

### บทที่ 3

## อุปสรรคทางกฎหมายภายในของประเทศไทยต่อการเปิดตลาดการขนส่งทางอากาศ ภายใต้ร่างข้อตกลงทั่วไปเกี่ยวกับการค้าบริการ (GATS)

ความมุ่งหมายของการจัดทำกฎเกณฑ์ทั่วไป เกี่ยวกับการค้าบริการขึ้นใช้ในเวทีการค้าของโลกที่สำคัญประการหนึ่งคือ การขจัดอุปสรรค (Barriers) ทางการค้าบริการ เพื่อก่อให้เกิดการขยายตัวของการค้าประเภทนี้ แต่จากลักษณะเฉพาะของ "การบริการ" ตามที่ได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 1 ที่ทำให้อุปสรรค (Barriers) ทางการค้าบริการอยู่ในรูปกฎหมาย กฎเกณฑ์ ระเบียบปฏิบัติที่รัฐสร้างขึ้น การจะขจัดอุปสรรคดังกล่าว ต้องพาดพิงไปถึงสิทธิในการออกกฎหมายภายในของรัฐ อันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ ทำให้หลักเกณฑ์ทั่วไปที่สร้างขึ้น เพื่อใช้เป็นเกณฑ์เดียวกันกับทุก ๆ ประเทศ ต้องประสมกับอุปสรรคในการใช้บังคับพันธกรณีนั้น ๆ จากกฎหมายภายในที่มีอยู่เดิมแล้ว

กิจกรรมขนส่งทางอากาศของประเทศไทย อยู่ในความควบคุมของรัฐเช่นเดียวกับอีกหลาย ๆ ประเทศ ลักษณะของกฎหมาย เป็นไปในรูปของการอนุญาต หรือการให้สิทธิ โดยการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการ หรือลักษณะการประกอบการเป็นเกณฑ์ จากพันธกรณีตามร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ที่วิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 2 เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับกฎหมายขนส่งทางอากาศของไทย พบว่า กฎหมายไทยเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติ หรือรับพันธกรณีที่สำคัญ 4 เรื่องคือ

- พันธกรณีเรื่องการ प्रतिบัติเยี่ยงชาติที่ ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)
- พันธกรณีเรื่องการเข้าสู่ตลาด (Market Access)
- พันธกรณีเรื่องการ प्रतिบัติอย่างชาติ (National Treatment)
- พันธกรณีเรื่องการเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization)

การวิเคราะห์กับอุปสรรคทางกฎหมายขนส่งทางอากาศของไทย ต่อการใช้พันธกรณีทั้ง 4 เรื่อง เพื่อเปิดตลาดการค้าบริการประเภทนี้ของไทยนั้น มุ่งประสงค์ที่จะศึกษาถึงลักษณะของกฎหมายแต่ละเรื่องว่า เป็นอุปสรรคในการรับพันธกรณีอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการกำหนดท่าทีของประเทศไทย ต่อพันธกรณีนั้น ๆ ให้สอดคล้องกับกฎหมายภายใน



### 3.1 กฎหมายภายในอันเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation)

มาตรา 2 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) วางพันธกรณีในเรื่อง MFN ไว้ว่าประเทศภาคีจะต้องให้การปฏิบัติต่อการบริการและผู้ให้บริการของภาคีอื่น ไม่น้อยไปกว่าที่ได้ให้การปฏิบัติต่อบริการที่คล้ายคลึงกัน หรือผู้ให้บริการของประเทศอื่นใด โดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข<sup>1</sup> จากลักษณะของพันธกรณี เป็นการจัดการเลือกปฏิบัติของประเทศภาคีผู้ให้สิทธิต่อประเทศภาคีอื่น ๆ ดังนั้นกฎหมายภายในที่จะเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติรับพันธกรณีข้อนี้คือ กฎหมายที่ให้สิทธิแก่ผู้ให้บริการหรือบริการของชาติอื่นไม่เท่าเทียมกัน

ประเทศไทยผูกพันตนกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ในเรื่องการขนส่งทางอากาศทั้งที่เป็นการตกลงทวิภาคีและพหุภาคี ซึ่งต้องให้การปฏิบัติต่อภาคีตามข้อตกลงนั้น ๆ ต่างจากประเทศอื่น ๆ ตามเงื่อนไขที่ได้ผูกพันตนไว้ ดังนั้น อุปสรรคต่อการรับพันธกรณี MFN ของประเทศไทยก็คือ พันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

#### 3.1.1 พันธกรณีของประเทศไทยตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศ

##### 3.1.1.1 พันธกรณีตามความตกลงสองฝ่ายว่าด้วยการบริการเดินอากาศกับประเทศต่าง ๆ

จากการแยกประเภทกิจกรรมการขนส่งทางอากาศ ในประเทศไทยไว้ ตามลักษณะการกำหนดของภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศ (Annex on Air Transport Services) ในบทที่ 1 กิจกรรมที่ไม่อยู่ในบังคับของข้อกำหนดของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการบิน ต้องเป็นไปตามข้อตกลงสองฝ่าย และความตกลงสองฝ่ายดังกล่าวนี้เองทำให้สิทธิที่ประเทศไทยให้กับประเทศต่าง ๆ ไม่เท่าเทียมกัน

กิจกรรมการขนส่งทางอากาศที่ต้องมีการตกลงเงื่อนไขกันเป็นความตกลงสองฝ่ายว่าด้วยการเดินอากาศนั้น คือ กิจกรรมการบินประจำระหว่างประเทศ

<sup>1</sup>ดูมาตรา 2 วรรค 1 ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) (MTN.TNC./W/FA p.7.)



จากรูปแบบของความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินที่กล่าวไว้ในบทที่ 1 มีความแตกต่างของระดับการควบคุมของรัฐในเรื่องจำนวนสายการบิน ความจุ ความถี่ของการบริการ อัตราค่าโดยสารและค่าระวาง ประเทศไทยให้สิทธิแก่ประเทศคู่สัญญาแตกต่างกันตามปัจจัยแวดล้อมเป็นกรณี ๆ ไป โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ต่างตอบแทนกัน และนโยบายของรัฐบาล กับลักษณะของตลาด ความสามารถในการแข่งขัน

ในเรื่องการประกอบการบินประจำระหว่างประเทศ มาตรา 28 ของพระราชบัญญัติเดินอากาศ 2497 กำหนดให้อากาศยานต่างชาติจะบินผ่านชั้นลงในราชอาณาจักรได้ต้องได้รับสิทธิตามอนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ<sup>2</sup> เมื่อสิทธิตามความตกลงสองฝ่ายทำให้แต่ละประเทศได้สิทธิในเรื่องต่าง ๆ ไม่เท่าเทียมกัน ถ้าประเทศไทยยอมรับพันธกรณีข้อนี้ จะส่งผลให้ไทยต้องให้สิทธิประโยชน์สูงสุดที่ได้ให้ไว้กับประเทศหนึ่งประเทศใด ภายใต้ความตกลงสองฝ่าย ว่าด้วยการเดินอากาศระหว่างประเทศแก่ภาคีแกตส์ (GATS) ทุกประเทศเท่าเทียมกัน

ข้อกำหนดในความตกลงสองฝ่ายว่าด้วยการเดินอากาศระหว่างประเทศ มีประเด็นสำคัญที่กระทบต่อการรับพันธกรณีเรื่อง MFN คือ ส่วนที่เป็น Hard right ได้แก่ เรื่องการให้สิทธิ (Grant of Right) การใช้สิทธิ (Exercise of Right) สายการบินที่กำหนดและใบอนุญาตประกอบกิจการค้า (Designation and operating Authorization) พิกัดอัตรา (Tariffs) และภาคผนวกที่กำหนดตารางการบิน (Annex: Route Schedules) ซึ่งการตกลงกันในข้อกำหนดเหล่านี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐ และผลประโยชน์ตอบแทนของรัฐคู่สัญญา

จากลักษณะที่ต้องอาศัยการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์การพิจารณาปัจจัย ตลาด การแข่งขัน เส้นทางบิน นโยบายของรัฐ กับรูปแบบของความตกลงที่แตกต่างกันตามระดับความควบคุมของรัฐ ทำให้ความตกลงสองฝ่ายว่าด้วยการเดินอากาศที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ เป็นอุปสรรคที่จะต้องให้สิทธิแก่ทุกประเทศเท่าเทียมกัน ตามหลัก MFN อย่างไรก็ตาม ความตกลงสองฝ่ายดังกล่าวเป็นความตกลงในกิจกรรมการบินประจำระหว่างประเทศที่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาชิคาโก จึงไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ดังที่ระบุในวรรค 2 ของภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศ

<sup>2</sup> มาตรา 28 ของพระราชบัญญัติการเดินอากาศ 2497 กำหนดดังนี้

ห้ามมิให้อากาศยานต่างชาติบินผ่านหรือชั้นลงในราชอาณาจักร เว้นแต่จะมีสิทธิตามอนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรี



### 3.1.1.2 พันธกรณีตามข้อตกลงพหุภาคี

ความตกลงพหุภาคีในเรื่องการขนส่งทางอากาศที่ประเทศไทยเป็นภาคี และมีส่วนเกี่ยวข้องกับการยอมรับพันธกรณีเรื่อง MFN คือ พันธกรณีตามอนุสัญญาชิคาโก และความตกลงพหุภาคีอาเซียว่าด้วยสิทธิทางพาณิชย์ของบริการเดินอากาศแบบไม่ประจำ

ก) อนุสัญญาการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (อนุสัญญาชิคาโก 1944) ซึ่งกำหนดในอนุสัญญาชิคาโกที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับพันธกรณีเรื่อง MFN คือ เรื่องสิทธิการรับขนคนโดยสาร สินค้า และไปรษณียภัณฑ์ ในอาณาเขตของประเทศภาคี (Cabotage)<sup>3</sup> อนุสัญญา ระบุให้รัฐภาคีมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ให้ใบอนุญาตประกอบการขนส่งภายในประเทศแก่ผู้ประกอบการต่างชาติได้ แต่หากรัฐภาคีใดได้ให้ใบอนุญาตดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการต่างชาติรายใด รัฐภาคีนั้นก็จะต้องให้สิทธิดังกล่าวแก่ผู้ประกอบการต่างชาติรายอื่นโดยไม่เลือกปฏิบัติด้วย

ประเด็นที่ข้อกำหนดเรื่อง Cabotage ในอนุสัญญาชิคาโกเป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีเรื่อง MFN คือร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) วางพันธกรณีเรื่อง MFN ไว้ว่า รัฐภาคีผู้ให้สิทธิจะต้องให้ MFN แบบไม่มีเงื่อนไข (unconditionally) ขณะที่อนุสัญญาชิคาโก กำหนดหลักเรื่อง Cabotage บนพื้นฐานของการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐ ที่จะพิจารณาอนุญาตหรือให้สิทธิในการบิน รับขนคนโดยสาร สินค้า และไปรษณียภัณฑ์ระหว่างจุดแวะในประเทศของตน โดยที่ยังคงไว้ซึ่งจุดมุ่งหมายในการจัดการเลือกปฏิบัติ โดยกำหนดให้รัฐผู้ให้การอนุญาตจะต้องให้แก่ภาคีอื่นด้วยโดยไม่เลือกปฏิบัติ ลักษณะการกำหนดเช่นนี้รัฐผู้ให้อนุญาตมีสิทธิจะพิจารณาหรือตั้งเงื่อนไขกำหนดคุณสมบัติของผู้รับอนุญาตอย่างไรก็ได้ แต่จากมีการรับพันธกรณีเรื่อง MFN และผลการตีความในหลักของแกตส์ (GATS) เป็นไปโดยกว้าง สิทธิในเรื่อง Cabotage นี้ก็

<sup>3</sup> มาตรา 7 ของอนุสัญญาชิคาโก 1944 กำหนดดังนี้  
Cabotage

Each contracting state shall have the right to refuse permission to the aircraft of other contracting States to take on in its territory passengers, mail and cargo carried for remuneration or hire and destined for another point within its territory. Each contracting State undertakes not to enter into any arrangements which specifically grant any such privilege on an exclusive basis to any other State or an airline of any other State, and not to obtain any such exclusive privilege from any other State.



จะตกแก่ภาคีทุกประเทศในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) โดยไม่มีเงื่อนไข ซึ่งหมายความว่าไม่ว่าภาคีแกตส์ (GATS) นั้น จะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไข หรือมีคุณสมบัติตามที่รัฐผู้ให้สิทธิกำหนดหรือไม่ก็ตามก็จะได้ Cabotage right โดยผ่านพันธกรณีเรื่อง MFN ทั้งนี้

กิจกรรมการบินภายในประเทศ ทั้งแบบประจำและเช่าเหมาลำอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาชิคาโก เรื่อง Cabotage ซึ่งในวรรค 2 ของภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศ ระบุให้กิจกรรมดังกล่าวไม่อยู่ในบังคับของข้อกำหนดของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS)

ข) ความตกลงพหุภาคีอาเซียน

ความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยสิทธิทางพาณิชย์ของบริการเดินอากาศแบบไม่ประจำนี้ มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1990 โดยให้สิทธิแก่อากาศยานพาณิชย์ของประเทศอาเซียน ทำการบินรับขนส่งผู้โดยสารและสินค้าไปยังประเทศสมาชิกอาเซียนอีกประเทศหนึ่งได้ โดยต้องเป็นการบินแบบไม่มีกำหนดประจำ และอยู่ในเงื่อนไขที่ความตกลงกำหนด<sup>4</sup> กิจกรรมการขนส่งทางอากาศที่อยู่ในบังคับความตกลงนี้คือกิจกรรมการบินไม่ประจำระหว่างประเทศ ซึ่งร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ได้กำหนดไว้ในภาคผนวกเรื่องการขนส่งทางอากาศว่าด้วยกิจกรรมประเภทนี้ ไม่อยู่ในบังคับของข้อกำหนดในร่างข้อตกลง อย่างไรก็ตาม จากเจตนารมณ์ของร่างข้อตกลงที่จะให้มีการเปิดเสรีตามลำดับ และกำหนดให้มีการทบทวนการบังคับใช้ภาคผนวกเป็นระยะ (periodic review)<sup>5</sup> จึงยังคงจำเป็นต้องพิจารณาถึงอุปสรรคในการรับพันธกรณี กล่าวคือ หากมีการรับพันธกรณีเรื่อง MFN ในกิจกรรมที่อยู่ในบังคับของความตกลงพหุภาคีอาเซียนนี้ และผลการตีความหลักดังกล่าวของแกตส์เป็นไปโดยกว้าง สิทธิที่ได้ให้แก่ประเทศภาคีอาเซียนจะตกแก่ทุกประเทศในภาคีแกตส์ (GATS) ไม่ว่าประเทศภาคีแกตส์ (GATS) เหล่านั้น จะมีคุณสมบัติหรือปฏิบัติตามเงื่อนไขในความตกลงพหุภาคีอาเซียนแล้วหรือไม่ก็ตาม

3.2 กฎหมายภายในของประเทศไทยอันเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด

<sup>4</sup>จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์, ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, "รายงานวิจัย เรื่องการดำเนินการภายใต้กรอบการเจรจาทางการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย สาขาขนส่งทางอากาศ," หน้า 93

<sup>5</sup>ดูวรรค 6 ของ Annex on Air Transport Services (MTN.TNC/W/FA/ p.45.



จากรูปแบบการเข้าสู่ตลาดตามมาตรา 1 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ลักษณะของการ "ข้ามแดน" ของบริการ (services) ผู้ให้บริการ (provider) และผู้รับบริการ (consumer) ซึ่งลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดการข้ามแดนของทุน เทคโนโลยี แรงงานและสินค้ามาพร้อมกันด้วย ทำให้มีความคาบเกี่ยวกับลักษณะของการลงทุนจากต่างประเทศโดยตรง (direct foreign investment) ส่งผลให้กฎหมายภายใน อันเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดทั้งของประเทศไทย และประเทศสมาชิกภาคีอื่น มีลักษณะเป็นการควบคุมต่อการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบที่ 3 และ 4 คือ การให้บริการโดยนิติบุคคลต่างชาติ และการให้บริการโดยบุคคลธรรมดาต่างชาติ เป็นส่วนใหญ่ ทั้งนี้ ปรากฏใน Initial Commitments ที่เสนอโดยประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศบราซิล ได้กำหนดข้อจำกัดในเรื่อง market access และ national treatment สำหรับบริการทุกสาขาไว้ในรูปแบบการเข้าสู่ตลาดแบบ commercial presence จำกัดอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศ และแบบ movement of personnel จำกัดอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับ juridical situation of foreigners<sup>6</sup> ในขณะที่สิงคโปร์ ตั้งข้อจำกัดสำหรับการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบ commercial presence ในบริการทุกสาขาให้อยู่ภายใต้ Companies Act และ rules and regulations governing the sale and purchase of real estate properties และข้อจำกัดของรูปแบบ movement of personnel อยู่ภายใต้ Singapore's Immigration and Work Permit Regulations<sup>7</sup>

กิจกรรมขนส่งทางอากาศของประเทศไทย เป็นกิจกรรมที่รวมอยู่ในความควบคุมของรัฐ โดยรัฐควบคุมในฐานะผู้อนุญาตให้สิทธิประกอบการ ลักษณะการควบคุมอาจแบ่งได้เป็นการควบคุมคุณสมบัติของผู้ประกอบการ และการควบคุมลักษณะการเข้าประกอบการ

### 3.2.1 กฎหมายที่มีผลบังคับกับคุณสมบัติของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ

ดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นบทว่า กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ที่จะ เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณี เรื่องการเข้าสู่ตลาดนั้นคือ กฎหมายที่มีผลต่อรูปแบบการเข้าสู่ตลาด commercial presence และ movement of personnel เนื่องจากแต่ละประเทศต่างมุ่งที่จะควบคุมการลงทุนจากต่างชาติ เพื่อผลประโยชน์ของระบบเศรษฐกิจของประเทศตน กฎหมาย

<sup>6</sup>GATT SECRETARIAT DOC. MTN. GNS./W/116 14 June 1991

<sup>7</sup>GATT SECRETARIAT DOC. MTN.TNC./W/65 5 February 1991



เกี่ยวกับการค้าบริการขนส่งทางอากาศของประเทศไทย ที่มีผลเป็นบังคับต่อคุณสมบัติของผู้ประกอบการที่มีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศเช่นเดียวกัน และจากลักษณะของการขนส่งทางอากาศที่เป็นบริการเพื่อสาธารณประโยชน์อย่างหนึ่ง การควบคุมคุณสมบัติผู้ประกอบการที่มุ่งที่จะรักษาผลประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวมอีกประการหนึ่งด้วย กฎหมายที่มีผลบังคับในเรื่องคุณสมบัติผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประเทศไทยจึงประกอบไปด้วย

- ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281
- พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497
- ความตกลงระหว่างประเทศไทยเป็นภาคี
- นโยบายของรัฐ

### 3.2.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการขนส่งทางอากาศ โดยบุคคลต่างด้าว

กฎหมายของประเทศไทยที่ใช้ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ซึ่งตราขึ้นเมื่อ 24 พฤศจิกายน 2515 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 26 พฤศจิกายน 2517 ประเด็นที่เป็นอุปสรรคในการใช้รับพันธกรณีเรื่องการเข้าสู่ตลาด ดังโดยผลของกฎหมายฉบับนี้ประเทศไทยไม่สามารถเปิดให้มีการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบของ Commercial Presence ในกิจกรรมการขนส่งทางอากาศภายในประเทศได้

จากคำนิยามของ "คนต่างด้าว" ในข้อ 3 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 คนต่างด้าวที่ถูกห้ามประกอบธุรกิจตามกฎหมายฉบับนี้คือ<sup>๑</sup>

- 1) บุคคลธรรมดา ซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- 2) นิติบุคคล ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ มีคนไทยถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิก หรือมีคนไทยลงทุนเท่าใดหรือไม่ก็ตาม
- 3) นิติบุคคล ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และมีทุนของคนต่างด้าว ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด
- 4) นิติบุคคล ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และคนต่างด้าวถือหุ้นเป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิก ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ไม่ว่าจะคนต่างด้าวนั้น จะลงทุนมากน้อยเพียงใดก็ตาม

<sup>๑</sup> สัจฉิต ชัยมังคลานนท์, "การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, วารสารกฎหมาย ปีที่ 2, ฉบับที่ 1 (ม.ค. 2519) หน้า 54-93



5) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และมีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว ในกรณีนี้ไม่คำนึงว่าจะมีคนต่างด้าวเป็นหุ้นส่วนหรือลงทุนด้วยหรือไม่เท่าใดก็ตาม แต่กรณีบริษัทจำกัด ถ้าไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามข้อ 3 และข้อ 4 แม้จะมีคนต่างด้าวเป็นกรรมการ หรือผู้จัดการก็ตาม บริษัทนั้นก็ไม่ใช่ต่างด้าว<sup>9</sup> ปว. 281 ได้กำหนดยกเว้นแก่คนต่างด้าวบางประเภทคือ คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐบาลต่างประเทศ<sup>10</sup>

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 แบ่งระดับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนอกตามประเภทธุรกิจ โดยพิจารณาจากความสำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศ กับความสามารถในการประกอบการของคนไทยในธุรกิจประเภทนั้น ๆ ธุรกิจที่ต้องห้ามการประกอบการโดยคนต่างด้าวโดยเด็ดขาด คือธุรกิจตามบัญชี ก. และบัญชี ข. ต่อท้ายประกาศคณะปฏิวัติ ส่วนธุรกิจตามบัญชี ค. เป็นธุรกิจที่ต้องจำกัด<sup>11</sup>

ธุรกิจการขนส่งทางอากาศ ถูกระบุอยู่ในหมวดที่ 5 ของบัญชี ข. โดยกฎหมายใช้คำว่า "การขนส่งทางอากาศภายในประเทศ" และมีได้ให้รายละเอียด หรือคำจำกัดความไว้ว่าหมายถึง กิจกรรมประเภทใดบ้าง แต่จากการวิจัยสภาวะทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้าบริการขนส่งทางอากาศ โดยศูนย์กฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้ระบุไว้ว่าการบินภายในประเทศทั้งแบบประจำและไม่ประจำ เป็นกิจกรรมที่อยู่ในบังคับของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281<sup>12</sup>

จากการที่กฎหมายกำหนดให้กิจกรรมการขนส่งทางอากาศภายในประเทศเป็น

<sup>9</sup>, <sup>10</sup>ดู ปว. 281 ข้อ 3

<sup>11</sup>ความแตกต่างของธุรกิจบัญชี ก. และ ข. คือ ระดับการควบคุม ธุรกิจตามบัญชี ก. และ ข. ห้ามประกอบขึ้นใหม่นับแต่วันที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ แต่ธุรกิจตามบัญชี ก. ที่ประกอบอยู่แล้วก่อนกฎหมายใช้บังคับให้ดำเนินต่อไปได้อีก 2 ปี นับแต่วันประกาศใช้กฎหมาย ส่วนธุรกิจตามบัญชี ข. ที่ประกอบอยู่แล้วก่อนกฎหมายใช้บังคับ ยังดำเนินต่อไปโดยไม่มีกำหนด แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดการเพิ่มปริมาณผลผลิตและการจำหน่าย (ดูประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ข้อ 30)

<sup>12</sup>จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, "รายงานวิจัย เรื่องการค้าบริการภายในได้กรอบการเจรจาทางการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย สาขาขนส่งทางอากาศ," หน้า 97-102



กิจกรรมการขนส่งทางอากาศภายในประเทศ โดยคนต่างด้าวในลักษณะเด็ดขาดเช่นนี้ส่งผลให้ หากประเทศไทยจะรับพันธกรณีในเรื่อง market access ในกิจกรรมการบินภายในประเทศจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายฉบับดังกล่าวเสียก่อน

3.2.1.2 คุณสมบัติของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ ตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ 2497

กิจกรรมการขนส่งทางอากาศที่พระราชบัญญัติการเดินอากาศ มีบทบัญญัติในลักษณะของการควบคุมคุณสมบัติของผู้ประกอบการคือ บริการภาคพื้นดินในลานจอด และบริการช่างอากาศ โดยกำหนดในมาตรา 60 จัตวา, มาตรา 60 เบญจ และมาตรา 60 ฉ. ระบุห้ามบุคคลใดประกอบการให้บริการในลานจอดอากาศยานหรือบริการช่างอากาศ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่โดยอนุมัติจากรัฐมนตรี<sup>13</sup>

คุณสมบัติของผู้ประกอบการตามมาตราดังกล่าว ถูกระบุไว้ในข้อบังคับของคณะกรรมการการบินพลเรือน ฉบับที่ 22 โดยมีรายละเอียดดังนี้

- 1) กรณีให้บริการแก่ธุรกิจเดินอากาศของตนเอง จะต้องเป็นผู้ประกอบการกิจการเดินอากาศไทย
- 2) กรณีให้บริการแก่ธุรกิจเดินอากาศของผู้อื่น จะต้องเป็นรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นผู้ประกอบการเดินอากาศ หรือเป็นผู้ให้บริการช่างอากาศ หรือเป็นผู้ประกอบการให้บริการในลานจอดอากาศยาน หรือบริการช่างอากาศให้สายการบินใด ๆ อยู่ก่อนวันใช้ข้อบังคับนี้ โดยกำหนดให้ใช้ข้อบังคับนี้ ตั้งแต่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2522<sup>14</sup>

นอกจากนี้ สายการบินที่กำหนดของต่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ยอมรับแล้ว ตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศ และประเทศที่กำหนดสายการบินนั้นมิได้วางข้อห้ามหรือข้อจำกัดแก่สายการบินที่กำหนดของไทย ในการประกอบการให้บริการลานจอด หรือบริการช่าง

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 60 จัตวา

<sup>14</sup> ข้อบังคับคณะกรรมการการบินพลเรือน ฉบับที่ 22 เรื่องคุณสมบัติและลักษณะของผู้ขออนุญาตเป็นผู้ประกอบการให้บริการในลานจอดอากาศยาน หรือบริการช่างอากาศ



อากาศในประเทศนั้น<sup>15</sup>

จากลักษณะการกำหนดของพระราชบัญญัติการเดินอากาศในเรื่องนี้ รัฐควบคุมคุณสมบัติของผู้ประกอบการ โดยอ้างกฎเกณฑ์อันเอื้อประโยชน์แก่รัฐวิสาหกิจของไทย สืบเนื่องมาจากเหตุผลในเรื่องความปลอดภัย และความเป็นระเบียบเรียบร้อยในลานจอดในส่วนของผู้ประกอบการต่างดาว กฎหมายให้ความสำคัญต่อหลักกติกายที่ถือปฏิบัติระหว่างประเทศ ในขณะที่เกตส์ (GATS) วางพันธกรณีเรื่อง market access ไว้บนพื้นฐานของหลัก MFN<sup>16</sup> บทกฎหมายข้างต้นจึงไม่สอดคล้องกับการปฏิบัติตามพันธกรณี โดยเฉพาะเรื่องบริการช่างอากาศ ซึ่งภาคผนวกเรื่องการบริการขนส่งทางอากาศระบุชัดเจนว่าอยู่ในบังคับของข้อกำหนดในร่างข้อตกลง

### 3.2.1.3 คุณสมบัติของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ ที่กำหนดโดยข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

ประเทศไทยเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศทั้งแบบทวิภาคี และพหุภาคีเกี่ยวกับการค้าบริการขนส่งทางอากาศ ประเภทของความตกลงที่เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีเรื่อง market access คือความตกลงสองฝ่ายว่าด้วยการเดินอากาศระหว่างประเทศ โดยในความตกลงดังกล่าว ครอบคลุมทั้งลักษณะการเข้าสู่ตลาดในเรื่องการบินโดยตรงในรูปแบบที่ 1 ถึง 3 ตามมาตรา 1 ของร่างข้อตกลงเกตส์ (GATS) ผู้ให้บริการที่จะเข้าสู่ตลาดในรูปแบบดังกล่าว จะต้องมีความสมัครใจและได้รับการยอมรับเป็นสายการบินที่กำหนดตามความตกลงบนพื้นฐานของผลประโยชน์ต่างตอบแทนกับรัฐคู่สัญญา และในการทำความตกลง รัฐได้ใช้นโยบายของรัฐในการพิจารณาคุณสมบัติ และปัจจัยสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ของคู่สัญญา แต่ร่างข้อตกลงเกตส์ (GATS) วางพันธกรณีในเรื่อง market access ไว้บนพื้นฐานของหลัก MFN กล่าวคือ ถ้ามีการให้ market access ในรูปแบบใด ภาคีแต่ละประเทศจะต้องให้การปฏิบัติต่อภาคีอื่น ๆ ไม่น้อยไปกว่าที่ได้กำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดไว้ในตารางความผูกพัน<sup>17</sup> ขณะที่ระดับการให้สิทธิของความตกลงสองฝ่ายกับแต่ละประเทศคู่สัญญานั้นไม่เท่าเทียมกัน ทำให้ยากที่จะกำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดไว้ในตารางได้ เนื่องจากการให้สิทธิต้องพิจารณาคู่สัญญาเป็นราย ๆ ไป

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 60 ฉ.

<sup>16</sup> ดูมาตรา 16 วรรค 1 ของร่างข้อตกลงเกตส์ (GATS) ตามเอกสาร MIN. TND/W/FA ในภาคผนวก ก.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน



### 3.2.1.4 นโยบายของรัฐเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ประกอบการ

จากการที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) วางพันธกรณีเรื่องการเข้าสู่ตลาด (market access) ไว้บนพื้นฐานของหลัก MFN โดยข้อจำกัดและเงื่อนไขในเรื่องคุณสมบัติจะต้องกำหนดไว้ในตารางความผูกพัน ทั้งนี้ การขอแก้ไขตารางจะต้องผ่านการเจรจาและการเสียผลประโยชน์ตอบแทน<sup>18</sup>

ประเทศไทยใช้นโยบายรัฐในการควบคุมคุณสมบัติผู้ประกอบการในกิจกรรมขนส่งทางอากาศผ่านทางกฎกระทรวง ข้อบังคับคณะกรรมการการบินพลเรือนในการกำหนดเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตประกอบการ และวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบการ โดยอาศัยอำนาจตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 นอกจากนี้ ยังไม่ใช้นโยบายรัฐในการทำความตกลงว่าด้วยการเดินอากาศระหว่างประเทศกับประเทศต่าง ๆ

นโยบายรัฐ เป็นเรื่องที่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงและปรับปรุงให้สอดคล้องกับสถานการณ์เฉพาะ หรือการเปลี่ยนแปลงในปัจจุบันอื่น ๆ <sup>19</sup> โดยเฉพาะในเรื่องการขนส่งทางอากาศเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ในประเทศ เกี่ยวพันกับอำนาจอธิปไตยและระบบเศรษฐกิจในการกำหนดนโยบายของรัฐ ซึ่งต้องคำนึงถึงปัจจัยทางด้านการเมือง เศรษฐกิจและสังคม เมื่อร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) วางพันธกรณีในเรื่อง market access ไว้ในลักษณะให้มีการเปิดเสรีเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ และถ้ารัฐใดได้เปิดตลาดไว้แล้ว โดยการกำหนดความผูกพันในตาราง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงจะต้องมีการจ่ายค่าทดแทน ทำให้ลักษณะของการกำหนดนโยบายรัฐ เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีดังกล่าว

### 3.2.2 กฎหมายที่มีผลบังคับต่อลักษณะการเข้าประกอบการขนส่งทางอากาศ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วคือ ลักษณะเฉพาะของกิจกรรมการขนส่งทางอากาศ ในบทที่ 1 ว่ามีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับความปลอดภัยของประชาชน และเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของสาธารณชน รัฐจึงต้องเข้าควบคุมโดยเคร่งครัดต่อการเข้าประกอบการ ทั้งของผู้ประกอบการสัญชาติไทย และผู้ประกอบการต่างชาติ

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 21

<sup>19</sup> Jacques Naveau, International Air Transport in a Changing World, p.95.



### 3.2.2.1 การห้ามประกอบการบิน โดยพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

ประเด็นที่เป็นอุปสรรคในการรับพันธกรณีเรื่อง การเข้าสู่ตลาดของกิจกรรมการบินโดยตรงนั้น เนื่องจากกฎหมายไทยห้ามการประกอบการบิน ทั้งโดยผู้ประกอบการสัญชาติไทย และผู้ประกอบการต่างชาติ กล่าวคือ

พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 27 กำหนดดังนี้

"ห้ามมิให้อากาศยาน นอกจากอากาศยานต่างประเทศ บินออกนอกราชอาณาจักร เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากพนักงานเจ้าหน้าที่"

และมาตรา 28 กำหนดดังนี้

"ห้ามมิให้อากาศยานต่างประเทศ บินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักร เว้นแต่จะมีสิทธิตามอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรี"

จากลักษณะการเปิดของกฎหมาย ที่ให้การเข้าสู่ตลาดทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือ ได้สิทธิตามอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศหรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรี เป็นการเปิดโอกาสให้รัฐได้ใช้อำนาจในการพิจารณาอนุญาต โดยการพิจารณาย่อมต้องเป็นไปตามนโยบายของรัฐ ซึ่งตามที่วิเคราะห์ไว้ในเรื่อง MFN นโยบายรัฐเป็นเรื่องที่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ ปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ซึ่งเป็นอุปสรรคทำให้ไม่สามารถผูกพันตนไว้ในตารางในเรื่อง market ได้ เพราะหากรัฐจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงนโยบาย ขั้นตอนที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) กำหนดในการเปลี่ยนแปลงตาราง จะต้องทำโดยผ่านการเจรจาและเสียค่าทดแทน อีกทั้งพันธกรณีเรื่อง market access นี้ จะต้องให้สิทธิแก่ทุกประเทศภาคีโดยเท่าเทียมกัน ขณะที่การให้สิทธิกฎหมายฉบับนี้ จะต้องพิจารณาคุณสมบัติและปัจจัยต่าง ๆ เป็นกรณี ๆ ไป

### 3.2.2.2 การห้ามประกอบกิจการ อันเป็นสาธารณูปโภค ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

กิจกรรมการขนส่งทางอากาศ ที่อยู่ในบังคับของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ได้แก่ "กิจการค้าขายในการเดินอากาศ" ซึ่งหมายถึงกิจกรรมการบินโดยตรง ทั้งแบบประจำและไม่ประจำ โดยในข้อ 4 และ 7 ของประกาศคณะปฏิวัติกำหนดดังนี้



"ข้อ 4 ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขาย อันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี"

"ข้อ 7 ในการอนุญาต หรือให้สัมปทานตามข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็น เพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้"

เงื่อนไขที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร"

จากลักษณะที่กฎหมายกำหนดให้กิจกรรมค้าขาย ในอากาศ เป็นกิจกรรมอันเป็นสาธารณูปโภค และกำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีในการให้สัมปทาน กำหนดเงื่อนไข รวมไปถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการให้สัมปทานด้วย เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีเรื่อง market access เช่นเดียวกับเรื่องนโยบายรัฐในการควบคุมคุณสมบัติของผู้ประกอบการ เนื่องจากรัฐมนตรีเป็นผู้ดำเนินการและรับนโยบายของรัฐบาล การให้อำนาจรัฐมนตรีในการพิจารณาให้สัมปทาน โดยระบุว่ากิจกรรมการขนส่งทางอากาศ เป็นกิจกรรมอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งถือได้ว่าเป็นการใช้นโยบายรัฐในการพิจารณาการเข้าประกอบการในกิจกรรมประเภทนี้ด้วย หากมีการรับพันธกรณีและผูกพันตนในตารางความผูกพัน เท่ากับเป็นการผูกพันตนที่จะเปิดเสรีทางการค้าบริการประเภทนี้มากขึ้น ขณะที่นโยบายรัฐจำเป็นต้องเปลี่ยนไปตามปัจจัยแวดล้อม ซึ่งอาจจะเป็นไปได้ในตลาดเพิ่มมากขึ้น เพื่อความเหมาะสมกับสภาพการณ์ของประเทศประการหนึ่งกับการที่ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) วางพันธกรณีเรื่อง market access ไว้บนพื้นฐานของหลักการ MFN ขณะที่นโยบายรัฐในการให้เข้าประกอบกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค จำเป็นต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ไม่สามารถให้สิทธิแก่ทุกประเทศบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน

### 3.2.2.3 การห้ามประกอบกิจการ ซึ่งกำหนดโดยพระราชบัญญัติ โทรเลข โทรศัพท พ.ศ. 2477

กิจการที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางอากาศ ที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติโทรเลข โทรศัพท พ.ศ. 2477 คือกิจการการสำรองที่นั่งแบบเบ็ดเสร็จด้วยคอมพิวเตอร์ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะควบคุมโดยเคร่งครัด โดยกำหนดห้ามมิให้บุคคลใดประกอบการในลักษณะที่ผู้อื่นใช้ประโยชน์ด้วย ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีเรื่อง market access เมื่อกิจกรรมประเภทนี้ต้องใช้เทคโนโลยีสูง และเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศในการเชื่อมโยงระบบคอมพิวเตอร์ หากมีการรับพันธกรณีจะต้องผูกพันในเงื่อนไข และเงื่อนไขที่จะต้องเปิดตลาด เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ขณะที่โครงสร้างทางกฎหมายยัง



เปิดอยู่ และสภาพการณ์ของสายการบินแห่งชาติ หรือผู้ประกอบการไทยเองยังไม่อยู่ในฐานะที่จะแข่งขันกับผู้ประกอบการต่างชาติได้ ลักษณะการกำหนดของพระราชบัญญัติโทรเลข โทรศัพท พ.ศ. 2497 ในเรื่องดังกล่าว ไม่ได้เปิดโอกาสให้รัฐมนตรีใช้ดุลยพินิจ หรือปล่อยให้ขึ้นอยู่กับนโยบายแต่อย่างใด หากกำหนดแน่ชัดว่าไม่ให้ประกอบการ ทั้งผู้ประกอบการสัญชาติไทยและผู้ประกอบการต่างด้าว

### 3.3 กฎหมายภายใน อันเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment)

ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) วางพันธกรณีการปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment) ไว้ภายใต้ขอบเขตของบริการ หรือสาขาบริการที่ประเทศภาคีได้ระบุนำผูกพันไว้ในตารางด้วยความผูกพัน และภายใต้เงื่อนไขและคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในตารางดังกล่าวด้วย โดยรัฐภาคีจะต้องให้การปฏิบัติต่อบริการ หรือผู้จัดหาบริการที่คล้ายคลึงกันของภาคีอื่น ไม่น้อยกว่าที่ให้การปฏิบัติต่อคนชาติของตน ดังนั้น กฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีคือ กฎหมายที่ให้สิทธิคนชาติดีกว่าคนต่างด้าว

#### 3.3.1 กฎหมายภายในที่มีผลเป็นการให้สิทธิคนชาติต่างจากคนต่างด้าว

จากการวิเคราะห์ในข้อ 3.1 และ 3.2 ข้างต้น ทำให้ทราบถึงโครงสร้างของกฎหมายขนส่งทางอากาศว่า อยู่ในความควบคุมของรัฐ โดยระดับความควบคุมแตกต่างกันตามประเภทของกิจกรรม กิจกรรมบางประเภทห้ามการประกอบการโดยเด็ดขาด (การสำรองที่นั่งแบบเบ็ดเสร็จ) บางประเภทจะเข้าประกอบการได้ต้องมีคุณสมบัติครบตามที่กฎหมายกำหนด (กิจกรรมการบริการในลานจอด และบริการช่างอากาศ) และกิจกรรมบางประเภทจะเข้าประกอบกิจการได้ขึ้นอยู่กับผลประโยชน์แลกเปลี่ยน และนโยบายรัฐในการเข้าทำความตกลง ระหว่างประเทศ (กิจกรรมการขนส่งทางอากาศแบบประจำระหว่างประเทศ) ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ความแตกต่างของระดับการควบคุมระหว่างบุคคลสัญชาติไทย กับคนต่างด้าวในการประกอบการบริการขนส่งทางอากาศ

##### 3.3.1.1 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

จากการศึกษา initial commitments ของประเทศต่าง ๆ พบว่า การผูกพันในเรื่อง National Treatment ของหลาย ๆ ประเทศจะกำหนดข้อจำกัดไว้ให้ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐ ตัวอย่างเช่น ประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดในรูปแบบการเข้าสู่ตลาด โดย Commercial Presence ของทุก Sectors และ Sub-sectors ในเรื่อง



National Treatment ให้ขึ้นอยู่กับแนวนโยบายการลงทุนระหว่างประเทศของออสเตรเลีย<sup>20</sup> (..subject to Australian foreign investment policy guidelines) สำหรับประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดเงื่อนไขในเรื่อง National Treatment ในหลายสาขาบริการ ให้การปฏิบัติเยี่ยงชาตินี้กับผู้ประกอบการในสาขานั้น ๆ เฉพาะผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี<sup>21</sup>

ลักษณะการกำหนดของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ที่ระบุให้ธุรกิจที่ต้องห้ามการประกอบการ โดยคนต่างด้าวตามบัญชี ก. และ ข. นั้น อาจอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบได้โดยพระราชกฤษฎีกา จึงเป็นการให้อำนาจในการพิจารณาแก่ฝ่ายบริหาร<sup>22</sup> กล่าวคือ เป็นการเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารได้ใช้นโยบายรัฐเช่นกัน ทั้งนี้เพราะกฎหมายฉบับนี้เกี่ยวข้องกับสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศโดยตรง จึงต้องมีลักษณะของความยืดหยุ่น เพื่อให้สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามการเปลี่ยนแปลงเคลื่อนไหวของสภาพเศรษฐกิจ

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 นี้ เป็นกฎหมายหลักที่กำหนดสิทธิของคนต่างด้าวให้ต่างจากคนชาติ โดยเฉพาะการระบุนโยบายขนส่งทางอากาศภายในประเทศไว้ในบัญชีธุรกิจต้องห้าม ทำให้เป็นอุปสรรคสำคัญในการรับพันธกรณีเรื่อง การปฏิบัติเยี่ยงชาติ ตามร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) เพราะประเภทของธุรกิจดังกล่าว รัฐบาลเห็นว่ามีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ การอนุญาตเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป แต่การให้ National Treatment จะต้องให้สิทธิแก่ภาคีทุกประเทศเท่าเทียมกับคนชาติ ทำให้รัฐไม่สามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาความเหมาะสมได้

### 3.3.1.2 พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

การกำหนดห้ามอากาศยานต่างประเทศบินผ่านหรือขึ้นลงในราชอาณาจักร เว้นแต่จะมีสิทธิตามอนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือได้รับ

<sup>20</sup> GATT SECRETARIAT DOC. MTN.TNC./W/51 4 December 1990

<sup>21</sup> ดู GATT SECRETARIAT DOC. MTN.GNS/W/113/Rev. 1 25 March 1991

<sup>22</sup> สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, "การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว", วารสารกฎหมาย, ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2519), หน้า 54-93



อนุญาตเป็นหนึ่งในสี่จากรัฐมนตรี<sup>23</sup> เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับกับผู้ประกอบการต่างด้าวขณะที่กฎหมายที่มีผลบังคับกับผู้ประกอบการไทยกำหนดห้ามมิให้อากาศยาน นอกจากอากาศยานต่างประเทศบินออกนอกราชอาณาจักร เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนึ่งในสี่จากพนักงานเจ้าหน้าที่<sup>24</sup> เป็นสิทธิที่แตกต่างกันในกิจกรรมการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ ทั้งแบบประจำและไม่ประจำจะเห็นได้ว่า ทั้งผู้ประกอบการไทยและผู้ประกอบการต่างด้าว ต่างต้องห้ามการประกอบกิจกรรมดังกล่าว หากแต่แตกต่างกันในระดับการควบคุม สำหรับผู้ประกอบการไทยการได้รับอนุญาตเพียงแต่เป็นการอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ส่วนผู้ประกอบการต่างชาติอำนาจในการอนุญาตอยู่ที่รัฐมนตรีและนโยบายในการทำข้อตกลงกับต่างประเทศ

สำหรับกิจกรรมบริการในลานจอดและบริการช่างอากาศ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ก็กำหนดสิทธิของคนชาติแตกต่างกันไปจากคนต่างด้าวเช่นกัน ดังปรากฏในมาตรา 60 จัตวา และมาตรา 60 เบญจ ในส่วนของการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบการต่างด้าวเฉพาะที่เป็นสายการบินที่กำหนด และประเทศที่กำหนดสายการบินนั้น มิได้วางข้อห้ามหรือข้อจำกัดแก่สายการบินที่กำหนดของไทยในการให้บริการดังกล่าวในประเทศนั้น

ลักษณะการกำหนดของมาตรา 27, 28 และมาตรา 60 จัตวา, 60 เบญจ เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีเรื่อง National Treatment เนื่องจากการให้สิทธิในการประกอบกิจกรรมที่อยู่ในบังคับของมาตราเหล่านี้ ต้องคำนึงถึงนโยบายต่อผู้ประกอบการต่างชาติเป็นกรณี ๆ ไป และคุณสมบัติที่แตกต่างกันระหว่างผู้ประกอบการต่างชาติ หากรับพันธกรณี สิทธิดังกล่าวก็จะตกแก่ภาคีทุกประเทศเท่าเทียมกับคนชาติของประเทศไทย แม้ว่าภาคีนั้นจะไม่มีคุณสมบัติหรือไม่อยู่ในนโยบายที่จะได้รับสิทธิก็ตาม

### 3.3.2 พันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิคนต่างด้าว ในเรื่องการขนส่งทางอากาศ

ระบบการขนส่งทางอากาศปัจจุบัน สิทธิที่คนต่างด้าวจะได้รับในประเทศผู้ให้สิทธิเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งในการทำความตกลงกัน ภาคีในข้อตกลงจะได้รับสิทธิอย่างน้อยแตกต่างกันไปตามอำนาจต่อรอง ผลประโยชน์แลกเปลี่ยนและปัจจัยอื่น ๆ อีก

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 28

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 27



หลายประการ ลักษณะเช่นนี้ เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีในเรื่องการปฏิบัติอย่างชาติ (National Treatment) ที่มีจุดมุ่งหมายให้ทุกประเทศให้บริการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน และเท่าเทียมกับที่คนชาติของประเทศผู้ให้สิทธิได้รับด้วย

### 3.3.2.1 ความตกลงสองฝ่ายว่าด้วย บริการเดินอากาศ

แม้ว่าในความตกลงสองฝ่ายว่าด้วย บริการเดินอากาศ ระหว่างประเทศจะมีหลักการเรื่อง National Treatment ปรากฏอยู่<sup>25</sup> แต่ภาคีในความตกลงประเภทนี้มีโอกาสที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับประเทศที่มีคุณสมบัติ มีปัจจัยแวดล้อม และผลประโยชน์ตอบแทนที่เป็นที่พอใจได้ ขณะที่การให้ National Treatment ตามข้อกำหนดในร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) มีขอบเขตในการพิจารณาเพียงแต่เป็นบริการที่คล้ายคลึงกัน (like services)<sup>26</sup> ของภาคีแกตส์ (GATS) เท่านั้น ถ้าไม่มีการตั้งข้อจำกัด (limitation) ในเรื่องความตกลงสองฝ่ายๆ นี้ไว้ในตาราง การผูกพันตามพันธกรณีก็จะครอบคลุมไปถึงภาคีทุกประเทศ อย่างไรก็ตาม ภาคีอนุกรมการขนส่งทางอากาศ ได้ยกเว้นสำหรับกิจกรรมภายใต้ความตกลงสองฝ่ายให้ไม่ต้องอยู่ในบังคับของข้อกำหนดแกตส์ (GATS) ผลประโยชน์หรือสิทธิในเรื่องการบินโดยตรง ยังคงเป็นไปภายใต้ระบบเดิม

### 3.3.2.2 อนุสัญญาการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ค.ศ. 1944

อนุสัญญาการบินพลเรือน หรืออนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944 นี้ ระบุรับรองสิทธิได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันไว้ในคำปรารภอย่างชัดเจน หากแต่ว่าโอกาสหรือความเท่าเทียมที่จะให้ได้โดยไม่เลือกสัญชาติ (nationality) นั้น กระทำได้เต็มที่แต่เพียงในเรื่องทางเทคนิค หรือโดยธรรมชาติ (physical) กล่าวคือ เป็นการเดินทางอากาศ (air navigation)<sup>27</sup> นั่นเอง เช่น กรณีตามมาตรา 11 เรื่อง Applicability of air

<sup>25</sup> จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, "รายงานการวิจัยเรื่องการค้าบริการภายใต้กรอบการเจรจาทางการค้าด้านอนุภาคี สาขาขนส่งทางอากาศ" หน้า 179

<sup>26</sup> ดูรายละเอียดการวิเคราะห์เรื่อง National Treatment ในบทที่ 2 ข้อ 2.4.1

<sup>27</sup> Jacques Naveau, International Air Transport in a Changing World, p. 28-29.



regulations กำหนดให้ใช้กฎหมายเกี่ยวกับการเดินอากาศของประเทศภาคีภายในดินแดนของประเทศภาคีนั้นแก่รัฐภาคีทุกประเทศ โดย "..... without distinction as to nationality" ส่วนในเรื่องการได้สิทธิในทางการค้าของการค้าบริการขนส่งทางอากาศอนุสัญญาชิคาโกเองยอมรับหลักการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ ตามข้อตกลงสองฝ่าย (bilateral agreement) และยอมรับว่าเป็นสิทธิของรัฐเจ้าของดินแดน ที่จะเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้สิทธิ<sup>28</sup> แม้ว่าในการให้สิทธิตามความตกลงสองฝ่าย จะให้ในลักษณะที่เท่าเทียมกับคนชาติของประเทศผู้ให้ก็ตาม แต่ในการให้สิทธิ มิได้ให้แก่ภาคีทุกประเทศ การจะเข้าทำความตกลงรัฐผู้เข้าทำความตกลงได้ใช้ดุลยพินิจ ในการพิจารณาคุณสมบัติของรัฐคู่สัญญา จึงเป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีเรื่อง National Treatment เนื่องจากมีกลไกที่แตกต่างกัน การให้ National Treatment ตามร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ผลของการให้การผูกพันตนไว้ในตารางจะตกแก่ภาคีทุกประเทศ หากประเทศผู้ให้ไม่ได้ตั้งข้อจำกัดไว้ ดังนั้น พันธกรณีในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิทางการค้าของการขนส่งทางอากาศ ภายใต้อนุสัญญาชิคาโก จึงไม่สอดคล้องกับหลัก National Treatment ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ซึ่งปัจจุบันสิทธิภายใต้อนุสัญญาชิคาโก จะไม่อยู่ในบังคับข้อกำหนดของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) จึงยังไม่เกิดผลกระทบต่อการใช้สิทธิภายใต้ระบบเดิม

### 3.4 กฎหมายภายในอันเป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีตามลำดับ

ร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) วางพันธกรณีในเรื่องการเปิดเสรีตามลำดับไว้ภายใต้ขอบเขตของนโยบายแห่งชาติ และระดับการพัฒนาของประเทศ โดยใช้วิธีการของการเจรจา เพื่อเพิ่มระดับของการเปิดเสรีขึ้นเรื่อย ๆ <sup>29</sup> ขณะที่กฎหมายการขนส่งทางอากาศของประเทศไทยมีลักษณะของการควบคุม ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในเรื่องอื่น ๆ โดยสามารถแบ่งระดับตามลักษณะการควบคุมของกฎหมายได้ เป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการปิดตลาดการขนส่งทางอากาศโดยสิ้นเชิง และกฎหมายที่มีผลเป็นการปิดกั้นเปิดต่อตลาดการขนส่งทางอากาศ

#### 3.4.1 กฎหมายที่มีผลเป็นการปิดตลาดการขนส่งทางอากาศโดยสิ้นเชิง

กฎหมายที่ใช้กับการขนส่งทางอากาศ ที่มีลักษณะปิดตลาดโดยสิ้นเชิง คือ พระราชบัญญัติโทรเลข โทรศัพท พ.ศ. 2477 ซึ่งใช้บังคับกับกิจกรรมบริการสำรองที่นั่งแบบ

<sup>28</sup> ดูมาตรา 5, 6 และ 7 ของ Chicago Convention 1944

<sup>29</sup> ดูมาตรา 19-21 ของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ตามเอกสาร MTN.TNC/W/FA p. 22-24 ในภาคผนวก



เปิดเสรีด้วยคอมพิวเตอร์ หรือ CRS<sup>30</sup> โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้อนุญาตให้บุคคลใดประกอบการในลักษณะให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์ด้วย กล่าวคือ ห้ามประกอบการในลักษณะเป็นเจ้าของระบบนั่นเอง ลักษณะของกฎหมายที่เป็นการปิดตลาดโดยสิ้นเชิงเช่นนี้ซึ่งถึง สถานการณ์ของกิจกรรมนี้ในประเทศไทย ความไม่พร้อมที่จะเข้าสู่ระบบการแข่งขันเสรี หากยอมรับพันธกรณีในเรื่องนี้ ประเทศไทยจำเป็นต้องเปิดตลาดเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ภายใต้งบประมาณ ซึ่งจะถูกกำหนดขึ้นจากการเจรจา ซึ่งหมายความว่า จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าว จึงจะเข้าผูกพันตามพันธกรณีนี้ได้

### 3.4.2 กฎหมายที่มีผลเป็นการปิดกั้นเปิดต่อตลาดการขนส่งทางอากาศ

จากที่ได้วิเคราะห์เรื่องอุปสรรคทางกฎหมายภายในของไทย ต่อการรับพันธกรณีตามร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ในประเด็นต่าง ๆ ทั้งหมดนั้น อาจสรุปลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับขนส่งทางอากาศของไทยได้ว่า มีลักษณะปิดกั้นเปิด\* เกือบทั้งหมด ยกเว้นกรณี CRS ซึ่งมีลักษณะของการประกอบการเกี่ยวข้องกับระบบข้อมูลและการสื่อสาร จึงอยู่ในบังคับของกฎหมายเกี่ยวกับการสื่อสาร

ถ้าพิจารณาจากลักษณะของกฎหมายที่มีส่วนที่ "กึ่งเปิด" อยู่ด้วยกฎหมายเหล่านี้ไม่ว่าที่จะเป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีเรื่อง การเปิดเสรีตามลำดับ หากแต่ว่าขั้นตอนในการปฏิบัติตามพันธกรณี ที่ต้องผ่านการเจรจา เพื่อให้มีการเปิดเสรีเพิ่มขึ้น และมีเรื่องเงื่อนเวลาในการเปิดการเจรจา เมื่อพิจารณากับลักษณะเฉพาะของการบริการขนส่งทางอากาศแล้ว เห็นว่า เจตนาหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายขนส่งทางอากาศ เป็นอุปสรรคสำคัญต่อการรับพันธกรณีเรื่องนี้ ดังต่อไปนี้

#### 3.4.2.1 พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในการวิเคราะห์เรื่องการเข้าสู่ตลาดการขนส่งทางอากาศว่า การพิจารณาให้สิทธิทางการค้าในเรื่องการขนส่งทางอากาศ ต้อง

<sup>30</sup> ดูรายละเอียดลักษณะการประกอบการในบทที่ 1

\* ลักษณะ "ปิดกั้นเปิด" ของกฎหมาย หมายถึง การที่กฎหมายห้ามประกอบการอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นส่วน "ปิด" ของกฎหมาย ขณะเดียวกัน เปิดโอกาสให้ทำได้โดยกำหนดเงื่อนไขหรือผู้มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตไว้



พิจารณาปัจจัยต่าง ๆ หลายประการ ทั้งด้านเศรษฐกิจและการเมือง พระราชบัญญัติการเดินอากาศที่ครอบคลุมถึงเรื่องการให้สิทธิในเรื่อง การขนส่งระหว่างประเทศกับการบริการภาคพื้นดินในลานจอดและบริการช่างอากาศ จึงกำหนดดังนี้

ในเรื่องการขนส่งระหว่างประเทศ มาตรา 27 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ห้ามการประกอบกิจการโดยผู้ประกอบการสัญชาติไทย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือ จากพนักงานเจ้าหน้าที่ ประกอบกับมติรัฐมนตรี ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2521 ที่กำหนดให้สายการบินของรัฐเท่านั้นที่ประกอบการได้ ทำให้กฎหมายมีลักษณะปิดยิ่งขึ้น<sup>31</sup> ส่วนผู้ประกอบการต่างชาติต้องห้ามประกอบกิจการ โดยมาตรา 28 ของพระราชบัญญัตินี้เช่นกัน เว้นแต่จะมีสิทธิตามอนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือ ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรี

นอกจากการขนส่งระหว่างประเทศแล้ว พระราชบัญญัติการเดินอากาศ ยังมีผลบังคับต่อกิจการบริการเกี่ยวเนื่องกับการขนส่งทางอากาศ คือ บริการลานจอด และบริการช่างอากาศ ในลักษณะห้ามประกอบกิจการ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยอนุมัติรัฐมนตรี กรณีผู้ประกอบการไทย สำหรับผู้ประกอบการต่างชาติ กฎหมายกำหนดคุณสมบัติเพิ่มขึ้น โดยต้องเป็นสายการบินที่กำหนดของต่างประเทศที่ประเทศไทยได้ยอมรับแล้วตามความตกลงว่าด้วยการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ และประเทศนั้นมิได้วางข้อห้ามหรือข้อจำกัดแก่สายการบินที่กำหนดของไทยในการประกอบการในกิจกรรมประเภทดังกล่าวในประเทศนั้น

สืบเนื่องจากการขนส่งทางอากาศ เป็นการค้าบริการที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างเศรษฐกิจประเภทอื่น ๆ และขึ้นอยู่กับสภาวะทางการเมือง การต่างประเทศ ดังปรากฏในคำปรารภของพระราชบัญญัติการขนส่งทางอากาศ กฎหมายจึงสร้างความยืดหยุ่น โดยให้รัฐมีโอกาสได้ใช้นโยบายพิจารณาการให้สิทธิเป็นกรณี ๆ ไป หากมีการรับพันธกรณีเรื่องการเปิดเสรีตามลำดับ ซึ่งร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ระบุให้มีการเปิดการเจรจา โดยกำหนดระยะเวลาไว้<sup>32</sup> ประเด็นที่ถือว่าเป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณีคือ ถึงแม้โดยลักษณะกฎหมาย มีส่วน

<sup>31</sup>จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คณะนิติศาสตร์, ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา, "รายงานวิจัยเรื่อง การค้าบริการภายใต้กรอบการเจรจาทางการค้าด้านภาคีรอบอุรุกวัย สาขาขนส่งทางอากาศ", หน้า 97

<sup>32</sup>ดูมาตรา 19 วรรค 1 ในภาคผนวก



ของการเปิดโอกาสให้เข้าสู่ตลาดได้ โดยการอนุญาตของรัฐได้ก็ตาม แต่โดยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฯ ในการกำหนดเรื่องการอนุญาต โดยพนักงานเจ้าหน้าที่หรือรัฐมนตรี ก็เพื่อให้ผู้มีอำนาจในการอนุญาตได้พิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป โดยคำนึงถึงนโยบายของรัฐ สภาพการณ์และปัจจัยเกี่ยวข้องในขณะนั้น ถ้าประเทศไทยเข้าผูกพันตนในพันธกรณีนี้ จะต้องเปิดการเจรจา กับประเทศต่าง ๆ ตามระยะเวลาที่ตนผูกพันตนไว้ ในการเจรจา ย่อมต้องมีเรื่องการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์และอำนาจต่อรองมาเกี่ยวข้อง ทำให้การใช้นโยบายรัฐในการให้สิทธิมีปัจจัยจากภายนอกมากำหนดเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะการผูกพันตนที่จะเปิดเสรีในกำหนดระยะเวลาหนึ่งไม่สอดคล้องกับระบบการขนส่งทางอากาศ ทั้งนี้ สถานการณ์ในระยะเวลาที่ผูกพันตนไว้ นั้น อาจไม่เอื้ออำนวยให้มีการเปิดเสรีขึ้นได้ หรืออาจทำให้ประเทศไทยต้องเสียผลประโยชน์จากการเปิดเสรีในระยะเวลา นั้น เกินกว่าที่คาดการณ์ไว้

จากเหตุผลข้างต้น ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 จะไม่เป็นอุปสรรคต่อการรับพันธกรณี เรื่องการเปิดเสรีตามลำดับโดยเนื้อความก็ตาม ถ้าปฏิบัติตามขั้นตอนของพันธกรณีแล้ว ก็ไม่สามารถใช้พระราชบัญญัตินี้ให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้

#### 3.4.2.2 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58

กฎหมายฉบับนี้ครอบคลุมกิจกรรมการขนส่งทางอากาศ ทั้งภายในและระหว่างประเทศ โดยระบุให้กิจกรรมประเภทนี้เป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ซึ่งห้ามการประกอบการ เว้นแต่จะ ได้รับอนุญาตหรือ ได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

ลักษณะการกำหนดของกฎหมายฉบับนี้ มีส่วนที่เปิดให้ การเข้าประกอบการทำได้โดยการได้รับอนุญาตเช่นเดียวกับ 3.4.2.1 และจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ควบคุมกิจการประเภทนี้ เนื่องจากเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสาธารณชน ลักษณะอันเป็นอุปสรรคของกฎหมายฉบับนี้ จึงเป็นไปในทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 กล่าวคือ ประเทศไทยสามารถรับพันธกรณีเรื่องการเปิดเสรีตามลำดับได้โดยไม่ต้องแก้ไขกฎหมาย แต่หากปฏิบัติตามขั้นตอนของพันธกรณีแล้ว ทำให้การใช้กฎหมายในส่วนนี้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมาย

#### 3.4.2.3 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

กฎหมายฉบับนี้ครอบคลุมเฉพาะกิจกรรมการขนส่งทางอากาศภายในประเทศ โดยกำหนดห้ามการประกอบการในกิจกรรมประเภทนี้โดยคนต่างด้าว เว้น



แต่จะได้มีพระราชกฤษฎีกาอนุญาต พระราชกฤษฎีกาอนุญาตอาจกำหนดเงื่อนไขประการใดก็ได้

ลักษณะการกำหนดของกฎหมายฉบับนี้ ส่วนที่เป็นการ "เปิด" ของกฎหมายก็ให้อำนาจแก่รัฐในการใช้นโยบายพิจารณาว่าอนุญาตเช่นเดียวกับกับกฎหมาย 2 ฉบับที่วิเคราะห์ไว้ข้างต้น ประกอบกับนโยบายรัฐเองไม่เคยให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการต่างชาติ ในการประกอบการในกิจกรรมประเภทนี้เลย บ่งชี้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการจะรักษาโอกาส และสงวนการประกอบการไว้สำหรับคนสัญชาติไทย หากมีการรับพันธกรณีเรื่องการเปิดเสรีตาม ลำดับก็ไม่สามารถใช้กฎหมายนี้ให้สมตามเจตนารมณ์ได้ เนื่องจากขั้นตอนของการเปิดเสรีตาม ลำดับจะ ไปกำหนดหรือกระทบต่อการใช้นโยบายรัฐ ในการอนุญาตประกอบการในกิจกรรมนี้

### สรุป

จากการศึกษาถึงกฎหมายเกี่ยวกับการค้าบริการขนส่งทางอากาศของไทยพบว่า เป็นอุปสรรคต่อพันธกรณีของร่างข้อตกลงแกตส์ (GATS) ส่วนที่มุ่งจัดการเลือกปฏิบัติทางการค้า บริการ เพื่อให้มีการเปิดตลาดเสรีในการค้าประเภทนี้ขึ้น โดยพันธกรณี ฯ กำหนดให้ประเทศภาคี ให้การประติบัติต่อภาคีอื่นโดยเท่าเทียมกันบนพื้นฐานของหลัก MFN และ ไม่เลือกปฏิบัติระหว่าง คนชาติและคนต่างด้าวตามหลัก National Treatment. กฎหมายไทยถือว่าขณะที่ผู้ประกอบการ ไทยในกิจกรรมการขนส่งทางอากาศ ยังไม่พร้อมที่จะรับการเปิดเสรีตามระบบแกตส์ กฎหมาย ภายในของไทยจึงมีลักษณะควบคุม โดยให้สิทธิแก่คนชาติต่างจากคนต่างด้าว และให้สิทธิแก่ประเทศ ต่าง ๆ ในระดับที่ไม่เท่าเทียมกันบนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน โดยรัฐใช้นโยบายในการพิจารณา เข้าทำความตกลงกับประเทศต่าง ๆ และใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาให้อุญาตแก่ผู้ประกอบการ

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย