

บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และโดยที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีผูกพันต่อข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) และข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service: GATS) จึงต้องทำการศึกษาถึงหลักการของข้อตกลง GATT และ GATS เพื่อให้เข้าใจถึงหลักการเปิดเสรีการค้าดังกล่าว

2.1 ประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีในการเปิดเสรีในทางการค้าและบริการ ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศ

จากการที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีผูกพันต่อข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) และข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service: GATS) ในการเปิดเสรีทั้งด้านการค้าสินค้าและการค้าบริการ ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT)

General Agreement on Tariffs and Trade: GATT หรือข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศให้ดำเนินไปอย่างเสรี โดยมีกติกาในการแข่งขันอย่างเป็นธรรม อันจะส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ ฟื้นตัวอย่างรวดเร็วภายหลังการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศสมาชิกได้ลงนามรับรองสนธิสัญญาดังกล่าวเมื่อปี พ.ศ. 2490 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2491 มีสมาชิก

เริ่มแรก 23 ประเทศ เป็นประเทศพัฒนาแล้ว 12 ประเทศ และประเทศกำลังพัฒนา 11 ประเทศ ได้มีการประชุมร่วมกัน ณ องค์การสหประชาชาติ นครเจนีวา เพื่อร่วมลงนามรับรอง GATT ซึ่งเป็นความตกลงที่ประกอบด้วยข้อตกลงอนุภาณีสกุลการที่ประเทศภาคีสมาชิกตกลงกัน ณ นครเจนีวา และกฎการค้าในร่างสนธิสัญญา ITO (The International Trade Organization) หรือองค์การการค้าระหว่างประเทศ ที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้มาตรการจำกัดการค้าในการปิดเปิดข้อตกลงอนุภาณิเหล่านั้น

ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2490 ผู้แทนจาก 56 ประเทศ ประชุมร่วมกันที่กรุงฮาวานา ประเทศคิวบา เพื่อพิจารณาร่าง ITO ทั้งหมด หลังจากผ่านการเจรจาที่ยุ่ยากและยาวนาน ผู้แทนจาก 53 ประเทศได้ลงนามรับรองเอกสารสุดท้ายซึ่งบรรจุเนื้อหาของสนธิสัญญาฮาวานา (The Havana Charter) ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2491 แต่เนื่องจากไม่มีข้อผูกพันว่ารัฐบาลที่ลงนามจะต้องให้สัตยาบันสนธิสัญญาดังกล่าว จึงทำให้ไม่สามารถจัดตั้ง ITO ได้ คงมีแต่เพียง GATT เท่านั้นที่กลายเป็นเครื่องมือสากลในการดำเนินการการค้าโลก

ต่อมา GATT ได้มีสมาชิกเพิ่มขึ้นเป็น 123 ประเทศ และมีบทบาทต่อการกำหนดทิศทางและอนาคตของการค้าโลกสูงยิ่งขึ้น เนื่องจากมูลค่าการค้าของประเทศภาคี GATT โดยรวมมีมากถึง 4 ใน 5 ของมูลค่าการค้าโลกทั้งหมด

GATT เป็นกฎเกณฑ์กำกับการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งไม่มีกฎหมายและองค์การระหว่างประเทศรับรอง มีแต่เพียงสำนักงานเลขาธิการ GATT (GATT Secretariate) ทำหน้าที่ควบคุมบริหารงานทั่วไป

ในกรณีที่ภาคีไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงของ GATT ก็มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้ประเทศที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวขอหารือกับประเทศคู่กรณีเพื่อให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามข้อตกลงได้ โดยไม่มีสภาพบังคับจริงจังในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีต่อกัน

2.1.1.1 วัตถุประสงค์ของ GATT

1) เพื่อส่งเสริมการค้าของโลกให้ดำเนินไปโดยเสรี และตั้งอยู่บนพื้นฐานที่มั่นคง โดยการจัดทำกรอบความตกลงระดับพหุภาคี กฎระเบียบของการค้าบริการมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การบริการขยายตัว ภายใต้อิทธิพลของความโปร่งใสและการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ

2) เพื่อเป็นแนวทางในการส่งเสริมการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกทุกประเทศ โดยเฉพาะการพัฒนาของประเทศกำลังพัฒนาและพัฒนาน้อยที่สุด และ

ยกระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ของประชากรทั่วโลก

2.1.1.2 หลักการดำเนินการของ GATT

- 1) ต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความนิยมเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment หรือ MFN) หมายถึง การปฏิบัติต่อชาติอื่น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ ประเทศใด ๆ ก็ตามจะเรียกเก็บภาษีศุลกากรหรือค่าธรรมเนียมหรือใช้มาตรการใด ๆ กับสินค้าที่นำเข้า จะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ส่งสินค้าเข้ามาไม่ว่าจะเป็นประเทศเล็กหรือประเทศใหญ่
- 2) ต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment หรือ NT) หมายถึง การปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าจากประเทศภาคีอื่น ๆ เท่าเทียมกับสินค้าภายในประเทศของตน
- 3) ต้องมีความโปร่งใส (Transparency) ในการดำเนินนโยบายและมาตรการการค้า รวมทั้งกฎระเบียบปฏิบัติต่าง ๆ
- 4) หากต้องการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายใน ต้องใช้มาตรการด้านภาษีศุลกากรเท่านั้น เว้นแต่ การดำเนินการนั้นจะสอดคล้องกับบทบัญญัติของ GATT ที่เป็นข้อยกเว้นเป็นการเฉพาะ
- 5) จะต้องผูกพันอัตราภาษีศุลกากรไว้กับ GATT (Tariff Binding) และต้องไม่เก็บภาษีศุลกากรเกินกว่าอัตราที่ได้ผูกพันไว้ และหากต้องการที่จะเพิ่มอัตราภาษีศุลกากรที่ผูกพันไว้ให้สูงขึ้น ก็ต้องมีการเจรจากับประเทศคู่ค้าอื่น ๆ เพื่อชดเชยประโยชน์ที่ประเทศภาคีอื่น ๆ สูญเสียไป
- 6) มุ่งเน้นส่งเสริมการค้าที่เป็นธรรม โดยเฉพาะการห้ามมิให้มีการทุ่มตลาดหรือขายสินค้าในราคาที่ต่ำเกินจริง และห้ามให้การอุดหนุน โดยเฉพาะเพื่อการส่งออก GATT อนุญาตให้ประเทศภาคีสมาชิกที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดกีดกันการค้าตามธรรมเนียมพิเศษต่อต้านการทุ่มตลาด (Anti-Dumping Duty) และเก็บค่าธรรมเนียมต่อต้านการอุดหนุน (Countervailing Duty) กับสินค้านำเข้าดังกล่าวได้
- 7) ห้ามจำกัดปริมาณการนำเข้า เว้นแต่จะสอดคล้องกับข้อยกเว้นของ GATT ที่ได้กำหนดไว้ เช่น เพื่อแก้ไขปัญหาดุลการชำระเงิน เพื่อคุ้มครองชีวิตมนุษย์ สัตว์ พืช และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่จะสูญสิ้นไป เป็นต้น
- 8) สามารถขอผ่อนผันไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันได้หากประสบปัญหาด้านเศรษฐกิจและการค้า รวมทั้งอนุญาตให้ใช้มาตรการคุ้มกันกรณีฉุกเฉินและจำเป็นในการจำกัดปริมาณการนำเข้า หากการนำเข้าสินค้านำเข้าดังกล่าวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว และก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่ออุตสาหกรรมภายในประเทศ

9) เปิดโอกาสให้มีการรวมกลุ่มของประเทศต่าง ๆ เพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างกันได้ เพื่อให้มีการค้าเสรียิ่งขึ้น แต่มีเงื่อนไขว่า มาตรการต่าง ๆ ที่ใช้ทั้งด้านภาษีศุลกากรและที่มิใช่ภาษีศุลกากรจะต้องไม่สูงขึ้นกว่าเดิมก่อนมีการรวมกลุ่ม

10) เป็นผู้ไกล่เกลี่ยปัญหาข้อพิพาทต่าง ๆ ระหว่างประเทศภาคีโดยมีกระบวนการยุติข้อพิพาทที่เป็นธรรม โดยมีคณะผู้พิจารณาคดี (Panel) เป็นผู้เสนอแนะ และหาข้อสรุปเสนอต่อที่ประชุมใหญ่ประเทศภาคี (Contracting Parties) หรือที่ประชุมคณะมนตรี GATT (GATT Council) เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดในขั้นสุดท้าย

11) จะให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศกำลังพัฒนาในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ GATT เพื่อช่วยเหลือให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจและรักษาดุลการชำระเงินให้ดีขึ้น ผ่านทางการขยายตัวของการส่งออก นอกจากนี้ ยังอนุญาตให้ประเทศภาคีที่พัฒนาแล้วให้สิทธิประโยชน์พิเศษแก่ประเทศกำลังพัฒนา โดยการยกเว้นหรือลดภาษีศุลกากรสำหรับสินค้าที่มาจากประเทศกำลังพัฒนา

2.1.1.3 หน้าที่ของ GATT

หน้าที่ของ GATT มีการดำเนินการ ดังต่อไปนี้

1) เป็นกฎเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศ

นอกจากจะมีข้อตกลง GATT ที่เปรียบเสมือนกฎหมายแม่บท ซึ่งมีทั้งสิ้น 38 มาตราแล้ว ยังมีวิธีการที่ทุกประเทศเมื่อเข้าเป็นประเทศภาคีจะต้องประกาศรับรองข้อตกลง GATT ด้วย โดยระบุเงื่อนไขที่จะปฏิบัติและแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อตกลง GATT หรือที่เรียกว่า Protocol of Provisional Application และตารางขอลดหย่อนภาษีศุลกากร (Schedule of Concessions) ที่ประเทศภาคีได้ผูกพันอัตราภาษีศุลกากรไว้กับ GATT ว่าจะไม่เก็บภาษีศุลกากรเกินกว่าอัตราที่ได้ผูกพันไว้ ซึ่งเป็นนโยบายของ GATT ที่ต้องการให้ประเทศภาคีลดอุปสรรคการค้าด้านภาษีศุลกากรให้มีเสรีมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ

อย่างไรก็ตาม ประเทศภาคีก็สามารถขอปรับขยายอัตราภาษีนี้ให้สูงขึ้นได้ แต่ต้องมีข้อเสนออื่นให้ประเทศภาคีอื่น ๆ เป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ให้แก่กัน ข้อตกลงข้างต้นเป็นข้อตกลงที่กำหนดให้ประเทศภาคีต้องปฏิบัติอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

2) เป็นเวทีเพื่อเจรจาการค้า

GATT ทำหน้าที่เป็นเวทีสำหรับการเจรจาการค้าหลายฝ่ายระหว่างประเทศภาคี เพื่อลดอุปสรรคหรือมาตรการกีดกันการนำเข้า ทั้งในรูปของมาตรการภาษีศุลกากรและที่มิใช่ภาษีศุลกากร

3) เป็นเวทียุติข้อพิพาททางการค้า

ในกรณีที่ประเทศภาคีมีข้อพิพาททางการค้าระหว่างกัน และไม่สามารถหาข้อยุติได้ GATT จะเป็นเวทีสำหรับไกล่เกลี่ยโดยมีกระบวนการยุติข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ ในลักษณะของการจัดตั้งคณะผู้พิจารณา (Panel) เพื่อหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะให้ที่ประชุมคณะมนตรี GATT (GATT Council) ตัดสินชี้ขาดในขั้นสุดท้าย เพื่อให้ประเทศภาคีนั้น ๆ แก้ไขมาตรการที่ใช้ข้ออยู่ให้สอดคล้องกับข้อตกลง GATT และอนุญาตให้มีการลงโทษโดยเปิดโอกาสให้มีการตอบโต้ทางการค้ากับประเทศที่ไม่ยอมปฏิบัติตามด้วย

2.1.1.4 การปรับตัวของประเทศไทยต่อ GATT

ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิกของ GATT เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2525 เป็นสมาชิกลำดับที่ 88 เมื่อประเทศไทยมีการปรับตัวเพื่อให้มีศักยภาพในการแข่งขันด้านการค้าสูงขึ้นนั้น สถานการณ์ด้านการค้าโลกก็ได้มีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปด้วย ประเทศต่าง ๆ ที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกันพยายามปรับตัวเข้าหากัน โดยการรวมกลุ่มกันเป็นกลุ่มเศรษฐกิจการค้า ซึ่งนอกจากจะเป็นการเพิ่มอำนาจต่อรองทางการค้าและส่งเสริมการค้าภายในกลุ่มให้เจริญยิ่งขึ้นแล้วยังให้ความช่วยเหลือในด้านวิชาการ โดยการยกระดับมาตรฐานด้านบริหารการค้าให้สูงขึ้นอีกด้วย จนอาจดูเหมือนว่า แต่ละกลุ่มภูมิภาคเศรษฐกิจกำลังรวมตัวกันเป็นการกีดกันการค้านอกกลุ่ม ในลักษณะที่เรียกว่า Trade Block

กลุ่มเศรษฐกิจที่สำคัญ ๆ ได้แก่

- 1) กลุ่มเอเปค (Asia-Pacific Economic Cooperation: APEC)
- 2) กลุ่มนาฟต้า (North America Free Trade Area: NAFTA)
- 3) กลุ่มสหภาพยุโรป (EUROPEAN Union: EU)
- 4) กลุ่มอาเซม (Asia-Europe Meeting-Aseam: ASEM)

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้เข้าร่วมกลุ่มในกลุ่มอาเซียน (ASEAN) และกลุ่มเอเปค (APEC) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะขยายการค้าในกลุ่มให้สูงขึ้น โดยมีการพึ่งพาการค้าในกลุ่มต่าง ๆ

ในขณะที่ประเทศต่าง ๆ ต้องพยายามเพิ่มศักยภาพการแข่งขันทางการค้าให้สูงขึ้น โดยการพัฒนากระบวนการผลิตให้มีต้นทุนที่ต่ำลง รูปลักษณะของสินค้าที่ดึงดูดผู้บริโภค และกลยุทธ์ทางการตลาดในรูปแบบต่าง ๆ นั้น ประเทศใหญ่ที่เป็นทั้งตลาดส่งออกและนำเข้าก็พยายามปกป้องผลประโยชน์ของตนโดยการใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อให้ประเทศคู่ค้าเปิดตลาดมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็พยายามที่จะปิดกั้นตลาดของตนเพื่อให้สินค้าจากประเทศอื่น ๆ เข้ามาได้

น้อยลง เช่น การใช้มาตรา 301 ข่มขู่ที่จะตอบโต้การค้าประเทศต่าง ๆ ที่ไม่เปิดตลาดให้กับการค้าสินค้า การค้าบริการ และทรัพย์สินทางปัญญา และพยายามที่จะนำมาตรการที่มีใช้ภายในสู่สากลมาเป็นกำแพงการค้าอีกด้วย

ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีกฎระเบียบทางการค้ามากำกับดูแลให้มีการดำเนินการทางการค้าอย่างเป็นระเบียบและเป็นธรรม โดยเฉพาะการรักษาผลประโยชน์ของประเทศเล็กที่ไม่มีอำนาจต่อรอง จากจุดนี้เองที่เป็นจุดกำเนิดของการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยภายใต้ GATT และองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ในเวลาต่อมา

2.1.2 ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service: GATS)

ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Service: GATS) เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับหนึ่งในบรรดาข้อตกลงระหว่างประเทศสิบกว่าฉบับอันเป็นผลมาจากการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย ซึ่งใช้เวลายาวนานกว่า 7 ปี โดยเริ่มมี Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization ทำหน้าที่บริหารความตกลง GATS และความตกลงอื่น ๆ ที่เป็นผลจากการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย และกำกับดูแลให้ประเทศต่าง ๆ ในองค์การการค้าโลกปฏิบัติตามพันธกรณีและข้อผูกพันภายใต้ความตกลงต่าง ๆ ดังกล่าวให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้

เพื่อให้มีกรอบว่าด้วยกฎและหลักการต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศ ให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกถือปฏิบัติ เพื่อให้การค้าบริการระหว่างประเทศดำเนินไปด้วยความโปร่งใส (Transparency) และมีการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization) อันจะเป็นการส่งเสริมความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศคู่ค้าและการพัฒนาของประเทศกำลังพัฒนาทั้งปวง

การค้าบริการระหว่างประเทศ คือ การที่คนชาติของประเทศหนึ่งซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลขายบริการให้กับคนชาติของอีกประเทศหนึ่ง โดยผ่านรูปแบบของการให้บริการ (Mode of Supply) ซึ่งกระทำได้ 4 รูปแบบ คือ

- 1) การขายบริการโดยส่งบริการจากประเทศผู้ขายข้ามพรมแดนไปให้กับผู้ซื้อในอีกประเทศหนึ่ง (Cross-border Supply) โดยผู้ขายได้ขายบริการอยู่ในประเทศของตนเอง
- 2) การขายบริการให้กับคนชาติของประเทศอื่นที่เข้ามาซื้อและใช้บริการในประเทศผู้ขาย หรือส่งทรัพย์สินของตนมารับบริการในประเทศผู้ขายโดยตรง

(Consumption Abroad) โดยผู้ขายได้ขายบริการอยู่ในประเทศของตนเอง

- 3) การขายบริการ โดยที่คนชาติของประเทศหนึ่งเข้าไปลงทุนตั้งหน่วยธุรกิจไปอีกประเทศหนึ่งเพื่อขายบริการให้กับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในประเทศนั้น (Commercial Presence)
- 4) การขายบริการ โดยบุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติของประเทศหนึ่งเข้าไปทำงานในอาชีพหรือวิชาชีพต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการให้บริการอันเป็นการทำงานเพื่อการค้าหรือหารายได้ในอีกประเทศหนึ่งเป็นการชั่วคราว (Presence of Natural Persons)

ข้อตกลง GATS นั้นมีโครงสร้างประกอบด้วย 3 ส่วนใหญ่ ๆ คือ

- 1) กรอบความตกลง ที่เรียกว่า “ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ” บัญญัติเกี่ยวกับพันธกรณีและข้อผูกพันต่าง ๆ ที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะต้องถือปฏิบัติเป็นสำคัญ
- 2) ภาคผนวก ระบุสถานการณ์ของการบริการบางสาขา และรูปแบบของการให้บริการที่ต้องมีข้อกำหนดเป็นพิเศษเพิ่มเติมจากกรอบความตกลง รวมทั้งการขอยกเว้นจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)
- 3) ตารางข้อผูกพันของประเทศต่าง ๆ ซึ่งผูกพันการเข้าสู่ตลาดหรือการเปิดตลาดการค้าบริการ (Market Access) สาขาต่าง ๆ ให้แก่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกและผูกพันที่จะปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการสาขาต่าง ๆ ที่เป็นคนชาติของประเทศอื่นเหมือนที่ปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของตน ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) รวมทั้งข้อผูกพันอื่น ๆ เป็นการเพิ่มเติม (Additional Commitments) (ถ้ามี)

นอกจากนี้ยังประกอบด้วยตราสารที่มีผลผูกพันทางกฎหมายอีกจำนวนหนึ่งในรูปของข้อตัดสินใจหรือมติของรัฐมนตรี บันทึกความเข้าใจ มติคณะมนตรีการค้าบริการ และพิธีสารแนบท้ายข้อตกลง GATS ซึ่งสมาชิกองค์การการค้าโลกจะต้องปฏิบัติตามด้วย

สำหรับการจำแนกประเภทของการค้าบริการตามข้อตกลง GATS นั้น บริการที่มีการซื้อขายระหว่างประเทศมีอยู่มากมาย หลายประเภท หลายชนิด ในการเจรจาเปิดเสรีการค้าภายใต้ GATS กลุ่มเจรจาว่าด้วยการบริการ (Group of Negotiations on Services - GNS) ซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นตามปฏิญญารัฐมนตรีว่าด้วยการเจรจาอรรถกถาย ได้ร่วมกันพิจารณาบริการประเภท ต่าง ๆ ที่

มีการซื้อขายระหว่างประเทศ ซึ่งสหประชาชาติได้มีการรวบรวมจัดทำขึ้น และจัดพิมพ์ไว้ในเอกสาร ชื่อ Provisional Central Product Classification – CPC และมอบหมายให้ GATT Secretariat ไปจัดทำเป็นรายการเกี่ยวกับบริการที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะต้องร่วมเจรจาจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการให้แกกันและกัน โดยยึดเอาการจำแนกประเภทตามเอกสาร CPC เป็นแนวทาง และระบุไว้ในเอกสารเรื่อง Services Sectoral Classification List รหัสเอกสารที่ MTNB.GNX/W/120 ลงวันที่ 10 July 1991 ซึ่งมีการจำแนกบริการออกเป็นประเภท ใหญ่ ๆ 12 ประเภท ดังนี้

- 1) สาขาบริการด้านธุรกิจ (Business Services)
- 2) สาขาบริการด้านสื่อสารคมนาคม (Communication Services)
- 3) สาขาบริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (Construction and Related Engineering Services)
- 4) สาขาบริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution Services)
- 5) สาขาบริการด้านการศึกษา (Educational Services)
- 6) สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services)
- 7) สาขาบริการด้านการเงิน (Financial Services)
- 8) สาขาบริการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและบริการทางสังคม (Health Related and Social Services)
- 9) สาขาบริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services)
- 10) สาขาบริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรม และการกีฬา (Recreational, Cultural and Sporting Services)
- 11) สาขาบริการด้านการขนส่ง (Transport Services)
- 12) สาขาบริการด้านอื่น ๆ (Other Services Not Included Elsewhere)

บริการแต่ละสาขาดังกล่าวยังจำแนกออกเป็นสาขาย่อย ๆ (Subsectors) และแต่ละสาขาย่อยยังจำแนกออกเป็นกิจกรรมต่าง ๆ (Activities) ที่เกี่ยวกับการให้บริการมากมาย สาขาบริการต่าง ๆ รวมทั้งสาขาย่อยและกิจกรรมต่าง ๆ ในแต่ละสาขา ถือเป็นบริการที่อยู่ในข่ายที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะต้องเจรจาจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีให้แกกันและกัน แต่การผูกพันเปิดเสรีของแต่ละประเทศไม่จำเป็นต้องมีความครอบคลุมและชัดเจนในการเปิดเสรีเท่ากัน และไม่จำเป็นต้องผูกพันเปิดเสรีทุกสาขา และสาขาย่อยหรือกิจกรรมต่าง ๆ ทั้งหมดขึ้นอยู่กับผลของ

การเจรจาตกลงกับประเทศสมาชิกด้วยกัน โดยประเทศสมาชิกที่พัฒนาแล้วต้องให้ความยืดหยุ่นแก่ประเทศกำลังพัฒนาในการจัดทำข้อผูกพัน โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ทางด้านนโยบายและระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศด้วย

2.1.2.1 พันธกรณีและข้อผูกพันภายใต้ GATS

GATS บัญญัติเกี่ยวกับพันธกรณีและข้อผูกพันที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะต้องปฏิบัติ ดังนี้

1) พันธกรณีและวินัยทั่วไป (General Obligations and Disciplines) เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎและหลักการที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศจะต้องถือปฏิบัติเหมือนกัน ซึ่งอาจเรียกว่า พันธกรณีโดยไม่มีเงื่อนไข (Unconditional Obligations) เช่น

- (1) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation: MFN) ซึ่งหมายถึง การใช้มาตรการเกี่ยวกับการค้าบริการ กับบริการหรือผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศเหมือนกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติในทันทีและโดยไม่มีเงื่อนไข
- (2) หลักความโปร่งใส (Transparency) หมายถึง การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการใช้มาตรการ กฎหมายหรือกฎระเบียบ ต่าง ๆ ของประเทศสมาชิก ที่มีผลกระทบต่อการค้าบริการภายใต้ GATS ยกเว้นข้อมูลที่เป็นความลับ
- (3) การใช้กฎหมาย กฎ ข้อบังคับต่าง ๆ ภายในประเทศ (Domestic Regulation) ซึ่งควบคุมหรือวางระเบียบเกี่ยวกับการค้าบริการที่มีการผูกพันไว้ ในลักษณะที่มีเหตุผล มีหลักเกณฑ์ และไม่ลำเอียง
- (4) การเข้าร่วมเจรจาจัดทำและปฏิบัติตามความตกลงด้านวินัยพหุภาคี เกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องฉุกเฉิน (Emergency Safeguard Measures)

การจัดซื้อจัดจ้างบริการโดยรัฐ (Government Procurement) การให้การอุดหนุนการค้าบริการ (Subsidy) และการใช้กฎระเบียบภายในในการควบคุมการค้าบริการ (Domestic Regulation)

2) พันธกรณีในการร่วมเจรจาจัดทำและปฏิบัติตามข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments) ซึ่งอาจเรียกว่าพันธกรณีโดยมีเงื่อนไข (Conditional Obligations) เป็นบทบัญญัติให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกต้องเจรจาจัดทำข้อผูกพันในเรื่องการเข้าสู่ตลาดหรือการเปิดตลาด (Market Access) การค้าบริการสาขาต่าง ๆ และผูกพันในเรื่องการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) แก่กันและกัน รวมทั้งข้อผูกพันเพิ่มเติม (ถ้ามี) โดยยึดหลักการของการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization)

ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศ จะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันดังกล่าวที่ตนได้เสนอผูกพัน ซึ่งจะระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitments) ของแต่ละประเทศตลอดไป จนกว่าจะมีการเจรจาจัดทำข้อผูกพันใหม่และข้อผูกพันใหม่เริ่มมีผลใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกอาจขอยกเลิกหรือขอแก้ไขข้อผูกพันที่ได้ทำไว้กับประเทศที่อาจเสียผลประโยชน์ แต่ไม่ว่าจะเป็นการใดประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศจะต้องร่วมเจรจาจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีมากขึ้นในอนาคต ตามหลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ

2.1.2.2 การเข้าสู่ตลาดการค้าบริการ (Market Access)

การเข้าสู่ตลาดการค้าบริการ หมายถึง การที่สมาชิกองค์การการค้าโลกประเทศหนึ่งเปิดโอกาสให้คนชาติของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกประเทศอื่น ๆ ขายบริการให้แก่คนชาติของตนเองโดยไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับ

- 1) จำนวนบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เป็นผู้ให้หรือขายบริการ
- 2) มูลค่าของบริการที่ขาย
- 3) จำนวนหรือปริมาณบริการที่ขาย
- 4) จำนวนบุคคลธรรมดา
- 5) รูปแบบของหน่วยธุรกิจที่ขายบริการ
- 6) ทุนต่างชาติที่ใช้ในการประกอบธุรกิจบริการในรูปของสัดส่วนการถือหุ้นหรือมูลค่าการลงทุน

2.1.2.3 การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หมายถึง การที่สมาชิกองค์การการค้าโลกประเทศหนึ่ง หากมีการใช้มาตรการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการในรูปของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ วิธีการปฏิบัติ มติ หรือมาตรการในรูปอื่น ๆ ที่มีผลกระทบต่อ การให้บริการกับการบริการหรือผู้

ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกอย่างไร ก็ต้องใช้มาตรการนั้น ๆ กับการบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของตนเองเสมอเหมือนกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติโดยนิตินัยหรือพฤตินัยก็ตาม ซึ่งหลักสำคัญในการพิจารณาเรื่องนี้ คือการใช้มาตรการที่ให้โอกาสในการแข่งขันแก่บริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศอื่น โดยเท่าเทียมกับบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของตนเอง (The Benchmark for National Treatment under the GATS is the equality of Competitive Opportunities)

2.1.2.4 ข้อยกเว้นจากพันธกรณีและข้อผูกพันภายใต้ GATS

ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกอาจได้รับการยกเว้น ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีด้านการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ได้ในบางกรณี ดังต่อไปนี้

- 1) ได้ขอยกเว้นไว้ แต่โดยหลักการแล้วการขอยกเว้นจะขอได้ไม่เกิน 10 ปี
- 2) การให้การปฏิบัติเป็นพิเศษในกรณีค้าบริการกับประเทศที่มีพรมแดนติดกัน
- 3) การค้าบริการกับประเทศที่อยู่ในกลุ่มเศรษฐกิจ (Economic Integration) เดียวกัน
- 4) การจัดซื้อจัดจ้างบริการ โดยรัฐที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า
- 5) กรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้มาตรการเพื่อปกป้องสุขภาพหรือชีวิตของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช
- 6) การให้บริการด้านการเงิน ด้วยเหตุผลด้าน Prudential Reasons

สำหรับข้อผูกพันในด้านการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ประเทศสมาชิกได้เสนอผูกพันไว้ ประเทศสมาชิกอาจได้รับยกเว้น ไม่ต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันดังกล่าวได้ ในกรณีต่อไปนี้

- 1) การจัดซื้อจัดจ้างบริการ โดยรัฐที่มีได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า
- 2) กรณีมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการเพื่อรักษาความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อปกป้องสุขภาพหรือชีวิตของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช

2.1.2.5 ประเทศไทยและผลกระทบต่อ การเปิดเสรีการค้าบริการ

ประเทศไทยเข้าร่วมเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัยโดยร่วมเจรจาจัดทำข้อตกลงต่าง ๆ รวมทั้งข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และได้เข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกหรือ WTO ซึ่งส่งผลให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามพันธกรณี และข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ ภายใต้ข้อตกลง GATS ตามที่ได้ทำข้อผูกพันไว้ในการเจรจารอบอุรุกวัยรวมทั้งสิ้น 10 สาขา ประกอบด้วยกิจกรรมต่าง ๆ ประมาณ 95 กิจกรรม และได้ทำข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการเพิ่มเติมในช่วงหลังปิดการเจรจารอบอุรุกวัยอีกในด้านการเงินและโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ทำให้กิจกรรมต่าง ๆ ที่ได้ผูกพันเปิดเสรีมีมากกว่าหนึ่งร้อยกิจกรรม

การเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ ตามพันธกรณีและข้อผูกพันที่ทำไว้ภายใต้ข้อตกลง GATS นั้นส่งผลดีต่อประเทศไทย ดังนี้

- 1) ทำให้การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) ในการประกอบธุรกิจหรืออุตสาหกรรมบริการเพิ่มขึ้น ส่งผลให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยี ความรู้ความสามารถในการจัดการ การพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ และการจ้างงาน
- 2) ทำให้มีการแข่งขันเพิ่มขึ้น ซึ่งส่งผลให้เกิดการปรับตัว และพัฒนาประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการในประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคโดยตรง
- 3) ทำให้เอกชนไทยมีโอกาสเข้าไปประกอบธุรกิจ หรือทำงานอาชีพหรือวิชาชีพต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการให้บริการในประเทศต่าง ๆ ที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกซึ่งต้องเปิดตลาดให้กับประเทศไทยเช่นเดียวกัน รวมทั้งการให้การปฏิบัติต่อคนไทยเช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อคนชาติของประเทศตน
- 4) ทำให้ประเทศที่พัฒนาแล้วไม่สามารถใช้มาตรการฝ่ายเดียวในการบีบบังคับให้ไทยเปิดตลาดบริการได้ตามที่ต้องการ เพราะต้องปฏิบัติตามกฎกติกาที่เป็นที่ยอมรับร่วมกันในข้อตกลง GATS

อย่างไรก็ตาม การเปิดโอกาสให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจหรืออาชีพต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการบริการตามข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้ทำไว้ และซึ่งจะต้องผูกพันเปิดเสรีเพิ่มมากขึ้นในอนาคต ตามหลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ อาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการหรือผู้ทำงานในอาชีพธุรกิจและอาชีพต่าง ๆ ของไทย ซึ่งนอกจากจะต้องแข่งขันกับผู้ประกอบการหรือผู้ทำงานในอาชีพ

หรือวิชาชีพต่าง ๆ ที่เป็นคนไทยด้วยกันเองแล้ว ยังต้องแข่งขันกับผู้ประกอบการหรือผู้ทำงานในอาชีพหรือวิชาชีพต่าง ๆ ที่เป็นคนต่างชาติ ซึ่งอาจได้เปรียบคนไทยในด้านเงินทุน เทคโนโลยี ความรู้ความสามารถในการประกอบการหรือทำงาน จึงจำเป็นที่ผู้ประกอบการหรืออาชีพ ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริการจะต้องเร่งปรับตัวพัฒนาตนเองเพื่อให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการของประเทศอื่น ๆ ทั้งในตลาดภายในประเทศและตลาดของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกอื่น ๆ ต่อไป

2.1.2.6 ข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการของไทยภายใต้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ขององค์การการค้าโลก (WTO)

ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) เป็นความตกลงฉบับหนึ่งอันเป็นผลมาจากการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย ซึ่งเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 พร้อม ๆ กับการจัดตั้งองค์การการค้าโลกหรือ WTO เพื่อทำหน้าที่บริหารข้อตกลงต่าง ๆ อันเป็นผลมาจากการเจรจาพหุภาคีรอบอุรุกวัย และกำกับดูแลให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกปฏิบัติตามพันธกรณีและข้อผูกพันต่าง ๆ ภายใต้ข้อตกลงนั้น ๆ

GATS มีบทบัญญัติให้ประเทศสมาชิกต้องร่วมเจรจาจัดทำข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments) เพื่อเปิดเสรีการค้าบริการด้านต่าง ๆ ให้แก่กันและกัน ซึ่งกลุ่มเจรจาว่าด้วยการบริการ (Group of Negotiations on Services – GNS) ได้ตกลงให้จัดแบ่งเป็น 12 สาขาใหญ่ ๆ และแต่ละสาขายังแบ่งออกเป็นสาขาย่อยและกิจกรรมต่าง ๆ โดยการเจรจาดังกล่าวเป็นไปตามหลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization) และเปิดเสรีให้แก่กันและกันตามรูปแบบของการให้บริการ (Mode of Supply) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 รูปแบบ ดังนี้

- 1) Cross – border Supply
- 2) Consumption Abroad
- 3) Commercial Presence
- 4) Presence of Natural Persons

ในการเจรจาจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการให้แก่กันและกันให้จัดทำข้อผูกพันในด้านการเข้าสู่ตลาดหรือการเปิดตลาดบริการ (Market Access) สาขาต่าง ๆ และการให้การปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการของประเทศสมาชิก องค์การการค้าโลกเช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของตนเอง ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

(National Treatment) และข้อผูกพันเพิ่มเติม (ถ้ามี)

ข้อผูกพันดังกล่าวของประเทศสมาชิกทุกประเทศจะปรากฏอยู่ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitments) ซึ่งผนวกท้ายข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง (Integral Part of GATS) ที่สมาชิกทุกประเทศจะต้องถือปฏิบัติ

(1) ข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการของไทย

ประเทศไทยได้เสนอผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ ตามรูปแบบต่าง ๆ ของการให้บริการ (Mode of Supply) และเปิดเสรีด้านการเข้าสู่ตลาด (Market Access) กับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ให้แก่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก โดยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขสำหรับบริการแต่ละสาขา และแต่ละรูปแบบการให้บริการ ซึ่ง GATS ยินยอมให้ประเทศสมาชิกกระทำได้ โดยยึดหลักของการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization) แต่ทั้งนี้ให้ขึ้นอยู่กับผลของการเจรจาตกลงกันระหว่างประเทศสมาชิก โดยประเทศสมาชิกที่พัฒนาแล้วจะต้องพิจารณาให้ความยืดหยุ่นแก่ประเทศกำลังพัฒนาในการเสนอผูกพันเปิดเสรีตามระดับการพัฒนาของประเทศด้วย

จากการเจรจากับประเทศต่าง ๆ ที่เข้าร่วมการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก ประเทศไทยได้ตกลงเสนอผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการให้แก่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกรวมทั้งสิ้น 10 สาขาบริการ จำแนกเป็นกิจกรรมต่าง ๆ ได้ทั้งสิ้น 95 กิจกรรม และหลังปิดการเจรจารอบอุรุกวัยได้มีการเจรจาเปิดเสรีเพิ่มเติมอีกในการบริการบางสาขา โดยประเทศไทยได้ผูกพันเปิดเสรีเพิ่มเติมในสาขาบริการด้านการเงินและโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ทำให้มีการผูกพันเปิดเสรีในกิจกรรมต่าง ๆ รวมกันกว่าหนึ่งร้อยกิจกรรม

ข้อเสนอผูกพันเปิดเสรีสำหรับบริการแต่ละสาขา และกิจกรรมจำแนกตามรูปแบบการให้บริการ (Mode of Supply) ได้ 4 รูปแบบ โดยในการเสนอผูกพันจะมีการพิจารณาดังต่อไปนี้

ก. การให้บริการในรูปแบบ Cross – border Supply ซึ่งรัฐบาลไทยจะยอมให้คนไทยซื้อหรือนำเข้าบริการจากผู้ให้บริการของประเทศอื่น โดยผู้ให้บริการจะจัดส่งบริการจากประเทศของตนข้ามพรมแดนมาให้แก่ผู้ซื้อบริการในประเทศไทยหรือไม่เพียงใด

ข. การให้บริการในรูปแบบ Consumption Abroad ซึ่งรัฐบาลไทยจะยอมให้คนไทยเข้าไปซื้อและใช้บริการจากผู้ให้บริการในประเทศของผู้ให้บริการ โดยตรงหรือไม่เพียงใด

ค. การให้บริการในรูปแบบ Commercial Presence โดยรัฐบาลไทยจะยอมให้คนต่างชาติเข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจในประเทศไทยเพื่อผลิตบริการสาขาต่าง ๆ เพื่อขายให้กับคนไทยในประเทศได้โดยตรงหรือไม่เพียงใด

ง. การให้บริการในรูปแบบ Presence of Natural Persons โดยรัฐบาลจะยอมให้บุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติอื่นเข้ามาทำงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการบริการในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวหรือไม่เพียงใด

(2) ข้อผูกพันของประเทศไทยในการเปิดเสรีด้านการเข้าสู่ตลาด (Market Access)

ก. การผูกพันเปิดเสรีในรูปแบบ Commercial Presence

ประเทศไทยได้เสนอผูกพันเปิดเสรีการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการของไทยให้แก่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกตามรูปแบบ Commercial Presence คือการให้คนต่างชาติเข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจเพื่อผลิตบริการขายให้กับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในประเทศไทยในสาขาบริการด้านต่าง ๆ ดังนี้

ก) สาขาบริการด้านวิชาชีพ (Business Services)

(ก) สาขาบริการด้านวิชาชีพ (Professional Services)

- บริการด้านกฎหมาย
- บริการด้านบัญชี และการสอบบัญชี
- บริการด้านสถาปัตยกรรม
- บริการด้านวิศวกรรม
- บริการด้านการวางผังเมืองและภูมิสถาปัตยกรรม

(ข) บริการด้านคอมพิวเตอร์และที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ เช่น บริการด้านการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการติดตั้งคอมพิวเตอร์ การเขียนโปรแกรม การประมวลผล การสร้างฐานข้อมูล การเช่าเครื่องคอมพิวเตอร์

(ค) บริการให้เช่าเครื่องมือเครื่องจักรอุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น เครื่องมือเครื่องจักร อุปกรณ์การเกษตร การก่อสร้าง และที่ใช้ในสำนักงาน

(ง) บริการด้านธุรกิจอื่น ๆ เช่น การบริการโฆษณา การวิจัยตลาดและการสำรวจมติสาธารณะ บริการให้คำปรึกษา

ด้านการจัดการ บริการด้านการวิเคราะห์และทดสอบ ทางด้านเทคนิค บริการให้คำปรึกษาแนะนำวิเคราะห์วิจัย ทางด้านการเกษตร ประมง ป่าไม้ การทำเหมืองแร่ การ ขุดคั่นน้ำมันและก๊าซ บริการบำรุงรักษาและซ่อมแซม เครื่องมือเครื่องจักรอุปกรณ์ต่าง ๆ รวมทั้งเครื่อง คอมพิวเตอร์ บริการพิมพ์และเผยแพร่ (ยกเว้นการทำ หนังสือพิมพ์) และบริการด้านล่ามและงานแปล ต่าง ๆ

ข) สาขาบริการด้านสื่อสารคมนาคม (Communication Services) เช่น การให้บริการทางด้านโทรคมนาคม รับส่งข้อมูลข่าวสารผ่านเครือข่ายโทรคมนาคม รวมทั้งการ ขายอุปกรณ์ และให้บริการปรึกษาเกี่ยวกับโทรคมนาคม การให้บริการด้านโสตทัศนศึกษา เช่น บริการ ถ่ายทำภาพยนตร์และวีดิทัศน์ และการบริการผลิตรายการวิทยุและ โทรทัศน์ และบริการ โทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน อันได้แก่ โทรศัพท์ โทรเลข โทรพิมพ์ และ โทรสาร

ค) สาขาบริการด้านการก่อสร้างและบริการด้านวิศวกรรมที่ เกี่ยวเนื่องกับการก่อสร้าง (Construction and Engineering Services)

ง) สาขาบริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution Services) เฉพาะบริการในการเป็นตัวแทนหรือนายหน้าในการจัดจำหน่ายสินค้าให้กับผู้อื่น (Commission Agents Services)

จ) สาขาบริการด้านการศึกษา (Educational Services) ได้แก่ การ ให้บริการในด้านการศึกษาในโรงเรียน ทั้งใน โรงเรียนนานาชาติและ โรงเรียนไทย (ไม่รวมการศึกษา ผู้ใหญ่ และบริการการศึกษาอื่น ๆ) อาชีวศึกษา การศึกษาวิชาและหลักสูตรระยะสั้นต่าง ๆ

ฉ) สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services) เช่น การให้บริการให้คำปรึกษาด้านสิ่งแวดล้อม การป้องกันสิ่งแวดล้อม บริการกำจัดสิ่งปฏิกูล การรักษา สุขอนามัยและอื่น ๆ

ช) สาขาบริการด้านการเงิน (Financial Services) ซึ่งรวมถึงการ ประกอบธุรกิจธนาคาร บริษัทการเงิน บริษัทเครดิตฟองซิเออร์ บริษัทหลักทรัพย์ และบริษัท ประกันภัย ทั้งการประกันชีวิตและการประกันวินาศภัยต่าง ๆ

ซ) สาขาบริการด้านการท่องเที่ยว และการเดินทางที่เกี่ยวข้อง กับการท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services)

ฌ) สาขาบริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรมและการกีฬา (Recreational Cultural and Sporting Services)

ญ) สาขาบริการด้านการขนส่ง (Transport Services) ได้แก่ บริการขนส่งทางทะเล บริการขนส่งทางอากาศ บริการขนส่งทางรถไฟ บริการขนส่งทางบก ทั้งขนส่งสินค้าและผู้โดยสาร และบริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

การเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ ดังกล่าว อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่หนึ่งเป็นการผูกพันเปิดเสรีให้คนชาติของประเทศสมาชิกขายบริการให้กับคนไทย โดยผู้ขายอยู่ในประเทศของตน ซึ่งทำได้โดยส่งบริการข้ามพรมแดนของประเทศผู้ขายมาให้ผู้ซื้อในประเทศไทย หรือให้คนไทยเข้าไปซื้อและใช้บริการในประเทศผู้ขายโดยตรง ซึ่งในกรณีหลังประเทศไทยได้ผูกพันไว้ว่าจะไม่ห้ามคนไทยเข้าไปซื้อและใช้บริการเกือบทุกสาขาในประเทศผู้ขาย แต่สำหรับบริการบางสาขา ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะให้คนไทยซื้อบริการข้ามพรมแดนจากผู้ขาย

สำหรับข้อผูกพันส่วนที่สอง คือ การผูกพันว่าจะเปิดเสรีให้คนชาติประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกเข้ามาลงทุนเป็นเจ้าของเพื่อประกอบธุรกิจ (Business) ประเภทต่าง ๆ ในประเทศไทยประการหนึ่ง กับการเปิดเสรีให้ต่างชาติเข้ามาทำงานในอาชีพ (Occupation) ต่าง ๆ ในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวอีกประการหนึ่ง

การเปิดเสรีให้ต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจประเภทต่าง ๆ ประเทศไทยได้เสนอผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น โดยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไข ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นหรือการลงทุนของคนต่างชาติ และจำนวนคนต่างชาติที่ถือหุ้นหรือลงทุนในหน่วยธุรกิจดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขว่าสำหรับการบริการในสาขากิจกรรมต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น ยกเว้นในบางสาขาและบางกิจกรรม ซึ่ง ได้แก่ สาขาบริการด้าน โทรคมนาคมบางกิจกรรม บริการด้านการเงินที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการธนาคาร บริษัทการเงินและเครดิตฟองซิเออร์ และการประกันชีวิตและการประกันวินาศภัย บริการด้านขนส่งทางทะเล โดยเฉพาะการจัดตั้งหน่วยธุรกิจเป็นนิติบุคคลเพื่อขนส่งผู้โดยสารหรือสินค้าหรือให้บริการพ่วงหรือลากจูงโดยใช้เรือภายใต้ธงไทย ประเทศไทยยอมให้คนชาติของประเทศอื่นที่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกเข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจเพื่อขายบริการในประเทศไทยในสาขาต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นได้ แต่ทั้งนี้จะต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขดังต่อไปนี้ คือ หน่วยธุรกิจดังกล่าวจะต้องจัดตั้งขึ้นโดยจดทะเบียนในประเทศไทย และจัดตั้งขึ้นในรูปของบริษัทจำกัด นอกจากนี้ยังจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขอีก 2 ข้อ ดังต่อไปนี้ คือ

1) หุ้นในบริษัทดังกล่าวที่เป็นของคนต่างชาติรวมกันแล้วจะต้องไม่เกินร้อยละ 40 ของทุนจดทะเบียน และ

2) จำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวที่เป็นคนต่างชาติจะต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทดังกล่าว

ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 อันเป็นกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภท

แต่สำหรับการให้บริการขนส่งทางถนนในส่วนที่เกี่ยวกับการขนส่งสินค้า แข่งขัน สินค้าที่เป็นของเหลว และก๊าซ และขนส่งสินค้าที่บรรจุตู้คอนเทนเนอร์ การให้บริการเช่ารถบรรทุกผู้โดยสาร รถบัส และรถโค้ช และการประกอบธุรกิจสำนักงานตัวแทนและบริการการท่องเที่ยว บริษัทที่ประกอบธุรกิจดังกล่าว นอกจากจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว ยังต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขเพิ่มอีกหนึ่งข้อ คือ คณะกรรมการบริหารของบริษัทดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยกรรมการที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งด้วย

สำหรับบริการบางสาขาและบางกิจกรรมในสาขาบริการด้านโทรคมนาคมและบริการด้านการเงินที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการธนาคาร บริษัทการเงิน และเครดิตฟองซิเออร์ และธุรกิจประกันชีวิตและการประกันวินาศภัย บริการด้านการขนส่งทางทะเล โดยเฉพาะการจัดตั้งธุรกิจเป็นนิติบุคคลเพื่อขนส่งผู้โดยสารหรือสินค้าหรือให้บริการพ่วงหรือลากจูงโดยใช้เรือภายใต้ธงไทย มีเงื่อนไขในการเปิดเสรีแตกต่างออกไป โดยคนต่างชาติที่จะประกอบธุรกิจดังกล่าวจะต้องร่วมทุนกับคนไทยเช่นกัน แต่ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 สำหรับธุรกิจธนาคาร บริษัทเงินทุน บริษัทเครดิตฟองซิเออร์ บริษัทประกันวินาศภัยและประกันชีวิต แต่หลังปิดการเจรจาอุปถัมภ์ ประเทศไทยได้มีข้อผูกพันเปิดเสรีเพิ่มเติมด้านการเงินและโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ซึ่งมีการยินยอมให้คนต่างชาติเข้ามาถือหุ้นในธุรกิจการธนาคารและบริษัทเงินทุนได้มากกว่าร้อยละ 25 ในขณะที่ธุรกิจที่เกี่ยวกับโทรคมนาคมบางกิจกรรมให้ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 40 แต่ในกรณีของโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานให้ต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 20 ส่วนด้านการขนส่งทางทะเล ประเทศไทยไม่ผูกพันกรณีที่จะขอจัดตั้งหน่วยธุรกิจเป็นนิติบุคคลเพื่อขนส่งผู้โดยสารหรือสินค้าหรือให้บริการพ่วงหรือลากจูงโดยใช้เรือภายใต้ธงไทย ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และกฎระเบียบเฉพาะสำหรับบริการเหล่านี้

ข. ข้อผูกพันเปิดเสรีในรูป Presence of Natural Persons

ในการทำข้อผูกพันเปิดเสรีด้านการเข้าสู่ตลาด นอกจากการเปิดเสรีในรูป Commercial Presence แล้ว ประเทศไทยยังผูกพันเปิดเสรีในรูป Presence of Natural Persons คือ ยอมให้บุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติอื่นเข้ามาทำงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่เกี่ยวกับการบริการในสาขาบริการด้านต่าง ๆ เป็นการชั่วคราวได้ แต่จะเปิดเสรีให้เฉพาะในกรณีดังต่อไปนี้

ก) บุคคลธรรมดาที่เข้ามาพำนักในประเทศไทยเป็นเวลานาน

90 วัน เพื่อเข้าร่วมการประชุมหรือติดต่อธุรกิจ หรือทำสัญญาซื้อขายบริการ หรือตรวจเยี่ยมสถานประกอบการ หรือเพื่อกิจกรรมอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน

ข) ผู้เชี่ยวชาญหรือนุคคลในระดับบริหารหรือผู้จัดการของบริษัทต่างชาติที่โอนย้ายมารับตำแหน่งดังกล่าวในประเทศไทย ถ้าหากบุคคลดังกล่าวเป็นลูกจ้างของบริษัทดังกล่าวซึ่งอยู่นอกประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี ก่อนถึงวันที่บุคคลยื่นขออนุญาตเข้าประเทศไทย และได้ผ่านการพิจารณาถึงความจำเป็นทางด้านการจัดการ ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงแรงงานได้ระบุไว้จนเป็นที่น่าพอใจ โดยที่การเข้ามาทำงานเป็นการชั่วคราวในกรณีนี้จะมีระยะเวลาจำกัดไม่เกิน 1 ปี แต่อาจขอขยายเวลาอยู่ต่อได้อีก 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 1 ปี

(3) ข้อผูกพันของประเทศไทยในการเปิดเสรีด้านการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

นอกจากข้อผูกพันในเรื่องการเข้าสู่ตลาดหรือการเปิดตลาด (Market Access) ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ประเทศไทยยังเสนอผูกพันในเรื่องการปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกเช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนไทยตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) สำหรับบริการในสาขาและกิจกรรมต่าง ๆ ที่ประเทศไทยได้เสนอเปิดตลาด แต่การเสนอผูกพันในเรื่องดังกล่าวเมื่อพิจารณาตามรูปแบบการให้บริการ (Mode of Supply) ส่วนใหญ่ประเทศไทยเสนอผูกพันจะให้ National Treatment โดยไม่มีข้อจำกัดสำหรับการให้บริการในรูปของ Consumption Abroad และ Presence of Natural Persons ในขณะที่การให้บริการในรูป Cross-border Supply สำหรับบริการบางประเภท ประเทศไทยระบุไว้ในตารางข้อผูกพันว่า Unbound นั่นคือ ประเทศไทยไม่ผูกพันว่าจะต้องให้การปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการของประเทศอื่น ๆ เหมือนกับที่ให้การปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนไทย ส่วนการให้บริการในรูป Commercial Presence ซึ่งคนต่างชาติเข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจเพื่อขายบริการในประเทศ ประเทศไทยได้เสนอผูกพันว่าจะให้การปฏิบัติต่อบริการและต่อบริษัทดังกล่าวของคนต่างชาติ เช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อบริการและบริษัทที่ขายบริการในทำนองเดียวกันของไทย ครอบคลุมที่บริษัทดังกล่าวมีคนต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 ยกเว้นบริการบางสาขาและบางกิจกรรม โดยเฉพาะธุรกิจธนาคาร และกิจการประกันภัยบางประเภท ประเทศไทยจะให้ National Treatment ก็ต่อเมื่อบริษัทที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวมีคนต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 25 และธุรกิจโทรคมนาคมบางประเภท ประเทศไทยจะให้ National Treatment ต่อเมื่อบริษัทที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวมีคนต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 40 เป็นต้น

(4) การผูกพันเปิดเสรีเพิ่มเติม (Additional Commitments)

ข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการเกือบทุกสาขาของเกือบทุกประเทศ ผูกพันเปิดเสรีเฉพาะเรื่องการเข้าสู่ตลาด (Market Access) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เท่านั้น แต่สำหรับสาขาบริการด้านการขนส่งทางทะเลและโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานประเทศต่าง ๆ เห็นพ้องกันให้มีการทำข้อผูกพันเพิ่มเติม ซึ่งการผูกพันกรณีดังกล่าวไม่มีการเสนอผูกพันตามรูปแบบการให้บริการ (Mode of Supply) แต่อย่างใด และประเทศไทยได้ผูกพันไว้ว่าสำหรับบริการด้านการขนส่งทางทะเลรัฐบาลจะให้ผู้ใช้บริการขนส่งทางทะเลใช้บริการท่าเรือซึ่งรัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจจัดให้ ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่สมเหตุสมผลและโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด ส่วนกรณีบริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ประเทศไทยได้ทำข้อผูกพันเพิ่มเติมเช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ว่าจะปฏิบัติตามหลักเกี่ยวกับตรากฎหมาย/กฎระเบียบควบคุมการให้บริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน (Regulatory Principles) ซึ่งระบุไว้ในเอกสารอ้างอิง (Reference Paper) ตามที่กลุ่มเจรจาโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานได้ตกลงกันไว้ เช่น จะตรากฎหมายแยกอำนาจหน่วยงานที่เป็นผู้วางกฎระเบียบเกี่ยวกับการให้บริการ โทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน (Regulatory Body) ออกจากหน่วยงานซึ่งเป็นผู้ให้บริการโดยตรง (Services Supplier) ออกกฎหมายปกป้องผู้ประกอบการธุรกิจโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานให้สามารถแข่งขันกับผู้ใช้บริการด้วยกันด้วยความเป็นธรรม (Competitive Safeguards) ออกกฎระเบียบให้ผู้ใช้บริการสามารถเชื่อมโยงเข้ากับเครือข่ายสาธารณะ เพื่อให้ผู้ใช้บริการของตนติดต่อสื่อสารกันได้ (Interconnection) ฯลฯ

(5) การปฏิบัติตามข้อผูกพันภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)

ในการเสนอผูกพันการเข้าสู่ตลาดบริการสาขาต่าง ๆ ของประเทศไทยตามที่กล่าวมาข้างต้น รวมทั้งการผูกพันในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันดังกล่าวบนหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ซึ่งถือเป็นพันธกรณี (Obligation) อย่างหนึ่งที่สมาชิกทุกประเทศจะต้องปฏิบัติตามด้วย นั่นคือการเปิดเสรีการค้าบริการให้กับประเทศสมาชิกใดสมาชิกหนึ่ง ซึ่งแม้จะมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขตามที่กล่าวมาข้างต้น ก็ต้องปฏิบัติต่อประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศในทำนองเดียวกัน ยกเว้นบริการในบางสาขาที่ได้มีการขอยกเว้นไว้ เช่น บริการในสาขาที่ประเทศไทยมีข้อตกลงกับประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศทั้งสอง จะให้การปฏิบัติต่อคนชาติหรือบริษัทของกันและกันเสมือนคนชาติหรือบริษัทในประเทศของตน ซึ่งในกรณีดังกล่าว ประเทศไทยได้ขอยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามหลัก MFN เป็นการชั่วคราวไม่เกิน

10 ปี โดยคณะมนตรีสำหรับการค้าบริการจะมีการทบทวนถึงความจำเป็นของการขอยกเว้นจากหลัก MFN ดังกล่าวภายใน 5 ปี ซึ่งประเทศไทยอาจจะต้องกลับมาปฏิบัติตามหลัก MFN ก่อนครบกำหนดเวลาที่ขอยกเว้นไว้ก็ได้

(6) ระยะเวลาในการปฏิบัติตามข้อผูกพัน

ยกเว้นบริการบางสาขาที่ได้มีการเจรจาต่อ ในภายหลังการสรุปปิดการเจรจารอบอุรุกวัยและการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (สาขาบริการด้านการเงิน และ โทรคมนาคมขั้นพื้นฐานที่มีการผูกพันเปิดเสรีเพิ่มเติม) ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ ที่ได้เสนอผูกพันไว้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 ซึ่งมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลกขึ้น ส่วนสาขาบริการด้านการเงินที่ผูกพันเพิ่มเติมจะเริ่มผูกพันตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2542 เป็นต้นไป และบริการทุกสาขาที่กล่าวมาข้างต้นจะผูกพันไปจนกว่าจะได้มีการเจรจาจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ กันใหม่ ซึ่งองค์การการค้าโลกจะต้องจัดให้มีขึ้นภายใน 5 ปี นับแต่วันที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลบังคับ และได้ตกลงจะจัดให้มีขึ้นในปี ค.ศ. 2000 (พ.ศ. 2543) และผูกพันต่อไปจนกว่าการเจรจาจะเสร็จสิ้น และประเทศคู่เจรจาสามารถตกลงกันได้ กับได้มีการลงนามให้สัตยาบันในความตกลงครบถ้วนเงื่อนไขและเงื่อนไขที่จะให้ตารางข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการที่ได้มีการเจรจาตกลงกันใหม่และมีผลผูกพันประเทศสมาชิกต่อไป

สำหรับสาขาบริการด้านโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ประเทศไทยจะปฏิบัติตามข้อผูกพันที่ได้ทำไว้ตามที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันของไทยในปี ค.ศ. 2006 (พ.ศ. 2549) ซึ่งเป็นการผูกพัน โดยมีเงื่อนไข แต่อาจมีการปฏิบัติตามข้อผูกพันเปิดเสรีให้เร็วขึ้นหากมีการแก้ไขปรับปรุงข้อผูกพันใหม่

(7) ความครอบคลุมและขีดขั้นในการเปิดเสรีการค้าบริการ

การเจรจาจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการ ทั้งข้อผูกพันในด้านการเข้าสู่ตลาดหรือการเปิดตลาด (Market Access) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามบทบัญญัติของข้อตกลง GATS ให้เป็นไปตามหลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization) โดยในระยะแรก ๆ อาจเปิดเสรีโดยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ได้ แต่เมื่อได้มีการเสนอผูกพันแล้วโดยหลักการจะทยอยหลังกลับมาสร้างข้อจำกัดหรือเงื่อนไขเพิ่มเติมไม่ได้ มีแต่จะต้องเปิดเสรีมากขึ้นตามลำดับ โดยในการเจรจาเปิดเสรีรอบต่อ ๆ ไป ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกรวมทั้งประเทศไทยจะต้องเสนอเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ ให้มีความครอบคลุมและมีขีดขั้นในการเปิดเสรีบริการด้านต่าง ๆ มากขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ลดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการเปิดเสรีการค้าบริการ

ด้านต่าง ๆ ให้น้อยลง ดังต่อไปนี้

ก. สาขาบริการและกิจกรรมที่ยังไม่ได้เสนอผูกพันว่าจะเปิดตลาดหรือให้ National Treatment ในการเจรจาต่อไป ประเทศไทยอาจถูกเรียกร้องให้เสนอผูกพันว่าจะเปิดตลาด และให้ National Treatment ด้วย ซึ่งอาจทำได้ 2 กรณี คือ

ก) เสนอผูกพันเปิดตลาดและให้ National Treatment โดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไข เช่น สาขาบริการและกิจกรรมที่ปัจจุบันยังไม่ได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันหรือปรากฏไว้ในตารางแต่ระบุว่า Unbound อาจต้องปรับข้อเสนอนี้ใหม่ให้เป็น None ซึ่งหมายความว่าประเทศไทยจะผูกพันในเรื่องดังกล่าวโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไข (Full Commitments)

ข) เสนอผูกพันเปิดตลาดและให้ National Treatment โดยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไข (Commitments with Limitations)

ข. สาขาบริการและกิจกรรมใดที่ได้มีการเสนอผูกพันว่าจะเปิดตลาดหรือให้ National Treatment แต่โดยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขไว้ ก็อาจต้องปรับข้อเสนผูกพันใหม่ โดย

ก) ยกเลิกข้อจำกัดหรือเงื่อนไขนั้น เช่น ผูกพันว่าจะให้คนต่างชาติมาประกอบธุรกิจบริการสาขาต่าง ๆ ในประเทศไทยได้ แต่จะต้องจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดโดยต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และจำนวนผู้ถือหุ้นต้องไม่มากกว่าคนไทย ก็อาจปรับข้อผูกพันเป็นจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัด โดยไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับสัดส่วนการถือหุ้นและจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างชาติ

ข) ลดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขลง เช่น ให้ต่างชาติถือหุ้นในบริษัทที่ประกอบธุรกิจบริการต่าง ๆ ได้มากกว่าร้อยละ 49 หรือมากกว่าร้อยละ 50 หรือระบุลงไปให้แน่ชัดว่าต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 60 เป็นต้น โดยไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนบริษัทที่จะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจบริการนั้น ๆ หรืออาจจะระบุว่า ถ้าต่างชาติให้ประกอบธุรกิจได้โดยไม่จำกัดจำนวนบริษัท แต่ถ้าถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 49 จะอนุญาตให้ได้ไม่เกินกี่บริษัท เป็นต้น

(8) การขอยกเว้นการปฏิบัติตามข้อผูกพัน

การเสนอผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่าง ๆ ของประเทศไทย ทั้งการผูกพันในเรื่องการเข้าสู่ตลาด (Market Access) และการปฏิบัติตามหลัก National Treatment อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการของไทย ข้อตกลง GATS จึงมีบทบัญญัติให้ประเทศสมาชิกสามารถขอลดหรือแก้ไขข้อผูกพันที่ได้ทำไปแล้วได้ แต่จะกระทำได้อีกก็ต้องรอไปก่อนจนกว่าข้อผูกพันดังกล่าวมีผลใช้บังคับไปแล้ว 3 ปี และจะแก้ไขหรือถอนข้อผูกพันได้ก็ต่อเมื่อได้ผ่านการเจรจาดตกลงกับประเทศสมาชิกที่จะต้องสูญเสียผลประโยชน์จากการที่ประเทศไทยจะขอแก้ไขหรือ

ถอนข้อผูกพันที่ได้ทำไว้ ซึ่งประเทศไทยอาจจะต้องให้สิ่งตอบแทนแก่ประเทศที่จะต้องสูญเสียประโยชน์ดังกล่าวเป็นการชดเชย ดังนั้น การที่จะหาทางเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันที่ได้ทำไว้แล้ว จึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจกระทำได้ง่าย

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยอาจไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันที่ได้ทำไว้ได้ ถ้าหากมีข้อตกลงเกี่ยวกับการใช้มาตรการปกป้องในกรณีฉุกเฉินจำเป็น (Emergency Safeguard Measures) ซึ่งประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกกำลังมีการเจรจาจัดทำวินัยพหุภาคี (Multilateral Disciplines) เกี่ยวกับการใช้มาตรการนี้อยู่ โดยมีการจัดตั้งคณะทำงานว่าด้วยกฎของ GATS (Working Party on GATS Rules) ให้รับผิดชอบเกี่ยวกับการเจรจาจัดทำข้อตกลงดังกล่าว

2.2 ประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ในความเป็นจริงแล้วผู้คนในแต่ละประเทศได้มีการเดินทางข้ามประเทศติดต่อระหว่างกันมาเป็นเวลาช้านานแล้ว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์แล้วอาจเป็นการเดินทางติดต่อกันเพื่อการเจริญสัมพันธไมตรีหรือเพื่อการค้าขายระหว่างกัน หรือโดยถูกบังคับในฐานะเชลยศึกหรือผู้แพ้สงคราม ประเทศไทยมีคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาเจริญสัมพันธไมตรีหรือค้าขาย โดยพิจารณาจากประวัติศาสตร์สมัยสุโขทัย สมัยกรุงศรีอยุธยา ตลอดจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์จนถึงปัจจุบัน ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.2.1 ความเป็นมาในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ความเป็นมาในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยตั้งแต่สมัยสุโขทัยจนกระทั่งถึงปัจจุบัน มีดังต่อไปนี้

2.2.1.1 สมัยสุโขทัย

วิวัฒนาการของคนต่างด้าวในสมัยสุโขทัยเริ่มจากเมื่อมีชนต่างชาติเข้ามาในดินแดน ฐานะของคนต่างด้าวในประเทศไทยเกิดขึ้นก่อนที่ประเทศไทยจะมีการตั้งหลักแหล่งเป็นอาณาจักรถาวรในดินแดนสุวรรณภูมิแห่งนี้เสียอีก ประเทศไทยมีประวัติความเป็นมาสืบเนื่องมาเป็นเวลานาน โดยได้เคยตั้งอาณาจักรที่เข้มแข็งอาณาจักรหนึ่งซึ่งมีชื่อว่า “น่านเจ้า” เมื่อราวปี พ.ศ. 1300 และได้ครองความเป็นอิสระอยู่จนเข้าสู่ชุมชนเผ่ามองโกลเข้าปกครองประเทศจีน ประเทศไทยได้ถอยมาตั้งอาณาจักรในดินแดนสุวรรณภูมิ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 1781 พ่อขุนศรีอินทราทิตย์จึงได้

สถาปนาราชอาณาจักรไทยขึ้นที่เมืองสุโขทัย ฐานะของคนต่างเผ่าหรือคนต่างด้าวในสมัยโบราณจนถึงสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานีนี้เป็นไปตามข้อสันนิษฐานจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ ในสมัยโบราณความไม่สะดวกในการคมนาคมขนส่ง การเจริญสัมพันธไมตรีระหว่างรัฐจึงยังไม่แพร่หลาย แม้จะเป็นการติดต่อระหว่างคนต่างเผ่าก็เป็นไปในลักษณะที่มีความแตกต่างระหว่างเผ่าพันธุ์ไม่มากนัก ความคล้ายคลึงกันทั้งในด้านภาษาและวัฒนธรรมย่อมก่อให้เกิดความเข้าใจอันดีต่อกัน ในยามปกติชนต่างกลุ่มหรือต่างเผ่าก็จะไปมาหาสู่กัน โดยอิสระเสรี มีการช่วยเหลือเกื้อกูลกันตามอัธยาศัย จะมีการทำสงครามกันก็เพื่อแย่งชิงความเป็นผู้นำของกลุ่ม ดังนั้น ปัญหาเรื่องฐานะของคนต่างด้าวจึงเป็นปัญหาทางการเมืองมากกว่าเป็นปัญหาทางกฎหมาย และส่วนใหญ่ก็เป็นปัญหาในทางปฏิบัติ¹

ตามประวัติศาสตร์ของไทยโบราณได้มีการติดต่อกับแคว้นต่าง ๆ ซึ่งมีอาณาเขตใกล้เคียงกัน มีสัมพันธไมตรีต่อกัน การเจริญสัมพันธไมตรีกับประเทศที่อยู่ห่างไกลออกไปตามหลักฐานในประวัติศาสตร์กล่าวว่า ได้เริ่มในสมัยพ่อขุนรามคำแหงมหาราช โดยการเริ่มต้นของพระเจ้าอโศกองค์แห่งราชวงศ์จิ้น ได้ส่งทูตมาทำหนังสือสัญญาทางไมตรีที่สุโขทัยในปี พ.ศ. 1825 และพ่อขุนรามคำแหงมหาราชก็ได้เสด็จไปยังประเทศจีนถึง 2 ครั้ง และได้นำช่างฝีมือทำถ้วยชามจากประเทศจีนมายังสุโขทัยอีกด้วย นอกจากความสัมพันธ์กับประเทศจีนในทางเศรษฐกิจแล้วยังได้มีความสัมพันธ์กับประเทศลังกาในทางศาสนาอีกด้วย แม้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างสุโขทัยในทางเศรษฐกิจกับประเทศจีนและในทางศาสนากับประเทศลังกาจะได้เริ่มต้นในสมัยนี้ แต่ความยากลำบากในการคมนาคมตลอดจนภัยอันตรายต่าง ๆ จากการเดินทางระหว่างดินแดนที่ห่างไกล จำนวนของคนต่างด้าวจึงมีจำนวนน้อย การติดต่อจึงมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกแห่งแคว้นแดนที่มีอาณาเขตติดต่อกัน ซึ่งมีความคล้ายคลึงกันด้านวัฒนธรรมเผ่าพันธุ์ ทำให้ปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวไม่สู้จะมีมากนัก²

ในบรรดาข้อความแห่งศิลาจารึกซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายว่าด้วยการให้ความคุ้มครองราษฎรนี้ไม่มีข้อความที่แสดงให้เห็นว่ามีการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าวแต่อย่างใด หากจะพิสูจน์ว่าในสมัยสุโขทัยยังไม่มีความคิดในเรื่องนี้ก็ไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น เพราะความคิดในสมัยโบราณที่ถือว่าคนต่างด้าวเป็นศัตรูและไม่มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองนั้นเกือบจะเป็นความรู้สึกร่วมตามธรรมชาติของมนุษย์ที่เดียว แต่ด้วยความเจริญทางการปกครองและศีลธรรมระดับสูงสุดในสมัยนี้อาจเป็นผลให้แนวความคิดในเรื่องการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวจะได้รับการพัฒนา

¹ สุจินต์ ชัยมังคลานนท์. (2517). "สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย". วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 290-291.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 292.

สู่ระดับสูงอันเป็นผลให้ความคุ้มครองที่ให้ไว้ นั้นไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะพลเมืองที่เป็นชาวสุโขทัยเท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมถึงราษฎรทั่วไปของดินแดนแคว้นอื่น ๆ ในสุโขทัยด้วย ข้อสันนิษฐานนี้มีรากฐานมาจากการแปลความแห่งข้อความในศิลาจารึกนี้เอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อความในศิลาจารึกด้านที่ 1 บรรทัดที่ 28 ถึง 30 ที่มีแนวโน้มแสดงให้เห็นถึงการอนุเคราะห์แก่คนต่างด้าวที่ได้มา สวามิภักดิ์ต่อสุโขทัย และบรรทัดที่ 18 ถึง 21 ที่เป็นเรื่องที่แสดงความคุ้มครองในทางการค้าแก่คนต่างด้าวที่ทำการค้าขายในสุโขทัย

2.2.1.2 สมัยกรุงศรีอยุธยา

วิวัฒนาการของคนต่างด้าวในยุคต้นกรุงศรีอยุธยาได้พัฒนาต่อเนื่องมาจากสมัยสุโขทัย ซึ่งแต่เดิมไทยได้ติดต่ออยู่กับเขมร มีสัมพันธไมตรีในด้านการค้าและวัฒนธรรม เช่นเดียวกับประเทศในภาคพื้นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับจีน อินเดีย และลังกา ซึ่งคงดำเนินด้วยดีตลอดมา ความคล้ายคลึงกันในด้านเชื้อชาติ ขนบธรรมเนียมประเพณีประกอบกับการติดต่อสัมพันธ์อันที่มิตรทำให้ชนชาติเหล่านี้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่ต่างไปจากคนไทยทั้งในด้านสังคมและทางกฎหมาย เมื่อคนต่างด้าวประเภทนี้สามารถปรับตัวให้มีความเป็นอยู่อย่างคนไทยแล้ว ปัญหาของคนต่างด้าวประเภทนี้จึงมีไม่มากนัก ส่วนคนต่างด้าวที่เป็นชนชาติยุโรปตะวันตกซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากคนไทยทั้งในด้านรูปร่างลักษณะของภาษาและวัฒนธรรม การทำความเข้าใจกันจึงเป็นไปอย่างยากลำบาก จึงเป็นการยากที่จะให้ความไว้วางใจถึงกับให้สิทธิเท่าเทียมในทำนองที่ให้แก่คนผิวพรรณเดียวกัน ชนชาวยุโรปจึงได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากคนไทย คนต่างด้าวในสมัยกรุงศรีอยุธยานี้จึงไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันทุกชาติ นอกจากความแตกต่างด้านการเลือกปฏิบัติระหว่างชนชาติเอเชียและชนชาติยุโรปดังกล่าวแล้ว ในระหว่างชนชาติยุโรปด้วยกันก็ยังได้รับสิทธิไม่เท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิตามสนธิสัญญา ทั้งนี้ เนื่องจากความแตกต่างในด้านการเมืองและข้อเรียกร้องของชาติที่เกี่ยวข้องและด้วยความแตกต่างในด้านการเมืองและข้อเรียกร้องของชาติที่เกี่ยวข้องเองในการเลือกให้สนธิสัญญาแก่คนต่างด้าวเพื่อการรักษาไว้ซึ่งดุลแห่งอำนาจที่มีอิทธิพลต่าง ๆ ที่อยู่ในประเทศไทย เป็นการดำรงไว้ซึ่งความเป็นเอกราชของชาติ ชนชาติต่าง ๆ ที่เข้ามาสมัยกรุงศรีอยุธยา ได้แก่ โปรตุเกส ฮอลันดา อังกฤษ ฝรั่งเศส ฯลฯ³

นอกจากนี้ หากพิจารณาในส่วนของกฎหมายกับคนต่างด้าวนั้น จะเห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว ซึ่งในสมัยนั้นกฎหมายที่ใช้ก็จะ เป็นกฎหมายตราสามดวง แม้ว่าจะได้บัญญัติไว้้อย่างกระจัดกระจายแทรกตามกฎหมายลักษณะต่าง ๆ กฎหมายหลาย

³ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 305.

มาตรา ก็เป็นเรื่องที่กล่าวถึงฐานะตามกฎหมายของคนต่างด้าวโดยเฉพาะ ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 5 กรณีใหญ่ ๆ คือ การให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าว การควบคุมการเข้าเมืองและการค้าระหว่างประเทศ การใช้กฎหมายจารีตประเพณี การห้ามหญิงไทยสมรสกับคนต่างด้าว และการควบคุมตรวจตราคนต่างด้าวเพื่อความปลอดภัยของรัฐ

2.2.1.3 สมัยกรุงรัตนโกสินทร์

วิวัฒนาการของคนต่างด้าวในประเทศไทยในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เริ่มจากช่วงของกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น นับจากเสียกรุงศรีอยุธยาให้แก่พม่าในปี พ.ศ. 2310 ในแผ่นดินของพระเจ้ากรุงธนบุรีและสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก มีภาระในกิจการภายในของบ้านเมืองทั้งทางด้าน การสู้รบกับพม่า การก่อตั้งราชธานีใหม่ ประกอบกับประเทศตะวันตกกำลังทำสงครามนโปเลียนจึงไม่สู้ปรากฏความสัมพันธ์กับประเทศตะวันตก ต่อมาในปี พ.ศ. 2361 ในสมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย (รัชกาลที่ 2) ทูตของโปรตุเกสได้เข้ามาขอทำการค้าขายโดยขอให้ได้รับความสะดวกดังแต่ก่อน⁴ ซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการค้าขายในเมืองไทย ในระยะเวลาไล่เลี่ยกันนโยบายจักรวรรดินิยมของอังกฤษได้เริ่มขยายอำนาจมาทางเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยการเข้ายึดครองประเทศอินเดียและมาลาญในปี พ.ศ. 2365 ข้าหลวงใหญ่อังกฤษที่สิงคโปร์ได้แต่งตั้ง จอห์น ครอเฟิร์ด เป็นทูตเข้ามาเจริญพระราชไมตรีเพื่อเจรจาขอแก้ไขการจัดเก็บภาษีและการค้าขายสินค้าที่รัฐบาลผูกขาดอยู่ แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ เพราะพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัยยังไม่ทรงเห็นความจำเป็น ประกอบกับท่าทีที่คุกคามประเทศไทยของครอเฟิร์ดทำให้ประเทศไทยไม่กล้าตกลงทำสัญญาด้วย อีกทั้งประเทศไทยยังมีความหวั่นเกรงความยุ่งยากในอิทธิพลของคนต่างด้าว โดยเฉพาะชาวอังกฤษเป็นชาติที่เป็นอันตรายในการที่จะทำการคบค้าสมาคมด้วย เพราะนอกจากจะเป็นชนชาติที่มีความสามารถสูงแล้วยังเป็นชนชาติที่มีความทะเยอทะยานสูงที่สุดในบรรดาชนชาติที่มาติดต่อกับชาติตะวันออก

ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 3) ในช่วงแรกก็ยังไม่มึนนโยบายที่จะติดต่อสัมพันธ์กับชาติตะวันตก แต่ต่อมาเกิดความจำเป็นที่ต้องทำสัญญาพาณิชย์กับอังกฤษและอเมริกาเพื่อรักษาความสงบสุขต่อท่าที่คุกคามของมหาอำนาจตะวันตก และในปี พ.ศ. 2394 พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 4) ได้เสด็จขึ้นเถลิงถวัลย์ราชสมบัติ และได้มีพระราชโองบายเปิดการติดต่อสัมพันธ์กับชาวตะวันตกอย่างกว้างขวางยิ่งกว่าสมัยใด ๆ ในอดีต ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวนโยบายความสัมพันธ์กับต่างประเทศและได้ปฏิรูปตามแบบอย่างนานอารยประเทศ จึงนับว่าเป็นความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญซึ่งแตกต่างจากเดิมที่เป็นอยู่

⁴ ดิเรก ชัยนาม. (2510). *ไทยกับสงครามโลกครั้งที่สอง*. พระนคร: แพร่พิทยา. หน้า 427.

นับแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ในรัชสมัยนี้เองรัฐบาลอังกฤษได้ส่งเซอร์จอห์น บาวริงมาเจริญสัมพันธไมตรีทางการทูต และขอทำสนธิสัญญาใหม่กับไทย ซึ่งผลของการทำสนธิสัญญาดังกล่าวถือเป็นการเริ่มต้นระบบสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในประเทศไทย ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่เป็นแบบอย่างแก่การทำสนธิสัญญากับประเทศยุโรปตะวันตก และประเทศญี่ปุ่นก็เป็นประเทศเอเชียประเทศเดียวที่มีสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในประเทศไทย ซึ่งผลจากการทำสัญญาดังกล่าวทำให้ฐานะของคนต่างด้าวในประเทศไทยได้รับการคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา ทำให้ฐานะของคนต่างด้าวในช่วงรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงมากนัก ซึ่งการเปลี่ยนแปลงฐานะดังกล่าวของคนต่างด้าวได้เกิดขึ้นเมื่อไทยสามารถเจรจาทำสนธิสัญญาเสมอภาคกับนานาประเทศได้เป็นผลสำเร็จ อันเป็นผลให้ประเทศไทยมีอำนาจอธิปไตย สามารถกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวให้สอดคล้องกับหลักปฏิบัติและจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้⁵

จะเห็นได้ว่าบทบาทการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวในระยะ แรก ๆ นั้น ส่วนใหญ่จะยังไม่มียุทธศาสตร์มากนัก เพราะรัฐบาลไทยเป็นผู้ผูกขาดทางการค้า แต่ภายหลังจากที่ประเทศไทยมีแผนพัฒนาเศรษฐกิจเป็นต้นมา คนต่างด้าวได้เข้ามามียุทธศาสตร์ด้านการลงทุนเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยในสมัยที่เริ่มมีการพัฒนายังคงอยู่ในสภาพที่ขาดแคลนทั้งทุนและเทคโนโลยี และทรัพยากรมนุษย์ที่จะสนองต่อแผนพัฒนาเศรษฐกิจดังกล่าว จึงจำเป็นที่จะต้องพึ่งปัจจัยเหล่านี้จากต่างประเทศ โดยรัฐบาลได้ออกมาตรการจูงใจต่าง ๆ เพื่อให้ต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มขึ้นทั้งในรูปแบบของการถือหุ้นและบริษัทลงทุนข้ามชาติ ทำให้คนต่างด้าวเข้ามามียุทธศาสตร์ด้านการผลิตการค้าและการลงทุนภายในประเทศเพิ่มมากขึ้นนั่นเอง

2.2.2 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการควบคุมกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ประเทศไทยเริ่มมีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นการทั่วไปฉบับแรกเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 โดยจอมพลถนอม กิตติขจร ในฐานะหัวหน้าคณะปฏิวัติในขณะนั้น ได้ออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เพื่อสงวนธุรกิจบางประเภทไว้สำหรับคนไทย โดยมีเหตุผลที่สำคัญ คือ เพื่อรักษาอุตสาหกรรมการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อ

⁵ สุจินต์ ชัยมงคลานนท์. *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 1*. หน้า 319 – 334.

ประเทศชาติโดยรวม⁶

เหตุการณ์ที่นำไปสู่การออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 นั้น คือ กระแสความรู้สึกชาตินิยมที่รุนแรงในช่วงปี พ.ศ. 2515 เพราะการปล่อยเสรีการลงทุนของชาวต่างชาติในช่วงเวลาก่อนหน้านั้น ได้ก่อให้เกิดการเข้ามาของคนญี่ปุ่นในประเทศไทยอย่างมาก โดยการแสดงปฏิภริยาครั้งแรกของคนไทย คือ การจัดสัปดาห์ต่อต้านสินค้าญี่ปุ่น ซึ่งจัดโดยสหพันธ์นิสิตนักศึกษาแห่งประเทศไทยในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และมีการเดินขบวนบ่อยครั้ง หน้าห้างสรรพสินค้าของญี่ปุ่น คือ “ไคมารู” ความรู้สึกที่ว่าประเทศไทยจำเป็นต้องเพิ่มความเข้มแข็งในการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวได้เริ่มก่อตัวขึ้น ได้มีรัฐมนตรีบางคน (พจน์ สารสิน) ในรัฐบาลสมัยนั้นได้แสดงความเห็นว่า “วันหนึ่ง เราอาจตื่นขึ้นมาและพบว่าชาวญี่ปุ่นกำลังควบคุมอุตสาหกรรมนี้ หรืออุตสาหกรรมนั้นอยู่” นอกจากนั้น ยังได้มีการตีพิมพ์บทความในนิตยสารชื่อ “สังคมศาสตร์ปริทัศน์” เกี่ยวกับการปรากฏตัวของญี่ปุ่นในประเทศไทยว่า “ถ้าเอารถญี่ปุ่นทั้งหมดออกไป ถนนทุกสายในประเทศไทยคงจะว่างเปล่า ถ้าหากวิทยุ โทรทัศน์ เครื่องใช้อิเล็กทรอนิกส์ และเครื่องใช้ไฟฟ้าของญี่ปุ่นทั้งหมดหายไปจากครัวเรือนไทยในทันทีแล้ว บ้านเรือนทั้งหลายก็จะเงียบเหงาดังป่าช้า ถ้าเราถึงเสื้อผ้าของญี่ปุ่นออกไปจากประชาชนชาวไทยแล้ว คนไทยก็คงจะเปลือยกันหมด คนไทยนี้ช่างตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของญี่ปุ่นโดยสิ้นเชิงเสียนี้กระไร”⁷

สาระสำคัญของประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ คือ การกำหนดประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถกระทำได้และไม่ได้ เป็นบัญชี ก. บัญชี ข. และบัญชี ค. โดยห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ก. หรือบัญชี ข. ท้ายประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ เว้นแต่จะจะมีพระราชกฤษฎีกาอนุญาต พระราชกฤษฎีกาอาจกำหนดเงื่อนไขไว้ประการใดก็ได้ และห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. ท้ายประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบัญชี ค. ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา (ข้อ 4. ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281) โดยคนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะประกอบธุรกิจประเภทใดที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. ท้ายประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ ให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตต่ออธิบดี และในกรณีที่

⁶ เหตุผลของคำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 คือ “ในปัจจุบันได้มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากและทวีขึ้นเป็นลำดับ ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถทั้งในด้านวิชาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่าง ๆ ได้มากขึ้น สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม...”

⁷ โยะชิฮะระ คุนิโอะ แปลโดยสุภัฏญา นิรังกร. (2541). *ชาติและการเติบโตทางเศรษฐกิจ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 101.

เห็นสมควรให้ออกใบอนุญาต อธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในกฎกระทรวงที่จะให้ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้ก็ได้ (ข้อ 5 และ ข้อ 8 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281) ดังนี้

- 1) อัตราส่วนเงินทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- 2) เงินที่ผู้รับใบอนุญาตจะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- 3) อัตราส่วนเงินทุนของคนไทยกับคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- 4) อัตราส่วนของจำนวนกรรมการคนไทยกับคนต่างด้าว หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจที่ได้รับอนุญาตซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร

ต่อมากระทรวงพาณิชย์ได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2516) ลงวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2516⁸ กำหนดเงื่อนไขที่จะกำหนดไว้ในใบอนุญาตให้ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังนี้

- 1) เงินกู้ทั้งสิ้นที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตต้องไม่เกิน 7 เท่าของส่วนเงินทุนส่วนที่เป็นของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือเจ้าของกิจการ แล้วแต่กรณี
- 2) เงินที่จะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตต้องไม่น้อยกว่าเงินทุนที่ผู้รับใบอนุญาตแจ้งว่าจะนำมาลงทุนในราชอาณาจักรภายในเวลาที่กำหนดไว้ตามโครงการการประกอบธุรกิจที่ขอรับใบอนุญาต แต่ทั้งนี้ต้องนำเข้ามาไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท ภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต
- 3) เมื่อครบกำหนดเวลาที่ระบุไว้ในข้อ (ก) (ข) หรือ (ค) เงินทุนของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือเจ้าของกิจการ แล้วแต่กรณี ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ส่วนที่เป็นของคนไทยต้องไม่น้อยกว่าส่วนที่เป็นของคนต่างด้าว
 - (1) 10 ปี นับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชี ก. หมวด 1 (1) (2) (3) หมวด 3 (1) และหมวด 4 (1)

⁸ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 90 ตอนที่ 59 วันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2516 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ “เพื่อควบคุมเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต เงินที่จะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตและเงินทุนของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือเจ้าของกิจการที่ใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต และกำหนดจำนวนกรรมการคนไทยและคนต่างด้าว รวมทั้งภูมิลำเนาของผู้รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจ จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้”.

- (2) 15 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ใน บัญชี ค. หมวด 2 (1) (2) (3) (4) (5) และ (6)
- (3) 20 ปี นับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. หมวด 2 (7) และ (8)

4) จำนวนกรรมการคนไทยและคนต่างด้าว ต้องเป็นไปตามอัตราส่วนเงินทุนของคนไทยและคนต่างด้าว

5) ผู้รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจที่ได้รับอนุญาตต้องภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไม่น้อยกว่า 1 คน

แต่ทั้งนี้ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ก็ได้ยกเว้นกรณีที่คนต่างด้าวได้รับการส่งเสริมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ให้ประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. คนต่างด้าวผู้นั้นไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ แต่ให้ผู้ที่ได้รับการส่งเสริมนั้นแจ้งต่ออธิบดีภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับบัตรส่งเสริม เมื่อได้รับแจ้งและอธิบดีได้ออกหนังสือรับรองให้เป็นหลักฐานแล้วจึงให้ผู้นั้นประกอบกิจการนั้นได้

หลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ได้กำหนดคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้อย่างเข้มงวด เพื่อกำหนดบุคคลที่จะต้องถูกควบคุมการประกอบกิจการตามที่ได้ระบุไว้ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ดังนี้

“ข้อ 3 คนต่างด้าว หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้หมายความรวมถึง

- (1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าว
- (2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดก็ตาม
- (3) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 ข้อ 3 ได้กำหนดคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ว่า นอกจากจะหมายถึง “บุคคลธรรมดา” (Natural Person) และ “นิติบุคคล” (Juristic Person

หรือ Juridical Person) ที่จดทะเบียนในต่างประเทศแล้ว ยังหมายถึง “นิติบุคคล” ซึ่งทุนตั้งแต่ร้อยละ 50 ของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว ซึ่งกินความหมายรวมถึง “นิติบุคคล” ที่มีการถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ⁹ หรือ “นิติบุคคล” ที่มีจำนวนผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกตั้งแต่ร้อยละ 50 ของนิติบุคคลนั้น หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าวด้วย และเพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ เป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่ จะต้องมีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

นอกจากนั้น ยังห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาต หรือคนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลตาม ข้อ 3 เข้าเป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทอื่นใดเกิน 1 ใน 3 ของจำนวนหุ้นของบริษัท หรือเกิน 1 ใน 3 ของห้างหุ้นส่วนนั้น หรือซื้อกิจการนั้น ๆ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี ในการอนุญาตนั้น อธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ (ข้อ 9 ของประกาศคณะกรรมการปฏิวัติ ฉบับที่ 281) หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 30,000 บาท ถึง 500,000 บาท และให้ศาลสั่งเลิกการเป็นหุ้นส่วน หรือเป็นผู้ถือหุ้น หรือสั่งเลิกกิจการที่คนต่างด้าวซื้อไว้แล้วเสีย (ข้อ 26 ทวิ ของประกาศคณะกรรมการปฏิวัติ ฉบับที่ 281) และห้ามมิให้มีการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) โดยผู้มีสัญชาติไทยผู้ใดถือหุ้นในฐานะเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนที่เป็นนิติบุคคลหรือบริษัทจำกัด เพื่อให้นิติบุคคลหรือบริษัทจำกัด เพื่อให้นิติบุคคลนั้นประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนประกาศของคณะกรรมการปฏิวัติฉบับนี้ หรือคนต่างด้าวซึ่งให้ผู้มีสัญชาติไทยกระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 30,000 บาท ถึง 500,000 บาท และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจนั้นเสีย (ข้อ 29 ของประกาศคณะกรรมการปฏิวัติ ฉบับที่ 281) ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า โทษของการฝ่าฝืนนั้นมีเพียงโทษปรับ และให้ศาลมีคำสั่งเลิกการถือหุ้นหรือเลิกกิจการนั้นเท่านั้น แต่ไม่มีโทษจำคุกด้วย ซึ่งเป็นโทษ

⁹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตีความคำว่า “คนต่างด้าว” ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ถือหุ้นโดยนิติบุคคลต่างด้าว ตามประกาศคณะกรรมการปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ในข้อ 3 ว่า การพิจารณาเรื่อง “ทุน” หรือ “จำนวนหุ้น” ของคนต่างด้าวตามข้อ 3 จะต้องพิจารณาจาก “ทุน” ของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงลงไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้ามาร่วมลงทุนในบริษัทนั้นด้วย โดยพิจารณาลงไปถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในแต่ละนิติบุคคล แล้วนำมาคิดรวมในอัตราเป็นสัดส่วนกัน เพราะทุนของคนต่างด้าวดังกล่าวข้อมติว่านำมาร่วมลงทุนในบริษัทแม่ และเป็นส่วนหนึ่งของทุนของบริษัทแม่นั้นเอง การพิจารณาความหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยพิจารณาเฉพาะทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทแม่โดยตรงเท่านั้นย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมาย มีการอำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น หรือมีการแอบแฝงเพื่อเข้ามาใช้สิทธิประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดอันมีผลทำให้บริษัทที่มีทุนของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงตั้งแต่ถึงหนึ่งสามารถเข้ามาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดไว้ในประกาศของคณะกรรมการปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ ได้ โดยอาศัยสิทธิในนามของนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย อันเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของประกาศของคณะกรรมการปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น (เลขเสร็จที่ 335/2535).

ที่ไม่ร้ายแรงนัก

สิ่งที่ยื่นขึ้นอีกประการหนึ่งที่ว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้เกิดการครอบงำเศรษฐกิจโดยทุนต่างชาติ นั้นถูกระบุอยู่ในข้อ 30 ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ดังกล่าว คือ ได้กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้อยู่แล้วในวันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้ก็ต่อเมื่อได้รับหนังสือรับรองจากอธิบดี ซึ่งต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข คือ หากเป็นธุรกิจตามบัญชี ก. จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้อีก 2 ปี นับแต่วันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ หากเป็นธุรกิจตามบัญชี ข. และ ค. จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้โดยไม่มีกำหนดเวลา แต่ห้ามมิให้ผู้รับหนังสือรับรองเพิ่มปริมาณการผลิตหรือการจำหน่ายของธุรกิจนั้นในรอบปีบัญชีต่อ ๆ ไป เกินกว่าร้อยละ 30 ของปริมาณการผลิตหรือการจำหน่ายของธุรกิจนั้นตามที่ปรากฏในหลักฐานทางบัญชีในรอบปีบัญชี พ.ศ. 2515 หรือตั้งสาขาของธุรกิจนั้นเพิ่มขึ้นจากที่ปรากฏหลักฐานในวันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี และการจะขอหนังสือรับรองได้นั้น จะต้องได้ประกอบธุรกิจนั้นมาโดยมีรายได้ติดต่อกันตามปกติวิสัยของธุรกิจนั้นเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี หรือเป็นระยะเวลาไม่ถึง 1 ปี แต่อธิบดีเห็นว่าได้ประกอบธุรกิจนั้นมาเป็นหลักฐานเพียงพอแล้ว

แต่ในทางปฏิบัติ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 กลับไม่ได้ส่งผลกระทบต่อบริษัทต่างชาติรุนแรงมากนัก เนื่องจากกฎหมายไม่ได้ถูกบังคับใช้อย่างจริงจัง บริษัทการค้าญี่ปุ่นมักใช้วิธีตั้งบริษัทร่วมทุนเพื่อเข้าดำเนินกิจการแทน โดยถือหุ้นร้อยละ 49 ด้วยตัวเอง และกระจายหุ้นส่วนที่เหลือให้แก่ลูกจ้างคนไทยของบริษัท และแก่บริษัทมหาชนจำกัดของไทย หรือบริษัทไทยที่บริษัทการค้าญี่ปุ่นได้สร้างสัมพันธไมตรีเอาไว้ การทำเช่นนี้ทำให้ฝ่ายญี่ปุ่นยังคงมีการควบคุมกิจการที่ร่วมทุนนั้นอย่างได้ผล และมีเสรีภาพในการดำเนินกิจการเสมือนหนึ่งเป็นบริษัทญี่ปุ่นโดยแท้จริง¹⁰ ซึ่งส่วนหนึ่งมาจากบทกำหนดโทษของการฝ่าฝืนกฎหมายที่มีเพียงโทษปรับเท่านั้น บริษัทต่างชาติจึงไม่เกรงกลัว และผลของการไม่บังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง ทำให้เกิดการถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ และการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) อย่างกว้างขวาง จนกระทั่งต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ในปี 2535 ในสมัยของนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี เพื่อแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ข้อ 3 (1) ดังนี้

ข้อ 3 (1) “นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติ

¹⁰ โยะชิฮาระ คุนิโอะ แปลโดยสุกัญญา นิธังกร. อังแล้ว เจริญรอกที่ 7. หน้า 102.

บุคคลนั้น”

เหตุผลในการแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ที่กำหนดให้ “คนต่างด้าว” หมายความรวมถึง นิติบุคคลที่มีทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาทุนของนิติบุคคลว่าจะรวมถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกด้วยหรือไม่ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการพิจารณาความหมายของบทบัญญัติดังกล่าว จึงได้แก้ไขคำนิยามดังกล่าวให้ชัดเจนว่า การพิจารณาทุนของนิติบุคคลนั้น จะไม่รวมถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย

เหตุผลของการแก้ไขคำนิยามเพื่อให้การถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ นั้น เป็นการกระทำที่ถูกต้องกฎหมาย น่าจะเป็นเพราะรัฐบาลในขณะนั้นยึดถือนโยบายใช้การลงทุนจากต่างประเทศเพื่อสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และหากรัฐบาลยังคงบังคับใช้กฎหมายเดิมอยู่ ก็จะทำให้เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศไทยในขณะนั้นอยู่ในภาวะระส่ำระสาย นอกจากนั้น รัฐบาลจะต้องมีต้นทุนหรือเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจตรา (Monitor) ผู้กระทำความผิดในจำนวนที่สูงมาก เพราะมีการถือหุ้นทางอ้อมกันอย่างกว้างขวาง ซึ่งเป็นเหตุผลในทางอาชญาวิทยาประการหนึ่ง โดยมีแนวคิดที่ว่า เมื่อรัฐไม่สามารถปราบปรามการกระทำความผิดใด ๆ ได้ ก็ทำให้การกระทำนั้นถูกต้องตามกฎหมายเสีย

ต่อมาในปี พ.ศ. 2540 ประเทศไทยต้องเผชิญกับวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่เรียกว่า “วิกฤตการณ์ต้มยำกุ้ง” รัฐบาลในขณะนั้นมีนายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรีได้ตัดสินใจขอความช่วยเหลือทางการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศหรือ IMF เพื่อนำมาใช้ฟื้นฟูเศรษฐกิจ โดยเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2540 รัฐบาลได้ทำ “บันทึกแนวทางการดำเนินนโยบายเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจไทย (Memorandum on Economic Policy – MEP)” กับกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ที่กำหนดให้ประเทศไทยต้องปรับปรุงโครงสร้างทางเศรษฐกิจตามที่กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) กำหนด (Structural Adjustment Program: SAP)

รัฐบาลไทยได้มีหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent: LOT) ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2540 ส่งถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) เพื่อยืนยันว่ารัฐบาลชุดใหม่ภายใต้การนำของนายกรัฐมนตรี ชวน หลีกภัย ได้ให้คำมั่นว่าจะปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้ระบุไว้ในบันทึกแนวทางการดำเนินนโยบายเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจไทย (Memorandum on Economic Policy – MEP) ที่ตกลงกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ไว้ และต่อมารัฐบาลไทยได้ทำหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent: LOT) ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 25 สิงหาคม พ.ศ. 2541 เพื่อยืนยันกับ

กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ว่ารัฐบาลไทยมีความมุ่งมั่นในการเปิดประเทศต่อไป ซึ่งในหนังสือแสดงเจตจำนง ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 25 สิงหาคม พ.ศ. 2541 ส่วนหนึ่งระบุว่า “ทางการมีความมุ่งมั่นในการเปิดประเทศต่อไป เนื่องจากที่ผ่านมาเศรษฐกิจหลายภาคไม่ได้เปิดสำหรับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ทำให้จำกัดการเคลื่อนย้ายเงินทุนและบุคลากรที่เชี่ยวชาญจากต่างประเทศ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวทางการกำลังดำเนินการแก้ไขประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้เป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เปิดกว้างและทันสมัยกว่าเดิม โดยพิจารณาถึงดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ และความละเอียดอ่อนของปัญหาภายในประเทศ นอกจากนี้ ทางการกำลังเริ่มโครงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในสาขาสาธารณูปโภค ซึ่งกระบวนการแปรรูปรัฐวิสาหกิจดังกล่าวจะทำให้เกิดรายได้ที่จะใช้ในการดูแลผู้ใช้แรงงาน และลดหนี้ภาครัฐ”¹¹

ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติและนำเสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวต่อสภาผู้แทนราษฎร เพื่อพิจารณาเป็นการด่วน โดยอ้างเหตุผลว่า เนื่องจากเป็นร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องดำเนินการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยเร่งด่วน¹² ซึ่งรัฐบาลโดยรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ในขณะนั้น คือ นายไพฑูรย์ แก้วทอง ได้มีการแถลงหลักการและเหตุผลต่อสภาผู้แทนราษฎรโดยให้เหตุผลประกอบการนำเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวอย่างชัดเจนว่าเป็นการแก้ไขสิ่งที่เป็อุปสรรคต่อการลงทุนจากต่างประเทศ ได้แก่ การแก้ไขธุรกิจสงวนที่กำหนดไว้ในบัญชี ก. และบัญชี ข. ท้ายประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เนื่องจากเป็นธุรกิจต้องห้ามเด็ดขาด โดยคนต่างด้าวไม่สามารถขออนุญาตได้ ซึ่งธุรกิจสงวนบางประเภทได้หมดความจำเป็นหรือไม่มีผลที่จะต้องสงวนไว้แล้ว และได้แก้ไขข้อกำหนดบางประการของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ที่เป็นอุปสรรคต่อการขยายการลงทุนของต่างชาติที่ประกอบธุรกิจอยู่ในประเทศไทย ได้แก่ ข้อห้ามของคนต่างด้าวซื้อกิจการหรือถือหุ้นเกิน 1 ใน 3 ของธุรกิจอื่น หรือข้อห้ามเพิ่มปริมาณการผลิต หรือจำหน่ายเกินกว่าที่กำหนด รวมทั้งข้อห้ามในการขยายสาขาด้วย นอกจากนี้ การเปิดให้ต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในการแข่งขันในประเทศไทยนั้น ย่อมจะทำให้การผลิตสินค้าและการให้บริการ

¹¹ ฉบับแปลภาษาไทยจากเว็บไซต์ของธนาคารแห่งประเทศไทย เข้าถึงได้จาก www.bot.or.th.

¹² ตามหนังสือที่ นร.0204/13205 ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2541 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว นอกจากนั้น ยังได้มีผู้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นเป็นอีกร่างหนึ่ง คือ นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคประชาธิปัตย์ ตามหนังสือลงวันที่ 10 กันยายน 2541 เรื่องร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกัน.

ของภาคธุรกิจมีประสิทธิภาพสูงขึ้นและราคาถูกลง แม้ในระยะแรกผู้ประกอบการไทยจะได้รับผลกระทบจากการที่มีต่างชาติเข้ามาแข่งขันแย่งชิงตลาด แต่จะเป็นการกระตุ้นให้ผู้ประกอบการไทยได้ปรับปรุงประสิทธิภาพการผลิตของตนให้สามารถแข่งขันกับต่างชาติได้ในระยะยาว และเป็นการเตรียมพร้อมรับการเปิดเสรีทางการค้าของโลกตามข้อตกลงต่าง ๆ ที่ได้ทำไว้ รวมทั้งที่อยู่ในระหว่างการเจรจาด้วย¹³

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 จึงได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2543 เป็นต้นมา โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับปัจจุบันจึงได้เปลี่ยนบทบาทและความสำคัญไป จากเดิมที่เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ที่ต้องการรักษาดุลอำนาจทางเศรษฐกิจของประเทศโดยการควบคุมไม่ให้เกิดการลงทุนจากต่างประเทศส่งผลเสียต่อความมั่นคงและอธิปไตยของชาติไปเป็นกฎหมายที่เน้นการเปิดประเทศมากขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์เพื่อสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจจากผลประโยชน์ที่ประเทศจะได้รับจากการลงทุนจากต่างประเทศ ส่วนวัตถุประสงค์ของการรักษาดุลอำนาจทางเศรษฐกิจนั้นได้ถูกลดความสำคัญลงไป

¹³ จากรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 20 ปีที่ 2 ครั้งที่ 33 เล่ม 2 (สมัยนิติบัญญัติ) วันพฤหัสบดีที่ 15 ตุลาคม 2541 หน้าที่ 233-235 โดยศูนย์ข่าวและพิมพ์ดีด สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.