

2.1 ความหมายของคำว่า "ทนายความ"

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายความว่า ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ว่าต่างแก้ต่างคู่ความในเรื่องอรรถคดี

สำหรับความหมายของ "ทนายความ" ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 หมายความว่าผู้ที่สภาทนายได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็น ทนายความ

ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 1(11) และประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 8, 172, 173 คำว่า "ทนายความ" หมาย ความว่าผู้ดำเนินคดีในศาลแทนคู่ความ

นอกจากนี้ยังมีผู้ให้ความหมายไว้นานาทัศนะ¹ เช่น ทนายความคือบุคคล ที่ตัวความหรือผู้แทนของตัวความแต่งตั้งขึ้นเพื่อให้ว่าความหรือแก้คดีแทนในศาล²

ทนายความ คือผู้มีหน้าที่ให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายเพื่อประโยชน์แห่ง ความยุติธรรมแก่ประชาชน เริ่มตั้งแต่ให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาทางกฎหมาย ใช้ สิทธิเรียกร้องต่อสู้หรือโต้แย้งสิทธิแทนบุคคล ผู้ซึ่งมอบให้ตนจัดการแทนก่อนข้อ พิพาทที่เกิดขึ้นจะไปสู่การพิจารณาของศาล ตลอดจนได้รับการแต่งตั้งให้ว่าความ แทนคู่ความในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง ชั้นพิจารณาของศาลชั้นต้น อรรถคดีหรือฎีกา ใน

¹ โปรตดู พ้อย มะลิขาว, "คำว่า ทนายความ มีความหมายตรงกับ คำในภาษาอังกฤษว่าอย่างไร", วารสารอัยการ, ปีที่ 12 ฉบับที่ 134 เมษายน 2532, หน้า 1-17

² กนกศักดิ์ เวชยานนท์, คู่มือทนายความในการดำเนินคดีแพ่ง, (กรุงเทพ :นิติบรรณาการ), 2522, หน้า 36

ทางวิชาการถือว่าทนายความเป็นองค์กรในคดีอาญาและคดีแพ่ง³

โดยสรุป ทนายความ หมายถึงผู้ที่ให้บริการประชาชน ใ้รู้ถึงกฎหมายสิทธิและให้ความสะดวกแก่ประชาชนในความรู้ด้านกฎหมาย ปฏิบัติหน้าที่ว่าความในศาลแทนคู่ความ และคุ้มครองสิทธิผลประโยชน์ของผู้มาใช้บริการ

2.2 แนวความคิดว่าด้วย วิชาชีพทนายความ

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าคำว่า วิชาชีพ (Profession) นั้นยังไม่มีคำนิยามที่มีความหมายชัดเจน แต่เราจำเป็นต้องเข้าใจความหมาย (Concept) ของคำว่า วิชาชีพ (Profession) เพื่อจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์และพิจารณาถึงปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมวิชาชีพทนายความ การให้ความหมายสมบูรณ์ของคำว่า วิชาชีพ จะทำให้มองเห็นภาพและลักษณะของวิชาชีพได้เป็นอย่างดี ซึ่งจะนำไปสู่ความสัมพันธ์ของวิชาชีพและหลักจรรยาบรรณาของวิชาชีพในสาระสำคัญ⁴

เนื่องจากจำนวนวิชาชีพ ในปัจจุบันมีมากมายเกินกว่าที่จะทำการศึกษาถึงลักษณะแต่ละวิชาชีพ ทว่ามีคุณสมบัติหรือลักษณะบางประการร่วมกัน ซึ่งถือเป็นพื้นฐานสำหรับอาชีพที่จะเรียกได้ว่าเป็นวิชาชีพ ส่วนคุณลักษณะอื่น ๆ ก็จะเป็นเพียงคุณลักษณะเฉพาะของแต่ละวิชาชีพเท่านั้น ดังนั้นการให้คำนิยามของคำว่า วิชาชีพ (Profession) ของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่⁵ จะออกมาในรูปของคุณลักษณะ

³ ชิงชัย มะโนทัย, " จริยธรรมนักกฎหมาย ", รายงานสัมมนาจริยธรรมนักกฎหมาย, (กรุงเทพ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด ป.สัมพันธ์พาณิชย์), 2526, หน้า 130.

⁴ Maynard E. Pirsig and Kenneth F. Kirwin. The Meaning of Professional Responsibility cases and materials. St. Paul. Minn. 1984.

⁵ Ibid., p.1-2., ปรีดี เกษมทรัพย์, รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพนักกฎหมาย, 2531, หน้า 17-20 และ จิตติ ดิงศภัทย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, 2529, หน้า 21-23.

(Characterize) ของการเป็นวิชาชีพ กล่าวคือ

1. วิชาชีพจะต้องผ่านการศึกษา (Education) หรือฝึกฝนอบรม (Training) เป็นระยะเวลาหนึ่งก่อนที่จะได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมในวิชาชีพได้ เนื้อหาและความลึกซึ้งในการศึกษาอาจยังเป็นที่โต้แย้งได้บ้าง แต่น้อยคนนักที่จะปฏิเสธความสำคัญของการศึกษา เพราะการที่จะต้องมีข้อมูลเฉพาะและความสามารถทางด้านความคิดเป็นสิ่งจำเป็นอย่างน้อยที่สุด ความรู้และประสบการณ์ในสาขาอาชีพนั้น ๆ

2. การฝึกอบรมส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับการใช้ความสามารถในด้านความคิด (Intellectual) มิได้ใช้ร่างกายอย่างเช่น การฝึกอาชีพของช่างฝีมืออื่น ๆ (Physical Skills) นักบัญชี วิศวกร ทนายความ และแพทย์ จะถูกฝึกให้ใช้ความคิดในการทำงานและความสามารถอื่น ๆ ถึงแม้ว่ายังจะต้องเกี่ยวข้องกับความสามารถทางร่างกาย เช่น ทันตแพทย์ แต่ความสามารถในการใช้ความคิดยังเป็นส่วนสำคัญ ลักษณะในการใช้ความสามารถในด้านความคิดของวิชาชีพ ได้แก่ การให้คำปรึกษาแก่บุคคลทั่วไปซึ่งไม่มีความรู้หรือความเข้าใจในเรื่องต่างๆ ฉะนั้นการให้คำปรึกษาในเชิงความคิด

3. วิชาชีพมีการผูกขาดเหนือการให้บริการในแต่ละแขนง ในหลาย ๆ วิชาชีพบุคคลจะต้อง ได้รับการรับรองอย่างถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อที่จะปฏิบัติในวิชาชีพได้และลักษณะการผูกขาดอย่างถูกต้องตามกฎหมายของการให้บริการทางวิชาชีพมักมีผลกระทบต่อจรรยาบรรณทางวิชาชีพ

คุณลักษณะทั้ง 3 ประการ ที่กล่าวมานี้เป็นลักษณะที่จำเป็นร่วมกันของวิชาชีพที่จะชี้ถึงสถานะภาพของอาชีพนั้นๆ อย่างไรก็ตามยังมีคุณลักษณะอื่น ๆ ที่แสดงถึงความหมายของวิชาชีพ^๕ นอกเหนือจากคุณลักษณะดังกล่าวข้างต้น

4. การประกอบวิชาชีพนั้นไม่ใช่ว่าทุกคนที่จะสามารถทำประกอบวิชา

^๕ Charles W. Wolfram, Modern Legal Ethics, St. Paul, Minn, 1986, p. 14-16.

ชีพในแขนงใดแขนงหนึ่งได้ ก่อนอื่นจะต้องมีการผ่านขั้นตอนการทดสอบ (Testing) โดยตัวแทนขององค์กรวิชาชีพนั้น ๆ และจะต้องผ่านการรับรอง (Certified) ว่ามีความสามารถอย่างน้อยที่สุด ในการที่จะทำหน้าที่ในวิชาชีพได้

5. ผู้ที่ประกอบวิชาชีพจะมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าบุคคลที่ใช้แรงงานอย่างอื่นโดยเฉลี่ย และจะมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าบุคคลที่ประกอบวิชาชีพในลักษณะเดียวกัน แต่มิได้ผ่านการรับรอง (Certified) จากองค์กรวิชาชีพซึ่งรายได้ที่สูงนี้จะแสดงถึงความสัมพันธ์ในเรื่อง ชื่อเสียงและเกียรติยศด้วย

6. ผู้ที่ประกอบวิชาชีพโดยทั่วไปแล้วจะมีความเป็นอิสระในขณะที่อยู่กันเป็นกลุ่ม ซึ่งโดยทั่วไปจะเรียกว่าความเป็นอิสระในวิชาชีพ (Professional Independence) ความมีอิสระเช่นนี้ว่าเป็นผลสืบเนื่องจากความจำเป็น เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผลดี แก่ผู้ใช้บริการในวิชาชีพนั้นๆ

7. กลุ่มของสมาชิกในวิชาชีพนั้น ๆ ได้รวมตัวกันก่อตั้งเป็นองค์กร (Organization) เพื่อที่จะสร้างและใช้กฎข้อบังคับที่ค่อนข้างจะตายตัว ในการที่จะควบคุมสมาชิก การควบคุมจะใช้อำนาจในรูปแบบของข้อบังคับทางจรรยาบรรณ การที่ได้แยกตัวออกจากสังคมและมีการควบคุมอย่างเคร่งครัด ทำให้วิชาชีพมีเป้าหมายและเหตุผลของวิชาชีพอย่างแน่นอน การควบคุมโดยใช้ระเบียบข้อบังคับนั้นจะรวมไปถึงการสร้างและควบคุมมาตรฐานต่าง ๆ ในการเข้าร่วมและการขับออกของการเป็นสมาชิก และการนิยามคุณสมบัติต่าง ๆ ของความสมาชิก

8. วิชาชีพจะต้องมีลักษณะของการให้บริการที่สำคัญแก่สังคม (Public Service) บุคคลในวิชาชีพมักจะถูกถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งของ "การบริการสาธารณะ" ซึ่งอาจจะเป็นงานที่ทำให้แก่ ผู้ใช้บริการเป็นรายบุคคลหรือแก่บุคคลหลาย ๆ คน

ปัจจุบันคำว่า "วิชาชีพ" ได้ถูกกล่าวอ้างและนำมาใช้กับกลุ่มอาชีพมากมาย ซึ่งหลายกลุ่มอาชีพได้นำคำว่า "วิชาชีพ" ไปใช้โดยเหตุผลทางปรัชญา แต่อีกหลาย ๆ กลุ่มอาชีพที่นำไปใช้ก็มีเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเมืองและสังคมมากกว่า ปัจจุบันกลุ่มอาชีพที่ปรับตัวเป็นวิชาชีพจึงมีมากมาย บางครั้งก็สอดคล้องกับหลักเกณฑ์และปรัชญาทางวิชาชีพ บางครั้งก็เป็นเรื่องของการยกระดับสถาน

ภาพมากกว่าที่จะคำนึงถึงหลักปรัชญา

2.3 ความจำเป็นในการควบคุมวิชาชีพทนายความ

วิชาชีพทนายความเป็นงาน ซึ่งถือเป็นเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นการควบคุมวิชาชีพทนายความจึงอยู่ภายใต้การดูแลของศาล แต่เดิมเชื่อว่า ศาลยุติธรรมเท่านั้นที่ได้รับอำนาจในการควบคุมทนายความ แต่เนื่องจากศาลมีภาระหน้าที่มากมายจึงมักจะมอบอำนาจดังกล่าวมาให้แก่ หน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลด้าน ความประพฤติหรือจรรยาบรรณของทนายความ หน่วยงานที่ว่านี้มักมีรูปแบบของ สมาคมกฎหมายและบางครั้งหากจำเป็นก็อาจต้องให้พนักงานอัยการดำเนินการ เพื่อ ขอให้ศาลลงโทษทนายความที่ประพฤติผิดมรรยาท

ศาลได้ยืนยันในวัตถุประสงค์ ของการลงโทษทนายความโดยถือเป็น เรื่อง ของวินัยทางสังคม วัตถุประสงค์หลักของการลงโทษนั้นมีได้เพื่อที่จะลงโทษทนายความ ที่กระทำผิดมรรยาท หากแต่เพื่อที่จะปกป้องสาธารณชนและวงการกฎหมาย ตลอดจน สถาบันกฎหมายต่าง ๆ ให้รอดพ้นจากทนายความที่ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับของวิชาชีพ เหตุผลอีกประการที่สำคัญในการลงโทษทนายความ ก็เพื่อที่จะทำให้สาธารณชนทั่วไป เกิดความมั่นใจว่า ในกรณีที่ทนายความได้ประพฤติผิดมรรยาทอย่างร้ายแรงและเป็น เรื่องที่เสื่อมเสียในแง่สังคม ทนายความผู้นั้นจะต้องถูกดำเนินการลงโทษ⁷

การปฏิบัติหน้าที่ของทนายความจำเป็นต้องดำเนินการให้สมประโยชน์ของ ลูกความและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ดังนั้นทนายความจะต้องคอยควบคุม ตนเองในการดำเนินงานของตนให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งถ้าหากดำเนินการไม่ถูกต้อง อาจจะเป็นผลเสียต่อสังคมและคุณภาพชีวิต ในขณะที่จำนวนของวิชาชีพเพิ่มขึ้น

⁷ L.Ray Pattersen, E.Lliott E.Cheatham, "Lawyers Standards Are an Integral Part of Law Itself" The Profession of Law, Mineola, New York, The Foundation press, 1971, p.287.

การควบคุมวินัยของบุคคลในวิชาชีพเป็นสิ่งจำเป็น ในสังคมปัจจุบันที่มีโครงสร้างซับซ้อนมีเทคโนโลยีใหม่ๆ เพิ่มขึ้น หลักเกณฑ์ในเรื่องวินัยและหลักจรรยาบรรณของวิชาชีพต่าง ๆ รวมทั้งการบังคับในด้านมาตรฐานได้กลายเป็นเรื่องที่สำคัญยิ่งแก่ทุก ๆ คน ถ้าหากหลักการทางพฤติกรรมของบุคคลในวิชาชีพได้สร้างขึ้นเพื่อผลประโยชน์ของบุคคลในวิชาชีพนั้นมากเกินไป ผู้ใช้บริการหรือบุคคลที่สามหรือสังคมก็จะถูกเอาเปรียบจากการผูกขาดของวิชาชีพ

เมื่อได้ทราบถึงความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับ การควบคุมวิชาชีพทนายความแล้ว ต่อไปจะพิจารณาถึงจุดมุ่งหมายของการควบคุมวินัยทางวิชาชีพทนายความ ว่าเหตุใดจึงต้องมีการกำหนดข้อบังคับในเรื่อง วินัยจรรยาบรรณไว้เป็นเครื่องกำกับสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพทนายความด้วย สำหรับความหมายของคำว่า วินัยวิชาชีพนั้น หมายถึงการอยู่ในระเบียบแบบแผนและข้อบังคับข้อปฏิบัติเพื่อให้ชัดเจนจึงควรนำคำว่า " discipline " ในภาษาอังกฤษซึ่งแปลเป็นไทยได้ว่า "วินัย" มาพิจารณาเทียบเคียง

คำว่า " Discipline " ปรากฏคำจำกัดความในที่ต่างๆดังนี้ Webster's New World Dictionary of American Language อธิบายว่า วินัย คือ

- (1) การฝึกอบรมเพื่อพัฒนาการควบคุมตนเอง ความประพฤติหรือความเป็นระเบียบและประสิทธิภาพ
- (2) ผลของการฝึกอบรมดังกล่าวคือ การควบคุมตนเอง ความประพฤติที่เป็นระเบียบ
- (3) การยอมรับหรือปฏิบัติตามการบังคับและการควบคุม
- (4) ปฏิบัติการเพื่อแก้ไขความประพฤติ หรือ ลงโทษ

Baker W. Alton ได้ให้ความหมายของคำว่า วินัยไว้ว่า คือวิธีการที่ใช้เพื่อให้ผู้ปฏิบัติงานมีความรับผิดชอบ ในการเสริมสร้างและรักษาการปฏิบัติงานให้เป็นไปตามความมีระเบียบเรียบร้อย

Joseph Kingsbury ให้ความเห็นว่า วินัย หมายถึงการควบคุม

พฤติกรรมของบุคคลอาจทำได้ 2 วิธี คือ (1) โดยกฎข้อบังคับ คำสั่งและบังคับ โดยใช้การลงโทษ เป็นเครื่องหนุนหลัง หรือ (2) โดยการสั่งสอน การฝึกอบรม และประสบการณ์ในการมีความรับผิดชอบ

ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่า วินัยทางวิชาชีพ พิจารณาได้เป็น 2 ความหมาย คือ

1. หมายถึง ระเบียบ กฎเกณฑ์ แบบแผน ความประพฤติที่ทางองค์กรผู้ควบคุมวิชาชีพ กำหนดให้ สมาชิก จะต้องยึดถือหรือปฏิบัติ

2. หมายถึง ลักษณะเชิงพฤติกรรม ที่สมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ แสดงออกมาในทางที่ถูกที่ควรเป็นการควบคุมตนเอง ให้แสดงพฤติกรรมที่ถูก ระเบียบ หลักเกณฑ์ หรือ แบบแผน ที่องค์กรผู้ควบคุมวิชาชีพกำหนดไว้

จรรยาบรรณของวิชาชีพ (Professional Ethics) หมายถึง กฎเกณฑ์ความประพฤติหรือมรรยาทในการประกอบวิชาชีพ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า หมายความว่า พฤติกรรมที่ควรปฏิบัติหรือไม่ควรปฏิบัติ จรรยาบรรณเป็นสิ่งที่ใช้ควบคุมความประพฤติภายใน ซึ่งสังคมในวิชาชีพนั้น ๆ ยอมรับว่าเป็นความประพฤติที่ดีที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด และสิ่งใดพึงปฏิบัติหรือสิ่งใดที่พึงละเว้น เป็นสิ่งที่สมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพร่วมกันก่อตั้งขึ้น เพื่อเป็นแนวทางดำรงชีวิตของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ อย่างไรก็ตามจรรยาบรรณของวิชาชีพมีวัตถุประสงค์ที่จะชี้ให้เห็นหน้าที่ของวิชาชีพและพฤติกรรมของผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งในแง่ของทฤษฎีแล้วการบัญญัติจรรยาบรรณวิชาชีพทนายความ ถือเป็นแนวทางให้ทนายความปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างมีหลักเกณฑ์แบบแผน ^a

2.4 ประวัติวิชาชีพทนายความในประเทศไทย

วิชาชีพทนายความในประเทศไทย ได้ปรากฏเด่นชัดในรัชสมัยของ

^a David E. Schrader, Ethics and The Practice of Law, Prentice Hall, Englewood cliffs, New Jersey, 1988, p.3.

สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) โดยคำว่า "ทนาย" อันตรงกับคำว่า "ทนายความ" ในปัจจุบัน ได้รับการบัญญัติเป็นทางการในกฎหมายพระอัยการลักษณะรับฟ้องเป็นครั้งแรก ซึ่งเชื่อว่าประกาศใช้ในจุลศักราช 707 (พ.ศ. 1899)

หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2457 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวกับวิชาชีพทนายความโดยตรง ซึ่งเหตุผลที่ประกาศใช้ปรากฏในพระราชปรารภของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวว่า

"กาลทุกวันนี้มีพระราชกำหนดกฎหมายให้โจทก์จำเลย ผู้มีอรรถคดีต่าง ทนายว่าต่างแก้ต่างได้ในศาลสถิตยุติธรรม และมีเจ้าอัยหมอดความแลบุคคล เป็น ผู้ไร้คุณสมบัติเข้ามาแอบแฝงหากินเป็นทนายความ ณ. โรงศาลเป็นอันมากแลกฎ ข้อบังคับทนายความซึ่งมีอยู่บัดนี้ยังไม่เพียงพอที่จะสอดส่องครอบงำ ตลอดทั่วถึง บุคคลเหล่านั้น ทรงพระราชดำริเห็นว่า บรรดาชนทั้งหลายผู้อาศัยเลี้ยงชีพเป็น ทนายความควรจะต้องประกอบในคุณสมบัติ แลควรประพฤติอยู่ในมรรยาทดีงามเป็นอัน เดียวกัน"^๑ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 ได้กำหนดคุณสมบัติประเภท ของทนายความ กฎเกณฑ์ข้อบังคับตลอดจน องค์กรที่ควบคุมทนายความไว้

ในปี พ.ศ. 2508 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2508 โดยยกเลิกพระราชบัญญัติทนายความก่อนหน้านั้นทั้งหมด ในหลักการและสาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้จำกัดจังหวัดในการว่าความของทนายความขึ้นสอง นอก จากนี้ยังได้ตัดทอนอำนาจของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ในการจดทะเบียน ออก ใบอนุญาตเป็นทนายความและต่อใบอนุญาตไปให้แก่เนติบัณฑิตยสภา ตลอดจนอำนาจ ของอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา ในการควบคุมมรรยาท ทนายความไปให้แก่เนติบัณฑิตยสภา ต่อมาในปี พ.ศ. 2514 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติทนายความในเรื่องของ คุณสมบัติผู้ขอจดทะเบียนเป็นทนายความ และ ค่าธรรมเนียม

^๑ ที่ระลึก พระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2514, อารัมภภา, มิตรนราการพิมพ์, 2514, หน้า 3.

การประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 [ฉบับปัจจุบัน] พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้ประกาศใช้โดยการเรียกร้องของสมาชิกทนายความ เพื่อเปลี่ยนแปลงโครงสร้างจากที่เคยต้องไปอยู่ภายใต้การควบคุมของเนติบัณฑิตยสภา มาควบคุมดูแลกันเองภายในหมู่สมาชิกไม่ว่าจะเป็นเรื่องการวางหลักเกณฑ์ข้อบังคับต่าง ๆ การขออนุญาตใบอนุญาตและการขอต่อใบอนุญาตและในเรื่องของการควบคุมมรรยาททนายความ โดยประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 102 ตอนที่ 129 วันที่ 19 กันยายน 2528

2.5 พัฒนาการของการควบคุมวิชาชีพทนายความในประเทศไทย

พัฒนาการรูปแบบขององค์กรควบคุมวิชาชีพทนายความ ในทางทฤษฎี ตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันมีลักษณะเด่นชัดอยู่ 2 รูปแบบ กล่าวคือลักษณะการกำเนิดขององค์กรวิชาชีพที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นกลไกในการพิทักษ์และคุ้มครองสิทธิของผู้ประกอบวิชาชีพ ลักษณะที่สองวิชาชีพเหล่านี้เป็นวิชาชีพที่มีความเป็นอิสระและผูกขาดในตัวเองโดยผู้ประกอบวิชาชีพต้องมีความเชี่ยวชาญตั้งนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องควบคุมการประกอบวิชาชีพของบุคคลเหล่านั้น มิให้ก่อผลกระทบต่อสังคม¹⁰

สำหรับพัฒนาการของการควบคุมวิชาชีพทนายความในประเทศไทยนั้น อาจพิจารณาในแง่ของทฤษฎีข้างต้นได้ 2 ช่วง กล่าวคือ พัฒนาการของควบคุมวิชาชีพทนายความในช่วงก่อน ประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 ซึ่งเข้าลักษณะของทฤษฎีข้างต้นประการแรกคือ มีลักษณะของความจำเป็นในการที่รัฐต้องเข้าไปควบคุมเพื่อพิทักษ์คุ้มครองผลประโยชน์ของสังคม ส่วนในช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 แล้วนั้นถือเป็นช่วงเวลาที่เหมาะสมเปิดโอกาสให้ทนายความเข้ามีส่วนร่วมในองค์กรวิชาชีพ โดยพิจารณา

¹⁰ วัชรวิยา โตสงวน และคณะ, "กฎหมายกับเศรษฐกิจ: การควบคุมวิชาชีพ ในกรณีศึกษาอาชีพทนายความ", บทความที่เสนอในการสัมมนาทางวิชาการ 2533, คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533, หน้า 3-5.

ทฤษฎีในแง่ว่าด้วยกลุ่มผลประโยชน์ จนกระทั่งพัฒนาเป็นลักษณะปกครองตนเองแบบเบ็ดเสร็จของทนายความในปัจจุบัน

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาโดยละเอียดในแต่ละช่วงแล้วจะเห็นว่าพัฒนาการของวิชาชีพทนายความในช่วงแรกนั้นรัฐมีความจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพ แม้ว่าในช่วงเวลาดังกล่าวจะยังไม่มีกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมวิชาชีพทนายความโดยเฉพาะ แต่ก็มีความหมายให้อำนาจแก่เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมที่จะออกกฎข้อบังคับในเรื่องคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นทนายความในศาลใดได้หรือไม่ได้นอกจากนี้ยังมีอำนาจออกข้อบังคับอื่น ๆ เกี่ยวกับหน้าที่ของทนายความตามที่เห็นสมควร¹¹ หรือจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 ซึ่งมีการควบคุมการประกอบวิชาชีพทนายความโดยกำหนดคุณสมบัติบุคคลผู้จะประกอบวิชาชีพทนายความและยังมีข้อบังคับอื่น ๆ ที่กำหนดหน้าที่ของทนายความ¹² ซึ่งลักษณะเช่นนี้ดูประหนึ่งว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะที่รัฐเองพยายามเข้ามาควบคุมทนายความและไม่เปิดโอกาสให้ทนายความเข้ามาร่วมในการบริหารในองค์การควบคุมวิชาชีพดังกล่าวด้วย

ส่วนในช่วงหลังประกาศใช้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2477 ถึงปัจจุบัน กฎหมายที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขมีลักษณะที่จะผ่อนคลายการควบคุมลงบ้างโดยเปิดโอกาสให้ทนายความเข้ามามีส่วนร่วมบริหารในองค์กรฯ แม้ว่าในระยะเวลาดังกล่าว ยังไม่ให้เห็นเด่นชัดนักแต่ได้รับการปรับปรุงพัฒนาและเรียกเรื่องจากมวลสมาชิก เพื่อพิทักษ์และคุ้มครองสิทธิของทนายความโดยมีแนวคิดที่จะจัดตั้งสถาบันอิสระเพื่อปกครองตนเองในรูปแบบของสภาซึ่งทำการบริหารงานกันเองโดยหมู่สมาชิก ซึ่งความคิดดังกล่าวได้รับการสนองตอบโดย การให้จัดตั้งสภาทนายความโดยพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งยิ่งใหญ่ของกระบวนการควบคุมวิชาชีพทนายความที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

¹¹ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 มาตรา 127, 128.

¹² พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2457 มาตรา 5.

2.6 สภาพนายความ

ในการประกอบวิชาชีพโดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นวิชาชีพแพทย์ สถาปัตยกรรม วิศวกร ทนายความหรือวิชาชีพอิสระอื่นๆ จำเป็นต้องมีสถาบันหรือองค์กร (Organization) ซึ่งทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางคอยสอดส่องดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกในแต่ละสาขาอาชีพให้ปฏิบัติหน้าที่ในมาตรฐานอย่างเดียวกัน ในวิชาชีพทนายความ องค์กรกลางที่ทำหน้าที่ดังกล่าวได้แก่ สภาพนายความ ซึ่งการจัดตั้งสภาพนายความนี้ มีแนวคิดในเรื่องการจัดองค์กรวิชาชีพ ซึ่งอาจพิจารณาถึงลักษณะพื้นฐานได้ 3 ประการ

1. ต้องเป็นองค์กรที่รับผิดชอบในการเป็นตัวแทนวิชาชีพและเป็นผู้ควบคุมวินัยในการประกอบวิชาชีพด้วยมาตรการบังคับฝ่ายเดียว (Mesures Unilaterales) เหนือสมาชิกผู้ประกอบวิชาชีพ อันได้แก่ มาตรการที่มีผลบังคับทั่วไป (Mesures reglementaires) และมาตรการที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะราย (Mesures individuelles) เช่นในเรื่องการจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความหรือการพิจารณาลงโทษเมื่อมีการกระทำผิดมรรยาท เป็นต้น

2. อำนาจขององค์กรที่มีอยู่เหนือสมาชิก ผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นอำนาจบังคับไม่ใช่เรื่องการเลือกปฏิบัติของตัวสมาชิกเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการศึกษาที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของสภาพนายความนั้นมิได้เกิดจากความยินยอมด้วยใจสมัคร แต่เป็นการรวมตัวกันในลักษณะแบบบังคับ (groupement force)

3. สภาพนายความ ประกอบด้วยบุคลากรผู้ใช้อำนาจซึ่งมาจากผู้ประกอบวิชาชีพทนายความด้วยกันเอง สภาพนายความจึงไม่ใช่เครื่องมือของฝ่ายบริหารอันมีที่มาจากรัฐแต่เป็นองค์กรที่มีโครงสร้างของกลุ่มวิชาชีพ (Structure corporative)

ลักษณะสองประการแรก แสดงให้เห็นถึงขอบเขตอำนาจของสภาพนายความและอำนาจพิเศษแห่งกฎหมายมหาชน ทั้งยังทำให้เห็นว่าระบบองค์กรของสภาพนายความแตกต่างจากระบบของสหภาพแรงงานหรือระบบสมาคมอิสระ แม้

ในแต่ละระบบจะมีสมาชิกขึ้นต่อองค์กรเหมือนๆ กัน แต่ในองค์กรที่มีใช้องค์กรวิชาชีพ สมาชิกอาจหลีกเลี่ยงข้อจำกัดต่างๆ ขององค์กรนั้นๆ โดยไม่เข้าร่วมอยู่ในองค์กร เช่นนั้นได้¹³

2.7 วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสภานายความ

การจัดตั้งสภานายความ มีวัตถุประสงค์ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 7 ซึ่งพอสรุปได้ 2 แนวทางคือ

2.7.1 เพื่อคุ้มครองสาธารณะชนและสถาบันทางกฎหมาย วัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 นี้ก็เพื่อส่งเสริม ช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่และให้การศึกษากับประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมาย ในฐานะที่สภานายความเป็นองค์กรวิชาชีพสภานายความมีบทบาทโดยตรงในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ ซึ่งในทางปฏิบัติสภานายความได้จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย ซึ่งในการให้ความช่วยเหลือให้ ได้แก่การให้คำปรึกษาหรือแนะนำเกี่ยวกับกฎหมาย ให้แก่ประชาชนที่มาติดต่อขอรับบริการให้โดยไม่คิดค่าบริการ โดยสภานายความจัดให้มีกองทุนช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย ซึ่งเงินเหล่านี้จะนำมาใช้จ่ายในการดำเนินคดี ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ

นอกจากนี้ในการคุ้มครองประชาชนนั้น การควบคุมมรรยาททนายความก็เป็นวัตถุประสงค์หลักอีกประการหนึ่งที่สภานายความให้ความสนใจ และดำเนินการอย่างใกล้ชิด เพราะเมื่อพิจารณาถึงวิชาชีพของทนายความ ซึ่งมีหน้าที่ว่าต่าง แก่ต่างให้แก่ลูกความของตนแล้วยังเป็นผู้ถือความลับ ข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับลูกความของตน การที่ลูกความมอบความไว้วางใจไว้กับทนายความเช่นนี้จึงเป็นการยากที่

¹³ อุดม รัฐอมฤต, สภาวิชาชีพ, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 19, ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2532, หน้า 113-114.

ลูกความจะต่อสู้ปกป้องตนเอง ในกรณีที่เกิดปัญหาขัดแย้งระหว่างลูกความกับทนายความของตนเอง ทั้งนี้เพราะว่าทนายความมีวิธีการที่จะหลบเลี่ยงปัญหาที่เกิดขึ้น จึงเป็นการยากลำบากที่จะป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ดังนั้นจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องมีมาตรการในการควบคุมดูแลการปฏิบัติหน้าที่ ของบรรดาทนายความผู้เป็นสมาชิกของสภาทนายความ เพื่อเป็นหลักประกันให้กับลูกความในการไว้วางใจในตัวทนายความ

2.7.2 เพื่อส่งเสริมการประกอบวิชาชีพทนายความ

สภาทนายความมิได้มีวัตถุประสงค์ในด้านการคุ้มครองสาธารณชนเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีวัตถุประสงค์ที่จะส่งเสริมการประกอบวิชาชีพทนายความด้วย โดยการเปิดอบรมหลักสูตรวิชาว่าความสำหรับผู้ที่ขอจดทะเบียนรับอนุญาตให้เป็นทนายความ ซึ่งหลักสูตรดังกล่าวเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้เข้ารับการฝึกอบรมมีความรู้ในภาคปฏิบัติ นอกเหนือจากความรู้ในภาคทฤษฎีที่ได้รับจากการศึกษาในมหาวิทยาลัย รวมถึงความรู้ในด้านจรรยาบรรณด้วย

นอกจากการเปิดอบรมหลักสูตรการว่าความแล้ว สภาทนายความยังจัดทำโครงการอบรม สัมมนาให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายในแขนงต่างๆ เป็นการเฉพาะด้านเพื่อให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง เช่น การสัมมนาเกี่ยวกับกฎหมายภาษี เป็นต้น

2.8 สถานะทางกฎหมายของสภาทนายความ

พระราชบัญญัติทนายความพ.ศ. 2528 บัญญัติในมาตรา 6 ให้สภาทนายความมีฐานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งตามแนวกฎหมายไทยนั้นนิติบุคคลนั้นจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทั้งหลายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹³ หรือกฎหมายอื่น กรณีจึงเป็นปัญหาว่าสภาทนายความมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งรัฐให้การรับรองอำนาจพิเศษนั้น หรือมีสถานะทางกฎหมาย

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7.

เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ¹⁴ แต่ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 นี้มิได้บัญญัติถึงสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนของสภาทนายความไว้ ดังนั้นการศึกษาว่าสภาทนายความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน หรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนับเป็นเรื่องใหม่และสอดคล้องกับแนวทฤษฎีในกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งจะมีผลโดยตรงต่อการวิเคราะห์นิติกรรมของสภาทนายความต่อไป

2.9 วิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของสภาทนายความ

ในระบบกฎหมายไทย เป็นระบบกฎหมายแบบ Civil Law หรือระบบที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Code Law) เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสแต่ระบบศาลในประเทศไทยเป็นระบบศาลเดี่ยวคือ ศาลยุติธรรม แม้จะมีการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเช่น ศาลภาษีอากรกลาง ศาลแรงงาน แต่ศาลพิเศษเหล่านี้ ก็ยังอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลฎีกา ในการพิจารณาเกี่ยวกับนิติบุคคลศาลไทยไม่แยกว่าคู่ความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน หรือกฎหมายเอกชน นิติบุคคลตามกฎหมายไทยจึงไม่แบ่งแยกลักษณะความเป็นมหาชนและเอกชนดังกล่าว หากแต่แบ่งแยกตามลักษณะของการจัดตั้ง ซึ่งอาจแบ่งได้ 2 ประเภท คือ

1. นิติบุคคลที่จัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
2. นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น ได้แก่ นิติบุคคลที่รัฐจัดตั้งขึ้นโดยการออกเป็นกฎหมายรับรองเป็นกรณีๆ ไป เช่น สภาทนายความ จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2528 หรือแพทยสภา ที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เป็นต้น

¹⁴ รังสิกร อุปพงศ์, "ทฤษฎีการบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส", วารสารนิติศาสตร์, 18 (กันยายน 2531) : 38-57

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับนิติบุคคลตามกฎหมายไทย ในทางทฤษฎี ก็มีแนวคิดในการแบ่งแยกนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน เพื่อวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลที่จัดตั้งเช่นกัน ซึ่งตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 จะถือว่าสภานายความมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน จึงต้องพิจารณาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีทางกฎหมายตามแนวของประเทศฝรั่งเศสเสียก่อน

2.9.1 การจัดตั้งสภานายความ

โครงสร้างของสภานายความประกอบของคณะกรรมการสภานายความ ซึ่งทำหน้าที่ทั้งด้านนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ คณะกรรมการสภานายความจะประกอบด้วยกรรมการ 2 ประเภท คือ กรรมการโดยตำแหน่ง และกรรมการโดยการเลือกตั้ง สำหรับกรรมการโดยการเลือกตั้งนั้นกฎหมายระบุให้คุณสมบัติต้องเป็นทนายความ ตามมาตรา 14 พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 สำหรับกรรมการ โดยตำแหน่งกฎหมายบัญญัติให้ประกอบด้วยผู้แทนกระทรวงยุติธรรมหนึ่งคน และผู้แทนเนติบัณฑิตยสภาหนึ่งคน ซึ่งจะเป็นข้าราชการระดับสูงในสายกฎหมาย ฉะนั้นในแง่ของการก่อตั้งแล้วจะเห็นว่า สภานายความเกิดจากการรวมตัวกันของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ที่พยายามผลักดันให้มีการจัดตั้งองค์กรควบคุมวิชาชีพโดยมีกฎหมายรับรอง อีกทั้งคณะกรรมการสภานายความซึ่งมีข้าราชการรวมอยู่ด้วย ได้รับอำนาจมหาชนโดยกฎหมายให้เข้ามาช่วยบริหารสภานายความอีกส่วนหนึ่ง

หากพิจารณาในแง่ตัวพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 จะเห็นว่า มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ดำรงตำแหน่งสภานายกพิเศษแห่งสภานายความ และในมาตรา 5 กำหนดให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมการขึ้นทะเบียนรับใบอนุญาตเป็นทนายความ การขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาต การขอใบแทนใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต รวม

ทั้งมีอำนาจออกกระเปียบเพื่อให้มีการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

นอกจากนี้ มาตรา 9 (2) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติให้รัฐให้เงินอุดหนุนการดำเนินงานแก่สหภาพนายความด้วย ซึ่งถือได้ว่ารัฐได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจการดำเนินงานของสหภาพนายความ

2.9.2 กิจกรรมของสหภาพนายความ

หน้าที่หลักของสหภาพนายความ อาจพิจารณาจากวัตถุประสงค์ตามพระราชบัญญัติสหภาพนายความ ได้เป็น 4 ลักษณะ คือ การควบคุมความประพฤติของสหภาพนายความ การส่งเสริมการศึกษาและการประกอบวิชาชีพสหภาพนายความ การส่งเสริมและจัดสวัสดิการให้แก่สมาชิกสหภาพนายความ การส่งเสริมช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และการให้การศึกษแก่ประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมาย อันเป็นเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง

2.9.3 วิธีกาการค้าเนงงานของสหภาพนายความ

พระราชบัญญัติสหภาพนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 8 บัญญัติว่าสหภาพนายความมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- ก. จัดทะเบียนและออกใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติ
 - ข. ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสหภาพนายความ
- จากอำนาจหน้าที่ข้างต้น จะเห็นว่าเป็นการใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียวหรือที่เรียกว่าเป็นการใช้อำนาจมหาชน กล่าวคือในการรับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตแก่ผู้ขออนุญาตเป็นสหภาพนายความ

ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสหภาพนายความ ตามมาตรา 27 จะเห็นว่าคณะกรรมการสหภาพนายความ ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่แทนสหภาพนายความซึ่งเป็นนิติบุคคล ดังนั้นการใช้อำนาจของคณะกรรมการสหภาพนายความจึงเป็นการกระทำในนามของสหภาพนายความ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ โดยที่อำนาจของคณะกรรมการสหภาพนายความมีหลายประการด้วยกัน ในจำนวนนี้อำนาจ

หน้าที่ของคณะกรรมการสภาพนายความในการออกข้อบังคับต่าง ๆ ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น มีลักษณะเป็นการควบคุมการประกอบวิชาชีพด้วยมาตรการ การบังคับฝ่ายเดียวเหนือสมาชิกที่มีผลบังคับทั่วไปอันเป็นการใช้อำนาจมหาชน เช่น ข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความ ข้อบังคับว่าด้วยการสอบสวนคดีมรรยาทนายความ เป็นต้น

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าในเรื่องวิธีการดำเนินงาน อำนาจหน้าที่ของสภาพนายความ โดยคณะกรรมการสภาพนายความอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสภา ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของสภาพนายความ มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจมหาชนทั้งที่เป็นมาตรการบังคับฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะรายและที่มีผลบังคับทั่วไป อันแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ซึ่งไม่สามารถจะใช้มาตรการบังคับฝ่ายเดียวแก่สมาชิกได้ หากสมาชิกมิได้ยินยอมตามข้อตกลง

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สภาพนายความคือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งจัดทำบริการสาธารณะ แทนรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมวิชาชีพทนายความ สภาพนายความจึงมีอำนาจมหาชนในลักษณะบังคับฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นวิธีการพิเศษสำหรับนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนเท่านั้น

2.10 บทบาทและภารกิจของสภาพนายความ

ในหัวข้อนี้จะเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับบทบาทและภารกิจของสภาพนายความในแง่กฎหมาย ตามแนวหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งอาจจำแนกได้ 2 ประการคือ บทบาทในทางการบริหารงานของสภาพนายความ และบทบาทในการวินิจฉัยชี้ขาดในคดีมรรยาทนายความ ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะเรียกว่า นิติกรรมทางการปกครอง และนิติกรรมทางตุลาการ การวิเคราะห์บทบาทของสภาพนายความในที่นี้จะได้พิจารณาหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการ เพื่อเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์นิติกรรมของสภาพนายความในหัวข้อต่อไป

2.10.1 หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการ

นิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการมีเนื้อหาสาระที่

แตกต่างกัน แม้ว่าในช่วงเวลาที่ผ่านมาในประเทศไทยจะยังไม่มี การแบ่งแยกที่ชัดเจน การนำเอาหลักกฎหมายต่างประเทศมาพิจารณาเพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบ นิติกรรมของสภาพนายความจึงเป็นเรื่องจำเป็น ในหัวข้อนี้จะเป็นการอธิบายความหมาย องค์ประกอบและความแตกต่างของนิติกรรมทั้งสองลักษณะ

2.10.1.1 นิติกรรมทางปกครอง

ก. ความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง"

คำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" นั้นเป็นคำที่แปลมาจากคำ ภาษาฝรั่งเศสที่ว่า "acte administratif" อันประกอบด้วยคำ 2 คำ คือ คำว่า "acte" อันเป็นคำนาม กับคำว่า "administratif" ซึ่งเป็นคำคุณศัพท์ คำว่า "administratif" นั้นในวงการนิติศาสตร์ของ ไทยแปลตรงกันว่า "ทางปกครอง" ส่วนคำว่า "acte" นั้นนักนิติศาสตร์ของไทย บางท่านแปลคำ ๆ นี้ว่า "การกระทำ" และแปลคำว่า "acte administratif" ว่า "การกระทำในทางการปกครอง" แต่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ มีความเห็นว่าการแปลคำดังกล่าวเป็นภาษาไทย เช่นนั้น ก่อให้เกิดความไขว้เขว เกี่ยวกับทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองในวงการศึกษากฎหมายของไทย โดยท่านเห็น ว่า ควรจะแปลคำดังกล่าวว่า "นิติกรรมทางการปกครอง"¹⁵

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้อธิบายว่า "นิติ กรรมทางปกครอง" ในกฎหมายปกครองเทียบได้กับ "นิติกรรม(ทางแพ่ง)" ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง แต่มีข้อแตกต่างในชั้นพื้นฐานระหว่าง "นิติกรรมทางการปกครอง" กับ "นิติกรรม(ทางแพ่ง)"

นิติกรรมทางแพ่งมีคำนิยามกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ มาตรา 112 ว่า "อันว่านิติกรรมนั้นได้แก่การใด ๆ อันทำลงโดยชอบ

¹⁵ โปรตดูชาญชัย แสวงศักดิ์, ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรม ทางปกครองและสัญญาปกครองตามแนวความคิดของฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปก ครอง, เมษายน 2533, หน้า 162-165.

ด้วยกฎหมายและใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ" แต่นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่มีตัวบทกฎหมายให้ค่านิยามไว้ หากแต่เกิดจาก Case Law ดังนั้นค่านิยามของนิติกรรมทางปกครอง จึงเกิดขึ้นและพัฒนาโดยสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง ซึ่งพอสรุปได้ว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ได้แก่การสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง ฯลฯ ซึ่งสิทธิและหน้าที่แก่เอกชนคนหนึ่งหรือหลายคนและเห็นว่านิติกรรมทางปกครองมีหลักเกณฑ์ไม่เหมือนกับหลักเกณฑ์ของ "นิติกรรมทางแพ่ง"¹⁶

รองศาสตราจารย์ ดร.พูนศักดิ์ ไวสารวจ ได้ให้ความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางปกครอง" ว่า หมายถึงการแสดงเจตนาที่มาจากฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย¹⁷

ข. ประเภทนิติกรรมทางปกครอง

1. นิติกรรมที่มีผลเป็นการทั่วไป (acte reglementaire) เช่น การออกระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ เป็นต้น และ
2. นิติกรรมที่มีผลเฉพาะราย (acte individuel) เช่น การให้อนุญาต หรือการยกเลิก เพิกถอน การอนุญาตต่างๆ เป็นต้น

2.10.1.2. นิติกรรมทางตุลาการ

ความหมายของคำว่า "นิติกรรมทางตุลาการ" คำว่า นิติกรรมทางตุลาการ เป็นคำแปลมาจาก "acte juridictionnel" ในภาษาของฝรั่งเศส หมายถึง นิติกรรมที่รัฐกระทำไปในลักษณะการวินิจฉัยชี้ขาด

¹⁶ อมร จันทรสมบูรณ์ "บทบรรณาธิการ", วารสารกฎหมายปกครอง, (สิงหาคม 2527), หน้า 8-9.

¹⁷ พูนศักดิ์ ไวสารวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง, (สิงหาคม 2528), หน้า 278.

ศาสตราจารย์ George Vedel และ Pierre Delvolve

เสนอว่า นิติกรรมทางปกครอง และนิติกรรมทางตุลาการนั้นมีข้อแตกต่างกันคือ

1. นิติกรรมทางตุลาการ นั้นจะต้องทำขึ้นภายใต้แบบและวิธี พิจารณาความในการจัดทำ คำพิพากษา ซึ่งจะถูกกำหนดโทษ กฎหมายเฉพาะ หรือโดยหลักกฎหมายทั่วไป เช่น การพิจารณา จะต้องมีการฟังความ 2 ฝ่าย คำพิพากษานั้นจะต้องกระทำโดยลับ คำพิพากษาจะต้องชี้แจงเหตุผล ฯลฯ ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองนั้น มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไปเช่น โดยหลักแล้วไม่จำเป็นต้องมีการให้เหตุผลประกอบนิติกรรมทางปกครอง ยกเว้นจะมีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง

2. นิติกรรมทางตุลาการ มีลักษณะที่เด็ดขาดถึงที่สุด ในขณะที่นิติกรรมทางปกครองนั้น สามารถนำมาฟ้องศาลได้

3. การโต้แย้งนิติกรรมทางตุลาการนั้น กระทำโดยการอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลสูง ในขณะที่การโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง จะกระทำโดยฟ้องร้องต่อศาลชั้นต้น^{1B}

2.10.1.3. เกณฑ์ในการพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรทางปกครองหรือองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท และนิติกรรมใดมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือนิติกรรมใดมีลักษณะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ มีดังต่อไปนี้

ปัญหาที่ว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติกรรมใดมีลักษณะเป็น นิติกรรมทางตุลาการ หรือคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง นั้นเป็นปัญหาที่ได้มีการโต้แย้งกันมานานหลายยุค หลายสมัย และยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่บ้างแต่พอสรุปได้เป็นแนวทางในการพิจารณา 2 ประการ

1. การใช้รูปแบบ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

นักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่าจะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ

^{1B} สมคิด เลิศไพฑูรย์, "นิติกรรมทางตุลาการ", วารสารกฎหมายปกครอง, (เมษายน 2533), หน้า 143-157.

หลายประการ เช่น องค์กรที่เป็นผู้ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น ๆ พิจารณาจากวิธีการปฏิบัติงานหรือวิธีพิจารณาความที่นำไปสู่นิติกรรมนั้น พิจารณาจากผลของนิติกรรมนั้นว่าเป็นที่ยุติหรือไม่

1.1 การใช้องค์กรเป็นเกณฑ์พิจารณา

พิจารณาจากรูปแบบขององค์กรที่เป็นผู้ก่อให้เกิดนิติกรรม การแยกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับนิติกรรมทางตุลาการกับนิติกรรมทางปกครองนั้น หากกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนก็ไม่มีปัญหา แต่ถ้ากฎหมายไม่กำหนดไว้หรือกำหนดไว้ไม่ชัดเจนแล้ว การพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรทางปกครอง หรือองค์การทางตุลาการย่อมมีความสำคัญ ทั้งนี้เพราะระบบกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับนิติกรรมขององค์กร ดังกล่าวมีความแตกต่างกันจนในบางครั้งแต่ละองค์กร อาจมีรูปแบบหรือลักษณะภายนอกที่คล้ายคลึงกันหรือในบางกรณี องค์กรเดียวกันอาจต้องปฏิบัติหน้าที่หลายอย่าง ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่แต่ละอย่าง องค์กรนั้นก็มีฐานะที่แตกต่างกัน เช่น กรณีของคณะกรรมการบริหารของสภาวิชาชีพ (Conseils des Orders Professionnels) ต่าง ๆ

1.2 การใช้วิธีการปฏิบัติงานหรือวิธีพิจารณาความเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจะมีวิธีพิจารณาความหรือวิธีปฏิบัติงานต่างจากองค์กรอื่น เช่น มีการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้ชี้แจงข้ออ้างข้อเถียงแสดงพยานหลักฐานสนับสนุน ตลอดจนมีคำวินิจฉัยและการให้เหตุผลในคำวินิจฉัย ซึ่งองค์กรใดมีวิธีพิจารณาความในลักษณะนี้ จึงมักได้รับการพิจารณาว่าเป็นองค์กรทางตุลาการ และนิติกรรมขององค์กรที่ใช้วิธีพิจารณาความดังกล่าวในลักษณะการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ย่อมเป็นนิติกรรมทางตุลาการ

1.3 การใช้ผลของนิติกรรมนั้นเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา

ลักษณะเฉพาะของ "คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือนิติกรรมทางการตุลาการ" คือมีลักษณะเฉพาะเด็ดขาด จะนำมาฟ้องร้องอีกไม่ได้ (L autorite de la chose jugée) แต่ทั้งนี้ก็มีข้อยกเว้นว่าอาจอุทธรณ์หรือ

ฎีกาต่อไปยังศาลสูงได้ภายในกำหนดเวลาของการอุทธรณ์หรือฎีกา ซึ่งถือได้ว่าศาลวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นเป็นที่สุด เป็นอันยุติตามนั้น¹⁰

2. การใช้เนื้อหาของสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

นอกจากหลักเกณฑ์ในเรื่องรูปแบบแล้ว หลักเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหาของสาระก็ช่วยให้การพิจารณาชัดเจนยิ่งขึ้นโดย มุ่งหมายที่จะชี้ว่านิติกรรมใดมุ่งหมายที่จะชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก นอกจากนั้นต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์และโครงสร้างขององค์กรนั้น ๆ ด้วย

2.1 พิจารณาจากเนื้อหาของนิติกรรมทางตุลาการมีเนื้อหาอยู่ที่นิติกรรมนั้นเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยกฎหมายหรือไม่เป็นสำคัญ แม้ว่าข้อพิพาทนั้นจะมีข้อโต้แย้งว่าคล้ายคลึงกับนิติกรรมทางปกครองก็ตาม แต่มีข้อพิจารณาในเรื่องวัตถุประสงค์ของนิติกรรม ซึ่งจะกล่าวต่อไปเป็นข้อพิจารณาประกอบถึงความแตกต่างของนิติกรรมทั้งสอง

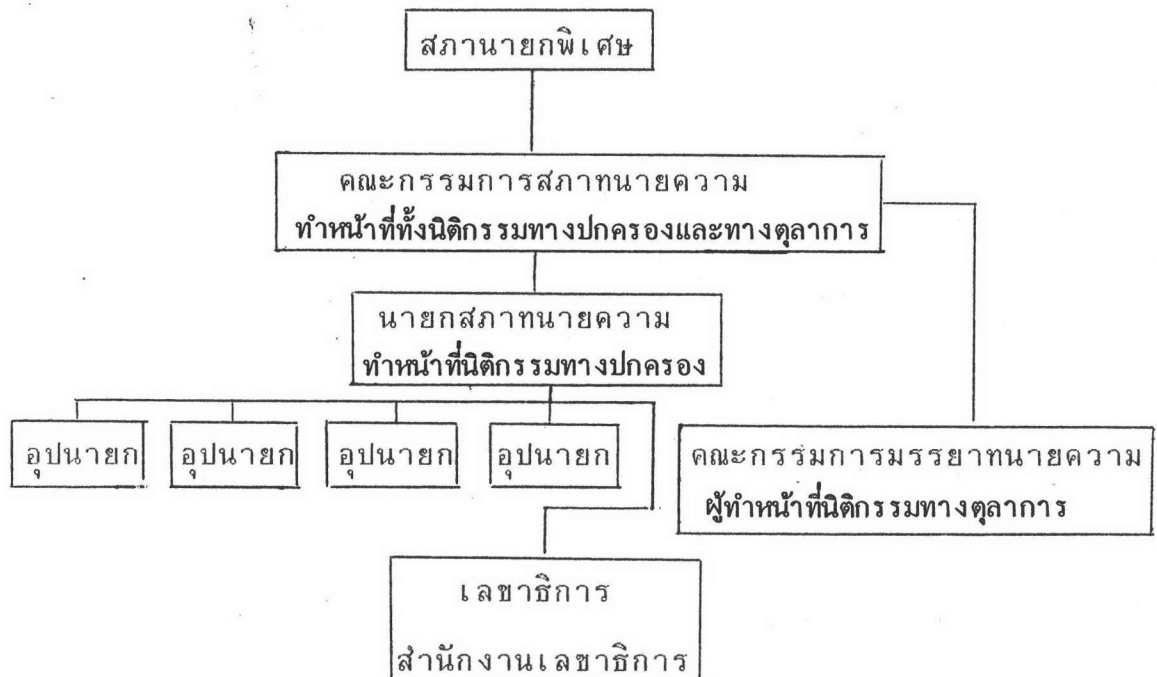
2.2 พิจารณาจากวัตถุประสงค์ นิติกรรมทางตุลาการมีวัตถุประสงค์ คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อพิพาทระหว่างคู่ความ หรือการลงโทษผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย ส่วนนิติกรรมทางปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะตอบสนองความต้องการ หรือความจำเป็นต่างๆ ของสาธารณชน อันเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ จากข้อแตกต่างของวัตถุประสงค์ดังกล่าว สถานภาพทางกฎหมายของนิติกรรมทั้งสอง ย่อมแตกต่างกันไป ด้วย กล่าวคือ นิติกรรมทางตุลาการนั้นต้องการความแน่นอน เมื่อมีการวินิจฉัยชี้ขาด ก็ต้องถือว่ายุติตามนั้น คือ มีอำนาจที่เรียกว่า la force de la chose jugée หรือ res judicata ส่วนนิติกรรมทางปกครองจะมีลักษณะยืดหยุ่นหรือความอ่อนตัวมากกว่า โดยสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับสถานการณ์ได้ตลอดเวลา

¹⁰ เรื่องเดียวกัน

- 2.3 พิจารณาจากโครงสร้าง ของนิติกรรมทางตุลาการ
แนวความคิดนี้เป็นแนวคิดของ Leon Duquit ซึ่งเห็นว่า
นิติกรรมทางตุลาการนั้นจะต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการด้วยกันเสมอ
- ก. มีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่มหาชน
 - ข. มีการให้ทางออกสำหรับปัญหากฎหมายนั้น ๆ (Solution)
 - ค. มีคำตัดสินซึ่งมาจากทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าว (Decision)
และคำตัดสินนี้มีลักษณะเด็ดขาด จะนำมาฟ้องร้องอีกไม่ได้²⁰

2.10.1.4 นิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการของ สภานายความ

จากการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของนิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทาง
ตุลาการข้างต้น พบว่านิติกรรมของสภานายความสามารถแบ่งได้ 2 กลุ่มใหญ่
คือ นิติกรรมทางปกครองและนิติกรรมทางตุลาการ ซึ่งอาจเขียนเป็นแผนผังโครง
สร้างตามสายงานได้ดังนี้



²⁰ เรื่องเดียวกัน

ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 สภาทนายความมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) จัดทะเบียนและออกใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติ
- (2) ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสภาทนายความและตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 สภาทนายความมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

- (1) ส่งเสริมการศึกษาและการประกอบวิชาชีพทนายความ
- (2) ควบคุมมรรยาทของทนายความ
- (3) ส่งเสริมความสามัคคีและผูกเงี่ยรติของสมาชิกสภาทนายความ
- (4) ส่งเสริมและจัดสวัสดิการให้แก่สมาชิกสภาทนายความ
- (5) ส่งเสริม ช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษแก่ประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมาย

และมาตรา 27 ให้คณะกรรมการสภาทนายความมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) บริหารกิจการของสภาทนายความตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดในมาตรา 7
- (2) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการ เพื่อทำกิจการหรือพิจารณาเรื่องต่าง ๆ อันอยู่ในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ของสภาทนายความ เว้นแต่กิจการซึ่งมีลักษณะหรือสภาพที่ไม่อาจมอบหมายให้กระทำการแทนกันได้
- (3) ออกข้อบังคับสภาทนายความเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

เมื่อพิจารณาจาก 3 มาตรา ดังกล่าวแล้ว ลักษณะอำนาจหน้าที่ของสภาทนายความและคณะกรรมการสภาทนายความ สามารถจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ออกได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ด้วยกันคือ

กลุ่มแรก ได้แก่ อำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการรับจดทะเบียนและออกใบอนุญาต ให้แก่ผู้ขออนุญาตเป็นทนายความ (มาตรา 8(1))

กลุ่มที่สอง ได้แก่ อำนาจหน้าที่ในการควบคุมมรรยาททนายความ (มาตรา 7(2))

กลุ่มที่สาม ได้แก่ อำนาจหน้าที่ในการออกข้อบังคับสภาทนายความ เกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ (มาตรา 27(3))

อย่างไรก็ตาม อำนาจหน้าที่ทั้ง 3 ประการดังกล่าวข้างต้นจะพบว่า อำนาจหน้าที่ในกลุ่มที่สองนั้น เป็นอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางตุลาการ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป ส่วนอำนาจอื่น ๆ นั้น เป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางปกครอง

ก. นิติกรรมทางปกครองของสภาทนายความ

ข้อสันนิษฐานที่พิจารณาว่า นิติกรรมดังกล่าวข้างต้นของสภาทนายความเป็นนิติกรรมทางปกครองก็เพราะว่า

ประการแรก นิติกรรมดังกล่าวข้างต้น เท่ากับเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นจาก นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งในที่นี้ก็คือ สภาทนายความนั่นเอง

ประการที่สอง การทำนิติกรรมตามมาตรา 8(1) และ มาตรา 27(3) ของสภาทนายความและคณะกรรมการสภาทนายความนั้น ต่างมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจมหาชนทั้งสิ้น ตัวอย่างเช่น การรับจดทะเบียนอนุญาตให้เป็นทนายความ เป็นอำนาจหน้าที่ที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มอบให้สภาทนายความเป็นผู้ดำเนินการแต่ฝ่ายเดียว สภาทนายความสามารถใช้ดุลพินิจและอำนาจที่จะรับจดทะเบียนหรือไม่รับจดทะเบียนแก่ผู้ขออนุญาตเป็นทนายความได้ ในกรณีที่สภาทนายความ ไม่รับจดทะเบียนอนุญาตให้เป็นทนายความ บุคคลผู้นั้นไม่มีหนทางอื่นที่จะประกอบวิชาชีพทนายความได้

ประการที่สาม นิติกรรมของสภาทนายความตามมาตรา 8 (1) และมาตรา 27(3) และมาตรา 38 นั้นเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของส่วนรวม การที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

มาตรา 38 กำหนดให้ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนและรับอนุญาตเป็นทนายความ ซึ่งในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอนั้นไม่เคยเป็นทนายความ หรือไม่เคยดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษา ตุลาการศาลทหาร พนักงานอัยการ อัยการทหารหรือ ทนายความตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารมาก่อน คณะกรรมการสภาทนายความ จะรับจดทะเบียนและออกใบอนุญาต ให้ก็ต่อเมื่อผู้ยื่นคำขอได้ผ่านการฝึกอบรมมรรยาททนายความและหลักปฏิบัติเบื้องต้นในการว่าความ และการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายแล้วเท่าที่กว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะให้สภาทนายความทำหน้าที่แทนรัฐในการควบคุมมาตรฐานของวิชาชีพทนายความ ซึ่งหากไม่มีการบัญญัติกฎหมายลักษณะเช่นว่านี้ วิชาชีพทนายความก็อาจจะไม่มีมาตรฐานต่ำ จนมีผลกระทบต่อประชาชนส่วนรวมได้ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า นิติกรรมของสภาทนายความดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นนิติกรรมที่บัญญัติโดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐ ในเรื่องเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ โดยมีการใช้อำนาจมหาชน และมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

การออกข้อบังคับสภาทนายความตามมาตรา 27 (3) ถือเป็น การออกข้อบังคับทั่วไปก็คือการทำนิติกรรมทางปกครองทั่วไป (Mesures reglementaires) นั้นเอง ทั้งนี้เพราะการออกข้อบังคับทั่วไปนั้นเป็นนิติกรรมที่สร้างกฎเกณฑ์ ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ถาวร

ส่วนการรับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขออนุญาตเป็นทนายความ ตามมาตรา 8 (1) นั้นถือเป็นการทำนิติกรรมทางปกครองเป็นการเฉพาะราย (Mesures individuel) เนื่องจากเป็นการก่อให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นอนุญาต เปลี่ยนแปลง ระงับ ยกเลิก เพิกถอนสิทธิ แก่ผู้ขออนุญาตเป็นทนายความ เฉพาะคนเท่านั้น

ข. นิติกรรมทางตุลาการของสภาทนายความ

นอกจากสภาทนายความจะมีอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองแล้ว สภาทนายความยังมีอำนาจในการทำนิติกรรมทางตุลาการ การที่สภาทนายความมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่อง ความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความถือเป็นนิติกรรมทางตุลาการ ซึ่งแนวความคิดเช่นว่านี้สอดคล้องกับแนว

ความคิดทางกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

สภาพนายความสามารถทำนิติกรรมทางตุลาการได้ในกรณีเกี่ยวกับการประพฤติผิดจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพทนายความซึ่งกฎหมายให้อำนาจแก่สภาพทนายความที่จะลงโทษ ภาคทัณฑ์ ห้ามทำการเป็นทนายความ มีกำหนดไม่เกินสามปี หรือลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความได้ (มาตรา 52)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ถือว่านิติกรรมของสภาพนายความในเรื่องที่เกี่ยวกับการสอบสวนและการพิจารณาลงโทษในคดีมรรยาททนายความเป็นนิติกรรมทางตุลาการ แต่จากการพิจารณาประกอบในทางทฤษฎี ผู้เขียนเห็นว่านิติกรรมดังกล่าวของสภาพนายความควรเป็นหรือมีแนวโน้มเป็นนิติกรรมทางตุลาการประเภทหนึ่งด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการแรก พิจารณาจากหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา การพิจารณาคดีมรรยาททนายความ มีเนื้อหาอยู่ที่การพิจารณาว่าผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่ถูกกล่าวหา นั้นได้กระทำผิดมรรยาททนายความตามข้อบังคับหรือไม่ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาโครงสร้างของคดีมรรยาททนายความแล้ว จะพบว่าโครงสร้างของคดีประเภทนี้มีองค์ประกอบ 3 ประการ ตามหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของนิติกรรมทางตุลาการ นั่นก็คือ

1. เป็นปัญหากฎหมายที่เสนอต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจมหาชนตามกฎหมาย ในกรณีนี้จะเห็นได้จากกรณีที่มีการเสนอปัญหาว่าผู้ประกอบวิชาชีพทนายความที่ถูกกล่าวหา มีการประพฤติผิดมรรยาททนายความหรือไม่ และเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจมหาชนตามกฎหมายในการสอบสวนและพิจารณาคดีในที่นี้คือ คณะกรรมการมรรยาททนายความ และคณะกรรมการสอบสวนนั่นเอง

2. มีการให้ทางออกสำหรับปัญหากฎหมายนั้นซึ่งก็คือเมื่อคณะกรรมการมรรยาททนายความ ได้รับรายงานและความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนแล้ว คณะกรรมการมรรยาททนายความ อาจจะยกคำกล่าวหาในกรณีที่เห็นว่าคำกล่าวหา นั้นฟังไม่ได้ว่าเป็นการประพฤติผิดมรรยาท หรือคณะกรรมการมรรยาททนายความจะส่งเรื่องให้ คณะกรรมการสอบสวนเพิ่มเติมในกรณีที่เห็นว่า การสอบสวนของคณะ

กรรมการสอบสวนยังมีข้อบกพร่อง และเมื่อคณะกรรมการมรรยาททนายความได้รับรายงานการสอบสวนและจากคณะกรรมการสอบสวนแล้ว คณะกรรมการมรรยาททนายความอาจจะวินิจฉัยชี้ขาดลงโทษผู้ถูกกล่าวหา กรณีใดกรณีหนึ่งตามมาตรา 52 ก็ได้

3. มีค่าตัดสินซึ่งมาจากทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าวในข้อ 2 ในกรณีนี้ คณะกรรมการมรรยาททนายความมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- ก. ยกคำกล่าวหา
- ข. ภาคทัณฑ์
- ค. ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี
- ง. ลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ

ประการที่สอง หลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ การพิจารณาคดีมรรยาททนายความ จะพบว่าหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบของนิติกรรมทางตุลาการ 3 ประการ ดังนี้

1. รูปแบบของสภาทนายความมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดในระดับหนึ่ง การใช้รูปแบบคณะกรรมการในการพิจารณาวินิจฉัยคดีมรรยาทมติของที่ประชุมของคณะกรรมการมรรยาทให้ถือเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์

แม้ว่ามติของคณะกรรมการมรรยาททนายความ ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีมรรยาททนายความ ต้องได้รับความเห็นชอบจาก คณะกรรมการสภาทนายความ ก่อนทำเป็นคำสั่งสภาทนายความก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าคณะกรรมการสภาทนายความเป็นผู้บังคับบัญชาคณะกรรมการมรรยาททนายความ เพราะคณะกรรมการสภาทนายความมีอำนาจเพียงพิจารณาเห็นด้วย หรือกลับคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาททนายความรวมทั้งสั่งลงโทษหรือดำเนินการกับทนายความที่ถูกกล่าวหา ตามที่เห็นสมควร ซึ่งหากคณะกรรมการสภาทนายความมิได้วินิจฉัยและแจ้งคำวินิจฉัยมายังประธานกรรมการมรรยาททนายความภายในหกสิบวัน นับแต่วันได้รับสำนวน ก็ให้ถือว่าคณะกรรมการมีคำสั่งขึ้นตามคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาท

ทนายความ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการรรยาททนายความมีอำนาจอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีรรยาททนายความในระดับหนึ่ง

2. มีรูปแบบวิธีพิจารณาความคล้ายศาล ในกรณีบุคคลผู้ได้รับความเสียหายหรือทนายความ ซึ่งได้รับความเสียหายเพราะการประพฤติผิดมรรยาททนายความของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ บุคคลผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิกล่าวหาทนายความผู้นั้น โดยทำเรื่องยื่นต่อประธานกรรมการรรยาททนายความ ในการดำเนินคดีมรรยาททนายความ ประธานคณะกรรมการสอบสวนต้องแจ้งข้อกล่าวหาพร้อมทั้งส่งสำเนาเรื่องที่ถูกกล่าวหาให้ทนายความผู้ถูกกล่าวหาตามที่ปรากฏในทะเบียนทนายความ และผู้ถูกกล่าวหา มีสิทธิทำคำแก้ข้อกล่าวหาเป็นหนังสือภายใน 8 วัน นับแต่วันได้รับสำเนาคำกล่าวหาหรือคำแจ้งข้อกล่าวหาหรือภายในกำหนดระยะเวลา ซึ่งคณะกรรมการสอบสวนได้ขยายให้และภายหลังการวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว ประธานกรรมการรรยาททนายความต้องแจ้งคำสั่งสภาทนายความไปยังผู้ถูกกล่าวหา เพื่อทราบด้วย

3. คำวินิจฉัยชี้ขาดคดีมรรยาททนายความ ของสภาทนายความ เป็นที่สุด กล่าวคือ มีลักษณะเด็ดขาดจะนำมาฟ้องร้องอีกไม่ได้ (L autorite de la chose juge) ยกเว้นแต่การอุทธรณ์ต่อไปในชั้นที่สูงกว่า อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้ในทางปฏิบัติศาลไทยยังไม่ถือว่าคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี เป็นที่สุด ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ว่า คำสั่ง คำวินิจฉัยนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ²¹

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาและหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบของสภาทนายความดังกล่าวแล้ว จะพบว่าหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาชี้ให้เห็นความเป็นนิติกรรมทางตุลาการได้ดีกว่าหลักเกณฑ์ในทางรูปแบบ เพราะนิติกรรมทางตุลาการมีเนื้อหาอยู่ที่ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510.