

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 ต่อมาพัฒนากลายเป็นการพูดเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น⁸

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

⁸: สุจริต ถาวรสุข, ทนายความพิศดารว่าด้วยความสำคัญของทนายความ, หน้า 190–197.

พิจารณา คือแนะนำเพื่อให้ตัวความไปแถลงต่อพระมหากษัตริย์เอง ต่อมาพัฒนาขึ้นอีกขั้นหนึ่งหัวหน้าสกุลสามารถเข้าไปในห้องพิจารณาได้ และกล่าวแทนสมาชิกในครอบครัวของตัวเองได้ แต่ยังมีข้อจำกัดคือ กล่าวแทนเฉพาะสมาชิกในครอบครัวเท่านั้น จะกล่าวแทนผู้อื่นโดยทั่ว ๆ ไปไม่ได้ จากนั้นเริ่มขยายวงออกไป นอกจากกล่าวแทนสมาชิกในครอบครัวแล้วยังสามารถกล่าวแทนบรรดาญาติ ไกลชิดและเพื่อนฝูง ผู้ที่จะกล่าวแทนตัวความในการพิจารณาจึงต้องพัฒนาตัวเองขึ้นให้มีความรู้ทางด้านกฎหมายเพิ่มขึ้น ทำงานมากขึ้นทำให้มีประสบการณ์กลายเป็นผู้มีมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย ภาษาโรมันเรียกว่า “Synegoros” ซึ่งแปลว่า ผู้มีความรู้ทางกฎหมายหรือแบบแผนประเพณี ปกติจะต้องเป็นผู้อาวุโสได้รับความเคารพว่ามีความรู้ระเบียบแบบแผนประเพณีดีกว่าคนอื่น จุดกำเนิดของวิชาชีพนักกฎหมายเกิดขึ้นจาก Synegoros นี้เอง

ในสมัยกรีก

ผู้รับแต่งตั้งค่าแถลงโดยคู่ความต้องจดจำค่าแถลงนั้นเข้าไปกล่าวต่อศาลเอง ซึ่งอาจเป็นค่าแถลงทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ต่อมาเห็นว่าทำให้คู่ความท่องจำก็ไม่ค่อยได้ผล จึงอนุญาตให้ผู้แต่งตั้งค่าแถลงมากล่าวต่อศาลเสียเอง เพราะฟังเข้าใจได้ง่ายกว่า มีความรู้ทางกฎหมายและขนบธรรมเนียมประเพณีถูกซักถามอะไรก็เข้าใจได้ดีกว่า ส่วนคู่ความเมื่อถูกซักถามมักจะตอบไม่ได้ เมื่อผู้แต่งตั้งค่าแถลงมีประสบการณ์การทำงานนานก็กลายเป็นมีความรู้ความชำนาญทางกฎหมาย

สมัยโรมัน

การพิจารณาคดีของโรมันมีลักษณะคล้ายกับของกรีก คือ คู่ความต้องว่าความ ต้องแถลงการ ต้องต่อสู้คดีด้วยตนเองต่อหน้าพระมหากษัตริย์ วิชาชีพนายความเริ่มต้นคล้าย 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 ผู้แทนที่ตัวความแต่งตั้งลับหลังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง
- 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 ๆ ฟื้นตัวขึ้นมาใหม่ได้มีการออกกฎหมายควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพมากขึ้น จำกัดจำนวนทนายความในแต่ละหัวเมือง แยกประเภททนายความออกเป็น 3 ประเภท

1. Procurator เป็นผู้แทนว่าคดีแก้ต่างคดีแทนคู่ความ
2. Advocate หรือ Orator ทำหน้าที่แถลงการอย่างเดียว
3. Jurisconsult ทำหน้าที่ให้คำปรึกษากฎหมาย ร่างสัญญา ทำนิติกรรม ให้คำปรึกษา

เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามกฎหมาย แต่งตำรากฎหมาย เน้นงานทางวิชาการกฎหมายมาก ในที่สุดจักรพรรดิแห่งโรมันก็นำเอาตำรากฎหมายของ Jurisconsult มารวบรวมจัดทำเป็นประมวลกฎหมายโรมันซึ่งปรากฏอยู่จนทุกวันนี้

ในยุคยุโรป

เมื่ออาณาจักรโรมันล่มสลายไปแล้วยุโรปเข้าสู่ยุคมืด คริสตจักรมีอิทธิพลครอบงำการปกครอง มีศาลศาสนาดั้งขึ้นเพื่อพิจารณาประชาชนที่ออกนอกกริตนอกคำสอนของศาสนา ในศาลศาสนามีพวกพระทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้แก่ตัวความ ความยิ่งใหญ่ของศาสนาในยุคนั้น ทำให้พระซึ่งว่าคดีในศาลศาสนามีอำนาจออกมาว่าคดีพลเรือนด้วย แต่ในที่สุดเมื่อศาสนาเริ่มลดอำนาจลงพระก็ถูกห้ามว่าคดีในศาลพลเรือน ทนายความในศาลศาสนาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. Proctor เป็นทนายความทำหน้าที่ไต่สวนคดีและรวบรวมข้อเท็จจริง แต่ไม่ได้เข้าว่าคดีแก้

ต่างคดีในการพิจารณา ทนายพวกนี้ไปถึงประเทศอังกฤษวิวัฒนาการกลายเป็น Solicitor

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

ในประเทศอังกฤษวิวัฒนาการทางกฎหมายเป็นของตัวเอง แยกออกจากระบบกฎหมายโรมัน เพราะอังกฤษต้องการแยกตัวออกจากศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ไม่ต้องการขึ้นกับวาติกัน ศาสนาคริสต์ในอังกฤษก็ไม่ใช้ในกายนิกายโรมันคาทอลิก 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 ถ้าจำเลยสามารถดำนน้ำได้นานก็แสดงว่าเทวดาเข้าข้างจำเลยจึงประทานพละกำลังแก่จำเลย โดยสภาพของการพิจารณาคดีจึงมีคนอื่นเข้าไปรับทนต์ทรมานแทนไม่ได้ วิชาชีพทางกฎหมายยังเกิดขึ้นไม่ได้ จนกระทั่ง พ.ศ. 1899 พระเจ้าอยู่หัวมีพระอัยการรับฟ้องให้มีผู้ทำหน้าที่เรียบเรียงคำฟ้อง คำให้การ คำแถลง แต่ไม่มีหน้าที่ซักถามซักค้านหรือถามติงพยานเพราะศาลเป็นผู้ทำเองในระบบพิจารณาแบบไต่สวน ทนายความเป็นเพียงตัวแทนของคู่ความอยู่ข้างหลังเท่านั้น ส่วนมากจะปกปิดชื่อเสียงของตัวเอง เพราะเมื่อนำคดีไปฟ้องต่อพระมหากษัตริย์ทำให้รู้ว่าเป็นหมอกความ การปกครองระหว่างยุคอยุธยาและรัตนโกสินทร์ตอนต้นในระบอบศักดินาซึ่งกำหนดศักดิ์ศรีของพลเมือง โดยใช้จำนวนที่นาเป็นหน่วยวัด ทุกคนมี

ศักดินาของตัวเอง ทาสมีศักดินา 5 ไร่ คนธรรมดามีศักดินา 25 ไร่ เกี่ยวกับวิชาชีพนักกฎหมาย ผู้มีศักดินา 400 ไร่ขึ้นไปสามารถมีตัวแทนเข้าไปว่าคดีในศาลได้เพราะถือว่าเป็นบุคคลชั้นสูง ในสังคม การที่จะต้องอยู่ในสถานะเป็นคู่ความถูกดูต่ำ ชู่ตะคอกตามวิธีพิจารณาระบบใต้อสวนเป็นการ ไม่สมควร จึงให้มีผู้แทนเข้าไปว่าคดีแทน ส่วนผู้มีศักดินาน้อยกว่า 400 ไร่ต้องไปทำหน้าที่ตัวความถูก ใต้อสวนเองจะตั้งตัวแทนไม่ได้ 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 ระบบศาลจึงกระจายออก ไปอยู่ตามหน่วยราชการเจ้าทรงกรมต่าง ๆ บรรทัดฐานคำพิพากษาทั้งข้อกฎหมายและการใช้ ดุลพินิจการวินิจฉัยข้อเท็จจริงลึกล้ำไม่ค่อยเหมือนกัน ทำให้ต่างประเทศที่เข้ามาติดต่อเห็นว่าระบบ กฎหมายไทยยังล้าหลังมากจึงไม่ยอมขึ้นศาลไทย บีบบังคับให้ประเทศไทยต้องเสียสิทธิสภาพนอก อาณาเขต ตั้งศาลต่างประเทศขึ้นในประเทศไทย ในศาลต่างประเทศคนต่างประเทศหรือคน ในบังคับต่างประเทศมีสิทธิมีทนายความว่าความแก้ต่างได้ แต่คนไทยยังต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัด ศักดินา 400 ไร่ จนกระทั่ง ร.ศ. 113 มีคดีเกิดขึ้นที่จังหวัดเชียงใหม่เกี่ยวกับสัมปทานป่าไม้ระหว่าง เจ้านครเชียงใหม่เชื้อเจ้าพระยาทรงสุรเดชกับคนในบังคับอังกฤษชื่อหม่อมทูลจ้อ พิเคราะห์ในศาล ต่างประเทศ พระยาทรงสุรเดชแต่งทนายเข้าสู่คดีเป็นครั้งแรก¹⁰ ถือว่าทนายความแผนใหม่เกิดขึ้น ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา การมีทนายความว่าคดีในศาลต่างประเทศนี้ทำให้คนไทยไม่เสียเปรียบคน ต่างชาติ เพราะฉะนั้น พ.ศ. 2424 จึงตราพระราชบัญญัติว่าความศาลต่างประเทศ จุลศักราช 1243 ให้คนไทยทุกคนมีสิทธิแต่งทนายความขึ้นแก้ต่างได้โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องศักดินา 400 ไร่

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

9. อุดิน รพีพัฒน์, สังคมไทยในสมัยต้นรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325–2416 หน้า 115–119, 166–167.

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

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