

บทที่ 1

ความเบื้องต้นวิชาการว่าความ

ความหมาย

"วิชาการว่าความ" หมายถึง วิชาที่ว่าด้วยการนำกฎหมายสารบัญญัติมาประยุกต์ใช้กับกฎหมายวิธีสบัญญัติเพื่อให้เกิดผลจริงจิ่งในทางปฏิบัติ เพื่อขอความรับรอง คู่ครองจากศาลเพื่อพิทักษ์สิทธิของบุคคลตามกฎหมาย

โดยปกติบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องดำเนินคดี หรือต่อสู้คดีด้วยตนเอง แต่ในทางปฏิบัติผู้ความส่วนใหญ่มักมอบหมายให้ทนายความว่าต่างหรือแก้ต่างแทน อาชีพทนายความถือว่าเป็นวิชาชีพทางกฎหมายที่สำคัญแขนงหนึ่งเช่นเดียวกับวิชาชีพอื่นๆ ในสังคมปัจจุบันถ้าปราศจากทนายความแล้วจะย้อมนำมาซึ่งความยุ่งยากต่างๆประการในการว่าต่างแก้ต่างค้นหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ในการดำเนินคดีเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายและความยุติธรรม เพราะถ้าพึ่งแต่ตัวความหากมิใช่ นักกฎหมายแล้วจะให้ทำหน้าที่ให้ได้ดีดังทนายย่อมยากที่จะทำได้ และแม้แต่นักกฎหมายแต่มิได้มีอาชีพในทางว่าความก็เชื่อแน่ว่าจะทำให้การพิจารณาคล่องคุดดังทนายความโดยตรงนั้นแทบจะกล่าวได้ว่ายากที่จะทำได้ วิชาการว่าความนี้เดิมไม่มีการสอนในคณะนิติศาสตร์ในประเทศไทย ปัจจุบันคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยต่างๆ เห็นความสำคัญจึงได้บรรจุไว้ในหลักสูตรการศึกษา กฎหมาย เพื่อให้ศึกษามีพื้นฐานในการประยุกต์ใช้กฎหมายเป็นวิชาชีพต่อไปในอนาคต

ประวัติวิชาชีพทนายความในประเทศไทย

อาชีพทนายความของไทยหาได้เพิ่งเกิดขึ้นในปัจจุบันไม่ แต่มีมานานแล้ว ตามหลักศึลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ซึ่งถือกันในวงการนักประวัติศาสตร์กฎหมายว่าส่วนหนึ่งแห่งข้อความในหลักศึลาจารึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทยและเป็นที่ยอมรับในหมู่นักกฎหมายว่าเป็นกระบวนการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมไปสู่ปวงชน ซึ่งประกอบด้วยการตัดสินความด้วยความซื่อสัตย์สุจริต แต่ไม่ได้จารึกถึงว่าในกระบวนการตัดสินนั้นได้มีทนายความเข้าไปช่วยเหลือกระบวนการงานทางศาลในตอนใดๆ เลย จวบจนสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 แห่ง

¹ ปรียรรค์ ชัยมิ่งคลานนท์. อมตะชีวิต "วิชาชีพทนายความ" ทนายประจำบ้าน ปีที่ 1 ฉบับที่ 10 กุมภาพันธ์ 2528 หน้า 67-71

กรุงศรีอยุธยา (พระเจ้าอยู่หัว) คำว่า "ทนาย" ซึ่งตรงกับทนายความปัจจุบันได้รับการบัญญัติเป็น
ทางการในกฎหมายพระอัยการรับฟ้องเป็นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 1899 ตามตำนานกฎหมายเมืองไทย
ของสมเด็จพระยาดำรงราชานุภาพ พระบิดาแห่งประวัติศาสตร์ไทย ได้ทรงบรรยายไว้อย่างชัดเจน
จนมีข้อความในบทบัญญัติลักษณะรับฟ้องฉบับเพิ่มเติมในกฎหมายตราสามดวงตอนหนึ่งว่า

“อนึ่ง ผู้มีบรรดาศักดิ์หมีได้ให้เรียกทนายต่างตัวก็ตี 3

อนึ่ง ผู้มีบรรดาศักดิ์หาเป็นเนื้อความแพ่ง อาญา อุทธรณ์ หมีได้แต่งทนายให้ว่าแก้ต่างตัว
ก็ตี 4 ”

บทบัญญัติตอนนี้อ่อนข้างชัดเจนว่า ให้ทนายว่าต่างและแก้ต่างซึ่งก็เทียบเท่ากับเป็นทนาย
โจทก์และทนายจำเลยในสมัยนี้

สมัยพระเจ้าอยู่หัวได้มีการปรับปรุงการปกครองบ้านเมืองโดยนำวิธีการของสุโขทัยและวิธี
การของขอมมาผสมผสานกัน เพื่อให้บ้านเมืองดำเนินไปโดยเรียบร้อยจึงได้ทรงบัญญัติและ
ประกาศใช้กฎหมายอันเป็นรากฐานในการปกครองและทางการศึกษาไว้หลายฉบับ นักกฎหมาย
ถือว่าปี พ.ศ. 1899 เป็นปีที่กำเนิดทนายความไทย เพราะมีลักษณะเป็นหลักฐานแน่นอน แต่ก็ได้
มีบทบัญญัติไว้โดยเฉพาะ บทบัญญัติในพระอัยการลักษณะพยานก็ตี ลักษณะค้ำน้ำลุยเพลิงอันเป็น
วิธีการพิสูจน์ค้นหาความจริงในครั้งนั้นซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ประกาศไว้ในเวลาใกล้เคียงกันก็ได้
กล่าวถึงเรื่องการทำหน้าที่แทนตัวความของทนายความ และถ้าพิจารณาถึงเรื่องราวในหนังสืออื่นๆ
เช่น ในวรรณคดีต่างๆ ก็ไม่ปรากฏว่ามีการกล่าวถึงเรื่องหน้าที่ของทนายความไว้แต่อย่างใด แต่เมื่อ
พิจารณาตามความจริงในประวัติศาสตร์กฎหมาย จะเห็นได้ว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายเป็น
เรื่องการแต่งหรือเรียบเรียงข้อความอันเป็นหนังสือโดยเฉพาะ คือ คำฟ้อง คำให้การ คำร้องและคำ
แถลงเป็นสำคัญ การให้ทนายความเข้าซักค้านถามต่างพยานนั้น ทนายความในยุคแรกไม่มีการทำ
กันเลย แม้ในยุคแรกจะมีกฎหมายบัญญัติให้มีทนายแต่ในทางปฏิบัติทนายความไทยคงทำงานให้
โดยตัวเองอยู่หลังฉาก ด้วยเหตุนี้ทนายความไทยในยุคโบราณจึงไม่มีชื่อเสียงเรียงนามให้ปรากฏ
คงมีแต่ตัวบทกฎหมายในเรื่องนี้เท่านั้น เป็นที่น่าเสียดายอย่างมากในวงการศึกษาประวัติศาสตร์
ของทนายความ

อนึ่ง แม้จะมีบทบัญญัติรองรับการก่อกำเนิดทนายความในสมัยพระเจ้าอยู่หัวแห่งกรุงศรี
อยุธยา แต่การปฏิบัติงานของทนายความก็ยังคงดำเนินอยู่ในลักษณะหลังจากเหมือนเดิมเรื่อยมา
เมื่อกาลเวลาผ่านไป บ้านเมืองเจริญขึ้น การเป็นทนายความหรือการว่าต่างแก้ต่างคดีแทน ได้
พัฒนาขยายวงกว้างกว่าเดิม เช่น คู่เมีย พ่อแม่ พี่น้อง อาจทำหน้าที่แทนตัวความที่แท้จริงได้บ้าง

และกำหนดให้ผู้มีศักดิ์นาสูงกว่า 400 ไร่ แต่งทนายดำเนินคดีแทนตัวความได้ บทบัญญัติเหล่านี้ปรากฏข้อความอยู่ในพระอัยการลักษณะตระลาการ ซึ่งมีบัญญัติเกี่ยวกับทนายความอยู่หลายมาตรา ตามกฎหมายเหล่านี้ได้ชี้ให้เห็นว่าการตั้งทนายความได้ขยายวงกว้างขึ้นและมีลักษณะกระเดียดไปทางที่ว่าทนายความน่าจะมีสิทธิชักจูงถามถึงพยานได้ด้วย เมื่อย้อนมาพิจารณาที่กระบวนการทางศาล ตามกฎหมายที่เป็นอยู่แต่โบราณตลอดมาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ยังไม่มีกระบวนการซักถามค้ำนถึงพยานเลย ลักษณะการปฏิบัติงานของทนายความในอดีตคงหนักไปทางด้านเขียน คือ เขียนและแต่งฟ้อง คำร้อง คำแถลง คำให้การอยู่เช่นเดิม มิได้เปลี่ยนแปลง พฤติการณ์เช่นนี้ดำเนินเรื่อยมาจนถึงยุคต้นของรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์

การเริ่มต้นทนายแบบปัจจุบัน

ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีการเปลี่ยนแปลงในวงการทนายความแบบใหม่โดยเริ่มขึ้นที่เมืองนครเชียงใหม่ ในสมัยรัชกาลที่ 5 นั้น ไทยได้มีความสัมพันธ์กับชาวยุโรป โดยเฉพาะชาวอังกฤษได้ไปประกอบอาชีพทำป่าไม้ในนครเชียงใหม่ ขณะนั้นเจ้าผู้ครองนครมีอำนาจในการให้สัมปทานการทำป่าไม้ได้โดยพลการและอาจเปลี่ยนแปลงได้ตามความเหมาะสม ทำให้เกิดกรณีพิพาทเรื่องสัมปทานป่าไม้เป็นต้นเหตุ เจ้าผู้ครองนครได้ถืออภิสิทธิในเรื่องนี้ ฝรั่งเศสได้รับสัมปทานไม่ยอม จึงเกิดกรณีพิพาทต่างๆ รัฐบาลต้องยื่นมือเข้าไปจัดการโดยเฉพาะได้กำหนดวิธีการศาลในเรื่องนี้ที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องเจ้านครเชียงใหม่ไว้ด้วยและให้สิทธิเจ้าผู้ครองนครรวมถึงพระญาติแต่งทนายว่าความแทนได้ด้วย กล่าวกันว่ากระบวนการทางศาลที่มีการซักถามถึงได้เริ่มในศาลนี้เป็นแห่งแรก ทนายความก็ได้เริ่มแสดงตัวให้ปรากฏชัดขึ้น ไม่ใช่ทำงานหลังจากอย่างที่เคยเป็นมาก่อน

ต่อมาในปี พ.ศ. 2424 ได้มีพระราชบัญญัติว่าความศาลต่างประเทศ และได้บัญญัติแก้ไขให้คนไทยทุกคนแต่งทนายได้ ไม่จำกัดว่าต้องมีศักดิ์นาสูงกว่า 400 ไร่ อย่างแต่ก่อน การแต่งทนายเข้าสู่คดีในศาลโดยเฉพาะศาลต่างประเทศค่อยมีลักษณะทันสมัยขึ้น ทั้งมีลักษณะเสมอหน้าทั้งคนไทยและต่างประเทศในการจัดตั้งทนายเข้าสู่คดีในศาล และต่อมาไทยเราได้ยอมรับวิธีการทางศาลและกระบวนการพิจารณาแบบยุโรปมาใช้อย่างเต็มรูป ได้มีประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้นในปี พ.ศ. 2434 ทำให้ทนายความเริ่มมีบทบาทชัดเจนขึ้นโดยเมื่อทนายความได้เรียบเรียงและเขียนคำฟ้อง คำให้การ คำร้องหรือคำแถลงใดๆ ต้องระบุชื่อเป็นผู้เรียบเรียง ผู้เขียน จะทำงานหลังจากเช่นเดิมไม่ได้ และต่อมาในปี พ.ศ. 2435 ได้มีพระราชบัญญัติจัดการศาลในสนามสถิตย์ยุติธรรมออกมาใช้

บังคับกระบวนการว่าความทั้งแต่งเขียน ชักค้ำน ถามดิงพยานของทนายความได้เริ่มใช้อย่างเต็มที่ ทนายความไทยก็ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลอย่างที่เป็นอยู่ในทุกวันนี้ทุกประการ

ทนายความแบบใหม่ในระบอบเริ่มแรกมีเฉพาะศาลในกรุงเทพฯ เท่านั้น ต่อมาปี พ.ศ. 2438 ได้แผ่ขยายออกไปตามหัวเมืองต่างๆ โดยมีการจัดตั้งศาลหัวเมืองภายใต้การดำเนินการของเสนาบดีกระทรวงมหาดไทย เมื่อก่อตั้งเสร็จเรียบร้อยจึงค่อยมอบให้กระทรวงยุติธรรมรับมาดำเนินการต่อ เสนาบดีกระทรวงมหาดไทยครั้งนั้นได้แก่สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมพระยาดำรงราชานุภาพซึ่งเป็นเสนาบดีที่ทรงพระปรีชาสามารถ นับได้ว่าทรงเป็นผู้สร้างศาลยุติธรรมแทบทุกหัวเมืองและทรงมีส่วนในการสถาปนาระบบทนายความแบบใหม่ในต่างจังหวัดโดยทางอ้อม ด้วยเหตุที่พระองค์ได้กำหนดวิธีการ รายละเอียดในการจัดตั้งทั้งอาคารศาล ผู้พิพากษา พนักงานธุรการ เรือนจำ วางลำดับชั้น ประเภทศาลไว้โดยละเอียดรวมทั้งความคิดที่จะจัดตั้งพนักงานสงเคราะห์คู่ความอันเป็นงานส่วนหนึ่งของทนายความสมัยใหม่ ทั้งนี้เพื่อช่วยเหลือคู่ความให้ได้รับความสะดวก แต่ไม่เป็นผล จนกระทั่งต่อมาได้มีพระราชบัญญัติตั้งข้าหลวงยุติธรรมพิเศษสำหรับจัดการแก้ไขธรรมเนียมศาลยุติธรรมหัวเมืองทั้งปวงในปี พ.ศ. 2439 ใช้บังคับได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าตั้งกรมการอันมีพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนพระยศเป็นพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงเป็นสภานายกดำเนินการแก้ไข โดยถือเอาว่าเมื่อมีการตั้งศาลยุติธรรมแผนใหม่ในมณฑลใดก็จัดให้มีทนายความแบบใหม่ขึ้นในท้องที่นั้นๆ ควบคู่กันไป โดยเริ่มครั้งแรก คือ ศาลมณฑลที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา ณ พระราชวังจันทร์เกษม และได้ขยายไปอย่างรวดเร็วในเวลาต่อมา

ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นพอจะเรียกได้ว่าเป็นเรื่องของระบบทนายความแบบใหม่ ส่วนในด้านตัวบุคคลผู้ที่ประกอบอาชีพทนายความ ระเบียบแรกยังไม่มีการควบคุมคุณสมบัติของผู้ประกอบอาชีพทนายความ ดังนั้นผู้ที่พอมีความรู้ในทางกฎหมาย มีฝีปากหรือมีโวหารมักจะหันมาประกอบอาชีพนี้ ด้วยเหตุที่ยังไม่มีการควบคุมคุณสมบัติและจรรยาบรรณของทนายความ ทำให้คนที่ไม่เหมาะสม ความประพฤติไม่เรียบร้อยเข้ามาเป็นทนายจำนวนไม่น้อย พลอยทำให้ชื่อเสียงของทนายความไม่สู้จะดี ไม่เป็นที่ยอมรับของสังคม ภายหลังต่อมาในปี พ.ศ. 2457 ได้มีพระราชบัญญัติทนายความออกใช้บังคับ มีการก่อตั้ง “เนติบัณฑิตยสภา” มีข้อบังคับว่าด้วยจรรยาบรรณความออกควบคุมทนายความ การจะประกอบวิชาชีพทนายความต้องมีคุณสมบัติที่เหมาะสม เช่น มีวิยวุฒิ คุณวุฒิทางการศึกษา สุขภาพแข็งแรง ความประพฤติดี ฯลฯ เป็นต้น ผู้ที่จะประกอบอาชีพนี้จะถูกตรวจสอบ กลับกรองว่าเป็นผู้เหมาะสมไม่ใช่เป็นง่ายๆ เช่นแต่ก่อน ประกอบกับช่วง

หลายๆ นี่มีผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายที่สำเร็จการศึกษาระดับสูงทั้งภายในและต่างประเทศหันมาประกอบอาชีพทนายความมากขึ้น ทั้งทนายความส่วนใหญ่ยังทำคุณประโยชน์แก่สังคม ทำให้อาชีพทนายความได้รับการยอมรับและมีลักษณะเป็นวิชาชีพยิ่งขึ้นเรื่อยมาจนปัจจุบันทนายความมีองค์กรปกครองตนเอง คือ “สภาทนายความ” รับช่วงภารกิจจากเนติบัณฑิตยสภาในการควบคุมวิชาชีพทนายความ ซึ่งรายละเอียดจะได้ศึกษาในโอกาสต่อไป ปัจจุบันภาพพจน์ของวิชาชีพทนายความได้รับการยอมรับและยกย่องจากสังคมว่าเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติแขนงหนึ่ง

เป็นที่น่าสังเกตแม้วิชาชีพทนายความมีมานานแล้วก็ตาม แต่คำราที่จะใช้เป็นคู่มือในการดำเนินวิชาชีพของทนายความแท้ๆ ที่เป็นภาษาไทยปรากฏว่ามีน้อยมาก ทั้งนี้เห็นจะเป็นเพราะวิชาว่าความเป็นการปฏิบัติการในทางกฎหมาย ทำให้คิดว่าน่าจะเป็นเรื่องที่ไม่สามารถสอนกันโดยวิธีธรรมดา เว้นเสียแต่ว่าต้องอาศัยการปฏิบัติหาประสบการณ์จากผู้ประกอบวิชาชีพทางทนายความเป็นหลัก เพราะฉะนั้นในปัจจุบันจึงหาตำราว่าความที่สมบูรณ์แบบจริงๆ ได้ยาก ทั้งนี้เพราะคดีที่เกิดขึ้นแต่ละคดีมีลักษณะข้อเท็จจริงแตกต่างกันไปหาได้เป็นแนวเดียวกันไม่ สุดท้ายที่จะบรรลุตัวอย่างทุกคดีได้หมด ดังนั้นตำราที่ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายรวบรวมขึ้น จึงมีลักษณะเป็นบันทึกประกอบการทำงาน ที่อาศัยการทำงานและประสบการณ์เป็นส่วนใหญ่ หากเปรียบเทียบในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษแล้ว ตำราว่าความส่วนใหญ่เขียนขึ้นโดยทนายความที่มีชื่อเสียง ซึ่งต่างกับตำราของเราส่วนใหญ่เขียนหรือบันทึกแนะนำโดยอดีตผู้พิพากษา อัยการ หรืออาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัย หากจากทนายความโดยสายเลือดค่อนข้างน้อย

อนึ่ง ในแวดวงของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ถือกันว่าการว่าความเป็นศิลปะอย่างหนึ่ง กล่าวคือนอกจากจะมีความรู้ในทางกฎหมายแล้ว ยังต้องประกอบไปด้วยความรู้ในด้านอื่นๆ ตลอดจนต้องใช้ปฏิภาณ ไหวพริบ เข้าว ปัญญาต่างๆ เข้าประกอบด้วย จนมีคำกล่าวขานกันว่า “การเป็นนักนิติศาสตร์ที่ดีหรือยิ่งใหญ่หากเป็นทนายความก็ย่อมเป็นทนายความที่ดี (Great lawyers must be good advocates) แต่ไม่แน่เสมอไปว่านักนิติศาสตร์ที่ดีทุกคนจะเป็นทนายความได้ (Good lawyers may be such and not advocates)” ดังนั้นเมื่อถือว่าเป็นศิลปะและต้องใช้ปฏิภาณ ตลอดจนไหวพริบต่างๆ เข้ามาประกอบด้วยก็ตามก็มีความเชื่อกันว่าการว่าความเป็นเรื่องสั่งสอนถ่ายทอดกันไม่ได้ นอกจากจะได้ลงมือฝึกฝนในทางปฏิบัติจริงๆ เท่านั้น เนื่องจากไหวพริบปฏิภาณของแต่ละคนไม่เท่าเทียมกัน แต่สำหรับผู้เขียนเห็นว่า เมื่อถือเป็นศิลปะย่อมเป็นเรื่องแนะนำกันได้ โดยผู้นั้นจะต้องมีความรู้ในด้านกฎหมายเป็นพื้นฐานอย่างน้อยก็ต้องรู้กฎหมายที่เรียกว่า “กฎหมายสี่มุมเมือง” ดังนี้ 1.) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 2.) ประมวลกฎหมายอาญา

3.) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง 4) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

แต่อย่างไรก็ตามจะทำให้ผู้รับการถ่ายทอดชำนาญหรือถึงขั้นเก่งหรือไม่นั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ดังเช่นถือกันว่าการเล่นดนตรีเป็นศิลปะ จะเห็นว่าวิชาดนตรีนั้นสั่งสอนกันได้ดังที่เห็นกันอยู่ในปัจจุบันมีโรงเรียนสอนดนตรีหลายแห่ง เป็นต้น ส่วนความเก่งหรือไม่เก่งนั้นขึ้นอยู่กับการศึกษาหาประสบการณ์ของแต่ละคน

ปัจจุบันการประกอบวิชาชีพทนายความได้เป็นไปอย่างกว้างขวาง แต่เดิมก่อนพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีผลใช้บังคับ กล่าวคือก่อนวันที่ 19 ธันวาคม 2528 นั้น บัณฑิตกฎหมายหรือผู้ได้รับอนุปริญญาทางกฎหมายในประเทศไทยสามารถประกอบอาชีพทนายความได้ โดยเพียงแต่สมัครเป็นสมาชิกขององค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของทนายความ ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนาม “เนติบัณฑิตยสภา” และผู้มีความประสงค์เช่นนั้นได้ยื่นคำขออนุญาตเป็นทนายความและได้รับอนุญาตแล้ว ก็สามารถประกอบอาชีพทนายความตามต้องการได้ ซึ่งขั้นตอนไม่มีอะไรยุ่งยากนัก ปรากฏว่าบัณฑิตนิติศาสตร์ที่สำเร็จการศึกษาใหม่ๆ ขณะที่ยังรอหรือหางานทำมักจะฝึกเป็นทนายความเป็นจำนวนไม่น้อย ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับอาชีพทนายความในต่างประเทศ ผู้ที่สำเร็จวิชากฎหมายยังไม่อาจที่จะประกอบวิชาชีพทางกฎหมายได้เลยทีเดียว เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศญี่ปุ่น จะต้องผ่านการอบรมภาคปฏิบัติในการว่าความเสียก่อนจากเนติบัณฑิตยสภา หรือจากสภาควบคุมการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายจึงจะมีสิทธิเป็นผู้พิพากษา อัยการ หรือทนายความซึ่งรายละเอียดเหล่านี้จะได้ศึกษาต่อไป แต่สำหรับประเทศไทยก่อนพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มีผลใช้บังคับคงกำหนดให้บุคคลที่ประสงค์จะเข้ารับราชการเป็นผู้พิพากษาหรือพนักงานอัยการเท่านั้นที่จะต้องผ่านการอบรมและสำเร็จเป็นเนติบัณฑิตจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา แต่หาได้บังคับถึงทนายความแต่ประการใดไม่ แต่อย่างไรก็ตามนับแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2528 ซึ่ง พ.ร.บ.ทนายความ พ.ศ. 2528 มีผลบังคับใช้เป็นต้นไป ผู้ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความโดยเฉพาะผู้ที่ไม่เคยเป็นทนายความมาก่อนหรือไม่เคยดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษา ตุลาการศาลทหาร พนักงานอัยการ อัยการทหาร หรือทนายความตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารมาก่อน จะต้องผ่านการฝึกอบรมมรรยาททนายความ หลักปฏิบัติเบื้องต้นในการว่าความและการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายจากสภาทนายความเสียก่อน แต่ก็มีข้อยกเว้นให้บุคคลบางประเภทไม่ต้องผ่านการอบรมเช่นว่านี้ ถ้าหากเป็นผู้ได้ผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี หรือเป็นผู้ที่คณะกรรมการสภาทนายความเห็นสมควร ไม่ต้องเข้าฝึกอบรม รายละเอียดเหล่านี้จะได้ศึกษาต่อไป

การประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา

เพื่อให้เห็นความแตกต่างในการประกอบวิชาชีพทนายความในต่างประเทศบ้าง ผู้เขียนใคร่ขอยกตัวอย่างบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นมาให้ศึกษาเปรียบเทียบ วงการทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา ชาวอเมริกันยอมรับกันว่าอาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติและมีรายได้ดีเช่นเดียวกับอาชีพแพทย์ด้วยกัน ดังนั้นจึงเป็นวิชาชีพที่มุ่งใจให้นักศึกษากฎหมายต่างก็อยากเป็นทนายความด้วยกันทั้งสิ้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว เกียรติยศ รายได้ การยอมรับของสังคมยังแตกต่างกันมาก ในเบื้องต้นนี้ใคร่จะกล่าวถึงพื้นฐานของผู้ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ต้องมีพื้นฐานความรู้และคุณสมบัติประการใดก่อนศึกษาในเรื่องนี้นักศึกษาพึงทำความเข้าใจในเบื้องต้นในแง่กฎหมายและการปกครองเสียก่อน

โดยปกติทั่วไปแต่ละประเทศโดยเฉพาะที่เป็นรัฐเดี่ยว¹จะมีกฎระเบียบใช้เป็นหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันทั่วอาณาเขตของตน เช่น ประเทศไทยไม่ว่าจะอยู่ในภาคใดของประเทศกล่าวคือไม่ว่าภาคกลาง ภาคเหนือ ภาคใต้ ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ต่างก็อยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้นค่อนข้างจะแตกต่างไปจากประเทศอื่นๆ ประเทศสหรัฐอเมริกาคือเป็นรัฐรวม² แบ่งการปกครองประเทศเป็นรัฐย่อยๆ ถึง 52 รัฐ (State) แต่ละรัฐซึ่งเรียกว่ามลรัฐนั้นก็มีความหมายที่เป็นอิสระเสมือนหนึ่งปกครองตนเอง กิจการใดๆ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของแต่ละรัฐๆ นั้น จะออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้กับประชากรของมลรัฐนั้นๆ ด้วยเหตุนี้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความของแต่ละมลรัฐจึงแตกต่างกันไปซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายของมลรัฐนั้นจะกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความตามแบบของตน แต่ทั้งนี้มิได้หมาย

¹ รัฐเดี่ยวมีลักษณะเป็นรัฐที่มีระบบรัฐบาลเดี่ยว กล่าวคือ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการนั้นอยู่ที่รัฐบาลกลางและแบ่งอำนาจแยกสาขาออกไปตามส่วนภูมิภาค ตัวอย่างเช่น ประเทศไทยแบ่งเป็น 76 จังหวัด ทุก ๆ จังหวัดจะมีผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นตัวแทนฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลางไปบริหารส่วนท้องถิ่นและมีศาลจังหวัดซึ่งตรงกับระบบตุลาการของส่วนกลาง กฎหมายที่ใช้บัญญัติจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารส่วนกลางมีผลบังคับใช้เท่ากันในทุก ๆ จังหวัด สรุปได้ว่ารัฐเดียวนั้น อำนาจมาจากส่วนกลางกระจายสู่ส่วนภูมิภาค ตัวอย่างรัฐเดี่ยว เช่น ประเทศไทย ฝรั่งเศส สิงคโปร์ ฯลฯ เป็นต้น

² รัฐรวม คือ รัฐที่มีระบบรัฐบาลซ้อนกันสองระบบ กล่าวคือ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการของรัฐบาลกลางและรัฐส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นอิสระ ไม่ขึ้นต่อกัน รัฐบาลกลางมีอำนาจเท่าที่รัฐบาลท้องถิ่นกำหนดให้เท่านั้น ซึ่งการปกครองในรูปแบบนี้เป็นการปกครองแบบแบ่งอำนาจระหว่างท้องถิ่นต่าง ๆ ของรัฐให้มีอำนาจออกกฎหมายบังคับในเขตปกครองของตน ไม่ก้าวล้ำซึ่งกันและกัน ตัวอย่างรัฐรวม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น

ความว่าแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงก็หาไม่ สาระสำคัญส่วนใหญ่คล้ายคลึงกัน คงแตกต่างในรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น

กล่าวโดยทั่วไป ผู้ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความได้นั้น ในเบื้องต้นจะต้องมีคุณสมบัติ

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

2) จะต้องเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ของมลรัฐนั้นๆ ทำนองเดียวกับเป็นเนติบัณฑิตยสภาในบ้านเรา แต่การจะเข้าเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาได้เข้มงวดกว่าบ้านเรา ซึ่งรายละเอียดจะได้ศึกษาต่อไป

3) จะต้องเป็นผู้ประกอบด้วยศีลธรรม จรรยาบรรณที่อันดีงาม (good moral character) และมีความเหมาะสมที่จะเป็นทนายความ (possesses general fitness requisite for attorney) คุณสมบัติข้อนี้ถือว่ามีความสำคัญมากกว่าสองอันดับข้างต้น เพราะชาวอเมริกันให้ความสำคัญต่ออาชีพนี้มาก เพราะเหตุว่าเป็นอาชีพที่ผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรมในสังคม คุณสมบัติส่วนตัวของบุคคลที่จะประกอบวิชาชีพนี้จึงเป็นสาระสำคัญที่จะต้องพิจารณาพิถีพิถันเป็นพิเศษ ผู้ที่รับผิดชอบในการพิจารณาคุณสมบัติข้อนี้ได้แก่ศาลสูงสุด (The Supreme Court) ของแต่ละมลรัฐนั้นๆ จะพิจารณาบุคคลซึ่งประกอบด้วยคุณสมบัติสองข้อข้างต้นว่าเป็นบุคคลที่ประกอบด้วยคุณธรรม ศีลธรรม และจรรยาบรรณทางสังคมที่ดีและพร้อมด้วยคุณลักษณะที่เหมาะสมกับการที่จะประกอบวิชาชีพนี้หรือไม่

ในส่วนที่เกี่ยวกับการศึกษาใคร่จะให้นักศึกษาเข้าใจในวุฒิการศึกษาของผู้จะประกอบวิชาชีพนี้เสียก่อน ซึ่งวุฒิในการศึกษานี้แตกต่างกับของประเทศไทยมาก ในบ้านเราสำเร็จปริญญาตรีทางกฎหมายหรืออนุปริญญาทางกฎหมาย ก็มีสิทธิขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความได้ หลักสูตรปริญญาตรีทางกฎหมายของบ้านเราศึกษาเพียง 4 ปี อนุปริญญาศึกษาเพียง 3 ปี ตามหลักสูตรของมหาวิทยาลัยและหลักเกณฑ์ซึ่งรัฐกำหนดให้ศึกษา แต่สำหรับสหรัฐอเมริกา แม้จะจบจากโรงเรียนกฎหมาย (law school) ได้ปริญญา J.D. (Jurist Doctor) ซึ่งเป็นปริญญาตรีทางกฎหมายของเขาแล้วก็ตาม ก็ยังประกอบอาชีพทนายความไม่ได้ การที่จะ Practice law ซึ่งหมายถึงการทำงานด้านกฎหมายได้ทุกอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือไม่ว่าจะในด้านว่าความในศาล หรือแม้แต่เป็นที่ปรึกษากฎหมายก็ตาม ผู้นั้นจะต้องสอบผ่าน Bar examination ทำนองเนติ

บัณฑิตของไทยเสียก่อน ผู้ที่สอบผ่านแล้วจึงจะได้รับการยอมรับเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ในมลรัฐที่สอบได้นั้น และหลังจากนั้นจึงจะ Practice law ในมลรัฐดังกล่าวได้ สำหรับผู้ที่ยังไม่ได้สอบ Bar หรือสอบแล้วแต่ไม่ผ่าน ก็ยังสามารถทำงานด้านกฎหมายได้เหมือนกัน เช่น ทำงานตามสำนักกฎหมายต่างๆ (Law firms) เป็นผู้ช่วยทนายความ ช่วยเตรียมคดี ค้นคำพิพากษา หรือทำวิจัย (research) เกี่ยวกับคดี แต่จะทำงานในฐานะทนายความ (attorney) หรือขึ้นว่าความในศาลยังไม่ได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการสอบผ่าน Bar ได้ เป็นสาระสำคัญหรือหัวใจในการประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายของแต่ละมลรัฐนั้นแตกต่างกันมิได้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่เหมือนประเทศไทย ทุกภาคของประเทศไทยใช้กฎหมายฉบับเดียวกัน ด้วยเหตุกฎหมายในสหรัฐอเมริกาแตกต่างกันดังกล่าว การที่จะสอบให้ผ่าน Bar ของทุกๆ มลรัฐเป็นเรื่องที่แสนเจ็บปวด เพราะแน่นอนข้อสอบของแต่ละ Bar จะแตกต่างกันไปตามเนื้อหาของกฎหมายแต่ละมลรัฐนั้น ดังนั้น ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพเป็นทนายในมลรัฐใดก็มักจะพยายามสอบให้ผ่าน Bar เฉพาะมลรัฐที่ตนประสงค์เป็นทนายหรือประกอบการทำงานอยู่เท่านั้น แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าถ้าสอบผ่าน Bar ของมลรัฐอื่นไม่ได้ หรือไม่ได้เป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ของมลรัฐอื่นจะทำงานในมลรัฐนั้นๆ ไม่ได้เลยก็หาไม่ แต่ละมลรัฐก็มีข้อยกเว้นขอมอบอนุญาตให้ทนายความจากมลรัฐอื่นซึ่งมิได้เป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ของมลรัฐตนเข้าไปว่าความในศาลของมลรัฐตนได้บ้างเหมือนกัน แต่เป็นเฉพาะกรณีซึ่งเรียกว่า Admission Pro Hac Vice โดยอยู่ภายใต้ดุลพินิจของศาลของมลรัฐ (State Court) ซึ่งจะอนุญาตก็ต่อเมื่อเห็นว่าคดีนั้นเกี่ยวเนื่องกับงานที่ทำอยู่แล้ว นอกจากนี้การได้เป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ในหลายๆ มลรัฐก็อาจได้รับการยกเว้นได้เช่นกัน Admission Pro Hac Vice ของแต่ละมลรัฐนั้นไม่เหมือนกัน รายละเอียดแตกต่างกันไป

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

เกี่ยวกับพื้นฐานการศึกษาก่อนเข้าเรียนในโรงเรียนกฎหมาย (law school) แต่ละมลรัฐแตกต่างกัน บางมลรัฐจำกัดแน่นอนว่าต้องจบจากวิทยาลัยหรือมหาวิทยาลัยที่ได้รับการรับรองวิทยฐานะ (accredited) บางมลรัฐก็ไม่เคร่งครัดในเรื่องนี้ แต่ไปเคร่งครัดคุณสมบัติพิเศษอื่นๆ แล้วแต่

ความประสงค์ของโรงเรียนกฎหมาย (law school) นั้นๆ

แต่เนื่องจากในสหรัฐอเมริกาต้องการให้ผู้ที่จะมาประกอบวิชาชีพนี้มีประสบการณ์ในชีวิตมากพอสมควรเพราะเป็นอาชีพที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ (public service) และผูกพันในกระบวนการยุติธรรมในสังคม จึงต้องการผู้ที่มี intellectual ability คือ บุคคลที่ประกอบด้วยวิวุฒิ คุณวุฒิ และความเป็นผู้มีเหตุผลมากกว่าอาชีพอื่นๆ ดังนั้นผู้ที่จะมีสิทธิเข้าศึกษาต่อในโรงเรียนกฎหมาย (law school) จะต้องสำเร็จปริญญาตรีในสาขาใดสาขาหนึ่งมาแล้วก่อน กล่าวนี้หมายความว่าต้องมีพื้นฐานระดับปริญญาตรีก่อนจึงจะมีสิทธิเรียนกฎหมายได้ ซึ่งต่างกับบ้านเรา จบ ม.6 หรือบางมหาวิทยาลัยเปิดโอกาสให้ผู้จบ ม.3 แต่ได้ทำงานรับราชการจนถึงชั้นชั้นตรี หรือ ซี 3. มีสิทธิเรียนกฎหมายได้ หรือบางมหาวิทยาลัยรับนักเรียนซึ่งกำลังเรียนอยู่ในระดับชั้นมัธยมปีที่ 4 เข้าเรียนไปก่อน เมื่อจบการศึกษาระดับมัธยมแล้วจึงเทียบโอนหน่วยกิตเพื่อรับปริญญาได้ ดังนี้ เป็นต้น แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดมาตรฐานสูงกว่าประเทศเรา จบปริญญาตรีสาขาใดสาขาหนึ่งแล้วจึงจะมีสิทธิเรียนปริญญาตรีทางกฎหมาย ถ้าสำเร็จได้ปริญญา J.D. (Jurist Doctor) ก็คือปริญญาตรีทางกฎหมาย พึงสังเกตไม่ใช่ปริญญาเอก เมื่อสำเร็จปริญญาตรีทางกฎหมายแล้วต้องสอบผ่าน Bar ของมลรัฐจึงจะมีสิทธิเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ของมลรัฐจึงจะเป็นทนายความได้ ขึ้นตอนยากกว่าของประเทศไทย ของเราจบปริญญาตรีหรืออนุปริญญาทางกฎหมายสามารถสมัครเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาได้ ไม่จำเป็นต้องสอบผ่านเป็นเนติบัณฑิตยแต่ประการใด

แต่อย่างไรก็ตามมีหลักที่ยอมรับมีข้อยกเว้นเป็นของธรรมดาสำหรับกฎหมาย ในสหรัฐอเมริกาก็เช่นเดียวกัน มีข้อยกเว้นผู้ที่มีได้สำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนกฎหมาย (law school) ก็มีสิทธิจะสอบ Bar ได้เหมือนกัน ตัวอย่าง เช่น ในมลรัฐนิวยอร์ก ยินยอมให้ผู้ทำงานด้านกฎหมายในสำนักงานกฎหมายเป็นเวลาไม่ต่ำกว่า 4 ปี ซึ่งรวมทั้งการได้เข้าศึกษาหลักสูตรกฎหมายในโรงเรียนกฎหมายที่ได้รับการรับรองแล้ว 1 ปีด้วย มีสิทธิที่จะเข้าสอบ New York Bar ได้ เป็นต้น

นอกจากนี้ก็มีข้อแตกต่างออกไปเกี่ยวกับการมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ (residence) ในมลรัฐที่ตนจะสอบ Bar บางมลรัฐ เช่น นิวยอร์ก ผู้จะมีสิทธิสอบ Bar ได้ต้องมีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐนิวยอร์ก ก่อนหน้าที่จะมีการสอบอย่างน้อย 6 เดือน ดังนี้ เป็นต้น สำหรับประเทศไทยไม่มีปัญหาเช่นว่านี้

วิชาชีพทนายความในประเทศญี่ปุ่น

นักกฎหมายที่จะประกอบวิชาชีพทนายความได้ จะต้องผ่านการสอบแข่งขันเป็นเนติบัณฑิตแห่งชาติ จึงจะได้รับการรับรองให้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเป็นทนายความได้ นอกจากนี้อาจารย์

ผู้สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยระดับศาสตราจารย์ หรือรองศาสตราจารย์ ได้สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยมาไม่น้อยกว่า 5 ปี รวมทั้งอัยการและผู้พิพากษาซึ่งเกษียณอายุราชการหรือลาออกจากราชการแล้ว ก็จะได้รับอนุญาตให้ว่าความได้เช่นกัน ทนายความทุกคนจะต้องขึ้นทะเบียนที่ “นิชิเบนเรน” (Nichibenren) หรือที่รู้จักกันว่า “สหพันธ์เนติบัณฑิตยสมาคมแห่งประเทศไทย” (The Japan Federation of Bar Association) จึงจะสามารถว่าความได้ บุคคลอื่นนอกจากนี้หากว่าความหรือให้คำปรึกษาทางกฎหมายที่มีค่าตอบแทน จะถือเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติทนายความ หลักการนี้ใกล้เคียงกับการประกอบวิชาชีพทนายความของไทย (พ.ร.บ. ทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 33) รายละเอียดจะได้ศึกษาต่อไป
