

บทที่ 2

ประวัติวิชาชีพนักกฎหมาย

วิชาชีพทางกฎหมายที่ประกอบรวมเข้าอยู่ในกระบวนการยุติธรรมมี 4 ประเภท คือ ตำรวจ อัยการ ผู้พิพากษา ทนายความ จะเห็นได้ว่าตำรวจ อัยการ ผู้พิพากษา เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ เฉพาะทนายความเท่านั้นเป็นเอกชนที่เข้าร่วมงานอยู่ในกระบวนการยุติธรรม บทบาทของเอกชนที่เข้ามาร่วมงานของรัฐรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง คือ ช่วยตรวจเช็คการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าได้ปฏิบัติตามกฎหมายและใช้ดุลพินิจอย่างยุติธรรมหรือไม่ ทนายความเป็นอาชีพเก่าแก่ มีประวัติศาสตร์ยาวนานมีความจำเป็นต่อกระบวนการยุติธรรมไม่น้อยกว่าผู้พิพากษา อัยการและตำรวจ การพัฒนาวิชาชีพทนายความมีมานานแล้ว แต่ไม่สามารถกำหนดจุดกำเนิดที่แน่นอนได้ว่าเริ่มต้นตั้งแต่เมื่อไร เพียงแต่ยอมรับกันว่าวิชาชีพนี้ก่อกำเนิดมาจากศิลปะการพูดในที่ชุมชน ซึ่งแต่เดิมพูดเพื่อประโยชน์ของตนเอง ต่อมาพัฒนากลายเป็นการพูดเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น^๑

ในสมัยโบราณไม่ว่ายุโรปหรือเอเชีย การพิจารณาคดีมีผู้พิจารณาคดีคือองค์พระมหากษัตริย์ โดยพระมหากษัตริย์หรือผู้ปกครองจะได้สวนเอาข้อเท็จจริงจากคู่กรณีหรือจำเลย ในคดีแพ่งได้สวนคู่กรณี 2 ฝ่าย ในคดีอาญาได้สวนเอาข้อเท็จจริงจากจำเลย โดยลักษณะการพิจารณาคดีนั้นเองทำให้ไม่สามารถมีทนายความเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ได้ เพราะไม่มีบทบาทของทนายความอยู่ในกระบวนการพิจารณาคดี ขณะที่พระมหากษัตริย์หรือผู้ปกครองได้สวนเอาข้อเท็จจริงต้องได้สวนเอาจากตัวความ จะให้บุคคลอื่นขึ้นมาแถลงเหตุผลใช้ศิลปะการกับพระมหากษัตริย์หรือผู้ปกครองย่อมเป็นไปไม่ได้ การกระทำเช่นนั้นขัดแย้งกับระบบการปกครอง ซึ่งปกครองโดยพระมหากษัตริย์พระองค์มีอำนาจสิทธิขาด จะปล่อยให้บุคคลอื่นมาโต้เถียงไม่ได้ การฟ้องร้องต้องฟ้องร้องต่อพระมหากษัตริย์ การแก้ข้อกล่าวหาก็ต้องแก้กล่าวหาต่อพระมหากษัตริย์ คนอื่นจะทำแทนไม่ได้ ต่อมาสังคมเริ่มพัฒนาเป็นชุมชนใหญ่ขึ้น ตั้งครอบครัวใหญ่ หัวหน้าสกุลมีบทบาทมากขึ้น มีความสำคัญมากขึ้น เมื่อบรรดาสมาชิกในครอบครัวมีข้อพิพาทกับบุคคลอื่นก็ต้องมาปรึกษาหัวหน้าสกุล หัวหน้าสกุลให้คำปรึกษาให้ความเห็นแก่สมาชิกในครอบครัวว่าสมควรฟ้องร้องหรือแก้ข้อกล่าวหาอย่างไร แต่ในระยะนี้ยังเป็นเพียงการแนะนำนอกห้องพิจารณา ไม่สามารถเข้าไปแนะนำในห้อง

^๑ อูจริค อวาร์ฮูซ, ทนายความพิเคราะห์ว่าด้วยความสำคัญของทนายความ, หน้า 1๐๐-1๐7.

พิจารณา คือแนะนำเพื่อให้ตัวความไปแถลงต่อพระมหากษัตริย์เอง ต่อมาพัฒนาขึ้นอีกขั้นหนึ่งให้หัวหน้าสกุลสามารถเข้าไปในห้องพิจารณาได้ และกล่าวแทนสมาชิกในครอบครัวของตัวเองได้ แต่ยังมีข้อจำกัดคือ กล่าวแทนเฉพาะสมาชิกในครอบครัวเท่านั้น จะกล่าวแทนผู้อื่นโดยทั่ว ๆ ไปไม่ได้ จากนั้นเริ่มขยายวงออกไป นอกจากกล่าวแทนสมาชิกในครอบครัวแล้วยังสามารถกล่าวแทนบรรดาญาติใกล้ชิดและเพื่อนฝูง ผู้ที่จะกล่าวแทนตัวความในการพิจารณาจึงต้องพัฒนาตัวเองขึ้นให้มีความรู้ทางด้านกฎหมายเพิ่มขึ้น ทำงานมากขึ้นทำให้มีประสบการณ์กลายเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย ภาษาโรมันเรียกว่า "Synegoros" ซึ่งแปลว่า ผู้มีความรู้ทางกฎหมายหรือแบบแผนประเพณี ปกติจะต้องเป็นผู้อาวุโสได้รับความเคารพว่ามีความรู้ระเบียบแบบแผนประเพณีดีกว่าคนอื่น จุดกำเนิดของวิชาชีพนักกฎหมายเกิดขึ้นจาก Synegoros นี้เอง

ในสมัยกรีก

ผู้รับแต่งตั้งค่าแถลงโดยคู่ความต้องจดจำคำแถลงนั้นเข้าไปกล่าวต่อศาลเอง ซึ่งอาจเป็นคำแถลงทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ต่อมาเห็นว่าการให้คู่ความท่องจำก็ไม่ค่อยได้ผล จึงอนุญาตให้ผู้แต่งตั้งค่าแถลงมากกล่าวต่อศาลเสียเอง เพราะฟังเข้าใจได้ง่ายกว่า มีความรู้ทางกฎหมายและขนบธรรมเนียมประเพณีถูกซักถามอะไรก็เข้าใจได้ดีกว่า ส่วนคู่ความเมื่อถูกซักถามมักจะตอบไม่ได้ เมื่อผู้แต่งตั้งค่าแถลงมีประสบการณ์การทำงานนานก็กลายเป็นมีความรู้ความชำนาญทางกฎหมาย

สมัยโรมัน

การพิจารณาคดีของโรมันมีลักษณะคล้ายกับของกรีก คือ คู่ความต้องว่าความ ต้องแถลงการ ต้องต่อสู้คดีด้วยตนเองต่อหน้าพระมหากษัตริย์ วิชาชีพทนายความเริ่มต้นคล้าย ๆ กันคือเริ่มจากหัวหน้าสกุลเป็นผู้ว่าคดีแทนสมาชิกในครอบครัว ซึ่งรวมทั้งทาสในครอบครัวด้วย โรมันเรียกหัวหน้าสกุลว่า Patron ซึ่งต่อมารับปรึกษาข้อพิพาทนอกสกุลด้วย แล้วขยายกว้างออกไปจนกลายเป็นวิชาชีพ อาณาจักรโรมันกว้างใหญ่มาก มีการค้าขายกันระหว่างเมือง ระหว่างรัฐ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในทางธุรกิจการค้าไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะในกรุงโรมอาจจะเกิดขึ้นตามเมืองต่าง ๆ ที่มีการค้าขาย หัวหน้าสกุลไม่สามารถจะตามไปว่าคดีตามเมืองต่าง ๆ ได้ ความจำเป็นทำให้เกิดการแต่งตั้งผู้แทนเพื่อว่าคดีตามหัวเมืองต่าง ๆ ขึ้น วิชาชีพถือกำเนิดขึ้นจากการเป็นตัวแทนของคู่ความเพื่อว่าคดี ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

1. Cognitor คือ ผู้แทนที่ตัวความแต่งตั้งต่อหน้าคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง
 2. Procurator คือ ผู้แทนที่ตัวความแต่งตั้งสืบหลังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง
- ผู้แทนทั้งสองประเภทสามารถว่าคดีในการพิจารณาของศาลเช่นเดียวกัน

นอกจากนั้นในสมัยโรมันยังมีตัวแทนอีกประเภทหนึ่งซึ่งไม่ว่าความแทนตัวความ แต่เป็นเพียงผู้เขียนคำแถลงการให้คู่ความอย่างเดียว เรียกว่า "Orator"

งานของทนายความต้องเป็นตัวแทนของคู่ความต่อสู้คดีเมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้น ต้องพิทักษ์ผลประโยชน์ของคู่ความ เป็นงานที่มีความสำคัญทั้งต่อคู่ความเองและมีความสำคัญต่อชุมชนทั้งหมด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องสร้างกฎระเบียบสำหรับวิชาชีพ เพื่อจำกัดไม่ให้ผู้ประกอบวิชาชีพใช้งานแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว ซึ่งเสียหายแก่ผลประโยชน์ของคู่ความและของสังคมทั่วไป เริ่มมีข้อจำกัดเช่น ห้ามไม่ให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 17 ปีประกอบวิชาชีพ ห้ามไม่ให้คนหูหนวก ตาบอด หรือผู้หญิงประกอบวิชาชีพ จำกัดว่าจะต้องเป็นผู้มีความประพฤติดีจึงจะประกอบวิชาชีพนี้ได้ ในไม่ช้าเมื่อมีผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมากขึ้นข้อจำกัดต่าง ๆ ไม่เพียงพอที่จะควบคุมการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ทำให้ปฏิบัติงานออกนอกทางกันมาก ใช้ความสามารถของตนในเชิงกฎหมายเอาเปรียบคนอื่น เหตุการณ์นี้ทำให้วิชาชีพทางกฎหมายเสื่อมลง ประชาชนไม่ไว้วางใจนักกฎหมายหรือทนายความ จึงไม่จ้างเป็นผู้แทนคดี ยุคกลางของโรมันวิชาชีพทนายความเสื่อมลงไปประมาณ 300 ปี จนกระทั่งศตวรรษที่ 5 วิชาชีพนักกฎหมายจึงเป็นค่อย ๆฟื้นตัวขึ้นมาใหม่ได้มีการออกกฎหมายควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพมากขึ้น จำกัดจำนวนทนายความในแต่ละหัวเมือง แยกประเภททนายความออกเป็น 3 ประเภท

1. Procurator เป็นผู้แทนว่าคดีแก่ต่างคดีแทนคู่ความ
2. Advocate หรือ Orator ทำหน้าที่แถลงการอย่างเดียว
3. Jurisconsult ทำหน้าที่ให้คำปรึกษากฎหมาย ร่างสัญญา ทำนิติกรรม ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามกฎหมาย แต่งตำรากฎหมาย เน้นงานทางวิชาการกฎหมายมาก ในที่สุดจักรพรรดิแห่งโรมันก็นำเอาตำรากฎหมายของ Jurisconsult มารวบรวมจัดทำเป็นประมวลกฎหมายโรมันซึ่งปรากฏอยู่จนทุกวันนี้

ในยุคยุโรป

เมื่ออาณาจักรโรมันล่มสลายไปแล้วยุโรปเข้าสู่ยุคมืด คริสตจักรมีอิทธิพลครอบงำการปกครอง มีศาสนาตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาประชาชนที่ออกนอกคริสตชนนอกคำสอนของศาสนา ในศาสนาคริสต์มีพวกพระทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่คู่ความ ความยิ่งใหญ่ของศาสนาในยุคนี้ ทำให้พระซึ่งว่าคดีในศาสนาคริสต์มีอำนาจออกมาว่าคดีพลเรือนด้วย แต่ในที่สุดเมื่อศาสนาเริ่มลดอำนาจลงพระก็ถูกห้ามว่าคดีในศาลพลเรือน ทนายความในศาลศาสนาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. Proctor เป็นทนายความทำหน้าที่ไต่สวนคดีและรวบรวมข้อเท็จจริง แต่ไม่ได้เข้าว่าคดีแก่

ต่างคดีในการพิจารณา ทนายพวกนี้ไปถึงประเทศอังกฤษวิวัฒนาการกลายเป็น Solicitor

2. Advocate ทนายความประเภทนี้ต้องได้รับการแต่งตั้งจากศาล ให้เป็นผู้มีคุณสมบัติว่าความแก้ต่างคดีในศาลได้ เมื่อประชาชนมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็เลือก Advocate ซึ่งศาลรับรองแล้วเป็นทนายความของตน ระบบนี้ใช้อยู่หลายประเทศในปัจจุบัน คือ ผู้เป็นทนายความนอกจากสำเร็จวิชากฎหมายหรือเนติบัณฑิตแล้ว จะว่าความในศาลจะต้องให้ศาลนั้นแต่งตั้งให้เป็นทนายความของศาลนั้น รวมทั้งศาลสูงสุดด้วย ทนายความที่จะเขียนฎีกาได้ต้องเป็นทนายความที่ศาลสูงสุดรับรองให้ว่าความและเขียนฎีกาได้

ในประเทศอังกฤษมีวิวัฒนาการทางกฎหมายเป็นของตัวเอง แยกออกจากระบบกฎหมายโรมัน เพราะอังกฤษต้องการแยกตัวออกจากศาสนาคิสต์นิกายโรมันคาทอลิก ไม่ต้องการขึ้นกับวาติกัน ศาสนาคิสต์ในอังกฤษก็ไม่ใช่นิกายโรมันคาทอลิก ระบบกฎหมายอังกฤษจึงแยกออกจากระบบกฎหมายของภาคพื้นยุโรปด้วย Common Law มีบรรทัดฐานคำพิพากษาเกิดขึ้นมากมาย ประชาชนธรรมดาไม่สามารถติดตามหลักเกณฑ์ซึ่งศาลได้ทยอยวางไว้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นก็ไม่สามารถช่วยตัวเองได้ ไม่สามารถแถลงการหรือต่อสู้คดีได้ จำเป็นต้องมีผู้มีความรู้พิเศษเข้ามาช่วยเหลือคือทนายความ แต่เดิมชาวอังกฤษไม่มีสิทธิตั้งทนายความว่าคดีแทนตัวเอง พระมหากษัตริย์เท่านั้นสามารถตั้งผู้ว่าคดีแทนพระองค์เพื่อเอาความผิดประชาชนจนกระทั่งถึงยุคพระเจ้า Henry ที่ 1 ประชาชนจึงมีสิทธิแต่งตั้งทนายความ ต่อมาคริสต์ศตวรรษที่ 17 จึงมีทนายความขึ้นอีกประเภทหนึ่งเรียกว่า "Solicitor" มีหน้าที่เตรียมคดีให้แก่ทนายความที่เรียกว่า "Barrister" ซึ่งจะนำทั้งข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและเหตุผลต่าง ๆ ที่ Solicitor เตรียมไว้ไปว่าคดีในศาล

ประวัติศาสตร์วิชาชีพในประเทศไทย

ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นเวลานาน พระมหากษัตริย์เป็นผู้ไต่สวนข้อเท็จจริงจากคู่ความเอง มีวิธีพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เรียกว่าจารีตนครบาล คือ การใช้ทนต์ทรมานเพื่อให้บอกความจริง เช่น ถ้าจำเลยสามารถดำน่านได้นานก็แสดงว่าเทวดาเข้าข้างจำเลยจึงประทานพลังกำลังแก่จำเลย โดยสภาพของการพิจารณาคดีจึงมีคนอื่นเข้าไปรับทนต์ทรมานแทนไม่ได้ วิชาชีพทางกฎหมายยังเกิดขึ้นไม่ได้ จนกระทั่ง พ.ศ. 1899 พระเจ้าอยู่หัวมีพระอัยการรับฟ้องให้มีผู้ทำหน้าที่เรียบเรียงคำฟ้อง คำให้การ คำแถลง แต่ไม่มีหน้าที่ซักถามซักค้านหรือถามถึงพยานเพราะศาลเป็นผู้ทำเองในระบบพิจารณาแบบไต่สวน ทนายความเป็นเพียงตัวแทนของคู่ความอยู่ข้างหลังเท่านั้น ส่วนมากจะปกปิดชื่อเสียงของตัวเอง เพราะเมื่อนำคดีไปฟ้องต่อพระมหากษัตริย์ทำให้รู้ว่าเป็นหมอกความ การปกครองระหว่างยุคอยุธยาและรัตนโกสินทร์ตอนต้นในระบอบศักดินาซึ่งกำหนดศักดิ์ศรีของพลเมือง โดยใช้จำนวนที่นาเป็นหน่วยวัด ทุกคนมี

ศักดิ์นาของตัวเอง ทาสศักดิ์นา 5 ไร่ คนธรรมดามีศักดิ์นา 25 ไร่ เกี่ยวกับวิชาชีพนักกฎหมาย ผู้มีศักดิ์นา 400 ไร่ขึ้นไปสามารถมีตัวแทนเข้าไปว่าคดีในศาลได้เพราะถือว่าเป็นบุคคลชั้นสูง ในสังคม การที่จะต้องอยู่ในสถานะเป็นคู่ความถูกคู่ค่า ขู่ตะคอกตามวิธีพิจารณาในระบบไต่สวนเป็นการ ไม่สมควร จึงให้มีผู้แทนเข้าไปว่าคดีแทน ส่วนผู้มีศักดิ์นาน้อยกว่า 400 ไร่ต้องไปทำหน้าที่ตัวเองถูก ไต่สวนเองจะตั้งตัวแทนไม่ได้ อย่างไรก็ตามลักษณะงานของทนายความในสมัยนั้นยังเน้นทางแต่ง คำฟ้อง คำให้การ คำแถลง จำนวนน้อยที่จะเข้าไปว่าคดีในศาล

สมัยรัชกาลที่ 5 วิชาชีพทนายความจึงเข้าสู่ยุคปัจจุบัน โดยเริ่มตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 3 และที่ 4 ประเทศไทยเปิดประเทศติดต่อกับต่างประเทศ มีคนต่างประเทศและคนในบังคับของ ต่างประเทศเข้ามาอยู่ในประเทศไทยมาก แต่ระบบศาลในสมัยนั้นยังกระจัดกระจายอยู่ตามหน่วย ราชการของเจ้าทรงกรมต่าง ๆ บรรดาเชื้อพระวงศ์ได้รับแต่งตั้งให้ปกครองพลเมืองเป็นกลุ่ม ๆ มีพระนามเป็น "กรม" ต่าง ๆ เช่น "กรมพระ" "กรมหลวง" เป็นต้น พระมหากษัตริย์พระราชทาน อำนาจปกครองและอำนาจดูแลพิจารณาข้อพิพาทของคนในปกครองด้วย⁹ ระบบศาลจึงกระจายออกไป อยู่ตามหน่วยราชการเจ้าทรงกรมต่าง ๆ บรรทัดฐานคำพิพากษาทั้งข้อกฎหมายและการใช้ จุลพินิจการวินิจฉัยข้อเท็จจริงล้วนไม่ค่อยเหมือนกัน ทำให้ต่างประเทศที่เข้ามาติดต่อเห็นว่าระบบ กฎหมายไทยยังล้าหลังมากจึงไม่ยอมขึ้นศาลไทย บังคับให้ประเทศไทยต้องเสียดิสริภาพนอก อาณาเขต ตั้งศาลต่างประเทศขึ้นในประเทศไทย ในศาลต่างประเทศคนต่างประเทศหรือคน ในบังคับต่างประเทศมีสิทธิมีทนายความว่าความแก้ต่างได้ แต่คนไทยยังต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัด ศักดินา 400 ไร่ จนกระทั่ง ร.ศ. 113 มีคดีเกิดขึ้นที่จังหวัดเชียงใหม่เกี่ยวกับสัมปทานป่าไม้ระหว่าง เจ้านครเชียงใหม่เชื้อเจ้าพระยาทรงสุรเดชกับคนในบังคับอังกฤษชื่อหม่อมทูลจ้อ พิเคราะห์ในศาล ต่างประเทศ พระยาทรงสุรเดชแต่งตั้งทนายเข้าสู่คดีเป็นครั้งแรก¹⁰ ถือว่าทนายความแผนใหม่เกิดขึ้น ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา การมีทนายความว่าคดีในศาลต่างประเทศนี้ทำให้คนไทยไม่เสียดเปรียบคน ต่างชาติ เพราะฉะนั้น พ.ศ. 2424 จึงตราพระราชบัญญัติว่าความศาลต่างประเทศ จุลศักราช 1243 ให้คนไทยทุกคนมีสิทธิแต่งตั้งทนายความขึ้นแก้ต่างได้โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องศักดิ์นา 400 ไร่

ต่อมารัชกาลที่ 5 ทรงปฏิรูประบบศาลเสียใหม่ โดยรวบรวมเอาศาลที่อยู่ตามหน่วยราชการ ต่าง ๆ เข้ามาไว้ในที่เดียวกัน แล้ว ร.ศ. 110 ตั้งเป็นกระทรวงยุติธรรมขึ้นเป็นองค์กรรับผิดชอบเพียง แห่งเดียว เพื่อทำให้ระบบกฎหมาย แนวคำวินิจฉัยข้อกฎหมายและการใช้ดุลพินิจเป็นไปในมาตรฐาน เดียวกัน ร.ศ. 111 อนุญาตให้มีการว่าความชกัถามพยานโดยทนายความในศาลได้ หลังจากนั้น

⁹ อติ สรวิชัย, สังคมไทยในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2418 หน้า 115-119, 166-167.

¹⁰ วรา ไวยหงษ์, หนังสือที่ระลึกในงานเปิดศาลจังหวัดเชียงใหม่ 30 มกราคม 2527, หน้า 20.

ระบบการศาลได้รับการพัฒนาขึ้น วิชาชีพของนักกฎหมายก็พัฒนาควบคู่กันไป แต่มีทนายความที่ใช้
เล่ห์เหลี่ยมเอาเปรียบคู่ความอยู่ พ.ศ. 2456 จึงได้มีกฎหมายบทกระทำความผิดให้ควบคุมความ
ประพฤติของทนาย พ.ศ. 2457 ก็มีพระราชบัญญัติทนายความขึ้น ตั้งเนติบัณฑิตยสภา กำหนด
ข้อบังคับมรรยาททนายความ และกำหนดคุณสมบัติของผู้เป็นทนายความ วิชาชีพทนายความได้รับ
การพัฒนาขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทั่ง พ.ศ. 2528 มีการตราพระราชบัญญัติทนายความฉบับใหม่
จัดตั้งสภาทนายความขึ้นเป็นองค์กรอิสระเฉพาะของทนายความแยกออกมาจากเนติบัณฑิตยสภา
