



บทที่ 4

GATS Plus ที่เกิดจากข้อผูกพัน Mode 4 ของทั้งประเทศไทยและออสเตรเลีย ภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA)

เมื่อศึกษาข้อผูกพันของทั้งประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียแล้ว จะทำให้เข้าใจได้ว่า ทั้งสองประเทศต่างมีการเปิดเสรีในกรอบการค้าบริการระดับพหุภาคี หรือ องค์การการค้าโลกนี้ น้อยมาก ดังนั้น การจัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) จึงเป็นทางเลือกใหม่ ที่ทำให้ทั้งสองประเทศจับมือกันเพื่อจัดทำข้อผูกพันอันมีลักษณะที่เป็น GATS Plus ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างข้อผูกพันของทั้งสองความตกลงจะทำให้ทราบได้ว่า ตามข้อผูกพัน TAFTA นี้ plus กว่าที่ระบุให้ประเทศสมาชิกอย่างไร ซึ่งในบทนี้ ผู้เขียนมุ่งนำเสนอเฉพาะ GATS Plus ใน Mode 4 อันเป็นวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยนี้ และเพื่อให้เกิดความเข้าใจจึงขอ นำเสนอรายละเอียดของ GATS Plus ดังที่กล่าวข้างต้น

4.1 GATS Plus ที่เกิดจากข้อผูกพันการเปิดตลาด Mode 4 ของไทย

GATS Plus เป็นข้อผูกพันการเปิดตลาดที่เพิ่มขึ้นของมากกว่าที่ให้กับประเทศสมาชิกอื่น ในองค์การการค้าโลก (WTO) โดยในบทนี้จะเป็นการนำเสนอส่วนที่เพิ่ม (plus) จากข้อผูกพัน การเปิดตลาดโดยเฉพาะ Mode 4 ภายใต้พันธกรณีข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) เพราะในกรอบของ GATS นั้นประเทศสมาชิกกว่า 140 ประเทศ ส่วนใหญ่จะผูกพัน เฉพาะที่ระบุไว้ใน Horizontal Commitment และคงมีเพียงการเปิดให้เฉพาะบุคคลในระดับ ผู้จัดการ ผู้บริหาร และผู้เชี่ยวชาญ ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ว่าด้วยเรื่องข้อผูกพัน Mode 4 ของไทยตามกรอบ GATS ดังนั้น การเจรจาเพื่อเปิดเขตการค้าเสรีตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย- ออสเตรเลีย ก็เป็นความร่วมมือกันของทั้งประเทศไทยและออสเตรเลีย เพื่อให้มีการเปิดเสรีเพิ่ม มากขึ้นกว่าในกรอบของ GATS เนื่องจากความตกลงในระดับพหุภาคีที่มีประเทศสมาชิกใน จำนวนที่มาก การเจรจาท่าข้อตกลงใดๆ ก็เป็นไปได้ยากตามไปด้วยจนกระทั่งส่งผลให้การเจรจา เพื่อเปิดเสรีอยู่ในลักษณะคงที่และหยุดนิ่ง ดังนั้น หลายประเทศจึงให้ความสนใจที่จะจัดทำ ข้อตกลงในรูปแบบของข้อตกลงทวิภาคีมากขึ้น โดยเฉพาะประเทศไทยได้มีการจัดทำข้อตกลงเขต การค้าเสรี (FTA) กับหลายประเทศทั่วโลก ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เอง

หลักการสำคัญของ GATS Plus นี้ ถึงแม้จะเป็นหลักการที่เกิดจากข้อตกลงทวิภาคี แต่ก็อาศัยหลักการเดียวกันกับกรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ดังระบุไว้ในมาตรา XIX (19) ว่าด้วยหลักการเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization) ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญของการทำ GATS Plus ด้วย เพราะหลักการนี้ต้องการให้ประเทศสมาชิกเปิดเสรีการค้าบริการเพิ่มมากขึ้นในอนาคต โดยอาศัยการเจรจาระหว่างกันเพื่อลดข้อจำกัดของการเข้าสู่ตลาดที่ระบุไว้ในข้อผูกพัน และมุ่งเพิ่มระดับการเปิดเสรีของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาให้แกกันด้วย สำหรับข้อตกลงฯ นี้ก็เช่นเดียวกัน ใช้หลักการเปิดเสรีแบบค่อยเป็นค่อยไป เพราะ GATS ได้วางหลักว่า การเจรจาเพื่อเปิดเสรีตามลำดับนี้ สามารถทำในรูปของการเจรจาแบบทวิภาคีหรือพหุภาคีก็ได้ ดังนั้น ข้อตกลงฯ นี้ถือเป็นรูปแบบการเจรจาทวิภาคี จึงสามารถนำหลักการดังกล่าวมาใช้บังคับได้

ผลของการเจรจาโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักการเปิดเสรีตามลำดับนี้ ก็เพื่อประโยชน์ของประเทศสมาชิกโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ยังไม่มีความพร้อมในการเปิดตลาดการค้าบริการในทันทีและอยากให้มีการเปิดเสรีแบบค่อยเป็นค่อยไปตามลำดับ ด้วยสาเหตุและปัจจัยภายในหลายประการประกอบกันทั้งระดับการพัฒนาของประเทศที่แตกต่างกัน วัตถุประสงค์ในการส่งออกบุคลากรที่แตกต่างกัน ความถนัดทางวิชาชีพของบุคคลผู้ให้บริการ คุณวุฒิและประสบการณ์ของผู้ให้บริการ จึงทำให้เกิดข้อตกลงที่สามารถสร้างกลไกในการเจรจาที่ง่ายกว่าในกรอบของ GATS จนทำให้เกิดเป็นข้อผูกพันอันมีลักษณะเป็น GATS Plus ขึ้น ซึ่ง GATS Plus นี้เกิดจากการพิจารณาระหว่างข้อผูกพันที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันตามกรอบของ GATS และข้อผูกพันที่ระบุไว้ในตารางแสดงข้อผูกพันท้ายข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) ซึ่งเมื่อพิจารณาในเชิงเปรียบเทียบกันแล้ว จึงพบว่าข้อผูกพันตามกรอบของ TAFTA นี้มีข้อผูกพันอันเป็น GATS Plus ในรูปแบบของการให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Mode 4) ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

4.1.1 GATS Plus ในเรื่องการขยายประเภทบุคคลและระยะเวลาและการทำงาน ในราชอาณาจักร

(1) ตามข้อตกลงฯ นี้ได้มีการขยายระยะเวลาการทำงานและการพำนักอยู่ชั่วคราวในประเทศไทยสำหรับผู้โอนย้ายภายในกิจการ (Intra Corporate Transferee) เข้ามาทำงานในระดับผู้บริหาร ผู้จัดการ หรือผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งรัฐบาลไทยจะออกใบอนุญาตทำงานให้คราวละ 1 ปี ซึ่งสามารถต่ออายุได้ทุกปี รวมระยะเวลาทั้งหมดไม่เกิน 5 ปี จากที่ผูกพันตามกรอบของ GATS นั้น ผู้

โอนย้ายภายในกิจการสามารถต่ออายุได้ 2 ครั้งๆ ละไม่เกิน 1 ปี เท่ากับว่า สามารถทำงานในประเทศไทยได้ทั้งหมดเพียง 3 ปี เท่านั้น ในข้อนี้ เห็นว่าเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่คนต่างด้าวมากกว่าที่กำหนดไว้ใน WTO แต่ทั้งนี้ ประเทศไทยจะต้องอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวเข้าเมือง และทำงานได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายไทยกำหนด

(2) มีการเปิดเสรีในส่วนของบุคคลธรรมดาประเภทผู้ให้บริการตามสัญญา (Contractual Service Supplier) เพิ่มขึ้น และผู้ให้บริการตามสัญญานั้นแบ่งออกเป็นผู้ที่ได้รับการว่าจ้างจากนิติบุคคลไทยหรือออสเตรเลียในไทยเข้ามาทำงานในระดับผู้บริหาร ผู้จัดการ หรือผู้เชี่ยวชาญ และผู้ที่เป็นลูกจ้างของนิติบุคคลไทยหรือออสเตรเลียซึ่งมีสัญญาการขายบริการกับนิติบุคคลไทยหรือออสเตรเลียในประเทศไทย โดยรัฐบาลไทยจะออกใบอนุญาตให้คราวละ 1 ปี ซึ่งสามารถต่ออายุได้ทุกปี รวมระยะเวลาทั้งหมดไม่เกิน 3 ปี เห็นได้ว่าการเปิดเสรีเพิ่มขึ้นในส่วนของบุคคลซึ่งจากกรอบ GATS นั้น จะเปิดให้บุคคล 2 ประเภทเท่านั้น คือผู้เชี่ยวชาญธุรกิจ และผู้โอนย้ายภายในกิจการ ตามที่กล่าวในบทที่ 2 แล้ว จึงเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่คนต่างด้าวมากกว่าที่กำหนดไว้ใน WTO แต่ทั้งนี้ ประเทศไทยจะต้องอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวเข้าเมือง และทำงานได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายไทยกำหนด

(3) สำหรับนักธุรกิจผู้ถือบัตร APEC Business Travel Card (ABTC) สามารถเดินทางเข้ามาประชุมสัมมนา และติดต่อธุรกิจในประเทศไทยได้ไม่เกิน 90 วัน โดยไม่ต้องมีใบอนุญาตทำงาน ซึ่งตามกรอบของ GATS ประเทศไทยอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้เข้าร่วมประชุม ติดต่อธุรกิจ สามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้ไม่เกิน 15 วัน เนื่องจากกรมการจัดหางานถือเป็นงานอันจำเป็น และเร่งด่วนที่จะอนุญาตให้ทำงานได้ไม่เกิน 15 วัน และต้องมีการขอรับใบอนุญาตทำงานต่อกรมการจัดหางานด้วย เพราะเข้าข่าย "การทำงาน" ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และในพระราชบัญญัติฉบับใหม่กับบัญญัติคำนิยาม คำว่า "ทำงาน" ไว้ในทำนองเดียวกันไม่มีการเปลี่ยนแปลง ดังนั้น กิจกรรมข้างต้นนี้จึงถือเป็นการทำงานที่ต้องขออนุญาตทำงานก่อนจึงจะสามารถทำงานได้ เมื่อข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย ให้สิทธิประโยชน์แก่คนต่างด้าวมากกว่าประเทศอื่นใน WTO โดยมีการขยายระยะเวลาจากเดิม 15 วัน เป็น 90 วัน และไม่ต้องขออนุญาตทำงาน จึงถือเป็น GATS Plus ด้วยเหตุผลที่กล่าวข้างต้น

4.1.2 การอนุญาตให้คนออสเตรเลียสามารถทำงานได้ทุกท้องที่ในราชอาณาจักร

(1) ประเทศไทยลดเงื่อนไขในการอำนวยความสะดวกให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยให้กับคนออสเตรเลียซึ่งเป็นการให้สิทธิคนต่างด้าวมากกว่าประเทศสมาชิกอื่นใน WTO โดยอนุญาตให้คนออสเตรเลียที่ตามประเภทที่มีการเปิดตลาดทำงานได้ทุกท้องที่ในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะเป็นการประชุม การติดต่อธุรกิจ โดยไม่ต้องขออนุญาตก่อนเพียงแต่ให้มีการแจ้งต่อนายทะเบียนตั้งแต่วันที่ขอรับใบอนุญาตทำงาน ซึ่งจากเดิมประเทศไทยมีข้อจำกัดที่ว่าคนต่างด้าวทำงานได้ท้องที่ใดท้องที่หนึ่งตามหลักของมาตรา 21 ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นฉบับเก่า ที่วางหลักว่า "ห้ามมิให้ผู้รับใบอนุญาตทำงานอื่นใดนอกจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาต หรือเปลี่ยนท้องที่หรือสถานที่ทำงานให้แตกต่างไปจากที่กำหนดในใบอนุญาต เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน" กล่าวคือ คนต่างด้าวยื่นขออนุญาตทำงานไว้ ณ ท้องที่ใด ให้ทำงานในท้องที่ได้เพียงแห่งเดียว การจะไปทำงานในท้องที่นอกเหนือจากที่ขออนุญาต ต้องยื่นขอต่อนายทะเบียนก่อนที่จะมีการย้ายท้องที่ ตามแบบฟอร์มและเอกสารประกอบของกรมการจัดหางาน ด้วยเหตุนี้ ออสเตรเลียจึงได้มีการเรียกร้องต่อประเทศไทยให้ยกเลิกข้อบทดังกล่าว เนื่องจากเป็นเงื่อนไขที่ออกมาเพื่อควบคุมคนต่างด้าวอันเรียกได้ว่าสร้างภาระให้กับคนต่างด้าวอย่างมากดังนั้น การผ่อนคลายนโยบายดังกล่าว จึงถือเป็น GATS Plus ที่ประเทศไทยให้สิทธิประโยชน์แก่คนต่างด้าวมากกว่าที่ให้กับประเทศสมาชิกอื่นในองค์การการค้าโลก (WTO) ที่เห็นได้ชัดเจน

4.1.3 การให้บริการ ณ ศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน

(1) ไทยลดข้อจำกัดเรื่องทุนขั้นต่ำของนายจ้างหรือสถานประกอบการที่จ้างคนต่างด้าว โดยให้คนออสเตรเลียดังที่ระบุต่อไปนี้ สามารถใช้ศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงานได้ (One Stop Service Center for Visa and Work Permit) ได้

- นักลงทุน (Investor) ซึ่งหมายถึงคนออสเตรเลียที่นำเงินตราต่างประเทศเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ซึ่งมีมูลค่าไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาท
- ผู้โอนย้ายภายในกิจการ และผู้ให้บริการตามสัญญา

ซึ่งเดิมได้กำหนดให้คนต่างด้าวทั่วไปที่ได้รับการจ้างงานจากธุรกิจ หรือจากนิติบุคคลที่มีจดทะเบียนชำระแล้วหรือสินทรัพย์รวม ไม่น้อยกว่า 30 ล้านบาท สามารถยื่นขออนุญาตทำงานและทำนักในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้ที่ศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน (One Stop Service) เท่านั้น คนต่างด้าวประเภทอื่นให้เป็นไปตามที่ระบุในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ

จัดตั้งศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2547 และกฎกระทรวง (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2547 ออกตามความในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้อนุญาตให้คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายพิเศษ อย่างเช่น กฎหมายส่งเสริมการลงทุน กฎหมายปิโตรเลียม กฎหมายการนิคมอุตสาหกรรม หรือกรณีผู้สื่อข่าว เจ้าหน้าที่สาขาของธนาคารต่างประเทศ รวมไปถึง คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาภายใต้กรอบพันธกรณีที่รัฐบาลทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งหมายรวมถึง คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย ด้วย ในข้อนี้ถือว่ามีผลชัดเจนอย่างมาก และเห็นผลเป็นรูปธรรมมากที่สุดว่าประเทศไทยได้ลดข้อจำกัดอันเป็นเงื่อนไขในการอำนวยความสะดวกให้กับคนออสเตรเลียที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยแล้ว เห็นได้ว่าข้อนี้มีลักษณะเป็น GATS Plus เพราะเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่คนต่างด้าวมากกว่าที่ให้ประเทศอื่นๆ ใน WTO และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของข้อเรียกร้องที่ประเทศออสเตรเลียได้ยื่นต่อประเทศไทยไว้

4.1.4 การให้สิทธิประโยชน์อื่นๆ

(1) GATS Plus อีกประการหนึ่งภายใต้ข้อตกลงฯ ฉบับนี้ คือการอนุญาตให้คู่สมรสของผู้โอนย้ายภายในกิจการ และผู้ให้บริการตามสัญญาทำงานในระดับผู้บริหาร ผู้จัดการ หรือผู้เชี่ยวชาญเป็นระยะเวลาเท่ากับผู้ที่ได้รับอนุญาตหลัก ในข้อนี้ที่เห็นว่าเป็น GATS Plus เพราะภายใต้กรอบความตกลงทั่วไป (GATS) ไม่มีการอนุญาตให้คู่สมรสสามารถใช้สิทธิของผู้ขอหลักในการขออนุญาตทำงานได้ ต้องมีการขออนุญาตทำงานแยกจากผู้ขอหลัก โดยต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว และกฎหมายคนเข้าเมืองของไทยเช่นเดียวกัน กล่าวคือ คู่สมรส ต้องได้รับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) ถ้าจะให้ถูกต้องคือประเภท "B" หรือ Business จึงจะสามารถยื่นขอรับใบอนุญาตทำงานได้ และจะอนุญาตให้ทำงานและอยู่พำนักในราชอาณาจักรได้ตามระยะเวลาที่ตนได้รับอนุญาตโดยไม่คำนึงถึงผู้ขอหลักเลย ดังนั้น การเข้า-ออก หรืออายุของวีซ่าหรือใบอนุญาตทำงานก็จะแยกจากกัน ซึ่งออสเตรเลียมองว่าเป็นการไม่สะดวกที่คู่สมรสของตนจะมีระยะเวลาการอยู่ในราชอาณาจักร และการทำงานที่แยกจากกัน อาจทำให้เกิดความสับสน จึงเรียกร้องให้ประเทศไทยลดข้อจำกัดดังกล่าวอันเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดอย่างหนึ่ง จึงถือได้ว่าเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่คนต่างด้าวมากกว่าที่กำหนดไว้ใน WTO แต่ทั้งนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายภายในในส่วนที่เกี่ยวกับอาชีพสงวน 39 อาชีพที่ห้ามตามพระราชกฤษฎีกาฯ ด้วย ตราบเท่าที่กฎกระทรวงยังไม่ได้ออกกฎเกณฑ์อันเป็นรายการอาชีพหรือวิชาชีพที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ นอกเหนือจากนั้น คนต่างด้าวไม่สามารถทำได้ ซึ่งจะแตกต่างจากเดิม

4.2 GATS Plus ที่เกิดจากข้อผูกพันการเปิดตลาดของออสเตรเลีย

นอกจากพันธกรณีตามข้อผูกพันของไทยที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันแนบท้ายข้อตกลงฯ นี้ ออสเตรเลียก็ได้มีการกำหนดข้อผูกพันอันก่อให้เกิดพันธกรณีในส่วนของ Mode 4 เช่นเดียวกัน แต่มีประเด็นที่แตกต่างกัน เนื่องจากออสเตรเลียมีการเปิดตลาดให้กับไทยในลักษณะที่เป็นการเปิดเสรีเพิ่มขึ้น สำหรับบุคคลประเภท semi-skill ซึ่งออสเตรเลียมีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดใน Mode 4 นี้ค่อนข้างมากเช่นเดียวกันในกรอบของ GATS ดังนั้น การเจรจาในรูปแบบทวิภาคีนี้จึงเป็นทางเลือกใหม่ในการที่จะผลักดันให้มีการเปิดเสรีเพิ่มมากขึ้น เพราะการเจรจาในระดับพหุภาคีนั้น ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของทั้งสองประเทศได้ โดยเฉพาะออสเตรเลียรวมถึงการเจรจาเพื่อเปิดเสรีก็เป็นไปโดยล่าช้า เนื่องจากประเทศสมาชิกทั้งหลายต่างก็ต้องการสงวนอาชีพให้กับคนชาติ ไม่ต้องการให้มีการแย่งงานคนชาติทำ หรือสร้างเงื่อนไขอันมาให้การเข้าสู่ตลาดของแต่ละประเทศยากยิ่งขึ้น ดังนั้น ออสเตรเลียจึงหวังให้การเจรจาเปิดเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย ส่งผลให้ออสเตรเลียมีการเขยิบการเปิดเสรีที่เพิ่มมากขึ้น และสามารถกระตุ้นเศรษฐกิจของออสเตรเลียได้ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างข้อผูกพันโดยเฉพาะ Mode 4 ของออสเตรเลียในกรอบของ GATS และข้อผูกพันในกรอบของ TAFTA ซึ่งผลที่ได้รับจากการพิจารณาดังกล่าว เห็นว่าออสเตรเลียมีข้อผูกพัน Mode 4 อันเป็นลักษณะ GATS Plus ดังต่อไปนี้

4.2.1 GATS Plus ในส่วนของประเภทบุคคลและการจัดทำข้อตกลงการยอมรับคุณสมบัติร่วมกัน (MRAs)

(1) ประเทศออสเตรเลียเปิดตลาดให้กับคนไทยอาชีพพ่อครัว-แม่ครัวไทย สามารถเข้าไปทำงานในออสเตรเลียได้ ในลักษณะของผู้ให้บริการตามสัญญา และเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ใช้ทักษะฝีมือในการปฏิบัติงาน ซึ่งในข้อนี้ เจ้าหน้าที่ของกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ ส่วนงานการค้าบริการและการลงทุน ได้ให้ทัศนะว่า กว่าที่ออสเตรเลียจะยอมเปิดตลาดให้กับพ่อครัว-แม่ครัวไทย นั้นใช้เวลาพอสมควร เนื่องจากออสเตรเลียไม่เชื่อว่าเป็นการใช้ทักษะฝีมือในการปฏิบัติงาน แต่ด้วยเหตุผลและการนำเสนอในขั้นตอนการเจรจา รวมถึงการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างกัน ออสเตรเลียจึงยอมเปิดตลาดในที่สุด แต่ทั้งนี้ ก็ต้องอยู่ภายใต้การยอมรับในเรื่องคุณสมบัติ โดยได้กำหนดระดับของคุณสมบัติไว้ 3 ระดับด้วยกัน ซึ่งได้ระบุไว้ในข้อผูกพันของออสเตรเลียแนบท้ายข้อตกลงฯ นี้ และคุณสมบัติเหล่านั้นหน่วยงานในไทย เป็นผู้รับรองก่อนที่จะมีการเดินทางเข้าไปทำงานในประเทศออสเตรเลีย โดยรัฐบาลออสเตรเลียอนุญาตให้ 4 ปี จึงถือว่ามีลักษณะเป็น

GATS Plus เพราะเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่คนต่างด้าวมากกว่าที่ให้กับประเทศสมาชิกใน WTO เนื่องจากในข้อผูกพันตามกรอบของ GATS ออสเตรเลียไม่ผูกพันที่จะเปิดตลาดให้กับบุคคลในระดับ Semi-Skill ให้กับประเทศใด เนื่องจากเหตุผลในเรื่องทักษะฝีมือการปฏิบัติงาน ว่าอาชีพพ่อครัว-แม่ครัวไทยจะเป็น Skill Labour อย่างแท้จริง และ GATS Plus ดังกล่าวยังเป็นการวางรากฐานของการยอมรับคุณสมบัติร่วมกัน (MRAs) ในวิชาชีพพ่อครัว-แม่ครัวไทยอันจะสามารถพัฒนาให้มีการยอมรับคุณสมบัติร่วมกันในสาขาอื่นๆ ได้อีก

(2) อนุญาตให้คู่สมรสและผู้ติดตามของผู้โอนย้ายภายในกิจการเข้าไปทำงานได้ทุกประเภทเป็นระยะเวลาเท่ากับผู้โอนย้ายภายในกิจการ ในข้อนี้เป็นลักษณะของ GATS Plus เนื่องจากตามกรอบของ GATS ออสเตรเลียไม่ผูกพันที่จะเปิดตลาดให้กับบุคคลประเภทนี้ ตามที่ระบุไว้ในบทที่ 2 ว่าด้วยเรื่องข้อผูกพันการเปิดตลาด mode 4 ของออสเตรเลีย จึงเป็นการให้สิทธิประโยชน์แก่คนต่างด้าวที่มากกว่าประเทศสมาชิกอื่นๆ ใน WTO ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าเนื่องจากไทยเปิดตลาดให้กับคนต่างด้าวประเภทคู่สมรสนี้ให้กับออสเตรเลีย ดังนั้น ตามหลักต่างตอบแทน (reciprocity basis) ออสเตรเลียก็ควรที่จะเปิดให้กับคนไทยด้วยเช่นกัน

4.2.2 การลดข้อจำกัดในส่วนของ Labour Market Test ให้กับผู้ให้บริการคนไทย

ออสเตรเลียระบุไว้ในข้อผูกพันในคอลัมน์ข้อจำกัดของตนว่า "Thai national will be permitted to enter Australia and work without labour market test" กล่าวคือผู้ให้บริการคนไทยสามารถเข้าไปพำนักในออสเตรเลียและทำงานได้โดยไม่มีการทดสอบความต้องการของตลาดดั้งเดิมตามที่ระบุไว้ในข้อผูกพันทั่วไปตามที่ระบุใน AUSTRALIAN'S SCHEDULE COMMITMENT ซึ่งในข้อนี้ ถือเป็น GATS Plus เนื่องจากเป็นการให้สิทธิประโยชน์คนต่างด้าวที่มากกว่าประเทศสมาชิกอื่นใน WTO เนื่องจากออสเตรเลียเป็นประเทศที่ค่อนข้างควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว โดยใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อกีดกันการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวนั้นเอง โดยตามกรอบของ GATS ออสเตรเลียจะดำเนินการตามขั้นตอนของการทดสอบความต้องการของตลาดในประเทศก่อนไม่ว่าจะเป็นผู้เชี่ยวชาญพิเศษ หรือผู้ให้บริการโดยส่วนใหญ่ ดังระบุไว้ในตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment)¹ แต่ก็มีบุคคลบางประเภทที่ออสเตรเลียลดข้อจำกัดในเรื่องการทดสอบความต้องการของตลาดดังที่ระบุไว้ในข้อผูกพันทั่วไป ความว่า

¹ พรชัย ประภาวณิช, การเจรจาเรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศ, เอกสารเลขที่ 126 (กรุงเทพมหานคร : กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2548), หน้า 60-61.

“โดยในกรณีต่อไปนี้อาจไม่ต้องมีการทดสอบต่อความต้องการของตลาดแรงงาน

ก. บุคคลธรรมดาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะในระดับขั้นสูง (advanced) ต่อการดำเนินกิจการของบริษัทและได้รับการว่าจ้างจากบริษัทมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปี

ข. หากตำแหน่งของบุคคลดังกล่าวอยู่ภายใต้สัญญาจ้างที่มีผลบังคับใช้อยู่ในเวลาที่ยื่นคำขอ โดยสัญญาจ้างดังกล่าวกระทำระหว่างรัฐบาลออสเตรเลีย นายจ้าง หรือองค์กรอุตสาหกรรมและสหภาพเพื่อการเข้ามาของผู้เชี่ยวชาญจากต่างประเทศ”

ดังนั้น การที่ออสเตรเลียลดข้อจำกัดดังกล่าวให้กับไทยเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้คนไทยเข้าไปทำงานได้ จึงถือเป็น GATS Plus ประการหนึ่งที่ได้จากข้อตกลงฯ นี้

4.3 ผลของ GATS Plus ภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย

เมื่อได้พิจารณาถึง GATS Plus ของทั้งประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียแล้ว เห็นว่ามีการลดและผ่อนคลายเงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดที่ทำให้คนไทยและคนออสเตรเลีย เข้าไปพำนักและทำงานได้ง่ายยิ่งขึ้น และมีการเปิดเสรีที่เพิ่มมากขึ้นให้กับทั้งสองฝ่าย โดยการเปิดตลาดที่เพิ่มขึ้นนี้เป็นไปตามข้อเรียกร้องที่ทั้งประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียต่างยื่นให้แก่กันตั้งแต่เริ่มมีการเจรจา ซึ่ง GATS Plus จากข้อตกลงฯ นี้ จึงมีลักษณะที่เป็นสิทธิประโยชน์ที่ให้มากกว่าประเทศอื่นในองค์การการค้าโลก (WTO) ด้วยเหตุที่มีประเทศสมาชิกจำนวนมาก กว่า 140 ประเทศทั่วโลก และการเจรจาในแต่ละรอบของ WTO ก็ประสบความสำเร็จโดยตลอด โดยเฉพาะใน Mode 4 ซึ่งเป็นการให้บริการผ่านทางบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและยากต่อการควบคุม จึงทำให้แต่ละประเทศสร้างข้อจำกัดบางประการขึ้นมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ต้องการเข้าไปให้บริการในประเทศสมาชิกอื่น วัตถุประสงค์ของการสร้างเงื่อนไขและข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด ก็เพราะรูปแบบการให้บริการผ่านทางบุคคลธรรมดานั้น ได้รับการปกป้องอย่างมาก และต้องยอมรับว่าเกือบทุกประเทศมีการปฏิบัติระหว่างคนชาติกับคนต่างด้าวอย่างไม่เท่าเทียม จึงจำเป็นต้องมีการเจรจาเพื่อลดข้อจำกัดและอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดระหว่างกัน ซึ่งอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดนี้ผู้เขียนได้กล่าวถึงไว้ในบทที่ 2 แล้ว โดยอุปสรรคที่ยังคงพบอยู่มากก็เป็นอุปสรรคในเรื่องการสงวนอาชีพของคนต่างด้าว อุปสรรคในเชิงนโยบายบริหารและขั้นตอนในการขออนุญาตเข้าเมือง รวมถึง Management Needs ต่างๆ ที่ประเทศสมาชิกได้กำหนดขึ้นเพื่อควบคุมคนต่างด้าวที่เข้ามาให้บริการในประเทศของตน ซึ่งอุปสรรคของทั้งประเทศไทยและออสเตรเลียที่กล่าวไว้ข้างต้นนี้ ยังคงมีอยู่ และยังคงใช้บังคับกับคนต่างด้าวในทุกรูปแบบ ดังนั้น การเจรจาในกรอบทวิภาคีอย่าง

ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียนี้ ก็เป็นทางออกสำหรับการลดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดระหว่างกัน แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับข้อผูกพันในลักษณะที่เป็น GATS Plus ในข้างต้น เห็นว่าทั้งประเทศไทยและออสเตรเลีย มีการเปิดตลาดให้กับบุคคลธรรมดาเข้ามาให้บริการในอีกประเทศหนึ่งน้อยมาก และยังคงวางข้อจำกัดอันเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าวอยู่อีกมาก กล่าวคือ แทบจะไม่มี การลดอุปสรรคใดๆ เลย เนื่องจากข้อผูกพันที่มีลักษณะอันเป็น GATS Plus นี้ จะเป็นการลดหรือผ่อนคลายนเงื่อนไขในการควบคุมคนต่างด้าวที่เข้ามาให้บริการในประเทศของตนมากกว่า ไม่ว่าจะเป็นการลดเงื่อนไขในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนท้องที่การทำงาน โดยที่ประเทศไทยอนุญาตให้คนออสเตรเลียในฐานะผู้โอนย้ายภายในกิจการและผู้ให้บริการตามสัญญาสามารถเข้ามาประชุม ติดต่อธุรกิจได้ทุกท้องที่ในประเทศไทยโดยให้แจ้งกรมการจัดหางานในครั้งแรกที่ขออนุญาตทำงาน เพื่อขอรับสิทธิที่ยึดหยุ่นได้นี้ อีกทั้งการที่ออสเตรเลียนยอมลดข้อจำกัดเพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าไปทำงานในออสเตรเลีย โดยไม่ต้องผ่านการทดสอบความจำเป็นของตลาดภายในประเทศก่อน เหล่านี้ล้วนแต่เป็นเงื่อนไขที่เป็นตัวควบคุมคนต่างด้าวในประเทศ กล่าวคือควบคุมภายหลังจากที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาแล้ว แต่อุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดนั้น ยังคงมีอยู่เนื่องจากประเทศไทยยังคงสงวนอาชีพของคนไทย 39 อาชีพ โดยไม่มีการยกเลิกในบางสาขาอาชีพเพื่อเปิดเสรีให้กับออสเตรเลีย ซึ่งถือเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอย่างหนึ่งของไทย นอกจากนี้ประเทศไทยยังคงมีหน่วยงานที่ควบคุมการขออนุญาตเข้าเมืองและทำงานที่แตกต่างกัน และแยกจากกันอย่างเป็นเอกเทศ ซึ่งข้อนี้ก็ยังคงเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าวอยู่ จึงเห็นได้ว่า GATS Plus ภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียนี้ มีผลดีต่อทั้งสองฝ่ายก็จริง แต่การเปิดเสรียังคงอยู่ในระดับต่ำ แต่ระดับของการเปิดเสรีที่น้อยมากนี้ ก็ยังคงเป็นไปตามหลักการของ GATS ที่ว่าด้วยเรื่องการเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization) จึงถือได้ว่าข้อผูกพันของทั้งสองประเทศยังคงสอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีดังกล่าว และไม่ขัดต่อพันธกรณี GATS แต่อย่างไรก็ตามเพราะข้อผูกพันของทั้งสองฝ่ายยังคงระบุให้เงื่อนไขต่างๆ เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ดังนั้น กฎหมายภายในของแต่ละประเทศจึงมีผลต่อการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าว การพิจารณากฎหมายภายในเพื่อใช้เป็นกรอบในการเจรจาครั้งต่อไปนั้น ก็ถือว่ามีสิ่งที่สำคัญ เพราะหากแต่ละประเทศต้องการที่จะเขยิบการเปิดเสรีให้มากขึ้น ก็ควรที่จะวางหลักของกฎหมายภายในให้มีความยืดหยุ่นได้เพื่อรองรับการเจรจาในอนาคต ผู้เขียนจึงต้องศึกษากรอบการเจรจาในอนาคตของประเทศไทย เพื่อมุ่งเน้นให้การเจรจามีความคืบหน้ามากขึ้น โดยอาศัยกรอบของกฎหมายที่ยืดหยุ่นเป็นตัวขับเคลื่อนให้มีการเปิดเสรีมากขึ้นในอนาคต ผู้เขียนขอเสนอการวางแนวทางในการเจรจาในอนาคตเพื่อประโยชน์ของการลดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของการให้บริการผ่านทางบุคคลธรรมดา (Mode 4) ซึ่งเป็นรูปแบบที่มีข้อจำกัดและมีอุปสรรคมากที่สุด

4.4 การวางแนวทางการเจรจาในอนาคต

เหตุที่ต้องมีการวางแนวทางในการเจรจา เนื่องจากประเทศไทยยังคงมีภาระที่ต้องเปิดเสรีการค้าบริการค้าบริการ ตามหลักของการเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization) ตราบใดที่ประเทศไทยยังคงเป็นสมาชิกในองค์การการค้าโลกและต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และข้อตกลงในรูปแบบอื่นๆ รวมทั้งข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) ซึ่งภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียนี้ ก็ได้วางหลักของการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับและการพัฒนากฎ ในข้อ 812 (1) ว่าด้วยเรื่องการทบทวนข้อผูกพัน มีความว่า "โดยให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของบทนี้ คู่ภาคีจะทำการเจรจาด้านการค้าบริการต่อไปภายใน 3 ปี นับจากวันที่ความตกลงนี้มีผลบังคับใช้ โดยมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มข้อผูกพันโดยรวมของคู่ภาคีที่ยอมรับภายใต้ข้อตกลงนี้ " ซึ่งได้มีการทบทวนในส่วนของ Mode 3 และ Mode 4 ตามที่ระบุใน Side Letter ตามที่กล่าวไปแล้ว และในส่วนของ Mode 4 ยังไม่มีการเพิ่มข้อผูกพันในภาคผนวก 8 เนื่องจากออสเตรเลียยังไม่มั่นใจในวิชาชีพนวดสปาไทย ที่ประเทศไทยพยายามผลักดันอย่างมาก และยังไม่ลดละความพยายาม เห็นได้จากไทยพยายามทำโครงการนำร่อง เช่น "นวดสปาไทยสู่ตลาดโลก" ที่มีการสร้างมาตรฐานทักษะฝีมือของผู้ให้บริการนวดไทย ให้เป็นที่ยอมรับ และในอนาคตประเทศไทยจะให้ออสเตรเลียพิจารณาทบทวนข้อผูกพันดังกล่าวแน่นอน นอกจากนี้ ประเทศออสเตรเลียยังให้ความสนใจในสาขาวิชาชีพที่ประเทศไทยยังไม่เปิดให้เข้ามาทำงานได้ เพราะยังเป็นอาชีพสงวน 39 อาชีพ แต่ในอนาคตประเทศไทยจะมีการออกกฎกระทรวงกำหนดงานในอาชีพที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ ซึ่งมีการตั้งข้อสังเกตว่าสาขาวิชาชีพกฎหมาย บัญชี สถาปนิก หรือวิศวกร จะมีการเปิดให้เข้าสู่ตลาดในประเทศไทย และมีการลดข้อจำกัดบางประการ โดยเฉพาะในเรื่องของสัญชาติ ที่ประเทศไทยกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องสัญชาตินี้ไว้เพื่อกีดกันคนต่างด้าวไม่ให้เข้ามาทำงานในสาขาวิชาชีพเหล่านี้ อย่างกรณีผู้ให้บริการกฎหมายหรืออรรถคดี ซึ่งถือเป็นงานห้ามคนต่างด้าวทำ คนต่างด้าวไม่สามารถทำได้โดยเสรีอยู่แล้ว แต่ถึงจะมีการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้โดยอาจมีการยกเลิกอาชีพที่สงวนให้คนไทย ในอาชีพผู้ให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดีก็ตาม แต่คนต่างด้าวก็ไม่อาจเข้ามาทำงานได้ เพราะยังมีข้อจำกัดในเรื่องการขอใบอนุญาตตัวนาย ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2527 ดังนั้น การวางกรอบเพื่อใช้เป็นแนวทางในการเจรจาในอนาคตจึงเป็นเรื่องที่ควรให้ความสำคัญอย่างมาก เพื่อเป็นการสร้างอำนาจต่อรองในการเจรจา และไม่ต้องกังวลว่าหากมีการเจรจาเพื่อเปิดเสรีการค้าบริการเพิ่มขึ้น จะเป็นการขัดกับหลักกฎหมายภายในหรือไม่ หรือจะมีกฎเกณฑ์ภายในมารองรับการเปิดเสรีหรือไม่ประการใด ดังนั้น สิ่งที่จะต้องปฏิบัติในขั้นแรกของการวางกรอบ

การเจรจาในอนาคต ก็คือ

4.4.1 การวางข้อบทเพื่อเป็นการแยกสิทธิของคนต่างด้าวที่เข้ามาภายใต้ พันธกรณีระหว่างประเทศกับคนต่างด้าวทั่วไป

ข้อบทที่ว่านี้ เป็นข้อบทของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรคสอง กำหนดว่า

“คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญญาชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย”

ในขณะเดียวกัน มาตรา 11 กำหนดว่า “คนต่างด้าวตามมาตรา 10 หากประสงค์จะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้แจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อขอหนังสือรับรองและให้อธิบดีออกหนังสือรับรองให้คนต่างด้าวนั้นโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว เว้นแต่อธิบดีเห็นว่าการแจ้งมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือกรณีไม่เป็นไปตามมาตรา 10 ให้อธิบดีแจ้งแก่คนต่างด้าวนั้นทราบโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว หนังสือรับรองต้องระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย”

ที่ต้องนำข้อบทนี้มาใช้ก็เป็นเป็นบทบัญญัติที่เหมาะสม และเพื่อให้เกิดความสะดวกสำหรับบุคคลที่รับผิดชอบในการเจรจาเกี่ยวกับการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ และปกป้องผลประโยชน์ของชาติมากที่สุด เนื่องจากการเจรจาต่อรองนั้น ควรจะมีความยืดหยุ่นได้และไม่ควรที่จะให้กฎหมายมาเป็นข้อจำกัดในการเจรจา ดังที่กล่าวไว้แล้ว รวมทั้งเพื่อให้มีการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างกันได้อย่างรวดเร็ว และป้องกันการละเมิดพันธกรณีที่อาจเกิดขึ้นจากยื่นข้อเสนอการเปิดตลาดโดยไม่คำนึงกฎเกณฑ์ภายในของประเทศตน จากวิธีและหลักการที่กำหนดใน 2 มาตราข้างต้น เห็นว่ามีการแยกคนต่างด้าวเป็น 2 กรณีคือ คนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน กับคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิจากพันธกรณีหรือสนธิสัญญา

สำหรับคนต่างด้าวประเภทแรกนี้จะได้รับการยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ และจะได้รับหนังสือรับรองให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้ ส่วนคนต่างด้าวที่ประเทศของตนไม่ได้มีข้อตกลงกับรัฐบาลไทย ก็จะต้องบังคับ และดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว และเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด เราจึงควรนำข้อบทดังกล่าวข้างต้น มาปรับใช้กับกฎเกณฑ์ซึ่งเกี่ยวกับการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว คือ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กับ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยการนำหลักการแยกสิทธิของคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ต่างจากคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ โดยขอแยกพิจารณา ดังนี้

มาตรา..... ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีความว่า

“คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี หรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น”

มาตรา..... ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีความว่า

“กรณีคนต่างด้าวตามมาตราข้างต้น ต้องการรับใบอนุญาตทำงานเพื่อเป็นหลักฐานให้แจ้งความประสงค์และยื่นหลักฐานประกอบการพิจารณาต่อเจ้าหน้าที่ ภายในวันนับแต่วันที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร

ทั้งสองมาตราที่กล่าวข้างต้นนี้ อาจนำมาใส่ไว้ในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวฉบับปัจจุบัน เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและเหมาะสม และสามารถสร้างกรอบในการเจรจาในอนาคตได้ เพราะเราให้สิทธิคนต่างด้าวที่เข้ามาโดยอาศัยสิทธิตามพันธกรณีที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศ แต่ยังคงต้องแจ้งความประสงค์ในการขอรับใบอนุญาตทำงานเพื่อให้ง่ายต่อการตรวจสอบได้ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ นอกจากประเทศไทยควรจะมีการวางข้อบทดังกล่าวเพื่อใช้เป็นกรอบในการเจรจาแล้ว ยังควรมีการพิจารณาด้วยทกกฎหมายภายในว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือไม่อย่างไร เนื่องจากกฎหมายเหล่านี้ยังคงวางหลักอันเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด โดยมีกฎหมายบางฉบับที่เหมาะสมแล้ว แต่บางฉบับก็เห็นควรพิจารณาปรับปรุงเพื่อให้สามารถผ่อนคลายเป็นเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาดอัน

เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าว และเพื่อให้มีการเปิดเสรีที่เพิ่มขึ้นได้ ซึ่งกฎเกณฑ์ที่เห็นควรปรับปรุงให้สอดคล้องกับการเปิดเสรีที่เพิ่มขึ้นในอนาคต มีดังต่อไปนี้

4.4.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าว

ภายใต้ข้อตกลง TAFTA ในข้อ 809 ว่าด้วยเรื่อง Specific Commitments นั้นได้ระบุใน ส่วนการทำงานของคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจนใน ว่าการออกใบอนุญาตทำงานให้เป็นไปตาม กฎระเบียบของประเทศไทย แสดงว่าไม่ว่าจะมีการเจรจาในเรื่องใด ผู้เจรจาจะต้องคำนึงถึง ข้อจำกัดของกฎหมายภายใน เพราะถ้าทำนอกกรอบกฎหมาย ก็ไม่สามารถจะปฏิบัติได้ หรือถ้าทำ นอกกรอบกฎหมายก็ต้องมาแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องต่อพันธกรณี² สำหรับประเทศไทยเมื่อ พิจารณาอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดของบุคคลธรรมดา ไม่ว่าจะเป็อุปสรรคในเรื่องการสงวน อาชีพของคนต่างด้าว อุปสรรคในเชิงนโยบายบริหาร ที่เกี่ยวข้องกับการวางหลักเกณฑ์ที่ซ้ำซ้อนใน ลักษณะของ Double Standard ของทั้งสองหน่วยงาน คือกรมการจัดหางานและสำนักงานตรวจ คนเข้าเมืองในการควบคุมคนต่างด้าวเข้ามาพำนักในราชอาณาจักรและการทำงานในประเทศไทย แยกหน่วยงานออกจากกันอย่างเป็นเอกเทศ ซึ่งเป็นระบบการอนุญาตที่ซ้ำซ้อนและไม่เป็นเอกภาพ เนื่องจากประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศออสเตรเลีย มีหน่วยงานรับผิดชอบเพียงหน่วยงานเดียว ที่ควบคุมทั้งการเข้าเมืองและพำนักอยู่ชั่วคราวและการทำงานในประเทศ ซึ่งประเทศไทยควรมี การปรับปรุงระบบการพิจารณาอนุญาตให้คนเข้าเมืองและทำงานในราชอาณาจักรให้อยู่ในความ รับผิดชอบโดยหน่วยงานเดียว พร้อมทั้งวางหลักเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่แยกจากกันจน เกิดความซ้ำซ้อนสร้างความเคลือบแคลงให้กับคนต่างด้าวถึงความโปร่งใสของหลักเกณฑ์การ พิจารณา และสร้างความสับสนให้กับคนต่างด้าวเป็นอย่างมาก ดังนั้น การปรับปรุงเงื่อนไขและ ระบบการขออนุญาตตามที่กล่าวข้างต้น ให้มีความเป็นเอกภาพ (Unity) เพื่อใช้เป็นแนวทางในการ เจรจาในอนาคตของประเทศไทย เพราะกฎเกณฑ์ที่ซ้ำซ้อนนี้เป็นการสร้างภาระโดยไม่จำเป็นให้คน ต่างด้าว และอาจเกิดผลกระทบให้กับคนต่างด้าวที่จะเข้ามาให้บริการในประเทศหากมีการเปิดเสรี เพิ่มขึ้น เพราะหากคนต่างด้าวยังคงประสบปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวคงไม่เกิดผลดีต่อ ประเทศไทยอย่างแน่นอน ซึ่งประโยชน์ของการปรับปรุงกฎเกณฑ์ของการพิจารณาให้คนต่างด้าว เข้าเมืองและพำนักอยู่ชั่วคราวและเข้ามาทำงานในประเทศไทยนี้ให้เป็นหลักเกณฑ์เดียวกัน จะ

² ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับกฎระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ และการลงทุนของไทย, (กรุงเทพฯมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551) , หน้า 73

ช่วยในการเจรจาเพื่อเปิดเสรีในอนาคตได้ เพราะผู้เจรจาก็ไม่ต้องคำนึงถึงข้อจำกัดในเรื่องเงื่อนไขในการอนุญาตว่าจะไปกระทบกับหลักเกณฑ์ที่เคร่งครัดและซับซ้อนของหน่วยงานใด การเจรจาคงคล่องตัวมากขึ้นโดยอัตโนมัติ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดอันจะทำให้การเปิดเสรีนั้นมีความคืบหน้ามากขึ้นตามไปด้วย

นอกจากกฎเกณฑ์ที่ซ้ำซ้อนตามที่กล่าวข้างต้นแล้ว ระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ยังได้กำหนดเงื่อนไขในการขออนุญาต และกำหนดข้อจำกัด ในเรื่องเงินทุนขั้นต่ำและจำนวนคนต่างด้าวที่สามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้ โดยจำกัดจำนวนไม่เกิน 10 คน ตามที่ระบุไว้ในข้อผูกพัน ในภาคผนวก 8 ตามข้อตกลง TAFTA ในส่วนของผู้ไต่อาชญาภายในกิจการ และผู้ให้บริการตามสัญญา ที่เข้ามาทำงานในสถานประกอบการหรือนิติบุคคลในประเทศไทย ต้องมีเงินทุนจดทะเบียน 2 ล้านบาทขึ้นไป หรือมีการเงินตราต่างประเทศเข้ามาไม่ต่ำกว่า 3 ล้านบาทสามารถจ้างคนต่างด้าวได้ 1 คน แต่ทั้งนี้ ไม่เกิน 10 คน โดยคนออสเตรเลียเหล่านี้สามารถเข้ามาทำงานได้ทุกสาขาบริการยกเว้น 39 อาชีพตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ซึ่งในอนาคตจะมีการออกกฎกระทรวงมาใช้บังคับแทนพระราชกฤษฎีกา ฉบับนี้ โดยไม่กำหนดอาชีพสงวนแต่จะกำหนดอาชีพที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ นอกเหนือจากนั้นคนต่างด้าวไม่สามารถทำได้นั่นเอง ก็เป็นเรื่องที่ควรระวังไว้ ถึงแม้จะมีการออกกฎกระทรวงกำหนดงานในอาชีพที่ให้คนต่างด้าวทำ ในลักษณะของ Positive List การระบุข้อผูกพันเช่นนี้ก็เพื่อแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยมีการเปิดตลาดให้ในระดับที่ค่อนข้างมาก แต่ในความเป็นจริงตาม Specific Commitment ภายใต้ข้อตกลง TAFTA นี้กำหนดให้ย้อนกลับไปใช้กฎเกณฑ์ภายในของไทยในการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวอยู่ดี ดังนั้น การคงไว้ซึ่งข้อจำกัดต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นระเบียบกรมการจัดหางาน 2547 หรือกฎเกณฑ์อื่นๆ ที่ควบคุมคนต่างด้าวภายหลังจากที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรแล้วก็ยังคงมีความจำเป็นอยู่ ทั้งนี้ก็เพื่อประโยชน์ในการควบคุมคนต่างด้าว และปกป้องคนชาติไม่ให้มีการเข้ามาแย่งงานทำ อีกทั้งยังเป็นการสร้างกลไกหรือกรอบในการเจรจาเปิดเสรีในอนาคตนั่นเอง ซึ่งเขียนเห็นว่าควรคงกฎเกณฑ์และเงื่อนไขในการกำหนดสัดส่วนของคนต่างด้าวดังที่กล่าวข้างต้น เนื่องจากจะเป็นสิ่งที่ใช้ในการต่อรองกับประเทศออสเตรเลีย และประเทศอื่นในการเจรจาในรอบต่อไป เพื่อมุ่งเน้นในการเปิดเสรีเพิ่มขึ้นในอนาคต

4.4.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพคนต่างด้าว

กรณีเงื่อนไขเรื่องของสัญญาชาติของผู้ให้บริการวิชาชีพ โดยเฉพาะวิชาชีพทนายความ สถาปนิก วิศวกร และบัญชี ซึ่งตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522

ข้อ (8) บัญญัติว่า

“งานควบคุม ตรวจสอบ หรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายในเป็นครั้งคราว”

ข้อ (29) บัญญัติว่า

“งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธา ที่เกี่ยวกับงานออกแบบและคำนวณ จักรระบบ วิจัย วางโครงการ ทดสอบควบคุมการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ ทั้งนี้ไม่รวมงานที่ต้องใช้ ความชำนาญพิเศษ”

ข้อ (30) บัญญัติว่า

“งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่เกี่ยวกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ”

ข้อ (39) บัญญัติว่า

“งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี”

ที่ต้องกล่าวถึงพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ เพราะในปัจจุบันยังคงบังคับใช้ตามบทเฉพาะกาล ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าข้อจำกัดในเรื่องของการให้บริการวิชาชีพเหล่านี้ ยังไม่เป็นการสร้างปัญหาในการเข้าสู่ตลาดมากนัก เนื่องจากเป็นงานในวิชาชีพสงวนให้กับคนไทยดังบทบัญญัติข้างต้น และการที่ประเทศไทยยังไม่เปิดตลาดในวิชาชีพเหล่านี้ก็ยังไม่มีปัญหาประการใด แต่ในอนาคตหากมีการออกกฎกระทรวงฉบับใหม่ เพื่อกำหนดอาชีพที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ และวิชาชีพเหล่านี้ อาจเป็นวิชาชีพที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ ภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) เพราะออสเตรเลียให้ความสนใจและพยายามผลักดันให้ประเทศไทยเปิดตลาดให้กับคน ออสเตรเลียเพื่อเข้ามาให้บริการในสาขาวิชาชีพดังกล่าวมาโดยตลอด และหากการเจรจาในรอบต่อไปของข้อตกลงฯ หรือการจัดเจรจาให้มีการทบทวนข้อผูกพัน (side letter) ประเทศไทยอาจต้องเปิดตลาดวิชาชีพเหล่านี้ เพื่อแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กับการที่ออสเตรเลียจะเปิดตลาดให้กับผู้ให้บริการนวดแผนไทย เมื่อถึงเวลานั้น การสร้างข้อจำกัดในเงื่อนไขเรื่องสัญญาชาติต้องมีการปรับปรุง เพื่อให้รองรับการเปิดตลาดเสรีในอนาคต กฎหมายที่เกี่ยวข้องที่มีลักษณะเฉพาะตามอาชีพและ วิชาชีพนับเป็นกฎหมายหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ ซึ่งกฎหมายเฉพาะ เหล่านี้มีขึ้นเพื่อกำหนดมาตรฐาน คุณสมบัติของบุคคลธรรมดาผู้ให้บริการ แต่ในขณะนี้ สำหรับ ประเทศไทยยังไม่จำเป็นต้องแก้ไขข้อจำกัดเหล่านี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า ประเทศไทยยังคงปกป้อง

อาชีพสำหรับคนไทย แต่ควรมีการใส่ขอบทเพิ่มเติมว่า "หากมีพันธกรณีระหว่างประเทศให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น" เพื่อให้การเจรจามีความยืดหยุ่นและคล่องตัวมากขึ้นไม่อยู่ในข้อจำกัดของกฎหมาย³ แต่ในอนาคตหากมีการเจรจาเปิดเสรีใน Mode 4 เพิ่มขึ้น ประเทศไทยจำเป็นต้องลดหรือผ่อนคลายนุสรการเข้าสู่ตลาดในเรื่องสัญชาติ เป็นลำดับแรก และผู้เขียนขอแนะนำเสนอแนวทางของกฎหมายที่เกี่ยวกับวิชาชีพที่จะกล่าวต่อไปนี้ เพื่ออาจใช้เป็นแนวทางในการเจรจาเพื่อเปิดเสรีในอนาคต แต่เนื่องจากภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) ยังไม่มีการเปิดตลาดให้กับผู้ให้บริการต่างด้าวและยังเป็นวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำตามพระราชกฤษฎีกา ซึ่งยังใช้บังคับได้อยู่ ตามบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 แต่ในอนาคตต้องมีกฎกระทรวงออกมาบังคับใช้โดยอาจกำหนดให้วิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวนั้นไม่ใช่งานห้ามอีกต่อไป แต่สำหรับปัจจุบันผู้เขียนเห็นว่าข้อจำกัดในเรื่องดังกล่าวก็ควรจะคงไว้ต่อไป เพื่อประโยชน์ในการเจรจาต่อรองในอนาคต ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาในกรอบใดก็ตาม หรืออาจเป็นการสร้างขอบทเพิ่มเติมอันคล้ายคลึงกับมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามที่เคยได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นในพระราชบัญญัติวิชาชีพต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติวิชาชีพนายความ พ.ศ. 2527 หรือพระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543 ดังได้แสดงตารางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพที่อาจได้รับผลกระทบหากมีการเปิดเสรีในอนาคตในภาคผนวก เพียงเท่านี้ก็ส่งผลให้การเจรจามีความยืดหยุ่นมากยิ่งขึ้นแล้ว

4.4.4 การสร้างกฎเกณฑ์การยอมรับคุณสมบัติร่วมกัน (Mutual Recognition Arrangements: MRAs)

ที่กล่าวถึงการยอมรับคุณสมบัติร่วมกันในหัวข้อนี้ เนื่องจากมีหลายประเทศที่ให้ความสนใจในการวางกรอบอันเป็นแนวทางในการเจรจาเปิดเสรีในอนาคต ซึ่งในเรื่องนี้ถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโยงกับ Mode 4 โดยตรง เพราะเป็นเรื่องคุณสมบัติของผู้ให้บริการระหว่างประเทศ ความแตกต่างของระดับการพัฒนา ระบบเศรษฐกิจสังคม ทำให้บุคลากรได้รับการพัฒนาที่แตกต่างกัน คุณสมบัติของผู้ให้บริการจึงต้องมีการควบคุมและสร้างข้อจำกัดมากกว่าปกติ และเกือบทุกประเทศที่มีการสร้างข้อจำกัดเหล่านี้ โดยอาจออกมาในรูปของการตั้งหน่วยงานขึ้นเฉพาะเพื่อให้การรับรองทักษะฝีมือ ประสบการณ์การทำงานของคนต่างด้าวก่อนเดินทางเข้ามาทำงานใน

³ เรื่องเดียวกัน หน้า 73

ประเทศตน อย่างเช่นออสเตรเลีย ที่ตั้งหน่วยงานที่มีชื่อว่า Trade Recognition Australia –TRA ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ดำเนินการยอมรับมาตรฐานการปฏิบัติงาน ในสังกัดของกระทรวงการจ้างงาน และแรงงานสัมพันธ์⁴ โดยให้คนต่างด้าวยื่นขอรับใบรับรองการประเมินคุณสมบัติเพื่อนำเอกสารการรับรองใช้ประกอบการยื่นขอวีซ่าเข้าออสเตรเลีย โดยแนวความคิดในเรื่องการยอมรับคุณสมบัตินี้ ก็เพื่อที่จะใช้เป็นเครื่องมือในการสนับสนุนการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจและการเปิดเสรีใน Mode 4 มากขึ้น เพราะสามารถสร้างมาตรฐานให้เป็นอย่างเดียวกันและลดข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดได้ไม่ว่าจะในการเจรจาครอบคลุมความตกลงทวิภาคี หรือกรอบ ASEAN เป็นต้น⁵

การสร้างกรอบการเจรจาในเรื่องนี้จะเป็นการผลักดันให้ผู้ให้บริการคนไทยได้รับการยอมรับในคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆ โดยเฉพาะออสเตรเลียเป็ประเทศที่เคร่งครัดในเรื่อง Skill ของผู้ให้บริการต่างด้าวอย่างมาก อย่างในกรณี ผู้ให้บริการנדแผนไทยที่ออสเตรเลียยังไม่เชื่อมั่นว่าผู้ให้บริการנדแผนไทยนี้จะให้ทักษะฝีมืออย่างแท้จริง ดังนั้นการสร้างแบบแผนปฏิบัติในเรื่องการยอมรับคุณสมบัติของผู้ให้บริการระหว่างประเทศร่วมกัน (Mutual Recognition) โดยต้องกำหนดเงื่อนไขร่วมกันในส่วนของวินัยปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการออกใบอนุญาต การกำหนดคุณสมบัติ และมาตรฐานทางเทคนิค รวมถึงความโปร่งใสของขั้นตอนในการพิจารณาต่างๆ ให้อยู่ในทิศทางเดียวกัน โดยวินัยปฏิบัตินี้จะมีผลทางกฎหมายต่อเมื่อมีการพัฒนาปรับใช้ในสาขาวิชาชีพอื่นๆ และได้แสดงรายละเอียดดังกล่าวในพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่นนี้ก็จะช่วยลดเงื่อนไขอันเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดระหว่างประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียได้ และใช้เป็นกรอบในการเจรจาในอนาคตได้เพราะเมื่อต่างมีกฎเกณฑ์ร่วมกันในเรื่องคุณสมบัติการเจรจาเพื่อเปิดเสรีในอนาคตก็ง่ายยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องการยอมรับคุณสมบัติร่วมกันนี้ก็มีทั้งผลดีและผลเสีย เนื่องจากระดับการพัฒนาที่แตกต่างกัน ถ้าเป็นในกรอบทวิภาคีก็คงไม่เกิดปัญหามากนักเพราะยังสามารถเลือกประเทศคู่ค้าที่จะเข้าเจรจากันได้ แต่หากเป็นกรอบพหุภาคีแล้ว เมื่อเปิดตลาด และสร้างกฎเกณฑ์การยอมรับคุณสมบัติร่วมกัน (MRAs) ก็ต้องใช้บังคับอย่างเท่าเทียมกันทุกประเทศ

⁴ คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, โครงการศึกษามลกระทบจากการจัดทำเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย, ฉบับที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 141.

⁵ The University of Queensland. 2000, "Development Site, Mutual Recognition Arrangement (MRA) Concepts, Australia" [online] Available from: www.uq.edu.au/cbamt/index.html/page=5540&pid.

เช่นนี้ประเทศที่มีการพัฒนาบุคคลผู้ให้บริการในระดับที่ต่ำกว่าประเทศไทยแต่คุณสมบัติอยู่ในเกณฑ์ระเบียบวินัยปฏิบัติ ก็จะสามารถเข้ามาให้บริการในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องผ่านเงื่อนไขการรับรองทักษะฝีมืออีก เช่นนี้อาจไม่ก่อให้เกิดผลดีเท่าที่ควร ดังนั้น ควรสงวนท่าทีในการเจรจาเรื่องนี้ไว้เพื่อรอดูประเทศสมาชิกอื่นต่อไป

4.4.5 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองของคนต่างด้าว

อุปสรรคสำคัญที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ของการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 ซึ่งเป็นการให้บริการระหว่างประเทศโดยผ่านบุคคลธรรมดา นี้ คืออุปสรรคของความซ้ำซ้อนของหลักเกณฑ์การพิจารณาให้คนต่างด้าวเข้าเมืองและพำนักในราชอาณาจักรและคนต่างทำงาน กฎหมายการเข้าเมืองนี้ มีความจำเป็นต้องสร้างกรอบและวางแนวทางในการเจรจาในอนาคต เช่นเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว และอาจจะต้องมีการปรับปรุงมากกว่าเสียด้วยซ้ำ เนื่องจากขั้นตอนและระเบียบการเข้าเมืองที่กำหนดไว้ นั้นยังไม่สามารถสร้างความคืบหน้าให้มีการเปิดเสรีที่เพิ่มมากขึ้นได้ ด้วยระบบวีซ่าที่ไม่หลากหลายและหน่วยงานที่รับผิดชอบมีถึง 2 หน่วยงาน ซึ่งต่างกับประเทศออสเตรเลียที่มีหน่วยงานที่ดูแลรับผิดชอบ ได้แก่ Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs – DIMA เพียงหน่วยงานเดียว โดยดูแลรับผิดชอบตามนโยบายการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว อันประกอบด้วย การเข้าเมือง การทำงานของคนต่างชาติ การออกนอกประเทศของชาวต่างชาติ และการขอมีถิ่นที่อยู่หรือถิ่นพำนักถาวรและการเป็นพลเมือง ซึ่งนับว่าระบบวีซ่าและการอนุญาตทำงาน มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพราะมีหน่วยงานที่รับผิดชอบ ทั้งสองเรื่องพร้อมกันไม่ซ้ำซ้อน และไม่ก่อให้เกิดความสับสนให้กับคนต่างด้าว ซึ่งประเทศไทย ยังคงมีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่มีลักษณะของ Double Standard ระหว่างสองหน่วยงาน ดังนั้น ในการดำเนินการเพื่อวางกรอบการเจรจาในอนาคตนี้ ควรรวมหลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพื่อให้เกิดความคล่องตัวและสร้างความยืดหยุ่นในการเจรจาได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงการเจรจาเพื่อเปิดเสรีให้กับผู้ให้บริการผ่านบุคคลธรรมดาที่เพิ่มมากขึ้นนี้จะขัดกับหลักเกณฑ์ของหน่วยงานใด ซึ่งทำให้การเปิดเสรีไม่มีความคืบหน้าและล่าช้ากว่าที่ควรจะเป็น ดังนั้นการขับเคลื่อนให้มีการเปิดเสรีที่เพิ่มขึ้น ตามหลักการเปิดเสรีแบบค่อยเป็นค่อยไป (Progressive Liberalization) ผู้เขียนเห็นควรที่จะมีการพัฒนาให้หลักเกณฑ์เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และพัฒนาระบบวีซ่าให้สามารถตอบรับกับการเปิดเสรีในอนาคตได้ ซึ่งวีซ่าของไทยเรานี้ ยังไม่มีการแยกประเภทคนต่างด้าวที่ได้สิทธิตามพันธกรณี ออกจากคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิ หรือคนต่างด้าวทั่วไป ดังที่เรียกว่า Working Visa เพราะวีซ่าของไทยในปัจจุบันมีลักษณะที่ครอบคลุมอย่างกว้าง

มากเกินไป ตามมาตรา 12 (1) วรรคสอง ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่วางกรอบของประเภทวีซ่า "ธุรกิจ" ครอบคลุมถึงการทำงาน การติดต่อธุรกิจ การตั้งหน่วยธุรกิจ หรือนักลงทุน ซึ่งไม่ชัดเจน จึงควรวางกรอบในการเจรจาโดยการแยกประเภทวีซ่าของคนต่างด้าวที่เข้ามาตามพันธกรณีระหว่างประเทศกับคนต่างด้าวทั่วไป ดังตัวอย่างต่อไปนี้

มาตรา.....ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ความว่า

"คนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น"

การวางแนวทางในการเจรจาในส่วนของกฎหมายคนเข้าเมืองที่เป็นผลจากการวิจัยของศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย⁶ คือ การให้ผลของการเจรจาตามข้อตกลงระหว่างประเทศแยกออกมาจากรพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง โดยมีข้อบทเพื่อยกเว้นการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเอาไว้ในพระราชบัญญัตินั้นเอง คือ ตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดว่า "ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้เข้ามาภายในราชอาณาจักร

(1) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้น จากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ

หมายความว่า คนต่างด้าวไม่สามารถเข้าเมืองได้เลยหากไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง และไม่มีการตรวจลงตรา เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น ซึ่งเห็นว่า อาจมีการเพิ่มมาตรานี้ โดยกำหนดว่า

⁶ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551) , หน้า 67.

มาตรา..... ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

“คนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร อาจได้รับการยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติตาม มาตรา 12 วรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน”

นอกจากเพิ่มข้อบทดังกล่าวแล้ว ก็ควรแก้ไขกฎกระทรวงให้สอดคล้องกัน ตามความเห็นของคณะผู้วิจัยของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเจ้าหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้อง⁷ เนื่องจากมีการกฎกระทรวงที่ออกมาเพื่อเป็นตัวกำหนดกฎเกณฑ์และเงื่อนไขการเข้าเมืองด้วยเช่นเดียวกัน จึงต้องปรับแก้ข้อบทดังนี้

“ผู้ถือหนังสือเดินทางของประเทศคู่ภาคีของข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลไทยเข้าผูกพัน จะได้รับการตรวจตราหนังสือเดินทางหรือเอกสารที่ใช้แทนหนังสือเดินทางตามเงื่อนไขที่ปรากฏตามพันธกรณีที่ปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น ๆ”

แต่ทั้งนี้ เงื่อนไขต่างๆ ก็ยังคงต้องขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ภายในของประเทศไทยเช่นเดียวกัน การวางข้อบทเป็นเพียงการวางกรอบในการเจรจา เพื่อเป็นแนวทางในการเจรจาจัดทำข้อตกลงฯ ภายใต้กรอบพหุภาคี หรือทวิภาคี หรือกรอบอื่นๆ และเพื่อความยืดหยุ่นและความสะดวกของผู้เข้าเจรจา เพื่อให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น การปรับปรุงแก้ไข เพื่อนำไปสู่ Working Visa หรือวีซ่าประเภททำงาน ผู้วิจัยเห็นสมควรที่จะดำเนินการระบุวีซ่าประเภท “ทำงาน” ไว้ในบทมาตรา 12 ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจ การยกเว้น และการเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ. 2545 เพิ่มเติมในข้อ 8 ด้วยว่า

- ทำงาน

⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 68

มาตรา 34 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติว่า คนต่างด้าวที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้จะต้องเข้ามาเพื่อการดังต่อไปนี้

- (1) การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล
 - (2) การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ
 - (3) การท่องเที่ยว
 - (4) การเล่นกีฬา
 - (5) ธุรกิจ
 - (6) การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง ทบวง กรม ที่เกี่ยวข้อง
 - (7) การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
 - (8) การเดินทางผ่านราชอาณาจักร
 - (9) การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่าสถานี หรือท้องที่ในราชอาณาจักร
 - (10) การศึกษาหรือดูงาน
 - (11) การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน
 - (12) การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง ทบวง กรม ที่เกี่ยวข้อง
 - (13) การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์ หรือฝึกสอนในสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร
 - (14) การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ
 - (15) การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- ดังนั้น ประเภทวิชาที่จะเพิ่มเข้าไปมาตราดังกล่าว ก็คือ
- (16) ทำงาน

ในความเห็นเพิ่มเติมของเขียน เห็นว่าแนวทางในทางปฏิบัติหนึ่งที่สมควรปรับปรุงไปในทิศทางเดียวกัน คือการปรับปรุงเงื่อนไขในการขออนุญาตเข้าเมืองภายใต้ระบบ Working Visa นี้เข้าไปด้วย โดยควรระบุให้มีความสอดคล้องกันกับกฎเกณฑ์ของกรมการจัดหางานด้วย เพื่อให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เนื่องจากบุคคลต่างด้าวทุกประเภทไม่ว่าภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ จะต้องดำเนินการขออนุญาตทำงาน แยกต่างหากจากการขอวีซ่าตามที่กล่าวข้างต้น ดังนั้น เมื่อมีการปรับปรุงประเภทวิชาให้เป็น Working Visa แล้วก็ควรที่จะปรับปรุงระบบการอนุญาตทำงานให้มีความสอดคล้องเพื่อความสะดวกมากยิ่งขึ้น โดยอาจให้สิทธิคนต่างด้าวที่ได้สิทธิเข้ามาในประเทศไทยตามพันธกรณีที่รัฐบาลไทยทำไว้กับต่างประเทศ เช่น TAFTA ได้รับวีซ่า

และใบอนุญาตทำงานได้ตั้งแต่ออกเข้ามาทำงานในประเทศไทย กล่าวคือ ยื่นขอ Working Visa แล้วก็สามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้ด้วยแต่อาจต้องมีการแจ้งหรือการขออนุญาตใบอนุญาตเมื่อเดินทางเข้ามาในประเทศไทย เพราะประเทศไทยได้วางหลักให้พิจารณาออกใบอนุญาตทำงานให้คนต่างด้าวต่อเมื่อคนต่างด้าวผู้นั้นเดินทางเข้ามาในประเทศไทยแล้ว หรืออาจเป็นการส่งเจ้าหน้าที่แรงงานไปประจำ ณ สถานกงสุลหรือสถานทูตไทยในต่างประเทศเพื่อพิจารณาการอนุญาตทำงาน และออกใบอนุญาตทำงาน ณ สถานกงสุลไทยได้เบ็ดเสร็จครั้งเดียว

ผู้ถือบัตร APEC Business Travel Card (ABTC) เข้ามาติดต่อธุรกิจได้รับการขยายระยะเวลาจากเดิมไม่เกิน 15 วัน เป็น 90 วัน ตามที่ระบุไว้ในข้อผูกพันภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (TAFTA) ทำให้ต้องออกกฎกระทรวงเพิ่มเติม ตามความเห็นของคณะวิจัยของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย⁸ ในข้อ 13 แห่งกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจ การยกเว้น และการเปลี่ยนแปลงประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ. 2545

“(5) ผู้ถือหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางของประเทศสมาชิกกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจเอเชีย – แปซิฟิก (Asia – Pacific Economic Cooperation: APEC) และมีบัตรเดินทางสำหรับนักธุรกิจเอเปค (APEC Business Travel Card: ABTC) ซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อประกอบธุรกิจ”

และ ข้อ 2 ให้ยกเลิกความในวรรคสองของข้อ 13 แห่งกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจ การยกเว้น และการเปลี่ยนแปลงประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ. 2545 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“ผู้ซึ่งได้รับการยกเว้นการตรวจลงตราตาม (2) (3) หรือ (4) ให้อยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร สำหรับผู้ซึ่งได้รับการยกเว้นการตรวจลงตราตาม (5) ให้อยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกินเก้าสิบวันนับแต่วันที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร”

ตามที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ เป็นเรื่องการวางแนวทางในการเจรจา โดยมีทั้งกลุ่มที่ต้องมีการเพิ่มข้อบทบางข้อในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวและพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง กลุ่มที่คงไว้ซึ่งกฎหมายภายในเนื่องจากกฎเกณฑ์นั้นจะให้เป็นอำนาจต่อรองเพื่อเปิดเสรีการค้า

⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 46

บริการในรูปแบบที่ 4 (Mode 4) ในอนาคตอันเป็นไปตามหลักการเปิดเสรีแบบค่อยเป็นค่อยไป แต่ก็ต้องอยู่บนหลักต่างตอบแทนด้วย เพราะหากการเปิดเสรีที่เพิ่มขึ้น ผู้ให้บริการคนไทยไม่ได้รับผลประโยชน์จากการเปิดเสรีนั้น ก็คงไม่มีความหมาย และในกลุ่มที่ต้องมีการปรับปรุงกฎเกณฑ์ภายในโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความซ้ำซ้อน และมีลักษณะเป็น Double Standard ควรจะแยกหน่วยงานที่รับผิดชอบและแยกประเภทของการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวออกจากกัน มิฉะนั้น หลักเกณฑ์ที่ซ้ำซ้อนนี้จะยังคงเป็นการสร้างอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าวโดยไม่จำเป็นตามบทที่ 2 ที่ได้กล่าวไปแล้ว สิ่งสำคัญที่ประเทศไทยจะต้องดำเนินการ คือ การวางกรอบการเจรจาเพื่อเปิดเสรีในอนาคต เพราะอุปสรรคในส่วนจากรูปแบบการให้บริการใน Mode 4 นี้ยังคงมีอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดอยู่ และ GATS Plus ที่เกิดจากข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียนี้ ยังไม่ช่วยในการลดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดได้