

บทที่ 2

พันธกรณี และผลกระทบอันเกิดจากร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)

ต่อการค้าบริการขนส่งทางอากาศ

การจัดทำร่างข้อตกลงทั่วไปขึ้น ใช้กับการบริการเป็นไปโดยยากและล่าช้า ทั้งนี้มีสาเหตุมาจาก

- 1) ต้องประสานประโยชน์ของภาคีผู้เข้าร่วมเจรจาทั้งหมด เพื่อให้ประเทศเหล่านั้นยอมรับหลักเกณฑ์เดียวกันได้
- 2) ลักษณะของ "การบริการ" แตกต่างจาก "สินค้า"
- 3) บริการแต่ละประเภทมีลักษณะเฉพาะตัวแตกต่างกัน

เมื่อการเจรจอรอบอุรุกวัยดำเนินมาถึงช่วงสุดท้าย ที่ประชุมก็สามารถตกลงกันได้สำเร็จในร่างข้อตกลงทั่วไปสำหรับใช้กับการค้าบริการ โดยปรากฏในเอกสารที่เรียกว่า "Draft Final Act Embodying the results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations"¹ อันประกอบไปด้วย ตัวร่างข้อตกลงและภาคผนวกต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในบทที่ 2 มุ่งที่จะวิเคราะห์ร่างข้อตกลงพร้อมภาคผนวกดังกล่าวว่า ได้สร้างพันธกรณีให้กับประเทศภาคีในส่วนที่เกี่ยวกับการค้าบริการสาขาขนส่งทางอากาศ และหากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแล้วจะได้รับผลกระทบอย่างไร ทั้งนี้โดย

- 1) วิเคราะห์จากเนื้อหาของข้อกำหนดนั้น ๆ และลักษณะของกิจกรรมการขนส่งทางอากาศแต่ละประเภท
- 2) เทียบเคียงกับบทบัญญัติในข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade) หรือแกตต์ (GATT) ที่บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันกับการตัดสินกรณีพิพาทที่เคยเกิดขึ้นในแกตต์ (GATT) เป็นแนวทางการพิจารณาและตีความ ทั้งนี้

¹GATT SECRETARIAT DOC. MTN. TNC./W/FA 20 December 1991.

เนื่องด้วยเกตต์ (GATS) ยังมีสถานะเป็นร่างข้อตกลงจึงยังไม่มีกรณีตัวอย่างเพื่อยึดเป็นแนวทางได้ อย่างไรก็ตาม ในการวิเคราะห์ที่เที่ยงเคียงกับเกตต์ (GATT) ที่จะดำเนินไปบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ว่าลักษณะทางเศรษฐศาสตร์ของสินค้าและบริการนั้นแตกต่างกัน

เอกสารที่สำคัญที่นำมาวิเคราะห์ นอกจากร่างข้อตกลงเกตต์ (GATS) ใน Draft Final Act แล้ว ยังได้ศึกษาจากร่างข้อตกลงเกตต์ (GATS) เดิมที่ปรากฏในเอกสารการประชุมเลขที่ MTN TNC./W/35² (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า "ร่างเดิม")³ ทั้งนี้เพราะจะช่วยให้ทราบถึงความต้องการที่ขัดแย้งของประเทศภาคี ก่อนที่จะเป็น Draft Final Act เพื่อเป็นประโยชน์ในการศึกษาถึงแนวโน้มการตีความว่าควรจะสอดคล้องกับผลประโยชน์หรือความคิดเห็นของภาคีประเทศหรือกลุ่มประเทศใด

ร่างข้อตกลงเกตต์ (GATS) อันเป็นผลจากการเจรจาอนุภูมิภาค ประกอบด้วยตัวบทข้อตกลงและภาคผนวก 5 ฉบับ ซึ่งในส่วนของตัวบทข้อตกลงนั้นประกอบด้วยมาตราต่าง ๆ 35 มาตรา แบ่งเป็น 6 ส่วนคือ

- 1) ขอบเขตและคำนิยาม (Scope and Definition)
- 2) หลักการและพันธกรณีทั่วไป (General Obligations and Discipline)
ส่วนที่ 2 นี้เป็นหลักการทั่วไปที่ใช้บังคับกับบริการทุกสาขา ซึ่งจะมีผลผูกพันทันที เมื่อลงนามในร่างข้อตกลงฯ แล้ว
- 3) ข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments)
เป็นพันธกรณีที่กำหนดให้ภาคีต้องปฏิบัติ แต่ถ้าปฏิบัติไม่ได้ก็ต้องกำหนดข้อจำกัดไว้ใน Schedule of Commitments
- 4) การเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization)
เป็นการกำหนดขั้นตอนวิธีของการเปิดเสรีตามลำดับ โดยประกอบด้วยข้อกำหนดเกี่ยวกับการเจรจาว่าด้วยการให้คำมั่น การนำคำมั่นเฉพาะมาใช้ การทำตารางคำมั่น และการเปลี่ยนแปลงตาราง

²GATT SECRETARIAT DOC. MTN. TNC./W/35 1990 p.328.

³ในร่างเดิมนี้อธิบายความหลายส่วนที่ภาคีผู้เข้าร่วมเจรจายังตกลงกันไม่ได้ ลักษณะความขัดแย้งจะปรากฏในวงเล็บเหลี่ยม [] โดยทำให้ส่วนที่ตกลงกันไม่ได้จะถูกกำหนดไว้เป็น "ทางเลือก" (alternative text) และเกิดเป็นข้อสันนิษฐานว่า ถ้าตกลงกันได้ไม่ว่าในทางเลือกใด เนื้อหาส่วนที่เกี่ยวข้องจะปรากฏออกมาในลักษณะที่สอดคล้องกับ "ทางเลือก" นั้น ๆ

- 5) บทบัญญัติเกี่ยวกับสถาบัน (Institutional Provisioin)
ว่าด้วยเรื่องการระงับข้อพิพาทและการปรึกษาหารือ
- 6) บทเฉพาะกาล (Final Provision)
ว่าด้วยข้อกำหนดของการเข้าเป็นภาคี การแก้ไขข้อตกลงและคำจำกัดความ
ถ้อยคำในข้อตกลง

2.1 การนำหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ ได้รับอนุเคราะห์ (Most-Favoured-Nation) มาใช้กับ การขนส่งทางอากาศ

หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ ได้รับอนุเคราะห์ หรือ MFN เป็นหลักที่ใช้การจัดการเลือกปฏิบัติในทางการค้า โดยกำหนดให้ประเทศภาคีต้องให้การปฏิบัติที่ไม่น้อยกว่าที่ได้ให้การบริการที่คล้ายคลึงกัน หรือผู้ให้บริการของประเทศอื่นใดแก่ประเทศภาคีสมาชิกด้วยกัน โดยทันที และไม่มีเงื่อนไข

ในคำปรารภ (Preamble) ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ได้กล่าวถึงเจตนารมณ์ที่ต้องการสร้างความเสรีทางการค้าบริการ โดยผ่านทาง การเจรจา ระหว่างประเทศภาคีบนพื้นฐานของการตกลงแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กัน⁴ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นวิธีการของหลักต่างตอบแทนนั่นเอง ขณะที่ในพันธกรณีของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดให้ภาคีสมาชิกให้ MFN แก่ภาคีอื่น ๆ โดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข⁵ ลักษณะการปรากฏของทั้ง 2 หลักเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นกลไก

⁴วรรค 3 ของคำปรารภของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ระบุว่า

Desiring the early achievement of progressively higher levels of liberalization of trade in services through successive rounds of multilateral negotiation aimed at promoting the interests of all participants on a mutually advantageous basis and at securing an overall balance of rights and obligations, while giving due respect to national policy objectives (MTN TNC/W/FA 20 December 1991)

⁵มาตรา 2 วรรคแรกของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ได้กำหนดเรื่อง MFN ดังนี้

1. With respect to any measure covered by this Agreement, each Party shall accord immediately and unconditionally to services and service providers of any other Party, treatment no less favourable than that it accords to like services and service providers of any other country. (MTN TNC/W/FA 20 December 1991)

หรือศิลปะของการสร้างระบบการค้าเสรีระหว่างประเทศที่สืบเนื่องมาจากข้อตกลงแกตต์ (GATT) โดยเป็นที่เข้าใจว่า สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่มีการแลกเปลี่ยนกันในลักษณะต่างตอบแทนจะตกแก่ภาคีทุกประเทศ โดยผ่านทางกรให้ MFN และจะทำให้อุปสรรคทางการค้าถูกขจัดออกไป

2.1.1 ข้อจำกัดการใช้หลักประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) อันเกิดจากร่างข้อตกลงแกตส์

ประเด็นสำคัญที่ถือได้ว่าได้สร้างข้อจำกัดการใช้หลัก MFN จากลักษณะการกำหนดและเนื้อหาของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) เองนั้น มี 4 ประเด็นคือ

- ขอบเขตการให้ MFN ที่ร่างข้อตกลงกำหนด
- การให้ MFN โดยทันทีและไม่มีเงื่อนไขกับการค้าบริการ
- ปัญหาการตีความเรื่อง "บริการที่คล้ายคลึงกัน" (like service)
- การกำหนดข้อยกเว้น (exemption) การให้ MFN ไว้ในภาคผนวก

2.1.1.1 ขอบเขตของ MFN ที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนด

ในร่างเดิมตามเอกสาร MTN TNC/W/35 นั้น มีข้อขัดแย้งในเรื่องขอบเขตของการให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง ระหว่างผู้เข้าร่วมเจรจาอยู่ 2 ประการคือ⁶

1) ขอบเขตของการใช้บังคับของ MFN

มีความเห็นโต้แย้งกันในเรื่องนี้ ทำให้ปรากฏเป็น alternative text คือ มาตรการ MFN นี้จะใช้ในฐานะพันธกรณีทั่วไปครอบคลุมถึงผลประโยชน์ของมาตรการใด ๆ ก็ตาม ในทางการค้าบริการจากประเทศหนึ่งประเทศใดไปยังประเทศภาคี⁷ หรือจะเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ที่ให้แก่กันภายใต้ข้อกำหนดของแกตส์ (GATS) โดยความเห็นแรกนั้นเป็นข้อความที่ปรากฏในวงเล็บเหลี่ยม []

⁶GATT SECRETARIAT DOC., MTN. TNC/W/35 p.328.

⁷วรรคแรกของมาตรา 2 เรื่อง Most-Favoured-Nation ในร่างเดิมตามเอกสารที่ MTN. TNC/W/35 ระบุดังนี้

2) การเบี่ยงเบนหลัก MFN
จะได้วิเคราะห์โดยละเอียดใน 2.1.1.4

สำหรับในข้อ 2.1.1.1 นี้จะพิจารณาเฉพาะประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้บังคับ MFN ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ตามตัวบทของร่างเดิมของแกตส์ (GATS) พบว่า มีถ้อยคำที่บ่งชี้ถึงขอบเขตการใช้ MFN ไว้ 3 ประการคือ

1) "ผลประโยชน์" ที่จะให้ MFN นั้นจะต้องเป็นผลประโยชน์ภายใต้ข้อกำหนดของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) โดยตัวบทใช้คำว่า "with respect to any measure covered by this Agreement" แสดงชัดว่า MFN นี้มีขอบเขตครอบคลุมเฉพาะมาตรการภายใต้ข้อตกลงนี้เท่านั้น

2) "ผู้รับผลประโยชน์" การปฏิบัติเป็นการให้สิทธิประโยชน์ที่จะนำมาพิจารณาว่าจะต้องตกแก่ประเทศใดก็ตามหลัก MFN นั้น เป็นการปฏิบัติที่ให้กับประเทศหนึ่งประเทศใดก็ได้ ตัวบทใช้คำว่า "any other country" ซึ่งหมายความถึงว่า ถ้าประเทศภาคีให้การปฏิบัติที่เป็นสิทธิประโยชน์แก่ประเทศใด ๆ ในโลก ไม่ว่าประเทศนั้นจะเป็นภาคีในแกตส์ (GATS) หรือไม่ สิทธิประโยชน์นั้นจะตกแก่ประเทศใดก็ตามแกตส์ (GATS) ทุกประเทศตามหลัก MFN

3) "บริการ" เป็นเกณฑ์ในการตัดสินว่า การให้ผลประโยชน์หรือการปฏิบัติที่เป็นสิทธิประโยชน์นั้น จะเข้าข่ายที่จะต้องให้ MFN หรือไม่ โดยพิจารณาจาก "บริการที่คล้ายคลึง

⁷(cont.)1. With respect to any measure covered by this Agreement, each party shall accord immediately and unconditionally to services and service providers of any other Party, treatment no less favourable than it accords to like services and providers of like services of any other country [in like circumstance] [with respect to the same mode of delivery] และมี alternative text สำหรับมาตรา 2 ดังนี้

[In applying the provision of this Agreement, including the commitments in its schedule, a Party shall accord to the services and service providers of another Party treatment no less favourable than the treatment it accords to like services and like service providers of any other Party]

กัน" (like services and providers of like services) "ในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน" (in like circumstance) และ "ในรูปแบบการเข้าสู่ตลาดเดียวกัน"

เมื่อปรากฏเป็นร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ใน Draft Final Act ประเด็นที่ 1) และ 2) เป็นไปตามทางเลือกแรก มีการเปลี่ยนแปลงในประเด็นที่ 3 (จะได้วิเคราะห์ประเด็นที่ 3 โดยละเอียดอีกครั้งในข้อ 2.1.1.3 เรื่องปัญหาการตีความ "like services")

หากพิจารณาเทียบเคียงเรื่องขอบเขตของ MFN ในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กับข้อตกลงแกตต์ (GATT) แล้ว จะเห็นข้อแตกต่างคือ มาตรา 1 ของข้อตกลงแกตต์ (GATT) บัญญัติเกี่ยวกับ MFN นั้น กำหนดขอบเขตของมาตรการที่ MFN จะมีผลไปถึงอย่างชัดเจน โดยแจกแจงลักษณะของมาตรการไว้ด้วย⁸ ขณะที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดไว้กว้าง ๆ โดยไม่ได้แจกแจงรายละเอียดของมาตรการไว้ (any measure) ทั้งนี้ เนื่องจากลักษณะของอุปสรรค (barriers) ในทางการค้าของ "สินค้า" และ "บริการ" แตกต่างกัน อุปสรรคของการค้าบริการไม่ได้ปรากฏในรูปของอัตราภาษี หรือค่าธรรมเนียมการผ่านแดน เช่นเดียวกับการค้าสินค้า เพราะการผ่านข้ามเขตแดนของการค้าบริการไม่สามารถมองเห็นได้ นับจำนวนได้⁹ รัฐจึงไม่สามารถสร้างอุปสรรคโดยวิธีการทางภาษีได้ อุปสรรคของการค้าบริการจึงปรากฏในหลายลักษณะ เช่น ข้อกำหนดกฎหมายที่ออกโดยรัฐระเบียบปฏิบัติทางการบริการ

ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ไม่ได้อธิบายความหมายของวลีที่ว่า any measure covered by this Agreement ไว้ แต่ได้ให้คำจำกัดความคำว่า measure ไว้ในมาตรา 34 Definitions¹⁰ ข้อ (a) ว่าหมายถึง "any measure by a Party, whether in the form of a law, regulations, rule, procedure, decision, administrative action, or any other form" ขณะเดียวกันในมาตรา 1 Scope and Definition ได้กำหนดความหมายของ "measures by Parties" ไว้ดังนี้¹¹

⁸ ดูวรรค 1 ของมาตรา 1 ในข้อตกลงแกตต์

⁹ Geza Feketekuty, International Trade in Services, p.129.

¹⁰ MTN TNC/W/FA, p.29.

¹¹ MTN TNC/W/FA, p.6.

"...measures by Parties" means measures taken by

(i) central regional or local governments and authorities; and

(ii) non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional or local governments or authorities;"

จากคำจำกัดความของ 2 มาตราข้างต้นนี้ ยิ่งเพิ่มขอบเขตของ "any measure" ในมาตรา 2 นี้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้นกล่าวคือ มาตรการใด ๆ ภายใต้ข้อตกลงนี้ ครอบคลุมทั้งมาตรการของรัฐบาลและมาตรการที่กำหนดขึ้นโดยเอกชนด้วย ลักษณะเช่นนี้ส่งผลต่อการเข้าเป็นภาคี และรับพันธกรณีในเรื่อง MFN ของประเทศสมาชิกที่จะต้องพิจารณาโดยรอบคอบถึงมาตรการต่าง ๆ กฎเกณฑ์ระเบียบปฏิบัติใด ๆ ที่กำหนดกับการค้าบริการของประเทศอื่นใด เพราะเมื่อรับพันธกรณีมาตรการดังกล่าวก็จะตกแก่ภาคีทุกประเทศ โดยผ่านหลัก MFN ในมาตรา 2 นี้

สำหรับประเด็นเรื่อง "ผู้รับประโยชน์" ในขอบเขตข้อที่ 2) ร่างแกตส์ (GATS) ใช้ถ้อยคำว่า any other country สำหรับประเทศผู้รับผลประโยชน์แสดงว่า แกตส์ (GATS) มุ่งที่จะให้ทุกมาตรการที่เป็นภาระให้สิทธิประโยชน์โดยประเทศภาคี ไม่ว่าจะให้กับประเทศภาคีด้วยกัน หรือประเทศอื่นใดในโลกนั้นอยู่ในบังคับของ MFN ตามมาตรา 2 นี้ แสดงถึงความพยายามที่จะขจัดอุปสรรคทางการค้าบริการ เพื่อก่อให้เกิดการค้าเสรีขึ้นอย่างแท้จริง

2.1.1.2 การให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ซึ่งโดยทันที และไม่มีเงื่อนไข

วัตถุประสงค์ของการวิเคราะห์ในประเด็นนี้ เพื่อหาคำตอบว่า ลักษณะการปฏิบัติของร่างข้อตกลงในเรื่องนี้ให้ผล เป็นการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน หรือการไม่เลือกปฏิบัติอย่างแท้จริง ต่อการค้าบริการบริการหรือไม่

ในระยะเริ่มแรกของการเจรจา มีความต้องการที่ขัดแย้งกันในเรื่องการ ใช้ MFN แบบมีเงื่อนไข (conditional) และไม่มีเงื่อนไข (unconditional) โดยประเทศกำลังพัฒนา เรียกร้องให้ประเทศพัฒนาแล้วให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ซึ่ง (MFN) แก่ประเทศกำลังพัฒนาโดยไม่มีเงื่อนไข ขณะเดียวกันประเทศพัฒนาแล้ว ไม่ยอมรับข้อเรียกร้องดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าหลักการ MFN จะต้องดำเนินไปบนพื้นฐานของการแลกเปลี่ยนสิทธิ

ประโยชน์ในลักษณะต่างตอบแทน¹²

จากการวิเคราะห์โครงสร้างกฎหมายของหลักการ MFN โดย ดร. สุรเกียรติ์ เสถียรไทย¹³ ซึ่งชี้ให้เห็นว่า ทั้ง MFN แบบมีเงื่อนไข หรือหลักต่างตอบแทน และ MFN แบบไม่มีเงื่อนไข สามารถนำไปสู่การค้าเสรีหรือการไม่เลือกปฏิบัติในทางการค้าได้เหมือนกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ "ผู้ร่าง" และ "ผู้ใช้" กฎหมายว่าจะทำให้ปรากฏในลักษณะของการเลือกปฏิบัติหรือไม่ กล่าวคือ MFN แบบมีเงื่อนไข แต่เป็นเงื่อนไขที่ทุกรัฐที่ต้องการสิทธิประโยชน์ จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขเท่าเทียมกัน ถ้าวารัฐที่ให้สิทธิประโยชน์ไม่ได้เลือกปฏิบัติได้เช่นกัน ในทำนองกลับกัน ถ้ารัฐผู้ให้ตกลงให้สิทธิประโยชน์แก่ทุกรัฐ หากทุกรัฐได้ให้สิทธิประโยชน์เช่นนี้แก่ตน เช่นนี้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ โดยอาศัยระดับการพัฒนาที่ต่างกัน การให้สิทธิประโยชน์ที่เท่าเทียมกันในทุกประเทศ ก็สร้างการเลือกปฏิบัติได้ จากการที่ความสามารถ หรือความจำเป็นในการใช้สิทธิประโยชน์นั้นไม่เท่าเทียมกัน

เมื่อปรากฏเป็นร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) มาตรา 2 วรรค 1 วางหลักในเรื่อง MFN ไว้ว่า ภาคีแต่ละประเทศ จะต้องให้การปฏิบัติที่ไม่น้อยกว่าที่ได้ให้กับบริการที่คล้ายคลึงกัน และผู้ให้บริการของประเทศใด ๆ แก่ภาคีด้วยกัน โดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข สำหรับเรื่อง "โดยทันที" นั้น เป็นลักษณะเฉพาะของ MFN คือ ถ้าสิทธิประโยชน์ใดจะตกแก่ผู้รับ โดยผ่านหลัก MFN นั้นจะเป็นไปโดยอัตโนมัติ ถ้าเป็น MFN แบบมีเงื่อนไข ก็จะตกแก่ผู้รับทันที เมื่อผู้รับปฏิบัติตามเงื่อนไขครบถ้วน

ผู้เขียนเห็นว่า การที่มาตรา 2 วรรคแรก กำหนดลักษณะเช่นนี้ โดยเนื้อความแล้ว เป็นการนำหลัก MFN โดยไม่มีเงื่อนไข (unconditionally) มาใช้

¹²UNCTAD, "Service and Development Potential: The Indian Contest.", UNCTAD/ITP/22 p.120.

¹³สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, "หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับ การอนุเคราะห์ยิ่งใน GATT มีความหมายอย่างไรที่เข้าใจจริงหรือไม่", วารสารกฎหมาย ปีที่ 8 ฉบับที่ 2 หน้า 117-135

*ผู้วิเคราะห์ให้เหตุผลว่า โครงสร้างแท้จริงของหลักกฎหมายไม่ได้แยกออกจากกัน โดยสมบูรณ์ ระหว่าง MFN แบบมีเงื่อนไข หรือไม่มีเงื่อนไข แต่มีความคาบเกี่ยวกันอยู่ตลอดเวลา และเชื่อมโยงกันทั้งทางทฤษฎีและปฏิบัติ

แต่ถ้าพิจารณาทั้งมาตรา ร่างข้อตกลงกำหนดให้ภาคีสามารถระบุข้อยกเว้นการปฏิบัติตามวรรค 1 ไว้ในภาคผนวกเรื่องข้อยกเว้นมาตรา 2 ได้¹⁴ และในวิธีปฏิบัติของการระบุข้อยกเว้นนั้น กำหนดให้การแก้ไขและเปลี่ยนแปลงข้อยกเว้นทำได้โดยผ่านการเจรจา เช่นเดียวกับการแก้ไข specific commitment¹⁵ แสดงให้เห็นว่า โดยวิธีปฏิบัติตามมาตรานี้ เข้าลักษณะของการให้ MFN แบบมีเงื่อนไข คือ ผ่านหลักการต่างตอบแทนนั่นเอง เนื่องจากในการเจรจา ย่อมมีการตกลงกันแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ และประเทศภาคีก็สามารถกำหนดเงื่อนไขการผูกพันตนตามพันธกรณีนี้ ไว้ในรายการได้ โดยผ่านการกำหนดรายละเอียดของมาตรการ การปฏิบัติ และระยะเวลาของการยกเว้น

ท่าที่เริ่มแรกของประเทศกำลังพัฒนา คือ ต้องการให้ประเทศพัฒนาแล้วให้ MFN แก่ตนโดยไม่มีเงื่อนไข ส่วนประเทศพัฒนาแล้ว มีความเห็นว่าประเทศกำลังพัฒนาจะเข้ามารับประโยชน์จากข้อตกลงโดยไม่ "ง่าย" อะไรเลย เป็นการไม่ถูกต้อง ผลของการเจรจาจึงออกมาในรูปประสานประโยชน์ คือ ให้ภาคีมีสิทธิกำหนด ยกเว้น MFN ไว้ในภาคผนวกได้ ถ้าภาคีที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา ไม่พร้อมจะรับพันธกรณี MFN ในบริการใดก็ระบุเป็นข้อยกเว้นไว้ แต่การกำหนดให้วิธีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อยกเว้น จะต้องทำโดยผ่านการเจรจานั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติแก่ประเทศกำลังพัฒนา เพราะมีความได้เปรียบเปรียบเทียบ (comparative advantage) ที่ต่ำกว่าประเทศพัฒนาแล้ว ในทางการค้าบริการ

2.1.1.3 ปัญหาการตีความเรื่อง "การบริการที่คล้ายคลึงกัน" คลึงกัน" (like services)

"ร่างเดิม" ของแกตส์ ตามเอกสารที่ TNC/W/35 มีถ้อยคำ หรือวลี ที่เป็นการจำกัดขอบเขตของการให้ MFN อันจะนำไปสู่ปัญหาในการตีความอยู่ 3

¹⁴มาตรา 2 วรรค 2 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดดังนี้

2. A Party may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that it is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article III Exemption (MTN. TNC/W/FA p.7)

¹⁵วรรค 2 ของ Annex on Article II Exemption กำหนดดังนี้

2. Any new exemptions applied for after the entry into force of the Agreement shall be dealt with under Article XXV : 4 (MTN. TNC/W/FA p.33)

คำคือ "บริการที่คล้ายคลึงกัน" (like services) "ในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน" (in like circumstance) และ "ภายในรูปแบบการเข้าสู่ตลาดเดียวกัน" (with respect to the same mode of delivery) โดย 2 วลี หลังนี้ปรากฏอยู่ในวงเล็บเหลี่ยม [] เป็น alternative text¹⁶ แต่เมื่อเป็นร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ใน Draft Final Act (ทั้ง 2 วลี ในวงเล็บเหลี่ยมถูกตัดออกไป คงเหลือถ้อยคำที่เป็นปัญหาในการตีความอยู่คือ "การบริการที่คล้ายคลึงกัน" (like services)

ลักษณะของถ้อยคำในวงเล็บเหลี่ยมทั้ง 2 วลี ของร่าง เดิมนั้น เป็นการจำกัดขอบเขตของการใช้ MFN ให้แคบลง กล่าวคือ การจะถือว่าสิทธิประโยชน์ใด ๆ ที่จะตกแก่ภาคีอื่นตามหลัก MFN ได้นั้น นอกจากจะต้องเป็นสิทธิประโยชน์ที่ต้องให้กับบริการที่คล้ายคลึงกันแล้ว ยังต้องอยู่ในสถานการณ์และรูปแบบของการเข้าสู่ตลาดเดียวกันด้วย

การที่ร่างเดิมกำหนดให้ใช้ "สถานการณ์" เป็นเกณฑ์ การพิจารณาอีกอย่างหนึ่งนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เป็นผลสืบเนื่องมาจากลักษณะของ "การบริการ" เป็นกระบวนการที่ต้องอาศัยการติดต่อระหว่างผู้ให้บริการกับผู้รับบริการ "สถานการณ์" จึงเป็นปัจจัยที่สามารถกำหนดความได้เปรียบเสียเปรียบในทางการค้าบริการได้อย่างหนึ่ง สิทธิประโยชน์อย่างเดียวกัน ให้กับบริการประเภทเดียวกัน แต่ในสถานการณ์ที่ต่างกัน ผลของสิทธิประโยชน์ที่ได้รับ อาจไม่เท่ากัน อย่างไรก็ตาม การที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ตัด 2 วลีดังกล่าวทิ้งไปนั้น น่าที่จะเป็นผลจากการที่ร่างข้อตกลงเปิดโอกาสให้ภาคีกำหนดข้อยกเว้นไว้ในภาคผนวกได้ จึงปล่อยให้ การจำกัดขอบเขตเป็นไปตามเจตนารมณ์ของภาคีแต่ละประเทศ

เรื่อง "การบริการที่คล้ายคลึงกัน" (like services) นี้มีปรากฏอยู่ในมาตรา 17 National Treatment ด้วย และร่างข้อตกลงไม่ได้ กำหนดคำจำกัดความที่แน่นอนได้

ในการบังคับใช้ข้อตกลงแกตต์ (GATT) มักจะมีปัญหาในการตีความ คำว่า "สินค้าที่คล้ายคลึงกัน" (like products) เช่นเดียวกัน โดยคำนี้จะปรากฏอยู่ในหลายมาตรา และปรากฏเป็นคำ ๆ อื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกัน เช่น "like commodity"¹⁷ หรือ "like or competitive products"¹⁸ ซึ่งจากบันทึกการร่าง

¹⁶ อนุมาตรา 2 บรรทัดแรกของร่างเดิมตามเอกสาร MTN TNC/W/35

¹⁷ อนุมาตรา 6 ในข้อตกลงแกตต์ (GATT)

กฎหมายได้วางแนวการวินิจฉัย คำว่า like products ไว้ว่า หมายถึง สินค้าอย่างเดียวกัน (same) แต่จากรายงานของคณะผู้เชี่ยวชาญเกตต์ ได้เสนอว่า หมายถึง สินค้าที่เหมือนกัน (identical) ในรูปลักษณะ แต่อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ในลักษณะที่ปรากฏ (presentation) อันจำเป็นต่อตลาดผู้นำเข้า ทั้งนี้เป็นรายงานที่เสนอในเรื่อง การป้องกัน การทุ่มตลาด (antidumping) ตามมาตรา 6 ของเกตต์ (GATT) นอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยในกรณีพิพาทที่มีประเด็นเรื่อง like products ซึ่งเป็นรายงานของคณะผู้เชี่ยวชาญ (panel) และมติของ CONTRACTING PARTIES 3 กรณีคือ

1) Treatment by Germany of Imports of sadines¹⁹ มีประเด็นเรื่อง like products ตามมาตรา 13 วรรคแรกของเกตต์ ซึ่งจากบันทึกของผู้เชี่ยวชาญ (panel) ได้แสดงถึงเกณฑ์ในการพิจารณาความคล้ายคลึงของสินค้าจากความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด และการตัดสินโดยภาคีผู้ได้รับประโยชน์หลายราย (considered by many interested parties) ว่าเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะแข่งขันโดยตรง²⁰

2) The Australian sulphate case²¹ 1950 ในคดีนี้ CONTRACTING PARTIES ได้ใช้การจัดลำดับทางพิกัดอัตราภาษีศุลกากรเป็นเกณฑ์ ในการพิจารณาความคล้ายคลึงของสินค้า โดยจากมติของ CONTRACTING PARTIES ได้ตัดสินไว้ดังนี้

".....ammonium sulphate and sodinam nitrate were not "like products" basing this conclusion partly on the fact that these two products were usually classified as separate tariff items and were treated differently."

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 19

¹⁹ John H. Jackson, Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text Part II (1977), P.532

²⁰ Ibid., p. 534.

²¹ John H. Jackson, World Trade and The Law of GATT., p.262.

3) Brazil's discriminatory internal taxes for cognac 1949²²
 ในคดีนี้ คณะทำงานของภาคีแกตต์ ยอมรับการที่ Brazil ได้จัดประเภทของ cognac ภายในประเทศ ต่างจาก cognac ที่นำเข้ามาจากต่างประเทศเป็นการถูกต้อง ตามกฎเกณฑ์ของแกตต์ เมื่อ Brazil ชี้แจงว่า cognac ภายในประเทศนั้นมีส่วนผสม (ingredients) ต่างจาก cognac ที่นำเข้ามา

จากผลของคดีทั้ง 3 คดีเห็นว่า ผู้พิจารณาใช้เกณฑ์การพิจารณาต่างกัน สำหรับคำ ๆ เดียวกัน โดยแตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ของมาตราที่คำ ๆ นั้น ปรากฏอยู่เป็นการวางแผนการพิจารณาไว้ว่า การที่จะตีความคำว่า like products นั้น จะต้องคำนึงถึงจุดหมายของมาตราที่คำดังกล่าวปรากฏอยู่กับผลในทางปฏิบัติของมาตรานั้น ๆ ด้วย

การตีความคำว่า like services เมื่อเทียบเคียงกับกรณีของ like products ในแกตต์ (GATS) แล้ว พบว่า หลักการตีความให้สอดคล้องกับมาตราที่คำดังกล่าวปรากฏอยู่ โดยให้สามารถปฏิบัติตามมาตรานั้น ๆ ได้ จำเป็นจะต้องนำมาใช้กับ like services ด้วย ดังนั้น จึงไม่สามารถที่จะกำหนดคำจำกัดความที่แน่นอนของการบริการที่คล้ายคลึงกันไว้ในส่วนของ definition

ตามที่ได้เคยกล่าวถึงความแตกต่างของลักษณะทางเศรษฐศาสตร์ของ "สินค้า" กับ "บริการ" ไว้ในที่มาของร่างข้อตกลงแกตต์ (GATS) ในบทที่ 1 นั้น บริการเป็นสิ่งที่มองไม่เห็น จับต้องไม่ได้ เป็นกระบวนการ (procedure) และลักษณะเช่นนี้เอง ทำให้เกณฑ์การพิจารณาความคล้ายคลึงของการบริการกับสินค้านั้นต่างกัน สินค้า สามารถใช้เกณฑ์การพิจารณาจากส่วนผสม (ingredients) เพราะสามารถมองเห็นได้ แยกแยะได้ หรือสามารถพิจารณาจากลำดับของอัตราภาษีศุลกากร (tariff classification) เพราะสามารถตรวจนับได้ ขณะที่บริการเป็น "กระบวนการ" (procedure) เกณฑ์ในการพิจารณาความคล้ายคลึงคือ วิธีดำเนินการ กระบวนการนั้น ๆ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ "ลักษณะการให้บริการ" นั้นเอง ความยากลำบากอยู่ที่วิธีดำเนินการ หรือลักษณะการให้บริการนั้นยากแก่การพิจารณา แยกแยะ หรือการตรวจสอบว่า คล้ายคลึงหรือไม่

มาตรา 2 วรรค 2 ของร่างข้อตกลงแกตต์ (GATS) เปิดโอกาสให้ประเทศภาคี กำหนดมาตรการ หรือวิธีปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับหลัก MFN ในวรรค 1 ได้ โดยกำหนดไว้ในภาคผนวก โดยกระบวนการในการกำหนดนั้น ประเทศภาคีจะต้องระบุข้อมูลในเรื่องต่อไปนี้ คือ

²²Ibid., p. 263.

- รายละเอียดของมาตรการ หรือวิธีปฏิบัตินั้น ๆ (description of measure, treatment)
- เงื่อนไข ซึ่งทำให้ต้องมีการกำหนดบทยกเว้น

ถ้ามาตรการหรือวิธีปฏิบัติใดไม่ได้ถูกกำหนดให้ Exemption Annex ย่อมถือว่าประเทศภาคีนั้น ๆ ยอมผูกพันในการให้ MFN ตามวรรค 1 ดังนั้น การตีความว่า บริการใดที่ภาคีมุ่งประสงค์จะให้ MFN หรือไม่ จึงดูได้จากเจตนาของการกำหนดใน Annex การตีความคำว่า like services อาจใช้เกณฑ์การพิจารณาจากรายละเอียดที่แต่ละประเทศกำหนดใน Annex ถึงบริการนั้น ๆ ได้อีกทางหนึ่ง

like services ที่ปรากฏในเรื่อง National Treatment นั้น ปัญหาในการตีความอาจมีน้อยกว่าในเรื่อง MFN เพราะในการกำหนดความผูกพันใน Specific commitment ประเทศภาคี อาจให้คำจำกัดความของการบริการประเภทต่าง ๆ ที่ตนเข้าผูกพันไว้ได้ และจากคำจำกัดความเหล่านี้ อาจใช้เป็นเกณฑ์ในการตีความ like services โดยดูจากเจตนาของการเข้าผูกพันตน หรือดูจากความเห็นที่ตรงกันของประเทศภาคีหลาย ๆ ประเทศ

2.1.1.4 การยกเว้นการใช้ MFN ใน Exemption Annex

จุดเปลี่ยนแปลงที่สำคัญระหว่างร่างเดิมของข้อตกลงแกตส์ (GATS) ตามเอกสารที่ MTN. TNC/W/35²³ กับร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ตาม Draft Final Act คือเรื่องบทยกเว้นการใช้ MFN²⁴ กล่าวคือ ร่างเดิมของแกตส์ (GATS) นั้น กำหนดยกเว้นการใช้ MFN กับบริการเฉพาะสาขาที่กำหนดไว้ใน Annexes เป็นการชั่วคราว ในขณะที่ร่างใหม่ตามมาตรา 2 วรรค 2 ของ Draft Final Act นั้น ให้ภาคีสามารถทำกำหนดมาตรการหรือการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับการให้ MFN ตามวรรค 1 ไว้ใน Annex on Article II Exemptions ได้ โดยการกำหนดบทยกเว้นดังกล่าวต้องเป็นไปตามเงื่อนไขใน Annex และต้องมีการทบทวนข้อยกเว้นทั้งหมดทุก 5 ปี พัฒนาการที่เกิดขึ้นในร่างใหม่นี้มี 2 ประเด็นคือ

1) การขยายขอบเขตของข้อยกเว้นให้กว้างขึ้น กล่าวคือการเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีกำหนดมาตรการ หรือการปฏิบัติใด ๆ ที่ไม่สอดคล้องกับ MFN ในวรรค 1

²³ MTN TNC./W/35 Rev. 1 p. 328.

²⁴ MTN TNC./W/FA p. 7.

ไว้ได้ทั้งหมด ขณะที่ร่างเดิมฯ จะยกเว้นการใช้ MFN ชั่วคราวเฉพาะกับบริการบางสาขาเท่านั้น

2) การกำหนดระยะเวลาการใช้บทยกเว้นให้แน่นอนขึ้น โดยผ่านขั้นตอนของการ periodic review ขณะที่ร่างเดิมฯ เพียงแต่กำหนดไว้กว้าง ๆ ว่ายกเว้นการใช้ MFN เป็นการ "ชั่วคราว"

ในประเด็นที่ 1) นั้น การที่ให้ประเทศภาคีได้กำหนดบทยกเว้นไว้เป็นการแสดงเจตนาผูกพันตัวเองที่ชัดเจนขึ้นของประเทศภาคีนั้น ๆ ว่ามาตรการใด ๆ ที่ไม่ได้กำหนดยกเว้นไว้ ต้องผูกพันตามพันธกรณีเรื่อง MFN อย่างเต็มที่ ซึ่งร่างแกตส์ (GATS) ยังได้กำหนดต่อไปอีกว่า การเพิ่มเติมแก้ไขข้อยกเว้น หลังจากข้อตกลงมีผลบังคับ จะต้องทำโดยผ่านขั้นตอนการเจรจาเช่นเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติม specific commitment ซึ่งการบัญญัติไว้เช่นนี้เป็นการทำให้ข้อกำหนดเรื่อง MFN มีผลในทางปฏิบัติ ทำให้ภาคีต่าง ๆ มีความมั่นใจในการเข้าผูกพันตามพันธกรณีมากยิ่งขึ้น เนื่องจากเรื่องใดไม่สามารถยอมรับพันธกรณีได้ก็สามารถกำหนดยกเว้นไว้ได้ แต่ถ้าพิจารณาให้ลึกซึ้งจะพบว่า การบัญญัติเช่นนี้อาจไม่ก่อผลดีต่อประเทศกำลังพัฒนา เพราะการเปลี่ยนแปลงข้อยกเว้นจะต้องทำโดยการเจรจา ซึ่งจะมีเรื่องการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง

การกำหนดให้มี periodic review ในประเด็นที่ 2 นั้น เป็นผลดีกว่าร่างเดิมที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาการยกเว้นการใช้ MFN ไว้ เพราะจะทำให้ภาคีทราบสถานการณ์ที่แน่นอนของตน และวางแผนในการเตรียมพร้อมเพื่อรับพันธกรณี²⁵

ประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องการกำหนดบทยกเว้นอีกกรณีหนึ่งด้วยการกำหนดบทยกเว้นจากพันธกรณีเรื่อง MFN นี้ จะต้องกำหนดในทุกเรื่อง หรือเฉพาะบริการที่เราได้เปิดตลาดไว้ใน specific commitment ในเรื่องนี้ไม่มีบทกำหนดแน่ชัดในร่างข้อตกลง จึงขึ้นอยู่กับสติความ วิถีปฏิบัติที่จะสร้างความแน่นอนนั้น ควรที่จะได้กำหนดบทยกเว้นไว้ในทุกบริการที่ต้องการจะยกเว้นการใช้ MFN ทั้งที่ได้เปิดตลาดไว้แล้วใน specific commitment และที่ไม่ได้ระบุดังกล่าว

²⁵วรรค 3 ของ Annex on Article II Exemptions ระบุไว้ว่า

3. The PARTIES shall review all exemptions granted for a period of more than 5 years. The first such review shall take place no more than 5 years after the entry into force of the Agreement. (MTN TNC./W/FA p. 33)

2.1.2 ข้อจำกัดในการใช้หลัก MFN อันเกิดจากระบบการขนส่งทางอากาศ

การขนส่งทางอากาศ เป็นกิจกรรมที่มีความเกี่ยวพัน ทั้งทางด้านกา
เมือง และเศรษฐศาสตร์²⁶ เมื่อทุกประเทศต่างรับรองหลักอำนาจอธิปไตยเหนืออาณาเขตของตน
การจะสร้างการค้าเสรีขึ้นในระบบการขนส่งทางอากาศ ย่อมเป็นไปได้ยาก เพราะรัฐจะต้องเข้า
มาควบคุมในฐานะผู้ให้สิทธิในการประกอบกิจกรรม ด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงของประเทศ ขณะ
เดียวกันการขนส่งทางอากาศเป็นการบริการพื้นฐานที่นำไปสู่การขยายตัวทางเศรษฐกิจของกิจการ
ค้าทั้งด้านสินค้าและบริการอื่น ๆ การขยายตัวทางบริการด้านนี้ ย่อมเป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ
ของประเทศ

จากลักษณะของกิจกรรมแต่ละประเภทของการขนส่งทางอากาศที่ได้
แจกแจงไว้ในบทที่ 1 นั้น กิจกรรมบางประเภทก็สร้างข้อจำกัดการใช้ MFN จากลักษณะการ
ประกอบกิจกรรมนั่นเอง หรือจากระบบควบคุมเดิมที่มีอยู่ ในขณะที่กิจกรรมบางประเภท โดย
ลักษณะสามารถเข้าสู่ระบบการค้าเสรี โดยผ่านทางหลัก MFN ได้

2.1.2.1 ข้อจำกัดในเรื่องการบินโดยตรง

วรรค 2 ของภาคผนวก เรื่องการบริการขนส่งทาง
อากาศในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ระบุชัดเจนว่า ไม่ใช่ข้อกำหนดในร่างข้อตกลงกับมาตรการ
ที่มีผลต่อสิทธิการบินภายใต้อนุสัญญาชิคาโก รวมถึงเสรีภาพทั้ง 5 และข้อตกลงสองฝ่ายเรื่อง
บริการเดินอากาศ และกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรง ซึ่งอาจจำกัด หรือกระทบต่อความสามารถ
ในการเจรจาต่อรอง การให้หรือรับสิทธิการบิน หรือมีผลเป็นการจำกัดสิทธินั้น²⁷

การที่ร่างข้อตกลงกำหนดเช่นนี้ เนื่องมาจากการที่ภาคีผู้เข้าร่วมเจรจา
เห็นต้องกันว่าการขนส่งทางอากาศโดยเฉพาะส่วนของกิจกรรมที่เกี่ยวกับการบินโดยตรง
เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะพิเศษ และระบบการควบคุมโดยผ่านข้อตกลงทวิภาคี ภายใต้อนุสัญญาชิคาโก

²⁶ Jacques Naveau, International Air Transport in a Changing World, (Brussels : Emile Bruylant 1989), p. 14-18.

²⁷ วรรค 2 ของ Annex on Air Transport Services กำหนดดังนี้
2. Except as set out in paragraph 3, no provision of the Agreement shall apply to measures affecting

นั้นเหมาะสมอยู่แล้ว²⁸ เมื่อกิจกรรมหลักไม่ต้องอยู่ในบังคับของร่างข้อตกลง กิจกรรมที่เกิดขึ้นได้
เนื่องจากมีกิจกรรมการบิน หรือที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ใช้คำว่า "directly related
activities" จึงไม่อยู่ในบังคับของแกตส์ด้วยเช่นกัน

ระบบการขนส่งทางอากาศของโลก ดำเนินมาภายใต้อนุสัญญาชิคาโก
ซึ่งพยายามที่จะสร้างให้เกิดการค้าเสรีในตลาดบริการประเภทนี้บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตย²⁹
อนุสัญญานี้จะควบคุมการขนส่งทางอากาศ ทั้งทางด้านเทคนิค หรือลักษณะทางการเดินอากาศ และ
ด้านเศรษฐศาสตร์คือ เงื่อนไขในเรื่องสิทธิทางการค้าของการขนส่งทางอากาศ โดยอนุสัญญานี้ได้
ผนวกเอาข้อตกลงเรื่องการผ่านแดน (Transit Agreement) ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องทางด้านเทคนิค
กับข้อตกลงเรื่องการขนส่ง (Transport Agreement) ซึ่งเป็นการตกลงกันในสิทธิที่เกี่ยวกับ
การค้า เป็นการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินตาม "เสรีภาพทางอากาศ" ทั้ง 5 เสรีภาพ (five
freedoms)³⁰

การแลกเปลี่ยนสิทธิการบินนั้น มีรูปแบบแตกต่างกัน ตามข้อตกลง
ความจุ ความถี่ของบริการ ซึ่งในแต่ละรูปแบบจะมีลำดับของการเปิดเสรีไม่เท่าเทียมกัน ปัจจุบันมี

²⁷ (Cont.) (a) traffic rights covered by Chicago Convention, including the five freedoms of the air, and by bilateral air service Agreements ;

(b) directly related activities which would limit or affect the ability of parties to negotiate, to grant or to receive traffic rights, or which would have the effect of limiting their exercise.

²⁸ GATT SECRETARIAT DOC., MTN. GNS/TRANS/3, 8 August 1990.

²⁹ อนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ 1944 ได้บัญญัติเรื่องอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ไว้ในมาตรา 1 ดังนี้

The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the air space above its territory.

³⁰ Jacques Naveau, International Air Transport in a Changing World, p.31.

รูปแบบของความตกลงที่ใช้กันอยู่ทั่วไป 3 รูปแบบคือ³¹

1) ความตกลงแบบ Capacity Predetermination เป็นรูปแบบที่อยู่ในความควบคุมของรัฐมากที่สุด คือ รัฐจะเป็นผู้กำหนดทั้งจำนวนสายการบิน ความจุ ความถี่ของการบริการ และควบคุมอัตราค่าโดยสารและระหว่างสินค้า

2) ความตกลงแบบ Bermuda I เป็นความตกลงที่รัฐควบคุมเฉพาะเส้นทางบิน จำนวนสายการบิน และอัตราค่าโดยสาร โดยเปิดโอกาสให้สายการบินมีอิสระในการกำหนดความจุ ความถี่เอง แต่รัฐยังคงสิทธิในการทบทวนการจัดความจุ ความถี่ ภายหลังเริ่มบริการไปแล้ว

3) ความตกลงแบบ Open Skies รัฐให้สายการบินมีอิสระในการกำหนดความจุ ความถี่ เส้นทางบิน อัตราค่าโดยสารและค่าระหว่าง และมีจำนวนสายการบินในเส้นทางได้ไม่จำกัด

จากการที่แต่ละรัฐ ทำข้อตกลงสองฝ่าย เพื่อแลกเปลี่ยนสิทธิการบินในรูปแบบที่ต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ที่จะได้รับซึ่งกันและกันกับอำนาจต่อการเจรจา เป็นข้อจำกัดอันสำคัญยิ่งต่อการนำหลักการของ MFN มาใช้กับเรื่องการบินโดยตรง เนื่องจากจะทำให้สิทธิที่มีระดับความเสรีมากที่สุดตกแก่ประเทศภาคีทุกประเทศ ทำให้แต่ละประเทศต้องยอมรับการบินเข้าของบางประเทศที่ตน ไม่สามารถจะให้สิทธิการบินในประเทศตน เป็นการขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือน่านฟ้า (sovereignty over the airspace) นอกจากนี้ ข้อจำกัดของระบบการขนส่งทางอากาศเอง ในแง่เศรษฐศาสตร์ คือ ถ้ามีการค้าเสรีอย่างเต็มที่ในกิจกรรมการบินโดยตรงนั้น จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ความไม่คุ้มทุนในการค้าบริการประเภทนี้ จากการแข่งขันอย่างไม่สมควร (unreasonable competition)

ลักษณะเฉพาะของการขนส่งทางอากาศ คือ เป็นกิจกรรมที่ต้องใช้ทุนสูง จะต้องผ่านเงื่อนไขทางการเมืองบนพื้นฐานในเรื่องอำนาจอธิปไตย ส่งผลให้อนุสัญญาชิคาโก ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมการค้าระหว่างประเทศในกิจกรรมประเภทนี้ ต้องใช้กลวิธีของข้อตกลงสองฝ่ายกับรูปแบบของข้อตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินที่แตกต่างกันตามระดับของการเปิดเสรี ในการสร้างความเท่าเทียม และระบบการค้าเสรี ลักษณะเฉพาะของการขนส่งทางอากาศนี้เอง

³¹ รุ่งโรจน์ ศรีประเสริฐสุข, "เอกสารวิจัยนโยบายแลกเปลี่ยนสิทธิการบินของประเทศไทย", หน้า 5-9

เป็นตัวกำหนดให้ไม่สามารถนำร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) มาใช้บังคับได้ และยังส่งผลให้ท่าทีของประเทศต่าง ๆ ในเรื่องนี้สอดคล้องต้องกัน

2.1.2.2 ข้อจำกัดในเรื่องการบริการเสริม

ในบทที่ 1 ได้กล่าวถึงบริการเสริมเป็น 2 ประเด็นคือ การบริการที่ระบุไว้ชัดเจนในภาคผนวกเรื่องการบริการขนส่งทางอากาศ กับบริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการขนส่งทางอากาศ การบริการเสริมที่จะอยู่ในบังคับของพันธกรณีเรื่อง MFN คือ การบริการ 3 ประเภทที่ระบุไว้ใน วรรค 3 ของภาคผนวก³² คือ

ก) บริการซ่อมบำรุงอากาศยาน (aircraft repair and maintenance)

จากลักษณะของกิจกรรมประเภทนี้ ที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 1 ว่าต้องใช้ทุนและเทคโนโลยีสูง กับแรงงานที่มีทักษะได้รับการฝึกฝนจำนวนมาก ซึ่งไม่มีปัญหาในเรื่องจำนวนผู้ประกอบการในตลาด แต่หากจะนำหลัก MFN มาใช้กับกิจกรรมประเภทนี้ การให้สิทธิประโยชน์ใด ๆ แก่ผู้ประกอบการของประเทศอื่น ในเรื่องการซ่อมบำรุงอากาศยานนั้นประเทศผู้ให้จำเป็นต้องคำนึงในเรื่องความปลอดภัย ความมั่นคงของประเทศ ด้วย เพราะการดำเนินการจะต้องกระทบถึงความปลอดภัยทั้งต่อตัวอากาศยาน และสถานที่ประกอบการ รวมทั้งจะต้องคำนึงถึงการเคลื่อนย้ายทุน และแรงงาน ดังนั้นคุณสมบัติของผู้รับสิทธิประโยชน์เป็นเงื่อนไขสำคัญในการให้สิทธิประโยชน์ในกิจกรรมประเภทนี้ หากสิทธิประโยชน์นั้นจะต้องตกแก่ภาคีทุกประเทศ โดยผ่านหลัก MFN จะเป็นการยากในการควบคุมเรื่องมาตรฐานการให้บริการ ความปลอดภัย และความมั่นคงของประเทศ และนอกจากนี้เพราะเป็นกิจกรรมที่ต้องใช้ทุนและเทคโนโลยีสูง เมื่อมีการขยายตัว โดยผ่านหลัก MFN ผู้ที่จะได้ประโยชน์จากการขยายตัว หรือการเปิดเสรีทางการค้าบริการในกิจกรรมประเภทนี้ ย่อมเป็นประเทศพัฒนาแล้วที่มีความสามารถในการลงทุน มีเทคโนโลยีหลัก MFN ที่มีจุดมุ่งหมายในการจัดการเลือกปฏิบัติทางการค้า จะกลายเป็นเครื่องมือหรือปัจจัยในการสร้างการผูกขาดทางการค้าขึ้นได้

³² วรรค 3 ของภาคผนวกเรื่องการบริการขนส่งทางอากาศ กำหนดไว้ดังนี้

3. Notwithstanding the provisions of paragraph 2, the Agreement shall apply to measures affecting :

- aircraft repair and maintenance services
- the selling or marketing of air transport services
- computer reservation services

ข) การขายหรือการตลาดของบริการขนส่งทางอากาศ
(the selling or marketing of air
transport services)

ข้อจำกัดประการสำคัญจากการขาย (selling) ของบริการขนส่งทางอากาศ คือ การขายส่วนใหญ่จะกระทำผ่านบริษัทตัวแทนจำหน่ายบัตรโดยสาร หรือผู้รับจัดการขนส่ง ซึ่งจะต้องผ่านขั้นตอนของการอนุญาตเข้าประกอบการ หรือตั้งสำนักงาน บริษัทของแต่ละประเทศถ้าสายการบินใดได้รับอนุญาต เนื่องจากครบคุณสมบัติตามที่กฎหมายประเทศนั้น ๆ กำหนด การได้รับอนุญาตเช่นนี้ จะถือเป็นสิทธิประโยชน์ที่จะต้องให้กับภาคีประเทศอื่น ตามหลักการ MFN ด้วยหรือไม่ ประการหนึ่ง กับลักษณะของการขายบัตรโดยสารนั้น จะต้องทำผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์ การจะนำเครือข่ายเข้ามาใช้ในดินแดนประเทศอื่น ก็ต้องผ่านขั้นตอนของการขออนุญาตกับหน่วยงานราชการของประเทศนั้น ๆ เช่นกัน ถ้ามีการอนุญาตให้มาตั้งเครือข่ายคอมพิวเตอร์แก่สายการบินประเทศหนึ่ง สิทธิดังกล่าวจะตกแก่ภาคีประเทศอื่น โดยทันทีหรือไม่ อีกประการหนึ่ง

ลักษณะเฉพาะของการประกอบกิจกรรมการขายของบริการขนส่งทางอากาศดังกล่าวข้างต้นนี้ สัมพันธ์กับประเด็นเรื่องการตีความ "การบริการที่คล้ายคลึงกัน" ที่วิเคราะห์ไว้แล้วในข้อ 2.1.1.3 กล่าวคือ ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ใน Draft Final Act นั้น ใช้เกณฑ์ในการพิจารณาถึงสิทธิประโยชน์ ที่จะต้องให้แก่ภาคีทุกประเทศ โดยหลัก MFN นั้น ต้องเป็นสิทธิประโยชน์ที่ให้แก่บริการที่คล้ายคลึงกัน (like services)³³ ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่กว้างมาก ขณะที่ในร่างเดิมยังจำกัดขอบเขตให้แคบลงมาว่า ต้องเป็นไปใน "สถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน" (like circumstance)³⁴ ซึ่งถ้าตีความตามตัวบทของร่างเดิม การจะถือว่าสิทธิในการเข้าไปตั้งบริษัทตัวแทนจำหน่าย จะตกแก่ภาคีประเทศอื่นด้วยนั้น ภาคีประเทศอื่นนั้นต้องมีคุณสมบัติครบตามที่กฎหมายของประเทศผู้ให้สิทธิกำหนดเช่นเดียวกับประเทศแรกที่ได้รับสิทธิประโยชน์ แต่ถ้าตีความตามตัวบทของร่างแกตส์ (GATS) ใน Draft Final Act เพียงแต่เป็นบริการประเภทเดียวกัน ก็ได้รับสิทธิเช่นว่านั้น เรื่องเครือข่ายของคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการขายบัตรโดยสาร ก็มีปัญหาในทำนองเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เรื่องการเข้าไปตั้งตัวแทนจำหน่ายนั้น ยังต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในเรื่อง การเข้าสู่ตลาด อีกด้วย

³³ MTN.TNC./W/FA p. 7.

³⁴ MTN.TNC./W/35 Rev. 1 p. 334.

ค) การสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์ (computer reservation services)

จากคำจำกัดความในวรรค 7 ของภาคผนวกเรื่อง การบริการขนส่งทางอากาศ ซึ่งกำหนดในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) จะใช้บังคับกับบริการที่ทำ โดยระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งให้ข้อมูลเกี่ยวกับตารางการบิน จำนวนที่นั่ง ราคา และการสำรองที่นั่ง ซึ่งหมายถึง เจ้าของระบบ ไม่ใช่สายการบินผู้ใช้ระบบ หรือเป็นสมาชิกของระบบ³⁵

ลักษณะของกิจกรรมระบบการสำรองที่นั่ง ด้วยคอมพิวเตอร์ หรือ CRS นี้ โดยตัวของระบบเอง สามารถสร้างการกีดกันทางการค้าได้ ด้วยวิธีการของการสำรองที่นั่งจากหน้าแรก (first screen) ของคอมพิวเตอร์ ซึ่งสายการบินเจ้าของระบบ³⁶ จะมีโอกาสดีกว่าสายการบินอื่น และการที่จะจัดตั้งระบบดังกล่าวได้ จะต้องใช้ทุนและเทคโนโลยีสูง ถ้าสร้างระบบการค้าเสรีในกิจกรรมประเภทนี้ ผ่านหลักการ MFN ก็จะทำให้เข้าลักษณะของการกีดกัน หรือเลือกปฏิบัติเพราะตลาดหรือผลประโยชน์ส่วนใหญ่จะตกอยู่ในมือของประเทศ หรือกลุ่มประเทศเจ้าของระบบ

2.1.3 ผลกระทบต่อประเทศไทยหากผูกพันตามพันธกรณีเรื่อง MFN

2.1.3.1 ผลกระทบต่อกิจกรรมการบินโดยตรง

จากการที่ภาคผนวกเรื่อง การขนส่งทางอากาศของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดให้กิจกรรมการขนส่งทางอากาศภายใต้อนุสัญญาชิคาโก และกิจกรรมเสริมที่เกี่ยวข้องเนื่องโดยตรง (directly related activities) ไม่ต้องอยู่ในบังคับของข้อกำหนดของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)³⁷ ทำให้สถานการณ์ในปัจจุบันของประเทศไทยในกิจกรรม

³⁵ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, "รายงานวิจัย เรื่องการค้าบริการภายใต้กรอบการเจรจาทางการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย สาขาขนส่งทางอากาศ," หน้า 260

³⁶ สำนักงานปลัดกระทรวงคมนาคม กองกิจการระหว่างประเทศ ฝ่ายความตกลงและกฎข้อบังคับระหว่างประเทศ, "รายงานการศึกษา เรื่องการขนส่งทางอากาศในประชาคมเศรษฐกิจยุโรป," หน้า 26-27

³⁷ วรรค 2 ของ Annex On Air Transport Services (MTN. TNC/W/FA p.45.

ประเภทนี้ ยังไม่ได้รับผลกระทบจากพันธกรณีในเรื่องนี้แต่อย่างใด อีกทั้ง เป็นที่ยอมรับในทุก ๆ ประเทศภาคีที่จะยังคงระบบการควบคุมแบบเดิมภายใต้อนุสัญญาชคาโก ไว้กับกิจกรรมประเภทนี้ ทำให้คาดการณ์ได้ว่า จะไม่มีภาวะกีดกัน หรือการเรียกร้องให้เปิดเสรีทางการค้าบริการในกิจกรรมนี้ ภายใต้กฎเกณฑ์ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)

2.1.3.2 ผลกระทบต่อบริการเสริม

กิจกรรมที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการผูกพันตามพันธกรณีได้แก่ กิจกรรมที่ระบุอยู่ในวรรค 3 ของภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศ³⁸ และเนื่องจากมาตรา 2 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดให้ใช้ MFN กับมาตรการ (measure) ที่เกี่ยวกับการค้าบริการ³⁹ อันหมายถึง กฎเกณฑ์ กฎหมายที่ใช้ควบคุมการค้าบริการประเภทนั้น ๆ ดังนั้นพันธกรณี MFN จึงมีผลกระทบต่อกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับบริการเสริมทั้ง 3 กิจกรรมดังต่อไปนี้

ก) บริการซ่อมบำรุงอากาศยาน

ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 1 กฎหมายที่ใช้ควบคุมกิจกรรมนี้ของประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 60 จัตวา, 60 เบญจ และ 60 ฉ. โดยควบคุมในเรื่องการเข้าประกอบ การของผู้ประกอบการต่างชาติ ว่าต้องเป็นสายการบินที่กำหนดของต่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ยอมรับตามความตกลงว่าด้วยการบริการเดินอากาศ และประเทศที่กำหนดสายการบินนั้นมีได้วางข้อห้ามมิให้สายการบินของไทยให้บริการช่างอากาศยานในประเทศนั้น ๆ ผลที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากการผูกพันตามพันธกรณีเรื่อง MFN คือ หากผลของการตีความออกมาในทางกว้าง สิทธิที่ประเทศไทยได้ให้กับผู้ประกอบการต่างชาติตามกฎหมายดังกล่าวจะตกแก่ภาคีทุกประเทศโดยทันที แม้ว่าประเทศภาคีนั้นไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดก็ตาม ทั้งนี้ โดยที่เนื้อหาของมาตรา 2 ที่กำหนดให้สิทธิประโยชน์ตกแก่ภาคีทุกประเทศโดยทันที และไม่มีเงื่อนไข อีกทั้งยังกำหนดขอบเขต "บริการ" ไว้อย่างคลุมเครือ โดยใช้เกณฑ์พิจารณาเพียงแต่เป็น "บริการที่คล้ายคลึงกัน" (like services)⁴⁰

³⁸ เรื่องเดียวกัน, วรรค 3

³⁹ ดูวรรคแรก ในมาตรา 2 ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ใช้คำว่า "with respect to any measure covered by this Agreement, ..." (MTN. TNC./W/FA p.7)

⁴⁰ ดูรายละเอียดการวิเคราะห์เรื่อง "like services" ในข้อ 2.1.1.3

ข) การขายและการตลาดขนส่งทางอากาศ

จากลักษณะการประกอบการของการขายและการตลาดการขนส่งทางอากาศที่ต้องการเข้ามาตั้งสำนักงานขายหรือตั้งสำนักงานตัวแทนของผู้ประกอบการต่างชาตินั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เรื่องการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งหากประเทศไทยได้ให้การอนุญาตแก่ผู้ประกอบการของประเทศหนึ่งประเทศใด โดยผลของมาตรา 2 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ถือว่าทุกประเทศภาคีได้รับอนุญาตเช่นนี้ด้วยโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข ซึ่งขัดกับความมุ่งหมายของประกาศคณะปฏิวัติที่ต้องการให้พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาอนุญาต

ค) ระบบการสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์

กฎหมายที่ควบคุมการประกอบการกิจกรรมนี้ คือ พ.ร.บ. โทรเลข โทรศัพท พ.ศ. 2477 และ พ.ร.บ. การสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519 ซึ่งห้ามประกอบการในลักษณะที่ผู้อื่นร่วมใช้ประโยชน์ด้วย โดยที่โครงสร้างกฎหมายปิดกั้นแก่ผู้ประกอบการไทยและผู้ประกอบการต่างชาติ กิจกรรมประเภทนี้จึงยังไม่ได้รับผลกระทบหากผูกพันตามพันธกรณีเรื่อง MFN

2.2 การใช้หลักความโปร่งใส (Transparency) เพื่อเปิดตลาดการขนส่งทางอากาศ

ในบทที่ 1 ได้กล่าวถึง ลักษณะเฉพาะทางเศรษฐศาสตร์ของการบริการ (service) อย่างหนึ่ง คือ มีลักษณะเป็นกระบวนการ (processes) ที่ไม่สามารถมองเห็นและจับต้องได้ ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่สามารถประเมินคุณภาพของการบริการที่ตนได้รับได้ จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ของรัฐใช้บังคับกับการบริการอย่างเคร่งครัด กว่าการค้าสินค้า และอุปสรรคในทางการค้าบริการ จึงปรากฏในรูปของกฎเกณฑ์ ระเบียบข้อบังคับภายใน และจากลักษณะเฉพาะดังกล่าวนี้เอง หลักความโปร่งใส จึงเป็นหลักการพื้นฐานที่บรรจุอยู่ในการเจรจาการค้าบริการ โดยเฉพาะในเจตนารมณ์ของการร่างข้อตกลงทั่วไปขึ้นใช้กับการค้าบริการด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากกฎเกณฑ์ระเบียบข้อบังคับ ตลอดจนนโยบายของแต่ละประเทศ มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ความโปร่งใสในเรื่องดังกล่าว จะลดความไม่แน่นอนในการค้าระหว่างประเทศลงได้⁴¹

2.2.1 ข้อปฏิบัติเพื่อให้เกิดความโปร่งใสในขอบเขตของแกตส์ (GATS)

⁴¹Phecon Nicolaidis, "Economic Aspects of Services : Implications for a GATT Agreement," Journal of World Trade p. 131-132.

มาตรา 3 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ได้กำหนดวิธีปฏิบัติ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสไว้ 4 ประการคือ⁴²

- 1) การพิมพ์
 - 2) การแจ้ง
 - 3) การตอบข้อซักถาม
 - 4) การตั้งศูนย์สอบถามข้อมูล
- และได้กำหนดข้อมูล หรือสิ่งที่จะต้องทำให้โปร่งใสไว้ สรุปได้ดังนี้
- 1) กฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง (all relevant laws)
 - 2) กฎข้อบังคับ (regulations)
 - 3) แนวทางการบริหาร (administrative guidelines)
 - 4) คำตัดสินอื่นใด (all other decisions)
 - 5) คำสั่ง (rulings)
 - 6) มาตรการการขออนุญาตทั่วไป (measures of general application)

ไม่ว่าจะการกระทำโดยองค์การบริหาร หรือไม่ใช้ก็ตาม

ทั้ง 6 ประการที่ร่างข้อตกลงกำหนดนี้ คือ อุปสรรค (barriers) ของการค้าบริการนั่นเอง และได้กำหนดไว้ในลักษณะที่กว้างมาก จะจำกัดขอบเขตไว้เพียงแต่ต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้อง หรือกระทบต่อการปฏิบัติของร่างข้อตกลงนี้ (pertain to or affect the operation of this Agreement)

ประเด็นปัญหาอันเกิดจากเนื้อหาของร่างข้อตกลง ในพันธกรณีเรื่องความโปร่งใส⁴³ จึงมี 2 ประเด็นคือ

- การตีความขอบเขตของ "ข้อมูล" ที่ต้องทำให้เกิดความโปร่งใส
- วิธีการปฏิบัติเพื่อให้เกิดความโปร่งใสตามที่ร่างข้อตกลงกำหนด

2.2.1.1 ปัญหาการตีความเรื่อง "pertain to or affect the operation of this Agreement"

⁴² ดู Article 3 Transparency ใน Draft Final Act MTN./TNC./W/FA

จากปัญหาเรื่องอุปสรรคที่ไม่ใช่ภาษีศุลกากร (Nontariff barrier) ที่ปรากฏในการค้าสินค้า โดยปรากฏในรูปการจำกัดจำนวนหรือกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเข้าที่ไม่ชัดเจน ทำให้มีการพัฒนาหลักเรื่องความโปร่งใส⁴³ และเนื่องจากลักษณะของการบริการที่ต่างจากสินค้าจะกำหนดขอบเขตของข้อมูลที่เป็นอุปสรรคในรูปกฎเกณฑ์ กฎระเบียบ ไว้ในลักษณะของการเพิ่ม-ลดจำนวน หรือการเปลี่ยนแปลงในเรื่องการนำเข้า-ส่งออก ที่เห็นชัดเจนไม่ได้ ลักษณะของข้อตกลงจึงจำกัดขอบเขตไว้โดยกว้างขวางว่า ถ้า "ข้อมูล" เหล่านี้กระทบต่อการดำเนินการตามข้อตกลง ถือว่าเป็น "ข้อมูล" ที่ต้องทำให้โปร่งใส ลักษณะเช่นนี้เองเป็นอีกกรณีหนึ่งที่ลักษณะทางเศรษฐศาสตร์กำหนดรูปแบบของกฎหมาย

ปัญหาที่เกิดตามมาของลักษณะการกำหนดดังกล่าว คือการตีความว่าอย่างไรจึงจะถือว่า "เกี่ยวกับ หรือ กระทบ ต่อการดำเนินการของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)"

ในมาตรา 1 และมาตรา 35 ซึ่งเป็นเรื่องการให้คำจำกัดความ ก็ไม่ได้กำหนดคำจำกัดความสำหรับวลีดังกล่าวไว้

ปัญหาในการตีความ กรณีที่เป็นเรื่องการกระทบ (affect) ในการใช้บังคับข้อตกลงแกตส์ (GATT) อันอาจนำมาเทียบเคียงกับกรณีตามมาตรา 3 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) นี้ได้คือ กรณี "กระทบต่อการขายภายใน" (affecting their internal sale) ตามมาตรา 3(4) เรื่องการปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment) ซึ่งคณะตุลาการแกตส์ (The Panel for Conciliation) ได้ให้ความเห็นกับ คำว่า "affecting" ไว้ในการตัดสินกรณีพิพาทระหว่างอังกฤษกับอิตาลี เรื่องเครื่องจักรกลการเกษตร ดังนี้

"The selection of the word "affecting" would imply, in the opinion of the Panel, that the drafters of the Article intended to cover in paragraph 4 not only the laws and regulations which directly governed the conditions of sale or purchase but also any laws or regulations which might adversely modify the conditions of competition between the domestic and imported products on the internal

⁴³Deepak Nayyar, "Some Reflection on the Uruguay Round and Trade in Services," Journal of World Trade p. 39.

market"⁴⁴

จากความเห็นดังกล่าว แสดงถึงแนวทางตีความของคณะตุลาการ
แกตต์ (GATT) ว่า จะตีความโดยดูเจตนาของผู้ร่างเป็นสำคัญประการหนึ่ง และจะตีความถ้อยคำ
ที่เป็นประเด็นปัญหาในทางกว้าง โดยมุ่งถึงความเป็นไปได้ในการใช้บังคับ หรือวัตถุประสงค์ของ
มาตรานั้น อีกประการหนึ่ง

ประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะสหรัฐ มีท่าทีชัดเจนในเรื่องหลักความ
โปร่งใส ตั้งแต่มีการเสนอหลักการมอนทรีล (Montreal Principle) โดยสหรัฐ ต้องการให้มีการ
การตีพิมพ์ระเบียบ และกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่เกี่ยวกับการบริการ (affecting services) และ
เสนอข้อกำหนดที่ให้ภาคีผู้มีส่วนได้เสีย (interested parties) มีโอกาสเข้าไปแสดงความคิดเห็น
ในกฎระเบียบที่เป็นปัญหานั้น ขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องการจะให้จำกัดขอบเขตของความ
โปร่งใสไว้เพียงเฉพาะกฎเกณฑ์ที่มีผลต่อการค้าเท่านั้น⁴⁵ เมื่อการเจรจาดำเนินมาจนปรากฏเป็น
ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ทั้งร่างเดิมตามเอกสารที่ MTN.TNC./W/35 กับร่างแกตส์ (GATS)
ใน DRAFT FINAL ACT ต่างมีข้อกำหนดเป็นอย่างเดียวกันทั้งสองร่างคือ จำกัดขอบเขตของการ
"กระทบ" ไว้ที่ "การดำเนินการของข้อตกลงนี้" (The Operation of this Agreement)
และในวรรค 1 ของมาตรา 1 ทั้งสองร่างก็จำกัดขอบเขตการใช้บังคับของข้อตกลงไว้ว่าข้อตกลง
นี้ใช้บังคับกับมาตรการโดยประเทศภาคีที่กระทบต่อการค้าบริการ (measures by Parties
affecting trade in services)⁴⁶

⁴⁴ดูเพิ่มเติมใน United Kingdom Complaint on Italian
Discrimination Against Imported Agricultural Machinery, GATT Report by
the Panel for Conciliation, 15 July, 1958., GATT Doc. L/833, 7th Supp.
B.I.S.D. 60, อ้างถึงใน สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ:
การควบคุมการค้าระหว่างประเทศโดยรัฐ, หน้า 55-60.

⁴⁵UNCTAD, "Service and Development Potential : The Indian
Contest", UNCTAD/ITP/22 p.118.

⁴⁶มาตรา 1 วรรค 1 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ใน Draft Final Act
และร่างเดิมตามเอกสารที่ MTN.TNC./W/35 กำหนดไว้ตรงกันคือ

1. This Agreement applies to measures by Parties affecting trade
in services

จากทำที่ของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา และประเทศพัฒนาแล้ว และลักษณะของข้อความในร่างข้อตกลง ทั้ง 2 ฉบับ แสดงให้เห็นอีกครั้งถึงความพยายามประสานประโยชน์ระหว่างภาคีที่เป็นกลุ่มผลประโยชน์ที่ขัดกันในการเจรจา กล่าวคือ ร่างข้อตกลงยอมที่จะจำกัดขอบเขตของข้อมูล ที่ต้องทำให้เกิดความโปร่งใสไว้ที่ ต้องเป็น เรื่องที่กระทบต่อการดำเนินการของข้อตกลง ซึ่งคือการดำเนินการที่ต้องกระทบต่อการค้าบริการนั่นเอง (ต้องเป็นการบริการที่เป็นการค้า) เป็นไปตามความต้องการของประเทศกำลังพัฒนา ขณะเดียวกันในส่วนของวิธีปฏิบัติ มาตรา 3 วรรค 4 เปิดโอกาสให้ประเทศภาคีสามารถตั้งประเด็น ในเรื่องกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นได้ ส่วนประเทศภาคีเจ้าของกฎเกณฑ์ได้ เป็นการสอดคล้องกับความต้องการของประเทศพัฒนาแล้วเช่นกัน

เมื่อเทียบกับแนวทางตีความในเกตต์ (GATT) ซึ่งเป็นไปในทางกว้างและมุ่งที่ผลการบังคับใช้ของข้อกำหนด กับเจตนาในการกำหนดหลักความโปร่งใสแล้ว ขอบเขตของเรื่อง "เกี่ยวกับ หรือ กระทบ ต่อการดำเนินการของข้อตกลง" ย่อมหมายถึงข้อมูลใดที่เกี่ยวกับหรือกระทบต่อการค้าบริการ ต้องอยู่ในความหมายของมาตรานี้ทั้งหมด ส่วนของการพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทบ จำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป บนพื้นฐานของผลของการใช้บังคับของข้อตกลง และการให้เหตุผลทางกฎหมาย

2.2.1.2 ข้อจำกัดในการตั้งประเด็นได้ส่วนได้ (request for specific information)

การที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดให้ประเทศภาคีต้องตอบข้อซักถาม จากประเทศภาคีอื่นในประเด็นเฉพาะนั้น ข้อจำกัดของการปฏิบัติตามพันธกรณีนี้ที่เกิดจากลักษณะการกำหนดของข้อตกลงนี้ มี 2 ประเด็นคือ

- ก) ขอบเขตของ specific information
- ข) ผู้มีสิทธิตั้งประเด็นซักถาม

ก) ขอบเขตของ specific information
จากการพิจารณาร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ที่เสนอโดยประเทศต่าง ๆ พบว่า มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการตั้งประเด็นสอบถาม บางประเทศ เช่น ญี่ปุ่น⁴⁷ สวิตเซอร์แลนด์⁴⁸ ได้จำกัดขอบเขตของข้อมูลที่จะสอบถามได้ ต้องเป็น

⁴⁷ MTN GNS/W/107 10 July 1990 Communication from Japan

⁴⁸ MTN GNS/W/102 7 June 1990 Communication from Switzerland

"reasonable enquiries" ลักษณะเช่นนี้เป็นการเปิดโอกาส หรือให้อำนาจแก่ประเทศภาคีที่ถูกซักถาม ที่จะพิจารณา หรืออ้างได้ว่า ลักษณะของข้อมูลสมเหตุสมผลหรือไม่ ภาคีที่ถูกซักถามจะได้มีโอกาส ที่จะใช้อำนาจอธิปไตยได้ในระดับหนึ่ง ทั้งนี้ แม้ว่าการยอมรับพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นการยอมสละอำนาจอธิปไตยของรัฐส่วนหนึ่งที่จะต้องอยู่ในบังคับของข้อกำหนดในข้อตกลงนั้น ๆ แต่ข้อกำหนดเรื่องความโปร่งใสก้าวล่วงเข้าไปในลักษณะของการตรวจสอบการออกกฎเกณฑ์ภายในประเทศ จึงน่าที่จะกำหนดขอบเขตของการใช้บังคับพันธกรณีไว้พอสมควร ถ้ากำหนดขอบเขตไว้โดยกว้างเช่นที่ปรากฏในมาตรา 3 วรรค 4 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กล่าวคือ กำหนดให้ specific information อยู่ในความหมายเดียวกันกับ วรรค 1 ของมาตราเดียวกัน (ซึ่งได้วิเคราะห์ขอบเขตของวรรค 1 ไว้แล้วใน 2.1.1.1) specific information ก็จะหมายความถึง ข้อมูลของกฎ ระเบียบ ข้อบังคับใด ๆ ก็ตามที่กระทบต่อการค้าบริการ แสดงว่าภาคีผู้ซักถาม จะตั้งข้อซักถามประการใด ๆ ก็ได้ ที่ถือว่า กระทบการค้าบริการ ผู้เขียนเห็นว่า ลักษณะการกำหนดเช่นนี้ นอกจากสร้างภาระในด้านค่าใช้จ่ายในการดำเนินการหาข้อมูลแล้ว⁴⁹ ยังล่อแหลม หรืออาจกระทบกระเทือนต่อข้อมูลที่ เป็นความลับของประเทศอีกด้วย แม้ว่าจะมีข้อยกเว้นในเรื่องข้อตกลงที่เป็นความลับอยู่ก็ตาม แต่เนื่องจากแกตส์ (GATS) กำหนดขอบเขตข้อมูลไว้โดยกว้างทำให้ยากแก่การแยกแยะ

กฎเกณฑ์ หรือกฎหมายที่ออกมา เพื่อใช้กับ หรือมีผลต่อการค้าบริการย่อมเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกมาเพื่อรองรับ หรือสนองตอบระบบเศรษฐกิจประเทศนั้น ๆ ประเทศภาคีที่จะได้รับผลหรือภาระที่เพิ่มขึ้นจากข้อกำหนดในแกตส์ (GATS) ดังกล่าว คือประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งเป็นภาคีที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบอยู่แล้ว จึงเป็นที่น่าสังเกตว่า กฎเกณฑ์ของแกตส์ (GATS) ในส่วนนี้ไม่ได้ตอบสนองเจตนารมณ์ของร่างข้อตกลงในข้อที่ว่า จะสร้างการขยายตัวของการค้าบริการภายใต้เงื่อนไขของความโปร่งใส และการเปิดเสรีตามลำดับ โดยมุ่งที่จะส่งเสริมความเจริญเติบโตของประเทศคู่ค้า และการพัฒนาของประเทศกำลังพัฒนา⁵⁰

⁴⁹ ความเห็นของผู้แทนจากประเทศอียิปต์ เสนอในการประชุมกลุ่มทำงานเรื่องการขนส่ง MTN. GNS./TRANS/3 p.9.

⁵⁰ วรรค 3 ของคำปรารภของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดดังนี้

Wishing to establish a multilateral framework of principles and rules for trade in services with a view to the expansion of such trade under conditions of transparency and progressive liberalization and as a means of promoting the economic growth of all trading partners and the development of developing countries,

ข) ผู้มีสิทธิตั้งประเด็นซักถาม

ท่าทีของประเทศต่าง ๆ ในเรื่องนี้ จากการเสนอร่างข้อตกลงของแต่ละประเทศ ได้กำหนดผู้มีสิทธิตั้งข้อซักถามใน specific information ไว้ต่างกัน บางประเทศกำหนดให้เฉพาะภาคีผู้มีส่วนได้เสีย (interested parties) เท่านั้น มีสิทธิที่จะตั้งข้อซักถามได้⁵¹ บางประเทศกำหนดให้ภาคีทุกประเทศมีสิทธิตั้งข้อซักถามได้⁵² การกำหนดผู้มีสิทธิตั้งข้อซักถามไว้ต่างกันนี้ ทำให้ผลของการบังคับใช้ข้อกำหนดในเรื่องนี้ต่างกัน กล่าวคือ ถ้ากำหนดเฉพาะภาคีผู้มีส่วนได้เสีย (interested parties) เท่านั้นผู้มีสิทธิตั้งข้อซักถามมีผลดีในแง่ที่ว่าเป็นการจำกัดขอบเขตของข้อมูลที่จะตั้งข้อซักถามไว้เฉพาะประเด็นที่ผู้ซักถามมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องเท่านั้น และเป็นการป้องกันการตั้งคำถามที่ไม่มีเหตุผล เพื่อให้ประเทศผู้ตอบต้องเสียเวลา ค่าใช้จ่ายในการหาข้อมูลคำตอบ แต่ก็มีผลเสียในแง่ที่ว่า จะไม่เป็นการสร้างความโปร่งใสในทางการค้าบริการอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากเหตุผลในเรื่องลักษณะเฉพาะของการบริการที่กล่าวมาแล้วในต้นบท ทำให้อุปสรรค (Barriers) ของการค้าบริการปรากฏในหลายรูปแบบ การจะพิจารณาว่าประเทศภาคีใดเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อมูลนั้น ๆ จึงทำได้ยาก ในทำนองเดียวกัน ถ้ากำหนดให้ภาคีทุกประเทศมีสิทธิตั้งข้อซักถาม ถ้ามองโดยผิวเผินเป็นสิทธิที่ได้โดยเท่าเทียมกันทุกประเทศ แต่เมื่อพิจารณาให้ลึกซึ้งแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความสามารถในการจัดเก็บ รวบรวม ค้นหา และเสนอข้อมูลในแต่ละประเทศไม่เท่าเทียมกัน การกำหนดเช่นนี้เท่ากับเป็นการเลือกปฏิบัติในทางปฏิบัติ (de facto) ประการหนึ่ง และเท่ากับเป็นการทำให้

⁵¹ ร่างข้อตกลงทั่วไปเกี่ยวกับการค้าบริการที่เสนอโดยประเทศญี่ปุ่น ตามเอกสารที่ MTN GNS/W/107 ระบุในมาตรา 304 ข้อ 3 ดังนี้

Each Party shall ensure that one or more enquiry points exist which are able to answer all reasonable enquires from interested parties in other Parts regarding any relevant laws, regulations, administrature rulings and other measures of general application, made effective by central government, as well as judicial dicision.

⁵² ร่างข้อตกลงทั่วไปเกี่ยวกับการค้าบริการที่เสนอโดยประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ตามเอกสาร MTN GNS/W/105 18 June 1990 ระบุในมาตรา 6 วรรค 3 ข้อ (a) 3 ดังนี้ Parties shall establish and enquiry point or points to respond to request from other parties for information on measures covered by the obligations in paragraph 1 and 2 of this Article....

และร่างที่เสนอโดยสวิสเซอร์แลนด์ ตามเอกสารที่ MTN GNS/W/102 ก็กำหนดในทำนองเดียวกัน

ขอบเขตของประเด็นคำถามกว้างขวางยิ่งขึ้น โอกาสที่เกิดการตั้งคำถามที่ไม่สมเหตุผลเพื่อสร้างภาระให้แก่ประเทศผู้ตอบโดยไม่จำเป็นมีมากขึ้น

เมื่อปรากฏเป็นข้อกำหนดในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ระบุให้ภาคีทุกประเทศมีสิทธิในการตั้งประเด็นถาม แต่ต้องเป็นคำถามที่เกี่ยวกับหรือกระทบต่อการปฏิบัติของข้อตกลงนี้เท่านั้น เป็นการกำหนดขอบเขตไว้กว้างขวางดังที่วิเคราะห์ไว้แล้ว และมีโอกาสที่จะได้รับคำถามที่ไม่สมเหตุผลหรือสร้างภาระให้แก่ประเทศภาคี โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา ขอบเขตของประเด็นคำถามกว้างขวางยิ่งขึ้น โอกาสที่เกิดการตั้งคำถามที่ไม่สมเหตุผลเพื่อสร้างภาระให้แก่ประเทศผู้ตอบโดยไม่จำเป็นมีมากขึ้น

2.2.2 อุปสรรคในการใช้หลักความโปร่งใสกับระบบการขนส่งทางอากาศ

เนื่องจากระบบการขนส่งทางอากาศเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของชีวิตมนุษย์จำนวนมาก และทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูง รวมทั้งเป็นบริการที่ต้องใช้ทุนและเทคโนโลยีสูง มีจุดเกาะเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงทำให้ต้องมีกฎเกณฑ์ ระเบียบปฏิบัติมาใช้บังคับจากหลายทาง เช่น กฎเกณฑ์ด้านมาตรฐานทางเทคนิคจากองค์การการบินระหว่างประเทศ (ICAO) กฎเกณฑ์เรื่องการชำระเงินจากสมาคมการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ (IATA) รวมทั้งกฎระเบียบภายในของแต่ละประเทศ ปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีเรื่องความโปร่งใสบางประการ จึงมีผลมาจากระบบของการขนส่งทางอากาศ

2.2.2.1 ลักษณะของความโปร่งใสที่ปรากฏในระบบการขนส่งทางอากาศ

โดยพื้นฐานของการค้าบริการขนส่งทางอากาศ มีความเป็นสากล (International) อยู่แล้ว และในความเป็นสากลนี้ ทำให้ต้องมีกฎเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันขึ้นใช้บังคับกับทุกประเทศ ทั้งที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยผ่านองค์การระหว่างประเทศไปจนถึงสิ่งที่เรียกได้ว่าเป็นระเบียบปฏิบัติ เหตุนี้เอง จึงอาจกล่าวได้ว่า การขนส่งทางอากาศมีความโปร่งใสในตัวระบบเองอยู่แล้วในร่างเดิมตามเอกสารที่ MTN.TNC./W/35 ได้ระบุไว้ในวรรค 4 ของผนวกเรื่องการบริการขนส่งทางอากาศ (Air Transport Service Annex)

ถึงเรื่องความโปร่งใสว่าให้นำมาใช้กับการขนส่งทางอากาศ ยกเว้นเฉพาะเรื่อง traffic rights และกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรง โดยให้ถือภาคีได้ปฏิบัติตามมาตรา 3 ของร่างข้อตกลงครบถ้วน ถ้าภาคีได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดเรื่องความโปร่งใสในอนุสัญญาชิคาโก⁵³ แต่เมื่อเป็นร่างสุดท้ายใน Draft Final Act นั้น ไม่ปรากฏข้อความเรื่อง Transparency ใน Annex on Air Transport Services เลย แต่ในวรรค 2 ของ Annex ได้ระบุชัดเจนแล้วว่า ข้อกำหนดในร่างข้อตกลงนี้ทั้งหมดไม่ใช่กับ traffic rights ตามอนุสัญญาชิคาโก และกิจกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรง⁵⁴ จากลักษณะการกำหนดของทั้ง 2 ร่าง เป็นการรับรองว่า การปฏิบัติตามข้อกำหนดในอนุสัญญาชิคาโก เป็นการพอเพียงหรือเทียบเท่ากับได้สร้าง ความโปร่งใสตาม มาตรา 3 ของร่างข้อตกลงแล้ว อย่างไรก็ตาม กิจกรรม 3 ประเภทที่อยู่ในบังคับข้อตกลงคือ การซ่อมบำรุงอากาศยาน การขายและการตลาด และ CRS ต้องผูกพันตามพันธกรณีในมาตรา 3 ด้วย

ตามที่ได้วิเคราะห์ลักษณะของการกำหนดของภาคผนวก เรื่องการขนส่งทางอากาศไว้แล้วในบทที่ 1 ว่าการที่กิจกรรม 3 ประเภทข้างต้นนั้น สามารถนำ ข้อกำหนดในร่างข้อตกลงไปใช้บังคับได้ เนื่องจากลักษณะการประกอบกิจกรรมทั้ง 3 สามารถที่จะเกิดขึ้น หรือมีลักษณะของการข้ามแดนได้ โดยไม่ต้องผ่านระบบการแลกเปลี่ยนสิทธิการบิน ตัวอย่างที่ชัดเจนคือ การขายบัตรที่นั่งโดยสาร สามารถทำได้แม้ในดินแดนที่สายการบินผู้ขายไม่ได้มีจุดแวะลง หรือมีการแลกเปลี่ยนสิทธิการบิน "สิทธิในทางการค้า" (commercial rights) ของทั้ง 3 กิจกรรมสามารถเกิด และแลกเปลี่ยนกันได้ภายนอกกรอบของอนุสัญญาชิคาโก ดังนั้น ความโปร่งใสภายใต้อนุสัญญาชิคาโก จึงยังครอบคลุมไม่เพียงพอ สำหรับ 3 กิจกรรมดังกล่าว

⁵³ วรรค 4 ของ Air Transport Service Annex ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ตามเอกสาร MTN.TNC./W/35 กำหนดดังนี้

4. With regard to transparency, Article III of the Agreement shall apply except that with respect to traffic rights [and directly related activities] Parties shall be deemed to have complied with the requirements of Article III : 1-3 of the Agreement when they are in full compliance with the transparency provisions of the Chicago Convention.

⁵⁴ วรรค 2 ของ Annex on Air Transport Services จาก Draft Final Act MTN.TNC./W/FA

ความโปร่งใสที่ปรากฏในระบบการขนส่งทางอากาศ โดยผ่านอนุสัญญาชิคาโก และ ICAO นั้น ครอบคลุมทั้งข้อมูล ในด้านเทคนิคคือ ในเรื่องการเดินอากาศ (air navigation) และด้านเศรษฐกิจ (air transport)⁵⁵ โดยเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง ICAO ตามมาตรา 44 ของอนุสัญญาชิคาโก⁵⁶ และลักษณะการบังคับใช้ของอนุสัญญาชิคาโก ที่ว่าด้วยเรื่องของการเดินอากาศไว้ในส่วนที่ 1 (PART I) และการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศไว้ในส่วนที่ 3 (PART III)

ถ้าจะพิจารณาความโปร่งใสจากข้อกำหนด, Resolutions และภาคผนวกทั้ง 18 เรื่องของอนุสัญญาชิคาโก เข้าไปถึงกฎเกณฑ์ภายในประเทศของภาคีสมาชิก จะทำให้ทราบถึงกฎเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องมาตรฐานทางเทคนิคต่าง ๆ รูปแบบของข้อตกลงทวิภาคีที่ประเทศนั้น ๆ ได้ทำกับประเทศอื่น ๆ (เนื่องจากประเทศภาคีในอนุสัญญาชิคาโกจะต้องจดทะเบียนข้อตกลงที่ทำขึ้นใหม่กับ ICAO ตามมาตรา 83 ของอนุสัญญา)⁵⁷ แต่มีกฎเกณฑ์ของแต่ละประเทศเกี่ยวกับการบริการขนส่งทางอากาศบางส่วน ที่ไม่สามารถมองผ่านระบบระหว่างประเทศที่ควบคุมอยู่คือ อนุสัญญาชิคาโก เพื่อจะทราบ หรือคาดเดาได้ว่ากฎหมาย หรือกฎระเบียบภายในเป็นอย่างไร กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นสิทธิของแต่ละประเทศที่จะบัญญัติขึ้นใช้ตามสถานการณ์และนโยบาย ส่วนใหญ่จะเป็นไปในทางเพื่อคุ้มครองผู้ให้บริการและผู้ให้บริการของประเทศนั้น ๆ และจะเป็นกฎเกณฑ์ทางด้านเศรษฐกิจมากกว่าทางด้านเทคนิค

2.2.2.2 การอ้างข้ออ้างเรื่อง "ผลประโยชน์มหาชน" (public interest) ในระบบการขนส่งทางอากาศ

⁵⁵ Jacques Naveau, International Air Transport in a Changing World, pp. 51.

⁵⁶ มาตรา 44 ของ Chicago Convention 1944

⁵⁷ มาตรา 83 ของ Chicago Convention กำหนดดังนี้

Article 83 Registration of new arrangements Subject to the provisions of the preceding Article, any contracting State may make arrangements not inconsistent with the provisions of this Convention. Any such arrangement shall be forthwith registered with the Council, which shall make it public as soon as possible.

จากการวิเคราะห์ถึงลักษณะความโปร่งใส ที่ปรากฏในระบบการขนส่งทางอากาศ และท่าทีของประเทศผู้เข้าร่วมเจรจาตั้งแต่ระยะเริ่มต้นของการเจรจา แสดงให้เห็นว่า ปัญหาซึ่งจะเกิดจากระบบการขนส่งทางอากาศกับการปฏิบัติตามพันธกรณีเรื่องนี้น้อยมาก เพราะมีความโปร่งใส่อยู่แล้วในตัวระบบเอง อย่างไรก็ตาม ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ในเรื่องของการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับไว้ในมาตรา 3 ทวิ (Article III bis Disclosure of Confidential Information)

เกณฑ์ในการพิจารณาข้อมูลที่ได้รับการยกเว้นตามที่มาตรา 3 ทวิ กำหนดประการหนึ่งคือ ข้อมูลที่เป็นความลับที่หากเปิดเผยแล้วจะขัดต่อผลประโยชน์มหาชน (public interest) โดยที่ร่างข้อตกลงไม่ได้ให้คำจำกัดความ หรือจำกัดขอบเขตของ "ผลประโยชน์มหาชน" ไว้ว่า ครอบคลุมเพียงใด^{๕๘}

จากการศึกษาแนวทางการให้คำจำกัดความ "public interest" ของทั้งนักเศรษฐศาสตร์ และนักกฎหมาย พบว่า ไม่สามารถให้คำจำกัดความที่ชัดเจนได้ ต่างมีความเห็นแตกต่างกันไป แต่ส่วนใหญ่จะยึดเอาหลักการเรื่องประสิทธิภาพ (efficiency) และความเท่าเทียมกัน (equitable) เป็นพื้นฐานในการพิจารณาถึงผลประโยชน์มหาชน โดยถือว่าผลประโยชน์มหาชนเป็นผลประโยชน์ที่สอดคล้องต้องกันของสมาชิกในสังคม^{๕๙}

แนวความคิดของกฎหมายไทยถือว่า การขนส่งทางอากาศ เป็นกิจกรรมที่เป็นสาธารณูปโภค เป็นบริการที่ต้องใช้ร่วมกัน จำเป็นต้องอยู่ในความควบคุมของรัฐ

^{๕๘} มาตรา 3 ทวิ กำหนดเรื่อง Disclosure of Confidential Information ไว้ดังนี้

Nothing in this Agreement shall require any Party to provide confidential information, the disclosure of which would impede law enforcement, or otherwise be contrary to the public interest, or which would prejudice legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private

^{๕๙} Durton A. Weisbrod, Concept Prespective on the Public Interest: And Economic Analysis., University of California press Berkeley and Los Angeles, California 1978

เพื่อสร้างความเป็นธรรมต่อสังคมส่วนรวม⁶⁰ เช่นเดียวกับกับประเทศกำลังพัฒนาอื่น ๆ ที่ถือว่าการขนส่งทางอากาศสำคัญต่อการพัฒนาประเทศ เนื่องจากเป็นโครงสร้างพื้นฐานของกิจกรรมทางเศรษฐกิจอื่น ๆ⁶¹ จากแนวความคิดนี้แสดงว่า กิจกรรมการขนส่งทางอากาศเป็นผลประโยชน์ของมหาชนอย่างหนึ่ง การเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับใด ๆ กระทบต่อการดำเนินกิจการขนส่งทางอากาศ ถือได้ว่าเป็นการขัดแย้งกับผลประโยชน์มหาชนในความหมายของช้อยก วัณนี้ในทัศนะของประเทศกำลังพัฒนา ขณะที่ประเทศพัฒนาแล้วมีท่าทีมาตั้งแต่ต้นของการเจรจา ที่จะมุ่งบังคับใช้หลักความโปร่งใสอย่างเคร่งครัด ย่อมไม่เห็นด้วย

เมื่อพิจารณาถึงแนวทางในการให้คำจำกัดความคำว่า public interest ที่กล่าวไว้ในตอนต้น อาจกล่าวได้ว่า ผลประโยชน์มหาชนเป็นผลประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ในสังคม ผู้เขียนเห็นว่า การจะพิจารณาว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นผลประโยชน์ส่วนใหญ่ของสังคมใด จึงควรที่จะพิจารณาจากสภาพของสังคมนั้น ๆ เป็นเกณฑ์ และจุดมุ่งหมายของการเจรจาและการจัดทำร่างข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าบริการ ก็ยอมรับระดับของการพัฒนาที่ไม่เท่าเทียมกันของประเทศภาคี ดังนั้น เกณฑ์ในการพิจารณาว่าการเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับนั้นเป็นการขัดต่อผลประโยชน์มหาชนหรือไม่ จะต้องตั้งมั่นอยู่บนหลักการที่ว่า ผลประโยชน์มหาชนในแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันไปตามสถานการณ์ สภาพสังคมของประเทศนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม การตีความในเวทีเจรจาระหว่างประเทศย่อมขึ้นอยู่กับประเทศที่มีอิทธิพลและอำนาจต่อรองที่ดีกว่า

2.2.3 ผลกระทบต่อประเทศไทยหากเข้าผูกพันตามพันธกรณีเรื่องความโปร่งใส

2.2.3.1 ผลกระทบต่อกิจกรรมการบินโดยตรง

ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ในข้อ 2.2.1.1 ว่าจากการระบุในวรรค 2 ของภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศใน Draft Final Act ทำให้พันธกรณี

⁶⁰ ชาดูชัย อตมศิริกุล, บทบาทรัฐวิสาหกิจในฐานะเครื่องมือในการพัฒนาประเทศ: สถานะในปัจจุบัน, สถานศึกษาและวิจัยรัฐวิสาหกิจ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (กรุงเทพฯ: เมษายน 2529) หน้า 6-8

⁶¹ Jacques Naveau, International Air Transport in a Changing World., p.170-171.

เรื่องความโปร่งใสไม่ใช้บังคับกับกิจกรรมการบินโดยตรง ด้วยเหตุนี้ ภายใต้ผลของร่างข้อตกลง แกดส์ (GATS) จึงยังไม่ก่อให้เกิดผลกระทบใด ๆ กับกิจกรรมการบินโดยตรงของประเทศไทย⁶²

อนึ่ง จากการที่วรรค 6 ของภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศ ระบุให้ต้องมีการทบทวนการดำเนินการตามภาคผนวก และการบริการขนส่งทางอากาศตามระยะเวลาอย่างน้อยที่สุดทุก ๆ 5 ปีนั้น ส่งผลให้ประเทศไทยต้องผูกพันตามพันธกรณีเรื่องนี้ในกิจกรรมการบินโดยตรงเพิ่มขึ้น แม้ว่าประเทศไทยจะมีความโปร่งใสในระบบกฎหมายปัจจุบันอยู่แล้ว แต่จากการกำหนดขอบเขตของข้อมูลไว้กว้างขวาง⁶³ และกำหนดวิธีปฏิบัติตามพันธกรณีในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระทั้งในด้านความสามารถในการจัดเก็บและค้นหาข้อมูล ตลอดจนค่าใช้จ่ายที่จะต้องเพิ่มขึ้น⁶⁴ ทำให้ต้องมีการเตรียมการในเรื่องดังกล่าวด้วย

2.2.3.2 ผลกระทบต่อบริการเสริม

ในกิจกรรมทั้ง 3 ที่มีอยู่ภายใต้บังคับของข้อกำหนดในร่างข้อตกลง แกดส์ (GATS) อาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยได้ปฏิบัติตามพันธกรณีข้อนี้เรียบร้อยแล้ว ภายใต้ระบบกฎหมายที่มีอยู่ปัจจุบัน จากการที่กฎหมายทุกฉบับต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁶⁵ อย่างไรก็ตาม จากการกำหนดขอบเขตของข้อมูลไว้กว้างขวาง รวมถึงประเด็นเรื่องผู้มีสิทธิตั้งข้อซักถามที่เปิดกว้างให้สิทธิกับทุกประเทศภาคี จะส่งผลให้ประเทศไทยต้องรับภาระมากขึ้นต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีนี้

2.3 การเข้าสู่ตลาด (Market Access) การขนส่งทางอากาศ

⁶² ดู Annex on Air Transport Services วรรค 2 (MTN. TNC./W/FA p.45)

⁶³ ดูรายละเอียดการวิเคราะห์ในข้อ 2.2.1.1 และ 2.2.2

⁶⁴ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, "รายงานการวิจัยเรื่องการค้าบริการภายใต้กรอบการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย สาขาขนส่งทางอากาศ," หน้า 173

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9-10

ข้อกำหนดเรื่องการเข้าสู่ตลาด (market access) อยู่ในส่วนที่ 3 ของร่างข้อตกลงแกตต์ (GATS) ซึ่งเป็นส่วนที่ประเทศภาคีสามารถแสดงข้อจำกัดหรือเงื่อนไขของการผูกพันตนไว้ในตารางคำมั่นเฉพาะ (schedules of commitments) ได้ พันธกรณีในส่วนนี้จึงมีความสำคัญในการวางท่าทีและการเตรียมการของภาคีผู้เข้าเจรจาในการกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดในตารางดังกล่าว

2.3.1 วิเคราะห์รูปแบบการเข้าสู่ตลาดกับกิจกรรมการขนส่งทางอากาศ

เนื่องจากการขนส่งทางอากาศ ประกอบไปด้วยกิจกรรมทั้งที่เป็นการบินโดยตรงและกิจกรรมเกี่ยวเนื่องในหลายลักษณะ ประกอบกับข้อกำหนดในมาตรา 16 ให้การเข้าสู่ตลาดกระทำโดยผ่านรูปแบบของการจัดหา (modes of supply) ตามที่ได้ให้คำจำกัดความไว้ในมาตรา 1 คำจำกัดความดังกล่าวเป็นการกำหนดเพื่อใช้กับบริการทุกประเภทไม่มีการระบุความแตกต่างของแต่ละรูปแบบอย่างชัดเจน ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาในพันธกรณีข้อนี้คือใน modes of supply แต่ละข้อนั้นครอบคลุมกับกิจกรรมการขนส่งทางอากาศประเภทใดบ้าง

จากความหมายของรูปแบบการจัดหาหรือ modes of supply ในมาตรา 1 วรรค 2 นั้น ทำให้แบ่งรูปแบบการเข้าสู่ตลาดของการบริการเป็น 4 ประเภทคือ^{๑๑}

1. การบริการข้ามแดน (Cross Border Supply)
2. ผู้บริโภคข้ามแดน (Movement of Consumers)
3. การให้บริการของสาขานิติบุคคล (Commercial Presence) ในรัฐอื่น

^{๑๑} วรรค 2 ของมาตรา 1 ในร่างข้อตกลงแกตต์ (GATS) กำหนดดังนี้

2. For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the of a service:

a) from the territory of one Party into the territory of any other Party;

b) in the territory of one Party of the service consumer of any other Party;

c) through the presence of service providing entitles of one Party in the territory of any other Party;

d) by natural persons of one Party in the territory of any other Party. (ดูรายละเอียดการวิเคราะห์ความหมายของ "การบริการ" ในบทที่ 1)

4. การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Natural Person) ของรัฐ
หนึ่งในดินแดนของอีกรัฐหนึ่ง

ทั้ง 4 รูปแบบ มีองค์ประกอบของการ "ข้ามแดน" หรือ "บริการ" (services) "ผู้ให้บริการ" (services provider) และผู้รับบริการ (services consumer) โดยที่จนถึงปัจจุบันยังไม่มีการตกลงกันแน่นอนในระหว่างผู้เข้าร่วมเจรจาถึงความแตกต่างของรูปแบบการจัดหาทั้ง 4 ประการ ในการนำไปวิเคราะห์กับกิจกรรมขนส่งทางอากาศ จึงใช้เกณฑ์ของการ "ข้ามแดน" ของปัจจัยการบริการเป็นหลักในการพิจารณา ประกอบกับคำจำกัดความที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดสำหรับกิจกรรมแต่ละประเภท หนึ่ง เนื่องจากยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการตีความแน่นอน ความหมายหรือความแตกต่างของรูปแบบการเข้าสู่ตลาดนี้จะกินความเพียงใด ต้องดูเจตนาของภาคีแต่ละประเทศ จากตารางความผูกพันที่ประเทศเหล่านั้นส่งเข้ามาด้วย

กิจกรรมการขนส่งทางอากาศที่ข้อตกลงแกตส์ (GATS) จะมีผลบังคับใช้นั้น คือ กิจกรรมที่เป็นบริการเกี่ยวเนื่องกับการบินที่ระบุในวรรค 3 ของภาคผนวก เรื่องการขนส่งทางอากาศ ประกอบด้วย การซ่อมบำรุงอากาศยาน การขาย และการตลาดของการบริการขนส่งทางอากาศ และบริการสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์ ⁶⁷ ร่างข้อตกลงได้ให้คำจำกัดความของทั้ง 3 กิจกรรมไว้ในตอนท้ายของภาคผนวก ซึ่งในที่นี้จะได้นำมาแยกแยะหาตัวบริการ ผู้ให้บริการและผู้รับบริการ เพื่อนำไปวิเคราะห์ถึงลักษณะของแต่ละรูปแบบต่อไป

บริการซ่อมบำรุงอากาศยาน (aircraft repair and maintenance services) ร่างข้อตกลงฯ ให้คำจำกัดความ "aircraft repair and maintenance" ไว้ว่า "activities required at a regular or ad hoc basis in order to guarantee the operational airworthiness of aircraft" หมายถึงกิจกรรมที่ถูกต้องกำหนดขึ้นตามปกติหรือเป็นครั้งคราว เพื่อที่จะประกันความสมควรเดินอากาศของอากาศยาน ⁶⁸

⁶⁷ วรรค 3 ของ Annex on Air Transport Services กำหนดดังนี้

Notwithstanding the provisions of paragraph 2, The Agreement shall apply to measures affecting:

- aircraft repair and maintenance services;
- the selling or marketing of air transport services;
- computer reservation services. (MTN. TNC./W/FA P.45)

จากคำจำกัดความนี้ "บริการ" ของกิจกรรม คือซ่อมบำรุง ซึ่งให้บริการแก่อากาศยาน ฉะนั้น "ผู้รับบริการ" จึงหมายถึงเจ้าของอากาศยาน หรือผู้ประกอบการในอากาศยานนั้น ๆ และ "ผู้ให้บริการ" เมื่อพิจารณาตามทางปฏิบัติทั่วไปของกิจกรรมประเภทนี้จะหมายถึง ผู้ประกอบการให้บริการซ่อมบำรุงอากาศยาน ซึ่งอาจเป็นไปได้ทั้งสายการบินเจ้าของเอง บริษัทผู้สร้าง (manufacturer) บริษัท หรือโรงงานที่มีขีดความสามารถในการซ่อมบำรุงที่ได้รับการรับรองจากบริษัทผู้ผลิตหรือองค์การหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องของประเทศต่าง ๆ

- การขายและการตลาดของการขนส่งทางอากาศ (selling or marketing of air transport services) ภาคผนวกให้คำจำกัดความไว้เฉพาะคำว่า selling and marketing ดังนี้คือ "opportunities for the air carrier concerned to sell and market freely its air transport services including all aspects of marketing such as market research advertising and distribution." ซึ่งสรุปได้ว่า การขายและการตลาดในภาคผนวก หมายถึง ช่องทางสำหรับผู้รับขนใน เรื่องที่เกี่ยวกับการขายและการตลาดอย่างอิสระในบริการขนส่งทางอากาศของผู้รับขนนั้น อันรวมถึงการตลาดทุกลักษณะ เช่น การวิจัยตลาด, การโฆษณา และการจัดจำหน่าย^{๕๘}

จากคำจำกัดความรวมดังกล่าว "บริการ" ของกิจกรรมนี้คือการขายและการตลาด โดยภาคผนวกได้ให้คำจำกัดความไว้อย่างกว้างขวาง สิ่งที่ได้จากคำว่า opportunities หมายความว่า ได้ถึงทุกวิธีการที่เกี่ยวกับการขายบริการการขนส่งทางอากาศ "ผู้รับบริการ" ก็คือผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ (air carrier) อันได้แก่บรรดาสายการบินต่าง ๆ นั้นเอง

ประเด็นที่อาจเป็นปัญหาในการตีความของคำจำกัดความนี้ ได้แก่การที่ตัวบทใช้คำว่า "its air transport services" ถ้าตีความตามตัวอักษร การขายและการตลาดในที่นี้หมายถึง เฉพาะการขายและการตลาดที่ผู้ให้บริการขนส่งทางอากาศได้ทำขึ้นให้กับสายการบินของตนเองเช่นที่แสดงว่า กิจกรรมประเภทนี้ ผู้รับบริการและผู้ให้บริการเป็นบุคคลคนเดียวกัน ถ้าตีความลักษณะดังกล่าว กิจกรรมประเภทนี้ก็ไม่อาจถือว่าเป็น "การค้าบริการ" (Trade in Services) ได้เลย เนื่องจากไม่ใช่การประกอบการเพื่อการค้า แต่ถ้าพิจารณาจากลักษณะการ

^{๕๘} แปลจาก วรรค 7 (a) ของ Annex on Air Transport Services MTN. TNC/W/FA p.46 (ไม่ใช่คำแปลของทางราชการ)

^{๕๙} แปลจาก วรรค 7 (b) ของ Annex on Air Transport Services MTN. TNC./W.FA p.46 (ไม่ใช่คำแปลของทางราชการ)

ประกอบกิจกรรมนี้ในธุรกิจการขนส่งทางอากาศปัจจุบันที่สายการบินต่าง ๆ ตั้งบริษัทตัวแทน หรือสายการบินอื่นแล้ว เป็นตัวแทนในการขายบัตรโดยสารของสายการบินของตนในประเทศอื่นก็ถือได้ว่าเป็นวิธีการหรือเป็น "ช่องทาง" อย่างหนึ่งที่อยู่ในความหมายของคำจำกัดความนี้ และ "ผู้ให้บริการ" จึงอาจเป็นสายการบินอื่น หรือบริษัทตัวแทนได้เช่นกัน ทั้งนี้ ต้องพิจารณาจากเจตนาที่ปรากฏในความผูกพันของภาคีแต่ละประเทศด้วย

- บริการสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์ (computer reservation services) ภาคผนวกฯ ได้กำหนดคำจำกัดความของ "computerized reservation system" ไว้ดังนี้

"services provided by computerized systems that contain information about air carriers schedules, seat availability, fares and fare rules, through which reservations can be made." ซึ่งสรุปลักษณะของ "บริการ" ได้ว่า หมายถึงการให้บริการโดยระบบคอมพิวเตอร์ให้ข้อมูลเกี่ยวกับตารางของผู้รับขน จำนวนที่นั่ง ราคา และกฎเกณฑ์อื่น และสามารถสำรองที่นั่งโดยระบบได้ด้วย⁷⁰

ลักษณะการกำหนดดังกล่าว เป็นปัญหาในการตีความทั้งในเรื่อง "ผู้ให้บริการ" และ "ผู้รับบริการ"

กรณี "ผู้ให้บริการ" ในที่นี้อาจหมายถึง สายการบิน ผู้ให้บริการข้อมูล และการสำรองที่นั่งแก่ผู้โดยสาร หรือ "ผู้ประกอบการเจ้าของระบบ" ซึ่งให้บริการระบบคอมพิวเตอร์ให้แก่สายการบินผู้รับขน ซึ่งสอดคล้องกับกรณี "ผู้รับบริการ" กล่าวคือ ถ้าในความหมายที่ว่า "ผู้ให้บริการ" คือสายการบิน "ผู้รับบริการ" ก็หมายถึง "ผู้โดยสาร" แต่ถ้า "ผู้ให้บริการ" หมายถึง เจ้าของระบบ ผู้รับบริการก็จะหมายถึง สายการบินผู้ใช้ระบบ

เมื่อมีปัญหาในการตีความเช่นนี้ การจะใช้ในความหมายใดจึงต้องพิจารณาตามเจตนาของภาคีที่ปรากฏในตารางความผูกพันประกอบด้วยเช่นกัน

2.3.1.1 การบริการข้ามแดน (Cross Border Supply)

⁷⁰ แปลจากข้อ (c) ของวรรค 7 ใน Annex On Air Transport Services MTN. TNC./W/FA p. 46 (ไม่ใช่คำแปลของทางราชการ)

ร่างเอกสารชี้แจงเรื่องตารางความผูกพันในการค้าบริการ (Draft Scheduling of Commitments in Trade in Services: Explanatory Note)⁷¹ ที่จัดทำขึ้นตามคำเรียกร้องของผู้เข้าร่วมประชุมโดยเลขานุการ (Secretariat) ได้ตีความความหมายของการจัดหาบริการ (modes of supply) ในข้อ (a) ตามมาตรา 1 วรรค 2 ของร่างข้อตกลงฯ ไว้ว่า เป็นการเคลื่อนย้ายข้ามแดนเฉพาะตัวบริการ (services) ไม่มีเรื่องเคลื่อนย้ายทุน และแรงงานเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยทั่วไปแล้วจะเกี่ยวข้องกับบริการที่มาจากสินค้า

จากการแปลความของคำชี้แจงนี้ มีกิจกรรมที่มีลักษณะของการบริการข้ามแดนคือ การขายและการตลาดการขนส่งทางอากาศและระบบการสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้เพราะโดยลักษณะของ "บริการ" การขายบัตรโดยสารสามารถทำได้ในดินแดนของประเทศหนึ่งประเทศใด โดยเจ้าของสายการบินผู้ขายไม่ต้องเข้าไปตั้งสำนักงาน หรือมีพนักงานขายในดินแดนนั้น กล่าวคือไม่มีการเคลื่อนย้ายทุนและแรงงานเลย โดยอาจขายผ่านระบบคอมพิวเตอร์สำรองที่นั่ง เช่นเดียวกับระบบ CRS ถ้าเป็นการบริการใช้ระบบ ทั้งตัวเจ้าของระบบ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ไม่ต้องเข้าไปในดินแดนที่ระบบนั้นนำไปใช้ หรือถ้าเป็นการให้บริการสำรองที่นั่งผ่านระบบ สายการบินผู้ให้บริการก็ไม่จำเป็นต้องเคลื่อนย้าย หรือแม้แต่ส่งพนักงานเข้าไปในดินแดนที่บริการนั้นเกิดขึ้น ไม่ต้องมีการเคลื่อนย้ายทุนและแรงงานเช่นเดียวกัน

2.3.1.2 การให้บริการแก่ผู้บริโภคของภาคีอีกประเทศหนึ่ง (Consumption Abroad)

ความหมายของรูปแบบเข้าสู่ตลาดใน mode นี้คือการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของตัวผู้บริโภค หรือผู้ใช้บริการนั่นเองในเอกสารชี้แจง (Explanatory Note) ไม่ได้ระบุลักษณะหรืออธิบายความหมายอย่างแน่ชัด เพียงแต่ให้ข้อสังเกตว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่จะระบุในตารางความผูกพันจะต้องเกี่ยวข้องกับการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ⁷²

ถ้าพิจารณาจากเกณฑ์การเคลื่อนย้ายข้ามแดนของผู้ใช้บริการ หรือผู้บริโภคเป็นสำคัญ กิจกรรมขนส่งทางอากาศที่สามารถเข้าสู่ตลาดตามรูปแบบนี้ได้ ได้แก่บริการ

⁷¹ ดู GATT SECRETARIAT DOCUMENT, "Draft Scheduling of Commitments in Trade in Services: Explanatory Note," 13.12.91 p. 17.

⁷² Ibid, p.18.

ซ่อมบำรุงอากาศยาน เนื่องจากลักษณะของบริการอาจเกิดได้ในประเทศของผู้ให้บริการ หรือประเทศที่สามได้ เช่นกรณีไทยรับซ่อมเครื่องบินให้สายการบินคอนแอร์ (Conair) ของเดนมาร์กในประเทศไทย (ผู้บริโภคือคอนแอร์มีการข้ามแดน)

สำหรับกิจกรรมการขายและการตลาด การขนส่งทางอากาศ และการสำรองที่นั่งด้วยระบบคอมพิวเตอร์นั้น ก็สามารถเข้าสู่ตลาดในรูปแบบนี้ได้เช่นกัน กล่าวคือในกรณีที่ผู้บริโภคของภาคีประเทศหนึ่งซื้อบัตรโดยสาร หรือสำรองที่นั่งผ่านระบบคอมพิวเตอร์ในอาณาเขตของภาคีเจ้าของระบบหรือภาคีเจ้าของสายการบินซึ่งเป็นผู้ให้บริการ หรือจะเป็นการซื้อในประเทศที่สามก็ตาม ก็ถือว่ามี การเคลื่อนย้ายข้ามแดนของผู้ให้บริการ

2.3.1.3 การให้บริการโดย Service Providing Entities

รูปแบบการเข้าสู่ตลาดลักษณะนี้ คำชี้แจง (Explanatory Note) ได้วางแนวทางว่า เป็นการจัดหาบริการโดยองค์การผู้ให้บริการของภาคีหนึ่งจากการประกอบการในดินแดนของภาคีอื่นโดยกฎเกณฑ์ที่จะเกี่ยวข้องในเรื่องนี้คือ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน การแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ⁷³

กิจกรรมขนส่งทางอากาศทั้ง 3 กิจกรรม สามารถเข้าสู่ตลาดโดยผ่านรูปแบบนี้ กล่าวคือ ผู้ให้บริการของบริการซ่อมบำรุงอากาศยานสามารถจะตั้งโรงซ่อมหรือบริษัทรับซ่อมบำรุงเครื่องบินขึ้นได้ในดินแดนของภาคีอื่น สายการบินก็สามารถที่จะตั้งสำนักงานขายขึ้นในดินแดนภาคีอื่นได้เช่นกัน ขณะเดียวกันเจ้าของระบบ CRS ก็สามารถที่จะเข้าไปจัดตั้งบริษัทให้บริการระบบ CRS ในดินแดนของภาคีอื่นได้

2.3.1.4 การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Natural Person) ของรัฐหนึ่งในดินแดนอีกรัฐหนึ่ง

จากคำแนะนำที่ได้ให้ไว้ในคำชี้แจงเรื่องตารางความผูกพันในการค้าบริการ การกำหนดความผูกพัน การเข้าสู่ตลาดในรูปแบบนี้จะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับ Annex on the Movement of Natural Person⁷⁴ ซึ่งถ้าพิจารณาประกอบกับ Annex

⁷³ Ibid, p.12.

⁷⁴ Ibid, p.19.

ดังกล่าวการเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดา (natural person) นี้รวมไปถึงการเคลื่อนย้ายกรณี
ที่บุคคลธรรมดาของภาคีนั้นถูกจ้างโดยผู้ให้บริการของภาคีหนึ่งด้วย

จากความหมายข้างต้น ลักษณะของกิจกรรมการขนส่งทางอากาศที่สามารถเข้าสู่ตลาดโดยผ่านรูปแบบนี้ได้ คือบริการซ่อมบำรุงอากาศยาน ทั้งนี้จากลักษณะของการประกอบบริการประเภทนี้ที่กล่าวไว้ในบทที่ 1 ปัจจัยสำคัญของการบริการคือแรงงาน ภาคีผู้ให้บริการ อาจจัดส่งเฉพาะแรงงานออกไปให้บริการซ่อมบำรุงอากาศยานแก่ภาคีประเทศอื่นในดินแดนของภาคีผู้รับบริการ หรือเป็นการจ้างแรงงานของภาคีประเทศหนึ่ง โดยภาคีเจ้าของดินแดนที่บริการเกิดก็ได้

2.3.2 ปัญหาอันเกิดจากระบบการขนส่งทางอากาศ

จากการที่รูปแบบของการเข้าสู่ตลาดภายใต้ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) มีลักษณะของ "การข้ามแดน" เป็นสำคัญ ปัญหาในการใช้บังคับพันธกรณีที่เกิดจากระบบการขนส่งทางอากาศจึงเป็นผลมาจาก ลักษณะที่มีความเกี่ยวพันทั้งทางการเมือง (Public) และเศรษฐกิจ (Economic) บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตยเหนือน่านฟ้า (Sovereignty over the airspace)

2.3.2.1 ปัญหาการเข้าสู่ตลาดการบินโดยตรง

มาตรา 16 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ระบุให้ภาคีปฏิบัติต่อภาคีอื่นในเรื่องการเข้าสู่ตลาด (market access) ในลักษณะของ MFN (no less favourable than)⁷⁵ ซึ่งโดยระบบของการขนส่งทางอากาศในเรื่องของการรับขนคนโดยสารสินค้าและไปรษณีย์ภัณฑ์นั้น การเข้าสู่ตลาดกระทำโดยผ่านการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินบนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน แม้เรื่องสิทธิการบิน จะมีลักษณะเป็นสิทธิที่เป็นการค้า (commercial rights) และกิจกรรมการขนส่งทางอากาศจะเป็นกิจกรรมทางการค้า (commercial activity) ก็ตาม

⁷⁵ มาตรา 16 วรรค 1 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดดังนี้

1. With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Party shall accord services and service provides of other Parties treatment no less favourable than that provided for under the for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its schedule.

แต่ในการพิจารณาให้และรับสิทธินั้น รัฐไม่ได้พิจารณาจากเหตุผลทางด้านการค้าแต่เพียงอย่างเดียวได้ ยังขึ้นอยู่กับนโยบายทางการเมืองอีกด้วย⁷⁶

ลักษณะของข้อตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินที่แต่ละรัฐทำขึ้นระหว่างกันนั้น มีระดับของการให้สิทธิทางการรับขน (เรื่องความจุ ความถี่) นั้น ไม่เท่าเทียมกันตามรูปแบบของข้อตกลง ถ้าพันธกรณีในเรื่องการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 16 นี้ ใช้บังคับกับเรื่องสิทธิการบินด้วย รัฐภาคีจะต้องให้สิทธิที่เท่าเทียมกันกับภาคีทุกประเทศคือให้เท่ากับที่กำหนดไว้ในตาราง ซึ่งเป็นการขัดกับหลักอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง และไม่ใช่นำผลในทางปฏิบัติอย่างแน่นอน

ประเทศภาคีผู้เข้าร่วมเจรจาเองก็มีความเห็นพ้องต้องกันมาตั้งแต่เริ่มเจรจาว่าในเรื่อง market access ที่ไม่ควรจะครอบคลุมถึงสิทธิการบินด้วย เมื่อปรากฏเป็นร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ทั้งร่างเดิม และใน Draft Final Act จึงระบุให้ข้อกำหนดของร่างข้อตกลงจึงไม่มีผลถึงสิทธิการบิน ทำให้การเข้าสู่ตลาดการบินโดยตรงจึงเป็นไปโดยผ่านข้อตกลงทวิภาคีตามระบบเดิม

2.3.2.2 ปัญหาอันเกิดจากบริการเสริม

ภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศกำหนดให้บริการที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางอากาศโดยตรงที่จะต้องผ่านหรือกระทบต่อการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินด้วย ไม่อยู่ในบังคับของแกตส์ (GATS) เช่นเดียวกับเรื่องสิทธิการบิน ดังนั้น จึงมีบริการเสริมที่ต้องอยู่ภายใต้บทกำหนดเรื่องการเข้าสู่ตลาด (market access) นี้เฉพาะเรื่องการซ่อมบำรุงอากาศยาน การขายและการตลาด และระบบ CRS

เมื่อพิจารณาลักษณะของกิจกรรมทั้ง 3 เห็นว่าเป็นกิจกรรมขนส่งทางอากาศที่มีลักษณะที่เป็นการค้า (commercial) โดยมีส่วนที่จะกระทบต่ออำนาจอธิปไตยหรือด้านการเมืองอยู่น้อยมาก ทั้ง 3 กิจกรรมจึงเป็นที่ยอมรับของภาคีผู้เจรจาส่วนใหญ่ว่าสามารถจะเข้าอยู่ในกฎเกณฑ์พหุภาคีทางการค้าบริการได้ แต่จากลักษณะของการประกอบกิจกรรมทั้ง 3 ประเภทมีส่วนเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและข้อจำกัดด้านความมั่นคงของแต่ละประเทศอยู่ด้วย

⁷⁶ Jacques Naveau, International Air Transport in a Changing World., p.87-88.

การซ่อมบำรุงอากาศยานมีลักษณะเกี่ยวข้องกับความปลอดภัย และความมั่นคงของประเทศชัดเจน กล่าวคือ การประกอบกิจกรรมให้บริการไม่ว่าจะผ่านรูปแบบการเข้าสู่ตลาดแบบใด ก็กระทบต่อความปลอดภัยของตัวอากาศยาน และหากผ่านเข้าสู่ตลาดโดยการตั้งสถานประกอบการภายในดินแดนของรัฐอื่นต้องมีการนำเข้าเครื่องมือ อุปกรณ์ และบุคลากร ซึ่งสิ่งเหล่านี้อาจทำให้ผลกระทบต่อความปลอดภัยของพลเรือน และความมั่นคงด้านการทหาร ขณะเดียวกันในหลายประเทศเองถือว่ากิจกรรมการซ่อมบำรุงเป็นสาธารณูปโภค แสดงให้เห็นว่าลักษณะของกิจกรรมนี้สร้างข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดได้

เรื่องการขาย การตลาดและระบบ CRS มีส่วนเกี่ยวข้องกับความมั่นคงเช่นเดียวกัน เพราะลักษณะการขาย หรือสำรองที่นั่งที่ต้องผ่านระบบคอมพิวเตอร์ ปัญหาเรื่องความมั่นคงจะเกิดในส่วนของข้อมูลที่จะส่งผ่านระบบ ในบางประเทศมีการควบคุมในเรื่องการใช้หรือสร้างระบบเพื่อให้ผู้อื่นใช้ในในฐานะเป็นสาธารณูปโภคอย่างหนึ่ง ลักษณะของกิจกรรมนี้จึงทำให้ต้องมีส่วนเกี่ยวข้องกับนโยบายรัฐ เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดอย่างหนึ่ง

2.4 การใช้หลักปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment) กับการขนส่งทางอากาศ

ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดให้ภาคีปฏิบัติต่อบริการและผู้จัดหาบริการของภาคีอื่น ไม่น้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อบริการและผู้จัดหาบริการของตนในสาขาบริการ หรือสาขาย่อยที่ระบุไว้ในตารางความผูกพัน และภายใต้เงื่อนไขและคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในตาราง⁷⁷

ในระยะเริ่มแรกของการเจรจา มีประเด็นขัดแย้งในเรื่องหลักปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment) ระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาแล้วว่าจะกำหนดให้หลักการนี้มีความเคร่งครัดเท่าเทียมกับที่กำหนดในข้อตกลงแกตส์ (GATS)⁷⁸ หรือไม่ ประเทศกำลังพัฒนามีความเห็นว่าการให้การปฏิบัติอย่างชาติควรจะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นในร่างข้อตกลงฯ ขณะที่ประเทศพัฒนาแล้วพยายามที่จะให้การปฏิบัติอย่างชาติในเรื่องการค้าบริการนี้ปรากฏออกมาในลักษณะเดียวกันกับบทบัญญัติของข้อตกลงแกตส์ (GATS) ทั้งนี้ เพราะการให้การปฏิบัติอย่างชาติในการค้าบริการเป็นการให้สิทธิแก่ "ผู้ให้บริการ" (producer) ซึ่งถ้าใช้หลักการนี้กับการค้าบริการอย่างเต็มที่แล้วเท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศพัฒนาแล้ว

⁷⁷ ดูวรรคแรกของมาตรา 17 เรื่อง National Treatment

⁷⁸ UNCTAD, "Service and Development Potential: The Indian Contest", UNCTAD/ITP/22 p.119.

เข้าไปในตลาดการค้าบริการของประเทศกำลังพัฒนาในลักษณะของการลงทุน (foreign investment) โดยผ่านสิทธิในการเข้าประกอบการ (right of establishment) นั้นเอง⁷⁹

2.4.1 ขอบเขตของการให้การปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment) ในแกตส์ (GATS)

ประเด็นการโต้แย้งในเรื่องหลักปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment) เป็นอีกกรณีหนึ่งที่ลักษณะทางเศรษฐศาสตร์ที่แตกต่างกันของ "บริการ" กับ "สินค้า" เนื่องจากอุปสรรคทางการค้าสินค้าสามารถตรวจนับหรือพิจารณาการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันได้ง่ายกว่า ส่งผลให้การกำหนดหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศขึ้นใช้บังคับต้องแตกต่างกันไป การจะนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการปฏิบัติอย่างชาติของการค้าสินค้ามาใช้ในการบริการที่อุปสรรค (barriers) ไม่ได้ปรากฏอยู่ในรูปภาษี ค่าธรรมเนียมการผ่านแดนเหมือนสินค้า จึงย่อมไม่ให้ผลในทางปฏิบัติ⁸⁰

2.4.1.1 ปัญหาการให้การปฏิบัติอย่างชาติให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอื่นในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)

การกำหนดขอบเขตการให้การปฏิบัติอย่างชาติในร่างสุดท้ายตามเอกสาร MTN. TNC./W/FA Draft Final Act มีความแตกต่างจากร่างเดิมในเอกสาร MTN. TNC./W/35 โดยในร่างเดิมกำหนดขอบเขตของหลักการนี้ไว้ 2 กรณีคือ

1) ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดอื่นที่เกี่ยวข้องกับร่างข้อตกลง (In conformity with other relevant provisions of this Agreement)

2) และเป็นไปตามเงื่อนไขและคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในตาราง (and in accordance with the conditions and qualifications set out in its schedule)

⁷⁹ Deepak Nayyar, Some Reflection on the Uruguay Round and Trade in Services. W Journal of World Trade p.39.

⁸⁰ Geza Feketekyty, International Trade in Service., p.216-217.

แต่เมื่อเป็นร่างใน Draft Final Act ขอบเขตในข้อ 1) ถูกตัดทิ้งและกำหนดเป็น ภายใน sectors หรือ sub-sectors ที่ปรากฏในตารางแทน ⁸¹

ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการปฏิบัติอย่างชาติที่ เห็นชัดเจนและมีส่วนสัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงนี้คือมาตรา IV เรื่องการเพิ่มการมีส่วนร่วมของ ประเทศกำลังพัฒนา (Increasing Participation of Developing Countries) ซึ่ง กำหนดให้กระทำผ่านคำมั่นเฉพาะ โดยในร่างเดิมระบุไว้โดยกว้างว่า การเพิ่มการมีส่วนร่วม ของประเทศกำลังพัฒนาในการค้าระหว่างประเทศจะกระทำได้โดยผ่านทางคำมั่นเฉพาะ "... shall be facilitated through specific commitments..." ส่วนใน Draft Final act ระบุวิธีการชัดเจนไปว่ากระทำได้โดยการเจรจาคำมั่นเฉพาะ "...shall be facilitated through negotiated specific commitments....."⁸²

ลักษณะการกำหนดข้างต้นของร่างเดิมและ Draft Final Act ให้ผลในทางปฏิบัติที่แตกต่างกันคือ

1) การกำหนดขอบเขตตามร่างเดิมทำให้การที่ภาคีเปิดตลาดของตนโดย ระบุการให้ market access ในตาราง และระบุให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติรวมทั้งเงื่อนไขและ คุณสมบัติไว้ด้วย ภาคีนั้นนอกจากจะอ้างเงื่อนไขและคุณสมบัติที่ไม่สอดคล้องกับที่ระบุไว้ในตาราง เพื่อปฏิเสธการให้การปฏิบัติอย่างชาติแก่ภาคีอื่นใน เรื่องที่ตนระบบเปิดตลาดไว้ในตารางแล้ว ยัง สามารถที่จะอ้างข้อยกเว้นหรือการปฏิบัติที่สอดคล้องกับข้อกำหนดอื่นในร่างข้อตกลง ได้อีกด้วยเมื่อ เหตุการณ์/สถานการณ์เปลี่ยนแปลง

2) ใน Draft Final Act จำกัดขอบเขตการให้ปฏิบัติอย่างชาติไว้ ให้เป็นไปตาม sectors และ sub-sectors กับเงื่อนไขและคุณสมบัติที่รัฐผู้ให้ได้กำหนดไว้แล้ว ในตารางความผูกพันเท่านั้น การกำหนดเช่นนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งที่จะให้รัฐผู้ให้การ ปฏิบัติอย่างชาติให้สิทธิดังกล่าวภายใต้ข้อจำกัดและเงื่อนไขที่ตนระบบผูกพันตนเท่านั้น รัฐผู้ให้จะ อ้างข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นจากข้อกำหนดอื่น ๆ ภายในร่างข้อตกลงนี้ไม่ได้

⁸¹ วรรคแรกของมาตรา 17 ในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ตามเอกสารที่ MTN. TNC/W/FA ใช้คำว่า

"In the sectors or sub-sectors inscribed in its schedule of Commitments,....."

⁸² ดูวรรคแรกของมาตรา 4 ในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) (MTN. TNC./W/FA p.8)

จากการที่ท่าที่สุดท้ายของการเจรจาในเรื่องหลักประติบัติอย่างชาติ ปรากฏใน ลักษณะของข้อ 2) ข้างต้น และการกำหนดวิธีการของการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประเทศกำลัง พัฒนาให้กระทำผ่านการเจรจาคำมั่นเฉพาะ แสดงถึงการบังคับใช้หลักการประติบัติโดยเคร่งครัด และไม่เอื้ออำนวยต่อการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนา ที่การจะใช้ระดับความแตกต่าง ของการพัฒนาประเทศตนเพื่อผ่อนคลายการปฏิบัติตามพันธกรณีนี้ ต้องกระทำโดยผ่านการเจรจา (...through negotiated specific commitments) เพราะต้องมีการแลกเปลี่ยนผล ประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง ขณะที่ร่างข้อตกลงไม่ได้กำหนดแน่ชัดถึงการห้ามการแลกเปลี่ยนผล ประโยชน์ข้ามภาค ประเทศกำลังพัฒนาจึงอยู่ในฐานะเสียเปรียบ ลักษณะการปฏิบัติดังกล่าวจึงไม่ เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของร่างข้อตกลงเกตส์ (GATS) ในเรื่องการเพิ่มการมีส่วนร่วม ของประเทศกำลังพัฒนาและบทบัญญัติเรื่องดังกล่าวในมาตรา 4 จึงไม่ให้ผลในทางปฏิบัติ

2.4.1.2 การกำหนดเงื่อนไขการให้ประติบัติอย่าง ชาติใน Schedule

ในมาตรา XVII ไม่ได้ระบุรายละเอียด ของการกำหนดเงื่อนไข (conditions) และคุณสมบัติ (qualifications) ในตารางไว้ชัดเจน มีเพียงคำชี้แจงของเลขาธิการเกตส์ที่วางแนวทางการปฏิบัติไว้ตามคำเรียกร้องของผู้เข้าร่วมประชุม คำชี้แจงดังกล่าววางหลักปฏิบัติไว้ว่า ถ้าไม่มีการกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติใด ๆ ใน sectors หรือ sub-sectors ที่ภาคีระบุไว้ในตารางนั้น ถือว่าภาคีผูกพันที่จะให้ National Treatment อย่างเต็มที่ ถ้าต้องการจะจำกัดการให้ National Treatment จะต้องมีกำหนดไว้⁸³ โดยมาตรา ที่ใช้บังคับกับทั้งมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยกฎหมาย (de jure) และโดยข้อเท็จจริง (de facto)

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการเสนอบรรณาคำมั่นเฉพาะ (specific commitments schedule) ของประเทศต่างๆ คือ เรื่องการใช้ถ้อยคำ (wording) ในการ กำหนดระดับของความผูกพัน ตัวอย่างเช่นคำว่า Bound ประเทศภาคีส่วนใหญ่ใช้คำนี้เพื่อเสนอที่ จะผูกพันในมาตรการต่าง ๆ ที่กระทบต่อการเข้าสู่ตลาดและการประติบัติอย่างชาติ หรือยอมผูกพัน ตนที่จะไม่สร้างข้อจำกัดหรือขัดแย้งกับบทกำหนดของร่างข้อตกลง นอกจากนี้คำว่า Bound ยัง ครอบคลุมไปถึงกรณีต่อไปนี้⁸⁴

⁸³ GATT Secretariat Document, "Draft Scheduling of Commitments in Trade in Services: Explanatory Note", p.12.

⁸⁴ Ibid, p.24.

- ความผูกพันของกฎระเบียบ เรื่องการเข้าสู่อุตสาหกรรมและข้อจำกัดของการ प्रतिबंधอย่างชาติที่มีอยู่เดิมแล้ว โดยสามารถระบุให้ข้อกำหนดข้อจำกัดนั้นยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไป โดยระบุคำว่า STANDSTILL

- การกำหนดคำว่า NO LIMITATIONS OR CONDITIONS (OR NONE) ในข้อเสนอของประเทศภาคีบางครั้งไม่ได้ใช้คำนี้ในความหมายที่ว่าไม่มีข้อจำกัดโดยกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับกับกิจกรรมที่ระบุไว้เท่านั้น แต่หมายถึงในประเทศภาคีนั้น ได้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันแล้วกับผู้ให้บริการทุกรายโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ

- การใช้คำว่า UNBOUND หรือ NON BOUND อาจหมายถึงการที่ภาคีผู้เสนอไม่ผูกพันตนในการให้คำมั่น เรื่องการเข้าสู่อุตสาหกรรมหรือการให้ प्रतिबंधอย่างชาติเลย หรือหมายถึงการที่ภาคีผู้เสนอสงวนสิทธิที่จะสร้างข้อจำกัดเพิ่มขึ้นในกิจกรรมนั้น ๆ

ลักษณะของความคลุมเครือของถ้อยคำเหล่านี้ควรจะได้มีการให้คำจำกัดความทั่วไปขึ้นใช้เป็นแนวทางเดียวกัน เพื่อจะได้ทราบข้อเสนอละเจตนาในการผูกพันของแต่ละประเทศอย่างชัดเจนเป็นประโยชน์ต่อการรู้ข้อแลกเปลี่ยนและข้อได้เปรียบเสียเปรียบในการเจรจา และไม่เป็นปัญหาในการปฏิบัติต่อไป หากไม่มีการให้คำจำกัดความไว้ ก็ต้องพิจารณาจากเจตนาของภาคีเป็นสำคัญ ซึ่งถ้าภาคีผู้เสนอจำกัดขอบเขตของถ้อยคำที่ใช้ไว้ในข้อเสนอด้วยก็สามารถทราบเจตนาที่แน่ชัด แต่ถ้าไม่ได้จำกัดไว้ อาจทำให้เกิดประเด็นโต้แย้งกันได้ เป็นอุปสรรคในการใช้บังคับพันธกรณีข้อนี้ได้

2.4.2 ข้อจำกัดการใช้หลัก प्रतिबंधอย่างชาติอันเกิดจากระบบการขนส่งทางอากาศ

2.4.2.1 ข้อจำกัดอันเกิดจากการบินโดยตรง

นอกจากอุปสรรคที่เกิดจากลักษณะของการขนส่งทางอากาศที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตยเหนือ่านฟ้าแล้ว ยังมีข้อจำกัดสำคัญอีกหลายประการที่ส่งผลให้พันธกรณีในเรื่องการ प्रतिबंधอย่างชาติไม่สามารถใช้บังคับกับการขนส่งทางอากาศภายใต้การแลกเปลี่ยนสิทธิการบินได้ เนื่องจากการขนส่งทางอากาศเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องทั้งทางการเมือง และเศรษฐกิจ การวิเคราะห์ถึงข้อจำกัด จึงแยกพิจารณาตามลักษณะของความเกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

ก) ข้อจำกัดในทางการเมือง

การที่ประเทศต่าง ๆ ไม่สามารถให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับคนชาติของตนของประเทศอื่นได้นั้นก็ด้วยเหตุผลทางการเมืองคือ

- กิจกรรมการขนส่งทางอากาศเป็นเครื่องในการเชิดชูเกียรติและนำชื่อเสียงของประเทศชาติไปสู่นานาชาติแต่ละประเทศจึงต้องให้การสนับสนุนส่งเสริมแก่สายการบินชาติของตน

- กิจกรรมการขนส่งทางอากาศ มีความเกี่ยวข้องกับ ความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ หากเปิดโอกาสให้ต่างชาติเข้ามามีสิทธิที่เท่าเทียมกับคนชาติ ทำให้ยากแก่การควบคุม

- กิจกรรมการขนส่งทางอากาศมีผลกระทบต่อความปลอดภัยของชีวิตและทรัพย์สินมูลค่ามหาศาล รวมไปถึงผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยในด้านการเมือง การปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ทำให้เกิดการขยายตัวเพิ่มจำนวนสายการบินในประเทศมากยิ่งขึ้น ทั้งยังจะส่งผลกระทบต่อบริการพื้นฐานอื่น ๆ เช่น พื้นที่ท่าอากาศยานและลานจอดไม่พอเพียง การควบคุมความปลอดภัยของท่าอากาศยานทำได้ยาก สิ่งเหล่านี้จำเป็นต้องสงวนไว้และให้สิทธิแก่คนชาติก่อน

ข) ข้อจำกัดในทางเศรษฐกิจ

เหตุผลทางเศรษฐกิจที่เป็นข้อจำกัดในการให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับคนชาติแก่คนชาติของภาคอื่น ๆ มีดังนี้

- กิจกรรมการขนส่งทางอากาศต้องใช้ทุน และเทคโนโลยีสูง ถ้าให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับคนชาติของประเทศตนแก่ภาคอื่นย่อมกระทบกระเทือนต่อความสามารถในการแข่งขันของผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา เพราะผู้ที่สามารถเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ จึงเป็นผู้ให้บริการจากประเทศพัฒนาแล้ว ผู้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีและมีอำนาจในการลงทุน ลักษณะเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่ากลายเป็นการเลือกปฏิบัติแก่คนชาติของประเทศนั้น ๆ เอง

2.4.2.2 ข้อจำกัดอันเกิดจากการบริการเสริม

โดยลักษณะของบริการเสริมที่อยู่ในบังคับของร่างข้อ

ตกลงแกตส์ (GATS) ทั้ง 3 กิจกรรมนั้น สร้างข้อจำกัดต่อพันธกรณีเรื่องการปฏิบัติอย่างชาติจากสาเหตุทางการเมืองและเศรษฐกิจ ทำนองเดียวกันกับการบินโดยตรง แต่เพราะกิจกรรมทั้ง 3 สามารถผ่านเข้าสู่ตลาดโดยทางรูปแบบที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนด ไม่ต้องผ่านทางระบบการแลกเปลี่ยนสิทธิการบิน แสดงว่ามีลักษณะของสิทธิทางการค้า (commercial right) มากกว่ากิจกรรมการบินโดยตรง ถ้าประเทศใดมีความพร้อมที่จะเปิดให้ภาคีอื่นเข้าสู่ตลาดบริการประเภทนี้ได้ ก็น่าที่จะยอมรับพันธกรณีในเรื่องนี้ได้ และร่างข้อตกลงเองก็เปิดโอกาสให้กำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติในตารางความผูกพันได้ ทำให้ภาคีสามารถกำหนดระดับความผูกพันของตนตามความพร้อมได้

2.4.3 ผลกระทบต่อประเทศไทยหากผูกพันตามพันธกรณีเรื่องการปฏิบัติอย่างชาติ

2.4.3.1 ผลกระทบต่อกิจกรรมการบินโดยตรง

จากทำที่ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ใน Draft Final Act แสดงว่าประเทศไทย พันธกรณีดังกล่าวยังไม่ผูกพันต่อกิจกรรมการบินโดยตรง แต่จะผูกพันในลักษณะที่จะต้องมีการทบทวนการเปิดเสรีในบริการประเภทนี้อย่างต่อเนื่อง ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในข้อ 2.1-2.3

2.4.3.2 ผลกระทบต่อบริการเสริม

ก) บริการซ่อมบำรุงอากาศยาน

หากมีการรับพันธกรณีเรื่อง National Treatment ในกิจกรรมประเภทนี้ ระดับการควบคุมของกฎหมายไทยต่อผู้ประกอบการไทย และผู้ประกอบการต่างดาวแตกต่างกัน กล่าวคือ โดยผู้ประกอบการต่างดาวจะต้องมีคุณสมบัติของการเป็นสายการบินที่กำหนดของต่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ยอมรับแล้วตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศ และประเทศที่กำหนดสายการบินนั้นมิได้วางข้อห้าม ข้อจำกัดแก่สายการบินที่กำหนดของไทยในการให้บริการช่างอากาศยานในประเทศของตน ส่วนผู้ประกอบการไทยนั้นมิได้กำหนดเรื่องคุณสมบัติตามข้อบังคับของคณะกรรมการการบินพลเรือน⁸⁵ ดังนั้น ถ้ารับพันธกรณี

⁸⁵ พระราชบัญญัติเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 60 เบญจ

โดยมิได้ตั้งข้อจำกัดในเรื่องคุณสมบัติข้างต้น ประเทศไทยต้องให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการในบริการที่คล้ายคลึงกัน (like services) ของภาคอื่นเท่าเทียมกับที่ให้แก่คนชาติ ภาคอื่นๆ ประเทศก็จะได้รับสิทธิดังกล่าว โดยไม่ว่าจะมีคุณสมบัติครบตามที่กฎหมายไทยกำหนดหรือไม่

ข) การขายและการตลาดการขนส่งทางอากาศ

ผลกระทบต่อประเทศไทยของพันธกรณีเรื่อง National Treatment ต่อบริการประเภทนี้ เป็นไปในทำนองเดียวกันกับเรื่องบริการซ่อมบำรุงอากาศยานคือ กฎหมายไทยกำหนดสิทธิคนต่างด้าวต่างจากคนชาติ ในการเข้ามาประกอบการในประเทศไทย^{๘๖} ซึ่งครอบคลุมทั้งการเข้ามาตั้งสำนักงานขายหรือเป็นตัวแทนจำหน่ายบัตรโดยสารด้วย การพิจารณาอนุญาตเป็นเรื่องของนโยบายรัฐ หากผูกพันตามพันธกรณีโดยไม่กำหนดเงื่อนไขของกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ ประเทศไทยจะต้องให้สิทธิการเข้าประกอบธุรกิจประเภทนี้แก่ทุกประเภทชาติ โดยไม่มีโอกาสได้พิจารณาคุณสมบัติหรือได้ใช้นโยบายใด ๆ ทั้งสิ้น

ค) ระบบสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์

กฎหมายไทยไม่ให้สิทธิทั้งผู้ประกอบการไทย และผู้ประกอบการต่างด้าวในการประกอบการในฐานะเจ้าของระบบ^{๘๗} ดังนั้น ผลกระทบจากพันธกรณีซึ่งยังไม่เกิดขึ้น ขณะที่ระบบกฎหมายไทยยังปิดอยู่เช่นนี้

2.5 การเปิดเสรีตามลำดับในตลาดการขนส่งทางอากาศ

การเปิดเสรีตามลำดับ เป็นเป้าหมายในการเจรจาอบอุรุกวัยที่ถูกระบุไว้ในปฏิญญารัฐมนตรีจนถึงหลักการมอนทรีล ประเด็นสำคัญในการจัดทำร่างข้อตกลงฯ ในพันธกรณีข้อนี้คือ การกำหนดกลไก หรือขั้นตอนในการเปิดเสรีตามลำดับ โดยประเทศกำลังพัฒนา เรียกร้องให้กระบวนการดังกล่าวเป็นไปโดยคำนึงถึงระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน โดยเรียกร้องที่จะเปิดเสรีในจำนวนน้อยสาขา หรือประเภทของกิจกรรม และเรียกร้องที่จะให้มีการเปิดเสรีในสาขา

^{๘๖} ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281

^{๘๗} พระราชบัญญัติโทรเลข โทรศัพท พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2519

หรือรูปแบบการเข้าสู่ตลาดที่เป็นผลประโยชน์แก่ประเทศกำลังพัฒนาในลำดับแรก ๆ ^{๘๘} ในขณะที่ประเทศพัฒนาแล้วเห็นว่า ประเทศกำลังพัฒนาสามารถกำหนดระดับความผูกพันตนไว้ในตาราง (Schedule) ได้อยู่แล้ว ^{๘๙}

การเปิดเสรีตามลำดับในตลาดการขนส่งทางอากาศมีประเด็นในการพิจารณาคือ เรื่องขั้นตอนของการเปิดเสรีตามลำดับที่แกตส์ (GATS) กำหนด กับอุปสรรคอันเกิดจากระบบการขนส่งทางอากาศต่อการเปิดเสรีตามลำดับตามขั้นตอนนั้น ๆ

2.5.1 วิเคราะห์ขั้นตอนการเปิดเสรีตามลำดับในการร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)

ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดขั้นตอนในการเปิดเสรีตามลำดับไว้ 3 ขั้นตอนคือ การเจรจาด้วยคำมั่น (Negotiation of Commitments) และการทำตารางคำมั่น (Schedule of Commitments) และการเปลี่ยนแปลงตาราง ^{๙๐} เมื่อร่างข้อตกลงฯ กำหนดให้การเปิดเสรีตามลำดับกระทำผ่านขั้นตอนในการเจรจา โดยวางเป้าหมายที่จะจัดอุปสรรคทางการค้าบริการเพื่อให้มีการเปิดตลาดอย่างมีประสิทธิภาพ บนพื้นฐานของการตกลงแลกเปลี่ยนผลประโยชน์โดยจากลักษณะการกำหนดเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาที่น่าพิจารณาคือ การจัดอุปสรรคทางการค้าด้วยวิธีการเจรจาแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการเปิดเสรี และเป็นการจัดการเลือกปฏิบัติทางการค้าได้แน่นอนหรือไม่ประการหนึ่ง นอกจากนี้ในวรรค 2 ของมาตรา 19 เรื่องการเจรจาด้วยคำมั่น ยังระบุถึงการคำนึงถึงระดับการพัฒนาที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ แต่ลักษณะการกำหนดเป็นไปในเชิงปรารภมากกว่าที่จะมุ่งให้เกิดผลบังคับใช้แน่นอนอีกประการหนึ่ง ^{๙๑}

^{๘๘} GATT SECRETARIAT DOC. MTN.GNS/W/95 Corr.1 19 March 1990

^{๘๙} GATT SECRETARIAT DOC. MTN.GNS/W/32 24 April 1990 p.4-5.

^{๙๐} อนุมาตรา 19 ในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ตามเอกสาร MTN/W/FA ในภาคผนวก

^{๙๑} วรรค 2 ของมาตรา 19 Negotiation of Commitments ระบุดังนี้

2. The processes of liberalization shall take place with due respect for national policy objectives and the level of development of individual Parties, both overall and in individual sectors. There

2.5.1.1 ปัญหาเรื่องผลประโยชน์ตอบแทนในการเจรจาเพื่อเปิดเสรีตามลำดับ

จากการวิเคราะห์ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ เรื่องผลประโยชน์เปรียบเทียบ (comparative advantage) ประกอบกับมูลค่าการส่งออกการค้าบริการระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาในช่วงก่อนการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย (ค.ศ. 1980) พบว่า ประเทศพัฒนาแล้วมีความได้เปรียบเปรียบเทียบสูงกว่าประเทศกำลังพัฒนาในสาขาบริการ แม้ว่าในบางสาขาบริการ ประเทศพัฒนาอุตสาหกรรมใหม่หรือ NICs จะมีมูลค่าการส่งออกที่สูงก็ตาม⁹² แต่ในมูลค่ารวมแล้วยังด้อยกว่าประเทศพัฒนาแล้ว นอกจากนี้ นักเศรษฐศาสตร์ยังวิเคราะห์ไว้ว่าผลประโยชน์เปรียบเทียบ (comparative advantage) ของการค้าบริการสาขาการขนส่ง เป็นของประเทศที่มีทุนและเทคโนโลยีสูง⁹³ ประเทศพัฒนาแล้วจึงอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบและมีอำนาจต่อรองในการเจรจามากกว่า การใช้วิธีการเจรจาทั้งในระดับทวิภาคีและพหุภาคีเพื่อเปิดเสรีตามลำดับกับการค้าบริการ โดยไม่มีข้อกำหนดแน่ชัดในเรื่องความยืดหยุ่นในระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศ อาจกล่าวได้ว่า เป็นการสร้างความผูกขาดในทางการค้าบริการในตลาดโลกให้เพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้เพราะ ประเทศพัฒนาแล้วจะใช้กลไกในการเจรจากับทวิภาคีกับประเทศกำลังพัฒนา โดยนำผลประโยชน์ตอบแทนในภาคอื่นกับอิทธิพลในทางการเมืองและเศรษฐกิจมาเป็นเครื่องมือในการต่อรอง ประเทศกำลังพัฒนาจำเป็นต้องยอมรับข้อแลกเปลี่ยนข้ามภาคเพื่อรักษา

⁹¹(Cont.) shall be appropriate flexibility for individual developing countries for opening fewer sectors, liberalizing fewer types of transactions, progressively extending market access to their markets available to foreign service providers attaching to it conditions aimed at achieving the objectives referred to in Article IV.

⁹²Jagdish Bbagwati, "Services", The Uruguay Round A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations, A World Bank Publication 1987, pp.207-216 and Fernando de Mateo, "Trade in Services and the Developing Countries.", Services and Development Potential: The Indian Context, pp.50-56.

⁹³Raymond J. Krommenacker, World-Trade Services: The challenge for the Eighties, Artech House, Inc., 1984, p.34.

ผลประโยชน์ในส่วนที่ตนมีความได้เปรียบเปรียบเทียบสูงพอที่จะเข้าแข่งขันในตลาดได้* จำนวนผู้ให้บริการในตลาดโลกก็จะลดลง และผู้ให้บริการที่เหลืออยู่ก็จะเป็นผู้ให้บริการของประเทศพัฒนาแล้วที่มีทุนและเทคโนโลยีสูง ซึ่งอาจทำให้เกิดการรวมตัวกันกำหนดราคาในทางที่ไม่เป็นธรรม และเป็นลักษณะของการผูกขาดทางการค้าได้ โดยเฉพาะในบริการด้านการขนส่ง การสื่อสาร ซึ่งเป็นพื้นฐานของกิจกรรมทางเศรษฐกิจด้านอื่น ๆ

2.5.1.2 ข้อพิจารณาในเรื่องหลักการมีส่วนร่วมในประเทศกำลังพัฒนา

ส่วนของข้อกำหนดในเรื่องการเปิดเสรีตามลำดับตามร่างข้อตกลงของแกตส์ (GATS) ที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนา คือลักษณะการกำหนดเรื่องการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนาในมาตรา 4 ที่ให้กระทำการเจรจาด้วยเจตจำนงเฉพาะและมีลักษณะเป็นไปในเชิงปรารภ ไม่มีบทบังคับที่ชัดเจน

ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในข้อ 2.5.1.1 ในการเจรจาคำมั่นบนพื้นฐานของการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์เป็นมาตรการที่สร้างความไม่เป็นธรรมแก่ประเทศกำลังพัฒนา (GATS) ยังกำหนดให้การที่ประเทศกำลังพัฒนาจะได้ใช้ประโยชน์จากหลักการปฏิบัติที่แตกต่างเพื่อเพิ่มการมีส่วนร่วมในการค้าบริการในตลาดโลก จะต้องผ่านการเจรจาเช่นเดียวกับที่จะต้องเพิ่มการเปิดเสรีตามลำดับ^{๑๔} ย่อมไม่ให้ผลในทางปฏิบัติเนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาย่อมไม่มีอำนาจต่อรองเพียงพอ

การกำหนดให้การเปิดเสรีตามลำดับต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขเรื่องระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศในวรรค 2 ของมาตรา 19 นั้น เป็นไปในเชิงปรารภไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติที่ชัดเจนแน่นอน ประกอบกับเมื่อมีการเจรจาเพื่อให้เกิดการผูกพันหรือยินยอมแล้วจะต้องนำข้อตกลงยินยอมหรือคำมั่นนั้นไประบุในตารางความผูกพัน (Schedule) โดยเมื่อระบุในตารางอย่างไรแล้ว จะต้องผูกพันปฏิบัติตามนั้น กับต้องเพิ่มระดับของการเปิดเสรีจากตารางนั้นอย่างต่อเนื่อง

* ตัวอย่างของการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ข้ามภาค (Cross Sectoral Exchange) ได้แก่ การทำผลประโยชน์จากการเปิดเสรีในการค้าบริการขนส่งทางอากาศ เพื่อแลกเปลี่ยนกับสิทธิประโยชน์ในสินค้าเกษตรกรรม

^{๑๔} วรรค 1 ของมาตรา 4 ในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)

ในการเจรจาแต่ละครั้ง การจะเปลี่ยนแปลงข้อผูกพันต้องมีการชดเชยและต้องผ่านการเจรจาเช่นกัน วิธีการและขั้นตอนเช่นนี้ประเทศกำลังพัฒนาย่อมจะไม่ได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติที่แตกต่างเลย และโอกาสที่จะได้เพิ่มการมีส่วนร่วมในตลาดการค้าบริการโดยผ่านหลักเกณฑ์ตามมาตรา 4 ประกอบกับมาตรา 19 นี้เป็นไปได้โดยยาก หากประเทศกำลังพัฒนานั้นไม่มีผลประโยชน์ที่จะใช้เป็นข้อแลกเปลี่ยนในการเจรจา

2.5.2 อุปสรรคของการใช้หลักการเปิดเสรีตามลำดับ อันเกิดจากระบบการขนส่งทางอากาศ

2.5.2.1 การใช้หลักการเปิดเสรีตามลำดับในกิจกรรมการบินโดยตรง

ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วถึงลักษณะเฉพาะของการขนส่งทางอากาศที่มีความเกี่ยวข้องไม่แต่เฉพาะในด้านเศรษฐกิจเท่านั้น แต่มีส่วนเกี่ยวพันไปถึงการเมือง จึงเป็นการค้าบริการที่มีความอ่อนไหว โดยเฉพาะในเรื่องการบินโดยตรง กิจกรรมประเภทนี้จึงไม่สามารถอยู่ในบังคับที่จะต้องมีการเปิดเสรีโดยผ่านทาง การเจรจาพหุภาคี การจะต้องผูกพันที่จะเปิดเสรีขึ้นตามลำดับภายในกำหนดระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง และประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งผลักดันให้ให้มีการใช้พันธกรณีข้อนี้เองเต็มที่เอง ก็มีท่าทีตั้งแต่นั้นที่จะไม่รวมเรื่อง Hard Rights ไว้ภายใต้บังคับข้อตกลงแกตต์^{๑๕}

2.5.2.2 การใช้หลักการเปิดเสรีตามลำดับกับกิจกรรมการบริการเสริม

บริการเสริมที่อยู่ในบังคับการเปิดเสรีตามลำดับคือ บริการ 3 ประเภท ที่ระบุในวรรค 3 ของภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศ

ก) บริการซ่อมบำรุงอากาศยาน

โดยในลักษณะของการบริการประเภทนี้ สามารถรับพันธกรณีในเรื่องการเปิดเสรีตามลำดับได้ เนื่องจากการเข้าสู่ตลาดสามารถทำได้โดยไม่ต้องผ่านระบบ

^{๑๕}GATT SECRETARIAT DOC. MTN. GNS/TRANS/3 8 August 1990

ของการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินประการหนึ่ง การพิจารณาให้สิทธิหรือให้การเปิดเสรีไม่อยู่ในเงื่อนไขทางด้านการเมือง หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว จะมีข้อจำกัดแต่เพียงในเรื่องความพร้อมของปัจจัยพื้นฐานที่จะรองรับการเปิดเสรี เช่น พื้นที่โรงซ่อม แรงงานฝีมือ และลักษณะของการให้บริการมีความเกี่ยวข้องกับความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ

ข) การขายและการตลาดการขนส่งทางอากาศ

จากระบบการขายและการตลาด การขนส่งทางอากาศเอง ต้องการเปิดเสรีที่จะทำให้มีช่องทางในการขายเพิ่มมากขึ้น จึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีตามลำดับตามขั้นตอนของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) แต่อย่างไร

ค) ระบบสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์

โดยลักษณะการให้บริการของกิจกรรมประเภทนี้ ไม่เป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีตามลำดับตามขั้นตอนของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) แต่อย่างไร

2.5.3 ผลกระทบต่อประเทศไทยหากผูกพันตามพันธกรณี

หากประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ผลกระทบของพันธกรณีในเรื่องการเปิดเสรีตามลำดับประการสำคัญคือ กิจกรรมการขนส่งทางอากาศที่อยู่ในบังคับข้อตกลงแกตส์ (GATS) 3 ประเภท จะต้องมีการทบทวนเปิดเสรีเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ นอกจากนี้ภาคผนวกของการขนส่งทางอากาศยังกำหนดในลักษณะที่มุ่งให้การทบทวนการเปิดเสรีอย่างต่อเนื่องครอบคลุมไปถึงกิจกรรมภายใต้อนุสัญญาชิคาโกด้วย^{๑๖}

จากการที่กฎหมายขนส่งทางอากาศของประเทศไทย มีลักษณะควบคุมและเปิดโอกาสให้รัฐใช้นโยบายในการพิจารณาให้สิทธิในการประกอบการในกิจกรรมประเภทต่าง ๆ โดยรัฐจะพิจารณาจากขนาดของตลาด คุณสมบัติของผู้ประกอบการ และปัจจัยทางเศรษฐกิจในด้านอื่น ๆ หากมีการผูกพันตามพันธกรณี เรื่องการเปิดเสรีตามลำดับ รัฐจะถูกบังคับโดยเงื่อนไขอำนาจต่อรองในการเจรจา ประกอบกับลักษณะการผูกพันในตารางจะเป็นไปโดยห้ามเลือกปฏิบัติเป็นการจำกัดการใช้นโยบายของรัฐในการพิจารณาปัจจัยต่าง ๆ ในการให้สิทธิประกอบการ

^{๑๖} ดูวรรค 6 ของ Annex on Air Transport Services

2.6 การอ้างข้อยกเว้นในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)

จากการวิเคราะห์ถึงพันธกรณีตามร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) มาแล้วทั้งหมดพบว่า ลักษณะการกำหนดของร่างข้อตกลงฯ ไม่เอื้ออำนวยต่อประเทศกำลังพัฒนาที่จะเข้าผูกพันตามพันธกรณีในระดับที่แตกต่างจากประเทศพัฒนาแล้ว อีกทั้งมีหลายประเด็นที่ยังคงมีปัญหาในการตีความและแนวเข้มของการตีความ ย่อมเป็นไปตามความต้องการของประเทศพัฒนาแล้ว เนื่องจากมีอำนาจต่อรองสูง มีอิทธิพลต่อการเจรจา ดังนั้น ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศไทยจึงต้องแสวงหามาตรการจากข้อยกเว้น เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบจากพันธกรณีในการเข้าเป็นภาคีแกตส์ (GATS) ให้ได้มากที่สุด

การใช้ข้อยกเว้นเพื่อลดระดับ หรือชะลอการผูกพันตามพันธกรณีนั้นทำได้ 3 กรณีคือ

- 1) การอ้างข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception) ตามมาตรา 14 ของร่างข้อตกลงฯ^{๑๗}
- 2) การกำหนดข้อยกเว้นในเรื่อง MFN ไว้ใน MFN Exemption Annex^{๑๘}
- 3) การกำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดในตารางความผูกพัน^{๑๙}

2.6.1 ปัญหาในการอ้างข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception)

ประเด็นเรื่องการอ้างข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception) มีความสัมพันธ์กับการระบุเงื่อนไขและข้อจำกัดในตารางความผูกพัน กล่าวคือ ประเทศพัฒนาแล้วต้องการให้การอ้างข้อยกเว้นที่จะไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีเรื่อง market access และ national treatment นั้น มีขอบเขตอยู่เพียงเงื่อนไขและข้อจำกัดที่ระบุไว้ในตารางความผูกพันเท่านั้น ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องการให้การอ้างข้อยกเว้นทำได้ทั้งการอ้างเงื่อนไขและข้อจำกัดในตารางความผูกพัน และการอ้างข้อยกเว้นทั่วไป (General Exception) ทั้งนี้เพราะ พันธกรณี

^{๑๗} มาตรา 14 เรื่อง General Exception ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ในภาคผนวก ก.

^{๑๘} เรื่องเดียวกัน, มาตรา 2 วรรค 2

^{๑๙} เรื่องเดียวกัน, ส่วนที่ 3 Specific Commitments

ตามร่างข้อตกลงนี้มาก จึงเป็นการยากที่จะระบุข้อยกเว้นต่าง ๆ ไว้ในตารางได้ครบถ้วน¹⁰⁰

แต่จากท่าทีสุดท้ายของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) บ่งชี้ถึงแนวโน้มที่จะใช้มาตรการเรื่องข้อยกเว้นนี้ไปตามความต้องการของประเทศพัฒนาแล้วคือ การอ้างข้อยกเว้นในเรื่องที่กำหนดความผูกพันไว้ในตารางแล้วจะทำได้ในขอบเขตของเงื่อนไขและข้อจำกัดที่ระบุไว้ในตารางเท่านั้น¹⁰¹

2.6.2 ปัญหาการกำหนด MFN Exemption

ปัญหาของการกำหนด MFN Exemption เกิดจากความไม่ชัดเจนของข้อกำหนดในร่างข้อตกลงฯ โดยในวรรค 2 ของมาตรา 2 สามารถตีความได้เป็น 2 ประการคือ

- 1) กิจกรรมใดที่ไม่ได้ระบุความผูกพันไว้ในตาราง (Schedule) ไม่ต้องกำหนด MFN Exemption
- 2) แม้จะไม่ได้กำหนดความผูกพันในกิจกรรมใดไว้ในตาราง แต่มีการปฏิบัติที่เบี่ยงเบนไปจากหลัก MFN จะต้องเขียน Exemption ไว้

จากการพิจารณาท่าทีของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) มีแนวโน้มที่ผลของการตีความจะออกมาในลักษณะที่ 2) เพราะแรงผลักดันของประเทศพัฒนาแล้ว ย่อมเป็นไปในทางที่จะจำกัดขอบเขตการอ้างข้อยกเว้นของประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งมีทางเป็นไปได้ที่จะมีการอ้างในลักษณะที่ว่า ถ้าไม่ได้กำหนดยกเว้นไว้ในกิจกรรมใด ถือว่าผูกพันตามหลัก MFN ในกิจกรรมนั้น¹⁰²

สรุป

จากการศึกษาถึงพันธกรณีและผลกระทบต่อประเทศไทยอันเกิดจากร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ในบทที่ 2 นี้พบว่า

¹⁰⁰ ข้อมูลจากกองนโยบายการพาณิชย์ กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์

¹⁰¹ ดูการวิเคราะห์เรื่องขอบเขตของ National Treatment ในข้อ 2.4.1.1

¹⁰² ดูการวิเคราะห์นโยบายในการกำหนด MFN Exemption ในข้อ 4.1.2.1

- 1) ลักษณะการกำหนดของพันธกรณี มีขอบเขตการบังคับใช้โดยกว้าง มุ่งที่จะให้ประเทศกำลังพัฒนา มีระดับความผูกพัน (binding) ในทุกพันธกรณีอย่างเคร่งครัด ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการเจรจาที่จะให้การปฏิบัติที่แตกต่างกับภาคีประเทศกำลังพัฒนา
- 2) การกำหนดให้การปฏิบัติที่แตกต่างแก่ประเทศกำลังพัฒนากระทำโดยผ่านการเจรจา รวมถึงการอ้างข้อยกเว้น เพื่อลดระดับหรือชะลอการผูกพันตนตามพันธกรณีที่ได้ในขอบเขตจำกัด
- 3) ลักษณะของข้อกำหนดที่ไม่ชัดเจน ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดปัญหาการตีความนั้น เมื่อพิจารณาประกอบกับท่าทีของแกตส์ในพันธกรณีข้ออื่น ๆ แสดงให้เห็นแนวโน้มการตีความว่าจะเป็นไปได้โดยสอดคล้องกับผลประโยชน์ของประเทศพัฒนาแล้วที่เป็นผู้ส่งออกบริการมากกว่า เนื่องจากมีอำนาจการต่อรองที่สูงกว่าและมีอิทธิพลต่อเวทีการเจรจา
- 4) การขนส่งทางอากาศ ในส่วนของการบินโดยตรงมีลักษณะเฉพาะที่ทำให้ไม่สามารถเปิดตลาดการค้าเสรีภายใต้กฎเกณฑ์ตามพันธกรณีของแกตส์ (GATS)

สำหรับบริการ 3 ประเภทที่ถูกระบุให้อยู่ภายใต้ข้อกำหนดของร่างข้อตกลงแกตส์ นั้น มีลักษณะของการประกอบกิจการที่สามารถเปิดให้มีการค้าเสรีโดยพันธกรณีของแกตส์ (GATS) ได้ จะมีข้อจำกัดที่เกิดจากลักษณะของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง ปลอดภัย และการถือว่าเป็นกิจกรรมสาธารณูปโภคต่อพันธกรณีบางประการเท่านั้น



ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย