

ข้อตกลงเกี่ยวกับการลงทุน

การเจรจาเพื่อเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาเริ่มต้นขึ้นจากการจัดทำสนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Treaty of Amity and Economic Relations) ระหว่างสองประเทศตั้งแต่ปี 2509 โดยนักลงทุนและบริษัทของสหรัฐอเมริกาจะได้รับสิทธิพิเศษในการลงทุนในประเทศไทยในทุกสาขาการผลิตและการบริการ ยกเว้น 6 สาขา อันได้แก่ การสื่อสาร การขนส่ง การดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น การธนาคารที่เกี่ยวกับการรับฝากเงิน การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมือง และการแสวงหาประโยชน์จากที่ดินและจากทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ

ทั้งนี้ การจัดทำสนธิสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของหลักการประติบัติเยี่ยงชาติที่รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ขององค์การการค้าโลก โดยประเทศไทยได้รับยกเว้นเป็นเวลา 10 ปีซึ่งการยกเว้นดังกล่าวได้สิ้นสุดลงในวันที่ 1 มกราคม 2548 แล้ว และภายหลังจากที่พ้นระยะเวลาที่ได้รับยกเว้นนั้นแล้ว ประเทศไทยจะต้องตัดสินใจกำหนดทำที่ในขั้นต่อไปว่าควรจะยกเลิกสิทธิตามสนธิสัญญาให้แก่นักลงทุนจากสหรัฐอเมริกา หรือให้สิทธิตามสนธิสัญญาต่อไปโดยการขอต่ออายุการได้รับยกเว้นกับองค์การการค้าโลก หรือขยายสิทธิให้แก่ประเทศสมาชิกอื่นในองค์การการค้าโลกให้เท่าเทียมกับที่นักลงทุนสัญชาติสหรัฐอเมริกาได้รับจากประเทศไทย ทั้งนี้ จุดยืนของสหรัฐอเมริกาคือต้องการจะจัดทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับประเทศไทยเพื่อทดแทนสนธิสัญญาดังกล่าว ซึ่งความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีจะไม่ขัดกับ GATS เนื่องจากมาตรา 5 ของ GATS อนุญาตให้สมาชิกสามารถจัดทำข้อตกลงการค้าบริการ (ซึ่งครอบคลุมถึงเรื่องการลงทุน) ระหว่างกันได้ โดยมีเงื่อนไขว่าความตกลงจะต้องครอบคลุมสาขาบริการอย่างหลากหลาย (Substantial Sectoral Coverage) ทั้งทางด้านจำนวนสาขาบริการ ปริมาณการค้า และรูปแบบการเปิดเสรีภาคบริการ รวมทั้งความตกลงนั้นจะต้องไม่ทำให้ผลประโยชน์ด้านข้อผูกพันของสมาชิกองค์การการค้าโลกที่อยู่นอกเหนือความตกลงพึงได้รับลดน้อยลง โดยสหรัฐอเมริกามีเป้าหมายว่าการเจรจาจะสิ้นสุดลงในเดือนมิถุนายน 2549

การศึกษาในบทนี้จะครอบคลุมประเด็นต่างๆ 6 ประเด็นคือ ภาพรวมการเปิดเสรีการลงทุนสาระสำคัญของการเจรจาจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับประเทศคู่ค้า ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศคู่ค้า มาตรการและกฎระเบียบต่างๆ สำหรับการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากการทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา และข้อเสนอแนะสำหรับการปรับตัวของประเทศไทย

7.1 ภาพรวมการเปิดเสรีการลงทุน

• ระดับพหุภาคี

ประเทศอุตสาหกรรมและประเทศพัฒนาแล้วซึ่งส่วนใหญ่มีฐานะเป็นผู้ส่งออกทุนได้พยายามผลักดันให้มีการเปิดเสรีด้านการลงทุนเพื่อที่จะเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการของตนสามารถไปลงทุนในต่างประเทศได้อย่างเสรี โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาที่ผลักดันประเด็นเรื่องการลงทุนที่ครอบคลุมทุกธุรกิจทุกประเภททั้งสินค้าและบริการเข้าในการเจรจาพหุภาคีของแกตต์ (GATT) ทั้งในรอบโตเกียวและในรอบอุรุกวัย แต่ความพยายามดังกล่าวก็ประสบความล้มเหลวเนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาซึ่งส่วนใหญ่มีฐานะเป็นผู้นำเข้าทุนแสดงท่าทีคัดค้านการสร้างกฎกติกาพหุภาคีด้านการลงทุนเนื่องจากข้อตกลงที่ผูกพันให้ประเทศกำลังพัฒนาต้องเปิดเสรีด้านการลงทุนอาจส่งผลกระทบต่อความสามารถของภาครัฐในการกำกับดูแลการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศเพื่อรักษาเสถียรภาพทางการเงินของประเทศ รวมทั้งผลกระทบต่อผู้มีประกอบการภายในประเทศที่ต้องแข่งขันกับผู้ประกอบการต่างชาติที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันที่สูงกว่า

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมา การเจรจาพหุภาคีของ GATT รอบอุรุกวัยได้มีการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการลงทุนจำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ 1) ความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Investment Measures: TRIMs) ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ให้อภัยมาตรการการลงทุนที่มีผลเป็นการจำกัดหรือบิดเบือนการนำเข้าหรือส่งออก แต่เป็นการเจรจาเกี่ยวกับมาตรการการลงทุนของรัฐสมาชิกที่มีผลกระทบต่อการค้าสินค้าเท่านั้นไม่ได้ครอบคลุมถึงการเปิดเสรีการลงทุนตามที่ประเทศพัฒนาแล้วต้องการ และ 2) ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) ซึ่งเป็นความตกลงเกี่ยวกับการเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างประเทศซึ่งรวมถึงการเปิดเสรีการลงทุนระหว่างประเทศในภาคบริการด้วย ข้อตกลงทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวกลายเป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาในเวทีองค์การการค้าโลกในเวลาต่อมา

การประชุมระดับรัฐมนตรีองค์การการค้าโลกครั้งที่ 1 ที่ประเทศสิงคโปร์ ได้มีการกำหนดให้ประเด็นเรื่องการลงทุนเป็นหนึ่งในหัวข้อใหม่ทั้ง 4 หัวข้อที่ประเทศสมาชิกจะมีการศึกษารอบและแนวทางในการเจรจาในประเด็นเหล่านี้หรือที่เรียกกันว่า Singapore Issues โดยการเจรจาการลงทุนครั้งนี้จะครอบคลุมทั้งประเด็นของการเปิดเสรีการลงทุน กฎกติกาและการกำกับดูแลภายในประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุนด้วยทั้งในภาคอุตสาหกรรมและบริการ อย่างไรก็ตาม ปฏิญญาโตฮามิได้ผูกพันว่าจะต้องมีการเจรจาในประเด็นใหม่เหล่านี้ หากแต่กำหนดว่าประเทศสมาชิกจะต้องมีฉันทามติในการที่จะให้มีการผนวกประเด็นเหล่านี้ในการเจรจารอบต่อไปเท่านั้น ซึ่งจนถึงขณะนี้ประเด็นเรื่องการลงทุนยังไม่ได้รับการบรรจุเข้าในการเจรจารอบโตฮามาแต่อย่างใด

• ระดับภูมิภาค

นอกจากการเจรจาในระดับพหุภาคีแล้ว ประเทศไทยได้จัดทำความตกลงในระดับภูมิภาคในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกของความร่วมมือทางเศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก หรือ เอเปค (Asia-Pacific Economic Cooperation: APEC) และอาเซียน (Association of Southeast Asian Nations: ASEAN)

การดำเนินการของเอเปค ประกอบด้วย 3 เสาหลัก คือ การเปิดเสรี (liberalization) ทางการค้าและการลงทุน การอำนวยความสะดวก (facilitation) ด้านการค้าและการลงทุน และความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจและวิชาการ (Economic and Technical Cooperation: ECOTECH) โดยปฏิญญาโบกอร์ของกลุ่มเอเปค (The Bogor Declaration of Common Resolve) ได้กำหนดเป้าหมายการเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก ภายในปี 2553 สำหรับประเทศสมาชิกที่พัฒนาแล้ว และภายในปี 2563 สำหรับประเทศสมาชิกกำลังพัฒนา ซึ่งข้อตกลงของเอเปคไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย

ปัจจุบัน ประเทศอาเซียนทุกประเทศได้ให้สัตยาบันความตกลงเขตการลงทุนอาเซียน (ASEAN Investment Area: AIA) และได้ยื่นรายการประเภทกิจกรรมและมาตรการที่จะขอยกเว้นจากการเปิดเสรีและการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติสำหรับภาคอุตสาหกรรมการผลิต เกษตรกรรม ประมง ป่าไม้ และเหมืองแร่ รวมทั้งบริการที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมดังกล่าวอย่างน้อย 1 สาขา ต่อคณะกรรมการเขตการลงทุนอาเซียน (AIA Council) แล้ว ซึ่งคณะกรรมการฯ มีมติเห็นชอบพิจารณาระยะเวลาการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่นักลงทุนอาเซียน และการเปิดเสรีทุกอุตสาหกรรมภายใต้ความตกลง AIA โดยประเทศสมาชิกใหม่ (กัมพูชา ลาว และเวียดนาม) สามารถยืดหยุ่นได้จนถึงปี 2553 แต่สำหรับสมาชิกอาเซียนเดิม 7 ประเทศมีผลบังคับใช้แล้วตั้งแต่ปี 2546 แต่เนื่องจากทุกประเทศต่างบรรจุกฎระเบียบภายในประเทศของตนไว้ในข้อยกเว้นที่สามารถกระทำภายใต้ความตกลง AIA¹ ทำให้ภายหลังการบังคับใช้ความตกลงในปี 2546 กลับไม่มีผลกระทบหรือการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นเท่าใดนัก

• ระดับทวิภาคี

ประเทศไทยมีการจัดทำข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) กับประเทศต่างๆ มากมาย จากสถิติ ณ ปี 2546 ประเทศไทยมีการจัดทำข้อตกลง BITs แล้วจำนวน 38 ข้อตกลง จากยอดข้อตกลง BITs ทั่วโลกจำนวนทั้งสิ้น 2,265 ข้อตกลง อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงเหล่านี้ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการเปิดเสรีด้านการลงทุน หากเป็นเพียงแต่ข้อตกลงที่ให้การคุ้มครองการลงทุนแก่ผู้ลงทุนจากประเทศภาคีจากมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการยึดทรัพย์ การถ่ายโอนเงิน การระงับข้อพิพาท เป็นต้น สำหรับสนธิสัญญาที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการเปิดเสรีมีเพียงฉบับเดียวคือ สนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Treaty of Amity and Economic Relations) ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ปี 2509 ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ สำหรับการจัดทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับประเทศคู่ค้าทั้งที่ลงนามมีผลบังคับใช้แล้วได้แก่ ประเทศ

¹ ความตกลง AIA กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถระบุรายการที่จะขอรับการยกเว้นโดยจำแนกเป็น 1) การขอยกเว้นตามความตกลง AIA เป็นการชั่วคราว (Temporary Exclusion List: TEL) ซึ่งจะมีการกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด 2) รายการอ่อนไหว (Sensitive List: SL) ซึ่งไม่มีการกำหนดระยะเวลาสิ้นสุด แต่ต้องมีการทบทวนจาก AIA Council และ 3) ข้อยกเว้นทั่วไป ซึ่งประเทศสมาชิกสามารถยับยั้งการลงทุนได้ หากประเทศสมาชิกอื่นเข้ามาลงทุนในกิจการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง ศิลธรรม จรรยา การปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช

บาหลีเรน จีน อินเดีย (ครอบคลุมเฉพาะประเด็นการลดภาษีเบื้องต้นสำหรับสินค้าบางรายการโดยเร่งด่วน แต่ไม่มีประเด็นด้านการลงทุน) ออสเตรเลีย (ไทยเปิดตลาดการลงทุนทางตรงไม่เกินร้อยละ 50 สำหรับทุกสาขาการผลิตและบางสาขาบริการ) และที่อยู่ระหว่างขั้นตอนการเจรจากับประเทศนิวซีแลนด์ เปรู และประเทศพัฒนาแล้วอีก 2 ประเทศคือ สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น ซึ่งครอบคลุมประเด็นการเจรจาในหลายหัวข้อ แต่ในบทนี้จะศึกษาความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศไทยเฉพาะประเด็นเรื่องการลงทุน

7.2 สาระสำคัญของความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับประเทศคู่ค้า

ถึงแม้ประเทศไทยได้ลงนามความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับหลายประเทศแล้ว อาทิ จีน บาหลีเรน อินเดีย ออสเตรเลีย แต่มีความตกลงเพียงหนึ่งเดียวที่ครอบคลุมประเด็นเรื่องการลงทุนและมีผลบังคับใช้แล้วตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 248 คือ ความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับออสเตรเลีย เนื่องจากเป็นความตกลงที่ครอบคลุมขอบเขตกว้างขวางในทุกเรื่อง (Comprehensive) ที่ทั้งสองประเทศมีความสนใจร่วมกัน

ออสเตรเลียจะเปิดตลาดให้นักลงทุนไทยหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนไทยสามารถเข้าไปจัดตั้งธุรกิจ ในออสเตรเลียทุกประเภทได้ 100% ยกเว้นธุรกิจประเภทหนังสือพิมพ์ การกระจายเสียง การบินระหว่างประเทศและท่าอากาศยาน แต่จะต้องดำเนินการภายใต้นโยบายการลงทุนต่างประเทศและกฎหมาย (Foreign Acquisitions and Takeovers Act-FATA) ออสเตรเลียจะเปิดตลาดในธุรกิจอื่นๆ เพิ่มนอกจากที่ผูกพันไว้ภายใต้ WTO อาทิ การซ่อมรถยนต์ บริการโทรศัพท์มือถือและดาวเทียม เป็นต้น (ดูรายละเอียดประกอบในตารางที่ 7.1)

ถึงแม้ออสเตรเลียจะเปิดตลาดให้นักลงทุนไทยตามรายละเอียดของข้อกำหนดในการจัดตั้งธุรกิจที่ไต่กล่าวไว้ข้างต้น แต่การลงทุนในธุรกิจบางประเภทในออสเตรียยังมีเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับอื่นๆ ภายในประเทศ อีกทั้งออสเตรเลียยังสงวนสิทธิในการใช้มาตรการต่างๆ ที่บริหารโดยรัฐบาลท้องถิ่น

ในขณะเดียวกัน ประเทศไทยจะเปิดตลาดให้คนออสเตรเลียลงทุนทางตรงได้ไม่เกิน 50% ในธุรกิจทุกประเภทที่ไม่อยู่ในบัญชี 1 และ 2 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกำหนดให้การประกอบธุรกิจทุกประเภทและการให้บริการผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต้องจดทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า นอกจากนี้ ประเทศไทยจะเปิดตลาดให้ออสเตรเลียมากกว่าที่ผูกพันไว้กับประเทศสมาชิกอื่นภายใต้ WTO โดยเปิดตลาดในบางธุรกิจให้คนออสเตรเลียถือหุ้นได้ไม่เกิน 60% โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นธุรกิจที่จัดทะเบียนจัดตั้งในไทยและมีสัดส่วนหนี้สินต่อทุนไม่เกิน 3 ต่อ 1 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นธุรกิจขนาดใหญ่และต้องใช้เงินลงทุนสูง โดยต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบข้อบังคับภายในประเทศ ซึ่งครอบคลุมสาขาบริการต่างๆ อาทิ ธุรกิจการสร้างหอประชุมขนาดใหญ่ ศูนย์แสดงสินค้านานาชาติ มารีน่า สวนสนุก เป็นต้น (ดูรายละเอียดประกอบในตารางที่ 7.1)

ตารางที่ 7.1 เงื่อนไขการลงทุนจัดตั้งธุรกิจภายใต้ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย

เงื่อนไขของประเทศออสเตรเลีย	เงื่อนไขของประเทศไทย
<ul style="list-style-type: none"> ● คนไทยสามารถเข้าไปถือหุ้นในธุรกิจออสเตรเลียทุกประเภทได้ 100% ยกเว้นธุรกิจประเภทหนังสือพิมพ์ การกระจายเสียง การบินระหว่างประเทศ และทำอากาศยาน ● ออสเตรเลียเปิดตลาดในธุรกิจอื่น ๆ เพิ่มเติมให้ไทยนอกจากที่ผูกพันไว้ภายใต้ WTO อาทิ การซ่อมรถยนต์ สถาบันสอนภาษาไทย สถาบันสอนทำอาหารไทย สถาบันสอนมวยไทย เป็นต้น ● การลงทุนที่เข้าข่ายในลักษณะต่อไปนี้จะต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนของต่างชาติ (Foreign Investment Review Board: FIRB) <ul style="list-style-type: none"> - การที่ผู้ลงทุนต่างชาติลงทุนในธุรกิจออสเตรเลียที่จัดตั้งอยู่แล้วซึ่งมีมูลค่าสินทรัพย์รวมกันมากกว่า 50 ล้านเหรียญออสเตรเลีย - การที่ผู้ลงทุนต่างชาติจัดตั้งธุรกิจใหม่ซึ่งมีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่ 10 ล้านเหรียญออสเตรเลีย - การลงทุนทางตรงของรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐบาลในต่างประเทศ - การซื้อกิจการหรือสินทรัพย์ของธุรกิจออสเตรเลียที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศซึ่งมีมูลค่าการซื้อตั้งแต่ 50 ล้านเหรียญออสเตรเลีย หรือมีส่วนเกิน 50% ของสินทรัพย์รวมทั้งหมดของธุรกิจ - การที่ผู้ลงทุนต่างชาติได้รับผลประโยชน์ในที่ดินเขตเมือง รวมทั้งผลประโยชน์จากการเช่า การให้สินเชื่อ การแบ่งปันผลกำไร และการถือหุ้นในบริษัทที่กองทุนที่ร่วมบริการที่ดินในเขตเมือง ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด 	<ul style="list-style-type: none"> ● ประเทศไทยเปิดตลาดให้คนออสเตรเลียลงทุนทางตรงได้ไม่เกิน 50% ในธุรกิจทุกประเภทที่ไม่อยู่ในบัญชี 1 และ 2 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ● ประเทศไทยเปิดตลาดให้ออสเตรเลียมากกว่าที่ผูกพันไว้กับประเทศสมาชิกอื่นภายใต้ WTO โดยเปิดตลาดในบางธุรกิจให้คนออสเตรเลียถือหุ้นได้ไม่เกิน 60% และมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นธุรกิจที่จดทะเบียนจัดตั้งในไทยและมีสัดส่วนหนี้สินต่อทุนไม่เกิน 3 ต่อ 1 โดยต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบข้อบังคับภายในประเทศ ● ธุรกิจที่ไทยเปิดตลาดให้ออสเตรเลียจำแนกตามสัดส่วนการถือหุ้นที่ได้รับอนุญาตมีดังนี้ <ul style="list-style-type: none"> - ธุรกิจที่ให้ออสเตรเลียถือหุ้นได้ไม่เกิน 25% ได้แก่ Database access services เฉพาะที่ใช้บริการระบบเครือข่ายภายใต้กำกับของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทช.) - ธุรกิจที่ให้ออสเตรเลียถือหุ้นได้ไม่เกิน 40% ได้แก่ Domestic very small aperture terminal เฉพาะที่ใช้บริการระบบเครือข่ายภายใต้กำกับของ กทช. - ธุรกิจที่ให้ออสเตรเลียถือหุ้นไม่เกิน 50% ได้แก่ บริการขายอุปกรณ์โทรคมนาคม เช่าอุปกรณ์สถานีโทรคมนาคม และที่ปรึกษาด้านโทรคมนาคม - ธุรกิจที่ให้ออสเตรเลียถือหุ้นไม่เกิน 60% ได้แก่ <ol style="list-style-type: none"> 1) บริการธุรกิจ อาทิ ที่ปรึกษาด้านการจัดการทั่วไป (เฉพาะที่จัดตั้งเป็นสำนักงานปฏิบัติการภูมิภาคให้บริษัทในเครือหรือสาขา) หอประชุมขนาดใหญ่ และศูนย์แสดงสินค้านานาชาติขนาดใหญ่ 2) บริการศึกษา ได้แก่ สถาบันอุดมศึกษาที่เน้นการสอนและวิจัยด้านวิทยาศาสตร์สิ่งมีชีวิต เทคโนโลยีชีวภาพ และเทคโนโลยีนาโน 3) บริการท่องเที่ยวและเดินทาง ได้แก่ โรงแรมหรูหราระดับใหญ่ และภัตตาคารเต็มรูปแบบ 4) บริการนันทนาการ วัฒนธรรมและกีฬา ได้แก่ สวนสาธารณะ (Theme park) และอุทยานสัตว์น้ำ 5) บริการขนส่ง ได้แก่ ที่จอดเรือท่องเที่ยว

เงื่อนไขของประเทศออสเตรเลีย	เงื่อนไขของประเทศไทย
	6) การลงทุนเหมืองแร่ ได้แก่ การทำเหมืองแร่บนบกและในทะเล - ธุรกิจที่ให้ออสเตรเลียถือหุ้นได้ 100% ได้แก่ 1) บริการก่อสร้าง ได้แก่ บริการก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ (เฉพาะที่มีทุนจดทะเบียนขั้นต่ำที่ชำระแล้วตั้งแต่ 1,000 ล้านบาท) 2) บริการจัดจำหน่าย และติดตั้งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตจากโรงงานออสเตรเลียในไทย

หมายเหตุ: ผู้เชี่ยวชาญที่เป็นพ่อครัวไทย หมายถึง ผู้ที่ได้รับใบประกาศนียบัตรมาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติ

จากกรมพัฒนาฝีมือแรงงาน

ที่มา: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ

ความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีระหว่างไทยกับออสเตรเลียเป็นความตกลงที่มีข้อสรุปแล้ว และมีผลบังคับใช้ในปี 2548 ที่ผ่านมา ส่วนประเด็นการลงทุนภายใต้ความตกลงแบบทวิภาคีระหว่างไทยกับประเทศอื่นๆ นั้นยังอยู่ระหว่างขั้นตอนการเจรจา ซึ่งรายละเอียดของการเจรจาจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับไทยจะกล่าวถึงในส่วนถัดไป

7.3 ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศคู่ค้า

การจัดทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับประเทศในกลุ่มอาเซียนนั้น สหรัฐอเมริกาจะเจรจาโดยยึดต้นแบบจากความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับสิงคโปร์ซึ่งมีผลบังคับใช้แล้วตั้งแต่ปี 2546 เป็นกรอบในการเจรจา นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกาได้ลงนามความตกลงกับประเทศชิลีและออสเตรเลียแล้วเช่นกัน รวมทั้งความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ซึ่งมีผลบังคับใช้มาเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่ปี 2537 โดยสาระสำคัญของความตกลงต่างๆ สรุปได้ดังนี้

7.3.1 สาระสำคัญของความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศคู่ค้า

ความตกลงการค้าเสรีที่สหรัฐอเมริกาลงนามกับสิงคโปร์ ชิลี และออสเตรเลียมีสาระสำคัญในประเด็นต่างๆ ในหัวข้อการลงทุนที่คล้ายคลึงกันมาก ซึ่งคาดว่าสหรัฐฯ จะยึดเป็นกรอบในการเจรจาในหัวข้อการลงทุนกับการทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศไทยเช่นกัน ซึ่งสามารถสรุปประเด็นสำคัญได้ดังนี้ (ดูรายละเอียดประกอบในตารางภาคผนวกที่ 7.1 และ 7.2)

- คำจำกัดความ (Definitions)

นิยามของการลงทุนในความตกลงทั้ง 3 ฉบับครอบคลุมการลงทุนอย่างกว้างทั้งการลงทุนทางตรง และการลงทุนในลักษณะต่างๆ เช่น การลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ การซื้อขายพันธบัตรและตราสารหนี้ การทำสัญญา สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิในทรัพย์สินประเภทต่างๆ ทั้งที่มีรูปร่างและไม่รูปร่าง อาทิ สิทธิการเช่า เป็นต้น

- หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (National Treatment and Most Favored Nation Treatment)

นักลงทุนต่างชาติจะต้องได้รับการปฏิบัติไม่ด้อยไปกว่านักลงทุนภายในประเทศของตนทั้งในเรื่องของการตั้งกิจการ การควบรวมกิจการ การขยายกิจการ การบริหารงาน การจัดการและการขาย รวมทั้งต้องปฏิบัติกับนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีไม่ด้อยไปกว่าที่ปฏิบัติกับนักลงทุนของประเทศภาคีอื่น โดยจะต้องไม่เลือกปฏิบัติสำหรับเงื่อนไขต่างๆ ทั้งก่อนและหลังการเข้ามาเปิดกิจการในประเทศเจ้าบ้าน (Pre & Post Establishments) ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว รัฐบาลของทุกประเทศจำเป็นต้องกำหนดกฎระเบียบ และเงื่อนไขสำหรับนักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศตน โดยเฉพาะในสาขาที่นักลงทุนในประเทศยังไม่มีความพร้อมในการแข่งขันกับนักลงทุนต่างชาติ แต่หากมีการลงนามความตกลงการค้าเสรีแล้ว จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนในประเทศและนักลงทุนต่างชาติ

- การกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติ (Minimum Standard of Treatment)

ประเทศภาคีต้องปฏิบัติกับนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีไม่น้อยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามจารีตประเพณีซึ่งอาจได้รับการยอมรับจากศาลว่าเป็นกฎหมายที่ปฏิบัติโดยทั่วไป (Customary International Law) โดยต้องปฏิบัติกับนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีด้วยความเป็นธรรม เท่าเทียม ยุติธรรม รวมทั้งไม่ปฏิเสธคำตัดสินในกระบวนการพิจารณาทางคดีอาญา คดีแพ่ง หรือกระบวนการพิจารณาโทษอื่นๆ ตามระบบกฎหมายส่วนใหญ่ของโลก และต้องปกป้องคุ้มครองนักลงทุนของประเทศคู่ภาคีอย่างเต็มที่ โดยต้องมีระดับการคุ้มครองตามจารีตประเพณีทางกฎหมาย

- การริบทรัพย์และชดเชยความเสียหาย (Expropriation)

ประเทศคู่สัญญาทั้งสองจะต้องไม่เวนคืน และโอนกิจการมาเป็นของรัฐไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือใช้มาตรการอื่นๆ ที่เทียบเท่ากับการริบทรัพย์ภายใต้ความตกลง ยกเว้นเป็นการทำเพื่อสาธารณประโยชน์หรือเป็นการดำเนินการตามกฎหมายภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และต้องชดเชยอย่างยุติธรรม รวมทั้งต้องเป็นไปตามกระบวนการด้านกฎหมาย กล่าวคือ รัฐบาลไทยจะทำให้ธุรกิจเอกชนของนักลงทุนเอกชนสหรัฐฯ เสียหายไม่ได้ ซึ่งหากเกิดความเสียหายขึ้นจากกฎกติกาของไทย ซึ่งเป็นกฎที่เลือกปฏิบัติให้แก่การลงทุนไทยมากกว่า นักลงทุนสหรัฐฯ สามารถฟ้องร้องรัฐบาลไทยได้ โดยผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ และอาจต้องจ่ายชดเชยความเสียหายให้แก่บริษัทเอกชนของสหรัฐฯ

การจ่ายเงินชดเชยจะต้องไม่น้อยกว่ามูลค่าตลาด ณ วันที่เวนคืน และจ่ายอย่างไม่ล่าช้า หากเกิดความล่าช้าจะต้องจ่ายเงินชดเชยรวมดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสมกับสกุลเงินนั้นๆ การริบทรัพย์และชดเชยความเสียหายตามมาตรานี้จะยกเว้นไม่นำมาใช้กับการออกใบอนุญาตในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ข้อตกลง ทริปส์ รวมถึงการเพิกถอนหรือการจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญาด้วย

- การโอนเงิน (Transfers)

การเคลื่อนย้ายเงินทุนและการโอนเงินระหว่างประเทศต้องดำเนินการได้อย่างเสรีและไม่ล่าช้า โดยครอบคลุมถึงการโอนเงินปันผล กำไร ดอกเบี้ย กำไรจากการขายหลักทรัพย์ ค่าธรรมเนียมการจัดการ และค่าธรรมเนียมอื่นๆ เป็นต้น โดยประเทศคู่สัญญาสามารถโอนเงินที่เกี่ยวกับการลงทุนในประเทศภาคีโดยใช้อัตราแลกเปลี่ยนราคาตลาดที่มีอยู่ในวันที่ทำการโอน ดังนั้น ภายหลังจากที่ความตกลงมีผลบังคับใช้ ธนาคารแห่งประเทศไทยจะไม่มีสิทธิปิดกั้นการไหลเข้าออกของเงินทุนได้ หากเกิดวิกฤตเศรษฐกิจ

- การกำหนดเงื่อนไขการลงทุน (Performance Requirements)

ประเทศคู่สัญญาห้ามกำหนดข้อกีดกันต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนหรือสร้างอุปสรรคให้นักลงทุนของประเทศคู่ภาคี เช่น ห้ามมิให้กำหนดสัดส่วนการส่งออก ห้ามมิให้กำหนดระดับการใช้วัตถุดิบภายในประเทศ ห้ามมิให้บังคับซื้อหรือใช้สินค้าที่ผลิตภายในประเทศผู้รับการลงทุน ห้ามมิให้มีการบังคับถ่ายทอดเทคโนโลยี กระบวนการผลิต หรือการถ่ายทอดความรู้ต่างๆ แก่บุคคลในประเทศผู้รับการลงทุน เป็นต้น แต่ไม่ได้ห้ามการใช้กฎระเบียบเพื่อเป็นแรงจูงใจการลงทุนแต่อย่างใด หากเทียบกับข้อตกลง TRIMS สิ่งที่แตกต่างกันคือ TRIMS ไม่มีข้อห้ามเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขในการถ่ายทอดเทคโนโลยีและกระบวนการผลิต การกำหนดเงื่อนไขสัดส่วนการส่งออก การกำหนดให้ซื้อหรือใช้บริการในประเทศ การกำหนดสัญชาติของผู้จัดการอาวุโส ข้อจำกัดเกี่ยวกับการขายในประเทศ การให้บริการแก่ภูมิภาคที่กำหนด และการเป็นซัพพลายเออร์ผูกขาดในบริการที่กำหนด ในขณะที่ความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐฯ กับสิงคโปร์มีการกำหนดเงื่อนไขห้ามดำเนินการสำหรับมาตรการเหล่านี้

- ผู้บริหารระดับสูงและคณะกรรมการ (Senior Management and Boards of Directors)

ประเทศคู่สัญญาห้ามจำกัดสัญชาติของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งผู้บริหารระดับสูง และคณะกรรมการ ซึ่งจะเป็นการให้สิทธิในการควบคุมดูแลกิจการที่ลงทุนโดยนักลงทุนต่างชาติอย่างเต็มที่

- มาตรการที่ขอยกเว้น (Non Conforming Measures)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ เงื่อนไขการลงทุน และสัญชาติของผู้บริหารระดับสูง ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 15.4 15.8 และ 15.9 ของความตกลงไม่สามารถนำมาใช้กับมาตรการที่ขอยกเว้นซึ่งถูกกำหนดโดยรัฐบาลในสวนกลาง และระดับมลรัฐ ตามที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันในบทที่ 8 เรื่องการค้าบริการ ข้ามพรมแดน รวมทั้งมาตรการที่กำหนดโดยรัฐบาลในระดับท้องถิ่น

- กลไกการระงับข้อพิพาท (Submission of a Claim to Arbitration)

การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนและรัฐบาลต้องดำเนินการโดยร่วมกันเจรจาต่อรองระหว่างกันโดยอาจใช้วิธีการของผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องหรือประเทศที่สาม แต่หากไม่สามารถเจรจากันได้ จะต้องฟ้องร้องกันตามอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ

ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) หรือคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (United Nations Commission on International Trade Law: UNCITRAL) โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องประกอบไปด้วยผู้แทนของทั้งสองฝ่ายและผู้เชี่ยวชาญเพื่อทำหน้าที่ไต่สวนและไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และสามารถดำเนินการอย่างเป็นอิสระจากอำนาจของศาลไทย

คณะผู้วิจัยขอให้ข้อสังเกตว่า การให้ความคุ้มครองภายใต้ความตกลงการค้าทวิภาคีที่กล่าวถึงนี้จะมีผลเฉพาะผู้ประกอบการสหรัฐฯ เท่านั้น แต่ไม่ได้คุ้มครองผู้ประกอบการภายในประเทศ ซึ่งหมายความว่า ผู้ประกอบการสหรัฐฯ อาจได้รับสิทธิการคุ้มครองมากกว่าผู้ประกอบการไทยภายใต้กฎหมายภายในประเทศ นอกจากนี้ สหรัฐฯ ยังต้องการให้การลงทุนของสหรัฐฯ ทุกประเภทที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยภายใต้ความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีไทย-สหรัฐฯ ได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติโดยไม่ต้องดำเนินการใดๆ อีกเพื่อขอรับสิทธิการคุ้มครองการลงทุนหลังจากเข้ามาลงทุนในประเทศไทยอีกด้วย ซึ่งจะแตกต่างกับกฎระเบียบของประเทศไทยในปัจจุบัน (ดูรายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อ 7.4.2.4)

7.3.2 ประสพการณ์ของต่างประเทศภายใต้ความตกลงการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศคู่ค้าทั้ง 3 ประเทศ ได้แก่ สิงคโปร์ ชิลี และออสเตรเลียมีผลบังคับใช้เมื่อช่วงปลายปี 2545 และ 2546 เป็นต้นมา จึงยังไม่มีผลกระทบที่ชัดเจนเท่าใดนัก ในขณะที่ความตกลงเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ (NAFTA) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกา เม็กซิโก และแคนาดา มีผลบังคับใช้มาเป็นเวลานานแล้วตั้งแต่ปี 2537 จึงสามารถเห็นผลกระทบที่ค่อนข้างชัดเจนระหว่างประเทศคู่สัญญา โดยสาระสำคัญของบทที่ 11 เรื่องการลงทุนภายใต้ข้อตกลงนาฟต้า มีเนื้อหาคล้ายกับความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับสิงคโปร์ ชิลี และออสเตรเลีย โดยได้กำหนดกฎระเบียบต่างๆ ให้ประเทศคู่เจรจาต้องปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศทั้งการลดกำแพงภาษี และการเปิดเสรีให้บริษัทต่างชาติเข้ามาลงทุนในสาขาการค้าและบริการต่างๆ ได้ รวมถึงระบบการไหลเข้าออกของเงินโดยที่เจ้าของประเทศไม่สามารถควบคุมได้ ซึ่งประเทศไทยเคยประสบปัญหาเช่นนี้มาแล้วในช่วงวิกฤตเศรษฐกิจ

ข้อตกลงนาฟต้าส่งผลกระทบต่อความสามารถในการควบคุมเศรษฐกิจของประเทศเม็กซิโก เนื่องจากนักลงทุนต่างชาติสามารถเข้ามาลงทุนได้อย่างไม่จำกัดจำนวนโดยที่รัฐบาลไม่สามารถเข้าควบคุมได้ ซึ่งถึงแม้บริษัทบางรายในเม็กซิโกจะสามารถพัฒนาประสิทธิภาพการแข่งขันเพิ่มขึ้นได้ แต่ก็ยังเป็นเพียงเฉพาะบริษัทรายใหญ่ที่มีทรัพยากรด้านการเงิน และการบริหารที่มีประสิทธิภาพในระดับโลกเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นบริษัทข้ามชาติ สำหรับธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของเม็กซิโกจำนวนมากต่างต้องเผชิญกับภาวะการแข่งขันที่รุนแรงจากบริษัทสหรัฐฯ ที่มีเงินทุนและเทคโนโลยีที่เหนือกว่า ทำให้บริษัทขนาดกลางและขนาดเล็กของเม็กซิโกบางส่วนถูกควบกิจการโดยนักลงทุนต่างชาติ

นอกจากนี้ ข้อตกลงนาฟต้ายังเปิดโอกาสให้บริษัทเอกชนต่างชาติสามารถฟ้องร้องผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายในประเทศที่เข้า

การลงทุน ซึ่งบทบัญญัติที่นักลงทุนต่างชาติส่วนใหญ่หยิบยกขึ้นมาอ้างอิงในการฟ้องร้องได้แก่ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง มาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำ การกำหนดเงื่อนไขการลงทุน การริบทรัพย์และชดเชยความเสียหาย ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นแล้วหลายกรณี (ดูรายละเอียดประกอบในตารางที่ 7.2) อาทิ คดีระหว่าง Metalclad Corp ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันที่ได้รับสัมปทานให้ก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะในเม็กซิโก กับรัฐบาลเม็กซิโก บริษัทอเมริกันได้ใช้สิทธิตามกระบวนการระงับข้อพิพาท โดยคณะอนุญาโตตุลาการตัดสินว่าการที่รัฐบาลเม็กซิโกระงับใบอนุญาตก่อสร้างโรงงานของบริษัทอเมริกัน และออกกฎหมายให้พื้นที่ก่อสร้างโรงงานเป็นเขตอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เป็นการกระทำเสมือนการริบทรัพย์ทางอ้อม (Indirect Expropriation) ซึ่งผลการตัดสินทำให้รัฐบาลเม็กซิโกต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจำนวน 16 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ให้แก่บริษัทอเมริกัน (ดูรายละเอียดในกรอบที่ 1)

ตารางที่ 7.2 กรณีการฟ้องร้องภายใต้หัวข้อการลงทุนของข้อตกลงนาฟตา

บริษัท หรือ นักลงทุน	ฟ้องเรียก ค่าเสียหาย	ข้อตัดสิน	ประเด็นฟ้องร้อง
Loewen30 ตุลาคม 2541	725 ล้าน เหรียญสหรัฐ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	Loewen ธุรกิจงานศัลยกรรมในแคนาดาฟ้องกลับเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากคำพิพากษาของศาลมิสซิสซิปปีที่ตัดสินให้บริษัทจ่ายค่าเสียหายเพราะเหตุพฤติกรรมผูกขาดตลาดและทำผิดกฎหมายหลายประการ
Mondev 1 กันยายน 2542	50 ล้าน เหรียญสหรัฐ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	Mondev บริษัทส่งออกสินแร่ในแคนาดาฟ้องกลับเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากคำพิพากษาของศาลฎีการัฐแมสซาชูเซตที่ตัดสินให้บริษัทจ่ายค่าเสียหายกรณีที่บริษัทไม่ทำตามสัญญา รวมถึงทำงานไม่เสร็จตามสัญญา
Methanex 3 ธันวาคม 2542	970 ล้าน เหรียญสหรัฐ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	Methanex เป็นบริษัทผู้ผลิตสาร Methanol ที่เป็นสารประกอบสำคัญของ MTBE บริษัทได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่รัฐแคลิฟอร์เนีย มีคำสั่งให้ยกเลิกการใช้สาร MTBE เติมน้ำมัน เพราะสารดังกล่าวปนเปื้อนแหล่งน้ำดื่ม ค่าความเสียหายคำนวณจากยอดขายที่ลดลง
ADF Group 19 กรกฎาคม 2543	90 ล้าน เหรียญสหรัฐ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	ADF Group คู่สัญญาก่อสร้างทางร่วมกับสหรัฐอเมริกาสัญชาติแคนาดา ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากกฎหมาย "ชีววัตถุพิษในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น" โดยอ้างว่า กฎหมายนี้เลือกปฏิบัติสิทธิของนักลงทุนต่างชาติที่ควรได้รับอย่างเท่าเทียมกับนักลงทุนในประเทศ
Ethyl 14 เมษายน 2540	201 ล้าน เหรียญสหรัฐ	แคนาดาแพคดี ต้องจ่าย 13 ล้านเหรียญสหรัฐ	Ethyl บริษัทเคมีในสหรัฐอเมริกา ผู้ผลิตสาร MMT ใช้เติมน้ำมันเพื่อป้องกันการน็อกของเครื่องยนต์ ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดา ที่ออกกฎหมายห้ามนำเข้าและขนย้ายสาร MMT ในแคนาดา เพราะมีงานวิจัยจำนวนมากยืนยันถึงผลกระทบของ MMT ต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรง
S.D.Myer 30 ตุลาคม 2541	20 ล้าน เหรียญสหรัฐ	แคนาดาแพคดี อยู่ระหว่างการเจรจา ค่าเสียหาย	S.D.Myer บริษัทกำจัดของเสียในสหรัฐอเมริกา ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่มีคำสั่งห้ามส่งออกสาร PCB แม้ว่ารัฐบาลแคนาดาจะทำตามสนธิสัญญาบราเซลของสหประชาชาติที่จำกัดการค้าสารเคมี
Pope & Talbot 25 มีนาคม 2542	381 ล้าน เหรียญสหรัฐ	แคนาดาแพคดี และอยู่ระหว่างการเจรจา	Pope & Talbot บริษัทอเมริกันเจ้าของโรงเลื่อย 3 โรงในแคนาดา ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่จำกัดโควตาส่งออกไม้แปรรูปจาก 4 จังหวัดของแคนาดาไปสหรัฐอเมริกา แม้ว่ารัฐบาลแคนาดาจะทำตาม

บริษัท หรือนักลงทุน	ฟ้องเรียกค่าเสียหาย	ข้อตัดสิน	ประเด็นฟ้องร้อง
		ค่าเสียหาย	ข้อตกลงสหรัฐฯ - แคนาดาว่าด้วยการค้าไม้เนื้ออ่อนแปรรูป
UPS 19 เมษายน 2542	160 ล้าน เหรียญ สหรัฐฯ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	UPS บริษัทไปรษณีย์ยักษ์ใหญ่ในสหรัฐอเมริกา ฟ้อง การไปรษณีย์แคนาดา (Canadian Post) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจ ฐานที่ได้รับการอุดหนุนจากรัฐบาล ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการแข่งขัน คดีนี้ถือเป็นคดีแรกในนาฟต้า ที่บริษัทเอกชนฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐวิสาหกิจ
Sun Belt 12 ตุลาคม 2542	10.5 ล้าน เหรียญ สหรัฐฯ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	Sun Belt เป็นบริษัทขนส่งน้ำสัณฐานอเมริกา ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบริติชโคลัมเบีย ที่ระงับการให้และต่อใบอนุญาตส่งออกน้ำ (ขนส่งด้วยแท็งก์น้ำที่ละมาก) โดยบริษัทอ้างว่า ทำให้บริษัทสูญเสียรายได้รวมถึงที่พึงได้ในอนาคต แม้ว่า รัฐบริติชโคลัมเบียจะระงับการส่งออกน้ำเพื่อเก็บไว้สำหรับการบริโภคภายในก็ตาม
Ketcham 22 ธันวาคม 2543	19.5 ล้าน เหรียญ สหรัฐฯ	แจ้งต่อ แคนาดาว่าจะ ฟ้องร้อง	Ketcham บริษัทไม้แปรรูปสัญชาติอเมริกัน ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลแคนาดาที่จำกัดโควต้าส่งออกไม้แปรรูปจาก 4 จังหวัดของแคนาดาไปสหรัฐอเมริกา แม้ว่ารัฐบาลแคนาดาทำตามข้อตกลงสหรัฐฯ - แคนาดาว่าด้วยการค้าไม้เนื้ออ่อนแปรรูป กรณีนี้ Ketcham เลียนแบบ Pope & Talbot
Metalclad 13 มกราคม 2540	90 ล้าน เหรียญ สหรัฐฯ	เม็กซิโกแพ้คดี ต้องจ่าย 15.6 ล้านเหรียญ สหรัฐฯ	Metalclad บริษัทสหรัฐอเมริกา ฟ้องเทศบาลกัวดาลคาซาร์ ประเทศเม็กซิโกที่ไม่ยอมออกใบอนุญาตให้ทั้งขยะสารพิษ กัลบอกรักษาเครื่องปั้นที่นิเวศพิเศษเพื่อปกป้องพื้นที่ที่มีความหลากหลายทางชีวภาพและพันธุกรรมหายาก
Azinian และ คณะ 17 มีนาคม 2540	19 ล้าน เหรียญ สหรัฐฯ	ยกฟ้อง	นักลงทุนชาวอเมริกัน ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากศาลเม็กซิโกที่ยกเลิกสัญญาการกักจัดของเสียในเมืองเม็กซิโกซิตี สาเหตุที่ยกเลิกสัญญา เพราะในสัญญามีประเด็นผิดกฎหมายถึง 27 ประเด็น
Waste Management 29 กันยายน 2541	60 ล้าน เหรียญ สหรัฐฯ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	บริษัทยักษ์ใหญ่ด้านการจัดเก็บขยะสัญชาติอเมริกัน ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเมืองอคาปูโกที่ยกเลิกสัมปทานจัดเก็บขยะ
Karpa 7 เมษายน 2542	50 ล้าน เหรียญ สหรัฐฯ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	บริษัทผู้ส่งออกบุหรี่ยักษ์สัญชาติอเมริกัน ฟ้องรัฐบาลเม็กซิโกที่ไม่ยอมคืนเงินภาษีให้ จนบริษัทไม่สามารถแข่งขันกับผู้ส่งออกบุหรี่ยักษ์ชาติเม็กซิกันได้
Adams และ คณะ 16 กุมภาพันธ์ 2544	75 ล้าน เหรียญ สหรัฐฯ	อยู่ระหว่างการพิจารณา	ชาวอเมริกันกลุ่มหนึ่ง ฟ้องรัฐบาลเม็กซิโกฐานเวนคืนบ้านพักตากอากาศของพวกเขาอย่างมิชอบ (ในปี 2539 ศาลแขวงเม็กซิโกได้มีคำพิพากษาว่า นักพัฒนาที่ดินที่ขายที่ดินให้แก่ชาวอเมริกันกลุ่มนี้ ไม่ได้เป็นเจ้าของที่ดิน จึงให้นักลงทุนชาวอเมริกันเหล่านี้ย้ายออกไป โดยไม่ได้จ่ายค่าชดเชย)

ที่มา: กรณีการ กิจคดีเวซกุล, 2547.

กรอบที่ 1

คดีระหว่าง Metalclad Corp กับรัฐบาลเม็กซิโก

ในปี 2536 Metalclad Corp ซึ่งเป็นบริษัทอเมริกันได้รับสัมปทานให้ก่อสร้างโรงงานกำจัดขยะในมลรัฐหลุยส์เซียนา ประเทศเม็กซิโก ต่อมาเกิดการคัดค้านการก่อสร้างโรงงานด้วยเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อม เทศบาลท้องถิ่นซึ่งเป็นที่ก่อสร้างโรงงานจึงได้ออกคำสั่งระงับใบอนุญาตการก่อสร้างเมื่อเดือนตุลาคม 2537 ทำให้การก่อสร้างไม่อาจดำเนินการต่อไปได้ และในปี 2540 ผู้ว่าการรัฐได้ออกประกาศให้พื้นที่ก่อสร้างโรงงานเป็นเขตพื้นที่อนุรักษ์

บริษัทอเมริกันได้ใช้สิทธิตามกระบวนการระงับข้อพิพาทขอให้แต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ โดยคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำวินิจฉัยในปี 2543 ตัดสินว่าการที่รัฐบาลเม็กซิโกระงับใบอนุญาตก่อสร้างโรงงานของบริษัทอเมริกัน และออกกฎหมายให้พื้นที่ก่อสร้างโรงงานเป็นเขตอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม เป็นการกระทำที่มีผลเท่ากับการยึดหรือริบคืนกิจการทางอ้อม (Indirect Expropriation) ตามมาตรา 1110 ในบทที่ 11 ภายใต้ข้อตกลงนาฟต้า

คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยประเด็นในบทบัญญัติดังกล่าวว่า "การยึดหรือริบคืนกิจการมิได้หมายความว่าเพียงการกระทำโดยเปิดเผย จงใจ และรับรู้ถึงการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุน แต่รวมถึงการแทรกแซงอย่างไม่เปิดเผยต่อการใช้ทรัพย์สิน ซึ่งมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของนักลงทุนไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แม้ว่าการกระทำดังกล่าว ประเทศผู้รับการลงทุนจะมีได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจใดๆ เลยก็ตาม" ซึ่งผลการตัดสินทำให้รัฐบาลเม็กซิโกต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายจำนวน 16 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ให้แก่บริษัทอเมริกัน

ที่มา: จักรกฤษณ์ ครอบงำ, 2547.

จากตัวอย่างคดีต่างๆ ข้างต้นจะเห็นได้ว่าเนื้อหาในหัวข้อการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรีของสหรัฐฯ มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ รวมทั้งจำกัดอำนาจของรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนในการเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมกฎระเบียบที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุน แม้แต่การบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม หรือสาธารณสุขประโยชน์ในประเทศผู้รับการลงทุน ดังนั้น หากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนดำเนินการที่ขัดต่อบทบัญญัติภายใต้ความตกลงการค้าเสรีซึ่งส่งผลกระทบต่อนักลงทุนสหรัฐฯ อาจเสี่ยงต่อการถูกฟ้องเรียกค่าเสียหายจากนักลงทุนเอกชนสัญชาติสหรัฐฯ ได้

7.4 มาตรการและกฎระเบียบสำหรับการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยประกอบด้วยข้อบังคับและกฎระเบียบต่างๆ ทั้งที่เป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นโดยรัฐบาลไทยเองเพื่อใช้บังคับภายในประเทศ และที่เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลไทยลงนามไว้กับประเทศอื่น โดยเฉพาะกับสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า สนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งสาระสำคัญของสนธิสัญญาฉบับนี้ รวมทั้งมาตรการภายในประเทศที่เกี่ยวข้องสามารถสรุปได้ดังนี้

7.4.1 สนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ

ประเทศไทยลงนามในสนธิสัญญาไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Treaty of Amity and Economic Relations) กับสหรัฐอเมริกาเมื่อ 29 พฤษภาคม 2509 โดยสนธิสัญญานี้ระบุให้คนสหรัฐอเมริกาที่จะเข้ามาลงทุนหรือประกอบธุรกิจในไทยได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) กล่าวคือมีสิทธิในการลงทุนในประเทศไทยเท่าเทียมกับคนไทยทุกประการ ยกเว้นในประเภทธุรกิจที่ระบุไว้ในสนธิสัญญา ได้แก่ การสื่อสาร (Communication) การขนส่ง (Transport) การดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น (Fiduciary functions) การธนาคารที่เกี่ยวกับการรับฝากเงิน (Banking involving depository functions) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมือง (Domestic trade in indigenous agricultural products) และการแสวงหาประโยชน์จากที่ดินและจากทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ (Exploitation of land and exploitation of other natural resources)

การจัดทำสนธิสัญญาดังกล่าวอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นของหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ขององค์การการค้าโลก (MFN exemption) เนื่องจากสนธิสัญญาไมตรีฯ ให้สิทธิคนอเมริกามากกว่าประเทศอื่นๆ ซึ่งขัดกับหลัก MFN โดยประเทศไทยได้รับยกเว้นตามหลัก MFN exemption เป็นเวลา 10 ปีซึ่งการยกเว้นดังกล่าวได้สิ้นสุดลงในวันที่ 1 มกราคม 2548 ที่ผ่านมา แต่จนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่แสดงท่าทีที่ชัดเจนว่าจะตัดสินใจเลือกดำเนินการในทิศทางใดระหว่าง 4 ทางเลือกต่อไปนี้

1. ยกเลิกสิทธิตามสนธิสัญญาให้แก่นักลงทุนจากสหรัฐอเมริกาซึ่งประเทศไทยอาจต้องเสี่ยงต่อการโดนฟ้องร้องจากสหรัฐอเมริกาเนื่องจากสนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้กำหนดวันสิ้นสุดของสัญญาไว้และเป็นอนุสัญญาที่ลงนามและมีผลบังคับใช้ก่อนการจัดตั้งองค์การการค้าโลก
2. ให้สิทธิตามสนธิสัญญาต่อไปโดยการขอต่ออายุการได้รับยกเว้นกับองค์การการค้าโลกซึ่งต้องผ่านความเห็นชอบจากประเทศสมาชิก
3. ขยายสิทธิให้แก่ประเทศสมาชิกอื่นในองค์การการค้าโลกให้เท่าเทียมกับที่นักลงทุนสัญชาติสหรัฐอเมริกาได้รับจากประเทศไทยภายใต้สนธิสัญญานี้ ซึ่งหมายความว่า นักลงทุนทุกสัญชาติที่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกสามารถเข้ามาลงทุนจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยได้อย่างเต็มที่โดยได้รับสิทธิพิเศษต่างๆ ที่เท่าเทียมกับนักลงทุนสัญชาติไทยและสหรัฐอเมริกา

4. โอนถ่ายสิทธิพิเศษต่างๆ ที่ให้แก่คนอเมริกันภายใต้สนธิสัญญาไปยังความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีที่จะจัดทำขึ้นในอนาคต

ในปัจจุบัน ประเทศไทยและสหรัฐอเมริกากำลังอยู่ระหว่างขั้นตอนการเจรจาเพื่อจัดทำความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคี โดยจะยึดความตกลงการค้าเสรีระหว่างสหรัฐอเมริกากับสิงคโปร์เป็นกรอบในการเจรจา ทั้งนี้ ความตกลงการค้าเสรีจะมีความยืดหยุ่นมากกว่ารายละเอียดในสนธิสัญญา โดยยินยอมให้ประเทศคู่สัญญาสามารถกำหนดสาขาธุรกิจที่ต้องการยกเว้นได้ค่อนข้างมาก ดังจะเห็นได้จากการที่สิงคโปร์ได้ขอยกเว้นบริการทุกสาขาที่รัฐวิสาหกิจเป็นผู้ให้บริการ นอกจากนี้ข้อตกลงด้านการลงทุนยังไม่บังคับใช้กับมาตรการต่างๆ ของรัฐในด้านสิ่งแวดล้อม และการปกครองที่ต่ำกว่าระดับมลรัฐ

สาระสำคัญของประเด็นด้านการลงทุนภายใต้ความตกลงทวิภาคีที่สหรัฐอเมริกาลงนามกับประเทศคู่ค้าคือ การให้การรับรองสิทธิของนักลงทุนของประเทศคู่สัญญาซึ่งได้แก่ การได้รับการคุ้มครองและการปฏิบัติที่เป็นธรรมจากรัฐบาลของประเทศคู่สัญญา และสิทธิในการเป็นเจ้าของและประกอบธุรกิจในประเทศคู่สัญญาที่เท่าเทียมกับนักลงทุนในประเทศ ซึ่งหากพิจารณาสาระสำคัญของความตกลงการค้าเสรีเปรียบเทียบกับรายละเอียดภายใต้สนธิสัญญาพบว่ามีประเด็นที่แตกต่างกันหลายประการคือ (ดูรายละเอียดประกอบในตารางภาคผนวกที่ 7.2)

• คำจำกัดความและขอบเขตของการลงทุน

ความตกลงการค้าเสรีจะระบุความหมายของ "การลงทุน" ไว้กว้างกว่าในสนธิสัญญามาก เนื่องจากสนธิสัญญาไม่ได้กำหนดคำนิยามของการลงทุนไว้ แต่ให้การคุ้มครองนักลงทุนและบริษัทสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ส่วนความตกลงการค้าเสรีนั้นให้การคุ้มครองแก่ "การลงทุน" ที่รวมถึงการลงทุนในหุ้น พันธบัตร ตราสารหนี้ เงินกู้ ตราสารทางการเงิน สัญญาซื้อขายล่วงหน้า สิทธิในการซื้อขายหลักทรัพย์ ตราสารอนุพันธ์ ทรัพย์สินทางปัญญา โบราณวัตถุประกอบธุรกิจ และกรรมสิทธิในสินทรัพย์อื่นๆ ซึ่งมีขอบเขตที่กว้างมาก และครอบคลุมถึงการลงทุนในระยะสั้นด้วย ในขณะที่การลงทุนภายใต้สนธิสัญญาครอบคลุมเฉพาะการลงทุนระยะยาวและการลงทุนโดยตรงเท่านั้น ซึ่งหากการลงทุนเหล่านี้ได้รับผลกระทบจากการที่รัฐบาลไทยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงด้านการลงทุน นักลงทุนซึ่งได้รับความเสียหายก็จะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐบาลไทยได้โดยใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้

นอกจากนี้ ความตกลงการค้าเสรีระบุให้นำหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติมาใช้กับมาตรการต่างๆ ด้านการลงทุนภายในประเทศ ซึ่งจะส่งผลให้นักลงทุนสหรัฐอเมริกาได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกับนักลงทุนไทย อาทิ สิทธิในการจัดตั้งธุรกิจ สิทธิในการทำธุรกิจแต่ละประเภท เป็นต้น ในขณะที่สนธิสัญญามีข้อยกเว้นสำหรับการทำธุรกิจใน 6 ประเภทที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น และสนธิสัญญายังไม่ให้สิทธิแก่นักลงทุนสหรัฐอเมริกาในการถือครองที่ดิน และสิทธิในการเข้าเมือง เป็นต้น

- การคุ้มครองการลงทุน

ความตกลงการค้าเสรีห้ามมิให้รัฐกำหนดเงื่อนไขในการลงทุนบางประเภท เช่น เงื่อนไขการบังคับใช้วัตถุดิบภายในประเทศ การควบคุมการส่งผลกำไรและเงินตราออกนอกประเทศ เงื่อนไขว่าด้วยการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการอนุญาตให้ลงทุน การคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรียังห้ามมิให้รัฐบาลใช้มาตรการที่เทียบเท่าการริบทรัพย์กิจการที่เป็นของนักลงทุนสหรัฐอเมริกาและโอนกิจการมาเป็นของรัฐ ทั้งการยึดหรือริบคืนโดยตรงและโดยอ้อม ยกเว้นเป็นการทำเพื่อสาธารณประโยชน์หรือเป็นการดำเนินการตามกฎหมายภายใต้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และต้องชดเชยอย่างยุติธรรม รวมทั้งต้องเป็นไปตามกระบวนการตามกฎหมาย

- กลไกการระงับข้อพิพาท

ความตกลงการค้าเสรีจะมีกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐ ซึ่งหมายความว่านักลงทุนเอกชนซึ่งได้รับความเสียหายจากการที่รัฐบาลของอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงด้านการลงทุนจะสามารถนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศได้เช่น ในเวทีของ UNCITRAL หรือ ICSID โดยจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ ข้อตกลงด้านการลงทุนในความตกลงการค้าเสรีจึงมีนัยทางกฎหมายแตกต่างไปจากรายละเอียดในสนธิสัญญา ซึ่งไม่มีกลไกที่ให้นักลงทุนเอกชนเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐผ่านกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

7.4.2 มาตรการการลงทุนภายในประเทศไทย

การลงทุนในประเทศไทยอยู่ภายใต้กฎระเบียบและบทบัญญัติที่หลากหลายทั้งที่เป็นการส่งเสริมการลงทุนตามประเภทของกิจการและลักษณะของการลงทุน ตามเขตพื้นที่ที่ตั้งของกิจการ รวมทั้งการจำกัดขอบเขตการลงทุนตามลักษณะอาชีพในประเทศไทย โดยมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

7.4.2.1 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายแม่บทว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยสำหรับการกำหนดขอบเขตการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย กฎระเบียบการลงทุนของประเทศไทยในปัจจุบันเปิดเสรีให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการในภาคการผลิตได้อย่างเต็มที่ 100% ส่วนภาคบริการยังมีข้อจำกัดสำหรับการเข้ามาประกอบกิจการโดยนักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ซึ่งภายใต้ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยได้จำแนกธุรกิจในการบริการไว้เป็นธุรกิจทั้งหมดที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

- เงื่อนไขการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การเข้ามาจัดตั้งหน่วยธุรกิจ (Legal entity) เพื่อให้บริการในประเทศไทยจะต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดในไทยและต้องร่วมหุ้นคนไทย โดยต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และจำนวนผู้ถือหุ้นต่างชาติต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ยกเว้นบางกิจกรรมที่สัดส่วนการถือหุ้นเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ

ส่วนการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทยสามารถเข้ามาได้เป็นการชั่วคราว อาทิ การโอนย้ายพนักงานภายในบริษัท (Intra-corporate transferee) ระดับผู้บริหาร ผู้จัดการ และผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น ยกเว้นวิชาชีพสงวน 39 วิชาชีพ ส่วนวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการภายใต้ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับแก้ไข) พ.ศ. 2542 จำแนกได้เป็น 3 บัญชี ได้แก่ 1) ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำ 2) ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง ปลอดภัย และวัฒนธรรม 3) ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมในการแข่งขัน (ดูรายละเอียดประกอบในตารางภาคผนวกที่ 7.3)

นักลงทุนต่างชาติ หรือบริษัทต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 สำหรับธุรกิจในบัญชี 1 ได้แก่ งานกิจกรรม งานเลี้ยงสัตว์ งานป่าไม้ หรืองานประมง เป็นต้น การลงทุนจากต่างประเทศสำหรับการประกอบกิจการในบัญชี 2 ได้แก่ การขับขี่เครื่องบินในประเทศ งานทอผ้าด้วยมือ เป็นต้น ต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีโดยความยินยอมของกระทรวงพาณิชย์ โดยนักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 60 หรือสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 75 สำหรับการพิจารณาโดยเฉพาะเป็นกรณีๆ ไป (case by case basis) อย่างน้อย 2 ใน 5 ของคณะกรรมการบริษัทต้องมีสัญชาติไทย

ส่วนการประกอบธุรกิจในบัญชี 3 ซึ่งประกอบด้วยธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมแข่งขันกับกิจการของคนต่างด้าว ได้แก่ งานขายทอดตลาด งานการท่องเที่ยว ธุรกิจบริการต่างๆ เป็นต้น นักลงทุนต่างชาติต้องได้รับความยินยอมจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ในการเข้ามาประกอบกิจการในไทย และสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49

ทั้งนี้ ทุนขั้นต่ำที่นักลงทุนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาทสำหรับธุรกิจที่ไม่อยู่ในรายการบัญชีท้ายพระราชบัญญัติทั้ง 3 บัญชี และสำหรับธุรกิจที่อยู่ในรายการบัญชีท้ายพระราชบัญญัติจะต้องมีทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของค่าเฉลี่ยต่อปีของประมาณการรายจ่ายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นเวลา 3 ปี แต่ต้องไม่น้อยกว่า 3 ล้านบาทสำหรับแต่ละธุรกิจ

- การขอใบอนุญาตและหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

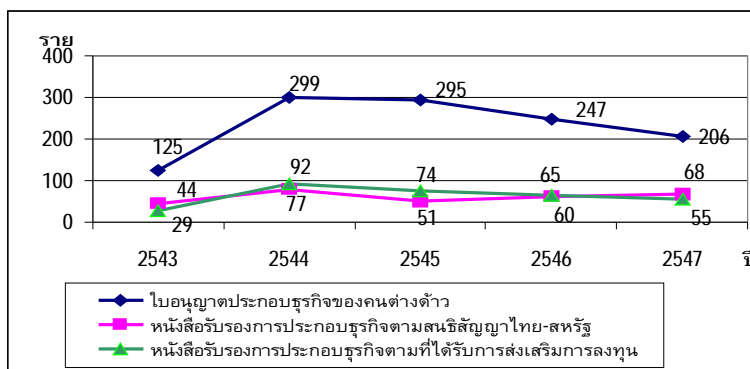
บทบัญญัติภายใต้ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดให้การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในธุรกิจที่อยู่ในบัญชี 2 และ 3 ต้องขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีสำหรับธุรกิจในบัญชี 2 และจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าสำหรับธุรกิจในบัญชี 2 และ 3 (มาตรา 17) แต่หากเป็นกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Office of the Board of Investment: BOI) หรือกิจการที่ได้รับอนุญาตประกอบอุตสาหกรรมจากการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (มาตรา 12) หรือเป็นกิจการภายใต้กฎหมายฉบับอื่นของไทย อาทิ การประกอบกิจการภายใต้เงื่อนไขของสนธิสัญญาไมตรีฯ ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา (มาตรา 11) ต้องแจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจในประเทศไทย

ทั้งนี้ หากกิจการใดประกอบธุรกิจหลายประเภทซึ่งเข้าข่ายมาตราต่างๆ ข้างต้นหลายมาตรา กิจการนั้นจะต้องแยกดำเนินการขอรับอนุมัติจากหน่วยงานที่มีอำนาจเป็นกรณีไป อาทิ หากบริษัท A

เป็นบริษัทต่างชาติสหรัฐฯ ซึ่งประกอบธุรกิจหลายประเภทในประเทศไทย ประกอบด้วยธุรกิจประเภท ก. ที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ และธุรกิจประเภท ข. ที่ต้องขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 17 ของ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บริษัท A จะต้องดำเนินการขอรับบัตรส่งเสริมการลงทุนจาก BOI พร้อมทั้งขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจภายใต้มาตรา 12 สำหรับธุรกิจประเภท ก. จากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า และขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจภายใต้มาตรา 17 สำหรับธุรกิจประเภท ข. จากรัฐมนตรีหรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

นับจาก พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนมีนาคม 2543 เป็นต้นมาจนถึงเดือนตุลาคม 2547 พบว่า การขออนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 17 มีจำนวน 1,172 ราย การออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจตามสนธิสัญญาไทย-สหรัฐอเมริกาตามมาตรา 11 และตามที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12² มีจำนวน 300 และ 315 ราย ตามลำดับ โดยการขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยรวมมีแนวโน้มลดลงจากจุดสูงสุดในปี 2544 (ดูรูปที่ 7.1) ซึ่งอาจมีสาเหตุจากการที่ธุรกิจบางประเภทที่ได้รับอนุญาตไม่มีกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดใบอนุญาต สำหรับการออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจตามสนธิสัญญาไทย-สหรัฐอเมริกามีแนวโน้มเพิ่มขึ้นไม่มาก โดยส่วนใหญ่เป็นการประกอบธุรกิจบริการ เช่น การให้คำปรึกษาด้านบริหารจัดการ บริการติดตั้ง ซ่อมแซมเครื่องจักร เป็นต้น รวมทั้งการค้าปลีก คำส่งสินค้านำเข้า กิจการนายหน้าหรือตัวแทน เป็นต้น (ดูรูปที่ 7.2) ส่วนการออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจตามที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนมีแนวโน้มลดลง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการประกอบธุรกิจบริการเช่นเดียวกับที่ได้รับตามสนธิสัญญา

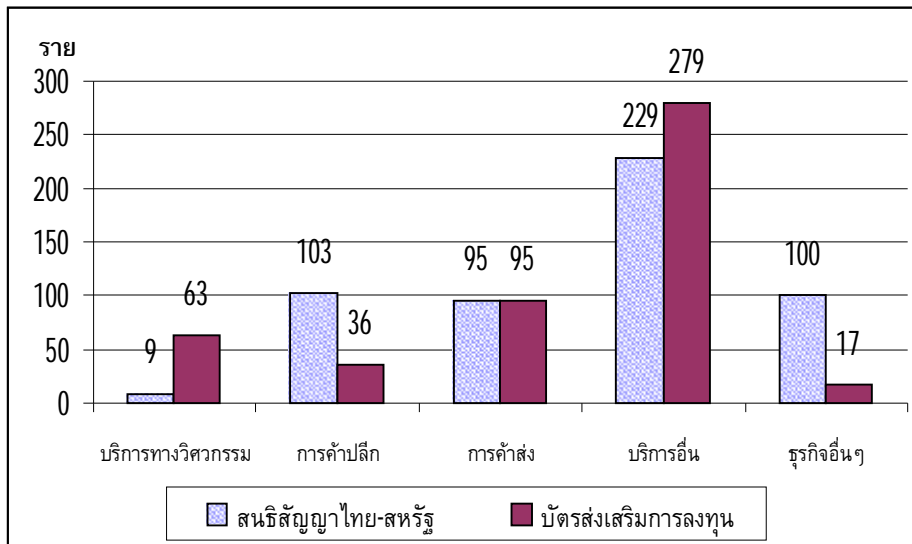
รูปที่ 7.1 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจำแนกตามใบอนุญาตและหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตั้งแต่เดือนมีนาคม 2543 - ตุลาคม 2547



ที่มา: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

² ตั้งแต่เดือนมีนาคม 2543 ถึงเดือนเมษายน 2547 การออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจตามที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนมีจำนวน 276 ราย และตามที่ได้รับอนุญาตจากการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยมีจำนวน 12 ราย

รูปที่ 7.2 การออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจำแนกตามประเภทธุรกิจ ตั้งแต่เดือนมีนาคม 2543 – ตุลาคม 2547

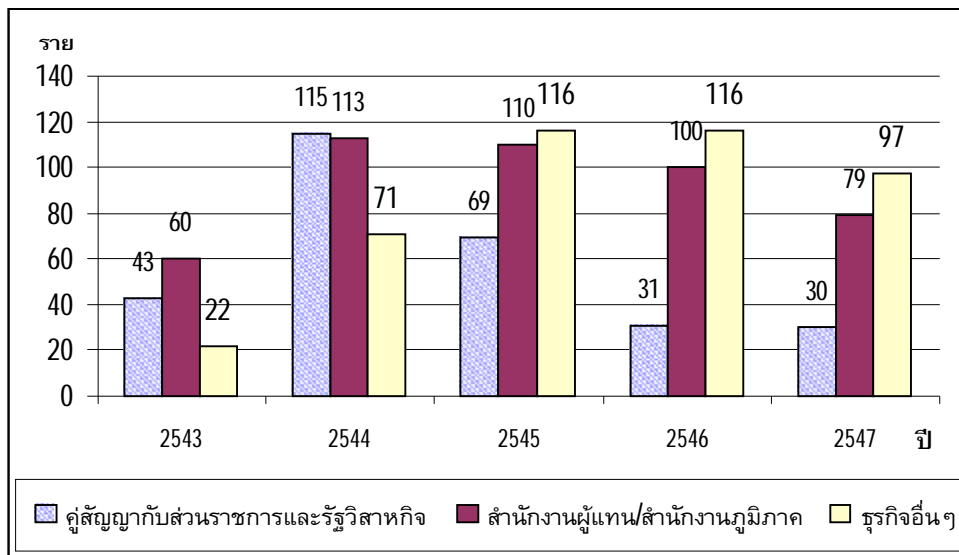


- หมายเหตุ: 1) จากตัวเลขสถิติข้างต้น การขอหนังสือรับรอง 1 ฉบับ สามารถระบุการประกอบธุรกิจได้หลายประเภท
 2) บริการอื่น ได้แก่ การให้เช่าทรัพย์สิน การรับจ้างผลิตชิ้นส่วนอะไหล่รถยนต์ บริการติดตั้ง ทดสอบ บำรุงรักษา และซ่อมแซมสินค้าเฉพาะยี่ห้อ เป็นต้น
 3) ธุรกิจอื่นๆ ได้แก่ บริการทางบัญชี บริการทางกฎหมาย กิจการนายหน้าหรือตัวแทน เป็นต้น
 ที่มา: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

หากจำแนกการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามลักษณะธุรกิจตั้งแต่เดือนมีนาคม 2543 ถึงเดือน ตุลาคม 2547 (ดูรูปที่ 7.3) พบว่า ธุรกิจที่มีการขออนุญาตมากเป็นอันดับแรกคือ ธุรกิจสำนักงาน ผู้แทน/สำนักงานภูมิภาค โดยส่วนใหญ่เป็นการหาแหล่งจัดซื้อ ตรวจสอบและควบคุมปริมาณสินค้าที่ สำนักงานใหญ่สั่งซื้อ หรือจ้างผลิตในประเทศไทย รวมทั้งการรายงานความเคลื่อนไหวของธุรกิจใน ประเทศไทยให้สำนักงานใหญ่ทราบ ส่วนธุรกิจที่เป็นคู่สัญญา / คู่สัญญาช่วงกับส่วนราชการและ รัฐวิสาหกิจมีแนวโน้มลดลง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการทำธุรกิจบริการทางวิศวกรรมและก่อสร้างโครงการ ต่างๆ เช่น การก่อสร้างสนามบินสุวรรณภูมิ การติดตั้งและวางท่อประปา เป็นต้น ส่วนธุรกิจที่มี แนวโน้มการขออนุญาตเพิ่มขึ้นมากกว่ากลุ่มอื่นๆ คือ การค้าส่งอะไหล่อุปกรณ์รถยนต์ และการ ประกอบกิจการบริการทางบัญชีให้แก่บริษัทในเครือ เป็นต้น

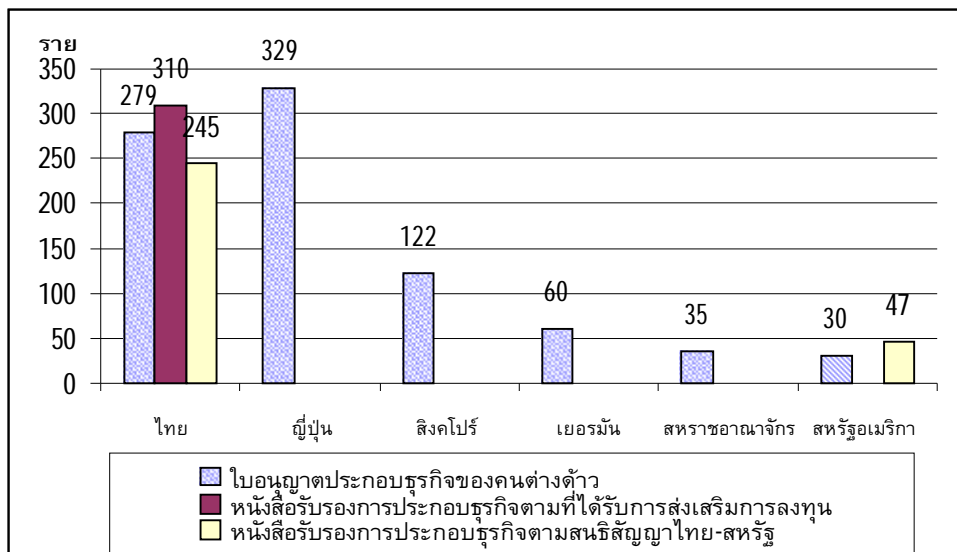
ประเทศที่เข้ามาลงทุนมากเป็นอันดับแรกคือ ญี่ปุ่น ซึ่งส่วนใหญ่จะประกอบธุรกิจที่เป็น คู่สัญญา / คู่สัญญาช่วงกับส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจโดยการขอใบอนุญาตตามมาตรา 17 ของ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ส่วนธุรกิจสำนักงานตัวแทนเป็นธุรกิจที่หลายประเทศให้ ความสนใจ ได้แก่ สิงคโปร์ ญี่ปุ่น เยอรมัน ฮองกง สำหรับนักลงทุนจากสหรัฐฯ ซึ่งได้รับสิทธิในการเข้า มาประกอบกิจการในเกือบทุกสาขาบริการ ส่วนใหญ่จะขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจด้านการค้า ปลีกค้าส่ง กิจการนายหน้าหรือตัวแทน และธุรกิจบริการ เช่น การให้เช่าปรึกษาด้านบริหารจัดการ บริการติดตั้ง ซ่อมแซมเครื่องจักร เป็นต้น (ดูรูปที่ 7.4)

รูปที่ 7.3 การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจจำแนกตามลักษณะธุรกิจ ตั้งแต่เดือนมีนาคม 2543 - ตุลาคม 2547



หมายเหตุ: ธุรกิจอื่นๆ ได้แก่ การประกอบกิจการบริการทางบัญชี นายหน้าหรือตัวแทน การค้าส่ง เป็นต้น
ที่มา: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

รูปที่ 7.4 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจำแนกตามประเทศที่จดทะเบียน ตั้งแต่เดือนมีนาคม 2543 - กันยายน 2547



หมายเหตุ: นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย หมายถึง นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป โดยมีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่จดทะเบียนที่ประเทศญี่ปุ่นและสิงคโปร์

ที่มา: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในปัจจุบัน นักลงทุนสหรัฐฯ สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้หลายทางภายใต้ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กล่าวคือสามารถขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวสำหรับธุรกิจสงวนในบัญชี 2 และ 3 รวมทั้งขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจสำหรับกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI หรือกิจการที่ได้รับอนุญาตประกอบอุตสาหกรรมจากการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ตลอดจนในกรณีที่เป็นการประกอบกิจการภายใต้เงื่อนไขของสนธิสัญญาไมตรีฯ ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา

นักลงทุนจากสหรัฐอเมริกาที่ขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจตามสนธิสัญญาส่วนใหญ่จะจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทย มีเพียงร้อยละ 16 ที่จดทะเบียนธุรกิจในสหรัฐอเมริกา สำหรับธุรกิจที่สหรัฐฯ ให้ความสนใจลงทุนประกอบกิจการส่วนใหญ่เป็นธุรกิจประเภทบริการ เช่น การให้คำปรึกษาด้านบริหารจัดการ บริการติดตั้ง ซ่อมแซมเครื่องจักร เป็นต้น รวมทั้งการค้าปลีก คำส่งกิจการนายหน้าหรือตัวแทน เป็นต้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นธุรกิจในบัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัติซึ่งเป็นการที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมในการแข่งขัน

7.4.2 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

หน่วยงานที่รับผิดชอบด้านการส่งเสริมการลงทุนซึ่งถือเป็นนโยบายการลงทุนของประเทศไทย คือ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (Office of the Board of Investment: BOI) โดยดำเนินงานภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และแก้ไขเพิ่มเติมตามลำดับจนถึงปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติซึ่งปรับปรุงใหม่นี้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนสิงหาคม 2543 วัตถุประสงค์ของการส่งเสริมการลงทุนคือ เพื่อมุ่งให้สิทธิประโยชน์แก่โครงการที่มีผลประโยชน์ต่อเศรษฐกิจอย่างแท้จริง และสนับสนุนให้อุตสาหกรรมพัฒนาระบบคุณภาพและมาตรฐานการผลิตเพื่อแข่งขันในตลาดโลก

การอนุมัติโครงการภายใต้นโยบายใหม่นี้จะใช้เวลาดำเนินการพิจารณาตามขั้นตอนภายในระยะเวลา 60 วันทำการสำหรับโครงการที่ขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่มีมูลค่าน้อยกว่า 500 ล้านบาท และภายในระยะเวลา 90 วันทำการสำหรับโครงการที่มีมูลค่าเท่ากับหรือมากกว่า 500 ล้านบาท โดยกำหนดให้ผู้ที่ได้รับการส่งเสริมทุกรายที่มีโครงการลงทุนตั้งแต่ 10 ล้านบาทขึ้นไป (ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน) ต้องดำเนินการให้ได้รับใบรับรองระบบคุณภาพตามมาตรฐาน ISO 9000 หรือมาตรฐานสากลอื่นที่เทียบเท่าภายใน 2 ปี

สำหรับการเป็นเจ้าของและการใช้ที่ดินในประเทศไทย กฎหมายที่ดินของไทยไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวหรือบริษัทในประเทศที่เป็นของต่างชาติซื้อหรือเป็นเจ้าของที่ดินในประเทศไทย ยกเว้นการได้รับอนุมัติการส่งเสริมการลงทุนในเขตนิคมอุตสาหกรรมภายใต้ พ.ร.บ. ส่งเสริมการลงทุน ที่เปิดโอกาสให้ต่างชาติสามารถถือครองที่ดินเพื่อใช้ในกิจการที่ได้รับอนุญาต หรือที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ

นอกจากนี้ พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2542 ยังให้สิทธิคนต่างด้าวที่นำเงินเข้ามาลงทุนในประเทศไม่ต่ำกว่า 40 ล้านบาทไม่ต่ำกว่า 3 ปี สามารถซื้อที่ดินเพื่อที่

อยู่อาศัยภายในเขตกรุงเทพมหานคร เขตเมืองพัทยา เขตเทศบาล หรือภายในบริเวณที่กำหนดเป็นเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองได้ไม่เกิน 1 ไร่อีกด้วย อีกทั้ง นักลงทุนต่างชาติสามารถเช่าที่ดินหรือเป็นเจ้าของอาคารได้ และอนุญาตให้คนต่างด้าวเป็นเจ้าของห้องชุดในคอนโดมิเนียมได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและกฎระเบียบของรัฐเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของคอนโดมิเนียม

- การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของ BOI เป็นการส่งเสริมโดยพิจารณาจากโครงการการลงทุนจากต่างประเทศที่ยื่นขอรับการลงทุน โดยกิจการที่ BOI เปิดให้การส่งเสริมการลงทุนแบ่งเป็น 7 หมวดอุตสาหกรรม ได้แก่ 1) เกษตรและผลผลิตจากการเกษตร 2)เหมืองแร่ เซรามิกส์ และโลหะขั้นมูลฐาน 3) อุตสาหกรรมเบา (เครื่องประดับ เครื่องกีฬา เครื่องนุ่งห่ม และสิ่งทอ เป็นต้น) 4) ผลิตภัณฑ์โลหะ เครื่องจักร และอุปกรณ์ขนส่ง 5) อิเล็กทรอนิกส์ และเครื่องใช้ไฟฟ้า 6) เคมีภัณฑ์ กระดาษ และพลาสติก และ 7) การบริการและสาธารณูปโภค

โครงการที่ขอรับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI ทั้งสิ้นในปี 2547 มีจำนวน 1,268 โครงการ ซึ่งประกอบด้วยโครงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนในปี 2547 ทั้งสิ้น 749 โครงการ หรือคิดเป็นร้อยละ 59 ของจำนวนโครงการที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนทั้งหมด โครงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนในปี 2547 มีปริมาณเพิ่มขึ้นร้อยละ 12 จากปี 2546 โดยมีมูลค่าการลงทุนประมาณ 7,675 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพิ่มขึ้นร้อยละ 23 จากปี 2546 ประเทศที่เป็นผู้ลงทุนหลักที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI ในปี 2547 ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น ในสัดส่วนร้อยละ 45 ของจำนวนโครงการทั้งหมด ส่วนกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปยื่นคำขอในสัดส่วนร้อยละ 12 และสหรัฐอเมริกา ในสัดส่วนร้อยละ 5 ตามลำดับ

ทั้งนี้ อุตสาหกรรมที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนมากที่สุดคือ โครงการลงทุนในสาขาผลิตภัณฑ์โลหะและเครื่องจักร ซึ่งส่วนใหญ่เป็นกิจการผลิตชิ้นส่วนยานยนต์ โดยคิดเป็นร้อยละ 30 ของจำนวนโครงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนทั้งหมด รองลงมาคือสาขาอิเล็กทรอนิกส์ และเครื่องใช้ไฟฟ้า โดยคิดเป็นร้อยละ 20 และถัดมาเป็นสาขาเคมีภัณฑ์ กระดาษ และพลาสติก และสาขาบริการและสาธารณูปโภคในสัดส่วนที่เท่ากันคือประมาณร้อยละ 14 ตามลำดับ (ดูรายละเอียดประกอบในตารางที่ 7.3)

ตารางที่ 7.3 โครงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุน

รายการ	ปี 2545		ปี 2546		ปี 2547	
	จำนวนโครงการ	มูลค่าการลงทุน (USD millions)	จำนวนโครงการ	มูลค่าการลงทุน (USD millions)	จำนวนโครงการ	มูลค่าการลงทุน (USD millions)
โครงการลงทุนทั้งสิ้น	784	6,233	961	7,618	1,268	16,402
โครงการที่ต่างชาติลงทุน100%	291	2,570	305	2,655	334	2,741
โครงการลงทุนจากต่างชาติทั้งสิ้น	560	4,154	668	5,993	749	7,624
สาขาอุตสาหกรรม						
เกษตรและผลผลิตจากการเกษตร	61	1,310	57	295	82	559
เหมืองแร่ เซรามิกส์และโลหะขั้นมูลฐาน	9	44	18	444	18	1,601
อุตสาหกรรมเบา	42	147	56	358	61	206
ผลิตภัณฑ์โลหะ เครื่องจักร และอุปกรณ์ขนส่ง	173	1,298	213	1,343	223	1,277
อิเล็กทรอนิกส์ และเครื่องใช้ไฟฟ้า	142	816	152	1,522	152	1,972
เคมีภัณฑ์ กระดาษ และพลาสติก	59	292	95	1,263	107	1,161
การบริการและสาธารณูปโภค	74	248	77	767	106	848
จำแนกตามประเทศ						
ญี่ปุ่น	251	1,672	316	2,563	340	2,529
สหรัฐอเมริกา	35	196	43	1,143	39	875
สหภาพยุโรป	66	321	74	878	94	796
สหราชอาณาจักร	21	231	19	489	23	50
ประเทศอื่นๆ	187	1,734	216	920	253	3,374
จำแนกตามที่ตั้งกิจการ						
โซน 1	118	778	163	1,320	194	937
โซน 2	302	1,686	380	3,440	375	5,066
โซน 3	140	1,689	125	1,233	180	1,621

- หมายเหตุ: 1) โครงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ หมายถึง โครงการที่มีผู้ถือหุ้นต่างชาติอย่างน้อยร้อยละ 10
 2) การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศทั้งหมดคำนวณจากมูลค่าการลงทุนทั้งสิ้นของแต่ละโครงการที่มีนักลงทุนชาติหนึ่งๆ หรือต่างชาติทุกชาติรวมกันแล้วมีหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 10 ขึ้นไป
 3) ข้อมูลรายประเทศคำนวณจากมูลค่าการลงทุนทั้งสิ้นของโครงการที่มีหุ้นของประเทศนั้นๆ ตั้งแต่ร้อยละ 10 ขึ้นไป
 4) โครงการที่มีต่างชาติตั้งแต่ 2 ชาติขึ้นไปถือหุ้นร่วมกันจะมีการนับซ้ำถ้าแต่ละชาติถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 10
 5) ที่ตั้งกิจการจำแนกตามเขตนิคมอุตสาหกรรมประกอบด้วย โซน 1 กรุงเทพฯ และ 5 จังหวัดปริมณฑล โซน 2 มี 12 จังหวัด และโซน 3 มี 58 จังหวัด

ที่มา: Board of Investment, "Thailand Investment Review", volume 14, no. 2, February 2005.

- การลงทุนโดยตรงจากสหรัฐอเมริกา

การลงทุนโดยตรงจากสหรัฐอเมริกาที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI มีจำนวนทั้งสิ้น 43 โครงการในปี 2546 คิดเป็นมูลค่า 47,446 ล้านบาท ประกอบด้วยทุนจดทะเบียนจากสหรัฐอเมริกา 3,765 ล้านบาท และจากไทย จำนวน 70 ล้านบาท โดยขนาดการลงทุนส่วนใหญ่เป็นการลงทุนขนาดเล็กซึ่งมีมูลค่าการลงทุนน้อยกว่า 50 ล้านบาทและโครงการขนาดกลางที่มีมูลค่าการลงทุนอยู่ระหว่าง 50-499 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 79 ของจำนวนโครงการที่ยื่นคำขออนุมัติทั้งหมด ในขณะที่โครงการ

ขนาดใหญ่ที่ยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนซึ่งมีมูลค่าการลงทุนมากกว่า 1 พันล้านบาทขึ้นไป มีจำนวน 7 โครงการ โดยมีมูลค่าการลงทุนกว่า 42,000 ล้านบาท

สาขาการลงทุนที่สหรัฐอเมริกาให้ความสนใจลงทุนมากที่สุดในปี 2546 คือ อุตสาหกรรม อิเล็กทรอนิกส์และเครื่องใช้ไฟฟ้า โดยยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนจำนวน 10 โครงการ มูลค่า 22,000 ล้านบาท ส่วนอุตสาหกรรมบริการและสาธารณูปโภคยื่นคำขออนุมัติทั้งสิ้นจำนวน 3 โครงการ มูลค่า 17,854 ล้านบาท (ดูรายละเอียดประกอบในตารางที่ 7.4)

ตารางที่ 7.4 การยื่นคำขออนุมัติการลงทุนโดยตรงจากสหรัฐอเมริกาในปี 2546

หน่วย: ล้านบาท

รายละเอียด	การยื่นคำขออนุมัติ	
	จำนวนโครงการ	มูลค่าการลงทุน
จำนวนและมูลค่าทั้งสิ้น	43	47,446
มูลค่าทุนจดทะเบียน		3,973
- สหรัฐอเมริกา		3,765
- ไทย		70
ขนาดการลงทุน	43	47,446
- น้อยกว่า 50	14	240
- 50-99	6	490
- 100-499	14	3,367
- 500-999	2	1,071
- มากกว่า 1000	7	42,278
ประเภทการลงทุน	43	47,446
- ขยายโครงการ	28	39,013
- โครงการใหม่	15	8,434
สาขาอุตสาหกรรม	43	47,446
- เกษตรและผลผลิตจากการเกษตร	4	469
- เหมืองแร่ เซรามิกส์และโลหะขั้นมูลฐาน	2	3,023
- อุตสาหกรรมเบา	8	231
- ผลิตภัณฑ์โลหะ เครื่องจักร และอุปกรณ์ขนส่ง	8	1,008
- อิเล็กทรอนิกส์ และเครื่องใช้ไฟฟ้า	10	22,848
- เคมีภัณฑ์ กระดาษ และพลาสติก	8	2,014
- การบริการและสาธารณูปโภค	3	17,854
ที่ตั้งกิจการ	43	47,446
- โซน 1	14	30,568
- โซน 2	19	8,308
- โซน 3	10	8,570
การส่งออก	43	47,446
- ส่งออกตั้งแต่ร้อยละ 80 ขึ้นไป	27	44,997

ที่มา: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

- การลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม

อุตสาหกรรมขนาดกลางและขนาดย่อมที่ลงทุนในประเทศไทยที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI ได้ จะต้อง มีขนาดการลงทุน (ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน) ไม่เกิน 200 ล้านบาท ซึ่งหากพิจารณาจากจำนวนโครงการพบว่า การลงทุนของธุรกิจที่มีขนาดการลงทุนไม่เกิน 200 ล้านบาทมีสัดส่วนสูงถึงร้อยละ 71 ในช่วง 9 เดือนแรกของปี 2547 ซึ่งส่วนใหญ่อยู่ในอุตสาหกรรมเกษตร และผลิตผลจากการเกษตร ส่วนมูลค่าการลงทุนคิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 12 ของมูลค่าการลงทุนทั้งหมด

นโยบายส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไทยของ BOI ในปี 2546³ เพื่อส่งเสริมให้วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยมีศักยภาพและความเข้มแข็งมากขึ้น โดยกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติว่าต้องเป็นธุรกิจที่มีการลงทุนเพิ่มไม่ต่ำกว่า 500,000 บาทแต่รวมกับทุนเดิมไม่เกิน 200 ล้านบาท และต้องมีคนไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน โดยประเภทกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมคือ ผลิตภัณฑ์การเกษตรแปรรูป และอุตสาหกรรมเชิงสร้างสรรค์ ทั้งนี้ สิทธิประโยชน์ที่จะได้รับได้แก่ การยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักร และยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลเป็นระยะเวลา 8 ปี โดยในช่วง 9 เดือนแรกของปี 2547 วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยขอรับการส่งเสริมการลงทุนจำนวน 164 โครงการ มูลค่ารวมกว่า 10,000 ล้านบาท ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการลงทุนในกิจการผลิตหรือถนอมอาหาร กิจการผลิตน้ำมันจากพืชและสัตว์ เป็นต้น

หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) สำหรับการเจรจาด้านการลงทุนถูกกำหนดขึ้นเพื่อต้องการให้เกิดการแข่งขันที่เท่าเทียมกันระหว่างนักลงทุนภายในประเทศและนักลงทุนต่างชาติ โดยจะต้องไม่เลือกปฏิบัติสำหรับเงื่อนไขต่าง ๆ ทั้งก่อนและหลังการเข้ามาเปิดกิจการในประเทศเจ้าบ้าน (Pre & Post Establishments) ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว รัฐบาลของประเทศจำเป็นต้องกำหนดกฎระเบียบและเงื่อนไขสำหรับนักลงทุนต่างชาติที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศตน โดยเฉพาะในสาขาที่นักลงทุนในประเทศยังไม่มีความพร้อมในการแข่งขันกับนักลงทุนต่างชาติ แต่หากมีการลงนามความตกลงการค้าเสรีแล้ว รัฐบาลต้องปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติทันที อย่างไรก็ตาม ความตกลงการค้าเสรีไม่มีข้อกำหนดสำหรับการให้แรงจูงใจ รวมทั้งไม่มีข้อกำหนดห้ามการส่งเสริมการลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ดังนั้น นโยบายการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของ BOI จึงเป็นนโยบายที่ไม่ขัดกับความตกลงการค้าเสรี ซึ่งจะช่วยให้ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยมีศักยภาพในการแข่งขันกับนักลงทุนต่างชาติในระดับหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกาขอรับการส่งเสริมการลงทุนในโครงการขนาดกลางและขนาดเล็กในสัดส่วนที่ค่อนข้างมาก แต่การขอรับการส่งเสริมการลงทุนส่วนหนึ่งเป็นการขอรับการส่งเสริมเพื่อขยายการลงทุนด้วย ซึ่งอาจแสดงให้เห็นถึงการเติบโตของธุรกิจสหรัฐฯ รวมทั้งศักยภาพการแข่งขันที่เพิ่มขึ้นภายใต้การได้รับการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งจะได้รับเท่าเทียมกับนักลงทุนไทยในอนาคต นอกจากนี้ เงื่อนไขของความตกลงการค้าเสรีที่ห้ามกำหนดให้มีการ

³ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 6/2546

ถ่ายถอดเทคโนโลยีในการอนุญาตให้ลงทุน จะส่งผลให้ BOI ไม่สามารถกำหนดให้บริษัทสหรัฐอเมริกา ที่ลงทุนในประเทศไทยต้องถ่ายถอดเทคโนโลยีให้แก่ผู้ประกอบการไทย อย่างไรก็ตาม นโยบายของ BOI ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขบังคับให้ธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนต้องถ่ายถอดเทคโนโลยี แต่หากธุรกิจดังกล่าวนำช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทย บุคคลต่างด้าวเหล่านี้ต้องถ่ายถอดความรู้ให้คนไทยและรายงานแผนการปฏิบัติงานฝึกอบรมคนไทยให้ BOI ทราบด้วย

7.4.2.3 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2522

นอกจากสิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนแล้ว ประเทศไทยยังมีการให้สิทธิประโยชน์ตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2539 (ฉบับปัจจุบัน) โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการที่ดำเนินกิจการอยู่ในเขตนิคมอุตสาหกรรม⁴ ได้รับสิทธิประโยชน์หลายด้าน ได้แก่ 1) การถือกรรมสิทธิ์ที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมของนิติบุคคลต่างด้าว 2) การอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว 3) การได้รับอนุญาตให้ทำงานเฉพาะตำแหน่งของคนต่างด้าว และ 4) การอนุญาตให้ส่งเงินออกไปนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ รวมทั้งสิทธิประโยชน์สำหรับการลดหรือยกเว้นภาษีนำเข้า⁵ โดยกำหนดให้โครงการที่ได้รับอนุมัติการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI ได้รับยกเว้นภาษีสำหรับโครงการที่ตั้งอยู่ในโซน 3 และลดภาษีลงร้อยละ 50 สำหรับโซน 1 และ 2 สำหรับการนำเข้าเครื่องจักรโดยไม่มีเงื่อนไขเรื่องการส่งออก หรือเงื่อนไขด้านที่ตั้งโรงงานในเขตนิคมอุตสาหกรรมแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ผู้ประกอบการยังได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิที่ได้จากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนไม่น้อยกว่า 3 ปี แต่ไม่เกิน 8 ปี นับแต่วันที่เริ่มมีรายได้จากการประกอบกิจการ ขึ้นอยู่กับเขตที่ตั้งของโรงงาน (ดูรายละเอียดในตารางที่ 7.5)

ตารางที่ 7.5 สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรสำหรับการลงทุนในเขตอุตสาหกรรม

สิทธิประโยชน์	โซน 1	โซน 2	โซน 3
ภาษีนำเข้าเครื่องจักร	ร้อยละ 50	ร้อยละ 50	ร้อยละ 0
ภาษีเงินได้นิติบุคคล	ยกเว้น 3 ปีแรก*	ยกเว้น 3 ปี หรือ 5 ปี*	ยกเว้น 8 ปี

หมายเหตุ: * สำหรับโครงการที่มีโรงงานตั้งอยู่ในเขตนิคมอุตสาหกรรม หรือในเขตที่ได้รับการส่งเสริมอุตสาหกรรม
ที่มา: Thailand Trade Policy Review, 2003.

⁴ เขตนิคมอุตสาหกรรมแบ่งเป็น 2 ประเภทได้แก่ 1) เขตอุตสาหกรรมทั่วไป หมายถึงเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้สำหรับการประกอบอุตสาหกรรมและกิจการอื่นที่เป็นประโยชน์ หรือเกี่ยวเนื่องกับการประกอบอุตสาหกรรม และ 2) เขตอุตสาหกรรมส่งออก หมายถึงเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้สำหรับการประกอบอุตสาหกรรม การค้า หรือการบริการเพื่อส่งสินค้าออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ และกิจการอื่นที่เป็นประโยชน์หรือเกี่ยวเนื่องกับการประกอบอุตสาหกรรม การค้า หรือการบริการเพื่อส่งสินค้าออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ

⁵ เฉพาะโครงการที่มีโรงงานตั้งอยู่ในเขตนิคมอุตสาหกรรม หรือในเขตที่ได้รับการส่งเสริมอุตสาหกรรม หรือมีมูลค่าการส่งออกอย่างต่ำร้อยละ 80 ของยอดขาย

จากสถิติของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยพบว่า มีจำนวนโรงงานที่ประกอบอุตสาหกรรมในเขตนิคมอุตสาหกรรมในปี 2545 ทั้งสิ้น 1,681 โรงงาน และมีเงินลงทุนทั้งสิ้น 1,194 พันล้านบาท ซึ่งหากพิจารณาสัดส่วนการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนไทยจะเห็นได้ว่า นักลงทุนต่างชาติลงทุนในเขตนิคมอุตสาหกรรมคิดเป็นร้อยละ 42 ของจำนวนโรงงานทั้งหมดในเขตนิคมอุตสาหกรรม โดยประเทศที่มีสัดส่วนสูงสุดสองอันดับแรกคือ ญี่ปุ่น และสหรัฐอเมริกา ในสัดส่วนร้อยละ 46 และร้อยละ 17 ของสัดส่วนต่างชาติทั้งหมด ตามลำดับ

7.4.2.4 การให้การคุ้มครองการลงทุนภายใต้ข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน

จากสถิติ ณ ปี 2546 ประเทศไทยมีการจัดทำข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) กับประเทศต่างๆ แล้วจำนวน 38 ข้อตกลง ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ให้การคุ้มครองการลงทุนในขอบเขตที่ค่อนข้างกว้างแก่ผู้ลงทุนจากประเทศภาคี แต่ประเทศไทยไม่ได้ให้การคุ้มครองการลงทุนโดยอัตโนมัติ เนื่องจากต้องการคัดกรองเฉพาะการลงทุนที่มีประโยชน์ต่อประเทศไทย ด้วยเหตุนี้ นักลงทุนต่างชาติต้องดำเนินการขอใบรับรองการคุ้มครองการลงทุนภายหลังการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้วจึงจะถือว่าได้รับสิทธิการคุ้มครองการลงทุนภายในประเทศไทย

ทั้งนี้ กฎระเบียบของประเทศไทยในปัจจุบันในการให้การคุ้มครองการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติกำหนดว่า หากนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ซึ่งรวมถึง ข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (BITs) สนธิสัญญาไมตรีฯ ไทย-สหรัฐฯ และความตกลงอาเซียนเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน (The 1987 ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments) ต้องการจะรับความคุ้มครองการลงทุน จะต้องขอใบรับรองการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุน (Certificate of Approval for Protection: C.A.P.) จากคณะกรรมการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ในสังกัดกระทรวงการต่างประเทศ ยกเว้นหากการลงทุนนั้นได้ผ่านความเห็นชอบหรือการอนุมัติจากหน่วยงานรัฐใน 3 ลักษณะดังนี้⁶ 1) ใบอนุญาตตาม พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 (ดูรายละเอียดประกอบในหัวข้อ 7.4.2.1) 2) บัตรส่งเสริมการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) และ 3) สัญญาสัมปทานจากหน่วยงานภาครัฐ ไม่ต้องขอใบรับรอง C.A.P. จากกระทรวงการต่างประเทศอีก⁶

ประกาศคณะกรรมการฯ ดังกล่าวมีผลบังคับใช้เมื่อเดือนตุลาคม ปี 2546 ซึ่งก่อนการบังคับใช้ประกาศนี้ นักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ จะต้องขอใบรับรองจากคณะกรรมการฯ ใน

⁶ ประกาศคณะกรรมการให้ความเห็นชอบการให้ความคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ที่ กต 0704/1/2546 เรื่อง การให้ความคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศภายใต้ความตกลงเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลต่างประเทศ

ทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้นถึงแม้จะได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานอื่นของรัฐแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากความตกลงระหว่างไทยกับสหรัฐฯ มีผลบังคับใช้ สหรัฐฯ ก็ยังต้องการได้รับความคุ้มครองโดยอัตโนมัติทันทีโดยไม่ต้องดำเนินการขอใบรับรองดังกล่าวจากกระทรวงการต่างประเทศอีกภายหลังการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้ว

7.4.2.5 บทสรุป

จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศโดยการให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจได้อย่างเสรีในภาคการผลิต และให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ แก่นักลงทุนต่างชาติ เช่น สิทธิประโยชน์ด้านภาษี การถือกรรมสิทธิ์ที่ดินในนิคมอุตสาหกรรม การอนุญาตให้ส่งเงินออกไปนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตราต่างประเทศได้ และการอนุมัติโครงการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในภาคอุตสาหกรรมต่างๆ เป็นต้น

สำหรับในสาขาบริการนั้น กฎหมายยังไม่อนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการได้เสรีอย่างเต็มที่ โดยมีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นไว้ไม่เกินร้อยละ 49 แม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้ BOI คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย และคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว สามารถให้การยกเว้นแก่ธุรกิจต่างชาติที่เข้ามาประกอบกิจการในบัญชี 2 และ 3 แต่จากการศึกษาพบว่า ธุรกิจที่ได้รับยกเว้นส่วนใหญ่จะจำกัดเฉพาะในสาขาบริการที่ผู้ประกอบการไทยยังขาดประสบการณ์ หรือขาดความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หรือเป็นการให้บริการแก่บริษัทในเครือเท่านั้น

7.5 ผลกระทบของการเปิดเสรีด้านการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรี

ไทย-สหรัฐอเมริกา

การเข้ามาของบริษัทอเมริกันตามสิทธิภายใต้สนธิสัญญาฯ ยังไม่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมไทยในภาพรวมเท่าใดนัก เนื่องจากธุรกิจที่บริษัทอเมริกันเข้ามามักเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ นักซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้าปลีก คำส่งสินค้าเข้าเป็นส่วนใหญ่ ส่วนธุรกิจขนาดใหญ่แม้จะได้รับสิทธิให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้อย่างเต็มที่ตามสนธิสัญญา แต่จากการสำรวจพบว่าส่วนใหญ่เลือกที่จะไม่ถือหุ้นร้อยละ 100 หรือนักลงทุนหลายรายก็เลือกที่จะขายแฟรนไชส์ให้แก่ผู้ประกอบการไทยมากกว่าที่จะเข้ามาลงทุนเอง อาทิ การลงทุนในลักษณะแฟรนไชส์สำหรับกิจการร้านอาหาร เช่น McDonald Swensen หรือการลงทุนในลักษณะร่วมทุนกับนักลงทุนไทยสำหรับกิจการบริการทางบัญชี และกฎหมาย⁷ รวมทั้งการเข้ามาลงทุนในลักษณะร่วมทุนสำหรับธุรกิจโรงแรม และโฆษณา เป็นต้น ซึ่งล้วนเป็นธุรกิจบัญชี 3 แนบท้าย พ.ร.บ. การประกอบกิจการของคนต่างด้าว การเข้ามาลงทุนของ

⁷ เนื่องจากบริการบัญชี และกฎหมายจัดเป็นบริการวิชาชีพ ซึ่งภายใต้สนธิสัญญาระบุนักลงทุนอเมริกันสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจบริการวิชาชีพในประเทศไทยได้ (mode 3) แต่ไม่สามารถนำบุคลากรเข้ามาให้บริการในวิชาชีพนี้ในประเทศไทยได้ (mode 4) ดังนั้น บริษัทอเมริกันที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยจะต้องจ้างพนักงานด้านบัญชี และกฎหมายที่เป็นคนไทยเท่านั้น

ธุรกิจขนาดใหญ่จากสหรัฐฯ ในธุรกิจเหล่านี้ไม่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างตลาดของธุรกิจมากนัก เนื่องจากสภาพตลาดมีการแข่งขันค่อนข้างเข้มข้นโดยมีผู้ประกอบการหลายราย การเข้ามาของผู้ประกอบการอเมริกันจึงไม่เป็นการผูกขาด หากแต่จะช่วยกระตุ้นให้นักลงทุนไทยพัฒนาศักยภาพการให้บริการของตนให้สามารถแข่งขันและเพิ่มความหลากหลายของบริการให้แก่ผู้ใช้บริการด้วย

อย่างไรก็ตาม นักลงทุนสหรัฐฯ ยังไม่สามารถเข้ามาประกอบกิจการในสาขาบริการที่สำคัญ 6 สาขาบริการได้ซึ่งระบุไว้ในท้ายสนธิสัญญา อาทิ บริการโทรคมนาคม การธนาคาร และการขนส่ง เป็นต้น ซึ่งล้วนเป็นสาขาที่ประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะให้มีการแข่งขันจากต่างชาติ

ในปัจจุบัน กฎระเบียบของประเทศไทยสำหรับภาคการผลิตค่อนข้างเปิดเสรีอยู่แล้วโดยไม่จำกัดสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติ ซึ่งจะต่างกับภาคบริการที่จำกัดสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติไว้เพียงร้อยละ 49 ยกเว้นในเพียงไม่กี่อุตสาหกรรมที่ปรากฏอยู่ในบัญชีแนบท้ายของ พ.ร.บ. การประกอบกิจการของคนต่างด้าว ซึ่งส่วนใหญ่มีให้อุตสาหกรรมที่มีขนาดใหญ่ และเกี่ยวข้องกับการบริการ วัฒนธรรมและทรัพยากรธรรมชาติ เป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น การพิจารณาผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจึงเน้นไปที่ธุรกิจที่ในภาคบริการที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากการเปิดเสรีด้านการลงทุน

7.5.1 ผลกระทบในภาพรวม

ผลกระทบในการเปิดเสรีการลงทุนกับสหรัฐอเมริกาในภาคบริการนั้นจะแตกต่างกันในรายสาขา โดยสาขาที่น่าจะได้รับผลกระทบมากที่สุดคือ โทรคมนาคม การธนาคาร และไปรษณีย์ด่วนพิเศษ เนื่องจากบริการเหล่านี้เป็นบริการที่ได้รับการคุ้มครองมากที่สุด ซึ่งอาจเป็นผลดีกับประเทศไทย หากการเข้ามาลงทุนของสหรัฐฯ จะช่วยลดการผูกขาดของผู้ประกอบการในประเทศ สำหรับบริการอื่นๆ นั้น ในปัจจุบันประเทศไทยได้เปิดเสรีค่อนข้างมากแล้ว เช่น การค้าปลีก และภายใต้สนธิสัญญาไม่ตรีกับสหรัฐอเมริกา ประเทศไทยเปิดเสรีให้สหรัฐอเมริกาเข้ามามีหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดในทุกสาขาในภาคการผลิตและบริการตั้งแต่ปี 2509 แล้ว ยกเว้นเพียง 6 สาขาอันได้แก่ ขนส่ง สื่อสาร การธนาคาร ธุรกิจที่เกี่ยวกับการดูแลเงินฝากหรือเงินลงทุนของผู้อื่น การค้าผลผลิตทางการเกษตร และการค้าอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ทำให้ผลกระทบจากการเปิดเสรีด้านการลงทุนไม่น่าจะมีผลกระทบมากเท่าใดนักยกเว้นใน 6 สาขาดังกล่าว

หากพิจารณากฎระเบียบของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน (ดูรายละเอียดประกอบในตารางภาคผนวกที่ 7.2) พบว่า กฎระเบียบบางเรื่องครอบคลุมเนื้อหาที่ค่อนข้างแคบกว่าที่ระบุไว้ในบทบัญญัติภายใต้ความตกลงฯ อาทิ การเปิดเสรีการลงทุนภายใต้ความตกลงฯ มีขอบเขตที่กว้างกว่าที่ระบุไว้ในท้ายสนธิสัญญาเนื่องจากนิยามของการลงทุนภายใต้ความตกลงฯ ครอบคลุมการลงทุนในระยะสั้นด้วย ในขณะที่การลงทุนภายใต้สนธิสัญญาครอบคลุมเฉพาะการลงทุนทางตรงและการลงทุนระยะยาวเท่านั้นและไม่รวมถึงการลงทุนใน 6 สาขาบริการที่ถูกยกเว้นภายใต้สนธิสัญญา ส่วนประเด็นเรื่องการคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงฯ กำหนดให้การลงทุนทุกประเภทที่อยู่ภายใต้ความตกลงฯ ต้องได้รับการคุ้มครองโดยอัตโนมัติ ซึ่งหมายความว่าภายหลังจากความตกลงฯ มีผลบังคับใช้ รัฐบาลไทยจะต้องให้การคุ้มครองการลงทุนจากสหรัฐอเมริกาทุกรายโดยอัตโนมัติ โดยรวมถึงการคุ้มครองการลงทุนในระยะสั้นด้วย ในขณะที่กฎระเบียบในปัจจุบันของ

ประเทศไทยให้การคุ้มครองการลงทุนทุกประเภทเฉพาะการลงทุนจากประเทศที่มีการทำสนธิสัญญาการลงทุนกับประเทศไทยเท่านั้นซึ่งรวมถึงสนธิสัญญาไมตรีระหว่างไทยกับสหรัฐฯ ด้วย แต่ไม่ได้ให้การคุ้มครองโดยอัตโนมัติเนื่องจากนักลงทุนต่างชาติต้องดำเนินการขอไปรับรองจากกระทรวงการต่างประเทศก่อนจึงจะมีสิทธิได้รับการคุ้มครองการลงทุน

นอกจากนี้ บทบัญญัติภายใต้ความตกลงฯ ระบุให้การโอนเงินระหว่างประเทศต้องดำเนินการอย่างเสรี ส่งผลให้ธนาคารแห่งประเทศไทยจะไม่สามารถควบคุมการโอนถ่ายเงินข้ามประเทศของนักลงทุนอเมริกันได้ ความตกลงฯ นี้ยังกำหนดขอบเขตของการริบทรัพย์ไว้ค่อนข้างกว้างโดยรวมการริบทรัพย์ทางอ้อมด้วย ซึ่งหมายความว่า การดำเนินการใดๆ ภายใต้มาตรการการกำกับดูแลของรัฐที่ส่งผลกระทบต่อทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติอาจถูกตีความว่าเป็นการริบทรัพย์ทางอ้อมได้ ซึ่งหากเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างนักลงทุนเอกชนสหรัฐฯ กับรัฐบาลไทยจะต้องดำเนินการฟ้องร้องตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจของศาลและกฎหมายไทย

จะเห็นได้ว่า เนื้อหาในหัวข้อการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรีของสหรัฐฯ มุ่งเน้นการให้ความคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ รวมทั้งจำกัดอำนาจของรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนในการเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมกฎระเบียบที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุน แม้แต่การบัญญัติกฎขึ้นเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม หรือสาธารณสุขประโยชน์ในประเทศผู้รับการลงทุน โดยจะเห็นได้จากประสบการณ์ของประเทศแคนาดาและเม็กซิโกที่ได้รับผลกระทบจากการบังคับใช้บทบัญญัติในข้อบทที่ 11 เรื่องการลงทุนภายใต้ข้อตกลงนาฟต้า ซึ่งเกิดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายขึ้นหลายคดีเป็นจำนวนเงินค่อนข้างมาก ดังนั้น หากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนดำเนินการที่ขัดต่อบทบัญญัติภายใต้ความตกลงการค้าเสรีซึ่งส่งผลกระทบต่อนักลงทุนสหรัฐฯ อาจเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากนักลงทุนเอกชนต่างชาติได้

7.5.2 ผลกระทบต่อวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทย

สาขาบริการที่สหรัฐฯ ให้ความสนใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยจากการเปิดเสรีมากที่สุด ได้แก่ สาขาโทรคมนาคม การเงิน และประกันภัยส่วนบุคคล เนื่องจากเป็นสาขาบริการที่เป็นข้อยกเว้นภายใต้สนธิสัญญาระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะส่งผลกระทบโดยตรงกับผู้ประกอบการรายใหญ่ของประเทศ และผู้ประกอบการต่างชาติที่ไม่ได้ทำความตกลงแบบทวิภาคีกับไทย เนื่องจากสาขาบริการดังกล่าวเป็นธุรกิจที่ต้องใช้การลงทุนสูงจึงทำให้ผู้ประกอบการในตลาดเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่เพียงไม่กี่ราย ในขณะที่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งมีฐานะเป็น “ผู้บริโภคราย” น่าจะได้ประโยชน์จากการแข่งขันที่รุนแรงมากขึ้นจากการที่ผู้ประกอบการสหรัฐฯ สามารถเข้ามาลงทุนเพื่อแข่งกับธนาคารหรือผู้ประกอบการสื่อสารไทยได้

นอกจากสาขาบริการทั้ง 3 สาขาที่สหรัฐฯ ให้ความสนใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้วยังมีสาขาบริการอื่นที่เป็นข้อยกเว้นภายใต้สนธิสัญญาระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาอันได้แก่ ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการขนส่ง ซึ่งโครงสร้างตลาดจะแตกต่างกับธุรกิจบริการใน 3 สาขาแรก เนื่องจากผู้ประกอบการส่วนใหญ่ในตลาดบริการ 3 สาขาแรกเป็นผู้ประกอบการขนาดใหญ่ซึ่งมีจำนวนผู้ประกอบการในตลาดเพียงไม่กี่ราย ส่วนธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งซึ่งประกอบด้วยธุรกิจการสื่อสาร

การขนส่ง โลจิสติกส์ และบริการที่เกี่ยวข้องเนื่องหลายประเภท มีผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม⁸ แข่งขันในตลาดค่อนข้างมาก อาทิ บริการตัวแทนบริหารจัดการขนส่งสินค้าทางอากาศ บริการรับจัดส่งสินค้าระหว่างประเทศ และบริการรับจ้างออกของ เป็นต้น (ดูรายละเอียดประกอบในตารางที่ 7.6)

ตารางที่ 7.6 สัดส่วนผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมในตลาดธุรกิจการสื่อสาร การขนส่ง โลจิสติกส์ และบริการที่เกี่ยวข้อง

ประเภทธุรกิจขนส่ง	จำนวนผู้ประกอบการทั้งสิ้น	จำนวนผู้ประกอบการ SMEs	ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการ SMEs
กิจการตัวแทนบริหารจัดการขนส่งสินค้าทางอากาศ	98*	63	93
กิจการขนส่งสินค้าโดยรถบรรทุกสาธารณะไม่ประจำทาง	125**	117	NA
กิจการคลังสินค้า	67***	NA	NA
กิจการบริหารจัดการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศ	130	118	56
กิจการรับจ้างออกของ	212****	187	80
กิจการประกันวินาศภัย	76	71	65
กิจการบริการอินเทอร์เน็ต	18	14	50

หมายเหตุ: * เฉพาะที่เป็นสมาชิกสมาคมขนส่งสินค้าทางอากาศ ไทย (TATA)

** เฉพาะที่เป็นสมาชิกสมาคมขนส่งสินค้าโดยรถบรรทุกสาธารณะไม่ประจำทาง จากจำนวนผู้ประกอบการทั้งหมด 251 ราย

*** เฉพาะผู้ประกอบการคลังสินค้าในเชิงพาณิชย์ที่จดทะเบียนกับกระทรวงพาณิชย์

**** เฉพาะตัวแทนออกของรับอนุญาต (Licensed Customs Broker) ที่กรมศุลกากรคัดเลือกเป็นตัวแทนออกของ

NA หมายถึง ไม่มีข้อมูล

ที่มา: รวบรวมโดยคณะผู้วิจัย

คณะผู้วิจัยขอตั้งข้อสังเกตว่า เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่มีสายการบินเรือสัญชาติอเมริกัน จึงไม่ค่อยมีความสนใจเกี่ยวกับระบบการขนส่งมากนัก ยกเว้นกิจการไปรษณีย์ด่วนพิเศษ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ แต่การเปิดเสรีสาขาการขนส่งภายใต้ความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีกับสหรัฐอเมริกาอาจทำให้บริษัทต่างชาติจากประเทศอื่นๆ ที่มีศักยภาพในการแข่งขันในสาขาการขนส่ง โดยเฉพาะญี่ปุ่นสามารถใช้สิทธิเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยได้ขึ้นอยู่กับว่าความตกลงด้านการลงทุนจะกำหนดนิยามของคนที่ได้รับสิทธิภายใต้ความตกลงการค้าเสรีไว้ว่าจะต้องมีสัญชาติอเมริกัน หรือเพียงแต่เป็นผู้ประกอบการที่มีการประกอบธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญ (Substantial Business Operation) ในอเมริกาเท่านั้น⁹ (เช่น ในกรณีของ NAFTA) ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น บริษัท

⁸ ขนาดของผู้ประกอบการบริการ (Service Sector) จำแนกโดยใช้เกณฑ์จำนวนการจ้างงานหรือสินทรัพย์ถาวร (ไม่รวมที่ดิน) โดยผู้ประกอบการขนาดเล็กจะมีการจ้างงานไม่เกิน 50 คน หรือสินทรัพย์ถาวรไม่รวมที่ดิน ไม่เกิน 50 ล้านบาท ผู้ประกอบการขนาดกลางมีจำนวนการจ้างงานตั้งแต่ 51- 200 คน หรือสินทรัพย์ถาวรไม่รวมที่ดินมากกว่า 50 ล้านบาท แต่ไม่เกิน 200 ล้านบาท และผู้ประกอบการขนาดใหญ่ มีจำนวนการจ้างงานมากกว่า 200 คน และมีทรัพย์สินถาวรไม่รวมที่ดินเกิน 200 ล้านบาท

⁹ หมายถึง ชาวต่างชาติในสหรัฐจะได้รับสิทธิในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและได้รับการคุ้มครองทรัพย์สินที่เกิดจากการลงทุนนั้น หากมีธุรกิจที่สร้างรายได้และมีการจ้างงานในสหรัฐ ในทำนองเดียวกัน บริษัทต่างชาติที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยก็จะได้รับสิทธิพิเศษด้านการลงทุนจากความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐด้วย

เดินเรือ ขนส่ง และโลจิสติกส์ ของญี่ปุ่นหลายรายที่ประกอบธุรกิจในสหรัฐอเมริกาจะสามารถเข้ามาใช้สิทธิตามความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีในประเทศไทยได้ด้วย

หากพิจารณาในมิติของโอกาสในกรณีหากผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมจะเข้าไปประกอบกิจการในสหรัฐฯ ในสาขาต่างๆ โดยเฉพาะการลงทุนเปิดร้านอาหาร และธุรกิจสปา นั้น พบว่าผู้ประกอบการไทยจะได้รับประโยชน์จากโอกาสในการลงทุนในตลาดสหรัฐฯ ค่อนข้างน้อย เนื่องจากสหรัฐฯ มีข้อจำกัดสำหรับการที่คนต่างชาติจะเข้าไปให้บริการในประเทศ กล่าวคือ สหรัฐฯ เปิดตลาดโดยอนุญาตให้ผู้ประกอบการต่างชาติสามารถนำเงินเข้าไปลงทุนในกิจการในสหรัฐฯ ได้โดยใช้วีซ่าประเภท E1 และ E2 เพื่อเข้าไปดูแลการค้าและการลงทุนของตนในสหรัฐฯ ได้ แต่ไม่อนุญาตให้ลูกจ้างและพนักงานเข้าไปปฏิบัติกิจการดังกล่าวได้ ส่งผลให้ผู้ประกอบการไทยไม่มีศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบการภายในประเทศสหรัฐฯ ได้ เนื่องจากผู้ประกอบการไทยไม่สามารถนำคนไทยที่มีทักษะพิเศษ และค่าจ้างแรงงานต่ำเข้ามาทำงานในกิจการของตนได้ ในขณะที่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยมีข้อจำกัดด้านเงินทุนแต่มีข้อได้เปรียบด้านความสามารถพิเศษของบุคลากรที่จะเข้าไปทำงานเป็นลูกจ้าง

ดังนั้น ถึงแม้สหรัฐฯ จะไม่มีข้อจำกัดสำหรับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในสาขาบริการ (คนต่างชาติมีสิทธิเทียบเท่าคนสหรัฐฯ ในการให้บริการในประเทศสหรัฐฯ) แต่ยังมีข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดที่ไม่อนุญาตให้คนไทยเข้าไปให้บริการในธุรกิจร้านอาหารและสปาได้อย่างถาวร คนไทยที่จะเข้าไปทำงานเป็นพนักงานของธุรกิจไทยในสหรัฐฯ ก็จะไม่ได้รับความสะดวกในกระบวนการขออนุญาตเข้าไปทำงานและไม่มีความมั่นคงในการประกอบอาชีพเนื่องจากมีข้อจำกัดด้านระยะเวลาการพำนักอาศัยในสหรัฐฯ

หากพิจารณาสีทธิจากการได้รับการส่งเสริมการลงทุน สหรัฐอเมริกาจะขอรับการส่งเสริมการลงทุนในโครงการขนาดกลางและขนาดเล็กในสัดส่วนที่ค่อนข้างมาก แต่การขอรับการส่งเสริมการลงทุนส่วนหนึ่งเป็นการขอรับการส่งเสริมเพื่อขยายการลงทุนด้วย ซึ่งอาจแสดงให้เห็นถึงการเติบโตของธุรกิจสหรัฐฯ รวมทั้งศักยภาพการแข่งขันที่เพิ่มขึ้นภายหลังการได้รับการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งจะได้รับเท่าเทียมกับนักลงทุนไทยในอนาคต นอกจากนี้ เงื่อนไขของความตกลงการค้าเสรีที่ห้ามกำหนดให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการอนุญาตให้ลงทุน จะส่งผลให้ BOI ไม่สามารถกำหนดให้บริษัทสหรัฐฯ ที่ลงทุนในประเทศไทยต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่ผู้ประกอบการไทย ซึ่งขัดกับนโยบายใหม่ของ BOI ซึ่งปรับเปลี่ยนไปสู่การเน้นที่ "คุณภาพ" โดยเฉพาะการถ่ายทอดเทคโนโลยีมากกว่า "ปริมาณ" ของการลงทุน

อย่างไรก็ตาม ความตกลงการค้าเสรีไม่มีข้อกำหนดสำหรับการให้แรงจูงใจ รวมทั้งไม่มีข้อกำหนดห้ามการส่งเสริมการลงทุนของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ดังนั้น นโยบายการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของ BOI จึงเป็นนโยบายที่ไม่ขัดกับความตกลงการค้าเสรี ซึ่งจะช่วยให้ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยมีศักยภาพในการแข่งขันกับนักลงทุนต่างชาติในระดับหนึ่ง

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ความตกลงด้านการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีระหว่างสหรัฐฯ กับไทยจะส่งผลกระทบต่อธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมทั้งด้านบวกและด้านลบซึ่งจะมีผลกระทบค่อนข้างน้อย แต่จะส่งผลกระทบในภาพรวมค่อนข้างรุนแรง โดยผลกระทบต่อธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในด้านบวกคือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมจะได้รับประโยชน์ในฐานะผู้บริหารจากการเปิดเสรีในสาขาโทรคมนาคม การเงิน และไปรษณีย์ด่วนพิเศษ ส่วนผลกระทบในทางลบจะเป็นผลในระยะยาวคือการให้สิทธิแก่นักลงทุนสหรัฐฯ เท่าเทียมกับนักลงทุนไทยแต่เพียงชาติเดียวอาจส่งผลให้เกิดการผูกขาดในบางตลาดได้ รวมทั้งการให้ความคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ และจำกัดอำนาจของรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนในการเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมกฎระเบียบที่ส่งผลกระทบต่อการลงทุน ซึ่งจะทำให้รัฐบาลไม่สามารถออกมาตรการใดๆ มาช่วยผู้ประกอบการไทยได้หากประสบปัญหาจากการบังคับใช้ความตกลงการค้าเสรีแบบทวิภาคีนี้

7.6 ข้อเสนอแนะ

ถึงแม้ในปัจจุบันนักลงทุนสหรัฐฯ สามารถเข้ามาลงทุนในประเทศไทยได้หลายทางภายใต้ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวสำหรับธุรกิจในปีบัญชี 2 และ 3 รวมทั้งขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจสำหรับกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจาก BOI หรือกิจการที่ได้รับอนุญาตประกอบอุตสาหกรรมจากการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือกิจการภายใต้เงื่อนไขของสนธิสัญญาระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา แต่นักลงทุนสหรัฐฯ ยังมีข้อจำกัดที่ไม่สามารถลงทุนใน 6 สาขาที่ได้รับการยกเว้นภายใต้สนธิสัญญา เนื่องจากการลงทุนใน 6 สาขาที่ได้รับยกเว้นจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของกฎหมายการประกอบกิจการของคนต่างด้าวสำหรับการลงทุนในปีบัญชี 2 และ 3 ที่ยังต้องได้รับอนุมัติจากผู้มีอำนาจ ซึ่งจัดเป็นเงื่อนไขที่ยังเลือกปฏิบัติระหว่างนักลงทุนไทยกับนักลงทุนต่างชาติ

ทั้งนี้ การดำเนินการตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติสำหรับการลงทุนจากต่างชาติในลักษณะของ Pre Establishment นั้นเป็นเรื่องยากที่รัฐบาลของประเทศไทยในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนจะสามารถปฏิบัติตามโดยไม่มีเงื่อนไขได้ เนื่องจากกฎเกณฑ์และมาตรการในการจำกัดหุ้นส่วนต่างชาติยังมีบทบาทสำคัญในการกำหนดทิศทางการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติให้มีความสอดคล้องกับนโยบายการพัฒนาประเทศ

ผลกระทบที่ได้กล่าวมาข้างต้นถึงแม้จะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมมากนัก แต่จะส่งผลกระทบต่อประเทศไทยในภาพรวมค่อนข้างรุนแรงซึ่งอาจจะกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมในทางอ้อมในอนาคต ข้อเสนอแนะสำหรับรัฐบาลไทยในฐานะผู้รับผิดชอบกำหนดทิศทางการเจรจา มีดังนี้

- ศึกษาผลดีและผลเสียในรายละเอียดของเขตของนักลงทุนที่ได้รับสิทธิให้รัดกุม

ขอบเขตของนักลงทุนต่างชาติที่จะได้รับสิทธิเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยภายใต้ความตกลงการค้าเสรีขึ้นอยู่กับข้อกำหนดนิยามของนักลงทุนที่จะได้รับสิทธิว่ามีขอบเขตครอบคลุมมากน้อยเพียงใดภายใต้ข้อบทความตกลงด้านการลงทุน ซึ่งอาจจะจำเป็นต้องมีสัญชาติอเมริกัน หรือเพียงแต่

เป็นผู้ประกอบการที่มีการประกอบการอย่างมีนัยสำคัญในอเมริกาเท่านั้น ซึ่งอาจทำให้บริษัทต่างชาติจากประเทศอื่นๆ ที่มีศักยภาพในการแข่งขันสามารถใช้สิทธิเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยได้ ดังนั้น เพื่อป้องกันมิให้บริษัทต่างชาติจากประเทศอื่นที่ไม่ได้มีสนธิสัญญากับไทยได้รับประโยชน์ภายใต้ความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยกับสหรัฐฯ ประเทศไทยควรกำหนดขอบเขตนิยามของผู้ลงทุนที่จะได้รับสิทธิเข้ามาลงทุนในประเทศไทยให้รัดกุม

- จำกัดขอบเขตของ "การลงทุนที่ได้รับการคุ้มครอง" ให้เหมาะสม

การจำกัดนิยามการลงทุนที่ได้รับการคุ้มครองควรพิจารณาถึงขีดความสามารถของประเทศไทยในการกำกับดูแลการไหลเวียนของเงินลงทุนระยะสั้นที่มีความผันผวนสูง ซึ่งหากขอบเขตนิยามการลงทุนครอบคลุมถึงการลงทุนในระยะสั้น เช่น การลงทุนในหลักทรัพย์ จะก่อให้เกิดการเก็งกำไรในการลงทุนในระยะสั้น ที่ทำให้เกิดความเสี่ยงในการลงทุนที่สูงกว่าการลงทุนในระยะยาว ซึ่งประสบการณ์ของประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยจากเหตุการณ์วิกฤตเศรษฐกิจตั้งแต่ปี 2540 สาเหตุสำคัญส่วนหนึ่งเกิดจากการเคลื่อนย้ายออกของเงินทุนเพียงชั่วระยะเวลาสั้นๆ เท่านั้น นอกจากนี้แล้ว การกำหนดนิยามที่ค่อนข้างกว้างอาจหมายถึงการเปิดให้มีการลงทุนที่มีลักษณะไม่พึงปรารถนาสามารถไหลเข้ามาในประเทศไทยได้โดยไม่สามารถคัดกรองเฉพาะการลงทุนที่มีคุณภาพได้เลย

- สงวนสิทธิในด้านการคุ้มครองการลงทุน

ความตกลงการค้าเสรีห้ามมิให้รัฐกำหนดเงื่อนไขในการลงทุนบางประเภท เช่น เงื่อนไขการบังคับใช้วัตถุดิบภายในประเทศ การควบคุมการส่งผลกำไรและเงินตราออกนอกประเทศ เงื่อนไขว่าด้วยการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการอนุญาตให้ลงทุน การคุ้มครองการลงทุนภายใต้ความตกลงการค้าเสรียังห้ามมิให้รัฐบาลใช้มาตรการที่เทียบเท่าการริบทรัพย์กิจการที่เป็นของนักลงทุนสหรัฐอเมริกาและโอนกิจการมาเป็นของรัฐ ซึ่งหากรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุนดำเนินการที่ขัดต่อบทบัญญัติภายใต้ความตกลงการค้าเสรีที่ส่งผลกระทบต่อนักลงทุนสหรัฐฯ อาจเสี่ยงต่อการถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากนักลงทุนเอกชนต่างชาติได้ ดังนั้น เพื่อให้รัฐบาลไทยสามารถมีมาตรการป้องกันและแก้ไขในกรณีที่มีปัญหาด้านความมั่นคง ความปลอดภัยของสาธารณะ สาธารณสุขและผลกระทบอื่นๆ ต่อสังคมในวงกว้างได้ รัฐบาลควรเจรจาให้มีการสงวนสิทธิบางประเด็นในด้านการคุ้มครองการลงทุน

- แก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ผู้ประกอบการชาวไทยได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกับผู้ประกอบการสหรัฐฯ

เนื่องจากความตกลงทวิภาคีที่สหรัฐฯ จัดทำกับประเทศคู่เจรจาให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้ประกอบการสหรัฐฯ เท่านั้น แต่ไม่ได้คุ้มครองผู้ประกอบการภายในประเทศ กล่าวคือ ผู้ประกอบการสหรัฐฯ อาจได้รับสิทธิการคุ้มครองมากกว่าผู้ประกอบการไทยในการแข่งขันในประเทศไทย ดังนั้น ประเทศไทยจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้สอดคล้องกับมาตรฐานภายใต้ความตกลงทวิภาคี เพื่อป้องกันการให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการสหรัฐฯ เหนือกว่าผู้ประกอบการไทย และผู้ประกอบการชาติอื่น อาทิ การกำหนดให้

หน่วยงานกำกับดูแลมีหน้าที่ต้องให้เหตุผลเมื่อปฏิเสธการให้ใบอนุญาตแก่ผู้ประกอบการทุกราย ไม่จำกัดเฉพาะผู้ประกอบการสหรัฐฯ รวมทั้ง การปรับปรุงกฎหมายแข่งขันทางการค้าเพื่อป้องกันพฤติกรรมผูกขาดที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่จากสหรัฐฯ

- เจรจาเพื่อขอวีซ่าสำหรับแรงงานไทยในการประกอบอาชีพที่สหรัฐอเมริกา

จากการที่สหรัฐฯ มีข้อจำกัดสำหรับการที่คนต่างชาติจะเข้าไปให้บริการในประเทศโดยอนุญาตให้ผู้ประกอบการต่างชาติสามารถนำเงินเข้าไปลงทุนในกิจการในสหรัฐฯ ได้โดยใช้วีซ่าประเภท E1 และ E2 เพื่อเข้าไปดูแลการค้าและการลงทุนของตนในสหรัฐฯ ได้ แต่ไม่อนุญาตให้ลูกจ้างและพนักงานเข้าไปประกอบอาชีพในกิจการดังกล่าวได้ ส่งผลให้ผู้ประกอบการไทยไม่มีศักยภาพในการแข่งขันกับผู้ประกอบการภายในประเทศสหรัฐฯ ได้ เนื่องจากผู้ประกอบการไทยไม่สามารถนำคนไทยที่มีทักษะพิเศษ และค่าจ้างแรงงานต่ำ อาทิ พ่อครัว หมอนวดสปา ช่างซ่อมรถ ช่างกลึง เป็นต้น เข้ามาทำงานในกิจการของตนได้ ในขณะที่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยมีข้อจำกัดด้านเงินทุนแต่มีข้อได้เปรียบด้านความสามารถพิเศษของบุคลากรที่จะเข้าไปทำงานเป็นลูกจ้าง ทำให้การดำเนินธุรกิจสหรัฐฯ ไม่ได้รับความสะดวกเท่าที่ควร ดังนั้น หากแรงงานไทยซึ่งมีฝีมือ และความเชี่ยวชาญพิเศษสามารถขอวีซ่าเพื่อเข้าไปประกอบอาชีพในสหรัฐฯ ได้อย่างถาวร จะช่วยให้ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมของไทยสามารถพึ่งพาแรงงานไทยเหล่านี้ในการประกอบธุรกิจให้มีศักยภาพและมีโอกาสในการแข่งขันในตลาดสหรัฐฯ มากขึ้น

- สนับสนุนวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่จะได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรี

การส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมสามารถกระทำได้โดยไม่ขัดกับความตกลงการค้าเสรี ดังนั้น รัฐบาลไทยจึงควรให้การสนับสนุนวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่อาจได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีโดยเฉพาะในบางสาขาธุรกิจเกี่ยวกับการขนส่งที่กำลังประสบปัญหาอยู่ในปัจจุบัน เช่น ปัญหาการกักเงินของผู้ประกอบการรายย่อยในสาขาบริการขนส่งสินค้าโดยรถบรรทุก และปัญหาการขาดแคลนบุคลากรในธุรกิจบริการรับจัดส่งสินค้าระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมควรมีบทบาทในการให้การสนับสนุนและประสานงานกับสถาบันการเงินเพื่อสนับสนุนเงินกู้ยืมสำหรับผู้ประกอบการรายย่อยในบริการขนส่งสินค้าโดยรถบรรทุกเพื่อนำมาจัดซื้อรถบรรทุก วัสดุอุปกรณ์ และการพัฒนาเทคโนโลยีให้ทันสมัยยิ่งขึ้น ตลอดจนการประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อสนับสนุนการฝึกอบรมบุคลากรซึ่งหน่วยงานเอกชนอย่าง TIFFA ได้ดำเนินการอยู่แล้วโดยจัดตั้งโรงเรียนธุรกิจบริการขนส่งและการค้าระหว่างประเทศขึ้น แต่ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการในธุรกิจบริการรับจัดส่งสินค้าระหว่างประเทศซึ่งขยายตัวเพิ่มมากขึ้น โดยอาจให้การสนับสนุนทางการเงินแก่สถาบันฝึกอบรมของเอกชน และการจัดหาผู้เชี่ยวชาญหรือวิทยากรผู้ชำนาญการเพื่อมาฝึกอบรมให้ความรู้แก่บุคลากรในสาขานี้ เป็นต้น ซึ่งการสนับสนุนดังกล่าวจะช่วยเพิ่มศักยภาพให้แก่ผู้ประกอบการรายย่อยและเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการแข่งขันที่อาจรุนแรงมากขึ้นภายหลังความตกลงฯ มีผลบังคับใช้

- ปรับปรุง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้มีกระบวนการและขั้นตอนที่ชัดเจนและโปร่งใสมากขึ้น

การใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานราชการไทยภายหลังความตกลงการค้าเสรีมีผลบังคับใช้จะต้องมีขั้นตอนการปฏิบัติที่ชัดเจนและโปร่งใส มิฉะนั้นแล้วอาจถูกตีความว่าเป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติ หรือเป็นมาตรการที่ขัดกับมาตรฐานกฎหมายที่ปฏิบัติทั่วไป ซึ่งอาจหมายถึงความบกพร่องหรือไม่โปร่งใสของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐ ดังนั้น รัฐบาลไทยจึงควรปรับปรุงกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้มีความชัดเจนและโปร่งใสมากขึ้น

พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติราชการของหน่วยงานทางปกครอง และหน่วยงานกำกับดูแลอิสระ โดยมีบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจที่ไม่เป็นธรรมของรัฐ เช่น การห้ามมิให้ผู้มีส่วนได้เสียทำการพิจารณาทางปกครอง การให้คู่กรณีมีโอกาสตรวจสอบข้อเท็จจริง และโต้แย้งก่อนที่จะมีคำสั่งทางปกครอง การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งข้อกำหนดทางจริยธรรม เช่น ความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นต้น ซึ่งถึงแม้จะเป็นบทบัญญัติที่ค่อนข้างสมบูรณ์ แต่ยังมีข้อจำกัดในการตรวจสอบและควบคุมการดำเนินงานของหน่วยงานรัฐ อาทิ กฎหมายดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดมาตรฐานในการออกกฎระเบียบต่างๆ และการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งเป็นภารกิจที่สำคัญของหน่วยงานกำกับดูแลอิสระอย่างคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการถูกตีความว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ และอาจหมายถึงความถึงความบกพร่องและไม่โปร่งใสของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทย

- ทบทวนกฎ กติกา ที่ให้อำนาจหน่วยงานรัฐในการกำกับดูแลธุรกิจแต่ละประเภทให้มีความชัดเจนมากขึ้น

กฎระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลธุรกิจทุกประเภทควรมีการทบทวน พร้อมทั้งปรับปรุงเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นเกี่ยวกับหน่วยงานที่มีอำนาจทางกฎหมาย โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นจะต้องมีความชัดเจนว่าอำนาจของส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นมีการแบ่งหรือกระจายอำนาจอย่างไร อาทิ หน่วยงานไหนมีอำนาจในการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจให้กับนักลงทุนต่างชาติ เป็นต้น เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาดังเช่นกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อตกลง NAFTA ในหลายกรณี