

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ
ในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ในกรณีการกำหนดให้สายการบินของเอกชน
เป็นสายการบินที่กำหนด (designated airline) เพื่อใช้สิทธิในการดำเนิน
กิจการเดินอากาศระหว่างประเทศ

กระทรวงคมนาคม ได้มีหนังสือ ที่ คค ๐๒๐๖/๗๔๖๔ ลงวันที่ ๙ ตุลาคม ๒๕๕๓ สรุปความได้ว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้แจ้งความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ตอบข้อหารือของกระทรวงการคลังเรื่อง การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ กรณีที่กระทรวงการคลังจะขายหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัทการบินไทย จำกัด(มหาชน) และกรณีที่บริษัทการบินไทยฯ จะขายหุ้นเพิ่มทุน ซึ่งในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นดังกล่าวได้มีการระบุไว้ว่า สิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐ

กระทรวงคมนาคมได้พิจารณาแล้วเห็นว่า สิทธิการบินมิใช่ทรัพย์สินของรัฐ ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลว่า การอนุญาตให้สายการบินต่างประเทศและอากาศยานต่างประเทศทำการบินเข้าหรือออกน่านฟ้าของประเทศไทย เป็นการอนุญาตโดยหลักการว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยในน่านฟ้า มิใช่เป็นการอนุญาตให้สายการบินต่างประเทศและอากาศยานต่างประเทศใช้สิทธิของรัฐหรือใช้สิทธิอันเป็นทรัพย์สินของรัฐ ดังปรากฏตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (อนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. ๑๙๔๔) ข้อ ๑ ที่ระบุว่า “รัฐมีอำนาจอธิปไตยในน่านฟ้าเหนือดินแดนอาณาเขตของตน” ในทำนองเดียวกัน รัฐต่างประเทศอนุญาตให้สายการบินไทยหรืออากาศยานของไทยทำการบินเข้าหรือออกน่านฟ้าของตน ก็เป็นการอนุญาตโดยหลักการว่า รัฐมีอำนาจอธิปไตยในน่านฟ้าเท่านั้น มิใช่เป็นการอนุญาตให้สายการบินไทยไปใช้สิทธิของรัฐต่างประเทศหรือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นแต่อย่างใด เพื่อความสะดวกในการอนุญาตทำการบินระหว่างสายการบินหรืออากาศยานของรัฐ ก และรัฐ ข ตามหลักการข้างต้น รัฐ ก และรัฐ ข จึงตกลงกันล่วงหน้าว่า ต่างฝ่ายต่างจะอำนวยความสะดวกอนุญาตการทำการบินซึ่งกันและกันแก่สายการบินหรืออากาศยานของอีกฝ่ายหนึ่งสำหรับการบินผ่าน การบินแฉ่งทางเทคนิค และการบินขนส่งคนโดยสารและสินค้า ความตกลงเช่นนี้บางครั้งจัดทำเป็นความตกลงทวิภาคี บางส่วนได้จัดทำเป็นความตกลงพหุภาคี เช่น อนุสัญญาชิคาโกที่มีสมาชิกเกือบ ๒๐๐ ประเทศทั่วโลกให้เปิดเสรีการบินผ่าน และการบินแฉ่งทางเทคนิคแบบไม่ประจำระหว่างประเทศ ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงว่า รัฐ ก จะอนุญาตให้สายการบินหรืออากาศยานของรัฐ ข ทำการบินผ่าน แฉ่งทาง

เทคนิค ขนส่งการจราจร หากมีคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่รัฐ ก นั้นเองกำหนด และรัฐ ก จะบอกเลิกความตกลงเสียเมื่อใดก็ได้ การกล่าวว่าการบินไปรัฐ ก เป็นสิทธิหรือทรัพย์สินของไทยจึงไม่ถูกต้อง

ส่วนการเป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศนั้น เนื่องจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน ๒๕๒๑ เห็นชอบด้วยกับนโยบายการบินพาณิชย์ของประเทศตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอ คือ “สายการบินของรัฐเท่านั้นเป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศ” ทั้งนี้ โดยมีแนวความคิดมุ่งในประเด็นสนับสนุนแต่เฉพาะสายการบินเพียงสายเดียวและสายการบินนั้นจะต้องถูกควบคุมให้ดำเนินการบินเพื่อผลประโยชน์ของประเทศชาติให้มากที่สุด ซึ่งขณะนั้นเป็นการยากที่สายการบินเอกชนจะสามารถดำเนินการตามนโยบายของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ การอนุญาตให้เป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศจึงยึดถือนโยบายตามนัยมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน ๒๕๒๑ มาโดยตลอด บริษัทการบินไทยฯ จึงได้รับการส่งเสริมจากรัฐบาลเป็นพิเศษ เพื่อสนับสนุนให้เป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศเหมือนกับประเทศอื่น ๆ ที่มีสายการบินแห่งชาติเป็นของตนเอง ต่อมา กระทรวงคมนาคมเห็นว่า ปริมาณการจราจรทางอากาศของประเทศไทยและประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคนี้มีอัตราการเจริญเติบโตสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง การที่ประเทศไทยมีสายการบินของรัฐเพียงสายเดียวเป็นสายการบินที่กำหนดย่อมไม่เพียงพอต่อการให้บริการและไม่สอดคล้องกับความต้องการของสาธารณชน เกิดการเสียเปรียบในการแข่งขันกับประเทศอื่น ดังนั้น จึงเห็นว่าการมีสายการบินที่กำหนดสายที่สองที่ดำเนินการโดยภาคเอกชนเพื่อมารองรับกับปริมาณการจราจรและแบ่งสรรการดำเนินการบริการในระดับที่เหมาะสมจะช่วยให้การพัฒนาธุรกิจการบินของประเทศเป็นอย่างมีประสิทธิภาพ กระทรวงคมนาคมจึงได้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาทบทวนนโยบายการบินพาณิชย์ของประเทศ โดยยกเลิกมติเมื่อวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน ๒๕๒๑ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๓๔ เห็นชอบให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ซึ่งมีผลให้สายการบินทั้งของรัฐและเอกชนสามารถเป็นสายการบินที่กำหนดสายที่สองตามหลักเกณฑ์การพิจารณาในการจัดตั้งสายการบินที่กำหนดสายที่สองตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอ

นอกจากนี้ การดำเนินการของสายการบินที่กำหนดสายที่สองเป็นการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ซึ่งตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๔ ลงวันที่ ๒๖ มกราคม พ.ศ. ๒๕๑๕ ระบุให้การเดินอากาศเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการต้องขออนุญาตและต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ในการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๔ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมได้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอประกอบการ ทั้งนี้ การพิจารณาอนุญาตเป็นไปตามหลักเกณฑ์และคุณสมบัติที่กระทรวงคมนาคมกำหนด การอนุญาตไม่มีค่าธรรมเนียมใบอนุญาตและไม่มีการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนที่ผู้รับใบอนุญาตต้องส่งให้แก่รัฐ การอนุญาตตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๔ฯ เป็นการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายมิใช่อนุญาตให้ใช้สิทธิหรือทรัพย์สินของรัฐ เพราะรัฐไม่มีสิทธิหรือทรัพย์สินใดในน่านฟ้าและไม่มีกฎหมายใดระบุให้รัฐหรือหน่วยงานใดของรัฐเป็นผู้มีสิทธิทำการบินหรือสิทธิประกอบการ

เดินอากาศ ซึ่งจะต่างกับการดำเนินการโทรศัพท์ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยมีอำนาจสิทธิขาดที่จะดำเนินการ หรือกฎหมายว่าด้วยยาสูบที่กำหนดให้การประกอบอุตสาหกรรมบุหรี่ยิกาแรตเป็นการผูกขาดของรัฐ กระทรวงการคลังโดยโรงงานยาสูบในฐานะหน่วยงานธุรกิจ ซึ่งรัฐบาลเป็นเจ้าของมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการ เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อให้ได้ข้อสรุปที่ชัดเจน กระทรวงคมนาคมจึงขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาในปัญหาว่าสิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวโดยมีผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) และผู้แทนกระทรวงคมนาคม (สำนักงานปลัดกระทรวงและกรมการบินพาณิชย์) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริง แล้ว เห็นว่า ประเด็นที่จะต้องพิจารณามีว่า การกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (designated airline) ซึ่งเป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้มาตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (อนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. ๑๙๔๔) และตามความตกลงทวิภาคีกับประเทศต่างๆ รวม ๙๓ ฉบับ จะต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่า สิทธิในการดำเนินการเดินอากาศระหว่างประเทศในกรณีนี้เป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้มาจากการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งกำหนดให้การบริการเดินอากาศระหว่างประเทศประจำมีกำหนดจะดำเนินการบินเหนือหรือจะเข้าไปในอาณาเขตของรัฐผู้ทำสัญญามีได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตพิเศษหรืออนุญาตอย่างอื่นจากรัฐนั้นและจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในใบอนุญาตดังกล่าว^๑ และได้มาจากการเจรจาตกลงเข้าเป็นรัฐคู่สัญญาตามความตกลงว่าด้วยการบริการเดินอากาศ (Air Services Agreement) ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยได้ทำไว้กับประเทศต่างๆ รวม ๙๓ ฉบับ เพื่ออนุญาตให้อากาศยานของประเทศคู่สัญญาที่เป็นสายการบินที่กำหนด (designated airline) ให้บริการเดินอากาศตามที่ตกลงกันในรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ดังนั้น สิทธิในการให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้มาตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศและความตกลงทวิภาคีดังกล่าวจึงเป็นสิทธิของรัฐ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงเห็นว่า การกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (designated airline) เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ^๒ ในโครงการ ซึ่งถ้ามีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้าน

^๑ ข้อ ๖ บริการเดินอากาศระหว่างประเทศประจำมีกำหนดจะดำเนินการบินเหนือหรือเข้าไปในอาณาเขตของรัฐผู้ทำสัญญามีได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตพิเศษหรืออนุญาตอย่างอื่นจากรัฐนั้น และจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในใบอนุญาตเช่นนั้น

^๒ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

บาทขึ้นไป” หรือคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชน
เข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕^๔ ก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ
ดังกล่าว

(ลงชื่อ) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์
(นายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เมษายน ๒๕๔๔

“ร่วมงานหรือดำเนินการ” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้
เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด

ฯลฯ

ฯลฯ

^๓ มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“โครงการ” หมายความว่า การลงทุนในกิจการของรัฐ และการลงทุนนั้นมีวงเงินหรือ
ทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือตามวงเงินหรือทรัพย์สินที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกา

ฯลฯ

ฯลฯ

^๔ มาตรา ๑๑ โครงการใดมีวงเงินไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท หรือน้อยกว่าวงเงินที่กำหนดเพิ่มขึ้น
ตามพระราชกฤษฎีกา คณะรัฐมนตรีอาจกำหนดให้ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้