแต่ช่วยให้สภาพบังคับแห่งสัญญาชัดเจนตรงตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญามากขึ้นก็ได้

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายที่สำคัญก็คือ การให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายโดยใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควร (reasonable skill and care) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องมีหน้าที่ดังกล่าวแม้ว่าจะไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม เพราะฉะนั้น ในกรณีที่ไม่มีสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งกำหนดขอบเขตของการบริการทั้งหมดไว้ ผู้ประกอบวิชาชีพยังคงต้องมีหน้าที่ดังกล่าว ข้อสัญญาโดยปริยายนี้คือมาตรฐานของความระมัดระวังซึ่งใช้แสดงถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วย ในคดีส่วนมาก ศาลจะถือว่าความผิดพลาดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการประกอบวิชาชีพอย่างเหมาะสมเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความสามารถและความพยายามตามสมควร ในคดี *Midland Bank V. Hett, Stubs & Kemp*<sup>19</sup> ซึ่งเป็นคดีที่โจทก์เป็นผู้จัดการมรดกของ G เรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (จำเลย) ในการไม่จดทะเบียนสิทธิ option ที่ G ได้รับจากพ่อของตนในวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1961 ในวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1967 พ่อของ G ได้โอนที่นาให้ภรรยาเป็นเงิน 500 ปอนด์เพื่อยกเลิกสิทธิดังกล่าว ผู้พิพากษา Oliver J ถือว่าสิทธิดังกล่าวถูกยกเลิกเนื่องจากมิได้จดทะเบียน ณ เวลาที่พ่อของ G โอนที่นาให้แก่ภรรยา และวิเคราะห์ต่อไปว่า หนี้โดยปริยายในการอุทิศตนเพื่อกิจการของลูกความนั้นคือ ความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญตามสมควรที่พึงคาดหวังได้จากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีความระมัดระวังและมีความสามารถทั่ว ๆ ไป รวากับว่าหนี้หรือหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นไม่ใช่เพียงความรัดกุม แต่รวมถึงความละเอียดรอบคอบด้วย สัญญาก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ที่ซับซ้อนซึ่งหน้าที่หนึ่งก็คือความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญตามสมควร เมื่อ Mr. Stubb รับจ้างในเรื่องสิทธิ (option) ก็ควรจะ

(1) ร่างและทำให้สมบูรณ์เหมาะสมสำหรับข้อตกลงในสิทธิ option ซึ่งผูกพันคู่สัญญา

<sup>19</sup>[1979] Ch. 384 at 434, [1978] 3 All E.R. 571. cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, pp. 194-195.

(2) ดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นและเป็นไปได้ในทางปฏิบัติเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าจะมีผลผูกพันที่ดินที่จะเข้ามาอยู่ในความครอบครองของลูกความก่อนที่บุคคลที่สามจะได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินนั้นตามกฎหมาย และ

(3) ปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควร ซึ่งผู้ประกอบการวิชาชีพที่มีความสามารถโดยทั่ว ๆ ไปพึงนำมาใช้

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควรเป็นหน้าที่ที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายต้องมีในกรณีที่มีการกระทำการแทนลูกความตามหลักตัวแทนด้วยในบางกรณี หน้าที่ของการใช้ความระมัดระวังและความชำนาญอาจกำหนดขึ้นโดยสัญญาอย่างชัดแจ้งก็ได้ และในกรณีที่ตัวแทนทำสัญญากับตัวการว่าจะให้ความระมัดระวังและความชำนาญพิเศษที่สูงกว่าความระมัดระวังและความชำนาญตามสัญญาโดยปริยาย ตัวแทนก็จะต้องผูกพันตามหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าวถือได้ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ

ในปัจจุบัน มีการพัฒนากฎหมายละเมิดมาใช้กับความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย การฟ้องร้องให้รับผิดชอบโดยอาศัยสัญญาโดยปริยายจึงไม่มีความจำเป็นต่อไป ศาลคอมมอนลอว์จึงไม่เต็มใจที่จะใช้สัญญาโดยปริยายไปในทางที่ขยายหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ไกลเกินไปกว่าความรับผิดชอบตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง หรือหลักความรับผิดชอบในทางละเมิด<sup>20</sup> เพราะฉะนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายเป็นหน้าที่เดียวกันกับหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในทางละเมิด

### 3.1.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษ

ก่อนกลางปี ค.ศ. 1970 ผู้ประกอบวิชาชีพมีความรับผิดชอบเฉพาะการฝ่าฝืนสัญญาเท่านั้น ดังคดี Groom V. Crocker ซึ่งถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่มีหน้าที่ต่อลูกความไกลเกินไปกว่าหน้าที่ตามสัญญาที่เกิดจากสัญญาว่าจ้าง<sup>21</sup> ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต่อลูกความเฉพาะหน้าที่ที่เกิดจากสัญญา หารวมถึงละเมิดไม่ หลังจากนั้นเป็นต้นมา คดีเกี่ยวกับการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพได้รับการวินิจฉัยตามแนวของคดี Groom V. Crocker อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ในคดีดังกล่าวได้รับการโต้แย้งโดยผู้พิพากษา Lord Denning M.R. ในคดี Esso Petroleum Co., Ltd. V. Mardon ได้กล่าวว่า คดี Groom V. Crocker เป็นคดีที่ตัดสินผิด

<sup>20</sup> A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 75.

<sup>21</sup> Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 195.

Lord Denning จึงปฏิเสธหลักกฎหมายในคดี *Groom V. Crocker* และได้เสนอทฤษฎีความรับผิดชอบร่วมกัน (Concurrent liability) แทน นอกจากนี้ ในคดี *Batty V. Metropolitan Realisations Ltd.* ซึ่งเป็นคดีที่ไม่เกี่ยวกับผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย ศาล Court of Appeal ได้นำหลักในคดี *Esso Petroleum Co.,Ltd. V. Mardon* มาใช้ โดยศาลปฏิเสธหลักที่ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพมีหน้าที่ตามสัญญาเท่านั้น และศาลถือว่ามีความรับผิดชอบทางละเมิดขนานกันไป (Parallel liability in tort) ในคดี *Midland Bank Trust Co.,Ltd. V. Hett, Stubbs & Kemp*<sup>22</sup> ผู้พิพากษา Oliver J. ได้สรุปว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต่อลูกค้า ซึ่งเป็นหน้าที่อิสระจากหน้าที่ตามสัญญา ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายกับลูกค้าจึงเป็นความสัมพันธ์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกันทั้งในทางสัญญาและทางละเมิด ลูกค้ามีสิทธิในการฟ้องร้องไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องให้รับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อในทางละเมิดหรือการฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยปริยายที่ว่า ผู้ประกอบการวิชาชีพต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการให้บริการทางวิชาชีพ<sup>23</sup>

ประเทศในเครือจักรภพต่างก็ยอมรับว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดชอบต่อลูกค้าของตนทั้งทางสัญญาและทางละเมิด เช่น ในประเทศแคนาดา ศาลในคดี *Central Trust Co. V. Rafus*<sup>24</sup> ถือว่า การกระทำหรือการละเว้นการกระทำซึ่งเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและลูกค้าก่อให้เกิดความรับผิดชอบทั้งทางสัญญาและละเมิดร่วมกันในประเทศออสเตรเลีย ศาลต่างยอมรับหลักความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างความรับผิดชอบทางสัญญาและทางละเมิด

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ความรับผิดชอบทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบการวิชาชีพนั้นตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ของความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ โดยถือว่าผู้ประกอบการวิชาชีพมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง ไม่ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพจะมีข้อผูกพันตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม ความรับผิดชอบทางละเมิดก็ยังคงมีอยู่ในทุกกรณี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักพื้นฐานแห่งความรับผิดของผู้ประกอบการวิชาชีพในการประกอบวิชาชีพโดยประมาทเลินเล่อ

<sup>22</sup>[1979] Ch. 384 at 434, cited by Stephen M. Grant and Linda Rothstein, *Lawyer's Professional Liability*, p. 5.

<sup>23</sup>Michael A. Jones, *Textbook on Torts*, 4<sup>th</sup> ed. (London: Blackstone Press Limited, 1993), p. 7.

<sup>24</sup>[1986] 2 S.C.R. 147, 75 N.S.R. (2d) 109 cited by Stephen M. Grant and Linda Rothstein, *Lawyers' Professional Liability*, p. 5.

นั้นอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดที่ว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้ผิด<sup>25</sup>

ตามกฎหมายของคอมมอนลอว์ ความผิดฐานประมาทเลินเล่อจะเกิดขึ้นเนื่องจากการละเลยต่อหน้าที่ที่มีอยู่ตามกฎหมาย และเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นอันมีองค์ประกอบอยู่ 3 ประการ คือ

- (1) หน้าที่ตามกฎหมายที่มีต่อโจทก์ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (care) หรือฝีมือ (skill) หรือทั้ง 2 ประการ
- (2) จำเลยละเลยต่อหน้าที่เช่นนั้น และ
- (3) ได้ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่โจทก์ อันเป็นผลโดยตรงจากการที่จำเลยละเลยหน้าที่ดังกล่าว<sup>26</sup>

ความประมาทเลินเล่อมีความหมายตรงกับการปราศจากความระมัดระวัง หลักพื้นฐานของความรับผิดชอบเกิดจากการที่จำเลยต้องมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ต่อโจทก์ แต่จำเลยฝ่าฝืนหน้าที่เหล่านั้น ดังนั้น การกระทำหรือการละเว้นการกระทำใดจะถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อก็ต่อเมื่อตนมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่ ถ้าหากตนไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังแล้ว ก็ย่อมไม่เป็นความผิดฐานประมาทเลินเล่อ

1) หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์หรือกฎหมายจารีตประเพณี หากมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ลูกความของตน แนวทางพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องรับผิดชอบหรือไม่อยู่ที่ว่าในสถานการณ์เช่นนั้น เขามีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังหรือไม่ ซึ่งหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าย่อมแปรเปลี่ยนไปตามเวลาและสถานที่ และแม้ว่าหน้าที่ดังกล่าวจะมีได้เกิดจากข้อผูกพันตามสัญญา แต่ก็อาจถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังอยู่ตามความเชื่อมั่นหรือความคาดหวัง (confidence) ของคนทั่วไปซึ่งใช้บริการจากผู้ประกอบวิชาชีพ และความเชื่อมั่นหรือความคาดหวังดังกล่าวนี้เป็นสิ่งยืนยันว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องประกอบวิชาชีพของตนด้วยความระมัดระวังและด้วยความชำนาญ

<sup>25</sup> ศิณีนาด เกียรติกังวาลไกล, "ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ," (วิทยานพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532), หน้า 11-12.

<sup>26</sup> อุทิศ วีระวัฒน์, "ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชีพตามกฎหมายอังกฤษ," หน้า 723-728.

บุคคลที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงต้องใช้ความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหาย ได้แก่ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างเพียงพอกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งไม่จำกัด เฉพาะลูกความซึ่งเป็นบุคคลที่มีความผูกพันตามสัญญาจ้างเท่านั้น ทั้งนี้เป็นไปตามหลักในคดี *Donoghue V. Stevenson*<sup>27</sup> ซึ่งเรียกหลักในคดีดังกล่าวว่า หลักเพื่อนบ้าน (neighbour principle)

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายถึงมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลทุกคนที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างเพียงพอกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลเหล่านั้น หน้าที่ในทางละเมิดจึงมีความสำคัญในการขยายขอบเขตของหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังนอกเหนือไปจากหลัก "Privity of Contract" ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพมีหน้าที่ต่อบุคคลซึ่งมิใช่เป็นคู่สัญญาว่าจ้าง หากบุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้นเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างเพียงพอที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ระมัดระวังตามกฎหมายละเมิด<sup>28</sup> เช่น ในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ให้คำแนะนำและร่างพินัยกรรมให้ผู้ทำพินัยกรรม ปรากฏว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อไม่ให้คำแนะนำแก่ผู้ทำพินัยกรรมว่า ผู้ที่จะเป็นพยานไม่ควรเป็นผู้รับมรดกตามพินัยกรรม เมื่อผู้ทำพินัยกรรมตาย พินัยกรรมจึงเป็นโมฆะไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงมีความรับผิดชอบต่อยาหาตามพินัยกรรมดังกล่าว เป็นต้น

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในทางละเมิดและหน้าที่ใช้ความระมัดระวังตามสัญญาโดยปริยายเป็นหน้าที่อย่างเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากคดี *Midland Bank V. Hett. Stubs & Kemp*. ซึ่งผู้พิพากษา Oliver ได้วินิจฉัยว่า การกำหนดภาระหน้าที่ในอันที่จะกระทำการด้วยความชำนาญและความระมัดระวังตามสมควรนั้นไม่เพียงแต่จะนำมาพิจารณาเฉพาะข้อกำหนดในทางสัญญาเท่านั้น แต่ควรจะได้รับพิจารณาในการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพด้วย

ในประเทศแคนาดา ศาล Supreme Court of Canada ในคดี *Central Trust Co. V. Rafuse*<sup>29</sup> ได้วินิจฉัยว่า หน้าที่ใช้ความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไป

<sup>27</sup> ดู อุทิศ วีรวัฒน์, "ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชีพตามกฎหมายอังกฤษ," หน้า 723-728.

<sup>28</sup> A.M. Dugdale and K.M. Stanton, *Professional Negligence*, p. 83.

<sup>29</sup> [1986] 2 S.C.R. 147, 75 N.S.R. (2d) 109, cited by Stephen M. Grant and Linda Rothstein, *Lawyer's Professional Liability*, p. 14.

จะถูกกำหนดในความรับผิดชอบทางสัญญาอันเกิดจากข้อสัญญาโดยปริยายของสัญญาว่าจ้าง ผู้ประกอบวิชาชีพ ในขณะที่เดียวกัน หน้าที่ดังกล่าวเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์อันใกล้ชิดที่สืบเนื่องมาจากสัญญาว่าจ้างซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายคอมมอนลอว์ ในกรณีที่ไม่มีข้อสัญญาพิเศษ กำหนดขอบเขตและลักษณะของหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังไว้โดยเฉพาะ กรณีนี้ หน้าที่ระมัดระวังในทางสัญญาและทางละเมิดเป็นหน้าที่เดียวกัน

2) มาตรฐานความระมัดระวัง (standard of care) ผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพกฎหมายเพื่อมิให้เกิดผลเสียหายแก่ลูกค้า ซึ่งหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังนั้นจะขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ในแต่ละกรณี ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าว ถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความประมาทเลินเล่อ ในการพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใช้ความระมัดระวังหรือไม่ นั้น ศาลคอมมอนลอว์จะพิจารณาโดยกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสภาวะการณ์เดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ใช้ความระมัดระวังหรือใช้ความระมัดระวังที่ต่ำกว่ามาตรฐานดังกล่าว ย่อมถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

โดยปกติ ในการกำหนดมาตรฐานของความระมัดระวังโดยทั่วไปนั้น ศาลคอมมอนลอว์จะใช้มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน (reasonable man) เพื่อพิจารณาว่าในสภาวะการณ์เดียวกันกับจำเลย วิญญูชนได้ใช้ความระมัดระวังอย่างไร สำหรับความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น โดยหลักแล้วจะไม่ใช้มาตรฐานความระมัดระวังของวิญญูชน แต่จะต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังที่สูงกว่า ทั้งนี้ เพราะผู้ประกอบวิชาชีพโดยทั่ว ๆ ไปจะเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ และความชำนาญทางวิชาชีพมากกว่าวิญญูชนทั่วไป การวินิจฉัยมาตรฐานของความระมัดระวังโดยอาศัยวิญญูชนเป็นมาตรฐานทางภาวะวิสัยเป็นการไม่เหมาะสม แนวทางในการวินิจฉัยความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพที่ถูกต้องก็คือ จะต้องวินิจฉัยโดยอิงกับมาตรฐานความระมัดระวังและความชำนาญที่เหมาะสมของสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งมีฐานะและตำแหน่งเช่นเดียวกับจำเลย<sup>30</sup>

ในคดี Andrew Master Homes Ltd. V. Crukshank & Fairweather ผู้พิพากษา Graham กล่าวว่า ระดับของความรู้และความระมัดระวังที่พึงคาดหวังได้นั้นเป็นระดับของความรู้และความระมัดระวังที่มีคุณสมบัติเป็นผู้ประกอบวิชาชีพพึงมี เพราะฉะนั้น การทดสอบ

<sup>30</sup>Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 17.

ระดับของความระมัดระวังก็คือ การทดสอบทางภาวะวิสัย (objective test) โดยอ้างอิงถึงความคิดของกลุ่มบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพ และไม่ใช่การทดสอบทางจิตวิสัย (subjective test) ซึ่งอ้างอิงตัวผู้ประกอบวิชาชีพที่ได้รับการว่าจ้างเอง วิทยุชนผู้ประกอบวิชาชีพนี้ (reasonably competent members of profession) โดยหลักแล้วขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยของศาลว่าบุคคลใดเป็นวิทยุชนผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งอาจเท่ากับหรือไม่เท่ากับผู้ประกอบวิชาชีพโดยเฉลี่ยก็ได้<sup>31</sup>

ดังนั้น มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (standard of care and skill) ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะใช้หลักเกณฑ์ของ มาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญเช่นวิทยุชนที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และขนาดหรือระดับของมาตรฐานแห่งความระมัดระวังและความชำนาญ (Degree of Care and Skill) อันผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องใช้ในการปฏิบัติงานในวิชาชีพนั้นก็คือ ผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญเกินกว่าธรรมดาหรือสูงเกินกว่าความระมัดระวังและความชำนาญที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไปควรมี มาตรฐานของความระมัดระวังนี้ไม่ว่าจะเป็นมาตรฐานในทางสัญญาหรือทางละเมิด เป็นมาตรฐานของความระมัดระวังเดียวกัน<sup>32</sup>

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจ (Error of Judgement) หรือไม่รู้จักกฎหมายใด ยังไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดชอบ หากวิทยุชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเองไม่สามารถใช้ดุลพินิจหรือแสดงความรู้ทางกฎหมายเช่นเดียวกัน กล่าวคือ โดยทั่วไป ความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่เป็นความประมาทเลินเล่อ อย่างไรก็ตาม ความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวต้องพิจารณาว่าวิทยุชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจเช่นเดียวกันหรือไม่ ซึ่งความผิดพลาดของวิทยุชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายนั้นอาจประเมินได้จากพยานผู้เชี่ยวชาญหรือหลักฐานทางภาวะวิสัยอื่นเพื่อแสดงให้เห็นว่าวิทยุชนผู้ประกอบวิชาชีพเองก็มีความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจเช่นเดียวกันกับจำเลย<sup>33</sup>

ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผิดพลาดในการตีความกฎหมายหรือสัญญา ซึ่งคลุมเครือ ไม่ชัดเจน ไม่ถือว่าเป็นความประมาทเลินเล่อ แต่เขาอาจมีความรับผิดชอบได้ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่สนใจปัญหาดังกล่าวและมีได้แจ้งให้ลูกค้าทราบ ดังคดี Central

<sup>31</sup> Ibid., p. 16.

<sup>32</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyer's Professional Liability, p. 13.

<sup>33</sup> Ibid., p. 14.



Trust Co. V. Rafuse ศาล Supreme Court of Canada ถือว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีก่อให้เกิดการขัดกันของเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดี ไม่เป็นข้อต่อสู้ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมิได้ตระหนักถึงเรื่องดังกล่าว และแจ้งให้ลูกค้าความทราบถึงอุปสรรคในการฟ้องร้องคดี<sup>34</sup>

ความรู้กฎหมาย (Knowledge of Law) เป็นสิ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทุกคนพึงมี ถึงแม้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะไม่ผูกพันว่าตนรู้กฎหมายทั้งหมดก็ตาม แต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องรู้กฎหมายและบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับงานของตน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ ดังคดี Central Trust Co. V. Refuse ซึ่งวินิจฉัยว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีความรู้เกี่ยวกับเรื่องพื้นฐานและหลักกฎหมายที่ใช้กับการทำงานของตน

ดังนั้น แม้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพจะไม่ผูกพันว่าตนรู้กฎหมายทั้งหมดก็ตาม แต่โดยทั่วไปก็ควรจะรู้ว่าจะค้นหากฎหมายเพื่อใช้ในการประกอบวิชาชีพที่ไหนหรือด้วยวิธีใด อย่างไรก็ดี ก่อนที่จะวินิจฉัยว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดชอบในประเด็นดังกล่าว จะต้องปรากฏพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสถานการณ์เดียวกันกับจำเลยต้องมีการค้นคว้าและวิจัยกฎหมาย<sup>35</sup>

มาตรฐานของความระมัดระวังดังกล่าวข้างต้นเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนตายตัว อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามกาลเวลา ความระมัดระวังที่ยอมรับกันในอดีตหรือปัจจุบัน อาจถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อในอนาคตก็ได้ องค์กรควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพมักจะมีการกำหนดมาตรฐานการประกอบวิชาชีพไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับปรุงมาตรฐานการประกอบวิชาชีพและการบริการให้มีคุณภาพ ซึ่งเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควร<sup>36</sup>

3) มาตรฐานความระมัดระวังของผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย (Standard for Specialists) โดยปกติผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องใช้ความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพมิให้ต่ำกว่ามาตรฐานของความระมัดระวังและความชำนาญของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไป ซึ่งถือว่าเป็นมาตรฐานความระมัดระวังพื้นฐานที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงมี หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใช้ความระมัดระวังที่ต่ำกว่ามาตรฐานของความระมัดระวัง

<sup>34</sup>Ibid.

<sup>35</sup>Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, p. 207.

<sup>36</sup>Ibid., p. 18.

แล้ว ถือได้ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายประมาณเส้นแล้ว ในกรณีที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ไม่มีประสบการณ์ การอ้างความไร้ประสบการณ์ของตนเป็นข้อต่อสู้ในการใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปนั้นจะทำได้หรือไม่ก็ตาม ในกรณีที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้เชี่ยวชาญในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือเป็นผู้มีประสบการณ์ในการทำงานสูง ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ จะต้องใช้มาตรฐานของความระมัดระวังที่สูงกว่าหรือไม่

ในคดี *Duchess of Argyll V. Benselink*<sup>37</sup> ผู้พิพากษา Megarry J. ให้ความเห็นสนับสนุนการกำหนดมาตรฐานของผู้เชี่ยวชาญว่า ถ้าดูความว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย ลูกความมีสิทธิที่จะคาดหวังสิ่งบางอย่างมากกว่ามาตรฐานของความสามารถของวิญญูชนผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญในสาขากฎหมายใดกฎหมายหนึ่งมีความสามารถที่แตกต่างจากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายทั่ว ๆ ไป นอกจากนี้ ในการประกอบวิชาชีพในสาขากฎหมายเดียวกัน ผู้ที่มีประสบการณ์และความชำนาญสูงย่อมมีความสามารถแตกต่างจากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายซึ่งประกอบวิชาชีพกฎหมายในสาขาเดียวกัน แต่เป็นผู้มีความสามารถธรรมดาและมีประสบการณ์น้อย

จากความเห็นในคดีข้างต้นเป็นที่ยอมรับว่า ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายที่เป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขากฎหมายใดกฎหมายหนึ่งมีความแตกต่างจากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายทั่ว ๆ ไป เพราะฉะนั้น ถ้าสำนักงานกฎหมายซึ่งให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายพาณิชย์ ย่อมได้รับการคาดหวังว่ามีความรู้เกี่ยวกับหลักการค้าระหว่างประเทศมากกว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายทั่ว ๆ ไปโดยเฉลี่ย ความเชี่ยวชาญทางกฎหมายของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายเกิดจากการที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายนั้นได้แสดงตนว่าเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายเฉพาะด้าน ซึ่งความเชี่ยวชาญทางกฎหมายเฉพาะด้านนี้ไม่มีรูปแบบที่เป็นทางการเหมือนเช่นผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีการจัดประเภทของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่เป็นผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางไว้อย่างเป็นทางการ ซึ่งเป็นการง่ายต่อศาลในการใช้มาตรฐานของความระมัดระวังและความชำนาญที่แตกต่างกันของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมตามสถานะและคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าว เช่น มาตรฐานของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมสาขาอายุรกรรม มาตรฐานของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมสาขาศัลยกรรม เป็นต้น

<sup>37</sup>[1972] 2 Lloyd's Rep. 172, cited by Stephen M. Grant and Linda Rothstein, *Lawyer's Professional Liability*, p. 24.

เป็นที่น่าสังเกตว่าผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายดังกล่าวหมายถึง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่แสดงตนว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขากฎหมายใดกฎหมายหนึ่งโดยเฉพาะ ส่วนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เป็นผู้มีความชำนาญสูงและมีประสบการณ์ยาวนานไม่ถือว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญ ทั้งนี้ เพราะเหตุที่ว่าความแตกต่างของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งมีความชำนาญสูงและมีประสบการณ์ยาวนานกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งมีความสามารถธรรมดาและมีประสบการณ์น้อยในทางปฏิบัติเป็นไปได้ยาก และจะเป็นการบังคับให้ศาลต้องประเมินความชำนาญของจำเลยก่อนที่จะวินิจฉัยว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ ดังคดี *Benson V. Thomas Eggar & Son* ผู้พิพากษา *Forbes J.* ได้ให้ความเห็นว่า ไม่ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะทำงาน ณ ที่ใด หรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอายุมากหรืออายุน้อย หรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้ร่วมงานในสำนักงานกฎหมายขนาดใหญ่หรือประกอบวิชาชีพกฎหมายเพียงคนเดียว หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเหล่านั้นเหมือนกัน คือ การกระทำกรอย่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีความสามารถ ความรอบคอบตามสมควร แต่ถ้าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแสดงตนว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่งโดยเฉพาะในกรณีนี้จะเกิดความแตกต่างกันมาก กล่าวคือ ลูกความสามารถคาดหวังมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสูงกว่ามาตรฐานของวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีความสามารถหรือความรอบคอบระมัดระวัง<sup>38</sup>

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอ้างตนเองว่าเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในทางกฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่ง การวินิจฉัยความระมัดระวังของจำเลยซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายนั้น จะวินิจฉัยโดยมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งมีความสามารถและเป็นผู้เชี่ยวชาญตามสมควรในสาขากฎหมายที่จำเลยได้แสดงตนว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญ<sup>39</sup>

4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลและความเสียหายไกลกว่าเหตุเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อการกระทำของตนเอง ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นความเกี่ยวข้องกันระหว่างการไม่ใช้ความระมัดระวังของจำเลยกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ โจทก์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ของจำเลยเป็นเหตุก่อให้เกิดความเสียหาย<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, p. 212.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>40</sup> Michael A. Jones, *Textbook on Torts*, p. 139.

นอกจากนี้ ความเสียหายที่พิสูจน์ได้จะต้องเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุ (too remote) ในทางปฏิบัติ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลและความเสียหายไกลกว่าเหตุเป็นสิ่งที่ใช้พิจารณาควบคู่กันไป ซึ่งอาจจะเรียกรวมกันว่า "remoteness" และเป็นสิ่งสำคัญที่ศาลใช้ในการจำกัดขอบเขตความรับผิดในการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังคดี Lamle V. Camden London Borough Council (1981) ผู้พิพากษา Lord Denning ได้กล่าวไว้ว่า หน้าที่ ความไกลกว่าเหตุ และความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นเครื่องมือที่ศาลใช้ในการกำหนดขอบเขตความรับผิดสำหรับความประมาทเลินเล่อ<sup>41</sup>

ดังนั้น ไม่ว่าจะการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิดหรือความรับผิดร่วมกันทางละเมิดหรือทางสัญญา ถ้าความเสียหายมิใช่เป็นเหตุอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนผิดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว ความเสียหายดังกล่าวถือว่าเป็นความเสียหายไกลกว่าเหตุ<sup>42</sup> นอกจากนี้ หากความเสียหายเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดเห็นได้ในขณะที่มีการประพฤติดผิดหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ความเสียหายดังกล่าวย่อมเป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุเช่นกัน เพราะฉะนั้น ในการประเมินค่าเสียหายที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหลักที่ว่า ความเสียหายที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องชดใช้จะต้องมีความใกล้ชิดอย่างเพียงพอกับการฝ่าฝืนหน้าที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย กล่าวอย่างกว้าง ๆ ก็คือการฝ่าฝืนหน้าที่ต้องเป็นเหตุของความเสียหายและความเสียหายต้องคาดเห็นได้ (foreseeable)<sup>43</sup>

#### 4.1) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามหลัก "But For"

ในการฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้รับผิดในทางสัญญาและละเมิด สิ่งจำเป็นที่โจทก์จะต้องดำเนินการก็คือ การแสดงให้ศาลเห็นว่า การฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นเหตุของความเสียหายตามที่กล่าวอ้าง หากความเสียหายเกิดขึ้นในทุก ๆ กรณีแล้ว การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่เป็นเหตุของความเสียหายต่อโจทก์ กล่าวคือ แม้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะกระทำโดยใช้ความระมัดระวังแล้ว ความเสียหายก็ยังคงมีอยู่ กรณีนี้ความเสียหายมิใช่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ดัง

<sup>41</sup> Ibid., p. 136.

<sup>42</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyer's Professional Liability, p. 83.

<sup>43</sup> Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 251.

คำวินิจฉัยในคดี Sykes V. Midland Bank Executor & Trustee Co.,Ltd.<sup>44</sup> ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเข้าทำสัญญาเช่าแทนลูกความและไม่ได้ให้คำแนะนำถึงข้อสัญญามากมายซึ่งมีผลกระทบต่อการเปลี่ยนแปลงผู้ใช้สถานที่เช่า โจทก์ไม่สามารถแสดงหลักฐานได้ว่า โจทก์จะทำสัญญาเช่าหรือไม่หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้คำแนะนำที่ถูกต้อง ดังนั้น ศาล Court of Appeal ถือว่าความเสียหายอันเนื่องมาจากการเข้าทำสัญญามีสาเหตุมาจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย กล่าวคือ โจทก์ยังคงเช่าทำสัญญาเช่าที่พิพาท ถึงแม้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ให้คำแนะนำที่เหมาะสม นอกจากนี้ หากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและผลความเสียหายที่ตามมาเป็นสิ่งที่ไม่มีความสำคัญ โจทก์ย่อมมิได้ค่าเสียหายเช่นกัน ดังคดี Braid V. W.L. Highway & Sons<sup>45</sup> โจทก์จำต้องขายหลักทรัพย์เพื่อชดใช้ความผิดที่ดินได้ก่อให้เกิดแก่บุคคลที่สามอันเนื่องมาจากผลของความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โจทก์ได้รับชดใช้ค่าเสียหายทั้งหมดที่ได้ชำระให้บุคคลที่สามไป แต่ก็ไม่ได้รับการชดใช้ค่านายหน้าสำหรับการขายหลักทรัพย์ซึ่งเป็นค่าเสียหายที่ห่างไกลจากการฝ่าฝืนหน้าที่ของจำเลย ในบางคดีศาลอาจวินิจฉัยว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมิใช่ผลโดยตรงจากการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เช่น ในคดี Nash V. Phillip<sup>46</sup> โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายต่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการที่โจทก์ไม่สามารถซื้อบ้านตามที่ดินได้เลือกไว้อันเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ค่าเสียหายตามที่โจทก์เรียกร้องรวมถึงค่าเสียหายอันเนื่องมาจากบ้านที่ตนต้องซื้อนั้นไม่มีความสะดวกสบายกว่าบ้านที่ตนปรารถนาจะซื้อแต่แรก ผู้พิพากษา Foster J. ปฏิเสธที่จะให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ เนื่องจากความไม่สะดวกสบายไม่เป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

การพิจารณาและพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเสียหายในทางข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นไปตามหลัก "but for" ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ดังนี้

<sup>44</sup>[1971] 1 QB. 113 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 251.

<sup>45</sup>[1964] 191 E.Q. 433 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 251.

<sup>46</sup>[1974] 232 E.G. 1219 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 251.

“ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นเว้นแต่จะมีความประมาทเลินเล่อของจำเลย ถ้าไม่มีความประมาทเลินเล่อของจำเลย ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าปรากฏว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นเช่นเดียวกัน แม้ว่าไม่มีความประมาทเลินเล่อของจำเลย กรณีเช่นนี้ถือว่าความประมาทเลินเล่อของจำเลยมิใช่เป็นเหตุของความเสียหาย”<sup>47</sup>

การใช้หลัก “but for” คล้ายกับเป็นการคาดเดาหรือคาดหมาย (speculation) ว่าอะไรควรเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นหากจำเลยได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างสมบูรณ์แล้ว<sup>48</sup> ในคดีส่วนมากโจทก์ต้องแสดงหลักฐานให้ศาลเห็นว่า หากจำเลยไม่ประมาทเลินเล่อแล้ว โจทก์ควรจะกระทำการอย่างไรหรือได้รับผลอย่างไรที่แตกต่างไปจากกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาทเลินเล่อ

ศาลนำหลัก “but for” มาใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและความเสียหายที่ลูกความได้รับ โจทก์เป็นผู้มีหน้าที่พิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับผลของความเสียหาย โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่ควรเกิดขึ้นเว้นแต่เป็นเพราะความประมาทเลินเล่อของจำเลยหรือเป็นเพราะความผิดของจำเลย ซึ่งโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นโดยปราศจากข้อสงสัย อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะให้ค่าเสียหายตามที่โจทก์ร้องขอหรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาว่าความเสียหายนั้นใกล้เคียงกว่าเหตุหรือไม่ ประกอบกับการรับฟังข้อต่อสู้ของจำเลยด้วย กล่าวคือ เมื่อโจทก์พิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของความเสียหายแล้ว ภาระการพิสูจน์ว่าความเสียหายดังกล่าวมิใช่เป็นผลมาจากการกระทำของตนนั้น ตกเป็นภาระของจำเลย

โดยปกติ หากการประพฤติดินหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายใด ๆ แก่ลูกความแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจำต้องชดเชยค่าเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีความเสียหายที่ลูกความได้รับอาจมิใช่ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเพียงเหตุเดียว อาจเกิดจากเหตุแทรกแซงด้วยซึ่งเหตุแทรกแซงเป็นจุดตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่แท้จริงซึ่งเป็นผล

<sup>47</sup> คดีเนนาด เกียรติกังวาลพิไล, “ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ,” หน้า 24.

<sup>48</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyer’s Professional Liability, p. 95.

จากการกระทำของตนเองเท่านั้น พฤติการณ์ที่ถือเป็นเหตุแทรกแซงอาจเกิดขึ้นจากการกระทำของลูกความหรือตัวโจทก์เอง หรืออาจเกิดจากบุคคลที่สามก็ได้

ความเสียหายที่เกิดจากเหตุแทรกแซงโดยโจทก์ (Intervening act of the plaintiff) หากเหตุสุดท้ายของความเสียหายที่พิพาทเกิดจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของโจทก์ ศาลมักจะถือว่าเหตุดังกล่าวเป็นจุดตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของความเสียหายที่เกิดจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนแรก<sup>49</sup> เช่น ในคดี *Simmons V. Pennington*<sup>50</sup> โจทก์กระทำตามคำแนะนำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยไม่ตัดสินใจขายทรัพย์สินของตนในระหว่างรอผลการดำเนินคดี ททรัพย์สินเสียหายเนื่องจากถูกไฟไหม้ โจทก์ได้รับความเสียหายเนื่องจากกรรมธรรม์ประกันภัยหมดอายุลง ศาล Court of Appeal ถือว่าไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าคำแนะนำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประมาณเส้นเลื้อยหรือไม่ เนื่องจากความเสียหายที่เรียกร้องไกลเกินกว่าเหตุมาก ความเสียหายที่โจทก์ได้รับเนื่องจากความผิดพลาดของตนเกี่ยวกับการประกันภัย ผู้พิพากษา Lord Denning ถือว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นค่าเสียหายที่ไม่อาจคาดเห็นได้ด้วย ในคดี *Clark V. Kirley-Smith*<sup>51</sup> โจทก์สูญเสียโอกาสในการต่ออายุสัญญาเช่าเนื่องจากความประมาณเส้นเลื้อยของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ในการย้ายออกจากสถานที่เช่า โจทก์ถูกเจ้าของที่ดินเรียกค่าเสียหายเนื่องจากสถานที่เช่าชำรุดเป็นเงิน 120 ปอนด์ ผู้พิพากษา Plawman J. ถือว่าความเสียหายมิได้เกิดจากความประมาณเส้นเลื้อยของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย แต่เป็นเพราะการฝ่าฝืนสัญญาเช่าของโจทก์เอง

ความเสียหายที่เกิดจากเหตุแทรกแซงโดยบุคคลที่สาม (Intervening act of a third party) โดยปกติความประมาณเส้นเลื้อยของบุคคลที่สามมักจะถือว่าเป็นเหตุแทรกแซงที่ตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ยิ่งพฤติกรรมแทรกแซงมีลักษณะที่ประมาณและปราศจากเหตุผลมากเท่าใด ก็ยิ่งตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลมากขึ้นเท่านั้น แต่ถ้าเหตุ

<sup>49</sup>Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, p. 252.

<sup>50</sup>[1955] 1 W.W.R. 183 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, p. 252.

<sup>51</sup>[1964] 1 CH. 506 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, p. 252.

แทรกแซงมิใช่ความประมาทเลินเล่อ เหตุแทรกแซงดังกล่าวจึงไม่เป็นจุดตัดระหว่างการกระทำและผล ดังเช่นคดี Cook V. Swinfen<sup>52</sup> ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ตนมีต่อลูกค้าในการต่อสู้คดีฟ้องหย่าโดยสามีของลูกค้า ทำให้จำเป็นต้องได้รับคำแนะนำจากที่ปรึกษากฎหมาย (Counsel) ในกรณีนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายซึ่งอาจเกิดขึ้นเนื่องจากความผิดพลาดของคำแนะนำของที่ปรึกษากฎหมาย คำแนะนำของที่ปรึกษากฎหมายมิได้ตัดขาดความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลเสียหาย ทั้งนี้ เพราะความต้องการคำแนะนำของที่ปรึกษานี้ก็เนื่องจากการผิดหน้าที่แต่เดิมของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้พิพากษา Lawton J. ถือว่าคำแนะนำของที่ปรึกษาคดีผิด แต่มิใช่เพราะความประมาทเลินเล่อและไม่เป็นจุดตัดของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เพราะฉะนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงต้องรับผิดชอบในผลเสียหายที่ตามมา

#### 4.2) ความเสียหายที่คาดเห็นได้ (foreseeability)

ในการที่โจทก์จะได้รับค่าเสียหายจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเนื่องมาจากการประพฤติดผิดหน้าที่นั้น โจทก์ไม่เพียงแต่แสดงให้เห็นว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์เท่านั้น แต่จะต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นได้ด้วย ทั้งนี้ เพราะความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะจำกัดเฉพาะความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ (too remote) หากความเสียหายที่โจทก์หรือลูกค้าได้รับเป็นสิ่งที่คาดเห็นไม่ได้แล้ว ย่อมถือได้ว่าความเสียหายไกลเกินกว่าเหตุ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ลูกค้าของตน ฉะนั้น ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับผิดชอบทางสัญญาหรือทางละเมิด การพิสูจน์ค่าเสียหายที่โจทก์ได้รับจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าค่าเสียหายนั้นสามารถคาดเห็นได้ โดยปกติหากค่าเสียหายใดจะถือว่าเป็นการไกลเกินกว่าเหตุสำหรับความผิดทางละเมิด ค่าเสียหายนั้นเป็นค่าเสียหายที่ไม่สามารถคาดเห็นได้ในขณะผิดหน้าที่ ส่วนความรับผิดชอบทางสัญญา ค่าเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุก็ต่อเมื่อในเวลาที่ทำสัญญานั้น คู่สัญญาได้พิจารณาไตร่ตรอง (contemplate)

<sup>52</sup>[1966] 1 W.L.R. 635 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 252-253; A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, pp. 246-247.



ได้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นหากมีการฝ่าฝืนสัญญา ความคาดเห็นหรือการพิจารณาไตร่ตรองของคู่สัญญานั้นอาจอาศัยความรู้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายหรืออาจจะใช้วิญญูชนซึ่งอยู่ในสถานะเดียวกันกับคู่สัญญาว่าอะไรเป็นสิ่งควรจะคาดเห็นหรือได้รับพิจารณาไตร่ตรองไว้<sup>53</sup>

อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างในการพิสูจน์ความเสียหายที่คาดเห็นได้ในทางสัญญาและทางละเมิด ศาลในคอมมอนลอว์มีแนวโน้มที่จะถือว่าความแตกต่างเหล่านี้เป็นเพียงความแตกต่างทางภาษา แต่ไม่ใช่แตกต่างในสาระสำคัญ<sup>54</sup> ศาลจะวินิจฉัยความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่จำกัดเฉพาะความเสียหายที่คาดเห็นได้ในขณะทำสัญญาอันเป็นความเสียหายจากการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนสัญญา ศาลได้ขยายขอบเขตความคาดเห็นได้ทางสัญญาให้เป็นไปตามหลักความคาดเห็นในทางละเมิด คือ ใช้ความคาดเห็นถึงความเสียหายในเวลาที่มีการฝ่าฝืนสัญญาหรือมีการฝ่าฝืนหน้าที่ ทั้งนี้ เพราะในคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายส่วนมาก ประเด็นเรื่องความเสียหายไกลเกินกว่าเหตุมักจะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบทางสัญญา แม้ว่าในหลาย ๆ คดี หลักความคาดเห็นได้จะไม่ก่อให้เกิดปัญหาแก่โจทก์ เนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายรับรู้เจตนาของลูกความในขณะทำสัญญาว่าจ้าง ปัญหาที่เกี่ยวกับหลักความคาดเห็นทางสัญญาที่เกิดขึ้นก็คือ เวลาในการพิจารณาถึงความคาดเห็นในความเสียหายในขณะทำสัญญาอาจไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่โจทก์ในคดีความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากความเสียหายอาจจะเกิดขึ้นในระหว่างวันที่ว่าจ้างและวันที่มีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่เกิดขึ้นก็ได้ ตัวอย่างเช่น ในคดี *Cook v. Swinfen* โจทก์ไม่สามารถเรียกคืนค่าเสียหายสำหรับความกังวลใจอันเป็นผลมาจากความเสียหายที่เกิดแก่สุขภาพของโจทก์ เนื่องจากเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถคาดเห็นได้เมื่อโจทก์ได้ว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในคดี *Malyon v. Lawrance, Messer & Co.*, ผู้พิพากษา *Brabin J.* ได้ให้ค่าเสียหายสำหรับโรคประสาทพิการอันเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนโจทก์ แม้ว่าจะเป็นความเสียหายที่ไม่อาจคาดเห็นได้ในขณะที่โจทก์ได้เริ่มต้นว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้พิพากษาปฏิเสธที่จะยอมรับขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นโดยอ้างว่าความรับผิดชอบจะมีอยู่ในขณะที่

<sup>53</sup> A.M. Dugdale and K.M. Stanton, *Professional Negligence*, p. 251.

<sup>54</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, *Lawyer's Professional Liability*, p.

โจทก์เดินเข้าไปในสำนักงานของจำเลย<sup>55</sup> และพิพากษาให้โจทก์เรียกค่าเสียหายดังกล่าวได้ โดยถือว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีความผูกพันอย่างต่อเนื่องในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายให้กับโจทก์ และถือว่านี่ตามสัญญาที่อยู่ภายใต้การทดสอบความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ ดังนั้นข้อเท็จจริงซึ่งผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายรับรู้อันเนื่องมาจากการงานของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายสามารถใช้เป็นหลักในการคำนวณความเสียหายได้<sup>56</sup>

ในประเทศแคนาดา ผู้พิพากษา Cory กล่าวในคดี Robert Simpson Co., Ltd. v. Foundation Co. of Con. Ltd. ว่า ความแตกต่างของผลการฟ้องร้องโดยอาศัยหลักการฝ่าฝืนสัญญาหรือการกระทำในทางละเมิดกำลังเลือนหายไปอย่างรวดเร็ว บางทีความแตกต่างที่ยังคงอยู่ในปัจจุบันคือการเริ่มต้นนับอายุความ<sup>57</sup>

ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นความเสียหายที่เกินกว่าเหตุหรือไม่ ศาลคอมมอนลอว์จะใช้หลักความคาดเห็นในการวินิจฉัยความเสียหายนั้น ไม่ว่าจะผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจะถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบทางสัญญาหรือทางละเมิดก็ตามความเสียหายที่คาดเห็นได้นั้นเป็นความเสียหายที่คาดเห็นได้ในขณะที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายฝ่าฝืนต่อหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็หน้าทีตามสัญญาหรือหน้าทีตามกฎหมายที่มีต่อลูกค้า นอกจากนี้ ในปัจจุบัน ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดชอบทางสัญญาและทางละเมิดร่วมกัน ศาลจึงใช้หลักความเสียหายที่คาดเห็นได้ในขณะที่มีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่เช่นกัน

### 3.1.3) ความคุ้มกันของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายด้านว่าความในประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในฐานะ Barrister ซึ่งมีหน้าที่หลักในการว่าความในศาล รวมทั้งการให้คำแนะนำปรึกษาหรือการร่างเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการว่าความหรือการดำเนินคดี จะได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องสำหรับความประมาทเลินเล่อในการว่าความ ไม่ว่าจะเป็คดีแพ่งหรือคดีอาญา หรือในการเตรียมคดี เช่น การร่างฟ้อง เป็นต้น ซึ่งความคุ้มกันนี้เรียกว่า "Immunity of the Bar" อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของความ

<sup>55</sup> Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 254.

<sup>56</sup> A.M. Dugdale and K.M. Stanton, Professional Negligence, p. 253.

<sup>57</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyer's Professional Liability, p.

คุ้มกันมิได้จำกัดเฉพาะการฟ้องร้องในความประมาทเลินเล่อเท่านั้น ในปี ค.ศ. 1860 ในคดี Swinfen V. Lord Chelmsford ศาล Court of Exchequer ให้ความเห็นว่า Barrister จะไม่ถูกฟ้องร้องสำหรับการละเลยต่อหน้าที่ ถึงแม้ว่าเขาควรรับผิดชอบในทางสัญญาหากมีสัญญาโดยชัดแจ้งหรือถ้าเขาทำความผิดโดยเจตนาและกระทำการใดด้วยเจตนาร้าย ฉ้อโกง หรือทรยศ เหตุผลของข้อยกเว้นนี้ก็คือ ในทางทฤษฎีการให้บริการของ Barrister เป็นการให้เปล่า<sup>58</sup>

จุดเริ่มต้นของความคุ้มกันคือ ในราวศตวรรษที่ 16 Sir John Davys เป็นบุคคลที่ได้รับความยอมรับว่าเป็นผู้ก่อให้เกิดแนวคิดที่เรียกว่า "เกียรติยศ" (honorarium) เพื่อใช้อธิบายเรื่องค่าธรรมเนียมวิชาชีพของ Barrister ว่า ไม่ใช่ลักษณะค่าตอบแทนหรือการชำระหนี้ หรือเป็นสิ่งที่เรียกว่า เงินเดือนหรือค่าจ้าง ซึ่งเป็นการตอบแทนหน้าที่อันเนื่องมาจากสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาบริการ แต่สิ่งที่ให้แก่ Barrister เรียกว่า "เกียรติยศ"<sup>59</sup> ดังนั้น ค่าธรรมเนียมที่ Barrister ได้รับนี้เป็นเกียรติยศของ Barrister และไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ทางสัญญากับ Barrister โดยปกติ Barrister จะทำงานตามที่ได้รับมอบหมายจาก Solicitor เท่านั้น Barrister ไม่สามารถเข้าทำสัญญาใด ๆ กับ Solicitor ซึ่งเป็นผู้มอบหมายงานให้หรือกับลูกความซึ่งตนได้รับมอบหมายให้กระทำการแทน เมื่อไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญา Barrister จึงไม่มีสิทธิตามสัญญาที่จะได้รับชำระหนี้ ในคดี Kennedy V. Broun สิทธิเรียกร้องค่าธรรมเนียมวิชาชีพของ Barrister ถูกยกฟ้องโดยเหตุข้างต้น ผู้พิพากษา Erle C.J. ได้กล่าวว่า ข้อสัญญาของลูกความที่จะชำระเงินแก่ Barrister หรือที่ปรึกษาคดี (counsel) ไม่ว่าจะได้ให้สัญญาไว้ก่อนหรือให้ระหว่างหรือให้หลังจากการว่าความไม่มีผลผูกพัน นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างที่ปรึกษาคดีและลูกความย่อมไม่สามารถทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก่อให้เกิดสัญญาจ้างหรือสัญญาบริการเกี่ยวกับการว่าความอรรถคดี และเป็นที่ยอมรับกันว่าลูกความไม่อาจจะฟ้องร้อง Barrister ในฐานะผิดสัญญาได้<sup>60</sup> ในคดี Rondel V. Worsley ศาล House of Lord ยอมรับหลักที่ว่าที่ปรึกษา

<sup>58</sup>[1860] 5 Hurl. & Nor. 890, 918-9 cited by J.P. Eddy, Professional Negligence (London: Stevens & Sons Limited, 1956), p. 4.

<sup>59</sup>Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, 2<sup>nd</sup> ed. (St. Paul Minn.: West Publishing Co., 1981), p. 11.

<sup>60</sup>อุทิศ วีรวัฒน์, "ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชีพตามกฎหมายอังกฤษ," หน้า 723-728.

คดีไม่สามารถฟ้องเรียกค่าธรรมเนียมวิชาชีพของตนยังคงมีผลบังคับใช้<sup>61</sup> ในคดี *Mostyn V. Mostyn* วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาโดยชัดแจ้งของ Solicitor ที่จะชำระค่าธรรมเนียมวิชาชีพแก่ที่ปรึกษาคดีไม่มีผลผูกพันลูกความ ในคดี *Wells V. Wells* วินิจฉัยว่า ค่าธรรมเนียมที่ติดค้างแก่ที่ปรึกษาคดีไม่ใช่หนี้ จึงไม่สามารถถูกยึดได้

ความคุ้มกันพิเศษของ Barrister จากการถูกฟ้องร้องเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อ ได้รับการยอมรับมาเป็นเวลาอย่างน้อย 200 ปีแล้ว ในคดี *Fell V. Brown* สิทธิเรียกร้องต่อ Barrister สำหรับความประมาทเลินเล่อในการร่างหนังสือยื่นฟ้องในศาล Court of Chancery จึงถูกยกฟ้องด้วยเหตุดังกล่าว<sup>62</sup> ส่วนความรับผิดชอบในทางละเมิดนั้น ศาล House of Lords ในปี ค.ศ. 1967 ได้ตัดสินคดี *Rondel V. Worsley* โดยคะแนนเสียงเอกฉันท์ว่า ลูกความไม่มีสิทธิที่จะฟ้อง Barrister ที่ประมาทเลินเล่อในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ คดีนี้ Barrister ถูกฟ้องร้องเนื่องมาจากความประมาทเลินเล่อในการดำเนินการแทนลูกความในคดีอาญา เป็นผลให้ลูกความต้องโทษจำคุกเป็นเวลา 18 เดือน คำฟ้องของลูกความ คือ Barrister ผิดพลาดในการซักถามพยานและความผิดพลาดในการเรียกพยานบางคนเข้ามาสืบในคดี ศาล House of Lord พิพากษายกฟ้องคดีนี้โดยถือว่า Barrister ได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องในความประมาทเลินเล่อเกี่ยวกับการว่าความและจัดการคดีในศาลเพราะเป็นนโยบายของสาธารณะ คำพิพากษาในคดีนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงในประเทศอังกฤษว่า เหตุผลที่สนับสนุนให้ Barrister ได้รับความคุ้มกันไม่เป็นที่น่าพอใจ ในคดี *Rondel V. Worsley* แม้ว่าขอบเขตของความคุ้มกันของ Barrister จะไม่ใช่ประเด็นในคดีโดยตรง แต่ศาลได้เสนอให้มีการแบ่งแยกระหว่างงานที่ควรได้รับความคุ้มกันและงานที่ไม่ควรได้รับความคุ้มกัน อย่างไรก็ตาม ศาลได้เห็นพ้องว่าความคุ้มกันไม่ควรใช้กับงานทั้งหมดของ Barrister แต่ควรเป็นส่วนของงานที่กระทำในการว่าความและจัดการคดีในศาล<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, p. 273.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Stephen M. Gerant and Linda Rothstein, *Lawyers' Professional Negligence*,

เหตุผลในการสนับสนุนให้มีความคุ้มกันอาจจำแนกออกได้เป็น 3 ประการ คือ

1) ความยากของงานของ Barrister (Difficulty of Barrister's work) เหตุผลที่ได้จากผู้พิพากษา Lord Campbell ในคดี Purves V. Landell<sup>64</sup> ที่ถือว่าความยากของงานของ Barrister เป็นเหตุผลที่เหมาะสมในตัวเองที่จะได้รับความคุ้มกัน ในคดี Rondel V. Worsley ผู้พิพากษาได้อ้างถึงความยากลำบากในชีวิตของ Barrister ว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่สมควรจะได้รับความคุ้มกัน<sup>65</sup> เหตุผลนี้ได้รับการโต้แย้งว่า งานของ Barrister นั้นมิได้มีความยากลำบากกว่างานในวิชาชีพอื่น และเป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันว่าความยากของงานของ Barrister ไม่เป็นเหตุผลที่ดีพอที่จะทำให้เขาได้รับความคุ้มกัน ในขณะที่วิชาชีพอื่นกลับถูกปฏิเสธที่จะได้รับความคุ้มกัน ทั้งที่งานของผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านั้นก็มีความยากลำบากเช่นกัน

2) การไม่มีสัญญาใด ๆ กับลูกค้า (Absence of any contract with the client) เหตุผลสำคัญสำหรับความคุ้มกันของ Barrister อาศัยลักษณะความสัมพันธ์ระหว่าง Barrister กับลูกค้าซึ่งชี้ให้เห็นว่าไม่มีสัญญาใด ๆ ระหว่างคู่สัญญา ซึ่งผลของการไม่มีสัญญาระหว่างกันนั้นทำให้ Barrister ไม่สามารถฟ้องร้องลูกค้าเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมวิชาชีพได้ ในทางกลับกัน ลูกค้าไม่สามารถฟ้องร้อง Barrister ในความผิดฐานประมาทเลินเล่อได้ ในคดี Re le Brasseur and Oakley ผู้พิพากษา Lindley L.J. ได้กล่าวว่า สิ่งสำคัญที่สุดก็คือ ศาลไม่ควรจะช่วยเหลือ Barrister ในการเรียกร้องค่าธรรมเนียมวิชาชีพ ถ้าหากกระทำเช่นนั้น ความสัมพันธ์ระหว่าง Barrister กับลูกค้าจะถูกเปลี่ยนแปลง อันจะนำไปสู่ผลลัพธ์ที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งก็คือการยุติการคุ้มครอง Barrister จากการถูกฟ้องร้องในความประมาทเลินเล่อโดยลูกค้าของตนเอง<sup>66</sup>

ในปัจจุบันเป็นที่ชัดเจนแล้วว่า การที่ Barrister ไม่สามารถฟ้องเรียกค่าธรรมเนียมวิชาชีพและการไม่มีสัญญาใด ๆ ระหว่าง Barrister กับลูกค้า ไม่เป็นเหตุผลที่เหมาะสมสำหรับความคุ้มกันของ Barrister จากการถูกฟ้องร้องทางละเมิด ทั้งนี้ เนื่องจากในคดี Hedley Byrne & Co., Ltd. V. Heller & Partner Ltd. ศาล House of Lords มีมติเป็นเอกฉันท์ถือว่า

<sup>64</sup>(1842) 12 C. & F. 91 at pp. 102-103, cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 274.

<sup>65</sup>Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 274.

<sup>66</sup>Ibid.

คู่สัญญาฝ่ายที่ให้ข้อมูลหรือคำแนะนำแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจมีความรับผิดชอบในความประมาท เลินเล่อทั้งที่ไม่มีสัญญาใด ๆ ต่อกัน<sup>67</sup> และถือกันว่าการพัฒนากฎหมายละเมิดเป็นสิ่งที่ทำให้ การไม่มีสัญญาใด ๆ ระหว่าง Barrister และลูกความไม่เป็นหลักในการสนับสนุนความคุ้มกัน แก่ Barrister ต่อไป

3) นโยบายสาธารณะ (Public Policy) แนวคิดในเรื่องนโยบายสาธารณะเป็นสิ่งที่ ต้องการสำหรับความคุ้มกันของ Barrister ได้ปรากฏขึ้นในระหว่างศตวรรษที่ 19 ในคดี Swinfen V. Lord Chelmsford ซึ่งเป็นกรณีฟ้องร้อง Barrister สำหรับความผิดพลาดในการ ประนีประนอมยอมความที่ขัดแย้งกับคำสั่งของลูกความ ศาลได้อธิบายว่าที่ปรึกษาคดีเป็นผู้มี หน้าที่ไม่เฉพาะต่อลูกความเพียงอย่างเดียว แต่รวมถึงศาลและและสาธารณชนด้วย และศาล ถือว่าไม่มีการฟ้องร้องต่อที่ปรึกษาคดีหรือ Barrister สำหรับการกระทำด้วยความซื่อสัตย์ในการ ว่าความและจัดการคดีซึ่งคล้าย ๆ กับเหตุผลสำหรับความคุ้มกันของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ด้านการว่าความในประเทศสกอตแลนด์ (Scotland) ในคดี Batchelor V. Pattison and Mackersey ซึ่งผู้พิพากษา Lord President ได้ชี้ให้เห็นว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายว่าความเป็น ผู้มีหน้าที่ต่อลูกความของตน ต่อศาล ต่อวิชาชีพ และต่อสาธารณะ นอกจากนี้ เขายังต้องผูกพัน ในการว่าความแก่ผู้มาขอรับบริการอีกด้วย<sup>68</sup>

หลักนโยบายสาธารณะที่สำคัญสำหรับความคุ้มกันแก่ Barrister อยู่ในคดี Rondel V. Worsley ศาล House of Lord ยืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่า การกระทำของ Barrister ในการเตรียมคดีหรือเสนอคดีในศาลได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องทางแพ่ง<sup>69</sup> หลักนโยบายสาธารณะที่ผู้พิพากษาใช้วินิจฉัยคดีนี้อาจสรุปได้ 3 ประการ คือ

<sup>67</sup> Ibid., p. 275.

<sup>68</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, Lawyers' Professional Liability, pp. 7-8.

<sup>69</sup> Panayotis J. Zepos and Phoebus Christodoulou, "Professional Liability," International Encyclopedia of Comparative Law, 6 (1978): 46

(1) การบริหารความยุติธรรม โดยต้องการให้ Barrister สามารถกระทำการตามหน้าที่ของตนในศาลโดยปราศจากความกลัวและเป็นอิสระ<sup>70</sup>

(2) การฟ้องร้อง Barrister ในความประมาทเลินเล่อจะก่อให้เกิดการฟ้องร้องคดีขึ้นใหม่ ทำให้การดำเนินคดีต้องใช้ระยะเวลาอันยาวนานและก่อให้เกิดความเสี่ยงของคำพิพากษาที่ไม่แน่นอน

(3) Barrister มีหน้าที่ต้องยอมรับลูกความใด ๆ ที่มาขอรับบริการของตน

ศาล House of Lord ได้วินิจฉัยต่อไปว่า ในกรณีที่ Solicitor ปฏิบัติหน้าที่ในด้านการว่าความ ย่อมได้รับความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องคดีประมาทเลินเล่อเช่นเดียวกับ Barrister อย่างไรก็ตาม นโยบายสาธารณะไม่ต้องการให้ Barrister ได้รับความคุ้มกันในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อสำหรับเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดีในศาล<sup>71</sup>

ในปัจจุบันต่างยอมรับกันว่า Barrister ยังคงมีความคุ้มกันพิเศษต่อการถูกฟ้องร้องในความประมาทเลินเล่อ โดยอาศัยหลักนโยบายสาธารณะ ความคุ้มกันนี้ยังได้รับการอนุมัติโดย Royal Commission on Legal Services<sup>72</sup> แต่ทั้งนี้ ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่จำกัดตามหลักเกณฑ์ในคดี Saif Ali V. Sidney Mitchell & Co. ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับอุบัติเหตุบนถนน โจทก์เป็นผู้โดยสารกำลังเดินทางโดยรถแวน ได้เกิดอุบัติเหตุชนกับรถยนต์ซึ่งขับโดยนาง S อุบัติเหตุเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของนาง S โจทก์และคนขับรถแวนได้ปรึกษาจำเลยซึ่งเป็น Solicitor เกี่ยวกับค่าเสียหายจากอุบัติเหตุ Solicitor ได้มอบหมายให้ Barrister ฟ้องร้องในนามของโจทก์และคนขับรถแวนและให้คำปรึกษาเกี่ยวกับคดี Barrister ดำเนินการฟ้องร้องสามีของนาง S แต่เพียงผู้เดียว โดยอาศัยหลักที่ว่าสามีเป็นเจ้าของรถแวนด้วย และนาง S มิได้ขับรถในฐานะตัวแทนของสามี ผลก็คือ ศาลยกคำฟ้องของโจทก์ และเป็นการสายเกินไปที่จะดำเนินคดีกับนาง S และคนขับรถแวนใหม่เนื่องจากคดีขาดอายุความ โจทก์จึงฟ้องร้องจำเลยในความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพ จำเลยจึงขอหมายเรียกให้ Barrister เข้ามาในคดีเพื่อให้ชดใช้

<sup>70</sup>Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, pp. 276-277.

<sup>71</sup>Panayotis J. Zepos and Phoebus Christodaulon, "Professional Liability," p. 46.

<sup>72</sup>Rupert M. Jackson and John L. Powell, Professional Negligence, p. 277.

คำเสียหาย<sup>73</sup> ศาล House of Lord ถือว่า Barrister ไม่มีความคุ้มกันเมื่อมีการให้คำแนะนำปรึกษาแก่ผู้ซึ่งเป็นคู่ความในการดำเนินคดี และได้มีการฟ้องร้องตามคำแนะนำดังกล่าว ทั้งนี้ โดยอาศัยหลักความเกี่ยวเนื่องใกล้ชิด (intimate connection) ที่ว่าความคุ้มกันมีขอบเขตถึงงานก่อนดำเนินคดี (pre-trial work) เฉพาะที่มีความเกี่ยวเนื่องใกล้ชิดกับการดำเนินคดีในศาล หลักความเกี่ยวเนื่องใกล้ชิดในคดีข้างต้นได้รับมาจากหลักของศาลอุทธรณ์ประเทศนิวซีแลนด์ในคดี Rees V. Sinclair<sup>74</sup> ผู้พิพากษา McCarthy P. ได้กล่าวว่า

“ข้าพเจ้าไม่อาจจำกัดความคุ้มครองในสิ่งที่กระทำในศาล ความคุ้มครองต้องกว้างกว่าสิ่งที่ทำในศาล และรวมถึงงานก่อนดำเนินคดีในศาลบางอย่างด้วย อย่างไรก็ตาม งานก่อนดำเนินคดีในแต่ละงานจะต้องถูกทดสอบโดยหลัก ๆ หนึ่ง คือ การคุ้มครองจะมีอยู่เพียงเฉพาะงานที่มีความเกี่ยวเนื่องใกล้ชิดอย่างมากกับการว่าความในศาล ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการตัดสินใจเบื้องต้นที่มีผลกระทบต่อการว่าความ เมื่อสิ่งที่ได้ตัดสินใจนั้นเข้าสู่การพิจารณาคดี การคุ้มครองไม่ควรจะให้มีการใช้อย่างกว้างขวางเกินไปกว่าความจำเป็นอย่างแท้จริงเพื่อประโยชน์ของการบริหารความยุติธรรม . . .”

ในความเป็นจริงเป็นการยากที่จะพยายามแยกประเภทของงานก่อนดำเนินคดีว่าประเภทใดควรจะได้รับความคุ้มกัน ผู้พิพากษา Lord Salmon ในคดี Saif Ali V. Sidney Mitchell & Co. ได้กล่าวว่า บางครั้งความคุ้มกันอาจมีขอบเขตถึงการร่างคำฟ้องและการแนะนำพยานหลักฐาน ถ้าความเกี่ยวเนื่องระหว่างงานและการว่าความในศาลมีความใกล้ชิดกันอย่างมากเพียงพอ แม้ว่าอาจจะมีข้อขัดแย้งในเรื่องการใช้หลักในคดี Rees V. Sinclair สำหรับคดีที่จะเกิดขึ้นในอนาคต อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่างานเอกสาร (paper work) ส่วนมากที่ทำโดย Barrister ในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาคดีจะไม่ได้รับความคุ้มกัน<sup>75</sup>

ในประเทศออสเตรเลียได้ยอมรับหลักดังกล่าวในคดี Feldman V. Practitioner ในประเทศแคนาดาไม่ยอมรับหลักในเรื่องความคุ้มกันของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทางด้านการ

<sup>73</sup> Ibid., pp. 278-279.

<sup>74</sup> [1974] 1 N.Z.L.R. 180 cited by Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, pp. 279- 280.

<sup>75</sup> Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, p. 280.



ว่าความ หรือ Immunity of the Bar อย่างในประเทศอังกฤษ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงอาจถูกฟ้องร้องในความประมาทเลินเล่อเกี่ยวกับการดำเนินคดีและการว่าความในศาล ดังเช่นคดี Demarco V. Ungro ซึ่งผู้พิพากษา Krever ได้ให้คำวินิจฉัยในศาล Ontario High Court ว่า หลักความคุ้มกันของ Barrister ไม่มีอยู่ใน Ontario และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดชอบต่อกฎความในการดำเนินคดีหรือการว่าความในศาลโดยประมาทเลินเล่อ<sup>76</sup>

ดังนั้น ในปัจจุบัน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้านว่าความในประเทศอังกฤษ ไม่ว่าจะ เป็น Barrister หรือ Solicitor ย่อมได้รับความคุ้มกันจากความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ เกี่ยวกับการว่าความในศาลและเกี่ยวกับงานก่อนการดำเนินพิจารณาตัดสินซึ่งมีความเกี่ยวเนื่อง ใกล้ชิดกับการว่าความในศาล อย่างไรก็ดีตาม มีคำแนะนำจากผู้พิพากษามากมายว่าความคุ้มกัน ที่มีอยู่อาจถูกตัดทอนลงต่อไปหรืออาจถูกยกเลิกในอนาคต<sup>77</sup>

### 3.2 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกามีได้จัดประเภทของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามแบบประเทศอังกฤษ ทั้งที่เคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของอังกฤษเป็นเวลานาน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีสิทธิอย่างเต็มที่ในการว่าความและงานต่าง ๆ นอกเหนือจากงานด้านว่าความ ซึ่งมักจะเรียกว่า "Office work"<sup>78</sup>

สำหรับหลักความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมมีความรับผิดทางสัญญาและมีความรับผิดทางละเมิด ซึ่ง คล้ายคลึงกับความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษ และประเทศคอมมอนลอร์อื่น ๆ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือที่เรียกว่ากฎหมายแองโกลอเมริกันในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เดิมมีที่มาจากหลักคอมมอนลอร์

<sup>76</sup> Stephen M. Grant and Linda Rothstein, *Lawyers' Professional Liability*, p. 9.

<sup>77</sup> Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Professional Negligence*, p. 15.

<sup>78</sup> L. Ray Patterson and Elliott E. Cheatham, *The Profession of Law* (New York: The Foundation Press, Inc., 1971), p. 225.

ของอังกฤษแต่อย่างเดียว จนอาจกล่าวได้ว่าส่วนที่เป็นกฎหมายแพ่งแทบทั้งหมด เช่น สัญญา ทรัพย์สิน ละเมิด ที่ใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายอังกฤษแท้ ๆ แม้คำพิพากษาศาลอังกฤษในคดีเดียวกัน ปัญหาเหล่านั้นก็สามารถนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในสหรัฐอเมริกาได้ ส่วนกฎหมายพาณิชย์นั้นเป็นเรื่องที่นักกฎหมายอเมริกันสร้างและพัฒนาขึ้นใหม่ภายหลังเป็นส่วนใหญ่<sup>79</sup> ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางสัญญาหรือความรับผิดทางละเมิดนั้น มีลักษณะทำนองเดียวกันกับความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษเป็นส่วนใหญ่

ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศคอมมอนลอว์อื่น ๆ ต่างยอมรับว่าความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายมักจะเกิดขึ้นจากการมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ ซึ่งอาจจะเป็นหน้าที่ตามสัญญาหรือหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งได้แก่หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่นในสังคมเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลดังกล่าว ซึ่งถือได้ว่าเป็นหน้าที่ทางกฎหมายละเมิด ดังนั้น ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกค้าถือว่าเป็นบ่อเกิดของหน้าที่ต่าง ๆ ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องปฏิบัติตาม มิฉะนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องรับผิดในความเสียหายใด ๆ อันเกิดแก่ลูกค้า

### 3.2.1 ความรับผิดตามสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกค้าเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายสัญญา ลูกค้าโดยปกติจะว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ดำเนินการแทนตนในเรื่องใด ๆ แล้วผู้ประกอบวิชาชีพดำเนินการให้บริการทางวิชาชีพตามที่ตกลงเพื่อค่าจ้างหรือค่าธรรมเนียมวิชาชีพ ซึ่งจำนวนค่าธรรมเนียมวิชาชีพจะมีการตกลงไว้ล่วงหน้า ในการปฏิบัติหน้าที่ตามวิชาชีพ ผู้ประกอบวิชาชีพอาจมีบทบาทแตกต่างกันตามแต่หน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย กล่าวคือ ในบางกรณี ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจทำการในฐานะตัวแทน<sup>80</sup> ซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนบุคคลผู้ให้อำนาจได้

<sup>79</sup>วิชฌุ เครื่องาม, "ระบบกฎหมายแอลไกล-อเมริกัน," หน้า 303.

<sup>80</sup>David V. Davidson, Et al., Business Law: Principle and Case, 3rd ed. (Boston: Pws-Kent Publishing Company, 190), p. 92.



สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นสัญญาไม่มีแบบ การว่าจ้างสามารถทำได้ด้วยวาจาหรือโดยปริยายหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมักจะมีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ เพื่อขจัดปัญหาในการเข้าใจผิดถึงลักษณะและขอบเขตของงานที่ว่าจ้าง ซึ่งวิธีหนึ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กันก็คือ ภายหลังจากตกลงรับจ้างให้บริการทางวิชาชีพแก่ลูกค้าแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะส่งจดหมายให้ลูกค้าพร้อมสำเนา โดยในจดหมายจะระบุเงื่อนไขของการว่าจ้าง และหากถูกต้องตรงตามความเข้าใจของลูกค้าแล้ว ลูกค้าจะต้องลงนามในเอกสารต้นฉบับและส่งคืนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ส่วนสำเนาอีกหนึ่งฉบับ ลูกค้าเป็นผู้เก็บไว้ ทั้งนี้ เพื่อขจัดปัญหาว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีอำนาจกระทำการใด ๆ แทนลูกค้าหรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่จะต้องดำเนินคดีในศาลแทนลูกค้า ศาลอาจจะให้ผู้ประกอบวิชาชีพพิสูจน์สัญญาจ้างในเวลาใด ๆ ก็ได้<sup>81</sup>

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หากมีความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้าและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเกิดขึ้น ลูกค้าจะได้รับการคุ้มครองจากการถูกผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเลิกสัญญาหรือถอนตัวจากคดี แม้ว่าเขาจะได้ถอนตัวจากการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว ลูกค้ายังคงได้รับความคุ้มครองอย่างต่อเนื่อง โดยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับและไม่ทำให้เกิดการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ของลูกค้าด้วย ลูกค้าอาจถอนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในเวลาใด ๆ ก็ได้ แต่ผู้ประกอบวิชาชีพไม่มีอิสระที่จะยุติความสัมพันธ์โดยการถอนตัวจากการเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ลูกค้า ยังคงต้องดูแลและปกป้องประโยชน์ของลูกค้าต่อไป ตามมาตรฐานวิชาชีพที่บัญญัติไว้ในประมวลความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ ได้กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพไม่อาจถอนตัวจากการกระทำแทนลูกค้าโดยปราศจากการพิจารณาอย่างระมัดระวัง และพยายามทำให้เกิดผลกระทบแก่สิทธิของลูกค้าให้น้อยที่สุด แม้ว่าจะมีเหตุที่เหมาะสม ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องปกป้องลูกค้าโดยส่งหนังสือถอนตัวและแนะนำให้ว่าจ้างที่ปรึกษากฎหมายคนอื่น และพยายามลดความเสียหายที่เกิดแก่ลูกค้าให้น้อยที่สุด<sup>82</sup>

งานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีมากมายหลายประเภท ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องคดี การให้คำแนะนำปรึกษา หรือการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายต่าง ๆ การให้บริการ

<sup>81</sup>L. Ray Patterson and Elliotte E. Cheatham, The Profession of Law (New York: The Foundation Press, Inc., 1971), p. 245.

<sup>82</sup>Ibid., p. 225.

ทางวิชาชีพกฎหมายในบางกรณีอาจก่อให้เกิดลักษณะของความสัมพันธ์ตามกฎหมายตัวแทน โดยถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นตัวแทนของลูกความซึ่งต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ได้รับมอบหมายจากลูกความในฐานะตัวการ และการกระทำใด ๆ ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย จะผูกพันตัวการหรือตัวลูกความเสมือนหนึ่งลูกความทำด้วยตนเอง เพราะฉะนั้น ในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ดำเนินการใด ๆ แทนตัวลูกความในธุรกรรมหรือการติดต่อเจรจาต่อรองแทนลูกความตามสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มักจะก่อให้เกิดลักษณะของความผูกพันตามกฎหมายตัวแทนอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ลักษณะของความสัมพันธ์ตามสัญญาตัวแทนโดยทั่วไปตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มักจะมีลักษณะเป็นข้อตกลงของสัญญาร่วมกันว่า<sup>83</sup>

1. ตัวแทนจะต้องกระทำการในนามของตัวการ
2. ตัวแทนจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและคำสั่งของตัวการ

ความหมายของการเป็นตัวแทนข้างต้นคล้ายกับการนิยามความหมายของการเป็นตัวแทนใน Restatement of Agency เช่นกัน<sup>84</sup> โดยปกติ ตัวแทนจะต้องกระทำการตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายด้วยตนเอง ไม่อาจโอนหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้ ซึ่งหน้าที่ที่ไม่อาจมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้เรียกว่า "nondelegable duties"

ตามกฎหมายของผู้ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แบ่งระดับของความเป็นตัวแทนไว้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

<sup>83</sup> David V. Davidson, Et al., Business Law: Principle and Case, p. 570.

<sup>84</sup> Restatement (Second) of Agency (Philadelphia: American Law Justitutes, 1958) Section 1, which states that

1. Agency is the fuduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act.

2. The one for whom action is to be taken is the principal.

3. The one who is to act is the agent.

ก. ตัวแทนเฉพาะการ (special agent) ซึ่งตัวแทนเฉพาะการนี้จะได้รับการว่าจ้างให้ดำเนินการเกี่ยวกับธุรกรรมใดธุรกรรมหนึ่ง หรือทำธุรกรรมภายในระยะเวลาอันจำกัดและไม่ต่อเนื่อง

ข. ตัวแทนทั่วไป (general agent) จะได้รับการว่าจ้างให้ดำเนินธุรกรรมใด ๆ แทนตัวการโดยไม่จำกัดเวลา

เมื่อเกิดความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนแล้ว โดยปกติตัวแทนมีหน้าที่เชื่อฟังคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย (Duty to Obey all Lawful Instruction) มีหน้าที่ต้องกระทำการที่ได้รับมอบหมายด้วยความระมัดระวังตามสมควร หากตัวแทนไม่ใช้ความระมัดระวังตามหน้าที่และเป็นเหตุก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการ ตัวแทนจะต้องชดใช้ความเสียหายแก่ตัวการ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีหน้าที่ที่สำคัญอันเป็นลักษณะเฉพาะของตัวแทนก็คือ หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty) อันได้แก่ หน้าที่ที่ต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ตัวแทนทุกคนต้องมีต่อตัวการ รวมถึงหน้าที่จงรักภักดี (loyalty) หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจเป็นสิ่งสำคัญที่ใช้แสดงให้เห็นว่าการว่าจ้างผู้ประกอบการอิสระ (Independent Contractor) ประเภทใดที่ก่อให้เกิดความเป็นตัวแทนขึ้น กล่าวคือ โดยปกติการว่าจ้างผู้ประกอบการอิสระ เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ผู้ประกอบวิชาชีพวิศวกรรม หรือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ฯลฯ ก็เพื่อให้บุคคลดังกล่าวทำงานที่ได้รับมอบหมายให้สำเร็จสมบูรณ์ แต่ทั้งนี้ การปฏิบัติงานจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ว่าจ้าง ผู้ประกอบการอิสระจะอาศัยความเชี่ยวชาญของตนเองในการกำหนดวิธีการที่ดีที่สุดในการทำงานให้สมบูรณ์<sup>85</sup> ผู้ประกอบการอิสระจะไม่เป็นตัวแทนหากผู้ประกอบการอิสระตกลงทำงานให้แล้วเสร็จสมบูรณ์และผู้ว่าจ้างไม่อาจกำกับดูแลวิธีการทำงานว่าควรจะเป็นเช่นไร ซึ่งในกรณีนี้ ผู้รับจ้างไม่จำเป็นต้องมีหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยปกติจะไม่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนและตัวการเพราะลูกความมีอาจควบคุมดูแลสั่งวิธีการทำงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ แต่ในการว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจก่อให้เกิดความเป็นตัวแทนของลูกความได้ หากงานในหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีลักษณะของการมอบหมายให้กระทำการแทนลูกความ เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับการรับชำระหนี้แทนลูกความ กรณีนี้ผู้ประกอบวิชาชีพ

<sup>85</sup>David V. Davidson, Et al., Business Law: Principle and Case, pp. 572-577.

กฎหมายมีหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ แต่ในทางตรงกันข้ามผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายก็มีใช้ลูกจ้าง เพราะลูกความไม่สามารถควบคุมวิธีการทำงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้

ดังนั้น ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกับลูกความเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา ซึ่งสัญญาหลักก็คือสัญญาว่าจ้างหรือสัญญาบริการ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ทำงานที่ลูกความมอบหมายให้แล้วเสร็จสมบูรณ์ และในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาจ้างหรือสัญญาบริการนั้น อาจก่อให้เกิดหน้าที่ตามกฎหมายตัวแทนอันเป็นการขยายขอบเขตหน้าที่ตามสัญญาจ้างออกไปอีก

ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจมีความรับผิดชอบทางสัญญา หากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมิได้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่เกิดจากสัญญาโดยชัดแจ้ง และหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายเช่นเดียวกับผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษ

1) ความรับผิดชอบตามสัญญาโดยชัดแจ้ง (express contract) สัญญาโดยชัดแจ้งเป็นข้อตกลงหรือสัญญาที่คู่สัญญาแสดงเจตนาไว้ตามความเป็นจริง ซึ่งอาจแสดงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายซึ่งคู่สัญญาได้ตกลงกันนั้นถือเป็นสัญญาหลักที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างลูกความและผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายขึ้น ในข้อสัญญาที่ตกลงกันมักจะเป็นเรื่องของสิ่งที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจะต้องกระทำการแทนลูกความ และการชำระค่าธรรมเนียมวิชาชีพ หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่เกิดจากข้อสัญญาโดยชัดแจ้งก็คือหน้าที่ที่ได้มีการตกลงกันทั้งสองฝ่ายอันถือได้ว่าเป็นหน้าที่ที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัด และหน้าที่จะสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายได้กระทำการตามหน้าที่โดยเสร็จสมบูรณ์แล้ว หรืออาจจะสิ้นสุดลงเนื่องจากความยินยอมของลูกความ หรือตามความต้องการของลูกความ หรือได้รับการอนุญาติจากศาลให้ถอนตัวออกจากคดีได้ ในกรณีที่สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายก่อให้เกิดหน้าที่ของตัวแทนแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายลงนามในสัญญาใด ๆ แทนลูกความซึ่งมีฐานะเป็นตัวการแล้ว ย่อมไม่ทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายเป็นคู่สัญญาในสัญญาที่ลงนามและมีความรับผิดชอบในการที่ลูกความฝ่าฝืนสัญญาดังกล่าว

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายเป็นการยากที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจะตกลงรับประกันหรือสัญญาถึงผลลัพธ์พิเศษ ถึงแม้จะไม่มีข้อตกลงอย่างชัดแจ้ง ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายก็มีอาจรับรองหรือรับประกันผลลัพธ์พิเศษ โดยอาศัยหลักที่ว่ามีการรับรองโดยปริยายอันเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายผลลัพธ์พิเศษนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาที่เห็นได้ชัดเจนก็คือ ในกรณีของการ

ว่าความซึ่งเป็นกรณีที่ยากที่จะเกิดการรับรองหรือรับประกันถึงผลของการว่าความดำเนินคดี<sup>86</sup> ซึ่งเป็นหลักที่ยอมรับกันในศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาและศาลของประเทศอังกฤษ ในกรณีที่สัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายก่อให้เกิดหน้าที่ที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายต้องปฏิบัติตามหลักตัวแทนตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีการรับรองอำนาจของตนโดยปริยาย (implicitly warrant authority) ต่อบุคคลที่สาม ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามหากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายกระทำการโดยปราศจากอำนาจหรือเกินขอบเขตของอำนาจที่ตนได้รับมอบหมายจากลูกความจนทำให้บุคคลที่สามเกิดความเสียหาย

หน้าที่ในการปฏิบัติตามคำสั่งของลูกความ (Client's instruction) ถือว่าเป็นหน้าที่หลักของข้อตกลงระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย ลูกความอาจมอบหมายให้ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายทำงานหรือกระทำการใด ๆ โดยเฉพาะ หากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ตกลงยอมต้องรับผิดชอบอย่างเคร่งครัดต่อในผลของความเสียหายใด ๆ หลักพื้นฐานของการทำหน้าที่ตามคำสั่งของลูกความก็คือ เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายได้รับมอบหมายหรือคำสั่งของลูกความ ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจะต้องกระทำการตามคำสั่งเหล่านั้นด้วยความระมัดระวังตามสมควรและโดยทันทีทันใด หรือผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดชอบในความเสียหายทั้งปวงซึ่งใกล้ชิดกับการไม่กระทำการดังกล่าว<sup>87</sup> หลักดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม คำสั่งของลูกความต้องเป็นคำสั่งที่มีวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย (lawful objective)

ในกรณีที่ลูกความได้สั่งการหรือมอบหมายให้ดำเนินการใด ๆ หากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่เห็นด้วยกับคำสั่งที่ไม่ฉลาดของลูกความ ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต้องปรึกษาเรื่องดังกล่าวกับลูกความหากผู้ประกอบการวิชาชีพเลยในเรื่องคำสั่งดังกล่าว ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายย่อมไม่อาจอ้างข้อแก้ตัวในเรื่องการไม่ใช้ความรอบคอบระมัดระวัง ลูกความย่อมอ้างได้ว่าการไม่กระทำการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน ในทางตรงกันข้าม ถ้าผู้ประกอบการวิชาชีพได้ปรึกษากับลูกความแล้ว แต่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของลูกความ ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่ต้องรับผิดชอบต่อลูกความ แม้จะมีวิธีการอื่นที่ทำให้ลูกความได้ประโยชน์มากกว่า

งานให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายเกือบทั้งหมดมักตกอยู่ภายใต้การสั่งการเป็นพิเศษจากลูกความ ดังนั้น ในการว่าความ ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจะได้รับคำสั่งให้ยื่น

<sup>86</sup>Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, *Legal Malpractice*, p. 183.

<sup>87</sup>Ibid.

คำฟ้องโดยไม่ล่าช้า หรือยื่นคำให้การ หรือไม่รับชำระหนี้โดยปราศจากอำนาจที่ให้โดยเฉพาะ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่นำมาใช้หากคำแนะนำของลูกความเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีการ เช่น วิธีการในการชนะคดี หรือกลยุทธ์ในการว่าความ (trial tactics) เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ศาล Court of Appeals ของประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี Frank V. Bloom<sup>88</sup> สรุปว่า การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ยอมรับการสั่งการเกี่ยวกับกลยุทธ์ต่าง ๆ ในระหว่างการฟ้องร้องคดีในศาล ไม่เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดชอบ ซึ่งศาลได้อธิบายว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้มีวิชาชีพและความสามารถในการกำหนดวิธีการหรือกลยุทธ์ต่าง ๆ ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงมี มิฉะนั้น ลูกความสามารถเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายด้วยตนเอง

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนไม่กระทำการตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาอย่างชัดเจน ตามทฤษฎีของสัญญา มูลคดีที่ฟ้องร้องต่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นเรื่องของการฝ่าฝืนสัญญา ซึ่งการฟ้องร้องคดีโดยอาศัยมูลคดีเรื่องการฝ่าฝืนสัญญา ลูกความเพียงแต่พิสูจน์ให้เห็นถึงข้อตกลงในสัญญา ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงมาตรฐานของความระมัดระวังหรือการนำสืบพยานผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งโอกาสที่ลูกความจะชนะคดีมีมากกว่าและค่าใช้จ่ายรวมทั้งเวลาในการฟ้องร้องคดีอาจน้อยกว่า แต่ในความเป็นจริง สัญญาที่ตกลงกันไว้มิได้ระบุในสิ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องกระทำหรือรับรองว่าจะกระทำการโดยเฉพาะเจาะจง ผลของสัญญาว่าจ้างอาจจะเป็นการขยายหรือจำกัดขอบเขตหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อย่างเช่นในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ฟ้องร้องคดีในศาลชั้นต้น แต่ผู้ประกอบวิชาชีพสามารถตกลงกับลูกความถึงหน้าที่ที่จะฟ้องร้องเรื่องดังกล่าวต่อศาลอื่น ๆ เท่าที่จำเป็นด้วย ดังนั้น ในคดีที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนสัญญา ลูกความมักจะฟ้องร้องโดยการพิสูจน์ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายปฏิบัติตามมาตรฐานของความระมัดระวังหรือไม่<sup>89</sup>

2) ความรับผิดชอบตามสัญญาโดยปริยาย (Implied Contract) กฎหมายสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับหลักของสัญญาโดยปริยายเช่นเดียวกับของประเทศอังกฤษ ในสัญญาทุกประเภทอาจกล่าวได้ว่าก่อให้เกิดหนี้ในสองลักษณะ หนี้ที่เกิดจากข้อตกลงที่แท้จริงและเจตนาของคู่สัญญา ซึ่งอาจแสดงให้เห็นปรากฏด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>90</sup> เป็นหนี้หรือหน้าที่ตามสัญญาโดยชัดเจน ในทางตรงกันข้าม ก็มีหนี้หรือหน้าที่ที่อนุมานจากพฤติกรรมการ

<sup>88</sup> Ibid., pp. 184-185.

<sup>89</sup> Ibid., pp. 180-181.

<sup>90</sup> Laurence P. Simpson, *Contracts*, 2<sup>nd</sup> ed. (St. Paul Minn: West Publishing Co., 1965), p. 5.



ของคู่สัญญาอันแสดงให้เห็นถึงข้อตกลงร่วมกันโดยปราศจากการตกลงด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร หนี้หรือหน้าที่ตามข้อตกลงที่อนุমানจากพฤติกรรมของคู่สัญญานี้เรียกว่า สัญญาโดยปริยาย

ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายที่สำคัญคือ การใช้ความชำนาญและความรู้ตามปกติ (ordinary skill and knowledge) ในการให้บริการทางวิชาชีพ<sup>91</sup> การใช้ความชำนาญและความรู้ตามปกติเป็นหน้าที่ในลักษณะเดียวกันกับหน้าที่ในการใช้ ความชำนาญและความระมัดระวังตามสมควร (reasonable skill and care) ตามสัญญาโดยปริยายในประเทศคอมมอนลอว์อื่น ๆ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศแคนาดา ฯลฯ หน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ความระมัดระวังและความชำนาญ (care and skill) แต่ส่วนใหญ่มักจะใช้คำว่าความชำนาญและความรู้ (skill and knowledge) หน้าที่โดยปริยายที่กล่าวมานี้ก็คือผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องใช้ความระมัดระวัง (care) ในการให้บริการทางวิชาชีพนั่นเอง อันเป็นข้อตกลงโดยปริยายว่าจะใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานของความระมัดระวังที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปพึงมี การฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายนี้ถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อหรือเป็นการฝ่าฝืนต่อสัญญาโดยปริยาย ซึ่งหน้าที่โดยปริยายในการใช้ความระมัดระวังนี้จะใช้มาตรฐานของความระมัดระวังเช่นเดียวกันกับหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ในทางละเมิด ดังนั้น ลูกความจึงมีสิทธิฟ้องร้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการฝ่าฝืนสัญญาโดยปริยายหรือประมาทเลินเล่อในทางละเมิด<sup>92</sup>

### 3.2.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในการบริการทางวิชาชีพกฎหมายมักจะเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ ขอบเขตของหน้าที่เกิดขึ้นจากกฎหมายและจากความตกลงระหว่างคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม การมีหน้าที่หรือขอบเขตของหน้าที่เป็นสิ่งที่ไม่มีกฎเกณฑ์ตายตัวขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา รวมทั้งประเทศคอมมอนลอว์อื่น ๆ มักจะใช้หน้าที่ที่

<sup>91</sup> Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, *Legal Malpractice*, p. 182.

<sup>92</sup> *Ibid.*, pp. 181-182.

ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายพึงมีต่อลูกความเป็นสิ่งที่ใช้ในการวินิจฉัยความรับผิด เพราะฉะนั้นผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดก็แต่เพียงผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายได้ฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อโจทก์ ผู้ประกอบการวิชาชีพจะไม่มี ความรับผิดในความประมาทเลินเล่อหากไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่มีหน้าที่ที่ต้องกระทำ

ในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีความรับผิดในทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญาร่วมกัน อันเป็นแนวคิดเดียวกันกับประเทศคอมมอนลอว์ที่กฎหมายละเมิดมีบทบาทอย่างเด่นชัดในความรับผิดของผู้ประกอบการวิชาชีพ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงการแก้ไขเยียวยาความเสียหายในทางสัญญา<sup>93</sup> ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกามักจะขยายขอบเขตความรับผิดทางละเมิดต่อการฝ่าฝืนสัญญาของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย<sup>94</sup>

ในกรณีที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายตกลงให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ย่อมถือได้ว่ามีข้อตกลงกันโดยชัดแจ้ง ซึ่งปกติผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมักจะตกลงกับลูกความว่าตนจะกระทำการแทนลูกความด้วยความรู้และความชำนาญตามปกติที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายพึงมี แม้จะมีการรับรองของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายอย่างชัดแจ้งก็ตาม หน้าที่โดยปริยายในการใช้ความชำนาญและความรู้ในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายก็ยังคงมีผลผูกพันต่อผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายอยู่เช่นกัน และการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวย่อมถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อทางละเมิด ลูกความย่อมมีสิทธิที่จะเลือกฟ้องผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็น การฝ่าฝืนต่อสัญญาโดยปริยายหรือความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ ทั้งนี้ เพราะความรับผิดทั้งสองกรณีเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย และการฟ้องร้องทางละเมิดและการฝ่าฝืนสัญญาโดยปริยายในข้อเท็จจริงเดียวกันก่อให้เกิดผลของการฟ้องคดีอย่างเดียวกัน<sup>95</sup>

1) หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) หลักความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกามีความคล้ายคลึงกันกับหลักความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษและประเทศคอมมอนลอว์อื่น ๆ โดยถือว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) มิให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความของตน ซึ่งหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในทางละเมิดเป็นหน้าที่เดียวกัน

<sup>93</sup>Panayotis J. Zepas and Phoeleus Christodoulou, "Professional Liability," p. 4.

<sup>94</sup>Ibid., p. 45.

<sup>95</sup>Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, *Legal Malpractice*, p. 170.

กับหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยาย เพียงแต่ขอบเขตของความระมัดระวังจะแตกต่างกัน หน้าที่ตามสัญญาโดยปริยายเป็นหน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีต่อลูกความในฐานะเป็นคู่สัญญาอันเป็นหน้าที่ที่ผูกพันระหว่างคู่สัญญาตามหลัก "privity of contract" ส่วนหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในทางละเมิดเป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลในสังคมพึงใช้ความระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น แม้นจะมีได้สัญญาต่อกันก็ตาม ดังนั้น แม้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะให้คำแนะนำทางกฎหมายโดยไม่คิดค่าตอบแทน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายย่อมถือได้ว่ามีมาตรฐานในการใช้ความระมัดระวังราวกับว่ามีสัญญาว่าจ้างระหว่างตนกับลูกความ<sup>96</sup> นอกจากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลที่สามซึ่งมิใช่ลูกความของตนแล้ว ยังรวมถึงฝ่ายปรักษ์กับลูกความของตนด้วยอย่างไรก็ตาม การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่สามอย่างไรนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและลักษณะของการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะบุคคลที่สามที่เป็นคู่ความฝ่ายปรักษ์กับลูกความของตนโดยปกติย่อมต้องเสียประโยชน์หรือเสียหายจากการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย เช่น การว่าความในศาล หากคติของลูกความชนะ ฝ่ายปรักษ์กับลูกความย่อมต้องได้รับความเสียหายจากการแพ้คดีดังกล่าว กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกความ

มูลคติของการฟ้องร้องในความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นหลักการเดียวกันกับการฟ้องร้องคดีความประมาทเลินเล่อโดยทั่ว ๆ ไป<sup>97</sup> โดยคำนึงถึงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ระมัดระวัง ทั้งนี้ เพราะความประมาทเลินเล่อเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่หรือการละเลยต่อหน้าที่ตามสมควร หรือการไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานของความระมัดระวัง (standard of care) ความประมาทเลินเล่อในทางละเมิดตั้งอยู่บนหลักของความผิด (concept of fault) เป็นสภาพของการกระทำซึ่งมีส่วนสัมพันธ์กับความเสียหายที่จะก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่สมควรแก่บุคคลในสังคม หรือเป็นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อปกป้องบุคคลอื่นต่อความเสียหายที่จะเกิดความเสียหายโดยไม่สมควร<sup>98</sup> หลักสำคัญในการที่ลูกความฟ้องร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อ คือ

(1) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต่อลูกความตามสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

<sup>96</sup> Ibid., pp. 173-174.

<sup>97</sup> Ibid., p. 204.

<sup>98</sup> William L. Prosser, Handbook of the Law of Tort, p. 145.

(2) ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ใช้ความรู้และความชำนาญตามปกติธรรมดา (ordinary skill and knowledge)

(3) ความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุที่ใกล้ชิดต่อความเสียหายของโจทก์หรือ ลูกความ<sup>99</sup>

2) มาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ หรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อื่น ๆ ถือว่ามาตรฐานความระมัดระวังเป็นสิ่งที่ใช้ในการทดสอบความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายสำหรับความผิดที่เกิดจากการประกอบวิชาชีพ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรฐานความระมัดระวังนำมาใช้กับการฟ้องร้องความผิดเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพมากที่สุดในเรื่องเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพ หรือการฝ่าฝืนต่อสัญญาโดยปริยายในการใช้ความชำนาญและความรู้ตามธรรมดาที่ผู้ประกอบวิชาชีพทั่วไปใช้ ในบางคราวมาตรฐานของความระมัดระวังอาจนำไปใช้กับการฝ่าฝืนสัญญาโดยชัดแจ้ง<sup>100</sup>

คำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกามากมายได้กำหนดมาตรฐานของความระมัดระวังหรือมาตรฐานของการปฏิบัติทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีเพื่อกำหนดความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งอาจมีแนวโน้มที่เกินความเป็นจริงจากข้อเท็จจริงที่พิจารณาอยู่ มาตรฐานของความระมัดระวังอาจหมายถึงมาตรฐานที่ถูกต้องในการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งก็คือระดับของความระมัดระวัง ความเชี่ยวชาญ ความเพียรพยายาม และความรู้ซึ่งวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายพึงมี พึงใช้ ดังนั้น ในการประกอบวิชาชีพกฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพควรใช้ความชำนาญ ความรู้ ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายภายใต้พฤติการณ์เดียวกันพึงใช้ตามปกติ<sup>101</sup>

มาตรฐานของความระมัดระวังเป็นสิ่งที่วัดความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งประกอบด้วยลักษณะหลายประการ เช่น ความชำนาญ (skill) ความรู้ (knowledge) ความระมัดระวัง (care) ความเพียรพยายาม (diligence) และความสามารถ (capacity) โดยปกติ ในการพิจารณาถึงมาตรฐานของความระมัดระวังมักจะนำเอาองค์ประกอบข้างต้นมาพิจารณาร่วมกัน เช่น ความเชี่ยวชาญและความรู้ (skill and knowledge) ความระมัดระวังและความชำนาญ (care and skill) เป็นต้น

<sup>99</sup> Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, pp. 205-206.

<sup>100</sup> Ibid., p. 316.

<sup>101</sup> Ibid., p. 317-318.

การทดสอบลักษณะขององค์ประกอบของมาตรฐาน ศาลมักจะคำนึงถึงงานที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการอยู่ เช่น ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความผิดพลาดเกี่ยวกับกฎหมาย ศาลมักจะคำนึงถึงเรื่องความรู้ (Knowledge) หรือในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายละเลยต่อการฟ้องร้องคดีหรือความผิดพลาดในการไม่ฟ้องร้องคดีภายในอายุความ ศาลจะพิจารณาในเรื่องของความเพียรพยายาม (diligence) หรือในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการเตรียมเอกสารทางกฎหมายหรือจัดการคดีด้วยความไม่เหมาะสม ประเด็นของการพิจารณาคือ ความชำนาญ (skill) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีลักษณะของมาตรฐานความระมัดระวังมากมาย แต่หลักที่แน่นอนมิใช่ขึ้นอยู่กับกรกระทำหรือการละเว้นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย แต่เป็นการพิจารณาถึงบุคคลที่นำมาเปรียบเทียบเพื่อแสดงให้เห็นว่าบุคคลดังกล่าวควรกระทำหรือละเว้นการกระทำในสภาวะการณ์เดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยปกติหลักการพิจารณามาตรฐานของความระมัดระวังโดยทั่ว ๆ ไป จะใช้หลักวิญญูชน (reasonable and prudent person rule)<sup>102</sup> กฎหมายจะกำหนดบุคคลขึ้นเปรียบเทียบกับพฤติกรรมของจำเลย ซึ่งบุคคลดังกล่าวมิใช่บุคคลที่สมบูรณ์ (perfect) แต่เป็นบุคคลที่เหมาะสมพอสมควรหรือที่เรียกว่าวิญญูชน (reasonable man)\* ซึ่งเป็นบุคคลที่สมมุติขึ้น (imagining person) อย่างไรก็ตาม หากบุคคลใดเป็นบุคคล ที่มีความรู้ความชำนาญที่เหนือกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลนั้นต้องใช้ความระมัดระวังให้เป็นไปตามความรู้ความชำนาญนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพทั่ว ๆ ไปและบุคคลที่ต้องอาศัยความชำนาญพิเศษ กฎหมายต้องการให้บุคคลเหล่านั้นไม่เพียงแต่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรกับความรู้ความชำนาญทางวิชาชีพเท่านั้น แต่รวมถึงการเป็นผู้มีมาตรฐานของความรู้และความสามารถพิเศษเป็นอย่างน้อย<sup>103</sup> ในกรณีของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย วิญญูชนที่นำมาใช้เปรียบเทียบบก็คือบุคคลผู้สำเร็จการศึกษากฎหมายและได้รับการยอมรับให้ประกอบวิชาชีพ วิญญูชนดังกล่าวจึงเป็นวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (reasonable attorney) สำหรับระดับความระมัดระวังในการใช้ความชำนาญและความรู้หรือ

<sup>102</sup>Daniel V. Davidson, et al., Business Law: Principle and Cases, pp. 49-50.

\*คำว่า reasonable man อาจใช้คำอื่น ๆ แทน เช่น a prudent man, a man of average prodence, a man of ordinary sense using ordinary care and skill ซึ่งคำเหล่านี้มีความหมายอย่างเดียวกัน: William L. Prosser, Handbook of the Law of Tort, p. 150.

<sup>103</sup>William L. Prosser, Handbook of the Law of Tort, p. 161.

คุณสมบัติอย่างอื่นที่กล่าวมาข้างต้น ไม่ต้องการระดับของความระมัดระวังที่สูงที่สุด<sup>104</sup> ใน Restatement of Tort ใช้ระดับของความชำนาญและความรู้โดยทั่วไป (normally) ซึ่งสมาชิกของผู้มีวิชาชีพพึงมี แต่ศาลไม่ค่อยจะยอมรับระดับของความระมัดระวังดังกล่าว นอกจากนี้ระดับของความชำนาญหรือความรู้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงมาตรฐานของความระมัดระวัง ศาลส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ยอมรับมาตรฐานในระดับเฉลี่ย (average) ซึ่งตรงกับแนวคิดของนักกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่ยอมรับการให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ในการระมัดระวังระดับผู้ประกอบวิชาชีพที่ดีและดำรงไว้ซึ่งทักษะหรือความชำนาญธรรมดาในระดับต่ำสุด (mimimum common skill)<sup>105</sup>

ในเรื่องระดับของมาตรฐานความระมัดระวัง ศาลในคดี Gambill V. Stroud<sup>106</sup> ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ได้ให้ความเห็นว่า ความต้องการความชำนาญของผู้ประกอบวิชาชีพโดยเฉลี่ยทำให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมครึ่งหนึ่งมีความผิดในการประกอบวิชาชีพ ปัญหาในเรื่องนี้มีใช่เป็นความชำนาญโดยเฉลี่ยหรือในระดับกลาง แต่เป็นความชำนาญธรรมดาในระดับต่ำสุด (mimimum common skill) ที่วิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพพึงมี<sup>107</sup>

ดังนั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงวัดความสามารถของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยใช้สิ่งที่เป็นปกติธรรมดา (ordinary) และตามสมควร (reasonable) ในการเปรียบเทียบความชำนาญและความรู้ของสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพนั้น หรืออีกนัยหนึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะถูกพิจารณาโดยการเปรียบเทียบกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่นโดยทั่วไปซึ่งใช้ความระมัดระวังในระดับต่ำสุดในสถานการณ์เดียวกัน ซึ่งหลักการนี้เรียกว่า "least common denominator"<sup>108</sup>

<sup>104</sup> Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 322.

<sup>105</sup> Panayotis J. Zepas and Phoeleus Christodoulou, "Professional Liability," p. 50.

<sup>106</sup> 258 Ark. 766, 770-0, 51 S.W. 2d 945, 950 (1976), cited by Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 322.

<sup>107</sup> Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 322.

<sup>108</sup> Panayotis J. Zepas and Phoeleus Christodoulou, "Professional Liability," p. 50.

3) มาตรฐานความระมัดระวังของผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย (Standard of Specialist) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญมีจำนวนมากมาย โดยจะจำกัดการประกอบวิชาชีพกฎหมายในสาขาที่ตนมีความรู้ความชำนาญ ในปี 1968 ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในมลรัฐแคลิฟอร์เนียประมาณ 2 ใน 3 จะจำกัดขอบเขตการประกอบวิชาชีพของตน ซึ่งส่วนมากจะประกอบวิชาชีพกฎหมายเพียงสาขาเดียว<sup>109</sup> เช่น ผู้เชี่ยวชาญด้านการว่าความ ผู้เชี่ยวชาญทางภาษีอากร ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายสิทธิบัตร ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายทหาร เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพกฎหมายในแต่ละมลรัฐได้มีการอนุญาตและออกใบรับรองความเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย (Certification of Legal Specialists) ในแต่ละสาขา

ปัญหาที่มักเกิดขึ้นกับผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายก็คือว่า มาตรฐานของความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไปเพียงพอหรือไม่กับการประกอบวิชาชีพของผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย และคำตอบก็คือ เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายประกอบวิชาชีพเป็นผู้เชี่ยวชาญในขอบเขตของกฎหมายใด ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องใช้ความรู้และความชำนาญในระดับเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายเดียวกัน<sup>110</sup> โดยปกติศาลมักจะอ้างอิงถึงหลักของกฎหมายหรือการประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขากฎหมายนั้นควรรู้ มาใช้ในการวินิจฉัยความรับผิด เช่น คดี *Trimboli V. Kinkel* ศาลสรุปว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินมีความประมาทเลินเล่อในการใช้กฎหมายซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินทั้งหมดควรต้องรู้<sup>111</sup>

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับแนวคิดที่ว่าควรจะนำเอามาตรฐานความระมัดระวังที่สูงกว่ามาใช้กับผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย โดยถือว่าผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายจะต้องใช้ความชำนาญ ความระมัดระวัง และความเพียรพยายามในความเชี่ยวชาญของตน โดยเปรียบเทียบกับความชำนาญและความระมัดระวังของผู้เชี่ยวชาญทั่วไปในสาขาเดียวกัน ซึ่งอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับตน และสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงมาตรฐานของความระมัดระวังของผู้เชี่ยวชาญก็คือ หลักฐานที่ได้จากการสืบพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญในสาขาเดียวกัน และเป็นสิ่งจำเป็นในการฟ้องร้องคดี ในคดี *Wright V. Williams*<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Ibid., p. 325.

<sup>110</sup> Ibid., p. 326.

<sup>111</sup> Ibid., p. 327.

<sup>112</sup> 47 cal. App. 3d 802, 121 cited by Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, *Legal Malpractice*, pp. 328-329.

ศาล California Court of Appeal ได้วินิจฉัยว่า บุคคลผู้แสดงตนเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายจะต้องปฏิบัติทางวิชาชีพในพฤติการณ์ที่คล้ายกันกับผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายอื่น ๆ แต่มิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไป ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งแสดงต่อสาธารณชนและต่อผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญในสาขากฎหมายใดจะต้องใช้ความชำนาญ ความรอบคอบระมัดระวัง และความเพียรพยายาม เช่นเดียวกับกับผู้เชี่ยวชาญกฎหมายคนอื่น ๆ ใช้ความชำนาญและความสามารถด้วยความเชี่ยวชาญในสาขากฎหมายเดียวกัน

สำหรับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไปที่มีได้เป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย หากให้คำปรึกษาเกี่ยวกับเรื่องที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญทางกฎหมายโดยเฉพาะ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ในการให้คำแนะนำแก่ลูกค้าความว่าเรื่องดังกล่าวควรจะได้รับ的帮助เหลือจากผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นสิ่งที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยทั่วไปพึงกระทำ หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่กระทำการดังกล่าวถือได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อ นอกจากนี้ มาตรฐานความระมัดระวังที่นำมาใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวเป็นมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายด้วย สำหรับในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่ง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจต้องให้บริการทางวิชาชีพตามมาตรฐานความระมัดระวังอย่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไป หากตนมิได้เป็นผู้เชี่ยวชาญงานที่ลูกค้ามอบหมายให้และได้แจ้งให้ลูกค้าทราบถึงความชำนาญ ความรู้ และประสบการณ์อย่างจำกัดในการทำงานดังกล่าว<sup>113</sup>

4) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกันระหว่างความผิดกับความเสียหายที่แท้จริง หลักการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในความผิดเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่แตกต่างไปจากหลักการและการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในความประมาทเลินเล่อทั่ว ๆ ไป ซึ่งหลักทั่วไปที่ใช้ในการพิสูจน์ก็คือ หลักความใกล้ชิด (proximate cause) กล่าวคือ บุคคลอาจก่อให้เกิดความประมาทเลินเล่อด้วยการกระทำหรือการเพิกเฉยละเลยต่อการที่ต้องกระทำ อย่างไรก็ตาม บุคคลดังกล่าวจะไม่มี ความรับผิดชอบในความเสียหายใด ๆ อันเป็นผลของการกระทำและละเว้นการกระทำของตน เว้นแต่ความเสียหายเป็นเหตุใกล้ชิดกับการกระทำและการละเว้นการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อ<sup>114</sup> ทั้งนี้ เพื่อจำกัดความเสียหายมิให้ไกลเกินไปกว่าการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อ

<sup>113</sup>Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p. 331.

<sup>114</sup>Phillip J. Scaletta, Jr. and George D. Cameron III, Foundations of Business Law, 2<sup>nd</sup> ed. (Boston: Homewood, 1990), p. 144.



ดังนั้น ทฤษฎีพื้นฐานในการวินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลก็คือ หลักความใกล้ชิด (proximate cause) โดยถือว่าการกระทำความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ กฎหมายต้องเป็นเหตุใกล้ชิดกับความเสียหายที่โจทก์ได้รับ ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ และผลอาจแสดงด้วยถ้อยคำอื่น ๆ เช่น ในคดี Spangler V. Sellers ศาลวินิจฉัยว่าความเสียหายไม่ควรที่จะเกิดขึ้น เว้นแต่ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เพราะฉะนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงจากการทำละเมิด<sup>115</sup> ซึ่งศาลใช้หลักทฤษฎีผลโดยตรง causa sine quo non หรือหลัก "but for" ของประเทศอังกฤษ

ในการแสดงให้เห็นว่าความประมาทเลินเล่อหรือการกระทำอื่น ๆ เป็นเหตุใกล้ชิดกับความเสียหายนั้น โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าความเสียหายไม่ควรที่จะเกิด หรือจำนวนความเสียหายควรลดน้อยลง เว้นแต่จะมีการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ความเสียหายจึงเกิดขึ้นหรือจำนวนความเสียหายมีมากขึ้น ในกรณีที่มีความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เกิดจากการละเว้นการกระทำ การทดสอบถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลก็คือ หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้กระทำการตามหน้าที่แล้ว โจทก์จะได้รับประโยชน์อย่างไร<sup>116</sup>

หลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลข้างต้นสามารถนำไปใช้ได้กับการฟ้องร้องความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนต่อสัญญาหรือการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty)<sup>117</sup>

ในบางกรณี ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพต้องเป็นเหตุใกล้ชิดกับความเสียหายเพียงเหตุเดียว อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ที่ถูกต้องก็คือ ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่จำเป็นต้องเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์เพียงเหตุเดียว ถ้าการกระทำผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นเพียงเหตุหนึ่งในการก่อให้เกิดความเสียหายและเป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น

ในการใช้หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล โดยปกติความสัมพันธ์ตามหลักเหตุใกล้ชิดจะไม่ถูกตัดความสัมพันธ์ลงโดยเหตุแทรกแซงตามธรรมชาติซึ่งเป็นเหตุแทรกแซงที่คาดเห็นได้และสามารถเกิดขึ้นได้ตามสมควร อย่างไรก็ตาม หากเหตุแทรกแซงดังกล่าว

<sup>115</sup> Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, *Legal Malpractice*, p. 177.

<sup>116</sup> *Ibid.*, pp. 177-178.

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 177-178.

เป็นเหตุที่ใกล้ชิดกับความเสียหายเพียงเหตุเดียวหรือเป็นเหตุอิสระที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ในกรณีเช่นนี้อาจจะถือได้ว่าเหตุแทรกแซงนั้นเป็นการแทนที่เหตุเดิม ศาลได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ว่า ความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ได้รับการว่าจ้างภายหลังไม่เป็นสิ่งจำเป็นที่จะก่อให้เกิดเหตุแทนที่ (superseding cause) ซึ่งเป็นเหตุแทรกแซงที่มีผลต่อความเสียหายมากที่สุด เพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนแรกหลุดพ้นจากความรับผิด ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายคนแรกยังคงต้องรับผิดในความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ในคดี Collin V. Geranstein ศาลมีมุมมองที่แตกต่างกัน โดยถือว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำใด ๆ ที่เป็นเหตุแทรกแซงถือได้ว่าเป็นเหตุแทนที่ (superseding cause) ซึ่งทำให้ผู้กระทำผิดคนแรกหลุดพ้นจากความรับผิด

ดังนั้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงมีความรับผิดในความเสียหายทั้งหมดที่เป็นเหตุใกล้ชิดกับการกระทำความผิดหรือการละเว้นการกระทำของตน ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามหลักเหตุใกล้ชิดจึงเป็นสิ่งที่ใช้ในการชดเชยค่าเสียหายและเป็นสิ่งจำเป็นในการทราบถึงความเสียหายที่มีอยู่<sup>118</sup> อย่างไรก็ตาม การที่จำเลยจะรับผิดชอบต่อโจทก์ในการกระทำละเมิดหรือการละเว้นการกระทำนั้นมิใช่ต้องเป็นเพียงการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่เป็นเหตุใกล้ชิดกับความเสียหายเท่านั้น และความเสียหายที่จะได้รับการชดเชยจะต้องคาดเห็นได้ (Foreseeability) ด้วย<sup>119</sup>

<sup>118</sup> Ibid., p. 178.

<sup>119</sup> Phillip J. Scaletta, Jr. and George D. Cameron III, Foundations of Business Law, p. 144.