

บทที่ 3

พันธกรณีของไทยในการเปิดเสรีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย
ภายใต้ข้อตกลง GATS และการเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

1.พันธกรณีทั่วไปในการเปิดเสรีการค้าบริการตามข้อตกลง GATS

ตามข้อตกลง GATS แต่ละรัฐสมาชิกจะต้องทำการจัดทำตารางข้อผูกพันเฉพาะขึ้น ซึ่ง
จะถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง GATS ด้วย โดยตารางข้อผูกพันเฉพาะของแต่ละประเทศแบ่งเป็น
สองส่วน ส่วนแรก คือ ตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitments) ซึ่งใช้ครอบคลุมสาขา
ย่อยในสาขาบริการของรัฐสมาชิกนั้น และส่วนที่สอง คือ ตารางข้อผูกพันรายสาขา ซึ่งใช้
ครอบคลุมเฉพาะสาขาย่อย

ตารางทั้งสองแบบจะระบุถึง ข้อจำกัด (limitations) ของข้อผูกพันของแต่ละประเทศ
โดยแบ่งตามรูปแบบของการบริการ (Mode of Supply) ทั้ง 4 รูปแบบ คือ

1. Cross-Border Supply
2. Consumption Abroad
3. Commercial Presence
4. Presence of Natural Persons

ซึ่งการเจรจาจัดทำข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการในแต่ละรูปแบบนั้นจะจัดทำข้อ
ผูกพันตามภาค 3 ของ ข้อตกลง GATS คือ

- ก.ด้านการเข้าสู่ตลาดสาขาต่างๆ (Market Access)
- ข.ด้านการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)
- ค.ข้อผูกพันอื่นเพิ่มเติม (Additional Commitments) ถ้ามี¹

¹ สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี, "เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง การเจรจาการค้ารอบ
ใหม่: การเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO)", (กรุงเทพมหานคร กรม
เศรษฐกิจการพาณิชย์, 2542) อ้างใน มนตรี ยะรังษี "การเปิดเสรีการค้าบริการของไทยสาขาค้า
ปลีกภายใต้กฎเกณฑ์ของ WTO", (สารนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547),
น.7.

ประเทศไทยในฐานะสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งมีความผูกพันต้องเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการตามข้อตกลง GATS จึงได้เข้าเจรจาและเสนอข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่างๆตามรูปแบบการค้าบริการ โดยเปิดเสรีการค้าบริการทั้งในด้านการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก โดยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขบริการแต่ละสาขา แต่ละรูปแบบการให้บริการ ตามที่ข้อตกลง GATS ยินยอมให้ประเทศสมาชิกกระทำได้ในข้อ 20 ของข้อตกลง GATS บนหลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ

โดยข้อผูกพันที่กำหนดเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จะถูกระบุไว้โดยสอดคล้องกับรูปแบบการค้าบริการทั้ง 4 รูปแบบ โดยอาจจะระบุไว้สำหรับรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือทั้ง 4 รูปแบบก็ได้ ในทางกลับกัน ในแต่ละรูปแบบการค้าบริการอาจจะระบุแต่เพียงการเข้าสู่ตลาด หรือการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือทั้งสองอย่างก็ได้²

1.1 พันธกรณีด้านการเข้าสู่ตลาด

พันธกรณีด้านการเข้าสู่ตลาดแต่ละสาขาบริการที่บันทึกในตารางข้อผูกพันเฉพาะของแต่ละประเทศสมาชิกเป็นพันธกรณีทางกฎหมาย ดังนั้น จึงมีความสำคัญที่รายละเอียด (Description) ของแต่ละกิจกรรม/สาขาย่อยที่ใส่ในตารางข้อผูกพันจะต้องมีความชัดเจนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยทั่วไปแล้ว การจำแนกประเภท (Classification) ของสาขาบริการ/สาขาย่อย/กิจกรรม จะต้องอ้างอิงเอกสาร Services sectorial classification list และสอดคล้องกับ Central Product Classification (CPC) หากประเทศสมาชิกใดต้องการกำหนดค่านิยามของตนเองก็ควรสอดคล้องกับ CPC ดังกล่าว แต่หากเป็นไปได้ก็ควรให้นิยามในรายละเอียดเพื่อหลีกเลี่ยงความคลุมเครือของขอบเขตข้อผูกพัน³

² กมลินทร์ พินิจภูวดล, "การเปิดเสรีการค้าบริการสาธารณสุขภายใต้ WTO: ข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายและข้อผูกพันของประเทศไทย", วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 19,3 (กันยายน 2542), น.60.

³ สำนักเจรจาการค้าบริการ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, "ข้อผูกพันการเปิดตลาด," <http://www.dtn.moc.go.th/web/567/582/589/ข้อผูกพันการเปิดตลาด.doc?G_id=589&f_id=5296>

ตารางข้อผูกพันเฉพาะเป็นการบันทึกข้อผูกพัน (Commitment) การเปิดตลาดว่ามีเงื่อนไขต่อผู้ประกอบการต่างด้าวในการเข้ามาให้บริการหรือไม่อย่างไร และให้การปฏิบัติที่เทียมคนในชาติต้นหรือไม่ ซึ่งระดับการผูกพันตามตารางดังกล่าวนี้ เป็นการให้การปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานต่ำสุด (Minimum standard of treatment) และประเทศต่างๆ สามารถให้การปฏิบัติด้านการเข้าสู่ตลาด และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ในระดับที่สูงกว่าที่ผูกพันในตารางได้ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)⁴

1.1.1 ข้อผูกพันเปิดเสรีในรูป Commercial Presence

ประเทศไทยได้เสนอผูกพันเปิดเสรีการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการของไทย ให้แก่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก ตามรูปแบบ Commercial Presence คือ การให้คนต่างด้าวเข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจเพื่อผลิตบริการขายให้กับบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลในประเทศไทย โดยประเทศไทยผูกพันให้คนต่างด้าวเข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจในด้านต่างๆดังต่อไปนี้

1. สาขาบริการด้านธุรกิจ (Business services) แบ่งออกได้ดังนี้

1.1 บริการด้านวิชาชีพ (Professional services) ได้แก่⁵

- (a) บริการด้านกฎหมาย
- (b) บริการด้านการบัญชี และการสอบบัญชี
- (c) บริการด้านสถาปัตยกรรม
- (d) บริการด้านวิศวกรรม
- (e) บริการด้านการวางผังเมือง และภูมิสถาปัตยกรรม

1.2 บริการด้านคอมพิวเตอร์และที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ เช่น บริการด้านการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์ การเขียนโปรแกรม การประมวลผล การสร้างฐานข้อมูล การเช่าเครื่องคอมพิวเตอร์

⁴ พรประภา ชีวติโสภณ, "การเปิดเสรีการค้าบริการสาขาการท่องเที่ยวภายใต้กฎเกณฑ์ WTO กับประเทศไทย", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.61-62.

⁵ สุรัตน์ ศรีสุวรรณผไท, เอกสารวิชาการ เรื่อง "ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO)", (สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์, 2546), น.10.

1.3 บริการให้เช่า/เช่าซื้อ เครื่องมืออุปกรณ์ เครื่องจักรอุปกรณ์ต่างๆ เช่นเครื่องมือเครื่องจักรอุปกรณ์ทางการเกษตร การก่อสร้าง และที่ใช้ในสำนักงาน

1.4 บริการด้านธุรกิจอื่นๆ เช่น บริการโฆษณา การวิจัยตลาดและการสำรวจมติสาธารณะ บริการด้านการวิเคราะห์และทดสอบทางด้านเทคนิค บริการให้คำปรึกษาแนะนำวิเคราะห์วิจัยทางการเกษตร ประมง ป่าไม้

2.สาขาบริการด้านสื่อสารคมนาคม (Communication services) แบ่งออกได้ดังนี้⁶

2.1. การให้บริการโทรคมนาคม (Telecommunication services) เช่น การให้บริการทางด้านโทรคมนาคม รับส่งข้อมูลข่าวสารผ่านเครือข่ายโทรคมนาคม รวมทั้งการขายอุปกรณ์ และให้บริการปรึกษาเกี่ยวกับโทรคมนาคม

2.2. การให้บริการโสตทัศน (Audiovisual services) เช่น การให้บริการทางด้านการถ่ายทำภาพยนตร์และวีดิทัศน์ และบริการผลิตรายการวิทยุโทรทัศน์ และบริการโทรคมนาคมพื้นฐาน อันได้แก่โทรศัพท์ โทรเลข โทรพิมพ์ และโทรสาร

3.สาขาบริการด้านการก่อสร้างและบริการด้านวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (Construction and engineering services) มี 3 กิจกรรม คือ งานก่อสร้างอาคาร งานก่อสร้างสำหรับวิศวกรรมโยธา งานติดตั้ง ((Installation work)

4.สาขาบริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution services) เฉพาะบริการในการเป็นตัวแทนจำหน่าย

5.สาขาบริการด้านการศึกษา (Educational services) เช่น การให้บริการในโรงเรียนทั้งโรงเรียนนานาชาติและโรงเรียนไทย (ไม่รวมการศึกษาผู้ใหญ่ และบริการการศึกษาอื่นๆ) อาชีวศึกษา การศึกษาวิชาและหลักสูตรระยะสั้นต่างๆ

6.สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental services) เช่น การให้บริการปรึกษาด้านสิ่งแวดล้อม การป้องกันสิ่งแวดล้อม บริการกำจัดสิ่งปฏิกูล การรักษาสุขอนามัยและอื่นๆ

7.สาขาบริการด้านการเงิน (Financial services) ซึ่งรวมการประกอบธุรกิจการธนาคาร บริษัทการเงิน บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ บริษัทหลักทรัพย์ และบริษัทประกันภัย และการประกันวินาศภัยต่างๆ

⁶ สำนักเจรจาการค้าบริการ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, “กิจกรรมภายใต้สาขาบริการต่างๆที่ไทยได้ผูกพันการเปิดตลาดใน WTO”, <<http://www.dtn.moc.go.th>>

8. สาขาบริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการท่องเที่ยว (Tourism and travel related services) ได้แก่ บริการด้านโรงแรม การจัดเลี้ยง การประกอบภรณ์นำเที่ยว และการบริหารงานโรงแรม

9. สาขานันทนาการ วัฒนธรรม และการกีฬา (Recreational, Cultural and Sporting services) เช่น บริการด้านการกีฬา และบริการด้านสวนและชายหาดพักผ่อนหย่อนใจ

10. สาขาบริการด้านการขนส่ง (Transport services) แบ่งออกได้ดังนี้

10.1 บริการด้านขนส่งทางทะเล เช่น ขนส่งสินค้าและผู้โดยสาร (ยกเว้นการเดินทางเรือในประเทศ) บริการ Port Captain สำหรับเรือต่างประเทศ บริการตรวจสอบสภาพเรือโดยสถาบันตรวจเรือเพื่อ ออกหนังสือรับรอง เป็นต้น

10.2 บริการขนส่งทางอากาศ เช่น บริการบำรุงและซ่อมแซมอากาศยาน บริการขาย และการตลาด เป็นต้น

10.3 บริการขนส่งทางรถไฟ เช่น บริการบำรุงและซ่อมแซมอุปกรณ์การขนส่งทางรถไฟ บริการทำความสะอาดตู้รถไฟ เป็นต้น

10.4 บริการขนส่งทางบกและบริการอื่นๆที่เกี่ยวข้อง เช่น บริการให้เช่ารถโดยสารส่วนบุคคล (รวมคนขับ) บริการให้เช่ารถบัสและรถโค้ช (รวมคนขับ) บริการขนส่งสินค้าแช่แข็ง เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า การเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่างๆดังกล่าวข้างต้นนั้น อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน ดังนี้

ส่วนแรก เป็นการผูกพันเปิดเสรีให้คนชาติของประเทศสมาชิกขายบริการให้กับคนไทย โดยผู้ขายอยู่ในประเทศของตน ซึ่งทำได้โดยส่งบริการข้ามพรมแดนของประเทศผู้ขายมาให้ผู้ซื้อในประเทศไทย หรือให้คนไทยเข้าไปซื้อ และใช้บริการในประเทศผู้ขายโดยตรง ซึ่งในกรณีหลังประเทศไทยมีข้อผูกพันว่าจะไม่ห้ามคนไทยเข้าไปซื้อและใช้บริการเกือบทุกสาขาในประเทศผู้ขาย แต่สำหรับบริการบางสาขา ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะให้คนไทยซื้อบริการข้ามพรมแดนจากประเทศผู้ขาย

สำหรับข้อผูกพันในส่วนที่สองนั้น คือ การผูกพันว่าจะเปิดเสรีให้คนชาติของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก ได้เข้ามาลงทุนเพื่อประกอบธุรกิจ (Business) ประเภทต่างๆ ในประเทศไทยประการหนึ่ง กับการเปิดเสรีให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในอาชีพ (Occupation) ต่างๆ ในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวอีกประการหนึ่ง⁷

⁷ สุรัตน์ ศรีสุวรรณไพฑูริ, อ้างแล้ว เติงอรรถที่ 5, น. 11.

การเปิดเสรีให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจประเภทต่างๆ ประเทศไทยเสนอผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่างๆดังกล่าวข้างต้น โดยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไข ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการจำกัดสัดส่วนจำนวนหุ้นที่คนต่างด้าวเป็นผู้ถือ และจำนวนคนต่างด้าวที่ถือหุ้นในหน่วยธุรกิจดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขว่าสำหรับบริการสาขาและกิจกรรมต่างๆที่กล่าวมาข้างต้น ยกเว้นบางสาขาและบางกิจกรรม ซึ่งได้แก่สาขาบริการด้านโทรคมนาคมบางกิจกรรม บริการด้านการเงินที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจการธนาคาร บริษัทการเงิน และเครดิตฟองซิเอร์ และการประกันชีวิตกับการประกันวินาศภัย บริการด้านการขนส่งทางทะเลโดยเฉพาะการจัดตั้งหน่วยธุรกิจเป็นนิติบุคคลเพื่อขนส่งผู้โดยสาร หรือสินค้าหรือให้บริการพ่วงหรือลากจูงโดยใช้เรือภายใต้ธงไทย ประเทศไทยยอมให้คนชาติของประเทศอื่นที่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก เข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจเพื่อขายบริการในประเทศไทย ในสาขาต่างๆที่กล่าวมาแล้วได้ แต่ทั้งนี้จะต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขดังต่อไปนี้ คือ หน่วยธุรกิจดังกล่าวจะต้องจัดตั้งขึ้นโดยจดทะเบียนในประเทศและจัดตั้งขึ้นในรูปของบริษัทจำกัด นอกจากนี้ยังต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขอีกสองข้อคือ

1.หุ้นในบริษัทดังกล่าวที่เป็นของคนต่างด้าวรวมกันจะต้องไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และ

2.จำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวที่เป็นคนต่างด้าวจะต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวทั้งหมด

ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตาม ปว.281 อันเป็นกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจทุกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทยในขณะนั้น ที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทั้งอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หัตถกรรม เกษตรกรรม และบริการ และเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่มีการกำหนดคำนิยาม คำว่า “คนต่างด้าว” ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติกำหนดข้อจำกัดและเงื่อนไขในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยแตกต่างจากที่ใช้กับคนไทยหรือนิติบุคคลไทย ซึ่งสำหรับปัจจุบันนี้ก็มีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ออกมาใช้บังคับแทน ปว.281

สำหรับบริการบางสาขาและบางกิจกรรม เช่น ในสาขาบริการด้านการเงินที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจการธนาคาร บริษัทการเงิน และเครดิตฟองซิเอร์ และธุรกิจประกันชีวิต และการประกันวินาศภัย มีเงื่อนไขในการเปิดเสรีแตกต่างออกไป โดยคนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจดังกล่าวได้จะต้องร่วมทุนกับคนไทยเช่นกัน แต่ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียนสำหรับธุรกิจธนาคาร บริษัทเงินทุน บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ บริษัทประกันวินาศภัยและประกันชีวิต แต่หลังจากปิดการเจรจาอบอูรกวัย ไทยได้มีการผูกพันเปิดเสรีเพิ่มเติมด้านการเงินและ

ไตรมาสแรกขึ้นพื้นฐาน ซึ่งมีการยอมให้คนต่างด้าวเข้ามาถือหุ้นในธุรกิจการธนาคารและบริษัทเงินทุนได้มากกว่า ร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน ในขณะที่ธุรกิจที่เกี่ยวกับด้านไตรมาสแรกบางกิจกรรมให้ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 40 แต่ในกรณีของไตรมาสแรกขึ้นพื้นฐานให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 20 ส่วนด้านการขนส่งทางทะเล ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะขอจัดตั้งหน่วยธุรกิจเป็นนิติบุคคลเพื่อขนส่งผู้โดยสารหรือสินค้าหรือให้บริการพ่วงหรือลากจูงโดยใช้เรือภายในไทย ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย และกฎระเบียบเฉพาะสำหรับบริการเหล่านั้น⁸

1.1.2 ข้อผูกพันเปิดเสรีในรูป Presence of Natural Persons

ประเทศไทยมีข้อผูกพันในการเปิดเสรี ในรูปของ Presence of Natural Persons ซึ่งหมายถึง การที่ประเทศไทยยอมให้บุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติอื่นเข้ามาทำงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่เกี่ยวกับบริการในสาขาบริการด้านต่างๆ เป็นการชั่วคราวได้เกือบทุกอาชีพ แต่ยกเว้นงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าห้ามไม่ให้คนต่างด้าวทำ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ผูกพันการเข้ามาให้บริการของต่างชาติ ซึ่งหมายถึง ประเทศไทยยังสงวนสิทธิในการออกกฎระเบียบใดๆ ที่มีเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาดเข้มงวดหรือเพิ่มขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันได้⁹

ซึ่งข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดของบุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวในการเข้ามาทำงานในอาชีพหรือวิชาชีพในประเทศไทยนั้น ตามตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) ประเทศไทยยอมให้บุคคลเฉพาะ 2 กลุ่มนี้สามารถเข้ามาทำงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่เกี่ยวกับบริการในสาขาบริการด้านต่างๆ ได้ คือ¹⁰

1. บุคคลธรรมดาชาวต่างชาติ ที่เป็น Business visitor ที่เข้ามาเพื่อเข้าร่วมในการประชุมทางธุรกิจหรือทำสัญญาทางธุรกิจ หรือเข้ามาทำสัญญาซื้อขายบริการ หรือเพื่อเยี่ยมชมเยื้องการทางธุรกิจ หรือกิจกรรมอื่นๆ ในทำนองที่คล้ายคลึงกับกิจกรรมที่กล่าวมานี้ ให้พำนักในประเทศไทยได้ 90 วัน

⁸ สุรัตน์ ศรีสุวรรณไพฑูรย์, อ้างแล้ว เจริญพรที่ 5, น.12-13.

⁹ สำนักเจรจาการค้าบริการ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, “สาระสำคัญของ GATS และการเจรจาการค้าบริการภายใต้ WTO”, <<http://www.dtn.moc.go.th>>

¹⁰ ดู Thailand-Schedule of Specific Commitment ในส่วน Horizontal Commitment ในภาคผนวก ข. ประกอบ

2.บุคคลธรรมดาชาวต่างชาติที่เป็น ระดับผู้บริหาร หรือเป็นผู้เชี่ยวชาญ ที่เข้ามาในประเทศไทยโดยการโอนย้ายพนักงานภายในบริษัท สามารถพำนักในประเทศไทยได้เป็นการชั่วคราว มีกำหนดเวลาไม่เกิน 1 ปี ซึ่งสามารถขยายได้ไม่เกิน 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 1 ปี

อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ประเทศไทยได้ยื่นข้อเสนอเบื้องต้นใหม่ (Conditional initial offer) ซึ่งมีการแก้ไขในเรื่องการเข้าสู่ตลาด สำหรับการเปิดเสรีในรูปแบบของ Presence of Natural Persons ในส่วนของตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) โดยมีการแก้ไขเรื่องของการขยายระยะเวลาให้บุคคลธรรมดาต่างชาติสามารถขอขยายระยะเวลาพำนักในประเทศไทยได้ไม่เกิน 3 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 1 ปี

นอกจากนี้ข้อเสนอเบื้องต้นยังได้อนุญาตให้ลูกจ้างของนิติบุคคลในต่างประเทศ ซึ่งทำสัญญาเกี่ยวกับการค้าบริการกับนิติบุคคลที่อยู่ในประเทศไทย (Contractual service supplier) เข้ามาทำงานโดยมีเงื่อนไข คือ สามารถเข้ามาพำนักได้ชั่วคราวในระยะเวลาไม่เกิน 3 เดือน หรือตามระยะเวลาที่สัญญากำหนดไว้แต่น้อยกว่า 3 เดือน และลูกจ้างของนิติบุคคลดังกล่าวต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญใน 9 สาขาบริการ¹¹ ดังต่อไปนี้ คือ

- Constancy services related to the installation of computer hardware
- Software implementation services
- Data processing services (excluding those provided over public telecommunications network)
- Data base services (excluding those provided over public telecommunications network)
- Other computer services: Software training services for staff of clients
- General management consulting services
- Engineering services (except civil engineer)
- Hotel lodging services
- Restaurant Services

¹¹ พรประชา ชีวิตโสภณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น.63.

1.2 พันธกรณีด้านการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)

นอกจากข้อผูกพันในด้านการเข้าสู่ตลาด หรือการเปิดตลาด (Market Access) ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นนั้น ประเทศไทยยังเสนอข้อผูกพันในเรื่องการให้การปฏิบัติต่อบริการ หรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกเช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนไทยตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) สำหรับบริการสาขา และกิจกรรมต่างๆที่ประเทศไทยได้เสนอเปิดตลาด แต่การเสนอผูกพันในเรื่องดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยไม่มีข้อจำกัดที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับคนชาติของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก สำหรับการให้บริการในรูปแบบของ Cross-border supply (รูปแบบที่ 1) และ Consumption abroad (รูปแบบที่ 2) เนื่องจากในตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) นั้น ประเทศไทยไม่ได้มีการระบุข้อความใดๆไว้ในตารางข้อผูกพันทั่วไปดังกล่าว

สำหรับการให้บริการในรูปแบบของ Commercial Presence (รูปแบบที่ 3) ซึ่งคนต่างด้าวเข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจเพื่อขายบริการในประเทศไทย ในส่วนของตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) ประเทศไทยได้เสนอที่จะผูกพันว่าจะให้การปฏิบัติต่อบริการของบริษัทต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยเช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อบริษัทที่ขายบริการของประเทศไทย ตราบใดที่บริษัทดังกล่าวมีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49¹² ยกเว้นบริการบางสาขา และบางกิจกรรมโดยเฉพาะธุรกิจการธนาคาร และกิจการประกันภัยบางประเภท ประเทศไทยจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ก็ต่อเมื่อบริษัทที่ประกอบธุรกิจดังกล่าว มีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน และธุรกิจโทรคมนาคมบางประเภท ประเทศไทยจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ต่อเมื่อบริษัทที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวมีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 40 ของทุนจดทะเบียน

ส่วนการให้บริการในรูปแบบของ Presence of natural person (รูปแบบที่ 4) ในส่วนของตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) ประเทศไทยระบุว่า Unbound¹³ ซึ่ง

¹² ดู Thailand-Schedule of Specific Commitment ในส่วน Horizontal Commitment ในภาคผนวก ข. ประกอบ

¹³ ดู Thailand-Schedule of Specific Commitment ในส่วน Horizontal Commitment ในภาคผนวก ข. ประกอบ

หมายความว่า ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่อบุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวเช่นเดียวกับคนไทย

1.3 ข้อผูกพันด้านการเปิดเสรีเพิ่มเติม (Addition Commitment)

ข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการเกือบทุกสาขาบริการของเกือบทุกประเทศผูกพันเปิดเสรีเฉพาะเรื่องการค้าเสรีตลาด (Market Access) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เท่านั้น แต่สำหรับสาขาบริการด้านการขนส่งทางทะเลและโทรคมนาคมพื้นฐานประเทศต่างๆ เห็นพ้องกันให้มีการทำข้อผูกพันเพิ่มเติม ซึ่งการผูกพันกรณีดังกล่าวไม่มีการเสนอผูกพันตามรูปแบบการให้บริการ (Mode of supply) แต่อย่างใด และสำหรับด้านการขนส่งทางทะเล ประเทศไทยได้ผูกพันไว้ว่า รัฐบาลจะให้ผู้ให้บริการการขนส่งทางทะเลให้บริการที่ทำเรือซึ่งรัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจจัดให้ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่สมเหตุสมผล และโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด ส่วนกรณีโทรคมนาคมพื้นฐาน ประเทศไทยได้ทำข้อผูกพันเพิ่มเติมเช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ว่าจะปฏิบัติตามหลักการเกี่ยวกับตรากฎหมาย/กฎระเบียบควบคุมการให้บริการโทรคมนาคมพื้นฐาน (Regulatory principles) ซึ่งระบุไว้ในเอกสารอ้างอิง (Reference paper) ตามที่กลุ่มเจรจาโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานได้ตกลงกันไว้ เช่นจะตรากฎหมายแยกอำนาจหน่วยงานที่เป็นผู้วางกฎระเบียบเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน (Regulatory body) ออกจากหน่วยงานซึ่งเป็นผู้ให้บริการโดยตรง (Services supplier) ออกกฎหมายปกป้องผู้ประกอบการธุรกิจโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานให้สามารถแข่งขันกับผู้ให้บริการด้วยกันด้วยความเป็นธรรม (Competitive safeguards) ออกกฎระเบียบให้ผู้ให้บริการสามารถเชื่อมโยงเข้ากับเครือข่ายสาธารณะ เพื่อให้ผู้ใช้บริการของตนติดต่อสื่อสารกันได้ (Interconnection)¹⁴

2. พันธกรณีของไทยตามตารางข้อผูกพันเฉพาะ

ข้อผูกพันตามตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitment) นั้น เป็นข้อผูกพันในการเปิดตลาดการค้าบริการเฉพาะรัฐสมาชิกซึ่งแตกต่างกันไปโดยรัฐสมาชิกที่มี

¹⁴ สุรัตน์ ศรีสุวรรณไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 5, น.14.

พันธกรณีต่อข้อตกลง GATS ต้องแสดงแผนการลดอุปสรรคกีดกันการค้าบริการที่มีผลบังคับเฉพาะกิจกรรมบริการที่ประเทศสมาชิกเสนอพันธกรณีด้วยความสมัครใจ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกเสนอพันธกรณีผูกพันตามสาขาบริการแต่ละสาขา (Specific Commitment) แทนที่จะบังคับให้ประเทศสมาชิกรับเงื่อนไขเปิดเสรีการค้าบริการทุกสาขาบริการ (Horizontal Commitments) ซึ่งเมื่อผูกพันไว้แล้วประเทศสมาชิกจะต้องไม่ออก หรือใช้มาตรการใดนอกเหนือหรือเข้มงวดกว่าที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน

พันธกรณีตามข้อผูกพันเฉพาะจะแสดงรายละเอียดข้อผูกพันการเปิดตลาดในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitment) โดยรูปแบบตารางข้อผูกพันเฉพาะจะยึดตามรูปแบบการค้าบริการเป็นสำคัญ เพื่อให้ทราบถึงข้อจำกัดในแต่ละรูปแบบการค้าบริการของประเทศสมาชิก ซึ่งการจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการจะครอบคลุมสาขาบริการด้านต่างๆ 12 สาขา และสาขาย่อย หรือกิจกรรมต่างๆ, ข้อผูกพันด้านการเข้าสู่ตลาด, ข้อผูกพันในการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และข้อผูกพันเพิ่มเติม (ถ้ามี) ตามรูปแบบการให้บริการ 4 รูปแบบ

2.1 การจัดทำตารางข้อผูกพันเฉพาะ

ข้อตกลง GATS ได้กำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitment) ไว้ในข้อ 20 ของข้อตกลง GATS โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องจัดทำข้อผูกพันเฉพาะไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitments) เพื่อแสดงถึงสาขาบริการต่างๆ ที่ประเทศสมาชิกตกลงผูกพันที่จะเปิดเสรีให้แก่ประเทศสมาชิกอื่น โดยตารางข้อผูกพันเฉพาะจะต้องระบุถึง¹⁵

- (ก) เงื่อนไขและข้อจำกัดเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด
- (ข) เงื่อนไขและคุณสมบัติเกี่ยวกับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ
- (ค) กิจกรรมที่เกี่ยวกับพันธผูกพันเพิ่มเติม
- (ง) กรอบเวลาในการอนุวัติการตามพันธผูกพัน
- (จ) วันที่พันธผูกพันมีผลใช้บังคับ

¹⁵ มนตรี ยะรังษี, “การเปิดเสรีการค้าบริการของไทยสาขาค้าปลีกภายใต้กฎเกณฑ์ของ WTO”, (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.23.

วิธีการเจรจาข้อตกลงเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตข้อตกลง ประเด็นเรื่องวิธีการเจรจาข้อตกลงนี้ คือการตัดสินใจว่าจะใช้วิธีการเจรจาแบบ **Positive-list approach** หรือ **Negative -list approach**¹⁶

โดยการเจรจาภายใต้ข้อตกลง **GATS** ใช้วิธีการจัดทำตารางข้อผูกพันเฉพาะแบบ **Positive-list approach** ซึ่งเป็นวิธีการเปิดตลาดแบบค่อยเป็นค่อยไปในการเปิดเสรี กล่าวคือประเทศภาคีทำข้อผูกพันที่จะเปิดตลาดเฉพาะสาขา หรือกิจกรรมที่ต้องการเปิด พร้อมกำหนดเงื่อนไขการเปิดเสรี โดยใช้ประกอบกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)

สำหรับวิธีการจัดทำตารางข้อผูกพันเฉพาะแบบ **Negative -list approach** นั้นเป็นการเปิดเสรีเต็มรูปแบบโดยการเปิดตลาด และให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยไม่มีข้อจำกัดในทันทีแก่ผู้ค้าบริการประเทศสมาชิกอื่นในการประกอบธุรกิจบริการทุกสาขา ยกเว้นที่ระบุไว้ในบัญชีธุรกิจต้องห้ามทำข้อตกลง¹⁷ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า วิธีการจัดทำตารางข้อผูกพันเฉพาะแบบ **Negative -list approach** นั้นเป็นแนวทางที่ค่อนข้างที่จะเข้มงวดสำหรับการกำกับการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีข้อยกเว้นบางประการสำหรับมาตรการเฉพาะด้านในบางสาขาหรือกิจกรรมต่างๆเป็นกรณีไป

ส่วนวิธีการจัดทำตารางข้อผูกพันเฉพาะแบบ **Positive-list approach** นั้นอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจโดยพิจารณาจากข้อผูกพันเฉพาะของแต่ละประเทศสมาชิกในแต่ละสาขากิจกรรม ซึ่งแนวทางแบบ **Positive-list approach** นั้นเป็นแนวทางที่ค่อนข้างเหมาะสมสำหรับการเจรจาเปิดเสรีในประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากประเทศสมาชิกสามารถเปิดเสรีแบบค่อยเป็นค่อยไปตามความพร้อมในแต่ละสาขาของประเทศสมาชิก¹⁸ เพื่อที่จะมิได้มีพันธกรณีผูกพันสาขาบริการมากเกินไป แต่สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา และประชาคมยุโรปสนับสนุนให้มี

¹⁶ สติกร นิพนธ์, การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย, โครงการ WTO Watch (จัดกระแสดงการค้าโลก), (กรุงเทพมหานคร :โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.329

¹⁷ พระประกาศา ชีวติโสณ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4, น.46.

¹⁸ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, วิวัฒน์ โปญญิตต์อารี, รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง "โครงการจัดทำยุทธศาสตร์และแนวทางในการเตรียมความพร้อมของภาคอุตสาหกรรมไทยอันเนื่องมาจากการเจรจา WTO รอบใหม่ที่กรุงโดฮา: ภาคการลงทุน", (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย), น.13.

การเจรจาแบบ **Negative -list approach** อย่างไรก็ตาม ประเด็นนี้ท้ายที่สุดแล้ว ประเทศภาคียอมให้มีการเจรจาแบบ **Positive-list approach** ทำให้พันธกรณีตามความตกลงผูกพันเฉพาะสาขาบริการที่กำหนดไว้ตามข้อตกลงเท่านั้น

การเจรจาเปิดเสรีใน **WTO** เป็นการเจรจาเปิดตลาดแบบมีเงื่อนไข โดยประเทศต่างๆ ที่เข้าร่วมเจรจาต้องแจ้งเงื่อนไขการเปิดตลาดบริการสาขาต่างๆ ที่ตนต้องการเปิดและให้โอกาสประเทศสมาชิกอื่นๆ ขอเจรจาเพื่อยื่นข้อเรียกร้อง (**Request**) ให้ลดหรือยกเลิกเงื่อนไขเหล่านั้น โดยนำผลประโยชน์ในสาขาอื่น หรือสาขาเดียวกันมาเสนอ (**Offer**) เป็นการแลกเปลี่ยน การเจรจาแลกเปลี่ยนผลประโยชน์แบบ **Request-Offer** จะกระทำในลักษณะการเจรจาสองฝ่ายระหว่างประเทศคู่เจรจาที่มีความสนใจ แต่ผลการเจรจาต้องขยายให้แก่ประเทศสมาชิกอื่นๆ ที่ไม่ได้เข้าร่วมเจรจาด้วยตามหลักการ **MFN** เมื่อสิ้นสุดการเจรจา สมาชิกแต่ละประเทศต้องบันทึกผลจากการเจรจาแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กับประเทศต่างๆ ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (**Schedules of Specific Commitments**) ซึ่งตารางดังกล่าวนี้ จะนำมาผนวกและถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง **GATS**¹⁹

วิธีการในการเจรจาและจัดทำตารางข้อผูกพัน ประเทศสมาชิกจะต้องยื่นข้อเสนอเบื้องต้น (**Initial offer**) ว่าจะผูกพันตนเองตามหลักการในความตกลงในการค้าบริการประเภทใดบ้างซึ่งจะต้องระบุสาขา หรือสาขาย่อยของบริการที่พร้อมจะเปิดตลาด เงื่อนไขและข้อจำกัดในการที่ผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิกอื่นจะสามารถเข้าสู่ตลาดในประเทศของตนได้ รวมทั้งเงื่อนไขและข้อจำกัดในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่ผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่น หลังจากมีการยอมรับข้อเสนอโดยประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมเจรจาก็จะมีการแลกเปลี่ยนรายการข้อเรียกร้อง (**Request list**) เพื่อให้มีการปรับปรุงข้อเสนอของแต่ละประเทศ ในทางปฏิบัติประเทศสมาชิกที่มีความประสงค์จะให้ประเทศสมาชิกอื่นจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาบริการหรือสาขาย่อยต่างๆ ตลอดจนรูปแบบการให้บริการให้กับประเทศตน ก็อาจจัดทำข้อเรียกร้อง (**Request**) ให้กับประเทศนั้นๆ พิจารณาโดยไม่จำเป็นต้องรอให้ประเทศนั้นยื่นข้อเสนอ (**Offer**) ให้กับประเทศตนเสียก่อน และขอนัดเจรจาตกลงเกี่ยวกับการจัดทำข้อผูกพันกันต่อไป

การเปิดเสรีการค้าบริการในความตกลง **GATS** นั้นเป็นการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ ดังนั้น ตารางข้อผูกพันเฉพาะที่เสนอในการเจรจาครอบงำจึงถือเป็นข้อผูกพันเบื้องต้น

¹⁹ สำนักเจรจาการค้าบริการ กรมเจรจาการค้าบริการ, "ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ(**GATS**): กรอบและกติกา", <<http://www.dtn.moc.go.th>>

เท่านั้น โดยจะต้องมีการเจรจาเพื่อจัดทำข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการที่มากขึ้นต่อไปซึ่งให้คำนึงถึงความสามารถของประเทศที่กำลังพัฒนาในการเปิดเสรีด้วย ประเทศกำลังพัฒนาจึงอาจเจรจาข้อผูกพันที่จะเปิดเสรีการค้าบริการสาขาต่างๆน้อยกว่าประเทศที่พัฒนาแล้วได้ อย่างไรก็ตามประเทศกำลังพัฒนาจะต้องทำการเจรจาตกลงกับประเทศต่างๆก่อนเพื่อให้ได้ซึ่งข้อผูกพันในการเปิดเสรีที่น้อยกว่าดังกล่าว

สำหรับการเจรจากำหนดให้ประเทศที่เข้าร่วมเจรจาต้องเปิดการเจรจาครั้งต่อไป โดยมีเป้าหมายของการเจรจาแต่ละครั้ง เพื่อลดข้อจำกัด หรือลดมาตรการต่างๆที่เป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดลงให้มากกว่าเดิม โดยกำหนดเวลาที่จะต้องเปิดเจรจาไว้ภายในเวลาไม่ช้ากว่า 5 ปี หลังข้อตกลง GATS มีผลใช้บังคับ²⁰

2.2 สถานะทางกฎหมายของตารางข้อผูกพันเฉพาะ

ตารางข้อผูกพันเฉพาะจะระบุถึงข้อผูกพันของสมาชิกแต่ละประเทศที่ยื่นแนบท้ายประกอบหลักการทางกฎหมายของข้อตกลง GATS เพื่อแสดงเจตนาที่จะเปิดตลาดการค้าบริการสาขาต่างๆ และในรูปแบบต่างๆให้แก่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกด้วยกัน ซึ่งอาจมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการเปิดตลาดการค้าบริการสาขานั้นๆ และในรูปแบบต่างๆหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับการเจรจาเพื่อให้ได้ผลสรุปในความผูกพันที่จะมีการระบุไว้ในตารางข้อผูกพันต่อไป

โดยถ้าจะพิจารณาถึงลักษณะทางกฎหมายของสิ่งที่รัฐสมาชิกกำหนดเอาไว้ในตารางข้อผูกพันจึงอาจถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐสมาชิก โดยวิธีการเจรจาเพื่อชักจูงให้รัฐคู่เจรจาแสดงเจตนารมณ์ของตนออกมาในรูปของข้อผูกพันเฉพาะ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของตารางข้อผูกพันเฉพาะในข้อ 20 วรรค 3 ของข้อตกลง GATS ที่ได้กำหนดไว้ว่า “กำหนดการแห่งพันธผูกพันเฉพาะให้ผนวกไว้กับความตกลงนี้และเป็นส่วนหนึ่งแห่งความตกลงนี้” จึงถือได้ว่าตารางข้อผูกพันเฉพาะเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง GATS และย่อมมีพันธกรณีที่จะผูกพันประเทศสมาชิกตามเงื่อนไข และข้อจำกัดบนข้อผูกพันที่ได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะของแต่ละประเทศในการปฏิบัติตาม

²⁰ ประพนอมศรี โสมขันเงิน, “การเปิดเสรีการค้าบริการ: ไทยพร้อมหรือยัง”, วารสารสุขุทัยธรรมาธิราช, 7,3 (กันยายน-ธันวาคม 2537), น.77.

2.3 การขอแก้ไขตารางข้อผูกพันเฉพาะ

บทบัญญัติในข้อ 21 (a) ของข้อตกลง GATS กำหนดไว้ว่า "สมาชิกหนึ่ง (ต่อไปนี้จะเรียกว่า สมาชิกที่ขอเปลี่ยนแปลงแก้ไข) อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือถอน พันธผูกพันใดๆ ในกำหนดการของตนในเวลาใดๆ ภายหลังจาก 3 ปี ได้ผ่านไปนับแต่วันที่พันธผูกพันมีผลใช้บังคับตามบทบัญญัติแห่งข้อนี้"

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ประเทศสมาชิกมีสิทธิในการขอแก้ไขหรือเพิกถอนข้อผูกพันในตารางได้ภายหลังจากที่มีผลใช้บังคับมาแล้วเกินกว่า 3 ปี แต่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 3 เดือนก่อนที่จะเริ่มแก้ไขหรือการเพิกถอนนั้นๆ จะมีผลใช้บังคับและต้องเจรจากับประเทศสมาชิกอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการขอแก้ไขดังกล่าวเพื่อตกลงถึงมาตรการชดเชย (Compensatory adjustment) ที่จำเป็นโดยตั้งอยู่บนหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง และถ้าตกลงกันไม่ได้ก็ให้ยื่นเรื่องต่อคณะมนตรีการค้าบริการ (The Council for Trade in Services) เพื่อตัดสินชี้ขาด ประเทศสมาชิกที่ขอแก้ไข หรือขอเพิกถอนจะต้องชดเชยให้สอดคล้องกับผลของคำตัดสินชี้ขาดไม่เช่นนั้นประเทศสมาชิกที่ได้รับผลกระทบอาจใช้มาตรการตอบโต้ได้²¹

2.4 ตารางข้อผูกพันเฉพาะของไทยในการเปิดเสรีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ตารางข้อผูกพันเฉพาะของประเทศสมาชิกถือเป็นสิ่งสำคัญต่อการเสนอข้อผูกพันในการเข้าสู่ตลาด (Market Access) บริการสาขาต่างๆ ซึ่งอาจจะมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาดในรูปแบบการให้บริการต่างๆ หรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้จะต้องตั้งอยู่บนหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN Treatment) นอกจากนี้จะมีการขอยกเว้นจากพันธกรณี MFN ไว้หรืออาจขึ้นอยู่กับผลของการเจรจาตกลงกันระหว่างประเทศสมาชิกโดยจะต้องอยู่ภายใต้หลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ

²¹ วรรณนา บุญศรีเมือง, "ประเทศไทยกับการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) สาขาวิชาชีพบัญชี : วิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ", (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), น.91.

โดยข้อผูกพันการเปิดตลาดของประเทศไทยที่เสนอเปิดเสรีการค้าบริการให้แก่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก ในรอบอุรุกวัยประเทศไทยผูกพันการเปิดตลาดธุรกิจบริการในสาขาต่างๆ โดยมีเงื่อนไขการเข้ามาประกอบธุรกิจบริการของคนต่างด้าวที่สำคัญ คือ

1. การเข้ามาลงทุน ผูกพันเฉพาะการเข้ามาในรูปแบบบริษัทจำกัด และต้องถือหุ้นร่วมกับคนไทย โดยคนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ (ยกเว้น การเงินไม่เกิน 25 เปอร์เซ็นต์ และโทรคมนาคม ไม่เกิน 20 เปอร์เซ็นต์)

2. การเข้ามาทำงาน ผูกพันเฉพาะการเข้ามาทำงานของบุคลากรที่เป็นคนต่างด้าว (ระดับผู้จัดการ ผู้บริหาร และผู้เชี่ยวชาญ) ในลักษณะของการโอนย้ายภายในบริษัท โดยมีข้อจำกัดและเงื่อนไขต่างๆตามที่ไทยผูกพันไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ

ข้อผูกพันเปิดเสรี สาขาบริการด้านธุรกิจ (Business services) ตามที่ได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ แบ่งออกเป็นสาขาย่อยอีก ซึ่งได้แก่²²

1. บริการวิชาชีพ (Professional services) ซึ่งสำหรับบริการด้านวิชาชีพนั้น ก็ได้มีการแยกออกเป็นกิจกรรมย่อยๆอีก ดังนี้

(a) บริการด้านกฎหมาย (Legal services)

(b) บริการด้านการบัญชี และการสอบบัญชี (Accounting, Auditing, and Bookkeeping services)

(c) บริการด้านสถาปัตยกรรม (Architectural services)

(d) บริการด้านวิศวกรรม (Engineering services)

(e) บริการด้านการวางผังเมือง และภูมิสถาปัตยกรรม (Urban planning and landscape services)

2. บริการด้านคอมพิวเตอร์และที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ (Computer and relate services) โดยบริการด้านคอมพิวเตอร์นั้น ก็ได้มีการแยกออกเป็นกิจกรรมย่อยๆอีก ดังนี้

(a) บริการด้านที่ปรึกษาติดตั้ง (Consultancy services related to the installation of computer hardware)

(b) บริการด้านการติดตั้งซอฟต์แวร์ (Software implementation services)

(c) บริการด้านประมวลข้อมูล (Data processing services (excluding those provided over public telecommunications network))

²² ดู Thailand-Schedule of Specific Commitment ในภาคผนวก ข. ประกอบ

(d) บริการด้านฐานข้อมูล (Data base services (excluding those provided over public telecommunication network))

(e) บริการด้านอื่นๆที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ เช่น บริการฝึกหัดโปรแกรมซอฟต์แวร์ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายดูแลลูกค้า (Other computer services: software training service for staff of clients)

3.บริการด้านให้เช่า/เช่าซื้อเครื่องจักร (ไม่รวมคนขับ) (Rental/Leasing services without operators)

4.บริการด้านธุรกิจอื่นๆ (Other business services) ซึ่งสำหรับการบริการด้านธุรกิจอื่นๆนั้น ก็ได้มีการแยกออกเป็นกิจกรรมย่อยๆอีก ดังนี้

(a) บริการโฆษณา (Advertising services)

(b) บริการวิจัยตลาดและการสำรวจความคิดเห็นสาธารณะ (Market research and public opinion polling)

(c) บริการด้านที่ปรึกษาจัดการ (General management consulting services)

(d) บริการทดสอบทางเทคนิคและวิเคราะห์ (Technical testing and analysis services)

(e) บริการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการเกษตร (Services incidental to agriculture) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้ดังนี้ คือ

- การเตรียมดิน (Soil preparation)
- ผลิตผลผลิต (Seed production)
- การป้องกันพืช (Plant protection)
- การเก็บเกี่ยว (Harvesting)
- การผสมพันธุ์ (Grading)
- การบรรจุหีบห่อ (Packing)
- การเก็บรักษา (Storaging)
- ห้องปฏิบัติการวิเคราะห์ดิน (Soil analysis laboratory)
- การสำรวจและวางแผนการใช้ดิน (Soil survey and land use planning)
- การเพิ่มพันธุ์พืชเกษตร (Cover crop seed multiplication)
- (f) บริการที่ปรึกษาด้านป่าไม้ (Forestry consultant services)

(g) บริการที่เกี่ยวข้องกับการประมง (Services incidental to fishing) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้ ดังนี้ คือ

- บริการการค้าและการส่งออกผลิตภัณฑ์ในระหว่างประเทศ (International trading, Exporting products)

- บริการวิเคราะห์คุณภาพ (Quality analysis services)

- บริการวิเคราะห์กระบวนการบรรจุลงกระป๋อง (Canning process analysis services)

- บริการทางเทคนิค (Technical services)

(h) บริการที่เกี่ยวข้องกับการทำเหมือง ขุดเจาะน้ำมันและก๊าซ (Services incidental to mining at oil and gas fields)

(i) บริการที่เกี่ยวข้องกับวิทยาศาสตร์ และให้คำปรึกษาเกี่ยวกับเทคนิค (Related scientific and technical consulting services)

(j) บริการซ่อมแซมและบำรุงรักษาอุปกรณ์สำนักงานรวมทั้งอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ (Maintenance and repair services of office machinery and equipment including computers)

(k) บริการบรรจุภัณฑ์ (Packaging services)

(l) บริการกิจการด้านการพิมพ์รวมทั้งการพิมพ์หนังสือพิมพ์ (Publishing and printing services excluding publishing newspaper)

(m) บริการอื่นๆ (Other) ได้แก่

- บริการด้านการแปล และด้านการตีความ (Translation and interpretation services)

- บริการโทรศัพท์ทางไกลในท้องถิ่น และในระหว่างประเทศ (Public local domestic long distance and international services) ซึ่งแบ่งออกได้อีก คือ บริการโทรศัพท์ (Voice telephone services), บริการส่งโทรเลข (Telex services), บริการเครื่องส่งโทรเลข (Telegraph services), บริการถ่ายทอดภาพวิทยุหรือโทรเลข (Facsimile services)

เมื่อทราบถึงกิจกรรมต่างๆที่รวมอยู่ในสาขาบริการด้านธุรกิจแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือ Sector-Specific Commitment เฉพาะสาขาบริการด้านธุรกิจ (Business services)²³ ซึ่งมีดังนี้ คือ

(1) ข้อผูกพันเฉพาะของไทยต่อการเข้าสู่ตลาดการเปิดเสรีสาขาบริการด้านธุรกิจ โดยสรุปจากกิจกรรมต่างๆในสาขาบริการธุรกิจได้ดังนี้ คือ

1) ประเทศไทยไม่ผูกพัน (Unbound) ต่อการค้าบริการในรูปแบบของ Cross Border Supply (รูปแบบที่ 1) กล่าวคือ ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะให้บริการจากดินแดนของประเทศสมาชิกอื่นใดมายังประเทศไทย หรือจากประเทศไทยไปยังประเทศสมาชิกอื่นใด โดยประเทศไทยยังไม่ผูกพัน (Unbound) ต่อการที่จะให้คนต่างด้าวขายบริการข้ามพรมแดน สำหรับบริการซึ่งอยู่ในสาขาบริการด้านธุรกิจ ดังต่อไปนี้

- (1) บริการด้านกฎหมาย
- (2) บริการด้านการบัญชี
- (3) บริการด้านสถาปัตยกรรม
- (4) บริการด้านวิศวกรรม
- (5) บริการด้านการวางผังเมือง และภูมิสถาปัตยกรรม
- (6) บริการด้านคอมพิวเตอร์และที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์
- (7) บริการด้านให้เช่า/เช่าซื้อเครื่องจักร (ไม่รวมคนขับ)
- (8) บริการด้านธุรกิจอื่นๆ ได้แก่ บริการโฆษณา, บริการวิจัยตลาดและการสำรวจความคิดเห็น, บริการทดสอบทางเทคนิคและวิเคราะห์, บริการที่เกี่ยวข้องกับการเกษตร

ส่วนบริการด้านที่ปรึกษาจัดการ และบริการห้องปฏิบัติการวิเคราะห์ดินนั้น ประเทศไทยไม่ห้ามหรือจำกัด (None) ต่อการค้าบริการในรูปแบบของ Cross Border Supply (Mode 1) กล่าวคือ ประเทศไทยไม่ห้ามหรือจำกัด (None) ในการที่จะให้บริการด้านที่ปรึกษาจัดการ และบริการห้องปฏิบัติการวิเคราะห์ดิน จากดินแดนของประเทศสมาชิกอื่นใดมายังประเทศไทย หรือจากประเทศไทยไปยังประเทศสมาชิกอื่นใด

²³ ดู Thailand-Schedule of Specific Commitment ส่วน Sector Specific Commitments ในภาคผนวก ข. ประกอบ

2) ประเทศไทยไม่ห้าม (None) ต่อการค้าบริการในรูปของ Consumption Abroad (Mode 2) กล่าวคือ ประเทศไทยไม่ห้ามที่จะให้บุคคลในประเทศเข้าไปใช้บริการในสาขาบริการด้านธุรกิจในประเทศที่ให้บริการ ดังต่อไปนี้

- (1) บริการด้านกฎหมาย
- (2) บริการด้านการบัญชี และการสอบบัญชี
- (3) บริการด้านสถาปัตยกรรม
- (4) บริการด้านวิศวกรรม
- (5) บริการด้านการวางผังเมือง และภูมิสถาปัตยกรรม
- (6) บริการด้านคอมพิวเตอร์และที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์
- (7) บริการด้านให้เช่า/เช่าซื้อเครื่องจักร
- (8) บริการด้านธุรกิจอื่นๆ ได้แก่ บริการโฆษณา บริการวิจัยตลาดและการสำรวจความคิดเห็น

สาธารณะ บริการด้านที่ปรึกษาจัดการ บริการทดสอบทางเทคนิคและวิเคราะห์ บริการที่เกี่ยวข้องกับการเกษตร

3) ประเทศไทยไม่ห้าม (None) ต่อการค้าบริการในรูปของ Commercial Presence (Mode 3) ในการที่จะให้คนต่างด้าวเข้ามาจัดตั้งหน่วยธุรกิจในรูปแบบนิติบุคคลเพื่อให้บริการในประเทศไทย ภายใต้เงื่อนไขว่า นิติบุคคลดังกล่าวจะต้องจัดตั้งขึ้นในรูปของบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทยเท่านั้น และจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ด้วย คือ สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจะต้องไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน ที่เหลืออีกร้อยละ 51 จะต้องเป็นคนสัญชาติไทยถือหุ้นร่วมอยู่ด้วยจึงจะจดทะเบียนนิติบุคคลในประเทศไทยได้ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามสาขาข้อผูกพันเฉพาะที่ยื่นเสนอเข้ามา

มีข้อสังเกตว่า เดิมเมื่อครั้งที่ประเทศไทยใช้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว การที่คนต่างด้าวจะจัดตั้งบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย นอกจากจะต้องมีสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนแล้ว ยังจะต้องมาพิจารณาถึงจำนวนผู้ถือหุ้นด้วย โดยจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวในบริษัทจะต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัทดังกล่าวด้วย แต่สำหรับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพ.ศ.2542 นั้นจะพิจารณาเฉพาะจำนวนหุ้นของคนต่างด้าวว่าไม่ต้องเกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนโดยจะไม่พิจารณาถึงจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวแต่อย่างใด

สำหรับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนอกบัญชีสงวน ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 นั้น คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้เต็ม 100 เปอร์เซ็นต์ ในการจดทะเบียนตั้งนิติบุคคลในประเทศไทย จึงเท่ากับว่าเป็นการให้สิทธิแก่คนชาติของรัฐอื่นมากกว่าพันธกรณีในการเปิดเสรีการค้าบริการที่ประเทศไทยได้ผูกพันไว้ต่อ WTO แต่เมื่อให้สิทธิเช่นนี้ไปแล้ว คนต่างด้าวรายใดที่ได้ใช้สิทธิจดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยโดยถือหุ้นเต็ม 100 ไปแล้ว ก็จะต้องได้รับความคุ้มครองเนื่องจากเป็นสิทธิที่ได้มา (Acquired rights) ตามกฎหมายนั่นเอง จึงไม่อาจจะแก้กฎหมาย หรือตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ เพื่อลดทอนหรือทำให้เสื่อมสิทธิที่ได้มาดังกล่าวได้²⁴

(2) ข้อผูกพันเฉพาะของประเทศไทยต่อการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในการเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาบริการด้านธุรกิจ

ประเทศไทยไม่ผูกพัน (Unbound) ที่จะต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่อการบริการ หรือผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกในรูปแบบของ Cross Border Supply และ Presence of Natural Persons ข้อเสนอผูกพันของประเทศไทยจึงไม่แตกต่างไปจากข้อเสนอผูกพันในเรื่องการเข้าสู่ตลาดในกรณีรูปแบบของ Commercial Presence คือ ถ้านิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายและกฎระเบียบของประเทศไทยที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน ประเทศไทยไม่มีข้อจำกัดใดๆในเรื่องของการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ กล่าวคือ นิติบุคคลที่คนต่างด้าวเข้ามาร่วมทุนตามเงื่อนไขของกฎหมายและกฎระเบียบของประเทศไทยนั้นจะได้รับการปฏิบัติไม่ด้อยไปกว่าที่คนไทยได้รับในการประกอบธุรกิจตามกฎหมายของประเทศไทย หรืออาจกล่าวได้ว่าไม่มีการเลือกปฏิบัติที่เป็นผลร้าย หรือกีดกันการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย แต่ในกรณีอื่นที่เป็นข้อจำกัดเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแล้ว ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะมีข้อผูกพันเฉพาะไว้กับองค์การการค้าโลก ดังนั้น ประเทศไทยจึงยังคงมีสิทธิที่จะไม่ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้อันรวมถึงกรณีที่มีการอุดหนุนจากรัฐแก่เอกชนไทยด้วยซึ่งประเทศไทยยังคงสงวนเรื่องนี้ไว้เพื่อที่จะไม่ให้ประโยชน์แก่คนต่างด้าว²⁵

²⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง "ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542", (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.68.

²⁵ เพ็งอ้วน, น.69.

ส่วนบริการด้านธุรกิจอื่นๆ นั้นมีอยู่ 2 กิจกรรม คือ บริการด้านที่ปรึกษาจัดการ และ บริการห้องปฏิบัติการวิเคราะห์ดิน ที่ประเทศไทยไม่มีข้อห้าม หรือไม่มีข้อจำกัด (None) ในการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ต่อการบริการ หรือผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกในรูปแบบของ **Cross Border Supply** กล่าวคือ ประเทศไทยผูกพันเต็มที่ในการที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่อการให้บริการจากดินแดนของรัฐสมาชิกหนึ่งไปในดินแดนของรัฐสมาชิกอื่นใด (Cross Border Supply) ในบริการด้านที่ปรึกษาจัดการ และบริการห้องปฏิบัติการวิเคราะห์ดิน

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อผูกพันเฉพาะในสาขาบริการด้านธุรกิจตามตารางข้อผูกพันเฉพาะที่ประเทศไทยได้ระบุไว้ นั้น กระทำโดยยึดหลักกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งกรณีของการกำหนดสัดส่วนหุ้นของคนต่างด้าวในขณะนั้นได้แก่ประกาศคณะปฏิวัติ ปว.281 โดยปัจจุบันได้แก้ไข และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

สำหรับกรณีประเทศไทยไม่ผูกพัน (Unbound) ต่อการให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบวิชาชีพบริการด้านกฎหมาย, บริการด้านการบัญชี และการสอบบัญชี, บริการด้านสถาปัตยกรรม บริการด้านวิศวกรรม, บริการด้านการวางผังเมือง และภูมิสถาปัตยกรรม, บริการด้านคอมพิวเตอร์ และที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์, บริการด้านให้เช่า/เช่าซื้อเครื่องจักร (ไม่รวมคนขับ), บริการด้านธุรกิจอื่นๆ อันได้แก่ บริการโฆษณา, บริการวิจัยตลาดและการสำรวจความคิดเห็น, บริการด้านที่ปรึกษาจัดการ, บริการทดสอบทางเทคนิคและวิเคราะห์, บริการที่เกี่ยวข้องกับการเกษตร ก็เนื่องมาจากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 และพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522 ซึ่งในท้ายพระราชกฤษฎีกาจะมีบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกา กำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522 ที่จะมีการกำหนดงานในอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำซึ่งในบัญชียังกล่าวจะกำหนดไว้ ทั้งหมด 39 อาชีพ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดลงในตารางข้อผูกพันเฉพาะของไทย จึงเป็นไปตามเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้ด้วย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ข้อผูกพันที่ประเทศไทยระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะจึงอาจจะถูกร้องขอให้ปรับปรุงในการเจรจาทางการค้าบริการที่จะจัดให้มีขึ้นในรอบต่อไปตามพันธกรณีในการเปิดเสรีทางการค้าบริการภายใต้หลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization) ซึ่งประเทศสมาชิกทุกประเทศ รวมทั้งประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือ จะต้องเสนอผูกพันเปิดเสรีทางการค้าบริการต่างๆ ซึ่งรวมทั้งสาขาบริการด้านธุรกิจให้มากขึ้นกว่าที่ได้ผูกพันเปิดเสรีไว้แล้ว โดยอาจต้องมีการลด หรือยกเลิกการใช้มาตรการต่างๆที่

ยังเป็นอุปสรรคต่อการกำหนดข้อผูกพันในการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติด้านต่างๆลงตลอดจนการแก้ไขกฎหมาย หรือกฎระเบียบดังกล่าวที่เกี่ยวข้องต่อการกำหนดข้อผูกพันในลักษณะจำกัดเงื่อนไขการเปิดเสรีทางการค้าบริการ เพื่อเอื้ออำนวยต่อการเปิดเสรีทางการค้าบริการสาขาต่างๆที่กว้างมากขึ้น แต่ทั้งนี้ก็ต้องพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องอย่างค่อยเป็นค่อยไปโดยจะต้องคำนึงถึงผู้ประกอบการธุรกิจคนไทยที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีการค้าบริการด้วย

3.หลักเกณฑ์ในการเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวใน ประเทศไทย

สำหรับหลักเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมการเข้าสู่ตลาดของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทยผู้เขียนขออธิบายดังต่อไปนี้

3.1 หลักเกณฑ์การเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มีวัตถุประสงค์ในการประกาศใช้ตามเหตุผลที่ปรากฏอยู่ท้ายพระราชบัญญัตินี้ คือ เนื่องจากประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มีการใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว ซึ่งหลักการในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 บางประการไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน จึงสมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศโดยรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย

3.1.1 คำนิยามของ “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง ด้าว พ.ศ.2542

คำนิยามของ “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
- (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

จากบทบัญญัติในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ในกรณีของคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา จะหมายถึงบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลที่ไม่ได้รับสัญชาติไทยโดยการเกิด และโดยการขอแปลงสัญชาติ ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2528²⁶

สำหรับในกรณีคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น จะหมายถึง นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย และนอกจากนี้ยังหมายถึง นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 (3), (4) ด้วย ซึ่งจะขออธิบายในหัวข้อต่อไป

3.1.2 เกณฑ์ในการพิจารณาความเป็น“นิติบุคคลต่างด้าว”

นิติบุคคลซึ่งจะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” ตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 นอกจากจะหมายถึง นิติบุคคลซึ่ง

²⁶ ประพรี อภิชาติสกุล, “การศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไขประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), น.220.

ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยแล้วกฎหมายยังกำหนดให้ค่านิยามคนต่างด้าวหมายความรวมถึง นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะที่กำหนดในมาตรา 4 (3), (4) ด้วย ซึ่งได้แก่

1.นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ลงทุนมีมูลค่า ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น²⁷

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้นำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องของ “จำนวนทุน” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นจะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ ดังนั้น ถ้าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนใดมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทั้งสองอย่างรวมกันถือหุ้น หรือลงทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไปนิติบุคคลนั้นจะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

2.ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย²⁸ ดังนั้น กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนผู้ถือหุ้นเป็นคนไทย หรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยที่ผู้ลงทุนเป็นคนไทยถือหุ้นทั้งหมดเกินกว่ากึ่งหนึ่ง ซึ่งไม่เข้าข่ายเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) (ก) แต่ถ้าห้างหุ้นส่วนนั้น มีผู้จัดการซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยก็จะทำให้ห้างหุ้นส่วนนี้เป็นห้างหุ้นส่วนต่างด้าว

3.สำหรับในกรณีของมาตรา 4 (4) ที่บัญญัติให้ “คนต่างด้าว” หมายถึง นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลถือโดยบุคคลตาม (1), (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1), (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เมื่อนิติบุคคลหนึ่ง แม้จะจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ถ้าในนิติบุคคลนั้นมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยนิติบุคคลต่างด้าว หรือนิติบุคคลนั้นมีนิติบุคคลต่างด้าวลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลดังกล่าว นั้น ถึงแม้

²⁷ ดู มาตรา 4 (3) (ก) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ในภาคผนวก ค.ประกอบ

²⁸ ดู มาตรา 4 (3) (ข) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ในภาคผนวก ค.ประกอบ

นิติบุคคลนั้นจะจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มาตรา 4 (4) ถือว่านิติบุคคลดังกล่าวเป็นนิติบุคคลต่างด้าวด้วย

คำว่า “ทุน” ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้ถือหุ้นส่วนหรือสมาชิกลำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

จากที่กล่าวไปข้างต้น ทำให้เห็นได้ว่า เกณฑ์ที่ใช้กำหนดสถานภาพของการเป็นคนต่างด้าวสำหรับนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยตามบทบัญญัติในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะนับจากจำนวนทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคล และจะไม่ใช้จำนวนผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นส่วน หรือสมาชิกของนิติบุคคลมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดความเป็นคนต่างด้าวของนิติบุคคลเหมือนอย่างเช่นในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281

สำหรับในตอนท้ายของคำนิยาม “คนต่างด้าว” ที่บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว หมายความว่า ถ้าเป็นใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือหุ้น ให้ถือว่าหุ้นส่วนนั้นเป็นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะมีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่ในขณะนี้ยังไม่มีกฎกระทรวงตามมาตรา 4 นี้ออกมาใช้บังคับ²⁹

3.1.3 จำนวนทุนขั้นต่ำที่ “คนต่างด้าว” ต้องนำเข้ามาในราชอาณาจักร

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะต้องมี “ทุนขั้นต่ำ” ตามที่กฎหมายกำหนดเมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า

“ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในวาระแรกเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

²⁹ สกล หาญสุทธิวารินทร์, คำอธิบายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ซี.พี. บุ๊ค สแตนดาร์ด, 2548), น. 14.

กฎกระทรวงที่ออกตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาทุนขั้นต่ำที่ต้องนำส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้

ความในมาตรานี้ ไม่ใช้บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่ดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่น หรือนำไปลงทุนหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวคำว่า “ทุนขั้นต่ำ” หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า “ทุนขั้นต่ำ” ของคนต่างด้าว อาจมาจาก 2 แหล่ง คือ ทุนจดทะเบียน และทุนที่นำเข้ามาในราชอาณาจักร โดย “ทุนขั้นต่ำ” จะเป็น ทุนจดทะเบียน เมื่อคนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย กรณีนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นเงินตราต่างประเทศ แม้ว่าหุ้นส่วนจะเป็นคนต่างด้าวก็ตาม โดยหากเป็นของบริษัทจำกัด หมายถึง ทุนจดทะเบียน ส่วนของบริษัทมหาชน หมายถึง ทุนที่ชำระแล้ว และห้างหุ้นส่วน หมายถึง เงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงหุ้น แต่ “ทุนขั้นต่ำ” จะเป็นทุนที่นำเข้ามาในราชอาณาจักร เมื่อคนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยโดยต้องเป็นเงินตราต่างประเทศที่นำเข้ามาใช้เริ่มต้นประกอบธุรกิจ³⁰ ซึ่งการคำนวณทุนจดทะเบียนจากเงินตราต่างประเทศเป็นเงินบาทนั้น ใช้อัตราแลกเปลี่ยน ณ วันที่ยื่นคำขอ³¹

ในปัจจุบันมีกฎกระทรวงกำหนดจำนวนของ “ทุนขั้นต่ำ” ออกใช้บังคับแล้ว คือ กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ 1) พ.ศ.2545 ซึ่งสาระสำคัญของกฎกระทรวงดังกล่าว สรุปได้คือ³²

1. “ทุนขั้นต่ำ” ที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง คือ ธุรกิจที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ต้องมีจำนวนตั้งแต่สองล้านบาทขึ้นไป

³⁰ วันเพ็ญ หฐจิตติวิวัฒน์, “ทุนและทุนขั้นต่ำตามกฎหมายธุรกิจของคนต่างด้าว” Tax&Business Law Magazine 11,126 (มีนาคม 2548), น.59.

³¹ เพ็งอ้าง, น.60.

³² สกล หาญสุทธิวารินทร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.61-62.

2."ทุนขั้นต่ำ"ที่คนต่างด้าว ใช้เริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามมาตรา 14 วรรคสอง คือ ธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของค่าเฉลี่ยต่อปีของประมาณการรายจ่ายในการประกอบธุรกิจแต่ละธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นเวลาสามปีแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

จากบทบัญญัติมาตรา 14 ดังกล่าวสามารถกำหนดจำนวน"ทุนขั้นต่ำ" จำแนกตามประเภทธุรกิจได้ 2 ประเภท คือ³³

1.เป็นการประกอบธุรกิจประเภทที่ไม่ใช่ธุรกิจตามบัญชีแนบท้ายกรณีนี้คนต่างด้าวไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจแต่ประการใดแต่ก็ต้องมี"ทุนขั้นต่ำ"ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

2.เป็นการประกอบธุรกิจประเภทที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ต้องมี "ทุนขั้นต่ำ" ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

อย่างไรก็ตาม มาตรา 14 วรรคท้ายของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้บัญญัติยกเว้นไว้ โดยไม่ให้นำเรื่อง"ทุนขั้นต่ำ"มาใช้บังคับในกรณีที่คนต่างด้าวนำเงิน หรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่น หรือนำไปลงทุน หรือลงทุนในกิจการ หรือในนิติบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนต่อ เช่น บริษัท ค ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย เคยได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจก่อสร้างจะประกอบธุรกิจประเภทใหม่ คือ การทำธุรกิจบริการทางวิศวกรรม โดยนำเงินรายได้ที่ได้จากธุรกิจก่อสร้างมาลงทุน การขออนุญาตประกอบธุรกิจบริการทางวิศวกรรม เช่นนี้อยู่ในข่ายได้รับยกเว้นไม่ต้องมี"ทุนขั้นต่ำ"ตามที่กำหนดแต่ทั้งนี้รายได้ (กำไร) จากการประกอบธุรกิจก่อสร้างที่นำมาลงทุนในการประกอบธุรกิจให้บริการทางวิศวกรรม ต้องมีครอบคลุมหรือเกิน"ทุนขั้นต่ำ"สำหรับการประกอบธุรกิจให้บริการทางวิศวกรรม เช่น ในการประกอบธุรกิจให้บริการทางวิศวกรรมเมื่อคำนวณเรื่อง"ทุนขั้นต่ำ"แล้ว บริษัท ค ต้องมี"ทุนขั้นต่ำ"ไม่น้อยกว่าห้าล้านบาท ถ้าปรากฏว่าเงินที่นำมาจากรายได้การทำธุรกิจก่อสร้างและจะนำมาลงทุนในการประกอบธุรกิจให้บริการทางวิศวกรรมเป็นเงินหกล้านบาท กรณีนี้ถือว่าครอบคลุมอยู่ในข่ายได้รับการยกเว้น³⁴

³³ เฟื่องอ้าง, น. 58.

³⁴ เฟื่องอ้าง, น.69-70.

3.1.4 ประเภทของธุรกิจที่ห้ามไม่ให้คนต่างด้าวประกอบการ

การกำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 นั้นได้มีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยมีการกำหนดประเภทของธุรกิจที่ห้ามไม่ให้คนต่างด้าวทำไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งธุรกิจต่างๆเหล่านี้ เป็นธุรกิจที่ต้องการจะสงวนไว้ให้สำหรับคนไทย

โดยในมาตรา 8 ได้มีการบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า หากคนต่างด้าวประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้นก็ย่อมสามารถทำได้ ยกเว้นบัญชีประเภทธุรกิจต่างๆ ที่กำหนดในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติเท่านั้นที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ ซึ่งบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติจะแบ่งออกเป็น 3 บัญชี³⁵

บัญชี 1 เป็นธุรกิจซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด โดยเหตุผลพิเศษ จะขออนุญาตก็ไม่ได้ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 9 ประเภท

บัญชี 2 เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 13 ประเภท ซึ่งคนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

³⁵ ดู พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ในส่วนบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ในภาคผนวก ง. ประกอบ

บัญชี 3 เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 21 ประเภท เว้นแต่คนต่างด้าวนั้นจะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

3.2 หลักเกณฑ์การเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุน

ส่วนสำหรับหลักเกณฑ์การเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุน มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

3.2.1 คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และการขอหนังสือรับรองประกอบธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยปกติคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย หากประกอบกิจการตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง หรือ บัญชีสามของบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 คนต่างด้าวจะต้องยื่นขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อคณะรัฐมนตรี หรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าก่อนที่จะเริ่มดำเนินการ แต่หากเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนต่อคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนแล้ว คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนดังกล่าวสามารถประกอบธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทยได้ แม้ว่าธุรกิจนั้นจะเป็นธุรกิจตามบัญชีสอง หรือ สามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก็ตาม เนื่องจากตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่เป็นบทบัญญัติที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง และสามนั้นได้กำหนดยกเว้นมิให้ใช้บังคับกับคนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 คือ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ดังนั้น คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องขออนุญาต³⁶ แต่คนต่างด้าวตามมาตรา 12 นั้น จะไม่ได้รับการยกเว้น

³⁶ วันทิพย์ จันทกิจ, “การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน”, (สารนิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.11

จากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยทันที แต่จะได้รับยกเว้นเมื่อได้หนังสือรับรองแล้ว

สำหรับการขอออกหนังสือรับรองดังกล่าวนี้ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เพียงแต่แจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเพื่อขอหนังสือรับรองประกอบธุรกิจที่ตนได้รับการส่งเสริมการลงทุน โดยไม่จำเป็นต้องยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแต่อย่างใด และในการออกหนังสือรับรองให้แก่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะพิจารณาถึงความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบในด้านต่างๆ และคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนก็就不用อยู่ภายใต้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เว้นแต่ยังคงต้องปฏิบัติตามความในมาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 39 มาตรา 40 และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

3.2.2 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกบัตรส่งเสริมการลงทุน

ตามบทบัญญัติมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2544 กิจการที่คณะกรรมการให้การส่งเสริมต้องเป็นกิจการที่สำคัญและเป็นประโยชน์ในด้าน เศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ กิจการผลิตเพื่อส่งออกไปจำหน่ายต่างประเทศ กิจการที่ใช้ทุน แรงงาน หรือบริการในอัตราสูง หรือกิจการที่ให้ผลผลิตทางการเกษตรหรือ ทรัพยากรธรรมชาติเป็นวัตถุดิบ และคณะกรรมการเห็นว่ากิจการนั้นยังไม่มีในราชอาณาจักร หรือ มีในราชอาณาจักรไม่เพียงพอ หรือกรรมวิธีการผลิตยังไม่ทันสมัย³⁷

โดยสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันทำการ นับแต่วันที่สำนักงานได้รับคำขอพร้อมด้วยเอกสาร และหลักฐานเพื่อ ประกอบการพิจารณาครบถ้วน³⁸ ส่วนคำขอรับการส่งเสริมที่มีขนาดการลงทุน ตั้งแต่ 500 ล้านบาทขึ้นไปเพื่อผลิตเพื่อการจำหน่ายภายในประเทศเป็นส่วนใหญ่จะต้องเสนอคณะกรรมการ

³⁷ เพิ่งอ้าง, น.18.

³⁸ ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ฉบับที่ 1/2547 ลงวันที่ 22 กันยายน 2547, อ้างในวินทิพย์ จันทกิจ, “การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติ การส่งเสริมการลงทุน”, (สารนิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น.19.

พิจารณา ซึ่งจะใช้เวลาเพิ่มขึ้นอีก 30 วัน รวมเป็น 90 วันทำการ ซึ่งธุรกิจที่ได้รับอนุมัติการส่งเสริมการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (B.O.I) จะได้รับการยกเว้นจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542