



พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กับ
สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

โดย

นางสาวกณิศา วงศ์คม

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กับ
สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

โดย

นางสาวกณิศา วงศ์คม



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



PRIVATE INVESTMENT IN STATE UNDERTAKING ACT B.E. 2556
AND THAI AIRLINES IN INTERNATIONAL AIRLINE BUSINESS

BY

MISS KANISA WONGKOM



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
INTERNATIONAL TRADE REGULATION
FACULTY OF LAW
THAMMASAT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2015
COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นางสาวกณิศา วงศ์คม

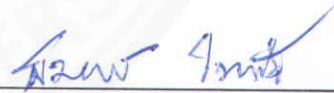
เรื่อง

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กับสายการบินของไทย
ในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ สมพร ไพลิน)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



(ศาสตราจารย์ ดร. ไพฑูริย์ เอกจริยกร)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร. จุฬา สุขมานพ)

คณบดี



(รองศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กับสายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ
ชื่อผู้เขียน	นางสาวกณิศา วงศ์คม
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. ไผทชิต เอกจริยกร
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

เนื่องจากองค์กรของรัฐบาลที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องมีความเห็นว่า “สิทธิการบิน” ภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางอากาศเป็น “ทรัพย์สินของรัฐ” และเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ ดังนั้นการที่รัฐบาลไทยกำหนดให้สายการบินเอกชนของไทยเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เพื่อให้สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศจึงเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และหากการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศมีมูลค่าโครงการตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ก็จะต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ก่อให้เกิดปัญหาการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อสายการบินเอกชนของไทย เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้มิได้ใช้บังคับแก่บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เพราะมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ และมีได้ใช้บังคับสายการบินต่างชาติเพราะอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของกฎหมายไทย ทำให้สายการบินเหล่านั้นสามารถใช้สิทธิการบินภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศเพื่อทำการบินมายังประเทศไทยได้เมื่อปฏิบัติตามกฎหมายด้านการบิน แต่สายการบินเอกชนของไทยกลับถูกจำกัดการใช้สิทธิการบิน เพราะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งเป็นการเพิ่มขั้นตอนและก่อให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการขอใช้สิทธิการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศ ทำให้สายการบินเอกชนของไทยเสียเปรียบสายการบินคู่แข่งในตลาดการบินระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจึงได้ศึกษาหลักทั่วไปเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ และหลักทั่วไปเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ และการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจ ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี(ประเทศเกาหลีใต้) ว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมทั้งศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าว เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่ใช้บังคับแก่กรณีทำนองเดียวกัน

จากการศึกษาพบว่า การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศเป็นกรณีที่เอกชนจะต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐเพื่อใช้สิทธิการบินในการประกอบธุรกิจที่รัฐต้องการกำกับดูแล ซึ่งอำนาจในการดำเนินงาน การบริหารจัดการ และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นของเอกชน เอกชนสามารถดำเนินงานได้อย่างอิสระภายใต้กรอบของกฎหมาย รัฐทำหน้าที่เป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น แตกต่างจากการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่เป็นความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน ซึ่งความร่วมมือรูปแบบนี้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนต่างก็มีส่วนร่วมและแบกรับความเสี่ยงในการลงทุนหรือดำเนินการในโครงสร้างพื้นฐานหรือในบริการสาธารณะ และโดยทั่วไปภาคเอกชนจะไม่สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เช่น โครงสร้างพื้นฐานที่ตนลงทุน แต่จะมีสิทธิในการหารายได้จากบริการ ใช้ประโยชน์โครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับโครงการ หรือได้รับค่าตอบแทนอันเนื่องมาจากการดำเนินงานภายในระยะเวลาของสัญญาร่วมลงทุน และไม่มีประเทศใดนำเอากฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐมาใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

ดังนั้น เพื่อมิให้เอกชนไทยซึ่งประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศเสียเปรียบในการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรยกเว้น ไม่นำเอาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถทำได้ 3 แนวทาง ดังต่อไปนี้

1. ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดยกเว้นการใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว

2. ตราพระราชกฤษฎีกาตาม 1. พร้อมกับตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่สำหรับใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินโดยตรง ควบคู่กันไปด้วย

3. แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อกำหนดข้อยกเว้น มิให้ใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบิน

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมและข้อดีข้อเสียของข้อเสนอแนะแต่ละแนวทางแล้ว เห็นว่าแนวทางที่ 1 เป็นการแก้ไขปัญหาคัดตรงจุด รวดเร็วที่สุด และเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันมากที่สุด เพราะปัญหาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสายการบินเอกชนของไทยในประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ จำเป็นต้องมีการแก้ไขอย่างเร่งด่วน อย่งไรก็ตามเพื่อให้เกิดความชัดเจนและบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น หลังจากการดำเนินการตามแนวทางที่ 1 แล้วเสร็จ ควรตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่เพื่อใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจสายการบินโดยตรง ดังกล่าวใน 2. และแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังกล่าวใน 3. ด้วย

คำสำคัญ: พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556, การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ, กฎหมายร่วมลงทุน, ร่วมลงทุน, ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ, สายการบินระหว่างประเทศ, สายการบิน, การขนส่งทางอากาศ, สิทธิการบิน, ทรัพย์สินของรัฐ, กฎหมายและระเบียบข้อบังคับ

Thesis Title	PRIVATE INVESTMENT IN STATE UNDERTAKING ACT B.E. 2556 AND THAI AIRLINES IN INTERNATIONAL AIRLINE BUSINESS
Author	Miss Kanisa Wongkom
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	International Trade Regulation Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Pathaichit Eagjariyakorn, Ph.D.
Academic Years	2015

ABSTRACT

Since it has been ruled by the relevant government authority that “air traffic right” under any inter-governmental agreement on air transport is “state property” and monetary right, therefore nomination of an airline operated by a private entity as a designated airline under the agreement on air transport shall be regarded as a form of private investments in state undertaking. In such a case, if the value of the business plan proposed by the designated airline is not less than one billion baht, the processes as required under the Private Investments in State Undertaking Act B.E. 2556 (2013) (the Act) must be followed. Applying this Act to Thai airlines in international airline business causes unfair competition in the international aviation market, especially for Thai airlines operated by private entities because the Act is neither applicable to Thai Airways International Public Company Limited (THAI), which is a state enterprise, nor to any foreign airlines, which are not subject to Thai jurisdiction. So, THAI and those foreign airlines that comply only with aviation law will be able to enjoy air traffic rights as stipulated in agreements on air transport between the Thai government and other countries, while Thai airlines operated by private entities need to comply only with both aviation law and the Act which makes them

less competitive in the international aviation market because of the longer time and more complicated processes needed to obtain their traffic right.

In an endeavor to arrive at a practical solution, this thesis explores the general nature of international airline business as well as that of public-private partnerships. Study was done on The European Union Law and The United States of America Law regarding granting air navigation licensing, especially economic regulations as well as public-private partnerships law of The European Union and Republic of Korea (South Korea) law.

The study reveals that international airline businesses operation is a matter of establishing airline businesses by private entities in which granting of air transport operating license by state regulating authority is required. In international airline businesses, private entities who are the licensees are free to operate, manage and invest in airline businesses as well as to own the properties in their airline businesses while the public sector only acts as the regulator to see to it that the licensees are complying with the law. On the other hand, public-private partnerships is a form of cooperation between government agencies or government enterprises and private entities where operation, investment and risks in infrastructures or public services projects are shared by both sides. Generally, private entities may not be able to own property in those public-private partnerships projects but they may obtain the right to collect user fees, use the relevant facilities or enjoy the benefits related to their operation within a specific period provided in the public-private partnerships contract. Moreover, in all the foreign laws which have been studied, none of the laws on public-private partnerships is applicable to licensing of international airline businesses operation.

So, in order to eliminate the above-mentioned disadvantages of Thai private entities in operating international airline businesses, it is proposed to exclude international airline businesses from the scope of application of the Act which may be carried out through any one of the three following approaches:

1. Issuing a royal decree under paragraph 2 of section 7 of the Act to exempt an application of the Act to airline businesses;

2. Issuing a royal decree as mentioned in 1. together with enacting a new act of parliament to directly regulate airline business; or

3. Amending the Act to the effect that it shall not be applicable to airline businesses.

In view of urgent need to solve the existing problems causing serious impact to Thai private airlines operating in international airline business, it is proposed that the first approach should be taken because it does not take so long time as the second and the third one.

However, for the sake of clarity in the application of laws relating to airline business and investment in state undertakings, after issuing the royal decree as suggested in the first approach, an amendment to the Act to the effect as mentioned in the third approach and an enactment of a new act of parliament as mentioned in the second approach should be done.

Keywords: Private Investments in State Undertakings Act B.E. 2556 (2013), Public-Private Partnerships Law, Public-Private Partnerships, PPP Law, PPP, Thai PPP Law, International airline business, Airline business, Aeronautics, Air traffic right, State property, Commercial, Law and legislation

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยดีก็ด้วยความกรุณาจากบุคคลหลายท่านดังต่อไปนี้
ขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร เป็นอย่างสูงที่ให้ความกรุณา
เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านได้ให้คำปรึกษาตั้งแต่การเริ่มต้นเสนอหัวข้อ ตรวจสอบร่างเค้าโครง
และเนื้อหาวิทยานิพนธ์เรื่อยมาจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์

ขอขอบพระคุณอาจารย์สมพร ไพลิน ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์
อาจารย์ ดร.จุฬา สุขมานพ ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และอาจารย์ประเสริฐ ป้อมป้อง
ศึก ผู้ที่จุดประกายให้ผู้เขียนเห็นถึงปัญหาที่เป็นจุดเริ่มต้นของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ทั้งจากการสัมมนา
ทางวิชาการและบทความต่างๆ ของท่าน ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านทั้งสามได้ให้
คำปรึกษาและแนะนำแนวทางในการแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ซึ่งทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหา
ครบถ้วนสมบูรณ์

ขอขอบพระคุณอาจารย์ลลิต ก่อวุฒิภูรังษี ที่ให้โอกาสผู้เขียนได้ช่วยงานสัมมนาทาง
วิชาการ เรื่อง “กฎหมายร่วมลงทุนฉบับใหม่กับภาคธุรกิจขนส่ง” วันที่ 30 สิงหาคม 2556 ณ คณะ
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งทำให้ผู้เขียนได้เห็นปัญหาที่เป็นจุดเริ่มต้นของวิทยานิพนธ์
ฉบับนี้ในแง่มุมที่หลากหลาย ตลอดจนให้คำปรึกษาและความช่วยเหลือต่างๆ แก่ผู้เขียน
ขอขอบพระคุณอาจารย์เกียรติพล ตันติกุล คุณสุภาพรรณ เฟื่องผ่อง หัวหน้าฝ่ายจัดสรรเส้นทางบิน
สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย และเจ้าหน้าที่สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย
ท่านอื่นๆ ที่ให้ความรู้ ให้ข้อมูลและตอบข้อสงสัยต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ และครอบครัวของผู้เขียนที่ได้สนับสนุนทั้งทุนทรัพย์และ
เป็นกำลังใจให้ผู้เขียนตลอดมา ขอขอบคุณน้องสาวและพี่สาวของผู้เขียนที่ช่วยตรวจการสะกด Thank
you, Pieter for your encouragement and help. และขอขอบคุณเพื่อนๆ สาขากฎหมายการค้า
ระหว่างประเทศ ปีการศึกษา 2556 ที่เป็นกำลังใจและให้ความช่วยเหลือมาโดยตลอด ผู้เขียนขอมอบ
ความดีทั้งหมดนี้ให้แก่คุณพ่อ คุณแม่ คณาจารย์ รวมถึงผู้มีพระคุณทุกท่าน หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มี
ข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

(8)

สารบัญ

บทคัดย่อ	(1)
กิตติกรรมประกาศ	(7)
สารบัญ	(8)
สารบัญตาราง	(11)
สารบัญภาพ	(12)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	5
1.3 ขอบเขตการศึกษา	5
1.4 วิธีการศึกษา	6
1.5 สมมติฐาน	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา	7
บทที่ 2 ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	8
2.1 ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ	8
2.1.1 อธิปไตยเหนือห้วงอากาศ (Air Sovereignty)	9

	(9)
2.1.2 เสรีภาพทางอากาศ (Freedom of the Air)	13
2.1.3 ธุรกิจสายการบิน	31
2.1.4 รัฐกับการกำกับดูแลธุรกิจสายการบิน	43
2.2 การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ(Public-Private Partnerships:PPP)	49
2.2.1 ความหมายของการให้เอกชนร่วมลงทุน	49
2.2.2 ปัจจัยที่ทำให้เกิดการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	53
2.2.3 รูปแบบของการให้เอกชนร่วมลงทุน	57
2.3 บทสรุป	69
บทที่ 3 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแล ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ และกฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ	71
3.1 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับ ดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ	71
3.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแล ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป	71
3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของสหรัฐอเมริกา	84
3.2 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	91
3.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนของสหภาพยุโรป	91
3.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนของสาธารณรัฐเกาหลี (ประเทศเกาหลีใต้)	119
3.3 บทสรุป	145
บทที่ 4 กฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและกำกับดูแลธุรกิจสายการ บินระหว่างประเทศ กฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และการวิเคราะห์ปัญหา	146

	(10)
4.1 กฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและกำกับดูแลธุรกิจสาย การบินระหว่างประเทศ	146
4.1.1 การอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินระหว่างประเทศ	146
4.1.2 การเพิกถอนการอนุญาตประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ	159
4.1.3 หน่วยงานที่กำกับดูแลด้านการบินของไทย	160
4.2 กฎหมายไทยเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	163
4.2.1 ความเป็นมา	163
4.2.2 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556	166
4.3 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการ ของรัฐ พ.ศ. 2556 ต่อการประกอบธุรกิจสายการบินของไทยในตลาดการบิน ระหว่างประเทศ	188
4.3.1 คำนียามร่วมลงทุน	188
4.3.2 การตีความการให้สิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐ	191
4.3.3 การคำนวณมูลค่าโครงการ	196
4.3.4 ผลกระทบต่อธุรกิจสายการบินของไทย	199
4.4 บทสรุป	218
 บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	 220
5.1 บทสรุป	220
5.2 ข้อเสนอแนะ	227
 บรรณานุกรม	 231
 ประวัติผู้เขียน	 238

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
2.1 ตารางเปรียบเทียบความตกลงทวิภาคี	30
2.2 ตารางเปรียบเทียบการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจในกิจการขนส่งทางอากาศ	46
4.1 ตารางเปรียบเทียบการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลสายการบินระหว่างประเทศ ระหว่างบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และสายการบินเอกชนของไทยภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556	209
4.2 ตารางเปรียบเทียบการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลสายการบินระหว่างประเทศ ระหว่างบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และสายการบินเอกชนของไทย โดยบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เป็นเจ้าของโครงการผู้ให้สัมปทานการบินภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556	214

สารบัญภาพ

ภาพที่	หน้า
2.1 เสรีภาพที่ 1	13
2.2 เสรีภาพที่ 2	14
2.3 เสรีภาพที่ 3	14
2.4 เสรีภาพที่ 4	14
2.5 เสรีภาพที่ 5	15
2.6 เสรีภาพที่ 6	15
2.7 เสรีภาพที่ 7	16
2.8 เสรีภาพที่ 8	16
2.9 เสรีภาพที่ 9	17
2.10 แผนภาพแสดงรูปแบบของการมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน	68
4.1 แผนภาพแสดงเงินลงทุนและทรัพย์สินสำหรับการคำนวณมูลค่าโครงการ	172
4.1 แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าที่ดิน (กรณีรัฐให้เอกชนเช่าที่ดิน)	173
4.3 แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าของที่ดิน (กรณีรัฐหรือเอกชนจัดหาที่ดินใหม่)	174
4.4 แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าสิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักรหรืออุปกรณ์	175
4.5 แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง	175
4.6 แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าของการอนุญาต/การให้สัมปทาน/การให้สิทธิแก่เอกชน	176
4.7 แผนผังสรุปขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ	186

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สายการบินระหว่างประเทศเป็นธุรกิจหนึ่งที่สำคัญต่อการค้าระหว่างประเทศ ทั้งในด้านการขนส่งสินค้าทางอากาศ การค้าบริการ และเป็นธุรกิจที่มีกฎหมายเกี่ยวข้องเพื่อกำกับดูแลอย่างเคร่งครัดหลายชั้น ตั้งแต่อนุสัญญาระหว่างประเทศ ความตกลงพหุภาคี ความตกลงระดับภูมิภาค ความตกลงทวิภาคี และกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ สำหรับการจัดตั้งสายการบินในประเทศไทยนั้นต้องได้รับอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ (Air Operator License) ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 และต้องได้รับใบอนุญาตผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator Certificate) ตามพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 นอกจากนี้การจัดสรรสิทธิการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับสายการบินยังต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ด้วย¹

ทั้งนี้เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่ได้บัญญัติว่าให้ใช้บังคับแก่กิจการใด เพียงแต่บัญญัติไว้กว้างๆ ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เว้นแต่

¹ ประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทย ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2548

โดยที่กระทรวงคมนาคมได้มีนโยบายเปิดเสรีการบินระหว่างประเทศ โดยเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทยทุกราย สามารถทำการบินแบบประจำในเส้นทางบินระหว่างประเทศได้นั้น

ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ เพื่อให้การจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทย มีความชัดเจน เป็นธรรม และโปร่งใส กรมการขนส่งทางอากาศโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการผู้แทนรัฐบาลเพื่อพิจารณาทำความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศกับรัฐบาลต่างประเทศเป็นประจำ ในคราวประชุม ครั้งที่ 1/2548 เมื่อวันที่ 26 เมษายน 2548 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทย เพื่อดำเนินบริการการบินแบบประจำในเส้นทางระหว่างประเทศไว้ดังต่อไปนี้...

การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่” ทั้งยังได้บัญญัตินิยาม “ร่วมลงทุนหมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาตหรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด” ประกอบกับคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตีความการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับเดิมก่อนที่จะมีการยกเลิกและประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556) ในกรณีการกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เพื่อใช้สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศ ไว้ในเรื่องเสรีที่ 222/2544 ว่า “สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศเป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้มาจากการเข้าเป็นสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (อนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944) และได้มาจากการเจรจาตกลงเข้าเป็นรัฐคู่สัญญาตามความตกลงว่าด้วยการบริการเดินอากาศ (Air Services Agreement) สิทธิที่ได้มาดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินของรัฐและเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ ดังนั้นการกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนดจึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการของรัฐ ถ้ามีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือกรณีที่มีวงเงินไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท คณะรัฐมนตรีก็อาจกำหนดให้ต้องดำเนินการ ก็อยู่ในข่ายที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว” ทั้งยังได้ตีความเพิ่มเติมไว้ในเรื่องเสรีที่ 462/2541, 130/2543 และ 130/2548 ซึ่งต่างก็มีความเห็นไปในทำนองเดียวกันว่าสิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐ หากโครงการมีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป การดำเนินโครงการดังกล่าวต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535²

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติฉบับเดิมไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณมูลค่าโครงการเอาไว้ ทำให้สามารถหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายได้ด้วยวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการให้มีมูลค่าต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับใหม่ได้ตระหนักถึงปัญหาดังกล่าว จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการคำนวณมูลค่าโครงการไว้อย่างชัดเจน ทำให้ไม่สามารหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการให้มีต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาทดังเช่นเคย ส่งผลให้การประกอบธุรกิจ

² ลลิต ก่อวุฒิรังสี และประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “กฎหมายร่วมลงทุนฉบับใหม่กับธุรกิจสายการบินของไทย”, *จูนิตี* น.157-163 (เดือนกันยายน-ตุลาคม 2556).

สายการบินระหว่างประเทศซึ่งเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคที่ต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการจากรัฐมนตรีตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศของไทยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลด้วยระบบใบอนุญาตต่างๆ จำนวนมาก ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ใช้บังคับอย่างเท่าเทียมกันแก่ทุกสายการบินและเป็นไปตามมาตรฐานกฎหมายการบินระหว่างประเทศ ในขณะที่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นการกำกับดูแลภายใต้ระบบสัญญาสัมปทาน โดยพื้นฐานย่อมมีการเจรจาต่อรองข้อสัญญากัน สัญญาแต่ละฉบับจึงอาจมีข้อสัญญาแตกต่างกันได้ เมื่อพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้นำระบบใบอนุญาตมาอยู่ภายใต้ระบบสัญญาสัมปทานโดยผลของค่านิยาม “ร่วมลงทุน” ก่อให้เกิดปัญหาและความไม่เหมาะสมต่างๆ ตามมา เช่น สายการบินแต่ละสายการบินควรมีข้อสัญญาที่ต่างกันอย่างไร ข้อสัญญาสัมปทานจะใช้บังคับแก่ธุรกิจสายการบินในเรื่องใด รัฐจะขอส่วนแบ่งรายได้จากการอนุญาตเส้นทางบินนอกเหนือจากค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่กำหนดไว้ท้ายพระราชบัญญัติการเดินอากาศได้หรือไม่ประการใด³ เป็นต้น

เนื่องจากธรรมชาติของธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ มีการปรับตัว ปรับกลยุทธ์ทางการตลาดเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลงไปทุกขณะ ดังนั้นธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ จึงต้องการผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านมากำกับดูแล ในขณะที่โครงสร้างการกำกับดูแลกิจการภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นโครงสร้างที่เน้นไปทางด้านตรวจสอบถ่วงดุลคล้ายกับโครงสร้างองค์การระงับข้อพิพาทเมื่อนำมาใช้กับธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศก็จะทำให้การกำกับดูแลธุรกิจสายการบินตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ใช่การกำกับดูแลโดยผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญด้านการบิน แต่เป็นผู้ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญด้านอื่นเพราะในมุมมองของผู้ร่างกฎหมายมองว่าหน่วยงานด้านการบินซึ่งเป็นเจ้าของโครงการถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

วัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 คือการส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรม⁴ อย่างไรก็ตามเมื่อนำพระราชบัญญัติ

³ เพ็งอ้าง, น.157-163.

⁴ มาตรา 6 การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต้องคำนึงถึงหลักการ ดังต่อไปนี้

(1) ประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการดำเนินกิจการและการใช้ทรัพยากรของรัฐ

...

(7) การส่งเสริมการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างเอกชนที่ประสงค์จะร่วมลงทุน

ฉบับนี้มาใช้บังคับแก่สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ กลับก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อสายการบินเอกชนของไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ มิได้ใช้บังคับแก่บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เพราะมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ และมีได้ใช้บังคับสายการบินต่างชาติเพราะอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของกฎหมายไทย ทำให้สายการบินเหล่านั้นสามารถใช้สิทธิการบินตามความตกลงที่มีเพื่อทำการบินมายังประเทศไทยได้ เมื่อปฏิบัติตามกฎหมายด้านการบิน ในขณะที่สายการบินเอกชนของไทยจะใช้สิทธิการบินดังกล่าว นอกจากจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายด้านการบินดังเช่นสายการบินอื่นแล้วยังต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมลงทุนอีกชั้นหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นการเพิ่มขั้นตอนและก่อให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการขอใช้สิทธิการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศ อีกทั้งในปัจจุบันได้มีการเปิดเสรีการบินอาเซียน ซึ่งประเทศไทยได้ลงนามและให้สัตยาบันในความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยบริการเดินอากาศทั้งสามฉบับแล้ว⁵ ส่งผลให้สายการบินของประเทศภาคีสามารถใช้สิทธิการบินตามความตกลงได้อย่างเต็มที่เพื่อทำการบินมายังประเทศไทย แต่สายการบินเอกชนของไทยกลับถูกจำกัดการใช้สิทธิการบินโดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้สายการบินเอกชนของไทยเสียเปรียบสายการบินคู่แข่งในตลาดการบินระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมในการนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ เพื่อให้สายการบินของไทยสามารถใช้สิทธิที่ได้รับจากความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่ และสามารถแข่งขันกับสายการบินต่างชาติในตลาดการบินระหว่างประเทศได้อย่างเสรี

⁵ ได้แก่ 1.ความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยการเปิดเสรีเที่ยวบินขนส่งสินค้า (ASEAN Multilateral Agreement on the Full Liberalisation of Air Freight Services: MAFLAFS) และพิธีสารแนบท้าย 2 ฉบับ 2. ความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยบริการเดินอากาศ (เที่ยวบินขนส่งผู้โดยสาร) (ASEAN Multilateral Agreement on Air Services: MAAS) และพิธีสารแนบท้าย 6 ฉบับ และ 3.ความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยการเปิดเสรีบริการขนส่งผู้โดยสารอย่างเต็มที่ (ASEAN Multilateral Agreement on the Full Liberalisation of Passenger Air Service: MAFLPAS) และพิธีสารแนบท้าย 2 ฉบับ

โปรดดู เกียรติพล ตันติกุล, “ผลกระทบในการเปิดเสรีการบินของไทยจากการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน”, วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์, ฉบับที่ 7, น.22, น.34. (2555)

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและนำเสนอเนื้อหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นความแตกต่างระหว่างการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ซึ่งจำเป็นต้องมีกฎหมายที่กำกับดูแลแตกต่างกันตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ โดยนำเสนอประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ นำเสนอแนวทางในการพัฒนาและแก้ไขกฎหมาย กฎ ระเบียบ ที่ใช้บังคับแก่สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ เพื่อให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ไม่ว่าจะเป็น ผู้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ หน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลด้านการบิน หน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลด้านการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ หน่วยงานที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย ได้ตระหนักถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลหรือหน่วยงานดังกล่าวได้ผลักดันหรือดำเนินการให้มีการพัฒนาและแก้ไขกฎหมาย กฎ ระเบียบ ซึ่งเป็นอุปสรรคขัดขวางการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ เพื่อให้สายการบินของไทยสามารถใช้สิทธิที่ได้รับจากความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยบริการเดินอากาศในตลาดการระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่

1.3 ขอบเขตการศึกษา

ขอบเขตการศึกษาในเรื่องนี้มุ่งศึกษาหลักทั่วไปเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ และการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ศึกษากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศโดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจ⁶ เป็นหลัก โดยศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและ

⁶ โดยทั่วไปกฎหมายการเดินอากาศแบ่งออกเป็น 4 หัวข้อหลัก ได้แก่ 1.ด้านความปลอดภัย (Safety) 2.ด้านเศรษฐกิจ (Economic) 3.ด้านความมั่นคง (Security) 4.ด้านสิ่งแวดล้อม(Environment),

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐนั้นได้ศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี (ประเทศ เกาหลีใต้) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนใน กิจการของรัฐ และศึกษากฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศโดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจ กฎหมาย ไทยเกี่ยวกับให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

1.4 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นการศึกษาโดยวิธีการวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้าจากหนังสือ บทความ เอกสารการประชุม วารสาร และวิทยานิพนธ์ ทั้ง ภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากห้องสมุดและจากระบบฐานข้อมูลในเว็บไซต์บนเครือข่าย อินเทอร์เน็ต รวมทั้งการสัมภาษณ์ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นข้อมูลในการ ศึกษาวิจัย โดยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ สายการบินระหว่างประเทศ และการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แล้วนำมาวิเคราะห์หา ข้อสรุปที่เหมาะสมเพื่อปรับใช้กับการประกอบธุรกิจสายการบินของไทยในตลาดการบินระหว่าง ประเทศ

1.5 สมมติฐาน

การศึกษาตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศกับการ ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นเรื่องที่แตกต่างกัน การนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วม ลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบิน ระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมและก่อให้เกิดปัญหาต่างๆหลายประการ ซึ่งเป็นอุปสรรค ต่อการแข่งขันในธุรกิจสายการบินของไทยในตลาดการบินระหว่างประเทศ ดังนั้นควรยกเว้นไม่ให้นำ

อริย วิมุติสุนทร, “ธุรกิจสายการบินต้นทุนต่ำ : ประเด็นข้อกฎหมายในการประกอบธุรกิจ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.6.

พระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับแก่สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ซึ่งอาจทำได้โดยการแก้ไขพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือการตราพระราชกฤษฎีกาตามความในมาตรา 7 วรรคสอง⁷

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1.6.1. การศึกษาจะทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องเข้าใจถึงความแตกต่างระหว่างการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และตระหนักถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่สายการบินของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

1.6.2. การศึกษาจะได้บทสรุปและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ในการพัฒนาและแก้ไขกฎหมาย กฎระเบียบของไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ให้มีความเหมาะสมแก่เรื่องนั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนประกอบธุรกิจและการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ เพื่อให้ได้กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนและไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความในการบังคับใช้กฎหมาย

1.6.3. การศึกษาจะมีประโยชน์ต่อประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะมีประโยชน์ต่อสายการบินเอกชนของไทยในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ซึ่งจะช่วยลดข้อจำกัดในเรื่องขั้นตอนและเงื่อนไขต่างๆ ในการใช้สิทธิการบิน ลดเวลาในการดำเนินการต่างๆ และเป็นการส่งเสริมให้การแข่งขันในตลาดการบินระหว่างประเทศมีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

⁷ มาตรา 7 วรรคสอง ในกรณีที่กิจการของรัฐในเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนและกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้ว จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้นก็ได้อีก

บทที่ 2

ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความว่า “สิทธิการบิน” ภายใต้อำนาจตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางอากาศเป็น “ทรัพย์สินของรัฐ” และเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ ดังนั้นการที่รัฐบาลไทยกำหนดให้สายการบินเอกชนของไทยเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เพื่อให้สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศจึงเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ผู้เขียนเห็นว่าการตีความดังกล่าวไม่ถูกต้อง และเห็นว่าการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นเรื่องที่แตกต่างกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงได้ศึกษาหลักทั่วไปเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ และหลักทั่วไปเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อให้เห็นว่าแท้ที่จริงแล้วการตีความดังกล่าวถูกต้องหรือไม่

2.1 ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงหลักการทั่วไปเกี่ยวกับอธิปไตยเหนือท้องอากาศและสิทธิการบินซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นที่มาสำคัญของกฎหมายอากาศระหว่างประเทศ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับกิจการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ เพื่อให้เข้าใจถึงที่มาของสิทธิการบิน และสาเหตุที่ต้องมีความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งทางอากาศ ศึกษาเกี่ยวกับธุรกิจสายการบินทั้งในเรื่องของประเภทของธุรกิจสายการบิน ลักษณะพิเศษของธุรกิจสายการบิน การกำหนดอัตราค่าบริการของธุรกิจสายการบิน ต้นทุนของธุรกิจสายการบิน เพื่อแสดงให้เห็นว่าการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศนั้นมีความแตกต่างจากการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และศึกษาถึงหลักการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินโดยรัฐ เพื่อให้ทราบว่า การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศต้องการการควบคุมและกำกับดูแลที่แตกต่างจากการควบคุมและกำกับดูแลในเรื่องการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

2.1.1 อธิปไตยเหนือห้วงอากาศ (Air Sovereignty)

2.1.1.1 ความคิดเกี่ยวกับอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ

อำนาจอธิปไตยในห้วงอากาศเหนือดินแดนเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญและซ่อนอยู่ในระบบกฎหมายอากาศระหว่างประเทศทั้งระบบ ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ารัฐทุกรัฐได้ใช้สิทธิอธิปไตยอย่างเต็มที่ในห้วงอากาศเหนือดินแดนและน่านน้ำอาณาเขต¹ แนวความคิดเรื่อง “อธิปไตยเหนือห้วงอากาศ” ได้ปรากฏให้เห็นตั้งแต่ช่วงเวลาก่อนยุคการบิน โดยปรากฏในกฎหมายโรมันที่มีแนวความคิดว่า “ใครเป็นเจ้าของที่ดิน กรรมสิทธิ์ของผู้นั้นย่อมแผ่ไปจนถึงสวรรค์²” ข้อความนี้มีที่มาจากภาษิตลาติน “*cujus est solum, ejus est usque ad coelum*³” ซึ่งสื่อให้เข้าใจว่ารัฐได้ใช้อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศมาตั้งแต่สมัยโรมันแล้ว แม้ว่ากฎหมายโรมันจะไม่ได้กล่าวถึงอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศไว้โดยตรงก็ตาม แต่การที่กฎหมายโรมันให้ความคุ้มครองห้วงอากาศเหนือที่ดินสาธารณะมิให้ถูกละเมิดจากการกระทำต่างๆ และยังได้รับรองว่าเอกชนมีทรัพย์สินในการใช้ห้วงอากาศเหนือที่ดินของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสร้างอาคารสูงได้อย่างไม่จำกัดจะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับภาระจำยอมกับที่ดินข้างเคียง หลักเกณฑ์เหล่านี้ย่อมมีนัยอย่างชัดเจนว่า รัฐกำลังใช้อำนาจอธิปไตยในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตนอยู่ เพราะถ้าหากรัฐไม่มีอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศนั้นแล้ว จะให้เอกชนมีสิทธิในห้วงอากาศนั้นได้อย่างไร⁴

หลักอธิปไตยเหนือห้วงอากาศมีการพัฒนาอย่างจริงจัง เมื่อมนุษย์สามารถสร้างอากาศยานได้ ช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ในระยะแรกของกิจกรรมการบิน ได้มีความโน้มเอียงไปในทางแนวคิด “เสรีภาพในห้วงอากาศ (Freedom of the air)” โดยหลักแล้วตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเทียบเคียงเสรีภาพในทะเลหลวง ห้วงอากาศถูกพิจารณาว่าเสรี ไม่เพียงแต่เหนือทะเลแต่รวมถึงเหนืออาณาเขตของรัฐด้วย ซึ่งอาจแสดงโดยปริยายถึงเสรีภาพในการเดินอากาศ สิทธิของรัฐ

¹ Marek Zylicz, *International Air Transport Law*, (Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1992), p.58.

² เสนีย์ ปราโมช, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2518), น.232.

³ Who owns the land even up to the skies

⁴ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “อธิปไตยเหนือห้วงอากาศ : วิวัฒนาการจากกฎหมายโรมันถึงกฎหมายระหว่างประเทศ”, *รวมบทความในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์*, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.105.

เหนือห้วงอากาศเหนือดินแดนจะถูกจำกัดเฉพาะการป้องกันตัวเองเท่านั้น⁵ แนวคิดเรื่องเสรีภาพทางอากาศได้แพร่หลายตลอดหนึ่งทศวรรษแรกของศตวรรษนี้ เพื่อให้อากาศยานสามารถทำการบินระหว่างประเทศได้ อย่างไรก็ตามทฤษฎีดังกล่าวไม่สามารถดำรงอยู่ได้เนื่องจากในทางปฏิบัติของรัฐกลับยืนยันหลักอธิปไตยเหนือห้วงอากาศอย่างชัดเจนและการยอมรับในฐานะกฎหมาย⁶ ทำให้ทฤษฎีกฎหมายอากาศในปัจจุบันตั้งอยู่บนความคิดของอธิปไตยเหนือห้วงอากาศในฐานะที่เป็นส่วนขยายของอำนาจอธิปไตยเหนืออาณาเขต ด้วยประการนี้ห้วงอากาศจึงได้รับการยอมรับเช่นเดียวกับธรรมชาติของแผ่นดินและอาณาเขตทางทะเล⁷ ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาทางอากาศระหว่างประเทศที่จะกล่าวในหัวข้อถัดไป

2.1.1.2 การยอมรับหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศในทางระหว่างประเทศ

ในการประชุมทางการทูตเพื่อหาหรือปัญหากฎหมายการบินเป็นครั้งแรกของโลก ณ กรุงปารีส ค.ศ. 1911 ไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดเลยที่ปฏิเสธอำนาจอธิปไตยในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตน การเสนอให้อากาศยานมีเสรีภาพในการบินเข้าไปในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของรัฐต่างๆ ก็เป็นเพียงหลักการที่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศเท่านั้น มิใช่เรื่องเสรีภาพในห้วงอากาศโดยปราศจากอำนาจอธิปไตย ซึ่งต่างจากกรณีเสรีภาพในทะเลหลวง หลังจากการประชุมดังกล่าว ประเทศต่างๆ ก็เริ่มตรากฎหมายภายในใช้บังคับแก่การบินโดยมีสาระสำคัญข้อหนึ่งเหมือนกันคือ การห้ามอากาศยานต่างชาติเข้ามาในห้วงอากาศอาณาเขต วันแต่จะได้รับอนุญาตซึ่งเป็นการยืนยันว่าแต่ละประเทศมีอำนาจอธิปไตยในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตน ต่อมาในปี ค.ศ. 1914 ประเทศในทวีปยุโรปเกือบทุกประเทศมีกฎหมายในลักษณะข้างต้นใช้บังคับ โดยไม่พบว่ามี การยอมรับสิทธิผ่านแดนโดยสุจริต (Innocent Passage) สำหรับอากาศยานต่างชาติไว้แต่ประการใด และเมื่อไม่มีประเทศใดคัดค้านทางปฏิบัติเช่นว่านี้ เป็นเหตุให้หลักอธิปไตยเหนือห้วงอากาศได้กลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นสงครามโลกครั้งที่ 1⁸

⁵ Marek Zyllicz, *supra note 1*, p.62.

⁶ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอากาศระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2545), น.28.

⁷ Marek Zyllicz, *supra note 1*, p.58.

⁸ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 6, น.28-29.

อนุสัญญาเกี่ยวกับการควบคุมการเดินอากาศ ค.ศ. 1919 (Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation 1919) ซึ่งรู้จักในนามของอนุสัญญาปารีส ค.ศ. 1919 ได้ยอมรับนับถือ (recognize) อธิปไตยเหนือห้วงอากาศในฐานะกฎหมายจารีตประเพณีในทางอากาศระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้ว ไว้ในข้อ 1 แห่งอนุสัญญาปารีส⁹ ว่า “อัครรัฐภาคียอมรับนับถือว่าทุกรัฐมีอธิปไตยโดยเฉพาะและสมบูรณ์ในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตน” หลักการดังกล่าวได้ถูกกล่าวซ้ำ (Restated) ในอนุสัญญามาดริด ค.ศ. 1926 (Ibero-American Convention Relating to Air Navigation 1926) อนุสัญญาฮาวานา ค.ศ. 1928 (Pan-American Convention on Commercial Aviation 1928) อนุสัญญา Montreux ค.ศ. 1936 (Convention on Regarding the Regime of the Straits 1936) และท้ายที่สุดในข้อ 1¹⁰ แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ค.ศ. 1944 (Convention on international Civil Aviation 1944) หรือที่รู้จักในนามของอนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944 โดยกำหนดว่า “รัฐผู้ทำสัญญายอมรับนับถือว่าทุกรัฐมีอธิปไตยโดยเฉพาะและสมบูรณ์ในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตน” ถ้อยคำดังกล่าวให้ความสำคัญแก่เจตนารมณ์ของรัฐผู้ทำสัญญาต่อ “การยอมรับนับถือ (Recognize)” และการมีอยู่ของกฎหมายมากกว่าการสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ และการที่กล่าวว่า “รัฐทุกรัฐ” เช่นนี้หมายความว่ารวมถึงรัฐที่มีใช้รัฐผู้ทำสัญญาด้วย¹¹ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหลักอธิปไตยในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับแก่ทุกรัฐเสมอกัน ไม่ว่าจะป็นรัฐภาคีหรือไม่ก็ตาม¹²

ในทางปฏิบัติหลังจากอนุสัญญามีผลใช้บังคับได้บ่งบอกให้เห็นด้วยว่าแม้รัฐซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ผูกมัดใดๆ ตามอนุสัญญานี้ ก็มีการยอมรับนับถือความสมบูรณ์ของหลัก

⁹ Article 1 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.

¹⁰ Convention on international Civil Aviation 1944

Article 1 Sovereignty

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

¹¹ Marek Zylicz, *supra note 1*, p.59.

¹² ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น.29.

อธิปไตยในห้วงอากาศ บางกรณีการละเมิดกฎดังกล่าวก็ไม่ได้ทำลายข้อสรุปนั้นแต่ประการใด เช่น ในปี ค.ศ. 1960 อากาศยานของสหรัฐอเมริกาได้ทำการบินโดยไม่มีอำนาจเหนืออาณาเขตของโซเวียตและได้ถูกนำลงมาโดยการกระทำของโซเวียต แต่ปรากฏว่าไม่มีการประท้วงหรือยื่นคำคัดค้านจากรัฐบาลสหรัฐแต่อย่างใด การกระทำของทั้งสองประเทศซึ่งหนึ่งในนั้น (สหภาพโซเวียต) มิได้เป็นภาคีของอนุสัญญาชิคาโก ณ เวลานั้น แสดงให้เห็นโดยปริยายของการยอมรับนับถือความชอบด้วยกฎหมายของการบังคับใช้อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ¹³

2.1.1.3 ผลทางกฎหมายของอำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ

จากผลลัพธ์ของการยอมรับโดยทั่วไปของหลักการพื้นฐานของความสมบูรณ์และเฉพาะตัวแห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐในห้วงอากาศอาณาเขต รัฐมีสิทธิที่จะ¹⁴

1. อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เที่ยวบินระหว่างประเทศใดๆ บินมายังและบินเหนืออาณาเขต
2. กำหนดกฎเกณฑ์ เงื่อนไข และข้อจำกัดสำหรับการปฏิบัติบินดังกล่าวเพื่อใช้สิทธิในการบินอย่างเหมาะสม และ
3. จัดตั้งและบังคับใช้อำนาจศาลและกฎหมายในอาณาเขตของรัฐนั้นทั้งอากาศยานของรัฐนั้นและอากาศยานต่างชาติที่อยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้น เช่นเดียวกับบุคคลและสินค้าบนอากาศยาน และแก่การกระทำผิดกฎหมาย การละเมิดและการกระทำอื่นที่เกิดบนอากาศยาน ไม่ว่าจะเกี่ยวเนื่องในทางดินแดนหรือการบังคับใช้กฎหมายของรัฐนั้น

สิทธิทั้งหมดที่กล่าวในข้างต้นต้องได้รับการเคารพโดยรัฐอื่น สายการบินที่มีสัญชาติของรัฐนั้นหรือรัฐอื่น ซึ่งเพียงแคสิทธิที่อ้างถึงไว้ในข้อ 1 และข้อ 2 ที่เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวนั้นหมายถึงรัฐอื่นไม่สามารถไปแทรกแซงได้ ในทางตรงกันข้ามเขตอำนาจศาลและการบังคับใช้กฎหมายที่กล่าวถึงไว้ในข้อ 3 ไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิแต่ผู้เดียวเสมอไป เนื่องจากเขตอำนาจศาลเท่าเทียมกันในบางกรณีที่เขตอำนาจศาลทับซ้อนกัน¹⁵

¹³ Marek Zylicz, *supra note 1*, p.59.

¹⁴ *Ibid*, p.61.

¹⁵ *Ibid*.

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศไม่สามารถเข้าใจได้ในฐานะที่สมบูรณ์ ดังนั้นสิทธิที่สืบทอดมาจากนั้น แม้ว่าจะเป็นสิทธิแต่ผู้เดียว แต่ก็ถูกจำกัดได้เช่นกัน ประการแรกอำนาจอธิปไตยของรัฐไม่สามารถใช้ได้ถ้าเป็นการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ได้รับการยอมรับในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะรับรองโดยสนธิสัญญาหรือไม่ ประการที่สองรัฐอธิปไตยอาจสมัครใจที่จะยอมรับการจำกัดสิทธิในอำนาจอธิปไตยของตนเองโดยการทำสนธิสัญญาหรือโดยการกระทำฝ่ายเดียวที่ให้สิทธิพิเศษและความคุ้มกันแก่อากาศยานต่างชาติหรือสายการบินต่างชาติ อย่างไรก็ตามสิทธิพิเศษและความคุ้มกันไม่เป็นการตั้งกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ หากแต่เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปในอธิปไตย เช่นนี้ในกรณีที่เป็นที่สงสัยก็ไม่อาจจะถูกสันนิษฐานได้หรือได้รับการตีความอย่างกว้างได้ และโดยพื้นฐานแล้วอำนาจอธิปไตยแสดงเป็นนัยถึงการจำกัด ด้วยเหตุนี้อำนาจอธิปไตยยังคงเป็นอุปสรรคทางกฎหมายหลักในการพัฒนาการเปิดเสรีของการเดินอากาศระหว่างประเทศและการค้าระหว่างประเทศ¹⁶

2.1.2 เสรีภาพทางอากาศ (Freedom of the Air)

2.1.2.1 เสรีภาพทางอากาศภายใต้ความตกลงของรัฐ

การประชุม ณ เมืองชิคาโก ปี ค.ศ. 1944 ได้จำแนกสิทธิการบินออกเป็นเสรีภาพ 5 ประการดังนี้¹⁷

เสรีภาพที่ 1 คือ การบินผ่านห้วงอากาศอาณาเขตของรัฐผู้ให้สิทธิโดยไม่แวะลง¹⁸ (Overflight)



¹⁶ *Ibid*, pp.61-62.

¹⁷ International Civil Aviation Organization (ICAO), “Manual on the Regulation of International Air Transport (Doc 9626)”, pp.4.1-5 - 4.1-10.

¹⁸ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้างแล้ว เจริญที่ 6*, น.33.

เสรีภาพที่ 2 คือ การบินแวะลงในอาณาเขตของรัฐผู้ให้สิทธิด้วยวัตถุประสงค์มิใช่เพื่อการค้า¹⁹ (Non-commercial Landing) เช่น แวะลงเพื่อเติมน้ำมัน ตรวจสอบเครื่องยนต์ เป็นต้น หรือที่เรียกว่า การแวะลงทางเทคนิค



เสรีภาพที่ 3 คือ การบินขนส่งจากรัฐผู้รับสิทธิไปยังรัฐผู้ให้สิทธิ²⁰ (Inbound Traffic)



เสรีภาพที่ 4 คือ การบินขนส่งจากรัฐผู้ให้สิทธิไปยังรัฐผู้รับสิทธิ²¹ (Outbound Traffic)



¹⁹ เฟ็งอ้าง

²⁰ เฟ็งอ้าง

²¹ เฟ็งอ้าง

เสรีภาพที่ 5 คือ การบินขนส่งระหว่างรัฐผู้ให้สิทธิกับรัฐที่สาม ทั้งนี้จะต้องเป็นเที่ยวบินที่มาจากหรือไปยังรัฐผู้รับสิทธิด้วย²² (Third Country Traffic)



ต่อมาองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation Organization: ICAO) ยอมรับว่ามีสิทธิการบินทั้งหมด 9 เสรีภาพ โดยเพิ่มเติมเสรีภาพที่ 6 ถึง 9 ดังนี้²³

เสรีภาพที่ 6 คือ การบินขนส่งเสรีภาพที่ 4 จากรัฐผู้ให้สิทธิรัฐหนึ่งมายังรัฐของตนแล้วบินขนส่งเสรีภาพที่ 3 ต่อไปยังรัฐผู้ให้สิทธิอีกรัฐหนึ่ง²⁴ (Homeland-bridge Traffic/Hub Freedom/Fake Fifth Freedom)



เสรีภาพที่ 7 การบินขนส่งระหว่างรัฐผู้ให้สิทธิสองรัฐ โดยมีใจเที่ยวบินที่มาจากหรือไปยังรัฐผู้รับสิทธิ²⁵ กล่าวคือ สิทธิที่ให้โดยรัฐหนึ่งแก่อีกรัฐหนึ่งในการขนส่งการจราจรระหว่าง

²² เฟิ่งอ๋าง, น. 34.

²³ เฟิ่งอ๋าง, น.33.

²⁴ เฟิ่งอ๋าง.

²⁵ เฟิ่งอ๋าง.

อาณาเขตของรัฐที่ให้สิทธิกับรัฐที่สามใดๆ โดยไม่มีเงื่อนไขว่าบริการดังกล่าวจะต้องรวมจุดในอาณาเขตของรัฐผู้รับสิทธิ



เสรีภาพที่ 8 การบินขนส่งระหว่างจุดในรัฐผู้ให้สิทธิผนวกกับเที่ยวบินที่มาจากหรือไปยังรัฐผู้รับสิทธิ²⁶ (Consecutive Cabotage)

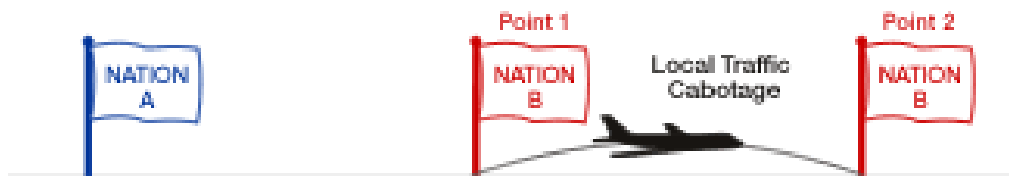


เสรีภาพที่ 9 การบินขนส่งระหว่างจุดในรัฐผู้ให้สิทธิ โดยมีใช้เที่ยวบินที่มาจากหรือไปยังรัฐผู้รับสิทธิ²⁷ (Stand-alone Cabotage) กล่าวคือ สิทธิในการขนส่งการจราจรระหว่างสองจุดในอาณาเขตของรัฐผู้ให้สิทธิ โดยบริการทั้งหมดกระทำภายในอาณาเขตของรัฐผู้ให้สิทธิ²⁸

²⁶ เฟิ่งอ้าง.

²⁷ เฟิ่งอ้าง.

²⁸ International Civil Aviation Organization, “Freedoms of the Air,” Accessed



มีข้อสังเกตว่า “เสรีภาพทางอากาศ (Freedom of the Air)” ซึ่งเป็นคำศัพท์ที่รับมาใช้ในการประชุม ณ เมืองชิคาโก ปี ค.ศ. 1944 มีลักษณะเป็นสิทธิที่รัฐแลกเปลี่ยนกันหรือให้แก่สายการบินของอีกรัฐหนึ่งโดยตรง ซึ่งตรงข้ามกับเสรีภาพตามความหมายปกติ นักกฎหมายบางท่านจึงเรียกว่า “ข้อจำกัดการบิน” มิใช่ “เสรีภาพการบิน” เนื่องจากไม่มีผู้ใดมีเสรีภาพที่จะทำการบินเข้าไปยังห้วงอากาศของอีกรัฐอื่นได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐแล้วเท่านั้น คำว่า “เสรีภาพในอากาศ” (Freedom of the Air) เป็นคำที่หยิบยืมมาจากกฎหมายทะเลที่ใช้คำว่า “เสรีภาพในทะเล” (Freedom of the Seas) แม้กฎหมายทั้งสองจะใช้คำว่าเสรีภาพเหมือนกัน แต่ความหมายกลับต่างกันอย่างสิ้นเชิง สำหรับเสรีภาพทางทะเลนั้นเป็นเสรีภาพตามความหมายปกติและมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ส่วนเสรีภาพในอากาศเป็นเพียงมายาคติ (Myth) เท่านั้น และตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ²⁹ อันที่จริงแล้วควรจะเรียกว่า “สิทธิการบิน (Air traffic rights)” หรือ “เอกสิทธิทางอากาศ (Air Privileges)” มากกว่า “เสรีภาพ (Freedom)”³⁰ นอกจากนี้ศาสตราจารย์ Bin Cheng ยังชี้ให้เห็นว่ายิ่ง “เสรีภาพ” ที่แตกต่างกันมีเพิ่มขึ้นมากเท่าไรเสรีภาพโดยรวมของการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศยิ่งมีน้อยลงเท่านั้น นั่นก็เพราะว่าความแตกต่างใดๆ ของ “เสรีภาพ” (เอกสิทธิ) อาจถูกแบ่งแยกโดยการเจรจาและต้องมีค่าจ่ายสำหรับการบิน³¹

2.1.2.2 รูปแบบการให้สิทธิการบิน

โดยความถูกต้องของหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับนับถือโดยทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐทุกรัฐมีสิทธิแต่เพียงฝ่ายเดียวในการอนุญาตหรือปฏิเสธการเข้ามาใน

²⁹ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น.34.

³⁰ Marek Zylicz, *supra note 1*, p.63.

³¹ Bin Cheng, *The Law of International Air Transport*, (London : Stevens & Sons limited, 1962), p.17.

พื้นที่ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นอาณาเขตของรัฐ และมีสิทธิเช่นเดียวกันนี้ในการควบคุมการปฏิบัติการบินเช่นนั้นในอาณาเขต³² ทำให้ไม่มีสายการบินระหว่างประเทศบินเหนือหรือเข้าไปยังอาณาเขตของรัฐ หรือว่าการลงจอดโดยไม่ละเมิดในอาณาเขตสำหรับวัตถุประสงค์ทั้งทางการค้าและที่ไม่ใช่ทางการค้า นอกจากนี้จะได้รับอนุญาตพิเศษหรืออนุญาตอย่างอื่นอย่างชัดเจนโดยรัฐนั้น และต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดให้สอดคล้องตามข้อตกลงของการอนุญาตเช่นว่า³³ การอนุญาตให้ใช้เสรีภาพทางอากาศหรือให้ใช้สิทธิการบินสามารถทำได้โดย³⁴

1. ความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศ
2. ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศ
3. การอนุญาตฝ่ายเดียวของรัฐ หรือ
4. ความตกลงระหว่างรัฐผู้ให้สิทธิและสายการบินหรือผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง (การให้สัมปทาน)

เฉพาะรูปแบบที่ 1 และ 2 เท่านั้นที่มีผลเป็นสิทธิและหน้าที่ระหว่างประเทศ ส่วนรูปแบบที่ 3 และ 4 โดยปกติจะอยู่ภายใต้กฎหมายภายในเกี่ยวกับการให้สิทธิโดยรัฐ ซึ่งเท่าเทียมเพียงพอกับการอนุญาตเที่ยวบินระหว่างประเทศและหรือการขนส่ง วิธีการที่ได้กล่าวไว้นั้นไม่ว่าวิธีการใดรัฐก็สามารถทำได้ ซึ่งสิทธิที่ได้รับการอนุญาตจะอยู่ภายใต้ความตกลงเสมอ ตามเงื่อนไขและการจำกัดโดยเฉพาะเจาะจงหรืออ้างอิงถึงผู้ให้อนุญาต หรือกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับหรือกฎหมายภายในประเทศ³⁵

แม้ว่าการอนุญาตให้ใช้เสรีภาพทางอากาศให้ใช้สิทธิการบินสามารถจะมีวิธีการที่ได้รับการยอมรับหลากหลายวิธี และมีความยืดหยุ่น เหมาะสมในการจัดตั้งและการควบคุมของการให้บริการขนส่งทางอากาศ แต่อย่างไรก็ตามความหลากหลายของวิธีการดังกล่าวโดยเฉพาะ

³² Paul Stephen Dempsey, *Public International Air Law*, (Montreal : Institute and Center for Research in Air & Space Law McGill University, 2008), p.43.

³³ Marek Zylicz, *supra note 1*, p.63.

³⁴ *Ibid*, p.64.

³⁵ *Ibid*.

อย่างยิ่งการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินแบบทวิภาคีซึ่งเป็นตัวการหลักในการทำให้เกิดการแยกเป็นส่วนๆ ของระบบการขนส่งทางอากาศของโลก³⁶

2.1.2.3 ความตกลงพหุภาคี (Multilateral Air Service Agreement)

ความตกลงพหุภาคีเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินสำหรับบริการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำนั้นอาจแบ่งออกได้เป็นความตกลงพหุภาคีระดับสากลและความตกลงพหุภาคีระดับภูมิภาค กล่าวคือ ความตกลงพหุภาคีระดับสากลเป็นความตกลงในลักษณะที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้มาเข้าประชุมเพื่อร่วมทำความตกลง ส่วนความตกลงพหุภาคีระดับภูมิภาคนั้นเป็นลักษณะความร่วมมือระหว่างบางประเทศที่อาจมีความใกล้ชิดกันในด้านภูมิศาสตร์หรือเป็นประเทศที่มีเขตแดนในด้านใดด้านหนึ่งร่วมกัน³⁷

(1) ความตกลงพหุภาคีระดับสากล

ในการประชุม ณ เมืองชิคาโก ปี ค.ศ. 1944 เมื่อที่ประชุมไม่อาจตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบินในบริบทของอนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944 ได้ ที่ประชุมจึงได้ออกความตกลงมา 2 ฉบับเพื่อใช้สำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำ ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน และความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ³⁸

1. ความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศผ่านแดน (International Air Services Transit Agreement)³⁹ หรือที่เรียกว่าความตกลงการผ่านแดนทาง

³⁶ *Ibid.*

³⁷ ณิชรัฐธิดา หมีทอง, “ปัญหากฎหมายไทยเกี่ยวกับสัญชาติของสายการบินในการประกอบธุรกิจการบินระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.17.

³⁸ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “สิทธิผ่านนำฟ้าอาณาเขต : หลักและข้อยกเว้น”, บทบัญญัติ, เล่ม 56, น. 114 (2543).

³⁹ INTERNATIONAL AIR SERVICES TRANSIT AGREEMENT, SIGNED AT CHICAGO, ON 7 DECEMBER 1944 (TRANSIT AGREEMENT)

Article I Section 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;

อากาศนั้น เป็นกรณีที่รัฐภาคียอมให้สายการบินของรัฐภาคีอื่นใช้สิทธิผ่านอาณาเขตของตนได้ใน 2 ลักษณะคือ การบินผ่าน (เสรีภาพการบินที่ 1) และการบินแวะลงโดยมิใช่วัตถุประสงค์เพื่อการค้า (เสรีภาพการบินที่ 2)⁴⁰ ทำให้รัฐต่างๆ ไม่จำเป็นต้องไปทำความตกลงเกี่ยวกับสิทธิผ่านแดนกับรัฐภาคีอื่นๆ ที่ละรัฐ อย่างไรก็ตามสายการบินไม่อาจใช้สิทธินั้นได้โดยทันที โดยหลักแล้วต้องขออนุญาตจากรัฐที่ต้องการจะทำการบินผ่านแดนหรือแวะลงเสียก่อนจึงจะสามารถใช้สิทธิแบบประจำได้ เนื่องจากรัฐได้มอบสิทธิให้แก่รัฐ ไม่ได้มอบสิทธิให้แก่สายการบิน นอกจากนี้การที่รัฐภาคีอาจระงับหรือเพิกถอนใบสำคัญ (Certificate) หรือใบอนุญาต (Permit) ที่ได้ให้แก่สายการบินได้ ย่อมแสดงให้เห็นว่า แม้รัฐภาคีจะได้มอบสิทธิให้แก่รัฐอื่นไปแล้ว แต่ยังคงออกใบสำคัญหรือใบอนุญาตให้แก่สายการบินในการใช้สิทธินั้นอีกครั้งหนึ่ง⁴¹ เว้นแต่รัฐดังกล่าวจะมีกฎหมายยอมให้สายการบินของรัฐภาคีอื่นสามารถใช้สิทธิได้โดยไม่ต้องขออนุญาต⁴²

2. ความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ (International Air Transport Agreement)⁴³ หรือที่เรียกว่าความตกลงการขนส่งทางอากาศ เป็น

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.

⁴⁰ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ่าวแล้ว เจริญรทที่ 6*, น. 41.

⁴¹ INTERNATIONAL AIR SERVICES TRANSIT AGREEMENT, SIGNED AT CHICAGO, ON 7 DECEMBER 1944 (TRANSIT AGREEMENT)

Article I Section 5

Each contracting State reserves the right to withhold or revoke a certificate or permit to an air transport enterprise of another State...

⁴² ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ่าวแล้ว เจริญรทที่ 4*, น. 114.

⁴³ INTERNATIONAL AIR TRANSPORT AGREEMENT, SIGNED AT CHICAGO, ON 7 DECEMBER, 1944 (TRANSPORT AGREEMENT)

Article I Section 1

Each contracting State grants to the other contracting States the following freedoms of the air in respect of scheduled international air services:

ความตกลงที่ยอมให้สายการบินของรัฐภาคีใช้สิทธิขนส่งคนโดยสาร ของ และไปรษณีย์ภัณฑ์ ระหว่างอาณาเขตของรัฐภาคีได้ภายใต้เสรีภาพการบินที่ 1-5⁴⁴ แต่ไม่ได้หมายความว่า สายการบินจะสามารถใช้สิทธิแบบประจำได้ เนื่องจากรัฐนั้นได้มอบสิทธิให้แก่รัฐ ไม่ใช่ให้สายการบิน นอกจากนี้รัฐภาคียังอาจระงับหรือเพิกถอนใบสำคัญ (Certificate) หรือใบอนุญาต (Permit) ที่ได้ให้แก่สายการบินได้ แสดงให้เห็นว่า แม้รัฐภาคีจะได้ออกใบสำคัญให้แก่รัฐอื่นไปแล้ว แต่ยังคงต้องออกใบสำคัญหรือใบอนุญาตให้แก่สายการบินในการใช้สิทธินั้นอีกครั้งหนึ่ง⁴⁵

(2) ความตกลงพหุภาคีระดับภูมิภาค

ปัจจุบันนี้ได้ปรากฏให้เห็นถึงการแลกเปลี่ยนสิทธิการบินสำหรับบริการเดินอากาศระหว่างประเทศแบบประจำในลักษณะความตกลงพหุภาคีในระดับภูมิภาคมากขึ้น โดยลักษณะของการตกลงมักเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีเจตจำนงคล้ายกัน หรือมีแนวคิดในการวางนโยบายเกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศคล้ายกัน รวมทั้งศักยภาพของผู้ขนส่งของประเทศเหล่านั้น มักจะมีความยิ่งใหญ่ทัดเทียมกันด้วย ซึ่งความตกลงลักษณะนี้ในปัจจุบัน⁴⁶ เช่น ความตกลงพหุภาคี

-
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;
 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. ...

⁴⁴ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น. 42.

⁴⁵ INTERNATIONAL AIR TRANSPORT AGREEMENT, SIGNED AT CHICAGO, ON 7 DECEMBER, 1944 (TRANSPORT AGREEMENT)

Article I Section 6

Each contracting State reserves the right to withhold or revoke a certificate or permit to an air transport enterprise of another State...

⁴⁶ ญัษฐิติดา หมืทอง, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 37*, น. 20.

อาเซียนว่าด้วยบริการเดินอากาศ⁴⁷ บันทึกความเข้าใจสามเหลี่ยมเศรษฐกิจ ความตกลงน่านฟ้าเสรีในกลุ่มเอเปค⁴⁸ เป็นต้น

2.1.2.4 ความตกลงทวิภาคี

หลังจากความล้มเหลวของความตกลงเกี่ยวกับเสรีภาพการบินที่ 5 เพื่อให้มีการแลกเปลี่ยนสิทธิเข้าสู่ตลาดในระดับความตกลงพหุภาคี⁴⁹ ความตกลงทวิภาคีได้ถูกพัฒนาขึ้นในฐานะของหลักการพื้นฐานทางการทูตและนโยบายเกี่ยวกับการขนส่งเพื่อการแลกเปลี่ยนสิทธิดังกล่าวดังเช่นวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการแลกเปลี่ยนสิทธิในระดับความตกลงทวิภาคี อย่างไรก็ตามเสรีภาพทางอากาศได้รับการยอมรับเป็นเพียงพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน⁵⁰ รัฐอาจจะเลือก “เสรีภาพ” ท่ามกลางสิทธิที่ถูกกำหนดไว้เป็นจำพวกในการอนุญาตซึ่งจะทำให้อากาศยานของรัฐได้รับสิทธิที่มีขอบเขตมากขึ้นหรือน้อยลงขึ้นขึ้นอยู่กับความเอื้อเพื่อแผ่ของคู่สัญญาทวิภาคีที่ประสงค์จะแลกเปลี่ยนสิทธิการบินระหว่างประเทศ⁵¹

⁴⁷ ได้แก่ 1.ความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยการเปิดเสรีเที่ยวบินขนส่งสินค้า (ASEAN Multilateral Agreement on the Full Liberalisation of Air Freight Services: MAFLAFS) และพิธีสารแนบท้าย 2 ฉบับ

2. ความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยบริการเดินอากาศ (เที่ยวบินขนส่งผู้โดยสาร) (ASEAN Multilateral Agreement on Air Services: MAAS) และพิธีสารแนบท้าย 6 ฉบับ

3.ความตกลงพหุภาคีอาเซียนว่าด้วยการเปิดเสรีบริการขนส่งผู้โดยสารอย่างเต็มที่ (ASEAN Multilateral Agreement on the Full Liberalisation of Passenger Air Service: MAFLPAS) และพิธีสารแนบท้าย 2 ฉบับ

โปรดดู เกียรติพล ตันติกุล, “ผลกระทบในการเปิดเสรีการบินของไทยจากการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน”, วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์, ฉบับที่ 7, น.21-59. (2555)

⁴⁸ โปรดดู กรมการบินพลเรือน, ประเทศไทยกับการเปิดเสรีการขนส่งทางอากาศ

⁴⁹ เป็นข้อเสนอของสหรัฐอเมริกาในการประชุม ณ เมืองชิคาโก โปรดดู Andreeas F. Lowenfeld, “Aviation Law: Case and Materials”, Harvard Law Review, 2d ed., 2-7 & 2-8., (1981)

⁵⁰ Brain F. Havel, Beyond Open Skies A New Regime for International Aviation, (The Netherlands : Kluwer Law International, 2009), p.109

⁵¹ *Ibid*, p.109

(1) ลักษณะทั่วไปของความตกลงทวิภาคี

ความตกลงทวิภาคีว่าด้วยการบริการเดินอากาศ (Bilateral Air Service Agreement) คือ สนธิสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐสองรัฐเพื่อสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในการควบคุมบริการเดินอากาศระหว่างรัฐดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญ และอาจรวมถึงบริการเดินอากาศไปยังหรือมาจากรัฐที่สามด้วย⁵² รวมทั้งเป็นการรักษาไว้ซึ่งโอกาสอันเท่าเทียมกันระหว่างรัฐคู่สัญญาในการบริการเดินอากาศระหว่างรัฐ⁵³ ทั้งนี้โดยทั่วไปแล้วความตกลงทวิภาคีจะประกอบด้วยเอกสาร 3 ส่วนดังนี้⁵⁴

1. ความตกลงหลัก (Air Services Agreement: ASA) เป็นส่วนที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐภาคี โดยมักจะมีเนื้อหาสำคัญดังนี้ คำปรารภ คำนิยาม การให้สิทธิการบิน การไม่เลือกปฏิบัติ การกำหนดสายการบิน⁵⁵ การเพิกถอนใบอนุญาต หลักการเกี่ยวกับสิทธิความจุ

⁵² ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.46.

⁵³ Convention on international Civil Aviation 1944 (Chicago Convention) Preamble Paragraph 3

THEREFORE, the undersigned governments having agreed on certain principles and arrangements in order that international civil aviation may be developed in a safe and orderly manner and that international air transport services may be established on the basis of equality of opportunity and operated soundly and economically

⁵⁴ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 6*, น.46.

⁵⁵ สายการบินที่กำหนด (Designated airline or Carrier) การเลือกสายการบินที่กำหนดเป็นสิทธิพื้นฐานของสิทธิทำการบิน (Operational right) อย่างหนึ่ง โดยรัฐจะทำการเลือกสายการบินเป็นผู้ใช้สิทธิเข้าสู่ตลาด (Market access) ที่รัฐได้รับมาจากการทำความตกลงแล้วแจ้งชื่อสายการบินให้รัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายทราบ ซึ่งโดยปกติแล้วมักจะทำผ่านเอกสารทางการทูต (Diplomatic note) ทั้งนี้สายการบินที่กำหนดอาจมีเพียงหนึ่งสายการบิน (Single Designation) คือการให้สิทธิรัฐเลือกสายการบินที่กำหนดได้เพียงสายการบินเดียว หรืออาจกำหนดสองสายการบิน (Dual Designation) คือการให้สิทธิรัฐเลือกสายการบินที่กำหนดได้ไม่เกินสองสายการบิน หรือกำหนดหลายสายการบิน (Multiple Controlled Designation) คือการให้สิทธิรัฐเลือกสายการบินที่กำหนดได้หลายสายการบินแต่ต้องไม่เกินจำนวนที่กำหนด หรือกำหนดหลายสายการบินอย่างไม่จำกัด (Multiple Unlimited Designation) คือการให้สิทธิรัฐเลือกสายการบินที่กำหนดได้หลายสายการบินอย่างไม่จำกัดก็ได้ ขึ้นอยู่กับการตกลงที่ได้กำหนดไว้ในความตกลง โปรดดู International Civil Aviation Organization (ICAO), *supra note 17*, p.4.1-5.

ความถี่⁵⁶ พิกัดอัตราขนส่ง การแลกเปลี่ยนข้อมูล สิทธิในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งทางอากาศ การยอมรับนับถือใบสำคัญสมควรเดินอากาศและใบอนุญาตผู้ประจำหน้าที่ การรักษาความปลอดภัย ค่าภาระการบริการต่างๆ การยกเว้นภาษีและพิกัดศุลกากร การใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการเข้ามาหรือออกนอกประเทศ การปรึกษาหารือและการแก้ไขเพิ่มเติมความตกลง การระงับข้อพิพาท การสิ้นสุดความตกลง การจดทะเบียนความตกลง ความสัมพันธ์ระหว่างความตกลงทวิภาคีกับความตกลงพหุภาคี การมีผลใช้บังคับของความตกลง

2. ภาคผนวก (Annex) จะเป็นส่วนต่างหากที่ผนวกอยู่กับความตกลงหลัก เนื้อหาสำคัญคือ การกำหนดเส้นทางบิน (Route)⁵⁷ สำหรับสายการบินของแต่ละฝ่ายไว้ โดยเรียกว่า “ใบพิกัดเส้นทาง” (Route Schedule) ในบางครั้งภาคผนวกจะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขนส่งการจราจรเสรีภาพที่ 5 หรือเรื่องอื่นๆ ไว้ด้วย

3. บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding: MOU) จะเป็นเอกสารคนละฉบับกับความตกลงหลัก ในเบื้องต้นบันทึกความเข้าใจจะมีบทบาทเป็นความตกลงระหว่างกาล โดยจะกำหนดให้ความตกลงหลักมีผลใช้บังคับชั่วคราวไปก่อนระหว่างรอการให้สัตยาบันจากรัฐภาคีทั้งสอง บันทึกความเข้าใจหลายฉบับจะกำหนดสิทธิความจุความถี่ที่สายการบินของรัฐภาคีแต่ละฝ่ายสามารถดำเนินการได้ตามใบพิกัดเส้นทาง นอกจากนี้เมื่อมีความจำเป็นจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมความตกลงหลักหรือภาคผนวก ไม่ว่าจะในประเด็นใด รัฐคู่ภาคีก็อาจจัดทำบันทึกความเข้าใจเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมได้ เช่น การจัดทำข้อบ่งชี้ด้วยการใช้เที่ยวบินร่วมกัน (Code-Sharing) เป็นต้น ในทางปฏิบัติของรัฐต่างๆ บันทึกความเข้าใจมักจะทำเป็นเอกสารลับ (Confidential Memorandum of Understanding: CMOU) ซึ่งรัฐคู่ภาคีจะไม่นำไปจดทะเบียนกับองค์การการบิน

⁵⁶ ความจุความถี่ (Capacity) คือ จำนวนการบริการขนส่งทางอากาศที่สายการบินเสนอหรือเตรียมจะเสนอในแต่ละเส้นทางบินซึ่งอาจถูกกำหนดด้วยขนาดเครื่องบิน ประเภทเครื่องบิน จำนวนที่นั่ง หรือความถี่ในการให้บริการ อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน โปรดดู International Civil Aviation Organization (ICAO), *supra note 17*, pp.4.2-1 - 4.2-2.

⁵⁷ เส้นทางบิน (Route) เป็นการตกลงกันระหว่างรัฐคู่สัญญาว่าจะอนุญาตให้มีการทำการบินในเส้นทางระหว่างจุดใดบ้าง โดยกำหนดเป็นพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่เฉพาะเจาะจงอันถือเป็นสิทธิการเข้าสู่ตลาดในเส้นทางบิน ซึ่งอาจทำได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการระบุชื่อเมือง หรือจากจุดใดจุดหนึ่ง หรืออาจมีการระบุจุดระหว่างทาง (Intermediate point) ไว้ด้วย หรือมีการระบุจุดพ้น (Beyond point) ไว้ด้วยการเพิ่มข้อความต่อท้ายเส้นทางบินว่า “และพ้นไปยัง” โปรดดู International Civil Aviation Organization (ICAO), *supra note 17*, pp.4.0-4.1.

พลเรือนระหว่างประเทศ หรือสหประชาชาติแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องจากหากมีการเปิดเผยแล้วอาจทำให้รัฐคู่ภาคีดังกล่าวต้องเสียเปรียบในการเจรจาแลกเปลี่ยนสิทธิการบินกับประเทศอื่นๆ ที่อาจมีขึ้นในอนาคต

(2) ประเภทของความตกลงทวิภาคี

การแลกเปลี่ยนสิทธิการบินเชิงพาณิชย์ตามความตกลงทวิภาคีนั้นได้รับความนิยมมากที่สุด เพราะประเทศต่างๆ มักจะแลกเปลี่ยนกันในลักษณะต่างตอบแทน เนื่องจากประเทศเหล่านี้จะสามารถที่ควบคุมการใช้สิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ และยังสามารถปรับข้อกำหนดของแต่ละสนธิสัญญา (โดยเฉพาะอย่างยิ่งระดับการเข้าสู่ตลาด) ให้เหมาะสมกับสภาพตลาดและความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างสองประเทศ โดยมีลักษณะแตกต่างกันไปตั้งแต่จำกัดที่สุดไปถึงเสรีที่สุด⁵⁸ โดยมีอย่างน้อย 3 รูปดังนี้

1. ความตกลงแบบเบอร์มิวด้า (Bermuda) เป็นรูปแบบความตกลงที่ให้สิทธิแก่สายการบินที่กำหนดมีอิสระในการกำหนดความจุความถี่ของบริการด้วยตนเอง และต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์กว้างๆ ที่รัฐกำหนดให้ โดยที่รัฐภาคีจะเป็นผู้กำหนดเส้นทางบิน จำนวนสายการบินในเส้นทาง ควบคุมอัตราค่าโดยสารและค่าระวางสินค้า⁵⁹ ซึ่งรัฐภาคีแต่ละฝ่ายอาจขอทบทวนในภายหลังได้ (*ex post facto* governmental review) หากพบว่าการจัดความจุความถี่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของความตกลง⁶⁰

องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้จัดทำข้อความแบบอย่างในการจัดความจุความถี่ (Model Capacity Clause) สำหรับความตกลงรูปแบบนี้เพื่อให้รัฐภาคีใช้เป็นแนวทางในการจัดทำความตกลงดังนี้

- บริการขนส่งทางอากาศที่เสนอต่อสาธารณชนควรมีความสัมพันธ์ใกล้เคียงกับความต้องการของการจราจร

⁵⁸ George Middeldorp, “Substantial Ownership and Effective Control of International Airlines : The Netherlands,” www.ejcl.org/64/art64-16.html, January 2007

⁵⁹ กรมการบินพลเรือน, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 48*

⁶⁰ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.48.

- สายการบินที่กำหนดหนึ่งหรือหลายสายการบินของประเทศคู่สัญญาแต่ฝ่ายจะต้องได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมกัน และเป็นธรรมในการแข่งขันบริการระหว่างประเทศคู่สัญญา

- ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของสายการบินอีกฝ่ายหนึ่ง โดยจะต้องหลีกเลี่ยงการกระทบกระเทือนอย่างไม่สมควรต่อโอกาสที่จะเสนอบริการโดยสายการบินอีกฝ่ายหนึ่ง

- การจัดความจุความถี่ของสายการบินที่กำหนดของแต่ละฝ่ายจะต้องมีวัตถุประสงค์หลักในการให้บริการ เพื่อให้เพียงพอต่อความต้องการของจราจรระหว่างประเทศคู่สัญญาทั้งสอง การใช้สิทธิในการขยับขึ้นหรือขยับลงซึ่งการจราจรที่ไปยังหรือมาจากประเทศที่สามจะต้องสอดคล้องกับหลักการทั่วไปในการพัฒนาการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ

- จะต้องจัดให้มีการปรึกษาหารือระหว่างประเทศคู่สัญญา หากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดร้องขอให้มีการทบทวนความจุความถี่ใหม่⁶¹

การแลกเปลี่ยนสิทธิการบินรูปแบบนี้รัฐให้ความยืดหยุ่นในการจัดความจุความถี่แก่สายการบิน แต่มีเงื่อนไขและรัฐมีสิทธิเข้าแทรกแซงได้ จึงมีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ ส่งผลดีต่อสายการบินที่สามารถเพิ่มความจุความถี่ได้เมื่อปริมาณการจราจรเพิ่มขึ้น โดยไม่ต้องมีการตกลงกันในระหว่างรัฐบาลกันอีก ทำให้สายการบินสามารถวางแผนการบินในระยะยาวได้สะดวก ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อประเทศที่มีจำนวนสายการบินมากหรือมีสายการบินขนาดใหญ่ เนื่องจากจะได้เปรียบในการแข่งขันโดยมีอิสระในการจัดบริการ อันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้โดยสารที่ใช้บริการและต่อการพัฒนาการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศด้วย ส่วนข้อเสียคือถ้าสายการบินของทั้งสองฝ่ายมีขนาดและความสามารถไม่ทัดเทียมกัน จะทำให้ประเทศที่มีสายการบินด้อยกว่าเสียเปรียบในการแข่งขัน อีกประการหนึ่งแม้ว่าสายการบินจะมีลักษณะยืดหยุ่นในการจัดการความจุความถี่ แต่รัฐก็มีสิทธิเข้าแทรกแซงและทบทวนความจุความถี่ของสายการบินอีกฝ่ายหนึ่งได้⁶²

⁶¹ International Civil Aviation Organization (ICAO), “Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport (Doc 9587)”, pp.3-4 - 3-7.

⁶² บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, ธุรกิจสายการบิน *Airline Business*, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์หนังสือท่องเที่ยวไทย 2551), น.53-54.

2. ความตกลงแบบการกำหนดความจุความถี่ไว้ล่วงหน้า (Capacity Predetermination) เป็นรูปแบบความตกลงที่รัฐภาคีจะเป็นผู้กำหนดจำนวนความจุความถี่ของบริการไว้ล่วงหน้า เป็นผู้กำหนดเส้นทางบินโดยพิจารณาจากปริมาณความต้องการของตลาด และกำหนดให้รัฐภาคีเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบพิกัดอัตราค่าขนส่ง⁶³ ตามหลักการ Priori governmental review กล่าวคือ รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายจะตกลงกันล่วงหน้าว่าจะให้สายการบินของแต่ละฝ่ายมีสิทธิให้บริการได้สัปดาห์ละกี่เที่ยวบิน ด้วยอากาศยานความจุเท่าใด โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) หรือหลักการแบ่งปันความถี่อย่างเท่าเทียมกัน (Equal sharing of capacity) ความตกลงบางฉบับอาจกำหนดให้สายการบินของแต่ละฝ่ายไปจัดสรรความจุความถี่เอง แต่เมื่อได้ผลประโยชน์จะต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐภาคีแต่ละฝ่ายเสียก่อน⁶⁴

องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้จัดทำข้อความแบบอย่างในการจัดความจุความถี่ (Model Capacity Clause) สำหรับความตกลงรูปแบบนี้เพื่อให้รัฐภาคีใช้เป็นแนวทางในการจัดทำความตกลง ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

- จะต้องตกลงกันในเรื่องความจุความถี่ของสายการบินที่กำหนดในเส้นทางที่ตกลงกันก่อนเริ่มบริการ และหลังจากนั้นอาจจะตกลงปรับปรุงความจุความถี่ได้อีกตามความต้องการ

- การจัดความจุความถี่ของสายการบินที่กำหนดของทั้งสองฝ่ายจะต้องมีวัตถุประสงค์หลักในการบริการ เพื่อให้เพียงพอกับความต้องการของการจราจรระหว่างประเทศคู่สัญญา

- ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายให้โอกาสอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมแก่สายการบินที่กำหนดของทั้งสองฝ่ายในการดำเนินบริการการบินระหว่างกัน เพื่อบรรลุผลประโยชน์ร่วมกันและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้โดยแบ่งความจุให้เท่ากันในระหว่างประเทศคู่สัญญา

- ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยจะต้องหลีกเลี่ยงการกระทบกระเทือนอันไม่สมควรต่อบริการที่มีอยู่ของสายการบินที่กำหนดของอีกฝ่ายหนึ่ง

⁶³ กรมการบินพลเรือน, *อ่าวแล้ว เจริญรอดที่ 48*

⁶⁴ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ่าวแล้ว เจริญรอดที่ 6*, น.48-49.

- หลังจากสายการบินที่กำหนดได้เปิดบริการแล้วจะมีการทบทวนความจุ ความถี่ที่จัดอยู่ใหม่ ถ้าหากประเทศคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจตกลงกันใหม่ได้ ก็ให้สายการบินที่ กำหนดของทั้งสองฝ่ายมีสิทธิใช้ความจุความถี่เดิมที่ตกลงกันไว้ก่อน⁶⁵

3. ความตกลงแบบน่านฟ้าเปิด (Open Skies Agreement) เป็นรูปแบบ ความตกลงที่ให้สิทธิแก่สายการบินในการกำหนดความจุความถี่ของบริการ เส้นทางบิน และพิกัด อัตราค่าขนส่งได้ด้วยตนเอง โดยเป็นไปตามกลไกของตลาด⁶⁶ หลักการสำคัญของความตกลงแบบน่าน ฟ้าเปิด คือ การเปิดเสรีการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศในเกือบจะทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่อง เส้นทางบิน (Route) ความจุความถี่ (Capacity and Frequency) การกำหนดสายการบิน (Airlines Designation) การกำหนดอัตราค่าขนส่ง (Pricing) การบินแบบเช่าเหมา (Charter) การบริการ ภาคพื้นด้วยตัวเอง (Self-Handling Services) การเปลี่ยนอากาศยาน (Change of Gauge) การใช้ ชื่อเที่ยวบินร่วมกัน (Code Sharing) และระบบสำรองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์ (Computer Reservation System) เสรีภาพที่ 7 สำหรับการขนส่งสินค้า⁶⁷ เป็นต้น เพื่อให้การขนส่งทางอากาศ เป็นไปโดยเสรี

องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้จัดทำข้อความแบบอย่างใน การจัดความจุความถี่ (Model Capacity Clause) สำหรับความตกลงรูปแบบนี้เพื่อให้รัฐภาคีใช้เป็น แนวทางในการจัดทำความตกลง ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

- ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องให้โอกาสอย่างเท่าเทียมกันและเป็น ธรรมแก่สายการบินที่กำหนดของทั้งสองฝ่ายในการแข่งขันบริการ

- ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะดำเนินการภายใต้อำนาจของตนเพื่อจัด การเลือกปฏิบัติการแข่งขันไม่เป็นธรรมทุกรูปแบบ ซึ่งจะมีผลกระทบกระเทือนต่อฐานะการแข่งขัน ของสายการบินอีกฝ่ายหนึ่ง

- ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องไม่จำกัดปริมาณการรับขน ความถี่ หรือความสม่ำเสมอของบริการ หรือแบบอากาศยานของสายการบินที่กำหนดของอีกฝ่ายหนึ่งโดย

⁶⁵ International Civil Aviation Organization (ICAO), *supra note 61*, pp.3-1 - 3-3.

⁶⁶ กรมการการบินพลเรือน, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48*

⁶⁷ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6*, น.49-51.

ผลการ เว้นแต่เป็นความต้องการของกฎหมายศุลกากร ความจำเป็นด้านเทคนิค ความจำเป็นด้านปฏิบัติการหรือเหตุผลจากสิ่งแวดล้อม

- ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องอนุญาตให้สายการบินของอีกฝ่ายหนึ่งทำการบินโดยไม่คำนึงว่าสายการบินของตนจะทำการบินหรือไม่ และประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องไม่จำกัดการรับขนและเรียก요금ค่าตอบแทนในการอนุญาต หรือตั้งข้อกำหนดใดๆ ที่เกี่ยวกับความจุความถี่ของสายการบินที่กำหนดอีกฝ่ายหนึ่ง

- ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องไม่กำหนดให้สายการบินที่กำหนดของอีกฝ่ายหนึ่งต้องยื่นขออนุมัติใช้ตารางการบินของเที่ยวบินแบบประจำหรือแผนดำเนินการ เว้นแต่จำเป็นต้องกำหนดโดยไม่เลือกปฏิบัติเพื่อให้มีสภาพเป็นระเบียบเรียบร้อย หรือได้รับอนุญาตเป็นการเฉพาะให้กระทำเช่นนั้น⁶⁸

ในส่วนของความปลอดภัยทางการบิน (Safety) และการรักษาความปลอดภัยทางการบิน (Security) นั้น ความตกลงแบบน่านฟ้าเปิด จะมีความเคร่งครัดมากยิ่งขึ้น โดยการเพิ่มมาตรการลงโทษฝ่ายเดียวเข้ามาด้วย กล่าวคือ เมื่อภาคีฝ่ายหนึ่งพบว่าภาคีอีกฝ่ายไม่ดำเนินการรักษาความปลอดภัย (Security) หรือไม่ควบคุมมาตรฐานความปลอดภัยต่างๆ (Safety) อย่างเพียงพอและยังไม่ยอมแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวในเวลาอันควร ภาคีฝ่ายแรกอาจห้ามมิให้สายการบินของภาคีฝ่ายหลังใช้สิทธิตามความตกลงระหว่างกันได้⁶⁹ กรณีเช่นนี้เป็นการลงโทษสายการบินโดยที่สายการบินอาจจะมิใช่ผู้กระทำการดังกล่าวเลยก็ได้⁷⁰

⁶⁸ International Civil Aviation Organization (ICAO), *supra note 61*, pp.3-8 - 3-11.

⁶⁹ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 6*, น.49-51.

⁷⁰ กฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติเป็นฐานอำนาจรองรับเรื่องนี้ไว้แล้วใน Title 49: Transportation, Section 44907.

ตารางเปรียบเทียบความตกลงทวิภาคี⁷¹

ประเด็นสำคัญ บางประการ	ความตกลงแบบ Bermuda	ความตกลงมาตรฐานของ ไทย	ความตกลงมาตรฐาน ของสหรัฐอเมริกา
จำนวนสายการบินที่กำหนด	1.หนึ่งสาย 2.หลายสายแบบระบุจำนวน หรือ 3.หลายสายแบบไม่จำกัด จำนวน	1.หนึ่งสาย 2.หลายสายแบบระบุ จำนวน	หลายสายแบบไม่ จำกัดจำนวน
ความจุความถี่	ให้สายการบินเป็นผู้กำหนด ทั้งนี้ให้กำหนดตาม หลักเกณฑ์ที่รัฐบาลตกลงกัน ไว้และรัฐบาลมีสิทธิขอ ทบทวน (ex facto review)	ให้รัฐบาลเป็นผู้กำหนด (ล่วงหน้า) ทั้งนี้ให้กำหนด ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐบาล ตกลงกันไว้	ให้สายการบินเป็นผู้ กำหนดโดยเสรีและ โดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ
พิกัดอัตราค่า ขนส่ง	ให้สายการบินเป็นผู้กำหนด ผ่าน IATA และโดยความ เห็นชอบของรัฐบาลทั้งสอง ฝ่าย	ให้สายการบินเป็นผู้ กำหนดผ่าน IATA และ โดยความเห็นชอบของ รัฐบาลทั้งสองฝ่าย	ให้สายการบินเป็นผู้ กำหนดได้เองโดย อิสระและโดยไม่มี ข้อจำกัดใดๆ
เส้นทางบิน	ให้รัฐบาลกำหนดเส้นทางบิน แบบตกลงระบุจุดต่างๆ ใน เส้นทางบินไว้(และสายการ บินมีสิทธิเลือกเว้นไม่แวะลง จุดใดๆ ในเส้นทางได้)	ให้รัฐบาลกำหนดเส้นทาง บินแบบตกลงระบุจุดต่างๆ ในเส้นทางบินไว้(และสาย การบินมีสิทธิเลือกเว้นไม่ แวะลงจุดใดๆ ในเส้นทาง)	ให้สายการบินเป็นผู้ กำหนดเส้นทางบินได้ เองโดยอิสระและโดย ไม่มีข้อจำกัดใดๆ

การที่รัฐจะพิจารณาใช้รูปแบบความตกลงทวิภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศ
รูปแบบใดรูปแบบหนึ่งนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

⁷¹ ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ่าวแล้ว เชียงธรรมที่ 6*, น.51.

ผลประโยชน์ทางการเมือง หรือนโยบายของรัฐแต่ละช่วงเวลา ปัจจุบันความตกลงส่วนใหญ่กว่าร้อยละ 90 ที่ประเทศไทยจัดทำกับประเทศต่างๆ เป็นความตกลงแบบกำหนดจุดความถี่ล่วงหน้า⁷²

2.1.3 ธุรกิจสายการบิน

ธุรกิจการขนส่งทางอากาศหรือธุรกิจการบิน (Aviation Business)⁷³ แบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ได้ 2 ประเภท⁷⁴ ได้แก่ 1. ธุรกิจสายการบิน (Airline Business) หมายถึง ธุรกิจที่ทำหน้าที่บริการรับขนคนโดยสารทางอากาศ 2. การขนส่งสินค้าพัสดุภัณฑ์ทางอากาศ (Airfreight Business) หมายถึง ธุรกิจที่ทำหน้าที่บริการรับขนส่งสินค้าพัสดุภัณฑ์ทางอากาศ⁷⁵

2.1.3.1 ประเภทของธุรกิจสายการบิน

ธุรกิจสายการบินสามารถแบ่งได้หลากหลายประเภท ขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่งแยกประเภท ซึ่งอาจใช้เกณฑ์ในการแบ่งออกเป็นประเภทต่างๆ ได้ดังนี้⁷⁶

(1) การแบ่งประเภทสายการบินตามขอบเขตการให้บริการ

1. สายการบินบริการภายในประเทศ (Domestic Air Carriers) เป็นสายการบินที่ให้บริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าทางอากาศตามเมืองต่างๆ ภายในประเทศ

⁷² กรมการบินพลเรือน, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 46*

⁷³ บางท่านใช้คำว่า การบินพาณิชย์ (Commercial Aviation) หมายถึง การบินที่มีบำเหน็จหรือสินจ้าง การบินพาณิชย์เป็นการบินที่จัดอยู่ในประเภทของการบินพลเรือน (Civil Aviation) ซึ่งการบินพลเรือนนั้นอาจมีบำเหน็จหรือสินจ้างหรือไม่ก็ได้ การบินใดก็ตามที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการทหารแล้ว ถือเป็นการบินพลเรือนทั้งสิ้น

โปรดดู ทศพร ลิ้มธรรม, “การเข้าสู่ตลาดในประเทศไทยของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), น.28.

⁷⁴ บางท่านใช้คำว่า อุตสาหกรรมการบิน (Airline Industry) และอุตสาหกรรมขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ทางอากาศ (Air Freight Industry) โปรดดูวัชร วัฒนภาค ฤทธาณี, “อุตสาหกรรมการบิน”

⁷⁵ พรนพ พุกกะพันธุ์, *ธุรกิจการบิน*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), น.1.

⁷⁶ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.32-39.

2. สายการบินบริการระหว่างประเทศ (International Air Carriers) เป็นสายการบินที่ให้บริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าทางอากาศตามเมืองต่างๆ ของประเทศต่างๆ ทั่วโลก⁷⁷

(2) การแบ่งประเภทสายการบินตามลักษณะการให้บริการ

1. สายการบินประจำมีกำหนด (Scheduled Airline) หมายถึงสายการบินให้บริการในการเดินอากาศด้วยเที่ยวบินที่ทำการบินอยู่ประจำหรือมีกำหนดตารางการบินและเส้นทางการบินที่แน่นอน โดยให้บริการทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ เพื่อสินค้าตามตารางการบินที่แน่นอน อันเป็นการบริการที่สม่ำเสมอและเปิดบริการแก่สาธารณชน

2. สายการบินไม่ประจำ (Non-scheduled Airline) หมายถึงบริษัทการบินที่ให้บริการทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นการบินเช่าเหมาหรือการบินพิเศษอื่นๆ ไม่อยู่ในลักษณะของการบินประจำมีกำหนด โดยดำเนินการเพื่อสินค้า แต่ไม่มีการกำหนดเวลาที่แน่นอน สายการบินไม่ประจำนี้ให้บริการใน 3 ลักษณะคือ

2.1 สายการบินบริการเช่าเหมา (Charter Service Airline) หมายถึงสายการบินที่ให้เช่าทั้งหมดของอากาศยานสำหรับการบินเฉพาะเที่ยวหนึ่งหรือหลายเที่ยวเพื่อประโยชน์ของผู้เช่าเอง สำหรับขนส่งผู้โดยสารหรือสินค้าจำนวนมากด้วยอากาศยานขนาดใหญ่ภายใต้สัญญาระยะยาวกับเอกชนหรือรัฐบาล เพื่อให้บุคคลในขณะนั้นได้ใช้ที่นั่งหรือระวางบรรทุกในเที่ยวบินที่เช่า โดยไม่นำที่นั่งหรือระวางที่ตนมิได้ออกจำหน่ายต่อให้แก่ประชาชนทั่วไป ซึ่งสายการบินเช่าเหมาอาจดำเนินการตามเส้นทางบินที่กำหนดไว้สำหรับบริการประจำมีกำหนดหรือที่เรียกว่าเป็นการบินในเส้นทาง หรืออาจดำเนินการตามเส้นทางที่ยังมิได้กำหนดให้เป็นเส้นทางบินสำหรับบริการประจำมีกำหนดหรือที่เรียกว่าเป็นการบินนอกเส้นทางก็ได้

2.2 สายการบินบริการแท็กซี่ทางอากาศ (Air Taxi Service Airline) หมายถึงสายการบินที่ให้เช่าอากาศยานเหมือนเช่าเหมาเพื่อสินค้า เพียงแต่ดำเนินการบินด้วยอากาศยานขนาดเล็กที่มีความจุน้อยประมาณ 4-18 ที่นั่ง และจะดำเนินการบินเฉพาะเมื่อมีผู้เช่ามาขอให้ทำการบินเท่านั้น โดยผู้เช่าเองจะเป็นผู้กำหนดจุดหมายปลายทางและวันเวลาทำการบิน

⁷⁷ เฟื่องอ้าง, น.33.

2.3 สายการบินบริการเฮลิคอปเตอร์ (Helicopter Service Airline) หมายถึงสายการบินที่ให้เช่าอากาศยานประเภทเฮลิคอปเตอร์เพื่อสินจ้าง ทั้งนี้เฮลิคอปเตอร์ไม่ใช่เครื่องบิน แต่เป็นอากาศยานประเภทหนักกว่าอากาศ⁷⁸

(3) การแบ่งประเภทสายการบินตามลักษณะการเป็นเจ้าของ

สายการบินของรัฐ (State Air Carriers) เป็นสายการบินที่รัฐเข้าไปลงทุนเองหรือรัฐเป็นเจ้าของกิจการสายการบินเอง ให้บริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าทางอากาศภายในประเทศหรือระหว่างประเทศ

สายการบินเอกชน (Private Air Carriers) เป็นสายการบินที่เอกชนเป็นเจ้าของกิจการ แต่อยู่ภายใต้การควบคุมด้านเศรษฐกิจและความปลอดภัยของรัฐบาล ให้บริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าทางอากาศภายในประเทศหรือระหว่างประเทศตามที่รัฐบาลอนุญาต⁷⁹

2.1.3.2 ลักษณะพิเศษของธุรกิจสายการบิน

ธุรกิจสายการบินมีลักษณะพิเศษที่อาจสรุปได้ 7 ประการดังต่อไปนี้⁸⁰

1. ธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่ไม่มีตัวตนจับต้องไม่ได้ (Intangibility) กล่าวคือธุรกิจสายการบินเป็นการให้บริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าทางอากาศ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่มีความจับต้องไม่ได้ แม้จะมีเครื่องบินมาเกี่ยวข้องกับการให้บริการก็ตาม แต่ก็ไม่มีมีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของในตัวเครื่องบินนั้น ผู้โดยสารหรือสินค้าที่รับบริการเพียงมีสิทธิใช้เครื่องบินเป็นพาหนะในการขนส่ง

2. ธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้ (Inseparability) กล่าวคือธุรกิจสายการบินเป็นการให้บริการกลุ่มบุคคลหรือกลุ่มสินค้า เนื่องจากเป็นการให้บริการผู้โดยสารและสินค้าเป็นจำนวนมากในเวลาเดียวกัน จะแบ่งแยกการให้บริการออกจากกันไม่ได้ ลักษณะเช่นนี้เป็นการจำกัดขอบเขตการดำเนินงานของธุรกิจสายการบินที่ต้องบริการผู้โดยสารและสินค้าจำนวนมากพร้อมๆ กันในเวลาจำกัด

⁷⁸ เฟื่องอ้าง, น.33-39.

⁷⁹ เฟื่องอ้าง, น.32-33.

⁸⁰ เฟื่องอ้าง, น.265-267.

3. ธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่มีลักษณะแตกต่างกันในการให้บริการแต่ละครั้ง (Heterogeneity) กล่าวคือธุรกิจสายการบินไม่สามารถที่จะทำให้บริการของตนเป็นมาตรฐานได้ การบริการชนิดเดียวกันจะมีความแตกต่างกันไปตามลูกค้าแต่ละคน ผู้ให้บริการแต่ละบริษัท และแต่ละช่วงเวลาที่ได้รับบริการ

4. ธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่มีลักษณะสูญเสียบง่าย (Perishability) กล่าวคือธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่สูญเสียบง่ายและไม่สามารถเก็บรักษาเอาไว้ได้ จึงก่อให้เกิดผลเสียหายและยุ่งยากต่อการวางแผนผลิตบริการ การกำหนดค่าบริการ และการส่งเสริมตลาดเป็นอย่างมาก

5. ธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่มีอุปสงค์ไม่แน่นอน (Fluctuating Demand) กล่าวคือธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่มีอุปสงค์ขึ้นลงตามฤดูกาลเป็นอย่างมาก อาจจะขึ้นลงตามแต่ละช่วงของวันและแต่ละวันของสัปดาห์หรือเดือน

6. ธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่ใช้แรงงานมาก (Labour Intensive) กล่าวคือธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่ต้องใช้คนในการให้บริการมาก และส่วนใหญ่มักมีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว

7. ธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐบาล (Under Government Control) กล่าวคือธุรกิจสายการบินเป็นบริการที่ผู้ประกอบการจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลก่อนดำเนินการบิน นอกจากนี้ยังมีอุปสรรคทางการเมืองระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เพราะสิทธิการบินระหว่างประเทศนั้น ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลของประเทศต้นทางและปลายทางในเส้นทางการบินนั้นซึ่งส่วนใหญ่อยู่ในรูปสัญญาทวิภาคี (Bilateral Agreement) โดยรัฐบาลของแต่ละประเทศได้ออกกฎหมายควบคุมการดำเนินธุรกิจสายการบินไว้ด้วย⁸¹

2.1.3.3 การกำหนดอัตราค่าบริการของธุรกิจสายการบิน

การกำหนดอัตราค่าบริการของธุรกิจการบิน (Pricing of Airline Business) เป็นการกำหนดอัตราค่าบริการที่ใช้บริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าของธุรกิจสายการบิน ซึ่งตามปกติธุรกิจสายการบินมักไม่สามารถกำหนดค่าบริการได้เองโดยอิสระ จะต้องได้รับอนุมัติจากทาง

⁸¹ เพิ่งอ้าง.

ราชการก่อน ในการกำหนดค่าบริการภายในประเทศมักจะถูกกำหนดโดยรัฐบาล เช่น คณะกรรมการการบินพลเรือน (Civil Aeronautics Board : CAB) จะเป็นผู้กำหนดอัตราค่าโดยสารและอัตราค่าระวางของสายการบิน ส่วนสมาคมการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ (International Air Transport Association : IATA) โดยความเห็นชอบของรัฐบาลประเทศต่างๆ จะเป็นผู้กำหนดอัตราค่าบริการระหว่างประเทศ⁸²

ดังนั้นในตลาดธุรกิจการบินนั้นแต่ละสายการบินไม่สามารถใช้อัตราค่าบริการเป็นปัจจัยหรือเครื่องมือในการแข่งขัน เมื่อมีการกำหนดอัตราค่าบริการขึ้น ทุกสายการบินจะต้องใช้อัตราเดียวกันในเส้นทางเดียวกัน⁸³ ซึ่งการกำหนดอัตราค่าบริการของธุรกิจสายการบินอาจแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ⁸⁴

(1) การกำหนดอัตราค่าโดยสารของสายการบิน (Air Fare)

ในการกำหนดค่าบริการขนส่งผู้โดยสารจากจุดหนึ่งไปยังอีกจุดหนึ่ง เรียกว่าค่าโดยสาร ซึ่งกำหนดอัตราค่าโดยสารของสายการบินจะต้องพิจารณาทั้งต้นทุนการให้บริการและสภาพการควบคุม อัตราค่าโดยสารจะต้องลดลงเพื่อเพิ่มอุปสงค์และเพิ่มรายได้ไปสู่จุดคุ้มทุน (Break-even Point)⁸⁵ หรืออย่างน้อยพยายามไปถึงต้นทุนการดำเนินงาน (Operating Cost)⁸⁶ วัตถุประสงค์ของการควบคุมอัตราค่าโดยสารก็เพื่อให้ทุกสายการบินมีมาตรฐาน ปราศจากการเลือกปฏิบัติด้านราคากับผู้โดยสาร และไม่ให้มีการแข่งขันตัดราคากัน

ในการกำหนดอัตราค่าโดยสารของสายการบินนั้น คณะกรรมการการบินพลเรือน (Civil Aeronautics Board : CAB) และ IATA ใช้วิธีกำหนดอัตราค่าโดยสารบวกเพิ่มจากต้นทุน (Cost-plus Pricing) โดยต้นทุนนี้หมายถึงต้นทุนที่จ่ายจริงและต้นทุนค่าเสียโอกาสของการ

⁸² เฟิงอ๋าง, น.278.

⁸³ อย่างไรก็ตามอัตราค่าบริการก็อาจเป็นเครื่องมือทางการตลาดที่ได้ผลในการเพิ่มขนาดของตลาดทั้งหมดได้ เช่น เส้นทางบินใดมีอัตราค่าบริการต่ำ เส้นทางบินนั้นจะมีผู้ใช้บริการมาก ทำให้มีการขยายตลาดได้มาก เป็นต้น

⁸⁴ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.278-294.

⁸⁵ Break-even Point เป็นจุดหรือระดับที่ปริมาณการผลิตหรือปริมาณการจำหน่ายที่มีผลทำให้รายได้ทั้งสิ้น = ต้นทุนทั้งสิ้น ณ ระดับนี้สายการบินนั้นจะไม่มีกำไรหรือขาดทุน

⁸⁶ Operating Cost เป็นต้นทุนผันแปร (Variable Cost) ในการดำเนินงานที่เปลี่ยนแปลงไปตามปริมาณบริการที่ผลิตขึ้น เช่น ค่าน้ำมันเชื้อเพลิง ค่าแรงงาน ค่าธรรมเนียมการใช้อากาศยาน เป็นต้น

ผลิตบริการในเส้นทางบินนั้นซึ่งอาจเป็นต้นทุนรวมเฉลี่ยแล้วบวกกำไรที่ต้องการเป็นเปอร์เซ็นต์เข้าไป (Margins หรือ Markup)⁸⁷

โดยปกติการกำหนดอัตราค่าโดยสารนั้น IATA กำหนดค่าโดยสารชั้นหนึ่ง ค่าโดยสารชั้นธุรกิจ และค่าโดยสารชั้นประหยัดระหว่างเมืองในเส้นทางการบินต่างๆ ขึ้น โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการบินพลเรือนของประเทศต่างๆ แล้วจะประกาศอัตราค่าโดยสารของแต่ละเส้นทางบินให้สาธารณชนทราบ หรือที่เรียกว่า The Published Fares ซึ่งทุกสายการบินจะต้องปฏิบัติตามในการคิดค่าโดยสารเส้นทางบินนั้นๆ ในการกำหนดค่าโดยสารแต่ละเส้นทางบินนั้น IATA จะต้องคำนึงถึงความหนาแน่นของเส้นทางบิน อัตราการบรรทุก และต้นทุนของเส้นทางบินต่างๆ ซึ่งจะมีการเปลี่ยนแปลงค่าโดยสารอยู่เสมอตามภาวะเศรษฐกิจ⁸⁸

(2) การกำหนดอัตราค่าระวางของสายการบิน (Air Rate)

ในการกำหนดค่าบริการขนส่งสินค้าจากจุดหนึ่งไปยังอีกจุดหนึ่งเรียกว่า ค่าระวาง ซึ่ง IATA จะเป็นผู้จัดให้มีการประชุมกันระหว่างสายการบินที่เป็นสมาชิกและสายการบินที่อยู่ในเครือของ IATA แต่ไม่ได้เป็นสมาชิก เพื่อกำหนดอัตราค่าระวางทางอากาศ 3 ปีต่อครั้ง โดยแบ่งการกำหนดอัตราค่าระวางทางอากาศออกเป็นสามย่อยดังนี้⁸⁹

- อัตราค่าระวางภายใน IATA AREA 1
- อัตราค่าระวางภายใน IATA AREA 2
- อัตราค่าระวางภายใน IATA AREA 3
- อัตราค่าระวางภายใน IATA AREA 1 และ 2
- อัตราค่าระวางภายใน IATA AREA 2 และ 3
- อัตราค่าระวางภายใน IATA AREA 1 และ 3

⁸⁷ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.278-279.

⁸⁸ โดย IATA จะแจ้งอัตราค่าโดยสารที่เปลี่ยนแปลงอยู่เรื่อยๆ ของแต่ละเส้นทางในหนังสือ ABC World Airways Guide ทุกเดือน ซึ่งจะแจ้งอัตราค่าโดยสารเป็นเงินดอลลาร์สหรัฐจากเมืองหนึ่งไปยังอีกเมืองหนึ่ง

⁸⁹ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 60*, น.278-294.

เมื่อสายการบินทั้งหลายได้ร่วมกันกำหนดอัตราค่าระวาง (Rate) ซึ่งเป็นค่าขนส่งสินค้าทางอากาศจากจุดหนึ่งไปยังอีกจุดหนึ่งต่อน้ำหนัก 1 หน่วย⁹⁰ เมื่อได้ร่วมกันกำหนดอัตราค่าระวางขนส่งสินค้าทางอากาศแล้ว สายการบินทุกสายจะต้องคิดอัตราค่าระวางในอัตราเดียวกันหมด ซึ่งการกำหนดอัตราค่าระวางสำหรับการขนส่งสินค้าทางอากาศมีหลักเกณฑ์การคิดค่าระวางดังต่อไปนี้

พิจารณาปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดอัตราค่าระวางทางอากาศ เป็นการพิจารณาถึงปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการกำหนดอัตราค่าระวางอันได้แก่⁹¹

1. จำนวนสายการบินในเส้นทาง จะพิจารณาถึงจำนวนสายการบินที่ทำกิจการบินอยู่ในเส้นทางต่างๆ ว่า เส้นทางบินแต่ละเส้นทางมีจำนวนสายการบินในเส้นทางนั้นๆ มากน้อยเพียงใด

2. การแข่งขันจากขนส่งประเภทอื่น จะพิจารณาถึงการแข่งขันระหว่าง การขนส่งทางอากาศกับการขนส่งประเภทอื่นว่า เส้นทางบินแต่ละเส้นทางมีการขนส่งอื่นที่จะต้องแข่งขันมากน้อยเพียงใด

3. ปริมาณของสินค้า จะพิจารณาถึงปริมาณของสินค้าที่จะทำการส่งออกหรือนำเข้าของแต่ละเส้นทางบินว่ามีปริมาณมากน้อยเพียงใด

4. ชนิดของสินค้า จะพิจารณาถึงชนิดของสินค้าที่ทำการส่งออกและนำเข้าของแต่ละเส้นทางบินว่า มีชนิดของสินค้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและเอาใจใส่มากน้อยเพียงใด

5. มูลค่าของสินค้า จะพิจารณาถึงมูลค่าของสินค้าที่ทำการขนส่งในแต่ละเส้นทางบินว่ามีสินค้าที่มีมูลค่ามากน้อยเพียงใด

โครงสร้างของการคิดอัตราค่าระวางทางอากาศ เป็นการพิจารณาโครงสร้างของสินค้าที่จะนำมาคิดค่าระวางทางอากาศ โดยพิจารณาโครงสร้างอยู่ 2 อย่างคือ⁹²

1. น้ำหนักของสินค้า เป็นการพิจารณาคิดค่าระวางทางอากาศด้วยการยึดถือเอาน้ำหนักของสินค้าเป็นเกณฑ์ ส่วนมากมักเป็นสินค้าที่มีความหนาแน่นมาก เช่น สินค้า

⁹⁰ (จะเป็นกิโลกรัมหรือปอนด์ก็ได้) จะร่วมกันจัดให้มีการตีพิมพ์ออกใช้ในรูปของหนังสือคู่มือในการคิดอัตราค่าระวางทางอากาศ เช่นหนังสือ Air-Sea Guide (Thailand's Leading Guide Book)

⁹¹ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 60*, น.283-284.

⁹² บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.284-285.

จำพวกเครื่องอะไหล่ อุปกรณ์การไฟฟ้า เครื่องจักรกล เป็นต้น ซึ่งจะใช้น้ำหนักจริงของสินค้าเหล่านั้น ในการคิดอัตราค่าระวางทางอากาศโดยตรง

2. ปริมาตรของสินค้า เป็นการพิจารณาคิดค่าระวางทางอากาศด้วย การยึดถือเอาปริมาตรของสินค้าเป็นเกณฑ์ ส่วนมากมักเป็นสินค้าที่มีความหนาแน่นน้อย เช่น สินค้าจำพวกดอกไม้ สิ่งทอจากขนสัตว์ เฟอร์นิเจอร์ต่างๆ เป็นต้น ซึ่งจะไม่ใช้น้ำหนักจริงในการคิดอัตราค่าระวางทางอากาศ แต่จะใช้น้ำหนักปริมาตร (Volume Weight) ในการคิดแทน⁹³

โครงสร้างของการคิดอัตราค่าระวางทางอากาศจะเอาจำนวนน้ำหนักจริงของสินค้านั้นเปรียบเทียบกับน้ำหนักปริมาตรของสินค้านั้น แล้วใช้จำนวนน้ำหนักที่มากกว่าในการคิดค่าระวางทางอากาศ⁹⁴

การคิดค่าระวางต่ำสุดที่กำหนดไว้ (Minimum Charge) เป็นการกำหนดมูลค่าต่ำสุดสำหรับค่าระวางทางอากาศ ซึ่งหมายถึงค่าระวางทางอากาศที่คำนวณได้จากน้ำหนักของสินค้าหนึ่งๆ จะต้องไม่ต่ำกว่ามูลค่าที่ได้กำหนดไว้สำหรับเส้นทางบินต่างๆ ซึ่งในการกำหนดค่าระวางต่ำสุดในการขนส่งสินค้าทางอากาศนี้ได้กำหนดเป็นจำนวนเงิน มิใช่กำหนดเป็นจำนวนน้ำหนัก โดยแต่ละเส้นทางบินระหว่างเมืองต้นทางและปลายทางจะแตกต่างกันไป ซึ่งมีหลักเกณฑ์การคำนวณดังนี้⁹⁵

1. เมื่อค่าธรรมเนียมตามน้ำหนักหรือตามปริมาตรสำหรับสินค้าคงใดต่ำกว่าค่าธรรมเนียมขั้นต่ำตามที่กำหนดไว้ ให้นำอัตราค่าธรรมเนียมขั้นต่ำมาใช้ นอกจากนี้จะได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

2. อัตราขั้นต่ำอาจคิดจากอัตราธรรมดา แต่ต้องไม่น้อยกว่าอัตราธรรมดานคูณด้วยน้ำหนักสินค้าของสินค้านั้นแต่ละงวด

3. ค่าธรรมเนียมในการขนส่งที่คิดจากมูลค่าที่แจ้งไว้ (Valuation Chart) จะนำไปรวมกับค่าธรรมเนียมตามน้ำหนักหรือตามปริมาตรไม่ได้ โดยปกติสินค้าที่มีมูลค่าเกินกว่า US\$ 20 ต่อ 1 kg จะคิด Valuation Charge 0.5% ของมูลค่าสินค้าที่ได้แจ้งไว้ และคิดไม่น้อยกว่าขั้นต่ำของสินค้าแต่ละงวด โดยจะต้องนำไปรวมกับค่าธรรมเนียมขั้นต่ำที่กำหนดไว้ด้วย

⁹³ โดยกำหนดปริมาตรเป็นน้ำหนักด้วยการกำหนด 6,000 ลูกบาศก์เซนติเมตร เท่ากับ 1 กิโลกรัม บางอัตราอาจคิด 7,000 ลูกบาศก์เซนติเมตร เท่ากับ 1 กิโลกรัม

⁹⁴ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.285.

⁹⁵ *เพ็ญอ้าว*, น.287-288.

4. ถ้ามีค่าธรรมเนียมขั้นต่ำระบุไว้ในพิกัดอัตราค่าระวาง (Tariff) ให้ใช้ตามทีระบุไว้

5. ค่าธรรมเนียมขั้นต่ำให้ขึ้นอยู่กับปัจจัยการปรับค่าเงินตราด้วย

ประเภทของอัตราค่าระวาง ในการขนส่งสินค้าทางอากาศมีอัตราค่าระวางที่ใช้กับสินค้านานาชาติอยู่ 3 ประเภท คือ⁹⁶

1. Specification Commodity Rates (GCR) เป็นอัตราค่าขนส่งทางอากาศที่ถูกเป็นพิเศษสำหรับสินค้าบางชนิดและบางเส้นทาง แต่ต้องมีปริมาณสินค้าค่อนข้างมากคือคิดเป็นน้ำหนัก 100 กิโลกรัมขึ้นไป เพื่อจูงใจให้ลูกค้าใช้บริการขนส่งทางอากาศมากขึ้น หรือเป็นผลมาจากการที่จะพัฒนาการแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าระหว่างบริเวณต่างๆ ของโลกที่มีผลผลิตของสินค้าบางชนิดมากเกินความต้องการในตลาดของตน⁹⁷

2. Commodity Classification Rates (CCR) หรือที่เรียกสั้นๆว่า Class Rates เป็นอัตราค่าระวางทางอากาศที่บัญญัติไว้ให้ใช้กับสินค้าประเภทต่างๆ ดังต่อไปนี้คือ สัตว์มีชีวิต สินค้าที่มีมูลค่าสูงเป็นพิเศษ ชากศพของมนุษย์และอัฐิ สิ่งตีพิมพ์ กระเป๋าสัมภาระของผู้โดยสาร

3. General Cargo Rate (GCR) เป็นอัตราค่าขนส่งสินค้าชนิดที่ใช้กับสินค้าทั่วไปที่ไม่มี Specification Commodity Rates และไม่จำเป็นต้องใช้ Class Rates โดยมีอัตราชนิดต่างๆ ของสินค้าที่มีปริมาณน้ำหนักมากน้อยแตกต่างกันไป ซึ่งอัตราระวางนี้จะแบ่งประเภทย่อยได้อีก 3 ประเภท คือ

Minimum Charge (M) คือ อัตราค่าระวางต่ำสุดที่จะต้องจ่ายให้แก่สายการบิน

Normal Rate (N) คือ อัตราที่กำหนดให้ใช้กับสินค้าซึ่งมีน้ำหนักต่ำกว่า 45 กิโลกรัม (100 ปอนด์)

⁹⁶ เฟิงอ้วง, น.288-290.

⁹⁷ Specification Commodity Rates นี้มักตีพิมพ์อยู่ในตารางอัตราค่าระวางเดียวกับ General Cargo Rate

Quantity Rate (Q) คือ อัตราที่กำหนดให้ใช้กับสินค้าซึ่งมีน้ำหนักตั้งแต่ 45 กิโลกรัม (100 ปอนด์) ขึ้นไป และเมื่อมีน้ำหนักมากขึ้นจนถึงเกณฑ์ของน้ำหนักหนึ่งๆ ก็จะมีอัตราลดลงอีก⁹⁸

2.1.3.4 ต้นทุนของธุรกิจสายการบิน

ต้นทุนของธุรกิจสายการบินอาจแบ่งเป็น 2 ด้านหลักดังนี้

1. ต้นทุนด้านทรัพย์สินถาวรของธุรกิจการบิน เป็นการลงทุนในการจัดหาทรัพย์สินถาวรมาใช้ในการผลิตบริการขนส่งทางอากาศเพื่อจำหน่ายแก่ผู้ใช้บริการ ซึ่งประกอบด้วยรายการที่สำคัญดังต่อไปนี้⁹⁹

- ค่าที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเป็นเงินลงทุนในการซื้อที่ดินและปลูกสร้างอาคารแบบต่างๆ ขึ้นเพื่อให้เหมาะแก่การใช้งานในธุรกิจการบินทุกด้าน

- ค่าธรรมเนียมใบอนุญาต เป็นเงินลงทุนในการให้ได้มาซึ่งเส้นทางบริการขนส่งทางอากาศที่ต้องการของแต่ละสายการบิน ซึ่งอายุใบอนุญาตทำการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศขึ้นอยู่กับรัฐบาลของแต่ละประเทศจะกำหนด

- ค่าอุปกรณ์การบิน เป็นเงินลงทุนในการจัดซื้ออุปกรณ์การบินมาใช้ในการผลิตบริการขนส่งทางอากาศของแต่ละสายการบิน เช่น เครื่องบินและอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการบินอื่นๆ เป็นต้น เพื่อให้การบินมีความสะดวกรวดเร็วและปลอดภัย

- ค่าอุปกรณ์ภาคพื้นดิน เป็นเงินลงทุนในการจัดซื้ออุปกรณ์อำนวยความสะดวกบนภาคพื้นดินของแต่ละสายการบิน เพื่อให้การบริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

- ค่าเครื่องใช้และเครื่องตกแต่งสำนักงาน เป็นเงินลงทุนในการจัดซื้อเครื่องมือเครื่องใช้ในการปฏิบัติงานการบิน และจัดซื้อเครื่องตกแต่งสำนักงานต่างๆ ของแต่ละสายการบินให้ดูสวยงามน่าปฏิบัติงาน

- ค่าทรัพย์สินถาวรอื่นๆ เป็นเงินลงทุนในการจัดซื้อทรัพย์สินถาวรอื่นๆ นอกจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

⁹⁸ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 60*, น.288-290.

⁹⁹ *เพ็ญอ้อ*, น.308.

2. ต้นทุนด้านเงินทุนหมุนเวียนของธุรกิจการบิน เป็นเงินลงทุนที่ต้องสำรองไว้เพื่อใช้หมุนเวียนในการดำเนินงานบริการขนส่งทางอากาศของธุรกิจการบิน ซึ่งประกอบด้วยรายการสำคัญต่อไปนี้¹⁰⁰

- ค่าใช้จ่ายในการผลิตบริการขนส่งทางอากาศ เป็นเงินลงทุนเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการผลิตบริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าของสายการบิน เช่น ค่าน้ำมันเชื้อเพลิง ค่าอะไหล่เครื่องบิน ค่าเงินเดือน และเงินสวัสดิการของพนักงานฝ่ายผลิตบริการ เป็นต้น

- ค่าใช้จ่ายในการบริหารงานบริการขนส่งทางอากาศ เป็นเงินลงทุนเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการบริหารงานบริการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าของแต่ละสายการบิน เช่น ค่าเครื่องเขียนแบบพิมพ์ ค่าน้ำประปา ค่าไฟฟ้า ค่าโทรศัพท์ ค่าเลี้ยงรับรอง ค่าฝึกอบรมพนักงาน ค่าจ้างเงินเดือนและสวัสดิการของฝ่ายบริการ เป็นต้น

- ค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับการดำเนินงาน เป็นเงินลงทุนเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่ไม่ใช่การดำเนินงานโดยตรงของแต่ละสายการบิน เช่น ค่าภาษี ค่าดอกเบี้ย เป็นต้น

ต้นทุนของการดำเนินงานของแต่ละธุรกิจสายการบินมีความสำคัญต่อการตัดสินใจของผู้บริหารในการที่จะเลือกทางเลือกต่างๆ เพื่อที่จะนำธุรกิจสายการบินของตนไปสู่วัตถุประสงค์และเป้าหมายที่กำหนดไว้ ดังนั้นการดำเนินการของธุรกิจสายการบินจะต้องคำนวณต้นทุนในการดำเนินงาน โดยสามารถทำได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับว่าจะนำข้อมูลนั้นไปใช้ทำอะไร ซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับต้นทุนจะนำมาใช้มีดังนี้ ใช้ในการวัดผลการดำเนินงานของหน่วยต่างๆ ใช้ในการประเมินผลในการลงทุน เช่น ซื้อเครื่องบินใหม่ เปิดเส้นทางบินใหม่ ใช้ในการกำหนดนโยบายและตัดสินใจเกี่ยวกับการตลาด ราคา¹⁰¹ เป็นต้น

โดยปกติการเดินบัญชีของธุรกิจการบินจะแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินงานและส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการดำเนินงาน (Operating and Non-Operating Items) ทั้งนี้ก็เพื่อจะได้ทราบถึงผลของการดำเนินงานอย่างแท้จริง ซึ่งส่วนของการดำเนินงาน ในทางบัญชียังแยกออกเป็นรายได้จากการดำเนินธุรกิจการบิน (Operating Revenue) กับต้นทุนในการ

¹⁰⁰ เติ้งอ๋าง, น.308-309.

¹⁰¹ เติ้งอ๋าง, น.316.

ดำเนินการบินโดยตรง (Direct Operating Cost) และต้นทุนในการดำเนินการบินโดยอ้อม (Indirect Operating Cost) ดังนี้¹⁰²

1. ต้นทุนในการดำเนินการบินโดยตรง (Direct Operating Cost) ได้แก่ ต้นทุนที่เกี่ยวข้องกับการบินทั้งหมด โดยใช้ชนิดของเครื่องบินเป็นหลักในการคำนวณ หากมีการเปลี่ยนแปลงชนิดของเครื่องบินจากแผนที่กำหนดไว้ ต้นทุนการดำเนินงานก็จะเปลี่ยนแปลงไปด้วย เช่น ค่าใช้จ่ายของลูกเรือ น้ำมัน ค่าซ่อมแซมดูแลเครื่องบิน ค่าบริการขึ้นลงของเครื่องบินในแต่ละสนามบิน เป็นต้น

2. ต้นทุนในการดำเนินการบินโดยอ้อม (Indirect Operating Cost) ได้แก่ ต้นทุนที่ใช้ในการดำเนินงานเกี่ยวกับการดำเนินการบิน ซึ่งไม่ผูกพันกับชนิดของเครื่องบิน หากมีการเปลี่ยนแปลงเครื่องบินที่ใช้ทำการบิน รายจ่ายต่างๆ ก็ยังคงเกิดขึ้น เช่น ค่าใช้จ่ายการให้บริการผู้โดยสาร ค่าใช้จ่ายในการจำหน่ายบัตรโดยสาร ค่าใช้จ่ายในการขาย ค่าใช้จ่ายในการบริหารและจัดการ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังอาจแบ่งต้นทุนของธุรกิจการบินออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ¹⁰³

1. ต้นทุนคงที่หรือต้นทุนมาตรฐาน (Fixed or Standard Costs) หมายถึง ต้นทุนโดยตรงของธุรกิจสายการบิน ไม่ว่าจะเครื่องบินจะทำการบินหรือไม่ ในระยะสั้นกิจการจะต้องใช้จ่ายในส่วนนี้เพราะได้เตรียมไว้เรียบร้อยแล้ว เช่น เงินเดือนพนักงาน ค่าประกันภัย เป็นต้น

2. ต้นทุนผันแปร (Variable or Flying Costs) หมายถึง ต้นทุนโดยตรงของธุรกิจสายการบินซึ่งจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเครื่องบินได้แก่ ค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการปฏิบัติการบิน และส่วนที่เกี่ยวข้องเช่น ค่าน้ำมัน อาหารและเครื่องดื่มสำหรับผู้โดยสาร ค่านำร่อง ค่าขึ้นลงในแต่ละสนามบิน ค่าใช้จ่ายของลูกเรือ เป็นต้น

¹⁰² เห่งอ้าง, น.316-317.

¹⁰³ เห่งอ้าง, น.317.

2.1.4 รัฐกับการกำกับดูแลธุรกิจสายการบิน

2.1.4.1 ความหมายของการกำกับดูแลกิจการขนส่งทางอากาศ (Regulation of Air Transport)

การกำกับดูแลกิจการขนส่งทางอากาศ (Regulation of Air Transport) หมายถึง การที่รัฐดำเนินนโยบายในการเข้าควบคุม กำกับดูแล การดำเนินการของผู้ประกอบกิจการขนส่งทางอากาศ ไม่ว่าจะเป็นการกำกับดูแลทางด้านความปลอดภัย การรักษาความปลอดภัย การควบคุมการจราจรทางอากาศ ด้านเศรษฐกิจ ด้านสิ่งแวดล้อม¹⁰⁴ เป็นต้น

2.1.4.2 ประเภทของการกำกับดูแลกิจการขนส่งทางอากาศ

(1) การด้านเศรษฐกิจ (Economic Regulation)

การกำกับดูแลทางเศรษฐกิจนั้นมีความหลากหลายทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศหรือแต่ละภูมิภาค โดยทั่วไปจะเป็นการกำกับดูแลในเรื่องจำนวนสายการบิน การถือกรรมสิทธิ์และอำนาจการควบคุมสายการบิน อัตราค่าโดยสารและค่าระวาง ความจุ ความถี่ เส้นทางบิน สิทธิการบิน การแข่งขันของสายการบินในตลาด การจัดสรรเวลาเข้า-ออก Aircraft financing และสิ่งแวดล้อม¹⁰⁵ เป็นต้น โดยอาจมีเหตุปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศหรือแต่ละภูมิภาคดังนี้¹⁰⁶

- เพื่อให้มีบริการเพียงพอแก่ผู้ใช้บริการ โดยให้มีบริการในปริมาณที่เหมาะสม
- เพื่อให้มีบริการสม่ำเสมอและแน่นอน
- เพื่อให้มีเครื่องบินที่เหมาะสมในการบริการ
- เพื่อลดต้นทุนต่อหน่วยจากขนาด (Economies of Scale)

¹⁰⁴ เกียรติพล ตันติกุล, เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น. 656 ปัญหากฎหมายขนส่ง ภาคเรียนที่ 1 ปีการศึกษา 2557 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹⁰⁵ เห่งอ่าว.

¹⁰⁶ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 62, น.357-360.

- เพื่อสร้างความมั่นคงในการลงทุน (Fixed and Non-liquid Investment)
- เพื่อจัดปัญหาความจุเหลือ (The Problem of Unused Capacity)
- เพื่อจัดขนาดของการดำเนินงาน (The Limit to Size)
- เพื่อเลือกผู้ประกอบการที่ชำนาญ (Technical Limitation)
- เพื่อป้องกันการแข่งขันเกินความจำเป็น
- เพื่อความเป็นระเบียบในการดำเนินงาน
- เพื่อให้บริการเป็นที่เชื่อถือได้
- เพื่อให้การกำหนดอัตราค่าบริการมีความเหมาะสม
- เพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติ
- เพื่อให้เกิดเสถียรภาพทางการเงินและการคลังของผู้ประกอบกิจการ
- เพื่อให้มีการประสานงานกับการขนส่งประเภทอื่น

(2) การด้านความปลอดภัย (Technical Regulation)

เป็นการกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวกับความปลอดภัยในการขนส่งทางอากาศเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นความปลอดภัยของอากาศยานหรือความสมควรเดินอากาศ ผู้ผลิตอากาศยาน ผู้ประจำหน้าที่อากาศยาน เช่น นักบิน ต้นหน นายช่าง พนักงานจราจรทางอากาศ เจ้าหน้าที่ซ่อมบำรุงอากาศยาน พนักงานอำนวยความสะดวกในการเดินอากาศ เช่น ท่าอากาศยาน และขยายความรวมถึง การรักษาความปลอดภัย การบริหารจัดการจราจรทางอากาศ และสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า นโยบายเกี่ยวกับการกำกับดูแลทางด้านเทคนิคนี้เป็นที่ยอมรับกันเป็นสากลว่า Safety is priority¹⁰⁷

2.1.4.3 นโยบายการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจในกิจการขนส่งทางอากาศ

นโยบายการควบคุมการบินระหว่างประเทศ จะใช้ข้อตกลง 3 ข้อขององค์การการบินระหว่างประเทศ (ICAO) เป็นนโยบายหลักในการควบคุมซึ่งได้แก่¹⁰⁸

¹⁰⁷ เกียรติพล ตันติกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 104.*

¹⁰⁸ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62, น.362-363.*

1. ควบคุมการเข้าและออกจากการประกอบการ (Entry/Exit) โดยการออกใบอนุญาตประกอบการบิน
2. ควบคุมอัตราค่าบริการ (Tariff) โดยการกำหนดอัตราต่ำสุดและสูงสุดของแต่ละเส้นทางบินไว้ ส่วนการเปลี่ยนแปลงค่าโดยสารจะต้องขออนุญาต ICAO ก่อน
3. ควบคุมความถี่และความจุ (Frequency/Capacity) โดยการควบคุมปริมาณของการให้บริการ เช่น การกำหนดว่าจะบินบริการในเส้นทางนี้สัปดาห์ละกี่เที่ยว ใช้เครื่องบินขนาดไหน ความจุเท่าใด จะต้องได้รับอนุญาตจาก ICAO

ถ้าเปิดให้บริการโดยปราศจากนโยบายการควบคุมการบินทั้ง 3 ข้อตกลงแห่ง ICAO ดังกล่าวข้างต้น เรียกว่า นโยบายเปิดน่านฟ้าเสรี (Open Skies)¹⁰⁹ ซึ่งจะได้อธิบายรูปแบบของการควบคุมดังต่อไปนี้¹¹⁰

(1) การควบคุมอย่างเคร่งครัด (Regulation Policy)

การควบคุมในลักษณะนี้มีหลักการและเหตุผลจากแนวความคิดที่ว่า การขนส่งทางอากาศเป็นกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ (Security) การขนส่งทางอากาศเป็นกิจการที่เป็นที่เชิดหน้าชูตาและเป็นเกียรติของชาติ (The face and prestige of State) และแนวคิดที่ว่า การขนส่งทางอากาศเป็นกิจการสาธารณูปโภค (Public utilities)

(2) การเปิดเสรีแบบค่อยเป็นค่อยไป (Gradual Deregulation Policy/Liberalisation)

คือการดำเนินนโยบายเปิดเสรีการบินแบบเป็นลำดับ กล่าวคือ ค่อยๆ ลดบทบาทในการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจของภาครัฐลง โดยรัฐจะเปลี่ยนบทบาทจาก regulator มาเป็น facilitator โดยการดำเนินนโยบายเปิดเสรีการบินแบบเป็นลำดับทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศอยู่บนหลักการทางเศรษฐศาสตร์ในเรื่องกลไกตลาด แต่ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความพร้อมของภาคเอกชน ภาครัฐและสภาพตลาด ต่อการเปิดเสรีการบินเต็มรูปแบบ

¹⁰⁹ เติ้งฮ้าง.

¹¹⁰ เกียรติพล ตันติกุล, อังแล้ว เชียงอรธรที่ 104.

(3) การเปิดเสรีน่านฟ้า (Open Skies Policy/Deregulation Policy/Liberalization Policy)

การดำเนินนโยบายเปิดเสรี คือ การลดการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจลง โดยการดำเนินนโยบายเปิดเสรีการบินทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยตั้งอยู่บนหลักการทางเศรษฐศาสตร์ในเรื่องกลไกตลาด กล่าวคือ เป็นการยอมรับให้กลไกตลาดเป็นตัวกำหนดจำนวนสายการบินที่ให้บริการในตลาด อัตราค่าโดยสารและค่าระวาง ความจุ ความถี่ของการให้บริการ รูปแบบของการดำเนินธุรกิจและการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาด ซึ่งระบบเศรษฐกิจแบบกลไกตลาด คือ ระบบเศรษฐกิจที่ขึ้นอยู่กับอิทธิพลของอุปสงค์ (Demand) และอุปทาน (Supply) ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อราคาและปริมาณของสินค้าหรือบริการที่อยู่ในตลาด โดยทั่วไป หากในตลาดมีอุปสงค์มากกว่าอุปทาน จะส่งผลให้ราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้น ในทางกลับกัน หากมีอุปทานมากกว่าอุปสงค์จะส่งผลให้ราคาและปริมาณสินค้าหรือบริการลดลง ดังนั้น การควบคุมจำนวนสายการบิน ความจุ ความถี่ อัตราค่าโดยสารและค่าระวาง จึงถูกมองว่าเป็นการบิดเบือนกลไกตลาด ซึ่งการบิดเบือนกลไกตลาดนี้อาจเกิดจากการกระทำของรัฐหรือเอกชนก็ได้

ตารางเปรียบเทียบการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจในกิจการขนส่งทางอากาศ¹¹¹

องค์ประกอบทางเศรษฐกิจ (Economic Elements)	Restrictive Regulation Policy	Gradual Liberalization Policy	Liberalization/Open Skies Policy
การเข้าสู่ตลาด (Market access)	เสรีภาพการบินที่ 1 – 4	เสรีภาพการบินที่ 1 – 5	เสรีภาพการบินที่ 1 – 9
จำนวนสายการบิน	1 สายการบิน	มีสายการบินหลายสายแต่ยังคงจำกัดจำนวนสายการบิน	มีสายการบินที่กำหนดหลายสาย/ไม่จำกัดจำนวน
จำนวนความจุความถี่	3 เที่ยวบินต่อสัปดาห์	7 เที่ยวบินต่อสัปดาห์	ไม่จำกัดเที่ยวบิน (ขึ้นอยู่กับความสามารถของสายการบินเอง)

¹¹¹ เติ้งอ๋าง.

2.1.4.4 นโยบายการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจในกิจการขนส่งทางอากาศของประเทศไทย

ประเทศไทยได้มีการพัฒนานโยบายการบินพาณิชย์ดังต่อไปนี้¹¹²

ระยะที่ 1 นโยบายการบินแบบควบคุมอย่างเคร่งครัด (Regulation Policy)

- รัฐบาลเข้าควบคุมการเข้า/ออกในตลาดการบิน โดยอาศัยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เป็นเครื่องมือ
- กำหนดให้สายการบินของรัฐเป็นसारการบินแห่งชาติ
- ไม่ให้สายการบินเอกชนทำการบินประจำเพื่อคุ้มครองสายการบินของรัฐ ห้ามสายการบินเอกชนบินทับเส้นทางบินของบริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน)

ระยะที่ 2 การผ่อนคลายการควบคุม (Deregulation Policy)

- ผ่อนคลายกฎระเบียบและเงื่อนไขต่างๆ ที่เอื้ออำนวยต่อเอกชนในการเข้าสู่ตลาดการบิน
- ให้สายการบินเอกชนทำการบินประจำภายในประเทศได้ เพื่อเป็นบริการเสริมให้แก่สายการบินของรัฐ หรือเป็นเส้นทางบินของรัฐที่เคยทำการบินแต่ได้หยุดดำเนินการแล้ว หรือเป็นบริการในเส้นทางที่สายการบินของรัฐไม่เคยทำการบินมาก่อน

ระยะที่ 3 การใช้นโยบายเปิดเสรีการบินแบบค่อยเป็นค่อยไป (Liberalization Policy)

- อนุญาตให้จัดตั้งสายการบินที่ประจำมีกำหนดสายที่ 2
- ให้สายการบินเอกชนทำการบินประจำภายในประเทศได้
- แนวทางการจัดสรรเส้นทางบินเป็นการประสานผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างสายการบินผู้ให้บริการ ผู้ใช้บริการ และผลประโยชน์ของประเทศ โดยกำหนดให้สายการบินที่

¹¹² บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.364-366.

เสนอขอทำการบินในเส้นทางบินสายหลัก¹¹³ และหรือสายรอง¹¹⁴ จะต้องจัดสรรการให้บริการในเส้นทางย่อย¹¹⁵ ไม่น้อยกว่าเกณฑ์ที่รัฐกำหนด และเปิดเสรีไม่มีข้อจำกัดสำหรับเส้นทางบินสายย่อยทุกเส้นทาง

ระยะที่ 4 นโยบายเปิดเสรีการบิน

รัฐบาลได้ประกาศนโยบายเปิดน่านฟ้าเสรีภายในประเทศในปี พ.ศ. 2543 โดยให้สายการบินที่ได้รับอนุญาตทำการบินแบบประจำมีกำหนดภายในประเทศสามารถทำการบินได้ทุกเส้นทาง ซึ่งเดิมหากเส้นทางใดที่บริษัท การบินไทย จำกัด (มหาชน) ทำการบินอยู่สายการบินจะทำการบินทับเส้นทางนั้นไม่ได้ ทั้งนี้นโยบายการเปิดน่านฟ้านี้ได้เริ่มตั้งแต่เดือนกันยายน พ.ศ. 2543 เป็นต้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

- ส่งเสริมการแข่งขันและจำกัดการผูกขาด
- ให้มีบริการที่มีคุณภาพทั่วถึงและเพียงพอกับความต้องการ
- สนับสนุนภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมลงทุนพัฒนาอุตสาหกรรมการบิน

ในประเทศ

¹¹³ เส้นทางสายหลัก ได้แก่ กรุงเทพฯ-ภูเก็ต, กรุงเทพฯ-เชียงใหม่, กรุงเทพฯ-หาดใหญ่, กรุงเทพฯ-สมุย, กรุงเทพฯ-อุดรธานี, กรุงเทพฯ-เชียงราย, กรุงเทพฯ-ขอนแก่น, กรุงเทพฯ-กระบี่, กรุงเทพฯ-อุบลราชธานี, กรุงเทพฯ-นครศรีธรรมราช, กรุงเทพฯ-สุราษฎร์ธานี โปรตดู ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง นโยบายการบินสำหรับสายการบินภายในประเทศ (ฉบับที่ 4) ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2556

¹¹⁴ เส้นทางรอง ได้แก่ กรุงเทพฯ-พิษณุโลก, เชียงใหม่-แม่ฮ่องสอน, กรุงเทพฯ-ตรัง, กรุงเทพฯ-ตราด, สมุย-ภูเก็ต, กรุงเทพฯ-นราธิวาส, เชียงใหม่-ภูเก็ต, กรุงเทพฯ-ลำปาง, กรุงเทพฯ-สกลนคร, กรุงเทพฯ-นครพนม, เชียงใหม่-หาดใหญ่, ภูเก็ต-อุดรธานี โปรตดู ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง นโยบายการบินสำหรับสายการบินภายในประเทศ (ฉบับที่ 4) ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2556

¹¹⁵ เส้นทางย่อย ได้แก่ กรุงเทพฯ-ระนอง, กรุงเทพฯ-สุโขทัย, กรุงเทพฯ-บุรีรัมย์, กรุงเทพฯ-ร้อยเอ็ด, ภูเก็ต-หาดใหญ่, อุตะผา-สมุย, เชียงใหม่-เชียงราย, กรุงเทพฯ-น่าน, กรุงเทพฯ-แม่สอด, กรุงเทพฯ-นครราชสีมา, เชียงใหม่-อุดรธานี, เชียงใหม่-สุโขทัย, เชียงใหม่-สมุย, อุตะผา-ภูเก็ต, สมุย-กระบี่, เชียงใหม่-แม่สอด, กรุงเทพฯ-เพชรบูรณ์, ภูเก็ต-ระนอง, กรุงเทพฯ-แม่ฮ่องสอน, ระนอง-หาดใหญ่, กรุงเทพฯ-หัวหิน, กรุงเทพฯ-เลย, เชียงใหม่-ปาย, เชียงใหม่-แพร่, กรุงเทพฯ-แพร่, เชียงใหม่-พิษณุโลก, เชียงใหม่-อุบลราชธานี, เชียงใหม่-ขอนแก่น, ภูเก็ต-ขอนแก่น, กรุงเทพฯ-สุโขทัย-เชียงใหม่, กรุงเทพฯ-สุโขทัย-ลำปาง, ภูเก็ต-ชุมพร, ภูเก็ต-หัวหิน, ภูเก็ต-นราธิวาส, ภูเก็ต-สุราษฎร์ธานี, กรุงเทพฯ-ชุมพร, เชียงใหม่-น่าน, เชียงใหม่-กระบี่ โปรตดู ประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง นโยบายการบินสำหรับสายการบินภายในประเทศ (ฉบับที่ 4) ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2556

- ให้ใช้ประโยชน์จากสนามบินภูมิภาคได้เต็มศักยภาพ
- สนับสนุนอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว¹¹⁶

2.2 การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public-Private Partnerships: PPP)

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงความหมายของการร่วมลงทุนว่ามีความหมายอย่างไร เพื่อที่จะนำมาเปรียบเทียบกับความหมายและรูปแบบของการร่วมลงทุนตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ว่ามีความหมายไปในทางเดียวกันหรือไม่ ศึกษารูปแบบของการร่วมลงทุน และปัจจัยที่ทำให้เกิดการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เพื่อแสดงให้เห็นว่าการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐมีความแตกต่างจากการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

2.2.1 ความหมายของการให้เอกชนร่วมลงทุน

การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ¹¹⁷ Public-Private Partnerships (PPP) ได้มีผู้ให้คำนิยามได้หลายประการ ดังนี้

2.2.1.1 คำนิยามโดยธนาคารโลก (World Bank)

ธนาคารโลกกล่าวว่ามีคำนิยามใดของ Public-Private Partnerships (PPP) ที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง โดยทั่วไป PPP คือข้อสัญญาระยะกลางถึงระยะยาวระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนซึ่งหน้าที่ในการจัดหาบริการของภาครัฐบางส่วนได้จัดทำโดยภาคเอกชนด้วยข้อสัญญาที่ชัดเจนในการแบ่งวัตถุประสงค์สำหรับการส่งมอบโครงสร้างพื้นฐานสาธารณะและหรือบริการสาธารณะ โดยทั่วไปแล้ว PPP จะไม่รวมถึงสัญญาบริการหรือสัญญาก่อสร้างแบบครบวงจรซึ่ง

¹¹⁶ บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, *อ้าวแล้ว เชียงธรรมที่ 62*, น.364-366.

¹¹⁷ บางท่านใช้คำว่า การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค โปรดดู ฤทธิพงษ์ ชาญวิรวงศ์, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น. 52.

จัดเป็นโครงการจัดซื้อจัดจ้าง หรือการแปรรูปสาธารณูปโภคที่มีบทบาทอย่างต่อเนื่องในขอบเขตสำหรับภาครัฐ¹¹⁸

2.2.1.2 คำนิยามโดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF)

กองทุนการเงินระหว่างประเทศให้ความหมายของ PPP ว่าเป็นการถ่ายโอนการลงทุนในโครงการซึ่งโดยปกติแล้วภาครัฐเป็นผู้ดำเนินการหรือภาครัฐเป็นผู้จัดหาเงินทุนแก่ภาคเอกชน นอกจากนี้เอกชนจะเป็นผู้ดำเนินการและจัดหาเงินทุนแล้วยังมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ การให้ภาคเอกชนเป็นผู้จัดหาและผู้ลงทุนในบริการสาธารณะ และการโอนความเสี่ยงที่สำคัญจากภาครัฐไปยังภาคเอกชน¹¹⁹

2.2.1.3 คำนิยามโดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD)

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา ได้ให้คำจำกัดความของ PPP ว่าเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลกับเอกชนผู้ร่วมลงทุนหนึ่งรายหรือมากกว่าในการที่จะให้เอกชนนั้นๆ ส่งมอบบริการในลักษณะต่างตอบแทนให้แก่รัฐบาล โดยเอกชนจะได้รับผลกำไรจากการให้บริการและรัฐบาลจะได้บรรลุวัตถุประสงค์ของการส่งมอบบริการที่ได้ตั้งไว้¹²⁰

¹¹⁸ World Bank Group, “What are Public-Private Partnerships?,” Accessed February 3, 2015, <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships>.

¹¹⁹ International Monetary Fund, “Public-Private Partnerships,” Accessed February 3, 2015, <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>.

¹²⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money,” Accessed February 3, 2015, <http://www.oecd.org/gov/budgeting/public-privatepartnershipsinpursuitofrisksharingandvalueformoney.htm#B3>.

2.2.1.4 คำนิยามโดยธนาคารพัฒนาแห่งเอเชีย (Asian Development

Bank: ADB)

ธนาคารพัฒนาแห่งเอเชีย ได้กล่าวถึง PPP ว่าเป็นการบรรยายถึงพิสัยของความเป็นไปได้ระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนในบริบทของโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะอื่นๆ ส่วนในความหมายอื่นอาจใช้กับประเภทของกิจกรรมซึ่งรวมถึงการมีส่วนร่วมของภาคเอกชน (Private Sector Participation: PSP) และการแปรรูป (Privatization) PPP ได้เสนอกรอบความร่วมมือระหว่างภาคเอกชนและภาครัฐโดยยอมรับถึงโครงสร้างและบทบาทของภาครัฐในการทำให้มั่นใจว่าการกิจต่อสังคมนั้นสอดคล้องกับภาคการปฏิรูปและการลงทุนของภาครัฐอย่างประสพผลสำเร็จ¹²¹

2.2.1.5 คำนิยามโดย The National Council for Public-Private Partnerships ประเทศสหรัฐอเมริกา

The National Council for Public-Private Partnerships ได้ให้ความหมายของ PPP ว่าหมายถึง การทำสัญญาระหว่างภาครัฐ (รัฐบาลกลาง มลรัฐ หรือส่วนปกครองท้องถิ่น) กับภาคเอกชน ซึ่งสัญญาที่ทำร่วมกันนี้ทำให้ความสามารถและทรัพย์สินที่แต่ละฝ่ายมีถูกนำมาใช้ในการให้บริการสาธารณะและการทำสัญญานี้จะเป็นการแบ่งทรัพยากรและความเสี่ยงในการทำงานดังกล่าว¹²²

2.2.1.6 คำนิยามโดย The Canadian Council for Public-Private Partnerships

The Canadian Council for Public-Private Partnerships ให้ความหมายของ PPP ว่าหมายถึง การเสี่ยงภัยร่วมกันระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน โดยใช้ทักษะความรู้และความเชี่ยวชาญของแต่ละฝ่ายเพื่อให้บรรลุความต้องการสาธารณะโดยการจัดการทรัพยากร ความเสี่ยงและผลตอบแทนที่เหมาะสม ส่วนคำว่า Privatization นั้นจะใช้ในกรณีของการ

¹²¹ Asian Development Bank, Public-Private Partnership Handbook, (Philippines : Asian Development Bank,2008), p.1.

¹²² The National Council for Public-Private Partnerships, “7 keys to success,” Accessed August 24, 2014, <http://www.ncppp.org/ppp-basics/7-keys/>.

ขายให้เอกชนทั้งหมดหรือเมื่อเอกชนเข้าดำเนินกิจการใดทั้งหมด แต่การกำกับดูแลยังคงอยู่ในความรับผิดชอบของภาครัฐ ซึ่งต่างจากสหรัฐอเมริกาที่ใช้คำสองคำนี้ในความหมายเดียวกัน แต่ในแคนาดา Privatization หมายถึงจุดที่เลยไปจาก PPP กล่าวคือ เมื่อทรัพย์สินทั้งหมดหรือส่วนใหญ่เป็นของภาคเอกชน¹²³

2.2.1.7 คำนิยามโดยองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (International Civil Aviation Organization: ICAO)

องค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศได้ให้ความหมายของ Privatization ว่ามีความหมายกว้าง อาจเป็นรูปแบบที่เอกชนมีกรรมสิทธิ์ทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ในสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการ (Facilities and Services) ซึ่งอาจใช้คำว่า เอกชนมีส่วนร่วม (Private Participation) หรือเกี่ยวข้องกับเอกชน (Private Involvement) ซึ่งมีความหมายเหมือนกัน คือ การอธิบายถึงสถานะที่ภาคเอกชนมีบทบาทเป็นเจ้าของ หรือบริหาร หรือเป็นทั้งเจ้าของและบริหาร แต่โดยส่วนใหญ่กรรมสิทธิ์ยังเป็นของภาครัฐ¹²⁴

2.2.1.8 คำนิยามโดยสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) ให้ความหมายของ PPP ว่า เป็นสัญญาร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนในการให้บริการสาธารณะ ทั้งในด้านพาณิชย์ เช่น การก่อสร้างทางด่วน ท่าเรือ และในด้านสังคม เช่น การก่อสร้างโรงพยาบาล โรงเรียน เป็นต้น ซึ่งภาคเอกชนจะเป็นผู้ลงทุนในการออกแบบก่อสร้าง บริหารและบำรุงรักษาโครงการ และภาครัฐจะนำทรัพย์สิน เช่น ที่ดิน เพื่อร่วมลงทุนกับภาคเอกชน หรือจ่ายค่าตอบแทนคืนให้กับเอกชนตามระยะเวลาสัญญา¹²⁵

¹²³ The Canadian Council for Public-Private Partnerships, “Public-Private Partnerships Definitions,” Accessed August 24, 2014, <http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html>,

¹²⁴ ICAO, “Manual on Privatization in the Provision of Airports and Air Navigation Services (Doc 9880)”, Executive Summary, p.ix.

¹²⁵ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, “เกี่ยวกับ PPPs,” สืบค้นเมื่อ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2558, <http://www.sepo.go.th/en/ppps/ppps.htm>.

อาจสรุปนิยามของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public-Private Partnerships: PPP) ว่าเป็น ข้อตกลงหรือสัญญาที่แสดงถึงความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนที่มีการเพิ่มบทบาทของภาคเอกชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาจัดหาทรัพย์สินสาธารณะ กิจการสาธารณะหรือบริการสาธารณะ โดยมีการกระจายความเสี่ยง (Allocation of risks) ในด้านต่างๆ แก่ภาคเอกชนอย่างมีนัยสำคัญ และภาคเอกชนได้รับค่าตอบแทนอันเนื่องมาจากการดำเนินงานนั้น

ต่างจากพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่ได้บัญญัตินิยาม ร่วมลงทุน ไว้ในมาตรา 4 ว่า “ร่วมลงทุน หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชน ไม่ว่าจะโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิ ไม่ว่าจะในลักษณะใด” ซึ่งแสดงให้เห็นว่านิยามของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้มีความหมายกว้างกว่าความหมายของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยทั่วไป เพราะไม่เพียงแต่หมายถึงกรณีสัญญา(สัมปทาน) แต่ยังหมายรวมถึงการอนุญาต หรือให้สิทธิใดๆ ด้วย

2.2.2 ปัจจัยที่ทำให้เกิดการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ภารกิจของรัฐในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างหนึ่งก็คือการจัดทำบริการสาธารณะและการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภค เหตุผลที่ภารกิจดังกล่าวจะต้องเป็นหน้าที่ของรัฐในการจัดทำเพราะโครงการดังกล่าวมีผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) มาเกี่ยวข้อง ซึ่งการลงทุนในสิ่งสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานจะทำให้เกิดการลงทุนและการจ้างงาน ภาครัฐจึงจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรและแรงงานในการจัดสร้างโครงสร้างพื้นฐาน แต่เนื่องด้วยข้อจำกัดบางประการของรัฐ เช่นงบประมาณในเงินคลังไม่เพียงพอกับการลงทุน หรือการลงทุนก่อสร้างโครงการจะต้องอาศัยการใช้เทคโนโลยีขั้นสูง หรือระบบการบริหารจัดการของราชการที่มีปัญหาในการดำเนินงานที่ยุ่ยากซับซ้อนตามโครงสร้างของสายงานบังคับบัญชา และความคล่องตัวในการหาแหล่งเงินทุนในการใช้จ่ายจากงบประมาณรายจ่ายที่จะต้องผ่านขั้นตอนของกฎหมาย ดังนั้นการลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่จึงเป็นความเสี่ยงหากภาครัฐจะเป็นผู้ลงทุนฝ่ายเดียว และอาจทำให้การก่อสร้างโครงการสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างล่าช้า ในขณะที่ภาคเอกชนได้พัฒนาศักยภาพองค์กรมาจากการแข่งขันในระบบตลาดเสรี โดยมีเป้าหมายในการดำเนินงานคือการได้รับผลกำไรจากส่วนต่างของต้นทุนการผลิตและมูลค่าของสินค้าที่ขาย ซึ่งภาคเอกชนจะต้องพัฒนาเทคโนโลยีในการผลิตให้ทันสมัย และปรับปรุง

คุณภาพของการบริการให้สอดคล้องต่อความต้องการของผู้บริโภคอยู่เสมอ นอกจากนี้ภาคเอกชนยังมีความคล่องตัวในการหาแหล่งเงินทุนและมีประสิทธิภาพในการดำเนินการโดยใช้ระยะเวลาไม่นาน¹²⁶

ดังนั้นการร่วมลงทุนในการจัดทำบริการสาธารณะและการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภคระหว่างรัฐและเอกชนจึงเป็นการลดอัตราความเสี่ยงของโครงการและเป็นการผสมผสานข้อดีของภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้นจะมีการพิจารณาถึงความจำเป็นในด้านต่างๆ ดังต่อไปนี้

2.2.2.1 ความจำเป็นในด้านงบประมาณ

งบประมาณในการลงทุนก่อสร้างของภาครัฐ โดยส่วนใหญ่มาจากรายได้สาธารณะซึ่งเป็นเงินได้ที่มาจากภาษีของประชาชน การลงทุนในแต่ละครั้งจึงมีผลกระทบต่องบประมาณแผ่นดิน หากโครงการมีมูลค่าในการก่อสร้างที่สูงจนรายได้สาธารณะอย่างเดียวไม่เพียงพอกับการลงทุน ภาครัฐก็มีทางเลือกในการหาแหล่งเงินทุนเพิ่มเติมด้วยการกู้เงินจากต่างประเทศหรือภายในประเทศมาใช้ในการลงทุนซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาการเพิ่มขึ้นของจำนวนหนี้สาธารณะ ดังนั้นหากการลงทุนก่อสร้างใช้วิธีการร่วมลงทุนกับภาคเอกชน จำนวนเงินลงทุนที่รัฐมีหน้าที่ต้องจ่ายจะกระจายหน้าที่ความรับผิดชอบมาสู่ภาคเอกชน ทำให้เงินออมของประชาชนเกิดการหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจผ่านทางกระแสการระดมทุนของเอกชน นอกจากนี้ยังเป็นโอกาสในการระดมทุนจากแหล่งเงินทุนจากต่างประเทศผ่านทาง การกู้เงินของภาคเอกชน¹²⁷

2.2.2.2 ความจำเป็นในด้านเทคโนโลยีสมัยใหม่

ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคในบางกรณี ขีดความสามารถของภาครัฐมีจำกัดจึงไม่สามารถก่อสร้างโครงการดังกล่าวได้ เพราะต้องอาศัยเทคโนโลยี¹²⁸ขั้นสูงมาใช้ในการก่อสร้าง ลำพังเทคโนโลยีที่คิดค้นโดยสถาบันวิจัยทางด้านเทคโนโลยีของภาครัฐเองก็ไม่สามารถตอบสนองความต้องการนั้นได้ การเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้าร่วมในโครงการก่อสร้าง จะเป็นการสร้างแรงจูงใจของกลุ่มทุนต่างประเทศที่ถือครองเทคโนโลยีดังกล่าวให้มาร่วมกับภาคเอกชน

¹²⁶ กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 117*, น.54-55.

¹²⁷ Jeffrey Delmon, *Private sector investment in infrastructure: Project finance, PPP Project and risk*, (Great Britain : Kluwer Law International, 2009), p.17-21.

¹²⁸ เทคโนโลยีดังกล่าว มีความหมายรวมถึงระบบการจัดการ วิธีในการบริหาร และการบำรุงรักษา ในโครงการสาธารณูปโภคซึ่งมีลักษณะเฉพาะตามแต่ละประเภทของโครงการ

ภายในประเทศ โดยการจัดตั้งบริษัทใหม่หรือใช้วิธีการควบรวมบริษัท ก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างประเทศ ทำให้ภาครัฐสามารถพัฒนาระดับความรู้ในเรื่องเทคโนโลยีของตน โดยที่รัฐไม่ต้องลงทุนในการคิดค้นเทคโนโลยีเอง ในการก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภครายเดียวกัน อาจจะมีการใช้เทคโนโลยีที่แตกต่างกัน ภาครัฐผู้เป็นเจ้าของโครงการสามารถเลือกเทคโนโลยีที่มีคุณสมบัติในระดับเดียวกันได้ด้วยการประมูลแข่งขันโครงการที่ให้ผลตอบแทนแก่ภาครัฐที่ดีที่สุด นอกจากนี้ภาครัฐสามารถให้ข้าราชการหรือพนักงานราชการเข้ารับการอบรมและศึกษาการวางระบบโครงสร้างการบริหารงานของภาคเอกชนในระหว่างที่โครงการอยู่ภายใต้การบริหารงานของภาคเอกชนได้เพื่อรองรับการบริหารงานโดยภาครัฐหลังจากสัญญาได้สิ้นสุดลง ซึ่งจะก่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างองค์กร เป็นการปรับระบบบริหารงานของภาครัฐให้มีประสิทธิภาพดังเช่นการบริหารงานของภาคเอกชนในด้านต่างๆ เช่น แนวความคิดในการวางแผนด้านการจัดการเงินทุน การพัฒนาการให้บริการแก่ผู้บริโภค การประสานประโยชน์แก่ผู้ผลิตสินค้าและวัตถุดิบ วิธีการขยายการลงทุนที่คุ้มค่า ตลอดจนวิธีการตัดสินใจในการบริหารงานที่มีประสิทธิภาพ¹²⁹

2.2.2.3 ความจำเป็นในด้านความโปร่งใส

ความโปร่งใส (Transparency) ในกรณีนี้หมายถึงความโปร่งใสในการกำหนดมูลค่าทั้งหมดของโครงการ ในการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภคของภาครัฐ หากภาครัฐเป็นผู้จัดสร้างและลงทุนฝ่ายเดียว และหน่วยงานที่รับผิดชอบขาดการวางแผนการก่อสร้างระยะยาว จะทำให้จำนวนมูลค่าการก่อสร้างในบางเรื่องอาจมีได้คำนวณไว้ตั้งแต่แรก ซึ่งอาจส่งผลให้งบการก่อสร้างบานปลายตลอดจนเปิดช่องทางให้มีการทุจริตเกิดขึ้น กลไกในการตรวจสอบภายในภาครัฐก็เป็นระบบที่มีความซับซ้อน การตรวจสอบในบางกรณีอาจต้องใช้ความรู้เฉพาะด้านอันเป็นข้อจำกัดประการหนึ่งของการตรวจสอบ แต่หากเป็นกรณีการให้เอกชนร่วมลงทุนเป็นการร่วมมือระหว่างองค์กรที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการที่แตกต่างกัน โครงการที่ก่อสร้างจึงต้องมีการเปิดเผยเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายให้ความไว้วางใจในการร่วมมือกัน การร่วมทุนในแต่ละโครงการจึงต้องแสดงมูลค่าในการลงทุนที่ชัดเจน ซึ่งนอกจากมูลค่าวัสดุก่อสร้างของโครงการ มูลค่าในการบริหารงานและค่าซ่อมบำรุง รวมทั้งข้อตกลงในการแบ่งผลประโยชน์ของโครงการภายหลังการก่อสร้าง ภาครัฐจำเป็นต้องแสดง

¹²⁹ Jeffrey Delmon, *supra note 127*, pp.16-17.

ให้ชัดเจนไว้ในสัญญาร่วมลงทุนเพื่อเป็นหลักฐานหากกรณีเกิดการทุจริต อย่างไรก็ตามข้อมูลบางเรื่องก็ไม่สามารถเปิดเผยได้ เช่น ความลับทางการค้าของเอกชนซึ่งมีผลประโยชน์ทางธุรกิจเข้ามาเกี่ยวข้อง¹³⁰

2.2.2.4 ความจำเป็นในด้านประสิทธิภาพในการบริหารงาน

ความจำเป็นในลักษณะนี้ เป็นการใช้อรรถแตกต่างในการบริหารงานองค์กรของภาครัฐและภาคเอกชน มาผสมกันในการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน เพื่อให้การบริหารงานของสิ่งสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนโดยส่วนใหญ่หน้าที่ในการบริหารงานจะตกเป็นหน้าที่ของภาคเอกชนภายหลังโครงการได้ก่อสร้างเสร็จ เหตุที่ภาคเอกชนเข้ามามีบทบาทในการบริหารงานก็เพราะมีศักยภาพในการบริการที่ดีกว่าการที่ภาครัฐเข้ามาบริหารงานเอง เนื่องจากสภาพโครงสร้างขององค์กร (Organization Structure) ของภาครัฐจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายและระเบียบต่างๆ ในการดำเนินงานและต้องถูกตรวจสอบการใช้อำนาจอยู่ตลอดเวลา ในเรื่องกระบวนการของการตัดสินใจ (Decision Making Process) ก็มิได้คำนึงถึงสภาพการแข่งขันทางธุรกิจในด้านคุณภาพของการให้บริการ เพราะต้องคำนึงถึงกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองและฐานคะแนนเสียงของประชาชน อีกทั้งการสร้างแรงจูงใจ (Incentive Structure) ในการทำงานของพนักงานในเรื่องค่าตอบแทนในการทำงานก็อิงอยู่กับฐานเงินเดือนที่ตายตัว แม้จะมีความมั่นคงแต่ก็ไม่ได้ดึงดูดความสนใจของบุคลากรที่มีความสามารถ ในขณะที่การบริหารงานของภาคเอกชนมีเป้าหมายในการแข่งขันทางธุรกิจโครงสร้างขององค์กรจึงวางระบบการดำเนินงานที่ไม่ซับซ้อนเกินความจำเป็น ไม่ต้องอยู่ในกรอบการดำเนินงานภายใต้กฎหมาย ผู้ที่มีความสามารถมีอำนาจในการตัดสินใจได้ทันที ซึ่งระบบการตัดสินใจของภาคเอกชนจะคำนึงถึงความต้องการของผู้บริโภคมากกว่าความต้องการของกลุ่มการเมือง ทำให้การบริการตอบสนองต่อสภาพความเป็นจริงมากกว่าการบริหารงานโดยภาครัฐ นอกจากนี้การให้ค่าตอบแทนที่เหมาะสมกับสภาพของงานและการเลื่อนขั้นเงินเดือนพิจารณาจากความสามารถเป็นหลัก จึงสร้างแรงจูงใจให้แก่บุคลากรที่มีความสามารถให้เข้ามาทำงานในองค์กรภาคเอกชน¹³¹

¹³⁰ E.R. Yescombe, *Public-Private Partnerships Principle of Policy and Finance*, (UK Elsvier, 2007), p.4.

¹³¹ ญรัฐวุฒิ พงศ์สิริ, “การร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน ความท้าทายการบริหารงานบนความแตกต่าง,” สืบค้นเมื่อ วันที่ 10 พฤศจิกายน 2558, <http://hot.muslimthaipost.com/news/5081/>.

ดังนั้นการบริหารงานของภาคเอกชนจึงมีประสิทธิภาพในการบริหารงานมากกว่าภาครัฐ แม้การร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะเป็นธุรกิจผูกขาด (Monopoly) แต่การให้ภาคเอกชนที่มีประสบการณ์ในการให้บริการที่มีคุณภาพเข้ามาร่วมบริหารงาน ก็เป็นความจำเป็นประการหนึ่ง เพื่อให้การบริหารงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดการวางระบบของการบริหารจัดการเพื่อรองรับการปฏิรูปองค์การของภาครัฐ (Public Sector Reform) ในการเข้ามารับช่วงการบริหารงานต่อจากภาคเอกชนภายหลังสิ้นสุดอายุสัญญาสัมปทาน¹³²

2.2.3 รูปแบบของการให้เอกชนร่วมลงทุน

2.2.3.1 การจำแนกรูปแบบโดยธนาคารโลก (World Bank)

ธนาคารโลก (World Bank) ได้รวบรวมรูปแบบการให้เอกชนมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน (Private Participation in Infrastructure: PPI) ของประเทศต่างๆ พบว่ามี 4 รูปแบบ ดังต่อไปนี้¹³³

(1) สัญญาบริหารหรือสัญญาเช่า (Management and Lease Contracts)

สัญญาบริหารหรือสัญญาเช่า (Management and Lease Contracts) คือการให้องค์กรเอกชนเข้าบริหารในกิจการที่รัฐเป็นเจ้าของโดยมีกำหนดระยะเวลาแน่นอนโดยที่กรรมสิทธิ์และการตัดสินใจในการลงทุนยังคงอยู่กับภาครัฐ ซึ่งมีรูปแบบย่อย 2 รูปแบบ ได้แก่

1. สัญญาบริหาร (Management Contract) หรือเรียกว่า Public Service Contract: PSC โดยรัฐบาลจะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ดำเนินการเอกชนเพื่อการจัดสิ่งอำนวยความสะดวก (Facility) ความเสี่ยงของการดำเนินงานตกอยู่กับภาคเอกชน

2. สัญญาเช่า (Lease Contract) รัฐบาลให้เอกชนเช่าทรัพย์สินไปดำเนินการ (เอกชนจ่ายค่าตอบแทนให้กับรัฐบาล) ความเสี่ยงของการดำเนินการยังคงอยู่กับรัฐบาล

¹³² กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 117*, น.58.

¹³³ World bank Group, "Private Participation in Infrastructure Database," Accessed August 24, 2014, http://ppi.worldbank.org/resources/ppi_glossary.aspx.

(2) สัญญาสัมปทาน (Concessions)

สัญญาสัมปทาน (Concessions) องค์กรเอกชนจะเข้าบริหารทรัพย์สินที่รัฐเป็นเจ้าของตามระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งคาดว่าจะคุ้มค่ากับความเสี่ยงในการลงทุน โดยมีรูปแบบย่อย 3 รูปแบบ คือ

1. Rehabilitate, operate, and transfer (ROT) ผู้ลงทุนเอกชนจะปรับปรุงสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีอยู่แล้ว และดำเนินงานและบำรุงรักษาสิ่งอำนวยความสะดวกนั้น โดยความเสี่ยงตกอยู่กับเอกชนตลอดอายุสัญญา

2. Rehabilitate, lease or rent, and transfer (RLT) ผู้ลงทุนเอกชนจะปรับปรุงสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีอยู่แล้วด้วยความเสี่ยงของตนเอง แล้วเช่าสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นมาดำเนินงานและบำรุงรักษาสิ่งอำนวยความสะดวกนั้น โดยความเสี่ยงตกอยู่กับเอกชนตลอดอายุสัญญา

3. Build, rehabilitate, operate, and transfer (BROT) เอกชนผู้พัฒนาจะสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีอยู่แล้วหรือก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกที่กำลังสร้างอยู่ให้แล้วเสร็จและทำการปรับปรุงทรัพย์สินที่มีอยู่ แล้วจึงดำเนินงานและบำรุงรักษาสิ่งอำนวยความสะดวกนั้น โดยความเสี่ยงตกอยู่กับเอกชนตลอดอายุสัญญา

(3) โครงสร้างพื้นฐานที่ยังไม่ได้เริ่มก่อสร้างหรือก่อสร้างยังไม่แล้วเสร็จ

(Greenfield Projects)

โครงสร้างพื้นฐานที่ยังไม่ได้เริ่มก่อสร้างหรือก่อสร้างยังไม่แล้วเสร็จ (Greenfield Projects) องค์กรเอกชน หรือองค์กรรัฐร่วมเอกชนจะเป็นผู้สร้างและดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกใหม่ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา สิ่งอำนวยความสะดวกนั้นจะตกเป็นของรัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน โดยมีรูปแบบย่อย 5 รูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. Build, lease, and transfer (BLT) ผู้ลงทุนเอกชนจะเป็นผู้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกใหม่ด้วยความเสี่ยงของตนเอง แล้วโอนกรรมสิทธิ์ให้กับภาครัฐ แล้วเช่าสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นจากภาครัฐและดำเนินงานภายใต้ความเสี่ยงของตนเองจนสิ้นสุดระยะเวลาเช่า โดยปกติภาครัฐจะประกันรายได้ให้ตลอดอายุสัญญา

2. Build, operate, and transfer (BOT) ผู้ลงทุนเอกชนจะเป็นผู้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกใหม่ด้วยความเสี่ยงของตนเอง แล้วมอบโอนกรรมสิทธิ์ให้กับภาครัฐเมื่อสิ้นสุด

สัญญา ภาคเอกชนอาจมีหรืออาจไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในระหว่างอายุสัญญา โดยปกติภาครัฐจะประกันรายได้ให้ตลอดอายุสัญญา

3. Build, own, and transfer (BOO) ผู้ลงทุนเอกชนจะเป็นผู้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกใหม่ด้วยความเสี่ยงของตนเอง เป็นเจ้าของและดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นภายใต้ความเสี่ยงของตนเอง โดยปกติภาครัฐจะประกันรายได้ให้

4. Merchant ผู้ลงทุนเอกชนจะเป็นผู้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกใหม่ในตลาดเสรี ซึ่งภาครัฐจะไม่ประกันรายได้ให้ ผู้พัฒนาภาคเอกชนจะต้องก่อสร้าง ดำเนินงานและมีความเสี่ยงในโครงการนั่นเอง

5. Rental ผู้ผลิตไฟฟ้าหรือรัฐบาลเช่าเครื่องผลิตกระแสไฟฟ้าเคลื่อนที่จากภาคเอกชนผู้ลงทุนในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งอยู่ระหว่าง 1-15 ปี ผู้ลงทุนภาคเอกชนจะติดตั้งเครื่องผลิตไฟฟ้าใหม่ด้วยความเสี่ยงของตนเอง และเป็นเจ้าของและดำเนินงานเครื่องผลิตกระแสไฟฟ้างดงามด้วยความเสี่ยงของตนเองในช่วงอายุสัญญา โดยปกติรัฐบาลจะประกันรายได้ให้โดยการทำสัญญาระยะสั้นซื้อกระแสไฟฟ้าที่ผลิตได้

(4) การกระจายหุ้น (Divestitures)

การกระจายหุ้น/การขายหุ้น (Divestitures) องค์กรภาคเอกชนจะซื้อหุ้นในบริษัทที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ โดยการซื้อทรัพย์สิน หรือการเสนอขายหุ้นให้แก่ภาคเอกชน หรือโครงการขนาดใหญ่ที่ให้เอกชนมีส่วนร่วม ซึ่งมีรูปแบบย่อย 2 รูปแบบ ดังนี้

1. การกระจายหุ้น/การขายหุ้นเต็มจำนวน (Full) รัฐบาลโอนหุ้นทั้งหมดในรัฐวิสาหกิจให้แก่ภาคเอกชน

2. การกระจายหุ้น/การขายหุ้นบางส่วน (Partial) รัฐบาลโอนหุ้นบางส่วนในรัฐวิสาหกิจให้แก่ภาคเอกชน ซึ่งภาคเอกชนอาจไม่บริหารแบบเอกชนในกิจการที่โอนก็ได้

ความร่วมมือรูปแบบนี้ จะทำให้ภาครัฐหมดอำนาจในการควบคุมอย่างถาวร ซึ่งจะทำให้โครงการดังกล่าวกลายเป็นของเอกชนอย่างเต็มตัว การกระทำดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อภาครัฐเมื่อภาครัฐมีเงินทุนไม่เพียงพอในการบริหาร เพราะการขายให้ภาคเอกชน จะทำให้ธุรกรรมทางการเงินทั้งหมดอยู่ในความรับผิดชอบของภาคเอกชน

2.2.3.2 การจำแนกรูปแบบโดย The National Council for Public-Private Partnerships ประเทศสหรัฐอเมริกา

การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐสามารถปรากฏได้หลากหลายรูปแบบ¹³⁴ ดังต่อไปนี้¹³⁵

(1) Operations and Maintenance (O&M)

ภาครัฐ (รัฐบาลกลาง มลรัฐ หรือส่วนปกครองท้องถิ่น หน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่) ทำสัญญากับภาคเอกชนในการจัดหาและหรือจัดการการบริการโดยเฉพาะเจาะจง ภายใต้การปฏิบัติการและการบำรุงรักษาของภาคเอกชน โดยภาครัฐยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และการจัดการในภาพรวมของสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะหรือระบบนั้น

(2) Operations, Maintenance & Management (OMM)

ภาครัฐ (รัฐบาลกลาง มลรัฐ หรือส่วนปกครองท้องถิ่น หน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่) ทำสัญญากับภาคเอกชนในการปฏิบัติการ บำรุงรักษาและบริหารจัดการสิ่งอำนวยความสะดวกหรือระบบในการจัดหาระบบ ภายใต้ข้อสัญญาว่าภาครัฐยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะหรือระบบ แต่ภาคเอกชนอาจลงทุนด้วยเงินของภาคเอกชนในสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะหรือระบบนั้น การลงทุนใดๆ ของภาคเอกชนจะเป็นอย่างรอบคอบและคำนึงถึงความสัมพันธ์สำหรับการมีส่วนร่วมในการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพและประหยัดในอนาคต ซึ่งครอบคลุมตลอดอายุสัญญานั้น โดยทั่วไปสัญญาระยะยาวจะเป็นโอกาสที่ดีที่สุดสำหรับการเพิ่มการลงทุนของภาคเอกชนเนื่องจากมีเวลาในการได้รับเงินที่ได้ลงทุนไปกลับคืนและมีรายรับอย่างสมเหตุสมผล ส่วนปกครองท้องถิ่นจำนวนมากใช้สัญญารูปแบบนี้ในการให้เอกชนร่วมลงทุนสำหรับการทำระบบบำบัดน้ำเสีย

¹³⁴ คำนิยามดังกล่าวต่อไปนี้ได้สกัดมาจาก “Public-Private Partnerships: Terms Related to Building and Facility Partnerships”, Government Accounting office, April 1999. The National Council for Public-Private Partnerships เป็นแหล่งข้อมูลที่ใช้ในการพัฒนารายงาน Government Accounting office

¹³⁵ The National Council for Public-Private Partnerships, “Types of Partnerships,” Accessed July 11, 2015, <http://www.ncppp.org/ppp-basics/types-of-partnerships/>.

(3) Design-Build (DB)

สัญญาแบบ DB เป็นกรณีที่ภาคเอกชนเป็นผู้ทำการออกแบบและก่อสร้างโครงการแก่ภาครัฐ ความร่วมมือรูปแบบนี้สามารถลดระยะเวลา ประหยัดเงิน และเป็นการรับประกันที่แน่นอนมากกว่า และกระจายความเสี่ยงของโครงการที่เพิ่มเติมแก่ภาคเอกชน นอกจากนี้ยังสามารถลดความขัดแย้งของการมีผู้รับผิดชอบฝ่ายเดียวสำหรับการที่รัฐเป็นเจ้าของการออกแบบและการก่อสร้าง ภาครัฐเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและมีความรับผิดชอบในการดำเนินการและการบำรุงรักษา

(4) Design-Build-Maintain (DBM)

สัญญาแบบ DBM มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาแบบ DB ยกเว้นในเรื่องการบำรุงรักษาของสิ่งอำนวยความสะดวกในช่วงเวลาที่อยู่ในความรับผิดชอบของภาคเอกชน ผลประโยชน์นั้นคล้ายคลึงกับสัญญาแบบ DB ในเรื่องของการบำรุงรักษา ความเสี่ยงจะถูกกระจายไปยังภาคเอกชนและมีการรับประกันขยายครอบคลุมไปถึงการบำรุงรักษา ภาครัฐจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และเป็นดำเนินการใช้ทรัพย์สินนั้น

(5) Design-Build-Operate (DBO)

สัญญานี้กำหนดเรื่องสำหรับการออกแบบ การก่อสร้างและการดำเนินงานของปรับปรุงสินทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในสิ่งอำนวยความสะดวกยังคงเป็นของภาครัฐ เว้นแต่โครงการจะเป็นโครงการที่มีการออกแบบ การก่อสร้าง การดำเนินงานและการโอนกรรมสิทธิ์ หรือการออกแบบ การก่อสร้าง การโอนกรรมสิทธิ์และการดำเนินงาน วิธีการในการทำสัญญาในรูปแบบ DBO นี้จะมีความขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกและหลักความต่อเนื่องใกล้เคียงกับที่ใช้เป็นปกติในสหรัฐอเมริกาทั้งภาครัฐและภาคเอกชน วิธีการนี้จะรวมเอาสัญญาการออกแบบไว้กับสถาปนิกหรือวิศวกรตามความเหมาะสมของสัญญาและผู้ดำเนินการก่อสร้างโครงการ และตามที่เจ้าของกรรมสิทธิ์โครงการและดำเนินโครงการนั้น

เบื้องต้นการเริ่มต้นออกแบบและก่อสร้างจะก่อให้เกิดประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบสำหรับการออกแบบและการก่อสร้างซึ่งสามารถเร่งดำเนินการให้เสร็จสิ้นโดยอำนวยความสะดวกให้มีการคาบเกี่ยวกันของช่วงการออกแบบและช่วงการก่อสร้างของโครงการ ในโครงการสาธารณะโดยปกติแล้วช่วงของการดำเนินงานจะดำเนินการโดยภาครัฐภายใต้การแบ่งแยกของสัญญาการดำเนินงานและสัญญาการบำรุงรักษา การเชื่อมโยงของทั้งสามช่วงเข้าเป็นการออกแบบ สัญญา

รูปแบบ DBO คงสภาพการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนอย่างต่อเนื่องและสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ภาคเอกชนโดยการสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐ โดยการเก็บค่าธรรมเนียมผู้ให้บริการระหว่างช่วงของการดำเนินงาน

(6) Design-Build-Operate-Maintain (DBOM)

การออกแบบ การก่อสร้าง การดำเนินงาน และการบำรุงรักษาเป็นรูปแบบของการบูรณาการที่เชื่อมโยงหน้าที่การออกแบบและหน้าที่การก่อสร้างของการจัดซื้อจัดจ้างสำหรับการออกแบบและการก่อสร้างไว้ด้วยกันกับการดำเนินงานและการบำรุงรักษา ส่วนประกอบต่างๆ ของโครงการนี้จะถูกจัดซื้อจัดจ้างจากภาคเอกชนและรวมเป็นสัญญาเดียวกับการจัดหาเงินทุนโดยภาครัฐ หน่วยงานของรัฐยังคงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์และยังคงมีอำนาจในการควบคุมอย่างมีนัยสำคัญของการดำเนินงานตลอดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา

(7) Design-Build-Finance-Operate-Maintain (DBFOM)

รูปแบบการออกแบบ การก่อสร้าง การเงิน การดำเนินงาน และการบำรุงรักษาเป็นการกำหนดความรับผิดชอบในด้านการออกแบบ การก่อสร้าง การจัดหาเงินทุน การดำเนินงาน และการบำรุงรักษาเข้าไว้ด้วยกันและโอนไปยังภาคเอกชน มีข้อตกลงสำคัญที่หลากหลายของสัญญารูปแบบ DBFOM ในสหรัฐอเมริกาและโดยเฉพาะอย่างยิ่งระดับของความรับผิดชอบทางการเงินซึ่งโดยปกติแล้วมักจะถูกโอนไปให้ภาคเอกชนเป็นผู้รับผิดชอบ ธรรมดาอย่างหนึ่งของรูปแบบ DBFOM คือภาคเอกชนจะรับผิดชอบด้านการจัดหาเงินทุนส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดโดยเป็นหนี้ที่ได้รับประโยชน์รายได้อันเนื่องมาจากโครงการดังกล่าว โดยปกติค่าธรรมเนียมผู้ให้บริการโดยตรงเป็นแหล่งรายได้ส่วนใหญ่ รายได้ในอนาคตจะมีประโยชน์อย่างมากต่อการออกพันธบัตรและหนี้สินอื่นที่จัดทำขึ้นสำหรับเป็นกองทุนหรือเป็นเงินทุนและค่าใช้จ่ายในการพัฒนาโครงการ ภาครัฐก็มักจะช่วยสนับสนุนทางการเงินดังกล่าวโดยการให้เงินทุนหรือการมีส่วนร่วมในเรื่องดังกล่าว ในบางกรณีภาคเอกชนอาจจะร้องขอให้ภาครัฐมีการลงทุนอย่างเท่าเทียมกันก็ได้ มูลค่าของเงินสามารถบรรลุเป้าหมายตลอดอายุวงจรค่าของต้นทุน

(8) Design-Build-Finance-Operate-Maintain-Transfer (DBFOMT)

รูปแบบสัญญาการออกแบบ การก่อสร้าง การจัดหาเงินทุน การดำเนินงาน การบำรุงรักษาและการโอนกรรมสิทธิ์ เป็นรูปแบบเช่นเดียวกับ DBFOM ยกเว้น

ภาคเอกชนจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินจนกระทั่งสิ้นสุดสัญญาเมื่อกรรมสิทธิ์โอนไปยังภาครัฐ ในขณะที่รูปแบบ DBFOM นี้เป็นที่นิยมในต่างประเทศแต่ปัจจุบันกลับไม่ค่อยใช้มากนักในประเทศสหรัฐอเมริกา

(9) Build-Operate-Transfer (BOT)

ภาคเอกชนจะเป็นผู้ก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกตามข้อกำหนดในสัญญาที่ภาครัฐให้ความเห็นชอบและดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นในช่วงเวลาที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงภายใต้สัญญาหรือสัญญาสัมปทานกับหน่วยงานของรัฐ จากนั้นโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งอำนวยความสะดวกให้แก่หน่วยงานของรัฐเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวนี้ ส่วนใหญ่ภาคเอกชนจะเป็นผู้จัดหาด้านการเงินบางส่วนหรือทั้งหมดสำหรับสิ่งอำนวยความสะดวกนั้น ดังนั้นอายุของสัญญาหรือสัญญาสัมปทานจะต้องเพียงพอและเหมาะสมเพื่อให้ภาคเอกชนได้รับผลตอบแทนอย่างสมเหตุสมผลจากการลงทุนนั้นผ่านค่าธรรมเนียมผู้ให้บริการ

เมื่อช่วงสัมปทานได้สิ้นสุดลง ภาครัฐจะคาดการณ์ได้ว่าหน้าที่ดำเนินงานแก่สิ่งอำนวยความสะดวกนั้นด้วยการทำสัญญาการดำเนินงานกับผู้ถือสิทธิสัมปทานแต่แรก หรือจะตัดสินใจให้เป็นสัญญาใหม่หรือสัญญาสัมปทานแก่ภาคเอกชน รูปแบบ BTO นั้นมีความคล้ายคลึงกับรูปแบบ BOT ยกเว้นในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์แก่ภาครัฐที่รูปแบบ BOT จะโอนกรรมสิทธิ์เมื่อสิ้นสุดระยะเวลาสัมปทาน ในขณะที่รูปแบบ BTO จะโอนเมื่อการก่อสร้างนั้นเสร็จสมบูรณ์

(10) Build-Own-Operate (BOO)

ผู้ทำสัญญาก่อสร้างและดำเนินงานในสิ่งอำนวยความสะดวกไม่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ไปยังภาครัฐ กรรมสิทธิ์ยังคงเป็นของภาคเอกชนและภาครัฐไม่มีหน้าที่ในการซื้อสิ่งอำนวยความสะดวกหรือยึดถือกรรมสิทธิ์นั้น รูปแบบ BOO อาจมีคุณสมบัติที่ได้รับการยกเว้นภาษีในฐานะเป็นสัญญาบริการ ถ้าหากมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายภาษีอากร

(11) Buy-Build-Operate (BBO)

รูปแบบ BBO นี้เป็นรูปแบบของการขายทรัพย์สินที่รวมถึงการทำให้กลับคืนสภาพดีหรือการขายสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีอยู่แล้ว รัฐบาลจะขายทรัพย์สินให้แก่ภาคเอกชนซึ่งจะทำให้มีการปรับปรุงที่จำเป็นเพื่อการดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นให้เป็นไปในลักษณะที่ทำกำไรได้

(12) Developer Finance

ภาคเอกชนเป็นผู้จัดการด้านการจัดหาเงินทุนของในการก่อสร้างหรือการขยายสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะในการแลกเปลี่ยนกับสิทธิในการก่อสร้างที่อยู่อาศัย ร้านค้า พาณิชยกรรม และหรือโรงงานอุตสาหกรรม ณ พื้นที่ที่จัดสรรให้ ผู้พัฒนาเอกชนที่ให้เงินทุนช่วยเหลืออาจจะดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล ผู้พัฒนาได้รับสิทธิในการใช้สิ่งอำนวยความสะดวกและอาจได้รับรายได้ในอนาคตจากค่าธรรมเนียมผู้ใช้

ส่วนมากไม่ค่อยจะพบผู้พัฒนาในกรณีของการก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกแต่มักจะพบมากในกรณีที่ผู้พัฒนาจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรืออาจร้องขอให้มีการซื้อสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีอยู่แล้ว การใช้จ่ายนี้มักมาจากขยายไปถึงการปรับปรุงคุณภาพอำนวยความสะดวกให้ดีขึ้น ผู้พัฒนาด้านการเงินในการจัดเตรียมการเหล่านี้มักถูกเรียกว่า Capacity credits, Impact fees หรือ Extractions ผู้พัฒนาด้านการเงินอาจจะสมัครใจหรือไม่สมัครใจทำหน้าที่ขึ้นอยู่สถานการณ์เฉพาะถิ่น

(13) Enhanced Use Leasing or Underutilized Asset (EUL)

รูปแบบ EUL เป็นการจัดการทรัพย์สินของโครงการแผนกกิจการทหารผ่านศึก (Department of Veterans Affairs: VA) ซึ่งรวมถึงความหลากหลายที่แตกต่างกันของสัญญาเช่า เช่น เช่า/พัฒนา/ดำเนินงาน ก่อสร้าง/พัฒนา/ดำเนินการ รูปแบบ EUL ให้สิทธิ์แผนกกิจการทหารผ่านศึกในการเช่าทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การควบคุมของแผนกกิจการทหารผ่านศึกระยะยาวแก่ภาคเอกชนหรือหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีใช้แผนกกิจการทหารผ่านศึก เพื่อได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมกลับคืนมา (หรือในรูปแบบของเงิน) ซึ่งส่งเสริมภารกิจของแผนกกิจการทหารผ่านศึกหรือโครงการ

(14) Lease-Develop-Operate หรือ Build-Develop-Operate

สัญญาเช่า (LDO or BDO)

ภายใต้สัญญาร่วมลงทุนนี้ ภาคเอกชนจะเช่าหรือซื้อสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีอยู่แล้วจากหน่วยงานรัฐ ด้วยเงินลงทุนของภาคเอกชนเอกเพื่อปรับปรุงหรือทำให้ทันสมัยและหรือขยายสิ่งอำนวยความสะดวกแล้วเข้าดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นภายใต้สัญญากับหน่วยงานรัฐ สิ่งอำนวยความสะดวกในการขนส่งในเขตเมืองได้ถูกเช่าและพัฒนาภายใต้สัญญารูปแบบ LDO และ BDO

(15) Lease/Purchase

รูปแบบการเช่า/การซื้อ คือสัญญาเช่าซื้อ ภายใต้รูปแบบนี้ภาคเอกชน จะทำหน้าที่ในการจัดหาด้านการเงินและก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกขึ้นใหม่ หลังจากนั้นเอกชนจะเช่าสิ่งอำนวยความสะดวกจากหน่วยงานรัฐ หน่วยงานรัฐอาจกำหนดตารางการชำระเงินแก่ภาคเอกชน หน่วยงานรัฐอาจเพิ่มพูนความเท่าเทียมกันในสิ่งอำนวยความสะดวกในการชำระเงินแต่ละครั้ง เมื่อสิ้นสุดสัญญาเช่าหน่วยงานรัฐจะเป็นเจ้าของสิ่งอำนวยความสะดวกหรือซื้อสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นในราคาที่ค้างชำระอยู่อย่างสมดุลกับสัญญาเช่า

ภายใต้สัญญานี้สิ่งอำนวยความสะดวกอาจจะถูกดำเนินงานโดยหน่วยงานรัฐหรือภาคเอกชนที่เป็นผู้พัฒนาระหว่างระยะเวลาของสัญญาเช่า สัญญาเช่า/ซื้อถูกใช้โดยหน่วยงานบริหารการบริการทั่วไป (General Services Administration) ในการสร้างสิ่งปลูกสร้างของสำนักงานของรัฐบาลกลางและการสร้างเรือนจำในรัฐต่างๆ รวมทั้งสิ่งอำนวยความสะดวกของกรมราชทัณฑ์

(16) Sale/Leaseback

สัญญาทางการเงินรูปแบบนี้ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสิ่งอำนวยความสะดวกจะขายสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นแก่อีกฝ่ายหนึ่งและต่อมาก็จะเช่าสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นจากเจ้าของใหม่ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนอาจจะเป็นเข้าไปทำสัญญาขายหรือเช่าคืนที่ได้กำหนดไว้ด้วยหลากหลายเหตุผล การใช้บังคับที่เริ่มขึ้นใหม่นี้สำหรับการขายหรือเช่าคืนมีเทคนิคคือการขายสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะแก่ภาครัฐหรือภาคเอกชนที่ถือหุ้นในบริษัทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจำกัดความรับผิดชอบของรัฐภายใต้รูปแบบดังกล่าว ภายใต้สัญญานี้ภาครัฐที่ได้ขายสิ่งอำนวยความสะดวกแล้วเช่ากลับคืนสามารถดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นได้อย่างต่อเนื่อง

(17) Tax-Exempt Lease

ภาครัฐเป็นผู้จัดหาด้านการเงิน สินทรัพย์ที่เป็นทุน หรือสิ่งอำนวยความสะดวกโดยการกู้ยืมเงินจากนักลงทุนเอกชนหรือสถาบันการเงิน โดยทั่วไปภาคเอกชนจะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่หลังจากนั้นจะโอนสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ภาครัฐเมื่อเริ่มต้นหรือสิ้นสุดสัญญาเช่า ส่วนของค่าเช่าถูกจ่ายเป็นดอกเบี้ยของการลงทุนคือการได้รับยกเว้นภาษีภายใต้กฎหมายของมลรัฐและกฎหมายรัฐบาลกลาง สัญญาเช่าที่ได้รับการยกเว้นภาษีถูกใช้ในด้านการเงินของ

สินทรัพย์อย่างแพร่หลาย ตั้งแต่คอมพิวเตอร์ไปจนถึงระบบโทรคมนาคมและการขนส่งสาธารณะในเขตเมือง

(18) Turnkey

หน่วยงานรัฐทำสัญญากับผู้นักลงทุนเอกชนหรือผู้ขายเอกชนในการออกแบบและก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกจนเสร็จสมบูรณ์สอดคล้องกับมาตรฐานการปฏิบัติงานที่กำหนดไว้โดยเฉพาะและกฎเกณฑ์ที่ได้ตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานรัฐและผู้ขายเอกชน นักพัฒนาเอกชนได้ถูกกำหนดให้ก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกในราคาที่คงที่และแบกรับความเสี่ยงในการก่อสร้างตามราคาที่ได้ตกลงกันไว้ โดยทั่วไปสัญญาในรูปแบบ Turnkey ภาคเอกชนจะใช้เทคนิคในการก่อสร้างอย่างรวดเร็ว เช่น การออกแบบ-ก่อสร้าง และไม่ถูกผูกมัดโดยกฎเกณฑ์และธรรมเนียมปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ การร่วมลงทุนในรูปแบบนี้ส่วนใหญ่จะช่วยให้ภาคเอกชนสามารถสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกได้เสร็จสมบูรณ์โดยใช้เวลาน้อยลงและลดค่าใช้จ่ายลงอย่างเห็นได้ชัดเจนเมื่อเปรียบเทียบกับ การดำเนินให้เสร็จสมบูรณ์ดังธรรมเนียมปฏิบัติของภาครัฐในการก่อสร้าง

ในสัญญาในรูปแบบ Turnkey ด้านการจัดหาเงินทุนและกรรมสิทธิ์ในสิ่งอำนวยความสะดวกอาจอยู่กับภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ได้ ตัวอย่างเช่น หน่วยงานรัฐอาจจะเป็นรับผิดชอบด้านการจัดหาเงินทุน ด้วยค่าใช้จ่ายในการเข้าร่วมสัญญาและแบกรับความเสี่ยง อีกทางเลือกหนึ่งก็อาจให้เอกชนเป็นผู้จัดหาด้านการเงิน เงินทุน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะแลกเปลี่ยนกับการมีสัญญาในการดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกนั้น

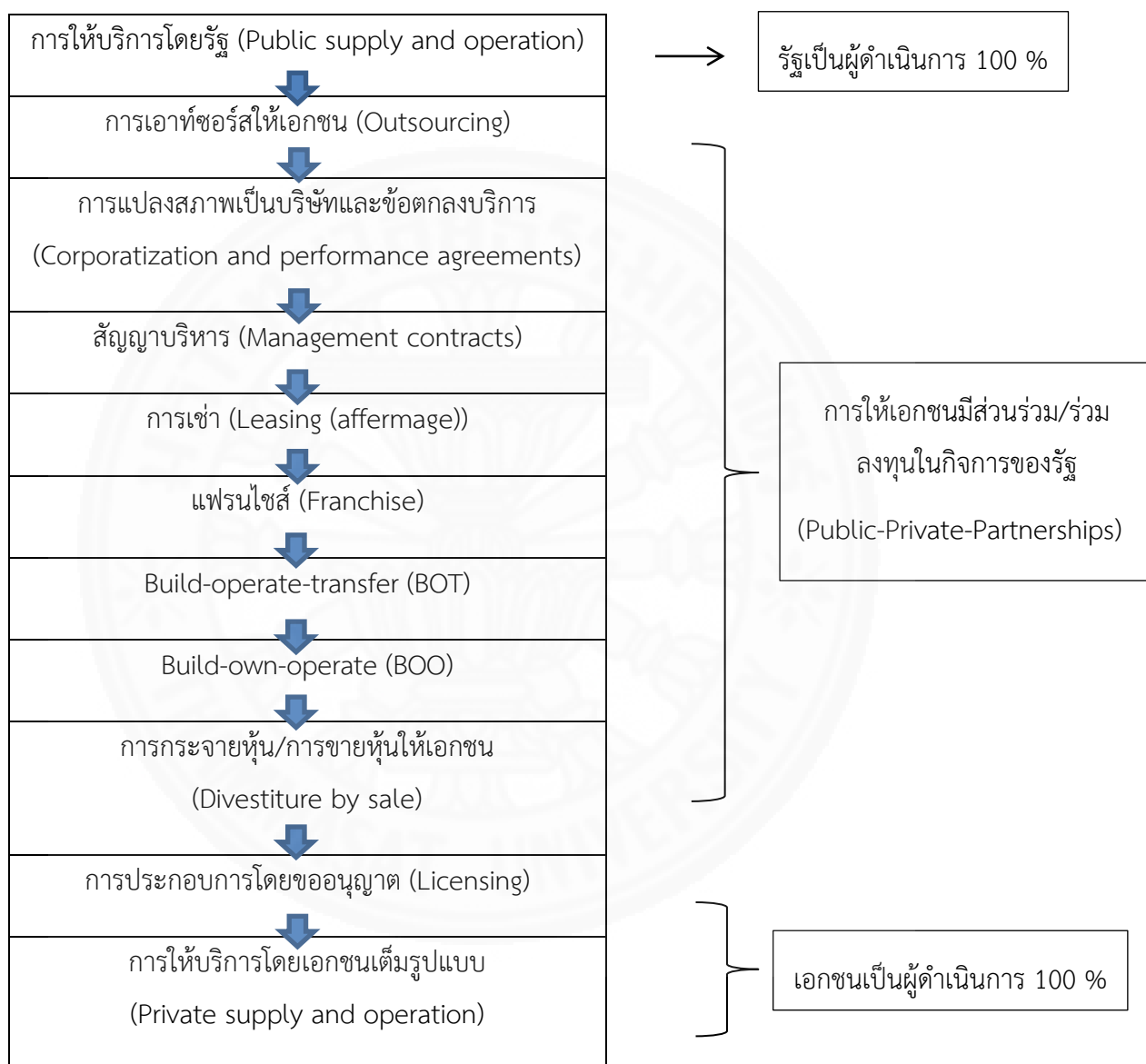
เมื่อพิจารณาจากระดับการมีส่วนร่วมของเอกชน การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (PPP) เป็นรูปแบบที่อยู่ระดับกึ่งกลางระหว่างกรณีที่รัฐเป็นผู้ลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานและให้บริการแก่ประชาชนเองทั้งหมด กับรูปแบบที่เอกชนเป็นผู้ให้บริการอย่างเต็มรูปแบบ โดยรวมถึงกรณีที่เอกชนจะต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐ (Licensing) ในการประกอบธุรกิจที่ต้องกำกับดูแล (Regulated Industry) ด้วย ดังแสดงให้เห็นในแผนผังแสดงรูปแบบของการมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน ทั้งนี้ ความแตกต่างระหว่างการประกอบการภายใต้การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐหรือระบบสัมปทาน กับการประกอบธุรกิจที่รัฐต้องการกำกับดูแลโดยการออกใบอนุญาตหรือระบบใบอนุญาต คือ ในระบบสัมปทาน เอกชนจะไม่สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินเช่น

โครงสร้างพื้นฐานที่ต้นทุน แต่จะมีสิทธิในการหารายได้จากการให้บริการ ในขณะที่ระบบ
ใบอนุญาตเอกชนจะสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินต่างๆ ที่ต้นทุนได้ด้วย¹³⁶



¹³⁶ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิช และอิสร์กุล อุณหเหตุ, “บทที่ 4 ผลตอบแทนส่วนเกิดจากสัมปทาน: กรณีศึกษาสัมปทานโทรคมนาคม โทรทัศน์ การจำหน่ายสินค้าปลอดอากร และทางด่วนชั้นที่ 2,” สืบค้นเมื่อ วันที่ 16 ตุลาคม 2558, http://tdri.or.th/wp-content/uploads/2013/05/A151_Chapter4.pdf.

แผนภาพแสดงรูปแบบของการมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน
(Types of Private Participation in Infrastructure¹³⁷)



¹³⁷ J. Luis Guasch, Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Do It Right, (Washington, D.C. : World Bank Institute, 2004), p.24.

2.3 บทสรุป

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดในบทที่ 2 นี้ จะเห็นว่าการบินระหว่างประเทศนั้นอยู่บนพื้นฐานของหลักการเรื่อง “อำนาจอธิปไตยเหนือห้วงอากาศ” ที่รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยสมบูรณ์และเด็ดขาดในห้วงอากาศเหนือดินแดนของตน ดังนั้น การบินระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นไม่ได้เลย เว้นแต่ได้รับความยินยอมให้มีการใช้ห้วงอากาศจากรัฐที่เกี่ยวข้อง หลักการนี้ส่งผลให้รัฐต้องเข้ามาอำนวยความสะดวกในการประสานงานกับรัฐอื่นๆ บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน เพื่อให้สายการบินสามารถทำการบินในเส้นทางระหว่างประเทศได้ ผลในทางกฎหมายของการประสานงานนี้ก็คือ “สิทธิการบิน” ซึ่งการอำนวยความสะดวกในการประสานงานดังกล่าวหรือที่เรียกว่าการเจรจาแลกเปลี่ยนสิทธิการบินนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐ โดยอาจจัดทำให้รูปแบบความตกลงพหุภาคีระหว่างประเทศ ความตกลงทวิภาคีระหว่างประเทศ หรือการอนุญาตฝ่ายเดียวของรัฐ

แม้ระบบทวิภาคียังคงมีอิทธิพลมากในเรื่องการเจรจาแลกเปลี่ยนสิทธิการบิน แต่ในปัจจุบันการตกลงเกี่ยวกับสิทธิการบินก็มีแนวโน้มที่เปิดเสรีมากขึ้นเรื่อยๆ โดยเห็นได้จากการจัดทำความตกลงทวิภาคีแบบน่านฟ้าเปิด (Open Skies) และความร่วมมือเปิดเสรีการบินในระดับภูมิภาคต่างๆ ทั่วโลก ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสิทธิการบินเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดและสามารถเปิดให้สายการบินทำการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศดังกล่าวได้อย่างเสรี ไม่ใช่กรณีที่เป็นทรัพย์สินของรัฐหรือทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัดซึ่งจำเป็นต้องมีการประมูลเพื่อให้ได้สิทธินั้น หากแต่เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเข้ามาอำนวยความสะดวกในการประสานงานกับรัฐอื่นๆ เพื่อให้สายการบินสามารถทำการบินในเส้นทางระหว่างประเทศได้

การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ เป็นกรณีที่เอกชนซึ่งเป็นเจ้าของกิจการสายการบินจะต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐเพื่อใช้สิทธิการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศ โดยที่รัฐจะกำหนดคุณสมบัติของสายการบินที่มีความเหมาะสมในการใช้สิทธิการบินให้สอดคล้องกับความตกลงบริการเดินอากาศที่รัฐได้ตกลงไว้กับรัฐอื่นและสอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศในด้านการบินที่รัฐเป็นภาคีผ่านการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศนั่นเอง ซึ่งอำนาจในการดำเนินงาน การบริหารจัดการ และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นของเอกชน เอกชนสามารถดำเนินงานได้อย่างอิสระภายใต้กรอบของกฎหมาย รัฐทำหน้าที่เป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น

แตกต่างจากการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่เป็นรูปแบบความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน แต่เดิมรัฐจะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะและการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภคเอง แต่ด้วยกาจัดบางประการของรัฐ ทำให้การลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่มีความเสี่ยงสูง

หากภาครัฐจะเป็นผู้ลงทุนฝ่ายเดียว และอาจทำให้การก่อสร้างโครงการสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างล่าช้า รัฐจึงเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนที่มีศักยภาพเข้ามาร่วมลงทุนในรูปแบบ Public-Private Partnerships ความร่วมมือรูปแบบนี้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนต่างก็มีส่วนร่วมและแบกรับความเสี่ยงในการลงทุนหรือดำเนินการในโครงสร้างพื้นฐานหรือในบริการสาธารณะ ซึ่งโดยทั่วไปภาคเอกชนจะไม่สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เช่น โครงสร้างพื้นฐานที่ตนลงทุน แต่จะมีสิทธิในการหารายได้จาก การให้บริการ ใช้ประโยชน์โครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับโครงการ หรือได้รับค่าตอบแทนอันเนื่องมาจากการดำเนินงานภายในระยะเวลาของสัญญาร่วมลงทุน



บทที่ 3

กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจ สายการบินระหว่างประเทศ และกฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐ

3.1 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการกำกับดูแลติดตามผลการให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนได้เลือกศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป เนื่องจากสหภาพยุโรปเป็นกลุ่มประเทศที่มีการขนส่งทางอากาศอย่างเสรีภายในกลุ่มประชาคม ซึ่งเป็นลักษณะตลาดการบินร่วม (Single Aviation Market) ที่ประเทศในกลุ่มอาเซียนนำไปเป็นแบบแม่แบบในการจัดทำตลาดการบินร่วมอาเซียน (ASEAN Single Aviation Market: ASAM) และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าในด้านการบินและมีตลาดการบินใหญ่เป็นอันดับต้นๆ ของโลก

3.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป

ในการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวหลายฉบับ เช่น สนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป ค.ศ. 1957 (European Economic Community: The EEC Treaty 1957) ข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ 2407/92 ว่าด้วยการออกใบอนุญาตของผู้ขนส่งทางอากาศ (COUNCIL REGULATION (EEC) No 2407/92 of 23 July 1992 on licensing of air carriers: the Council Regulation) และข้อบังคับที่ 1008/2008 ว่าด้วยกฎเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการดำเนินงานการบริการเดินอากาศในประชาคมยุโรป (REGULATION (EC) No 1008/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 September 2008 on common rules for the operation of air services in the Community) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมาย

ที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งสายการบินของสหภาพยุโรปและเกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจสายการบิน โดยที่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตประกอบการสายการบิน และการใช้ดุลยพินิจของหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ประกอบการ เป็นต้น

ในบริการเดินอากาศระหว่างประเทศภายในสหภาพยุโรป และบริการเดินอากาศระหว่างประเทศระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปกับประเทศที่สาม ต่างก็อยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องการจัดตั้งสายการบินและการได้รับใบอนุญาตประกอบการในฐานะที่เป็นผู้ขนส่งประชาคมจะเป็นกฎหมายฉบับเดียวกันดังกล่าว เพียงแต่แตกต่างกันที่กฎหมายเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด โดยกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดภายในรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจะเป็นไปตามข้อบังคับสหภาพยุโรปที่ 2408/92 ว่าด้วยการเข้าสู่ตลาดของผู้ขนส่งของประชาคมในเส้นทางบินภายในของประชาคมยุโรป (COUNCIL REGULATION (EEC) No 2408/92 of 23 July 1992 on access for Community air carriers to intra-Community air routes) ซึ่งออกแบบมาเพื่อให้เปิดเสรีตลาดการขนส่งทางอากาศของยุโรปโดยจัดเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาดและโดยการสร้างตลาดการบินร่วม (Single Market) ข้อจำกัดเดิมจำนวนมากได้ถูกกำจัดและความเข้มงวดของความแตกต่างระหว่างการให้บริการแบบประจำมีกำหนดและการให้บริการแบบไม่ประจำก็ได้ถูกกำจัดไป ซึ่งทำให้ผู้ขนส่งทางอากาศทุกประเภทที่ถือใบอนุญาตของประชาคมสามารถให้บริการที่ใดก็ได้ภายในตลาดการบินร่วมยุโรปตามความต้องการ¹ ส่วนกฎหมายเกี่ยวกับการเจรจาและทำความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศกับประเทศที่สามจะเป็นไปตามข้อบังคับที่ 847/2004 ว่าด้วยการเจรจาและการดำเนินงานของความตกลงการบริการเดินอากาศระหว่างรัฐสมาชิกและประเทศที่สาม (REGULATION (EC) No 847/2004 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 29 April 2004 on the negotiation and implementation of air service agreements between Member States and third countries) โดยผู้เขียนจะการศึกษาในรายละเอียดดังต่อไปนี้

¹ I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, *An Introduction to Air Law*, 8th ed., (Netherlands : Kluwer Law International, 2006), p.73.

3.1.1.1 การอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินระหว่างประเทศ

(1) คุณสมบัติและแบบพิธี

ผู้ประกอบการต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ (Operating Licence)² จากรัฐสมาชิกตาม Regulation (EC) No 1008/2008 เสียก่อนจึงจะมีฐานะเป็นผู้ขนส่งของประชาคม (Community Air Carrier)³ และจะสามารถจัดตั้งสายการบินในสหภาพยุโรปได้⁴ โดยหน่วยงานกำกับดูแลการออกใบอนุญาต (Competent Licensing Authority)⁵ ของประเทศสมาชิกจะออกใบอนุญาตได้เมื่อผู้ประกอบการ (Undertaking)⁶ ธุรกิจสายการบินมีคุณสมบัติครบถ้วนดังนี้

คุณสมบัติตาม มาตรา 4 ของ Regulation (EC) No 1008/2008 ได้แก่

² Regulation (EC) No 1008/2008 Article 2 Definition

1. 'operating licence' means an authorisation granted by the competent licensing authority to an undertaking, permitting it to provide air services as stated in the operating licence;

³ Regulation (EC) No 1008/2008 Article 2 Definition

11 'Community air carrier' means an air carrier with a valid operating licence granted by a competent licensing authority in accordance with Chapter II

⁴ Council Regulation (EEC) No 2408/92

Article 2

(b) '**Community air carrier**' means an air carrier with a valid operating licence granted by a Member State in accordance with Council Regulation (EEC) No 2407/92 of 23 July 1992 of licensing of air carriers(7) ;

Article 3

1. Subject to this Regulation, **Community air carriers** shall be permitted by the Member State(s) concerned to exercise traffic rights on routes within the Community.

⁵ Regulation (EC) No 1008/2008 Article 2 Definition

2 'competent licensing authority' means an authority of a Member State entitled to grant, refuse, revoke or suspend an operating licence in accordance with Chapter II;

⁶ Regulation (EC) No 1008/2008 Article 2 Definition

3 'undertaking' means any natural or legal person, whether profit-making or not, or any official body whether having its own legal personality or not;

1. มีสำนักงานประกอบธุรกิจแห่งใหญ่ (Principal place of business) ตั้งอยู่ในประเทศสมาชิกนั้น
2. มีใบรับรองผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator Certificate : AOC) ที่มีผลใช้บังคับอยู่ (Valid) ซึ่งออกโดยหน่วยงานของประเทศสมาชิกเดียวกันกับหน่วยงานกำกับดูแลที่รับผิดชอบในการให้อนุญาต ปฏิเสธ ยกเลิก หรือพักใช้ใบอนุญาตผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของสายการบินประชาคม
3. มีอากาศยานสำหรับดำเนินการหนึ่งลำหรือมากกว่า ด้วยการเป็นเจ้าของ (Ownership) หรือการเช่าแบบไม่มีลูกเรือ (Dry Lease Agreement)
4. ประกอบการบริการขนส่งทางอากาศ (Air Service) เป็นกิจการหลักเพียงอย่างเดียว หรือร่วมกับการให้บริการอากาศยานเพื่อการพาณิชย์ หรือการดูแลรักษาและซ่อมบำรุงอากาศยาน
5. บริษัทสามารถแสดงคุณสมบัติตามที่บังคับกำหนดได้เมื่อหน่วยงานกำกับดูแลเข้าตรวจสอบ
6. ประเทศสมาชิกและหรือคนสัญชาติของประเทศสมาชิกมีความเป็นเจ้าของและอำนาจบริหารจัดการ (Effective Control) มากกว่าร้อยละ 50 ไม่ว่าจะโดยการลงทุนโดยตรง หรือโดยอ้อมของผู้ประกอบการหนึ่งรายหรือมากกว่า ยกเว้นกรณีที่มีข้อกำหนดในความตกลงกับประเทศที่สามซึ่งประชาคมร่วมเป็นภาคี
7. มีคุณสมบัติทางการเงินตามที่กำหนดใน มาตรา 5
8. มีการประกันภัยตามที่กำหนดใน มาตรา 11 และ Regulation (EC) No 785/2004 และ
9. มีคุณสมบัติด้านชื่อเสียงที่ดีตามที่กำหนดใน มาตรา 7
คุณสมบัติทางการเงิน (Financial conditions) ตามที่กำหนดใน มาตรา 5 ของ Regulation (EC) No 1008/2008 ได้แก่
 1. หน่วยงานกำกับดูแลต้องกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดว่าผู้ประกอบการที่ยื่นขอใบอนุญาตผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศเป็นครั้งแรก สามารถที่จะ
 - ปฏิบัติตามหน้าที่ที่สำคัญและจำเป็นภายใต้สถานการณ์จริงเป็นระยะเวลา 24 เดือนนับจากเริ่มดำเนินการ

- จัดการต้นทุนในการดำเนินการตามแผนการทางธุรกิจ (Business) ภายใต้สถานการณ์จริงเป็นระยะเวลา 3 เดือนนับจากเริ่มดำเนินการ โดยไม่ต้องนับรวมรายได้ที่เกิดจากการดำเนินการ

2. ผู้ยื่นคำร้องขอใบอนุญาตผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ ต้องแสดงแผนการทางธุรกิจอย่างน้อย 3 ปีแรกของการดำเนินการ ในแผนการทางธุรกิจต้องมีรายละเอียดความสัมพันธ์ทางการเงินระหว่างผู้ขอกับกิจการธุรกิจอื่นที่ผู้ขอเกี่ยวข้องโดยตรงหรือผ่านทางผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้อง ผู้ขอต้องให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดโดยเฉพาะที่กำหนดไว้ในภาคผนวกของข้อบังคับ

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ตามข้อ 1. และ 2. จะไม่ใช่บังคับแก่ผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศสำหรับใบอนุญาตผู้ประกอบการที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานด้วยอากาศยานขนาดเล็กกว่า 10 ตันซึ่งเป็นน้ำหนักสูงสุดของอากาศยานเมื่อบินขึ้น (Maximum take-off mass: MTOM) หรือเล็กกว่า 20 ตัน ผู้ประกอบการดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีเงินทุนสุทธิ (Net Capital) อย่างน้อย 100,000 ยูโร หรือให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่อวัตถุประสงค์ในการประเมินดังที่กล่าวในข้อ 1. เมื่อหน่วยงานกำกับดูแลการออกใบอนุญาตต้องการ

คุณสมบัติด้านการประกันภัยตามที่กำหนดใน Regulation (EC) No 1008/2008 มาตรา 11⁷ และ Regulation (EC) No 785/2004

Regulation (EC) No 785/2004 มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดการประกันภัยขั้นต่ำสำหรับผู้ขนส่งทางอากาศ (Air Carriers) และผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Aircraft Operators) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้โดยสาร สัมภาระ สินค้าและบุคคลที่สาม⁸ โดยผู้ขนส่งทางอากาศและผู้ดำเนินการเดินอากาศจะทำประกันภัยที่ครอบคลุมความเสี่ยง ในภาวะสงคราม การก่อการร้าย การจี้เครื่องบิน การก่อวินาศกรรม การยึดอากาศยานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และความปั่นป่วนของ

⁷ Regulation (EC) No 1008/2008

Article 11 Insurance requirements

Notwithstanding Regulation (EC) No 785/2004, an air carrier shall be insured to cover liability in case of accidents with respect to mail.

⁸ Regulation (EC) No 785/2004 Article 1

พลเมือง (Civil Commotion)⁹ ซึ่งจะใช้บังคับแก่ผู้ขนส่งทางอากาศทุกรายและอากาศยานทั้งหมดที่ทำการบินภายใน บินเข้าสู่ บินออกจาก หรือข้ามพรมแดนของประเทศสมาชิก¹⁰

ข้อบังคับนี้กำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับตัวผู้โดยสาร ว่าประกันภัยขั้นต่ำจะต้องครอบคลุม 250,000 SDRs ต่อผู้โดยสารหนึ่งคน ในกรณีความรับผิดชอบเกี่ยวกับสัมภาระประกันภัยขั้นต่ำจะต้องครอบคลุม 1,131 SDRs ต่อผู้โดยสารหนึ่งคนสำหรับเที่ยวบินพาณิชย์ และกรณีความรับผิดชอบขั้นต่ำในกรณีความรับผิดชอบเกี่ยวกับสินค้า ประกันภัยขั้นต่ำจะต้องครอบคลุม 19 SDRs ต่อกิโลกรัมสำหรับเที่ยวบินพาณิชย์ ซึ่งมูลค่าดังกล่าวอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง¹¹ ส่วนความรับผิดชอบต่อบุคคลที่สาม ประกันภัยขั้นต่ำจะต้องครอบคลุมอุบัติเหตุแต่ละครั้งต่ออากาศยานทุกลำ ตามอัตราน้ำหนักสูงสุดของอากาศยานเมื่อบินขึ้น เช่น อากาศยานที่มีน้ำหนักสูงสุดของอากาศยานเมื่อบินขึ้นน้อยกว่า 500 กิโลกรัม ประกันภัยขั้นต่ำจะต้องครอบคลุม 0.75 ล้าน SDRs ต่ออุบัติเหตุแต่ละครั้ง เป็นต้น มูลค่าดังกล่าวอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้เช่นกัน¹²

คุณสมบัติด้านชื่อเสียงที่ดีตามที่กำหนดใน Regulation (EC) No 1008/2008 มาตรา 7¹³ ได้แก่ การกำหนดให้บุคคลที่เป็นผู้บริหารการดำเนินงานของสายการบินที่

⁹ Regulation (EC) No 785/2004 Article 4

¹⁰ Regulation (EC) No 785/2004 Article 2

¹¹ Regulation (EC) No 785/2004 Article 6

¹² Regulation (EC) No 785/2004 Article 7

¹³ Regulation (EC) No 1008/2008

Article 7 Proof of good repute

1. Where, for the purpose of issuing an operating licence, proof is required that the persons who will continuously and effectively manage the operations of the undertaking are of good repute or that they have not been declared bankrupt, the competent licensing authority shall accept as sufficient evidence in respect of nationals of Member States the production of documents issued by the competent authorities in the Member State of origin or the Member State where the person has his/her permanent residence showing that those requirements are met.

2. Where the Member State of origin or the Member State where the person has his/her permanent residence does not issue the documents referred to in paragraph 1, such documents shall be replaced by a declaration on oath or — in Member States where there is no

ให้บริการนั้น แสดงพยานหลักฐานอย่างเพียงพอจนเชื่อได้ว่าเป็นบุคคลดังกล่าวมีชื่อเสียงดีและไม่เคยเป็นถูกประกาศให้เป็นบุคคลล้มละลาย ทั้งนี้เป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันปัญหาสายการบินล้มละลาย

เงินทุน

การจัดตั้งสายการบินภายในประชาคมยุโรปไม่ได้มีข้อกำหนดในเรื่องเงินทุนขั้นต่ำสำหรับการจัดตั้งสายการบินทั่วไป เว้นแต่กรณีสายการบินที่ทำการบินด้วยอากาศยานขนาดเล็กกว่า 20 ที่นั่งที่กำหนดว่าสายการบินต้องมีเงินทุนสุทธิอย่างน้อย 100,000 ยูโร ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วใน มาตรา 5 ซึ่งสายการบินระหว่างประเทศโดยทั่วไปจะใช้อากาศยานหลายลำและมีขนาดใหญ่กว่า 20 ที่นั่ง

สัดส่วนการถือครองหุ้น

เงื่อนไขสัดส่วนการถือครองหุ้นจะต้องเป็นประเทศสมาชิกและหรือคนสัญชาติของประเทศสมาชิกมีความเป็นเจ้าของและอำนาจบริหารจัดการมากกว่าร้อยละ 50 ไม่ว่าจะโดยการลงทุนโดยตรงหรือโดยอ้อมของผู้ประกอบการหนึ่งรายหรือมากกว่า เว้นแต่กรณีที่มีข้อกำหนดในความตกลงกับประเทศที่สามซึ่งประชาคมร่วมเป็นภาคี¹⁴

ผู้ขนส่งทางอากาศมีคุณสมบัติครบถ้วนดังที่กล่าวและได้รับใบรับรองผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator Certificate) แล้วจึงจะได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศของประชาคม (EC Operating Licence) ซึ่งการครอบครองใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศของประชาคมทำให้ผู้ขนส่งรายนั้นสามารถดำเนินการให้บริการการขนส่งทางอากาศที่ได้ก็ได้อยู่ในตลาดการบินร่วม

provision for declaration on oath — by a solemn declaration made by the person concerned before a competent judicial or administrative authority or, where appropriate, a notary or qualified professional body of the Member State of origin or the Member State where the person has his/her permanent residence. Such authority, notary or qualified professional body shall issue a certificate attesting the authenticity of the declaration on oath or solemn declaration.

3. The competent licensing authority may require that the documents and certificates referred to in paragraphs 1 and 2 be presented no more than three months after their date of issue.

¹⁴ โปรตดู Regulation (EC) No 1008/08 Article 4 (f)

(2) หลักเกณฑ์การกำหนดราคาค่าโดยสารและค่าธรรมเนียม

Regulation (EC) No 1008/08 ได้แก้ไขเพิ่มเติม Regulation (EC) No 2407/92 ในเรื่องการกำหนดราคาค่าโดยสารเส้นทางที่เป็นบริการสาธารณะ (Public Service Obligation) ไว้ในมาตรา 16 ซึ่งทำให้รัฐบาลต่างๆ รักษาความปลอดภัยและรักษาไว้ซึ่งการบริการซึ่งเห็นว่าจำเป็นสำหรับการพัฒนาที่ทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของอาณาเขตของรัฐต่างๆ นั้นก็หมายความว่ารัฐสมาชิกทำให้ทราบว่าหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะที่ผู้ขนส่งทางอากาศต้องทำให้สำเร็จเกี่ยวกับความจุ ความถี่ และอัตราค่าโดยสาร ถ้าหากไม่มีผู้ขนส่งทางอากาศมาให้บริการ รัฐสมาชิกอาจจำกัดการเข้าถึงเส้นทางการบินแก่ผู้ขนส่งเพียงรายเดียวเท่านั้นและขอใช้เงินแก่ผู้ขนส่งบางรายหรือทั้งหมดสำหรับค่าใช้จ่ายที่ดำเนินการให้บริการสาธารณะ¹⁵ และได้กำหนดหลักการการเสนอราคาหรือโฆษณาอัตราค่าโดยสารว่าต้องเป็นไปอย่างโปร่งใส (Transparency) มากยิ่งขึ้นเพื่อความเป็นธรรมในการแข่งขันระหว่างสายการบินและเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค นอกเหนือจากกรณีตามมาตรา 16(1)¹⁶ ผู้ขนส่งทางอากาศของประเทศสมาชิก ผู้ขนส่งทางอากาศของประเทศที่สาม สามารถกำหนดอัตราค่าโดยสาร และค่าระวางสำหรับการบริการทางอากาศในประเทศสมาชิกได้อย่างอิสระโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) และแม้จะมีบทบัญญัติของความตกลงทวิภาคีระหว่างรัฐสมาชิก ว่ารัฐสมาชิกจะต้องไม่เลือกปฏิบัติเพราะเหตุของสัญชาติหรือตัวตนของผู้ขนส่งทางอากาศในการกำหนดค่าโดยสารและค่าระวางสำหรับการบริการเดินอากาศระหว่างอาณาเขตของรัฐ

¹⁵ I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, *supra note 1*, p.73.

¹⁶ Regulation (EC) No 1008/08 Article 16 (1)

A Member State, following consultations with the other Member States concerned and after having informed the Commission, the airports concerned and air carriers operating on the route, may impose a public service obligation in respect of scheduled air services between an airport in the Community and an airport serving a peripheral or development region in its territory or on a thin route to any airport on its territory any such route being considered vital for the economic and social development of the region which the airport serves. That obligation shall be imposed only to the extent necessary to ensure on that route the minimum provision of scheduled air services satisfying fixed standards of continuity, regularity, pricing or minimum capacity, which air carriers would not assume if they were solely considering their commercial interest.

นั้นและรัฐที่สาม¹⁷ และห้ามการคิดราคาที่แตกต่างกันเพียงเพราะเหตุที่ผู้โดยสารมีภูมิลำเนาภายในเขตประเทศหรือสัญชาติที่ต่างกัน หรือสถานประกอบการของตัวแทนของผู้ขนส่ง หรือผู้จำหน่ายตัวโดยสารภายในเขตประเทศต่างกัน¹⁸

นอกจากนี้ Council Regulation (EEC) 2408/92 ยังได้กำจัดการจำกัดและการควบคุมที่เข้มงวดในเรื่องราคาค่าขนส่งและราคาค่าโดยสารซึ่งผู้ขนส่งทางอากาศสามารถกำหนดอัตราและราคาได้โดยอิสระเนื่องจากตลาดบังคับในเรื่องการแข่งขันระหว่างผู้ขนส่งทั้งหมดภายใต้ Regulation นี้ ผู้ขนส่งทางอากาศไม่จำเป็นต้องส่งข้อมูลอัตราค่าโดยสารต่อหน่วยงานระดับชาติเพื่อแนะนำล่วงหน้า แต่กระนั้น Regulation นี้ก็มีข้อกำหนดสำหรับกลไกการควบคุมจะได้รับการแนะนำในกรณีพิเศษ กล่าวโดยทั่วไปแล้วการขึ้นราคาค่าโดยสารไม่สามารถที่จะขัดขวางได้หากเป็นกรณีที่มีการแข่งขันอย่างแท้จริงในเส้นทางบินนั้น หรือหากการเข้ามาของผู้แข่งขันรายใหม่ไม่สามารถขัดขวางได้โดยชอบด้วยบทบัญญัตินี้หรือในภาระผูกพันในทางปฏิบัติ ในทางกลับกันผู้มีอำนาจอาจจะขัดขวางการลดราคาในกรณีที่มีการต่อสู้ขบเคี้ยวในเรื่องราคาระหว่างผู้ขนส่งหลายรายซึ่งไม่มีผู้ขนส่งรายใดสามารถกำไรได้จากการดำเนินงานดังกล่าว¹⁹

(3) การจัดสรรเส้นทางบินและสิทธิการบิน

โดยทฤษฎีแล้วตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1993 ผู้ขนส่งที่มีสัญชาติในประชาคมยุโรปสามารถครอบครองใบอนุญาตผู้ประกอบการเดินอากาศและทำการบินไปยังสถานที่ใดๆ ภายในตลาดการบินร่วมยุโรป แต่ในทางปฏิบัติผู้ขนส่งทางอากาศของประเทศที่ไม่สามารถให้บริการในเส้นทางบินกาโบตาจทั้งหมดภายในรัฐสมาชิกอื่น จนกระทั่งวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1997 จึงมีการเปิดตลาดการบินภายในประเทศให้มีการแข่งขันอย่างเสรีสำหรับผู้ขนส่งทางอากาศของประเทศจากทุกรัฐสมาชิก แม้ว่าสายการบินได้รับสิทธิในการดำเนินการบริการเดินอากาศตาม

¹⁷ Regulation (EC) No 1008/08 Article 22

¹⁸ Regulation (EC) No 1008/08 Article 23

¹⁹ I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, *supra note 1*, pp.73-74.

เสรีภาพที่ 8 (Consecutive Cabotage) ในฐานะที่เป็นส่วนขยายของการบริการจากประเทศของสายการบินนั้นๆ แต่สิทธิดังกล่าวจะไม่เกินไปกว่า 50% ของความจุที่มีอยู่สำหรับการบินกาโบตาจ²⁰

3.1.1.2 การเพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินระหว่าง

ประเทศ

Regulation (EC) No 1008/08 มาตรา 9²¹ ได้บัญญัติถึงการระงับและการเพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบกิจการไว้ดังนี้

ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตสามารถตรวจสอบสถานะทางการเงินของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประเทศที่ได้รับใบอนุญาตเมื่อใดก็ได้ ขึ้นอยู่กับการประเมินของผู้มีอำนาจที่จะระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ (Air Operator Licence) ถ้าการดำเนินงานนั้นไม่เป็นที่น่าพอใจนับแต่ผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประเทศสามารถดำเนินการตามเต็มศักยภาพเป็นระยะเวลา 12 เดือน แต่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตอาจออกใบอนุญาตชั่วคราวซึ่งมีระยะเวลาไม่เกิน 12 เดือน ที่อยู่ระหว่างการดำเนินการปรับโครงสร้างทางการเงินของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประเทศเพื่อให้มีความปลอดภัยและไม่เกิดความเสียหาย ใบอนุญาตชั่วคราวนี้สะท้อนให้เห็นถึงเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงใบรับรองผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator Certificate) อย่างเหมาะสมใน และการฟื้นฟูโครงสร้างทางการเงินที่น่าพอใจและมีความเป็นไปได้ในเวลาที่กำหนด²²

เมื่อไหร่ก็ตามที่มีข้อบ่งชี้ชัดเจนว่ามีปัญหาทางการเงินเกิดขึ้นหรือการล้มละลายหรือการดำเนินการที่คล้ายกันซึ่งส่งผลต่อผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประเทศผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตจะต้องประเมินสถานการณ์ทางการเงินในเชิงลึกอย่างไม่ชักช้าและตรวจสอบสถานะภาพของใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ ว่าเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ภายใน

²⁰ International Civil Aviation Organization (ICAO), “EUROPEAN EXPERIENCE OF AIR TRANSPORT LIBERALIZATION,” Accessed September 18, 2015, http://www.icao.int/sustainability/CaseStudies/StatesReplies/EuropeLiberalization_En.pdf.

²¹ Regulation (EC) No 1008/08 Article 9 Suspension and revocation of an operating licence

²² Regulation (EC) No 1008/08 Article 9 (1)

ระยะเวลา 3 เดือน โดยผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตจะต้องรายงานผลแก่คณะกรรมการเพื่อตัดสินใจเกี่ยวกับสถานของใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ²³

เมื่อผู้ตรวจสอบบัญชีตาม มาตรา 8(4) ไม่ได้ทำการติดต่อภายในเวลาที่กำหนดในมาตราดังกล่าว ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตต้องขอให้ผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประชาคมติดต่อผู้ตรวจสอบบัญชีดังกล่าวโดยไม่ชักช้า ซึ่งหากผู้ตรวจสอบบัญชีดังกล่าวไม่ติดต่อภายในเวลา 1 เดือน ใบอนุญาตฯ อาจถูกระงับหรือเพิกถอน²⁴

ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตต้องระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาตฯ ในกรณีที่ผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประชาคมรู้หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการรายงานข้อมูลที่แท้จริงในประเด็นสำคัญแก่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต²⁵

ในกรณีที่ใบรับรองผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator Certificate) ของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประชาคมถูกระงับหรือเพิกถอน ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตต้องระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ (Air Operator Licence) ทันที²⁶

ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตอาจระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาตฯ ของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศของประชาคม หากผู้ขนส่งดังกล่าวไม่สามารถตอบสนองความต้องการในด้านการมีชื่อเสียงที่ดีดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 7²⁷

3.1.1.3 หน่วยงานสำคัญด้านการบินของสหภาพยุโรป

หน่วยงานการบินร่วมยุโรป (The European Joint Aviation Authorities : JAA) เป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับ European Civil Aviation Conference (ECAC) และถูกก่อตั้งขึ้นในปีค.ศ. 1970 ภายใต้ข้อตกลงไซปรัส (Cyprus Arrangements) ภายใต้ใบรับรองการบินและหน่วยงานกำกับดูแลในยุโรปซึ่งตกลงในความร่วมมือในการพัฒนาและการดำเนินการตามมาตรฐาน และขั้นตอนการกำกับดูแลด้านความปลอดภัย ซึ่งต่อมาได้ลงนามอย่างเป็นทางการในข้อตกลงที่มีผลนั้น ความร่วมมือนี้มีเจตนารมณ์เพื่อจัดให้มีมาตรฐานความปลอดภัยสูงและมีความ

²³ Regulation (EC) No 1008/08 Article 9 (2)

²⁴ Regulation (EC) No 1008/08 Article 9 (3)

²⁵ Regulation (EC) No 1008/08 Article 9 (4)

²⁶ Regulation (EC) No 1008/08 Article 9 (5)

²⁷ Regulation (EC) No 1008/08 Article 9 (6)

สอดคล้องกัน และ “level playing field” สำหรับการแข่งขันในยุโรป ซึ่งหลักการสำคัญนี้ก็ได้บรรจุไว้ในการทำให้อันหนึ่งอันเดียวกันตามความประสงค์ของ JAA และ สหรัฐอเมริกา²⁸

เดิมที่วัตถุประสงค์ขององค์กรคือการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับใบรับรองร่วมกันสำหรับเครื่องบินขนาดใหญ่และเครื่องบินยนต์ วัตถุประสงค์คือทำให้บริการตามความต้องการของอุตสาหกรรมการบินยุโรป โดยเฉพาะการผลิตผลิตภัณฑ์โดยสมาคมระหว่างประเทศ เช่น Airbus Industries ต่อมาตั้งแต่ปีค.ศ. 1987 หน้าที่ของ JAA ได้ถูกขยายไปถึงการดำเนินงานอากาศยาน การจัดการอากาศยาน การออกใบอนุญาตบุคลากร และใบรับรองการออกแบบมาตรฐานสำหรับอากาศยานทุกประเภท ซึ่งทำให้หน่วยงานเปลี่ยนชื่อจาก Joint Aviation Authorities และ JAR กลายเป็น Joint Aviation Requirement ซึ่งครอบคลุมถึงกระบวนการร่วมกันและการได้รับการอนุมัติของการออกแบบ การผลิตและการบำรุงรักษาองค์กร หน่วยงานที่ออกใบรับรองร่วมหนึ่งหน่วยกระทำการออกใบรับรองสำหรับอากาศยานใหม่และเครื่องบินยนต์ถือเป็นการในฐานะของ JAA ทุกประเทศ หลังจากการประเมินผลประสบความสำเร็จอย่างสมบูรณ์ก็จะมีการออกประเภทใบรับรองพร้อมกันและบนพื้นฐานร่วมกันโดยหน่วยงาน JAA ของทุกประเทศ การเปลี่ยนแปลงนี้สะท้อนให้เห็นในเอกสารความตกลงในปี ค.ศ. 1989 และการเปลี่ยนแปลงต่อมาสะท้อนให้เห็นเอกสารความตกลงในปี ค.ศ. 1990 แม้ความตกลงดังกล่าวได้ตอบสนองวัตถุประสงค์พื้นฐาน แต่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าประมวลดังกล่าวไม่มีผลบังคับหรือผูกพัน เนื่องจากไม่มีระบบในการบังคับให้รัฐต่างๆ ปฏิบัติตาม²⁹

อย่างไรก็ตามการวิพากษ์วิจารณ์โครงสร้างของ JAA ดำเนินการโดยคณะกรรมการสหภาพยุโรป และเป็นผลสืบเนื่องมาจากประมวล JAA ส่วนใหญ่ถูกทำให้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายของสหภาพยุโรป ซึ่งการอ้างอิงครั้งแรกพบใน EEC Regulation 3922/91 ว่าด้วยการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของความต้องการทางเทคนิคและกระบวนการบริหารจัดการในด้านการบินพลเรือน (The harmonization of technical requirements and administrative procedures in the field of civil aviation) เหตุผลของ EC Regulation นำไปสู่เสรีภาพของการของคนและสินค้าและการจัดตั้งนโยบายการขนส่งร่วมกัน Regulation ใช้บังคับแก่การทำให้อันหนึ่งอันเดียวกันของความต้องการทางเทคนิคและกระบวนการบริหารจัดการในด้านความปลอดภัยของการบินพลเรือน ตามรายการในภาคผนวก II ของ Regulation และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องการออกแบบ การผลิต การดำเนินการ และการบำรุงรักษาอากาศยาน บุคคล และองค์กรที่มีส่วน

²⁸ I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, *supra note 1*, p. 85.

²⁹ *ibid*

เกี่ยวข้องกับงานเหล่านี้ เป็นต้น ในด้านอื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้ในรายการของภาคผนวก II สหภาพยุโรปประสงค์ให้รับเอาความต้องการทางเทคนิคทั่วไปและกระบวนการบริหารจัดการบนพื้นฐานของมาตรา 84(2) ของ EC Treaty หลังจากการยื่นข้อเสนอดังกล่าวจากคณะกรรมการสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตามควรจะระลึกไว้ว่าคณะกรรมการเป็นผู้ดำเนินการตามมากกว่าเป็นผู้ริเริ่มพัฒนาขึ้นมาใหม่ ในด้านนี้ เนื่องจาก Directorate VII (การขนส่ง) ไม่มีความเชี่ยวชาญเพียงพอที่จะมีบทบาทเป็นผู้นำในด้านนี้³⁰

หน้าที่หลักตามพันธกรณีถูกดำเนินการโดยรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปโดยเป็นที่ยอมรับว่า หากไม่มีความต้องการทางเทคนิคหรือการประเมินผลต่อไป การออกแบบผลิตภัณฑ์ การผลิต การดำเนินงาน และการบำรุงรักษาในการปฏิบัติตามร่วมกันโดยความต้องการทางเทคนิค และกระบวนการบริหารใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ดังกล่าวต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐอื่น ผลิตภัณฑ์ที่ปรากฏอยู่แล้วและผลิตภัณฑ์ที่ตามมาจะไม่ได้รับใบรับรองตามความต้องการทางเทคนิคและกระบวนการบริหารร่วมกัน ซึ่งอาจได้รับการยอมรับจากรัฐสมาชิกภายใต้กฎระเบียบภายในที่อยู่ระหว่างการรับเอามาตรฐานร่วมกันภายใต้ข้อบังคับนี้มาใช้ บทบัญญัตินี้บัญญัติขึ้นเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการยอมรับใบรับรองดังกล่าว ตลอดจนเป็นทางออกของปัญหาด้านความปลอดภัย ที่ย่ำที่สุด บทบัญญัตินี้ออกแบบเพื่อให้มั่นใจว่าข้อมูลเพียงพอที่จะให้คณะกรรมการสหภาพยุโรป ปฏิบัติงานนี้ภายใต้ Regulation ในท้ายที่สุด Regulation 3922/91 ได้รวมเอาหลักการทั้งหมดของประมวลใบรับรองซึ่งพัฒนาโดย JAA และ JAR-145 ว่าด้วยองค์กรที่ได้รับการอนุมัติในการบำรุงรักษา ซึ่งกล่าวไว้ใน ภาคผนวก II ของ Regulation ตีพิมพ์ใน OJ C 297/12-19 (1994) ในปีค.ศ. 1995 สหภาพยุโรป ได้สนับสนุนให้คณะกรรมการสหภาพยุโรป เพื่อให้มีความสะดวกในการดำเนินการมากขึ้นโดยคง JAR เข้าไปในกฎหมายของสหภาพยุโรป³¹

กล่าวโดยสรุป ผลที่ตามมาของบทบัญญัติเกี่ยวกับตลาดการบินร่วมภายในประชาคมยุโรปสำหรับการขนส่งทางอากาศ ทำให้จำนวนของผู้ขนส่งทางอากาศที่ให้บริการในเส้นทางแบบประจำมีกำหนดเติบโตขึ้นตั้งแต่ปี 1992 เช่นเดียวกับจำนวนตัวเลขความเชื่อมโยงกันระหว่างรัฐสมาชิก ซึ่งเป็นประโยชน์ในแง่บวก ส่งผลให้สายการบินแห่งชาติสามารถแข่งขันกับสายการบินอื่นในตลาดการบินภายในและกฎหมายได้กำจัดเงื่อนไขข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องตามความเป็นจริงภายใต้ระบบทวิภาคเดิมออกไปอย่างหมดสิ้น นอกจากนี้คณะกรรมการสหภาพยุโรปยังได้เดินทาง

³⁰ *ibid*, p. 86.

³¹ *ibid*, pp. 86-87.

นำเสนอกฎเกณฑ์ใหม่ในด้านการให้บริการขนส่งทางอากาศเชิงพาณิชย์จากรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป แก่ประเทศที่สาม เพื่อให้เกิดความคืบหน้าของการเปิดเสรีภาคการขนส่งทางอากาศและค่อยๆ ละทิ้งระบบความตกลงทวิภาคี³²

3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการสายการบินของสหรัฐอเมริกา

การจะประกอบกิจการขนส่งทางอากาศและเป็นสายการบินของสหรัฐอเมริกา (U.S. Airline) ได้นั้นผู้ประกอบการต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะ³³ (Certificate of Public Convenience and Necessity) หรือได้รับยกเว้นจากข้อกำหนดในใบอนุญาตจากกระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกา ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code) แล้วเท่านั้นจึงจะสามารถประกอบกิจการสายการบินได้

นอกจากนี้สายการบินต่างชาติซึ่งเป็นสายการบินที่กำหนดนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกาก่อน จึงจะทำให้สิทธิการบินตามความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำกับต่างประเทศเพื่อการบินเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการขนส่งทางอากาศของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แก่ หมวดย่อยที่ 7 ว่าด้วยเรื่องการบิน ของหมวดที่ 49 ว่าด้วยการขนส่ง แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code, Title 49 – Transportation, Subtitle VII – Aviation Programs § 40101-50105) โดยผู้เขียนจะการศึกษาในรายละเอียดดังต่อไปนี้

³² I.H.Ph. Diederiks-Verschoor, *supra note 1*, p. 75.

³³ คำแปลโดย ณิชฐริดา หมีทอง, “ปัญหากฎหมายไทยเกี่ยวกับสัญชาติของสายการบินในการประกอบธุรกิจการบินระหว่างประเทศ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 73.

3.1.2.1 การอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินระหว่างประเทศ

(1) คุณสมบัติและแบบพิธี

ประมวลกฎหมายของสหรัฐได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะให้กับพลเมืองของสหรัฐอเมริกาที่ได้ขออนุญาตประกอบการบริการขนส่งทางอากาศในฐานะที่เป็นผู้ขนส่ง³⁴

คุณสมบัติในการขออนุญาตประกอบการบริการขนส่งทางอากาศตาม 49 U.S.C. § 41101³⁵ กำหนดกล่าวคือ เว้นแต่มีบทบัญญัติในกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นกำหนดไว้

³⁴ 49 U.S.C. § 41102 General, temporary, and charter air transportation certificates of air carriers

(a) ISSUANCE.—The Secretary of Transportation may issue a certificate of public convenience and necessity to a citizen of the United States authorizing the citizen to provide any part of the following air transportation the citizen has applied for under section 41108 of this title: (1) air transportation as an air carrier.

³⁵ 49 U.S.C. § 41101 Requirement for a certificate

(a) GENERAL.—Except as provided in this chapter or another law—

(1) an air carrier may provide air transportation only if the air carrier holds a certificate issued under this chapter authorizing the air transportation;

(2) a charter air carrier may provide charter air transportation only if the charter air carrier holds a certificate issued under this chapter authorizing the charter air transportation; and

(3) an air carrier may provide all-cargo air transportation only if the air carrier holds a certificate issued under this chapter authorizing the all-cargo air transportation.

(b) THROUGH SERVICE AND JOINT TRANSPORTATION.—A citizen of the United States providing transportation in a State of passengers or property as a common carrier for compensation with aircraft capable of carrying at least 30 passengers, under authority granted by the appropriate State authority—

(1) may provide transportation for passengers and property that includes through service by the citizen over its routes in the State and in air transportation by an air carrier or foreign air carrier; and

เป็นอย่างอื่น ผู้ขนส่งทางอากาศสามารถดำเนินการขนส่งทางอากาศได้ต่อเมื่อเป็นผู้ขนส่งทางอากาศที่มีใบอนุญาตในการประกอบกิจการบริการทางอากาศภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางอากาศ โดยพลเมืองของสหรัฐอเมริกาสามารถดำเนินการขนส่งทางอากาศภายในรัฐได้เมื่อมีความสามารถที่จะจ่ายค่าชดเชยสำหรับผู้โดยสารหรือทรัพย์สินด้วยอากาศยานที่สามารถขนส่งผู้โดยสารได้อย่างน้อย 30 คนภายใต้การอนุญาตที่เหมาะสมจากรัฐ ซึ่งอาจให้บริการขนส่งผู้โดยสารและทรัพย์สินรวมถึงการบริการโดยพลเมืองเหนือเส้นทางภายในรัฐและการขนส่งทางอากาศโดยผู้ขนส่งทางอากาศหรือผู้ขนส่งทางอากาศต่างชาติ

คุณสมบัติในการขออนุญาตประกอบการบริการขนส่งทางอากาศตามที่ 49 U.S.C. § 41102³⁶ คือ ก่อนที่จะมีการออกใบอนุญาตภายใต้ § 41102 (a) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมต้องเห็นว่าพลเมืองดังกล่าวมีความเหมาะสม มีเจตนาที่ดี และมีความสามารถในการจัดหาบริการขนส่งทางอากาศที่ได้รับใบอนุญาตและสามารถปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่รัฐมนตรีกำหนด นอกจากนี้ยังต้องอยู่ภายใต้ § 41102 (1) ก่อนที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมจะออกใบอนุญาตภายใต้ § 41102 (a) ผู้ประกอบการต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะ

(2) หลักเกณฑ์การกำหนดราคาค่าโดยสารและค่าธรรมเนียม

ประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเกี่ยวกับราคาไว้ใน United States Code, Title 49 – Transportation, Subtitle VII, Part A, Subpart ii, Chapter

(2) subject to sections 41309 and 42111 of this title, may make an agreement with an air carrier or foreign air carrier to provide the joint transportation.

³⁶ 49 U.S.C. § 41102 General, temporary, and charter air transportation certificates of air carriers

(b) FINDINGS REQUIRED FOR ISSUANCE.—

(1) Before issuing a certificate under subsection (a) of this section, the Secretary must find that the citizen is fit, willing, and able to provide the transportation to be authorized by the certificate and to comply with this part and regulations of the Secretary.

(2) In addition to the findings under paragraph (1) of this subsection, the Secretary, before issuing a certificate under subsection (a) of this section for foreign air transportation, must find that the transportation is consistent with the public convenience and necessity.

415 – Pricing § 41501-41511) โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องราคา เช่น การกำหนดราคาที่เหมาะสม การจำแนกประเภท ระเบียบและปฏิบัติ ของการกำหนดราคาร่วมกันในการขนส่งทางอากาศต่างประเทศ ที่กำหนดให้ผู้ขนส่งทางอากาศทุกรายและผู้ขนส่งต่างชาติจะกำหนดราคาที่เหมาะสม ให้สอดคล้องกับกฎ ระเบียบ ปฏิบัติเกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศต่างประเทศ และใช้บังคับโดยไม่เลือกปฏิบัติ³⁷ การกำหนดราคาร่วม (joint prices) โดยผู้ขนส่งทางอากาศ การกำหนดราคาร่วมโดยรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคม การกำหนดค่าระหว่างในเส้นทางบินต่างประเทศ อำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมในการเปลี่ยนแปลงราคาสำหรับการขนส่งทางอากาศต่างประเทศ การปรับเปลี่ยนกฎระเบียบและปฏิบัติการกำหนดราคาร่วม เป็นต้น

(3) การจัดสรรเส้นทางบินและสิทธิการบิน

ในเรื่องการจัดสรรเส้นทางบินและสิทธิการบินนี้ เมื่อผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศได้รับอนุญาตให้ดำเนินการบริการทางอากาศได้แล้ว ผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศหรือสายการบินสามารถใช้สิทธิในเส้นทางบินและสิทธิการบินตามที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำความตกลงบริการเดินอากาศกับประเทศต่างๆ ได้อย่างเสรี ตามศักยภาพของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศหรือสายการบินนั้นๆ

3.1.2.2 การเพิกถอนการอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินระหว่าง

ประเทศ

ตามประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา § 41110³⁸ ได้กำหนดให้ใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะที่ได้ออกตาม §

³⁷ 49 U.S.C. § 41501 Establishing reasonable prices, classifications, rules, practices, and divisions of joint prices for foreign air transportation

Every air carrier and foreign air carrier shall establish, comply with, and enforce-

(1) reasonable prices, classifications, rules, and practices related to foreign air transportation; and

(2) for joint prices established for foreign air transportation, reasonable divisions of those prices among the participating air carriers or foreign air carriers without unreasonably discriminating against any of those carriers.

³⁸ 49 U.S.C. § 41110 Effective period and amendments, modifications, suspensions, and revocations of certificates

41102 มีผลใช้ได้ตั้งแต่วันที่กำหนดไว้จนกว่าจะสิ้นสุดลงตามระยะเวลาของใบอนุญาต หรือเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมกำหนดไว้สำหรับผู้ขนส่งทางอากาศที่มีใบอนุญาตฯ

(a) General

(1) Each certificate issued under section 41102 of this title is effective from the date specified in it and remains in effect until

(A) the Secretary of Transportation suspends or revokes the certificate under this section;

(B) the end of the period the Secretary specifies for an air carrier having a certificate of temporary authority issued under section 41102 (a)(2) of this title; or

(C) the Secretary certifies that transportation is no longer being provided under a certificate.

(2) On application or on the initiative of the Secretary and after notice and an opportunity for a hearing or, except as provided in paragraph (4) of this subsection, under section 41111 of this title, the Secretary may—

(A) amend, modify, or suspend any part of a certificate if the Secretary finds the public convenience and necessity require amendment, modification, or suspension; and

(B) revoke any part of a certificate if the Secretary finds that the holder of the certificate intentionally does not comply with this chapter, sections 41308–41310(a), 41501, 41503, 41504, 41506, 41510, 41511, 41701, 41702, 41705–41709, 41711, 41712, and 41731–41742, chapter 419 sections 41308–41310(a), 41501, 41503, 41504, 41506, 41510, 41511, 41701, 41702, 41705–41709, 41711, 41712, and 41731–41742, chapter 419, subchapter II of chapter 421, and section 46301 (b) of this title, a regulation or order of the Secretary under any of those provisions, or a term of its certificate.

(3) The Secretary may revoke a certificate under paragraph (2)(B) of this subsection only if the holder of the certificate does not comply, within a reasonable time the Secretary specifies, with an order to the holder requiring compliance.

(4) A certificate to provide foreign air transportation may not be amended, modified, suspended, or revoked under section 41111 of this title if the holder of the certificate requests an oral evidentiary hearing or the Secretary finds, under all the facts and circumstances, that the hearing is required in the public interest.

ชั่วคราว ซึ่งออกให้ภายใต้ § 41102(a)(2) หรือเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมรับรองว่าไม่จำเป็นต้องมีการขนส่งภายใต้ใบอนุญาตฯ ดังกล่าวอีกต่อไป นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมสามารถที่จะพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะได้ในกรณีที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามที่ประมวลกฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ แต่สำหรับการพักใช้หรือเพิกถอนการอนุญาตเนื่องจากสายการบินมีความไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านพลเมือง ในกรณีที่มีการยื่นคำร้องหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมีความเห็นหลังจากที่ได้แจ้งและได้มีโอกาสพิจารณาแล้ว หรือสำหรับการประกอบการบริการเดินอากาศระหว่างประเทศหากว่าผู้ได้รับอนุญาตได้ร้องขอให้มีการพิจารณาโดยเปิดเผยหรือรัฐมนตรีเห็นว่าภายใต้ข้อเท็จจริงทั้งหมดและสถานการณ์ต่างๆ ที่จำเป็นต้องมีการพิจารณาโดยเปิดเผยเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจสั่งให้แก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือพักใช้การอนุญาตในส่วนใดๆ ที่ได้อนุญาตไว้ในใบอนุญาตได้ หากรัฐมนตรีเห็นว่าใบอนุญาตเช่นนี้ควรได้รับการแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือพักใช้ แต่จะเพิกถอนทันทีไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายไม่อนุญาตให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมสามารถเพิกถอนใบอนุญาตได้ในกรณีที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านพลเมือง

3.1.2.3 หน่วยงานสำคัญด้านการบินของสหรัฐอเมริกา

สำนักงานบริหารการบินแห่งชาติ (The Federal Aviation Administration) เป็นหนึ่งในหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลและประสานงานร่วมกันของกระทรวงคมนาคม (The Department of Transportation: DOT) สำนักงานบริหารการบินแห่งชาติมีหน้าที่หลักในการสนับสนุนด้านความปลอดภัยการบิน และทำให้มั่นใจว่าในการใช้อากาศยานของประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีหน้าที่ในด้านความปลอดภัยการบินดังต่อไปนี้³⁹

- ออกกฎและบังคับใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความปลอดภัยการบิน
 - ออกใบอนุญาต นักบิน อากาศยาน ส่วนประกอบของอากาศยาน
- หน่วยงานทางอากาศ และสนามบิน
- กำกับดูแลความปลอดภัยการบิน รวมถึงการค้นคว้าวิจัยและการพัฒนา

³⁹ Alexander T. Wells, John G. Wensveen, Air Transportation: a management perspective, 5th ed., (California : Belmont, 2004), p.101.

- การจัดการและการดำเนินการระบบน่านฟ้าภายในประเทศ

นอกจากนี้สำนักงานบริหารการบินแห่งชาติยังพิจารณาโครงการและรายละเอียดทั้งหมดของการออกแบบอากาศยานแบบใหม่และใบอนุญาตที่เหมาะสมสำหรับอากาศยานในการบินครอบคลุมพื้นดินและอากาศที่ใช้ทดสอบ

ใบอนุญาตอากาศยานและการบิน

สำนักงานบริหารการบินแห่งชาติประสงค์ให้อากาศยานแต่ละลำต้องได้รับใบรับรอง หรือใบอนุญาตว่าเหมาะที่จะเดินอากาศที่ออกโดยหน่วยงาน ทั้งการออกแบบเดิมและอากาศยานแต่ละลำที่ผลิตภายหลังตามการออกแบบดังกล่าวต้องได้รับการรับรองจากผู้ตรวจสอบของสำนักงานบริหารการบินแห่งชาติ แม้กระทั่งอากาศยานที่ผลิตภายในครัวเรือนก็ต้องได้รับใบรับรองจากสำนักงานบริหารการบินแห่งชาติ

ในกรณีของเครื่องบินขนส่งใหม่ เช่น เครื่องบินไอพ่นสายพันธุ์ใหม่ที่เชื้อเพลิงมีประสิทธิภาพ (โบอิง 757 และ 767 แอร์บัส เอ320 และเอ330) ในการออกใบรับรองอาจใช้เวลาดำเนินการหลายปี สำนักงานบริหารการบินแห่งชาติจะเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องตั้งแต่ขั้นที่อากาศยานยังเป็นพิมพ์เขียวอยู่ วิศวกรการบินของสำนักงานบริหารการบินแห่งชาติจะทำงานร่วมกับวิศวกรของโรงงานโดยตลอดตั้งแต่การเริ่มต้นกระบวนการสร้าง การตรวจสอบความคืบหน้าของส่วนประกอบต่างๆ เช่น ลำตัวเครื่องบิน ปีก เกียร์สำหรับลงจอด พื้นผิวของหางเครื่องบิน เพื่อให้มั่นใจว่าคุณภาพเป็นไปตามการออกแบบที่ได้รับการรับรอง ความระแวดระวังเช่นเดียวกันนี้ได้รับการปฏิบัติในการออกแบบและผลิตเครื่องยนต์อากาศยาน ใบพัด และอุปกรณ์ด้วย

เมื่อเครื่องบินลำใหม่ตามต้นแบบสร้างเสร็จ จะต้องผ่านการทดสอบภาคพื้นดินและทดสอบการบินอย่างเป็นทางการเป็นลำดับอย่างครอบคลุม เมื่อทั้งหมดผ่านไปได้ด้วยดี อากาศยานจะได้รับใบรับรองที่แสดงว่าเป็นไปตามมาตรฐานของสำนักงานบริหารการบินแห่งชาติในการก่อสร้างและการปฏิบัติการ ซึ่งถูกนำไปปฏิบัติโดยการออกคำสั่งของการผลิตใบรับรองสำหรับผู้ผลิตเมื่อมีประสิทธิภาพในการผลิตซ้ำตามชนิดการออกแบบที่ได้สร้างไว้ ในท้ายที่สุดอากาศยานแต่ละลำก็จะได้รับใบสมควรเดินอากาศเพื่อยืนยันข้อเท็จจริงว่ามันเป็นไปตามชนิดของใบรับรองและปลอดภัยสำหรับการบิน⁴⁰

⁴⁰ *Ibid*, p.110-111

3.2 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public-Private Partnerships Law: PPP Law) ซึ่งผู้เขียนได้เลือกศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป เนื่องจากสหภาพยุโรปเป็นกลุ่มประเทศที่มีการให้เอกชนเข้ามามีบทบาทในโครงการต่างๆ ของภาครัฐเป็นจำนวนมาก และกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี(ประเทศเกาหลีใต้) เนื่องจากในการร่างพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ประเทศไทยได้นำกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนของประเทศเกาหลีใต้มาเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว นอกจากนี้ประเทศเกาหลีใต้ยังเป็นอีกประเทศหนึ่งในทวีปเอเชียที่มีการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐอย่างแพร่หลายอีกด้วย

3.2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐอยู่หลายฉบับ ซึ่งส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบของ ข้อกำหนดของสหภาพยุโรป (EU directives) โดยมีข้อกำหนดแยกย่อยตามประเภท (Sector Directive) ของการบริการด้านต่างๆ เช่น น้ำ พลังงาน การขนส่ง การไปรษณีย์ เป็นต้น ข้อกำหนดของสหภาพยุโรปว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและประกวดราคา ถูกคาดหวังให้มีความมากกว่าเป็นเพียงแค่กฎเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างและประกวดราคา โดยหลักการพื้นฐานที่สำคัญของข้อกำหนดเหล่านี้คือความโปร่งใส ความเท่าเทียม การแข่งขันที่มีการเปิดเสรี และกระบวนการบริหารจัดการที่ดี ข้อกำหนดเหล่านี้ถูกออกแบบมาเพื่อให้ตลาดในการจัดซื้อจัดจ้างสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการแข่งขันอย่างเสรี และมีการควบคุมที่ดี ซึ่งมีความจำเป็นสำหรับการนำเงินของรัฐไปใช้ในทางที่ดี⁴¹

ในส่วนนี้จะขออธิบายเฉพาะเนื้อหาของข้อกำหนดที่ 2014/23 (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts) เนื่องจากข้อกำหนดนี้เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ

⁴¹ European Commission, “Legal rules and implementation,” Accessed September 1, 2015, http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/index_en.htm.

สำหรับการให้สัมปทานโดยภาครัฐผู้มีอำนาจเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริการจากผู้ผลิตภาคเอกชน ซึ่งข้อกำหนดนี้เป็นส่วนหนึ่งของข้อกำหนดว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งออกแบบมาเพื่อปรับปรุงกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างสำหรับทุกด้านของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในกลุ่มประเทศยุโรป⁴²

เนื่องจากการที่ไม่มีกฎระเบียบที่ชัดเจนในระดับสหภาพในเรื่องการให้สัญญาสัมปทาน ได้ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายและอุปสรรคในการจัดสรรบริการสาธารณะ และทำให้การทำงานของตลาดภายในเกิดการบิดเบือน เป็นผลให้ผู้ประกอบการโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลาง (SMEs) ถูกกีดรอนสิทธิของตนและพลาดโอกาสทางธุรกิจที่สำคัญในตลาดภายในไป ขณะที่หน่วยงานของรัฐก็ไม่อาจจัดหาบริการที่มีคุณภาพดีในราคาที่เหมาะสมที่สุดแก่ประชาชนในสหภาพยุโรป ดังนั้นเพื่อเป็นการดำเนินการให้มีกรอบทางกฎหมายที่เพียงพอ เหมาะสมและมีความยืดหยุ่นเกี่ยวกับเรื่องการให้สัญญาสัมปทานและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติในการเข้าสู่ตลาด จึงได้มีการออกข้อกำหนดที่ 2014/23 (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts) ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการให้ทำสัญญาสัมปทานโดยหน่วยงานรัฐซึ่งให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการหรือเป็นผู้ให้บริการดังกล่าว ซึ่งกรอบกฎหมายนี้ทำให้เกิดความชัดเจนในทางกฎหมายมากยิ่งขึ้น ทั้งยังเป็นการสนับสนุนการลงทุนภาครัฐในโครงสร้างพื้นฐานและการบริการเชิงกลยุทธ์เพื่อบริการประชาชนเพื่อผู้ประกอบการและอาจจะเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการเพิ่มตลาดระหว่างประเทศในการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐและการส่งเสริมการค้าโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรจะได้เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการ SMEs ได้เข้าถึงโอกาสในตลาดสัมปทานของสหภาพยุโรป

ข้อกำหนดดังกล่าวได้มีทั้งหมด 55 มาตราและมีภาคผนวกแนบท้าย 11 ภาคผนวก ซึ่งจะขออธิบายโดยแบ่งออกเป็น หัวข้อหลักดังนี้

⁴² World Bank, “Public-Private Partnerships Laws/ Concession Law,” Accessed September 1, 2015, <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws#europeanunion>.

3.2.1.1 หลักการเบื้องต้น

(1) ขอบเขตการใช้บังคับ

ข้อกำหนดที่ 2014/23 (Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts) นี้จัดตั้งกฎเกณฑ์ว่าด้วยกระบวนการสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างโดยผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting Authorities) และหน่วยงานที่ทำสัญญา (Contracting Entities) โดยวิธีการให้สัมปทาน⁴³ ซึ่งใช้บังคับแก่สัมปทานที่มีมูลค่าโครงการไม่น้อยกว่า 5,186,000 ยูโร⁴⁴

ข้อกำหนดที่ 2014/23 ใช้บังคับแก่การให้งานสัมปทานหรือสัมปทานด้านบริการแก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจโดยผู้มีอำนาจทำสัญญา หรือหน่วยงานที่ทำสัญญา โดยมีเงื่อนไขว่างานหรือบริการมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์ของกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กล่าวไว้ในภาคผนวก II อย่างไรก็ตาม กรณีที่มีการจัดระบบการถ่ายโอนอำนาจและความรับผิดชอบสำหรับการปฏิบัติงานสาธารณะระหว่างผู้มีอำนาจทำสัญญาและหน่วยงานที่ทำสัญญา โดยข้อตกลง (Agreements) คำตัดสิน (Decisions) หรือเอกสารทางกฎหมายอื่น (Other legal instruments) ซึ่งไม่ได้รับค่าตอบแทนจากการปฏิบัติงานจะถือว่าเป็นเรื่ององค์กรภายในของรัฐสมาชิก และไม่อยู่ภายใต้บังคับของข้อกำหนดนี้⁴⁵

(2) นิยามสัญญาสัมปทาน

ข้อกำหนดที่ 2014/23 ได้กำหนดนิยามของสัมปทาน (Concessions) ไว้ในมาตรา 5 ว่า หมายถึง งานสัมปทานหรือสัมปทานด้านบริการ ดังต่อไปนี้

งานสัมปทาน (Works Concession) หมายถึง สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นผลประโยชน์ทางการเงิน ซึ่งหมายถึงผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่ามอบความไว้วางใจในการดำเนินงานให้แก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (Economic Operators) รายหนึ่งหรือมากกว่า โดยการพิจารณาจะประกอบด้วยสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ประโยชน์จากงานดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับสัญญา หรือใช้สิทธินั้นพร้อมกับการชำระเงิน

⁴³ Directive 2014/23/EU Article 1

⁴⁴ Directive 2014/23/EU Article 8

⁴⁵ Directive 2014/23/EU Article 1

สัมปทานด้านบริการ (Services Concession) หมายถึง สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นผลประโยชน์ทางการเงิน ซึ่งหมายถึงผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่ามอบความไว้วางใจในการจัดหาและจัดการการบริการนอกเหนือไปจากการดำเนินงานที่กล่าวถึงในงานสัมปทานแก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายหนึ่งหรือมากกว่า โดยการพิจารณาจะประกอบด้วยสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ประโยชน์จากการบริการดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับสัญญา หรือใช้สิทธินั้นพร้อมกับการชำระเงิน

การให้งานสัมปทานหรือสัมปทานด้านบริการจะรวมถึงการโอนความเสี่ยงของการดำเนินงานในการใช้ประโยชน์งานหรือบริการดังกล่าว ครอบคลุมถึงความเสี่ยงด้านอุปสงค์หรืออุปทานให้แก่ผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัมปทานจะถือว่าความเสี่ยงภายใต้เงื่อนไขปกติในการดำเนินงาน ซึ่งจะไม่มีการรับประกันว่าจะได้รับเงินที่ลงทุนไปกลับคืน หรือค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการดำเนินงานหรือบริการซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัมปทาน ความเสี่ยงส่วนหนึ่งถูกโอนไปยังผู้รับสัมปทาน ซึ่งจะรวมถึงการเผชิญกับความหลากหลายของตลาด เช่น ความเสียหายโดยประมาณที่เกิดขึ้นโดยผู้รับสัมปทานที่จะไม่ใช่เพียงเรื่องเล็กน้อยหรือเรื่องที่ไม่สำคัญ

(3) คู่สัญญา

ข้อกำหนดที่ 2014/23 ได้กำหนดนิยามของคู่สัญญาสัมปทานไว้ดังต่อไปนี้

คู่สัญญาภาครัฐ ได้แก่

ผู้มีอำนาจทำสัญญา (Contracting Authorities) หมายถึง รัฐ ภูมิภาค หรือหน่วยงานท้องถิ่น องค์กรที่ควบคุมโดยกฎหมายปกครอง (Bodies governed by public law)⁴⁶

⁴⁶ Directive 2014/23/EU Article 6 องค์กรที่ควบคุมโดยกฎหมายปกครอง (Bodies governed by public law) หมายถึง องค์กรที่มีลักษณะทั้งหมดดังต่อไปนี้

องค์กรเหล่านั้นจัดตั้งเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจงเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการทั่วไป โดยไม่ได้มีลักษณะทางการค้าหรืออุตสาหกรรม

องค์กรเหล่านั้นมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมาย

หรือสมาคมที่จัดตั้งโดยหน่วยงานดังกล่าวหนึ่งหน่วยงานหรือมากกว่า ซึ่งองค์กรดังกล่าวควบคุมโดยกฎหมายปกครองนอกเหนือจากหน่วยงานดังกล่าวนั้น องค์กรหรือสมาคมซึ่งดำเนินกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กล่าวไว้ในภาคผนวก II และได้รับสัมปทานสำหรับการแสวงหาประโยชน์จากกิจกรรมอย่างหนึ่งจากกิจกรรมเหล่านั้น⁴⁷

หน่วยงานที่ทำสัญญา (Contracting Entities) หมายถึง หน่วยงานที่ดำเนินกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กล่าวไว้ในภาคผนวก II และได้รับสัมปทานสำหรับการแสวงหาประโยชน์จากกิจกรรมอย่างหนึ่งจากกิจกรรมเหล่านั้น ซึ่งเป็นไปตามอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้⁴⁸

- รัฐ ภูมิภาค หรือหน่วยงานท้องถิ่น องค์กรที่ควบคุมโดยกฎหมายปกครองหรือสมาคมที่จัดตั้งโดยหน่วยงานดังกล่าวหนึ่งหน่วยงานหรือมากกว่า ซึ่งองค์กรดังกล่าวควบคุมโดยกฎหมายปกครอง

- กิจการทางปกครอง (Public Undertaking)⁴⁹

- นิติบุคคลอื่นนอกเหนือจากกล่าวไว้ข้างต้น แต่ดำเนินงานบนพื้นฐานของสิทธิพิเศษหรือสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งของกิจกรรมตามที่กล่าวไว้ในภาคผนวก II

คู่สัญญาภาคเอกชน ได้แก่

ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (Economic Operator) หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือหน่วยงานของรัฐ หรือกลุ่มของบุคคลหรือหน่วยงาน รวมถึงการรวมตัว

องค์กรเหล่านั้นมีเงินทุน โดยเงินทุนส่วนใหญ่มาจากรัฐ ภูมิภาค หรือหน่วยงานท้องถิ่น หรือโดยองค์กรอื่นซึ่งควบคุมโดยกฎหมายปกครอง หรืออาจมีการกำหนดการกำกับดูแลการบริหารจัดการโดยหน่วยงานเหล่านั้น หรือมีการบริหาร การจัดการ หรือคณะกรรมการกำกับดูแล มากกว่าครึ่งของสมาชิกได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐ ภูมิภาค หรือหน่วยงานท้องถิ่น หรือโดยองค์กรอื่นซึ่งควบคุมโดยกฎหมายปกครอง

⁴⁷ Directive 2014/23/EU Article 6

⁴⁸ Directive 2014/23/EU Article 7

⁴⁹ Directive 2014/23/EU Article 7 กิจการทางปกครอง (Public undertaking) หมายถึง กิจการใดที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาอาจดำเนินการ โดยตรงหรือโดยอ้อม หรือมีอิทธิพลหลักโดยอาศัยอำนาจกรณีสิทธิ์ของหน่วยงานนั้น การมีส่วนร่วมทางการเงิน หรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับ

แบบชั่วคราวของผู้ประกอบการ ซึ่งเสนอการดำเนินงานของงานหรืองานโดยอุปทานของผลิตภัณฑ์ หรือการให้บริการในตลาด และเมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายนั้นได้รับสัมปทานแล้ว จะเรียกว่า ผู้รับสัมปทาน (Concessionaire)⁵⁰

ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ภายใต้กฎหมายรัฐสมาชิกที่ผู้ประกอบการเหล่านั้นถูกจัดตั้ง จะได้รับสิทธิให้จัดทำบริการที่เกี่ยวข้อง และภายใต้กฎหมายของรัฐสมาชิกซึ่งในสัญญาจะได้รับสัมปทาน ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอาจถูกกำหนดให้ต้องเป็นทั้งบุคคลธรรมดาหรือบุคคลตามกฎหมาย และอาจต้องแสดงให้เห็นว่าในการประกวดราคาหรือในการสมัคร ชื่อและวิชาชีพที่เกี่ยวข้องของพนักงานสามารถรับผิดชอบสำหรับการปฏิบัติงานตามสัญญานั้น⁵¹

(4) กิจการที่อยู่ภายใต้ข้อกำหนด 2014/23

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าข้อกำหนดที่ 2014/23 นี้เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการให้สัมปทานโดยภาครัฐผู้มีอำนาจเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริการจากผู้ผลิตภาคเอกชน ข้อกำหนดที่ 2014/23 นี้ได้กำหนดกิจการที่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดฉบับนี้ไว้ในภาคผนวก II ซึ่งได้แก่ กิจกรรมเกี่ยวกับก๊าซและพลังงานความร้อน ไฟฟ้า เครื่อข่ายการให้บริการประชาชนในด้านการขนส่งโดย รถไฟ ระบบอัตโนมัติ ทางรราง รถโดยสารประจำทาง เคเบิล กิจกรรมเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางภูมิศาสตร์เพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับสนามบิน การเดินทะเล ท่าเรือ หรือสถานีอื่นๆ เพื่อการขนส่งทางอากาศ ทางทะเล หรือน่านน้ำภายใน บริการไปรษณีย์ กิจกรรมเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ทางภูมิศาสตร์เพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับ การสกัดน้ำมันหรือ ก๊าซ การสำรวจหรือแยกถ่านหิน หรือเชื้อเพลิงอื่นๆ ที่เป็นของแข็ง โดยจะกล่าวถึงในรายละเอียดของกิจกรรมดังกล่าวไว้ในภาคผนวก I และกำหนดข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 10 -17 เช่น ข้อยกเว้นเฉพาะในด้านการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์ ในมาตรา 11⁵² ข้อยกเว้นเฉพาะในด้านน้ำมาตรา 12⁵³ สัมปทานระหว่างหน่วยงานภายในภาครัฐ ตามมาตรา 17 เป็นต้น

⁵⁰ Directive 2014/23/EU Article 5

⁵¹ Directive 2014/23/EU Article 26

⁵² Directive 2014/23/EU Article 11 Specific exclusions in the field of electronic communications ข้อบังคับนี้จะไม่ใช่บังคับกับสัมปทานเพื่อจุดประสงค์หลักของการอนุญาตโดยผู้มีอำนาจทำ

นอกจากนี้ยังมีกิจการที่จัดอยู่ในสัมปทานด้านบริการ โดยกำหนดรายละเอียดไว้ในภาคผนวก IV ไว้หลายประเภท เช่น การบริการด้านสาธารณสุขและสังคม และบริการที่เกี่ยวข้อง การปกครอง สังคม การศึกษา และวัฒนธรรม บริการประกันสังคมภาคบังคับ บริการที่ได้รับประโยชน์ ชุมชนอื่น สังคม และการบริการส่วนบุคคล รวมถึงบริการสหภาพการค้า การเมือง องค์กร สมาคมเยาวชน และสมาชิกองค์กรอื่นๆ การบริการด้านศาสนา บริการด้านโรงแรม และร้านอาหาร บริการด้านกฎหมาย การบริการด้านการบริหารและการปกครองอื่น การจัดหาบริการให้แก่ชุมชน บริการเกี่ยวกับเรือนจำ ความปลอดภัยสาธารณะและการกู้ภัย บริการการสืบสวน และการรักษาความปลอดภัย บริการไปรษณีย์ การบริการระหว่างประเทศ เป็นต้น

นอกจากนี้รัฐสมาชิกอาจสงวนไว้ซึ่งสิทธิในการมีส่วนร่วมในให้สัมปทานการจัดซื้อจัดจ้าง แก่ สถานประกอบการที่ได้รับการคุ้มครอง (Sheltered Workshops) และผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีเป้าหมายหลักเพื่อสังคม และการบูรณาการระดับมืออาชีพ (Professional Integration) ของคนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส หรือกำหนดให้สัมปทานดังกล่าว ดำเนินการในบริบทของโครงการจ้างงานที่ได้รับการคุ้มครอง (Sheltered Employment) กำหนดให้อย่างน้อย 30 % ของพนักงานของสถานประกอบการ (Workshops) ดังกล่าว ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ หรือโครงการ เป็นคนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส การประกาศของสัมปทาน หรือในกรณีที่สัมปทานด้านบริการตามที่กำหนดในภาคผนวก IV⁵⁴

สัญญาเพื่อจัดหาหรือดำเนินงานการสื่อสารเครือข่ายสาธารณะ หรือจัดหาการสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่งหรือมากกว่า แก่สาธารณะ

⁵³ Directive 2014/23/EU Article 12 Specific exclusions in the field of water
ข้อบังคับนี้จะไม่ใช้บังคับกับการให้สัมปทาน เกี่ยวกับ :

การจัดหาหรือดำเนินงานเครือข่ายคงที่โดยเจตนาเพื่อจัดหาบริการแก่ประชาชนในการเชื่อมต่อการผลิต ขนส่ง หรือจัดจำหน่ายน้ำดื่ม จัดส่งน้ำดื่มแก่เครือข่ายดังกล่าว

โครงการวิศวกรรมไฮดรอลิก การชลประทานหรือการระบายน้ำออกจากที่ดิน หากมีปริมาณน้ำที่ใช้สำหรับผลิตน้ำดื่มมากกว่า 20 % ของปริมาณน้ำทั้งหมดที่ใช้สำหรับโครงการดังกล่าวหรือการชลประทานหรือการติดตั้งระบบระบายน้ำ หรือการกำจัดหรือการบำบัดน้ำเสีย

⁵⁴ Directive 2014/23/EU Article 24

จะเห็นได้ว่านอกข้อกำหนดที่ 2014/23 นี้มิได้ใช้แก่โครงการสัมปทานในด้านเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียว แต่ข้อกำหนดฉบับนี้ส่งเสริมให้มีการใช้กับกิจการบริการสาธารณะที่มีเป้าหมายหลักเพื่อพัฒนาด้านสังคมอีกด้วย

(5) เกณฑ์และวิธีการในการคำนวณมูลค่าโดยประมาณของสัมปทาน

ข้อกำหนดที่ 2014/23 ได้กำหนดเกณฑ์และวิธีการในการคำนวณมูลค่าโดยประมาณของสัมปทาน ไว้ในมาตรา 8 ดังนี้

มูลค่าของสัมปทานจะเป็นมูลค่ารวมของผลประกอบการสุทธิจากภาษีมูลค่าเพิ่ม ของผู้รับสัมปทานที่เกิดขึ้นตลอดระยะเวลาของสัญญา ซึ่งประเมินโดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา ในการพิจารณางานหรือบริการ ซึ่งเป็นวัตถุของสัมปทาน เช่นเดียวกับการพิจารณาวัสดุสิ้นเปลืองหรืออุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับงานและบริการดังกล่าว

การเกินราคาจะสมบูรณ์ ณ เวลาที่ได้มีการส่งประกาศของสัมปทาน ในกรณีที่ประกาศดังกล่าวไม่ได้จัดเตรียมไว้ ณ เวลานั้น ซึ่งผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา เริ่มต้นกระบวนการให้สัมปทาน เช่น โดยการติดต่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับสัมปทาน

หากมูลค่าของสัมปทาน ณ เวลาที่ได้รับสัมปทานเกินกว่า 20 % ของมูลค่าที่ได้ประเมินไว้ ความสมบูรณ์ของการประเมินราคาจะเป็นมูลค่าของสัมปทาน ณ เวลาที่ได้รับสัมปทาน

การประเมินมูลค่าของสัมปทานจะได้รับการคำนวณโดยวิธีการที่ระบุไว้ในเอกสารสัมปทาน เมื่อคำนวณมูลค่าโดยประมาณของสัมปทาน ผู้มีอำนาจทำสัญญา และหน่วยงานที่ทำสัญญา ใช้บังคับ คำนึงถึงโดยเฉพาะอย่างยิ่ง

- มูลค่าของรูปแบบใดๆ ของตัวเลือก และการขยายระยะเวลาของสัมปทาน

- รายได้จากการชำระค่าธรรมเนียมและค่าปรับโดยผู้ใช้บริการงานหรือบริการ นอกเหนือจากที่เก็บรวบรวมในนามของผู้มีอำนาจทำสัญญา หรือหน่วยงานที่ทำสัญญา

- การชำระเงินหรือประโยชน์ทางการเงินใดๆ ในรูปแบบใดๆ กระทำโดยการใดๆ โดยผู้มีอำนาจทำสัญญา หรือหน่วยงานที่ทำสัญญา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ต่อผู้รับ

สัมปทาน รวมถึงค่าตอบแทนในการปฏิบัติตามหน้าที่การบริการสาธารณะและ เงินอุดหนุนการลงทุน
ภาครัฐ

- มูลค่าของเงินอุดหนุนหรือประโยชน์ทางการเงินใดๆ ในรูปแบบใดๆ จากบุคคลฝ่ายที่สามสำหรับการปฏิบัติงานของสัมปทาน

- รายได้จากการขายทรัพย์สินใดๆ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัมปทาน

- มูลค่าทั้งหมดของวัสดุสิ้นเปลืองและบริการที่หามาให้ผู้รับสัมปทาน โดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา ที่จัดไว้เป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการดำเนินงานหรือ การให้บริการ

- รางวัล หรือการชำระเงินใดๆ ให้ผู้สมัครหรือผู้ประกวดราคา

ทางเลือกของวิธีการที่ใช้คำนวณมูลค่าโดยประมาณของสัมปทานจะ ไม่ได้ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของข้อกำหนดนี้ และจะไม่มี การแบ่งสัมปทานเพื่อป้องกันไม่ให้สัมปทานตกอยู่ภายใต้บังคับของข้อกำหนดนี้ เว้นแต่ เป็นการยุติธรรม ตามเหตุผลของวัตถุประสงค์

ในกรณีที่การนำเสนองานหรือบริการส่งผลให้สัมปทานที่ได้รับมาใน รูปแบบที่แยกมาหลายๆ ส่วน ในการคำนวณมูลค่าจะต้องรวมเอามูลค่าโดยประมาณของส่วนต่างๆ ดังกล่าวไว้ทั้งหมด

ในกรณีที่มูลค่ารวมของแต่ละส่วนเท่ากับหรือเกินกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ในมาตรานี้ ข้อกำหนดนี้จะใช้บังคับแก่การให้สัมปทานแต่ละส่วน

(6) ระยะเวลาของสัมปทาน

ข้อกำหนดที่ 2014/23 นี้ได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือ หน่วยงานที่ทำสัญญาเป็นผู้ประเมินระยะเวลาบนพื้นฐานของงานหรือบริการที่ร้องขอ และกำหนด ระยะเวลาของสัมปทาน ในกรณีที่สัมปทานที่มีระยะเวลามากกว่า 5 ปี ระยะเวลาสูงสุดของสัมปทาน จะไม่เกินไปกว่าระยะเวลาที่ผู้รับสัมปทานจะคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลว่าจะได้รับเงินในการลงทุน

กลับคืนจากการดำเนินงานหรือบริการ พร้อมกับมีผลตอบแทนจากการลงทุนโดยคำนึงถึงการลงทุนที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงตามสัญญา⁵⁵

3.2.1.2 การให้สัมปทาน

ข้อกำหนดที่ 2014/23 กำหนดหลักทั่วไปไว้ในมาตรา 30 โดยให้ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญามีอิสระในการจัดระเบียบขั้นตอนเพื่อนำไปสู่ทางเลือกของผู้รับสัมปทานในการปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้ ซึ่งการออกแบบขั้นตอนการให้สัมปทานจะเคารพหลักเกณฑ์การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติดังที่วางไว้ในมาตรา 3 โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างขั้นตอนการให้สัมปทาน ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะไม่ให้ข้อมูลที่เป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งอาจให้ประโยชน์แก่ผู้สมัครหรือผู้ประกวดราคาเหนือกว่ารายอื่น

นอกจากนี้รัฐสมาชิกจะใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อทำให้มั่นใจว่าการดำเนินงานของสัญญาสัมปทาน ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจปฏิบัติหน้าที่สอดคล้องกับด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และกฎหมายแรงงาน ซึ่งจัดตั้งโดยกฎหมายของสหภาพ (Union law) กฎหมายภายใน ข้อตกลงร่วมกัน หรือโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ในด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และกฎหมายแรงงาน ตามรายการในภาคผนวก X

(1) ประกาศสัมปทาน (concession notices)

ข้อกำหนดที่ 2014/23 กำหนดไว้ในมาตรา 31 ว่าผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาที่ประสงค์จะให้สัมปทานจะทำให้ทราบเจตนารมณ์ดังกล่าวได้โดยประกาศสัมปทาน ซึ่งประกาศสัมปทานจะประกอบไปด้วยข้อมูลตามที่กล่าวไว้ในภาคผนวก V⁵⁶ ข้อมูลที่

⁵⁵ Directive 2014/23/EU Article 18

⁵⁶ Directive 2014/23/EU Annex V

1. Name, identification number (where provided for in national legislation), address, including NUTS code, telephone, fax number, e-mail and internet address of the contracting authority or entity and, where different, of the service from which additional information may be obtained.

2. Type of contracting authority or entity and main activity exercised

3. If the applications are to contain tenders, e-mail or internet address at which the concession documents will be available for unrestricted and full direct access, free of charge.

Where unrestricted and full direct access, free of charge, is not available in the cases referred to in Article 34(2) an indication of how the procurement documents can be accessed.

4. Description of the concession: nature and extent of works, nature and extent of services, order of magnitude or indicative value and, where possible, duration of the contract. Where the concession is divided into lots, this information shall be provided for each lot. Where appropriate, description of any options.

5. CPV codes. Where the concession is divided into lots, this information shall be provided for each lot.

6. NUTS code for the main location of works in case of works concessions or NUTS code for the main place of performance service concessions; where the concession is divided into lots, this information shall be provided for each lot.

7. Conditions for participation, including:

(a) where appropriate, indication whether the concession is restricted to sheltered workshops, or whether its execution is restricted to the framework of protected job programmes;

(b) where appropriate, indication whether the provision of the service is reserved by law, regulation or administrative provision to a particular profession; reference to the relevant law, regulation or administrative provision;

(c) a list and brief description of selection criteria where applicable; minimum level(s) of standards possibly required; indication of required information (self-declarations, documentation).

8. Time limit for the submission of applications or receipt of tenders.

9. Criteria which will be applied in the award of the concession where they do not appear in other concession documents.

10. Date of dispatch of the notice.

11. Name and address of the body responsible for appeal and, where appropriate, mediation procedures. Precise information concerning the deadline for lodging appeals or, if need be, the name, address, telephone number, fax number and e-mail address of the service from which this information may be obtained.

12. Where appropriate, particular conditions to which performance of the concession is subject.

13. Address where applications or tenders shall be transmitted.

เหมาะสม และข้อมูลอื่นๆ ที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานอื่นเห็นว่าเป็นประโยชน์ ให้สอดคล้องกับรูปแบบของรูปแบบมาตรฐาน

ในกรณีที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาและหน่วยงานที่ทำสัญญาประสงค์จะให้สัมปทานที่เป็นประโยชน์ในด้านสังคมหรือสัมปทานด้านบริการอื่นที่เฉพาะเจาะจงตามรายการภาคผนวก IV จะทำให้ทราบเจตนารมณ์ของแผนการให้สัมปทานโดยการเผยแพร่ประกาศข้อมูลล่วงหน้า ประกาศเหล่านั้นจะประกอบไปด้วยข้อมูลตามที่กำหนดไว้ในภาคผนวก VI

อย่างไรก็ตามผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาไม่ต้องเผยแพร่ประกาศสัมปทานซึ่งงานหรือบริการที่สามารถจัดหาหรือจัดทำได้โดยเฉพาะผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายหนึ่งก็ได้ หากมีเหตุผลใดๆ ดังต่อไปนี้

- วัตถุประสงค์ของสัมปทานคือเพื่อการสร้างสรรค์หรือการได้มาของงานศิลปะหรือการแสดงศิลปะที่มีลักษณะเฉพาะตัว

- กรณีที่ไม่มีการแข่งขันด้วยเหตุผลทางเทคนิค

- การมีอยู่ของสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive right)

- การป้องกันของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิแต่เพียงผู้เดียว นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 (10)⁵⁷

14. Where appropriate, indication of requirements and conditions related to the use of electronic means of communication.

15. Information as to whether the concession is related to a project and/or programme financed by Union funds.

16. For works concessions, indication as to whether the concession is covered by the GPA.

⁵⁷ Directive 2014/23/EU Article 5 (10) ‘exclusive right’ means a right granted by a competent authority of a Member State by means of any law, regulation or published administrative provision which is compatible with the Treaties the effect of which is to limit the exercise of an activity to a single economic operator and which substantially affects the ability of other economic operators to carry out such an activity;

ในกรณีดังกล่าว ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาไม่ต้องเผยแพร่ประกาศสัมปทานใหม่ ในกรณีที่ไม่มีการสมัคร ไม่มีการประกวดราคา ไม่มีการประกวดราคาที่เหมาะสม หรือไม่มีการสมัครที่เหมาะสมที่ถูกเสนอมาเพื่อตอบสนองก่อนหน้ากระบวนการสัมปทาน โดยมีเงื่อนไขว่า เงื่อนไขเริ่มต้นของสัญญาสัมปทานไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญ และรายงานดังกล่าวได้ถูกส่งไปยังคณะกรรมการตามที่ถูกร้องขอ

ภายใน 48 วันหลังจากให้สัมปทาน ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา ต้องส่งประกาศการให้สัมปทานซึ่งเป็นผลของกระบวนการให้สัมปทาน เป็นไปตามขั้นตอนในมาตรา 33 สำหรับสังคมและบริการอื่นๆ โดยเฉพาะเจาะจงตามรายการในภาคผนวก IV ประกาศ เช่นว่านั้นจะถูกแบ่งกลุ่มเป็นรายไตรมาส ในกรณีที่ส่งประกาศเป็นกลุ่มภายใน 48 วันของทุกท้ายไตรมาส ซึ่งประกาศการให้สัมปทานจะประกอบไปด้วยข้อมูลที่กำหนดไว้ในภาคผนวก VII หรือเกี่ยวข้องกับที่เป็นประโยชน์ในด้านสังคมหรือสัมปทานด้านบริการอื่นๆ โดยเฉพาะเจาะจงตามรายการในภาคผนวก IV ข้อมูลที่กำหนดไว้ในภาคผนวก VIII และจะถูกเผยแพร่ตามมาตรา 33⁵⁸

(2) การคัดเลือกผู้สมัคร

การให้สัมปทานจะให้บนพื้นฐานของเกณฑ์ที่กำหนดโดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา ตามมาตรา 41 ว่าด้วยเกณฑ์การให้สัมปทาน โดยมีเงื่อนไขว่าทุกเงื่อนไขดังต่อไปนี้ต้องได้รับการปฏิบัติครบถ้วน

- การประกวดราคาสอดคล้องกับข้อกำหนดขั้นต่ำที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งใช้บังคับโดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา⁵⁹
- การประกวดราคาสอดคล้องกับเงื่อนไขสำหรับการมีส่วนร่วมตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 38(1) และ

⁵⁸ Directive 2014/23/EU Article 32

⁵⁹ ข้อกำหนดขั้นต่ำจะประกอบไปด้วยเงื่อนไขและลักษณะ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านเทคนิค ด้านกายภาพ ด้านการทำงาน และกฎหมาย) ซึ่งการประกวดราคาใดๆ ควรตอบสนองหรือควรมี

- ผู้ประกวดราคาไม่รับการยกเว้นจากการมีส่วนร่วมในกระบวนการให้สัมปทานตามมาตรา 38(4) ถึง (7) และอยู่ภายใต้มาตรา 38(9)

โดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะกำหนดในประกาศสัมปทาน รายละเอียดของสัมปทานและเงื่อนไขของการมีส่วนร่วม หรือกำหนดในประกาศสัมปทาน คำเชิญชวนให้ร่วมประกวดราคาหรือเอกสารสัมปทาน รายละเอียดของเกณฑ์การให้สัมปทานที่เหมาะสม ให้ถึงข้อกำหนดขั้นต่ำ อย่างไรก็ตาม ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจจำกัดจำนวนของผู้สมัครหรือผู้ประกวดราคาให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม บนเงื่อนไขที่ว่าจะทำให้โปร่งใสและอยู่บนพื้นฐานของเกณฑ์วัตถุประสงค์ จำนวนของผู้สมัครหรือผู้ประกวดราคาที่ได้รับเชิญต้องมีจำนวนเพียงพอเพื่อให้มั่นใจว่ามีการแข่งขันที่แท้จริง

ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะติดต่อผู้เข้าร่วมทุกราย เพื่อแจ้งรายละเอียดของกระบวนการที่คาดการณ์ไว้และกำหนดระยะเวลาที่ต้องการทำให้สำเร็จ หากมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ จะมีการแจ้งแก่ผู้เข้าร่วมทุกราย เพื่อประกาศให้ผู้ประกอบการด้านเศรษฐกิจทุกรายทราบขอเบ็ดเตล็ดประกอบที่เปิดเผยในประกาศสัมปทาน โดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะจัดให้มีการบันทึกที่เหมาะสมของขั้นตอนของกระบวนการใช้วิธีการตัดสินที่เหมาะสม ตามมาตรา 28 (1) นอกจากนี้ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจจะมีการเจรจากับผู้สมัครหรือผู้ประกวดราคา แต่สาระสำคัญของสัมปทาน เกณฑ์การให้สัมปทาน และข้อกำหนดขั้นต่ำ จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงในระหว่างการเจรจา⁶⁰

จากนั้นจะมีการเลือกและการประเมินคุณภาพของผู้สมัคร โดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะตรวจสอบเงื่อนไขสำหรับการมีส่วนร่วม ที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในวิชาชีพและวิชาการ และสถานะทางการเงินและเศรษฐกิจของผู้สมัครหรือผู้ประกวดราคา ตามที่ผู้สมัครหรือผู้ประกวดราคาเปิดเผยข้อมูลเอง การอ้างอิงที่ส่งเป็นหลักฐานตามข้อกำหนดเฉพาะเจาะจงในประกาศสัมปทาน ซึ่งจะต้องไม่เลือกปฏิบัติและได้สัดส่วนตามสาระสำคัญของสัมปทาน เงื่อนไขสำหรับการมีส่วนร่วมจะต้องเกี่ยวข้องและได้สัดส่วนเพื่อให้มั่นใจในความสามารถ

⁶⁰ Directive 2014/23/EU Article 37

ของผู้รับสัมปทานในการปฏิบัติตามสัมปทาน โดยคำนึงถึงสาระสำคัญของสัมปทานและเพื่อให้มั่นใจว่ามีการแข่งขันที่แท้จริง⁶¹

เพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขในการมีส่วนร่วมดังกล่าว ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอาจจะพึ่งพาความสามารถขององค์กรอื่นอย่างเหมาะสมเพื่อสัมปทานดังกล่าวโดยไม่คำนึงถึงลักษณะทางกฎหมายขององค์กรนั้นว่าเกี่ยวข้องกับตน เมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจต้องการพึ่งพาความสามารถหน่วยงานอื่น ต้องพิสูจน์ให้ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาเห็นว่าจะมีการจัดการทรัพยากรสำคัญเป็นของตนเองตลอดระยะเวลาของสัมปทาน เช่น การผลิตที่ได้รับมอบหมายโดยหน่วยงานอื่น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางการเงิน ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจกำหนดให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจและหน่วยงานอื่นนั้นร่วมกันรับผิดชอบต่อการดำเนินการของสัญญา⁶²

นอกจากนี้ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาสามารถปลดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกจากการเข้ามีส่วนร่วมในการกระบวนกรให้สัมปทานได้ หากพบว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจถูกตัดสินว่ามีความผิดโดยคำพิพากษาเป็นที่สุดด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

- การมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรม ตามที่นิยามในมาตรา 2 ของ Council Framework Decision 2008/841/JHA (1)

- การคอร์รัปชัน ตามที่นิยามไว้ในมาตรา 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทุจริตรวมถึง เจ้าหน้าที่ของสหภาพยุโรป หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป (Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union) และมาตรา 2(1) ของ Council Framework Decision 2003/568/JHA เช่นเดียวกับการคอร์รัปชันตามที่นิยามไว้ในกฎหมายภายในของผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือองค์กรหรือผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ

- การฉ้อฉล (Fraud) ตามความหมายในมาตรา 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันผลประโยชน์ทางการเงินของประชาคมยุโรป

⁶¹ Directive 2014/23/EU Article 38 (1)

⁶² Directive 2014/23/EU Article 38 (2)

- ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายหรือความผิดที่เชื่อมโยงกับกิจกรรมการก่อการร้าย ตามที่กำหนดในมาตรา 1 และ 3 ของ Council Framework Decision 2002/475/JHA ตามลำดับ หรือปลุกระดม หรือสนับสนุน หรือพยายามที่จะกระทำความผิด ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 Framework Decision ดังกล่าว

- การฟอกเงินหรือการจัดการเงินทุนของผู้ก่อการร้าย ตามที่กำหนดในมาตรา 1 ของ Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council

- การใช้แรงงานเด็กหรือรูปแบบอื่นๆ ของการค้ามนุษย์ ตามที่นิยามไว้ในมาตรา 2 ของ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council

หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะใช้บังคับแก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเมื่อบุคคลที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดโดยคำพิพากษาถึงที่สุดนั้นเป็นสมาชิกของฝ่ายบริหาร ฝ่ายการจัดการ หรือกำกับดูแลผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนั้น หรือมีอำนาจของผู้แทนหรือตัดสินใจหรือควบคุมในเรื่องนั้น⁶³ โดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา จะปลดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกในเวลาใดๆ ระหว่างกระบวนการ เมื่อปรากฏว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนั้น การกระทำครบถ้วนหรือละเว้นการกระทำทั้งก่อนและระหว่างกระบวนการ ในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งดังกล่าว⁶⁴ ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจซึ่งได้ถูกปลดออกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดจากการมีส่วนร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างหรือกระบวนการให้สัมปทานเหล่านั้นไม่มีสิทธิในการใช้ประโยชน์ของสิทธิ์ ระหว่างระยะเวลาของการปลดออกอันเนื่องมาจากคำพิพากษาในรัฐสมาชิกเมื่อคำพิพากษามีผลใช้บังคับ⁶⁵ และหากระยะเวลาของการปลดออกไม่ได้ถูกกำหนดโดยคำพิพากษา ระยะเวลาอันนั้นจะต้องไม่เกินกว่า 5 ปีนับแต่ถูกตัดสินว่ามีความผิดโดยคำพิพากษาถึงที่สุด⁶⁶

ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา จะปลดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกจากการเข้ามีส่วนร่วมในการกระบวนการให้สัมปทาน เมื่อทราบว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกทำผิดหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการชำระภาษีหรือสบทบกองทุนประกันสังคม และเมื่อมีคำพิพากษาหรือคำตัดสินทางฝ่ายบริหารซึ่งเป็นที่สุดและมีผลผูกพันสอดคล้องกับบทบัญญัติของ

⁶³ Directive 2014/23/EU Article 38 (4)

⁶⁴ Directive 2014/23/EU Article 38 (8)

⁶⁵ Directive 2014/23/EU Article 38 (9)

⁶⁶ Directive 2014/23/EU Article 38 (10)

กฎหมายของประเทศซึ่งผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนั้นได้ถูกจัดตั้ง หรือของรัฐสมาชิกของผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา นอกจากนี้ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา อาจจะปลดออก หรือขอให้รัฐสมาชิกปลดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกจากมีส่วนร่วมในกระบวนการให้สัมปทาน เมื่อผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาได้แสดงให้เห็นโดยวิธีการใดๆ ที่เหมาะสมว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจได้ทำผิดหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการชำระภาษีหรือสบทบกองทุนประกันสังคม อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับ หากปรากฏว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ได้ทำหน้าที่ในการชำระหรือเข้าผูกพันในสัญญาว่าจะชำระภาษีหรือสบทบกองทุนประกันสังคมดังกล่าว รวมถึงใช้บังคับแก่ดอกเบียค้างจ่ายหรือค่าปรับใดๆ⁶⁷

รัฐสมาชิกอาจกำหนดให้ใช้มาตรการในเรื่องการปลดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกจากการเข้ามีส่วนร่วมในการกระบวนการให้สัมปทานดังกล่าว บนพื้นฐานของเหตุผลเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ เช่น ด้านสาธารณสุข หรือการปกป้องสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตามรัฐสมาชิกอาจกำหนดให้ยกเว้นมาตรการดังกล่าว เมื่อปรากฏชัดเจนว่าไม่ได้สัดส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อภาษีหรือสบทบกองทุนประกันสังคมที่ไม่ได้ชำระเป็นจำนวนเพียงเล็กน้อย หรือผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจได้รับแจ้งให้ทราบถึงจำนวนที่แท้จริงอันเนื่องมาจากการผิดหน้าที่เกี่ยวกับการชำระภาษีหรือสบทบกองทุนประกันสังคม ซึ่งในเวลาดังกล่าวเป็นไปได้ที่ใช้มาตรการดังที่กำหนด ก่อนครบกำหนดวันสุดท้ายของการยื่นใบสมัคร⁶⁸

นอกจากนี้ ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา อาจจะปลดออก หรือขอให้รัฐสมาชิกปลดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจใดๆ ออกจากมีส่วนร่วมในกระบวนการให้สัมปทาน หากพบว่าได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งดังต่อไปนี้⁶⁹

- เมื่อแสดงให้เห็นโดยวิธีใดๆ ที่เหมาะสมได้ว่า การละเมิดต่อหน้าที่ใดๆ ซึ่งกล่าวไว้ในมาตรา 30(3)⁷⁰

⁶⁷ Directive 2014/23/EU Article 38 (5)

⁶⁸ Directive 2014/23/EU Article 38 (6)

⁶⁹ Directive 2014/23/EU Article 38 (7)

⁷⁰ Directive 2014/23/EU Article 30 (3) Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of concession contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law established by

- เมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเป็นบุคคลล้มละลาย หรืออยู่ภายใต้กระบวนการล้มละลายหรือกระบวนการเลิกกิจการ เมื่อทรัพย์สินของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอยู่ในความปกครองของผู้ชำระบัญชีหรือโดยศาล เมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจมีข้อตกลงกับเจ้าหนี้ เมื่อกิจกรรมทางธุรกิจถูกระงับ หรือเมื่อสถานการณ์คล้ายคลึงกันเกิดขึ้นจากกระบวนการที่คล้ายกัน ภายใต้กฎหมายภายในและกฎระเบียบ (Regulations) ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา อาจจะต้องสนใจไม่ปลดออก หรือร้องขอให้รัฐสมาชิกไม่ปลดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกเมื่อเกิดเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งดังกล่าวขึ้น เมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนั้นจะสามารถปฏิบัติตามสัญญาสัมปทานได้ โดยคำนึงถึงการบังคับใช้กฎหมายภายในและมาตรการเกี่ยวกับความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจ สถานการณ์เหล่านั้น

- ในกรณีที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาสามารถแสดงให้เห็นไว้โดยวิธีการใดๆ ที่เหมาะสมว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจมีความผิดในการประพฤติชอบในวิชาชีพอย่างร้ายแรง ซึ่งทำให้การกระทำของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่สมบูรณ์เป็นที่น่าสงสัย

- เมื่อมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ในความหมายของย่อหน้าที่สองของมาตรา 35⁷¹ ไม่สามารถแก้ไขได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยมาตรการใดๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่า

- เมื่อผู้มีอำนาจทำสัญญามี ตัวชี้วัดที่น่าเชื่อถือพอที่จะสรุปได้ว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ได้ลงนามในข้อตกลงกับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายอื่นเพื่อเป้าหมายในการบิดเบือนการแข่งขัน

- เมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจได้แสดงข้อบกพร่องอย่างมีสำคัญหรือแสดงข้อบกพร่องอยู่เรื่อยไปในการปฏิบัติตามข้อกำหนดที่สำคัญภายใต้สัมปทานก่อนหน้า หรือ

Union law, national law, collective agreements or by the international environmental, social and labour law provisions listed in Annex X.

⁷¹ Directive 2014/23/EU Article 35 The concept of conflicts of interest shall at least cover any situation where staff members of the contracting authority or entity who are involved in the conduct of the concession award procedure or may influence the outcome of that procedure have, directly or indirectly, a financial, economic or other personal interest which might be perceived to compromise their impartiality and independence in the context of the concession award procedure.

สัญญาก่อนหน้าที่มีกับผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือที่มีกับหน่วยงานที่ทำสัญญาตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดที่ 2014/23 หรือ Directive 2014/25/EU ซึ่งนำไปสู่การเลิกสัญญาก่อนหน้าเช่นว่านั้นก่อนเวลา ก่อให้เกิดความเสียหายหรือการลงโทษอื่นๆ ที่เทียบเคียงได้กับการเลิกสัญญา

- เมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานการบิดเบือนความจริงอย่างร้ายแรงในการให้ข้อมูลที่จำเป็นสำหรับการตรวจสอบเพื่อไม่ต้องแสดงเหตุของการปลดออก หรือ เพื่อไม่ต้องปฏิบัติตามเกณฑ์ในการคัดเลือก การปิดบังข้อมูลดังกล่าว หรือไม่สามารถยื่นเอกสารที่กำหนดเพื่อสนับสนุนข้อมูลดังกล่าว

- เมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจได้ดำเนินการเกินควรซึ่งมีอิทธิพลต่อกระบวนการตัดสินใจของผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา เพื่อที่จะได้รับข้อมูลที่เป็นความลับซึ่งอาจให้ได้เปรียบเกินควรในกระบวนการให้สัมปทาน หรือประมาทเลินเล่อในการให้ข้อมูลที่ทำให้เข้าใจผิดซึ่งอาจมีอิทธิพลที่สำคัญในการตัดสินใจเกี่ยวกับ การปลดออก เลิก หรือให้สัมปทาน

- ในกรณีที่สัมปทานในด้านการป้องกันและความปลอดภัยตามที่กล่าวไว้ใน Directive 2009/81/EC เมื่อผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจถูกพบว่าไม่ได้มีความน่าเชื่อถือที่จำเป็นในการยกเว้นความเสี่ยงต่อการรักษาความปลอดภัยของรัฐสมาชิก บนพื้นฐานของวิธีการหรือหลักฐานใดๆ รวมถึงแหล่งข้อมูลที่มีการป้องกัน

หากปรากฏเหตุดังกล่าวในเวลาใดๆ ระหว่างกระบวนการ ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจปลดออกหรือร้องขอให้รัฐสมาชิกปลดผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจออกเมื่อปรากฏว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนั้นเป็นที่สงสัย ในมุมมองของการกระทำครบถ้วนหรือละเว้นการกระทำทั้งก่อนและระหว่างกระบวนการ⁷² ซึ่งส่งผลให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจซึ่งได้ถูกปลดออกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดจากการมีส่วนร่วมในการจัดซื้อจัดจ้างหรือกระบวนการให้สัมปทานเหล่านั้นไม่มีสิทธิในการใช้ประโยชน์ของสิทธิ์ ระหว่างระยะเวลาของการปลดออกอันเนื่องมาจากคำพิพากษาในรัฐสมาชิกเมื่อคำพิพากษามีผลใช้บังคับ⁷³ และหากระยะเวลาของ

⁷² Directive 2014/23/EU Article 38 (8)

⁷³ Directive 2014/23/EU Article 38 (9)

การปลดออกไม่ได้ถูกกำหนดโดยคำพิพากษา ระยะเวลาจะต้องไม่เกินกว่า 3 ปีนับแต่ถูกตัดสินว่ามีความผิดโดยคำพิพากษาถึงที่สุด⁷⁴

อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอาจแสดงหลักฐานที่ทำให้มาตรการนั้นเป็นผลโดยผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจแสดงให้เห็นอย่างเพียงพอโดยเป็นที่น่าเชื่อถือ แม้จะเกี่ยวข้องกับเหตุของการยกเว้น หากหลักฐานดังกล่าวถือว่าเพียงพอ ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายนั้นจะไม่ถูกปลดออกจากกระบวนการ เพื่อวัตถุประสงค์นี้ ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจต้องพิสูจน์ว่าชำระหรือดำเนินการที่จะชำระค่าเสียหายในส่วนของความเสียหายใดๆ ที่เกิดจากความผิดพลาดทางอาญาหรือการประพฤตินิยมชอบอย่างร้ายแรง ซึ่งแจ้งข้อเท็จจริงและสถานการณ์ในลักษณะที่ครอบคลุมโดยการทำงานร่วมกันกับเจ้าหน้าที่ตรวจสอบและดำเนินการทางเทคนิคที่เป็นรูปธรรม จัดระเบียบองค์กร และวัดผลบุคลากรที่มีความเหมาะสมเพื่อป้องกันการกระทำความผิดพลาดทางอาญาหรือการประพฤตินิยมชอบอย่างร้ายแรงต่อไปในอนาคต มาตรการที่ดำเนินการโดยผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจะได้รับการประเมินโดยคำนึงถึงความสำคัญและสถานการณ์เฉพาะของความผิดพลาดทางอาญาหรือการประพฤตินิยมชอบอย่างร้ายแรง ในกรณีที่ถือว่ามาตรการเหล่านั้นไม่เพียงพอ ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนั้นจะได้รับความชี้แจงของสาเหตุสำหรับการตัดสินนั้น⁷⁵

(3) กำหนดเวลาของการรับสมัครและการประกวดราคาสำหรับสัมปทาน

ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะกำหนดเวลาสำหรับการรับสมัครและประกวดราคา ซึ่งจะคำนึงถึงโดยเฉพาะอย่างยิ่งความซับซ้อนของสัมปทานและเวลาที่ต้องการสำหรับการร่างการประกวดราคาหรือการรับสมัครโดยปราศจากอคติต่อข้อจำกัดเวลาขั้นต่ำที่กำหนดไว้ ในกรณีที่การรับสมัครหรือประกวดราคาสามารถทำได้หลังจากการเยี่ยมชมเว็บไซต์หรือหลังจากตรวจสอบเอกสารประกอบเอกสารการให้สัมปทาน การจำกัดเวลาการรับสมัครสำหรับสัมปทานหรือประกวดราคาจะถูกกำหนด ดังนั้นผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอาจตระหนักถึงข้อมูลทั้งหมดที่จำเป็นสำหรับกระบวนการสมัครหรือประกวดราคา และในกรณีใดๆ จะไม่เกินกว่าข้อจำกัดเวลาขั้นต่ำซึ่งจะเป็นระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ประกาศสัมปทานได้ถูกส่ง และเป็นระยะเวลา 22 วัน นับจากวันที่คำเชิญชวนให้เข้าร่วมประกวดราคาได้ถูกส่ง อย่างไรก็ตามข้อจำกัดเวลาสำหรับการ

⁷⁴ Directive 2014/23/EU Article 38 (10)

⁷⁵ Directive 2014/23/EU Article 38 (9)

ประกวดราคาอาจจะลดลง 5 วัน เมื่อผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญายอมรับให้การประกวดราคาดังกล่าวสามารถส่งโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 29⁷⁶

(4) การให้ข้อมูลกับผู้สมัครและผู้ประกวดราคา

ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาต้องแจ้งแก่ผู้สมัครแต่ละรายและผู้ประกวดราคาให้ทราบถึงผลการตัดสินใจเกี่ยวกับการให้สัมปทานเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ รวมทั้งชื่อของผู้ชนะการประกวดราคา เหตุผลสำหรับการตัดสินใจ ที่จะปฏิเสธการสมัครหรือประกวดราคา และเหตุผลใดๆ ที่จะไม่ให้สัมปทานที่ได้มีการเผยแพร่ประกาศสัมปทานหรือการแนะนำขั้นตอน นอกจากนี้ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา จะต้องให้ข้อมูลเร็วที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ และในกรณีใดๆ ภายใน 15 วัน นับจากวันที่ได้รับคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรแก่ผู้ประกวดราคาใดๆ ที่ได้ทำข้อเสนอที่ยอมรับที่มีลักษณะและมีข้อได้เปรียบเมื่อเปรียบเทียบกับผู้ประกวดราคาที่ได้รับการคัดเลือก อย่างไรก็ตามผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจตัดสินใจไม่ยอมให้ข้อมูลเกี่ยวกับการทำสัญญาดังกล่าว หากการเปิดเผยข้อมูลเช่นนั้นจะเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมาย จะขัดต่อประโยชน์สาธารณะ จะกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของการค้าที่ถูกกฎหมายของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะ เป็นของรัฐหรือเอกชน หรืออาจกระทบกระเทือนการแข่งขันที่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ⁷⁷

(5) เกณฑ์การให้สัมปทาน

การให้สัมปทานจะอยู่บนพื้นฐานของเกณฑ์วัตถุประสงค์ซึ่งสอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับความเท่าเทียมและไม่เลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 และทำให้มั่นใจว่าการประกวดราคาดังกล่าวได้รับการประเมินราคาในเงื่อนไขของการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ เพื่อที่จะให้ประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยรวมแก่ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา ซึ่งเกณฑ์การให้สัมปทานจะเชื่อมโยงกับสาระสำคัญของสัมปทาน โดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะไม่อนุญาตให้ไม่จำกัดเสรีภาพในการเลือก ซึ่งอาจรวมถึงแวดล้อม สังคม หรือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับนวัตกรรม โดยหลักเกณฑ์เหล่านั้นจะต้องมาพร้อมกับความต้องการซึ่งช่วยให้ข้อมูลที่ได้รับจากผู้ประกวดราคาได้รับการยืนยันอย่างมีประสิทธิภาพ จากนั้นผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำ

⁷⁶ Directive 2014/23/EU Article 39

⁷⁷ Directive 2014/23/EU Article 40

สัญญาจะตรวจสอบว่าการประมูลถูกต้องเป็นไปตามเกณฑ์การให้สัมปทาน และจะแสดงรายการของหลักเกณฑ์โดยเรียงลำดับความสำคัญ

อย่างไรก็ตาม ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาได้รับการประมูลซึ่งได้นำเสนอวิธีการแก้ปัญหาที่เป็นนวัตกรรมใหม่ ที่มีระดับการดำเนินงานที่โดดเด่นซึ่งไม่สามารถสังเกตเห็นได้โดยผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจยกเว้นเป็นพิเศษเพื่อปรับปรุงการจัดลำดับของเกณฑ์การให้รางวัลโดยคำนึงถึงวิธีแก้ปัญหาที่เป็นนวัตกรรมใหม่นั้น ในกรณีที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะให้ข้อมูลแก่ผู้ประกวดราคาทุกรายเกี่ยวกับการปรับปรุงลำดับของความสำคัญและออกคำเชิญชวนให้เข้าร่วมประกวดราคาใหม่ ภายในข้อจำกัดเวลาที่น้อยที่สุดซึ่งเป็นระยะเวลา 22 วัน นับจากวันที่คำเชิญชวนให้เข้าร่วมประกวดราคาได้ถูกส่ง เมื่อเกณฑ์การให้สัมปทานได้ถูกเผยแพร่ ณ เวลาของการเผยแพร่ประกาศสัมปทาน ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะเผยแพร่ประกาศสัมปทานฉบับใหม่ ภายในข้อจำกัดเวลาขั้นต่ำซึ่งเป็นระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ประกาศสัมปทานได้ถูกส่ง ซึ่งการปรับปรุงการจัดลำดับดังกล่าวจะไม่ส่งผลเป็นการเลือกปฏิบัติ⁷⁸

3.2.1.3 การดำเนินงานสัมปทาน

ในส่วนนี้จะอธิบายถึงกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่สำคัญเกี่ยวกับการดำเนินงานสัมปทาน โดยแยกเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

(1) การทำสัญญารับช่วง (subcontracting)

การปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาสัมปทาน โดยการทำสัญญารับช่วงจะต้องทำให้มั่นใจได้ผ่านกระบวนการที่เหมาะสมโดยหน่วยงานระดับชาติที่มีอำนาจหน้าที่กระทำภายในขอบเขตของความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้นและส่งเงินไปให้ ดังนั้น ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจถูกถามหรือถูกร้องขอโดยรัฐสมาชิกเพื่อถามผู้ประกวดราคาหรือผู้สมัครให้ระบุในการประกวดราคา ส่วนใดๆ ของสัมปทานที่อาจตั้งใจจะทำสัญญารับช่วงแก่

⁷⁸ Directive 2014/23/EU Article 41

บุคคลที่สามและผู้รับช่วงใดๆ ในเอกสารสัมปทาน โดยจะปราศจากอคติในการตั้งคำถามแก่ความรับผิดชอบของผู้รับสัมปทานหลัก⁷⁹

ในกรณีที่งานสัมปทานและในส่วนของกรให้บริการเพื่อจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกภายใต้การกำกับดูแลของผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา หลังจากได้ให้สัมปทานและล่าสุดเมื่อการดำเนินงานของสัมปทานเริ่ม ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะกำหนดให้ผู้รับสัมปทานแสดงให้ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาเห็น ชื่อรายละเอียดการติดต่อ และตัวแทนทางกฎหมายของผู้รับช่วง ที่เกี่ยวข้องในงานหรือบริการดังกล่าว ทราบเท่าที่รู้จัก ณ จุดนั้น ตรงเวลา ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะกำหนดให้ผู้รับสัมปทานแจ้งให้ทราบว่ามีการเปลี่ยนแปลงของข้อมูลระหว่างระยะเวลาสัมปทาน ตลอดจนข้อมูลที่สำคัญสำหรับผู้รับช่วงรายใหม่ที่เกี่ยวข้องกับงานหรือบริการดังกล่าว อย่างไรก็ตามรัฐสมาชิกอาจกำหนดหน้าที่ในการส่งข้อมูลที่จำเป็นโดยตรงให้ผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้หลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่ใช่บังคับแก่ผู้จัดหา (Supplier)⁸⁰

ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจขยายหรือร้องขอโดยรัฐสมาชิกให้ขยายหน้าที่ดังกล่าว ตัวอย่างเช่น⁸¹

- สัมปทานด้านบริการนอกเหนือจากบริการที่เกี่ยวข้องกับบริการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกภายใต้การกำกับดูแลของผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา หรือต่อผู้จัดหาในงานสัมปทานหรือสัมปทานด้านบริการ

- ผู้รับช่วงของผู้รับช่วงของผู้รับสัมปทาน หรือผู้รับช่วงต่อไป

เพื่อวัตถุประสงค์ของการหลีกเลี่ยงการกระทำผิดหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 30(3) มาตรการที่เหมาะสมอาจจะต้องได้รับการดำเนินการ เช่น⁸²

⁷⁹ Directive 2014/23/EU Article 42 (1), (2)

⁸⁰ Directive 2014/23/EU Article 42 (3)

⁸¹ Directive 2014/23/EU Article 42 (3)

⁸² Directive 2014/23/EU Article 42 (4)

- เมื่อกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกที่กำหนดกลไกของความรับผิดชอบร่วมกันระหว่างผู้รับช่วงและผู้รับสัมปทาน รัฐสมาชิกนั้นจะทำให้มั่นใจว่ากฎระเบียบที่เกี่ยวข้องจะนำไปใช้ในการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 30(3)

- ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจตรวจสอบหรือถูกร้องขอโดยรัฐสมาชิกให้ตรวจสอบเมื่อเหตุของการปลดออกของผู้รับช่วงตามมาตรา 38(4) ถึง (10) ในกรณีดังกล่าวผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาจะกำหนดให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจแทนที่ผู้รับช่วงในแง่ของการตรวจสอบได้แสดงให้เห็นว่า มีเหตุของการปลดออกภาคบังคับ ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาอาจกำหนดหรือถูกร้องขอโดยรัฐสมาชิกให้กำหนดให้ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนั้นแทนที่ผู้รับช่วง ในแง่ของการตรวจสอบได้แสดงให้เห็นว่า มีเหตุของการปลดออกที่ไม่บังคับ นอกจากนี้รัฐสมาชิกอาจกำหนดให้มีกฎความรับผิดชอบที่เข้มงวดมากขึ้นภายใต้กฎหมายภายในได้ด้วย⁸³

(2) การปรับเปลี่ยนสัญญาในระหว่างระยะเวลาของสัญญา

มาตรา 43 แห่งข้อกำหนดที่ 2014/23 ได้เปิดโอกาสให้มีการปรับเปลี่ยนสัญญาสัมปทานในระหว่างระยะเวลาของสัญญาได้โดยไม่ต้องมีขั้นตอนการให้สัมปทานขึ้นมาใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดนี้ได้หลายกรณี เช่นกรณีใดๆ ดังต่อไปนี้

1. การปรับเปลี่ยน โดยไม่คำนึงถึงค่าเงิน ได้รับการระบุไว้ในเอกสารสัมปทานเริ่มต้นอย่างชัดเจน คำสั่งการตรวจสอบที่ชัดเจนและแม่นยำ ซึ่งอาจรวมถึงการแก้ไขมูลค่าหรือตัวเลือก คำสั่งเช่นว่าจะกำหนดขอบเขตและลักษณะของความเป็นไปได้ในการปรับเปลี่ยนหรือตัวเลือก ตลอดจนเงื่อนไขที่อาจถูกนำมาใช้ แต่จะไม่ให้มีการปรับเปลี่ยนหรือตัวเลือกที่จะปรับเปลี่ยนลักษณะโดยรวมของสัมปทาน

2. สำหรับงานหรือบริการเพิ่มเติมโดยผู้รับสัมปทานเดิมซึ่งได้กลายเป็นสิ่งจำเป็นและไม่ได้รวมอยู่ในสัมปทานเริ่มต้นที่มีการเปลี่ยนแปลงของผู้รับสัมปทาน ไม่สามารถทำได้ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือเหตุผลทางเทคนิค เช่น ความต้องการของความสามารถในการแลกเปลี่ยน หรือการทำงานร่วมกัน ด้วยอุปกรณ์ที่มีอยู่แล้ว บริการหรือการติดตั้งจัดหาภายใต้

⁸³ Directive 2014/23/EU Article 42 (5)

สัมปทานเริ่มต้น และจะทำให้เกิดความไม่สะดวกอย่างมีนัยสำคัญหรือการทำซ้ำอย่างมีนัยสำคัญของ ค่าใช้จ่ายสำหรับผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการให้สัมปทานโดยผู้มีอำนาจทำสัญญา สำหรับวัตถุประสงค์ในการแสวงหากิจกรรมนอกเหนือจากที่กล่าวไว้ในภาคผนวก II การเพิ่มขึ้นของมูลค่าใดๆ จะต้องไม่เกิน 50 % ของมูลค่าสัมปทานเดิม ในกรณีที่ได้มีการปรับเปลี่ยนต่อเนื่องหลาย ครั้ง ข้อจำกัดดังกล่าวจะนำไปใช้บังคับแก่การปรับเปลี่ยนในแต่ละครั้ง การปรับเปลี่ยนต่อเนื่องเช่นว่า นั้นจะไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงข้อกำหนดที่ 2014/23

3. เมื่อทุกเงื่อนไขดังต่อไปนี้เป็นจริง

3.1 ความจำเป็นในการปรับเปลี่ยนเกิดโดยสถานการณ์ที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาได้ทำงานอย่างหนักก็ไม่สามารถล่วงรู้ได้

3.2 การปรับเปลี่ยนจะไม่เปลี่ยนแปลงภาพรวมลักษณะของสัมปทาน

3.3 ในกรณีที่ได้ให้สัมปทานโดยผู้มีอำนาจทำสัญญา เพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากิจกรรมอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวไว้ในภาคผนวก II การเพิ่มขึ้นของมูลค่าใดๆ จะต้องไม่เกิน 50 % ของมูลค่าสัมปทานเดิม ในกรณีที่ได้มีการปรับเปลี่ยนต่อเนื่องหลายครั้ง ข้อจำกัดดังกล่าวจะนำไปใช้บังคับแก่การปรับเปลี่ยนในแต่ละครั้ง การปรับเปลี่ยนต่อเนื่องเช่นว่านั้นจะไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงข้อกำหนดที่ 2014/23

4. ในกรณีที่สัมปทานใหม่ได้แทนที่สัมปทานซึ่งผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาได้เริ่มต้นที่ให้สัมปทานโดยเป็นผลมาจาก

4.1 คำสั่งการตรวจสอบที่ชัดเจนหรือตัวเลือกที่สอดคล้องกับข้อ 1

4.2 การสืบทอดอย่างครอบคลุมหรือการสืบทอดบางส่วนในตำแหน่งของผู้รับสัมปทานเริ่มต้น การปรับโครงสร้างองค์กรดังต่อไปนี้ รวมถึงการรับช่วงต่อ (Takeover) การควบรวมกิจการ (Merger) การเข้าซื้อกิจการหรือการล้มละลาย ของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจรายอื่นซึ่งตรงกับเกณฑ์สำหรับการเลือกคุณภาพในการจัดตั้งเริ่มต้น หากไม่ได้นำมาซึ่งการปรับเปลี่ยนในสาระสำคัญต่อสัญญา และไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงการใช้บังคับข้อกำหนดที่ 2014/23 หรือ

4.3 ในกรณีที่ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญา สันนิษฐานว่าหน้าที่ของผู้รับสัมปทานหลักที่มีต่อผู้รับช่วงที่เป็นไปได้นี้มีไว้สำหรับภายใต้กฎหมายภายใน

5. เมื่อการปรับเปลี่ยนโดยไม่คำนึงถึงมูลค่า ไม่ได้มีนัยสำคัญในความหมายของข้อ 4 ผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาได้แก้ไขสัมปทานในกรณีที่กำหนดไว้ภายใต้ข้อ 2 และ 3 จะมีการเผยแพร่ประกาศนั้นใน Official Journal of the European Union ประกาศดังกล่าวจะประกอบไปด้วยข้อมูลที่กำหนดไว้ในภาคผนวก XI และจะถูกเผยแพร่ตามมาตรา 33⁸⁴

สัมปทานอาจได้รับการแก้ไขอย่างเท่าเทียมโดยไม่จำเป็นต้องมีขั้นตอนการให้สัมปทานขึ้นใหม่ตามข้อกำหนดนี้ ซึ่งเป็นสิ่งจำเป็นว่ามูลค่าของการปรับเปลี่ยนต้องอยู่ต่ำกว่ามูลค่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 และ 10 % ของมูลค่าของสัมปทานเริ่มต้น อย่างไรก็ตาม การปรับเปลี่ยนจะไม่เปลี่ยนแปลงภาพรวมลักษณะของสัมปทาน ในกรณีที่ได้มีการปรับเปลี่ยนต่อเนื่องหลายครั้ง มูลค่าจะต้องได้รับการประเมินบนพื้นฐานของมูลค่าสะสมสุทธิของการปรับเปลี่ยนต่อเนื่อง⁸⁵ มูลค่าที่ปรับปรุงแล้วจะเป็นมูลค่าอ้างอิงเมื่อสัมปทานรวมถึงการปรับค่าตามดัชนีราคา (Indexation Clause) หากสัมปทานไม่รวมการปรับค่าตามดัชนีราคา มูลค่าที่ปรับปรุงแล้วจะถูกคำนวณโดยคำนึงถึงอัตราเงินเฟ้อเฉลี่ยในรัฐสมาชิกของผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือของหน่วยงานที่ทำสัญญา⁸⁶

อย่างไรก็ตามการปรับเปลี่ยนสัมปทานระหว่างระยะเวลาของสัมปทานจะถูกพิจารณาว่ามีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญ ที่จะแสดงผลสัมปทานที่แตกต่างในสาระสำคัญจากข้อสรุปสัมปทานเริ่มต้น ในกรณีใดๆ การปรับเปลี่ยนจะถูกพิจารณาว่ามีสาระสำคัญเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขใดๆ อย่างน้อยหนึ่งเงื่อนไข ดังต่อไปนี้⁸⁷

- การปรับเปลี่ยนมุ่งเสนอเงื่อนไข ซึ่งเงื่อนไขเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนการให้สัมปทานเริ่มต้น จะได้รับอนุญาตให้การยอมรับของผู้สมัครนอกเหนือจากผู้สมัครเดิมที่

⁸⁴ Directive 2014/23/EU Article 43 (1)

⁸⁵ Directive 2014/23/EU Article 43 (2)

⁸⁶ Directive 2014/23/EU Article 43 (3)

⁸⁷ Directive 2014/23/EU Article 43 (4)

ได้รับการคัดเลือก หรือยอมรับของการผู้ประกวดราคานอกเหนือจากผู้ประกวดราคาเดิมที่ได้รับการยอมรับ หรือจะมีความสนใจเพิ่มเติมในการมีส่วนร่วมในกระบวนการให้สัมปทาน

- การปรับเปลี่ยนได้เปลี่ยนแปลงความสมดุลทางเศรษฐกิจของสัมปทาน ความได้เปรียบของผู้รับสัมปทานในลักษณะซึ่งไม่ได้ระบุไว้ในสัญญาสัมปทานเริ่มต้น

- การปรับเปลี่ยนได้ขยายขอบเขตของสัมปทานอย่างมาก

- เมื่อผู้รับสัมปทานรายใหม่เข้ามาแทนที่ผู้รับสัมปทานเดิมซึ่งผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาได้รับสัมปทานเริ่มต้นในกรณีอื่น

เมื่อมีการปรับเปลี่ยนสัมปทานอย่างมีนัยสำคัญระหว่างระยะเวลาของสัมปทานเช่นว่า จะต้องมีการกระบวนการให้สัมปทานใหม่เนื่องจากข้อกำหนดที่ 2014/23 นี้⁸⁸

(3) การสิ้นสุดของสัญญาสัมปทาน

มาตรา 44 กำหนดให้รัฐสมาชิกสามารถทำให้มั่นใจว่าผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญามีความเป็นไปได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยการใช้บังคับของกฎหมายภายใน ในการเลิกสัญญาสัมปทานภายในระยะเวลาสัมปทาน เมื่อเงื่อนไขดังต่อไปนี้เป็นจริงอย่างน้อยหนึ่งเงื่อนไข

- การปรับเปลี่ยนของสัมปทานที่เกิดขึ้น จะต้องมีการกระบวนการให้สัมปทานใหม่ ตามมาตรา 43

- ผู้รับสัมปทานได้กระทำการผิดเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งตามที่กล่าวไว้ในมาตรา 38(4) ในเวลาที่ให้สัมปทาน และเป็นเหตุให้ถูกปลดออกจากกระบวนการให้สัมปทาน

- ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป พบในกระบวนการตามมาตรา 258 ของ TFEU ว่ารัฐสมาชิกได้ล้มเหลวในการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาโดยเป็นความจริงว่าผู้มีอำนาจทำสัญญาหรือหน่วยงานที่ทำสัญญาขึ้นกับรัฐสมาชิคนั้นที่ได้ให้สัมปทานดังกล่าวโดยปราศจากปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาและข้อกำหนดที่ 2014/23

⁸⁸ Directive 2014/23/EU Article 43 (5)

(4) การตรวจสอบและการรายงาน

เพื่อให้มั่นใจว่าการดำเนินการเป็นไปอย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ รัฐสมาชิกจะต้องทำให้มั่นใจว่าอย่างน้อยงานที่กำหนดในมาตรฐานนี้ได้ถูกปฏิบัติโดยหน่วยงานหรือโครงสร้างหนึ่งหรือมากกว่า โดยแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานหรือโครงสร้างทั้งหมดมีความสามารถสำหรับงานเหล่านี้ อีกทั้งรัฐสมาชิกจะทำให้มั่นใจว่าการบังคับใช้กฎระเบียบสำหรับการให้สัญญาสัมปทานจะถูกตรวจสอบ เมื่อหน่วยงานที่ตรวจสอบหรือโครงสร้างระบุการละเมิดโดยเฉพาะเจาะจง เช่น การฉ้อฉล การคอร์รัปชัน ผลประโยชน์ขัดกัน หรือการกระทำผิดระเบียบอย่างร้ายแรงอื่นๆ หรือปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างเป็นระบบ รัฐสมาชิกจะเพิ่มขีดความสามารถในการบังคับใช้การละเมิดหรือปัญหาดังกล่าวไปยังหน่วยงานระดับชาติเพื่อการตรวจสอบ ศาล หรือหน่วยงานหรือโครงสร้างอื่นที่เหมาะสม เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือคณะกรรมการดังกล่าว และผลของการตรวจสอบกิจกรรมนั้น จะทำให้สาธารณชนเข้าถึงได้โดยวิธีการให้ข้อมูลที่เหมาะสม นอกจากนี้คณะกรรมการอาจร้องขอให้รัฐสมาชิกส่งรายงานการตรวจสอบที่ครอบคลุมภาพรวมของสาเหตุของการใช้บังคับกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง ที่พบบ่อยที่สุดในการให้สัญญาสัมปทานให้แก่คณะกรรมการ สูงสุดทุกๆ สามปี รวมถึงโครงสร้างที่เป็นไปได้ หรือปัญหาที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงกรณีที่เป็นไปได้ของการทุจริตและพฤติกรรมที่ผิดกฎหมายอื่นๆ

ทั้งนี้รัฐสมาชิกจะต้องทำให้มั่นใจว่าข้อมูลและคำแนะนำสำหรับการตีความและใช้บังคับกฎหมายของสหภาพสำหรับการให้สัญญาสัมปทานสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยปราศจากการคิดค่าบริการ เพื่อสนับสนุนให้ผู้มีอำนาจทำสัญญาและหน่วยงานที่ทำสัญญา และผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ใช้กฎหมายของสหภาพได้อย่างถูกต้อง⁸⁹

เมื่อพิจารณาเนื้อหาและโครงสร้างของกฎหมายร่วมลงทุนของสหภาพยุโรปจะพบว่ากฎหมายดังกล่าวได้วางกรอบและหลักเกณฑ์ในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐไว้อย่างครอบคลุมในขั้นตอนต่างๆ ด้วยความความโปร่งใส เท่าเทียม การแข่งขันที่มีการเปิดเสรี และกระบวนการบริหารจัดการที่ดี ซึ่งในข้อกำหนดที่ 2014/23 ได้กำหนดประเภทของกิจการที่อยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุนนี้ไว้อย่างชัดเจน ในด้านงานสัมปทานและด้านบริการสัมปทาน ทั้งที่

⁸⁹ Directive 2014/23/EU Article 45

เกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจและในด้านสังคมซึ่งเป็นกิจการที่ภาครัฐมีหน้าที่ในการจัดหาหรือบริการ โดยไม่ปรากฏว่าธุรกิจสายการบินตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแต่อย่างใด

3.2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนของสาธารณรัฐเกาหลี (ประเทศเกาหลีใต้)

กฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี (ประเทศเกาหลีใต้) มีกฎหมายที่เป็นองค์ประกอบหลักของกรอบกฎหมายสำหรับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยเรียงตามลำดับศักดิ์ของกฎหมายได้แก่⁹⁰

- รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 (Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure 2011)

- รัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการบังคับใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน (Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure)

- แผนขั้นพื้นฐานของการให้เอกชนมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน (Public-Private Partnerships Basic Plan) และ

- คู่มือการดำเนินงานโครงการการให้เอกชนมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน (Public-Private Partnerships Implementation Guidelines)

ในส่วนนี้จะขออธิบายเฉพาะเนื้อหาของรัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 และ รัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการบังคับใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานในการดำเนินกิจการที่มีเอกชนเข้าร่วมในกิจการที่มีลักษณะเป็นการร่วมทุนกับภาครัฐ โดยจำแนกตามความสำคัญและมูลค่าของงานในแต่ละโครงการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยส่งเสริมความคิดสร้างสรรค์และมีประสิทธิภาพในการจัดการ

⁹⁰ Jay-Hyung Kim and Others, Public-Private Partnership Infrastructure Projects: Case Studies from the Republic of Korea, Volume 1: Institutional Arrangement and Performance, (Philippines : Asian Development Bank, 2011), p.xvii

ดำเนินงานของสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานผ่านการส่งเสริมการลงทุนของภาคเอกชนใน
สิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าว โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์สำคัญซึ่งจะอธิบายตามหัวข้อดังต่อไปนี้

3.2.2.1 หลักการเบื้องต้นในการพิจารณาโครงการ

(1) คู่สัญญา

รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้าง
พื้นฐาน ค.ศ. 2011 ได้บัญญัติถึงนิยามของคู่สัญญาภาครัฐและภาคเอกชนไว้ใน มาตรา 2 ดังนี้

ภาครัฐหมายถึง รัฐบาล รัฐบาลท้องถิ่น และความร่วมมือภายใต้
หน่วยงานที่กำหนดโดยกระทรวงยุทธศาสตร์และการคลังจากหน่วยงานรัฐตามรัฐบัญญัติการบริหาร
จัดการของสถาบันสาธารณะ หรือองค์กรของภาครัฐต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติพิเศษ⁹¹

ภาคเอกชน หมายถึง บริษัท ซึ่งรวมถึงบริษัทต่างชาติ และบริษัทที่จัดตั้ง
โดยความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชนตาม อนุมาตรา 12 นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในคำ
นิยามของภาครัฐ⁹²

(2) กิจการที่อยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุน

รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้าง
พื้นฐาน ค.ศ. 2011 ได้บัญญัติถึงกิจการต่างๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ไว้อย่างชัดเจนดัง

⁹¹ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 2 (10)

The term "public sector" means the State, local governments and a corporation falling under any of the following items:

(a) Agencies designated by the Minister of Strategy and Finance from among the public agencies under the Act on the Management of Public Institutions;

(b) Various public corporations incorporated pursuant to the special Acts;

⁹² Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 2 (11)

The term "private sector" means corporations (including foreign corporations, and public and private joint corporations incorporated pursuant to subparagraph 12), other than those in the public sector;

ปรากฏใน มาตรา 2 (1)⁹³ ว่า สิ่งอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐาน/สาธารณูปโภคพื้นฐาน หมายถึง สิ่งอำนวยความสะดวกพื้นฐานซึ่งเป็นรากฐานของการผลิต หรือการเพิ่มประสิทธิภาพของสิ่งอำนวยความสะดวกที่มีอยู่แล้ว และรองรับความสะดวกสบายของผู้ใช้งานและชีวิตของประชาชน ซึ่งอยู่ภายใต้กิจการดังต่อไปนี้

- ถนนและสิ่งอำนวยความสะดวกที่เกี่ยวข้อง (Roads and appurtenances)
- ทางรถไฟในเมือง (Urban railroads)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของท่าเรือ (Harbor facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของท่าอากาศยาน (Airport facilities)
- เขื่อนเอนกประสงค์ (Multi-purpose dams)
- ระบบประปา (Waterwork systems)
- ระบบบำบัดน้ำเสีย (Sewage systems)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของแม่น้ำ (River facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของท่าเรือประมง (Fishery harbor facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของการกำจัดของเสีย (Waste disposal facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของการสื่อสารโทรคมนาคม (Telecommunication facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของแหล่งกำเนิดไฟฟ้า (Electric source facilities)

⁹³ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 2 (1)

The term "infrastructure facilities" means fundamental facilities which serve as the foundation of production, increase the efficiency of such facilities, and accommodate the convenience of users and in the lives of the public, and which fall under any of the following items:

- สิ่งอำนวยความสะดวกของการจัดหาก๊าซ (Gas supply facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของพลังงานแบบบูรณาการ (Integrated energy facilities)
- ข้อมูลข่าวสารและการสื่อสารในระบบเครือข่าย (Information and communications network)
- สถานีโลจิสติกส์ และศูนย์โลจิสติกส์ (Logistics terminals and logistics complexes)
- สถานีขนส่งผู้โดยสาร (Bus terminals)
- สถานที่ท่องเที่ยวและรีสอร์ทคอมเพล็กซ์ (Tourist destinations and resort complexes)
- ที่จอดรถริมถนน (Off-road parking lots)
- สวนสาธารณะในเมือง (Urban parks)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของการบำบัดน้ำเสีย (Wastewater treatment terminal facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของสถานที่พักผ่อนสาธารณะ (Public treatment facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของการรีไซเคิล (Recycling facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของศูนย์กีฬาเฉพาะด้าน (Specialized sports facilities)
- ศูนย์ฝึกอบรมเยาวชน (Juvenile training establishments)
- ห้องสมุด (Libraries)
- พิพิธภัณฑ์และหอศิลป์ (Museums and art galleries)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของศูนย์ประชุมนานาชาติ (International conference facilities)
- ศูนย์การขนส่งการถ่ายโอนและระบบขนส่งอัจฉริยะ (Intermodal transfer center and Intelligent transport system)

- ระบบสารสนเทศเกี่ยวกับอวกาศ (Spatial information system)
- ข้อมูลความเร็วสูงและการสื่อสารในระบบเครือข่าย (Super-high speed information and communication networks)
- พิพิธภัณฑ์วิทยาศาสตร์ (Science museums)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของทางรถไฟ (Railroad facilities)
- ศูนย์อนุบาลและโรงเรียน (Kindergartens and schools)
- ศูนย์ฝึกอบรมวิชาการทหารและที่สิ่งจำเป็นสำหรับกองทัพ
- ที่พักอาศัยให้ประชาชนทั่วไปเช่า (Public rental housing)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของสถานพยาบาล (Nursing facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกของสถานสงเคราะห์ผู้สูงอายุ สิ่งอำนวยความสะดวกด้านการดูแลทางการแพทย์และบ้านพักสำหรับผู้สูงอายุ (Residential care facilities, medical care facilities, and facilities for home care for the elderly)
- กิจกรรมสาธารณสุขและการบริการทางการแพทย์ (Public health and medical service facilities)
- สิ่งอำนวยความสะดวกภายใต้โครงการการก่อสร้างท่าเรือใหม่ (Facilities subject to a new harbor construction project)
- ศูนย์วัฒนธรรม (Cultural facilities)
- ธรรมชาติและสถานที่พักผ่อนหย่อนใจ (Natural and recreational forest)
- สวนพฤกษชาติ (Arboretums)
- โครงสร้างพื้นฐานสำหรับเมืองที่ขยายออกไป (Infrastructure of ubiquitous cities)
- สวัสดิการสำหรับคนพิการ (Welfare facilities for persons with disabilities)
- พลังงานทดแทนและพลังงานที่สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้ (New and renewable energy facilities)

- สิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการปั่นจักรยาน (Facilities for bicycle riding)

(3) รูปแบบของการร่วมลงทุน

รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 กำหนดไว้ในมาตรา 4 ว่าการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการต่างๆ จะต้องดำเนินการตามวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

1. Build-Transfer-Operate เป็นรูปแบบที่กรรมสิทธิ์ในโครงสร้างพื้นฐานจะโอนไปยังรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่นเมื่อการก่อสร้างแล้วเสร็จ ผู้รับสัมปทานจะมีสิทธิในการบริหารจัดการและดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานและได้รับผลตอบแทนจากค่าธรรมเนียมผู้ใช้บริการตามระยะเวลาที่กำหนดไว้

2. Build-Transfer-Lease เป็นรูปแบบที่ที่กรรมสิทธิ์ในโครงสร้างพื้นฐานจะโอนไปยังรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่นเมื่อการก่อสร้างแล้วเสร็จ ผู้รับสัมปทานจะมีสิทธิในการบริหารจัดการและดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน และได้รับค่าตอบแทนจากรัฐบาลซึ่งขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ Build-Transfer-Lease จะใช้ในกรณี que ผู้รับสัมปทานมีโอกาสน้อยที่จะได้รับเงินที่ลงทุนไปกลับคืนมาจากค่าธรรมเนียมผู้ใช้บริการ โดยเฉพาะสิ่งอำนวยความสะดวกที่เกิดประโยชน์ในเชิงสังคม เช่น โรงเรียน สิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับคนพิการ ที่พักอาศัยสำหรับกองทัพ เป็นต้น⁹⁴

3. Build-Operate-Transfer เป็นรูปแบบที่ผู้รับสัมปทานจะมีกรรมสิทธิ์ในสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานในช่วงเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาหลังจากการก่อสร้างแล้วเสร็จ ต่อจากนั้นกรรมสิทธิ์จะถูกโอนไปยังรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่นเมื่อสิ้นสุดอายุสัมปทาน

4. Build-Own-Operate เป็นรูปแบบที่ผู้รับสัมปทานจะมีกรรมสิทธิ์ในสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานเมื่อการก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์

5. เป็นรูปแบบอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวไว้ในรูปแบบที่ 1 ถึงรูปแบบที่ 4 รูปแบบนี้ภาคเอกชนจะเป็นผู้นำเสนอโดยเสนอโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามมาตรา 9 ซึ่งว่าด้วยเรื่องกรริเริ่มข้อเสนอโครงการโดยภาคเอกชน (Unsolicited Project Proposal,

⁹⁴ Jay-Hyung Kim and Others, *supra* note 90, p.11.

etc. by Private Sector) หรือเสนอรูปแบบที่ถูกดัดแปลงภายใต้มาตรา 12 ว่าด้วยเรื่องการนำเสนอโครงการโดยการปรับปรุงแผนแม่บทสำหรับสิ่งอำนวยความสะดวกโดยภาคเอกชน (Proposal for Modification of Master Plan for Facilities Project by Private Sector) และได้รับการเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ (competent authority⁹⁵) ตามที่เห็นสมควร

6. รูปแบบอื่นที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเป็นผู้เสนอในแผนแม่บทสำหรับโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในสิ่งอำนวยความสะดวกที่จัดตั้งขึ้นตามความในมาตรา 10 ว่าด้วยเรื่องกฎและประกาศของรัฐ ฯลฯ ว่าด้วยแผนแม่บทสำหรับโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในสิ่งอำนวยความสะดวก⁹⁶

(4) องค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาให้เอกชนร่วมลงทุน

1. คณะกรรมการกำกับดูแลโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public-Private Partnerships Review Committee)

รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 6 ว่าคณะกรรมการจะต้องประกอบไปด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุทธศาสตร์และการคลัง (Minister of Strategy and finance) ซึ่งจะทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการ ผู้ช่วยรัฐมนตรี (vice ministers) ของหน่วยงานฝ่ายบริหารที่ในความดูแลของราชการที่เกี่ยวข้องกับโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน และตัวแทนจากภาคเอกชนซึ่งมีความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับการลงทุนภาคเอกชนที่ได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุทธศาสตร์และการคลัง เป็นจำนวนไม่เกิน 8 คน โดยมีอำนาจหน้าที่พิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ซึ่งมาตรา 5 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับดูแลโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

⁹⁵ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 2 (4) ได้บัญญัติ competent authority ว่าหมายถึง หัวหน้าของหน่วยงานฝ่ายบริหารในความดูแลของราชการที่เกี่ยวข้องกับโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานตามรัฐบัญญัติและกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง

คำศัพท์ที่ใช้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ใช้คำว่า เจ้าของโครงการ

⁹⁶ Formulation and Public Announcement, etc. of Master Plans for Public-Private Partnership Facilities Project

- พิจารณาเรื่องกำหนดนโยบายที่สำคัญเกี่ยวข้องกับภาคเอกชนลงทุนในสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน
- พิจารณาเรื่องการจัดทำและการปรับปรุงแผนแม่บทเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามที่กำหนดในมาตรา 7
- พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความคาดหวังของโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามมาตรา 8-2
- พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำและการปรับปรุงแผนแม่บทสำหรับสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานตามมาตรา 10 (2)
- พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดผู้รับสัมปทานตามมาตรา 13
- พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของโครงการเสริมตามมาตรา 21 (5)
- พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดการสำหรับภาครัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่กล่าวไว้ในส่วนท้ายของ 47 (1)
- พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกการกำหนดโครงการที่นำเสนอโดยหน่วยงานเจ้าของโครงการตามมาตรา 50
- การประเมินผลที่ครอบคลุมแก่โครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐภายใต้มาตรา 51-2 (3)
- พิจารณาเรื่องอื่นๆ ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังได้นำเสนอในระหว่างการประชุมของคณะกรรมการกำกับดูแลการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐสำหรับการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนในโครงการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐาน

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องการผู้เชี่ยวชาญหรือได้รับคำแนะนำทางเทคนิคเพื่อควมมีประสิทธิภาพในการดำเนินงานของคณะกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังอาจแต่งตั้งและดำเนินงานคณะกรรมการที่ปรึกษาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญใดสาขาที่เกี่ยวข้อง⁹⁷ นอกจากนี้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่ออำนวยความสะดวกโครงการการลงทุนภาคเอกชน หัวหน้าของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแต่งตั้ง

⁹⁷ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 6 (3)

และดำเนินงานคณะกรรมการพิจารณาด้วยตนเอง สำหรับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ⁹⁸

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังรับผิดชอบในการเตรียมร่างงบประมาณสำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ประเด็นสำคัญที่มีผลกระทบซึ่งกันและกันระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังกับรัฐมนตรีกระทรวงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องคือความมีวินัยทางการคลัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังมีบทบาทสำคัญในการจัดทำงบประมาณเช่นเดียวกับการเตรียมการและการดำเนินงานแผนการลงทุนของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วการพิจารณางบประมาณหลักจะกระทำการเจรจาสองฝ่ายระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังและรัฐมนตรีกระทรวงอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ด้วยเหตุที่ว่าทั้งภาครัฐและภาคเอกชนและรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ริเริ่มโครงการมีความคิดเห็นที่แตกต่างซึ่งขึ้นอยู่กับความสนใจของแต่ละฝ่ายจะก่อให้เกิดประเด็นพิพาทบางประเด็นขึ้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังมีหน้าที่ในการประนีประนอมความเห็นเหล่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่มักจะใช้เวลากว่าจะบรรลุข้อตกลงที่ทั้งทุกฝ่ายเห็นด้วย ดังนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังจึงควบคุมรายจ่ายสาธารณะในขั้นตอนการดำเนินโครงการอย่างเข้มงวด รัฐมนตรีกระทรวงต่างๆ จะถูกกำหนดให้ใช้จ่ายภายในจำนวนที่จำกัดในทุกระยะของแผนการดำเนินโครงการ กรณีที่เห็นว่าจำเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลังสามารถเลื่อนหรือยับยั้งส่วนของรายจ่ายโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐได้⁹⁹

2. ศูนย์การลงทุนและบริหารจัดการการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐาน (Public and Private Infrastructure Investment Management Center: PIMAC)

รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 23 ว่าให้ศูนย์การลงทุนและบริหารจัดการการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐาน มีหน้าที่ในการวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของโครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนในสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน รวมถึงการประเมินผลแผนการของโครงการ ฯลฯ เพื่อที่จะดำเนินการในการสนับสนุนตามกฎหมายกฤษฎีกา (Presidential Decree) อย่าง

⁹⁸ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 6 (4)

⁹⁹ Jay-Hyung Kim and Others, *supra* note 90, pp.10-11.

ครอบคลุม ศูนย์การลงทุนและบริหารจัดการการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐาน จะได้รับการจัดตั้งขึ้นในฐานะหน่วยงานในสังกัดของสถาบันพัฒนาเกาหลี (Korea Development Institute) ภายใต้รัฐบัญญัติการจัดตั้งการดำเนินงานและการสนับสนุนของสถาบันการวิจัยที่ได้รับทุนสนับสนุนจากรัฐบาล นอกจากนี้ในกรณี que เห็นว่าจำเป็นหัวหน้าของศูนย์การลงทุนและบริหารจัดการการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานอาจร้องขอให้หน่วยงานรัฐหรือสถาบันที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ความร่วมมือ และในกรณี que เห็นว่าจำเป็นสำหรับการจัดสรรค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว หัวหน้าของศูนย์การลงทุนและบริหารจัดการการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานอาจร้องขอให้ได้รับค่าธรรมเนียมจากสถาบันที่เกี่ยวข้องหรือองค์กรที่ได้รับประโยชน์จากกิจการดังกล่าวได้ โดยกฤษฎีกาจะกำหนดเรื่อง que จำเป็นสำหรับองค์กรและการดำเนินกิจการของศูนย์การลงทุนและบริหารจัดการการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐาน

นอกจากนี้รัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการบังคับใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐานยังได้กำหนดหน้าที่ของศูนย์การลงทุนและบริหารจัดการการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานไว้ในมาตรา 20 ดังนี้

1. สนับสนุนงานที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดแผนแม่บทสำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน
2. สนับสนุนงานที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดแผนแม่บทสำหรับสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน
3. สนับสนุนงานที่เกี่ยวข้องกับการกำหนด/แต่งตั้งผู้รับสัมปทาน เช่น การตรวจสอบและการประเมินผลข้อเสนอโครงการ และสรุปสัญญาสัมปทาน
4. ตรวจสอบและประเมินผลข้อเสนอโครงการที่นำเสนอโดยภาคเอกชน
5. ดำเนินการแทนการยื่นคำร้องขอต่างๆ สำหรับการให้อำนาจ การอนุญาต อันเนื่องมาจากโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
6. สนับสนุนการบริการสำหรับนักลงทุนต่างชาติ เช่น การให้คำปรึกษาการลงทุน และกิจกรรมอื่นๆ ที่เป็นการเชิญชวนให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนในโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

7. ตรวจสอบโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มี ศักยภาพและศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการดังกล่าว

8. พัฒนาและดำเนินการโครงการฝึกอบรมที่เกี่ยวข้องกับการ ดำเนินงานโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

9. พัฒนาและปรับปรุงระบบการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และทำการวิจัยในสาขาที่เกี่ยวข้อง

10. สนับสนุนงานที่เกี่ยวข้องกับการค้นหาโครงการการให้เอกชนร่วม ลงทุนในกิจการของรัฐที่มีศักยภาพ

11. งานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐที่มีศักยภาพ

ในกรณีที่เห็นว่าจำเป็น ผู้อำนวยการศูนย์การลงทุนและบริหารจัดการ การร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานอาจจ้างผู้เชี่ยวชาญจากภายนอกมาทำหน้าที่ ได้

3.2.2.2 การเสนอโครงการ

(1) การกำหนดนโยบายพื้นฐานของภาครัฐ

1. การกำหนดและการประกาศแก่สาธารณะของแผนแม่บทสำหรับการ ให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

ในขั้นตอนแรกรัฐจะกำหนดแผนแม่บทสำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุน ในกิจการของรัฐในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และประกาศให้สาธารณชนทราบถึงแผนแม่บทดังกล่าว (รวมถึงกรณีทีประกาศผ่านอินเทอร์เน็ต) โดยวัตถุประสงค์ที่สำคัญของแผนแม่บทก็คือ การพัฒนา โครงสร้างพื้นฐานเพื่อรองรับความสะดวกสบายของประชาชนมากยิ่งขึ้น และเพิ่มศักยภาพการแข่งขัน ของภาคอุตสาหกรรมของเกาหลี กระตุ้นให้เกิดการพัฒนาอย่างสมดุลภายในประเทศ ในการกำหนด แผนแม่บทสำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐานนั้นจะต้องพิจารณา จัดลำดับความสำคัญของการลงทุนระดับชาติ และระดับกลางถึงแผนระยะยาวสำหรับสิ่งอำนวยความสะดวก โครงสร้างพื้นฐาน โดยแผนจะต้องเอื้อต่อการก่อให้เกิดความคิดสร้างสรรค์และมีประสิทธิภาพ

ของภาคเอกชน ในขณะที่เดียวกันก็ต้องทำให้เกิดความมั่นใจว่าการดำเนินงานของสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานการบริการที่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ หลักการดังกล่าวนี้จะนำไปใช้กับการปรับปรุงใดๆ ของแผนแม่บทและแจ้งให้สาธารณชนทราบด้วย¹⁰⁰

2. การตั้งเพดานงบประมาณทั้งหมดของโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

รัฐบาลจะเสนอเพดานงบประมาณทั้งหมดและวงเงินตามวัตถุประสงค์ของโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่จะดำเนินการในปีต่อไปและวงเงินสำรอง โดยคำนึงถึงค่าใช้จ่ายที่ไม่ได้คาดการณ์ซึ่งอาจเกิดในกระบวนการของการส่งเสริมโครงการ ซึ่งวงเงินสำรองนี้จะเป็นเงินจำนวนร้อยละ 20 ของจำนวนเงินทั้งหมดของโครงการระดับชาติและโครงการระดับรัฐบาลท้องถิ่นซึ่งได้รับเงินอุดหนุนจากกระทรวงการคลัง (National Treasury) นอกจากนี้จะต้องเสนอรายละเอียดของการใช้วงเงินสำรองเกี่ยวกับวัสดุสิ่งอำนวยความสะดวกที่เบิกจ่ายในปีที่ผ่านมาด้วย จากนั้นรัฐบาลจะส่งเรื่องไปยังสภาแห่งชาติ (National Assembly) เป็นเวลา 90 วันก่อนเริ่มต้นปีงบประมาณ สภาแห่งชาติจะต้องพิจารณาภายใน 30 วันก่อนเริ่มต้นปีงบประมาณ¹⁰¹

3. รายละเอียดของแผนแม่บทสำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน

แผนแม่บทสำหรับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐานที่กล่าวไว้ในข้างต้นจะรวมถึงกรณีดังต่อไปนี้ด้วย¹⁰²

- เรื่องที่เกี่ยวกับนโยบายการลงทุน การวางแผนทางสำหรับสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานแต่ละประเภท

- เรื่องที่เกี่ยวกับขอบเขตของการลงทุน วิธีการ และความต้องการของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐแต่ละโครงการ หรือศักยภาพของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐแต่ละโครงการ

- เรื่องที่เกี่ยวกับการจัดการและการดำเนินงานของโครงการการลงทุนภาคเอกชน

¹⁰⁰ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 7

¹⁰¹ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 7-2

¹⁰² Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 8

- เรื่องที่เกี่ยวกับการสนับสนุนโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

- เรื่องอื่นๆ เกี่ยวกับนโยบายในเรื่องโครงการการลงทุนภาคเอกชน

(2) ผู้ริเริ่มเสนอโครงการ

โครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ Solicited project และ Unsolicited project ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอโครงการ

Solicited project คือโครงการที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ส่วนกลางหรือรัฐบาลท้องถิ่นเป็นผู้ริเริ่มกำหนดโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีศักยภาพและทำข้อเสนอเชิญชวน

Unsolicited project คือโครงการที่ภาคเอกชนเป็นผู้ริเริ่มเสนอโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีศักยภาพและร้องขอให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ แต่งตั้งโครงการในฐานะเป็นโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ผู้รับสัมปทานจะถูกคัดเลือกโดยวิธีการแข่งขันการประมูล อย่างไรก็ตามภาคเอกชนที่เป็นผู้ริเริ่มเสนอโครงการอาจได้รับคะแนนพิเศษในการประเมินผลการเสนอราคา¹⁰³

(3) การนำเสนอโครงการ

รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 ได้เปิดโอกาสให้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนสามารถเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐได้ โครงการที่ภาครัฐเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอโครงการ (Solicited project) และโครงการที่ภาคเอกชนเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอโครงการ (Unsolicited project) มีรายละเอียดแตกต่างกันในขั้นตอนการนำเสนอโครงการดังต่อไปนี้

1. ขั้นตอนการนำเสนอโครงการที่ภาครัฐเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอ (Solicited project proposal)

¹⁰³ Jay-Hyung Kim and Others, *supra* note 90, p.13.

มาตรา 8-2 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 ได้กำหนดไว้ว่าในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ (Competent authority) ประสงค์ที่จะทำโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานให้เป็นผลสำเร็จโดยวิธีการลงทุนภาคเอกชน ซึ่งจะถูกกำหนดในฐานะเป็นโครงการที่มีศักยภาพในการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Solicited project) จะมีเงื่อนไขว่าโครงการต้องเป็นโครงการสำหรับสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานจะเป็นแผนระยะกลางถึงแผนระยะยาวและจะพิจารณาให้มีความสำคัญแก่การลงทุนระดับชาติเป็นลำดับแรก นอกจากนี้โครงการจะต้องมีความสามารถในการทำกำไรเพียงพอที่จะดึงดูดให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมด้วย

ในกรณีที่มูลค่าโครงการเท่ากับจำนวนที่ระบุไว้ในกฎศีกา¹⁰⁴ หรือมากกว่า จะต้องมีการศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของโครงการ (Feasibility) และได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการกำกับดูแลโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แล้วจึงเสนอสรุปการวิเคราะห์ต่อคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องของสภาแห่งชาติและคณะกรรมการพิเศษเกี่ยวกับงบประมาณและบัญชีของสภาแห่งชาติ หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะแต่งตั้งโครงการในฐานะที่เป็นโครงการที่ภาครัฐเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอโครงการ (Solicited project)

เมื่อได้มีการแต่งตั้งโครงการในฐานะที่เป็นโครงการที่ภาครัฐเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอโครงการแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องประกาศอย่างไม่ชักช้าเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของการกำหนดดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา (Official Gazette) รวมถึงกรณีที่ประกาศผ่านทางอินเทอร์เน็ตด้วย

เมื่อถือว่ามีความจำเป็นที่จะต้องทำให้การลงทุนจากภาคเอกชนมีความมั่นคงเพื่อที่จะดำเนินการตามโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะกำหนดแผนแม่บทสำหรับโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐานภายในหนึ่งปีนับจากวันที่โครงการได้ถูกกำหนดให้เป็นโครงการที่เสนอโดยภาครัฐ หากในกรณีที่ไม้อาจหลีกเลี่ยงได้ระยะเวลาดังกล่าวอาจขยายไปถึงหนึ่งปี

เมื่อแผนแม่บทสำหรับโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกถูกกำหนดขึ้น โครงการที่สอดคล้องกับความต้องการที่กำหนดไว้ในกฎศีกา จะได้รับการพิจารณาจาก

¹⁰⁴ 200 พันล้านวอน (billion won) หรือ 100 พันล้านวอนสำหรับโครงการ Build-Transfer-Lease โปรดดู Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 6

คณะกรรมการก่อน หลักเกณฑ์เดียวกันนี้จะใช้บังคับเมื่อจำเป็นต้องมีการแก้ไขปรับปรุง อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่มีการแก้ไขปรับปรุงอย่างมีนัยสำคัญจะใช้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฤษฎีกา เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจกำหนดหรือปรับปรุงแก้ไขแผนแม่บทสำหรับโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกแล้วจะต้องประกาศแก่สาธารณชนทราบตามที่กำหนดไว้ในกฤษฎีกา¹⁰⁵

แผนแม่บทสำหรับโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกจะมีเนื้อหาและรายละเอียดเกี่ยวกับ¹⁰⁶

- จำนวนเงินลงทุนโดยประมาณของโครงการที่ภาครัฐเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอโครงการ และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง เช่น ระยะเวลาในการก่อสร้าง สถานที่ตั้ง และขนาดของการก่อสร้าง

- ผลการศึกษาความเป็นไปได้เบื้องต้นและผลการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการที่ภาครัฐเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอ

- ผลกำไรของผู้รับสัมปทาน เช่น ค่าธรรมเนียมผู้ใช้บริการ โครงการส่วนขยาย

- วิธีการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ รวมถึงการกำหนดสิ่งอำนวยความสะดวก และการที่ไม่ได้กำหนดสิ่งอำนวยความสะดวก ในฐานะสิ่งอำนวยความสะดวกที่สามารถแก้ไขให้กลับคืนสภาพเดิมได้ (Revertible Facility)

- เงินอุดหนุนจากรัฐหรือรัฐบาลท้องถิ่น เช่น จำนวนเงิน และวิธีการอุดหนุนดังกล่าว

- การบริหารจัดการและการดำเนินการสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานซึ่งถูกก่อสร้างด้วยโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

- คุณสมบัติของผู้รับสัมปทาน

- เรื่องอื่นๆ ที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเห็นว่าจำเป็น

¹⁰⁵ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 10

¹⁰⁶ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 11

ในการกำหนดแผนแม่บทสำหรับโครงการสิ่งอำนวยความสะดวก
เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะเปิดโอกาสให้การพิจารณาแก่ผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางเพื่อที่ว่า
ผู้ประกอบการเหล่านี้จะได้มีส่วนร่วมในโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐด้วย

2. ขั้นตอนการนำเสนอโครงการที่ภาคเอกชนเป็นผู้ริเริ่มนำเสนอ
(Unsolicited project proposal)

มาตรา 9 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ
ในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 ได้กำหนดไว้ว่า ภาคเอกชนอาจจะเสนอโครงการการให้เอกชนร่วม
ลงทุนในกิจการของรัฐซึ่งไม่ได้รวมอยู่ในรายชื่อโครงการที่นำเสนอโดยภาครัฐ เพื่อจะดำเนินการ
ดังเช่นโครงการที่นำเสนอโดยภาคเอกชน (Unsolicited Project) ซึ่งไม่รวมถึงโครงการรูปแบบ
Build-Transfer-Lease ตามอนุมาตรา 2 ของมาตรา 4 โดยบุคคลที่ประสงค์จะนำเสนอโครงการ
จะต้องร่างข้อเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรและเสนอต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

ข้อเสนอที่เป็นลายลักษณ์อักษรจะต้องมีรายการดังต่อไปนี้¹⁰⁷

- ผลการศึกษาความเป็นไปได้ของข้อเสนอโครงการ
- รายละเอียดของข้อเสนอโครงการ
- รายละเอียดของค่าใช้จ่ายทั้งหมดของโครงการและแผนการจัดการ

เงินทุน

- รายละเอียดในเรื่องการกำหนดระยะเวลาการใช้งานโดยไม่เสีย
ค่าใช้จ่าย (Free use period) กรรมสิทธิ์ และระยะเวลาทำกำไร (จำกัดให้สิ่งอำนวยความสะดวก
สามารถแก้ไขกลับคืนได้)

- แผนการบริหารจัดการและแผนการดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวก
- แผนรายรับและรายจ่าย รวมถึง กรณีอื่นๆ เช่น ค่าธรรมเนียม

ผู้ให้บริการ

¹⁰⁷ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in
Infrastructure Article 7 (1)

- รายละเอียดและเหตุผลในการดำเนินงานของโครงการเสริมในกรณี
ใดๆ
- เรื่องอื่นๆ ซึ่งข้อเสนอโครงการเห็นว่าจำเป็นสำหรับการดำเนินงานของ
โครงการที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีที่รายการถูกตัดออกหรือรายละเอียดของรายการเหล่านั้นอาจ
เคลือบคลุม เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจจะขอให้ผู้เสนอแสดงรายการเพิ่มเติมภายในระยะเวลาที่ระบุ
และได้รับข้อเสนอโครงการกลับคืนมาภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับ¹⁰⁸

เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเห็นว่าข้อเสนอโครงการได้ที่ถูกเสนอตาม
ขั้นตอนดังกล่าวตอบสนองความต้องการและสอดคล้องกับรัฐกฤษฎีกา กฎหมายที่เกี่ยวข้อง และ
นโยบายของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ผู้อำนวยการ PIMAC จะพิจารณารายละเอียดของข้อเสนอโครงการ
ก่อนที่จะตัดสินใจว่าข้อเสนอโครงการนี้จะถูกดำเนินการในฐานะเป็นโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุน
ในกิจการของรัฐ ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะร้องขอให้มีการพิจารณารายละเอียดภายใน 30 วัน
นับแต่วันที่ได้รับข้อเสนอโครงการ¹⁰⁹ ในกรณีที่โครงการมีมูลค่าเท่ากับ 200 พันล้านบาทหรือมากกว่า
ผู้อำนวยการ PIMAC จะดำเนินการทดสอบความคุ้มค่าของเงิน เช่น ความเหมาะสมของปริมาณความ
ต้องการโดยประมาณ การวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์เปรียบเทียบกับดำเนินการดังกล่าว
ในฐานะโครงการทางการเงิน¹¹⁰

ผู้อำนวยการ PIMAC จะเสนอความเห็นที่มีต่อข้อเสนอโครงการต่อ
เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและการคลัง ภายใน 60 วัน หลังจากได้
รับคำร้องขอให้พิจารณาจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ยกเว้นกรณีที่กรณีที่โครงการมีมูลค่าเท่ากับ 200
พันล้านบาทหรือมากกว่า หรืออยู่ในสถานการณ์อื่นที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และหากเห็นว่าโครงการมี
ความเหมาะสมที่จะเริ่มดำเนินงานในฐานะโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

¹⁰⁸ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in
Infrastructure Article 7 (2)

¹⁰⁹ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in
Infrastructure Article 7 (3)

¹¹⁰ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in
Infrastructure Article 7 (5)

ผู้อำนวยการ PIMAC อาจมีเสนอความเห็นที่แตกต่างจากความเห็นที่ได้เสนอไปในข้อเสนอเดิมของโครงการเกี่ยวกับเงื่อนไขต่างๆ¹¹¹

เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ตัดสินใจว่าจะส่งเสริมโครงการที่ถูกนำเสนอ ดังกล่าวในฐานะที่เป็นโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ จะมีการแจ้งแก่ผู้เสนอโครงการดังกล่าวถึงผลการตัดสินใจ และประกาศให้สาธารณชนทราบถึงโครงร่างของการนำเสนอ ดังกล่าวซึ่งจะถูกเผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา หนังสือพิมพ์รายวันอย่างน้อยสามฉบับ และประกาศผ่านทางหน้าแรกของเว็บไซต์ของหน่วยงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ เพื่อให้บุคคลที่สามนอกเหนือจากผู้เสนอโครงการนั้นได้ทำข้อเสนอ¹¹²

หลังจากการตรวจสอบและการประเมินผลข้อเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรที่เสนอโดยผู้ริเริ่มโครงการและข้อเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรที่เสนอโดยบุคคลที่สาม เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะกำหนดผู้รับสัมปทานที่มีศักยภาพจากผู้ที่ยื่นเสนอโครงการ ในกรณีดังกล่าวผู้ริเริ่มโครงการอาจได้รับการสนับสนุนให้ทำสัญญาตามที่กำหนดโดยกฤษฎีกา (Presidential Decree)¹¹³

3.2.2.3 การดำเนินโครงการ

(1) การคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

เอกชนผู้ประสงค์จะดำเนินโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะต้องเตรียมข้อเสนอโครงการดังที่กำหนดไว้ในกฤษฎีกา ตามแผนแม่บทของโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกที่ประกาศแก่สาธารณชน และเสนอต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ¹¹⁴ หลังจากการตรวจสอบและประเมินผลโครงการที่เสนอภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฤษฎีกาแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะกำหนดหนึ่งในผู้นำเสนอในฐานะผู้ที่มีศักยภาพเป็นผู้รับสัมปทาน ในกรณีที่บุคคลผู้เสนอโครงการทำให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเกิดความพึงพอใจในการดำเนินโครงการอย่างราบรื่น เช่น การ

¹¹¹ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 7 (6)

¹¹² Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 7 (8)

¹¹³ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 9

¹¹⁴ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 13 (1)

เสนอการลงทุนระยะยาวในกองทุนที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะเป็นอย่างมาก อาจได้รับการคัดเลือกเมื่อมีการประเมินข้อเสนอโครงการ¹¹⁵

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะแต่งตั้งผู้รับสัมปทานโดยทำสัญญาสัมปทานกับผู้รับสัมปทานที่มีศักยภาพ รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขสำหรับการดำเนินโครงการ เช่น ค่าใช้จ่ายทั้งหมดของโครงการ และระยะเวลาสัมปทาน พิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดผู้รับสัมปทานซึ่งมีคุณสมบัติตรงตามที่กฤษฎีกากำหนดจะได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการก่อน¹¹⁶

บุคคลที่ถูกแต่งตั้งให้เป็นผู้รับสัมปทานสามารถขอรายละเอียดแผนการดำเนินงานที่ได้รับการอนุมัติตามมาตรา 15 (1) ไปใช้ภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยกฤษฎีกานับจากวันที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้รับสัมปทาน และหากผู้รับสัมปทานไม่สามารถดำเนินการตามรายละเอียดในแผนได้สำเร็จในระยะเวลาที่กำหนด การเป็นผู้รับสัมปทานที่กำหนดก็จะสิ้นสุดลง หากถือว่าเป็นกรณีที่หลีกเลี่ยงมิได้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจจะอนุญาตให้ขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปไม่เกิน 1 ปีได้หนึ่งครั้ง¹¹⁷

(2) การจัดตั้งบริษัทที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพิเศษ

ภาคเอกชนที่ประสงค์จะดำเนินงานโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยการจัดตั้งบริษัท นิติบุคคลซึ่งกระทำหน้าที่ในฐานะผู้รับสัมปทานเมื่อได้รับการอนุมัติสัญญาสัมปทาน โดยทั่วไปแล้วบริษัทก่อสร้าง นักลงทุนทางการเงิน และผู้ดำเนินงานมีอาชีพจะจัดตั้งบริษัทที่มีวัตถุประสงค์พิเศษ (Special purpose company) ขึ้นมาเพื่อเข้าร่วมโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ¹¹⁸

ในกรณีที่ผู้ดำเนินโครงการยังไม่ได้ดำเนินในฐานะบริษัทดังกล่าวในการนำเสนอขั้นตอนการข้อเสนอโครงการ ผู้ดำเนินโครงการจะต้องยื่นแผนการจัดตั้งบริษัทที่มีวัตถุประสงค์พิเศษแนบมากับข้อเสนอโครงการ และเมื่อได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้รับสัมปทานที่มี

¹¹⁵ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 13 (2)

¹¹⁶ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 13 (3)

¹¹⁷ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 13 (5)

¹¹⁸ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 13 (1)

ศักยภาพ จะต้องดำเนินการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อดำเนินงานโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่กำหนด¹¹⁹

บริษัทที่มีวัตถุประสงค์พิเศษนี้จะถูกห้ามไม่ให้ดำเนินธุรกิจอื่นนอกเหนือจากที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุญาตในระยะเวลาที่มีฐานะเป็นผู้รับสัมปทานของโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เว้นแต่ธุรกิจขนาดเล็กที่ไม่มีนัยสำคัญซึ่งได้รับการอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอนุญาต¹²⁰ ในช่วงเวลาระหว่างการก่อสร้าง ได้มีการกำหนดให้แหล่งเงินทุนที่บริษัทที่มีวัตถุประสงค์พิเศษในฐานะผู้รับสัมปทานจัดหามาควรประกอบไปด้วยทุนและตราสารหนี้มีจำนวนร้อยละ 25 หรือมากกว่า หากการลงทุนโดยตราสารหนี้โดยสถาบันการเงินมีมากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนตราสารหนี้ทั้งหมด อัตราหนี้สินต่อเงินทุนดังกล่าวสามารถลดลงเหลือร้อยละ 20 ในระหว่างระยะเวลาของการดำเนินการกำหนดให้มีอัตราหนี้สินต่อเงินทุนร้อยละ 10¹²¹

(3) การอนุมัติแผนการดำเนินงาน

ผู้รับสัมปทานจะต้องเตรียมการจัดทำแผนการดำเนินงานที่มีรายละเอียด และแผนจะต้องได้รับการอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ในกฎีกาก่อนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับโครงการ¹²² โดยคำร้องขอสำหรับการอนุมัติรายละเอียดของแผนการดำเนินงานจะมีรายละเอียดดังต่อไปนี้¹²³

1. สถานที่ตั้งและพื้นที่ทั้งหมดของสถานที่ตั้งโครงการนั้น
2. วิธีการก่อสร้างและรายละเอียดทางเทคนิคของโครงการ
3. แผนการดำเนินงานโดยความก้าวหน้าของงาน (ในกรณีที่มีการก่อสร้างดำเนินการโดยแบ่งเป็นส่วนหรือเป็นขั้น อ้างถึงรายละเอียดของแผนการดำเนินงานเป็นขั้น)
4. แผนสำหรับการเข้าถือสิทธิ์และการใช้ที่ดิน

¹¹⁹ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 13 (2), (3)

¹²⁰ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 13 (4)

¹²¹ Jay-Hyung Kim and Others, *supra note 90*, p.13.

¹²² Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 15 (1)

¹²³ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 16 (1)

ถ้ามี

5. รายละเอียดของแผนการดำเนินงาน หรือเนื้อหาของโครงการเสริม

6. เรื่องอื่นๆ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเห็นว่าจำเป็น

นอกจากนี้ในการขอความเห็นชอบรายละเอียดของแผนการดำเนินงาน ผู้รับสัมปทานจะต้องแนบเอกสารและร่างดังต่อไปนี้มาด้วย¹²⁴

1. แผนที่ที่ตั้ง
2. แผนที่อำเภอซึ่งอ้างอิงจากแผนที่ที่ดิน
3. แผนและเอกสารรายละเอียดการออกแบบ (ในกรณีที่มีการก่อสร้าง ดำเนินการเป็นส่วนหรือเป็นขั้น หมายถึงเอกสารรายละเอียดการออกแบบเป็นขั้น)
4. รายละเอียดการก่อสร้างและเอกสารที่เป็นพื้นสำหรับค่าใช้จ่ายการก่อสร้างและแผนการเงิน
5. เอกสารเกี่ยวกับการซื้อที่ดินและค่าชดเชยสำหรับที่ดิน สิ่งก่อสร้าง หรือสิทธิต่างๆ และเอกสารเกี่ยวกับการตั้งถิ่นฐานใหม่ของผู้อยู่อาศัย
6. แผนสำหรับค่าธรรมเนียมผู้ใช้บริการ ฯลฯ ของสิ่งอำนวยความสะดวก สาธารณะ และที่ดิน ฯลฯ
7. เอกสารที่มีชื่อและที่อยู่ของเจ้าของที่ดิน สิ่งก่อสร้าง หรือสิทธิ ที่จะใช้ หรือเวนคืน และฝ่ายที่เกี่ยวข้อง
8. เอกสารที่มีรายละเอียดของสิทธิ นอกเหนือไปจากสถานที่ตั้ง หมายเลขถือ การจำแนก ขนาด และกรรมสิทธิ์ของสิ่งก่อสร้างและที่ดินที่ถูกใช้หรือถูกเวนคืน
9. การประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม
10. การประเมินผลกระทบต่อการจราจร และมาตรการสำหรับการปรับปรุงเรื่องดังกล่าว และสิ่งที่จำเป็นสำหรับการปรับปรุงเรื่องดังกล่าว
11. การวางแผนสำหรับการใช้พลังงาน

¹²⁴ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 16 (2)

12. เอกสารอื่นๆ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเห็นว่าจำเป็น

จากนั้นเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะแจ้งให้ผู้รับสัมปทานเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องการตัดสินใจว่าจะอนุญาตรายละเอียดของแผนการดำเนินงานสำหรับโครงการภายใน 3 เดือนนับจากวันที่ได้รับคำร้องขออนุมัติภายใต้มาตรา 16 วรรคแรก เว้นแต่ในกรณีพิเศษภายใต้สถานการณ์พิเศษ และหากการตัดสินใจไม่อาจสามารถทำได้ภายในระยะเวลาดังกล่าว จะต้องแจ้งแก่ผู้รับสัมปทานเป็นลายลักษณ์อักษรให้ทราบถึงเหตุผลดังกล่าวและกำหนดการของวันตัดสิน¹²⁵

เมื่อแผนได้รับการอนุมัติอนุญาตให้ดำเนินการแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะประกาศแก่สาธารณชนให้ทราบ หลักเกณฑ์เดียวกันนี้จะใช้บังคับเมื่อผู้รับสัมปทานประสงค์จะปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาของแผนที่ได้รับการอนุมัติแล้ว อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์นี้จะไม่ใช้บังคับหากเป็นกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างไม่มีนัยสำคัญที่กำหนดโดยกฤษฎีกา¹²⁶

(4) การยืนยันความสำเร็จของการก่อสร้าง

เมื่อผู้รับสัมปทานได้ดำเนินโครงการเสร็จสมบูรณ์ผู้รับสัมปทานต้องรายงานต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจโดยไม่ชักช้าเมื่อเสร็จสิ้นการก่อสร้าง หลังจากได้รับคำร้องขอสำหรับการยืนยันความสำเร็จของการก่อสร้าง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะตรวจสอบความสำเร็จของการก่อสร้างอย่างละเอียดและส่งมอบหนังสือรับรองยืนยันความสำเร็จสมบูรณ์ของการก่อสร้างแก่ผู้รับสัมปทานที่ยื่นคำร้อง เมื่อผู้รับสัมปทานได้รับหนังสือรับรองยืนยันความสำเร็จสมบูรณ์ของการก่อสร้างจะถือว่าผู้รับสัมปทานได้ดำเนินการหรือได้รับอนุญาต กล่าวคือที่ดินหรือสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานที่ได้สร้างขึ้นหรือติดตั้งโดยโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะไม่สามารถใช้ได้ก่อนการส่งมอบรับรองยืนยันความสำเร็จสมบูรณ์ของการก่อสร้าง อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้จะไม่ใช้บังคับในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้อนุมัติให้ใช้งานที่ดินหรือสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวก่อนการก่อสร้างแล้วเสร็จ¹²⁷

¹²⁵ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 16 (3)

¹²⁶ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 15 (2)

¹²⁷ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 22

3.2.2.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในการบริหารจัดการและการดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน

(1) สิทธิและหน้าที่ของภาคเอกชน

1. สิทธิในการใช้สิ่งอำนวยความสะดวก

เมื่อส่งก่อสร้างของสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์ตามรูปแบบ Build-Transfer-Operate หรือรูปแบบ Build-Transfer-Lease ผู้รับสัมปทานอาจใช้สิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายและรับประโยชน์จากสิ่งเหล่านั้นเป็นระยะเวลาหนึ่งหลังจากการก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์ ภายในขอบเขตของค่าใช้จ่ายทั้งหมดของโครงการภาคเอกชนโดยกำหนดผ่านขั้นตอนการประมูลที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทาน¹²⁸

2. สิทธิในการถือครองกรรมสิทธิ์ของสิ่งอำนวยความสะดวก

เมื่อการก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานเสร็จสมบูรณ์ตามรูปแบบ Build-Operate-Transfer ผู้รับสัมปทานอาจเป็นเจ้าของสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานและได้รับประโยชน์ดังกล่าวเป็นระยะเวลาหนึ่งหลังจากการก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์ ภายในขอบเขตของค่าใช้จ่ายทั้งหมดของโครงการภาคเอกชนโดยกำหนดผ่านขั้นตอนการประมูลที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทาน¹²⁹

อย่างไรก็ตาม เพื่อที่จะได้ใช้สิทธิประโยชน์ตามข้อ 1 และ ข้อ 2 ดังกล่าวผู้รับสัมปทานอาจต้องอนุญาตให้หน่วยงานอื่นๆ ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกที่เกี่ยวข้องและเก็บค่าธรรมเนียมผู้ใช้บริการ เช่น ค่าโดยสาร ค่าเช่า¹³⁰ และแม้ว่าผู้รับสัมปทานก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์ก่อนระยะเวลาการก่อสร้าง หรือช่วยประหยัดค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทาน ระยะเวลาสำหรับการใช้งานหรือค่าธรรมเนียมดังกล่าวก็ไม่มีการปรับเปลี่ยนให้มีสิทธิมากขึ้นแต่อย่างใด¹³¹

¹²⁸ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 25 (1)

¹²⁹ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 25 (2)

¹³⁰ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 25 (4)

¹³¹ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 25 (4)

3. สิทธิและหน้าที่ในการบริหารจัดการและการดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน

ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานได้ดำเนินโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานตามรูปแบบ Build-Transfer-Operate หรือรูปแบบ Build-Transfer-Lease และได้รับหนังสือรับรองยืนยันความสำเร็จสมบูรณ์ของการก่อสร้างตามมาตรา 22 เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจให้สิทธิแก่ผู้รับสัมปทานในการบริหารจัดการและดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานและเก็บค่าธรรมเนียมผู้ใช้บริการ เป็นระยะเวลาหนึ่งสำหรับการใช้งานโดยไม่คิดมูลค่าและได้รับผลประโยชน์ตอบแทน ถ้าผู้รับสัมปทานได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการบริหารจัดการและการดำเนินงานฯ ผู้รับสัมปทานดังกล่าวจะต้องลงทะเบียนสิทธิดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในกฎฎีกา และเมื่อผู้รับสัมปทานที่ได้ลงทะเบียนสิทธิดังกล่าวแล้วผู้รับสัมปทานจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดการและการดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกนั้นอย่างเหมาะสม¹³²

(2) สิทธิและหน้าที่ของภาครัฐ

1. สิทธิในการเปลี่ยนรายละเอียดของการใช้สิ่งอำนวยความสะดวก

โดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะไม่เปลี่ยนรายละเอียดของการใช้สิ่งอำนวยความสะดวก¹³³ แต่หากมีจำเป็นโดยเห็นได้ชัดว่าเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ และไม่สามารถตอบสนองความต้องการวัตถุประสงค์ของโครงการได้โดยวิธีอื่นนอกจากแก้ไขรายละเอียดของการใช้สิ่งอำนวยความสะดวก เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจจะเปลี่ยนรายละเอียดการใช้ที่เกี่ยวข้องสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานหลังจากได้มีการปรึกษาผู้รับสัมปทานที่เกี่ยวข้องแล้ว และจะต้องได้รับการพิจารณาจากคณะกรรมการพิจารณา¹³⁴ หากผู้รับสัมปทานเกิดความสูญเสียอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดการใช้สิ่งอำนวยความสะดวก หน่วยงานฝ่ายบริหารที่ได้ใช้โครงการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องจะต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้รับสัมปทานภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎฎีกา¹³⁵

¹³² Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 26

¹³³ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 29 (1)

¹³⁴ Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 26

¹³⁵ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 29 (2)

2. สิทธิในการเปลี่ยนแปลงคำสั่งระงับหรือปรับเปลี่ยนสิ่งอำนวยความสะดวก

สะดวก

สิทธิของภาครัฐในกรณีนี้เป็นสิทธิที่เกิดจากการกำหนด การอนุมัติ หรือการยืนยัน ฯลฯ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐานได้กระทำโดยความผิดพลาดใดๆ หรือวิธีการอื่นๆ ที่ไม่สอดคล้องกฎหมายหรือเป็นการละเมิด กรณีที่ผู้รับสัมปทานล้มเหลวในการเริ่มต้นงานการก่อสร้างภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยรายละเอียดแผนการดำเนินงานโดยปราศจากเหตุอันสมควรอ้างได้ หรือเห็นว่าการดำเนินโครงการไม่สามารถเป็นไปได้เนื่องจากความล่าช้าของผู้รับสัมปทานหรือการหลีกเลี่ยงการดำเนินงานโครงการหลังจากการเริ่มต้นการก่อสร้าง หรือในกรณีที่มีการจัดตั้งบริษัทเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือกำหนดการที่เพิ่มขึ้น ระงับหรือปรับเปลี่ยนการทำงานของสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน สร้างใหม่ ปรับเปลี่ยน โอน ถอดออกหรือกักเก็บสภาพเดิมของสิ่งอำนวยความสะดวกใดๆ หรือสิ่งของดังกล่าว หรือการกระทำใดๆ ที่จำเป็นต่อการฝ่าฝืน¹³⁶

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นว่าเหตุที่ทำให้ภาครัฐใช้สิทธิดังกล่าวได้เกิดจากการละเมิดของภาคเอกชน อย่างไรก็ตามภาครัฐอาจใช้สิทธิดังกล่าวได้แม้มิได้เป็นฝ่ายผิด หากเป็นกรณีที่จำเป็นแก่ประโยชน์สาธารณะ เช่น การดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพของสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานหรือการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ กรณีที่จำเป็นต้องมีการดำเนินงานอย่างมีประสิทธิภาพของการทำงานของสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน หรือกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย เช่น สงคราม ภัยพิบัติทางธรรมชาติ ที่เกิดขึ้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้โครงการที่กำหนดโดยจะต้องผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการ หากผู้รับสัมปทานรายได้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการดำเนินงานดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องชดเชยสำหรับค่าเสียหายดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องปรึกษาผู้รับสัมปทานเกี่ยวกับค่าชดเชยสำหรับความเสียหาย¹³⁷

3. สิทธิในการยกเลิกผู้รับสัมปทานที่กำหนด

หากมีเหตุตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 46 และมาตรา 47 ดังที่กล่าวไว้ในข้อก่อนหน้า เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจยกเลิกการกำหนดผู้รับสัมปทานอาจจะดำเนินการโดยตรงตาม

¹³⁶ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 46

¹³⁷ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 47

โครงการ การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่เกี่ยวข้อง หรืออาจจะกำหนดผู้รับสัมปทานรายใหม่เพื่อมาดำเนินงานของโครงการต่อไป¹³⁸

4. สิทธิในการยกเลิกโครงการการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่นำเสนอโดยภาครัฐ

เมื่อไม่ได้มีการประกาศแผนแม่บทสำหรับโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกแก่สาธารณชนภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือเมื่อแผนแม่บทสำหรับโครงการสิ่งอำนวยความสะดวกได้ประกาศเป็นครั้งที่สอง แต่ข้อเสนอโครงการยังไม่ได้ถูกเสนอมา เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอาจจะประกาศการยกเลิกการกำหนดของโครงการที่นำเสนอโดยภาครัฐทันทีทันใดที่ในราชกิจจานุเบกษา¹³⁹

5. หน้าที่ในการรับฟังความคิดเห็น

สิทธิในการเปลี่ยนแปลงคำสั่งระงับหรือปรับเปลี่ยนในการดำเนินงานทั้งในกรณีที่ภาคเอกชนมีความผิดตามมาตรา 46 และกรณีที่ภาคเอกชนไม่มีความผิด ตามมาตรา 47 เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะต้องรับฟังความคิดเห็นก่อนการออกคำสั่งใดๆ ตามมาตราดังกล่าว¹⁴⁰

เมื่อพิจารณาเนื้อหาและโครงสร้างทั้งหมดของกฎหมายร่วมลงทุนประเทศเกาหลีใต้จะพบว่ากฎหมายดังกล่าวได้วางกรอบและหลักเกณฑ์ในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐไว้อย่างครอบคลุมในขั้นตอนต่างๆ ทั้งยังได้กำหนดประเภทของกิจการที่อยู่ภายใต้กฎหมายร่วมลงทุนนี้ไว้อย่างชัดเจน ซึ่งทำให้ไม่มีปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจนว่ากิจการใดจะต้องดำเนินการกฎหมายนี้ โดยจะเห็นว่ากิจการประเภทต่างๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมลงทุนดังกล่าว เป็นกิจการที่ภาครัฐมีหน้าที่ในการจัดหาหรือบริการ ทั้งนี้ไม่ปรากฏว่าธุรกิจสายการบินตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแต่อย่างใด

¹³⁸ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 49

¹³⁹ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 50

¹⁴⁰ Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure Article 48

3.3 บทสรุป

จากการศึกษาในบทนี้พบว่า ในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศทั้งในสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบการจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ (Air Operator Licence) ก่อนจึงจะจัดตั้งสายการบินระหว่างประเทศได้ ซึ่งแต่ละประเทศจะมีกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดต่างๆ ในเรื่องคุณสมบัติและแบบพิธี และการเพิกถอนการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศไว้ รวมถึงการระงับใช้ใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศชั่วคราว ไว้โดยเฉพาะ และได้กำหนดให้มีหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญขึ้นมาทำหน้าที่ในการกำกับดูแลด้านการบินโดยเฉพาะ

ในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพบว่า ทั้งกฎหมายของสหภาพยุโรปและของประเทศเกาหลีใต้มีหลักการที่คล้ายคลึงกันในเรื่องโครงสร้างในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ กฎหมายดังกล่าวได้วางกรอบและหลักเกณฑ์ไว้อย่างครอบคลุมในขั้นตอนต่างๆ ด้วยความโปร่งใส เท่าเทียม การแข่งขันที่มีการเปิดเสรี และกระบวนการบริหารจัดการที่ดี เพียงแต่มีหลักเกณฑ์ในรายละเอียดที่แตกต่างกันไปบ้าง นอกจากนี้กฎหมายของสหภาพยุโรปและประเทศเกาหลีได้กำหนดกิจการ หรือประเภทของกิจการที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งไม่เพียงแต่กิจการบริการสาธารณะในเชิงเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการบริการสาธารณะในเชิงสังคมด้วย และยังพบว่ากฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของประเทศเหล่านั้นก็ได้ใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศแต่อย่างใด เนื่องจากธรรมชาติของการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นเรื่องที่แตกต่างกัน ทั้งได้มีกฎหมายที่กำกับดูแลในด้านการประกอบธุรกิจสายการบินเป็นการเฉพาะแล้ว

บทที่ 4

กฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและกำกับดูแลธุรกิจสายการบิน ระหว่างประเทศ กฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ และการวิเคราะห์ปัญหา

4.1 กฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการกำกับดูแลติดตามผลการให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศในเรื่อง คุณสมบัติและแบบพิธี หลักเกณฑ์การกำหนดราคาค่าโดยสารและค่าธรรมเนียม การจัดสรรเส้นทางบินและสิทธิการบิน การเพิกถอนการอนุญาตประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ และหน่วยงานที่กำกับดูแลด้านการบินของไทย เพื่อให้ทราบว่ามีกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการกำกับดูแลติดตามผลการให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศอย่างเพียงพอและเหมาะสมหรือไม่

4.1.1 การอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินระหว่างประเทศ

ธุรกิจสายการบินเป็นการขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์อันเป็นบริการสาธารณะและเป็นกิจการสาธารณูปโภคที่รัฐควบคุมการเข้าสู่ตลาด ซึ่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515¹ ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการการบินอากาศซึ่งถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม²

¹ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ข้อ 3 กิจการดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค

(1) ...

(4) การเดินอากาศ

² ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ฉะนั้นผู้ต้องการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศในประเทศไทยจะต้องทำคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรยื่นต่อกระทรวงคมนาคม โดยผ่านสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยเพื่อขอใบอนุญาตผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ³ (Air Operator License) ก่อน โดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศต้องมีใบอนุญาตผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศซึ่งออกให้โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ให้เป็นผู้ดำเนินการเดินอากาศ⁴ หรือได้รับสัมปทานจากรัฐสำหรับการประกอบธุรกิจการขนส่งทางอากาศทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการขนส่งทางอากาศภายในประเทศและระหว่างประเทศ การขนส่งทางอากาศทั้งแบบเที่ยวบินประจำมีกำหนดและแบบเที่ยวบินไม่ประจำ ดังนั้น การจัดตั้งธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศในประเทศไทยจึงต้องขออนุญาตตามข้อกำหนดนี้

4.1.1.1 คุณสมบัติและแบบพิธี

กระทรวงคมนาคมโดยสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย⁵ ได้กำหนดคุณสมบัติและหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ⁶ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติไว้ 7 ข้อดังนี้⁷

ข้อ 2 “รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงของกระทรวงที่มีอำนาจและหน้าที่ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้หรือตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา

ข้อ 4 ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคเว้น แต่จะได้รับ อนุญาตหรือได้รับสัมปทานจากรัฐมนตรี

³ พระราชกำหนดการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558

มาตรา 38 ในการกำกับดูแล ควบคุม ส่งเสริม และพัฒนา กิจการการบินพลเรือน ในด้านเศรษฐกิจการขนส่งทางอากาศ อย่างน้อยสำนักงานต้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(4) กำกับดูแล ตรวจสอบ และติดตาม การประกอบกิจการของผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการเดินอากาศให้ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ข้อบังคับ ข้อกำหนด ประกาศ ระเบียบ หรือคำสั่ง ที่เกี่ยวข้อง

⁴ “ผู้ดำเนินการเดินอากาศ” หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจในการเดินอากาศ

⁵ กรมการขนส่งทางอากาศ ในขณะนั้น

⁶ ในที่นี้จะขอล่าถึงเฉพาะคุณสมบัติและหลักเกณฑ์ของการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศแบบประจำโดยใช้อากาศยานปีกแข็งเท่านั้น เพื่อให้สอดคล้องกับการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

1. ทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว

ผู้ประกอบการจะต้องมีทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่า 200 ล้านบาทสำหรับการบินแบบประจำโดยใช้อากาศยานปีกแข็ง

2. หุ้น

บริษัทสายการบินจะต้องไม่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ และหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมดต้องเป็นของบุคคลประเภทต่อไปนี้ แต่ละประเภทโดยลำพัง หรือหลายประเภทรวมกัน

(ก) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(ข) กระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาล

(ค) บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งกระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาลถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด

(ง) บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด

(จ) นิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

3. กรรมการบริษัท

กรรมการเกินกึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

4. แผนการดำเนินการ

การประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศแบบประจำโดยใช้อากาศยานปีกแข็ง ต้องเสนอแผนการดำเนินการโดยละเอียด การกำหนดเส้นทางบินต้องเป็นไปตามประกาศกระทรวงคมนาคม เรื่อง นโยบายการบินสำหรับสายการบินภายในประเทศ และความตกลงว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศ รวมทั้งต้องศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของโครงการ

⁷ ประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง คุณสมบัติและหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2551

5. อากาศยาน

คุณสมบัติอากาศยานปีกแข็ง

5.1 จำนวนเครื่องยนต์: ไม่จำกัดจำนวนเครื่องยนต์

- กรณีอากาศยานเครื่องยนต์เดียวทำการบินรับขนส่งผู้โดยสาร ต้องทำการบินภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการบินพลเรือน 2/2543 วันที่ 29 มีนาคม 2543⁸

⁸ ต้องเป็นประเภท TURBOPROP มีเงื่อนไข ดังนี้

1. อากาศยานต้องได้รับการรับรองให้ทำการบินด้วยกฎการบิน IFR จากรัฐผู้ผลิต
2. ให้ทำการบินด้วยกฎการบิน IFR เท่านั้น
3. ให้ทำการบินด้วยนักบิน 2 คน โดยถือใบอนุญาตอย่างน้อยนักบินพาณิชย์ตรีพร้อมศักระการบินด้วยเครื่องวัดประกอบการบิน
4. นักบินที่ 1 ต้องมีชั่วโมงบินอย่างน้อย 1,500 ชั่วโมง
5. ต้องทำการฝึกบินทบทวนตามวาระ(PROFICIENCY CHECK) ปีละ 1 ครั้ง
6. อากาศยานจะต้องติดตั้งอุปกรณ์เครื่องช่วยในการเดินอากาศให้เหมาะสมกับเส้นทาง และ สนามบินที่จะทำการบิน
7. ให้ทำการบินขึ้นลง ณ สนามบินที่กรมการขนส่งทางอากาศอนุญาตเท่านั้น
8. อากาศยานจะต้องมีแหล่งจ่ายพลังงานไฟฟ้าที่แยกอิสระต่อกันอย่างน้อย 2 แหล่งจ่ายหรือ แหล่งจ่ายพลังงานไฟฟ้า 1 แหล่งจ่ายกับแบตเตอรี่ที่สามารถจ่ายพลังงานที่จะต้องใช้ได้ร้อยละ 150 เป็นเวลา 1 ชั่วโมง
9. อากาศยานจะต้องมีแหล่งจ่ายพลังงานสำหรับเครื่องวัดประเภทโรสโคปอย่างน้อย 2 แหล่งจ่าย
10. การตรวจสอบเครื่องยนต์ต้องตรวจสอบและปฏิบัติตาม ENGINE TREND MONITORING PROGRAM และ OIL ANALYSIS ตามที่บริษัทผู้สร้างกำหนด และกรมการขนส่งทางอากาศให้ความเห็นชอบ
11. ผลการตรวจสอบตามข้อ 10) ให้ทำการบันทึกลงในสมุดประวัติเครื่องยนต์

5.2 ขนาดและน้ำหนักของอากาศยาน: ไม่จำกัดขนาดและน้ำหนักของอากาศยาน ทั้งนี้ให้เป็นไปตามความเหมาะสมกับบริการที่เสนอขอ

5.3 อายุของอากาศยาน: อากาศยานที่จัดทำให้บริการต้องมีอายุใช้งานไม่เกิน 14 ปี นับตั้งแต่วันที่ผลิต⁹ เว้นแต่ ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศจากรัฐมนตรีก่อนวันที่ 2 ธันวาคม 2556 ซึ่งได้สิทธิในการจัดหาอากาศยานปีกแข็งมาให้บริการพร้อมใบอนุญาตโดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการจัดหาไว้ หรือผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศจากรัฐมนตรีก่อนวันที่ 2 ธันวาคม 2556 ให้จัดหาอากาศยานปีกแข็งมาเพิ่มเติมหรือทดแทนอากาศยานที่มีอยู่โดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการจัดหาไว้ หากผู้ได้รับอนุญาตนั้นยังมิได้ดำเนินการจัดหาอากาศยานหรือจัดหามาแล้วเพียงบางส่วน ให้ผู้ได้รับอนุญาตนั้นยังคงมีสิทธิในการจัดหาอากาศยานที่มีอายุการใช้งานเกิน 14 ปี นับตั้งแต่วันที่ผลิต ได้ตามสิทธิที่มีหรือสิทธิที่เหลืออยู่ต่อไปจนถึงวันที่ 2 ธันวาคม 2558 โดยจะต้องดำเนินการตามข้อกำหนดว่าด้วยความสมควรเดินอากาศ เรื่อง การบำรุงรักษาอากาศยานที่มีอายุการใช้งานสูง ตามที่กรมการบินพลเรือน¹⁰ กำหนด ทั้งนี้ หากพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ยังมิได้จัดหาอากาศยานไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้สิทธิดังกล่าวเป็นอันหมดไป¹¹

5.4 จำนวนอากาศยาน: การประกอบการแบบประจำรับขนผู้โดยสารจะต้องมีอากาศยานไม่น้อยกว่า 2 ลำ

6. การประกันภัย

12. ให้จัดทำคู่มือการปฏิบัติงานด้านตรวจสอบบำรุงรักษา และ เทคนิคในการตรวจสอบบำรุงอุปกรณ์ตาม ข้อ 8 และ 9

13. ให้ทำการบินขึ้นลง ณ ท่าอากาศยานของกรมการขนส่งทางอากาศ ท่าอากาศยานของการท่าอากาศยานแห่งประเทศไทย และ ท่าอากาศยานนานาชาติอยู่ตะเภาเท่านั้น

⁹ แก้ไขโดย ประกาศกรมการบินพลเรือน เรื่อง อายุของอากาศยานปีกแข็งที่ใช้ในการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ วันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557

¹⁰ ปัจจุบันคือ สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย

¹¹ เพิ่มเติมโดย ประกาศกรมการบินพลเรือน เรื่อง อายุของอากาศยานปีกแข็งที่ใช้ในการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ (ฉบับที่ 2) วันที่ 30 พฤษภาคม พ.ศ. 2557

สำหรับอากาศยานปีกแข็งทั่วไป ผู้ประกอบการจะต้องทำประกันภัยสำหรับความเสียหายอันเกิดแก่ร่างกาย ชีวิต ตลอดจนทรัพย์สินของบุคคลที่สาม วงเงินประกัน ไม่ต่ำกว่า 5,000 ล้านบาทต่อครั้ง และสำหรับผู้โดยสารไม่ต่ำกว่า 2 ล้านบาทต่อคนต่อครั้งและต้องต่ออายุกรมธรรม์ก่อนวันสิ้นสุดไม่น้อยกว่า 30 วัน

สำหรับอากาศยานที่มีน้ำหนักสูงสุดเมื่อบินขึ้นไม่เกิน 5,700 กิโลกรัม ผู้ประกอบการจะต้องทำประกันภัยสำหรับความเสียหายอันเกิดแก่ร่างกาย ชีวิต ตลอดจนทรัพย์สินของบุคคลที่สาม วงเงินประกันไม่ต่ำกว่า 500 ล้านบาทต่อครั้ง ละสำหรับผู้โดยสารไม่ต่ำกว่า 2 ล้านบาทต่อคนต่อครั้ง และต้องต่ออายุกรมธรรม์ก่อนวันสิ้นสุดไม่น้อยกว่า 30 วัน

7. ความปลอดภัยในการปฏิบัติการบิน

ผู้ประกอบการจะต้องจัดทำคู่มือปฏิบัติการบิน (Flight Operation Manual) และคู่มือการซ่อมบำรุง (General Maintenance Manual) ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบจากกรมการขนส่งทางอากาศ และต้องได้รับความเห็นชอบจากกรมการขนส่งทางอากาศ และต้องได้รับใบรับรองผู้ดำเนินการเดินอากาศจากกรมการขนส่งทางอากาศก่อนได้รับอนุญาตให้ทำการบิน

เมื่อผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ขั้นตอนต่อมาคือการยื่นคำร้องขอใบอนุญาตเข้าสู่ตลาดตามแบบพิธีที่กำหนด โดยในการยื่นคำร้องขอใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศนี้ ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการจะต้องขอรับการรับรองคุณสมบัติและคำร้องขอใบอนุญาตประกอบการค้าขายในการเดินอากาศก่อน จากนั้นยื่นคำขอเป็นหนังสือพร้อมแนบเอกสารรายละเอียดต่างๆ ต่อสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย เพื่อให้สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยนำเสนอต่อกระทรวงคมนาคมในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่¹² เป็นผู้พิจารณาออกใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศดังกล่าว และในการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมอาจกำหนดเงื่อนไขใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นแนบท้ายใบอนุญาตดังกล่าว เพื่อให้ผู้ประกอบการปฏิบัติได้¹³

¹² ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ข้อ 9 ให้กระทรวงคมนาคมมีอำนาจ และหน้าที่เกี่ยวกับกิจการรถไฟ และการเดินอากาศ

¹³ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศจะมีอายุ 10 ปี และสามารถต่ออายุได้อีกครั้งละ 10 ปี โดยความเห็นชอบของกระทรวงคมนาคม โดยผู้ขอต่อใบอนุญาตจะต้องได้รับการรับรองจากสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยว่าได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศรวมทั้งกฎและระเบียบต่างๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศทุกประการ¹⁴

เมื่อได้รับอนุญาตให้ผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมแล้ว สายการบินก็จะต้องพิจารณาเลือกเส้นทางบินที่จะให้บริการขนส่งทางอากาศซึ่งกรณีที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาคือเส้นทางบินระหว่างประเทศ (International Routes) โดยจะอธิบายในหัวข้อ 4.1.1.3 การจัดสรรเส้นทางบินและสิทธิการบิน

เห็นได้ว่าในตัวประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใดๆ เกี่ยวกับการขออนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศไว้ หากแต่กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ทำให้การกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขต่างๆ อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารดังที่ปรากฏในประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง คุณสมบัติและหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศที่ได้อธิบายในข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าประกาศกรมการขนส่งทางอากาศดังกล่าวมีความเหมาะสมในเชิงเนื้อหาแล้ว แต่ยังไม่มีความเหมาะสมในเชิงรูปแบบ เพราะอยู่ในรูปแบบกฎหมายลำดับรองที่มีลำดับศักดิ์ต่ำ ซึ่งอาจมองว่ากรณีดังกล่าวเป็นข้อเสียเนื่องจากไม่มีความแน่นอนและสามารถเปลี่ยนแปลงได้ง่าย นอกจากนี้แม้ว่าผู้ขออนุญาตจะมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมก็อาจจะใช้ดุลยพินิจอนุญาตให้ผู้นั้นผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศก็เป็นได้ อย่างไรก็ตามกรณีเช่นนี้ก็อาจเป็นข้อดีเนื่องจากหากสถานการณ์ต่างๆ เปลี่ยนไป ฝ่ายบริหารก็สามารถปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันได้ทันท่วงที ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรออกกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้ผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศให้อยู่เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน และมีความเหมาะสมในเชิงรูปแบบ แต่ใน

ข้อ 7 ในการอนุญาตหรือให้สัมปทานตามข้อ 4 และข้อ 5 รัฐมนตรีกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้

¹⁴ ข้อมูลจากสำนักกำกับกิจการขนส่งทางอากาศ, สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย, 9 ตุลาคม 2558.

กรณีนี้อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ เช่นในเรื่องที่เกี่ยวกับจำนวนเงิน ก็อาจกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าสามารถแก้ไขได้โดยกฎหมายลำดับรอง เป็นต้น

4.1.1.2 หลักเกณฑ์การกำหนดราคาค่าโดยสารและค่าธรรมเนียม

กิจการการขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์เป็นบริการสาธารณะ การกำหนดราคาค่าโดยสารของอากาศยานต้องเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้บริการและผู้ใช้บริการ และให้แยกประเภทของการบริการขนส่งทางอากาศตามความเหมาะสม¹⁵ ซึ่งค่าโดยสารสำหรับเส้นทางระหว่างประเทศนั้นให้เป็นไปตามที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยบริการเดินอากาศ¹⁶ โดยหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการจัดเก็บค่าโดยสาร ได้แก่ คณะกรรมการการบินพลเรือน สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย¹⁷

¹⁵ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินอากาศ (ฉบับที่ 11)

มาตรา 20 การขนส่งทางอากาศเพื่อการพาณิชย์เป็นบริการสาธารณะ การกำหนดค่าโดยสารและค่าระวางของอากาศยานขนส่งต้องเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ

การเก็บค่าโดยสารและค่าระวางสำหรับอากาศยานขนส่ง ให้คณะกรรมการการบินพลเรือน กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณค่าโดยสารและค่าระวางของผู้ประกอบการอากาศยานขนส่งซึ่งต้องไม่เกินอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ โดยให้แยกประเภทของบริการการขนส่งทางอากาศตามความเหมาะสม

การเก็บค่าโดยสารและค่าระวางสำหรับอากาศยานขนส่งระหว่างประเทศ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยบริการเดินอากาศ แล้วแต่กรณี

¹⁶ โปรดดู มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

¹⁷ พระราชกำหนดการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558

มาตรา 38 ในการกำกับดูแล ควบคุม ส่งเสริม และพัฒนา กิจการการบินพลเรือน ในด้านเศรษฐกิจการขนส่งทางอากาศ อย่างน้อยสำนักงานต้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) กำกับดูแลและตรวจสอบการกำหนดราคาและการจัดเก็บค่าโดยสารและค่าระวางสำหรับอากาศยานขนส่งของผู้ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการการเดินอากาศให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการบินพลเรือนกำหนด

4.1.1.3 การจัดสรรเส้นทางบินและสิทธิการบิน

สายการบินของไทยที่จะทำการบินจากประเทศไทยไปยังประเทศต่างๆ ต้องได้รับการแต่งตั้งเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) ก่อน เพื่อใช้สิทธิทำการบินภายใต้ความตกลงทวิภาคีหรือความตกลงพหุภาคีว่าด้วยบริการเดินอากาศระหว่างประเทศที่ไทยกับประเทศภาคีนั้นๆ ดังนั้นผู้ประกอบการสายการบินของไทยรายได้ประสงค์จะใช้สิทธิความตกลงฉบับใด จะต้องยื่นคำขอไปยังสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย เพื่อเสนอแนะต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมให้สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยแต่งตั้งสายการบินนั้นให้เป็นสายการบินที่กำหนด¹⁸ และแจ้งให้คู่ภาคีอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่าไทยประสงค์จะแต่งตั้งให้สายการบินนั้นเป็นสายการบินที่กำหนดของไทยในการใช้สิทธิการบินภายใต้ความตกลงนั้นๆ

ในการพิจารณาและจัดสรรสิทธิการบินที่มีอยู่ให้กับสายการบินของไทยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ¹⁹ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทย ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2548 ซึ่งจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. การยื่นคำขอรับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบิน

ผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทยซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการแบบประจำมีกำหนดระหว่างประเทศ ที่ประสงค์จะดำเนินบริการการบินแบบประจำมีกำหนดในเส้นทางระหว่างประเทศให้ยื่นคำขอเป็นหนังสือต่ออธิบดีกรมการขนส่งทางอากาศ²⁰ เพื่อขอรับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบิน ภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่า 45 วันทำการ ก่อนเริ่มดำเนินบริการตามเส้นทางบินที่ขอรับการจัดสรร พร้อมทั้งแนบเอกสารแสดงรายละเอียดต่างๆ เพื่อประกอบการพิจารณา ดังนี้

¹⁸ พระราชกำหนดการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558

มาตรา 38 ในการกำกับดูแล ควบคุม ส่งเสริม และพัฒนา กิจการการบินพลเรือน ในด้านเศรษฐกิจการขนส่งทางอากาศ อย่างน้อยสำนักงานต้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(5) เสนอแนะต่อรัฐมนตรีเกี่ยวกับการจัดสรรสิทธิการบินและการอนุญาตการบินแก่อากาศยานและสายการบินของไทยและต่างประเทศ

¹⁹ ปัจจุบันหน่วยงานที่รับผิดชอบคือ สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย

²⁰ ปัจจุบันผู้มีหน้าที่คือ ผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย

1.1 แผนการทำงานบินซึ่งแสดงเส้นทางบินที่ยื่นขอรับการจัดสรรความจุ ความถี่ จำนวนและแบบของอากาศยานที่ใช้ และวันเริ่มทำงานบิน พร้อมทั้งแผนการหมุนเวียนการใช้อากาศยานในฝูงบิน

1.2 ผลการศึกษาความเป็นไปได้ของการให้บริการในเส้นทางบินที่ยื่นขอรับการ จัดสรร โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดในเรื่องดังต่อไปนี้

1.2.1 ศักยภาพของตลาดในปัจจุบัน ประมาณการจำนวนผู้โดยสารหรือสินค้าที่คาดว่าจะรับขนได้ของเส้นทางที่ขอรับการ จัดสรร ในช่วงระยะเวลา 5 ปี นับแต่เริ่มดำเนินการ บริการ

1.2.2 กลยุทธ์ในการสร้างตลาด/หาลูกค้า

1.2.3 ประมาณการรายรับ-รายจ่าย และผลกำไร ของเส้นทางบินที่ขอรับการ จัดสรรในช่วงระยะเวลา 5 ปี นับแต่เริ่มดำเนินการ บริการ

1.3 ข้อมูลแสดงฐานะทางการเงิน ได้แก่

1.3.1 งบดุล

1.3.2 งบกำไรขาดทุน

1.3.3 งบกระแสเงินสด

2. หลักเกณฑ์การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบิน

การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบการกิจการ ค้าขายในการเดินอากาศของไทยที่ยื่นคำขอ จะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

2.1 ความพร้อมและความเหมาะสมของการใช้อากาศยาน โดยพิจารณาจาก

2.1.1 จำนวนอากาศยานที่มี และการจัดหาอากาศยาน

2.1.2 ความเหมาะสมของจำนวนอากาศยานที่มีกับจำนวนสิทธิในเส้นทาง บินและความจุ ความถี่ ที่ได้รับการจัดสรรไว้แล้ว และสิทธิในเส้นทางบินที่ยื่นขอรับการ จัดสรร

2.1.3 ความเหมาะสมของอากาศยานที่ใช้กับระยะทางของเส้นทางบินที่ยื่น ขอรับการ จัดสรรสิทธิ

2.1.4 การใช้อากาศยาน (Aircraft Utilization) และแผนการใช้อากาศยาน ที่จะนำมาใช้ในการให้บริการตามเส้นทางบินที่ยื่นขอรับการ จัดสรรสิทธิ

2.2 ประวัติการดำเนินบริการในเส้นทางบินอื่นหรือเส้นทางบินเดียวกับที่ขอรับการ จัดสรร ซึ่งได้รับการจัดสรรไว้แล้วหรือเคยได้รับการจัดสรร (ถ้ามี) โดยพิจารณาจาก

2.2.1 จำนวนสิทธิในเส้นทางบินและความจุ ความถี่ ที่ได้รับการจัดสรรไว้ แล้วหรือเคยได้รับการจัดสรร

2.2.2 จำนวนสิทธิในเส้นทางบินและความจุ ความถี่ ที่ให้บริการจริง

2.2.3 ประวัติการดำเนินบริการที่ผ่านมา เช่น ความสม่ำเสมอของการ ให้บริการ สถิติการยกเลิกเที่ยวบินหรือการหยุดให้บริการหรือการออกเดินทางล่าช้า รวมทั้งข้อ ร้องเรียนของผู้ใช้บริการ และข้อร้องเรียนของประเทศปลายทางที่ผู้ประกอบการไทยให้บริการ เป็น ต้น รวมทั้งการปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใดๆ ตามที่กรมการขนส่งทางอากาศกำหนด

2.3 ผลการศึกษาความเป็นไปได้ของการให้บริการในเส้นทางบินที่ยื่นขอรับการ จัดสรร โดยพิจารณาจาก

2.3.1 ขนาดของตลาดการบินในปัจจุบันและประมาณการผู้โดยสารหรือ สินค้าที่คาดว่าจะรับขนส่งได้ของเส้นทางบินที่ยื่นขอรับการ จัดสรร ในช่วงระยะเวลา 5 ปี นับแต่เริ่ม ดำเนินบริการ

2.3.2 กลยุทธ์ในการสร้างตลาด การหาลูกค้า เช่น การทำการตลาดโดย เจาะกลุ่มเป้าหมายหรือการร่วมมือกับผู้ประกอบการท่องเที่ยว เป็นต้น

2.3.3 ประมาณการรายรับ รายจ่าย และผลกำไรในการดำเนินบริการของ เส้นทางบินที่ยื่นขอรับการ จัดสรรในช่วงระยะเวลา 5 ปี นับตั้งแต่เริ่มดำเนินการ

2.4 ข้อมูลแสดงฐานะทางการเงินของผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของ ไทยที่ยื่นขอรับการ จัดสรรเส้นทางบิน โดยพิจารณาจาก

2.4.1 ทุนประกอบการ (ทุนจดทะเบียน) และหุ้น

2.4.2 วงเงินประกันภัย

2.4.3 งบดุล

2.4.4 งบกำไรขาดทุน

2.4.5 งบกระแสเงินสด

ในกรณีผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทยรายใหม่ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบการค้าขายในการเดินอากาศไม่เกิน 1 ปี จะพิจารณาเฉพาะข้อมูลทางการเงินเบื้องต้นที่เป็นไปตามระเบียบของการขอใบอนุญาตประกอบการค้าขายในการเดินอากาศ เช่น ทุนประกอบการ วงเงินประกันภัย เป็นต้น

2.5 นโยบายรัฐบาล โดยพิจารณาจากแผนประกอบการหรือแผนการทำการบินที่มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาสอดคล้องและสนับสนุนนโยบายรัฐบาลในการพัฒนาการขนส่งทางอากาศของประเทศและประโยชน์สาธารณะ

3. การดำเนินการก่อนแจ้งแต่งตั้งให้เป็นสายการบินที่กำหนดของไทย (Designated Airline) ไปยังประเทศที่เกี่ยวข้อง

เมื่อผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทยได้รับการพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศจากกรมการขนส่งทางอากาศแล้ว ก่อนกรมการขนส่งทางอากาศแจ้งแต่งตั้งให้เป็นสายการบินที่กำหนดของไทยไปยังประเทศที่เกี่ยวข้อง ผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทยดังกล่าวจะต้องแสดงเอกสารหลักฐานรายการใดรายการหนึ่งหรือหลายรายการ ที่แสดงให้เห็นว่ามีความตั้งใจในการดำเนินบริการ ทั้งนี้เพื่อให้ทางราชการมีความมั่นใจในการประกอบธุรกิจในฐานะผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทยได้ในระยะยาว ดังต่อไปนี้

3.1 เอกสารหลักฐานการจัดตั้งสำนักงานและการจัดจ้างบุคลากรในประเทศที่ต้องการทำการบินไป

3.2 เอกสารหลักฐานในการติดต่อเพื่อจัดตั้งตัวแทนการขาย (General Sales Agent : GSA)

3.3 เอกสารหลักฐานในการติดต่อกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของประเทศที่จะทำการบินไป เกี่ยวกับการให้บริการภาคพื้นดิน (Ground Handling Service) เช่น บริการเติมน้ำมัน อาหารการรับส่งผู้โดยสาร และ/หรือ สินค้า เป็นต้น

3.4 เอกสารการติดต่อขออนุญาตทำการบินจากหน่วยงานที่รับผิดชอบด้านการบินของประเทศที่จะทำการบินไป หรือเอกสารติดต่อเพื่อข้อมูลต่างๆ

3.5 เอกสารหลักฐานอื่นๆ ที่มี ซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำการบินในเส้นทางบินดังกล่าว

4. การสิ้นสุดและการเพิกถอนสิทธิในเส้นทางบินที่ได้รับการจัดสรร

4.1 ผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยที่ได้รับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินผู้ใดไม่สามารถเริ่มทำการบินตามแผนการทำการบินที่ได้แจ้งไว้ภายในหนึ่งฤดูกาลบิน (นับแต่วันสิ้นสุดฤดูกาลบินที่ได้แจ้งตามแผนการทำการบินว่าจะเริ่มทำการบิน) หรือให้บริการไม่ครบฤดูกาลบินในฤดูกาลบินใดๆ โดยไม่มีเหตุผลอันควร ให้สิทธิในเส้นทางบินดังกล่าวเป็นอันสิ้นสุดลงนับแต่วันสิ้นสุดฤดูกาลบินนั้น

4.2 ในกรณีตาม 4.1 กรมการขนส่งทางอากาศอาจพิจารณาเพิกถอนสิทธิในเส้นทางบินที่ได้รับการจัดสรรก่อนกำหนดเวลาสิ้นสุดดังกล่าวได้ และจะจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินนั้นให้แก่ผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยรายอื่นรายหนึ่งหรือหลายรายที่ยื่นขอรับการจัดสรรเส้นทางบิน หากผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยรายหนึ่งหรือหลายรายมีคุณสมบัติตรงตามเกณฑ์และมีความพร้อมที่จะดำเนินบริการภายในระยะเวลาที่กรมการขนส่งทางอากาศกำหนด

5. ข้อสงวนสิทธิ

5.1 เมื่อสิทธิในเส้นทางบินที่ได้รับการจัดสรรของผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยรายใดสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน ตาม 4.1 หรือ 4.2 กรมการขนส่งทางอากาศสงวนสิทธิที่จะดำเนินการแจ้งการยกเลิกการแต่งตั้งให้เป็นสายการบินที่กำหนดของไทย (Designated Airline) และ/หรือ แจ้งการแต่งตั้งสายการบินที่กำหนดของไทย (Designated Airline) รายใหม่ ไปยังประเทศที่เกี่ยวข้องต่อไป

5.2 กรมการขนส่งทางอากาศสงวนสิทธิที่จะพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศใดๆ ให้แก่ผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยรายอื่นนอกเหนือจากผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยซึ่งได้รับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศนั้นไว้แล้ว หรือเคยได้รับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศดังกล่าว

ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ด้วย²¹

²¹ ประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทย ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2548

4.1.2 การเพิกถอนการอนุญาตประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

จากการศึกษาประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 พบว่าความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการพิจารณาควบคุมและจัดการตลาดการค้าขายในการเดินอากาศ ดังนั้น กระทรวงคมนาคมในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่จึงมีอำนาจที่จะใช้ดุลยพินิจในการเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ประกอบกิจการได้ ทางปฏิบัติที่ผ่านมา กระทรวงคมนาคมจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนหรือพักใช้ใบอนุญาตไว้ในใบอนุญาตดังกล่าว โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมมีสิทธิที่จะเพิกถอนหรือพักใช้ใบอนุญาตนี้ ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หากปรากฏเหตุแห่งการเพิกถอนหรือพักใช้ตามที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต เช่น ผู้ที่ได้รับอนุญาตไม่สามารถดำเนินกิจการไปได้ด้วยดี ผู้ที่ได้รับอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศ รวมถึงถึง ภาวะเปียบ ประกาศ คำสั่ง ข้อบังคับ เงื่อนไขประกอบใบอนุญาต หรือมาตรการความปลอดภัยในการเดินอากาศ ตามที่กรมการขนส่งทางอากาศกำหนด ผู้ที่ได้รับอนุญาตมิได้ควบคุมดูแลให้การประกอบการ หรือการปฏิบัติการบินเป็นไปตามข้อกำหนดการปฏิบัติการ (Operation Specifications) ที่ระบุในใบรับรองผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator Certificate) หรือคู่มือการปฏิบัติการบิน (Flight Operation Manual) หรือคู่มือการบำรุงรักษาอากาศยานทั่วไป (Generation Maintenance Manual) ที่กรมการขนส่งทางอากาศได้เห็นชอบแล้ว ผู้ที่ได้รับอนุญาตทำการบินตามสิทธิในเส้นทางบินซึ่งได้รับอนุญาตให้ใช้ตารางการบินแบบประจำที่กำหนดภายในประเทศแล้ว แต่หยุดทำการบินไปทั้งหมด หรือแต่บางส่วนเกินกว่า 15 วัน โดยมีได้รับอนุญาต

โดยที่กระทรวงคมนาคมได้มีนโยบายเปิดเสรีการบินระหว่างประเทศ โดยเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศของไทยทุกราย สามารถทำการบินแบบประจำในเส้นทางบินระหว่างประเทศได้นั้น

ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานในกิจการของรัฐ เพื่อให้การจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทย มีความชัดเจน เป็นธรรม และโปร่งใส กรมการขนส่งทางอากาศโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการผู้แทนรัฐบาลเพื่อพิจารณาทำความตกลงว่าด้วยการขนส่งทางอากาศกับรัฐบาลต่างประเทศเป็นประจำ ในคราวประชุม ครั้งที่ 1/2548 เมื่อวันที่ 26 เมษายน 2548 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทย เพื่อดำเนินบริการการบินแบบประจำในเส้นทางระหว่างประเทศไว้ดังต่อไปนี้...

จากกระทรวงคมนาคม เป็นต้น ทั้งนี้ใบอนุญาตเป็นอันใช้ไม่ได้ เมื่อผู้รับอนุญาตเป็นบุคคลล้มละลาย หรือผู้รับอนุญาตมิได้ดำเนินการตามสิทธิแห่งใบอนุญาต ภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต²²

แม้หลักเกณฑ์ที่รัฐใช้ในการเพิกถอนใบอนุญาตนี้ไม่ได้มีกฎหมายลำดับรอง กำหนดไว้เป็นการเฉพาะดังเช่นในเรื่องคุณสมบัติและหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ แต่โดยปกติรัฐจะใช้เกณฑ์เดียวกันกับผู้ประกอบการทุกราย กล่าวคือ รัฐจะพิจารณาเพิกถอนใบอนุญาตในกรณีที่ผู้ประกอบการไม่สามารถดำเนินการได้ หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขท้ายใบอนุญาต รวมทั้งในกรณีที่ผู้ประกอบการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการเกี่ยวกับความปลอดภัยที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ระเบียบ หรือในคำสั่งอื่นใดที่รัฐ กำหนด อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนใบอนุญาตไว้ในกฎหมาย เฉพาะเพื่อให้เกิดความชัดเจน และเพื่อให้มั่นใจว่าจะมีการใช้บังคับอย่างเท่าเทียมกันสำหรับทุกสาย การบิน ดังเช่นกฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งควรตราพระราชบัญญัติ ฉบับใหม่สำหรับใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินโดยตรง และกำหนดหลักเกณฑ์ในการเพิก ถอนใบอนุญาตไว้ในกฎหมายดังกล่าวด้วย

4.1.3 หน่วยงานที่กำกับดูแลด้านการบินของไทย

ในอดีตหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลด้านการบินพลเรือนของไทย คือ กรมการบินพลเรือน ต่อมาได้มีการตราพระราชกำหนดการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2558 โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อแยกส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลด้านการบินพลเรือนออกเป็น สำนักงานการบิน พลเรือนแห่งประเทศไทย และกรมท่าอากาศยาน (ซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานสนามบินของกรมการ บินพลเรือนเดิม) ในส่วนนี้ผู้เขียนจะขออธิบายเฉพาะในส่วนของสำนักงานการบินพลเรือนแห่ง ประเทศไทยเนื่องจากเกี่ยวข้องกับประเด็นที่ศึกษาโดยตรง

สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย (The Civil Aviation Authority of Thailand) จัดตั้งขึ้นเพื่อกำกับดูแลด้านการบินพลเรือนของประเทศไทยโดยมีฐานะเป็นหน่วยงานของ รัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ และมีฐานะเป็นนิติบุคคล²³ โดยมีวัตถุประสงค์ดังนี้²⁴

²² กำหนดไว้ในใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศแบบประจำมีกำหนด

²³ พระราชกำหนดการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 มาตรา 5

1. กำกับ ดูแล ควบคุม ส่งเสริม และพัฒนา กิจกรรมการบินพลเรือน ทั้งในด้านนิรภัย การรักษาสิ่งแวดล้อม การรักษาความปลอดภัย การอำนวยความสะดวกในการขนส่งทางอากาศ เศรษฐกิจ การขนส่งทางอากาศ และด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบินพลเรือนให้เป็นไปตามกฎหมาย และมาตรฐานสากล

2. ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยความผิดบางประการต่อการเดินอากาศ

3. ส่งเสริม และพัฒนาเครือข่ายระบบการขนส่งทางอากาศ อุตสาหกรรมการบิน และกิจการ การบินพลเรือนให้มีประสิทธิภาพและได้มาตรฐานสากล

4. เป็นศูนย์กลางในการให้บริการและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับกิจการ การบินพลเรือนให้สามารถดำเนินการและแข่งขันได้ในระดับสากล

นอกจากอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์แล้ว สำนักงานการการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้ด้วย²⁴

1. ศึกษา วิเคราะห์ และพัฒนา กิจกรรมการบินพลเรือน ทั้งในด้านนิรภัย การรักษาสิ่งแวดล้อม การรักษาความปลอดภัย การอำนวยความสะดวกในการขนส่งทางอากาศ เศรษฐกิจ การขนส่งทางอากาศ ตลอดจนระบบโครงสร้างพื้นฐานการบินพลเรือนของประเทศ

2. เสนอแนะนโยบายต่อคณะกรรมการการบินพลเรือนเกี่ยวกับกิจการการบินพลเรือน และการขนส่งทางอากาศ

3. เสนอแนะต่อรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศ

4. ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการให้กับคณะกรรมการการบินพลเรือนตามกฎหมายว่าด้วย การเดินอากาศ และปฏิบัติงานอื่นตามที่คณะกรรมการการบินพลเรือนมอบหมาย

5. ดำเนินการจัดทำแผนอำนวยความสะดวก แผนรักษาความปลอดภัย และแผนนิรภัย ในการบินพลเรือนแห่งชาติ รวมทั้งแผนแม่บทการจัดตั้งสนามบินพาณิชย์ของประเทศ เพื่อ

²⁴ พระราชกำหนดการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 มาตรา 7

²⁵ พระราชกำหนดการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2558 มาตรา 8

เสนอให้คณะกรรมการ การบินพลเรือนพิจารณาอนุมัติ รวมทั้งกำกับดูแลและควบคุมการดำเนินการ ให้เป็นไปตามแผนดังกล่าว

6. ดำเนินการจัดระเบียบการบินพลเรือน รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้น่านฟ้าให้เกิดความปลอดภัยและมีประสิทธิภาพสูงสุด

7. ตรวจสอบ ติดตาม ควบคุม รวมทั้งส่งเสริมให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในอุตสาหกรรมการบินและกิจการ การบินพลเรือนปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ และมาตรฐานสากล

8. กำกับดูแลกิจการสนามบินและสนามบินอนุญาตที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่า ด้วยการเดินอากาศ หรือตามกฎหมายอื่นให้เกิดความปลอดภัยและได้มาตรฐานสากล

9. ให้ความร่วมมือและสนับสนุนคณะกรรมการการบินพลเรือนและส่วนราชการ ในการประสานงาน หรือเจรจากับองค์การระหว่างประเทศหรือต่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิในการบิน หรือการทำความตกลงใดๆ เกี่ยวกับการบินพลเรือนอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการอื่น

10. ร่วมมือและประสานงานกับองค์การหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศ และต่างประเทศ ในด้านการบินพลเรือนตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ตามอนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

11. ส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการวิจัยและพัฒนากิจการการบินพลเรือน

12. ให้การรับรองหลักสูตรและสถาบันฝึกอบรมผู้ประจำหน้าที่ตามกฎหมายว่า ด้วยการเดินอากาศ และกำหนดคุณสมบัติและความรู้ของบุคลากรด้านการบินอื่นที่พึงต้องมี

13. กำหนดมาตรฐานการทำงานของผู้ประจำหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศ

14. จัดทำทะเบียนอากาศยาน รวมทั้งทะเบียนผู้ประจำหน้าที่และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับ การบินพลเรือน

15. จัดทำและเผยแพร่ความรู้และข่าวสารเกี่ยวกับการบินพลเรือน

16. ดำเนินการอื่นใดที่จำเป็นหรือต่อเนืองให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสำนักงาน หรือตามที่ กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานหรือตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี มอบหมาย

4.2 กฎหมายไทยเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตั้งแต่ความเป็นมาของกฎหมายร่วมลงทุน ศึกษารายละเอียดพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ทั้งในเรื่องหลักการเบื้องต้น และขั้นตอนปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อนำข้อมูลที่ได้ไปวิเคราะห์ถึงความเหมาะสมในกรณีที่น่ากฎหมายดังกล่าวไปใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศในหัวข้อถัดไป

4.2.1 ความเป็นมา

ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐฉบับปัจจุบัน ได้มีการประกาศใช้กฎหมายหลายฉบับ ซึ่งมีทั้งที่ถูกยกเลิกไปโดยกฎหมายฉบับใหม่และยังคงมีบางฉบับที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ดังนี้

4.2.1.1 พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471

แรกเริ่มนั้นกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเกิดขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 7 มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบกระทั่งถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 เมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2471 สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 รัฐเป็นผู้ผูกขาดการประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคแต่ผู้เดียว เอกชนจะเข้ามาดำเนินการจัดทำจะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานก่อน และมาตรา 5 ได้กำหนดถึงประเภทของกิจการต่างๆ ที่ถือว่าเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคอันได้แก่ การรถไฟ รถราง ขุดคลอง เดินอากาศ ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า ฯลฯ ส่วนมาตรา 7 ได้กำหนดถึงกิจการอื่นที่จะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานก่อน เช่น กิจการประกันภัย ธนาคาร เครดิตฟองซิเอร์ เป็นต้น ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 กฎหมายฉบับนี้ถูกแก้ไขหลายครั้ง เช่น เปลี่ยนแปลงผู้มีอำนาจในการอนุญาตจากพระมหากษัตริย์มาเป็นรัฐบาล เพิ่ม

กิจการบางประเภทที่รัฐผูกขาดเข้าไปในกฎหมาย²⁶ เป็นต้น ต่อมากฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

4.2.1.2 ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ในปี พ.ศ. 2515 ได้มีประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 โดยได้ยกเลิกพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พุทธศักราช 2471 โดยในข้อ 3 และข้อ 4 ของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้กำหนดกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคที่อยู่ในความควบคุมและต้องได้รับอนุญาตหรือสัมปทานจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องก่อนจึงจะดำเนินการได้ กิจการเหล่านี้ได้แก่ การรถไฟ การรถราง การชุกคลอง การเดินอากาศ การประปา การชลประทาน การไฟฟ้า การผลิตเพื่อจำหน่ายหรือจำหน่ายก๊าซโดยระบบเส้นท่อไปยังอาคารต่างๆ เป็นต้น กฎหมายฉบับนี้มีทั้งกรณีที่ต้องได้รับสัมปทานและกรณีที่ต้องได้รับอนุญาต ในการให้สัมปทานนั้นรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นจำเป็นเพื่อความปลอดภัยหรือความผาสุกของประชาชนไว้ด้วยก็ได้ และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเงื่อนไขดังกล่าวก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับ เงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควร โดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 นี้ไม่ใช่บังคับแก่การประกอบกิจการที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ

ในภาพรวมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 มีเนื้อหาสาระไม่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชนมากนัก มีการเพิ่มประเภทของธุรกิจบางประเภทที่มีผลกระทบต่อประชาชนเข้าไปเพื่อที่จะให้ผู้ประกอบกิจการต้องขออนุญาตต่อรัฐก่อน ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการให้สัมปทานบริการสาธารณะกับเอกชนในหลายโครงการ และได้กลายมาเป็นช่องทางสำคัญที่นักการเมืองใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์กับตนเองเนื่องจากการอนุญาตหรือการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวไม่มีแนวทางปฏิบัติหรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอน²⁷

²⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์, “บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 314,” สืบค้นเมื่อ วันที่ 10 พฤษภาคม 2558, <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1840>.

²⁷ เพิ่งอ้าง.

4.2.1.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535

ต่อมาเมื่อวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2535 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้คือ “เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการให้สัมปทานหรือให้สิทธิแก่เอกชนหรือการร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน ส่วนใหญ่จะกำหนดให้เป็นอำนาจ การพิจารณาของบุคคลผู้เดียวหรือหน่วยงานเดียว และในเรื่องสำคัญจะกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีทำให้การพิจารณาอาจเป็นไปได้โดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้สัมปทานตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ส่วนใหญ่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีปฏิบัติไว้ตั้งนั้น เพื่อให้มีแนวทางการปฏิบัติและใช้บังคับแก่การให้สัมปทานหรือการร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยเฉพาะโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป สมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

จากเหตุผลดังกล่าว เห็นได้ว่าเจตนารมณ์สำคัญของกฎหมายฉบับนี้ คือ กำหนดแนวทางการปฏิบัติในการพิจารณาให้สัมปทานของรัฐ หรือการให้สิทธิแก่เอกชน หรือการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชนสำหรับโครงการที่มีการลงทุนหรือมีทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายแร่ โดยกำหนดให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ และการกำกับดูแลติดตามผล โดยให้มีหน่วยงานกลางหลายหน่วยงานเข้ามาช่วยวิเคราะห์และคัดเลือกเอกชนซึ่งจะเข้ามาร่วมดำเนินโครงการอันเป็นกิจการของรัฐในทุกขั้นตอน เพื่อไม่ให้มีการใช้ดุลยพินิจไปในทางทุจริตตั้งแต่เดิมอำนาจในการพิจารณาเรื่องเหล่านี้เป็นอำนาจของบุคคลคนเดียวหรือหน่วยงานเดียว หรือเป็นอำนาจของรัฐมนตรี

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 นั้นเกิดขึ้นจากวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่สำคัญของรัฐ พร้อมทั้งกำหนดให้มีหน่วยงานและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเข้ามาช่วยวิเคราะห์และพิจารณาคัดเลือกเอกชนเข้าร่วมดำเนินโครงการในทุกๆ ขั้นตอน กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้อำนาจในการอนุมัติโครงการลงทุนสำคัญเป็นของคณะรัฐมนตรี มีการกำหนดมาตรฐานขั้นตอนการ

ปฏิบัติงานรวมถึงระยะเวลาการดำเนินการของเอกชนที่ได้รับคัดเลือกเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ซึ่งการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นส่งผลให้การดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐเป็นไปอย่างล่าช้าและมีปัญหาทางกฎหมายหลายประการ จนเป็นเหตุให้ต้องนำเรื่องเข้าหารือต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นจำนวนมาก ปัญหาที่หารือได้แก่ ความชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตการใช้บังคับกฎหมาย บทนิยามที่ไม่ชัดเจนเกี่ยวกับคำว่า “กิจการของรัฐ” “โครงการ” “ร่วมงานหรือดำเนินการ” การกำหนดขั้นตอนและหน่วยงานที่เข้าร่วมพิจารณาโครงการ การเข้าเป็นหุ้นส่วนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน การไม่กำหนดกรอบเวลาในการพิจารณาก่อนที่จะมีการอนุญาตให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ และนอกจากนี้แล้วยังมีหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานพยายามที่จะหลีกเลี่ยงไม่นำกฎหมายมาใช้กับการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เนื่องจากมีหลายขั้นตอนที่ทำให้โครงการล่าช้ายุ่งยากสลับซับซ้อน มีการตรวจสอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอย่างเข้มงวด ทำให้บริการสาธารณะประเภทใหม่เกิดขึ้นได้ยาก²⁸ ต่อมากฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

4.2.2 พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อสานต่อการดำเนินการและแก้ไขปัญหาที่เกิดจากพระราชบัญญัติฉบับเดิม พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบ หลักเกณฑ์ ขั้นตอนการปฏิบัติให้กับส่วนราชการ หน่วยงานรัฐต่างๆ ใช้เป็นกรอบปฏิบัติในการพิจารณาคัดเลือกและการพิจารณาให้สัมปทานโครงการต่างๆ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสสามารถตรวจสอบขั้นตอนการพิจารณาดำเนินการต่างๆ ได้ โดยจะศึกษาในรายละเอียดดังต่อไปนี้

²⁸ เฟิงอ้าง.

4.2.2.1 หลักการเบื้องต้น

(1) ขอบเขตการใช้บังคับ

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้กำหนดขอบเขตการใช้บังคับไว้ในมาตรา 7 ว่า พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การเอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ เว้นแต่การให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียมและการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ และมาตรา 23 ทั้งกำหนดอีกด้วยว่าการร่วมลงทุนดังกล่าวต้องเป็นการร่วมลงทุนที่มีมูลค่าโครงการตั้งแต่พันล้านบาทขึ้นไป

(2) คำนิยามสัญญาร่วมลงทุน

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้บัญญัตินิยามร่วมลงทุนไว้ในมาตรา 4 ว่า “ร่วมลงทุน หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียวโดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด” จากการศึกษาความหมายของคำว่า “ร่วมลงทุน” ในหัวข้อ 2.2.1 ทำให้เห็นว่านิยามของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้มีความหมายกว้างกว่าความหมายของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยทั่วไป เพราะไม่เพียงแต่หมายถึงกรณีสัญญาสัมปทาน แต่ยังหมายรวมถึงการอนุญาต หรือให้สิทธิใดๆ ด้วย ซึ่งการอนุญาตดังกล่าวน่าจะหมายถึงทั้งการอนุญาตในกรณีแปรสัญญาสัมปทานมาเป็นใบอนุญาตตั้งที่ใช้กับกิจการโทรคมนาคม และการอนุญาตให้ประกอบกิจการที่รัฐต้องการควบคุมดังเช่นกิจการตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 58

ผลของคำนิยามดังกล่าวส่งผลให้เป็นการนำระบบของการร่วมลงทุนในลักษณะสัญญาสัมปทานมาใช้กับการประกอบธุรกิจที่รัฐต้องการกำกับดูแลโดยการออกใบอนุญาต ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาประการอื่นตามมา โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อ 4.3 ต่อไป

(3) คู่สัญญา

คู่สัญญาภาครัฐตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่

“หน่วยงานเจ้าของโครงการ” หมายความว่า ส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกรมหรือเทียบเท่ารัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งจะให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

1. องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล
กิจการของรัฐบาลตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

2. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่กระทรวงการคลังหรือรัฐวิสาหกิจ
ตาม 1. หรือหน่วยงานอื่นของรัฐมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

“หน่วยงานอื่นของรัฐ” หมายความว่า หน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐ
องค์การมหาชน หรือหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ หรือหน่วยงานอื่นที่มีฐานะเป็นนิติ
บุคคลที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจซึ่งอยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” หมายความว่า องค์กรบริหารส่วน
จังหวัด เทศบาล องค์กรบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือองค์กรปกครองส่วน
ท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายจัดตั้ง

คู่สัญญาภาคเอกชน

“เอกชน” หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีใช้หน่วยงานของรัฐ
หรือหน่วยงานอื่นของรัฐบาลไทย

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ระบุคู่สัญญาภาคเอกชนว่าได้แก่
บุคคลใดบ้าง แต่กลับให้คำนิยามในเชิงนิเสธ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมาย
ของประเทศเกาหลีใต้ที่ได้ให้คำนิยามของคู่สัญญาภาคเอกชนไว้โดยเฉพาะ

เมื่อนำคำนิยามดังกล่าวมาใช้บังคับแก่ธุรกิจสายการบินของไทย ก็จะมี
พบว่าบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจในสังกัดกระทรวงคมนาคม จึงมี
ฐานะเป็นภาครัฐตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

(4) กิจการที่อยู่ภายใต้

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556
ไม่ได้กำหนดว่าใช้บังคับแก่กิจการใด เพียงแต่ระบุไว้กว้างๆ ว่าให้ใช้บังคับแก่การเอกชนเข้าร่วมงาน
หรือดำเนินการในกิจการของรัฐ โดยยกเว้นเพียงกรณีการให้สัมปทานตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม
และการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่เท่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่าพระราชบัญญัติ
ฉบับนี้จะใช้บังคับแก่กิจการใดบ้าง โดยกิจการนั้นเป็นการร่วมลงทุนหรือไม่ ซึ่งนิยามของคำว่าร่วม
ลงทุนพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นคำนิยามที่กว้างขวางมาก อันจะส่งผลให้เกิดปัญหาตามในเรื่องความ
เหมาะสมในการใช้บังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้กับกิจการนั้นๆ

จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยแตกต่างจากกฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ โดยกฎหมายของประเทศเหล่านั้นได้กำหนดขอบเขตไว้อย่างชัดเจนว่าจะใช้บังคับแก่กิจการใด ซึ่งจะไม่ก่อให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนดังเช่นที่เกิดขึ้นกับกฎหมายไทย อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ก็ได้เปิดช่องไว้ในมาตรา 7 วรรคสอง โดยผู้ร่างกฎหมายคงจะคาดเห็นปัญหาอย่างที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ จึงได้บัญญัติให้มีการออกพระราชกฤษฎีกายกเว้นเฉพาะเรื่องได้ หากเรื่องนั้นๆ มีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาให้เอกชนร่วมลงทุนและการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้อย่างเพียงพอแล้ว

(5) เกณฑ์และวิธีการในการคำนวณมูลค่าโครงการ

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคำนวณมูลค่าโครงการไว้พระราชบัญญัตินี้โดยตรง แต่ให้เป็นที่ไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด²⁹ ซึ่งปรากฏในประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558³⁰ โดยให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้รับผิดชอบในการคำนวณมูลค่าของโครงการ³¹ ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้³²

- หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องคำนวณเงินลงทุนและทรัพย์สินของภาครัฐและภาคเอกชนตลอดอายุโครงการ ณ วันที่มีการคำนวณมูลค่าโครงการ

- ในกรณีที่มูลค่าดังกล่าวมีมูลค่าต่ำกว่ามูลค่าโครงการที่กำหนด แต่หากต่อมาปรากฏว่าผู้ยื่นข้อเสนอที่ผ่านการประเมิน เสนอเงินลงทุนและทรัพย์สินมากขึ้นจนทำให้มูลค่าของโครงการดังกล่าวเกินกว่ามูลค่าโครงการที่กำหนด³³ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเริ่มต้นดำเนิน

²⁹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 23

³⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 46 ง หน้า 21 25 กุมภาพันธ์ 2558

³¹ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ข้อ 4

³² ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ข้อ 5

³³ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ข้อ 3

โครงการข้างต้นใหม่ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือตามประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 แล้วแต่กรณี โดยให้เริ่มต้นตั้งแต่ขั้นตอนการเสนอโครงการ

- ในกรณีที่จะมีการแยกสัญญาร่วมลงทุนออกเป็นสัญญาร่วมลงทุนหลายฉบับภายใต้โครงการเดียว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของโครงการนั้น โดยรวมมูลค่าของโครงการที่คาดว่าจะกำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุนทั้งหมดเป็นส่วนหนึ่งของมูลค่าของโครงการข้างต้น

- ในกรณีที่จะมีการแยกการลงทุนในกิจการของรัฐออกเป็นโครงการย่อยหลายโครงการ ภายใต้สัญญาร่วมลงทุนฉบับเดียว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของโครงการนั้นโดยรวม มูลค่าของโครงการย่อยทั้งหมดเป็นส่วนหนึ่งของมูลค่าของโครงการข้างต้น

- ในกรณีที่สัญญาร่วมลงทุนสำหรับโครงการเต็มสิ้นสุดแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ คำนวณมูลค่าของโครงการดังกล่าวตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4³⁴ อีกครั้ง ก่อนที่จะมีการดำเนินการให้เอกชน เข้าร่วมลงทุนในโครงการต่อไป

โดยให้มูลค่าของโครงการที่หน่วยงาน เจ้าของโครงการคำนวณตามที่กำหนดไว้ในข้อ 4 ถือเป็นที่สุด เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในประกาศฉบับนี้

วิธีการคำนวณมูลค่าของโครงการ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณเงินลงทุน และทรัพย์สินของภาครัฐและของเอกชนทั้งทรัพย์สินที่มีรูปร่าง (Tangible Asset) และไม่มีรูปร่าง (Intangible Asset) ที่ทำให้มีการดำเนินงานตามโครงการในระดับเต็มกำลังการผลิตที่

“มูลค่าโครงการที่กำหนด” หมายความว่า มูลค่าโครงการที่รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงประกาศกำหนดตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือมูลค่าโครงการที่คณะกรรมการกำหนดไว้ในประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

³⁴ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ข้อ 4

ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นผู้รับผิดชอบในการคำนวณมูลค่าของโครงการ โดยจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 5 วิธีการที่กำหนดไว้ในข้อ 6 และแนวทางปฏิบัติ ที่สำนักงานประกาศกำหนดตามข้อ 7

คาดการณ์ไว้ (Utilization Capacity at Projected Level) และสามารถรักษากำลังการผลิตและ/หรือเพิ่มกำลังการผลิตในอนาคตที่หน่วยงานเจ้าของโครงการประสงค์ที่จะดำเนินการ โดยให้คำนวณเงินลงทุนและทรัพย์สินดังกล่าวเฉพาะส่วนที่ใช้ในการดำเนินงานตามโครงการและตามระยะเวลาที่ใช้ งาน โดยเงินลงทุนและทรัพย์สินของภาครัฐและเอกชนที่หน่วยงานเจ้าของโครงการนำมาคำนวณมูลค่าของโครงการ ประกอบไปด้วยเงินลงทุนและทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้³⁵

เงินลงทุน (Capital Investment) ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการ ประมาณการเงิน ลงทุนเริ่มต้น (Initial Capital Investment) และเงินลงทุนในอนาคต (Future Capital Expenditure) ที่ทำให้มีการดำเนินงานตามโครงการได้ โดยให้คำนวณเงินลงทุนเฉพาะส่วน ที่ก่อให้เกิดสินทรัพย์ถาวรของภาครัฐและเอกชน ในส่วนที่นอกเหนือจากทรัพย์สินของภาครัฐ

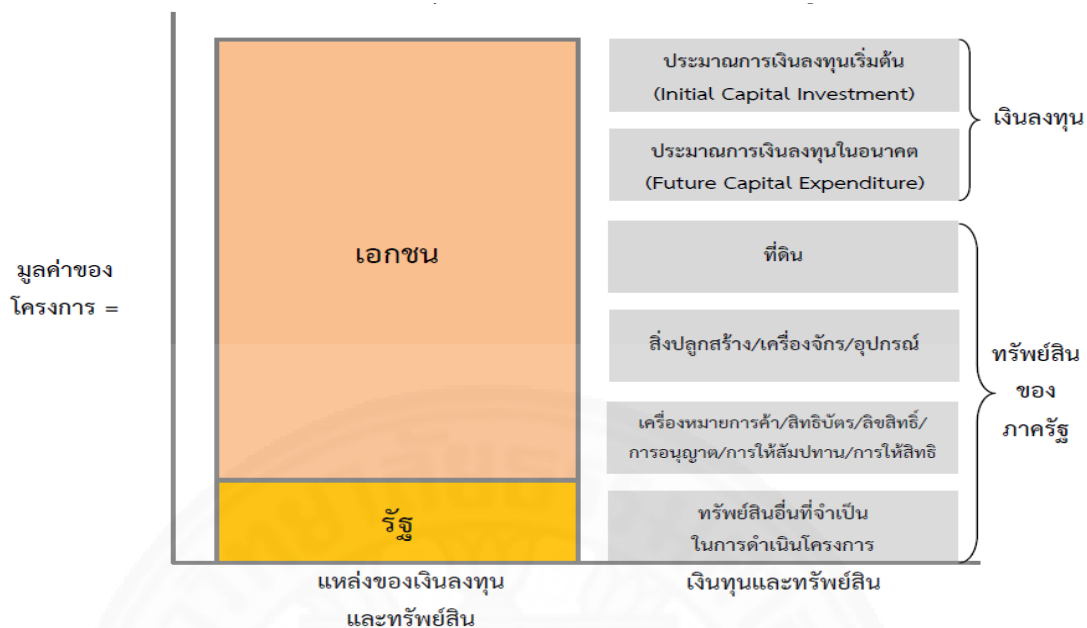
ทรัพย์สินของภาครัฐ ในกรณีที่โครงการได้มีการใช้ทรัพย์สินของภาครัฐ ในการดำเนินงานตามโครงการ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินของภาครัฐ ดังต่อไปนี้

- ที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง (Land and Property)
 - เครื่องจักรและอุปกรณ์ (Machine and Equipment)
 - ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Asset) เช่น เครื่องหมายการค้า (Trademark) สิทธิบัตร (Patent) หรือลิขสิทธิ์ (Copyright)
 - การอนุญาต การให้สัมปทาน การให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อดำเนินกิจการ
- ของรัฐ
- ทรัพย์สินอื่นที่จำเป็นในการดำเนินโครงการ

แผนภาพแสดงเงินลงทุนและทรัพย์สินสำหรับการคำนวณมูลค่าโครงการ³⁶

³⁵ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ข้อ 6

³⁶ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง แนวทางปฏิบัติสำหรับการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558



นอกจากนี้คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจยังได้กำหนดแนวทางในการคำนวณมูลค่าโครงการไว้ในประกาศสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เรื่อง แนวทางปฏิบัติสำหรับการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 โดยกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมจากประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ดังต่อไปนี้

ในการคำนวณมูลค่าของโครงการหากหน่วยงานเจ้าของโครงการพิจารณาเลือกคำนวณเงินลงทุนและ/หรือทรัพย์สินบางส่วนซึ่งสามารถคำนวณมูลค่าได้อย่างแน่นอนและชัดเจนแล้วปรากฏว่า มูลค่าของเงินลงทุนและ/หรือทรัพย์สินดังกล่าวเกินกว่ามูลค่าโครงการที่กำหนดตามมาตรา 23 แห่ง พ.ร.บ. ร่วมลงทุนฯ ปี 2556 หรือมูลค่าที่กำหนดเพิ่มขึ้นโดยกฎกระทรวงตามมาตรา 23 แห่ง พ.ร.บ. ร่วมลงทุนฯ ปี 2556 ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดใน พ.ร.บ. ร่วมลงทุนฯ ปี 2556 ได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนวณเงินลงทุนและทรัพย์สินทั้งหมดของโครงการ เพื่อความสะดวก ความคล่องตัว และประโยชน์สำหรับการใช้ทรัพยากรของหน่วยงานเจ้าของโครงการได้อย่างมีประสิทธิภาพ

- แนวทางในการคำนวณเงินลงทุนและมูลค่าของทรัพย์สิน

1. ที่ดิน (Land)

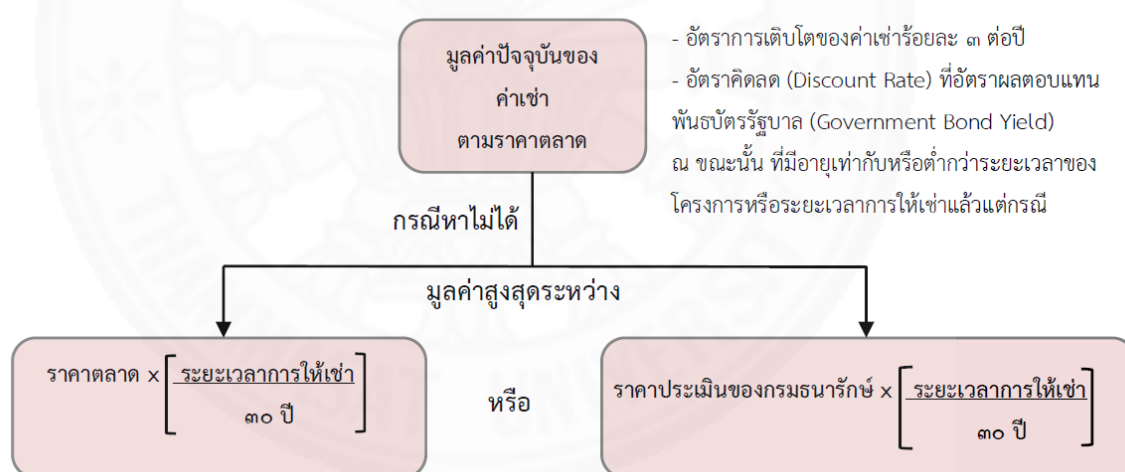
ในการคำนวณมูลค่าของที่ดินให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าที่ดินตามแนวทางดังนี้

1.1 กรณีรัฐให้เอกชนเช่าที่ดิน

(1) ให้ใช้มูลค่าปัจจุบัน (Present Value: PV) ของค่าเช่าที่ดินตามราคาตลาดตลอดระยะเวลาการให้เช่า ด้วยอัตราการเติบโตของค่าเช่าร้อยละ 3 ต่อปี และคิดลดค่าเช่าดังกล่าวให้เป็นมูลค่าปัจจุบันโดยใช้อัตราคิดลด (Discount Rate) ที่อัตราผลตอบแทนพันธบัตรรัฐบาล (Government Bond Yield) ณ ขณะนั้น ที่มีอายุเท่ากับหรือต่ำกว่าระยะเวลาของโครงการหรือระยะเวลาการให้เช่าแล้วแต่กรณี

(2) ในกรณีที่ไม่สามารถหามูลค่าปัจจุบันของค่าเช่าที่ดินตามราคาตลาดตามข้อ (1) ได้ ให้ใช้มูลค่าสูงสุดระหว่าง (ก) ราคาตลาด หรือ (ข) ราคาประเมินของกรมธนารักษ์ และให้นำมูลค่าสูงสุดดังกล่าวมาเทียบอัตราส่วนระยะเวลาการให้เช่ากับอายุการใช้งาน (Useful Life) ของที่ดิน ซึ่งกำหนดให้มีอายุการใช้งาน 30 ปี ซึ่งปรากฏตามแผนภาพดังนี้

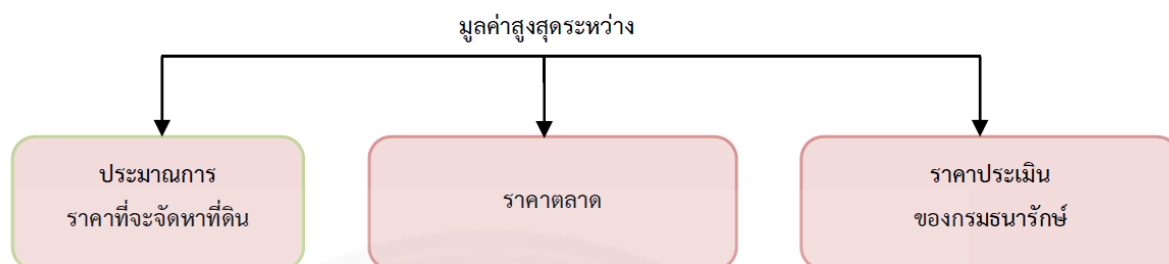
แผนภาพแสดงวิธีคำนวณมูลค่าที่ดิน (กรณีรัฐให้เอกชนเช่าที่ดิน)



1.2 กรณีรัฐหรือเอกชนจัดหาที่ดินใหม่

ให้ใช้มูลค่าสูงสุดระหว่าง (ก) ประมาณการราคาที่จะจัดหาที่ดิน หรือ (ข) ราคาตลาด หรือ (ค) ราคาประเมินของกรมธนารักษ์ ซึ่งปรากฏตามแผนภาพดังนี้

แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าของที่ดิน (กรณีรัฐหรือเอกชนจัดหาที่ดินใหม่)



2. สิ่งปลูกสร้าง (Building and Structure) เครื่องจักร (Machinery) หรืออุปกรณ์ (Equipment)

ในการคำนวณมูลค่าของสิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักร หรืออุปกรณ์ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวตามแนวทางดังต่อไปนี้

2.1 กรณีรัฐให้เอกชนเช่าสิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักร หรืออุปกรณ์

(1) ให้ใช้มูลค่าปัจจุบัน (Present Value: PV) ของค่าเช่าสิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักร

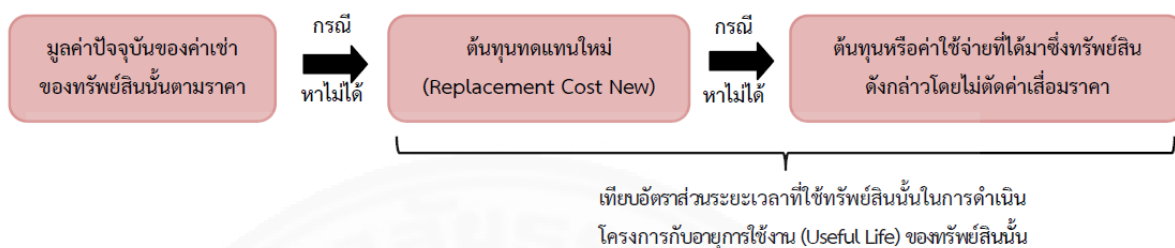
หรืออุปกรณ์ ตามราคาตลาดตลอดระยะเวลาที่ใช้ทรัพย์สินนั้นในการดำเนินโครงการด้วยอัตราการเติบโตของค่าเช่าร้อยละ 3 ต่อปี และคิดลดค่าเช่าดังกล่าวให้เป็นมูลค่าปัจจุบันโดยใช้อัตราคิดลด (Discount Rate) ที่อัตราผลตอบแทนพันธบัตรรัฐบาล (Government Bond Yield) ณ ขณะนั้น ที่มีอายุเท่ากับหรือต่ำกว่าระยะเวลาการให้เช่าหรือระยะเวลาที่ใช้ทรัพย์สินนั้นในการดำเนินโครงการแล้วแต่กรณี

(2) ในกรณีที่ไม่สามารถหามูลค่าปัจจุบันของค่าเช่าทรัพย์สินนั้นตามราคาตลาดตามข้อ (1) ได้ ให้ใช้ต้นทุนทดแทนใหม่ (Replacement Cost New) ของทรัพย์สินดังกล่าว และให้นำมูลค่าต้นทุนทดแทนใหม่ (Replacement Cost New) ดังกล่าว มาเทียบอัตราส่วนระยะเวลาที่ใช้ทรัพย์สินนั้นในการดำเนินโครงการกับอายุการใช้งาน (Useful Life) ของทรัพย์สินนั้น

(3) ในกรณีที่ไม่สามารถหาต้นทุนทดแทนใหม่ (Replacement Cost New) ตามข้อ (2) ได้ ให้ใช้ราคาต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว โดยไม่ต้องตัดค่าเสื่อมราคา (Depreciation) และให้นำมูลค่าราคาต้นทุน หรือค่าใช้จ่ายดังกล่าวมาเทียบอัตราส่วน

ระยะเวลาที่ใช้ทรัพย์สินนั้นในการดำเนินโครงการกับอายุการใช้งาน (Useful Life) ของทรัพย์สินนั้น ซึ่งปรากฏตามแผนภาพดังนี้

แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าสิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักรหรืออุปกรณ์



2.2 กรณีรัฐหรือเอกชนจัดหาสิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักร หรืออุปกรณ์ใหม่

ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการประมาณการต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว

สำหรับกรณีมีการจัดหาทรัพย์สินดังกล่าวในอนาคต (Future Capital Expenditure) ให้ใช้มูลค่าปัจจุบันของประมาณการต้นทุน หรือค่าใช้จ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว โดยใช้อัตราคิดลด (Discount Rate) ที่อัตราผลตอบแทนพันธบัตรรัฐบาล (Government Bond Yield) ณ ขณะนั้น ที่มีอายุเท่ากับหรือต่ำกว่าระยะเวลาที่ได้มาซึ่งทรัพย์สินดังกล่าว

3. ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible Asset)

ในการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งรวมถึงเครื่องหมายการค้า (Trademark) สิทธิบัตร (Patent) และลิขสิทธิ์ (Copyright) ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าว ตามแนวทางดังต่อไปนี้ ตามลำดับ

3.1 ให้ใช้ค่าใช้จ่ายในการวิจัยและพัฒนาเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างนั้น

3.2 ในกรณีที่ไม่สามารถหาค่าใช้จ่ายตามข้อ 3.1 ได้ ให้ใช้มูลค่าที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งปรากฏตามแผนภาพดังนี้

แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง



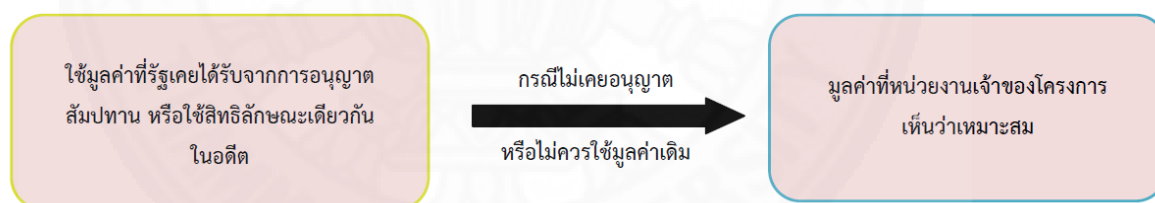
4. การอนุญาต การให้สัมปทาน หรือการให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อดำเนิน กิจการของรัฐ

ในการคำนวณมูลค่าของการอนุญาต การให้สัมปทาน หรือการให้สิทธิแก่เอกชนเพื่อดำเนินกิจการของรัฐ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินดังกล่าวตามแนวทางดังต่อไปนี้ ตามลำดับ

4.1 ให้ใช้มูลค่าที่ภาครัฐเคยได้รับจากการอนุญาต การให้สัมปทาน หรือการให้สิทธิแก่เอกชนในลักษณะเดียวกันที่ดำเนินการมาแล้วในอดีต ทั้งของหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือหน่วยงานอื่นที่เคยดำเนินการ

4.2 ในกรณีที่ไม่เคยมีโครงการให้อุญาต ให้สัมปทาน หรือให้สิทธิแก่เอกชนในลักษณะเดียวกันมาก่อน หรือหน่วยงานเจ้าของโครงการสามารถแสดงผลให้เห็นได้ว่าไม่สมควรใช้มูลค่าตามข้อ 4.1 ให้ใช้มูลค่าที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งปรากฏตามแผนภาพดังนี้

แผนภาพแสดงวิธีการคำนวณมูลค่าของการอนุญาต/การให้สัมปทาน/
การให้สิทธิแก่เอกชน



5. ทรัพย์สินอื่นที่จำเป็นในการดำเนินโครงการ

ในการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินอื่นที่จำเป็นในการดำเนินโครงการ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินอื่นที่จำเป็นในการดำเนินโครงการโดยการใช้มูลค่าที่หน่วยงานเจ้าของโครงการเห็นว่าเหมาะสม

เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติในการคำนวณมูลค่าของโครงการกำหนดให้ราคาตลาด ราคาประเมินที่ดินของกรมธนารักษ์และราคาจัดหาใหม่ มีความหมายดังต่อไปนี้

1. ราคาตลาด (Market Price)

ราคาตลาดของที่ดิน หมายถึง ราคาซื้อขายกันในตลาดหรือราคาจำหน่ายหรือราคาขายฝากครั้งสุดท้ายของที่ดินหรือที่ดินข้างเคียง โดยคำนึงถึงสภาพแห่งที่ดินนั้นว่าเป็นที่ดินประเภทใด เช่น ที่อยู่อาศัย ที่โรงงาน ที่ให้บริการหรือค้าขาย ที่สวน ที่นา ที่ไร่ เป็นต้น และที่นั้นอยู่ในทำเลอย่างไรด้วย

ค่าเช่าที่ดินตามราคาตลาด หมายถึง ค่าเช่าในตลาดของที่ดินที่ใช้ในการดำเนินโครงการ หรือของที่ดินข้างเคียงโดยคำนึงถึงสภาพแห่งที่ดินนั้นว่าเป็นที่ดินประเภทใด เช่น ที่อยู่อาศัย ที่โรงงาน ที่ให้บริการหรือค้าขาย ที่สวน ที่นา ที่ไร่ เป็นต้น และที่นั้นอยู่ในทำเลอย่างไรด้วย

ค่าเช่าสิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักร หรืออุปกรณ์ ตามราคาตลาด หมายถึง ค่าเช่าในตลาดของทรัพย์สินนั้นหรือทรัพย์สินที่มีสภาพทรัพย์สินที่คล้ายกัน โดยคำนึงถึงปัจจัยที่ส่งผลต่อค่าเช่า ทั้งสภาพแวดล้อมคุณลักษณะทางกายภาพ ประโยชน์ใช้สอย การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ในอนาคตด้วย

2. ราคาประเมินที่ดินของกรมธนารักษ์

ราคาประเมินที่ดินของกรมธนารักษ์หมายถึง ราคาประเมินของที่ดินที่กำหนดโดยสำนักประเมินราคาทรัพย์สิน กรมธนารักษ์ กระทรวงการคลัง

3. ต้นทุนทดแทนใหม่ (Replacement Cost New)

ต้นทุนทดแทนใหม่ หมายถึง ประมาณการต้นทุนในปัจจุบันในการจัดซื้อจัดหาทรัพย์สินใหม่เพื่อนำมาทดแทนทรัพย์สินเดิม โดยอย่างน้อยต้องมีความใกล้เคียงหรือทัดเทียมในด้านเทคโนโลยี วัสดุ อุปกรณ์ที่ใช้ ประสิทธิภาพ และกำลังการผลิต

โดยหลักแล้วการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่จะอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จะต้องเป็นกรณีที่มูลค่าโครงการเกินกว่าหนึ่งพันล้านบาท อย่างไรก็ตามกรณีที่มูลค่าโครงการต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท อาจจะตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ก็ได้หากเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 58 กล่าวคือ หากสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเห็นว่า โครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโครงการใดแม้มีมูลค่าต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาทแต่เป็นโครงการที่มีความสำคัญหรือสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์และสมควรดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการตามที่กำหนดไว้

ในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจัดทำประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีวงเงินต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท³⁷ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติตาม

(6) องค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาให้เอกชนร่วมลงทุน

1. คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้บัญญัติเกี่ยวกับคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ไว้ในหมวด 2 โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ไม่เกิน 17 คน ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีเป็นประธาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นรองประธาน ปลัดกระทรวงการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกิน 7 คน เป็นกรรมการ³⁸ โดยมีอำนาจหน้าที่สำคัญหลายประการเช่น จัดทำแผนยุทธศาสตร์เพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี ให้ความเห็นชอบหลักการโครงการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนและการดำเนินโครงการตามที่กำหนดในกฎหมาย พิจารณาเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางด้านการเงินหรือการคลัง ในการสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต่อคณะรัฐมนตรี พิจารณาอนุมัติหรือตัดสินชี้ขาดการไม่ใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติ³⁹ เป็นต้น

2. สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.)

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ยังได้กำหนดให้มีสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) เพื่อรับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยมีอำนาจในการร่างแผน

³⁷ โปรดดู ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2558

³⁸ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 8

³⁹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 16

ยุทธศาสตร์ให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ศึกษาและวิเคราะห์โครงการและเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการฯ เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ จัดทำร่างมาตรการหรือแนวทางด้านการเงินหรือการคลังในการสนับสนุนให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเสนอต่อคณะกรรมการฯ เสนอความเห็นต่อคณะกรรมการฯ ในกรณีไม่ใช่วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล จัดทำร่างประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงการที่มีมูลค่าต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาท รวมมือทางด้านวิชาการ การวิจัยและพัฒนา กับหน่วยงานทั้งภาครัฐและภาคเอกชนทั้งในและต่างประเทศ⁴⁰ เป็นต้น

4.2.2.2 ขั้นตอนการปฏิบัติตามกฎหมาย

ขั้นตอนการปฏิบัติที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับโครงการที่เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ประกอบด้วยขั้นตอนใหญ่ 4 ขั้นตอนตามลำดับ คือ (1) การเสนอโครงการ (2) การดำเนินโครงการ และ (3) การกำกับดูแลและติดตามผล (4) การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่ โดยกฎหมายกำหนดรายละเอียดที่จะต้องปฏิบัติในแต่ละขั้นตอน ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) การเสนอโครงการ

1. แผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของภาครัฐ

แผนยุทธศาสตร์การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะกำหนดนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่สอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ มีระยะเวลาครั้งละ 5 ปี⁴¹ เพื่อใช้เป็นเกณฑ์วัดความเหมาะสมและความจำเป็นของแต่ละโครงการ โดยมาตรา 20 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเสนอกรอบนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐใน ความรับผิดชอบของกระทรวงต่อคณะกรรมการเพื่อเป็นข้อมูลประกอบการจัดทำแผนยุทธศาสตร์ของคณะกรรมการ และนอกจากนี้ในการจัดทำแผนยุทธศาสตร์คณะกรรมการจะต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานของรัฐและสาธารณชนที่เกี่ยวข้องด้วย จากนั้นคณะกรรมการจะต้องเสนอ

⁴⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, “บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 315,” สืบค้นเมื่อ วันที่ 10 พฤษภาคม 2558, <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1842>.

⁴¹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 19

แผนยุทธศาสตร์ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบและประกาศใช้แผนยุทธศาสตร์ในราชกิจจานุเบกษาต่อไป แผนยุทธศาสตร์นี้มีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐในการจัดทำและเสนอโครงการ ซึ่งคณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการฯต้องยึดแผนยุทธศาสตร์เป็นหลักในการพิจารณาให้ความเห็นชอบโครงการ⁴²

2. ขั้นตอนการเสนอโครงการ

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดขั้นตอนการเสนอโครงการไว้ในหมวด 4 ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการที่ต้องการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการ หรือให้สัมปทานแก่เอกชนในโครงการที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ตามหลักเกณฑ์การคำนวณมูลค่าในกฎกระทรวง ต้องว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อจัดทำรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการตามรายละเอียดที่คณะกรรมการกำหนด⁴³ จากนั้นหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเสนอผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ (Feasibility Study) ที่มีรายละเอียดการเปรียบเทียบต้นทุนและความคุ้มค่าในการดำเนินระหว่าง การดำเนินการเองกับการให้เอกชนร่วมลงทุน ผลกระทบของโครงการ ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้อง ทางเลือกในการให้เอกชนร่วมลงทุนในรูปแบบต่างๆ ความสนใจและความพร้อมของเอกชนในแต่ละรูปแบบต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยมาตรา 26 ได้กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาของรัฐมนตรีว่าให้พิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับการเสนอเรื่องจากหน่วยงานเจ้าของโครงการ เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดได้ให้ความเห็นชอบแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอผลการศึกษาดังกล่าวต่อสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ซึ่งมาตรา 26 วรรคสองได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ที่สำคัญของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจไว้ว่า ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจอาจขอให้หน่วยงานเจ้าของโครงการปรับปรุงแก้ไขรายละเอียดของโครงการหรือจัดส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมได้ แต่หากการดำเนินการดังกล่าวทำให้มีความจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการให้สอดคล้องกันก็ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการไปในคราวเดียวกันแล้ว เสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบการปรับปรุงแก้ไขอีกครั้งหนึ่ง

⁴² พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 21

⁴³ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 25

ทั้งนี้อำนาจในการกลั่นกรองในการพิจารณาผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการนั้นเป็นของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ โดยมาตรา 27 กำหนดว่าหากสำนักงานเห็นด้วยกับโครงการก็ให้เสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการนั้นต่อไป แต่ถ้าสำนักงานไม่เห็นด้วยก็ให้แจ้งความเห็นของสำนักงานต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดและหน่วยงานเจ้าของโครงการ หากรัฐมนตรีเจ้าสังกัดไม่เห็นด้วยกับความเห็นของสำนักงานก็ให้เสนอเรื่องให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อพิจารณาตัดสินต่อไป โดยสำนักงานจะต้องพิจารณาโครงการให้เสร็จสิ้นภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการและเอกสารที่เกี่ยวข้องครบถ้วน หากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าสำนักงานเห็นด้วยกับโครงการ ซึ่งการกฎหมายกำหนดกรอบระยะเวลาไว้ในแต่ละชั้นตอนก็เพื่อเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามกฎหมายเดิมที่ไม่มีการกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการต่างๆ เอาไว้ ทำให้การดำเนินการโครงการต่างๆ เป็นไปอย่างล่าช้า⁴⁴

เมื่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐให้ความเห็นชอบหลักการโครงการใดแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 5 ต่อไป แต่ในบางกรณีจะต้องเสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติก่อนแล้วจึงจะดำเนินการตามหมวด 5 ซึ่งมาตรา 28 ได้บัญญัติว่า หากโครงการใดจะต้องมีการใช้จ่ายงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดินหรืองบประมาณของหน่วยงานเจ้าของโครงการ หรือจะต้องมีการก่อหนี้โดยการกู้หรือการค้าประกันโดยกระทรวงการคลังเพื่อใช้จ่ายในการดำเนินโครงการ เมื่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐได้ให้ความเห็นชอบในหลักการของโครงการแล้ว ให้เสนอโครงการนั้นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติโครงการและวงเงินงบประมาณรายจ่ายหรือวงเงินที่จะใช้ในการก่อหนี้ของโครงการนั้น⁴⁵

จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจแก่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจมากกว่าหน่วยงานอื่น โดยในมาตรา 29 ได้บัญญัติว่า ในกรณีที่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเห็นว่าหน่วยงานของรัฐใดมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการของรัฐตามที่แผนยุทธศาสตร์กำหนดว่าสมควรให้เอกชนมีส่วนร่วมในการลงทุนแต่หน่วยงานนั้นมีได้เสนอโครงการเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุน ให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจประเมินความ

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 40*.

⁴⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, “บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 316,” สืบค้นเมื่อ วันที่ 10 พฤษภาคม 2558,

เป็นไปได้เบื้องต้นในการจัดทำโครงการเพื่อให้เอกชนร่วมลงทุนและประสานกับหน่วยงานของรัฐนั้น เพื่อให้เสนอโครงการ และเมื่อหน่วยงานของรัฐนั้นในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการได้จัดทำผลการศึกษาและวิเคราะห์โครงการครบถ้วนแล้ว ก็ต้องดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติแห่งกฎหมายนี้กำหนดเอาไว้ดังที่ได้กล่าวแล้ว ในส่วนมาตรา 30 เป็นเรื่องการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามแผนยุทธศาสตร์ ซึ่งบัญญัติให้กรณีที่หน่วยงานของรัฐประสงค์จะทำโครงการที่มีลักษณะของกิจการและอยู่ในประเภทและงานตามที่กำหนดในแผนยุทธศาสตร์ด้วยงบประมาณแผ่นดินหรืองบประมาณของหน่วยงานของรัฐทั้งหมด หน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องทำการเปรียบเทียบต้นทุน ความเสี่ยง และความคุ้มค่าในการดำเนินการเองกับการที่จะให้เอกชนร่วมลงทุนเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพิจารณา หากคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเห็นด้วยกับหน่วยงานของรัฐก็ให้เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ แต่ถ้าหากคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เห็นสมควรให้เอกชนร่วมลงทุน หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต่อไป⁴⁶

(2) การดำเนินโครงการ

หลังจากคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในหลักการโครงการข้างต้นไปแล้ว หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุน ร่างขอบเขตของโครงการ และร่างสัญญาร่วมลงทุน โดยในประกาศเชิญชวนเอกสารข้อเสนอการร่วมลงทุน วิธีการประกาศเชิญชวน วิธีการคัดเลือกของคณะกรรมการคัดเลือก การกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา รวมทั้งหลักเกณฑ์อื่นที่จำเป็นในการให้เอกชนร่วมลงทุนนั้นจะต้องเป็นไปตามประกาศของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ⁴⁷ ส่วนร่างสัญญาร่วมลงทุนก็เช่นเดียวกันกับประกาศเชิญชวนคือ จะต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยมาตรา 34 ได้กำหนดกรอบของข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนไว้ว่าอย่างน้อยจะต้องประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับระยะเวลาของโครงการ การให้บริการและการดำเนินโครงการ อัตราค่าบริการ วิธีการชำระเงินของ

⁴⁶ เฟื่องอ้าง.

⁴⁷ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 32

เอกชนหรือหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการ การเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการของโครงการ การเปลี่ยนแปลงตัวคู่สัญญา ผู้รับเหมา ผู้รับเหมาช่วงและการโอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิประโยชน์ของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าสินทรัพย์ของโครงการ เหตุสุดวิสัยและการดำเนินการกรณีเกิดเหตุสุดวิสัย รวมทั้งการชำระค่าตอบแทน เหตุแห่งการเลิกสัญญา วิธีการบอกเลิกสัญญาและการชำระค่าเสียหาย การค้าประกัน การประกันภัยและการชดใช้ค่าเสียหายและการระงับข้อพิพาท

หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกซึ่งประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานภาครัฐและผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่เกิน 9 คน⁴⁸ ทำหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 36 เช่น พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างประการเชิญชวนเอกชนร่วมลงทุน ร่างขอบเขตโครงการและร่างสัญญาร่วมลงทุนกำหนดหลักประกันของและหลักประกันสัญญา เสร็จและพิจารณาคัดเลือกเอกชนร่วมลงทุน เรียกให้หน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น โดยปกติแล้วการคัดเลือกให้เอกชนร่วมลงทุนจะต้องเป็นการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล แต่มาตรา 38 ได้กำหนดข้อยกเว้นของการคัดเลือกโดยวิธีการประมูลไว้ว่า หากหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการมีความเห็นตรงกันว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล ก็ให้เสนอเรื่องต่อสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเพื่อพิจารณา หากสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเห็นพ้องด้วยก็ให้เสนอคณะกรรมการชุดใหญ่คือคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นผู้พิจารณาอนุมัติ แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกมีความเห็นไม่ตรงกันว่าควรหรือไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล ก็ให้เสนอเรื่องแก่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจพิจารณา หากสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจมีความเห็นว่าควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูลก็ต้องใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล แต่ถ้าหากสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเห็นว่าไม่ควรใช้วิธีการคัดเลือกโดยวิธีการประมูล ให้เสนอเรื่องดังกล่าวต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดต่อไป

เมื่อได้ดำเนินการกระบวนการคัดเลือกให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุนเสร็จเรียบร้อยแล้ว มาตรา 40 ได้บัญญัติขั้นตอนสุดท้ายของขั้นตอนการดำเนินโครงการไว้ว่า ภายใน 15 วัน นับแต่เมื่อได้ผลการคัดเลือกให้เอกชนและผลการเจรจา และได้จัดทำร่างสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับคัดเลือกให้ร่วมลงทุนแล้วเสร็จ คณะกรรมการคัดเลือกจะต้องนำผลการคัดเลือกเอกชน

⁴⁸ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 35

ประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกและเอกชนที่เกี่ยวข้องเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเพื่อดำเนินการให้ความเห็นเกี่ยวกับผลการคัดเลือกเอกชนและภาระการเงินการคลังภาครัฐต่อคณะรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดภายใน 45 วัน นับแต่วันที่ได้รับผลการคัดเลือก นอกจากนี้คณะกรรมการคัดเลือกจะต้องส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา โดยมาตรา 40 (2) กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แล้วเสร็จและเสนอร่างสัญญานั้นต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดภายใน 45 วัน นับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญา รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดจะต้องพิจารณาเสนอความเห็นประกอบเรื่องทั้งหมดแล้วนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาภายใน 30 วันตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 เมื่อคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาผลการคัดเลือกภาคเอกชน ภาระการเงินการคลังของรัฐ ร่างสัญญาและความเห็นชอบของรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแล้ว หากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบก็ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนนั้น แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยก็ให้ส่งเรื่องคืนไปยังรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเพื่อแจ้งให้คณะกรรมการคัดเลือกพิจารณาทบทวนแล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจชี้ขาดต่อไป

(3) การกำกับดูแลและติดตามผล

เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลซึ่งมีผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงและมีใจเจ้าของหน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธาน กับกรรมการโดยตำแหน่งและผู้ทรงคุณวุฒิที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้ง รวมแล้วไม่เกิน 8 คน⁴⁹ ขึ้นมาเพื่อติดตามกำกับดูแลโครงการให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุนและแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดจากการดำเนินการโครงการพิจารณาเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่อหน่วยงานเจ้าของโครงการ เรียกหน่วยงานเจ้าของโครงการหรือเอกชนคู่สัญญาเข้าชี้แจงหรือจัดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่เกี่ยวข้อง รายงานผลการดำเนินการ ความคืบหน้า ปัญหาและแนวทางการแก้ไขต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบ และพิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน⁵⁰ นอกจากนี้หากปรากฏว่าหน่วยงานเจ้าของ

⁴⁹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 43

⁵⁰ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 44

โครงการละเอียดหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาร่วมลงทุน คณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องทำรายงานพร้อมความเห็นเสนอต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดสั่งการให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการตามสัญญาร่วมลงทุน หากรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่ดำเนินการ คณะกรรมการกำกับดูแลก็จะรายงานต่อสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเพื่อเสนอให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพิจารณาต่อไป ในกรณีที่เป็นเรื่องร้ายแรง ให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเสนอเรื่องหรือความเห็นให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา⁵¹

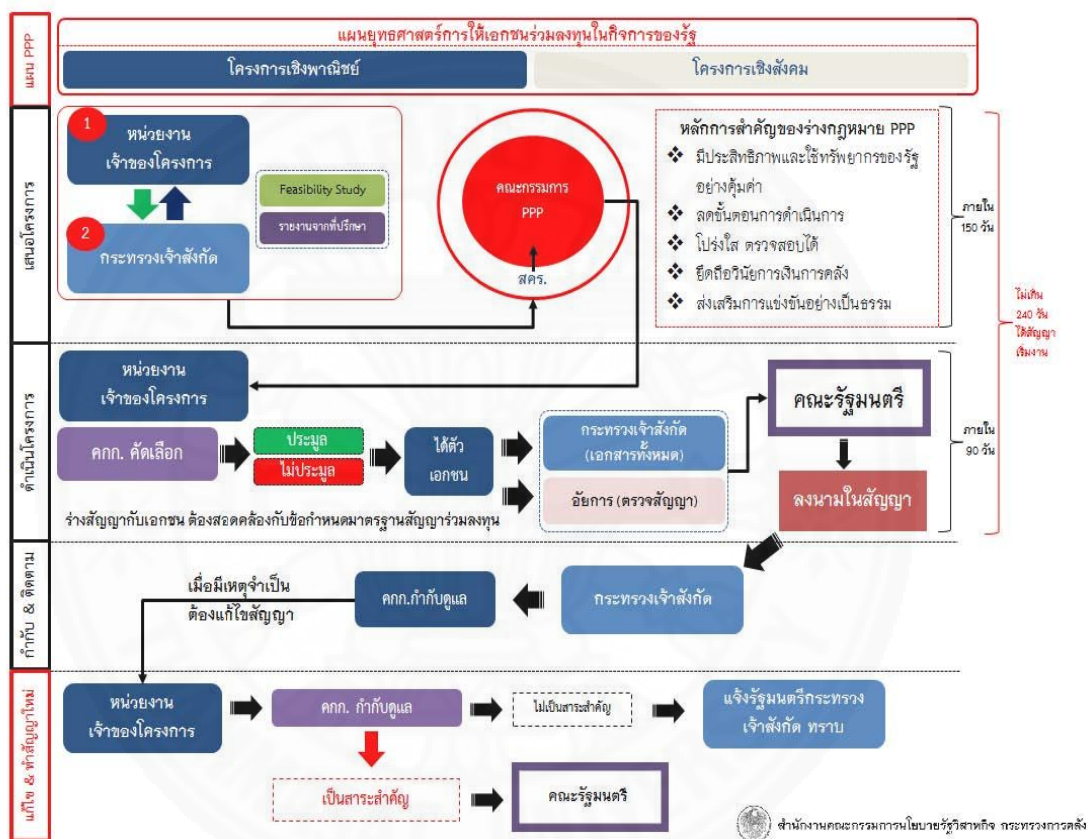
(4) การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่

มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้วางหลักเกณฑ์การแก้ไขสัญญาไว้ว่า หากต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน หน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเป็นผู้เริ่มดำเนินการโดยการเสนอเหตุผลและความจำเป็นในการขอแก้ไขสัญญาต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณา หากคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นว่าการแก้ไขสัญญาตามที่เสนอมานั้นเป็นการแก้ไขสัญญาในส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ คณะกรรมการกำกับดูแลก็จะแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบต่อไป แต่หากคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นว่าข้อเสนอขอแก้ไขสัญญาเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ก็ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอประเด็นที่ขอแก้ไขและผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาพร้อมรายละเอียดต่างๆ ต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณา ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี มาตรา 48 ได้กำหนดถึงเรื่องการทำสัญญาใหม่ในกรณีที่สัญญาร่วมลงทุนเดิมสิ้นสุดลงไว้ว่า ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำแนวทางการดำเนินกิจการของรัฐภายหลังจากสัญญาร่วมลงทุนสิ้นสุดลง โดยเปรียบเทียบการดำเนินกิจการของรัฐกรณีที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเองและกรณีให้เอกชนร่วมลงทุน โดยหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องเสนอแนวทางดังกล่าวต่อกระทรวงเจ้าสังกัดล่วงหน้าอย่างน้อย 5 ปีก่อนที่สัญญาร่วมลงทุนจะสิ้นสุดลง จากนั้นรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดก็จะพิจารณาเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อพิจารณาความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป หากคณะรัฐมนตรีมีมติให้เอกชนร่วมลงทุนในการดำเนินกิจการของรัฐภายหลัง

⁵¹ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 46

สัญญาสิ้นสุดลงและโครงการดังกล่าวมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการดำเนินการเสมือนหนึ่งเป็นโครงการใหม่ กล่าวคือเริ่มกระบวนการตั้งแต่การเสนอโครงการตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 4

แผนผังสรุปขั้นตอนการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ⁵²



นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่น่าสนใจ ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในหมวดบทเปิดเตล็ด เช่น มาตรา 60 ได้กำหนดแนวทางการแก้ไขปัญหากรณีที่มีการหลีกเลี่ยงไม่ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ โดยกำหนดว่าในกรณีที่ปรากฏต่อสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจว่า โครงการใดไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในส่วนของการเสนอโครงการและการ

⁵² สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, “เกี่ยวกับ PPPs,” สืบค้นเมื่อ วันที่ 7 มิถุนายน 2558, <http://www.sepo.go.th/en/ppps/ppps.htm>.

ดำเนินโครงการ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจจะต้องแจ้งให้หน่วยงานเจ้าของโครงการชี้แจงข้อเท็จจริงและแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมเสนอต่อคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อพิจารณาสั่งการโดยต้องคำนึงถึงความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะและผลกระทบต่อประชาชน หากคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเห็นสมควรยกเลิกหรือแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ก็ให้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบและหากคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเห็นควรให้ดำเนินการตามสัญญาร่วมลงทุนต่อไปโดยไม่มีการแก้ไขหรือมีการแก้ไข สัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลและติดตามผลตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐต่อไป กล่าวคือ ต้องมีการจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นมาดำเนินการตามกฎหมาย

มาตรา 64 เป็นเรื่องอำนาจของคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่จะประกาศกำหนดลักษณะของเอกชนที่ไม่สมควรให้ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐและบุคคลที่ไม่สมควรได้รับแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษา โดยเอกชนหรือบุคคลที่คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐประกาศกำหนด ไม่มีสิทธิได้รับคัดเลือกเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐหรือได้รับการแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เป็นต้น

หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าแม้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสาระสำคัญหลายประการ แต่ในสาระสำคัญบางเรื่องก็ยังเป็นหลักการเดิมที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำนิยาม “ร่วมลงทุน” ตามกฎหมายฉบับใหม่ซึ่งได้บัญญัติให้หมายความรวมถึงวิธีการอนุญาต และการไม่กำหนดขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายว่าจะใช้บังคับแก่กิจการใด นอกจากนี้ ในแต่ละขั้นตอนประกอบไปด้วยการดำเนินการที่หน่วยงานเจ้าของโครงการและหน่วยงานของรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดที่ละขั้นตอนและมีรายละเอียดมาก ทำให้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อความโปร่งใสและเป็นธรรมนั้นกลับกลายเป็นส่วนที่กระทบต่อโครงการร่วมลงทุนเนื่องจากแต่ละโครงการจะต้องใช้ระยะเวลามากในการดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

4.3 วิเคราะห์ปัญหาที่เกิดจากพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ.

2556 ต่อการประกอบธุรกิจสายการบินของไทยในตลาดการบินระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษาตั้งแต่บทที่ 2 จนถึงบทที่ 4 มาวิเคราะห์เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดจากการนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

4.3.1 คำนิยามร่วมลงทุน

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้บัญญัตินิยามคำว่า “ร่วมลงทุน” ไว้ในมาตรา 4 หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับ “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ในกฎหมายฉบับเดิมทุกประการ จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตกว้าง มีการใช้ถ้อยคำกว้างทำให้มีผลทางกฎหมายครอบคลุมไปในทุกกรณี จึงทำให้โครงการเกือบทุกโครงการที่มีการให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการอยู่ในภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมลงทุน และเนื่องจากความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติจึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นเสมอว่าโครงการเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐหรือไม่ ซึ่งมักจะมีการหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่บ่อยครั้ง และส่วนใหญ่คณะกรรมการกฤษฎีกาก็มักจะวินิจฉัยว่า เป็นกรณีที่เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ดังเช่นตัวอย่างต่อไปนี้

เรื่องเสรีจี้ที่ 130/2543 การขายหุ้นของรัฐในรัฐวิสาหกิจให้แก่เอกชน (กรณีที่กระทรวงการคลังจะขายหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และกรณีที่บริษัทการบินไทยฯ จะขายหุ้นเพิ่มทุน)

ประเด็นที่ 1 การดำเนินกิจการการบินอากาศของบริษัทการบินไทยฯ ถือเป็นการของรัฐตามมาตรา 5 เนื่องจากสิทธิการบินเป็นสิทธิของรัฐจึงถือเป็นทรัพย์สินของรัฐ และเมื่อบริษัทการบินไทยฯ ได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจการการบินอันเป็นกิจการที่ต้องใช้สิทธิการบินอันเป็นทรัพย์สินของรัฐ จึงถือได้ว่าบริษัทการบินไทยฯ ดำเนินกิจการอันเป็นกิจการของรัฐตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ดังนั้น การซื้อหุ้นที่กระทรวงการคลังถืออยู่ในบริษัทการบินไทยฯ หรือการซื้อหุ้นในบริษัทการบินไทยฯ ถือเป็นการร่วมทุนรูปแบบหนึ่งในกิจการของรัฐ ฉะนั้น หากหุ้นที่กระทรวงการคลังหรือบริษัทการบินไทยฯ ขาย

ให้แก่พันธมิตรร่วมทุนมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปแล้ว กระทรวงการคลังหรือบริษัทการบินไทยฯ จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ แล้วแต่กรณี

ประเด็นที่ 2 การขายหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทการบินไทยจำนวน 100 ล้านหุ้น ให้แก่เอกชนโดยวิธีเฉพาะเจาะจงให้แก่พันธมิตรร่วมทุนจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนรูปแบบหนึ่งในกิจการของรัฐ ดังนั้น หากหุ้นที่ขายให้พันธมิตรร่วมทุนมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ก็จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย และในกรณีนี้บริษัทการบินไทยฯ คือเจ้าของโครงการกรณีการขายหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทการบินไทยฯ

ประเด็นที่ 3 การขายหุ้นของกระทรวงการคลังและการขายหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทการบินไทยฯ จะต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจำหน่ายกิจการหรือหุ้นที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นเจ้าของ พ.ศ. 2504 หรือระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจำหน่ายหุ้นและซื้อหุ้นของส่วนราชการ พ.ศ. 2535 หรือไม่นั้น เห็นว่า เมื่อเป็นกรณีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ กระทรวงการคลังจึงไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าว เนื่องจากกรณีดังกล่าวอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ สำหรับการขายหุ้นเพิ่มทุนของบริษัทการบินไทยฯ เป็นการขายหุ้นที่ออกใหม่เพื่อเพิ่มทุนมิใช่เป็นการขายหุ้นที่รัฐวิสาหกิจถืออยู่แต่เดิมจึงไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจำหน่ายกิจการหรือหุ้นที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นเจ้าของ พ.ศ. 2504 และกรณีไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจำหน่ายหุ้นและซื้อหุ้นของส่วนราชการ พ.ศ. 2535 ด้วยตามนัยเดียวกัน

เรื่องเสรีที่ 222/2544 การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ในกรณีการกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เพื่อใช้สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศ

สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศเป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้มาจากการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศและความตกลงทวิภาคี สิทธิที่ได้มาดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินของรัฐและเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ ดังนั้น การกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการของรัฐฯ ถ้ามีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของ

รัฐ พ.ศ. 2535 หรือกรณีที่วงเงินไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท คณะรัฐมนตรีก็อาจกำหนดให้ต้องดำเนินการที่อยู่ในข่ายที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

เรื่องเสรีที่ 135/2548 การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 (กรณีบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) จัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อให้บริการขนส่งสินค้าด้วยเครื่องบินบรรทุกสินค้า)

คณะกรรมการบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) มีมติให้จัดตั้งบริษัทร่วมทุนตามมติคณะกรรมการบริษัทการบินไทยฯ ซึ่งมีมูลค่าการลงทุนสูงกว่า 1,000 ล้านบาทนั้น จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่ อย่างไร

การจัดตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อเข้าทำกิจการบริการขนส่งสินค้าโดยนำเงินมาลงทุนเป็นหุ้น ถือเป็นลักษณะของการลงทุนประเภทหนึ่ง จึงอยู่ในความหมายของนิยามคำว่า “ร่วมงานหรือดำเนินการ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ และบริษัทร่วมทุนจะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 โดยการอนุญาตดังกล่าวเพื่อให้เอกชนใช้สิทธิประโยชน์ในการเดินอากาศระหว่างประเทศซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์ของประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ จึงถือว่าเป็นการใช้ทรัพย์สินของรัฐตามความหมายของคำว่า “กิจการของรัฐ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ การดำเนินโครงการดังกล่าวจึงถือเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐฯ เป็นต้น

นอกจากก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและการตีความเป็นอย่างมากแล้ว ผลของคำนิยาม “ร่วมลงทุน” ดังกล่าวยังส่งผลให้เป็นการนำระบบของการร่วมลงทุนในลักษณะสัญญาสัมปทานมาใช้กับการประกอบธุรกิจที่รัฐต้องการกำกับดูแลโดยการออกใบอนุญาต กล่าวคือการจัดตั้งสายการบินซึ่งโดยปกติแล้วผู้ที่ประกอบธุรกิจสายการบินของไทยจะต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรี ตามข้อ 4 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 เพื่อให้ได้ “ใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ (Air Operator License)” อันเป็นการอนุญาตในเชิงเศรษฐกิจ โดยจะพิจารณาแผนธุรกิจของสายการบินเป็นสำคัญ ดังที่อธิบายไว้ในหัวข้อ 4.1.1.1 ข้างต้น เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจสายการบินของไทยต้องการให้บริการทางอากาศในเส้นทางบินต่างประเทศ จะต้องขอรับการจัดสรรเส้นทางบิน โดยจะมีการอนุญาตให้บินเข้าหรือออกนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติการ

เดินอากาศ พ.ศ. 2497 กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่เน้นด้านความปลอดภัยเป็นสำคัญ โดยทั่วไปในการพิจารณาให้อนุญาตก็จะมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ใช้บังคับอย่างเท่าเทียมกันแก่สายการบินทุกสายการบิน ทั้งกฎเกณฑ์ด้านความปลอดภัย และด้านเศรษฐกิจ ซึ่งจะเป็นไปตามมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองเพื่อกำกับดูแลสายการบินทุกสายการบิน แต่เมื่อนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่ธุรกิจสายการบินตามคำนิยามในมาตรา 4 ที่กล่าวข้างต้นจะทำให้ ผู้ประกอบธุรกิจสายการบินของไทยต้องการให้บริการทางอากาศในเส้นทางบินต่างประเทศ จะต้องทำสัญญาร่วมลงทุนกับหน่วยงานเจ้าของโครงการ ตามมาตรา 42 ด้วย โดยพื้นฐานของการทำสัญญาย่อมต้องมีการเจรจาต่อรองข้อสัญญากัน แม้ว่ารัฐจะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าก็ตาม สัญญาแต่ละฉบับก็อาจมีข้อสัญญาแตกต่างกันได้ จึงเป็นการทำสัญญาเพื่อกำกับดูแลเฉพาะรายและอาจมีความแตกต่างกัน ก่อให้เกิดปัญหาประการอื่นตามมา โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อ 4.3.4 ต่อไป

4.3.2 การตีความการให้สิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐ

สืบเนื่องมาจากคำนิยาม “ร่วมลงทุน” ที่มีความหมายกว้างและการที่กฎหมายร่วมลงทุนตั้งแต่ฉบับเดิมจนมาถึงกฎหมายร่วมลงทุนฉบับปัจจุบันไม่ได้กำหนดชัดเจนว่าใช้บังคับแก่กิจการใดบ้าง หน่วยงานของรัฐจึงมักจะหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่เสมอเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่ชัดเจน ซึ่งในกรณีการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศก็ได้มีการหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาหลายครั้ง โดยผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างเรื่องเสรีที่ 222/2544 เรื่อง การบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ในกรณีการกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เพื่อใช้สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศ ดังนี้

กระทรวงคมนาคม ได้มีหนังสือ ที่ คค 0206/7468 ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2543 สรุปความได้ว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้แจ้งความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะพิเศษ) ตอบข้อหารือของกระทรวงการคลังเรื่อง การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 กรณีที่กระทรวงการคลังจะขายหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัทการบินไทย จำกัด(มหาชน) และกรณีที่บริษัทการบินไทยฯ จะขายหุ้นเพิ่มทุน ซึ่งในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นดังกล่าวได้มีการระบุไว้ว่า สิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐ

กระทรวงคมนาคมได้พิจารณาแล้วเห็นว่า สิทธิการบินมิใช่ทรัพย์สินของรัฐ ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลว่า การอนุญาตให้สายการบินต่างประเทศและอากาศยานต่างประเทศทำการบินเข้าหรือออกน่านฟ้าของประเทศไทย เป็นการอนุญาตโดยหลักการว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยในน่านฟ้า มิใช่เป็นการอนุญาตให้สายการบินต่างประเทศและอากาศยานต่างประเทศใช้สิทธิของรัฐหรือใช้สิทธิอันเป็นทรัพย์สินของรัฐ ดังปรากฏตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (อนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944) ข้อ 1 ที่ระบุว่า “รัฐมีอำนาจอธิปไตยในน่านฟ้าเหนือดินแดนอาณาเขตของตน” ในทำนองเดียวกัน รัฐต่างประเทศอนุญาตให้สายการบินไทยหรืออากาศยานของไทยทำการบินเข้าหรือออกน่านฟ้าของตน ก็เป็นการอนุญาตโดยหลักการว่า รัฐมีอำนาจอธิปไตยในน่านฟ้าเท่านั้น มิใช่เป็นการอนุญาตให้สายการบินไทยไปใช้สิทธิของรัฐต่างประเทศหรือทรัพย์สินของรัฐต่างประเทศนั้นแต่อย่างใด เพื่อความสะดวกในการอนุญาตทำการบินระหว่างสายการบินหรืออากาศยานของรัฐ ก และรัฐ ข ตามหลักการข้างต้น รัฐ ก และรัฐ ข จึงตกลงกันล่วงหน้าว่า ต่างฝ่ายต่างจะอำนวยความสะดวกอนุญาตการทำการบินซึ่งกันและกันแก่สายการบินหรืออากาศยานของอีกฝ่ายหนึ่งสำหรับการบินผ่านการบินแฉะลงทางเทคนิค และการบินขนส่งคนโดยสารและสินค้า ความตกลงเช่นนี้นั้นบางครั้งจัดทำเป็นความตกลงทวิภาคี บางส่วนได้จัดทำเป็นความตกลงพหุภาคี เช่น อนุสัญญาชิคาโกที่มีสมาชิกเกือบ 200 ประเทศทั่วโลกให้เปิดเสรีการบินผ่าน และการบินแฉะลงทางเทคนิคแบบไม่ประจำระหว่างประเทศ ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงว่า รัฐ ก จะอนุญาตให้สายการบินหรืออากาศยานของรัฐ ข ทำการบินผ่าน แฉะลงทางเทคนิค ขนส่งการจราจร หากมีคุณสมบัติตามที่รัฐ ก นั้นเองกำหนด และรัฐ ก จะบอกเลิกความตกลงเสียเมื่อใดก็ได้ การกล่าวว่าการบินไปรัฐ ก เป็นสิทธิและหรือทรัพย์สินของไทยจึงไม่ถูกต้อง

ส่วนการเป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศนั้น เนื่องจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2521 เห็นชอบด้วยกับนโยบายการบินพาณิชย์ของประเทศตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอ คือ “สายการบินของรัฐเท่านั้นเป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศ” ทั้งนี้ โดยมีแนวความคิดมุ่งในประเด็นสนับสนุนแต่เฉพาะสายการบินเพียงสายเดียวและสายการบินนั้นจะต้องถูกควบคุมให้ดำเนินการบินเพื่อผลประโยชน์ของประเทศชาติให้มากที่สุด ซึ่งขณะนั้นเป็นการยากที่สายการบินเอกชนจะสามารถดำเนินการตามนโยบายของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ การอนุญาตให้เป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศจึงยึดถือนโยบายตามนัยมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2521 มาโดยตลอด บริษัทการบินไทยฯ จึงได้รับการส่งเสริมจากรัฐบาลเป็นพิเศษ เพื่อสนับสนุนให้เป็นสายการบินที่กำหนดของประเทศเหมือนกับประเทศอื่นๆ ที่มีสายการบินแห่งชาติเป็นของตนเอง ต่อมากระทรวงคมนาคมเห็นว่า ปริมาณการจราจรทางอากาศของประเทศไทยและประเทศต่างๆ ในภูมิภาคนี้มีอัตราการเจริญเติบโตสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง การที่ประเทศไทยมีสายการบิน

ของรัฐเพียงสายเดียวเป็นสายการบินที่กำหนด ย่อมไม่เพียงพอต่อการให้บริการและไม่สอดคล้องกับความต้องการของสาธารณชน เกิดการเสียเปรียบในการแข่งขันกับประเทศอื่น ดังนั้น จึงเห็นว่าการมีสายการบินที่กำหนดสายที่สองที่ดำเนินการโดยภาคเอกชนเพื่อมารองรับกับปริมาณการจราจรและแบ่งสรรการค้าบริการในระดับที่เหมาะสมจะช่วยให้การพัฒนาธุรกิจการบินของประเทศเป็นอย่างมีประสิทธิภาพ กระทรวงคมนาคมจึงได้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาทบทวนนโยบายการบินพาณิชย์ของประเทศ โดยยกเลิกมติเมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2521 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2538 เห็นชอบให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ซึ่งมีผลให้สายการบินทั้งของรัฐและเอกชนสามารถเป็นสายการบินที่กำหนดสายที่สองตามหลักเกณฑ์การพิจารณาในการจัดตั้งสายการบินที่กำหนดสายที่สองตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอ

นอกจากนี้ การดำเนินการของสายการบินที่กำหนดสายที่สองเป็นการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ซึ่งตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ระบุให้การเดินอากาศเป็นกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค ผู้ประสงค์จะประกอบกิจการต้องขออนุญาตและต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ในการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58ฯ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมได้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอประกอบการ ทั้งนี้ การพิจารณาอนุญาตเป็นไปตามหลักเกณฑ์และคุณสมบัติที่กระทรวงคมนาคมกำหนด การอนุญาตไม่มีค่าธรรมเนียมใบอนุญาตและไม่มีการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนที่ผู้รับใบอนุญาตต้องส่งให้แก่รัฐ การอนุญาตตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58ฯ เป็นการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขาย มิใช่ใบอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือทรัพย์สินของรัฐ เพราะรัฐไม่มีสิทธิหรือทรัพย์สินใดในน่านฟ้าและไม่มีกฎหมายใดระบุให้รัฐหรือหน่วยงานใดของรัฐเป็นผู้มีสิทธิทำการบินหรือสิทธิประกอบการเดินอากาศ ซึ่งจะต่างกับการดำเนินกิจการโทรศัพท์ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยมีอำนาจสิทธิขาดที่จะดำเนินการ หรือกฎหมายว่าด้วยยาสูบที่กำหนดให้การประกอบอุตสาหกรรมบุหรี่ยาสูบเป็นการผูกขาดของรัฐ กระทรวงการคลังโดยโรงงานยาสูบในฐานะหน่วยงานธุรกิจ ซึ่งรัฐบาลเป็นเจ้าของมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการ เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อให้ได้ข้อสรุปที่ชัดเจน กระทรวงคมนาคมจึงขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาในปัญหาว่าสิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวโดยมีผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) และผู้แทนกระทรวงคมนาคม (สำนักงานปลัดกระทรวงและกรมการบินพาณิชย์) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริง แล้วเห็นว่าประเด็นที่จะต้องพิจารณามีว่า การกำหนดให้

สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) ซึ่งเป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้มาตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (อนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944) และตามความตกลงทวิภาคีกับประเทศต่างๆ รวม 93 ฉบับ จะต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่า สิทธิในการดำเนินการเดินอากาศระหว่างประเทศในกรณีนี้เป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้มาจากการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งกำหนดให้การบริการเดินอากาศระหว่างประเทศประจำมีกำหนดจะดำเนินการบินเหนือหรือจะเข้าไปในอาณาเขตของรัฐผู้ทำสัญญามีได้ นอกจากจะได้รับอนุญาตพิเศษหรืออนุญาตอย่างอื่นจากรัฐนั้นและจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในใบอนุญาตดังกล่าวและได้มาจากการเจรจาตกลงเข้าเป็นรัฐคู่สัญญาตามความตกลงว่าด้วยการบริการเดินอากาศ (Air Services Agreement) ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยได้ทำไว้กับประเทศต่างๆ รวม 93 ฉบับ เพื่ออนุญาตให้อากาศยานของประเทศคู่สัญญาที่เป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) ให้บริการเดินอากาศตามที่ตกลงกันในรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ดังนั้น สิทธิในการให้บริการเดินอากาศระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้มาตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศและความตกลงทวิภาคีดังกล่าวจึงเป็นสิทธิของรัฐ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงเห็นว่า การกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการของรัฐ ซึ่งถ้ามีวงเงินหรือทรัพย์สินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปหรือคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ก็ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยเห็นว่า สิทธิในการดำเนินการเดินอากาศระหว่างประเทศเป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้มาจากการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (อนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944) และได้มาจากการเจรจาตกลงเข้าเป็นรัฐคู่สัญญาตามความตกลงว่าด้วยการบริการเดินอากาศ (Air Services Agreement) สิทธิที่ได้มาดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินของรัฐและเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ ดังนั้น การกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการของรัฐ ถ้ามีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 หรือกรณีที่วงเงินไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท คณะรัฐมนตรีก็อาจกำหนดให้ต้องดำเนินการ ก็อยู่ในข่ายที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือ

ดำเนินการในกิจการของรัฐฯ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

หากพิจารณาตามหลักอธิปไตยเหนือห้วงอากาศที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 2 ก็เห็นว่าความเห็นของกระทรวงคมนาคมได้อธิบายเหตุผลไว้อย่างชัดเจนและเป็นสิ่งที่ถูกต้องสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ที่ว่ารัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยโดยเฉพาะและสมบูรณ์ในห้วงอากาศเหนืออาณาเขตของตน เช่นเดียวกับอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน รัฐจึงมีอำนาจที่จะหวงกันไม่ให้ผู้ใดเข้ามาในห้วงอากาศที่รัฐมีอำนาจอธิปไตยได้ เว้นแต่รัฐจะยินยอม เสรีภาพผ่านแดนทางอากาศโดยสุจริตมีสถานะเป็นเพียงสิทธิทางสัญญา หรือเป็นผลมาจากสัญญาระหว่างรัฐเท่านั้น มิใช่สถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเภทดังกรณีสิทธิผ่านโดยสุจริตของเรือ⁵³ ดังนั้นการที่รัฐยินยอมให้รัฐอื่นผ่านแดนทางอากาศ หรือให้เสรีภาพทางอากาศประการอื่นจึงไม่ใช่การใช้ทรัพย์สินของรัฐและการที่รัฐอนุญาตให้สายการบินทำการบินตามสิทธิการบินดังกล่าวก็เป็นเพียงแต่การอำนวยความสะดวกให้สายการบินได้ใช้สิทธิการบินจึงไม่ใช่การร่วมลงทุนแต่ประการใด

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศเป็นกรณีที่เอกชนจะต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐเพื่อใช้สิทธิการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศ โดยที่รัฐจะกำหนดคุณสมบัติของสายการบินที่มีความเหมาะสมในการใช้สิทธิการบินให้สอดคล้องกับความตกลงบริการเดินอากาศที่รัฐได้ตกลงไว้กับรัฐอื่นและสอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศในด้านการบินที่รัฐเป็นภาคีผ่านการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศนั่นเอง ซึ่งอำนาจในการดำเนินงาน การบริหารจัดการ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นของเอกชน เอกชนสามารถดำเนินงานได้อย่างอิสระภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยรัฐทำหน้าที่เป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ในขณะที่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นรูปแบบความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน ความร่วมมือรูปแบบนี้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนต่างก็มีส่วนร่วมในการลงทุนหรือดำเนินการในโครงสร้างพื้นฐานหรือในบริการสาธารณะ โดยที่ภาคเอกชนที่เข้ามาร่วมลงทุนในกิจการของรัฐจะแบกรับความเสี่ยงต่างๆ ในโครงการด้วย และโดยทั่วไปภาคเอกชนจะไม่สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินเช่นโครงสร้างพื้นฐานที่ตนลงทุน แต่จะมีสิทธิในการหารายได้จากบริการ ใช้ประโยชน์โครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับโครงการ หรือได้รับค่าตอบแทนอันเนื่องมาจากการดำเนินงานนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดตามสัญญาร่วมลงทุน

⁵³ United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982, (1982) 21 I.L.m. 1261, Section 3 Articles 17-26.

อย่างไรก็ตามเมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าสิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐ และเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ และการกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการของรัฐ ถ้ามีวงเงินตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวก็ย่อมผูกพันหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาตามมาว่ามูลค่าโครงการของธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศจะต้องคำนวณมูลค่าโครงการอย่างไร

4.3.3 การคำนวณมูลค่าโครงการ

มูลค่าโครงการได้กำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์ในการบังคับว่าโครงการใดจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เมื่อสิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐและการกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เป็นการร่วมลงทุนแล้ว การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศจะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากมูลค่าโครงการ กล่าวคือมูลค่าโครงการจะต้องมีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปตามความในมาตรา 23 ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการคำนวณมูลค่าโครงการของธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศจะต้องคำนวณอย่างไร จะพิจารณาเป็นโครงการสำหรับ “สายการบิน” หรือโครงการสำหรับ “เส้นทางบิน” เนื่องจากทั้งสองกรณีนี้มีความแตกต่างกันมากทั้งในแง่มูลค่าและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 จะใช้สำหรับใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ หรือเป็นใบอนุญาตการเป็นสายการบินนั่นเอง โดยจะพิจารณาภาพรวมของแผนธุรกิจในแง่มุมต่างๆ ของสายการบิน เช่น ประเภทการบริการ สัดส่วนการถือหุ้น กรรมการบริหาร ฐานะทางการเงินของผู้ขออนุญาต และแผนการดำเนินการอย่างน้อย 5 ปี อากาศยานที่ใช้ทำการบิน⁵⁴ ซึ่งมูลค่าโครงการย่อมมีมูลค่าเกินหนึ่งพันล้านบาท เพราะมูลค่าอากาศยานเพียงลำเดียวก็มีมูลค่าเกินหนึ่งพันล้านบาทแล้ว เช่น Airbus A320 มูลค่า 97 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁵⁵ หรือประมาณ

⁵⁴ ลลิต ก่อวุฒิรังสี และประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “กฎหมายร่วมลงทุนฉบับใหม่กับธุรกิจสายการบินของไทย”, *จลนิตี* น.157-163 (เดือนกันยายน-ตุลาคม 2556).

⁵⁵ Airbus, “New Airbus Aircraft list prices for 2015,” Accessed November 13, 2015, <http://www.airbus.com/presscentre/pressreleases/press-release-detail/detail/new-airbus-aircraft-list-prices-for-2015/>.

3.48 พันล้านบาท⁵⁶ Boeing 737-800 มูลค่า 96 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁵⁷ หรือประมาณ 3.45 พันล้านบาท⁵⁸ เป็นต้น ในขณะที่พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 จะใช้อินนุญาตการบินเข้าออกประเทศไทยหรืออีกนัยหนึ่ง คือ ใบอนุญาตเส้นทางบินระหว่างประเทศนั่นเอง มูลค่าโครงการก็จะเป็นมูลค่าที่เฉลี่ยกันไปแต่ละเส้นทาง ทำให้มูลค่าโครงการสำหรับ “เส้นทางบิน” มีมูลค่าน้อยกว่ากรณีที่เป็นโครงการสำหรับ “สายการบิน” ซึ่งอาจไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาทได้⁵⁹

หากพิจารณาหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ที่กำหนดไว้ว่า “ในกรณีที่จะมีการแยกสัญญาร่วมลงทุนออกเป็นสัญญาร่วมลงทุนหลายฉบับภายใต้โครงการเดียว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของโครงการนั้น โดยรวมมูลค่าของโครงการ ที่คาดว่าจะกำหนดไว้ในสัญญาร่วมลงทุนทั้งหมดเป็นส่วนหนึ่งของมูลค่าของโครงการข้างต้น⁶⁰” และ “ในกรณีที่จะมีการแยกการลงทุนในกิจการของรัฐออกเป็นโครงการย่อยหลายโครงการ ภายใต้สัญญาร่วมลงทุนฉบับเดียว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการคำนวณมูลค่าของโครงการนั้นโดยรวม มูลค่าของโครงการย่อยทั้งหมดเป็นส่วนหนึ่งของมูลค่าของโครงการข้างต้น⁶¹” จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของประกาศฉบับดังกล่าวต้องการให้คำนวณมูลค่าโครงการโดยรวมทั้งหมด แม้ว่าจะมีการแยกสัญญาร่วมลงทุนออกเป็นหลายสัญญาหรือแยกการลงทุนเป็นหลายโครงการ เมื่อนำมาปรับใช้ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศจะเห็นได้ว่า สายการบินระหว่างประเทศสายการบินหนึ่งสามารถทำการบินได้หลากหลายเส้นทางภายใต้ใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศฉบับเดียว ดังนั้นการคำนวณมูลค่าโครงการของธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศจึงควรพิจารณาเป็นโครงการสำหรับ “สายการบิน”

⁵⁶ อัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่ 13 พฤศจิกายน 2558 1 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อ 35.92 บาท

⁵⁷ Boeing, “Prices,” Accessed November 13, 2015,

<http://www.boeing.com/company/about-bca/>.

⁵⁸ อัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่ 13 พฤศจิกายน 2558 1 ดอลลาร์สหรัฐ ต่อ 35.92 บาท

⁵⁹ ลลิต ก่อวุฒิจรัส และประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 54*.

⁶⁰ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ข้อ 5 (4)

⁶¹ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 ข้อ 5 (5)

เพราะฉะนั้นสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการจะต้องคำนวณมูลค่าโครงการซึ่งประกอบไปด้วยเงินลงทุน และทรัพย์สินของภาครัฐ และของเอกชนทั้งทรัพย์สินที่มีรูปร่าง และไม่มีรูปร่างที่ทำให้มีการดำเนินงานตามโครงการในระดับเต็มกำลังการผลิตที่คาดการณ์ไว้และสามารถรักษากำลังการผลิตและ/หรือเพิ่มกำลังการผลิตในอนาคตที่หน่วยงานเจ้าของโครงการประสงค์ที่จะดำเนินการ โดยคำนวณเงินลงทุนและทรัพย์สินดังกล่าวเฉพาะส่วนที่ใช้ในการดำเนินงานตามโครงการและตามระยะเวลาที่ใช้งาน เมื่อพิจารณาเงินลงทุนและทรัพย์สินของภาครัฐและภาคเอกชนตลอดอายุใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ มูลค่าโครงการสำหรับ “สายการบิน” ย่อมมีมูลค่าเกินกว่า หนึ่งพันล้านบาท

แต่ในทางปฏิบัติสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยได้คำนวณมูลค่าโครงการโดยพิจารณาเป็นโครงการสำหรับ “เส้นทางบิน” โดยอ้างอิงแนวทางที่กระทรวงการคลังกำหนดไว้แต่เดิมมาเป็นคำนวณมูลค่าโครงการซึ่งประกอบด้วย การลงทุนในที่ดิน สิ่งก่อสร้าง เครื่องจักร อุปกรณ์ที่ใช้ในการดำเนินโครงการ ... วงเงินลงทุนคำนวณได้จาก 1.สินทรัพย์ที่ใช้ประกอบกิจการแห่งใบอนุญาตฯ ... 2. มูลค่าอากาศยาน ได้มาจากการเช่า (ต้องนำมาคำนวณด้วยโดยคำนวณค่าเช่าตลอดอายุโครงการ) 3. สิทธิการบิน ... ซึ่งคำนวณมูลค่าทรัพย์สินที่เป็นที่ดินและสิ่งปลูกสร้างมูลค่าอากาศยานรวมกันแล้วเฉลี่ยในแต่ละเส้นทางบิน โดยคิดหนึ่งเส้นทางบินเป็นหนึ่งโครงการ ส่วนสิทธิการบินนั้นตีราคาไม่ได้จึงไม่นำมาคำนวณเป็นมูลค่าโครงการ ทั้งนี้การอนุญาตไม่มีค่าธรรมเนียมใบอนุญาตและไม่มีการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนที่ผู้รับใบอนุญาตต้องส่งให้แก่รัฐ⁶² จะเห็นได้ว่าสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยมิได้นำหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการตามประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณมูลค่าโครงการการลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2558 มาใช้แต่อย่างใด กล่าวได้ว่าเป็นการแก้ปัญหาเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศต้องดำเนินการในรูปแบบและขั้นตอนของกฎหมายร่วมลงทุนโดยการตีความเสียงกฎหมายเพื่อยกเว้นไม่นำเอาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ซึ่งวิธีการดังกล่าวมิใช่การแก้ปัญหาถูกต้องและยั่งยืน เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้มีบทบัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหาคำนวณมูลค่าโครงการให้ต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาทด้วยการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่มีวงเงินต่ำกว่าหนึ่งพันล้านบาทไว้ใน

⁶² สัมภาษณ์ คุณสุภาพรรณ เพ็งผ่อง, หัวหน้าฝ่ายจัดสรรเส้นทางบิน สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย, 27 ตุลาคม 2558.

มาตรา 58 และได้กำหนดรายละเอียดไว้ในประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการให้เอกชนร่วมลงทุนในโครงการที่มีวงเงินมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พ.ศ. 2558 เพื่อให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติตาม

4.3.4 ผลกระทบต่อธุรกิจสายการบินของไทย

เมื่อนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศก็จะก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ ดังนี้

4.3.4.1 โครงสร้างของผู้มีอำนาจกำกับดูแลกิจการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ไม่เหมาะสมกับการกำกับดูแลธุรกิจสายการบิน

โครงสร้างของผู้มีอำนาจกำกับดูแลกิจการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่สำคัญ ได้แก่ คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คณะกรรมการคัดเลือก คณะกรรมการกำกับดูแล เมื่อนำโครงสร้างดังกล่าวมาปรับใช้กำกับดูแลการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศพบว่า

คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามมาตรา 8⁶³ จะทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบหลักการและการดำเนินการธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศให้เป็นตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้⁶⁴ จะประกอบไปด้วย

⁶³ มาตรา 8 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ” ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจำนวนไม่เกินเจ็ดคนเป็นกรรมการ

ให้ผู้ช่วยราชการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ เป็นกรรมการและเลขานุการและข้าราชการในสำนักงานที่ผู้ช่วยราชการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจแต่งตั้งอีกไม่เกินสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

⁶⁴ โปรดดู พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 16

- ฝ่ายการเมือง 2 คน ได้แก่ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

- องค์กรพิเศษ 2 คน ได้แก่ อัยการสูงสุด เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

- ฝ่ายข้าราชการ 6 คน ได้แก่ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ ข้าราชการในสังกัดกระทรวงการคลัง 4 คน คือ ปลัดกระทรวงการคลัง อธิบดีกรมบัญชีกลาง ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

- ผู้ทรงคุณวุฒิ 7 คน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี⁶⁵

จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการฯซึ่งทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบหลักการและการดำเนินการธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ จะประกอบไปด้วยบุคคลที่มาจากกระทรวงการคลังหรือบุคคลที่กระทรวงการคลังเห็นชอบเป็นส่วนใหญ่ ตามโครงสร้างดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้ไม่มีผู้เชี่ยวชาญหรือมีความรู้ด้านการบินมาทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบหลักการและการดำเนินการธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ

ในส่วนคณะกรรมการคัดเลือกตามมาตรา 35⁶⁶ ซึ่งจะทำหน้าที่เจรจาและพิจารณาคัดเลือกสายการบินระหว่างประเทศ เพื่อจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้แก่สายการบิน และแต่งตั้งสายการบินให้เป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) ต่อไป⁶⁷ จะประกอบไปด้วย

⁶⁵ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 9

⁶⁶ มาตรา 35 ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการแต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกคณะหนึ่งประกอบด้วยผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานงบประมาณ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินสี่คน เป็นกรรมการ และให้มีผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ซึ่งจะเป็นประโยชน์โดยตรงในการพิจารณาโครงการ และต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา 10

⁶⁷ โปรดดู พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 36

- ผู้แทนสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยในฐานะหน่วยงาน
เจ้าของโครงการ ทั้งหมด 2 คน (ทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการ 1 คน ทำหน้าที่เป็นกรรมการและ
เลขานุการ 1 คน)

- ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด 1 คน

- ผู้แทนที่มาจากฝ่ายกระทรวงการคลัง 2 คน ได้แก่ ผู้แทนสำนัก
งบประมาณ 1 คน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ 1 คน

- ผู้ทรงคุณวุฒิ 4 คน (ตามบัญชีที่สำนักงานคณะกรรมการนโยบาย
รัฐวิสาหกิจเห็นชอบ)

แสดงให้เห็นว่าผู้ที่ทำหน้าที่จัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศ
ให้แก่สายการบิน คัดเลือกสายการบินที่มีเหมาะสมและแต่งตั้งให้เป็นสายการบินที่กำหนด
(Designated Airline) มาจากกระทรวงการคลังและหน่วยงานอื่นเป็นหลัก ทั้งที่หน้าที่ดังกล่าวควรจะ
เป็นหน้าที่ของกระทรวงคมนาคมโดยตรงแต่กลับปรากฏว่ามีผู้แทนสำนักงานการบินพลเรือนแห่ง
ประเทศไทยซึ่งตัวแทนจากกระทรวงคมนาคมเพียงแค่ 2 คนเท่านั้น

นอกจากนี้คณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43⁶⁸ ซึ่งจะทำหน้าที่
หลายประการเกี่ยวกับการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ เช่น ติดตามกำกับดูแลธุรกิจ
สายการบินระหว่างประเทศให้มีการดำเนินงานตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน แผนการปฏิบัติตาม
สัญญาร่วมลงทุน และแผนการจัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกิจสายการบิน
ระหว่างประเทศ พิจารณาแก้ไขเส้นทางบินระหว่างประเทศ⁶⁹ เป็นต้น ซึ่งคณะกรรมการกำกับดูแลจะ
ประกอบไปด้วย

⁶⁸ มาตรา 43 เมื่อได้มีการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดแต่งตั้ง
คณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้แทนกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดกระทรวง
เจ้าสังกัดซึ่งมีตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงและมีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการเป็นประธานกรรมการ ผู้แทน
สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีกระทรวง
เจ้าสังกัดแต่งตั้งอีกไม่เกินสี่คน เป็นกรรมการ และให้ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของโครงการซึ่งเป็นข้าราชการ พนักงาน
หรือผู้บริหารของหน่วยงานเจ้าของโครงการหนึ่งคน เป็นกรรมการและเลขานุการ

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ ซึ่ง
จะเป็นประโยชน์ในการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการ

⁶⁹ โปรดดู พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาตรา 44

- ผู้แทนกระทรวงคมนาคม(กระทรวงเจ้าสังกัด) ทั้งหมด 2 คน ได้แก่

- ข้าราชการในสังกัดกระทรวงคมนาคมซึ่งมีตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงและมีใช้หน่วยงานเจ้าของโครงการ (เช่น อธิบดีกรมเจ้าท่า อธิบดีกรมการขนส่งทางบก อธิบดีกรมทางหลวง อธิบดีกรมทางหลวงชนบท รองปลัดกระทรวงคมนาคม เป็นต้น) 1 คน ทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการ

- ผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย หรือผู้แทนสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย 1 คน ทำหน้าที่เป็นกรรมการและเลขานุการ

- ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ 1 คน

- ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด 1 คน

- ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมแต่งตั้ง 4 คน

จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการกำกับดูแล มีหน้าที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศหลายประการเช่น หน้าที่ติดตามกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ทั้งในด้านนิรภัย การรักษาสิ่งแวดล้อม การรักษาความปลอดภัย การอำนวยความสะดวกในการขนส่งทางอากาศ เศรษฐกิจ การขนส่งทางอากาศ และด้านอื่นๆ ให้เป็นไปตามกฎหมายและมาตรฐานสากล หน้าที่จัดการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ และหน้าที่พิจารณาแก้ไขปัญหาเส้นทางการบินระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวมีความจำเป็นที่ผู้ปฏิบัติงานต้องมีความรู้ความเข้าใจใน และมีความเชี่ยวชาญในด้านการบิน แต่ปรากฏว่าโครงสร้างของคณะกรรมการกำกับดูแลกลับกำหนดให้ประธานคณะกรรมการกำกับดูแลต้องเป็นข้าราชการในสังกัดกระทรวงคมนาคมที่มีใช้สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ด้วยเหตุที่ว่าหน่วยงานดังกล่าวเป็นเจ้าของโครงการนั้น เหมือนว่าต้องการให้คณะกรรมการกำกับดูแลเป็นองค์กรระงับข้อพิพาทที่มีประธานเป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสีย มากกว่าต้องการให้เป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญในด้านการบิน ซึ่งทำให้เกิดความสับสนว่าแท้จริงแล้วคณะกรรมการกำกับดูแลจะต้องมาจากผู้ที่มีความรู้ความสามารถและเชี่ยวชาญในด้านการบินเพื่อมากำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศหรือต้องเป็นผู้ที่มาระงับข้อพิพาทกันแน่

จากการศึกษาโครงสร้างของผู้มีอำนาจกำกับดูแลกิจการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พบว่าเป็นโครงสร้างที่ออกแบบมาเพื่อการตรวจสอบถ่วงดุลเพื่อให้การดำเนินโครงการเป็นไปอย่างโปร่งใส ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิ่งที่ดี แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าโครงสร้างดังกล่าวอาจเป็นให้อำนาจแก่ฝ่ายกระทรวงการคลังมากเกินไป และเป็นโครงสร้างขององค์กรระงับข้อพิพาทแทนที่จะเป็นองค์กรผู้เชี่ยวชาญ เมื่อนำมาใช้กับ

ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศจะทำให้เป็นกำกวมดูแลโดยผู้ที่ไม่ได้มีรู้และความเชี่ยวชาญในด้านการบิน ย่อมทำให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างล่าช้า นอกจากนี้ธรรมชาติของธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศย่อมมีการปรับตัว ปรับกลยุทธ์ทางการตลาดเพื่อสอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภคที่มีการเปลี่ยนแปลงทุกขณะ หากเกิดปัญหาใดๆ ขึ้นมาก็ต้องมีการแก้ไขให้ทันถ่วงที แต่กว่าจะจัดตั้งคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ คณะกรรมการคัดเลือก หรือคณะกรรมการกำกับดูแลขึ้นมาได้ และกว่าคณะกรรมการเหล่านั้นจะดำเนินการเสร็จก็อาจจะไม่ทันการ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมา ดังที่จะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

4.3.4.2 การเปลี่ยนแปลงเส้นทางการบิน

เมื่อธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และการกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐแล้ว การที่สายการบินต้องการเปลี่ยนแปลงเส้นทางการบิน ตัวอย่างเช่น สายการบิน ก ที่ทำการบินจาก กรุงเทพฯ – โธเกียว – ซานฟรานซิสโก ต่อมาความต้องการของตลาดมีการเปลี่ยนแปลง สายการบิน ก ต้องการขอเปลี่ยนเป็น กรุงเทพฯ – โตเกียว – ซานฟรานซิสโก

กรุงเทพฯ – โซล – ซานฟรานซิสโก ⇔ กรุงเทพฯ – โตเกียว – ซานฟรานซิสโก

ซึ่งใน 1 สายประกอบด้วย 3 เส้นทาง คือ กรุงเทพฯ –ซานฟรานซิสโก 1 เส้นทาง, กรุงเทพฯ – โซล 1 เส้นทาง, โซล – ซานฟรานซิสโก 1 เส้นทาง เส้นทางที่เปลี่ยนคือ กรุงเทพฯ – โตเกียว 1 เส้นทาง และ โตเกียว – ซานฟรานซิสโก 1 เส้นทาง ที่เหมือนกันคือ กรุงเทพฯ –ซานฟรานซิสโก เมื่อ 2 ใน 3 เส้นทางถูกเปลี่ยน กรณีดังกล่าวเป็นจึงกรณีต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน เนื่องจากสิทธิการบินเป็นทรัพย์สินของรัฐ เส้นทางบินเป็นสาระสำคัญ การเปลี่ยนแปลงเส้นทางบินก็เท่ากับว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งการเปลี่ยนแปลงเส้นทางการบินถือเป็นการเปลี่ยนแปลงขอบเขตของเนื้อหาอันเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน⁷⁰ ดังนั้นจึง

⁷⁰ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เรื่อง ลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ พ.ศ. 2558 ข้อ 3

เป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาตามมาตรา 47⁷¹ สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยในฐานะหน่วยงานเจ้าของโครงการต้องเสนอประเด็นที่ขอเปลี่ยนแปลงเส้นทางบิน ผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงเส้นทางบิน และรายละเอียดอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยส่งร่างสัญญาร่วมลงทุน (เส้นทางบินทางใหม่) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ (เส้นทางบินทางใหม่) ที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมเพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

เห็นได้ว่าการปรับเปลี่ยนเส้นทางบินแต่ละครั้งนอกจากจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลที่ไม่ได้มีความเชี่ยวชาญในด้านการบินดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ

การแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ หมายถึง การแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) การแก้ไขเปลี่ยนแปลงลักษณะของโครงการ การเปลี่ยนแปลงขอบเขตของเนื้อหา การเปลี่ยนแปลงการให้บริการ หรือการเปลี่ยนแปลงการดำเนินโครงการ โดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ในลักษณะที่กำหนดไว้ในข้อนี้จะต้องทำให้ผลลัพธ์ในเชิงการให้บริการสาธารณะตามเป้าประสงค์ เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม หรือเป็นการเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน...

⁷¹ มาตรา 47 ในกรณีต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอเหตุผล และความจำเป็นในการขอแก้ไขต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณา

ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่มีสาระสำคัญ ให้คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วแจ้งต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อทราบต่อไป

ในกรณีที่คณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนและรายละเอียดอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณาด้วย และถ้าคณะกรรมการกำกับดูแลเห็นด้วยกับการแก้ไข ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแลพร้อมทั้งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับใหม่ที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป

ให้คณะกรรมการประกาศกำหนดลักษณะการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ

หน่วยงานเจ้าของโครงการอาจว่าจ้างที่ปรึกษาซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเพื่อให้คำปรึกษาในการพิจารณาแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนได้

4.3.4.1 แล้วยังต้องผ่านขั้นตอนต่างๆ อีกหลายประการ ทำให้การปรับเปลี่ยนเส้นทางบินแต่ละครั้งเกิดความยุ่งยากและใช้เวลานาน ไม่สอดคล้องกับแผนการตลาดของธุรกิจสายการบินที่ต้องปรับให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภค ทำให้สายการบินของไทยเสียโอกาสและเปรียบสายบินต่างชาติในตลาดการบินระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ที่มุ่งส่งเสริมขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

4.3.4.3 การกำหนดค่าบริการที่ซ้ำซ้อนและแตกต่างกัน

พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุน ว่าอย่างน้อยจะต้องประกอบไปด้วยเรื่องใดบ้าง ซึ่งหนึ่งในข้อกำหนดมาตรฐานนั้นได้กำหนดเรื่อง อัตราค่าบริการ⁷²ไว้ด้วย เมื่อนำมาใช้กับธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศจะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ซ้ำซ้อนและทำให้การกำหนดอัตราค่าบริการของแต่ละสายการบินมีความแตกต่างกันในสัญญาร่วมลงทุนแต่ละฉบับ

โดยปกติในเส้นทางบินระหว่างประเทศก็จะมีการกำหนดอัตราค่าบริการของสายการบินไว้ในความตกลงบริการเดินอากาศ⁷³ และมีกฎหมายภายในของรัฐภาคีที่กำหนดเรื่องอัตราค่าบริการไว้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น เส้นทางกรุงเทพฯ – นิวยอร์ก การกำหนดอัตราค่าบริการของสายการบินทั้งสองประเทศจะอยู่ภายใต้ความตกลงบริการเดินอากาศแบบทวิภาคีซึ่งไทยได้ตกลงกับประเทศสหรัฐอเมริกา พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497⁷⁴ กฎหมายเดินอากาศของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายแข่งขันทางการค้าของทั้งสองประเทศอยู่แล้ว การที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้ระบุอัตราค่าบริการไว้ในสัญญาร่วมลงทุน

⁷² มาตรา 34 ร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 33 ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้ ...

(3) อัตราค่าบริการ ...

⁷³ ในความตกลงบริการเดินอากาศแบบทวิภาคีจะมีข้อกำหนดในเรื่องอัตราค่าบริการไว้อยู่แล้ว ซึ่งมีอยู่หลากหลายระบบ เช่น ระบบ Double Approval อัตราค่าบริการที่กำหนดจะใช้ได้เมื่อรัฐภาคีทั้งสองฝ่ายยอมรับ ระบบ Double Disapproval อัตราค่าบริการที่กำหนดมีผลใช้บังคับได้เว้นแต่รัฐภาคีทั้งสองฝ่ายจะไม่ยอมรับ เป็นต้น

⁷⁴ มาตรา 20 วรรค 4 การเก็บค่าโดยสารและค่าธรรมเนียมสำหรับอากาศยานขนส่งระหว่างประเทศให้เป็นไปตามที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยบริการเดินอากาศ แล้วแต่กรณี

ด้วยก็รังแต่จะเพิ่มการกำกับดูแลอัตราค่าบริการให้ซับซ้อนขึ้นและก่อให้เกิดความสับสนว่าจะต้องใช้หลักเกณฑ์ใด และที่สำคัญคือเป็นการเพิ่มการกำกับดูแลเฉพาะสายการบินเอกชนของไทยเท่านั้น ส่วนสายการบินของสหรัฐอเมริกาไม่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายร่วมลงทุนของไทย นอกจากนี้บริษัทการบินไทย จำกัด(มหาชน) ก็ไม่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายร่วมลงทุนเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในหัวข้อ 4.3.4.6

4.3.4.4 ผลประโยชน์ตอบแทนของรัฐ

ในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 การอนุญาตดังกล่าวไม่เคยปรากฏว่ามีค่าธรรมเนียมใบอนุญาต และไม่มีการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนที่ผู้รับใบอนุญาตต้องส่งให้แก่รัฐแต่อย่างใด เหตุที่สายการบินต้องขอสิทธิการบินจากรัฐนั้นก็เนื่องมาจากหลักอธิปไตยในห้วงอากาศอาณาเขต/ในน่านฟ้าในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ห้ามมิให้มีการเดินอากาศระหว่างประเทศ เว้นแต่จะได้อนุญาตจากประเทศที่เกี่ยวข้อง รัฐจึงต้องเข้ามาอำนวยความสะดวกในการประสานงานกับรัฐอื่นๆ เพื่อให้สายการบินสามารถทำการบินในเส้นทางระหว่างประเทศได้ ผลในทางกฎหมายของการประสานงานนี้ก็คือ “สิทธิการบิน” ซึ่งการอำนวยความสะดวกการประสานงานดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่ควรทำให้ได้มาซึ่งสิทธิการบินให้มากที่สุดเพื่อส่งเสริม สนับสนุน และสร้างโอกาสทางธุรกิจแก่สายการบินของไทยให้สามารถแข่งขันกับสายการบินต่างชาติในตลาดการบินระหว่างประเทศได้อย่างทัดเทียม แม้การอำนวยความสะดวกการประสานงานดังกล่าวจะมีค่าใช้จ่ายแต่ค่าใช้จ่ายเหล่านั้นไม่ได้เป็นจำนวนมากมายัก หากรัฐประสงค์จะให้สายการบินรับภาระค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ ผู้เขียนเห็นว่ารัฐก็สามารถทำได้โดยอาจกำหนดให้อยู่ในรูปแบบของค่าธรรมเนียมในการขอใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศเป็นจำนวนตามความเหมาะสม แต่ผู้เขียนไม่เห็นด้วยหากรัฐมุ่งเก็บผลประโยชน์ตอบแทนเป็นกำไรจากการอำนวยความสะดวกประสานงานดังกล่าวในลักษณะผลประโยชน์ตอบแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของโครงการที่เป็นส่วนแบ่งรายได้ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556⁷⁵ เพราะจะทำให้สายการบินเอกชนของไทยมีภาระต้นทุนเพิ่มขึ้นและเสียเปรียบในการแข่งขันกับสายการบินต่างชาติในตลาดการบินระหว่างประเทศ

⁷⁵ มาตรา 34 ร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 33 ต้องประกอบด้วยข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนที่สำนักงานประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้ ...

4.3.4.5 การโอนกรรมสิทธิ์เครื่องบินแก่รัฐ

มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กำหนดให้มีข้อกำหนดมาตรฐานของสัญญาร่วมลงทุนในเรื่องสิทธิประโยชน์ของโครงการซึ่งรวมถึงกรรมสิทธิ์และการคำนวณมูลค่าสิทธิประโยชน์ของโครงการ เช่น กรณีทำสัญญาร่วมลงทุนในรูปแบบ Build, transfer, and operate (BTO) ผู้ลงทุนเอกชนจะเป็นผู้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกขึ้นใหม่ด้วยความเสี่ยงของตนเอง แล้วโอนกรรมสิทธิ์ให้กับภาครัฐเมื่อการก่อสร้างนั้นเสร็จสมบูรณ์แล้วจึงมีสิทธิในการให้บริการ หรือรูปแบบ Build, operate, and transfer (BOT) คือ ผู้ลงทุนเอกชนจะเป็นผู้สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกขึ้นใหม่ด้วยความเสี่ยงของตนเอง แล้วให้บริการ เมื่อสิ้นสุดสัญญาจึงโอนกรรมสิทธิ์ให้กับภาครัฐ ซึ่งสัญญาร่วมลงทุนในรูปแบบดังกล่าวปรากฏในกรณีโครงการรถไฟฟ้าหรือโครงการโครงข่ายโทรศัพท์ เป็นต้น เมื่อนำมาปรับใช้กับธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ก็เท่ากับว่าสายการบินต้องโอนกรรมสิทธิ์เครื่องบินให้แก่รัฐเพื่อแลกกับสิทธิในการให้บริการในเส้นทางระหว่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่สายการบินอย่างยิ่ง

4.3.4.6 การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

เนื่องจากพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 จะมีได้ใช้บังคับแก่สายการบินต่างชาติเพราะอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของกฎหมายไทย สายการบินต่างชาติจึงไม่ได้รับผลกระทบใดๆ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ในขณะที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็มีได้ใช้บังคับแก่บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เนื่องจากมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ในสังกัดกระทรวงคมนาคม ปัญหาที่เกิดจากการนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังที่กล่าวในข้างต้นจึงส่งผลต่อสายการบินเอกชนเท่านั้น ทำให้สายการบินต่างชาติเหล่านั้นสามารถใช้สิทธิการบินตามความตกลงที่มีเพื่อทำการบินมายังประเทศไทยได้เมื่อปฏิบัติตามกฎหมายด้านการบิน ส่วนบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ก็สามารถใช้อิทธิการบินตามความตกลงที่ประเทศไทยมีเพื่อทำการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศได้เมื่อปฏิบัติตามกฎหมายด้านการบิน ในขณะที่สายการบินเอกชนของไทยจะใช้สิทธิการบินดังกล่าวนอกจากจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายด้านการบินดังเช่นสายการบินอื่นแล้วยังต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมลงทุนอีกชั้นหนึ่งด้วย ก่อให้เกิดระบบกฎหมายในการกำกับดูแลแยกกันสองระบบ คือ กฎหมายสำหรับ

(3) ...ผลประโยชน์ตอบใบบอนญาติและใบบรรองแทนที่เอกชนต้องให้แก่หน่วยงานเจ้าของ

บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และกฎหมายสำหรับสายการบินเอกชน ซึ่งเป็นการเพิ่มขั้นตอนและก่อให้เกิดความล่าช้าแก่สายการบินเอกชนในการดำเนินการขอใช้สิทธิการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศ เพราะต้องประสบความยุ่งยากในการเตรียมข้อมูลเข้าชี้แจงให้ผู้กำกับดูแลที่ไม่มีความรู้ความเข้าใจในธุรกิจการบิน ซึ่งกว่าสายการบินเอกชนจะขออนุญาตทำการบินได้แต่ละเส้นทางก็อาจใช้เวลาแรมปี ในขณะที่การบินไทยจำกัด (มหาชน) อาจใช้เวลาขออนุญาตเพียงไม่กี่วัน ทำให้สายการบินเอกชนของไทยเสียเปรียบในการแข่งขันเป็นอย่างมาก

อีกทั้งในปัจจุบันได้มีการเปิดเสรีการบินอาเซียน ซึ่งส่งผลให้สายการบินของประเทศภาคีสามารถใช้สิทธิการบินตามความตกลงได้อย่างเต็มที่เพื่อทำการบินมายังประเทศไทย ในขณะเดียวกันก็เป็นโอกาสอันดีที่สายการบินของไทยจะได้ขยายตลาดการให้บริการไปยังประเทศอื่นๆ ในกลุ่มอาเซียนเพิ่มมากขึ้นเช่นกัน แต่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 กลับสร้างความยุ่งยากซับซ้อน ใช้เวลานาน เพิ่มต้นทุนและเป็นภาระแก่สายการบินเอกชนเป็นอย่างยิ่งในการที่จะใช้สิทธิการบินไปยังประเทศต่างๆ ทำให้เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างสายการบินเอกชนของไทย กับบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และสายการบินต่างชาติในตลาดการบินระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก ทั้งที่แนวนโยบายการบินของประเทศไทยที่ผ่านมาพยายามปรับให้มีความเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นสายการบินรัฐวิสาหกิจหรือสายการบินเอกชนดังที่ได้กล่าวในหัวข้อ 2.1.4.4 แต่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 นั้นเป็นกฎหมายที่ให้ประโยชน์แก่สายการบินรัฐวิสาหกิจที่กระทรวงการคลังถือหุ้น และสร้างขั้นตอนซับซ้อนให้แก่สายการบินเอกชนของไทย ซึ่งเป็นการขัดกับแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจตามในปัจจุบันที่รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรม

จากการศึกษาการนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ สามารถสรุปโครงสร้างการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลสายการบินระหว่างประเทศ โดยมีสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าของโครงการผู้ให้สายการบินเอกชนของไทยร่วมลงทุนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 และการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ในการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ได้ดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลสายการบินระหว่างประเทศ ระหว่างบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และสายการบินเอกชนของไทย ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ประเด็นที่พิจารณา	บมจ. การบินไทย	สายการบินเอกชนของไทย
หน่วยงานที่พิจารณาให้ความเห็นชอบในการเข้าสู่ตลาด	กระทรวงคมนาคม	คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามมาตรา 8 ได้แก่ <ul style="list-style-type: none"> - นายกรัฐมนตรี - รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคลัง - ปลัดกระทรวงการคลัง - เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา - เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ - ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ - อธิบดีกรมบัญชีกลาง - ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ - ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ - อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ
การเข้าสู่ตลาด	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ประกอบกิจการที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง คุณสมบัติและหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 2. ขอรับการรับรองคุณสมบัติและคำร้องขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ 3. ยื่นคำขอเป็นหนังสือพร้อมแนบเอกสารรายละเอียดต่างๆ ต่อ 	<ol style="list-style-type: none"> 1. สำนักงานการบินพลเรือนฯ ว่าจะจ้างที่ปรึกษาเพื่อจัดทำรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์ธุรกิจสายการบินตามรายละเอียดที่คณะกรรมการกำหนด 2. สำนักงานการบินพลเรือนฯ เสนอผลการศึกษาโครงการ เปรียบเทียบต้นทุนและความคุ้มค่าในการระหว่างดำเนินการเองกับให้เอกชนประกอบธุรกิจสายการบิน ผลกระทบของโครงการ รูปแบบการให้เอกร่วมลงทุน ฯลฯ ต่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคม เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ 3. เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมให้ความ

	<p>สำนักงานการบินพลเรือนฯ เพื่อให้นำเสนอต่อกระทรวงคมนาคม เป็นผู้พิจารณาออกใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศ</p>	<p>เห็นชอบแล้ว ให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจตรวจสอบ</p> <p>3.1 สำนักงานเห็นด้วยกับโครงการให้เสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป</p> <p>3.2 สำนักงานไม่เห็นด้วยให้แจ้งความเห็นต่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมและสำนักงานการบินพลเรือนฯ หากรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยกับสำนักงานให้เสนอเรื่องให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อพิจารณาตัดสินใจต่อไป</p> <p>4.คณะกรรมการฯเห็นชอบแล้ว ให้เสนอโครงการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติโครงการและวงเงินงบประมาณรายจ่าย</p>
<p>หน่วยงานที่จัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศและแต่งตั้งสายการบินให้เป็นสายการบินที่กำหนด</p>	<p>สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย</p>	<p>คณะกรรมการคัดเลือก ตามมาตรา 35 ได้แก่ ผู้แทนจาก</p> <ul style="list-style-type: none"> - สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย - สำนักงานประมาณ - สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ - สำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ
<p>การขอใช้สิทธิการบิน</p>	<p>1.ยื่นคำขอเป็นหนังสือต่อผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนฯพร้อมแนบเอกสารตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศฯ ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2548 ภายในระยะเวลาที่กำหนดเพื่อขอรับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบิน</p>	<p>1. สำนักงานการบินพลเรือนฯ จัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุนฯ ตามมาตรา 32 และร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 34</p> <p>2. สำนักงานการบินพลเรือนฯ แต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกทำหน้าที่มาตรา 36</p> <p>3. คัดเลือกสายการบินโดยวิธีการประมุขตามมาตรา 38</p> <p>4. เมื่อได้คัดเลือกสายการบินแล้ว</p> <p>4.1คณะกรรมการคัดเลือกจะต้องนำประเด็น</p>

	<p>2.สายการบินต้องแสดงเอกสารหลักฐานรายการใดรายการหนึ่งหรือหลายรายการ ที่แสดงให้เห็นว่ามีความตั้งใจในการดำเนินบริการแก่สำนักงานการบินพลเรือนฯ</p> <p>3. สำนักงานการบินพลเรือนฯ จะแจ้งแต่งตั้งให้เป็นสายการบินที่กำหนดของไทย (Designated Airline) ไปยังประเทศที่เกี่ยวข้อง</p>	<p>ที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับสายการบินที่ได้รับการคัดเลือกต่อสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเพื่อดำเนินการให้ความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคม</p> <p>4.2 คณะกรรมการคัดเลือกต้องส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับสายการบินที่ได้รับการคัดเลือกให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจแล้วเสนอร่างสัญญานั้นต่อรัฐมนตรีฯ</p> <p>5. รัฐมนตรีฯต้องเสนอความเห็นประกอบเรื่องทั้งหมดแล้วเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา</p> <p>5.1 หากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบก็ให้สำนักงานการบินพลเรือนฯลงนามในสัญญาร่วมลงทุนนั้น</p> <p>5.2 ถ้าคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยก็ให้ส่งเรื่องคืนไปยังรัฐมนตรีฯเพื่อแจ้งให้คณะกรรมการคัดเลือกพิจารณาทบทวนแล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจต่อไป</p>
หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ	สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย	<p>คณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43</p> <ul style="list-style-type: none"> - ข้าราชการกระทรวงคมนาคมตำแหน่งบริหารระดับสูงที่มีผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย (เช่น อธิบดีกรมเจ้าท่า อธิบดีกรมการขนส่งทางบก อธิบดีกรมทางหลวง) - ผู้แทนหรือผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย - ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ - ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ
การขอแก้ไขเส้นทางบิน	ดำเนินการเช่นเดียวกับการขอใช้	1.สำนักงานการบินพลเรือนฯต้องเสนอ

ระหว่างประเทศ	สิทธิการบิน	ประเด็น ผลกระทบจากการแก้ไขเส้นทางบิน และรายละเอียด ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณา 2. ถ้าคณะกรรมการฯ เห็นด้วยกับการแก้ไข ให้สำนักงานการบินพลเรือนฯ เส้นทางบิน ใหม่ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ก่อนส่งความเห็นของคณะกรรมการฯ พร้อมทั้งเส้นทางบินใหม่ที่สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคม เพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป
ระยะเวลาของโครงการ	ใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขาย ในการเดินอากาศระหว่าง ประเทศ 10 ปี	- ระยะเวลาตามใบอนุญาตประกอบกิจการ ค้าขายในการเดินอากาศ 10 ปี - ระยะเวลาตามสัญญาร่วมลงทุน ?
ราคาค่าโดยสารและ ค่าธรรมเนียมเส้นทาง ระหว่างประเทศ	เป็นไปตามที่กำหนดในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยบริการเดินอากาศ	- ตามที่กำหนดในความตกลงระหว่าง ประเทศว่าด้วยบริการเดินอากาศ - ตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน ?
ผลประโยชน์ตอบแทนที่ เอกชนให้แก่หน่วยงาน เจ้าของโครงการ	-	สายการบินอาจต้องแบ่งรายได้ให้แก่ สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย
การโอนกรรมสิทธิ์ สิทธิทรัพย์สินของโครงการ	-	สายการบินอาจต้องโอนกรรมสิทธิ์เครื่องบิน ให้แก่รัฐเพื่อแลกกับสิทธิในการให้บริการใน เส้นทางระหว่างประเทศ
การระงับข้อพิพาท	- ระงับข้อพิพาททางศาล	- ระงับข้อพิพาทตามที่กำหนดในสัญญา เช่น ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ย - ระงับข้อพิพาททางศาล - คณะกรรมการระงับข้อพิพาท มาตรา 72 ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงคมนาคม ผู้แทนหรือ ผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและ

		สังคมแห่งชาติ สำนักงบประมาณ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ สำนักงานอัยการ
--	--	--

ข้อสังเกต

จะเห็นได้ว่าการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลสายการบินระหว่างประเทศ โดยมีสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าของโครงการผู้ให้สายการบินเอกชนของไทยร่วมลงทุนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ทำให้สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยไม่สามารถทำหน้าที่กำกับดูแลสายการบินเอกชนของไทยในฐานะกำกับดูแล (Regulation) ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ทั้งยังทำให้หน่วยงานที่ไม่มีความเชี่ยวชาญด้านการบินกลายเป็นหน่วยงานหลักที่เข้ามาทำหน้าที่กำกับดูแลสายการบิน และก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในข้างต้น

อย่างไรก็ตามโครงสร้างดังกล่าวอาจมีความเหมาะสม หากนำไปใช้ในกรณีที่ให้บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ในฐานะเจ้าของโครงการเป็นผู้ให้สายการบินเอกชนของไทยร่วมลงทุนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ (กล่าวคือ บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ให้สัมปทานแก่สายการบินเอกชนของไทย เช่นเดียวกับกรณีการให้สัมปทานคลื่นความถี่โดยบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) แก่บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) และบริษัท กสท. โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) แก่บริษัท โทเทิล แอคเซส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)) ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการ (Operator) ให้สัมปทานแก่ผู้ประกอบการที่โดยสภาพย่อมมีการแข่งขันระหว่างกันภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญด้านการบิน ร่วมกับหน่วยงานอื่นๆ ตามตารางต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลสายการบินระหว่างประเทศ ระหว่างบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) และสายการบินเอกชนของไทย โดยบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เป็นเจ้าของโครงการผู้ให้สัมปทานการบิน ภายใต้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ประเด็นที่พิจารณา	บมจ. การบินไทย	สายการบินเอกชนของไทย
หน่วยงานที่พิจารณาให้ความเห็นชอบในการเข้าสู่ตลาด	กระทรวงคมนาคม	คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ตามมาตรา 8 ได้แก่ <ul style="list-style-type: none"> - นายกรัฐมนตรี - รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคลัง - ปลัดกระทรวงการคลัง - เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา - เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ - ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ - อธิบดีกรมบัญชีกลาง - ผู้อำนวยการสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ - ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ - อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ
การเข้าสู่ตลาด	<p>1. ผู้ประกอบกิจการที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง คุณสมบัติและหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2551</p> <p>2. ขอรับการรับรองคุณสมบัติและคำร้องขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ</p> <p>3. ยื่นคำขอเป็นหนังสือพร้อมแนบเอกสารรายละเอียดต่างๆ ต่อสำนักงานการบินพลเรือนฯ เพื่อให้นำเสนอต่อกระทรวงคมนาคม เป็นผู้พิจารณาออกใบอนุญาตผู้ประกอบกิจการ</p>	<p>1. บมจ. การบินไทยว่าจ้างที่ปรึกษาเพื่อจัดทำรายงานผลการศึกษาและวิเคราะห์ธุรกิจสายการบินตามรายละเอียดที่คณะกรรมการกำหนด</p> <p>2. บมจ. การบินไทยเสนอผลการศึกษาโครงการ เปรียบเทียบต้นทุนและความคุ้มค่าในการระหว่างดำเนินการเองกับให้เอกชนประกอบธุรกิจสายการบิน ผลกระทบของโครงการ รูปแบบการให้เอกชนร่วมลงทุน ฯลฯ ต่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ</p> <p>3. เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมให้ความเห็นชอบแล้ว ให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจตรวจสอบ</p> <p>3.1 สำนักงานเห็นด้วยกับโครงการให้เสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณาให้ความ</p>

	ค้าขายในการเดินอากาศ	เห็นชอบต่อไป 3.2 สำนักงานไม่เห็นด้วยให้แจ้งความเห็นต่อรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคมและบมจ.การบินไทย หากรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยกับสำนักงานให้เสนอเรื่องให้คณะกรรมการนโยบายการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเพื่อพิจารณาตัดสินใจต่อไป 4.คณะกรรมการฯเห็นชอบแล้ว ให้เสนอโครงการต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติโครงการและวงเงินงบประมาณรายจ่าย
หน่วยงานที่จัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศและแต่งตั้งสายการบินให้เป็นสายการบินที่กำหนด	สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย	คณะกรรมการคัดเลือก ตามมาตรา 35 ได้แก่ ผู้แทนจาก - บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) - สำนักงบประมาณ - สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ - สำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ
การขอใช้สิทธิการบิน	1.ยื่นคำขอเป็นหนังสือต่อผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนฯพร้อมแนบเอกสารตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศฯ ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2548 ภายในระยะเวลาที่กำหนดเพื่อขอรับการจัดสรรสิทธิในเส้นทางบิน 2.สายการบินต้องแสดงเอกสารหลักฐานรายการใดรายการหนึ่งหรือหลายรายการ ที่แสดงให้เห็นว่ามีความตั้งใจในการดำเนิน	1. บมจ.การบินไทย จัดทำร่างประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมลงทุนฯ ตามมาตรา 32 และร่างสัญญาร่วมลงทุนตามมาตรา 34 2. บมจ.การบินไทย แต่งตั้งคณะกรรมการคัดเลือกทำหน้าที่มาตรา 36 3. คัดเลือกสายการบินโดยวิธีการประมูลตามมาตรา 38 4. เมื่อได้คัดเลือกสายการบินแล้ว 4.1คณะกรรมการคัดเลือกจะต้องนำประเด็นที่เจรจาต่อรองเรื่องผลประโยชน์ของรัฐ ร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับสายการบินที่ได้รับการคัดเลือกต่อสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจเพื่อดำเนินการให้ความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี

	<p>บริการแก่สำนักงานการบินพลเรือนฯ</p> <p>3. สำนักงานการบินพลเรือนฯ จะแจ้งแต่งตั้งให้เป็นสายการบินที่กำหนดของไทย (Designated Airline) ไปยังประเทศที่เกี่ยวข้อง</p>	<p>กระทรวงคมนาคม</p> <p>4.2 คณะกรรมการคัดเลือกต้องส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับสายการบินที่ได้รับการคัดเลือกให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบแล้วเสนอร่างสัญญานั้นต่อรัฐมนตรีฯ</p> <p>5. รัฐมนตรีฯต้องเสนอความเห็นประกอบเรื่องทั้งหมดแล้วเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา</p> <p>5.1 หากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบก็ให้ บ.การบินไทยลงนามในสัญญาร่วมลงทุนนั้น</p> <p>5.2 ถ้าคณะรัฐมนตรีไม่เห็นด้วยก็ให้ส่งเรื่องคืนไปยังรัฐมนตรีฯเพื่อแจ้งให้คณะกรรมการคัดเลือกพิจารณาทบทวนแล้วนำผลการพิจารณาเสนอให้คณะรัฐมนตรีตัดสินใจต่อไป</p>
<p>หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ</p>	<p>สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย</p>	<p>คณะกรรมการกำกับดูแลตามมาตรา 43</p> <ul style="list-style-type: none"> - ข้าราชการกระทรวงคมนาคมตำแหน่งบริหารระดับสูงที่มีผู้ใช้บริหารบมจ.การบินไทย (เช่น ผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย อธิบดีกรมท่าอากาศยาน อธิบดีกรมเจ้าท่า อธิบดีกรมการขนส่งทางบก อธิบดีกรมทางหลวง) - ผู้แทนหรือผู้บริหารบมจ.การบินไทย - ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ - ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิ
<p>การขอแก้ไขเส้นทางบินระหว่างประเทศ</p>	<p>ดำเนินการเช่นเดียวกับการขอใช้สิทธิการบิน</p>	<p>1. บมจ.การบินไทยต้องเสนอประเด็นผลกระทบจากการแก้ไขเส้นทางบินและรายละเอียด ที่เกี่ยวข้องต่อคณะกรรมการกำกับดูแลพิจารณา</p> <p>2. ถ้าคณะกรรมการฯเห็นด้วยกับการแก้ไขให้ บมจ.การบินไทยเส้นทางบินใหม่ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจสอบพิจารณา ก่อน</p>

		ส่งความเห็นของคณะกรรมการฯพร้อมทั้ง เส้นทางบินใหม่ที่สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจแล้วไปยังรัฐมนตรีกระทรวงคมนาคม เพื่อเสนอขอความเห็นชอบต่อคณะรัฐมนตรี ต่อไป
ระยะเวลาของโครงการ	ใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขาย ในการเดินอากาศระหว่าง ประเทศ 10 ปี	- ระยะเวลาตามใบอนุญาตประกอบกิจการ ค้าขายในการเดินอากาศ 10 ปี - ระยะเวลาตามสัญญาร่วมลงทุน ?
ราคาค่าโดยสารและ ค่าธรรมเนียมเส้นทาง ระหว่างประเทศ	เป็นไปตามที่กำหนดในความตกลง ระหว่างประเทศว่าด้วยบริการ เดินอากาศ	- ตามที่กำหนดในความตกลงระหว่าง ประเทศว่าด้วยบริการเดินอากาศ - ตามที่กำหนดในสัญญาร่วมลงทุน ?
ผลประโยชน์ตอบแทนที่ เอกชนให้แก่หน่วยงาน เจ้าของโครงการ	-	สายการบินอาจต้องแบ่งรายได้ให้แก่ บมจ. การบินไทย
การโอนกรรมสิทธิ์ สินทรัพย์ของโครงการ	-	สายการบินอาจต้องโอนกรรมสิทธิ์เครื่องบิน ให้แก่รัฐ/บมจ.การบินไทยเพื่อแลกกับสิทธิ ในการให้บริการในเส้นทางระหว่างประเทศ
การระงับข้อพิพาท	- ระงับข้อพิพาททางศาล	- ระงับข้อพิพาทตามที่กำหนดในสัญญา เช่น ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ การไกล่เกลี่ย - ระงับข้อพิพาททางศาล - คณะกรรมการระงับข้อพิพาท มาตรา 72 ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงคมนาคม ผู้แทนหรือ ผู้อำนวยการสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและ สังคมแห่งชาติ สำนักงบประมาณ สำนักงาน คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ สำนักงาน อัยการ

แม้โครงสร้างการกำกับดูแลดังกล่าวเมื่อนำไปใช้ในกรณีของบริษัทการบิน
ไทย จำกัด (มหาชน) ในฐานะเจ้าของโครงการเป็นผู้ให้สัมปทานแก่สายการบินเอกชนของไทยราย

อื่นๆ จะมีความเหมาะสมมากกว่ากรณีที่สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยเป็นเจ้าของโครงการผู้ให้สายการบินเอกชนของไทยร่วมลงทุนในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ แต่ปัญหาหลายประการที่เกิดจากการนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่ เช่น ปัญหาในเรื่องการกำกับดูแลที่แยกกฎหมายออกเป็นสองระบบ การกำหนดค่าบริการที่ซ้ำซ้อนและแตกต่าง ผลประโยชน์ตอบแทนของรัฐ การโอนกรรมสิทธิ์เครื่องบิน ระยะเวลาของโครงการ การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น นอกจากนี้ผู้เขียนยังเห็นว่าการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศไม่ใช่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ จึงไม่เหมาะสมที่จะนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ทั้งนี้ไม่ว่าเจ้าของโครงการจะเป็นสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยหรือบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน)

4.4 บทสรุป

จากการศึกษาในบทนี้พบว่า แม้ประเทศไทยจะมีหน่วยงานที่กำกับดูแลด้านการบิน โดยเฉพาะเช่นเดียวกับหน่วยงานของต่างประเทศ และมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ที่มีความเหมาะสมในเชิงเนื้อหา ทั้งในเรื่องของการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ การจัดสรรเส้นทางบิน จนถึงการระงับหรือเพิกถอนการอนุญาต แต่หลักเกณฑ์เหล่านั้นไม่มีความเหมาะสมในเชิงรูปแบบ เพราะอยู่ในรูปแบบของกฎหมายลำดับรองที่มีลำดับศักดิ์ต่ำ และกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น ประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ หรือแม้กระทั่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในใบอนุญาตผู้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศเอง ทั้งนี้เนื่องจากประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักได้กำหนดแต่เพียงว่าให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ และสามารถออกเงื่อนไขใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นแนบท้ายใบอนุญาตดังกล่าวเพื่อให้ผู้ประกอบกิจการปฏิบัติได้ โดยไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นการเฉพาะดังเช่นกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ได้ศึกษามา

ในส่วนของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้น ประเทศไทยมีกฎหมายในเรื่องนี้ โดยเฉพาะนั่นคือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบ หลักเกณฑ์ ขั้นตอนการปฏิบัติให้กับ

ส่วนราชการ หน่วยงานรัฐต่างๆ ใช้เป็นกรอบปฏิบัติในการพิจารณาคัดเลือกและการพิจารณาให้สัมปทานโครงการต่างๆ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสสามารถตรวจสอบขั้นตอนการพิจารณาดำเนินการต่างๆ ได้ โดยมีขั้นตอนหลัก 4 ขั้นตอนได้แก่ขั้นตอนการเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ การกำกับดูแลและติดตามผล การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่ ทั้งยังกำหนดให้มีองค์กรขึ้นมาทำหน้าที่พิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ เห็นได้ว่าโครงสร้างของกฎหมายดังกล่าวคล้ายคลึงกับกฎหมายร่วมลงทุนของประเทศเกาหลีใต้ แตกต่างที่กฎหมายร่วมลงทุนของไทยไม่ได้กำหนดให้ใช้บังคับแก่กิจการใดบ้าง นอกจากนี้ค่านิยามร่วมลงทุนยังใช้ถ้อยคำกว้างทำให้มีผลทางกฎหมายครอบคลุมไปในทุกกรณี ความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาขึ้นเสมอว่าโครงการเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐหรือไม่ ซึ่งมักจะมีการหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่บ่อยครั้ง และส่วนใหญ่คณะกรรมการกฤษฎีกาก็มักจะวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ทำให้การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ก่อให้เกิดปัญหาการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ทำให้สายการบินเอกชนของไทยเสียเปรียบสายการบินคู่แข่งในตลาดการบินระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นเรื่องที่แตกต่างกัน โดยที่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศเป็นกรณีที่เอกชนจะต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐเพื่อใช้สิทธิการบินในการประกอบธุรกิจที่รัฐต้องการกำกับดูแล ซึ่งอำนาจในการดำเนินงาน การบริหารจัดการสายการบิน และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นของเอกชน เอกชนสามารถดำเนินงานได้อย่างอิสระภายใต้กรอบของกฎหมาย โดยรัฐทำหน้าที่เป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น เหตุที่สายการบินต้องขอใช้สิทธิการบินจากรัฐนั้นก็เนื่องมาจากหลักอธิปไตยในห้วงอากาศอาณาเขต/น่านฟ้าในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐมีสิทธิที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้เที่ยวบินระหว่างประเทศใดๆ บินมายังและบินเหนืออาณาเขตรวมถึงกำหนดกฎเกณฑ์ เงื่อนไขและข้อจำกัดสำหรับการปฏิบัติบินดังกล่าวเพื่อใช้สิทธิในการบินอย่างเหมาะสม ทำให้การบินระหว่างประเทศจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลยหากรัฐที่เกี่ยวข้องไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิ ดังนั้นรัฐจึงต้องเข้ามาอำนวยความสะดวกในการประสานงานกับรัฐอื่นๆ เพื่อให้สายการบินสามารถทำการบินในเส้นทางระหว่างประเทศได้ ซึ่งผลในทางกฎหมายของการประสานงานดังกล่าวก็คือ “สิทธิการบิน” โดยที่รัฐจะกำหนดคุณสมบัติของสายการบินที่มีความเหมาะสมในการใช้สิทธิการบินให้สอดคล้องกับความตกลงบริการเดินอากาศที่รัฐได้ตกลงไว้กับรัฐอื่นและสอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศในด้านการบินที่รัฐเป็นภาคีผ่านการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศนั่นเอง ซึ่งสายการบินจะต้องผ่านมาตรฐานในด้านความปลอดภัยและด้านเทคนิคต่างๆ ในด้านการบิน โดยจะต้องได้รับใบรับรองผู้ดำเนินการเดินอากาศ (Air Operator Certificate) และมีคุณสมบัติครบถ้วนตามใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศ (Air Operator License) เสียก่อน เมื่อได้รับใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศแล้วสายการบินจึงจะขอใช้สิทธิการบินเพื่อทำการบินในเส้นทางระหว่างประเทศได้

ในขณะที่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public-Private Partnerships : PPP) เป็นรูปแบบความร่วมมือระหว่างภาครัฐกับภาคเอกชน ความร่วมมือรูปแบบนี้ทั้งภาครัฐและ

ภาคเอกชนต่างก็มีส่วนร่วมและแบกรับความเสี่ยงในการลงทุนหรือดำเนินการในโครงสร้างพื้นฐานหรือในบริการสาธารณะ และโดยทั่วไปโดยทั่วไปภาคเอกชนจะไม่สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เช่น โครงสร้างพื้นฐานที่ตนลงทุน แต่จะมีสิทธิในการหารายได้จากบริการ ใช้ประโยชน์โครงสร้างพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับโครงการ หรือได้รับค่าตอบแทนอันเนื่องมาจากการดำเนินงานนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดตามสัญญาร่วมลงทุน

ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะและการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภคโครงสร้างพื้นฐานเป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งแต่เดิมรัฐจะเป็นผู้ดำเนินการเอง เหตุที่รัฐให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมดำเนินการในกิจการที่เป็นภารกิจของรัฐ ก็เนื่องจากรัฐเองก็มีข้อจำกัดบางประการ เช่น การลงทุนก่อสร้างโครงการจะต้องอาศัยการใช้เทคโนโลยีขั้นสูง งบประมาณในเงินคงคลังไม่เพียงพอกับการลงทุน ระบบการบริหารจัดการของราชการที่มีปัญหาในการดำเนินงานที่ยุ่งยากซับซ้อนตามโครงสร้างของสายงานบังคับบัญชา และความคล่องตัวในการหาแหล่งเงินทุนในการใช้จ่ายจากงบประมาณรายจ่ายที่จะต้องผ่านขั้นตอนของกฎหมาย ทำให้การลงทุนในโครงการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่มีความเสี่ยงสูงหากภาครัฐจะเป็นผู้ลงทุนฝ่ายเดียว และอาจทำให้การก่อสร้างโครงการสาธารณูปโภคเป็นไปอย่างล่าช้า ในขณะที่ภาคเอกชนได้พัฒนาศักยภาพองค์กรมาจากการแข่งขันในระบบตลาดเสรี โดยมีเป้าหมายในการดำเนินงานคือการได้รับผลกำไรจากส่วนต่างของต้นทุนการผลิตและมูลค่าของสินค้าที่ขาย ซึ่งภาคเอกชนจะต้องพัฒนาเทคโนโลยีในการผลิตให้ทันสมัย และปรับปรุงคุณภาพของการบริการให้สอดคล้องต่อความต้องการของผู้บริโภคอยู่เสมอ ทั้งภาคเอกชนยังมีความคล่องตัวในการหาแหล่งเงินทุนและมีประสิทธิภาพในการดำเนินการโดยใช้ระยะเวลาไม่นาน ดังนั้นรัฐจึงเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนที่มีศักยภาพเข้าร่วมลงทุนในการจัดทำบริการสาธารณะและการจัดสร้างสิ่งสาธารณูปโภค ความร่วมมือระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบ Public-Private Partnerships จึงเป็นการลดอัตราความเสี่ยงของโครงการและเป็นการผสมผสานข้อดีของภาครัฐและภาคเอกชน

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศแล้วพบว่า สหภาพยุโรปเป็นกลุ่มประเทศที่มีการขนส่งทางอากาศอย่างเสรีภายในกลุ่มประชาคมเป็นลักษณะตลาดการบินร่วม (Single Aviation Market) ซึ่งผู้ประกอบการต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ (Operating Licence) จากรัฐสมาชิกเสียก่อนจึงจะมีฐานะเป็นผู้ขนส่งของประชาคม (Community Air Carrier) และสามารถจัดตั้งสายการบินในสหภาพยุโรปได้ โดยหน่วยงานกำกับดูแลการออกใบอนุญาต (Competent Licensing Authority) ของประเทศสมาชิกจะออกใบอนุญาตได้เมื่อผู้ประกอบการ (Undertaking) ธุรกิจสายการบินมีคุณสมบัติครบถ้วนตาม Regulation (EC) No 1008/2008 นอกจากนี้ Regulation ดังกล่าวก็ได้กำหนดกฎเกณฑ์การระงับและการเพิกถอนใบอนุญาตให้

ประกอบกิจการไว้ด้วย ในบริการเดินอากาศระหว่างประเทศภายในสหภาพยุโรปและบริการเดินอากาศระหว่างประเทศระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปกับประเทศที่สาม ต่างก็อยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องการจัดตั้งสายการบินและการได้รับใบอนุญาตประกอบการในฐานะที่เป็นผู้ขนส่งประชาชนจะเป็นกฎหมายฉบับเดียวกันดังกล่าว เพียงแต่แตกต่างกันที่กฎหมายเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด ในส่วนของหลักเกณฑ์การกำหนดราคาโดยสารและค่าธรรมเนียมนั้นกำหนดไว้ใน Regulation (EC) No 1008/08 แก้ไขเพิ่มเติม Regulation (EC) No 2407/92 ซึ่งกำหนดเรื่องสำคัญ เช่น การกำหนดราคาโดยสารเส้นทางที่เป็นบริการสาธารณะ หากไม่มีผู้ขนส่งทางอากาศมาให้บริการ รัฐสมาชิกอาจจำกัดการเข้าถึงเส้นทางการบินแก่ผู้ขนส่งเพียงรายเดียวเท่านั้นและชดใช้เงินแก่ผู้ขนส่งสำหรับค่าใช้จ่ายที่ดำเนินการให้บริการสาธารณะ หากนอกเหนือจากกรณีดังกล่าวผู้ขนส่งทางอากาศของประชาคม ผู้ขนส่งทางอากาศของประเทศที่สาม สามารถกำหนดอัตราค่าโดยสาร และค่าระวางสำหรับการบริการทางอากาศในประชาคมได้อย่างอิสระโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน เป็นต้น ในเรื่องการจัดสรรเส้นทางบิน ผู้ขนส่งที่มีสัญชาติในประชาคมยุโรปสามารถครอบครองใบอนุญาตผู้ประกอบการเดินอากาศและทำการบินไปยังสถานที่ใดๆ ภายในตลาดการบินร่วมยุโรปอย่างเสรี เว้นแต่การดำเนินการบริการเดินอากาศตามเสรีภาพที่ 8 ที่จะต้องไม่เกินไปกว่า 50% ของความจุที่มีอยู่สำหรับการบินกาโบตาง นอกจากนี้สหภาพยุโรปมีหน่วยงานการบินร่วมยุโรป (The European Joint Aviation Authorities : JAA) เป็นหน่วยงานสำคัญด้านการบินที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดให้มีมาตรฐานความปลอดภัยสูงและมีความสอดคล้องกับมาตรฐานสำหรับการแข่งขันในตลาดการบินร่วม

ประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าผู้ประกอบการต้องได้รับใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะดวกและความจำเป็นสาธารณะ (Certificate of Public Convenience and Necessity) จากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม หรือได้รับยกเว้นจากข้อกำหนดในใบอนุญาตจากกระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกา ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code) แล้วเท่านั้นจึงจะสามารถประกอบกิจการการขนส่งทางอากาศและเป็นสายการบินของสหรัฐอเมริกา (U.S. Airline) ได้ นอกจากนี้สายการบินต่างชาติซึ่งเป็นสายการบินที่กำหนดนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมของสหรัฐอเมริกาก่อนจึงจะทำการบินเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ในเรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดราคาโดยสารและค่าธรรมเนียม United States Code, Title 49 – Transportation, Subtitle VII, Part A, Subpart ii, Chapter 415 – Pricing ได้กล่าวถึงการกำหนดราคาที่เหมาะสม การจำแนกกฎระเบียบปฏิบัติ อำนาจในการเปลี่ยนแปลงราคา เป็นต้น ในเรื่องการเพิกถอนการอนุญาตให้ประกอบกิจการสายการบินระหว่างประเทศนั้นประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกาคำหนดให้ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม

สามารถที่จะพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการบริการเกี่ยวกับความสะอาดและความจำเป็น สาธารณะได้ในกรณีที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามที่ประมวลกฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ แต่ไม่อนุญาตให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมสามารถเพิกถอนใบอนุญาตได้ในกรณีที่สายการบินมีคุณสมบัติไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดด้านพลเมือง ในส่วนของหน่วยงานสำคัญด้านการบินของสหรัฐอเมริกาได้แก่ สำนักงานบริหารการบินแห่งชาติ (The Federal Aviation Administration) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการสนับสนุนด้านความปลอดภัยการบิน เช่น ออกกฎและบังคับใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับความปลอดภัยการบิน ออกใบอนุญาต นักบิน อากาศยาน ส่วนประกอบของอากาศยาน หน่วยงานทางอากาศ และสนามบิน กำกับดูแลความปลอดภัยการบิน และทำให้มั่นใจว่าในการใช้อากาศยานของประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นต้น

เห็นได้ว่าการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศทั้งในสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ประกอบการจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศ (Air Operator Licence) ก่อนจึงจะจัดตั้งสายการบินระหว่างประเทศได้ ซึ่งแต่ละประเทศจะมีกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดต่างๆ ในเรื่องคุณสมบัติและแบบพิธี และการเพิกถอนการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศไว้ รวมถึงการระงับใช้ใบอนุญาตประกอบกิจการเดินอากาศชั่วคราวไว้โดยเฉพาะ และได้กำหนดให้มีหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญขึ้นมาทำหน้าที่ในการกำกับดูแลด้านการบินโดยเฉพาะ

การจากศึกษากฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ (Public-Private Partnerships Law: PPP Law) พบว่า สหภาพยุโรปมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐอยู่หลายฉบับ ซึ่งส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบของข้อกำหนดของสหภาพยุโรป (EU directives) โดยศึกษาข้อกำหนดที่ 2014/23 (Directive 2014/23/EU) ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการให้สัมปทานโดยภาครัฐผู้มีอำนาจเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างหรือการบริการจากผู้ผลิตภาคเอกชน โดยเป็นส่วนหนึ่งของข้อกำหนดว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งออกแบบมาเพื่อปรับปรุงกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างสำหรับทุกด้านของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในกลุ่มประเทศยุโรป ข้อกำหนดฉบับนี้ได้กำหนดกิจการที่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนในภาคผนวก II เช่น กิจกรรมเกี่ยวกับก๊าซและพลังงานความร้อน ไฟฟ้า เครื่อข่ายการให้บริการประชาชนในด้านการขนส่งโดย รถไฟ ระบบอัตโนมัติ ทางรถราง รถโดยสารประจำทาง เคเบิล การสกัดน้ำมันหรือก๊าซ การสำรวจหรือแยกถ่านหิน หรือเชื้อเพลิงอื่นๆ ที่เป็นของแข็ง เป็นต้น ข้อกำหนดที่ 2014/23 ยังได้กำหนดเกณฑ์และวิธีการในการคำนวณมูลค่าโดยประมาณของสัมปทานไว้อย่างละเอียด กำหนดขั้นตอนการให้สัมปทาน ตั้งแต่ประกาศสัมปทาน การคัดเลือกผู้สมัคร กำหนดเวลาของการรับสมัคร

และการประกวดราคาสำหรับสัมปทาน การให้ข้อมูลกับผู้สมัครและผู้ประกวดราคา เกณฑ์การให้สัมปทาน ขั้นตอนการดำเนินงานสัมปทาน การทำสัญญารับช่วง การปรับเปลี่ยนสัญญาในระหว่างระยะเวลาของสัญญา การสิ้นสุดของสัญญาสัมปทาน การตรวจสอบและการรายงาน เป็นต้น

สาธารณรัฐเกาหลี (ประเทศเกาหลีใต้) พบว่า มีกฎหมายที่เป็นองค์ประกอบหลักของกรอบกฎหมายสำหรับการร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 (Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure 2011) และ รัฐกฤษฎีกาว่าด้วยการบังคับใช้รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนมีส่วนร่วมในโครงสร้างพื้นฐาน (Enforcement Decree on the Act on Public-Private Partnerships in Infrastructure) กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานในการดำเนินกิจการที่มีเอกชนเข้าร่วมในกิจการที่มีลักษณะเป็นการร่วมทุนกับภาครัฐโดยจำแนกตามความสำคัญและมูลค่าของงานในแต่ละโครงการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยส่งเสริมความคิดสร้างสรรค์และมีประสิทธิภาพในการจัดการดำเนินงานของสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐานผ่านการส่งเสริมการลงทุนของภาคเอกชนในสิ่งอำนวยความสะดวกดังกล่าว โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในโครงสร้างพื้นฐาน ค.ศ. 2011 ได้บัญญัติถึงกิจการต่างๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ไว้อย่างละเอียดและชัดเจน ซึ่งเป็นกิจการทั้งในด้านเศรษฐกิจและด้านสังคม เช่น ถนนและสิ่งอำนวยความสะดวกที่เกี่ยวข้อง ทางรถไฟในเมือง ท่าเรือ ท่าอากาศยาน ระบบประปา ระบบบำบัดน้ำเสีย การสื่อสาร โทรคมนาคม แหล่งกำเนิดไฟฟ้า ศูนย์ฝึกอบรมเยาวชน พิพิธภัณฑ์และหอศิลป์ ศูนย์อนุบาลและโรงเรียน สถานพยาบาล สถานสงเคราะห์ผู้สูงอายุ ศูนย์วัฒนธรรม เป็นต้น กฎหมายร่วมลงทุนดังกล่าวได้กำหนดขั้นตอนในการให้เอกชนร่วมลงทุนไว้อย่างละเอียดตั้งแต่การเสนอโครงการ การกำหนดนโยบายพื้นฐานของภาครัฐ ผู้ริเริ่มเสนอโครงการซึ่งเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเป็นผู้ริเริ่มเสนอโครงการร่วมลงทุนได้ด้วย ขั้นตอนการดำเนินโครงการ การคัดเลือกคู่สัญญาฝ่ายเอกชน การอนุมัติแผนการดำเนินงาน การยืนยันความสำเร็จของโครงการ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในการบริหารจัดการและการดำเนินงานสิ่งอำนวยความสะดวกโครงสร้างพื้นฐาน เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาให้เอกชนร่วมลงทุนขึ้นมาเพื่อกำกับดูแลการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐโดยเฉพาะ

จะเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐพบว่า ทั้งกฎหมายของสหภาพยุโรปและของประเทศเกาหลีใต้มีหลักการที่คล้ายคลึงกันในเรื่องโครงสร้างในการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ กฎหมายดังกล่าวได้วางกรอบและหลักเกณฑ์ไว้อย่าง

ครอบคลุมในชั้นตอนต่างๆ ด้วยความความโปร่งใส เท่าเทียม การแข่งขันที่มีการเปิดเสรี และ กระบวนการบริหารจัดการที่ดี เพียงแต่มีหลักเกณฑ์ในรายละเอียดที่แตกต่างกันไปบ้าง นอกจากนี้ กฎหมายของสหภาพยุโรปและประเทศเกาหลีได้กำหนดกิจการ หรือประเภทของกิจการที่อยู่ภายใต้ บังคับของกฎหมายดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งไม่เพียงแต่กิจการบริการสาธารณะในเชิงเศรษฐกิจ เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการบริการสาธารณะในเชิงสังคมด้วย และยังพบว่ากฎหมายว่าด้วยการให้เอกชน ร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของประเทศเหล่านั้นก็ได้ใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบิน ระหว่างประเทศแต่อย่างใด เนื่องจากธรรมชาติของการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ และการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐเป็นเรื่องที่แตกต่างกัน ทั้งได้มีกฎหมายที่กำกับดูแลใน ด้านการประกอบธุรกิจสายการบินเป็นการเฉพาะแล้ว

การจากศึกษากฎหมายไทย พบว่าแม้ประเทศไทยจะมีหน่วยงานที่กำกับดูแลด้านการ บินโดยเฉพาะเช่นเดียวกับหน่วยงานของต่างประเทศ และมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ อนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ทั้งในเรื่องของการ อนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ การจัดสรรเส้นทางบิน จนถึงการจัดหรือเพิก ถอนการอนุญาต แต่หลักเกณฑ์กลับกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศกรมการ ขนส่งทางอากาศ หรือแม้กระทั่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการ เดินอากาศเอง ทั้งนี้เนื่องจากประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักได้กำหนดแต่ เพียงว่าให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมเป็นผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายใน การเดินอากาศ และสามารถออกเงื่อนไขใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นแนบท้ายใบอนุญาตดังกล่าวเพื่อให้ผู้ ประกอบกิจการปฏิบัติได้ โดยไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นการเฉพาะ ดังเช่นกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ได้ศึกษามา

ในส่วนของการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐนั้น ประเทศไทยมีกฎหมายในเรื่องนี้ โดยเฉพาะนั้นคือ พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 พระราชบัญญัตินี้ได้ถูกตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบ หลักเกณฑ์ ขั้นตอนการปฏิบัติให้กับ ส่วนราชการ หน่วยงานรัฐต่างๆ ใช้เป็นกรอบปฏิบัติในการพิจารณาคัดเลือกและการพิจารณาให้ สัมปทานโครงการต่างๆ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสสามารถตรวจสอบขั้นตอนการพิจารณาดำเนินการ ต่างๆ ได้ โดยมีขั้นตอนหลัก 4 ขั้นตอนได้แก่ขั้นตอนการเสนอโครงการ การดำเนินโครงการ การกำกับ ดูแลและติดตามผล การแก้ไขสัญญาและการทำสัญญาใหม่ ทั้งยังกำหนดให้มืองค์กรขึ้นมาทำหน้าที่ พิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ จะเห็นว่าโครงสร้างของกฎหมายดังกล่าวคล้ายคลึง กับกฎหมายร่วมลงทุนของประเทศเกาหลีใต้ แตกต่างที่กฎหมายร่วมลงทุนของไทยมิได้กำหนดว่าให้

ใช้บังคับแก่กิจการใดบ้าง นอกจากนี้คำนิยามร่วมลงทุนยังใช้ถ้อยคำกว้างทำให้มีผลทางกฎหมายครอบคลุมไปในทุกกรณี จึงทำให้โครงการเกือบทุกโครงการที่มีการให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการอยู่ในภายใต้บังคับของกฎหมายร่วมลงทุน และความไม่ชัดเจนดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาขึ้นเสมอว่าโครงการเป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐหรือไม่ ซึ่งมักจะมีการหารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่บ่อยครั้ง และส่วนใหญ่คณะกรรมการกฤษฎีกาก็มักจะวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ในกรณีการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศก็เช่นกัน โดยวินิจฉัยว่า สิทธิในการดำเนินกิจการเดินอากาศระหว่างประเทศเป็นสิทธิที่ประเทศไทยได้มาจากการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศและความตกลงทวิภาคี สิทธิที่ได้มาดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินของรัฐและเป็นสิทธิที่มีมูลค่าอันอาจคำนวณเป็นเงินได้ ดังนั้น การกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด (Designated Airline) จึงเป็นการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในโครงการของรัฐ

ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ถูกต้อง เนื่องจากการอนุญาตให้สายการบินต่างประเทศและอากาศยานต่างประเทศทำการบินเข้าหรือออกน่านฟ้าของประเทศไทย หรือการที่รัฐต่างประเทศอนุญาตให้สายการบินไทยหรืออากาศยานของไทยทำการบินเข้าหรือออกน่านฟ้าของตนต่างก็เป็นการอนุญาตโดยหลักการว่ารัฐมีอำนาจอธิปไตยในน่านฟ้า/ในห้วงอากาศอาณาเขต ดังปรากฏตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (อนุสัญญาชิคาโก ค.ศ. 1944) ข้อ 1 ที่ระบุว่า “รัฐมีอำนาจอธิปไตยในน่านฟ้าเหนือดินแดนอาณาเขตของตน” ซึ่งการบินระหว่างประเทศจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลยหากรัฐที่เกี่ยวข้องไม่อนุญาตให้ใช้สิทธิ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐต้องเข้ามาอำนวยความสะดวกในการประสานงานกับรัฐอื่นๆ เพื่อให้สายการบินสามารถทำการบินในเส้นทางระหว่างประเทศได้ ผลในทางกฎหมายของการประสานงานดังกล่าวก็คือ “สิทธิการบิน” โดยที่รัฐจะกำหนดคุณสมบัติของสายการบินที่มีความเหมาะสมในการใช้สิทธิการบิน กล่าวได้ว่ารัฐทำหน้าที่เป็นเพียงผู้กำกับดูแลให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนอำนาจในการดำเนินงานและบริหารจัดการสายการบินและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังเป็นของเอกชน การกำหนดให้สายการบินของเอกชนเป็นสายการบินที่กำหนด จึงไม่ใช่เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐแต่อย่างใด

การนำพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องและไม่เหมาะสม เพราะก่อให้เกิดปัญหาการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อสายการบินเอกชน เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มิได้ใช้บังคับแก่บริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) เพราะมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ และมีได้ใช้บังคับสายการบินต่างชาติเพราะอยู่นอกเหนือเขตอำนาจของกฎหมายไทย ทำ

ให้สายการบินเหล่านั้นสามารถใช้สิทธิการบินตามความตกลงที่มีเพื่อทำการบินมายังประเทศไทยได้ เมื่อปฏิบัติตามกฎหมายด้านการบิน ในขณะที่สายการบินเอกชนของไทยจะใช้สิทธิการบินดังกล่าว นอกจากจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายด้านการบินดังเช่นสายการบินอื่นแล้ว ยังต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายร่วมลงทุนอีกชั้นหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นการเพิ่มขั้นตอนและก่อให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการขอใช้สิทธิการบินในเส้นทางบินระหว่างประเทศ อีกทั้งในปัจจุบันได้มีการเปิดเสรีการบินอาเซียนซึ่งส่งผลให้สายการบินของประเทศภาคีสามารถใช้สิทธิการบินตามความตกลงได้อย่างเต็มที่เพื่อทำการบินมายังประเทศไทย แต่ในขณะเดียวกันสายการบินเอกชนของไทยกลับถูกจำกัดการใช้สิทธิการบินดังกล่าวโดยพระราชบัญญัติดังกล่าว ทำให้สายการบินเอกชนของไทยเสียเปรียบสายการบินคู่แข่งในตลาดการบินระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก

5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้เอกชนไทยซึ่งประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศเสียเปรียบในการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรยกเว้น ไม่นำเอาพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถทำได้ 3 แนวทาง ดังต่อไปนี้

1. ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดยกเว้นการใช้พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว

มาตรา 7 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่กิจการของรัฐในเรื่องใดมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาการให้เอกชนร่วมลงทุนและกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการไว้ อย่างเพียงพอแล้ว จะตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐในเรื่องนั้นก็ได้” แสดงให้เห็นว่าจะตราพระราชกฤษฎีกาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศอย่างเพียงพอเช่นเดียวกับกฎหมายที่กำหนดกระบวนการพิจารณาให้เอกชนร่วมลงทุนและการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการ

จากการศึกษาพบว่า การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศของไทยมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่าง

ประเทศ ในด้านความปลอดภัย (Safety) ไว้ในพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ซึ่งเป็นกฎหมายที่อนุวัติการตามอนุสัญญาว่าด้วยการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ค.ศ. 1944 (อนุสัญญาชิคาโก) ส่วนในด้านเศรษฐกิจ (Economic) ได้กำหนดไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 และกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง คุณสมบัติและหลักเกณฑ์การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ลงวันที่ 2 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 และประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาจัดสรรสิทธิในเส้นทางบินระหว่างประเทศให้กับผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศของไทย ลงวันที่ 17 สิงหาคม 2548 รวมถึงหลักเกณฑ์ท้ายใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายเหล่านั้นเพียงพอเช่นเดียวกับกฎหมายที่กำหนดกระบวนการพิจารณาให้เอกชนร่วมลงทุนและการกำกับดูแลและติดตามผลการดำเนินโครงการแล้ว เพียงแต่หลักเกณฑ์เหล่านั้นกระจัดกระจายอยู่ตามที่ต่างๆ การแก้ปัญหาตามแนวทางนี้มีข้อเสียคือไม่สามารถแก้ปัญหาด้านความเหมาะสมในเชิงรูปแบบของกฎหมายดังกล่าวได้ แต่มีข้อดีคือสามารถแก้ปัญหาได้ตรงจุด รวดเร็ว ผู้เขียนเห็นด้วยที่พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เปิดช่องยกเว้นตามมาตรา 7 วรรคสองไว้ ซึ่งผู้ร่างกฎหมายคงจะคาดเห็นปัญหาอย่างที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ แต่เหตุผลของผู้เขียนแตกต่างจากเหตุผลในมาตรา 7 วรรคสอง คือ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีธุรกิจสายการบินนั้นไม่ใช่เรื่องการลงทุนตั้งแต่แรก

2. ตราพระราชกฤษฎีกาตามแนวทางที่ 1. พร้อมกับตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่สำหรับใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินโดยตรง ควบคู่กันไปด้วย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในแนวทางที่ 1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ในด้านเศรษฐกิจนั้นกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายลำดับรอง หรือแม้กระทั่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในใบอนุญาตผู้ประกอบการค้าขายในการเดินอากาศเอง ทั้งนี้เพราะประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการและการกำกับดูแลธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศไว้ ทำให้การกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขต่างๆ อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร และทำให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถทำได้โดยง่าย ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย นอกจากนี้แม้ว่าผู้ขออนุญาตจะมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนตามประกาศกรมการขนส่งทางอากาศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมก็อาจจะใช้ดุลยพินิจอนุญาตให้ผู้นั้นประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศก็เป็นได้ ดังนั้นเพื่อให้มีกฎหมายกำหนดกระบวนการพิจารณาให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศและการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศที่มีความชัดเจนในเชิง

เนื้อหาและเหมาะสมในเชิงรูปแบบ ผู้เขียนเห็นว่าควรตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่เพื่อใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบิน ซึ่งประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ ที่กำหนดเรื่องคุณสมบัติและแบบพิธี หลักเกณฑ์การจัดสรรเส้นทางบิน กำหนดราคาค่าโดยสารและค่าธรรมเนียม¹ การระงับหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ สำหรับการประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ แต่ในกรณีที่มีข้อสงสัยหรือการเปลี่ยนแปลงได้ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ เช่น ข้อกำหนดในเรื่องจำนวนเงิน ก็อาจกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าสามารถแก้ไขได้โดยการออกกฎหมายลำดับรอง เป็นต้น การแก้ปัญหาตามแนวทางนี้มีข้อดีคือเป็นการแก้ปัญหาที่ตรงจุด และทำให้ประเทศไทยมีกฎหมายที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจสายการบินโดยเฉพาะตามหลักสากลเช่นเดียวกับนานาประเทศ ที่มีความชัดเจนในการใช้บังคับกฎหมาย นอกจากนี้ยังช่วยลดโอกาสการใช้ดุลพินิจที่ส่อไปในทางทุจริตในกระบวนการพิจารณาให้ประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ซึ่งจะช่วยสร้างความมั่นใจแก่นักลงทุนทั้งไทยและต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในธุรกิจสายการบินมากขึ้น และเป็นกฎหมายมีความเหมาะสมในเชิงรูปแบบ แต่มีข้อเสียคือในการตราพระราชบัญญัติอาจต้องใช้เวลาานาน กว่าจะตราพระราชบัญญัติแล้วเสร็จก็อาจไม่ทันการ ยิ่งปล่อยปัญหานี้ทิ้งไว้เนิ่นนานเท่าใดก็จะก่อให้เกิดผลเสียมากขึ้นเท่านั้น

3. แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 เพื่อกำหนดข้อยกเว้น มิให้ใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบิน

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ให้ชัดเจนว่าใช้บังคับแก่กิจการ หรือประเภทของกิจการใดบ้างเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐของประเทศเกาหลีใต้ที่ประเทศไทยได้รับเอาแนวความคิดต่างๆ ในกฎหมายดังกล่าวมาเป็นต้นแบบในการยกร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย ไม่จำเป็นต้องส่งเรื่องไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อวินิจฉัยว่าเรื่องนี้เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐหรือไม่ เพราะในปัจจุบันไม่เพียงแต่ธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศแต่ยังมีกิจการอื่นๆ ที่ไม่เหมาะสมแก่การอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย นอกจากนี้ควรกำหนดให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมกิจการ หรือประเภทของกิจการที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ได้โดยอาจกำหนดให้

¹ แม้ปัจจุบันจะกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 แต่ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติการเดินอากาศ เป็นการกำกับดูแลที่เน้นในด้านความปลอดภัย จึงควรกำหนดเรื่องราคาค่าโดยสารและค่าธรรมเนียมซึ่งเกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจไว้ในกฎหมายฉบับนี้ เพื่อให้สะดวกในการใช้งานมากยิ่งขึ้น

ตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อเพิ่มเติมกิจการในอนาคต ข้อดีคือเป็นการแก้ปัญหาที่ครอบคลุมและแก้ปัญหาได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ไม่จำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกาหลายฉบับเพื่อยกเว้นการใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้แก่กิจการต่างๆ แต่มีข้อเสียคือใช้เวลานานเช่นเดียวกับแนวทางที่ 2 นอกจากนี้ขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้ศึกษาเพียงกรณีที่น่าพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 มาใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ ผู้เขียนจึงไม่สามารถให้คำตอบได้ว่ามีกิจการใดบ้างที่เป็นการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐซึ่งควรอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้บ้าง จำเป็นต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมต่อไป

จากแนวทางการแก้ปัญหาที่ได้กล่าวมา เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมและข้อดีข้อเสียของข้อเสนอแนะแต่ละแนวทางแล้ว เห็นว่าแนวทางที่ 1 เป็นการแก้ไขปัญหาคัดตรงจุด รวดเร็วที่สุด และเหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบันมากที่สุด เพราะปัญหาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสายการบินเอกชนของไทยในประกอบธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศ จำเป็นต้องมีการแก้ไขอย่างเร่งด่วน อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดความชัดเจนและบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น หลังจากการดำเนินการตามแนวทางที่ 1 แล้วเสร็จ ควรตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่เพื่อใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจสายการบินโดยตรงดังกล่าวในแนวทางที่ 2. และแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ดังกล่าวในแนวทางที่ 3. ด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือและบทความในหนังสือ

ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล. กฎหมายอากาศ. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
รามคำแหง, 2528.

บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา. ธุรกิจสายการบิน Airline Business. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์หนังสือท่องเที่ยว
ไทย, 2551.

ประเสริฐ ป้อมป้องศึก. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายอากาศระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.

_____. กฎหมายอากาศระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : กรมการบินพาณิชย์
กระทรวงคมนาคม, 2545.

_____. เอกสารพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายการเดินทางอากาศ พร้อมด้วยแนวการตีความ
บางประการ. กรุงเทพมหานคร : กรมการบินพาณิชย์ กระทรวงคมนาคม, 2544.

_____. “อธิปไตยเหนือห้วงอากาศ : วิวัฒนาการจากกฎหมายโรมันถึงกฎหมาย
ระหว่างประเทศ.” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษม
ทรัพย์. จัดพิมพ์โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 103-124.
กรุงเทพมหานคร, 2543.

พรนพ พุกกะพันธ์. ธุรกิจการบิน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2548.

บทความวารสาร

เกียรติพล ตันติกุล. “ผลกระทบในการเปิดเสรีการบินของไทยจากการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของ
ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน.” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์. ฉบับที่ 7. ปีที่ 7.
(2555): 21-59.

ประเสริฐ ป้อมป้องศึก. “ความหมายของการเดินทางอากาศระหว่างประเทศแบบ “ประจำ” และ “ไม่
ประจำ”.” บทบัญญัติ. เล่ม 55 ตอน 3. (2542). 106-138.

_____. “สิทธิผ่านน่านฟ้าอาณาเขต : หลักและข้อยกเว้น.” บทบัญญัติ. เล่ม 56.
(2543) : 101-137.

ลลิต ก่อวุฒิกุลรังสี และประเสริฐ ป้อมป้องศึก. “กฎหมายร่วมลงทุนฉบับใหม่กับธุรกิจสายการบินของไทย.” จลนिति (เดือนกันยายน – ตุลาคม 2556) : 157-163.

ลลิต ก่อวุฒิกุลรังสี และกณิศา วงศ์คม. “สัมมนาวิชาการเรื่อง “กฎหมายร่วมลงทุนฉบับใหม่กับภาคธุรกิจขนส่ง” 30 สิงหาคม 2556.” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์. ฉบับที่ 9. ปีที่ 9. (2557): 114-146.

วิทยานิพนธ์

กฤษณพงศ์ ชาญวิรวงศ์. “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในรูปแบบหุ้นส่วนทวิภาค (PPPs) ที่ปรากฏในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

กัญณางค์ เต็มบุญเกียรติ. “การจัดสรรเวลาการใช้ท่าอากาศยานในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ณัฐธิดา หมีทอง. “ปัญหากฎหมายไทยเกี่ยวกับสัญชาติของสายการบินในการประกอบธุรกิจการบินระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ทศพร ลีพึ่งธรรม. “การเข้าสู่ตลาดในประเทศไทยของผู้ประกอบการขนส่งทางอากาศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

หทัยภัทร ทองผดุงโรจน์. “กาโบตางในการขนส่งทางอากาศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

อรณัฐ น้อยพานิช. “การใช้รหัสเที่ยวบินร่วมกันระหว่างสายการบินกับการคุ้มครองผู้บริโภค.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

อริย วิมุติสุนทร. “ธุรกิจสายการบินต้นทุนต่ำ : ประเด็นข้อกฎหมายในการประกอบธุรกิจ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

อารยา กิตติเวช. “สัญญาสัมปทาน : ศึกษาเฉพาะกรณีผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้รับสัมปทานในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

กรมการบินพลเรือน “ใบอนุญาต ใบสำคัญ ใบรับรอง (Licenses & Certificates).”

<http://portal.aviation.go.th/site/2.jsp>, 10 กุมภาพันธ์ 2557.

จารุวรรณ เสงตรกุล. “แนวทางการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535.”

http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_content&task=view&id=472&Itemid=1, 20 มกราคม 2558.

ณัฐวุฒิ พงศ์สิริ. “การร่วมงานระหว่างรัฐและเอกชน ความท้าทายการบริหารงานบนความแตกต่าง.”

<http://hot.muslimthai.com/news/5081/>, 21 มกราคม 2558.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. “บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 314.” <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1840>, 10 พฤษภาคม 2558.

_____ . “บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 315.” <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1842>, 10 พฤษภาคม 2558.

_____ . “บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 316.” <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1844>, 10 พฤษภาคม 2558.

วิจิตร ศรีลัมภ์, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการจัดสรรเวลา (slot).” <http://km.aviation.go.th/wp-content/uploads/2013/04/KM-Slot-print.pptx>, 30 กันยายน 2558.

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ, “เกี่ยวกับ PPPs”

<http://www.sepo.go.th/en/ppps/ppps.htm>, 7 มิถุนายน 2558.

เอกสารอื่นๆ

กรมการบินพลเรือน, สรุปผลการประชุมเชิงปฏิบัติการ “การเตรียมความพร้อมด้านการขนส่งทางอากาศเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน” ครั้งที่ 5 วันศุกร์ที่ 25 มกราคม 2556 ณ ห้องประชุมสมาคมธรรมศาสตร์ในพระบรมราชูปถัมภ์

เกียรติพล ตันติกุล, เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น. 656 ปัญหากฎหมายขนส่ง ภาคเรียนที่ 1 ปีการศึกษา 2557 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ชนกฤต วรณัชชากุล, รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง พระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556: กลไกสำคัญในการปฏิรูปการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย, 2556

ธนาคารแห่งประเทศไทย, การลงทุนในโครงการขนาดใหญ่ภาครัฐ : นัยต่อการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ, 2548.

สมชาย พิพธวัฒน์, รายงานการศึกษาแนวทางการใช้ประโยชน์ท่าอากาศยานภูมิภาค, สิงหาคม 2555

สุเมธ องกิตติกุล และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โครงการแผนงานการสังเคราะห์เชิงนโยบาย งานวิจัยด้านการบริหารจัดการโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งโลจิสติกส์ภายใต้บริบท ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โครงการย่อยที่ 3 การวิเคราะห์ศักยภาพของโครงสร้างพื้นฐาน และการบริหารจัดการด้านการขนส่งทางอากาศเพื่อส่งเสริมความสามารถในการแข่งขัน, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2556

Books

- Alexander T. Wells, John G. Wensveen. Air Transportation: a management perspective. 5th ed. California : Belmont, 2004.
- Asian Development Bank. Public-Private Partnership Handbook. Philippines : Asian Development Bank, 2008.
- Bin Cheng. The Law of International Air Transport. London: Stevens, 1962.
- Brain F. Havel. Beyond Open Skies A New Regime for International Aviation. The Netherlands : Kluwer Law International, 2009.
- E.R. Yescombe. Public-Private Partnerships Principle of Policy and Finance. UK : Elsevier, 2007.
- I.H.Ph. Diederiks – Verschoor. An introduction to air law. Eight Revised Edition. Netherlands : Kluwer Law International, 2006.
- _____. An Introduction to Air Law. Netherlands: Kluwew Law and Taxation Publishers, 1985.
- J. Luis Guasch. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Washington, D.C. : World Bank Institute, 2004.
- Jay-Hyung Kim and Others. Public-Private Partnership Infrastructure Projects: Case Studies from the Republic of Korea, Volume 1: Institutional Arrangement and Performance. Philippines : Asian Development Bank, 2011.
- Jeffrey Delmon. Private sector investment in infrastructure: Project finance, PPP Project and risk. Great Britain: Kluwer Law International, 2009.
- Ludwig Weber. International Civil Aviation Organization An Introduction. Netherlands : Kluwer Law International, 2007.

- Marek Zylicz. International Air Transport Law. Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- Michael Milde. Essential Air and Space Law. Netherlands : Eleven International Publishing, 2008.
- Paul Stephen Dempsey. Law and Foreign Policy in International Aviation, New York : Transnational Publisher Inc., 1987.
- _____ . Public International Air Law. Montreal: Institute and Center for Research in Air & Space Law, McGill University, 2008.
- Shawcross and Beaumont. Air Law. London : Butterworths, 1984.

Articles

- Andreas F. Lowenfeld. “Aviation Law: Case and Materials.” Harvard Law Review. 2ed. (1981) : 2-7 & 2-8.

Electronic Medias

- Association of Southeast Asian Nations. “ASEAN Multilateral Agreement on the Full Liberalisation of Air Freight Services.”
<http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/asean-multilateral-agreement-on-the-full-liberalisation-of-air-freight-services-manila-20-may-2009>, February 10, 2014.
- Association of Southeast Asian Nations. “ASEAN Multilateral Agreement on Air Services.” <http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/asean-multilateral-agreement-on-air-services-manila-20-may-2009-2>, February 10, 2014.
- Chalongphob Susangarn. “Public Private Partnership in Thailand: Past Experiences and Future Projects.”
http://www.unescap.org/ttdw/ppp/PPP2007/bf_thailand.pdf, August 24, 2014.
- European Commission. “Legal rules and implementation.”
http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/index_en.htm, September 1, 2015.

- _____. “Slots.”
http://ec.europa.eu/transport/modes/air/airports/slots_en.htm, September 21, 2015.
- George Middeldorp. “Substantial Ownership and Effective Control of International Airlines : The Netherlands.” www.ejcl.org/64/art64-16.html, January 11, 2015.
- International Air Transport Association. “Worldwide Slot Guideline, Effective August 2015.” 7th Edition. <http://www.iata.org/policy/slots/Documents/wsg-7.pdf>, September 20, 2015.
- International Civil Aviation Organization (ICAO). “EUROPEAN EXPERIENCE OF AIR TRANSPORT LIBERALIZATION.”
http://www.icao.int/sustainability/CaseStudies/StatesReplies/EuropeLiberalization_En.pdf, September 18, 2015.
- _____. “Freedoms of the Air.”
<http://www.icao.int/Pages/freedomsAir.aspx>, January 21, 2015.
- _____. “Working paper Worldwide Air Transport Conference (ATCONF) Sixth Meeting Montreal, 18 – 20 March 2013, Slot Allocation.”
http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp011_en.pdf, September 20, 2015.
- International Monetary Fund. “Public-Private Partnerships.”
<https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>, February 3, 2015.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). “Public-Private Partnerships: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money.”
<http://www.oecd.org/gov/budgeting/public-privatepartnershipsinpursuitofrisksharingandvalueformoney.htm#B3>, February 3, 2015.
- The Canadian Council for Public-Private Partnerships. “Public-Private Partnerships Definitions.” <http://www.pppcouncil.ca/resources/about-ppp/definitions.html>, February 10, 2014.

The National Council for Public-Private Partnerships. “7 keys to success.”

<http://www.ncppp.org/ppp-basics/7-keys/>, August 24, 2014.

_____. “Types of Partnerships”

<http://www.ncppp.org/ppp-basics/types-of-partnerships/>, July 11, 2015.

World bank Group. “Private Participation in Infrastructure Database.”

http://ppi.worldbank.org/resources/ppi_glossary.aspx, August 24, 2014.

_____. “Public-Private Partnerships Laws/ Concession Law.”

<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/laws/ppp-and-concession-laws#europeanunion>, August 1, 2015.

_____, “What are Public-Private Partnerships?”

<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships>, February 3, 2015.

Others

International Civil Aviation Organization (ICAO). “Manual on Privatization in the Provision of Airports and Air Navigation Services (Doc 9880).”

_____. “Manual on the Regulation of International Air Transport (Doc 9626).”

_____. “Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport (Doc 9587).”

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ นางสาวกณิศา วงศ์คม
 วันเดือนปีเกิด 24 พฤศจิกายน 2532
 วุฒิการศึกษา ปีการศึกษา 2555 นิติศาสตรบัณฑิต
 เกียรตินิยมอันดับสอง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
 พ.ศ. 2557 เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66
 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

ผลงานทางวิชาการ

ลลิล ก่อวุฒิกุลรังสี และกณิศา วงศ์คม. “สัมมนาวิชาการเรื่อง “กฎหมายร่วมลงทุนฉบับใหม่กับภาคธุรกิจขนส่ง” 30 สิงหาคม 2556.” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์. ฉบับที่ 9. ปีที่ 9. (2557): 114-146.

ประสบการณ์ทำงาน

พ.ศ. 2556 ทนายความอิสระ