

## บทที่ 2

### ผลกระทบจากพันธกรณีและกฎระเบียบต่างๆภายใต้ GATS เกี่ยวกับการประกอบอาชีพและวิชาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทย

เมื่อประเทศไทยเป็นภาคีในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ทำให้มีพันธกรณีระหว่างประเทศต้องประพฤติปฏิบัติตาม ประเด็นที่ต้องพิจารณาเบื้องต้นก็คือ ความตกลงนั้นได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าบริการอย่างไร และกฎระเบียบต่างๆ เหล่านี้ได้ส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในเรื่องเกี่ยวกับการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทยอย่างไร

ในการพิจารณาถึงผลกระทบของ GATS ต่อประเทศไทยในเรื่องเกี่ยวกับการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น จะต้องศึกษานิยามของการค้าบริการตามความหมายของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการว่ามีผลอย่างไรกับการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว หลังจากนั้นจึงจะมาพิจารณาว่าการที่ประเทศไทยต้องถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่างๆ ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้านั้น ได้ส่งผลต่อการควบคุมประกอบอาชีพและวิชาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทยอย่างไร

#### 2.1 ความหมายของการค้าบริการ

เนื่องจากความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายหรือนิยามของคำว่า "บริการ" นั้นแตกต่างกันในทัศนคติของบุคคล ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับนิยามของการค้าบริการมากขึ้น การศึกษานิยามของการค้าบริการนี้ ผู้เขียนจึงใคร่ขอนำเสนอถึงความหมายของคำว่าบริการตามความหมายทางเศรษฐศาสตร์เสียก่อนว่ามีอยู่อย่างไร แล้วจึงค่อยมาพิจารณาความหมายของบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ว่ามีผลอย่างไรกับการประกอบอาชีพและวิชาชีพของคนต่างด้าว

##### 2.1.1. ความหมายของ "บริการ" ในทางเศรษฐศาสตร์

คำว่า บริการ (Services) นั้นมีความหมายแตกต่างกันหลากหลายมากในทัศนคติของบุคคลทั่วไป<sup>1</sup> ถ้าหากพิจารณานิยามของคำว่า "บริการ" ในความหมายทั่วไป โดยดูจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ปี พ.ศ. 2525 จะพบว่า "บริการ" หมายถึง การปฏิบัติรับใช้ การให้ความสะดวกต่างๆ ในบางครั้ง การให้บริการก็เป็นแต่เพียงการให้ความสะดวกด้วยการใช้ทักษะ ความรู้ ความสามารถ ใน

---

<sup>1</sup> สุทธิพันธ์ จิราธิวัฒน์. "การค้าบริการระหว่างประเทศ: แนวคิดและแนวทางสำหรับประเทศไทย". วารสารเศรษฐศาสตร์จุฬาลงกรณ์. (สิงหาคม 2535) ปีที่ 4 เล่มที่ 2 หน้า 174.

การให้บริการแก่ผู้บริโภคแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่มีวัตถุประสงค์ของเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น การให้คำปรึกษา การออกแบบ การขนส่ง การตัดผม การตรวจสอบบัญชี การเป็นนายในคดี การให้บริการบางอย่าง ก็เกี่ยวข้องกันกับวัตถุประสงค์ของ กล่าวคือความสะดวที่เกิดขึ้นเป็นความสะดวอันเนื่องมาจากการทำให้ทรัพย์สินนั้นมีมูลค่าเพิ่มขึ้น เช่น การรับเอาสินค้าบางชนิดจากร้านขายเพชรมาเจียรไนเป็นเพชรพลอยให้กับเจ้าของร้าน การรับตัดเสื้อผ้าให้แก่ลูกค้า การก่อสร้างอาคาร การควบคุมดูแลงานก่อสร้าง การซ่อมแซม ดัดแปลง เครื่องยนต์ให้สามารถนำกลับมาใช้ได้

ในทางเศรษฐศาสตร์ นักเศรษฐศาสตร์เองก็ได้พยายามหาคำจำกัดความที่แน่ชัดของคำว่าบริการมานับแต่อดีต โดยนักเศรษฐศาสตร์จะมีความเข้าใจเกี่ยวกับ "บริการ" เป็น 2 ระดับ ได้แก่ 1. บริการในระดับมหภาค และ 2. บริการในระดับจุลภาค ในระดับมหภาคนักเศรษฐศาสตร์จะมองว่าบริการเป็นภาคเศรษฐกิจภาคหนึ่ง ซึ่งการจำแนกภาคเศรษฐกิจนั้น นักเศรษฐศาสตร์ได้จำแนกออกเป็น 3 ภาค คือ ภาคปฐมภูมิ (เกษตรกรรม) ภาคทุติยภูมิ (อุตสาหกรรม) และ ภาคบริการ ส่วนในระดับจุลภาคนั้น นักเศรษฐศาสตร์ไม่ได้มองบริการเป็นภาคเศรษฐกิจ แต่กลับมองว่าบริการเป็นธุรกรรมหนึ่งที่แยกออกมาจากสินค้า

ในระดับมหภาคนักเศรษฐศาสตร์มองว่าบริการเป็นภาคเศรษฐกิจภาคหนึ่งที่อยู่นอกเหนือจากภาคปฐมภูมิ (เกษตรกรรม) และภาคทุติยภูมิ (อุตสาหกรรม) นั้น ได้มีข้อโต้แย้งว่าในบางครั้งบริการบางอย่างก็มิได้จัดอยู่ในภาคบริการ แต่กลับถูกจัดอยู่ในภาคทุติยภูมิ (อุตสาหกรรม) เช่น บริการก่อสร้าง ซ่อมแซมรถ รองเท้า และการสาธารณูปโภคต่างๆ เช่น ไฟฟ้า น้ำมัน น้ำ เป็นต้น

ส่วนการให้คำจำกัดความของบริการในระดับจุลภาค นักเศรษฐศาสตร์ได้อธิบายลักษณะของบริการว่ามีความแตกต่างจากสินค้าอย่างไรบ้าง ในปี 1977 T.P.Hill ได้พยายามอธิบายลักษณะของบริการโดยมีคุณสมบัติสำคัญ 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก บริการจะมีลักษณะจับต้องไม่ได้ (Intangible) กล่าวคือเมื่อเทียบกับสินค้าแล้วสินค้านั้นผู้ซื้อสามารถจับต้องทรัพย์สินที่ซื้อมาได้ แต่บริการนั้นเป็นเรื่องของความพอใจ ความสะดวสบาย จึงไม่สามารถจับต้องได้

ประการที่สองคือ บริการนั้นไม่สามารถมองเห็นได้ (Invisible)

ประการที่สามคือ บริการนั้นเก็บสะสมไม่ได้ (Non- Storable) กล่าวคือ เมื่อผู้ให้บริการได้ทำการให้บริการ ผู้รับบริการก็จะได้รับบริการทันที นั่นคือการบริโภคบริการนั้นจะเกิดขึ้นในเวลาเดียวกับการผลิตบริการ

ประการที่สี่คือ บริการนั้นต้องการการติดต่อ(Interaction) กันโดยตรง ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้รับบริการ การเกิดขึ้นของบริการจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ให้บริการและผู้รับบริการนั้นต้องเคลื่อนย้ายตัวเอง (mobile)เข้ามาเผชิญหน้ากัน(Proximity) เพื่อผลิตและบริโภคบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะกิจกรรมของบริการบางอย่างต้องอาศัยการติดต่อกันโดยตรงของผู้ให้บริการและผู้รับบริการ เช่น การตัดผม การผ่าตัดรักษา การท่องเที่ยว การขนส่ง เป็นต้น

ข้อที่น่าสังเกตก็คือการให้คำจำกัดความของบริการ ตามคุณสมบัติดังกล่าวนี้ก็ไม่สามารถทำได้ดีนัก เนื่องจากคุณสมบัติต่างๆ ของบริการดังกล่าวมานั้น อาจเกิดข้อโต้แย้งว่าไม่ได้เป็นเช่นนั้นเสมอไปก็ได้ เช่น คุณสมบัติที่ว่า บริการนั้นไม่สามารถจับต้องได้(Intangible)นั้น ก็มีผู้คัดค้านว่าบริการบางอย่างก็มีส่วนที่จับต้องได้เช่นกัน เช่น ตัวรายงานให้คำปรึกษา หรือแผ่นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ที่พิมพ์หรือบันทึกมาแล้วเสร็จ หรือในกรณีเรื่องของการไม่สามารถมองเห็นได้(Invisible) ก็มีผู้คัดค้านว่าการแสดงละครนั้นก็สามารถมองเห็นได้ กิจกรรมบริการบางอย่างก็ไม่จำเป็นต้องให้ผู้ให้บริการและผู้รับบริการอยู่ใกล้กันเลย การให้บริการโดยผู้ให้บริการอยู่ห่างไกลกันกับผู้รับบริการ(long-distance) อาจเกิดขึ้นได้ โดยผ่านทางเทคโนโลยีการสื่อสารคมนาคม ไม่ว่าจะผ่านทางโทรศัพท์ ไปรษณีย์ ดาวเทียม หรือ อินเทอร์เน็ต เช่นการให้บริการให้คำปรึกษาผ่านทางโทรศัพท์ การแพร่ภาพสัญญาณโทรทัศน์ผ่านสัญญาณดาวเทียม เป็นต้น

การให้นิยามความหมายของบริการอีกแบบหนึ่ง ก็มีขึ้นโดยได้มีผู้ให้คำจำกัดความว่า บริการก็คือ กิจกรรมหนึ่งๆ (Activity) ที่สร้างมูลค่าเพิ่มให้กับบางสิ่งบางอย่างไม่ว่าจะเป็นสินค้า (เช่นการซ่อมแซมรถ)หรือบุคคล (เช่น การตัดผม การให้การศึกษา) อย่างไรก็ตาม การให้คำจำกัดความตามนี้ก็มีข้อโต้แย้งว่าเป็นการนิยามความหมายที่กว้างเกินไป ไม่ใช่พิจารณาแต่เพียงว่าเกิดการสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับสินค้าเท่านั้น เพราะจริงๆ แล้ว บริการนั้นจะต้องเกิดขึ้นระหว่างหน่วยเศรษฐกิจที่แยกออกจากกัน เพราะฉะนั้นการทำงานภายในหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันเช่น การทำงานภายในครัวเรือนโดยสมาชิกครอบครัวหรือ การทำงานในบริษัท เช่น การบริหารการจ้างแรงงานเกี่ยวกับการทำงานในสายการผลิต จะไม่ถือว่าเป็นการบริการ

กล่าวโดยสรุป การกำหนดนิยามในทางเศรษฐศาสตร์ไม่สามารถกำหนดได้อย่างแน่ชัดเนื่องจากความเข้าใจในเรื่องบริการนั้น ก็มีมุมมองที่แตกต่างกันออกไป แต่หากพิจารณาในทางกฎหมายแล้ว มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดนิยามให้ชัดเจน เพื่อจะได้ทราบถึงขอบเขตของกฎหมายที่แน่ชัด ดังนั้นในการเจรจาทำความตกลงต่างๆ ทั่วไปจึงต้องกำหนดนิยามให้ชัดเจนเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมาย สำหรับนิยามของการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนั้นจะมีอยู่อย่างไรและเกี่ยวพันอย่างไรต่อการประกอบอาชีพและวิชาชีพของคนต่างด้าว จะขอนำเสนอในหัวข้อต่อไป

## 2.1.2 ความหมายของการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

ดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1.1 ว่าในทางกฎหมายแล้วมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดนิยามให้ชัดเจน แต่การกำหนดนิยามของ “บริการ” ทางเศรษฐศาสตร์ไม่สามารถทำได้อย่างชัดเจนนัก การกำหนดนิยามของคำว่า “บริการ” ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการจึงจะถือเอานิยามจากความหมายทางเศรษฐศาสตร์ไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ความตกลงจึงได้แต่นำหลักการกว้างๆ ที่ได้จากการกำหนดนิยามทางเศรษฐศาสตร์มาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดนิยามของคำว่า “การค้าบริการ” เพื่อขจัดปัญหาในการกำหนดขอบเขตที่แน่ชัดของความตกลงให้หมดไป

ในการศึกษาความหมายของคำว่า “การค้าบริการ” นั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจยิ่งขึ้น จำต้องทราบเสียก่อนว่า ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services – GATS) นั้น เป็นความตกลงที่เกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้นองค์ประกอบประการแรกของคำว่า “การค้าบริการ” จึงจะต้องมีองค์ประกอบต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือการค้าบริการนั้นจะต้องเกิดขึ้นโดยเกี่ยวข้องกับสองประเทศขึ้นไป ถ้าเป็นการค้าบริการที่เกิดขึ้นภายใต้อำนาจรัฐเพียงรัฐเดียวก็ไม่ถือเป็นการค้าบริการตามความหมายในความตกลงนี้ องค์ประกอบที่สอง ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการเป็นความตกลงที่เกิดขึ้น โดยมุ่งที่จะทำให้การค้าบริการเกิดการขยายตัว ดังนั้นในการเจรจาทำความตกลง GATS ที่ประชุมได้นำเอาลักษณะของบริการที่ว่าต้องอาศัยการติดต่อกันโดยตรงระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการมาเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดนิยามของการค้าบริการระหว่างประเทศ<sup>2</sup> และเมื่อพิจารณาในประเด็นเรื่องการเคลื่อนย้าย (Mobility) นี้ อาจจะ

<sup>2</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์ . “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ”วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 15 ฉบับที่ 1,ปี 2537, หน้า 84.

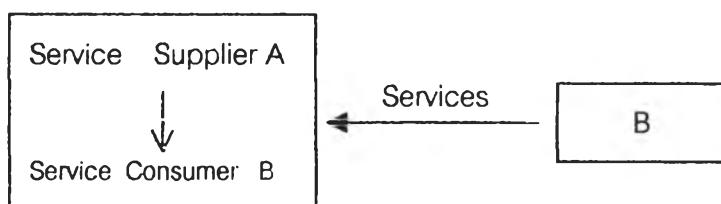
• ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนั้นเกิดขึ้นมาเพื่อสร้างกฎระเบียบและวินัยเกี่ยวกับการค้าบริการเพื่อให้การค้าบริการนั้นเป็นไปอย่างเสรี ตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่เชื่อว่าการแข่งขันที่เสรีจะนำมาซึ่งผลประโยชน์สูงสุดของผู้บริโภค ดังนั้นมาตรการใดๆ ที่เป็นอุปสรรคหรือการกีดกันไม่ให้เกิดการค้าเสรี ไม่ส่งเสริมการแข่งขันก็ควรถูกจัดออกไป แต่การพิจารณาว่ามาตรการอะไรที่จะเป็นอุปสรรคต่อการบริการนั้นทำได้ยาก เนื่องจากลักษณะของบริการนั้นไม่สามารถจับต้องได้เหมือนสินค้า ซึ่งในกรณีการกีดกันทางการค้าสินค้า มาตรการที่เป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีการค้าสินค้านั้นไม่ว่าจะเป็นมาตรการที่เกี่ยวกับภาษีหรือมาตรการที่ไม่ใช่ภาษี ก็คือมาตรการที่ส่งผลทำให้สินค้านั้นไม่สามารถเคลื่อนย้ายข้ามแดนจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่งได้อย่างสะดวก หรืออาจจะไม่ได้เลย แต่การค้าบริการนั้น จำต้องอาศัยการติดต่อกันระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการ หากทำให้ผู้ให้บริการไม่สามารถติดต่อกัน (Interaction) ไม่ว่าจะทั้งทางใกล้และทางไกลได้ บริการก็จะไม่เกิด

กล่าวได้ว่าลักษณะของการให้บริการมีสองกรณี กรณีแรกได้แก่ การให้บริการโดยทั้งผู้ให้บริการและผู้รับบริการไม่ต้องเคลื่อนที่ ส่วนกรณีที่สอง ได้แก่ การให้บริการโดยผู้ให้บริการและผู้รับบริการเคลื่อนที่เข้าหากัน ซึ่งอาจจะเกิดจากผู้ให้บริการเคลื่อนที่ไปหาผู้รับบริการ หรือ ผู้รับบริการเคลื่อนที่ไปหาผู้ให้บริการ ดังนั้น นิยามของการค้าบริการภายใต้ความตกลงGATS จึงแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

ก. การค้าบริการในประเภทแรก เรียกว่าCross Border Supply หมายถึง การให้บริการจากอาณาเขตของสมาชิกหนึ่งเข้าสู่อาณาเขตของสมาชิกอื่นใด การค้าบริการในรูปแบบนี้ เป็นการให้บริการจากผู้ให้บริการในอาณาเขตของประเทศหนึ่ง (ประเทศ A) ไปยังผู้รับบริการในอีกอาณาเขตของอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศ B) อาจจะสามารถกล่าวได้ว่าการค้าบริการรูปแบบนี้เป็นการให้บริการระหว่างประเทศอย่างแท้จริง กล่าวคือมีการให้บริการข้ามแดนโดยผู้ให้บริการและผู้รับบริการต่างอยู่ในดินแดนของประเทศตน ไม่มีใครเคลื่อนย้ายข้ามแดนเพื่อเข้ามารับหรือให้บริการกัน

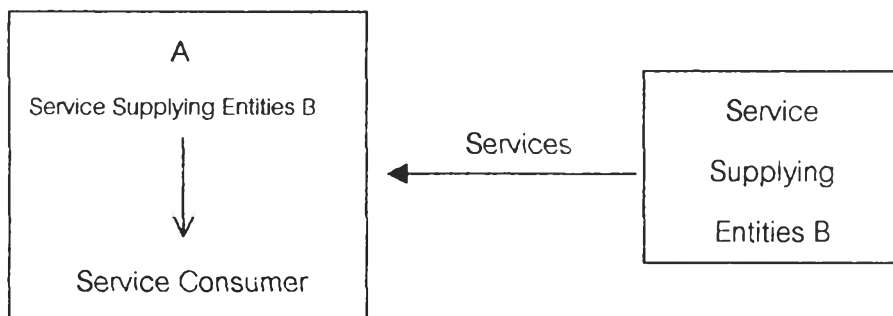


ข. การค้าบริการในประเภทที่สอง เรียกว่าConsumption abroad หมายถึง การให้บริการในอาณาเขตของสมาชิกหนึ่งแก่ผู้รับบริการของสมาชิกอื่นใด การค้าบริการในรูปแบบนี้จะเป็นการให้บริการในดินแดนของรัฐสมาชิกใด โดยที่ผู้รับบริการ (Service Consumer) จะมาจากประเทศสมาชิกอื่น(ประเทศ B) ผู้ให้บริการ (Service Supplier) จะเป็นคนชาติหรือนิติบุคคลของประเทศสมาชิกอื่น (ประเทศ A) ประกอบกิจการให้บริการในประเทศของตน วิธีการให้บริการจะมีขึ้นภายในดินแดนเดียว เพียงแต่ผู้บริโภคมาจากรัฐสมาชิกอื่น

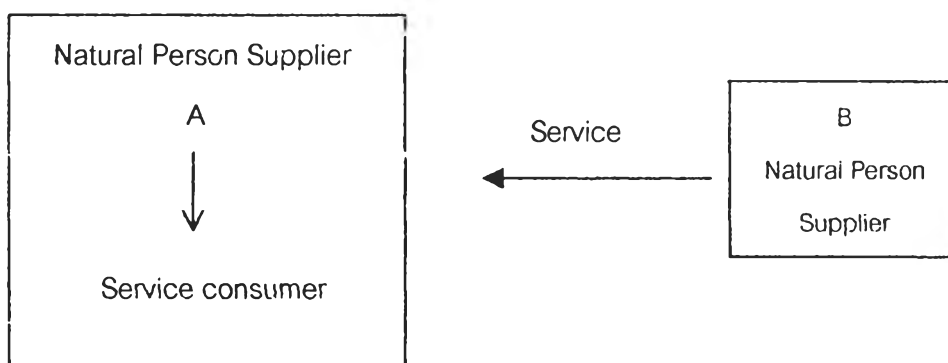


ค. การค้าบริการประเภทที่สาม เรียกว่าCommercial Presence คือการให้บริการ โดยผ่านทางองค์กรธุรกิจ (Commercial Presence) ในดินแดนประเทศสมาชิกของอีกประเทศหนึ่ง การให้บริการประเภทนี้ ผู้ให้บริการจะเป็นตัวตนทางกฎหมาย Commercial Entities หรือ Commercial

Presence) โดยผู้ให้บริการจะเป็นฝ่ายเคลื่อนตัวเองจากประเทศของตน (ประเทศ B) เข้าไปในดินแดนของประเทศสมาชิกอีกประเทศหนึ่งเพื่อไปให้บริการ ส่วนผู้รับบริการจะไม่ได้เคลื่อนที่ไปไหน (ประเทศ A) ที่ใช้คำว่า องค์การทางธุรกิจ (Commercial presence หรือ Commercial entities) ก็เพราะการจัดตั้งนิติบุคคลในแต่ละประเทศก็อาจจะมีรูปแบบที่แตกต่างหลากหลาย จึงต้องใช้คำรวมๆ ว่า (Commercial Presence) ซึ่งกฎเกณฑ์ของ GATS ได้กำหนดให้องค์การทางธุรกิจความหมายว่าเป็นการองค์การที่จัดตั้งขึ้นในเชิงธุรกิจหรือวิชาชีพไม่ว่าจะในรูปแบบใดๆ ซึ่งรวมถึง นิติบุคคล สำนักงานสาขา หรือสำนักงานผู้แทน



ง. การค้าบริการประเภทที่สี่ เรียกว่า การปรากฏตัวของบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Persons) เป็นการให้บริการโดยผู้ให้บริการของสมาชิกหนึ่งผ่านบุคคลธรรมดาของสมาชิกในอาณาเขตของสมาชิกอื่นใด การค้าบริการประเภทนี้ ผู้ให้บริการจะมาจากประเทศสมาชิกหนึ่ง (ประเทศ B) เคลื่อนย้ายตนเข้ามาให้บริการในดินแดนของประเทศสมาชิกอีกประเทศหนึ่ง (ประเทศ A) ในรูปของบุคคลธรรมดา ส่วนผู้รับบริการไม่ได้เป็นฝ่ายเคลื่อนที่ เช่นเดียวกับการค้าบริการในรูปแบบที่สาม



ทั้งนี้ คำว่า "การให้บริการ" นั้น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ได้กำหนดความหมายให้ครอบคลุมไปถึง การผลิต การจัดจำหน่าย การทำการตลาด การจำหน่ายและการส่งมอบบริการ ด้วย

เมื่อพิจารณาจากความหมายของการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ จึงเห็นว่าการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 เป็นการให้บริการโดยผู้ให้บริการของสมาชิกหนึ่งผ่านบุคคลธรรมดาของสมาชิกในอาณาเขตของสมาชิกอื่นใด การให้บริการในรูปแบบนี้ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นเรื่องของบุคคลต่างด้าวเข้ามาประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบริการในประเทศนั่นเอง การปฏิบัติตามพันธกรณีสำหรับ การค้าบริการในรูปแบบที่ 4 นี้ จึงเป็นเรื่องการปฏิบัติของรัฐเกี่ยวกับการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว

ข้อสังเกตก็คือ บุคคลธรรมดาตาม การค้าบริการในรูปแบบที่ 4 หรือ Mode of Supply ที่ 4) นี้ (Presence of Natural Persons) หมายถึงใครบ้าง ถ้าพิจารณานิยามของการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 ซึ่งมีอยู่ว่าเป็นการให้บริการโดยผู้ให้บริการของสมาชิกหนึ่งผ่านบุคคลธรรมดาของสมาชิกในอาณาเขตของสมาชิกอื่นใด ดังนั้นการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 นี้ ก็จะหมายถึงแต่เพียงแรงงานต่างด้าว มิได้หมายถึงคนต่างด้าวที่เข้ามาเพื่อประกอบธุรกิจ โดยตนเองไม่ได้เป็นพนักงานบริการจริงๆ

และข้อสังเกตข้อที่สองก็คือ การค้าบริการในรูปแบบที่ 3 และที่ 4 นี้ จะมีความชัดเจนระหว่างรูปแบบของผู้ให้บริการ ตามการค้าบริการในรูปแบบที่ 3 ผู้ให้บริการต้องเป็น Commercial Entities เท่านั้น จะเป็นบุคคลธรรมดาไม่ได้ ส่วน Mode of Supply ที่ 4 ผู้ให้บริการจะต้องเป็น Natural Persons เท่านั้น จะเป็นนิติบุคคลไม่ได้ ดังนั้นการประกอบธุรกิจบริการโดยนิติบุคคลจึงแตกต่างจากการให้บริการที่ทำโดยคนต่างด้าว ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องของแรงงานต่างด้าวโดยสิ้นเชิง ถ้าอาศัยรูปแบบของคำนิยามของบริการดังนี้ บุคคลธรรมดาจะเข้ามาประกอบธุรกิจบริการตาม Mode of Supply 3 ไม่ได้ ต้องเป็นนิติบุคคลหรือ Commercial Entities จึงจะทำได้

การเคลื่อนย้ายเข้ามาให้บริการในรูปของบุคคลธรรมดานี้อาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเป็นการที่คนต่างด้าวเข้ามาประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบริการภายในประเทศ โดยบุคคลธรรมดาที่เกี่ยวกับการให้บริการในรูปแบบที่ 4 นี้ ตามภาคผนวกว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาที่ให้การบริการภายใต้ความตกลง (Annex on Movement of Natural Persons Supplying Services under The Agreement) ได้กำหนดให้หมายความถึง บุคคลธรรมดาที่เข้ามาเป็นผู้ให้บริการเอง หรือ ลูกจ้างของผู้ให้บริการที่ทำหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับการบริการ ด้วย

สำหรับขอบเขตของบริการภายใต้ความตกลงนี้ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการได้ระบุยกเว้นบริการที่ให้ตามอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล “บริการที่ให้ตามอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล” นั้น หมายความว่าบริการใดๆ ซึ่งไม่ได้ให้บนพื้นฐานทางพาณิชย์ หรือในการแข่งขันกับผู้ให้บริการรายหนึ่งหรือ



มากกว่านั้น ดังนั้นหากรัฐบาลได้ให้บริการโดยอยู่บนพื้นฐานของการแข่งขันกับผู้ให้บริการรายอื่น เท่ากับว่ารัฐได้กระทำการในฐานะเป็นเอกชน จึงต้องตกอยู่ภายใต้กฎระเบียบทั่วไปของ GATS ด้วย

ส่วนสาขาบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนี้ได้แก่อะไรบ้าง เกี่ยวกับปัญหานี้กลุ่มเจรจาสาขาบริการ (Group of Negotiation on Services) ได้ยึดถือ เอกสาร MTN.GNSW/120 ซึ่งจัดทำขึ้นโดยสำนักงานเลขาธิการ GATT มาใช้เป็นกรอบในการเจรจา โดยเอกสารดังกล่าวได้จัดประเภทกิจกรรมบริการที่จะทำการเจรจาออกเป็น 12 สาขา ในแต่ละสาขาก็จะประกอบด้วยสาขาย่อยต่างๆ ส่วนสาขาบริการหรือกิจกรรมใดๆ จะมีขอบเขตมากน้อยเพียงใด ที่ประชุมได้กำหนดให้ยึดถือ CPC (Central Product Classification) ซึ่งจัดทำโดยสหประชาชาติมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

สำหรับสาขาบริการต่างๆ 12 สาขา มีดังนี้

1. สาขาบริการทางธุรกิจ (Business Services)
  - A. บริการทางวิชาชีพ (Professional Service)
  - B. บริการทางคอมพิวเตอร์และบริการที่เกี่ยวข้อง
  - C. บริการวิจัยและพัฒนา
  - D. บริการเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์
  - E. บริการให้เช่า หรือ ลิขสิทธิ์
  - F. บริการทางธุรกิจอื่นๆ
2. สาขาบริการคมนาคม (Communication Services)
  - A. บริการไปรษณีย์
  - B. บริการจัดส่งเอกสาร
  - C. บริการโทรคมนาคม
  - D. บริการ Audio Visual
  - E. อื่นๆ
3. สาขาก่อสร้างและบริการทางวิศวกรรมที่เกี่ยวข้อง (Construction and related engineering services)
  - A. งานก่อสร้างทั่วไปเกี่ยวกับอาคาร
  - B. งานก่อสร้างทั่วไปเกี่ยวกับวิศวกรรมสาขาโยธา
  - C. งานติดตั้งและรวบรวม
  - D. งาน Building completion and Finishing
  - E. อื่นๆ

4. สาขาบริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution services)
  - A. ตัวแทนค้าต่าง
  - B. บริการค้าส่ง
  - C. บริการค้าปลีก
  - D. แฟรนไชส์
  - E. อื่นๆ
5. สาขาบริการด้านการศึกษา (Educational services)
  - A. บริการการศึกษาขั้นประถม
  - B. บริการการศึกษาขั้นมัธยม
  - C. บริการการศึกษาขั้นสูง
  - D. บริการการศึกษาผู้ใหญ่
  - E. บริการด้านการศึกษาอื่นๆ
6. สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental services)
  - A. บริการกำจัดสิ่งปฏิกูล
  - B. บริการกำจัดขยะ
  - C. บริการการสุขาภิบาลและบริการที่คล้ายคลึง
7. สาขาบริการด้านการเงิน (Financial services)
  - A. บริการประกันภัยและบริการที่เกี่ยวข้องกับประกันภัย
  - B. บริการธนาคารและทางการเงินอื่นๆ (ไม่รวมบริการประกันภัย)
8. สาขาบริการด้านสุขภาพและบริการทางสังคม (Health related and social services)
  - A. บริการโรงพยาบาล
  - B. บริการสุขภาพอื่นๆ
  - C. บริการสังคม
  - D. อื่นๆ
9. สาขาบริการท่องเที่ยว (Tourism and travel related services)
  - A. ภัตตาคารและโรงแรม
  - B. บริการตัวแทนการท่องเที่ยวและบริการจัดนำเที่ยว
  - C. มัคคุเทศก์
  - D. อื่นๆ
10. สาขาบริการนันทนาการ วัฒนธรรม และกีฬา (Recreational, cultural and sporting services)

- A. บริการด้านการบันเทิง(รวมถึงโรงภาพยนตร์, วงดนตรีแสดงสด, ละครสต์ว์)
- B. บริการตัวแทนข่าว
- C. บริการห้องสมุด บริการเก็บเอกสารสำคัญ พิพิธภัณฑ์สถาน และบริการด้านวัฒนธรรม  
อื่นๆ
- D. บริการการกีฬาและนันทนาการอื่นๆ
- E. อื่นๆ

11. สาขาบริการการขนส่ง (Transport services)

- A. บริการขนส่งทางทะเล
- B. บริการขนส่งทางน้ำภายในประเทศ
- C. บริการขนส่งทางอากาศ
- D. บริการขนส่งอวกาศ
- E. บริการขนส่งทางรางรถไฟ
- F. บริการขนส่งทางถนน
- G. การขนส่งทางท่อ
- H. บริการที่สนับสนุนการขนส่งทุกรูปแบบ
- I. บริการขนส่งอื่นๆ

12. สาขาบริการอื่นๆ (Others)

## 2.2 ผลกระทบจากพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไปภายใต้ GATS เกี่ยวกับการประกอบอาชีพและวิชาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากบทข้างต้นจะเห็นว่า ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ การค้าบริการจะมี 4 ประเภท คือ Cross border supply, Consumption abroad, Commercial presence และ Presence of natural persons การค้าบริการแต่ละประเภทยัง ก็จะอยู่ภายใต้กฎระเบียบทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการทั้งหมดเหมือนกัน และการค้าบริการรูปแบบหนึ่งภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ นั้น คือ Presence of natural persons เกี่ยวพันกับการประกอบอาชีพและวิชาชีพของคนต่างด้าว ดังนั้นการพิจารณาถึงผลกระทบของพันธกรณีที่มีผลต่อการประกอบอาชีพและวิชาชีพของคนต่างด้าว จึงต้องพิจารณาคอบคลุมหลักเกณฑ์ต่างๆ ของพันธกรณีภายใต้ความตกลง GATS ทั้งหมด เพื่อจะได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐที่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงดังกล่าว แต่สำหรับการวิจัยฉบับนี้ ผู้เขียนใคร่ขอนำเอาเฉพาะหลักเกณฑ์หรือพันธกรณีต่างๆ ที่สำคัญมาเป็นหลักในการศึกษา

เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ในเบื้องต้นจึงใคร่ขออธิบายถึงโครงสร้างของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการเสียก่อน โครงสร้างของความตกลง GATS นั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน คือ 1. กรอบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ 2. ภาคผนวกและบันทึกความเข้าใจที่เกี่ยวข้อง และ 3. ตารางแสดงข้อผูกพันเฉพาะ

1. กรอบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ เป็นส่วนที่กำหนดพันธกรณีหลักที่ทุกประเทศสมาชิกจะต้องถือปฏิบัติ ในพันธกรณีหลักของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการแบ่งออกเป็น 6 ภาค ดังนี้

ภาค 1 ขอบเขตและคำนิยาม (Scope and definition)

ภาค 2 พันธกรณีและระเบียบวินัยทั่วไป (General Obligations and Disciplines)

ภาค 3 ข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments)

ภาค 4 การเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization)

ภาค 5 บทบัญญัติว่าด้วยสถาบัน (Institutional Provision)

ภาค 6 บทบัญญัติสุดท้าย (Final Provisions)

2. ภาคผนวกและบันทึกความเข้าใจที่เกี่ยวข้อง เป็นส่วนที่กำหนดรายละเอียดบางประการในประเด็นบางประเด็นที่ต้องระบุเป็นการเฉพาะ ซึ่งมีทั้งรายละเอียดเฉพาะของสาขาบริการบางสาขา ได้แก่ บริการทางการเงิน บริการขนส่งทางทะเล บริการการขนส่ง บริการ

โทรคมนาคม หรือในเรื่องที่ใช้บังคับกับทุกสาขาบริการ เช่น เกี่ยวกับการบังคับใช้หลักกฎหมายในความตกลงนี้ ซึ่งได้แก่ การบังคับใช้หลักประติบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favoured Nation – MFN) หรือเรื่องเกี่ยวกับขอบเขตของความตกลงในเรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา

3. ตารางแสดงข้อผูกพันเฉพาะ ตารางแสดงข้อผูกพันเฉพาะเป็นตารางที่จัดทำโดยประเทศภาคีแต่ละประเทศ และถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลงนี้ โดยในตารางจะระบุถึงสาขาบริการที่ตนแสดงเจตนาจะเปิดตลาดเสรีและข้อผูกพันหรือข้อจำกัดต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเปิดตลาดสาขาบริการเหล่านั้น และเมื่อได้เสนอข้อผูกพันลงในตารางแล้ว รัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันแก่บริการและผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่นทุกประเทศโดยเท่าเทียมกัน โดยข้อผูกพันดังกล่าวถือว่าเป็นการให้มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ (Minimum standard of treatment) ซึ่งหมายความว่า จะลดน้อยลงไปอีกไม่ได้

หากพิจารณาในส่วนของกรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ เราสามารถแบ่งพันธกรณีตามกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการได้ 2 กลุ่มใหญ่ กลุ่มที่หนึ่งได้แก่ พันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไปเกี่ยวกับการเปิดเสรีการค้าบริการ ซึ่งจะเกี่ยวกับภาคที่ 2 (พันธกรณีและระเบียบวินัยทั่วไป - General Obligations and Disciplines) และกลุ่มที่สองได้แก่ พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ ซึ่งจะเกี่ยวกับภาคที่ 3 (ตารางแสดงข้อผูกพันเฉพาะ- Specific Commitment) และภาคที่ 4 (การเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ Progressive Liberalization)

สำหรับพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีการค้าบริการนั้น เป็นเรื่องากำหนดวินัยทั่วไป ที่ควบคุมพฤติกรรมของรัฐเกี่ยวกับการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ ส่วนพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเปิดตลาดเสรีก้าวหน้าตามลำดับนั้น เป็นพันธกรณีหลักที่มีขึ้นเพื่อที่จะให้มีการเปิดตลาดในสาขาบริการต่างๆ ภายในประเทศสมาชิกได้

## 2.2.1 ผลกระทบจากพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไปเกี่ยวกับการประกอบอาชีพและวิชาชีพ ของคนต่างด้าวในประเทศไทย

สำหรับพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไปนั้น พันธกรณีในกลุ่มนี้จะอยู่ในภาคที่ 2 ของความตกลง  
ทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ โดยผลกระทบในเรื่องเกี่ยวกับการประกอบอาชีพและวิชาชีพของคนต่างด้าว  
ในประเทศไทยจากพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไปที่สำคัญมีดังนี้

### 2.2.1.1 ผลกระทบในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment)

การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment - MFN) เป็น  
พันธกรณีสำคัญที่วางอยู่บนหลักการหลักนี้วางอยู่บนรากฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นหลักที่  
ใช้กันอย่างแพร่หลายในสังคมการค้าระหว่างประเทศ หลักนี้ถูกใช้ในเรื่องต่างๆ มากมาย เช่น เรื่องการ  
ค้าสินค้า การนำเข้าส่งออก การลงทุน การขนส่งทางทะเล การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ทรัพย์สิน  
ทางปัญญา ฯลฯ<sup>3</sup> การนำหลัก MFN มาใช้ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนี้ ก็เพื่อที่จะช่วยให้  
การค้าบริการนั้นเป็นไปอย่างเสรี แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดเรื่องหลักMFNนี้ อาจไม่ได้ผลนัก ถ้าระดับ  
ความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจของประเทศต่างๆ ไม่เท่ากัน<sup>4</sup>

การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้อ่อนุเคราะห์ยิ่ง ในมาตรา 2 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้า  
บริการได้บัญญัติไว้ให้รัฐสมาชิกแต่ละรายจะต้องให้การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการของสมาชิก  
อื่นใดอันเป็นการอนุเคราะห์ไม่ด้อยไปกว่าที่ตนให้การปฏิบัติแก่บริการและผู้ให้บริการที่คล้ายคลึงกัน  
ของประเทศอื่นใดในทันทีและโดยไม่มีเงื่อนไข กล่าวคือ เมื่อรัฐได้ทำการให้การปฏิบัติอันเป็น  
ประโยชน์ใดๆ แก่รัฐหนึ่งๆ แล้ว รัฐนั้นจะต้องให้การปฏิบัติแก่รัฐสมาชิกองค์การการค้าโลกทั้งปวง  
อย่างเป็นการอนุเคราะห์ไม่น้อยกว่าที่ได้ให้กับรัฐที่ได้รับด้วย การให้การปฏิบัติที่รัฐสามารถทำได้

<sup>3</sup> Wang, Yi . "Most-Favored- Nation Treatment under the General Agreement on Trade in Service  
And its Application in Financial Services". *Journal of World Trade*. Vol. 31 No.1 February 1996, p 92

<sup>4</sup> Esohe Aghatise, "Services and the Development Process : Legal Aspect of Changing Economic  
Determinants" *Journal of World Trade*. 25(October 1990), 109.

โดยการใช้อำนาจของรัฐ (Jurisdiction) ทั้งทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ และก็อาจจะเป็นเรื่องใด ๆ ก็ได้ที่เกี่ยวกับการบริการหรือผู้ให้บริการ

การที่รัฐจะต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งต่อประเทศอื่นโดยทันที หมายความว่า เมื่อรัฐที่ได้ให้ความอนุเคราะห์เป็นประโยชน์แก่รัฐใดแล้ว รัฐสมาชิกอื่นก็จะมีสิทธิในการกล่าวอ้างประโยชน์ที่ตนจะได้รับทันที ส่วนคำว่าปราศจากเงื่อนไข(unconditional) หมายความว่า รัฐสมาชิกที่กล่าวอ้างสิทธิในการได้รับประโยชน์นั้นไม่จำเป็นต้องให้ผลประโยชน์ใดๆ เป็นการตอบแทนแก่รัฐที่ได้ให้ความอนุเคราะห์นั้น

อย่างไรก็ตาม หากรัฐสมาชิกยังไม่พร้อมที่จะปฏิบัติตามหลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งนี้ ก็อาจจะตั้งข้อสงวนขอยกเว้นการปฏิบัติตามหลักการนี้ได้ วิธีการก็คือ ระบุมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งไว้ ในภาคผนวกว่าด้วยข้อยกเว้นตามข้อ 2 ซึ่งภาคผนวกว่าด้วยการยกเว้นตามข้อ 2 นี้ เป็นภาคผนวกหนึ่งที่ต่อท้ายความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (Annex on Article 2 exemption) แต่การระบุมาตรการดังกล่าวก็ต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขต่างๆ ที่กำหนดไว้ในภาคผนวกนี้ สำหรับเงื่อนไขเกี่ยวกับการระบุมมาตรการที่ขอยกเว้นการปฏิบัติตามหลัก MFN นั้น GATS ได้กำหนดให้การขอยกเว้นนี้ โดยหลักแล้วจะมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 10 ปี เว้นแต่จะมีการเจรจาในการประชุมการเปิดเสรีการค้าว่าเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้หากขอยกเว้นนี้มีอายุเกิน 5 ปี แล้ว คณะมนตรีสำหรับการค้าบริการจะต้องได้รับการทบทวน โดยการทบทวนครั้งแรกจะต้องไม่เกิน 5 ปี หลังจาก WTO ได้จัดตั้งแล้วเสร็จ

ผลจากการปฏิบัติตามหลักการในเรื่อง MFN นี้ ก็คือ คนต่างด้าวจะสามารถเข้ามาประกอบอาชีพภายในประเทศไทยได้โดยอัตโนมัติโดยผลของกฎหมาย เพราะหากประเทศไทยให้ความอนุเคราะห์แก่ประเทศอื่นประเทศใด ไม่ว่าจะประเทศภาคีของ GATS ด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยเปิดให้คนต่างด้าวชาตินั้นให้สามารถเข้ามาให้บริการหรือเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทยได้แล้ว ก็ต้องเปิดให้คนชาติอื่นที่เป็นภาคี GATS ทั้งหมด สามารถเข้ามาได้ด้วยเช่นกัน โดยทันทีและปราศจากเงื่อนไข เช่น ถ้าอนุญาตให้ชาวอังกฤษสามารถเข้ามาให้บริการในดินแดนของตนได้ ประเทศไทยก็ต้องอนุญาตให้คนชาติอื่นซึ่งเป็นคนชาติของรัฐภาคี GATS เข้ามาให้บริการในดินแดนตนได้ด้วย หรือ การที่ประเทศไทยอนุญาตให้ชาวสหรัฐอเมริกาสามารถเข้ามาให้บริการในดินแดนของตนได้เป็นเวลาครั้งละ 2 ปี ประเทศไทยก็ต้องอนุญาตให้คนชาติอื่นซึ่งเป็นคนชาติของรัฐภาคี GATS สามารถเข้ามาให้บริการเป็นเวลาไม่น้อยกว่าที่คนชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับ ซึ่งก็คือ 2 ปี ด้วยเช่นกัน

อนึ่ง สำหรับสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับสหรัฐอเมริกา ชื่อว่า "สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511" นั้น มิได้เกี่ยวกับการเปิดตลาดเสรีให้คนชาติสหรัฐอเมริกาสามารถเข้ามาประกอบอาชีพภายในประเทศไทยได้แต่อย่างใด โดยในข้อ 4 วรรค 1 ได้บัญญัติไว้ว่า "คนชาติและบริษัทของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะได้รับผลประโยชน์เทียบเคียงคนชาติในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดตั้งตลอดจนการได้มาซึ่งผลประโยชน์ในวิสาหกิจทุกประเภทเพื่อประกอบกิจกรรมทางพาณิชย์ อุตสาหกรรม การคลัง และธุรกิจอื่น ภายในอาณาเขตของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง" และในวรรค 3 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า "บทแห่งวรรค 1 ไม่รวมถึงการประกอบวิชาชีพหรืออาชีพที่ได้สงวนไว้สำหรับคนชาติของภาคีแต่ละฝ่าย"

#### 2.2.1.2 ผลกระทบในเรื่องการปฏิบัติตามหลักความโปร่งใส (Transparency)

ในการค้าระหว่างประเทศ รัฐอาจสร้างความคลุมเครือโดยการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ไม่ชัดเจนยากแก่การเข้าใจ หรืออาจจะไม่เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการเพื่อให้คนต่างด้าวไม่สามารถรู้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการค้าบริการในรูปแบบที่ 3 และ แบบที่ 4 ซึ่งเป็นกรณีของผู้ให้บริการจากประเทศผู้ให้บริการเคลื่อนย้ายตัวเองมายังประเทศผู้รับบริการ การค้าบริการในรูปแบบที่ 3 และ 4 นี้ ผู้ให้บริการจำเป็นต้องทราบถึงมาตรการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการของประเทศผู้รับบริการ การสร้างความคลุมเครือหรือไม่เปิดเผยข้อมูลเหล่านี้จึงอาจเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งของการค้าเสรีได้

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการจึงมุ่งประสงค์ที่จะขจัดอุปสรรคเหล่านี้ให้หมดไป โดยการนำหลักความโปร่งใสมาบัญญัติไว้ เพื่อมิให้รัฐใช้มาตรการต่างๆ ไปในทางที่ก่อผลกระทบต่อการค้าบริการของข้อตกลงนี้ โดยในมาตรา 3 ได้วางหลักให้รัฐสมาชิกจะต้องทำการเปิดเผยข้อมูลทางด้านกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับและแนวทางพิจารณาในการบริหารที่เกี่ยวกับ หรือมีผลต่อการค้าบริการ รวมถึงความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับหรือมีผลต่อการค้าบริการ ที่ตนได้ลงนามไว้ อีกทั้งยังกำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องจัดพิมพ์ประกาศและข้อบัญญัติทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการและผู้ให้บริการโดยแจ้งชัด ไม่ว่าจะในระดับท้องถิ่นหรือในส่วนกลาง หรืออย่างน้อยต้องให้ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่สาธารณชนสามารถดูได้ (Public Available)<sup>5</sup> อย่างไรก็ตามใน

<sup>5</sup> จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย คณะนิติศาสตร์ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา .ผลกระทบต่อการค้าบริการจากการเปิดเสรีภายหลังการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย สาขาการก่อสร้าง 2537 หน้า 5.



ข้อ 3 ทวิ ได้กำหนดไว้ว่าหากข้อมูลเป็นความลับ ซึ่งถ้าเปิดเผยแล้วจะเป็นการขัดต่อประโยชน์สาธารณะ หรือหากเปิดเผยแล้วจะทำให้เสื่อมเสียประโยชน์ในทางพาณิชย์ที่ชอบด้วยกฎหมายของวิสาหกิจใดโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นวิสาหกิจมหาชน หรือวิสาหกิจเอกชนก็ตาม รัฐก็ไม่จำเป็นต้องเปิดเผย

ทั้งนี้หากรัฐได้นำมาตรการต่างๆ เหล่านี้มาใช้ หรือหากมีการเปลี่ยนแปลง รัฐก็ต้องแจ้งให้แก่ คณะมนตรีการค้าบริการโดยทันทีหรืออย่างน้อยต้องให้ข้อมูลทุกๆ ปี

นอกจากนี้รัฐยังต้องสร้างศูนย์ตอบข้อซักถาม (Inquiry Point) เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกอื่น ได้ทราบถึงข้อมูลต่างๆ ที่ต้องการอีกด้วย โดยต้องทำการจัดตั้งขึ้นภายใน 2 ปี นับจากวันที่ความตกลง จัดตั้ง WTO มีผลบังคับใช้ แต่กระนั้นก็ดี ประเทศกำลังพัฒนาอาจจะได้รับความยืดหยุ่นเกี่ยวกับระยะเวลาในการจัดตั้งได้ ถ้าประเทศต่างๆ เห็นพ้องกันว่าประเทศนั้นยังไม่มีศักยภาพและความพร้อมเพียงพอที่จะทำการจัดตั้งจุดตอบข้อซักถาม

ถ้าพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในเบื้องต้น ก็จะได้เห็นว่าหลักความโปร่งใส หมายถึง หลักกฎหมายที่มีลักษณะทำให้ผู้ที่จะถูกกฎหมายบังคับใช้ ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนภายใต้กฎหมาย<sup>6</sup> นั้นเอง ส่วนวิธีการนั้น ก็คือต้องเปิดเผยข้อมูล โดยการกำหนดให้ประเทศจะต้องเปิดเผยข้อมูลและจัดตั้งศูนย์ตอบข้อซักถาม เพื่อตอบคำถามที่เกี่ยวกับการค้าบริการในประเทศนั้น

เมื่อต้องปฏิบัติตามหลักการโปร่งใส หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งในที่นี้ได้แก่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม หรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมประกอบอาชีพบริการบางอาชีพที่เกี่ยวข้องกับ GATS จะต้องเผยแพร่ข้อมูล ที่เป็นมาตรการต่างๆ เกี่ยวกับการเข้ามาประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทย ข้อที่น่าสนใจก็คือว่าข้อมูลหรือมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าว หรือการประกอบอาชีพที่ต้องเผยแพร่ นั้นจะไม่รวมเฉพาะแต่กฎหมาย ซึ่งเดิมที ข้อมูลประเภทกฎหมาย ไม่ว่าจะในระดับชั้น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา จนถึงกฎกระทรวง เราก็ประกาศกันในราชกิจจานุเบกษาอยู่แล้ว แต่จะรวมถึงมาตรการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ที่อาจอยู่ในรูปของระเบียบภายในด้วย เช่น หลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตทำงาน เป็นต้น

<sup>6</sup> สุรเกียรติ์ เสถียรไทย. การเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย บทวิพากษ์ทางกฎหมาย. เอกสารในการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่องการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยและผลประโยชน์ของประเทศไทย จัดโดยกรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์. 2530, หน้า 2.

ส่วนวิธีการเผยแพร่ ก็ทำโดยจัดพิมพ์เผยแพร่ข้อมูลต่างๆ เหล่านี้ จะพิมพ์จำหน่ายหรือแจกจ่ายก็ได้ หรือหากไม่มีการจัดพิมพ์ก็ควรจัดข้อมูลดังกล่าวให้สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้ด้วยวิธีอื่น เช่น อาจจะเผยแพร่ข้อมูลผ่านทางอินเทอร์เน็ต ก็ได้ ส่วนการเผยแพร่ข้อมูลนั้นจะต้องทำเป็นภาษาต่างประเทศเสมอหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าการเผยแพร่เป็นภาษาไทยก็น่าจะเพียงพอแล้ว เพราะ GATS ก็มีได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด หากคนต่างด้าวต้องการจะทราบก็เป็นหน้าที่ของคนต่างด้าวที่จะต้องแปลเอกสารเหล่านั้นเอง

ผลจากปฏิบัติตามหลักความโปร่งใส (Transparency) นี้ จะทำให้คนต่างด้าวสามารถทราบถึงสิทธิและหน้าที่ของตนมากขึ้น การรับรู้สิทธิและหน้าที่ของตนได้นั้น จะช่วยให้ลดความเสี่ยงทางธุรกิจได้ แม้ว่าจะไม่เกี่ยวข้องกับการเปิดตลาดเสรีให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาทำงานโดยตรง แต่หลักการโปร่งใสก็เป็นเหมือนมาตรการที่จะช่วยให้การค้าบริการเป็นไปได้อย่างสะดวกและเสรีมากขึ้น เพราะประเทศไทยใช้ประโยชน์จากการ 'ไม่รู้หรือไม่ทราบ' หรือความคลุมเครือในหลักเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของเกณฑ์ในพิจารณาคำขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าว กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องขอใบอนุญาต หรือหลักเกณฑ์อื่นๆ ยกตัวอย่าง เช่น การกำหนดคุณสมบัติหรือประสบการณ์ขั้นต่ำ มาเป็นเครื่องมือในการสร้างความไม่แน่นอน อันจะก่อให้เกิดความเสี่ยงทางธุรกิจแก่คนต่างด้าว หรือสร้างความคลุมเครือเพื่อที่จะสกัดกั้นหรือชะลอไม่ให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาทำงานได้อย่างสะดวกได้นั้น ได้น้อยลง ซึ่งมาตรการเหล่านี้โดยปกติจะอยู่ในรูปของระเบียบ ข้อบังคับภายในที่ใช้กันโดยที่มีได้ประกาศเผยแพร่ให้ประชาชนได้รับทราบ ฝ่ายบริหารก็จะไม่สามารถทำเช่นนั้นได้อีกต่อไป

### 2.2.1.3 ผลกระทบในเรื่องการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (Economic integration)

ในปัจจุบันนี้ได้มีรูปแบบการรวมตัวทางเศรษฐกิจต่างๆ มากมาย เช่น ประชาคมยุโรป เป็นต้น ก็คือ การรวมตัวดังกล่าวนี้จะเป็นการขัดต่อการเปิดเสรีการค้าบริการหรือไม่ ปัญหาในข้อนี้ GATS ได้กำหนดให้การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจนั้นสามารถทำได้ โดยไม่ขัดกับหลักการค้าเสรีแต่อย่างใด ที่สามารถทำได้ก็เพราะการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจนี้ GATS เห็นว่าเป็นเรื่องดีที่ส่งเสริมให้เกิดการค้าเสรียิ่งขึ้น แต่ทั้งนี้การรวมตัวนั้นก็ต้องอยู่ในเงื่อนไขบางประการที่ GATS วางไว้

ในมาตรา 5 ของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ ได้กำหนดหลักการสำคัญว่า ความตกลงนี้จะไม่ห้ามรัฐสมาชิกใดจากการเป็นคู่ภาคี หรือเข้าร่วมในความตกลงเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างภาคีของความตกลงดังกล่าว โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าความตกลงดังกล่าวนี้จะต้องครอบคลุมสาขาต่างๆ มากพอ และ ต้องไม่สร้างมาตรการใดๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติกับคนต่างด้าว โดยความตกลงนั้นอาจจะยกเลิกมาตรการเลือกปฏิบัติที่มีอยู่ หรือ กำหนดว่าห้ามใช้มาตรการเลือกปฏิบัติใหม่หรือห้ามใช้มาตรการที่เลือกปฏิบัติมากขึ้น

สำหรับในด้านการเปิดตลาดแรงงาน รัฐก็สามารถทำความตกลงกับรัฐอื่นๆ เกี่ยวกับการรวมตัวกันของตลาดแรงงานได้ โดยความตกลงดังกล่าวจะต้องเกี่ยวกับการยกเว้นพลเมืองของภาคีความตกลงจากข้อกำหนดเกี่ยวกับการมีถิ่นที่อยู่และใบอนุญาตทำงาน ทั้งนี้จะต้องแจ้งต่อคณะมนตรีว่าด้วยการค้าบริการให้ทราบด้วย

จะเห็นว่า GATS ไม่ขัดข้องที่จะให้มีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจกัน ถึงแม้ว่าผลจากการรวมกลุ่มนั้นรัฐสมาชิกของกลุ่มจะต้องให้การประติบัติต่อรัฐสมาชิกในกลุ่ม ดีกว่าที่ได้ให้การประติบัติกับรัฐสมาชิกนอกกลุ่ม ก็ตาม

ดังนั้น โดยหลักการแล้ว ถ้าประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกในกลุ่มเศรษฐกิจ ในเรื่องเกี่ยวกับการเปิดเสรีค้าบริการภายในกลุ่ม และสนธิสัญญาซึ่งก่อตั้งกลุ่มเศรษฐกิจนั้น กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องให้การประติบัติต่อรัฐในกลุ่มสมาชิกด้วยกัน ดีกว่าที่ให้แก่รัฐสมาชิกอื่นในระดับของ GATS แล้ว ก็หมายความว่า จะมีการให้การประติบัติต่อรัฐต่างๆ 2 ระดับ คือ การให้การประติบัติต่อประเทศในกลุ่มเศรษฐกิจ กับการให้การประติบัติต่อประเทศนอกกลุ่มเศรษฐกิจ ดังนั้น หากมีการเปิดเสรีให้คนต่างด้าวที่จะเข้ามาให้บริการในประเทศไทยนั้น กฎหมายที่ควบคุมการประกอบอาชีพในประเทศไทยก็จะต้อง

แบ่งแยก หรือแบ่งกลุ่มคนชาติของประเทศที่จะถูกควบคุมให้ชัดเจน และสอดคล้องกับระดับของพันธกรณีที่มีอยู่ เช่น จากเดิมที่คนต่างด้าวไม่ว่าชาติใดก็ไม่สามารถประกอบอาชีพสงวนได้ แต่หากในระดับอาเซียนได้มีการเจรจาเปิดตลาดคนต่างด้าวให้สามารถเข้ามาประกอบอาชีพสงวนบางอย่างได้ การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายก็ต้องกำหนดไปด้วยว่าอนุญาตเฉพาะคนชาติของอาเซียนเท่านั้น เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย ได้มีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับอาเซียน สำหรับการรวมกลุ่มในระดับของอาเซียนนั้น ก็มีการทำความเข้าใจเกี่ยวกับการค้าบริการเช่นกัน ภายใต้กรอบความตกลงทั่วไปของการบริการ (ASEAN Framework Agreement on Services - AFAS) โดย AFAS นี้ได้ใช้เกณฑ์ในการกำหนดนิยาม เช่นเดียวกับ GATS คือ การค้าบริการมี 4 รูปแบบ โดยรูปแบบที่ 4 หรือ Mode of Supply ที่ 4 คือ Presence of Natural Persons เป็นเรื่องเกี่ยวกับการให้บริการโดยผ่านทางบุคคลธรรมดา นอกจากนี้ AFAS ก็ยังยึดถือหลัก GATS plus กล่าวคือ รัฐสมาชิกอาเซียนต้องเปิดเสรีในสาขาบริการต่างๆ ให้เกินกว่าที่เสนอไว้ในระดับของ GATS หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐสมาชิกอาเซียนต้องลดอุปสรรคต่างๆ ที่เกี่ยวกับการค้าบริการในสาขาบริการต่างๆ ภายใต้การเจรจาในกรอบของอาเซียนให้มากกว่าข้อจำกัดหรืออุปสรรคที่มีอยู่ในระดับของ GATS แต่การเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 หรือ Mode of Supply ที่ 4 คือ Presence of Natural Persons ก็ยังไม่คืบหน้ามากไปกว่า GATS แต่อย่างใด

#### 2.2.1.4 ผลกระทบในเรื่องข้อบังคับภายใน (Domestic Regulation)

โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐมีอำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมายภายในของตน แต่ครั้งเมื่อรัฐเข้าไปลงนามในความตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศใดๆ แล้วรัฐจะต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดต่อเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของข้อตกลงหรือสนธิสัญญานั้น

กฎระเบียบเกี่ยวกับเรื่องข้อบังคับภายใน (Domestic Regulation) นี้ ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการได้วางหลักโดยยอมรับสิทธิของแต่ละประเทศในการที่จะควบคุมกำกับการค้าบริการตลอดจนสิทธิในการออกกฎระเบียบข้อบังคับได้ แต่ในสาขาที่ได้มีการทำข้อผูกพันเฉพาะไว้แล้วนั้น รัฐสมาชิกจะต้องกระทำการสุจริต กล่าวคือมาตรการที่มีผลต่อการค้าบริการนั้น จะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล (Reasonable) เพื่อบรรลุเป้าหมาย (Objective) และ เที่ยงธรรม (Impartial)

เพื่อเป็นการทบทวนว่าเป็นไปอย่างมีเหตุผล บรรลุเป้าหมาย หรือเที่ยงธรรมหรือไม่ ความตกลงจึงกำหนดให้รัฐต้องจัดตั้งสถาบันตุลาการหรือกระบวนการวิธีใดที่สามารถจะตรวจสอบหรือทบทวนมาตร

การดังกล่าว นอกจากนี้ การพิจารณาคำขออนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถมาค้าบริการได้ในดินแดนในสาขาที่ตนได้ทำการผูกพันไว้ นั้น จะต้องทำในระยะเวลาที่เหมาะสม จะล่าช้าไม่ได้ โดย GATS ได้กำหนดว่าหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ของสมาชิกจะต้องแจ้งผลการตัดสินใจเกี่ยวกับการขออนุญาตต่อผู้ยื่นคำขอภายในระยะเวลาที่เหมาะสม และหากผู้ยื่นคำร้องขอทราบความคืบหน้าของคำขออนุญาต ให้หน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวแก่ผู้ยื่นคำขอโดยไม่ชักช้า หากไม่มีเหตุอันควร

กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานทางเทคนิค (Technical Standards) ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติต่างๆ เกี่ยวกับการค้าบริการ และข้อกำหนดของการขอใบอนุญาต จะต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคในการค้าบริการโดยไม่จำเป็น หมายความว่าข้อกำหนดหรือมาตรฐานต่างๆ นั้น รัฐสมาชิกสามารถออกกฎเกณฑ์ภายในของตนเองได้ แต่จะต้องไม่สร้างภาระที่เกินจำเป็น การสร้างขีดจำกัดเกี่ยวกับการให้บริการ รัฐสมาชิกจะต้องไม่นำเอาข้อกำหนดเกี่ยวกับการขอใบอนุญาตและคุณสมบัติของผู้ให้บริการ ตลอดจนมาตรฐานทางเทคนิคที่จะก่อให้เกิดการเสื่อมเสียต่อพันธกรณีเฉพาะที่ได้ให้ไว้มาใช้<sup>7</sup>

จะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่อง Domestic Regulation นี้ กฎหมายประสงค์จะให้มิระบบในการทบทวนการใช้กฎหมาย เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม เพราะการใช้กฎหมายอย่างไม่เป็นธรรมก็อาจเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการเปิดเสรีการค้าบริการก็ได้ ดังนั้นผลกระทบต่อประเทศไทยเกี่ยวกับการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ก็จะเป็นเรื่องการจัดตั้งองค์กรทางตุลาการ หรือกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าพนักงานที่มีอำนาจควบคุมการทำงานในอาชีพต่างๆ สำหรับกรณีของการทำงานของคนต่างด้าวทั่วไป ซึ่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวก็กำหนดหลักเกณฑ์ในการอุทธรณ์อยู่แล้ว

<sup>7</sup> ชุมพร ปัจจุสานนท์ . "การค้าบริการภายใต้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ"วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 15 ฉบับที่ 1.ปี 2537, หน้า 88

### 2.2.1.5 ผลกระทบในเรื่องการยอมรับ (Recognition)

เรื่องการยอมรับอาจเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีก็ได้ เพราะรัฐอาจใช้เป็นข้ออ้างในการไม่เปิดตลาดเสรี เพื่อไม่ให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาให้บริการในดินแดนของตนก็ได้

ดังนั้นความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการได้กำหนดกฎระเบียบเกี่ยวกับเรื่องนี้ ในข้อ 7 ไว้ว่า

"1. เพื่อความมุ่งประสงค์ในการปฏิบัติตามทั้งหมด หรือบางส่วน ซึ่งมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตหรือการรับรองผู้ให้บริการ และภายใต้ข้อกำหนดของวรรคสาม สมาชิกอาจยอมรับการศึกษาหรือประสบการณ์ที่ได้รับการดำเนินการตามเงื่อนไขหรือใบอนุญาต หรือใบรับรองที่ออกให้ในประเทศใดโดยเฉพาะการยอมรับดังกล่าว ซึ่งอาจกระทำได้โดยวิธีการที่ทำให้สอดคล้องกัน หรือด้วยวิธีการอื่น อาจอยู่บนพื้นฐานของความตกลงหรือข้อตกลงกับประเทศที่เกี่ยวข้อง หรืออาจให้โดยเอกเทศ

2. สมาชิกซึ่งเป็นภาคีความตกลงหรือข้อตกลงประเภทที่กล่าวถึงในวรรค 1 ไม่ว่าจะความตกลงหรือข้อตกลงนั้นจะมีอยู่ในปัจจุบันหรือในอนาคต จะให้โอกาสที่เพียงพอแก่สมาชิกอื่นที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง เพื่อเจรจาขอภาคยานุวัติความตกลงหรือข้อตกลงนั้นหรือเจรจาที่เทียบเคียงกันได้ ในกรณีที่สมาชิกให้การยอมรับโดยเอกเทศ สมาชิกนั้นจะให้โอกาสที่เพียงพอแก่สมาชิกอื่นใดในการแสดงว่าการศึกษา ประสบการณ์ ใบอนุญาต หรือใบรับรองที่ได้รับ หรือการปฏิบัติตามเงื่อนไขอาณาเขตของสมาชิกอื่นนั้น ควรได้รับการยอมรับ

3. สมาชิกจะไม่ให้การยอมรับในลักษณะที่ก่อให้เกิดช่องทางการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศต่างๆ ในการใช้มาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ในการอนุมัติการออกใบอนุญาต หรือใบรับรองของผู้ให้บริการ หรือข้อจำกัดที่แอบแฝงต่อการค้าบริการ"

ในข้อ 7 นี้ เป็นเรื่องของ การยอมรับมาตรฐานของผู้ให้บริการ โดยต้องมีการออกใบอนุญาตกำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุมัติ ซึ่งมีเป้าหมายเพื่อควบคุมในเบื้องต้นเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ให้บริการ อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกีดกันของคุณสมบัติของผู้ให้บริการซึ่งเป็นที่ยอมรับได้ โดยประเทศผู้รับบริการ ความสำคัญของการมีข้อ 7 เรื่องการยอมรับนี้ เกิดขึ้นเพราะต้องการไม่ให้เกิดการกีดกันการให้บริการโดยการอ้างคุณสมบัติ หรือเกณฑ์ในการพิจารณาการออกใบอนุญาตซึ่งแตกต่างกัน โดยหลักการแล้ว GATS ประสงค์ที่จะให้มีการยอมรับการศึกษา ประสบการณ์ที่ได้รับ ใบอนุญาต ใบรับรองที่ออกให้ในประเทศหนึ่งประเทศใด การยอมรับนั้น อาจจะทำโดยการวางข้อกำหนดให้เป็นระเบียบเดียว

กันหมดในรัฐสมาชิกต่างๆ โดยทำเป็นรูปข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง หรืออาจจะเป็นการยอมรับคุณสมบัติหรือมาตรฐานของบริการ โดยรัฐสมาชิกหนึ่งๆ กระทำการยอมรับเองก็ได้ หรือ อาจจะทำ โดยให้องค์การระหว่างประเทศที่เป็นของรัฐบาล หรือมิได้เป็นของรัฐบาล จัดทำมาตรฐานสากลร่วม (Common International Standards) และ หลักเกณฑ์ในการยอมรับร่วมกัน (Criteria for Recognition) เกี่ยวกับการค้าบริการก็ได้

ส่วนการรับรองนั้นมักเป็นเรื่องของคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพ เช่น มัคคุเทศก์ สถาปนิก วิศวกร ผู้สอบบัญชี ซึ่งในเรื่องนี้ GATS ได้กำหนดให้มาตรการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขทางคุณสมบัติ และวิธีการดำเนินการ มาตรฐานทางเทคนิค และเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตในส่วนของการบริการทางวิชาชีพ จะต้องไม่เป็นการสร้างข้อกีดขวางทางการค้าโดยไม่จำเป็น

โดยปกติคุณสมบัติของผู้ให้บริการวิชาชีพบางอย่างจะต้องสำเร็จการศึกษาหรือมีคุณวุฒิ วุฒิบัตรตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ถ้าจะขออนุญาตประกอบอาชีพวิศวกร ก็ต้องสำเร็จการศึกษา วิศวกรรมศาสตรบัณฑิต ถ้าสำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรที่ถูกต้องในสถาบันการศึกษาภายในประเทศ ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องคุณวุฒิในการขอรับใบอนุญาตก็คงไม่เกิด แต่หากสำเร็จการศึกษามาจากต่างประเทศ และรัฐไม่ยอมรับในคุณวุฒิหรือมาตรฐานการศึกษาที่สถานศึกษาต่างประเทศนั้นออกให้ คนต่างด้าวนั้นก็เลยไม่สามารถขอรับใบอนุญาตประกอบอาชีพในดินแดนที่ตนร้องขอได้ ในทำนองเดียวกัน เรื่องการยอมรับนี้ไม่ได้ใช้แต่เพียงเรื่องมาตรฐานการศึกษา แต่ยังใช้กับเรื่องอื่นๆ ด้วย คือเรื่องใบอนุญาต การได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพบางอย่างในประเทศหนึ่ง ก็ไม่ได้หมายความว่าสามารถนำใบอนุญาตนั้นมาใช้ในอีกประเทศหนึ่งได้เสมอไป หากไม่ได้รับการยอมรับจากประเทศนั้น

นอกจากนี้คุณวุฒิทางวิชาการตลอดจนมาตรฐานการศึกษาของแต่ละประเทศอาจจะแตกต่างกันไป ทั้งนี้เป็นเพราะในแต่ละประเทศนั้นก็มียุทธศาสตร์การพัฒนา และระบบการศึกษาที่แตกต่างกัน มาตรฐานของประเทศหนึ่งๆ จึงย่อมจะแตกต่างจากมาตรฐานของอีกประเทศหนึ่ง ดังนั้นจึงเป็นการเสี่ยงที่จะยอมรับมาตรฐานของประเทศอื่น โดยที่ไม่มีการทดสอบมาตรฐานความรู้ของผู้มีใบอนุญาตจากต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอาชีพที่เป็นวิชาชีพที่ต้องใช้ความรู้ ความชำนาญเป็นพิเศษ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ รัฐจึงอาจจะยอมรับหรือไม่ยอมรับมาตรฐานของประเทศใดๆ เกี่ยวกับคุณสมบัติต่างๆ เหล่านี้ก็ได้ การไม่ยอมรับนี้เองก็อาจเป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีการค้าบริการได้ ดังได้กล่าวไว้ในข้างต้น

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในกรณีของการยอมรับนี้ จะใช้หลักของความตกลงสองฝ่ายเป็นเกณฑ์ในการยอมรับคุณสมบัติหรือมาตรฐานของบริการซึ่งกันและกัน แต่ถึงอย่างไรก็ตามรัฐสมาชิกจะต้องไม่มีการรับรองคุณสมบัติของบริการต่างๆ ในลักษณะที่เลือกปฏิบัติระหว่างรัฐ<sup>๑</sup>

จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการยอมรับนี้ ความตกลงฯ ประสงค์จะไม่ให้นำเอาเรื่องการยอมรับมาเป็นข้ออ้างในการปิดกั้นการค้าบริการนั่นเอง แม้ว่าความตกลงฯ ก็มีได้ห้ามไม่ให้รัฐปฏิเสธการยอมรับ หรือรับรองมาตรฐานการบริการที่คนชาติรัฐอื่นมีหรือได้มา แต่เมื่อให้การยอมรับหรือรับรองนั้นแล้ว จะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างรัฐ อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 7 จะเห็นได้ว่าความตกลงฯ กำหนดวิธีการในการให้การยอมรับมาตรฐานของประเทศภาคีอื่นไว้ 3 แนวทาง คือ 1. ให้การยอมรับเอง 2. ทำความตกลงระหว่างรัฐภาคี 3. ใช้มาตรฐานสากลที่องค์การระหว่างประเทศกำหนดขึ้นมาร่วมกัน

จากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องการยอมรับนี้ ได้ส่งผลกระทบต่อการประกอบอาชีพและวิชาชีพในประเทศไทยในทำนองที่ว่า เมื่อประเทศไทยได้ทำความตกลงหรือให้การยอมรับในคุณสมบัติ หรือประสบการณ์ แก่คนชาติของประเทศหนึ่งประเทศใดแล้ว ก็ต้องใช้มาตรฐานการยอมรับนั้นต่อประเทศอื่นๆ ด้วยเหมือนกัน เช่น หากประเทศไทยได้ยอมรับถึงใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพผู้สอบบัญชี (CPA) ของประเทศเกาหลี หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้ในการยอมรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพผู้สอบบัญชีนี้ก็จะต้องใช้เป็นมาตรฐานสำหรับใบอนุญาตจากประเทศอื่นด้วยเช่นกัน

#### 2.2.1.6 ผลกระทบในเรื่องการจัดซื้อโดยรัฐ (Government Procurement)

กรณีการจัดซื้อบริการโดยรัฐ ซึ่งกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ มิใช่เพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจแล้ว ความตกลงได้ยกเว้นให้ไม่ต้องนำหลักการในเรื่องของการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) การเข้าสู่ตลาด (Market Access) และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) มาใช้ เพราะความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการเป็นความตกลงที่มีขึ้นมาเพื่อการค้าของเอกชน มิใช่เรื่องของรัฐ ถ้ารัฐจะทำจึงอยู่นอกข้อตกลงดังกล่าว อย่างไรก็ตามเรื่องการจัดซื้อโดยรัฐนั้นเป็นประเด็นสำคัญ ดังนั้นความตกลงจึงกำหนดให้มีการเจรจาพหุภาคีว่าด้วยการจัดซื้อบริการโดยรัฐภายใต้ความตกลงนี้ ภายในสองปีจากวันที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ

<sup>๑</sup> ชุมพร ปัจจุบันนท์. "การค้าบริการภายใต้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ" วารสารกฎหมายศาลปกครองมหาวิทยาลัยปีที่ 15 ฉบับที่ 1, ปี 2537, หน้า 89.



ดังนั้น หากประเทศไทยจะกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าวที่เข้ามาให้บริการในประเทศไทย ก็สามารถทำได้ ถ้าเกี่ยวกับการให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐ เว้นแต่ หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นหน่วยงานที่มีได้จัดตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ ทางสาธารณะ แต่จัดตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ ก็จะเหมือนกับเป็นเอกชนทั่วไป ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถเลือกปฏิบัติได้

#### 2.2.1.7 ผลกระทบในเรื่องข้อยกเว้นทั่วไป (General Exemption)

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการมิได้ยึดถือหลักการค่าเสรีเป็นใหญ่แต่เพียงอย่างเดียว แต่ความตกลงยังตระหนักถึงความเป็นจริงที่ว่า การจะกำหนดกฎเกณฑ์หรือกติกาใดๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศ จะต้องอยู่บนพื้นฐานของความยินยอมของรัฐเป็นสำคัญ ตราบใดที่ผลประโยชน์ของรัฐได้รับการกระทบกระเทือนมาก รัฐก็ไม่เข้าไปผูกพันในข้อตกลงนั้นๆ การเจรจาความตกลงว่าด้วยการค้าบริการได้คำนึงถึงความเป็นจริงในข้อนี้ จึงได้วางหลักให้ยึดถือความสมดุลสิทธิและหน้าที่ของรัฐโดยคำนึงถึงเป้าหมายและนโยบายของรัฐควบคู่ไปด้วย

ในมาตรา 14 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการจึงได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อยกเว้นทั่วไป โดยกำหนดให้ความตกลงนี้จะไม่ห้ามสมาชิกนำมาตราการใดๆ มาใช้บังคับเพื่อกรณีดังต่อไปนี้

(เอ) จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือรักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ

(บี) จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิต หรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช

(ซี) จำเป็นเพื่อป้องกันการปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับ ซึ่งไม่ขัดต่อบทบัญญัติของความตกลงนี้ รวมถึงเรื่องเกี่ยวเนื่องกับ

- (1) การป้องกันการปฏิบัติที่หลอกลวงหรือฉ้อโกง หรือเพื่อจัดการกับผลของการผิดสัญญาบริการ
- (2) การคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ของปัจเจกชน ในส่วนที่เกี่ยวกับการประมวล เผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคล และการรักษาความลับของประวัติหรือบัญชีส่วนบุคคล
- (3) ความปลอดภัย

การให้บริการบางอย่างจะเกี่ยวข้องอย่างยิ่งกับการรักษาความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน ของประชาชน เช่นบริการในสาขาก่อสร้าง บริการทางวิศวกรรม บริการทางสถาปัตยกรรม วิชาชีพเหล่านี้จะต้องอาศัยความรู้และชำนาญในการทำงานเพื่อมิให้เกิดอันตรายต่อประชาชน ดังนั้นประเทศไทยจึงอาจนำมาตรการบางอย่างในการป้องกันอันตรายอันจะเกิดขึ้นกับประชาชนมาใช้ เพื่อควบคุมการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทยด้วยก็ได้

## 2.2.2 ผลกระทบจากพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเปิดตลาดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ

พันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเปิดตลาดเสรีก้าวหน้าตามลำดับนั้น จะมีอยู่ 2 เรื่อง คือ 1. การเข้าสู่ตลาด (Market Access) 2. การ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติ ทั้งนี้การปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งสองนี้จะอยู่ภายใต้หลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ หมายความว่า การเปิดตลาดเสรีในด้านการค้าบริการนั้นยังไม่จำเป็นต้องเปิดเสรีโดยทันที แต่จะค่อยๆเปิด ตามความพร้อมของแต่ละประเทศ โดยอาศัยกระบวนการในการเจรจา

เกี่ยวกับการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับนั้น (Progressive Liberalization) วัตถุประสงค์ของการเปิดเสรีการค้าบริการตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนั้น ไม่ใช่เป็นการเปิดเสรีเต็มที่ทุกสาขาบริการโดยทันทีภายหลังจากการเจรจาในครั้งแรก แต่ความตกลงประสงค์ให้การเปิดเสรีนั้นเป็นไปอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยคำนึงถึงเป้าหมายหรือนโยบายของแต่ละประเทศและระดับการพัฒนาของประเทศต่างๆ เป็นสำคัญ ทั้งนี้เพราะความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนั้นตระหนักดีว่าในการเปิดตลาดด้านการค้าบริการนั้น รัฐสมาชิกบางรัฐอาจต้องใช้เวลาในการปรับกฎหมายภายในของตนเพื่อจะสามารถแข่งขันกับบริการประเภทเดียวกันที่มาจากต่างประเทศภายหลังจากที่มีการเปิดตลาดได้ จึงมิได้บังคับให้ทุกประเทศต้องเปิดตลาดทันทีทุกสาขา เพียงแต่ให้รัฐสมาชิกค่อยๆ เปิดโดยการค่อยๆ เจรจาเปิดเสรีในสาขาที่ตนเห็นว่าสามารถจะเปิดได้โดยระบุไว้ในตารางแสดงข้อผูกพัน<sup>9</sup>

ข้อคำนึงเกี่ยวกับการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับนั้น (Progressive Liberalization) ความตกลงได้กำหนดให้การเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับจะต้องเป็นไปตามกรอบวัตถุประสงค์ของนโยบายแห่งชาติและระดับการพัฒนาของสมาชิกแต่ละประเทศทั้งในสาขาต่างๆ โดยรวมและในแต่ละสาขา ทั้งนี้ ให้ความยืดหยุ่นที่เหมาะสมสำหรับสมาชิกที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาแต่ละประเทศ ที่จะเปิดสาขาที่น้อยกว่า เปิดเสรีธุรกรรมน้อยประเภทกว่า ขยายการให้เข้าสู่ตลาดแบบก้าวหน้าตามลำดับ โดยสอดคล้องกับสถานการณ์การพัฒนาของตน และเมื่อได้เปิดตลาดให้แก่ผู้ให้บริการต่างชาติแล้ว ให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขการเปิดตลาดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ได้อ้างไว้แล้ว

<sup>9</sup> สุรเกียรติ์ เสถียรไทย. และ ทักษิณ ชินวัตร. "หลักกฎหมายของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ". วารสาร ปี 2537, หน้า 87.

สำหรับการเจรจา กำหนดระยะเวลาในการเจรจานั้น ความตกลงฯ ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกเข้าร่วมการเจรจาเพื่อเปิดเสรี ก้าวหน้าตามลำดับเป็นระยะๆ โดยการเจรจาในรอบแรกจะเริ่มต้นไม่ช้ากว่า 5 ปี นับจากวันที่ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลกมีผลใช้บังคับ เป้าหมายของการเจรจาแต่ละครั้งนั้น จะต้องเป็นการลดข้อจำกัดรวมทั้งมาตรการต่างๆ ที่เป็นข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติลงให้มากกว่าเดิมจนกระทั่งข้อจำกัดและมาตรการต่างๆ เหล่านี้หมดไปในที่สุด

เป็นที่น่าสังเกตว่ากระบวนการนี้ไม่มุ่งประสงค์จะให้รัฐต้องยึดหลักต่างตอบแทนเป็นสำคัญ แต่ว่าต้องการที่จะให้อยู่บนพื้นฐานของความสมดุลของสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐ อย่างไรก็ตามก็ไม่ได้หมายความว่าหากรัฐต้องการจะเปิดเสรี โดยใช้มาตรการฝ่ายเดียวแล้วจะทำไม่ได้ รัฐยังคงมีอิสระที่จะพิจารณาว่าการเปิดเสรี เองนั้นอาจจะนำประโยชน์มาแก่รัฐนั้น

ส่วนวิธีที่จะใช้ในการเปิดตลาดเสรีในสาขาบริการต่างๆ นั้น ความตกลงฯ ได้กำหนดให้ใช้วิธีการแสดงเจตนาที่จะเข้าผูกพัน โดยให้รัฐสมาชิก WTO แสดงสาขาบริการที่ตนต้องการจะผูกพันในการเปิดตลาดลงในตารางแสดงข้อผูกพัน แต่โดยที่ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการประสงค์ให้การเปิดเสรีนั้นเป็นไปอย่างค่อยเป็นค่อยไป ดังนั้นในเบื้องต้นจึงได้อนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถสร้างข้อจำกัดหรือมาตรการที่มีผลต่อการเข้าสู่ตลาด, การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หรือข้อจำกัดอื่นๆ ในสาขาบริการนั้นๆ ไม่ว่าจะ เป็นข้อจำกัดที่เกี่ยวกับการค้าบริการในรูปแบบใดทั้ง 4 รูปแบบได้ โดยให้ระบุข้อจำกัดเหล่านี้ไว้ในตารางแสดงข้อผูกพันเช่นกัน แต่ข้อจำกัดดังกล่าวเหล่านี้จะต้องค่อยๆ หมดไปในที่สุด ภายใต้การเจรจาที่จะมีขึ้นเป็นระยะๆ ไม่ว่าจะ เป็นการเจรจาในระดับทวิภาคีหรือระดับพหุภาคี

เมื่อรัฐสมาชิกได้แสดงเจตนาขอผูกพันเปิดตลาดในสาขาบริการต่างๆ พร้อมทั้งข้อจำกัดต่างๆ ตามตารางแสดงข้อผูกพันของตนแล้ว รัฐสมาชิกก็มีหน้าที่ที่จะให้การปฏิบัติแก่การบริการทั้ง 4 รูปแบบ หรือผู้ให้บริการของรัฐสมาชิกอื่นใด ไม่ด้อยไปกว่าข้อจำกัดและเงื่อนไขที่ได้เสนอและระบุไว้ในตารางของตน กล่าวโดยสรุปก็คือรัฐจะไม่ออกกฎระเบียบใดๆ ที่เป็นข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด และการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมากกว่าที่ได้ระบุไว้ในตารางแสดงข้อผูกพันของตน

ในตารางแสดงข้อผูกพันจะระบุถึง

1. สาขาบริการและประเภทของบริการที่ตนประสงค์จะเปิดเสรี
2. ข้อผูกพันเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด (Commitments on Market access)
3. ข้อผูกพันเกี่ยวกับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Commitments on National treatment)

4. การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดทำข้อผูกพันเพิ่มเติม (Additional Commitments) จากที่ได้ทำไว้
5. กำหนดเวลาในการปฏิบัติตามข้อผูกพันที่ได้ทำไว้ (Time-frame)
6. วันที่ข้อผูกพันที่ให้ไว้มีผลใช้บังคับ

เมื่อรัฐได้แสดงข้อผูกพันในตารางแสดงข้อผูกพันเฉพาะ ก็หมายความว่ารัฐมีข้อผูกพันทางกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามภายใต้ข้อจำกัดต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในข้อผูกพันเฉพาะ ปัญหาที่ว่าหากรัฐต้องการจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อผูกพันที่ตนได้ทำไว้ จะสามารถทำได้หรือไม่ ในเรื่องนี้หลักเกณฑ์ของ GATS ได้กำหนดระยะเวลาไว้ว่า ภายในเวลา 3 ปีนับจากวันที่ข้อผูกพันของตนมีผลใช้บังคับ รัฐคู่ภาคี จะทำการแก้ไขหรือถอดถอนข้อผูกพันที่ให้ไว้ไม่ได้ จะต้องผ่านพ้นไปแล้ว 3 ปี เท่านั้นจึงจะมีสิทธิที่จะขอเปลี่ยนแปลงหรือถอดถอนข้อผูกพันดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขตารางแสดงข้อผูกพันไม่ว่าจะสามารถแก้ไขได้อย่างเสรี โดยไม่มีกฎเกณฑ์ในการควบคุม ในเรื่องนี้ GATS ได้ยึดหลักว่าเมื่อรัฐคู่ภาคีได้แสดงเจตนาจะลดอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดหรือการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในระดับใดแล้ว จะมาเพิ่มอุปสรรคให้เกิดขึ้นในภายหลังไม่ได้ หากมีการเปลี่ยนแปลงข้อผูกพันและการเปลี่ยนแปลงนั้นได้ส่งผลกระทบต่อประเทศคู่ภาคีที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง ก็อาจจะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยให้กับรัฐคู่ภาคีที่ได้รับความเสียหายจากการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อผูกพันนั้น ภายใต้กระบวนการแก้ไขตารางข้อผูกพันที่ระบุไว้ใน ข้อ 21

กระบวนการในการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเจตนารมณ์ที่แสดงออกในตารางแสดงข้อผูกพัน GATS ได้ระบุกลไกให้รัฐภาคีที่ได้รับความเสียหายกับรัฐผู้ประสงค์จะเปลี่ยนแปลงข้อผูกพันได้มีการเจรจากันเพื่อตกลงเกี่ยวกับการปรับค่าชดเชยในความเสียหายที่เกิดขึ้น และรัฐที่ได้รับความเสียหายหรือได้รับผลกระทบอาจจะไม่ใช่รัฐเดียว ดังนั้น การปรับค่าชดเชยจึงจะต้องกระทำบนหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์หยาบ และถ้ารัฐคู่ภาคีที่เกี่ยวข้องไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ GATS ก็กำหนดให้ใช้อุญาโตตุลาการในการตัดสิน

### 2.2.2.1 ผลกระทบในเรื่องการปฏิบัติตามหลักการเข้าสู่ตลาด (Market Access)

พื้นฐานของหลักการของการค้าเสรีนั้น รัฐจะต้องเข้าไปแทรกแซงการแข่งขันให้น้อยที่สุด เพราะว่าการแข่งขันระหว่างผู้ผลิตจะนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดแก่ผู้บริโภค การที่ผู้ผลิตต่างๆ จะสามารถแข่งขันในตลาดได้นั้น รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้สามารถเข้าสู่ตลาดได้เสียก่อน ถ้าพิจารณาเฉพาะการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 คือ การให้บริการโดยผ่านทางบุคคลธรรมดา(Presence of Natural Persons) การเข้าสู่ตลาดก็หมายถึงการที่รัฐจะเปิดโอกาสให้คนธรรมดาสามารถเข้ามาให้บริการในตลาดภายในของตนได้

ในเรื่องของการเข้าสู่ตลาดกับการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติ (ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในลำดับถัดไป) จะมีความคล้ายคลึงกันอย่างมาก เพราะทั้งสองเรื่องต่างก็เกี่ยวกับการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาค้าบริการในดินแดนได้เหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม กฎระเบียบเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดนั้นจะแตกต่างกับกฎระเบียบเกี่ยวกับการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติในประเด็นที่ว่า กฎระเบียบเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดนั้นเป็นเรื่องของการที่กฎหมายกำหนดข้อจำกัดบางประเภทขึ้นมาให้รัฐสมาชิกละเว้นการ प्रतिบัติ 6 ประเภท ดังปรากฏใน ข้อ 16 วรรค 2 เอ) จนถึง เอฟ) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ซึ่งกำหนดไว้ว่า มาตรการหรือข้อจำกัดที่เกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด ซึ่งห้ามมิให้รัฐสมาชิกรนำมาใช้จะมีอยู่ด้วยกัน 6 กรณีดังต่อไปนี้ คือ

(เอ) ข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของจำนวนตัวเลข โควตา การผูกขาด ผู้ให้บริการที่ได้รับสิทธิแต่ผู้เดียว หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

(บี) ข้อจำกัดเกี่ยวกับมูลค่ารวมทั้งหมดของธุรกรรมทางการค้าบริการ หรือสินทรัพย์ในรูปแบบของจำนวนตัวเลขโควตา หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

(ซี) ข้อจำกัดเกี่ยวกับปริมาณทั้งหมดของการประกอบการบริการ หรือในปริมาณทั้งหมดของผลตอบแทนจากการบริการที่แสดงออกเป็นหน่วยตัวเลขที่ได้รับการกำหนดในรูปแบบของโควตาหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

(ดี) ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของบุคคลธรรมดาที่อาจถูกว่าจ้างในสาขาบริการใดโดยเฉพาะ หรือที่ผู้ให้บริการอาจจ้าง และเป็นผู้ที่จำเป็นและเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการให้บริการสาขาใดโดยเฉพาะ ในรูปแบบของจำนวนโควตา เงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ

(อี) มาตรการซึ่งจำกัดหรือกำหนดประเภทเฉพาะขององค์กรทางกฎหมายหรือการร่วมลงทุนซึ่งผู้ให้บริการอาจให้บริการโดยอาศัยองค์กรทางกฎหมายหรือการร่วมลงทุนนั้น

(เอฟ) ข้อจำกัดในการเข้าร่วมลงทุนต่างประเทศ ในรูปแบบของการจำกัดอัตราส่วนสูงสุดของการถือหุ้นต่างด้าว หรือมูลค่ารวมทั้งหมดของการลงทุนจากต่างประเทศ ของแต่ละบุคคล หรือโดยการร่วมลงทุน

ข้อจำกัดต่างๆ 6 ประเภtdังกรณีย่างต้นนี้ จะมีข้อจำกัดที่เกี่ยวกับการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 โดยตรงอยู่ 2 ประเภท ได้แก่ ข้อ (เอ) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อจำกัดในเรื่องจำนวนผู้ให้บริการ และ ข้อ(ดี) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อจำกัดในเรื่องจำนวนบุคคลธรรมดาที่เป็นลูกจ้างของผู้ให้บริการ

สำหรับข้อจำกัดใน (เอ) สิ่งที่ประเทศไทยจะต้องถือปฏิบัติก็คือ การกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการเปิดให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทยได้นั้น จะต้องไม่มีลักษณะเป็นการกำหนดปริมาณหรือจำนวนคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบอาชีพบริการในประเทศ ยกตัวอย่างเช่น จะกำหนดว่าในปีนี้ ประเทศไทยจะเปิดให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบอาชีพบริการได้ไม่เกินกว่าเท่านั้นเท่านั้นคนไม่ได้ ส่วนข้อจำกัดใน (ดี) เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนลูกจ้างต่างด้าวที่เข้ามาทำงานเกี่ยวกับบริการ ประเทศไทยจะกำหนดมาตรการที่จะจำกัดเพดานจำนวนลูกจ้างที่ทำงานบริการไม่ได้ ไม่ว่าจะผู้ให้บริการที่เป็นผู้ว่าจ้างนั้นจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา

อย่างไรก็ตาม ความข้างต้นนี้ก็มิได้หมายความว่ารัฐจะต้องเปิดเสรีให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาในดินแดนโดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ เลย เพราะการให้เข้ามาโดยเสรีโดยไม่มีข้อจำกัดเลยนี้ อาจจะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของรัฐก็ได้ ดังนั้น ในภาคผนวกว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาที่ให้บริการภายใต้ความตกลง (Annex on Movement of Natural Person s supplying services under the agreement) ข้อ2 จึงได้กำหนดว่าได้กำหนดให้ความตกลงจะไม่ใช้กับมาตรการที่มีผลต่อบุคคลธรรมดาที่หาทางเข้าตลาดการจ้างงานของสมาชิก และจะไม่ใช้กับมาตรการที่เกี่ยวกับสัญชาติ ถิ่นที่อยู่ หรือการจ้างงานบนพื้นฐานที่ถาวร และ ข้อ4 ได้กำหนดให้ความตกลงจะไม่ห้ามสมาชิกในการใช้มาตรการที่จะควบคุมการเข้าเมืองของบุคคลธรรมดา หรือการพำนัก

อาศัยชั่วคราว ในอาณาเขตของสมาชิกรวมทั้งมาตรการที่จำเป็นในการปกป้องบูรณภาพ และในการประกันให้มีการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาข้ามเขตแดนของตนอย่างเป็นระเบียบ หากว่ามาตรการดังกล่าวไม่นำมาใช้ในลักษณะที่ทำให้ประโยชน์ของรัฐสมาชิกอื่นตามเงื่อนไขของข้อผูกพันเฉพาะต้องถูกลบล้างหรือเสียหายไป

สำหรับผลกระทบในการปฏิบัติตามหลักการเข้าสู่ตลาด ในส่วนที่เกี่ยวกับการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ก็คือ คนต่างด้าวจะสามารถเข้ามาให้บริการภายในตลาดภายในประเทศไทยได้ โดยประเทศไทยจะตั้งข้อจำกัดต่างๆ ที่เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ 6 ประเภท นี้ โดยเฉพาะในข้อ(เอ) และ (ดี) ไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนั้นหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องซึ่ง ณ ที่นี้ได้แก่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมจะต้องสำรวจดูกฎระเบียบต่างๆ ที่กระทรวงฯ ได้ใช้อยู่ ว่าตรงกับข้อจำกัดที่ถูกห้ามไว้ทั้งข้อ(เอ) และ (ดี) หรือไม่ หากมีก็ต้องหาทางวางแผนงานในการแก้ไขต่อไป แต่การแก้ไขก็มิใช่จะต้องทำโดยทันที ทั้งนี้เพราะการเข้าสู่ตลาดนั้นอยู่ภายใต้การเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับซึ่งยึดถือหลักค่อยๆ เปิดเมื่อพร้อมภายใต้กระบวนการในการเจรจาต่อรองระหว่างประเทศ

#### 2.2.2.2 ผลกระทบในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

การปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้น เป็นเรื่องการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติกับคนต่างด้าวในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในการทำมาหากิน (Right of Establishment) ซึ่งเรื่องนี้ ตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐอาจพึงกระทำการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติกับคนต่างด้าวได้เท่าที่ไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำ (Minimum Standard of Treatment) แต่สำหรับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินี้ รัฐจะต้องให้การปฏิบัติต่อคนต่างด้าว (Treatment of Alien) เสมอเหมือนกันกับการปฏิบัติต่อคนชาติ เช่น การอนุญาตให้ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น เมื่อรัฐให้คนชาติสามารถทำได้ รัฐก็ต้องอนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้เช่นกัน หากมีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับสัญชาติของผู้ให้บริการว่าจะต้องเป็นคนชาติเท่านั้นจึงจะประกอบอาชีพให้บริการในรัฐได้ รัฐก็ต้องยกเลิกข้อกำหนดนี้ออกไป หรือการให้การปฏิบัติในมาตรฐานที่แตกต่างกันในเรื่องอื่นๆ เช่น หากรัฐเก็บค่าธรรมเนียมหรือภาษีในการประกอบอาชีพบริการบางอย่างสำหรับคนชาติในอัตราเท่าใด รัฐก็ต้องเก็บค่าธรรมเนียมหรือภาษีในการประกอบอาชีพบริการอย่างนั้นสำหรับคนต่างด้าวในอัตราที่เท่ากัน เป็นต้น

---

\* การใช้ข้อกำหนดให้มีการตรวจลงตราวีซ่าบุคคลธรรมดาของประเทศสมาชิกรายใดรายหนึ่ง โดยไม่ใช่นับกับบุคคลธรรมดาของสมาชิกอื่นๆ จะไม่ถือว่าการให้ประโยชน์ตามข้อผูกพันเฉพาะถูกลบล้างหรือเสียหายไป



หลักการในเรื่องนี้ได้ปรากฏในมาตรา 17 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ซึ่งได้วางหลักว่า ประเทศสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติต่อการบริการและผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่นใด ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการที่มีผลต่อการให้บริการ อย่างเป็นทางการอนุเคราะห์ไม่ด้อยไปกว่าการปฏิบัติที่สมาชิกนั้นให้แก่การบริการและผู้ให้บริการที่คล้ายคลึงกันของตน กล่าวคือจะต้องให้การปฏิบัติเท่าเทียมกันกับคนชาติ ในสาขาที่ระบุไว้ในตาราง และภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดที่กำหนดไว้ของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ซึ่งโดยหลักการแล้วหากไม่มีการกำหนดเงื่อนไขใดๆ ประเทศสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยจะออกมาในรูปของการปฏิบัติเสมอด้วยคนชาติ หรือรูปแบบอื่นใดจากที่ได้ให้กับคนชาติก็ได้ แต่การให้การปฏิบัติในรูปแบบอื่นใดที่แตกต่างออกไปนี้ หากมีผลไปเปลี่ยนแปลงสภาพการแข่งขัน โดยทำให้ผู้ให้บริการคนชาติได้เปรียบผู้ให้บริการในสาขาบริการที่เหมือนกันหรือคล้ายกันของชาติอื่นแล้ว จะถือว่าเป็นการให้การปฏิบัติที่ด้อยไปกว่าให้กับคนชาติด้วย

สำหรับผลกระทบในเรื่องการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในส่วนที่เกี่ยวกับการค้าบริการในรูปแบบที่ 4 ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว นั้น จะมีผลเช่นเดียวกับการปฏิบัติตามหลักการเข้าสู่ตลาด กล่าวคือ คนต่างด้าวจะสามารถเข้ามาแข่งขันการให้บริการในตลาดภายในของตนได้ ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่ารัฐจะใช้มาตรการใดๆ ที่ให้มาตรฐานการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวแตกต่างไปจากที่คนชาติได้รับในเรื่องการทำมาหากินไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องซึ่ง ณ ที่นี้ได้แก่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมจะต้องสำรวจดูกฎระเบียบต่างๆ ที่กระทรวงฯ ได้ใช้อยู่ ว่าสอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือมีกฎหมายที่ให้เลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติกับคนต่างด้าวในเรื่องการค้าบริการหรือไม่ หากมีก็ต้องหาทางวางแนวทางในการแก้ไขต่อไป แต่การแก้ไขก็มีไขว่าจะต้องทำโดยทันที ทั้งนี้เพราะการเข้าสู่ตลาดนั้นอยู่ภายใต้การเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับซึ่งยึดถือหลักค่อยๆ เปิดเมื่อพร้อมภายใต้กระบวนการในการเจรจาต่อรองระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับหลักการเข้าสู่ตลาด