

บทที่ 3

กฎหมายภายในของไทยกับการรองรับพันธกรณีภายใต้ข้อเรียกร้อง เขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐฯ

3.1 กฎหมายภายในของไทยในปัจจุบัน

3.1.1 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ในข้อเรียกร้องการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของสหรัฐฯ สหรัฐฯ ต้องการให้มีการเปิดเสรีอย่างกว้างที่สุด จึงเสนอให้ใช้ negative list approach กล่าวคือ ให้ถือว่า ทุกสาขาเปิดเสรีอย่างเต็มรูปแบบยกเว้นแต่สาขาที่ได้ระบุไว้ ซึ่งหากภาคีสัญญาไม่พร้อมจะเปิดสาขาใดก็ให้ไประบุยกเว้นไว้ในภาคผนวกแนบท้าย ตามข้อ non-conforming measures โดยแยกกำหนดเป็นยกเว้นมาตรการ (measures) และยกเว้นรายสาขา (sectors) รวมทั้งต้องการให้ข้อบทในบทลงทุนครอบคลุมถึงบทบริการในสาขาบริการที่เป็นการเข้าไปตั้งบริษัทในประเทศคู่ภาคี (commercial presence-mode 3) ด้วย เพื่อให้นักลงทุนได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากบทลงทุน เช่น ข้อกำหนดเงื่อนไขการลงทุน (performance requirement) การกำหนดสัดส่วนผู้บริหาร (senior management and board of directors) การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน (state-investors dispute settlement) ฯลฯ ซึ่งสาขาที่สหรัฐฯ ให้ความสำคัญและต้องการให้มีการเปิดเสรี ได้แก่ การธนาคาร โทรคมนาคม ไปรษณีย์ด่วนพิเศษ ฯลฯ

การรองรับพันธกรณีในการเปิดเสรีตามข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ กฎหมายที่สำคัญที่สุดในการพิจารณาการเปิดเสรีการลงทุนและการค้าบริการ โดยเฉพาะในรูปแบบบริการในหมวด 3 (mode 3 commercial presence) คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายภายในที่ใช้กำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้มีข้อพิจารณาประกอบกับข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ดังนี้

1) สหรัฐฯ เรียกร้องตามความตกลง (คลต.) เขตการค้าเสรีฯ ให้ภาคีสัญญาให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับนักลงทุนของภาคีสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทั้งในส่วนก่อน pre-establishment (คือในส่วนของการเปิดเสรี) และ post-establishment (คือในส่วนของการคุ้มครองการลงทุน)

เมื่อพิจารณาประกอบกับ ม. 10 วรรค 2 ของ พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ เรื่องการเปิดเสรี ซึ่งกำหนดให้ คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจตามพันธกรณีที่ไทยมีตามสนธิสัญญาฯ ได้รับการยกเว้นการห้ามประกอบธุรกิจตามบัญชีท้าย และสามารถขอให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าออกใบอนุญาตให้ประกอบได้ ทำให้ นักลงทุนสหรัฐฯ สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจได้อย่างเสรี ทั้งนี้ การเข้าเป็นภาคีความตกลงการค้าเสรีฯ จะต้องคำนึงถึงภาคผนวกข้อผูกพันที่รัฐบาลไทยจะทำกับสหรัฐฯ ในส่วนของข้อยกเว้นหรือสงวนบางสาขาไว้ตามข้อ non conforming measures ด้วย ซึ่ง

ในขั้นนี้ เนื่องจากไม่มีเอกสารภาคผนวกกระบวนสาขาที่รัฐบาลไทยจะขอสงวนไว้ จึงไม่อาจวิเคราะห์อย่างชัดเจนว่า สหรัฐฯ จะได้รับสิทธิการเปิดเสรีในสาขาใดบ้าง แต่ทั้งนี้ เชื่อว่า จะต้องไม่น้อยกว่าตามที่สหรัฐฯ ได้เคยได้รับแล้วตามสนธิสัญญาทางไมตรีไทย-สหรัฐฯ กล่าวคือ เปิดเสรีเกือบทุกสาขายกเว้นสาขาที่จำกัดไว้ตามสนธิสัญญาฯ และสหรัฐฯ น่าจะเรียกร้องเพิ่มในสาขาที่สหรัฐฯ สนใจ เช่น การเงินการธนาคาร การสื่อสารและไปรษณีย์ด่วนพิเศษ เป็นต้น

นอกจากนี้ คตล. เขตการค้าเสรีฯ ได้ขยายครอบคลุมถึงนักลงทุนของประเทศที่ไม่ใช่ภาคีสัญญา (non-party) ด้วย หากนักลงทุนดังกล่าวเข้าข่ายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรในสหรัฐฯ (permanent resident) ซึ่งเป็นที่น่าพิจารณาว่ากฎหมายของไทยครอบคลุมเพียงพอหรือไม่ (ม. 10 พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ) เนื่องจากขณะนี้ มีการตีความมาตราดังกล่าวในเชิงว่าครอบคลุมถึงพันธกรณีตามสนธิสัญญากับประเทศที่ไทยมีกับประเทศคู่ภาคีเท่านั้น แต่ในกรณีของผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรจะเห็นว่าไทยไม่ได้มีพันธกรณีกับประเทศของผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวร ไทยก็ไม่สามารถใช้การปฏิเสธการให้สิทธิตามความ ตกลง (denial of benefit) ได้ เพราะตาม คตล. ยินยอมให้ไทยปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ได้เฉพาะกรณีนิติบุคคลที่ถูก own หรือ control โดยบุคคลชาติซึ่งไทยไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางการทูตและ ไม่มีการประกอบธุรกิจอย่างแท้จริงในประเทศคู่ภาคีเท่านั้น (substantive business operation) ดังนั้น หากนิติบุคคลของสหรัฐฯ ถูก own หรือ control โดยบุคคลจากประเทศที่ไม่ใช่ภาคีสัญญา (non-party) แต่เป็นผู้มีการประกอบธุรกิจอย่างแท้จริงในสหรัฐฯ และไม่ใช่ประเทศที่ไทยไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย ไทยจะต้องให้สิทธิการเปิดเสรีด้วย

2) สหรัฐฯ เรียกร้องตาม คตล. เขตการค้าเสรีฯ ว่าภาคีสัญญาจะต้องไม่กำหนดเงื่อนไขการลงทุน (performance requirement)

เป็นข้อเรียกร้องที่มากเกินไปพันธกรณีตาม TRIMs หลายข้อ เช่น การห้ามกำหนดเงื่อนไขให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยี การจำกัดการวางตลาดสินค้าและบริการที่ผลิตในตลาดใดตลาดหนึ่ง หรือการกำหนดสัดส่วนยอดขายกับปริมาณการส่งออกหรือมูลค่าเงินตราต่างประเทศที่ได้รับจากการขาย รวมทั้ง จะต้องไม่มีข้อกำหนดบังคับการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูงเป็นคนสัญชาติหนึ่งสัญชาติใด และจะไม่ให้การจำกัดจำนวนคณะผู้บริหารในสัดส่วนที่อาจกระทบอำนาจในการบริหารจัดการของบริษัท ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าว เนื่องจากนักลงทุนสหรัฐฯ ได้รับสิทธิตาม ม. 10 ก็ จะได้รับการยกเว้นไม่ให้นำการกำหนดข้อยกเว้นตามมาตรา 18 มาใช้บังคับ จึงน่าจะเป็นพันธกรณีที่กฎหมายไทยพอจะบังคับให้ได้ อย่างไรก็ตาม เป็นที่สังเกตว่า สหรัฐฯ ได้ผูกโยงข้อกำหนดเงื่อนไขการลงทุนกับเรื่องเจ้าหน้าที่ระดับสูงและคณะกรรมการไว้กับข้อขอบเขตของความตกลงฯ ด้วย โดยระบุว่า คตล. นี้ให้ครอบคลุมถึง การลงทุนทั้งหมดในดินแดนของภาคีสัญญาหากเป็นการพิจารณาถึงข้อ 2 ข้อดังกล่าว ซึ่งเท่ากับว่า หากไทยรับข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ในข้อนี้จะทำให้ไทยไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขการลงทุน ซึ่งไทยสามารถกำหนดตาม ม. 18 กับการลงทุนของประเทศ

อื่นในประเทศไทยด้วย ซึ่งเท่ากับจะทำให้มาตรา 18 ของไทยเป็นอันไร้ผล และไม่สามารถใช้บังคับได้อีก

3.1.2 พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

หากพิจารณาการค่าบริการของบุคคลธรรมดาประกอบการเปิดเสรีตาม คตล. เขตการค้าเสรี ซึ่งถือเป็นรูปแบบการบริการในหมวด 4 (mode 4) ประกอบกับเรื่องการเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดา (movement of natural persons) กฎหมายสำคัญของไทยที่จะเกี่ยวข้องได้แก่ พรบ. การทำงานของคนต่างด้าวฯ และ พรบ. คนเข้าเมือง ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการจำกัดสิทธิหรือตั้งเงื่อนไขในการอนุญาตให้ผู้ให้บริการสหรัฐฯ เข้ามาให้บริการในประเทศไทย ซึ่งตาม คตล. เขตการค้าเสรีฯ ไม่มีข้อเรียกร้องใดให้ไทยต้องให้สิทธิพิเศษหรือผ่อนปรนเรื่องการเข้าเมืองให้กับคนชาติสหรัฐฯ ในการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ดังนั้น การเข้าเมืองของคนชาติสหรัฐฯ จะต้องเป็นไปตาม พรบ. คนเข้าเมืองฯ ในส่วนของการให้บริการของคนชาติสหรัฐฯ ในรูปแบบบริการหมวด 4 นั้น จะต้องพิจารณาจาก พรบ. การทำงานของคนต่างด้าว และ พรฎ. กำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ซึ่งเนื่องจากข้อมูลเกี่ยวกับพันธกรณีการเปิดเสรีบริการวิชาชีพไทย-สหรัฐฯ เป็นข้อมูลลับที่ยังไม่ได้มีการเปิดเผย จึงไม่สามารถวิเคราะห์ประเด็นได้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ตามสนธิสัญญาทางไมตรีไทย-สหรัฐฯ คนชาติสหรัฐฯ ก็ไม่ได้ได้รับสิทธิยกเว้นให้สามารถประกอบอาชีพสงวน 39 อาชีพได้อยู่แล้ว ซึ่งก็น่าเป็นไปได้ว่าสหรัฐฯ อาจเจรจาขอให้สามารถประกอบอาชีพสงวนบางอาชีพได้ เช่น สถาปนิก นักกฎหมาย วิศวกร หรือบริการทางบัญชี ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับการเจรจาว่า ไทยจะยินยอมผ่อนปรนให้คนชาติสหรัฐฯ สามารถประกอบวิชาชีพใดได้บ้างใน 39 วิชาชีพสงวน

3.1.3 พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ. 2485

ใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ ทั้งในบทลงทุนและบทบริการ สหรัฐฯ เรียกร้องภาคีสัญญาให้สิทธิการโอนเงินลงทุนตามคำนิยามการลงทุนออกนอกประเทศได้โดยเสรี และไม่ชักช้า (without delay) โดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนจะสามารถจำกัดการโอนเงินลงทุนออกได้เฉพาะในบางกรณี เช่น เป็นไปเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย เป็นการจัดการเกี่ยวกับการค้าหลักทรัพย์เป็นคดีความอาญาหรือเป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ซึ่งข้อเรียกร้องดังกล่าวมีความเข้มงวด และไม่เปิดช่องให้รัฐบาลสามารถออกมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อป้องกันและสร้างเสถียรภาพทางการเงินได้ นอกจากนี้ ใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ ยังไม่มีข้อบทคุ้มครองฉุกเฉิน (emergency safeguard) ที่ให้การยกเว้นให้รัฐสามารถออกมาตรการบางมาตรการเพื่อดูแลรักษานโยบายเศรษฐกิจมหภาคหรือความมั่นคงทางการเงิน (macroeconomic policies and financial

stability) ได้ ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาไทยไม่ประสบปัญหาเกี่ยวกับข้อบ่งชี้ลักษณะนี้มากนัก เพราะธนาคารแห่งประเทศไทยได้ผ่อนคลามาตรการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน และได้จำกัดการโอนเงินตราต่างประเทศเข้าออกมากนัก อย่างไรก็ตาม หลังเศรษฐกิจฟองสบู่แตก สภาพเศรษฐกิจไทยมีลักษณะเปราะบาง และมักถูกการเก็งกำไรค่าเงินบาทอยู่เสมอเนื่องจากปัจจัยพื้นฐานภายในประเทศยังไม่เข้มแข็งพอ การถูกผูกมัดโดยไม่มีข้อผ่อนปรนเช่นข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ เช่นนี้ จะทำให้ไทยประสบปัญหาในอนาคต และอาจถูกฟ้องร้องจากนักลงทุน หากรัฐออกมาตรการบางประการเพื่อควบคุมการโอนเงินลงทุนโดยเสรี ยกตัวอย่างเช่น การออกประกาศกำหนดการกักเงินสำรองร้อยละ 30 ของธนาคารแห่งประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 ม.ค. 2550 เพื่อป้องกันการเก็งกำไรค่าเงินบาท ซึ่งในทางปฏิบัติถือเป็นการกีดขวางการโอนเงินลงทุนโดยเสรี และอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการปฏิบัติผิดพันธกรณี และอาจทำให้ไทยถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ จึงเป็นประเด็นที่ควรระมัดระวัง และน่าจะผลักดันให้มีการเพิ่มข้อบ่งชี้ประเภท emergency safeguard หรือ general exception ในประเด็นดังกล่าวไว้ใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ ด้วย

3.1.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530

สหรัฐฯ เรียกร้องใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ ห้ามภาคีสัญญายึดทรัพย์หรือเวนคืนทรัพย์สินอันเป็นการลงทุนทั้งโดยตรงและทางอ้อม (direct or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization) เว้นแต่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะ ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ และมีการชดเชยในราคาตลาด พร้อมดอกเบี้ยค่านับแต่วันที่เวนคืนจนกระทั่งวันที่มีการชำระค่าชดเชยจริง ซึ่งข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ มีส่วนที่ต้องแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ กรณีเป็นการยึดทรัพย์หรือเวนคืนทางตรง (direct expropriation) ซึ่งมีความชัดเจนว่า หมายถึงการยึดเอากรรมสิทธิ์มาเป็นของรัฐโดยตรง กับกรณีเป็นการยึดทรัพย์หรือเวนคืนทางอ้อมโดยใช้มาตรการใดๆ ที่สหรัฐฯ พิจารณามีลักษณะเหมือนหนึ่งเป็นการเวนคืน ซึ่งสหรัฐฯ ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการเวนคืนทางอ้อมว่า หมายถึง การกระทำใดๆ ของรัฐซึ่งไม่จำเป็นต้องมีการยึดเอากรรมสิทธิ์ในการลงทุนมาเป็นของรัฐ แต่ส่งผลกระทบเชิงลบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของการลงทุน

หากพิจารณาในกรณีแรกในส่วนของการเวนคืนทางตรง ในขณะนี้ไทยมีกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่รับรองรับพันธกรณีดังกล่าว คือ พรบ. เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฯ เพราะในอดีตที่ผ่านมาการเวนคืนของไทยจำกัดเฉพาะการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะกฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นพื้นฐานก่อนก็จะพบว่ามีบางข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ที่เกินไปกว่ากฎหมายของไทย เช่น การให้ชดเชยดอกเบี้ยนับแต่วันเวนคืน เพราะตามกฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะให้ดอกเบี้ยเฉพาะกรณีเมื่อมีการผิณฑ์เท่านั้น ดังนั้น หากรับตามข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ก็ต้องมีกรณีต้องพิจารณาว่า หากมีการฟ้องเรียกค่าชดเชยกันตาม คตล. และสหรัฐฯ

เรียกร่องดอกเบี้ยยนับแต่วันเวนคืนแล้ว ไทยจะสามารถชดเชยให้ได้หรือไม่ โดยใช้กฎหมายใด เพราะกฎหมายเวนคืนฯ ไม่ได้บัญญัติครอบคลุมไว้

นอกจากนี้ เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจปัจจุบันมีลักษณะที่พัฒนาไปไกลกว่าในอดีตมาก การเวนคืนกรรมสิทธิไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น แต่อาจเกิดขึ้นในอีกหลายๆ กิจการ ซึ่งในขณะที่ไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับการเวนคืนในกิจการอื่นๆ ที่ไม่ใช่เรื่องที่ดิน ยกตัวอย่างเช่น การบังคับขายหรือการบังคับใช้สิทธิบางประการ เช่น การบังคับขายหุ้น หรือการบังคับให้เปิดให้บริการทางด่วนฯ ซึ่งเคยเกิดขึ้นแม้จะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือการบังคับใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (ซึ่งมีพระราชบัญญัติดูแลเป็นการเฉพาะแต่ก็ถือเป็นการลงทุนแขนงหนึ่ง) แต่ไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดเฉพาะว่าหากเกิดกรณีดังกล่าวจะให้การชดเชยกับผู้เสียหายอย่างไร

หากพิจารณาในส่วนที่สอง ซึ่งมีลักษณะที่ซับซ้อนกว่า คือ เป็นการเสมือนการยึดทรัพย์ หรือเวนคืนที่เรียกกันว่า การเวนคืนทางอ้อม เนื่องจากไม่มีการเปลี่ยนกรรมสิทธิจากผู้ลงทุนมาเป็นของรัฐแต่ประการใด แต่เป็นการมาตรการของรัฐส่งผลเชิงลบต่อการลงทุนและทำให้การลงทุนต่อไม่มีความคุ้มค่า และทำให้ผู้ลงทุนเสมือนว่าถูกยึดทรัพย์ไป ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการใหม่ และยังไม่เคยมีกฎหมายภายในของไทยบัญญัติไว้ และไม่มีการเปิดช่องยกเว้นพันธกรณีให้ไทยใน คตล. เขตการค้าเสรีเลย ดังนั้น การที่ความดังกล่าวมีลักษณะกว้างและคลุมเครือ การรับข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ย่อมเป็นไปได้ว่า ในอนาคต ไทยอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีจากนักลงทุนต่างชาติจากการดำเนินนโยบายปรกติและจะเป็นปัญหาว่า ไทยจะใช้กฎหมายฉบับใดพิจารณารองรับพันธกรณีดังกล่าวเพราะปัจจุบัน กฎหมายของไทยยังไม่ขยายไปถึงแนวคิดดังกล่าว

3.1.5 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

สหรัฐฯ เรียกร้องใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ ให้นักลงทุนสามารถฟ้องร้องรัฐในกรณีมีข้อพิพาทการลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนได้ โดยได้กำหนดใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ ว่า ภาาคิคู่สัญญาให้ความยินยอมล่วงหน้าให้นักลงทุนสามารถยื่นเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาได้ ซึ่งการกำหนดให้ความยินยอมล่วงหน้าดังกล่าว ขัดกับแนวปฏิบัติของไทย แม้จะไม่มีภาระระบุชัดใน พรบ. อนุญาโตตุลาการฯ เพราะ พรบ. อนุญาโตตุลาการยินยอมให้นำข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นตามสัญญาทางปกครองหรือไม่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยกลไกอนุญาโตตุลาการได้ แต่แนวปฏิบัติของไทยที่ผ่านมาก็ยึดถือเสมอว่า หากภาคเอกชนประสงค์จะเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาจะต้องเสนอให้รัฐบาลให้ความยินยอมก่อน กล่าวคือ ไทยไม่ยอมรับหลักการให้ความยินยอมล่วงหน้านั่นเอง ดังนั้น หากปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ในเรื่องการให้ความยินยอมล่วงหน้าก็อาจจะขัดกับแนวปฏิบัติปรกติของไทยได้ นอกจากนี้ สหรัฐยังระบุใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ ว่า ภาาคิคู่สัญญาจะต้องบังคับให้ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยไม่มีข้อ

โต้แย้งใดๆ ซึ่งขัดกับ พรบ. อนุญาโตตุลาการฯ เนื่องจาก พรบ. อนุญาโตตุลาการฯ เปิดช่องให้ศาลอาจปฏิเสธการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศได้ หากพิจารณาเห็นว่า คำชี้ขาดดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

นอกจากนี้ ใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ สหรัฐฯ ยังไม่เปิดช่องให้ไทยสามารถจำกัดขอบเขตของข้อพิพาทที่สามารถนำขึ้นสู่การพิจารณาของอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งทำได้ข้อพิพาททุกประเภทที่เป็นการพิพาทกรณีสามารถนำขึ้นสู่การพิจารณาได้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อน คตล. มีผลใช้บังคับ หรือเป็นข้อพิพาทที่เป็นทั้ง pre and post-establishment และ ใน คตล. ดังกล่าวยังไม่มีการนำหลักการถ่วงดุลการการลงทุนเพื่อรับสิทธิประโยชน์ตาม คตล. มาใช้ ซึ่งหลักดังกล่าวจะระบุว่า การลงทุนที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ตาม คตล. จะต้องได้รับการอนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นการเฉพาะจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องก่อน (specifically approved in writing from competent authority) ซึ่งจะช่วยจำกัดการผูกพันให้รัฐต้องเป็นคู่พิพาทกับนักลงทุนในข้อพิพาทการลงทุนได้ เพราะจะมีเฉพาะการลงทุนที่ได้รับอนุญาตเท่านั้นที่จะฟ้องร้องให้มีการระงับข้อพิพาทโดยกลไกอนุญาโตตุลาการได้

3.1.6 พระราชบัญญัติส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน พ.ศ. 2520

พรบ. ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฯ เป็นกฎหมายสำคัญที่ไทยใช้ในการส่งเสริมและดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในสาขาที่ไทยยังไม่มีความสามารถหรือต้องการเงินลงทุนจำนวนมาก โดยในการอนุญาติให้เข้ามาลงทุน รัฐจะให้สิทธิประโยชน์บางประการกับนักลงทุนเพื่อแลกเปลี่ยนกับสิ่งที่รัฐจะได้จากการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนนั้น เช่น การถ่ายทอดเทคโนโลยี การจ้างแรงงาน เป็นการผลิตเพื่อลดการนำเข้า วัสดุภายในประเทศ ฯลฯ ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวจะต้องมีความสอดคล้องกับ พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้การเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไทยเป็นไปเพื่อให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์สูงสุด อย่างไรก็ตาม หากไทยรับข้อเรียกร้องตาม คตล. เขตการค้าเสรีฯ และไม่มีข้อยกเว้นใน คตล. เกี่ยวกับการให้สิทธิพิเศษตาม พรบ. เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฯ ว่าเป็นสิ่งที่รัฐจะสามารถกระทำได้ จะส่งผลให้ต่อไปในอนาคต การบังคับใช้เงื่อนไขบางประการใน พรบ. กับนักลงทุนที่ขอรับการส่งเสริมจะเป็นสิ่งซึ่งขัดกับพันธกรณี เช่น การที่สหรัฐฯ ผูกโยงเรื่องการกำหนดเงื่อนไขการลงทุนและเรื่องเจ้าหน้าที่ระดับสูงและคณะกรรมการไว้กับขอบเขต คตล. ที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งจะทำให้ต่อไป ไทยจะไม่สามารถใช้บังคับมาตรใน พรบ. ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนฯ ในส่วนที่เป็นเงื่อนไขการลงทุนได้อีก เพราะจะเป็นการขัดพันธกรณี

3.1.7 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า

ผลจากการเปิดเสรีตาม คตล. เขตการค้าเสรีฯ ย่อมทำให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น และด้วยเหตุที่นักลงทุนต่างชาติมีเงินทุน ความชำนาญ เทคโนโลยี และการบริหารจัดการที่ดีกว่านักลงทุนท้องถิ่น จึงเป็นไปได้ว่า นักลงทุนต่างชาติจะเข้ามาผูกขาดตลาด และทำให้นักลงทุนท้องถิ่นต้องล้มละลายไป ซึ่งรัฐในฐานะผู้กำกับดูแลจะต้องคอยดูแลและให้ความเป็นธรรมกับการค้าอย่างเต็มที่ ซึ่งกฎหมายที่จะใช้เป็นเครื่องมือได้อย่างดี คือ กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ที่ให้อำนาจรัฐสามารถห้ามผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผูกขาดตลาดกำหนดราคาสินค้า หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการก่อให้เกิดการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวจะใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ภาครัฐจะต้องมีความเข้มแข็งและมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังและแท้จริง ซึ่งที่ผ่านมา เป็นที่กล่าวกันมากกว่า ผลการพิจารณาและวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ายังไม่เป็นที่น่าพึงพอใจนัก ซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐจะต้องเร่งแก้ไขเพื่อให้ให้นักลงทุนท้องถิ่นสามารถแข่งขันได้ภายใต้การมี คตล. เขตการค้าเสรีฯ

นอกจากกฎหมายซึ่งใช้รองรับพันธกรณีทั่วไป (general commitment) ใน คตล. เขตการค้าเสรีฯ แล้ว หากพิจารณาวิเคราะห์การเปิดเสรีเป็นรายสาขา (specific commitment) ยังจะต้องพิจารณากฎหมายเฉพาะเป็นรายสาขาประกอบด้วย ซึ่งในเอกสารวิเคราะห์ฉบับนี้ ทำการวิเคราะห์ใน 3 สาขา ได้แก่ การบำบัดน้ำเสียและสารมีพิษ การท่องเที่ยว และการให้บริการน้ำ จึงขอวิเคราะห์กฎหมายภายในเฉพาะสาขาที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

3.1.8 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

ในสาขาการบำบัดน้ำเสียและสารมีพิษ กฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง คือ พรบ. ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมฯ ซึ่งกำหนดมาตรฐานและแนวทางการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งมาตรการบำบัดน้ำเสียและสารมีพิษ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติไว้ใน ม. 73 ว่าผู้ควบคุมหรือรับจ้างให้บริการบำบัดน้ำเสียและกำจัดของเสียจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งในขณะนี้ สาขาดังกล่าว กฎหมายไทยไม่ได้มีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด (market access) กับนักลงทุนต่างชาติ เนื่องจากเป็นสาขาที่ไทยยังไม่มีผู้เชี่ยวชาญ และมีการลงทุนค่อนข้างสูง ดังนั้น สถานะปัจจุบันไม่ว่าจะมีการจัดทำเขตการค้าเสรีฯ หรือไม่สาขาดังกล่าวก็เป็นสาขาที่เปิดเสรีอยู่แล้ว นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงสนธิสัญญาทางไมตรี ไทย-สหรัฐฯ ประกอบก็จะพบว่านักลงทุนสหรัฐฯ ก็ได้สิทธิการเข้ามาประกอบการในธุรกิจดังกล่าวโดยเสรีเช่นกัน แต่ทั้งนี้ ก็จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของ พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ เรือนิยามคนต่างด้าว ฯลฯ ด้วย

การเปิดเสรีโดยมีการจัดทำ คตล. เขตการค้าเสรีฯ อาจมีส่วนช่วยสนับสนุนให้การบำบัดน้ำเสียและสารมีพิษของไทยมีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้นเพราะเป็นการกระตุ้นผู้ประกอบการ/นักลงทุนให้

เห็นโอกาสของการเปิดเสรีและเข้ามาลงทุนเพิ่มมากขึ้น เพราะสาขาดังกล่าวยังเป็นสาขาที่ไทยยังลงทุนน้อยเนื่องจากขาดแคลนเทคโนโลยีและเงินทุน อย่างไรก็ตาม ไทยจะได้รับประโยชน์มากขึ้น หากไม่ถูกจำกัดโดยเงื่อนไขการลงทุน (performance requirement) เรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยี เพราะจะทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างผู้ประกอบการไทยกับผู้ประกอบการต่างชาติมากขึ้น (mode 3) รวมทั้งทำให้ผู้เชี่ยวชาญชาวต่างประเทศสามารถเข้ามาทำงานให้กับผู้ประกอบการไทยได้สะดวกขึ้น (mode 4) หรือในบางครั้งการวิเคราะห์ตัวอย่างสารมีพิษในน้ำซึ่งมีขั้นตอนและกระบวนการที่สลับซับซ้อนอาจสามารถส่งไปทำการศึกษวิเคราะห์ในห้องทดลองในสหรัฐฯ ที่มีความเชี่ยวชาญในราคาที่ถูกลง (mode 2) เนื่องจากการกระตุ้นการเปิดเสรีให้นักลงทุนต่างชาติจำนวนมากมากขึ้นให้ความสนใจทำให้ตลาดกลายเป็นของผู้บริโภคไป

3.1.9 พระราชบัญญัติว่าด้วยและมัครุเทศก์ พ.ศ. 2535

ในสาขาการท่องเที่ยวมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องที่จะต้องใช้พิจารณา ซึ่งกฎหมายฉบับหนึ่งที่สำคัญ คือ พรบ. ว่าด้วยและมัครุเทศก์ฯ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้คุณสมบัติผู้มีสิทธิประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัครุเทศก์ไว้ใน ม. 15 ว่าหากเป็นบุคคลธรรมดาจะต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย และหากเป็นนิติบุคคลจะต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทย มีสำนักงานในประเทศไทยทุนของบริษัทไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ต้องเป็นของผู้ถือหุ้นไทย คณะกรรมการเกินกว่ากึ่งหนึ่งต้องเป็นคนไทย และหากเป็นห้างหุ้นส่วนจะต้องมีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นคนไทย นอกจากนี้ธุรกิจนำเที่ยวก็เป็นธุรกิจหนึ่งในบัญชีท้ายที่คนต่างด้าวจะต้องขออนุญาตประกอบการตาม พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ และมัครุเทศก์ก็เป็นอาชีพสงวนสำหรับคนไทยตามพรบ. การทำงานของคนต่างด้าวฯ อย่างไรก็ตาม กฎหมายนำเที่ยวและมัครุเทศก์ได้เปิดช่องยกเว้นข้อจำกัดดังกล่าวไว้ใน ม. 16 ว่า หากคนต่างด้าวเป็นคนชาติซึ่งไทยมีพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศให้ยกเว้นในกรณีบุคคลธรรมดาไม่จำเป็นต้องมีสัญชาติไทยสามารถขออนุญาตได้ และหากเป็นนิติบุคคลจะไม่นำข้อจำกัดเรื่องสัดส่วนคณะกรรมการบริษัทที่ต้องเป็นคนไทยเกินกึ่งหนึ่ง หรือหุ้นส่วนผู้จัดการจะต้องเป็นคนไทย รวมทั้งการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นร้อยละ 51 มาใช้บังคับแต่นิติบุคคลยังคงต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทยและมีสำนักงานในไทย (local presence) ซึ่งในกรณีนี้ ก็คือ หากมี คตล. เขตการค้าเสรีฯ นักลงทุนสหรัฐฯ ก็จะสามารขออนุญาตประกอบการได้นั่นเอง ทั้งนี้ เนื่องจากไทยมีสนธิสัญญาทางไมตรีกับสหรัฐฯ อยู่แล้ว ดังนั้น แม้จะยังไม่มี คตล. เขตการค้าเสรีฯ ก็เป็นอันเข้าใจได้ว่า นักลงทุนสหรัฐฯ ได้รับสิทธิการขออนุญาตนี้อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากยังไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับภาคผนวกข้อผูกพันซึ่งไทยตกลงจะเปิดเสรีให้กับสหรัฐฯ ในสาขาท่องเที่ยวยังไม่ทราบว่า ไทยจะกำหนดข้อจำกัดเพิ่มเติมประการใดหรือไม่ แต่ทั้งนี้ที่ผ่านมาการเปิดเสรีของไทยในสาขาท่องเที่ยว หากพิจารณาจากตารางข้อผูกพันในเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียจะเห็นว่า ไทยจะ

กำหนดข้อจำกัดเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นต่างชาติไว้ที่ร้อยละ 49 และจำนวนของผู้ถือหุ้นต่างชาติจะต้องน้อยกว่าร้อยละ 50

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเป็นการทั่วไปจะสังเกตว่า ธุรกิจนำเข้าและมักคุเทศก์แม้จะเปิดช่องให้นักลงทุนสหรัฐฯ เข้ามาขออนุญาตได้อยู่แล้ว แต่ในสภาพการณ์ปัจจุบันก็ยังไม่สภาพการผูกขาดของตลาด ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่า โดยลักษณะของธุรกิจแล้ว มีข้อจำกัดของตัวเอง เช่น บริษัทนำเข้าหรือมัคคุเทศก์ท้องถิ่นอาจมีความชำนาญและเข้าใจในความต้องการของคนท้องถิ่นได้ดีกว่า รวมทั้งข้อจำกัดด้านภาษา ฯลฯ (สาขาบริการ mode 3 และ 4) สำหรับใน mode 1 และ 2 ซึ่งเป็นการให้บริการผ่าน internet สำหรับ mode 1 หรือการที่คนไทยเดินทางไปใช้บริการนำเข้าเที่ยวในต่างประเทศ สำหรับ mode 2 นั้น ที่ผ่านมาก็ไม่ได้จำกัดไว้

3.1.10 พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547

ในสาขาการท่องเที่ยวในส่วนของโรงแรม กฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ พรบ. โรงแรม พ.ศ. 2547 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์การขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรมไว้ใน ม. 16 ว่าผู้ขออนุญาตจะต้องมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ซึ่งไม่ได้บัญญัติห้ามคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น หากเป็นคนต่างด้าวที่มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ย่อมสามารถขออนุญาตได้ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาประกอบกับ พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ ด้วย เพราะ การประกอบธุรกิจโรงแรมยกเว้นการบริหารโรงแรมเป็นธุรกิจในบัญชีท้าย พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ หากคนต่างด้าวจะเข้ามาลงทุนจะต้องขออนุญาตก่อน อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้บัญญัติข้อจำกัดที่เข้มงวดมากนักในการประกอบธุรกิจโรงแรม รวมทั้ง หากเป็นการบริหารจัดการโรงแรมก็ไม่ต้องขออนุญาตประกอบก็ได้ จึงมีลักษณะที่ค่อนข้างเปิดเสรีในระดับหนึ่งเพียงพอรองรับกับพันธกรณีได้อยู่แล้ว นอกจากนี้ ธุรกิจโรงแรมเป็นธุรกิจที่ในปัจจุบันมีความร่วมมืออันดีระหว่างภาคเอกชนไทยกับต่างประเทศ โดยเฉพาะมีการรับจ้างบริหารกิจการของนักลงทุนต่างประเทศในธุรกิจโรงแรมใหญ่ๆ เกือบทุกโรงแรม จึงนับเป็นภาคธุรกิจที่มีความเสรีและสามารถแข่งขันได้อยู่แล้วแม้จะมีการเปิดเสรี

3.1.11 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

ในการประกอบธุรกิจในสาขาต่างๆ ที่วิเคราะห์ถึงจำเป็นต้องคำนึงด้วยว่า การเข้ามาประกอบธุรกิจจำเป็นต้องมีการใช้พื้นที่ในการประกอบธุรกิจ ซึ่งตามกฎหมายไทยยังคงห้ามคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน จึงเท่ากับว่ากฎหมายภายในไม่เปิดช่องให้นักลงทุนต่างชาติมีกรรมสิทธิ์เป็นของตนเองได้ ยกเว้นแต่การเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเป็นการเข้าร่วมกับนักลงทุนและเป็นไปตามข้อกำหนดของ พรบ. ที่เกี่ยวข้องที่จำกัดสัดส่วนการถือหุ้นในสัดส่วน 49:51 ก็จะทำให้นิติบุคคลนั้นมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย (ไม่ใช่นิติบุคคลต่างด้าวตามคำนิยามของ

พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าวฯ) และสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินได้ แต่หากการลงทุนเป็นของนักลงทุนต่างชาติ (ถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตาม พรบ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าว) และจำเป็นต้องใช้ที่ดินในการประกอบกิจการอาจใช้การเช่าอสังหาริมทรัพย์ เป็นระยะยาวแทนได้ ซึ่งกฎหมายไทยที่รองรับพันธกรณีนี้ได้แก่ พรบ. การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมฯ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้สามารถทำการเช่าระยะยาว คือ เกินกว่า 30 ปีแต่ไม่เกิน 50 ปี และเมื่อครบกำหนดสัญญาเช่าสามารถต่ออายุสัญญาออกไปได้อีกไม่เกิน 50 ปีได้ โดยจะเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ แต่หากเกินว่า 100 ไร่จะต้องขออนุมัติอธิบดีกรมที่ดิน ก่อน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวถือเป็นกฎหมายรองรับพันธกรณีการเปิดเสรีอีกประการหนึ่ง เพื่อชดเชยช่องว่างที่จำกัดนักลงทุนต่างชาติไม่ให้ถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดิน โดยไม่จำเป็นที่ไทยจะต้องขยายพันธกรณีให้เปิดเสรีให้นักลงทุนต่างชาติสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ได้