

บทที่ 4

กฎหมายและนโยบายของประเทศไทยเกี่ยวกับสัญชาติของสายการบิน

สำหรับประเทศไทย การประกอบกิจการเดินอากาศ เอกชนไม่สามารถประกอบกิจการเดินอากาศได้อย่างเสรีตามหลักเสรีภาพในการประกอบกิจการของเอกชนตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก ได้มีประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 กำหนดให้กิจการดังกล่าวเป็นกิจการสาธารณูปโภค เอกชนรายใดจะประกอบกิจการนี้ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐเท่านั้น ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นผู้มีอำนาจในเรื่องนี้ และมีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ สำหรับการอนุญาตได้ด้วย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจึงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบิน รวมถึงการกำหนดคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินเพื่อที่จะสามารถประกอบการบินบริการเดินอากาศทั้งภายในและระหว่างประเทศได้ นอกจากนี้ ยังเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวสามารถที่จะบินผ่าน เข้ามา หรือออกจากประเทศไทยได้

อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยการที่ไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องสายการบิน ทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ขึ้นมาหลายประการ ซึ่งต่างจากกฎหมายภายในของต่างประเทศที่ผู้เขียนได้ศึกษาในบทที่ 3 ที่มีความชัดเจนอย่างมาก

ดังนั้น ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการสายการบินที่ให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศ ทั้งกรณีที่เป็นสายการบินของไทยเอง และกรณีที่เป็นสายการบินต่างด้าวที่ต้องการจะบินมายังประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณสมบัติในด้านสัญชาติของสายการบินที่เป็นวัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยจะแบ่งเป็น 4 หัวข้อใหญ่ ได้แก่ การประกอบกิจการสายการบินที่ให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศของผู้ประกอบการไทย การอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวบินเข้ามาในประเทศไทย ปัญหาและข้อบกพร่องของกฎหมายไทยที่ใช้บังคับกับการประกอบกิจการสายการบินและการอนุญาตสายการบินต่างด้าว และ บทสรุป

4.1 การประกอบกิจการสายการบินที่ให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศของผู้ประกอบการไทย

การประกอบกิจการสายการบินในประเทศไทย ผู้ประกอบการจะต้องได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศก่อน จึงจะสามารถให้บริการเดินอากาศได้ ไม่ว่าจะเป็นการเดินอากาศภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ เนื่องจากใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศที่ได้ออกนั้น ไม่ได้แบ่งแยกประเภทของการบริการ กล่าวคือ ไม่ได้แยกใบอนุญาตออกเป็นใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศภายในประเทศ และใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศระหว่างประเทศ เหมือนกับกฎหมายของต่างประเทศส่วนใหญ่ที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 ดังนั้น คุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศโดยเฉพาะหลักเกณฑ์ด้านสัญชาติจึงใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน ซึ่งผู้ขออนุญาตประกอบกิจการจะต้องมีคุณสมบัติสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดด้วยจึงจะได้รับอนุญาต นอกจากนี้ เมื่อได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศแล้ว สายการบินนั้นยังคงต้องมีคุณสมบัติสอดคล้องกับคุณสมบัติในวันที่ได้รับอนุญาตด้วย มิเช่นนั้นแล้ว สายการบินนั้นอาจถูกเพิกถอนหรือพักการอนุญาตให้ประกอบกิจการและได้รับการลงโทษได้

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของไทย คุณสมบัติด้านสัญชาติของผู้ประกอบการสายการบินของไทย และการพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินของไทยด้วย

4.1.1 กฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของไทย

กฎหมายบทหลักที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของไทยได้แก่ ประการศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ที่ให้ผู้ที่จะประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี แต่ตั้งแต่ในอดีตที่ผ่านมาจนกระทั่งถึงปี พ.ศ. 2538 นโยบายการบินของประเทศกำหนดให้สายการบินของรัฐเพียงสายเดียวเท่านั้นที่เป็นสายการบินที่กำหนด จนกระทั่งมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเมื่อปี พ.ศ. 2538 ที่ได้มีนโยบายจัดตั้งสายการบินที่กำหนดสายที่สองได้ นับว่าเป็นการเปิดเสรีในการประกอบธุรกิจการบินมากขึ้น เมื่อได้อนุญาตให้เอกชนสามารถประกอบกิจการสายการบินได้ จึงต้องมีการกำหนดคุณสมบัติของเอกชนที่จะเป็นผู้ประกอบกิจการสายการบิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านสัญชาติของสายการบินของไทย ที่จะต้องไม่ทำให้กลายเป็น

คนต่างด้าว เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ด้านสัญชาติที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงต้องนำพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาพิจารณาด้วย

4.1.1.1 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยและผาสุกแห่งสาธารณชน

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ว่าด้วยการควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยและผาสุกแห่งสาธารณชน ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศเพียงว่า ได้กำหนดให้การประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ตามข้อ 3(4)¹ ซึ่งห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการเว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรีตามข้อ 4² และให้กระทรวงคมนาคมมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับการเดินอากาศตามข้อ 9³ และในการอนุญาตให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใดๆตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของสาธารณชนไว้ด้วยก็ได้ หรือจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควรตามข้อ 7⁴ โดยให้

¹ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 3 “กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

(4) การเดินอากาศ”

² ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 4 “ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี”

³ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 9 “ให้กระทรวงคมนาคมมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับกิจการรถไฟและการเดินอากาศ”

⁴ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 7 “ในการอนุญาตหรือให้สัมปทานตามข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็น เพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้

เงื่อนไขที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร”

รัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติกิจการที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของกระทรวงตามที่กำหนดไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้ตามข้อ 13⁵

ในการใช้อำนาจดังที่ได้กล่าวข้างต้นของรัฐมนตรี เนื่องจากรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติกิจการที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของกระทรวงได้ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 13 ในการนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม จึงได้ออกประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง การประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ⁶ กำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ให้ยื่นคำขอและแสดงคุณสมบัติและหลักฐานต่างๆต่อกระทรวงคมนาคมได้ที่กรมการบินพาณิชย์ (ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นกรมการขนส่งทางอากาศ ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545⁷ และให้โอนกิจการ อำนาจหน้าที่ ในส่วนของกรมการบินพาณิชย์มาเป็นของกรมการขนส่งทางอากาศ กระทรวงคมนาคม ตามมาตรา 51 แห่งพระราชกฤษฎีกาโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545⁸) ตามแบบและวิธีการซึ่งจะขอทราบได้ที่กรมการบินพาณิชย์ ดังนั้นกรมการขนส่งทางอากาศซึ่งอยู่ในฐานะหน่วยงานกำกับดูแลกิจการการบินพลเรือนของประเทศ จึงมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขออนุญาตประกอบ

⁵ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ข้อ 13 “ให้รัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติกิจการที่อยู่ในอำนาจและหน้าที่ของกระทรวงตามที่กำหนดไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้หรือพระราชกฤษฎีกาแล้วแต่กรณี”

⁶ ประกาศกระทรวงคมนาคม ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2518 เรื่อง การประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 92 ตอนที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2518

⁷ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 21 “กระทรวงคมนาคม มีส่วนราชการ ดังต่อไปนี้

(4) กรมการขนส่งทางอากาศ”

⁸ พระราชกฤษฎีกาโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 51 “ให้โอนบรรดากิจการ อำนาจหน้าที่ ทรัพย์สิน งบประมาณ หนี้ สิทธิ ภาระผูกพัน ข้าราชการ ลูกจ้าง และอัตรากำลังของกระทรวงคมนาคม ในส่วนของกรมการบินพาณิชย์ มาเป็นของกรมการขนส่งทางอากาศ กระทรวงคมนาคม”

กิจการค้าขายในการเดินอากาศ โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี⁹ กรมการขนส่งทางอากาศ จึงได้ออกประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 เพื่อกำหนดคุณสมบัติและหลักเกณฑ์ต่างๆเกี่ยวกับการอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศไว้ ซึ่งในประกาศดังกล่าว มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศไว้ 7 ข้อ ได้แก่ เรื่อง ทุนประกอบการ (ทุนจดทะเบียน) ทุน กรรมการบริษัท การดำเนินการ อากาศยาน การประกันภัย และความปลอดภัยในการปฏิบัติการบิน

เมื่อผู้ประกอบการมีคุณสมบัติครบดังที่ได้กำหนด และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมให้ความเห็นชอบ ผู้ประกอบการจะได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ซึ่งสถานะของใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการตีความว่า ใบอนุญาตดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง¹⁰ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5¹¹ ดังนั้น เมื่อใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายปกครองมาบังคับใช้ด้วย ดังต่อไปนี้

- การได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ ดังนั้นเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่งไปแล้ว การยกเลิกหรือการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมกระทำได้ในขอบเขตที่จำกัด ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

⁹ เอกสารจากกลุ่มงานนิติกร สำนักงานเลขาธิการกรม กรมการขนส่งทางอากาศ

¹⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตอบข้อหารือของกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง การขอเรื่องคุณสมบัติของบริษัท ไทยแอร์เอเชีย จำกัด

¹¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ”

- การสิ้นสุดของใบอนุญาตจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์การสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 มาตรา 42 วรรคสอง¹² กล่าวคือ ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศจะยังคงมีผลอยู่ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอน หรือสิ้นสุดโดยเงื่อนไขเวลา (ซึ่งกำหนดไว้ว่า 5 ปี) หรือสิ้นสุดลงด้วยเหตุอย่างอื่น

- การเพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ จะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่อนุญาตให้ประกอบกิจการนี้มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ จึงไม่อาจเพิกถอนได้ในกรณีใดๆ เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สามารถเพิกถอนได้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 53 ที่บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองที่ขัดแย้งกับกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่เพิกถอน หรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้เฉพาะเมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้

(1) มีกฎหมายกำหนดให้เพิกถอนได้หรือมีข้อสงวนสิทธิให้เพิกถอนได้ในคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

(2) คำสั่งทางปกครองนั้นมีข้อกำหนดให้ผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติ แต่ไม่มีการปฏิบัติภายในเวลาที่กำหนด

(3) ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

(4) บทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีบทกฎหมายเช่นนี้ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครองแล้วเจ้าหน้าที่คงจะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น แต่การเพิกถอนในกรณีนี้ให้กระทำได้เท่าที่ผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ หรือยังไม่ได้รับประโยชน์ตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะได้

(5) อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว

¹² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 มาตรา 42 วรรคสอง “คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นสุดลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น”

ในกรณีที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพราะเหตุตามวรรคสอง (3) (4) และ (5) ผู้ได้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำมาตรา 52 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ดังนั้น เมื่อมีกรณีที่เป็นเหตุให้เพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศได้ตามมาตรานี้แล้ว เช่น กรณีที่สายการบินมีคนต่างด้าวถือขึ้นมากกว่าที่กำหนด ถือว่ามีเหตุให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ โดยอาศัยมาตรา 53(3) เจ้าหน้าที่ก็สามารถเพิกถอนใบอนุญาตนี้ได้ภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้ถึงเหตุที่จะเพิกถอน ตามมาตรา 49¹³ แต่หากไม่ได้เพิกถอนภายในระยะเวลาดังกล่าว จะถือว่าสิ้นสิทธิในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และใบอนุญาตนั้นยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป การกล่าวว่ายกเลิกใบอนุญาตยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปนั้นมิได้หมายความว่าเมื่อมีการกระทำผิดเงื่อนไขแล้ว ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศจะเป็นอันใช้ไม่ได้โดยทันที (automatic void) เนื่องจากกรณีที่ผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาต จะมีโทษตาม ข้อ 17 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ที่ได้กำหนดโทษปรับและปรับต่อเนื่องตลอดเวลาที่มีการฝ่าฝืนอยู่¹⁴ แสดงว่ากฎหมายไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะให้การอนุญาตสิ้นผลโดยทันที

อย่างไรก็ดี เป็นที่สังเกตได้ว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดๆ เกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินไว้ทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวง

¹³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 49 “เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่อาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 51 มาตรา 52 และมาตรา 53 ไม่ว่าจะพ้นขั้นตอนการกำหนดให้อุทธรณ์หรือให้โต้แย้งตามกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมาแล้วหรือไม่

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ต้องกระทำภายในเก้าสิบวันนับแต่รู้ถึงเหตุที่จะให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น เว้นแต่คำสั่งทางปกครองจะได้ทำขึ้นเพราะการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือการข่มขู่หรือการชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่มีขอบด้วยกฎหมาย”

¹⁴ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2515 ข้อ 17 “ผู้ได้รับอนุญาตหรือได้รับสัมปทานตามข้อ 4 หรือผู้ได้รับอนุญาตตามข้อ 5 ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามข้อ 7 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และในกรณีที่เป็นการผิดต่อเนื่องกันให้ปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งพันบาทตลอดเวลาที่ยังทำการฝ่าฝืนอยู่”

คมนาคมจึงเป็นผู้มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ทั้งหมดทุกประการเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบิน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติและเงื่อนไขต่าง ๆ มาจากการที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดขึ้น ซึ่งย่อมจะไม่แน่นอนและอาจเปลี่ยนแปลงได้ง่าย นอกจากนี้ ในกรณีที่เกิดมีปัญหาค้างขึ้น จะต้องพิจารณาหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ ต่างจากกฎหมายภายในของต่างประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในบทที่ 3 ทุกประเทศจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดตั้งสายการบินไว้อย่างชัดเจน

4.1.1.2 มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2538

แต่เดิมนโยบายการบินพาณิชย์ของประเทศไทยเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน พ.ศ. 2521 กำหนดให้สายการบินของรัฐเท่านั้นเป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศ¹⁵ สายการบินของรัฐนั้นอาจเป็นลักษณะสายการบินที่รัฐเข้าไปลงทุน หรือรัฐเป็นเจ้าของกิจการสายการบินเองก็ได้

ต่อมาได้มีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน พ.ศ. 2538 ที่ได้กำหนดนโยบายการบินพาณิชย์ของไทยให้กระทรวงคมนาคมดำเนินการจัดตั้งสายการบินที่กำหนดสายที่สองที่มีใช่สายการบินของรัฐขึ้น จากนโยบายนี้ นับว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นเอกชนของไทย สามารถที่จะเข้ามาประกอบกิจการสายการบินได้

นอกจากนี้ ในปัจจุบัน กระทรวงคมนาคมได้มีนโยบายเปิดเสรีการบินระหว่างประเทศ โดยเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทยทุกรายสามารถทำการบินแบบประจำในเส้นทางระหว่างประเทศได้

4.1.1.3 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

เนื่องมาจากด้วยลักษณะของการประกอบธุรกิจการบินระหว่างประเทศที่จะต้องมีการบินเข้าไปในอาณาเขตของรัฐอื่น ซึ่งรัฐอื่นมีอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเหนือดินแดนของตนที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้สายการบินของต่างประเทศบินผ่าน หรือเข้าไปยังดินแดนของตนได้ ดังนั้น การที่สายการบินของรัฐหนึ่งจะทำการบินผ่านหรือบินเข้าไปยังอาณาเขตของรัฐอื่นหนึ่งได้ จะต้องได้รับอนุญาต หรือมีการตกลงแลกเปลี่ยนสิทธิการบินระหว่างกันในลักษณะต่างตอบแทน ไม่ว่าจะเป็นในลักษณะทวิภาคีที่นิยมใช้กัน หรือพหุภาคีก็ได้ แต่ทั้งสองรูปแบบความตกลงนั้นมักมี

¹⁵ เอกสารจากกลุ่มงานนิติการ สำนักงานเลขาธิการกรม กรมการขนส่งทางอากาศ กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2546 เรื่อง สรุปเรื่อง “แองเจิล แอร์ไลน์” (Angel airlines) สายการบินที่กำหนดสายที่สอง (Second Designated airline)

ข้อบทในความตกลงที่ให้เฉพาะสายการบินที่กำหนดของรัฐภาคีเท่านั้นที่สามารถเป็นผู้ใช้สิทธิตามความตกลงได้ และสายการบินนั้นจะต้องมีกรรมสิทธิ์ส่วนสวาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพเป็นของรัฐหรือคนชาติของรัฐนั้น หรือทั้งรัฐและคนชาติของรัฐนั้นด้วย

เนื่องจากกฎหมายไทย ไม่ได้มีการจำกัดคำนิยามของคำว่า “คนชาติ” ไว้ดังเช่นในกฎหมายภายในของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา แต่ได้มีการจำกัดความคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงต้องตีความไปในทางกลับกันว่า หากผู้ประกอบการไม่ได้มีคุณสมบัติตรงตามคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว บุคคลนั้นถือว่าเป็นคนชาติ¹⁶

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติฉบับนี้ มีบทบัญญัติในมาตรา 13 ที่ได้บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายอื่น (เน้นโดยผู้เขียน) กำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการ

¹⁶ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 “ในพระราชบัญญัตินี้ ‘คนต่างด้าว’ หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือหุ้นเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

เฉพาะแล้ว” ดังนั้น หากมีกฎหมายอื่นที่ใช้บังคับในเรื่องต่างๆตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรานี้ ก็ไม่ต้องนำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปใช้บังคับ

4.1.2 คุณสมบัติด้านสัญชาติของผู้ประกอบการสายการบินของไทย

ตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 ได้กำหนดคุณสมบัติด้านสัญชาติของผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศไว้ ได้แก่ เรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุม ซึ่งมีเนื้อหาที่กำหนดไว้ดังต่อไปนี้

4.1.2.1 เรื่องกรรมสิทธิ์

คุณสมบัติเรื่องกรรมสิทธิ์ กรมการขนส่งทางอากาศ ได้กำหนดหลักเกณฑ์โดยลัดความมาจากพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 31 ในเรื่องคุณสมบัติของผู้ขอจดทะเบียนอากาศยาน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมได้พิจารณานุมัติ โดยได้กำหนดในเรื่องนั้นไว้ว่า

จะต้องไม่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ และหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมดต้องเป็นของบุคคลประเภทต่อไปนี้แต่ละประเภทโดยลำพัง หรือหลายประเภทรวมกัน

- (ก) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย
- (ข) กระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาล
- (ค) บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งกระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาล ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด
- (ง) บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด
- (จ) นิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

จากคุณสมบัติดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า สัดส่วนการถือหุ้นของผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ จะเป็นดังนี้

1. กรณีที่มีบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นในบริษัทผู้ขอใบอนุญาตเป็นจำนวนร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด ถือว่ามีคุณสมบัติสอดคล้องกับหลักเกณฑ์
2. กรณีที่กระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาลถือหุ้นในบริษัทผู้ขอใบอนุญาตเป็นจำนวนร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด ถือว่ามีคุณสมบัติสอดคล้องกับหลักเกณฑ์

3. กรณีที่บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย รวมกับกระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาล ถือหุ้นใน บริษัทผู้ขอใบอนุญาตเป็นจำนวนร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด ถือว่ามีคุณสมบัติสอดคล้องกับ หลักเกณฑ์

4. กรณีที่เป็นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด เป็นผู้ถือหุ้น ในบริษัทนั้นจะต้องมี บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย หรือ กระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาลถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมดในบริษัทนั้นด้วย จึงจะถือว่ามีคุณสมบัติสอดคล้องกับหลักเกณฑ์

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติในเรื่องหุ้น 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก เนื่องจากในปัจจุบันนี้ กรมการขนส่งทางอากาศอาศัยมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในการกำหนดสัดส่วนของการถือหุ้นเพื่อที่จะไม่ต้อง นำพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมาใช้บังคับกับผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ กล่าวคือ ดีความว่าได้มีกฎหมายอื่นกำหนดในเรื่องการถือหุ้นอยู่แล้ว จึงต้องใช้บังคับตามกฎหมายนั้นและไม่นำความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไปใช้บังคับใน ส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว การตีความเช่นนี้ทำให้กรมการขนส่งทางอากาศ สามารถที่จะกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวมากกว่าร้อยละ 49 ตามที่กำหนดใน พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ ประการที่สอง เกี่ยวกับผู้ถือหุ้นที่กำหนดไว้ในข้อ (๑) แห่งประกาศ กรมการขนส่งทางอากาศ ได้แก่ นิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ผู้เขียนมีข้อสงสัยว่า จะใช้อำนาจอะไรในการออกกฎกระทรวง เพราะเมื่อพิจารณาจากประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 แล้ว ไม่ได้ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงไว้แต่อย่างใด ต่างจากการกำหนดคุณสมบัติด้าน สัญชาติของผู้ขอจดทะเบียนอากาศยานตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ที่ได้ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ดังนั้น คุณสมบัติในข้อ (๑) นี้ผู้เขียน เห็นว่าไม่อาจนำมาใช้ได้จริงเพราะขาดซึ่งอำนาจในการออกกฎหมาย

อย่างไรก็ดี การอาศัยมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง ด้าวเพื่อให้สามารถกำหนดสัดส่วนเรื่องการถือหุ้นให้ต่างไปจากที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดไว้ ได้นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เป็น กฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทุกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยควบคุมการ ประกอบธุรกิจบริการทุกสาขาทั้งที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่นซึ่งมี บทบัญญัติจำกัดสิทธิหรือกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตกับคนต่างด้าวแตกต่างจากคนไทยแต่ ไม่ได้มีการกำหนดสัดส่วนในการถือหุ้นไว้ ซึ่งการกำหนดสัดส่วนในการถือหุ้นของผู้ประกอบกิจการ สายการบินในปัจจุบันปรากฏอยู่ในประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ ที่กรมการขนส่งทางอากาศ

ได้ออกโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรี และประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์นี้ไว้ ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น อันจะทำให้เป็นการยกเว้นไม่นำพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไปใช้บังคับ กล่าวคือ ผู้เขียนเห็นว่าประกาศกรมการขนส่งทางอากาศไม่น่าจะถือเป็น “กฎหมายอื่น” ที่จะสามารถยกเว้นพระราชบัญญัติได้ เนื่องด้วยฐานอำนาจในการออกกฎหมายตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นั้นกว้างเกินไป ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียน หากกรมการขนส่งทางอากาศกำหนดให้คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นในสายการบินได้มากกว่าร้อยละ 49 ผู้ขออนุญาตประกอบกิจการสายการบินที่มีคุณสมบัติเช่นนั้น จะต้องได้รับอนุญาตและอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย อย่างไรก็ตามก็ดีตามบัญชีสองท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดไว้เพียงให้การบินภายในประเทศเท่านั้นที่หากคนต่างด้าวจะประกอบกิจการ ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี (เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี)¹⁷ แสดงว่าสำหรับการบินระหว่างประเทศ จะไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้แต่อย่างใด

4.1.2.2 เรื่องการควบคุม

คุณสมบัติเรื่องการควบคุม ได้กำหนดไว้เพียงว่า “กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย” การกำหนดไว้เพียงเท่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าอาจทำให้เกิดปัญหาเรื่องการควบคุมในสายการบินตามความเป็นจริง และยิ่งเสมือนการปิดกั้นไม่ให้มีการตรวจสอบว่าใครเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมบริษัทอย่างแท้จริงได้ เพราะหากมีจำนวนกรรมการครบดังที่กล่าวแล้ว ถือว่ามีคุณสมบัติเป็นไปตามเงื่อนไขในการอนุญาต และสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศอาจเกิด

¹⁷ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 “บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย”

ปัญหา เนื่องจากข้อกำหนดเรื่องสัญชาติของสายการบินตามความตกลงเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินระหว่างประเทศที่ได้กำหนดให้สายการบินต้องมีการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพโดยคนชาติของรัฐที่เป็นผู้กำหนดสายการบิน มิเช่นนั้นแล้วรัฐคู่ภาคีอาจปฏิเสธการอนุญาตหรือพักหรือเพิกถอนการอนุญาตให้ทำการบินไปยังประเทศนั้นได้ ดังนั้น หากรัฐคู่ภาคีมีการตรวจสอบคุณสมบัติด้านดังกล่าวของสายการบินของไทย สายการบินของไทยอาจถูกปฏิเสธไม่ให้ทำการบินไปยังประเทศนั้นได้

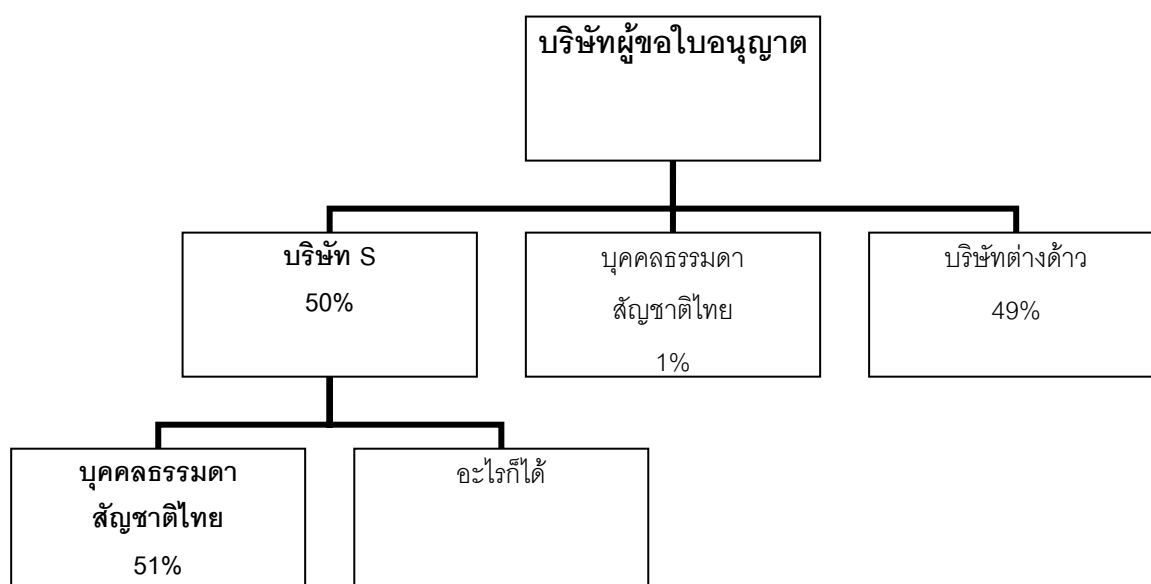
4.1.3 การพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของผู้ประกอบการสายการบินของไทย

การพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของผู้ประกอบการไทย กรมการขนส่งทางอากาศ จะพิจารณาตั้งแต่ตอนที่มาขอรับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ และจะตรวจสอบคุณสมบัติในด้านดังกล่าวหลังจากที่สายการบินได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการแล้ว ด้วย โดยหลังจากที่ผู้ประกอบการได้รับใบอนุญาตแล้ว กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดเกี่ยวกับกรรมการ ผู้ถือหุ้น หุ้น หรือ สัดส่วนการถือหุ้น จะต้องรายงานต่อกรมการขนส่งทางอากาศ ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้แจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต่อหน่วยงานของทางราชการที่รับผิดชอบ พร้อมทั้งส่งเอกสารหลักฐานหนังสือรับรองของกระทรวงพาณิชย์และสำเนาบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นที่ปรับปรุงใหม่ต่อกรมการขนส่งทางอากาศด้วย ตามที่กำหนดไว้ในประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การรายงานข้อเท็จจริงของผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ 16 มกราคม พ.ศ. 2549 แต่ประกาศฉบับนี้ไม่ได้กำหนดผลของการไม่แจ้งการเปลี่ยนแปลงต่อกรมการขนส่งทางอากาศแต่อย่างใด ซึ่งในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า เป็นการที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่คำสั่งทางปกครองกำหนดให้ต้องปฏิบัติภายในเวลาที่กำหนด ดังนั้นจึงก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าหน้าที่ในการเพิกถอนการคำสั่งทางปกครองได้ภายใน 90 วันนับแต่ได้รู้ถึงเหตุที่จะเพิกถอน ตามมาตรา 53(2) ประกอบมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ในการพิจารณาคุณสมบัติด้านสัญชาติของผู้ประกอบการสายการบินของไทย ผู้เขียนจะแยกการพิจารณาออกเป็นการพิจารณาคุณสมบัติด้านกรรมสิทธิ์ และการพิจารณาคุณสมบัติด้านการควบคุม รวมทั้งจะยกตัวอย่างการตีความคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินในกรณีสายการบินไทย แอร์เอเชีย ด้วย

4.1.3.1 การพิจารณาคุณสมบัติด้านกรรมสิทธิ์

การพิจารณาคุณสมบัติด้านกรรมสิทธิ์ หรือคุณสมบัติเรื่องหุ้นของผู้ขออนุญาต ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ กรมการขนส่งทางอากาศได้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการตรวจสอบสัดส่วนหุ้นต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยกรมการขนส่งทางอากาศจะพิจารณาจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้นๆ ขึ้นเดียว โดยไม่พิจารณาถึงทุนของนิติบุคคลอื่นๆ ที่เข้ามาร่วมลงทุน แต่นิติบุคคลอื่นๆ ที่เข้ามาร่วมลงทุนนั้นต้องมีบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 โดยในการพิจารณาสัดส่วนหุ้นต่างด้าวของผู้ขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ กรมการขนส่งทางอากาศจะพิจารณาจากบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นของกระทรวงพาณิชย์ซึ่งเป็นเอกสารมหาชน โดยในบัญชีดังกล่าวจะระบุว่าผู้ถือหุ้นแต่ละรายมีสัญชาติใด และจะนำสัดส่วนของผู้ถือหุ้นมาพิจารณาว่ามีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 หรือไม่ หากใช่ ก็จะพิจารณาลงไปอีกว่าในจำนวนผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยนั้น หากมีบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดถืออยู่ บริษัทนั้นมีบุคคลธรรมดาถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมดหรือไม่ ถ้าใช่ ก็ถือว่าผู้ขออนุญาตรายนี้มีคุณสมบัติในเรื่องหุ้นถูกต้อง โดยไม่ได้ลงไปดูว่าบริษัทนั้นมีสัดส่วนหุ้นต่างด้าวอยู่เท่าไรเพื่อที่จะนำมาคิดรวมเป็นหุ้นต่างด้าวทั้งหมดของผู้ขออนุญาต¹⁸ ดังตัวอย่างนี้



¹⁸ กรมการขนส่งทางอากาศ, “สถานะของสายการบินไทยแอร์เอเชียในปัจจุบัน,”

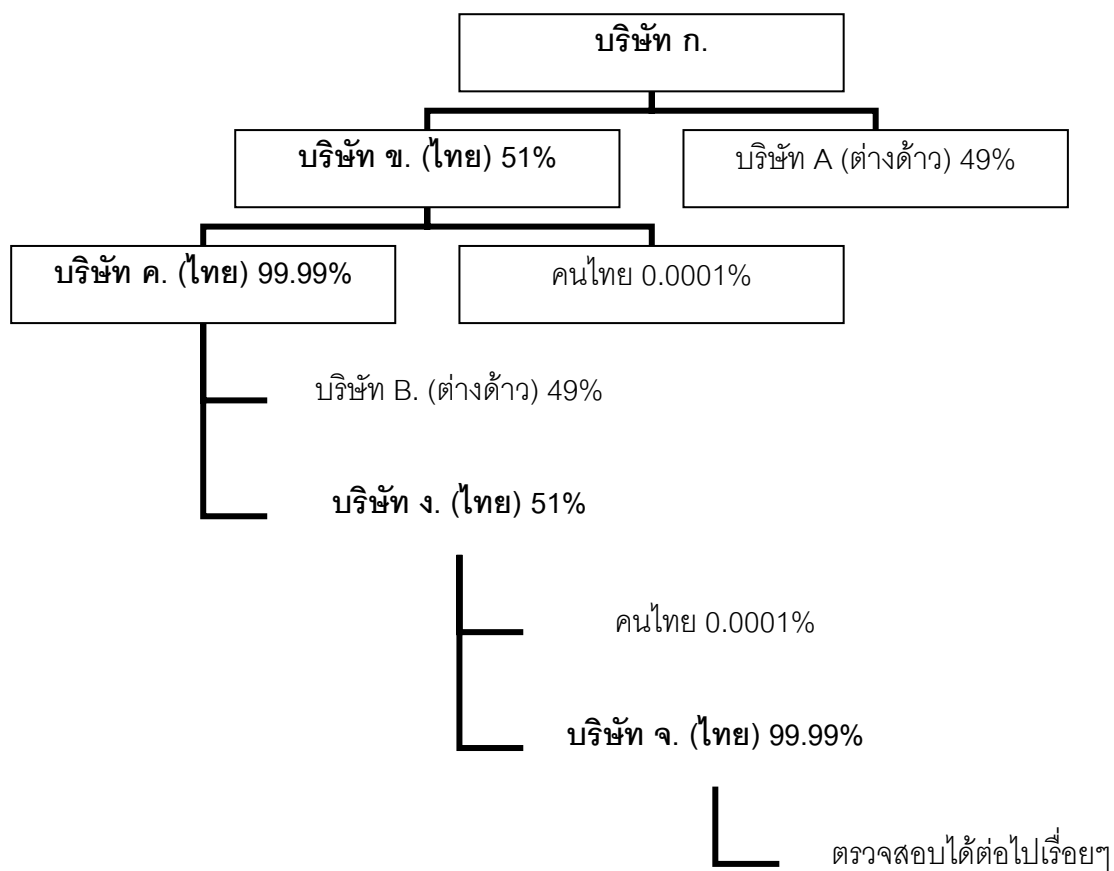
<www.aviation.go.th/What'sNew/status_airasia.pdf>, กุมภาพันธ์ 2551.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการตีความคุณสมบัติเช่นนี้ ดังนี้

ประการแรก ผู้เขียนเห็นว่า การใช้คำว่า “ถือหุ้น” ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบทุนของต่างด้าวที่แท้จริงที่นำมาลงในสายการบินได้ กล่าวคือ การที่กำหนดให้บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด เข้ามาถือหุ้นในบริษัทใด ย่อมเป็นการถือหุ้นของนิติบุคคลซึ่งมีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา การนับจำนวนผู้ถือหุ้นจึงต้องนับเฉพาะบริษัทผู้ถือหุ้นโดยตรงเป็นหนึ่งหน่วย โดยไม่นำจำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่นมานับรวมเป็นจำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่¹⁹ ซึ่งการนับเช่นนี้อาจทำให้เกิดหนทางในการเลี่ยงกฎหมาย โดยการอำพรางสถานะที่แท้จริงของบริษัทโดยวิธีการถือหุ้นแทน (นอมินี) ดังเช่นที่มักมีปัญหายูอยู่ในหลายๆบริษัทในปัจจุบันนี้ก็เนื่องด้วยวิธีการตรวจสอบการถือหุ้นชั้นเดียวที่ไม่สามารถลงลึกถึงทุนที่แท้จริงที่ต่างด้าวนำมาลงได้ ซึ่งการนับสัดส่วน “จำนวนผู้ถือหุ้น” จะแตกต่างจากการพิจารณาในเรื่อง “ทุน” กล่าวคือ ในเรื่องทุนนั้น จำต้องพิจารณาไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้ามาลงทุนในบริษัทนั้นด้วย โดยการพิจารณาไปถึงสัดส่วนของต่างด้าวในแต่ละนิติบุคคล แล้วนำมาคิดรวมในอัตราที่เป็นสัดส่วนกัน เพราะทุนของคนต่างด้าวย่อมต้องถือว่านำมาลงทุนในบริษัทแม่ และเป็นส่วนหนึ่งของทุนของบริษัทแม่²⁰ เช่น

¹⁹ ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) เรื่องเสรีจที่ 332/2535 เรื่อง ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 97(1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัท ไทยคิฟพี จำกัด) และตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (กรณีบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด)

²⁰ เพิ่งอ้าง.



ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะมีการพิจารณาถึงทุนของคนต่างด้าวที่แท้จริงในสายการбин แต่ในความเห็นเช่นนี้ ไม่ได้หมายความว่าผู้เขียนจะไม่ต้องการให้ต่างด้าวเข้ามาลงทุน เพราะหากเป็นไปอย่างเหมาะสม ก็สามารถช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจของชาติเพื่อให้เกิดการแข่งขันได้ แต่เนื่องด้วยระบบการตรวจสอบนั้นต้องแยกออกจากการอนุญาตให้มีการลงทุน หากไม่ต้องการให้มีการจำกัดการลงทุนของต่างด้าวก็ไม่ควรที่จะมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่กำหนดข้อจำกัดไว้ แต่หากมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่จำกัดการลงทุนแล้ว ก็จำเป็นต้องมีมาตรการในการตรวจสอบถึงทุนที่แท้จริงได้ เพราะหากไม่อาจตรวจสอบได้ ข้อจำกัดเรื่องการลงทุนจากต่างด้าวต่าง ๆ นับว่าเป็นอันไร้ผล จึงไม่ต่างกับการไม่มีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์เช่นนั้น

ประการที่สอง ไม่ได้พิจารณาโดยแยกประเภทของหุ้นที่เป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและไม่สิทธิออกเสียงออกจากกัน จึงอาจทำให้เกิดการจัดโครงสร้างผู้ถือหุ้นโดยให้คนไทยถือหุ้น บริมสิทธิและกำหนดให้ไม่มีสิทธิออกเสียง ขณะที่ต่างชาติจะถือหุ้นสามัญ ซึ่งถึงแม้จะมีสัดส่วนน้อยกว่าแต่มีอำนาจการควบคุมบริษัท และวิธีการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องใช้นอมนิถือหุ้นแทนด้วย

ประการที่สาม กรณีที่เป็นบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือที่เรียกว่า Listed Company ยังมีข้อสงสัยอยู่ว่าการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัด จะรวมถึง Listed Company ด้วยหรือไม่ เนื่องจากมีผู้เห็นว่า การตรวจสอบสัดส่วนการถือหุ้นในตลาดหลักทรัพย์นั้นทำได้ยาก เพราะมีการซื้อขายหุ้นกันทุกวัน โครงสร้างผู้ถือหุ้นจึงเปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลาและไม่อาจทราบได้เลยว่าผู้ใดจะมาถือหุ้น กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะรวมถึงบริษัทมหาชนจำกัดที่เป็น Listed Company ด้วย เนื่องจากไม่ได้กำหนดไว้ให้ใช้เฉพาะกับกรณีที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่ไม่ได้เป็น Listed Company เท่านั้น และหากการจำกัดการถือหุ้นไม่ใช่ในกรณีที่เป็น Listed Company ก็อาจจะขัดกับเจตนารมณ์ของการกำหนดข้อกำหนดด้านสัญญาชาติที่ต้องการจะจำกัดการลงทุนจากต่างด้าวเนื่องด้วยเหตุผลหลายประการ แต่ความเคร่งครัดในการตรวจสอบอาจขึ้นอยู่กับดุลพินิจ เนื่องด้วยสภาพทั่วไปของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ย่อมไม่เหมือนกับบริษัททั่วไปที่สามารถควบคุมผู้ถือหุ้นได้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ในปัจจุบันสามารถใช้กลไกในการตรวจสอบสัดส่วนผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ได้ โดยตรวจสอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เนื่องด้วยตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2535 มาตรา 246 ได้กำหนดให้ผู้ที่ได้มาหรือจำหน่ายหลักทรัพย์ของกิจการในลักษณะที่ทำให้ตนหรือผู้อื่นเป็นผู้ถือหุ้นหลักทรัพย์ในกิจการเพิ่มขึ้นหรือลดลงเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนร้อยละ 5 ของจำนวนหลักทรัพย์ที่ได้จำหน่ายทั้งหมดของกิจการนั้นจะต้องรายงานจำนวนหลักทรัพย์ต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ทุกครั้ง เว้นแต่ในกรณีที่มีการจำหน่ายนั้นไม่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารหรือธุรกิจของกิจการ ซึ่งหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรานี้ ผู้ฝ่าฝืนจะมีโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังไม่ได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง ตามมาตรา 298

4.1.3.2 การพิจารณาคุณสมบัติด้านการควบคุม

การพิจารณาด้านการควบคุม กรรมการขนส่งทางอากาศจะพิจารณาเพียงจำนวนกรรมการเท่านั้น ตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ ที่ได้กำหนดคุณสมบัติด้านการควบคุมไว้เพียงให้กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า อาจมีกรณีที่กรรมการเหล่านี้ไม่ได้มีการควบคุมอันแท้จริงในสายการบิน เนื่องจากกรรมการสัญชาติไทยบางคนอาจมีผลประโยชน์หรือมีความสัมพันธ์พิเศษกับคนต่างด้าว อันจะทำให้อำนาจในการตัดสินใจในการดำเนินกิจการยังคงอยู่ในมือของคนต่างด้าว กล่าวคือ ในการจัดตั้งบริษัท จะมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวมีสิทธิบางประการที่เป็นพิเศษหรือดีกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนสัญชาติไทย

เช่น กรณีข้อบังคับของบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด ที่ยื่นเพื่อขอจดทะเบียนนั้น ได้กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกิน 3 คน จากบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ (ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย 7 คน และบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด) แต่ให้เลือกตั้งกรรมการอื่นอีกจำนวนไม่เกิน 4 คน จากบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นสามัญ (ซึ่งได้แก่บริษัทเอบีบี เอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ จำกัด จดทะเบียนในประเทศสวิตเซอร์แลนด์)²¹ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แท้จริงแล้วคนต่างด้าวเป็นผู้ควบคุมบริษัท

4.1.3.3 ตัวอย่างกรณีสายการบินไทยแอร์เอเชีย จำกัด

กรณีนี้เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการที่บริษัทไทยแอร์เอเชีย จำกัด (ต่อไปนี้จะเรียกว่า บริษัทไทยแอร์เอเชีย) ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ มีบริษัทไทยเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ได้แก่ บริษัทชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า บริษัทชินคอร์ป) ได้มีการขายหุ้นทั้งหมดให้กับบริษัทเทมาเส็ก โฮลดิ้ง จำกัด (ต่อไปนี้จะเรียกว่า บริษัทเทมาเส็ก) ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติสิงคโปร์ ทำให้ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทไทยแอร์เอเชีย เป็นคนต่างด้าว ซึ่งนับว่าสายการบินไทยแอร์เอเชียมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบิน ดังที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไป

ข้อเท็จจริง

- วันที่ 6 พฤศจิกายน 2546 บริษัทไทยแอร์เอเชีย ได้รับอนุญาตประกอบให้กิจการค้าขายในการเดินอากาศจากกระทรวงคมนาคม ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 (สัดส่วนผู้ถือหุ้นระหว่างคนไทยและต่างด้าวเป็นร้อยละ 70:30 ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีกำหนดในสมัยนั้น) ใบอนุญาตมีอายุ 5 ปี

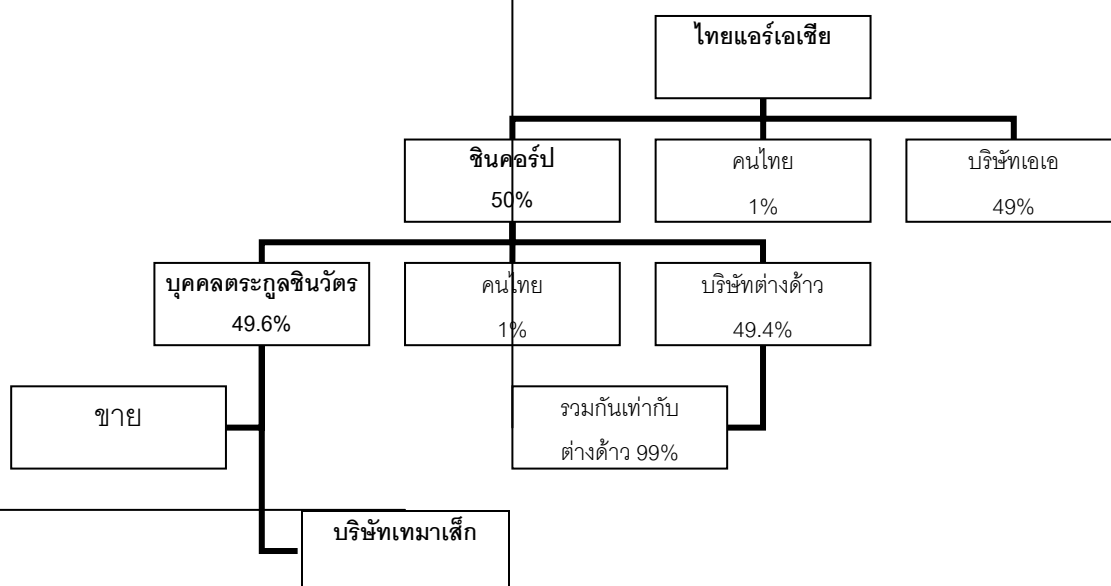
- วันที่ 8 ธันวาคม 2546 บริษัทไทยแอร์เอเชีย เปลี่ยนแปลงสัดส่วนผู้ถือหุ้นระหว่างคนไทยและต่างด้าว เป็นร้อยละ 51:49 (ตามหลักเกณฑ์ที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงตามที่ได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 31 แห่ง พ.ร.บ. การเดินอากาศ พ.ศ. 2497) โดยไม่ได้แจ้งให้กรรมการขนส่งทางอากาศทราบ ในการเปลี่ยนแปลงการถือหุ้นครั้งนี้มีบริษัทชินคอร์ป เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ถือหุ้นร้อยละ 50 บุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นร้อยละ 1 และบริษัท เอ เอ อินเตอร์เนชั่นแนล ลิมิเต็ด (ต่อไปนี้จะเรียกว่า บริษัทเอเอ) ซึ่งเป็นบริษัทต่างด้าว ถือหุ้น

²¹ ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่

1) เรื่อง ขอรื้อหรือกรณีสภาพแห่งบุริมสิทธิและสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด วันที่ 2 สิงหาคม พ.ศ. 2534

ร้อยละ 49 และในบริษัทชินคอร์ป มีบุคคลในตระกูลชินวัตรถือหุ้นอยู่ร้อยละ 49.6 บุคคลธรรมดา สัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ร้อยละ 1 และบริษัทสัญชาติสิงคโปร์ถือหุ้นอยู่ร้อยละ 49.4

- วันที่ 23 มกราคม 2549 บุคคลในตระกูลชินวัตรได้ทำการขายหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัทชินคอร์ปทั้งหมด ให้บริษัทเทมาเส็ก ดังนั้น อาจสรุปโครงสร้างผู้ถือหุ้นได้ดังนี้



- วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2549 บริษัทไทยแอร์เอเชีย แจ้งเปลี่ยนแปลงสัดส่วนผู้ถือหุ้น โดยมี บริษัท เอเซีย เอวิเอชั่น จำกัด ถือหุ้นร้อยละ 50 (มีบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นร้อยละ 51 บริษัทชินคอร์ป ถือหุ้นร้อยละ 49) บุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นร้อยละ 1 และบริษัทเอเอ ถือหุ้นร้อยละ 49 ณ วันที่ บริษัทไทยแอร์เอเชีย จึงมีคุณสมบัติสอดคล้องกับประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ

ข้อกฎหมาย

1. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58
2. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
3. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
4. พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

การตีความ

ในกรณีของสายการบินแอร์เอเชียนี้ กรมการขนส่งทางอากาศ ได้มีการหารือไปยัง คณะกรรมการกฤษฎีกาในหลายๆประเด็น และคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการตีความ ผู้เขียนขอสรุปประเด็นเป็นข้อๆดังต่อไปนี้

1. กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนผู้ถือหุ้นเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2546 ในสัดส่วนการถือหุ้นระหว่างคนไทยและต่างด้าวจากอัตราส่วนร้อยละ 70:30 เป็นร้อยละ 51:49 กรณีนี้ทำให้สัดส่วนการถือหุ้นไม่เป็นไปตามเกณฑ์ที่รัฐมนตรีออกในขณะที่ได้รับอนุญาต ซึ่งหากข้อเท็จจริงนี้มีอยู่ในวันขออนุญาต รัฐมนตรีคงไม่พิจารณาออกใบอนุญาตให้ กล่าวคือ เป็นเรื่องมีข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงดังกล่าวขณะทำคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่จะไม่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น ตามมาตรา 53 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นเหตุให้รัฐมนตรีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ และเหตุเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเกิดขึ้นมาตั้งแต่เมื่อรัฐมนตรีได้ทราบข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นแล้ว แต่รัฐมนตรีไม่ได้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ใบอนุญาตจึงมีผลใช้ได้ต่อไป

2. กรณีที่มีการขายหุ้นของบริษัทชินคอร์ปในส่วนที่บุคคลในตระกูลชินวัตรถืออยู่ทั้งหมดเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2549 กรณีนี้ทำให้บริษัทชินคอร์ปกลายเป็น “คนต่างด้าว” ตามความหมายของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากมีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ถึงร้อยละ 99 เมื่อบริษัทชินคอร์ปเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ในบริษัทไทยแอร์เอเชีย การขายหุ้นทั้งหมดทำให้ไม่มีบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่เกินร้อยละ 51 ในบริษัทชินคอร์ป จึงทำให้บริษัทไทยแอร์เอเชีย ขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ในกรณีนี้จะก่อให้เกิดผลสองประการคือ เป็นเหตุให้รัฐมนตรีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ตามมาตรา 53 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และถือว่าผู้รับใบอนุญาตมีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์คุณสมบัติที่รัฐมนตรีกำหนด กรมการขนส่งทางอากาศสามารถใช้ข้อ 17 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ดำเนินการเอาโทษต่อผู้รับใบอนุญาตนั้นได้

3. ผลของการขายหุ้นของบริษัทชินคอร์ปในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยสมบูรณ์เมื่อใด เนื่องจากจะส่งผลให้บริษัทไทยแอร์เอเชียมีความผิมนับตั้งแต่นั้น กรณีนี้บริษัทชินคอร์ปเป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ดังนั้น การซื้อขายหุ้นจึงต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และมีผลตั้งแต่ได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว

4.2 การอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวบินเข้ามาในประเทศไทย

การศึกษาในหัวข้อนี้จะเกี่ยวกับการอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำมายังประเทศไทย เนื่องจากหลักการทั่วไปในเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐในห้วงอากาศเหนือดินแดน และข้อ 6 แห่งอนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944 ที่ได้กำหนดเกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศแบบประจำระหว่างประเทศไว้ว่า การประกอบกิจการขนส่งทางอากาศแบบประจำผ่านหรือเข้าไปในอาณาเขตของรัฐภาคีใดจะกระทำมิได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐนั้น และจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในใบอนุญาตเช่นนั้น²² ประเทศต่างๆจึงมาทำความตกลงกันเพื่อให้สายการบินของประเทศตนสามารถประกอบกิจการขนส่งทางอากาศแบบประจำเข้าไปในอาณาเขตของอีกประเทศหนึ่งได้

ดังนั้น การที่สายการบินต่างด้าวจะทำการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำมายังประเทศไทย สายการบินดังกล่าวจะต้องเป็นผู้ได้รับการกำหนดให้ใช้สิทธิตามความตกลงที่เกี่ยวกับสิทธิการบินที่ประเทศที่กำหนดสายการบินนั้นได้ทำกับประเทศไทย และจะต้องเป็นสายการบินที่มีสัญชาติของประเทศนั้นด้วยเป็นสำคัญ มิเช่นนั้นจะก่อให้เกิดสิทธิในการเพิกถอนหรือพักการอนุญาตให้ประกอบกิจการของสายการบินของประเทศนั้นได้ นอกจากนี้ยังจะต้องได้รับอนุญาตให้เข้ามายังราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ดังต่อไปนี้

4.2.1 ความตกลงระหว่างประเทศ

ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเจรจาสิทธิการบินที่ประเทศไทยได้ทำกับต่างประเทศมีทั้งความตกลงทวิภาคี และความตกลงพหุภาคี ซึ่งในความตกลงจะได้กำหนดให้สายการบินจะต้องมีความสอดคล้องกับข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินตามความตกลงด้วย มิเช่นนั้นแล้วประเทศไทยสามารถที่จะไม่อนุญาตให้สายการบินนั้นทำการบินมายังประเทศไทยได้

²² Chicago Convention Article 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.”

ซึ่งในการกล่าวถึงความตกลงแต่ละประเภท ผู้เขียนจะกล่าวถึงคุณสมบัติด้านสัญชาติของสายการบินตามที่ได้กำหนดในความตกลงเท่านั้น

4.2.1.1 ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศ

ในความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างรัฐ จะกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของสายการบินของรัฐคู่ภาคีไว้ 2 ประการ ได้แก่

1) ผู้ประกอบการต้องเป็นสายการบินที่กำหนดของรัฐภาคี

รัฐภาคีจะต้องแต่งตั้งให้ผู้ประกอบการของตนที่จะใช้สิทธิการบินตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศเป็นสายการบินที่กำหนดของรัฐตนเสียก่อน และแจ้งการแต่งตั้งเป็นลายลักษณ์อักษรมายังประเทศไทย²³ เนื่องจากรัฐจะยอมรับให้แต่เฉพาะสายการบินที่กำหนดของอีกรัฐภาคีหนึ่งเท่านั้นที่จะสามารถใช้สิทธิในความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ได้ทำกันได้

2) กรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบินจะต้องเป็นของรัฐหรือคนชาติของรัฐภาคี

หากสายการบินต่างด้าวไม่มีกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญและการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพในสายการบินเป็นของรัฐหรือคนชาติของรัฐภาคีแล้ว ประเทศไทยสามารถที่จะไม่ยอมรับการกำหนดสายการบินและไม่ให้ใบอนุญาต หรืออนุญาตแบบมีเงื่อนไข หรือเพิกถอน หรือพักการอนุญาตให้ใช้สิทธิการบินตามที่ได้ตกลงกันด้วย²⁴

²³ ตัวอย่างเช่นตามข้อ 6 วรรคหนึ่ง แห่งความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศไทยและบราซิล ลงนาม ณ วันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1991 “Each Contracting Party shall have the right to designate one airline for the purpose of operating the agreed services. Such designation shall be effected by virtue of a written notification between the aeronautical authorities of both Contracting Parties through diplomatic channel.”

²⁴ ตัวอย่างเช่นตามข้อ 3(4) แห่งความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศไทยและสเปน ลงนาม ณ วันที่ 6 กันยายน ค.ศ. 1979 “Each Contracting Party shall have the right to refuse to accept the designation of the airline and to withhold or revoke the grant to that airline of the privileges specified in paragraph (2) of article 2 of the present Agreement or to impose such conditions as it may deem necessary on the exercise by the airline of those privileges in any case where it is not satisfied that substantial

อย่างไรก็ดี ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศ ในบางกรณี อาจไม่ได้มีข้อกำหนดด้านสัญชาติของสายการบินโดยใช้หลักกรรมสิทธิ์และการควบคุมของรัฐหรือคนชาติของรัฐผู้ทำความตกลงเสมอไป ดังนั้น ประเทศไทยจะต้องพิจารณาข้อกำหนดในด้านสัญชาติที่ความตกลงกำหนดไว้เช่นนั้น เช่น ความตกลงดังต่อไปนี้

- ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศไทยและมาเก๊า ที่ได้กำหนดแต่เพียงว่า สายการบินที่กำหนดของเขตปกครองพิเศษมาเก๊านั้นจะต้องมีสถานประกอบการและมีสถานประกอบการแห่งใหญ่ในมาเก๊า²⁵ ดังนั้น ประเทศไทยจึงจะไม่พิจารณาในเรื่องกรรมสิทธิ์และการควบคุม

- ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศไทยและสหภาพยุโรป ในปัจจุบัน ประเทศไทยได้ยอมรับหลักกรรมสิทธิ์ของประชาคมแห่งสหภาพยุโรปด้วย โดยเมื่อวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2549 ประเทศไทยได้ร่วมลงนามวาระการประชุมร่วมกันเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายตามความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ประเทศไทยได้ทำกับรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปทั้ง 20 ความตกลง โดยประเทศไทยได้ยอมรับหลักการของประชาคมที่ต้องการจะจัดข้อจำกัดเรื่องคนชาติของแต่ละรัฐสมาชิกในความตกลงทวิภาคีแต่ละฉบับ ซึ่งการตกลงครั้งใหม่นี้จะทำให้สายการบินที่กำหนดของสหภาพยุโรป (ไม่ใช่ของแต่ละรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปอีก

ownership and effective control of that airline are vested in the Contracting Party designating the airline or in nationals of the Contracting Party designating the airline.”

²⁵ ข้อ 5 แห่งความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศไทยและเขตปกครองพิเศษมาเก๊า ลงนาม ณ วันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1995 “Each Contracting Party shall have the right to refuse to accept the designation of the airline and to withhold or revoke the grant to that airline of the privileges specified in ... of the present Agreement or to impose such conditions as it may deem necessary on the exercise by the airline of those privileges in any of the following cases: in the case of Macau, where it is not satisfied that airline is incorporated and has its principal place of business in Macau.”

ต่อไป) สามารถที่จะทำการบินระหว่างประเทศไทยและรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปใด ๆ ที่สายการบินได้ก่อตั้งขึ้นและซึ่งได้มีความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศกับประเทศไทยอยู่²⁶

- ข้อยกเว้นในกรณีสายการบิน SAS (Scandinavian Airlines System) สายการบินนี้เป็นสายการบินที่มีสายการบินแห่งชาติ 3 สายการบินเป็นส่วนอยู่ ได้แก่ สายการบิน DDL แห่งประเทศเดนมาร์ก สายการบิน DNL แห่งประเทศนอร์เวย์ และสายการบิน ABA แห่งประเทศสวีเดน โดยสายการบิน SAS มีสถานประกอบการแห่งใหญ่อยู่ในประเทศสวีเดน จึงเห็นได้ว่าสายการบินนี้ไม่อาจมีส่วนของผู้ถือหุ้นที่เป็นคนชาติของประเทศนั้นมากกว่าร้อยละ 50 อันจะทำให้สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านกรรมสิทธิ์ส่วนสาระสำคัญได้ อีกทั้ง สายการบิน SAS ยังเป็นสายการบินที่กำหนดของทั้งสามประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว จะมีกฎเกณฑ์ที่ว่าประเทศเดียวเท่านั้นที่สามารถจัดสรรสิทธิการบินให้กับสายการบินหนึ่งได้ ดังนั้นสิทธิการบินระหว่างประเทศของสายการบิน SAS จึงถือได้ว่าเป็นผลผลิตของการเจรจาโดยรัฐบาลเดนมาร์ก นอร์เวย์ และสวีเดนอย่างแท้จริง

4.2.1.2 ความตกลงหลายฝ่าย

หากสายการบินต่างด้าวนั้นเป็นสายการบินของประเทศใดที่ประเทศไทยได้ทำความตกลงหลายฝ่ายว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างกันแล้ว ข้อกำหนดในด้านสัญชาติในการที่ประเทศไทยจะพิจารณา จะอยู่ภายใต้บังคับแห่งความตกลงเช่นนั้น²⁷ เช่น ความตกลงด้านการขนส่งของอาเซียน ที่ได้กำหนดให้สายการบินของรัฐภาคีเพียงแต่มีสถานประกอบการแห่งใหญ่ในประเทศนั้นเท่านั้น

4.2.2 พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

การที่สายการบินต่างด้าวจะบินเข้ามายังประเทศไทย แม้จะมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่ได้กำหนดไว้ในความตกลงหรือความร่วมมือเกี่ยวกับการบริการเดินอากาศที่รัฐได้ทำกับ

²⁶ Air Transport Portal of the European Commission, International Aviation “A Policy Built on 3 Key Pillars – Latest Development,” <http://ec.europa.eu/transport/air_portal/international/pillars/developments_en.htm>, January 2008.

²⁷ ทศพร ลิ้มพิงธรรม “การเข้าสู่ตลาดในประเทศไทยของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), น. 48.

ประเทศไทยก็ตาม สายการบินยังคงต้องยื่นขออนุญาตจากหน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ มาตรา 28 ที่ได้บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้อากาศยานต่างประเทศบินผ่าน หรือ ขึ้นลงในราชอาณาจักร เว้นแต่จะมีสิทธิตามอนุสัญญา²⁸ หรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรี”

เนื่องด้วยความตกลงระหว่างประเทศได้กำหนดให้กฎหมายและข้อบังคับของภาคีผู้ทำความตกลงฝ่ายหนึ่ง ซึ่งใช้บังคับกับการเข้ามาและการออกจาก อาณาเขตของตนของอากาศยาน ซึ่งใช้ในการเดินอากาศระหว่างประเทศ หรือเที่ยวบินของอากาศยานเช่นว่านั้น เหนืออาณาเขตนั้น จะใช้บังคับแก่สายการบินที่กำหนดของภาคีผู้ทำความตกลงอีกฝ่ายหนึ่งด้วย²⁹ ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 28 จึงนำมาบังคับใช้กับการอนุญาตสายการบินที่จะบินเข้ามายังประเทศด้วย

ในการพิจารณาอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวเข้ามายังประเทศไทยนั้น อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. กรณีสายการบินต่างด้าวเป็นผู้มีสิทธิตามอนุสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ

หากพิจารณาตามตัวบท อาจเข้าใจได้ว่าหากว่าสายการบิน เป็นผู้ที่มีสิทธิตามความตกลงระหว่างประเทศ จะสามารถที่จะบินผ่านหรือขึ้นลงในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาต แต่หากพิจารณาประกอบกับอนุสัญญาชิคาโก ข้อ 6 ที่กำหนดว่าห้ามให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำทำการบินเหนือหรือเข้าไปในอาณาเขตของรัฐภาคี เว้นแต่ได้รับอนุญาต และความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินที่มักมีข้อความที่กำหนดว่า เมื่อรัฐ

²⁸ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 มาตรา 4 “อนุสัญญา” หมายความว่า อนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ซึ่งทำขึ้นที่เมืองชิคาโกเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2487 รวมตลอดถึงภาคผนวกและบทแก้ไขเพิ่มเติมภาคผนวกหรืออนุสัญญานั้น

²⁹ ตัวอย่างเช่น ข้อ 5 แห่งความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศไทยและสวีเดน ลงนาม ณ วันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1949 ที่กำหนดว่า “The laws and regulations of one Contracting Party relating to the admission to or departure from its territory of aircraft engaged in international air navigation or to the operation and navigation of such aircraft while within its territory, shall be applied to the aircraft of the designated airline or airlines of the other Contracting Party, and shall be complied with by such aircraft upon entering or departing from or while within the territory of the first Party.”

ภาคีที่ได้ทำความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศกับประเทศไทยได้แจ้งสายการบินที่กำหนดที่จะใช้สิทธิการบินตามที่ตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรมายังเจ้าหน้าที่การเดินอากาศ ซึ่งก็คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมแล้ว เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมได้รับแจ้งจะต้องอนุญาตโดยไม่ชักช้า (หากมีเงื่อนไขเป็นไปตามความตกลง) เพื่อให้สายการบินที่กำหนดของอีกฝ่ายหนึ่งสามารถให้บริการได้ทันที เท่ากับว่า ไม่มีข้อความตอนใดในอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่อนุญาตให้สายการบินสามารถใช้สิทธิตามความตกลงได้โดยทันที³⁰ เนื่องจากว่ารัฐไม่เคยให้สิทธิการบินกับสายการบิน แต่รัฐจะให้สิทธิการบินกับรัฐ ดังนั้นโดยหลักแล้ว สายการบินนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐที่ต้องการจะทำการบินเข้าไปเสียก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิการบินตามความตกลงได้

2. กรณีที่สายการบินต่างด้าวเป็นสายการบินของประเทศที่ยังไม่มีความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศกับประเทศไทย

ในกรณีนี้ สายการบินต่างด้าวจะต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม โดยการพิจารณาอนุญาตนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 38(2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534³¹ ได้ออกคำสั่งกระทรวงคมนาคมที่ 21/2533 และ 276/2535 มอบหมายอำนาจตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ให้อธิบดีกรมการบินพาณิชย์ (กรมการขนส่งทางอากาศในปัจจุบัน) เป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนในกรณีเกี่ยวกับคำขออนุญาตในเรื่องต่างๆ

³⁰ ดู ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “สิทธิผ่านน่านฟ้าอาณาเขต: หลักและข้อยกเว้น”, บทบัญญัติ 101, เล่ม 56, น.116-117 (2543).

³¹ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 38 “อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการ หรือการดำเนินการอื่น ที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับหรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมีได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ดังต่อไปนี้

(2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอาจมอบอำนาจให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง ปลัดกระทรวง อธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการซึ่งดำรงตำแหน่งเทียบเท่า หรือผู้ว่าราชการจังหวัด”

4.3 ปัญหาและข้อบกพร่องเกี่ยวกับกฎหมายไทยที่ใช้บังคับกับการประกอบกิจการสายการบินและการอนุญาตสายการบินต่างด้าว

กฎหมายไทยในปัจจุบันที่ใช้บังคับกับการประกอบกิจการสายการบินที่ผู้เขียนเห็นว่ามีปัญหาและข้อบกพร่องอย่างมากในปัจจุบันคือ ปัญหาการใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ส่วนการอนุญาตสายการบินต่างด้าวที่ปัจจุบันใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 นั้นผู้เขียนพบว่ามีปัญหาอยู่บางประการ ดังนี้

4.3.1 ปัญหาการใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ปัจจุบันนี้ การประกอบกิจการสายการบินหรือกิจการค้าขายในการเดินอากาศใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เป็นกฎหมายหลัก ซึ่งการใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มีข้อบกพร่องดังนี้

4.3.1.1 การขาดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจน

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินไว้ใดๆทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องหลักเกณฑ์ในการขออนุญาต คุณสมบัติต่างๆของผู้ขออนุญาต หรือเรื่องอื่นใดที่สำคัญหลักๆ ซึ่งการขาดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนทำให้เกิดผลในการบังคับใช้กฎหมายที่ผู้เขียนอาจสรุปได้สองประการ ดังนี้

1) กรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้น จะต้องมีการตีความและนำเอากฎหมายอื่นมาปรับใช้ เท่าที่สังเกตได้ ผู้เขียนเห็นว่า การใช้ดุลพินิจของกรมการขนส่งทางอากาศแต่ละครั้ง จะต้องมีการหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา ในบางกรณีกรมการขนส่งทางอากาศไม่อาจตอบข้อซักถามหรือใช้ดุลพินิจในการพิจารณาได้ชัดเจน เช่น ในเรื่องขอใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ จะต้องมีการตีความเรื่องสถานะ การพักใช้ การเพิกถอน หรือการสิ้นสุดของใบอนุญาต ทั้งที่หากพิจารณากฎหมายภายในของต่างประเทศดังที่ผู้เขียนได้ศึกษาในบทที่ 3 แล้วจะพบว่ากฎหมายของประเทศเหล่านั้นได้กำหนดเรื่องเกี่ยวกับสายการบินไว้อย่างชัดเจน โดยมีทั้งเรื่องคุณสมบัติ การขอรับอนุญาต การกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติภายหลังจากที่สายการบินเหล่านั้นได้รับอนุญาต การเพิกถอน หรือพักใช้ใบอนุญาต ฯลฯ ซึ่งหากมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเช่นนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่ากรมการขนส่งทางอากาศคงไม่ต้องการหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาทุกกรณี

2) การขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนทำให้เกิดความยุ่งยากในขั้นตอนการกำหนดสายการบิน กล่าวคือ การที่สายการบินของเอกชนที่จะประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำที่คำนวณมูลค่าได้มากกว่าหนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ในขั้นตอนของการกำหนดสายการบินที่กำหนด (หลังจากที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศและได้รับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศแล้ว³²) จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เนื่องจากเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้คือว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการใดๆ เกี่ยวกับกิจการที่อยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวไว้ จึงต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ แต่พระราชบัญญัตินี้มีขั้นตอนในการนำเสนอโครงการและดำเนินการโครงการเป็นเวลานาน โดยการเสนอโครงการต้องมีการศึกษาวิเคราะห์โดยละเอียดเสนอต่อหน่วยงานต่างๆ ที่กำหนด ใช้เวลาในการดำเนินการไม่น้อยกว่า 60 วัน และการดำเนินโครงการภายหลังจากที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในหลักการที่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการ ประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานต่างๆ โดยใช้เวลาพิจารณาคัดเลือกไม่น้อยกว่า 90 วัน ก่อนนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติ ซึ่งนับว่าขั้นตอนเหล่านี้ยุ่งยากและใช้เวลานาน ทำให้

³² ตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทย ลงวันที่ 17 สิงหาคม พ.ศ. 2548 กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการแบบประจำที่กำหนดระหว่างประเทศที่ประสงค์จะดำเนินการบริการการบินแบบประจำมีกำหนดในเส้นทางระหว่างประเทศ ให้ยื่นคำขอเป็นหนังสือต่ออธิบดีกรมการขนส่งทางอากาศ (พร้อมแนบหลักฐานรายละเอียดต่างๆตามที่กำหนดไว้ในประกาศ เพื่อประกอบการพิจารณา) เพื่อขอรับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบิน ภายในเวลาไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าวันทำการก่อนเริ่มดำเนินการบริการตามเส้นทางบินที่ขอรับการจัดสรร กรมการขนส่งทางอากาศจะพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินให้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศซึ่งได้รวมถึงเรื่องทุนประกอบการ (ทุนจดทะเบียน) และหุ้นด้วย และเมื่อผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยได้รับการพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศจากกรมการขนส่งทางอากาศแล้ว ก่อนที่กรมการขนส่งทางอากาศแจ้งแต่งตั้งให้เป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศไทย ผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศต้องแสดงเอกสารหรือหลักฐานรายการใดรายการหนึ่งหรือหลายรายการที่แสดงให้เห็นว่ามีความตั้งใจในการดำเนินการบริการด้วย

ไม่สอดคล้องกับธุรกิจการบิน เพราะเมื่อเจรจาแลกเปลี่ยนสิทธิการบินระหว่างสองรัฐแล้ว รัฐคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องกำหนดสายการบินที่กำหนดเพื่อดำเนินการให้บริการตามสิทธิที่ได้รับ และแจ้งให้หน่วยงานที่มีอำนาจด้านการบินของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบ เมื่อได้รับแจ้งแล้วก็ต้องอนุญาตโดยไม่ชักช้าเพื่อให้สายการบินที่กำหนดของอีกฝ่ายสามารถดำเนินการให้บริการได้ทันที หากสายการบินที่กำหนดของรัฐคู่สัญญาสามารถดำเนินการบริการมายังประเทศไทยตามสิทธิที่ได้ตกลงกันได้ แต่หากสายการบินของไทยยังคงอยู่ในช่วงเวลาดำเนินการการเป็นสายการบินที่กำหนดอยู่จะทำให้เสียเปรียบอย่างมาก และธุรกิจประเภทนี้จะต้องใช้เงินลงทุนมหาศาล ถ้าต้องถูกสกัดกั้นด้วยกระบวนการต่างๆ เป็นเวลานานก็จะทำให้ผู้ประกอบการสูญเสียรายได้ที่ควรได้รับและเสียเปรียบในการใช้สิทธิการบินในเส้นทางตามความตกลงที่รัฐได้เจรจา อย่างไรก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ ควรเปรียบเทียบกับกรณีให้สัมปทานปิโตรเลียมและประทานบัตรแร่ ที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้³³ เนื่องจากสภาพแห่งธุรกิจเช่นกัน แต่ต่างกันตรงที่กิจการดังกล่าวมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะ จึงไม่ต้องตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้อีก แสดงว่า หากการประกอบกิจการสายการบินมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบกิจการไว้ชัดเจนแล้ว อาจได้รับยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐได้

4.3.1.2 บทกำหนดโทษในกรณีฝ่าฝืนไม่รุนแรง

การฝ่าฝืนเงื่อนไขตามที่รัฐมนตรีกำหนดไว้ ข้อ 17 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้กำหนดให้มีโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และกรณีที่เป็นความผิดต่อเนื่องกัน ให้ปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งพันบาทตลอดเวลาที่ยังทำการฝ่าฝืนอยู่ ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศใช้นานแล้ว การกำหนดโทษจึงไม่เหมาะสมกับยุคสมัย นอกจากนั้นธุรกิจสายการบินเป็นธุรกิจที่ใช้เงินลงทุนสูงมาก จำนวนเงินค่าปรับตามที่กำหนดถือเป็นเงินเล็กน้อย ไม่อาจทำให้ผู้ฝ่าฝืนเกรงกลัวต่อบทลงโทษได้

³³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 มาตรา 3 วรรคสอง “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่”

4.3.2 ปัญหาการใช้พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

ปัจจุบันนี้การอนุญาตให้สายการบินต่างด้าวที่บริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำมายังประเทศไทยนั้นจะใช้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ประกอบกับความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องบริการเดินอากาศ ซึ่งในมาตราดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการอนุญาตสายการบิน เนื่องจากไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงถึงการอนุญาตสายการบิน แต่กำหนดไว้เพียงการอนุญาตอากาศยานเท่านั้น

4.4 บทสรุป

จากการศึกษากฎหมายและนโยบายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับสัญญาของสายการบิน พบว่า ปัจจุบัน การกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาของสายการบินของไทยนั้นเป็นนโยบายทั้งหมด ซึ่งจะปรากฏคุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศอยู่ในประกาศกรมการขนส่งทางอากาศเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจในการอนุญาตและกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตได้ ดังนั้น แม้ว่าผู้ขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ รัฐมนตรียังสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตได้

นอกจากนี้ การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องหุ้นในปัจจุบันยังมีการตีความว่ามีกฎหมายกำหนดในเรื่องหุ้นอยู่แล้วอันจะเป็นข้อยกเว้นไม่นำพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาใช้บังคับในเรื่องการถือหุ้น ส่งผลให้รัฐมนตรีสามารถที่จะกำหนดสัดส่วนของการถือหุ้นของสายการบินไทยไว้ได้อย่างไรก็ได้โดยจะไม่พระราชบัญญัติฉบับนี้ไปใช้บังคับแม้จะมีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่เกินร้อยละ 49 อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนี้ยังไม่เกิดปัญหาขึ้นเนื่องจากว่าได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 49 แต่หากในอนาคตที่ต้องการจะเปิดเสรีการลงทุนจากต่างด้าวในสายการบินของไทยให้มากขึ้น ก็ไม่แน่ใจว่าจะเกิดปัญหาในการตีความสถานะของประกาศกรมการขนส่งทางอากาศที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องหุ้นหรือไม่

ดังนั้น นับว่าปัญหาสำคัญที่สุดของกฎหมายไทยที่ทำให้เกิดความติดขัดในการพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องการประกอบกิจการสายการบิน คือ การไม่มีหลักเกณฑ์ในกฎหมายกำหนดอย่างแน่

ชัด ซึ่งหากว่ากฎหมายไทยมีความชัดเจนในเรื่องเหล่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะทำให้เกิดความสะดว
มากขึ้นกับทั้งผู้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและแนวโน้มของประเทศไทยที่จะมีการเปิดเสรี
การบิน