

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับคดีที่มีประเด็นในคดีที่จะต้องวินิจฉัยก่อนของต่างประเทศพบว่า ประเทศฝรั่งเศส แม้จะถือหลักบูรณาการแห่งอำนาจศาล (plénitude de juridiction) โดยศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาประเด็นหลักแห่งคดีสามารถวินิจฉัยประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นได้ แต่ในขณะเดียวกัน ก็คำนึงถึงหลักการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรม (répartition des compétences) ด้วย ประเทศฝรั่งเศสจึงมีวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการส่งประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น โดยคดีใดมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักจะต้องรอการพิจารณาและส่งประเด็นไปยังศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อวินิจฉัย โดยให้คู่กรณีไปดำเนินการ ก่อนที่จะนำผลการวินิจฉัยมาใช้ในการพิพากษาคดี แต่กรณีที่จะถือเป็นประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นที่จะต้องส่งประเด็นไปยังศาลที่มีเขตอำนาจนั้น จะต้องเป็นกรณีที่เป็นปัญหายากซับซ้อน และเป็นประเด็นที่มีความจำเป็นต่อการวินิจฉัยชี้ขาดผลสุดท้ายของคดี โดยในระหว่างการส่งประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนไปยังศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อให้วินิจฉัยนั้น ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักไม่อาจพิพากษาคดีได้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลที่ได้รับการส่งประเด็น ซึ่งวิธีพิจารณานี้ไม่เป็นที่พึงประสงค์ของคู่กรณีหรือคู่ความเนื่องจากทำให้เกิดความไม่แน่นอนและสร้างความยุ่งยากให้แก่ประชาชน เพราะทำให้คดีที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดีเหตุเดียวมีการดำเนินคดีในศาล 2 คดี เป็นผลให้คู่กรณีหรือคู่ความต้องเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่าย¹ ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว และเพื่อประโยชน์ในการบริหารงานยุติธรรมที่ดี จึงได้มีการกำหนดให้คดีบางประเภทอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดศาลหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับภาษีทางอ้อมให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เป็นต้น หรือ

¹ Bernard SCHWARTZ, French Administrative Law and The Common-Law World, p. 71.

กำหนดให้ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักมีอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นในคดีที่จะต้องวินิจฉัยก่อนได้ เช่น การให้ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งมีอำนาจตีความนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎได้ หรือให้ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญามีอำนาจในการตีความและวินิจฉัยความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองได้ ส่วนประเทศเยอรมัน ถือหลักบูรณาการแห่งอำนาจของศาลเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส โดยศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักมีอำนาจในการวินิจฉัยประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนได้ โดยไม่มีกรณีที่จะต้องส่งประเด็นที่จะต้องพิจารณาก่อนไปให้ศาลที่มีเขตอำนาจวินิจฉัย นอกจากนั้น ในกรณีที่มีการฟ้องคดีในขณะเดียวกันทั้งต่อศาลปกครองและศาลยุติธรรม มาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองเยอรมัน ให้ศาลมีดุลพินิจที่จะรอการพิจารณาไว้ก่อน ซึ่งทำให้การพิจารณาคดีมีความรวดเร็ว ทั้งนี้ ในการวินิจฉัยว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดนั้น ทั้งสองประเทศพิจารณาจากประเด็นซึ่งเป็นประเด็นวินิจฉัยชี้ขาดผลสุดท้ายของคดี ซึ่งถือว่าเป็นประเด็นหลักแห่งคดี

สำหรับประเทศไทย เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายสำหรับการแก้ไขปัญหเกี่ยวกับคดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น ในกรณีที่เป็นคดีของศาลปกครอง แม้ข้อ 41 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 จะได้กำหนดให้ศาลปกครองวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวได้ก็ตาม แต่ศาลปกครองเองก็ได้ถือปฏิบัติตามระเบียบข้อนี้โดยเคร่งครัด โดยมีคดีจำนวนมากที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าเป็นคดี(ทั้งคดี)ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ส่วนในกรณีที่มีการเสนอปัญหาดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้มีการวินิจฉัยว่า คดีนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดโดยพิจารณาจากความสำคัญของประเด็นเท่านั้น โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการนำระเบียบข้อดังกล่าวมาประกอบในการพิจารณาแต่อย่างใด

2. ข้อเสนอแนะ

เพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับคดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นในประเทศไทย ควรจะดำเนินการตามแนวทางดังต่อไปนี้

2.1 กรณีให้ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักมีอำนาจวินิจฉัยทั้งคดี

เพื่อให้การดำเนินคดีในศาลเป็นไปได้โดยไม่ยุ่งยาก รวดเร็ว และไม่เป็นภาระแก่คู่กรณี หรือคู่ความ ควรให้ศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นหลักวินิจฉัยประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนได้ตามหลักบูรณาการแห่งอำนาจศาลเช่นเดียวกับที่เป็นอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยซึ่งเหมือนกับในประเทศเยอรมัน แต่เพื่อแก้ไขปัญหาก็กล่าวมาแล้วในบทที่ 5 จึงควรดำเนินการดังนี้

2.1.1 การแยกพิจารณาประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น กับประเด็นหลักแห่งคดี

เนื่องจากประเทศไทยไม่มีแนวทางในการแยกพิจารณาประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น จึงทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับศาลที่มีอำนาจในคดีที่มีประเด็นพิพาทประเภทเดียวกันในศาลที่แตกต่างกัน ซึ่งวิธีพิจารณาของประเทศฝรั่งเศสนั้นได้มีการแยกประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนการวินิจฉัยประเด็นที่เป็นผลสุดท้ายในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง “ประเด็นที่จะต้องพิจารณาก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลตน” (question préalable) อันเป็นประเด็นที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลเดียวกับประเด็นหลัก ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่ก่อให้เกิดปัญหาเนื่องจากศาลนั้นมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาทั้งคดี ประเภทที่สอง “ประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น” (question préjudicielle) อันเป็นประเด็นที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นซึ่งมิใช่ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักและเป็นศาลต่างระบบกัน จึงเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสได้พิจารณาเขตอำนาจศาลของ “คดี” แต่ละคดีจากประเด็นซึ่งเมื่อมีการพิจารณาพิพากษาแล้วเป็นผลสุดท้ายในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี โดยหากมีประเด็นซึ่งจำเป็นต้องวินิจฉัยก่อนเพื่อที่จะวินิจฉัยประเด็นที่เป็นผลสุดท้ายในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ ก็ถือเป็นประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อน ส่วนในประเทศเยอรมัน แม้ไม่ปรากฏว่ามีการแยกประเภทของประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่ชัดเจน แต่การให้ดุลพินิจศาลที่จะรอการพิจารณาคดีในประเด็นที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นตามมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ก็เห็นได้ว่า มีหลักการในการพิจารณาประเด็นหลักเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส

การพิจารณาเขตอำนาจศาลตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ทำให้คดีประเภทเดียวกันได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลในระบบเดียวกันทุกคดี ไม่แตกต่างกันตามการบรรยายฟ้องหรือการต่อสู้คดีของคู่กรณีหรือคู่ความ ดังนั้น เพื่อให้การพิจารณาเขตอำนาจศาลมีแนวทางที่แน่นอนเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ไม่มีปัญหาการทำให้เกิดการยุติ

ข้อพิพาทโดยการเลือกศาลใดศาลหนึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี (forum shopping) จึงควรมีแนวทางในการพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนและประเด็นหลักแห่งคดีตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส และพิจารณาว่าคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด โดยพิจารณาจากประเด็นวินิจฉัยที่ขาดผลสุดท้ายของคดี ซึ่งถือว่าเป็นประเด็นหลัก

นอกจากนั้น เพื่อให้คดีพิพาทแต่ละประเภทได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลที่มีเขตอำนาจศาลโดยแท้จริงและโดยวิธีพิจารณาที่เหมาะสม จึงควรแยกประเภทคดีพิพาทเกี่ยวกับการรับรองหรือการจดทะเบียนสิทธิในทางแพ่งกับคดีประเภทอื่นตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 2.3 ของบทที่ 5 โดยการจัดประเภทคดีพิพาทเกี่ยวกับการรับรองหรือการจดทะเบียนสิทธิในทางแพ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ส่วนคดีพิพาทอื่น ๆ ที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทางแพ่งเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

2.1.2 การปรับแนวคำวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

การจัดระบบที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินของประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 ได้บัญญัติไว้ว่า สาธารณสมบัติของแผ่นดินได้แก่ทรัพย์สินประเภทใดบ้าง และบัญญัติไว้ด้วยว่า เป็นทรัพย์สินที่จะโอนกันมิได้เว้นแต่มีกฎหมายเฉพาะกำหนด (มาตรา 1305 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ผู้ใดจะยกอายุความขึ้นอ้างเป็นข้อต่อสู้ไม่ได้ (มาตรา 1306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) และห้ามมิให้มีการยึด (มาตรา 1307 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายมหาชน

ในประเทศฝรั่งเศส แม้ระบบเกี่ยวกับที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินจะแตกต่างกับของประเทศไทย โดยประเทศฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่า การที่กำหนดให้สาธารณสมบัติของแผ่นดินมีไว้เพื่อให้ประโยชน์ในทางใดทางหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า "กรรมสิทธิ์จากการใช้ประโยชน์" (propriété d'affectation) หรือ "กรรมสิทธิ์ทางปกครอง" (propriété administrative) คือการมีกรรมสิทธิ์นั่นเอง ฝ่ายปกครองอาจได้รับประโยชน์จากที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ (droit de propriété) ก็แต่เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในปัจจุบัน และได้มีการกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองเป็นเจ้าของที่ดิน

อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน² แต่โดยหลัก คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของแผ่นดินอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของแผ่นดินอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง (คำวินิจฉัยของศาลที่ขาดเขตอำนาจระหว่างศาล ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1972 คดี *delle De Murand*, คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1956 คดี *Cabot*, คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 1985 คดี *Min. de la Mer c/Couach*, คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1963) อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีในเรื่องดังกล่าว อาจทำให้ศาลปกครองต้องเข้าไปวินิจฉัยเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชน ถ้าคดีมีประเด็นยุ่งยากซับซ้อนเกี่ยวกับปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของเอกชนแล้ว ศาลปกครองต้องส่งประเด็นไปให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัย (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1960 คดี *commune de Bugue*, วันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1974 คดี *Giraud et Truchefaud* วันที่ 7 ตุลาคม ค.ศ. 1987 คดี *époux Detrun* คำวินิจฉัยของศาลที่ขาดเขตอำนาจ ลงวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 1980 คดี *SCI Résidence des Perriers*, และคำวินิจฉัย ลงวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1990 คดี *Marquassuza*) โดยศาลปกครองเป็นศาลเดียวที่มีอำนาจพิจารณาเรื่องขอบเขตของที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน แม้ว่าไม่ได้มีคำสั่งทางปกครองในเรื่องขอบเขตดังกล่าว (คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1961 คดี *département du Canal*) ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาในเรื่องความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของแผ่นดินและขอบเขต หากมีปัญหาลื่นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมต้องส่งปัญหานั้นให้ศาลปกครองเป็นผู้วินิจฉัย (คำวินิจฉัยฯ ลงวันที่ 28 เมษายน ค.ศ. 1980 คดี *Résidene des Perriers*)³

นอกจากนั้น การที่จะพิจารณาว่าที่ดินแปลงใดเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดระบบที่ดินของรัฐซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน อีกทั้งผลการวินิจฉัยคดีประเภทนี้ หากวินิจฉัยว่าที่ดินเป็นของเอกชนย่อมมีผลเป็นการวินิจฉัยว่าที่ดินมิใช่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือหากวินิจฉัยว่าแนวเขตที่ดินของเอกชนเป็นอย่างไร ย่อมมีผลเป็นการวินิจฉัยแนวเขตที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเช่นเดียวกัน ดังนั้น คดีประเภทนี้ไม่ว่าจะวินิจฉัยไปในทางใด นอกจากจะมีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนแล้ว ยังมีผลกระทบ

² Gustave PEISER, *Droit administrative, fonction publique de l'Etat et territoriale, domaine expropriation, réquisitions, travaux publics*, 11^e éd 1992, Dolloz, p. 69.

³ ยงยุทธ อนุกุล, "ปัญหาเขตอำนาจศาลในกรณีพิพาทเกี่ยวกับทรัพย์สินของแผ่นดิน," สรุปรจาก *Droit administratif des biens* ของ Jean-Marie Auby และ Pierre Bon, 3^e éd 1995, Dolloz, pp. 50-51.

ต่อที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินด้วย คดีพิพาทเกี่ยวกับสาธารณสมบัติของแผ่นดิน จึงเป็นคดีพิพาททางปกครองที่ควรอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้น จึงควรมีการปรับแนว คำวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีประเภทนี้เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

2.2 กรณีให้มีการส่งประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นไปให้ศาลที่มีเขตอำนาจวินิจฉัย

แม้การให้ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา ประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อน อันเป็นไปตามหลักบูรณาการแห่งอำนาจศาล ซึ่งทำให้เกิดความ สะดวกและไม่เป็นภาระแก่คู่กรณีหรือคู่ความในการดำเนินคดี แต่ในกรณีที่ประเด็นที่จะต้อง วินิจฉัยก่อนเป็นประเด็นยุ่งยากซับซ้อนและเป็นประเด็นที่จำเป็นต่อการวินิจฉัยชี้ขาดผลสุดท้าย ของคดีก็สมควรได้รับการวินิจฉัยโดยศาลที่มีเขตอำนาจที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะ ดังนั้น แม้จะแก้ไขปัญหเกี่ยวกับคดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลตาม ข้อ 2.1 แล้วก็ตาม สมควรที่จะนำหลักในเรื่องการส่งประเด็นก่อนที่ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็น หลักจะพิพากษาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นไปให้ศาลที่มีเขตอำนาจวินิจฉัยมาใช้ด้วย

หลักเกณฑ์ในการส่งประเด็นของประเทศฝรั่งเศสนั้น มิใช่ว่าในกรณีที่มิประเด็นที่จะต้อง วินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลต่างระบบกัน จะทำให้เกิดปัญหา “ประเด็นที่จะต้องวินิจฉัย ก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น” ที่ศาลจะต้องรอการพิจารณาและส่งประเด็นนั้นไปให้ศาลที่มี เขตอำนาจเพื่อวินิจฉัยเสมอไป แต่จะต้องเป็นกรณีที่เป็นปัญหายุ่งยากซับซ้อน (difficulté sérieuse) และจะต้องเป็นกรณีที่จำเป็นต่อการพิพากษาหรือวินิจฉัยชี้ขาดผลสุดท้ายของคดี ซึ่งการนำวิธีการส่งประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนในคดีมาใช้นั้น แม้อาจทำให้เกิดความล่าช้า ในการพิจารณาคดีอยู่บ้าง แต่ยอมทำให้ประเด็นนั้น ๆ และประเด็นวินิจฉัยชี้ขาดผลสุดท้ายของคดี ได้รับการวินิจฉัยโดยศาลที่มีเขตอำนาจทุกประเด็น ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการจัดให้ มีศาลในระบบศาลคู่

แนวทางในการแก้ปัญหานี้ จึงควรถือตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส โดยในกรณีที่มิ ประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น ให้ศาลนั้นรอการพิจารณาคดีไว้ เฉพาะที่เป็นปัญหาที่ยุ่งยากที่ซับซ้อนและจำเป็นต่อการพิพากษาคดี ส่วนในกรณีที่มิใช่ประเด็นที่ ยุ่งยากหรือไม่มีความจำเป็นต่อการพิพากษาคดี ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักมีอำนาจวินิจฉัย ในประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนได้ ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดีโดยไม่จำเป็น

อย่างไรก็ตาม การที่จะให้คู่กรณีหรือคู่ความไปยื่นคำร้องหรือคำฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนดังเช่นวิธีการของประเทศฝรั่งเศสย่อมก่อให้เกิดความยุ่งยากและสับสนแก่คู่กรณีหรือคู่ความเป็นอย่างมาก จึงควรที่จะเป็นการจัดส่งระหว่างศาลด้วยกัน ซึ่งแม้จะเป็นภาระแก่ศาลที่เกี่ยวข้อง แต่มีความยุ่งยากน้อยกว่าการให้คู่กรณีหรือคู่ความดำเนินการเอง

ดังนั้น ในคดีของศาลปกครองที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม จึงควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งประเด็น โดยแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพื่อให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการส่งประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนในคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจในทำนองเดียวกับร่างมาตรา 11 ทวิ ที่คณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. (สภาผู้แทนราษฎร) ได้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2542 โดยให้เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 11 ทวิ ซึ่งมีเนื้อหาดังนี้

“มาตรา 11 ทวิ ในคดีของศาลปกครอง ถ้ามีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนซึ่งมิใช่คดีพิพาทตามมาตรา 9 และเป็นประเด็นที่ยุ้งยากอันจำเป็นแก่การพิพาทหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีให้ศาลปกครองนั้นพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องให้เป็นที่ยุติและรอการพิจารณาคดีไว้ แล้วส่งประเด็นในคดีที่จะต้องวินิจฉัยก่อนนั้นไปยังศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อพิจารณาและแจ้งผลการวินิจฉัยให้คู่กรณีและศาลปกครองทราบ

คู่กรณีอาจโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพาทษาประเด็นที่ส่งมานั้นได้ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลนั้นเสมือนหนึ่งเป็นคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลดังกล่าว

ให้ศาลปกครองพิจารณาโดยถือตามผลแห่งการวินิจฉัยอันถึงที่สุดของศาลที่มีเขตอำนาจวินิจฉัยในประเด็นนั้น”

ส่วนในกรณีของศาลยุติธรรมนั้น เนื่องจากในคดีอาญา การให้ส่งประเด็นยอมทำให้การพิจารณาคดีล่าช้าซึ่งมีผลกระทบต่อผู้ต้องหาและสังคม ดังนั้น ควรถือตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศส โดยให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญามีอำนาจวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับการตีความและการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองได้ ส่วนในคดีแพ่งเนื่องจากอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองอาจมีผลทำให้นิติกรรมทางปกครองไม่อาจใช้บังคับได้ จึงควรที่จะให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะวินิจฉัย ดังนั้น จึงควรจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระธรรมนูญศาลยุติธรรมเพื่อให้มีการส่งประเด็นดังกล่าวให้ศาลปกครองวินิจฉัย

โดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อแก้ไขปัญหากับเขตอำนาจศาลในคดีที่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นสามารถดำเนินการได้ 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง ในกรณีที่ให้ศาลที่มีเขตอำนาจในประเด็นหลักมีอำนาจวินิจฉัยทั้งคดีสามารถดำเนินการได้ดังนี้

1. หลัก ในการพิจารณาว่าคดีใดอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดจะต้องพิจารณาจากประเด็นหลัก ซึ่งก็คือ ประเด็นวินิจฉัยชี้ขาดผลสุดท้ายของคดีตามคำขอของผู้ฟ้องคดีหรือโจทก์

ข้อยกเว้น คดีพิพาทเกี่ยวกับการรับรองหรือจดทะเบียนสิทธิในทางแพ่งเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

2. ปรับแนวคำวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

แนวทางที่สอง ในกรณีที่ให้มีการส่งประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยก่อนที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นไปให้ศาลที่มีเขตอำนาจวินิจฉัย สามารถดำเนินการได้โดยการดำเนินการตามแนวทางที่หนึ่ง และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายตามที่เสนอแนะในข้อ 2.2