

บทที่ 3

แนวทางการเปิดตลาดบริการโทรคมนาคมในกรอบตามความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคี (U.S. FTAs)

ความตกลงการค้าเสรี หรือ เขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement or Free Trade Area: FTA) หมายถึง การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (Economic Integration) ระหว่าง 2 ประเทศ (Bilateral) หรือมากกว่า (Regional Trade Agreement: RTA) โดยมีเป้าหมายเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างกันภายในกลุ่มลงให้เหลือน้อยที่สุด หรือเป็น 0% และใช้อัตราภาษีปกติที่สูงกว่ากับประเทศนอกกลุ่ม การทำเขตการค้าเสรีในอดีตมุ่งเน้นด้านการเปิดตลาดด้านสินค้า (Goods) โดยการลดภาษีและอุปสรรคที่ไม่ใช่ภาษีเป็นหลัก แต่เขตการค้าเสรีในระยะหลังๆ นั้น รวมไปถึงการเปิดตลาดด้านการบริการ (Services) และการลงทุน (Investment) ด้วย

จากการศึกษาถึงพันธกรณีภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่า แม้ในขณะนี้ประเทศไทยจะมีได้มีข้อผูกพันหรือมีบทบัญญัติทางกฎหมายระหว่างประเทศให้ต้องเปิดเสรีภายใต้กรอบความตกลงพหุภาคีก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัติในข้อ 5 ของความตกลง GATS¹ ได้เปิดช่องให้ประเทศสมาชิกตั้งแต่ 2 ประเทศขึ้นไปสามารถมีข้อตกลงร่วมกันเพื่อการรวมตัวทางเศรษฐกิจได้ ซึ่งการรวมตัวทางเศรษฐกิจนี้หมายถึง การรวมตัวกันตั้งแต่ 2 ประเทศขึ้นไป เพื่อร่วมมือกันในการเสริมสร้างและรักษามลประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจที่เน้นด้านการค้าโดยการพยายามหาวิธีการหาช่องทางขยายการค้าระหว่างกัน รวมถึงเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างกัน โดยการรวมตัวนี้อาจมีขึ้นได้หลายรูปแบบ เช่น เขตพิกัดอัตราภาษีศุลกากร (Preferential Area) เขตการค้าเสรี (Free Trade Area) สหภาพศุลกากร (Customs Union) ตลาดร่วม (Common Market) สหภาพทางเศรษฐกิจ (Economic Union) สหภาพทางเศรษฐกิจสมบูรณ์แบบ (Total Economic Union) เป็นต้น²

โดยมีเงื่อนไขว่าความตกลงนั้นจะต้องครอบคลุมสาขาบริการอย่างหลากหลาย (Substantial Sectoral Coverage) ทั้งด้านจำนวนสาขาบริการ ปริมาณการค้าที่ได้รับผลกระทบ และรูปแบบการเปิดเสรีภาคบริการ เพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขนี้ ความตกลงไม่ควรกำหนดไว้ล่วงหน้าในการยกเว้นรูปแบบใดๆ ของการให้บริการ นอกจากนี้ข้อตกลงรวมตัวดังกล่าวต้องกำหนดไม่ให้มีหรือยกเลิกการเลือกปฏิบัติทั้งหมดอย่างเห็นได้ชัด ทั้งการยกเลิกมาตรการเลือกปฏิบัติที่มีอยู่ และ/หรือ การห้ามใช้มาตรการที่เลือกปฏิบัติมากขึ้นไม่ว่าในขณะที่ความตกลงนั้น

¹ General Agreement on Trade in Services (GATS), Article 5

² สมชาย ภคภาสนวิวัฒน์, สงครามเขตการค้า พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: เนชั่นพับลิชชิงกรุ๊ป จำกัด, 2536), หน้า 11-12.

มีผลบังคับใช้หรือบนพื้นฐานของกำหนดเวลาที่เหมาะสม ทั้งนี้ความตกลงเปิดเสรีการค้าบริการที่ประเทศกำลังพัฒนาเป็นภาคีนั้นจะต้องกำหนดให้มีความยืดหยุ่นเกี่ยวกับเงื่อนไขที่ระบุไว้ข้างต้น

กล่าวคือ ความตกลงดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้เกิดอุปสรรคที่เพิ่มขึ้น ทั้งภายในแต่ละสาขาหรือสาขาย่อยของประเทศสมาชิกอื่นที่อยู่นอกกลุ่มความตกลงนั้น เหตุผลก็อาจเป็นเพราะการยินยอมให้มีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจนี้ก็เท่ากับเป็นการยินยอมให้ยกเว้นไม่ต้องใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ได้ จึงมีลักษณะของการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศในกลุ่มที่มีการรวมตัวทางเศรษฐกิจและประเทศนอกกลุ่ม อีกทั้งความตกลง GATS ต้องการจำกัดขอบเขตของการรวมตัวไว้ว่าจะต้องเป็นการก่อความสัมพันธ์เพื่อวัตถุประสงค์เป็นการขยายความเจริญเติบโตทางการค้าระหว่างกลุ่มให้เป็นไปได้โดยเสรี โดยต้องไม่มีการเพิ่มอุปสรรคต่อประเทศนอกกลุ่มอื่นอีกด้วย³

แต่ทั้งนี้ความตกลง GATS เปิดโอกาสให้ประเทศกำลังพัฒนาได้รับสิทธิประโยชน์เพิ่มขึ้นจากการจัดตั้งเขตการค้าเสรีบริการ ในกรณีที่มีความตกลงนั้นเกี่ยวข้องกับประเทศกำลังพัฒนาด้วยกันเอง⁴

แม้ว่าหลายประเทศจะได้ให้ข้อผูกพันที่จะเปิดตลาดบริการโทรคมนาคมและผูกพันที่จะปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลในเอกสารอ้างอิงแล้วก็ตาม แต่การเปิดตลาดที่ผูกพันไว้ของหลายประเทศนั้นยังอยู่ในระดับต่ำ และการเจรจาเพื่อเปิดตลาดต่อเนื่องในองค์การการค้าโลกรอบโดฮา (Doha Round) ก็ประสบปัญหาชะงักงัน นอกจากนี้ข้อผูกพันต่อหลักการกำกับดูแลตามเอกสารอ้างอิงยังเป็นข้อผูกพันอย่างกว้างๆ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ในทางปฏิบัติหลายประการ

3.1 ความเป็นมาและหลักการ

สืบเนื่องจากการเจรจาเปิดตลาดในระดับพหุภาคีภายใต้ความตกลง GATS มีประเทศคู่เจรจาจำนวนมาก ทำให้การเจรจาทำความตกลงทางการค้าทั้งในการเจรจารอบอุรุกวัย และรอบโดฮาเป็นไปได้ด้วยความล่าช้าและไม่ประสบความสำเร็จในการเจรจาเท่าที่ควร ทำให้ประเทศต่างๆ ได้หันมาให้ความสนใจในการจัดทำความตกลงการค้าเสรีในระดับพหุภาคี (Regional Trade Agreements: RTAs) และระดับทวิภาคี (Bilateral Free Trade Agreements: FTAs) มากขึ้นเป็น

³ สุมาลี วงษวิฑิต, รายงานการวิจัยเรื่อง มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการผูกขาดในธุรกิจโทรคมนาคมไทยกับนโยบายเปิดเสรีตามข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (แกตส์) (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541). หน้า 39.

⁴ General Agreement on Trade in Services (GATS), Article 5: 3 (a), (b).

ลำดับ⁵ เนื่องจากสามารถเจรจาเปิดเสรีการค้าระหว่างคู่เจรจาเพียง 2 ฝ่ายได้โดยตรงทำให้สามารถเจรจามรรลุดกกลางร่วมกันได้อย่างไม่ชักช้า ดังเช่นความตกลง GATS ที่มีหลายประเทศเข้าร่วมเจรจา

ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจึงพยายามผลักดันให้มีการเปิดตลาดบริการโทรคมนาคมในระดับที่สูงขึ้นจากความตกลง GATS ซึ่งเป็นความตกลงแบบพหุภาคี โดยได้ยื่นข้อเรียกร้อง (Request) ต่อประเทศต่างๆ ผ่านการเจรจาใน WTO ตลอดจนผลักดันให้มีการเจรจการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทย ทั้งนี้ในการเจรจาเปิดตลาดตามกรอบทวิภาคีนั้น สหรัฐอเมริกาได้พัฒนาแนวทางที่ชัดเจน จนอาจเรียกได้ว่าเป็น “กรอบในการเจรจา” (Template) ซึ่งนำมาใช้เจรจากับหลายๆ ประเทศ ไม่ว่าจะเป็น สิงคโปร์ ชิลี หรือออสเตรเลีย เป็นต้น โดยกรอบการเจรจาสาขาบริการของสหรัฐอเมริกามีเนื้อหาสำคัญที่แตกต่างจากความตกลง GATS หลายประการ

ทั้งนี้เพื่อศึกษาแนวทางในการเจรจาเปิดตลาดบริการโทรคมนาคมภายใต้กรอบความตกลงเขตการค้าเสรี จึงขอหยิบยกความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาได้ทำกับประเทศชิลีและสิงคโปร์ มาเป็นต้นแบบในการศึกษา เพื่อเป็นแนวทางวิเคราะห์การเจรจาของประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกาต่อไป สำหรับเหตุผลที่เลือกข้อตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีและสิงคโปร์มาเป็นต้นแบบในการศึกษานั้น สืบเนื่องมาจาก ชิลีเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว และส่งเสริมการเปิดเสรีกับประเทศอื่นๆ อย่างกว้างขวาง ประเทศชิลีมีวิวัฒนาการในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมคล้ายคลึงกับไทย กล่าวคือ ในอดีตรัฐบาลมักจะผูกขาดเป็นเจ้าของและให้บริการสาธารณูปโภคแก่ประชาชนโดยตรง ในรูปของหน่วยงานของรัฐ หรือในรูปของรัฐวิสาหกิจ โดยเฉพาะการสื่อสารโทรคมนาคม ต่อมามีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ จนทำให้เอกชนสามารถเข้ามาเป็นเจ้าของกิจการได้ และเริ่มมีการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมมากยิ่งขึ้น และมีการจัดตั้งหน่วยงานกำกับดูแลที่เป็นอิสระ เช่นเดียวกับประเทศไทยที่กิจการโทรคมนาคมในยุคแรกเริ่มต้นมาจากการที่รัฐเป็นเจ้าของกิจการและขณะนี้อยู่ในขั้นตอนของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเพื่อเตรียมความพร้อมในการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมต่อไป

สำหรับประเทศสิงคโปร์นั้น มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีเช่นเดียวกับประเทศไทย อีกทั้งสิงคโปร์เป็นประเทศหนึ่งที่อยู่ในกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ ASEAN ซึ่งมีแนวโน้มว่าสหรัฐอเมริกาจะนำรูปแบบข้อตกลงที่ตนได้ทำกับสิงคโปร์มาเป็นต้นแบบในการเจรจากับประเทศต่างๆ ในกลุ่ม ASEAN ซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย

⁵ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, บทสรุปรายงานการศึกษาเรื่อง ผลกระทบจากการทำความตกลงการค้าเสรีไทย-สหรัฐ, ตุลาคม 2546, หน้า 1.

3.1.1 ความตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – ชิลี (U.S.-Chile FTA)

สหรัฐอเมริกาและชิลีได้ทำความตกลงเขตการค้าเสรีร่วมกัน เมื่อเดือนมิถุนายน 2003 โดยได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2004 เป็นต้นมา ความตกลงฉบับนี้ถือเป็นความตกลงเขตการค้าเสรีฉบับแรกที่สหรัฐอเมริกาทำกับประเทศในทวีปอเมริกาใต้ ความตกลง FTA ได้ทำให้เกิดการลดอัตราภาษีลงร้อยละ 87 ทันที และมีความมุ่งหมายที่จะสร้างการค้าปลอดภาษีกับสินค้าทุกชนิดภายในระยะเวลา 12 ปี⁶

โดยชิลีถือเป็นประเทศหนึ่งที่มีระบอบการค้าที่เปิดเสรีมากที่สุดในโลก ชิลีเป็นประเทศที่ส่งเสริมและสนับสนุนนโยบายเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนมาอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งยังได้ปรับปรุงแก้ไขมาตรการทางการค้าต่างๆ ให้สอดคล้องกับข้อตกลง WTO นอกจากนี้ชิลีจะมีบทบาทในการเจรจาการค้าระดับภูมิภาคและระดับโลกแล้ว ชิลียังให้ความสำคัญกับการเจรจาความตกลงการค้าเสรีทวิภาคีกับประเทศคู่ค้าสำคัญ โดยปัจจุบันชิลีได้จัดทำความตกลงการค้าเสรีทั้งหมด 19 ฉบับ กับ 55 ประเทศ ได้แก่ แคนาดา (1997) อเมริกากลาง (2002) สหภาพยุโรป (2003) สหรัฐอเมริกา (2004) และญี่ปุ่น (2007) รวมทั้งจัดทำ (Partial Trade Agreement: PTA) กับอินเดีย นอกจากนี้ชิลีอยู่ระหว่างการเจรจา FTA กับหลายประเทศ เช่น มาเลเซีย เวียดนาม และตุรกี โดยได้มีการทำความตกลงสิทธิพิเศษทางการค้ากับประเทศอื่นๆ จำนวน 15 ความตกลง โดยเป็นสนธิสัญญาทางการค้าที่ทำไปแล้วในรูปแบบของเขตการค้าเสรี (FTA) และ PTA กับ 50 ประเทศทั่วโลก⁷

3.1.2 ความตกลงการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา – สิงคโปร์ (U.S.-Singapore FTA)

สหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ได้ร่วมกันลงนามในความตกลงเขตการค้าเสรี เมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2003 โดยความตกลงเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2004 นับตั้งแต่ปี 2004 จนกระทั่งถึงปี 2008 สหรัฐอเมริกามีการส่งออกเพิ่มขึ้นร้อยละ 73 โดยเฉพาะการส่งออกของอุปกรณ์ทางการแพทย์ เครื่องจักร และอุปกรณ์การก่อสร้าง ทั้งนี้สหรัฐอเมริกาและสิงคโปร์ได้มี

⁶ Office of the United States Trade Representative, Chile Free Trade Agreement [Online]. Available from: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta> [2010, December 15]

⁷ ศูนย์บริหารวิชาการ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ความเป็นไปได้ในการจัดทำเขตการค้าเสรีระหว่างไทยกับชิลี. เล่ม 2, 2550. หน้า 91.

การทบทวนการบังคับใช้ตามความตกลงเขตการค้าเสรีเป็นประจำทุกปี เพื่อพยายามแก้ประเด็นปัญหาทางการค้าที่เกิดขึ้น⁸

สิงคโปร์เป็นประเทศแรกในกลุ่มอาเซียน (ASEAN) ที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าทำความตกลงเขตการค้าเสรีด้วย ซึ่งถือได้ว่าเป็นรากฐานสำคัญต่อความเป็นไปได้ในการทำความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่นๆ ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ต่อไป

ในปัจจุบัน สิงคโปร์ได้ลงนามในความตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศต่างๆ มากมาย ได้แก่ นิวซีแลนด์ (2000) ญี่ปุ่น (2002) ออสเตรเลีย (2003) จอร์แดน (2004) อินเดีย และเกาหลีใต้ (2005) และยังมีส่วนที่อยู่ระหว่างการเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรีอีก 10 ประเทศ⁹

3.2 แนวทางหรือรูปแบบที่ใช้ในการเจรจาเปิดตลาด

เมื่อศึกษาจากแนวทางที่สหรัฐอเมริกาใช้ในการเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศชิลีและสิงคโปร์แล้ว จะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกาใช้แนวทาง Negative List Approach ในการเจรจากล่าวคือ ในการเจรจาเปิดตลาดใดก็ตาม ให้ถือว่าเปิดตลาดหมด เว้นแต่สาขา กิจกรรม หรือมาตรการที่ประเทศคู่เจรจาได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ว่าจะไม่เปิดตลาด โดยรายการที่แต่ละประเทศขอยกเว้นนั้นเรียกว่า Non-conforming measures

แนวทางการทำความตกลงแบบ Negative List Approach นี้เป็นการนำหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)¹⁰ มาใช้เป็นหลักในการปฏิบัติต่อการยอมรับให้เข้ามาและจัดตั้งกิจการการลงทุนของต่างชาติ เพื่อประกันว่าประเทศภาคีสัญญามีและได้ดำเนินการตามแนวนโยบายการเปิดเสรีการลงทุนแบบเปิดกว้าง (open-door investment policy) อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่า จะเปิดเสรีหมด ตามแนวทางนี้ ประเทศภาคีสัญญาสามารถระบุข้อยกเว้นการใช้บางมาตรการได้หรือยกเว้นบางสาขาหรือกิจกรรมได้ในแบบ negative list (หรือเรียกว่า country specific exemption)

กล่าวคือ โดยทั่วไปประเทศต่างๆ ได้กำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดตามกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ เช่น กฎหมายประกอบกิจ

⁸ Office of the United States Trade Representative, Singapore Free Trade Agreement [Online]. Available from: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/singapore-fta> [2010, December 15]

⁹ ปวิน ชัชวาลพงศ์พันธ์, ความสัมพันธ์ด้านเศรษฐกิจไทย-สิงคโปร์. กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. หน้า 1.

¹⁰ WT/WGTI/W/120, p. 8-9.

การคนต่างด้าว กฎหมายการลงทุนทางตรง เป็นต้น โดยอาจมีเลือกปฏิบัติกับการลงทุน จากต่างชาติให้แตกต่างจากการลงทุนของคนชาติตนเอง โดยเฉพาะในขั้นตอนก่อนการจัดตั้งหน่วยธุรกิจ เพื่อกีดกันการลงทุนจากต่างชาติและคุ้มครองการลงทุนของคนชาติ ดังนั้น ในการเจรจาความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศจึงได้มีการพยายามที่จะลดหรือขจัดปัญหาการเลือกปฏิบัติดังกล่าวโดยการให้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งกับการปฏิบัติในขั้นตอนก่อนการจัดตั้งหน่วยธุรกิจ เพื่อเป็นการประกันว่าสามารถเปิดเสรีการค้าและการลงทุนได้อย่างเต็มที่ โดยการปฏิบัติต่อการลงทุนของต่างชาติเท่าเทียมกับการลงทุนของคนชาติ ซึ่งประเทศเจ้าบ้านอาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการลงทุนในรายสาขาหรือกิจกรรมก็ได้ แต่ก็ต้องปฏิบัติเหมือนกันระหว่างนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนคนชาติ

ตามรายงานการศึกษาของ UNCTAD พบว่าไม่มีประเทศใดที่เปิดเสรีอย่างเต็มที่ทุกสาขา แต่จะใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งสำหรับการเข้ามาลงทุนในประเทศในแบบกฎระเบียบทั่วไปที่อนุญาตให้ประเทศเจ้าบ้านกำหนด negative list หรือเป็นแบบ top-down approach แนบท้ายความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ข้อยกเว้นหรือข้อสงวนของประเทศเจ้าบ้านตามแนวทาง negative list approach นี้ สามารถครอบคลุมวัตถุประสงค์ต่างๆ ได้ ตัวอย่างเช่น การกำหนดสัดส่วนความเป็นเจ้าของและควบคุมการลงทุนต่างชาติในทรัพย์สินทางเศรษฐกิจเชิงยุทธศาสตร์ การปกป้องอุตสาหกรรมภายในบางสาขาจากการแข่งขันของต่างชาติ วัตถุประสงค์ทางการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม เช่น การพัฒนาชนบทและการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี นโยบายทางด้านเศรษฐกิจมหภาค เช่น การเงินการคลัง ดุลการชำระเงิน วัตถุประสงค์การจ้างงาน เป็นต้น ดังนั้น ข้อยกเว้นของประเทศดังกล่าวอาจครอบคลุมการลงทุนต่างชาติบางประเภทบางสาขา ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขการเข้ามาลงทุนของต่างชาติแตกต่างจากคนชาติ

ปัจจุบันความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะความตกลงระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วมักใช้แนวทางนี้ เช่น ความตกลงระหว่างสหรัฐกับแคนาดา, NAFTA, MERCOSUR Protocol on Investment Area เป็นต้น ที่ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งกับการลงทุนในขั้นก่อนจัดตั้งหน่วยธุรกิจในฐานะที่เป็นกฎหมายหรือพันธกรณีทั่วไป แต่จะอนุญาตให้ประเทศภาคีสถิตผู้สัญญากำหนดข้อยกเว้นได้ โดยทั่วไปต้องอิงตามกฎหมายเฉพาะที่มีอยู่แล้วของประเทศภาคีสถิตผู้สัญญานั้น แต่บางก็กรณีก็สามารถข้อยกเว้นในลักษณะรายสาขาได้ พันธกรณีพื้นฐานจะแสดงออกในการใช้บังคับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งกับการจัดตั้ง การได้มา และการขยาย

หน่วยธุรกิจ (Establishment, Acquisition or Expansion) ของการลงทุน รวมทั้งขั้นก่อนการ จัดตั้งหน่วยธุรกิจ ข้อยกเว้นจะต้องระบุเป็นรายการในภาคผนวก

ตัวอย่างแนวทางการเปิดเสรีแบบ negative list approach พบได้ใน NAFTA ซึ่งกำหนดว่า หากประเทศภาคีสามารถตกลงหรือยอมรับในหลักการพื้นฐานได้แล้ว แล้วต่อมาก็ระบุหรือเจรจา ข้อยกเว้นตามรายสาขา ซึ่งผลที่อาจเกิดขึ้นคือ รายชื่อสาขาที่ข้อยกเว้นหรือสงวนในแบบ negative list approach นอกจากนี้ แนวทางแบบ negative list โดยอาจใช้ควบคู่กับหลัก stand still ตัวอย่างเช่น การใช้มาตรการไม่สอดคล้อง (non-conforming measures) หรือข้อยกเว้น โดย ห้ามมิให้เปลี่ยนแปลงแก้ไข โดยการเพิ่มข้อจำกัดหรือเงื่อนไข หรืออาจจะใช้หลัก roll back ที่ ต้องการให้มีการเปิดเสรีเพิ่มขึ้น ซึ่งใช้ในบางความตกลง เช่น OECD Liberalization Codes และ the Framework Agreement on the ASEAN Investment Area เป็นต้น¹¹

3.3 หมวดการเจรจาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับโทรคมนาคม

จากความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับซิติและสิงคโปร์ จะเห็นได้ว่า สหรัฐอเมริกาได้มีการวางรูปแบบในการทำความตกลงโดยแบ่งออกเป็นหมวด หรือข้อบท (Chapter) โดยในความตกลงที่สหรัฐอเมริกาทำกับซิติและสิงคโปร์นั้นได้แบ่งหมวดของความตกลงออกเป็น 24 และ 21 หมวด ตามลำดับ ซึ่งครอบคลุมการค้าระหว่างประเทศในหลายสาขา เช่น การจัดซื้อจัดจ้างโดยภาครัฐ (Government Procurement) การเงิน (Financial Service) พาณิชย อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) การลงทุน (Investment) การเคลื่อนย้ายบุคคลทางธุรกิจ (Temporary Entry for Business Persons) ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights) แรงงาน (Labor) และสิ่งแวดล้อม (Environment) เป็นต้น

โดยหมวดที่มีความเกี่ยวข้องกับการบริการโทรคมนาคมนี้มีถึง 5 หมวด ไม่ว่าจะเป็นหมวด การค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Trade in Services) การลงทุน (Investment) การเคลื่อนย้ายบุคคลทางธุรกิจ (Temporary entry of business persons) พาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) และหมวดโทรคมนาคม (Telecommunications) โดยใน 3 หมวดแรก จะเป็นการกล่าวถึงวิธีในการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการโทรคมนาคม ซึ่งก็คือหลักการเปิดตลาดตาม แนวทางเดียวกับความตกลง GATS นั่นเอง สำหรับพาณิชยอิเล็กทรอนิกส์นั้นถือเป็นช่องทาง ทางด้านเทคโนโลยีและการสื่อสารที่มีความสำคัญต่อการให้บริการโทรคมนาคมในอีกรูปแบบหนึ่ง ส่วนในหมวดโทรคมนาคม จะกล่าวถึงข้อบทมาตรการทางกฎหมาย (Regulation) ที่บังคับใช้ที่ หากกิจการดังกล่าวสามารถเข้าสู่ตลาดของอีกประเทศได้แล้ว

¹¹ UNCTAD, Admission and Establishment, Series in issues in international investment agreements (1999).

3.3.1 การค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Trade in Services)

การค้าบริการข้ามพรมแดน หมายถึง การส่งผ่านบริการข้ามพรมแดนจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง โดยไม่มีการเคลื่อนย้ายทางกายภาพของผู้ให้บริการและผู้รับบริการ ซึ่งถือเป็นวิธีการเข้าสู่ตลาดในอีกรูปแบบหนึ่ง การค้าในลักษณะนี้สามารถเข้าใจได้ง่าย เพราะว่ามีลักษณะเหมือนการนำเข้าและส่งออกสินค้าทั่วไป การค้าบริการในรูปแบบนี้ ได้แก่ การขนส่งทางทะเล และทางอากาศ บริการผ่านระบบโทรคมนาคมบางประเภท หรือลักษณะบริการที่รวมอยู่ในสินค้าหรือใช้สิทธิค้าเป็นตัวส่งผ่านบริการ (Physical medium) เช่น ซอร์ฟแวร์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือรูปวาด เป็นต้น

ลักษณะการค้าบริการในประเภทนี้เป็นประเภทที่มีอยู่มากที่สุดในการค้าบริการโทรคมนาคมระหว่างประเทศ โดยประเทศสมาชิกอาจกำหนดข้อบังคับเพื่อป้องกันการเชื่อมต่อระบบโดยไม่ผ่านผู้ให้บริการระหว่างประเทศของประเทศสมาชิคนั้น ตัวอย่างของรูปแบบการให้บริการโทรคมนาคมข้ามพรมแดน ได้แก่ ระบบ GMPCS: Global Mobile Personal ซึ่งเป็นบริการสื่อสารส่วนบุคคลแบบไร้พรมแดน

ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาได้ทำกับชิลีและสิงคโปร์ ได้มีการแบ่งแยกหมวดในการเจรจา โดยการค้าบริการข้ามพรมแดน เป็นหมวดหนึ่งที่ถูกแยกออกมา

หมวดนี้มีความเกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมเนื่องจาก โทรคมนาคมถือเป็นสินค้าบริการอย่างหนึ่ง ซึ่งในการเข้าสู่ตลาดของอีกประเทศจะต้องผ่านช่องทางการให้บริการการค้าบริการข้ามพรมแดน เช่น บริการผ่านระบบโทรคมนาคมบางประเภท ที่ใช้ช่องทางนี้ในการให้บริการ

ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีได้กำหนดเรื่องการค้าบริการข้ามพรมแดนไว้ในหมวดที่ 11 ส่วนความตกลงที่ทำกับสิงคโปร์นั้นได้กำหนดเรื่องนี้อยู่ในหมวดที่ 8 ซึ่งความตกลงทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดหลักการที่สำคัญของการค้าบริการข้ามพรมแดนไว้คล้ายคลึงกัน ซึ่งประกอบด้วยหลักการที่สำคัญดังต่อไปนี้

3.3.1.1 การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment: NT)

การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หมายถึง การไม่เลือกปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการภายในประเทศและผู้ประกอบการจากต่างประเทศภายหลังจากการเข้าสู่ตลาดแล้ว เช่น ภายหลังจากที่ผู้ประกอบการโทรคมนาคมสามารถเข้าสู่ตลาดภายในประเทศได้แล้ว ประเทศสมาชิกจะต้องบังคับใช้กฎระเบียบที่เกี่ยวกับการเชื่อมโยงเครือข่ายระหว่างผู้ประกอบการโทรคมนาคมจากต่างชาติ กับผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่เป็นคนชาติตนเองเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการคนชาติและผู้ประกอบการจากต่างชาติ

หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานที่ได้มีการกำหนดไว้ โดยในความตกลงเขตการค้าเสรีที่ทำกับชิลี กำหนดอยู่ในข้อ 11:2 ส่วนสิงคโปร์นั้น กำหนดอยู่ในข้อ 8:3 โดยความตกลงทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดหลักการนี้ไว้เหมือนกันว่า ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติต่อผู้ให้บริการของอีกฝ่ายไม่น้อยไปกว่า หรือเท่าเทียมกับที่ตนได้ปฏิบัติต่อผู้ให้บริการจากชาติของตนเอง ภายใต้สถานการณ์หรือบริการในรูปแบบเดียวกัน ทั้งนี้ให้รวมถึงการปฏิบัติในระดับท้องถิ่นด้วย

การกำหนดเช่นนี้จะทำให้ผู้ให้บริการของทั้งสองฝ่ายมีฐานะเท่าเทียมกัน โดยไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครอง และการให้บริการ

3.3.1.2 การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation: MFN)

การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง หมายความว่า ถ้าประเทศหนึ่งเปิดตลาดการค้าบริการแก่ประเทศสมาชิกใดอย่างไร ก็ต้องเปิดให้แก่ประเทศสมาชิกอื่นๆ เหมือนกัน ตัวอย่างเช่น กฎระเบียบที่ประเทศไทยใช้ หรือสิทธิที่ให้กับผู้ให้บริการจากต่างประเทศ ที่เข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทยจะต้องเหมือนกันทั้งหมด ไม่ว่าจะบริษัทผู้ให้บริการนั้นจะถือสัญชาติของประเทศสมาชิกใดก็ตาม เช่น ประเทศไทยไม่สามารถยกเว้นหรือให้สิทธิเป็นกรณีพิเศษกับบริษัทจากมาเลเซียหรือสิงคโปร์ โดยไม่ให้กับประเทศอื่นได้เป็นต้น

ตามความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลี ข้อ 11:3 และสิงคโปร์ ข้อ 8:3 ได้กำหนดหลักการนี้ไว้คล้ายคลึงกัน โดยกำหนดให้ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติต่อผู้ให้บริการของประเทศอีกฝ่ายโดยไม่ด้อยไปกว่า หรือเท่าเทียมกับที่ตนได้ปฏิบัติต่อผู้ให้บริการชนิดเดียวกันจากชาติอื่น

การกำหนดหลักการเช่นนี้จะทำให้ผู้ให้บริการจากประเทศคู่สัญญาและผู้ให้บริการจากประเทศอื่นมีฐานะเท่าเทียมกัน

3.3.1.3 การเข้าสู่ตลาด (Market Access)

การเข้าสู่ตลาด หมายถึง การที่ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งสามารถเข้ามาให้บริการในสาขาที่กำหนดในประเทศสมาชิกอื่นได้ ทั้งนี้หากประเทศสมาชิกใดไม่ประสงค์จะให้ประเทศอื่นสามารถเข้ามาให้บริการ หรือแข่งขันทางการค้าบริการใดๆ ในประเทศของตนแล้ว ก็จะต้องกำหนดข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดของตนในสาขาบริการนั้นๆ ให้อย่างเคร่งครัด ชัดเจน

ในความตกลงเขตการค้าเสรีข้อ 11:4 ของซีลี¹² และข้อ 8:5 ของ
สิงคโปร์¹³ ได้กำหนดหลักการที่เกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดไว้ว่า

ประเทศคู่สัญญาจะไม่รับเอาหรือกำหนดให้ใช้มาตรการใดๆ อันเป็นการ
จำกัด กำหนดข้อห้ามหรือข้อเรียกร้องเกี่ยวกับเรื่องใดๆ ดังต่อไปนี้

3.3.1.3.1 จำนวนผู้ให้บริการ โดยการให้โควตา อำนาจผูกขาด การ
ได้รับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว หรือการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

3.3.1.3.2 จำกัดมูลค่าของธุรกรรมหรือสินทรัพย์ในรูปแบบโควตา หรือ
เงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

3.3.1.3.3 ปริมาณในลักษณะของหน่วยการให้บริการ หรือจำนวนรวม
ของผลผลิตของสินค้าบริการโดยการให้โควตา หรือมาตรการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

3.3.1.3.4 จำนวนรวมของบุคคลธรรมดา (Natural Person) ที่จะถูก
ว่าจ้างในสาขาบริการต่างๆ หรือบุคคลที่อาจจ้างและเป็นผู้ที่จำเป็นและเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการ
ให้บริการ

3.3.1.3.5 ข้อกำหนดหรือมาตรการที่จำกัดลักษณะรูปแบบ หรือ
ประเภทของนิติบุคคลหรือการร่วมทุนที่จะสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจบริการ

เนื่องจากข้อจำกัดต่างๆ เหล่านี้ สามารถถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกัน
การเข้าสู่ตลาดการค้าบริการในประเทศของตนต่อประเทศคู่สัญญาได้ ซึ่งทำให้การเจรจาเปิด
เสรีตามความตกลง FTA ไม่ประสบผลสำเร็จ

3.3.1.4 การมีถิ่นที่อยู่หรือจัดตั้งหน่วยธุรกิจในประเทศ (Local Presence)

Local Presence เป็นข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดอีกรูปแบบหนึ่ง
กล่าวคือ เป็นการกำหนดให้ผู้ให้บริการชาวต่างชาติที่ต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศของตนจะต้อง
มีถิ่นที่อยู่ หรือมีการจัดตั้งหน่วยธุรกิจที่ดินแดนของตน ซึ่งถือเป็นอุปสรรคทางการค้ารูปแบบหนึ่ง
เนื่องจากการเพิ่มภาระให้กับผู้ให้บริการชาวต่างชาติที่จะต้องมีหน้าที่จัดตั้งหน่วยธุรกิจ
ภายในประเทศของตน ตัวอย่างเช่น ประเทศไทยได้กำหนดให้ผู้ที่จะประสงค์จะขอรับใบอนุญาต
ประกอบกิจการโทรคมนาคมจะต้องมีภูมิลำเนาในประเทศไทยหรือมีการจดทะเบียนจัดตั้งสำนักงาน
ในประเทศไทย เป็นต้น

ในความตกลงเขตการค้าเสรีข้อบท 8:6 ของสิงคโปร์¹⁴ และ ข้อ 11:5 ของ
ซีลี¹⁵ ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงตน ณ ที่ถิ่นนั้นว่า ประเทศคู่สัญญาจะต้องไม่เรียกร้อง

¹² U.S.-Chile FTA, Article 11: 4.

¹³ U.S.-Singapore FTA, Article 8: 5.

ให้ผู้ให้บริการของอีกฝ่ายหนึ่งตั้งสำนักงานตัวแทนหรือหน่วยธุรกิจในรูปแบบอื่นใดในดินแดนของตน ภายใต้เงื่อนไขที่เกี่ยวกับการค้าบริการข้ามพรมแดน ทั้งนี้เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขให้ตั้งสำนักงาน หรือหน่วยธุรกิจภายในดินแดนของตนนั้น ถือเป็นกีดกันทางการค้ารูปแบบหนึ่ง ซึ่งเพิ่มความยุ่งยากให้กับผู้ให้บริการของอีกฝ่าย

3.3.2 การลงทุน (Investment)

การลงทุน (Investment) มีความหมายหลายประการ ซึ่งขึ้นอยู่กับความมุ่งหมาย และขอบเขตที่เกี่ยวข้อง โดยในทางเศรษฐศาสตร์อาจอธิบายได้ว่า การลงทุนเกิดขึ้นเมื่อมีการซื้อทรัพย์สินซึ่งจะเป็นทรัพย์สินที่มีตัวตนหรือไม่ก็ตาม ผู้ลงทุนจะได้รับการตอบแทนในรูปของรายได้หรือกำไร หรือทั้งสองอย่าง โดยการลงทุนแบ่งออกเป็น การลงทุนทางบริโภค (Consumer Investment), การลงทุนทางธุรกิจ (Business or Economic Investment) และการลงทุนทางการเงิน (Financial or Security Investment) ในทางกฎหมาย “การลงทุน” หมายถึง การนำเอาเงินทุน หรือมาจัดการเพื่อจะให้เกิดมีรายได้หรือผลกำไรจากการจัดการนั้น นอกจากนั้นแล้วในกฎหมายการลงทุนของบางประเทศ หรือความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนก็มักจะให้ความหมายว่า “การลงทุน” ที่ปรากฏในกฎหมายหรือความตกลงนั้นไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ก็เพื่อวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายหรือความตกลงนั้นๆ

การลงทุนอาจจะเป็นการลงทุนโดยเอกชน (Private Investment) หรือโดยรัฐ (Public Investment) ก็ได้ การลงทุนโดยเอกชนอาจเป็นการลงทุนโดยบุคคลภายในประเทศ (Domestic Investment) อันได้แก่ การที่เจ้าของทุนหรือผู้ลงทุนได้ลงทุนหรือประกอบธุรกิจในประเทศของตนเอง หรือการลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Investment) อันได้แก่ การที่เจ้าของทุนหรือผู้ลงทุนอยู่ในประเทศหนึ่งได้เข้าไปลงทุนหรือประกอบธุรกิจในอีกประเทศหนึ่ง

การลงทุนจากต่างประเทศยังแบ่งออกเป็นการลงทุนโดยตรง (Direct Investment) อันได้แก่ การลงทุนในกิจการใดๆ ที่ผู้ลงทุน ซึ่งอาจเป็นบุคคลหรือบริษัทต่างประเทศที่ยังคงความเป็นเจ้าของและควบคุมจัดการอยู่ การลงทุนในหลักทรัพย์ (Portfolio Investment) อันได้แก่ การลงทุนในหุ้นหรือหลักทรัพย์ในบริษัท ซึ่งปกติจะดำเนินการผ่านตลาดหุ้นของประเทศที่ไปลงทุนอยู่ และการกู้ยืมเงินระหว่างประเทศ (International Loan) ซึ่งถือเป็นการลงทุนในแง่ที่ได้มีการกู้ยืมเงินจากประเทศหนึ่งไปใช้ในโครงการ หรือเพื่อการลงทุนในอีกประเทศหนึ่ง

ข้อบทการลงทุนในความตกลง FTA นี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศเช่นเดียวกับความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment

¹⁴ Ibid., Article 8: 6.

¹⁵ U.S.-Chile FTA, Article 11: 5.

Treaty: BIT) กล่าวคือส่งเสริมให้มีการลงทุนระหว่างประเทศกันมากขึ้น ซึ่งทำให้เกิดการพัฒนาในแต่ละประเทศ เป็นช่องทางในการลดอุปสรรคการค้าระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่ง นอกจากนี้ยังมีมาตรการบางประการที่กำหนดขึ้นเพื่อให้คุ้มครองการลงทุน เนื่องจากการที่นักลงทุนจากต่างประเทศจะเข้าไปลงทุนภายในประเทศอื่นได้นั้น ย่อมต้องมีความมั่นใจว่าการลงทุนของตนจะไม่ถูกแทรกแซงหรือถูกคุกคามจากสิ่งอื่นๆ เช่น ความไม่มั่นคงทางการเมือง หรือนโยบายของรัฐบางประการที่ส่งผลกระทบต่อนักลงทุน นอกจากนี้นักลงทุนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้เมื่อเกิดข้อพิพาทจากการลงทุนยังสามารถเรียกร้องการชดเชยความเสียหายที่ตนได้รับได้ ต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นการประกันว่าเมื่อเกิดเหตุการณ์ใดแล้ว นักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐผู้รับการลงทุน¹⁶

แต่ทั้งนี้ในความตกลง FTA จะมีขอบเขตที่กว้างกว่า BIT¹⁷ เนื่องจาก BIT มักจะมีเพียงการคุ้มครองการลงทุน (Protection) และการส่งเสริมการลงทุน (Promotion) เท่านั้น ไม่รวมถึงการเปิดเสรีการลงทุน (Liberalization)* แต่เนื้อหาของความตกลง FTA นั้น มีทั้งเรื่องการคุ้มครองการลงทุน (Protection) แบบ BIT ในข้อบทการลงทุน (Investment Chapter) และมีการเปิดเสรี (Liberalization) การลงทุนด้วย

สำหรับข้อบทการลงทุน ได้มีการกำหนดอยู่ในความตกลงเขตการค้าเสรีข้อบทที่ 15 ของสิงคโปร์ และข้อบทที่ 10 ในความตกลงของซีดี

โดยที่ความตกลงเขตการค้าเสรีทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดค่านิยมของคำว่าการลงทุน หมายถึง การกระทำใดๆ ของนักลงทุนในลักษณะที่เป็นเจ้าของหรือมีอำนาจควบคุมต่อทรัพย์สิน

¹⁶ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นมากกว่าที่คุณคิด (Agreement for the Promotion and Protection of investment หรือ Bilateral Investment Treaty (BIT)) (แผ่นพับ)

¹⁷ มูจลินท์ นวลนิ่ม และศันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITs): พันธะและนโยบายเชิงนโยบาย. ธนาคารแห่งประเทศไทย, มีนาคม 2553. หน้า 6.

* พันธกรณีในความตกลงระหว่างประเทศ สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

1. การเปิดเสรี (Liberalization) หมายถึง การลดหรือจำกัดอุปสรรคในการเข้ามาก่อตั้งหรือบริหารจัดการการลงทุน
2. การให้ความคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection) หมายถึง ข้อกำหนดการให้ความคุ้มครองการลงทุน เช่น หลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม การเวนคืน การชดเชยความเสียหาย การโอนเงิน และการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น
3. การส่งเสริมการลงทุน (Investment Promotion) ซึ่งเป็นการบรรจู้ด้อยค่าที่ให้ประเทศภาคีส่งเสริมและอำนวยความสะดวกแก่การลงทุนแบบกว้างๆ และอาจมีรายละเอียดเกี่ยวกับความร่วมมือในการลงทุนด้วย

ทั้งในทางตรงและทางอ้อม โดยอาจอยู่ในรูปแบบของกิจการ หุ่น หุ่นคู่ สิทธิบัตร โบนัสญาติ ทั้งนี้ให้รวมถึงสินทรัพย์ที่มีตัวตนและไม่มีตัวตน ทั้งที่เคลื่อนย้ายได้และเคลื่อนย้ายไม่ได้ที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นการเช่า จำนอง หรือจำนำ เป็นต้น

โดยที่หลักการที่สำคัญในข้อบทการลงทุนนี้ก็จะมีความคล้ายคลึงกับหลักการในข้อบทการค้าบริการข้ามพรมแดน แต่มีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการลงทุนเพิ่มเติมมากขึ้น โดยมีหลักการที่สำคัญภายใต้หมวดการลงทุนดังต่อไปนี้

3.3.2.1 การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment: NT)

การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หมายถึง การให้หลักประกันแก่ผู้ลงทุนชาวต่างชาติว่าประเทศคู่สัญญาจะให้การปฏิบัติแก่ผู้ลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกับที่ประเทศนั้นได้ปฏิบัติต่อคนชาติของตน โดยกำหนดไว้เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิประโยชน์ของการลงทุนว่า สิทธิประโยชน์ใดที่การลงทุนดำเนินการโดยคนชาติของรัฐผู้รับการลงทุนได้รับสิทธิประโยชน์นั้น การลงทุนของคนต่างชาติด้อยกว่าจะได้รับด้วยเช่นเดียวกัน แต่ย่อมเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า มิได้หมายความว่าคนต่างชาติจะต้องมีสิทธิทุกประการที่คนชาติพึงมี เช่น สิทธิทางการเมือง สิทธิการประกอบอาชีพบางอย่าง การมีข้อจำกัดในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เป็นต้น โดยขอบเขตของการปฏิบัติต่อคนต่างชาติของแต่ละประเทศ อาจมีการกำหนดไว้โดยเฉพาะในสนธิสัญญาระหว่างรัฐก็ได้

ในหมวดการลงทุนนี้ ได้มีการกำหนดหลักการนี้เช่นเดียวกันกับหมวดการค้าบริการข้ามพรมแดน เพราะการลงทุนถือเป็นวิธีการเข้าสู่ตลาดการค้ารูปแบบหนึ่ง ดังนั้นเพื่อให้นักลงทุนจากประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายมีฐานะเท่าเทียมกับนักลงทุนจากประเทศของตนจึงต้องกำหนดหลักการนี้ไว้ด้วย

โดยในความตกลงเขตการค้าเสรีจะระบุว่า ประเทศคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อนักลงทุนจากประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายโดยเท่าเทียมกับที่ตนได้ปฏิบัติต่อนักลงทุนจากชาติของตนเอง ภายใต้สถานการณ์หรือบริการในรูปแบบเดียวกัน ทั้งนี้ให้รวมถึงการปฏิบัติในระดับท้องถิ่น

มาตรการการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้ถือเป็นหลักการคุ้มครองการลงทุนอย่างหนึ่ง เพื่อให้แน่ใจได้ว่าประเทศภาคีแต่ละฝ่ายจะปฏิบัติต่อนักลงทุนของอีกฝ่ายอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมเช่นเดียวกับนักลงทุนจากชาติของตน

3.3.2.2 การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation: MFN)

การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง เป็นหลักกฎหมายหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการส่งเสริมการลงทุนของผู้ลงทุนชาวต่างชาติ และเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่นานาประเทศได้ปฏิบัติต่อกันในการลงทุนระหว่างประเทศอย่างแพร่หลาย หลักการนี้อาจเรียกอีกนัยหนึ่งว่า “ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาอื่น” ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่สนธิสัญญาใดมีข้อกำหนดดังกล่าว และรัฐภาคีคู่สัญญาของสนธิสัญญานั้น ได้ทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นในลักษณะที่เป็นการให้ประโยชน์มากกว่าหรือดีกว่าที่ได้ตกลงกันในสนธิสัญญานับแรก สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่ดีกว่าเหล่านั้นจะต้องขยายไปยังภาคีคู่สัญญาของสนธิสัญญานับแรกทุกภาคี¹⁸ และในร่างมาตรา 5 ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) ค.ศ. 1987 ได้ให้ความหมายไว้ว่า การปฏิบัติแก่ชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง คือ การปฏิบัติที่ได้กระทำโดยรัฐผู้ให้สิทธิประโยชน์ต่อรัฐผู้รับประโยชน์ ในลักษณะที่ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่ได้กระทำโดยรัฐผู้ให้ประโยชน์ต่อบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตาม การให้หลักปฏิบัติดังกล่าวนี้ ก็ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาจะตกลงกันว่าจะใช้หลักอะไร เพียงใด ในการสร้างแนวปฏิบัติที่มีผลต่อการลงทุนต่อไป¹⁹

ตามความตกลง FTA จะกำหนดให้ประเทศคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติต่อกันการลงทุนของประเทศอีกฝ่ายโดยไม่ด้อยไปกว่า หรือเท่าเทียมกับที่ตนได้ปฏิบัติต่อกันลงทุนจากชาติอื่น

เช่นเดียวกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งก็เช่นเดียวกันที่จะต้องมีการกำหนดหลักการนี้ไว้ในหมวดการลงทุนเพื่อเป็นการประกันว่า นักลงทุนจากประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายจะได้รับการปฏิบัติให้เท่าเทียมกับนักลงทุนจากประเทศอื่นๆ ซึ่งถือเป็นมาตรการคุ้มครองการลงทุนอย่างหนึ่ง

3.3.2.3 มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ (Minimum Standard of Treatment)

หลักมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศนี้ เป็นกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในรูปแบบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ โดยประเทศที่พัฒนาแล้วใช้เป็นกฎเกณฑ์ขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ทั้งนี้เพราะประเทศเหล่านี้มักจะมีคนชาติของ

¹⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538). หน้า 157.

¹⁹ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักนายกรัฐมนตรี้ สำนักบริการวิชาการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และศูนย์วิจัยกฎหมายและพัฒนา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, คู่มือในการเจรจาต่อรองการค้า สัญญาร่วมทุนระหว่างนักลงทุนไทยกับต่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535).

ตนเดินทางเข้าไปลงทุนในรัฐอื่นเป็นจำนวนมาก การยอมรับให้รัฐใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งอาจต่ำกว่าหลักมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อคนต่างชาติ ย่อมทำให้คนต่างชาติและรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างชาตินั้นได้รับความเสียหายได้ แต่หากปรากฏว่ารัฐที่สนับสนุนหลักมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวก็ไม่ปฏิเสธหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและอาจนำไปใช้ได้หากหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นสูงกว่าหลักมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ความตกลงทั้ง 2 ฉบับต่างมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ประเทศภาคีมีหน้าที่ในการปฏิบัติต่อนักลงทุนตามมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum standard of treatment) ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยต้องให้การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (fair and equitable) และให้ความคุ้มครองปลอดภัยอย่างเต็มที่ (full protection and security) ตามมาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) ทั้งนี้ การละเมิดบทบัญญัติในข้อบทอื่นภายใต้ความตกลงไม่ถือเป็นการละเมิดมาตรฐานขั้นต่ำตามข้อบทนี้

โดยที่การปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน (fair and equitable treatment) นี้ให้หมายความรวมถึงการไม่ปฏิเสธคำตัดสินทางอาญา ทางแพ่ง และทางปกครอง

3.3.2.4 ข้อกำหนดเงื่อนไขการลงทุน (Performance Requirement)

เงื่อนไขการลงทุน คือ การที่รัฐได้กำหนดกฎระเบียบให้นักลงทุนต้องปฏิบัติ หรือดำเนินการในลักษณะต่างๆ อาทิเช่น การกำหนดให้ผู้ลงทุนจะต้องใช้วัสดุการผลิตที่มีในประเทศ ข้อกำหนดที่ระบุว่าจะต้องจ้างบุคลากรในประเทศ กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้ผู้ลงทุนต้องเปิดเผยข้อมูลและให้ถ่ายทอดเทคโนโลยี ทั้งนี้รวมถึง อุปสรรคอื่นๆ ที่ไม่เหมาะสม ต่อการก่อตั้งกิจการและการประกอบการ ดังกล่าวเหล่านี้ ล้วนแล้วแต่เป็นรูปแบบหนึ่งของข้อกำหนดเงื่อนไขการลงทุน ซึ่งถือเป็นการเพิ่มอุปสรรคในการลงทุนของชาวต่างชาติ

ตามความตกลง FTA นั้น จะกำหนดห้ามมิให้ประเทศภาคีกำหนดเงื่อนไขการลงทุน โดยได้แบ่งข้อห้ามออกเป็น 2 ลักษณะ คือ 1) มาตรการที่ต้องห้ามทั่วไป ซึ่งห้ามประเทศภาคีกำหนดเงื่อนไขใดที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งกิจการ การได้มา การขยาย การดำเนินกิจการ บริหารจัดการซึ่งประกอบด้วยมาตรการหลักทั้งสิ้น 6 มาตรการ และ 2) มาตรการที่ห้ามใช้ แม้โดยการให้แรงจูงใจต่างๆ เพื่อแลกกับความได้เปรียบ (advantage) ที่เกี่ยวข้องกับการก่อตั้งกิจการ การซื้อ ขยาย บริหารจัดการ เว้นแต่เป็นการจูงใจนักลงทุนให้ว่าจ้างพนักงานที่มีสัญชาติของประเทศผู้รับการลงทุน การโอนเทคโนโลยี การจัดตั้งสำนักงานใหญ่ ตลอดจนการทำวิจัยและพัฒนาในประเทศผู้รับการลงทุน มาตรการกลุ่มนี้มีทั้งสิ้น 5 มาตรการ

ทั้งนี้ เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขการลงทุนเป็นข้อผูกพันเฉพาะ (specific obligation) มิใช่ข้อผูกพันทั่วไป (general obligation) ซึ่งหมายความว่า หากประเทศภาคีฝ่ายใดต้องการกำหนดเงื่อนไขการลงทุนแล้ว ประเทศภาคีฝ่ายดังกล่าวจะต้องระบุในตารางภาคผนวกว่าจะผูกพันที่จะไม่ใช้มาตรการในการกำหนดเงื่อนไขการลงทุนในลักษณะใดและสำหรับอุตสาหกรรมใดบ้าง

อย่างไรก็ดี การกำหนดเงื่อนไขการกำหนดเงื่อนไขการลงทุน เช่น การบังคับการถ่ายเทเทคโนโลยี อาจเป็นมาตรการที่ไม่มีประสิทธิผลหากประเทศผู้รับการลงทุนไม่มีความพร้อม ในขณะที่เดียวกัน การกำหนดสัญชาติของกรรมการหรือผู้บริหารก็ไม่ก่อประโยชน์ใดๆ แก่ประเทศผู้รับการลงทุน และอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อการดึงดูดการลงทุนอีกด้วย เพราะจากประสบการณ์ในต่างประเทศต่างยืนยันว่าการกำหนดเงื่อนไขการลงทุนจะประสบความสำเร็จก็ต่อเมื่อมีเงื่อนไขต่างๆ อย่างครบถ้วน คือประเทศที่ใช้มาตรการดังกล่าวต้องเป็นประเทศที่มีความน่าสนใจในการลงทุนสูง ผู้ประกอบการในประเทศมีความพร้อมในการแข่งขัน มีความพร้อมในแง่สาธารณูปโภค รวมทั้งรัฐมีความสามารถในการตรวจสอบและติดตามการดำเนินมาตรการซึ่งมีความยืดหยุ่นเพียงพอ²⁰ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขการลงทุนจึงเป็นสิ่งไม่ควรดำเนินการเว้นแต่ในกรณีที่เห็นประโยชน์ชัดเจน และสามารถกำกับดูแลให้เป็นไปตามเงื่อนไขได้แท้จริง

3.3.2.5 ผู้บริหารระดับสูงและคณะกรรมการบริษัท (Senior Management and Board of Directors)

ความตกลงในข้อนี้ จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดของบุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งเป็นผู้บริหารระดับสูงหรือคณะกรรมการบริษัทที่บริษัทต่างชาติได้เข้ามาลงทุน เช่น การกำหนดสัญชาติของผู้บริหารระดับสูง หรือการกำหนดจำนวนผู้บริหารหรือคณะกรรมการว่าจะต้องเป็นคนชาติไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง เป็นต้น

หลักการข้อนี้ถือเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนอีกรูปแบบหนึ่ง เนื่องจากเป็นข้อจำกัดการลงทุนแก่ผู้ลงทุนจากต่างชาติ ดังนั้น เพื่อให้การลงทุนเป็นอย่างเสรี ความตกลงเขตการค้าเสรีจึงได้กำหนดเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการข้อจำกัดดังกล่าวไว้

ในข้อตกลง FTA ข้อ 10:6 ของชิลี²¹ และข้อ 15:9 ของสิงคโปร์²² ได้กำหนดหลักการที่เกี่ยวกับผู้บริหารระดับสูงและคณะกรรมการบริษัทไว้ว่า ประเทศคู่สัญญา

²⁰ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, การค้าบริการและการลงทุนในกรอบความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย - สหรัฐฯ, เสนอต่อกรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ กระทรวงการต่างประเทศ, (เมษายน 2549): 55.

²¹ U.S.-Chile FTA, Article 10: 6.

²² U.S.-Singapore FTA, Article 15: 9.

จะต้องไม่มีข้อจำกัดในเรื่องการสัญชาติของผู้บริหารของกิจการที่อีกฝ่ายเข้ามาลงทุนในประเทศของตนว่าจะต้องเป็นคนชาติ แต่ก็อาจกำหนดจำนวนข้างมากของกรรมการว่าจะต้องเป็นคนชาติหรือกำหนดให้บุคคลดังกล่าวจะต้องมีถิ่นที่อยู่อาศัยภายในประเทศ ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้อำนาจในการบริหารจัดการเหนือการลงทุนต้องสูญเสียหรือด้อยลงไป

3.3.2.6 การระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (Investor-State Dispute Settlement)

การลงทุนมีส่วนช่วยในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศซึ่งส่งผลให้ประเทศมีความเจริญก้าวหน้า แต่ในการไปลงทุนยังต่างประเทศก็อาจจะมีกรณีเกิดกรณีผลประโยชน์ขัดกันหรือมีความขัดแย้งกัน ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อพิพาทหรือความขัดแย้งระหว่างกันได้ ซึ่งมีได้ในหลายรูปแบบ ดังนี้

- ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ คือ รัฐในฐานะบุคคลระหว่างประเทศอาจใช้การระงับข้อพิพาทอย่างสันติวิธี ในลักษณะที่ไม่เป็นอันตรายต่อสันติภาพ ความมั่นคงระหว่างประเทศและความยุติธรรม

- ข้อพิพาทระหว่างเอกชนและเอกชน ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นต้องตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐ กฎหมายที่ใช้ก็เป็นกฎหมายภายในของรัฐนั้น หรือกฎหมายที่คู่พิพาทตกลงเลือก แต่เนื่องจากเป็นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญชาติของเอกชนตั้งแต่ 2 สัญชาติขึ้นไป ดังนั้นจึงต้องนำกฎหมายว่าด้วยการขัดกันมาใช้บังคับด้วย อย่างไรก็ตามสถานะของคู่พิพาทยังมีความเท่าเทียมกัน ความซับซ้อนในการระงับข้อพิพาทจึงมีไม่มากนักทั้งกรณีข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐ

- ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน เป็นข้อพิพาทที่คู่พิพาทมีสถานะไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ รัฐผู้รับการลงทุนย่อมอยู่ในสถานะที่เหนือกว่าเอกชนต่างชาติ เอกชนชาวต่างชาติผู้เข้ามาลงทุนในรัฐนั้นๆ อาจเกรงว่าตนจะไม่ได้ได้รับความยุติธรรมจากการใช้ศาลภายในของรัฐผู้รับการลงทุน ทั้งนี้เพราะฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน มักจะเกิดจากสัญญาที่เกี่ยวกับการพัฒนาการทางเศรษฐกิจ เช่น รัฐบาลอิหร่านกับบริษัทน้ำมันอิหร่านแห่งชาติ ฝ่ายหนึ่ง กับบริษัทที่อยู่ในรูปของกิจการร่วมค้าระหว่างสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และดัตช์ อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อสำรวจ ผลิต และกลั่นน้ำมัน เป็นต้น

ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนที่เกิดขึ้นจากการลงทุนระหว่างประเทศ อาจเกิดขึ้นในรูปแบบของการโอนกิจการของผู้ลงทุนมาเป็นของรัฐโดยไม่จ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสม หรือการเข้ามาตรากฎอื่นของรัฐผู้รับการลงทุนซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนต่างชาติแล้วเป็นปัญหานำไปสู่ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน ซึ่งเมื่อปัญหาต่างๆ เหล่านี้เกิดขึ้นจึงต้องใช้กลไกการระงับข้อพิพาทเข้ามาแก้ไข แต่โดยส่วนใหญ่แล้วความตกลง หรือ

สนธิสัญญาเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน มักจะไม่ได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนไว้ในสนธิสัญญา จึงต้องอาศัยรูปแบบมาตรฐานโดยทั่วไปที่เกิดขึ้นเป็นหลักในการพิจารณาแต่ละกรณีไป²³

แต่สำหรับความตกลง FTA นั้น ได้มีการกำหนดถึงวิธีทางแก้ปัญหามือเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้นเป็นการเฉพาะ เพื่อให้ทั้ง 2 ฝ่ายสามารถระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการที่ยุติธรรมและเป็นกลางที่สุด ข้อตกลง FTA ที่สหรัฐอเมริกาได้ทำกับชิลีและสิงคโปร์ได้กำหนดแนวทางในการระงับข้อพิพาทสำหรับข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุนไว้เป็นการเฉพาะ (Section C – Investor-State Dispute Settlement) โดยกำหนดให้ใช้การระงับข้อพิพาทผ่านระบบอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นกลไกที่ได้รับการยอมรับว่าจะสามารถให้ความเป็นธรรมมากที่สุด หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐผู้รับการลงทุนกับเอกชนผู้ลงทุน

โดยในข้อตกลงเปิดโอกาสให้นักลงทุนสามารถเลือกช่องทางในการระงับข้อพิพาทโดยใช้ระบบอนุญาโตตุลาการตามกระบวนการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (ICSID: The International Centre for the Settlement of Investment Disputes) หรือ คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law)

3.3.2.6.1 ขอบเขต

ข้อพิพาทภายใต้ขอบนี้จะหมายถึงข้อพิพาทระหว่างรัฐของประเทศภาคีกับนักลงทุนของประเทศภาคีอีกฝ่าย อันเนื่องมาจากการลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิด (breach) ภายใต้ขอบด้านการลงทุน (obligation) การอนุญาตให้ลงทุน (investment authorization) หรือละเมิดสัญญาการลงทุน (investment agreement)

3.3.2.6.2 กระบวนการระงับข้อพิพาท

การระงับข้อพิพาทจะต้องเริ่มจากการปรึกษาหารือ (consultation) ระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และหากไม่ประสบความสำเร็จ การระงับข้อพิพาทสามารถดำเนินการผ่านกระบวนการอื่นได้ เช่น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อันได้แก่ ICSID และ UNCITRAL ทั้งนี้ หากยื่นฟ้องไปยังศาลยุติธรรม ศาลปกครองหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งใดแล้ว ผู้ฟ้องจะยื่นฟ้องซ้ำในศาลยุติธรรม ศาลปกครองหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแห่งอื่นในประเด็นข้อพิพาทเดิมอีกไม่ได้

3.3.2.6.3 การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ

²³ สุรางคณา แก้วจำนงค์, “ความผูกพันและผลบังคับใช้ของอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่นต่อไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 2.

คู่ความในคดีสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการได้ฝ่ายละ
หนึ่งคน และอนุญาโตตุลาการดังกล่าวจะร่วมกันแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการคนที่สามเป็นประธาน
ในการพิจารณาข้อพิพาท ทั้งนี้ทั้งสามคนจะต้องไม่เป็นคนชาติและไม่มีถิ่นพำนักในประเทศภาคี
และมีได้ถูกว่าจ้างโดยประเทศภาคีในขณะนั้นเว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากประเทศภาคีทั้ง
สอง

3.3.2.6.4 การบังคับผลคำตัดสิน

คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดไม่สามารถ
อุทธรณ์ต่อไปได้และมีผลผูกพันภาคีทั้งสองฝ่ายที่จะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินโดยไม่ชักช้า โดย
ศาลของประเทศภาคีสัญญา ICSID (กรณี ICSID) หรืออนุสัญญานิวยอร์ก (กรณี UNCITRAL)
มีหน้าที่รับรองคำตัดสินและบังคับคดีตามคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการ เว้นแต่มีเหตุบาง
ประการที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยกขึ้นมาเพื่อให้ศาลทบทวนคำตัดสินหรือไม่ปฏิบัติตามคำตัดสิน
ของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

3.3.3 การเคลื่อนย้ายบุคคลทางธุรกิจ (Temporary Entry for Business Persons)

การเคลื่อนย้ายบุคคลทางธุรกิจ คือ การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดา ซึ่งบุคคล
เหล่านั้นเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทางธุรกิจ อาทิเช่น นักธุรกิจ (Business visitors) พ่อค้าและนัก
ลงทุน (Traders and Investors) ตัวแทนบริษัท (Intra-company transferees) และผู้เชี่ยวชาญ
(Professionals) เพื่อให้บริการในประเทศของผู้รับบริการเป็นการชั่วคราว แต่ทั้งนี้โดยส่วนใหญ่
ประเทศต่างๆ จะกำหนดกฎระเบียบการเคลื่อนย้ายของบุคคลเพื่อให้บริการซึ่งปกติก็มีอยู่ในทุก
ภาคการค้าบริการ ซึ่งอาจออกมาในรูปของการออกวีซ่าชนิดพิเศษให้กับบุคคลเหล่านั้น เพื่อไป
ดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจในประเทศของตน

ข้อตกลงการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีและสิงคโปร์นั้น มีบทบัญญัติเกี่ยวกับ
การเข้าประเทศของบุคคลทางธุรกิจ โดยกำหนดอยู่ในหมวดที่ 11²⁴ สำหรับความตกลงที่ทำกับ
สิงคโปร์ และหมวดที่ 14²⁵ สำหรับความตกลงที่ทำกับชิลี ทั้งนี้ยังได้แบ่งแยกประเภทของบุคคล
นั้นๆ ออกเป็นหัวข้อย่อย อันได้แก่ นักธุรกิจ (Business visitors) พ่อค้าและนักลงทุน (Traders
and Investors) ตัวแทนบริษัท (Intra-company transferees) และผู้เชี่ยวชาญ (Professionals)
โดยได้กำหนดอยู่ในรูปแบบการออกวีซ่าพิเศษตามข้อตกลงการค้าเสรี เช่น สหรัฐอเมริกา อาจ
กำหนดว่าในการออกวีซ่าพิเศษสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขของข้อตกลงใน

²⁴ U.S.-Singapore FTA, Chapter 11.

²⁵ U.S.-Chile FTA, Chapter 14.

จำนวนจำกัด และวีซ่าใช้ได้ครั้งละ 4 ปี แต่ทั้งนี้ ผู้เชี่ยวชาญของสหรัฐอเมริกาสามารถเดินทางเข้าชิลีและสิงคโปร์ได้โดยไม่มีจำนวนจำกัดจำนวน

3.3.4 พาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce)

พาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ คือ การทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ในทุกช่องทางที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การซื้อขายสินค้าและบริการ การโฆษณาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นโทรศัพท์ โทรทัศน์ วิทยุ หรือแม้แต่อินเทอร์เน็ต เป็นต้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดค่าใช้จ่ายและเพื่อประสิทธิภาพขององค์กรโดยการลดบทบาทขององค์ประกอบทางธุรกิจ เช่น ท่าเรือที่ตั้งอาคารประกอบการ โกดังเก็บสินค้า ห้องแสดงสินค้า รวมถึงพนักงานขาย พนักงานแนะนำสินค้า พนักงานต้อนรับลูกค้า เป็นต้น จึงลดข้อจำกัดของระยะทางและเวลาลงได้

พาณิชยอิเล็กทรอนิกส์มีความเกี่ยวข้องกับบริการโทรคมนาคมเป็นอย่างมาก กล่าวคือ พาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ต้องใช้ช่องทางโทรคมนาคมในการติดต่อสื่อสารเพื่อทำการค้า เช่น การค้าอิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต การให้บริการของธนาคารในรูปแบบ Mobile Banking หรือ Banking in E-Commerce เพื่อเป็นการให้บริการทางการเงินต่างๆ ผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ เช่น สอบถามยอดเงินคงเหลือในบัญชี อัตราแลกเปลี่ยน โอนเงินผ่านบัญชี ตลอดจนให้บริการในด้านการจองเที่ยวบิน ตั๋วชมภาพยนตร์ และรายงานทางอากาศ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีบริการทางโทรคมนาคมเป็นจำนวนมากที่สามารถให้บริการผ่านช่องทางพาณิชยอิเล็กทรอนิกส์นี้ได้ อาทิเช่น การให้บริการดาวโหลดข้อมูลผ่านระบบออนไลน์ ที่เปิดโอกาสให้ผู้บริโภคสามารถดาวน์โหลดข้อมูลต่างๆ ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตจากผู้ประกอบการได้

ข้อบทย่อยมีผลกระทบอย่างมากต่อการให้บริการโทรคมนาคม เนื่องจากในปัจจุบันการพาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก อาทิ บริการพาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) บริการ Banking in E-Commerce บริการสื่อสารข้อมูลเพื่อธุรกิจผ่านดาวเทียม บริการ Internet และจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail) บริการเหล่านี้ล้วนเป็นธุรกรรมโทรคมนาคมที่มีอัตราการเจริญเติบโตสูงและ พัฒนาอย่างรวดเร็ว สอดคล้องกับยุคการสื่อสารไร้พรมแดนซึ่งถือเป็นเครือข่ายการค้าระหว่างประเทศในระดับโลก

สำหรับข้อบทพาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ ได้มีการกำหนดอยู่ในความตกลงเขตการค้าเสรีข้อบทที่ 14²⁶ ของสิงคโปร์ และข้อบทที่ 15²⁷ ในความตกลงของชิลี

ภายใต้ข้อบทนี้แต่ละประเทศได้ยอมรับถึงความสำคัญในการให้บริการผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดความร่วมมือทางการค้าผ่านเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยตกลงร่วมกันที่จะปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในสินค้าดิจิทัล (Non-

²⁶ U.S.-Singapore FTA, Chapter 14.

²⁷ U.S.-Chile FTA, Chapter 15.

Discriminatory Treatment of Digital Product) และให้คำมั่นว่าจะไม่เก็บภาษีศุลกากรกับสินค้าดังกล่าว นอกจากนี้ยังสร้างความมั่นใจว่าจะขยายขอบเขตของความร่วมมือไปยังบริการขนส่งอิเล็กทรอนิกส์ โดยภาษีศุลกากรสำหรับสินค้าดิจิทัลแบบที่ใช้สื่อวัตถุ เช่น แผ่นซีดีหรือดีวีดี จะประเมินจากราคาของสื่อวัตถุนั้น

โดยที่ความตกลงเขตการค้าเสรีทั้ง 2 ฉบับได้กำหนดค่านิยามของคำว่าสินค้าดิจิทัล หมายถึง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ข้อความ วิดีโอ ภาพ บันทึกลงเสียง และผลิตภัณฑ์อื่น ๆ ที่มีการเข้ารหัสแบบดิจิทัลและส่งทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่คำนึงว่าประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะถือว่าสินค้าดิจิทัลนั้นจะเป็นสินค้าหรือบริการตามกฎหมายในของแต่ละประเทศประเทศ

พันธกรณีตามข้อบพนี้หมายความว่าผู้ประกอบการของแต่ละฝ่ายสามารถมีการค้าอิเล็กทรอนิกส์กับประเทศอีกฝ่ายได้ บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ หรือกีดกัน ตั้งแต่กระบวนการผลิต เผยแพร่ หรือขั้นตอนการส่งที่มาจากนอกเขตประเทศ โดยอยู่บนหลักเงื่อนไขทางการค้า

3.3.5 โทรคมนาคม (Telecommunications)

ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่าความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับซีลีและสิงคโปร์ล้วนเป็นรูปแบบที่สหรัฐอเมริกากำหนดขึ้นมาเป็น Model ในการทำความตกลงกับประเทศต่างๆ

สำหรับความตกลงเขตการค้าเสรีของซีลีได้กำหนดข้อบทโทรคมนาคมอยู่ในหมวดที่ 13²⁸ ส่วนของสิงคโปร์ได้กำหนดไว้ในหมวดที่ 9²⁹ โดยที่ข้อบทโทรคมนาคมนี้ก็เป็นอีกข้อบทหนึ่งซึ่งมีความคล้ายคลึงกันในทั้ง 2 ความตกลง ซึ่งจะเป็นการกำหนดกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic regulation) ที่ประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามหากจะเข้ามาลงทุนในบริการโทรคมนาคมในประเทศของตน โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

3.3.5.1 การเข้าถึง การใช้โครงข่ายโทรคมนาคมและการให้บริการ (Access to and Use of Public Telecommunications Transport Networks and Services)

²⁸ Ibid., Chapter 13.

²⁹ U.S.-Singapore FTA, Chapter 9.

การใช้โครงข่ายโทรคมนาคม หมายถึง การที่บริษัทใด (enterprise)* ต้องการที่จะเข้าใช้อุปกรณ์ส่วนหนึ่งส่วนใดของโครงข่ายที่มีอยู่แล้ว ของบริษัทโทรคมนาคมอื่น เพื่อมาให้บริการแก่ลูกค้าของตัวเอง โดยไม่จำเป็นต้องสร้างโครงข่ายเองทั้งหมด

ตามความตกลง FTA ได้กำหนดพันธกรณีในเรื่องนี้ไว้ว่า ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายรับประกันว่า นิติบุคคลใดๆ ของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเข้าถึงและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้บริการ ด้วยเงื่อนไขที่สมเหตุสมผล ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้รวมถึงการอนุญาตให้ดำเนินการต่างๆ อาทิเช่น จัดหาอุปกรณ์เพื่อเชื่อมโยงโครงข่าย

สำหรับคำว่านิติบุคคลใดๆ ในที่นี้ หมายความรวมถึง ผู้ประกอบกิจการอื่นใด ที่อาจมิใช่ธุรกิจโทรคมนาคม เช่น ธนาคาร ผู้ประกอบกิจการประกันภัย หรือผู้ให้บริการสายการบิน ทั้งนี้เนื่องจากผู้ประกอบกิจการต่างๆ อาจมีความจำเป็นต้องเข้าถึงและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อให้บริการของตนเอง

แต่ทั้งนี้มิข้อยกเว้นที่ประเทศคู่สัญญาสามารถกำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึง การใช้และการให้บริการเครือข่ายโทรคมนาคมเท่าที่จำเป็นได้ หากเป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะและรักษาเสถียรภาพของโครงข่าย

การกำหนดหลักการดังกล่าว เป็นการเปิดโอกาสให้บริษัทใดๆ ที่มีความจำเป็นในการเข้าถึงและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมเพื่อนำมาให้บริการโดยไม่ถูกกีดกันจากผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายอื่นๆ

3.3.5.2 การเชื่อมต่อโครงข่าย (Interconnection)

การเชื่อมต่อโครงข่าย หมายถึง การที่มีโครงข่ายมากกว่า 2 โครงข่ายขึ้นไปทำการเชื่อมต่อวงจรสื่อสาร (Communication Circuits) เพื่อให้ผู้รับบริการในแต่ละโครงข่ายสามารถติดต่อสื่อสารถึงกันได้ (any-to-any connectivity)³⁰ โดยหากไม่มีการเชื่อมต่อแล้ว ผู้ใช้บริการที่อยู่ต่างโครงข่ายจะไม่สามารถติดต่อสื่อสารกับผู้ที่อยู่โครงข่ายอื่นได้ ดังนั้น การ

* Enterprises หมายถึง นิติบุคคลใดๆ ที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับไม่ว่าจะเป็นหรือไม่แสวงหาผลกำไร และไม่ว่าจะเป็นของรัฐบาลหรือเอกชนเป็นเจ้าของหรือควบคุม ทั้งนี้รวมถึง บริษัท ทรัสต์ ห้างหุ้นส่วน สำนักงานสาขา บริษัทร่วมทุน สมาคมหรือองค์กรอื่นที่คล้ายกัน (enterprise means an entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately or government owned or controlled. Forms that an enterprise may take include a corporation, trust, partnership, sole proprietorship, branch, joint venture, association, or similar organization. จาก U.S.-Singapore FTA, Article 9.16.)

³⁰ พลุ ศรีหิรัญ, "การใช้และเชื่อมต่อโครงข่าย (Access and Interconnection)," วารสาร กทท. 2549, 1/2.: หน้า 140.

เชื่อมต่อโครงข่ายจึงมีความจำเป็นมากในการติดต่อสื่อสาร ซึ่งทำให้ผู้ใช้บริการรู้สึกเหมือนว่ามีโครงข่ายเพียงโครงข่ายเดียว เพราะสามารถติดต่อกับผู้ใช้งานโครงข่ายอื่นๆ ได้หมดทุกโครงข่าย โดยรูปแบบการเชื่อมต่อโครงข่ายสามารถแบ่งออกเป็น 4 แบบหลักๆ

ดังนี้

- 3.3.5.2.1 Simple interconnection เป็นรูปแบบการเชื่อมต่อโครงข่ายที่ง่ายที่สุด โดยคือการเชื่อมต่อระหว่าง 2 โครงข่ายกันโดยตรงนั่นเอง
- 3.3.5.2.2 Transit interconnection เป็นรูปแบบการเชื่อมต่อโครงข่ายที่ต้องผ่านโครงข่ายกลาง
- 3.3.5.2.3 By-pass interconnection เป็นรูปแบบการเชื่อมต่อโครงข่ายที่สามารถเลือกโครงข่ายที่จะเชื่อมต่อได้ โดยอาจใช้โครงข่ายของตนในการเชื่อมต่อที่เป็นการเชื่อมต่อผ่านภายในโครงข่ายตนเองหรือใช้โครงข่ายกลางในการเชื่อมต่อถึงกันก็ได้
- 3.3.5.2.4 Transit by-pass interconnection เป็นรูปแบบการเชื่อมต่อโครงข่ายที่สามารถเลือกโครงข่ายที่จะเชื่อมต่อได้ โดยอาจใช้โครงข่ายของตนเชื่อมต่อกับอีกโครงข่ายโดยตรง หรือใช้โครงข่ายกลางในการเชื่อมต่อถึงกันก็ได้

การเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม ถือได้ว่าเป็นสิ่งพื้นฐานของการให้บริการโทรคมนาคม เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่จะคุณค่ามากขึ้นตามจำนวนผู้ใช้บริการที่มากขึ้น (Network Externality) แต่ด้วยผู้ให้บริการเพียงรายเดียวอาจไม่สามารถที่จะสร้างโครงข่ายได้ครอบคลุมกับผู้ใช้บริการทั่วประเทศได้ และถึงแม้ว่าจะสามารถทำได้หากมีผู้ให้บริการรายเดียวในตลาดก็อาจจะทำให้เกิดการผูกขาดการให้บริการขึ้นได้ อันจะส่งผลในทางลบต่อการให้บริการได้

เมื่อเป็นเช่นนี้ ก็มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องให้มีผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่มากกว่าหนึ่งรายในตลาด ดังนั้นการที่จะทำให้ผู้ให้บริการของโครงข่ายแต่ละรายสามารถสื่อสารถึงกันได้ ก็มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ให้บริการโทรคมนาคมทั้งสองรายจะต้องให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายระหว่างกัน

ยกตัวอย่างของการเชื่อมต่อโครงข่ายเช่น ผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระหว่าง AIS และ DTAC จะไม่สามารถติดต่อกันได้ หากไม่มีการเชื่อมต่อโครงข่ายระหว่าง AIS กับ DTAC เนื่องจากผู้ประกอบการโทรคมนาคมแต่ละราย ย่อมมีโครงข่ายเป็นของตนเอง หาก

ต้องการติดต่อเข้าไปในโครงข่ายของผู้ประกอบการรายอื่น (โทรข้ามเครือข่าย) ก็จะต้องทำการเชื่อมต่อโครงข่ายระหว่างการเสียดก่อน ซึ่งภายหลังจากที่ผู้ประกอบการทั้ง 2 ราย ได้ทำการเชื่อมต่อโครงข่ายถึงกันแล้ว ก็จะทำให้ผู้ใช้บริการทั้งสองเครือข่ายนี้สามารถติดต่อสื่อสารระหว่างกันได้

การเชื่อมต่อโครงข่ายก่อให้เกิดบริการหลักๆ 3 บริการ คือ Call Origination, Call Transit และที่สำคัญที่สุดคือ Call Termination ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำให้ผู้ใช้บริการแต่ละโครงข่ายสามารถติดต่อสื่อสารหากันได้โดยไม่ต้องใช้โครงข่ายเดียวกัน

สำหรับความตกลงเขตการค้าเสรี ข้อบทโทรคมนาคมนี้ ก็ได้มีการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการเชื่อมต่อโครงข่ายขึ้น โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการภายในประเทศของตนมีหน้าที่ในการจัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายเข้ากับโครงข่ายของผู้ประกอบการของอีกฝ่าย ทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยอาจออกกฎเกณฑ์ภายในประเทศเพื่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่าข้อมูลทางธุรกิจหรือการให้บริการจะได้รับการปกป้องอย่างเพียงพอ โดยผู้ประกอบการจะใช้ข้อมูลของอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการเชื่อมต่อโครงข่ายเท่านั้น

การกำหนดหลักการดังกล่าวเพื่อเป็นการประกันว่าผู้ประกอบการโทรคมนาคมชาวต่างชาติจะสามารถเข้ามาให้บริการโทรคมนาคมภายในประเทศอื่นได้โดยการเชื่อมต่อกับโครงข่ายของผู้ให้บริการภายในประเทศได้ โดยไม่ถูกกีดกัน เนื่องจากมีหลักเกณฑ์กำหนดเปิดโอกาสไว้

3.3.5.3 พันธกรณีสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่ (Major Supplier)

ผู้ประกอบการรายใหญ่ (Major Supplier) หรือ ผู้มีอำนาจเหนือตลาด (market dominance) หมายถึง ผู้ให้บริการที่สามารถกำหนดเงื่อนไขของบริการ (ด้านราคาหรือปริมาณการผลิต) ในตลาดบริการโทรคมนาคมซึ่งเป็นผลมาจากการควบคุม โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นหรือใช้สถานะของตนเองในตลาด³¹

สำหรับเกณฑ์ในการกำหนดว่าผู้ประกอบการรายใดเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่นั้น ก็ขึ้นกับกับสภาวะตลาดโทรคมนาคมในแต่ละประเทศ ซึ่งมีความแตกต่างกันไปตาม

³¹ U.S.-Chile FTA, Article 13.17 และ U.S.-Singapore FTA, Article 9,16

major supplier means a supplier of public telecommunications services that has the ability to materially affect the terms of participation (having regard to price and supply) in the relevant market for public telecommunications services as a result of:

- (a) control over essential facilities; or
- (b) use of its position in the market;

สภาพเศรษฐกิจ อาจกำหนดโดยการใช้วิธีส่วนแบ่งทางการตลาด จำนวนโครงข่ายโทรคมนาคมที่มี เป็นต้น อาทิเช่น ประเทศไทย อาจกำหนดว่าผู้ประกอบการรายใหญ่ ได้แก่ ผู้ให้บริการโทรคมนาคมที่มีส่วนแบ่งทางการตลาดเกินกว่าร้อยละ 40 ของตลาดโทรคมนาคมในประเทศ

สำหรับการความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา³² ได้กำหนดพันธกรณีสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่ขึ้นมาจากเฉพาะทั้งในความตกลงที่ทำกับชิลีและความตกลงที่ได้ทำกับสิงคโปร์ ซึ่งได้กำหนดในลักษณะที่เป็นไปในแนวทางเดียวกันในทั้ง 2 ความตกลงสาเหตุที่กำหนดพันธกรณีสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่ขึ้นมาจากเฉพาะนั้น เนื่องจากเห็นว่าในภาคบริการโทรคมนาคมมีลักษณะเป็นกิจการกึ่งผูกขาด เพราะเป็นบริการที่มีข้อจำกัดในหลายๆ ด้าน ทั้งเงินทุน เทคโนโลยี และบุคลากรที่จะต้องอยู่ในระดับสูง ทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่อาจไม่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจโทรคมนาคมได้ ซึ่งผลเสียก็จะตกไปสู่ผู้บริโภคที่ไม่มีผู้ให้บริการอื่นมาเป็นตัวเลือก ทำให้ผู้ประกอบการรายใหญ่มีอำนาจในการผูกขาดตลาด ดังนั้นเพื่อให้เกิดการแข่งขัน และไม่ให้เกิดการผูกขาดตลาดโดยผู้ประกอบการรายใหญ่ จึงกำหนดให้มีมาตรการต่างๆ เพื่อเข้ามาคุ้มครองและเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถทำการแข่งขันด้วยได้ ดังนี้

3.3.5.3.1 การเชื่อมต่อโครงข่ายแบบแยกส่วน (Unbundling of Network Elements)

การเชื่อมต่อโครงข่ายแบบแยกส่วน คือ การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่งต้องการที่จะเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ประกอบการรายอื่นเฉพาะส่วนของโครงข่ายหรือบริการอื่นๆ ที่จำเป็นในการให้บริการโทรคมนาคม โดยมีได้ต้องการเชื่อมต่อโครงข่ายทั้งหมดของอีกฝ่าย และเสียค่าใช้จ่ายเฉพาะส่วนของโครงข่ายหรือบริการที่ตนได้ใช้ไปเท่านั้น³² เนื่องจากหากต้องการเชื่อมต่อโครงข่ายทั้งหมดแล้ว ย่อมเป็นการสิ้นเปลืองทรัพยากรโดยใช่เหตุ และทำให้ต้นทุนในการบริการอยู่ในระดับสูง ซึ่งก็จะเป็นภาระในค่าบริการต่อผู้ใช้บริการในท้ายที่สุดนั่นเอง ดังนั้นเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเสรี และเป็นธรรมจึงได้กำหนดให้ผู้ประกอบการรายใหญ่จะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเชื่อมต่อโครงข่ายของตนแบบแยกส่วนได้ ซึ่งจะส่งเสริมการแข่งขันในตลาดและกระตุ้นให้เกิดนวัตกรรมทางเทคโนโลยีบนโครงข่ายแบบแยกส่วน โดยการกำกับดูแลการเข้าถึงโครงข่ายแบบแยกส่วน

การเชื่อมต่อโครงข่ายแบบแยกส่วนนั้น ผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ประสงค์จะเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากส่วนประกอบของโครงข่ายเพียงขึ้นเดียวได้

³² สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และธรรธร รัตนนฤมิตศร, การเชื่อมต่อโครงข่าย (การวิจัยในโครงการแนวทางการปฏิรูประบบโทรคมนาคมของประเทศไทย) (มีนาคม 2546), หน้า 21.

โดยไม่มีข้อผูกพันว่าจะต้องเชื่อมต่อกับส่วนประกอบอื่นๆ ที่ไม่จำเป็นต่อการให้บริการ โทรคมนาคมแต่อย่างใด ส่วนประกอบของโครงข่ายที่นำมาแยกชิ้นได้มีหลายประเภท ทั้งส่วนที่เป็นอุปกรณ์โครงข่ายฮาร์ดแวร์ เช่น สายส่งสัญญาณและสวิตช์ หรือที่เป็นซอฟต์แวร์ก็ได้ เช่น ฐานข้อมูลลูกค้า

หลักการเชื่อมต่อโครงข่ายแบบแยกส่วนนั้น เป็นไปเพื่อลดอุปสรรคการเข้าแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมทั้งในเชิงพาณิชย์และเชิงเทคนิค เนื่องจากการลงทุนสร้างโครงข่ายใหม่ให้มีขนาดทัดเทียมกับโครงข่ายเดิมที่มีอยู่ของผู้ประกอบการรายเดิมต้องอาศัยเงินทุนมหาศาล ดังนั้น ผู้ประกอบการรายใหม่อาจไม่ต้องการหรือยังไม่มีความพร้อมในการสร้างโครงข่ายที่สมบูรณ์ใหม่เองทั้งหมด อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการเหล่านั้นอาจสามารถสร้างบางส่วนของโครงข่ายเองได้ เช่น การติดตั้งอุปกรณ์สวิตช์ การเตรียมระบบสายส่งสัญญาณ และสายแอกเซส ในพื้นที่บริการที่จำกัด หากสามารถทำให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าถึงส่วนประกอบโครงข่าย เช่น สวิตช์ สายส่งสัญญาณที่ตำแหน่งอื่นๆ ของผู้ประกอบการรายใหญ่ได้ ผู้ประกอบการรายใหม่ก็จะสามารถผสมผสานส่วนประกอบโครงข่ายของตนเข้ากับส่วนโครงข่ายของผู้ประกอบการรายใหญ่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งช่วยเพิ่มโอกาสให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถอยู่รอดในตลาดโทรคมนาคมได้ ส่งผลให้เกิดการแข่งขันมากขึ้น³³ นอกจากนี้ยังเป็นการหลีกเลี่ยงการสร้างส่วนประกอบโครงข่ายที่ซ้ำซ้อนโดยไม่จำเป็น ส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรมใหม่ เพราะผู้ประกอบการรายใหม่สามารถผสมผสานเทคโนโลยีใหม่ขึ้นได้ อย่างไรก็ตามหลักการนี้อาจส่งผลกระทบต่อธุรกิจการลงทุน เนื่องจากจะทำให้ลดแรงจูงใจในการสร้างโครงข่ายใหม่ที่มีประสิทธิภาพ

แต่ทั้งนี้ผู้ประกอบการรายใหญ่ส่วนใหญ่แล้วย่อมไม่ประสงค์หรือยินยอมให้คู่แข่งใช้ส่วนประกอบของโครงข่ายของตนแบบแยกส่วน ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเชื่อมต่อโครงข่ายแบบแยกส่วนเพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขัน

ยกตัวอย่างเช่น บริษัท A มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นของตนเองในเขตกรุงเทพมหานคร แต่บริษัท B มีโครงข่ายโทรคมนาคมเป็นของตนเองทั่วประเทศ บริษัท A มีความประสงค์ที่จะเชื่อมต่อโครงข่ายกับบริษัท B เฉพาะในเขตจังหวัดปทุมธานี เพื่อให้บริการแก่ลูกค้าในเขตดังกล่าว บริษัท A ก็สามารถขอเชื่อมต่อโครงข่ายของบริษัท B ได้เฉพาะในเขตที่ตนต้องการ ไม่จำเป็นต้องเชื่อมต่อโครงข่ายทั้งหมดที่ B มีอยู่ โดยเสียค่าธรรมเนียมในอัตราที่สมเหตุสมผล สะท้อนต้นทุนที่แท้จริง

โดยในความตกลง FTA ที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีและสิงคโปร์ ได้กำหนดให้องค์กรกำกับดูแลจะต้องกำหนดมาตรการให้ผู้ประกอบการรายใหญ่เปิดให้

³³ ลัญฉกร วุฒิสถิติกุลกิจ และคนอื่นๆ, หลักการการเชื่อมต่อโครงข่าย (Network Interconnection) (งานแปล). สถาบันเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม กทช., 2551. หน้า 66.

ผู้ประกอบการของภาคีอีกฝ่ายสามารถเข้ามาใช้โครงข่ายแบบแยกส่วนบนเงื่อนไขราคาที่ตั้งกับต้นทุน (cost-oriented) สมเหตุสมผล และไม่เลือกปฏิบัติ โดยอาจออกเป็นกฎระเบียบหรือข้อบังคับมารองรับก็ได้

ทั้งนี้เนื่องจากหากผู้ประกอบการไม่สามารถเข้าถึงโครงข่ายแบบแยกส่วนของผู้ประกอบการรายใหญ่ได้แล้ว ก็เท่ากับเป็นการลดหรือจำกัดความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการอีกฝ่ายหนึ่งนั่นเอง

3.3.5.3.2 การใช้พื้นที่ร่วมกัน (Co-location)

การใช้พื้นที่ร่วมกัน คือ การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่ง มีโครงข่ายหรือสิ่งอำนวยความสะดวกอยู่ในพื้นที่หนึ่ง และเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเข้าใช้พื้นที่ดังกล่าวร่วมกัน เพื่อให้บริการโทรคมนาคม หรือติดตั้งอุปกรณ์เพื่อเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ประกอบการรายอื่นๆ ในพื้นที่เดียวกันได้

ทั้งนี้ในการสร้างโครงข่ายโทรคมนาคมขนาดใหญ่ให้ครอบคลุมพื้นที่ให้บริการอย่างทั่วถึง ต้องอาศัยโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure) ที่มีขนาดใหญ่ ซึ่งประกอบด้วย เสา ท่อร้อยสาย คุ ช่องคนลงท่อ ถนนทางเดิน และหอกระจายสัญญาณ การที่ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปสามารถใช้โครงสร้างพื้นฐานเหล่านี้ร่วมกันเพื่อให้บริการโทรคมนาคมย่อมจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและลดต้นทุนการให้บริการโดยรวมของประเทศลงได้อย่างมาก นอกจากนี้การใช้พื้นที่อาคารสำนักงานร่วมกันของผู้ประกอบการมากกว่าหนึ่งรายในการติดตั้งสายนำสัญญาณ อุปกรณ์รับส่งสัญญาณวิทยุ และอุปกรณ์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องก็เป็นอีกทางหนึ่งที่นอกจากจะช่วยให้ต้นทุนการให้บริการโดยรวมลดลงได้แล้ว ยังช่วยให้การเชื่อมต่ออุปกรณ์สื่อสารระหว่างผู้ประกอบการ เช่น สวิตช์ หรือสายการเข้าถึงท้องถิ่น สามารถทำได้โดยตรงและสะดวก³⁴

ตัวอย่างเช่น บริษัท A ซึ่งมีพื้นที่ติดตั้งโครงข่ายในอาคารแห่งหนึ่ง การที่บริษัท B จะขอเชื่อมต่อโครงข่ายกับบริษัท A อาจต้องดำเนินการติดตั้งอุปกรณ์บางอย่างเพื่อทำหน้าที่เชื่อมต่อโครงข่าย ดังนั้น บริษัท B จึงขอเช่าใช้พื้นที่อาคารแห่งเดียวกันจากบริษัท A เพื่อทำการติดตั้งอุปกรณ์นั้น โดยบริษัท B ต้องเสียค่าใช้จ่ายให้แก่บริษัท A ในการเช่าใช้พื้นที่ร่วมกันนั้นๆ

หลักการการใช้พื้นที่ร่วมกันนั้นมาจากหลักที่ต้องการสนับสนุนให้เกิดการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม การใช้สอยทรัพยากรอย่างคุ้มค่า เพื่อให้เกิดประโยชน์

³⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 84

สูงสุด และไม่เกิดการลงทุนซ้ำซ้อน ดังนั้น จึงได้กำหนดมาตรการเกี่ยวกับการใช้พื้นที่ร่วมกันมาบังคับใช้ เมื่อผู้ประกอบการรายใหญ่ได้ดำเนินการตั้งอุปกรณ์ เสาสัญญาณ หรืออุปกรณ์ในการให้บริการโทรคมนาคมอื่นๆ ในพื้นที่ใดแล้ว หากผู้ประกอบการต่างชาติที่เป็นคู่สัญญาเห็นว่าเสาสัญญาณในพื้นที่ดังกล่าวครอบคลุมพื้นที่เป้าหมายในการวางระบบอยู่แล้ว ผู้ประกอบการรายนั้นก็ยังสามารถขอใช้เสาสัญญาณร่วมกันได้ โดยมีต้องทำการติดตั้งเสาสัญญาณ หรือวางท่อใหม่ให้เกิดความซ้ำซ้อนในการลงทุน และช่วยลดต้นทุน ดังนั้นข้อนี้จึงกำหนดให้ผู้ประกอบการรายใหญ่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการของอีกฝ่ายสามารถเข้ามาใช้พื้นที่ดังกล่าวที่ตนมีอยู่ด้วยได้ โดยสามารถคิดค่าใช้จ่ายโดยอ้างอิงกับราคาต้นทุนที่ตนต้องจ่าย ตามหลักความสมเหตุสมผลและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ

โดยในความตกลงเขตการค้าเสรี ได้กำหนดพันธกรณีดังกล่าวได้ว่า ประเทศคู่สัญญาจะกำหนดให้ผู้ประกอบการรายใหญ่ของแต่ละฝ่ายจะต้องจัดสถานที่หรือสิ่งอำนวยความสะดวกโทรคมนาคมเพื่อให้ผู้ประกอบการของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถร่วมใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเชื่อมต่อโครงข่ายหรือการเข้าถึงโครงข่ายแบบแยกส่วน ทั้งนี้สามารถคิดค่าใช้จ่ายได้โดยอยู่บนพื้นฐานของราคาที่ตั้งต้นทุน ความสมเหตุสมผลและการไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้หากไม่สามารถจัดให้มีการใช้พื้นที่ร่วมกันได้ด้วยเหตุเพราะความไม่เพียงพอของพื้นที่หรือปัญหาทางเทคนิคแล้ว ผู้ประกอบการรายใหญ่จะต้องจัดทางเลือกอื่นทดแทน

3.3.5.3.3 การขายต่อบริการ (Resale)

ในการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมนั้นเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่ไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเองสามารถเข้ามาดำเนินธุรกิจนี้ได้ จึงเปิดโอกาสให้มีการขายต่อบริการจากผู้ประกอบการรายใหญ่ที่ได้มีการวางรากฐานระบบโครงข่ายโทรคมนาคมที่สมบูรณ์ กล่าวคือ ผู้ประกอบการของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถให้บริการโทรคมนาคมได้ แม้ไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง แต่สามารถซื้อบริการต่อจากผู้ประกอบการรายใหญ่มาเพื่อให้บริการต่อผู้ใช้บริการ (ended user) ได้ ทั้งนี้ในการขายต่อบริการ ผู้ประกอบการรายใหญ่ต้องต้องคำนวณมูลค่าทรัพย์สินที่เสนอให้มีการขายต่อบริการในอัตราที่สมเหตุสมผล ทั้งนี้ราคาดังกล่าวจะต้องมีไคร์ราคาจากผู้ประกอบการรายใหญ่ใช้ในการขายปลีกโดยตรงให้แก่ผู้ใช้บริการ

ขอยกกรณีการขายต่อบริการดังนี้ ผู้ประกอบการรายใหญ่ได้วางระบบโครงข่ายเรียบร้อยแล้ว และมีผู้ประกอบการจากภาคีอีกฝ่ายเข้ามาเป็นผู้ให้บริการโดยเช่าอุปกรณ์หรือสิ่งอำนวยความสะดวกของโครงข่ายโทรคมนาคม หรือซื้อบริการจากผู้ประกอบการรายใหญ่ เพื่อนำมาขายต่อให้แก่ผู้ใช้บริการอีกทอดหนึ่ง เช่น ผู้ประกอบการ A ขายต่อบริการ (แอร์

โทม) ให้กับผู้ประกอบการ B ซึ่งเป็นชาวต่างชาติ โดยต้นทุนค่าแอร์โทม นาทิละ 20 สตางค์ ผู้ประกอบการ A อาจขายต่อบริการที่ราคา 30 สตางค์ ทั้งนี้ผู้ประกอบการ B ที่ซื้อต่อบริการมา อาจขายต่อให้กับผู้ใช้บริการในราคาที่แตกต่างออกไปตามที่กฎเกณฑ์กำหนดไว้ หรือการโรมมิ่ง (Roaming) ในกรณีของบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่*

สำหรับความตกลงเขตการค้าเสรี ได้กำหนดพันธกรณีการ ขายต่อบริการไว้ โดยกำหนดให้ประเทศภาคีจะต้องจัดให้มีบริการขายต่อบริการในราคาที่ สมเหตุสมผล และไม่มีการเลือกปฏิบัติ

โดยความตกลงที่ทำกับซีลีได้กำหนดเพิ่มเติมว่า ราคาที่ขาย ต่อบริการนั้น นอกจากจะต้องเป็นราคาที่สมเหตุสมผลแล้ว จะต้องไม่ใช่อัตราเดียวกับที่ขายให้กับ ผู้ใช้บริการโดยตรง

3.3.5.3.4 เสา บ่อพักสาย และท่อนำสาย (Poles, Ducts, and Conduits)

หลักการนี้ ก็เช่นเดียวกับการใช้พื้นที่ร่วมกัน กล่าวคือ เมื่อ ผู้ประกอบการรายใด มีทรัพยากรที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการโทรคมนาคมได้อยู่แล้ว ควรเปิดโอกาสให้ ผู้ประกอบการรายอื่นที่มีความประสงค์จะใช้ทรัพยากรดังกล่าว สามารถเข้าใช้ทรัพยากรที่ตนมี นั้นๆ ได้

สำหรับ เสา บ่อพักสาย และท่อนำสาย ก็เช่นเดียวกัน สิ่ง เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นอุปกรณ์ หรือโครงสร้างสำหรับให้บริการโทรคมนาคม ซึ่งหากผู้ประกอบการ รายใดไม่สามารถลงทุนในสิ่งเหล่านี้ได้ หรือ

เช่น บริษัท A มีความประสงค์เข้าใช้เสาสัญญาณโทรศัพท์ที่ มีอยู่ในพื้นที่หนึ่งของผู้ประกอบการ B เนื่องจากจุดดังกล่าวเป็นจุดที่สามารถรับส่งสัญญาณได้มี ประสิทธิภาพมากที่สุด บริษัท A ก็สามารถทำข้อตกลงกับบริษัท B เพื่อขอเข้าใช้เสาสัญญาณ ดังกล่าวด้วยได้

* การโรมมิ่ง (Roaming) ในบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เกิดขึ้นเมื่อผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งอยู่นอกพื้นที่ โครงข่ายของผู้ให้บริการของตนสามารถเรียกออกหรือรับสายในพื้นที่นั้น ในกรณีนี้ผู้ให้บริการโครงข่ายแรกต้อง ตกลงกับโครงข่ายอื่นเพื่อให้บริการดังกล่าว การโรมมิ่งจึงเป็นการเชื่อมต่อโครงข่ายแบบที่ใช้โครงข่ายของผู้อื่นใน การเรียกออกและรับสายเช่นเดียวกับการเชื่อมต่อในลักษณะการขายต่อบริการ ดู Mark Armstrong, *The Theory of Access Pricing and Interconnection*. 2002, in *Handbook of Telecommunications Economics*, eds. M. Cave, S. Majumdar and I. Vogelsang, North-Holland. pp. 298.

ความคิดนี้มาจากหลักการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์สูงสุด ผู้ประกอบการรายใหญ่ย่อมมีทรัพยากรดังกล่าวมากมายครอบคลุมการให้บริการโทรคมนาคมอยู่แล้ว จึงควรเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเข้ามาใช้ประโยชน์จากสิ่งที่มีอยู่ได้ โดยสามารถคิดค่าใช้จ่ายที่เป็นธรรม สามารถอ้างอิงได้

สำหรับหลักการข้อนี้ได้มีการกำหนดอยู่ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่ทำกับชิลี แต่มีกำหนดอยู่ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่ทำกับสิงคโปร์เท่านั้น โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการรายใหญ่จะต้องเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการของประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถเข้าถึงเสา (poles) บ่อพักสาย (ducts) และท่อนำสาย (conduits) ที่เป็นของตนหรืออยู่ในความดูแลของตน ทั้งนี้สามารถคิดค่าใช้จ่ายได้โดยอยู่บนพื้นฐานของราคาที่ยั่งยืน ความสมเหตุสมผลและการไม่เลือกปฏิบัติ

3.3.5.3.5 การคงสิทธิเลขหมาย (Number Portability)

ความตกลงเขตการค้าเสรีนั้น ได้กำหนดพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้เลขหมายเดียวกันไว้ว่า ประเทศคู่สัญญาจะจัดให้มีการใช้เลขหมายเดียวกันในทุกโครงข่ายเมื่อมีความพร้อมทางเทคนิค เงื่อนไขที่เหมาะสม และบนเงื่อนไขของราคาที่สมเหตุสมผล

การคงสิทธิเลขหมาย หรือ การใช้เลขหมายเดียวกัน (Number Portability) หมายถึง บริการที่ผู้ใช้บริการสามารถใช้เลขหมายโทรคมนาคมเดิมโดยเปลี่ยนผู้ให้บริการ สถานที่ หรือประเภทบริการได้ ซึ่งสิทธิการใช้เลขหมายโทรคมนาคมเดิม แบ่งตามประเภทการบริการ ดังนี้

- ก. บริการโทรศัพท์ประจำที่ (Fixed-Line Number Portability - FNP)
- ข. บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Mobile Number Portability - MNP)

เนื่องจากการประกอบกิจการโทรคมนาคม เมื่อผู้ประกอบการแต่ละรายที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการแล้ว ก็จะได้รับการจัดสรรเลขหมายโทรศัพท์เพื่อใช้ในการให้บริการต่อผู้ใช้บริการ โดยอาจได้รับในจำนวนจำกัด เช่น รายละ 2 เลขหมาย เลขหมายนี้เมื่อได้รับการจัดสรรให้เป็นของผู้ประกอบการรายใดแล้วย่อมไม่สามารถโอนไปสู่ผู้ให้บริการรายอื่นได้ ซึ่งหมายความว่าหากผู้ใช้บริการใช้เลขหมายจากผู้ประกอบการรายใดแล้วย่อมไม่สามารถเปลี่ยนไปใช้ผู้ประกอบการรายอื่นได้ หากต้องการเปลี่ยนผู้ประกอบการ ก็จะต้องทำการเปลี่ยนแปลงเลขหมายใหม่ที่เป็นเลขหมายที่ผู้ประกอบการรายนั้นได้รับการจัดสรรมา ซึ่งก่อให้เกิดความยุ่งยาก และเป็นภาระสิ้นเปลืองทรัพยากร อันเป็นการขัดกับหลักการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์สูงสุด ดังนั้นจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้เลขหมายเดียวกันใน

ทุกโครงข่ายขึ้นมา ซึ่งหมายความว่าหากผู้ใช้บริการต้องการเปลี่ยนแปลงผู้ประกอบการที่ตนใช้บริการอยู่ไปเป็นรายอื่น ก็สามารถเปลี่ยนได้ โดยยังคงไว้ซึ่งสิทธิในการใช้เลขหมายเดิม ทั้งนี้สามารถจำแนกสิทธิของผู้ใช้บริการได้ดังนี้

- I. สิทธิในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ (Service Provider Portability)
- II. สิทธิในการเปลี่ยนประเภทบริการ (Service Portability)
- III. สิทธิในการเปลี่ยนสถานที่เข้าถึงบริการ (Location Portability)

ขอยกตัวอย่างบริการคงสิทธิเลขหมาย เช่น นาย ก. ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่กับผู้ประกอบการ A ต่อมา นาย ก. เห็นว่าผู้ประกอบการ B ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในราคาที่ถูกกว่าผู้ประกอบการ A นาย ก. จึงมีความประสงค์ที่จะโอนย้ายไปใช้บริการของผู้ประกอบการ B นาย ก. ก็สามารถนำโทรศัพท์เคลื่อนที่หมายเลขดังกล่าวไปใช้กับผู้ประกอบการ B ได้ โดยการให้บริการคงสิทธิเลขหมาย (เปลี่ยนแปลงผู้ให้บริการ)

หรือกรณีเปลี่ยนประเภทบริการ เช่น นาย ก ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ระบบรายเดือน (Postpaid) แต่ต่อมาต้องการเปลี่ยนมาใช้เป็นระบบเติมเงิน (Prepaid) นาย ก สามารถเปลี่ยนประเภทบริการได้ โดยนาย ก ยังคงสามารถใช้เลขหมายโทรศัพท์เดิมได้ต่อไป

3.3.5.3.6 ความเท่าเทียมกันในการเรียกสายออก (Dialing Parity)

พันธกรณีข้อนี้มีกำหนดเฉพาะแต่ในความตกลงที่

สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีเท่านั้น โดยกำหนดว่า ผู้ประกอบการรายใหญ่จะต้องจัดให้มีความเท่าเทียมกันในการเรียกสาย (Dialing Parity) ต่อผู้ประกอบการจากประเทศอีกฝ่าย อีกทั้งส่งเสริมให้ผู้ประกอบการจากต่างชาติไม่ได้รับการเลือกปฏิบัติในการเข้าถึงเลขหมายโทรศัพท์รวมทั้งบริการอื่นใดที่เกี่ยวข้องโดยปราศจากความล่าช้าในการโทรออกอย่างไม่มีเหตุผล³⁵

³⁵ U.S.-Chile FTA, Article 13.4: 7.

ความเท่าเทียมกันในการเรียกสาย (Dialing Parity)

หมายถึง ความเท่าเทียมกันของผู้บริโภคในการเรียกสายเข้าสู่โครงข่ายของผู้ประกอบการอีกฝ่าย โดยไม่ต้องกดรหัส หรือเลขหมายใดๆ เพิ่มเติมเพื่อเข้าถึงโครงข่ายที่แตกต่างกัน*

กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้บริโภคจากผู้ประกอบการรายอื่น ต้องการโทรเข้าไปในโครงข่ายของผู้ประกอบการรายใหญ่แล้ว การกดเลขหมายโทรออกไปยังอีกฝั่งนั้น จะต้องไม่มีการกำหนดเลขหมายหรือรหัสเพิ่มเติมใดๆ ในการเข้าถึงโครงข่ายของผู้ประกอบการรายใหญ่ เช่น นาย ก ผู้ใช้โครงข่ายของ A ต้องการโทรไปหานาย ข ที่ใช้โครงข่ายของ B ก็ สามารถทำได้ เพียงแค่กดไปที่เบอร์โทรศัพท์ปกติของ ข เท่านั้น ไม่จำเป็นต้องกดเลขหมาย หรือรหัสใดๆ เพิ่มเติม

ส่วนกรณีที่เกี่ยวข้องว่าเป็นการเพิ่มภาระให้ผู้บริโภค เช่น กรณีที่ผู้ประกอบการรายใหญ่ กำหนดให้ผู้ใช้บริการจากผู้ประกอบการรายอื่น ที่ต้องการโทรเข้าไปในโครงข่ายของตนจะต้องกดเลขหมายเพิ่มเติม เช่น กำหนดให้กด 001 แล้วตามด้วยเลขหมายปกติ เป็นต้น

ซึ่งเรื่องดังกล่าวถือเป็นการกีดกันทางการค้ารูปแบบหนึ่ง เพราะเป็นการเพิ่มภาระให้กับผู้ใช้บริการของผู้ประกอบการรายอื่น ในการเข้าถึงโครงข่ายของผู้ประกอบการรายใหญ่

3.3.5.3.7 บริการวงจรเช่า (Leased Circuits Services)

บริการวงจรเช่า คือ บริการเชื่อมต่อวงจรเป็นการเฉพาะระหว่างสถานที่ของผู้ใช้ โดยไม่มีสวิตช์ตัดต่อไปยังจุดอื่นๆ ที่ไม่ต้องการ เป็นการเชื่อมต่อถึงกัน 24 ชั่วโมง เช่น ในกรณีการใช้โทรศัพท์แล้วสายไม่ว่าง ไม่มีผู้รับสายหรือไม่สามารถติดต่อได้ในขณะนั้น ซึ่งปัญหาเหล่านี้เกิดจากความคับคั่งของการจราจรบนเครือข่าย เนื่องจากการบริการโทรศัพท์ต้องผ่านการตัดต่อที่ชุมสายโทรศัพท์เรียกติดต่อไปยังปลายทางที่ต่างๆ ตามที่ต้องการ หากเป็นงานที่ไม่สำคัญมากนัก ก็อาจรอสายได้ แต่หากเป็นงานที่มีความสำคัญต้องติดต่อให้ได้ในทันที เช่น การติดต่อทางด้านการเงิน งานเกี่ยวกับความมั่นคง งานที่ต้องการความเป็นส่วนตัวหรืองานที่ต้องการเสถียรภาพในการเชื่อมต่อในระดับสูงแล้ว ย่อมไม่อาจทำให้เกิดความผิดพลาด

* dialing parity means the ability of a subscriber to use of an equal number of digits to access a public telecommunications service, regardless of the public telecommunications services supplier chosen by such end-user (U.S.-Singapore FTA, Article 9.16)

ได้ ดังนั้น หากมีการใช้บริการวงจรถ่าแล้ว จะทำให้สามารถเชื่อมต่อถึงกันได้ตลอด 24 ชั่วโมง โดยจะไม่เกิดกรณี สายไม่ว่าง หรือสายหลุด เกิดขึ้น³⁶

ตัวอย่างบริการวงจรถ่า เช่น บริษัท CAT เปิดให้มีบริการเช่าใช้บริการวงจรถ่าสื่อสารข้อมูลในการเชื่อมโยง หรือติดต่อโดยใช้ความเร็วสูง (บริการวงจรถ่า) สำหรับผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายอื่น ให้สามารถเข้าใช้วงจรถ่าของตนเองของตนได้ เพื่อให้การติดต่อสื่อสารมีประสิทธิภาพสูงสุด

และเนื่องจากผู้ประกอบการรายใหญ่ ย่อมมีวงจรถ่าที่สามารถรองรับการใช้งานในปริมาณมากได้ การเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเช่าใช้วงจรถ่าดังกล่าวได้ จึงถือเป็นการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างคุ้มค่า ดังนั้นความตกลง FTA จึงได้กำหนดเรื่องหลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวไว้ในข้อบทว่า ผู้ประกอบการรายใหญ่จะต้องจัดให้มีบริการวงจรถ่า เพื่อให้ผู้ประกอบการรายอื่นได้เช่าใช้บริการภายใต้เงื่อนไขราคาที่เหมาะสมและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ควรกำกับดูแลจะต้องออกกฎเกณฑ์เพื่อให้ผู้ประกอบการรายใหญ่เสนอบริการวงจรถ่าอันเป็นส่วนหนึ่งของโครงข่ายโทรคมนาคมในอัตราคงที่ (flat rate) ที่อิงต้นทุนที่แท้จริง (cost-oriented)

3.3.5.4 สิทธิแห่งทาง (Right of way)

การที่ผู้ประกอบการรายหนึ่ง มีความประสงค์เข้าใช้โครงสร้างพื้นฐานหรือสาธารณูปโภคของหน่วยงานรัฐ หรือบุคคลอื่น เพื่อให้บริการโทรคมนาคม ผู้ประกอบการรายนั้นจะต้องได้รับสิทธิแห่งทางก่อนจึงจะสามารถเข้าใช้โครงสร้างดังกล่าวได้

เช่น บริษัท A มีความประสงค์จะวางโครงข่ายใยแก้วนำแสงบนเสาไฟฟ้าของการไฟฟ้านครหลวง เนื่องจากเห็นว่าเสาไฟฟ้างดังกล่าวครอบคลุมพื้นที่ในการให้บริการ อีกทั้งตนไม่ต้องลงทุนในการสร้างเสาไฟฟ้าเพิ่มเติม บริษัท A จะต้องได้รับสิทธิในการวางโครงข่ายใยแก้วนำแสงจากการไฟฟ้านครหลวงเสียก่อนจึงจะดำเนินการติดตั้งได้ สิทธิที่บริษัท A ได้รับจากการไฟฟ้านครหลวงนี้ เรียกว่าสิทธิแห่งทาง

ในความตกลงเขตการค้าเสรี หลักการนี้อยู่ในเนื้อหาของหัวข้อการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด (Allocation and Use of scarce resource) ซึ่งกำหนดให้ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องจัดให้มีกระบวนการจัดสรรทรัพยากรโทรคมนาคมที่ขาดแคลนอันประกอบด้วย คลื่นความถี่ เลขหมาย สิทธิแห่งทาง เพื่อนำไปใช้งานตามวัตถุประสงค์ในการให้บริการด้วยความโปร่งใส เป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ

³⁶ ชนิตวีร์สรณ์ ตริวิทยาภูมิ, นิยามธุรกิจ : เทคโนโลยีสารสนเทศ (งวด 2). โครงการจัดทำข้อมูลองค์ความรู้ งวดที่ 1

เนื่องจากทั้งคลื่นความถี่ เลขหมาย นั้นล้วนเป็นทรัพยากรที่มีขึ้นและหมดไป สิทธิแห่งทางนั้นก็เช่นเดียวกัน กล่าวคือ สิทธิแห่งทาง คือสิทธิที่จะเข้าไปใช้ประโยชน์ในพื้นที่ของหน่วยงานรัฐ เนื่องจากในบางครั้งผู้ประกอบการมีความจำเป็นต้องเข้าไปใช้พื้นที่ดังกล่าวเพื่อติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคมเพื่อให้บริการ เช่น การปักเสาสัญญาณบนพื้นที่ของกรมทางหลวง การพาดสายอุปกรณ์โทรคมนาคมกับเสาไฟฟ้าของการไฟฟ้า เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้การบริการโทรคมนาคมเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ หน่วยงานรัฐจึงควรอนุญาตผู้ประกอบการเข้าไปใช้ประโยชน์ในพื้นที่ดังกล่าวได้ โดยอาจเรียกเก็บค่าตอบแทนโดยอ้างอิงต้นทุน และสมเหตุสมผล

สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิของหน่วยงานรัฐเพียงผู้เดียวที่จะอนุญาตจึงมีอยู่อย่างจำกัด ดังนั้น จึงได้กำหนดให้จัดสรรทรัพยากรดังกล่าวให้เกิดความโปร่งใส เป็นธรรม ไม่เลือกปฏิบัติ ให้เกิดประสิทธิภาพในการให้บริการได้มากที่สุด โดยในการขอใช้สิทธิแห่งทางนี้อาจกำหนดให้ผู้ประกอบการชำระค่าตอบแทนในการเข้าใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของรัฐตามอัตราที่กำหนดซึ่งเป็นราคาที่อ้างอิงต้นทุน และเป็นธรรม

จะเห็นได้ว่า สิทธิแห่งทางนี้มีพื้นฐานของหลักการเช่นเดียวกับการใช้พื้นที่ร่วมกัน กล่าวคือ เป็นการให้สอยทรัพยากรอย่างคุ้มค่า เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด และไม่เกิดการลงทุนซ้ำซ้อน แต่ทั้งสองกรณีมีความแตกต่างกันตรงที่การใช้พื้นที่ร่วมกันเป็นเรื่องของการขอใช้สถานที่หรือพื้นที่เพื่อทำการเชื่อมต่อโครงข่ายหรือให้บริการโทรคมนาคมภายในพื้นที่ที่อยู่ในชุมสายหรือโครงข่ายโทรคมนาคม แต่สิทธิแห่งทางเป็นเรื่องของการใช้พื้นที่ร่วมกันภายนอกชุมสายหรือโครงข่ายโทรคมนาคม กล่าวคือ ไปขอใช้สิทธินี้กับภายนอกนั่นเอง

3.3.5.5 ระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ (Submarine Cable System)

ระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ หมายถึง ระบบโครงข่ายที่ใช้ในการสื่อสารโทรคมนาคมทางไกลหรือระหว่างประเทศ โดยการวางโครงข่ายใต้อุบัติกลงไปในทะเลโดยใช้สายเคเบิลชนิดใยแก้ว (fiber optic cable) เป็นตัวกลางในการเป็นสื่อ ซึ่งมีใช้แพร่หลาย ทั่วโลกเพราะเหมาะกับสภาพการณ์ปัจจุบัน และมีการพัฒนาความสามารถให้ทันสมัย

ยกตัวอย่างเช่น บริษัท CAT เป็นผู้วางระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำในประเทศไทยเพื่อให้บริการโทรศัพท์ทางไกลระหว่างประเทศกับผู้ให้บริการอื่น

ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลี ได้กำหนดมาตรการในส่วนนี้เพียงว่าผู้ให้บริการจะต้องไม่ดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติในการเข้าถึงหรือใช้ระบบเคเบิลใต้น้ำของผู้ประกอบการรายอื่น

แต่ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับสิงคโปร์นั้น ได้มีการกำหนดในเนื้อหาของความตกลงเขตการค้าเสรีของชิลี โดยได้กำหนดให้ผู้ให้บริการที่มี

โครงข่ายเคเบิลใต้น้ำจะต้องเปิดให้บริการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำนั้นแก่ผู้ประกอบการรายอื่น ทั้งนี้ ประเทศภาคีจะต้องมีมาตรการที่ให้ผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำอนุญาตให้ผู้ประกอบการของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งใช้อุปกรณ์เชื่อมต่อสัญญาณของผู้ประกอบการโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำนั้นเชื่อมต่อกับระบบสื่อสัญญาณหลักของตน หรือระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำของผู้ประกอบการรายอื่น หรือ ร่วมใช้ (co-location) ระบบสื่อสัญญาณและอุปกรณ์สื่อสัญญาณเพื่อการเชื่อมต่อเข้ากับโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำและระบบสัญญาณหลักได้ หรืออาจจัดให้บริการเช่าใช้ช่องสัญญาณของโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ ระบบสื่อสัญญาณหลัก และอุปกรณ์เชื่อมต่อสัญญาณในสถานที่จุดขึ้นบกได้ ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่สมเหตุสมผล ด้วยอัตราค่าบริการที่เท่าเทียมกันอย่างเป็นธรรมต่อผู้ประกอบการทุกราย และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

3.3.5.6 องค์การกำกับดูแลที่เป็นอิสระ

เนื่องด้วยลักษณะของภาคโทรคมนาคมที่ต้องการหน่วยงานกำกับดูแลเพื่อมาจัดการกับปัญหาพิเศษโดยเฉพาะเช่น ปัญหาทางเทคนิคอย่างการเชื่อมต่อโครงข่าย หรือการจัดสรรทรัพยากรความถี่ และเลขหมาย เป็นต้น ซึ่งล้วนต้องการความชำนาญและการเอาใจใส่เป็นพิเศษ จึงยังคงจัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นมาดูแลภาคโทรคมนาคมเป็นการเฉพาะ อีกทั้งองค์กรกำกับดูแลดังกล่าวจะต้องเป็นอิสระจากหน่วยงานของรัฐ ไม่ขึ้นตรงต่อหน่วยงานอื่นใด ทั้งนี้เพื่อให้การกำกับดูแลและบังคับใช้กฎเกณฑ์ต่างๆ เป็นไปด้วยความอิสระ

ในความตกลงเขตการค้าเสรีทั้งสองฉบับได้กำหนดเนื้อหาในส่วนนี้ได้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ประเทศภาคีจะต้องทำให้แน่ใจว่าองค์กรกำกับดูแลมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการรายใด หรือรับการสนับสนุนทางการเงินจากหน่วยงานใดโดยเฉพาะ ทั้งนี้องค์กรกำกับดูแลจะต้องทำหน้าที่วินิจฉัยข้อข้อร้องเรียนต่างๆ ด้วยความเป็นกลางและเป็นธรรมอย่างแท้จริง คำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันของทุกฝ่าย โดยปราศจากอิทธิพลทางการเงินมาโน้มน้ำหนักในการตัดสินใจ

3.3.5.7 กระบวนการในการระงับข้อพิพาท

เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมมีรายละเอียดในสาระสำคัญ ดังนั้นหากมีความขัดแย้งหรือมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จึงจำเป็นต้องใช้บุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าวมาดำเนินการระงับข้อพิพาท ในความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา จึงได้มีการกำหนดกระบวนการในการระงับข้อพิพาทด้านโทรคมนาคมเป็นการเฉพาะ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.3.5.7.1 การเสนอข้อร้องเรียนต่อองค์กรกำกับดูแล

ความตกลงกำหนดพันธกรณีให้ประเทศคู่สัญญาให้คำมั่น
ว่า หากมีข้อพิพาทด้านโทรคมนาคมเกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการที่ได้รับความ
เสียหายสามารถเสนอเรื่องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขององค์กรกำกับดูแลหรือหน่วยงานที่
เกี่ยวข้องได้ เป็นการเปิดโอกาสให้กับผู้ประกอบการจากชาติอีกฝ่ายให้สามารถร้องเรียนต่อที่มี
ความเป็นกลาง เพื่อร้องขอความเป็นธรรมได้

3.3.5.7.2 การอุทธรณ์

ความตกลงกำหนดว่า ภายหลังจากที่ผู้ประกอบการได้
ร้องเรียนต่อองค์กรกำกับดูแลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และหน่วยงานดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยออก
มาแล้ว หากผู้ประกอบการเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากคำวินิจฉัยก็สามารถยื่นเรื่องเพื่อ
ขออุทธรณ์การวินิจฉัยดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน

แม้จะได้มีคำวินิจฉัยจากองค์กรกำกับดูแลหรือหน่วยงานที่
เกี่ยวข้อง ในเรื่องที่พิพาทแล้ว ผู้ประกอบการคู่กรณีก็มีสิทธิอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าวต่อไปได้
เพื่อให้ทบทวน พิจารณาคำวินิจฉัยดังกล่าวอีกครั้ง หากเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากคำ
วินิจฉัยนั้น

3.3.5.7.3 การเข้าสู่กระบวนการศาล

ในข้อนี้เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการที่ไม่ได้รับความเป็น
ธรรมจากคำวินิจฉัยขององค์กรกำกับดูแลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ให้สามารถยื่นเรื่องเข้าสู่
กระบวนการทางศาลได้

3.3.5.8 ตารางเปรียบเทียบข้อบทโทรคมนาคมระหว่างความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีและสิงคโปร์

มาตรการ	ความตกลงเขตการค้าเสรี สหรัฐอเมริกา - ชิลี	ความตกลงเขตการค้าเสรี สหรัฐอเมริกา - สิงคโปร์
1. ขอบเขต (Scope)	<p>ความตกลงฉบับนี้ไม่ใช้กับ</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ หน่วยงานที่ไม่มีหน้าที่บริการสู่สาธารณะ ▪ ผู้ประกอบการเคเบิลหรือการกระจายเสียงรายการวิทยุหรือโทรทัศน์ 	<p>เช่นเดียวกัน แต่ประเทศคู่สัญญาสามารถกำหนดให้ผู้ประกอบการเคเบิล เป็นผู้ประกอบการโทรคมนาคมได้</p>
2. การเข้าถึงและการใช้โครงข่ายโทรคมนาคมและการให้บริการ (Access to and Use Public Telecommunications Transport Networks)	<ul style="list-style-type: none"> ▪ รวมถึงการเข้าถึงโครงข่ายแบบแยกส่วน (Unbundled network element) ▪ สามารถกำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงโครงข่ายได้ ในกรณีเพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ และเพื่อรักษาเสถียรภาพของโครงข่าย 	<p>ไม่รวมการเข้าถึงโครงข่ายแบบแยกส่วน (Unbundled network element) โดยจะไปกล่าวไว้ในหลักการปฏิบัติของผู้ประกอบการรายใหญ่ (Major Supplier)</p>
3. การเชื่อมต่อเครือข่าย (Interconnection)	<p>ผู้ประกอบการจะต้องจัดให้มีการเชื่อมต่อเครือข่าย</p>	<p>เช่นเดียวกัน</p>
4. หลักการปฏิบัติของผู้ประกอบการรายใหญ่ (Major Supplier)	<p>การปฏิบัติกับผู้ประกอบการรายอื่นอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติ</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ การปฏิบัติกับผู้ประกอบการรายอื่นอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ▪ ประเมินการปฏิบัติของผู้ประกอบการรายใหญ่ รวมถึงบริษัทลูกหรือบริษัทร่วมทุน

มาตรการ	ความตกลงเขตการค้าเสรี สหรัฐอเมริกา - ชิลี	ความตกลงเขตการค้าเสรี สหรัฐอเมริกา - สิงคโปร์
4.1 โครงข่ายแบบแยกส่วน (Unbundling of Network Elements)	ออกกฎหมายหรือข้อบังคับว่าด้วยการใช้โครงข่ายแบบแยกส่วนมารองรับ	<ul style="list-style-type: none"> ■ ออกกฎหมายหรือข้อบังคับว่าด้วยการใช้โครงข่ายแบบแยกส่วนมารองรับ ■ การใช้โครงข่ายแบบแยกส่วนนั้นมีความจำเป็นต่อการให้บริการ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการเพื่อให้ผู้ประกอบการรายใหญ่เปิดให้บริการ
4.2 การใช้พื้นที่ร่วมกัน (Co-location)	<ul style="list-style-type: none"> ■ จัดให้มีการใช้พื้นที่ร่วมกันในอัตราที่สะท้อนต้นทุนไม่เลือกปฏิบัติ ■ ในกรณีที่เป็นปัญหาหรือมีพื้นที่ไม่เพียงพอต้องจัดให้มีทางเลือกหรือ virtual co-location 	เช่นเดียวกัน
4.3 การขายต่อบริการ (Resale)	จัดให้มีการขายต่อบริการในราคาที่สมเหตุสมผล แต่ไม่ใช่ราคาที่ขายปลีกให้กับผู้ใช้บริการโดยตรง	จัดให้มีการขายต่อบริการในราคาที่สมเหตุสมผล เช่นเดียวกับราคาที่ผู้ประกอบการขายปลีกให้กับผู้ใช้บริการ
4.4 เสา บ่อพักสาย และท่อนำสาย	ไม่มีการกำหนดมาตรฐานดังกล่าว	จัดให้มีการเข้าถึงหรือเข้าใช้เสา บ่อพักสาย หรือท่อนำสายในอัตราที่อิงกับต้นทุน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

มาตรการ	ความตกลงเขตการค้าเสรี สหรัฐอเมริกา - ชิลี	ความตกลงเขตการค้าเสรี สหรัฐอเมริกา - สิงคโปร์
4.5 การคงสิทธิเลขหมาย (Number Portability)	จัดให้มีการใช้เลขหมาย เดียวกันในทุกเครือข่ายเมื่อมี ความพร้อมทางเทคนิค	เช่นเดียวกัน
4.6 ความเท่าเทียมกันการ ในการโทรออก (Dialing Parity)	จัดให้มีการความเท่าเทียมกันใน การเรียกสายไปยัง ผู้ประกอบการรายใหญ่	ไม่มีการกำหนดเรื่องดังกล่าว
4.7 การเชื่อมต่อโครงข่าย (Interconnection)	จัดให้มีการเชื่อมต่อโครงข่าย ในอัตราที่อิงกับต้นทุน	<ul style="list-style-type: none"> ■ เสนอสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายที่ทำกับผู้ประกอบการอื่นต่อองค์กรกำกับดูแล ■ ผู้ประกอบการรายอื่นสามารถเข้าตรวจสอบสัญญาการเชื่อมต่อโครงข่ายได้ ■ กำหนดการระงับข้อพิพาทจากการเชื่อมต่อโครงข่าย
4.8 บริการวงจรเช่า (Leased Circuit Services)	ออกกฎเกณฑ์เพื่อให้ ผู้ประกอบการรายใหญ่เสนอ บริการวงจรเช่าในอัตราคงที่ โดยอ้างอิงกับต้นทุนที่แท้จริง	อัตราค่าบริการวงจรเช่า ภายในประเทศมีราคา สมเหตุสมผล โดย เปรียบเทียบกับตลาด ให้บริการวงจรเช่าในประเทศ อื่น

มาตรการ	ความตกลงเขตการค้าเสรี สหรัฐอเมริกา - ชิลี	ความตกลงเขตการค้าเสรี สหรัฐอเมริกา - สิงคโปร์
5. ระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ (Submarine Cable Systems)	<ul style="list-style-type: none"> ■ การเข้าถึงระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำเป็นไปตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ■ อาจจัดผู้ให้บริการระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำอยู่ในกลุ่มผู้ให้บริการโครงข่ายโดยทั่วไปได้ 	<ul style="list-style-type: none"> ■ ประเทศคู่สัญญาจะต้องมีมาตรการให้ผู้ให้บริการระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำอนุญาตให้รายอื่นใช้อุปกรณ์เชื่อมต่อสัญญาณ ■ ร่วมใช้ (co-location) ระบบและอุปกรณ์สื่อสาร สัญญาณ รวมทั้งสิ่งอำนวยความสะดวก ณ สถานที่จุดขึ้นบก
6. องค์กรกำกับดูแลที่เป็นอิสระ (Independent Telecommunication Regulatory Bodies)	<p>องค์กรกำกับดูแลจะต้องมีความเป็นกลางและเป็นธรรมอย่างแท้จริง คำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันของทุกฝ่าย</p>	<ul style="list-style-type: none"> ■ องค์กรกำกับดูแลต้องมีความเป็นกลางและเป็นธรรม ■ กรณีที่มีผู้ประกอบการของรัฐ จะแจ้งให้ประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายได้รับทราบถึงแนวทางและขั้นตอนการแปรรูปกิจการนั้นโดยเร็วที่สุด
7. การระงับข้อพิพาท	<ul style="list-style-type: none"> ■ การเสนอเรื่องร้องเรียน รวมถึงการเชื่อมต่อโครงข่าย ■ การอุทธรณ์ ■ การเข้าสู่กระบวนการศาล เมื่อไม่ได้รับความเป็นธรรมจากองค์กรกำกับดูแล 	<p>เช่นเดียวกัน แต่แยกกรณีข้อพิพาทจากการเชื่อมต่อโครงข่ายไปไว้ในหัวข้อการเชื่อมต่อโครงข่าย</p>

3.4 สารสำคัญของข้อบัพมาตรการในภาคผนวกแนบท้ายความตกลง (Non-confirming measures)

เนื่องจากความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีและสิงคโปร์นั้น เป็นความตกลงที่ใช้แนวทางเจรจาแบบ Negative List Approach ซึ่งถือว่าประเทศคู่สัญญาเปิดให้มีการค้าเสรีในทุกหมวด ทุกสาขา แต่ทั้งนี้เป็นไปได้ยากที่ประเทศคู่สัญญาจะสามารถปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งหมดได้ เพราะบางประเทศอาจไม่มีความพร้อมที่จะเปิดตลาดในบางธุรกิจ ดังนั้นจึงได้เปิดโอกาสให้มีการกำหนดรายการข้อยกเว้นการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีการเข้าสู่ตลาด อาทิเช่น หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation) หลัก Local Presence ข้อกำหนดเงื่อนไขการลงทุน (Performance Requirement) หลักผู้บริหารและคณะกรรมการ (Senior Management and Board of Directors) โดยระบุไว้ในภาคผนวกแนบท้ายความตกลงเขตการค้าเสรี ทั้งนี้สามารถกำหนดการยกเว้นไม่ปฏิบัติตามไว้ใน Annex I และ Annex II ซึ่งมีความแตกต่างกันดังนี้

3.4.1 การยกเว้นเป็นมาตรการ(Annex I)

หากประเทศคู่สัญญาฝ่ายใดเห็นว่าการเปิดตลาดในธุรกิจใดจะขัดกับกฎหมายที่ตนบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ก็อาจกำหนดสงวนกฎหมายดังกล่าวไว้ได้ โดยระบุยกเว้นมาตรการหรือกฎหมายของตนที่ไม่ต้องเป็นไปตามพันธกรณีที่เปิดตลาดโดยกำหนดไว้ใน Annex I ของแต่ละประเทศ

โดยในการกำหนดข้อยกเว้นนั้น จะต้องมียละเอียดดังต่อไปนี้

- a) สาขาของบริการที่จะไม่ผูกพัน
- b) ภาวะผูกพันที่จะไม่นำมาใช้กับมาตรการที่ระบุ
- c) ลำดับของรัฐบาล เนื่องจากในบางประเทศอาจมีการปกครองที่เป็นเป็นมลรัฐหรือเขตปกครองย่อยๆ ของตนเอง จึงต้องกำหนดในส่วนนี้
- d) มาตรการหรือข้อบังคับ ในที่นี้ให้กำหนดกฎหมาย ระเบียบ หรือมาตรการอื่นใดที่จะขอยกเว้นไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง โดยให้หมายถึงมาตรการหรือกฎระเบียบใดที่มีอยู่ แก่ไข หรือต่ออายุ ณ วันที่ข้อตกลงมีผลบังคับใช้ และรวมไปถึงกฎหมายลำดับรองที่มีหรือกำหนดภายใต้หรือเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายหลักที่ขอยกเว้นนั้น
- e) คำอธิบายทั่วไป และรายละเอียดของมาตรการนั้นๆ

ทั้งนี้ในความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลี และสิงคโปร์ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายก็ได้กำหนดข้อยกเว้นของตนไว้ ยกตัวอย่างเช่น ในความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-ชิลี ที่ชิลีได้กำหนดข้อยกเว้นกฎหมายของตนที่เกี่ยวกับโทรคมนาคมที่จะไม่มีผลผูกพันเปิดตลาดตามความตกลง โดยยังคงสามารถกำหนดให้นิติบุคคลที่จะจัดตั้งในประเทศชิลีจะต้องมีคนสัญชาติชิลีเป็นประธานหรือตัวแทนของนิติบุคคลเท่านั้น โดยอ้างถึงกฎระเบียบตาม *Ley 18838*, *Diario Oficial*, septiembre 30, 1989, *Ley General de Telecomunicaciones*, Titulos I, II, y III, *Ley 18168*, *Diario Oficial*, octubre 2, 1982, *Consejo Nacional de Television*, Titulos I, II, y III และ *Ley 119733*, *Diario Oficial*, junio 4, 2001, *Ley sobre las Libertades de Opinion e Informacion y Ejercicio del Periodismo*, Titulos I y III³⁷

3.4.2 การยกเว้นเป็นสาขา (Annex II)

สำหรับการยกเว้นตาม Annex II นี้ เป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถกำหนดข้อยกเว้นเป็นรายสาขา หรือสาขาย่อย เพื่อให้ประเทศของตนสามารถบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ หรือจะมีขึ้นใหม่ หรือกำหนดข้อจำกัดเพิ่มมากขึ้นในเรื่องดังกล่าว โดยมีต้องปฏิบัติตามข้อบทที่เกี่ยวกับหลักการเข้าสู่ตลาดข้างต้น หากประเทศคู่สัญญาฝ่ายใดเห็นว่าการเปิดตลาดในธุรกิจสาขาใดที่ตนไม่มีความพร้อมในการแข่งขันกับคู่สัญญาอีกฝ่าย ก็อาจสงวนไว้ซึ่งการเปิดตลาดในด้านดังกล่าว โดยระบุยกเว้นสาขาในการไม่ปฏิบัติตามมาตรการไว้ใน Annex II ของแต่ละประเทศ

ทั้งนี้ในการกำหนดข้อยกเว้นตามเป็นสาขาตาม Annex II จะต้องมีรายละเอียดต่างๆ ดังนี้

- a) สาขาที่จะขอยกเว้น (Sector)
- b) ภาระผูกพันที่จะไม่นำมาใช้กับมาตรการที่ระบุ (Obligation Concerned)
- c) รายละเอียดของสาขา หรือสาขาย่อย หรือการกระทำที่ครอบคลุมถึง
- d) กฎระเบียบที่มีอยู่เดิมที่ต้องการขอยกเว้น

โดยขอยกตัวอย่างความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา-ชิลี ที่ชิลีได้ระบุงข้อยกเว้นสาขาโทรคมนาคมที่เกี่ยวกับการถ่ายทอดผ่านดาวเทียม โดยได้ขอสงวนสิทธิในการบังคับใช้กฎหมายหรือคงไว้ซึ่งมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการค้าข้ามพรมแดนในเรื่องการถ่ายทอดผ่าน

³⁷ Annex I Schedule of Chile, page I-CH-3

ดาวเทียม ทั้งยังได้ระบุถึง Ley 18168, Diario Oficial, octubre 2, 1982, Ley General de Telecomunicaciones, Titulos I, II, y III³⁸ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ชิลีบังคับใช้อยู่

ในการกำหนดยกเว้นทั้ง 2 กรณี ตามความตกลงเขตการค้าเสรีนั้น สามารถกำหนดยกเว้นได้ทั้งเป็นการชั่วคราว โดยกำหนดระยะเวลายกเว้นไว้ชั่วคราว (Transitional period) หรือระยะเวลาที่จะยกเลิกมาตรการดังกล่าว (phase-out) หรืออาจยกเว้นเป็นการถาวรจากพันธกรณีตามความตกลงได้

3.5 การระงับข้อพิพาท

เช่นเดียวกับความตกลงการค้าระหว่างประเทศอื่นๆ ความตกลงเขตการค้าเสรีก็ได้มีการกำหนดถึงกระบวนการในการระงับข้อพิพาท เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่สัญญาเกิดขึ้น โดยในความตกลงที่ทำกับชิลีบัญญัติอยู่ในหมวดที่ 22³⁹ ส่วนของสิงคโปร์อยู่ในหมวดที่ 20⁴⁰ ซึ่งจากการพิจารณาทั้ง 2 ความตกลงแล้ว เห็นว่า กระบวนการในการระงับข้อพิพาทมีความคล้ายคลึงกับการระงับข้อพิพาทตามความตกลง GATS ซึ่งใช้แนวทางของ DSU ในการระงับข้อพิพาท แต่มีความแตกต่างในรายละเอียดบางประการ

ความตกลงเขตการค้าเสรีอนุญาตให้ประเทศคู่สัญญาดำเนินการระงับข้อพิพาทภายใต้กรอบความตกลง FTA ที่ได้ลงนาม หรือภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ประเทศคู่สัญญาทั้งสองเป็นสมาชิก เช่น WTO แต่หากประเทศคู่สัญญาเลือกใช้ช่องทางใดช่องทางหนึ่งแล้วจะไม่สามารถดำเนินการโดยช่องทางอื่นๆ ในเวลาเดียวกันได้ เว้นแต่ 1) เป็นข้อพิพาทที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันอย่างชัดเจน หรือ 2) ประเทศคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเห็นชอบร่วมกันในการใช้ช่องทางในการระงับข้อพิพาทหลายช่องทางในเวลาเดียวกัน การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวช่วยป้องกันปัญหาเลือกช่องทางในการระงับข้อพิพาท (forum shopping) และปัญหาที่เกิดจากคำตัดสินที่อาจขัดแย้งกันของช่องทางในการระงับข้อพิพาทแต่ละแห่ง

3.5.1 กระบวนการระงับข้อพิพาท มีขั้นตอนสำคัญ 4 ประการ คือ

3.5.1.1 ขั้นตอนการปรึกษาหารือ (Consultation)

โดยทั่วไปแล้วการปรึกษาหารือเป็นขั้นตอนแรกในกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐต่อรัฐในความตกลง FTA ซึ่งสอดคล้องกับ DSU ของ WTO

³⁸ Annex II Schedule of Chile, page II-CH-4

³⁹ U.S.-Chile FTA, Chapter 22.

⁴⁰ U.S.-Singapore FTA, Chapter 20.

ความตกลงกำหนดให้ประเทศคู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถทำคำร้องเพื่อขอปรึกษาหารือในเรื่องใดๆ ที่เกี่ยวกับการตีความหรือการบังคับใช้ความตกลง และประเทศที่ได้รับคำร้องมีหน้าที่ต้องตอบกลับภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องดังกล่าว บทบัญญัตินี้เปิดโอกาสให้ประเทศคู่สัญญาสามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทใดๆ ที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากการตีความกฎหมายหรือการบังคับใช้ที่ทำให้อีกฝ่ายต้องได้รับผลกระทบ

ความตกลง FTA มีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะสำหรับการปรึกษาหารือเพื่อระงับข้อพิพาทเพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดข้อพิพาทในอนาคต (avoidance of dispute) โดยจัดตั้งคณะกรรมการร่วมกัน (Commission) เพื่อพิจารณาว่ามาตรการในลักษณะใดที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในอนาคต นอกเหนือไปจากการปรึกษาหารือในเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวกับการตีความหรือบังคับใช้ความตกลงเป็นการทั่วไป ซึ่งช่วยให้เกิดความชัดเจนรัดกุมมากยิ่งขึ้น

3.5.1.2 ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Conciliation and Mediation)

ในกรณีที่การปรึกษาหารือไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ และสามารถเริ่มหรือยุติกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ทุกเมื่อ เมื่อทั้งสองฝ่ายเห็นชอบร่วมกัน ทั้งนี้กระบวนการไกล่เกลี่ยก็สามารถกระทำควบคู่ไปพร้อมกับการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้

กลไกการไกล่เกลี่ยถือเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก ที่อาศัยการระงับข้อพิพาทผ่านคนกลางที่แต่งตั้งร่วมกันทั้งสองฝ่าย (Commission ตามความตกลงของซีดี และ Joint Committee ตามความตกลงของสิงคโปร์) แต่คนกลางนี้จะไม่ใช้อำนาจในการทำคำตัดสินใดๆ และไม่อาจแทรกแซงผลการตัดสินได้ ผลการตัดสินจึงขึ้นอยู่กับความเห็นชอบร่วมกันของคู่กรณีเป็นสำคัญ

3.5.1.3 ขั้นตอนการดำเนินการผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitral panel)

โดยทั่วไป หากฝ่ายที่ถูกฟ้องไม่ตอบรับการปรึกษาหารือหรือทั้งสองฝ่ายไม่สามารถหาข้อยุติผ่านกระบวนการปรึกษาหารือหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ประเทศคู่สัญญาฝ่ายที่ร้องขอสามารถยื่นคำร้องขอจัดตั้งคณะกรรมการ (Panel ตามความตกลงของสิงคโปร์) หรือคณะอนุญาโตตุลาการ (Arbitral panel ตามความตกลงของซีดี) ได้ทันที ด้วยเหตุสำคัญ 2 ประการ คือ ประเทศคู่สัญญาได้รับความเสียหายจากการที่อีกฝ่ายไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีตามความตกลง หรือ อีกฝ่ายใช้มาตรการในลักษณะที่ขัดต่อพันธกรณีที่มีภายใต้ความตกลง

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละคน พร้อมเสนอชื่อบุคคลที่สามที่จะทำหน้าที่ประธานซึ่งจะต้องไม่มีสัญชาติ ถิ่นที่อยู่ หรืออาชีพในประเทศของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และการแต่งตั้งบุคคลที่สามนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบร่วมกันของทั้งสองฝ่าย

ภายในกำหนดระยะเวลา ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงร่วมกันเพื่อแต่งตั้งบุคคลที่สามเพื่อทำหน้าที่ ประธานอนุญาโตตุลาการได้ ความตกลงกำหนดให้อนุญาโตตุลาการทั้งสองคนที่ได้รับการแต่งตั้ง เป็นผู้เลือก หรือให้ใช้วิธีสุ่ม โดยทั้งสองฝ่ายเห็นชอบร่วมกัน

อนุญาโตตุลาการจะต้องดำเนินการระงับข้อพิพาท ทำคำตัดสินตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ จัดทำคำตัดสินพร้อมเหตุผลและ เสนอทางเลือกที่เหมาะสมในการระงับข้อพิพาท ทั้งนี้สามารถค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมจากแหล่งอื่น หรือขอคำปรึกษาและรับฟังข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญได้

หลังจากคณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาแล้ว จะทำคำตัดสินเบื้องต้น (Initial report) ที่ประกอบด้วยข้อเท็จจริงและความเห็นจัดส่งให้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย หลังจากนั้นก็จะทำคำตัดสินสุดท้าย (Final report) ภายในกำหนดระยะเวลาต่อไป

3.5.1.4 ขั้นตอนการบังคับผลการตัดสิน (Implementation)

โดยทั่วไป ความตกลงเขตการค้าเสรีใช้แนวทางคล้ายกับมาตรา 22 ของความตกลง DSU ในการบังคับผลคำตัดสิน ซึ่งประกอบด้วยหลักการสำคัญ 4 ประการ ดังต่อไปนี้

3.5.1.4.1 ประเทศคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามคำตัดสินโดยไม้อาช้ำและฝ่ายที่ปฏิบัติตามคำตัดสินจะต้องแจ้งแก่อีกฝ่ายถึงกรอบระยะเวลาที่จะปฏิบัติตามคำตัดสินที่แน่ชัด เช่น ระยะเวลาที่คาดว่าจะใช้ในการดำเนินการเพื่อแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางการบริหารหรือกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณี

3.5.1.4.2 ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยกับกรอบระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำตัดสินที่เสนอโดยอีกฝ่าย ก็สามารถเจรจาเพื่อหาข้อยุติ หาไม่สามารถหาข้อยุติได้ก็สามารถยื่นให้อนุญาโตตุลาการพิจารณา

3.5.1.4.3 หากฝ่ายแพ่คดีต้องปฏิบัติตามคำตัดสิน ไม่สามารถดำเนินการได้ตามกำหนดระยะเวลา ก็สามารถเจรจาเพื่อจ่ายค่าชดเชย (Compensation) หรือกำหนดมาตรการอื่นแทนการปฏิบัติตามคำสั่งได้

3.5.1.4.4 หากฝ่ายที่ต้องปฏิบัติตามคำตัดสินละเลยไม่ทำตามคำตัดสินภายในกรอบเวลาที่กำหนด และอนุญาโตตุลาการได้รับคำฟ้องและได้ยืนยันว่าการละเลยดังกล่าวเกิดขึ้นจริง ประเทศคู่สัญญาอีกฝ่ายสามารถระงับสิทธิหรือประโยชน์ตามพันธกรณีที่ให้แก่ฝ่ายที่ละเมิดได้ทันที

จะเห็นได้ว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทตามความตกลงเขตการค้าเสรีมีความคล้ายคลึงกับความตกลง GATS จะแตกต่างกันก็เพียงการระงับข้อพิพาทตาม FTA แต่ทั้งนี้ไม่มีกระบวนการอุทธรณ์คำตัดสิน

ทั้งหมดนี้ ล้วนแล้วแต่เป็นหลักการตามความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาได้ทำกับชิลีและสิงคโปร์ ในข้อบทที่มีความเกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีการค้าบริการโทรคมนาคม และซึ่งมีความแตกต่างจากความตกลง GATS ซึ่งเป็นความตกลงแบบพหุภาคีในหลายประเด็น ทั้งนี้อาจเพราะเนื่องจากความตกลงเขตการค้าเสรีมีคู่สัญญาเพียง 2 ฝ่าย ทำให้สามารถตกลงกำหนดพันธกรณีได้ละเอียดมากกว่าความตกลง GATS ซึ่งมีคู่สัญญาหลายฝ่าย ดังนั้นในบทต่อไป จะทำการศึกษาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างความตกลง GATS และความตกลงเขตการค้าเสรีเพื่อศึกษาถึงแนวทางของประเทศไทยในการทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกาในอนาคต