

## บทที่ 4

### ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมในกรอบความตกลง GATS และ U.S. FTAs

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศสมาชิกในความตกลง GATS ซึ่งยอมรับที่จะกำหนดกฎระเบียบที่เกี่ยวกับการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมให้สอดคล้องกับหลักการที่ปรากฏในเอกสารอ้างอิงทั้ง 6 ข้อ ตั้งแต่ปี 2549 เป็นต้นไป แต่ในอีกด้านหนึ่ง ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความต้องการที่จะทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับต่างๆ ในแบบทวิภาคี เพื่อให้มีการเปิดเสรีการค้าบริการโทรคมนาคมมากกว่าที่กำหนดไว้ความตกลง GATS ประเทศไทยจึงเป็นอีกประเทศหนึ่งที่สหรัฐอเมริกาให้ความสนใจที่จะทำความตกลงเขตการค้าเสรีด้วย ดังนั้นเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมของประเทศไทยในการทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา เพื่อศึกษาถึงพันธกรณีเพิ่มเติมของไทยที่อาจมีขึ้นหากทำความตกลงดังกล่าวแล้ว

หลังจากที่ได้ศึกษาถึงการเปิดตลาดบริการโทรคมนาคมทั้งภายใต้กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ในบทที่ 2 และจากความตกลงเขตการค้าเสรี (FTA) ของสหรัฐอเมริกาทำกับประเทศชิลีและสิงคโปร์ ในบทที่ 3 แล้วนั้น ในบทนี้จะทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างระหว่างทั้งสองความตกลงดังกล่าว เพื่อให้ทราบถึงความแตกต่างของพันธกรณีที่แต่ละประเทศได้ผูกพันไว้ในแต่ละความตกลง ทั้งนี้เพื่อนำมาเป็นแนวทางศึกษาสำหรับประเทศไทยหากในอนาคตไทยได้มีการทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา เพื่อให้ทราบถึงพันธกรณีของประเทศไทยที่อาจเกิดขึ้นเพิ่มเติมในอนาคต

โดยการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างความตกลง GATS และ U.S. FTAs นี้ จะแบ่งหัวข้อย่อยในการศึกษาออกเป็น 7 หัวข้อ อันได้แก่ วัตถุประสงค์ในการเจรจา แนวทางในการเจรจา การเข้าสู่ตลาด การคุ้มครองการลงทุน การกำหนดข้อผูกพันเฉพาะหรือข้อยกเว้น การระงับข้อพิพาท กฎระเบียบที่ภายในเกี่ยวกับโทรคมนาคม เพื่อแสดงให้เห็นถึงหลักการที่สำคัญ ความเหมือนและความแตกต่างของทั้งสองความตกลง

#### 4.1 วัตถุประสงค์ในการเจรจา

##### 4.1.1 ความตกลง GATS

ความตกลง GATS นั้น ประเทศสมาชิกได้มีการเจรจาทำความตกลงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิกมีการขยายตัว มุ่งลดข้อจำกัด ตลอดจนข้อกีดกันทางการค้าใดๆ ที่จะเป็นอุปสรรคขัดขวางมิให้การค้าระหว่างประเทศสามารถดำเนินไปได้อย่างเสรี ภายใต้เงื่อนไขของความโปร่งใส (Transparency) และการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็น

ลำดับ (Progressive Liberalization) ทั้งนี้ ความตกลง GATS ยอมรับสิทธิของสมาชิกที่จะกำหนดมาตรการ กฎระเบียบภายในใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อกำกับดูแลธุรกิจบริการในประเทศของตนได้ หรือเรียกว่า Domestic Regulation นั้นเอง ซึ่งขั้นตอนของการเจรจานั้นมีลักษณะที่ว่าต่างฝ่ายต่างยืนอยู่บนหลักแห่งการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์

ความตกลง GATS ถือเป็นความตกลงแบบพหุภาคี (Multilateral Agreement) กล่าวคือ มีประเทศสมาชิกมากกว่า 2 ประเทศขึ้นไปมาเข้าร่วมเจรจาทำความตกลงเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างกัน ทั้งนี้ความตกลง GATS มีประเทศสมาชิกเข้าเป็นภาคีความตกลงหลายร้อยประเทศทั่วโลก

#### 4.1.2 ความตกลง U.S. FTAs

จากการที่ความตกลง GATS ได้เปิดช่องให้ประเทศสมาชิกตั้งแต่ 2 ประเทศขึ้นไป สามารถมีข้อตกลงร่วมกันเพื่อการรวมตัวทางเศรษฐกิจ (Economic Integration) เพื่อร่วมมือกันในการเสริมสร้างและรักษาผลประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจที่เน้นด้านการค้าโดยการพยายามหาวิธีการ หลู่ทางขยายการค้าระหว่างกัน รวมถึงเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างกันได้

อีกทั้งความไม่คืบหน้าในการเจรจาเปิดเสรีเพิ่มเติมตามความตกลง GATS เนื่องจากความตกลง GATS มีคู่เจรจาเป็นจำนวนมาก จึงทำให้การเจรจาเปิดตลาดในรอบการเจรจาต่อมา ดังเช่น รอบโตฮาที่ยังไม่ประสบผลสำเร็จ สหรัฐอเมริกาจึงหันมาใช้ช่องทางในการเจรจาแบบทวิภาคีกับประเทศต่างๆ เพื่อเร่งให้เกิดการเปิดเสรีการค้าระหว่างกันมากยิ่งขึ้น เนื่องจากการเจรจาแบบทวิภาคี (Bilateral Negotiation) ทำให้สามารถเจรจาทำความตกลงได้ง่ายกว่าแบบพหุภาคี เพราะมีคู่เจรจาจำนวนน้อย ประเทศคู่สัญญาสามารถเจรจาเปิดเสรีการค้าระหว่างกันเองได้โดยตรง ซึ่งทำให้สามารถบรรลุข้อตกลงกันได้ง่ายกว่าการเจรจาแบบหลายฝ่าย จึงเกิดเป็นความตกลง U.S. FTAs

ความตกลง U.S. FTAs มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับกับความตกลง GATS กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์เพื่อจะลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างกันให้เหลือน้อยที่สุดเพื่อให้เกิดการค้าเสรีระหว่างกัน โดยความตกลง U.S. FTAs ถือเป็นความตกลงแบบทวิภาคี (Bilateral Agreement) ซึ่งหมายความว่า มีประเทศภาคีสัญญาเพียง 2 ฝ่ายที่เข้าเจรจาทำความตกลงร่วมกันเท่านั้น โดยมีรูปแบบการรวมกลุ่มที่ประเทศสมาชิกลดหรือยกเลิกอุปสรรคทางการค้าระหว่างกัน แต่ทั้งนี้ประเทศสมาชิกยังคงมีอิสระในการตัดสินใจทางการค้ากับประเทศนอกสมาชิกได้อย่างเสรี

#### 4.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบ

จะเห็นได้ว่าทั้งความตกลง GATS และ U.S. FTAs ต่างมีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกัน กล่าวคือ ต่างมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งเน้นให้เกิดการค้าระหว่างประเทศ โดยลดอุปสรรค

ทางการค้าระหว่างกันออกไปให้ได้มากที่สุด ทำให้การค้าระหว่างประเทศมีความเป็นธรรม และเกิดความเท่าเทียมมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ทั้งความตกลง GATS และ U.S. FTAs ล้วนแล้วแต่มีจุดกำเนิดมาจากแหล่งเดียวกันกล่าวคือ ทั้งสองความตกลงถือเป็นรูปแบบหนึ่งการรวมตัวทางเศรษฐกิจ (Economic Integration) กล่าวคือ มีการรวมกลุ่มกันมากกว่า 1 ประเทศขึ้นไป เพื่อเชื่อมต่อการค้าระหว่างประเทศ ลดอุปสรรคหรือข้อจำกัดทางการค้าที่มีอยู่ เพื่อให้การค้าระหว่างประเทศเสรีมากยิ่งขึ้นผ่านการเจรจาทำความตกลง จะต่างกันก็แต่เพียงว่า ความตกลง GATS เป็นความตกลงแบบพหุภาคี (Multilateral Agreement) ที่มีประเทศสมาชิกเข้าร่วมทำความตกลงเป็นจำนวนมาก ส่วนความตกลง U.S. FTAs เป็นความตกลงแบบทวิภาคี (Bilateral Agreement) ซึ่งมีประเทศที่ทำความตกลงกันเพียง 2 ฝ่าย

ความตกลง GATS และ U.S. FTAs ล้วนแล้วแต่มีส่วนที่ส่งเสริมและเกื้อหนุนระหว่างกัน เนื่องจากทั้งสองความตกลงต่างมีวัตถุประสงค์เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เพื่อให้เกิดการเปิดเสรีการค้าระหว่างประเทศให้มากยิ่งขึ้นนั่นเอง

แต่อย่างไรก็ดีความตกลงทั้งสองแบบมีส่วนหนึ่งที่แตกต่างกัน โดยที่ความตกลง U.S. FTAs นั้น มีข้อบทการลงทุน (Investment Chapter) ซึ่งในข้อบทดังกล่าวได้มีการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection)<sup>1</sup> สำหรับผู้ลงทุนจากต่างชาติ เพื่อเป็นการประกันว่าผู้ลงทุนจะไม่ถูกแทรกแซงโดยการเมือง หรือจากมาตรการใดๆ ของรัฐ ให้ตนไม่ได้รับความเป็นธรรม รวมไปถึงการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุผลดังกล่าว แต่ในความตกลง GATS มิได้มีการกำหนดถึงมาตรการดังกล่าวแต่อย่างใด มีแต่เพียงข้อกำหนดเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือการกำหนดกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic Regulation) เท่านั้น มิได้มีการกล่าวถึงมาตรการคุ้มครองการลงทุนไว้ดังเช่นที่ปรากฏในความตกลง U.S. FTAs

#### 4.2 แนวทางในการเจรจา

ความตกลง GATS จะใช้การเจรจาในแนวทางของการเปิดเสรีแบบคัดเลือกกล่าวคือหากประเทศสมาชิกใดต้องการเปิดตลาดในสาขาใดหรือตนมีความพร้อมที่จะแข่งขันกับประเทศอื่นแล้ว ประเทศสมาชิกจะต้องนำสาขาที่ตนต้องการเปิดตลาดมาบรรจุไว้ในตารางข้อผูกพัน และหากสาขาใดที่ตนไม่มีความพร้อมในการแข่งขันหรือไม่ต้องการเปิดตลาด ก็จะไม่นำมาบรรจุไว้ใน

<sup>1</sup> มุจลินท์ นวลนิ่ม และคันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, *ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITs): พันธะและนโยบาย* (ธนาคารแห่งประเทศไทย, มีนาคม 2553), หน้า 6.

ตารางข้อผูกพัน แนวทางเจรจาตกลงนี้เรียกว่า Positive List Approach ซึ่งเป็นแนวทางการเปิดเสรีแบบคัดเลือก (Selective Liberalization Approach) ตามแนวทางของ UNCTAD

สำหรับความตกลงเขตการค้าเสรีนั้น เป็นความตกลงที่มีแนวทางแบบ Negative List Approach กล่าวคือ ประเทศคู่สัญญาถือว่ามี การเปิดตลาดในทุกสาขา หากสาขาใดที่ประเทศคู่สัญญาไม่มีความพร้อมในการแข่งขันหรือไม่ต้องการเปิดตลาด ประเทศคู่สัญญาจะต้องระบุไว้ในภาคผนวกแนบท้ายความตกลง โดยอาจกำหนดยกเว้นเป็นรายสาขาหรือกำหนดยกเว้นมาตรการใดๆ ที่คู่สัญญาต้องการให้มีผลบังคับใช้อยู่ แนวทางดังกล่าวนี้เรียกอีกอย่างว่า แนวทางการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN/National Treatment Approach)

#### 4.2.1 แนวคิดพื้นฐานของรูปแบบและแนวทางในการเจรจา

จากรายงานของ UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development)<sup>2</sup> และ Secretariat of Working Group on the Relationship between Trade and Investment<sup>3</sup> ได้อธิบายแนวความคิดพื้นฐานของการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศสำหรับการเข้ามาและจัดตั้งหน่วยธุรกิจของการลงทุนระหว่างประเทศไว้ 3 แนวทาง\* ดังต่อไปนี้

##### 1. แนวทางการควบคุมการลงทุน (Investment Control Approach)

ตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดพันธกรณีแก่ประเทศเจ้าบ้านที่ต้องอนุญาตให้ชาวต่างชาติหรือนักลงทุนต่างชาติเข้ามาในประเทศของตน ดังนั้นสิทธิของบุคคลของประเทศหนึ่งๆ ที่เข้าไปหรือประกอบธุรกิจในอีกประเทศหนึ่งนั้นได้รับมาจากกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศภาคียินยอมเข้าผูกพัน อนุญาตให้บุคคลต่างชาติเข้ามาได้

<sup>2</sup> UNCTAD, Admission and Establishment, Series in issues in international investment agreements (1999).

<sup>3</sup> WT/WGTI/W/120.

\* UNCTAD ได้สรุปว่ามีห้าแนวทางประกอบด้วย

(1) Investment control model

(2) Selective liberalization model

(3) Regional industrialization program model

(4) Mutual national treatment model

(5) Combined national treatment/most-favoured-nation treatment (NT/MFN) model

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากแนวทางที่ (3) และ (4) มักใช้เพื่อ ส่งเสริมการรวมกลุ่มในระดับภูมิภาค จึงไม่เหมาะสมกับการใช้ในความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคี

แนวทางนี้ได้รับความนิยมค่อนข้างมากในความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศ โดยอิงจากรากฐานความคิดที่ว่าความตกลงการลงทุนระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อคุ้มครองการลงทุนจากต่างชาติ (Investment protection) โดยการใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (most-favoured nation Treatment) หลังการจัดตั้งหน่วยธุรกิจของการลงทุนต่างชาติ (post-establishment treatment) โดยที่ประเทศเจ้าบ้านมีดุลพินิจที่จะปฏิบัติต่อขั้นตอนก่อนการจัดตั้งหน่วยธุรกิจ (pre-establishment treatment) ซึ่งรัฐบาลมีอำนาจในการคัดเลือกและควบคุมกำกับดูแล การเข้ามาลงทุนของชาวต่างชาติตามกฎหมายภายในของตน

ในเชิงกฎหมายนั้น แนวทางดังกล่าวนี้ไม่ถือว่านักลงทุนต่างชาติมีสิทธิในการยอมรับให้เข้ามาและจัดตั้งหน่วยธุรกิจในรูปแบบ positive rights นักลงทุนต่างชาติต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายประเทศเจ้าบ้าน ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวจะมีทั้งการควบคุมและจำกัดการเข้ามาของนักลงทุนต่างชาติ ตัวอย่างเช่น ข้อจำกัดเรื่องการเคลื่อนย้ายทุนหรือโอนเงินตราออกจากประเทศ (capital flow) เงื่อนไขจำกัดการลงทุนของต่างชาติรายสาขา เงื่อนไขจำกัดความเป็นเจ้าของหรือควบคุมกิจการที่ลงทุน กระบวนการคัดเลือกนักลงทุนต่างชาติ และการใช้มาตรการการลงทุนต่าง ๆ เช่น เงื่อนไขการดำเนินการเรื่องการใช้วัตถุดิบภายในประเทศ (local content) หรือการถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นต้น

## 2. แนวทางการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN/National Treatment Approach)

ความตกลงตามแนวทางนี้ใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) เป็นหลักในการปฏิบัติต่อการยอมรับให้เข้ามาและจัดตั้งกิจการการลงทุนของต่างชาติ เพื่อประกันว่าประเทศภาคีสัญญามีและได้ดำเนินการตามแนวนโยบายการเปิดเสรีการลงทุนแบบเปิดกว้าง (open-door investment policy) อย่างไรก็ตามก็มิได้หมายความว่าประเทศภาคีสัญญาสามารถระบุข้อยกเว้นการใช้บางมาตรการได้หรือยกเว้นบางสาขาหรือกิจกรรมได้ในแบบ negative list (หรือเรียกว่า country specific exemption)

กล่าวคือ โดยทั่วไปประเทศต่างๆ ได้กำหนดเงื่อนไขและข้อจำกัดตามกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ เช่น กฎหมายประกอบกิจการคนต่างด้าว กฎหมายการลงทุนทางตรง กฎหมายหุ้นส่วนบริษัท กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันกฎหมายภาษี กฎหมายที่ดิน กฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น โดยอาจมีการเลือกปฏิบัติกับการลงทุนจากต่างชาติให้แตกต่างจากการลงทุนของคนชาติตนเอง โดยเฉพาะในขั้นตอนก่อนการจัดตั้งหน่วยธุรกิจ เพื่อกีดกันการลงทุนจากต่างชาติและคุ้มครองการลงทุนของ

คนชาติ ดังนั้น ในการเจรจาความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศจึงได้มีการพยายามที่จะลดหรือขจัดปัญหาการเลือกปฏิบัติดังกล่าวโดยการใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์หนึ่งกับการปฏิบัติในขั้นตอนก่อนการจัดตั้งหน่วยธุรกิจ เพื่อเป็นการประกันว่าสามารถเปิดเสรีการค้าและการลงทุนได้อย่างเต็มที่ โดยการปฏิบัติต่อการลงทุนของต่างชาติเท่าเทียมกับการลงทุนของคนชาติ ซึ่งประเทศเจ้าบ้านอาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการลงทุนในรายสาขาหรือกิจกรรมก็ได้ แต่ก็ต้องปฏิบัติเหมือนกันระหว่างนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนคนชาติ

### 3. แนวทางการเปิดเสรีแบบคัดเลือก (Selective Liberalization Approach)

แนวทางนี้จะให้ประเทศภาคีสัญญาเลือกและกำหนดระยะเวลาข้อผูกพันในการลงทุนสาขาหรือกิจกรรมที่จะอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาและใช้หลักเกณฑ์กำกับดูแลการลงทุน ส่วนสาขาอื่นถือว่าไม่ผูกพันหรือมีพันธกรณีที่จะเปิดเสรีต่อประเทศภาคีสัญญา ในแนวทางนี้ประเทศคู่สัญญาจะเจรจาข้อผูกพันเฉพาะ (Specific commitment) ที่จะยอมรับมากกว่าเจรจาข้อยกเว้น (exemption) และอาจตกลงว่าจะทำการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (progressive liberalization) โดยกำหนดข้อยกเว้นด้านระยะเวลาสิ้นสุดไว้ หรือการกำหนดรอบการเจรจาเปิดเสรีในวาระต่อไปได้

องค์ประกอบของแนวทางนี้คือ ประเทศคู่สัญญาจะต้องตัดสินใจพันธกรณีตามความตกลงถือเป็นกฎที่ใช้บังคับทั่วไปที่จะริเริ่มโดยการกำหนดข้อผูกพันเฉพาะของประเทศภาคีสัญญาและอะไรเป็นสิ่งจูงใจที่จะดำเนินการตามข้อผูกพันเฉพาะและขยายข้อผูกพันเฉพาะในเวลาต่อมา

#### 4.2.2 ความตกลง GATS

จากการศึกษาแนวทางในการเจรจาเปิดตลาดโทรคมนาคมในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่าความตกลง GATS ใช้แนวทางในการเจรจาวิธี Positive List Approach หรือตามแนวทางการเปิดเสรีแบบคัดเลือก (Selective Liberalization Approach) โดยประเทศภาคีจะระบุสาขาหรือกิจกรรมที่ประเทศตนพร้อมที่จะเปิดตลาดให้แก่ประเทศอื่นๆ โดยใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์หนึ่ง (MFN) กับการปฏิบัติในสาขาที่เปิดตลาด ส่วนสาขาอื่นที่ไม่ได้ระบุถือว่าไม่ผูกพันหรือมีพันธกรณีที่ต้องเปิดตลาดต่อประเทศภาคี ประเทศสมาชิกจะเจรจาข้อผูกพันเฉพาะที่ตนพร้อมที่จะผูกพัน และอาจกำหนดกรอบระยะเวลาในการเปิดตลาด

แนวทางนี้อิงบนพื้นฐานแนวทางการเจรจาแบบต่างตอบแทน (reciprocity basis) ซึ่งความตกลง GATS ใช้เป็นกลไกในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนา เพื่อให้มี

การแลกเปลี่ยนสาขาที่จะเปิดเสรีระหว่างบรรดาประเทศภาคีสมาชิก นอกจากนี้ แนวทางนี้ยังให้ความยืดหยุ่นในการเปิดเสรี โดยประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดเปิดเสรีเพียงไม่กี่สาขา หรือเปิดเสรีบางกิจกรรมที่ตนมีความพร้อม การขยายการเปิดตลาดอย่างค่อยเป็นค่อยไปตามระดับหรือสภาพการพัฒนาประเทศ เป็นต้น

#### 4.2.3 ความตกลง U.S. FTAs

จากความตกลงเขตการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาได้ทำกับชิลีและสิงคโปร์ จะเห็นได้ว่าใช้แนวทางการเจรจาตามวิธี Negative List Approach หรือ แนวทางการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN/National Treatment Approach) กล่าวคือ หากประเทศคู่สัญญาได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ถือว่าเป็นเปิดตลาดทั้งหมด เว้นแต่สาขา กิจกรรม หรือมาตรการที่ประเทศคู่เจรจาได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ว่าจะไม่เปิดตลาด โดยรายการที่แต่ละประเทศขอยกเว้นนั้นเรียกว่า Non-conforming measures

โดยข้อยกเว้นหรือข้อยกเว้นของประเทศเจ้าบ้านตามแนวทาง Negative list approach นี้ สามารถครอบคลุมวัตถุประสงค์ต่างๆ ได้ ตัวอย่างเช่น การกำหนดสัดส่วนความเป็นเจ้าของและควบคุมการลงทุนต่างชาติในทรัพย์สินทางเศรษฐกิจเชิงยุทธศาสตร์ การปกป้องอุตสาหกรรมภายในบางสาขาจากการแข่งขันของต่างชาติ วัตถุประสงค์ทางการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม เช่น การพัฒนาชนบทและการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยี นโยบายทางด้านเศรษฐกิจมหภาค ข้อยกเว้นของประเทศดังกล่าวอาจครอบคลุมการลงทุนต่างชาติบางประเภทบางสาขา ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขการเข้ามาลงทุนของต่างชาติแตกต่างจากคนชาติ

#### 4.2.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าความตกลง GATS และความตกลง U.S. FTAs ใช้วิธีการเจรจาที่แตกต่างกันอย่างมาก ทั้งนี้เนื่องจากในการเจรจาความตกลง GATS มีประเทศคู่เจรจาเป็นจำนวนมาก ดังนั้นหากใช้แนวทาง Negative แล้ว หลายประเทศอาจเห็นว่าไม่เหมาะสม เพราะตนยังไม่มีความพร้อมที่จะเปิดตลาดอย่างเต็มรูปแบบ จึงทำให้การเจรจาเป็นไปแบบค่อยเป็นค่อยไป กล่าวคือ ในเบื้องต้นการเจรจาเปิดตลาดเป็นไปอย่างช้า โดยประเทศสมาชิกใดที่มีความพร้อมในการเปิดตลาดในสาขาบริการใดๆ แล้ว ก็กำหนดสาขาบริการที่ตนมีความพร้อมเข้าเป็นพันธกรณีของตนไว้ในตารางข้อผูกพันของแต่ละประเทศ สาขาใดที่มีได้กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันของแต่ละประเทศให้ถือว่า ประเทศนั้นๆ ไม่มี ความผูกพันในการเปิดตลาดการค้าบริการในสาขาดังกล่าว หรือสาขาใดที่ตนไม่มีความพร้อมที่จะเปิดตลาด ก็ไม่ต้องกำหนดไว้ในตารางข้อผูกพัน ทั้งนี้ แม้หากภายหลังจากความตกลง GATS มีผลบังคับใช้แล้ว ประเทศต่างๆ สามารถเจรจาต่อรองเปิดตลาดเพิ่มขึ้นในภายหลังได้

ส่วนความตกลง U.S. FTAs นั้น เนื่องจากมีประเทศคู่สัญญาจำนวนน้อย ทำให้สามารถเจรจาเปิดเสรีกันได้อย่างเต็มที่ (Full liberalization) อีกทั้งสหรัฐอเมริกาที่มีความพร้อมในการเปิดเสรีกับประเทศต่างๆ อยู่แล้ว ดังนั้นสหรัฐอเมริกาจึงใช้แนวทาง Negative List ในการเจรจาทำความตกลงกับประเทศต่างๆ เพื่อให้มีการเปิดเสรีมากยิ่งขึ้น อีกทั้งการเปิดตลาดยังสามารถทำได้มากกว่า เพราะแนวทางนี้ให้ถือเสมือนว่าประเทศคู่สัญญาประสงค์ที่จะเปิดเสรีในทุกกิจกรรม ทุกสาขาและรูปแบบ หากสาขาใดที่ประเทศสมาชิกฝ่ายหนึ่งไม่มีพร้อมพร้อม ก็สามารถกำหนดเป็นข้อยกเว้นไม่ผูกพันในสาขากิจกรรมนั้นๆ ได้

ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าแนวทางการเปิดตลาดตามความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาจะทำให้เกิดการเปิดตลาดในสาขาบริการต่างๆ ได้มากกว่าความตกลง GATS เนื่องจากหลักการที่ใช้ในการเจรจาที่มีความแตกต่างกันนั่นเอง ความตกลงเขตการค้าเสรีในรูปแบบนี้จึงอาจถูกเรียกได้ว่าเป็น GATS-Plus กล่าวคือ ประเทศภาคีคู่สัญญามีพันธกรณีในการเปิดตลาดการค้าบริการมากกว่าที่ได้มีการกำหนดไว้ในความตกลง GATS นั่นเอง

#### 4.3 รูปแบบการค้าบริการ

ในการค้าบริการระหว่างประเทศนั้น รูปแบบการค้าบริการเป็นเรื่องที่สำคัญอีกประการหนึ่ง เนื่องจาก การค้าบริการนั้น มีความแตกต่างจากการค้าสินค้าอย่างเห็นได้ชัด เพราะสินค้านั้นสามารถจับต้องได้ ส่วนการค้าบริการไม่สามารถจับต้องได้ รูปแบบการค้าจึงมีความพิเศษแตกต่างจากการค้าบริการ

##### 4.3.1 ความตกลง GATS

ความตกลง GATS นั้น เป็นการเจรจาเปิดเสรีบริการที่ครอบคลุมการบริการ 12 สาขาบริการที่มีอยู่ในระบบการค้าระหว่างประเทศในขณะนั้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกแต่ละฝ่ายสามารถเปิดเสรีให้มีการค้าระหว่างกันได้

โดยในความตกลง GATS นั้น ได้แบ่งช่องทางหรือรูปแบบการค้าบริการ (Mode of Supply) ออกเป็น 4 รูปแบบ ได้แก่

- 1) การขายบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply)
- 2) บุคคลหรือทรัพย์สินเข้าไปใช้บริการในประเทศอื่น (Consumption Abroad)
- 3) ผู้ให้บริการต่างชาติเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศ (Commercial Presence) และ
- 4) บุคลากรต่างชาติเข้ามาให้บริการในประเทศ (Presence of Natural Persons)

ทั้งนี้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขการเปิดตลาด ทั้งด้านการเข้าสู่ตลาด (Market access) และ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) ได้แยกออกจากกัน ตามรูปแบบการค้าบริการ (Mode of Supply) โดยข้อผูกพันทั้งหมดจะเป็นไปตามพันธกรณีที่ปรากฏในข้อบทฉบับเดียวกัน กล่าวคือ ในแง่กฎระเบียบจะใช้บทบัญญัติเดียวกันครอบคลุมการให้บริการทั้ง 4 รูปแบบ

#### 4.3.2 ความตกลง U.S. FTAs

ความตกลง U.S. FTAs มิได้แบ่งรูปแบบการค้าอย่างชัดเจนดังเช่นความตกลง GATS แต่ความตกลง U.S. FTAs ได้แบ่งแยกการเจรจาเป็นรายข้อบท (Chapter) ซึ่งครอบคลุมการค้าระหว่างประเทศในหลายสาขา รวมถึงสาขาบริการด้วย อาทิเช่น การจัดซื้อจัดจ้างโดยภาครัฐ (Government Procurement) การเงิน (Financial Service) พาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) การลงทุน (Investment) การเคลื่อนย้ายบุคคลทางธุรกิจ (Temporary Entry for Business Persons) ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights) แรงงาน (Labor) และสิ่งแวดล้อม (Environment) เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากความตกลง U.S. FTAs ในทุกข้อบทแล้ว จะเห็นได้ว่ามีข้อบทที่มีความเกี่ยวข้องกับช่องทางหรือรูปแบบการค้าบริการอยู่ดังนี้

- 1) การค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Trade in Services)
- 2) การลงทุน (Investment)
- 3) การเคลื่อนย้ายบุคคลทางธุรกิจ (Temporary Entry for Business Persons)

โดยในข้อบทการค้าบริการข้ามพรมแดนและข้อบทการลงทุนนั้น ก็ได้มีการกำหนดพันธกรณีที่เกี่ยวกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ (MFN) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในทั้งสองข้อบท เพื่อกำกับดูแล สร้างความเป็นธรรมและความโปร่งใสให้แก่ผู้ประกอบการชาวต่างชาติที่จะเข้ามาให้บริการในอีกประเทศ

ทั้งนี้ประเทศคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายก็ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับข้อบทต่างๆ ไว้ในแต่ละข้อบทอย่างชัดเจนเช่นเดียวกัน

นอกจากข้อบทหลัก 3 บทข้างต้นที่จะนำไปใช้กับทุกสาขา (horizontal rules) ของสินค้าและบริการแล้ว ในการเจรจาทำความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกา ยังมีการแยกข้อบทเฉพาะออกเป็นรายสาขาอีก ได้แก่ โทรคมนาคม (Telecommunications) การเงิน (Financial Services) พาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) เป็นต้น เพิ่มเติมเป็นพิเศษ ทั้งนี้เนื่องจากเล็งเห็นถึงความสำคัญของเรื่องดังกล่าว ซึ่งมีความแตกต่างกันในรายละเอียดและกฎระเบียบที่ใช้บังคับ ดังนั้นจึงได้มีการกำหนดข้อบทแยกออกมาเฉพาะ โดยในแต่ละข้อบท

เหล่านี้ จะมีบทบัญญัติด้านการควบคุม หรือมาตรการทางกฎหมาย (regulatory issues) เป็นส่วน ใหญ่ เช่น การกำหนดมาตรการด้านความโปร่งใสเพิ่มเติมสำหรับสาขานั้น หรือเป็นบทบัญญัติ ด้านการแข่งขัน ดังเห็นได้จากความตกลงที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีและสิงคโปร์ที่ปรากฏอยู่ในบทที่ 3 เป็นต้น

#### 4.3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบ

หากพิจารณาเปรียบเทียบจากความตกลงทั้ง 2 รูปแบบแล้วจะเห็นได้ว่า ความ ตกลง GATS นั้นมีการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการในระดับที่กว้างขวางมาก เนื่องจากความตกลง ครอบคลุมการเปิดเสรีบริการใน 12 สาขา โดยนำมากำหนดเป็นพันธกรณีในการเปิดเสรีของแต่ละ ประเทศในตารางข้อผูกพัน แต่สำหรับความตกลง U.S. FTAs นั้น มีการแบ่งแยกเป็นรายข้อบท โดยแต่ละข้อบทล้วนมีที่มาจากกรนำสาขาแต่ละสาขาของความตกลง GATS มาแตกเป็นราย ข้อบทเพื่อใช้ในการเจรจาทำความตกลง

ข้อบทการค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Trade in Services) ตาม ความตกลง U.S. FTAs ก็คือรูปแบบการขายบริการข้ามพรมแดน (Mode 1 Cross-border Supply) และรูปแบบที่บุคคลหรือทรัพย์สินเข้าไปใช้บริการในประเทศอื่น (Mode 2 Consumption Abroad) ตามความตกลง GATS

ส่วนข้อบทการลงทุน (Investment) ในความตกลง U.S. FTAs ก็คือรูปแบบการ ให้ต่างชาติเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศ (Mode 3 Commercial presence) ตามความตกลง GATS และการเคลื่อนย้ายบุคคลทางธุรกิจ (Temporary Entry for Business Persons) ของ ความตกลง U.S. FTAs ก็คือการอนุญาตให้บุคคลต่างชาติเข้ามาให้บริการในประเทศ (Mode 4 Movement of natural persons) ในความตกลง GATS นั้นเอง<sup>4</sup>

#### ตารางสรุปเปรียบเทียบรูปแบบการค้าบริการระหว่างความตกลง GATS และ U.S. FTAs

	ความตกลง GATS	ความตกลง U.S. FTAs
1	การขายบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply)	การค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Trade in Services)
2	บุคคลหรือทรัพย์สินเข้าไปใช้บริการในประเทศอื่น (Consumption Abroad)	

<sup>4</sup> สำนักเจรจาการค้าบริการ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, รูปแบบของการเจรจาและความตกลง FTA. (8 มกราคม 2547). หน้า 2.

3	ผู้ให้บริการต่างชาติเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศ (Commercial Presence)	การลงทุน (Investment)
4	บุคคลากรต่างชาติเข้ามาให้บริการในประเทศ (Presence of Natural Persons)	การเคลื่อนย้ายบุคคลทางธุรกิจ (Temporary Entry for Business Persons)

นอกจากนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าความตกลง GATS ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขการเปิดตลาด ทั้งในด้านการเข้าสู่ตลาด (Market access) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ตามรูปแบบการค้าไว้ในตารางข้อผูกพัน โดยทั้ง 4 รูปแบบจะกำหนดไว้เพียงว่าผูกพันเต็มที่ (None) ผูกพันแบบมีข้อจำกัด (Bound commitment) หรือไม่ผูกพัน (Unbound)

แต่สำหรับความตกลง U.S. FTAs แล้ว พันธกรณีในข้อบทเหล่านี้อาจไม่เหมือนกันแม้ว่าส่วนใหญ่จะไม่ขัดกัน แต่พันธกรณีบางเรื่องอาจเข้มข้นกว่าบางเรื่อง เช่น ข้อบทด้านการลงทุนตามความตกลงเขต U.S. FTAs อาจจะมีรายละเอียดเรื่องกฎระเบียบมากกว่าข้อกำหนดตามการค้าบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Trade in Services) หรือมีบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัดมากกว่าที่ปรากฏในความตกลง GATS เช่น การกำหนดข้อจำกัดเรื่องคณะกรรมการและผู้บริหารของบริษัทที่เข้ามาลงทุน การชดเชยความเสียหายกรณีที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากประเทศผู้รับการลงทุน เป็นต้น

ดังนั้น การเจรจาข้อบทของความตกลง U.S. FTAs จึงมีความซับซ้อนมากกว่าการเจรจาในความตกลง GATS เพราะการบริการแต่ละประเภท อาจจะขึ้นอยู่กับพันธกรณีที่ต่างกันในแต่ละรูปแบบการค้าบริการ

จากการที่ความตกลง U.S. FTAs ได้แยกข้อบทการลงทุนออกมาเป็นหัวข้อหลักนั้น ซึ่งหลักการในข้อบทนี้ได้มีการกล่าวถึงมาตรการการคุ้มครองผู้ลงทุน (Investment Protection)<sup>5</sup> ไว้เพื่อเป็นการประกันว่าผู้ลงทุนจะไม่ถูกแทรกแซงหรือได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากรับผู้รับการลงทุน รวมถึงการเปิดเสรีการลงทุน (Liberalization) ไว้ แต่สำหรับความตกลง GATS มิได้กำหนดถึงหลักการคุ้มครองการลงทุนไว้แต่อย่างใด มีเพียงการกำหนดหลักการการเปิดเสรี เช่น หลักการเข้าสู่ตลาด (Market Access) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) รวมถึงการกำหนดกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic Regulation) เท่านั้น มิได้กำหนดรายละเอียดตามหลักการคุ้มครองผู้ลงทุนไว้ดังเช่นที่ปรากฏในความตกลง U.S. FTAs แต่อย่างใด

<sup>5</sup> มูจลินท์ นวลนิ่ม และคีนสนีย์ แก้วพรสวรรค์, ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITs): พันธะและนโยบายเชิงนโยบาย. (ธนาคารแห่งประเทศไทย, มีนาคม 2553). หน้า 6.

#### 4.4 การคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection)

ดังเช่นที่กล่าวไปในข้อ 4.3 แล้วว่าความตกลง GATS และ U.S. FTAs มีความแตกต่างกันในการกำหนดรูปแบบการค้าบริการ โดยความตกลง GATS กำหนดรูปแบบการค้าบริการเป็น 4 รูปแบบ ส่วนความตกลง U.S. FTAs ได้แบ่งรูปแบบการค้าบริการออกเป็น 3 แบบ ซึ่งครอบคลุมรูปแบบการค้าบริการตามความตกลง GATS ทั้ง 4 รูปแบบ และแบ่งเป็นข้อบท (Chapter) แยกออกมา โดยกำหนดพันธกรณีในแต่ละข้อบทไว้เป็นการเฉพาะ

สำหรับรูปแบบผู้ให้บริการต่างชาติเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศ (Commercial Presence) ตามความตกลง GATS และข้อบทด้านการลงทุนตามความตกลง U.S. FTAs มีความแตกต่างกันในแง่มาตรการคุ้มครองผู้ลงทุนโดยมีรายละเอียดดังนี้

สำหรับพันธกรณีในความตกลงระหว่างประเทศในด้านการลงทุน สามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

1. การเปิดเสรี (Liberalization) หมายถึง การลดหรือจำกัดอุปสรรคในการเข้ามาก่อตั้งหรือบริหารจัดการการลงทุนในแต่ละประเทศ เช่น การกำหนดจำนวนจำนวนผู้ถือหุ้นชาวต่างชาติไว้ไม่เกินร้อยละ 50

2. การให้ความคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection) หมายถึง ข้อกำหนดการให้ความคุ้มครองการลงทุน เช่น หลักปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม การเวนคืน การชดเชยความเสียหาย การโอนเงิน และการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

3. การส่งเสริมการลงทุน (Investment Promotion) ซึ่งเป็นการบรรจุกฎข้อบังคับที่ให้ประเทศภาคีส่งเสริมและอำนวยความสะดวกแก่การลงทุนแบบกว้างๆ และอาจมีรายละเอียดเกี่ยวกับความร่วมมือในการลงทุนด้วย

การคุ้มครองการลงทุนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของพันธกรณีดังกล่าว ได้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นการประกันว่าการลงทุนของแต่ละประเทศจะไม่ถูกแทรกแซงหรือถูกคุกคามจากสิ่งอื่นๆ เช่น ความไม่มั่นคงทางการเมือง หรือนโยบายของรัฐบางประการที่ส่งผลกระทบต่อนักลงทุน นอกจากนี้นักลงทุนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้เมื่อเกิดข้อพิพาทจากการลงทุนยังสามารถเรียกร้องการชดเชยความเสียหายที่ตนได้รับได้ ต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นการประกันว่าเมื่อเกิดเหตุการณ์ใดแล้ว นักลงทุนจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐผู้รับการลงทุน<sup>6</sup>

<sup>6</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเป็นมากกว่าที่คุณคิด (Agreement for the Promotion and Protection of investment หรือ Bilateral Investment Treaty (BIT)) (แผ่นพับ)

ข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองการลงทุน เช่น หลักปฏิบัติอย่างเป็นทางการและเท่าเทียม การเวนคืนทรัพย์สิน การชดเชยความเสียหาย การโอนเงิน และการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

#### 4.4.1 ความตกลง GATS

ความตกลง GATS กล่าวเฉพาะเพียงแต่การเปิดเสรีการลงทุนเท่านั้น มิได้มีการกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวกับการลงทุนอย่างชัดเจน กล่าวคือ หากประเทศสมาชิกใดมีความพร้อมที่จะเปิดเสรีในสาขาบริการใด ในรูปแบบที่ 3 นี้แล้ว ก็จะมีการกำหนดรายละเอียดพันธกรณีไว้ในตารางข้อผูกพัน เช่น กำหนดให้บริษัทที่เข้ามาลงทุนให้บริการในประเทศของตนสามารถมีผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างชาติได้ไม่เกินร้อยละ 50 เป็นต้น ความตกลง GATS มิได้มีการกำหนดถึงมาตรการที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ลงทุนแต่อย่างใด มีแต่เพียงข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักการเข้าสู่ตลาด (Market Access) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) รวมถึงการกำหนดกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic Regulation) เท่านั้น

#### 4.4.2 ความตกลง U.S. FTAs

ความตกลง U.S. FTAs นั้น มีข้อบทการลงทุน (Investment Chapter) ซึ่งในข้อบทดังกล่าวได้มีการกำหนดกฎระเบียบต่างๆ ไว้อย่างชัดเจน รวมถึงการเปิดเสรีด้านการลงทุน และกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองการลงทุน สำหรับผู้ลงทุนจากต่างชาติ เพื่อเป็นการประกันว่าผู้ลงทุนจะไม่ถูกแทรกแซงโดยการเมือง หรือจากมาตรการใดๆ ของรัฐ ให้ตนไม่ได้รับความเป็นธรรม รวมไปถึงการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุผลดังกล่าว นอกจากนี้ข้อบทการลงทุนตามความตกลง U.S. FTAs ยังมีขอบเขตการส่งเสริมการลงทุน<sup>7</sup> อีกด้วย

#### 4.4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบทั้งสองความตกลงจะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในความตกลง U.S. FTAs นั้น มีข้อบทการลงทุน (Investment Chapter) ซึ่งในข้อบทดังกล่าวได้มีการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองการลงทุน (Investment Protection) เป็นการเฉพาะสำหรับผู้ลงทุนจากต่างชาติ เพื่อเป็นการประกันว่าผู้ลงทุนจะไม่ถูกแทรกแซงโดยการเมือง หรือจากมาตรการใดๆ ของรัฐ ให้ตนไม่ได้รับความเป็นธรรม รวมไปถึงการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเหตุผลดังกล่าว แต่ในความตกลง GATS มิได้มีการกำหนดถึงมาตรการดังกล่าวแต่อย่างใด มีแต่เพียงข้อกำหนดเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือการกำหนดกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic Regulation) เท่านั้น มิได้มีการกล่าวถึงมาตรการคุ้มครองการลงทุนไว้ดังเช่นที่ปรากฏในความ ตกลง U.S. FTAs

<sup>7</sup> มุจลินท์ นวลนิ่ม และคันสนีย์ แก้วพรสวรรค์, *ความตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของไทย (BITS): พันธะและนโยบายเชิงนโยบาย* (ธนาคารแห่งประเทศไทย, มีนาคม 2553). หน้า 6.

#### 4.5 แนวทางในการกำหนดข้อยกเว้น

ในการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างประเทศแทบทุกรูปแบบ ล้วนแต่มีข้อกำหนด สงวนไว้สำหรับแต่ละประเทศที่จะไม่ผูกพันตามพันธกรณี ทั้งนี้อาจเป็นเหตุผลด้านความพร้อมในการแข่งขันทางการค้า หรือเป็นเพราะนโยบายทางการค้าของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกัน ดังนั้นเพื่อให้แต่ละประเทศสามารถทำความเข้าใจการเปิดเสรีทางการค้าต่อกันได้ โดยที่ยังคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยบางอย่างของตน จึงเปิดโอกาสให้ประเทศนั้นๆ สามารถสงวนไว้ซึ่งสิทธิบางประการที่จะไม่ปฏิบัติตามความตกลงบางประการ โดยข้อสงวนดังกล่าว อาจกำหนดอยู่ในรูปแบบของข้อยกเว้นความตกลง

##### 4.5.1 ความตกลง GATS

เนื่องจากการเจรจาตามความตกลง GATS ใช้แนวทาง Positive List Approach เป็นแนวทางในการเจรจา ซึ่งแนวทางนี้ประเทศสมาชิกสามารถที่จะเลือกสาขาที่ตนประสงค์จะเปิดเสรี และสามารถระบุข้อยกเว้นและเงื่อนไขของขอบเขตการเปิดเสรีของแต่ละสาขาที่ได้ระบุไว้ได้ หากเป็นไปตามความตกลง GATS ก็สามารถกระทำได้โดยการระบุสาขาที่จะเปิดเสรีและเงื่อนไขหรือข้อจำกัดการเปิดเสรีไว้ในตารางข้อผูกพัน หากประเทศสมาชิกมิได้ระบุข้อผูกพันเฉพาะไว้ที่จะอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาจัดตั้งบริษัทในประเทศ ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์หึ่ง (MFN) ก็ไม่จำเป็นต้องให้สิทธิในการเข้ามาลงทุนในสาขานั้น

นอกจากนี้ความตกลง GATS ยังมีมาตรการที่เกี่ยวกับการกำหนดข้อยกเว้นการเข้ามาตรา 2 ของความตกลง โดยเป็นการกำหนดข้อยกเว้นที่จะไม่นำหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์หึ่ง (MFN) เมื่อประเทศสมาชิกใดได้ให้สิทธิพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งกับประเทศอื่นแล้ว หากประเทศภาคีดังกล่าวได้กำหนดข้อยกเว้นการเข้ามาตรา 2 ในสาขาใดแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องให้สิทธินั้นแก่ประเทศสมาชิกอื่นๆ ตามหลัก MFN

##### 4.5.2 ความตกลง U.S. FTAs

ในความตกลง U.S. FTAs ที่สหรัฐอเมริกาทำกับซิลีและสิงคโปร์นั้น ใช้แนวทาง Negative List Approach ซึ่งให้หมายความว่าประเทศคู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะเปิดตลาดในทุกรูปแบบทุกสาขาทั้งหมด แต่ทั้งนี้ก็เปิดโอกาสให้ประเทศคู่สัญญาสามารถกำหนดสาขาหรือกิจกรรมที่ตนไม่มีความพร้อมในการแข่งขันกับอีกฝ่าย หรือมีกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับพันธกรณีดังกล่าวได้ โดยให้ประเทศคู่สัญญากำหนดอยู่ในส่วนข้อยกเว้นไม่ผูกพันตามพันธกรณี (Non-confirming measure) โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ

1. การขอยกเว้นเป็นมาตรการ เป็นการกำหนดยกเว้นการใช้มาตรการบางอย่างให้ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะเปิดตลาด ทั้งนี้ทั้งนี้ตามมาตรการหรือกฎหมายเฉพาะที่มีอยู่แล้วของแต่ละประเทศ

2. การขอยกเว้นเป็นรายสาขา เป็นการกำหนดยกเว้นสาขาที่มีต้องปฏิบัติตามพันธกรณี เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ หรือจะมีขึ้นใหม่ หรือกำหนดข้อจำกัดเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าว

ซึ่งการกำหนดยกเว้นทั้ง 2 กรณี ตามความตกลง U.S. FTAs นั้น สามารถกำหนดยกเว้นได้ทั้งเป็นการชั่วคราว โดยกำหนดระยะเวลายกเว้นไว้ชั่วคราว (Transitional period) หรือระยะเวลาที่จะยกเลิกมาตรการดังกล่าว (phase-out) หรืออาจยกเว้นเป็นการถาวรจากพันธกรณีตามความตกลงได้

โดยจากการศึกษาความตกลง U.S. FTAs ที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีและสิงคโปร์ นั้น เห็นว่าขอยกเว้นส่วนใหญ่ได้กำหนดระยะเวลาในการยกเว้นไว้ ซึ่งหมายความว่า ขอยกเว้นดังกล่าวมีลักษณะยกเว้นเป็นการถาวรจากพันธกรณี

สำหรับความตกลงของชิลี ได้มีการกำหนดยกเว้นมาตรการบางอย่างไว้ เช่น การขอสงวนสิทธิในการบังคับใช้กฎหมายหรือคงไว้ซึ่งมาตรการที่เกี่ยวกับการค้าข้ามพรมแดนในเรื่องการถ่ายทอดผ่านดาวเทียม โดยได้ระบุถึงกฎหมายภายในคือ *Ley 18168, Diario Oficial, octubre 2, 1982, Ley General de Telecomunicaciones, Titulos I, II, y III*<sup>8</sup>

ส่วนความตกลงของสิงคโปร์นั้น มิได้มีการกำหนดขอยกเว้นไว้ในข้อบทโทรคมนาคมแต่อย่างใด ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากสิงคโปร์มีการเปิดเสรีในการให้บริการโทรคมนาคมอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องสงวนขอยกเว้นใดๆ ไว้

#### 4.5.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบ

เนื่องจากในความตกลง GATS และ U.S. FTAs ใช้แนวทางในการเจรจาที่แตกต่างกัน จึงทำให้การกำหนดขอยกเว้นไม่ผูกพันที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีมีความแตกต่างกันไปด้วย โดยที่ความตกลง GATS ใช้แนวทาง Positive List Approach คือ หากเห็นว่าสาขาใดประเทศตนมีความพร้อมในการแข่งขันกับประเทศอื่น ก็จะเปิดตลาดสาขาหรือกิจกรรมนั้นๆ โดยระบุอยู่ในตารางข้อผูกพัน หากสาขาใดที่ตนมิได้กำหนดในตารางข้อผูกพัน ย่อมหมายความว่าประเทศนั้นไม่ประสงค์จะเปิดตลาดในสาขาดังกล่าว นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการและกฎระเบียบต่างๆ แยกออกมาเป็นภาคผนวก (Annex)

<sup>8</sup> Annex II Schedule of Chile, page II-CH-4

ส่วนในความตกลง U.S. FTAs ที่สหรัฐอเมริกาทำกับชิลีและสิงคโปร์นั้น ใช้แนวทาง Negative List Approach ซึ่งให้หมายความว่าประเทศคู่สัญญาที่มีความประสงค์ที่จะเปิดตลาดในทุกรูปแบบทั้งหมด แต่ทั้งนี้ก็เปิดโอกาสให้ประเทศคู่สัญญาสามารถกำหนดสาขาหรือกิจกรรมที่ตนไม่มีความพร้อมในการแข่งขันกับอีกฝ่าย หรือมีกฎหมายภายในขัดหรือแย้งกับพันธกรณีดังกล่าวได้ โดยให้ประเทศคู่สัญญากำหนดอยู่ในส่วนข้อยกเว้นไม่ผูกพันตามพันธกรณี (Non-confirming measure) หากมิได้กำหนดข้อยกเว้นไม่ผูกพันในเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ย่อมหมายความว่า ประเทศของตนพร้อมที่จะเปิดตลาดในด้านต่างๆ อย่างเต็มที่

#### 4.6 การระงับข้อพิพาท

##### 4.6.1 ความตกลง GATS

ความตกลง GATS กำหนดไว้ชัดเจนว่าการระงับข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น เอกชนไม่สามารถฟ้องร้องต่อรัฐได้ เพราะฉะนั้นผู้ที่ทำคำร้องได้จะต้องมีสถานะเป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศสมาชิกอีกฝ่าย ทั้งหากมีข้อพิพาทระหว่างประเทศสมาชิกเกิดขึ้นเกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ ให้เริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีเจรจาเสียก่อน ทั้งนี้หากการเจรจาไม่เป็นผลจึงจะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป

โดยความตกลง GATS ได้กำหนดให้นำกฎเกณฑ์การระงับข้อพิพาทภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes หรือ Dispute Settlement Understanding: DSU) ซึ่งเป็นกลไกการระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศของ WTO มาใช้ โดยเริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาทตั้งแต่ขั้นต้นคือการปรึกษาหารือ (Consultation) การประนีประนอม (Conciliation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) จนนำไปสู่การทำคำวินิจฉัยคณะพิจารณา (Panel) และการอุทธรณ์คำวินิจฉัย

##### 4.6.2 ความตกลง U.S. FTAs

ความตกลงเขตการค้าเสรีก็เช่นเดียวกัน ได้มีการกำหนดถึงการระงับข้อพิพาทไว้ โดยหากในเรื่องใดไม่มีการกำหนดกระบวนการระงับข้อพิพาทไว้เป็นการเฉพาะ ให้ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทนี้ ซึ่งมีขั้นตอนต่าง ๆ เริ่มด้วยการปรึกษาหารือ (Consultations) ระหว่างคู่ภาคี หากไม่สำเร็จ อาจเสนอให้คณะกรรมการร่วม (Joint Committee, Commission) ซึ่งจัดตั้งขึ้นภายใต้ ความตกลง เพื่อทำหน้าที่พิจารณาหาข้อยุติ ถ้าหากไม่สามารถหาข้อยุติได้ ประเทศคู่สัญญาอาจเสนอให้จัดตั้งคณะกรรมการระงับข้อพิพาท (Panel, Arbitral panel) ซึ่งคัดเลือกโดย

ภาคีทั้งสองฝ่าย และให้บุคคลที่เป็นกลาง (Third panelist) ทำหน้าที่เป็นประธาน เพื่อให้มีคำตัดสินได้

สำหรับในบางข้อบทอาทิเช่นการลงทุน ได้มีการกำหนดวิธีการในการระงับข้อพิพาทเป็นการเฉพาะ (Section C – Investor-State Dispute Settlement) ซึ่งจะต้องเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐของประเทศภาคีกับนักลงทุนของประเทศภาคีอีกฝ่าย อันเนื่องมาจากการลงทุนของนักลงทุนได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิด (breach) ภายใต้ข้อบทด้านการลงทุน (obligation) การอนุญาตให้ลงทุน (investment authorization) หรือละเมิดสัญญาการลงทุน (investment agreement) ซึ่งกำหนดให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยเริ่มจากการปรึกษาหารือ (consultation) ระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และหากไม่ประสบความสำเร็จ การระงับข้อพิพาทสามารถดำเนินการผ่านกระบวนการอื่นได้ เช่น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ อันได้แก่ ศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (ICSID: The International Centre for the Settlement of Investment Disputes) และ คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL)

#### 4.6.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบ

จะเห็นว่าทั้งความตกลง GATS และความตกลงเขตการค้าเสรีต่างมีกระบวนการระงับข้อพิพาทที่คล้ายคลึงกัน โดยอ้างอิงจากกระบวนการระงับข้อพิพาทตามบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures governing the Settlement of Disputes หรือ Dispute Settlement Understanding: DSU) ซึ่งเริ่มจากการปรึกษาหารือ (Consultation) การประนีประนอม (Conciliation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) จนนำไปสู่การทำคำวินิจฉัยคณะพิจารณา (Panel) โดยมีสาระสำคัญสอดคล้องกัน ซึ่งมีข้อดีหลายประการ เช่น

1. เปิดโอกาสให้ทั้งสองฝ่ายได้มีการเจรจาเพื่อยุติข้อพิพาทก่อนเป็นอันดับแรก ซึ่งมีผลในการเพิ่มประสิทธิภาพ (efficiency) ในการระงับข้อพิพาท
2. เปิดโอกาสให้อนุญาโตตุลาการรับข้อมูลจากแหล่งอื่น (amicus curiae) เช่น นักวิชาการ หรือ NGO ซึ่งทำให้สามารถรับฟังข้อมูลอย่างรอบด้าน (openness)
3. มีกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนในการดำเนินกระบวนการในแต่ละขั้นตอน (Timeliness)

4. เปิดโอกาสให้พิจารณาค่าชดเชยหรือมาตรการอื่นได้หากไม่สามารถปฏิบัติตามคำตัดสินได้ และมีสิทธิในการเพิกถอนสิทธิประโยชน์หากฝ่ายแพ้คดีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินภายในกำหนดเวลา (Effectiveness)
5. เปิดโอกาสให้ทั้งสองฝ่ายเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาคดีอย่างทัดเทียมกัน (Fairness)
6. ในกรณีที่ประเทศภาคีฝ่ายหนึ่งยื่นคำฟ้องและพยานหลักฐานโดยระบุว่าเป็นความลับ ประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องให้ฝ่ายนั้นตีพิมพ์คำร้อง คำโต้แย้งอย่างย่อได้เพื่อเปิดเผยข้อมูลให้แก่สาธารณะ (Transparency)
7. การให้สิทธิแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายนอกเหนือจากคู่ความในคดีในการรับฟังการพิจารณาคดีและรับทราบข้อมูล เพื่อสร้างกระบวนการพิจารณาคดีที่โปร่งใสและเป็นธรรมกับทุกฝ่าย (AUSFTA)

แต่ทั้งนี้ความตกลงทั้งสองแบบก็ยังคงมีประเด็นที่มีความแตกต่างกัน โดยความตกลง GATS เปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะพิจารณาได้ แต่สำหรับความตกลง U.S. FTAs ถือว่าคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาเป็นที่สุด (Final Report) ไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้

นอกจากนี้ในความตกลง U.S. FTAs ในบางข้อบทยังมีการกำหนดถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นการเฉพาะแยกในหมวดดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากในบางสาขาที่แตกต่างกันในการระงับข้อพิพาท จึงต้องมีการกำหนดเรื่องดังกล่าวขึ้นเป็นการเฉพาะ เช่น ในหมวดการลงทุนได้มีการกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชน (ผู้ลงทุน) กับรัฐ ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ ทั้งนี้เนื่องจากสถานะของทั้งสองฝ่ายไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้นเพื่อเป็นการประกันความเท่าเทียมกันในการระงับข้อพิพาทจึงอนุญาตให้สามารถนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุนผ่านระบบอนุญาโตตุลาการตามกระบวนการของศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทด้านการลงทุน (ICSID: The International Centre for the Settlement of Investment Disputes) และคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) มาใช้ได้

#### 4.7 ไตรคมนามคม

พันธกรณีในด้านไตรคมนามคม เป็นอีกหัวข้อหนึ่งซึ่งมีความแตกต่างกันทั้งในความตกลง GATS และความตกลง U.S. FTAs โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### 4.7.1 ความตกลง GATS

ในความตกลง GATS ประเทศสมาชิกจะใช้เอกสารอ้างอิง (Reference Paper) มาเป็นต้นแบบในการกำหนดพันธกรณีทางโทรคมนาคมของแต่ละประเทศ หากประเทศสมาชิกใดมีความพร้อมที่จะผูกพันตามพันธกรณีที่เกี่ยวกับโทรคมนาคมข้อหนึ่งข้อใดตามเอกสารอ้างอิง จากพันธกรณีที่มีอยู่ทั้งหมด 6 ข้อแล้ว ประเทศต่างๆ ก็สามารถนำหลักการดังกล่าวมากำหนดอยู่ในตารางข้อผูกพันเพิ่มเติมของประเทศตนได้ ซึ่งมีผลทำให้ประเทศสมาชิกล้วนจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนระบุผูกพันเพิ่มเติมไว้ แต่อย่างไรก็ตามเอกสารอ้างอิงนี้ไม่มีผลผูกพันอย่างกว้างขวางครอบคลุมไปยังประเทศสมาชิกทุกประเทศของความตกลง GATS แต่จะมีผลผูกพันเฉพาะประเทศสมาชิกที่ยอมรับเอาเอกสารอ้างอิงไปเป็นส่วนหนึ่งในตารางข้อผูกพันเพิ่มเติมของตนเท่านั้น

เอกสารอ้างอิงได้กำหนดหลักการกว้างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลบริการโทรคมนาคมไว้เป็นประเด็นสำคัญ 6 ประการ ได้แก่

1. การคุ้มครองการแข่งขัน (Competitive safeguard)
2. การเชื่อมต่อระหว่างเครือข่าย (Interconnection)
3. การให้บริการอย่างทั่วถึง (Universal service)
4. การออกใบอนุญาต (Licensing processed)
5. องค์กกรอิสระในการกำกับดูแล (Independent regulators) และ
6. การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด (Allocation of scarce resources)

มาตรการตามเอกสารอ้างอิงทั้ง 6 ข้อ เป็นหลักการพื้นฐานในการกำหนดกฎระเบียบภายในประเทศ กล่าวคือ หากประเทศใดยอมรับเอาหลักการข้อใดตามเอกสารอ้างอิงแล้ว ประเทศสมาชิกเหล่านั้นล้วนมีหน้าที่ที่จะต้องกำหนดกฎระเบียบภายในตามหลักการที่ตนได้ผูกพันเอาไว้ ซึ่งหลักการต่างๆ นี้ จะมีส่วนช่วยส่งเสริมให้เกิดการเปิดเสรีการค้าบริการโทรคมนาคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อถ่วงดุลระหว่างอิสรภาพในการออกกฎเกณฑ์ของรัฐ (Regulatory autonomy) และความมุ่งหวังต่อการเปิดเสรีทางการค้า ซึ่งประเทศสมาชิกต่างๆ ต้องจัดให้มีกฎเกณฑ์ภายในของตนที่สอดคล้องในทิศทางเดียวกัน และมีความชัดเจน เพื่อลดอุปสรรคทางการค้าบริการที่มีความซับซ้อนและคลุมเครือ

แต่ทั้งนี้มาตรการทั้ง 6 ข้อตามเอกสารอ้างอิง เป็นแต่เพียงการกำหนดหลักการทั่วไปกว้างๆ มิได้มีการกำหนดในรายละเอียดที่ชัดเจนแต่อย่างใด ทั้งนี้ก็เพื่อให้ประเทศสมาชิกลำหลักการดังกล่าวไปบัญญัติเป็นกฎระเบียบภายในให้สอดคล้องกับสภาพแวดล้อมของประเทศตนได้นั่นเอง

#### 4.7.2 ความตกลง U.S. FTAs

จากการศึกษาความตกลง U.S. FTAs ที่สหรัฐอเมริกาทำกับซิลีและสิงคโปร์ เห็นได้ว่า ได้มีการนำหลักการที่ปรากฏอยู่ในเอกสารอ้างอิง (Reference Paper) ทั้ง 6 ประการมาเป็นต้นแบบในการพัฒนาและกำหนดพันธกรณีภายใต้ความตกลง U.S. FTAs ในข้อบทโทรคมนาคม แต่เนื่องจากในเอกสารอ้างอิงเป็นการกำหนดหลักการอย่างกว้างๆ ที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมไว้เท่านั้น มิได้มีการกำหนดในรายละเอียดถึงกฎระเบียบ หรือข้อปฏิบัติสำหรับแต่ละประเทศในแต่ละข้อไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งการที่เอกสารอ้างอิงมิได้มีผลผูกพันกับทุกประเทศสมาชิก GATS ที่มิได้ยอมรับเอกสารอ้างอิงไว้ในตารางข้อผูกพันของตน

ดังนั้นในความตกลง U.S. FTAs จึงได้นำหลักการดังกล่าวมาประยุกต์ใช้กำหนดเป็นหลักการกำกับดูแลในข้อบทโทรคมนาคม เพื่อให้มีผลผูกพันกับประเทศคู่สัญญาที่สหรัฐอเมริกาได้เข้าร่วมทำความตกลง นอกจากนี้ยังได้กำหนดรายละเอียดที่เพิ่มเติมมากกว่าที่บรรจุอยู่ในเอกสารอ้างอิง ทั้งนี้เนื่องจากความตกลง U.S. FTAs เป็นความตกลงเพียงสองฝ่าย ดังนั้นจึงไม่เป็นการยากที่จะกำหนดรายละเอียดในเรื่องต่างๆ ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ความตกลง U.S. FTAs ยังได้มีการบัญญัติหลักการที่เกี่ยวกับโทรคมนาคมเฉพาะเพิ่มเติมสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่ (Major Supplier) ทั้งนี้ก็เพื่อป้องกันการผูกขาดทางการค้าบริการโทรคมนาคม อีกทั้งเพื่อเพิ่มศักยภาพของผู้ประกอบการรายใหม่จากผู้ประกอบการชาติอีกฝ่ายให้สามารถเข้าแข่งขันในตลาดโทรคมนาคมภายในประเทศคู่สัญญาได้ โดยในความตกลง U.S. FTAs ได้กำหนดให้ผู้ประกอบการรายใหญ่มีพันธกรณีเพิ่มเติม อาทิเช่น

1. การเชื่อมต่อโครงข่ายแบบแยกส่วน (Unbundling of Network Elements)
2. การใช้พื้นที่ร่วมกัน (Co-location)
3. การขายต่อบริการ (Resale)
4. การใช้อุปกรณ์ร่วมกัน (Poles, Ducts, and Conduits)
5. การคงสิทธิเลขหมาย (Number Portability)
6. ความเท่าเทียมกันในการเรียกสายออก (Dialing Parity)
7. บริการวงจรเช่า (Leased Circuits Services) เป็นต้น

นอกจากนี้ ความตกลง U.S. FTAs ยังได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมไว้เพิ่มเติมจากความตกลง GATS ในหัวข้อที่เกี่ยวกับการเชื่อมต่อระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ (Submarine Cable System) เพื่อควบคุมกำกับดูแลการให้บริการเคเบิลใต้น้ำของแต่ละประเทศ และข้อกำหนดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทในโทรคมนาคม (Resolution of Domestic Telecommunication Disputes) เพื่อเป็นหลักการพื้นฐานเฉพาะสำหรับการระงับข้อพิพาททางโทรคมนาคม

#### 4.7.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบ

บทบัญญัติในข้อบทโทรคมนาคมตามความตกลงเขตการค้าเสรีนั้น ล้วนมีพื้นฐานมาจากหลักการตามความตกลง GATS ซึ่งก็คือเอกสารอ้างอิง ทั้ง 6 ข้อ แต่เนื่องจากในการทำความตกลง U.S. FTAs มีประเทศคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย ดังนั้นจึงทำให้ประเทศคู่สัญญาสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดได้มากกว่าที่มีอยู่ในเอกสารอ้างอิง อีกทั้งยังสามารถเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ที่ไม่มีอยู่ในเอกสารอ้างอิงได้ เช่น การใช้พื้นที่ร่วมกัน หรือ การเชื่อมต่อโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ เป็นต้น โดยสาเหตุของการเพิ่มเติมหลักการต่างๆ ในความตกลงนั้น เนื่องจากความตกลงมีคู่เจรจาจำนวนที่น้อยกว่า จึงทำให้สามารถกำหนดพันธกรณีต่างๆ ได้มากกว่า อีกทั้งสหรัฐอเมริกา มีความสามารถในการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมกับประเทศภาคีคู่สัญญา ดังนั้น เพื่อให้ตนเองสามารถเข้าไปประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศอื่นโดยได้รับความคุ้มครอง จึงได้ทำความตกลงนี้ขึ้นมา

ข้อบทด้านโทรคมนาคมตามความตกลง U.S. FTAs จึงมีลักษณะเป็น GATS-Plus กล่าวคือ นอกจากจะอ้างอิงตามหลักการพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในเอกสารอ้างอิงของความตกลง GATS แล้ว ยังมีการเพิ่มเติม (Plus) หลักเกณฑ์อื่นๆ ที่สำคัญต่อการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคม เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้า และเกิดความโปร่งใสมากขึ้น

ตารางเปรียบเทียบกฎระเบียบที่เกี่ยวกับโทรคมนาคมระหว่างความตกลง  
GATS และ U.S. FTAs

เอกสารอ้างอิง (GATS)	ข้อบทโทรคมนาคม (U.S. FTAs)	หมายเหตุ
<p>การคุ้มครองการแข่งขัน</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>กำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ให้บริการรายใหญ่กระทำในลักษณะที่เป็นต่อต้านการแข่งขัน</li> </ul>	<p>กำหนดเป็นพันธกรณีสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่</p>	<p>ทั้งสองความตกลงกำหนดไว้คล้ายคลึงกันแต่ในความตกลง U.S. FTAs มีการกำหนดรายละเอียดมากกว่า</p>
<p>การเชื่อมต่อระหว่างเครือข่าย</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>ผู้ให้บริการสามารถเข้าถึงและใช้โครงข่ายการสื่อสารโทรคมนาคมสาธารณะได้ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่สมเหตุสมผลและไม่เลือกปฏิบัติในสาขาการค้าบริการที่ได้ให้ขอยอมรับผูกพันเอาไว้</li> <li>ประกันให้มีการเชื่อมต่อโครงข่ายระหว่างโครงข่ายของผู้ให้บริการรายใหญ่ กับโครงข่ายของผู้ให้บริการรายอื่น</li> </ul>	<p>กำหนดไว้เช่นเดียวกัน แต่มีการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเป็นพันธกรณีสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่</p>	<p>ทั้งสองความตกลงกำหนดไว้คล้ายคลึงกันแต่ในความตกลง U.S. FTAs มีการกำหนดรายละเอียดมากกว่า</p>
<p>การให้บริการอย่างทั่วถึง</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>ประเทศสมาชิกออกกฎเกณฑ์เพื่อจัดให้มีบริการอย่างทั่วถึงตามหลักความโปร่งใส ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เป็นการสร้างภาระมากเกินไป</li> </ul>	<p>มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกัน</p>	<p>ทั้งสองความตกลงกำหนดไว้คล้ายคลึงกันแต่ในความตกลง U.S. FTAs มีการกำหนดรายละเอียดมากกว่า</p>

เอกสารอ้างอิง (GATS)	ข้อบทโทรคมนาคม (U.S. FTAs)	หมายเหตุ
<p>การออกใบอนุญาต</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● มีการเปิดเผยข้อมูลแก่สาธารณะ ได้แก่ เงื่อนไขในการออกใบอนุญาตและระยะเวลาในการพิจารณาใบอนุญาต ข้อกำหนดและเงื่อนไขของใบอนุญาตแต่ละใบ รวมถึงแจ้งเหตุผลที่ไม่ออกใบอนุญาตให้ด้วย</li> </ul>	มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกัน	ทั้งสองความตกลงกำหนดไว้คล้ายคลึงกันแต่ในความตกลง U.S. FTAs มีการกำหนดรายละเอียดมากกว่า
<p>องค์กรอิสระในการกำกับดูแล</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● จัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นมากำกับดูแล</li> </ul>	มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกัน	ทั้งสองความตกลงกำหนดไว้คล้ายคลึงกันแต่ในความตกลง U.S. FTAs มีการกำหนดรายละเอียดมากกว่า
<p>การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● เป็นไปในลักษณะที่โปร่งใสและไม่เลือกปฏิบัติ</li> </ul>	มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกัน	ทั้งสองความตกลงกำหนดไว้คล้ายคลึงกันแต่ในความตกลง U.S. FTAs มีการกำหนดรายละเอียดมากกว่า
-	<p>พันธกรณีเพิ่มเติมสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. การเชื่อมต่อโครงข่ายแบบแยกส่วน</li> <li>2. การใช้พื้นที่ร่วมกัน</li> <li>3. การขายต่อบริการ</li> <li>4. การใช้อุปกรณ์ร่วมกัน</li> <li>5. การคงสิทธิเลขหมาย</li> <li>6. ความเท่าเทียมกันในการเรียกสายออก</li> <li>7. บริการวงจรเช่า</li> </ol>	เนื่องจากความตกลง U.S. FTAs เป็นแบบทวิภาคีจึงทำให้สามารถกำหนดกฎเกณฑ์อื่นๆ เพิ่มเติมจากความตกลง GATS ได้มากกว่า โดยได้กำหนดพันธกรณีเพิ่มเติมสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่เพื่อป้องกันการผูกขาดการค้าบริการโทรคมนาคม

เอกสารอ้างอิง (GATS)	ข้อบทโทรคมนาคม (U.S. FTAs)	หมายเหตุ
-	ระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ	สหรัฐอเมริกามีความสามารถในการเข้าแข่งขันกับประเทศอื่นจึงได้กำหนดหลักการเพิ่มเติมเกี่ยวกับระบบโครงข่ายเคเบิลใต้น้ำ
-	การระงับข้อพิพาท โทรคมนาคม	กำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาททางโทรคมนาคมระหว่างผู้ประกอบการ

จากการศึกษาวิเคราะห์ความแตกต่างระหว่างความตกลง GATS กับความตกลง U.S. FTAs จะเห็นได้ว่าในการเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมตามความตกลงทั้งสองแบบมีสาระสำคัญที่มีความแตกต่างกัน แต่ก็มีหลักการบางประการที่มีความคล้ายคลึงกัน ทั้งนี้เนื่องมาจากว่า ความตกลง U.S. FTAs นั้น เป็นความตกลงที่มีพัฒนาการมาจากความตกลง GATS กล่าวคือ เมื่อช่องทางการเจรจาแบบพหุภาคี ไม่สามารถทำให้เกิดการเปิดเสรีในการค้าบริการระหว่างประเทศได้อย่างเต็มที่ สหรัฐอเมริกาจึงได้ใช้ช่องทางการเจรจาแบบทวิภาคี เพื่อให้การเปิดเสรีเป็นไปอย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้หลักการต่างๆ ที่นำมาใช้ในความตกลง U.S. FTAs ล้วนแล้วแต่มีพื้นฐานมาจากความตกลง GATS ทั้งสิ้น โดยได้มีการกำหนดพันธกรณีเพิ่มเติมมากกว่าความตกลง GATS ดังนั้นจึงอาจเรียกได้ว่าความตกลง U.S. FTAs เป็นความตกลงแบบ GATS Plus ในรูปแบบหนึ่ง

ซึ่งเมื่อทราบถึงความแตกต่างระหว่างความตกลง GATS และ U.S. FTAs แล้ว ประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกในความตกลง GATS และมีแนวโน้มว่าในอนาคตประเทศไทยจะทำความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา จึงต้องพิจารณาถึงพันธกรณีต่างๆ ที่แตกต่างจากความตกลง GATS ที่ประเทศไทยผูกพันไว้อยู่เดิม รวมถึงวิเคราะห์ถึงผลกระทบของไทยต่อการทำความตกลงเขตการค้าเสรีเพื่อเปิดเสรีการค้าบริการโทรคมนาคมกับสหรัฐอเมริกาต่อไป