

หลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศและสัญชาติของสายการบิน

“อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty) เป็นคำที่เมื่อกล่าวถึงแล้วคงจะนึกถึงอำนาจอธิปไตยของชาติของรัฐที่รัฐอื่นไม่อาจเข้ามาสอดแทรกได้ หลักทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นมีมานานแล้ว โดยถือว่ารัฐอธิปไตยย่อมมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและประชากรของตนที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐ แตกต่างกับ “อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ” (Sovereignty of Air Space) ที่ไม่ได้มีการยอมรับมาตั้งแต่แรก โดยในช่วงต้นของศตวรรษที่ 19 มีผู้เสนอทฤษฎีการใช้ห้วงอากาศในหลายๆทฤษฎี ซึ่งทฤษฎีที่นิยมใช้กันมากในยุคนั้นคือทฤษฎีว่าด้วยอากาศเสรี โดยเทียบเคียงกับหลักการทางพาณิชย์นาวีเกี่ยวกับเสรีภาพในทะเลหลวง แต่ในทางปฏิบัติ ประเทศต่างๆยอมรับหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศมาตั้งแต่ต้น ซึ่งต่อมาได้ปรากฏการยอมรับหลักการเรื่องนี้ในอนุสัญญาปารีส (Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation 1919 (Paris Convention)) และอนุสัญญาชิคาโก (Convention on International Civil Aviation 1944 (Chicago Convention))

ผลจากการยอมรับหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเหนือดินแดน ทำให้การเดินทางอากาศระหว่างประเทศจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากรัฐที่ต้องการจะบินผ่านหรือเข้าไป ซึ่งลักษณะความยินยอมนั้นอาจเป็นความยินยอมในลักษณะอนุญาตเป็นรายเที่ยวบิน หรือเป็นความตกลงพหุภาคี เช่น ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน (International Air Service Transit Agreement) ความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ (International Air Transport Agreement) เป็นต้น หรือเป็นความตกลงทวิภาคี ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศ (Air Service Agreement: ASA) ก็ได้ ซึ่งโดยหลักแล้วจะอยู่บนพื้นฐานของหลักการต่างตอบแทน (reciprocal) ระหว่างรัฐกับรัฐ

เมื่อปรากฏรูปแบบของความยินยอมแล้ว จะต้องมีการกำหนดสายการบินที่จะเป็นผู้ใช้สิทธิตามความตกลง เนื่องจากตามความตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบิน จะไม่ได้ให้สิทธิกับสายการบิน แต่จะให้สิทธิกับรัฐ ดังนั้นรัฐจึงต้องมอบสิทธินี้ให้กับสายการบิน กล่าวคือสายการบินเป็นเพียงผู้ใช้สิทธิ ไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิ และเนื่องด้วยเป็นการให้สิทธิกับรัฐ จึงต้องการให้สายการบินที่จะเป็นผู้ใช้สิทธิ เป็นสายการบินที่มีสัญชาติของรัฐผู้ทำความตกลงเท่านั้นไม่ใช่รัฐที่สาม ดังนั้น จึงต้องมี

การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่าสายการบินที่กำหนด (designated airline) ของรัฐภาคีมีจุดเกาะเกี่ยวอันแท้จริง (genuine link) กับรัฐที่เป็นผู้กำหนดสายการบินเพื่อให้ใช้สิทธิตามความตกลงหรือไม่ ซึ่งในความตกลงทั่วไป หลักเกณฑ์ที่มักจะกำหนดไว้ในการพิจารณาสัญชาติของสายการบินคือ หลักเกณฑ์เรื่อง “กรรมสิทธิ์ส่วนสวาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ” (substantial ownership and effective control of airlines) กล่าวคือ สายการบินที่จะถือว่ามีสัญชาติของรัฐภาคี จะต้องมียุติ หรือคนชาติของรัฐ หรือทั้งรัฐและคนชาติของรัฐนั้นถือกรรมสิทธิ์ส่วนสวาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน มิเช่นนั้นแล้วรัฐคู่ภาคีในความตกลงอาจปฏิเสธไม่ให้สายการบินนั้นใช้สิทธิตามความตกลงที่ได้ทำกันได้

อย่างไรก็ตาม การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนสวาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในการพิจารณาสัญชาติของสายการบินนี้มีการถกเถียงกันในเรื่องความเหมาะสมมานานแล้ว ยิ่งในปัจจุบันที่อุตสาหกรรมการขนส่งทางอากาศขยายใหญ่ขึ้น ความต้องการการลงทุนจึงมีมาก และยังมีลักษณะของการรวมกลุ่มธุรกิจของสายการบินต่างๆ เช่น การรวมกันเป็นพันธมิตรสายการบิน (airline alliance) หรือการร่วมทุนในลักษณะอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยมีแนวคิดที่ต้องการทำให้เกิดความเสรีในตลาดการบินทั่วโลก ดังนั้น หลายๆ ประเทศจึงได้มีความพยายามที่จะจำกัดข้อกำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมออกไป โดยมองว่าเป็นอุปสรรคต่อการทำให้เกิดตลาดการบินเสรี องค์การระหว่างประเทศอย่างเช่น องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ จึงได้มีความพยายามที่จะศึกษาและหารือเกี่ยวกับแนวโน้มในการเปลี่ยนแปลงครั้งนี้ รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ในการพิจารณาสายการบินที่กำหนด

ดังนั้น ในบทนี้จะกล่าวถึงหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยโดยทั่วไปเพียงเล็กน้อยเกี่ยวกับความหมายและการยอมรับ หลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเหนือดินแดนของรัฐ ซึ่งเป็นพื้นฐานของการเดินอากาศระหว่างประเทศและเป็นผลให้เกิดข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ โดยจะกล่าวถึง รูปแบบความยินยอมให้ใช้สิทธิอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ ซึ่งเป็นลักษณะของความตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ และเกณฑ์การพิจารณาสัญชาติของสายการบินที่รัฐกำหนดให้เป็นผู้ใช้สิทธิตามความตกลงทั้งที่เป็นอยู่ในปัจจุบันรวมถึงข้อเสนอขององค์การระหว่างประเทศ

2.1 หลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยโดยทั่วไป

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐมีมานานแล้วไม่ได้เพิ่งจะเกิดขึ้นในยุคสมัยใหม่ โดยเชื่อว่าพระผู้เป็นเจ้าเป็นผู้สร้างที่ทรงสร้างสรรพสิ่งและกฎเกณฑ์ทั้งหลายขึ้นตามพระประสงค์ของพระองค์ ดังนั้นพระองค์จึงทรงมีฐานะสูงสุดอยู่เหนือกฎเกณฑ์ใดๆ ทรงเป็นอธิปัตย์ (Sovereign) ของโลกและจักรวาล ต่อมาเมื่ออาณาจักรมีอำนาจมากขึ้น จักรพรรดิก็อ้างข้อความในพระคัมภีร์และในกฎหมายโรมันยืนยันว่าตนเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจสูงสุดในการปกครองบ้านเมืองมาจากพระผู้เป็นเจ้า จึงเกิดเป็นทฤษฎีเทวสิทธิ์ของกษัตริย์ ครั้นต่อมาเมื่อชนชั้นกลางมีอำนาจกล้าแข็งขึ้นก็มีการยืนยันหลักอำนาจอธิปไตยจากประชาชนจากกฎหมายโรมันมาเป็นเครื่องมือล้มล้างอำนาวกษัตริย์และสถาปนาระบบประชาธิปไตยขึ้น¹

อำนาจอธิปไตยในความหมายที่เข้าใจโดยทั่วกันจะหมายถึง อำนาจสูงสุดของรัฐ² (absolute power) อย่างไรก็ตาม มีนักคิดหลายท่านที่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “อำนาจอธิปไตย” ไว้ เช่น Jean Bodin ได้ให้คำจำกัดความว่า “อำนาจอธิปไตย คืออำนาจสูงสุดเหนือประชาชนในรัฐ อันไม่ถูกจำกัดหรือยับยั้งโดยกฎหมายใดๆ” และ “อำนาจอธิปไตยคืออำนาจเหนือพลเมืองของรัฐ เป็นอำนาจเด็ดขาดและเป็นนิรันดร์” แต่ก็ได้ยืนยันว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจอสมบูรณ์สิ้นพันปราศจากเงื่อนไขข้อแม้หรือไร้ขอบเขตใดๆ และต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายธรรมชาติ (Jus Naturale) กฎหมายนานาชาติ (Jus Gentium) และหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda)

ผลทางกฎหมายของการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยจึงทำให้รัฐอธิปไตยทุกรัฐไม่ว่าจะเป็นรัฐเล็กหรือรัฐใหญ่ ด้อยพัฒนาหรือพัฒนาแล้ว มีอำนาจน้อยหรือมาก ต่างเป็นรัฐที่เท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมายดังที่มาตรา 2(1) ของกฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติยืนยันหลักความเสมอภาคทางอำนาจอธิปไตยนี้ไว้ว่า “องค์การยึดหลักการแห่งความเสมอภาคในอธิปไตยของสมาชิกทั้งปวงเป็นมูลฐาน”

¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), น. 162

² D. Goedhuis, “Sovereignty and Freedom in the Air Space,” in Transactions of the Grotius Society, (Oxford University Press, 1955), p.139.

นอกจากนั้น รัฐอธิปไตยย่อมมีอำนาจเด็ดขาดที่จะมีอำนาจเหนือดินแดนและประชากรของตนที่อาศัยอยู่ในดินแดนของรัฐ ทั้งยังมีหน้าที่ไม่เข้าไปแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น แต่ละรัฐจึงไม่อาจอ้างอำนาจอธิปไตยของตนเหนือรัฐอื่นได้ จึงเท่ากับว่าคำว่า “อธิปไตย” นั้นมิได้นำมาใช้เพียงเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครองภายในรัฐเท่านั้น แต่ได้นำมากำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองรัฐหรือระหว่างรัฐกับรัฐด้วย³

2.2 หลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ

ดังที่กล่าวแล้วว่า อธิปไตยเหนือห้วงอากาศไม่ได้มีการยอมรับมาแต่แรกเหมือนเช่นอธิปไตยของรัฐโดยทั่วไป เนื่องจากในยุคสมัยใหม่ (Modern State) ยังมีการถกเถียงกันในแนวคิดเรื่องอธิปไตยเหนือห้วงอากาศอยู่ อย่างไรก็ดี การศึกษาหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ (Sovereignty of Airspace) มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากหลักการเรื่องนี้เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายอากาศระหว่างประเทศทั้งหมด ซึ่งในการศึกษา ผู้เขียนจะแบ่งเป็นความหมายของอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ และการยอมรับในทางระหว่างประเทศ

2.2.1 ความหมายของอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ

อธิปไตยเหนือห้วงอากาศ คืออธิปไตยเหนือดินแดนที่ขยายขึ้นไปบนท้องฟ้า โดยไม่ได้คำนึงว่าห้วงอากาศนั้นสัมพันธ์กับการประกอบเป็นส่วนหนึ่งของดินแดนของรัฐหรือไม่ แต่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าทุกรัฐสามารถใช้สิทธิอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเหนือพื้นดินและพื้นน้ำอาณาเขตของตน⁴ กล่าวคือ รัฐจะกล่าวอ้างอธิปไตยได้เฉพาะในห้วงอากาศเหนือพื้นผิวโลกซึ่งมีความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกับรัฐตนเท่านั้น

³ สมพงศ์ ชูมาก, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น. 53.

⁴ Marek Zylicz, International Air Transport Law, (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p. 57.

สมัยก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้เกิดมีแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับห้วงอากาศหลายๆทฤษฎี แต่ทฤษฎีที่สำคัญมี 4 ทฤษฎี⁵ ได้แก่ ทฤษฎีแรก ทฤษฎีอธิปไตยสมบูรณ์โดยปราศจากขอบเขต (Complete Sovereignty Theory) ที่ถือว่าทุกรัฐมีสิทธิอธิปไตยสมบูรณ์เด็ดขาดปราศจากขอบเขต ในที่ว่างเปล่าในท้องฟ้าเหนืออาณาเขต และเหนือทะเลในอาณาเขตของตน ทฤษฎีนี้ยึดหลักกฎหมายโรมันที่ว่า “ผู้ใดมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในอากาศสูงขึ้นไปจนถึงฟ้า” (Conjunct est solum ejus est Usque and Coelum)⁶ ทฤษฎีที่สอง ทฤษฎีว่าด้วยอากาศเสรี (Free Air Theory) ซึ่งเทียบเคียงกับหลักการทางพาณิชย์นาวี โดยกล่าวว่า ห้วงอากาศเหนือทะเลและอาณาเขตของรัฐนั้นเสรี ซึ่งอาจอนุมานได้ว่าเป็นเสรีภาพในการเดินอากาศระหว่างประเทศ การจำกัดสิทธิของรัฐในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตนนั้นจะทำได้เพื่อ “การป้องกันตนเอง” เท่านั้น ทฤษฎีที่สาม ทฤษฎีที่ว่างเปล่าในอากาศหรือท้องฟ้าที่เดินอากาศได้ (Navigable Air Space Theory) ซึ่งกล่าวว่าหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศจะได้รับการยอมรับในขีดความสูงระยะหนึ่งที่กำหนดขึ้น และเมื่อพ้นระยะที่กำหนดนั้นแล้วห้วงอากาศนั้นก็ไม่ใช่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐใด ทุกรัฐสามารถที่จะใช้ร่วมกันได้ และทฤษฎีสุดท้าย ทฤษฎีการเดินผ่านโดยสุจริต (Innocent Passage Theory) คือรัฐต้องยอมให้อากาศยานของรัฐอื่นบินผ่านหรือร่อนลงในห้วงอากาศเหนือดินแดนของตน รวมถึงการหยุด จอด หรือเหตุสุดวิสัย

ในปี ค.ศ. 1910 รัฐบาลฝรั่งเศสได้เชิญประเทศต่างๆในยุโรปมาประชุมทางการทูตเพื่อหารือปัญหากฎหมายการบินเป็นครั้งแรกของโลก ณ กรุงปารีส เนื่องจาก มีบัลลูนของประเทศเยอรมันไม่ต่ำกว่าสิบเที่ยวบินเข้ามาลงจอดในประเทศฝรั่งเศสในระหว่างเดือนเมษายนถึงเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1908 ซึ่งการประชุมในครั้งนี้นั้นแสดงให้เห็นว่ารัฐต่างๆที่เข้าร่วมประชุมมี

⁵ ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล, กฎหมายอากาศ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530), น. 21.

⁶ ถึงแม้ว่ากฎหมายโรมันจะไม่ได้กล่าวถึงอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศไว้โดยตรง แต่การที่กฎหมายโรมันรับรองว่าเอกชนมีทรัพย์สินสิทธิในการใช้ห้วงอากาศเหนือที่ดินของตนได้ ย่อมมีนัยอย่างชัดเจนว่ารัฐกำลังใช้อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตนอยู่ ถ้ารัฐไม่มีอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศนั้นแล้ว รัฐก็ไม่สามารถจะให้สิทธิแก่นักเอกชนได้ ดู ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “อธิปไตยเหนือห้วงอากาศ : วิวัฒนาการจากกฎหมายโรมันถึงกฎหมายระหว่างประเทศ,” ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ปรีดี เภษมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2543):105.

ความเห็นสอดคล้องกันว่า รัฐทั้งหลายล้วนมีอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตนอย่างสมบูรณ์ และอากาศยานไม่มีเสรีภาพผ่านแดนโดยสุจริตเข้าไปในห้วงอากาศของรัฐอื่น การบินระหว่างประเทศจะกระทำได้อีกต่อไปเมื่อมีการทำความตกลงระหว่างรัฐแล้วเท่านั้น

หลังจากที่ได้มีการประชุม ณ กรุงปารีส เมื่อปีค.ศ. 1910 แล้ว รัฐต่างๆ เริ่มตรากฎหมายภายในใช้บังคับกับการบิน กฎหมายเหล่านี้ล้วนยืนยันว่าแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเหนือดินแดนของตน โดยมีสาระสำคัญข้อหนึ่งคือ ห้ามอากาศยานต่างชาติเข้ามาในห้วงอากาศอาณาเขตเว้นแต่จะได้รับอนุญาต และประมาณปี ค.ศ. 1914 รัฐในยุโรปเกือบทุกรัฐได้ออกกฎหมายในลักษณะนี้มาใช้บังคับ โดยไม่ปรากฏว่ามีการยอมรับสิทธิผ่านแดนโดยสุจริตของอากาศยานต่างชาติ และไม่มีรัฐใดประท้วงหรือคัดค้านทางปฏิบัติเช่นนี้เลย จนกระทั่งว่าอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศอาณาเขตได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้วตั้งแต่ในช่วงเริ่มต้นของสงครามโลกครั้งที่ 1

และหลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง หลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศของรัฐก็ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและชัดเจนมากขึ้นดังที่ได้ปรากฏในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยยอมรับว่า รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์และเด็ดขาดในห้วงอากาศเหนือดินแดนของรัฐตน⁷

2.2.2 การยอมรับหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศในทางระหว่างประเทศ

หลังจากที่มีความเห็นไม่ลงรอยกันเกี่ยวกับห้วงอากาศในยุคแรกๆ สุดท้ายรัฐต่างๆ ก็ได้ยอมรับหลักการที่ว่ารัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์และเด็ดขาดในห้วงอากาศเหนือดินแดนของรัฐตน และได้มีการยอมรับหลักการนี้ในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการเดินทางอากาศที่สำคัญสองฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาปารีสและอนุสัญญาชิคาโก

2.2.2.1 อนุสัญญาปารีส ค.ศ. 1919

อนุสัญญาปารีส เป็นอนุสัญญาพหุภาคีเกี่ยวกับการบินพลเรือนฉบับแรกของโลก ที่ได้มีการตกลงกันหลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส โดยข้อ 1 แห่งอนุสัญญาได้กำหนดยอมรับหลักการอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศว่า

⁷ Bin Cheng, The Law of International Air Transport, (London: Stevens, 1962), p. 120.

บรรดาอัครราชทูตผู้ทำสัญญายอมรับนับถือว่าทุกรัฐมีอธิปไตยโดยเฉพาะและสมบูรณ์เหนือห้วงอากาศบนอาณาเขตของตน เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ อาณาเขตของรัฐหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงอาณาเขตแห่งชาติ ทั้งของประเทศผู้ปกครองและของอาณานิคม และน่านน้ำอาณาเขตที่ติดต่อกับอาณาเขตนั้น⁸

จะเห็นได้ว่าข้อ 1 นี้ ใช้คำว่า “ยอมรับนับถือ” (recognise) มิได้ใช้คำว่าตกลงหรืออนุญาต จึงหมายความว่าหลักอธิปไตยเหนือห้วงอากาศมิได้เป็นผลมาจากการตกลงกันของรัฐต่างๆ หากแต่เป็นการได้รับการยอมรับในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดว่า “ทุกรัฐมีอธิปไตย” จึงหมายความว่าไม่ได้กล่าวถึงเฉพาะแต่รัฐภาคีเท่านั้นที่มีอธิปไตย แต่ไม่ว่าจะเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญานี้หรือไม่ก็มีอำนาจอธิปไตยทั้งนั้น⁹ จึงอาจกล่าวได้ว่าข้อ 1 แห่งอนุสัญญาปารีสนั้นเป็นเพียงการยอมรับและกล่าวถึงกฎหมายจารีตประเพณีเรื่องอำนาจอธิปไตยที่มีอยู่แล้วอีกครั้งหนึ่ง¹⁰

2.2.2.2 อนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944

ข้อ 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ¹¹ หรืออนุสัญญาชิคาโก ได้มีการรับรองหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศของรัฐอีกครั้งหนึ่ง โดยได้กำหนดว่า

⁸ (คำแปลโดย ประเสริฐ ป้อมป้องศึก) อนุสัญญาปารีส ค.ศ. 1919 “The High Contracting Parties recognise that every Power has complete and exclusive sovereignty over the air space above its territory.

For the purpose of the present Convention, the territory of a State shall be understood as including the national territory, both that of the mother country and of the colonies, and the territorial waters adjacent thereto.”

⁹ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอากาศระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2545), น. 29.

¹⁰ I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, An Introduction to Air Law, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985), p. 5.

¹¹ คำแปลจากราชกิจจานุเบกษา ต.59 ล.68, 25 ก.ย .2494, น.1347.

“บรรดารัฐผู้ทำสัญญายอมรับนับถือว่าทุกรัฐมีอธิปไตยสมบูรณ์และเด็ดขาดเหนือห้วงอากาศบนอาณาเขตของตน”¹²

หลังจากมีการบังคับใช้อินสนัญญาชิคาโกแล้ว รัฐต่างๆ ที่แม้ไม่ได้ผูกพันในอินสนัญญานี้ แต่ในทางปฏิบัติยังคงยอมรับความสมบูรณ์ของกฎเกณฑ์เรื่องอำนาจอธิปไตยทางอากาศ เช่น เมื่อปีค.ศ. 1960 อากาศยานของสหรัฐได้ทำการบินเหนือดินแดนไซเวียตโดยไม่ได้รับอนุญาต ไซเวียตจึงได้ทำให้เครื่องบินของสหรัฐตกลงมา แต่ผลปรากฏว่าไม่มีการยื่นคำคัดค้านจากรัฐบาลของสหรัฐแต่อย่างใด ซึ่งในขณะนั้นไซเวียตไม่ใช่ภาคีอินสนัญญาชิคาโก ตัวอย่างนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐต่างๆ ได้ยอมรับเป็นนัยในการบังคับการตามกฎหมายเรื่องอำนาจอธิปไตยทางอากาศ

อนึ่ง แม้ว่าอำนาจอธิปไตยทางอากาศจะ “สมบูรณ์และเด็ดขาด” แต่ยังไม่สามารถพิจารณาได้ว่าบริบูรณ์ (absolute)¹³ หรืออิสระจากข้อจำกัดทางกฎหมายใดๆ (*legibus soluta*) เนื่องจากภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ การใช้สิทธินั้นไม่เพียงแต่ใช้ตามหน้าที่ในสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ยังใช้ตามกฎหมายเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปในกฎหมายจารีตประเพณีด้วย¹⁴

2.2.3 ผลทางกฎหมายของอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ

จากการยอมรับโดยทั่วไปในหลักการความสมบูรณ์และเด็ดขาดของอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือห้วงอากาศเหนือดินแดนของตน จึงอาจสรุปได้ว่ารัฐมีสิทธิที่จะ

- ก. อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เที่ยวบินระหว่างประเทศใดๆ บินมายังและบินเหนือดินแดนของตน
- ข. กำหนดกฎเกณฑ์ เงื่อนไข และการจำกัดในข้อ ก. เพื่อการใช้สิทธิในการบินดังกล่าวอย่างเหมาะสม

¹² อินสนัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944 ข้อ 1 “The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory”

¹³ Frans G. von der Dunk, “Jus Cogens Sive Lex Ferenda: Jus Cogendum?,” in *Air and Space Law: De Lege Ferenda*, (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 235.

¹⁴ Marek Zylicz, *International Air Transport Law*, p. 59.

ค. ก่อตั้งและบังคับใช้เขตอำนาจศาลและกฎหมายของราชอาณาจักรที่เกี่ยวข้องกับทั้งอากาศยานของคนชาติและอากาศยานต่างด้าวขณะที่อยู่ภายในราชอาณาจักรเช่นเดียวกับบุคคลหรือของบนอากาศยานนั้น และเพื่อการกระทำผิดกฎหมาย การกระทำละเมิด หรือการกระทำอื่นที่ได้ทำขึ้นบนอากาศยาน ไม่ว่าที่ได้ก็ตามที่อาณาเขตติดต่อนั้นบังคับใช้กฎหมายของราชอาณาจักร

สิทธิที่กล่าวถึงข้างต้นทั้งหมดต้องได้รับการยอมรับนับถือจากรัฐอื่น สายการบินของรัฐอื่น หรือพลเมืองของรัฐอื่น ดังนั้น เพียงสิทธิที่อ้างถึงในข้อ ก. และข้อ ข. เท่านั้นที่เป็นสิทธิเด็ดขาด ซึ่งหมายความว่าไม่มีรัฐอื่นใดอาจแทรกแซงได้ แต่เขตอำนาจศาลของดินแดนและการบังคับใช้กฎหมายของราชอาณาจักรตามข้อ ค. นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิเด็ดขาดเนื่องจากว่าเขตอำนาจศาลจะเท่าเทียมกันในกรณีที่เกิดมีการทับซ้อนกัน

อย่างไรก็ดี สิทธิของรัฐตามข้อ ก. และ ข. ยังคงต้องอยู่ภายใต้การจำกัด ประการแรก อำนาจอธิปไตยของรัฐไม่อาจใช้ได้ถ้าเป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะมีความสนธิสัญญายืนยันหรือไม่ ประการที่สอง รัฐอาจสมัครใจที่จะยอมรับการจำกัดสิทธิในอำนาจอธิปไตยของตนเองโดยการทำสนธิสัญญาหรือโดยการกระทำฝ่ายเดียวที่ให้สิทธิพิเศษและยกเว้นให้กับอากาศยานต่างด้าวและสายการบินของต่างด้าว สิทธิพิเศษและการยกเว้นนั้นไม่ได้เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ แต่เป็นการยกเว้นกฎเกณฑ์อธิปไตยทั่วไป¹⁵ ดังที่จะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 2.3

2.3 รูปแบบความตกลงยินยอมให้ใช้สิทธิในอำนาจอธิปไตย

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วว่ารัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยสมบูรณ์และเด็ดขาดเหนือห้วงอากาศเหนือดินแดนของตน จึงทำให้การเดินอากาศระหว่างประเทศไม่อาจทำได้เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากรัฐที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น รัฐต่างๆจึงต้องมีการเจรจาตกลงกันเพื่อขออนุญาตใช้ห้วงอากาศของอีกรัฐหนึ่งในการบินผ่าน เข้าไป หรือออกจากรัฐนั้น ซึ่งปกติจะเป็นลักษณะการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินซึ่งกันและกันบนพื้นฐานหลักการต่างตอบแทน (reciprocal) โดยความยินยอมนั้นอาจทำเป็นลักษณะเฉพาะรายเที่ยวบิน ความตกลงพหุภาคีหรือความตกลงทวิภาคีก็ได้ และส่วนมากแล้ว ความยินยอมให้ใช้สิทธิการบินสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ

¹⁵ *Ibid.* p. 62.

แบบไม่ประจำ ประเทศต่างๆมักจะตกลงกันในลักษณะความตกลงพหุภาคี แต่หากเป็นสิทธิการบินสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ มักจะตกลงกันในลักษณะทวิภาคี

เหตุผลที่ประเทศต่างๆมีการตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบิน¹⁶ ในลักษณะเช่นนี้ มีผู้เห็นว่าเป็นเพราะความล้มเหลวของอนุสัญญาชิคาโกในแง่สิทธิการบิน โดยข้อ 6 แห่งอนุสัญญานี้ ได้กำหนดในลักษณะว่า การบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำนั้นจะต้องได้รับอนุญาต

¹⁶ การประชุม ณ เมืองชิคาโก เมื่อวันที่ 1 ถึง 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1944 มีประเด็นปัญหาสำคัญในการเจรจาประเด็นหนึ่งได้แก่เรื่องสิทธิการบิน ที่ประชุมจึงได้กำหนดกรอบในการพิจารณา โดยการจำแนกสิทธิการบินออกเป็น 5 ประการ ได้แก่

เสรีภาพที่ 1 : การบินผ่านห้วงอากาศอาณาเขตของรัฐผู้ให้สิทธิ (Overflight)

เสรีภาพที่ 2 : การบินแวะลงในอาณาเขตของรัฐผู้ให้สิทธิด้วยวัตถุประสงค์มิใช่เพื่อการค้า (Non-commercial Landing)

เสรีภาพที่ 3 : การบินขนส่งจากรัฐผู้รับสิทธิไปยังรัฐผู้ให้สิทธิ (Inbound Traffic)

เสรีภาพที่ 4 : การบินขนส่งจากรัฐผู้ให้สิทธิไปยังรัฐผู้รับสิทธิ (Outbound Traffic)

เสรีภาพที่ 5 : การบินขนส่งระหว่างรัฐผู้ให้สิทธิกับรัฐที่สาม ทั้งนี้จะต้องเป็นเที่ยวบินที่มาจากหรือไปยังรัฐผู้รับสิทธิด้วย (Third Country Traffic) ดู Daniel C. Hedlund, "Toward Open Skies: Liberalizing Trade in International Airline," Minnesota Journal of Global Trade 3 (Summer 1994): 266.

ต่อมาองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศยอมรับว่ามีสิทธิการบินทั้งหมด 9 เสรีภาพ โดยเพิ่มเติมเสรีภาพที่ 6 ถึง 9 ดังนี้

เสรีภาพที่ 6 : การบินขนส่งเสรีภาพที่ 4 จากรัฐผู้ให้สิทธิรัฐหนึ่งมายังรัฐของตนแล้วบินขนส่งเสรีภาพที่ 3 ต่อไปยังรัฐผู้ให้สิทธิอีกรัฐหนึ่ง (Homeland-bridge Traffic หรือ Hub Freedom หรือ Fake Fifth Freedom)

เสรีภาพที่ 7 : การบินขนส่งระหว่างรัฐผู้ให้สิทธิสองรัฐ โดยมีเที่ยวบินที่มาจากหรือไปยังรัฐผู้รับสิทธิ

เสรีภาพที่ 8 : การบินขนส่งระหว่างจุดในรัฐผู้ให้สิทธิผนวกกับเที่ยวบินที่มาจากหรือไปยังรัฐผู้รับสิทธิ (Consecutive Cabotage)

เสรีภาพที่ 9 : การบินขนส่งระหว่างจุดในรัฐผู้ให้สิทธิ โดยมีเที่ยวบินที่มาจากหรือไปยังรัฐผู้รับสิทธิ (Stand-alone Cabotage) ดู ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้าวแล้ว เจริญรอกที่* 9, น. 33.

จากรัฐที่ต้องการจะทำการบินผ่านหรือเข้าไปเท่านั้น¹⁷ จึงเปรียบเสมือนจุดเริ่มต้นในการที่รัฐต่างๆ ได้เข้าทำความตกลงอื่นๆ เกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนสิทธิการบิน

อนึ่ง แม้ว่าความพยายามที่จะแลกเปลี่ยนสิทธิการบินในระดับพหุภาคีนั้นล้มเหลวมาตั้งแต่การเจรจา ณ เมืองชิคาโก ค.ศ. 1944 และทำให้ประเทศต่างๆ ต้องมาทำความตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำกันในระดับทวิภาคี แต่ความพยายามที่จะผลักดันให้เรื่องการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินเข้าไปอยู่ภายใต้ระบบพหุภาคีก็ได้ปรากฏขึ้นอีกครั้งในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) โดยมีความพยายามที่จะผลักดันให้ความตกลงดังกล่าวบังคับใช้กับบริการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิการบินด้วย แต่ ณ ขณะนี้ เรื่องเกี่ยวกับสิทธิการบิน ยังไม่สามารถตกลงกันภายใต้กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการได้แต่อย่างใด

2.3.1 ความตกลงพหุภาคี

ความตกลงพหุภาคีเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจํา นั้นอาจแบ่งออกได้เป็นความตกลงพหุภาคีระดับสากล และความตกลงพหุภาคีระดับภูมิภาค กล่าวคือ ความตกลงพหุภาคีระดับสากลนั้นเป็นความตกลงในลักษณะที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้มาเข้าประชุมเพื่อร่วมทำความตกลง ส่วนความตกลงพหุภาคีระดับภูมิภาคนั้นเป็นลักษณะความร่วมมือระหว่างบางประเทศที่อาจมีความใกล้ชิดกันในด้านภูมิศาสตร์หรือเป็นประเทศที่มีเจตจำนงในด้านใดด้านหนึ่งร่วมกัน

2.3.1.1 ความตกลงพหุภาคีระดับสากล

เมื่อไม่อาจตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบินได้ในบริบทของอนุสัญญาชิคาโกดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ที่ประชุมจึงได้จัดทำความตกลงขึ้นมาอีกสองฉบับเพื่อใช้สำหรับการบริการเดินอากาศ

¹⁷ อนุสัญญาชิคาโก ข้อ 6 “No scheduled international air service may be operated over or into the territory of a contracting State, except with the special permission or other authorization of that State, and in accordance with the terms of such permission or authorization.”

ระหว่างประเทศแบบประจำ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน และความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ¹⁸

1) ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน¹⁹ (International Air Service Transit Agreement)²⁰

ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดนเป็นเรื่องสิทธิผ่านแดนทางอากาศ และเป็นความตกลงพื้นฐานสำหรับการผ่านแดนของบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ รัฐต่างๆไม่ต้องไปทำความตกลงเกี่ยวกับสิทธิผ่านแดนกับรัฐภาคีอื่นๆที่ละรัฐ ซึ่งในความตกลงฉบับนี้รัฐผู้ทำความตกลงจะให้เสรีภาพทางอากาศในส่วนที่เกี่ยวกับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำแก่รัฐผู้ทำความตกลงอื่นๆ โดยให้เอกสิทธิในการบินผ่านและเอกสิทธิในการแวะลงโดยมิใช่วัตถุประสงค์เพื่อการค้า²¹ กล่าวคือ เสรีภาพการบินที่ 1 และ 2 แต่ไม่ได้หมายความว่าสายการบินจะสามารถใช้สิทธินั้นได้โดยทันที โดยหลักแล้วจะต้องขออนุญาตจากรัฐที่ต้องการจะทำการผ่านแดนหรือแวะลงเสียก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิแบบประจำได้ เนื่องจากรัฐนั้นได้มอบสิทธิให้แก่รัฐ ไม่ใช่ให้สายการบิน นอกจากนี้ การที่รัฐภาคีอาจจะรับ

¹⁸ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “สิทธิผ่านนำฟ้าอาณาเขต: หลักและข้อยกเว้น,” บทบัญญัติ, เล่ม 56, น. 114, (2543).

¹⁹ คำแปลจากราชกิจจานุเบกษา ต. 59 ล. 68, 25 ก.ย. 2494 น. 1347.

²⁰ International Air Service Transit Agreement, signed at Chicago, on 7 December 1944

²¹ ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน ข้อ 1 ตอนที่ 1 “Each contracting State grants to the other contracting States the following freedoms of the air in respect of scheduled international air services:

1. The privilege to fly across its territory without landing;
2. The privilege to land for non-traffic purposes.

The privileges of this section shall not be applicable with respect to airports utilized for military purposes to the exclusion of any scheduled international air services. In areas of active hostilities or of military occupation, and in time of war along the supply routes leading to such areas, the exercise of such privileges shall be subject to the approval of the competent military authorities.”

หรือเพิกถอนใบสำคัญ (Certificate) หรือใบอนุญาต (Permit) ที่ได้ให้แก่สายการบินได้ ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่า แม้รัฐภาคีจะได้มอบสิทธิให้แก่รัฐอื่นไปแล้ว แต่ยังคงออกใบสำคัญหรือใบอนุญาตให้แก่สายการบินในการใช้สิทธินั้นอีกครั้งหนึ่ง²² เว้นแต่ รัฐดังกล่าวจะมีกฎหมายยอมให้สายการบินของรัฐภาคีอื่นสามารถใช้สิทธิได้โดยไม่ต้องขออนุญาต²³

2) ความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ²⁴ (International Air Transport Agreement)²⁵

ความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศเป็นความตกลงในเรื่องสิทธิในการขนส่งทางอากาศ โดยในความตกลงนี้ได้ให้เสรีภาพทางอากาศในส่วนที่เกี่ยวกับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำแก่รัฐผู้ทำความตกลงอื่นๆ ในเสรีภาพการบินที่ 1-5 แต่ไม่ได้หมายความว่าสายการบินจะสามารถใช้สิทธินั้นได้โดยทันที โดยหลักแล้วจะต้องขออนุญาตจากรัฐภาคีอื่นเสียก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิแบบประจำได้ เนื่องจากรัฐนั้นได้มอบสิทธิให้แก่รัฐ ไม่ใช่ให้สายการบิน²⁶ นอกจากนี้รัฐภาคียังอาจจะรับหรือเพิกถอนใบสำคัญ (Certificate) หรือใบอนุญาต

²² ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน ข้อ 1 ตอนที่ 5 “Each contracting State reserves the right to withhold or revoke a certificate or permit to an air transport enterprise of another State ...”

²³ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 18*, น.118.

²⁴ คำแปลจากราชกิจจานุเบกษา ต. 59 ล. 68, 25 ก.ย. 2494, น. 1423.

²⁵ International Air Transport Agreement , signed at Chicago, on 7 December 1944

²⁶ ความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ ข้อ 1 ตอนที่ 1 “Each contracting State grants to the other contracting States the following freedoms of the air in respect of scheduled international air services:

1. The privilege to fly across its territory without landing;
2. The privilege to land for non-traffic purposes;
3. The privilege to put down passengers, mail and cargo taken on in the territory of the State whose nationality the aircraft possesses;
4. The privilege to take on passengers, mail and cargo destined for the territory of the State whose nationality the aircraft possesses;

(Permit) ที่ได้ให้แก่สายการบินได้ แสดงว่า แม้รัฐภาคีจะได้มอบสิทธิให้แก่รัฐอื่นไปแล้ว แต่ยังคงออกใบสำคัญหรือใบอนุญาตให้แก่สายการบินในการใช้สิทธินั้นอีกครั้งหนึ่ง²⁷

อย่างไรก็ตาม การตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบินเชิงพาณิชย์ในลักษณะพหุภาคีเช่นนี้ไม่ประสบความสำเร็จแต่อย่างใด เนื่องจากความไม่เท่าเทียมกันของอุตสาหกรรมการบินในประเทศต่างๆ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการได้เปรียบเสียเปรียบในเส้นทางบินที่มีกำไร รัฐต่างๆจึงนิยมที่จะแลกเปลี่ยนสิทธิการบินเชิงพาณิชย์ในระดับทวิภาคีมากกว่า

2.3.1.2 ความตกลงพหุภาคีระดับภูมิภาค

ปัจจุบันนี้ ได้ปรากฏให้เห็นการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินสำหรับบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำในลักษณะความตกลงพหุภาคีในระดับภูมิภาคมากขึ้น โดยลักษณะของการตกลงกันมักจะเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีเจตจำนงคล้ายๆกัน หรือมีแนวคิดในการวางนโยบายเกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศคล้ายกัน รวมทั้งศักยภาพของผู้ขนส่งของประเทศเหล่านั้นมักจะมีคามยิ่งใหญ่ทัดเทียมกันด้วย ซึ่งความตกลงลักษณะนี้ในปัจจุบัน เช่น ความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยการเปิดเสรีเที่ยวบินขนส่ง สินค้า/คนโดยสาร ทางอากาศ²⁸ บันทึกความเข้าใจสามเหลี่ยมเศรษฐกิจ ความตกลงน่านฟ้าเสรีในกลุ่มเอเปค เป็นต้น

5. The privilege to take on passengers, mail and cargo destined for the territory of any other contracting State and the privilege to put down passengers, mail and cargo coming from any such territory. ...”

²⁷ ความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ ข้อ 1 ตอนที่ 6 “Each contracting State reserves the right to withhold or revoke a certificate or permit to an air transport enterprise of another State ...”

²⁸ ปัจจุบันประเทศไทยได้ลงนามเข้าเป็นภาคีความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยการเที่ยวบินขนส่งสินค้าทางอากาศกับประเทศสิงคโปร์และบรูไน โดยมีข้อกำหนดร่วมกันว่า ทั้งสามประเทศ สามารถแต่งตั้งสายการบินที่กำหนดของตนได้ไม่จำกัดจำนวน ซึ่งสายการบินที่กำหนดของทั้งสามประเทศ สามารถบินขนส่งเฉพาะสินค้าจากประเทศของตนไปยังประเทศคู่ภาคีอื่นๆได้อย่างเสรี หรือมีสิทธิการบินเสรีภาพที่ 3 และ 4 ได้อย่างเต็มที่โดยไม่จำกัดจำนวนเที่ยวบิน เส้นทางบิน และแบบเครื่องบิน

2.3.2 ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศ²⁹ (Air Service Agreement)

การแลกเปลี่ยนสิทธิการบินเชิงพาณิชย์ตามความตกลงทวิภาคีนั้นว่าได้รับความนิยมมากที่สุด เพราะประเทศต่างๆ มักจะแลกเปลี่ยนกัน ในลักษณะต่างตอบแทน เนื่องจากประเทศเหล่านี้จะสามารถที่จะควบคุมการใช้สิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ และยังสามารถปรับข้อกำหนดของแต่ละสนธิสัญญา (โดยเฉพาะอย่างยิ่งระดับการเข้าสู่ตลาด) ให้เหมาะสมกับสภาพตลาดและความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างสองประเทศ จึงทำให้มีความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศเกิดขึ้นหลายพันฉบับ และมีลักษณะแตกต่างกันไป โดยมีตั้งแต่จำกัดที่สุดไปถึงเสรีที่สุด³⁰ โดยรูปแบบที่สรุปได้มี 3 รูปแบบ ได้แก่ แบบเบอร์มิวด้า แบบการกำหนดความจุความถี่ไว้ล่วงหน้า และแบบน่านฟ้าเปิด

ก. แบบเบอร์มิวด้า (Bermuda)

ความตกลงแบบเบอร์มิวด้าเป็นแบบที่รัฐเป็นผู้กำหนดเส้นทางบิน จำนวนสายการบินในเส้นทาง ควบคุมอัตราค่าโดยสารและค่าระวางสินค้า โดยแต่ละสายการบินจะมีอิสระในการกำหนดความจุความถี่เองแต่ต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์กว้างๆ ที่รัฐกำหนดให้

ความตกลงแบบนี้ที่ได้ทำขึ้นระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอังกฤษเป็นความตกลงแรก และกลายเป็นต้นแบบของความตกลงทวิภาคีให้กับอีกหลายชาติ และยังเป็นความตกลงทวิภาคีฉบับแรกที่มีการกล่าวถึงเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมของผู้ขนส่งทางอากาศ³¹

ความตกลงรูปแบบนี้ ปัจจุบันประเทศไทยได้จัดทำกับประเทศเดนมาร์ก สวีเดน นอร์เวย์ เป็นต้น

²⁹ คำแปลจากราชกิจจานุเบกษา ล. 74 ต. 73 ก, 3 ก.ย. 2500, น. 1276.

³⁰ George Middelorp, "Substantial Ownership and Effective Control of International Airlines: The Netherlands," <www.ejcl.org/64/art64-16.html>, January 2007.

³¹ Christopher Furlan, "Foreign Ownership and Control Restrictions in United States Airlines: Barrier to Mergers and Restructuring," document source from University of Miami School of Law

ข. แบบการกำหนดความจุความถี่ไว้ล่วงหน้า (Capacity Predetermination)

ความตกลงแบบการกำหนดความจุความถี่ไว้ล่วงหน้าเป็นแบบที่รัฐเป็นผู้กำหนดเส้นทางบิน จำนวนสายการบินในเส้นทาง ควบคุมอัตราค่าโดยสารและค่าระวางสินค้า ความจุ และความถี่ของเที่ยวบิน โดยให้สอดคล้องกับความต้องการของตลาด

ปัจจุบันประเทศไทยได้ทำความตกลงรูปแบบนี้กับประเทศต่างๆเป็นส่วนใหญ่ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ลาว ฝรั่งเศส เยอรมนี ออสเตรเลีย เกาหลีใต้ อังกฤษ อินเดีย บังคลาเทศ เป็นต้น

ค. แบบน่านฟ้าเปิด (Open-Skies Agreements)

ความตกลงน่านฟ้าเปิด คือ การให้สิทธิในการบินระหว่างกันโดยลดและ/หรือเลิกข้อกำหนดต่างๆในการขนส่งสินค้าและผู้โดยสารทางอากาศ เพื่อให้การขนส่งเป็นไปโดยเสรี

ความตกลงแบบนี้ปัจจุบันประเทศไทยได้จัดทำกับ สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ มาเลเซีย บาห์เรน ศรีลังกา เป็นต้น

2.3.3 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS)

ความตกลง GATS มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นกรอบพหุภาคีของหลักการ (principle) และกฎระเบียบ (rules) สำหรับการค้าบริการ เพื่อให้การค้าบริการขยายตัวบนพื้นฐานของความโปร่งใส (transparency) และการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าโดยลำดับ (progressive liberalization) ซึ่งการเปิดเสรีอย่างค่อยเป็นค่อยไปหรือแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ จะดำเนินการโดยการเจรจาพหุภาคีเป็นรอบๆ (rounds) ทุกๆ 5 ปี นอกจากนี้ยังเป็นการส่งเสริมการเติบโตทางเศรษฐกิจของสมาชิกทั้งปวง รวมทั้งส่งเสริมให้ประเทศกำลังพัฒนามีส่วนร่วมเพิ่มขึ้นในการค้าบริการและให้ประเทศเหล่านี้มีความสามารถในการให้บริการที่แข็งแกร่งและมีประสิทธิภาพมากขึ้น

พันธกรณีของความตกลง GATS มีหลักการอยู่ด้วยกันทั้งสิ้น 17 ข้อ แต่หลักการที่มีความสำคัญอย่างมากและถือเป็นหลักการพื้นฐานที่บังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามที่ได้แก่

1. หลักการการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment: MFN) หลัก MFN³² หมายความว่า หากประเทศสมาชิกหนึ่งใช้มาตรการที่เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดหรือการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติใดกับผู้ขายบริการหรือการบริการของสมาชิกใดสมาชิกหนึ่ง ก็ต้องใช้เงื่อนไขและข้อจำกัดเดียวกันกับสมาชิกอื่นทั้งหมด และหากลดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการค้าบริการให้แก่สมาชิกใด ก็ต้องลดเงื่อนไขและข้อจำกัดในระดับเดียวกันให้แก่ผู้ขายบริการและการบริการของสมาชิกอื่นทั้งหมดเช่นเดียวกัน³³

2. หลักความโปร่งใส (transparency) ความตกลง GATS กำหนดให้รัฐสมาชิกมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักความโปร่งใส 3 ประการ ประการแรก รัฐต้องเปิดเผยกฎหมายเกี่ยวกับการค้าบริการ ระเบียบข้อบังคับ และมาตรการที่ใช้บังคับใดๆ ต่อสาธารณะโดยทันที³⁴ ประการที่สอง รัฐสมาชิกจะต้องแจ้งคณะมนตรีด้านการค้าบริการให้ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ หรือนโยบายที่อาจมีผลกระทบต่อการค้าบริการที่กำหนดภายใต้ความตกลงอย่างน้อยปีละครั้ง³⁵ และประการสุดท้าย รัฐสมาชิกมีหน้าที่ตั้งศูนย์ตอบข้อซักถาม เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกอื่นๆ สามารถสอบถามข้อมูลต่างๆ ที่ต้องการได้³⁶

³² ความตกลง GATS ข้อ 2 วรรคหนึ่ง “With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.”

³³ กฤต ไกรจิตติ, “กฎหมายอนุวัติการความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของ WTO,” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 26, น. 3 (ตุลาคม 2550).

³⁴ ความตกลง GATS ข้อ 3 วรรคหนึ่งและวรรคสอง “1. Each Member shall publish promptly and, except in emergency situations, at the latest by the time of their entry into force, all relevant measures of general application which pertain to or affect the operation of this Agreement. International agreements pertaining to or affecting trade in services to which a Member is a signatory shall also be published.

2. Where publication as referred to in paragraph 1 is not practicable, such information shall be made otherwise publicly available.”

³⁵ ความตกลง GATS ข้อ 3 วรรคสาม “Each Member shall promptly and at least annually inform the Council for Trade in Services of the introduction of any new, or any

สำหรับสาขาบริการภายใต้ความตกลง GATS จะแบ่งออกเป็น 12 สาขา ซึ่งรวมทั้งสาขาบริการด้านการขนส่ง สำหรับการขนส่งทางอากาศ จะมีภาคผนวกเฉพาะเพื่อกำหนดขอบเขตของการใช้ความตกลง GATS บังคับแก่การขนส่งทางอากาศ โดยภาคผนวกว่าด้วยการขนส่งทางอากาศจะมีสถานะเช่นเดียวกับความตกลง GATS³⁷ ซึ่งได้กำหนดการบังคับใช้ความตกลงกับการขนส่งทางอากาศ ดังต่อไปนี้

1. ภาคผนวกนี้จะใช้กับมาตรการที่มีผลกระทบกับการค้าบริการขนส่งทางอากาศไม่ว่าแบบประจำหรือไม่ประจำ

2. ความตกลง GATS รวมถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทจะไม่นำมาบังคับใช้กับมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิการบิน หรือการบริการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิการบิน³⁸

changes to existing, laws, regulations or administrative guidelines which significantly affect trade in services covered by its specific commitments under this Agreement.”

³⁶ ความตกลง GATS ข้อ 3 วรรคสี่ “Each Member shall respond promptly to all requests by any other Member for specific information on any of its measures of general application or international agreements within the meaning of paragraph 1. Each Member shall also establish one or more enquiry points to provide specific information to other Members, upon request, on all such matters as well as those subject to the notification requirement in paragraph 3. Such enquiry points shall be established within two years from the date of entry into force of the Agreement Establishing the WTO (referred to in this Agreement as the “WTO Agreement”). Appropriate flexibility with respect to the time-limit within which such enquiry points are to be established may be agreed upon for individual developing country Members. Enquiry points need not be depositories of laws and regulations.”

³⁷ ความตกลง GATS ข้อ 29 “The Annexes to this Agreement are an integral part of this Agreement.”

³⁸ ภาคผนวกว่าด้วยการบริการขนส่งทางอากาศ วรรคสอง “The Agreement, including its dispute settlement procedures, shall not apply to measures affecting:

- (a) traffic rights, however granted; or
- (b) services directly related to the exercise of traffic rights ...”

3. บังคับใช้กับการบริการขนส่งทางอากาศ 3 รูปแบบเท่านั้น คือ การบริการซ่อมและบำรุงรักษาอากาศยาน การขายและการตลาดของการขนส่งทางอากาศ และระบบการสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์³⁹

จากขอบเขตการบังคับใช้ความตกลง GATS กับบริการขนส่งทางอากาศข้างต้น จะเห็นได้ว่าความตกลง GATS จะไม่นำมาใช้กับธุรกิจการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นบริการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิการบิน กล่าวคือ คำว่า “สิทธิการบิน” ตามความหมายภายใต้ความตกลง GATS⁴⁰ หมายถึง สิทธิของการบริการแบบประจำและไม่ประจำที่จะดำเนินการ และ/หรือ รับขนผู้โดยสาร สินค้า และไปรษณียภัณฑ์ เพื่อรายได้หรือค่าเช่าจากจุดหนึ่งไปยังอีกจุดหนึ่งภายในหรือเหนืออาณาเขตของประเทศสมาชิก รวมถึงจุดที่ให้บริการ เส้นทางที่ให้บริการ ประเภทของการจราจรที่รับขน ความจุที่ให้บริการ ราคาที่เรียกเก็บและเงื่อนไขการเรียกเก็บ และหลักเกณฑ์ในการกำหนดสายการบินรวมทั้งกฎเกณฑ์ด้านจำนวนสายการบิน กรรมสิทธิ์และการควบคุม⁴¹

ส่วนสาเหตุสำคัญที่ทำให้ไม่อาจกำหนดให้การเจรจาสิทธิการบินอยู่ภายใต้ความตกลง GATS ได้ก็เนื่องด้วยความไม่ลงรอยกันของกฎเกณฑ์ทวิภาคีว่าด้วยการบริการเดินอากาศและนโยบายเกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศในปัจจุบัน กับหลักการ MFN และหลัก

³⁹ ภาคผนวกว่าด้วยการบริการขนส่งทางอากาศ วรรคสาม “The Agreement shall apply to measures affecting: (a) aircraft repair and maintenance services; (b) the selling and marketing of air transport services; (c) computer reservation system (CRS) services.”

⁴⁰ ภาคผนวกว่าด้วยการบริการขนส่งทางอากาศ วรรคหก “(d) ‘Traffic rights’ mean the right for scheduled and non-scheduled services to operate and/or to carry passengers, cargo and mail for remuneration or hire from, to, within, or over the territory of a Member, including points to be served, routes to be operated, types of traffic to be carried, capacity to be provided, tariffs to be charged and their conditions, and criteria for designation of airlines, including such criteria as number, ownership, and control.”

⁴¹ คำแปลอย่างไม่เป็นทางการตามที่ปรากฏใน คำแปลกรรมสารสุดท้าย รวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, ตุลาคม 2537)

ความโปร่งใสของความตกลง GATS กล่าวคือ ภาคการขนส่งทางอากาศเป็นอุตสาหกรรมพิเศษที่ควบคุมโดยหลักการของตนเอง และแยกจากภาคธุรกิจอื่นๆ ดังนั้นกระบวนการความเสรีในการขนส่งทางอากาศจึงเป็นไปโดยอุตสาหกรรมของมันเองและระบบปัจจุบันของการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินในลักษณะต่างตอบแทนโดยผ่านความตกลงทวิภาคี ไปสู่ความตกลงภูมิภาค และความตกลงหลายฝ่ายในระหว่างประเทศที่มีเจตจำนงคล้ายกัน (Like-minded Countries) แม้ว่าจะเป็นไปอย่างช้าๆ แต่ก็สามารถเป็นไปในทางที่ดี แท้จริงแล้วในความตกลงดังกล่าวจะปรากฏให้เห็นหลักการ MFN และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอยู่บ้าง แต่รัฐก็สามารถที่จะเลือกทำความตกลงได้ว่าจะทำกับประเทศใด เพราะสาเหตุสำคัญที่ทำให้รัฐส่วนใหญ่ไม่พร้อมที่จะปฏิบัติตามระบบปัจจุบันไปสู่หลักเกณฑ์ภายใต้ความตกลง GATS เช่นนี้ก็เนื่องด้วยเหตุผลทางด้านความมั่นคงของชาติ และการคำนึงถึงความอยู่รอดผู้ขนส่งของชาติตน รัฐต่างๆจึงต้องมีการพิจารณาการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินกับประเทศที่เกี่ยวข้องเป็นกรณีๆไป ซึ่งในบางครั้งอาจให้สิทธิกับประเทศหนึ่งมากกว่าอีกประเทศหนึ่งได้หากว่าประเทศนั้นไม่เป็นปฏิปักษ์ทางด้านการเมืองหรือเศรษฐกิจกับประเทศของตน

อย่างไรก็ตาม มีผู้กล่าวว่าท้ายที่สุดแล้ว การเจรจาเกี่ยวกับสิทธิการบินคงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะอยู่ภายใต้ความตกลง GATS⁴² (แต่คงไม่ได้เกิดขึ้นในเร็วนี้แน่นอน) และจะเป็นเครื่องมือที่จะทำให้ความเสรีในการขนส่งทางอากาศบรรลุผลอย่างแท้จริง เนื่องจากว่าระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศในทุกวันนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวคิด “การค้าเสรี” หมายถึง มีเป้าหมายที่จะลดการแทรกแซงของรัฐบาลในการขยายตัวทางการค้าข้ามชาติ และการจะไปถึงจุดในความเสรีอย่างเต็มรูปแบบเช่นนั้นได้ก็ด้วยการที่เศรษฐกิจทั้งหมดได้มีการรวบรวมอยู่ภายใต้

⁴² ผู้แทนจากกระทรวงคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความเห็นว่า หากจะดำเนินกระบวนการความเสรีในการเจรจาสิทธิการบินภายใต้กรอบความตกลง GATS จะต้องมีการบางอย่างมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือ ข้อเสนอใดที่จะเพิ่มหรือแทนที่ระบบการแลกเปลี่ยนและการใช้สิทธิการขนส่งที่เป็นอยู่นั้น จะต้องผ่านบททดสอบสองประการ ประการแรกจะต้องไม่เกิดความเสี่ยงต่อการกระทบกับสิทธิในปัจจุบันที่ได้มีการประกอบการอยู่แล้วภายใต้ระบบต่างตอบแทน และประการที่สอง จะต้องแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาอย่างชัดเจนซึ่งไม่อาจได้รับภายใต้กฎเกณฑ์ทวิภาคี ภูมิภาค และพหุภาคีที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน see Isabelle Lelieur, Law and Policy of Substantial Ownership and Effective Control of Airlines: Prospect for Change, (England: Ashgate Publishing Limited, 2003), p.137.

ระบบความเสรีเดียวกันเท่านั้น⁴³ และหากสามารถเจรจาสิทธิการบินให้เกิดความเสรีได้แล้ว
ข้อกำหนดในด้านสัญชาติของสายการบินก็จะสามารถที่จะถูกขจัดออกไปได้

2.4 สัญชาติของสายการบิน

สัญชาติของสายการบินนั้นเป็นผลของหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ
เหนือดินแดนของรัฐโดยตรง ในยุคแรก เมื่อนานฟ้าปิด รัฐต่างๆอาศัยความตกลงทวิภาคีเพื่อ
ควบคุมการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำและ
เพื่อคงไว้ซึ่งบทบาทอย่างสำคัญของสายการบินแห่งชาติ⁴⁴ ซึ่งเมื่อรัฐหนึ่งได้ยินยอมให้เสรีภาพใน
การเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำแก่อีกรัฐหนึ่งแล้ว รัฐที่ได้รับสิทธินั้นจึงต้องกำหนดสาย
การบินที่จะเป็นผู้ใช้สิทธิตามความตกลง หรือเรียกว่า สายการบินที่กำหนด (Designated Airline)
ของรัฐนั้น แล้วแจ้งการกำหนดสายการบินดังกล่าวแก่รัฐคู่ภาคี และเมื่อรัฐคู่ภาคีได้รับการแจ้งการ
กำหนดสายการบินแล้ว จะต้องอนุญาตให้สายการบินนั้นสามารถดำเนินการได้โดยไม่ชักช้า แต่
เพื่อความมั่นใจว่าสายการบินที่จะเป็นผู้ใช้สิทธิการบินที่ได้มาจากการตกลงระหว่างรัฐภาคีเป็น
สายการบินของรัฐภาคีจริง ไม่ใช่ของประเทศที่สามที่อยู่นอกเหนือความตกลง⁴⁵ จึงต้องมีการ
กำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาสัญชาติของสายการบินนั้น โดยความตกลงว่าด้วยบริการ
เดินอากาศส่วนใหญ่จะกำหนดหลักเกณฑ์ว่า สายการบินนั้นจะต้องมีรัฐหรือคนชาติของรัฐคู่ภาคี
ในความตกลงถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ (Substantial

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Peter Francis Humele, "The Withering of Foreign Ownership Restrictions and the Rise of Competition in the North American Airline Industry," (Master of Laws thesis, McGill University, 1996), p.23.

⁴⁵ Anneloes Dikkerboom, "'Nationality of Aircraft' and 'Nationality of Airlines' in the Perspective of Globalization," (Master of Laws thesis, McGill University, 1994), p.63, see also H. Peter van Fenema, "Substantial Ownership and Effective Control as Air Political Criteria," in Air and Space Law: De Lege Ferenda Essays in Honour of Henry A. Wassenbergh, ed. International Institute of Air and Space Law, Leiden University (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p. 27.

Ownership and Effective Control⁴⁶) ในสายการบิน มิเช่นนั้นแล้ว รัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่งหนึ่งมีสิทธิที่จะพักใช้หรือเพิกถอนการอนุญาตให้ดำเนินการได้

อุตสาหกรรมสายการบินอยู่บนพื้นฐานการกำหนดว่าสายการบินนั้นต้องมีกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเป็นของรัฐหรือคนชาติของรัฐนั้นมานานกว่า 60 ปีแล้ว ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ได้มีการมองว่าเป็นการสกัดกั้นการลงทุนจากต่างชาติในธุรกิจสายการบินที่ต้องการจะเจริญเติบโตและแนวคิดเรื่องเสรีในการเดินอากาศทั่วโลก จึงได้มีผู้พยายามเสนอกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่เพื่อที่จะส่งเสริมและพัฒนาอุตสาหกรรมสายการบินให้เกิดความเสรีในการเดินอากาศอย่างแท้จริง

ดังนั้นในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาเรื่องสัญชาติของสายการบินโดยแบ่งออกเป็น 4 เรื่องหลักๆ ได้แก่ ความเป็นมา การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมเพื่อการพิจารณาสัญชาติของสายการบิน ปัญหาของการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติของสายการบิน และข้อเสนอขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ

2.4.1 ความเป็นมา

ประเด็นเรื่องสัญชาติชาติของสายการบินนั้นมีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเป็นครั้งแรกในที่ประชุมอนุสัญญาชิคาโก เมื่อปีค.ศ. 1944 แต่ไม่ประสบความสำเร็จจึงไม่ได้มีการกำหนดเกณฑ์ในเรื่องนี้ลงในอนุสัญญา แต่จากอนุสัญญานี้ก็นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการกำหนดข้อกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบินในความตกลงฉบับอื่นๆตามมามีคือ ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน ซึ่งเป็นความตกลงฉบับแรกที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญชาติของสายการบินไว้ และหลังจากนั้น ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นว่านี้ในความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการบริการเดินอากาศ ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายถึงความเป็นมาตามลำดับ ดังนี้

⁴⁶ ผู้เขียนแปลคำว่า “effective control” ว่า “การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ” ซึ่งต่างจากคำแปลของกรมการขนส่งทางอากาศที่แปลว่า “การควบคุมอันแท้จริง” เนื่องจาก มีกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ด้วย ได้ใช้คำว่า “actual control” ซึ่งคำนี้ ผู้เขียนได้แปลว่า “การควบคุมอันแท้จริง” ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสน ผู้เขียนจึงขอใช้คำแปลของคำดังกล่าวต่างออกไป

2.4.1.1 อนุสัญญาชิคาโก

เมื่อครั้งที่ได้มีการประชุม ณ เมืองชิคาโก ในปีค.ศ. 1944 ผู้แทนจากประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เป็นผู้เสนอในที่ประชุมว่า ให้รัฐใดที่มีสิทธิที่จะพักการอนุญาตให้ทำการบินเหนือดินแดนของสายการบินต่างด้าวในกรณีที่กรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมไม่ได้อยู่ในมือคนชาติของรัฐภาคีอนุสัญญา เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีความกังวลเกี่ยวกับรัฐหรือคนชาติของรัฐที่เป็นศัตรูทั้งในอดีตและปัจจุบันและต้องการจะทราบว่ามีใครเป็นผู้เกี่ยวข้องอยู่ตลอดเวลา ซึ่งการให้สิทธิหรือการอนุญาตให้กับประเทศใดประเทศหนึ่งนั้นจะต้องคำนึงถึงสัมพันธภาพระหว่างกัน ไม่ใช่ลักษณะของการระบายสิทธิ⁴⁷ และประเทศอังกฤษก็สนับสนุนแนวคิดนี้ โดยผู้แทนจากประเทศอังกฤษได้กล่าวว่าบริษัทของชาติควรจะเป็นบริษัทของชาติจริงๆ รัฐบาลไม่ควรที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถลงทุนในบริษัทเพื่อที่จะได้เป็นผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ได้⁴⁸ แต่ข้อเสนอเหล่านี้ได้มีการคัดค้านอย่างรุนแรงจากผู้แทนจากประเทศเอลซัลวาดอร์ เนื่องจากเห็นว่าการประกอบกิจการขนส่งทางอากาศต้องใช้เงินลงทุนอย่างสูง ประเทศเล็กๆ อาจต้องลงทุนร่วมกันจัดตั้งสายการบิน ดังนั้น กรรมสิทธิ์และการควบคุมเหนือสายการบินอาจตกอยู่แก่หลายประเทศจึงไม่สอดคล้องกับการกำหนดหลักเกณฑ์นี้ ดังนั้นที่ประชุมจึงหลีกเลี่ยงไม่ระบุหลักเกณฑ์นี้ไว้ในอนุสัญญาชิคาโก⁴⁹

⁴⁷ The United States said “We have to problems – the problem of ex-enemy or present enemy states or nationals, and the problem of knowing who we are dealing with at all times. Rights and permits are conceded by a country or countries to another country or countries as part of friendly relations and not for the purpose of being peddled. For example, we would not care to have a group of Germans go abroad and use ill-gotten gains to purchase aircraft and utilize rights we might have accorded to a friendly state to fly into the United States.” See Anneloes Dikkerboom, *supra* note 45, p.65.

⁴⁸ The United Kingdom said “A national company should be a national company: we do not want any undesirable people doing the kind of things the United States said; no government should allow any foreign interest to have a majority shareholding.” *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.* และดู ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่* 9, น. 42-43.

อย่างไรก็ดี อนุสัญญาชิคาโกได้สร้างกฎเกณฑ์พื้นฐานสำหรับการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำจากข้อ 1 แห่งอนุสัญญาที่ได้ยอมรับหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศของรัฐ ข้อ 5⁵⁰ ได้อนุญาตให้การเดินอากาศระหว่างประเทศแบบไม่ประจำนั้นสามารถดำเนินการได้อย่างไม่มีข้อจำกัด (ตามกฎหมายที่ใดๆของประเทศที่กำหนด) ข้อ 6⁵¹ ได้กำหนดให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐที่ต้องการจะบินเหนือหรือเข้าไปในอาณาเขตของรัฐนั้นด้วย ดังนั้น จากข้อ 6 นี้จึงอาจมองได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการตกลงกันในความตกลงอื่นๆที่ตามมา เนื่องจากได้กำหนดให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐแต่ละรัฐ⁵²

⁵⁰ อนุสัญญาชิคาโก ข้อ 5 “Each contracting State agrees that all aircraft of the other contracting States, being aircraft not engaged in scheduled international air services shall have the right, subject to the observance of the terms of this Convention, to make flights into or in transit non-stop across its territory and to make stops for non-traffic purposes without the necessity of obtaining prior permission, and subject to the right of the State flown over to require landing. Each contracting State nevertheless reserves the right, for reasons of safety of flight, to require aircraft desiring to proceed over regions which are inaccessible or without adequate air navigation facilities to follow prescribed routes, or to obtain special permission for such flights.

Such aircraft, if engaged in the carriage of passengers, cargo, or mail for remuneration or hire on other than scheduled international air services, shall also, subject to the provisions of Article 7, have the privilege of taking on or discharging passengers, cargo, or mail, subject to the right of any State where such embarkation or discharge takes place to impose such regulations, conditions or limitations as it may consider desirable.”

⁵¹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17.

⁵² Daniel C. Hedlund, “Toward Open Skies: Liberalizing Trade in International Airline,” 267.

นอกจากนี้ข้อ 7⁵³ แห่งอนุสัญญาฯ ยังยอมรับว่าแต่ละชาติมีสิทธิที่จะสงวนการอนุญาต การขนส่งคนโดยสาร ไปรษณีย์ภัณฑ์ หรือสินค้า เพื่อสินจ้างหรือค่าเช่ากันระหว่างจุดสองจุดในรัฐ นั้นไว้สำหรับสายการบินแห่งชาติ กล่าวคือ แต่ละรัฐอาจสงวนสิทธิการบินภายในประเทศ (cabotage) ไว้สำหรับผู้ขนส่งของชาติ และข้อ 17⁵⁴ แห่งอนุสัญญาฯ ica ที่ได้กล่าวถึงสัญชาติ ของอากาศยาน โดยถือตามสถานที่ที่จดทะเบียน แม้ว่าในข้อนี้จะไม่ได้ตอบคำถามที่ว่าใครเป็น เจ้าของอากาศยานโดยตรง แต่เป็นที่ชัดเจนว่าอนุสัญญาฯ จะพิจารณาบริการเดินอากาศระหว่าง ประเทศแบบประจำว่ามีความเกี่ยวโยงอันแน่นแฟ้น (strong link) กับประเทศต้นกำเนิดซึ่งก็คือผู้ ขนส่งที่ชักธงหรือไม่ ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าอนุสัญญาฯ ได้ยอมรับเป็นนัยๆ ว่าแต่ละประเทศมีสิทธิใน การตั้งข้อกำหนดด้านสัญชาติในสายการบินของตน⁵⁵

2.4.1.2 ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน

ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน เป็นความตกลงแรกที่มี การกำหนดข้อพิจารณาด้านสัญชาติของสายการบิน โดยข้อ 1 ตอนที่ 5 ได้กำหนดว่า

Each contracting State reserves the right to withhold or revoke a certificate or permit to an air transport enterprise of another State in any case where it is not satisfied that substantial ownership and effective control are vested in nationals of a contracting State, ...

⁵³ อนุสัญญาฯ ica ข้อ 7 “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.”

⁵⁴ อนุสัญญาฯ ica ข้อ 17 “Aircraft have the nationality of the State in which they are registered.”

⁵⁵ George Middeldorp, “Substantial Ownership and Effective Control of International Airlines: The Netherlands,” *supra* note 30, p.273.

จากข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินตามความตกลงนี้ถือได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นพื้นฐานของการกำหนดข้อกำหนดสัญชาติของสายการบินในความตกลงเกี่ยวกับการเดินอากาศฉบับอื่นๆตามมา

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า สายการบินที่สามารถที่จะเป็นผู้ใช้สิทธิตามความตกลงนี้ ไม่ต้องเป็นสายการบินที่กำหนดก็ได้ เพียงแต่เป็นผู้ขนส่งของรัฐที่เข้าร่วมทำความตกลงเท่านั้น

2.4.1.3 ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศ

ในช่วงเวลาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 เมื่อการบินพลเรือนระหว่างประเทศเจริญเติบโตขึ้นอย่างกว้างขวางและมีขอบเขต รัฐต่างๆได้ใช้สิทธิในการระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาตสายการบินต่างดาว หรืออนุญาตให้ประกอบการบินอากาศภายในห้วงอากาศของชาติตน ซึ่งเป็นการวางกฎเกณฑ์การขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐที่จำกัดการลงทุนจากต่างดาวในผู้ขนส่งที่ชักธงของรัฐตน โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญชาติของสายการบิน (ซึ่งมีพื้นฐานมาจากข้อ 1 ตอนที่ 5 แห่งความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน) ในความตกลงทวิภาคีที่เกี่ยวกับสิทธิการบินด้วย ดังนั้น สายการบินของรัฐที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาจะไม่ได้รับประโยชน์จากการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินทวิภาคี ครั้งแรกที่มีการลงนามในข้อตกลงทวิภาคี คือการลงนามระหว่างสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ในปี ค.ศ.1946 เป็นลักษณะความตกลงแบบเบอร์มิวด้า หลังจากนั้นได้กลายเป็นต้นแบบทำให้ในการเจรจาสิทธิการบินระหว่างรัฐต้องมีข้อตกลงที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน ซึ่งความตกลงทั่วไปได้กำหนดไว้ในทำนองที่ว่า

Each Contracting Party shall have the right to refuse to accept the designation of airline(s) and to refuse to grant the operating authorization ... whenever the said Contracting Party has no proof that a preponderant part of the ownership and effective control of that airline(s) are vested in the Contracting Party designating the airline(s) or in its nationals.

นอกจากนี้ข้อกำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมในสายการบิน ยังแผ่ขยายไปถึงกฎหมายภายในของรัฐต่างๆด้วย อาจกล่าวได้ว่า ข้อกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมของคน

ชาติในสายการบินนั้นไม่ได้มาจากการที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้ แต่เกิดมาจากทางปฏิบัติของแต่ละรัฐมานานกว่า 50 ปีแล้ว⁵⁶

อย่างไรก็ดี แม้ว่าปัจจุบันนี้ การเจรจาแลกเปลี่ยนสิทธิการบินในรูปแบบความตกลงน่านฟ้าเสรีจะมีมากขึ้น แต่หากพิจารณาถึงเนื้อหาของความตกลงแล้วจะเห็นได้ว่าความตกลงในรูปแบบนี้ยังไม่ถือว่าเสรีอย่างแท้จริง เนื่องจากยังคงมีข้อจำกัดด้านสัญชาติของสายการบินอยู่

2.4.2 การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมเพื่อการพิจารณาสัญชาติของสายการบิน

การพิจารณาสัญชาติของสายการบินโดยใช้หลักเกณฑ์เรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญ และการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพนั้นนับว่าได้รับความนิยมน้อยกว่าหลายมากที่สุดในที่ได้จากการมีข้อกำหนดนี้ในความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศมากมายหลายฉบับ อีกทั้งเพื่อให้เป็นไปตามความตกลง ประเทศต่างๆจึงได้มีข้อกำหนดในกฎหมายและนโยบายภายในให้สายการบินที่กำหนดของตนจะต้องมีคุณสมบัติสอดคล้องกับข้อกำหนดในเรื่องนี้เพื่อการพิจารณาของรัฐคู่ภาคีในการอนุญาตให้สายการบินดังกล่าวสามารถใช้สิทธิตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ได้ทำกันได้ (ในเรื่องนี้ผู้เขียนจะศึกษาต่อไปในบทที่ 3) ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาเกี่ยวกับความหมาย ความสำคัญ รวมทั้งข้อดีและข้อเสียของการกำหนดหลักเกณฑ์นี้ ดังต่อไปนี้

2.4.2.1 ความหมาย

สำหรับความหมายของคำว่า “กรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญ” และ “การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ” นั้นไม่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวข้องกับการเดินอากาศใดไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาชิคาโก ความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศ หรือความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ได้อธิบายความหมายของคำดังกล่าวไว้ และยังไม่มีการยอมรับเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในคำจำกัดความของข้อความเหล่านี้

ในสังคมระหว่างประเทศ กรรมสิทธิ์ของสายการบินเป็นที่เข้าใจได้โดยทั่วกันว่าหมายถึงความเป็นเจ้าของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในสายการบิน และกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญนั้น

⁵⁶ Isabelle Lelieur, Law and Policy of Substantial Ownership and Effective Control of Airlines: Prospect for Change, *supra* note 42, p. 3.

โดยปกติแล้วจะเท่ากับการเป็นเจ้าของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงมากกว่าร้อยละ 50 โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าเอกชนหรือมหาชนจะเป็นเจ้าของ ในอดีต รัฐบาลมักจะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญส่วนใหญ่ในสายการบินในฐานะผู้ขนส่งของชาติ จึงไม่ต้องคำนึงถึงกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าว แต่ในปัจจุบันเมื่อรัฐให้เอกชนดำเนินอุตสาหกรรมสายการบิน หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงส่วนใหญ่ในสายการบินจึงเป็นของภาคเอกชน จากสถานการณ์นี้ทำให้จำนวนร้อยละของกรรมสิทธิ์ในหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในสายการบินนั้นไม่ใช่สิ่งจำเป็นในการตัดสินใจเรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญอีกต่อไป เช่น ถ้าผู้ถือหุ้นต่างด้าวคนละสัญชาติกันมาถือหุ้นในสายการบินรวมกันได้ร้อยละ 60 ส่วนที่เหลืออีกร้อยละ 40 เป็นของรัฐก็ถือว่าสายการบินยังเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐนั้นอยู่เพราะถือเป็นกรรมสิทธิ์ส่วนสำคัญที่สุด⁵⁷ แต่ส่วนใหญ่แล้วประเทศต่างๆ มักกำหนดร้อยละของกรรมสิทธิ์ตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปจนกระทั่งถึงมากกว่าร้อยละ 76 เพื่อความมั่นใจว่าจะได้รับการยอมรับว่าเป็นกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญอย่างแท้จริง⁵⁸

สำหรับการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ การควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบินไม่ได้ขึ้นอยู่กับจำนวนผู้ควบคุมแต่ขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นผู้ควบคุมในสายการบินอย่างแท้จริง อันอาจนี้โดยปกติแล้วมักเป็นของคณะกรรมการบริษัทหรือผู้บริหารระดับสูงของบริษัทซึ่งมิใช่ผู้ถือหุ้น ซึ่งข้อเท็จจริงที่ใช้ในการตัดสินใจเรื่องการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพของแต่ละประเทศจะแตกต่างกันไปตามขอบเขตของกฎหมาย

2.4.2.2 ความสำคัญ

การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพนั้นก็เพื่อให้รัฐคู่ภาคีความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศสามารถที่จะพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงระหว่างสายการบินกับรัฐได้ กล่าวคือ หากสายการบินมีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์เช่นนี้ รัฐคู่ภาคีอาจพักใช้หรือเพิกถอนการอนุญาตสายการบินที่กำหนดให้ใช้สิทธิตามความตกลงได้ เช่น ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศไทยและสวีเดน ข้อ 6 ที่กำหนดว่า

Each Contracting Party reserves the right to withhold or revoke the exercise of the rights specified in the Annex to this Agreement by an airline

⁵⁷ *Ibid.*, p.4.

⁵⁸ H. Peter van Fenema, "Substantial Ownership and Effective Control as Air Political Criteria," *supra* note 45, p.28.

designated by the other Contracting Party in the event it is not satisfied that substantial ownership and effective control of such airline are vested in nationals of the other Contracting Party, or in case of failure by the designated airline to comply with the laws and regulations of the Contracting Party over whose territory it operates as described in Article 5 hereof, or otherwise to fulfil the conditions under which the rights are granted in accordance with this Agreement.

อย่างไรก็ดี การกำหนดหลักเกณฑ์นี้จะมีข้อยกเว้นในกรณีที่ได้ทำความตกลงกับประเทศที่ไม่ได้เป็นรัฐอธิปไตย เช่น มาเก๊า โดยจะแทนที่ด้วยข้อกำหนดในเรื่องสถานที่จดทะเบียนและสถานประกอบการแห่งใหญ่⁵⁹

2.4.2.3 ข้อดีและข้อเสีย

การมีข้อกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมเพื่อการพิจารณาสัญชาติของสายการบินในการเป็นผู้ใช้สิทธิตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศนั้นมีทั้งข้อดีและข้อเสียหลายประการ ซึ่งผู้เขียนสรุปได้ดังต่อไปนี้

ข้อดี

1) ด้านผลประโยชน์ของชาติ รัฐต่างๆสามารถที่จะปกป้องผลประโยชน์ของชาติเนื่องจากรัฐทุกรัฐนั้นมองว่าการบินนั้นเป็นเรื่องที่มีผลกระทบกับความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของชาติ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องสนับสนุนและรักษาสายการบินของตนเองไว้

2) ด้านนโยบายของรัฐ รัฐบาลของรัฐต่างๆสามารถที่จะใช้การควบคุมเหนือสายการบินที่กำหนดของตนเพื่อให้ทำตามนโยบายการบินหรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆได้ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดเพื่อวัตถุประสงค์ของการรักษากองทุนของกองทัพอากาศเพื่อใช้ในยามสงคราม

⁵⁹ ตัวอย่างความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศฟินแลนด์และมาเก๊า ข้อ 4 “The aeronautical authorities of each Contracting Party shall have the right to refuse to grant or to revoke an operating authorization or to suspend the exercise of the rights...

a) 1. in the case of the Government of Finland, in any case where it is not satisfied that that airline is incorporated and has its principal place of business in Macau;”

3) สามารถป้องกันไม่ให้รัฐที่สามแฝงใช้สิทธิการบินที่ได้ทำกับอีกรัฐหนึ่งได้

4) เป็นการป้องกันปัญหาเรื่องธงสะดวก⁶⁰ ทำให้สายการบินไม่สามารถหลีกเลี่ยงไปก่อตั้งในประเทศที่มีมาตรฐานความปลอดภัยต่ำกว่าได้ อย่างไรก็ตาม เรื่องนี้อาจไม่เกิดปัญหาได้เนื่องจากตามปกติแล้วการที่สายการบินจะไปก่อตั้งในประเทศใด ย่อมจะคำนึงถึงสิทธิการบินที่ประเทศนั้นๆ ได้รับเป็นสำคัญ กล่าวคือจะพิจารณาเส้นทางบินที่มีกำไรยิ่งกว่าพิจารณาด้านมาตรฐานความปลอดภัยที่ต่ำกว่า

ข้อเสีย

1) รัฐที่ไม่มีสายการบินที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศของตนเอง ไม่สามารถที่จะกำหนดให้สายการบินจากรัฐที่สามมาใช้สิทธิการบินของรัฐตนได้⁶¹

2) เป็นการจำกัดจำนวนเงินทุนของที่สายการบินอาจได้รับจากประเทศอื่น

3) เป็นการป้องกันผู้ขนส่งจากการรวมกิจการหรือการครอบงำกิจการของผู้ขนส่งในประเทศอื่น ซึ่งกรณีนี้ ผู้ขนส่งของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถที่จะขยายกิจการโดยการควบรวมกิจการกับผู้ขนส่งภายในประเทศได้เนื่องจากเป็นเครือข่ายผู้ขนส่งภายในประเทศที่ใหญ่มาก ขณะที่สายการบินในทวีปยุโรป เอเชีย และละตินอเมริกา ไม่สามารถที่จะเติบโตไปในทิศทางเช่นนั้นได้⁶²

4) ทำให้เส้นทางบางเส้นทางนั้นขาดการแข่งขัน กล่าวคือ บางกรณีไม่มีสายการบินของรัฐตนที่เสนอที่จะบริการในเส้นทางที่มีปัญหา เช่น ตามความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศ

⁶⁰ เรื่องธงสะดวกนี้เป็นที่รู้จักกันทั่วไปในกฎหมายพาณิชย์นาวีมาเป็นเวลานานแล้ว ในกฎหมายพาณิชย์นาวี เจ้าของเรือสามารถโอนการจดทะเบียนเรือไปยังประเทศที่จดทะเบียนได้ง่ายกว่าได้เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงภาระภาษี หรือหลีกเลี่ยงข้อกำหนดด้านความปลอดภัยที่เข้มงวด

⁶¹ เว้นแต่สายการบินบริติช เวสต์ อินดี แอร์เวย์ (British West Indies Airways: BWIA) ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา และเยอรมนี อนุญาตให้ประเทศบาร์บาโดส (ถือเป็นประเทศที่เป็นหมู่เกาะอยู่ทางทิศตะวันตกของมหาสมุทรแอตแลนติก) สามารถที่จะกำหนดให้ BWIA เป็นสายการบินที่กำหนดได้แม้ว่าสายการบินดังกล่าวจะมีรัฐบาลของประเทศทรีนิแดด แอนด์โทเบโกถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญ

⁶² Yu-Chun Chang and Goerge Williams, "Changing the Rules-Amending the Nationality Clauses in Air Services Agreements," *Journal of Air Transport Management* 7 (2001):209.

ฟิลิปปินส์และประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากสายการบินฟิลิปปินส์ แอร์ไลน์ หยุดเที่ยวบินทั้งหมดที่จะบินไปยังประเทศออสเตรเลียในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1998 เนื่องจากประสบปัญหาวิกฤตทางการเงิน ทำให้ในปัจจุบัน สายการบินที่กำหนดสายการบินเดียวเท่านั้นที่ทำการบินระหว่างสองประเทศนี้ คือสายการบินแควนตัส รัฐบาลของประเทศฟิลิปปินส์ไม่สามารถที่จะกำหนดสายการบินของรัฐอีกสายการบินหนึ่งได้ ในการที่จะบินจากกรุงมะนิลาไปยังประเทศออสเตรเลีย แม้ผู้ขนส่งอีกผู้ขนส่งหนึ่งจะมาช่วยเหลือสายการบินฟิลิปปินส์แอร์ไลน์และเข้าเป็นผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ ปัญหาก็ยังคงมีอยู่ เว้นแต่ รัฐบาลของประเทศออสเตรเลียจะเดินหน้าแก้ไขความตกลงทวิภาคี⁶³

2.4.3 ปัญหาการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติของสายการบิน

ยังมีการเจริญเติบโตในภาคการขนส่งทางอากาศมากเท่าไร ความต้องการทางด้านเงินลงทุนต้องมากขึ้นตามมา เนื่องจากได้มองเห็นในทางเศรษฐกิจว่า หากมีการแข่งขันกันในตลาดมากขึ้น จะยิ่งส่งผลดีต่ออุตสาหกรรมและผู้บริโภค ทั้งในด้านราคา การบริการ หรืออื่นๆ หลายๆ ประเทศจึงพยายามที่จะส่งเสริมการลงทุนจากต่างด้าวมากยิ่งขึ้น โดยประเทศที่ร่ำรวยก็ต้องการที่จะเข้าไปลงทุนเพื่อขยายกิจการและจุดหมายปลายทางในสายการบินของประเทศอื่น ขณะเดียวกัน ประเทศเล็กๆ ก็ต้องการเงินลงทุนจากต่างด้าวเพื่อมาปรับปรุงกิจการสายการบินของตน และนอกจากนี้สายการบินต่างๆ ทั่วโลกได้มีการควบรวมกิจการหรือรวมกลุ่มเป็นพันธมิตรเชิงยุทธศาสตร์ (Strategic Alliance)⁶⁴ ซึ่งในอนาคตนั่นแต่ละกลุ่มอาจพัฒนาเป็นสายการบินเดียวกันได้⁶⁵

สิ่งสำคัญที่ทุกวันนี้คนต่างด้าวไม่อาจเข้าไปลงทุนในสายการบินได้อย่างเต็มที่ก็เนื่องด้วยการมีข้อจำกัดด้านสัญชาติของผู้ถือกรรมสิทธิ์และผู้ควบคุมในสายการบินทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ ดังนั้น หลายๆ ประเทศจึงได้เรียกร้องให้ประเทศอื่นๆ

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ การรวมกลุ่มลักษณะพันธมิตรเช่นนี้มีหลายกลุ่มในปัจจุบัน แต่กลุ่มที่ยิ่งใหญ่ที่สุดนั้นมีอยู่ 3 กลุ่ม ได้แก่ Star Alliance, Oneworld และ SkyTeam

⁶⁵ ICAO, Joint Workshop between World Bank, International Civil Aviation Organization and Air Transport Action Group, "Maximizing Civil Aviation's Economic Contribution Challenges and Potentials," (6-8 June 2005).

ค่อยๆ ผ่อนคลายข้อจำกัดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมในสายการบินจนกระทั่งถึงการขจัดข้อจำกัดในเรื่องดังกล่าวออกไป โดยหาความเกี่ยวโยงอันแน่นแฟ้น (strong link) กับรัฐอย่างอื่น เพื่อแทนที่ข้อกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบิน อย่างไรก็ตาม การจะขจัดข้อกำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมนั้นจะต้องขจัดทั้งข้อกำหนดตามกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของแต่ละประเทศด้วย⁶⁶

ในปัจจุบัน ความเปลี่ยนแปลงของหลักเกณฑ์เรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมในสายการบินเริ่มปรากฏให้เห็นชัดเจนมากยิ่งขึ้น จากหลายๆ ความตกลงและความร่วมมือเกี่ยวกับการเดินอากาศระหว่างประเทศ เช่น ในสหภาพยุโรป ที่ได้กำหนดหลักกรรมสิทธิ์ของประชาคม ไม่ว่าจะเป็นการบินเสรีในสหภาพยุโรปและในการทำความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศกับรัฐที่สามที่ไม่ใช่รัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งโดยปกติแล้ว จะเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐหรือคนชาติของแต่ละรัฐในการทำความตกลงเท่านั้น โดยแทนที่ด้วยข้อความในทำนองที่ว่ากรรมสิทธิ์และการควบคุมต้องเป็นของรัฐหรือคนชาติของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป⁶⁷ หรือ ในความร่วมมือกันของบางประเทศเช่น ระหว่างประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ ได้มีความร่วมมือในลักษณะที่ให้สายการบินที่บินระหว่างสองประเทศนี้เท่านั้น จะมีคนชาติของประเทศใดประเทศหนึ่งในสองประเทศนี้ถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพอยู่ก็ได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเรื่องนี้ต่อไปในบทที่ 3

⁶⁶ Brian F. Havel, "A New Approach to Foreign Ownership of National Airlines," document resource from DePaul University, USA.

⁶⁷ การกำหนดเช่นนี้เป็นไปตามข้อบังคับของคณะกรรมการสหภาพยุโรปที่ 2407/92 ข้อ 4 วรรคสอง "Without prejudice to agreements and conventions to which the Community is a contracting party, the undertaking shall be owned and continue to be owned directly or through majority ownership by Member States and/or nationals of Member States. It shall at all times be effectively controlled by such States or such nationals."

2.4.4 ข้อเสนอขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ

องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation Organization: ICAO) เป็นองค์การที่จัดตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ออกมาตรการและคำแนะนำด้านความปลอดภัยทางการบินและเพื่อสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาอย่างเป็นขั้นเป็นตอนของการบินพลเรือนระหว่างประเทศทั่วโลก

องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ได้เริ่มต้นการอภิปรายอย่างจริงจังเกี่ยวกับการใช้หลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติของสายการบินในการพิจารณาการใช้สิทธิตามความตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบินมาตั้งแต่ปีค.ศ. 1992 โดยกำหนดปัญหาที่เกี่ยวกับความหลากหลายสัญชาติในกรรมสิทธิ์ของสายการบิน และได้อภิปรายเรื่องดังกล่าวในการประชุมระดับโลกเรื่อยมาเกี่ยวกับประเด็นและข้อคิดเห็น เช่น การเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดด้านพลเมือง สิทธิการก่อตั้ง และวิกฤตการณ์ความเสี่ยงในกรณีที่มีการยกเลิกข้อจำกัดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมในสายการบิน จนกระทั่งในปีค.ศ. 1997 หลังจากที่ได้มีการพิจารณาอย่างรอบคอบเกี่ยวกับความเสี่ยงทางด้านความปลอดภัยและปัญหาอื่นๆที่เกี่ยวข้องเนื่อง Air Transport Regulation Panel (ATRP) ก็ได้แนะนำมาตรการ “สถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่” (principal place of business) และ “ความเกี่ยวโยงอันแน่นแฟ้น” (a strong link)⁶⁸

จากนั้นในปีค.ศ. 2001 ประเด็นเรื่องความเสรีด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมมีการกล่าวถึงอย่างมากขึ้นอีกในการประชุม องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศจึงได้จัดทำแบบสอบถามไปยังรัฐต่างๆถึงเหตุผลสำคัญที่รัฐต่างๆได้กำหนดให้มีข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุมในสายการบิน ซึ่งเหตุผลที่สำคัญที่สุดนั้นไม่ใช่เรื่องความปลอดภัยและความมั่นคงของชาติ แต่เป็นเรื่องการพัฒนาประเทศและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

ต่อมาในปีค.ศ. 2003 องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้จัดการประชุมขึ้นเป็นครั้งที่ 5 (ATConf/5) สมาคมขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ (International Air Transport Association (IATA)) ก็ได้ยื่นข้อเสนอของการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นแทนที่ข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์และการควบคุม เนื่องจากสมาคมฯเห็นว่าการอภิปรายกันในเรื่องความเสรีของเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุมมานานแล้ว แต่ยังคงไม่สามารถหาทางออกได้เนื่องจากความ

⁶⁸ Isabelle Lelieur, Law and Policy of Substantial Ownership and Effective Control of Airlines: Prospect for Change, *supra* note 42, p. 143-144.

ยากลำบากในการเจรจาความตกลงทวิภาคีใหม่ทั้งหมดซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในการสูญเสียผลประโยชน์ของคนชาติ สิ่งนี้เป็นเหตุผลในการคัดค้านการขยายตัวสู่การเจรจาความตกลงเกี่ยวกับการเดินอากาศในลักษณะพหุภาคี เช่น GATS อย่างไรก็ตาม ยังมีหลายตัวอย่างของสายการบินที่ไม่ได้มีพลเมืองของรัฐที่ทำความตกลงถือกรรมสิทธิ์สาระสำคัญและควบคุมสายการบิน แต่ยังสามารถอนุญาตให้ประกอบกิจการภายใต้ความตกลงทวิภาคีฉบับเดิม จึงเป็นการยากที่จะอธิบายผลในทางกลับกันของข้อยกเว้นเช่นว่านั้นกับบทบัญญัติในความตกลงทวิภาคีทั่วไป โดยความกังวลเกี่ยวกับความเสรีนั้นคือความเชื่อที่ว่าความเสรีจะก่อให้เกิดผู้ขนส่งที่ใช้สิทธิการบินฟรี (Free rider) โดยไม่ได้มีการตอบแทนกับรัฐผู้ให้สิทธิเพิ่มมากขึ้น มีความปลอดภัยลดลงเนื่องจากเกิดความสับสนในความรับผิดชอบ และอาจเกิดปัญหาเรื่องธรรมาภิบาล

ดังนั้น สมาคมขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศจึงได้เสนอว่าจะต้องแยก “การควบคุมเชิงพาณิชย์” (commercial control) ออกจาก “การควบคุมเชิงกำกับดูแล” (regulatory control) กล่าวคือในกรณีที่ต้องการความแน่ใจว่ามาตรฐานความปลอดภัยทางการบินพลเรือนยังคงสูงอยู่ และเพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงกับปัญหาเรื่องธรรมาภิบาลซึ่งอาจมีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมอื่น การควบคุมเชิงกำกับดูแลในสายการบินต้องคงความรับผิดชอบของรัฐที่กำหนดสายการบินนั้นอยู่ การควบคุมเชิงกำกับดูแลนี้เกี่ยวกับการควบคุมและการอนุญาตสายการบินในราชอาณาจักร เช่น การออกใบรับรองผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator Certificate) ใบสำคัญสมควรเดินอากาศ (Airworthiness Certificate) และใบอนุญาตรับรองต่างๆ ของลูกเรือ (Crew licence) และยังสามารถเสนอให้ยกเลิกข้อจำกัดเรื่องกรรมสิทธิ์ของคนชาติ⁶⁹

จากการประชุมระดับโลกที่กล่าวมานี้ จึงได้หลักเกณฑ์สำคัญเพื่อเป็นทางเลือกสำหรับการแทนที่การใช้เกณฑ์เรื่องสัญชาติของสายการบิน คือการใช้หลักเกณฑ์ “สถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่และการควบคุมเชิงกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพ (Principal place of business and effective regulatory control)”⁷⁰

⁶⁹ IATA, Policy paper, “Airline Views on Liberalizing Ownership and Control,” (2003).

⁷⁰ ICAO, Working Paper, “Advancing the Liberalization of Ownership and Control,” No. A35-WP/64 (8 July 2004).

2.5 บทสรุป

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดในบทที่ 2 นี้ จะเห็นว่าการเดินอากาศระหว่างประเทศนั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักการเรื่อง “อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ” กล่าวคือ รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยสมบูรณ์และเด็ดขาดในห้วงอากาศเหนือดินแดนของตน ดังนั้น การเดินอากาศระหว่างประเทศจะเป็นไปไม่ได้เลยหากไม่ได้รับความยินยอมให้มีการใช้ห้วงอากาศจากรัฐที่เกี่ยวข้อง จากหลักการนี้จึงทำให้รัฐต่างๆ ต้องมีการเจรจาแลกเปลี่ยนสิทธิการบินระหว่างกันซึ่งโดยปกติแล้วจะอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน

เนื่องจากการยินยอมให้ใช้สิทธิในห้วงอากาศนั้นรัฐต้องการที่จะให้สิทธิกับรัฐคู่ภาคีความตกลงอย่างแท้จริง จึงได้มีการกำหนดข้อพิจารณาเรื่องสัญชาติของสายการบินที่จะเป็นผู้ใช้สิทธิตามความตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบิน ว่าสายการบินนั้นจะต้องมีรัฐหรือคนชาติของรัฐนั้นเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบิน หากสายการบินเช่นว่านั้นมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าวแล้ว รัฐคู่ภาคีอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะไม่อนุญาต พักการอนุญาต หรือเพิกถอนการอนุญาตให้สายการบินนั้นใช้สิทธิตามความตกลงได้

อย่างไรก็ดี การกำหนดข้อพิจารณาด้านสัญชาติของสายการบินเช่นนี้ในปัจจุบันนับว่าเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดการบินเสรีทั่วโลกอย่างมาก จึงมีความพยายามในการเจรจาสิทธิการบินภายใต้ความตกลงพหุภาคี เช่น GATS แต่การตกลงเรื่องสิทธิการบินภายใต้กรอบความตกลงนี้เป็นไปได้ยากเนื่องจากหลักการของ GATS หลายๆ ประการนั้นขัดกับทางปฏิบัติของวงการการบิน เช่น หลัก MFN หลัก NT หลักความโปร่งใส เป็นต้น

นอกจากนี้ องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศยังได้เสนอให้ใช้หลักเกณฑ์เรื่อง “สถานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่และการควบคุมเชิงกำกับดูแลอย่างมีประสิทธิภาพ” แทนที่การกำหนดข้อกำหนดเดิมในเรื่องสัญชาติของสายการบิน ซึ่งหลักเกณฑ์นี้จะเป็นทางออกที่ดีสำหรับความกังวลในเรื่องความเกี่ยวโยงอันแน่นแฟ้นระหว่างรัฐกับสายการบินในการใช้อำนาจการควบคุมมาตรฐานความปลอดภัยของสายการบินที่กำหนดได้

อย่างไรก็ตาม คงจะต้องรอดูกันต่อไปว่าการพิจารณาสายการบินผู้ใช้สิทธิตามความตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบินนั้นจะเป็นไปในทิศทางใด แต่สำหรับในปัจจุบันนี้ นับว่าความเคร่งครัดของหลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติของสายการบินนั้นได้ผ่อนคลายลงเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ในเรื่องกรรมสิทธิ์ สำหรับผู้เขียนนั้นเห็นว่า ควรมีความระมัดระวังเกี่ยวกับการกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบิน เพราะในระยะยาว สายการบินอาจรวมตัวกันจนเหลือเพียงสายการบิน

ใหญ่ยักษ์ของโลกไม่ก็สายแล้วประกอบกิจการในลักษณะผูกขาด (หากว่ากระบวนการทางกฎหมายไม่อาจบังคับใช้ได้จริง) ทำให้ผู้บริโภคจำต้องเสียค่าบริการที่แพงขึ้น เสมือนการย้อนกลับไปสู่หลักการเดิมที่ประเทศต่างๆ มักมีสายการบินของรัฐเท่านั้นเป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศและทำให้ผู้บริโภคจำต้องใช้บริการในราคาที่แพงโดยไม่มีทางเลือกอื่นใด หากแต่ถ้าปรากฏการณ์นี้เกิดขึ้นในระดับโลก ก็ยังไม่สามารถหาทางออกได้ว่าจะแก้ปัญหาในลักษณะนี้อย่างไร