



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

หลักนิติธรรมกับการประกอบวิชาชีพอิสระที่ปรึกษากฎหมาย

จัดทำโดย นายอชิตศักดิ์ บรรจงโพธิ์กลาง
รหัส ๖๓๐๘๔๕

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๘
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับการประกอบวิชาชีพอิสระที่ปรึกษากฎหมาย

นายอชิตศักดิ์ บรรจงโพธิ์กลาง^๑

ความนำ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.๒๕๕๔ ให้ความหมายของ “วิชาชีพ” ว่าหมายถึงวิชาที่จะนำไปใช้ในการประกอบอาชีพ เช่น วิชาแพทย์ วิชาช่างไม้ วิชาช่างยนต์ คำว่าวิชาชีพ มาจากคำสนธิระหว่างคำว่า “วิชา” และ “อาชีพ” วิชาชีพจึงไม่ใช่อาชีพธรรมดาแต่ต้องมีวิชาประกอบด้วย ความแตกต่างระหว่างอาชีพกับวิชาชีพ คือ อาชีพเป็นการเลี้ยงชีวิต การทำมาหากิน ที่ไม่ต้องฝึกฝนเล่าเรียนก็สามารถทำได้ ส่วนวิชาชีพเป็นความรู้ที่ได้จากการฝึกฝนเล่าเรียน หากไม่ได้ฝึกฝนเล่าเรียนจะปฏิบัติงานเช่นนั้นไม่ได้ ดังนั้น ทุกอาชีพจึงไม่ถือว่าเป็นวิชาชีพทั้งหมด การประกอบวิชาชีพมักจะมีกฎหมายควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพเพื่อให้มีจริยธรรม หรือจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพไว้อย่างชัดเจน

ผู้ประกอบการวิชาชีพ หรือ Professional มีลักษณะสำคัญ คือเป็นผู้มีองค์ความรู้เฉพาะทางผ่านการฝึกอบรมให้มีความรู้ในศาสตร์เฉพาะของวิชาชีพนั้น ๆ เช่น นิติศาสตร์ แพทย์ศาสตร์ และวิศวกรรมศาสตร์ เป็นต้น ตลอดจนมีกฎหมายรองรับการประกอบวิชาชีพไว้โดยเฉพาะ ผู้ประกอบการวิชาชีพเหล่านั้นจะต้องได้รับการขึ้นทะเบียนเพื่อขออนุญาตประกอบวิชาชีพ มีจรรยาบรรณที่ตราขึ้นเพื่อให้ผู้ประกอบการวิชาชีพดำรงตนหรือประพฤติตนอยู่ในความถูกต้องดีงาม มีองค์การควบคุมรวมทั้งลงโทษผู้ประกอบการวิชาชีพเพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวม

การให้บริการด้านกฎหมายถือเป็นการประกอบวิชาชีพอย่างหนึ่ง ผู้ให้บริการด้านกฎหมายจะต้องเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในศาสตร์ทางด้านกฎหมายทั้งในด้านทฤษฎีและปฏิบัติมีจริยธรรมเป็นที่ตั้งมีการฝึกอบรมต่าง ๆ เพื่อเพิ่มพูนความรู้ความสามารถ ผู้ประกอบวิชาชีพอิสระด้านกฎหมายมีหลายประเภท ได้แก่ ทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย และผู้ให้บริการด้านกฎหมายอื่น ๆ เช่น การจดทะเบียนนิติบุคคล การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน การดำเนินการด้านลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

ในส่วนของผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความ จะอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.๒๕๒๘ และข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.๒๕๒๙ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดไว้สำหรับกำกับดูแลการประกอบวิชาชีพทนายความ มีการอบรมและจัดสอบเพื่อให้ความรู้ ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความจะต้องได้รับใบอนุญาตจากสภาทนายความมีการควบคุมดูแลเรื่องมรรยาททนายความ มีบทกำหนดโทษทนายความที่กระทำผิดมรรยาท ซึ่งช่วยให้เกิดความเป็นธรรมทั้งกับตัวทนายความและประชาชนผู้ใช้บริการ แต่สำหรับการประกอบวิชาชีพอิสระที่ปรึกษากฎหมายกลับไม่มีกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลการประกอบวิชาชีพในลักษณะดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ซึ่งขัดแย้งกับหลักนิติธรรม ส่งผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมายอาศัยช่องว่างดังกล่าว กระทำการใด ๆ ที่ไม่ถูกต้องกระทำความผิดต่อกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สาธารณชน ผู้เขียนจึง

^๑ อชิตศักดิ์ บรรจงโพธิ์กลาง, ที่ปรึกษารัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

เห็นว่ารัฐบาลควรทำการพิจารณาออกกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับ เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ในการควบคุมและกำกับดูแลผู้ประกอบการวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมายตามหลักนิติธรรมต่อไป

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เริ่มต้นขึ้นที่ประเทศอังกฤษ ในศตวรรษที่ ๑๓ ในมหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา ค.ศ.๑๒๑๕ ซึ่งปัจจุบันแม้จะยังไม่มีกรอบรับกันเป็นที่ยุติเกี่ยวกับคำนิยามหรือคำจำกัดความของ “หลักนิติธรรม” แต่เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายของศาสตราจารย์ เอ.วี.ไดซี (Albert V. Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยอ็อกฟอร์ด ซึ่งได้รับการยอมรับและถูกอ้างอิงอยู่เสมอเมื่อมีการกล่าวถึงหลักนิติธรรม ได้ให้ความหมายของ The Rule of Law หรือหลักนิติธรรม ว่ามีความสำคัญ ๓ ประการ^๒ ดังนี้

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบอบทรราช กล่าวคือ บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

ประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญ (ของประเทศอังกฤษ) นั้นมิใช่เป็นที่มาแห่งกฎหมาย หากแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิ มีเสรีภาพประการต่าง ๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมบังคับให้

Dicey ให้ความสำคัญกับความสูงสุดของกฎหมายเหนือการใช้อำนาจตามอำเภอใจของมนุษย์ความเท่าเทียมกันของเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชน และให้ความสำคัญกับศาลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้มีหลักที่เรียกว่า Due Process of Law โดย Due Process of Law นี้ได้รับการก่อตั้งขึ้นตั้งแต่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ ๕ (Fifth Amendment) เป็นเหตุให้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา และต่อมาได้ขยายขอบเขตการควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวไปถึงในระดับมลรัฐด้วย ซึ่ง Due Process of Law เป็นหลักที่มีความเชื่อมโยงและใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความสำคัญกับองค์กรตุลาการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การกระทำใดจะขัดต่อ Due Process of Law หรือไม่ อยู่ในอำนาจดุลพินิจของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่จะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด เพราะศาลสูงสุดเป็นเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการวินิจฉัยและ

^๒ ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ๑๙ เล่มที่ ๕๕ (เดือนมกราคม-เมษายน พ.ศ.๒๕๖๐): หน้า ๕๘.

ตีความว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐหรือการกระทำอื่นใดของรัฐขัดต่อ Due Process of Law ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่^๓

Due Process of Law มีได้คุ้มครองแต่เพียงมิติในด้านกระบวนการ เช่น การจับกุมคุมขัง การสอบสวนหรือการกระทำใด ๆ ที่กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลว่าจะต้องเป็นไปตามกระบวนการที่ถูกต้องเท่านั้น แต่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ขยายขอบของ Due Process of Law ไปถึงมิติในด้านสารบัญญัติด้วย ดังนั้น Due Process of Law จึงมีอยู่ ๒ มิติ คือ ๑. มิติด้านวิธีพิจารณา (Procedural Due Process of Law) และ ๒. มิติด้านสารบัญญัติ (Substantive Due Process of Law)^๔

ในส่วนของประเทศทางยุโรป คำประกาศสิทธิมนุษยย์และพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ ๒๖ สิงหาคม ๑๙๗๘ ได้ก่อตั้งสิ่งที่เรียกว่า “นิติรัฐ” (ภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “Etat de droit” ภาษาอังกฤษคือคำว่า “Legal State”) ในคำประกาศฉบับนี้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลมีเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ ที่กฎหมายไม่ห้าม และกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นเครื่องจำกัดเสรีภาพของคนได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ปกครองจะมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของคนตามอำเภอใจไม่ได้ คำประกาศฉบับนี้ยังบัญญัติต่อไปว่ากฎหมายนั้นเป็นเจตจำนงร่วมกันของปวงชน ซึ่งปวงชนต้องเป็นผู้ออกกฎหมายนั่นเอง หรือมอบให้ผู้แทนมาออกกฎหมาย และกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของคนได้ก็เพื่อความสงบสุขของสังคมเท่านั้น นอกจากนั้นแล้ว คำประกาศฉบับนี้ยังบัญญัติถึงรายละเอียดย่อยลงไป เช่น กฎหมายต้องไม่มีโทษทางอาญาย้อนหลัง กฎหมายต้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์ กฎหมายต้องเคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจ กฎหมายต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ อาทิ รวมทั้งหมด ๑๔ ข้อ ก่อตั้งสิ่งที่เรียกว่า “นิติรัฐ” ขึ้นในยุโรป^๕

จากข้อมูลดังกล่าวพอที่จะสรุปได้ว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งถือว่าการกำเนิดขึ้นที่ประเทศอังกฤษนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่มีการยอมรับไปทั่วโลกในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไปในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกหลักนี้ว่า Due Process of Law ส่วนในทางยุโรปเรียกหลักนี้ว่า นิติรัฐ (Legal State) ซึ่งหลักการต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนมีสาระสำคัญตรงกันว่า “เป็นการปกครองโดยกฎหมาย มิใช่โดยอำเภอใจของมนุษย์หรือผู้ปกครอง” (a government of law, not of men) กล่าวคือเป็นการปกครองโดยเคารพความเป็นสูงสุดของกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมือง

หลักนิติธรรมในประเทศไทย

ที่ผ่านมารัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทยได้เคยบัญญัติถึง “หลักนิติธรรม” ไว้ ดังนี้

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่อ้างถึงหลักนิติธรรม โดยบัญญัติไว้ในอารัมภบทว่า “เจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้แสดงออกให้ปรากฏซึ่งปณิธานร่วมกันของปวงชนชาวไทยว่าจักธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม เพื่อให้ราษฎรได้รับความยุติธรรมอย่างทั่วถึง”

^๓ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร, หลักนิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพฯ: บริษัท ธนาเพรส จำกัด, ๒๕๕๒), หน้า ๑๑.

^๔ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “นิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย,” ที่ระลึกในงานพระราชทานเพลิงศพ เจีย ก๊ก ผล, หน้า ๓๑.

^๕ เรื่องเดียวกัน, หน้า ๓๒.

๒. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙ บัญญัติไว้ในอารัมภบทว่า “... จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรม ตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

๓. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ กล่าวถึงหลักนิติธรรมไว้ใน ๒ มาตรา ดังนี้

มาตรา ๓ วรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

มาตรา ๗๘ (๖) บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ดังต่อไปนี้ (๖) ดำเนินการให้หน่วยงานทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมาย และตรวจสอบตรากฎหมายของรัฐ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระเพื่อการบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

๔. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบัน ได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมไว้ใน ๒ มาตรา ดังนี้

มาตรา ๓ วรคสอง บัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม”

มาตรา ๒๖ บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.๒๕๕๔ ให้ความหมายคำว่า “นิติธรรม” ไว้ว่า “นิติธรรม (กฎ) น. หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่าง เท่าเทียมกัน (อ. rule of law)”

ในส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายของไทยได้อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม^๖ อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ว่า “หลักนิติธรรม หมายถึง กฎหมายเป็นใหญ่มีความเสมอภาค และในกรณีเกิดข้อพิพาทขึ้นต้องระงับคดีโดยศาลโดยพิจารณาคดีเป็นธรรมไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ออกกฎหมายลงโทษย้อนหลัง ให้โอกาสนำพยานเข้าสืบหรือที่เรียกว่า Fair Trial ซึ่งเป็นหัวใจของหลักนิติธรรม”

^๖ วิษณุ เครืองาม, ๒๕๕๓, ปาฐกถาสาธารณะเรื่อง “การใช้หลักนิติธรรมในประเทศไทย”, สมาคมรัฐศาสตร์ แห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, ๑๓ ธันวาคม ๒๕๕๓.

ศาสตราจารย์ ดร.กำชัย จงจักรพันธ์^๗ อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ว่า หลักนิติธรรม หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมายอันหมายรวมถึงการบัญญัติกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม จะต้องฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม หรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย

หลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายจะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหลักนิติธรรม คือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง อยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีองค์ประกอบหรือสาระสำคัญ คือ

1. กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป
2. กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลัง หรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้
3. ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด
4. หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการ
5. รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจ และต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น
6. กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้น ในอนาคตไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะ”

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณโณ^๘ อธิบายความหมายของหลักนิติธรรมไว้ว่า “หลักนิติธรรมมีอยู่ ๔ ประการ คือ ประการแรก องค์ประกอบด้านสาระ ซึ่งหมายถึง หลักความเสมอภาคทางกฎหมาย ประการที่สอง องค์ประกอบด้านกระบวนการในการใช้กฎหมาย หมายถึง รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจภายในขอบเขตที่กฎหมายให้ไว้ตามวิธีการ รูปแบบ เวลา และสถานที่ ประการที่สาม องค์ประกอบด้านองค์กร หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระของตุลาการ ประการที่สี่ องค์ประกอบด้านเป้าหมายซึ่งหมายถึงการตีความกฎหมาย และด้านการตัดสินใจนั้นต้องมุ่งสร้างความยุติธรรมให้เกิดความเที่ยงธรรม

ผู้เขียนเห็นว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักเกณฑ์ที่ต้องการให้คนทุกคนในสังคมมีความเท่าเทียมกันในการสร้างความยุติธรรมโดยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้สามารถทราบได้ว่าการกระทำใดเป็นความผิด และมีบทกำหนดโทษไว้อย่างไร โดยกฎหมายเหล่านี้ต้องไม่มีผลย้อนหลังตลอดจนต้องมีกระบวนการสอบสวนและพิจารณาอย่างเป็นธรรม เปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดและความบริสุทธิ์ได้อย่างเท่าเทียมกัน และมีกระบวนการทำ คำวินิจฉัยชี้ขาดที่สุจริต เที่ยงธรรม ปราศจากอคติและไม่เลือกปฏิบัติด้วย

^๗ กำชัย จงจักรพันธ์ (ประธานคณะกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ), ๒๕๕๖, บรรยายร่างข้อเสนอเรื่อง “หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน”, ๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๖ ณ โรงแรมรามารการ์เด้นส์.

^๘ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, ๒๕๕๒, “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”. ในวารสารพระธรรมนูญ, เล่ม ๔๙ ฉบับหลักนิติธรรม พ.ศ.๒๕๕๑-๒๕๕๒, หน้า ๙๗-๑๐๑.

๑. หลักนิติธรรมกับการประกอบวิชาชีพทนายความ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพทนายความ

ทนายความเป็นวิชาชีพอิสระที่มีกฎหมายควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพไว้โดยเฉพาะ ดังนี้

ก) พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.๒๕๒๘

ความหมายของทนายความ

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.๒๕๒๘ “**พรบ.ทนายความ**” ได้ให้คำนิยามของทนายความไว้ว่า “ผู้ที่สภาทนายความได้รับจดทะเบียนและออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ”

สภาทนายความ

พรบ.ทนายความ กำหนดให้มีสภาขึ้นสภาหนึ่งเรียกว่า “สภาทนายความ” ประกอบด้วย คณะกรรมการสภาทนายความและสมาชิกสภาทนายความ มีสภาพเป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการศึกษาและการประกอบวิชาชีพทนายความ ควบคุมมรรยาทของทนายความ ส่งเสริมความสามัคคี และผดุงเกียรติของสมาชิกทนายความ ส่งเสริม ช่วยเหลือ แนะนำ เผยแพร่ และให้การศึกษแก่ประชาชนในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย มีอำนาจหน้าที่จดทะเบียนและออกใบอนุญาตดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสภาทนายความ และตามอำนาจหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้ในพรบ.ทนายความ

สมาชิกสภาทนายความ

สมาชิกสภาทนายความ ได้แก่ ทนายความตามพรบ.ทนายความ โดยสมาชิกของสภาทนายความสิ้นสุดลงเมื่อตาย หรือขาดจากการเป็นทนายความตามมาตรา ๔๔ แห่งพรบ.ทนายความ

คณะกรรมการสภาทนายความ

คณะกรรมการสภาทนายความ ประกอบด้วยผู้แทนกระทรวงยุติธรรมหนึ่งคนและผู้แทนนิติบัณฑิตยสภาหนึ่งคน เป็นกรรมการ และนายกและกรรมการอื่นอีกไม่เกินยี่สิบสามคนซึ่งสมาชิกสภาทนายความทั่วประเทศได้เลือกตั้งขึ้นโดยกรรมการดังกล่าวไม่น้อยกว่าเก้าคนจะต้องมีสำนักงานประจำอยู่ตามภาคต่าง ๆ ตามพระราชกฤษฎีกาตั้งอธิบดีผู้พิพากษาภาค ภาคละหนึ่งคน

คณะกรรมการสภาทนายความ มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) บริหารกิจการของสภาทนายตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดในมาตรา ๗

(๒) แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อทำกิจการหรือพิจารณาเรื่องต่าง ๆ อันอยู่ในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ของสภาทนายความ เว้นแต่กิจการซึ่งมีลักษณะหรือสภาพที่ไม่อาจมอบหมายให้กระทำการแทนกันได้

(๓) ออกข้อบังคับสภาทนายความเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ และข้อบังคับว่าด้วย

(ก) การเป็นสมาชิกและการขาดจากสมาชิกของสภาทนายความ

(ข) การเรียกเก็บและชำระค่าบำรุงและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ

(ค) การแจ้งย้ายสำนักงานของทนายความ

(ง) การประชุมคณะกรรมการและคณะอนุกรรมการ

(จ) เรื่องอื่น ๆ อันอยู่ในขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์ของสภาทนายความ หรืออยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาทนายความตามกฎหมายอื่น รวมทั้งการแต่งตั้ง การบังคับบัญชา การรักษาวินัย และการออกจากตำแหน่งของพนักงานสภาทนายความ

การขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ

ห้ามมิให้ผู้ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนและรับใบอนุญาต หรือผู้ซึ่งขาดจากการเป็นทนายความหรือต้องห้ามทำการเป็นทนายความว่าความในศาล หรือแต่งฟ้อง คำให้การ ฟ้องอุทธรณ์ แก้อุทธรณ์ ฟ้องฎีกา แก่ฎีกา คำร้อง หรือคำแถลงอันเกี่ยวแก่การพิจารณาคดีในศาลให้แก่บุคคลอื่น ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้กระทำในฐานะเป็นข้าราชการผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่หรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ องค์กรของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ ผู้ปฏิบัติการตามหน้าที่ หรือมีอำนาจหน้าที่ที่กระทำได้ โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ หรือกฎหมายอื่น

การขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาต การรับจดทะเบียนและออกใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต และการขอขอลีกจากการเป็นทนายความ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ผู้ขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(๑) มีสัญชาติไทย
 (๒) อายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ในวันยื่นคำขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาต
 (๓) สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีหรืออนุปริญญาทางนิติศาสตร์ หรือประกาศนียบัตรในวิชานิติศาสตร์ ซึ่งเทียบได้ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรืออนุปริญญาจากสถาบันการศึกษาซึ่งสภาทนายความเห็นว่าสถาบันการศึกษานั้นมีมาตรฐานการศึกษาที่ผู้ได้รับปริญญาตรีหรืออนุปริญญาหรือประกาศนียบัตรควรเป็นทนายความได้ และเป็นสมาชิกแห่งเนติบัณฑิตยสภา

(๔) ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่อง ในศีลธรรมอันดีและไม่ใช่ผู้ได้กระทำการใดซึ่งแสดงให้เห็นว่าไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต

(๕) ไม่อยู่ในระหว่างต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก

(๖) ไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ

(๗) ไม่เป็นบุคคลผู้ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ล้มละลาย

(๘) ไม่เป็นโรคติดต่อซึ่งเป็นที่ยกเว้นแก่สังคม

(๙) ไม่เป็นผู้มีกายพิการหรือจิตบกพร่องอันเป็นเหตุให้เป็นผู้หย่อนสมรรถภาพในการประกอบอาชีพทนายความ

(๑๐) ไม่เป็นข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งมีเงินเดือนและตำแหน่งประจำวันแต่ข้าราชการการเมือง

(๑๑) ไม่เป็นผู้ต้องห้ามมิให้ยื่นคำขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตตามมาตรา ๗๑ ทนายความขาดจากการเป็นทนายความ เมื่อ

(๑) ตาย

(๒) ขอบอกเลิกจากการเป็นทนายความ

(๓) ขาดสอบใบอนุญาตตามมาตรา ๓๙ วรรคสอง

(๔) ถูกจำหน่ายชื่อออกจากทะเบียนทนายความตามมาตรา ๔๓ หรือ

(๕) ถูกลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความตามมาตรา ๖๖ มาตรา ๖๗ มาตรา ๖๘

หรือมาตรา ๖๙

มรรยาทนายความ

ทนายความต้องประพฤติตนตามข้อบังคับว่าด้วยมรรยาทนายความ การกำหนดมรรยาทนายความให้สภานายความตราเป็นข้อบังคับ ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับที่สภานายความตราขึ้นให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาทนายความ

โทษผิดมรรยาทนายความมี ๓ สถาน คือ

(๑) ภาคทัณฑ์

(๒) ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี หรือ

(๓) ลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ

ในกรณีประพฤติผิดมรรยาทนายความเล็กน้อยและเป็นความผิดครั้งแรก ถ้าผู้มีอำนาจสั่งลงโทษตามมาตรา ๖๖ มาตรา ๖๗ หรือมาตรา ๖๘ แล้วแต่กรณี เห็นว่ามีเหตุอันควรงดโทษจะงดโทษให้โดยง่ายแล้วแต่กรณี หรือให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือไว้ก่อนก็ได้

คณะกรรมการมรรยาทนายความ

ให้มีคณะกรรมการมรรยาทนายความประกอบด้วย ประธานกรรมการ รองประธานกรรมการ และกรรมการมรรยาทนายความอื่นอีกไม่น้อยกว่าเจ็ดคนตามจำนวนที่คณะกรรมการกำหนด

ในการปฏิบัติหน้าที่ ให้กรรมการมรรยาทนายความเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา และให้นำบทบัญญัติว่าด้วยคำคัดค้านคำพิพากษาตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับแก่กรรมการมรรยาทนายความด้วยโดยอนุโลม

ในการพิจารณาคดีมรรยาทนายความ ต้องมีกรรมการมรรยาทนายความมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดของคณะกรรมการมรรยาทนายความจึงจะเป็นองค์ประชุม ภายใต้บังคับมาตรา ๖๔ วรรคสาม และมาตรา ๖๕ วรรคสาม การประชุมปรึกษาหรือการวินิจฉัยชี้ขาดคดีมรรยาทนายความของคณะกรรมการมรรยาทนายความให้ถือตามเสียงข้างมาก แต่กรรมการมรรยาทนายความฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิทำความเห็นแย้งได้

บุคคลผู้ได้รับความเสียหายหรือทนายความมีสิทธิกล่าวหาทนายความว่าประพฤติผิดมรรยาทนายความ โดยทำคำกล่าวหาเป็นหนังสือยื่นต่อประธานกรรมการมรรยาทนายความ สิทธิกล่าวหาทนายความเป็นอันสิ้นสุดลงเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้มีสิทธิกล่าวหารู้เรื่องการประพฤติผิดมรรยาทนายความ และเมื่อรู้ตัวผู้ประพฤติผิดแต่ต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันประพฤติ ผิดมรรยาทนายความ

เมื่อได้รับคำกล่าวหาตามมาตรา ๖๔ วรรคหนึ่ง หรือเมื่อได้รับแจ้งจากศาล พนักงานอัยการ หรือพนักงานสอบสวน หรือเมื่อปรากฏแก่คณะกรรมการมรรยาทนายความว่ามีพฤติการณ์อันสมควรให้มีการสอบสวนมรรยาทนายความผู้ใด ให้คณะกรรมการมรรยาทนายความแต่งตั้งทนายความไม่น้อยกว่าสามคนเป็นคณะกรรมการสอบสวน ทำการสอบสวน เพื่อการนี้ให้คณะกรรมการสอบสวนมีอำนาจเรียกบุคคลใด ๆ มาให้ถ้อยคำ และมีหนังสือแจ้งให้บุคคลใด ๆ ส่งหรือจัดการส่งเอกสารหรือวัตถุเพื่อประโยชน์แก่การสอบสวนได้

ในการพิจารณาคดีมรรยาทนายความ คณะกรรมการมรรยาทนายความมีอำนาจสั่งจำหน่ายคดีสั่งยกคำกล่าวหา หรือสั่งลงโทษหรือดำเนินการกับทนายความที่ถูกกล่าวหาอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา ๕๒

ในกรณีที่คณะกรรมการมรรยาทนายความมีคำสั่งตามมาตรา ๖๖ ให้ประธานกรรมการมรรยาทนายความส่งสำนวนคดีมรรยาทนายความนั้นไปยังนายกภายในสามสิบวันนับแต่วันมีคำสั่งในกรณีเช่นนี้ให้คณะกรรมการมรรยาทนายความ รวมทั้งส่งลงโทษ หรือดำเนินการกับนายความที่ถูกกล่าวหาอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา ๕๒ ตามที่เห็นสมควรได้ และก่อนที่จะมีคำสั่งดังกล่าว คณะกรรมการอาจสั่งให้คณะกรรมการมรรยาทนายความทำการสอบสวนเพิ่มเติมก็ได้

เมื่อนายกได้รับสำนวนคดีมรรยาทนายความตามวรรคหนึ่งแล้ว หากคณะกรรมการมิได้วินิจฉัยและแจ้งคำวินิจฉัยมายังประธานกรรมการมรรยาทนายความภายในหกสิบวันนับแต่วันได้รับสำนวน ให้ถือว่าคณะกรรมการมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาทนายความ เว้นแต่กรณีที่มีการสอบสวนเพิ่มเติม ระยะเวลาหกสิบวันให้นับตั้งแต่วันที่ได้รับสำนวนการสอบสวนเพิ่มเติม

คำสั่งของคณะกรรมการที่ยืนตามให้จำหน่ายคดี หรือยกคำกล่าวหาตามวรรคหนึ่ง หรือวรรคสองให้เป็นที่สุด

นายความซึ่งถูกลงโทษหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา ๕๒ อาจอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อสภานายกพิเศษได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับ ภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับแจ้งคำสั่ง ในกรณีเช่นนี้ให้สภานายกพิเศษทำการพิจารณาและมีคำสั่ง และให้นำบทบัญญัติในมาตรา ๖๗ วรรคหนึ่งและวรรคสอง มาใช้บังคับแก่การพิจารณาและการมีคำสั่งของสภานายกพิเศษโดยอนุโลม

คำสั่งของสภานายกพิเศษให้เป็นที่สุด

เมื่อนายความผู้ใดต้องรับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษให้ศาลชั้นต้นที่อ่านคำพิพากษาถึงที่สุดนั้น มีหนังสือแจ้งการต้องโทษจำคุกของนายความผู้นั้นให้ประธานกรรมการมรรยาทนายความทราบ

เมื่อได้รับหนังสือแจ้งตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ประธานกรรมการมรรยาทนายความเสนอเรื่องให้คณะกรรมการมรรยาทนายความส่งลบบชื่อนายความผู้นั้นออกจากทะเบียน นายความแต่คณะกรรมการมรรยาทนายความจะไม่ส่งลบบชื่อนายความผู้นั้นออกจากทะเบียน นายความก็ได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าการกระทำความผิดของนายความผู้นั้นไม่เป็นการกระทำที่ชั่วร้ายไม่เป็นการกระทำที่แสดงให้เห็นว่านายความผู้นั้นไม่น่าไว้วางใจในความซื่อสัตย์สุจริต และไม่เป็นการกระทำที่เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ

คำสั่งไม่ลบบชื่อนายความผู้กระทำความผิดออกจากทะเบียนนายความตามวรรคสอง ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดของคณะกรรมการมรรยาทนายความ

คำสั่งลบบชื่อนหรือไม่ลบบชื่อนายความออกจากทะเบียนนายความตามวรรคสองให้ประธานกรรมการมรรยาทนายความแจ้งต่อนายกภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีคำสั่ง และให้คณะกรรมการทำการพิจารณา และจะสั่งยืน หรือกลับคำสั่งของคณะกรรมการมรรยาทนายความก็ได้

เมื่อมีคำสั่งอันถึงที่สุดลงโทษนายความที่ประพฤติผิดมรรยาท นายความ หรือมีคำสั่งลบบชื่อนายความออกจากทะเบียนนายความ ให้นายทะเบียนนายความ จดแจ้งคำสั่งนั้นไว้ในทะเบียนนายความและแจ้งคำสั่งนั้นให้นายความผู้ถูกกล่าวหาและผู้กล่าวหาทราบ

ในกรณีที่คำสั่งตามวรรคหนึ่งเป็นคำสั่งห้ามทำการเป็นทนายความหรือคำสั่งลบบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ ให้นายทะเบียนทนายความแจ้งคำสั่งนั้นให้ศาลที่วราชาอาณาจักรและ เนติบัณฑิตยสภาทราบด้วย

บุคคลที่ถูกลบบชื่อออกจากทะเบียนทนายความจะขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตอีกมิได้ เว้นแต่เวลาได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีนับแต่วันถูกลบบชื่อ

ข) ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ.๒๕๒๙

คณะกรรมการสภาทนายความ ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา ๒๗ (๓) (จ) และมาตรา ๕๑ และด้วยความเห็นชอบของสภานายกพิเศษแห่งสภาทนายความตามมาตรา ๒๘ แห่ง พรบ.ทนายความ ออกข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความไว้ พ.ศ.๒๕๒๙ “ข้อบังคับสภาทนายความ” ดังนี้

บททั่วไป

ข้อ ๔. ทนายความผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับข้อใดข้อหนึ่งดังจะกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่าทนายความผู้นั้นประพฤติผิดมรรยาททนายความ

มรรยาทต่อศาลและในศาล

ข้อ ๕. ไม่รับหน้าที่เมื่อผู้พิพากษาได้ขอแรงให้เป็นทนายความแก่ต่างในคดีอาญา เว้นแต่จะมีข้อแก้ตัวโดยสมควร

ข้อ ๖. ไม่เคารพยำเกรงอำนาจศาล หรือกระทำการใดอันเป็นการดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาในศาลหรือนอกศาล อันเป็นการทำให้เสื่อมเสียอำนาจศาลหรือผู้พิพากษา

ข้อ ๗. กล่าวความ หรือทำเอกสารหรือหลักฐานเท็จ หรือใช้กลอุบายลวงให้ศาลหลงหรือกระทำการใดเพื่อทราบคำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาลที่ยังไม่เปิดเผย

ข้อ ๘. สมรู้เป็นใจโดยทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อทำพยานหลักฐานเท็จ หรือเสียมสอนพยานให้เบิกความเท็จ หรือโดยปกปิดซ่อนงำอำพรางพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งควรนำมายื่นต่อศาล หรือสัญญาจะให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน หรือสมรู้เป็นใจในการให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน

มรรยาทต่อตัวความ

ข้อ ๙. กระทำการใดอันเป็นการยุยงส่งเสริมให้มีการฟ้องร้องคดีกันในกรณีอันหามูลมิได้

ข้อ ๑๐. ใช้อุบายอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้ เพื่อจูงใจให้ผู้ใดมอบคดีให้ว่าต่างหรือ

(๑) หลอกลวงให้เขาหลงว่าคดีนั้นจะชนะ เมื่อตนรู้สึกแน่ใจว่าจะแพ้

(๒) อวดอ้างว่าตนมีความรู้ยิ่งกว่าทนายความคนอื่น

(๓) อวดอ้างว่าเกี่ยวเป็นสมัครพรรคพวกรู้จักคุ้นเคยกับผู้ใดอันกระทำให้เขาหลงว่าตนสามารถจะทำให้เขาได้รับผลเป็นพิเศษนอกจากทางว่าความ หรือหลอกลวงว่าจะชักนำจูงใจให้ผู้นั้นช่วยเหลือคดีในทางใด ๆ ได้ หรือแอบอ้างชู้ว่าถ้าไม่ให้ตนว่าคดีนั้นจะหาหนทางให้ผู้นั้นกระทำให้คดีของเขาเป็นแพ้

ข้อ ๑๑. เปิดเผยความลับของลูกความที่ได้รู้ในหน้าที่ของทนายความ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากลูกความนั้นแล้ว หรือโดยอำนาจศาล

ข้อ ๑๒. กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวต่อไปนี้ อันอาจทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ของลูกความ

(๑) จงใจขาดนัด หรือทอดทิ้งคดี

(๒) จงใจละเว้นหน้าที่ที่ควรกระทำอันเกี่ยวแก่การดำเนินคดีแห่งลูกความของตน หรือปิดบังข้อความที่ควรแจ้งให้ลูกความทราบ

ข้อ ๑๓. ได้รับปรึกษาหารือ หรือได้รู้เรื่องกรณีแห่งคดีใดโดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับคู่ความ ฝ่ายหนึ่งแล้วภายหลังไปรับเป็นทนายความหรือใช้ความรู้ที่ได้มานั้นช่วยเหลือคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็น ปรปักษ์อยู่ในกรณีเดียวกัน

ข้อ ๑๔. ได้รับเป็นทนายความแล้ว ภายหลังใช้อุบายด้วยประการใด ๆ โดยปราศจาก เหตุผลอันสมควร เพื่อจะให้ตนได้รับประโยชน์นอกเหนือจากที่ลูกความได้ตกลงสัญญาให้

ข้อ ๑๕. กระทำการใดอันเป็นการฉ้อโกง ยักยอก หรือกระบบัดสินลูกความ หรือครอบครองหรือ หน่วงเหนี่ยว เงินหรือทรัพย์สินของลูกความที่ตนได้รับมาโดยหน้าที่อันเกี่ยวข้องไว้นานเกินกว่าเหตุโดยมิได้ รับความยินยอมจากลูกความ เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร

มรรยาทต่อทนายความด้วยกัน ต่อประชาชนผู้มีบรรดาศักดิ์ และอื่น ๆ

ข้อ ๑๖. แย่ง หรือทำการใดในลักษณะประมุขคดีที่มีทนายความอื่นว่าต่างแก่ต่างอยู่แล้วมา ว่า หรือรับ หรือสัญญาว่าจะรับว่าต่าง แก่ต่างในคดีที่รู้ว่ามีทนายความอื่นว่าอยู่แล้ว เว้นแต่

(๑) ได้รับความยินยอมจากทนายความที่ว่าความอยู่ในเรื่องนั้นแล้ว

(๒) มีเหตุผลอันควรเชื่อว่าตัวความได้ถอนทนายความคนก่อนจากการเป็นทนายความ ของเขาแล้ว หรือ

(๓) ทนายความผู้ว่าความในเรื่องนั้นปฏิเสธ หรือแสดงความไม่สมัครใจที่จะว่าความใน คดีนั้นต่อไปแล้ว

ข้อ ๑๗. ประกาศโฆษณา หรือยอมให้ผู้อื่นประกาศโฆษณาใด ๆ ดังต่อไปนี้

(๑) อัตราค่าจ้างว่าความ หรือแจ้งว่าไม่เรียกร้องค่าจ้างว่าความ เว้นแต่ การประกาศ โฆษณาของทนายความเกี่ยวกับการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายซึ่งดำเนินการ โดยสภาพนายความเอง หรือโดยสถาบัน สมาคม องค์กร หรือส่วนราชการใดที่เกี่ยวข้อง หรือ

(๒) ชื่อ คุณวุฒิ ตำแหน่ง ถิ่นที่อยู่ หรือสำนักงาน อันเป็นไปในทางโอ้อวดเป็นเชิง ชักชวนให้ผู้มีบรรดาศักดิ์มาหาเพื่อเป็นทนายความว่าต่าง หรือแก่ต่างให้ เว้นแต่การแสดงชื่อ คุณวุฒิ หรือ อื่น ๆ ดังกล่าวตามสมควรโดยสุภาพ

ข้อ ๑๘. ประกอบอาชีพ ดำเนินธุรกิจ หรือประพฤติดนอันเป็นการฝ่าฝืนต่อศีลธรรมอันดี หรือเป็นการเสื่อมเสียต่อศักดิ์ศรีและเกียรติคุณของทนายความ

ข้อ ๑๙. ยินยอมตกลง หรือให้คำมั่นสัญญาว่าจะให้ค่านายหน้าหรือบำเหน็จรางวัลใด ๆ ด้วยทรัพย์สินหรือประโยชน์ใด ๆ แก่ผู้ที่ยกคดีความหรือนำคดีความมาให้ หรือมีคนประจำสำนักงาน ดำเนินการจัดหาคดีความมาให้ว่า โดยทนายความผู้นั้นคิดค่าส่วนลดของค่าจ้างให้ หรือให้เงินเดือน หรือ เงินจำนวนหนึ่งจำนวนใด หรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างใด ๆ แก่ผู้ที่ยกคดีความมาให้ นั้นแม้บุคคลผู้ ยกคดีความมาให้โดยลักษณะดังกล่าวจะเป็นเสมียนหรือลูกจ้างประจำสำนักงานของทนายความผู้นั้นก็ ตาม

ที่ปรึกษากฎหมายที่ได้รับใบอนุญาตทนายความยังอยู่ในความควบคุมของพรบ. ทนายความ และข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความเกี่ยวกับความประพฤติของทนายความตามมาตรา ๕๓ (๕)

ดังนั้น นอกจากผู้ที่ประกอบวิชาชีพทนายความจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายทั่วไปแล้ว ยังต้องอยู่ในความควบคุมของ พรบ.ทนายความ และข้อบังคับสภาพทนายความ อันเป็นการกำหนด

หลักเกณฑ์ และจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพไว้โดยเฉพาะ ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากผู้ประกอบวิชาชีพนายความต่างได้รับความคุ้มครองดูแลตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ว่า การกระทำใดเป็นความผิด และมีบทกำหนดโทษไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มีคณะกรรมการตรวจสอบ มีกระบวนการสอบสวน การพิจารณา และการวินิจฉัยชี้ขาดอย่างเป็นธรรม เปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายพิสูจน์ความผิดและความบริสุทธิ์อย่างเท่าเทียมกัน จึงถือว่านายความเป็นวิชาชีพอิสระที่อยู่ภายใต้หลักนิติธรรมอย่างแท้จริง

๒. หลักนิติธรรมกับการประกอบวิชาชีพอิสระที่ปรึกษากฎหมาย

ที่ปรึกษากฎหมายที่ไม่ได้จดทะเบียนและไม่ได้รับใบอนุญาตนายความจึงไม่มีกฎหมายระเบียบ หรือข้อบังคับที่กำหนดหลักเกณฑ์และจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมายไว้ โดยเฉพาะเหมือนกับนายความที่ได้รับใบอนุญาต ที่ปรึกษากฎหมายจึงอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายทั่วไปเท่านั้น ปราศจากการควบคุม การตรวจสอบมรรยาท และจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพ ตลอดจนไม่มีกระบวนการสอบสวนพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดและกำหนดโทษไว้โดยเฉพาะ ทำให้เกิดกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมายบางคนอาศัยช่องว่างดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้องหรือกระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อหลักนิติธรรม เช่น การทำความเห็นทางกฎหมายเพื่อช่วยเหลือและสนับสนุนผู้บริหารของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้องหรือละเว้นปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย หรือตามระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งของหน่วยงานกำกับดูแลซึ่งได้แก่ ก.ล.ต. และตลาดหลักทรัพย์ฯ เพื่อให้คณะกรรมการบริษัทและคณะกรรมการบริหารบริษัทจดทะเบียนนำความเห็นทางกฎหมายดังกล่าวไปใช้เป็นข้ออ้างว่า กระทำความผิดไปโดยไม่เจตนาเพราะเชื่อโดยสุจริตตามความเห็นของที่ปรึกษากฎหมาย ตามมาตรา ๘๙/๘ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.๒๕๓๕^๙ นอกจากนี้ยังปรากฏว่าที่ปรึกษากฎหมายบางคนได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดในลักษณะต่าง ๆ เช่น การแนะนำและช่วยเหลือผู้จัดการ กรรมการ หรือพนักงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการดำเนินงานใด ๆ สร้างพยานหลักฐานอันเป็นเท็จ การลงบัญชีเท็จเพื่อลวงผู้ถือหุ้น และปกปิดความผิดในการยกยอทรัพย์สินของนิติบุคคล หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการฟอกเงิน

ผู้เขียนเห็นว่า การประกอบวิชาชีพอิสระที่ปรึกษากฎหมายมีผลกระทบต่อประชาชนและสังคม แม้การประกอบวิชาชีพดังกล่าวจะอยู่ภายใต้กฎหมายทั่วไปก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ให้ความคุ้มครองสาธารณสุขอย่างเพียงพอ และทำให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การประกอบวิชาชีพอิสระดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้หลักนิติธรรม จึงควรออกกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะ

^๙มาตรา ๘๙/๘ ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง กรรมการและผู้บริหารต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน

การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าวการตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารผู้นั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(๑) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตและสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(๒) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(๓) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น

นำมาใช้บังคับกับผู้ประกอบวิชาชีพอิสระที่ปรึกษากฎหมายอันเป็นการนำหลักนิติธรรมมาใช้กับการประกอบวิชาชีพดังกล่าว

บทสรุป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๓ วรรคสอง กำหนดให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม และในมาตรา ๒๖ วรรคแรก กำหนดให้การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ประชาชนทุกคนล้วนมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศกำหนด บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบันกำหนดให้ทุกหน่วยงานต้องปฏิบัติหน้าที่ตลอดจนการตรากฎหมายต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ดังนั้น การประกอบวิชาชีพอิสระที่ปรึกษากฎหมาย ซึ่งเป็นวิชาชีพที่มีผลกระทบต่อความยุติธรรม สิทธิ และเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อนำมาใช้ควบคุมผู้ประกอบวิชาชีพอิสระที่ปรึกษากฎหมายอย่างครบถ้วนตามหลักนิติธรรม เพื่อคุ้มครองและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ประกอบวิชาชีพและสาธารณชนต่อไป

บรรณานุกรม

- กำชัย จงจักรพันธ์ “บรรยาย ร่างข้อเสนอ : หลักนิติธรรม ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืน,” ณ โรงแรมรามารการ์เด็นส์, ๒๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๖.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. “ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน,” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, ๑๙ เล่มที่ ๕๕ (มกราคม-เมษายน ๒๕๖๐): ๕๘.
- ธานินทร์ ภัยวิเชียร. หลักนิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, ๒๕๕๒,
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “นิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย,” ที่ระลึกในงานพระราชทานเพลิงศพ เจี้ย ก๊ก ผล, ๓๑-๓๒.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย,” *วารสารพระธรรมนุญ*, เล่มที่ ๔๙ ฉบับหลักนิติธรรม (พ.ศ.๒๕๕๑-๒๕๕๒): ๙๗-๑๐๑.
- วิชณุ เครื่องาม. “ปาฐกถาสาธารณะ : การใช้หลักนิติธรรมในประเทศไทย,” *สมาคมนิติศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์*, ๑๓ ธันวาคม ๒๕๕๓.

