

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทัศนอาชกรธรรมชาติ

จากการศึกษา กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทัศนอาชกรธรรมชาติในประเทศไทย และการประกอบธุรกิจทัศนอาชกรธรรมชาติภายใต้กรอบของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน มาแล้วนั้น ทำให้ทราบว่า การประกอบธุรกิจทัศนอาชกรธรรมชาติในประเทศไทย ได้กำหนดคุณสมบัติให้ผู้ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่เป็นคนไทยโดยมีชาวต่างชาติเข้ามาถือหุ้นได้ไม่เกินกึ่งหนึ่งของทุนในนิติบุคคลนั้น ส่วนในกรอบของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ได้มีข้อตกลง ข้อตกลงการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community : AEC) และข้อตกลงยอมรับร่วมกันในคุณสมบัติของบุคลากรวิชาชีพท่องเที่ยวแห่งอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Tourism Professionals: MRA) จึงจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทัศนอาชกรธรรมชาติ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับนโยบายภาครัฐ ปัญหาเกี่ยวกับผู้มีสิทธิประกอบธุรกิจและมัครุเทศก์ ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหาย ปัญหาเกี่ยวกับบทลงโทษ เป็นต้น เมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ขึ้นมา จะได้มีการเตรียมพร้อมกับปัญหาที่จะตามมา โดยวิเคราะห์ปัญหาตามลำดับ ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับนโยบายภาครัฐ

จากการศึกษานโยบายด้านการทัศนอาชกรธรรมชาติ พบว่า มีหน่วยงานที่ดูแลกำหนดกรอบนโยบายในการทัศนอาชกรธรรมชาติได้อย่างครอบคลุม โดยองค์กรหลักที่ดูแลด้านการทัศนอาชกรธรรมชาติ คือ การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย(ททท.) ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ดูแลด้านการท่องเที่ยว ได้กำหนดควิสัยทัศน์ไว้ว่า “การท่องเที่ยวที่มีคุณภาพ มีการจัดการสิ่งแวดล้อมไม่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เสริมสร้างจิตสำนึกในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยการมีส่วนร่วมของประชาชน เพื่อให้เกิดการท่องเที่ยวที่ยั่งยืนสืบไป สำหรับการประกอบธุรกิจทัศนอาชกรธรรมชาติ องค์กรหลักที่ดูแล ก็คือ กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา จากที่กล่าวมาแล้วแม้ภาครัฐจะมีนโยบายที่ชัดเจน แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน คือ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องไม่สามารถปฏิบัติตามนโยบายที่วางไว้ได้ เนื่องจากปัจจัยหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นบุคลากรที่ไม่เพียงพอ ขาดการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่ดูแล ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งขาดการมีส่วนร่วมของ

ประชาชนทั้งในภาคธุรกิจและในท้องถิ่น ทำให้นโยบายที่วางไว้ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร¹ นอกจากนี้ในหลายๆครั้งทางภาครัฐก็ไม่ได้ให้ความร่วมมืออย่างจริงจัง เนื่องจากมีการเมืองเข้ามาแทรกแซงอยู่เสมอ ในบางครั้งการออกกฎหมายที่สำคัญก็มักจะถูกทะเลาะไป โดยมุ่งที่จะเน้นทางด้านเศรษฐกิจ งบประมาณ และการหารายได้เข้าประเทศมากกว่า²

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับนโยบายภาครัฐนี้ เป็นตัวกำหนดทิศทางของการประกอบธุรกิจทัศนธาตุของประเทศไทย ซึ่งควรแก้ไข คือควรเพิ่มจำนวนบุคลากรให้เพียงพอ ให้มีการประสานงานกันระหว่างหน่วยงานเพื่อการทำงานที่มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ให้ประชาชนทั้งในภาคธุรกิจและในระดับท้องถิ่นมีส่วนร่วมในนโยบายที่วางไว้ ส่วนปัญหาการเมือง ซึ่งเป็นปัจจัยที่เป็นบ่อนทำลายตัวเอง ทำลายศักยภาพในการแข่งขัน ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญเช่นเดียวกัน

ดังนั้นหากต้องการสร้างโอกาสในเวลาที่เหมาะสมเป็นหนึ่งเดียว การเมืองของประเทศไทยจะต้องก้าวเข้าสู่วิถีของการปรองดอง โอกาสที่อาเซียนจะเป็นผลด้านบวกให้กับประเทศไทยในอนาคตข้างหน้า จึงควรจะต้องปรับตัวเองเกือบทุกด้าน ทั้งในด้านการเมือง ภาคเอกชน คุณภาพของบุคลากรด้วย เพราะในประเทศอื่นๆในอาเซียน เช่น³ ประเทศพม่า แม้เริ่มเปิดประเทศ แค่ 2 ปี โครงสร้างพื้นฐานด้านการท่องเที่ยวจะไม่ดีนัก แต่อุตสาหกรรมการท่องเที่ยวกำลังไปได้สวย นักท่องเที่ยวทั่วโลก ต่างขนขวายไปพม่าให้ได้ ทำให้จำนวนนักท่องเที่ยวเพิ่มเป็น 1 ล้านคน จาก 17,000 คน ใน 2 ปี ก่อน และมีแนวโน้มจะเพิ่มมากขึ้น ทั้งรัฐบาลพม่า ได้ผ่านร่างกฎหมายลงทุนฉบับใหม่ เปิดโอกาสให้ชาวต่างชาติมาลงทุนและเป็นเจ้าของกิจการในประเทศมากขึ้น และขยายการเช่าที่ดิน จากเดิม 40 ปี เป็น 70 ปี จึงเห็นได้ชัดว่านโยบายในประเทศและปัญหาด้านการเมืองเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาประเทศ

4.1.1 นโยบายเกี่ยวกับการขนส่ง

โดยปกติการขนส่งคนโดยสารในประเทศ ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 แต่หากเป็นการขนส่งระหว่างประเทศแล้ว ยังไม่มีกฎหมายมาใช้บังคับ โดยเฉพาะจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 8 รับชน มาตรา 608

¹ สุชาติพิทย์ โพธิ์ศรี. (2549). มาตรการทางกฎหมายในการจัดการการท่องเที่ยวเชิงนิเวศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 94-95.

² อรรถเวทย์ สุนทรพานิชกิจ. (2553). บทความเรื่อง: ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม. สำนักงานประชาสัมพันธ์ จ. แม่ฮ่องสอน.

³ รายการเอเชีย คอนเนค ไทยทีวีสีช่อง 3 วันที่ 28 มีนาคม พ.ศ. 2556

- 639 มาใช้บังคับ

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ เกิดอุปสรรคในการขนส่งคนโดยสารระหว่างประเทศ เช่น ในประเทศลาวโดยจารีตประเพณีท้องถิ่น ขั้บรถชดขวา พวงมาลัยอยู่ทางซ้าย โดยประเทศลาวอนุญาตให้ ชาวต่างชาติขั้บรถเข้าไปในประเทศได้ แต่การเข้าไปก็ต้องเป็นไปกฎหมาย กล่าวคือ การขั้บรถข้ามแดนไปยังประเทศลาว⁴ เจ้าของรถจะต้องมี หนังสืออนุญาตระหว่างประเทศ หรือ พาสปอร์ตรถและคำแปลใบอนุญาตเป็นภาษาอังกฤษ⁵ นอกจากนี้ ประเทศลาวมีกฎหมาย เกี่ยวกับการขนส่ง โดยเฉพาะ เนื่องจากไม่ต้องการให้ชาวต่างชาติเข้ามาแย่งงานคนในประเทศ เมื่อ คนไทย ใช้บริการขนส่งไปยังประเทศลาว หากถึงจุดหมายก็ต้องเปลี่ยนรถ(เพื่อความปลอดภัย) ไปใช้รถขนส่งของประเทศลาว เกิดความไม่สะดวก และต้องจ้างบริษัทเดินรถพิเศษตามกฎหมายลาว(เช่น จากจังหวัดอุบลราชธานี ผ่านช่องเม็ก ข้ามสะพานมิตรภาพไทย-ลาว ส่งนักทัศนจรถึงแค่ ปากเซ ที่เหลือต้องใช้บริการขนส่งของประเทศลาว ต่อไปจนถึงนครเวียงจันทร์)โดยระยะทางค่อนข้างไกลและเดินทางไม่สะดวก ซึ่งความไม่สะดวกนี้เอง เป็นอุปสรรคทางการค้าที่มีใช้ภาษี (NON-TARIFF-BARRIER:NTB) มีการเก็บภาษีภายในซึ่งก็ไม่ขัดกับหลัก Free Trade ด้วย การเก็บภาษีและเงื่อนไขของการขนส่งในประเทศ และในเรื่องกฎหมายภายในประเทศถือเป็นอุปสรรคทางการค้าที่มีใช้ภาษี(NTB)ซึ่งทำให้เป็นการกีดกันการค้าภาคบริการนี้ด้วยในตัว ซึ่งในที่สุดแล้ว ทุกประเทศที่จะผ่านเข้าไป ต้องใช้บริการขนส่งของประเทศลาว เกิดปัญหาความไม่สะดวก ที่จะต้องขนถ่ายทั้งผู้โดยสาร เครื่องใช้ และสัมภาระ ไปขึ้นรถอีกคัน อาจจะทำให้สินค้าสูญหาย และเสียหาย ยากต่อการติดตาม แต่เมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนขึ้นมา อุปสรรคเหล่านี้จะต้องหมดไป

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า รัฐบาลประเทศไทยต้องไปเจรจากับรัฐบาลประเทศลาว เพื่อขจัดอุปสรรคเหล่านี้ โดยขอเจรจาเดินรถโดยสารเข้าไปในประเทศลาวจนถึงนครเวียงจันทร์ โดยไม่เปลี่ยนรถ เสร็จกันในกรอบอาเซียน ว่าเมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้ว การขนส่งในลักษณะนี้ต้องเสรี เรียกว่า Trade Facilitation.และใช้กลไกการเจรจានี้ในกรอบของอาเซียน ให้ทุกประเทศในอาเซียน แก้ปัญหานี้ด้วย เช่น การเดินรถไปมาเลเซีย พม่า กัมพูชา และ เวียดนาม เป็นต้น สำหรับการโดยสารในประเทศหลังเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจะมีผู้ประกอบการขนส่งจากต่างชาติเข้ามาให้บริการเป็นจำนวนมาก ควรต้องมีการแก้ไข เพิ่มเติม พระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเดินรถ ไม่ว่าจะเป็น ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามแดน พ.ศ. / พระราชบัญญัติการรับขนของทางถนนระหว่างประเทศ พ.ศ. ซึ่งร่างพระราชบัญญัติ

⁴ กรมการขนส่งทางบก เข้าถึงได้จาก <http://www.dlt.go.th/>

⁵ สามารถติดต่อขอรับได้ ณ กรมการขนส่งทางบก เขตจตุจักร หรือสำนักงานขนส่งจังหวัดทั่วประเทศ

ทั้ง 2 ฉบับ ขณะนี้อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาจากคณะกรรมการ และร่างพระราชบัญญัติการรับ
 ขนคนโดยสารและสัมภาระระหว่างประเทศ พ.ศ.อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาจากกฤษฎีกา อีก
 ไม่นานจะประกาศใช้ พร้อมเพิ่มความรับผิดชอบต่อความเสียหาย มีการติดตั้ง GPS เพื่อให้เกิดความ
 เชื่อมั่นแก่ผู้ใช้บริการ โดยผู้ประกอบการธุรกิจไทยจำเป็นต้องเตรียมความพร้อมในการเปิดเสรีขนส่ง
 ใน พ.ศ. 2558

4.1.2 นโยบายเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงาน

ในขณะที่หลายๆ ฝ่ายกังวลว่าเมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic
 Community : AEC) จะมีปัญหาแรงงานหลังไหลเข้ามาแย่งงานคนในประเทศ โดยเฉพาะธุรกิจ
 ทักษานาจรธรรมดา แต่ในความเป็นจริงแล้ว มีแรงงานเพียง 8 สาขาอาชีพภายใต้ข้อตกลงคุณสมบัติ
 ของบุคลากรวิชาชีพท่องเที่ยวแห่งอาเซียน(ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Tourism
 Professionals: MRA) ซึ่งประกอบด้วย แพทย์ ทันตแพทย์ พยาบาล วิศวกร สถาปนิก นักบัญชี ช่าง
 สำรอง และท่องเที่ยว (ยกเว้นมัคคุเทศก์) เท่านั้น ที่สามารถไหลเวียนได้อย่างเสรี ส่วนแรงงานสาขา
 อื่น ๆ ยังไม่มีการเปิดให้ไปทำงานระหว่างกันได้อย่างเสรี ความหวาดกลัวที่จะเกิดการแย่งงานจึงไม่
 เป็นความจริง⁶

แต่การเปิดเสรี การเคลื่อนย้ายเสรี ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน(ASEAN Economic
 Community : AEC)ใน พ.ศ. 2558 จะรวมถึงอาชีพมัคคุเทศก์ด้วย(แม้มัคคุเทศก์จะเป็นอาชีพสงวน)
 ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงการจัดตั้ง
 ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community : AEC) กล่าวคือ ต้องแก้ไขกฎหมาย
 ภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีนี้ (ให้เสรีสำหรับประเทศในอาเซียน แต่ยังหวงกัน ไม่เสรี
 สำหรับประเทศนอกอาเซียนอยู่) แต่ในที่สุดถึงแม้ว่าจะอนุญาตให้มัคคุเทศก์จากประเทศในอาเซียน
 เข้ามาได้ ก็จะมาติด ปัญหาประการแรก คือ กฎหมาย ระเบียบข้อบังคับภายในของประเทศไทย แม้
 โดยนิตินัย(DE JUREE) จะต้องให้เข้ามา แต่โดยพฤตินัย (DE FACTO) ไม่สามารถเข้ามาได้ เพราะ
 มีข้อจำกัดที่ว่า คนที่จะประกอบอาชีพมัคคุเทศก์ได้ จะต้อง มีคุณสมบัติตามกฎหมายไทย กล่าวคือ
 มัคคุเทศก์จะต้องผ่านการอบรม ได้รับประกาศนียบัตร แล้วจึงไปขอใบรับรอง ใบอนุญาตเป็น
 มัคคุเทศก์ การอบรมเป็นภาษาไทยซึ่งเป็นอุปสรรคทางการค้าที่มีใช้ภายใน(Non-Tariff Barriers:NTB)

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ไม่ควรตื่นตระหนกกับปัญหาการเคลื่อนย้ายแรงงาน แม้
 อาเซียนเปิดเสรีวิชาชีพทั้ง 8 สาขา⁷ ก็ไม่ส่งผลกระทบมากต่ออาเซียน เพราะกลไกระหว่างอาเซียน

⁶ อีกหลายความเข้าใจผิดเรื่อง AEC ที่คนไทยอาจไม่รู้ เข้าถึงได้จาก <http://www.prachachat.net/>

⁷ 1)วิศวกร 2)การสำรวจ 3) สถาปัตยกรรม 4) แพทย์ 5) ทันตแพทย์ 6) พยาบาล 7) บัญชี 8) การบริการ / การ
 ท่องเที่ยว

ด้วยกันภายใต้ความตกลงยอมรับร่วมกันในคุณสมบัติของบุคลากรวิชาชีพท่องเที่ยวแห่งอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Tourism Professionals: MRA) กำหนดให้ผู้ที่ต้องการประกอบอาชีพในกลุ่มดังกล่าว ปฏิบัติตามกฎหมายของแต่ละประเทศปลายทางด้วย ซึ่งกฎหมายในหลายอาชีพของไทย (ยกเว้นสาขาท่องเที่ยว) ไม่เอื้อต่อการเข้ามาประกอบอาชีพของคนต่างชาติแต่อย่างใด เช่น ผู้ที่จะมาเป็นแพทย์ในไทยต้องสามารถเข้าใจภาษาไทย และทำข้อสอบวิชาภาษาไทยได้เกณฑ์ตามกฎหมายกำหนด ทั้งนี้ เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าสมาชิกอาเซียนไม่ได้มีจุดประสงค์ในการเคลื่อนย้ายอาชีพพร้อมกันแม้แต่น้อย

แต่มีความเสี่ยงที่แรงงานในสาขาท่องเที่ยวจะเลือกไปทำงานในประเทศอาเซียนมากขึ้น โดยเฉพาะประเทศสิงคโปร์ที่ค่าตอบแทนสูงกว่า ทั้งนี้โดยเฉลี่ยแล้วรายได้ของผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศสิงคโปร์จะสูงกว่าไทยราว 3-4 เท่า และยังเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับภาคการท่องเที่ยวมาก จะเห็นได้จากการพัฒนาแหล่งท่องเที่ยวขึ้นมาใหม่จำนวนมากซึ่งสะท้อนแนวโน้มความต้องการแรงงานในภาคการท่องเที่ยวอีกมาก ประกอบกับคุณภาพแรงงานด้านการท่องเที่ยวของไทยที่มีจุดเด่นในเรื่อง Service Mind จึงมีความเป็นไปได้สูงที่แรงงานไทยจะมีโอกาสไปทำงานที่ประเทศสิงคโปร์มากขึ้น แม้จะยังมีปัญหาด้านภาษาอังกฤษค่อนข้างมากเมื่อเทียบกับแรงงานฟิลิปปินส์

ปัจจุบันมีแรงงานไทยในประเทศในอาเซียน เช่น ประเทศบรูไน มีแรงงานไทย 4,600 คน สำหรับภาคบริการก็มีทั้งทำงาน เช่น ในพระราชวัง, บริการนวดไทย เป็นต้น ถึงแม้ว่าแรงงานไทยจะมีปัญหาทางด้านภาษา ไม่สามารถสื่อสารมาเลเซียกับฟิลิปปินส์ที่เข้ามาทำงานในบรูไนได้ (พูดได้ทั้งภาษาอังกฤษและภาษามลายู) แต่แรงงานไทยก็มีจุดเด่นที่สามารถลบลจุดด้อยนั้นได้ คือ ความเป็นคนขยัน ชันแข็ง และอดทน⁸

การเคลื่อนย้ายแรงงานเสรีจะส่งผลดีที่เห็นได้ชัดต่อตลาดแรงงาน กล่าวคือ ตลาดแรงงานจะมีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเศรษฐกิจทั่วโลกในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะผนวกเข้าหากัน แรงงานในแต่ละประเทศจะมีโอกาสเลือกทำงานในสถานที่หรือในประเทศที่มีโอกาสที่เขาจะสามารถแสดงศักยภาพได้สูงสุด และก่อให้เกิดรายได้ที่สูงขึ้นตามไปด้วย ซึ่งจะทำให้ประเทศมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวาง⁹

4.1.3 นโยบายเกี่ยวกับคนเข้าเมืองและวีซ่า

การใช้วีซ่าร่วมกันในอาเซียนเป็นการอำนวยความสะดวกในการเดินทางที่สำคัญโดย

⁸ เอกอัครราชทูตไทยประจำบรูไน ให้สัมภาษณ์ในรายการ Focus Asia ไทยพีบีเอสวันที่ 4 มิถุนายน พ.ศ. 2555

⁹ ร.ศ.อภิญา เลื่อนฉวี . (2553).การเคลื่อนย้ายแรงงานเสรีในอาเซียน: ผลกระทบอย่างไรต่อไทย. หน้า 11.

เฉพาะหากจะเปิดเสรีทางด้านธุรกิจท่องเที่ยวจริงๆ ภายในระหว่างประเทศอาเซียน ต้องจัดอุปสรรคเหล่านี้ให้ได้ แต่ปัญหาที่ยังไม่สามารถใช้วีซ่าร่วมกันในอาเซียนได้ เนื่องจากอุปสรรคทางด้านเทคโนโลยี การเมือง อำนาจอธิปไตยและความมั่นคงของชาติ รวมถึงระบบวีซ่าที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิก

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า รัฐบาลไทยต้องไปเจรจากับรัฐบาลประเทศต่างๆ ในอาเซียน เพื่อจัดอุปสรรคเหล่านี้ โดยขอเจรจากรองการให้มี "วีซ่าเดี่ยวอาเซียน" (Asean Common Visa)¹⁰ โดยเจรจากันในกรอบอาเซียนร่วมกันทุกประเทศว่า เมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้ว จะต้องมีการใช้วีซ่าร่วมกันเพื่อความสะดวก เปิดเสรี ในการเดินทาง และรองรับการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

แม้จะยังไม่สามารถดำเนินการใช้วีซ่าร่วมกันในอาเซียนได้ แต่การที่อาเซียนยังไม่สามารถใช้วีซ่าร่วมกันจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการเพิ่มจำนวนนักท่องเที่ยวในภูมิภาคหากมีการวางแผนที่ดีและความร่วมมือที่เข้มแข็ง นอกจากนี้ ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหลายฝ่ายยังเสนอแนวทางอื่นๆ เช่น วีซ่าสำหรับกลุ่มอนุภูมิภาค¹¹ และระบบ e-visa¹² เป็นต้น

ปัจจุบัน อาเซียนได้ดำเนินการให้มี "วีซ่าระหว่างกัน" ในชาติอาเซียนแล้ว โดยเอื้อให้ประชากรอาเซียนสามารถเดินทางไปมาหาสู่ระหว่างกันได้โดยใช้พาสปอร์ต(Passport) ไม่ต้องขอวีซ่า(Visa) ซึ่งยังคงมีอยู่เพียงประเทศเดียวคือประเทศเมียนมาร์(Myanmar)โดยจะใช้เวลาอีก 2 ปีจึงสำเร็จ ทั้งนี้ การใช้พาสปอร์ต(Passport)เข้า-ออกระหว่างกันของอาเซียน ก็ยังต้องมีการตรวจที่ด่านศุลกากรของแต่ละประเทศอยู่ดี ยังไม่สามารถเดินทางระหว่างกันอย่างอิสระ เช่น สหภาพยุโรป

ล่าสุด ไทย-กัมพูชา นำร่องโครงการวีซ่าเดี่ยวเป็นครั้งแรก¹³ ภายใต้ความร่วมมือทางยุทธศาสตร์เศรษฐกิจอิรวดี เจ้าพระยา แม่โขง หรือ ACMECS : The Ayeyawady-Chao Phraya-Mekong Economic Cooperation Strategy¹⁴ โดยวีซ่านี้ไม่ได้มีลักษณะเหมือน "วีซ่าชงเก้น"¹⁵ ของ

¹⁰ มีลักษณะเดียวกับวีซ่าชงเก้น ของยุโรป

¹¹ เช่น หากคนแอฟริกาใต้จะเดินทางมาประเทศลาว ประเทศลาวไม่มีสถานทูตในแอฟริกาใต้ คนแอฟริกาใต้ก็ขอวีซ่า ณ สถานทูตไทยที่ประเทศแอฟริกาใต้ จากนั้นสถานทูตไทยจะส่งเรื่องให้ประเทศลาวเอง

¹² การยื่นขอ Visa ผ่านทางระบบ Internet

¹³ มีผลบังคับใช้ไปเมื่อวันที่ 27 ธันวาคม พ.ศ. 2555

¹⁴ เป็นการขอวีซ่าเข้าประเทศสมาชิกต่างๆ เพียงแห่งเดียว ใน 5 ประเทศ คือ กัมพูชา ลาว พม่า เวียดนาม และไทย ภายใต้ความร่วมมือทางยุทธศาสตร์เศรษฐกิจอิรวดี เจ้าพระยา แม่โขง

¹⁵ ความตกลงชงเก้น(Schengen Agreement) คือ ความตกลงสำหรับประเทศที่อนุญาตให้ประชาชนในกลุ่มชงเก้นสามารถเดินทางระหว่างกัน โดยไม่ต้องถือหนังสือเดินทาง และประชาชนจากประเทศนอกกลุ่มชงเก้นเดินทาง

ยุโรป เพราะเป็นวีซ่าที่ขอเข้าไทย-กัมพูชา ที่ใช้ได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น ไม่มีประเภทเข้าออกหลายครั้ง (Multiple entry) จึงยังมีข้อจำกัดอยู่¹⁶ แต่ก็นับเป็นจุดเริ่มต้นที่ดี ในการเจรจกัน ในกรอบอาเซียน

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับผู้มีสิทธิประกอบธุรกิจและมักคฤเทศก์

ผู้มีสิทธิประกอบธุรกิจและมักคฤเทศก์ต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด ไม่เช่นนั้นแล้ว คนต่างด้าวก็จะเข้ามาประกอบธุรกิจได้โดยที่ไม่มีการควบคุม

4.2.1 คุณสมบัติของผู้มีสิทธิประกอบธุรกิจ

ปัจจุบันมีคนต่างด้าวนำเงินมาลงทุนและเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยมากมาย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับคุณสมบัติในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวดังนี้

นิยามของคนต่างด้าวในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ที่ว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะ
- (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือ โดยบุคคลตาม (1)

หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

ระหว่างประเทศซึ่งกันได้โดยใช้ใบอนุญาตเพียงใบเดียว ความตกลงดังกล่าว มีสมาชิก 26 ประเทศ คือ ประเทศเบลเยียม ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี ประเทศลักเซมเบิร์ก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเดนมาร์ก ประเทศกรีซ ประเทศโปรตุเกส ประเทศสเปน ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรีย ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศสวีเดน ประเทศนอร์เวย์ ประเทศไอซ์แลนด์ ประเทศมอลตา สาธารณรัฐเช็ก ประเทศเอสโตเนียประเทศฮังการี ประเทศโปแลนด์ ประเทศสโลวาเกีย ประเทศสโลวีเนีย ประเทศลัตเวีย ประเทศลิทัวเนียประเทศโมนาโก (ประเทศไซปรัส เลื่อนการอนุญาตไปหนึ่งปี ประเทศบัลแกเรีย และ ประเทศโรมาเนีย ยังอยู่ในการพิจารณา)

¹⁶ อีกหลายความเข้าใจผิดเรื่อง AEC ที่คนไทยอาจไม่รู้ . อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 6.

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของ
 นิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2)
 หรือ(3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น¹⁷

ดังนั้น ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4
 นิยามของคนต่างด้าวมี ดังนี้ บุคคลที่ถือว่าเป็นคนต่างด้าว คือ บุคคลดังต่อไปนี้ (1) บุคคลธรรมดา
 ซึ่งไม่มีสัญชาติไทย (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียน
 ในประเทศไทย แต่มีบุคลลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนใน
 ประเทศไทยถือหุ้น หรือลงทุนตั้งแต่ครึ่งหนึ่งของหุ้นหรือทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น (4) ห้าง
 หุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน (แม้จะมีคนต่างด้าวลงทุนอยู่เล็กน้อยไม่ถึง
 ครึ่งหนึ่ง) แต่มีบุคลลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ และ (5) นิติบุคคลซึ่งจด
 ทะเบียนในประเทศไทย แต่มีบุคลลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียน
 ในประเทศไทย หรือนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีสถานะเป็นคนต่างด้าว ตาม (3)
 หรือ (4) ถือหุ้น หรือลงทุนตั้งแต่ครึ่งหนึ่งของหุ้นหรือทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.
 2542 จะเห็นได้ว่า บุคลลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
 หรือแม้แต่นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวเพราะมีการถือ
 หุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น¹⁸ ก็อยู่ในความหมายของคนต่างด้าว ทั้งสิ้น¹⁹ อีก
 ทั้ง ผู้ที่จะขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวซึ่งเป็นบุคลลธรรมดาต้อง มีคุณสมบัติ คือ มีอายุ
 ไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ในวันยื่นคำขอรับ ใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว มีสัญชาติไทย มี
 ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย และผู้ที่จะขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวซึ่ง
 เป็นนิติบุคคลต้องมีคุณสมบัติ เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการ
 เกี่ยวกับการท่องเที่ยวถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบ
 เป็นผู้มีสัญชาติไทยถ้าเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ทุนของบริษัทไม่น้อยกว่าร้อยละห้า

¹⁷ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

¹⁸ เกณฑ์ในการใช้กำหนดสถานภาพของการเป็นคนต่างด้าวสำหรับนิติบุคคลที่จดทะเบียนในไทยจะนับจำนวน
 ทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคล มิได้นับจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือสมาชิกของนิติบุคคลมาเป็นเกณฑ์
 กำหนดความเป็นต่างด้าวของนิติบุคคล ดังเช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ.
 2515 ซึ่งได้ยกเลิกไปแล้ว

¹⁹ พิมสิริ วิเศษโอฬารนนท์. (2550). การเปิดเสรีการค้าบริการของประเทศไทย ภายใต้ GATS สาขาการขนส่งทาง
 ทะเล. วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 125.

สิบเอ็ดต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย และกรรมการของบริษัทเกินกึ่งหนึ่งต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย กรรมการหรือผู้มีอำนาจจัดการแทนนิติบุคคลต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 16

ดังนั้นคนต่างด้าว ที่จะมาประกอบธุรกิจนำเที่ยวในประเทศไทย นอกจากจะ ต้องอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 แล้ว ยังต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ด้วย กล่าวคือ คนต่างด้าวที่จะมาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ต้องต้องเข้าร่วมทุนกับคนไทย จะประกอบธุรกิจเองโดยไม่ร่วมทุนไม่ได้ โดยมีสัดส่วนการถือหุ้น ไม่เกินกึ่งหนึ่งของทุนในนิติบุคคลนั้น²⁰

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากคำนิยามดังกล่าวในส่วนของสัดส่วนผู้ถือหุ้น ยังไม่มีความชัดเจนและยังมีช่องว่างให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าวหลีกเลี่ยงกฎหมาย เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ มีการให้นักธุรกิจชาวไทยเข้าไปถือหุ้นในลักษณะเป็นนอมินี(โดยการช่วยเหลือของนักกฎหมายชาวไทย) เพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจสอบทางกฎหมาย กล่าวคือ การถือหุ้นแทนผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าว โดยในทางนิตินัย(DE FACTO) ทำตามกฎหมายทุกอย่าง ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าว ถือหุ้นตามสัดส่วนที่กฎหมายกำหนด คือ ไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ แต่ในทางพฤตินัย(DE JURE)แล้ว อำนาจการบริหารที่แท้จริง ไปอยู่ที่ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าว นอกจากนี้ คนต่างด้าวก็มักจะทำงานไม่ตรงตำแหน่งงาน และสถานที่ตามใบอนุญาต เช่น ธุรกิจทัศนาวรรณชาติในจังหวัดภูเก็ต เป็นต้น ด้วยเหตุนี้คนต่างด้าว จึงหลั่งไหลเข้ามาประกอบธุรกิจทัศนาวรรณชาติในประเทศไทยมากมาย โดยใช้ช่องว่างของกฎหมาย ทำให้ในเรื่องคุณสมบัติไม่อาจจำกัดคนต่างด้าวไม่ให้เข้ามาประกอบธุรกิจทัศนาวรรณชาติในประเทศไทยได้ ตรงกันข้ามกับเพิ่มมากขึ้น จนกลายเป็นปัญหาในขณะนี้ เช่น แย่งงานคนในพื้นที่ทำ เป็นต้น²¹

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ในเรื่องเกี่ยวกับคุณสมบัติผู้มีสิทธิประกอบธุรกิจทัศนาวรรณชาติ ควรแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยาม ในมาตรา 4 (4)ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในวรรคท้าย ในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลโดยที่จะถือว่าเป็นคนต่างด้าว ไม่ได้ดูที่การถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียวเหมือนบทบัญญัติเดิม แต่หากปรากฏว่าคนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารที่แท้จริงให้ถือว่า การประกอบธุรกิจนั้น เป็นการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว” (ให้ดูไปถึงอำนาจในการบริหารด้วย ว่าเป็นของใคร) จากนั้น คือ การตรวจสอบในเชิงลึก เช่น ที่มาของเงินในการถือหุ้น ผู้ได้รับเงินปันผล รวมทั้งกำไร เป็นต้น

²⁰ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4

²¹ “ภูเก็ต ลุยสาងปัญหาบริษัทนอมินีต่างชาติ” เข้าถึงได้จาก <http://www.thairath.co.th/>

ในประการต่อมาเพื่อให้สอดคล้องรับกับการปรับปรุงบทบัญญัติให้รองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน(AEC) ที่จะต้องอนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ในทุกสาขาบริการภายในปี พ.ศ. 2558 ต้องแก้กฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีนี้ กล่าวคือ มาตรา 4 (1)ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในเรื่องคนต่างด้าวในบทบัญญัติเดิม ที่บัญญัติว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย เพิ่มเติมคำว่า “หรือบุคคลธรรมดาผู้ไม่มีสัญชาติจากประเทศอาเซียน (ให้เสรีสำหรับประเทศในอาเซียน แต่ยังคงกัน ไม่เสรีสำหรับประเทศนอกอาเซียนอยู่)

และแก้คุณสมบัติในมาตรา 16(1) ข แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 จากบทบัญญัติเดิม ที่บัญญัติว่า ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจได้ ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย เพิ่มเติมคำว่า “หรือบุคคลธรรมดาผู้มีสัญชาติจากประเทศอาเซียน และ มาตรา 50(1) ข แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ซึ่งเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ ก็แก้ไข เช่นเดียวกัน

สำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นนิติบุคคล ต้องอนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 โดยแก้ไข คุณสมบัติในมาตรา 17(1) ก แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 และเพิ่มเติมคำว่า “หรือบุคคลธรรมดาผู้มีสัญชาติจากประเทศอาเซียน” ท้ายคำว่า “สัญชาติไทย”

และต้องแก้ไขส่วนที่ห้ามไม่ให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทที่คนไทยยังไม่พร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าวด้วย

²²หากมีการแก้ไขค่านิยมของคนต่างด้าวในเรื่องสัดส่วนของผู้ถือหุ้น เพื่อให้ให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 70 ก็จะมีผลทำค่านิยมของคนต่างด้าว ส่วนที่เป็นนิติบุคคลต้องแยกเป็นสองกรณี คือคนต่างด้าวทั่วไปเป็นไปตามค่านิยมเดิม และคนต่างด้าวกรณีเป็นนักลงทุนชาวอาเซียน ซึ่งอาจจะมีปัญหาในทางปฏิบัติตามมา เช่น การพิสูจน์สัญชาติว่า เป็นผู้ประกอบธุรกิจจากประเทศในอาเซียนจริงหรือไม่

หรืออีกวิธีหนึ่งก็คือ การเพิ่มบทบัญญัติเข้าไปในส่วนที่จำกัดเรื่องคุณสมบัติในการประกอบธุรกิจว่า “บทบัญญัตินี้ไม่ใช่ว่าบังคับแก่บุคคลในประเทศอาเซียน” ก็ถือเป็นการแก้กฎหมายให้เปิดเสรีสำหรับประเทศในอาเซียนแล้ว

²²“ความพร้อมด้านกฎหมายสู่ AEC : พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว” เข้าถึงได้จาก

<http://www.bangkokbiznews.com>

แต่สิ่งที่จะต้องระวังอย่างมาก ก็คือ การให้โอกาสผู้ประกอบการท้องถิ่นที่ช่วยปรับตัว ไม่ควรบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด แต่ก็ต้องไม่หย่อนยานจนเกินไป ต้องเปิดโอกาสในการเปิดเสรีด้านการค้าบริการ การพัฒนาประเทศ การระดมเงินทุน การเรียนรู้เทคโนโลยีจากต่างชาติ เพื่อรองรับการเปิดของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วย

ในขณะที่ความเห็นอีกด้านหนึ่ง มีแนวคิดว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีบทบัญญัติรองรับความผูกพันตามสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีหรือมีพันธกรณีไว้แล้ว ไม่ว่าจะเป็ความตกลงพหุภาคี หรือทวิภาคี เช่น พันธกรณีตามความตกลงขององค์การการค้าโลก WTO หรือความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งหลาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “คนต่างด้าวในขณะที่ความเห็นอีกด้านหนึ่ง มีแนวคิดว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีบทบัญญัติรองรับความผูกพันตามสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีหรือมีพันธกรณีไว้แล้ว ไม่ว่าจะเป็ความตกลงพหุภาคี หรือทวิภาคี เช่น พันธกรณีตามความตกลงขององค์การการค้าโลก WTO หรือความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งหลาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึง การให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสมาชิกของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย”²³

จากบทบัญญัติของมาตรา 10 วรรคสอง ดังกล่าว จึงกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 รองรับการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้อยู่แล้ว โดยไม่ต้องแก้ไขคำนิยามของคนต่างด้าว หรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ กล่าวคือนักลงทุนอาเซียนสามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง ธุรกิจตามบัญชี สอง และธุรกิจตามบัญชีสามได้โดยผลของมาตรา 10 วรรคสอง ไม่ว่าจะมาลงทุนในรูปแบบเป็นบุคคลธรรมดา หรือเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งในประเทศของตน หรือมาลงทุนจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยโดยลงทุนหรือถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขรายละเอียดและข้อปฏิบัติตามที่เจรจาตกลงกันไว้ในการเปิดเสรีบริการแต่ละสาขา ซึ่งสามารถกำหนดรายละเอียด หรือข้อยกเว้นอะไรไว้ก็ได้ เช่น ถ้ากำหนดว่าผู้ลงทุนสาขาการบัญชี ต้องเปิดบริษัทในประเทศไทย และถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 70 และอาจยกเว้นการทำบัญชีของธุรกิจบางประเภทไว้ก็ได้ ผู้ลงทุนชาวอาเซียนที่จะทำธุรกิจบริการการบัญชี ต้องมาเปิดบริษัทในประเทศไทย และถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 70 จึงสามารถให้

²³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรค 2

สิทธิตามมาตรา 10 วรรคสอง ได้ โดยไม่สามารถให้บริการทำบัญชีของธุรกิจที่ถูกยกเว้นไว้ เป็นต้น การใช้สิทธิตามมาตรา 10 วรรคสอง กระทำได้เพียงแจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เพื่อให้ออกหนังสือรับรองให้ตามที่กำหนดในมาตรา 11 ก็ใช้ได้ตลอดไป²⁴

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิตามมาตรา 10 วรรคสอง อาจมีปัญหาอยู่บ้าง เพราะการยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง ไม่ได้ยกเว้นเรื่องการมีทุนขั้นต่ำตามมาตรา 14 ²⁵ เพราะในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ในชั้นกรรมาธิการ มีการแปรญัตติไม่ได้รับการยกเว้นไว้ ดังนั้นผู้ใช้สิทธิประกอบธุรกิจตามมาตรา 10 วรรคสอง จึงต้องมีทุนขั้นต่ำตามที่กำหนดไว้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาที่ไทยผูกพันไว้ ไม่เป็นไปตามหลักการเรื่อง การปฏิบัติเยี่ยงชนชาติ กล่าวคือหากเป็นผู้ประกอบการคนไทย โดยทั่วไปไม่มีข้อกำหนดเรื่องทุนขั้นต่ำ แต่ก็ได้มีการแก้ไขปัญหานี้ในทางปฏิบัติ โดยอาศัยเงื่อนไขตามที่ต้องกำหนดในกฎกระทรวงให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเงินทุนขั้นต่ำเข้ามาภายในระยะเวลาที่กำหนด ด้วยการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจในกรณีนี้นำทุนขั้นต่ำเข้ามามีระยะเวลานานขึ้น

4.2.2 ผู้ประกอบอาชีพมัลติเทสต์กับการบังคับใช้กฎหมาย

แม้มาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัลติเทสต์ พ.ศ. 2551 จะกำหนดให้ผู้ที่เป็นมัลติเทสต์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ดังนั้นบุคคลใดก็ตามที่ทำหน้าที่มัลติเทสต์โดยไม่มีใบอนุญาต หรือบุคคลใดที่เป็นมัลติเทสต์แต่ยินยอมให้บุคคลอื่นที่ไม่มีใบอนุญาตเป็นมัลติเทสต์ ทำหน้าที่เป็นมัลติเทสต์แทนตนย่อมมีความผิดมีโทษจำคุกและโทษปรับตามกฎหมาย²⁶

²⁷ แต่ในทางปฏิบัติ เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย มีชาวต่างชาติลักลอบเข้ามาเป็นมัลติเทสต์เถื่อนในประเทศไทยมากกว่า 50% ของจำนวนมัลติเทสต์ทั้งหมดที่มีใบอนุญาต โดยคนกลุ่มนี้ ถือเพียงพาสปอร์ตนักท่องเที่ยว(Passport) หรือ ใบอนุญาตทำงาน(Work Permit) ซึ่งไม่สามารถประกอบอาชีพมัลติเทสต์ได้

พฤติกรรมของมัลติเทสต์เถื่อนเหล่านี้ ไม่ได้อยู่ในเงื่อนไข การอนุญาตทำงาน ข้อมูลจากสมาคมมัลติเทสต์อาชีพ ภูเก็ต พบว่า การลักลอบทำอาชีพมัลติเทสต์ของชาวต่างชาติ เกิดขึ้นต่อเนื่องมากกว่า 10 ปี แล้ว ในช่วงแรก จากบริษัททัวร์ของเกาหลีใต้ ก่อนที่ 3 – 4 ปี จะขยายมาถึงกลุ่มของรัสเซีย เช่น การให้มัลติเทสต์ชาวไทยแขวนบัตรมัลติเทสต์เดินนำหน้านักท่องเที่ยว แต่ใน

²⁴ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 11

²⁵ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14

²⁶ พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัลติเทสต์ พ.ศ. 2551 มาตรา 60 และ มาตรา 89

²⁷ รายการที่นี้ไทยพีบีเอส สถานีไทยพีบีเอส วันที่ 29 มีนาคม และ วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2556

ความเป็นจริง คนที่ทำหน้าที่เป็นมัคคุเทศก์ไม่ใช่คนไทยที่แขวนบัตร แต่เป็นชาวต่างชาติที่อยู่ในกลุ่มนั้น ซึ่งไม่มีใบอนุญาตประกอบอาชีพเป็นมัคคุเทศก์²⁸ หรือแม้กระทั่ง การทำทัวร์แบบครบวงจร เริ่มตั้งแต่ การรับนักท่องเที่ยวจากท่ารถโดยสารหรือสนามบิน²⁹ ทำให้คนขับรถโดยสารซึ่งเป็นชาวบ้านในพื้นที่ขาดรายได้

ผลจากการกระทำดังกล่าวทำให้ มัคคุเทศก์ชาวไทยที่พูดภาษาฝรั่งเศสได้ ถูกเลิกจ้าง ทำให้มัคคุเทศก์ชาวไทยขาดกำลังใจที่จะทำงานและเปลี่ยนอาชีพไปในที่สุด อีกทั้งชาวบ้านในพื้นที่ก็ถูกแย่งงาน เพราะเหตุปัจจัยทางด้านภาษา การสื่อสาร ความเข้าใจทางวัฒนธรรมในชาวต่างชาติที่ยังน้อยกว่าคนในชาติเดียวกัน ซึ่งภาครัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องยังไม่สามารถแก้ไขให้เบาบางลงได้

ในขณะที่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายมีน้อยมาก ข้าราชการมืออยู่เพียง 7 คน ส่วนภารกิจมากมาย หลายด้าน ไม่สามารถออกตรวจตราทุกวันได้ ทำให้มีการลักลอบการเป็นมัคคุเทศก์เถื่อนเกิดขึ้น และในบางครั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ละเลยไม่ดำเนินคดีกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย เพราะมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดเสียเอง ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย³⁰

แม้ชาวบ้านที่ได้รับผลกระทบ จะชุมนุมกระดุนหน่วยงานราชการ เพื่อให้เข้าตรวจสอบและบังคับใช้กฎหมายมากขึ้น ทั้งมีคำสั่งจากผู้ว่าราชการจังหวัด ให้ตั้งคณะกรรมการแก้ไขปัญหามัน แม้จะมีการตรวจสอบมากขึ้น แต่ก็ไม่สามารถควบคุมได้อย่างทั่วถึง โดยเฉพาะในส่วนที่อำนาจบังคับใช้กฎหมาย เกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงาน หากย้อนดูแนวทางในหลายปีที่ผ่านมา จะมีการคณะกรรมการบ่อยครั้ง และมักจะยุติลง เมื่อกระแสเรียกร้องของคนในพื้นที่เบาบาง

หากยังเป็นเช่นนี้ จนถึงการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จะเป็นสถานการณ์ที่น่ากังวลในมุมมองหลายฝ่ายที่กำลังเผชิญปัญหา จำเป็นต้องแก้ไขปัญหามา เพื่อให้มัคคุเทศก์และชาวบ้านในพื้นที่อยู่ได้ หากไม่ดำเนินการแก้ปัญหามา อาจจะมีปัญหาเพิ่มเข้าไปอีก หลังการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community : AEC)

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ในเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย สำหรับผู้ที่ประกอบอาชีพมัคคุเทศก์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ควรบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว โดยลงโทษ ไปถึงเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนรู้เห็นด้วย

เพิ่มจำนวนเจ้าหน้าที่ให้เพียงพอ และหมั่นตรวจตราในพื้นที่เป็นประจำ ในส่วนที่อำนาจ

²⁸ มีความผิดตาม พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 60 และมาตรา 89

²⁹ คนต่างด้าวที่ลักลอบทำงานหรือทำงานผิดประเภท มีโทษตาม พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 51 และ มาตรา 52

³⁰ “ไค้เถื่อนคนรัสเซีย...ปัญหาที่ต้องแก้โดยไม่ต้องรอ” เข้าถึงได้จาก www.manager.co.th

บังคับใช้ กฎหมาย เกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงาน ควรแบ่งอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายให้ชัดเจน เพื่อการประสานงานอย่างมีประสิทธิภาพ

ใช้มาตรการทางปกครอง กล่าวคือ ปิดกิจการสถานประกอบการที่กระทำความผิดหรือมีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด หรือ บังคับใช้กฎหมายกับมัลคฤเทศก์เถื่อนที่ทำผิดซ้ำซ้อนไม่ให้เข้าประเทศอีก เป็นต้น

จ้างมัลคฤเทศก์ท้องถิ่น ที่พูดภาษาต่างประเทศได้ มาทำงาน เพื่อพัฒนาศักยภาพของมัลคฤเทศก์ที่มีอยู่ ให้เพียงพอต่อความต้องการของนักท่องเที่ยว ประกอบกับการบังคับใช้กฎหมายควบคู่กันไป ก็น่าจะทำให้ปัญหาเบาบางลงได้ เพราะเมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนขึ้นมา จะมีคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศมากขึ้น และจะเกิดปัญหาตามมา ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้ สามารถทำได้ทันที โดยไม่มีผลกระทบต่อการท่องเที่ยว

และเพื่อให้สอดคล้องรับกับการปรับปรุงบทบัญญัติให้รองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน(AEC) ที่จะต้องอนุญาตให้มัลคฤเทศก์ที่มาจากประเทศอาเซียน สามารถเข้ามาประกอบอาชีพเป็นมัลคฤเทศก์ในประเทศไทยได้ในปี พ.ศ. 2558 จึงต้องแก้กฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีเช่นเดียวกับผู้ประกอบการในข้อ 4.2.1 ที่กล่าวไปแล้ว (ให้เสรีสำหรับประเทศในอาเซียน แต่ยังหวงกัน ไม่เสรีสำหรับประเทศนอกอาเซียนอยู่)

แต่ในที่สุดแม้อนุญาตให้มัลคฤเทศก์จากประเทศในอาเซียนเข้ามาได้ ก็จะมาติด ปัญหาประการแรก คือ กฎหมาย ระเบียบข้อบังคับภายในของประเทศไทยอีกชั้นหนึ่ง แม้โดยนิตินัย(DE JUREE) จะต้องให้เข้ามา แต่โดยพฤตินัย (DE FACTO) ไม่สามารถเข้ามาได้ เพราะมีข้อจำกัดที่ว่า คนที่จะประกอบอาชีพมัลคฤเทศก์ได้ จะต้อง มีคุณสมบัติตามกฎหมายไทย กล่าวคือ มัลคฤเทศก์จะต้องผ่านการอบรม ได้รับประกาศนียบัตร แล้วจึงไปขอใบรับรอง ใบอนุญาตเป็นมัลคฤเทศก์ ซึ่งการอบรมเป็นภาษาไทย เป็นอุปสรรคทางการค้าที่มีใช้ภาษี (Non-Tariff Barriers : NTB) เพราะฉะนั้น โอกาสที่ประเทศอื่น จะ เข้ามาประกอบอาชีพนี้ เป็นไปได้ยากมาก มีประเทศเดียวที่มีโอกาสมากกว่าประเทศอื่น คือ ลาว เพราะคนลาวมีความสามารถพูดไทยได้ ประเทศลาวจึงอ้างความตกลงนี้ มาอบรมมัลคฤเทศก์ได้

นอกจากนี้การประกอบอาชีพมัลคฤเทศก์ด้านทัศนศาสตร์ก็ยังมีปัญหาอีกประการคือ ในเรื่องการทำลายสิ่งแวดล้อมของประชาชนในท้องถิ่นเอง เช่น การเผาป่า การลักลอบตัดไม้ทำลายป่า การทำลายปะการัง การทิ้งขยะของนักท่องเที่ยว การแสวงประโยชน์จากทรัพยากรประมงจนมากเกินไป(Over Fisherie) เป็นต้น

4.2.3 ความไม่ครอบคลุมของกฎหมายเกี่ยวกับใบอนุญาตประกอบอาชีพมัลคฤเทศก์ของ

Dive Leader

การดำน้ำแบบ (Scuba Diving) หรือการดำน้ำลึก³¹ เป็นการพัฒนาจรรยาบรรณชาติประเภทหนึ่ง มีลักษณะพิเศษกว่าการดำน้ำแบบผิวน้ำ (Snorkeling) ตรงที่ผู้ที่จะดำน้ำแบบ Scuba Diving จะต้องผ่านหลักสูตร Open Water Course และได้รับบัตรดำน้ำ ซึ่งมี 2 สถาบันของต่างประเทศให้เลือก คือ 1) สถาบัน Professional Association of Diving Instructor (PADI)³² และ 2) สถาบัน National Association of Underwater Instructor (NAUI)³³ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะ ประเทศไทยไม่มีหน่วยงานใดสามารถออกบัตรประจำตัวนักดำน้ำได้เอง (Scuba Certification Cards) ต้องอาศัยสถาบันของชาวต่างชาติ ถึงแม้เป็นคนไทยจะใช้ดำน้ำในทะเลไทยก็ตาม ก็ต้องใช้บัตรประจำตัวนักดำน้ำของชาวต่างชาติ ซึ่งอุปกรณ์หลักที่ใช้ในการดำน้ำคือ ถังบรรจุอากาศแรงดันสูง ท่อสำหรับหายใจ (Regulator) เสื้อแจ็กเก็ตสำหรับดำน้ำโดยเฉพาะ (BCD ย่อมาจาก Buoyancy Control Device) หน้ากาก (Mask) ตีนกบ (Fin) เข็มขัดสำหรับใส่ลูกตะกั่ว (Weight belt) และลูกตะกั่ว (Weight) เพื่อถ่วงให้จม³⁴

ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 บัญญัติความหมายของมัคคุเทศก์ ดังนี้ “มัคคุเทศก์ หมายความว่า ผู้ให้บริการเป็นปกติธุระในการนำนักท่องเที่ยวไปยัง สถานที่ต่าง ๆ โดยให้บริการเกี่ยวกับคำแนะนำและความรู้ด้านต่าง ๆ แก่นักท่องเที่ยว”³⁵

ในการดำน้ำแต่ละครั้ง นักดำน้ำจะต้องมีไกด์ ในการพานักท่องเที่ยวลงดำน้ำและนำเที่ยวได้ท่องเที่ยวเล่นในแหล่งดำน้ำนั้นๆ ซึ่งเรียกว่า Dive Leader³⁶ บางครั้งอาจเรียกว่า Local Diver³⁷ ผู้ที่พานักดำน้ำเที่ยวนี้ อาจเปรียบเทียบกับมัคคุเทศก์ ในพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้การเป็น Dive Leader จะทำหน้าที่คล้ายกับมัคคุเทศก์ แต่คุณสมบัติของ Dive Leader จะแตกต่างจากมัคคุเทศก์ทั่วไป เพราะต้องเรียนรู้เกี่ยวกับการดำน้ำ การปฐม

³¹ เป็นการว่ายน้ำใต้น้ำ คำว่า SCUBA ย่อมาจาก "self-contained underwater breathing apparatus" หมายถึง เครื่องมือที่ใช้สำหรับช่วยให้หายใจในขณะที่อยู่ในน้ำเป็นการเฉพาะตัว กล่าวคือสามารถดำลงใต้น้ำด้วยตนเองได้

³² สถาบันดำน้ำ PADI เข้าถึงได้จาก <http://www.padi.com/scuba/>

³³ สถาบันดำน้ำ NAUI เข้าถึงได้จาก <http://www.naui.org/>

³⁴ แม้ธุรกิจดำน้ำจะมีค่าตอบแทนที่สูง แต่การเข้าถึงการพัฒนาจรรยาบรรณชาติประเภทนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเรียนดำน้ำ การออกทริปในแต่ละครั้ง รวมทั้งอุปกรณ์ ก็มีค่าใช้จ่ายที่สูงตามไปด้วย

³⁵ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 4

³⁶ ต้องเป็นนักดำน้ำระดับ Dive Master ขึ้นไป

³⁷ ไกด์ท้องถิ่นผู้มีความเชี่ยวชาญในพื้นที่นั้นๆ

พยาบาล และการรักษาความปลอดภัยของนักดำน้ำด้วย

แต่ในทางปฏิบัติ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดให้ Dive Leader ต้องสอบใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ ขอเพียงเป็นนักดำน้ำในระดับ Dive Master³⁸ ขึ้นไป ก็สามารถนำเที่ยวได้น้ำได้แล้ว(มัคคุเทศก์ทั่วไป ที่อบรมตามหลักสูตรมัคคุเทศก์ และได้รับใบอนุญาต ไม่มีความสามารถที่จะพานักทัศนอาจรได้น้ำลงไปได้ทะเลได้ และในหลักสูตรของประเทศไทยก็ไม่ได้มีการสอนการดำน้ำแบบ Scuba Diving แต่อย่างใด)

ปัญหาที่เกิดขึ้น เมื่อคำนิยามมัคคุเทศก์ในมาตรา 4 ของ พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 ไม่ได้ครอบคลุมถึง Dive Leader ทำให้มีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบอาชีพนี้ได้อย่างเสรี โดยไม่มี ใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์³⁹ ทั้งไม่มีใบอนุญาตทำงาน และไม่มีกฎหมายใดๆมาควบคุม ทั้งๆที่อาชีพมัคคุเทศก์ เป็นอาชีพสงวนไว้ให้สำหรับคนไทย⁴⁰ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือ จังหวัดภูเก็ต ทะเลฝั่งอันดามันที่มีชื่อเสียงความสวยงามติดอันดับโลก มีแหล่งดำน้ำมากมาย ธุรกิจดำน้ำมากกว่าครึ่งเป็นของชาวต่างชาติ ซึ่งแน่นอนว่า Dive Leaderส่วนใหญ่ก็เป็นชาวต่างชาติเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ก็ยังมีปัญหาความเสื่อมโทรมของทรัพยากรในแหล่งดำน้ำ ปัญหารายได้จากคนในท้องถิ่นที่หดหายไป⁴¹ และอาจรวมไปถึงอาชญากรรม การฟอกเงิน เป็นต้น

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ในเรื่องความไม่ครอบคลุมของกฎหมายเกี่ยวกับใบอนุญาตประกอบอาชีพมัคคุเทศก์ของ Dive Leader ควรเพิ่มคำนิยามใน มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 ให้คำว่า “มัคคุเทศก์” ครอบคลุมถึง Dive Leader ด้วย และให้ Dive Leader ทุกคนต้องผ่านหลักสูตรการอบรมมัคคุเทศก์ตามกฎหมายไทย

จัดตั้งองค์กรในการดูแลการดำน้ำที่เป็นนิติบุคคลของประเทศไทย โดยพัฒนาหลักสูตรดำน้ำของประเทศไทยขึ้นเองให้ทัดเทียมกับหลักสูตรของนานาชาติและเป็นที่ยอมรับ เพื่ออำนวยความสะดวกในการ ประสานงาน กำกับดูแล ควบคุมและกำหนดมาตรฐานของการดำน้ำในประเทศไทยโดยให้องค์กรดังกล่าว เป็นตัวแทนของประเทศไทยในการประสานงานด้านการดำน้ำ

³⁸ ระดับของการดำน้ำ 1) Open Water Diver 2) Advanced Open Water Diver 3)Rescue Diver 4)Dive Master 5)Instructor เข้าถึงได้จาก <http://www.padi.com/scuba/padi-courses/>

³⁹ในประเทศมาเลเซีย ผู้ที่จะประกอบอาชีพ Dive Leader ได้ ต้องเป็นคนสัญชาติมาเลเซีย ฐานเศรษฐกิจ เข้าถึงได้จาก <http://www.thanonline.com/>

⁴⁰ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522

⁴¹ ในธุรกิจดำน้ำ ชาวบ้านในท้องถิ่นจะประกอบอาชีพ คนขับเรือ พนักงานประจำเรือ คนแบกอุปกรณ์ แม่ครัว และลูกจ้างของร้านดำน้ำ

กับต่างประเทศ และให้ผู้ประกอบการธุรกิจดำน้ำในประเทศไทย ต้องเป็นสมาชิกขององค์กรด้านการดำน้ำที่จัดตั้งขึ้น เพื่อความสะดวกในการควบคุมดูแล

เพื่อให้คนไทยสามารถเข้าถึงการเรียนรู้ดำน้ำได้ง่ายขึ้น ควรจัดทำหนังสือเรียนดำน้ำเป็นภาษาไทย⁴² และให้องค์กรในการดูแลการดำน้ำที่เป็นนิติบุคคลของประเทศไทย สามารถออกบัตรประจำตัวนักดำน้ำได้เอง(Scuba Certification Cards) โดยในขั้นต้นอาจจะใช้ได้เฉพาะการดำน้ำในทะเลไทยก่อน แล้วจึงขยายพื้นที่ดำน้ำออกไปยังประเทศในอาเซียน โดยใช้ข้อตกลงระหว่างประเทศตกลงกัน

พัฒนาคนในท้องถิ่นให้สามารถประกอบอาชีพเป็น Dive Leader ในการพานักดำน้ำไปท่องเที่ยวได้เพราะชาวบ้านย่อมจะหวงแหนทรัพยากรของชาติมากกว่าคนต่างชาติอยู่แล้วและเพื่อให้ชาวบ้านในท้องถิ่นมีรายได้ในการประกอบอาชีพ โดยให้รัฐบาลเป็นผู้สนับสนุนค่าใช้จ่ายในการเรียนเพื่อผลิต Dive Leader ให้เพียงพอต่อความต้องการดังเช่นในประเทศมาเลเซีย⁴³

ทรัพยากรธรรมชาติใต้น้ำก็ถือเป็นทรัพยากรแห่งชาติ หากประเทศไทยไม่ควบคุม ดูแล นักทัศนอาภรณ์ธรรมชาติก็อาจมาทำลายสิ่งแวดล้อมให้เกิดความเสียหายได้ เช่น ในบางแห่งควรจะมีขีดจำกัดเพื่อฟื้นฟูปะการังที่ถูกทำลายจากนักทัศนอาภรณ์ธรรมชาติและปรากฏการณ์ปะการังฟอกขาว (Coral Bleaching)⁴⁴

แต่สิ่งที่ต้องระวังอย่างมาก ก็คือ ไม่ควรบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด แต่การแก้ไขปัญหาต้องค่อยเป็นค่อยไป เนื่อง Dive Leader ส่วนใหญ่ เช่น ในจังหวัดภูเก็ต เป็นคนต่างด้าว หากไม่ระมัดระวังอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ⁴⁵ นักท่องเที่ยวต่างชาติอาจไม่เข้ามาดำน้ำในประเทศไทยอีก ทั้งนี้เป็นการเตรียมความพร้อมในการเปิดของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนด้วย เพราะจะมี Dive Leader จากประเทศในอาเซียนเข้ามาทำงานในประเทศไทยอีกมาก

การเปิดเสรีการค้าบริการ ภายใต้กรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ในแง่เศรษฐกิจ น่าจะเป็นผลดีเพราะประเทศไทยมีแหล่งดำน้ำที่ติดอันดับต้นๆ ในโลกอยู่หลายแห่ง ในขณะที่ประเทศในกลุ่มอาเซียน มีเพียง อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ และมาเลเซีย เท่านั้นที่มีแหล่งดำน้ำสวยงามติดอันดับ

⁴² คู่มือการเรียนรู้ดำน้ำของสถาบันต่างประเทศ เป็นคู่มือภาษาอังกฤษ

⁴³ ข้อมูลจาก Dive Master ที่ Sipadan Water Village รัฐ Sabah ประเทศมาเลเซีย

⁴⁴ ปะการัง(Coral) เป็นสัตว์ทะเลชนิดหนึ่ง กินอาหาร โคนใช้หนวดจับสัตว์เล็กๆ ที่ลอยอยู่ในน้ำ นอกจากนี้ปะการังยังได้รับสารอาหารจากสาหร่ายเซลล์เดียวที่มีชื่อว่า ซูแซนเทลลี(Zooxanthellae) สาหร่ายชนิดนี้จะอยู่ในเนื้อเยื่อปะการัง แต่เมื่อปะการังเกิดความเครียด เช่น อุณหภูมิสูงเกินไป ซูแซนเทลลีจะตาย และทำให้ปะการังมีสีขาว หากอยู่ในสภาพนี้นานๆ ปะการังก็จะตายในที่สุด

⁴⁵ กิจกรรมดำน้ำสร้างรายได้ราว 4,000-5,000 ล้านบาทต่อปี ให้กับประเทศไทย

โลกเช่นเดียวกัน⁴⁶

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหาย

แม้ มาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 จะบัญญัติว่า “หากนักท่องเที่ยวได้รับความเสียหาย จากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว ให้นำทะเบียนส่งจ่ายเงินจากกองทุน เพื่อชดเชยความเสียหายไปพลางก่อน” ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวในที่นี้ หมายถึง ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวที่ประกอบธุรกิจในเมืองไทยและรวมถึงตัวแทนของผู้ประกอบการในเมืองไทยยังต่างประเทศด้วย แต่ไม่รวมถึงผู้ประกอบการนำเที่ยวที่ประกอบธุรกิจในประเทศ⁴⁷ ดังนั้นการไปซื้อทัวร์กับบริษัทในต่างประเทศจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเงินในกองทุนก็มาจากการวางประกันของผู้ประกอบการที่สนใจสมัครตาม มาตรา 40 ในพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็ต้องมีผู้ร้องเรียนต่อนายทะเบียน และก็ต้องเข้าสู่กระบวนการ แสวงหาข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ว่าด้วย การสอบหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยของนายทะเบียน และอัตราการจัดเงินชดเชย พ.ศ. 2553 จึงจะได้รับการชดเชยเป็นกรณีๆ ไป

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ คือ การช่วยเหลือของกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยว ก่อนข้างล่าช้าจนเกินไป เช่น กรณีนักท่องเที่ยวถูกทอดทิ้งที่สนามบินอินชอน ประเทศเกาหลี (Incheon International Airport) ไม่สามารถกลับประเทศไทยได้ เนื่องจากสายการบินพีซีแอร์ ค้างจ่ายค่าน้ำมัน จึงไม่สามารถนำเครื่องขึ้นได้⁴⁸ หรือในกรณีที่นักท่องเที่ยวชาวเกาหลีประสบอุบัติเหตุจากเรือ Speed Boat ที่พัทยา ทำให้ขาขาดทั้ง 2 ข้าง⁴⁹ และหากเกิดเหตุการณ์อันมิอาจคาดหมายได้ในกรณีอื่นๆยังต่างประเทศ เช่น กรณีติดขัดกระบวนการในการขออนุญาตเข้าเมือง กรณีเกิดการจลาจลในต่างประเทศ หรือในกรณีเกิดอุบัติเหตุทำให้บาดเจ็บหรือเสียชีวิต เป็นต้น⁵⁰ การให้ความช่วยเหลือก็จะยิ่งล่าช้าเนื่องจากต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบข้อเท็จจริงและเกิดปัญหาเพราะหากกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยว ไม่จ่ายเงินชดเชยค่าเสียหาย นักท่องเที่ยวก็น่าจะใช้สิทธิทางศาล

⁴⁶ ฐานเศรษฐกิจ เข้าถึงได้จาก <http://www.thanonline.com/>

⁴⁷ บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน) เข้าถึงได้จาก <http://www.mcot.net/>

⁴⁸ เข้าถึงได้จาก www.manager.co.th

⁴⁹ เข้าถึงได้จาก <http://www.dailynews.co.th/>

⁵⁰ คาบคำรอง เอกนรินทร์ธร แก้วศรี. (2554). มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองนักท่องเที่ยวที่ซื้อบริการท่องเที่ยวในลักษณะเหมาจ่าย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 99.

เป็นการเพิ่มและผลกระทบให้กับนักทัศนอารรถรรวมชาติมากเกินไป

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ในเรื่องการเยียวยาความเสียหาย ควรแก้ไขบทบัญญัติใน มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 และระเบียบคณะกรรมการ ธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ว่าด้วย การสอบหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยของนายทะเบียน และอัตรา การจ่ายเงินชดเชย พ.ศ. 2553 ให้แก่เป็นว่า เมื่อนักทัศนอารรถรรวมชาติได้รับความเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจ นำเที่ยวและมัคคุเทศก์ สั่งจ่ายเงินจากกองทุนในทันที ตามความเหมาะสม และหากมีความเสียหายเกิดขึ้น จากการจ่ายเงิน ก็มีสิทธิเรียกเงินคืนหรือให้ไปไล่เบี้ยเอาจากผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายได้ ทั้งนี้ต้อง จัดเจ้าหน้าที่ไปให้ความช่วยเหลือในเรื่องต้นอย่างเร่งด่วน ยังประเทศที่นักท่องเที่ยวได้รับความเสียหาย เพื่อให้ความช่วยเหลือในทันทีเช่นเดียวกัน

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับบทลงโทษ

เนื่องจากมีผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย ลักลอบเข้ามาประกอบธุรกิจทัศนอารรถรรวมชาติในประเทศไทย ไทยมากมาย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาและวิเคราะห์ถึง โทษในกฎหมาย ดังนี้

4.4.1 ปัญหาในทางแพ่ง

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ในส่วนของบทกำหนดโทษเป็น โทษจำคุกและโทษปรับซึ่งเป็นโทษทางอาญา ในส่วนของบทลงโทษในทางแพ่ง จะเกี่ยวข้องกับ การชดใช้ค่าเสียหาย ไม่ว่าจะความเสียหายจะเกิดจากการประกอบธุรกิจและมัคคุเทศก์ที่ไม่ได้รับ ใบอนุญาต หรือแม้จะมีการจ่ายเงินชดเชยในกองทุนคุ้มครองธุรกิจนำเที่ยวเพื่อชดใช้ค่าเสียหายใน เบื้องต้น แล้วก็ตาม แต่ความเสียหายนั้นอาจจะมากกว่าจำนวนเงินที่จ่ายชดเชยก็ได้ ในชั้นนี้ จึงมี ความจำเป็นที่นักทัศนอารรถรรวมชาติจะต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งควร จะ ตั้งตัวแทนในการฟ้องคดีให้กับนักทัศนอารรถรรวมชาติ เพื่ออำนวยความสะดวกในชั้นนี้ด้วย

4.4.2 ปัญหาในทางอาญา

แม้จะมีบทลงโทษทางอาญาเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว โดยไม่ได้รับอนุญาตและผู้ ที่เป็นมัคคุเทศก์โดยไม่ได้รับอนุญาต ในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 80 คือ “ผู้ใดประกอบธุรกิจนำเที่ยวโดยไม่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวตามมาตรา 15 หรือประกอบธุรกิจนำเที่ยวในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 45 วรรค สอง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

และ มาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ที่ กำหนดให้ “ผู้ที่เป็นมัคคุเทศก์โดยไม่ได้รับใบอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับ

ไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ก็ตาม แต่บทลงโทษดังกล่าว ก็เบาจนเกินไป จนผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย และยังคงกระทำความผิดอยู่มากในปัจจุบัน

เมื่อเปรียบเทียบกับในประเทศในอาเซียน อย่างมาเลเซีย มีกฎหมายหลักที่ใช้ในการควบคุมดูแลกิจการที่เกี่ยวกับการท่องเที่ยว คือ “Tourism Industry Act 1992” ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้วางมาตรการควบคุมธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว ในมาตรา 5⁵¹ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดว่า ถ้าผู้ประกอบการธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต จะมีความผิดและถูกลงโทษโดยการปรับเงินไม่เกิน 50,000 ริงกิต หรือจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำ ทั้งปรับ และในกรณีที่ยังคงมีการกระทำความผิดดังกล่าวอยู่จะถูปรับไม่เกิน 50,000 ริงกิต ต่อวัน ในระหว่างที่ยังกระทำความผิดนั้น⁵² จะเห็นได้ว่าโทษจำคุกและปรับดังกล่าว ทำให้มีผู้กระทำความผิดน้อยมากหากเปรียบเทียบกับโทษในกฎหมายไทย

4.4.3 ปัญหาในทางปกครอง

การกระทำของหน่วยงานของรัฐ ในการออกคำสั่งใดๆ อาจทำให้นักทัศนอาชรรรมชาติได้รับความเสียหายได้ หากกระทำไปโดยมีเจตนาทุจริต กล่าวคือ รู้อยู่แล้วว่า บุคคลดังกล่าวไม่มีสิทธิได้รับใบอนุญาต เช่น การอนุญาตให้นิติบุคคลที่ขาดคุณสมบัติ ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจแล้วนิติบุคคลนั้น ทำความเสียหายต่อนักทัศนอาชรรรมชาติ แม้นในพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 จะไม่ได้กำหนดโทษทางปกครอง สำหรับการลงโทษเจ้าหน้าที่รัฐไว้ แต่ก็สามารถนำพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 นำคดีขึ้นสู่ศาลปกครองได้

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ในเรื่องบทลงโทษ ควรเพิ่มโทษให้หนักขึ้น ในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มาตรา 80 เปลี่ยนโทษเป็น ไม่เกิน 3 ปี และมาตรา 86 เปลี่ยนโทษเป็น ไม่เกิน 2 ปี เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวมากขึ้นและควรบัญญัติโทษทางปกครองขึ้นในพระราชบัญญัตินี้ เพื่อลงโทษผู้ประกอบการและมัคคุเทศก์หรือบุคคลอื่นๆ ที่ทำผิดซ้ำซ้อนและสร้างความเสียหายให้กับประเทศชาติ เช่น นอกจากการเพิกถอนใบอนุญาตแล้วก็ควรมีมาตรการ ปิดกิจการนิติบุคคลนั้น หรือมีมาตรการห้ามไม่ให้บุคคลดังกล่าวเข้าประเทศอีกต่อไป เป็นต้น

จากการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทัศนอาชรรรมชาติ พบว่า ในทางปฏิบัติยังมีปัญหากฎหมายอยู่หลายประเด็นปัญหา ตามที่ได้นำเสนอแล้วนั้นเพื่อให้กฎหมาย

⁵¹ Malaysia Tourism Industry Act (1992)

⁵² สุรชาติพิศ โปธิศรี. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 1. หน้า 44-45.

เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่สาธารณะชนชาติ มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ควรมีการแก้ไขมาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติ ธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 และในมาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อให้สอดคล้องกับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจ อาเซียน โดยมีรายละเอียดอยู่ในบทที่ 5 ในส่วนของข้อเสนอแนะ ซึ่งจะได้อีกต่อไป