

บทที่ 2

ความเป็นมาแนวคิดและความหมายของการประกันความรับผิดของผู้ประกอบ วิชาชีพทนายความและการประกันภัยความรับผิดภาคบังคับ

ทนายความเป็นวิชาชีพได้รับการยกย่องและได้รับความเชื่อถือไว้วางใจจากสังคม เป็นวิชาชีพที่มีบทบาทในการให้บริการแก่ประชาชนในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ซึ่งหากทนายความกระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ตามวิชาชีพ และเกิดความเสียหายต่อลูกความ ลูกความอาจฟ้องร้องทนายความให้รับผิดทางแพ่งทั้งทางสัญญาและทางละเมิด แต่การฟ้องร้องในทางแพ่งมักพบปัญหาหลายเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเรื่องมาตรฐานแห่งวิชาชีพกฎหมาย ปัญหาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ความรับผิดของทนายความ รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับการเรียกร้องค่าเสียหายโดยการใช้สิทธิทางศาล นอกจากนั้นแล้ว ทนายความอาจต้องรับผิดตามบทบัญญัติกฎหมายอื่นๆ เช่น บทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพ หรือข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 แต่กฎหมายที่มีผลบังคับใช้ขณะนี้ไม่สามารถช่วยให้ลูกความผู้ที่ได้รับความเสียหายได้อย่างเพียงพอและเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการประกันภัยแล้ว จะเห็นว่ามิมีบทบัญญัติในเรื่องการประกันภัยค่าจุนเอาไว้ เพื่อให้บุคคลที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายให้แก่บุคคลอื่นจะต้องทำประกันความรับผิด (Liability Insurance) โดยให้ผู้รับประกันภัยตกลงจะใช้จ่ายสินไหมทดแทนในนามของผู้เอาประกัน ภัยเพื่อความเสียหายอันเกิดกับบุคคลอื่น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ก็ได้บังคับให้ทนายความจะต้องทำเพราะเป็นเรื่องของความสมัครใจ

2.1 ความเป็นมาของการประกันภัยความรับผิดในต่างประเทศ

การประกันภัยในระยะเริ่มแรกในต่างประเทศ เป็นวิธีหาหลักประกันความคุ้มครอง หรือวิธีป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดแก่ทรัพย์สินที่เกิดจากภัยธรรมชาติและโจรผู้ร้าย อันได้แก่การประกันภัยทางทะเล เพราะมีการค้าขายกันระหว่างประเทศและต้องใช้เส้นทางทางทะเลในการขนส่งสินค้า วิธีที่จะคุ้มครองความเสียหายที่อาจเกิดแก่สินค้าได้คือการประกันภัย กรีกเป็นประเทศ

แรกที่เราเริ่มรู้จักทำการประกันภัยทางทะเล ต่อมาได้แพร่หลายไปยังอิตาลีและประเทศอื่นๆ¹ และถัดจากนั้นมาจึงมีการคิดระบบการประกันชีวิตขึ้น เพื่อช่วยเหลือจัดการศพในระหว่างสมาชิกด้วยกัน ดังนั้นจึงถือว่าการประกันภัยทางทะเลเป็นรากฐานของการประกันภัยแบบอื่นๆ การประกันวินาศภัยก็ดี การประกันชีวิตก็ดี ได้เอาตัวอย่างมาจากการประกันภัยทางทะเลแล้วปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับสภาพกิจการนั้นๆ เช่น แบบของกรมธรรม์และวิธีการดำเนินงานต่างๆ เป็นต้น

ส่วนการประกันภัยความรับผิด มีประวัติความเป็นมาไม่ยาวนานนักเมื่อเทียบกับการประกันภัยประเภทอื่นๆ ทั้งนี้ อาจมีสาเหตุมาจากระบบเศรษฐกิจ ซึ่งในอดีตเป็นการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างกันโดยการขนส่งทางทะเล ความต้องการโอนการเสี่ยงภัยจึงเกิดเฉพาะภัยธรรมชาติ และโจรสลัด การเสี่ยงภัยที่เกิดจากการกระทำของผู้เอาประกันภัยซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นอันเป็นเหตุให้ผู้เอาประกันภัยมีความรับผิดตามกฎหมายต่อบุคคลอื่นนั้นยังมีไม่มากนัก สังคมในยุคนี้จึงยังไม่ได้พัฒนาถึงระดับให้เกิดความต้องการการคุ้มครอง ความเสี่ยงภัยประเภทนี้ (Need of Liability Insurance) ประกอบกับระบบกฎหมายที่ใช้บังคับมีน้อย ไม่มีบทบัญญัติที่จะเอื้ออำนวย ให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายได้แพร่หลายเช่นในปัจจุบัน ในส่วนของประชาชนเองอาจยังไม่รู้จักสิทธิหรือยังไม่มิจิตสำนึก (Claim Consciousness) เพียงพอในการเรียกร้องค่าเสียหาย²

นับตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 ได้มีผู้คิดระบบประกันภัยต่อ (Reinsurance) ขึ้นในประเทศอังกฤษเป็นแห่งแรก การประกันภัยต่อ เป็นการประกันภัยความรับผิด (Liability Insurance) ของผู้รับประกันภัยคนแรก (Original Insurer) หมายถึง ผู้รับประกันภัยคนแรก (Ceding Company) ซึ่งได้รับประกันภัยทรัพย์สิน ที่มีราคาสูงไว้จากผู้เอาประกันภัย ได้ทำสัญญาประกันภัยความรับผิดของตนตามสัญญาประกันภัยฉบับแรกไว้กับผู้รับประกันภัยคนต่อไปซึ่งอาจจะเป็นคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ผู้เอาประกันภัยไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยต่อ โดยตรง แต่ในทางปฏิบัติถือว่าผู้รับประกันภัยคนแรก (Ceding Company) เป็นคู่สัญญาประกันภัยกับผู้รับประกันภัยเช่นเดียวกับการประกันภัยธรรมดาทั่วไป คือ ผู้รับประกันภัยคนแรกเป็นผู้เอาประกันภัยและผู้รับประกันภัย ต่อเป็นผู้รับประกันภัยโดยมีวัตถุที่เอาประกันภัย (Subject Matter of Insurance) เป็น ความรับผิด (Liability) ที่ผู้รับประกันภัยคนแรก จะต้องมีต่อผู้เอาประกันภัยเฉพาะส่วนที่ได้รับประกันภัยต่อเหล่านั้น ผู้รับประกันภัยต่อไม่ได้ตกลงว่าจะใช้ค่าสินไหมทดแทนในนามของผู้เอาประกันภัยเพื่อความวินาศภัยอันเกิดขึ้นแก่ผู้รับประกันภัยรายแรก การประกันภัยต่อเป็นการประกันภัยระหว่างประเทศอันสำคัญอย่างหนึ่งในธุรกิจประกันภัยจนถึงปัจจุบันนี้³

¹ สรพล สุขพรรณสนีย์. (2547). คำอธิบายกฎหมายลักษณะประกันภัย (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 15.

² พิพัฒน์ เทพย์ปฏิพัทธ์. (2537). การประกันภัยความรับผิดตามกฎหมายต่อสาธารณชน. หน้า 6.

³ สิทธิโชค ศรีเจริญ. (2538). เอกสารประกอบการบรรยายของสถาบันประกันภัยไทย. หน้า 166-167.

การประกันภัยความรับผิดเท่าที่สามารถค้นพบได้ปรากฏว่า มีหลักฐานการออกกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดในปี พ.ศ. 2433 (ค.ศ. 1840) สำหรับคุ้มครองความรับผิดของร้านค้าซึ่งเป็นผู้เอาประกันภัยจากการสูญเสียทางการเงิน (Financial Loss) เนื่องจากความรับผิดตามกฎหมาย แต่กรมธรรม์ประกันภัยยังไม่เป็นที่นิยมกันอย่างแพร่หลายจนกระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงได้เริ่มแพร่หลายอย่างกว้างขวางพร้อมการขยายตัวของเศรษฐกิจแบบทุนนิยม กรมธรรม์ที่มีการเขียนขึ้นครั้งแรกที่ลอสแอนเจลิส สิ่งที่น่าสนใจให้มีการเขียนกรมธรรม์ประกันภัยประเภทนี้มาจากความกลัวในความรับผิดตามกฎหมายหรือภัยในทางศีลธรรม (Moral Hazard) ของผู้ประกอบวิชาชีพกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดประเภทแรกที่เริ่มปรากฏ คือ กรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดต่อสาธารณะ พบว่ามีการเผยแพร่ครั้งแรกในปี 1875 ต่อมาในปี 1880 ปรากฏกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดของลูกจ้าง เนื้อหาของกรมธรรม์ครอบคลุมถึงความรับผิดตามกฎหมายของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อบุคคลอื่น และหลังจากนั้นก็เริ่มปรากฏกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ โดยเป็นการเขียนกรมธรรม์เพิ่มเติมจากกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดต่อสาธารณะ

2.2 ความเป็นมาของการประกันภัยความรับผิดในประเทศไทย

การประกันภัยในระยะเริ่มแรกของไทย เริ่มในสมัยกรุงศรีอยุธยา เมื่อมีการติดต่อค้าขายกับประเทศต่างๆ โดยอาศัยเส้นทางทะเลในการขนส่งสินค้า การประกันภัยทางทะเลและการขนส่งจึงเกิดขึ้นจากจุดเริ่มต้นนี้เป็นประเภทแรก ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยชาวต่างประเทศ ต่อมาจึงมีกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยฉบับแรก คือพระราชบัญญัติเข้าหุ้นส่วน และบริษัท ร.ศ. 130 และประกาศประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2468 ได้กำหนดให้ผู้ที่ประกอบกิจการประกันภัยต้องได้รับพระบรมราชานุญาตก่อน ส่วนกิจการการประกันชีวิตก็เริ่มเกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 และเมื่อถึงสมัยรัชกาลที่ 6 พระองค์จึงทรงโปรดเกล้าให้ตรากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการประกันภัยและการประกันชีวิตขึ้น เริ่มมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2472 บริษัทประกันภัยที่จะเปิดดำเนินการจึงต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลก่อน⁴

ส่วนการประกันภัยความรับผิดเกิดขึ้นภายหลังประกันภัยประเภทอื่นดังกล่าวข้างต้น มีกฎหมายบัญญัติไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2472 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 887 และมาตรา 888 ว่าด้วยประกันภัยจำนอง แต่การประกันภัยประเภทดังกล่าวแทบไม่มีผู้ใคร่จึก เนื่องจากเดิมประเทศไทยเป็นระบบเศรษฐกิจภาคเกษตรกรรม ความรู้และความต้องการในการคุ้มครองต่อความเสี่ยงภัยประเภทนี้ (Need for Protection Against Liability Risk) จึงแทบไม่มี แต่เมื่อเศรษฐกิจ

⁴ มุกดา โควหากุล. (2537). *การประกันภัย* (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 22.

ภาคอุตสาหกรรมเข้ามามีบทบาทแทนที่เศรษฐกิจภาคเกษตรกรรม และมีการติดต่อการค้าการลงทุนกับต่างประเทศมากขึ้น ทั่วโลกต่างๆ เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจการค้าการลงทุนมีความสลับซับซ้อนและมีความเป็นสากลมากยิ่งขึ้น มีการใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมหาศาล ประชาชนมีความรู้และรู้จักรักษาลิทธิของตนเองมากขึ้น ขณะเดียวกันผู้ประกอบการในสาขาวิชาต่างๆ ต้องมีความเป็นมืออาชีพ มีความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาวิชานั้นๆ เป็นอย่างดี ดังเช่น การลงทุนด้านอุตสาหกรรมซึ่งต้องมีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างแปลกๆ ใหม่ๆ ใช้เงินเป็นจำนวนมาก ผู้ว่าจ้างจำเป็นที่จะต้องให้วิศวกรผู้เชี่ยวชาญทำประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพ ซึ่งหากเกิดภัยต่างๆ ในระหว่างการก่อสร้าง เป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายต้องบาดเจ็บหรือล้มตาย ผู้เสียหายนั้นก็จะได้รับการชดเชยความเสียหายจากบริษัทผู้รับประกันภัยนั้น อันเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือกรณีการประกันภัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ก็มีวัตถุประสงค์ในการเยียวยาผู้ต้องได้รับความเสียหายจากการรักษาของแพทย์เช่นกัน จุดเริ่มต้นดังกล่าวมานี้ จึงเป็นสิ่งจูงใจให้เกิดความต้องการในการประกันภัยความรับผิดมากขึ้น เนื่องจากการประกันภัยความรับผิดให้ความคุ้มครองความเสียหายอันมีลักษณะเป็นการโอนความเสี่ยงภัยในความรับผิดตามกฎหมายของตนให้แก่บุคคลอื่นหรือผู้รับประกันภัยนั่นเอง อันแตกต่างจากการประกันภัยประเภทอื่น

2.3 แนวคิดในเรื่องการประกันภัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ

เงื่อนไขสำคัญโดยทั่วไปของการประกันภัยในการก่อให้เกิดสัญญาประกันภัยระหว่างผู้รับประกันภัยและผู้เอาประกันภัยก็คือ ความเสี่ยงภัย (Risk) และความสูญเสีย (Loss) เพราะหากไม่มีความเสี่ยงภัย ก็ไม่มีความจำเป็นที่ผู้เอาประกันจะต้องเอาประกันภัย และในขณะเดียวกันผู้รับประกันภัยก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องรับประกันภัย 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 เมทซ์ (Robert I. Mehr) ให้ความหมายว่า ความเสี่ยงภัย หมายถึงความไม่แน่นอนที่เกี่ยวข้องกับความสูญเสีย (Risk is uncertainty concerning loss) หรือให้ความหมายง่าย ๆ ก็คือ

ต้องประกอบด้วยความไม่แน่นอน (Uncertainty) และความสูญเสีย ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญต่อการประกันภัยมาก ดังนั้น ความเสี่ยงจึงเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน และเป็นสาเหตุที่ก่อให้เกิดความสูญเสียหรือโอกาสที่ก่อให้เกิดความสูญเสีย (Risk is uncertainty and not the loss, the cause of loss or the chance of loss)

ส่วน มาร์ค ดอร์แมน (Mark S.Dorman) ได้กล่าวถึงความเสี่ยง ว่าต้องประกอบด้วยคำในความหมายต่อไปนี้

1. ความเสี่ยง คือ โอกาสที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (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) สภาพดังกล่าวจึงเป็นตัวกำหนดอัตราค่าเบี้ยประกันภัย ให้สูงหรือต่ำได้ เพราะหากสภาพที่ส่งเสริมให้เกิดความเสียหายมีมาก ค่าเบี้ยประกันภัยก็สูง แต่หากสภาพที่ส่งเสริมให้เกิดความเสียหายมีน้อย ค่าเบี้ยประกันภัยก็ต่ำ

คำ 3 คำดังกล่าวนี้จึงมีความเกี่ยวข้องกันเสมอ เพราะภัยนั้นก่อให้เกิดความเสี่ยง และความเสี่ยงก่อให้เกิดความต้องการที่จะทำประกันภัย

ส่วนความสูญเสีย หมายถึงการลดลงหรือการสิ้นสูญไปซึ่งมูลค่าอันเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนหรือโดยปราศจากการเจตนาจงใจ (Loss is an unintentional decline in or disappearance of value) ความสูญเสียไม่จำเป็นต้องเป็นความสูญเสียทางกายภาพของวัตถุ (Loss of Physical Article) แต่อาจเป็นความสูญเสียที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบผู้อื่น (Liability Loss) ซึ่งผู้ที่เกิดความเสียหายต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย เช่น ความสูญเสียที่เกิดจากความประมาท⁵

ความเสี่ยงและความสูญเสีย จึงเป็นแนวคิดพื้นฐานของการประกันภัยโดยทั่วไป การประกันภัยความรับผิดชอบก็เป็นการประกันภัยประเภทหนึ่งซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองความสูญเสียทางการเงินให้แก่ผู้เอาประกันภัยในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยกระทำให้นุคคลอื่นได้รับความเสียหายอันเป็นความรับผิดชอบตามกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่ความรับผิดชอบทางศีลธรรม (Moral Obligation) หรือผู้เอาประกันภัยรู้สึกรับผิดชอบเองต่อผู้เสียหายโดยไม่มีกฎหมายรองรับ การกระทำนั้นอาจเป็นอุบัติเหตุ (Accident) หรือเหตุการณ์ (Incident) จากความประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ได้ และผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่นุคคลอื่นซึ่งผู้เอาประกันภัยต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมาย และต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่นุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้น ซึ่งถือเป็นการสูญเสียทางการเงินของ

⁵ แหล่งเดิม. หน้า 1-4.

ผู้เอาประกันภัย แนวคิดเกี่ยวกับการประกันภัยความรับผิดจึงเป็นประโยชน์ต่อผู้เอาประกันภัยและบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ดังนี้ คือ

1. เกิดความมั่นคงในชีวิต หน้าที่การงานและธุรกิจของผู้เอาประกันภัย เนื่องจากได้ออนความรับผิดตามกฎหมายที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายไปยังผู้รับประกันภัยแล้ว ผู้เอาประกันภัยจึงสามารถเพิ่มประสิทธิภาพของงานและธุรกิจได้อย่างเต็มที่
2. เป็นหลักประกันต่อผู้ได้รับความเสียหายที่จะได้รับชดใช้ค่าเสียหายในเวลาทีรวดเร็วและใกล้เคียงความเสียหายที่แท้จริง โดยไม่ต้องดำเนินคดีในศาล
3. ไม่เป็นภาระแก่ครอบครัวของผู้ได้รับความเสียหาย และไม่ตกเป็นภาวะแก่รัฐที่ต้องนำภาษีของประชาชนมาช่วยเหลือผู้ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย เนื่องจากผู้ ได้รับความเสียหายซึ่งได้รับการชดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากบริษัทผู้รับประกันภัยแล้ว เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศโดยรวม

2.4 ความหมายของการประกันภัยความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

2.4.1 ความหมายของการประกันภัยความรับผิด

การประกันภัยความรับผิดนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่ 3 ว่าด้วยการประกันภัยค้ำจุน ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในหมวดประกันวินาศภัย มาตรา 887 ได้บัญญัติว่า

อันว่าการประกันภัยค้ำจุนนั้น คือสัญญาประกันภัยซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงว่าจะใช้ค่าสินไหมทดแทนในนามของผู้เอาประกันภัย เพื่อความวินาศภัยอันเกิดขึ้นแก่บุคคลอีกคนหนึ่งและซึ่งผู้เอาประกันภัยจะต้องรับผิดชอบ

บุคคลผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนตามที่ตนควรจะได้ นั้นจากผู้รับประกันภัยโดยตรง แต่ค่าสินไหมทดแทนเช่นว่านั้นหาอาจจะคิดเกินไปกว่าจำนวนอันผู้รับประกันภัยจะพึงต้องใช้ตามสัญญานั้นได้ไม่ ในคดีระหว่างบุคคลผู้ต้องเสียหายกับผู้รับประกันภัยนั้น ท่านให้ผู้ต้องเสียหายเรียกตัวผู้เอาประกันภัยเข้ามาในคดีด้วย

อนึ่ง ผู้รับประกันภัยนั้นแม้จะได้ส่งค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยแล้ว ก็ยังหาหลุดพ้นจากความรับผิดต่อบุคคลผู้ต้องเสียหายนั้นไม่ เว้นแต่ตนจะพิสูจน์ได้ว่าสินไหมทดแทนนั้น ผู้เอาประกันภัยได้ใช้ให้แก่ผู้ต้องเสียหายแล้ว

ก่อนที่จะกล่าวถึงความหมายของคำว่า “การประกันภัยความรับผิด” จะสังเกตเห็นคำว่า “การประกันภัยค้ำจุน” จากบทบัญญัติของกฎหมายในมาตราดังกล่าวข้างต้น ความจริงแล้วการประกันภัยค้ำจุนก็คือการประกันภัยความรับผิด ซึ่งปัจจุบันนี้กฎหมายในต่างประเทศอย่างประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ และฟิลิปปินส์ ต่างใช้คำที่เป็นความหมายของการประกันภัยค้ำจุน

ซึ่งแปลว่า “การประกันภัยความรับผิด” ต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีต้นร่างภาษาอังกฤษเรียกประกันภัยประเภทนี้ว่าการประกันภัยค้ำจุน (Guarantee Insurance)⁶ ต้นร่างคำภาษาอังกฤษดังกล่าวยังไม่มีการแก้ไขให้เป็นเหมือนเช่นในต่างประเทศที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น คำว่า “ประกันภัยค้ำจุน” ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็คือ การประกันภัยความรับผิดนั่นเอง จึงอาจมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การประกันภัยความรับผิด”

การประกันภัยค้ำจุนหรือการประกันภัยความรับผิด หมายถึง สัญญาประกันวินาศภัย ซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนในนามของผู้เอาประกันภัย เพื่อความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย ซึ่งผู้เอาประกันภัยมีความรับผิดตามกฎหมายหรือตามสัญญาที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้น การประกันภัยความรับผิดจึงเป็นสัญญาเพื่อจ่ายค่าสินไหมทดแทนตามความเป็นจริง (Indemnity Contract) ให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย ซึ่งเป็นความรับผิดตามกฎหมายที่ผู้เอาประกันภัยมีต่อบุคคลภายนอกนั้น ความรับผิดนั้นอาจจะเกิดจากมูลหนี้ใดๆ ก็ได้ ตามกฎหมาย เช่น สัญญา ละเมิด ลากมิควรได้ หรือโดยบทบัญญัติของกฎหมาย บุคคลผู้ได้รับความเสียหายมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยโดยตรง แต่ค่าสินไหมทดแทนเช่นนั้น ไม่อาจคิดเกินไปกว่าจำนวนเงินอันผู้รับประกันภัยพึงต้องใช้ตามสัญญาผู้รับประกันภัยแม้จะได้ส่งเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยแล้ว ยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิดต่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายนั้น เว้นแต่ตนจะพิสูจน์ได้ว่า ค่าสินไหมทดแทนนั้น ผู้เอาประกันภัย ได้ใช้ให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายแล้ว นอกจากนี้ มาตรา 887 วรรคสอง ยังได้บัญญัติให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหายสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้โดยตรงจากผู้รับประกันภัยซึ่งถือเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ส่วนการรับช่วงสิทธิ กฎหมายมิได้บัญญัติให้ผู้รับประกันภัยเมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายไปแล้ว สามารถเข้ารับช่วงสิทธิจากผู้เสียหายมาไต่เบียดกับผู้เอาประกันภัยได้ ทั้งนี้เพราะการประกันภัยค้ำจุนหรือการประกันภัยความรับผิดเป็นการที่ผู้เอาประกันภัยได้ชำระเบียดประกันภัยให้แก่ผู้รับประกันภัยเป็นการตอบแทนการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของผู้รับประกันภัยแล้ว เว้นแต่มีกรณีที่ผู้รับประกันภัยสามารถใช้สิทธิไต่เบียดกับบุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริง แต่กฎหมายบัญญัติให้ผู้เอาประกันภัยต้องร่วมรับผิดกับบุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริง ทั้งที่ผู้เอาประกันภัยได้มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายและให้สิทธิผู้เอาประกันภัยใช้สิทธิไต่เบียดกับบุคคลผู้ก่อให้เกิดความเสียหายที่แท้จริงได้ในภายหลัง เช่น ลูกจ้างของผู้เอาประกันภัยต้องรับผิดต่อผู้เอาประกันภัยซึ่งเป็นนายจ้างเนื่องจากทำให้

⁶ สุรชาติ สิงหนณี. (2549). *ประกันภัยค้ำจุน*. หน้า 142.

เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก เมื่อผู้รับประกันภัยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกไปแล้ว ก็สามารถรับช่วงสิทธิมาไต่เบี่ยจากลูกจ้างของผู้เอาประกันภัยได้

การประกันภัยค่าจุนหรือการประกันภัยความรับผิดชอบเป็นการประกันวินาศภัยอย่างหนึ่ง ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมวด 2 ส่วนที่ 1 ตั้งแต่มาตรา 869 ถึงมาตรา 882 ซึ่งเป็นบททั่วไป ส่วนที่บัญญัติเกี่ยวกับการประกันภัยค่าจุนโดยเฉพาะนั้น มีเพียงที่บัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนที่ 3 มาตรา 887 ถึงมาตรา 888 เท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า การประกันภัยค่าจุนนี้จัดเป็นการประกันวินาศภัยอย่างหนึ่ง แต่มีข้อแตกต่างกับวินาศภัยธรรมดาตรงที่วินาศภัยธรรมดามุ่งถึงความเสียหายอันเกิดแก่วัตถุที่เอาประกันภัย แต่ประกันภัยค่าจุนมุ่งถึงความเสียหายที่เกิดกับบุคคลภายนอกอันสืบเนื่องมาจากความผิดของผู้เอาประกันภัย⁷ ดังนั้น จึงอาจพอสรุปได้ว่า การประกันวินาศภัยก็คือ สัญญาซึ่งผู้รับประกันวินาศภัยตกลงจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันวินาศภัย เมื่อเกิดภัยตามที่รับประกันภัยไว้และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายอาจประมาณราคาเป็นเงินได้ โดยผู้เอาประกันตกลงจะส่งเงินจำนวนหนึ่งที่เรียกว่า “เบี่ยประกัน” (Premium) แก่ผู้รับประกันวินาศภัย ส่วนการประกันภัยความรับผิดชอบหรือประกันภัยค่าจุน มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความเสียหายของผู้เอาประกันภัยอันเกิดแก่ชีวิต ร่างกายทรัพย์สิน สิทธิหรือประโยชน์อื่นใดซึ่งอาจตีราคาเป็นตัวเงินได้ แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความรับผิดตามกฎหมายในความเสียหายอันเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน สิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลภายนอก ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย ซึ่งเป็นความรับผิดทางแพ่งที่ผู้เอาประกันภัยจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกตามกฎหมาย

การประกันภัยค่าจุนหรือการประกันภัยความรับผิด ตามความเห็นของศาสตราจารย์พิเศษ จำรัส เหมะจารุ คือ “สัญญาประกันภัยซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความวินาศภัยที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกและวินาศภัยนั้น ผู้เอาประกันภัยจะต้องรับผิดชอบ”⁸

⁷ สรพล สุขทรศนีย์. (2547). คำอธิบายกฎหมายลักษณะประกันภัย ศึกษาแบบเรียงมาตรา (พิมพ์ครั้งที่ 5). หน้า 103.

⁸ จำรัส เหมะจารุ. (2530). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะประกันภัย (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 185.

การประกันภัยค้ำจุนหรือการประกันภัยความรับผิด ตามความเห็นของรองศาสตราจารย์สรพล สุขทรศนีย์ คือ “การที่ผู้รับประกันภัยตกลงว่าจะใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้เสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัยหรือที่ผู้เอาประกันภัยจะต้องรับผิด”⁹

สาระสำคัญของสัญญาประกันภัยค้ำจุนหรือประกันภัยความรับผิด จึงอยู่ที่ความรับผิดของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อบุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายตามกฎหมาย ความรับผิดของผู้เอาประกันภัยตามกฎหมายนี้ถือเป็นวินาศภัยอย่างหนึ่งของผู้เอาประกันภัยและเป็นวัตถุประสงค์ที่เอาประกันภัยตามสัญญาประกันภัยค้ำจุน ซึ่งสามารถแยกความรับผิดได้ดังนี้ คือ

1) ความรับผิดของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อผู้รับประกันภัยในฐานะคู่สัญญาประกันภัยแล้ว ยังเกิดความรับผิดกรณีผู้เอาประกันภัยรับเงินค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยแล้วไม่ชำระให้แก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหาย ผู้เอาประกันภัยจึงต้องคืนเงินนั้นคืนผู้รับประกันภัยในฐานะลาภมิควรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 406

2) ผู้เอาประกันภัยต้องมีความรับผิดต่อบุคคลภายนอกตามกฎหมาย ความรับผิดนี้มิใช่ความรับผิดตามสัญญาประกันภัยค้ำจุนโดยตรง แต่เป็นความรับผิดตามกฎหมายที่ผู้เอาประกันภัยมีต่อบุคคลภายนอก อันเป็นสาระสำคัญของสัญญาประกันภัยค้ำจุนที่ผู้รับประกันภัยยอมรับความเสี่ยงจากภัยนั้น

3) ความรับผิดของผู้รับประกันภัยต่อผู้เอาประกันภัยในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหาย ผู้เอาประกันภัยมีสิทธิรับค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยในฐานะคู่สัญญาประกันภัยได้ แต่จะรับไว้เพื่อตนหรือต้องส่งมอบแก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ว่าผู้เอาประกันภัยได้ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกไปแล้วหรือไม่

4) ความรับผิดของผู้รับประกันภัยต่อบุคคลภายนอกเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งตามสัญญาประกันภัยค้ำจุน ดังนั้นบุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัย จึงมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยโดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้เอาประกันภัยก่อน และไม่ต้องแสดงเจตนาต่อผู้รับประกันภัยว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญาประกันภัยค้ำจุนนั้น

การประกันภัยค้ำจุนหรือการประกันภัยความรับผิดตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 887 และมาตรา 888 คนทั่วไปมักจะนึกถึงการประกันภัยความรับผิดของผู้ขับขี่รถยนต์พาหนะที่มีต่อบุคคลภายนอก แต่ความจริงแล้ว ยังมีการประกันภัยความรับผิดในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีก อาทิ การประกันภัยความรับผิด

⁹ สรพล สุขทรศนีย์. เรื่องเดิม. หน้าเดียวกัน.

ต่อคุณภาพสินค้า (Products Liability Insurance) การประกันภัยความรับผิดชอบต่อสาธารณะ (Public's Liability Insurance) การประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพ (Professional Liability Insurance) การประกันภัยความรับผิดของนายจ้าง (Employer's Liability Insurance)¹⁰

โดยที่การประกันภัยความรับผิดหรือการประกันภัยค่าจูนถือเป็นการประกันวินาศภัยอย่างหนึ่ง บทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการประกันวินาศภัยจึงต้องนำมาใช้บังคับกับการประกันภัยค่าจูนด้วย เช่น ในเรื่องสิทธิของผู้รับประกันภัยในการที่จะได้รับเบี้ยประกันภัยจากผู้เอาประกันภัย แม้จะไม่มีวินาศภัยตามที่ระบุไว้ในกรมธรรม์ประกันภัยเกิดขึ้นก็ตาม ผู้รับประกันภัยก็ไม่ต้องคืนเบี้ยประกันภัยแก่ผู้เอาประกันภัย สิทธิในการบอกเลิกสัญญาประกันภัยของผู้รับประกันภัยซึ่งอาจจะเกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรืออาจเกิดขึ้นจากเงื่อนไขข้อตกลงในสัญญาประกันวินาศภัย สิทธิของผู้เอาประกันภัยในการที่จะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเมื่อเกิดวินาศภัยตามที่กำหนดไว้ในกรมธรรม์ประกันภัย หรือหน้าที่ของผู้เอาประกันภัยที่จะต้องชำระเบี้ยประกันภัย สิทธิและหน้าที่พื้นฐานของผู้รับประกันภัยและผู้เอาประกันภัยเหล่านี้ จะต้องนำมาใช้บังคับกับการประกันภัยค่าจูนด้วย แต่ถ้ามีบทบัญญัติในเรื่องที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะในส่วนของ การประกันภัยค่าจูนแล้ว ก็ไม่ต้องนำบทบัญญัติทั่วไปของการประกันวินาศภัยมาใช้บังคับ ส่วนที่กล่าวมานี้เป็นส่วนที่มีความเหมือนกันระหว่างการประกันภัยค่าจูนกับการประกันวินาศภัย ส่วนความแตกต่างกันระหว่างการประกันภัยค่าจูนกับการประกันวินาศภัย มีดังนี้

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้ความหมายของสัญญาประกันวินาศภัยไว้โดยตรง แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 861 ประกอบมาตรา 869 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัยมาตรา 4 แล้ว อาจให้ความหมายของการประกันวินาศภัยว่า เป็นสัญญาซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันวินาศภัยในกรณีที่มีความเสียหายอย่างใด ๆ เกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงความสูญเสียในสิทธิ ผลประโยชน์หรือรายได้ที่อาจประมาณความเสียหาย หรือความสูญเสียเหล่านั้นเป็นเงินได้ โดยผู้เอาประกันวินาศภัยตกลงจะส่งเงินซึ่งเรียกว่าเบี้ยประกันภัยเป็นการตอบแทน การประกันวินาศภัยอาจกระทำกันได้อย่างกว้างขวาง ถ้าบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์อยู่กับทรัพย์สินหรือสิทธิหรือผลประโยชน์หรือรายได้ใดๆ ซึ่งถ้ามีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้น จะทำให้ผู้นั้นต้องได้รับความเสียหายและความเสียหายที่จะได้รับนั้น อาจจะสามารถประมาณราคาเป็นตัวเงินได้ บุคคลนั้นก็ย่อมจะเอาประกันวินาศภัยได้ ส่วนความเสียหายที่ไม่สามารถประมาณเป็นตัวเงินได้ เช่น ความรัก ความคิดถึง ความเสียใจ ความตกใจ ความเจ็บปวด แม้จะสามารถชดเชยเป็นตัวเงินได้ในบางกรณี แต่ก็ไม่ใช่ความเสียหายที่จะประมาณเป็นตัวเงินได้ อันจะถือว่าเป็นวินาศภัยตาม

¹⁰ สุรชาติ สิงหนณี. เรื่องเดิม. หน้า 23.

ความหมายของสัญญาประกันภัย¹¹ ส่วนการประกันภัยค้ำจุนตามมาตรา 887 มีความหมายว่า เป็นสัญญาประกันภัยซึ่งผู้รับประกันภัยตกลงจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายในนามของผู้เอาประกันภัยในกรณีที่ผู้เอาประกันภัยจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายให้แก่บุคคลภายนอกและบุคคลภายนอกซึ่งต้องเสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้โดยตรงจากผู้รับประกันภัยถึงแม้ตนจะไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้รับประกันภัยก็ตาม

2. ภัยที่รับเสี่ยงหรือเงื่อนไขแห่งหนึ่งของฝ่ายผู้รับประกันภัย ในกรณีที่เป็นการประกันวินาศภัย ภัยที่รับเสี่ยงหรือเงื่อนไขแห่งหนึ่งของฝ่ายผู้รับประกันภัยจะเป็นตัวทรัพย์สิน ส่วนกรณีที่เป็นการประกันภัยค้ำจุน ภัยที่รับเสี่ยงหรือเงื่อนไขของทางฝ่ายผู้รับประกันภัยจะเป็นความรับผิดที่ผู้เอาประกันภัยต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่น ซึ่งอาจเกิดจากหนี้ใดๆ ตามกฎหมาย เช่น สัญญา ลากมิควรถได้ ละเมิด หรือความรับผิดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ความรับผิดที่เกิดขึ้นแก่ผู้เอาประกันภัยจะต้องเป็นความรับผิดตามกฎหมายเท่านั้น ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับหนี้ทางศีลธรรมหรือหนี้ที่จะต้องมีการชดใช้ให้แก่กันโดยเสน่หาหรือความเมตตากรุณาต่อกันเช่นนี้ ไม่เรียกว่าเป็นภัยที่ผู้รับประกันภัยค้ำจุนต้องชดใช้ให้แทน

3. โดยที่การประกันภัยค้ำจุน ผู้เอาประกันภัยมิได้มีวัตถุประสงค์ในการเอาประกันเพื่อคุ้มครองความเสียหายของผู้เอาประกันภัยอันเกิดแก่ตัวทรัพย์สิน แต่เป็นความรับผิดของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อผู้เสียหาย ดังนั้น ผู้เอาประกันภัยค้ำจุนจึงไม่อาจยกประโยชน์ในเงินค่าสินไหมทดแทนตามสัญญาประกันภัยค้ำจุนให้แก่ผู้รับประกันภัยเหมือนอย่างสัญญาประกันวินาศภัยธรรมดาได้ เพราะผู้รับประกันภัยค้ำจุนจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายเท่านั้น และแม้ผู้รับประกันภัยจะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยแล้วก็ตาม ผู้รับประกันภัยก็ยังไม่หลุดพ้นจากความรับผิดอันมีต่อบุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหาย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว

4. บุคคลผู้ได้รับความเสียหายสามารถเข้าถือเอาสิทธิเรียกร้องตามสัญญาประกันภัยค้ำจุนกับผู้รับประกันภัยค้ำจุนได้โดยตรง ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 887 วรรคสอง โดยไม่ต้องแสดงเจตนาถือเอาประโยชน์ตามมาตรา 374 วรรคสองและมาตรา 375

5. การรับช่วงสิทธิตามสัญญาประกันภัยค้ำจุน เมื่อผู้รับประกันภัยได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายแล้ว จะไม่สามารถใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากผู้เอาประกันภัยได้ เนื่องจากผู้เอาประกันภัยได้ใช้เบี้ยประกันภัยเป็นการตอบแทนแล้ว เว้นแต่กรณีที่บุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแต่กฎหมายบัญญัติให้ผู้เอาประกันภัยต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

¹¹ ไชยศ เหมะรัชตะ. (2549). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย (พิมพ์ครั้งที่ 7). หน้า 177-178.

และให้สิทธิผู้เอาประกันภัยไปไล่เบี้ยในภายหลัง เช่น ผู้เอาประกันภัยเป็นนายจ้าง ลูกจ้างของผู้เอาประกันภัยไปทำให้เกิดวินาศภัยแก่บุคคลภายนอก ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 425 บัญญัติให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิดซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้าง และมาตรา 426 บัญญัติให้นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น ชอบที่จะได้รับชดใช้คืนจากลูกจ้าง ดังนั้น เมื่อผู้รับประกันภัยได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายแทนผู้เอาประกันภัยแล้ว ผู้รับประกันภัยย่อมได้รับช่วงสิทธิมาใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาจากลูกจ้างของผู้เอาประกันภัยได้ ซึ่งจะแตกต่างกับการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 880 ในกรณีวินาศภัยที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลภายนอก เมื่อผู้รับประกันภัยได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัยไปแล้ว ก็สามารถเข้ารับช่วงสิทธิของผู้เอาประกันภัยไปไล่เบี้ยเอาจากบุคคลภายนอกที่ก่อให้เกิดความเสียหายได้

2.4.2 ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ”

คำว่า “วิชาชีพ” มาจากคำว่า “โพรเฟชัน” (Profession) มาจากคำกริยา “ทู โพร เฟส” (To Profess) จากคำภาษาละติน “โพร + ฟาเทอริ” (Pro + Fateri) แปลว่า ยอมรับหรือยอมรับว่าเป็นของตน เดิมคำนี้มีความหมายในทางศาสนา ซึ่งหมายถึงเป็นการประกาศตนว่ามีศรัทธาในศาสนาหรือการประกาศปฏิญาณตน คำว่า “วิชาชีพ” ในยุโรปแต่เดิมมิได้มีความหมายถึง “อาชีพ” ซึ่งมีความหมายในเชิงการทำมาหากิน แต่คงมีความหมายในเชิงที่ว่า เป็นงานที่คนอุทิศตนไปตลอดชีวิต และเนื่องจากการที่จะปฏิญาณตนบวชเป็นพระสงฆ์ในคริสต์ศาสนา ต้องผ่านการอบรมศึกษาในวิชาเทววิทยา (Theologe) เป็นเวลาหลายปี คำว่า “วิชาชีพ” จึงมีนัยเกิดขึ้นตามมาว่า เป็นอาชีพที่มีลักษณะเป็นผู้ที่มีความรู้ขั้นสูงที่ต้องผ่านการอบรมศึกษาเป็นเวลานานหลายปีและเป็นอาชีพที่เป็นหมู่คณะ อันมีขนบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของหมู่คณะเป็นการเฉพาะ และหมู่คณะวิชาชีพนั้นต้องคอยสอดส่องดูแลสมาชิกของตนเองให้อยู่ในกรอบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของอาชีพนั้น นอกจากพระสงฆ์แล้ว วิชาชีพที่ชาวยุโรปให้การยกย่องกันมาแต่โบราณกาลและสมัยกลางคือ วิชาชีพนักกฎหมายและวิชาชีพแพทย์¹²

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” โดยให้คำแปลที่อ้างอิงมาจากดิกชันนารีออกฟอร์ดแอดวานซ์ (Oxford Advanced Dictionary) ซึ่งมีใจความว่า “อาชีพโดยเฉพาะอาชีพที่ต้องมีการศึกษาขั้นสูงและการฝึกอบรมเป็นพิเศษ เช่น กฎหมายสถาปัตยกรรมการ แพทย์ การศาสนา” หรือหมายถึงกลุ่มบุคคลที่ประกอบอาชีพใดโดยเฉพาะก็ได้ ส่วนคำแปลที่อ้างอิงจากดิกชันนารีเว็บสเตอร์ (Webster Dictionary) ให้ความหมายว่า อาชีพที่ต้องมีการฝึกอบรม

¹² พนารัตน์ เฉลิมวุฒิสักดิ์. (2534). *ความรับผิดชอบทางแพ่งเนื่องจากการประกอบวิชาชีพของสถาปนิกและวิศวกรในโครงการก่อสร้าง*. หน้า 55-56.

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

ส่วนโรสโค ปอนด์ (Roscoe Pound) ได้ให้ความหมายของคำว่า “วิชาชีพ” ว่าหมายถึง “กลุ่มบุคคลผู้ประกอบวิชาการเป็นอาชีพร่วมกันโดยมีเจตนารมณ์เพื่อบริการประชาชน”¹³

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

ดังนั้น คำว่า “วิชาชีพ” จึงต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ ดังนี้ คือ

1. เป็นงานที่ต้องอาศัยความสามารถ ความรอบรู้และความชำนาญเฉพาะสาขา โดยใช้สติปัญญามากกว่าการใช้ฝีมือและแรงงาน มีการศึกษาทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติในวิทยาการชั้นสูง เป็นการศึกษาอบรมทางความคิด¹⁴ โดยมีชั่วโมงที่คนทั่วไปจะทำได้โดยมิได้รับการฝึก อบรมในวิชาชั้นสูงมาก่อนและมีชั่วโมงที่ทำได้เพียงเฉพาะการทดลองปฏิบัติเท่านั้น

2. มีหน่วยงานหรือองค์กรโดยรวมตัวกันเป็นหมู่คณะ (Collective Organization) ที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพ เพื่อออกกฎระเบียบ ข้อบังคับ ศีลธรรมจรรยาบรรณให้ผู้ประกอบวิชาชีพใช้เป็นแนวทางปฏิบัติ พร้อมทั้งให้การส่งเสริมมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ หน่วยงานหรือองค์กรดังกล่าวอาจเป็นองค์กรอิสระในการควบคุมดูแลตนเอง หรืออาจถูกควบคุมโดยรัฐก็ได้ เช่นในประเทศเครือจักรภพ ผู้ประกอบวิชาชีพจะมีการควบคุมกันเองและเป็นอิสระ แต่ในประเทศภาคพื้นยุโรปมักจะถูกควบคุมโดยรัฐ

3. ต้องมีการผูกขาดจำกัดเฉพาะกลุ่มบุคคลที่มีความรู้ความชำนาญซึ่งได้รับการ ศึกษาอบรมจนมีความสามารถ ความรอบรู้และความชำนาญเฉพาะสาขา และผู้ที่ประกอบวิชาชีพเฉพาะในสาขานั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานหรือองค์กรที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพนั้นเสียก่อน ผู้นั้นจึงมีสิทธิประกอบวิชาชีพนั้นๆ ได้

4. การรับรองของกฎหมายต่อสถานะของวิชาชีพ (Legalistic Approach) โดยหากมีกฎหมายรับรองการปฏิบัติงานของอาชีพใด ก็เรียกได้ว่าเป็นวิชาชีพ เช่น วิชาชีพแพทย์ วิชาชีพทนายความ วิชาชีพวิศวกร วิชาชีพสถาปนิก วิชาชีพผู้ตรวจบัญชี ซึ่งตามหลักสากลการรับรองว่า

¹³ จิตติ ดิงศภัทย์. (2537). *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย*. หน้า 15-16.

¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 18.

อาชีพใดเป็นวิชาชีพมีหลักเกณฑ์ 3 ประการคือ (1) มีการจดทะเบียน (Registration) (2) มีการให้ประกาศนียบัตร (Certification) และ (3) มีใบอนุญาต (Licensing)¹⁵

5. ผู้ประกอบวิชาชีพส่วนมากจะมีสถานะภาพทางสังคมสูง ได้รับการยกย่องและได้รับการให้ความสำคัญจากสังคมสูง ซึ่งอาจเป็นเพราะได้รับความเชื่อถือและความไว้วางใจในวิชาชีพว่าเป็นสิ่งที่อาศัยซึ่งความรอบรู้ ความสามารถและช่วยเหลือสังคมได้ ซึ่งบุคคลทั่วไปมีอาจมีความสามารถและคุณสมบัติในการประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้ ทั้งในสังคมมีจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพไม่มากนัก ดังเช่น วัฒนธรรมยุโรปมักนิยมยกย่องนักกฎหมายหรือวิชาชีพนักกฎหมาย วิชาชีพกฎหมายจึงเป็นวิชาชีพที่เจริญรุ่งเรือง มีเกียรติ เป็นวิชาชีพชั้นสูงที่ทำคุณประโยชน์แก่สังคม และอาจมีเอกสิทธิ์พิเศษบางประการซึ่งได้รับจากรัฐ เช่น สิทธิในการใช้ชื่อแสดงถึงตำแหน่งของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นๆ¹⁶

2.4.3 ความหมายของคำว่า “ทนายความ” และลักษณะวิชาชีพทนายความ

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นได้ว่าทนายความถือเป็นวิชาชีพหนึ่งทางด้านวิชาชีพกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความ จำเป็นต้องได้รับการศึกษาและฝึกอบรมความรู้เฉพาะด้านกฎหมายทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติ ผู้ที่ไม่ได้รับการศึกษาฝึกอบรมความรู้ดังกล่าวย่อมไม่สามารถประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งองค์กรทางวิชาชีพกฎหมายขึ้นเพื่อพัฒนาวิชาชีพกฎหมาย รวมทั้งให้การศึกษอบรมและกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมวิชาชีพกฎหมายในด้านความประพฤติ วินัย มารยาท ศีลธรรมจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพ ดังเช่นสภาทนายความซึ่งมีการจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และจะต้องมีสถานะตามที่กฎหมายดังกล่าวรับรอง คือ การขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้ความ

คำว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยปกติคนทั่วไปมักจะนึกถึงคำว่า “ทนายความ” แต่ในความเป็นจริงผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย มิได้หมายถึงเฉพาะเพียงทนายความเท่านั้น แต่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายยังรวมถึงที่ปรึกษาและผู้ให้บริการทางกฎหมายที่ไม่ได้ทำงานในส่วนที่เป็นเอกสิทธิ์เฉพาะของทนายความ กล่าวคือ ทนายความเป็นผู้ได้รับการจดทะเบียนและได้รับใบอนุญาตให้ความจากสภาทนายความ จึงเป็นผู้มีเอกสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวในการว่าความ เว้นแต่บุคคลบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิเช่นเดียวกับทนายความ สำหรับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้ให้การรับรองงานของทนายความเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการว่าคดีความในศาลเท่านั้น

¹⁵ วิสาร พันธนะ และมาลี สุรเชษฐ์. (2532). *สถานภาพและการประกอบวิชาชีพกฎหมาย*. หน้า 5.

¹⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส. (2535). *รวมคำบรรยายหลักวิชาชีพกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 13.

โดยมิได้รองรับงานด้านการให้คำปรึกษาหรืองานด้านการให้บริการทางวิชาชีพอื่นๆ ไว้อย่างชัดเจน ทั้งที่โดยปกติทนายความก็ทำงานด้านการให้คำปรึกษาและบริการทางด้านวิชาชีพกฎหมายรวมอยู่ ด้วยควบคู่กับการว่าความในศาล ส่วนผู้ที่ประสงค์จะให้บริการวิชาชีพกฎหมายเฉพาะในส่วนที่ นอกเหนือไปจากการว่าความ เช่นการให้คำปรึกษาหรือบริการวิชาชีพกฎหมายอื่นๆ อาจไม่จำเป็นต้องมี การจดทะเบียนหรือต้องได้รับใบอนุญาตให้ว่าความก็ได้ โดยเรียกว่า “ที่ปรึกษากฎหมาย” ดังนั้น “ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย” จึงหมายความว่าทนายความซึ่งเป็นทั้งผู้ที่ว่าความในศาลและให้ คำปรึกษาหรือให้บริการทางด้านกฎหมายควบคู่กันไปด้วย แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงผู้พิพากษา อัยการ ซึ่งเป็นวิชาชีพที่มีกฎหมายควบคุมโดยเฉพาะอยู่แล้ว

ในประเทศไทย ทนายความสามารถประกอบวิชาชีพด้านกฎหมายได้ทั้งในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับการว่าความในศาล ได้แก่ การว่าความในคดีต่างๆ การยื่นฟ้อง การยื่นคำให้การแก้ต่าง ในคดี การฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ การฟ้องฎีกา แก่ฎีกา และการยื่นคำร้องหรือคำแถลงใดๆ อัน เกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาล เป็นต้น ส่วนอีกกรณีหนึ่งคือในส่วนที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับศาลซึ่ง ได้แก่ การให้คำปรึกษาแนะนำกฎหมายต่างๆ การร่างนิติกรรมสัญญา การวางแผนภาษีอากร การรับ จดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลประเภทบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด ทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนที่ เกี่ยวกับลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และบริการงานด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย

วิชาชีพทนายความเป็นกลไกสำคัญต่อกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าในคดีแพ่งหรือ คดีอาญา โดยเฉพาะการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลนั้น การทำหน้าที่ของทนายความถือเป็น หนึ่งในการบวนการยุติธรรมที่ทนายความมีหน้าที่ต้องจรรโลงความยุติธรรมทางกฎหมายมิให้เสีย ไป ทนายความมีหน้าที่ต้องดูแลให้การดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญาเป็นไปโดยชอบด้วย กฎหมายและเป็นธรรม การทำหน้าที่ของทนายความโดยทั่วไป มิใช่เป็นการทำให้เปล่า แต่เป็นการ ประกอบวิชาชีพโดยมีค่าตอบแทนเช่นเดียวกับอาชีพบริการอื่นๆ ไป เพียงแต่วิชาชีพทนายความเป็นการ ให้บริการทางกฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลในสังคม¹⁷

ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เป็นกฎหมายที่ใช้ควบคุมผู้ประกอบการ วิชาชีพกฎหมาย โดยใช้บังคับเฉพาะผู้ที่สภาทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบ อนุญาตให้ว่า ความ และเรียกผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า “ทนาย ความ” โดยงาน ที่เป็นเอกสิทธิ์เฉพาะทนายความได้แก่งานที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 33 ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็น ทนายความ หรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความว่าความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้อง

¹⁷ เสรี สุวรรณภานนท์. (2544). ปัญหาทางกฎหมายในการเรียกค่าตอบแทนการจ้างว่าความ. หน้า 119-120.

อุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น ทั้งนี้เว้นแต่จะได้กระทำในฐานะเป็นข้าราชการผู้ปฏิบัติกรตามหน้าที่ หรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ องค์กรของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ ผู้ปฏิบัติกรตามหน้าที่หรือมีอำนาจหน้าที่กระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความหรือกฎหมายอื่น

ลักษณะงานตามความตามมาตราดังกล่าวประกอบกับบทกำหนดโทษตามมาตรา 82 ในกรณีมีการฝ่าฝืนมาตรา 33 “ทนายความ” จึงน่าจะหมายถึง ผู้ที่ได้จดทะเบียนและได้รับอนุญาตให้ ว่าความในศาล โดยต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 รวมทั้งข้อบังคับอื่นที่ออกตามความในพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ดังนั้น หากผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้บริการหรือให้คำปรึกษาด้านกฎหมายโดยมิได้มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการว่าความในศาล ย่อมไม่ถือเป็นทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 จึงไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และไม่อยู่ในข้อบังคับใดๆ ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว ทั้งที่ความจริงทนายความไม่เพียงแต่ว่าความในศาลเท่านั้น แต่ยังทำงานด้านการให้บริการและให้คำปรึกษาด้านกฎหมายซึ่งเป็นส่วนที่ไม่เกี่ยวกับศาลอีกด้วย มีข้อน่าสังเกตว่า ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กำหนดคำนิยามของทนายความและงานของทนายความโดยไม่รวมถึงงานให้คำปรึกษาและงานบริการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับวิชาชีพกฎหมาย น่าจะถือว่าเป็นการกำหนดคำนิยามที่แคบไป

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ กล่าวว่า ประเภทการทำงานของนักกฎหมายโดยตรงเกี่ยวกับวงการศาลยุติธรรมอันเป็นศาลที่พิพากษาคดีเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ได้แก่ ทนายความ เป็นวิชาชีพเอกชนโดยอิสระ หรือหมอกความ (ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย) ตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/34 (16) (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/34 (16) บัญญัติว่า ทนายความหรือผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย รวมทั้งพยาน ผู้เชี่ยวชาญเรียกเอาค่าการงานที่ทำให้ รวมทั้งเงินที่ได้ออกทดลองไปหรือคู่ความเรียกเอาคืนซึ่งเงินเช่นว่านั้นที่ตนได้จ่ายล่วงหน้าไป) จะเป็นงานในศาลหรือก่อนคดีถึงศาลก็เป็นงานของทนายความเช่นเดียวกับแบบทนายความอเมริกัน ไม่แยกเป็นบาริสเตอร์ (Barrister) กับ โซลิสเตอร์ (Solicitor) ซึ่งเป็นแบบเฉพาะของอังกฤษ¹⁸ ในประเทศอังกฤษ โซลิสเตอร์ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาข้อกฎหมาย จัดทำนิติกรรมสัญญา ร่างพินัยกรรม ดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ และว่าความในคดีบางประเภท เช่น ในคดีอาญาที่พิจารณาโดยรวบรัด (Summary Criminal Case / Summary Trial) ในศาลมาจิสเตรท (Magistrates Court) ซึ่งเป็นคดีเล็กๆ น้อยๆ ที่พิจารณาโดยเล็ยจัสติสออฟเดอะพีซ (Lay Justice of The Peace) หรือ สติเพน-ไคอารีมาจิสเตรท (Stipendiary Magistrates) ส่วนในคดีแพ่ง โซลิสเตอร์มีสิทธิว่า

¹⁸ จิตติ ดิงศภัทย์. (2537). *หลักวิชาชีพนักกฎหมาย*. หน้า 12.

ความในศาลท้องถิ่น (County court) ที่โดยทั่วไปมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่มีทุนทรัพย์ หรือจำนวนเงินที่เรียกร้อง 5,000 ปอนด์ ปัจจุบันโซลิสเตอร์สามารถว่าความในศาลสูง (High court) ได้ ส่วนบาริสเตอร์เป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ชำนาญเฉพาะด้านการว่าความ มีเอกสิทธิ์เพียงผู้เดียวในการว่าต่างแก้ต่างคดีแทนคู่ความในศาลสูง และมีสิทธิว่าความในศาลอื่นด้วย¹⁹

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 มาตรา 35 กำหนดคุณสมบัติของผู้ขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความว่า

1. มีสัญชาติไทย
 2. อายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ในวันยื่นคำขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาต
 3. สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีหรืออนุปริญญาทางนิติศาสตร์หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรืออนุปริญญาจากสถาบันการศึกษา ซึ่งสภาทนายความเห็นว่าสถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐานการศึกษาที่ผู้ได้รับปริญญาตรีหรืออนุปริญญาหรือประกาศนียบัตร ควรเป็นทนายความได้ และเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา
 4. ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดีและไม่เป็นผู้ได้กระทำการใดซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต
 5. ไม่อยู่ในระหว่างต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก
 6. ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ
 7. ไม่เป็นบุคคลผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ล้มละลาย
 8. ไม่เป็นโรคติดต่อซึ่งเป็นที่ยกเว้นแก่สังคม
 9. ไม่เป็นผู้มีกายหรือจิตบกพร่องอันเป็นเหตุให้เป็นผู้หย่อนสมรรถภาพในการประกอบอาชีพทนายความ
 10. ไม่เป็นข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งมีเงินเดือนและตำแหน่งประจำ เว้นแต่ข้าราชการการเมือง
 11. ไม่เป็นผู้ต้องห้ามมิให้ยื่นคำขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตตามมาตรา 71
- ดังนั้น ผู้ขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ ต้องมีคุณสมบัติที่สำคัญ

คือ

¹⁹ กนก อินทรมพรรษ์. (2537). ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพด้านว่าความในอังกฤษ. *คูลพาท*, 41(5). หน้า 15-47.

1. สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรีหรืออนุปริญญานิติศาสตร์หรือประกาศนียบัตร
วิชานิติศาสตร์ ซึ่งสภาพนายความเห็นว่าสถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐาน ไม่ว่าจะเป็่่นสถาบัน
การศึกษาของรัฐหรือเอกชน

สำหรับในสหรัฐอเมริกา ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพกฎหมาย ต้องสำเร็จกฎหมายขั้น
พื้นฐานจากโรงเรียนสอนกฎหมาย (Law School) เสียก่อน จึงจะเข้าศึกษาวิชากฎหมายได้ และต้อง
สำเร็จการศึกษาขั้นปริญญาตรีสาขาใดสาขาหนึ่งมาแล้ว ปริญญาทางกฎหมายเดิมเรียกว่าลี้กัมแบค
แคลอเรียส (Legum Baccalaureus: LL.B) ปัจจุบันเปลี่ยนเป็นจूरิสดอกเตอร์ (Juris Doctor)

ส่วนในอังกฤษ ผู้ประสงค์ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะบาริสเตอร์หรือโซลิสิตเตอร์
ต้องมีความรู้ด้านกฎหมายจากมหาวิทยาลัย หรือสถาบันการศึกษากฎหมาย เป็นเบื้องต้น โดย
ปริญญาทางกฎหมายจะเรียกว่าลี้กัมแบคแคลอเรียส ยกเว้น มหาวิทยาลัยอ็อกฟอร์ด (Oxford
University) และมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ (Cambridge University) เรียกว่า B.A. (Law) หลักสูตร
ปริญญาทางกฎหมายในมหาวิทยาลัยของอังกฤษใช้เวลา 3 ปี²⁰

2. การฝึกอบรมโดยที่พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กำหนดให้คณะกรรมการ
สภาพนายความ จะรับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตทนายความได้ก็ต่อเมื่อผู้ยื่นคำขอได้ผ่านการ
ฝึกอบรมมรรยาททนายความ หลักการว่าความเบื้องต้นและการประกอบวิชาชีพกฎหมายแล้ว เว้น
แต่ผู้นั้นได้ผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี (พระราชบัญญัติ
ทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 38) หรือเคยปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณาคดีในศาลมาแล้วไม่
น้อยกว่า 2 ปี หรือผู้ที่เคยเป็นทนายความ ผู้พิพากษา ตุลาการศาลทหาร พนักงานอัยการ อัยการ
ทหาร หรือทนายความตามกฎหมายว่าด้วยธรรมนูญศาลทหารมาก่อน อาจขอให้คณะกรรมการ
พิจารณายกเว้นให้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความได้โดยไม่ต้องเข้ารับการฝึกอบรม
จากสำนักงานฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาพนายความซึ่งได้รับการจัดตั้งโดยคณะกรรมการสภา
ทนายความ การฝึกอบรมวิชาว่าความจะมีทุกปี ละไม่น้อยกว่า 1 ครั้ง (ข้อบังคับสภาพนายความว่า
ด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ. 2529 ข้อ 12) หลักสูตรแบ่งเป็น 2 ภาค คือ ภาคทฤษฎี มีระยะ
เวลาฝึกอบรมไม่น้อยกว่า 90 ชั่วโมง และภาคปฏิบัติ มีระยะฝึกอบรมไม่น้อยกว่า 6 เดือนซึ่งอาจให้
ผู้เข้ารับการฝึกอบรมฝึกหัดงานที่สำนักฝึกอบรมหรือที่สำนักงานทนายความก็ได้ โดยระยะเวลาฝึกหัด
งานแห่งใดแห่งหนึ่งหรือทั้งสองแห่งรวมกันต้องไม่น้อยกว่าระยะเวลาที่กำหนด (ข้อบังคับสภา

²⁰ วิษณุ เครืองาม. (2535). *ระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน ในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ*
หน่วยที่ 1-7 (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 316.

หมายความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ. 2529 ข้อ 13) เมื่อเสร็จสิ้นการฝึกอบรมในแต่ละภาค ก็จะมีการทดสอบความรู้ในแต่ละภาค

3. ต้องเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 สมาชิกเนติบัณฑิตยสภา มี 5 ประเภท คือ สามัญสมาชิก สมาชิกวิสามันท์ สมาชิกสมทบ ภาคีสมาชิก และสมาชิกกิตติมศักดิ์

ใบอนุญาตเป็นทนายความมี 2 ประเภท คือ ประเภท 2 ปี และประเภทตลอดชีพ แล้วแต่ความประสงค์ของผู้ขออนุญาต ผู้ที่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาตเป็นทนายความแล้ว ถือเป็นสมาชิกสภาทนายความด้วย

2.5 ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ

ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาเฉพาะความรับผิดชอบในทางแพ่ง อันได้แก่ความรับผิดชอบตามสัญญาและความรับผิดชอบในกรณีละเมิด โดยจะทำการศึกษาคำอธิบายของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในต่างประเทศและของประเทศไทย

2.5.1 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทนายความในต่างประเทศ

2.5.1.1 ความรับผิดชอบทางสัญญา

ในประเทศอังกฤษนั้น สัญญาระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายและลูกความมีลักษณะเป็นสัญญาว่าจ้างให้มีการบริการทางวิชาชีพ (Contract of Engagement) โดยมีการตกลงว่าลูกความจะจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าธรรมเนียมวิชาชีพ ในขณะที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องใช้ความระมัดระวังและความเชี่ยวชาญตามสมควร สัญญาว่าจ้างอาจทำด้วยวาจา (Oral) หรือลายลักษณ์อักษร (Written) หรือพิจารณาจากพฤติการณ์ (Inferred from Conduct) ก็ได้ ความรับผิดชอบตามสัญญาว่าจ้างก่อให้เกิดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย 2 ประการคือ 1. ความรับผิดชอบตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Term) ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่มีการตกลงไว้กับลูกความโดยชัดแจ้งอย่างเคร่งครัด ไม่ว่าจะเป็นการตกลงด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตามและ 2. ความรับผิดชอบตามสัญญาโดยปริยาย (Implied Contract) คือการที่ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายต้องมีหน้าที่สำคัญคือการให้บริการทางวิชาชีพกฎหมายโดยใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามสมควร (Reasonable Skill and Care) แม้จะมีได้ตกลงสัญญาด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม²¹

²¹ ศิณิธาณ เกียรติถังวาพโกศล. (2532). ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ. หน้า 26-34.

ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายกับลูกค้าในสหรัฐอเมริกา เป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายสัญญา ลูกค้าจะว่าจ้างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายดำเนินการใดๆ แทนตน ค่าจ้างหรือค่าธรรมเนียมวิชาชีพจะมีการตกลงล่วงหน้า ผู้ประกอบการวิชาชีพอาจมีบทบาทหน้าที่แตกต่างกันตามแต่จะ ได้รับมอบหมายหรืออาจทำการในฐานะตัวแทน ซึ่งงานของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีทั้งการฟ้องร้องคดี การให้คำปรึกษาแนะนำ หรือให้บริการทางวิชาชีพกฎหมาย เป็นต้น งานบางประเภทอาจก่อให้เกิดลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างลูกค้ากับผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายตามกฎหมายตัวการตัวแทน และมักจะมีลักษณะเป็นข้อตกลงของสัญญาร่วมกันตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาว่า ตัวแทนจะต้องกระทำการในนามของตัวการและตัวแทนจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและคำสั่งของตัวการ

2.5.1.2 ความรับผิดชอบทางละเมิด

ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายในอังกฤษ นั้นก่อนกลางปี ค.ศ. 1970 ผู้ประกอบการวิชาชีพมีความรับผิดชอบเฉพาะการฝ่าฝืนสัญญาเท่านั้น ดัง คดีกรูม คร็อกเกอร์ (Groom V. Crocker) ซึ่งถือว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายไม่มีหน้าที่ต่อลูกค้าไกลเกินไปกว่าหน้าที่ตามสัญญาที่เกิดจากสัญญาว่าจ้าง หน้าที่ของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายต่อลูกค้ามีเฉพาะ ที่เกิดจากสัญญา โดยไม่รวมถึงละเมิด หลังจากนั้นคดีเกี่ยวกับการฟ้องร้องผู้ประกอบการวิชาชีพได้รับการวินิจฉัยตามแนวคิดของกรูม คร็อกเกอร์ แต่หลักเกณฑ์ในคดีดังกล่าวได้รับการโต้แย้งจากผู้พิพากษา ลอร์ดเดนนิ่ง (Lord Denning M.R.) ในคดีบริษัทเอสโซปิโตรเลียมจำกัด (Esso Petroleum Co.,Ltd.) วี มาดอน (V. Mardon) ซึ่งได้กล่าวว่า คดีกรูมคร็อกเกอร์เป็นคดีที่ตัดสินผิด ลอร์ดเดนนิ่งได้ปฏิเสธหลักกฎหมายในคดีกรูม คร็อกเกอร์ และได้เสนอทฤษฎีความรับผิดชอบร่วมกัน (Concurrent Liability) แทน จากนั้น ผู้พิพากษาโอลิเวอร์ เจ (Oliver J.) ได้สรุปว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต่อลูกค้า ซึ่งเป็นหน้าที่อิสระจากหน้าที่ตามสัญญา ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการกฎหมายกับลูกค้าจึงเป็นความสัมพันธ์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกันทั้งทางสัญญาและทางละเมิด ลูกค้ามีสิทธิฟ้องร้องให้รับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อทางละเมิดหรือการฝ่าฝืนข้อสัญญาโดยปริยายที่ว่า ผู้ประกอบการวิชาชีพต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการให้บริการทางวิชาชีพ ดังนั้น ความรับผิดชอบทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย จึงตั้งอยู่บนหลักของความรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อ โดยถือว่าผู้ประกอบการวิชาชีพมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง ไม่ว่าจะมิใช่ข้อผูกพันตามสัญญาหรือไม่ก็ตาม ความประมาทเลินเล่อมีความหมายตรงกับการปราศจากความระมัดระวัง หลักพื้นฐานของความรับผิดชอบเกิดจากการที่ผู้ประกอบการวิชาชีพต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) ดังนั้น การกระทำหรือละเว้นการกระทำ จะเป็นความประมาทเลินเล่อต่อเมื่อผู้กระทำมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง หากไม่มีหน้าที่

ต้องใช้ความระมัดระวัง ย่อมไม่ผิดฐานประมาทเลินเล่อ²² นอกจากนี้ ในคดีเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อในการให้คำแนะนำของทนายความต่อลูกความที่เป็นเหตุให้ลูกความได้รับความเสียหาย ได้ปรากฏในคดีออตเตอร์ ชัซท์ (Otter V.Church), อัดัมส์ (Adams), แททแฮมแอนด์โค (Tatham & Co) โดยคดีนี้ทนายความได้ให้คำแนะนำโดยประมาทเลินเล่อแก่ลูกความว่า บุตรชายของลูกความมีสิทธิอย่างเด็ดขาดในทรัพย์สินมูลค่า 7,000 ปอนด์ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว บุตรชายของลูกความมีสิทธิแต่เพียงในจำนวนเงินค่าเช่าทรัพย์สินเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิในตัวทรัพย์สินนั้นด้วย เมื่อบุตรชายของลูกความเสียชีวิตลง ลูกความประสงค์จะโอนทรัพย์สินทั้งหมดซึ่งรวมถึงค่าเช่าให้แก่บุตรสาวของเขา แต่ก็ไม่สามารถดำเนินการเช่นนั้นได้ เพราะบุตรชายมิได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินทั้งหมดรวมทั้งค่าเช่าดังกล่าวให้แก่ลูกความ ดังนั้น ทรัพย์สินทั้งหมดจึงตกทอดเป็นมรดกแก่น้องชายของลูกความ ในฐานะที่เป็นผู้ชาย ซึ่งตามกฎหมายทรัพย์สินมรดกจะตกทอดแก่ทายาทที่เป็นผู้ชายเท่านั้น ศาลได้พิพากษาว่า หากลูกความได้รับคำแนะนำที่ถูกต้องแล้ว ลูกความก็อาจจะแนะนำแก่ตัวลูกชายของเขาให้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินทั้งหมดให้แก่ลูกความตามคำแนะนำของลูกความ ซึ่งลูกชายก็อาจประสงค์จะให้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นแต่เพียงแหล่งที่มาของรายได้ของลูกความผู้เป็นมารดา ไม่ถือเป็นทรัพย์สินของบรรพบุรุษซึ่งจะตกทอดเป็นมรดกไปสู่ทายาทที่เป็นชายเท่านั้น ศาลจึงตัดสินให้ทนายชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ลูกความคนดังกล่าว²³ และในคดีบริษัทจีแอนด์เค ลาเดนบู (G.and K. Ladenbu (UK) Ltd.) วี ครอว์ลี และ เด เรย่า (V. Crawley and De Reya) ซึ่งลูกความได้แจ้งต่อทนายความว่า ที่ดินที่จะมีการซื้อนั้น ต้องการนำมาพัฒนาและขายต่อ แต่ด้วยความประมาทเลินเล่อของทนายความที่มีได้สืบให้คิดว่าที่ดินที่จะมีการซื้อนั้นเป็นของทางราชการ เมื่อลูกความได้ซื้อที่ดินดังกล่าวมาแล้ว ปรากฏว่ายากต่อการขายต่อลูกความจึงฟ้องทนายความ ศาลตัดสินให้ทนายความต้องรับผิดชอบในความเสียหายของลูกความอันเป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของทนายความซึ่งทำให้ลูกความไม่อาจขายที่ดินได้²⁴

ส่วนความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในสหรัฐอเมริกา ส่วนมากมักเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ ขอบเขตหน้าที่เกิดจากกฎหมายและความตกลงระหว่างคู่สัญญา ขอบเขตหน้าที่ไม่มีกฎเกณฑ์แน่นอนขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ความสัมพันธ์ของคู่สัญญา สหรัฐอเมริกาและประเทศคอมมอนลอว์อื่นๆ มักใช้หน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่พึงมีต่อลูกความเป็น

²² ฉัฐวุฒิ ฉัตรเลิศพิพัฒน์. (2539). ความรับผิดชอบแห่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย. หน้า 58.

²³ ศิณีนารถ เกียรติกังวาลไกล. เรื่องเดิม. หน้า 26.

²⁴ เรื่องเดิม. หน้า 34.

หลักเกณฑ์วินิจฉัยความรับผิดในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อลูกความ และจะไม่ต้องรับผิดในความประมาทเลินเล่อหากไม่ทำในสิ่งที่ตนเองไม่มีหน้าที่ที่ต้องกระทำ

การตกลงให้บริการวิชาชีพกฎหมาย ย่อมถือได้ว่ามีข้อตกลงโดยชัดแจ้งว่าผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะกระทำการแทนลูกความด้วยความรู้ความชำนาญและความระมัดระวังตามที่ตนพึงมี ส่วนหน้าที่โดยปริยายในการใช้ความรู้ความชำนาญก็ยังคงมีผลผูกพันตนอยู่เช่นกัน การฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวจึงถือเป็นความประมาทเลินเล่อทางละเมิด ลูกความย่อมมีสิทธิฟ้องผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายทั้งการฝ่าฝืนสัญญาโดยปริยายหรือในความประมาทเลินเล่อซึ่งถือเป็นการปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) และมาตรฐานความรู้ความเชี่ยวชาญทางกฎหมาย (Standard of Specialist) ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายให้รับผิดได้ และการฟ้องร้องทางละเมิดและการฝ่าฝืนสัญญาโดยปริยายในข้อเท็จจริงเดียวกัน ก่อให้เกิดผลของการฟ้องคดีอย่างเดียวกัน นอกจากนี้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) ต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันระหว่างความผิดกับความเสียหายที่แท้จริง หลักพิสูจน์ความสัมพันธ์ดังกล่าวในความผิดเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ต่างจากหลักการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในความประมาทเลินเล่อทั่วไป หลักทั่วไปคือ หลักความใกล้ชิด (Proximate Cause) กล่าวคือ บุคคลอาจก่อให้เกิดความประมาทเลินเล่อด้วยการกระทำหรือละเว้นการกระทำ แต่ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายใดๆ อันเป็นผลของการกระทำหรือละเว้นการกระทำของตน เว้นแต่ความเสียหายนั้นเป็นเหตุความใกล้ชิดกับการกระทำหรือละเว้นการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อ เพื่อจำกัดความเสียหายมิให้ไกลเกินกว่าการกระทำอันเป็นความประมาทเลินเล่อ

2.5.2 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศ²⁵

2.5.2.1 ความรับผิดตามสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

นิติสัมพันธ์ระหว่างทนายความกับลูกความเป็นความสัมพันธ์ทางสัญญาที่ลูกความได้ว่าจ้างทนายความให้ดำเนินการต่างๆ ในด้านกฎหมายไม่ว่าเป็นการให้ว่าความในศาล หรือรับบริการหรือปรึกษาด้านกฎหมาย ซึ่งต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ความ ความรู้ความชำนาญอย่างเพียงพอ เพราะฉะนั้นสัญญาจ้างว่าความจึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 กล่าวคือสัญญาจ้างทำของนั้นวัตถุประสงค์สำคัญคือผลสำเร็จของงาน การที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ ผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการเฉพาะแรงงานของผู้รับจ้างแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งส่วนที่เกี่ยวกับการงานที่ผู้รับจ้างจะทำให้แก่ผู้ว่าจ้างนั้น อาจจะเป็นการทำให้เกิดวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมา อย่างเช่น จ้างว่าความ ซึ่งงานดังกล่าวนี้จะต้องอาศัย

²⁵ อาทิตย์ บุตรอินทร์. (2550). *ความรับผิดทางสัญญาและทางละเมิดของทนายความต่อลูกความ*.

ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะ และผู้ที่กระทำการงานนี้ได้นั้นจะต้องเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ทำได้ด้วย ทั้งนี้ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 250/2478 ยังวินิจฉัยยืนยันว่า ความสัมพันธ์ทางสัญญา ระหว่างนายความกับลูกความ มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ หรืออีกนัยหนึ่งการจ้างว่าความ ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน แต่เป็นสัญญาจ้างทำของ คือเป็นสัญญาจ้างเหมามาให้ดำเนินคดีเป็นสัญญาจ้างทำของ และเมื่อสัญญาจ้างว่าความมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ จึงไม่จำเป็นต้องมีแบบ เพียงแต่คู่สัญญามีการแสดงเจตนาเมื่อมีคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกัน ก็มีผลเป็นสัญญาที่สมบูรณ์ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือก็ได้

นอกจากนี้ในสัญญาจ้างทำของนั้น ผู้รับจ้างมิได้ทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างโดยเปล่าประโยชน์ หรือปราศจากค่าตอบแทน เมื่อผู้รับจ้างทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างแล้ว ก็จะได้รับสินจ้างเป็นการตอบแทน สัญญาจ้างทำของจึงเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนอันมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 369 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกด้วย ดังนั้น ผู้ว่าจ้าง(ลูกความ)และผู้รับจ้าง(ทนายความ) ต่างเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ทนายความย่อมเป็นเจ้าหนี้เมื่อทำงานตามสัญญาจ้างว่าความเสร็จแล้ว ย่อมจะได้รับค่าจ้างจากลูกความซึ่งเป็นลูกหนี้ หากลูกความไม่ชำระหนี้ค่าจ้างว่าความตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ คือทนายความจะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้ และในขณะเดียวกันลูกความก็เป็นเจ้าหนี้ มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้ คือการได้รับการบริการหรือปรึกษาทางกฎหมายหรือว่าต่างหรือแก้ต่างคดีจากทนายความซึ่งเป็นลูกหนี้ด้วยความรู้ ความชำนาญอย่างเพียงพอ เพราะฉะนั้นหน้าที่และความรับผิดชอบของทนายความ นอกจากต้องผูกพันตามสัญญาจ้างทำของแล้ว ทนายความยังมีหน้าที่ หรือหนี้ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งอยู่ภายใต้บทบังคับว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ซึ่งหากฝ่าฝืนข้อสัญญาที่ตกลงกับลูกความว่าตนมีความรู้ความชำนาญยิ่งกว่าทนาย ความอื่นในเรื่องนั้นเรื่องนี้ เพื่อจูงใจให้ลูกความตกลงว่าจ้างให้ตนว่าต่างหรือแก้ต่างให้ แต่ในความจริงตนเองไม่มีความรู้ความชำนาญอย่างเพียงพอ ถือว่า ทนายความไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามความประสงค์แห่งสัญญา ก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 213 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือรับผิดชอบค่าเสียหายเนื่องจากไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตามมาตรา 215 แก่ลูกความ

เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพเป็นทนายความกับลูกความก่อให้เกิดหน้าที่และความรับผิดชอบทางสัญญาตามสัญญาจ้างทำของ ย่อมต้องอยู่ภายใต้บทบังคับว่าด้วยนิติกรรมสัญญา การทำข้อตกลงในสัญญาจ้างว่าความที่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ และสัญญาต่างตอบแทนจึงต้องเป็นไปตามหลักสัญญา คือความตกลงที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย เป็นความตกลงที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งตกลงผูกพันตนเองกับบุคคลฝ่ายหนึ่งที่จะกระทำการ

หรือไม่กระทำการบางอย่างในอนาคต และบุคคลฝ่ายหลังมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้มีการกระทำหรือไม่กระทำการตามสัญญาให้สำเร็จได้ และจะต้องเป็นไปตามหลักการแนวคตินิติทฤษฎีว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนา (the autonomy of the will) เป็นหลักที่อาศัยความเป็นเหตุเป็นผลทางนิติปรัชญา ว่าด้วยนิติสัมพันธ์ทางหนี้ว่าอยู่บนรากฐานของเจตนาของบุคคล เจตนาเป็นแหล่งกำเนิดและเป็นมาตรการของสิทธิการที่กล่าวว่าเจตนามีความศักดิ์สิทธิ์นี้ไม่ได้หมายความว่าเจตนาเป็นอิสระที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามที่เจตนาต้องการเท่านั้นแต่เป็นหลักที่ทำให้ความสำคัญแก่เจตนาถึงขนาดกล่าวได้ว่า ที่ไหนไม่มีเจตนาที่นั่นก็ไม่มีสิทธิด้วย บุคคลทุกคนมีอิสระที่จะผูกมัดตนเองต่อผู้อื่นตามที่ตนต้องการ เจตนาเป็นตัวก่อให้เกิดสัญญาเป็นตัวกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญา และเป็นตัวกฎเกณฑ์ที่จะให้สัญญามีผลบังคับแก่คู่ สัญญาตลอดจนปัญหาการตีความสัญญา ฉะนั้น ถึงแม้คู่สัญญาอ้างว่าความจะต้องเคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาตกลงกันอย่างไรแล้ว ย่อมผูกพันคู่สัญญาตามข้อตกลงนั้น คู่สัญญาจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อตกลงนอกเหนือจากที่ตกลงกัน โดยที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้ แม้กระทั่งรัฐก็ไม่อาจสอดเข้าไปเกี่ยวข้องได้

เมื่อลูกความตกลงว่าจ้างให้ทนายความกระทำการใดๆ โดยใช้ความรู้ ความสามารถ ความชำนาญทางกฎหมาย โดยตกลงจ่ายสินจ้างให้แก่ทนายความในการตกลงรับจ้างหรือทำกรงานจนสำเร็จ และทนายความตกลงรับทำกรงานตามที่ได้รับจ้างจนสำเร็จ ความสัมพันธ์ระหว่างทนายความกับลูกความดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 และกรณีที่ทนายความใช้อุบายกล่าวอวดอ้างว่าตนมีความรู้ยิ่งกว่าทนายความอื่นเพื่อจูงใจให้ผู้ใดมอบคดีให้ว่าต่างหรือแก้ต่าง แต่ในความจริงตนเองไม่มีความรู้ความชำนาญอย่างเพียงพอ นั้นก่อให้เกิดหน้าที่และความรับผิดชอบทางสัญญา ลูกความมีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกร้องค่าเสียหายได้ นอกจากนี้ทนายความยังมีหน้าที่หรือหนี้ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งอยู่ภายใต้บทบังคับว่าด้วยนิติกรรมสัญญา เมื่อทนายความไม่สามารถชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา กล่าวคือ ไม่มีความรู้ ความสามารถ ความชำนาญอย่างเพียงพอตามที่อวดอ้าง ทำให้คดีของลูกความเสียหาย ก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 213 หรือรับผิดชอบค่าเสียหายเนื่องจากไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตามมาตรา 215 แก่ลูกความผู้เสียหาย

ดังนั้น เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างทนายความกับลูกความดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 เพราะฉะนั้น การที่ทนายความใช้อุบายกล่าวอวดอ้างว่าตนมีความรู้ยิ่งกว่าทนายความอื่น เพื่อจูงใจให้ผู้ใดมอบคดีให้ว่าต่างหรือแก้ต่าง แต่ในความจริงตนเองไม่มีความรู้ความชำนาญอย่างเพียงพอ นั้น ก่อให้เกิดหน้าที่และความรับ

ผิดทางสัญญา ซึ่งลูกความมีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกร้อยค่าเสียหายได้ นอกจากนี้ทนายความยังมีหน้าที่หรือหน้าที่ตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมทั้งอยู่ภายใต้บทบังคับว่าด้วยนิติกรรมสัญญา เมื่อทนายความไม่สามารถชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา กล่าวคือ ไม่มีความรู้ ความสามารถ ความชำนาญอย่างเพียงพอตามที่ควรอ้าง ทำให้คดีของลูกความเสียหาย ก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายตามมาตรา 213 หรือรับผิดชอบค่าเสียหายเนื่องจากไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ตามมาตรา 215 ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 บัญญัติว่า “เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซ้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้” เพราะฉะนั้นลูกความจะฟ้องร้องให้ทนายความรับผิดชอบตามสัญญา และชดใช้ค่าเสียหายก็ได้

2.5.2.2 ความรับผิดชอบของคู่ประกอบวิชาชีพกฎหมายในประเทศไทย

หน้าที่และความรับผิดชอบของทนายความที่มีต่อลูกความ นอกจากความรับผิดชอบทางสัญญาแล้ว หากทนายความไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือชำระบกพร่องไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้หรือปฏิบัติหน้าที่โดยขาดความระมัดระวังอันตนพึงมีในฐานะทนายความ และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ลูกความได้รับความเสียหายทนายความอาจต้องรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อีกด้วย การกระทำนั้นรวมถึงการละเว้นการกระทำซึ่งตนมีหน้าที่ต้องกระทำตามสัญญา หรือตามวิชาชีพกฎหมายด้วย ปกติความรับผิดชอบทางสัญญาและละเมิดอยู่คนละส่วนกัน แต่บางพฤติการณ์อาจเกิดขึ้นพร้อมกัน ความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างคู่กรณี อาจก่อให้เกิดการละเมิดขึ้นได้ ความรับผิดชอบจึงเกิดขึ้นได้ทั้งสองกรณี บางกรณีการไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ไม่เป็นละเมิดด้วย แต่เป็นเพียงการผิดสัญญาเท่านั้น ดังกรณีลูกความว่าจ้างทนายความให้ทวงหนี้สินแทนลูกความ แต่ทนายความไม่ดำเนินการให้ กรณีนี้เป็นการผิดสัญญาเท่านั้น แต่บางกรณีทนายความมีความผูกพันโดยสัญญาและอาจเป็นละเมิดในตัวได้ หากการกระทำนั้นเป็นละเมิดในสิทธิตามมาตรา 420 หรือการกระทำนั้นเป็นการละเมิดสิทธิเด็ดขาด อย่างกรณีการฟ้องร้องคดี หากทนายความประมาทเลินเล่อในการร่างคำฟ้อง คำให้การ จนทำให้ลูกความแพ้คดี หรือจงใจไม่ยื่นคำให้การแก้คดีหรือจงใจขาดนัดพิจารณาคดีหรือไม่นำพยานหลักฐานเข้าสืบทั้งที่มีพยานหลักฐานอยู่พร้อมเป็นเหตุให้ลูกความแพ้คดี กรณีนี้ถือเป็นการผิดสัญญาในลักษณะชำระหนี้บกพร่องไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้หรือไม่ใช้ความระมัดระวังในฐานะทนายความที่พึงมีต่อลูกความ จนเกิดความเสียหายแก่ลูกความ ก็ต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 ด้วย ซึ่งหากเป็นทั้งการผิดสัญญาและละเมิด ลูกความก็มีสิทธิเลือกฟ้องทนายความในกรณีใดกรณีหนึ่งหรือฟ้องทั้งสองกรณีก็ได้ หลักการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 ก็คือการทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิ หรือโดยล่วงสิทธิผิดหน้าที่ (Breach of Duty) รวมถึงการล่วงล้ำเข้าไปทำให้

เสียหายต่อสิทธิผู้อื่นซึ่งตนมีหน้าที่ต้องเคารพในสิทธินั้น จึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกัน ความรับผิดเพื่อละเมิดเกิดจากการล่วงสิทธิผิดหน้าที่นี้ ไม่ใช่การใช้สิทธิและหน้าที่ตามที่มีกฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้น แต่หน้าที่นี้เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นโดยทั่วไป (General) การทำผิดหน้าที่จึงย่อมฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ มาตรา 420 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของบุคคลในการกระทำของตนเอง ซึ่งผู้ต้องรับผิดต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ จึงจะเข้าหลักเกณฑ์การทำละเมิดตามกฎหมาย มาตรา 420

ก่อนมีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ใช้บังคับการฟ้องร้องทนายความให้รับผิดทางละเมิด โดยจงใจนั้น คำพิพากษาที่ปรากฏโดยมากเป็นการฟ้องให้รับผิดในคดีมรณาททนายความ แต่หลังจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ใช้บังคับคำพิพากษาศาลฎีกาหรือคำสั่งสถานายกพิเศษแห่งสภาทนายความในเรื่องที่กล่าวหา จะเป็นการวินิจฉัยถึงความผิดโดยจงใจของทนายความ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2459 “ทนายความทำหนังสือปลอมให้แก่ลูกความของตน แล้วกลับเปิดเผยความลับนั้นให้แก่ลูกความฝ่ายโน้นทราบ และเข้าเป็นพยานให้ลูกความฝ่ายโน้นด้วย เป็นการผิดมรณาททนายความ” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 722/2469 “ทนายความที่ประพฤติชั่วอธรรมของราษฎร จนศาลได้พิพากษาลงโทษจำคุกแล้วนั้น ไม่ควรให้เป็นทนายความว่าความต่อไป”

คำสั่งสถานายกพิเศษแห่งสภาทนายความที่ 7/2533 ผู้ถูกกล่าวหาได้รับเงินและเอกสารจากผู้กล่าวหาไปแล้ว แต่ไม่ได้ฟ้องคดีให้และไม่ยอมคืนเงิน เป็นการจงใจทอดทิ้งคดี และจงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีของลูกความของตน เป็นการประพฤติผิดมรณาททนายความตามข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรณาททนายความ พ.ศ. 2529 ข้อ 12(1) และ(2)

นอกจากนี้ความรับผิดทางละเมิดของทนายความนั้นระดับความระมัดระวังที่จะเปรียบเทียบเป็นมาตรฐาน เพื่อวินิจฉัยความรับผิดของผู้กระทำความเสียหายนั้นแตกต่างจากความรับผิดทางสัญญาโดยที่ทนายความเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายต้องอาศัยความรู้ ความสามารถเป็นพิเศษยิ่งกว่าวิญญูชนบุคคลธรรมดา ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่การเป็นทนายความจึงต้องอาศัยความระมัดระวังตามพฤติการณ์และตามฐานะผู้ประกอบวิชาชีพตามมรณาททนายความว่าด้วย ข้อบังคับของสภาทนายความ พ.ศ. 2529 และตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

เพราะฉะนั้น ปัญหาการที่ทนายความกระทำการแก่ต่างหรือว่าต่างคดี โดยไม่ได้ใช้ความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ในการประกอบวิชาชีพทนายความ ย่อมเป็นการกระทำที่ขาดความระมัดระวังตามสมควร และตามพฤติการณ์พิเศษในการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย อันถือได้ว่าทนายความผู้นั้นได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อต่อลูกความแล้วอันเป็นองค์ประกอบของการทำละเมิดอีกประการหนึ่งแล้ว

การที่ทนายความจงใจขาดขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี หรือจงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำ อันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ ย่อมเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายตามหลักกฎหมายมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 และตามข้อ 10 (1) และ (2) แห่งข้อบังคับสภาพทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529

การที่ทนายความจงใจขาดขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี หรือจงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำ อันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ จนส่งผลให้การดำเนินคดีของลูกความแพ้กดีนั้น ย่อมถือได้ว่าทนายความในฐานะลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ตามความประสงค์แท้จริงแห่งมูลหนี้ได้ จนทนาย ความว่าต่างหรือแก้ต่างคดีให้ลูกความ ไม่สำเร็จตามการงานที่ตกลงกันไว้ ย่อมถือได้ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ทนาย ความเสียหาย คือทนายความส่วนหนึ่ง ส่วนกรณีจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายมากน้อยเพียงใดย่อม พิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ ไปประกอบการใช้ดุลพินิจของศาลในแต่ละคดีไป

2.5.3.3 ความรับผิดชอบของทนายความตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ได้ตราขึ้นเพื่อกำหนดให้ทนายความผู้ประกอบ วิชาชีพทางกฎหมาย ได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนในฐานะทนายความเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ดังนั้น มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 จึงได้กำหนดข้อบังคับว่าด้วยมรรยาท ทนายความขึ้นมีสาระสำคัญว่า ทนายความต้องประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ การกำหนดมรรยาททนายความให้สภาพทนายความตราเป็นข้อบังคับ ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ ปฏิบัติตามข้อบังคับที่สภาพทนายความตราขึ้น ให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาท ทนายความ การที่ทนายความต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เพียงใด พิจารณาความในมาตรา 64 บัญญัติแต่เพียงว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย หรือทนายความ มีสิทธิกล่าวหาทนายความว่าประพฤติผิดมรรยาททนายความ โดยทำคำกล่าวหาเป็นหนังสือต่อ ประธานกรรมการมรรยาททนายความ.. โดยมีได้บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของทนายความไว้แต่ อย่างใด กล่าวคือมีแต่เพียงมาตรการให้กล่าวหาต่อสภาพทนายความเพื่อให้ลงโทษฐานผิดมรรยาท ทนายความ เมื่อพิจารณาข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งออกตามความใน พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 แล้ว ข้อบังคับนั้นมิได้กำหนดมาตรฐานทางวิชาชีพกฎหมาย ไว้ เป็นแต่เพียงการกำหนดข้อห้ามปฏิบัติ ความสำนึกในวิชาชีพ จริยธรรมทางวิชาชีพ และมรรยาท ทนายความประพฤติของทนายความเท่านั้น และการชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายให้แก่ลูกความ ผู้ได้รับความเสียหายนั้น เมื่อพิจารณา มาตรา 52 จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นการลงโทษ ในทางวิชาชีพผู้ประกอบวิชาชีพเป็นทนายความที่ทำผิดมรรยาททนายความโดยการภาคทัณฑ์ หรือ

ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความเท่านั้น อันเป็นการตัดสิทธิหรือประโยชน์บางประการในการประกอบวิชาชีพ มิได้มีบทบัญญัติที่จะเป็นการชดใช้ค่าเสียหาย หรือการเยียวยาจากความผู้ได้รับความเสียหายอันเกิดจากการกระทำละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเป็นทนายความแต่อย่างใด จึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กรณีทนายความไม่ประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ การที่ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่สภาทนายความตราขึ้น ให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ แต่ไม่มีบัญญัติใดที่กำหนดบทความรับผิดชอบของทนายความไว้ จึงเป็นช่องโหว่ของกฎหมาย ทำให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการที่ทนายความประพฤติผิดมรรยาททนายความ จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความ ไม่อาจได้รับความคุ้มครองรับรองตามกฎหมายที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน อันเนื่องมาจากการขาดความชัดเจนในดับบทกฎหมาย หากมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องมาตรฐานทางวิชาชีพกฎหมาย และการชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายให้แก่ลูกความผู้ได้รับความเสียหายไว้ให้ชัดเจน บุคคลผู้ได้รับความเสียหายก็สามารถฟ้องบังคับให้ทนายความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 ได้

เมื่อพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 6 บัญญัติให้มีองค์กรควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ได้จดทะเบียน และรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ องค์กรดังกล่าวคือ “สภาทนายความ” โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งคือ การควบคุมมรรยาททนายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 มาตรา 7 (2) มาตรการที่ใช้ลงโทษทนายความที่ประพฤติผิดจรรยาบรรณในวิชาชีพหรือที่เรียกว่าประพฤติผิดมรรยาททนายความ ตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความมี 3 สถาน คือ ภาคทัณฑ์ ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี และการลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ ในกรณีประพฤติผิดมรรยาททนายความเล็กน้อยและเป็นความผิดครั้งแรก ถ้าผู้มีอำนาจสั่งลงโทษเห็นว่ามิเหตุอันควรลงโทษ จะงดโทษให้โดยการว่ากล่าวตักเตือนหรือให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือก็ได้²⁶

จะเห็นได้ว่าโทษทั้งสามสถานดังกล่าว เป็นเพียงการลงโทษเกี่ยวกับสถานะทางวิชาชีพในส่วนที่เกี่ยวกับทนายความอันมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิ หรือประโยชน์ในการประกอบวิชาชีพทนายความ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของการกระทำผิดและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นและเป็นโทษที่มีผลบังคับใช้เฉพาะทนายความเท่านั้น โดยไม่มีผลบังคับใช้กับบุคคลทั่วไป พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กำหนดให้เป็นอำนาจของสภาทนายความ โดยคณะกรรมการมรรยาททนายความที่จะพิจารณาลงโทษทนายความเท่านั้น ซึ่งโดยปกติถือเป็นสิทธิและอำนาจหน้าที่เด็ดขาดของคณะกรรมการมรรยาททนายความที่จะชี้ความผิดของทนายความผู้นั้น และไม่ว่า

²⁶ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, มาตรา 52.

จะมีการชี้ขาดว่านายความผู้นั้นผิดหรือไม่ก็ตาม ศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยซ้ำซ้อนกับการวินิจฉัยของคณะกรรมการมรรยาทนายความ ซึ่งได้วินิจฉัยไว้แล้ว เว้นแต่เป็นกรณีที่คณะกรรมการมรรยาทนายความยังมิได้ชี้ความผิดในข้อกล่าวหาที่นั้น หรือได้ปฏิบัติหน้าที่โดยผิดกฎหมาย ศาลย่อมมีอำนาจชี้ขาดข้อกล่าวหาว่านายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาทนายความ เพื่อวินิจฉัยความผิดทางแพ่งในกรณีละเมิดที่นายความผู้นั้นไปก่อให้เกิดความเสียหายได้ ตามนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 439/2539 ที่วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 มิได้บัญญัติห้ามศาลที่จะวินิจฉัยว่านายความผู้มีพฤติกรรมที่ขัดต่อมรรยาทนายความ ตามข้อบังคับสภาพนายความว่าด้วยมรรยาท นายความ พ.ศ. 2529 เป็นผู้ประพฤติมรรยาทนายความเพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางแพ่งในกรณีละเมิด มีข้อนำสังเกตว่า ในกรณีที่ศาลเป็นผู้ชี้ความผิดว่านายความประพฤติผิดมรรยาทนายความแล้ว ศาลจะไม่มีอำนาจพิจารณาลงโทษนายความผู้นั้นเกี่ยวกับความผิดทางวิชาชีพ เพราะการพิจารณาลงโทษนายความเป็นอำนาจของสภาพนายความโดยคณะกรรมการมรรยาทนายความเท่านั้น

ดังนั้น เมื่อนายความไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความอันเกิดจากการใช้วิชาชีพ และถูกกล่าวหาว่าประพฤติผิดมรรยาทนายความและไม่ว่าจะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดฐานประพฤติผิดมรรยาทนายความจากองค์กร หรือศาลตามที่กล่าวมา แล้วหรือไม่ก็ตาม พระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 ก็มีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการหรือวิธีการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากนายความผู้กระทำผิด เพื่อเป็นการชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายแก่บุคคลอื่นผู้ได้รับความเสียหายแต่ประการใด อีกทั้งคณะกรรมการมรรยาทนายความก็ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยค่าเสียหายที่ต้องชดเชยแก่ผู้ได้รับความเสียหาย ส่วนกรณีที่ศาลเป็นผู้ชี้ความผิดว่า นายความประพฤติผิดมรรยาทนายความในกรณีที่คณะกรรมการมรรยาทนายความ ยังมิได้ชี้ขาดข้อกล่าวหา เพื่อวินิจฉัยความรับผิดทางแพ่งในกรณีละเมิด ซึ่งอาจมีการวินิจฉัยในส่วนค่าเสียหายที่นาย ความต้องรับผิดชอบต่อลูกความผู้ได้รับความเสียหาย ก็เป็นเพียงอำนาจที่มีอยู่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ไม่ใช่อำนาจที่มีอยู่ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินายความ พ.ศ. 2528 แต่อย่างใด

2.6 ปัญหาในการนำระบบประกันภัยความรับผิดมาใช้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันนี้ ยังไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพกฎหมายเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการประกันภัย โดยเฉพาะบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการประกันวินาศภัยและการประกันภัยค่าเงินที่มีผลบังคับใช้อยู่ในขณะนี้ จะสามารถนำมาปรับใช้กับการประกันภัยความรับผิดของผู้ประกอบ

วิชาชีพพนายความในประเทศไทยได้มากขึ้นเรื่อยๆหรือไม่นั้น อาจพิจารณาจากบทบัญญัติใน ส่วนของการประกันวินาศภัยและการประกันภัยคำจูน กล่าวคือ

2.6.1 ประกันวินาศภัยและประกันภัยคำจูน

การประกันภัยคำจูนถือว่าการประกันวินาศภัยอย่างหนึ่ง ที่มีวัตถุประสงค์ที่เอาประกันภัยที่ไม่ใช่ตัวทรัพย์สินที่เอาประกันภัยเหมือนเช่นประกันวินาศภัยทั่วไป หากแต่เป็นความรับผิดชอบของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อบุคคลภายนอก โดยภัยที่ผู้รับประกันภัยรับเสี่ยงในการประกันภัยคำจูนนี้ เป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายของผู้เอาประกันภัยที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้เอาประกันภัยหรือผู้ที่ผู้เอาประกันภัยจะต้องรับผิดชอบ การประกันภัยคำจูนจึงมีลักษณะเฉพาะ คือ เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 887 ซึ่งให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัยได้โดยตรงในนามของตนเองตามมูลหนี้ของสัญญาประกันภัยคำจูน โดยไม่ต้องแสดงเจตนาเข้าถือประโยชน์ตามสัญญานั้น

ความรับผิดชอบของผู้เอาประกันภัยที่มีต่อบุคคลภายนอกตามกฎหมายนี้ จึงถือเป็นวินาศภัยอย่างหนึ่งของผู้เอาประกันภัยและเป็นวัตถุประสงค์ที่เอาประกันภัยตามสัญญาประกันภัยคำจูน เมื่อผู้เอาประกันภัยมีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในอันที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ย่อมถือได้ว่าเกิดวินาศภัยตามสัญญาประกันภัยคำจูนขึ้นแล้ว ผู้รับประกันภัยก็ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นให้แก่บุคคลภายนอกผู้ต้องเสียหายแทนผู้เอาประกันภัยด้วย ความรับผิดชอบของผู้รับประกันภัยคำจูนนั้น มิใช่ความรับผิดในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วมกับผู้เอาประกันภัย แต่เป็นความรับผิดในมูลหนี้ตามสัญญาประกันภัย ดังนั้น เมื่อพิจารณาลักษณะการประกันภัยความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพ

กฎหมายกับการประกันภัยคำจูนแล้ว จึงสามารถนำบทบัญญัติของการประกันภัยคำจูน มาปรับใช้กับการประกันภัยความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้ โดยผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็คือบุคคลผู้เอาประกันภัย บริษัทรับประกันภัยก็คือผู้รับประกันภัย และบุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็คือลูกความส่วนภัยที่บริษัทผู้รับประกันภัยรับเสี่ยงก็คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ลูกความจากการประกอบวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือความประมาทเลินเล่อก็ตามแต่กฎหมายประกันภัยของไทยเท่าที่มีอยู่โดยเฉพาะบทบัญญัติในเรื่องการประกันภัยคำจูน เป็นกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้เพียงกว้างๆ เท่านั้น ซึ่งสามารถบังคับใช้ได้กับการประกันภัยความรับผิดชอบในวิชาชีพกฎหมายได้ในระดับหนึ่ง ทำให้ความคุ้มครองจากการทำประกันภัยไม่เกิดประโยชน์เท่าที่ควร ซึ่งเป็นปัญหาทางกฎหมายที่ไม่สามารถใช้ครอบคลุมการทำประกันภัยในลักษณะนี้ได้ อย่างครบถ้วนเหมือนเช่นในต่างประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยความรับผิดชอบในวิชาชีพ

เป็นการเฉพาะ มีขอบเขตของสิทธิหน้าที่ เงื่อนไขและความคุ้มครองตามกฎหมายและตามที่ระบุในกรมธรรม์ประกันภัยที่สามารถบังคับใช้กับผู้เกี่ยวข้องในสัญญาประกันภัยไว้อย่างกว้างขวาง

นอกจากกฎหมายประกันวินาศภัยและประกันภัยค้ำจุนซึ่งเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่สำคัญและเหมาะสมในการนำมาใช้แก้ปัญหาค่าเสียหายอันเกิดจากเหตุแห่งภัยต่างๆ อย่างมีผลได้จริงทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติ แต่การประกันภัยนั้นมีวิวัฒนาการของการนำมาใช้ออกเป็น 2 ลักษณะคือ การประกันภัยภาคสมัครใจ (Voluntary Insurance System) และการประกันภัยภาคบังคับ (Compulsory Insurance System)

2.6.2 การประกันภัยภาคสมัครใจและภาคบังคับ

การประกันภัยภาคสมัครใจ มีลักษณะที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาเข้าผูกพันตนตามกฎหมาย²⁷

ส่วนการประกันภัยภาคบังคับมีลักษณะเป็นการประกันภัยที่ภาครัฐใช้กฎหมายประกันภัยเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาของประเทศและเพื่อประโยชน์สาธารณะในการออกกฎหมายบังคับประชาชนในประเทศต้องทำประกันภัยเมื่อบุคคลนั้นมีคุณสมบัติหรือคุณลักษณะเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด หากฝ่าฝืนมีความรับผิด²⁸

แต่เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่า สัญญาประกันภัยนั้นส่วนใหญ่เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการตกลงใจของผู้เอาประกันภัยที่จะโอนความเสี่ยงภัยของผู้เอาประกันภัยไปให้แก่ผู้รับประกันภัย ซึ่งในต่างประเทศอย่างอังกฤษและอเมริกาถือเป็นเรื่องจำเป็นและมีความสำคัญต่อวิถีชีวิตของผู้นั้นในสังคมและการประกอบธุรกิจต่างๆ ประกอบกับประชาชนและผู้ประกอบธุรกิจต่างๆ มีความรู้ความเข้าใจในระบบการประกันภัย และเห็นความสำคัญของการประกันภัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในการบรรเทาความเสียหาย หากผู้เอาประกันภัยจะต้องมีความรับผิดตามกฎหมายในการต้องถูกฟ้องร้องให้ชดใช้ค่าเสียหาย อีกทั้งเป็นการแบ่งเบาภาระของรัฐที่จะต้องใช้งบประมาณเพื่อเยียวยายบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ดังนั้น ประชาชนส่วนใหญ่จึงทำประกันภัยด้วยความสมัครใจ โดยเลือกที่จะทำประกันภัยในระบบสมัครใจ ธุรกิจประกันภัยที่ให้ความคุ้มครองหลากหลายรูปแบบหลากหลายอาชีพในประเทศดังกล่าวจึงสามารถดำเนินกิจการได้ด้วยคามมั่นคง

แต่สำหรับประเทศไทย จากการสำรวจในปัจจุบันพบว่าคนไทยไม่นิยมและไม่ให้ความสำคัญต่อการทำประกันภัย ไม่ว่าจะเป็นการทำประกันประเภทใดก็ตาม อีกทั้งคนไทยมีทัศนคติที่ไม่ดีต่อบริษัทประกันภัยเกี่ยวกับมาตรฐานอันเป็นที่น่าไว้วางใจในการประกอบธุรกิจประกันภัยว่า เมื่อเกิดภัยแล้วจะได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามข้อตกลงหรือไม่ ส่วนผู้ที่ต้อง

²⁷ ธาณี วรภัทร์. (2555). *กฎหมายว่าด้วยการประกันภัย* (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 24.

²⁸ Raoul Colonvaux. (1984). *The Law of Insurance*. p. 41.

ทำประกันภัยนั้น ส่วนใหญ่มักมีสาเหตุมาจากความจำเป็นหรือเหตุผลพิเศษที่ถูกระงับ เช่น การขอสินเชื่อเพื่อซื้อที่อยู่อาศัย ซึ่งสถาบันการเงินจะบังคับให้ผู้ขอสินเชื่อทำประกันอัคคีภัยสิ่งปลูกสร้างไว้ หรือการก่อสร้างในโครงการใหญ่ ผู้ว่าจ้างมักจะกำหนดไว้ในสัญญาว่าจ้างบังคับให้ผู้รับจ้างต้องทำประกันภัยความเสี่ยงในลักษณะต่างๆ ในระหว่างการก่อสร้าง การประกันภัยในระบบสมัครใจจึงน่าจะมีจำนวนน้อยและคงเป็นไปได้ยากหากจะให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความสมัครใจที่จะทำประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพด้วยตนเอง ปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ โดยที่การประกันภัยเป็นแผนการเฉลี่ยร่วมกัน (Co-operative Risk Sharing Plan) อันเป็นหัวใจสำคัญของการประกันภัย เพราะเมื่อเกิดภัยขึ้น ความสูญเสียหรือความเสียหายมีจำนวนเท่าใดก็จะเฉลี่ยกันระหว่างผู้เสี่ยงภัยนั้น แต่เนื่องจากจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพทนายความมีอยู่เป็นจำนวนน้อยโดยข้อมูล ณ. วันที่ 20 ธันวาคม 2549 มีทนายความทั่วประเทศจำนวน 50,678 คน²⁹ ซึ่งไม่อาจเทียบกับจำนวนผู้ขับขี่รถยนต์บนท้องถนนที่ถือว่าเป็นกลุ่มผู้เสี่ยงภัยกลุ่มใหญ่ ความสูญเสียที่เฉลี่ยกันไปในนี้จะแสดงในรูปของเบี้ยประกันภัย ซึ่งไม่เป็นไปตามกฎของสิ่งจำนวนมาก (The Law of Large Numbers) ตามหลักการกระจายความเสี่ยงภัย จึงนับเป็นอุปสรรคของการทำประกันภัยในระบบสมัครใจว่า เมื่อกลุ่มผู้เสี่ยงภัยมีน้อย ก็จะเป็นผลทำให้อัตราค่าเบี้ยประกันภัยมีจำนวนสูงมาก ความเป็นไปได้ของการประกันภัยในระบบความสมัครใจย่อมจะดำเนินไปได้ค่อนข้างยาก เพราะผู้เอาประกันภัยจะต้องเสียค่าเบี้ยประกันภัยในอัตราที่สูง

ส่วนการประกันภัยในระบบบังคับในประเทศไทยนั้น ได้นำมาใช้เพื่อความปลอดภัยแห่งสาธารณชน ซึ่งเป็นวิธีการที่รัฐได้ตราเป็นกฎหมายใช้บังคับในลักษณะการประกันภัยบุคคลที่สาม (Third Party Liability Law) เพื่อเป็นหลักประกันให้สาธารณชนได้รับความคุ้มครองในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุจากการทำงานหรือการใช้รถยนต์บนท้องถนน อันมีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการจราจรทางบก (Road Traffic Act 1988) หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกันภัยแห่งชาติ (การประสบอันตรายในภาคอุตสาหกรรม) ค.ศ. 1965 (The National Insurance and National Insurance (Industrial Injuries) Act 1965) ของประเทศอังกฤษ³⁰ เพื่อให้บุคคลผู้ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหายได้ทันทีเมื่อเกิดอุบัติเหตุขึ้น เป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องคำนึงถึงหลักการในเรื่องภาระพิสูจน์ความเสียหายตามขั้นตอนกฎหมายซึ่งต้องเสียเวลามากและหากไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายได้ บุคคลผู้ได้รับความเสียหายก็อาจแพ้อคติและไม่ได้รับการชดเชยค่าเสียหาย ดังนั้น รัฐจึงได้ตรากฎหมายบังคับให้คนในรัฐต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดแทนหลักการแบบเดิมคือหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบ

²⁹ เสี่ยม บุญจันทร์. (2549, ธันวาคม). ข่าวนายทะเบียน. *ข่าวสภานายความ*. หน้า 4.

³⁰ สุธาบดี สิงห์เสนี. เรื่องเดิม. หน้า 80.

เรียบริบร้อยซึ่งเป็นลักษณะการออกกฎหมายห้ามมิให้คนในรัฐกระทำการที่ขัดต่อความสงบเรียบริบร้อย ดังที่ปรากฏในบางมาตราของประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หากพิจารณาลักษณะการประกันภัยบุคคลที่สามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535 ที่มีหลักการบังคับให้เจ้าของรถต้องเอาประกันภัย ซึ่งขัดต่อหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาและขัดต่อหลักการชดใช้ค่าเสียหายโดยไม่ต้องมีภาระการพิสูจน์ความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 แล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ จะนำหลักการดังกล่าวมาเทียบเคียงเพื่อบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความต้องเอาประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพ เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของรถได้หรือไม่ และเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการใช้วิชาชีพของทนายความ ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของทนายความอย่างไร บุคคลผู้ได้รับความเสียหายก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่า ทนายความผู้นั้นได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น ส่วนจุดมุ่งหมายในการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535 ก็เพื่อให้ความคุ้มครองผู้ได้รับอุบัติเหตุจากการขับขี่รถยนต์บนท้องถนน เพื่อให้บุคคลที่ประสบอุบัติเหตุได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ทันทีโดยไม่ต้องมีภาระการพิสูจน์ความเสียหายตามขั้นตอนกฎหมายอันเป็นนโยบายสาธารณะ (Public Policy) เพื่อให้ความคุ้มครองความเสียหายแก่คนส่วนใหญ่ เพราะประเทศไทยมีผู้ประสบอุบัติเหตุจากการใช้รถเป็นจำนวนมากในแต่ละปีพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงต้องมีบทบัญญัติบังคับให้ผู้ขับขี่รถยนต์ต้องทำประกันภัย ส่วนบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการใช้วิชาชีพของทนายความ เป็นบุคคลเพียงกลุ่มน้อยเท่านั้น ซึ่งเทียบไม่ได้กับผู้ต้องประสบอุบัติเหตุจากการใช้รถซึ่งเป็นกลุ่มคนจำนวนมาก การที่จะนำหลักการของการประกันภัยบุคคลที่สามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ. 2535 ดังกล่าว มาบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความต้องทำประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพเช่นเดียวกับการบังคับให้เจ้าของรถต้องเอาประกันภัยนั้น จึงจะเป็นการไม่เหมาะสมนัก แต่หากพิจารณาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษตามโซลิสิเตอร์ไอนเดมનીตี 1974 (Solicitors Indemnity Act 1974) มาตรา 37 และกฎหมายของประเทศแคนาดา ซึ่งมีการบังคับให้ทนายความต้องทำประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพกฎหมายแล้ว ก็น่าที่จะออกกฎหมายบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศไทยต้องทำประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพเช่นเดียวกัน³¹ อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากสถิติการร้องเรียนคดีมรยาทต่อสำนักงานคณะกรรมการมรยาททนายความ จะพบว่าในปีพ.ศ. 2552 มีการยื่นคำกล่าวหาถึง 402 คดี และรับเป็นคำกล่าวหาถึง 255 คดี ซึ่งส่วนใหญ่เป็นลักษณะความผิดคือ จงใจขาดนัดหรือทอดทิ้งคดี หรือจงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตนหรือ

³¹ นิยุทธิ์ เนติฤทธิ. (2550). การประกันภัยความรับผิดในวิชาชีพกฎหมาย. หน้า 110-114.

ปิดปังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบถึง 245 คดี และรับเป็นคำกล่าวหา 181 คดี และสั่งอีกถึง 43 คดี โดยคดีที่ร้องเรียนทั้งหมดมีถึง 92 คดีที่มีคำสั่งถึงที่สุดให้ลงโทษผู้ถูกกล่าวหา

ในปี พ.ศ. 2553 มีการยื่นคำกล่าวหาถึง 400 คดี และรับเป็นคำกล่าวหาถึง 251 คดี ซึ่งส่วนใหญ่เป็นลักษณะความผิดเดียวกัน กับปี พ.ศ. 2552 ถึง 215 คดี และรับเป็นคำกล่าวหา 146 คดี และรอสั่งอีกถึง 41 คดี และปี พ.ศ. 2554 มีการยื่นคำกล่าวหาถึง 394 คดี ซึ่งเป็นคดีที่จงใจขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี หรือจงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือปิดปังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบถึง 205 คดี

ซึ่งจากสถิติคดีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า สมควรอย่างยิ่งที่จะต้องมีการประกันภัย ความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศไทยต่อไป