

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมาของการประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพกฎหมาย และความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

การศึกษาประวัติและความเป็นมาของการประกันภัย ทำให้สามารถทราบถึงเหตุการณ์ เริ่มต้นและความจำเป็นของการประกันภัย รวมตลอดถึงเหตุผล แนวคิดและวิวัฒนาการของการประกันภัยตั้งแต่ในอดีตถึงปัจจุบัน อันเป็นพื้นฐานของระบบประกันภัยในรูปแบบต่างๆ กระทั่งได้พัฒนาเป็นหลักและทฤษฎีการประกันภัย หลักกฎหมายประกันภัยทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทยอย่างที่เราเห็นในปัจจุบัน การประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพกฎหมายก็เป็นวิวัฒนาการจากหลักพื้นฐานการประกันภัยเช่นเดียวกับการประกันภัยทั่วไป จะมีความแตกต่างออกไปบ้างก็ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์การเอาประกันภัยของการประกันภัยแต่ละประเภท ดังนั้นการทราบถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด วิวัฒนาการ ของการประกันภัย รวมตลอดถึงคำนิยามหรือความหมายต่างๆ ย่อมเป็นประโยชน์แก่การศึกษาและการทำความเข้าใจในเรื่องการประกันภัย ความรับผิดในวิชาชีพกฎหมาย

1. ความเป็นมาของการประกันภัยความรับผิดในต่างประเทศ

การประกันภัยในระยะเริ่มแรกในต่างประเทศ เป็นวิธีหาหลักประกันความคุ้มครองหรือวิธีป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดแก่ทรัพย์สินที่เกิดจากภัยธรรมชาติและโจรผู้ร้าย อันได้แก่การประกันภัยทางทะเล เพราะมีการค้าขายกันระหว่างประเทศและต้องใช้เส้นทางทางทะเลในการขนส่งสินค้า วิธีที่จะคุ้มครองความเสียหายที่อาจเกิดแก่สินค้าได้คือการประกันภัย กรีกเป็นประเทศแรกที่เริ่มรู้จักทำการประกันภัยทางทะเล ต่อมาได้แพร่หลายไปยังอิตาลีและประเทศอื่นๆ (สรพล สุขทรศนีย์, 2547, หน้า 15) และถัดจากนั้นมาจึงมีการคิดระบบการประกันชีวิตขึ้น เพื่อช่วยเหลือจัดการศพในระหว่างสมาชิกด้วยกัน ดังนั้นจึงถือว่าการประกันภัยทางทะเลเป็นรากฐานของการประกันภัยแบบอื่นๆ การประกันวินาศภัยก็ดี การประกันชีวิตก็ดี ได้เอาตัวอย่างมาจากการประกันภัยทางทะเลแล้วปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับสภาพกิจการนั้นๆ เช่น แบบของกรมธรรม์

และวิธีการดำเนินงานต่างๆ เป็นต้น (สรพล สุขทรรศนีย์, 2547, หน้า 15) ส่วนการประกันภัยความรับผิดมีจุดกำเนิดจากระบบเศรษฐกิจ ซึ่งในอดีตเป็นการแลกเปลี่ยนสินค้ากันโดยการขนส่งทางทะเล ความต้องการโอนการเสี่ยงภัยจึงเกิดเฉพาะภัยธรรมชาติและโจรสลัด ความเสี่ยงภัยที่เกิดจากการกระทำของผู้เอาประกันภัยซึ่งก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นและผู้เอาประกันภัยต้องรับผิดชอบต่อผู้รับผลร้ายยังมีไม่มาก จึงไม่ได้พัฒนาถึงระดับมีการคุ้มครองความเสี่ยงภัยประเภทนี้ (Need of Liability Insurance) กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีดังกล่าวยังมีน้อยไม่เอื้ออำนวยให้ต่อการเรียกร้องค่าเสียหายเหมือนเช่นปัจจุบัน ประกอบกับประชาชนยังไม่รู้สิทธิหรือจิตสำนึก (Claim Concionsness) เพียงพอในการเรียกร้องค่าเสียหาย (พิพัฒน์ เทพย์ปฏิพัทธ์, 2537, หน้า 6) ซึ่งในอังกฤษในต้นศตวรรษที่ 18 มีการนำระบบการประกันภัยต่อ (Reinsurance) มาใช้เป็นครั้งแรก ซึ่งเป็นการประกันภัยความรับผิด (Liability Insurance) ของผู้รับประกันภัยคนแรก (Original Insurer) ซึ่งหมายถึง ผู้รับประกันภัยคนแรก (Ceding Company) ซึ่งได้รับประกันภัยทรัพย์สินราคาสูงจากผู้เอาประกันภัย ได้ทำสัญญาประกันภัยความรับผิดของตนตามสัญญาประกันภัยฉบับแรกกับผู้รับประกันภัยคนต่อไป ซึ่งอาจเป็นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ผู้เอาประกันจะเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยต่อโดยตรงไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติถือว่าผู้รับประกันภัยคนแรกเป็นคู่สัญญาประกันภัยกับผู้รับประกันภัยเช่นเดียวกับการประกันภัยธรรมดาทั่วไป ซึ่งหมายถึงผู้รับประกันภัยคนแรกเป็นผู้เอาประกันภัยและผู้รับประกันภัยต่อเป็นผู้รับประกันภัย โดยมีวัตถุประสงค์ที่เอาประกันภัย (Subject Matter of Insurance) เป็นความรับผิด (Liability) ที่ผู้รับประกันภัยคนแรกจะต้องมีต่อผู้เอาประกันภัยเฉพาะในส่วนที่ได้รับประกันภัยต่อเท่านั้น ผู้รับประกันภัยต่อไม่ได้ตกลงจะใช้ค่าสินไหมทดแทนในนามผู้เอาประกันภัยเพื่อความวินาศภัยที่เกิดแก่ผู้รับประกันภัยรายแรก การประกันภัยต่อจึงเป็นการประกันภัยระหว่างประเทศที่มีความสำคัญในระบบธุรกิจประกันภัย (สิทธิโชค ศรีเจริญ, 2538, หน้า 166-167) การประกันภัยความรับผิดเริ่มเป็นที่นิยมหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยเริ่มเป็นที่แพร่หลายทั้งในยุโรปและอเมริกาตามความเจริญของระบบทุนนิยม แต่ก่อนหน้านั้นมีหลักฐานเท่าที่พบว่ามีการออกกรมธรรม์ประเภทนี้ในปี 1840 เท่านั้น อันเป็นการคุ้มครองความรับผิดของร้านค้าซึ่งเป็นผู้เอาประกันภัยจากการสูญเสียทางการเงิน (Financial Loss) เนื่องจากความรับผิดตามกฎหมาย

2. ความเป็นมาของการประกันภัยความรับผิดในประเทศไทย

การประกันภัยในระยะเริ่มแรกของไทย เริ่มในสมัยกรุงศรีอยุธยา เมื่อมีการติดต่อค้าขายกับประเทศต่างๆ โดยอาศัยเส้นทางทะเลในการขนส่งสินค้า การประกันภัยทางทะเลและการขนส่ง

จึงเกิดขึ้นจากจุดเริ่มต้นนี้เป็นประเภทแรก ซึ่งเป็นการดำเนินกิจการโดยชาวต่างประเทศ ต่อมาจึงมีกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยฉบับแรก คือพระราชบัญญัติเข้าหุ้นส่วน และบริษัท ร.ศ.130 และประกาศประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2468 ได้กำหนดให้ผู้ที่จะประกอบกิจการประกันภัยต้องได้รับพระบรมราชานุญาตก่อน ส่วนกิจการการประกันชีวิตก็เริ่มเกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 และเมื่อถึงสมัยรัชกาลที่ 6 พระองค์จึงทรงโปรดเกล้าให้ตรากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการประกันภัยและการประกันชีวิตขึ้น เริ่มมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ.2472 บริษัทประกันภัยที่จะเปิดดำเนินการจึงต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลก่อน (มุกดา โคหวกุล, 2537, หน้า 22)

ส่วนการประกันภัยความรับผิดเกิดขึ้นภายหลังประกันภัยประเภทอื่นดังกล่าวข้างต้น มีกฎหมายบัญญัติไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2472 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 887 และมาตรา 888 ว่าด้วยประกันภัยค้ำจุน แต่การประกันภัยประเภทดังกล่าวแทบไม่มีผู้รู้จัก เนื่องจากเดิมประเทศไทยเป็นระบบเศรษฐกิจภาคเกษตรกรรม ความรู้และความต้องการในการคุ้มครองต่อความเสี่ยงภัยประเภทนี้ (Need for Protection Against Liability Risk) จึงแทบไม่มี แต่เมื่อเศรษฐกิจภาคอุตสาหกรรมเข้ามามีบทบาทแทนที่เศรษฐกิจภาคเกษตรกรรม และมีการติดต่อการค้าการลงทุนกับต่างประเทศมากขึ้น กลไกต่างๆ เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจการค้าการลงทุนมีความสลับซับซ้อนและมีความเป็นสากลมากยิ่งขึ้น มีการใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมหาศาล ประชาชนมีความรู้และรู้จักรักษาสิทธิของตนเองมากขึ้น ขณะเดียวกันผู้ประกอบการในสาขาวิชาต่างๆ ต้องมีความเป็นมืออาชีพ มีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาวิชานั้นๆ เป็นอย่างดี ดังเช่น การลงทุนด้านอุตสาหกรรมซึ่งต้องมีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างแปลกๆ ใหม่ๆ ใช้เงินเป็นจำนวนมาก ผู้ว่าจ้างจำเป็นต้องให้วิศวกรผู้เชี่ยวชาญทำประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพ ซึ่งหากเกิดภัยต่าง ๆ ในระหว่างการก่อสร้าง เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายต้องบาดเจ็บหรือล้มตาย ผู้เสียหายนั้นก็ได้รับการชดเชยความเสียหายจากบริษัทผู้รับประกันภัยนั้น อันเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือกรณีการประกันภัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ก็มีวัตถุประสงค์ในการเยียวยาผู้ต้องได้รับความเสียหายจากการรักษาของแพทย์เช่นกัน จุดเริ่มต้นดังกล่าวมานี้ จึงเป็นสิ่งจูงใจให้เกิดความต้องการในการประกันภัยความรับผิดมากขึ้น เนื่องจากการประกันภัยความรับผิดให้ความคุ้มครองความเสียหายอันมีลักษณะเป็นการโอนความเสี่ยงภัยในความรับผิดตามกฎหมายของตนให้แก่บุคคลอื่นหรือผู้รับประกันภัยนั่นเอง อันแตกต่างจากการประกันภัยประเภทอื่น

3. แนวคิดเกี่ยวกับการประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพ

เงื่อนไขสำคัญโดยทั่วไปของการประกันภัยในการก่อให้เกิดสัญญาประกันภัยระหว่างผู้รับประกันภัยและผู้เอาประกันภัยก็คือ ความเสี่ยงภัย (Risk) และความสูญเสีย (Loss) เพราะหากไม่มีความเสี่ยงภัย ก็ไม่มีความจำเป็นที่ผู้เอาประกันจะต้องเอาประกันภัย และในขณะเดียวกันผู้รับประกันภัยก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องรับประกันภัย ดังนั้น จึงปฏิเสธไม่ได้ว่านับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ความเสี่ยงภัยต่างๆ ที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเกิดโดยเหตุใดเหตุหนึ่งก็ตาม และเป็นสิ่งไม่แน่นอนที่มีอยู่ มีอยู่รอบตัวของผู้คนในสังคมตลอดเวลา เมื่อภัยนั้นเกิดขึ้น จึงย่อมนำความสูญเสียและความเสียหายให้เกิดแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ของผู้ประสบภัยนั้น โดยมีผู้ให้ความหมายของคำว่า “ความเสี่ยงภัย” ดังนี้

เฟรดเดอริก เครน (Frederick G.Crane) กล่าวว่า ความเสี่ยงภัย หมายถึงความไม่แน่นอนเกี่ยวกับอนาคต หรืออีกนัยหนึ่ง หมายถึงการไม่สามารถคาดการณ์เหตุการณ์หรือขนาดของความสูญเสียที่จะเกิดขึ้น (Risk means uncertainty about future or, in other words, the inability to predict the occurrence or size of loss)

โรเบิร์ต เมทท์ (Robert I. Mehr) ให้ความหมายว่า ความเสี่ยงภัย หมายถึง ความไม่แน่นอนที่เกี่ยวข้องกับความสูญเสีย (Risk is uncertainty concerning loss) หรือให้ความหมายง่าย ๆ ก็คือ ต้องประกอบด้วยความไม่แน่นอน (Uncertainty) และความสูญเสีย ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญต่อการประกันภัยมาก ดังนั้น ความเสี่ยงภัยจึงเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน และเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความสูญเสียหรือโอกาสที่ก่อให้เกิดความสูญเสีย (Risk is uncertainty and not the loss, the cause of loss or the chance of loss)

ส่วน มาร์ค ดอร์แมน (Mark S.Dorman) ได้กล่าวถึงความเสี่ยงภัย ว่าต้องประกอบด้วยคำในความหมายต่อไปนี้

1. ความเสี่ยงภัย คือโอกาสที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Risk is a chance of loss)
2. ภัย (Peril) คือสาเหตุที่ทำให้เกิดความสูญเสียหรือเสียหาย (Peril is defined as the cause of the loss)
3. สภาพที่ส่งเสริมให้เกิดความเสียหาย (Hazard) คือสภาพเงื่อนไขที่เป็นสาเหตุให้เพิ่มความสูญเสียบ่อยขึ้นหรือรุนแรงมากขึ้น (Hazards are conditions that serve to increase either the frequency or the severity of losses) สภาพดังกล่าวจึงเป็นตัวกำหนดอัตราค่าเบี้ย

ประกันภัย ให้สูงหรือต่ำได้ เพราะหากสถานะที่ส่งเสริมให้เกิดความเสียหายมีมาก ค่าเบี้ยประกันภัยก็สูง แต่หากสถานะที่ส่งเสริมให้เกิดความเสียหายมีน้อย ค่าเบี้ยประกันภัยก็ต่ำ

คำ 3 คำดังกล่าวนี้จึงมีความเกี่ยวข้องกันเสมอ เพราะภัยนั้นก่อให้เกิดความเสียหายและความเสียหายก่อให้เกิดความต้องการที่จะทำประกันภัย

ส่วนความสูญเสีย หมายถึงการลดลงหรือการสิ้นสูญไปซึ่งมูลค่าอันเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนหรือโดยปราศจากการเจตนาจงใจ (Loss is an unintentional decline in or disappearance of value) ความสูญเสียไม่จำเป็นต้องเป็นความสูญเสียทางกายภาพของวัตถุ (Loss of Physical Article) แต่อาจเป็นความสูญเสียที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบผู้อื่น (Liability Loss) ซึ่งผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย เช่น ความสูญเสียที่เกิดจากความประมาท (มุกดา ไควหกุล, 2537, หน้า 1-4)

ความเสียหายและความสูญเสีย จึงเป็นแนวคิดพื้นฐานของการประกันภัยโดยทั่วไป การประกันภัยความรับผิดชอบก็เป็นการประกันภัยประเภทหนึ่งซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความสูญเสียทางการเงินให้แก่ผู้เอาประกันภัยในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยกระทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายอันเป็นความรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่ความรับผิดทางศีลธรรม (Moral Obligation) หรือผู้เอาประกันภัยรู้สึกรับผิดชอบเองต่อผู้เสียหายโดยไม่มีกฎหมายรองรับ การกระทำนั้นอาจเป็นอุบัติเหตุ (Accident) หรือเหตุการณ์ (Incident) จากความประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ได้ และผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นซึ่งผู้เอาประกันภัยต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายและต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้น ซึ่งถือเป็นการสูญเสียทางการเงินของผู้เอาประกันภัย แนวคิดเกี่ยวกับการประกันภัยความรับผิดจึงเป็นประโยชน์ต่อผู้เอาประกันภัยและบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ดังนี้ คือ

1. เกิดความมั่นคงในชีวิต หน้าที่การงานและธุรกิจของผู้เอาประกันภัย เนื่องจากได้โอนความรับผิดชอบตามกฎหมายที่ตนต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายไปยังผู้รับประกันภัยแล้ว ผู้เอาประกันภัยจึงสามารถเพิ่มประสิทธิภาพของงานและธุรกิจได้อย่างเต็มที่

2. เป็นหลักประกันต่อผู้ได้รับความเสียหายที่จะได้รับชดใช้ค่าเสียหายในเวลาที่รวดเร็วและใกล้เคียงความเสียหายที่แท้จริง โดยไม่ต้องดำเนินคดีในศาล

3. ไม่เป็นภาระแก่ครอบครัวของผู้ได้รับความเสียหาย และไม่ตกเป็นภาระแก่รัฐที่ต้องนำภาษีของประชาชนมาช่วยเหลือผู้ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย เนื่องจากผู้ ได้รับความเสียหายซึ่งได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากบริษัทผู้รับประกันภัยแล้ว เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศโดยรวม

4. คำนิยามหรือความหมาย

4.1 ความหมายของการประกันภัยความรับผิด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในตอนที่ 3 ว่าด้วยการประกันภัยค่าจุน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในหมวดประกันวินาศภัย มาตรา 887 บัญญัติว่า

อันว่าการประกันภัยค่าจุนนั้น คือสัญญาประกันภัยซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงว่าจะใช้ค่าสินไหมทดแทนในนามของผู้เอาประกันภัย เพื่อความวินาศภัยอันเกิดขึ้นแก่บุคคลอีกคนหนึ่งและซึ่งผู้เอาประกันภัยจะต้องรับผิดชอบ

บุคคลผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนตามที่ตนควรจะได้ นั้นจากผู้รับประกันภัยโดยตรง แต่ค่าสินไหมทดแทนเช่นว่านี้หาอาจจะคิดเกินไปกว่าจำนวนอันผู้รับประกันภัยจะพึงต้องใช้ตามสัญญานั้นได้ไม่ ในคดีระหว่างบุคคลผู้ต้องเสียหายกับผู้รับประกันภัยนั้น ท่านให้ผู้ต้องเสียหายเรียกตัวผู้เอาประกันภัยเข้ามาในคดีด้วย

อนึ่ง ผู้รับประกันภัยนั้นแม้จะได้ส่งค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยแล้ว ก็ยังหาหลุดพ้นจากความรับผิดต่อบุคคลผู้ต้องเสียหายนั้นไม่ เว้นแต่ตนจะพิสูจน์ได้ว่าค่าสินไหมทดแทนนั้น ผู้เอาประกันภัยได้ใช้ให้แก่ผู้ต้องเสียหายแล้ว

ก่อนที่จะกล่าวถึงความหมายของคำว่า “การประกันภัยความรับผิด” จะสังเกตเห็นคำว่า “การประกันภัยค่าจุน” จากบทบัญญัติของกฎหมายในมาตราดังกล่าวข้างต้น ความจริงแล้วการประกันภัยค่าจุนก็คือการประกันภัยความรับผิด ซึ่งปัจจุบันนี้กฎหมายในต่างประเทศอย่างประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ และฟิลิปปินส์ ต่างใช้คำที่เป็นความหมายของการประกันภัยค่าจุน ซึ่งแปลว่า “การประกันภัยความรับผิด” ต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีต้นร่างภาษาอังกฤษเรียกประกันภัยประเภทนี้ว่าการประกันภัยค่าจุน (Guarantee Insurance) (สุชาติสิงหนะ, 2549, หน้า 142) ต้นร่างคำภาษาอังกฤษดังกล่าวยังไม่มีการแก้ไขให้เป็นเหมือนเช่นในต่างประเทศที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น คำว่า “ประกันภัยค่าจุน” ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็คือการประกันภัยความรับผิดนั่นเอง จึงอาจมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การประกันภัยความรับผิด”

การประกันภัยค่าจุนหรือการประกันภัยความรับผิด หมายถึง สัญญาประกันวินาศภัยซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนในนามของผู้เอาประกันภัย เพื่อความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย ซึ่งผู้เอาประกันภัยมีความรับผิดตามกฎหมายหรือตามสัญญาที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น การ

ประกันภัยความรับผิดจึงเป็นสัญญาเพื่อจ่ายค่าสินไหมทดแทนตามความเป็นจริง (Indemnity Contract) ให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย ซึ่งเป็นความรับผิดตามกฎหมายที่ผู้เอาประกันภัยมีต่อบุคคลภายนอกนั้น ความรับผิดนั้นอาจเกิดจากมูลหนี้ใดๆ ก็ได้ตามกฎหมาย เช่น สัญญา ละเมิด ลากมิควรรได้ หรือโดยบทบัญญัติของกฎหมาย บุคคลผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยโดยตรง แต่ค่าสินไหมทดแทนเช่นนั้น ไม่อาจคิดเกินไปกว่าจำนวนเงินอันผู้รับประกันภัยพึงต้องให้ตามสัญญา ผู้รับประกันภัยแม้จะได้ส่งเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยแล้ว ยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิดต่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้น เว้นแต่ตนจะพิสูจน์ได้ว่า ค่าสินไหมทดแทนนั้น ผู้เอาประกันภัยได้ใช้ให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายแล้ว นอกจากนี้ มาตรา 887 วรรคสอง ยังได้บัญญัติให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหายสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้โดยตรงจากผู้รับประกันภัยซึ่งถือเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ส่วนการรับช่วงสิทธิ กฎหมายมิได้บัญญัติให้ผู้รับประกันภัย เมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายไปแล้ว สามารถเข้ารับช่วงสิทธิจากผู้เสียหายมาไต่เบียดกับผู้เอาประกันภัยได้ ทั้งนี้เพราะการประกันภัยค้ำจุนหรือการประกันภัยความรับผิดเป็นการที่ผู้เอาประกันภัยได้ชำระเบียดประกันภัยให้แก่ผู้รับประกันภัยเป็นการตอบแทนการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของผู้รับประกันภัยแล้ว เว้นแต่มีกรณีที่ผู้รับประกันภัยสามารถใช้สิทธิไต่เบียดกับบุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริง แต่กฎหมายบัญญัติให้ผู้เอาประกันภัยต้องร่วมรับผิดกับบุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริง ทั้งที่ผู้เอาประกันภัยมิได้มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายและให้สิทธิผู้เอาประกันภัยใช้สิทธิไต่เบียดกับบุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงได้ในภายหลัง เช่น ลูกจ้างของผู้เอาประกันภัยต้องรับผิดต่อผู้เอาประกันภัยซึ่งเป็นนายจ้างเนื่องจากทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก เมื่อผู้รับประกันภัยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกไปแล้ว ก็สามารถรับช่วงสิทธิมาไต่เบียดจากลูกจ้างของผู้เอาประกันภัยได้

การประกันภัยค้ำจุนหรือการประกันภัยความรับผิดถือเป็นการประกันวินาศภัยอย่างหนึ่ง ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมวด 2 ส่วนที่ 1 ตั้งแต่มาตรา 869 ถึง มาตรา 882 ซึ่งเป็นบททั่วไป ส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับการประกันภัยค้ำจุนโดยเฉพาะนั้น มีเพียงที่บัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนที่ 3 มาตรา 887 ถึงมาตรา 888 เท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า การประกันภัยค้ำจุนนี้จัดเป็นการประกันวินาศภัยอย่างหนึ่ง แต่มีข้อแตกต่างกับวินาศภัยธรรมดาตรงที่วินาศภัยธรรมดามุ่งถึงความเสียหายอันเกิดแก่วัตถุที่เอาประกันภัย แต่ประกันภัยค้ำจุนมุ่งถึงความเสียหายที่เกิดกับบุคคลภายนอกอันสืบเนื่องมาจากความผิดของผู้เอา

ประกันภัย (สรพล สุขทรรศนีย์, 2547, หน้า 103) ดังนั้น จึงอาจพอสรุปได้ว่า การประกันวินาศภัย ก็คือ สัญญาซึ่งผู้รับประกันวินาศภัยตกลงจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันวินาศภัย เมื่อเกิดภัยตามที่รับประกันภัยไว้และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายอาจประมาณราคา เป็นเงินได้ โดยผู้เอาประกันตกลงจะส่งเงินจำนวนหนึ่งที่เรียกว่า “เบี้ยประกัน” (Premium) แก่ผู้รับประกันวินาศภัย ส่วนการประกันภัยความรับผิดหรือประกันภัยค่าจูน มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความเสียหายของผู้เอาประกันภัยอันเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน สิทธิหรือประโยชน์อื่นใดซึ่งอาจตีราคาเป็นตัวเงินได้ แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความรับผิดตามกฎหมายในความเสียหายอันเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน สิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลภายนอก ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย ซึ่งเป็นความรับผิดทางแพ่งที่ผู้เอาประกันภัยจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกตามกฎหมาย

การประกันภัยค่าจูนหรือการประกันภัยความรับผิด ตามความเห็นของศาสตราจารย์ พิเศษ จำรัส เขมะจารุ คือ “สัญญาประกันภัยซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะใช้ค่าสินไหมทดแทน สำหรับความวินาศภัยที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกและวินาศภัยนั้น ผู้เอาประกันภัยจะต้องรับผิดชอบ” (จำรัส เขมะจารุ, 2530, หน้า 185)

การประกันภัยค่าจูนหรือการประกันภัยความรับผิด ตามความเห็นของรองศาสตราจารย์ สรพล สุขทรรศนีย์ คือ “การที่ผู้รับประกันภัยตกลงว่าจะใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก ผู้เสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัยหรือที่ผู้เอาประกันภัยจะต้องรับผิด” (สรพล สุขทรรศนีย์, 2533, หน้า 103)

สาระสำคัญของสัญญาประกันภัยค่าจูนหรือประกันภัยความรับผิด จึงอยู่ที่ความรับผิดของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อบุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายตามกฎหมาย ความรับผิดของผู้เอาประกันภัยตามกฎหมายนี้ถือเป็นวินาศภัยอย่างหนึ่งของผู้เอาประกันภัยและเป็นวัตถุประสงค์ที่เอาประกันภัยตามสัญญาประกันภัยค่าจูน ซึ่งสามารถแยกความรับผิดได้ดังนี้ คือ

1) ความรับผิดของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อผู้รับประกันภัยในฐานะคู่สัญญาประกันภัยแล้ว ยังเกิดความรับผิดกรณีผู้เอาประกันภัยรับเงินค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยแล้วไม่ชำระให้แก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหาย ผู้เอาประกันภัยจึงต้องคืนเงินนั้นคืนผู้รับประกันภัยในฐานะลาภมิควรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406

2) ผู้เอาประกันภัยต้องมีความรับผิดต่อบุคคลภายนอกตามกฎหมาย ความรับผิดนี้มิใช่ความรับผิดตามสัญญาประกันภัยค่าจูนโดยตรง แต่เป็นความรับผิดตามกฎหมายที่ผู้เอา

ประกันภัยมีต่อบุคคลภายนอก อันเป็นสาระสำคัญของสัญญาประกันภัยค่าจ้างที่ผู้รับประกันภัยยอมรับความเสี่ยงจากภัยนั้น

3) ความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัยต่อผู้เอาประกันภัยในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหาย ผู้เอาประกันภัยมีสิทธิรับค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยในฐานะคู่สัญญาประกันภัยได้ แต่จะรับไว้เพื่อตนหรือต้องส่งมอบแก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ว่าผู้เอาประกันภัยได้ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วหรือไม่

4) ความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัยต่อบุคคลภายนอกเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งตามสัญญาประกันภัยค่าจ้าง ดังนั้นบุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย จึงมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยโดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้เอาประกันภัยก่อน และไม่ต้องแสดงเจตนาต่อผู้รับประกันภัยว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญาประกันภัยค่าจ้างนั้น

การประกันภัยค่าจ้างหรือการประกันภัยความรับผิดตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 887 และมาตรา 888 คนทั่วไปมักจะนึกถึงการประกันภัยความรับผิดของผู้ขับขี่รถยนต์พาหนะที่มีต่อบุคคลภายนอก แต่ความจริงแล้ว ยังมีการประกันภัยความรับผิดในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีก อาทิ การประกันภัยความรับผิดต่อคุณภาพสินค้า (Products Liability Insurance) การประกันภัยความรับผิดต่อสาธารณะ (Public's Liability Insurance) การประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพ (Professional Liability Insurance) การประกันภัยความรับผิดของนายจ้าง (Employer's Liability Insurance) (สุชาติสิงห์เสนี, 2549, หน้า 23) โดยขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนได้มุ่งเน้นเกี่ยวกับการประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพ โดยเฉพาะวิชาชีพกฎหมายเท่านั้น

โดยที่การประกันภัยความรับผิดหรือการประกันภัยค่าจ้างถือเป็นการประกันวินาศภัยอย่างหนึ่ง บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการประกันวินาศภัยจึงต้องนำมาใช้บังคับกับการประกันภัยค่าจ้างด้วย เช่น ในเรื่องสิทธิของผู้รับประกันภัยในการที่จะได้รับเบี้ยประกันภัยจากผู้เอาประกันภัย แม้จะไม่มีวินาศภัยตามที่ระบุไว้ในกรมธรรม์ประกันภัยเกิดขึ้นก็ตาม ผู้รับประกันภัยก็ไม่ต้องคืนเบี้ยประกันภัยแก่ผู้เอาประกันภัย สิทธิในการบอกเลิกสัญญาประกันภัยของผู้รับประกันภัยซึ่งอาจจะเกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาประกันวินาศภัย สิทธิของผู้เอาประกันภัยในการที่จะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเมื่อเกิดวินาศภัยตามที่กำหนดไว้ในกรมธรรม์ประกันภัย หรือหน้าที่ของผู้เอาประกันภัยที่จะต้องชำระเบี้ย

ประกันภัย สิทธิและหน้าที่พื้นฐานของผู้รับประกันภัยและผู้เอาประกันภัยเหล่านี้ จะต้องนำมาใช้ บังคับกับการประกันภัยค่าจุนด้วย แต่ถ้ามีบทบัญญัติในเรื่องที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในส่วนของ การประกันภัยค่าจุนแล้ว ก็ไม่ต้องนำบทบัญญัติทั่วไปของการประกันวินาศภัยมาใช้บังคับ ส่วนที่ กล่าวมานี้เป็นส่วนที่มีความเหมือนกันระหว่างการประกันภัยค่าจุนกับการประกันวินาศภัย ส่วน ความแตกต่างกันระหว่างการประกันภัยค่าจุนกับการประกันวินาศภัย มีดังนี้

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้ความหมายของสัญญาประกันวินาศภัยไว้ โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 861 ประกอบมาตรา 869 และพระราชบัญญัติ ประกันวินาศภัยมาตรา 4 แล้ว อาจให้ความหมายของการประกันวินาศภัยว่า เป็นสัญญาซึ่งผู้รับ ประกันภัยตกลงจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันวินาศภัยในกรณีที่มีความเสียหาย อย่างไรก็ดีเกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงความสูญเสียในสิทธิ ผลประโยชน์หรือรายได้ที่อาจประมาณความ เสียหาย หรือความสูญเสียเหล่านั้นเป็นเงินได้ โดยผู้เอาประกันวินาศภัยตกลงจะส่งเงินซึ่งเรียกว่า เบี้ยประกันภัยเป็นการตอบแทน การประกันวินาศภัยอาจกระทำกันอย่างกว้างขวาง ถ้าบุคคล นั้นมีความสัมพันธ์อยู่กับทรัพย์สินหรือสิทธิหรือผลประโยชน์หรือรายได้ใดๆ ซึ่งถ้ามีเหตุการณ์ใด เกิดขึ้น จะทำให้ผู้นั้นต้องได้รับความเสียหายและความเสียหายที่จะได้รับนั้น อาจจะมีประมาณ ราคาเป็นตัวเงินได้ บุคคลนั้นก็ย่อมจะเอาประกันวินาศภัยได้ ส่วนความเสียหายที่ไม่สามารถ ประมาณเป็นตัวเงินได้ เช่น ความรัก ความคิดถึง ความเสียใจ ความตกใจ ความเจ็บปวด แม้จะ สามารถชดใช้เป็นตัวเงินได้ในบางกรณี แต่ก็ไม่ใช่ความเสียหายที่จะประมาณเป็นตัวเงินได้ อันจะ ถือว่าเป็นวินาศภัยตามความหมายของสัญญาประกันภัย (ไชยยศ เหมะรัชตะ, 2549, หน้า 177- 178) ส่วนการประกันภัยค่าจุนตามมาตรา 887 มีความหมายว่า เป็นสัญญาประกันภัยซึ่งผู้รับ ประกันภัยตกลงจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายในนามของผู้เอาประกันภัยในกรณีที่ผู้ เอาประกันภัยจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายให้แก่บุคคลภายนอกและ บุคคลภายนอกซึ่งต้องเสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้โดยตรงจากผู้รับประกันภัย ถึงแม้ตนจะไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้รับประกันภัยก็ตาม

2. ภัยที่รับเสี่ยงหรือเงื่อนไขแห่งหนึ่งของฝ่ายผู้รับประกันภัย ในกรณีที่เป็นการประกัน วินาศภัย ภัยที่รับเสี่ยงหรือเงื่อนไขแห่งหนึ่งของฝ่ายผู้รับประกันภัยจะเป็นตัวทรัพย์สิน ส่วนกรณีที่ เป็นการประกันภัยค่าจุน ภัยที่รับเสี่ยงหรือเงื่อนไขแห่งหนึ่งของทางฝ่ายผู้รับประกันภัยจะเป็นความ รับผิดชอบที่ผู้เอาประกันภัยต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น ซึ่งอาจเกิดจากหนี้ ใดๆตามกฎหมาย เช่น สัญญา ลาภมิควรได้ ละเมิด หรือความรับผิดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ความรับผิดที่เกิดขึ้นแก่ผู้เอาประกันภัยจะต้องเป็นความรับผิดตามกฎหมายเท่านั้น ถ้าเป็นเรื่อง

เกี่ยวกับหนี้ทางศีลธรรมหรือหนี้ที่จะต้องมีการชดใช้ให้แก่กันโดยเสน่หาหรือความเมตตากรุณาต่อกันเช่นนี้ ไม่เรียกว่าเป็นภัยที่ผู้รับประกันภัยค้ำจุนต้องชดใช้ให้แทน

3. โดยที่การประกันภัยค้ำจุน ผู้เอาประกันภัยมิได้มีวัตถุประสงค์ในการเอาประกันเพื่อคุ้มครองความเสียหายของผู้เอาประกันภัยอันเกิดแก่ตัวทรัพย์สิน แต่เป็นความรับผิดชอบของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อผู้เสียหาย ดังนั้น ผู้เอาประกันภัยค้ำจุนจึงไม่อาจยกประโยชน์ในเงินค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัยค้ำจุนให้แก่ผู้รับประกันภัยเหมือนอย่างสัญญาประกันวินาศภัยธรรมดาได้ เพราะผู้รับประกันภัยค้ำจุนจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายเท่านั้น และแม้ผู้รับประกันภัยจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยแล้วก็ตาม ผู้รับประกันภัยก็ยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิดชอบที่มีต่อบุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว

4. บุคคลผู้ได้รับความเสียหายสามารถเข้าถือเอาสิทธิเรียกร้องตามสัญญาประกันภัยค้ำจุนกับผู้รับประกันภัยค้ำจุนได้โดยตรง ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 887 วรรคสอง โดยไม่ต้องแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ตามมาตรา 374 วรรคสองและมาตรา 375

5. การรับช่วงสิทธิตามสัญญาประกันภัยค้ำจุน เมื่อผู้รับประกันภัยได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายแล้ว จะไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบียดเอาจากผู้เอาประกันภัยได้ เนื่องจากผู้เอาประกันภัยได้ใช้เบียดผู้รับประกันภัยเป็นการตอบแทนแล้ว เว้นแต่กรณีที่บุคคลอื่นเป็นผู้ก่อ ให้เกิดความเสียหายแต่กฎหมายบัญญัติให้ผู้เอาประกันภัยต้องร่วมรับผิดชอบ และให้สิทธิผู้เอาประกันภัยไปไล่เบียดในภายหลัง เช่น ผู้เอาประกันภัยเป็นนายจ้าง ลูกจ้างของผู้เอาประกันภัยไปทำให้เกิดวินาศภัยแก่บุคคลภายนอก ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 บัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง และมาตรา 426 บัญญัติให้นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้รับชดใช้คืนจากลูกจ้าง ดังนั้น เมื่อผู้รับประกันภัยได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายแทนผู้เอาประกันภัยแล้ว ผู้รับประกันภัยย่อมได้รับช่วงสิทธิมาใช้สิทธิไล่เบียดเอาจากลูกจ้างของผู้เอาประกันภัยได้ ซึ่งจะแตกต่างกับการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 880 ในกรณีวินาศภัยที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลภายนอก เมื่อผู้รับประกันภัยได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยไปแล้ว ก็สามารถเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยไปไล่เบียดเอาจากบุคคลภายนอกที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้

4.2 ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ”

คำว่า “วิชาชีพ” มาจากคำว่า “โพรเฟสชัน” (Profession) มาจากคำกริยา “ทู โพรเฟส” (To Profess) จากคำภาษาลาติน “โพร + ฟาเทอริ” (Pro + Fateri) แปลว่า ยอมรับหรือยอมรับว่าเป็นของตน เดิมคำนี้มีความหมายในทางศาสนา ซึ่งหมายถึงเป็นการประกาศตนว่ามีศรัทธาในศาสนา หรือการประกาศปฏิญาณตน คำว่า “วิชาชีพ” ในยุโรปแต่เดิมมิได้มีความหมายถึง “อาชีพ” ซึ่งเป็นความหมายในเชิงการทำมาหากิน แต่คงมีความหมายในเชิงที่ว่า เป็นงานที่คนอุทิศตนไปตลอดชีวิต และเนื่องจากการที่จะปฏิญาณตนบวชเป็นพระสงฆ์ในคริสต์ศาสนา ต้องผ่านการอบรมศึกษาในวิชาเทววิทยา (Theologie) เป็นเวลาหลายปี คำว่า “วิชาชีพ” จึงมีนัยเกิดขึ้นตามมาว่า เป็นอาชีพที่มีลักษณะเป็นผู้ที่มีความรู้ขั้นสูงที่ต้องผ่านการอบรมศึกษาเป็นเวลานานหลายปีและเป็นอาชีพที่เป็นหมู่คณะ อันมีขนบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของหมู่คณะเป็นการเฉพาะ และหมู่คณะวิชาชีพนั้น ต้องคอยสอดส่องดูแลสมาชิกของตนเองให้อยู่ในกรอบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของอาชีพนั้น นอกจากพระสงฆ์แล้ว วิชาชีพที่ชาวยุโรปให้การยกย่องกันมาแต่โบราณกาลและสมัยกลางคือ วิชาชีพนักกฎหมายและวิชาชีพแพทย์ (พนาร์ตัน เฉลิมวุฒิศักดิ์, 2534, หน้า 55-56)

ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภักดิ์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” โดยให้คำแปลที่อ้างอิงมาจากดิคชันนารีอ็อกฟอร์ดแอดวานซ์ (Oxford Advanced Dictionary) ซึ่งมีใจความว่า “อาชีพโดยเฉพาะอาชีพที่ต้องมีการศึกษาขั้นสูงและการฝึกอบรมเป็นพิเศษ เช่น กฎหมาย สถาปัตยกรรม แพทย์ การศาสนา” หรือหมายถึงกลุ่มบุคคลที่ประกอบอาชีพใดโดยเฉพาะก็ได้ ส่วนคำแปลที่อ้างอิงจากดิคชันนารีเวบสเตอร์ (Webster Dictionary) ให้ความหมายว่า

อาชีพที่ต้องมีการฝึกอบรมขั้นสูงในศิลปศาสตร์ (Liberal) หรือวิทยาศาสตร์ (Science) ซึ่งเป็นงานในด้านการใช้ความคิด (Mental) มากกว่างานที่ต้องใช้กำลังกาย (Manual) เช่นการสอน วิศวกรรม การเขียนบทความ โดยเฉพาะวิชาชีพแพทย์ วิชาชีพกฎหมาย การศาสนา ซึ่งเคยเรียกว่าวิชาชีพของผู้รู้หรือผู้คงแก่เรียน (The Learned Profession)

ส่วนรอสโค ปอนด์ (Roscoe Pound) ได้ให้ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” ว่าหมายถึง “กลุ่มบุคคลผู้ประกอบวิชาการเป็นอาชีพพร้อมกันโดยมีเจตนารมณ์เพื่อบริการประชาชน” (จิตติ ติงศภักดิ์, 2537, หน้า 15-16)

ส่วนพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” ว่า “อาชีพที่ต้องอาศัยวิชาความรู้ความชำนาญ”

ดังนั้น คำว่า “วิชาชีพ” จึงต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้ คือ

1. เป็นงานที่ต้องอาศัยความสามารถ ความรอบรู้และความชำนาญเฉพาะสาขา โดยใช้สติปัญญามากกว่าการใช้ฝีมือและแรงงาน มีการศึกษาทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติในวิทยาการขั้นสูง เป็นการศึกษาอบรมทางความคิด (จิตติ ดิงศภัทย์, 2537, หน้า 18) โดยมีช่างานที่คนทั่วไปจะทำได้โดยมิได้รับการฝึกอบรมในวิทยาการขั้นสูงมาก่อนและมีช่างานที่ทำได้เพียงเฉพาะการทดลองปฏิบัติเท่านั้น

2. มีหน่วยงานหรือองค์กรโดยรวมตัวกันเป็นหมู่คณะ (Collective Organization) ที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพ เพื่อออกกฎระเบียบ ข้อบังคับ ศีลธรรมจรรยาบรรณให้ผู้ประกอบวิชาชีพใช้เป็นแนวทางปฏิบัติ พร้อมทั้งให้การส่งเสริมมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ หน่วยงานหรือองค์กรดังกล่าวอาจเป็นองค์กรอิสระในการควบคุมดูแลตนเอง หรืออาจถูกควบคุมโดยรัฐก็ได้ เช่น ในประเทศเครือจักรภพ ผู้ประกอบวิชาชีพจะมีการควบคุมกันเองและเป็นอิสระ แต่ในประเทศภาคพื้นยุโรปมักจะถูกควบคุมโดยรัฐ (Rupert & Powell, 1987, p. 2)

3. ต้องมีการผูกขาดจำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคลที่มีความรู้ความชำนาญซึ่งได้รับการศึกษาอบรมจนมีความสามารถ ความรอบรู้และความชำนาญเฉพาะสาขา และผู้ที่ประกอบวิชาชีพเฉพาะในสาขาวิชานั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานหรือองค์กรที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพนั้นเสียก่อน ผู้นั้นจึงมีสิทธิประกอบวิชาชีพนั้นๆได้

4. การรับรองของกฎหมายต่อสถานะของวิชาชีพ (Legalistic Approach) โดยหากมีกฎหมายรับรองการปฏิบัติงานของอาชีพใด ก็เรียกได้ว่าเป็นวิชาชีพ เช่น วิชาชีพแพทย์ วิชาชีพทนายความ วิชาชีพวิศวกร วิชาชีพสถาปนิก วิชาชีพผู้ตรวจบัญชี ซึ่งตามหลักสากลการรับรองว่าอาชีพใดเป็นวิชาชีพมีหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ (1) มีการจดทะเบียน (Registration) (2) มีการให้ประกาศนียบัตร (Certification) และ (3) มีใบอนุญาต (Licensing) (วิสาร พันธุณะ และมาลี สุรเชษฐ์, 2532, หน้า 5)

5. ผู้ประกอบวิชาชีพส่วนมากจะมีสถานะทางสังคมสูง ได้รับการยกย่องและได้รับการให้ความสำคัญจากสังคมสูง ซึ่งอาจเป็นเพราะได้รับความเชื่อถือและความไว้วางใจในวิชาชีพว่าเป็นสิ่งที่อาศัยซึ่งความรอบรู้ ความสามารถและช่วยเหลือสังคมได้ ซึ่งบุคคลทั่วไปมิอาจมีความสามารถและคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้ ทั้งในสังคมมีจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพไม่มากนัก ดังเช่นวัฒนธรรมยุโรปมักนิยมยกย่องนักกฎหมายหรือวิชาชีพนักกฎหมาย วิชาชีพกฎหมายจึงเป็นวิชาชีพที่เจริญรุ่งเรือง มีเกียรติ เป็นวิชาชีพขั้นสูงที่ทำคุณประโยชน์แก่สังคม และอาจมีเอกสิทธิ์พิเศษบางประการซึ่งได้รับจากรัฐ เช่น สิทธิในการใช้ชื่อแสดงถึงตำแหน่งของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ (แสวง บุญเฉลิมวิภาส, 2535, หน้า 13)

4.3 ความหมายของคำว่า “ทนายความ” และลักษณะวิชาชีพทนายความ

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นได้ว่าทนายความถือเป็นวิชาชีพหนึ่งทางด้านวิชาชีพกฎหมาย กล่าวคือผู้ที่ประกอบวิชาชีพทนายความ จำเป็นต้องได้รับการศึกษาและฝึกอบรมความรู้เฉพาะด้านกฎหมายทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติ ผู้ที่ไม่ได้รับการศึกษาฝึกอบรมความรู้ดังกล่าวย่อมไม่สามารถประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งองค์กรทางวิชาชีพกฎหมายขึ้นเพื่อพัฒนาวิชาชีพกฎหมาย รวมทั้งให้การศึกษาอบรมและกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมวิชาชีพกฎหมายในด้านความประพฤติ วินัย มารยาท ศีลธรรมจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพ ดังเช่นสหภาพทนายความซึ่งมีการจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และจะต้องมีสถานะตามที่กฎหมายดังกล่าวรับรอง คือการขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ว่าความ

คำว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยปกติคนทั่วไปมักจะนึกถึงคำว่า “ทนายความ” แต่ในความเป็นจริงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มิได้หมายเฉพาะเพียงทนายความเท่านั้น แต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยังรวมถึงที่ปรึกษาและผู้ให้บริการทางกฎหมายที่ไม่ได้ทำงานในส่วนที่เป็นเอกสิทธิเฉพาะของทนายความ กล่าวคือ ทนายความเป็นผู้ได้รับการจดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้ว่าความจากสหภาพทนายความ จึงเป็นผู้มีเอกสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการว่าความ เว้นแต่บุคคลบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิเช่นเดียวกับทนายความ สำหรับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ได้ให้การรับรองงานของทนายความเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการว่าคดีความในศาลเท่านั้น โดยมีได้รองรับงานด้านการให้คำปรึกษาหรืองานด้านการให้บริการทางวิชาชีพอื่น ๆ ไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้โดยปกติทนายความก็ทำงานด้านการให้คำปรึกษาและบริการทางด้านวิชาชีพกฎหมายรวมอยู่ด้วยควบคู่กับการว่าความในศาล ส่วนผู้ที่ประสงค์จะให้บริการวิชาชีพกฎหมายเฉพาะในส่วนที่นอกเหนือไปจากการว่าความ เช่นการให้คำปรึกษาหรือบริการวิชาชีพกฎหมายอื่น ๆ อาจไม่จำเป็นต้องมีการจดทะเบียนหรือต้องได้รับใบอนุญาตให้ว่าความก็ได้ โดยเรียกว่า “ที่ปรึกษากฎหมาย” ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คำว่า “ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย” จึงหมายความว่า ทนายความซึ่งเป็นทั้งผู้ว่าความในศาลและให้คำปรึกษาหรือให้บริการทางด้านกฎหมายควบคู่กันไปด้วย แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงผู้พิพากษา อัยการ ซึ่งเป็นวิชาชีพที่มีกฎหมายควบคุมโดยเฉพาะอยู่แล้ว

ในประเทศไทย ทนายความสามารถประกอบวิชาชีพด้านกฎหมายได้ทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการว่าความในศาล ได้แก่ การว่าความในคดีต่างๆ การยื่นฟ้อง การยื่นคำให้การแก้ต่างในคดี การฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ การฟ้องฎีกา แก่ฎีกา และการยื่นคำร้องหรือคำแถลงใดๆ

อันเกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาล เป็นต้น ส่วนอีกกรณีหนึ่งคือในส่วนที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับศาลซึ่งได้แก่ การให้คำปรึกษาแนะนำกฎหมายต่างๆ การร่างนิติกรรมสัญญา การวางแผนภาษีอากร การรับจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลประเภทบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด ทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และบริการงานด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย

วิชาชีพทนายความเป็นกลไกสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าในคดีแพ่งหรือคดีอาญา โดยเฉพาะการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลนั้น การทำหน้าที่ของทนายความถือเป็นหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมที่ทนายความมีหน้าที่ต้องจรรโลงความยุติธรรมทางกฎหมายมิให้เสียไป ทนายความมีหน้าที่ต้องดูแลให้การดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญาเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม การทำหน้าที่ของทนายความโดยทั่วไป มิใช่เป็นการทำให้เปล่า แต่เป็นการประกอบวิชาชีพโดยมีค่าตอบแทนเช่นเดียวกับอาชีพบริการต่างๆ ไป เพียงแต่วิชาชีพทนายความเป็นการให้บริการทางกฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลในสังคม (เสรี สุวรรณภานนท์, 2544, หน้า 119-120.)

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 เป็นกฎหมายที่ใช้ควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย โดยใช้บังคับเฉพาะผู้ที่สภาทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้ว่าความ และเรียกผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า “ทนายความ” โดยงานที่เป็นเอกสิทธิเฉพาะทนายความได้แก่งานที่บัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 33 ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็นทนายความ หรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความว่าความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น ทั้งนี้เว้นแต่จะได้กระทำในฐานะเป็นข้าราชการผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ องค์การของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ ผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่หรือมีอำนาจหน้าที่กระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายอื่น

ลักษณะงานทนายความตามมาตราดังกล่าวประกอบกับบทกำหนดโทษตามมาตรา 82 ในกรณีมีการฝ่าฝืนมาตรา 33 “ทนายความ” จึงน่าจะหมายถึง ผู้ที่ได้จดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้ ว่าความในศาล โดยต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 รวมทั้งข้อบังคับอื่นที่ออกตามความในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ดังนั้น หากผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายให้บริการหรือให้คำปรึกษาด้านกฎหมายโดยมิได้มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการว่าความในศาล ย่อมไม่ถือเป็น

ทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 จึงไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และไม่อยู่ในข้อบังคับใดๆ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทั้งที่ความจริงทนายความไม่เพียงแต่ว่าความในศาลเท่านั้น แต่ยังทำงานด้านการให้บริการและให้คำปรึกษาด้านกฎหมายซึ่งเป็นส่วนที่ไม่เกี่ยวกับศาลอีกด้วย มีข้อน่าสังเกตว่า ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 กำหนดคำนิยามของทนายความและงานของทนายความโดยไม่รวมถึงงานให้คำปรึกษาและงานบริการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับวิชาชีพกฎหมาย น่าจะถือว่าเป็นการกำหนดคำนิยามที่แคบไป

ศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทย์ กล่าวว่า ประเภทการงานของนักกฎหมายโดยตรงเกี่ยวกับวงการศาลยุติธรรมอันเป็นศาลที่พิพากษาคดีเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ได้แก่ ทนายความ เป็นวิชาชีพเอกชนโดยอิสระ หรือหมอความ (ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย) ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/34 (16) (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/34 (16) บัญญัติว่า ทนายความหรือผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย รวมทั้งพยาน ผู้เชี่ยวชาญ เรียกเอาค่าการงานที่ทำให้ รวมทั้งเงินที่ได้ออกทดลองไปหรือคู่ความเรียกเอาคืนซึ่งเงินเช่นนั้นที่ตนได้จ่ายล่วงหน้าไป) จะเป็นงานในศาลหรือก่อนคดีถึงศาลก็เป็นงานของทนายความเช่นเดียวกับแบบทนายความอเมริกัน ไม่แยกเป็นบาริสเตอร์ (Barrister) กับ โซลิสเตอร์ (Solicitor) ซึ่งเป็นแบบเฉพาะของอังกฤษ (จิตติ ติงศภัทย์, 2537, หน้า 12) ในประเทศอังกฤษโซลิสเตอร์ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาข้อกฎหมาย จัดทำนิติกรรมสัญญา ร่างพินัยกรรม ดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ และว่าความในคดีบางประเภท เช่น ในคดีอาญาที่พิจารณาโดยรวบรัด (Summary Criminal Case / Summary Trial) ในศาลมาจิสเทรท (Magistrates Court) ซึ่งเป็นคดีเล็กๆ น้อยๆ ที่พิจารณาโดยเลย์จัสติสออฟเดอะพีซ (Lay Justice of The Peace) หรือ สติเพนไดอารี่มาจิสเทรท (Stipendiary Magistrates) ส่วนในคดีแพ่ง โซลิสเตอร์มีสิทธิว่าความในศาลท้องถิ่น (County court) ที่โดยทั่วไปมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีทุนทรัพย์ หรือจำนวนเงินที่เรียกร้อง 5,000 ปอนด์ ปัจจุบันโซลิสเตอร์สามารถว่าความในศาลสูง (High court) ได้ ส่วนบาริสเตอร์เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ชำนาญเฉพาะด้านการว่าความ มีเอกสิทธิ์เพียงผู้เดียวในการว่าต่างแก้ต่างคดีแทนคู่ความในศาลสูง และมีสิทธิว่าความในศาลอื่นด้วย (กนก อินทรมพรรย์, 2537, หน้า 15-47)

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 35 กำหนดคุณสมบัติผู้ขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความว่า

1. มีสัญชาติไทย
2. อายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ในวันยื่นคำขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาต
3. สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีหรืออนุปริญญาทางนิติศาสตร์หรือประกาศนียบัตร
ในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรืออนุปริญญาจากสถาบันการศึกษา ซึ่งสภา
ทนายความเห็นว่าสถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐานการศึกษาที่ผู้ได้รับปริญญาตรีหรืออนุปริญญา
หรือประกาศนียบัตร ควรเป็นทนายความได้ และเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา
4. ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดีและไม่เป็นผู้ได้กระทำ
การใดซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต
5. ไม่อยู่ในระหว่างต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก
6. ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่า
นำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ
7. ไม่เป็นบุคคลผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ล้มละลาย
8. ไม่เป็นโรคติดต่อซึ่งเป็นที่รังเกียจแก่สังคม
9. ไม่เป็นผู้มีกายหรือจิตบกพร่องอันเป็นเหตุให้เป็นผู้หย่อนสมรรถภาพในการประกอบ
อาชีพทนายความ
10. ไม่เป็นข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งมีเงินเดือนและตำแหน่งประจำ เว้นแต่
ข้าราชการการเมือง
11. ไม่เป็นผู้ต้องห้ามมิให้ยื่นคำขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตตามมาตรา 71

ดังนั้น ผู้ขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ ต้องมีคุณสมบัติที่สำคัญคือ

1. สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีหรืออนุปริญญานิติศาสตร์หรือประกาศนียบัตรวิชา
นิติศาสตร์ ซึ่งสภาทนายความเห็นว่าสถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐาน ไม่ว่าจะเป็นสถาบันการศึกษา
ของรัฐหรือเอกชน

สำหรับในสหรัฐอเมริกา ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมาย ต้องสำเร็จกฎหมายขั้นพื้นฐาน
จากโรงเรียนสอนกฎหมาย (Law School) เสียก่อน จึงจะเข้าศึกษาวิชากฎหมายได้ และต้องสำเร็จ
การศึกษาระดับปริญญาตรีสาขาใดสาขาหนึ่งมาแล้ว ปริญญาทางกฎหมายเดิมเรียกว่าลี้กัมแบค
แคลอเรียส (Legum Baccalaureus: LL.B) ปัจจุบันเปลี่ยนเป็นจूरิสดอกเตอร์ (Juris Doctor)
(วิชญ์ เครืองาม, 2535, หน้า 316)

ส่วนในอังกฤษ ผู้ประสงค์ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะบาริสเตอร์หรือโซลิสิตเตอร์
ต้องมีความรู้ด้านกฎหมายจากมหาวิทยาลัย หรือสถาบันการศึกษากฎหมาย เป็นเบื้องต้น โดย

ปริญญาทางกฎหมายจะเรียกว่าลี้กัมแบคแคลอเรียส ยกเว้นมหาวิทยาลัยออกฟอร์ด (Oxford University) และมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ (Cambridge University) เรียกว่า B.A. (Law) หลักสูตรปริญญาทางกฎหมายในมหาวิทยาลัยของอังกฤษใช้เวลา 3 ปี (Rhyne, 1978, p. 794)

2. การฝึกอบรม โดยที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 กำหนดให้คณะกรรมการสภาทนายความ จะรับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตทนายความได้ก็ต่อเมื่อผู้ยื่นคำขอได้ผ่านการฝึกอบรมมรรยาททนายความ หลักการว่าความเบื้องต้นและการประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นได้ผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี (พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 38) หรือเคยปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาลมาแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี หรือผู้ที่เคยเป็นทนายความ ผู้พิพากษา ตุลาการศาลทหาร พนักงานอัยการ อัยการทหาร หรือทนายความตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารมาก่อน อาจขอให้คณะกรรมการพิจารณายกเว้นให้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความได้โดยไม่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมจากสำนักงานฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความซึ่งได้รับการจัดตั้งโดยคณะกรรมการสภาทนายความ การฝึกอบรมวิชาว่าความจะมีทุกปีๆ ละไม่น้อยกว่า 1 ครั้ง (ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ.2529 ข้อ 12) หลักสูตรแบ่งเป็น 2 ภาค คือ ภาคทฤษฎี มีระยะเวลาฝึกอบรมไม่น้อยกว่า 90 ชั่วโมง และภาคปฏิบัติ มีระยะเวลาฝึกอบรมไม่น้อยกว่า 6 เดือนซึ่งอาจให้ผู้เข้ารับการฝึกอบรมฝึกหัดงานที่สำนักฝึกอบรมหรือที่สำนักทนายความก็ได้ โดยระยะเวลาฝึกหัดงานแห่งใดแห่งหนึ่งหรือทั้งสองแห่งรวมกันต้องไม่น้อยกว่าระยะเวลาที่กำหนด (ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ.2529 ข้อ 13) เมื่อเสร็จสิ้นการฝึกอบรมในแต่ละภาค ก็จะมีการทดสอบความรู้ในแต่ละภาค

3. ต้องเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ.2507 สมาชิกเนติบัณฑิตยสภา มี 5 ประเภท คือ สามัญสมาชิก สมาชิกวิสามัญ สมาชิกสมทบ ภาคีสมาชิก และสมาชิกกิตติมศักดิ์

ใบอนุญาตเป็นทนายความมี 2 ประเภท คือ ประเภท 2 ปี และประเภทตลอดชีพ แล้วแต่ความประสงค์ของผู้ขออนุญาต ผู้ที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความแล้ว ถือเป็นสมาชิกสภาทนายความด้วย

5. ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

เนื่องจากการประกันภัยความรับผิดเป็นสัญญาซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนในนามของผู้เอาประกันภัย เพื่อความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย ซึ่งผู้เอาประกันภัยต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่งในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหาย ความรับผิดชอบทางแพ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ ความรับผิดทางสัญญา และความรับผิดทางละเมิดหรือที่เรียกว่าความรับผิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายความรับผิดดังกล่าวมีลักษณะ ดังนี้

5.1 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในอังกฤษ

5.1.1 ความรับผิดทางสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในอังกฤษ

สัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกค้ามีความมีลักษณะเป็นสัญญาว่าจ้างให้มีการบริการทางวิชาชีพ (Contract of Engagement) โดยมีการตกลงว่าลูกค้าจะจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมวิชาชีพในขณะที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องใช้ความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญตามสมควร สัญญาว่าจ้างอาจทำด้วยวาจา (Oral) หรือลายลักษณ์อักษร (Written) หรือพิจารณาจากพฤติการณ์ (Inferred from Conduct) ก็ได้ ความรับผิดตามสัญญาว่าจ้างก่อให้เกิดหน้าที่และความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย 2 ประการคือ 1. ความรับผิดตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Term) ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่มีการตกลงไว้กับลูกค้าโดยชัดแจ้งอย่างเคร่งครัด ไม่ว่าจะเป็นการตกลงด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม และ 2. ความรับผิดตามสัญญาโดยปริยาย (Implied Contract) คือการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีหน้าที่สำคัญคือทำให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายโดยใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควร (Reasonable Skill and Care) แม้จะมีได้ตกลงสัญญาด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม

5.1.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในอังกฤษ

ก่อนกลางปี ค.ศ.1970 ผู้ประกอบวิชาชีพมีความรับผิดเฉพาะการฝ่าฝืนสัญญาเท่านั้น ดังคดีกรูม คร็อกเกอร์ (Groom V. Crocker) ซึ่งถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่มีหน้าที่ต่อลูกค้าไกลเกินไปกว่าหน้าที่ตามสัญญาที่เกิดจากสัญญาว่าจ้าง (Rupert & Powell, 1987, p. 195) หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อลูกค้ามีเฉพาะที่เกิดจากสัญญา โดยไม่รวมถึง

ละเมิด หลังจากนั้นคดีเกี่ยวกับการฟ้องร้องผู้ประกอบการวิชาชีพได้รับการวินิจฉัยตามแนวคิดของกรูม คร็อกเกอร์ แต่หลักเกณฑ์ในคดีดังกล่าวได้รับการโต้แย้งจากผู้พิพากษาลอร์ดเดนนิ่ง (Lord Denning M.R.) ในคดีบริษัทเอสโซปิโตรเลียมจำกัด (Esso Petroleum Co.,Ltd.) วี มาดอน (V. Mardon) ซึ่งได้กล่าวว่า คดีกรูมคร็อกเกอร์เป็นคดีที่ตัดสินผิด ลอร์ดเดนนิ่งได้ปฏิเสธหลักกฎหมาย ในคดีกรูม คร็อกเกอร์ และได้เสนอทฤษฎีความรับผิดร่วมกัน (Concurrent Liability) แทน จากนั้น ผู้พิพากษาโอลิเวอร์ เจ (Oliver J.) ได้สรุปว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต่อลูกค้า ซึ่งเป็นหน้าที่อิสระจากหน้าที่ตามสัญญา ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายกับ ลูกค้าจึงเป็นความสัมพันธ์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดร่วมกันทั้งทางสัญญาและทางละเมิด ลูกความมีสิทธิฟ้องร้องให้รับผิดในความประมาทเลินเล่อทางละเมิดหรือการฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยปริยายที่ว่า ผู้ประกอบการวิชาชีพต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการให้บริการทางวิชาชีพ (Jones, 1993, p. 7) ดังนั้น ความรับผิดทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบการวิชาชีพ กฎหมาย จึงตั้งอยู่บนหลักของความรับผิดในความประมาทเลินเล่อ โดยถือว่าผู้ประกอบการวิชาชีพมี หน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง ไม่ว่าจะมิใช่ข้อผูกพันตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม ความประมาท เลินเล่อมีความหมายตรงกับการปราศจากความระมัดระวัง หลักพื้นฐานของความรับผิดเกิดจาก การที่ผู้ประกอบการวิชาชีพต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) ดังนั้น การกระทำหรือละ เวนการกระทำ จะเป็นความประมาทเลินเล่อต่อเมื่อผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง หาก ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง ย่อมไม่ผิดฐานประมาทเลินเล่อ (ณัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์, 2539, หน้า 58) นอกจากนี้ ในคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อในการให้คำแนะนำของ ทนายความต่อลูกค้าที่เป็นเหตุให้ลูกค้าได้รับความเสียหาย ได้ปรากฏในคดีออกเตอร์ ชัซท์ (Otter V.Church), อัดัมส์ (Adams), เททแฮมแอนด์โค (Tatham & Co) โดยคดีนี้ทนายความได้ ให้คำแนะนำโดยประมาทเลินเล่อแก่ลูกค้าว่า บุตรชายของลูกค้ามีสิทธิอย่างเด็ดขาดใน ทรัพย์สินมูลค่า 7,000 ปอนด์ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว บุตรชายของลูกค้ามีสิทธิแต่เพียงใน จำนวนเงินค่าเช่าทรัพย์สินเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิในตัวทรัพย์สินนั้นด้วย เมื่อบุตรชายของลูกค้า เสียชีวิตลง ลูกความประสงค์จะโอนทรัพย์สินทั้งหมดซึ่งรวมถึงค่าเช่าให้แก่บุตรสาวของเขา แต่ก็ไม่ อาจดำเนินการเช่นนั้นได้ เพราะบุตรชายมิได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินทั้งหมดรวมทั้งค่าเช่า ดังกล่าวให้แก่ลูกค้า ดังนั้น ทรัพย์สินทั้งหมดจึงตกทอดเป็นมรดกแก่น้องชายของลูกค้าใน ฐานะที่เป็นผู้ชาย ซึ่งตามกฎหมายทรัพย์สินมรดกจะตกทอดแก่ทายาทที่เป็นผู้ชายเท่านั้น ศาลได้ พิพากษาว่า หากลูกค้าได้รับคำแนะนำที่ถูกต้องแล้ว ลูกความก็อาจจะแนะนำแก่ตัวลูกชายของ เขาให้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินทั้งหมดให้แก่ลูกความตามคำแนะนำของลูกค้า ซึ่งลูกชายก็อาจ

ประสงค์จะให้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นแต่เพียงแหล่งที่มาของรายได้ของลูกความผู้เป็นมารดา ไม่ถือเป็นทรัพย์สินของบรรพบุรุษซึ่งจะตกทอดเป็นมรดกไปสู่ทายาทที่เป็นชายเท่านั้น ศาลจึงตัดสินให้ทายาทใช้ค่าเสียหายให้แก่ลูกความคนดังกล่าว (คดีนาถ เกียรติกังวาฬไกล, 2532, หน้า 26) และในคดีบริษัทจีแอนด์เค ลาเดนบู (G. and K. Ladenbu (UK) Ltd.) วี ครอว์ลี และ เด เรย่า (V. Crawley and De Reya) ซึ่งลูกความได้แจ้งต่อทนายความว่า ที่ดินที่จะมีการซื้อนั้น ต้องการนำมาพัฒนาและขายต่อ แต่ด้วยความประมาทเลินเล่อของทนายความที่มีได้สืบให้คิดว่าที่ดินที่จะมีการซื้อนั้นเป็นของทางราชการ เมื่อลูกความได้ซื้อที่ดินดังกล่าวมาแล้ว ปรากฏว่ายากต่อการขายต่อ ลูกความจึงฟ้องทนายความ ศาลตัดสินให้ทนายความต้องรับผิดชอบในความเสียหายของลูกความอันเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของทนายความซึ่งทำให้ลูกความไม่อาจขายที่ดินได้ (คดีนาถ เกียรติกังวาฬไกล, 2532, หน้า 34)

5.2 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสหรัฐอเมริกา

หลักความรับผิดชอบของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในสหรัฐอเมริกา เป็นความรับผิดชอบทางสัญญาและความรับผิดชอบทางละเมิด คล้ายคลึงกับอังกฤษและประเทศคอมมอนลอร์อื่นๆ คำพิพากษาศาลอังกฤษในคดีเดียวกัน สามารถนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในสหรัฐอเมริกาได้ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นความรับทางสัญญาหรือทางละเมิดนั้น ส่วนใหญ่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศอังกฤษ

5.2.1 ความรับผิดชอบตามสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสหรัฐอเมริกา

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกความในสหรัฐอเมริกา เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายสัญญา ลูกความจะว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดำเนินการใดๆ แทนตน ค่าจ้างหรือค่าธรรมเนียมวิชาชีพจะมีการตกลงล่วงหน้า ผู้ประกอบวิชาชีพอาจมีบทบาทหน้าที่แตกต่างกันตามแต่จะได้รับการมอบหมายหรืออาจทำการในฐานะตัวแทน (Davidson, 1990, p. 92) ซึ่งมีอำนาจทำการแทนผู้ให้อำนาจได้สัญญาว่าจ้างนั้นเป็นสัญญาไม่มีแบบ ซึ่งอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือวาจาก็ได้ ลูกความจะได้รับการคุ้มครองจากการถูกผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายบอกเลิกสัญญา หรือถอนตัวจากคดี ขณะเดียวกันลูกความจะถอดถอนผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเมื่อใดก็ได้ (Davidson, 1990, p. 225) งานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีทั้งการฟ้องร้องคดี การให้คำปรึกษาแนะนำหรือให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย เป็นต้น งานบางประเภท

อาจก่อให้เกิดลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างลูกความกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายตามกฎหมาย ตัวการตัวแทน และมักจะมีลักษณะเป็นข้อตกลงของสัญญาาร่วมกันตามกฎหมายของ สหรัฐอเมริกาว่า ตัวแทนจะต้องกระทำการในนามของตัวการและตัวแทนจะต้องอยู่ภายใต้การ ควบคุมและคำสั่งของตัวการ (Davidson, 1990, p. 570)

5.2.2 ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายใน สหรัฐอเมริกา

ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายส่วนมาก มักเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ ขอบเขตหน้าที่ที่เกิดจากกฎหมายและความตกลงระหว่างคู่สัญญา ขอบเขตหน้าที่ไม่มีกฎเกณฑ์ แน่นนอนขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ความสัมพันธ์ของคู่สัญญา สหรัฐอเมริกาและประเทศคอมมอนลอว์ อื่นๆ มักใช้หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่พึงมีต่อลูกความเป็นหลักเกณฑ์วินิจฉัยความรับผิดในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อลูกความ และจะไม่ต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อหากไม่ ทำในสิ่งที่ตนเองไม่มีหน้าที่ที่ต้องกระทำ

การตกลงให้บริการวิชาชีพกฎหมาย ย่อมถือได้ว่ามีข้อตกลงโดยชัดแจ้งว่าผู้ ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะกระทำการแทนลูกความด้วยความรู้ความชำนาญและความ ระมัดระวังตามที่ตนพึงมี ส่วนหน้าที่โดยปริยายในการใช้ความรู้ความชำนาญก็ยังคงมีผลผูกพัน ตนอยู่เช่นกัน การฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวจึงถือเป็นความประมาทเลินเล่อทางละเมิด ลูกความย่อมมี สิทธิฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งการฝ่าฝืนสัญญาโดยปริยายหรือในความประมาทเลินเล่อ ซึ่งถือเป็นการปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) และมาตรฐานความรู้ ความเชี่ยวชาญทางกฎหมาย (Standard of Specialist) ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้รับผิด ได้ และการฟ้องร้องทางละเมิดและการฝ่าฝืนสัญญาโดยปริยายในข้อเท็จจริงเดียวกัน ก่อให้เกิด ผลของการฟ้องคดีอย่างเดียวกัน (Mallen & Levit, 1981, p. 170) นอกจากนี้ความสัมพันธ์ ระหว่างการกระทำและผล (Causation) ต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันระหว่างความผิดกับความ เสียหายที่แท้จริง หลักพิสูจน์ความสัมพันธ์ดังกล่าวในความผิดเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพ กฎหมายไม่ต่างจากหลักการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในความประมาท เลินเล่อทั่วไป หลักทั่วไปคือ หลักความใกล้ชิด (Proximate Cause) กล่าวคือ บุคคลอาจก่อให้เกิด ความประมาทเลินเล่อด้วยการกระทำหรือละเว้นการกระทำ แต่ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ อันเป็นผลของการกระทำหรือละเว้นการกระทำของตน เว้นแต่ความเสียหายนั้นเป็นเหตุความ ใกล้ชิดกับการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อ เพื่อจำกัดความเสียหาย มิให้ไกลเกินกว่าการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อ (Scaletta & Cameron, 1990, p. 144)

5.3 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

5.3.1 ความรับผิดชอบตามสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกับลูกค้า มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 กล่าวคือ เป็นการที่ลูกค้าตกลงว่าจ้างให้ทนายความกระทำการใดๆ โดยใช้ความรู้ ความสามารถ ความชำนาญ ทางกฎหมาย โดยตกลงจ่ายสินจ้างให้แก่ทนายความในการตกลงรับจ้างหรือทำการงานจนสำเร็จและทนายความตกลงรับทำการงานตามที่ได้รับจ้างจนสำเร็จ (คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2486 “สัญญาจ้างทนายความให้ว่าความให้ นั้น เป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 เพราะเป็นการตกลงรับว่าจะทำงานจนสำเร็จโดยล้าพังความคิดของผู้รับจ้าง”) และขณะเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะเป็นสัญญาตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 ประกอบมาตรา 820 ซึ่งเป็นการที่ตัวการต้องมีความผูกพันกับบุคคลภายนอกในกิจการงานที่ตัวแทนได้กระทำไปโดยชอบอำนาจ การแต่งตั้งทนายความให้ว่าความในศาล หรือการมอบอำนาจให้ทนายความกระทำการนิติกรรมสัญญาต่างๆ จึงเป็นการที่ลูกค้าได้มอบอำนาจให้ทนายความทำการแทนตนซึ่งจะมีผลผูกพันกับบุคคลภายนอก

สัญญาว่าจ้างทนายความไม่มีแบบ เพียงคู่สัญญามีการแสดงเจตนาเมื่อมีคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกัน ก็มีผลเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ (คำพิพากษาฎีกาที่ 233/2488 “สัญญาจ้างว่าความทำด้วยปากเปล่าก็ได้ เพราะไม่มีกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ”) ส่วนสัญญาตัวแทนปกติก็เป็นสัญญาไม่มีแบบเช่นกัน จะตกลงด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้และจะแต่งตั้งโดยชัดเจนหรือโดยปริยายก็ได้ แต่มีข้อเว้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 ซึ่งบัญญัติว่า “กิจการอันใดท่านบังคับไว้โดยกฎหมายว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้นก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย กิจการอันใดท่านบังคับไว้ว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้น ก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย” หลักในมาตรานี้เป็นการแต่งตั้งตัวแทนโดยชัดแจ้งว่า การมอบให้ตัวแทนทำกิจการใดซึ่งมีกฎหมายบังคับให้ต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการนั้น ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย และหากกฎหมายบังคับว่าต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการนั้น ก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือด้วย จึงจะมีผลให้ตัวการผูกพันต่อบุคคลภายนอก แต่หากไม่มีกฎหมายบังคับให้กิจการนั้นต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ การมอบอำนาจหรือการตั้งตัวแทนก็ไม่อยู่ในบังคับของมาตรานี้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1189-1193/2521 “สัญญาประนีประนอมยอมความต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้น จึงจะฟ้องร้องให้บังคับคดี

ได้ ดังนั้น การตั้งตัวแทนเพื่อทำสัญญาประนีประนอมยอมความก็ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 วรรคสอง จึงจะมีผลผูกพันตัวการ”, คำพิพากษาฎีกาที่ 596/2501 “การมอบอำนาจให้ทนายความบอกเลิกการเช่านั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือ การมอบอำนาจจึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ ก็มีผลผูกพันตัวการได้”)

หน้าที่และความรับผิดชอบของทนายความ นอกจากต้องผูกพันตามสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาตัวแทนแล้ว ทนายความยังมีหน้าที่หรือหนี้ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งอยู่ภายใต้บทบังคับว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ซึ่งหากทนายความฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา ก็ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายตามมาตรา 213 หรือรับผิดชอบค่าเสียหายเนื่องจากไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตามมาตรา 215

การที่ลูกความได้ว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ดำเนินการต่างๆ ในด้านกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการให้ความในศาล หรือรับบริการหรือปรึกษาด้านกฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองฝ่ายดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญา ซึ่งอาจเรียกว่าเป็นสัญญาบริการประเภทหนึ่ง แต่โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติลักษณะของสัญญาบริการไว้ อันต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งมีบทบัญญัติเรื่องสัญญาบริการและสามารถใช้กับการบริการทุกประเภท ส่วนพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มีเพียงการบัญญัติคำนิยามของคำว่า “บริการ” ว่าหมายถึง การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใดๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งลักษณะงานของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีลักษณะตามคำนิยามในพระราชบัญญัติดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 มาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้บริการและรับการพิจารณาและชดเชยค่าเสียหายโดยอาศัยกฎหมายว่าด้วยการนั้นหรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้ แต่มิได้มีบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับสัญญาบริการหรือการใช้บริการจากผู้ให้บริการ ดังนั้นผู้ขอรับบริการหรือลูกความจึงต้องฟ้องผู้ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย ตามกฎหมายลักษณะจ้างทำของแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะสัญญาจ้างทำของกับสัญญาบริการ ต่างมีวัตถุประสงค์สำคัญเหมือนกันคือผลสำเร็จของงานและการปฏิบัติงานตามสัญญาก็ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ว่าจ้าง และอยู่ภายใต้บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยหนี้และนิติกรรมสัญญา หากบทบัญญัติลักษณะจ้างทำของมิได้บัญญัติเฉพาะ ดังนั้น หากผู้ประกอบ

วิชาชีพกฎหมายกระทำการ หรือละเว้นกระทำการ หรือฝ่าฝืนสัญญาที่ตกลงไว้ ลูกความมีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหายได้

5.3.2 ความรับผิดทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

ความรับผิดทางละเมิด เป็นความรับผิดที่มีได้เกิดจากนิติกรรม หรือสัญญา เพียงแต่กฎหมายบัญญัติให้มีความรับผิดเกิดขึ้น หากบุคคลใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพหรือสิทธิใดๆ ของอีกบุคคลหนึ่ง อันเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ บุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต้องรับผิดในค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงต้องมีความสุจริต ไม่ประมาทเลินเล่อ ต้องใช้ความสามารถและความระมัดระวังตามวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มิฉะนั้น หากเกิดความเสียหายขึ้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด ซึ่งมาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” แต่การที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายปฏิบัติผิดสัญญาที่กำกับลูกความ ก็ย่อมต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายแก่ลูกความซึ่งเป็นความผูกพันตามสัญญาต่างหาก เพียงแต่ความรับผิดทางละเมิดเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ความรับผิดทางสัญญากับความรับผิดทางละเมิดจึงเป็นคนละส่วนกัน แต่บางครั้งก็อาจเกิดขึ้นพร้อมกันได้ ถ้าเหตุผิดสัญญาเป็นเพราะปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง อันเป็นการกระทำโดยมิชอบเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย การผิดสัญญาอาจเป็นละเมิดในตัวเองได้ ถ้าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ของผู้อื่นด้วย

หน้าที่และความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีต่อลูกความ นอกจากความรับผิดทางสัญญาแล้ว หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือชำระหนี้บกพร่องไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้หรือปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความระมัดระวังอันตนพึงมีในฐานะผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ลูกความได้รับความเสียหาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอาจต้องรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อีกด้วย การกระทำนั้นรวมถึงการละเว้นการกระทำซึ่งตนมีหน้าที่ต้องกระทำตามสัญญาหรือตามวิชาชีพกฎหมายด้วย ปกติความรับผิดทางสัญญาและละเมิดอยู่คนละส่วนกัน แต่บางพฤติการณ์อาจเกิดขึ้นพร้อมกัน ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างคู่กรณีอาจก่อให้เกิดการละเมิดขึ้นได้ ความรับผิดจึงเกิดขึ้นได้ทั้งสองกรณี บางกรณีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ไม่เป็นละเมิดด้วย แต่เป็นเพียงการผิดสัญญาเท่านั้น ดังกรณีลูกความว่าจ้างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้ทวงหนี้สิน

แทนลูกความ แต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ดำเนินการให้ กรณีนี้เป็นการผิดสัญญาเท่านั้น แต่บางกรณี ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีความผูกพันโดยสัญญาและอาจเป็นละเมิดในตัวได้ หากการกระทำนั้นเป็นละเมิดในสิทธิตามมาตรา 420 หรือการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาดอย่างกรณีการฟ้องร้องคดี หากทนายความประมาทเลินเล่อในการร่างคำฟ้อง คำให้การ จนทำให้ลูกความแพ้คดี หรือจงใจไม่ยื่นคำให้การแก้คดี หรือจงใจขาดนัดพิจารณาคดี หรือไม่นำพยานหลักฐานเข้าสู้ทั้งที่มีพยานหลักฐานอยู่พร้อม เป็นเหตุให้ลูกความแพ้คดี กรณีนี้ถือเป็นการผิดสัญญาในลักษณะชำระหนี้บกพร่องไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้หรือไม่ใช้ความระมัดระวังในฐานะทนายความที่พึงมีต่อลูกความ จนเกิดความเสียหายแก่ลูกความ ก็ต้องรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา 420 ด้วย ซึ่งหากเป็นทั้งการผิดสัญญาและละเมิด ลูกความก็มีสิทธิเลือกฟ้องทนายความในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือฟ้องทั้งสองกรณีก็ได้ หลักการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 (มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”) ก็คือการทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิหรือโดยล่วงสิทธิผิดหน้าที่ (Breach of Duty) รวมถึงการล่วงล้ำเข้าไปทำให้เสียหายต่อสิทธิผู้อื่นซึ่งตนมีหน้าที่ต้องเคารพในสิทธินั้น จึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน (สุชมศุภนิത്യ, 2537, หน้า 13) ความรับผิดเพื่อละเมิดเกิดจากการล่วงสิทธิผิดหน้าที่นี้ ไม่ใช่การใช้สิทธิและหน้าที่ตามที่มีกฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้น แต่หน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นโดยทั่วไป (General) การทำผิดหน้าที่จึงยอมฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ มาตรา 420 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของบุคคลในการกระทำของตนเอง ซึ่งผู้ต้องรับผิดชอบต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ จึงจะเข้าหลักเกณฑ์การทำละเมิดตามกฎหมาย (ไพจิตร ปุญญพันธ์, 2529, หน้า 56) มาตรา 420 องค์ประกอบจึงสามารถแยกวิเคราะห์ได้เป็น 5 ประการ

(1) มีการกระทำต่อบุคคลอื่น การกระทำตามมาตรา 420 ไม่หมายเฉพาะเพียงการกระทำในทางเคลื่อนไหวอิริยาบถ (Fait Positif / Positive Act) เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการงดเว้นไม่กระทำ (Omission) อีกด้วย (ไพจิตร ปุญญพันธ์, 2529, หน้า 56) การกระทำหมายถึงการเคลื่อนไหวอิริยาบถโดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวนั้นหรือเป็นการเคลื่อนไหวของร่างกายที่จิตใจสามารถบังคับได้ (พจน์ ปุษปาคม, 2530, หน้า 47) ส่วนการงดเว้นการกระทำ เป็นการละเว้นหรืองดเว้นไม่ทำการในเมื่อตนมีหน้าที่ต้องทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น หรือเป็นการไม่เคลื่อนไหวร่างกายภายใต้บังคับของจิตใจเป็นการงดเว้นกระทำในกรณีที่จะต้องป้องกันผล (สุชมศุภนิത്യ, 2537, หน้า 14) หน้าที่ดังกล่าวอาจเกิดจากหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาหรือ

ความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงที่มีอยู่ระหว่างผู้งดเว้นกับผู้เสียหายหรือหน้าที่ตามวิชาชีพ และบุคคลที่ถูกกระทำ ต้องมีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมาย ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ส่วนผู้กระทำรวมถึงบุคคลทุกประเภท ไม่ว่าจะผู้บรรลุนิติภาวะแล้วหรือผู้เยาว์ นิติบุคคล และยังรวมถึงผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

(2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นองค์ประกอบสำคัญของละเมิด พื้นฐานความรับผิดทางละเมิดตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิดหลักทางนิติศาสตร์ถือว่า การกระทำที่เป็นความผิดหมายถึงการทำให้เสียหายแก่สิทธิของบุคคลอื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (อนันต์ จันทโรภากร, 2532, หน้า 97-98) การกระทำโดยจงใจ จึงหมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึกถึงผลเสียหายที่จะเกิดจากการกระทำของตนและรู้ว่าจะเกิดผลเสียหายแก่ผู้อื่นไม่ว่าจะมากน้อยเพียงใดก็ตาม และรวมถึงการกระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นและได้กระทำโดยรู้ข้อเท็จจริงนั้นอยู่แล้ว แม้ผู้กระทำไม่คิดว่าการที่จงใจกระทำลงไปนั้นจะเกิดความเสียหาย ก็เป็นการกระทำโดยจงใจเช่นกัน อันเป็นหลักวินิจฉัยการกระทำโดยรู้ถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั่นเอง (จิตติ ติงศภัทย์, 2530, หน้า 178) การกระทำโดยจงใจคล้ายกับโดยเจตนาในทางอาญา ที่ถือว่าต้องเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกในขณะกระทำ จะต่างกันที่เจตนาในทางอาญารวมถึงการกระทำโดยมุ่งประสงค์หรือเล็งเห็นผลของการกระทำด้วย ส่วนการกระทำโดยจงใจเป็นการกระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำว่าจะจะเป็นผลเสียหาย แต่ไม่หมายเลยไปถึงการเจาะจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะอย่างเช่นการกระทำโดยเจตนา ดังนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจ เป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความ ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น การจงใจขาดนัดยื่นคำให้การหรือขาดนัดพิจารณา การทิ้งคดี การจงใจละเว้นหน้าที่ควรกระทำในการดำเนินคดี หรือปิดบังข้อความจริงที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ ล้วนแต่เป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจ ซึ่งเกิดความเสียหายแก่ลูกความ และยังรวมถึงการกระทำโดยทุจริตที่ขัดต่อจรรยาบรรณ ความไว้วางใจและความน่าเชื่อถือที่ลูกความมีต่อทนายความ เช่น การฉ้อโกง ยักยอกเงินหรือทรัพย์สินของลูกความที่ตนได้รับโดยหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง การเปิดเผยความลับของลูกความแก่คู่ความฝ่ายตรงข้ามหรือบุคคลใด ๆ การมีผลประโยชน์ส่วนตัวขัดกับผลประโยชน์ของลูกความ การรับเป็นทนายความให้กับลูกความและคู่ความปรปักษ์ในเรื่องหรือคดีเดียวกัน

ก่อนมีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ใช้บังคับ การฟ้องร้องทนายความให้รับผิดทางละเมิดโดยจงใจนั้น คำพิพากษาที่ปรากฏโดยมากเป็นการฟ้องให้รับผิดในคดีมรยาททนายความ แต่หลังจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ใช้บังคับ คำพิพากษาศาลฎีกา

หรือคำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความในเรื่องที่กล่าวหา จะเป็นการวินิจฉัยถึงความผิด โดยจิตใจของทนายความ (คำพิพากษาฎีกาที่ 789/2459 “ทนายความทำหนังสือปลอมมาให้แก่ ลูกความของตน แล้วกลับเปิดเผยความลับนั้นให้แก่ลูกความฝ่ายโน้นทราบ และเข้าเป็นพยานให้ ลูกความฝ่ายโน้นด้วย เป็นการผิดมรรยาททนายความ” คำพิพากษาฎีกาที่ 722/2469 “ทนายความที่ประพฤติชั่วทรพย์ของราษฎร จนศาลได้พิพากษาลงโทษจำคุกแล้วนั้น ไม่ควรให้เป็นทนายว่าความต่อไป” คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความที่ 7/2533

ผู้ถูกกล่าวหาได้รับเงินและเอกสารจากผู้กล่าวหาไปแล้ว แต่ไม่ได้ฟ้องคดีให้และไม่ยอม คืนเงิน เป็นการจงใจทอดทิ้งคดีและจงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การ ดำเนินคดีของลูกความของตน เป็นการประพฤติผิดมรรยาททนายความตามข้อบังคับ สภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.2529 ข้อ 12

คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความที่ 9/2533

ผู้ถูกกล่าวหาเป็นทนายให้ผู้กล่าวหาและศาลพิพากษาให้ผู้กล่าวหาแพ้คดี ผู้ถูกกล่าวหา ปกปิดไม่แจ้งผู้กล่าวหาทราบจนล่วงเลยระยะเวลาอุทธรณ์นั้น ผู้ถูกกล่าวหาให้การว่าผู้ กล่าวหาประสงค์จะประวิงเวลาเท่านั้น ไม่ประสงค์จะสู้คดีนั้นฟังไม่ขึ้น การที่ผู้ถูก กล่าวหาไม่ไปฟังประเด็นกลับจึงเป็นการจงใจขาดนัดทอดทิ้งคดี จงใจไม่ยื่นบัญชีระบุ พยานและยังปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ผู้กล่าวหาทราบ จนผู้กล่าวหาหมดโอกาส อุทธรณ์ เป็นการประพฤติผิดมรรยาททนายความ ข้อ 12 (1) และ (2) ห้ามทำการเป็น ทนายความมีกำหนด 2 ปี

คำสั่งสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความที่ 18/2533 “ผู้ถูกกล่าวหาปิดบัง ข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบและไปรับเป็นทนายความหรือใช้ความรู้ที่ได้มานั้นช่วยเหลือ คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นการประพฤติผิดมรรยาททนายความ ข้อ 12 (2) และ (13) และหมวด 4 ข้อ 18”

ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ หมายถึง การกระทำโดยไม่ตั้งใจ แต่ไม่ใช่ ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้ รวมถึงการกระทำในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่ กระทำด้วย หรือเป็นการกระทำโดยไม่ตั้งใจ แต่กระทำโดยขาดความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะ เช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลที่อยู่ใน ภาวะเช่นเดียวกับผู้กระทำฟังใช้ความระมัดระวังได้ แต่ผู้กระทำหาได้ใช้ไม่ (สุชม ศุภนิตย์, 2537, หน้า 18) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ไม่ได้บัญญัติความหมายของประมาท

เดินเล่น แต่อาศัยเทียบเคียงกับการกระทำโดยประมาทในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59
วรรค 4 ซึ่งบัญญัติว่า “การกระทำโดยประมาท ได้แก่ การกระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่
กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยหรือพฤติการณ์
และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” มาตรฐานระดับความ
ระมัดระวังที่จะใช้เปรียบเทียบเพื่อวินิจฉัยความรับผิดของผู้กระทำ ความเสียหาย ต้องเปรียบเทียบ
กับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะที่แตกต่างกัน

วิสัย (Nature) คือ สภาพบุคคลผู้กระทำว่ามีลักษณะหรือสภาพภายนอกอย่างไร
โดยพิจารณาจากฐานะ (Status) ของผู้กระทำว่าเป็นบุคคลประเภทใด ผู้กระทำอาจเป็นเด็ก
ผู้ใหญ่ สตรี คนชรา หรือผู้มีวิชาชีพ (ศิณินาถ เกียรติกังวาฬไกล, 2532, หน้า 69) ว่าบุคคลทั่วไปที่
อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำเขาใช้ความระมัดระวังเพียงไร ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกอบ
วิชาชีพกฎหมาย ซึ่งเป็นผู้มีความรู้มีการอบรมด้านกฎหมายเป็นพิเศษ จึงต้องใช้ขนาดความ
ระมัดระวังอย่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่ความระมัดระวังอย่างบุคคลธรรมดาที่ไม่รู้
กฎหมาย แต่ต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป ในทำนองเดียวกันทนายความ
ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย (Specialist) ความระมัดระวังก็ต้องถึงระดับทนายความซึ่งเป็น
ผู้เชี่ยวชาญด้วยกัน คือต้องใช้ความระมัดระวังสูงกว่าทนายความทั่วไป

พฤติการณ์ (Circumstances) คือ ข้อเท็จจริงหรือสภาพแวดล้อมซึ่งผู้ประกอบ
วิชาชีพกฎหมายมีความเกี่ยวข้อง ข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์มีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา การใช้
ความระมัดระวังจึงต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ ส่วนกรณีมีพฤติการณ์ฉุกเฉิน (Emergency) หรือตก
อยู่ในอันตราย ย่อมจะใช้ความระมัดระวังอย่างปกติธรรมดาไม่ได้ พฤติการณ์ฉุกเฉินจึงอาจ
นำมาใช้ประกอบการพิจารณาในเรื่องความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย แต่การที่จะ
ใช้พฤติการณ์ฉุกเฉินมาเป็นข้ออ้างเพื่อแก้ตัวว่า ไม่อาจใช้ความระมัดระวังได้นั้น ต้องพิจารณาจาก
ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั่วไป (Reasonable Man) ที่อยู่ในพฤติการณ์ฉุกเฉินเดียวกันว่าเขา
ปฏิบัติกันอย่างไร (ศิณินาถ เกียรติกังวาฬไกล, 2532, หน้า 72)

คดีเกี่ยวกับประมาทเดินเล่นในวิชาชีพ ส่วนใหญ่มักอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญ
(Expert) เพื่ออธิบายทางปฏิบัติในวิชาชีพหรือหน้าที่ความระมัดระวัง ซึ่งคนธรรมดาทั่วไป
(Layman) มิอาจรู้และแก้ปัญหาได้ (ศิณินาถ เกียรติกังวาฬไกล, 2532, หน้า 69) โดยเฉพาะใน
ปัญหาข้อกฎหมาย และมีอาจดำเนินการทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพเหมือนทนายความได้ ศาล
ในสหรัฐอเมริกาถือว่าทนายความต้องรู้หลักพื้นฐานในวิชาชีพของตนและต้องกระทำโดยสุจริต ใช้
ความระมัดระวังเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพอื่นๆ ฟังมี การที่ทนายความกระทำโดยสุจริต ใช้

ความระมัดระวังตามหลักพื้นฐานของวิชาความรู้ แม้เกิดผิดพลาด ศาลสหรัฐอเมริกาก็ไม่ถือว่าเป็นการประมาทเลินเล่อ แต่หากผิดพลาดเพราะขาดความรู้ความเชี่ยวชาญต่างจากผู้ประกอบวิชาชีพคนอื่นพึงมี หรือทำหน้าที่โดยเลินเล่อ ย่อมต้องมีความรับผิด ดังนั้น ความประมาทเลินเล่อของทนายความจึงต้องวินิจฉัยขนาดความระมัดระวังเทียบกับทนายความทั่วไปในวิสัยและพฤติการณ์อย่างเดียวกัน

(3) โดยผิดกฎหมาย หมายถึงเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ซึ่งหากมีกฎหมายบัญญัติชัดแจ้งว่าเป็นความผิด การกระทำนั้นย่อมเป็นการผิดกฎหมายแน่นอน แต่ความรับผิดทางละเมิดไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายเหมือนทางอาญา คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นั้น อาจทำให้เข้าใจว่า ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ย่อมไม่เป็นละเมิด แต่ความจริงอาจเป็นการกระทำโดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีอำนาจหรือกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แม้การกระทำนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด หากเกิดความเสียหายต่อผู้อื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ก็เป็นละเมิดได้ ส่วนค่าเสียหายเป็นจำนวนเพียงไร เป็นเรื่องการนำสืบ ซึ่งไม่ใช่ประเด็นสำคัญขององค์ประกอบฐานละเมิด (สุชม ศุภนิตย์, 2537, หน้า 16-18) การกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายต้องเป็นการที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำ ส่วนอำนาจที่กระทำได้ อาจเกิดจากกฎหมายให้อำนาจโดยตรงหรืออำนาจตามสัญญา อำนาจตามคำพิพากษา ความยินยอมของผู้เสียหาย (พจน์ ปุષปาคม, 2530, หน้า 50)

(4) มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น กล่าวคือแม้มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย แต่ยังไม่เกิดความเสียหาย ก็ยังไม่ถือว่าเป็นละเมิด จนกว่าการที่ได้กระทำลงนั้นมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ความเสียหายนี้ไม่หมายความเฉพาะผลที่เกิดขึ้นในปัจจุบันแล้วเท่านั้น (Actual) แต่ยังรวมถึงผลที่ต้องเกิดขึ้นแน่นอนในอนาคต (Future) และต้องเป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรอง อีกทั้งมีความเสียหายต่อสิทธิของบุคคลอื่นตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 คือเกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

(5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล แม้จะเข้าองค์ประกอบ 4 ประการตามที่กล่าวมานี้ หากโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ผลเสียหายที่โจทก์ได้รับเป็นผลจากการกระทำของจำเลยแล้ว ก็เอาผิดกับจำเลยไม่ได้ โจทก์จึงต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการกระทำของจำเลย หลักนี้เรียกว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล” (Causation, Roprot de Causalite) แต่มาตรา 420 ก็ไม่ได้บัญญัติชัดเจนถึงขอบเขตความรับผิดในคดีละเมิดเพียงบัญญัติว่า “จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ดังนั้นภาระพิสูจน์ความรับผิดในผลจาก

การกระทำละเมิดของทนายความ ลุกความจึงต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลของการกระทำ โดยพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป โดยใช้หลักตรรกวิทยา ความคิดทั่วไป ความยุติธรรม นโยบายและบรรทัดฐาน