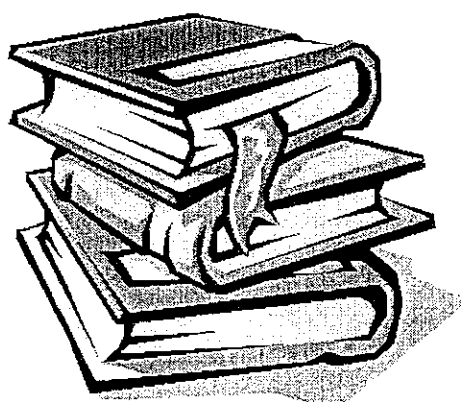




คู่มือการให้ความเห็นทางกฎหมาย



งานนิติการ สำนักปลัด
เทศบาลตำบลท่ายาง

คำนำ

คู่มือการปฏิบัติงานเล่มนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้พนักงานเทศบาลผู้ที่มีหน้าที่ในการให้ความเห็นทางกฎหมาย สามารถดำเนินการได้อย่างถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ในขั้นนี้ งานนิติการจะอธิบายหลักเกณฑ์วิธีการปฏิบัติงาน โดยอาศัยเหตุผลตามแนวคำพิพากษาศาล หรือแนวคำวินิจฉัยขององค์กรผู้มีอำนาจที่ได้เคยวินิจฉัยมาแล้ว ประกอบกับอ้างอิงหลักกฎหมายพอสังเขปมาเพื่อประกอบการทำความเข้าใจ โดยหยิบยกปัญหาและข้อบกพร่องมีมักเกิดขึ้นในทางปฏิบัติมาเพื่ออธิบายแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง

งานนิติการ สำนักปลัดเทศบาล หวังเป็นอย่างยิ่งว่าคู่มือการปฏิบัติงานเล่มนี้จะเป็นประโยชน์แก่การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

งานนิติการ

สำนักปลัดเทศบาล

(ลงชื่อ).....ผู้จัดทำ

(นายวรพงศ์ ตั้งสกุล)

นิติกรปฏิบัติการ

(ลงชื่อ).....ผู้ตรวจสอบ

(นายพิสิษฐ์ หงษ์ประพันธ์)

หัวหน้าฝ่ายอำนวยการ รักษาการแทน

หัวหน้าสำนักปลัดเทศบาล

(ลงชื่อ).....ผู้ตรวจสอบ

(นายสุทธิพงษ์ บุญโยธิน)

ปลัดเทศบาลตำบลท่ายาง

สารบัญ

เรื่อง	หน้า
หลักการและเหตุผล	๑
วัตถุประสงค์	๑
เป้าหมาย	๑
ประโยชน์	๑
กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง	๒
ขั้นตอนการทำงาน	๓
ปัญหา/ข้อบกพร่อง/ข้อสังเกต/แนวทางแก้ไข	๘
ตัวอย่างการทํำบันทึก เรื่อง การตรวจทานร่างสัญญา	๙
แผนผังขั้นตอนการทำงาน	๑๐
แบบตรวจทบทวนขั้นตอนการปฏิบัติงานตามคู่มือ	๑๑

การให้ความเห็นทางกฎหมาย

.....

หลักการและเหตุผล

โดยที่เทศบาลตำบลท่าหยางเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีภารกิจหน้าที่ตามกฎหมายจัดตั้งองค์กร เช่น พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.๒๔๙๖ และที่แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ ๑๔) พ.ศ.๒๕๖๒ และ พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.๒๕๔๒ และ ที่แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๔๙ เป็นต้น ในการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สาธารณูปการ การบริการ สาธารณะตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการ อาจมีปัญหาข้อกฎหมาย ซึ่งเป็น อุปสรรคต่อการปฏิบัติงาน จึงเป็นหน้าที่ความรับผิดชอบของงานนิติการ สำนักปลัดเทศบาลตำบลท่าหยาง ใน การพิจารณาให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายนั้น

วัตถุประสงค์

คู่มือการปฏิบัติงานเล่มนี้ จัดทำขึ้นเพื่อให้พนักงานเทศบาล และพนักงานส่วนท้องถิ่น นำมาใช้เป็น แนวทางในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับการให้ความเห็นทางกฎหมาย

เป้าหมาย

พนักงานเทศบาล หรือพนักงานส่วนท้องถิ่น และผู้ที่สนใจ

ประโยชน์

พนักงานเทศบาล มีความรู้ ความเข้าใจ และสามารถให้ความเห็นทางกฎหมาย เพื่อให้หน่วยงาน หรือส่วนราชการนำไปใช้ประกอบการพิจารณาดำเนินการตามหน้าที่ได้ โดยมีความชัดเจน ถูกต้องตรงตาม เจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

หลักกฎหมายที่ใช้ในการให้ความเห็นทางกฎหมาย

๑. กฎหมายจัดตั้งองค์กร

๒. กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง หรือประเด็นที่ขอความเห็นทางกฎหมาย เช่น

๒.๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

๒.๒ ประมวลกฎหมายอาญา

๒.๓ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

๒.๔ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

๒.๕ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เป็นต้น

๓. แนวคำพิพากษา หรือคำวินิจฉัยขององค์กรผู้ใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น

๓.๑ คำพิพากษาศาลฎีกา

๓.๒ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

๓.๓ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา

๓.๔ ความเห็นคณะกรรมการร่างกฎหมายกระทรวงมหาดไทย เป็นต้น

ขั้นตอนการทำงาน

ส่วนราชการในสังกัดเทศบาล หรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงาน อาจขอให้งานนิติการให้ความเห็นทางกฎหมายเพื่อนำไปใช้ประกอบการพิจารณาดำเนินการตามหน้าที่ของตนได้

๑. การบรรยายรายละเอียดของเรื่องที่ขอปรึกษาหารือมายังงานนิติการ

ในการขอให้งานนิติการพิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมาย ส่วนราชการ หรือเจ้าหน้าที่ผู้ขอความเห็น จะต้องบรรยายรายละเอียดเพื่อประกอบการพิจารณาของงานนิติการ ดังต่อไปนี้

๑.๑ ข้อเท็จจริง หมายถึง เป็นข้อเท็จจริงที่ยุติแล้ว ซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ขอความเห็น หากยังมีการโต้แย้งกันอยู่ว่ามีข้อเท็จจริงนั้นหรือไม่ ข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นจริงหรือไม่ เช่นนี้ถือว่ายังเป็นข้อเท็จจริงที่ยังไม่เป็นที่ยุติ ผู้ขอจะต้องสรุปข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติก่อนที่จะส่งเรื่องขอความเห็นมายังงานนิติการ

๑.๒ กฎหมายที่ประสงค์จะขอหารือ หมายถึง ผู้ขอจะต้องส่งข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องที่ขอหารือ หรือมีกฎหมายเฉพาะใดบ้างที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหา โดยให้ส่งสำเนากฎหมายแนบท้ายบันทึกขอหารือนั้นมายังงานนิติการเพื่อประกอบการพิจารณาต่อไป

๑.๓ ข้อหารือ หรือประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย หมายถึง เป็นเรื่องเกี่ยวกับการตีความตัวบทกฎหมาย หรือการแปลความหมายของกฎหมาย และการปรับข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วเข้ากับตัวบทกฎหมาย ซึ่งผู้ขอต้องระบุให้ชัดเจนว่า ผู้ขอประสงค์จะขอหารือ ในประเด็นเรื่องใด หากมีหลายประเด็น ให้ระบุแยกข้อเป็นรายประเด็นไป

๑.๔ ความเห็นของส่วนราชการ หรือเจ้าหน้าที่ผู้ขอหารือ หมายถึง ส่วนราชการ หรือเจ้าหน้าที่ผู้ขอหารือ ต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าผู้ขอหารือมีความเห็นในประเด็นนั้น ๆ ว่าอย่างไร เพราะเหตุใด

๒. เรื่องที่ขอหารือจะต้องมิใช่เป็นเรื่องหรือประเด็น ดังต่อไปนี้

๒.๑ ประเด็นปัญหาข้อเท็จจริง หมายความว่า ปัญหาว่ามีข้อเท็จจริง หรือการกระทำนั้น ๆ เกิดขึ้นจริงหรือไม่ หรือ ข้อเท็จจริงที่ยังโต้เถียงกันอยู่ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ยังไม่เป็นที่ยุติ เช่น เป็นประเด็นที่เกี่ยวกับปัญหาว่า ใคร ทำอะไร ที่ไหน กับใคร เมื่อไร และอย่างไร แม้จะอ้างข้อกฎหมายมากก็ตาม ก็ยังถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

ตัวอย่าง ปัญหาข้อเท็จจริงที่งานนิติการไม่อาจให้ความเห็นได้

- นาย A ได้มาขออนุญาตก่อสร้าง ต่อมา นาย B แจ้งต่อกองช่างว่า นาย A ปลุกสร้างอาคารรุกล้ำที่ดินของนาย B นาย A ได้แย้งว่า ตนปลุกสร้างในที่ดินของตนเองไม่ได้รุกล้ำที่ดินของผู้อื่น กองช่างจึงขอหารือว่านาย A ก่อสร้างอาคารขัดต่อกฎหมายควบคุมอาคารหรือไม่ (เนื่องจากเป็นข้อเท็จจริงที่ยังไม่เป็นที่ยุติ

โดยส่วนราชการเจ้าของเรื่องจะต้องตรวจสอบ และเจ้าของที่ดินจะต้องรังวัดขอบเขตเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยุติก่อน)

๒.๒ ปัญหาการใช้ดุลพินิจของส่วนราชการหรือเจ้าหน้าที่ ที่ใช้อำนาจในกรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ไม่ถือเป็นปัญหาข้อกฎหมาย เช่น ประเด็นปัญหาว่าเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจเหมาะสมหรือไม่ กรณีเช่นนี้ งานนิติการไม่อาจให้ความเห็นทางกฎหมายในกรณีนี้ได้ เนื่องจากหากกฎหมายได้กำหนดอำนาจให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจประการใดแล้ว หากเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจตามขั้นตอน และอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดนั้น ย่อมถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ซึ่งงานนิติการไม่มีหน้าที่ไปให้ความเห็นในปัญหาเรื่องความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจได้

ตัวอย่าง ปัญหาการใช้ดุลพินิจที่งานนิติการไม่อาจให้ความเห็นได้

- เทศบัญญัติ เรื่อง กิจการอันตรายต่อสุขภาพ กำหนดให้เรียกเก็บค่าใบอนุญาตไม่เกิน ๕,๐๐๐ บาท การที่เจ้าหน้าที่เรียกเก็บค่าใบอนุญาต ๔,๕๐๐ บาท เป็นการใช้ดุลพินิจที่เหมาะสมหรือชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

แต่หากเป็นประเด็นปัญหาว่า การใช้ดุลพินิจนั้นขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ หรือประเด็นว่า มีกฎหมายใดกำหนดให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจหรือใช้ดุลพินิจเช่นนั้นได้หรือไม่ เช่นนี้เป็นปัญหาข้อกฎหมาย

๒.๓ ในกรณีที่งานนิติการได้เคยให้ความเห็นทางกฎหมายในประเด็นเดียวกัน หรือประเด็นลักษณะเดียวกันกับที่เคยได้ให้ความเห็นไปแล้ว งานนิติการจะตอบโดยส่งความเห็นหรือคำวินิจฉัยที่เคยได้ให้ความเห็นนั้น โดยไม่ต้องดำเนินการให้มีคำวินิจฉัยหรือความเห็นใหม่ก็ได้

๒.๔ เรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล

๒.๕ เรื่องที่อยู่ในระหว่างการสอบสวนข้อเท็จจริง สอบสวนวินัย หรือความรับผิดชอบ

๒.๖ เรื่องที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานอื่น หรือคณะกรรมการอื่นอยู่แล้วตามกฎหมาย และงานนิติการเห็นว่าสมควรให้มีการดำเนินการตามกฎหมายนั้นก่อน เพื่อประโยชน์แก่การปฏิบัติงานของเทศบาล

๒.๗ เรื่องที่เกี่ยวกับนโยบาย หรืออำนาจของผู้บริหารโดยแท้ เช่น การแต่งตั้ง หรือสั่งให้บุคคลใดพ้นจากตำแหน่งรองนายกเทศมนตรี เลขาธิการนายกเทศมนตรี และที่ปรึกษานายกเทศมนตรี เทียบเคียงคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๔๖/๒๕๕๘ โดยสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้ นายกเทศมนตรีมีอำนาจใช้ดุลพินิจเพื่อมีคำสั่งถอดถอนหรือให้รองนายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งได้ หากเห็นว่า รองนายกเทศมนตรีไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามแนวนโยบายที่วางไว้สำหรับการพัฒนาท้องถิ่นที่อยู่ในความรับผิดชอบ และเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลอันจะเป็นประโยชน์สำหรับประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ หรือ เมื่อกฎหมายได้ให้อำนาจนายกเทศมนตรีแต่งตั้งรองนายกเทศมนตรี เพื่อช่วยเหลือในการบริหารราชการของเทศบาลตามที่นายกเทศมนตรีมอบหมายได้ แต่เมื่อนายกเทศมนตรีหมดความไว้วางใจ

ในตำแหน่งรองนายกเทศมนตรีแล้ว นายกเทศมนตรีมีอำนาจใช้ดุลพินิจถอดถอนและมีคำสั่งให้รองนายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งได้ ตามมาตรา ๔๘ โสฬส แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ และแม้คำสั่งดังกล่าวจะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับ ของมาตรา ๓๐ และมาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การออกคำสั่งถอดถอนหรือให้รองนายกเทศมนตรีพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุข้างต้น จึงไม่ต้องให้โอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานและไม่ต้องให้เหตุผลประกอบคำสั่ง โดยไม่ถือว่าเป็นการปฏิบัติไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือ วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้ แต่อย่างใด

ซึ่งกรณีต่างจากการสั่งให้ข้าราชการประจำพ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากการสั่งให้ข้าราชการประจำพ้นจากตำแหน่ง จะต้องเป็นไปตามเหตุที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งกฎหมายมิได้ให้อำนาจแก่นายกเทศมนตรีในการใช้ดุลพินิจโดยแท้ ดังนั้น การสั่งให้ข้าราชการประจำพ้นจากตำแหน่ง จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือ วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้อย่างครบถ้วนด้วย

๓. การหาเหตุผลมาสนับสนุนความเห็นทางกฎหมาย

การให้ความเห็นทางกฎหมาย ควรมีเหตุผลทางกฎหมายมาสนับสนุนความเห็นนั้น เนื่องจากแม้ประเทศไทยจะใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ องค์กรตุลาการจะทำหน้าที่วินิจฉัยตีความตัวบทกฎหมายให้ปรากฏในคำพิพากษา หรือคำวินิจฉัย ซึ่งในคำพิพากษาก็มีเนื้อหาเป็นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย มีผลของคำวินิจฉัยที่เป็นยุติ และหากมีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกับที่ศาลได้เคยวินิจฉัยในคดีก่อน การพิจารณาพิพากษาคดีนี้ย่อมมีผลวินิจฉัยเป็นอย่างเดียวกัน ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางไว้เป็นบรรทัดฐาน

ดังนั้น ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมาย ควรศึกษา และจับประเด็นที่หรือว่า เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎหมายใด เพื่อกำหนดแนวทางในการสืบค้นคำพิพากษาศาลได้อย่างถูกต้อง รวดเร็ว เช่น

๓.๑ กรณีปัญหากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือปัญหาข้อกฎหมายอื่นที่มีกฎหมายบัญญัติว่าให้คดีนั้นอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม เหล่านี้ ควรสืบค้นจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

๓.๒ กรณีปัญหากฎหมายปกครอง ควรสืบค้นจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

๓.๓ กรณีปัญหารัฐธรรมนูญ ควรสืบค้นจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

หากไม่มีแนวทางขององค์กรตุลาการดังกล่าวข้างต้น ควรศึกษาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นองค์กรผู้มีหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ หรือหากเป็นปัญหากฎหมายเฉพาะเรื่อง เช่น ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีบทบัญญัติให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาอันเกิดจากการนำบทกฎหมายนั้น ๆ มาใช้ปฏิบัติงาน ก็อาจศึกษาจากแนวทางวินิจฉัยนั้นได้

๔. การค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย เจตนารมณ์ของกฎหมาย หมายถึง ผู้ร่างกฎหมาย มีความต้องการให้กฎหมายที่ได้บัญญัติมานั้น ให้ใช้ในลักษณะใด อย่างไร มีขอบเขตเพียงใด ซึ่งโดยทั่วไป

เจตนารมณ์ของกฎหมายมีทั้งเป็นเรื่องจำกัดตติสทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น กรณีของกฎหมายอาญาดังนั้น จึงต้องตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัด เนื่องจากหากตีความโดยกว้างจะทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างร้ายแรง ดังเห็นได้จากหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๒ วรรคแรกที่บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด นั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หากเป็นกฎหมายเอกชน ซึ่งเอกชนมีเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกัน อาจตีความในลักษณะ เอกชนมีสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาได้ทุกประการ ตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อบัญญัติของกฎหมายอย่างร้ายแรง

กรณีกฎหมายมหาชน เช่น กฎหมายที่บัญญัติถึงหน้าที่และอำนาจหน่วยงานทางปกครอง กรณีต้องตีความในลักษณะว่า หากไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงหน้าที่และอำนาจไว้โดยชัดแจ้ง หน่วยงานทางปกครองย่อมไม่มีหน้าที่และอำนาจดำเนินการได้ ซึ่งต่างจากกรณีเสรีภาพของเอกชนตามกฎหมายเอกชน เนื่องจากหากไม่มีหลักการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย และขอบเขตการกระทำของหน่วยงานทางปกครองแล้ว หน่วยงานทางปกครองจะใช้อำนาจอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขต และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่จำเป็น

ดังนั้น การพิจารณา หรือตีความตัวบทกฎหมาย จึงควรพิจารณาทั้งลายลักษณ์อักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นควบคู่กันไปด้วย และการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายอาจสืบหาจากคำพิพากษาศาล หรือ คณะกรรมการผู้มีอำนาจพิจารณาร่างกฎหมายต่าง ๆ เช่น รายงานการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายของกระทรวงมหาดไทย ซึ่งมีอำนาจพิจารณาร่าง กฎกระทรวง ระเบียบ ฯลฯ และในรายงานบางฉบับอาจจะแสดงให้เห็นปรากฏซึ่งเจตนารมณ์ของผู้ร่าง หรือผู้ออกกฎหมายนั้น ๆ

๕. การทำบันทึกนำเสนอความเห็นทางกฎหมาย

เมื่องานนิติการได้พิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายในเรื่องใดแล้ว จะจัดทำบันทึกความเห็น และแจ้งส่วนราชการนั้น ๆ ทราบ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

๕.๑ สรุปข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญ โดยหำนำข้อเท็จจริงนอกเรื่องนอกประเด็นมาใช้พิจารณา เนื่องจากจะทำให้การนำกฎหมายมาใช้ปรับเข้ากับข้อเท็จจริงนั้นเกิดความคลาดเคลื่อน เมื่อได้สรุปข้อเท็จจริงเป็นสาระสำคัญแล้ว ให้พิจารณาประกอบกับปัญหาที่ขอหารือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายใด และสรุปเป็นประเด็นปัญหานั้น ๆ

๕.๒ ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ให้ระบุชื่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหา นั้น ๆ กรณีต้องอ้างบทมาตราของกฎหมายใดที่ใช้เป็นหลักในการวินิจฉัย ควรระบุชื่อเต็มของกฎหมายนั้น ๆ ที่เกี่ยวข้องทุกฉบับ เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.๒๕๓๙ มาตรา.... ฯลฯ

กรณีเป็นการหยิบยกชื่อกฎหมายขึ้นกล่าวอ้างเป็นการทั่วไป มิได้เฉพาะเจาะจงมาตราใดมาตราหนึ่ง อาจใช้คำว่า กฎหมายว่าด้วย.... ก็ได้

ทั้งนี้ ในเบื้องต้นควรตรวจสอบข้อกฎหมายว่า กรณีที่หารืออยู่ในหน้าที่และอำนาจของเทศบาลตามกฎหมายจัดตั้ง หรือไม่ อย่างไร เพียงใด เนื่องจากหากเป็นกรณีที่มีใช้หน้าที่และอำนาจของเทศบาล ก็อาจไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยประเด็นอื่น ๆ ต่อไป

๕.๓ ข้อพิจารณาในประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย เป็นวินิจฉัยโดยการนำข้อเท็จจริงมาพิจารณาให้เข้ากับข้อกฎหมาย โดยแยกเป็นประเด็นปัญหาไป โดยให้พิจารณาในประเด็นหลักหรือประเด็นประธานก่อน แล้วค่อยพิจารณาในประเด็นรอง หรือประเด็นสาขาต่อไป

๕.๔ คำพิพากษาศาล หรือแนวคำวินิจฉัยที่เคยมีมาก่อน แม้คำพิพากษาจะไม่ถือว่าเป็นกฎหมายก็ตาม แต่คำพิพากษาก็มีสถานะเป็นแนวบรรทัดฐานให้ศาลในคดีหลังใช้เป็นแนวทางในการตัดสินคดีเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพ หรือเป็นไปตามหลักที่ว่า หากมีข้อเท็จจริงเดียวกันผลทางกฎหมายย่อมเหมือนกัน หากข้อเท็จจริงต่างกัน ผลทางกฎหมายก็ย่อมแตกต่างกัน ดังนั้น ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายควรกล่าวอ้างคำพิพากษาศาล หรือแนวคำวินิจฉัยขององค์กรผู้มีความอำนาจวินิจฉัยมาเพื่อประกอบการให้ความเห็นทางกฎหมายด้วย

หากคำพิพากษาศาลตั้งแต่สองฉบับมีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกัน แต่ผลคำพิพากษาต่างกัน ให้ถือคำพิพากษาในคดีหลังเป็นเกณฑ์ เนื่องจากมีหลักการว่าคำพิพากษาของศาลในคดีหลังจะมีผลเป็นการกลับคำพิพากษาของศาลในคดีก่อน เช่น คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๑/๒๕๕๗ (เป็นการตัดสินคดีที่ ๑ ของปี พ.ศ. ๒๕๕๗) ซึ่งต่อมามีคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๑๘/๒๕๕๗ ซึ่งมีข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกัน แต่วินิจฉัยต่างกัน กรณีต้องถือตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๘/๒๕๕๗ ซึ่งองค์กรศาลจะยึดถือแนวการวินิจฉัยนี้เป็นบรรทัดฐานต่อไป

ดังนั้น ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมาย จึงต้องหมั่นตรวจสอบและสืบค้นคำพิพากษาของศาลให้เป็นปัจจุบันอยู่เสมอ เพราะอาจมีคำพิพากษาในคดีหลัง พิพากษากลับคำพิพากษาคดีก่อนก็ได้

ข้อสังเกตประการสำคัญในการให้ความเห็นทางกฎหมาย ผู้ให้ความเห็นควรอ้างอิงคำพิพากษา หรือคำวินิจฉัยต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว แต่ไม่ควรให้ความเห็นของตนเอง หรือของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง เพราะอาจเกิดปัญหาในเรื่องดุลพินิจที่ไม่เป็นที่ยุติ เช่น ความเห็นทางกฎหมายของจังหวัดใด จังหวัดหนึ่ง ซึ่งอาจแตกต่างกันตามสภาพพื้นที่ หรือสภาพสังคม ฯลฯ เป็นต้น

๕.๕ ข้อเสนอแนะ (ถ้ามี)

๕. ปัญหา ข้อบกพร่อง / แนวทางการแก้ไข

ข้อสังเกต / ปัญหา / ข้อบกพร่อง	แนวทางการแก้ไข
- ในกรณีปัญหาที่ข้อหาหรือนั้น เป็นปัญหาใหม่ที่ไม่เคยมีการวินิจฉัยขององค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยมาก่อน หรือเป็นข้อกฎหมายที่มีข้อความไม่ชัดเจน เช่น กรณีหนังสือสั่งการ ซึ่งโดยเนื้อหาอาจมีสถานะเป็นกฎ ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป หากหนังสือสั่งการของหน่วยงานกำกับดูแลตั้งแต่สองฉบับมีข้อความขัดหรือแย้งกันเองในสาระสำคัญ ซึ่งเป็นข้อขัดข้องอาจทำให้ผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายไม่อาจให้ความเห็นได้ หรือขาดเหตุผลที่มาสนับสนุนอย่างเพียงพอ	- อาจมีข้อเสนอแนะให้ส่วนราชการนั้นหาหรือผู้มีอำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายนั้นได้ ทั้งนี้เป็นไปตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๕๗ ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยรับตรวจสอบถามเกี่ยวกับการปฏิบัติให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญนี้ กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ หรือในเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของผู้ว่าการ ให้ผู้ว่าการหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตอบข้อสอบถามเป็นหนังสือโดยเร็ว ซึ่งต้องไม่ช้ากว่าสามสิบวันนับแต่วันได้รับการสอบถาม ในกรณีที่หน่วยรับตรวจได้ปฏิบัติตามที่ได้รับแจ้งตามวรรคหนึ่ง หรือตามที่หน่วยงานที่เป็น ผู้มีหน้าที่ดูแลการปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี หรือแบบแผนการปฏิบัติราชการได้แจ้งให้ทราบแล้ว มิให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบหรือไม่ถูกต้อง แต่ไม่ตัดอำนาจผู้ว่าการ ที่จะแก้ไขคำตอบหรือโต้แย้งกับหน่วยงานที่เป็นผู้มีหน้าที่ดูแลการปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ มติคณะรัฐมนตรี หรือแบบแผนการปฏิบัติราชการดังกล่าว และในกรณีที่มีข้อยุติที่แตกต่างไป มิให้มีผลกระทบกับการกระทำที่ได้ดำเนินการไปก่อนแล้ว” โดยมีข้อสังเกตว่า ส่วนราชการเจ้าของเรื่อง จะต้องหาหรือหน่วยงานผู้กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายที่ตนใช้ในการปฏิบัติงาน เช่น หากระเบียบฉบับใดกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดมีอำนาจตีความวินิจฉัยปัญหาอันเกิดจากระเบียบนี้ กรณีจึงต้องหาหรือไปยังผู้มีอำนาจตามที่ระเบียบนั้นได้กำหนดเอาไว้



ตัวอย่างการทำบันทึก เรื่อง การให้ความเห็นทางกฎหมาย

บันทึกข้อความ

ส่วนราชการ งานนิติการ สำนักปลัดเทศบาลตำบลท่ายาง

ที่ ชพ ๗๒๗๐๑/

วันที่

เรื่อง การให้ความเห็นทางกฎหมาย....

เรียน หัวหน้าสำนักปลัดเทศบาล/ปลัดเทศบาล/นายกเทศมนตรีตำบลท่ายาง

ตามที่ งาน / ฝ่าย / สำนัก / กอง..... ได้ขอให้งานนิติการให้ความเห็นทางกฎหมาย กรณี / เรื่อง
.....โดยมีประเด็นข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญโดยสรุปได้ ดังนี้

และมีข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

จากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น งานนิติการพิจารณาแล้ว มีประเด็นต้องพิจารณา
ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า.....
เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แล้วเห็นว่า.....
ทั้งนี้ เป็นไปตามคำพิพากษาศาล / คำวินิจฉัย / หนังสือตอบข้อหารือ ที่

ประเด็นที่สอง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า.....
เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แล้วเห็นว่า.....
ทั้งนี้ เป็นไปตามคำพิพากษาศาล / คำวินิจฉัย / หนังสือตอบข้อหารือ ที่ ...

ข้อเสนอแนะ (ถ้ามีข้อเสนอแนะประการใด ให้บรรยายเหตุผลที่สนับสนุนข้อเสนอแนะนั้นด้วย)

เห็นควรแจ้ง งาน / ฝ่าย / สำนัก / กอง..... พิจารณาดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายที่
เกี่ยวข้องต่อไป

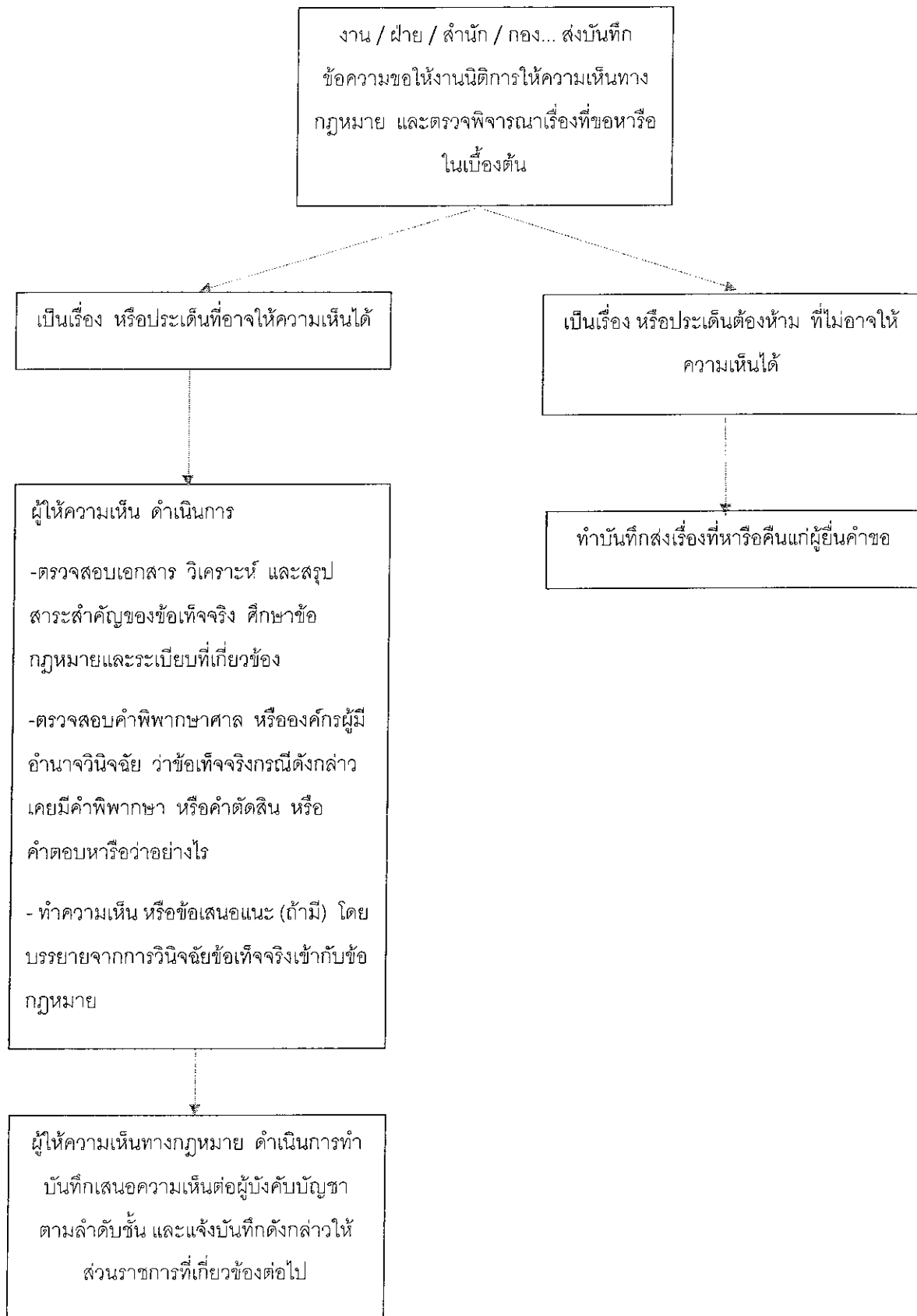
จึงเรียนมาเพื่อโปรดพิจารณา

ลงชื่อ.....

(.....)

ตำแหน่ง.....

แผนผังขั้นตอนในการทำงาน



แบบตรวจทบทวนขั้นตอนการปฏิบัติตามคู่มือ

เรื่อง การให้ความเห็นทางกฎหมาย

ลำดับที่/ หัวข้อ	ขั้นตอนดำเนินการ	การปฏิบัติตามขั้นตอน	
		ปฏิบัติ	ไม่ปฏิบัติ
๑	เรื่องที่ขอหารือหรือขอให้ความเห็นทางกฎหมาย เป็นเรื่องที่อาจให้ความเห็นได้		
๒	บรรยายข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติ		
๓	แจ้งข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องขอหารือ		
๔	ประเด็นข้อหารือ หรือปัญหานั้นมีความชัดเจน		
๕	จับประเด็น และสรุปสาระสำคัญของข้อเท็จจริง		
๖	สืบค้นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง		
๗	สืบค้นแนวคำพิพากษาศาล หรือคำวินิจฉัยต่าง ๆ		
๘	ตอบข้อหารือ โดยวินิจฉัยข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย ประกอบการอ้างอิงแนวคำพิพากษาศาล หรือคำวินิจฉัยต่าง ๆ		
๙	ข้อเสนอแนะ (ถ้ามี)		
๑๐	เสนอบันทึกความเห็นแก่ผู้บังคับบัญชา		
๑๑	แจ้งบันทึกความเห็นทางกฎหมายให้แก่ส่วนราชการที่ขอหารือ		