

บทที่ 3

พันธกรณีที่ประเทศไทยต้องรับรองสิทธิในการประกอบธุรกิจการ ให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าว

ในปัจจุบันเราคงไม่สามารถปฏิเสธการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวได้เนื่องจาก ระบบเศรษฐกิจของไทยที่ไม่อาจตัดขาดจากระบบเศรษฐกิจกระแสโลกาภิวัตน์ (Economic of Globalization) การปฏิเสธความสัมพันธ์ทางการค้าจึงเป็นไปได้ ทั้งนี้เนื่องจากระบบการบริโภค ของประเทศไทยไม่สามารถตัดขาดโดยสิ้นเชิงจากสินค้าและบริการจากต่างประเทศได้ ดังนั้น ประเทศไทยจึงจำเป็นที่จะต้องผูกพันในพันธกรณีระหว่างประเทศอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ในสถานการณ์เช่นนี้ สิ่งที่ประเทศกำลังพัฒนา หรือแม้แต่ประเทศไทยอาจทำได้ ก็คือ ความพยายามที่จะมีเศรษฐกิจที่พึ่งพาตนเองให้ได้มากที่สุด ความมีส่วนร่วมของธุรกิจข้ามชาติ ในเศรษฐกิจไทยควรจะเป็นในทิศทางที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยเท่านั้น ทั้งนี้ในปัจจุบันเชื้อชาติ หรือแม้แต่สัญชาติของผู้ประกอบการมิใช่ตัวกำหนดผลประโยชน์ของประเทศอีกต่อไป ประโยชน์ สุดท้ายของการลงทุนของผู้ประกอบการเชื้อชาติไทยหรือสัญชาติไทยอาจจะไม่ตกกลับมาในประเทศไทย หากเป้าหมายสุดท้ายของผลกำไรมิใช่ประเทศไทย เนื่องจากบุคคลดังกล่าวมีภูมิลำเนาถาวร หรือสถานประกอบการถาวรอยู่ในต่างประเทศในขณะที่ธุรกิจของผู้ประกอบการต่างชาติอาจจะมี เป้าหมายสุดท้ายของผลกำไรที่ตกกลับมาในประเทศไทยเนื่องจากบุคคลดังกล่าวมีภูมิลำเนาถาวรอยู่ ในประเทศไทย หรือแม้ในกรณีที่ เป็นธุรกิจของผู้ประกอบการต่างชาติซึ่งมีเป้าหมายสุดท้ายของผล กำไรที่ตกแก่ต่างประเทศ แต่การประกอบธุรกิจนั้นอาจมีคุณประโยชน์สูงสุดต่อประเทศไทยได้ในแง่ มุมของการถ่ายทอดเทคโนโลยี การทดแทนแรงงานที่ประเทศไทยไม่มี การนำเข้าทรัพยากร ที่ประเทศไม่มี หรือการสร้างความน่าเชื่อถือทางเศรษฐกิจให้แก่ประเทศไทย¹

¹ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, รายงานผลวิจัยเรื่อง การส่งเสริมการแข่งขันกัน อย่างยุติธรรมระหว่างธุรกิจของไทยด้วยกันเองและระหว่างธุรกิจของคนกับธุรกิจข้ามชาติ ส่วนที่ 2 มาตรการที่เสนอให้รัฐไทยพึงมีสำหรับผู้ประกอบการธุรกิจข้ามชาติในประเทศไทย, โครงการศึกษาเพื่อ ปฏิรูปกฎหมายเศรษฐกิจของไทย สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) , (1 พฤษภาคม 2543) , หน้า 12.

3.1 พันธกรณีภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ

เรื่องของสิทธิในการเข้าเมืองของคนต่างด้าวย่อมตกอยู่ภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศว่าด้วยหลักอำนาจอธิปไตยแห่งดินแดน (Principles of Territorial Sovereignty) นั่นก็คือ หลักกฎหมายระหว่างประเทศยอมรับให้รัฐมีเขตอำนาจที่เด็ดขาดและเฉพาะเจาะจงเหนืออาณาเขตแห่งรัฐ (State Territory) ของตน รวมถึงบุคคลและทรัพย์สินที่ปรากฏอยู่บนอาณาเขตแห่งรัฐของตน¹ วิสาหกิจข้ามชาติหนึ่งสามารถที่จะเข้าจัดตั้งองค์กร หรือว่าประกอบกิจการในประเทศต่าง ๆ ได้ภายในจำกัดเท่าที่มีอยู่ของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศ การยินยอมให้วิสาหกิจข้ามชาติเข้ามาประกอบกิจการในประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นสิ่งที่รัฐยอมรับและถือปฏิบัติระหว่างกัน และรัฐเองก็ไม่อาจปฏิเสธการเข้ามาของวิสาหกิจข้ามชาติได้

พันธกรณีภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศมีหลักดังต่อไปนี้

3.1.1 หลักต่างตอบแทน(Reciprocity)

หลักต่างตอบแทนเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งภายใต้หลักทั่วไปที่ไม่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็น รัฐต่าง ๆ มักจะให้แก่กันในเรื่องต่าง ๆ โดยมีพื้นฐานมาจากการที่รัฐต่างก็ต้องการเชื่อมสัมพันธ์ไมตรีกับประเทศหนึ่งเพื่อประโยชน์ทางการค้า หรือว่าด้านอื่น ๆ

สำหรับประเทศไทย หลักต่างตอบแทนดังกล่าว ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในมาตรา 10 วรรคสอง² ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ว่าการพิจารณาอนุญาตให้วิสาหกิจข้ามชาติเข้ามาในประเทศไทยนั้น ไม่เพียงแต่จะ

¹ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, รายงานวิจัยเรื่อง การเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย, โครงการวิจัยเรื่องทางเลือกนโยบายการนำแรงงานข้ามชาติเข้ามาในประเทศไทย: การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจทางกฎหมายและการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), (4 กันยายน 2540), หน้า 98.

² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรคสอง บัญญัติว่า "คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้ รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการ ต่างตอบแทนด้วย".

พิจารณาจากข้อกำหนด หรือว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาระหว่างกันเท่านั้น แต่ยังสามารถนำเอาหลักต่างตอบแทนระหว่างรัฐที่มีต่อกันมาพิจารณาประกอบกันไปด้วย³

หลักต่างตอบแทนเป็นการปฏิบัติทางการค้าซึ่งบางครั้งเรียกว่านโยบายทางการค้าที่เป็นธรรม (fair trade) หมายถึงการที่ประเทศต่าง ๆ แลกเปลี่ยนข้อลดหย่อนทางการค้าระหว่างกันในการเจรจาทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อลดอุปสรรคทางการค้า

ลักษณะของหลักการต่างตอบแทน คือเมื่อประเทศหนึ่งให้ประโยชน์แก่อีกประเทศหนึ่ง ประเทศที่ได้รับประโยชน์จะทำการเสนอประโยชน์ในลักษณะที่คล้ายกันหรือใกล้เคียงกันเป็นการตอบแทน

การที่เกดต์กำหนดหลักการต่างตอบแทนไว้ เนื่องจากเห็นว่าไม่ควรมีประเทศใดที่เป็นผู้ให้หรือผู้รับเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีการตอบแทน ซึ่งวิธีเช่นนี้จะสร้างความเป็นธรรมให้แก่ประเทศทั้งสองฝ่าย นอกจากนี้การตอบแทนซึ่งกันและกันนั้นต้องให้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored-National Treatment) เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทุกประเทศให้มากที่สุดและเป็นธรรมมากที่สุด⁴

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะได้นำหลักการในเรื่อง “ต่างตอบแทน” มาบัญญัติเพื่อรับรองสิทธิของของคนต่างด้าวในการเข้ามาจัดตั้งสำนักงานกฎหมายในประเทศไทย แต่ในทางข้อเท็จจริงพบว่า ไม่มีสำนักงานกฎหมายชาติใด ๆ ที่เข้ามาโดยอาศัยหลักต่างตอบแทนเพราะส่วนใหญ่จะเข้ามาตามสนธิสัญญาเท่านั้น ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป

3.2 พันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาที่ผูกพันประเทศไทยในปัจจุบัน

สนธิสัญญาที่ผูกพันประเทศไทย เรื่องการเปิดเสรีการค้าบริการทางกฎหมายในปัจจุบัน ซึ่งพบว่ามีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ ที่กำหนดหลักเกณฑ์การเข้าสู่ตลาด (Market Access) การลงทุนสำนักงานกฎหมาย ของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยพบว่าสนธิสัญญาแต่ละฉบับนั้นมีระดับของการเปิดตลาดที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้เป็นไปตามนโยบายของประเทศไทยในการผูกพันสนธิสัญญาในขณะนั้น ซึ่งผู้ศึกษาจะแยกศึกษาสนธิสัญญาแต่ละฉบับได้แก่

³ปิยะ ศรีวิภา, การเข้าสู่ธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 75.

⁴ทัชมัย ฤกษ์สุด, เกดต์และองค์การการค้าโลก (WTO), (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546), หน้า 41.

3.2.1 สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511(Treaty of Amity and Economic Relation between The Kingdom of Thailand and The United of America C.E.1966)

ประเทศไทยได้มีความสัมพันธ์กับประเทศสหรัฐอเมริกาช้านาน จะเห็นได้จากสนธิสัญญาทางไมตรีและการพาณิชย์ พ.ศ. 2376 และสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย และการเดินเรือ พ.ศ. 2480 ซึ่งเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศและประเทศสหรัฐอเมริกา

ต่อมาเพื่อให้เหมาะสมกับกาลสมัย ในสมัย ฯพณฯ ถนัด คอมันตร์ ก็ได้ทำสนธิสัญญาขึ้นใหม่เพื่อกระชับความสัมพันธ์ในทางไมตรีและการค้า นานาชาติจะทำความตกลงระหว่างรัฐเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว และในความตกลงดังกล่าว จะพบว่า มีข้อตกลงเกี่ยวกับการเข้าเมือง⁵ ของคนต่างด้าวระหว่างรัฐภาคี สำหรับประเทศไทยมีความตกลงในลักษณะนี้เพียงฉบับเดียว คือสนธิสัญญาทางไมตรี และความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างไทยและสหรัฐอเมริกา ที่ได้ลงนามเมื่อปี พ.ศ. 2509 โดยสาระสำคัญที่ครอบคลุมในด้านการพาณิชย์และการเดินเรือ

วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาทางไมตรี และความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 จะเห็นได้ว่าประเทศไทยและสหรัฐอเมริกามีวัตถุประสงค์ร่วมกัน สรุปได้ดังนี้

1. ส่งเสริมและกระชับสัมพันธ์ไมตรีระหว่างกัน
2. ส่งเสริมซึ่งกันและกันทางการค้าและการลงทุน
3. ส่งเสริมซึ่งกันและกันทางเศรษฐกิจ
4. ส่งเสริมทางด้านวัฒนธรรมระหว่างประเทศ

โดยในการพาณิชย์นั้น ประเทศไทยได้เปิดโอกาสให้คนชาติและนิติบุคคลของสหรัฐอเมริกาได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) กล่าวคือคนชาติสหรัฐอเมริกา มีสิทธิในการลงทุน ประกอบวิชาชีพ และประกอบธุรกิจเท่าเทียมกับคนไทยทุกประการ ยกเว้นในวิชาชีพสงวน 39 ประเภท และในธุรกิจ 6 สาขาที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาไมตรีได้แก่

⁵สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ.2509 "ข้อ 1

1. ภายในบังคับแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการเข้ามาและการพำนักของ คนต่างด้าว คนชาติของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะได้รับการอนุญาตให้เข้ามาในอาณาเขต ของภาคีอีก ฝ่ายหนึ่งให้เดินทางในอาณาเขตนั้นโดยเสรี และให้มีถิ่นที่อยู่ ณ ที่ที่ตน เลือก....."

1. การคมนาคม
2. การขนส่ง
3. การหน้าที่รับดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น
4. การธนาคารที่เกี่ยวกับการหน้าที่รับฝากเงิน
5. การแสวงหาประโยชน์จากที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติอื่น
6. การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมือง

ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวถือว่าเป็นการยกเว้นหลักการของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored-National Treatment) และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาลหรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยได้กระทำกับรัฐบาลต่างประเทศ จึงส่งผลให้คนสัญชาติหรือบริษัทอเมริกัน มีสิทธิที่จะประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยการขอรับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาโดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว⁶

การมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 นี้เป็นสนธิสัญญาอย่างแน่แท้ ซึ่งย่อมเกิดผลทางกฎหมายผูกพันระหว่างรัฐภาคี กล่าวคือ รัฐภาคีย่อมมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันภายใต้หลักการพื้นฐาน คือ หลักสุจริต (Bona Fides) และหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) ดังนั้นเมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับใช้แล้ว รัฐซึ่งเป็นภาคีในสนธิสัญญาก็จะต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามที่สนธิสัญญากำหนดไว้

ความผูกพันตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 นี้ผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 8 มิถุนายน พ.ศ. 2511 จนกระทั่งสิบปีหลังจากนั้น และจะใช้บังคับต่อไปหลังจากนั้นจนกว่าจะได้ยกเลิก โดยการยกเลิกนั้นประเทศไทยหรือประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถทำได้โดยบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้าหนึ่งปีไปยังภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อสิ้นกำหนดเวลาสิบปีหรือในเวลาใดเวลาหนึ่งหลังจากนั้น ซึ่งในปัจจุบันก็พ้นระยะเวลาสิบปีนั้นนานแล้ว อย่างไรก็ตาม จากการตรวจสอบยังไม่พบว่าประเทศไทยได้มีการบอกกล่าวเพื่อยกเลิก สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 แต่อย่างใด

⁶อมรินทร์ ม่วงมณี, "ประวัติศาสตร์ว่าด้วยกฎหมายการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไทย," [http://www.gotoknow.org], 3 ตุลาคม 2552.

จากสนธิสัญญาดังกล่าว เป็นผลให้คนชาติสหรัฐอเมริกาได้สิทธิตามสนธิสัญญาดังกล่าวเข้ามาประกอบกิจการสำนักงานกฎหมายข้ามชาติได้ โดยมีสิทธิเท่าเทียมกับคนไทย อย่างไรก็ตามการประกอบธุรกิจ "การดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Fiduciary Function) ของอเมริกานั้นรวมความหมายถึงวิชาที่พนายความ และการประกอบธุรกิจให้บริการทางกฎหมาย" ประเทศไทยมีสิทธิตามสนธิสัญญาที่จะสงวนธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายให้เฉพาะคนไทยทำเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องให้สิทธิคนชาติสหรัฐอเมริกา ในการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายแต่อย่างใด และในปัจจุบันสหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้ให้สิทธิคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายในสหรัฐอเมริกาด้วย ดังนั้นการแปลความหมายตามสนธิสัญญาของประเทศไทยในเรื่องนี้ไม่น่าจะถูกต้อนัก⁷

จากการศึกษาพบว่าสำนักงานกฎหมายหรือบริษัทข้ามชาติของคนชาติสหรัฐอเมริกาที่เข้าประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยอาศัย สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509 ที่ยังคงดำเนินกิจการอยู่มีด้วยกันหลายบริษัท เช่น บริษัท เดเลนีย์ แอนด์ โค.อินโดจีน จำกัด, บริษัท กลุ่มกฎหมายแปซิฟิก (ประเทศไทย) จำกัด เป็นต้น ซึ่งโดยผลของสนธิสัญญาดังกล่าว พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10⁸ และมาตรา 11⁹ ได้กำหนดเงื่อนไขว่า

⁷ปิยะ ศรีวิณะ, การเข้าสู่ธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 83.

⁸พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 บัญญัติว่า "บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย".

คนต่างด้าวที่อยู่ในบังคับของคู่ภาคี ถ้าต้องการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายในประเทศไทย สามารถทำได้เพียงแจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้

3.2.2 พันธกรณีตามความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)

องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) กำหนดให้การค้าบริการเป็นเรื่องหนึ่ง ที่ต้องเจรจาเปิดเสรีนอกเหนือจากการเจรจาเรื่องสินค้า โดยใช้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการบริการ (General Agreement on Trade in Service: GATS) หมายถึง กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ทำให้มีมูลค่าเพิ่มในอีกระบบเศรษฐกิจ ซึ่งตามกติกาของเกดตที่สำคัญประการหนึ่งคือการกำหนดให้มีการเจรจาเปิดเสรีทางการค้าบริการทุก ๆ 5 ปี หลังจากที่มีความตกลงภายใต้องค์การการค้าโลกมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2538 เพื่อขยายการเปิดตลาด (Market Access) และยกเลิกอุปสรรคต่าง ๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนในชาติกับคนต่างด้าวและเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน โดยเป้าหมายหลักคือ ให้บรรลุระดับการเปิดเสรีที่สูงขึ้นแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization)

การค้าบริการ หมายถึง การให้บริการที่สามารถเกิดขึ้นได้ 4 รูปแบบ (Mode of supply) โดยพิจารณาจากแหล่งกำเนิด (Origin) ของผู้ให้บริการ

รูปแบบการค้าบริการ

รูปแบบที่ 1 การบริการข้ามพรมแดน (cross-border-Supply) หรือเรียกว่า การค้าบริการ mode 1 เป็นการให้บริการจากพรมแดนของประเทศสมาชิกหนึ่งไปสู่พรมแดนของประเทศสมาชิกอื่นที่เป็นลูกค้า โดยผู้ให้บริการไม่ต้องปรากฏตัวอยู่ในประเทศลูกค้า เช่น

⁹พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 11 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวตามมาตรา 10 หากประสงค์จะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้แจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อขอหนังสือรับรองและให้อธิบดีออกหนังสือรับรองให้คนต่างด้าวนั้นโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว เว้นแต่อธิบดีเห็นว่าการแจ้งมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือกรณีไม่เป็นไปตามมาตรา 10 ให้อธิบดีแจ้งแก่คนต่างด้าวนั้นทราบโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว

หนังสือรับรองต้องระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย”.

การศึกษาผ่านทางไกล บริการผ่านสื่อสารโทรคมนาคม และบริการให้คำปรึกษาผ่านอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

รูปแบบที่ 2 การบริโภคในต่างประเทศ (Consumption Abroad) หรือ เรียกว่า การค้าบริการ Mode 2 เป็นการให้บริการที่เกิดขึ้นในพรมแดนของประเทศผู้ให้บริการ โดยอาศัยการเคลื่อนย้ายของผู้บริโภคเป็นเงื่อนไขสำคัญ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ บริการท่องเที่ยว การออกไปรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลต่างประเทศ การไปศึกษาต่างประเทศ เป็นต้น

รูปแบบที่ 3 การจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการ (Commercial Presence) หรือ เรียกว่า การค้าบริการ Mode 3 เป็นการเข้าไปลงทุนจัดตั้งธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้บริการในประเทศลูกค้า เช่น การที่สำนักงานกฎหมายของผู้ให้บริการทางด้านกฎหมายในต่างประเทศ เข้ามาตั้งหน่วยธุรกิจ หรือ สำนักงานสาขาในประเทศของผู้รับบริการ หรือเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการทางด้านกฎหมายในต่างประเทศเข้ามาลงทุนกับผู้ให้บริการในประเทศของผู้รับบริการเพื่อจัดตั้งสำนักงานกฎหมายในประเทศของผู้รับบริการ หรือกรณีที่เป็นการขายสิทธิแบบแฟรนไชส์ให้กับสำนักงานกฎหมายของประเทศผู้รับบริการ หรืออาจจะเป็นแบบประเภทสมาชิก กล่าวคือ การเข้าร่วมเป็นสมาชิกในการส่งคดี หรือลูกค้าให้กัน และอาจถ่ายทอดเทคโนโลยีการจัดการ

ถ้าประเทศสมาชิกต้องผูกพันตามข้อผูกพันเฉพาะแล้ว ประเทศสมาชิกทุกประเทศต้องให้ผู้ให้บริการทางด้านกฎหมายของประเทศสมาชิกอื่นเข้ามาตั้งสำนักงานกฎหมายในประเทศของตนโดยไม่อาจตั้งข้อจำกัด หรือกฎเกณฑ์ภายในที่จะเป็นผลกระทบอันทำให้เกิดอุปสรรคในทางการค้าบริการ อย่างเช่น ผู้ให้บริการทางด้านกฎหมายของประเทศสมาชิกถือหุ้นได้ 100% ในการตั้งหน่วยธุรกิจ ไม่ว่าจะป็นสำนักงานกฎหมายหรือสำนักงานทนายความ และประเทศของผู้รับบริการจะต้องดำเนินการต่าง ๆ กับสำนักงานกฎหมายของผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกเช่นเดียวกับที่ได้ดำเนินการกับสำนักงานกฎหมายของประเทศตน¹⁰

รูปแบบที่ 4 การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person) หรือเรียกว่า การค้าบริการ Mode 4 เป็นการเข้าไปทำงานประกอบอาชีพในสาขาบริการด้านต่าง ๆ เป็นการชั่วคราว ในประเทศลูกค้า เช่นการเข้ามาประกอบวิชาชีพที่ปรึกษากฎหมายของนักกฎหมายชาวต่างชาติในไทย ครูต่างชาติให้บริการสอนภาษาในประเทศไทย เป็นต้น¹¹

¹⁰พูนกิตติ บุญโชคช่วย, การเปิดเสรีการค้าบริการสาขาวิชาชีพกฎหมายในกรอบของ WTO กับประเทศไทย. (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 25.

¹¹เอกสารการค้าบริการ 12 สาขา, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, กระทรวงพาณิชย์ (การประชุมสัมมนาเรื่องการเปิดเสรีด้านการค้าบริการ 12 สาขา), 30 เมษายน 2552.

จากคำนิยามของการค้าบริการที่แบ่งเป็น 4 รูปแบบพบว่าในเรื่องการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในสำนักงานกฎหมายข้ามชาตินั้นอยู่ในรูปแบบการค้าบริการในรูปแบบที่ 3 (Mode 3) การจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการ (Commercial Presence) โดยที่รัฐสมาชิกยอมให้คนชาติของรัฐสมาชิกอื่นเข้ามาจัดตั้งสำนักงานกฎหมายที่ต่างชาติเป็นเจ้าของและให้คนของรัฐสมาชิกเข้ามาประกอบธุรกิจทางการให้บริการทางกฎหมาย หรือร่วมทุนกับคนชาติเพื่อประกอบธุรกิจสำนักงานกฎหมายข้ามชาติ

ภายใต้ Article XVI¹² ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ประเทศสมาชิกและแต่ละประเทศมีหน้าที่ที่จะต้องทยอยเปิดตลาดการค้าบริการในสาขาที่ตนพร้อม โดยกำหนดสาขาของการค้าบริการดังกล่าวไว้ในตารางข้อผูกพัน การเปิดตลาดในสาขาการค้าบริการที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันนั้น กระทำโดยการลดเงื่อนไขข้อกีดกันทางการค้าบริการลงเรื่อย ๆ

เกี่ยวกับเรื่องนี้ประเทศไทยได้มีข้อผูกพันการเปิดตลาดของไทยในองค์การการค้าโลก รอบอุรุษัยตามตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitment)¹³ โดยประเทศไทยได้ผูกพันการเปิดตลาดธุรกิจบริการทางกฎหมาย (Center Product Classification: CPC 861: Legal Service) ไว้ทั้งหมด 4 สาขาย่อยซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2538 เป็นต้นมา ได้แก่

1. การให้บริการ ปรีक्षा แนะนำ และเป็นตัวแทนในเรื่องกฎเกณฑ์การดำเนินการกระบวนการพิจารณาที่มีลักษณะคล้ายศาลยุติธรรม คณะกรรมการ และอื่น ๆ (CPC8611)
2. การให้บริการ ปรีक्षा แนะนำ และเป็นตัวแทนเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความในศาลเรื่อง กฎหมายอื่น ๆ (CPC8612)
3. การให้บริการเรื่องการอ้างอิงเอกสาร และการรับรองเอกสาร (CPC 8613)

¹²"A. LIMITATIONS ON MARKET ACCESS (ARTICLE XVI)

A Member grants full market access in a given sector and mode of supply when it does not maintain in that sector and mode any of the types of measures listed in Article XVI. The measures listed comprise four types of quantitative restrictions (sub paragraphs a d), as well as limitations on forms of legal entity (sub paragraph e) and on foreign equity participation (sub paragraph f). The list is exhaustive and includes measures which may also be discriminatory according to the national treatment standard....."

¹³เอกสาร World Trade Organization GATS /sc/85 (15/04/1994).

4. การให้บริการปรึกษา แนะนำ และข้อมูลทางกฎหมายอื่น ๆ (CPC 8619)¹⁴

โดยทั้ง 4 สาขาย่อยนี้ ประเทศไทยได้ผูกพันเปิดตลาดบริการสาขาวิชาชีพกฎหมายในรูปแบบที่สาม โดยมีเงื่อนไขคือประเทศไทยอนุญาตให้ต่างชาติเข้ามาเปิดสำนักงานทางกฎหมายในประเทศไทยได้ แต่เฉพาะการเข้ามาจัดตั้งในรูปแบบบริษัทโดยร่วมหุ้นกับคนไทย และมีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และผู้ถือหุ้นต่างด้าวทั้งหมดต้องมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท ซึ่งการเปิดเสรีการให้บริการทางกฎหมายดังกล่าวให้สิทธิคนต่างด้าวที่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกไม่เกินไปกว่าที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 8¹⁵ และมาตรา 9¹⁶ ที่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศไทยแต่อย่างใด

¹⁴พูนกิตติ บุญโชคช่วย, การเปิดเสรีการค้าบริการสาขาวิชาชีพกฎหมายในกรอบของ WTO กับประเทศไทย. หน้า 32.

¹⁵พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ”

¹⁶พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 9 บัญญัติว่า “การปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา เว้นแต่ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือตามบัญชีสอง หมวด 1 ให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ

ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ อย่างน้อยครั้งหนึ่งในทุกกรอบระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับแล้วทำ ความเห็นเสนอรัฐมนตรี

เมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกภายใต้องค์การการค้าโลกต้องปฏิบัติ พันธกรณีภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการเป็นพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามมีด้วยกันอยู่ 2 ส่วนคือ

1. พันธกรณีทั่วไป เป็นพันธกรณีที่สมาชิกทุกประเทศต้องถือปฏิบัติเหมือนกัน เช่น หลักการปฏิบัติตามการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (หรือเรียกว่าหลักการ MFN: Most-Favoured Nation Treatment)¹⁷

การที่ประเทศที่เป็นคู่สัญญาเมื่อได้ให้สิทธิประโยชน์อย่างดีที่สุดแก่ประเทศหนึ่งประเทศใด ก็ต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นนั้นแก่ประเทศที่เป็นคู่สัญญาอื่นด้วย เป็นการปฏิบัติต่อประเทศสมาชิกอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีเงื่อนไข จะเลือกปฏิบัติโดยให้สิทธิแก่ประเทศอื่น ๆ เป็นพิเศษไม่ได้

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจที่มีได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อยู่ก่อนการปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามวรรคหนึ่ง หากต่อมาธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้และคนต่างด้าวนั้นประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในมาตรา 11

ในระหว่างระยะเวลาที่ปฏิบัติตามวรรคสามและยังมิได้รับหนังสือรับรอง มิให้ถือว่าคนต่างด้าวนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยมิได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้”

¹⁷Article II: Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.

2. A Member may maintain a measure inconsistent with paragraph 1 provided that such a measure is listed in, and meets the conditions of, the Annex on Article II Exemptions.

3. The provisions of this Agreement shall not be so construed as to prevent any Member from conferring or according advantages to adjacent countries in order to facilitate exchanges limited to contiguous frontier zones of services that are both locally produced and consumed.

การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศนำหลัก MFN มาใช้ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 18 ในสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษก็เคยนำหลัก MFN มาใช้ในการทำสนธิสัญญากับสยามในการทำสนธิสัญญาเบาว์ริง (Bowring Treaty)

หลัก MFN ถือเป็นหลักสำคัญในแกตต์ ซึ่งได้บัญญัติหลัก MFN ในข้อ 1 ของแกตต์ดังนี้ "ในส่วนของที่เกี่ยวกับอากรศุลกากรและค่าภาระชนิดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าหรือส่งออก หรือเรียกเก็บเงินจากการโอนเงินระหว่างประเทศที่ชำระสำหรับการนำเข้าหรือส่งออก และในส่วนของที่เกี่ยวกับวิธีการเรียกเก็บภาษีอากรและภาวะเช่นว่านั้น และในส่วนของที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์และพิธีการทั้งปวงเกี่ยวกับการนำเข้าและการส่งออก และในส่วนของที่เกี่ยวกับเรื่องทั้งปวงที่อ้างถึงในวรรคที่ 2 และ 4 ของข้อ III ผลประโยชน์การอนุเคราะห์ เอกสิทธิ์หรือความคุ้มกันใดที่ภาคีสัญญาใดให้แก่ผลิตภัณฑ์ใดซึ่งมีถิ่นกำเนิดในประเทศอื่นใดหรือมีจุดมุ่งหมายปลายทางไปยังอีกประเทศอื่นใดจะต้องให้โดยทันทีและปราศจากเงื่อนไขแก่ผลิตภัณฑ์ที่เหมือนกัน ซึ่งมีถิ่นกำเนิดในภาคีสัญญาอื่นทั้งปวงหรือมีจุดมุ่งหมายปลายทางไปยังอาณาเขตของภาคีสัญญาอื่นทั้งปวง"

จากหลัก MFN ในข้อ 1 ของแกตต์ อาจกล่าวได้ว่าเมื่อภาคีสมาชิกได้ให้ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าหรือการส่งออกสินค้าในประการใดก็ตาม แก่สินค้าที่นำเข้าหรือที่ส่งออกไปยังประเทศใดก็ต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นเดียวกัน แก่สินค้าที่เหมือนกันของภาคีสมาชิกด้วยเช่นกัน ซึ่งเป็นการให้สิทธิประโยชน์โดยทันทีและมีเงื่อนไข

การนำหลัก MFN มาใช้ในแกตต์ มีเหตุผลสนับสนุนทั้งด้านเศรษฐศาสตร์ และด้านการเมืองดังนี้

เหตุผลสนับสนุนทางด้านเศรษฐศาสตร์ คือการนำหลัก MFN มาใช้ในแกตต์ทำให้อุตสาหกรรมมีการเปิดเป็นตลาด กล่าวคือ เมื่อภาคีสมาชิกใช้มาตรการด้านการส่งออกหรือการนำเข้าต่อสินค้าโดยไม่คำนึงว่าสินค้านั้นนำเข้าหรือส่งออกมาจากประเทศใดแล้ว ระบบตลาดจะทำงานได้ดีขึ้น และทำให้การค้าเสรีขยายตัวเพิ่มขึ้น กล่าวคือเมื่อภาคีสมาชิกให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าใด ๆ ก็ต้องขยายการให้สิทธิประโยชน์เหล่านั้นแก่สินค้าที่เหมือนกันของทุกภาคีสมาชิกด้วยรวมทั้งช่วยลดต้นทุนธุรกรรม (Transaction Costs) กล่าวคือ เมื่อภาคีสมาชิกได้ให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าของภาคีสมาชิก เจ้าหน้าที่ศุลกากรก็ไม่จำเป็นต้องตรวจสอบว่าสินค้านั้นมีต้นกำเนิดมาจากประเทศใด ทำให้การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่เป็นไปอย่างรวดเร็ว

เหตุผลสนับสนุนทางด้านการเมือง คือ การนำหลัก MFN มาใช้ในเขตต์เป็นการช่วยลดความตึงเครียดในการเจรจาทางการค้าระหว่างประเทศ กล่าวคือเมื่อประเทศสมาชิกให้สิทธิประโยชน์แก่สินค้าของภาคีสมาชิกหนึ่ง แต่ไม่ได้ให้สิทธิประโยชน์หรือสิทธิประโยชน์นั้นแก่สินค้าของอีกภาคีสมาชิกหนึ่งน้อยกว่า ก็ทำให้เกิดความตึงเครียดในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศได้

อย่างไรก็ตาม มีแนวความคิดที่ไม่เห็นด้วยกับการนำหลัก MFN มาใช้ในทุกภาคีสมาชิกเขตต์เนื่องจากภาคีสมาชิกของเขตต์ระดับการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน การนำหลัก MFN มาใช้ในประเทศกำลังพัฒนาจะเป็นอุปสรรคในการพัฒนาประเทศ อีกทั้งเปิดโอกาสให้มีการตีตัวพรี (Free Ride ring) กล่าวคือ เมื่อภาคีสมาชิกได้ลดอัตราภาษีศุลกากรให้แก่สินค้านำเข้าจากประเทศหนึ่ง ก็ต้องลดอัตราภาษีศุลกากรให้แก่สินค้านำเข้าที่เหมือนกันของทุกภาคีสมาชิกด้วย จึงให้ภาคีสมาชิกซึ่งไม่ได้เจรจาในการลดภาษีศุลกากรดังกล่าวได้รับประโยชน์ไปด้วย¹⁸

¹⁸ ทัชมัย ฤกษ์ะสุต, เขตต์และองค์การการค้าโลก (WTO), (กรุงเทพฯ: วิชาญชน).

หลักความโปร่งใส (Transparency)¹⁹

การเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการใช้มาตรการ กฎหมาย กฎระเบียบต่าง ๆ ที่บังคับใช้กับการค้าบริการ ประเทศสมาชิกจะต้องเปิดเผยโดยแจ้งมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการ หรือมาตรการอื่นใดที่เกี่ยวข้อง เช่น หลักเกณฑ์ ข้อบังคับหรือแนวทางปฏิบัติซึ่งอาจมี

¹⁹Article III: Transparency

1. Each Member shall publish promptly and, except in emergency situations, at the latest by the time of their entry into force, all relevant measures of general application which pertain to or affect the operation of this Agreement. International agreements pertaining to or affecting trade in services to which a Member is a signatory shall also be published.

2. Where publication as referred to in paragraph 1 is not practicable, such information shall be made otherwise publicly available.

3. Each Member shall promptly and at least annually inform the Council for Trade in Services of the introduction of any new, or any changes to existing, laws, regulations or administrative guidelines which significantly affect trade in services covered by its specific commitments under this Agreement.

4. Each Member shall respond promptly to all requests by any other Member for specific information on any of its measures of general application or international agreements within the meaning of paragraph 1. Each Member shall also establish one or more enquiry points to provide specific information to other Members, upon request, on all such matters as well as those subject to the notification requirement in paragraph 3. Such enquiry points shall be established within two years from the date of entry into force of the Agreement Establishing the WTO (referred to in this Agreement as the "WTO Agreement"). Appropriate flexibility with respect to the time-limit within which such enquiry points are to be established may be agreed upon for individual developing country Members. Enquiry points need not be depositories of laws and regulations.

5. Any Member may notify to the Council for Trade in Services any measure, taken by any other Member, which it considers affects the operation of this Agreement.

ผลกระทบต่อข้อผูกพันที่ได้ทำไว้ในตารางข้อผูกพัน และต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ข้อบังคับภายในประเทศแก่ประเทศสมาชิกอื่นในกรณีที่มีการร้องขอ รวมทั้งจะต้องจัดตั้งจุดตอบข้อซักถาม จะเห็นได้ว่าหลักความโปร่งใสนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงความชัดเจนของแนวทางการดำเนินธุรกิจในประเทศนั้น ๆ และแสดงให้เห็นถึงอุปสรรคทางการค้าต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อหลักการค้าเสรีด้วย

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นของหลักโปร่งใส คือ รัฐสมาชิกขององค์การการค้าโลกสามารถที่จะไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลที่เป็นความลับและมีผลกระทบต่อการใช้กฎหมาย ผลประโยชน์ทางการค้าหรือผลประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ ซึ่งเป็นที่น่าสังเกต ข้อยกเว้นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้

สำหรับประเทศไทยก็ย่อมผูกพันต่อพันธกรณีในการเปิดเผยมาตรการต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการหรือมาตรการอื่นใดที่เกี่ยวข้องที่อาจมีผลกระทบต่อข้อผูกพันที่ได้ทำไว้ในตารางข้อผูกพันและจะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ข้อบังคับภายในประเทศหากมีการร้องขอ และต้องจัดตั้งจุดตอบข้อซักถามและจุดติดต่อ²⁰

กฎระเบียบภายใน (Domestic Regulation)

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ เปิดโอกาสให้สมาชิกสามารถกำหนดมาตรการใด ๆ ที่เห็นว่าจำเป็นในการกำกับดูแลธุรกิจบริการในประเทศของตนได้ แต่การใช้มาตรการต่าง ๆ ในสาขาที่เสนอผูกพันเปิดตลาดแล้ว จะต้องให้หลักประกันว่าจะต้องดำเนินไปในลักษณะที่มีเหตุผล เป็นไปอย่างมีหลักเกณฑ์ และไม่ลำเอียง

หลักการออกกฎระเบียบภายในประเทศ เป็นพันธกรณีให้ประเทศซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องออกกฎหมายภายใน หลักเกณฑ์ ระเบียบอื่นใดที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เอื้ออำนวยต่อการเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาซึ่งตนได้รับข้อผูกพัน

ดังนั้น ประเทศไทยจึงต้องดำเนินการเพื่อให้กฎหมายภายในสอดคล้องกับพันธกรณีตามข้อผูกพันของประเทศไทย หรือในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมตารางผูกพันในอนาคตด้วย

หลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization)

แม้ว่าหลักการพื้นฐานขององค์การการค้าโลกจะมุ่งให้มีการเปิดเสรี แต่เนื่องจากประเทศที่เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกทั้งประเทศที่พัฒนาแล้ว และประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาย่อมยังไม่สามารถที่จะแข่งขันกับประเทศที่พัฒนาแล้วบน

²⁰ นฤมล สังข์สัมฤทธิ์, การเข้าสู่ตลาดแรงงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว, (สารนิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 44.

พื้นฐานเดียวกันได้ในทันทีซึ่งความตกลงว่าด้วยการค้าบริการก็จะตระหนักถึงจุดนี้ ดังนั้นเริ่มแรกประเทศกำลังพัฒนาย่อมมีการเปิดเสรีน้อยกว่ากลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว และกำหนดให้มีการเจรจาเปิดตลาดการค้าบริการในทุก ๆ 5 ปี หลังจากความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการมีผลใช้บังคับ โดยจะต้องจัดให้มีการเจรจาต่อเนื่องเป็นระยะโดยเป้าหมายเพื่อลดและทำให้อุปสรรคทางการค้าบริการหมดไป โดยการเจรจาแต่ละรอบจำเป็นต้องมีความคืบหน้าเพื่อให้มีการเปิดเสรีเพิ่มขึ้น โดยการเปิดเสรีต้องคำนึงถึงระดับการพัฒนาของประเทศด้วย เป็นต้น

2. พันธกรณีตามข้อผูกพันเฉพาะ เป็นพันธะที่สมาชิกแต่ละประเทศถือปฏิบัติตามที่ตนผูกพันไว้ในการเปิดการค้าบริการด้านต่าง ๆ ใน 12 สาขาตามที่ได้รับการร้องขอหรือที่ประสงค์จะเปิดเสรี ครอบคลุมเรื่อง

การเข้าสู่ตลาด (Market Access)²¹

การผูกพันว่าจะให้คนชาติประเทศสมาชิกส่งบริการข้ามพรมแดน มาขายให้กับคนชาติของตนเองได้โดยเสรี หรือให้คนชาติของตนเข้าไปซื้อ และใช้บริการในประเทศ

²¹GATS, Article 16 Article XVI: Market Access

1. With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule

2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:

(a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;

(b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test;⁹

(d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;

(e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and

(f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment.

สมาชิกโดยไม่มีข้อจำกัด และให้คนชาติของประเทศสมาชิกเข้ามาประกอบธุรกิจ เพื่อผลิตบริการขายให้กับคนชาติของตน

หลักการเข้าสู่ตลาด เป็นการแสดงว่ารัฐแต่ละรัฐยอมรับว่าจะเปิดเสรีการค้าบริการมากน้อยเพียงใด โดยรัฐจะต้องแสดงข้อจำกัดและเงื่อนไขต่าง ๆ โดยแสดงไว้ในตารางข้อผูกพันอย่างไรก็ตาม รัฐไม่อาจแสดงข้อจำกัดในเรื่องต่อไปนี้²²

1. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ เช่น การกำหนดจำนวนโควตา การผูกขาดหรือการให้บริการเพียงผู้เดียว หรือการวางข้อจำกัดโดยอ้างเหตุผลความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

2. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับมูลค่าธุรกรรมการค้าบริการหรือทรัพย์สินในรูปแบบการกำหนดเป็นจำนวนโควตา หรือการวางข้อจำกัดโดยอ้างเหตุผลความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

3. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับมูลค่าธุรกรรมการค้าบริการหรือจำนวนบริการที่แสดงออกในรูปแบบการกำหนดเป็นจำนวนโควตา หรือการวางข้อจำกัดโดยอ้างเหตุผลความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

4. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ประกอบการที่เป็นบุคคลธรรมดาในรูปแบบของโควตาโดยที่บุคคลดังกล่าวอาจถูกกว่าจ้างหรือเป็นบุคคลที่มีความสำคัญในการประกอบการค้าบริการสาขาใดสาขาหนึ่งเฉพาะเจาะจง หรือการวางข้อจำกัดโดยอ้างเหตุผลความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

5. การวางมาตรการใดซึ่งเป็นการจำกัด หรือวางรูปแบบพิเศษอื่นใดของบุคคลทางกฎหมาย (Legal Entity) หรือการร่วมทุน (Joint Venture) ซึ่งผู้ให้บริการได้ให้โดยผ่านบุคคลทางกฎหมาย หรือการร่วมทุนดังกล่าว

6. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับการร่วมลงทุนของเงินทุนต่างชาติในรูปแบบการกำหนดสัดส่วนร้อยละอย่างสูงสุดของการลงทุนที่อนุญาตให้ถือหุ้นได้หรือจำกัดมูลค่าการลงทุนของทุนต่างด้าว

7. จะเห็นได้ว่าข้อจำกัดที่ 1 และข้อจำกัดที่ 4 เป็นข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตลาดแรงงานของคนต่างด้าว

²² นฤมล สังข์สัมฤทธิ์, การเข้าสู่ตลาดแรงงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว,

(สารนิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 45.

การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)²³

การผูกพันว่าจะให้การปฏิบัติต่อบริการ หรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกเช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อบริการ หรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของตน หรือเข้ามาทำงานชั่วคราวในอาชีพต่าง ๆ

กรณีที่ประเทศสมาชิกไม่ได้กำหนดข้อยกเว้น หรือเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันว่ากิจการใดสงวนไว้สำหรับผู้ประกอบการ ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลภายในประเทศเท่านั้น ก็จะถือว่าผู้ให้บริการจากประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกอื่นสามารถประกอบธุรกิจการค้าหรือการให้บริการเป็นเช่นเดียวกันกับผู้ให้บริการทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลของประเทศที่มีได้กำหนด

ตามตารางแสดงข้อผูกพันของประเทศไทย จะเห็นได้ว่าประเทศไทยไม่ได้ผูกพันในการให้แรงงานต่างด้าวเข้าสู่ตลาดภายในประเทศไทยได้โดยเสรีในทุกสาขา โดยประเทศไทยมีข้อกำหนดสำหรับอาชีพต่าง ๆ ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นการผูกพันอย่างมีเงื่อนไข กล่าวคือจะอนุญาตให้เฉพาะบุคคล 2 ประเภทเข้ามาพำนักในไทยได้คือ

²³Article XVII: National Treatment

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.¹⁰

2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.

90 วัน

1. บุคคลต่างด้าวที่เป็น Business Visitors เข้ามาพำนักได้ไม่เกิน

2. บุคคลต่างด้าวที่เป็นผู้จัดการ ผู้เชี่ยวชาญ ผู้บริหารที่เข้ามาในประเทศไทยในลักษณะของการโอนย้ายภายในบริษัท (Intra-corporate Transferee) โดยพำนักได้ครั้งละไม่เกิน 1 ปีและต่ออายุได้อีก 2 ครั้ง ๆ ละไม่เกิน 1 ปีรวมเป็น 3 ปี

ข้อผูกพันเพิ่มเติม (Additional Commitments)

สมาชิกบางประเทศอาจต้องการเพิ่มความมั่นใจให้นักลงทุนต่างชาติ โดยการระบุข้อผูกพันเกี่ยวกับมาตรการอื่น ๆ ที่มีผลต่อการค้าบริการ

กล่าวได้โดยสรุปการค้าบริการก็เหมือนกับการค้าสินค้าคือ สามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนกันได้ (Tradability) โดยเป็นการซื้อขายบริการระหว่างบุคคล ซึ่งอาจเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาที่เป็นคนชาติของประเทศหนึ่งกับบุคคลที่เป็นคนชาติของอีกประเทศหนึ่งซึ่งตามกติกาของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ที่สำคัญประการหนึ่งคือการกำหนดให้มีการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการทุก ๆ 5 ปี หลังจากที่มีความตกลงขององค์การการค้าโลก มีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2538 เพื่อขยายการเปิดตลาด (Market Access) และยกเลิกอุปสรรคต่าง ๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนในชาติกับคนต่างด้าวและการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน โดยมีเป้าหมายหลักคือ ให้บรรลุระดับการเปิดเสรีที่สูงขึ้นแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization)

เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีทางการค้าบริการ สมาชิกขององค์การการค้าโลกได้มีความเห็นให้จัดกลุ่มธุรกิจบริการเป็น 12 สาขา เพื่อความสะดวกต่อการทำความเข้าใจร่วมกันในการใช้เป็นพื้นฐานการเจรจาเปิดตลาด ได้แก่

สาขาบริการด้านธุรกิจ (Business Services) ภายใต้อสาขานี้จะครอบคลุมบริการวิชาชีพด้านกฎหมาย บัญชี สถาปัตยกรรม คอมพิวเตอร์ เป็นต้น

สาขาบริการด้านสื่อสารโทรคมนาคม (Communication Services) ภายใต้อสาขานี้จะครอบคลุมบริการไปรษณีย์ พستดูภัณฑ์ โทรคมนาคม และอินเทอร์เน็ต เป็นต้น

สาขาบริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (Construction and Related Engineering Services) ครอบคลุมทั้งการก่อสร้างและงานติดตั้ง

สาขาบริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution Services) ครอบคลุมบริการค้าปลีก ค้าส่งตัวแทนจำหน่าย และธุรกิจแฟรนไชส์

สาขาบริการด้านการศึกษา (Educational Services) ครอบคลุมตั้งแต่
โรงเรียนอนุบาล อาชีวะ จนถึงมหาวิทยาลัย รวมทั้งหลักสูตรวิชาชีพระยะสั้น

สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services) ครอบคลุม
บริการกำจัดมลภาวะต่าง ๆ รวมทั้งด้านสุขาภิบาล

สาขาบริการด้านการเงิน (Financial Services) ครอบคลุมบริการด้าน
ประกันภัย การธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และการเงินอื่น ๆ

สาขาบริการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและบริการด้านสังคม (Health
Related and Social Services) ครอบคลุมโรงพยาบาลและธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของมนุษย์

สาขาบริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางที่เกี่ยวข้องกับ
การท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services) ครอบคลุมธุรกิจโรงแรม ภัตตาคาร และ
การนำเที่ยว

สาขาบริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรมและการกีฬา (Recreational,
Cultural and Sporting Services) ครอบคลุมธุรกิจบันเทิง ห้องสมุด พิพิธภัณฑ์

สาขาบริการด้านการขนส่ง (Transport Services) ครอบคลุมบริการ
ด้านการขนส่งสินค้าและผู้โดยสาร ทั้งทางบก ทะเล และอากาศ

บริการด้านอื่น ๆ (Other Services not Included Elsewhere) เช่น
บริการเสริมสวย จัดงานศพ เป็นต้น²⁴

จากการศึกษาหลักเกณฑ์ของแกตต์ข้างต้นแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าในเรื่อง
ที่เกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) นี้มีข้อพิจารณาในการเจรจา
เปิดเสรีการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายของคนต่างที่สำคัญประการหนึ่ง คือประเทศไทยได้
ขอยกเว้นหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งที่กำหนดไว้ใน Article II ของแกตต์
นั่นก็คือขอยกเว้นให้สิทธิแก่คนชาติสหรัฐอเมริกาเข้ามาประกอบกิจการสำนักงานกฎหมายใน
ประเทศไทยตามสนธิสัญญา²⁵ ทั้งนี้สนธิสัญญาดังกล่าวถือเป็นมาตรการที่ประเทศไทยมีอยู่ก่อน
วันที่ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการมีผลบังคับใช้²⁶ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้นำมากำหนดอยู่ใน

²⁴ข้อมูลการค้าบริการ, กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์
(การประชุมสัมมนาเรื่องการค้าบริการ 12 สาขา), 30 เมษายน 2552.

²⁵เอกสาร World Trade Organization GATS/EL/85 (15 April 1994).

²⁶สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักร
ไทยและสหรัฐอเมริกา มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ พ.ศ. 2511

ANNEX ON ARTICLE II EXEMPTIONS ของแกตต์ เนื่องจากประเทศไทยได้ขอยกเว้นหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ซึ่งเอาไว้แล้วนั่นเอง

ส่วนข้อพิจารณาอีกประการหนึ่ง คือ การที่ประเทศไทยมีกฎหมายห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้นถือเป็นมาตรการภายใต้ Article I ของแกตต์โดยมาตรการนี้อาจเป็นเพียงมาตรการที่กีดกันทางการค้า เพราะทำให้คนต่างด้าวผู้ที่จะเข้ามาให้บริการทางกฎหมายในประเทศไทยมีสิทธิน้อยกว่าคนไทยที่ประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม Article XIV (a) ของแกตต์ ได้ระบุข้อยกเว้นไว้ว่าในกรณีที่มาตรการกีดกันทางการค้าบริการดังกล่าว จำเป็นที่จะต้องมีไว้เพื่อดำรงไว้ซึ่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยของรัฐ ดังนั้นประเทศไทยอาจยกข้อยกเว้นนี้ขึ้นอ้างได้ว่าการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายเป็นผลประโยชน์อย่างแท้จริงของประเทศไทย ที่จะต้องสงวนธุรกิจนี้ไว้เพื่อคนไทยโดยเฉพาะ ทั้งนี้ข้ออ้าง Article XIV (a) จะกระทำได้อีกเมื่อมีผลร้ายอย่างแท้จริง และเพียงพอต่อสังคมไทยที่จะต้องสงวนธุรกิจดังกล่าวไว้ ดังนั้นประเทศไทยอาจอ้างได้ว่า การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจสำนักงานกฎหมายในประเทศไทย อาจนำมาซึ่งภัยต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐในประเทศไทย ทั้งนี้เหตุผลในการห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายปรากฏอยู่ในมาตรา 8 (3)²⁷ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

นอกจากนั้นโดยเหตุที่แกตต์มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิกมีการขยายตัวอย่างโปร่งใส (Transparency) และมีการเปิดเสรีอย่างก้าวหน้าไปอย่างต่อเนื่อง (Progressive Liberalization) ประเทศสมาชิกมีสิทธิที่จะกำหนดมาตรฐานกฎระเบียบต่าง ๆ ที่จำเป็นในประเทศของตนได้ (Domestic Regulation) ตาม Article VI ของแกตต์ตราบดที่ยังปฏิบัติต่อประเทศสมาชิกอื่น ๆ อย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีเงื่อนไขและไม่เลือกปฏิบัติ มิฉะนั้นจะขัดต่อ Article II ของแกตต์ในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ซึ่ง (MFN) ดังนั้นการที่ประเทศไทยยังคงมีกฎหมายภายในห้าม หรือจำกัดการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทยจึงไม่เป็นการฝ่าฝืนพันธกรณีที่มีต่อแกตต์

²⁷ มาตรา 8 ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ.

ในการเจรจาอบใหม่ที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2548 นี้ประเทศไทยได้จัดทำเอกสารที่จะนำไปใช้เจรจาในแอกต²⁸ โดยกล่าวถึงในส่วนของการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการสำนักงานกฎหมายข้ามชาติ คือ อนุญาตเฉพาะกรณีที่เป็นบริษัทจำกัดซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และภายใต้เงื่อนไขคือ

1. สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนและ
2. จำนวนผู้ถือหุ้นคนต่างด้าวต้องน้อยกว่าจำนวนกึ่งหนึ่งของผู้ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท

เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศไทยยังคงมีนโยบายที่จะเปิดเสรีด้านธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย ไม่เกินไปกว่าการเจรจาในรอบอุรวัย และยังคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เหมือนเดิม ในขณะที่ปัจจุบันมีหลายประเทศ ได้แก่ ญี่ปุ่น ออสเตรเลีย มาเลเซีย และสหภาพยุโรป ผลักดันให้ประเทศไทยเปิดตลาดบริการทางกฎหมาย ได้แก่ การให้คำปรึกษากฎหมาย กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายของประเทศของคนต่างด้าวเอง กฎหมายประเทศที่สาม โดยประเด็นสำคัญที่ต้องการผลักดันให้ประเทศไทยปรับปรุงได้แก่ การยกเลิกเพดานผู้ถือหุ้นต่างด้าวในการเข้ามาให้บริการกฎหมายประเทศของตนเอง กฎหมายประเทศที่สาม และกฎหมายระหว่างประเทศ และการใช้สิทธิสำนักงานกฎหมายที่ร่วมทุนกับต่างด้าวที่มีสิทธิในการเลือกใช้ชื่อทางการค้าที่มาจากต่างชาติ

ดังนั้นการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการด้านกฎหมายเท่านั้น เห็นว่าประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องเปิดเสรีตามลำดับต่อไปในอนาคตอย่างเลี่ยงไม่ได้ โดยต้องพยายามลดข้อกีดกันที่ประเทศไทยมีอยู่ให้หมดไปในอนาคตตามกรอบเจรจาขององค์การการค้าโลก

จากการศึกษาของผู้ศึกษาขอให้คำนิยามคำว่า “การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ในการให้บริการทางกฎหมาย ในวิถยานิพนธ์ฉบับนี้หมายถึง “การที่คนต่างด้าว เข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจกิจการสำนักงานกฎหมายในประเทศไทย หรือสำนักงานกฎหมายข้ามชาติ (International Law Firms หรือ Multinational Law Firms) โดยมีองค์ประกอบต่างด้าว โดยมีบริษัทเครือข่ายหรือมีบริษัทลูกอยู่ในประเทศไทย เพื่อให้บริการทางด้านที่ปรึกษา กฎหมาย การดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ในชั้นอนุญาตโตตุลาการ หรือในตารีพิบิก ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งองค์กรนิติบุคคลตามกฎหมายไทย หรือนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะ

²⁸เอกสาร World Trade Organization S/DCSW/THA (25 January 2003).

ประกอบการด้วยเจ้าของคนเดียวหรือหลายคน ทั้งนี้การประกอบกิจการสำนักงานกฎหมายนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรจากการประกอบกิจการสำนักงานกฎหมายนั้น

3.2.3 พันธกรณีภายใต้เขตการค้าเสรี (Free Trade Area)

ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ เริ่มหันหน้าเข้ามาให้ความสำคัญกับการเปิดตลาดด้านการค้าในรูปแบบของการทำความตกลงระดับทวิภาคี ทั้งนี้เนื่องมาจาก การเจรจาการค้าระดับพหุภาคีมีคู่สัญญาหลายฝ่าย ทำให้การเปิดเสรีทางการค้าจึงไม่สามารถดำเนินไปได้หรือดำเนินไปค่อนข้างล่าช้า ประกอบกับการเจรจาที่เมือง Seattle ล้มเหลว จึงเป็นแรงผลักดันให้หลายประเทศหันมาใช้การเจรจาระดับทวิภาคี ที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า Free Trade Agreement: FTA หรือเขตการค้าเสรี แทนระดับพหุภาคีซึ่งรัฐบาลไทยก็ได้ก้าวเข้าสู่เวทีการค้าระดับทวิภาคี โดยการผลักดันการทำเขตการค้าเสรี กับหลายประเทศในภูมิภาคอาเซียนด้วยตนเอง และนอกภูมิภาคอาเซียน เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เปรู เป็นต้น

รูปแบบการเจรจาการค้าบริการในกรอบของเขตการค้าเสรี โดยส่วนใหญ่ยังคงเป็นไปตามแนวทางที่ใช้ในการเจรจาในกรอบขององค์การการค้าโลก คือจะแบ่งเป็นการเจรจาข้อบท (Chapters) และข้อผูกพันการเปิดตลาด (Schedule of Specific Commitment)²⁹

²⁹Article XX: Schedules of Specific Commitments

1. Each Member shall set out in a schedule the specific commitments it undertakes under Part III of this Agreement. With respect to sectors where such commitments are undertaken, each Schedule shall specify:

- (a) terms, limitations and conditions on market access;
- (b) conditions and qualifications on national treatment;
- (c) undertakings relating to additional commitments;
- (d) where appropriate the time-frame for implementation of such commitments; and
- (e) the date of entry into force of such commitments.

2. Measures inconsistent with both Articles XVI and XVII shall be inscribed in the column relating to Article XVI. In this case the inscription will be considered to provide a condition or qualification to Article XVII as well.

3. Schedules of specific commitments shall be annexed to this Agreement and shall form an integral part thereof.

เช่นเดียวกับที่ในองค์การการค้าโลก มีความตกลงทั่วไปว่าด้วยการบริการ และมีตารางข้อผูกพันรายประเทศ โดยมีความประสงค์ที่จะให้ประเทศสมาชิกทุก ๆ ประเทศเปิดการค้าบริการโดยเสรีโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ซึ่งก็รวมไปถึงการค้าบริการสาขาวิชาชีพกฎหมายด้วยที่ประเทศสมาชิกทุกประเทศต้องผูกพันในการเปิดเสรีทางการค้าบริการ แต่ในทางปฏิบัติ ประเทศสมาชิกเกือบทุกประเทศจะมีการสงวนอาชีพสำหรับคนชาติซึ่งจะพบอยู่ในกฎหมายของเกือบทุกประเทศ เพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาแย่งงานหรืออาชีพของคนชาติ โดยปรากฏอยู่ในรูปแบบของกฎหมายที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภท หรือห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานบางอาชีพ³⁰

ดังนั้นในการเปิดเสรีทางการค้าบริการจะทำโดยทันทีเป็นการยาก จึงต้องทำการเปิดเสรีโดยค่อยเป็นค่อยไปไม่มีการเร่งรัดให้เปิดเสรีทั้งหมดใน 12 สาขา ให้ทำตามลำดับโดยอาศัยการเจรจาเป็นสำคัญเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าบริการ ซึ่งความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการได้กำหนดให้มีการเจรจาทำข้อผูกพันของประเทศสมาชิกในแต่ละรูปแบบของการค้าบริการที่ประเทศสมาชิคนั้นกำหนด เมื่อพิจารณาแต่ละรูปแบบของการค้าบริการแล้วจะเห็นได้ว่าประเทศสมาชิกผูกพันเปิดเสรีในรูปแบบที่จะให้คนชาติออกไปให้บริการในต่างประเทศได้โดยไม่มีข้อจำกัดใด ๆ กันมากที่สุด แต่มีการระบุว่ายังไม่ผูกพันเปิดเสรีในรูปแบบของการให้บริการข้ามพรมแดน สำหรับคนต่างด้าวเข้าไปจัดตั้งหน่วยธุรกิจ และการให้คนต่างด้าวเข้าไปประกอบวิชาชีพในประเทศของผู้รับบริการ ซึ่งเป็นรูปแบบการให้บริการที่ประเทศสมาชิกให้ความสนใจในการเปิดเสรีทางการค้าบริการ ประเทศสมาชิกเกือบทั้งหมดจะผูกพันการเปิดเสรีแบบมีเงื่อนไขในการให้คนต่างด้าวเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสมาชิกด้วยกัน อาจจะเป็นเรื่องคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่เข้าไปประกอบธุรกิจ เป็นต้น

สำหรับในการทำเขตการค้าเสรี ของประเทศไทยในการค้าบริการนั้น มีเป้าหมายเพื่อสร้างพันธมิตรทางเศรษฐกิจ เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ เพิ่มโอกาสในการส่งออกคือเปิดเสรีแบบค่อยเป็นค่อยไปโดยใช้ positive-list approach เน้นธุรกิจที่มีความพร้อม สนับสนุนธุรกิจที่มีอนาคต และกลุ่มธุรกิจบริการที่ยังไม่พร้อมให้มี transition period 10 ปี และปรับโครงสร้างการผลิตในประเทศให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งโดยสภาพการให้บริการโดยเฉพาะการให้บริการในสาขาวิชาชีพกฎหมาย หากเปรียบเทียบกับประเทศที่พัฒนาแล้วย่อมเป็นการเสียเปรียบอย่างมากถ้าประเทศไทยจะต้องเปิดเสรีในส่วนนี้ทันที ซึ่งปัญหานี้ทาง ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ จึงได้กำหนดให้

³⁰ นฤมล สังข์สัมฤทธิ์, การเข้าสู่ตลาดแรงงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว,

(สารนิพนธ์นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 27.

ประเทศสมาชิกมีการเจรจาหรือกันเกี่ยวกับการปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการในการเปิดเสรีทางการค้าบริการ โดยให้ประเทศสมาชิกแสดงเจตนาในเรื่องข้อผูกพัน (Specific Commitment) ต่าง ๆ ซึ่งออกมาในรูปของตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitment) โดยเป็นการเจรจาเพื่อให้เพิ่มระดับข้อผูกพันในการเปิดเสรีให้มากขึ้น ให้ประเทศสมาชิกมีการปรับตัวที่จะเปิดตลาดอย่างค่อยเป็นค่อยไป ไม่ต้องเปิดเสรีโดยทันทีแต่ประเทศสมาชิกจะต้องมีการดำเนินการที่จะให้มีการเปิดเสรีทางการค้าบริการภายใน 5 ปี นับตั้งแต่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก มีผลบังคับใช้

ปัจจุบันเขตการค้าเสรีที่มีผลผูกพันประเทศไทย มีเพียงประเทศออสเตรเลีย กับประเทศจีน ซึ่งในส่วนของประเทศจีนในตอนนี้ เป็นการผูกพันเฉพาะเรื่องการค้าพืชผลทางการเกษตรเท่านั้น ยังไม่รวมถึงสินค้าหรือบริการเหมือนประเทศออสเตรเลีย ดังนั้นประเทศไทย จะต้องปฏิบัติต่อคนออสเตรเลียเหมือนที่ปฏิบัติต่อคนไทย ในเรื่องการประกอบธุรกิจ การให้บริการทางกฎหมายในประเทศไทยจะต้องไม่มีการห้ามคนออสเตรเลียประกอบธุรกิจ การให้บริการทางกฎหมาย แต่ทั้งนี้ในการเจรจาทางการค้า ประเทศไทยได้ขอผ่อนปรนในเรื่องการเปิดธุรกิจบริการ และการลงทุนโดยให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศไทยก่อนแล้ว จึงทยอยแก้กฎหมายที่ขัดกับข้อความในพันธกรณีภายใต้เขตการค้าเสรีในภายหลัง

จากการศึกษาในเรื่องพันธกรณีที่ผูกพันประเทศไทยนั้น พบว่าในปัจจุบันนี้ ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จำเป็นต้องเปิดเสรีทางการค้าบริการทางกฎหมายตามกรอบขององค์การการค้าโลก สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทย และสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 และความตกลงเขตการค้าเสรี ภายใต้เงื่อนไขที่แตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ตามพันธกรณีเหล่านี้ ประเทศไทยได้มีกฎหมายรองรับที่สอดคล้อง คือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542