

แนวความคิดในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

สังคมที่วุ่นวายในอดีตจนถึงปัจจุบันต่างให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนเพิ่มขึ้นตามลำดับ เช่นเดียวกับความลับของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตลอดมา ในบทที่ 2 นี้ผู้เขียนจะได้แบ่งหัวข้อการวิจัยออกเป็น 3 ส่วนคือ ส่วนแรก เป็นบทประวัติความเป็นมาของการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ซึ่งจะได้กล่าวถึงวิวัฒนาการในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่มีมาแต่สมัยโบราณและต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน โดยมีแนวโน้มที่จะเพิ่มความรับผิดชอบให้กับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมากขึ้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจึงต้องมีบทบาทในการรักษาความลับของลูกความมากขึ้นตามไปด้วย ส่วนที่สอง เป็นบทแนวความคิดในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย จากการวิจัยพบว่าแนวความคิดนี้ เกิดขึ้นได้ด้วยเหตุผลสองประการคือ ประการแรกถือว่าความลับ เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องได้รับการเก็บรักษาไว้ เพื่อป้องกันสิทธิของปัจเจกชน หรือมีฉะนั้นก็ เพื่อป้องกันสิทธิในสังคม ประการที่สองถือว่าเป็นหน้าที่ที่ได้รับมอบ เนื่องจากความไว้วางใจของนายความ (attorney's fiduciary obligation) ในการรักษาความลับของลูกความไว้และไม่เปิดเผยความลับนั้นให้แก่บุคคลภายนอกได้ล่วงรู้ ส่วนสุดท้าย เป็นบทแนวความคิดในการให้ เอกสิทธิ์แก่การติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับ จะได้กล่าวถึงทฤษฎีที่เป็นเหตุผลรองรับ เอกสิทธิ์แก่การติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับสองทฤษฎีคือ ทฤษฎีอรรถประโยชน์ และทฤษฎีไม่ถืออรรถประโยชน์ ซึ่งทั้งสองทฤษฎีนี้ต่างก็ยอมรับให้มี เอกสิทธิ์ในการรักษาความลับไว้ เช่นเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามทั้งสองทฤษฎีนี้ก็มีลักษณะของการสิ้นสุดของ เอกสิทธิ์ต่างกัน กล่าวคือทฤษฎีอรรถประโยชน์ถือว่า เอกสิทธิ์จะสิ้นสุดลง เมื่อไม่มีประโยชน์ที่ได้รับจากการรักษาความลับไว้อีกต่อไป หรือประโยชน์ที่ได้รับจากการรักษาความลับนั้นได้หมดสิ้นลง ในขณะที่ทฤษฎีไม่ถืออรรถประโยชน์ไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับว่ามากน้อย เพียงใด แต่มีหลักการว่าความลับของบุคคลจะต้องได้รับการรักษาไว้ จะละเมิดไม่ได้ และถือว่า เอกสิทธิ์จะไม่สิ้นสุดลง แม้ว่าจะไม่ได้รับประโยชน์จากการรักษาความลับนั้นไว้ เลยก็ตาม โดยมีรายละเอียดจะได้กล่าวตามลำดับดังนี้

2.1 ประวัติความเป็นมาของการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

แนวความคิดในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีมาแต่สมัยโรมัน โดยปรากฏในกฎหมายโรมัน (Roman Law) ว่า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องมีความซื่อสัตย์ต่อลูกค้า และผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายไม่สามารถเป็นพยานในคดีของลูกค้าได้¹ ซึ่งแนวความคิดของกฎหมายโรมันนี้ ได้มีอิทธิพลต่อหลักกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศ ประเทศส่วนใหญ่ได้รับรองหน้าที่ในการรักษาความลับของวิชาชีพ (Professional secrecy) ไว้ในกฎหมายแพ่งของตน โดยถือว่า ข้อมูลที่ได้รับมอบหมายจากลูกค้าด้วยเหตุแห่งหน้าที่ในวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เป็นข้อยกเว้นในการให้การเป็นพยานในศาล เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา และในบางประเทศแถบยุโรปก็ถือว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยเปิดเผยความลับในวิชาชีพเป็นการกระทำความผิดอาญา เช่นประเทศฝรั่งเศส อิตาลี เป็นต้น²

ธรรมเนียมประเพณีของชาวโรมันมีอิทธิพลต่อโครงสร้างหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษด้วย โดยพบในสมัยตอนต้นของพระนาง เจ้าอลิซาเบทที่ถือว่า สัตย์สาบานและเกียรติยศของ เนติบัณฑิตและทนายความ (oath and honor of barrister and attorney) จะป้องกันเนติบัณฑิตและทนายความจากการซักถามในศาล เพื่อให้เปิดเผยความลับของลูกค้าได้³ ส่วนตัว เนติบัณฑิตและทนายความเองก็จะปฏิเสธการเปิดเผยความลับที่ได้รับมาโดยอ้างเหตุผลว่าการเปิดเผยความลับ

¹Edward W. Cleary, Mc Cormic on Evidence handbook series (St.Paul, Minn : West Publishing Co., 1972), p.175.

²Joseph T. Alves, Confidentiality in Social Work," Dissertation The Catholic University of America, 1959, p. 52-53.

³Edward W. Cleary, Mc Cormic on Evidence, p.175.

นั้นจะทำให้เกียรติศานวิชาชีพของตนมีหมองได้ (divulgence would tarnish their professional honor) นอกจากนั้นสมัยที่บาวต่าเค็กตั้งของ ซุนนาง เฟื่องฟู ซุนนางทั้งหลายถือ เป็นเกียรติยศของตนที่จะรักษาความลับที่ได้รับมอบ มาทุกประเภท โดยปรากฏในคดีที่มีชื่อเสียงคดีหนึ่ง เป็นคดี bigamy ของภรรยา ท่าน Duke Kingstone เมื่อเพื่อนซุนนางผู้หนึ่งของ เธอถูกถามว่าภรรยาท่าน Duke Kingstone เคยบอก ว่า เธอได้ เคยแต่งงานกับชายที่มีชื่อคนหนึ่งหรือไม่ ซุนนางผู้นั้นตอบว่า ในฐานะที่เขาเป็นคนมีเกียรติ (as a man of honor) จึง ไม่อาจเปิดเผยสิ่งใด ๆ ที่ได้รับมา เป็นความลับแก่เขาได้ ซึ่งใน เรื่องนี้ศาลก็ได้มี คำสั่งให้ถอนคำถามนี้ออกทันที ดังนั้นการรักษาความลับของผู้อื่นในสมัยนี้จึงมีลักษณะ สำคัญของสุภาพบุรุษ (gentleman) อัน เป็นสัญลักษณ์ของความซื่อสัตย์และ รักเกียรติ (a sign of chivalry)⁴

ต่อมาในศตวรรษที่ 18 หลักเกียรติยศ (code of honor) เลื่อนมทยลง มีการให้ความสำคัญในการป้องกันรักษาไว้ซึ่งความลับของบุคคลน้อยลง ความจำเป็น ในการค้นหาความจริงให้ปรากฏมีมากขึ้น โดยถือว่าการค้นหาความจริงจะได้ ประโยชน์ในความยุติธรรมมากกว่าการ เก็บความลับไว้⁵ อย่างไรก็ตามในกลาง ศตวรรษที่ 19 หลักเกียรติยศยังมีอิทธิพล เหลืออยู่บ้าง แต่ เปลี่ยนสภาพต่างจาก เดิมไป โดยในสมัยแรกๆถือว่าเป็นเกียรติยศของมนุษย์ที่จะรักษาความลับที่ตนได้รับรู้ มาทุกประเภทนั้น เปลี่ยน เป็น เอกสิทธิหรือสิทธิพิเศษตามสถานะของปัจเจกชน (individual situation) ในการที่จะคัดค้านหรือต่อต้านการเปิดเผย เป็น พยานในศาล โดยให้เอกสิทธิในความลับพันซ์ของบุคคล 2-3 ประเภทเท่านั้น ซึ่ง

⁴Joseph T. Alves, "Confidentiality in Social Work", p.52-53.

⁵Edward W. Cleary, Mc Cormic on Evidence, p.175.

หนึ่งอัน เอกสิทธิ์ เหล่านี้คือ เอกสิทธิ์ในความสัมพันธ์ระหว่างทนายความและลูกค้า⁶
(attorney - client privilege)

นอกจากนี้ในกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษจะไม่มีทนายความ
ทางอาญาแก่ผู้ประกอบวิชาชีพที่ฝ่าฝืนหน้าที่ในการรักษาความลับที่ได้มาจากวิชาชีพ ผู้ที่
ได้รับความเสียหายจากการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายดังกล่าว อาจ
แสวงหาทาง เยียวยาได้ในด้านคดีละเมิด (tort) ในสัญญาหรือในคดีละเมิดที่เกิดจาก
สัญญา⁷

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ
อีกทอดหนึ่ง ด้วยเหตุที่ระบบพื้นฐานกฎหมายแพ่งของสหรัฐอเมริกาคือกฎหมาย
คอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษนั่นเอง โดยเฉพาะในเรื่องหน้าที่ต่อความลับในวิชา
ชีพ (obligation of professional secrecy) ก็มีกำหนดไว้ในกฎหมายแพ่ง
ของสหรัฐอเมริกาด้วย โดยถือว่าหน้าที่ต่อความลับในวิชาชีพเป็นเกียรติยศและชื่อเสียง
ของผู้ประกอบวิชาชีพแต่ละบุคคลที่ต้องรักษาเอาไว้ และมีองค์กรวิชาชีพ
(professional association) คอยควบคุมวินัยและมรรยาทของผู้ประกอบวิชา
ชีพแต่ละบุคคลให้ปฏิบัติตามระเบียบและข้อบังคับขององค์กร เพื่อรักษาความลับที่ได้รับ
มอบหมายมาจากวิชาชีพด้วย⁸ นอกจากนั้นในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพฝ่าฝืนหน้าที่ที่มีต่อ
ความลับในวิชาชีพ โดยเปิดเผยความลับที่ลูกค้าได้มอบให้ด้วยความไว้วางใจ
ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นไม่มีโทษทางอาญา ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ผู้ที่
ได้รับความเสียหายจากการเปิดเผยความลับนี้ อาจแสวงหาทาง เยียวยาได้โดยฟ้อง

⁶Joseph T. Alves, "Confidentiality in Social Work",
p. 53.

⁷Ibid., p. 52.

⁸Ibid., p. 53.

เรียกค่าเสียหายในคดีแพ่ง (civil suit for damages) แต่ถ้าศาลเห็นว่าผู้ประกอบวิชาชีพได้กระทำไปโดยสุจริต (good faith) แล้ว ศาลอาจยกค่าฟ้องนั้นได้⁹

2.2 แนวความคิดในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย

การรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีแนวความคิดตามกฎหมายธรรมชาติ โดยกฎหมายธรรมชาติของความลับเกี่ยวกับความลับที่ได้รับมอบหมาย (The natural law of secrecy with respect to committed secrets) เกิดจากความจำเป็น 2 ประการคือ เพื่อป้องกันปัจเจกชนประการหนึ่ง และเพื่อป้องกันสังคมอีกประการหนึ่ง ซึ่งความจำเป็นทั้งสองประการนี้ เป็นพื้นฐานของสิทธิ 2 ประเภทคือ สิทธิปัจเจกชน (individual's right) และสิทธิในสังคม (society's right)¹⁰

2.2.1 สิทธิปัจเจกชน (Individual's right)

ในสังคมที่ถือกันว่าเป็นประชาธิปไตยนั้น อาจกล่าวได้ว่า การรับรองสิทธิส่วนบุคคล เป็นองค์ประกอบที่สำคัญอันหนึ่ง เพราะสิทธิส่วนบุคคล เป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับการมีสภาพบุคคล ซึ่งบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิย่อมกระทำการใด ๆ อันเป็นสิทธิส่วนตัวได้ โดยรัฐหรือเอกชนอื่นไม่อาจเข้ามาก้าวล่วงได้¹¹

⁹Ibid., p.52.

¹⁰Ibid., p.59.

¹¹คัมภีร์ แก้ว เจริญ, "ฎีกาวิเคราะห์ ; จับ คั้น : ผลของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลในแง่พยานหลักฐาน" วารสารอัยการ 12 (มกราคม 2522) : 62.

แนวความคิดในลัทธิส่วนบุคคลนี้ เป็นแนวความคิดแบบปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งบุคคลแต่ละคนควรได้รับความเคารพและได้รับความคุ้มครองในการดำรงชีวิตอย่างอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ มีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้ มีสิทธิในคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์อันประกอบด้วยศักดิ์ศรีและเกียรติยศของบุคคลที่จะดำรงชีวิตหรือประกอบกิจกรรมใด ๆ ตามที่ต้องการ และรอดพ้นจากการสังเกตุ การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่าง ๆ ด้วย¹²

การให้สิทธิปัจเจกชนในการเก็บและรักษาความลับของบุคคลมีเหตุผลอยู่ 2 ประการคือ¹³

ประการแรก กฎหมายธรรมชาติให้มนุษย์มีสิทธิเด็ดขาดในการเป็นเจ้าของเนื้อตัว ร่างกายและจิตใจ (body and soul) ในชื่อเสียงและเกียรติยศ (reputation and honor) รวมทั้งในทรัพย์สินภายนอกไม่ว่าจะเป็นที่ดินหรือสิ่งของวัตถุอื่น ๆ สิทธิในความลับของบุคคลก็เป็นสิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายธรรมชาติเหมือนกัน ซึ่งบุคคลอื่นไม่สามารถละเมิดหรือแทรกซึมได้ เว้นแต่บุคคลผู้เป็นเจ้าของความลับจะเปิดเผยให้รู้เท่านั้น

ประการที่สอง เป็นเหตุผลที่ต้องการบรรลุถึงความมุ่งหมายที่จะป้องกันตัวเอง โดยความลับของบุคคลต้องการได้รับการป้องกันไว้ เช่น เดียวกับความ

¹²ซูซีพ บินทะสิริ, "การละเมิดสิทธิส่วนตัว", วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัย บัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525, หน้า 3.

¹³Joseph T. Alves, "Confidentiality in Social Work," p. 30-31.

มุ่งหมายที่จะป้องกันชีวิต (life) เกียรติยศ (honor) ชื่อเสียง (reputation) หรือสิ่งของต่าง ๆ (material goods) อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ (basic natural right)

2.2.2 สิทธิในสังคม (society's right)

แนวความคิดในสิทธินี้มีพื้นฐานว่า สิทธิธรรมชาติของความลับที่เข้าร่วมมอบหมาย (committed secrets) ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของสิทธิในสังคม เพราะว่ามนุษย์ เป็นสัตว์สังคม มนุษย์จึงมีความจำเป็นที่ต้องอาศัยตามธรรมชาติและมีความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกันเอง เมื่อสิทธิตามธรรมชาติ (natural right) มีความมุ่งหมายที่จำเป็น เพื่อบรรลุซึ่ง เป้าหมายแล้ว และถ้าสังคมมีความจำเป็น เช่นนั้น การป้องกันความลับของปัจเจกชนจึง เป็นความมุ่งหมายที่จำเป็น เพื่อบรรลุถึง เป้าหมายของสังคมด้วย¹⁴ ซึ่ง เป้าหมายใหญ่ของสังคมคือ การรักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยของประชาชน และป้องกันสิ่งชั่วร้ายหรืออันตรายต่าง ๆ งามให้เกิดขึ้นในสังคม การป้องกันความลับในวิชาชีพของปัจเจกชนจึง เป็น เป้าหมายของสังคมในอันที่จะรักษาความสงบ เรียบร้อยในสังคมนั้นเอง¹⁵

นอกจากนี้ผู้เขียนยังพบว่าแนวความคิดในการรักษาความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างทนายความและลูกความ ซึ่งความสัมพันธ์นี้มีพื้นฐานจากความ เชื่อใจและความไว้วางใจในตัวทนายความ เป็นพิเศษ และความสัมพันธ์ยังก่อให้เกิดภาระหน้าที่ผูกพันกับทนายความในอันที่จะกระทำการแทนลูกความด้วยความซื่อสัตย์ หน้าที่นี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหน้าที่ที่ได้รับมอบ เนื่องจากความไว้วางใจของทนายความ (fiduciary obligation)¹⁶

¹⁴Ibid., p.31.

¹⁵Ibid., p.33.

¹⁶Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal

หน้าที่ที่ได้รับมอบ เนื่องจากความไว้วางใจ เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่าง
 ทนายความและลูกความ โดยมิชอบ เขตความรับผิดชอบในการดำเนินการวิชาชีพ
 หรือในการดำเนินการไป เพื่อประโยชน์ตามความสัมพันธ์ของทนายความและลูกความ¹⁷
 และแม้ว่าทนายความจะมีความสัมพันธ์ด้านอื่นกับลูกความด้วยก็ตาม ความสัมพันธ์ด้าน
 อื่นนั้นก็มิทำให้ความสัมพันธ์ในวิชาชีพเปลี่ยนแปลง หรือ เป็นเหตุให้ลดความรับผิดชอบ
 ของทนายความลง จากการวิจัยพบว่าความสัมพันธ์ด้านอื่นของทนายความและ
 ลูกความกลับ เพิ่มความรับผิดชอบให้แก่ทนายความในขอบ เขตที่กว้างขวางยิ่งขึ้น ทั้งนี้
 เพราะหลักการสำคัญที่ทนายความทุกคนต้องถือปฏิบัติคือประโยชน์ของลูกความ เป็น
 ประโยชน์สูงสุด¹⁸ และถือว่าประโยชน์ของตน เป็นรองดังจะ เห็นได้จาก Rule
 1.7 ของ Model Rules of Professional Conduct ซึ่งกำหนดว่า
 "ผลประโยชน์ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องไม่ เป็นปรปักษ์ต่อการ เป็นตัวแทน
 ของลูกความ"¹⁹

นอกจากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว หน้าที่ที่ได้รับมอบ เนื่องจากความไว้วาง
 ใจยัง เกี่ยวข้องกับความลับของลูกความด้วย โดยถือว่าความสัมพันธ์ในวิชาชีพจะ เป็น
 สิ่งที่น่าสนับสนุนและก่อให้เกิดหน้าที่แก่ทนายความอันที่จะต้องรักษาหรือ เก็บข้อมูลของ
 ลูกความไว้ เป็นความลับ เพราะการที่ทนายความได้รับมอบหรือครอบครอง ข้อมูลที่
 เป็นความลับของลูกความ ทนายความอาจ เปิด เผยความลับนั้น เป็นที่ เสียหายแก่
 ลูกความหรือบุคคลภายนอกได้ หน้าที่ที่ได้รับมอบ เนื่องจากความไว้วางใจนี้จึง เป็น
 หลักประกันให้กับลูกความในเรื่องของความลับได้ ทนายความเต็มใจที่จะ เปิด เผย

¹⁷Ibid., p.214.

¹⁸Ibid., p.215.

¹⁹Thomas D. Morgan and Ronald D. Rotunda, Problems and materials on Professional Responsibility. (New York : The Foundation Press, Inc., 1987), p.111.

ความลับของตนให้แก่ทนายความอย่างเต็มที่ และทำให้ลูกความเชื่อว่าความลับที่ตน
ได้เปิดเผยนั้นจะได้รับการป้องกันจากการรู้เห็นของบุคคลภายนอกได้ด้วย²⁰

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า หน้าที่ที่ได้รับมอบ เนื่องจากความไว้วางใจของ
ทนายความจะรักษาความลับของลูกความให้คงอยู่ต่อไปได้ แม้ว่าทนายความจะ
ปฏิเสธไม่รับว่าจ้างดำเนินการแทนบุคคลผู้เป็นเจ้าของความลับก็ดี หรือแม้ว่าทนาย
ความจะรับดำเนินการหรือมีความสัมพันธ์กับลูกความคนต่อ ๆ ไปก็ดี ก็ไม่ทำให้หน้าที่
นี้สิ้นสุดหรือ เปลี่ยนแปลงไปได้²¹ นอกจากนี้ยังปรากฏคดีของ Ellenstein
อีกว่า หน้าที่นี้ย่อมเกิดขึ้นไม่ได้ ถ้าทนายความได้รับการปรึกษาหารือนอกเหนือไป
จากอาชีพของตน เช่น ได้รับการว่าจ้างให้บริกาการที่ไม่ใช่ด้านกฎหมาย ก็ไม่ถือว่า
ทนายความมีหน้าที่ที่ได้รับมอบ เนื่องจากความไว้วางใจในความลับ แม้ว่าจะได้ใช้
ความรู้ทางกฎหมายด้วยก็ตาม²²

นอกจากนี้ ทนายความยังมีหน้าที่ให้ความ เป็นธรรมแก่สังคมอีกด้วย โดยถือ
ว่าทนายความ เป็นเจ้าหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรมส่วนหนึ่ง นอกเหนือจากผู้พิพากษา
หรืออัยการ ดังนั้น ในการรักษาความลับของลูกความ ทนายความจึงต้องมีความซื่อ
ตรง อันเป็นความสาคัญในหน้าที่ของตน และความซื่อตรงต่อหน้าที่นี้เป็นหน้าที่อันต้อง
มีต่อหลายฝ่าย ซึ่งบางครั้งก็อาจดู เหมือนจะขัดกัน ในกรณีข้างต้น ศาสตราจารย์จิตติ
ติงศวิทย์ ให้คำแนะนำว่า ทนายความต้องประสานหน้าที่ทั้งหลาย เหล่านี้ให้สอดคล้อง

²⁰Ronald E. Mallen and Victor B. Levit, Legal Malpractice, p.211.

²¹ibid., p.221.

²²Ellenstaim v. Herman Body Co., 23 N.J. 348, 129.

A2d 268 (1957)

กลมกลืนกันโดยไม่ละเลยหน้าที่บางประการ เสียโดยสิ้นเชิง แต่ต้องให้น้ำหนักความสำคัญตามสมควรแก่หน้าที่แต่ละประการ²³

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์ ได้สรุปหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่ต้องชื่อตรงต่อฝ่ายต่าง ๆ ดังนี้²⁴

1. หน้าที่ต้องชื่อตรงต่อลูกค้า ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายโดยเฉพาะ ความต้องให้บริการให้ผลประโยชน์ของลูกค้าอย่างสุดฝีมือและระมัดระวัง ต้องรักษาไว้ซึ่งความไว้วางใจที่ลูกค้ามีต่อตน ไม่เอาเปรียบจากความไม่รู้เท่าทันของลูกค้า เครื่องครัดในเรื่องเกี่ยวกับเงินของลูกค้า เมื่อได้รับว่าความต้องทำหน้าที่ด้วยความสามารถอันเหมาะสมกับงาน และใช้ความระมัดระวังอันควรแก่ฐานะผู้ประกอบวิชาชีพ และต้องอุทิศตนเพื่อประโยชน์ของลูกค้าจนสุดความรู้ความสามารถด้วยความอุตสาหะ ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย²⁵

2. หน้าที่ต้องชื่อตรงต่อการอำนวยความสะดวกยุติธรรม ได้แก่ต่อผู้นิพากษาหรือศาล ต่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีทนายความ ตัวความและพยานของเขา และต่อวิชาชีพทางกฎหมายคือ ส่งเสริม ปรับปรุง วัฒนาความ เสื่อมเสียมาสู่ โดยรักษาระดับมาตรฐานทางจิตใจและวิชาชีพไว้

3. หน้าที่ต้องชื่อตรงต่อชุมชน โดยส่งเสริมความยุติธรรมทั้งในการดำเนินงานในศาลและในสำนักงาน และต้องทำให้เกิดความยุติธรรมโดยวิถีทางของกฎหมาย และอำนวยความสะดวกยุติธรรม

²³จิตติ ติงศภัทย์, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2533), หน้า 67.

²⁴เรื่อง เดียวกัน, หน้า 68.

²⁵เรื่อง เดียวกัน, หน้า 77.

4. หน้าที่ต้องชื่อตรงต่อ เพื่อนร่วมวิชาชีพ ได้แก่ ผู้ร่วมสำนักงาน ผู้มีอาวุโสกว่าและอาวุโสรอง ผู้ช่วย เหลือ เสมียนพนักงาน

5. หน้าที่ต้องชื่อสัตย์ต่อตนเอง ให้มีการครองชีพสมแก่ฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพและประชาชนคนหนึ่ง แม้ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายมีความจำเป็นในการหาเลี้ยงชีพเพื่อตนเอง และครอบครัวกับผู้ที่ต้องพึ่งพาอาศัยตนแต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะต้องกอบโกย เอาประโยชน์จน เกินกลาย เป็นฟุ่มเฟือยหรือ เอาเปรียบผู้อื่น

ดังนั้น การประสานหน้าที่ทั้งหลายดังกล่าวข้างต้น ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายจะต้องคำนึงว่า ตนกาทหน้าที่นั้นในนามของใคร ในนามของลูกความหรือในนามของรัฐ เพราะแม้ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายจะต้อง เป็นตัวแทนของลูกความ และต้องรักษาผลประโยชน์ของลูกความก็ตาม แต่ในบางครั้ง ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายก็ต้องรักษาผลประโยชน์ของสาธารณะด้วย การรักษาความลับของลูกความก็เช่นเดียวกัน ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมีหน้าที่ต้องรักษาความลับของลูกความไว้ ไม่เปิดเผยให้บุคคลภายนอกได้ล่วงรู้ แต่ถ้าความลับนั้นมีประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐแล้ว ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายในฐานะ เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้อง เปิดเผยความลับนั้น และจะอ้างว่ามีหน้าที่ต่อลูกความแต่ฝ่าย เดียวไม่ได้

2.3 แนวความคิดในการให้ เอกสิทธิ์แก่การติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับระหว่าง

ผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและลูกความ

แนวความคิดในการให้ เอกสิทธิ์แก่การติดต่อสื่อสารที่เป็นความลับระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมายและลูกความนั้น ในอดีตปรากฏอยู่ในรูปของ เอกสิทธิ์ระหว่างทนายความและลูกความ (attorney - client privilege) โดยถือว่าการให้ เอกสิทธิ์ระหว่างทนายความและลูกความ เป็นประโยชน์ของสังคมในการช่วยเหลือให้บุคคลธรรมดาทั่วไปได้แสวงหาการบริการทางกฎหมาย ได้รู้ถึงสิทธิ

และหน้าที่ทางกฎหมายของพวกเขา และได้รับรู้ถึงผลที่จะได้รับ เนื่องจากการทำแทน
ของนายความในการฟ้องร้องคดี²⁶

เอกสิทธิ์ระหว่างนายความและลูกความมีปรากฏมาช้านาน และเป็น
เอกสิทธิ์ในการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลที่เก่าแก่ที่สุด²⁷ ในบทวิจารณ์การพัฒนา
กฎหมายในเรื่องการติดต่อสื่อสารที่เป็นเอกสิทธิ์กล่าวว่า มีทฤษฎีหลักอยู่ 2 ทฤษฎีที่
เป็นเหตุผลสนับสนุนเอกสิทธิ์ระหว่างนายความและลูกความ ทฤษฎีแรกนั้น เป็น
ทฤษฎีที่มีพื้นฐานจากหลักอรรถประโยชน์ และทฤษฎีที่สอง เป็นทฤษฎีที่มีพื้นฐานจาก
หลักไม่ถืออรรถประโยชน์²⁸

หลักอรรถประโยชน์ (Utilitarian Principle)

หลักอรรถประโยชน์ เป็นหลักที่คำนึงถึงประโยชน์สูงสุด เป็นสำคัญ การใดที่
กระทำแล้วก่อให้เกิดประโยชน์ก็เป็นความดี การใดที่กระทำแล้วก่อให้เกิดผล เสีย
หายก็เป็นความไม่ดี²⁹ หลักอรรถประโยชน์ถือว่าการให้ เอกสิทธิ์แก่การติดต่อสื่อสาร
ระหว่างนายความและลูกความ จะเกิดประโยชน์ต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม
(social good) มากกว่าจะเกิดผลเสียหายในระบบการค้นหาความจริงในศาล

²⁶Comment, "Development in the law : Privilege Communications," Harvard Law Review Vol.98 (May 1985), p.1501.

²⁷Ibid.,

²⁸Ibid.,

²⁹ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ : มิตรรณาการพิมพ์, 2531), หน้า 15.

(judicial system's fact-finding process)³⁰ ทั้งนี้เพราะ เอกสิทธิ์มีประโยชน์ต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมว่าการที่จะส่งเสริมให้ลูกความได้รับการหารือกับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายได้อย่างอิสระ ทำให้ลูกความได้รับรู้ถึงสิทธิของตนตามกฎหมายและดำเนินการตามขั้นตอนในระบบของศาลที่ยั่งยืนได้³¹

"Wigmore" ให้ความเห็นต่อหลักการประโยชน์ว่า เอกสิทธิ์ควรนำมาใช้เฉพาะเมื่อผลประโยชน์ที่มีต่อสังคมในการส่งเสริมการติดต่อสื่อสารระหว่างทนายความและลูกความ จะมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการค้นหาความจริงของศาล³²

นอกจากนี้ยังมีผู้วิจารณ์หลักการประโยชน์เช่นเดียวกับ Wigmore และมีความเห็นที่เพิ่มเติมว่า การให้เอกสิทธิ์ตามหลักการประโยชน์มีลักษณะขอบเขตที่แคบ และจะสิ้นสุดลงเมื่อประโยชน์ที่จะได้รับจากการรักษาความลับนั้นไว้หมดลง³³ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เอกสิทธิ์จะไม่เกิดขึ้นถ้าไม่มีประโยชน์ในการรักษาความลับนั้นไว้อีกต่อไป

หลักไม่ถืออรรถประโยชน์ (Non-Utilitarian Principle)

หลักไม่ถืออรรถประโยชน์นี้ถือว่า การให้เอกสิทธิ์ในการติดต่อสื่อสารระหว่างทนายความและลูกความมิใช่ เพราะประโยชน์ที่จะได้รับ แต่เป็นเพราะเห็น

³⁰Comment, "Development in the law : Privilege Communication," Harvard Law Review, p.1501.

³¹Ibid., p.1502.

³²Ibid., p.1503.

³³Ibid.,

ว่าการบังคับให้เปิดเผยการติดต่อสื่อสารระหว่างทนายความและลูกความ เป็นความผิดในตัวมันเองอย่างแท้จริง (itself intrinsically wrong)³⁴

นักประวัติศาสตร์ไม่อาจยืนยันได้ว่าทนายเมศาลทั้งหลายจึงยอมให้ เอกสิทธิ์ในการติดต่อสื่อสารระหว่างทนายความและลูกความ แต่นักประวัติศาสตร์ก็ตกลงยอมรับกันได้ว่า เหตุผลดั้งเดิมของ เอกสิทธิ์นั้นมาจากหลักไม่ถืออรรถประโยชน์ โดยมีสมมุติฐาน 2 ประการคือ³⁵

ประการแรก เอกสิทธิ์เกิดขึ้นครั้งแรกเพราะอิทธิพลแนวความคิดของสิทธิปัจเจกชนที่ว่า "ในการพิจารณาคดีจำเลยย่อมไม่ถูกบังคับให้ให้การปรักราตนเอง" ซึ่ง Blackstone ได้กล่าวไว้ในปี 1768 ว่า

"ไม่มีใครที่จะถูกสอบสวนเพื่อพิสูจน์ถึงความเสียหายชื่อเสียงของตนเอง และไม่มีทนายความ (counsel, attorney) หรือบุคคลอื่นใดที่ได้รับมอบหมายความลับด้วยความไว้วางใจจะถูกบังคับหรือจะยอมตามโดยให้พยานหลักฐานในเรื่องเกี่ยวกับความลับซึ่งตนได้รู้มาโดยอาศัยความไว้วางใจนั้น"

ประการที่สอง Dean Wigmore ได้สมมุติฐานว่า เอกสิทธิ์นี้อาจมีกำเนิดมาจากแนวความคิดของ "เกียรติยศในระหว่างสุภาพบุรุษ" (honor among gentlemen) โดยเหตุผลพื้นฐานของเกียรติยศนี้ถือว่า เกียรติยศเป็นความไว้วางใจที่ถือเป็นคำสาบานโดยปริยายของทนายความที่จะต้องซื่อสัตย์ต่อลูกความ และเมื่อใดที่ทนายความได้เปิดเผยการติดต่อสื่อสารระหว่างตนกับลูกความ ก็ถือได้ว่าทนายความนั้นได้ละเมิดต่อหลัก เกียรติยศระหว่างสุภาพบุรุษแล้ว³⁶

³⁴Ibid., 1501.

³⁵Ibid., 1502.

³⁶Ibid., 1504.



ผู้คร่ำครวญหลักไม่ถืออรรถประโยชน์หลายคนเชื่อว่า หลักไม่ถืออรรถประโยชน์ เป็นมิติ (dimension) ของ เอกสิทธิ์ โดยให้เหตุผลว่า เอกสิทธิ์สามารถป้องกันผลประโยชน์ส่วนตัวได้ (privacy interest) หรือมิฉะนั้น เอกสิทธิ์ก็เป็นสิ่งที่ส่งเสริมอิสรภาพของคนที่ว่าเขาอันที่จะแสวงหาความช่วยเหลือจากผู้อื่นภายใต้บังคับของระบบกฎหมายได้³⁷

นอกจากนี้ผู้วิจารณ์หลักไม่ถืออรรถประโยชน์ว่า หลักไม่ถืออรรถประโยชน์ ให้ เอกสิทธิ์โดยไม่ถือประโยชน์เป็นหลัก แต่มีหลักการว่าความลับจะต้องได้รับการเก็บรักษาไว้ โดยถือเสมือนเป็นสิ่งที่จำเป็น เป็นสิ่งสำคัญ เป็นสิทธิหนึ่งที่จะป้องกันสิทธิของปัจเจกชน และถือว่าการเปิดเผยความลับเป็นการละเมิด เอกสิทธิ์ซึ่งทำลายสิทธิของปัจเจกชนอันเป็นความผิดในตัวเองอย่างแท้จริง³⁸ ดังนั้นการให้ เอกสิทธิ์ตามหลักไม่ถืออรรถประโยชน์นี้จึงมีลักษณะขอบเขตที่กว้างและจะไม่สิ้นสุดลง แม้ว่า จะไม่มีประโยชน์ใด ๆ จากการรักษาความลับนั้นไว้เลยก็ตาม³⁹

อย่างไรก็ตามมีผู้วิจารณ์พื้นฐานของ เอกสิทธิ์ระหว่างทนายความและลูกความ ว่า เป็นข้อยกเว้นจากหลักที่ว่า "การติดต่อสื่อสารทุกประเภทที่เกี่ยวข้องกับคดีจะต้องนำมาแสดงหรือเปิดเผยต่อศาล"⁴⁰

ฉบับต่อไป ผู้เขียนจะได้ เปรียบเทียบหลักกฎหมายและขอบเขตความรับผิดชอบในเรื่องความลับของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษและประเทศไทย

³⁷Ibid.,

³⁸Ibid.,

³⁹Ibid.,

⁴⁰Ibid.,