

บทที่ 1

ความเบื้องต้นวิชาการว่าความ

อาชีพทนายความ ถือว่าเป็นวิชาชีพทางกฎหมายที่สำคัญแขนงหนึ่งเช่นเดียวกับสถาบันอื่น ๆ ทั้งหลายในสังคมปัจจุบัน ถ้าปราศจากเสียซึ่งทนายความแล้วย่อมนำมาซึ่งความยุ่งยากนานาประการ ในการว่าต่างแก้ต่างคดีว่าหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ในการดำเนินคดีเพื่อให้การดำเนินไปตามกฎหมายและความยุติธรรม เพราะลำพังแต่ตัวคู่ความหากมิใช่นักกฎหมายแล้วจะทำหน้าที่ให้ได้ดีเยี่ยมสุดยากที่จะเป็นไปได้ และแม้แต่ตัวคู่ความที่เป็นนักกฎหมายหากแต่มิได้มีวิชาชีพในทางว่าความหรือเป็นทนายความ ก็เชื่อแน่ว่าจะทำให้การพิจารณาคดีคล่องแคล่วคล่องตัวทนายความโดยตรงนั้นแทบจะกล่าวได้ว่ายากที่จะทำได้ วิชาการว่าความนี้แต่เดิมไม่มีการสอนในคณะนิติศาสตร์ในประเทศไทย ปัจจุบันคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยต่าง ๆ เริ่มจะเห็นความสำคัญจึงได้จัดบรรจุให้เป็นวิชาหนึ่งที่นักศึกษาต้องศึกษา เพื่อนำไปประกอบวิชาชีพปรับใช้สังคมต่อไป

ก) ประวัติวิชาชีพทนายความในประเทศไทย

อันที่จริงวิชาชีพทนายความของไทย หากได้เพียงเกิดขึ้นในปัจจุบันไม่ แต่ได้มีมานานแล้วตามหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ซึ่งถือกันในวงการนักประวัติศาสตร์กฎหมายว่า ส่วนหนึ่งแห่งข้อความในหลักศิลาจารึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยอันเป็นที่ยอมรับ ในหมู่นักกฎหมายว่าเป็นกระบวนการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมไปสู่ปวงชนซึ่งประกอบด้วยการตัดสินความด้วยความซื่อสัตย์สุจริต แต่ไม่ได้จารึกถึงว่าในกระบวนการตัดสินความนั้น ได้มีทนายความเข้าไปช่วยเหลือกระบวนการทางศาลในตอนใด ๆ เลยจวบจนสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 แห่งกรุงศรีอยุธยา (พระเจ้าอู่ทอง) คำว่า “ทนาย” อันตรงกับทนายความปัจจุบัน ได้รับการบัญญัติเป็นทางการในกฎหมายพระอัยการลักษณะรับฟ้องเป็นครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ. 1899 ตามตำนานกฎหมายเมืองไทยของสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยา...

พระบิดาแห่งประวัติศาสตร์ไทย ได้ทรงบรรยายไว้อย่างชัดเจน มีข้อความในบทบัญญัติลักษณะ
รับฟ้องฉบับเพิ่มเติมในกฎหมายตราสามดวงตอนหนึ่งว่า

“อนึ่งผู้มีบรรดาศักดิ์หมีได้ให้เรียกนายต่างตัวกิติ 3

อนึ่งผู้มีบรรดาศักดิ์หาเป็นเนื้อความแพ่ง อาญา อุทธรณ์ หมีได้ แต่งนายให้ว่าแก้ต่าง
ตัวกิติ 4”

บทบัญญัติตอนนี้อ่อนช้งชัดเจนว่า ให้ทนายว่าต่างและแก้ต่างซึ่งก็เทียบเท่ากับเป็น
ทนายโจทก์และทนายจำเลยในสมัยนี้

สมัยพระเจ้าอยู่หัว ได้มีการปรับปรุงการปกครองบ้านเมืองโดยนำวิธีการของกรุง
สุโขทัย และวิธีการของขอมมาผสมกัน เพื่อให้บ้านเมืองดำเนินไปโดยเรียบร้อยจึงได้ทรงบัญญัติ
และประกาศใช้กฎหมายอันเป็นรากฐานในการปกครอง และทางการศาลไว้หลายฉบับ
นักกฎหมายได้ถือเอาปี พ.ศ. 1899 เป็นปีที่กำเนิดทนายความไทย เพราะมีลักษณะเป็นหลักฐาน
แน่นอน แต่ก็ได้มีบทบัญญัติไว้ โดยเฉพาะบทบัญญัติในพระอัยการลักษณะพยานกิติ ลักษณะ
ดำเนินาลุยเพลิงอันเป็นวิธีการพิสูจน์ค้นหาความจริงในครั้งนั้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ประกาศไว้ใน
เวลาใกล้เคียงกัน ก็ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการทำหน้าที่แทนตัวความของทนายความ และถ้าพิจารณา
ถึงเรื่องราวในหนังสืออื่น ๆ เช่น ในวรรณคดีต่าง ๆ ก็ไม่ปรากฏว่ามีกล่าวถึงเรื่องหน้าที่ของ
ทนายความไว้แต่อย่างไร แต่เมื่อพิจารณาตามความเป็นจริงในประวัติศาสตร์กฎหมาย จะเห็นได้ว่า
ในทางปฏิบัติหน้าที่ของทนายเป็นเรื่องการแต่งหรือเรียบเรียงข้อความ อันเป็นหนังสือโดยเฉพาะ
คือคำฟ้อง คำให้การ คำร้อง และคำแถลงเป็นสำคัญ การให้ทนายความเข้าซักค้านถามต่าง
พยานนั้น ทนายความในยุคแรกไม่ได้มีการทำกันเลย แม้ในยุคแรกจะมีกฎหมายบัญญัติให้มีทนาย
แต่ในทางปฏิบัติทนายความไทยคงทำงานให้โดยตัวเองอยู่หลังจาก ด้วยเหตุนี้ทนายความไทย
ในยุคโบราณจึงไม่มีชื่อเสียงเรียงนามให้ปรากฏคงมีแต่ตัวบทกฎหมายในเรื่องนี้เท่านั้น ยิ่ง
กว่านั้นโดยมากทนายความผู้เขียนหรือเรียบเรียงคำฟ้อง คำร้อง คำให้การหรือคำแถลงมัก
เป็นไปไต่ยาก นับว่าเป็นที่น่าเสียดายอย่างมากในวงการศึกษาศาสตร์ประวัติศาสตร์ของทนายความ

แม้จะมีบทบัญญัติรับรองก่อกำเนิดทนายความในสมัยพระเจ้าอยู่หัวแห่งกรุงศรีอยุธยา
แต่การปฏิบัติงานของทนายความก็ยังคงดำเนินอยู่ในลักษณะหลังจากเหมือนเดิมเรื่อยมา

ต่อมาการเป็นทนายความหรือการว่าต่างแก้ต่างคดีแทน ได้ขยายวงกว้างขึ้นกว่าเดิม เช่น
ผู้เมีย พ่อแม่ พี่น้อง อาจทำหน้าที่แทนตัวความที่แท้จริงได้บ้าง และกำหนดให้ผู้มีศักดินา
สูงกว่า 400 ไร่ แต่งนายดำเนินคดีแทนตัวความได้ บทบัญญัติเหล่านี้ปรากฏข้อความอยู่ใน
พระอัยการลักษณะตราการ ซึ่งมีบัญญัติเกี่ยวกับทนายความอยู่หลายมาตรา ตามกฎหมาย
เหล่านี้ได้ชี้ให้เห็นว่า การตั้งทนายความได้ขยายวงกว้างขึ้น และมีลักษณะกระเด็ดไปทาง

ที่ว่า ทนายความน่าจะมีสิทธิชก้านถามตึงพยานได้ด้วย เมื่อย้อนมาพิจารณาห้กระบวนงานทางศาล ตามกฎหมายที่เป็นอยู่แต่โบราณตลอดมาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ยังไม่มีกระบวนชก้านถามตึงพยานเลย ทำให้เห็นว่าทนายความเหล่านั้นคงปฏิบัติงานหนักไปในทางเขียนเช่นที่กล่าวมา

แม้จะมีบทบัญญัติอย่างไรก็ดี ลักษณะการปฏิบัติงานของทนายความคงหนักไปทางด้านเขียน คือเขียนและแต่งฟ้อง คำร้อง คำแถลง คำให้การอยู่เช่นเดิม มิได้เปลี่ยนแปลงพฤติการณ์เช่นนี้ดำเนินเรื่อยมาจนถึงยุคต้นของรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์

ด้วยเหตุที่ไม่ได้มีการควบคุมการเป็นทนายความ ทำให้บุคคลที่มีความรู้ทางกฎหมายเล็ก ๆ น้อย ๆ ทนายหน้าหอของข้าราชการผู้ใหญ่ และข้าราชการบางคนเริ่มเข้ารับจ้างเป็นทนายความกันแพร่หลาย เพราะมีคดีเกิดขึ้นมากมาย ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงในวงการทนายความ โดยเริ่มขึ้นที่เมืองนครเชียงใหม่ ในสมัยรัชกาลที่ 5 ไทยได้มีความสัมพันธ์กับชาวยุโรป โดยเฉพาะมีชาวอังกฤษได้ขึ้นไปประกอบอาชีพทางทำป่าไม้มากขึ้นในนครเชียงใหม่ ขณะนั้นเจ้าผู้ครองนครมีอำนาจในการให้สัมปทานการทำป่าไม้ได้โดยพลการ และอาจเปลี่ยนได้ตามความเหมาะสม ทำให้เกิดกรณีพิพาทเรื่องสัมปทานป่าไม้เป็นต้นเหตุ เจ้าผู้ครองนครได้ถืออภิสิทธิ์ในเรื่องนี้ ฝรั่งผู้รับสัมปทานไม่ยอม จึงเกิดกรณีพิพาทต่าง ๆ รัฐบาลต้องยื่นมือเข้าจัดการโดยเฉพาะได้กำหนดวิธีการศาลในเรื่องนี้ที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องเจ้านครเชียงใหม่ไว้ด้วย และให้สิทธิเจ้าครองนครรวมถึงพระญาติ แต่งทนายว่าความแทนได้ด้วย กล่าวกันว่ากระบวนทางศาลที่มีการชก้านถามตึงพยานได้เริ่มในศาลนี้เป็นแห่งแรก ทนายความก็ได้เริ่มแสดงตัวให้ปรากฏชัดขึ้น ไม่ใช่ทำงานหลังฉากอย่างที่เคยเป็นมาก่อน

ต่อมาในปี พ.ศ. 2424 ได้มีพระราชบัญญัติว่าความศาลต่างประเทศ และได้บัญญัติแก้ไขให้คนไทยทุกคนแต่งทนายได้ ไม่จำกัดว่าต้องมีศกัดินาถึง 400 ไร่ อย่างเดิม การแต่งทนายเข้าสู่คดีในศาลโดยเฉพาะศาลต่างประเทศ ค่อยมีลักษณะทันสมัยขึ้น ทั้งมีลักษณะเสมอหน้าทั้งคนไทยและต่างประเทศ ในการจัดตั้งทนายเข้าสู่คดีในศาล และต่อมาไทยเราได้ยอมรับวิธีการทางศาลและขบวนการพิจารณาแบบยุโรปมาใช้อย่างเต็มรูป ได้มีประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในปี พ.ศ. 2434 ทำให้ทนายความเริ่มมีบทบาทชัดเจนขึ้นโดยเมื่อทนายความได้เรียบเรียงและเขียนคำฟ้อง คำให้การ หรือคำร้องคำแถลงใด ๆ ต้องระบุชื่อเป็นผู้เรียบเรียง ผู้เขียน จะทำงานหลังจากเช่นเดิมไม่ได้ และต่อมาในปี พ.ศ. 2435 ได้มีพระราชบัญญัติจัดการศาลในสนามสถิตย์ยุติธรรมออกมาใช้บังคับกระบวนทางว่าความทั้งแต่งเขียน ชก้านถามตึงพยานของทนายความได้เริ่มใช้อย่างเต็มที่ ทนายความไทยก็ได้ดำเนินกระบวนทางพิจารณาในศาลอย่างที่เป็นอยู่ในทุกวันนี้ทุกประการ

ทนายความแบบใหม่นี้ในระยะเริ่มแรกมีเฉพาะศาลในกรุงเทพเท่านั้น ต่อมาในปี พ.ศ. 2438 ได้แผ่ขยายออกไปตามหัวเมืองต่าง ๆ โดยมีการจัดตั้งศาลหัวเมืองภายใต้การดำเนินการของ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทย เมื่อก่อตั้งเสร็จเรียบร้อยจึงค่อยมอบให้กระทรวงยุติธรรมรับมา ดำเนินการต่อ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทยครั้งนั้นได้แก่สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยา ดำรงราชานุภาพ ซึ่งเป็นเสนาบดีที่ทรงพระปรีชาสามารถนับได้ว่า ทรงเป็นผู้สร้างศาลยุติธรรม แทบทุกหัวเมือง และน่าจะนับได้ว่าทรงมีส่วนในการสถาปนาระบบทนายความแบบใหม่ใน ศาลต่างจังหวัดโดยทางอ้อม ด้วยเหตุที่พระองค์ได้กำหนดวิธีการ รายละเอียดในการจัดตั้ง ทั้งอาคารศาล ผู้พิพากษา พนักงานธุรการ เรือนจำ วางแบบลำดับชั้น ประเภทศาลไว้โดยละเอียด รวมทั้งความคิดที่จะจัดตั้งพนักงานสงเคราะห์คู่ความ อันเป็นงานส่วนหนึ่งของทนายความสมัยใหม่ ทั้งนี้เพื่อช่วยเหลือคู่ความให้ได้รับความสะดวก แต่ก็ไม่เป็นผล จนกระทั่งต่อมาได้มีพระราช- บัญญัติตั้งข้าหลวงพิเศษสำหรับจัดการแก้ไขธรรมเนียมศาลยุติธรรมหัวเมืองทั้งปวงในปี พ.ศ. 2439 ใช้นับได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าตั้งกรมการอันมีพระองค์เจ้าระพีพัฒนศักดิ์ ซึ่ง ต่อมาได้เปลี่ยนพระยศเป็นพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงเป็นสภานายก ดำเนินการแก้ไข โดยถือเอาว่าเมื่อมีการก่อตั้งศาลยุติธรรมแผนใหม่ในมณฑลใด ก็ได้จัดให้มี ทนายความแบบใหม่ขึ้นในท้องที่นั้น ๆ ควบคู่กันไป โดยเริ่มครั้งแรกคือศาลมณฑลที่จังหวัด พระนครศรีอยุธยา ณ พระราชวังจันทร์เกษม และได้ขยายไปอย่างรวดเร็วในเวลาต่อมา

ผู้ที่เคยดำเนินธุรกิจทำหน้าที่ทนายความแบบเดิม ต้องแสดงตัวโดยชัดแจ้ง ทำให้ปริมาณ ผู้เข้าประกอบอาชีพทนายความเพิ่มปริมาณขึ้น ประกอบกับในระยะเริ่มแรกยังไม่มีการควบคุม คุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้ที่มีความรู้กฎหมายบ้างพอสมควร ต่างก็มักจะหัน เข้ามาประกอบวิชาชีพนี้

มีข้อสังเกตอันสำคัญประการหนึ่ง คือเนื่องจากการเป็นทนายความแบบใหม่ ให้นายเป็นผู้เข้าชกค้ำคานตั้งพยานในศาลหลวง ทำให้นายอาชีพต้องฝึกหัดการชกค้ำคานถามพยานและเป็นที่ พูดกันว่า ทนายความที่เก่งกล้าสามารถต้องเป็นผู้มีฝีปาก หรือความดีเป็นที่เชื่อถือ แต่เนื่องจาก ยังไม่มีการควบคุมคุณสมบัติ และจรรยาบรรยาของทนายความ ทำให้ทนายความบางคน ประพฤติตนในทางที่ไม่สมควร ทำให้ชื่อเสียงของทนายความในระยะนี้ไม่สู้จะดีนัก

ต่อมาในปี พ.ศ. 2457 ได้มีพระราชบัญญัติทนายความออกใช้บังคับ มีการก่อตั้ง เนติบัณฑิตยสภา มีข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทออกใช้ควบคุมทนายความ การจะประกอบวิชาชีพ ทนายความต้องอาศัยคุณสมบัติพิเศษ รวมทั้งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิและรอบรู้วิชานิติศาสตร์ ไม่ใช่ เป็นง่าย ๆ เช่นแต่ก่อน นับแต่มีพระราชบัญญัติทนายความออกใช้บังคับ เกียรติยศและชื่อเสียง ของทนายความไทย ก็ได้รับการยกย่องทั่วไปและมีลักษณะเป็นวิชาชีพที่ทรงเกียรติอย่างครบถ้วน

ทนายความโดยทั่วไปนับว่ามีความรู้กว้างขวางขวางทั้งวิชานิติศาสตร์ และความรู้รอบตัวอื่น ดีขึ้นตามลำดับ จนในที่สุดก็ได้มีการรวมกันก่อตั้งเป็นสมาคมโดยมีพระยาปริदानฤเบศร์ ซึ่งเคย รับราชการแต่ได้ลาออกมาประกอบวิชาชีพทนายความเป็นนายกสมาคมคนแรกมีชื่อว่าสมาคม ทนายความ ข้อบังคับของเนติบัณฑิตยสภาก็ได้มีการแก้ไข แบ่งส่วนให้ทนายความส่วนหนึ่งเป็น กรรมการ นับได้ว่าการประกอบวิชาชีพทนายความได้เจริญก้าวหน้าเป็นลำดับนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2457 ดังนี้^{1/}

แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้วิชาชีพทนายความจะมีมานานแล้วก็ตาม แต่ตำราที่จะใช้เป็น คู่มือในการดำเนินวิชาชีพของทนายความแท้ ๆ ซึ่งเป็นภาษาไทยปรากฏว่ามีน้อยมาก ทั้งนี้เห็นจะ เป็นเพราะวิชาว่าความเป็นกรปฏิบัติกรในทางกฎหมาย ทำให้คิดว่าน่าจะเป็นเรื่องที่ไม่สามารถ สอนกันโดยวิธีธรรมดา เว้นเสียแต่ว่าต้องอาศัยการปฏิบัติหาประสบการณ์จากผู้ประกอบวิชาชีพ ทางทนายความเป็นหลัก เพราะฉะนั้นในปัจจุบันจึงหาดำร่าว่าความที่สมบูรณ์แบบจริง ๆ ได้ยาก ทั้งนี้เพราะคดีที่เกิดขึ้นแต่ละคดีมีลักษณะข้อเท็จจริงแตกต่างกันไปหาได้เป็นแนวเดียวกันไม่ สุดยากที่จะบรรจุตัวอย่างทุกคดีได้หมด ดังนั้นตำร่าที่ท่านผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายรวบรวมขึ้น จึงมีลักษณะเป็นบันทึกประกอบการทำงาน ที่อาศัยกรทำงานและประสบการณ์เป็นส่วนใหญ่ หากเปรียบเทียบในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษแล้ว ตำร่าว่าความ ส่วนใหญ่เขียนขึ้นโดยทนายความที่มีชื่อเสียง ซึ่งต่างกับตำร่าของเราส่วนใหญ่เขียนหรือบันทึก แนะนำโดยอดีตผู้พิพากษา อัยการ หรืออาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัย หากทนายความ โดยสายเลือดค่อนข้างน้อย

อนึ่ง ในแวดวงของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ถือกันว่าการว่าความเป็นศิลปะอย่างหนึ่ง กล่าวคือนอกจากจะมีความรู้ในทางกฎหมายแล้ว ยังต้องประกอบไปด้วยความรอบรู้ในด้านอื่น ๆ ตลอดจนต้องใช้ปฏิภาณ, ไหวพริบ, เซาว์ ปัญญาต่าง ๆ เข้าประกอบด้วย จนมีผู้กล่าวขานกันว่า การเป็นนักนิติศาสตร์ที่ดีหรือยิ่งใหญ่หากเป็นทนายความก็ย่อมเป็นทนายที่ดี (*Great lawyers must be good advocates*) แต่ไม่แนเสมอไปว่านักนิติศาสตร์ที่ดีทุกคนจะเป็นทนายความได้ (*Good lawyers may be such and not advocates*)

เพราะฉะนั้นเมื่อถือกันว่าเป็นศิลปะ และต้องใช้ปฏิภาณตลอดจนไหวพริบต่าง ๆ เข้ามา ประกอบด้วยแต่อย่างไรก็ตามก็มีความเชื่อกันว่าการว่าความเป็นเรื่องสั่งสอนถ่ายทอดกัน ไม่ได้ นอกจากจะได้ลงมือฝึกฝนในทางปฏิบัติจริง ๆ เท่านั้น เพราะเนื่องจากไหวพริบ ปฏิภาณ

1/ ปรียรรค์ ชัยมงคลานนท์, อมตะชีวิต "วิชาชีพทนายความ" ทนายประจำบ้าน ปีที่ 1 ฉบับที่ 10 กุมภาพันธ์ 2528 หน้า 67-71

ของแต่ละคนไม่เท่าเทียมกัน แต่สำหรับผู้เขียนเห็นว่า เมื่อถือเป็นศิลปะย่อมเป็นเรื่องแนะนำกันได้ โดยผู้หนึ่งจะต้องมีความรู้ในด้านกฎหมายเป็นพื้นฐานอย่างน้อยก็ต้องรู้กฎหมายที่เรียกว่า “กฎหมายสี่มุมเมือง” ดังนี้

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2. ประมวลกฎหมายอาญา
3. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
4. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แต่อย่างไรก็ตามจะให้ผู้รับการถ่ายทอดชำนาญหรือถึงขั้นเก่งหรือไม่นั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ดังเช่นถือกันว่าการเล่นดนตรีเป็นศิลปะ จะเห็นว่าวิชาดนตรีนั้นสั่งสอนกันได้ดังที่เห็นกันอยู่ในปัจจุบันนี้โรงเรียนสอนดนตรีหลายแห่งเป็นต้น ส่วนความเก่งหรือไม่เก่งนั้นขึ้นอยู่กับการศึกษาหาประสบการณ์ของแต่ละคน

ในปัจจุบันการประกอบวิชาชีพทนายความได้เป็นไปอย่างกว้างขวาง แต่เดิมก่อนพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีผลใช้บังคับ กล่าวคือก่อนวันที่ 19 ธันวาคม 2528 นั้นบัณฑิตกฎหมายหรือผู้ได้รับอนุปริญาตทางกฎหมายในประเทศไทยสามารถประกอบอาชีพทนายความได้ โดยเพียงแต่สมัครเป็นสมาชิกขององค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของทนายความซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนาม “เนติบัณฑิตยสภา” และผู้มีความประสงค์เช่นนั้นได้ยื่นคำขออนุญาตเป็นทนายความและได้รับอนุญาตแล้วก็สามารถประกอบอาชีพทนายความตามต้องการได้ ซึ่งขั้นตอนไม่มีอะไรยุ่งยากนัก ปรากฏว่าบัณฑิตนิติศาสตร์ที่สำเร็จการศึกษาใหม่ ๆ ขณะที่ยังรอหรือหางานทำมักจะฝึกฝนเป็นทนายความเป็นจำนวนไม่น้อย ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับอาชีพทนายความในต่างประเทศผู้ที่สำเร็จวิชากฎหมายยังไม่อาจที่จะประกอบวิชาชีพทางกฎหมายได้เลยทีเดียว เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น นักศึกษาจะต้องผ่านการอบรมภาคปฏิบัติในการว่าความเสียก่อนจากเนติบัณฑิตยสภาหรือจากสภาควบคุมการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายจึงจะมีสิทธิเป็นผู้พิพากษา อัยการและทนายความซึ่งรายละเอียดเหล่านี้จะได้ศึกษาต่อไป แต่สำหรับประเทศไทยก่อนพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีผลใช้บังคับคงกำหนดให้บุคคลที่ประสงค์จะเข้ารับราชการเป็นผู้พิพากษาหรือพนักงานอัยการเท่านั้นที่จะต้องผ่านการอบรมและสำเร็จเป็นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา แต่หาได้บังคับถึงทนายความแต่ประการใดไม่ แต่อย่างไรก็ตามนับแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2528 ซึ่ง พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ. 2528 มีผลบังคับใช้เป็นต้นไป ผู้ประสงค์จะประกอบวิชาชีพ

ทนายความ โดยเฉพาะผู้ที่ไม่เคยเป็นทนายความมาก่อน หรือไม่เคยดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษา ศาลอาญา ศาลทหาร พนักงานอัยการ อัยการทหาร หรือทนายความตามกฎหมายว่าด้วยธรรมเนียม ศาลทหารมาก่อน จะต้องผ่านการฝึกอบรมบรรยายทนายความ หลักปฏิบัติเบื้องต้นในการว่าความ และการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายจากสภาทนายความเสียก่อน แต่ก็มีข้อยกเว้นให้บุคคล บางประเภทไม่ต้องผ่านการอบรมเช่นว่านี้ ถ้าหากเป็นผู้ได้ผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงาน ทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปีหรือเป็นผู้ที่คณะกรรมการสภาทนายความเห็นสมควร ไม่ต้องเข้าฝึกอบรมรายละเอียดเหล่านี้จะได้ศึกษาต่อไป

ข) การประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา

เพื่อให้เห็นความแตกต่างในการประกอบวิชาชีพทนายความในต่างประเทศบ้าง ผู้เขียน ไกรจ้อยยกตัวอย่างบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นมาให้ศึกษาเปรียบเทียบ วงการทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา ชาวอเมริกันยอมรับกันว่าอาชีพทนายความ เป็นวิชาชีพที่มีเกียรติและมีรายได้ดีเป็นรองจากอาชีพแพทย์เลยทีเดียว ดังนั้นจึงเป็นวิชาชีพที่ จูงใจนักศึกษากฎหมายต่างก็อยากเป็นทนายความด้วยกันทั้งสิ้นซึ่งเมื่อเทียบกับประเทศไทย แล้ว เกียรติยศ รายได้ การยอมรับของสังคมยังแตกต่างกันมาก ในเบื้องต้นนี้ใครจะกล่าวถึง พื้นฐานของผู้ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องมีพื้น ความรู้และคุณสมบัติประการใด ก่อนศึกษาในเรื่องนี้ นักศึกษาพึงทำความเข้าใจในเบื้องต้น ในแง่กฎหมายและการปกครองเสียก่อน กล่าวคือโดยปกติทั่วไปแต่ละประเทศโดยเฉพาะที่เป็น รัฐเดี่ยว¹⁷ จะมีกฎระเบียบใช้เป็นหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันทั่วอาณาเขตของตน เช่น ประเทศไทย ไม่ว่าจะอยู่ภาคใดของประเทศ กล่าวคือไม่ว่าภาคกลาง ภาคเหนือ ภาคใต้ ภาคตะวันออก หรือ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ต่างก็อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น

17 รัฐเดี่ยว มีลักษณะเป็นรัฐที่มีระบบรัฐบาลเดี่ยว กล่าวคือ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการนั้นอยู่ที่ รัฐบาลกลางและแบ่งอำนาจแยกสาขาออกไปตามส่วนภูมิภาค ตัวอย่างเช่น ประเทศไทยแบ่งเป็น 73 จังหวัด ทุก ๆ จังหวัดจะมีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นตัวแทนฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลางไปบริหารส่วนท้องถิ่นและมี ศาลจังหวัดซึ่งตรงกับระบบการตุลาการของส่วนกลาง กฎหมายที่ใช้บัญญัติจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ส่วนกลาง มีผลบังคับใช้เท่ากันในทุก ๆ จังหวัด สรุปได้ว่ารัฐเดี่ยวนั้น อำนาจมาจากส่วนกลางกระจายสู่ ส่วนภูมิภาค ตัวอย่างรัฐเดี่ยว เช่น ประเทศไทย ฝรั่งเศส สิงคโปร์ ฯลฯ เป็นต้น

ค่อนข้างจะแตกต่างกันไปจากประเทศอื่น ๆ ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐรวม^{2/} แบ่งการปกครองประเทศเป็นรัฐย่อย ๆ ถึง 52 รัฐ (state) แต่ละรัฐซึ่งเรียกว่ามลรัฐนั้นก็มีความหมายที่เป็นอิสระเหมือนหนึ่งปกครองตนเอง กิจการใด ๆ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของแต่ละรัฐ ๆ นั้นจะออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้กับประชากรของมลรัฐนั้น ๆ ด้วยเหตุนี้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความของแต่ละมลรัฐจึงแตกต่างกันไปซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายของมลรัฐนั้นจะกำหนดคุณสมบัติของผู้จะประกอบวิชาชีพทนายความตามแบบของตน แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงก็หาไม่ สาระสำคัญส่วนใหญ่คล้ายคลึงกัน คงแตกต่างกันรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น

กล่าวโดยทั่ว ๆ ไป ผู้ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความได้นั้น ในเบื้องต้นจะต้องมีคุณสมบัติ

1) สำเร็จกฎหมายจากโรงเรียนกฎหมาย (law school) อันเป็นพื้นฐานเบื้องต้นเสียก่อน ซึ่งจะต้องมีหลักสูตรในภาคปกติอย่างน้อย 3 ปี หรือถ้าเป็นภาคสมทบต้องมีหลักสูตรอย่างต่ำ 4 ปี

2) จะต้องเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ของมลรัฐนั้น ๆ ทำนองเดียวกับเป็นเนติบัณฑิตยสภาในบ้านเรา แต่การจะเข้าเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาได้เข้มงวดกว่าบ้านเรา ซึ่งรายละเอียดจะได้ศึกษาต่อไป

3) จะต้องเป็นผู้ประกอบด้วยศีลธรรม จรรยาบรรณที่อันดีงาม (Good Moral character) และมีความเหมาะสมที่จะเป็นทนายความ (possesses general fitness requisite for attorney) คุณสมบัติข้อนี้ถือว่ามีความสำคัญมากกว่าสองอันดับข้างต้น เพราะชาวอเมริกันให้ความสำคัญต่ออาชีพนี้มาก เพราะเหตุว่าเป็นอาชีพที่ผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรมในสังคม คุณสมบัติส่วนตัวของบุคคลที่จะประกอบวิชาชีพนี้จึงเป็นสาระสำคัญที่จะต้องพิจารณาพิถีพิถันเป็นพิเศษ ผู้ที่รับผิดชอบในการพิจารณาคณะคุณสมบัติข้อนี้ได้แก่ศาลสูงสุด (The Supreme Court) ของแต่ละมลรัฐนั้น ๆ จะพิจารณาคณะบุคคลซึ่งประกอบด้วยคุณสมบัติสองข้อข้างต้นว่าเป็นบุคคลที่ประกอบด้วยคุณธรรม ศีลธรรม และจรรยาบรรณทางสังคมที่ดีและพร้อมด้วยคุณลักษณะที่เหมาะสมกับการที่จะประกอบวิชาชีพนี้หรือไม่

2/ รัฐรวม คือ รัฐที่มีระบบรัฐบาลซ้อนกันสองระบบ กล่าวคือ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการของรัฐบาลกลางและรัฐส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นอิสระ ไม่ขึ้นต่อกัน รัฐบาลกลางมีอำนาจเท่าที่รัฐบาลท้องถิ่นกำหนดให้เท่านั้น ซึ่งการปกครองในรูปแบบนี้เป็นการปกครองแบบแบ่งอำนาจระหว่างท้องถิ่นต่าง ๆ ของรัฐให้มีอำนาจออกกฎหมายบังคับในเขตปกครองของตน ไม่ก้าวล่วงซึ่งกันและกัน ตัวอย่างรัฐรวม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับการศึกษาใครจะให้ให้นักศึกษาเข้าใจในวุฒิการศึกษาของผู้จะประกอบวิชาชีพนี้เสียก่อน ซึ่งวุฒิในการศึกษานี้แตกต่างกับของประเทศไทยมาก ในบ้านเราสำเร็จปริญญาตรีทางกฎหมายหรืออนุปริญญาทางกฎหมาย หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรืออนุปริญญา ก็มีสิทธิขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความได้ หลักสูตรปริญญาตรีทางกฎหมายของบ้านเราศึกษาเพียง 4 ปี อนุปริญญาศึกษาเพียง 3 ปี ตามหลักสูตรของมหาวิทยาลัยและหลักเกณฑ์ซึ่งทบวงมหาวิทยาลัยกำหนดให้ศึกษาดังที่รู้ ๆ กัน แต่สำหรับสหรัฐอเมริกาแม้จะจบจากโรงเรียนกฎหมาย (law school) ได้ปริญญา J.D. (Juris Doctor) ซึ่งเป็นปริญญาตรีทางกฎหมายของเขาแล้วก็ตาม ก็ยังประกอบอาชีพทนายความไม่ได้ จุดนี้ต่างกับวุฒิการศึกษาของเรา การที่จะ Practice law ซึ่งหมายถึงการทำงานด้านกฎหมายได้ทุกอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือไม่ว่าจะในด้านว่าความในศาลหรือแม้แต่เป็นที่ปรึกษากฎหมายก็ตาม ผู้นั้นจะต้องสอบผ่าน Bar examination ทำนองเนติบัณฑิตของไทยเสียก่อน ผู้ที่สอบผ่านแล้วจึงจะได้รับการยอมรับเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ในมลรัฐที่สอบได้นั้น และหลังจากนั้นจึงจะ Practice law ในมลรัฐดังกล่าวได้ สำหรับผู้ที่ยังไม่ได้สอบ Bar หรือสอบแล้วแต่ไม่ผ่าน ก็ยังสามารถทำงานด้านกฎหมายได้เหมือนกัน เช่นทำงานตามสำนักกฎหมายต่าง ๆ (Law firms) เป็นผู้ช่วยทนายความ เช่น ช่วยเตรียมคดี ค้นคำพิพากษาหรือทำ research เกี่ยวกับคดี แต่จะทำงานในฐานะทนายความ (attorney) หรือขึ้นว่าความในศาลยังไม่ได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการสอบผ่าน Bar ได้เป็นสาระสำคัญหรือหัวใจในการประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายของแต่ละมลรัฐนั้นแตกต่างกันมิได้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่เหมือนประเทศไทย ทุกภาคของประเทศไม่ว่าภาคเหนือ ภาคใต้ ภาคตะวันออก ภาคตะวันตก ใช้กฎหมายฉบับเดียว ด้วยเหตุกฎหมายในสหรัฐอเมริกาแตกต่างกันดังกล่าว การที่จะสอบให้ผ่าน Bar ของทุก ๆ มลรัฐเป็นเรื่องที่แสนขมขื่น เพราะแน่นอนข้อสอบของแต่ละ Bar จะแตกต่างกันไปตามเนื้อหาของกฎหมายแต่ละมลรัฐนั้น ดังนั้นผู้ที่ประกอบวิชาชีพเป็นทนายในมลรัฐใดก็มักจะพยายามสอบให้ผ่าน Bar เฉพาะมลรัฐที่ตนประสงค์เป็นทนายหรือประกอบกิจการงานอยู่เท่านั้น แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าถ้าสอบผ่าน Bar ของมลรัฐอื่นไม่ได้ หรือไม่ได้เป็นสมาชิกของ Bar Association ของมลรัฐอื่นจะทำงานในมลรัฐนั้น ๆ ไม่ได้เลยก็หาไม่ แต่ละมลรัฐก็มีข้อยกเว้นยอมอนุญาตให้ทนายความจากมลรัฐอื่นซึ่งมิได้เป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ของมลรัฐตนเข้าไปว่าความในศาลของมลรัฐตนได้บ้างเหมือนกัน แต่เป็นเฉพาะกรณีซึ่งเรียกว่า Admission Pro Hac Vice โดยอยู่ภายใต้ดุลพินิจของ State Court ซึ่งจะอนุญาตก็ต่อเมื่อเห็นว่า

คดีนั้นเกี่ยวเนื่องกับงานที่ทำอยู่แล้ว นอกจากนี้การได้เป็นสมาชิกของ Bar Association ในหลาย ๆ มลรัฐก็อาจได้รับการยกเว้นได้เช่นกัน Admission Pro Hac Vice ของแต่ละมลรัฐนั้นไม่เหมือนกัน รายละเอียดแตกต่างกันไป

สำหรับรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกันของการเข้าเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ของแต่ละมลรัฐได้แก่อายุขั้นต่ำ บางมลรัฐจำกัดอายุไว้ไม่ให้ต่ำกว่า 21 ปี เช่น นิวเจอร์ซีย์, มลรัฐแมสซาชูเซตส์ จำกัดอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี, มลรัฐแคลิฟอร์เนีย จำกัดอายุไม่ต่ำกว่า 23 ปี เป็นต้น ซึ่งแตกต่างกันไปแต่ละมลรัฐ

เกี่ยวกับพื้นฐานการศึกษา ก่อนเข้าเรียนในโรงเรียนกฎหมาย (law school) แต่ละมลรัฐแตกต่างกัน บางมลรัฐจำกัดแน่นอนว่าต้องจบจากวิทยาลัยหรือมหาวิทยาลัยที่ได้รับการรับรอง วิทยฐานะ (accredited) บางมลรัฐก็ไม่เคร่งครัดในเรื่องนี้ แต่ไปเคร่งครัดคุณสมบัติพิเศษอื่น ๆ แล้วแต่ความประสงค์ของ law school นั้น ๆ

แต่เนื่องจากในสหรัฐอเมริกาเขาต้องการให้ผู้ที่จะมาประกอบวิชาชีพนี้มีประสบการณ์ในชีวิตมากพอสมควรเพราะเป็นอาชีพที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ (public service) และผูกพันในกระบวนการยุติธรรมในสังคม จึงต้องการผู้ที่มี intellectual ability คือบุคคลที่ประกอบด้วย วิทยุฒิ คุณวุฒิ และความเป็นผู้มีเหตุผลมากกว่าอาชีพอื่น ๆ ดังนั้นผู้ที่จะมีสิทธิเข้าศึกษาต่อในโรงเรียนกฎหมาย (law school) จะต้องสำเร็จปริญญาตรีในสาขาใดสาขาหนึ่งมาเสียก่อน กล่าวหนึ่งว่าต้องมีพื้นฐานระดับปริญญาตรีก่อนจึงจะมีสิทธิเรียนกฎหมายได้ ซึ่งต่างกับบ้านเรา จบ ม.6 หรือบางมหาวิทยาลัยเปิดโอกาสให้ผู้จบ ม.3 แต่ได้ทำงานรับราชการจนได้ถึงขั้นชั้นตรี หรือ ซี 3. มีสิทธิเรียนกฎหมายได้ แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดมาตรฐานสูงกว่า ประเทศเรา จบปริญญาตรีสาขาใดสาขาหนึ่งแล้วจึงจะมีสิทธิเรียนปริญญาตรีทางกฎหมาย ถ้าสำเร็จได้ปริญญา J.D. (Juris Doctor) คือปริญญาตรีทางกฎหมาย โปรดสังเกตไม่ใช่ปริญญาเอก เมื่อสำเร็จปริญญาตรีทางกฎหมายแล้วต้องไปสอบให้ผ่าน Bar ของมลรัฐจึงจะมีสิทธิเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ของมลรัฐจึงจะเป็นทนายความได้ ขึ้นตอนยากกว่า ของประเทศเรา ของเราจบปริญญาตรีหรืออนุปริญญาทางกฎหมายสามารถสมัครเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาได้ ไม่จำเป็นต้องสอบผ่านเป็นเนติบัณฑิตแต่ประการใด

แต่อย่างไรก็ตามมีหลักที่ยอมมีข้อยกเว้นเป็นของธรรมดาสำหรับกฎหมาย ในสหรัฐอเมริกา ก็เช่นเดียวกัน มีข้อยกเว้นผู้ที่มีได้สำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนกฎหมาย (law school) ก็มีสิทธิจะสอบ Bar ได้เหมือนกัน ตัวอย่างเช่น ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ยินยอมให้ผู้ทำงานด้านกฎหมายในสำนักงานกฎหมายเป็นเวลาไม่ต่ำกว่า 4 ปี ซึ่งรวมทั้งการได้เข้าศึกษาหลักสูตรกฎหมายในโรงเรียนกฎหมายที่ได้รับการรับรองแล้ว 1 ปีด้วย มีสิทธิที่จะเข้าสอบ New York Bar ได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ก็มีข้อแตกต่างออกไปเกี่ยวกับการมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ (residence) ในมลรัฐ ที่ตนจะสอบ Bar บางมลรัฐเช่นนิวยอร์ก ผู้จะมีสิทธิสอบ Bar ได้ต้องมีถิ่นที่อยู่ภายในมลรัฐนิวยอร์ก ก่อนหน้าที่จะมีการสอบอย่างน้อย 6 เดือน ดังนี้ เป็นต้น สำหรับประเทศไทยไม่มีปัญหาเช่นว่านี้

ก) วิชาชีพทนายความในประเทศญี่ปุ่น

นักกฎหมายที่จะประกอบวิชาชีพทนายความได้ จะต้องผ่านการสอบแข่งขันเป็น เติบัณฑิตแห่งชาติจึงจะได้รับการรับรองให้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นทนายความได้ นอกจากนี้ อาจารย์ผู้สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยระดับศาสตราจารย์หรือรองศาสตราจารย์ได้สอน กฎหมายในมหาวิทยาลัยมาไม่น้อยกว่า 5 ปี รวมทั้งพนักงานอัยการและผู้พิพากษาซึ่งเกษียณ ภายราชการหรือลาออกจากราชการแล้ว ก็จะได้รับอนุญาตให้ว่าความได้เช่นกัน ทนายความ ทุกคนจะต้องขึ้นทะเบียนที่ “นิชิเบนเรน” (Nichibenren) หรือที่รู้จักกันว่า “สหพันธ์เนติบัณฑิตย สมาคมแห่งประเทศญี่ปุ่น” (The Japan Federation of Bar Association) จึงจะสามารถว่าความได้ บุคคลอื่นนอกจากนี้หากว่าความหรือให้คำปรึกษาทางกฎหมายที่มีค่าตอบแทน จะถือเป็นการ ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติทนายความ หลักการนี้ใกล้เคียงกับการประกอบวิชาชีพทนายความ ของไทย (พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 33) รายละเอียดจะได้ศึกษาต่อไป