

บทที่ 5

มาตรการตามกฎหมายไทยที่อาจขัดพันธกรณีตามข้อบทเรื่องบริการ ทางการเงิน

ธนาคารพาณิชย์เป็นธุรกิจเอกชนที่ถูกควบคุมมากในบรรดาธุรกิจต่าง ๆ เนื่องจากการดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์จะส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม จึงเป็นความจำเป็นที่ธนาคารกลางของแต่ละประเทศจะต้องดูแลควบคุมการดำเนินงานเพื่อสร้างความมั่นใจ ความปลอดภัยแก่ผู้ออม ผู้ลงทุน โดยการออกกฎหมายต่าง ๆ เพื่อควบคุมธนาคารพาณิชย์ โดยให้เป็นไปตามมาตรการดังนี้ (ก) เพื่อความปลอดภัยของธนาคาร ผู้ฝากเงินและเสถียรภาพทางการเงินทั้งระบบ (ข) เพื่อประโยชน์ในการควบคุมทางการเงิน (ค) เพื่อป้องกันการผูกขาด (ง) เพื่อให้สินเชื่อกิจการที่เป็นประโยชน์แก่สังคม¹ นอกจากนี้ ยังมีการตรวจสอบดูแลการดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์ให้เป็นไปตามกฎหมาย

และในกระบวนการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจธนาคาร (Licensing) ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

ธนาคารแห่งประเทศไทยเปิดโอกาสให้ธนาคารขออนุญาตประกอบธุรกิจในประเทศไทยเป็นระยะๆตามแนวทางการพัฒนาระบบการเงินปี 2004 (FSMP) โดยบุคคลใดที่ประสงค์จะซื้อหุ้นในธนาคารไทยเกิน 5% ของจำนวนหุ้นทั้งหมดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยคำแนะนำจากธนาคารแห่งประเทศไทย และหนึ่งในคุณสมบัติที่ธนาคารแห่งประเทศไทยใช้พิจารณาในการออกใบอนุญาต คือประวัติและประสบการณ์ของผู้บริหารและผู้จัดการ โดยกฎหมายระบุว่าเมื่อเข้ารับตำแหน่งแล้วกรรมการบริหารนั้นต้องรับผิดชอบต่อการกระทำระหว่างปฏิบัติหน้าที่²

รวมทั้งสาขาธนาคารต่างประเทศต้องยึดถือและปฏิบัติตามข้อกำหนดต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 เช่นเดียวกับธนาคารที่จดทะเบียนในประเทศ

นอกจากนี้ประเทศไทยได้มีการกำหนดกรอบสำคัญในการกำหนดนโยบายในอนาคตตลอดจนเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของสถาบันการเงินไทยในแผนพัฒนาระบบสถาบันการเงิน โดยธนาคารแห่งประเทศไทยได้ประกาศใช้แผนพัฒนาระบบสถาบันการเงิน

¹ ธนบดี สวัสดิ์ศรี, "กฎหมายการธนาคารพาณิชย์", วารสารนิติศาสตร์ (1 มีนาคม 2534): หน้า 41.

² สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, รายงานการเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการเปิดเสรีภาคบริการทางการเงินของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร, 2549), หน้า V.1-41.

ร่วมกับกระทรวงการคลังและคณะรัฐมนตรีรับทราบตั้งแต่เดือนมกราคม 2547 เพื่อเป็นการกำหนดกรอบในการพัฒนาระบบสถาบันการเงินของไทยและกำหนดนโยบายสถาบันการเงิน 5-10 ปี ข้างหน้า และสามารถสรุปสาระสำคัญของแผนพัฒนาระบบสถาบันการเงินได้ดังนี้

ตามแผนพัฒนาระบบสถาบันการเงิน มีรายละเอียดดังนี้³

1.รูปแบบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ กำหนดให้สถาบันการเงินไทยในระยะต่อไปมีเพียง 2 รูปแบบ

1) ธนาคารพาณิชย์(ธพ.)มีเงินกองทุนชั้นที่ 1 ไม่ต่ำกว่า 5,000 ล้านบาท สามารถให้บริการทางการเงินแก่ลูกค้าได้ทุกกลุ่มและทำธุรกรรมทางการเงินได้เกือบทุกประเภท ยกเว้นการออกกรมธรรม์ประกันภัยหรือประกันชีวิต การรับประกันการจำนำ(Underwrite)ตราสารทุน และการเป็นนายหน้าและผู้ค้าตราสารทุน

2) ธนาคารพาณิชย์เพื่อรายย่อย(ธย.)มีเงินกองทุนชั้นที่ 1 ไม่ต่ำกว่า 250 ล้านบาท สามารถให้บริการทางการเงินแก่ลูกค้ากลุ่มวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) และประชาชนรายย่อย โดยสามารถทำธุรกรรมทางการเงินได้เกือบทุกประเภท แต่มีข้อยกเว้นเช่นเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และยกเว้นธุรกิจเกี่ยวกับปัจจัยชำระเงินตราต่างประเทศและธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับตราสารอนุพันธ์

2.ให้สถาบันการเงินต่างประเทศในระยะต่อไปมีเพียง 2 รูปแบบ⁴

1) ธนาคารพาณิชย์ที่เป็นบริษัทลูกของธนาคารต่างประเทศ(Subsidiary) มีทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วไม่ต่ำกว่า 4,000 ล้านบาท ทำธุรกิจได้เหมือนธนาคารพาณิชย์ และสามารถขอเปิดสำนักงานสาขาได้ 1 สาขาในกรุงเทพฯ และปริมณฑล และอีก 3 สาขานอกเขตกรุงเทพฯและปริมณฑล

2) สาขาของธนาคารต่างประเทศ (Full Branch) มีกองทุนไม่ต่ำกว่า 3,000 ล้านบาท สามารถประกอบธุรกิจได้เหมือนธนาคารพาณิชย์จดทะเบียนในประเทศไทย แต่ไม่สามารถมีสำนักงานสาขาได้

3.การปรับปรุงโครงสร้างพื้นฐาน ได้มีการดำเนินการหลายประการเพื่อเพิ่มศักยภาพ และป้องกันปัญหาความอ่อนแอของระบบสถาบันการเงิน

³ธาริษา วัฒนเกส, การเปิดเสรีและเสถียรภาพของระบบธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร:วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2549), หน้า 27.

⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

1) พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ.2551 เป็นกฎหมายที่รองรับการกำกับดูแล และกลไกการแก้ไขปัญหาของระบบสถาบันการเงินให้มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพ โดยขณะนี้ได้ผ่านความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และประกาศราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2551 และมีผลใช้บังคับเมื่อพ้น 180 วันนับแต่วันประกาศราชกิจจานุเบกษา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความแข็งแกร่งให้กับสถาบันการเงิน โดยมีหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของมาตรฐานการเงินโลก ซึ่งจะให้ความสำคัญกับเงินกองทุนต่อสินทรัพย์เสี่ยงมากขึ้น และยังให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจเข้าไปดูแลหากเงินกองทุนต่ำกว่าเกณฑ์แม้ไม่ติดลบก็ตาม นอกจากนี้ยังรองรับการเปิดเสรีในอนาคต และเพื่อเป็นเครื่องมือในการดูแลเสถียรภาพด้านการเงินของประเทศ⁵

2) การกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานสากล เพื่อให้โครงสร้างพื้นฐานของระบบสถาบันการเงินสามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น และมีนโยบายที่มุ่งเน้นส่งเสริมให้สถาบันการเงินมีระบบการบริหารความเสี่ยงที่ดี และสอดคล้องกับแนวทางใหม่ในการกำกับสถาบันการเงินที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกเริ่มนำมาใช้และมีการเปิดเผยข้อมูลที่เพียงพอแก่ผู้เกี่ยวข้อง

4. พระราชบัญญัติสถาบันประกันเงินฝากเป็นพระราชบัญญัติที่ธนาคารแห่งประเทศไทยได้เสนอร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว เพื่อเสริมสร้างความมั่นคงและเสถียรภาพของระบบสถาบันการเงิน ตลอดจนสร้างความชัดเจนในเรื่องการค้ำประกันเงินฝากขึ้น โดยมีหลักการที่สำคัญ คือ การยกเลิกการค้ำประกันแบบเต็มจำนวนของกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงินอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยจะเปลี่ยนการค้ำประกันเงินฝากเป็นแบบจำกัดจำนวน ซึ่งการค้ำประกันในลักษณะนี้จะลดโอกาสที่จะต้องใช้เงินภาษีอากรในการแก้ไขปัญหาสถาบันการเงิน อีกทั้งยังสนับสนุนให้ผู้ฝากเงินต้องประเมินความเสี่ยงของสถาบันการเงินและสนับสนุนให้เกิดวินัยทางการเงินมากขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการผลักดันให้สถาบันการเงินมีการพัฒนาประสิทธิภาพในการดำเนินงานและฐานะทางการเงินให้เข้มแข็ง เพื่อเป็นที่ยอมรับของลูกค้ำ⁶

ดังนั้นหากประเทศไทยเข้าทำข้อตกลงการค้าเสรี จึงควรมีการวิเคราะห์หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ ตามที่ได้วิเคราะห์ดังต่อไปนี้

⁵“บทความข่าวจากสำนักข่าวกรมประชาสัมพันธ์,” www.thaigov.go.th, 28 พฤศจิกายน 2550.

⁶ธาริษา วัฒนเกส, การเปิดเสรีและเสถียรภาพของระบบธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร:วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2549), หน้า 34.

5.1 พันธกรณีที่สามารถระบุมাত্রการไม่สอดคล้องได้

5.1.1 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับหลัก National Treatment

ก) การจัดตั้งสาขาของธนาคารต่างประเทศ

ก. การควบคุมสาขาของธนาคารต่างประเทศนั้น ได้กล่าวไว้ในมาตรา 6

มาตรา 6 “การประกอบการธนาคารพาณิชย์โดยตั้งเป็นสาขาของธนาคารที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศจะกระทำได้อีกต่อไปเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี ในการอนุญาตรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้

สาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบการธนาคารพาณิชย์ ต้องดำรงสินทรัพย์ไว้ในประเทศไทยตามจำนวน ชนิด วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยสินทรัพย์ที่ต้องดำรงตามวรรคสองต้องจัดหาด้วย (1) เงินที่นำเข้ามาจากสำนักงานใหญ่และหรือสาขาอื่นนอกประเทศไทยของธนาคารต่างประเทศนั้น (2) เงินสำรองต่างๆ แต่ไม่รวมถึงเงินสำรองสำหรับการลดค่าของสินทรัพย์และเงินสำรองเพื่อการชำระหนี้ หรือ (3) เงินกำไรสุทธิแต่ละงวดการบัญชีของสาขาอันได้โอนเป็นส่วนของสำนักงานใหญ่แล้ว และไม่ต้องส่งออก ทั้งนี้เมื่อหักผลขาดทุนที่เกิดขึ้นในทุกงวดการบัญชีออกแล้ว

ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าสินทรัพย์ตามวรรคสองเป็นเงินกองทุน”

แต่ในส่วนของธนาคารพาณิชย์ที่จดทะเบียนในประเทศไทยตามที่ระบุไว้ในมาตรา 11 จัตวา เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 ธนาคารดังกล่าวต้องดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องเป็นอัตราส่วนกับยอดเงินฝาก และหรือยอดเงินกู้ยืมทั้งหมดหรือแต่ละประเภทต้องไม่ต่ำกว่าอัตราที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรี โดยอัตราที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง จะต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละห้าและไม่เกินร้อยละห้าสิบของยอดเงินฝากและหรือยอดเงินกู้ยืมทั้งหมดหรือแต่ละประเภท แล้วแต่กรณีการกำหนดให้ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องตามวรรคหนึ่ง ธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนดให้ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องแต่เพียงบางประเภทหรือทุกประเภทก็ได้ และจะกำหนดอัตราส่วนของแต่ละประเภทในอัตราใดก็ได้ และตามมาตรา 11 จัตวา กำหนดให้สินทรัพย์สภาพคล่องได้แก่ (1) เงินสด (2) เงินฝากที่ธนาคารแห่งประเทศไทย (3) เงินฝากสุทธิที่ธนาคารพาณิชย์อื่น (4) หลักทรัพย์รัฐบาลไทยที่ปราศจากภาระผูกพัน (5) หุ่นกู้หรือพันธบัตรที่กระทรวงการคลังค้ำประกันต้นเงิน

และดอกเบี้ยและปราศจากภาระผูกพัน (6) สิ้นทรัพย์อื่นที่ธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนดด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรี

ข. ห้ามสาขาที่ดำเนินธุรกิจในประเทศไทยเปิดสาขาขึ้นอีก เว้นแต่สาขาของธนาคารต่างประเทศนั้นได้เปิดสาขาดำเนินการอยู่แล้ว ก่อนพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 จะมีผลใช้บังคับก็ให้ดำเนินการต่อไปได้

ค. ตามมาตรา 16 วรรคสาม พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พ.ศ.2528 กำหนดให้สาขาของธนาคารต่างประเทศจะต้องประกาศงบดุลและบัญชีกำไร ขาดทุนของธนาคารสำนักงานใหญ่ที่ธนาคารพาณิชย์นั้นเป็นสาขาภายในระยะเวลา 4 เดือน นับแต่วันสิ้นปีธุรกิจของธนาคารต่างประเทศนั้น เว้นแต่จะมีเหตุขัดข้องอันสมควร และต้องนำประกาศนั้นปิดไว้ในที่เปิดเผย ณ สำนักงาน และธนาคารพาณิชย์ที่จดทะเบียนในประเทศไทยต้องดำเนินการ ประกาศงบดุลและบัญชีกำไรขาดทุนที่ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่แล้วภายในสี่เดือนนับแต่วันสิ้นปีบัญชี ตามแบบที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด ตามมาตรา 16 พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 พ.ศ.2528

ข) การจำกัดสัญชาติผู้ถือหุ้นในธนาคารพาณิชย์

พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 5 เบญจ ตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 “ธนาคารพาณิชย์ต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด” จากบทกฎหมายดังกล่าวเป็นการกำหนดสัญชาติผู้ถือหุ้นในธนาคารพาณิชย์ ว่าต้องมีจำนวนหุ้นซึ่งบุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่เป็นจำนวนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมด ดังนั้น หากมีการถือหุ้นไม่ครบตามที่กำหนดไว้จะเป็นการขัดต่อบทกฎหมาย และเป็นการกำหนดแตกต่างกันระหว่างผู้ถือหุ้นที่เป็นชาวต่างชาติกับผู้ถือหุ้นที่เป็นคนสัญชาติไทย

5.1.2 หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับหลัก Market Access

ก) การเปิดสาขา

การเปิดสาขาธนาคารพาณิชย์ก่อนปี พ.ศ.2505 เป็นไปได้อย่างอิสระ และปรากฏว่าธนาคารพาณิชย์หลายธนาคารได้เปิดสาขามากเกินกำลังความสามารถของธนาคารพาณิชย์ อันเป็นผลก่อให้เกิดความเสียหายแก่การดำเนินธุรกิจของธนาคารพาณิชย์เป็นอันมาก เนื่องจากมีการควบคุมและบริหารงานไม่ทั่วถึง ทางการจึงเห็นควรวางกฎเกณฑ์ที่แน่ชัดตั้งแต่ปี พ.ศ.2505 เป็นต้นมา⁷

ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ธนาคารพาณิชย์อาจเปิดสาขาได้ แต่จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ทั้งนี้ ธนาคารแห่งประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้เปิดสาขา ตามประกาศกระทรวงการคลัง ที่ได้ออกตามความในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ฉบับลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2505 เพื่อควบคุมธนาคารพาณิชย์ที่อาจไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะเปิดสาขาและบริหารงานได้อย่างทั่วถึงและไม่สามารถเปิดสาขาได้ ตามกฎเกณฑ์ที่ระบุไว้อย่างแน่ชัดในกฎหมายดังนี้

มาตรา 7 “ธนาคารพาณิชย์นอกจากสาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์อาจเปิดสาขาได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี คำขออนุญาตต้องมีรายการตามที่รัฐมนตรีกำหนดในการนี้รัฐมนตรีจะอนุญาตโดยมีเงื่อนไขก็ได้”

มาตรา 7 ทวิ “ผู้ใดจะกระทำการแทนธนาคารต่างประเทศโดยมีสำนักงานติดต่อกับบุคคลทั่วไปในราชอาณาจักร หรือธนาคารพาณิชย์ใดนอกจากสาขาของธนาคารต่างประเทศ จะตั้งสำนักงานเพื่อกระทำการแทนธนาคารพาณิชย์ไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย ในการอนุญาตธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้”

ตามปกติเมื่อทางการได้รับคำขออนุญาตเปิดสาขาจากธนาคารพาณิชย์ ทางกรต้องทำการศึกษาพิจารณาความเหมาะสมในทุกปัจจัยที่เกี่ยวข้องอยู่แล้ว ซึ่งในเรื่องการจำกัดการเปิดสาขานั้นขึ้นอยู่กับความต้องการทางเศรษฐกิจว่า ต้องการให้มีสาขาธนาคารขึ้นมาอำนวยความสะดวกเพิ่มเติมหรือไม่ อันเป็นเรื่องของดุลยพินิจที่คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ (A Public

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

Interest Criterion) และดังที่กล่าวข้างต้นแล้วว่า การจำกัดการเปิดสาขานั้น เป็นผลเนื่องจากเกรงว่าจะมีธนาคารมากเกินไป (Overbanking) ซึ่งอาจทำให้เกิดการแข่งขันอย่างรุนแรง จึงต้องมีมาตรการเพื่อจำกัดการแข่งขันและให้ความคุ้มครองแก่ธนาคารที่มีอยู่ ตลอดจนผลกำไรของธนาคารดังกล่าว หากแต่ความคิดนี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากความคิดที่ว่าผลของการควบคุมการเปิดสาขานั้น อาจส่งผลเป็นการป้องกันไม่ให้ธนาคารใหม่ ซึ่งอาจมีประสิทธิภาพดีกว่า เข้าแข่งขันกับธนาคารที่มีอยู่แต่ด้วยประสิทธิภาพ อันอาจทำให้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการสร้างระบบธนาคารที่ปลอดภัยและมั่นคงได้

ข) การจำกัดจำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ให้กู้ยืมแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง

ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เลขที่ ฝนส.(21)ว.71/2549 เรื่องการกำหนดอัตราส่วนจำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อ ลงทุนและก่อภาระผูกพัน เพื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด กับกองทุน ออกตามความในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ประกาศฉบับดังกล่าว ได้ออกตามความในมาตรา 13 และมาตรา 13 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 เมษายน 2549 โดยมีการกำหนดดังนี้

“ 1.เหตุผลในการออกประกาศเพื่อกำหนดแนวทางการกำกับให้ธนาคารพาณิชย์มีการให้สินเชื่อ ลงทุน หรือก่อภาระผูกพันแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดด้วยความระมัดกุม มีระบบการประเมินบริหารและควบคุมความเสี่ยงที่เกิดจากรูกรมดังกล่าวที่มีประสิทธิภาพ และปรับปรุงแนวทางการกำกับดูแลการคำนวณภาระผูกพันสำหรับการทำสัญญาอนุพันธ์ทางการเงินให้รองรับพัฒนาการในตลาดการเงิน.....

.....4.3 จำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อ ลงทุน หรือก่อภาระผูกพันเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน เมื่อสิ้นวันหนึ่งๆต้องไม่เกินร้อยละ 25 ของกองทุนชั้นที่ 1 ของธนาคารพาณิชย์หักด้วยจำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ทำธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายสินเชื่อ.....”

ตามประกาศฉบับดังกล่าวเป็นการกำหนดจำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อ ลงทุน หรือก่อภาระผูกพันเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน เมื่อสิ้นวันหนึ่งๆต้องไม่เกินร้อยละ 25 ของกองทุนชั้นที่ 1 ของธนาคารพาณิชย์ตามเงื่อนไขในประกาศฉบับดังกล่าว ซึ่งเป็นมาตรการที่บังคับใช้เพื่อความจำเป็นต่อเสถียรภาพของระบบการเงินในธุรกิจธนาคารพาณิชย์ และการใช้บังคับมาตรการดังกล่าวเป็นไปในลักษณะที่มีเหตุผล

ค) การเป็นกรรมการในบริษัทลูกหนี้ของกรรมการและผู้บริหารระดับสูง

ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องการเป็นกรรมการในบริษัทลูกหนี้ของกรรมการและผู้บริหารระดับสูง ธพ. เลขที่ ธพท.ง.(ว) 3186/2542 ใช้บังคับกับธนาคารพาณิชย์จดทะเบียนในประเทศ และธนาคารพาณิชย์ที่จดทะเบียนในต่างประเทศ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กันยายน 2542 เป็นต้นไป มีวัตถุประสงค์ในการให้สินเชื่อของธนาคารพาณิชย์บางกรณีแก่บริษัทจำกัดที่มีกรรมการหรือผู้บริหารระดับสูงตั้งแต่ตำแหน่งผู้ช่วยกรรมการผู้จัดการใหญ่ของธนาคารพาณิชย์นั้นเป็นกรรมการอยู่ด้วย เนื่องจากบางครั้งอาจถูกมองว่าการเอื้ออำนวยผลประโยชน์แก่กัน ซึ่งอาจเป็นผลให้คุณภาพของลูกหนี้โดยทั่วไปรวมทั้งกลุ่มนี้จำนวนหนึ่งไม่เป็นไปตามมาตรฐาน และก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบสถาบันการเงิน เนื่องจากจะไม่ได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน ดังนั้น การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวจึงมีเหตุผลจำเป็นเพื่อให้การให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้เป็นไปอย่างมีมาตรฐานและไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบสถาบันการเงิน

โดยสาระสำคัญของประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยข้างต้นกำหนดเพื่อให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติเกี่ยวกับการให้สินเชื่อและการถือหุ้นในบริษัทลูกหนี้ที่มีกรรมการหรือผู้บริหารระดับสูงธนาคารพาณิชย์นั้นเป็นกรรมการอยู่ด้วย สรุปได้ดังนี้

1) ให้สินเชื่อได้ไม่เกินร้อยละ 50 ของส่วนของผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดนั้น หรือร้อยละ 25 ของยอดหนี้สินรวมของบริษัทจำกัดนั้น หรือร้อยละ 5 ของเงินกองทุนชั้นที่ 1 ของธนาคารพาณิชย์นั้น แล้วแต่จำนวนใดจะต่ำกว่า

2) กรรมการหรือผู้บริหารระดับสูงของธนาคารพาณิชย์ที่เป็นกรรมการในบริษัทจำกัดจะถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวได้ไม่เกินร้อยละ 1.0 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดของบริษัทจำกัดนั้น

3) กรรมการหรือผู้บริหารระดับสูงของธนาคารพาณิชย์ควรอุทิศความรู้ความสามารถ และเวลาให้แก่ธนาคารพาณิชย์อย่างเต็มที่ ไม่ควรเป็นกรรมการในบริษัทจำกัดอื่นเกิน 3 แห่ง รวมทั้งไม่ควรเป็นกรรมการที่มีอำนาจโดยเฉพาะในตำแหน่งกรรมการผู้จัดการใหญ่

โดยประกาศฉบับดังกล่าวได้กำหนดรวมถึงการเป็นกรรมการหรือผู้บริหารระดับสูงตั้งแต่ตำแหน่งผู้ช่วยกรรมการผู้จัดการใหญ่ของธนาคารพาณิชย์ว่าไม่ควรเป็นกรรมการในบริษัทจำกัดอื่นเกิน 3 แห่ง และการเป็นกรรมการที่มีอำนาจบริหารงานระดับสูงในบริษัทลูกหนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในตำแหน่งกรรมการผู้จัดการใหญ่ ดังนั้น เพื่อให้การประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์และบริษัทลูกหนี้ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวเป็นไปโดยเหมาะสม

และกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ทุกธนาคารระงับการให้สินเชื่อแก่บริษัทจำกัดที่มี กรรมการร่วมกับธนาคารพาณิชย์นั้นรวมทั้งให้ทยอยลดยอดคงค้างสินเชื่อลงจนมียอดคงค้างไม่เกินอัตราที่กำหนดใน (1) หรือดำเนินการให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดถอนกรรมการร่วมนั้นจากการเป็นกรรมการบริษัทจำกัด หากบริษัทดังกล่าวมีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ประกาศดังกล่าวในหัวข้อต่อไปภายหลังจากประเทศไทยเข้าทำข้อตกลงการค้าเสรี

5.1.3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับหลัก Senior Management and Board of Directors

นอกจากนี้ภายใต้ มาตรา 5 เบญจ ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 แก้ไขโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 เรื่องการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นเนื่องจากความจำเป็นของเศรษฐกิจภายในประเทศ ดังนี้

มาตรา 5 เบญจ “ธนาคารพาณิชย์.....ต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินการของธนาคารพาณิชย์ใด รัฐมนตรีด้วยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นได้ ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้”

ข้อกำหนดนี้ทำให้ชาวต่างชาติไม่ว่าอยู่ในรูปของบุคคลหรือนิติบุคคลไม่มีโอกาสที่จะทุ่มเงินซื้อหุ้นในธนาคารพาณิชย์ไทยในตลาดหลักทรัพย์จนได้ control interest เกินร้อยละ 25 และนับว่าพระราชบัญญัตินี้ได้คุ้มครองการควบกิจการ (take over) ของธนาคารพาณิชย์ไทยโดยคนต่างด้าว ในแง่การจำกัดสัดส่วนการถือครองหุ้นของบุคคลต่างด้าวในธนาคารพาณิชย์ไทย

นอกจากนี้ การจำกัดสัดส่วนจำนวนหุ้นที่คนต่างชาติเป็นผู้ถือหุ้นมีข้อยืดหยุ่นได้ในบางกรณีที่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจเมื่อปี พ.ศ. 2540 ที่ผ่านมาโดยผ่านการอนุมัติของรัฐมนตรี

5.1.4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับหลัก Cross-Border Trade

หลักการค้าบริการทางการเงินข้ามพรมแดน (Cross-border trade) โดยประเทศคู่สัญญาจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่อผู้ให้บริการด้านการเงินข้ามพรมแดน และไม่กีดกันการ

บริโศคด้านการเงินข้ามพรมแดนจากประเทศคู่ภาคีสำหรับบริการที่มีการกำหนดในภาคผนวกตามแนวทาง Positive List ซึ่งหมายความว่าจะต้องมีการยกเลิกการควบคุมการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศทุกประเภท โดยทางการสามารถกำหนดให้มีการจดทะเบียนผู้ให้บริการและธุรกรรมทางการเงิน financial products เพื่อการกำกับดูแล^๘ และประเทศไทยได้มีการกำหนดในมาตรา 4 พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485 โดยให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจำกัดหรือห้ามการส่งออกหรือเคลื่อนย้ายทุน จึงเป็นบทบัญญัติที่มีการควบคุมและจำกัดการโอนเงินของสถาบันการเงิน^๙ ซึ่งเป็นการขัดแย้งกับหลักการในเรื่องการค้าบริการทางการเงินข้ามพรมแดน

5.2 วิเคราะห์มาตรการของกฎหมายไทยภายใต้หลัก NT,MA,CBT และ SM/BOD

5.2.1 วิเคราะห์ข้อตกลงการค้าเสรีแบบ Positive-List กับมาตรการของกฎหมายไทย

ลักษณะการทำข้อตกลงการค้าเสรีทวิภาคีแบบ Positive-List คือการเลือกรายการสินค้าและบริการที่ต้องการเปิดเสรีไว้ ส่วนรายการที่ไม่ได้เลือกไว้จะไม่มีเปิดเสรี และสามารถกำหนดระยะเวลาข้อผูกพันในการเปิดเสรี และสาขาหรือกิจกรรมที่จะอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติให้บริการได้ ส่วนสาขาอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้ถือว่าไม่ผูกพันหรือมีพันธกรณีที่เปิดเสรีต่อประเทศคู่สัญญา นอกจากนี้ แนวทางนี้ยังให้ความยืดหยุ่นในการเปิดเสรี โดยประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดเปิดเสรีเพียงบางสาขา หรือบางกิจกรรม ทำให้การขยายการเปิดตลาดเป็นไปอย่างค่อยเป็นค่อยไปตามระดับหรือสภาพการพัฒนา

ประเด็นซึ่งจะช่วยให้เข้าใจแนวทางการเปิดเสรีในแบบ Positive-List คือข้อผูกพันของประเทศไทยในด้านการเปิดเสรีทางการเงินภายใต้ WTO ซึ่งอยู่ภายใต้กรอบของ General Agreement on Trade in Services (GATS) โดย GATS มีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 2 ส่วน คือกฎระเบียบต่างๆ (Rules) ซึ่งประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม ทั้ง Articles of the Agreement ซึ่งเป็นมาตราหลัก และ Annexes สำหรับแต่ละสาขาบริการ และตารางข้อผูกพัน

^๘ธาริษา วัฒนเกส, การเปิดเสรีและเสถียรภาพของระบบธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร:วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2549), หน้า 61.

^๙สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, รายงานการเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการเปิดเสรีภาคบริการทางการเงินของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร, 2549), หน้า III-4.

เฉพาะ (Schedules of Specific Commitments) ซึ่งประเทศสมาชิกต้องจัดขึ้น เพื่อแสดงว่าจะสามารถเปิดตลาดการค้าบริการของตนได้มากน้อยเพียงใดในแต่ละสาขาบริการ

GATS จำแนกรูปแบบในการให้บริการ (Modes of Supply) ในแต่ละสาขาออกเป็น 4 รูปแบบ กล่าวคือ

1. Mode1 : Cross-border Supply เป็นการขายบริการจากดินแดนของประเทศหนึ่งเข้าไปยังดินแดนของอีกประเทศหนึ่ง โดยที่ผู้ให้บริการและผู้ซื้อบริการต่างก็อยู่ในประเทศของตน ซึ่งไม่ใช่ประเทศเดียวกัน เช่น ผ่านทางโทรศัพท์ หรือ Internet

2. Mode2 : Consumption Aboard เป็นการขายบริการในดินแดนของประเทศหนึ่ง ให้แก่ผู้ซื้อบริการของประเทศอื่น โดยที่ผู้ซื้อบริการเป็นผู้เดินทางเข้าไปใช้บริการในดินแดนของประเทศของผู้ให้บริการ

3. Mode 3 : Commercial Presence เป็นการขายบริการโดยผู้ให้บริการของประเทศหนึ่งเข้าไปจัดตั้งกิจการเพื่อให้บริการ(ผ่านสถานประกอบการ)ในดินแดนของประเทศอื่น

4. Mode 4 : Presence of Natural Persons เป็นการขายบริการโดยบุคคลธรรมดาของประเทศหนึ่ง เข้าไปให้บริการในดินแดนของประเทศอื่น

การจัดทำข้อตกลงการเปิดเสรีในเวทีต่าง ๆ มีลักษณะข้อตกลงในเวทีระดับทวิภาคี การเปิดเสรีภาคการธนาคารภายใต้ข้อตกลงในเวทีระดับทวิภาคีสามารถจัดทำได้ในรูปแบบ Positive List หรือ Negative List ก็ได้ การทำข้อตกลงในระดับทวิภาคีแบบ Positive List มักจะอ้างอิงกฎเกณฑ์กติกาของ GATS แต่ปรับเพิ่มข้อผูกพันให้มีการเปิดเสรีมากกว่า GATS หรือเรียกว่า GATS Plus

ก) หลัก National Treatment (หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ) ในข้อตกลงการค้า GATS

วัตถุประสงค์ของมาตรา 17 ใน GATS คือการปฏิบัติต่อผู้ประกอบการธุรกิจบริการในสาขานั้นๆอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการจากประเทศสมาชิกใดก็ตาม¹⁰ และเพื่อวัตถุประสงค์ในการเพิ่มการเปิดเสรี ข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติได้กำหนดให้สมาชิกแต่ละประเทศจะต้องปฏิบัติกับผู้ประกอบการธุรกิจบริการจากประเทศสมาชิกอื่นในสาขาที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยได้รับการสนับสนุนไม่น้อยกว่าผู้ประกอบการของ

¹⁰ พรเทพ เบญญาอภิกุล . GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ โครงการ WTO Watch (ฉบับกระแสการการค้าโลก)(กรุงเทพมหานคร:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2548), หน้า 51.

ประเทศนั้นๆได้รับ ตามมาตรา 17 และมาตรา 3 ใน GATS อย่างไรก็ดี ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการที่เลือกปฏิบัติได้ ถ้ามาตรการที่เลือกปฏิบัตินั้นถูกระบุไว้ในข้อผูกพันเฉพาะ

สมาชิกแต่ละประเทศจะต้องทำตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยระบุสาขาที่จะเปิดเสรีพร้อมทั้งระบุเงื่อนไขมาตรการเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยประเทศสมาชิกอาจจะวางเงื่อนไขที่แตกต่างกันสำหรับลักษณะรูปแบบการให้บริการต่างๆในสาขาบริการเดียวกัน

ข) หลัก Market Access ในข้อตกลงการค้า GATS

หลักการเข้าสู่ตลาดจะปรากฏอยู่ในหมวด 3 เกี่ยวกับข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments) ในมาตรา 16 ใน GATS ซึ่งจะต้องดูประกอบกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของ GATS และการกำหนดขอบเขต คำนิยามเรื่องการค้าบริการ และรูปแบบการให้บริการ ซึ่งกำหนดไว้ 4 รูปแบบ ดังนั้น สาขาบริการใดจะมี Mode of Supply เป็นอย่างไรก็สามารถระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ รวมถึงกำหนดข้อจำกัดและเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดได้

และในมาตรา 16 ข้อ 2 ได้ระบุถึงมาตรการป้องกันการเข้าถึงตลาดที่ประเทศสมาชิกไม่สามารถที่จะบังคับใช้ได้ถ้าไม่ได้ระบุไว้ล่วงหน้าในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ซึ่งมีด้วยกันทั้งสิ้น 6 มาตรการ ดังต่อไปนี้¹¹

1. จำกัดจำนวนผู้ให้บริการโดยการให้โควตา อำนาจผูกขาด ผู้แทนจำหน่าย หรือมาตรการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ (Economics needs test) ยกตัวอย่างเช่นการจำกัดโควตาสำหรับผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ในต่างประเทศ หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับสัญชาติของผู้ให้บริการ ซึ่งมองอีกแง่หนึ่งถือว่าเป็น โควตาที่เป็นศูนย์ (Zero quota)¹²

2. การจำกัดมูลค่ารวมหรือทรัพย์สินรวมของธุรกรรมการค้าบริการในรูปของการกำหนดจำนวนโควตา (numerical quotas) หรือการจำกัดโดยอ้างถึงความต้องการจำเป็นในเศรษฐกิจเป็นหลัก

3. การจำกัดจำนวนธุรกรรมของการให้บริการ (number of service operations) หรือจำนวนรวมของปริมาณของบริการ (quantity of service output) ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดในรูปหน่วยการวัดหรือปริมาณโควตา หรือการจำกัดโดยอ้างถึงความต้องการจำเป็นในเศรษฐกิจเป็นหลัก

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

4. การจำกัดจำนวนผู้ประกอบการที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งบุคคลดังกล่าวอาจถูกว่าจ้างในสาขาบริการใด หรืออาจถูกว่าจ้างโดยผู้ให้บริการ หรือเป็นบุคคลที่มีความสำคัญในการประกอบการค้าบริการสาขาใดสาขาหนึ่งเฉพาะเจาะจง ไม่ว่าจะจำกัดในรูปแบบโควต้า หรือจำกัดโดยอ้างถึงความต้องการจำเป็นในเศรษฐกิจเป็นหลัก

5. การออกมาตรการจำกัดรูปแบบ หรือกำหนดประเภทเฉพาะของผู้ให้บริการที่มีความสามารถทางกฎหมาย (legal entity) หรือบริษัทร่วมลงทุน (joint venture) เพื่อให้บริการผ่านทางผู้ให้บริการดังกล่าวเพียงทางใดทางหนึ่ง

6. การจำกัดส่วนการมีส่วนร่วมในการลงทุนโดยชาวต่างชาติ ในรูปแบบของการจำกัดอัตราส่วนสูงสุดของการถือหุ้นของคนต่างด้าวหรือจำกัดมูลค่าการลงทุนจากต่างประเทศของแต่ละบุคคล หรือโดยการร่วมทุน

นอกจากข้อกำหนดใน GATS ดังได้กล่าวมาแล้ว การบริการทางการเงินยังมีการตกลงกันโดยทำเป็นบันทึกความเข้าใจ (Understanding On Commitments In Financial Services) เกี่ยวกับข้อผูกพันในบริการด้านการเงิน ซึ่งมีเงื่อนไขต่าง ๆ กำหนดเป็นแนวทางให้ประเทศภาคีปฏิบัติตามเพิ่มเติมนอกเหนือจากข้อกำหนดที่ปรากฏในกรอบข้อตกลงฯ และใช้บังคับแก่ประเทศที่พัฒนาแล้วเท่านั้น เนื่องจากประเทศที่ไม่มีความพร้อมเพียงพอที่จะแข่งขันกับประเทศที่มีเทคโนโลยีและความรู้ทางวิชาการที่ก้าวไกลกว่า จึงได้ขอสงวนที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีทั่วไปโดยจัดทำเป็นภาคผนวกว่าด้วยบริการทางการเงินขึ้น

ส่วนภาคผนวกเกี่ยวกับการให้บริการทางการเงิน (Annex on Financial Services) กล่าวถึงสิทธิของประเทศสมาชิกในการใช้มาตรการเพื่อสร้างความมั่นใจ (Prudential measure) เพื่อปกป้องนักลงทุน ผู้ฝากเงินและผู้ที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งเพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียว และเสถียรภาพของระบบการเงิน (Prudential measure)¹³

ภาคผนวกรายสาขาซึ่งเป็นภาคผนวกแนบท้ายเพื่อขยายหรือประกอบข้อกำหนดหลัก สำหรับสาขาบริการแต่ละสาขา (Sectoral Annex) ทั้งนี้ เนื่องจากสาขาบริการบางสาขาจะมีลักษณะเฉพาะของบริการ ทำให้การค้าบริการดังกล่าวไม่สามารถปฏิบัติตามหลักการของ GATS ได้ในบางกรณี ดังนั้นเพื่อให้ GATS มีความยืดหยุ่นและบรรลุวัตถุประสงค์ จึงจำเป็นต้องมีการประยุกต์หลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดปลีกย่อยดังกล่าวโดยกำหนดเป็นภาคผนวกไว้ใน GATS¹⁴

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

¹⁴ จิตติมา ดุริยะประพันธ์และจันทวรรณ สุจริตกุล, การเจรจาว่าด้วยการค้าบริการในรอบอุรุกวัย, (หน่วยพัฒนาระบบการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย), หน้า 31.

และเพื่อให้เข้าใจถึงตารางข้อมูลพันธเฉพาะอย่างถ่องแท้ ปรากฏตามรายละเอียด ตารางข้อมูลพันธเฉพาะด้านการค้าบริการทางการเงินของไทยจะได้แสดงเป็นตัวอย่างต่อไป¹⁵

¹⁵ กัลยา พรเพิ่มพูน, "ผลกระทบของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ(GATS)ในการเจรจา รอบอุรุกวัยที่เกี่ยวกับธุรกิจธนาคารพาณิชย์แห่งประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2541), หน้า 112.

Mode of Supply : 1) Cross-border supply

2) Consumption abroad

3) Commercial Presence

4) Presence of natural persons

สาขา / สาขาย่อย	ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคน ในชาติ
การบริการในส่วนของความเป็นตัวกลางทางการเงิน (Service avaiiliary to financial intermediation)		
บริการบัตรเครดิต (ห้ามระดมทุนจาก สาธารณชน เว้นเสียแต่ จะได้รับอนุญาตตาม กฎหมายการเงิน)	1) ไม่มี 2) ไม่มี 3) ก) ตามที่ระบุไว้ในข้อสงวน ที่ใช้บังคับกับทุกสาขา บริการ (Horizontal Section) ข) สถาบันการเงินต้องได้รับ อนุมัติจากธนาคารแห่ง ประเทศไทยก่อน	1) ไม่มี 2) ไม่มี 3) ไม่มีข้อจำกัด ครอบงำที่การถือ หุ้นของชาวต่างชาติไม่เกิน 49%
บริการที่ปรึกษา ทางการเงิน	4) ตามที่ระบุไว้ในข้อสงวนที่ใช้ บังคับกับทุกสาขาบริการ (Horizontal Section) 1) ไม่ผูกพัน 2) ไม่มี 3) ไม่มี นอกเหนือจากที่ได้ระบุ ไว้ในข้อสงวนที่ใช้บังคับกับ ทุกสาขาบริการ (Horizontal Section) 4) ตามที่ระบุไว้ในข้อสงวนที่ใช้ บังคับกับทุกสาขาบริการ (Horizontal Section)	4) ไม่มี 1) ไม่มี 2) ไม่มี 3) ไม่มีข้อจำกัดครอบงำที่การถือ หุ้น ของชาวต่างชาติไม่เกิน 49% 4) ไม่มี

สาขา / สาขาย่อย	ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคน ในชาติ
การธนาคารและบริการการเงินอื่น ๆ (นอกเหนือจากการประกันภัย)		
การรับฝากเงินและเงินที่ กู้ยืมจากสาธารณชน ให้กู้ยืมทุกประเภท รวมทั้งการให้เครดิต	1) ไม่มี สำหรับบริการที่ปรึกษา ทางการเงินและการรวบรวม ข้อมูลทางการเงินไม่ผูกพัน สำหรับบริการอื่น ๆ ทั้งหมด	1) ไม่มี
แก่ลูกค้า การให้จำนอง แฟคเตอริง การให้เช่าทรัพย์สินแบบ ลิสซิ่งทางการเงิน (Financial Leasing)	2) ไม่มีสำหรับบริการที่ปรึกษา ทางการเงินและการรวบรวม ข้อมูลทางการเงินไม่ผูกพัน สำหรับบริการอื่น ๆ ทั้งหมด	2) ไม่มี
บริการการชำระเงินและ การโอนเงินรวมทั้งการให้ เครดิต การคิดค่าบริการ บัตรเครดิต เช็คเดินทาง และ ดราฟท์ธนาคาร การค้าประกันและภาวะ ผูกพัน การค้าในบัญชีของ ตนเอง หรือบัญชีของ ลูกค้าเกี่ยวกับ ก.ตราสารตลาดการเงิน ข.การแลกเปลี่ยน เงินตราต่างประเทศ	3) ก) <u>สำนักงานตัวแทนของ ธนาคาร</u> ไม่มี ข) <u>สาขาของธนาคาร ต่างประเทศ</u> 1. <u>ผูกพันเฉพาะสาขาที่ มีอยู่แล้วในประเทศ ภายใต้โครงสร้างผู้ ถือหุ้นปัจจุบัน และ ไม่ผูกพันให้ธนาคาร ต่างประเทศใหม่เข้า มาเปิดสาขาใน ประเทศไทย</u>	3) ก) <u>สำนักงานตัวแทนของ ธนาคาร</u> ไม่มี ข) <u>สาขาของธนาคารต่างประเทศ</u> ไม่มีสำหรับสาขาธนาคารต่าง ประเทศที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย และไม่ผูกพันให้ธนาคาร ต่างประเทศเข้ามาเปิดสาขาใน ประเทศไทย

สาขา / สาขาย่อย	ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติ
<p>ค. ตราสารเกี่ยวกับอัตราแลกเปลี่ยนและอัตราดอกเบี้ย</p> <p>ง. หลักทรัพย์ที่เปลี่ยนมือได้</p> <p>การออกหลักทรัพย์ทุกประเภท รวมทั้งการรับประกัน และจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ในฐานะตัวแทน (ไม่ว่าจะเป็นในรูปมหาชนหรือเอกชน) และการเสนอบริการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าว</p> <p>การจัดการสินทรัพย์ดังนี้</p> <ul style="list-style-type: none"> - การจัดการเงินสด หรือเงินลงทุน - การจัดการการลงทุน - บริการรับฝากเงินและจัดการสินทรัพย์เพื่อบุคคลอื่น <p>การให้คำแนะนำการเป็นตัวกลางและบริการสนับสนุนทางการเงินอื่น ๆ</p>	<p>2. ธุรกิจ ATM จะได้รับอนุมัติภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้</p> <p>(1) เข้าร่วมกับ ATM POOLS ของธนาคารไทย หรือ</p> <p>(2) อนุญาตให้มี ATM ในสถานที่ทำการของสาขาธนาคารต่าง ประเทศ นั้นเอง หรือ เข้าร่วมกับ ATM ของธนาคารพาณิชย์ไทย</p> <p>(3) จุดบริการจะได้รับอนุมัติตาม แต่ละสาขาของธนาคารต่าง ประเทศ ส่วนสาขาอื่น สาขา ย อ ย สำนักงานหรือจุดบริการจะไม่ได้รับอนุมัติให้ดำเนินการได้</p>	

สาขา / สาขาย่อย	ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติ
<p>การจัดหาและการให้บริการข่าวสารทางการเงิน และการประมวลข้อมูลทางการเงิน และซอฟต์แวร์ที่เกี่ยวข้องของผู้ให้บริการทางการเงินอื่น ๆ</p>	<p>ค) ธนาคารพาณิชย์ไทย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) การเข้าสู่ตลาดจำกัดในเรื่องการมีส่วนร่วมในหุ้นของธนาคารพาณิชย์ไทยที่มีอยู่แล้วเท่านั้น ไม่ผูกพันสำหรับใบอนุญาตใหม่ 2) กำหนดให้ต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว และหุ้นที่ถือโดยบุคคลหรือนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องเมื่อรวมกันแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 5 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว 3) ต้องมีบุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นกรรมการไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของกรรมการทั้งหมด <p>ง) <u>กิจการวิเทศธนกิจ</u> (ปัจจุบันวิเทศธนกิจได้มีการปิดตัวลงหมดแล้ว)</p>	<p>ค) ธนาคารพาณิชย์ไทย</p> <p>ไม่จำกัดเรื่องการถือหุ้นของชาวต่างชาติ 25% ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว</p> <p>ง) <u>กิจการวิเทศธนกิจ</u></p> <p>ไม่มีสำหรับหน่วยงานที่ประกอบธุรกิจวิเทศธนกิจที่มีอยู่ในประเทศไทย</p> <p>ไม่ผูกพันสำหรับใบอนุญาตใหม่</p>

สาขา / สาขาย่อย	ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด	ข้อจำกัดในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคน ในชาติ
	<p>1) ไม่ผูกพันในการให้ใบอนุญาตใหม่ นอกเหนือไปจาก 20 ธนาคารต่างประเทศที่ได้ใบอนุญาตประกอบกิจการวิเทศธนกิจโดยไม่มีสถานประกอบการในประเทศไทย แล้วในเดือนมีนาคม 2536</p> <p>2) ธนาคารที่ประกอบธุรกิจวิเทศธนกิจจะได้รับอนุมัติให้จัดตั้งสาขาย่อยนอกเขตกรุงเทพฯ ไม่เกินปี 2537 ภายใต้ข้อกำหนดเงื่อนไขที่จะได้ประกาศต่อไป</p> <p>3) ธนาคารที่ประกอบธุรกิจวิเทศธนกิจไม่เกิน 5 แห่ง ในข้อ 2 จะได้รับอนุมัติให้ดำเนินธุรกิจ ในลักษณะเป็นสาขาเต็มรูปแบบไม่เกินปี 2540 ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขที่จะได้ประกาศต่อไป</p>	

หมายเหตุ: คำว่า "ไม่มีข้อจำกัด" คือ การเปิดเสรีเต็มที่
 คำว่า "มีข้อจำกัด" คือ การเปิดเสรีแบบมีข้อจำกัด
 คำว่า "ไม่ผูกพัน" คือ ไม่มีการเปิดเสรี

ค) วิเคราะห์การระบุข้อผูกพันในข้อตกลง GATS

การระบุรายละเอียดข้อผูกพันที่ไม่ต้องเป็นไปตามหลักการของข้อตกลงเปิดเสรี และการระบุรายละเอียดในตารางข้อผูกพัน (Schedule of Specific Commitments) ซึ่งกำหนดกรอบระยะเวลาการเปิดเสรีในประเด็นต่างๆ เพื่อแสดงว่าจะสามารถเปิดตลาดการค้าบริการได้มากน้อยเพียงใด และตามแนวทางการทำข้อตกลงแบบ Positive List จะยกตัวอย่างแนวทางการทำข้อตกลง GATS ซึ่งในตารางข้อผูกพันเฉพาะมีการระบุว่าประเทศคู่สัญญาจะมีการเปิดเสรีในสาขาบริการใดบ้างในตารางข้อผูกพันแต่ละสาขาบริการ ในที่นี้จะกล่าวถึงข้อผูกพันในสาขาบริการ Banking Services เช่นตัวอย่างข้อผูกพันเฉพาะใน GATS ดังต่อไปนี้

1. ข้อผูกพันในสาขาบริการ Banking Services ภายใต้ Mode 1 และ Mode 2

ประเทศไทยได้ระบุข้อจำกัดและเงื่อนไขในการผูกพันเปิดตลาดบริการ Banking Services ภายใต้ Mode 1 และ Mode 2 ด้วยข้อจำกัดและเงื่อนไขชุดเดียวกัน กล่าวคือ ไทยผูกพันเปิดตลาดแต่เฉพาะการบริการให้คำปรึกษาทางการเงิน (Financial Advisory) และการบริการประมวลผลข้อมูลทางการเงิน (Financial Data Processing) ซึ่งไทยเปิดให้ต่างชาติสามารถให้บริการ 2 ประเภทนี้แก่บุคคลไทยภายใต้ Mode 1 และ Mode 2 ได้โดยไม่มีข้อจำกัดแต่สำหรับบริการประเภทอื่นๆ(ในภาคสถาบันการเงิน) นอกเหนือไปจาก 2 ประเภทนี้ ไทยจะยังไม่ผูกพันเปิดตลาดภายใต้ Mode 1 และ Mode 2

2. ข้อผูกพันในสาขาบริการ Banking Services ภายใต้ Mode 3¹⁶

ภายใต้ Mode 3 ไทยได้ระบุข้อจำกัดและเงื่อนไขเกี่ยวกับการอนุญาตให้บุคคลต่างชาติเข้ามาดำเนินธุรกิจบริการ Banking Services (ผ่านสถานประกอบการ) โดยแยกตามลักษณะของกิจการ กล่าวคือ

1) สำนักงานผู้แทนธนาคารพาณิชย์ต่างชาติ

ไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใด

2) สาขาธนาคารพาณิชย์ต่างชาติ

ไม่มีข้อจำกัดในกรณีของสาขาธนาคารพาณิชย์ต่างชาติ ซึ่งเปิดทำการอยู่แล้วในประเทศไทยภายใต้โครงสร้างการร่วมทุนในปัจจุบัน (Present Shareholding Structure) แต่การ

¹⁶ กอบศักดิ์ ภูตระกูล, ดอน นาครทรรพ และ อนุษฎ รัตประเสริฐ, การเปิดเสรีภาคสถาบันการเงินไทยภายใต้กรอบ WTO และแผนพัฒนา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 39.

เข้ามาจัดตั้งสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างชาติรายใหม่จะต้องขอใบอนุญาตและได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

อนุญาตให้สาขาธนาคารพาณิชย์เปิดบริการ ATM ได้โดยร่วมให้บริการ ATM (ATM Pool) กับธนาคารพาณิชย์ไทย หรือให้บริการ ATM เฉพาะในสถานที่ตั้งของตน หรือใช้ที่ร่วมกับธนาคารพาณิชย์แห่งอื่นในประเทศไทย

ธนาคารพาณิชย์ต่างชาติซึ่งมีสาขาแรกในประเทศไทยตั้งแต่ก่อนกรกฎาคม พ.ศ. 2538 จะได้รับอนุญาตให้เปิดสาขาได้อีกไม่เกิน 2 สาขา

สาขาธนาคารพาณิชย์ต่างชาติสามารถเข้าร่วมในระบบการหักบัญชีเช็คและการชำระดุล (Cheque Clearing and Settlement System) ได้โดยไม่มีข้อจำกัด

3) ธนาคารพาณิชย์ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย (Locally Incorporated Banks)

บุคคลต่างชาติจะเข้ามาดำเนินธุรกิจบริการ Banking Services ในรูปของธนาคารพาณิชย์ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยได้ โดยการเข้ามาถือหุ้นร่วมในกิจการธนาคารพาณิชย์ไทยเท่านั้น (ไม่อนุญาตให้บุคคลต่างชาติเข้ามาจดทะเบียนจัดตั้งธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทย)

ในแต่ละกิจการจะมีบุคคลต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของเงินทุนจดทะเบียน โดยที่บุคคลต่างชาติแต่ละรายและผู้เกี่ยวข้อง (Related Persons) กับบุคคลนั้นสามารถถือหุ้นได้รวมกันไม่เกินร้อยละ 5 ของเงินทุนจดทะเบียน อย่างไรก็ตาม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ภายใต้การเสนอแนะของธนาคารแห่งประเทศไทยอาจพิจารณาผ่อนคลายข้อจำกัดเกี่ยวกับการถือครองหุ้นนี้ได้ โดยที่การผ่อนคลายข้อจำกัดดังกล่าว จะต้องกระทำภายใต้เงื่อนไขซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้ประกาศ

กรรมการ (Directors) จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยไม่น้อยไปกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด อย่างไรก็ตาม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังภายใต้คำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย อาจพิจารณาผ่อนคลายข้อจำกัดดังกล่าวได้ ภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับที่ใช้สำหรับการผ่อนคลายข้อจำกัดเกี่ยวกับการถือหุ้นที่ได้กล่าวมาแล้ว

4) กิจการวิเทศธนกิจ (International Banking Facility: IBF)

การเข้ามาจัดตั้งกิจการวิเทศธนกิจของธนาคารพาณิชย์ต่างชาติรายใหม่ จะต้องขอใบอนุญาตและได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง แต่ปัจจุบันกิจการวิเทศธนกิจได้คืนใบอนุญาตหมดแล้ว

5) บริษัทเงินทุนและบริษัทเครดิตฟองซิเอร์

ไม่มีข้อจำกัดสำหรับสำนักงานผู้แทน

มีข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด โดยจะต้องเป็นการเข้ามาถือหุ้นร่วมในกิจการที่ประกอบกิจการอยู่แล้วเท่านั้น

6) การให้บริการ Credit, Charge and Debits Cards

องค์การที่จะให้บริการได้นั้นจะต้องเป็นบริษัท (ซึ่งบุคคลต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49) หรือธนาคารพาณิชย์ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย (Locally Incorporated Banks) หรือสาขานาธนาคารพาณิชย์ต่างชาติ ทั้งนี้ การให้บริการ Credit, Charge and Debits Cards จะต้องขอใบอนุญาตและอยู่ภายใต้กฎระเบียบซึ่งทางการไทยจะเป็นผู้ออกประกาศ

4. ข้อผูกพันในสาขาบริการ Banking Services ภายใต้ Mode 4

ภายใต้ Mode 4 ประเทศไทยระบุข้อจำกัดและเงื่อนไขสำหรับการอนุญาตให้บุคคลธรรมดาที่เป็นชาวต่างชาติเดินทางเข้ามาให้บริการ Banking Services ในประเทศไทย โดยแยกตามลักษณะของกิจการซึ่งบุคคลธรรมดาเข้ามาปฏิบัติงาน กล่าวคือ

1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนบุคลากรต่างชาติ ในสำนักงานของธนาคารพาณิชย์ต่างชาติแต่ละแห่ง

ไม่เกิน 2 คน ในแต่ละสำนักงานผู้แทนธนาคารพาณิชย์ต่างชาติ

ไม่เกิน 6 คน ในแต่ละสาขาสาขานาธนาคารพาณิชย์ต่างชาติ (สาขาเต็มรูปแบบ : Full-Licensed)

ไม่เกิน 4 คน ในแต่ละสาขาบริการวิเทศธนกิจในต่างจังหวัด (BIBF)

ไม่เกิน 8 คน สำหรับธนาคารพาณิชย์ต่างชาติซึ่งมีทั้งสาขานาธนาคารพาณิชย์เต็มรูปแบบและสาขาบริการวิเทศธนกิจในกรุงเทพฯ

2) ข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนบุคลากรต่างชาติในบริษัทเงินทุนแต่ละแห่ง

ไม่เกิน 2 คน ในแต่ละสำนักงานผู้แทนจะมีกรรมการซึ่งเป็นชาวต่างชาติไม่เกิน 4 คน ในบริษัทเงินทุนแต่ละแห่ง

ปรากฏตามตารางข้อผูกพันในสาขาบริการ Banking Services ภายใต้ Mode 3 และ 4 ภายใต้ข้อตกลง GATS และข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน หรือ AFAS (Asean Framework Agreement On Service) ดังต่อไปนี้

การพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีการค้าบริการการศึกษาเป็นรายประเทศ

ประเทศไทย	อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดด้านองค์การธุรกิจ (Mode 3)	อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของบุคคลธรรมดาที่เป็นชาวต่างชาติ (Mode 4)
ประเทศไทย	GATS	AFAS
<p>บริการธนาคารและบริการด้านการเงินอื่น (แต่ไม่รวมประกันภัย)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acceptance of deposits and other payable funds from the public. - Lending of all types, including consumer credit ; mortgage credit, factoring, and financing of commercial transactions. 	<p>การจัดตั้งสาขาธนาคารพาณิชย์ต่างชาติ</p> <ul style="list-style-type: none"> - ไม่ผูกพันที่จะออกใบอนุญาตใหม่ - จำกัดการติดตั้งและสร้างเครือข่าย ATMS - จำกัดจำนวนสาขา สาขาย่อย สำนักงาน หรือจุดบริการ <p>การจัดตั้งธนาคารพาณิชย์</p> <ul style="list-style-type: none"> - อนุญาตเฉพาะการเข้ามาถือหุ้นของธนาคารที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย 	<p>GATS</p> <ul style="list-style-type: none"> - อนุญาตเฉพาะการโอนย้ายพนักงานในบริษัทระดับผู้บริหารผู้จัดการ หรือผู้อำนวยการและ business visitors ซึ่งไม่เกิน 90 วัน <p>AFAS</p> <ul style="list-style-type: none"> - แสดงผูกพันไว้เช่นเดียวกับ GATS
<p>บริการธนาคารและบริการด้านการเงินอื่น (แต่ไม่รวมประกันภัย) (-คือ)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Financial leasing - Payment and money transmission services including credit, charge and debit cards, travelers cheques and banker drafts. - Guarantees and Commitments 	<p>การจัดตั้งธนาคารพาณิชย์</p> <ul style="list-style-type: none"> - จำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของชาวต่างชาติ - จำกัดสัดส่วนของกรรมการต่างชาติ <p>วิเทศธนกิจ</p> <ul style="list-style-type: none"> - ต้องมีใบอนุญาตจากกระทรวงการคลัง - ผู้กัณฑ์จะออกใบอนุญาตเพียง 20 ราย 	

ประเทศ / สาขาย่อย	อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดด้านองค์ธุรกิจ (Mode 3)	อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของบุคคลธรรมดาที่เป็นชาวต่างชาติ (Mode 4)
ไทย	AFAS	AFAS
<p>● บริการธนาคารและบริการด้านการเงินอื่น (แต่ไม่รวมประกันภัย) (-ต่อ)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Trading for own account or for account of customers in the following : <ul style="list-style-type: none"> a) Money market instruments. b) Foreign exchange. c) Exchange rate and interest rate instruments. 	<p>GATS</p> <p>บริษัทเงินทุนและบริษัทเครดิตฟองซิเอร์</p> <ul style="list-style-type: none"> - อนุญาตเฉพาะการเข้าซื้อหุ้นของบริษัทที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย - ไม่ผูกพันที่จะออกไปอนุญาตใหม่ - จำกัดการถือหุ้นของต่างชาติได้ไม่เกิน 25% ของทุนจดทะเบียนที่ได้ชำระแล้ว 	<p>GATS</p> <p>- แสดงผูกพันไว้เช่นเดียวกับ GATS</p>

ลักษณะการทำข้อตกลงการค้าเสรีแบบ GATS ดังกล่าวเป็นการทำข้อตกลงในแบบ Positive-List คือการเลือกรายการสินค้าและบริการที่ต้องการเปิดเสรีไว้ ส่วนรายการที่ไม่ได้เลือกไว้จะไม่มีเปิดเสรี และสามารถกำหนดระยะเวลาของข้อผูกพันในการเปิดเสรีและสาขาหรือกิจกรรมที่จะอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติให้บริการ

5.2.2 วิเคราะห์ข้อตกลงการค้าเสรีในแบบ Negative-List กับมาตรการของกฎหมายไทย

ลักษณะการทำข้อตกลงการค้าเสรีที่วิภาคีแบบ Negative-List คือการเลือกรายการสินค้าและบริการที่ไม่ต้องการเปิดเสรีไว้ ส่วนรายการที่ไม่ได้เลือกไว้จะเปิดเสรีทั้งหมด โดยอำนาจในการกำกับดูแลธุรกิจธนาคารพาณิชย์ของประเทศไทย ปรากฏตามหลักกฎหมายและปัญหาที่เกี่ยวข้องตามตารางสรุปดังนี้

ตารางสรุปหลักกฎหมายและปัญหาที่เกี่ยวกับอำนาจกำกับดูแลธุรกิจธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทย โดยศึกษาจากพันธกรณีข้อบทเรื่องบริการทางการเงินภายใต้การทำข้อตกลงการค้าเสรีทวิภาคีศึกษากรณีประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี

หลักการตามข้อบทบริการทางการเงิน	รายละเอียดหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับ การกำกับดูแลธุรกิจธนาคารพาณิชย์ที่อาจขัดกับหลักการตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน	การระบุข้อสงวนเพื่อยกเว้นการใช้บังคับหลักการตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน
1.หลัก National Treatment	<p>1. การตั้งสาขาของธนาคารพาณิชย์ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีในการอนุญาตรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้ มาตรา 6 ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ แก้ไขโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522</p> <p>2. การกำหนดจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด ในมาตรา 5 เบญจ ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2540</p>	<p>1. สาขานาคารต่างชาติไม่สามารถอ้างสิทธิในการประกอบธุรกรรมทางการเงินชิลีได้โดยอัตโนมัติตามที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ในประเทศของตน</p> <p>2. เงินกองทุนและเงินสำรองของสาขานาคารต่างประเทศจะต้องโอนเข้ามาภายในประเทศและเปลี่ยนเป็นสกุลชิลี</p>

<p>หลักการตามข้อบทบริการทางการเงิน</p>	<p>รายละเอียดหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการกำกับดูแลธุรกิจธนาคารพาณิชย์ที่อาจขัดกับหลักการตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน</p>	<p>การระบุข้อสงวนเพื่อยกเว้นการใช้บังคับหลักการตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน</p>
<p>2.หลัก Market Access for Financial Institutions ตาม Article 12.4</p>	<p>1. ธนาคารพาณิชย์อาจเปิดสาขาได้ แต่จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522</p> <p>2. จำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อ ลงทุน หรือก่อภาระผูกพันเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน เมื่อสิ้นวันหนึ่งๆต้องไม่เกินร้อยละ 25 ของกองทุนชั้นที่ 1 ของธนาคารพาณิชย์หักด้วยจำนวนเงินที่ธนาคารพาณิชย์ทำธุรกรรมที่มีลักษณะคล้ายสินเชื่อ ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เลขที่ ฝนส.(21)ว.71/2549</p> <p>3. ให้ธนาคารพาณิชย์ทุกธนาคารระงับการให้สินเชื่อแก่บริษัทจำกัดที่มีกรรมการร่วมกับธนาคารพาณิชย์นั้น ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การเป็นกรรมการในบริษัทลูกหนี้ของกรรมการและผู้บริหารระดับสูง ธพ. เลขที่ ธพท.ง.(ว) 3186/2542</p>	<p>1. ซึ่สามารถสงวนสิทธิการออกมาตรการในอนาคตในเรื่องต่าง ๆ ได้แก่ การกำหนดรูปแบบการจัดตั้งสถาบันการเงินเพื่อให้บริการทางการเงินในด้านต่าง ๆ</p> <p>2. อนุญาตให้ผู้ลงทุนสหรัฐฯเข้ามาจัดตั้งสถาบันการเงินใหม่ได้</p> <p>3. ไม่ได้มีการระบุข้อสงวนไว้</p>

<p><u>หลักการตามข้อบทบริการทางการเงิน</u></p>	<p><u>รายละเอียดหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการกำกับดูแลธุรกิจธนาคารพาณิชย์ที่อาจขัดกับหลักการตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน</u></p>	<p><u>การระบุข้อสงวนเพื่อยกเว้นการใช้บังคับหลักการตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน</u></p>
<p>3.หลัก Cross-border trade</p>	<p>อาจมีปัญหารธนาคารแห่งประเทศไทยไม่มีอำนาจในการตรวจสอบธนาคารพาณิชย์ที่ไม่มีการเปิดดำเนินการในประเทศ หรืออาจต้องยกเลิกการควบคุมการเคลื่อนย้ายทุนระหว่างประเทศทุกประเภท โดยไม่มีอำนาจบังคับใช้พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485 เพื่อควบคุมการโอนเงิน</p>	
<p>4.หลักSenior Management and Board Directors</p>	<p>1.กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมดตามมาตรา 5 เบญจ พระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540</p>	<p>ขีลีสสามารถสงวนสิทธิในการกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นและการกำกับดูแลสถาบันการเงินของรัฐ</p>
<p>5. หลัก Transfer</p>	<p>กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงควบคุมการจำกัดหรือห้ามการปฏิบัติกิจการทั้งปวงเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินหรือการอื่นซึ่งมีเงินตราต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าในรูปใด และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงในข้อต่อไปนี้ด้วย เช่น การซื้อ การขาย การให้กู้ยืมเงินตราต่างประเทศ หรือทองคำ การส่งเงินตรา ธนาคารบัตร ธนาณัติ หลักทรัพย์ เงินตราต่างประเทศ หรือทองคำออกไปนอกประเทศ การโอนหลักทรัพย์จากประเทศไทยไปที่อื่น การออกตั๋วแลกเงินหรือตั๋วสัญญาใช้เงิน การทำให้ตั๋วแลกเงิน หรือตั๋วสัญญาใช้เงินเปลี่ยนมือ</p>	

<p><u>หลักการตามข้อบทบริการทางการเงิน</u></p>	<p><u>รายละเอียดหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการกำกับดูแลธุรกิจธนาคารพาณิชย์ที่อาจขัดกับหลักการตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน</u></p>	<p><u>การระบุข้อสงวนเพื่อยกเว้นการใช้บังคับหลักการตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน</u></p>
	<p>การโอนหลักทรัพย์ หรือการรับสภาพหนี้ อันเป็นการก่อให้เกิดหรือโอนไปซึ่งสิทธิที่จะได้รับชำระเงินในประเทศไทยเป็นการตอบแทน ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485</p>	
<p>6.หลัก New Financial Services</p>	<p>1. “การธนาคารพาณิชย์” หมายความว่า การประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามหรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และใช้ประโยชน์เงินนั้นในทางหนึ่งหรือหลายทาง เช่น (ก) ให้สินเชื่อ (ข) ซื้อขายตัวแลกเปลี่ยนหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด (ค) ซื้อขายเงินปวรวรรตต่างประเทศ ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ แก้ไขโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522</p> <p>2. นอกจากการธนาคารพาณิชย์แล้ว ธนาคารพาณิชย์อาจกระทำธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจอันเป็นประเพณีที่ธนาคารพาณิชย์พึงกระทำ เช่น การเรียกเก็บเงินตามตั๋วเงิน การรับอาวัลตั๋วเงิน การรับรองตั๋วเงิน การออกเช็คเดออร์ออฟเครดิตหรือ การค้าประกันหรือธุรกิจทำนองเดียวกันด้วยก็ได้ เมื่อได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย แต่จะประกอบการค้าหรือธุรกิจอื่นใดมิได้ ในมาตรา 9 ทวิตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์เพิ่มความโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522</p>	<p>1,2 เป็นเรื่องหลัก New Financial Services จึงไม่อาจระบุข้อสงวนในหลักดังกล่าว เนื่องจากไม่ใช่หลักที่สามารถระบุข้อสงวนได้ แต่อาจปฏิเสธคำขอของประเทศคู่สัญญาในเรื่องบริการทางการเงินใหม่ด้วยเหตุผลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับความมั่นคงของสถาบันการเงิน (prudential reasons)</p>

รายละเอียดตามตารางดังกล่าว สามารถวิเคราะห์ข้อตกลงการค้าเสรีแบบ Negative-List กับมาตรการของกฎหมายไทย ดังต่อไปนี้

5.2.2.1 มาตรการที่อาจขัดกับหลัก National Treatment (หลักการปฏิบัติ เยี่ยงคนชาติ)

ประเทศภาคีต้องอนุญาตให้ผู้ให้บริการทางการเงินต่างชาติเข้ามาจัดหาบริการในประเทศ (โดยมีข้อจำกัดอยู่บ้าง) ตลอดจนอนุญาตให้เข้ามาดำเนินการในประเทศ ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยประเทศคู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อนักลงทุน สถาบันการเงินและการลงทุนต่างๆ ของนักลงทุนของประเทศคู่สัญญาไม่ด้อยไปกว่าที่ปฏิบัติกับนักลงทุนในประเทศตนภายใต้สถานการณ์เดียวกันในเรื่องการจัดตั้ง การขยาย การจัดการ การขาย หรือกิจกรรมการลงทุนในสถาบันการเงินของประเทศนั้นๆ รวมถึงผู้ให้บริการข้ามพรมแดนด้วย โดยได้ดำเนินการศึกษา มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับธุรกิจธนาคารพาณิชย์กับข้อตกลงการค้าเสรี เพื่อเป็นแนวทางเตรียมพร้อมในการเข้าทำข้อตกลงการค้าเสรีต่อไป

ก) การตั้งสาขาของธนาคารพาณิชย์ในต่างประเทศ

ในมาตรา 6 ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ได้มีการกำหนดถึงการตั้งสาขาของธนาคารพาณิชย์ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี และในการอนุญาต รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติด้วยก็ได้

จากการวิเคราะห์มาตรา 6 ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ควรมีการทบทวนในเรื่องที่รัฐมนตรีสามารถกำหนดเงื่อนไขใดๆ ในการตั้งสาขาของธนาคารพาณิชย์ ซึ่งประเทศคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามข้อบทในข้อตกลงการค้าเสรี โดยห้ามมีการจำกัดจำนวนของผู้ให้บริการทางการเงิน ดังนั้น การตั้งสาขาของธนาคารพาณิชย์ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี และเงื่อนไขใดๆ ก็ตามที่รัฐมนตรีมีอำนาจในการกำหนดในการอนุญาตในการตั้งสาขานาการพาณิชย์ต่างประเทศ อาจมีบางเงื่อนไขที่ขัดแย้งกับการตั้งสาขาของธนาคารพาณิชย์ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศก็ได้

ข) การจำกัดสัญชาติผู้ถือหุ้นในธนาคารพาณิชย์

การกำหนดว่าต้องมีบุคคลผู้มีสัญชาติไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าจำนวนสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด ตามมาตรา 5 เบญจ ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลัก National Treatment (หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ) ซึ่งประเทศไทยต้องปฏิบัติต่อนักลงทุน สถาบันการเงินและการลงทุนต่างๆ ของนักลงทุนในประเทศคู่สัญญาไม่ด้อยไปกว่าที่ปฏิบัติกับนักลงทุนในประเทศไทยภายใต้สถานการณ์เดียวกันในเรื่องการจัดตั้ง การขยาย การจัดการ การขาย หรือกิจกรรมการลงทุนในสถาบันการเงินของประเทศไทย

และจากการศึกษาข้อตกลงการค้าเสรีของประเทศสหรัฐฯ และประเทศสิงคโปร์นั้น ทางประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นสัญชาติสิงคโปร์ขั้นต่ำที่ร้อยละ 50 สำหรับธุรกิจ remittance shops and money-changing business ดังนั้น หากประเทศไทยมีความจำเป็นในการคงมาตรการตามกฎหมายดังกล่าวไว้ ควรต้องมีการเจรจากับประเทศคู่สัญญาเพื่อสงวนมาตรการดังกล่าวไว้บังคับใช้ต่อไปเช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ได้ตั้งข้อสงวนไว้

5.2.2.2 มาตรการที่อาจขัดกับหลัก Market Access for Financial Institutions

ตามข้อตกลงบังคับให้ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถจำกัดจำนวนสถาบันการเงิน จำนวนการทำธุรกรรม มูลค่าสินทรัพย์ จำนวนการให้บริการ และจำนวนบุคลากรพนักงาน ในรูปแบบการกำหนดโควตา การผูกขาด การให้สิทธิพิเศษแก่ผู้ให้บริการทางการเงินหรือเงื่อนไขความจำเป็นทางเศรษฐกิจที่จำเป็น (The requirement of an economic needs test) รวมถึงประเทศคู่สัญญาไม่สามารถจำกัดชนิดของการร่วมทุนผ่านสถาบันการเงินที่ให้บริการทางการเงิน และจากการพิจารณาหลักการ Market Access ได้ส่งผลกระทบต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับธนาคารพาณิชย์ ดังต่อไปนี้

ก) การเปิดสาขา

ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 เพิ่มความโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์อาจเปิดสาขาได้ แต่จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ทั้งนี้ ธนาคารแห่งประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้เปิดสาขา ตามหลักเกณฑ์ของประกาศกระทรวงการคลัง

การกำหนดให้การเปิดสาขาของธนาคารพาณิชย์ต้องได้รับอนุญาตให้เปิดสาขาจากรัฐมนตรีฯ นั้น มีลักษณะเป็นการจำกัดจำนวนสถาบันการเงิน ตามหลัก Market Access และประเทศไทยอาจมีการขอยกเว้นการใช้หลักดังกล่าวโดยระบุเป็นข้อสงวนในการทำข้อตกลงการค้า โดยการเจรจาประเทศคู่สัญญา เช่นเดียวกับที่ประเทศชิลีได้ตั้งข้อสงวนในข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐฯ และประเทศชิลี โดยได้กำหนดให้สาขาธนาคารต่างชาติไม่สามารถอ้างสิทธิในการประกอบธุรกรรมทางการเงินในชิลีได้โดยอัตโนมัติตามที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ในประเทศของตน¹⁷

ข) การเป็นกรรมการในบริษัทลูกหนึ่งของกรรมการและผู้บริหารระดับสูง

ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การเป็นกรรมการในบริษัทลูกหนึ่งของกรรมการและผู้บริหารระดับสูง ธพ. เลขที่ ธพท.ง.(ว) 3186/2542 ตามประกาศดังกล่าวฯ ให้ธนาคารพาณิชย์ทุกธนาคารระงับการให้สินเชื่อแก่บริษัทจำกัดที่มีกรรมการร่วมกับธนาคารพาณิชย์นั้น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเอื้ออำนวยผลประโยชน์แก่กัน ซึ่งอาจเป็นผลให้คุณภาพของลูกหนี้โดยทั่วไปรวมทั้งกลุ่มลูกหนี้จำนวนหนึ่งไม่เป็นไปตามมาตรฐาน และก่อให้เกิดผลเสียต่อระบบสถาบันการเงิน เนื่องจากจะไม่ได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน

ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์ประกาศดังกล่าวเป็นการห้ามมิให้ธนาคารพาณิชย์ให้บริการทางการเงินแก่บริษัทจำกัดซึ่งมีลูกหนี้ที่มีกรรมการหรือผู้บริหารระดับสูงธนาคารพาณิชย์

¹⁷ อาริษา วัฒนเกส, การเปิดเสรีและเสถียรภาพของระบบธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร:วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2549), หน้า 83.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

นั้นเป็นกรรมการอยู่ด้วย เป็นการกำหนดมาตรการดังกล่าวเพื่อความจำเป็นต่อระบบสถาบันการเงินจึงไม่เป็นการจำกัดจำนวนการให้บริการตามหลักการเปิดตลาดในการทำข้อตกลงตามหลัก Market Access for Financial Institutions และมาตรการดังกล่าวเป็นไปในลักษณะที่มีเหตุผลและไม่ลำเอียง ตามหลัก Domestic Regulation ในข้อตกลง GATS เนื่องจากมาตรการดังกล่าวใช้บังคับกับธนาคารทุกธนาคารในประเทศไทย

5.2.2.3 มาตรการที่อาจขัดกับหลัก Cross-Border Trade Service

ประเทศคู่สัญญาจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่อผู้ให้บริการด้านการเงินข้ามพรมแดน และไม่กีดกันการบริโภควิชาการด้านการเงินข้ามพรมแดนจากประเทศคู่ภาคีนั้น ในส่วนของประเทศไทย อาจมีกรณีที่กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับบริการทางการเงินข้ามพรมแดนบางประเภท จึงเป็นผลให้รัฐทำให้ไม่อาจกำกับดูแลธุรกิจธนาคารพาณิชย์ได้ทั่วถึง ซึ่งเป็นปัญหาในการกำกับดูแลธุรกิจธนาคารพาณิชย์ต่อไปในอนาคต

หากมีการให้บริการทางการเงินข้ามพรมแดน ธนาคารแห่งประเทศไทยไม่มีอำนาจในการตรวจสอบธนาคารพาณิชย์ที่ไม่มีการเปิดดำเนินการในประเทศไทย จึงเป็นความเสี่ยงที่ซับซ้อนและต้องได้รับการพิจารณาอย่างรอบคอบเช่นกัน

และในข้อตกลงทางการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศชิลี ทางประเทศชิลีได้ขอสงวนสิทธิในการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินในการให้บริการทางการเงินข้ามพรมแดน²⁰ ดังนั้น หากประเทศไทยมีความจำเป็นในการคงมาตรการที่เกี่ยวข้องในการให้บริการทางการเงินข้ามพรมแดนไว้เช่นเดียวกับประเทศชิลี จะต้องมีการเจรจากับประเทศคู่สัญญาต่อไป

5.2.2.4 มาตรการที่อาจขัดกับหลัก Senior Management and Board Directors

ตาม Article 12.8 ตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงิน ระบุให้ทั้งสองประเทศต้องไม่มีการจำกัดเชื้อชาติผู้บริหารและตำแหน่งสำคัญอื่นๆ ในสถาบันการเงินต่างๆ และไม่มีการกำหนดให้เสียงข้างมากจะต้องประกอบด้วยบุคคลสัญชาติตนเองในการตัดสินใจเห็นต่างๆ ในสถาบันการเงินนั้นๆ โดยตามหลักกฎหมายไทยได้มีการกำหนดให้".....ต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินการของธนาคารพาณิชย์ใด รัฐมนตรีด้วยคำแนะนำของ

ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นได้ ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ได้ด้วยก็ได้”

โดยได้มีการบัญญัติในมาตรา 5 เบญจ ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 และแก้ไขโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540

จากการวิเคราะห์บทบัญญัติดังกล่าว ปรากฏว่ามีลักษณะที่ขัดแย้งกับหลัก Senior Management and Board Directors ซึ่งไม่ต้องการให้มีการจำกัดเชื้อชาติผู้บริหารและตำแหน่งสำคัญอื่นๆ ในสถาบันการเงิน

และจากการศึกษาข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐฯและประเทศสิงคโปร์ นั้นทางประเทศสิงคโปร์สงวนการออก NCMs ในอนาคต(Future NCMs) ที่อาจขัดหลักการ MFN กล่าวคือ สิงคโปร์จะสามารถปฏิบัติต่อชาติอื่นๆดีกว่าที่ปฏิบัติกับสหรัฐฯเช่น การกำหนดสัดส่วนของกรรมการใน board of directors ของธนาคารและบริษัทเงินทุน²¹ ดังนั้น หากประเทศไทยยังไม่พร้อมกับการปฏิบัติตามหลักการค้าดังกล่าว อาจมีการเจรจาเพื่อระบุเป็นข้อสงวนไว้ในการทำข้อตกลงการค้า

5.3 พันธกรณีที่น่าจะเจรจาขอตั้งข้อสงวนได้

5.3.1 มาตรการที่อาจขัดกับหลัก Transfer (Investment Chapter Article 10.8)

ตามหลักเรื่อง Transfer ประเทศคู่สัญญาสามารถจำกัดการโอนเงินของสถาบันการเงินและผู้ประกอบการธุรกิจบริการทางการเงินข้ามพรมแดนได้ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ อีกทั้งจะต้องมีมาตรการที่สามารถรักษาความปลอดภัย ความสมเหตุสมผล และความรับผิดชอบทางการเงิน

ในมาตรา 4 พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485 ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงควบคุมการจำกัดหรือห้ามการปฏิบัติกิจการทั้งปวงเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินหรือการอื่นซึ่งมีเงินตราต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องไม่ว่าในรูปใด และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงในข้อต่อไปนี้ด้วย เช่น การซื้อ การขาย การให้กู้ยืมเงินตราต่างประเทศหรือ

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 77.

ทองคำ การส่งเงินตรา ธนบัตร ธนาณัติ หลักทรัพย์ เงินตราต่างประเทศ หรือทองคำออกไปนอกประเทศ การโอนหลักทรัพย์จากประเทศไทยไปที่อื่น การออกตั๋วแลกเงินหรือตั๋วสัญญาใช้เงิน การทำให้ตั๋วแลกเงิน หรือตั๋วสัญญาใช้เงินเปลี่ยนมือ การโอนหลักทรัพย์ หรือการรับสภาพหนี้ อันเป็นการก่อให้เกิดหรือโอนไปซึ่งสิทธิที่จะได้รับชำระเงินในประเทศไทยเป็นการตอบแทน

ตามหลักกฎหมายดังกล่าว มาตรา 4 พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485 กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจำกัดหรือห้ามการส่งออกหรือเคลื่อนย้ายทุน ซึ่งตามมาตราดังกล่าวมีลักษณะขัดแย้งกับข้อบทในเรื่อง Transfer เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่มีการควบคุมและจำกัดการโอนเงินของสถาบันการเงิน²² แต่อย่างไรก็ตามได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 26 (พ.ศ. 2551) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485 เพื่อขยายระยะเวลาในการจัดให้ได้มาจากแหล่งเงินได้อื่น โดยต้องขายหรือฝากเงินตราต่างประเทศนั้นกับนิติบุคคลรับอนุญาตที่ตั้งอยู่ในประเทศภายในระยะเวลาที่รัฐมนตรีกำหนด โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ. 2485 ดังนี้

“ข้อ 1.ให้เพิ่มบทนิยาม.....

.....ข้อ 20.บุคคลใดได้มาซึ่งเงินตราต่างประเทศนอกจากที่กำหนดไว้ในข้อ 16. ต้องนำเข้ามาในประเทศทันทีและขายเงินตราต่างประเทศนั้นให้แก่นิติบุคคลรับอนุญาตหรือบุคคลรับอนุญาตที่ตั้งอยู่ในประเทศ หรือฝากเงินตราต่างประเทศนั้นกับนิติบุคคลรับอนุญาตที่ตั้งอยู่ในประเทศภายในระยะเวลาที่รัฐมนตรีกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ ในกรณีที่เป็นเงินตราต่างประเทศจากการทำธุรกรรม บุคคลดังกล่าวต้องจัดให้ได้มาซึ่งเงินตราต่างประเทศนั้นภายในสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่ทำธุรกรรม”

จากการวิเคราะห์กฎกระทรวงดังกล่าว ได้มีการอนุญาตให้มีการโอนเงินข้ามประเทศ และเหตุผลในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว เพื่อสนับสนุนให้ธุรกิจไทยมีความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจมากขึ้น จึงสมควรขยายระยะเวลาในการนำเข้ามาในประเทศซึ่งเงินตรา โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจพิจารณากำหนดระยะเวลาสำหรับการขายหรือฝากเงินตราต่างประเทศ

²²สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, รายงานการเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการเปิดเสรีภาคบริการทางการเงินของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร,2549), หน้า III-4.

โดยหลัก Transfer นี้มีความคล้ายคลึงกับหลักการค่าบริการทางการเงินข้ามพรมแดน (Cross-border trade) โดยประเทศคู่สัญญาจะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่อผู้ให้บริการด้านการเงินข้ามพรมแดน และไม่กีดกันการบริโภคด้านการเงินข้ามพรมแดนจากประเทศคู่ภาคีสำหรับบริการที่มีการกำหนดในภาคผนวกตามแนวทาง Positive List ซึ่งหมายความว่า จะต้องมีการยกเลิกการควบคุมการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศทุกประเภท โดยทางการสามารถกำหนดให้มีการจดทะเบียนผู้ให้บริการและธุรกรรมทางการเงิน financial products เพื่อการกำกับดูแล²⁴

ในข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐฯ และประเทศชิลีนั้น ทางประเทศสหรัฐฯ และประเทศชิลีได้ตกลงยกเลิกข้อจำกัดในการชำระเงินและการโอนเงิน (Current payment and transfer) สำหรับทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการโอนเงินที่ได้จากการลงทุนโดยตรงและการชำระคืนเงินกู้หรือหุ้นกู้ที่ออกในตลาดต่างประเทศ รวมถึงการกู้ยืมภายในหรือระหว่างบริษัท โดยรายละเอียดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทเรื่องการโอนเงินคล้ายกับที่สหรัฐฯ ตกลงกับสิงคโปร์แต่จะครอบคลุมถึงมาตรการจำกัดการโอนเงินเข้าและขาออก²⁵ และในส่วนของข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐฯ กับประเทศสิงคโปร์ พบว่าในการประกอบธุรกิจบริการทางการเงินด้านอื่นยังมีข้อจำกัดอยู่มากไม่ว่าจะเป็นการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจข้อมูลเครดิต ธุรกิจการแลกเปลี่ยนเงินและการโอนเงินระหว่างประเทศ²⁶

5.3.2 มาตรการที่อาจขัดกับหลัก New Financial Services

ก) การกำหนดค่านิยามการธนาคารพาณิชย์

ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ได้กำหนดค่านิยามของธนาคารพาณิชย์ไว้ดังนี้ คือ มาตรา 4 แก้ไขโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ในพระราชบัญญัตินี้

²⁴ ธาริษา วัฒนเกส, การเปิดเสรีและเสถียรภาพของระบบธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร:วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2549), หน้า 61.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

“การธนาคารพาณิชย์” หมายความว่า การประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามหรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และใช้ประโยชน์เงินนั้นในทางหนึ่งหรือหลายทาง เช่น (ก) ให้สินเชื่อ (ข) ซื้อขายตัวแลกเปลี่ยนหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด (ค) ซื้อขายเงินปรีวรรตต่างประเทศ

“ธนาคารพาณิชย์” หมายความว่า ธนาคารที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ และหมายความรวมถึงสาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ด้วย

จึงเห็นได้ว่า คำว่า “ธนาคารพาณิชย์” นอกจากจะหมายถึงธนาคารพาณิชย์ที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยแล้ว ยังหมายความรวมถึงสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจัดตั้งในรูปกิจการของธนาคารพาณิชย์ด้วย

จากการวิเคราะห์คำนิยามของคำว่า “การธนาคารพาณิชย์” ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ มาตรา 9 ทวิ ได้ให้อำนาจธนาคารแห่งประเทศไทยในการอนุญาตให้ธนาคารประกอบธุรกิจเหล่านี้ เช่น ธุรกิจลีสซิ่ง (Leasing) และแฟคตอริง (Factoring) ดังนั้น ประเทศคู่สัญญาสามารถเสนอบริการทางธุรกรรมคู่สัญญาเสนอบริการธุรกรรมทางการเงินใหม่ๆ ได้เท่าเทียมกับผู้ให้บริการในประเทศ เมื่อมีการร้องขอจากประเทศคู่สัญญาและหากได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าวตามเงื่อนไขของกฎหมาย จึงต้องมีกฎหมายมากำกับดูแลเพื่อจะได้ไม่ต้องเปิดอัดโนมิติภายใต้หลัก New Financial Services

นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่ซับซ้อนในการเจรจาอีกประเด็นหนึ่ง ได้แก่ การผูกพันที่บริการและผลิตภัณฑ์ทางการเงินใหม่นั้น ก็ยังมีสามารถระบุได้ในปัจจุบันว่ามีอะไรบ้าง เพราะวิวัฒนาการและเทคโนโลยีด้านการเงินไม่อาจคาดได้ ประเด็นนี้จึงเป็นประเด็นที่สำคัญมาก เพราะหากไม่สามารถระบุได้ว่าบริการและผลิตภัณฑ์ทางการเงินเหล่านั้นมีลักษณะและความเสี่ยงประการใดบ้าง ก็ไม่สามารถมั่นใจได้ว่า จะดูแลความเสี่ยงและผลกระทบต่อเสถียรภาพเศรษฐกิจและการเงินได้ ซึ่งในกรณีนี้มีตัวอย่างของประเทศชิลี ในข้อตกลงเปิดเสรีทางการเงินที่ทำกับประเทศสหรัฐฯ โดยประเทศชิลีได้สงวนสิทธิในการที่จะออกมาตรการควบคุมตามรูปแบบการจัดตั้งธุรกิจของกลุ่มธุรกิจการเงินในอนาคต²⁸

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

ข) การกำหนดธุรกิจที่เกี่ยวกับการธนาคารพาณิชย์นอกเหนือจากการ
ธนาคารพาณิชย์

มาตรา 9 ทวิ ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 เพิ่มความโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ได้มีการกำหนดธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจอันเป็นประเพณีที่ธนาคารพาณิชย์พึงกระทำนอกเหนือจากการธนาคารพาณิชย์ โดยมาตราดังกล่าวได้บัญญัติว่า “นอกจากการธนาคารพาณิชย์แล้ว ธนาคารพาณิชย์อาจกระทำธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจอันเป็นประเพณีที่ธนาคารพาณิชย์พึงกระทำเช่นการเรียกเก็บเงินตามตั๋วเงิน การรับอาวัลตั๋วเงิน การรับรองตั๋วเงิน การออกเช็คเดอริวออฟเครดิต หรือการค้าประกัน หรือธุรกิจทำนองเดียวกันด้วยก็ได้ เมื่อได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย แต่จะประกอบการค้าหรือธุรกิจอื่นไม่ได้” นอกจากนี้ยังมีธุรกิจที่ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบธุรกิจได้ เช่น ธุรกิจลีสซิ่ง (Leasing) และแฟคตอริง (Factoring) โดยได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย

จากการวิเคราะห์ จะต้องมีการทบทวนในเรื่องการกำหนดประเภทธุรกิจที่ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบกิจการได้ เพื่อให้รองรับบริการทางการเงินใหม่ๆ ที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากการเปิดเสรีตามข้อตกลงการค้าเสรี และสอดคล้องกับกฎหมาย และมีผลให้ประเทศไทยจะสามารถกำกับดูแลธุรกิจดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง

และนอกจากนี้ยังมีการแข่งขันกันออกผลิตภัณฑ์ทางการเงินใหม่ๆ ซึ่งมีความเสี่ยงที่ซับซ้อน อาทิ ตราสารอนุพันธ์ ความเสี่ยงทางเครดิต ทำให้ทาง การต้องเร่งติดตามดูแลเพื่อการบริหารความเสี่ยงที่ดีต่อไป และประเด็นที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่ง คือ การผูกพันที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในด้านบริการและผลิตภัณฑ์ทางการเงินใหม่นั้น ก็ยังมีสามารถระบุได้ในปัจจุบันว่ามีอะไรบ้าง เพราะวิวัฒนาการและเทคโนโลยีด้านการเงินไม่อาจคาดได้ และหากไม่สามารถระบุได้ว่าบริการและผลิตภัณฑ์ทางการเงินเหล่านั้นมีลักษณะและความเสี่ยงประการใดบ้าง ก็ไม่สามารถมั่นใจได้ว่า จะดูแลความเสี่ยงและผลกระทบต่อเสถียรภาพเศรษฐกิจและการเงินได้²⁹

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 97.

ค) การขอประกอบกิจการธุรกิจธนาคารพาณิชย์ของคนต่างด้าว

ในอดีตประเทศไทยมีกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตั้งแต่ปี พ.ศ.2515 คือ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิในการตั้งกิจการของคนต่างด้าว แต่ในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และมีผลบังคับใช้ ตั้งแต่วันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2543 เป็นต้นไป

1) หลักเกณฑ์สำคัญตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542³⁰

คนต่างด้าว หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม(1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม(1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม(1)
- (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีไปหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และจากคำนิยามคำว่าคนต่างด้าว จึงหมายถึงทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งหากเป็นกรณีนิติบุคคลย่อมหมายถึงนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยและนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่มีลักษณะตามที่กำหนดในมาตรา 4(3) และ (4)

³⁰ ฉัตรชัย อีร์สวัสดิ์, "ผลกระทบของกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อกฎหมายไทย," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 230.

2) ความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายอื่น

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 13 บัญญัติไว้ว่า"ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว"หมายความว่าหากมีกฎหมายของไทยฉบับอื่นได้ให้คำนิยามไว้แล้วว่าเป็นนิติบุคคลสำหรับกิจการประเภทนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนั้น

3) การควบคุมธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้กำหนดประเภทของธุรกิจไว้สามประเภท ตามบัญชี 1 , 2 และ 3 ซึ่งแต่ละประเภทมีกฎเกณฑ์การให้อนุญาตแก่คนต่างด้าวแตกต่างกัน ตามมาตรา 8 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และ12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

ตามกฎหมายดังกล่าว ได้กำหนดให้สามารถควบคุมธุรกิจบางประเภทที่อาจมีความสำคัญในอนาคตได้ อย่างไรก็ตามมาตรา 9 ได้บัญญัติถึงทางแก้ไขไว้ว่า "...การปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีที่ฝ่ายพระราชบัญญัตินี้ให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา เว้นแต่ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือตามบัญชีสอง หมวด ๑ ให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ..." ซึ่งหากมีธุรกิจใดที่ประเทศไทยต้องการคุ้มครองคนชาติแล้วก็สามารถประกาศเป็นพระราชกฤษฎีกาได้ เว้นแต่เป็นบัญชี 1 หรือ 2 ที่ต้องทำเป็นพระราชบัญญัติ รวมทั้งจะต้องมีการทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีที่ฝ่ายพระราชบัญญัติทุกปีตามมาตรา 9 วรรคสอง

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี โดยความเห็นของคณะกรรมการ

จากการวิเคราะห์กฎหมายดังกล่าว ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์จัดอยู่ในประเภทบัญชี 3 โดยเป็นธุรกิจประเภทบริการ และตามกฎหมายได้บัญญัติให้ยกเว้นเฉพาะธุรกิจบริการที่มีกฎกระทรวงกำหนดไว้ว่าไม่ต้องอยู่ภายใต้บัญชี 3 ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงออกมายกเว้นธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น การขออนุญาตประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์จึงตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

5.4 วิเคราะห์การตั้งข้อสงวนของประเทศไทยในมาตรการที่อาจเจรจาขอตั้งข้อสงวนได้ในหลัก Transfer และหลัก New Financial Services

5.4.1 การตั้งข้อสงวนในมาตรการที่อาจเจรจาขอตั้งข้อสงวนได้ในหลัก Transfer

ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจำกัดหรือห้ามการส่งออกหรือเคลื่อนย้ายทุน อย่างไรก็ตามได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 26 (พ.ศ. 2551) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ.2485 เพื่อขยายระยะเวลาในการจัดให้ได้มาจากแหล่งเงินได้อื่น โดยต้องขายหรือฝากเงินตราต่างประเทศนั้นกับนิติบุคคลรับอนุญาตที่ตั้งอยู่ในประเทศภายในระยะเวลาที่รัฐมนตรีกำหนด

จากการวิเคราะห์ ตามหลักกฎหมายจึงไม่ขัดแย้งกับข้อบทในเรื่อง Transfer เนื่องจากสามารถออกกฎหมายเพื่อผ่อนปรนการควบคุมและจำกัดการโอนเงินของสถาบันการเงิน

5.4.2 การตั้งข้อสงวนในมาตรการที่อาจเจรจาขอตั้งข้อสงวนได้ในหลัก New Financial Services

ก) มาตรการเกี่ยวกับกำหนดนิยามของคำว่า"การธนาคารพาณิชย์"

ในมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 ได้มีการกำหนดนิยามของคำว่า "การธนาคารพาณิชย์" ว่าหมายถึงการประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามหรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และใช้ประโยชน์เงินนั้นในทางหนึ่งหรือหลายทาง เช่น (ก) ให้สินเชื่อ (ข) ซื้อขายตั๋วแลกเงินหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด (ค) ซื้อขายเงินปรัวรรตต่างประเทศ

จากการวิเคราะห์คำนิยามดังกล่าว หากมีการทำข้อตกลงการค้า ทางประเทศไทยสามารถปฏิเสธคำขอของประเทศคู่สัญญาในเรื่องบริการทางการเงินใหม่ด้วยเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของสถาบันการเงินที่มาขอเปิด (prudential reason) ได้เช่นกัน

ข) มาตรการเกี่ยวกับการกำหนดธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการธนาคารพาณิชย์ นอกเหนือจากการธนาคารพาณิชย์

ในมาตรา 9 ทวิ ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 ได้มีการกำหนดธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับหรือเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจอันเป็นประเพณีที่ธนาคารพาณิชย์พึงกระทำ นอกเหนือจากการธนาคารพาณิชย์

จากการวิเคราะห์ จะต้องมีการทบทวนในเรื่องการกำหนดประเภทธุรกิจที่ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบกิจการได้ เพื่อให้รองรับบริการทางการเงินใหม่ๆ ที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากการเปิดเสรีตามข้อตกลงการค้าเสรี รวมทั้งเพื่อให้มีความสอดคล้องกับกฎหมาย และมีผลให้ประเทศไทยจะสามารถกำกับดูแลธุรกิจดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง

ดังนั้น หากในอนาคตมีบริการทางการเงินใหม่ๆ ที่ประเทศไทยยังไม่พร้อมในการแข่งขันโดยมีเหตุผลทางด้านความมั่นคงของสถาบันการเงิน ประเทศไทยสามารถปฏิเสธคำขอได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักความมั่นคงของสถาบันการเงิน (prudential reasons) แต่ความนี้ต้องปฏิเสธธนาคารพาณิชย์ไทยไปพร้อมกันด้วย มิฉะนั้นจะขัดกับ National Treatment และหลัก

New Financial Services เพราะฉะนั้นถ้าเป็นไปตามแนว Negative List ก็อาจขอสงวนไม่ได้เลย

5.5 ความเชื่อมโยงกับข้อบทอื่นๆ

5.5.1 มาตรการที่เกี่ยวกับหลัก Exception

ตามบทบัญญัติของข้อยกเว้น(Exception) ในบทบริการทางการเงิน ประเทศไทย กำหนดมาตรการเพื่อใช้บังคับกับผู้ประกอบการของสหรัฐฯในบางกรณีได้ และในการบังคับใช้ มาตรการที่เป็นข้อยกเว้น (Exception) นั้นค่อนข้างรัดกุม โดยสามารถใช้ได้ด้วยเหตุผลทาง Prudential และเหตุผลเพื่อรักษาความมีเอกภาพและเสถียรภาพของระบบการเงิน (To ensure the integrity and stability of financial system) และเหตุผลเพื่อการปฏิบัติตามนโยบายทางด้าน เงินตราและสินเชื่อที่เกี่ยวข้อง หรือนโยบายอัตราแลกเปลี่ยน (In pursuit of monetary and related credit policies or exchange rate policies) และเหตุผลเพื่อป้องกันการฉ้อฉล ซึ่งเป็น เงื่อนไขที่ไม่มีคำจำกัดความทางกฎหมายที่ชัดเจน แต่ขึ้นอยู่กับความตีความของผู้ตีความในกรณีที่ใช้เพื่อข้อยกเว้นตามหลักดังกล่าว ประเทศไทยจึงมีความเสี่ยงสูงที่จะถูกโต้แย้งได้โดยง่ายว่าเป็น การละเมิดภาระผูกพันตามบทบริการทางการเงิน³²

นอกจากนี้ เงื่อนไขของข้อยกเว้นดังกล่าวอาจไม่ครอบคลุมถึงการใช้มาตรการเพื่อ การพัฒนาหรือรักษาเสถียรภาพของระบบเศรษฐกิจโดยรวมด้วย ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 13 ตรี ของพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดการ ดังต่อไปนี้ได้ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยเสนอ เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศหรือเพื่อ แก้ไขภาวะเศรษฐกิจ

- (1) ให้ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อในกิจการประเภทใด ๆ ไม่น้อยกว่าอัตราที่กำหนด
- (2) ห้ามมิให้ธนาคารพาณิชย์ให้สินเชื่อในกิจการใด ๆ เพิ่มขึ้นหรือเพิ่มขึ้นเกิน อัตราที่กำหนดโดยการกำหนดตาม (1) และทุกครั้งต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและ

³²สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, รายงานการเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการเปิดเสรีภาคบริการทางการเงินของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร,2549), หน้า III-6.

อัตราที่กำหนดตาม (1) รวมกันทั้งสิ้นทุกประเภทของกิจการต้องไม่เกินร้อยละสี่สิบของยอดเงินฝากของธนาคารพาณิชย์ในวันสิ้นปีก่อนหน้านั้น

การกำหนดตาม (2) ให้กำหนดเป็นร้อยละของยอดเงินให้สินเชื่อในแต่ละกิจการของธนาคารพาณิชย์นั้นในขณะใดขณะหนึ่งก็ได้

โดยอำนาจดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจไทย ทั้งนี้ ไม่มีความชัดเจนว่ามาตรการนี้สามารถนำมาใช้ด้วยเหตุผลทาง Prudential และเหตุผลเพื่อรักษาความมีเอกภาพและเสถียรภาพของระบบการเงินข้างต้นหรือไม่ แต่หากพิจารณาเหตุผลในการใช้มาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขภาวะเศรษฐกิจ จึงน่าจะเป็นไปเพื่อเหตุผลทางด้านการรักษาความมีเอกภาพและเสถียรภาพทางการเงิน จึงอาจต้องรอขอยกเว้นเพื่อบังคับใช้มาตรการดังกล่าวต่อไปได้³³

5.5.2 มาตรการที่เกี่ยวกับหลักการยึดทรัพย์และชดเชย (Expropriation and Compensation)

บทบัญญัติของกฎหมายภายในของประเทศไทยบางส่วนที่ไม่สอดคล้องกับภาระผูกพันของบทบริการทางการเงินในเรื่องการยึดทรัพย์และค่าชดเชย คือ บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 ในเรื่องการชำระดอกเบี้ยของค่าชดเชยที่กฎหมายกำหนดให้ชำระหลังจากพ้นกำหนดระยะเวลาการชำระเงินตามสัญญาซื้อขาย แต่ตามเงื่อนไขของหลัก Expropriation and Compensation ได้กำหนดให้ชำระดอกเบี้ยดังกล่าวทันที นับตั้งแต่เกิดการยึดกิจการเป็นของรัฐ (Expropriation) เป็นต้น ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่สามารถระบุเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็น NCM ได้ เนื่องจากเป็นเงื่อนไขที่อยู่นอกเหนือขอบเขตใน 5 เรื่องดังกล่าว³⁴

5.5.3 มาตรการที่เกี่ยวกับหลักการระงับข้อพิพาท(Dispute Settlement):DSM

การระงับข้อพิพาทซึ่งมี 2 ลักษณะ คือ การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐที่ระบุในบททั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท และการระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนกับรัฐที่ระบุไว้ในบท

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า III-6.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า III-4.

ลงทุน ซึ่งในกระบวนการหลังให้สิทธิเอกชนฟ้องร้องค่าเสียหายจากรัฐได้ใน 4 กรณี คือ การถูกยึดทรัพย์สินและชดเชย (Expropriation and Compensation) การปฏิเสธการให้สิทธิ (Denial of Benefits) การจำกัดการโอนเงิน (Transfers) และการละเมิดข้อผูกพันในการกำหนดเงื่อนไขพิเศษและขอบเขตการขอข้อมูล (Special Formalities or Information Requirements)³⁵

ตามเงื่อนไขของ Dispute Settlement นักลงทุนของสหรัฐฯ ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขกฎหมายภายในของประเทศไทยให้ครบถ้วนเสียก่อน ก็สามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทได้ ตัวอย่างเช่น กรณีการถูก Expropriation โดยการเวนคืนที่ดิน ในกรณีที่นักลงทุนของประเทศไทยหรือนักลงทุนจากรัฐอื่นไม่พอใจจำนวนเงินค่าทดแทนที่ได้รับ จะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีก่อน และหากไม่พอใจคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีจึงจะมีสิทธิฟ้องร้องต่อศาลได้ ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 ได้บัญญัติไว้ว่า “ ในกรณีที่ผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนยังไม่พอใจในคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีตามมาตรา 25 หรือในกรณีที่รัฐมนตรีมิได้วินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 25 วรรคสอง ให้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีหรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าว แล้วแต่กรณี” ขณะที่นักลงทุนของประเทศสหรัฐฯ ไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามขั้นตอนตามกฎหมายดังกล่าว สามารถฟ้องร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการตาม DSM ได้ทันที เป็นต้น

ผลของความเหลื่อมล้ำของความคุ้มครองดังกล่าว อาจทำให้นักลงทุนของประเทศไทยหรือนักลงทุนของรัฐอื่นเลือกใช้วิธีการแปลงสถานะตัวเองให้อยู่ในฐานะของนักลงทุนของประเทศสหรัฐฯ โดยการกำหนดให้มีคนชาติของประเทศสหรัฐฯ ถูหนุนในวิสาหกิจแทน โดยการจดทะเบียนจัดตั้งวิสาหกิจในประเทศสหรัฐฯ เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองที่มากกว่า นอกจากนี้ทางการของประเทศยังมีความเสี่ยงที่จะถูกโต้แย้งได้ว่าเลือกปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองระหว่างนักลงทุนของประเทศสหรัฐฯ กับนักลงทุนของประเทศไทย อันเป็นการละเมิดต่อหลักเสมอภาค หรือหลักการห้ามการเลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย³⁶

และเนื่องจากความหมายของคำว่า “Expropriation” ตามข้อบทเรื่องบริการทางการเงินถูกกำหนดให้ยึดถือตามความหมายของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) และให้หมายความรวมถึง Indirect expropriation ด้วย ซึ่ง

³⁵ ธาริษา วัฒนเกส, การเปิดเสรีและเสถียรภาพของระบบธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร:วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2549), หน้า 62.

³⁶ สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, รายงานการเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการเปิดเสรีภาคบริการทางการเงินของประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร, 2549), หน้า III-8.

หมายถึงการใช้อำนาจของรัฐในการตัดสิทธิในทรัพย์สินหรือการโอนอำนาจในการควบคุมทรัพย์สินจากเอกชนมาสู่รัฐอย่างถาวร และรวมถึงการกระทำใดๆของรัฐที่มีผลเทียบเท่ากับการยึดทรัพย์สิน (Expropriation) ดังกล่าว ดังนั้น ความหมายของ Expropriation ตามบทบริการทางการเงิน จึงกว้างกว่าความหมายของ Expropriation ตามกฎหมายภายในของประเทศไทย ซึ่งมีเพียงรูปแบบการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญ ปี 2550 และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 เท่านั้น ดังนั้น ความแตกต่างของความหมายของ Expropriation นำมาสู่การปฏิบัติต่อนักลงทุนของประเทศไทยและนักลงทุนของประเทศสหรัฐที่แตกต่างกัน กล่าวคือนักลงทุนของประเทศไทยอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศไทย จึงไม่อาจกล่าวอ้างบทบัญญัติตามเงื่อนไข Expropriation and Compensation ที่มีความหมายของคำว่า Expropriation กว้างกว่ากฎหมายของประเทศไทยดังกล่าวเพื่อฟ้องร้องต่อทางการของประเทศไทยได้³⁷

ในข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศสหรัฐและประเทศสิงคโปร์ ได้มีการตกลงระดับข้อพิพาทเรื่อง Transfers และนักลงทุนสหรัฐ จะสามารถนำเรื่องเข้าสู่กระบวนการระดับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐได้ 2 ลักษณะคือ กรณีแรก นักลงทุนสามารถนำเรื่องเข้าสู่อนุญาโตตุลาการได้ภายใน 6 เดือนหลังจากที่รัฐบาลสิงคโปร์บังคับใช้มาตรการจำกัดการชำระและโอนเงินขาออก (outward current payment and transfer) ที่เกี่ยวกับการโอนเพื่อการชำระหนี้ (debt servicing) การโอนกำไรออกนอกประเทศ (profit repatriation) การจ่ายเงินปันผล (dividend payments) และเงินได้จากการลงทุนโดยตรง (proceeds from the sale of foreign direct investments) และกรณีที่สองภายใน 1 ปีหลังจากที่รัฐบาลสิงคโปร์บังคับใช้มาตรการจำกัดการชำระและโอนเงินขาออกกรณีอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการโอนเงินทุนระยะสั้น โดยในการฟ้องร้องผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นการลิดรอนสิทธิในการโอนเงินที่ผู้เสียหายพึงมีอย่างมีนัยสำคัญ ("substantially impeded transfers")³⁸ และเกิดการด้อยค่าของสินทรัพย์จาก

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า III-6.

³⁸ มาตรการที่ไม่ถือว่าเป็น "substantially impeded transfers" หมายถึง มาตรการที่จำกัดการชำระและโอนเงินออกที่บังคับใช้เป็นการทั่วไป โดยมีขั้นตอนการพิจารณาอนุมัติการชำระเงินและโอนเงินออกด้วยกฎเกณฑ์ที่มีเหตุผลชัดเจนและมีความโปร่งใส รวมทั้งนักลงทุนมีทางเลือกในการชำระและโอนเงินผ่านกลไกที่อ้างอิงราคา (price-based mechanism) โดยสรุปคือต้องมีลักษณะต่อไปนี้ 1) ไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่ขัดต่อหลัก National Treatment และ Most Favored Nation 2) เป็นมาตรการที่อิงกลไกตลาด (price-based) 3) ไม่เป็นการยึดทรัพย์สิน 4) ไม่เป็นการห้ามนักลงทุนชำระหรือโอนเงินออกในแต่ละขณะ 5) ไม่มีการใช้อัตราแลกเปลี่ยนในรูปแบบ dual หรือ multiple exchange rate 6) ไม่จำกัดการขายหรือเปลี่ยนสภาพของสินทรัพย์

การดำเนินมาตรการดังกล่าว³⁹ แต่ผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าเสียหายเกินกว่าค่าเสียหายโดยตรงไม่ได้ โดยไม่สามารถเรียกร้องสิทธิจากค่าเสียโอกาสจากการลงทุนในสินทรัพย์ที่ถูกจำกัดการโอน หากทางการได้เปิดโอกาสให้นักลงทุนได้ลงทุนในสินทรัพย์อื่นๆ ในสกุลเงินดอลลาร์สิงคโปร์ในช่วง 1 ปี ที่มีการใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว (Annex 15A ประกอบ Section B, Investment Chapter และ Side Letter)

นอกจากนี้ในกรณีดังกล่าวหากมีการทำข้อตกลงในแบบ Negative List ประเทศไทยจะสามารถระบุได้เฉพาะบริการทางการเงินที่ประเทศไทยไม่ต้องการเปิดเสรีได้ในปัจจุบัน แต่ในอนาคตอาจมีบริการทางการเงินใหม่ๆ ซึ่งประเทศไทยอาจไม่มีความพร้อมในการแข่งขันกับประเทศคู่สัญญาและไม่ได้ระบุเป็นข้อสงวน ซึ่งอาจเป็นปัญหาในการกำกับดูแลในอนาคตได้ ส่วนการทำข้อตกลงในระดับทวิภาคีแบบ Negative List มีหลักการที่คู่สัญญาจะต้องจัดทำข้อสงวน (Non-conforming Measures : NCMs) และแนวทางการเปิดเสรีการค้าดังกล่าวเป็นการก้าวกระโดดรวมทั้งมีขอบเขตกว้างขวางและมุ่งเน้นการเปิดเสรีอย่างเต็มที่ภายในกรอบเวลาที่ชัดเจน รวมทั้งการอนุญาตให้มีการเคลื่อนย้ายเงินทุนโดยเสรี ซึ่งอาจนำมาซึ่งความเสี่ยงต่อเสถียรภาพการเงิน แม้ว่าจะเปิดโอกาสให้กลไกตลาดทำงานได้เต็มที่และช่วยปรับปรุงประสิทธิภาพของระบบการเงินหากประเทศคู่เจรจามีความพร้อมในการเปิดเสรี

ประเทศไทยต้องพิจารณาถึงความพร้อมทางด้านกฎหมายเพื่อรองรับข้อตกลงเขตการค้าเสรีและความพร้อมด้านการกำกับดูแลของภาครัฐ รวมถึงความสามารถในการแข่งขันของภาคธุรกิจธนาคารพาณิชย์อย่างละเอียดถี่ถ้วน และคำนึงถึงความพร้อมของภาคเอกชนในการเตรียมรับมือกับการแข่งขันด้านการเปิดเสรีทางการเงิน และระบุให้ชัดเจนใน

ใดๆ เป็นสินทรัพย์ในสกุลเงินดอลลาร์สิงคโปร์รูปแบบอื่นและ 7) ไม่แทรกแซงซึ่งส่งผลกระทบต่อความสามารถของนักลงทุนในการหาผลตอบแทนจากสินทรัพย์ที่ถูกจำกัดการโอนเงินออกนอกประเทศในอัตราตลาดในสิงคโปร์ (ธาริชา วัฒนเกส, การเปิดเสรีและเสถียรภาพของระบบธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2549), หน้า 76.)

³⁹ ตัวอย่าง เช่น หากนักลงทุนคาดคะเนว่าตนจะได้ประโยชน์จากอัตราแลกเปลี่ยนในการโอนเงินออกในวันที่เตรียมจะโอนเงินมากกว่าวันที่มีการโอนเงินจริงแต่ล่าช้าออกไป เนื่องจากถูกจำกัดโดยมาตรการของทางการแต่ทางการสิงคโปร์มีหลักฐานแสดงได้ว่านักลงทุนจะเสียประโยชน์จากอัตราแลกเปลี่ยนหากไม่ได้บังคับใช้มาตรการดังกล่าว ในกรณีนี้ไม่ถึงว่านักลงทุนพิสูจน์ข้อเรียกร้องของตนได้ (ธาริชา วัฒนเกส, การเปิดเสรีและเสถียรภาพของระบบธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2549), หน้า 76.)

ข้อยกเว้นว่าเงื่อนไขหรือมาตรการใดซึ่งประเทศไทยขอสงวนไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงการเปิดเสรี เพื่อให้การเปิดเสรีดำเนินไปอย่างเหมาะสม นอกจากนี้การเจรจาแบบ Negative List จำเป็นต้องมีการจัดทำข้อยกเว้นหรือ Non-Conforming Measures จำนวนมาก และการจัดทำข้อยกเว้นหรือเงื่อนไขอาจไม่ครบถ้วนหรือสมบูรณ์ก็ได้ จึงอาจทำให้มีผลต่อการกำกับดูแลบริการทางการเงินในอนาคต และการใช้การเจรจาแบบ Negative List จะทำให้ประเทศภาคีไม่สามารถหลบเลี่ยงการไม่ผูกพันการเปิดเสรีในรูปแบบและสาขาต่างๆ โดยไม่มีข้อจำกัดที่จำเป็นอย่างแท้จริง

ดังนั้น ในการเปิดเสรีข้อตกลงทางการเงินของไทยอาจมีข้อเสียเปรียบได้ หากไม่มีการเตรียมความพร้อมที่ดี และจะกระทบต่อเสถียรภาพของเศรษฐกิจมหภาค และประสิทธิภาพในการดำเนินนโยบายการเงินของธนาคารกลาง รวมทั้งในปัจจุบันระบบเทคโนโลยีที่พัฒนาก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว การใช้แนวทางเจรจาแบบ Negative List อาจไม่เหมาะสมกับการเจรจาที่ประเทศภาคีทั้งสองฝ่ายไม่เท่าเทียมกันทางด้านเศรษฐกิจและพัฒนาการด้านเทคโนโลยี เพราะการใช้ Negative list ทำให้การเปิดเสรีเปิดกว้างแบบอัตโนมัติเพราะทั้งบริการหรือสินค้าใหม่ ๆ ที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน หรืออยู่นอกเหนือความคาดหมายที่ประเทศภาคีคู่สัญญาสามารถกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดไว้ได้ในตอนทำความตกลง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประเทศคู่สัญญาที่ยังขาดกฎระเบียบกำกับดูแลกิจกรรมดังกล่าว