

บทที่ 2

วิวัฒนาการของการประกอบวิชาชีพทนายความ บทบาทและหน้าที่ ของทนายความในการดำเนินคดีแพ่งและการดำเนินคดีแบบกลุ่ม

การที่มนุษย์ชอบอาศัยอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มหมู่เหล่าประกอบไปด้วยประชากรเป็นจำนวนมากน้อยแตกต่างกันไปของแต่ละกลุ่มหมู่เหล่าของผู้ชนนั้น การอยู่ร่วมกันของประชากรจึงกลายเป็นสังคมมนุษย์ ยังมีจำนวนประชากรมากขึ้น ปัญหาหรือข้อขัดแย้งก็จะเกิดมากด้วยเช่นกัน

ดังนั้นการอยู่ร่วมกันของประชาชนในสังคมจึงจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่สำคัญที่ออกมาเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในสังคมบ้านเมืองในแต่ละยุค แต่ละสมัยที่แตกต่างกันไปของแต่ละกลุ่มหมู่เหล่า เผ่าพันธุ์ ชนชาตินั้นๆ ที่เป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ ข้อบังคับขึ้นมาใช้ควบคุมประชาชนพลเมืองของตน ในรูปแบบของ “กฎหมาย” ที่ใช้บังคับกับประชาชนพลเมืองในสังคมบ้านเมืองต่อไป จึงต้องมีขั้นตอน และวิธีการ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายที่ใช้เป็นไปอย่างศักดิ์สิทธิ์ เป็นที่เคารพ เกรงกลัวต่อประชาชนพลเมืองในสังคมบ้านเมืองนั้น ด้วยความมีระเบียบเรียบร้อยของสังคม จึงต้องออกกฎหมายที่เป็นธรรมมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ไม่เอารัดเอาเปรียบซึ่งกันและกันเพื่อความสงบสุขแก่ประชาชนในสังคมบ้านเมืองนั่นเอง

กระบวนการทางกฎหมายมีขั้นตอนที่สลับซับซ้อนประชาชนผู้มีบรรดาศักดิ์ที่ไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีตัวแทนผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ความชำนาญและเข้าใจในด้านกฎหมายที่เรียกว่า “ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ” หรือ “ทนายความ” นั่นเอง ทำหน้าที่ว่าต่างแก่ต่างและเป็นตัวแทนในการใช้กฎหมาย โดยมีเจตนารมณ์สำคัญเพื่อให้ทุกคนได้รับความเป็นธรรมภายใต้กฎหมายเดียวกัน ประชาชนผู้มีบรรดาศักดิ์ย่อมต้องการผลคดีที่เป็นประโยชน์แก่ตนเองเป็นสำคัญ ดังนั้นการให้ทนายความเป็นตัวแทนของตนในการรักษาสิทธิและประโยชน์ส่วนบุคคลจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทุกคนมีสิทธิพึงพาได้ เพื่อให้การใช้กฎหมายเป็นระบบตามกระบวนการยุติธรรม และให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

1. ความหมายของวิชาชีพนายความ

1.1 ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ”

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” นี้มาจากคำภาษาอังกฤษว่า “Profession” มาจากคำกริยา “to Profess” มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินคำว่า “Pro+fateri” แปลว่า ยอมรับ หรือรับว่าเป็นของตน คำนี้ใช้ในทางศาสนาหมายความว่า เป็นการประกาศตนว่ามีศรัทธาในศาสนา หรือการประกาศปฏิญาณอุทิศตน (ปรีดี เกษมทรัพย์, ม.ป.ป., หน้า 116) วิชาชีพจึงเป็นคุณลักษณะของการทำงานที่ต้องอุทิศตนให้กับงานนั้น

พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราชพงศประพันธ์ ได้เคยอธิบายคำว่า “Profession” ว่า ตามรากศัพท์หมายถึงปฏิญาณเพราะฉะนั้นสภาพอันแท้จริงแห่งวิชาชีพคือ “อาชีพปฏิญาณ” เป็นการปฏิญาณตนต่อสรรพสิ่งศักดิ์สิทธิ์ว่าจะประกอบอาชีพตามธรรมเนียมซึ่งมีวางไว้เป็นบรรทัดฐานอาชีพปฏิญาณในชั้นต้นได้แก่วิถีอาชีพของนักบวชในศาสนาคริสต์ ซึ่งจะต้องผ่านการฝึกฝนอบรมเป็นระยะเวลาอันพอสมควรเพื่อให้ยึดมั่นในระเบียบวินัยที่บังคับไว้อย่างเคร่งครัด และต่อมากการฝึกอบรมเช่นนี้ได้ถูกนำไปใช้กับวิชาชีพนักกฎหมาย และนายแพทย์ด้วย (พระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราชพงศประพันธ์, ม.ป.ป., หน้า 102)

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” คือผู้ประกอบการหาเลี้ยงชีพด้วยการใช้ความรู้ที่ต้องอาศัยวิชาความรู้และความชำนาญเป็นพิเศษนักวิชาชีพต้องจงรักภักดีและรู้คุณค่าต่อวิชาชีพที่ตนปฏิบัติเพราะเป็นงานที่คนธรรมดาทำไม่ได้ เนื่องจากต้องศึกษาและอบรมความรู้ความคิดเพื่อนำมาใช้ในการปฏิบัติงาน ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาหลายปี และยังต้องมีการทดสอบความรู้ที่ได้ศึกษามาว่าได้ผลดีเพียงพอที่จะนำไปใช้ประกอบวิชาชีพได้หรือไม่ และเมื่อทดสอบผ่านก็จะได้รับใบประกาศหรือใบรับรอง หรือปริญญาบัตร ต่อวิชาชีพนั้นเพื่อให้สาธารณชนได้เห็นถึงคุณค่าถึงความรู้ความชำนาญ ของผู้ประกอบการวิชาชีพนั้น (จิตติ ดิงศภัทย์, 2542, หน้า 35-39)

ความหมายและความเป็นมาของคำว่า “Profession” จะเห็นได้ว่าศัพท์คำนี้เป็นคำที่ทำให้เกียรติยกย่องบุคคลที่ทำประโยชน์ให้แก่สังคม และเป็นแบบอย่างของอาชีพที่ดี ซึ่งนอกจากนักบวชแล้ว แพทย์และนักกฎหมายก็คือผู้ที่สังคมให้การยกย่องและถือว่าเป็นผู้มีวิชาชีพหรืออาชีพปฏิญาณตั้งแต่สังคมในอดีตกาลมาแล้ว แม้ในสังคมปัจจุบันผู้ที่เป็แพทย์หรือนักกฎหมายก็ยังเป็นบุคคลที่สังคมคาดหวังว่าจะต้องเป็นผู้มีความรู้สูง และใช้ความรู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ทำประโยชน์ให้กับสังคมที่สำคัญคือ จะต้องเป็นผู้มีคุณธรรมและจริยธรรมแห่งวิชาชีพนั้นสูง (จิตติ ดิงศภัทย์, 2542, หน้า 23-24)

หรืออีกนัยหนึ่งคำว่า “วิชาชีพ” เป็นคำสนธิระหว่างคำว่า “วิชา” กับคำว่า “อาชีพ” เป็นคำว่า วิชาชีพ จึงหมายถึงงานที่ทำเป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีพ โดยอาศัยวิชาคือความรู้เชิงทฤษฎี และความรู้เชิงปฏิบัติทั้งสองอย่างผสมกัน

1.2 ความหมายของคำว่า “ทนายความ”

“ทนายความ” คือผู้ทำหน้าที่ในการใช้กฎหมาย เป็นตัวแทนของผู้มีอรรถคดีโดยการทำหน้าที่ของทนายความต้องซื่อสัตย์สุจริตและต้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิและประโยชน์ของลูกความให้ได้รับความเป็นธรรมจากการใช้กฎหมายเป็นสำคัญ

ดังนั้น ทนายความ จึงทำหน้าที่ 2 สถานะ คือ

1) ทนายความ เป็นผู้ประกอบวิชาชีพอิสระให้บริการทางกฎหมายภายใต้การควบคุมการประกอบวิชาชีพโดยองค์กร “สภาทนายความ” ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528

2) ทนายความ เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายที่เป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมที่ต้องรับใช้สังคม และให้ความเป็นธรรมต่อบุคคลในสังคมเช่นเดียวกับศาล อัยการ หรือตำรวจ ดังพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลปัจจุบัน ความว่า

ในฐานะทนายความผู้เป็นนักกฎหมายสาขาหนึ่งไม่เพียงนั่งเฉยต่อการแสดงความคิดเห็นและในการเผยแพร่ความรู้ในทางกฎหมายให้เป็นประโยชน์ต่อประชาชน เพราะประชาชนส่วนใหญ่ยังไม่รู้กฎหมายอย่างแท้จริง หากสิ่งใดดำเนินอยู่ในสังคมทุกวันนี้เป็นไปโดยไม่ถูกต้องด้วยความยุติธรรมแล้ว นักกฎหมายที่ดีไม่เพียงนั่งเฉยเสีย ควรแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต ได้แย้งด้วยเหตุผล เพื่อความถูกต้องเป็นธรรมของบ้านเมือง ซึ่งหากนักกฎหมายกระทำได้เช่นนี้แล้วย่อมเป็นกำลังสำคัญส่วนหนึ่งที่ทำให้บ้านเมืองเจริญไปได้

ทนายความ จึงเป็นผู้ทำหน้าที่ในการใช้กฎหมาย เป็นตัวแทนของประชาชนผู้มีอรรถคดีโดยการทำหน้าที่ของทนายความต้องซื่อสัตย์ สุจริต และต้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิและประโยชน์ของลูกความให้ได้รับความเป็นธรรมจากการใช้กฎหมายเป็นสำคัญ

คำว่า “ทนายความ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542 ได้ให้ความหมายไว้ว่า ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ว่าต่างแก่ต่างคู่ความในเรื่องอรรถคดี หรือหมายถึง ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ความแทนคู่ความในศาล เรียกสั้นๆ ว่า “ทนาย” จากคำนิยามดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการเป็นทนายความนั้นจะต้องได้รับอนุญาตและเป็นตัวแทนของคู่ความในการดำเนินคดี อันมีลักษณะของการดำเนินการในศาล ดังนั้น จึงทำให้เข้าใจความหมายของ “ทนายความ” มากขึ้นแต่ก็เป็นเพียงการกล่าวถึงการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวกับการดำเนินการในศาล ในเรื่องของคำว่าความเท่านั้น ทั้งที่

แท้จริงแล้วการประกอบวิชาชีพทนายความนั้นมิได้มีแต่เฉพาะในทางศาลเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึง การให้คำแนะนำและรับปรึกษาปัญหาต่างๆ ทั้งในทางปฏิบัติและในข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ที่เรา เรียกกันว่า “ที่ปรึกษากฎหมาย” อันเป็นส่วนหนึ่งของวิชาชีพทนายความ ซึ่งนับวันจะยิ่งมี ความสำคัญต่อสังคมมากขึ้น โดยเฉพาะการเข้าทำสัญญาทางธุรกิจขนาดใหญ่ หรือการค้าการลงทุน ระหว่างประเทศที่มีความซับซ้อนอย่างมาก จำเป็นที่จะต้องได้รับคำปรึกษาทางกฎหมายธุรกิจจาก นักกฎหมายหรือที่ปรึกษากฎหมายที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ และในบางครั้งสัญญา ทางธุรกิจที่มีการลงทุนสูงและมีคู่สัญญาหลายฝ่าย จะต้องใช้ที่ปรึกษากฎหมายที่มีประสบการณ์ หลายด้านในการเจรจาต่อรองการเข้าทำสัญญาดังกล่าวเป็นต้น ส่วน “ทนายความ” ตาม พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 4 ให้ความหมายว่า ผู้ที่สภาทนายความได้รับจด ทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ และมาตรา 33 บัญญัติว่า

ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็นทนายความ หรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความว่าความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก่อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลง อันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาล ให้แก่บุคคลอื่น ทั้งนี้เว้นแต่จะได้กระทำในฐานะเป็นข้าราชการ ผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของหน่วยงานรัฐ องค์กรของรัฐ หรือ รัฐวิสาหกิจ ผู้ปฏิบัติการตาม หน้าที่ หรือมีอำนาจหน้าที่กระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ หรือกฎหมายอื่น

จากบทบัญญัติดังกล่าวหมายถึงทนายความที่ประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวกับการดำเนินการใน ศาล ซึ่งมีสิทธิทำการเป็นทนายความว่าความในศาล หรือแต่งคำฟ้อง คำให้การ คำฟ้องอุทธรณ์ แก่ อุทธรณ์ คำฟ้องฎีกาแก่ฎีกา คำร้องหรือคำแถลงอันเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น ได้ ทนายความจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในคดี เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายและเป็น ตัวแทนของตัวความในการว่าต่างแก่ต่างในศาลเพื่ออำนวยความสะดวกและรักษาผลประโยชน์ ให้แก่ตัวความให้ได้รับความเป็นธรรมตามกฎหมาย

ดังนั้น เมื่อนำความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” และคำว่า “ทนายความ” มารวมกันแล้วคำว่า “ผู้ที่มีวิชาชีพทนายความ” จึงหมายถึงผู้ที่มีความรู้กฎหมายในเชิงทฤษฎี และเชิงปฏิบัติ โดยนำ ความรู้ดังกล่าวมาว่าต่างแก่ต่างคู่ความในเรื่องอรรถคดีเป็นงานที่ทำเป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีพ ทนายความเป็นวิชาชีพอิสระไม่ขึ้นอยู่กับหน่วยงานของรัฐกับกระทรวง ทบวง กรมใด เป็นอาชีพที่ ผู้ใดจบการศึกษาคณะนิติศาสตร์บัณฑิตแล้วเข้ารับการศึกษาว่าความในการประกอบวิชาชีพ ทนายความและจึงสอบเพื่อรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความใช้ประกอบวิชาชีพในการเป็น ทนายความว่าต่าง แก่ต่าง หรือให้คำปรึกษากฎหมายตามหน้าที่ของทนายความได้ ซึ่งในการใช้

กฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดคุณหรือโทษต่อประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อน หรือมี ปัญหาที่ต้องแก้ไขในข้อกฎหมายเป็นอย่างมาก เพราะหากผู้ประกอบวิชาชีพทนายความใช้ความรู้ ความสามารถในวิชาชีพไปในทางที่ถูกที่ควรอยู่ในกรอบของศีลธรรม จรรยาบรรณของการ ประกอบวิชาชีพก็จะเป็นคุณหรือเป็นประโยชน์ต่อสังคมนั้นๆ ด้วยแต่หากใช้ความรู้ความสามารถ ไปในทางที่ไม่ชอบ โดยแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวและพวกพ้องเป็นที่ตั้งก็จะก่อให้เกิดความ เดือดร้อนต่อประชาชนและสังคมเป็นอย่างมาก

ดังนั้น แม้วิชาชีพทนายความจะเป็นวิชาชีพอิสระ แต่เพื่อเป็นการป้องกันสังคม มิให้เกิด ความเดือดร้อนจากวิชาชีพและให้ผู้ประกอบวิชาชีพมีระเบียบวินัยมีศีลธรรม และจรรยาบรรณใน การประกอบวิชาชีพจึงต้องมีสภาวิชาชีพเป็นผู้ควบคุมการประกอบวิชาชีพทนายความ นั่นคือ สภา ทนายความ ซึ่งตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และสภานายความได้กำหนด กรอบกติกาสำหรับควบคุมดูแลผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมิให้ประพฤติปฏิบัตินอกกลุ่มนอกทาง ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับอาจทำให้สังคมได้รับความเดือดร้อน โดยมี “ข้อบังคับสภา ทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529” ก็ได้กำหนดโทษสำหรับผู้ประกอบอาชีพ ทนายความที่ฝ่าฝืนไว้ 3 ประการคือ

- 1) ภาคทัณฑ์
- 2) ห้ามทำการเป็นทนายความ มีกำหนดไม่เกิน 3 ปี หรือ
- 3) ลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ

ในกรณี “คดีแพ่ง” เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตาม กฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาล ส่วน แพ่งที่มีเขตอำนาจได้

การดำเนินคดีดังกล่าวในศาลคู่ความจะว่าความด้วยตนเองและดำเนินกระบวนการพิจารณา ทั้งปวงตามที่เห็นสมควร เพื่อประโยชน์ของตนหรือจะแต่งตั้งทนายความคนเดียวหรือหลายคนให้ ว่าความและดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนตนก็ได้ ทนายความซึ่งคู่ความได้แต่งตั้งนั้นมีอำนาจว่า ความและดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ แทนคู่ความได้ตามที่เห็นสมควร เพื่อรักษาประโยชน์ของ คู่ความ

ในกรณี “คดีอาญา” ทนายความจะมีบทบาทสำคัญในการว่าต่างแก้ต่างให้กับผู้ถูก กล่าวหาถูกดำเนินคดี ทนายความจึงเป็นองค์กรหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมอันประกอบไป ด้วยกันดังนี้คือ

- 1) เจ้าหน้าที่ตำรวจ
- 2) พนักงานอัยการ

3) ศาล

4) ทนายความ

ทนายความในฐานะเป็นองค์กรหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม มีหน้าที่ดูแลให้การดำเนินคดีอาญาเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและความยุติธรรม ทั้งเป็นหลักประกันแก่ผู้ถูกกล่าวหาที่จะต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้โดยถือ “หลักอาวูชเท่าเทียมกัน” (คณิต ฌ นคร, 2537, หน้า 52)

ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 242 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหาทนายความให้ตามกฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ผู้ถูกควบคุมหรือคุมขังไม่อาจหาทนายความมาได้ รัฐต้องให้ความช่วยเหลือ โดยจัดหาทนายความให้โดยเร็ว”

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้ในกรณีที่ผู้ต้องหาไม่อายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่พนักงานสอบสวนแจ้งข้อหา ก่อนเริ่มถามคำให้การ ให้พนักงานสอบสวนถามถึงสิทธิผู้ต้องหาว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีให้รัฐจัดหาทนายความให้ อันเป็นการจัดหาทนายความให้ตั้งแต่ในชั้นสอบสวน (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 ทวิ) ส่วนในชั้นการพิจารณาของศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้คดีที่มีอัตราโทษประหารชีวิต ก่อนเริ่มพิจารณาคดีให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ และในคดีที่มีอัตราโทษจำคุกหรือคดีที่จำเลยมีอายุไม่เกิน 18 ปี ในวันที่ถูกฟ้องต่อศาลก่อนเริ่มพิจารณาคดีให้ศาลถามจำเลยว่ามีทนายความหรือไม่ ถ้าไม่มีและจำเลยต้องการทนายความก็ให้ศาลตั้งทนายความให้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 173)

ทนายความจึงเป็นองค์กรที่ควบคู่กับกระบวนการยุติธรรมที่สำคัญ และจะขาดไม่ได้ แม้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะให้สิทธิคู่ความว่าความด้วยตนเองได้ก็ตาม แต่ด้วยข้อจำกัดและลักษณะงานว่าความซึ่งเป็นงานที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญพิเศษในทางกฎหมาย อันมีลักษณะเป็นงานวิชาชีพ (Profession) การว่าความโดยตัวคู่ความเองหาได้ยากมาก นอกจากเฉพาะตัวความที่ประกอบวิชาชีพทนายความนั่นเอง

ส่วนในคดีอาญา รัฐตระหนักถึงความสำคัญและความจำเป็นในกรณีที่จะช่วยค้นหาความจริงในการกระทำความผิดและป้องกันความผิดพลาดในการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานและศาล ทนายความจึงเป็นองค์กรที่สำคัญ อันมีฐานะเป็นองค์กรหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมที่รัฐพึงจะจัดทนายความให้แก่ประชาชน เพื่อเสริมสร้างความเป็นธรรมและผลงไว้ซึ่งความยุติธรรมให้กับสังคมต่อไป

2. วิวัฒนาการของการประกอบวิชาชีพทนายความในต่างประเทศ

การประกอบวิชาชีพทนายความตามความเป็นจริงหรือในลักษณะอย่างกว้างแล้ว จะพบว่านอกจากการเป็นตัวแทนของกลุ่มความในการว่าต่างแก้ต่างในคดีที่เกี่ยวข้องกับทางศาลแล้ว ยังรวมถึงการเป็นที่ปรึกษาทางคดีทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย และรับทำนิติกรรมสัญญาต่างๆ ในทางธุรกิจการค้าระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับรัฐทั้งระดับประเทศและระหว่างประเทศ ตลอดจนกิจการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายเพื่อปกป้อง ได้มาหรือสงวนไว้ซึ่งสิทธิของบุคคล

วิชาชีพทนายความแม้จะมีประวัติอันยาวนาน แต่การก่อกำเนิดของวิชาชีพนี้ก็ไม่มีหลักฐานปรากฏยืนยันชัดเจน เพียงแต่ยอมรับกันว่าเป็นเรื่องที่พัฒนามาจากศิปป์แห่งการพูดในที่ชุมชน ซึ่งเดิมเป็นการพูดเพื่อประโยชน์ของตัวเอง จนในที่สุดก็พัฒนาเป็นการพูดแทนคนอื่น เมื่อวิชาชีพทนายความมีการพัฒนาจนถึงสามารถเรียกตกลงให้มีค่าตอบแทนการว่าความ ดังนั้นค่าตอบแทนการว่าความที่ทนายความเรียกเอาจากลูกค้าความ จึงได้วิวัฒนาการขึ้นควบคู่กับวิชาชีพทนายความด้วยตามความเหมาะสมและความยากง่ายของคดีความ และฐานะของตัวลูกค้าความด้วย จึงส่งผลให้รูปแบบการเรียกค่าตอบแทนการว่าความมีความหลากหลายยิ่งขึ้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นต้นกำเนิดของวิชาชีพทนายความ ดังนั้น การประกอบวิชาชีพทนายความตามความหมายของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 กิติ หรือความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2538 กิติ จึงเป็นการให้คำนิยามความหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางศาลเป็นส่วนใหญ่ แต่อย่างไรก็ตามหากเราพิจารณาการประกอบวิชาชีพทนายความในทางความเป็นจริงหรือในลักษณะอย่างกว้างๆแล้ว จะพบว่านอกจากการเป็นตัวแทนของกลุ่มความในการว่าต่างแก้ต่างในคดีที่เกี่ยวข้องทางศาลแล้ว ยังรวมถึงการเป็นที่ปรึกษาทางคดีทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย และการรับทำนิติกรรมสัญญาต่างๆ ในทางธุรกิจการค้าระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับรัฐทั้งระดับประเทศและระหว่างประเทศ ตลอดจนกิจการอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย เพื่อปกป้อง ได้มาหรือสงวนไว้ซึ่งสิทธิของบุคคล

จากการที่สังคมมนุษย์ประกอบไปด้วยผู้ชนที่อยู่อาศัยรวมกันเป็นกลุ่ม ซึ่งแต่ละกลุ่มมีจำนวนคนมากน้อยแตกต่างกัน การอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ยังมีจำนวนมากขึ้นเท่าใด ปัญหาข้อขัดแย้งหรือความไม่ลงรอยกันก็จะเกิดมากขึ้นเป็นเงาตามตัว ปัญหาหรือข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นนี้ บางครั้งรุนแรงถึงขนาดจะต้องให้ผู้นำสังคมชี้ขาดตัดสินปัญหาต่างๆ ซึ่งการชี้ขาดของผู้นำดังกล่าวนี้ต้องวางตัวเป็นกลางเพื่อยังให้เกิดความเชื่อถือ และความศรัทธาของบรรดาผู้รวมกลุ่ม

การตัดสินใจให้ทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายยอมรับได้ การตัดสินดังกล่าวต้องขึ้นอยู่กับเหตุผล ซึ่งจะต้องมีการรับฟังหรือพิสูจน์พยานหลักฐานที่ต้องฟังให้ได้จริงๆ ว่าความจริงคืออะไร จากนั้นก็มอบความยุติธรรมให้แก่ผู้สุจริต และลงโทษผู้กระทำความผิด การพิสูจน์ความจริงดังกล่าวก็ต้องให้คู่กรณีนำพยานหลักฐานต่างๆ เข้ามาชี้แจงแสดงเหตุผลเพื่อความยุติธรรม การนำพยานหลักฐานมาแสดงหรือการรับฟังพยานหลักฐานเพื่อชี้ขาดตัดสินคดีให้ทุกฝ่ายยอมรับได้ จึงจำเป็นต้องสร้างกระบวนการเดียวกันเป็นมาตรฐานว่าจริงเท็จเป็นอย่างไร เพื่อนำไปใช้กับข้อขัดแย้งทุกๆ กรณี

กระบวนการที่จะอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้กับประชาชนดังกล่าวจึงจำเป็นต้องกำหนดวิธีการ รวมถึงต้องกำหนดตัวบุคลากรต่างๆ ไปโดยไม่เลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะขั้นตอนต่างๆ จะมีมากมายที่ทุกฝ่ายต้องปฏิบัติโดยเคร่งครัด ซึ่งการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยเคร่งครัด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมิบุคคลเข้ามาทำหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้มีอรรถคดีทั่วไปที่จะต้องรู้และเข้าใจกฎหมายไม่ให้เกิดการแพ้ชนะในเรื่องกระบวนการแต่ผลแห่งความขัดแย้งจะเป็นอย่างไรนั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงหรือขึ้นอยู่กับความเป็นจริง ซึ่งการจะให้กระบวนการทางกฎหมายดำเนินไปโดยราบรื่นนั้นก็มีความจำเป็นที่จะต้องมิตัวแทนผู้มีความรู้ทางกฎหมายและมีความรู้ทางการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้กับคู่กรณี

ดังนั้น ผู้ทำหน้าที่แทนผู้มีอรรถคดีดังกล่าวจึงเริ่มเกิดมีขึ้นดังที่จะได้กล่าวต่อไป ซึ่งผู้ทำหน้าที่แทนผู้มีอรรถคดีต่างๆ นี้ เรียกกันต่อมาว่า “ทนายความ” (เสรี สุวรรณภานนท์, 2544, หน้า 12) “ทนายความ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2538 ให้ความหมายว่า ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ว่าความแทนคู่ความในศาล เรียกสั้นๆ ว่า “ทนาย”

“ทนายความ” ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 4 ให้ความหมายว่า ผู้ที่สถาปนายทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความและมาตรา 33 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็นทนายความ หรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความว่าความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น ทั้งนี้เว้นแต่จะได้กระทำในฐานะเป็นข้าราชการ ผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของหน่วยงานรัฐ องค์กรของรัฐหรือ รัฐวิสาหกิจ ผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือมีอำนาจหน้าที่กระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายอื่น(พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528)

ทนายความจึงเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมที่จำเป็นอย่างยิ่ง และจะขาดไม่ได้ แม้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจะให้สิทธิคู่ความว่าความด้วยตนเองได้ก็ตาม แต่ด้วยข้อจำกัดและลักษณะงานว่าความซึ่งเป็นงานที่ต้องอาศัยความรู้ ความชำนาญพิเศษในทางกฎหมาย

อันมีลักษณะเป็นงานวิชาชีพ การว่าความโดยตัวคู่ความเองจึงปรากฏให้เห็นเฉพาะตัวคู่ความที่ประกอบวิชาชีพทนายความเท่านั้น ดังที่ทราบกันดีว่าทนายความเป็นผู้มีบทบาทสำคัญต่อประชาชนในทางอรรถคดี เนื่องจากเป็นผู้มีความรู้ความสามารถทางด้านกฎหมายโดยตรง จึงสามารถช่วยช่วยเหลือประชาชนที่มีคดีความให้ได้รับความเป็นธรรมและความถูกต้องตามกฎหมาย ตลอดจนแนะนำแก้ไขปัญหาต่างๆ ทางกฎหมายให้คลี่คลายลง วิชาชีพทนายความจึงเป็นวิชาชีพที่ทรงเกียรติวิชาชีพหนึ่งที่สำคัญให้การเคารพและศรัทธา วิชาชีพทนายความมีบทบาทต่อสังคมมาเป็นเวลาช้านานและมีวิวัฒนาการตลอดมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้สืบเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีในแต่ละยุคแต่ละสมัย จึงควรศึกษาถึงวิวัฒนาการของการประกอบวิชาชีพทนายความ ตามตามยุคสมัยได้ ดังนี้

2.1 การประกอบวิชาชีพทนายความในสมัยโบราณ

สมัยโบราณการพิจารณาพิพากษาคดีในประเทศต่างๆ ในโลก ทั้งในทวีปยุโรปและทวีปเอเชียจะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน คือ พระมหากษัตริย์จะทรงเป็นผู้พิจารณาพิพากษาชี้ขาดตัดสินคดีด้วยพระองค์เอง โดยคู่กรณีหรือคู่พิพาทแห่งคดีต้องเข้าไปฟ้องร้องโต้เถียงกล่าวหากันต่อหน้าพระมหากษัตริย์ ตลอดจนนำพยานหลักฐานเข้าแสดงกล่าวพิสูจน์ว่าฝ่ายใดถูกอย่างไรจากนั้นพระมหากษัตริย์ก็ทรงวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและพิพากษาโดยอาศัยคำพยานหลักฐานที่ทั้งสองฝ่ายได้นำไปแสดง คู่กรณีที่มีเรื่องพิพาทก่อนที่จะนำความขึ้นฟ้องร้องหรือต่อสู้คดีมักจะปรึกษากับผู้รู้ในการต่อสู้คดีเสียก่อน ซึ่งตามประวัติศาสตร์นั้นผู้ที่ให้คำปรึกษาก็คือ หัวหน้าสกุลหรือหัวหน้าครอบครัว เมื่อบุคคลดังกล่าวรู้ข้อเท็จจริงทั้งหมดและสามารถสรุปเหตุผลให้เป็นที่เข้าใจและยอมรับของพระมหากษัตริย์ หรือผู้วินิจฉัยตัดสินคดีได้ ผู้ให้คำปรึกษาซึ่งเป็นหัวหน้าสกุลดังกล่าวจึงไม่เพียงแต่ให้ความเห็นแก่คู่กรณีเท่านั้น หากแต่ยังได้รับอนุญาตให้เข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์เพื่อแถลงฟ้องร้องและปฏิเสธต่อสู้คดีแทนคนในสกุลเดียวกัน อันเป็นต้นกำเนิดของการมีตัวแทนฟ้องร้อง และกล่าวแก้แทนผู้มีความผิดที่แท้จริง

ต่อมานอกจากบุคคลผู้เป็นหัวหน้าสกุลจะเป็นผู้กล่าวแก้ข้อกล่าวหาและต่อสู้คดีแถลงแทนบุคคลในสกุลแล้วยังอนุญาตให้บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด เช่น บิดามารดา เพื่อนฝูงที่สนิท ทำหน้าที่ดังกล่าวได้ รวมทั้งเป็นที่ปรึกษาได้ด้วยบุคคลซึ่งทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาและดำเนินคดีแทนบุคคลอื่นนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่ยอมรับนับถือกันว่าเป็นผู้มีความรู้ทางกฎหมายหรือแบบแผนประเพณีและปกติต้องเป็นผู้ทรงความรู้หรืออาวุโสกว่าผู้ต้องคดีความ บุคคลเหล่านี้มีชื่อเรียกว่า “Synegoros” ซึ่งถือเป็นจุดกำเนิดเบื้องต้นของวิชาชีพทนายความในสมัยโบราณ

1) สมัยกรีก

สมัยกรีก ได้มีผู้รับแต่งคำแถลงแทนตัวความนำเข้าสู่ศาล หรือคู่ความนำคำแถลงนั้นมาท่องจำ เพื่อนำไปใช้ในการต่อสู้คดีในศาล คำแถลงดังกล่าวมักจะมีการอ้างอิงหลักกฎหมายเกิดขึ้น ซึ่งผู้ทำคำแถลงจะเป็นผู้ที่รู้กฎหมายและหลักธรรมต่างๆ พอสมควร คู่ความที่อาศัยคำแถลงของผู้รับแต่งคำแถลงในสมัยกรีก ปรากฏว่าได้รับประโยชน์เป็นผลคดีในทางคดีเป็นอันมาก จึงมีผู้นิยมมากขึ้น และเมื่อผู้รับทำคำแถลงได้ทำเป็นเวลานานๆ ก็เกิดความชำนาญมีลักษณะเป็นอาชีพหรือวิชาชีพขึ้นในสมัยนั้น กระบวนพิจารณาคดีที่กรุงเอเธนส์สมัยนั้น คู่ความจะต่อสู้คดีด้วยตนเอง ไม่มีทนายความว่าความแทนตน โจทก์จะต้องเป็นผู้กล่าวหา ก่อนและจำเลยกล่าวแก้ จากนั้นคณะผู้พิพากษาคือ ผู้แทนประชาชน 500 คน ลงคะแนนตัดสิน ถ้าคะแนนเท่ากันให้ปล่อยจำเลย ถ้าโจทก์ได้คะแนนน้อยกว่า 1 ใน 4 ให้ปรับโจทก์ ถ้าจำเลยแพ้โจทก์เสนอศาลให้ลงโทษแล้วจำเลยขอให้ศาลลดโทษ จากนั้นผู้พิพากษาจึงลงคะแนนอีกครั้งหนึ่ง (วิชา มหากฎ, 2553, หน้า 136)

2) สมัยโรมัน

สมัยโรมัน หัวหน้าสกุลเป็นผู้ดำเนินคดีแทนบุคคลในสกุลและบริวารต่อมาได้พัฒนาเป็นการดำเนินคดีแทนบุคคลนอกสกุล เพื่อนฝูง ญาติสนิท มิตรสหาย ผู้ใกล้ชิด จนกระทั่งในที่สุดก็กลายเป็นงานอาชีพ ในสมัยโรมันเนื่องด้วยข้อจำกัดทางด้านอาณาเขตที่โรมันเป็นเมืองใหญ่มีอาณาเขตกว้างขวางและมีประชากรจำนวนมาก เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น การที่ตัวความจะเดินทางไปดำเนินคดีหรือต่อสู้คดีด้วยตัวเองจึงเป็นไปได้ด้วยความยากลำบากและไม่สะดวก ในสมัยนี้จึงเกิดตัวแทน ซึ่งดำเนินคดีแทนคู่ความขึ้น โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

ตัวแทนชนิดที่เรียกว่า “Cognitor” ซึ่งเป็นตัวแทนชนิดที่แต่งตั้งต่อหน้า คู่พิพาท

ตัวแทนชนิดที่เรียกว่า “Procurator” ซึ่งเป็นตัวแทนชนิดแต่งตั้งลับหลังคู่พิพาทและรับเหมาคดีไปทำ

นอกจากตัวแทนในการดำเนินคดีทั้งสองประเภทนี้แล้วยังมีบุคคลอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งทำหน้าที่รับจ้างแถลงทางคดีแทนตัวความเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “Orator” อีกด้วย ในยุคตอนปลายของสมัยโรมัน ได้มีทนายความประเภทหนึ่ง มีชื่อเรียกว่า “Jurisconsult” เกิดขึ้น โดยจะเป็นทนายความที่ทำหน้าที่ในการให้คำปรึกษาในข้อกฎหมายต่างๆ เช่น เรื่องการโอนสิทธิและทรัพย์สิน สัญญา พันัยกรรมและสิทธิหน้าที่ของประชาชน ตลอดจนได้แต่งตั้งดำริและคำสอนทางกฎหมาย จนพัฒนามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแพ่งโรมันในระยะเวลาต่อมา

3) ทวีปยุโรป

ทวีปยุโรป คือ ทนายความได้เข้ามามีบทบาทแพร่หลายในประเทศต่างๆ ทั่วยุโรป ในยุคสมัยที่คริสจักรรุ่งเรือง ระหว่าง พ.ศ.1043-1843 (ค.ศ.500-1300) ซึ่งเป็นยุคที่พระเจ้าได้รับการยอมรับ

นับถือจากผู้คนในสังคมสมัยนั้น โดยจะทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายและเป็นทนายความ แต่ก็จำกัดอยู่เฉพาะการทำหน้าที่ในศาลสงฆ์เท่านั้น พระซึ่งทำหน้าที่เป็นทนายความในศาลสงฆ์แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) “Proctor” ทำหน้าที่เป็นผู้ไต่สวนคดี รวบรวมข้อเท็จจริง

(2) “Advocate” ทำหน้าที่เป็นผู้ว่าคดีในศาล ซึ่งต้องได้รับแต่งตั้งจากเจ้าของคดีและจากศาล โดยทนายความประเภทนี้ต้องผ่านการศึกษากฎหมายเป็นเวลาถึง 5 ปี จึงจะมีสิทธิว่าความได้ การว่าความโดยพระในศาลสงฆ์ ต่อมาได้ขยายออกไปโดยให้พระว่าความในศาลกฤหัสถ์ได้ด้วย แต่ผลที่สุดแล้วก็ถูกห้ามโดยให้ว่าความได้แต่เฉพาะในศาลสงฆ์เช่นเดิม

การว่าความโดยพระในยุคคริสตจักรรุ่งเรืองนี้ ต่อมาได้พัฒนาเป็นแบบอย่างของทนายความฝ่ายกฤหัสถ์หรือพลเรือน และได้ยึดถือเป็นแบบอย่างของทนายความในระยะต่อมา จนกระทั่งราวคริสต์ศตวรรษที่ 14-18 กิจการทนายความได้เจริญรุ่งเรืองและเป็นที่รู้จักในประเทศต่างๆ และนำไปใช้ทั่วยุโรป จนเป็นแบบอย่างของทนายความในปัจจุบัน

2.2 การประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) บุคคลธรรมดาซึ่งมีคดีความยากที่จะเข้าใจระบบและวิธีการทางกฎหมายได้ทนายความจึงมีความสำคัญและจำเป็นที่จะเข้าช่วยเหลือในทางคดีแทนเจ้าของคดีที่แท้จริง ต่อมาเมื่อมีการตั้งศาลคอมมอนลอว์ การฟ้องร้องหรือต่อสู้คดีต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายจากคำพิพากษาซึ่งมีเป็นจำนวนมาก ความซับซ้อนและยุ่งยากในการดำเนินคดีของกลุ่มความจึงทวียิ่งขึ้น การดำเนินคดีดังกล่าวจำเป็นต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย คือ ทนายความเข้าดำเนินคดีแทน

ในยุคก่อนถือกันว่าสิทธิการแต่งตั้งตัวแทนดำเนินคดีแทนบุคคลอื่นนั้น เป็นสิทธิเฉพาะตัวของพระมหากษัตริย์เท่านั้น การแต่งตั้งผู้แทนดำเนินคดีแทนตัวคู่กรณีจะทำได้ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงเห็นสมควรตามความเหมาะสม ดังนั้นคดีอาญาอุกฉกรรจ์ในประเทศอังกฤษจึงไม่ยอมให้บุคคลธรรมดาเป็นทนายความเข้าว่าต่างแก่ต่างแทนตัวความ ต่อมาในสมัยพระเจ้าเฮนรี่ที่ 1 ได้ผ่อนคลายนุญาตให้คู่กรณีที่พิพาทมีสิทธิตั้งทนายความได้ (สุจริต ถาวรสุข, 2513, หน้า 196-197) ทนายความในสมัยนี้มีอยู่ 2 ประเภท คือ

1) แอททอร์นีย์ (Attorney) เป็นทนายความที่มีหน้าที่เตรียมคดีหรือว่าความเล็กๆ น้อยๆ ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นทนายความที่มีชื่อเรียกว่า โซลิซิเตอร์ (Solicitor)

2) พลีเดอร์ (Pleader) เป็นทนายความที่เป็นตัวแทนในทางคดีว่าต่างแก่ต่างในศาลเสนอพยานหลักฐานต่างๆ ในศาล ซึ่งต่อมาในศตวรรษที่ 14 ได้เกิดบาร์ (Bar) หรือสำนักกฎหมายที่

เรียกว่า “Inns of Court” ขึ้น โดยมีการฝึกงานทนายความอย่างจริงจังผู้สำเร็จการศึกษาจะเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางกฎหมาย โดยมีชื่อเรียกว่า บารริสเตอร์ (Barrister) อันเป็นการพัฒนามาจากทนายความประเภทพลีเตอร์แต่เดิมนั่นเอง

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ บุคคลธรรมดาซึ่งมีคดีความยากที่จะเข้าใจระบบและวิธีการทางกฎหมายได้ทนายความจึงมีความสำคัญและจำเป็นที่จะเข้ามาช่วยเหลือในทางคดีแทนเจ้าของคดีที่แท้จริง การฟ้องร้องหรือต่อสู้คดีต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายจากคำพิพากษาซึ่งมีเป็นจำนวนมาก ความซับซ้อนและยุ่งยากในการดำเนินคดีของกลุ่มความจึงทวียิ่งขึ้น การดำเนินคดีดังกล่าวจำต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย คือ ทนายความเข้าดำเนินคดีแทน

ทนายความในประเทศอังกฤษมี 2 ประเภท ได้แก่ โซลิซิเตอร์ ประเภทหนึ่ง และเนติบัณฑิต (Barrister) อีกประเภทหนึ่ง ถ้าเป็นทนายความประเภทโซลิซิเตอร์ก็ทำงานเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ร่างสัญญา ร่างพินัยกรรมให้กับลูกค้าทั้งหลาย เวลาที่ลูกค้าต้องการจะปรึกษาปัญหากฎหมายอะไรก็ไปหาโซลิซิเตอร์ แต่ถ้ามีคดีความในศาลแล้ว โซลิซิเตอร์จะว่าคดีเฉพาะคดีเล็กๆน้อยๆบางประเภทเท่านั้น นอกจากนั้น โซลิซิเตอร์ต้องไปติดต่อกับทนายความประเภทบารริสเตอร์ให้ความให้แก่ลูกค้าของตนอีกทอดหนึ่ง โดยปกติบารริสเตอร์จะไม่ติดต่อกับทนายความโดยตรง หากแต่จะติดต่อกันผ่านโซลิซิเตอร์ และบารริสเตอร์จะมีทนายหน้าหอ หรือเสมียนทนาย (Clerk) คอยติดต่อกับประสานงานกับโซลิซิเตอร์ โดยทนายหน้าหอนี้จะเป็นผู้กำหนดค่าทนายความให้กับบารริสเตอร์ด้วย(ชานินทร์ กรีวิเชียร และมุรินทร์ พงศาปาน, 2549, หน้า 20)

บารริสเตอร์ที่ไปว่าความให้แก่โจทก์หรือจำเลยนั้นนอกจากที่จะมีโอกาสพบตัวความและพยานผู้เชี่ยวชาญฝ่ายตนแล้ว จะไม่มีโอกาสพบกับพยานปากอื่นๆของฝ่ายตนอีกเลย ไม่มีโอกาสซักซ้อมพยาน (Coaching Witnesses) ก่อน บารริสเตอร์จะพบพยานครั้งแรกที่ห้องพิจารณาคดีเลย ดังนั้นพยานจะเบิกความอย่างไร ทนายความฝ่ายที่อ้างพยานมาก็ไม่อาจทราบได้ล่วงหน้า โซลิซิเตอร์จะมีหน้าที่เป็นผู้จัดเตรียมคดีและเตรียมพยานไว้ให้

2.3 การประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีระบบและกฎหมายที่ควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความเมื่อชาวยุโรปได้อพยพมาอยู่ในสหรัฐอเมริกาได้นำเอาแนวคิดของกฎหมายระบบ แองโกลแซกซอน (Anglo-saxon) มาใช้ ประกอบกับประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ในการปกครองของประเทศอังกฤษมาเป็นเวลานาน ระบบทนายความของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงปรากฏให้เห็นเด่นชัดขึ้นภายหลังประกาศเอกราชจากประเทศอังกฤษ

ในศตวรรษที่ 17 ทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างไม่เป็นที่ยอมรับ ด้วยเหตุว่าทนายความไม่มีความรอบรู้และเชี่ยวชาญทางกฎหมายเพียงพอเมื่อมีคดีความเกิดขึ้น ประชาชนจึงนิยมปรึกษากับพระหรือนักบวช พระและนักบวชจึงเป็นที่พึ่งในการแก้ปัญหาข้อพิพาททางคดีให้กับประชาชน ทนายความอาชีพจึงถูกกีดกันในการประกอบอาชีพจากพระและผู้มีอำนาจ เช่น จำกัดให้ว่าความได้ไม่เกิน 2 ศาล และต้องสำเร็จการศึกษาจาก “Inns of Court” ของประเทศอังกฤษ เป็นต้น ต่อมาในตอนปลายศตวรรษเมื่อเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาเจริญเติบโตขึ้น ความซับซ้อนในทางสังคมที่มีมากขึ้น จึงส่งผลให้ความต้องการผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางกฎหมาย เพื่อช่วยเหลือในด้านธุรกิจการค้ามากขึ้นด้วย ในเมืองใหญ่ที่มีความเจริญ เช่น นิวยอร์ก ทนายความอาชีพ จึงเริ่มปรากฏให้เห็นและประกอบอาชีพกันอย่างจริงจัง ซึ่งในสมัยนี้ผู้เป็นทนายความอาจเป็นผู้รับราชการในศาลต่างๆ หรือเป็นตำรวจก็ได้

ในต้นศตวรรษที่ 18 ทนายความได้รับการยอมรับว่าเป็นวิชาชีพที่มีประโยชน์และมีคุณค่า ดังนั้นวิชาชีพทนายความจึงมีผู้นิยมอย่างแพร่หลายทั่วไปและเริ่มมีการห้ามเสียมยพนังงานในศาลเป็นทนายความ จนในที่สุดมีการจัดตั้งเนติบัณฑิตยสภา (Bar Association) ขึ้นประจำตามรัฐต่างๆ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ชาวอเมริกันยอมรับกันว่าอาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติและมีรายได้ดีเป็นรองจากอาชีพแพทย์ ดังนั้นจึงเป็นวิชาชีพที่มุ่งใจนักศึกษากฎหมายต่างก็อยากเป็นทนายความด้วยกันทั้งสิ้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งการปกครองประเทศเป็นรัฐย่อยๆ ถึง 52 รัฐ (State) แต่ละรัฐที่เรียกว่ามลรัฐนั้นก็มีความเป็นอิสระเสมือนหนึ่งปกครองตนเอง กิจการใดๆ ซึ่งเป็นเรื่องภายในของแต่ละรัฐ รัฐนั้นๆ จะออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้ประชากรของมลรัฐนั้นๆ ด้วยเหตุนี้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความของแต่ละมลรัฐจึงแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับกฎหมายของมลรัฐนั้นจะกำหนดคุณสมบัติของผู้ประสงค์ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความตามแบบของตน แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง สาระส่วนใหญ่คล้ายคลึงกันคงแตกต่างกันในรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น

กล่าวโดยทั่วๆ ไปผู้ประสงค์ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความได้นั้น ในเบื้องต้นจะต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

1) สำเร็จกฎหมายจากโรงเรียนกฎหมาย (Law School) อันเป็นพื้นฐานเบื้องต้นเสียก่อน ซึ่งมีหลักสูตรในภาคปกติอย่างน้อย 3 ปี หรือถ้าเป็นภาคสมทบต้องมีหลักสูตรอย่างต่ำ 4 ปี เมื่อจบหลักสูตรก็จะได้รับปริญญาทางกฎหมาย J.D.(Juris Doctor)

2) จะต้องเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภาของมลรัฐนั้นๆ ทำนองเดียวกับเนติบัณฑิตยสภาของประเทศไทย

3) จะต้องประกอบด้วยศีลธรรม จรรยาบรรณที่อันดีงาม (Good Moral Character) และมีความเหมาะสมที่จะเป็นทนายความ (Possesses general fitness requisite for attorney) คุณสมบัติข้อนี้ถือว่ามีความสำคัญมาก เพราะชาวอเมริกันให้ความสำคัญต่ออาชีพนี้มาก เพราะเหตุที่ว่าเป็นอาชีพที่ผูกไว้ซึ่งความยุติธรรมในสังคม คุณสมบัติส่วนตัวของบุคคลที่จะประกอบวิชาชีพนี้จึงเป็นสาระสำคัญที่จะต้องพิจารณาพิถีพิถันเป็นพิเศษ (สุรชัย สุวรรณปรีชา, 2531, หน้า 33)

ในสหรัฐอเมริกาที่มีนักกฎหมายประเภทเดียวเรียกว่า “Attorney” หรือ “Lawyer” ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นแต่ละรัฐจะมีเนติบัณฑิตยสภาของตนเอง หากผู้สำเร็จการศึกษากฎหมายประสงค์จะประกอบวิชาชีพทนายความในรัฐใดก็จะต้องสอบเป็นเนติบัณฑิตในมลรัฐที่ประสงค์จะทำงาน จึงจะเป็นทนายความในรัฐนั้นได้ (เสรี สุวรรณภานนท์, 2544, หน้า 12)

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการจัดตั้งเนติบัณฑิตยสภาแห่งอเมริกัน (The American Bar Association: ABA) กฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เป็นหลักจริยธรรมทางวิชาชีพเพื่อใช้ควบคุมวิชาชีพทนายความจึงเริ่มพัฒนาขึ้นเป็นแม่แบบที่เรียกว่า โมเดล (Model) เพื่อให้ บาร์ (Bar) ในแต่ละรัฐและศาลสูงนำไปเป็นแบบอย่างในการบัญญัติหลักเกณฑ์ในการควบคุมจริยธรรมและมรรยาททนายความในแต่ละรัฐ เนติบัณฑิตยสภาแห่งอเมริกัน (ABA) จึงเป็นองค์กรกลางที่บัญญัติหลักเกณฑ์ต่างๆ ในการควบคุมการประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา

ลักษณะในการดำเนินคดีและการว่าความของทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกา คล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษและด้วยจำนวนของผู้ประกอบอาชีพทนายความที่แพร่หลาย ซึ่งทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาเป็นตัวแทนของคดีได้เป็นอย่างดี ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศหนึ่งที่เป็นสากลและนานาชาติอารยประเทศได้ยอมรับว่ามีหลักประกันและผูกความเป็นธรรมให้แก่ประชาชนได้ดียิ่ง

ต่อมายุคศาสนจักรเริ่มเสื่อมลงประเทศต่างๆ ในยุโรป เช่นฝรั่งเศส เยอรมัน ได้สร้างหลักกฎหมายใช้บังคับในประเทศของตนเอง โดยประยุกต์มาจากกฎหมายโรมันให้เหมาะสมกับสภาพสังคมของแต่ละประเทศ ประเทศเหล่านี้จึงใช้กฎหมายในรูปแบบของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกับสมัยโรมัน วิชาชีพทนายความจึงยังคงมีบทบาทสำคัญและทรงด้วยคุณค่าในการต่อสู้คดีแทนตัวความอยู่เช่นเดิม จนเป็นแบบอย่างที่ดีของวิชาชีพทนายความในประเทศต่างๆ ที่ใช้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) มาจนถึงปัจจุบัน

2.4 การประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ทนายความในเยอรมันจะได้รับการยอมรับและไว้วางใจจากประชาชนในการเป็นตัวแทนในศาลเพราะประชาชนถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพโดยอาศัยความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ

ทนายความในประเทศเยอรมันเรียกว่า “Rechtsanwalt” ในการเป็นตัวแทนและเป็นที่ปรึกษาในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมาย โดยจะทำงานกันโดยอิสระหรือรวมตัวกันในรูปบริษัทก็ได้

การทำหน้าที่ต่างๆ ของทนายความในประเทศเยอรมันจะอยู่ภายใต้การควบคุมของประมวลกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพที่เรียกว่า “The Bundesrechtsanwaltsordnung” (เสรี สุวรรณภานนท์, 2544, หน้า 34)

ทนายความในเยอรมันเป็นที่ยอมรับในศาล “Landgericht” หรือ “Oberlandesgericht” หรือ “Bundesgerichtshof” แต่ทนายความก็อาจเป็นผู้แทนและปรากฏแทนคู่กรณีในศาลอื่นได้ โดยมีข้อยกเว้นสำคัญว่าในเรื่องทางแพ่งหรือกฎหมายพาณิชย์ ทนายความจะเป็นผู้แทนหรือปรากฏตัวได้เฉพาะต่อศาลที่ทนายความนั้นได้รับการยอมรับอยู่ก่อนแล้วหรือต่อศาล “Amtsgericht” สิ่งก็ตามมาก็คือในวิชาชีพกฎหมายของเยอรมันนั้นมีทั้งงานด้านของพื้นที่และของระดับชั้น ในกรณีพิพาททางแพ่งและทางพาณิชย์ปกตินั้น คู่ความอาจสั่งให้ทนายความไปยังศาลหรือสถานที่ที่คดีความนั้นเกี่ยวข้องกับอยู่ เช่น ทนายความที่ได้รับการยอมรับที่เมืองดุสเซลดอร์ฟ จะไม่ไปว่าคดีที่จะนำขึ้นสู่ศาล ณ เมืองโคโลญน์ ซึ่งเป็นเรื่องของงานด้านพื้นที่ หากมีการอุทธรณ์จากการวินิจฉัยของศาล คู่ความจะต้องเปลี่ยนทนายความ และสั่งให้ทนายความไปดำเนินการในศาลอุทธรณ์ ซึ่งเป็นงานเรื่องลำดับชั้น และถ้าหากมีการฎีกาจากศาลอุทธรณ์ คู่ความก็จะต้องเปลี่ยนทนายความและมอบหมายให้ทนายความที่ได้รับการยอมรับของศาลฎีกาต่อไป โดยคู่ความต้องการความช่วยเหลือของทนายความเพียงคนเดียวในแต่ละชั้นของกระบวนการพิจารณาและอาจต้องการทนายความถึง 3 คนในหนึ่งคดี ทนายความที่จัดจ้างเพิ่มเติม เช่น ผู้เชี่ยวชาญ โดยปกติจะได้รับอนุญาตให้ว่าความในศาลที่ตนได้รับการยอมรับ ค่าใช้จ่ายสำหรับการว่าจ้างในชั้นตอนใดที่มากกว่าทนายความหนึ่งคน จะไม่ได้รับอนุญาต ทนายความต้องอาศัยอยู่ในท้องที่ที่ศาลที่ยอมรับตนตั้งอยู่ แต่ไม่จำเป็นต้องอยู่ในเขตเดียวกับศาล บุคคลที่เป็นคณาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยในเยอรมัน จะได้รับอนุญาตให้ว่าความในศาลอาญาทั้งหมด ศาลรัฐธรรมนูญในสหพันธ์ ศาลปกครองสูงสุด และศาลภาษีอากรสูงสุด และอาจขึ้นว่าความและให้คำแนะนำไม่เป็นประจำในคดีอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ ความเห็นของบุคคลเหล่านี้โดยปกติจะได้รับความเคารพนับถือมากและโดยปกติจะแข่งขันกับทนายความของอีกฝ่ายในคดีระดับสูงๆ ในฝ่ายแพ่งและพาณิชย์ของศาล “Landgericht”, “Oberlandesgericht”, “Bundesgerichtshof” และศาล “Oberlandesgericht” ศาล

แรงงานของสหพันธ์ คู่ความจะต้องมีทนายความที่เรียกว่า “Attorney” ถ้าไม่มีทนายความดังกล่าวก็จะดำเนินคดีในศาลไม่ได้ แต่ทนายความดังกล่าวไม่มีความจำเป็นตามกฎหมายในศาลการคลังและการบริหาร เว้นแต่ในศาลปกครองของสหพันธ์ (Cohn, 1968, pp. 44-48)

2.5 การประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศฝรั่งเศส

ทนายความในประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ทนายความในประเทศฝรั่งเศสนั้นมีการแบ่งแยกเป็นหลายประเภท แต่ละประเภทก็มีหน้าที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาที่แตกต่างกันไป ในปี ค.ศ.1971 (พ.ศ.2514) ประเทศฝรั่งเศสออกกฎหมายรวมทนายความประเภท “Avocats” และ “Avoués” เข้าด้วยกันโดยกำหนดให้มีการทดสอบความรู้แล้ว จึงจดทะเบียนต่อเนติบัณฑิตยสภาในท้องถิ่น จากนั้นจึงไปขออนุญาตให้ว่าความจากราชการ

การประกอบวิชาชีพกฎหมายในฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกมากกว่าของอังกฤษในจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีอยู่หลากหลายนั้น มีอยู่ที่สำคัญดังต่อไปนี้

เอโวกเทศ์ (Avocats) มีความคล้ายคลึงกับบารริสเตอร์ของอังกฤษ โดยมีสิทธิในการดำเนินคดีในศาลแพ่งและศาลอาญา มีการจัดองค์กรในการควบคุมวิชาชีพในลักษณะของสภาทนายความของท้องถิ่นขึ้นอยู่กับศาลต่างๆ แต่ก็สามารถขึ้นว่าความในศาลอื่นได้ด้วย จำนวนของเอโวกเทศ์นั้นไม่มีจำกัด โดยจะต้องมีคุณสมบัติได้รับปริญญาตรีทางกฎหมายและต้องมีการสอบการฝึกงานที่เรียกว่าเป็น “Stage” ข้อแตกต่างที่สำคัญของเอโวกเทศ์และบารริสเตอร์ของอังกฤษ คือ สามารถติดต่อกับลูกความได้โดยตรง

เอโวกส์ (Avoués) มีลักษณะคล้ายคลึงกับโซลิซิเตอร์ของอังกฤษในการดำเนินคดีแพ่ง เอโวกส์เป็นเจ้าของพนักงานของศาล (Office of the Court) จำนวนของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นเอโวกส์ถูกจำกัดสิทธิในการเป็นเอโวกส์สามารถสืบทอดได้ทางมรดก และสามารถโอนขายให้กับบุคคลอื่นได้ โดยอนุมัติของรัฐบาล เอโวกส์ไม่เหมือนกับเอโวกเทศ์ในเรื่องของการติดต่อกับลูกความได้ แม้จะมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างว่าความก็ตาม ข้อแตกต่างที่สำคัญก็คือ เอโวกส์สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วยวาจาต่อหน้าศาลได้ และจะเป็นผู้ดำเนินการพิจารณาคดีที่เป็นลายลักษณ์อักษรประเภทคำคู่ความทั้งหมด เช่น การออกหมาย ร่างคำฟ้อง และคำให้การ (Pleading) ตามที่กำหนดโดยกฎหมาย รวมทั้งการบังคับคดีตามคำพิพากษาด้วย งานของ (Avoués) ส่วนใหญ่จะทำเป็นทางการและมีส่วนสำคัญในกระบวนการยุติธรรมของประเทศฝรั่งเศส แม้การทำงานของเอโวกส์ส่วนใหญ่จะได้รับความแนะนำจากเอโวกเทศ์แต่ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องทำตามเสมอไป ตัวอย่างเช่น ในคดีเกี่ยวกับการประกันภัยรถยนต์ หรือคดีในลักษณะเดียวกันซึ่งมีแนวโน้มที่จะยอมความกันได้ระหว่างคู่ความ เอโวกส์จะได้รับความแนะนำดังกล่าว รวมถึงคดีเกี่ยวกับการฟ้องหย่า ซึ่ง

เอโวลส์จะเป็นผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาททั้งสิ้น รวมทั้งการแนะนำเอโวลท์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่เหมาะสมกับคดีให้คู่ความด้วย

แอกรีส์ (Agrees) เป็นทนายความอีกประเภทหนึ่งซึ่งเป็นผู้ดำเนินคดีเหมือนกับเอโวลส์ในศาลพาณิชย์ (Commercial Court) ของฝรั่งเศส

“Avocats aux conseils” เป็นทนายความซึ่งมีสิทธิดำเนินคดีในศาลสูง เช่น ศาลฎีกา (Court of Cassation) และสภาที่ปรึกษาสูงสุดแห่งรัฐ (Conseil d’Etat) ซึ่งมีจำนวนจำกัดเพียง 60 ตำแหน่ง โดยมีลักษณะเหมือนเอโวลส์ คือ เป็นองค์กรปิดทำหน้าที่ที่มีลักษณะผสมผสานระหว่างเอโวลท์กับเอโวลส์ ซึ่งการพิจารณาคดีส่วนใหญ่ล้วนทำเป็นลายลักษณ์อักษร

นอกจากทนายความดังกล่าวแล้วยังมีวิชาชีพกฎหมายอีกประเภทหนึ่ง คือ โนตารีส์ (Notaries) ซึ่งมีความแตกต่างกับ โนตารี พับบลิก (Notary Public) ในประเทศอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา โนตารีส์จะทำหน้าที่เกี่ยวกับการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวและมรดก

1) หน้าที่ทั่วไป

ให้คำปรึกษาแก่คู่สัญญาผู้ว่าจ้างให้ทราบถึงลักษณะสิทธิและสัญญาที่จะทำ และสิทธิและหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นเกี่ยวกับการทำสัญญานั้นๆ รวมทั้งอุปสรรคและความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นเกี่ยวกับการทำสัญญานั้นดำเนินการ โดยต้องปฏิบัติตามมรรยาทวิชาชีพ

(1) จะต้องรักษาความลับของผู้ว่าจ้าง และเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดให้แก่คู่กรณีโดยไม่มีการลำเอียง

(2) จะต้องเก็บรักษาสัญญา หรือเอกสารทุกอย่างที่ตนทำ

(3) จะต้องอยู่ประจำในสำนักงานของตน

(4) ต้องดำเนินการให้ถูกต้องเพื่อรับการตรวจสอบเกี่ยวกับการดำเนินการของตนทุกปี ในเรื่องบัญชี ความรู้ความสามารถในด้านกฎหมายความถูกต้องในการเรียกเก็บค่าบริการ (จะต้องเรียกเก็บค่าบริการตามอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้)

(5) จะต้องทำประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น จากความผิดพลาดและความประมาทเลินเล่อ

(6) ต้องให้ผู้ว่าจ้างจ่ายค่าใช้จายและค่าธรรมเนียมล่วงหน้า

2) หน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำสัญญา

(1) ตรวจสอบว่าคู่สัญญาเป็นความจริง และตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารต่างๆ

(2) ตรวจสอบว่าคู่สัญญามีความสามารถในการทำนิติกรรมนั้น

(3) ตรวจสอบหลักฐานที่ใช้พิสูจน์ในที่ดินเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ขายมีสิทธิในที่ดินจริง ดูว่าไม่มีปัญหาอื่นใดเกิดขึ้น

(4) ยื่นคำขอตรวจสอบว่า มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดสิทธิไม่ให้ทำการขายหรือไม่โดยยื่นคำขอตรวจสอบต่อ “Conservation des Hypotheques” ถ้ามีข้อจำกัด ก็ต้องแน่ใจว่าเงินที่ได้จากการขายสามารถชำระให้แก่เจ้าหนี้ได้หมด

(5) ตรวจสอบข้อมูลด้านการรังวัด หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินและข้อมูลต่างๆ ที่มีอยู่ในผลการตรวจสอบหลักฐานทะเบียนที่ดิน

(6) ถ้าเป็นการซื้อแฟลตก็ต้องตรวจดูว่า ผู้ขายคิดค้างเงินเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียต่อผู้จัดการตึกหรือไม่ และจัดให้มีการประกันภัย ในกรณีที่อาคารมีอายุไม่เกิน 10 ปี

(7) แจ้งให้ผู้ที่มีสิทธิที่จะซื้อที่ดินนั้นก่อนผู้อื่นทราบ เพื่อให้ผู้นั้นใช้สิทธิที่จะซื้อเสียก่อน ถ้าผู้มีสิทธิที่จะซื้อที่ดินนั้นก่อนผู้อื่น ไม่ซื้อภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้จึงจะดำเนินเรื่องให้ตามที่ผู้ว่าจ้างต้องการต่อไป

(8) ยื่นคำขอต่อราชการบริหารส่วนท้องถิ่น เพื่อขอทราบระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการใช้ที่ดิน การผังเมือง และการพัฒนาที่ดิน (หากไม่ทำก็อาจต้องรับผิดชอบในฐานะประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะ)

(9) เป็นผู้จัดเก็บค่าภาษีอากรจากคู่สัญญาและนำส่งสรรพากร

(10) ถ้ารับเงินแทนคู่สัญญาจะต้องนำไปฝากไว้กับหนึ่งในสองสถาบันการเงินดังต่อไปนี้คือ “Chaise des Depotet Consignations” หรือ “The Credit Agricole”

(11) พยายามให้คู่สัญญาตกลงกันในเรื่องที่ยังตกลงกันไม่ได้ โดยยึดหลักให้ความสำคัญเป็นธรรมและรักษาผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย

(12) ตรวจสอบว่า ข้อตกลงในสัญญาสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย

(13) จัดเตรียมสัญญาและส่งสัญญาให้จดทะเบียนต่อสำนักงานจดทะเบียนสิทธิ และนิติกรรมที่เรียกว่า “The Deeds and Mortgages Registry” เมื่อสำนักงานดังกล่าวจดทะเบียนแล้วก็จะส่งมาให้โนแตร และโนแตรก็จะจัดส่งหนังสือแสดงเป็นเจ้าของสิทธิ (Titre de Propriete) พร้อมกับส่งรายละเอียดค่าใช้จ่ายและค่าภาษีอากรที่จ่ายไป (สัญญาฯ ศรีศีกดา, 2537, หน้า 86-88)

3. วิวัฒนาการของการประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศไทย

ในประเทศไทยประวัติศาสตร์กฎหมายและกระบวนการอำนวยความสะดวกยุติธรรมที่มีมาตั้งแต่ครั้งกรุงสุโขทัยเป็นราชธานี ตามหลักฐานศิลาจารึกในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช หลักที่

1 ด้านที่ 1 บรรทัดที่ 24 ถึง 28 มีข้อความว่า"ไพร่ฟ้าลูกเจ้าขุนผีแล้ผิดแพกแสกกว้างสวนคูแท้แล้ว จึง แล่งความแก่ชาด้วยเชื้อ บ่อเข้าผู้ลักมักผู้ช่อน เห็นข้าวท่านบ่ใคร่พิน เห็นสินท่านบ่ใคร่เดือด" ข้อความที่ได้จารึกไว้นี้แสดงให้เห็นถึงการพิจารณาคติข้อพิพาทของราษฎรจะต้องไต่สวนให้ได้ความจริง ไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่เห็นแก่สินบน แล้วตัดสินด้วยความเป็นธรรม โดยผู้มีอำนาจตัดสินคดี คือ เจ้าหน้าที่ย้ายปกครองกระบวนการอำนวยความยุติธรรมที่ใช้อยู่ในสมัยสุโขทัยนี้ มิได้มีการกล่าวถึงทนายความ หรือผู้ทำหน้าที่ซึ่งพอจะถือว่าเป็นทนายความได้เลย เหตุที่เป็นเช่นนี้ คงจะต้องพิจารณาประกอบไปกับวิถีชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรในสมัยนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ชาวสุโขทัยมีวิถีชีวิตที่สะดวกสบายในการหาเลี้ยงชีพ เนื่องจากความอุดมสมบูรณ์ของทรัพยากรธรรมชาติ และการถือหลักการค้าเสรีไม่มีภาษีผ่านด่าน ใครทำกินบนที่ดินก็ได้เป็นกรรมสิทธิ์ อีกทั้งราษฎรสุโขทัยเป็นผู้ยึดมั่นในพระพุทธศาสนา เป็นผลทำให้หลักกฎหมายที่ใช้อยู่ปราศจากความยุ่งยากซับซ้อนทั้งความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับราษฎรมีลักษณะใกล้ชิด หากราษฎรประสงค์จะร้องทุกข์ต่อพระมหากษัตริย์โดยตรงก็กระทำได้โดยง่าย ดังที่ปรากฏในหลักศิลาจารึกหลักที่ 1 บรรทัดที่ 32 ถึง 35 ต่อด้านที่ 2 บรรทัดที่ 1 ถึง 2 มีข้อความว่า “ในปากปดุมักดิ่งอันฉิ่งแขวนไว้หั้น ไพร่ฟ้าหน้าปก กลางบ้าน กลางเมือง มีถ้อย มีความเจ็บท้องข้องใจมันจักกล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไว้ ไปลั่นกิ่งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองได้ยินเรียกเมืองถามสวนความแก่มันด้วยชื่อไพร่ในเมืองสุโขทัยนี้จึงชม”

ตามหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ซึ่งนักประวัติศาสตร์เชื่อว่าส่วนหนึ่งแห่งข้อความในศิลาจารึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของไทย แม้หลักศิลาจารึกดังกล่าวจะมีการจารึกข้อความเรื่องการประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมการตัดสินความ (แล่งความ) แต่หลักศิลาจารึกนั้นก็มิได้กล่าวถึงทนายความแต่อย่างใด

ทนายความเพิ่งปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรในรัชสมัยของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ปฐมกษัตริย์แห่งกรุงศรีอยุธยา โดยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายพระอัยการลักษณะรับฟ้อง เมื่อ พ.ศ.1899 ความว่า “...แต่่งทนายต่างตัวแก้ในอาญา...” แม้นักประวัติศาสตร์จะเชื่อว่าทนายความน่าจะจะมีมาก่อนสมัยนี้แล้วภายหลังสมัยพระเจ้าอู่ทองจึงบัญญัติไว้ก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าในปี พ.ศ.1899 นี้ เป็นต้นกำเนิดของทนายความไทยที่มีหลักฐานยืนยันแน่นอน ทนายความในประเทศไทย หากแบ่งตามช่วงเวลาแบ่งได้ 3 ยุค คือ

3.1 ทนายความยุคกรุงศรีอยุธยาถึงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

ในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) แม้ว่าจะปรากฏหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องทนายความ แต่ลักษณะการทำงานของทนายความก็ดี อำนาจหน้าที่และบทบาทของ

ทนายความก็ดี หากได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ เมื่อพิจารณาจาก บทบัญญัติในพระอัยการลักษณะพยาน และลักษณะค่าน้ำอุยเพลิงก็ไม่ปรากฏว่าได้กล่าวถึงบทบาท ของทนายความเช่นกันกระบวนการซักถามพยานไม่ว่าจะเป็นการถามค้านหรือถามตั้ง ล้วนเป็น หน้าที่ของศาลทนายความในสมัยนั้นทำงานแต่เพียงเบื้องหลังไม่แสดงออกโดยทำหน้าที่เพียงแต่ง หรือเรียบเรียงคำฟ้อง คำร้อง คำแถลง คำให้การ แทนตัวความเท่านั้น การซักถามพยาน ถามค้าน ถามตั้ง โดยทนายความมิได้กระทำกันเลย

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายพระอัยการลักษณะตระลาการ บทบาทของ ทนายความเริ่มปรากฏให้เห็นมากขึ้น โดยในบทบัญญัติพระอัยการลักษณะตระลาการ มาตรา 72 บัญญัติว่า “ถ้าพี่น้องภรรยา ญาติกา สวมกสมอาไศรย ไพร่ฟ้า ข้าคนผู้ใดๆ แลเป็นถ้อยความสิ่งใดๆ อยู่ก็ดี แลคนผู้เจ้าความนั้นเจ็บป่วยเป็นประการใด ๆ จะว่าความไปมิได้จะให้พ่อแม่พี่น้องลูกชายพี่ เมียประกันแก้ความต่างก็ดี ท่านว่าจะประกันแก้ต่างว่าต่างกันได้ เพราะใช้เจ็บพี่น้องกันเขาเสียกัน มิได้”

นอกจากนั้นบทบัญญัติลักษณะตระลาการ มาตรา 92 บัญญัติในเรื่องการแต่งทนายความ ไว้ว่า “แต่นา 400 ไร่ขึ้นไปถ้ามีภักสุขทุกขสิ่งใดๆ ก็ดี แลร้องฟ้องกฎหมายกล่าวหาผู้มีบันดาศักดิ์ แต่นา 400 ขึ้นไป เป็นข้อแพ่ง อาญา อุทธรณ์ ก็ดี ให้แต่งทนายความว่าความต่างตัว บ่ฟังให้ว่าความ เอง ถ้ามิได้ให้เรียกทนายต่างตัว ท่านว่าอย่าฟังรับไว้บังคับบัญชา ต่่านา 400 ลงมา ถ้ามีกิจธุระสิ่งใดๆ ก็ดี จะแก้ต่างว่าต่างประกันหาต่างพี่น้องได้ ถ้าราษฎรจะฟ้องร้องให้พิจารณาตัวเองได้”

ตามกฎหมายพระอัยการลักษณะตระลาการแสดงให้เห็นว่าการว่าต่างแก้ต่างแทนตัว ความ สามารถกระทำได้มากขึ้น เปิดโอกาสให้สามภรรยา บิดามารดา ทำหน้าที่แทนตัวความได้ และกำหนดให้ผู้มีศักดินาสองกว่า 400 ไร่ ขึ้นไป แต่งทนายความได้เพื่อป้องกันการเผชิญหน้ากันซึ่ง คู่ไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตามการทำหน้าที่ของทนายความในสมัยนี้ก็ยังเป็นไปในรูปแบบเดิม กล่าวคือ การแสดงตัวในการถามพยาน ถามค้าน ถามตั้ง ยังไม่ปรากฏ ทนายความยังทำหน้าที่ เน้นหนักไปในด้านการเขียน แต่งคำร้อง คำฟ้อง คำแถลง คำให้การ อยู่เช่นเดิม ลักษณะการทำงาน ของทนายความเช่นนี้ดำเนินตลอดมาจนถึงยุคต้นของรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์

3.2 ทนายความยุคใหม่

ในสมัยรัชกาลที่ 5 ประเทศไทยมีความสัมพันธ์กับต่างประเทศ โดยเฉพาะที่นคร เชียงใหม่มีชาวอังกฤษขึ้นไปประกอบอาชีพทำไม้เป็นจำนวนมาก เมื่อมีข้อพิพาทในเรื่องสัมปทาน ป่าไม้ ผู้ครองนครก็ถืออธิปไตย ชาวอังกฤษผู้รับสัมปทานก็ไม่ยินยอมเพราะเห็นว่าไม่เป็นธรรม รัฐบาลจึงต้องยื่นมือเข้าจัดการแก้ปัญหา โดยกำหนดเกี่ยวกับการฟ้องร้องเจ้านครเชียงใหม่ ใน

พระราชบัญญัติสำหรับข้อหลวงชำระความหัวเมือง จุลศักราช 1236 หรือ ร.ศ.93 (พ.ศ.2417) ซึ่งให้ดำเนินวิธีการทางศาลแบบใหม่ และให้สิทธิเจ้าครองนครและญาติแต่งตั้งนายความว่าความแทนได้ และให้เจ้าผู้ครองนครเชียงใหม่ ลำปาง ลำพูน จัดเจ้านายบุตรหลานฝึกหัดในการชำระความยังศาล ทำให้กระบวนการศาลเริ่มมีการซักถามพยาน ถามค้าน ถามดิ่ง โดยนายความ การแสดงตัวของนายความจึงปรากฏให้เห็นมากขึ้น มิใช่จำกัดอยู่แต่เฉพาะการขึ้นแต่งคำฟ้อง คำร้อง คำแถลง ซึ่งเป็นงานเบื้องหลังตั้งแต่ก่อน

ต่อมาในปี พ.ศ.2424 ได้มีพระราชบัญญัติว่าความศาลต่างประเทศจุลศักราช 1243 บัญญัติให้คนไทยทุกคนแต่งตั้งนายความได้ ไม่จำกัดศักดิ์กันอย่างแต่ก่อน การแต่งตั้งนายความเข้าสู่คดี โดยเฉพาะศาลต่างประเทศจึงเป็นไปได้อย่างกว้างขวางและเสมอหน้ากัน

จนกระทั่ง ร.ศ.110 (พ.ศ.2434) พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น ทั้งยอมรับวิธีการศาลและกระบวนการพิจารณาแบบยุโรปมาใช้ ศาลต่างๆ จึงถูกรวบรวมให้สังกัดกระทรวงยุติธรรม ใน ร.ศ.111 (พ.ศ.2435) มีพระราชบัญญัติสนามสถิตย์ยุติธรรมใช้บังคับ กระบวนการว่าความ โดยวิธีแต่งคำฟ้อง คำร้อง คำแถลงและการซักถามพยาน ถามค้าน ถามดิ่ง ของนายความจึงเริ่มใช้เต็มรูปแบบ เช่นเดียวกับนายความในทวีปยุโรป

งานของนายความแบบใหม่ได้ขยายตัวควบคู่ไปกับการเปิดศาลยุติธรรมของประเทศ ไทย จนกระทั่งได้เปิดศาลยุติธรรมแบบใหม่ทั่วประเทศเมื่อ พ.ศ.2458 ผู้ที่เคยดำเนินธุรกิจรับทำหน้าที่เขียนคำฟ้อง คำให้การแบบเดิมก็เปลี่ยนมาเป็นนายความในศาลตามระบบใหม่ ผู้มีความรู้กฎหมายบ้างพอสมควรต่างก็กันไปประกอบอาชีพนายความ รวมทั้งผู้มีความรู้กฎหมาย เมื่อลาออกจากราชการแล้ว ก็มักจะประกอบอาชีพนายความ ด้วยเหตุนี้จึงปรากฏว่านายความมักจะมาจากนายตำรวจ ปลัดอำเภอ จำศาล อักการ รวมทั้งผู้พิพากษา เนื่องจากการเป็นนายความแบบใหม่ต้องมีการแสดงตัวและแสดงออกในการซักถามพยาน ถามค้าน ถามดิ่ง ทำให้อาชีพนายความต้องผ่านการฝึกฝน ฝึกหัด การซักถาม ถามค้าน จนมีการกล่าวกันว่านายความที่เก่งนั้นต้องมีฝีปากหรือคารมดี อย่างไรก็ตามอาชีพนายความในขณะนั้นก็ยังไม่ใช่จะดีนัก เพราะในสมัยนั้นนายความยังขาดองค์กรควบคุม ทำให้นายบางคนประพฤติตนไม่เหมาะสม ภาพพจน์ของนายความจึงเสื่อมเสียไม่เป็นที่ควร

3.3 นายความยุคพัฒนาถึงปัจจุบัน

นายความแบบใหม่ได้มีจำนวนมากขึ้น จนกระทั่ง ปี ร.ศ.127 (พ.ศ.2451) จึงได้มีกฎหมายควบคุมนายความขึ้นเป็นครั้งแรก ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ.127 โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 127 ว่า ให้ศาลมีอำนาจห้ามนายความผู้ประพฤติตนไม่สมควรมิให้ว่าความใน

ศาลใดศาลหนึ่ง หรือทุกศาลได้ และให้เสนาบดีกระทรวง ยุติธรรมตั้งกฎข้อบังคับเรื่องนายความ ได้ การควบคุมมรรยาทนายความในยุคแรกจึงอยู่อำนาจศาลเป็นผู้ควบคุม ต่อมาปี พ.ศ.2456 เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมก็ได้ออกกฎหมายห้ามข้าราชการผู้มีหน้าที่รักษาพระธรรมนูญเข้าว่าความในคดีอาญา

ในปี พ.ศ.2457 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงก่อตั้งเนติบัณฑิตยสภาขึ้น พร้อมกับได้ทรงตราพระราชบัญญัติทนายความฉบับแรกขึ้นใช้ คือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2457 ความว่า

กาลทุกวันนี้มีพระราชกำหนดกฎหมายให้โจทก์ จำเลยผู้มีอรรถคดีต่างนายความว่าต่าง แก่ต่าง ได้ในศาลยุติธรรม และมีเจ้าถ้อยหม่อมความและบุคคลเป็นผู้ไร้คุณสมบัติเข้ามา แอบแฝงหากินเป็นทนายความในโรงศาลเป็นอันมากและกฎข้อบังคับทนายความ ซึ่งมีอยู่ยังไม่เพียงพอที่จะสอดส่องครอบงำตลอดทั่วถึงบุคคลเหล่านั้น และการประพฤติอยู่ใน มารยาทอันดีงามเป็นอันเดียวกัน จึงจำต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ดังนั้น งานทนายความไทยจึงเป็นงานที่กฎหมายรับรองและต้องใช้ความรู้ ความชำนาญ ทางนิติศาสตร์ ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ นั้น มีบทบัญญัติที่กำหนดฐานะและหน้าที่ของ ทนายความที่แตกต่างกันดังนี้

1) พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2457 ได้แบ่งทนายความออกเป็น 2 ชั้น คือ

(1) ทนายความชั้นที่หนึ่ง เป็นทนายความประเภทที่สอบไล่วิชากฎหมาย ได้รับ ประกาศนียบัตรเป็นเนติบัณฑิตไทย ทนายความประเภทนี้มีสิทธิว่าความได้ทั่วราชอาณาจักร

(2) ทนายความชั้นสอง เป็นทนายความซึ่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ได้สอบสวน คุณวุฒิ ความรู้ ความชำนาญ แล้วมีสิทธิว่าความได้เฉพาะศาลในกรุงเทพหรือหัวเมือง โดยตำบลที่ จดลงไว้ในใบอนุญาตทนายความเท่านั้นจะไปว่าความในท้องที่อื่นที่มีได้จดทะเบียนไว้ก็ให้ขอ อนุญาตพิเศษเฉพาะเรื่องทุกคราวไปจึงจะว่าความได้

2) พระราชบัญญัติทนายความแก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ.2481 ในปี พ.ศ.2477 หลังจาก เปลี่ยนแปลงการปกครองได้มีการออกพระราชบัญญัติทนายความฉบับใหม่ โดยแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ.2481 กำหนดให้ทนายความมี 2 ชั้นคือ

(1) ทนายความชั้นหนึ่ง ได้แก่

(2) ผู้สอบความรู้ทางนิติศาสตร์ได้เป็นเนติบัณฑิตหรือตั้งแต่ปริญาตรีขึ้นไป และเป็นสามัญสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา

(3) ผู้ที่เคยเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการมาแล้วไม่ต่ำกว่า 10 ปีหรือเป็น สมาชิกพิเศษ แห่งเนติบัณฑิตยสภา

(4) นายความชั้นสองซึ่งได้ทำการเป็นนายความมาแล้วไม่ต่ำกว่า 10 ปี และได้ว่าความยกย่องเป็นสมาชิกพิเศษแห่งเนติบัณฑิตยสภาสมาชิกพิเศษแห่งเนติบัณฑิตยสภา ที่ได้รับอนุญาตให้เป็นนายความชั้นหนึ่งอยู่ก่อนวันใช้พระราชบัญญัตินี้ นายความชั้นสอง ได้แก่ ผู้ซึ่งอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ได้สอบคุณสมบัติและความสามารถแล้วเห็นว่าสมควรจะทำหน้าที่นายความได้ และเป็นสมาชิกสมทบแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว สิทธิการว่าความยังเป็นเช่นเดิมต่อนายความชั้นหนึ่งว่าความทั่วราชอาณาจักร นายความชั้นสองว่าความได้เฉพาะจังหวัดที่ตนจดทะเบียนไว้ หากจะว่าความนอกเขตจังหวัดนั้นต้องได้รับอนุญาตจากผู้พิพากษาศาลที่นายความจะเข้าว่าความเสียก่อนแล้วรายงานให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ทราบ

3) พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ.2508

ต่อมาในปี พ.ศ.2508 มีพระราชบัญญัตินายความฉบับที่ 3 มีข้อกำหนดให้ออนอำนาจการออกไปอนุญาตว่าความจากอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์มาให้เนติบัณฑิตยสภาเป็นผู้ออกไปอนุญาตตลอดจนควบคุมทะเบียนและมรรยาทของนายความ โดยมีพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ.2508 กำหนดให้มีนายความ 2 ชั้นคือนายความชั้นหนึ่ง ต้องสำเร็จวิชากฎหมายและเป็นสามัญสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา มีสิทธิว่าความได้ทั่วราชอาณาจักร นายความชั้นที่สอง ต้องเป็นผู้ที่สอบความรู้ได้ที่เนติบัณฑิตยสภา กำหนดให้มีการสอบหรือมีปริญญา อนุปริญญา หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ในสถานศึกษาในประเทศไทย ซึ่งเนติบัณฑิตยสภารับรองว่ามาตรฐานการศึกษาสมควรเป็นนายความได้ และเป็นสมาชิกสามัญหรือสมทบแห่งเนติบัณฑิตยสภา มีสิทธิว่าความในศาลในเขตจังหวัดที่นายความผู้นั้นมีสำนักงานที่จดทะเบียนไว้และจังหวัดอื่นที่ระบุใบอนุญาต

อาชีพนายความได้พัฒนาเจริญก้าวหน้าขึ้นตามลำดับผู้ประกอบการวิชาชีพนายความมีเป็นจำนวนมากขึ้น มีการรวมตัวกันเป็นองค์กรอิสระโดยจัดตั้งสมาคมนายความในปี พ.ศ.2500 เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ทนายความด้วยกันและประชาชนทั่วไป สมาคมนายความเห็นว่าการควบคุมทนายความโดยเนติบัณฑิตยสภาซึ่งประกอบไปด้วย ผู้พิพากษา อัยการ ทนายความ และบุคคลทั่วไป ไม่เป็นธรรมและไม่เหมาะสม ทนายความควรปกครองทนายความด้วยตนเอง จึงเกิดการเรียกร้องจากทนายความ อันเป็นต้นกำเนิดของสภานายความในเวลาต่อมา

ในปี พ.ศ.2528 สภานายความจึงก่อกำเนิดขึ้นพร้อมกับพระราชบัญญัตินายความฉบับใหม่ โดยมีสาระสำคัญให้ออนการควบคุมทนายความ ทั้งการจดทะเบียนการควบคุมมรรยาทและการกำหนดคุณสมบัติของผู้เป็นทนายความให้กับสภานายความ ทั้งพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 ยังได้ยกเลิกทนายความชั้นหนึ่งและชั้นสอง ให้มีทนายความประเภทเดียวโดยว่าความได้

ทั่วราชอาณาจักรส่วนการขอจดทะเบียนเป็นทะเบียนและรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต การต่อใบอนุญาตและการบอกเลิกจากการเป็นทนายความเป็นไปตามกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2528)

นับตั้งแต่มีสภาพทนายความเกิดขึ้น ทนายความในปัจจุบันจึงมีบทบาทมากขึ้นไม่จำกัดแต่เฉพาะการว่าความในวิชาชีพของตนเท่านั้น หากแต่ยังมีส่วนร่วมช่วยเหลือสังคมในด้านกฎหมาย แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการร่างกฎหมาย และช่วยเหลือประชาชนที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม โดยเคลื่อนไหวในรูปขององค์กร อันถือได้ว่าวิชาชีพทนายความได้พัฒนาก้าวหน้ามากขึ้นในปัจจุบัน

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าการประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศไทยนั้นได้เป็นไปอย่างกว้างขวาง ซึ่งในแวดวงของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ถือกันว่าการว่าความเป็นศิลปะแบบหนึ่ง กล่าวคือนอกจากจะมีความรู้ในทางกฎหมายแล้วยังต้องประกอบไปด้วยความรู้ในด้านอื่นๆตลอดจนต้องใช้ปฏิภาณไหวพริบ เชาวปัญญาต่างๆเข้าประกอบด้วย จนมีผู้กล่าวขานกันว่า “การเป็นนักนิติศาสตร์ที่ดีหรือยิ่งใหญ่ หากเป็นทนายความก็ย่อมเป็นทนายที่ดี (Great lawyers must be good advocates) แต่ไม่แน่ว่าจะหมายความว่านักนิติศาสตร์ที่ดีทุกคนจะเป็นทนายความได้ (Good lawyers may be such and not advocates)” (สุรชัย สุวรรณปรีชา, 2531, หน้า 28)

4. บทบาทและหน้าที่ของทนายความ

กระบวนการทางกฎหมายมีขั้นตอนที่สลับซับซ้อนประชาชนผู้มีอรรถคดีที่ไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมาย จึงจำเป็นที่จะต้องมิตัวแทนผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ความชำนาญและเข้าใจในด้านกฎหมายที่เรียกว่า “ทนายความ” ทำหน้าที่ว่าต่างแก้ต่างและเป็นตัวแทนในการใช้กฎหมาย โดยมีเจตนารมณ์สำคัญเพื่อให้ทุกคนได้รับความเป็นธรรมภายใต้กฎหมายเดียวกัน ประชาชนผู้มีอรรถคดีย่อมต้องการผลคดีที่เป็นประโยชน์แก่ตนเองเป็นสำคัญ ดังนั้นการให้ทนายความเป็นตัวแทนของตนในการรักษาสิทธิและประโยชน์ส่วนบุคคล จึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทุกคนมีสิทธิพึงพาได้ เพื่อให้การใช้กฎหมายเป็นระบบตามกระบวนการยุติธรรม และให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

ทนายความ จึงเป็นผู้ทำหน้าที่ในการใช้กฎหมาย เป็นตัวแทนของประชาชนผู้มีอรรถคดี โดยการทำหน้าที่ของทนายความต้องซื่อสัตย์ สุจริต และต้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิและประโยชน์ของลูกความให้ได้รับความเป็นธรรมจากการใช้กฎหมายเป็นสำคัญ

4.1 บทบาทและหน้าที่ของทนายความที่มีต่อประชาชน

1) หน้าที่ในการรับใช้ประชาชน ทนายความมีหน้าที่ในการรับใช้โดยการให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายแก่ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนและต้องการใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ

ในการบรรเทาความเดือดร้อน เนื่องจากวิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพอิสระ ทนายความมีอิสระในการพิจารณาว่าจะรับคดีของลูกค้าหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับอุดมการณ์ในการประกอบวิชาชีพของแต่ละคน อย่างไรก็ตามทนายความโดยหน้าที่แล้วควรจะช่วยเหลือลูกค้าที่เดือดร้อนเนื่องจากประชาชนคนธรรมดาไม่รู้เรื่องเกี่ยวกับข้อกฎหมายเท่าไร ไม่ทราบว่าตนมีสิทธิและจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างไรบ้าง จึงเป็นหน้าที่ของทนายความที่จะต้องอธิบายชี้แจงในข้อกฎหมายให้ลูกค้าได้ทราบและเข้าใจ และยอมรับถึงผลของการกระทำดังกล่าวที่ตนได้ก่อไว้ด้วย เพื่อให้โทษที่จะได้รับลดน้อยลง ในประเทศอังกฤษนั้น การไม่รับว่าความถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ให้ความยุติธรรม แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าทนายความมีอิสระที่จะรับหรือไม่รับว่าความก็ได้

ทั้งนี้ ทนายความและลูกค้ามีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันในลักษณะของสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2478 นิติสัมพันธ์ระหว่างทนายความกับลูกค้าจัดเป็นสัญญาจ้างทำของ) ซึ่งผลสำเร็จของงานคือการให้บริการที่ทนายความทำไป มิใช่หวังผลคิดว่าจะต้องชนะทนายความจึงต้องทำหน้าที่ของตนด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต ตรงไปตรงมาต่อลูกค้า โดยใช้ความรู้ความสามารถของตนอย่างเต็มที่และด้วยความระมัดระวังภายใต้ขอบเขตของกฎหมายและความถูกต้อง และทนายความจะต้องดำเนินคดีจนเสร็จสิ้นจนกว่าคดีจะถึงที่สุด ดังนั้นหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือประชาชนหรือลูกค้าที่เดือดร้อนในเรื่องอรรถคดีทางด้านกฎหมายจึงเป็นหน้าที่สำคัญของทนายความที่จะต้องทำหน้าที่ดังกล่าวให้สอดคล้องกับอุดมการณ์ของตนในการรับใช้ประชาชนเพื่อประโยชน์ของประชาชนมากกว่าประโยชน์แก่ตนเองและจะต้องเป็นไปตามกฎหมายอย่างถูกต้อง จึงจะได้รับการยอมรับและยกย่องจากสังคมว่าเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติและศักดิ์ศรีต่อไปด้วย

2) หน้าที่ในการรักษาความยุติธรรม “ทนายความ” คือ กลไกที่สำคัญยิ่งส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม ภาระหน้าที่หลักอันสำคัญของทนายความก็คือ การจรรโลงความยุติธรรมในสังคม ส่วนภาระหน้าที่ในการปกป้องและดูแลผลประโยชน์ของลูกค้านั้น ควรเป็นหน้าที่ผดุงความยุติธรรมในสังคมยิ่งกว่าเพื่อแสวงหาผลประโยชน์แก่ฝ่ายตนเพียงฝ่ายเดียว (ภิญโญ ชีรินิติ, 2528, หน้า 6) จากข้อความดังกล่าวจะเห็นได้ว่าวิชาชีพทนายความเป็นการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ทนายความจึงมีหน้าที่พิทักษ์ความยุติธรรม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ทนายความจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความบริสุทธิ์ ซื่อสัตย์ และเป็นธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความนั้น เพื่อดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยในสังคมทุกสังคมต้องการ หากการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความปราศจากความบริสุทธิ์แล้ว ทนายความก็ไม่อาจจะผดุงความยุติธรรมไว้ได้ ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมในสังคม

การปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือลูกความและรักษาความยุติธรรมของ ทนายความ จะต้องปฏิบัติควบคู่กันไปเสมอ ทุกครั้งที่ทนายความจะรับช่วยเหลือลูกความรายใด ทนายความต้องคำนึงถึงความยุติธรรมเป็นหลักในการพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับช่วยเหลือ ลูกความรายนั้นเพื่อตนจะได้ใช้ความรู้ความสามารถของตนในการช่วยเหลือลูกความได้อย่าง ถูกต้องตามกฎหมาย และจรรยาบรรณวิชาชีพซึ่งความยุติธรรมให้คงอยู่ในสังคมตลอดไป การช่วยเหลือ ลูกความโดยการกระทำผิดกฎหมาย เช่น การสร้างพยานหลักฐานเท็จและนำพยานหลักฐานที่จั้นนี้ มาเบิกความต่อศาล ถือว่าเป็นการช่วยเหลือลูกความในทางที่ผิดและไม่เป็นการผดุงความยุติธรรม ตามอุดมการณ์ของทนายความแต่อย่างใด หรือการที่ทนายความไม่รักษาเวลาของศาล ไม่ตรงต่อ เวลาตามที่ศาลนัดหมายไว้ การประวิงให้ชักช้า ซึ่งเป็นการไม่รักษาผลประโยชน์ของลูกความและ ไม่รักษาความยุติธรรมให้แก่ลูกความอย่างแท้จริง เพราะความล่าช้าถือว่าเป็นความไม่ยุติธรรม เช่นกัน ฉะนั้น หน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือลูกความ และการรักษาความยุติธรรมของทนายความ ดังกล่าว จะต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกันจึงจะเกิดประโยชน์แก่ประชาชนและสังคมอย่างแท้จริง

3) หน้าที่ในทางจริยธรรม เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือประชาชน หรือลูกความตามกฎหมายและการรักษาความยุติธรรมในสังคม เป็นไปอย่างสอดคล้องกันตามที่ กล่าวมาข้างต้น ทนายความจะต้องมีหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ ซึ่งเป็นหน้าที่ของทนายความทุกคน ที่ต้องปฏิบัติอย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกับนักกฎหมายในสาขาวิชาชีพอื่นที่ต้องมีหลัก จริยธรรมทาง วิชาชีพ อันเป็นหลักเกณฑ์ในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวในส่วนหนึ่งได้ถูกบัญญัติ ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยอาจจะมีชื่อเรียกต่างกัน เช่น ผู้พิพากษามีประมวลจริยธรรมของ ข้าราชการตุลาการ พนักงานอัยการมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2521 ส่วน ทนายความมีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาท ทนายความ พ.ศ.2529 ซึ่งจะขอกกล่าวในเรื่องมรรยาททนายความอย่างละเอียดต่อไป ทั้งนี้ เพื่อให้ เข้าใจความหมายของคำว่า “จริยธรรม” อย่างชัดเจน จึงขออธิบาย ดังนี้

คำว่า “จริยธรรม” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 คือ “จริย” (อ่านว่า จะ-ริ-ยะ) หมายถึง ความประพฤติ กิริยาที่ควรประพฤติ

“ธรรม” (อ่านว่า ทำ ทำ-มะ) หมายถึง คุณความดี ความจริง ความถูกต้อง

ดังนั้น “จริยธรรม” หมายถึง ความประพฤติที่ถูกต้องชอบธรรม (คณะกรรมการมรรยาท ทนายความและคณะทำงานส่งเสริมและประสานงานสอบสวนคดีมรรยาททนายความ, 2544, หน้า 23) ซึ่งความประพฤติที่ถูกต้องนั้นจะมีความชอบธรรมหรือไม่จะต้องประกอบด้วยคุณธรรมทาง จิตใจควบคู่ไปกับคุณธรรมทางความประพฤติและเมื่อวิชาชีพทนายความเป็นการประกอบวิชาชีพที่ เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประชาชนและความยุติธรรมแล้ว ทนายความนั้นยังต้องใช้

ความสามารถในวิชาชีพที่ตนศึกษามาด้วยความถูกต้องชอบธรรม และประพฤติตนให้ตั้งมั่นเป็นสิ่งที่ทนายความทุกคนต้องปฏิบัติให้เป็นธรรมเนียมปฏิบัติของวิชาชีพที่ตั้งมั่นสืบทอดกันต่อไป หรืออาจเรียกว่าเป็นจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพทนายความซึ่งจะขออธิบายเพิ่มเติม ดังนี้

(1) ความซื่อสัตย์สุจริต โดยทั่วไปแล้ว บุคคลในสังคมที่เจริญแล้วจะปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักกฎหมายโรมันที่เรียกเป็นภาษา ลาตินว่า “Bona Fides” แปลว่า ความซื่อสัตย์หรือสัจจะที่ดี ภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Treu und Glauben” แปลว่า ความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ (บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 242) อันเป็นหลักการพื้นฐานของบุคคลทุกคนในสังคมที่จะต้องปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจต่อกัน สำหรับประเทศไทยนั้นหลักสุจริตได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องการกระทำโดยสุจริต” จากหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ทนายความจึงต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อลูกความที่มอบความไว้วางใจให้ช่วยเหลือดำเนินคดีแทนให้ โดยให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือแก้ไขปัญหาทางกฎหมายให้ลูกความอย่างถูกต้องและเป็นธรรมเพื่อให้เกิดผลดีที่สุดต่อลูกความ และจะต้องปกป้องผลประโยชน์ของลูกความให้มากที่สุดและป้องกันมิให้ลูกความของตนเสียผลประโยชน์อย่างดีที่สุดภายใต้ความ ยุติธรรม โดยไม่คำนึงถึงฐานะของลูกความ หรือผลตอบแทนที่จะได้รับจากการเป็นทนายความให้ และไม่ว่าจะมีสัญญาจ้างทนายความเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม

นอกจากความซื่อสัตย์สุจริตต่อลูกความแล้ว ทนายความยังต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อศาลด้วย เพื่อพิทักษ์รักษาความยุติธรรม เนื่องจากศาลเป็นกระบวนการยุติธรรมซึ่งทนายความมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อศาลในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างๆ ในคดี ทนายความจึงเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาความยุติธรรมด้วย เช่น การแถลงข้อเท็จจริงต่างๆ การให้การรับรองต่างๆ ไว้ต่อศาลต้องเป็นความจริง การเลื่อนคดีต้องมีการอ้างเหตุที่สมควร เป็นต้น เมื่อทนายความซื่อสัตย์ต่อศาลแล้ว ก็เป็นการซื่อสัตย์ต่อกระบวนการยุติธรรมอันเป็นหน้าที่สำคัญของทนายความเช่นกัน

ทั้งนี้ ทนายความยังต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อวิชาชีพของตน และต่อเพื่อนร่วมวิชาชีพด้วยกันเพื่อส่งเสริมให้วิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติศักดิ์ศรี เช่น ไม่แย่งความกัน ไม่ใช่โอกาสในทางวิชาชีพแสวงหาผลประโยชน์ให้กับตนเอง โดยการยุยงส่งเสริมให้เป็นความ การปลอมพินัยกรรม ปลอมสัญญา หรือร่วมมือกันหลอกลวงประชาชน เป็นต้น เพราะนอกจากจะเป็นการทำลายวิชาชีพแล้ว ยังเป็นการก่อความเดือดร้อนให้กับผู้อื่น ทำให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของสังคมบ้านเมืองอีกด้วย

(2) คุณธรรมทางความประพฤติ นอกจากความซื่อสัตย์สุจริตแล้ว การประพฤติตนอย่างถูกต้องชอบธรรมเป็นสิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งของหลักจริยธรรมที่ทนายความพึงปฏิบัติ

คุณธรรมทางความประพฤติ คือ สิ่งที่ทนายความควรปฏิบัติและสิ่งที่ทนายความควรละเว้น โดยใช้หลักศีลธรรมที่มีอยู่ในความรู้สึกลึกซึ้งนึกคิดของบุคคลแต่ละคนเป็นตัวบอกว่าสิ่งใดควรปฏิบัติและสิ่งใดควรละเว้น คือ การหยิ่งรู้ได้ว่าเมื่อตนกระทำอะไรลงไปแล้ว อีกฝ่ายหนึ่งจะรู้สึกนึกคิดอย่างไร และจะมีการตอบสนองอย่างไร ทนายความจะต้องมีหลักศีลธรรมอยู่ในความรู้สึกลึกซึ้ง และรู้จักประพฤติดนให้ถูกต้องชอบธรรม และควรละเว้นไม่กระทำการใดที่เป็นการไม่สมควรอันอาจก่อให้เกิดความเสื่อมเสียต่อเกียรติและศักดิ์ศรีของวิชาชีพ เช่น การมีความสัมพันธ์ทางเพศกับภรรยา โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้อื่น ไม่ว่าจะภรรยาคนนั้นจะยินยอมหรือไม่ ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี และเป็นการเสื่อมเสียศักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความ เป็นการประพฤติดมรรยาททนายความตามข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 หมวด 4 ข้อ 18 (คำสั่งสภาทนายความที่ 12/2540) จะเห็นได้ว่าการกระทำของทนายความดังกล่าว เป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายโดยกระทำละเมิดต่อผู้อื่นและเป็นการประพฤติดมรรยาททนายความตามข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ

ทนายความจะต้องมีความรู้ความเข้าใจอย่างลึกซึ้งในหน้าที่ทางจริยธรรมของวิชาชีพตามที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของทนายความเป็นไปด้วยความถูกต้องและชอบธรรมอันเป็นที่ยอมรับของประชาชน และมีให้ขัดกับหลักจริยธรรมทางวิชาชีพและขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งบางครั้งการปฏิบัติหน้าที่ของทนายความอาจขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนได้โดยที่ทนายความผู้นั้นอาจรู้เท่าไม่ถึงการณ์ เนื่องจากมิได้มีความรู้ความเข้าใจหลักจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพอย่างเพียงพอ และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจนในเรื่องนั้น ตัวอย่างเช่น การคิดค่าทนายความโดยมีส่วนได้เสียในทางการเงินโดยตรงในผลของคดี ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาฎีกา ตัดสินไว้ว่า ข้อสัญญาระหว่างทนายความและลูกความในส่วนของตกลงให้สินจ้างกันอีกร้อยละ 5 ของทุนทรัพย์สินสมรสที่จำเลยจะได้รับ เป็นข้อสัญญาที่ให้ทนายความเข้ามีส่วนได้เสียในทางการเงินโดยตรงในผลของคดีไม่ต้องด้วยหลักจริยธรรมทางวิชาชีพทนายความ ถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (คำพิพากษาฎีกาที่ 1260/2543) ดังนั้นทนายความจึงควรระมัดระวังในเรื่องการคิดค่าจ้าง และควรหลีกเลี่ยงการเข้าไปมีส่วนได้เสียในทางการเงินโดยตรงในผลของคดี เนื่องจากทนายความไม่อาจจะแสวงหาประโยชน์จากคดีความไม่ว่าในทางใด

เปรียบเทียบกับจริยธรรมของผู้พิพากษา เช่น การที่จำเลยซึ่งชนะคดีเกิดความศรัทธาในตัวผู้พิพากษาซึ่งให้ความเที่ยงธรรมแก่ตนเป็นอย่างดี และอยากสมนาคุณ จึงนำทรัพย์สินที่มีค่าชิ้นหนึ่งมามอบให้ผู้พิพากษาผู้นั้น แม้คดีถึงที่สุดแล้ว โดยไม่มีทางที่จะอุทธรณ์หรือฎีกาได้อีกต่อไป

กรณีนี้ไม่มีกฎหมายห้ามผู้พิพากษารับทรัพย์สินนั้น และไม่มีศีลธรรมข้อใดห้ามไว้โดยตรง แต่หากพิจารณาในแง่ของจริยธรรมแล้ว ผู้พิพากษาผู้นั้นไม่ควรรับผลประโยชน์ใดจากการที่ตนได้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของตน ถ้าหากรับไว้ย่อมถือว่าผู้พิพากษาผู้นั้นไม่มีจริยธรรม (ธานินทร์ กรัยวิเชียร, 2541, หน้า 2) ดังนั้น การประกอบวิชาชีพทนายความจึงต้องมีหลักจริยธรรมและศีลธรรมเป็นสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ถูกต้องตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคม และเป็นที่ยอมรับของประชาชนทั้งหลาย

(3) หน้าที่ในทางมรรยาททนายความ หน้าที่สำคัญของทนายความอีกประการหนึ่ง คือ หน้าที่ในการปฏิบัติตามมรรยาททนายความ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางวิชาชีพและการดำรงตนในสังคมของทนายความ หรือเป็นข้อบังคับในการทำงานและการประพฤติตนของทนายความ เพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพทนายความให้ได้มาตรฐานของวิชาชีพ (คำสั่งสภาทนายความที่ 4/2538 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 เป็นกฎหมายกำหนดว่าด้วยวิชาชีพของทนายความที่กำหนดมาตรฐานในการออกใบอนุญาตว่า ผู้รับใบอนุญาตต้องดำเนินการอย่างใดบ้าง หากดำเนินการต่ำกว่ามาตรฐาน สภาทนายความในฐานะสภาวิชาชีพย่อมดำเนินการกำหนดความรับผิดชอบได้ และคำว่ามาตรฐานของทนายความตามที่สภาทนายความยกขึ้นนั้นหมายถึงกรอบในการประพฤติตามหลักวิชาชีพ มีกฎหมายสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพทนายความก็ดีข้อบังคับทนายความด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529) โดย พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ได้บัญญัติให้สภาทนายความมีอำนาจในการออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ ที่เรียกว่า “ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529” ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนี้ ถือว่าเป็นประมวล จริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ (Professional Ethics of Lawyers) ดังนั้น ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความดังกล่าว จึงเป็นส่วนหนึ่งของจริยธรรมทางวิชาชีพของทนายความ ทั้งนี้ ผลของการฝ่าฝืนจริยธรรมและมรรยาทนั้นต่างกันกล่าวคือ หากทนายความประพฤติตนฝ่าฝืนหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ อาจจะไม่มีโทษตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การคิดค่าทนายความสูงเกินไป หรือการไม่รับคดีที่ลูกความมาติดต่อขอให้ว่าความให้ ถือว่าผิดหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ แต่ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ จึงไม่ต้องรับโทษตามกฎหมาย แต่อาจได้รับโทษทางสังคมแทน แต่ถ้าทนายความประพฤติผิดมรรยาททนายความแล้วก็ถือว่าเป็นการประพฤติตนขัดต่อหลักจริยธรรมทางวิชาชีพ และต้องถูกดำเนินคดีมรรยาททนายความ และได้รับโทษตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ทนายความทุกคนจึงต้องปฏิบัติตามข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 อย่างเคร่งครัด

4.2 บทบาทและหน้าที่ของทนายความที่มีต่อคู่ความ

4.1.1 บทบาทและหน้าที่ของทนายความโดยทั่วไป

ปัจจุบันนี้ การประกอบวิชาชีพทนายความเป็นไปอย่างกว้างขวาง เนื่องจากดำเนินธุรกิจในปัจจุบันส่วนใหญ่แล้วรัฐบาลเป็นผู้ควบคุมดูแล ซึ่งอยู่ในรูปของกฎหมายควบคุมธุรกิจต่างๆ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมาย ในการให้คำปรึกษาแนะนำ ตั้งแต่การร่วมเจรจาเพื่อเข้าทำธุรกิจ การวางแผนและจัดเตรียมการขออนุญาตดำเนินการจากหน่วยงานของรัฐ ในกรณีที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมตามกฎหมายซึ่งต้องขออนุญาตก่อน ตลอดจนการเป็นคนกลางในการตกลง ใกล้เคียงปัญหาหรือข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้น ในระหว่างการทำธุรกิจ ก่อนที่จะคดีความต่อศาล

เมื่อมีการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเรื่อยมาติดต่อกันจึงทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของทนายความเช่นนี้กลายเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินธุรกิจในปัจจุบัน และทำให้ทนายความบทบาทมากขึ้นในการดำเนินธุรกิจในปัจจุบัน ซึ่งการให้คำปรึกษาในทางธุรกิจกลายเป็นงานของทนายความอีกอย่างหนึ่ง โดยอาจจำแนกงานของทนายความได้ ดังนี้

(1) การเป็นที่ปรึกษากฎหมาย ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การประกอบวิชาชีพทนายความในขณะนี้ได้มีการขยายขอบเขตกว้างออกไป โดยเฉพาะการเข้าไปมีบทบาทในวงการธุรกิจต่างๆ ซึ่งต้องอาศัยผู้ที่มีความรอบรู้ทางกฎหมายคอยให้คำปรึกษาแนะนำทางกฎหมายควบคู่ไปกับการดำเนินงานทางธุรกิจ เพื่อให้การดำเนินธุรกิจเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ความหมายของที่ปรึกษากฎหมายนั้นมิได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดเจน แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1373/2495 ที่ศาลฎีกาได้แปลความหมายของ “ที่ปรึกษากฎหมาย” ว่าเป็นทนายความ หรือหมอความเช่นเดียวกัน โดยอธิบายว่า “หมอความตาม ป.พ.พ. มาตรา 165(15) ดังนั้นย่อมหมายถึงบุคคลผู้ถืออาชีพหรือแสดงออกว่าเป็นผู้มีความรู้เพื่อรับจ้างในการใช้วิชากฎหมายต่างๆ ไป ที่ปรึกษากฎหมายจึงเป็นหมอความตามความหมายของมาตรา 165(15)” ดังนั้น นอกจากจะรับจ้างเป็นทนายความว่าต่างแก่งแล้วทนายความยังเป็นผู้รับปรึกษาคดี ในธุรกิจการค้า และกิจการอื่นๆ อีกมากมาย หากไม่ได้ทนายความเข้าช่วยเหลือก็จะเกิดความยุ่งยากในทางธุรกิจเช่นเดียวกับทางศาล นักธุรกิจส่วนใหญ่โดยเฉพาะในกิจการที่มีการลงทุนจากต่างชาติจึงต้องมีที่ปรึกษาทางกฎหมายไว้คอยให้คำปรึกษาแนะนำและแก้ไขปัญหาทางกฎหมาย งานที่ปรึกษากฎหมายจึงมีบทบาทมากขึ้นในสมัยนี้ และจะมีบทบาทมากขึ้นไปตามการขยายตัวของธุรกิจการค้า ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ทนายความเลือกประกอบวิชาชีพเป็นที่ปรึกษากฎหมายประจำบริษัท ห้างหุ้นส่วน สมาคม หรือนิติบุคคลอื่นๆ ตลอดจนบุคคลธรรมดาที่มีกิจการและทรัพย์สินมากมาย นับว่าเป็นทางเลือกในการประกอบวิชาชีพทนายความอีกทางหนึ่งสำหรับทนายความที่ไม่ถนัดทางด้านว่าความในศาล

(2) การเป็นผู้จัดการทรัพย์สิน นักธุรกิจที่มีกิจการที่ต้องดูแลมากมายหรือผู้ที่ม
ทรัพย์สินมากมายมักจะจ้างทนายความให้เป็นผู้จัดการทรัพย์สินเนื่องจากเป็นผู้มีความรู้ทางด้าน
กฎหมายหมาย หากเกิดปัญหาหรือข้อขัดข้องในการดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแล้ว
ทนายความก็จะช่วยแก้ไขปัญหานั้นได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของตน และทำให้
สะดวกในการดำเนินกิจการ งานของทนายความในการดูแลทรัพย์สินนั้นอาจจำแนกได้ ดังนี้

ก) เป็นผู้เก็บค่าเช่าตึกแถว โรงเรือน อาคารพาณิชย์ ที่ดิน ค่าเช่าสวน ค่าเช่านา
และค่าเช่าทรัพย์สินอื่นๆ

ข) เป็นผู้จัดการมรดก และทำพินัยกรรม การแบ่งทรัพย์สินตามพินัยกรรม
เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายการจัดการทรัพย์สินในกรณีอื่นๆ ตามความจำเป็น เช่น ในธุรกิจการค้า
ระหว่างประเทศที่มีการนำเข้าส่งออกสินค้า บางครั้งอาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ ทนายความจะเข้า
ไปจัดการดูแลสินค้าดังกล่าว เพื่อให้การดำเนินกิจการเป็นไปอย่างราบรื่น

(3) การเป็นผู้รับจัดตั้งและจดทะเบียนพาณิชย์ ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม มูลนิธิ
และนิติบุคคลอื่นๆ

ในปัจจุบันนี้ การดำเนินธุรกิจส่วนใหญ่เป็นไปในรูปแบบของการจัดตั้งบริษัทจำกัด
จึงมีการจัดตั้งบริษัทจำกัดกันเป็นจำนวนมาก ทำให้ทนายความมีบทบาทมากขึ้นในการจดทะเบียน
จัดตั้งบริษัท รวมทั้งการจดทะเบียนพาณิชย์ ห้างหุ้นส่วน สมาคม มูลนิธิ และนิติบุคคลอื่นๆ
โดยเฉพาะนิติบุคคลต่างชาติ อาทิเช่น สำนักงานผู้แทน สำนักงานภูมิภาค สำนักงานสาขา เป็นต้น

(4) การดำเนินการขอใบอนุญาตต่างๆ จากหน่วยงานราชการ และการได้มาซึ่ง
กรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญา

การดำเนินธุรกิจบางประเภทจะต้องมีการขออนุญาตเพื่อประกอบกิจการก่อน เช่น
การขออนุญาตทำกิจการ โรงงาน ต้องมีใบอนุญาตโรงงาน จากกรมโรงงานอุตสาหกรรม การดำเนิน
กิจการนำเข้าเพื่อจำหน่ายสินค้าจำพวกสุรา ต้องมีใบอนุญาตจำหน่ายและนำเข้าสินค้าดังกล่าวจาก
กรมสรรพสามิต หรือการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติบางประเภทต้องได้รับใบอนุญาตประกอบ
ธุรกิจจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เป็นต้น ทนายความก็มีบทบาทในการดำเนินการขอใบอนุญาต
ต่างๆ ดังกล่าว รวมทั้งการดำเนินการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า การจดทะเบียนสิทธิบัตร จาก
กรมพัฒนาทางปัญญา

(5) การวางแผนและจัดการเรื่องภาษีอากร

การวางแผนเรื่องภาษีอากรเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับกิจการต่างๆ หากไม่มีการวางแผน
ภาษีอากรอย่างดีแล้วอาจทำให้กิจการนั้นต้องเสียภาษีอากรให้กับรัฐอย่างมาก โดยเฉพาะธุรกิจ
ใหญ่ๆที่มีการดำเนินกิจการต่างๆ มากมาย มีภาระภาษีมากขึ้นตามไปด้วย เช่น ภาษีเงินได้ ภาษี

การค้า ภาษีโรงเรือน ภาษีป้าย ภาษี โภคภัณฑ์ ภาษรรพสามิต ภาษีศุลกากร เป็นต้น ดังนั้นเพื่อเป็นการสะดวกต่อการดำเนินกิจการ นักธุรกิจหรือเจ้าของกิจการจึงมักจ้างทนายความให้เป็นผู้วางแผน และจัดการเรื่องภาษีอากรสำหรับกิจการของตน ทนายความที่รับจัดการงานด้านนี้จะต้องศึกษากฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรต่างๆ อย่างลึกซึ้ง

(6) การรับปรึกษาในการร่างสัญญา ทำสัญญา และนิติกรรมต่างๆ

งานรับปรึกษาในการร่างสัญญา ทำสัญญา และนิติกรรมต่างๆ นับว่าเป็นงานที่สำคัญของทนายความอีกอย่างหนึ่ง เนื่องจากการติดต่อ เจรจาเพื่อเข้าทำธุรกิจในลักษณะของการร่วมลงทุนมีมากขึ้น ทำให้มีผู้ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจหนึ่งอาจมีมากกว่าหนึ่งคน ซึ่งข้อตกลงต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจนั้นส่วนใหญ่ทำในรูปแบบของสัญญา ดังนั้นจึงต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายและประสบการณ์ในการร่างสัญญาทางธุรกิจต่างๆ ทนายความจึงมักถูกจ้างให้ทำหน้าที่ในการร่างสัญญา ทำสัญญา ตลอดจนนิติกรรมต่างๆ

(7) การรับเป็นตัวแทนหรือนายหน้าในกิจการบางอย่าง

กิจการบางอย่างไม่เหมาะสมที่จะให้บุคคลที่ไม่รู้กฎหมายดำเนินการ เจ้าของกิจการจึงมอบหมายให้ทนายความดำเนินการให้แทน เช่น มอบหมายให้ทนายความเป็นนายหน้า หรือตัวแทนในการจัดการขายที่ดิน บ้านเรือน สิ่งปลูกสร้างต่างๆ การมอบหมายให้ทนายความดำเนินการไถ่ถอนจำนอง หรือรับจำนองทรัพย์สิน การมอบหมายให้ติดต่อเพื่อซื้อขายสินค้า เป็นต้น

(8) การรับแปลเอกสารต่างๆ

การรับแปลเอกสาร ปัจจุบันนี้ พบว่าการดำเนินงานในสำนักงานทนายความหลายแห่ง โดยเฉพาะสำนักงานทนายความที่เป็นสาขาจากต่างประเทศ มีการใช้เอกสารต่างประเทศกันมาก และการติดต่อราชการไทยส่วนใหญ่แล้วจะรับเอกสารภาษาไทย จึงต้องมีการแปลเอกสารจากภาษาต่างประเทศเป็นภาษาไทย หรือแปลจากภาษาไทยเป็นภาษาต่างประเทศ เช่น หนังสือรับรองของบริษัท สัญญา ธรรมเนียมต่างๆ เป็นต้น ดังนั้นงานแปลเอกสารจึงเป็นงานของทนายความอีกอย่างหนึ่ง

(9) การเป็นอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าจะมีทนายความเป็นส่วนน้อยที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทต่างๆ ก็ตาม แต่เนื่องจากการเป็นอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ทางกฎหมายด้วย ดังนั้น งานอนุญาโตตุลาการจึงถือว่าเป็นงานของทนายความในฐานะที่เป็นผู้รู้กฎหมายและใช้กฎหมายในการประกอบวิชาชีพด้วยเหมือนกัน

(10) งานอื่นๆ

งานของทนายความนอกจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังอาจมีงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ความรู้ทางกฎหมายอาจถือว่าเป็นงานของทนายความได้ เช่น การรับรองลายมือชื่อและความถูกต้องของเอกสารต่างๆ หรือที่เรียกว่า โนตารีพับลิก แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ที่จบกฎหมายก็ได้ เพียงแต่ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ โดยมีหน้าที่รับรองเอกสารเพื่อใช้เอกสารดังกล่าวกับหน่วยงานราชการของต่างประเทศ เช่น เอกสารที่ต้องยื่นต่อศาลในต่างประเทศ เป็นต้น ปัจจุบันนี้ประเทศไทยยังไม่มีโนตารีพับลิก หากต้องการจะรับรองเอกสารเพื่อไปใช้ในต่างประเทศ จะต้องให้กระทรวงการต่างประเทศของไทยรับรองเอกสารและคำแปลเอกสารนั้น (กองสัญชาติและนิติกรรมกรการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ) อย่างไรก็ตาม การทำงานของกระทรวงการต่างประเทศในเรื่องนี้ค่อนข้างจะจำกัดไม่ครบถ้วนเหมือน โนตารีพับลิกในต่างประเทศ

4.1.2 บทบาทและหน้าที่ของทนายความในการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป

การปฏิบัติหน้าที่ของทนายความในทางศาล (Litigation) นั่นถือว่าเป็นงานของทนายความโดยแท้ที่จะต้องใช้ความรู้ทางกฎหมายทั้งสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ ซึ่งอาจจำแนกรายละเอียดของงานในทางศาลได้ ดังนี้

(1) การให้คำปรึกษาคดีความทั่วไปและการเตรียมคดี

โดยปกติแล้ว ตัวความจะนำเรื่องราวหรือปัญหาข้อขัดแย้งใดๆ ที่เกี่ยวข้องกักฎหมายและต้องใช้สิทธิในทางศาลมาปรึกษาทนายความก่อนที่จะมีการดำเนินการทางศาล ซึ่งเป็นหลักความจริงที่ทนายความจะต้องรู้เรื่องราวต่างๆ จากตัวความให้มากที่สุด เพื่อนำข้อมูลที่ได้จากตัวความมาเรียบเรียง ลำดับขั้นตอน และวางแผนการดำเนินงานและหาหนทางแก้ไขปัญหานั้นต่อไปซึ่งการให้คำปรึกษาและวางแผนการจัดเตรียมคดีนั้นเป็นงานที่ต้องใช้ความละเอียดรอบคอบ ต้องอาศัยประสบการณ์จึงจะเกิดความชำนาญที่ทนายความแต่ละคนมีไม่เท่ากัน แม้ว่าผู้จบการศึกษาทางนิติศาสตร์จะมีความรู้ทางกฎหมายที่สามารถให้คำปรึกษาทางกฎหมายได้ก็ตาม แต่ก็ เป็นเพียงงานในเบื้องต้นเท่านั้น หากบุคคลนั้นมีได้มีประสบการณ์ในการว่าความในศาลเลย ก็ไม่สามารถเตรียมคดีและดำเนินคดีในทางศาลได้อย่างถูกต้อง อย่างก็ตามอาจมีกรณีที่สามารถแก้ไข ปัญหาให้แก่ตัวความได้เพียงแก่การให้คำปรึกษาและแนะนำโดยไม่ต้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลก็ได้ แต่หากปัญหานั้นจะต้องใช้อำนาจศาลแล้ว ทนายความจะต้องเตรียมคดี ว่าจะว่าต่างในฐานะโจทก์หรือแก้ต่างในฐานะจำเลย ซึ่งจะต้องมีการจัดเตรียมคำฟ้อง หรือคำให้การ รวมทั้งคำร้อง คำแถลงต่างๆ ตลอดจนการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อเสนอต่อศาล

(2) การทำหนังสือบอกกล่าวหรือทำหนังสือเตือนต่างๆ

การทำหนังสือบอกกล่าวหรือหนังสือเตือน ซึ่งโดยทั่วไปมักจะเรียกกันว่าโนตีสนั้น เป็นงานของทนายความอย่างหนึ่งในปัจจุบันที่นิยมทำกันมาก แม้ว่าจะมิได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย

อย่างชัดเจนก็ตาม เพียงแต่มีในเรื่องของการที่เจ้าหน้าที่เดือนลูกหนี้ให้ชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ซึ่งความจริงแล้วบุคคลที่ทำหนังสือโนติสไม่จำเป็นต้องเป็นทนายความก็ได้ คู่กรณีที่มีข้อโต้แย้งกันสามารถดำเนินการได้เอง แต่ในทางปฏิบัติแล้วมักจะใช้ทนายความดำเนินการแทน โดยทั่วไปแล้วการออกหนังสือโนติสจะเป็นเรื่องของการผิดสัญญาต่างๆ การกระทำละเมิด การทวงหนี้สิน การบอกกล่าวให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญา หากไม่ปฏิบัติตามก็จะดำเนินคดีตามกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนหนึ่งของการเตรียมคดีก่อนที่จะนำคดีมาสู่ศาล

(3) การยื่นคำคู่ความ การแต่งคำฟ้อง คำให้การ คำร้อง คำแถลงต่างๆ คำฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ คำฎีกา คำแก้ฎีกา

งานของทนายความที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การเรียบเรียงคำคู่ความ การแต่งคำฟ้อง คำให้การ คำร้อง คำแถลงต่างๆ คำฟ้องอุทธรณ์ การแก้อุทธรณ์ ตลอดจนคำฎีกา และแก้ฎีกา ซึ่งเป็นงานที่ต้องใช้ความประณีต นอกจากต้องมีความรู้เรื่องบทกฎหมายแล้วยังต้องมีศิลปะในการเขียนภาษากฎหมายได้เป็นอย่างดี เพราะมีฉะนั้นศาลอาจสั่งยกฟ้องได้ หากคำฟ้องไม่ถูกต้อง เช่นในคดีอาญานั้น คำฟ้องของโจทก์จะต้องมีรายละเอียดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 158 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(4) การว่าความในศาล

งานว่าความในศาลนั้นนับว่าเป็นงานที่ต้องใช้วาทศิลป์เป็นสำคัญ เพื่อว่าต่างโจทก์หรือแก้ต่างจำเลย หรือบุคคลอื่นที่พึงเข้ามาเป็นคู่ความในศาล การซักถาม ถามค้าน ถามติง พยาน และการแถลงอื่นๆ ด้วยวาจา ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความสามารถและความชำนาญของทนายความแต่ละคน และเป็นงานที่ยากต่อการเรียนรู้เนื่องจากเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยปฏิภาณไหวพริบของแต่ละคนอย่างจริงแท้ ต้องมีการโต้ตอบอย่างมีเหตุผล แก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าได้อย่างทันที ซึ่งต้องมีการฝึกหัดอย่างจริงจังเพื่อให้เกิดความชำนาญ ทั้งนี้ งานว่าความในศาลอาจแบ่งได้ ดังนี้ คือ

ก) การแถลงด้วยวาจาต่อศาล

ข) การซักถามพยานฝ่ายที่ตนนำมาสืบ และถามติงพยาน

ค) การถามค้านพยานฝ่ายตรงข้าม

(5) การยื่นอุทธรณ์ คำแก้อุทธรณ์ ยื่นฎีกาและคำแก้ฎีกา ในการดำเนินคดีทั้งทางแพ่ง และคดีอาญาก็ดีถ้าคู่ความทั้งฝ่ายโจทก์หรือจำเลยไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลชั้นคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลสูงต่อไปได้และคู่ความฝ่ายตรงข้ามก็สามารถสู้คดีได้อย่างเต็มที่โดยการแก้อุทธรณ์หรือแก้ฎีกาต่อไป

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ประกอบวิชาชีพทนายความเมื่อรับคดีความมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็ฝ่ายโจทก์คือการรับว่าแต่งหรือฝ่ายจำเลยคือการรับแก้ต่างนั้น จะต้องมีการเตรียมคดีทั้งในคดีแพ่งหรือ

เช่นในคดีอาญา จะต้องหาหลักฐานต่างๆ เพื่อใช้นำพิสูจน์ประกอบในการต่อสู้คดีความ จะต้องเป็น คนช่างสังเกต จดจำเมื่อออกดูสถานที่เกิดเหตุ สอบถามพยานรู้เห็น พยานแวดล้อมต่างๆ เพื่อที่ ทนายความฝ่ายโจทก์หรือทนายความฝ่ายจำเลยจะได้ใช้เป็นข้อมูลในการดำเนินคดีความของฝ่าย ตนเองต่อไปด้วย ดังนั้นการเตรียมคดีจึงมีความสำคัญยิ่ง เพื่อที่จะได้ล่วงรู้ล่วงหน้าว่าคดีของฝ่ายเรา และฝ่ายตรงข้ามมีพยานบุคคลหรือพยานเอกสารสำคัญต่อรูปคดีมากน้อยเพียงใด และจะว่าต่าง แก่ ต่างอย่างไรจึงจะเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายตนนั่นเอง

5. ความแตกต่างระหว่างการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป และการดำเนินคดีแบบกลุ่ม

5.1 ลักษณะ การดำเนินคดีแพ่งทั่วไป

การดำเนินคดีจะเกิดผลสำเร็จตามความมุ่งหมายถ้าได้มีการเตรียมคดีไว้อย่างรอบคอบ โดยละเอียดทุกแง่มุมของคดี ทั้งในด้านข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง แยกออกเป็น

1) การเตรียมคดีแพ่งในฐานะ โจทก์ ทนายความต้องดำเนินการในเรื่องต่างๆ ได้แก่

(1) การตรวจสอบข้อมูลเบื้องต้น ควรตรวจสอบที่มาของคดี เจตนาในการฟ้อง และ แนวทางประนีประนอมยอมความ

(2) การรวบรวมพยานหลักฐาน ทนายความต้องรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับ คดี โดยเฉพาะพยานบุคคล พยานเอกสาร และพยานวัตถุ

(3) ผู้ที่จะเป็น โจทก์ฟ้องคดีได้ต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้

(4) ผู้ที่จะถูกฟ้องให้เป็นจำเลยในคดี ได้แก่ผู้ที่ต้องรับผิดชอบโดยตรง และผู้ที่ต้องร่วม รับผิดชอบ

(5) การที่จะยื่นฟ้องต้องพิจารณาเขตศาลและอำนาจศาล เพื่อจะได้ยื่นฟ้องให้ถูกต้อง

(6) ทนายความอาจรับหรือไม่รับดำเนินคดีก็ได้ หากรับการดำเนินคดีควรตกลงค่า ทนายความให้เรียบร้อย

(7) ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแพ่งในฐานะ โจทก์ ได้แก่ ค่าขึ้นศาล ค่าธรรมเนียมอื่นๆ ค่าป่วยการต่างๆ และค่าใช้จ่ายพิเศษ

การเตรียมคดีแพ่งในฐานะจำเลย ทนายความต้องดำเนินการในเรื่องต่างๆ ได้แก่ การตรวจ คำฟ้อง ประเด็นที่ฟ้อง การสอบข้อมูลที่ถูกต้องและการวางแผนต่อสู้คดี โดยการยื่นคำให้การ ภายในกำหนดหรือการพิจารณารับหรือไม่รับดำเนินคดีและการคำนวณค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

2) การร่างคำฟ้อง กล่าวคือคำฟ้องที่เกี่ยวข้องด้วยทรัพย์ ศาลที่จะฟ้องคดีคือศาลที่ทรัพย์ เหล่านั้นตั้งอยู่ในเขตศาลในวันเวลายื่นฟ้อง ยกเว้นฟ้องต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตหรือ

ทรัพย์สินที่ฟ้องตั้งอยู่ในเขตศาล 2 ศาลขึ้นไป จะฟ้องศาลใดศาลหนึ่งก็ได้คำฟ้องที่ไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน แบ่งเป็นคดีมีข้อพิพาท กับคดีไม่มีข้อพิพาท

(1) คดีมีข้อพิพาทคือ คดีที่มีการโต้แย้งสิทธิในอันที่จะเรียกใครมาเป็นจำเลย ศาลที่จะฟ้องคือศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ ยกเว้น ฟ้องต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นหรือจำเลยหลายคนมีภูมิลำเนาในเขตศาลหลายศาลให้ฟ้องยังศาลใดศาลหนึ่ง

(2) คดีไม่มีข้อพิพาท คือ คดีที่มีผู้ฟ้องบังคับใคร จึงไม่มีตัวจำเลย ผู้ร้อง จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลที่จะฟ้องคดี คือศาลที่มูลคดีเกิดขึ้น คำฟ้องเกี่ยวข้องกับหนี้เหนือบุคคลซึ่งเจ้าหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย ลูกหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ต่างประเทศ ต้องเป็นหนี้เหนือบุคคล คือหนี้อันเป็นบุคคลสิทธิ หาได้บังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินใดโดยเฉพาะเจาะจงไม่เจ้าหนี้ต้องมีภูมิลำเนาในประเทศไทยลูกหนี้จะต้องมิได้มีภูมิลำเนาในประเทศไทยหากแต่เข้ามาในประเทศไทยชั่วคราวศาลที่รับฟ้องคดีคือศาลที่เจ้าหนี้มีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลหรือศาลที่พบตัวลูกหนี้ในเขตศาลคำฟ้องเกี่ยวกับคนสัญชาติไทยนอกประเทศ

(3) ต้องเป็นกรณีที่บัญญัติในหมวด 1 มิได้บังคับถึง คือต้องเป็นเรื่องประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยอำนาจศาลมิได้บังคับเป็นอย่างอื่นต้องเป็นเรื่องระหว่างคนสัญชาติไทยต่อคนสัญชาติไทยต้องยื่นฟ้องต่อศาลชั้นต้นในกรุงเทพมหานคร

3) การดำเนินคดีแพ่งขณะอยู่ในระหว่างพิจารณาคดีนั้น คู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถตกลงกันได้และเสนอต่อศาลให้ทำการไกล่เกลี่ย ประนีประนอมยอมความ ก่อนมีการสืบพยานโจทก์จำเลย ก็ได้ คือ ถ้าในระหว่างไกล่เกลี่ยคดีนั้น โจทก์-จำเลย ตกลงกันได้ ก็สามารถทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันในศาล โดยให้ศาลจำหน่ายคดีชั่วคราว หรือถอนฟ้องคดีต่อไป หากตกลงกันไม่ได้ ก็จะดำเนินการสืบพยานโจทก์-จำเลย โดยโจทก์-จำเลย จะนำพยานหลักฐานต่างๆ เช่น พยานบุคคล พยานเอกสาร มาเสนอต่อศาลเพื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ และศาลจะเป็นผู้พิจารณาพยานบุคคล และพยานเอกสารของคู่ความทั้งสองฝ่าย ว่าคู่ความฝ่ายใดมีข้อมูลน้ำหนักพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่ากัน แล้วจึงใช้ดุลยพินิจพิพากษาต่อไป

4) คำพิพากษาดังกล่าวมีผลผูกพันกันคู่ความทั้งสองฝ่าย คือ โจทก์และจำเลย ซึ่งถ้าฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยไม่พอใจในคำพิพากษาดังกล่าวของศาลชั้นต้น ก็สามารถดำเนินการอุทธรณ์หรือฎีกา ในศาลสูงต่อไปได้

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแพ้คดีแล้วไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล คู่ความฝ่ายชนะคดี สามารถดำเนินการชั้นบังคับคดีต่อไปได้

5) ขั้นตอนการบังคับคดีคือเมื่อคู่ความฝ่ายแพ้คดีไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาฝ่ายที่ชนะคดี ก็ดำเนินการขอศาลตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีและไปตั้งเรื่องยึดทรัพย์จำเลยที่สำนักงานบังคับคดีเพื่อกระทำการยึดทรัพย์จำเลยนำออกขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้แก่โจทก์จนแล้วเสร็จด้วย

ในคดีแพ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว พบว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามีกรณีใดบ้างที่จำเลยได้รับความคุ้มครองสิทธิ โดยได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในเรื่องของการจัดหาทนายความให้ แม้ในคดีแพ่งใหญ่ๆ ที่มีทุนทรัพย์พิพาทจำนวนมากก็ตาม ทั้งนี้เนื่องมาจากการดำเนินคดีในศาลของประเทศไทยนั้น ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในฐานะโจทก์หรือจำเลย และคู่ความรวมทั้งหลายในคดี มีสิทธิที่จะดำเนินคดีได้ด้วยตนเองเพื่อประโยชน์ของตน โดยไม่จำเป็นต้องตั้งทนายความเพื่อว่าความแทน ไม่ว่าจะตัวความจะมีความรู้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลหรือไม่ก็ตาม ในต่างประเทศบางประเทศมีกฎหมายบังคับไว้ เช่น ในกฎหมายเยอรมันไม่ยอมให้ตัวความดำเนินคดีเอง เพราะอาจเสียหายแก่คดีของตัวความได้ (จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, 2545, หน้า 70) อย่างไรก็ตามมีกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการตั้งทนายความ คือ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 60 วรรคสอง ที่กำหนดให้คู่กรณีที่ได้รับมอบอำนาจได้รับมอบอำนาจจากตัวความให้เป็นผู้แทนตัวความในการดำเนินคดี ผู้รับมอบอำนาจนั้นจะทำการว่าความอย่างทนายความไม่ได้ แต่จะต้องแต่งตั้งทนายความเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแทน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้บุคคลภายนอกซึ่งมิได้มีอาชีพทนายความทำการว่าความในศาลอย่างทนายความ ซึ่งอาจทำความเสียหายให้แก่ตัวความได้ และเพื่อป้องกันมิให้บุคคลภายนอกมาแย่งอาชีพทนายความ

ด้วยเหตุที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดว่ากรณีใดบ้างที่ตัวความไม่อาจจะดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง แต่ต้องให้ทนายความว่าต่างแก่ต่างแทนตามที่กล่าวมาข้างต้น ตัวความจึงสามารถดำเนินคดีได้เองโดยไม่ต้องตั้งทนายความ เว้นแต่ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากตัวความกฎหมายบังคับว่าจะดำเนินกระบวนการพิจารณาเองไม่ได้ ผู้รับมอบอำนาจนี้จะต้องแต่งตั้งทนายความให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาแทนอีกทีหนึ่ง หากผู้รับมอบอำนาจจากตัวความเป็นทนายความซึ่งผู้มีสิทธิว่าความอยู่แล้ว จะว่าความไปเองเลยไม่ได้ เพราะเมื่อตัวความมอบอำนาจให้เป็นผู้แทนตนในคดี ผู้รับมอบอำนาจก็ย่อมมีอำนาจเพียงดำเนินคดีแทนผู้รับมอบอำนาจในฐานะตัวความ จะว่าความอย่างทนายความแทนตัวการอีกฐานะหนึ่งด้วยหาได้ไม่ กรณีผู้รับมอบอำนาจที่เป็นทนายความนั้นสามารถทำใบแต่งตั้งทนายความแต่งตั้งตนเองเป็นทนายความเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาในฐานะทนายความอีกฐานะหนึ่ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 615/2524) หรือให้ตัวความลงชื่อในใบแต่งตั้งทนายความอีกใบหนึ่งให้ดำเนินคดีในฐานะทนายความ เพราะไม่มีกฎหมายห้ามทนายความเป็นผู้รับมอบอำนาจให้ดำเนินคดีและทำหน้าที่ทนายความด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1013/2525)

คดีแพ่งนั้นมีขั้นตอนการดำเนินคดีที่ยุ่งยากและซับซ้อน กล่าวคือการเสนอคดีแพ่งต่อศาลนั้นจะต้องพิจารณาว่าคดีนั้นเป็นคดีมีข้อพิพาทหรือไม่มีข้อพิพาท หากเป็นคดีมีข้อพิพาทก็ต้องมีโจทก์และจำเลย ต้องเสนอคดีเป็นคำฟ้องต่อศาล เมื่อเสนอคำฟ้องแล้ว ฝ่ายโจทก์จะต้องนำหมายเรียกพร้อมสำเนาคำฟ้องส่งไปให้แก่จำเลย และเมื่อจำเลยได้รับคำฟ้องแล้วจะต้องหาทนายความเพื่อยื่นคำให้การต่อสู้คดี ศาลเห็นว่าคดีมีข้อยุ่งยากจึงต้องนัดชี้สองสถานเพื่อกำหนดประเด็นข้อพิพาท แล้วจึงนัดสืบพยาน โจทก์พยานจำเลยต่อไปซึ่งในระหว่างดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้น ศาลสามารถไต่ถามไต่สวนโดยคู่ความทั้งสองฝ่ายโจทก์และจำเลยสมัครใจจะไต่ถามไต่สวนก็ได้ หรือเมื่อตกลงกันได้ก็สามารถทำสัญญาประนีประนอมกันในชั้นศาล หรือตกลงกันได้ระหว่างโจทก์กับจำเลยก็สามารถถอนฟ้องกันต่อไปได้เช่นกันหรือโจทก์จำเลยสามารถขอใช้วิธีการชั่วคราวก่อนศาลพิพากษาได้ แต่ถ้าคู่ความทั้งสองฝ่ายระหว่างโจทก์กับจำเลยไม่สามารถตกลงกันได้ก็ดำเนินการสืบพยานโจทก์และพยานจำเลยต่อไปโดยการซักถามพยานโจทก์ และพยานจำเลยซักค้านพยานโจทก์ พยานจำเลย และถามติง เมื่อศาลมีคำพิพากษาอย่างไรแล้ว หากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็สามารถยื่นอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้ และยังสามารถขอทุเลาการบังคับคดีในระหว่างอุทธรณ์ฎีกาได้ ถ้าหากใช้บุคคลที่ไม่รู้กฎหมายและไม่เคยดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล อาจทำให้คดีของตนล่าช้าและติดขัดได้ ดังนั้นด้วยเหตุที่ตัวความไม่รู้กฎหมายและไม่รู้ขั้นตอนในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และเพื่อต้องการขจัดปัญหาข้อยุ่งยากในการดำเนินคดี และเพื่อความสะดวกรวดเร็ว และเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเอง ตัวความจึงมักจะมอบหมายให้ทนายความดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีแทน (ทิภาวรรณ อ่อนพูล, 2546, หน้า 44)

5.2 ลักษณะของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม

เนื่องด้วยการดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นกระบวนการดำเนินคดีที่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกให้กับประชาชน เนื่องจากการดำเนินคดีแบบกลุ่มสามารถคุ้มครองผู้เสียหายจำนวนมากได้ในการดำเนินคดีเพียงครั้งเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นวิธีการที่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เสียหายประเภทที่ไม่มีความสามารถฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายด้วยตนเองได้ หรือผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายประเภทที่เมื่อจำแนกความเสียหายเป็นรายบุคคลแล้ว ความเสียหายที่ได้รับนั้นมีจำนวนเพียงเล็กน้อยไม่คุ้มค่ากับการดำเนินคดีไปฟ้องเป็นคดีแพ่งสามัญ เช่น ในคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นมาตรการที่สร้างความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนผู้ด้อยโอกาสในสังคมได้เป็นอย่างดี ประกอบกับการดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นวิธีการที่ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการและเพื่อหลีกเลี่ยงความซ้ำซ้อนในการฟ้องคดีและ

ป้องกันความขัดแย้งกันของคำพิพากษาคือเป็นมาตรการในการลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่ศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกทางหนึ่ง ด้วย

ลักษณะการดำเนินคดีแบบกลุ่ม แยกออกเป็น

- 1) การขออนุญาตดำเนินคดีแบบกลุ่มต้องเสนอพร้อมคำฟ้อง
- 2) การพิจารณาคดีแบบกลุ่ม
- 3) คำพิพากษาคดีแบบกลุ่ม
- 4) การบังคับคดีแบบกลุ่ม
- 5) การอุทธรณ์คดีแบบกลุ่ม

ข้อ 1. การขออนุญาตดำเนินคดีแบบกลุ่มต้องเสนอพร้อมคำฟ้อง

ตามร่างกฎหมายของไทย(ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่มตามมาตรา 222/5) ได้บัญญัติเกี่ยวกับคำนิยามของการดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นจะต้องเป็น “กลุ่มบุคคล” หรือ “สมาชิกกลุ่ม” เสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ ซึ่งการจะขออนุญาตดำเนินคดีแบบกลุ่ม ได้มีกฎหมายบัญญัติว่า “คดีที่มีสมาชิกกลุ่มจำนวนมากดังต่อไปนี้ โจทก์ซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่มอาจร้องขอให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มได้

- 1) คดีละเมิด
- 2) คดีผิดสัญญา
- 3) คดีเรียกร้องสิทธิตามกฎหมายต่างๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค แรงงาน หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ การแข่งขันทางการค้า”

ซึ่งคำว่า “สมาชิกกลุ่มจำนวนมาก” กฎหมายมิได้กำหนดจำนวนบุคคลว่าจะต้องมีจำนวนเท่าใด จึงจะเรียกว่าเป็นสมาชิกกลุ่มจำนวนมาก แม้ตามบทบัญญัตินี้จะมีได้มีความชัดเจนว่า “สมาชิกกลุ่มจำนวนมาก” นั้นมากน้อยเพียงใดก็ตาม แต่ในการที่ศาลจะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ตามร่างกฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ที่น่าจะเป็นการวางกรอบจำนวนสมาชิกกลุ่มไว้โดยปริยายในอนุมาตรา (2) (3) และ(4) ของมาตรา 222/9 ดังนี้

- 1) โจทก์ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะที่เหมือนกันของกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อให้รู้ว่าเป็นกลุ่มบุคคลใด
- 2) กลุ่มบุคคลมีสมาชิกกลุ่มจำนวนมาก ซึ่งการดำเนินคดีอย่างสามัญจะทำให้เกิดความยุ่งยากและไม่สะดวก
- 3) การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากกว่าการดำเนินคดีอย่างคดีสามัญ

ดังนั้น แม้กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “สมาชิกกลุ่มจำนวนมาก” (Numerous) ยังมีชัดเจนเท่าใด แต่หากพิจารณาประกอบกับหลักเกณฑ์การที่ศาลจะพิจารณาอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มหรือไม่ ตาม (2) (3) และ (4) แล้ว จะเห็นได้ว่าจำนวนสมาชิกกลุ่มที่ศาลจะพิจารณาอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นที่พอใจของศาลว่า โจทก์เป็นสมาชิกกลุ่มที่มีลักษณะเฉพาะที่เหมือนกันของกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอเพื่อให้รู้ได้ว่าเป็นกลุ่มบุคคลใดและกลุ่มบุคคลเช่นว่านั้น จะต้องมีสมาชิกกลุ่มจำนวนมาก ซึ่งการดำเนินคดีอย่างคดีสามัญจะทำให้เกิดความยุ่งยากและไม่สะดวก อีกทั้งการดำเนินคดีแบบกลุ่มจะเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากกว่าการดำเนินคดีอย่างคดีสามัญ

ตามที่ (3) บัญญัติในลักษณะเปิดกว้างว่า นอกจากคดีละเมิดและคดีผิดสัญญา ตามอนุมาตรา (1) และ (2) แล้ว ยังกำหนดให้คดีที่เรียกร้อยสิทธิตามกฎหมายอื่นๆ ก็อาจร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ คือ คดีเรียกร้อยสิทธิตามกฎหมายต่างๆ เช่น

- (1) กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม
- (2) กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค
- (3) กฎหมายเกี่ยวกับแรงงาน
- (4) กฎหมายเกี่ยวกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (5) กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า

จะสังเกตได้ว่ากฎหมายต่างๆ ตามที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (3) นั้น กฎหมายใช้คำว่า “เช่น” ดังนั้น สิทธิเรียกร้อยตามกฎหมายอื่นๆ นอกเหนือจากที่ระบุได้ใน อนุมาตรา (3) แล้วก็อาจจะร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้

นอกจากนี้ ตามร่างกฎหมายไทย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/7 วรรคหนึ่ง) บัญญัติว่า

คำฟ้องของโจทก์ต้องทำเป็นหนังสือและแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหา ค่าขอบังคับ รวมทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์และของกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเดียวกับโจทก์ด้วย และในกรณีที่โจทก์มีค่าขอบังคับให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงิน ค่าขอบังคับของกลุ่มต้องระบุหลักการและวิธีการคำนวณเพื่อชำระเงินให้แก่สมาชิกกลุ่มเท่าที่จะระบุได้ แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงจำนวนเงินที่สมาชิกกลุ่มแต่ละรายจะได้รับด้วย

ตามบทบัญญัติดังกล่าว ข้อความที่ว่า “คำฟ้องของโจทก์ต้องทำเป็นหนังสือและแสดงโดยชัดแจ้งซึ่งสภาพแห่งข้อหา ค่าขอบังคับ รวมทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา...” นั้นเป็นถ้อยคำทำนองเดียวกันกับหลักเกณฑ์การฟ้องคดีแพ่งสามัญดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 วรรคสอง ดังนั้น

หลักเกณฑ์การบรรยายฟ้องคดีแพ่งสามัญตามมาตรา 172 วรรคสอง ที่กำหนดว่า โจทก์ต้องแสดง โดยชัดแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหา ค่าขอบังคับ รวมทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหา มีอยู่ อย่างไร ก็ต้องนำมาใช้บังคับในการบรรยายฟ้องคดีแบบกลุ่มด้วยเช่นกัน

แต่สำหรับในคดีแพ่งสามัญตามมาตรา 172 วรรคสอง นั้นคำฟ้องโจทก์เพียงแต่บรรยาย สภาพแห่งข้อหา ค่าขอบังคับ รวมทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์เท่านั้น แต่กรณี ของคำฟ้องคดีแบบกลุ่มนอกจากจะต้องบรรยายในส่วนของโจทก์แล้ว ร่างกฎหมายไทยยังกำหนดให้ โจทก์ต้องบรรยายในส่วนของกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเดียวกันกับโจทก์ด้วย กล่าวคือ โจทก์ต้อง บรรยายฟ้องให้ปรากฏด้วยว่าสภาพแห่งข้อหาเรื่องละเมิด หรือการผิดสัญญา หรือสิทธิเรียกร้องตาม กฎหมายอื่นๆ นั้นก่อให้เกิดโจทก์และสมาชิกกลุ่มคนอื่นๆ เกิดสิทธิเรียกร้องอย่างเดียวกันอัน เนื่องมาจากข้อเท็จจริงและหลักข้อกฎหมายเดียวกันและมีลักษณะเฉพาะของกลุ่มเหมือนดังกับคำ นิยามความหมายของคำว่า “กลุ่มบุคคล” ด้วย

กรณีคำฟ้องคดีแบบกลุ่มของโจทก์ที่มีค่าขอบังคับให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงินด้วยนั้น โจทก์จะต้องดำเนินคดีแทนสมาชิกกลุ่มที่มีได้แจ้งความประสงค์ออกจากกลุ่ม (Opt-out) ด้วย แต่ เนื่องจากขณะที่โจทก์ยื่นฟ้องนั้นยังไม่มีความแน่นอนชัดเจนในเรื่องของตัวบุคคลว่าใครบ้างเป็น สมาชิกกลุ่ม และสมาชิกกลุ่มคนใดจะตัดสินใจ “Opt-out” ออกจากกลุ่มหรือไม่ และสมาชิกกลุ่มที่มี ได้ “Opt-out” นั้น แต่ละคนมีความเสียหายเพียงใด จึงไม่อยู่ในวิสัยที่โจทก์จะมีค่าขอบังคับให้ จำเลยชำระเงินจำนวนแน่นอนแก่สมาชิกกลุ่มได้ ดังนั้นกรณีที่โจทก์มีค่าขอให้จำเลยชำระหนี้เป็น เงิน โจทก์จึงอยู่ในบังคับที่จะต้องบรรยายค่าขอให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงินเฉพาะในส่วนของโจทก์ เท่านั้น แต่ในส่วนของกลุ่มบุคคล โจทก์เพียงแต่ระบุจำนวนหลักการและวิธีการคำนวณเพื่อชำระ เงินให้แก่สมาชิกกลุ่มเท่าที่จะระบุได้เท่านั้น แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงจำนวนเงินที่สมาชิกกลุ่มแต่ละ รายจะได้รับด้วย

สำหรับการยื่นคำร้องขอดำเนินคดีนั้น ตามร่างกฎหมายไทยนั้นมีบัญญัติ (ร่างกฎหมายวิธี พิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/6) ว่า

โจทก์อาจยื่นคำร้องต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องเริ่มคดีเพื่อขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ ความบทบัญญัติแห่งหมวดนี้ คำร้องขอดำเนินคดีแบบกลุ่มตามวรรคหนึ่ง โจทก์ต้องแสดงเหตุตาม สมควรที่ศาลจะอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม

คือ กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์การร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มไว้ ดังนี้

- (1) โจทก์จะต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจชำระคดีแบบกลุ่ม
- (2) โจทก์ต้องยื่นคำร้องต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องเริ่มคดีเพื่อขอให้มีการดำเนินคดีแบบ กลุ่ม

(3) โจทก์ต้องแสดงเหตุตามสมควรที่ศาลจะอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม

สำหรับหลักเกณฑ์ข้อ (1) ที่ว่า โจทก์ต้องยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจชำระคดีแบบกลุ่มนั้น ปัญหาว่าศาลใดมีอำนาจชำระคดีแบบกลุ่มได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ 1 ส่วนหลักเกณฑ์ข้อ(2)โจทก์ต้องยื่นคำร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องเริ่มคดี นั้น เนื่องจากก่อนที่ศาลจะพิจารณาคำร้องขออนุญาตดำเนินคดีแบบกลุ่มของโจทก์ตามกฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาแบบกลุ่ม มาตรา 222/8) กำหนดให้ศาลตรวจคำฟ้องของโจทก์ในฐานะที่เป็น คู่ความ ตามมาตรา 18 ก่อน อีกทั้งยังได้วางหลักเกณฑ์(ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/9 วรรคหนึ่ง) การที่ศาลจะพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มด้วยว่า สภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับและข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์และของกลุ่มบุคคลมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในเรื่องแบบของคำฟ้องคดีแบบกลุ่มด้วย ดังนั้น หลักเกณฑ์การยื่นคำร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มนี้ จึงบังคับว่าโจทก์ต้องยื่นคำร้องต่อศาลพร้อมกับคำฟ้องเริ่มคดี โจทก์จะยื่นแต่เพียงคำร้องขอให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มเท่านั้น โดยมิได้ยื่นมาพร้อมกับคำฟ้องเริ่มคดีไม่ได้ เหตุผลที่กฎหมาย ใช้อธิบายคำว่า “คำฟ้องเริ่มคดี” เพราะคำฟ้องที่เสนอ “...เสนอในภายหลังโดยคำฟ้องเพิ่มเติม หรือแก้ไข หรือฟ้องแย้ง หรือโดยร้องสอดเข้ามาในคดี ไม่ว่าจะด้วยสมัครใจหรือถูกบังคับหรือโดยมีคำขอให้พิจารณาใหม่” ก็ถือว่าเป็น “คำฟ้อง” ตามมาตรา 1(3) ด้วย เมื่อกฎหมายไม่ประสงค์จะให้มีการยื่นคำร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ในกรณีที่มีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมฟ้องฟ้องแย้ง ร้องสอด หรือขอให้พิจารณาคดีใหม่ กฎหมายจึงจำเป็นต้องเจาะจงถ้อยคำลงไปว่าโจทก์ต้องยื่นคำร้องต่อศาลพร้อมกับ “คำฟ้องเริ่มคดี” เท่านั้น

ส่วนหลักเกณฑ์ข้อที่ (3) โจทก์ต้องแสดงเหตุตามสมควรที่ศาลจะอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การที่ศาลจะพิจารณาอนุญาตให้มีการดำเนินการแบบกลุ่มได้ต่อเมื่อเป็นที่พอใจของศาลว่ามีเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ ครบถ้วนทุกประการ คือ ต้องเป็นเหตุผลที่เป็นเงื่อนไขตามที่กฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/9(1) ถึง (5)) กำหนดไว้

ในการพิจารณาคำร้องขอดำเนินคดีแบบกลุ่มตามร่างกฎหมายไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคำร้องไว้ ดังนี้

1) ศาลต้องตรวจคำฟ้องของโจทก์ตามมาตรา 18 ก่อน ดังบทบัญญัติ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/8) ที่ว่า

ในกรณีที่โจทก์ยื่นคำร้องเพื่อขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม หากศาลเห็นว่าคำฟ้องของโจทก์ไม่มีข้อขัดข้องที่จะรับไว้ตามมาตรา 18 หรือมีข้อขัดข้องแต่โจทก์ได้แก้ไขให้ถูกต้องแล้ว

ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งรับคำฟ้อง ให้ศาลพิจารณาคำร้องของโจทก์ตามมาตรา 222/9 แล้วมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มโดยไม่ชักช้า

คำฟ้องคดีแบบกลุ่มจัดเป็นชนิดหนึ่งของ “คู่ความ” ตามที่กฎหมายกำหนดนิยามความหมายไว้ในมาตรา 1(5) ดังนั้น หลักเกณฑ์การที่ศาลจะต้องตรวจรับคำคู่ความตามมาตรา 18 จึงเป็นหลักการที่กำหนดให้ศาลต้องดำเนินการก่อนที่จะพิจารณาว่าจะมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม และศาลต้องจัดส่งสำเนาคำฟ้องและคำร้องขอดำเนินคดีแบบกลุ่มให้จำเลย คำร้องขอดำเนินคดีแบบกลุ่มเป็นคำขออันจะทำได้ฝ่ายเดียวอีกทั้งกฎหมายยังบัญญัติวิธีการพิจารณาคำร้องเช่นว่านี้ “เมื่อศาลได้ฟังคู่ความทุกฝ่ายและทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรแล้ว” การพิจารณาคำร้องขอดำเนินคดีแบบกลุ่มของโจทก์ ศาลจึงอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 21(2) ซึ่งห้ามมิให้ศาลทำคำสั่งในเรื่องนั้นๆ โดยมีได้ให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสคัดค้านก่อน โดยเหตุนี้จึงมีการบัญญัติว่า “ในการพิจารณาคำร้องขออนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ให้ศาลจัดส่งสำเนาคำฟ้องและคำร้องเช่นว่านั้นไปให้จำเลย...” เพื่อให้โอกาสแก่จำเลยที่จะโต้แย้งคัดค้านคำร้องของโจทก์ก่อน

2) เจื่อนใจในการที่ศาลจะพิจารณานุญาตในเรื่องนี้มีบัญญัติต่อไปว่า ...เมื่อศาลได้ฟังคู่ความทุกฝ่ายและทำการไต่สวนตามที่เห็นสมควรแล้ว ศาลจะอนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มได้ต่อเมื่อเป็นที่พอใจของศาลว่า

(1) สภาพแห่งข้อหา คำขอบังคับและข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของโจทก์ของกลุ่มบุคคลมีลักษณะที่

(2) โจทก์ได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะที่เหมือนกันของกลุ่มบุคคลที่ชัดเจนเพียงพอที่เพื่อให้รู้ว่าเป็นกลุ่ม

(3) กลุ่มบุคคลมีสมาชิกจำนวนมาก ซึ่งการดำเนินคดีอย่างสามัญจะทำให้เกิดความยุ่งยากและไม่สะดวก ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้โจทก์ต้องแสดงให้เห็นจนเป็นที่พอใจว่า คดีที่โจทก์ ขออนุญาตดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้น กลุ่มบุคคลมีสมาชิกกลุ่มจำนวนมาก ซึ่งหากดำเนินคดีอย่างคดีสามัญจะทำให้เกิดความยุ่งยากและไม่สะดวก

(4) การดำเนินคดีแบบกลุ่มจะเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากกว่าการดำเนินคดีสามัญ ทั้งนี้เพราะการดำเนินคดีแบบกลุ่มย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้โจทก์รวบรวมความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นแก่สมาชิกกลุ่มโดยกระทำการเป็นผู้แทนกลุ่ม ซึ่งในการฟ้องร้องขอให้จำเลยรับผิดชอบต่อสมาชิกกลุ่มทั้งหมดได้เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้มีการรวบรวมพยานหลักฐานสมาชิกกลุ่มทั้งหลายขึ้นต่อคู่คดีกับจำเลยได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน

(5) โจทก์ได้แสดงให้เห็นว่าโจทก์เป็นสมาชิกของกลุ่มที่มีคุณสมบัติ ส่วนได้เสียรวมตลอดทั้งการได้มาซึ่งสิทธิการเป็นสมาชิกกลุ่มตามข้อกำหนดที่ออกโดยประธานศาลฎีกา ถ้ำมี และ

โจทก์รวมทั้งนายความที่โจทก์เสนอให้เป็นนายความของกลุ่มสามารถดำเนินคดีคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม กล่าวคือตามร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/9 (5) ได้กำหนดคุณสมบัติของโจทก์ คือต้องแสดงให้เห็นที่พอใจของศาลว่าโจทก์เป็นสมาชิกกลุ่มที่มีคุณสมบัติส่วนได้เสีย รวมตลอดทั้งการได้มาซึ่งสิทธิการเป็นสมาชิกกลุ่มตามข้อกำหนดที่ออกโดยประธานฎีกา (ถ้ามี) ความสามารถของโจทก์และนายความที่โจทก์เสนอให้เป็นนายความของกลุ่มในการดำเนินคดีแทนกลุ่มบุคคลนอกจากโจทก์จะต้องแสดงให้เห็นที่พอใจของศาลเรื่องคุณสมบัติ ส่วนได้เสีย รวมทั้งการได้มาซึ่งสิทธิการเป็นสมาชิกกลุ่มแล้ว ยังต้องแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลด้วยว่า โจทก์รวมทั้งนายความที่โจทก์เสนอให้เป็นนายความของกลุ่มต้องมีศักยภาพเพียงพอที่จะดำเนินคดีคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรมด้วย อันเป็นหลักการที่สอดคล้องกับเงื่อนไขเบื้องต้น (Prerequisite) ของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม

ส่วนการอุทธรณ์คำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ดำเนินแบบกลุ่มในเรื่องนี้มีบทบัญญัติ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/9) วรรคสอง ว่า “คำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม อาจอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาภายใน เจ็ดวัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งและให้งดการพิจารณาไว้จนกว่าคำสั่งนั้นจะถึงที่สุด ทั้งนี้ให้ศาลฎีกาวินิจฉัยชี้ขาดโดยเร็ว”

ข้อสังเกต การอุทธรณ์คำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้น มีบัญญัติให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาเช่นเดียวกับการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ดำเนินคดีแบบกลุ่มเช่นกัน เพียงแต่ที่กำหนดกรอบระยะเวลาอุทธรณ์ไว้เพียง 7 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง มิใช่ให้อุทธรณ์ได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนเหมือนกับกรณีคำพิพากษา (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/45 นอกจากนี้ โดยที่การดำเนินคดีแบบกลุ่มมีผลผูกพันสมาชิกที่มีได้แจ้งความประสงค์ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มหรือ “Opt-out” ออกไปจากกลุ่มด้วยและกฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/13) ยังกำหนดให้ถือว่าสมาชิกกลุ่มที่ได้แจ้งความประสงค์เป็นหนังสือต่อศาลภายในกำหนดเวลาตามกฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/12) หรือ “Opt-out” ออกไปจากกลุ่มแล้ว ไม่เป็นสมาชิกกลุ่มนับแต่วันที่ได้รับความประสงค์นั้นต่อศาล อีกทั้งยังมีบทบัญญัติ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/15 วรรคหนึ่ง) ที่ห้ามมิให้สมาชิกกลุ่มที่ไม่ได้ “Opt-out” ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มยื่นฟ้องจำเลยในเรื่องเดียวกันกับที่โจทก์ยื่นฟ้อง ส่วนกรณีที่สมาชิกที่ไม่ได้ “Opt-out” ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มได้ยื่นฟ้องคดีไว้ก่อนสิ้นกำหนดระยะเวลาออกจากรุ่นย่อยอยู่ในบังคับที่กฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/15 วรรคสอง) กำหนดให้ศาลที่ได้รับฟ้องคดีเช่นว่านี้มีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกเสียจากระบบความ อันเป็นกลุ่มมาตราของกฎหมายที่แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ชัดเจนว่า กฎหมายมุ่งประสงค์จะให้มิให้ผู้แทนโจทก์ (Representation Plaintiff) เป็นผู้

ดำเนินคดีแทนสมาชิกกลุ่มที่มีได้ “Opt-out” ออกจากกลุ่มเพียงรายเดียว จะมีการดำเนินคดีแบบกลุ่มหลายรายในสิทธิเรียกร้องอย่างเดียวกันของกลุ่มบุคคลเดียวกันไม่ได้ ดังนั้น ในกรณีที่ยื่นคำร้องขอดำเนินคดีแบบกลุ่มเกี่ยวกับสิทธิอย่างเดียวกันหลายราย กฎหมายจึงจำเป็นต้องวางหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขอหลายรายนั้นไว้ ดังนี้ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่มมาตรา 222/10)

ในกรณีที่มีการยื่นคำร้องขอดำเนินคดีแบบกลุ่มเกี่ยวกับสิทธิอย่างเดียวกันหลายรายในศาลเดียวกันหรือต่างศาลกัน ให้ศาลรวมการพิจารณาคำร้องขออนุญาตเหล่านั้นเข้าด้วยกัน และมีคำสั่งให้ผู้ร้องขอรายหนึ่งรายใดเป็น โจทก์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในข้อกำหนดที่ออกโดยประธานศาลฎีกาตามมาตรา 222/2 คำสั่งของศาลตามมาตรานี้ให้เป็นที่สุด เว้นแต่จะเป็นกรณีตามมาตรา 222/9 วรรค 2

ข้อ 2. ขบวนการพิจารณาคดีแบบกลุ่ม

ตามร่างกฎหมายไทย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/11) ได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มถึงที่สุดแล้ว ให้ศาลสั่งให้โจทก์นำเงินค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมาวางศาลตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรภายใน เจ็ดวัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งในกรณีที่โจทก์เพิกเฉยไม่ดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าวและไม่แจ้งให้ศาลทราบเหตุแห่งการเพิกเฉยเช่นว่านั้น ให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกการดำเนินคดีแบบกลุ่มและให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปอย่างคดีสามัญ

หากต่อมาปรากฏว่าค่าใช้จ่ายที่วางไว้มีจำนวนไม่เพียงพอ ศาลจะสั่งให้มีการวางเงินค่าใช้จ่ายดังกล่าวเพิ่มเติมตามจำนวนที่เห็นสมควรก็ได้ ในกรณีที่โจทก์เพิกเฉยไม่ดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าวและไม่แจ้งให้ศาลทราบเหตุแห่งการเพิกเฉยเช่นว่านั้น ให้ถือว่าโจทก์ทิ้งฟ้อง นอกจากนี้ การดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นมีผลผูกพันทั้งโจทก์และสมาชิกกลุ่มที่มีได้ “Opt-out” ออกจากกลุ่มด้วย ดังนั้น การส่งคำบอกกล่าวและประกาศคำสั่งที่ศาลอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มกับการกำหนดวันให้สมาชิกกลุ่มที่ไม่ต้องผูกพันในผลของการดำเนินคดีแบบกลุ่มใช้สิทธิ “Opt-out” แจ้งความประสงค์ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มจึงเป็นกระบวนการพิจารณาที่สำคัญยิ่งที่ศาลจะต้องกระทำก่อนที่จะเริ่มดำเนินคดีต่อไปของการดำเนินคดีแบบกลุ่ม

ตามร่างกฎหมายได้กำหนดวิธีการและกรอบเวลาในการใช้สิทธิออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มกับผลของการออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มไว้ดังนี้ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่มมาตรา 222/13)

สมาชิกกลุ่มมีสิทธิออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มได้โดยแจ้งความประสงค์เป็นหนังสือยื่นต่อศาลในระยะเวลาที่ศาลกำหนดตามมาตรา 222/12(6) และให้สมาชิกกลุ่มดังกล่าวไม่ได้เป็นสมาชิกกลุ่มนับแต่วันที่ได้รับความประสงค์นั้นต่อศาล

เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง สมาชิกกลุ่มจะออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล คำสั่งของศาลให้เป็นที่สุด

บุคคลที่ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มแล้วจะร้องขอกลับเข้ามาเป็นสมาชิกกลุ่มอีกไม่ได้ สมาชิกกลุ่มและบุคคลที่ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มจะร้องขอเข้ามาเป็นโจทก์ร่วมในการดำเนินคดีแบบกลุ่มโดยอาศัยสิทธิตามมาตรา 57 ไม่ได้

นอกจากนี้ใน บทบัญญัติแห่งหมวด 4 การดำเนินคดีแบบกลุ่มได้บัญญัติถึงกรณีที่ศาลจะมีคำสั่งยกเลิกการดำเนินคดีแบบกลุ่ม ไว้ดังนี้

1) กรณีโจทก์เพิกเฉยไม่นำเงินค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมาวางต่อศาลก่อนเริ่มดำเนินคดีแบบกลุ่ม (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/11 วรรคหนึ่ง)

2) กรณีความปรากฏต่อศาลว่าการดำเนินคดีแบบกลุ่มจะไม่คุ้มครองหรือเป็นประโยชน์ต่อสมาชิกกลุ่มอย่างเพียงพอ หรือไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินคดีแบบกลุ่มอีกต่อไป (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/16 วรรคหนึ่ง)

3) กรณีความปรากฏต่อศาลในระหว่างการพิจารณาว่าทนายความฝ่ายโจทก์ไม่สามารถดำเนินคดีคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม หรือทนายความฝ่ายโจทก์ขอถอนตัวจากการดำเนินคดี และศาลมีคำสั่งให้โจทก์และสมาชิกกลุ่มจัดหาทนายความคนใหม่มาดำเนินคดีแทนภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่โจทก์และสมาชิกกลุ่มกลับเพิกเฉยไม่ยอมดำเนินการดังกล่าว (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/16 วรรคสอง)

4) กรณีปรากฏเหตุประการหนึ่งประการใดตามกฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/25(1) ถึง (5)) ขึ้นในระหว่างการพิจารณาและศาลได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อให้สมาชิกกลุ่มได้มีโอกาสเข้าแทนที่โจทก์แล้ว ปรากฏว่าศาลไม่อนุญาตให้สมาชิกกลุ่มเข้าแทนที่ หรือไม่มีการร้องขอเข้าแทนที่โจทก์

ส่วนในการถอนฟ้องคดีแบบกลุ่มนั้น กฎหมายเปิดโอกาสให้โจทก์ถอนฟ้องได้เหมือนเช่นคดีสามัญ แต่เนื่องจากการถอนฟ้องร้องดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้น โจทก์ฟ้องแทนสมาชิกกลุ่มด้วย และการที่ศาลพิจารณาว่าสมควรจะอนุญาตให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มหรือไม่ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว นั้น โจทก์ได้แสดงให้เห็นที่พอใจของศาลว่าโจทก์มิได้ดำเนินคดีเพื่อตนเองเท่านั้น หากแต่โจทก์จะทำหน้าที่เป็นผู้แทนกลุ่มในการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลที่โจทก์เป็นสมาชิกกลุ่มอยู่ด้วย ดังนั้น หากศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มแล้ว โดยหลักการ กฎหมายจึงบัญญัติห้ามมิให้โจทก์ถอนฟ้องเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล อีกทั้งกฎหมายยังกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับการต้องรับฟังข้อคัดค้านของจำเลย และสมาชิกกลุ่มคนอื่นๆ ก่อนตามที่บัญญัติไว้ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/28) ดังนี้

เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มแล้ว โจทก์จะถอนคำฟ้องไม่ได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต

ในกรณีที่จำเลยยื่นคำให้การแล้ว ห้ามไม่ให้ศาลอนุญาตโดยไม่ได้ฟังจำเลยก่อน

ในกรณีที่ได้มีการประกาศกับส่งคำบอกกล่าวให้สมาชิกกลุ่มแล้ว หากศาลจะมีคำสั่งอนุญาตให้ถอนฟ้อง ให้ศาลกำหนดวันตามที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าวันเพื่อให้สมาชิกกลุ่มคัดค้าน โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาล และสั่งให้โจทก์นำเงินค่าใช้จ่ายมาวางศาลเพื่อแจ้งเรื่องการถอนฟ้องให้สมาชิกกลุ่มทราบ...

ในกรณีที่โจทก์เพิกเฉยไม่นำเงินค่าใช้จ่ายมาวางศาลตามวรรคสาม โดยไม่แจ้งให้ศาลทราบเหตุแห่งการเพิกเฉยเช่นนั้น ให้ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนฟ้อง”

ข้อความที่บัญญัติว่า “เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มแล้ว...” แสดงให้เห็นว่าการถอนฟ้องในคดีแบบกลุ่มจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นเวลาหลังจากศาลมีคำสั่งให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มแล้ว ทั้งนี้เพราะกฎหมายกำหนดให้โจทก์ต้องยื่นคำร้องขอดำเนินคดีแบบกลุ่มพร้อมทั้งคำฟ้องเริ่มคดี (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/6) รวมทั้งกำหนดให้ศาลต้องพิจารณาคำสั่งคำร้องขอให้มีการดำเนินคดีแบบกลุ่มก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งรับคำฟ้อง (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/8วรรคหนึ่ง) และบัญญัติต่อเนื่องในมาตราถัดมา (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/9วรรคสาม) ว่า “ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มให้ศาลสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณา...” อันเป็นการแสดงให้เห็นในตัวว่า トラバドที่ศาลยังไม่ได้มีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่ม トラバドนั้นศาลยังไม่อาจมีคำสั่งรับฟ้องคดีแบบกลุ่มของโจทก์ไว้พิจารณาได้

หากโจทก์ยื่นคำร้องขอถอนฟ้องคดีแบบกลุ่ม ภายหลังศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มแล้ว กรณีย่อมเป็นไปตามหลักทั่วไปกล่าวคือ โจทก์จะถอนคำฟ้องไม่ได้ เว้นแต่ศาลจะอนุญาต ซึ่งในกรณีที่ศาลจะอนุญาตให้โจทก์ถอนฟ้องได้นั้นย่อมขึ้นอยู่กับว่าขณะที่โจทก์ยื่นคำร้องขอถอนฟ้องนั้น กระบวนพิจารณาได้ดำเนินการมาถึงขั้นตอนใดแล้ว

กรณีที่โจทก์ถอนฟ้องก่อนมีการประกาศกับส่งคำบอกกล่าวให้สมาชิกกลุ่มทราบนั้น ขณะที่โจทก์ขอถอนฟ้องอาจเป็นเวลาก่อนหรือหลังจากที่จำเลยยื่นคำให้การก็ได้ซึ่งกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การที่ศาลจะพิจารณาสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้โจทก์ถอนฟ้องไว้แตกต่างกัน ดังนี้

1) ในกรณีที่จำเลยยังไม่ยื่นคำให้การ โจทก์ขอถอนฟ้องคดีแบบกลุ่มก่อนมีการประกาศกับส่งคำบอกกล่าวให้สมาชิกกลุ่มทราบ และก่อนที่จำเลยยื่นคำให้การนั้น ศาลย่อมมีอำนาจสั่งอนุญาตให้โจทก์ถอนฟ้องได้โดยไม่ต้องฟังจำเลยก่อน

2) ในกรณีที่จำเลยยื่นคำให้การแล้ว ศาลย่อมอยู่ในบังคับที่บัญญัติว่าห้ามไม่ให้ศาลอนุญาตโดยไม่ฟังจำเลยก่อน กฎหมายกำหนดให้ศาลกำหนดวันตามที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่น้อยกว่า 45 วัน เพื่อให้สมาชิกกลุ่มคัดค้านโดยทำเป็นหนังสือและสั่งให้โจทก์นำเงินค่าใช้จ่ายมาวางศาล แล้วจึงแจ้งเรื่องการถอนฟ้องให้สมาชิกกลุ่มทราบนั้น มีขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังนี้

(1) ศาลต้องกำหนดวันตามที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่น้อยกว่า 45 วัน เพื่อให้สมาชิกกลุ่มมีโอกาสได้คัดค้านการถอนฟ้องของโจทก์

(2) ศาลต้องสั่งให้โจทก์นำเงินค่าใช้จ่ายมาวางศาลเพื่อแจ้งเรื่องการถอนฟ้องให้สมาชิกกลุ่มทราบ

(3) การแจ้งเรื่องการถอนฟ้องให้สมาชิกกลุ่มทราบ ศาลต้องแจ้งเรื่องการถอนฟ้องกับกำหนดวันเพื่อให้สมาชิกกลุ่มเท่าที่ทราบและประกาศหนังสือพิมพ์หลายฉบับเป็นเวลา 3 วัน รวมถึงสื่อมวลชนอื่นหรือวิธีการอื่นใดเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร

(4) การคัดค้านการถอนฟ้อง สมาชิกกลุ่มต้องทำคัดค้านเป็นหนังสือยื่นต่อศาล ภายในกำหนดวันคัดค้านที่ศาลแจ้งและประกาศให้สมาชิกกลุ่มทราบ

(5) ในกรณีที่โจทก์เพิกเฉยไม่นำเงินค่าใช้จ่ายมาวางศาลโดยไม่แจ้งให้ศาลทราบเหตุแห่งการเพิกเฉยเช่นนั้น กฎหมายบัญญัติให้ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้โจทก์ถอนฟ้อง

การตกลงกันหรือการประนีประนอมยอมความกัน การดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้นเมื่อศาลอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มและพ้นระยะที่สมาชิกกลุ่ม “Opt-out” ออกจากกลุ่มแล้ว กรณีย่อมถือได้ว่า โจทก์ได้รับอนุญาตจากศาลให้ดำเนินคดีแทนกลุ่มบุคคล หากใช่เป็นการดำเนินคดีเป็นการเฉพาะตัวของโจทก์เท่านั้นไม่ ดังนั้น ภายหลังจากพ้นกำหนดระยะเวลาเช่นว่านี้ หากโจทก์จำเลยสามารถบรรลุข้อตกลงอันจะนำไปสู่การประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดีได้ โจทก์โดยลำพังกับจำเลยจะทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันแล้วให้ศาลพิพากษาตามยอมดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 138 ไปทันทีเหมือนดังเช่นคดีสามัญไม่ได้ ทั้งนี้เพราะคำพิพากษาตามยอมในคดีแบบกลุ่มย่อมมีผลผูกพันสมาชิกกลุ่มที่มีได้ “Opt-out” ออกจากกลุ่มด้วย กรณีจึงมีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องกำหนดกระบวนการพิจารณาเพื่อเปิดโอกาสให้สมาชิกกลุ่มได้มีส่วนร่วมในการตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดีด้วยการคัดค้านหรือแจ้งความประสงค์ “Opt-out” ออกจากกลุ่มการเป็นสมาชิกกลุ่มได้ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/29) ดังนี้

เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มและพ้นระยะเวลาตามมาตรา 222/12(6) แล้ว ก่อนที่ศาลจะอนุญาตให้มีการตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นคดีให้ศาลกำหนดวันตามที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าวัน เพื่อให้สมาชิกกลุ่มคัดค้านหรือแจ้ง

ความประสงค์ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่ม โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาล และสั่งให้โจทก์นำเงินค่าใช้จ่ามายาวางศาล เพื่อแจ้งการตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดีให้สมาชิกกลุ่มทราบตามวิธีการเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 222/12 วรรคหนึ่ง เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดีแล้ว ให้ถือว่าสมาชิกกลุ่มรายที่แจ้งความประสงค์ออกจากการเป็นสมาชิกกลุ่มและมีได้ขอถอนความประสงค์ดังกล่าวก่อนศาลมีคำสั่งอนุญาต ไม่เป็นสมาชิกกลุ่มนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งอนุญาต

ในกรณีที่โจทก์เพิกเฉยไม่นำเงินค่าใช้จ่ามายาวางศาลตามวรรคหนึ่ง โดยไม่แจ้งให้ศาลทราบเหตุแห่งการเพิกเฉยเช่นนั้น ให้ศาลมีคำสั่งไม่อนุญาตให้มีการประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดี”

ในกรณีที่โจทก์จำเลยตกลงกันว่าจะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดคดีแบบกลุ่มก็มีความจำเป็นที่จะต้องกระทำด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันนั้น และต้องกระทำโดยกระบวนการพิจารณาทำนองเดียวกันด้วยกฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/30) จึงบัญญัติถึงกระบวนการพิจารณาที่ศาลและโจทก์จะต้องดำเนินการก่อนที่ศาลจะอนุญาตให้มีการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดตามแบบบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการว่าให้นำเรื่องการตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความมาใช้บังคับโดยอนุโลมดังนี้

เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินคดีแบบกลุ่มและพ้นระยะเวลาตามมาตรา 222/12(6) แล้ว ก่อนที่ศาลจะอนุญาตให้มีการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยอนุญาตโตตุลาการให้นำความในมาตรา 222/29 บังคับโดยอนุโลมศาลต้องทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิของสมาชิกกลุ่มที่ต้องผูกพันด้วยในผลแห่งการที่โจทก์ถอนฟ้อง หรือข้อตกลงแห่งการประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดีหรือผูกพันด้วยในการเสนอข้อพิพาทในอนุญาตโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดคดีแบบกลุ่ม ดังนั้น แม้สมาชิกแบบกลุ่มจะมีได้คัดค้านหรือแสดงความประสงค์ออกจากรวม แต่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการที่ศาลจะมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้มีการถอนฟ้อง ยอมความหรือเสนอข้อพิพาทให้อนุญาตโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดนั้น สมาชิกกลุ่มมิได้มีสิทธิดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองสิทธิของสมาชิกกลุ่มโดยกำหนดข้อพิจารณาให้ศาลคำนึงเงื่อนไขต่างๆตามที่ระบุไว้(ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/31) ซึ่งบัญญัติว่า

ในการพิจารณามีคำสั่งตามมาตรา 222/27 มาตรา 222/28 หรือมาตรา 222/29 ให้ศาลคำนึงถึง

- (1) ความจำเป็นที่จะดำเนินคดีแบบกลุ่มต่อไป

- (2) ความคุ้มครองหรือประโยชน์ของสมาชิกกลุ่ม
- (3) ความยุ่งยากหรือความสะดวกในการที่จะดำเนินคดีแบบกลุ่มต่อไป
- (4) ความเป็นธรรมและความมีประสิทธิภาพในการที่จะดำเนินคดีแบบกลุ่มต่อไป
- (5) จำนวนของสมาชิกกลุ่มที่คัดค้าน
- (6) ความสามารถของจำเลยในการชดเชยค่าเสียหายในกรณีมีการตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดี
- (7) การตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในประเด็นแห่งคดีของกลุ่มมีความเป็นธรรมและเป็นประโยชน์กับสมาชิก

การดำเนินคดีแบบกลุ่ม เป็นการดำเนินคดีที่มีใช้มีผลเพียงยุติข้อพิพาทระหว่างโจทก์กับจำเลยเท่านั้น กระบวนการยุติธรรมทางเลือกอีกประการหนึ่งที่ช่วยขจัดความขัดแย้งและอำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชน ดังนั้น ระบบบริหารจัดการคดีจึงเป็นเรื่องจำเป็นที่กฎหมายจะต้องบัญญัติขึ้นเพื่อสนับสนุนให้การดำเนินคดีแบบกลุ่มได้เสร็จไปด้วยความรวดเร็วร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม จึงกำหนดกระบวนการ “Pre-trial Conference” โดยให้ศาลนัดพร้อมเพื่อให้ประโยชน์แก่การบริหารจัดการคดี ดังได้บัญญัติไว้ในร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/17 ดังนี้

- 1) ไกล่เกลี่ยหรือนำวิธีอนุญาโตตุลาการมาใช้เพื่อให้คดีเสร็จ
- 2) ให้คู่ความนำต้นฉบับพยานเอกสารหรือพยานวัตถุมาแสดงต่อศาลเพื่อให้ศาลและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งตรวจดู คู่ความที่ประสงค์จะอ้างอิงให้ศาลมีคำสั่งเรียกพยานนั้นมาจากผู้ครอบครอง ให้ยื่นคำขอต่อศาลพร้อมยื่นบัญชีระบุพยานนั้นก่อนวันนัด ในกรณีมีเหตุขัดข้องไม่สามารถนำพยานหลักฐานที่ศาลออกคำสั่งเรียกนั้น หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใด ถ้าศาลเห็นสมควร ก็ให้เลื่อนวันนัดพร้อมออกไปตามที่เห็นสมควร
- 3) ให้ศาลตรวจดูคำคู่ความ แล้วนำข้ออ้างข้อเถียงที่ปรากฏในคำคู่ความเทียบกันดู
- 4) กำหนดระยะเวลาทั้งหมด
- 5) กำหนดวัน เวลา วิธีการ และขั้นตอนในการดำเนินคดีที่จำเป็น
- 6) กำหนดตัวผู้เชี่ยวชาญตามกฎหมาย(ร่างกฎหมายดำเนินคดีแบบกลุ่มมาตรา 222/20)

ข้อ 3.คำพิพากษาคดีแบบกลุ่ม

คำพิพากษาของศาลในคดีแบบกลุ่มมีผลผูกพันทั้งคู่ความและสมาชิกกลุ่ม การดำเนินคดีแบบกลุ่มนั้น กฎหมายได้กำหนดให้ศาลต้องควบคุมกำกับดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความ โดยเฉพาะโจทก์ให้ทำหน้าที่มีใช้คุ้มครองสิทธิเฉพาะส่วนของตนเท่านั้น หากแต่ต้องดำเนิน

กระบวนการพิจารณาเพื่อคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม การใช้ดุลพินิจพิจารณาคดี ทุกขั้นตอนของการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและคำนึงถึงสิทธิและประโยชน์และความเป็นธรรมที่จะเกิดขึ้นแก่กลุ่มบุคคลด้วย หากใช้พิจารณาเพื่อประโยชน์แห่งความเป็นธรรมเฉพาะ โจทก์และจำเลยซึ่งเป็นคู่ความในคดีเท่านั้น (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/36) ได้วางหลัก คำพิพากษาของศาลต้องกล่าวหรือแสดงรายการดังต่อไปนี้

1) รายการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 141 เป็นแบบคำพิพากษาคดีสามัญและคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ต้องลงลายมือชื่อผู้พิพากษาที่พิพากษาหรือทำคำสั่ง หรือถ้าผู้พิพากษาคนใดลงลายมือชื่อไม่ได้ ก็ให้ผู้พิพากษาอื่นที่พิพากษาหรือทำคำสั่งคดีนั้น หรืออธิบดีผู้พิพากษา แล้วแต่กรณี จดแจ้งเหตุที่ผู้พิพากษาคคนนั้นมีได้ลงลายมือชื่อ และมีความเห็นพ้องด้วยคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น แล้วกลัดไว้ในสำนวนความ

2) ในส่วนของรายการในคำพิพากษานั้น คำพิพากษาของศาลต้องกล่าวหรือแสดงลักษณะโดยชัดเจนของกลุ่มบุคคลหรือกลุ่มย่อยที่จะต้องถูกผูกพันตามคำพิพากษาดด้วย ลักษณะโดยชัดเจนของกลุ่มบุคคลหรือกลุ่มย่อยนั้นมีความหมายเช่นเดียวคำว่า มีลักษณะเฉพาะของกลุ่มเหมือนกัน (Typicality) คำพิพากษาต้องกล่าวหรือแสดงให้ชัดเจนเกี่ยวกับบุคคล เวลา และสถานที่ของกลุ่มบุคคลที่จะต้องผูกพันตามคำพิพากษาให้ชัดเจนว่าเป็นกลุ่มบุคคล หรือกลุ่มย่อยกลุ่มใดเป็นการชี้ระบุจำกัดขอบเขตของกลุ่มบุคคล (Area of Class) อันจะเป็นประโยชน์แก่การบังคับคดีต่อไป ทั้งนี้เพราะตามมาตรา 271 กำหนดให้คู่ความหรือบุคคล ซึ่งเป็นฝ่ายชนะ (เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา) ขอบที่จะร้องขอให้บังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลเท่านั้น พนักงานบังคับคดีหรือศาล แล้วแต่กรณี ก็คงต้องพิจารณาจากรายการของคำพิพากษาซึ่งเป็นรายการที่กำหนดให้คำพิพากษาต้องกล่าวหรือแสดงถึงลักษณะโดยชัดเจนของกลุ่มบุคคล หรือกลุ่มย่อยที่จะต้องถูกผูกพันตามคำพิพากษานั้นเอง

3) ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงิน ต้องระบุจำนวนเงินที่จำเลยต้องชำระแก่โจทก์ รวมทั้งหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณในการชำระเงินให้สมาชิกกลุ่ม

ในกรณีที่โจทก์มีค่าขอบังคับให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงิน ค่าขอบังคับของกลุ่มบุคคลต้องระบุหลักการและวิธีการคำนวณ เพื่อชำระเงินให้แก่สมาชิกกลุ่มเท่าที่ระบุได้ แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงจำนวนเงินที่สมาชิกกลุ่มแต่ละรายจะได้รับด้วย ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงิน ศาลจะต้องระบุรายการดังต่อไปนี้ในคำพิพากษาดด้วย

- (1) ต้องระบุจำนวนเงินที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่โจทก์
- (2) ต้องระบุหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณในการชำระเงินให้แก่สมาชิกกลุ่ม

4) จำนวนเงินรางวัลของนายความฝ่ายโจทก์

เงินรางวัลของนายความฝ่ายโจทก์นั้น ศาลอยู่ในบังคับที่จะต้องพิพากษากำหนดให้ก็ต่อเมื่อโจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีซึ่งเท่ากับว่าโจทก์พิสูจน์แสดงให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำละเมิดหรือผิดสัญญาและก่อให้เกิดความเสียหายต่อโจทก์และสมาชิกกลุ่มจริงตามฟ้อง ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้จำเลยต้องเป็นผู้รับผิดชอบชำระเงินส่วนนี้ด้วย นอกเหนือจากนี้ตามคำพิพากษาในส่วนอื่นๆ กับกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดจำนวนเงินรางวัลของนายความฝ่ายโจทก์ไว้ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/37) ดังนี้

กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยกระทำการหรืองดเว้นกระทำการหรือส่งมอบทรัพย์สินให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลที่จำเลยจะต้องชำระให้แก่นายความฝ่ายโจทก์ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงความยากง่ายของคดีประกอบกับระยะเวลาและการทำงานของนายความฝ่ายโจทก์รวมทั้งค่าธรรมเนียมแห่งการนี้ เมื่อการพิจารณาลิ้นสุดลง ให้นายความฝ่ายโจทก์ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายดังกล่าวต่อศาล โดยให้สำเนาแก่จำเลยด้วย

ถ้าคำพิพากษากำหนดให้จำเลยใช้เงิน นอกจากศาลต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ศาลคำนึงถึงจำนวนเงินที่โจทก์และสมาชิกกลุ่มมีสิทธิได้รับประกอบด้วย โดยกำหนดเป็นจำนวนร้อยละของจำนวนเงินดังกล่าว แต่จำนวนเงินรางวัลดังกล่าวต้องไม่เกินร้อยละสามสิบของจำนวนเงินนั้น”

การกำหนดจำนวนเงินรางวัลนายความในกรณีที่มีการเปลี่ยนนายความฝ่ายโจทก์ หากศาลมีคำสั่งให้โจทก์และสมาชิกกลุ่มจัดหาทนายความคนใหม่มาดำเนินคดีแทนโจทก์ เมื่อปรากฏว่าในระหว่างการพิจารณา ทนายความโจทก์ไม่สามารถดำเนินคดีคุ้มครองสิทธิของกลุ่มบุคคลได้อย่างเพียงพอและเป็นธรรม หรือ กรณีที่ทนายความฝ่ายโจทก์ได้ขอถอนตัวออกจากกรดำเนินคดี ปัญหาว่าศาลจะกำหนดจำนวนเงินรางวัลที่จะให้แก่ทนายความฝ่ายโจทก์อย่างไร ทั้งนี้เพราะในส่วนของทนายความโจทก์คนเดิมที่ได้ดำเนินการไป และในส่วนของทนายความฝ่ายโจทก์คนใหม่ที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นทนายความให้แก่โจทก์ หรือสมาชิกกลุ่ม ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว จึงได้มีบทบัญญัติให้ศาลกำหนดจำนวนเงินรางวัลให้แก่ทนายความฝ่ายโจทก์ให้แก่ทนายความฝ่ายโจทก์คนเดิมและทนายความคนใหม่ตามสัดส่วนของการทำงานและค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไป

การให้ถือว่าทนายความฝ่ายโจทก์เป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและจำเลยเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาในส่วนของเงินรางวัลนายความฝ่ายโจทก์ด้วย และเงินรางวัลดังกล่าวมิใช่ค่าฤชาธรรมเนียม ทั้งนี้เพราะ “เงินรางวัล” ตามที่ศาลกำหนดให้จำเลยชำระให้แก่ทนายความฝ่ายโจทก์ มีความแตกต่างจาก “ค่าทนายความ” เนื่องจากค่าทนายความตามที่ศาลมีคำพิพากษาให้คู่ความฝ่ายใดเป็น

ผู้รับผิดชอบนั้นถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าชာกรรมนิยมยอมตกเป็นของโจทก์ซึ่งเป็นตัวความที่หา
ใช้ตกได้แก่ทนายความฝ่ายโจทก์เหมือนเช่นเงินรางวัลทนายความ โจทก์ไม่

นอกจากนั้น กฎหมายยังได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิพากษากำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ
และเงื่อนไขในการปฏิบัติตามคำพิพากษา ได้ตามกฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม
มาตรา 222/38) ศาลชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาสั่งคำร้องขอทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาในกรณีการ
ดำเนินคดีแบบกลุ่มและคำสั่งของศาลชั้นต้นให้ถือเป็นที่สุด (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแบบ
กลุ่ม มาตรา 222/38 วรรค 2) ซึ่งจะแตกต่างจากการพิจารณาคดีสามัญ กล่าวคืออำนาจในการ
พิจารณาคำสั่งคำร้องขอทุเลาการบังคับคดีจะเป็นของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา แล้วแต่กรณี

ข้อ 4. การบังคับคดีแบบกลุ่ม

เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาให้ศาลแจ้งคำพิพากษาให้สมาชิกทราบ โดยวิธีการส่งคำพิพากษา
ให้แก่สมาชิกกลุ่มเท่าที่ทราบ และประกาศทางหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายเป็นเวลา สามวัน
และแจ้งให้อธิบดีกรมบังคับคดีทราบด้วย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/39
วรรคหนึ่ง)

เจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นผู้ดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษาแทนโจทก์หรือสมาชิก
กลุ่มในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยชำระเงินหรือชำระเงินรวมอยู่ด้วย ให้ ศาลตั้งเจ้าพนักงาน
บังคับคดีเป็นผู้บังคับคดีแทนโจทก์หรือสมาชิกกลุ่ม รวมถึงกำหนดระยะเวลาเพื่อให้โจทก์หรือ
สมาชิกกลุ่มยื่นคำขอรับชำระหนี้ แต่หากเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เป็นอย่างอื่น
และจำเป็นจะต้องมีการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์แก่การบังคับคดีตามคำพิพากษา
โจทก์อาจยื่นคำขอต่อศาลเพื่อตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการได้ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดี
แบบกลุ่มมาตรา 222/39 วรรคสอง)

กรณีที่โจทก์หรือสมาชิกกลุ่มมิได้ยื่นคำขอภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ถือว่าโจทก์
หรือสมาชิกกลุ่มไม่มีสิทธิที่จะขอเฉลี่ยทรัพย์สินหรือเงินในการบังคับคดี เว้นแต่ในกรณีเหตุสุดวิสัย
โจทก์หรือสมาชิกกลุ่มสามารถที่จะยื่นคำขอรับชำระหนี้ ต่อเจ้าพนักงานบังคับคดี ได้ภายในสามสิบ
วัน นับแต่วันพ้นกำหนดระยะเวลา (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/39 วรรคท้าย)

การโต้แย้งคำขอรับชำระหนี้ของโจทก์หรือสมาชิกกลุ่มที่ยื่นคำขอรับชำระหนี้ คู่ความใน
คดีหรือสมาชิกกลุ่มรายอื่นอาจยื่นขอตรวจหรือโต้แย้งคำขอรับชำระหนี้ของโจทก์หรือสมาชิกกลุ่ม
ซึ่งได้ยื่นคำขอรับชำระหนี้ได้ ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาขึ้นคำขอรับชำระหนี้
เว้นแต่ในกรณีที่มิเหตุสุดวิสัยอาจขอขยายเวลาออกไปได้อีกแต่ไม่เกินสามสิบวัน (ร่างกฎหมายวิธี
พิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/40)

กรณีที่มีการโต้แย้งคำขอรับชำระหนี้ เจ้าพนักงานบังคับคดีอาจมีคำสั่งให้ยกคำขอรับชำระหนี้ อนุญาตให้ได้รับชำระหนี้เต็มตามจำนวน หรืออนุญาตให้ได้รับชำระหนี้บางส่วน ซึ่งโจทก์หรือสมาชิกกลุ่มอาจยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่งของเจ้าพนักงานบังคับคดีต่อศาลได้ภายในกำหนดเวลาสิบห้าวันนับแต่วันที่รับทราบคำสั่ง ซึ่งคำสั่งของศาลดังกล่าวให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/42)

กรณีที่จำเลย ได้ปฏิบัติ ตามคำพิพากษาโดยนำเงินหรือทรัพย์สินมาวางต่อ เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือเมื่อได้มีการขายทอดตลาดหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นหรือกรณีที่เจ้าพนักงานบังคับคดี ได้รวบรวมทรัพย์สินอื่นของจำเลย และได้หักค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจ่ายเงินให้ผู้มีสิทธิตามลำดับดังนี้ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/44)

- 1) ผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนตามมาตรา 287 และมาตรา 289
- 2) เงินรางวัลความเสียหายโจทก์ตามมาตรากฎหมาย (ร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/37)
- 3) ค่าฤชาธรรมเนียมใช้แทนโจทก์
- 4) โจทก์ สมาชิกกลุ่ม และเจ้าหนี้อื่นที่มีสิทธิได้รับเฉลี่ยทรัพย์ตามมาตรา 290

ข้อ 5. การอุทธรณ์คดีแบบกลุ่ม

ตามร่างกฎหมายไทยได้ (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/45) มีบัญญัติไว้ว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์ในประมวลกฎหมายนี้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ดำเนินคดีแบบกลุ่มตามหมวดนี้ให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น”

ตามบทบัญญัติดังกล่าวข้อความระบุไว้ แม้กฎหมายจะกำหนดหลักเกณฑ์ของการอุทธรณ์คดีแบบกลุ่มว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล” ที่ดำเนินคดีแบบกลุ่มตามหมวดนี้ ให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกา อันเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่จัดระบบการพิจารณาพิพากษาคดีแบบกลุ่มเป็นระบบศาลสองชั้น ซึ่งแตกต่างกับคดีสามัญที่เป็นระบบศาลสามชั้น แต่หลักเกณฑ์พื้นฐานตามบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์ตามบทบัญญัติภาค 3 ลักษณะ 1 อุทธรณ์ แห่งประมวลกฎหมายนี้ ก็ยังต้องนำมาใช้บังคับแก่การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ดำเนินคดีแบบกลุ่มตามหมวดนี้ด้วย เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์ในประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ดำเนินคดีแบบกลุ่มต้องอยู่ภายใต้บังคับเฉพาะที่สำคัญที่ใช้แก่การอุทธรณ์คดีแพ่งสามัญด้วย

ตามบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์คดีแบบกลุ่มที่ผิดแผกแตกต่างไปจากการอุทธรณ์คดีสามัญ

กฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/46) มีบัญญัติไว้ว่า สมาชิกกลุ่ม ไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ยกเว้น ในกรณีตามมาตรา 222/42

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากฎหมายให้สิทธิสมาชิกกลุ่มที่จะอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลได้เพียงกรณีเดียว คือซึ่งเป็นการอุทธรณ์คำสั่งขอรับชำระหนี้ของศาลชั้นต้นเท่านั้น (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/42) สมาชิกกลุ่มจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ดำเนินคดีแบบกลุ่มตามหมวดนี้ในเรื่องอื่นๆ นอกจากนี้ไม่ได้เลย

ราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์ ให้ถือราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์เฉพาะระหว่างโจทก์กับจำเลย กฎหมายกำหนดหลักการสำคัญว่าการอุทธรณ์คดีแบบกลุ่มตามส่วนที่ 4 นี้ ต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติว่าด้วยการอุทธรณ์ในประมวลกฎหมายนี้ด้วยกล่าวคือต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 224 ที่ห้ามอุทธรณ์ในข้อเท็จจริงในคดีที่ราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในคดีไม่เกิน 50,000 บาท แต่คำพิพากษาคดีแบบกลุ่ม ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้เป็นเงินให้แก่โจทก์เท่านั้นแต่ในส่วนของสมาชิกกลุ่มกฎหมายกำหนดให้ศาลกล่าวหรือแสดงหลักเกณฑ์ และวิธีการคำนวณในการชำระเงินให้สมาชิกกลุ่มเท่านั้น ดังนั้น ในชั้นนี้คู่ความในคดีและศาลย่อมไม่อยู่ในวิสัยที่จะคำนวณหาทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์ตามมาตรา 224 ได้เลย เพื่อขจัดปัญหาข้อขัดข้องที่จะเกิดขึ้นแก่การพิจารณาข้อจำกัดสิทธิในการดำเนินคดีแบบกลุ่มตามมาตรา 224 กฎหมาย (ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/47) มีบัญญัติไว้ว่า

ราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์ ให้ถือราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์เฉพาะระหว่างโจทก์กับจำเลย

ในกรณีที่จำเลยยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับอุทธรณ์ตามมาตรา 234 นั้น ให้จำเลยนำค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงมาวางศาลและนำเงินมาชำระตามคำพิพากษาหรือหาประกันให้ไว้ต่อศาลเฉพาะในส่วนที่จำเลยต้องรับผิดชอบชำระหนี้ให้แก่โจทก์ แต่ไม่ต้องนำเงินมาชำระหรือหาประกันให้ไว้ต่อศาลสำหรับเงินรางวัลนายความ

การขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ข้อจำกัดสิทธิในเรื่องการอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่คู่ความมิได้หยิบยกขึ้นว่ากล่าวกันมาแล้วโดยชอบในศาลชั้นต้นตามมาตรา 225 นั้น คู่ความในคดีและศาลย่อมอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายมาตราดังกล่าว ที่จะหยิบยกปัญหาเช่นว่านั้นขึ้นอุทธรณ์หรือวินิจฉัยไม่ได้ตามมาตรา 225 วรรคหนึ่ง เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นใน

กรณีต่างๆที่บัญญัติไว้ในมาตรา 225 วรรคสอง ซึ่งหลักกฎหมายของมาตรา 225 ดังกล่าวสำหรับคดีสามัญผลแห่งคำพิพากษาจะผูกพันเพียงเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น แต่ในการดำเนินคดีแบบกลุ่มซึ่งผลของคำพิพากษามีใช้เพียงผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น หากแต่ยังมีผลผูกพันไปไปถึงสมาชิกกลุ่มด้วย เพียงแต่การพลาดพลังของทนายความฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยที่มีได้หยิบยกปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใดขึ้นกล่าวอ้างมาแต่ในศาลชั้นต้นนั้น น่าจะไม่มี ความชอบธรรมเพียงพอที่จะปิดปากสมาชิกกลุ่มคนอื่นๆ หรือจำเลยหรือปิดกั้นอำนาจศาลฎีกาในการพิจารณาให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความในคดีลักษณะเช่นนี้ ซึ่งรวมทั้งข้อจำกัดสิทธิอุทธรณ์ของคู่ความอื่นๆ ด้วยเช่นอุทธรณ์ไม่ขัดแย้งตามมาตรา 225 หรืออุทธรณ์ที่ยื่นเกินกำหนดเป็นต้น ดังนั้น กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้คู่ความในคดีแบบกลุ่มที่จะยื่นคำร้องขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา ในกรณีที่คู่ความเห็นว่าคดีต้องห้ามอุทธรณ์หรือในกรณีที่ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับอุทธรณ์เพราะเหตุอุทธรณ์ต้องห้ามไว้ในกฎหมาย(ร่างกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/48) มีบัญญัติไว้ว่า

ในคดีที่คู่ความเห็นว่าต้องห้ามอุทธรณ์ คู่ความอาจยื่นคำขอ โดยทำเป็นคำร้องเพื่อขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาไปพร้อมกับอุทธรณ์ก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้ เมื่อศาลชั้นต้นตรวจอุทธรณ์แล้วเห็นว่าเป็นอุทธรณ์ที่ต้องห้ามก็ให้ส่งอุทธรณ์และคำขอดังกล่าวไปยังศาลฎีกาเพื่อพิจารณา แต่ถ้าศาลชั้นต้นเห็นว่าอุทธรณ์ดังกล่าวไม่ต้องห้ามก็ให้มีคำสั่งรับอุทธรณ์นั้นไว้ดำเนินการต่อไป

ในกรณีที่ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับอุทธรณ์เฉพาะเหตุต้องห้ามอุทธรณ์ คู่ความอาจยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องเพื่อขออนุญาตต่อศาลฎีกาภายในกำหนดสิบห้าวันนับแต่วันที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งก็ได้ ถ้าคู่ความยื่นคำขอดังกล่าวแล้ว จะอุทธรณ์คำสั่งไม่รับอุทธรณ์ไม่ได้

การยื่นคำขอและการพิจารณาคำขอของศาลฎีกาตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดโดยข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาตามกฎหมาย (ร่างกฎหมายการดำเนินคดีแบบกลุ่ม มาตรา 222/2)

คดีที่ศาลชั้นต้นมีคำสั่งรับอุทธรณ์ส่งมาให้ศาลฎีกา หากศาลฎีกาพิจารณาเห็นว่าอุทธรณ์นั้นต้องห้ามอุทธรณ์ ให้ยกอุทธรณ์ แต่ถ้าศาลฎีกาพิจารณาเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจำเป็นต้องแก้ไขข้อผิดพลาด จะรับพิจารณาพิพากษาคดีที่ต้องห้ามอุทธรณ์ดังกล่าวนั้นก็

คดีที่ไม่ต้องห้ามอุทธรณ์แต่ศาลฎีกาเห็นว่าข้อที่อุทธรณ์นั้นไม่สมควรได้รับการวินิจฉัยจากศาลฎีกาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา จะยกอุทธรณ์ดังกล่าวเสียก็ได้