

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

จากการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) และได้เข้าร่วมเจรจาจัดทำความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ซึ่งความตกลงดังกล่าวมีขึ้นเพื่อวางกรอบว่าด้วยกฎเกณฑ์และหลักการเกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศให้เป็นมาตรฐานเพื่อให้สมาชิก WTO ถือปฏิบัติ โดยมีหลักการสำคัญคือไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน และควบคุมให้มีการกีดกันทางการค้าบริการน้อยที่สุด ประเทศไทยจึงมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติต่างๆ ในความตกลง รวมทั้งจะต้องเปิดเสรีตลาดการค้าบริการอย่างน้อยที่สุดเท่ากับที่ได้บัญญัติไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยจะต้องปฏิบัติต่อทุกประเทศโดยเท่าเทียมกัน ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมเจรจาจัดทำข้อผูกพันเฉพาะ เพื่อเปิดเสรีการค้าบริการ โดยเปิดตลาดการค้าบริการให้กับประเทศต่างๆ และให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ด้วย

จากการศึกษาพบว่า ปว.281 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย เป็นกฎหมายที่ได้รับผลกระทบจากความตกลง GATS นั้นหลายประการหากต้องมีการเปิดเสรีการค้าบริการอย่างสมบูรณ์ตามความตกลง GATS ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงและแก้ไขหลักการที่ไม่สอดคล้องนี้ เพื่อรองรับกับการเปิดเสรีการค้าบริการต่อไปในอนาคต

จากการศึกษาพบว่าผลกระทบจากบทบัญญัติของความตกลง GATS ที่มีต่อ ปว.281 มีดังนี้คือ

1. หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (MFN) การที่ข้อ 2 ใน ปว.281 กำหนดว่า "ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐ

บาลต่างประเทศ" หลักการนี้เป็นข้อกำหนดที่ยกเว้นจากหลักทั่วไปในเรื่องของการห้ามคนต่าง
 ต่างเข้ามาประกอบธุรกิจตามประเภทของธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ก., ข. และ ค. ในกรณีของคน
 ต่างที่รัฐบาลอนุญาตให้ประกอบธุรกิจได้เป็นการเฉพาะกาลนั้นจะหมายถึงว่า ประเทศไทย
 สามารถที่จะให้คนต่างด้าวบุคคลหนึ่งบุคคลใดเข้ามาประกอบธุรกิจที่ห้ามไว้ได้ ในขณะที่คนต่าง
 ด้าวบุคคลอื่นไม่อาจจะเข้ามาประกอบธุรกิจที่ห้ามนั้นได้หากประเทศไทยไม่อนุญาต ซึ่งแสดงให้
 เห็นว่าการบัญญัติเช่นนี้เป็นการเปิดช่องให้ประเทศไทยสามารถใช้ดุลพินิจในการอนุมัติหรือไม่
 อนุมัติให้แก่ชาติใดชาติหนึ่งหรือหลายชาติก็ได้ ซึ่งถ้าประเทศไทยใช้อำนาจตามนี้ ก็จะเป็นการขัด
 กับหลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่งขึ้น

สำหรับคนต่างด้าวที่สามารถประกอบธุรกิจซึ่งได้รับการยกเว้นไม่นำ ปว.281 มา
 ใช้บังคับ โดยใช้สิทธิตามความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐบาลต่างประเทศนั้น ในปัจจุบันประเทศ
 ไทยได้ทำความตกลงไว้กับรัฐบาลสหรัฐอเมริกา คือ สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทาง
 เศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 ผลของสนธิสัญญานี้ทำให้
 คนชาติสหรัฐเข้ามาประกอบธุรกิจได้เช่นเดียวกับคนไทย โดยจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของ
 ปว.281 การบัญญัติดังกล่าวเป็นการขัดกับหลัก MFN เพราะการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติที่
 รับการอนุเคราะห์ยิ่งแก่คนชาติสหรัฐอเมริกานั้น ประเทศไทยต้องให้กับประเทศสมาชิกอื่นด้วย

2. หลักการเข้าสู่ตลาด (Market Access) การที่ข้อ 3 (1) ของ ปว.281 กำหนด
 เกณฑ์การแบ่งความเป็นนิติบุคคลไทยกับนิติบุคคลต่างด้าว โดยกำหนดให้นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอัน
 เป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าว
 ลงหุ้นมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น เป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามความหมาย
 ของ ปว.281 ซึ่งจะหมายความว่า คนต่างด้าวนั้นถูกจำกัดไม่ให้ถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนเกิน
 กว่ากึ่งหนึ่ง หรือถูกจำกัดไม่ให้ลงทุนเกินกว่ากึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด เพราะไม่เช่นนั้นแล้วจะไม่ได้
 รับสิทธิเท่ากับนิติบุคคลไทย การกำหนดหลักการดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับหลักการเข้าสู่ตลาด
 ซึ่งขัดกับมาตรา XVI (f) เพราะถือว่าเป็นการวางข้อจำกัดเกี่ยวกับการร่วมลงทุนของเงินทุนต่าง
 ชาติ

การที่ข้อ 4 ของ ปว.281 บัญญัติห้ามไม่ให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้
 ในบัญชี ก., ข. และ ค. โดยเป็นการจำกัดไม่ให้ผู้ให้บริการซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้ามาให้บริการใน
 ประเทศไทยนั้น ถือได้ว่าเป็นการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการเข้าสู่ตลาด
 ในมาตรา XVI (a)

การที่ข้อ 9 ของ ปว. 281 ได้กำหนดในเรื่องการจำกัดสิทธิการเข้าถือหุ้นของคนต่างด้าวในการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในธุรกิจอื่น ไว้เพียงไม่เกินหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นของบริษัทหรือของห้างหุ้นส่วนนั้น เป็นหลักการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการเข้าสู่ตลาด เพราะเป็นการจำกัดการร่วมทุนของเงินทุนต่างชาติ ตามมาตรา XVI (f)

3. หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) การที่ ปว.281 ได้กำหนดห้ามไม่ให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบัญชี ก., ข. และ ค. ซึ่งรวมถึงธุรกิจบริการด้วย แม้จะมีข้อยกเว้นบางประการก็ตาม การบัญญัติไว้เช่นนี้ถือเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติกับคนต่างด้าว ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

4. ตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitments) จากการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเจรจาเลนอผูกพันในการเปิดเสรีการค้าบริการทั้งหมด 10 สาขา รวมทั้งสิ้น 95 กิจกรรมนั้น บริการที่ประเทศไทยได้เสนอที่จะเปิดเสรีในตารางข้อผูกพันเฉพาะนั้นบางบริการเป็นบริการที่กำหนดใน ปว.281 ซึ่งบริการใน ปว.281 ที่ได้รับผลกระทบจากข้อเสนอเปิดเสรีการค้าบริการของประเทศไทยได้แก่

บัญชี ก. ได้แก่การประกอบธุรกิจบริการ

1. ทางบัญชี
2. ทางกฎหมาย
3. ทางสถาปัตยกรรม
4. โฆษณา
5. นายหน้าหรือตัวแทน

บัญชี ข. ได้แก่การประกอบธุรกิจบริการ

1. นำเที่ยว
2. กิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

บริการดังกล่าวประเทศไทยได้ทำข้อเสนอผูกพันโดยมีข้อจำกัดดังนี้ คือ

- บริการทางบัญชี, กฎหมาย, สถาปัตยกรรม, นายหน้าหรือตัวแทน เปิดให้คนต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 และจำนวนหุ้นของคนต่างชาติต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่ง
- บริการโฆษณา เปิดโอกาสให้ต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 และจำนวนหุ้นต่างชาติต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่ง และอนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบอาชีพชั่วคราวได้เฉพาะระดับผู้บริหาร ผู้จัดการ และผู้เชี่ยวชาญเฉพาะ
- บริการนำเที่ยว และกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม เปิดให้คนต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และจำนวนหุ้นของต่างชาติต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้น โดยธุรกิจนำเที่ยวต้องมีคณะกรรมการบริหารของบริษัทที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง

อย่างไรก็ตามแม้ว่าประเทศไทยได้ตั้งข้อจำกัดไว้ในบริการประเภทต่างๆ ข้างต้นซึ่งทำให้ยังไม่มีผลกระทบต่อธุรกิจดังกล่าวในปัจจุบัน แต่ในที่สุดจะต้องมีการเปิดเสรีในบริการดังกล่าวอย่างสมบูรณ์ในอนาคต ซึ่งหากต้องเปิดเสรีในบริการดังกล่าวตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อความตกลง GATS แล้ว ก็จะมีผลกระทบต่อธุรกิจบริการที่กำหนดไว้ใน ปว.281 เหล่านี้ได้ เพราะการจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจบริการที่มีใน ปว.281 เป็นหลักการที่ไม่สอดคล้องกับความตกลง GATS

ผลกระทบจากบทบัญญัติของความตกลง GATS ที่มีต่อกฎหมายอื่นๆ ของไทยที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจบริการใน ปว.281 อาจสรุปได้ดังนี้

1. พระราชบัญญัติผู้สอบบัญชี พ.ศ. 2505

กฎหมายนี้เป็นกฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบวิชาชีพผู้สอบบัญชี โดยได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะขอรับใบอนุญาตไว้ ซึ่งการกำหนดคุณสมบัติไว้ว่าผู้ขอจะต้องมีสัญชาติไทย หรือมีสัญชาติของประเทศที่ยินยอมให้บุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้สอบบัญชีในประเทศนั้นได้ เป็นการขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศที่อนุญาตให้คนไทยเข้าไปประกอบวิชาชีพผู้สอบบัญชีกับประเทศที่ไม่ได้อนุญาตให้คนไทยเข้าไปประกอบวิชาชีพนี้ด้วย ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)

การกำหนดคุณสมบัติด้านการศึกษา และประสบการณ์ในกฎหมายนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการรับรองมาตรฐานการศึกษา ประสบการณ์ ใบอนุญาตต่างๆ เจื่อนไซ และคุณสมบัติอื่นๆ ได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐสมาชิกต้องให้การยอมรับตามหลักการยอมรับ (Recognition)

2. พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

การที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่ขอจดทะเบียนและขอรับใบอนุญาตว่าต้องมีสัญชาติไทย เป็นการขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

การกำหนดคุณสมบัติด้านการศึกษา อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการรับรองมาตรฐานการศึกษา ประสบการณ์ ใบอนุญาตต่างๆ เจื่อนไซ และคุณสมบัติอื่นๆ ได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐสมาชิกต้องให้การยอมรับตามหลักการยอมรับ (Recognition)

3. พระราชบัญญัติวิชาชีพสถาปัตยกรรม พ.ศ. 2508

กฎหมายนี้ไม่ได้กำหนดว่าผู้ที่สามารถจะประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่ควบคุมจะต้องเป็นคนสัญชาติไทยเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายนี้จึงใช้ควบคุมทั้งคนไทยและคนต่างด้าว โดยไม่ได้มีการเลือกปฏิบัติ จึงถือได้ว่ามีการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเท่าเทียมคนชาติอยู่แล้ว

การกำหนดคุณสมบัติด้านคุณวุฒิการศึกษาของผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมในกฎหมายนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการรับรองมาตรฐานการศึกษา ประสบการณ์ ใบอนุญาตต่างๆ เจื่อนไซ และคุณสมบัติอื่นๆ ได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐสมาชิกต้องให้การยอมรับตามหลักการยอมรับ (Recognition)

4. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

กฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นการทั่วไป โดยได้กำหนดหน้าที่ผู้ประกอบการค้าและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต่อผู้บริโภคด้วย กฎหมายนี้จะไม่ได้รับผลกระทบใด เนื่องจากเป็นเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งจะเข้าข่ายยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV ข้อ (b) และ (c)

5. พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510

กฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองประชาชนผู้ไข้ยา และมีข้อกำหนดต่างๆ ในการควบคุมการโฆษณาด้วย กฎหมายนี้จะไม่ได้รับผลกระทบใด เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV ข้อ (b) และ (c)

6. พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522

กฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อควบคุมคุณภาพอาหาร และคุ้มครองผู้บริโภค โดยมีข้อกำหนดในการควบคุมโฆษณาที่เกี่ยวข้องกับอาหารไว้ด้วย กฎหมายนี้จะไม่ได้รับผลกระทบใด เนื่องจากเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV ข้อ (b) และ (c)

7. พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. 2493

หลักเกณฑ์ในกฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียงให้เป็นระเบียบและเหมาะสม กฎหมายนี้จะไม่ได้รับผลกระทบใด เพราะเป็นกฎหมายที่มีเพื่อความจำเป็นในการปกป้องศีลธรรมอันดีงามหรือความสงบเรียบร้อยหรือของประเทศ ซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV (a)

8. พระราชบัญญัติวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2498

หลักเกณฑ์ในกฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ให้เป็นระเบียบ ซึ่งควบคุมโฆษณาที่ส่งทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ด้วย กฎหมายนี้จะไม่ได้รับผลกระทบใด เพราะเป็นกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประเทศ ซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV (a) และยังเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ ซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นเกี่ยวกับความมั่นคง ตามมาตรา XIV ทวิ

9. ระเบียบว่าด้วยวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ พ.ศ. 2535

หลักเกณฑ์ในระเบียบนี้มีเพื่อควบคุมให้สถานีวิทยุกระจายเสียงและสถานีวิทยุโทรทัศน์ของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจทุกแห่ง ให้อยู่ภายใต้ระเบียบเดียวกันในความควบคุมของรัฐ เพื่อความมั่นคงและปลอดภัยของชาติ และไม่ให้มีผลเสียหายต่อการเมือง การทหาร เศรษฐกิจและสังคม ดังนั้นระเบียบปฏิบัตินี้จึงไม่ได้รับผลกระทบใดๆ เพราะเป็นเรื่องที่เข้าช้อยกเว้นทั่วไป ตามมาตรา XIV ข้อ (a) และเข้าช้อยกเว้นเกี่ยวกับความมั่นคงตามมาตรา XIV ทวิ

10. พระราชบัญญัติวิทยุคมนาคม พ.ศ. 2498

กฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อทำการควบคุมการวิทยุคมนาคม ซึ่งได้ควบคุมถึงการโฆษณาทางวิทยุคมนาคมด้วย กฎหมายนี้จะไม่ได้รับผลกระทบใดเพราะเป็นกฎหมายภายในที่ต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประเทศ ซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV ข้อ (a) และเข้าช้อยกเว้นเกี่ยวกับความมั่นคงตามมาตรา XIV ทวิ ด้วย

11. พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2484

กฎหมายนี้ขึ้นเพื่อควบคุมสิ่งพิมพ์ สื่อสิ่งพิมพ์ให้อยู่ในขอบเขต และมีข้อกำหนดเพื่อควบคุมการโฆษณาผ่านสิ่งพิมพ์นั้นด้วย กฎหมายนี้จะไม่ได้รับผลกระทบใด เพราะเป็นกฎหมายภายในที่ต้องการรักษาความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีงามของประเทศ ซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV ข้อ (a) และเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคง ซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นเกี่ยวกับความมั่นคงตามมาตรา XIV ทวิด้วย

12. คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 42

คำสั่งนี้มีเพื่อกำหนดข้อห้ามในลักษณะต่างๆ ที่มีการเสนอข้อความและรูปภาพ โดยห้ามไม่ให้บุคคลใดพิมพ์โฆษณาหรือแจกจ่ายสิ่งพิมพ์ตามกฎหมายว่าด้วยการพิมพ์ คำสั่งนี้ไม่ได้รับผลกระทบใด เพราะถือเป็นกฎหมายภายในที่ต้องมีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศ ซึ่งเข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV (a) และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงซึ่งจะเข้าช้อยกเว้นเกี่ยวกับความมั่นคงตามมาตรา XIV ทวิด้วย

13. พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

กฎหมายนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการดำเนินการประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย ซึ่งได้ควบคุมถึงตัวแทนและนายหน้าประกันวินาศภัยด้วย กฎหมายนี้ไม่ได้มีการกำหนดว่าผู้ที่จะเป็นตัวแทนหรือนายหน้าประกันวินาศภัยจะต้องเป็นผู้มีสัญชาติใด ดังนั้นคนต่างด้าวจึงสามารถขออนุญาตได้ กฎหมายกำหนดเพียงให้ต้องมีภูมิลำเนาในประเทศไทยหรือกรณีนิติบุคคลต้องการเป็นนายหน้าประกันวินาศภัย จะต้องมีสำนักงานใหญ่ในประเทศไทยเท่านั้น ดังนั้นการกำหนดดังกล่าวจึงถือได้ว่าได้ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับคนต่างด้าวแล้ว ซึ่งถือว่าสอดคล้องกับความตกลง GATS

การกำหนดถึงคุณวุฒิการศึกษาของผู้ขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการรับรองมาตรฐานการศึกษา ประสบการณ์ ใบอนุญาตต่างๆ เงื่อนไขและคุณสมบัติอื่นๆ ได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐสมาชิกต้องให้การยอมรับตามหลักการยอมรับ(Recognition)

14. พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535

กฎหมายนี้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการประกอบธุรกิจประกันชีวิต ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมผู้ที่เป็นนายหน้าหรือตัวแทนประกันชีวิตด้วย กฎหมายนี้ไม่ได้กำหนดถึงคุณสมบัติของผู้ที่ต้องการขอรับใบอนุญาตว่าต้องมีสัญชาติใด ดังนั้นคนต่างด้าวจึงสามารถขออนุญาตได้ เพียงแต่ต้องมีภูมิลำเนาในประเทศไทย หรือกรณีนิติบุคคลที่ต้องการเป็นนายหน้าประกันชีวิต จะต้องมีสำนักงานใหญ่ในประเทศไทยเท่านั้น การกำหนดดังกล่าวจึงเป็นการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับคนต่างด้าว ซึ่งสอดคล้องกับความตกลง GATS แล้ว

การกำหนดถึงคุณวุฒิการศึกษาของผู้ขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการรับรองมาตรฐานการศึกษา ประสบการณ์ ใบอนุญาตต่างๆ เงื่อนไข และคุณสมบัติอื่นๆ ได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐสมาชิกต้องให้การยอมรับตามหลักการยอมรับ(Recognition)

15. พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้ำของเก่า พ.ศ. 2474

กฎหมายนี้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการขายทอดตลาดให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะขอรับใบอนุญาต แต่ไม่ได้กำหนดว่าผู้ที่จะขอรับใบอนุญาตต้องมีสัญชาติใด คนต่างด้าวจึงสามารถขออนุญาตได้ เพียงแต่ต้องมีความรู้

หนังสือไทยพ้ออ่านออกเขียนได้เท่านั้น การกำหนดคุณสมบัติดังกล่าว จึงเป็นการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับคนต่างด้าว ซึ่งสอดคล้องกับความตกลง GATS แล้ว

การที่กฎหมายนี้มีหลักเกณฑ์การควบคุมการขายทอดตลาดก็เพื่อให้การขายทอดตลาดเป็นไปด้วยความเรียบร้อย จึงเป็นเรื่องที่เข้าข้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV (a) กฎหมายนี้ จึงไม่ได้รับผลกระทบใดจากความตกลง GATS

16. พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

กฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อกำหนดมาตรการการกำกับดูแลและป้องกันเกี่ยวกับการอนามัยสิ่งแวดล้อม และได้กำหนดให้กิจการแต่งผมเป็นกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ โดยมีการออกข้อกำหนดของท้องถิ่นเพื่อควบคุมดูแลกิจการดังกล่าว ในปัจจุบันเทศบาลนครกรุงเทพฯ เรื่องการควบคุมการแต่งผม พ.ศ. 2503 ควบคุมกิจการแต่งผม และผู้ประกอบการอาชีพแต่งผม เพื่อให้ผู้ใช้บริการแต่งผมปราศจากอันตรายอันอาจเกิดกับสุขภาพได้ ดังนั้นหลักเกณฑ์ในกฎหมายและข้อกำหนดท้องถิ่นดังกล่าว จึงเข้าข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา XIV ข้อ (b) เพราะเป็นกฎหมายที่มีความจำเป็นเพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ กฎหมายดังกล่าวจึงไม่ได้รับผลกระทบใดจากความตกลง GATS

17. พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535

การที่กฎหมายนี้กำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว ในกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดาจะต้องมีสัญชาติไทย เป็นการกำหนดคุณสมบัติที่ทำให้ขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ สำหรับในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้ขอรับใบอนุญาต คุณสมบัติที่กำหนดในกฎหมายนี้มีลักษณะเป็นการจำกัดสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวซึ่งขัดกับหลักการเข้าสู่ตลาด ตามมาตรา XVI ข้อ (f)

การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ต้องการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพมัคคุเทศก์ ต้องมีสัญชาติไทยนั้น เป็นการขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

18. พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2478

กฎหมายนี้ไม่ได้กำหนดถึงคุณสมบัติของผู้ที่เป็นเจ้าของกิจการโรงแรมที่ต้องการขออนุญาตเปิดโรงแรม หรือเจ้าสำนักผู้ควบคุมและจัดการโรงแรมไว้ว่าต้องมีสัญชาติใด ดังนั้นคนต่างด้าวจึงสามารถทำได้ จึงไม่ขัดกับหลักการปฏิบัติเบี่ยงคนชาติ

การที่กฎหมายนี้มีข้อกำหนดในการที่จะควบคุมโรงแรมที่เปิดให้บริการให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย จึงเป็นกฎหมายที่เข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV ข้อ (a) ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้จึงไม่ได้รับผลกระทบใดจากความตกลง GATS

19. พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

กฎหมายนี้ไม่ได้กำหนดถึงคุณสมบัติของผู้ที่ขออนุญาตตั้งสถานบริการตามที่ระบุไว้ในกฎหมายนี้ว่าจะต้องมีสัญชาติใด ดังนั้นคนต่างด้าวจึงสามารถทำได้ จึงไม่ขัดกับหลักการปฏิบัติเบี่ยงคนชาติ

การที่กฎหมายนี้มีข้อกำหนดในการที่จะควบคุมสถานบริการที่ระบุในกฎหมายนี้ให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย เพื่อรักษาไว้ซึ่งศีลธรรมวัฒนธรรม และประเพณีอันดีของชาติ จึงเป็นเรื่องที่เข้าช้อยกเว้นทั่วไปตามมาตรา XIV ข้อ (a) ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้จึงไม่ได้รับผลกระทบใดจากความตกลง GATS

สำหรับธุรกิจบริการใน ปว.281 ที่เหลือ ซึ่งได้แก่ บริการถ่ายรูป ล้างและอัดรูป, บริการซักมัดเสื้อผ้า, บริการรับจ้างตัดเย็บเสื้อผ้า นั้น ไม่มีกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจบริการเหล่านี้เป็นการเฉพาะ

หลังจากที่ ปว.281 ได้มีการประกาศใช้มาเป็นระยะเวลาถึง 27 ปี ในปี พ.ศ. 2542 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อยกเลิก ปว.281 โดยได้ทำการปรับปรุงแก้ไขหลักการต่างๆ ของ ปว.281 ให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน และเพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นหลักการใหม่เพื่อปรับปรุงหลักการใน ปว.281 มีดังนี้

1. "คนต่างด้าว" ตามกฎหมายนี้ในกรณีบุคคลธรรมดา ได้แก่ บุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย ในกรณีนิติบุคคล จะได้นับนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งในต่างประเทศ และมีการกำหนดเกณฑ์ที่ใช้กำหนดสถานภาพของการเป็นคนต่างด้าวสำหรับนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย โดยจะนับจากจำนวนทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้น โดยไม่ใช้การนับจากจำนวนผู้ถือหุ้นเหมือนที่เคยกำหนดไว้ในปว.281อีกต่อไป

2. คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาลหรือได้รับสิทธิตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี จะไม่ได้รับการยกเว้นจากการควบคุมของกฎหมายนี้ทั้งหมดเลยทีเดียว อย่างที่เคยกำหนดไว้ใน ปว.281 เพียงแต่จะได้รับการยกเว้นในบางมาตราเท่านั้น นอกนั้นยังคงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขบางอย่างตามกฎหมายนี้อยู่

3. คนต่างด้าวจะอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาเพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ก็ต่อเมื่อได้กระทำตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

4. คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น และคนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือกฎหมายอื่น เท่านั้นที่จะได้รับสิทธิในการประกอบธุรกิจในประเภทธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยการอนุมัติของคณะกรรมการ ซึ่งกฎหมายนี้ได้ยกเลิกการให้

สิทธิในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือรอกการเนรเทศตามกฎหมาย และคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

5. คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนให้ประกอบธุรกิจในบัญชี 2 หรือบัญชี 3 จะได้รับการยกเว้นจากการบังคับใช้กฎหมายนี้ ยกเว้นบางมาตรายังคงต้องปฏิบัติตาม

6. กฎหมายใหม่นี้ยังคงหลักการเดิมของ ปว.281 ในเรื่องที่ไม่โดยทั่วไปคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจใดก็ได้ ยกเว้นแต่ธุรกิจที่กำหนดอยู่ในบัญชีท้ายกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นธุรกิจที่อยู่นอกรายการในบัญชีจะเป็นธุรกิจที่คนต่างด้าวกระทำได้โดยไม่ต้องผ่านการขอรับใบอนุญาตหรือดำเนินการตามกฎหมายนี้

7. บัญชีธุรกิจที่สงวนไว้มีทั้งหมด 43 ประเภท แบ่งออกเป็น 3 บัญชี ได้แก่ บัญชี 1 เป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ มีทั้งหมด 9 ประเภท บัญชี 2 เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม มีทั้งหมด 13 ประเภท และบัญชี 3 เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว มีทั้งหมด 21 ประเภท

8. ธุรกิจในบัญชี 1 เป็นธุรกิจที่ห้ามไม่ให้คนต่างด้าวทำ ส่วนธุรกิจในบัญชี 2 สงวนไว้ให้คนไทยทำ แต่ก็เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวขออนุญาตประกอบธุรกิจนั้นๆ ได้ แต่ให้มีขั้นตอนที่ต้องพิจารณากลับกรองอย่างละเอียดรอบคอบ จึงกำหนดให้ต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรี และต้องผ่านการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีด้วย และสำหรับบัญชี 3 คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจได้ต้องขออนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วย

9. สำหรับธุรกิจในบัญชี 2 กฎหมายกำหนดให้ในธุรกิจนั้นต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ใช่คนต่างด้าวร่วมถือหุ้นไม่น้อยกว่า 40 % ของทุนของต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น หรือถ้ารัฐมนตรีผ่อนผันให้ก็จะต้องไม่น้อยกว่า 25%

10. คนต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจตามกฎหมายนี้ต้องมีทุนขั้นต่ำ ซึ่งเป็นเงินตราต่างประเทศมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย เป็นจำนวนตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

11. มีการกำหนดกรอบแนวทางการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจไว้ชัดเจนว่า ต้องคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา

12. มีคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามโครงสร้างใหม่ โดยประกอบด้วยบุคคลทั้งจากภาครัฐและเอกชนเข้ามาร่วมด้วยมากขึ้น และมีอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนและสำคัญมากขึ้น

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ข้อเสนอแนะ

**ข้อเสนอแนะทางการปรับปรุงกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่าง
 ชาติ ให้สอดคล้องกับแนวทางการเปิดเสรีตามลำดับ ตามหลักการของความตกลง GATS**

1. หลักเกณฑ์การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาตินั้นมีอยู่ทั้งใน ปว.281 หรือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติด พ.ศ. 2542 ที่มีหลักการใหม่แก้ไขหลักการเดิมของ ปว.281 นั้น ยังคงมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิในการเข้าสู่ตลาดของบุคคล และนิติบุคคลต่างชาตินั้นที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการระดมธุรกิจในบัญชีท้ายกฎหมายให้เป็นธุรกิจต้องห้ามสำหรับคนต่างชาตินั้น ซึ่งเป็นการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ หรือการกำหนดเกณฑ์ที่ใช้กำหนดสถานภาพของการเป็นนิติบุคคลต่างชาตินั้น โดยนับจากทุนของคนต่างชาตินั้น โดยคนต่างชาตินั้นจะถูกจำกัดไม่ให้ถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียน เพราะไม่เช่นนั้นจะไม่ได้สิทธิเท่ากับที่นิติบุคคลไทยได้รับ การบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการเข้าสู่ตลาดของความตกลง GATS เพราะเป็นการตั้งข้อจำกัดในการเข้าร่วมลงทุนต่างประเทศ จึงอาจจะต้องมีการแก้ไขให้คนต่างชาตินั้นสามารถถือหุ้นได้เกินกว่ากึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียนของนิติบุคคล จนในที่สุดควรที่จะต้องอนุญาตให้คนต่างชาตินั้นสามารถถือหุ้นได้เต็มร้อยเปอร์เซ็นต์ของทุนจดทะเบียน

2. ควรจะมีการยกเลิกธุรกิจที่สงวนไว้บางประเภทที่อยู่ในเครือข่ายของการค้าบริการ การที่แต่เดิมธุรกิจที่สงวนไว้ในบัญชี ค. ของ ปว.281 นั้น ได้แก่ ธุรกิจบริการนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก. และ ข. ซึ่งเป็นการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงบริการทุกชนิดนั้น จะเป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีการค้าบริการของไทยมาก แต่ต่อมาได้แก้ไขโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติด พ.ศ. 2542 ซึ่งได้ตัดหลักการนี้ทิ้งไป แต่ยังคงสงวนไว้ซึ่งธุรกิจบริการบางประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชี ก. และบัญชี ข. ธุรกิจบริการที่ยังคงสงวนไว้ซึ่งถูกกำหนดอยู่ในบัญชี 3 ของพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นธุรกิจที่คนต่างชาตินั้นห้ามทำ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ซึ่งธุรกิจบริการเหล่านี้ได้แก่

1. การทำกิจการบริการทางบัญชี
2. การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
3. การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
4. การทำกิจการบริการนายหน้าหรือตัวแทน

5. การขายทอดตลาด
6. การทำกิจการโฆษณา
7. การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม
8. การนำเที่ยว

และได้มีการเพิ่มธุรกิจบริการที่ต้องการลงไว้ในอีก ซึ่งได้แก่ การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม แม้ว่าพระราชบัญญัตินี้มีการเปิดเสรีให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจบริการมากขึ้นก็ตาม อย่างไรก็ตามถือได้ว่ายังคงเป็นการจำกัดจำนวนธุรกิจบริการ เพราะการกำหนดให้ธุรกิจบริการเหล่านี้ลงไว้ในสำหรับคนไทยและจำกัดไม่ให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ให้บริการประกอบธุรกิจให้บริการในบัญชีดังกล่าว จะเป็นการขัดกับหลักการเข้าสู่ตลาดของความตกลง GATS ดังนั้น จึงควรมีการทบทวนใหม่ว่าธุรกิจบริการประเภทใดสามารถจะเปิดตลาดได้ก็ควรจะตัดออกเสียจากบัญชี ส่วนธุรกิจบริการใดซึ่งยังไม่สามารถที่จะเปิดตลาดเสรีได้ ก็ยังสามารถคงไว้ได้อยู่ แต่ก็ควรมีลักษณะที่ยืดหยุ่น และยกเลิกภายหลังได้โดยง่าย เนื่องจากว่าการค้าบริการมีทั้งบริการหลักและบริการย่อย บริการประเภทใดจะไม่ควบคุมก็ควรที่จะกล่าวไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายไม่ใช่บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ

3. การที่ใน ปว.281 มีข้อยกเว้นไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐบาลต่างประเทศ หลักการนี้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็มีการกำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้เช่นกัน แต่มีการปรับปรุงใหม่โดยจะให้การยกเว้นแก่คนต่างด้าวข้างต้นเพียงบางมาตรา โดยมีเงื่อนไขสำหรับคนต่างด้าวที่อาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีว่าจะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยต่อเมื่อได้ทำตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

เป็นที่น่าสังเกตว่า การที่ประเทศไทยเข้าผูกพันในสนธิสัญญาพหุภาคี เช่น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) นี้ จะถือว่าเข้าข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือไม่ ซึ่งถ้าถือว่าเข้าหลักเกณฑ์

ตามข้อยกเว้นแล้วก็จะทำให้ ปว.281 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้รับผลกระทบจากความตกลง GATS เพราะคนต่างด้าวที่เป็นสมาชิกของความตกลง จะไม่ถูกกฎหมายนี้ใช้บังคับ อย่างไรก็ตามก็ยังไม่มีความหมายที่ว่าจะให้โดยชัดแจ้งว่าให้คนต่างด้าวที่เป็นภาคีของความตกลง GATS สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจโดยได้รับการยกเว้นจากการบังคับของกฎหมายการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

สำหรับสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 ทำให้คนชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับการยกเว้นจาก ปว.281 รวมทั้งได้รับการยกเว้นจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในบางมาตราด้วย การให้สิทธิแก่คนชาติสหรัฐในการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ เป็นการขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ของความตกลง GATS แม้ในปัจจุบันประเทศไทยได้ทำการขอยกเว้นที่จะไม่ให้นำหลัก MFN มาใช้กับสนธิสัญญานี้ โดยได้ทำเป็นภาคผนวกว่าด้วยข้อยกเว้นของมาตรา II (Annex on Article II Exemptions) ในเรื่องของสนธิสัญญานี้ไว้ แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยก็ควรทำการทบทวนว่าจะให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกสนธิสัญญานี้หรือไม่ เพราะถือว่าไม่สอดคล้องกับหลัก MFN ซึ่งการแก้ไขนั้นประเทศไทยอาจจะยังคงไว้ซึ่งสนธิสัญญานี้ไว้ได้ เนื่องจากสามารถที่จะขอรุ่นไว้ในบัญชีท้าย (Final List) ตามภาคผนวกว่าด้วยข้อยกเว้นของมาตรา II เป็นระยะเวลา 10 ปี โดยในระหว่างนี้ ประเทศไทยก็อาจจะทำการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าตามลำดับไปเรื่อยๆ จนกว่าจะเปิดธุรกิจการบริการครบทุกสาขา ซึ่งจะทำการปฏิบัติต่อคนชาติสหรัฐฯ เท่าเทียมกับคนชาติของสมาชิกอื่น จึงไม่จำเป็นต้องนำหลัก MFN มาใช้กับสนธิสัญญานี้ หรืออาจจะคงไว้ซึ่งสนธิสัญญานี้ โดยมีการเจรจาบทสนทนาใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลง GATS หรือประเทศไทยอาจทำการยกเลิกสนธิสัญญานี้ เพื่อให้ประเทศไทยจะได้ไม่ต้องให้สิทธิในการค้าบริการแก่ประเทศสมาชิกอื่น ซึ่งในระหว่างระยะเวลาที่ได้ขอยกเว้นไว้ 10 ปีนั้น ประเทศไทยควรหาแนวทางในอนาคตว่าจะปฏิบัติอย่างไรต่อสนธิสัญญานี้เมื่อครบกำหนดที่ขอยกเว้นไว้ และหามาตรการในการเยียวยาต่อผลกระทบที่ประเทศไทยจะได้รับ

4. สำหรับกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ ในบริการประเภทต่างๆ ที่สงวนไว้ในท้าย ปว.281 ซึ่งได้ย้ายมาเป็นธุรกิจที่สงวนไว้ในบัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งจะทำการพิจารณา โดยแบ่งประเภทของกฎหมายออกเป็น

- กฎหมายที่ควบคุมมาตรฐานอาชีพและวิชาชีพ

กฎหมายที่ควบคุมมาตรฐานอาชีพและวิชาชีพนี้ มักมีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่ต้องการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพไว้ การกำหนดคุณสมบัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของความตกลง GATS จะต้องไม่มีการกำหนดคุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาตให้เป็นอุปสรรคต่อการค้าบริการ ไม่เช่นนั้นจะขัดกับหลักข้อบังคับภายในประเทศ(Domestic Regulation) ได้

การกำหนดคุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาตว่าจะต้องมีสัญชาติไทยนั้น จะเป็นการขัดกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ จึงควรจะต้องตัดคุณสมบัติดังกล่าวออก ในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติผู้สอบบัญชี พ.ศ. 2505, พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่ต้องการประกอบวิชาชีพเหล่านี้ว่าต้องมีสัญชาติไทย ดังนั้นจึงควรทำการพิจารณาทบทวนในการที่จะแก้ไขคุณสมบัติดังกล่าว เพื่อให้ไม่ให้เกิดการกีดกันในเรื่องสัญชาติ

การกำหนดคุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาตในเรื่องคุณวุฒิการศึกษา ประสบการณ์ที่ได้รับ หรือใบอนุญาตนั้น ตามหลักการของ GATS ในเรื่องการยอมรับ (Recognition) ประเทศไทยควรจะมีการเจรจากับประเทศอื่นในเรื่องการยอมรับ การศึกษา ประสบการณ์ที่ได้รับ หรือใบอนุญาต หรือหนังสือรับรองที่ออกให้ในประเทศนั้นๆ

- กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค, การสาธารณสุข และเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ

กฎหมายเหล่านี้จะไม่ได้รับผลกระทบจากความตกลง GATS เพราะเป็นเรื่องที่เข้าช้อยกเว้นของความตกลงนี้ แต่ก็ควรมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายบางฉบับที่ล้าสมัย เพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน

ข้อเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่าง ชาติ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติ

แม้ว่าประเทศไทย จะต้องเคารพต่อพันธกรณีที่มีในความตกลง GATS แต่การเปิดตลาดเสรีการค้าบริการนั้นมีการวางกรอบเอาไว้ว่าสามารถที่จะค่อยๆ เปิดเสรีได้ โดยเฉพาะการสร้างพันธกรณีเข้าผูกพันนั้น ประเทศสมาชิกสามารถวางข้อจำกัดของตนได้แต่ต้องไม่ขัดต่อเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์นั้น การปรับปรุงแก้ไข ปว.281 รวมทั้งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างต่าง พ.ศ. 2542 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลง GATS นั้น เป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามความตกลง GATS หรือหมายถึงว่ากฎหมายใดที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าบริการอยู่ก็จะต้องมีการแก้ไขเพื่อให้มีการเปิดตลาดการค้าบริการเสรีในที่สุด นั้นก็หมายความว่าประเทศไทยเรายังไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายเพื่อเปิดเสรีการค้าบริการทุกอย่างทันที แต่จะต้องแก้ไขกฎหมายเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีที่ได้ให้ไว้ในตารางข้อผูกพันเกี่ยวกับการเปิดตลาดบริการเสรีตามลำดับ การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องทำการทบทวนและพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบ โดยต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติด้วย

การมีกฎหมายที่ทำการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างต่างนั้นเป็นสิ่งสำคัญ แต่ที่ผ่านมามพบว่า คนต่างต่างสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจ และมีอำนาจในการบริหารได้อย่างเต็มที่ตามกฎหมาย โดยการเลี่ยงกฎหมายด้วยการให้ถือหุ้นแทนและการปิดบังของผู้ถือหุ้น ดังนั้นจึงควรมีมาตรการที่จะทำการควบคุมองค์กรธุรกิจของคนต่างต่างอย่างเต็มที่ โดยควรให้คนต่างต่างดังกล่าวมาอยู่ภายใต้การควบคุมตามระบบของกฎหมายไทย โดยไม่ต้องหลบๆ ซ่อนๆ หรือเลี่ยงกฎหมาย เพื่อกฎหมายจะได้สามารถเข้าไปควบคุมในสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบของบุคคลเหล่านั้นได้ สำหรับธุรกิจบริการใดที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะทำการแข่งขัน ก็ควรที่จะยังคงสงวนไว้ และควรที่จะมีการศึกษาและพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบเสียก่อน ก่อนที่จะเปิดเสรีธุรกิจบริการนั้นๆ ให้คนต่างต่างทำ

อย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายนี้จำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไข โดยต้องเปิดเสรีให้คนต่างต่างสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจบริการที่สงวนไว้ตามลำดับ เพื่อให้สอดคล้องกับความตกลง GATS แต่ประเทศไทยอาจจะบัญญัติกฎหมายออกมาเพื่อควบคุมผู้ประกอบการอาชีพหรือวิชาชีพที่มีความสำคัญเพื่อประโยชน์แก่ผู้เกี่ยวข้อง หรือบัญญัติให้มีกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคแทน เพราะในปัจจุบันประเทศไทยยังขาดกฎหมายที่ควบคุมการให้บริการที่มีความปลอดภัย

และเป็นธรรมต่อผู้บริโภค ซึ่งกฎหมายคุ้มครองด้านการบริการยังไม่ได้เติบโตหรือสอดคล้องกับ
ความเจริญเติบโตของธุรกิจการค้าบริการ โดยเฉพาะในอนาคตที่ต้องมีการเปิดเสรีการค้าบริการ
มากขึ้น จึงควรดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ให้เอื้ออำนวยต่อการให้ความ
คุ้มครองผู้บริโภคบริการ

กฎหมายที่ทำการควบคุมมาตรฐานอาชีพและวิชาชีพต่างๆ เป็นสิ่งที่จะต้องมีเพื่อ
ปกป้องผลประโยชน์ของชาติและของคนไทย สำหรับอาชีพหรือวิชาชีพที่ผู้ประกอบการควรเป็นคน
ไทยและเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงข้อขัดข้องในกรณีการกีดกันในเรื่องสัญชาติ กฎหมายจึงควรกำหนด
คุณสมบัติของบุคคลแทนการกำหนดสัญชาติของบุคคล เช่น ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีความรู้
ภาษาไทย หรือมีวุฒิการศึกษา ตามที่ได้กำหนดเอาไว้ เป็นต้น

ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า แม้ว่าการเปิดเสรีจะเป็นสิ่งจำเป็น แต่อย่างไรก็ตาม ก็จะต้องดำเนินการให้ความคุ้มครองกับการมีระบบกฎเกณฑ์ที่ควบคุมอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ ทั้ง
นี้การเปิดเสรีในอนาคตจึงต้องเป็นไปอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ
และมีกลไกที่ควบคุมกำกับอย่างโปร่งใส

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย