

บทที่ 2

การปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ(National Treatment) ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

ในบทที่ 2 นี้จะได้อธิบายถึงการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ซึ่งจะเริ่มอธิบายจากความเป็นมาของความตกลงเสียก่อน โดยจะเปรียบเทียบให้เห็นถึงความแตกต่างของการค้าสินค้าและการค้าบริการ รวมทั้งอธิบายถึงโครงสร้างของ GATS ซึ่งแตกต่างไปจาก GATT ด้วย จากนั้นจึงจะได้อธิบายถึงหลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลง GATS พร้อมทั้งเปรียบเทียบให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลง GATS กับ GATT ด้วย ในส่วนของการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลง GATS นี้ จะอธิบายถึงลักษณะการผูกพันต่อพันธกรณีในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของประเทศไทยด้วย เพื่อที่จะทำให้เข้าใจถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลง GATS ชัดเจนขึ้น หลังจากนั้นจึงจะได้อธิบายถึงปัญหาในการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลง GATS ต่อไป

2.1 ความเป็นมาของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) เป็นหนึ่งในข้อตกลงภายใต้องค์การการค้าโลก ซึ่งเป็นความพยายามครั้งสำคัญที่จะก่อตั้งระเบียบที่บังคับใช้ภายใต้การเจรจาพหุภาคีเพื่อลดข้อจำกัดของการค้าบริการระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาจากการเจรจาพหุภาคีที่ผ่านมาแล้วนั้น ในการเจรจารอบที่ 7 Tokyo Round (1973-1979) เมืองโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งในเนื้อหาเป็นเรื่องของความพยายามที่จะลดการกีดกันทางการค้าและเป็นการเจรจาในมาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีเป็นครั้งแรก การเจรจาในส่วนของมาตรการกีดกันที่ไม่ใช่ภาษีในรอบโตเกียว ซึ่งก็ส่งผลให้หลายประเทศเริ่มให้ความสำคัญกับนโยบายการกำกับดูแลที่อาจจะก่อให้เกิดข้อจำกัดทางการค้าได้ และในการเจรจาครั้งนี้ ก็ได้มีการเล็งเห็นความแตกต่างระหว่างการค้าในสินค้าทั่วไป กับสินค้าบริการ ที่อาจจะไม่สามารถใช้กฎระเบียบทางการค้าร่วมกันได้

ต่อมาในการเจรจาการค้ารอบสุดท้าย รอบที่ 8 Uruguay Round (1986-1993) เมืองปุนต้า เดล เอสเต ประเทศอุรุกวัย ก็ได้มีการขยายขอบเขตของการเจรจาการค้าไปสู่ประเด็นใหม่ๆ

เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าบริการด้วย และเมื่อวันที่ 15 เมษายน 1994 ที่กรุงมาราเกช ประเทศ โมร็อกโก ก็มีมติให้ตั้งองค์การการค้าโลก หรือ WTO (World Trade Organization) ขึ้น โดยข้อตกลงขององค์การการค้าโลกนั้นประกอบด้วยข้อตกลงย่อยที่ทำหน้าที่ จัดระเบียบการค้าสินค้า (General Agreement of Tariff and Trade: GATT) ทรัพย์สินทางปัญญา (The agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS) และที่สำคัญ คือ การค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) ด้วย โดยแต่ละข้อตกลงจะประกอบด้วยหลักการพื้นฐาน (Basic principles) ที่บังคับใช้กับทุกประเทศสมาชิกที่ยอมรับข้อตกลง นอกจากนั้น ยังมีส่วนของรายละเอียดเพิ่มเติม (Additional details) เป็นส่วนแนบท้าย หรือภาคผนวก (Annexes) ของความตกลง โดยในส่วนแนบท้ายหรือภาคผนวกนี้ จะเป็นการตกลงกันของบางประเทศเท่านั้น ส่วนสุดท้ายของแต่ละข้อตกลงย่อย จะเป็นรายการข้อผูกพัน เฉพาะที่แต่ละประเทศได้จัดทำเพื่อเปิดตลาดโดยสมัครใจ

อาจกล่าวได้ว่า ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น มีจุดเริ่มต้น คล้ายกันกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT แต่เนื่องจากโดย ลักษณะทางธรรมชาติของสินค้า และบริการนั้น แตกต่างกัน ซึ่งก็มีนักกฎหมายและนักวิชาการซึ่ง ได้อธิบายถึงลักษณะที่สำคัญของสินค้าบริการไว้ดังต่อไปนี้

Clark¹ และ Fisher² ได้ให้คำจำกัดความว่า การค้าบริการนั้น เป็นหนึ่งในสามสาขา การค้าระหว่างประเทศที่สำคัญ ซึ่งการค้าระหว่างประเทศสามสาขาที่สำคัญดังกล่าวนี้ก็ได้แก่ สาขาแรก คือสาขาที่เกี่ยวข้องกับการนำวัตถุดิบมาจากธรรมชาติผ่านกิจกรรมต่างๆ เช่น การทำเหมือง การเกษตร สาขาที่สอง คือ การเปลี่ยนวัตถุดิบเป็นสินค้า สิ่งก่อสร้าง หรือสิ่งที่มีรูปแบบทางกายภาพที่ให้อรรถประโยชน์ สาขาที่สาม คือ การบริการ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นสาขาที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนสถานะของสิ่งของ หรือมนุษย์ เช่น การขนส่ง การแพทย์ การศึกษา เป็นต้น³

¹Clark, C., The Condition of Economics Progress, (Macmillan, London, 1945)

²Fisher, A.G.B., The Clash of Progress and Security, (Macmillan, London, 1935)

³Weiss, Friedl, "The General Agreement on Trade in Services 1994", Common Market Law Review 32, (1995), p.1177

Hill⁴ เสนอว่า ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างสินค้าและบริการ ก็คือ การบริการนั้น การบริโภคและการผลิตจะเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน ซึ่งลักษณะที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการบริการก็คือ ไม่สามารถจับต้องได้ (Intangible)

Miles⁵ ได้สรุปถึงลักษณะสำคัญของบริการไว้ว่า ธรรมชาติของการบริการนั้น ไม่มีวัสดุอุปกรณ์ ยากที่จะเก็บรักษา กระบวนการผลิตและตัวสินค้ายากที่จะแยกออกจากกัน สินค้าไม่สามารถเห็นตัวอย่างได้ก่อน จนกระทั่งจะได้ผลิตและบริโภคแล้ว ซึ่งรูปแบบของการบริการนั้น ก็มีความแตกต่างกันไปตามความต้องการของผู้บริโภค

อาจสรุปได้ว่า การบริการมีลักษณะพิเศษคือ ไม่สามารถที่จะจับต้องได้ กระบวนการผลิตและการบริโภคนั้นเกิดขึ้นในขณะเดียวกัน และตัวสินค้าก็ไม่สามารถแยกออกจากกระบวนการผลิตได้ รวมถึงการเก็บและการเคลื่อนย้ายในหลายกรณีทำได้ยาก หรือไม่ได้เลย การค้าบริการระหว่างประเทศนั้น จึงแตกต่างไปจากการค้าสินค้าทั่วไปอยู่พอสมควร กล่าวคือ การค้าสินค้าในทางระหว่างประเทศทั่วไปนั้น ผู้ซื้อและผู้ขายไม่จำเป็นต้องพบกัน การค้ากระทำโดยการส่งสินค้าข้ามพรมแดน โดยผู้ซื้อและผู้ขายไม่จำเป็นที่จะต้องเดินทาง และการผลิตกับการบริโภค ก็สามารถเกิดขึ้นคนละที่ คนละเวลาได้ การค้าสินค้าโดยปกติจึงเป็นการส่งออกและนำเข้าสินค้าจากผู้ซื้อและผู้ขายที่อยู่คนละประเทศเท่านั้น

แต่ในกรณีของการค้าบริการนั้น มีความแตกต่างออกไป การบริโภคและการผลิตนั้นเกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน เช่น การให้คำปรึกษาทางการแพทย์ หรือ การศึกษา เป็นต้น สินค้าบริการโดยส่วนใหญ่มักไม่สามารถเก็บรักษาและส่งผ่านข้ามพรมแดนได้ เช่น การท่องเที่ยว บริการทางการเงิน ผู้รับบริการ หรือผู้ให้บริการอาจจะจำเป็นต้องเดินทางไปหาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำการซื้อขายบริการ เช่น การท่องเที่ยว การก่อสร้าง หรือผู้ประกอบการบริการประเทศหนึ่งอาจจะจำเป็นต้องลงทุนตั้งหน่วยธุรกิจ (Commercial Presence) ในประเทศของผู้รับบริการเพื่อให้บริการภายในประเทศของผู้รับบริการ

⁴ Hill, T.P. "On Goods and Services", Review of Income and Wealth 23 (1977), p.315.

⁵ Miles, Ian, "Services in the New Industrial Economy", Futures. (July/August ,1993) , p.653.

จากที่ได้กล่าวมา จะสังเกตเห็นได้ว่า รูปแบบของการให้บริการ หรือการค้าบริการ ระหว่างประเทศนั้นมีความหลากหลายมากกว่าการค้าสินค้าทั่วไป Sampson และ Snape⁶ จำแนกสินค้าออกเป็นสองกลุ่ม คือ กลุ่มที่ต้องการความใกล้ชิดทางกายภาพ (Physical Proximity) และกลุ่มที่ไม่ต้องการความใกล้ชิดทางกายภาพ ซึ่งการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services : GATS) นั้น ก็ได้แบ่งวิธีการในการให้บริการด้วยแนวคิดดังกล่าว โดยช่องทางในการให้บริการนั้นสามารถจำแนกได้ดังต่อไปนี้⁷

วิธีการแรก คือ การค้าข้ามพรมแดน (Cross-border Trade) นั่นคือ การส่งผ่านบริการ โดยผู้ให้บริการและผู้รับบริการไม่จำเป็นต้องเดินทางไปหาอีกฝ่ายเช่นเดียวกับการขนส่งสินค้า บริการในลักษณะนี้ ได้แก่ การขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ หรือบริการทางด้านข้อมูลข่าวสารผ่านเครือข่ายโทรคมนาคม เช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ การซื้อขายสินค้าทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

วิธีการที่สอง คือ การเคลื่อนย้ายของผู้รับบริการไปยังประเทศของผู้ให้บริการ (Consumption Aboard) นั่นคือ ผู้รับบริการต้องเดินทางไปรับบริการยังประเทศของผู้ให้บริการ เนื่องจากบริการบางชนิดไม่สามารถที่จะส่งข้ามพรมแดนได้ เช่น การท่องเที่ยว การศึกษา เป็นต้น

วิธีการที่สาม คือ การค้าผ่านหน่วยธุรกิจ (Commercial Presence) ของผู้ให้บริการนั้น ที่มาตั้งประกอบธุรกิจในประเทศของผู้รับบริการ โดยบริการประเภทนี้จำเป็นที่ผู้ประกอบการจะต้องทำการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ สินค้าที่ให้บริการผ่านช่องทางนี้ เช่น การให้บริการค้าปลีก การให้บริการทางการเงิน การประกันภัย บริการทางด้านสาธารณสุข โภค ไฟฟ้า น้ำประปา เป็นต้น

วิธีการที่สี่ การเคลื่อนย้ายของบุคคลซึ่งเป็นผู้ให้บริการ เพื่อไปให้บริการยังประเทศของผู้รับบริการ (Movement of Natural Person) การเคลื่อนย้ายบุคคลผู้ให้บริการ ยกตัวอย่างเช่น การก่อสร้าง การเคลื่อนย้ายบุคลากรในองค์กร หรือหน่วยงานเอกชน การให้คำปรึกษาต่างๆ เป็นต้น

⁶ Sampson, G.P., R.H. Snape, "Identifying the Issues in Trade in Services". The World Economy 8, (1985), p.171.

⁷ จุมพต สายสุนทร. คำแปลความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2537) น.12-13.

ซึ่งแนวคิดในเรื่องวิธีการให้บริการ 4 วิธีนี้ก็ปรากฏอยู่ในข้อที่ 1 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ด้วย อันเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยขอบเขตและคำจำกัดความ (Scope and Definition)

ดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น สรุปได้ว่าลักษณะของการค้าสินค้า และการค้าบริการ นั้น มีความแตกต่างกันอยู่มาก จึงทำให้ไม่สามารถนำกฎเกณฑ์เดียวกันมาใช้ได้ ดังนั้นหากเปรียบเทียบระหว่างความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariff and Trade : GATT) กับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services : GATS) แล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันในรายละเอียดอยู่หลายประการ ดังต่อไปนี้

ข้อตกลง GATS ประกอบไปด้วย กฎระเบียบ และวิธีปฏิบัติต่าง ๆ ของประเทศสมาชิก องค์การการค้าโลก ซึ่งสามารถแบ่งองค์ประกอบออกมาได้เป็น 3 ส่วนที่สำคัญดังนี้

ส่วนที่ 1 กรอบความตกลงทั่วไป (Framework Agreement) เป็นกรอบข้อตกลงพหุภาคี (Multilateral Agreement) ซึ่งกำหนดแนวคิด นิยาม ข้อกำหนด และกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งการตกลงนี้จะบังคับใช้กับบริการทุกรูปแบบ โดยกรอบความตกลงทั่วไปนี้แบ่งออกได้เป็น 6 หมวด คือ

หมวดที่ 1 : กรอบว่าด้วยขอบเขตและคำจำกัดความ (Scope and Definition)

หมวดที่ 2 : กรอบว่าด้วยพันธกรณีทั่วไป และข้อบังคับ (General Obligation and Disciplines)

หมวดที่ 3 : กรอบว่าด้วยข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments)

หมวดที่ 4 : กรอบว่าด้วยการเปิดเสรีเพิ่มขึ้นเป็นลำดับ (Progressive Liberalization)

หมวดที่ 5 : กรอบว่าด้วยบทบัญญัติเชิงสถาบัน (Institutional Provision)

หมวดที่ 6 : กรอบว่าด้วยบทบัญญัติสุดท้าย (Final Provision)

ส่วนที่ 2 ส่วนแนบท้ายหรือภาคผนวก (Annexes) ซึ่งแบ่งได้เป็นสองกลุ่ม คือ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทั่วไป ได้แก่ การยกเว้นหลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favored Nation : MFN) ปรากฏอยู่ในข้อ 2⁹ ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

⁸ Weiss, Friedl, *supra note* 3, p.1184.

⁹ GATS Article II

การเคลื่อนย้ายของปัจเจกชนโดยธรรมชาติ อีกส่วนหนึ่งคือ ส่วนที่เกี่ยวกับข้อกำหนดและหลักปฏิบัติของการค้าบริการ (Sectoral Approach) ซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัว และไม่สามารถที่จะนำกรอบการตกลงทั่วไปมาปฏิบัติได้ หรือบางสาขาก็ยังไม่สามารถที่จะทำการเจรจาตกลงกันได้ สาขาบริการเหล่านี้ได้แก่ การให้บริการทางการเงิน (Financial Services) การให้บริการ สื่อสาร โทรคมนาคม การให้บริการขนส่งทางอากาศ (Air Transport Services)

ส่วนที่ 3 ได้แก่ รายการข้อผูกพันเฉพาะ (List of Specific Commitments) สมาชิกองค์การการค้าโลกทุกประเทศ จะต้องจัดทำรายการแสดงข้อผูกพันเฉพาะซึ่งระบุสาขา และสาขาย่อยของภาคบริการ และเงื่อนไขที่จะทำการเปิดเสรี โดยให้อิสระแก่สมาชิกในการเลือกสาขาและวิธีการในการให้บริการ (Mode of Supply) ที่ตนเองมีความพร้อมและเลือกจะวางข้อกำหนดต่างๆ ในประเด็นที่เกี่ยวกับการเข้าถึงตลาด (Market Access) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกยังสามารถที่จะเพิ่มข้อผูกพันเพิ่มเติม (Additional Treatment) ในประเด็นอื่นๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีได้อีกด้วย

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น เป็นความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐบาลของประเทศสมาชิก ซึ่งก็เป็นที่น่าสังเกตว่า ลักษณะของความตกลงนี้มีทั้งความตกลง “ทั่วไป” (General) และข้อตกลง หรือข้อผูกพัน “เฉพาะ” (Specific) ที่กล่าวว่าความตกลงนี้มีลักษณะทั่วไปนั้น ก็เพราะ ความตกลงนี้ใช้กับการให้บริการทุกชนิดที่ทำการค้าระหว่างประเทศได้

“1. With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member, treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.

2. A Member may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article II Exemptions.

3. The provisions of this Agreement shall not be so construed as to prevent any Member from conferring or according advantages to adjacent countries in order to facilitate exchanges limited to contiguous frontier zones of services that are both locally produced and consumed.”

(Internationally Tradable Service) และความตกลงนี้บังคับใช้กับประเทศสมาชิกทุกประเทศอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นประเทศพัฒนาแล้ว หรือประเทศกำลังพัฒนาก็ตาม¹⁰

ในขณะที่ความตกลงที่มีลักษณะเฉพาะนั้น คือ การที่แต่ละประเทศสมาชิกสามารถที่จะทำการเจรจาตกลง และวางเงื่อนไขการเปิดเสรีได้โดยอิสระ ซึ่งจะต้องระบุไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะของแต่ละประเทศ

ในส่วนของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น ในส่วนของเนื้อหาของหลักการ ก็เป็นหลักการเดียวกันกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีความแตกต่างกันในเรื่องการบังคับ กล่าวคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น ไม่ได้เป็นพันธกรณีทั่วไป ดังเช่นหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT หากแต่เป็นข้อผูกพันเฉพาะที่ใช้บังคับกับการบริการที่ประเทศสมาชิกเลือกที่จะเปิดเสรี โดยจะต้องระบุถึงสาขาบริการนั้นๆ ในรายการข้อผูกพันเฉพาะ ซึ่งวัตถุประสงค์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้านั้น ก็คล้ายกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า กล่าวคือ ต้องการให้การแข่งขันในทางการค้าบริการระหว่างผู้ให้บริการภายในประเทศ และผู้ให้บริการจากต่างประเทศเป็นไปด้วยความเป็นธรรม ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติต่อผู้ให้บริการภายในประเทศ และผู้ให้บริการจากต่างประเทศเหมือนกัน หากแต่มาตรการนั้นๆ จะต้องไม่ทำให้ผู้ให้บริการจากต่างประเทศเสียเปรียบ

2.2. หลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

ในส่วนนี้จะได้อธิบายถึงหลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS โดยจะอธิบายเปรียบเทียบให้เห็นถึงความคล้ายคลึงและความแตกต่างบางประการในบทบัญญัติ ระหว่างหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) กับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ด้วย

โดยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น ปรากฏอยู่ใน ข้อ ที่ 17¹¹ ซึ่งกำหนดเอาไว้ว่า

¹⁰ Weiss, Friedl (1995), *supra* note 3, p.1184.

“1. ในภาคธุรกิจที่ระบุไว้ในตารางและภายใต้บังคับแห่งเงื่อนไขและคุณสมบัติใดๆ ที่ระบุไว้ในตาราง ให้สมาชิกแต่ละประเทศปฏิบัติต่อการบริการหรือผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่นในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการทั้งปวงที่กระทบต่อการให้บริการ ไม่ด้อยไปกว่าที่ได้ให้แก่การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันของประเทศตน

2. สมาชิกหนึ่งอาจทำตามข้อกำหนดในวรรคที่ 1 โดยปฏิบัติต่อการให้บริการและผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่นใด ไม่ว่าเหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างเป็นทางการกับที่ตนปฏิบัติต่อการบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันของประเทศตน

3. การปฏิบัติที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างเป็นทางการ ให้ถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ด้อยกว่าหากสมาชิกนั้นเปลี่ยนแปลงแก้ไขเงื่อนไขในการแข่งขันให้เป็นประโยชน์แก่การบริการหรือผู้ให้บริการของสมาชิกนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับบริการหรือผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่น”

เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการเพิ่มการเปิดเสรี ข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ จึงกำหนดให้ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจะต้องปฏิบัติกับผู้ประกอบธุรกิจบริการจากประเทศสมาชิกอื่นในสาขาที่ระบุไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะ โดยให้การสนับสนุนไม่ด้อยไปกว่าผู้ประกอบการของประเทศนั้นๆ ได้รับ อย่างไรก็ดี

¹¹ GATS Article XVII : National Treatment

1. In the sectors inscribed in its schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.¹¹

2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.

ประเทศสมาชิกสามารถเข้ามาตราการที่เลือกปฏิบัติได้ หากมาตรการที่เลือกปฏิบัตินั้นถูกระบุไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะ

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทั้งในส่วนการให้บริการและผู้ให้บริการ ซึ่งแตกต่างไปจากในกรณีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT ที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเฉพาะแต่ในส่วนของสินค้า มิได้รวมไปถึงผู้ผลิต หรือผู้ประกอบการด้วย ทั้งนี้เพราะ GATS คำนึงถึงธรรมชาติของสินค้าบริการที่ไม่สามารถแยกผู้ประกอบการออกจากตัวสินค้าบริการ (Service product) ได้ ซึ่งหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น เป็นหลักการที่ประเทศสมาชิกสามารถที่จะเลือกปฏิบัติตามโดยสมัครใจ โดยระบุไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะ

อาจกล่าวได้ว่าหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น ก็มีขอบเขตที่กว้างกว่าหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า แต่มีข้อจำกัดในการบังคับใช้มากกว่า (wider in scope but more limited in application) หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT)

กล่าวคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้านั้นมีขอบเขตกว้างกว่าก็เพราะ ในขณะที่หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ GATT นั้น เกี่ยวข้องกับมาตรการที่มีผลกระทบต่อสินค้า แต่หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ GATS นั้น นอกจากจะครอบคลุมถึงการบริการ (services products) แล้ว ก็ยังรวมไปถึงมาตรการที่มีผลกระทบต่อผู้ให้บริการ (service suppliers) อีกด้วย ส่วนที่กล่าวว่า มีข้อจำกัดในการบังคับใช้มากกว่านั้น ก็เป็นเพราะ ในขณะที่หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ GATT นั้น จะมีผลบังคับใช้ก็ต่อเมื่อสินค้านั้น ได้ส่งผ่านข้ามพรมแดนเข้ามาภายในประเทศแล้ว (across the board) แต่หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ GATS นั้น จะมีผลบังคับใช้ก็แต่เฉพาะกับสาขาบริการที่ได้ระบุเอาไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (scheduled sectors) เท่านั้น

อย่างไรก็ดี วัตถุประสงค์ของข้อ 17 คือ การปฏิบัติต่อผู้ประกอบการธุรกิจในสาขานั้นๆ อย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการจากประเทศสมาชิกใดก็ตาม โดย GATS ไม่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อผู้ประกอบการทุกรายเหมือนกัน เพียงแต่ว่าการปฏิบัติที่เหมือนกันหรือต่างกันนั้น จะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อสภาวะการแข่งขันในลักษณะที่ให้ประโยชน์ต่อผู้ประกอบการในประเทศ

สมาชิกแต่ละประเทศจะต้องทำรายการข้อผูกพันเฉพาะ โดยระบุสาขาที่จะเปิดเสรี พร้อมทั้งระบุเงื่อนไขมาตรการเกี่ยวกับการเข้าถึงตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยประเทศสมาชิกอาจจะวางเงื่อนไขที่ต่างกันสำหรับลักษณะรูปแบบการให้บริการ (Modes of supply) ต่างๆ ในสาขาบริการเดียวกัน การลดเงื่อนไขการเข้าถึงตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยหลักการแล้วก็เพื่อให้เกิดการค้าเสรี เปรียบได้กับการลดอัตราภาษีศุลกากรให้เหลือศูนย์เปอร์เซ็นต์ (zero tariff) ในสินค้าทั่วไปที่ไม่ใช่บริการ ซึ่งอุปสรรคทางการค้าบริการไม่ได้อยู่ที่อัตราภาษีศุลกากร แต่อยู่ที่มาตรการที่เข้ามาควบคุมสาขาบริการนั้นๆ การที่ GATS ให้อิสระแก่ประเทศสมาชิกในการกำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงตลาด และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยสมัครใจนั้นก็เพื่อต้องการให้กระบวนการเจรจาต่อรองมาช่วยในการเพิ่มการเปิดเสรี ซึ่งในประเด็นนี้ก็มีหลักการที่คล้ายกับ GATT คือ ไม่ได้บังคับให้ประเทศสมาชิกลดอัตราภาษีศุลกากรให้เหลือศูนย์เปอร์เซ็นต์ หากแต่ใช้การเจรจาต่อรองเพื่อลดมาตรการกีดกันทางการค้า

อย่างไรก็ดี แม้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จะเป็นหลักการที่จำเป็น แต่ก็ไม่เพียงพอที่จะทำให้การเข้าถึงตลาดเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น มีการจำกัดการเข้าถึงตลาด หรือมีการควบคุมภายในประเทศที่เข้มงวดในสาขาบริการโดยเข้มงวดกับผู้ประกอบการทุกประเภท¹²

จากที่ได้อธิบายถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 17 ของ GATS ไปแล้วนั้น จะสังเกตได้ว่าหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดอย่างไม่สามารถแยกกันได้กับหลักการในเรื่องการเข้าถึงตลาด (Market access) ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อที่ 16 ของความตกลง โดยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักในเรื่องการเข้าถึงตลาดนั้น ต่างก็เป็นหลักที่อยู่ในส่วนของข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments) ด้วยกันทั้งคู่ กล่าวคือ ในกรอบที่ว่าด้วยข้อผูกพันเฉพาะนั้น จะว่าด้วยการระบุเงื่อนไขการเปิดเสรีในสาขาบริการที่ประเทศสมาชิกมีความสนใจ โดยประเทศสมาชิกสามารถที่จะคงมาตรการที่เป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับการเข้าถึงตลาด การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างสำคัญ ดังนั้น ในการอธิบายถึงหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการจึงจำเป็นที่จะต้องอธิบายหลักการเข้าถึงตลาดควบคู่กันไปกับหลักการเข้าถึงตลาดด้วย

¹² Weiss, Friedl (1995), *supra* note 3, p.1207.

โดยหลักการเข้าถึงตลาด (Market Access) ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 16 วรรค 2¹³ ของ GATS ได้ระบุถึงมาตรการป้องกันการเข้าถึงตลาดที่ประเทศสมาชิกไม่สามารถที่จะบังคับใช้ได้ หากไม่ได้ระบุไว้ล่วงหน้าในรายการข้อผูกพันเฉพาะ ซึ่งมีด้วยกันทั้งสิ้น 6 มาตรการ คือ

1. จำกัดจำนวนผู้ให้บริการโดยการให้โควตา อำนาจผูกขาด ผู้แทนจำหน่าย หรือ มาตรการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ (Economic needs test)¹⁴ ยกตัวอย่างเช่น การจำกัด

¹³ GATS Article XVI Paragraph 2 “In sectors where market access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its schedule, are defined as:

(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;

(b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test; 163

(c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test; 10

(d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and

(f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment.

¹⁴ มาตรการตรวจสอบต่างๆ เพื่อให้แน่ใจว่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือว่าการเพิ่มจำนวนของผู้ให้บริการนั้นมีความจำเป็นจริงๆ สำหรับประเทศ

โควตาสำหรับผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ในต่างประเทศ หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับสัญชาติของผู้ให้บริการ ซึ่งมองอีกแง่หนึ่งถือว่าเป็นโควตาที่เป็นศูนย์ (Zero quota)¹⁵

2. จำกัดมูลค่าธุรกรรม หรือสินทรัพย์รวมของธุรกิจบริการ โดยการให้โควตา หรือมาตรการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ เช่น จำกัดสินทรัพย์ของสาขาของธนาคารต่างประเทศให้เป็นสัดส่วนของสินทรัพย์รวมของทุกธนาคาร

3. จำกัดปริมาณในลักษณะของหน่วยการให้บริการ หรือจำนวนรวมของผลผลิตของสินค้าบริการ โดยการให้โควตา หรือมาตรการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ เช่น การจำกัดเวลาฉายของภาพยนตร์

4. จำกัดจำนวนรวมของบุคคลธรรมดา (Natural Person) ที่จะเข้าทำงานในสาขาบริการต่างๆ หรือจำกัดจำนวนของแรงงานที่ผู้ประกอบการบริการจะว่าจ้างได้ หรือ การตัดสินใจว่าใครจำเป็นหรือเกี่ยวข้องต่อการให้บริการ โดยการให้โควตา หรือมาตรการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ (เช่น อนุญาตวิชาชีพที่ขาดแคลนบุคลากรในประเทศ) เช่น จำกัดจำนวนแรงงานและ/หรือค่าจ้างแรงงานจากต่างประเทศไม่ให้เกินสัดส่วนที่กำหนดของจำนวนรวม

5. มาตรการที่จำกัดลักษณะรูปแบบการจัดตั้งทางกฎหมาย (Legal Entity) หรือ การร่วมทุนจากต่างประเทศ (Joint Venture) ที่จะสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจบริการ

6. จำกัดการเข้ามามีส่วนร่วมของทุนจากต่างประเทศในรูปของการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นสูงสุดของชาวต่างชาติ หรือจำกัดมูลค่ารวมของการลงทุนจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะโดยการลงทุนของปัจเจกบุคคล หรือโดยรวมของชาวต่างชาติ

จะสังเกตได้ว่าข้อห้ามส่วนใหญ่เป็นการจำกัดในเชิงปริมาณ (Quantitative Restrictions) ยกเว้นก็แต่เพียงในข้อที่ 6 ซึ่งเป็นมาตรการในเชิงคุณภาพ โดยมาตรการจำกัดการเข้าถึงตลาดนั้น ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติเสมอไป มาตรการที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติหลายมาตรการ เช่น มาตรการควบคุมสาขาการผลิตทั้งสาขา (ข้อ 1-4) ก็สามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันการเข้าถึงตลาดได้ อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดด้านการเข้าถึงตลาด ก็เป็นเพียงความพยายามที่จะลดข้อจำกัดในการเข้าไปแข่งขันของผู้ให้บริการจากต่างประเทศ แต่ข้อกำหนดนี้เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ไม่เพียงพอที่จะก่อให้เกิดการค้าเสรี เนื่องจากผู้ให้บริการจาก

¹⁵“Guidelines for the Specific Commitments under the General Agreement on Trade in Services (GATS)” . <<http://tsdb.wto.org/wto/guidelines.html>>

ต่างประเทศ หลังจากสามารถเข้าสู่ตลาดได้แล้ว ก็ยังอาจจะต้องเผชิญกับมาตรการที่เป็นข้อจำกัด และเลือกปฏิบัติภายหลังจากการเข้าถึงตลาดแล้วก็ได้

ข้อตกลง GATS เปิดโอกาสให้สมาชิกได้เลือกเงื่อนไขการเปิดเสรีซึ่งเป็นไปตามความสมัครใจ โดยประเทศสมาชิกจะต้องระบุสาขาบริการที่จะทำการเปิดเสรีลงในรายการข้อผูกพันเฉพาะ โดยการเปิดเสรีจะเป็นไปตามหลัก MFN ซึ่งอาจจะมีเงื่อนไขทางด้านมาตรฐานหรือใบอนุญาตอยู่ด้วย ประเทศสมาชิกสามารถที่จะกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดของการเข้าถึงตลาด (Market access) หรือ เงื่อนไขที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ให้บริการในประเทศกับผู้ให้บริการจากต่างประเทศ (National Treatment) ซึ่งเป็นมาตรการที่เป็นข้อจำกัดเหล่านี้ ถ้าประเทศสมาชิกต้องการที่จะคงไว้ก็จะต้องระบุไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะ

โดยข้อ 20 วรรค 1¹⁶ ของ GATS กำหนดให้รัฐบาลของแต่ละประเทศสมาชิก จะต้องจัดทำรายการข้อผูกพันเฉพาะ โดยระบุสาขาบริการที่จะเปิดเสรีในแต่ละสาขาบริการ (Mode of Supply) ซึ่งในรายการจะต้องระบุถึงสิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้

1. ข้อกำหนด ข้อจำกัด และเงื่อนไขต่างๆ เกี่ยวกับการเข้าถึงตลาด
2. เงื่อนไข และคุณลักษณะเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ
3. มาตรการปฏิบัติอื่นที่มีผลกระทบกับการค้าบริการให้บันทึกเป็นข้อผูกพันเพิ่มเติม
4. เงื่อนไขเวลาในการปฏิบัติตามข้อผูกพันเฉพาะดังกล่าว ถ้ามี
5. วันที่ข้อผูกพันเฉพาะต่างๆ มีผลบังคับ

การบันทึกรายการข้อผูกพันเฉพาะ ถือว่าเป็นพันธะทางด้านกฎหมายซึ่งทุกประเทศจะต้องให้ความสำคัญและบันทึกอย่างรัดกุม ประเทศสมาชิกจะต้องบันทึกสาขาและสาขาย่อย

¹⁶ GATS Article XX “1. Each Member shall set out in a schedule the specific commitments it undertakes under Part III of this Agreement. With respect to sectors where such commitments are undertaken, each Schedule shall specify:

- (a) terms, limitations and conditions on market access;
- (b) conditions and qualifications on national treatment;
- (c) undertakings relating to additional commitments;
- (d) where appropriate the time-frame for implementation of such commitments; and
- (e) the date of entry into force of such commitments.

ของบริการ รวมถึงรูปแบบและวิธีการให้บริการทั้ง 4 วิธี¹⁷ ที่ต้องการจะเปิดเสรี เมื่อสาขาบริการใดๆ ถูกบันทึกลงในรายการข้อผูกพันเฉพาะ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการเข้าถึงตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะถูกบังคับใช้กับสาขาบริการนั้นๆ อย่างเต็มที่ นอกเสียจากว่าประเทศสมาชิกจะต้องการคงมาตรการที่เป็นข้อจำกัดทั้งทางด้านการเข้าถึงตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ มาตรการใดไว้ในสาขาใด ซึ่งจะต้องบันทึกไปในคอลัมน์ที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดนั้นๆ

อย่างไรก็ดี การปฏิบัติจะต้องกระทำตามพันธกรณีทั่วไป กล่าวคือ ต้องปฏิบัติตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (MFN) เว้นเสียแต่ว่า จะมีการยกเว้นการปฏิบัติตามส่วนแนบท้าย (Annex) ที่ว่าด้วยการยกเว้น ข้อ 2 ซึ่งหากประเทศสมาชิกได้รับการยกเว้นการปฏิบัติตามหลัก MFN ประเทศสมาชิคนั้นอาจจะให้สิทธิพิเศษแก่ประเทศสมาชิกใดสมาชิกหนึ่งเป็นพิเศษได้ แต่จะต้องปฏิบัติตามที่ระบุไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะ¹⁸ โดยรายการข้อผูกพันเฉพาะนั้น ถือว่าเป็นการทำรายการเชิงบวก (Positive list)¹⁹ กล่าวคือ ประเทศสมาชิกจะบันทึกเฉพาะสาขาบริการที่ต้องการจะเปิดเสรีเท่านั้น ส่วนสาขาบริการที่ไม่ต้องการเปิดเสรีนั้นไม่ต้องบันทึกลงในรายการ และจะไม่ถูกบังคับโดยข้อกำหนดของ GATS จนกว่าจะมีการเจรจาและบันทึกลงในรายการ²⁰ โดยการบันทึกในลักษณะรายการเชิงลบแตกต่างจากในกรณีของข้อตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (North America Free Trade Agreement : NAFTA) และข้อตกลงการค้าและข้อตกลงความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดขึ้นระหว่างออสเตรเลียและนิวซีแลนด์

¹⁷ ได้แก่ การส่งผ่านบริการข้ามพรมแดน, การเดินทางไปรับบริการยังต่างประเทศ, การจัดตั้งหน่วยธุรกิจในประเทศของผู้รับบริการ และสุดท้าย การเคลื่อนย้ายของบุคคลที่ให้บริการไปยังประเทศของผู้รับบริการ

¹⁸ Weiss, Friedl (1995), *supra* note 3, p. 1212.

¹⁹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถ* ที่ 7, น. 54

²⁰ สหรัฐอเมริกาได้ริเริ่มเสนอในการเจรจาครั้งสุดท้ายของข้อกำหนด (Draft final act) ของ GATS ให้การทำรายการข้อผูกพันเฉพาะ เป็นไปในลักษณะรายการเชิงลบ (Negative list) กล่าวคือ ให้ประเทศสมาชิกทำรายการของสาขาบริการที่ไม่ต้องการให้มีการเปิดเสรีโดยสาขาใดที่ไม่ได้ถูกบันทึกลงในรายการจะต้องเปิดเสรีอย่างเต็มที่ แต่ข้อเสนอดังกล่าวถูกคัดค้านจากหลายฝ่าย และในที่สุดการทำรายการเชิงบวกก็ถูกนำมาใช้ใน GATS

(Australia-New Zealand Closer Economic Relations-Trade Agreement: ANZCERTA) ที่มี การทำรายการในลักษณะเชิงลบ (Negative list)²¹

ข้อผูกพันเฉพาะที่ประเทศสมาชิกได้บันทึกไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะ จะมีภาระ ผูกพันทางกฎหมายกับประเทศสมาชิกหลายระดับ ซึ่งแบ่งออกได้ดังนี้ คือ

ระดับผูกพันเต็มที่ (Full Commitment) ประเทศสมาชิกที่ไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการ เข้าถึงตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเลยในสาขาบริการใดๆ จะใส่คำว่า “None” ลงไปใน รายการข้อผูกพันเฉพาะในส่วนข้อจำกัดการเข้าถึงตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่ง หมายความว่า ไม่มีข้อจำกัดในสาขาบริการนั้นๆ อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดใน Horizontal Commitment นั้นก็ยังมีผลบังคับอยู่

ระดับผูกพันโดยมีข้อจำกัด (Bound Commitment) หมายถึง การที่ประเทศสมาชิกให้ ข้อผูกพันเฉพาะว่าจะผูกพัน แต่ว่าเป็นการผูกพันที่ไม่เต็มที่ โดยมีข้อจำกัดบางประการซึ่ง ลักษณะ ของการผูกพันแบบมีข้อจำกัดนี้ อาจจะแบ่งย่อยได้เป็น 2 ลักษณะคือ การผูกพันตามเงื่อนไขที่ เป็นอยู่ในปัจจุบัน (Standstill) กล่าวคือ ประเทศสมาชิกไม่ได้ตัดสินใจที่จะผูกพันอะไรเพิ่มเติม ส่วนลักษณะที่สองคือ การผูกพันในลักษณะที่เปิดเสรีมากขึ้นกว่าเดิม แต่ยังคงมาตรการบาง ประการ (Rollback) ที่ขัดแย้งกับข้อ 16 และ 17 ซึ่งว่าด้วยการเข้าถึงตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคน ชาติอยู่ โดยประเทศสมาชิกจะต้องระบุไว้ให้ชัดเจนว่าต้องการที่จะคงมาตรการที่ขัดกับข้อ 16 และ 17 นั้นไว้

ระดับไม่ผูกพัน (No Commitment) ในกรณีที่ประเทศสมาชิกต้องการคงมาตรการหรือ เพิ่มมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการเข้าถึงตลาด และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้ในสาขา บริการใด ประเทศสมาชิกจะบันทึกคำว่า “unbound” เอาไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับหลักการทั้งสอง ในกรณีที่สาขาบริการที่ประเทศสมาชิกไม่ต้องการผูกพันในทั้ง 4 วิธีการ บริการ ประเทศสมาชิกก็ไม่ต้องบันทึกสาขาบริการนั้นไว้ในรายการข้อผูกพันเฉพาะ ในบางกรณีที่ สาขาบริการหนึ่งๆ ไม่สามารถให้บริการผ่านวิธีการให้บริการใดได้ ซึ่งเป็นเพราะความเป็นไปไม่ได้ ทางเทคนิค เช่น การให้บริการการตัดผมโดยวิธีการค้าข้ามพรมแดน (Cross-border) ให้บันทึกคำ ว่า “Unbound” พร้อมทั้งบันทึกลงในเชิงอรรถว่า “Unbound due to lack of technical feasibility”

²¹ จุมพต สายสุนทร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.55.

เพื่อที่จะให้เข้าใจมากขึ้น ในหัวข้อต่อไปจึงจะได้อธิบายถึงทางปฏิบัติของประเทศไทย ในการจัดทำรายการข้อผูกพันเฉพาะ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าลักษณะของรายการข้อผูกพันเฉพาะที่ ประเทศไทยทำการเปิดเสรีทางการค้าบริการนั้น ยังมีลักษณะทำให้กฎหมายไทยเป็นอุปสรรค ต่อหลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และการเข้าถึงตลาดอยู่

2.3 การผูกพันต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของประเทศไทย

การที่ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกสามารถ ตกลงกัน เนื่องจากการค้าบริการนั้นมีสาขาและวิธีการให้บริการที่สลับซับซ้อนมาก ไม่สามารถ กำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการค้าระหว่างประเทศได้ในลักษณะเดียวกันกับกรณีของการค้า สินค้า โดยความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการได้ให้อิสระแก่สมาชิกในการเลือกสาขา (Sector of Service) และวิธีการในการให้บริการ (Mode of Supply) ที่ตนเองพร้อมที่จะเปิดเสรีและวาง ข้อกำหนดต่างๆ ในประเด็นที่เกี่ยวกับการเข้าถึงตลาด (Market Access) และการปฏิบัติเยี่ยงคน ชาติ (National Treatment)

อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าการจัดทำรายการข้อผูกพันเฉพาะตามความตกลงทั่วไปว่า ด้วยการค้านั้น ได้เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกสามารถสร้างข้อจำกัดอันเป็นการยกเว้นหลักการ เข้าถึงตลาด และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติด้วยนั่นเอง ทั้งนี้การเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ ถือ หลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization) รัฐสมาชิกจึงสามารถที่จะเปิด เสรีตามตารางแสดงข้อผูกพัน ซึ่งไม่ได้หมายความว่ารัฐภาคีจะต้องขจัดอุปสรรคต่อการเข้าถึง ตลาดให้หมดโดยทันทีทันใด ดังนั้นในปัจจุบันจึงจะพบว่าประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ก็ยังคงมี มาตรการกีดกันทางการค้า และสร้างข้อกำหนดในการเข้าถึงตลาดทั้งสิ้น ทั้งนี้ก็เพื่อคงอำนาจ ต่อรองในการเปิดเสรีการค้าบริการเอาไว้นั่นเอง ซึ่งในกรณีของประเทศไทยเองก็เช่นเดียวกัน

ดังนั้นเนื้อหาในส่วนนี้จึงจะได้อธิบายถึงทางปฏิบัติของไทย ซึ่งในการจัดทำรายการข้อ ผูกพันเฉพาะยังมีลักษณะที่เป็นการเปิดโอกาสให้กฎหมายไทยเป็นอุปสรรคต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคน ชาติ และหลักการเข้าถึงตลาดอยู่มาก กล่าวคือ หากพิจารณาตารางข้อผูกพันที่ประเทศไทยแสดง ความผูกพันในการเปิดเสรีทางการค้าในขณะนี้ ไม่มีข้อใดขัดต่อกฎหมายไทยที่มีอยู่ แต่หากใน อนาคตมีการเปิดเสรีอย่างเต็มที่ ก็ย่อมมีกฎหมายที่จะเป็นการขัดต่อการเข้าถึงตลาด และหลัก

ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอย่างแนบแน่น โดยจะขอยกตัวอย่างที่ชัดเจนก็คือการค้าบริการผ่านวิธีการที่ 3 และวิธีการที่ 4 ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

กรณีการค้าบริการผ่านวิธีการที่ 3 หรือ การค้าผ่านหน่วยธุรกิจ (Commercial Presence) เมื่อพิจารณาจากข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitments) ซึ่งหมายความถึงข้อผูกพันทั่วไปที่ใช้บังคับกับทุกสาขา เว้นเสียแต่จะมีระบุไว้ใน ข้อผูกพันตามสาขาเฉพาะ (Sector Specific Commitments) ตามตารางแสดงข้อผูกพันของประเทศไทยได้ระบุเรื่องการเข้าถึงตลาด (Market Access) เอาไว้ว่า นอกจากจะระบุไว้เป็นอย่างอื่น ในสาขาเฉพาะ (Specific Sector) การจัดตั้งหน่วยธุรกิจ (Commercial Presence) จะได้รับอนุญาตจากบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย และปฏิบัติตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้คือ

1. จะต้องเป็นผู้ถือหุ้นต่างชาติไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ ของจำนวนทุนจดทะเบียน
2. จำนวนของผู้ถือหุ้นต่างชาติจะต้องมีจำนวนน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท

นอกจากนั้นตามข้อผูกพันทั่วไปได้กล่าวถึงการได้มาและการใช้ที่ดินเอาไว้ว่า สำหรับผู้ที่เข้ามาเพื่อจัดตั้งธุรกิจ การได้มาและการใช้ที่ดินให้เป็นไปตามพรบ.ที่ดินของประเทศไทย คนต่างด้าวหรือบริษัทภายในประเทศที่ถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ไม่ได้รับอนุญาตให้ซื้อหรือเป็นเจ้าของที่ดินในประเทศไทย อย่างไรก็ตามบุคคลดังกล่าวสามารถเช่าที่ดินและเป็นเจ้าของอาคารได้ นอกจากนี้คนต่างชาติดังกล่าวยังได้รับอนุญาตให้เป็นเจ้าของบางส่วนของห้องชุดในคอนโดมิเนียมได้ ภายใต้กฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ในคอนโดมิเนียม

สำหรับสาขาเฉพาะหรือสาขาย่อย (Specific Sector) ประกอบด้วย 11 สาขา ดังนี้คือ สาขาบริการทางธุรกิจ, สาขาบริการด้านการสื่อสารคมนาคม, สาขาบริการด้านการก่อสร้างและด้านวิศวกรรมที่เกี่ยวข้อง, สาขาบริการจัดจำหน่าย, สาขาบริการด้านการศึกษา, สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม, สาขาบริการทางการเงิน, บริการด้านการท่องเที่ยวและดำเนินการทางที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว, สาขาบริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรมและการกีฬา และสาขาบริการด้านการขนส่ง

ทั้งนี้หากใน Specific Commitments นั้น ไม่ระบุข้อกำหนด (None) ในเรื่องข้อจำกัดการเข้าถึงตลาดหรือข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ ก็ต้องพิจารณาตาม Horizontal Commitment ส่วนถ้าเป็นกรณีไม่ผูกพัน (Unbound) ในเรื่องข้อจำกัดการเข้าถึงตลาดหรือข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ผู้ที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจด้านบริการดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทยทั้งสิ้น นอกจากนี้อาจมีในบางสาขาที่มีข้อกำหนดเพิ่มเติม เช่น สาขา

บริการกฎหมาย ในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ไม่มีข้อจำกัด (No limitation) ตราบเท่าที่มีผู้ถือหุ้นต่างชาติอยู่ไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์

จากพันธกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า พันธกรณีที่แสดงไว้ในตารางแสดงข้อผูกพันอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายไทยอยู่แล้ว เพราะ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ถือว่านิติบุคคลต่างด้าว คือ นิติบุคคลที่มีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นที่ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด กล่าวคือ กฎหมายหุ้นและจดทะเบียนเป็นสำคัญ ถ้าทุนจดทะเบียนซึ่งอยู่ในรูปหุ้น เกินกว่ากึ่งหนึ่ง นิติบุคคลนั้นย่อมเป็นต่างด้าว ก็ประกอบธุรกิจไม่ได้ในประเทศไทย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อห้ามและควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ในกรณีนี้ประเทศไทยถือว่าเป็นประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) ซึ่งโดยทั่วไปแล้วประเทศไทย ก็จะมีสาขาธุรกิจบางสาขาที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ (Prohibited Sector) โดยกฎหมายได้กำหนดความหนักเบาของธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวทำเอาไว้ ว่าห้ามเด็ดขาดหรือห้ามโดยมีเงื่อนไข ดังนั้นหากประเทศไทยเข้าร่วมเจรจาตามข้อตกลงระหว่างประเทศและแสดงความผูกพันเอาไว้ก็ต้องปฏิบัติตามนั้น โดยดำเนินการแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณี แต่อย่างไรก็ตาม ตามตารางแสดงข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้เข้าผูกพันในระดับต่างๆ ไม่มีการแสดงความผูกพันเกินไปกว่ากรอบที่กฎหมายภายในระบุไว้ เพราะเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการเจรจา จะพยายามเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้าบริการเท่าที่กฎหมายบัญญัติอนุญาตไว้ ดังนั้นการปฏิบัติตามความผูกพันระหว่างประเทศก็เท่ากับเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายไทยแล้ว

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้มีการแก้ไขในบทบัญญัติมาตรา 10(2) โดยแยกส่วนสิทธิของคนต่างด้าวที่ได้รับตามพันธกรณีระหว่างประเทศ แตกต่างจากสิทธิของคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สิทธิของคนต่างด้าวตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ก็ให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งก็จะทำให้ผู้เจรจาเปิดตลาดเสรีเกี่ยวกับการค้าบริการ การลงทุน ไม่จำเป็นต้องยึดถือกรอบของกฎหมายภายใน ซึ่งเป็นข้อขัดขวางอย่างหนึ่งในการเจรจา โดยเกรงว่าการเจรจาของตน จะไม่มีฐานทางกฎหมายภายในรองรับ เพราะการเจรจาเปิดตลาด ต้องเจรจาตามผลประโยชน์ของชาติ คำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ประกอบการเป็นหลัก คำนึงถึงผลประโยชน์โดยรวมของการเปิดตลาดเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรีเป็นหลัก ไม่ใช่ปล่อยให้ข้อจำกัดทางกฎหมายมาเป็นอุปสรรคในการเจรจา

การที่กฎหมายแยกการประกอบธุรกิจออกเป็น 2 กรณี ทำให้เกิดผลดีคือ หลักการของการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ ต้องการลดอุปสรรคการเข้าถึงตลาดและจัดมาตรการกีดกันต่างๆ การเจรจาพหุภาคีหรือทวิภาคีเกี่ยวกับการเปิดตลาดเสรีมีขึ้นเพื่อหลักการดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันกฎหมายภายในในเรื่องนี้มีขึ้นเพื่อปกป้องตลาด เพื่อมิให้คนต่างชาติแย่งการประกอบกิจการของคนชาติ โดยกำหนดในเรื่องสัดส่วนของผู้ถือหุ้น เมื่อหลักการทั้งสองขัดแย้งกันอยู่ การแยกเรื่องการเปิดเสรีอันเป็นผลจากการเจรจา ออกจากเรื่องของกฎหมายภายในเป็นเรื่องที่สมเหตุสมผลและจะทำให้ผู้เจรจามีความกว้างขวางในการเจรจา ไม่ต้องถูกจำกัดโดยข้อจำกัดทางกฎหมาย การเจรจาควรยึดหลักผลประโยชน์ของชาติ การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน หรือการประเมินความต้องการแรงงานต่างด้าวมากนักน้อยเพียงใด มากกว่าจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย

อย่างไรก็ตามการแยกการประกอบธุรกิจออกเป็น 2 กรณีก็มีผลเสียเช่นกันกล่าวคือ หากมีการออกกฎหมายรองรับให้ยกเว้นการบังคับบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้นำเอาพันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพันมาบังคับใช้ได้ กรณีนี้ถือว่ามีกฎหมายรองรับผลของพันธกรณีแล้ว ซึ่งก็ส่งผลให้การทำตารางแสดงข้อผูกพัน จะต้องจัดทำอย่างละเอียดว่าจะผูกพันเรื่องใดบ้าง มีขอบเขตการบังคับใช้แค่ไหน

อาจสรุปได้ว่า กฎหมายภายในที่มีอยู่ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายหลัก หรือกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในสาขาต่างๆ ยังมีข้อจำกัดในการเข้าถึงตลาด (Limitation on Market Access) อันมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอยู่ แต่อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวไม่ควรจะต้องแก้ไขยกเลิกเลยเสียทีเดียว เพราะกฎหมายเหล่านี้ใช้กับบุคคลต่างด้าวที่ไม่ได้ได้สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ แต่สำหรับบุคคลที่ได้สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ก็ย่อมยกเว้นไม่ใช้กฎหมายเหล่านี้บางมาตราใช้บังคับ ทั้งนี้ในกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้แยกเป็น 2 กรณีอยู่แล้ว โดยกรณีตามพันธกรณีระหว่างประเทศก็สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นได้ตามมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ส่วนกรณีคนต่างด้าวที่ไม่สามารถใช้สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดจากการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการการลงทุน ก็จะต้องใช้วิธีการตามกฎหมายภายในทั่วไป

นอกจากนั้นจากการศึกษาพันธกรณีเกี่ยวกับการเปิดเสรีการบริการและการลงทุนที่ประเทศไทยได้ทำภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS พบข้อสังเกตดังต่อไปนี้คือ

ในปัจจุบัน การผูกพันภายใต้กรอบการเจรจาการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวยังมีไม่มากนัก การกำหนดในกฎหมายไทยเรื่องอัตราส่วนของผู้ถือหุ้นต่างชาติในปัจจุบันจึงไม่ขัดกับพันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพันแต่อย่างใด แต่หากในอนาคต การเปิดเสรีตามวิธีการที่ 3 คือการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมียกขึ้น กฎหมายไทยในส่วนที่เป็นกฎหมายเฉพาะก็อาจต้องมีการแก้ไขเป็น 2 กรณีอย่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วย

นอกจากนั้นเป็นที่น่าสังเกตว่าปัจจุบัน กฎหมายไทยมักจะกำหนดเฉพาะเรื่องของอัตราส่วนผู้ถือหุ้นต่างชาติเท่านั้น แต่ไม่มีการกำหนดเรื่องการควบคุมนิติบุคคล หรือเรื่องของสิทธิออกเสียงเอาไว้อย่างเดียว ดังนั้นหากในอนาคตประเทศไทยจะเจรจาเปิดเสรีมากขึ้น ประเทศไทยก็อาจจะลดในเรื่องของสัดส่วนผู้ถือหุ้นลง โดยอาจเพิ่มข้อกำหนดเรื่องการควบคุมนิติบุคคล หรือเรื่องของสิทธิออกเสียงเอาไว้ได้ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแบ่งแยกนิติบุคคลไทยออกจากนิติบุคคลต่างด้าวโดยแท้จริง

ในส่วนของการค้าบริการผ่านวิธีที่ 4 หรือ การเคลื่อนย้ายของบุคคลผู้ให้บริการไปยังประเทศของผู้รับบริการ (*Movement of Natural Person*) ก็เช่นเดียวกันกับการค้าบริการผ่านวิธีการที่ 3 กล่าวคือ หากใน Specific Commitments นั้น ไม่ระบุข้อกำหนด (None) ในเรื่องข้อจำกัดการเข้าถึงตลาดหรือข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ ก็ต้องพิจารณาตาม Horizontal Commitment ส่วนถ้าเป็นกรณีไม่ผูกพัน (Unbound) ในเรื่องข้อจำกัดการเข้าถึงตลาดหรือข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ผู้ที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจด้านบริการดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายไทยทั้งสิ้น

ในการเปิดเสรีทางการค้าบริการตามวิธีการที่ 4 นี้ ในส่วนของ Horizontal Commitment ประเทศไทยผูกพันที่จะเปิดเสรีให้บุคคลธรรมดาเข้าเมืองเป็นการชั่วคราว ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 2 กรณีคือ

(1) ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจ ได้แก่ บุคคลธรรมดาที่เข้ามาพำนักในประเทศไทยไม่เกิน 90 วัน เพื่อเข้าร่วมประชุมหรือทำสัญญาธุรกิจ หรือเพื่อทำสัญญาขายหรือซื้อบริการ หรือเพื่อเข้าเยี่ยมชมสำนักงานธุรกิจที่ตั้งในประเทศไทยหรือดำเนินการใดๆ ในทำนองเดียวกัน

(2) ผู้โอนย้ายภายในกิจการในระดับผู้จัดการ ผู้บริหาร หรือผู้เชี่ยวชาญ โดยบุคคลดังกล่าวต้อง

ก. ถูกว่าจ้างโดยบริษัทที่เกี่ยวข้อง ซึ่งตั้งอยู่นอกประเทศไทยมาเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี ก่อนวันที่จะสมัครเข้ามาทำงานในประเทศไทย

ข. มีคุณสมบัติครบถ้วนตามความจำเป็นด้านการจัดการ (Management needs) ตามที่กรมการจัดหางานกำหนดโดยสามารถเข้ามาพำนักได้เป็นการชั่วคราวไม่เกิน 1 ปี และอาจขยายระยะเวลาได้ 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 1 ปี

โดยความจำเป็นด้านการจัดการข้างต้น ได้แก่

- 1) ขนาดของทุนจดทะเบียนชำระแล้ว
- 2) การจ้างงาน
- 3) การขยายการลงทุนจากต่างชาติ
- 4) การส่งเสริมการส่งออก
- 5) การส่งเสริมการถ่ายทอดเทคโนโลยี
- 6) อื่นๆ

จะเห็นได้ว่าการเปิดตลาดให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในกรณีที่ 2 ก็ยังมีการสร้างข้อจำกัดในข้อ ข. โดยจะต้องนำเอากฎหมายไทยมาใช้บังคับเพื่อวัด Management Needs อีกชั้นหนึ่ง

สำหรับข้อผูกพันรายสาขา (Sector Specific Commitments) ประเทศไทยได้ระบุเงื่อนไขและข้อจำกัดเพิ่มเติม ทำให้การเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาภายใต้สาขาย่อยดังกล่าวทำได้ยากขึ้น (คนต่างด้าวในบางสาขาย่อยแม้ว่าจะเป็นผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจ หรือผู้โอนย้ายภายในกิจการ จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยไม่ได้ หรือเข้ามาได้ยากขึ้น) โดยเงื่อนไขและข้อจำกัดเพิ่มเติมในสาขาย่อย แยกออกได้ 4 กลุ่มใหญ่ๆ ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง ได้แก่ กลุ่มไม่ผูกพัน หรือ Unbound ซึ่งในสาขาย่อยบริการมีหลายสาขาย่อยที่ประเทศไทยไม่ผูกพันตามที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันทุกสาขาข้างต้น หมายความว่า คนต่างด้าวที่เป็น (1) ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจ หรือ (2) ผู้โอนย้ายภายในกิจการ ก็ไม่สามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้ เพราะประเทศไทยไม่รับพันธกรณีที่เปิดเสรี Mode 4 ในสาขาย่อยนั้น แม้ว่าในความเป็นจริงประเทศไทยได้เปิดให้คนต่างด้าวทั้ง 2 ประเภทเข้ามาทำงาน แต่ในอนาคตประเทศไทยมีสิทธิที่จะออกมาตรการไม่ให้คนต่างด้าวทุกประเภทเข้ามาทำงานในสาขาย่อยดังกล่าวในประเทศไทยได้ โดยสาขาย่อยที่ประเทศไทยระบุว่า “Unbound” ได้แก่สาขาย่อยบริการดังต่อไปนี้

- (1) Legal services
- (2) Accounting, auditing and bookkeeping services
- (3) Architectural services
- (4) Urban planning and landscape architectural services

- (5) Soil analysis laboratory
- (6) Packaging services
- (7) Publishing and printing services excluding publishing newspaper (ไม่รวมธุรกิจพิมพ์หนังสือพิมพ์)
- (8) Commission agents' services
- (9) International and national school education services (excluding adult and other education services) (ไม่รวมการศึกษาผู้ใหญ่และการศึกษาอื่นๆ)
- (10) Technical and vocational education services
- (11) Professional and/or short courses education services

กลุ่มที่สองได้แก่ กลุ่มอาชีพสงวน ซึ่งหมายถึงอาชีพ 4 อาชีพ คือ วิศวกรรมโยธา ที่ปรึกษาด้านกฎหมายและด้าน Auditing อาชีพลูกเรือ (ships' crews) และอาชีพนายหน้าและตัวแทนประกันภัย โดยประเทศไทยได้ระบุในสาขาย่อยว่า “ไม่ผูกพัน (unbound)” ที่จะให้บุคคลใน 4 อาชีพข้างต้นเข้ามาทำงานในประเทศไทย ดังนี้

อาชีพวิศวกรรมโยธา ประเทศไทยไม่ผูกพันในสาขาย่อยดังต่อไปนี้

- (1) Engineering services
- (2) Services incidental to mining at oil and gas fields
- (3) Telecommunications equipment sales services
- (4) Telecommunications consulting services
- (5) Construction work for buildings
- (6) Construction work for civil engineering
- (7) Installation work
- (8) Maintenance and repair of rail transport equipment

อาชีพที่ปรึกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาด้าน Auditing ประเทศไทยไม่ผูกพันในสาขาย่อย

- (1) General management consulting services

อาชีพลูกเรือประเทศไทยไม่ผูกพันในสาขาย่อยดังต่อไปนี้

- (1) (Maritime) Passenger transportation (CPC 7211 less cabotage transport)
(ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะเปิดเสรีสาขาย่อยการขนส่งผู้โดยสารทางน้ำภายในประเทศ)
- (2) (Maritime) Passenger transportation (CPC 7212 less cabotage transport)
(ไม่รวมการขนส่งผู้โดยสารทางน้ำภายในประเทศ)

(3) International towing

อาชีพนายหน้าและตัวแทนประกันภัย ประเทศไทยไม่ผูกพันในสาขาย่อย (1)

Insurance broking and agency services

กลุ่มที่สาม กลุ่มเงื่อนไขเพิ่มเติม แม้ว่าโดยหลักแล้ว ประเทศไทยเปิดให้บุคคลประเภทผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจและผู้โอนย้ายภายในกิจการเข้ามาทำงานในประเทศไทย แต่ประเทศไทยได้ระบุเงื่อนไขเพิ่มเติมสำหรับบุคคลที่มีอาชีพเกี่ยวกับธุรกิจประกันภัยว่า แม้ว่าจะมีฐานะเป็นผู้บริหารผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ช่วยด้านเทคนิคระดับอาวุโสก็ตาม ก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนธุรกิจประกันภัย (อธิบดีกรมประกันภัย กระทรวงพาณิชย์) ด้วย โดยสาขาย่อยที่มีเงื่อนไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้แก่

(1) Life insurance services

(2) Non-life insurance services

(3) Insurance broking and agency services

(4) Insurance consultancy service excluding pension consulting service (ไม่รวมสาขาย่อยเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับบำนาญ)

(5) Average and loss adjustment services

(6) Actuarial services

กลุ่มที่สี่ กลุ่มจำกัดจำนวน แม้ว่าโดยหลักแล้ว พันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันไว้ตามตารางข้อผูกพันทุกสาขาข้างต้นจะไม่มีการจำกัดจำนวนคนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในสาขาย่อยต่างๆ แต่มีบางสาขาย่อยที่ประเทศไทยระบุเงื่อนไข “จำกัดจำนวน” คนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานไว้ โดยสาขาย่อยดังกล่าวมีดังนี้

(1) Banking and other financial services (excluding insurance) ซึ่งหมายความว่าถึงบริการการเงินดังนี้

- Acceptance of deposits and other payable fund from the public

- Lending of all types, including consumer credit, mortgage credit, factoring and financing of commercial transactions

- Financial leasing

- Payment and money transmission services including credit, charge and debit cards, travellers' cheques and banker drafts

- Guarantee and commitments

- Trading for own accounts, or for account of customers
- Participation in issues of all kinds of securities, including underwriting and placement as agents (whether publicly or privately) and provision of services related to such issues
- Asset management
- Advisory, intermediation and other auxiliary financial services
- Provision and transfer of financial information, and financial data processing and related software

โดยสรุปแล้ว หากพิจารณาตามพันธกรณีที่ได้ให้ไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ประเทศไทยนั้น ไม่ผูกพัน (Unbound) ต่อหลักการเข้าถึงตลาด และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ดังนั้นในเรื่องการทำงานของคนต่างด้าวก็ต้องมาพิจารณากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ซึ่งกฎหมายที่เป็นหลักการสำคัญในเรื่องนี้ก็คือ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งปัจจุบันได้มีการยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวฉบับเก่า (พ.ศ. 2522) และได้มีพระราชบัญญัติฉบับใหม่ออกมาในปี พ.ศ. 2551

ตามพรบ. การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2522 ได้มีพระราชกฤษฎีกาแนบท้ายพระราชบัญญัติกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ กำหนด Negative List เอาไว้ วิชาชีพใดที่ไม่ได้กำหนดไว้ก็ให้สามารถทำได้ แต่จะต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน โดยกระทรวงแรงงานจะออกใบอนุญาตทำงานให้ ซึ่งก็จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามหลักเกณฑ์ของกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจขัดกับหลักการเปิดเสรีเต็มรูปแบบ ซึ่งในขณะนี้ประเทศไทยยังไม่ได้เปิดเสรีเต็มรูปแบบ แต่ในอนาคตก็ต้องเปิดเสรีเพิ่มตามหลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ²²

ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 7 กำหนดว่าวิชาชีพใดที่คนต่างด้าวทำได้ จะกำหนดในกฎกระทรวง แต่ผลของบทเฉพาะกาล กฎกระทรวงจะต้องทำให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปีนับแต่วันที่ พระราชบัญญัติ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับ แต่ในขณะนี้ยังไม่มีกฎกระทรวงให้ใช้พระราชกฤษฎีกาห้ามงานในอาชีพ และวิชาชีพไปพลางก่อน ซึ่งนั่นก็หมายความว่า

²² ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. บทสรุปผู้บริหาร. กรุงเทพฯ, 2551, น. 3.

ว่ากฎหมายใหม่ใช้หลัก Positive list แทน ผลคืองานใดที่ไม่ปรากฏในกฎกระทรวง คนต่างด้าวทำไม่ได้ อย่างไรก็ตามพันธกรณีของไทยเข้าผูกพันในเรื่อง Presence of Natural Person มีน้อยมาก ทำให้ปัจจุบันนี้ กฎหมายไทยที่มีอยู่ไม่ขัดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพันแต่อย่างใด²³

จากการพิจารณาข้อผูกพันดังกล่าวกับกฎหมายไทย จะพบว่ากฎหมายภายในที่มีอยู่ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 หรือกลุ่มกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลอาชีพและวิชาชีพเกี่ยวกับการบริการ โดยเฉพาะ 2 กลุ่มหลังซึ่งกฎหมายภายในยังมีการวางมาตรการกีดกัน (Discriminatory Measures) และข้อจำกัดในการเข้าถึงตลาด (Limitation on Market Access) อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวก็ยังไม่ควรจะต้องแก้ไขยกเลิก เพราะกฎหมายเหล่านี้ใช้กับบุคคลต่างด้าวที่มีได้ สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศแต่สำหรับบุคคลที่ได้สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ก็ควร ยกเว้นไม่ใช้กฎหมายเหล่านี้บางมาตราใช้บังคับ²⁴

อนึ่ง กฎหมายภายในเกี่ยวกับการเข้าถึงตลาดของคนต่างด้าว เกือบทุกประเทศในโลก ยังมีมาตรการกีดกัน และการสร้างข้อจำกัดในการเข้าถึงตลาดอยู่ทั้งสิ้น ประเทศไทยก็ต้องคง มาตรการดังกล่าวไว้ เพื่อสร้างอำนาจในการต่อรองเกี่ยวกับการเปิดตลาดตามหลักการเปิดเสรี ก้าวหน้าตามลำดับ

ทั้งนี้กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว ควรเขียนกฎหมายแยกเป็น 2 กรณี กรณีที่เกิด พันธกรณีระหว่างประเทศและต้องปฏิบัติตามพันธกรณีนั้น ก็ควรแยกให้ชัดเจน จากเรื่องของ กฎหมายภายในเป็นแนวทางปฏิบัติคนละเรื่องกัน กฎหมายภายในคือ พระราชบัญญัติการทำงาน ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กับพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ใช้กับคนต่างด้าวที่ไม่ สามารถใช้สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดจากการเปิดเสรี ว่าด้วยการค้าบริการการลงทุน ส่วนคนต่างด้าวที่สามารถใช้สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศจะ

²³ เพิ่งอ้าง, น 3.

²⁴ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับกฎระเบียบการเข้าเมือง และการ ทำงานของคนต่างด้าวเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย. กรุงเทพฯ, 2551, น.108.

ได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามข้อบทบางข้อของสองพระราชบัญญัติดังกล่าวโดยถือเอาผลของการเจรจาเป็นสำคัญ²⁵

แนวทางของการปฏิบัติเช่นนี้ได้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นตัวอย่างที่ดี โดยอาจแก้ไขเพิ่มบางมาตราของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ในทำนองที่ว่า

“คนต่างด้าวที่อาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับการยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา... และให้ผลปฏิบัติเป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของข้อตกลงนั้นๆ”

ซึ่งผลดีจากการที่กฎหมายแยกคนต่างด้าวออกเป็น 2 กรณี ก็คือ หลักการของการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ ต้องการลดอุปสรรคการเข้าถึงตลาดและจัดมาตรการกีดกันต่างๆ การเจรจาพหุภาคีหรือทวิภาคีเกี่ยวกับการเปิดตลาดเสรีมีขึ้นเพื่อหลักการดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันกฎหมายภายในในเรื่องนี้มีขึ้นเพื่อปกป้องตลาด เพื่อมิให้คนต่างชาติแย่งการทำงานของคนชาติหรือกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการถ่ายโอนเทคโนโลยี เมื่อหลักการทั้งสองขัดแย้งกันอยู่ การแยกเรื่องการเปิดเสรีอันเป็นผลจากการเจรจา ออกจากเรื่องของกฎหมายภายในเป็นเรื่องที่สมเหตุสมผลและจะทำให้ผู้เจรจามีความกว้างขวางในการเจรจา ไม่ต้องถูกจำกัดโดยข้อจำกัดทางกฎหมาย การเจรจาควรยึดหลักผลประโยชน์ของชาติ การแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ซึ่งกันและกัน หรือการประเมินความต้องการแรงงานต่างด้าวมาน้อยเพียงใดมากกว่าจะต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย²⁶

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายแยกคนต่างด้าวออกเป็น 2 กรณี ก็มีผลเสียเช่นกัน กล่าวคือ หากมีการออกกฎหมายรองรับให้ยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้ให้นำเอาพันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพันมาบังคับใช้ได้ กรณีนี้ถือว่ามีการยอมรับผลของพันธกรณีแล้ว แต่ผลเสียก็คือ การทำตารางแสดงข้อผูกพัน ต้องจัดทำค่อนข้างละเอียดว่าจะผูกพันเรื่องใดบ้าง มีขอบเขตการบังคับใช้แค่ไหน²⁷

ปัจจุบัน พรบ. การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับ ดังนั้นจึงควรออกกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 7 ให้ชัดเจน โดยระบุงานที่ให้ทำในท้องถิ่นใด ประเภทใด ก็

²⁵ เฟื่องอ้าง, น.109

²⁶ เฟื่องอ้าง, น.109-110

²⁷ เฟื่องอ้าง, น.110

ระบุไป แต่ต้องมีข้อความตอนท้ายว่า ยกเว้นแต่คนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศในเรื่องนี้ให้เป็นไปตามพันธกรณี

ปัญหาที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวอีกอย่างหนึ่งคือ ในอนาคต การทำงาน และระยะเวลาของการใช้ใบอนุญาต รวมทั้งการต่อใบอนุญาต เมื่อมีการแยกพันธกรณีระหว่างประเทศออกจากการบังคับใช้ พรบ. ดังกล่าวแล้ว ต้องมีการกำหนดเงื่อนไขในการเจรจาเพื่อทำพันธกรณีอย่างละเอียด ชัดเจน เกี่ยวกับการได้รับใบอนุญาต ระยะเวลาในการใช้ใบอนุญาต รวมทั้งการต่อใบอนุญาต

เนื่องจากปัจจุบัน การผูกพันภายใต้กรอบการเจรจาการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวยังมีไม่มากนัก ปัญหาต่างๆ จึงต้องกลับมาใช้กฎหมายไทยในการพิจารณาออกใบอนุญาต แต่หากในอนาคต การเปิดเสรีการค้าบริการตามวิธีการที่ 4 คือการทำงานของบุคคลธรรมดาจะมีมากขึ้น อาจมีการให้ใบอนุญาตโดยไม่ต้องพิจารณาขั้นตอนของระเบียบกรมการจัดหางานอีกก็ได้²⁸ เจ้าหน้าที่จะพิจารณาให้ตามพันธกรณีที่มีอยู่ เป็นแต่ว่าพันธกรณีนั้นๆ ต้องชัดเจนและละเอียด และเป็นที่น่าสังเกตว่า พันธกรณีที่ปรากฏตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ต้องมีการออกกฎหมายอนุวัติการโดยอาศัยฐานของมาตรา 7 กล่าวคือ ต้องมีกฎกระทรวงออกมาเพื่ออนุวัติการให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจในการปฏิบัติการ ไม่สามารถหยิบเอาพันธกรณีระหว่างประเทศมาใช้โดยตรง เพราะกฎหมายไทยยึดถือระบบทวินิยม คือ ต้องผ่านแปรข้อผูกพันระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในก่อน เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจึงมีสิทธิที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นๆ ได้

นอกจากนี้กลุ่มของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าว ต้องจำแนกให้ชัดเจนว่ากฎหมายดังกล่าวทำหน้าที่อย่างไร การเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ หมายถึงการลดอุปสรรคการเข้าถึงตลาด และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่การลดอุปสรรคจะต้องยึดถือหลัก Progressive Liberalization คือการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ แต่ถ้าในที่สุดแล้วมีการเปิดเสรีมากขึ้น กฎหมายที่เป็นอุปสรรคก็ต้องถูกยกเลิกมากขึ้น²⁹

ดังนั้น กฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับวิชาชีพต่างๆ ทำหน้าที่หลายลักษณะ ทำหน้าที่ในการกำกับดูแล ทำหน้าที่ในการกำหนดมาตรฐานเพื่อควบคุม ขณะเดียวกันก็อาจกำหนดคุณสมบัติเรื่องสัญชาติเอาไว้ จึงจำเป็นต้องแยกส่วนต่างๆ ของกฎหมายให้ชัดเจนว่า ส่วนไหนมิใช่เกี่ยวกับ

²⁸ เฟื่องอ้าง, น.111.

²⁹ เฟื่องอ้าง

การเปิดตลาด เพราะถ้ามีใช้ส่วนที่เกี่ยวกับการเปิดตลาดแล้ว ประเทศไทยก็ยังคงมีอำนาจที่จะควบคุม กำกับคุณภาพของบริการได้อยู่แล้ว³⁰

ทั้งนี้ในการเจรจาด้วยการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ ประเทศไทยยังคงมีกฎหมายที่สร้างเงื่อนไขในการเข้าถึงตลาดอยู่ก่อนได้ เมื่อมีการประเมินผลประสิทธิภาพการแข่งขันในรายอาชีพและวิชาชีพแล้ว พบว่ามีการแข่งขันได้ หรือกรณีที่มีการทดสอบความต้องการในอาชีพและวิชาชีพใด ค่อยนำเอาสิ่งเหล่านี้มาใช้เป็นเครื่องมือในการเจรจา โดยกำหนดไว้ในพันธกรณีในระดับต่างๆ แต่ต้องเขียนให้ชัดเจน เพราะสิ่งที่ปรากฏในพันธกรณี จะต้องถูกนำมาปฏิบัติ และมีการออกกฎหมายรองรับ ซึ่งควรอยู่ในระดับของพระราชบัญญัติหรือระดับกฎกระทรวง เพราะง่ายต่อการแก้ไข เปลี่ยนแปลง การเจรจาด้านการค้าบริการของคนต่างด้าวของประเทศไทยยังอยู่ในระดับต่ำ การเจรจาค่อยๆ เปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ ยังทำได้โดยการขยับลดเงื่อนไขต่างๆ โดยไม่ต้องแก้ไขกฎหมายไทย เพียงแต่เขียนยกเว้นไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎกระทรวงว่า หากมีการเปิดเสรีระดับใด เพียงใด ก็ให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นๆ³¹

ดังนั้นอาจสรุปในส่วนที่ว่าด้วยกฎหมายไทยนี้ได้ว่า ลักษณะการผูกพันตามพันธกรณีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการหรือ GATS ในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และการเข้าถึงตลาดในขณะนี้นั้นประเทศไทยยังมิได้เปิดเสรีอย่างเต็มที่ ดังนั้นจึงยังมีกฎหมายภายในที่มีลักษณะเป็นอุปสรรคต่อหลักการเข้าถึงตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติอยู่ แต่อย่างไรก็ตาม ในอนาคตประเทศไทยก็ต้องเปิดเสรีทางการค้าบริการเพิ่มขึ้น ตามหลักการเปิดเสรีเพิ่มขึ้นตามลำดับ ซึ่ง ณ เวลานั้น ก็อาจจะทำให้กฎหมายภายในที่มีลักษณะเป็นอุปสรรคต่อหลักการเข้าถึงตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้ ขัดต่อพันธกรณีตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการได้ ซึ่งประเทศไทยเองก็ต้องเตรียมการเพื่อจัดการกับปัญหานี้ในอนาคตด้วย

2.4 ปัญหาในการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า

ปัญหาในการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการหรือ GATS นั้น มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนกว่า การปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความ

³⁰ เฟิงอ้าง, น.111-112.

³¹ เฟิงอ้าง, น.112.

ตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้ามาก ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากลักษณะโดยธรรมชาติของการค้าบริการนั่นเอง ซึ่งก็จะได้อธิบายต่อไปดังนี้

2.4.1 ปัญหาในการตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) ในข้อ 17 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

ที่ผ่านมารณิพิพาทอันเกิดจากหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนั้น ยังไม่เกิดขึ้นมากนัก ทั้งนี้เป็นเพราะการเปิดเสรีทางด้านการค้าบริการในขณะนี้ยังเป็นเพียงช่วงของการเริ่มต้นเท่านั้น ซึ่งปัญหาที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ได้มีโอกาสพิจารณาวินิจฉัยก็คือ ปัญหาในการตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) ซึ่งถึงแม้ว่าหลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการหรือ GATS นั้น จะมีความคล้ายคลึงกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้าอยู่มาก แต่ในประเด็นปัญหาเรื่องการตีความคำว่า บริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) นั้น ก็มีความยุ่งยากมากกว่าการเปรียบเทียบลักษณะของสินค้า ที่จะถือว่าเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ทั้งนี้ก็เพราะการบริการนั้นมีสาขาบริการมากมายหลายสาขาแตกต่างกัน อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงวิธีการให้บริการ (Mode of Supplies) ที่แตกต่างกันอีกด้วย³²

การพิจารณาบรรทัดฐานการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ในการตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน (Like product) ประกอบนั้น ก็อาจจะช่วยให้จัดการกับปัญหาในการตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันได้ไม่มากนัก ทั้งนี้เป็นเพราะโดยลักษณะทางธรรมชาติของการค้าบริการนั้น ย่อมไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาลักษณะทางกายภาพ (Physical characteristic) ดังเช่นในกรณีของการตีความคำว่า สินค้าชนิดเดียวกัน (like product) ซึ่งในเรื่องของการค้าสินค้านั้น การพิจารณาลักษณะทางกายภาพของสินค้านั้นสอดคล้องกับ การจัดประเภทของอัตราภาษี (tariff classification)

³² ได้แก่ การส่งผ่านบริการข้ามพรมแดน, การเดินทางไปรับบริการยังต่างประเทศ, การจัดตั้งหน่วยธุรกิจในประเทศของผู้รับบริการ และสุดท้าย การเคลื่อนย้ายของบุคคลที่ให้บริการไปยังประเทศของผู้รับบริการ

ในขณะที่ข้อผูกพันเฉพาะทางด้านการค้าบริการนั้น แบบแผนในการจัดแบ่งประเภท (classification scheme) จะมีพื้นฐานมาจาก the United Nations Central Product Classification ซึ่งขณะนี้ยังอยู่ในขั้นตอนของการแก้ไข³³ สถานะของการจัดแบ่งประเภทของการบริการซึ่งเป็นไปตามการจัดทำรายการข้อผูกพัน (scheduling commitment) ไม่สามารถนำไปเทียบเคียงอย่างเหมาะสมกับ พิกัดอัตราภาษีศุลกากร (the well-developed Harmonized system) ซึ่งเป็นพื้นฐานของการจัดแบ่งประเภทของการจัดทำตารางภาษี (scheduling tariff concession) สำหรับสินค้าได้

ซึ่งการแบ่งแยกประเภทของการบริการ (service classification) ก็ได้รับการพัฒนามาจากการเจรจาในข้อผูกพันเฉพาะทั้งในเรื่องการเข้าถึงตลาด (market access) และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) แต่ในบางครั้งก็อาจจะถูกโต้แย้งได้ว่า เป็นการแสดงถึงการยอมรับความแตกต่างของสินค้าร่วมกันของ³⁴ เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมและบังคับ ดังนั้น การถูกจัดประเภทแยกอยู่ใน ส่วนย่อย (sub-sectors) ในการแบ่งแยกประเภทของการบริการอาจถูกพิจารณาว่าเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาว่าเป็น การบริการและผู้ให้บริการที่คนละประเภทกัน อย่างไรก็ตามการจัดประเภทของการบริการและผู้ให้บริการในข้อย่อย (sub-divisions) ของ GATS นั้น ก็เป็นไปได้แต่เพียงการสันนิษฐานว่า การบริการและผู้ให้บริการนั้น เป็นการบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน

Aadiya MATTOO ได้แสดงตัวอย่างที่น่าสนใจเกี่ยวกับกรณีพิพาทอันอาจเกิดขึ้นได้จากการปรับใช้และการตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (like services and service suppliers) ซึ่งสามารถชี้ให้เห็นถึงลักษณะของปัญหาได้อย่างชัดเจน เอาไว้ดังนี้³⁵

ประเทศ X ซึ่งผูกพันอย่างเต็มที่ในเงื่อนไขของการเข้าถึงตลาดและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (fully liberal market access and national treatment) ในการบริการด้านการขนส่ง ได้

³³ GATT Document MTN.GNS/W/120.

³⁴ ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้านั้น การแบ่งแยกระบบพิกัดอัตราภาษีศุลกากร (Harmonized System) นั้น ถูกใช้เป็นเพียงพื้นฐานในการเจรจาเพื่อลดภาษีศุลกากรเท่านั้น มิได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของมาตรการใดที่อยู่ภายใต้บังคับของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

³⁵ MATTOO, Aatoo, Mattoo, “National Treatment in GATS Corner-Stone or Pandora Box?”, *Journal of World Trade*, Vol.37, p.128.

กำหนดข้อบังคับว่า เฉพาะแต่ผู้ขับรถที่ได้ผ่านการฝึกขับรถจากโรงเรียนในประเทศ X และได้รับใบอนุญาตจากประเทศ X เท่านั้น จึงจะสามารถขับรถในประเทศ X ได้ โดยอ้างว่ามาตรการดังกล่าว นั้น มิได้ขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ทั้งนี้เป็นเพราะผู้ให้บริการขับรถขนส่งจากต่างประเทศก็สามารถเข้ามาเรียนขับรถในประเทศ X ได้ และสามารถขอใบอนุญาตจากประเทศ X ได้ นอกจากนั้น ประชาชนของประเทศ X เองแม้ผ่านการฝึกขับรถมาจากประเทศอื่น แต่มิได้ผ่านการฝึกในประเทศ X ก็ไม่สามารถที่จะให้บริการขนส่งในประเทศ X ได้เช่นเดียวกัน

ถึงแม้ว่ามาตรการดังกล่าวจะไม่ใช่การเลือกปฏิบัติโดยนิตินัย (de jure discrimination) แต่ก็มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย (de facto discrimination) เพราะขอบเขตของมาตรการนั้น ส่งผลกระทบต่อผู้ให้บริการขับรถจากต่างประเทศมากกว่า แต่ประเทศ X ก็มีข้ออ้างต่อไปอีกว่า การที่จะพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยพฤตินัย (de facto discrimination) หรือไม่นั้น ก็จะต้องพิจารณาเสียก่อนว่า การบริการและผู้ให้บริการนั้น เป็นการบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) หรือไม่ และในความเห็นของประเทศ X แล้วนั้น การบริการขนส่งโดยผู้ขับรถที่ผ่านการฝึกอบรมจากต่างประเทศกับการบริการขนส่งโดยผู้ขับรถที่ผ่านการฝึกอบรมจากโรงเรียนของประเทศ X นั้น ไม่ใช่การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน

เมื่อเป็นดังนั้น ภาระในการยกประเด็นเรื่อง การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) ก็จะต้องอยู่กับประเทศ Y ผู้ร้องเรียน ซึ่งประเทศ Y ก็จะต้องอ้างว่า การบริการและผู้ให้บริการซึ่งผ่านการฝึกอบรมจากประเทศ X และประเทศ Y นั้น เป็นการบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน เพื่อที่จะอ้างว่ามาตรการของประเทศ X นั้นขัดต่อหลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

ในขณะที่ประเทศ X ก็อาจจะต่อสู้ว่า มาตรฐานในการฝึกของประเทศ X กับประเทศ Y นั้น มีคุณภาพแตกต่างกัน ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ความแตกต่างนั้น จะต้องแตกต่างกันมากเพียงใดจึงจะสามารถพิจารณาได้ว่า ไม่ใช่การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน ซึ่งก็โจทก์ที่ยากสำหรับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ในการพิจารณาวินิจฉัย กล่าวคือ หากพิจารณาว่าเป็นการบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน ก็จะกลายเป็นการบังคับให้ต้องแนะนำประเทศ X ว่าควรเปิดให้ผู้ให้บริการขับรถขนส่งจากประเทศ Y ให้บริการได้อย่างไม่มีเงื่อนไข (Unconditional access) แต่ในทางกลับกัน หากพิจารณาว่า ไม่ใช่การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันแล้วนั้น ไม่ว่าจะมีการปฏิบัติต่อการบริการและผู้ให้บริการจากต่างประเทศแตกต่างไปจากการบริการและผู้ให้บริการในประเทศมาก

เพียงใด หลักเกณฑ์ของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ข้อ 17 ก็ไม่สามารถบังคับใช้กับกรณีได้

จากตัวอย่างที่กล่าวมา ข้อโต้แย้งที่น่าจะมีเหตุผลมากที่สุดซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) สามารถเสนอได้ก็คือ ประเทศ X ควรที่จะหันไปควบคุมผู้ให้บริการข้ามพรมแดนจากต่างประเทศโดยการตรวจสอบความสามารถมากกว่าที่จะยื่นกรณให้ผู้ให้บริการข้ามพรมแดนจากต่างประเทศต้องเผชิญกับเรื่องการฝึกอบรมในประเทศ X อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า มาตรการท้องถิ่นในเรื่องการฝึกอบรมการขับขึ้นนั้น ไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นที่จะทำให้วัตถุประสงค์ของมาตรการในการที่จะทำให้ท้องถิ่นปลอดภัยนั้นประสบผลสำเร็จ โดยประเทศ X อาจใช้มาตรการอื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดทางการค้าน้อยกว่านี้ก็ได้ เมื่อมาถึงตรงนี้ก็เกิดคำถามขึ้นอีกว่า การพิจารณาปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 17 แห่งความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นของมาตรการด้วยหรือไม่ ซึ่งหากจะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นของมาตรการด้วยแล้วนั้น การปรับใช้และการตีความหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการก็จะมีลักษณะที่แคบมาก

เป็นที่แน่นอนว่า ในส่วนของข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความจำเป็นของมาตรการ แต่การที่จะไปพิจารณาข้อยกเว้นทั่วไปของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการหรือ GATS นั้น ก่อนอื่น ก็จะต้องพิจารณาก่อนว่ามาตรการนั้นๆ ขัดแย้งต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแล้วหรือไม่ หากมาตรการดังกล่าวขัดแย้งแล้ว ประเทศสมาชิกจึงจะสามารถยกเอาข้อยกเว้นทั่วไปข้อ 14 ขึ้นมาพิจารณาได้ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเรื่องยากสำหรับ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ในการวินิจฉัยตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers)

ปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่า “การให้บริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน” (like services and service supplier) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และ องค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ได้มีโอกาสพิจารณาวินิจฉัยเป็นครั้งแรกในกรณีพิพาท กรณีพิพาทเรื่อง EC-Bananas³⁶ ซึ่งประชาคมยุโรปนั้นได้โต้แย้งว่า ระบบการอนุญาต (licensing system) ในเรื่อง

³⁶EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas,

การค้าส่งกล้วยของตุนั้น ไม่ได้ขัดแย้งกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favored Nation : MFN) ตามข้อ 2 แห่งความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ และไม่ได้ขัดแย้งกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ตามข้อ 17 แห่งความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการด้วย ประชาคมยุโรป ได้เสนอกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่า การพิจารณาคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันนั้น น่าจะใช้วิธีการตีความโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The Aim and Effect Approach)³⁷

อย่างไรก็ดี องค์การอุทธรณ์ (Appellate Body) ก็ปฏิเสธความเห็นนี้ โดยให้เหตุผลว่าใน บทบัญญัติข้อ 2 อันว่าด้วยหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favored Nation : MFN) และข้อ 17 อันว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) นั้น มิได้มีบริบทใดๆ ที่ชี้ให้เห็นว่าสามารถ นำเอาทฤษฎีการตีความโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The Aim and Effect Approach) มาใช้ได้ กรณีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) นั้น ไม่อาจ เทียบเคียงได้กับกรณีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ซึ่งในบริบท ของบทบัญญัติอันว่าด้วยเรื่อง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ปรากฏประโยคที่ว่า “ในลักษณะที่จะ เป็นการคุ้มครองต่อการผลิตภายในประเทศ” (“so as to afford protection to domestic production”)

แนวทางการวินิจฉัยตีความคำว่า การให้บริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) ในกรณีพิพาทเรื่อง EC-Bananas นี้ ถูกยืนยันอีกครั้งหนึ่งใน

³⁷ หลักในการพิจารณาความหมายของคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (panel) และองค์การอุทธรณ์ (appellate body) ณ ปัจจุบันนี้ สามารถแบ่งออกได้ เป็น 2 แนวคิดด้วยกัน คือ การตีความโดยวิธีการแบบดั้งเดิม (The Traditional Approach) และการตีความโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The Aim and Effect Approach) ซึ่ง การตีความโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The Aim and Effect Approach) นั้น เป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงว่ามาตรการที่นำมาใช้นั้นมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการผลิต สินค้าภายในประเทศหรือไม่ กล่าวคือ หากมาตรการที่นำมาใช้นั้น มีลักษณะที่แสดงให้เห็นว่ามี วัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการผลิตสินค้าภายในประเทศ และการมีมาตรการเช่นนั้น ส่งผล กระทบต่อสินค้านำเข้าแล้ว ก็ถือว่าเป็นสินค้าชนิดเดียวกัน

การวินิจฉัยข้อพิพาทเรื่อง Canada-Autos³⁸ แต่อย่างไรก็ตามในกรณีพิพาทนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) ก็ได้ระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่า การตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) ในกรณีพิพาทนี้ ก็เป็นเพียงมาตรฐานในการตีความในข้อพิพาทนี้เท่านั้น (“for the purpose of this case”) ซึ่งก็เท่ากับว่าเป็นการเปิดโอกาสในการสร้างบรรทัดฐานในการตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (like services and service suppliers) ที่แตกต่างออกไป ในกรณีพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต

นอกจากแนวทางในการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์รอุทธรณ์ดังกล่าวแล้ว ก็ยังมีประเด็นที่น่าสนใจที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบการตีความคำว่า “การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน” (Like services and service suppliers) อีกว่า หลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT ตามข้อ 3 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 หรือ GATT 1994 นั้น ได้แบ่งหลักเกณฑ์การไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้านำเข้า กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศออกเป็น 2 กรณี คือ

กรณีแรก เป็นกรณีของการไม่เลือกปฏิบัติทางด้านภาษี และค่าสัมภาระ ตามข้อ 3 บรรค 2 อันเป็นการกำหนดหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าต่างประเทศหรือสินค้านำเข้า กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ในเรื่องภาษีและค่าสัมภาระ โดยห้ามประเทศภาคีสมาชิกจัดเก็บภาษีอากรภายใน หรือค่าธรรมเนียมต่างๆ ต่อสินค้าเกินไปกว่าที่เก็บต่อสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ³⁹

³⁸ Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/R, adopted 19 June 2000.

³⁹ GATT 1994, Article III Paragraph 2 “The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1

ซึ่งเมื่อพิจารณา ข้อ 3 วรรค 2 แล้ว จะพบว่ามี 2 ประโยคที่แตกต่างกัน⁴⁰

โดยในประโยคแรกกำหนดว่า สินค้าของประเทศภาคีสมาชิกหนึ่งเมื่อถูกส่งผ่านเข้าไปในดินแดนของประเทศสมาชิกอีกประเทศหนึ่งแล้ว จะไม่ถูกเรียกเก็บภาษีหรือค่าสัมภาระ ไม่ว่าในรูปแบบใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เกินกว่าที่บังคับอยู่แก่สินค้าที่เหมือนกันที่ผลิตภายในประเทศ ซึ่งข้อความในประโยคแรกนี้นั้น สามารถตีความได้อย่างสมบูรณ์ด้วยตัวเอง ดังนั้น การพิจารณาว่าการปฏิบัติของประเทศภาคีสมาชิก มีลักษณะเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่นั้น จึงพิจารณาแต่เพียงว่าสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในนั้น เป็นสินค้าที่เหมือนกันหรือไม่ และในระหว่างสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในนั้น มีการจัดเก็บภาษีหรือค่าสัมภาระ ที่เท่าเทียมกันหรือไม่⁴¹

ในขณะที่ประโยคที่สองที่มีความว่า กำหนดเอาไว้ว่า ประเทศภาคีสมาชิกคู่สัญญา ไม่อาจเรียกเก็บภาษีหรือค่าสัมภาระอื่นๆ จากสินค้านำเข้า หรือสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ในลักษณะที่ขัดแย้งกับหลักการที่ระบุไว้ในวรรคที่ 1 ดังนั้นจึงเท่ากับว่า การตีความประโยคที่ 2 นี้ ไม่อาจตีความได้อย่างสมบูรณ์ด้วยตัวเอง หากแต่ต้องพิจารณาควบคู่ไปกับ ข้อ 3 วรรคแรกด้วย เพราะฉะนั้น การพิจารณาว่าการปฏิบัติของประเทศที่ปฏิบัติต่อสินค้านำเข้าหรือสินค้าที่ผลิตภายในประเทศจะมีลักษณะเป็นการละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ จึงแตกต่างไปจากการตีความ ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคแรก กล่าวคือ แม้ว่าการปฏิบัตินั้นจะมีได้กระทำต่อสินค้าที่เหมือนกันดังเช่นประโยคที่ 1 แต่หากสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศนั้น เป็นสินค้าที่แข่งขันกันโดยตรงแล้ว (Directly Competitive Goods) หากมิได้ถูกเก็บภาษีในอัตราเดียวกัน (not similar tax) และการเก็บภาษีนั้น เป็นไปเพื่อการป้องกันการผลิตสินค้าภายใน ก็ถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติที่ละเมิดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแล้ว⁴²

ส่วนกรณีที่สอง เป็นกรณีของการไม่เลือกปฏิบัติทางด้านกฎหมาย, ระเบียบ, ข้อกำหนด ตามข้อ 3 วรรค 4 เป็นการกำหนดหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าต่างประเทศ หรือสินค้านำเข้า กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ในเรื่อง กฎหมาย, ระเบียบ, ข้อกำหนด กล่าวคือ ประเทศ

⁴⁰ Choi, Won-Mong, Like product in International Trade Law Toward a Consistent GATT/WTO Jurisprudence, (New York: Oxford University Press. 2003), pp.105-107.

⁴¹ *Ibid.* pp.105-107.

⁴² *Ibid.* pp.109-110.

ภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อสินค้าต่างประเทศ หรือสินค้านำเข้า “ไม่ด้อยไปกว่า” สินค้าที่เหมือนกันซึ่งผลิตภายในประเทศ การปฏิบัติที่กล่าวถึงนี้ หมายถึง กฎหมาย ระเบียบ ข้อกำหนดต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อการขายภายใน หรือการเสนอขาย การซื้อ การขนส่ง และการจัดจำหน่าย⁴³

ข้อ 3 วรรค 4 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT นั้น ก็ได้อ้างถึงเงื่อนไขในข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 1 ที่ว่า “เป็นไปเพื่อปกป้องการผลิตสินค้าภายในประเทศ (“so as to afford to protection to domestic production...”) เช่นเดียวกันกับข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 1 ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 1 และ ข้อ 3 วรรค 4 นั้น มีขอบเขตที่แคบกว่า ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2 กล่าวคือ การพิจารณาว่าสินค้านำเข้า ที่เป็นสินค้าชนิดเดียวกัน (like product) กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ ซึ่งจะต้องไม่ได้รับการปฏิบัติที่ด้อยกว่า ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 1 และ ข้อ 3 วรรค 4 นั้น จะไม่รวมไปถึงกรณีของ สินค้าที่แข่งขันกันโดยตรง (Directly Competitive Goods) ดังเช่นข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2

หลักการของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS ที่ปรากฏอยู่ในข้อที่ 17⁴⁴ ของความตกลงนั้น มีความคล้ายคลึงอย่างใกล้ชิดกับ หลักปฏิบัติ

⁴³ GATT 1994, Article III Paragraph 4 “The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favorable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product”

⁴⁴ GATS Article XVII : National Treatment Paragraph 1 “In the sectors inscribed in its schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.11...”

เยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT ในข้อ 3 วรรค 4 มากกว่า กล่าวคือ การค้าบริการนั้น จะได้รับผลกระทบจากมาตรการที่มีไม่มาตรการทางด้านภาษี (non-tax regulations) เสียมากกว่าที่จะเป็นมาตรการทางด้านภาษี⁴⁵ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อ 17 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) มีความแตกต่างจากข้อ 3 วรรค 2 แต่มีความคล้ายคลึงกลับ ข้อ 3 วรรค 4 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ดังนั้น การพิจารณาว่าการบริการ หรือผู้ให้บริการ เป็นการบริการ หรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกันหรือไม่นั้น จึงไม่รวมไปถึงกรณีที่เป็นการให้บริการ หรือผู้ให้บริการที่แข่งขันกันโดยตรง หรือที่สามารถแทนที่กันได้ (directly competitive or substitutable)⁴⁶

ดังนั้นอาจสรุปได้ว่า ข้อ 17 ของ GATS นั้น กล่าวถึง การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน แต่ไม่ได้กล่าวถึงการบริการและผู้ให้บริการที่แข่งขันกันโดยตรง หรือสามารถแทนที่กันได้ ดังที่ได้อธิบายไปแล้วว่า หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามข้อ 17 ของ GATS นั้นมีความแตกต่างกับ ข้อ 3 วรรค 2 ของ GATT แต่มีความคล้ายคลึงกันกับข้อ 3 วรรค 4 ของ GATT ซึ่งถ้าหากว่า ข้อ 17 ของ GATS นั้น ไม่ได้มีขอบเขตที่จำกัดกว่าข้อ 3 วรรค 2 แล้ว ก็อาจจะทำให้เข้าใจได้ชัดเจนว่า การพิจารณาตีความคำว่าบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันนั้น ย่อมต้องพิจารณารวมไปถึง การบริการและผู้ให้บริการที่แข่งขันกันโดยตรง หรือสามารถแทนที่กันได้ด้วย

มีการอ้างอิงถึงแนวทางในการตีความคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” (like product) โดยพิจารณาถึงลักษณะการใช้สินค้า (Product's End Uses)⁴⁷ ว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการที่

⁴⁵ Mattoo, Aaditya, *supra note* 35, p. 123.

⁴⁶ *Ibid.* p. 127.

⁴⁷ หลักในการพิจารณาความหมายของคำว่า “สินค้าชนิดเดียวกัน” ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (panel) และองค์กรอุทธรณ์ (appellate body) ณ ปัจจุบันนี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 แนวคิดด้วยกัน คือ การตีความโดยวิธีการแบบดั้งเดิม (The Traditional Approach) และการตีความโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The Aim and Effect Approach) โดย การตีความโดยพิจารณาถึงลักษณะการใช้สินค้า (Product's End Uses) นั้น จัดอยู่ในวิธีการแบบดั้งเดิม (The Traditional Approach) เป็นการตีความจาก 4 หลักเกณฑ์ คือ ลักษณะทางกายภาพของสินค้า (Physical Similarity), ลักษณะของการใช้สินค้า (Product's End Uses) , รสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภค (Consumer's Tastes and Habit) และ อัตราการเก็บภาษี (Tariff Classification) ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้ง 4 หลักเกณฑ์นี้ยังสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 กลุ่ม⁴⁷ คือ กลุ่มที่

จะนำมาพิจารณาว่าถึง การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน ซึ่งแนวคิดนี้เป็นแนวคิดที่สนับสนุนเรื่อง การบริการและผู้ให้บริการที่แข่งขันกันโดยตรงและสามารถแทนที่กันได้ เนื่องจากแนวคิดในการตีความคำว่า การให้บริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน โดยอาศัยการพิจารณา ลักษณะของการใช้สินค้านั้น เป็นแนวคิดที่เน้นความสัมพันธ์ทางด้านการแข่งขัน และคำนึงถึง ตระรกะในเรื่องลักษณะของตลาดในเรื่องการค้าบริการด้วย ซึ่งแนวคิดเรื่องการค้าบริการและผู้ ให้บริการที่แข่งขันกันโดยตรงนั้นก็มีความสำคัญกล่าวคือ หากผู้รับบริการสามารถรับบริการอื่นใด ที่ สามารถแทนที่กันได้ ก็อาจเป็นไปได้ที่จะส่งผลให้อุปสงค์ของการบริการนั้นๆ ลดลง⁴⁸

ดังนั้นในปัญหาเรื่องการตีความคำว่า “การให้บริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน” (Like services and service suppliers) ในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ข้อ 17 แห่งความตกลงทั่วไป ว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) อาจสรุปในเบื้องต้นได้ว่า ด้วยปัจจัยหลายๆ ประการของลักษณะ โดยธรรมชาติของการค้าบริการนั้น การพิจารณาตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภท เดียวกันในบางครั้งก็จำเป็นต้องคำนึงถึงความหมายในเชิงเศรษฐกิจ มากกว่าที่จะพิจารณาแต่ เพียงความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำ ซึ่งก็นำไปสู่แนวคิดในเรื่อง การให้บริการและผู้ให้บริการ ประเภทเดียวกัน⁴⁹ อันเป็นทฤษฎีการตีความที่น่าสนใจสำหรับปัญหานี้

ส่วนปัญหาในการปรับใช้และตีความถ้อยคำอื่นๆ ในบทบัญญัติของหลักปฏิบัติเยี่ยงคน ชาติ ดังเช่นในกรณีของการค้าสินค้า กล่าวคือ ปัญหาในการปรับใช้และตีความคำว่า “ไม่ด้อยไป กว่า” (no less favorable than), คำว่า “กฎหมาย, ระเบียบ และข้อกำหนด” (All laws, regulations and requirement) และปัญหาในการตีความคำว่า “มีผลกระทบต่อ” (affecting) นั้น อาจสรุปสั้นๆ ได้ดังนี้คือ ภายใต้กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนั้น คณะกรรมการ วินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate) นั้นยังไม่มีโอกาสที่จะได้วิเคราะห์และ ตีความคำว่า “ไม่ด้อยไปกว่า” (no less favorable than) เลย ส่วนในกรณีของการตีความคำว่า

เน้นลักษณะทางกายภาพของสินค้า (Physical Characteristic) ได้แก่คุณสมบัติ ลักษณะตาม ธรรมชาติและคุณภาพของสินค้า และการจำแนกสินค้าตามอัตราภาษีอากร (The Product's Tariff Classification) กลุ่มที่เน้นความสัมพันธ์ทางด้านการแข่งขัน (Competitive Relation) ได้แก่ ลักษณะการใช้สินค้า (Product's End Uses) และรสนิยมและพฤติกรรมของผู้บริโภค (Consumer's Tastes and Habit)

⁴⁸ Mattoo, Aaditya, *supra* note 35, p.128.

⁴⁹ *Ibid*, p. 127.

“กฎหมาย, ระเบียบ และข้อกำหนด” (All laws, regulations and requirement) นั้น เมื่อพิจารณาหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) จะพบว่า ข้อ 17 บัญญัติคำที่ใช้ไว้กว้างๆ ว่ามาตรการใดๆ (All measure) จึงไม่ค่อยเกิดปัญหาเกี่ยวกับการตีความในกรณีดังกล่าว ส่วนในกรณีของคำว่า “มีผลกระทบต่อ” (affecting) นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate) ยังไม่มีโอกาสที่จะได้วิเคราะห์และตีความในบทบัญญัติอันว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเลย แต่ในข้อพิพาทเรื่อง EC-Bananas (1997) นั้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate) ก็ได้ตีความคำว่า “มีผลกระทบต่อ” เอาไว้ในบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favoured Nation : MFN) ซึ่งโดยรวมแล้วก็เป็นการปรับใช้และตีความในแนวทางเดียวกันกับกรณีของการตีความคำว่า “มีผลกระทบต่อ” ในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอไม่กล่าวถึงปัญหาในการปรับใช้และตีความถ้อยคำเหล่านี้

นอกจากปัญหาในการปรับใช้และตีความถ้อยคำในตัวบทแล้ว ยังมีประเด็นปัญหาของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ซึ่งนักวิชาการได้นำเสนอและวิเคราะห์เอาไว้ที่น่าสนใจด้วย กล่าวคือ

ประเด็นแรก คือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS ข้อ 17 นั้น ยังไม่มีการอธิบายขอบเขตที่แน่นอนชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อ 16 ที่ว่าด้วยเรื่อง market access

ประเด็นที่สอง หากพิจารณาระหว่างข้อ 17 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) กับ Schedules of Commitment จะพบว่ามีแตกต่างกันระหว่างบริบทของข้อ 17 และโครงสร้างของ Schedules of Commitment ซึ่งทำให้ยากต่อการตีความและจำกัดขอบเขตของข้อผูกพัน แม้กระทั่งบริการในรูปแบบเดียวกัน (identical services) ซึ่งถูกจัดให้อยู่ในวิธีการให้บริการที่ต่างกัน (which are supplied through difference modes)

อย่างไรก็ตาม ปัญหาในประเด็นทั้งสองประเด็นนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และ องค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) นั้น ยังไม่โอกาสได้วินิจฉัยตีความและปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในลักษณะปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด แต่เนื่องจากประเด็นปัญหาทั้งสองประเด็นนี้ เป็นประเด็นปัญหาที่นักวิชาการได้นำเสนอปัญหาและแนวทางในการตีความไว้อย่างน่าสนใจ ผู้ศึกษาเห็นว่า จะมีประโยชน์หากเกิดกรณีพิพาทในลักษณะดังกล่าวขึ้นในอนาคต ดังนั้น จึงจะได้อธิบายปัญหาดังกล่าวเอาไว้ในส่วนนี้ด้วย ดังนี้

2.4.2 ปัญหาในการกำหนดขอบเขตหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 17 แห่งความตกลงว่าด้วยการค้าบริการในส่วนที่ว่าด้วยการเข้าถึงตลาด (Market Access)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS ซึ่งปรากฏอยู่ใน ข้อ 17 ของความตกลงนั้น มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักการในเรื่องการเข้าถึงตลาด (Market access) ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อที่ 16 ของความตกลง โดยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักในเรื่องการเข้าถึงตลาดนั้น ต่างก็เป็นหลักที่อยู่ในส่วนของข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments) ด้วยกันทั้งคู่ ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS ข้อ 17 ยังไม่มีการอธิบายขอบเขตที่แน่นอนชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับข้อ 16 ที่ว่าด้วยเรื่อง market access ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

ลักษณะของการค้าสินค้าและการค้าบริการนั้นแตกต่างกัน อุปสรรคทางการค้าบริการส่วนใหญ่เป็นผลมาจากข้อกำหนดภายในประเทศ (domestic regulation) ที่กำหนดขึ้นเพื่อปกป้องการเข้ามาแข่งขันจากผู้ประกอบการบริการจากต่างประเทศ ในขณะที่กรณีของการค้าสินค้านั้น ส่วนใหญ่แล้วอุปสรรคทางการค้านั้นจะอยู่ในรูปของมาตรการทางด้านภาษีแลที่ไม่ใช่ภาษี ซึ่งกีดกันการค้าที่พรมแดนของประเทศ (at the border) หลักเกณฑ์ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) นั้นเป็นการอธิบายอย่างกว้างขวางถึงมาตรการทางด้านปริมาณ (ข้อ 16 ในเรื่องการเข้าถึงตลาด หรือ market access รวมทั้งข้อยกเว้นในข้อ 16 วรรค 2 (e)) และมาตรการที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (ข้อ 17) ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ แล้วมาตรการที่เป็นการเลือกปฏิบัติทางด้านปริมาณ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้าบริการผ่านวิธีการที่ 3 ซึ่งก็คือการตั้งสำนักงานในประเทศของผู้รับบริการ (Commercial Presence) นั้นจะอยู่ในขอบเขตของหลักการใด คำตอบที่สอดคล้องกับตัวบทของทั้งสองบทบัญญัติก็คือ มาตรการดังกล่าวนั้นตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของทั้งสองบทบัญญัติ อันที่จริงแล้วการซ้อนทับกันในลักษณะนี้ ก็อาจคาดหมายได้โดยนัยจากบทบัญญัติข้อ 20 วรรค 2 ซึ่งกำหนดเอาไว้ว่า

“มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับทั้งข้อ 16 และข้อ 17 ให้ระบุไว้ในหมวดที่เกี่ยวข้องกับข้อ 16 ในกรณีนี้ การระบุถือว่าเป็นการกำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติแก่ข้อ 17 ด้วย”⁵⁰

⁵⁰ GATS Article XX Paragraph 2 “Measure inconsistent with both Article XVI and Article XVII shall be inscribed in the column relating to Article XVI. In this case the inscription will be considered to provide a condition qualification to Article XVII as well”

วิธีการปกติธรรมดาในการระบุนายการในรายการข้อผูกพันเฉพาะนี้เอง กลับสร้างความสับสนให้แก่รัฐสมาชิก กล่าวคือ รายการข้อผูกพันเฉพาะในหมวดของการเข้าถึงตลาด (market access) ซึ่งมีได้ทั้งกรณีที่จะไปถึงมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับข้อ 16 เพียงอย่างเดียว และกรณีที่ไปถึงมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับทั้งข้อ 16 และข้อ 17 ด้วยนั้น กลับไม่มีสิ่งบ่งชี้ใดๆ ในทั้งสองหมวดของรายการข้อผูกพันเฉพาะว่า องค์ประกอบของมาตรการนั้นๆ ควรจะอยู่ในหมวดใด

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาจากความคลุมเครือของการกำหนดขอบเขตและการขาดความชัดเจนในวิธีการระบุนายการในรายการข้อผูกพันเฉพาะ ก็คือ ไม่มีข้อบ่งชี้ให้เห็นขอบเขตที่ชัดเจนของการซ้อนทับกัน (overlapping) ระหว่าง ข้อ 16 และ ข้อ 17 ของความตกลง ซึ่งก็ส่งผลให้ขอบเขตของข้อผูกพันในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นยังคงขาดความชัดเจนอยู่ กล่าวคือ ในรายการข้อผูกพันเฉพาะนั้น ไม่มีข้อบ่งชี้ใดๆ ที่จะแสดงให้เห็นว่ามาตรการการจำกัดปริมาณในลักษณะใดที่ไม่สอดคล้องกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และเพื่อให้เข้าใจถึงลักษณะของปัญหาให้ชัดเจนยิ่งขึ้น จึงจะได้แสดงตัวอย่างที่จะอธิบายให้เห็นถึงปัญหาซึ่งอาจจะเกิดขึ้นในบริบทของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการรวมถึงแนวทางในการตีความดังนี้⁵¹

ตัวอย่าง หากประเทศสมาชิกได้จัดทำรายการข้อผูกพันเฉพาะในสาขาบริการการก่อสร้างโดยผูกพันอย่างเต็มที่ในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ผูกพันโดยมีข้อจำกัดในส่วนของการเข้าถึงตลาด โดยอนุญาตเฉพาะสิบบริษัท (ทั้งในและต่างประเทศ) ที่เป็นผู้ให้บริการก่อสร้างสำหรับสัญญาก่อสร้าง 100 ฉบับ โดยการจัดสรรให้ใบอนุญาตแก่บริษัททั้งที่อยู่ภายในและที่อยู่ต่างประเทศนั้นโดยการประมูลอย่างไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เลือกปฏิบัติในขณะที่กำลังทำสัญญาทั้ง 100 ฉบับนั้นด้วย หลังจากนั้นจึง

(1) ยอมให้มีการให้ใบอนุญาต (ที่เกินไปกว่า 10 บริษัทแรกในเบื้องต้น) แก่บริษัทที่อยู่ภายในประเทศเท่านั้น

(2) ยืนยันว่าสัญญาทั้งหมดที่ทำขึ้นใหม่ (ที่เกินไปกว่า 100 ฉบับในเบื้องต้น) ต้องทำกับบริษัทของชาติ (National Company) เท่านั้น รวมถึงบริษัทซึ่งได้ก่อตั้งแล้วด้วย

การปฏิบัติของสมาชิกไม่ฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ว่าด้วยการเข้าถึงตลาด เนื่องจากเป็นหลักประกันขั้นต่ำมากกว่าที่จะเป็นหลักประกันสูงสุด แต่ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ประเทศสมาชิกจะสามารถผูกพันตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในลักษณะใด ซึ่งจากข้อเท็จจริงที่ได้กล่าว

⁵¹ Mattoo, Aaditya, *supra* note 35, pp.114-117.

มาก็อาจคาดหมายระดับของความผูกพันของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้เป็น 3 แนวทางดังต่อไปนี้ คือ

(ก) การตีความแบบ Strong national treatment ขอบเขตของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามการตีความแนวทางนี้จะครอบคลุมทั้งสิทธิในการก่อตั้งและ การปฏิบัติหลังจากการก่อตั้งแล้ว (post establish treatment) หากเกิดกรณีพิพาทดังเช่นตัวอย่าง การกระทำในข้อที่ (1) และ (2) จะไม่สอดคล้องกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งบทบัญญัติข้อ 17 เองก็สนับสนุนการตีความในแนวทางนี้ เพราะในประโยคที่ว่า “มาตรการทั้งปวงที่กระทบกระเทือนต่อการให้บริการ” (“all measure affecting the supply of service”) ซึ่งก็หมายความว่า จะต้องครอบคลุมไปถึงมาตรการ ที่เกี่ยวกับการควบคุมปริมาณด้วย

(ข) การตีความแบบ Post-entry national treatment การตีความตามแนวทางนี้ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จะไม่ครอบคลุมสิทธิในการก่อตั้ง หากเกิดกรณีพิพาทดังเช่นตัวอย่าง การกระทำตาม (1) จะไม่ขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่การกระทำตาม (2) นั้นจะขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หากสังเกตจากประวัติศาสตร์การเจรจาที่ผ่านมาจะพบว่า

(ค) การตีความแบบ limited national treatment การตีความตามแนวทางนี้ จะไม่ครอบคลุมทุกมาตรการที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของการเข้าถึงตลาดตามข้อ 16 รวมทั้งมาตรการการ จำกัดปริมาณด้วย ซึ่งหากเกิดกรณีพิพาทดังเช่นตัวอย่างแล้ว การตั้งข้อกำหนดตาม (1) และ (2) จะไม่ขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเลย

จากแนวทางการตีความที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้ง 3 แนวทางนั้น ก็ต้องมาพิจารณาดูว่า แนวทางใดเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับแนวทางในทางกฎหมายและสามารถใช้ได้จริงในทาง เศรษฐกิจมากที่สุด ซึ่งโดยทางจารีตประเพณีในการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี เมืองแล้ว (The customary rules of application of public international law) นั้นก็ให้นำเอา อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (The Vienna Convention on the law of treaties 1969) มาปรับใช้ในการตีความในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยอนุสัญญากรุง เวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ข้อ 31วรรค 1⁵² กำหนดเอาไว้ว่า “สนธิสัญญาจะต้อง ตีความโดยสุจริต และสอดคล้องกับความหมายปกติธรรมดาของข้อความในบริบทของ

⁵² Vienna Convention 1969 Article 31 Paragraph 1 “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”

สนธิสัญญา และเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งสนธิสัญญา” ซึ่งหากพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้วดูเหมือนว่าจะเป็น การสนับสนุนแนวทางการตีความแนวทางแรก คือ “strong national treatment” ทั้งนี้เป็นเพราะในประโยคที่ว่า “มาตรการที่ส่งผลกระทบต่อ การให้บริการ” (“all measures affecting the supply of services” ก็แสดงให้เห็นชัดเจนอยู่แล้วว่า หมายความว่ารวมถึงมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถของผู้ให้บริการในการก่อตั้ง สำนักงานในการให้บริการในประเทศของผู้รับบริการ (Commercial Presence) ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม หากยอมรับเอาแนวทางการตีความแบบ strong national treatment นี้แล้ว หลังจากนั้นสิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ข้อกำหนดเพิ่มเติม (additional disciplines) ที่สร้างขึ้นตามหลักการเปิด ตลาดตาม ข้อ 16 โดยไม่ขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ คือข้อกำหนดในลักษณะใด กล่าวคือ ข้อ 16 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการก็จะกลายเป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงการจำกัดการ เข้าถึงตลาดอย่างไม่เลือกปฏิบัติในเบื้องต้นเท่านั้น (primarily non-discriminatory market access restriction) ซึ่งก็เป็นไปได้ยากในกรณีของ ข้อ 16 วรรค 2 (f)⁵³ อันว่าด้วยเรื่องมาตรการ การจำกัดการเข้าร่วมทุนจากต่างชาติซึ่งก็จะขัดกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในทุกๆ กรณี

ส่วนการตีความในแนวทางที่สอง คือ “post-establishment national treatment” นั้นมี ประเด็นที่น่าสนใจคือ มีการแบ่งแยกที่เป็นระบบระเบียบระหว่างหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ หลักการเข้าถึงตลาด โดยหลักการเข้าถึงตลาดนั้นจะครอบคลุมในกรณีของการเข้าถึงตลาดและ การระบุการจำกัดปริมาณโดยไม่เลือกปฏิบัติในเบื้องต้นก่อน ส่วนหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติจะ ครอบคลุมกรณีที่มีการปฏิบัติที่เข้ามาในภายหลัง (Post establish treatment) อย่างไรก็ตามการ ตีความโดยวิธีนี้ทำให้เกิดปัญหาที่น่าสนใจขึ้นว่า หากมาตรการการจำกัดปริมาณที่เป็นการเลือก ปฏิบัติ (discriminatory quantitative restrictions) ถูกตีความว่าตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของ หลักการเข้าถึงตลาดตามข้อ 16 และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 17 ด้วยแล้ว กรณีดังกล่าวก็ จะเป็นไปตามแนวทางการตีความแนวทางแรก แต่ถ้าหากตีความว่าอยู่ภายใต้ขอบเขตของ หลักการเข้าถึงตลาดเท่านั้น ไม่ได้อยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแล้ว กรณีนี้ก็จะ กลายเป็นแนวทางในการตีความแนวทางที่สามไป ความยุ่งยากของแนวทางการตีความแนวทางที่ สองนี้ก็คือ ต้องอาศัยการแบ่งแยกอย่างถี่ถ้วน ตัวอย่างเช่น มาตรการที่ส่งผลกระทบต่อ การก่อตั้ง

⁵³ GATS Article XVI Paragraph 2(f) “limitations on the participation for foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment”

สำนักงานให้บริการในประเทศของผู้รับบริการ (commercial presence) จะตกอยู่ในบังคับของ บทบัญญัติอันว่าด้วยการเข้าถึงตลาดตามข้อ 16 โดยจะไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของหลักปฏิบัติเยี่ยง คนชาติตามข้อ 17 ทั้งนี้เป็นเพราะการที่จะแบ่งแยกดังเช่นในวิธีการตีความวิธีการที่สองนี้ ยังไม่มี พื้นฐานทางด้านกฎหมายที่ชัดเจนรองรับนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีของมาตรการการจำกัด การเข้าร่วมทุนจากต่างชาตินั้น กลับสนับสนุนการตีความในลักษณะนี้

ส่วนการตีความโดยวิธีการที่สามนั้น เป็นการทำให้พันธกรณีของหลักปฏิบัติเยี่ยงคน ชาตินั้นมีกำลังบังคับอ่อนลงเสียมากกว่า ดังนั้นทางเลือกในการตีความที่เหมาะสมในขณะก็คือ แนวทางการตีความแบบที่หนึ่ง กับแบบที่สอง ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับว่าจะอะไรคือจุดประสงค์ของการเจรจา นั้น และการกำหนดรายการที่อาจจะเป็นไปได้ในภายหลัง ทั้งนี้ การตีความในแนวทางที่หนึ่งนั้นดู เหมือนจะมีพื้นฐานทางด้านกฎหมายรองรับมากกว่า ในขณะที่แนวทางที่สองนั้นมีความได้เปรียบ ตรงที่มีการนำเสนอการแบ่งแยกระหว่างหลักเกณฑ์ของการเข้าถึงตลาดตามข้อ 16 และหลัก ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติข้อ 17 อย่างเป็นระเบียบ

2.4.3 ปัญหาความไม่สอดคล้องกันในบริบทของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ข้อ 17 แห่ง ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการกับโครงสร้างของรายการข้อผูกพันเฉพาะ (Schedules of specific commitment)

หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 17 ของความตกลงนั้น มีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับ กำหนดการในข้อผูกพันเฉพาะ (Schedules of specific commitment) แต่เมื่อพิจารณาข้อ 17 อย่างถี่ถ้วนแล้ว จะพบว่ามีความ แตกต่างกันระหว่างบริบทของข้อ 17 และโครงสร้างของ รายการข้อผูกพันเฉพาะ ซึ่งทำให้ยากต่อ การตีความและจำกัดขอบเขตของข้อผูกพันเฉพาะ แม้กระทั่งบริการในรูปแบบเดียวกัน (identical services) ซึ่งถูกจัดให้อยู่ในวิธีการให้บริการที่ต่างกัน (which are supplied through difference modes)

ซึ่งก่อนที่จะได้อธิบายถึงปัญหาในข้อนี้ ก่อนอื่นจะต้องอธิบายถึงองค์ประกอบของ รายการข้อผูกพันเฉพาะเสียก่อน ดังนี้คือ ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจะจัดทำรายการข้อผูกพัน เฉพาะ โดยต้องระบุสาขาของการบริการและวิธีการให้บริการที่จะเปิดเสรี ในสาขาบริการเดียวกัน ประเทศสมาชิกสามารถที่จะเลือกรูปแบบของการเปิดเสรีที่แตกต่างกันได้ เช่น การให้บริการ ทางด้านสถาปนิก การเปิดเสรีในรูปแบบการให้บริการที่ 1 การค้าข้ามพรมแดน (Cross-border supply) เช่น การติดต่อให้บริการข้ามประเทศผ่านจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ แต่อาจจะไม่ต้องการ เปิดเสรีในรูปแบบการให้บริการที่ 4 กล่าวคือ การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดาเพื่อให้บริการใน

ประเทศของผู้รับบริการ (Movement of natural person) คือไม่อนุญาตให้มีการเข้ามาให้บริการของสถานที่เป็นชาวต่างชาติซึ่งประเทศสมาชิกสามารถที่จะใช้มาตรการที่เป็นข้อจำกัดต่างๆ ได้ โดยให้ระบุไว้ในหมวดที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดการเข้าถึงตลาด (limitations on Market Access) และข้อจำกัดในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (limitation on National Treatment)

โดยในรายการข้อผูกพันเฉพาะนั้นในหมวดแรกจะเป็นรายชื่อของสาขาบริการ (Service Activities) ที่ต้องการจะเปิดเสรี ซึ่งการเปิดเสรีจะแบ่งออกตามวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) ซึ่งในหมวดที่สองก็จะเป็นวิธีการในการให้บริการ ซึ่งมีอยู่ด้วยกันสี่วิธีก็คือ (1) การค้าข้ามพรมแดน (2) การเดินทางไปรับบริการยังต่างประเทศ (3) การจัดตั้งหน่วยธุรกิจในประเทศของผู้รับบริการ และ (4) การเคลื่อนย้ายของบุคคลที่ให้บริการไปยังประเทศผู้รับบริการตามลำดับ ซึ่งข้อจำกัดในแต่ละสาขาและวิธีการให้บริการจะใส่ไว้ในหมวดที่สามและที่สี่ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจำกัดการเข้าถึงตลาด (ข้อ 16) และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (ข้อ 17)

ดังนั้นในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงปัญหาของการตีความ ซึ่งจะพิจารณาประเด็นเรื่องความแตกต่างระหว่างตัวบทของข้อ 17 กับวิธีการในการระบุรายการข้อผูกพันลงในรายการข้อผูกพันเฉพาะ ซึ่งก็เป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) ด้วยหรือไม่ หรือประเทศสมาชิกยังคงมีอิสระในการที่จะเลือกปฏิบัติระหว่างบริการในสาขาบริการเดียว (identical services supplied) กันแต่มีวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศสมาชิกสามารถสงวนไว้ซึ่งสิทธิในการที่จะเลือกปฏิบัติระหว่างวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) ได้หรือไม่

อย่างไรก็ตาม ไม่มีสิ่งใดในตัวบทของข้อ 17 ที่ชี้ให้เห็นว่า วิธีการให้บริการ (Mode of Supply) นั้น เป็นสิ่งที่บ่งชี้ถึงความเป็น การบริการประเภทเดียวกัน การบริการที่มีวิธีการให้บริการที่แตกต่างกัน ก็อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการบริการประเภทเดียวกัน อย่างไรก็ตามโครงสร้างของรายการข้อผูกพันเฉพาะ ก็แสดงให้เห็นว่าข้อผูกพันของประเทศสมาชิกนั้นมีความผูกพันเฉพาะ ซึ่งหลักฐานที่ชี้ให้เห็นชัดเจนที่สุดก็คือ ข้อผูกพันในหมวดของการเข้าสู่ตลาด (ข้อ 16) ซึ่งปรากฏให้เห็นถึงการเลือกปฏิบัติอย่างสูงสุดในการอนุญาต ซึ่งประเทศสมาชิกอาจจะยอมอนุญาตให้แก่สาขาบริการเดียวกันในวิธีการให้บริการวิธีหนึ่ง แต่อาจจะไม่ให้ในอีกวิธีการให้บริการอีกวิธีหนึ่งก็ได้ ถึงแม้ว่าหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 17 จะแตกต่างไปจากหลักการเข้าถึงตลาดในข้อ 16 กล่าวคือ ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องของการให้บริการ (Mode of Supply) เอาไว้เลย ข้อผูกพันของประเทศสมาชิกต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ก็ต้องถูกกำหนดระบุลงในรายการคำมั่นเฉพาะในแต่ละวิธีการให้บริการ (mode by mode) ด้วย ตัวอย่างเช่น ตัวอย่างเช่น ประเทศสมาชิกอาจจะ

เสนอที่จะผูกพันกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติภายใต้วิธีการบริการที่ 1 และ 2 แต่ไม่ผูกพันในวิธีการบริการที่ 3 และ 4 ก็ได้ ดังนั้นวิธีการในการจัดทำรายการข้อผูกพันเฉพาะที่ได้ตกลงร่วมกันแล้วนี้ ดูเหมือนจะชี้ให้เห็นว่า ประเทศสมาชิกยังคงมีสิทธิโดยชอบในการที่จะเลือกปฏิบัติระหว่างการบริการในสาขาเดียวกันแต่อยู่ในหมวดวิธีการให้บริการที่แตกต่างกันได้

การปฏิบัติในลักษณะที่เป็นการอุดหนุน (subsidies) จะเป็นตัวอย่างที่สามารถอธิบายประเด็นนี้ได้ดี กล่าวคือ บทบัญญัติข้อ 3 วรรค 8 (b)⁵⁴ ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือ GATT นั้น เป็นการยกเว้นการอุดหนุนสินค้าที่ผลิตภายในประเทศจากหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เช่นเดียวกันกับกรณีของการค้าบริการ มาตราการทั้งปวงที่ส่งผลกระทบต่อการค้าบริการก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยอัตโนมัติ เว้นเสียแต่ว่าจะได้มีการจำกัดการผูกพันต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในรายการข้อผูกพันเฉพาะ

หากการพิจารณาการบริการที่เป็นการบริการประเภทเดียวกันนั้น แยกต่างหากจากแนวคิดในการแบ่งประเภทของวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) แล้วกล่าวคือ การพิจารณาว่าการบริการหรือผู้ให้บริการนั้นเป็นการบริการหรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกันหรือไม่ พิจารณาแต่เฉพาะว่าเป็นสาขาบริการใดเท่านั้น โดยมีได้พิจารณาถึงวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) ที่แตกต่างกัน เมื่อเป็นเช่นนั้นก็เท่ากับว่ามีการป้องกันการอุดหนุนโดยรัฐอยู่ในความตกลงอยู่แล้วสำหรับผู้ให้บริการในทุกวิธีการให้บริการ ซึ่งก็จะส่งผลให้ประเทศสมาชิกที่ได้ให้การอุดหนุนกับการบริการและผู้ให้บริการของประเทศตนซึ่งผูกพันตามพันธกรณีในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จำเป็นที่จะต้องให้การอุดหนุนที่เท่าเทียมกันกับการบริการหรือผู้ให้บริการสาขาเดียวกันของประเทศสมาชิกอื่นๆ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) เลย มิฉะนั้นก็อาจจะถูกโต้แย้งได้ว่า การอุดหนุนนั้น เป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการแข่งขันของการบริการและผู้ให้บริการของประเทศสมาชิก ในทางกลับกัน หากการพิจารณาว่า การบริการหรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) ยึดถือวิธีการให้บริการ

⁵⁴ GATT Article III Paragraph 8 (b) "The provisions of this Article shall not prevent the payment of subsidies exclusively to domestic producers, including payments to domestic producers derived from the proceeds of internal taxes or charges applied consistently with the provisions of this Article and subsidies effected through governmental purchases of domestic products"

(Mode of Supply) ด้วย (ดังที่วิธีการในการจัดทำรายการข้อผูกพันเฉพาะได้แสดงออกโดยนัยว่า ดังนั้น) ในกรณีนี้ ผู้ให้บริการจากต่างชาติอาจจะไม่ได้รับการปกป้องจากมาตรการอุดหนุนนี้ เนื่องจากการพิจารณาว่า การบริการหรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกันนั้น พิจารณาถึงวิธีการให้บริการที่แตกต่างกันด้วย ดังนั้นการบริการสาขาเดียวกัน แต่อยู่ในวิธีการให้บริการที่แตกต่างกัน ก็อาจจะมีได้พิจารณาว่าเป็นการบริการหรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน ซึ่งการตีความในวิธีการนี้ ก็จะทำให้เกิดช่องว่างในหลักการ ซึ่งก็จะต้องอาศัยการเยียวยาความเสียหายโดยวิธีการอื่นๆ ต่อไป

2.4.4 สรุปแนวทางการปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์

ความไม่แน่นอนเกี่ยวกับความหมายที่ถูกต้องของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ อาจเป็นการทำลายกฎเกณฑ์สำคัญที่จะทำให้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS สามารถสร้างความน่าเชื่อถือ ยิ่งไปกว่านั้น นอกเสียจากว่าประเทศสมาชิกทุกประเทศจะตีความข้อผูกพันเฉพาะไปในทิศทางเดียวกันแล้ว ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็อาจจะปรากฏความหมายที่แน่นอนชัดเจนได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วก็เป็นเรื่องยากที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์จะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปในทิศทางเดียวกันได้โดยที่ยังมีการขัดกันของการตีความหลักการซึ่งถึงได้ว่าเป็นหลักการพื้นฐานอันสำคัญยิ่งของความตกลง

ในส่วนของหลักทั่วไปของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติซึ่งประกอบไปด้วยปัญหา 3 ประการ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อเรื่อง ปัญหาในการปรับใช้หลักทั่วไปของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แต่ทั้งนี้เนื่องจากยังมีกรณีพิพาทที่เปิดโอกาสให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) วินิจฉัยตีความและปรับใช้น้อยมาก กล่าวคือ มีการวินิจฉัยข้อพิพาท ในปัญหาเรื่องการตีความคำว่า การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) เท่านั้น ซึ่งก็สามารถสรุปแนวทางในการตีความและปรับใช้ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ได้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) นั้นปฏิเสธทฤษฎีการตีความโดยพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบของมาตรการ(The Aim and Effect Approach) ทั้งนี้เป็นเพราะข้อ 17 อันว่าด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) นั้น มิได้มีบริบทที่ชี้ให้เห็นว่าสามารถนำเอาทฤษฎีการตีความโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์และผลกระทบ (The Aim and Effect Approach) มาใช้ได้ ดังเช่นในกรณีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ซึ่งในบริบทของบทบัญญัติอันว่าด้วยเรื่อง

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ปรากฏประโยคที่ว่า “ในลักษณะที่จะเป็นการคุ้มครองต่อการผลิตภายในประเทศ” (“so as to afford protection to domestic production”) อยู่ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าการบริการหรือผู้ให้บริการนั้นๆ เป็นการบริการหรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน (Like services and service suppliers) หรือไม่ โดยลักษณะทางธรรมชาติของการค้าบริการ ย่อมไม่อาจพิจารณาได้จากลักษณะทางกายภาพ (Physical Characteristic) ดังนั้นจึงมีนักวิชาการเสนอแนวทางการตีความโดยใช้ทฤษฎีพิจารณาลักษณะการใช้สินค้า (Product's End Uses) ซึ่งเป็นแนวคิดที่เน้นความสัมพันธ์ทางด้านการแข่งขัน และคำนึงถึงตรรกะในเรื่องลักษณะของตลาดในเรื่องการค้าบริการด้วย แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดในการตีความวิธีนี้ก็ยังมีปัญหาอยู่ที่ว่า เป็นแนวคิดที่สนับสนุนเรื่อง การบริการและผู้ให้บริการที่แข่งขันกันโดยตรงและสามารถแทนที่กันได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของข้อ 17 (ซึ่งแตกต่างจากข้อ 3 วรรค 2 และคล้ายคลึงกับข้อ 3 วรรค 4 ของ GATT) แล้ว ก็พบว่ามิได้กล่าวถึงกรณีดังกล่าวเอาไว้เลย

ส่วนปัญหาอีกสองประการที่ได้กล่าวเอาไว้ในหัวข้อปัญหาของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) นั้น แม้จะยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น แต่ก็มีนักวิชาการที่ได้นำเสนอปัญหาที่คาดว่าจะเกิดขึ้นพร้อมทั้งนำเสนอแนวคิดในการตีความหากกรณีพิพาทขึ้นในอนาคต ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าจะจะเป็นประโยชน์ต่อการคาดการณ์แนวทางในการวินิจฉัยข้อพิพาทในอนาคตโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate) อันสามารถสรุปได้ดังนี้

ในปัญหาเรื่องกำหนดขอบเขตหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามข้อ 17 แห่งความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS ในส่วนที่ว่าด้วยการเข้าถึงตลาด (Market Access) สามารถสรุปได้ว่า นักวิชาการได้นำเสนอวิธีการในการตีความเอาไว้ 3 วิธีการได้แก่ (1) Strong national treatment (2) Post-entry national treatment และ (3) limited national treatment ซึ่งการตีความวิธีการตีความที่น่าสนใจก็คือวิธีการที่ (1) กับวิธีการที่ (2) โดยการตีความในแนวทาง (1) นั้นดูเหมือนจะมีพื้นฐานทางด้านกฎหมายรองรับมากกว่า ในขณะที่แนวทาง (2) นั้นมีความได้เปรียบตรงที่มีการนำเสนอการแบ่งแยกระหว่างหลักเกณฑ์ของการเข้าถึงตลาดตามข้อ 16 และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติข้อ 17 อย่างเป็นระเบียบ ส่วนการตีความในวิธีการที่ (3) นั้นเป็นการลดกำลังบังคับของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมากจนเกินไป

ปัญหาต่อไปในหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ข้อ 17 นั้นก็คือปัญหาเรื่องปัญหาความไม่สอดคล้องกันในบริบทของหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ข้อ 17 แห่งความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS กับโครงสร้างของรายการข้อผูกพันเฉพาะ

ซึ่งปัญหาในเรื่องนี้นักวิชาการก็ได้นำเสนอแนวทางในการตีความสองแนวทางคือ การตีความบทบัญญัติของข้อ 17 โดยไม่ยึดถือวิธีการในการให้บริการ (Mode of Supply) กล่าวคือ การพิจารณาว่าการบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันนั้น จะพิจารณาจากสาขาของการบริการเท่านั้น มิได้พิจารณาถึงวิธีการในการให้บริการ (Mode of Supply) ด้วย ซึ่งก็ส่งผลให้การบริการในสาขาบริการเดียวกันแต่อยู่ในวิธีการให้บริการที่แตกต่างกันก็อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นการบริการหรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกัน และการตีความอีกวิธีหนึ่งก็คือ การตีความบทบัญญัติข้อ 17 โดยพิจารณาถึงวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) กล่าวคือ การพิจารณาว่าการบริการหรือผู้ให้บริการนั้นเป็นการบริการหรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกันหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากทั้งสาขาของการบริการ และวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) ด้วย ซึ่งก็ส่งผลให้การบริการในสาขาบริการเดียวกัน แต่มีวิธีการให้บริการ (Mode of Supply) ที่แตกต่างกันนั้น ไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการบริการหรือผู้ให้บริการประเภทเดียวกันได้ ซึ่งผู้ศึกษาค้นคว้าจะเห็นด้วยกับแนวความคิดหลังมากกว่า ทั้งนี้เป็นเพราะ แม้ว่าจะเป็นบริการสาขาเดียวกัน แต่หากมีวิธีการให้บริการที่แตกต่างกัน ก็อาจจะทำให้มีรายละเอียดบางประการแตกต่างกันด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของวิธีการให้บริการวิธีที่ 3 การจัดตั้งหน่วยธุรกิจในประเทศของผู้รับบริการ ซึ่งโดยส่วนมากแล้วกรณีนี้ก็เป็นเรื่องของนิติบุคคล ในขณะที่วิธีการให้บริการวิธีที่ 4 การเคลื่อนย้ายของบุคคลที่ให้บริการไปยังประเทศของผู้รับบริการ ซึ่งในกรณีนี้ก็จะเป็นเรื่องของบุคคลธรรมดา ซึ่งทั้งสองวิธีการย่อมมีความแตกต่างกันในรายละเอียดอยู่แล้ว หากพิจารณากฎหมายไทย เราก็ยังพบว่ามีกฎหมายหมายออกเป็น 2 ระบบ คือ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และ การทำงานของคนต่างด้าว แยกต่างหากออกจากกัน