

บทที่ 3

พันธกรณีภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)

การให้บริการโทรคมนาคม กับ บริการแพร่ภาพและกระจายเสียง มีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service) หรือ GATS ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่สะท้อนแนวคิดและหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องการจัดระเบียบการค้าบริการระหว่างประเทศ ที่ประเทศภาคีสมาชิกมีข้อผูกพันที่รวมถึงการกำหนดข้อบังคับหรือกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับข้อตกลง ดังนั้น นโยบายระหว่างประเทศจึงเป็นตัวผลักดันที่สำคัญสำหรับการเปลี่ยนแปลงนโยบายการค้ากับดูแลการสื่อสารโทรคมนาคมของประเทศภาคีสมาชิกทุกประเทศ รวมทั้งประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาคีสมาชิกของข้อตกลงดังกล่าว โดยนโยบายที่เกี่ยวข้องคือ การเปิดแข่งขันเสรี (Liberalization) ให้มีการแข่งขันเสรีในการให้บริการเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศและผู้ให้บริการ ทั้งนี้ อาจจะมีการดำเนินการบางประการของผู้ประกอบการที่อาจจะก่อให้เกิดการกีดกันการแข่งขันหรือก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการค้าบริการโดยไม่จำเป็นในลักษณะของการอุดหนุนไขว้ที่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายอื่น อันถือว่าเป็นประเด็นสำคัญที่ประเทศภาคีสมาชิกมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องกำหนดมาตรการที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและวิธีดำเนินการใดๆ ที่ไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคดังกล่าว

3.1 สาระสำคัญของ GATS

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service) หรือที่เรียกกันสั้นๆ โดยทั่วไป ว่า "GATS" เป็นความตกลงระหว่างประเทศฉบับหนึ่งอันเป็นผลจากการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย (Multilateral Trade Negotiations- The Uruguay Round) ของ GATT)* ซึ่งเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่ 1 มกราคม 2538 ที่ตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่บริหารความตกลง

* GATT เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้ตลาดการค้าเป็นตลาดเสรี GATT ดำเนินงานมาตั้งแต่ ค.ศ.1947 หรือ พ.ศ. 2490 จนถึงปัจจุบัน GATT จะนำมวลรัฐสมาชิกร่วมกันเพื่อลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างกัน นโยบายของ GATT ไม่เป็นการบังคับโดยพลัน เพราะตระหนักดีว่าการกระทำเช่นนั้นจะก่อให้เกิดปัญหาแก่รัฐได้ การเปิดตลาดเสรีจึงเรียกร้องให้ทำในรัฐที่อาจทำได้ และในผลิตผลที่เป็นไปได้ การเจรจาการค้าแต่ละรอบที่ GATT จัดขึ้น จะก่อให้เกิดความตกลงระหว่างสมาชิกที่ทำให้เปิดตลาดเสรีเป็นลำดับ

ลงต่าง ๆ อันเป็นผลจากการเจรจาพหุภาคีและกำกับดูแลให้สมาชิกปฏิบัติตามพันธกรณีและข้อผูกพันต่าง ๆ ภายใต้ความตกลงนั้น ๆ

3.1.1 ความเป็นมาของการเจรจาการค้าบริการ

บริการสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนกันได้ (Tradability) เช่นเดียวกับสินค้า โดยเป็นการซื้อขายบริการระหว่างบุคคล (ทั้งนิติบุคคลและบุคคลธรรมดา) ที่เป็นคนชาติของประเทศหนึ่งกับบุคคลที่เป็นคนชาติของประเทศหนึ่ง

ในช่วง 20 ปีที่ผ่านมา การค้าบริการระหว่างประเทศมีการเจริญเติบโตมากขึ้น และขยายตัวสูงขึ้นกว่าการค้าสินค้าในระหว่างปี ค.ศ. 1980-2000 มูลค่าการค้าบริการในโลกขยายตัวปีละประมาณร้อยละ 8 ในขณะที่การค้าสินค้าขยายตัวประมาณร้อยละ 6 โดยเฉพาะในตลาดของประเทศพัฒนาแล้ว ประเทศเหล่านี้จึงพยายามผลักดันให้มีการสร้างกฎเกณฑ์กติกาสำหรับการค้าระหว่างประเทศขึ้นและเป็นผลสำเร็จในการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย ภายใต้กรอบของ GATT ระหว่างปี 2529-2537 โดยปฏิญญารัฐมนตรี (Ministerial Declaration) ซึ่งประกาศ ณ เมืองปุนตา เด เลสเต้ ประเทศอุรุกวัย ได้กำหนดให้เรื่องนี้เป็นหัวข้อหนึ่งที่จะมีการเจรจาเปิดเสรีและได้จัดตั้งกลุ่มเจรจาขึ้นซึ่งต่อมาผู้แทนประเทศต่าง ๆ ที่เข้าร่วมกลุ่มเจรจาได้จัดทำความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service: GATS) ขึ้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นความตกลงระดับพหุภาคีว่าด้วยการค้าบริการระหว่างประเทศฉบับแรกที่ได้มีการจัดทำขึ้น¹

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งในจำนวน 117 ประเทศที่เข้าร่วมเจรจาการค้าบริการในการก่อตั้งองค์การการค้าพหุภาคี (World Trade Organization หรือ WTO) มาตั้งแต่แรก ปัจจุบันมีสมาชิกเพิ่มขึ้นเป็น 148 ประเทศ (ณ มีนาคม 2548)²

การเจรจาการค้าบริการนั้นมุ่งที่จะให้มีการจัดทำร่างกฎระเบียบข้อบังคับและวินัยเกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศเพื่อขยายการค้าภายใต้เงื่อนไขของความเปิดเผยและให้มีการเปิดเสรีตามลำดับ เพื่อเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมความเจริญแก่บริการทางเศรษฐกิจของประเทศคู่ค้าและเพื่อการพัฒนาของประเทศกำลังพัฒนา แต่ทั้งนี้จะต้องเคารพต่อกฎหมาย และ

¹ สำนักเจรจาการค้าบริการ กรมเจรจาการค้าบริการระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, สารະสำคัญของ GATS และการเจรจาการค้าบริการภายใต้ WTO (กรุงเทพฯ: ห.จ.ก. โรงพิมพ์อักษรไทย (น.ส.พ. ฟ้าเมืองไทย), 2545), หน้า 1.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

ข้อบังคับภายในของประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับการค้าบริการกับทั้งต้องคำนึงถึงการดำเนินการขององค์การระหว่างประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย³

3.1.2 กรอบของการเจรจาการค้าบริการ

(1) วัตถุประสงค์ของ GATS

ความตกลง GATS จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นกรอบว่าด้วยกฎและหลักการ (Framework of Rules and Principles) เกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศ ให้ประเทศสมาชิก WTO ถือปฏิบัติ เพื่อให้การค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิกมีการขยายตัวภายใต้เงื่อนไขของความโปร่งใส (Transparency) และการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization)

ดังนั้น GATS จึงกำหนด หลักการให้รัฐบาลของประเทศสมาชิกถือปฏิบัติ และให้ประเทศสมาชิกเจรจาเปิดตลาดระหว่างกัน

(2) ประเภทของบริการ

GATS ไม่ได้ระบุประเภทของบริการที่มีการซื้อขายระหว่างประเทศไว้ แต่ในความตกลงมีบทบัญญัติให้สมาชิกต้องเจรจาเปิดตลาดบริการสาขาต่างๆ ให้แก่กัน ฝ่ายเลขานุการ WTO จึงได้จัดทำเอกสาร MTN.GNS/W /120 ขึ้น เพื่อใช้เป็นพื้นฐานของการเจรจา ซึ่งได้จำแนกประเภทของบริการไว้ 12 สาขา โดยอิงจากการจำแนกประเภทของ UN Common Product (CPC) บริการทั้ง 12 สาขาดังกล่าวได้แก่

1) บริการด้านธุรกิจ (Business Service) ภายใต้สาขานี้จะครอบคลุมบริการวิชาชีพ คอมพิวเตอร์ โฆษณา ด้านค้นคว้าวิจัย และอื่นๆ

2) บริการด้านสื่อสารคมนาคม (Communication Service) ภายใต้สาขานี้จะครอบคลุมบริการไปรษณีย์ พستุดูภัณฑ์ โทรคมนาคม และโสตทัศน

3) บริการด้านก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการก่อสร้าง (Construction and Related Engineering Services) ครอบคลุมทั้งการก่อสร้างและงานติดตั้ง

³ สุธรรม อยู่ในธรรม, "การเจรจาเรื่องโทรคมนาคม ภายใต้การเจรจารอบอุรุกวัย, วารสารกฎหมาย 14,1 (2535): 55.

- 4) บริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution Services) ครอบคลุมบริการค้าปลีก คำส่ง ตัวแทนจำหน่าย และธุรกิจแฟรนไชส์
- 5) บริการด้านการศึกษา (Education Services) ครอบคลุมตั้งแต่โรงเรียนอนุบาล อาชีวะ จนถึงมหาวิทยาลัย รวมทั้งหลักสูตรวิชาชีพระยะสั้น
- 6) บริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services) ครอบคลุมบริการกำจัดมลภาวะต่างๆ รวมทั้งด้านสุขาภิบาล
- 7) บริการด้านการเงิน (Financial Services) ครอบคลุมบริการด้านประกันภัย การธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และการเงินอื่นๆ
- 8) บริการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและบริการทางสังคม (Health Related and Social Services) ครอบคลุมโรงพยาบาลและธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของมนุษย์
- 9) บริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services) ครอบคลุมโรงแรม ภัตตาคาร บริษัท ตัวแทนท่องเที่ยว และ มัคคุเทศก์
- 10) บริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรมและการกีฬา (Recreational, Cultural and Sporting Services) ครอบคลุมธุรกิจบันเทิง ห้องสมุด ฟิฟิธภัณฑ์
- 11) บริการด้านการขนส่ง (Transport Services) ครอบคลุมด้านการขนส่งทางบก เรือ อากาศ ทางท่อ
- 12) บริการด้านอื่นๆ (Other Services) เช่น เสริมสวย จัดงานศพ เป็นต้น

(3) หลักการสำคัญของ GATS

GATS บัญญัติหลักการสำคัญๆ ที่ประเทศสมาชิก WTO ต้องถือปฏิบัติ เช่น

- หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (หรือ เรียกว่า หลักการ MFN: Most-Favored Nation Treatment) คือ การปฏิบัติต่อประเทศสมาชิกอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีเงื่อนไข จะเลือกปฏิบัติโดยให้สิทธิแก่ประเทศอื่นเป็นพิเศษไม่ได้
- หลักความโปร่งใส (Transparency) คือการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมาย ข้อบังคับ หรือกฎระเบียบต่างๆ รวมทั้งการแก้ไขมาตรการ กฎหมาย กฎระเบียบต่างๆ ยกเว้นข้อมูลที่เป็นความลับ และข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงโดย GATS กำหนดให้สมาชิกต้อง

- ตีพิมพ์ข้อมูลดังกล่าวให้สาธารณชนทราบ
- แจ้ง WTO เกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ในสาขาบริการที่เสนอผูกพันการเปิดตลาดไว้

• กฎระเบียบภายใน (Domestic Regulation) GATS เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิก สามารถกำหนดมาตรการใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นในการกำกับดูแลธุรกิจบริการในประเทศของตนได้ แต่การใช้มาตรการต่างๆ ในสาขาที่เสนอผูกพันเปิดตลาดแล้ว จะต้องให้หลักประกันว่าจะต้องดำเนินไปในลักษณะที่มีเหตุผล เป็นไปอย่างมีหลักเกณฑ์ และไม่ลำเอียง

ข้อกำหนดเกี่ยวกับคุณสมบัติและการออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพบริการ และมาตรฐานทางเทคนิคจะต้องมีหลักเกณฑ์ที่โปร่งใสและไม่สร้างภาระต่อการค้าบริการโดยไม่จำเป็น

• หลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization) กำหนดให้มีการเจรจาเปิดตลาดการค้าบริการในทุกๆ 5 ปี หลังจากความตกลง WTO มีผลใช้บังคับ โดยการเปิดเสรีต้องคำนึงถึงระดับการพัฒนาของประเทศด้วย และเพื่อปฏิบัติตามหลักการนี้ การเจรจาการค้าบริการรอบใหม่จึงได้เริ่มขึ้นตั้งแต่ปี 2543

3.2 ข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการโทรคมนาคมกับบริการแพร่ภาพและกระจายเสียง

3.2.1 ข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการโทรคมนาคม

ในการเจรจาเรื่องการโทรคมนาคมนี้มีลักษณะพิเศษคือ เดิมการค้าบริการและโทรคมนาคมอยู่ในเวทีอื่นซึ่งมีกฎเกณฑ์การกำกับดูแล ขอบเขตของแต่ละ Sector อยู่แล้ว แต่เมื่อนำเข้ามาเจรจาภายใต้ GATT ก็จะทำให้เกิดภาระหน้าที่ใหม่ขึ้น นอกเหนือไปจากที่มีอยู่แล้วตามกฎเกณฑ์อื่น ในคราวประชุม Mid Term Review ที่เมืองมอนทรีล ประเทศแคนาดา ประเทศกลุ่มเจรจาโทรคมนาคมตกลงเฉพาะหลักการใหญ่ๆ ขนานไปกับหลักทั่วไปของกรอบการเจรจาการค้าพหุภาคีว่าด้วยการค้าบริการในการเจรจา ซึ่งประเด็นทั่วไป ประเทศส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า ควรแบ่งโทรคมนาคมออกเป็น 2 กลุ่ม คือ บริการพื้นฐาน (basic service) และบริการที่เพิ่มมูลค่า (value added service) แต่เห็นไม่ตรงกัน ในการใช้และประยุกต์ระบบเศรษฐกิจ เข้ากับประเภทของการโทรคมนาคม ตามตารางเปรียบเทียบ ดังนี้

ตารางที่ 2 การเจรจาเรื่องกลุ่มบริการโทรคมนาคม

ประเทศ	ข้อเสนอ
ประเทศพัฒนาแล้ว	<ul style="list-style-type: none"> - ควรจะเปิดตลาด และ Liberalize ทั้ง 2 ประเภทให้มากที่สุด โดยไม่จำเป็นต้องให้ความแตกต่างของ Services เป็นเครื่องมือปิดเป็นการค้าบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้บริการทางโทรคมนาคมที่ต้องเช่าสาย, เช่าวงจรมาดำเนินการเอง ประเทศภาคีควรจะเปิดที่มีการลงทุนและเปิดตลาดอย่างเต็มที่ - ควรจะพิจารณายกเลิกการผูกขาดโดยรัฐ หรือการให้ Concession ทั้งหมด ควรมีการแข่งขันอย่างเต็มที่ ทั้งด้าน facilities และ Service การที่ปล่อยให้มีการผูกขาดเป็นการปิดเป็นการค้าบริการ และทำให้ราคาสูงเกินกว่าที่ควรจะเป็น - USA ไม่ได้เสนอให้เปิดตลาดโทรคมนาคมในทุกกรณี การปิดตลาดและการเปิดตลาดนั้นจำกัดเฉพาะ "ระบบ" โทรคมนาคมสาธารณะเท่านั้น ไม่มีการเปิดตลาดการเข้าถึง "เครือข่าย" (Network) โดยเสนอว่าควรจะให้การประกันแก่ผู้ให้บริการว่าจะสามารถเข้าถึงระบบโทรคมนาคมได้โดยเท่าเทียมกัน ไม่มีข้อห้ามและต้องให้ออกชนใช้บริการโทรคมนาคมเพื่อกิจการได้โดยเสรี เช่น การสร้าง Network ภายในของกิจการและต้องให้ผู้ใช้สามารถพ่วงอุปกรณ์อื่นเข้ากับระบบได้ หากไม่ทำให้การทำงานของระบบเสียไป โดยใช้ no-harm criteria เป็นหลัก และต้องอนุญาตให้ผู้ใช้ระดับต่าง ๆ เข้าถึงบริการโทรคมนาคมภายในประเทศนั้นโดยไม่มีข้อจำกัด และต้องไม่ออกกฎหมายที่บังคับอัตราโทรคมนาคมเป็นอุปสรรคต่อการใช้บริการ และเสนอให้รัฐคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้ที่จะเก็บข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้จากการสื่อสารด้วย - กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปเสนอให้ใช้หลักเอกภาพของเครือข่าย (Network Integrity)

ประเทศ	ข้อเสนอ
ญี่ปุ่น	<ul style="list-style-type: none"> - สนับสนุนการเปิดตลาดและการขยายตัวทางการค้าโดยเฉพาะอย่างยิ่งใน “Enhanced Service” (ซึ่งมีความหมายแตกต่างกับ Valued Added Services เล็กน้อย) โดยประเทศคู่ค้าทุกประเทศต้องเปิดตลาดและปฏิบัติอย่างชนชาติในกรณีของ Enhanced Services แต่ในกรณีของ Basic Service นั้นประเทศญี่ปุ่น เสนอว่าน่าจะอนุญาตให้ประเทศสมาชิกทำข้อสงวนไว้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามหลัก Nation Treatment หรือ Market Access - เนื่องจากกรอบของกฎหมายโทรคมนาคมในประเทศญี่ปุ่นต่างจากประเทศตะวันตก โดยแบ่งการโทรคมนาคมตามลักษณะของการให้บริการ ในขณะที่ตะวันตกแบ่งการโทรคมนาคมตาม criteria ของเทคโนโลยี เช่น Computer II ของสหรัฐ - การที่ญี่ปุ่นทำข้อสงวนไว้ เนื่องจาก ปัญหาที่ประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศยังถือว่าการให้บริการโทรคมนาคม ยังมี ส่วนที่เป็น public utility services
ประเทศไทย	<p>เสนอเมื่อเดือน ก.ย. 2533 ว่า ในเรื่องของการให้บริการพื้นฐาน (Basic Service) นั้นยังคงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และมาตรฐานที่แต่ละประเทศได้กำหนด ซึ่งก็ได้ทำตามมาตรฐานที่ CCITT ได้แนะนำเอาไว้เสมอมาแต่ต้องดูความสามารถที่จะพัฒนาและ ความสามารถในการใช้เทคโนโลยีอย่างมีประสิทธิภาพด้วย ดังนั้น ความพยายามที่จะกำหนดให้บริการพื้นฐานและบริการ Value Added Services ต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกันย่อมเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากสำหรับประเทศด้อยพัฒนา</p>

ประเทศ	ข้อเสนอ
ประเทศด้อยพัฒนา เช่น เกาหลี, อินเดีย, อียิปต์	<ul style="list-style-type: none"> - สนับสนุนแนวความคิดที่จะให้แยกการบริการพื้นฐานออกจากบริการ Value Added Services - ประเทศเกาหลี เสนอให้ Basic Service อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของรัฐในฐานะที่เป็นบริการโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure telecommunication) ซึ่งรวมถึง Voice telecommunication และ telex) โดยให้สิทธิรัฐสงวนไว้เป็นกิจการผูกขาด
ประเทศด้อยพัฒนา รวมทั้ง NICs บาง ประเทศ เช่น คาเมรูน, อียิปต์, เม็กซิโก, อาร์เจนตินา	<ul style="list-style-type: none"> - เห็นว่าเป็นสิทธิอธิปไตย (Sovereign Prerogative) ของแต่ละประเทศ ที่จะเลือกเปิดระบบเศรษฐกิจใน sector ใดก็ได้ - ขอสงวนสิทธิในการกำหนดเงื่อนไขของการเข้าตลาด, การเข้าถึงข้อมูล, Processing และการใช้ข้อมูล d

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับอัตราค่าธรรมเนียม, ราคา นั้น ประเทศสมาชิกจะใช้มาตรฐานราคาชนิดใดในการกำหนดราคาค่าใช้จ่ายบริการ ประเด็นหลักที่ทุกฝ่ายรับตรงกันในหลักการ คือ หลักไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ระหว่างผู้ใช้บริการด้วยกัน แต่มีข้อเสนออื่นของประเทศต่างๆ ในการเจรจา เป็นไปตามตารางเปรียบเทียบ⁴ ดังนี้

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67-81.

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบข้อเสนออื่นๆ ในการเจรจา เรื่องบริการโทรคมนาคม

ประเทศ	ข้อเสนอ
USA	<ul style="list-style-type: none"> - ขอสงวนกรณีการให้บริการแก่ผู้สูงอายุ คนพิการ เป็นต้น - กรณีของการเช่าสาย, เครือข่ายโดยเอกชน ควรจะใช้ Cost - Based มากกว่า Cost Orientation แต่กรณีของสายโทรคมนาคม (transmission) ที่เป็นสายพิเศษ, เส้นทางพิเศษนั้นไม่จำเป็นต้องใช้หลัก Cost - Based เพราะว่ารากานี้จำเป็นต้องคำนวณรวมไปกับวัตถุประสงค์สาธารณะอื่นๆ โดยอาจจะเป็น Average Cost ระหว่างสถานีต่างๆ ก็ได้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในทางสังคม เช่น การต่อสายโทรศัพท์ไปในชุมชนห่างไกล อาจจะต้องเสียค่าธรรมเนียมเท่ากับในเมือง เป็นต้น - ต้องอนุญาตให้สมาชิกใช้อัตราอื่นที่มีเหตุผลทางความเป็นธรรมทางเศรษฐกิจ โดยอาศัยหลักการ reasonable cross subsidy เช่นผู้สูงอายุ, ชนส่วนน้อยก็ควรจะให้อัตราค่าธรรมเนียมแปรผันตามจำนวนบริการที่ใช้ได้ด้วย หรือ เป็น Flat Rate ก็ได้ รวมทั้งต้องอนุญาตให้เก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้ได้ หากปรากฏว่าผู้ให้บริการ ได้ลงทุนพิเศษเพิ่มขึ้นเพื่อขยายการโทรคมนาคมให้ทั่วถึง (Universal Services)
ประเทศกลุ่ม EC	<ul style="list-style-type: none"> - การกำหนดราคาต้องมีความโปร่งใส และเน้นที่ Cost Orientation เป็นหลักในการให้บริการ ประเทศสมาชิกต้องให้สิทธิที่จะเลือกใช้บริการส่วนใดส่วนหนึ่งได้ (Unbundling) โดยไม่จำเป็นต้องติดอยู่กับบริการที่ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการเลือกเอาเฉพาะที่ต้องการ - หลัก Cost Orientation ใช้เฉพาะกับ Basic Services เท่านั้น

(1) ความผูกพันทั่วไป

กรอบและกฎเกณฑ์ของ GATS มีพันธกรณี 29 ข้อ (Article) ซึ่งเป็นกรอบและกฎเกณฑ์ทั่วไป (ในส่วนนี้ ประกอบด้วย 29 ข้อ 5 ภาค ภาคที่หนึ่ง ให้ขอบเขตและคำจำกัดความของการค้าบริการ ภาคที่สอง เป็นพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไป ภาคที่สาม เป็นข้อผูกพันเฉพาะของการเข้าสู่ตลาด การปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติและข้อผูกพันเพิ่มเติม ภาคที่สี่ เป็น

เรื่องของการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าตามลำดับ ภาคสุดท้าย เป็นบทบัญญัติว่าด้วยสถาบัน⁵ ที่วางกฎเกณฑ์และข้อผูกพันที่ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติ รวมทั้งยังมีการระบุถึงสิ่งที่อยู่ในตารางข้อผูกพันและการเจรจาในขั้นต่อไป ตลอดจนการจัดการกับข้อขัดแย้งและการจัดตั้งคณะมนตรีว่าด้วยการค้าบริการ การปฏิบัติตาม GATS จะมีลักษณะที่หลากหลาย คือ ในบางข้อจะเป็นข้อตกลงที่ต้องปฏิบัติทั่วไป บางข้อสามารถมีข้อยกเว้นได้ บางข้อสมาชิกจะปฏิบัติเฉพาะสาขาที่ผูกพันที่จะปฏิบัติ

(2) ความผูกพันเฉพาะ

เนื่องจากในช่วงที่มีการเจรจาต่อรองกัน มีความเป็นไปได้ยากที่จะบรรลุข้อตกลงในทุกประการโดยเฉพาะด้านการเปิดตลาดของแต่ละประเทศ ในด้านการค้าบริการจึงกำหนดให้ทุกประเทศสามารถกำหนดได้ว่า ในช่วงแรกจะมีสาขาใดที่จะเปิดตามข้อตกลงส่วนของการเข้าถึงตลาดได้ ตารางข้อผูกพันจึงเป็นการระบุว่า จะมีกิจกรรมใด สาขาใดที่จะเปิดตลาดตามข้อตกลงและมีเงื่อนไขอย่างไรบ้าง ซึ่งแต่ละประเทศจะกำหนดไม่เหมือนกัน*

⁵ ญัตติของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ, “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services—GATS) และอุตสาหกรรมโทรคมนาคมของไทย”, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (2539), หน้า 4.

* บริการสาขาสื่อสารคมนาคม ที่ไทยได้ผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการ

1) โทรคมนาคม (Telecommunication Service)

- บริการเข้าถึงฐานข้อมูล (Data base access service)
- บริการประมวลผลข้อมูลออนไลน์ (On-line information and/or data processing service)
- บริการขายอุปกรณ์โทรคมนาคม
- บริการที่ปรึกษาด้านโทรคมนาคม
- Videotext
- Teleconference
- บริการให้เช่าวงจรในประเทศ (Domestic leased circuits)
- บริการโทรศัพท์ (รวมทั้งบริการท้องถิ่น ทางไกลในประเทศ ระหว่างประเทศ ซึ่งจะเปิดเสรีในปี พ.ศ.2549 เมื่อมีกฎหมายโทรคมนาคมออกมาใช้บังคับแล้ว

2) ไลด์ทัศน์ (audiovisual services)

- ผลิตและจำหน่ายภาพยนตร์และวิดีโอ (ไม่รวมโฆษณา)
- การผลิตรายการวิทยุและโทรทัศน์

(2.1) ภาคผนวกว่าด้วยโทรคมนาคม

เป็นการกล่าวถึงความสำคัญของโทรคมนาคม ในฐานะเป็นสื่อการติดต่อ สำหรับการทำธุรกิจในทุกประเภท จึงจำเป็นต้องมีความชัดเจนในความครอบคลุมของ GATS และให้มีการรับรองในการใช้เครือข่ายโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน (basic telecommunication network) กล่าวถึงการเข้าถึงและใช้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ เงื่อนไขการให้ใช้เครือข่ายต้องมีเหตุผล การปฏิบัติต้องมีความโปร่งใส รวมทั้งความจำเป็นในการร่วมมือกันทางเทคนิค ซึ่งข้อกำหนดนั้นเป็นการพยายามสร้างความสมดุลระหว่างการไม่กีดกันในการเข้าถึงเครือข่าย และการรักษาระบบให้มีประสิทธิภาพ

ในภาคผนวกนี้ได้รับรองบทบาท 2 ด้านของโทรคมนาคมที่เป็นบริการ ด้านการค้า และ เป็นการส่งสัญญาณสำหรับกิจกรรมทางเศรษฐกิจอื่นๆ ภาคผนวกจะปรับใช้กับมาตรการทั้งหมดของภาคีสมาชิกที่ได้รับผลกระทบในการเข้าถึงและการใช้โครงข่ายส่งสัญญาณ โทรคมนาคมสาธารณะ และ บริการส่งสัญญาณ แม้ว่าในภาคผนวกจะให้ความหมายของคำว่า “โทรคมนาคม” คือ “การส่งสัญญาณและรับสัญญาณโดยความหมายของอิเล็กทรอนิกส์” (“transmission and reception of signals by electronics means”) แต่มิได้รวมถึงเคเบิล หรือ แพร่ภาพกระจายเสียงรายการวิทยุ หรือโทรทัศน์ ภาคีสมาชิกแต่ละประเทศจะอยู่ภายใต้เงื่อนไข การเข้าถึงโครงข่ายและใช้โครงข่ายส่งสัญญาณโทรคมนาคมสาธารณะที่ สมเหตุสมผลและไม่เลือกปฏิบัติ สำหรับการจัดหาบริการที่มีอยู่ในตารางข้อผูกพัน

ภายใต้ภาคผนวกนี้ ภาคีสมาชิกจะกำหนดเงื่อนไขต่อภาคีสมาชิกอื่นในการเข้าถึง และ การใช้บริการโทรคมนาคมเมื่อมีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองความรับผิดชอบต่อสาธารณะ (“to safeguard the public service responsibilities”) ของผู้ให้บริการโทรคมนาคม (โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อให้มีการให้บริการที่เพียงพอแก่สาธารณะทั่วไป) เพื่อคุ้มครองบูรณภาพของผู้ให้บริการโทรคมนาคมสาธารณะ และเพื่อมั่นใจว่าผู้บริการภาคีสมาชิกจัดหาบริการโทรคมนาคมเฉพาะที่ได้รับอนุญาตตามขอบเขตในตารางข้อผูกพันของตนเท่านั้น สำหรับประเทศกำลังพัฒนา ตามขอบเขตที่กำหนดในตารางข้อผูกพันของตน และประกอบกับระดับของการพัฒนาของตน สามารถกำหนดเงื่อนไขที่ “สมเหตุสมผลในการเข้าถึงและการใช้โทรคมนาคมสาธารณะ” เพื่อที่จะสร้างความแข็งแกร่งให้กับโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคมภายในประเทศประเทศของตน และ เพื่อเพิ่มการมีส่วนร่วมในการค้าระหว่างประเทศ ในด้านบริการโทรคมนาคม⁶

⁶ Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round: A Negotiation History (1986-1992), (Netherlands: Kluwer Law International, P.O. Box 23, 1993), p.2416-2417.

(2.2) ภาคผนวกว่าด้วยข้อตกลงเรื่องบริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน

เดิมตามข้อตกลง GATS รัฐสมาชิกผูกพันตนที่จะเปิดเสรีในภาคโทรคมนาคมที่เป็นบริการมูลค่าเพิ่ม (Value Added Services) แต่ไม่รวมถึงการเปิดเสรีในส่วน of โทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ดังนั้น จึงเกิด Negotiating Group on Basic Telecommunication (NGBT) ซึ่งเป็นกลุ่มการเจรจาที่จัดตั้งขึ้นในกรอบของ WTO โดยเริ่มขึ้นครั้งแรกเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1994 (พ.ศ.2537) เพื่อกำหนดให้มีการเจรจาในส่วน of โทรคมนาคมขั้นพื้นฐานในช่วงแรกที่จัดตั้งได้มีการกำหนดว่าการเจรจาจะต้องเสร็จสิ้นภายใน 30 เมษายน ค.ศ. 1996 (พ.ศ. 2539) แต่เมื่อถึงกำหนดเวลาดังกล่าว การเจรจาก็ไม่สามารถหาข้อยุติได้ ดังนั้น ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ.1996 (พ.ศ.2539) จึงได้มีการจัดการเจรจาขึ้นอีกครั้งโดยใช้ชื่อว่า Group on Basic Telecommunication (GBT) ซึ่งการเจรจาในครั้งนี้ได้เสร็จสิ้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1997 (พ.ศ.2540) โดยประเด็นสำคัญของการเจรจา คือ การเปิดเสรีทางการให้บริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน และสมาชิกที่ได้เข้าร่วมเจรจายกเว้นกรอบของ WTO สามารถหาข้อยุติในการเจรจาโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานได้ โดยในข้อตกลงของการเจรจาได้ครอบคลุมถึงบริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานทุกชนิด

ข้อตกลง NGBT แบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ

I. หลักการเข้าสู่ตลาด (market access)

หลักการเข้าสู่ตลาดตามข้อตกลงนี้ ไม่เพียงแต่ยินยอมให้มีการให้บริการ (Supply) โทรคมนาคมขั้นพื้นฐานข้ามชาติเท่านั้น แต่ยังให้บริษัทต่างชาติสามารถให้บริการทางด้าน บริการโทรศัพท์ท้องถิ่น, โทรศัพท์ทางไกลภายในประเทศ, โทรศัพท์ทางไกลระหว่างประเทศ รวมถึงการให้บริการทางเสียงและข้อมูลทุกชนิดผ่านเครือข่ายภายในของรัฐได้ นอกจากนี้ผู้ให้บริการต่างชาติยังสามารถสร้างอุปกรณ์ต่างๆ (facilities) ของตนเองมาแข่งขันกับผู้ให้บริการภายในรัฐได้

II. การลงทุนจากต่างชาติ (foreign investment)

หลักการลงทุนจากต่างชาติตามข้อตกลงนี้ครอบคลุมถึงบริการที่บริษัทต่างชาติจะมาเป็นผู้ให้บริการ รวมทั้งบริษัทต่างชาติสามารถเข้าถือหุ้นในบริษัทของผู้ให้บริการภายในประเทศได้ เมื่อข้อตกลงนี้มีผลใช้บังคับ หมายถึงว่า ประเทศสมาชิกได้อนุญาตให้ต่างชาติสามารถเป็นเจ้าของหรือ เข้าถือหุ้นในการให้บริการโทรคมนาคมของรับได้ ซึ่งในจำนวนนี้ 18 ประเทศ รวมสหรัฐอเมริกา, อังกฤษ และเยอรมันอนุญาตให้บริษัทต่างชาติเข้าถือหุ้นในบริษัทที่ให้บริการโทรคมนาคมภายในประเทศได้ถึง 100 % ทั้งนี้ ตั้งแต่ เดือน มกราคม 1998 (พ.ศ. 2541) เป็นต้นไป ส่วนในประเทศอื่นๆ จะมีการอนุญาตในอีก 3-5 ปีข้างหน้า

III หลักการกำกับดูแล (regulatory principle)

ประเทศที่เข้าร่วมเจรจา 65 ประเทศ ได้ยอมรับแนวทางการกำกับดูแล ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประกันว่าจะเกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมขึ้นในตลาดโทรคมนาคมของรัฐ ยกเว้น 5 ประเทศ ซึ่งรวมถึงสหรัฐอเมริกา, กลุ่มประเทศในสหภาพยุโรป และญี่ปุ่น ที่ได้มีความตกลงให้ระบุหลักการกำกับดูแลไว้ใน Reference Paper

เนื่องจาก GBT เป็นการเจรจาที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กรอบของ WTO เพราะฉะนั้นหลักการไม่เลือกปฏิบัติ และ หลักความโปร่งใส จึงเป็นหลักการพื้นฐานของ Reference Paper โดยเฉพาะหลัก MFN ที่ต้องยึดเป็นหลักการพื้นฐานที่ต้องนำมาใช้กับทุกมาตรการ ยกเว้นว่ารัฐจะได้ขอยกเว้นหลัก MFN ไว้ในตารางข้อยกเว้น ซึ่งการนำหลักการไม่เลือกปฏิบัติมาปรับใช้ใน Reference Paper นั้นเป็นการนำมาใช้กับการเชื่อมต่อเครือข่ายกับผู้ให้บริการที่มีฐานะเหนือผู้อื่น (dominant firm) มากกว่าที่จะเป็นเงื่อนไขของการเข้าสู่ตลาด

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้กรอบของการพัฒนาธุรกิจภาคโทรคมนาคมมีความมั่นคงและชัดเจนยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ และก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างของอุตสาหกรรมโทรคมนาคมระดับโลก ซึ่งการจะเกิดการแข่งขันขึ้นภายในรัฐ และการให้ผู้ให้บริการต่างชาติสามารถเข้าสู่ตลาดได้นั้น รัฐจำเป็นต้องปฏิรูปหลักเกณฑ์การกำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคมภายในรัฐของตนใหม่ กรอบการกำกับดูแลสำหรับโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ของ GBT มีมาตรการเพื่อการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม คือ

1. มาตรการแข่งขัน (Competitive safeguard)

ในขณะที่การเจรจาดังกล่าวมีการห้ามการอุดหนุนข้ามภาค และ กระบวนการที่เป็นการกีดกันการแข่งขันต่างๆ แต่ผู้ให้บริการของรัฐก็มิได้ถูกกำหนดให้ต้องมีการสร้างกระบวนการในทางบริหารที่แยกต่างหาก นอกจากนี้ข้อตกลงตาม WTO ไม่ได้มีการสร้างกรอบของการตั้งราคา ดังนั้น ผู้ให้บริการรายใหญ่ในตลาดยังคงสามารถคิดราคาได้สูงในตลาดที่ตนยังคงควบคุมอยู่ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมรายใหญ่จึงยังสามารถมีวิธีปฏิบัติที่เป็นการกีดกันทางการค้าได้ ด้วยเหตุนี้ ตาม Reference Paper จึงมีมาตรการป้องกันไม่ให้ผู้ให้บริการที่มีฐานะเหนือผู้อื่น (dominant firm) กระทำการที่เป็นการกีดขวางการแข่งขัน ซึ่งการกระทำที่ถือเป็นการกีดขวางการแข่งขันได้ระบุไว้ใน Reference Paper, para 1. 2

2. การเชื่อมต่อเครือข่าย (Interconnection)

ตาม Reference Paper, paragraph 1. 2: ประเด็นของการเชื่อมต่อเครือข่ายมีกฎเกณฑ์ที่ค่อนข้างเฉพาะ คือในการเจรจาถึงวิธีการเชื่อมต่อ ต้องมีความโปร่งใส

และผู้ให้บริการรายใหม่จะได้รับการอนุญาตให้เชื่อมต่อกับเครือข่ายสาธารณะภายในเงื่อนไขที่มีความยุติธรรม อย่างไรก็ตามไม่ได้มีกฎเกณฑ์เฉพาะว่า หลักการในการคิดราคาการเชื่อมต่อเป็นอย่างไร ด้วยเหตุนี้เพื่อเป็นการป้องกันการเลือกปฏิบัติในการเชื่อมต่อเครือข่าย ผู้ให้บริการเครือข่ายจะต้องเปิดเผยข้อมูลทางด้านมาตรฐานทางเทคนิคด้วย

3. หลักการบริการอย่างทั่วถึง

เป็นการวางเงื่อนไขการบังคับก่อนให้รัฐสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขของ Universal Service ไว้อย่างเข้มงวด ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญของการกำกับดูแล เนื่องจากในบทบัญญัติไม่มีการระบุถึงจำนวนของบริการ หรือไม่มีการระบุเรื่องการคิดราคาค่าบริการ และไม่มีการระบุจำนวนผู้ให้บริการ ที่จะให้บริการในเงื่อนไขของ universal services เอาไว้

4. หลักการ Public availability of licensing criteria

Reference Paper, paragraph 1. 4 : ใน GBT ได้ระบุให้กฎเกณฑ์การให้ใบอนุญาตของรัฐต้องมีความโปร่งใส โดยการต้องจัดพิมพ์ข้อมูลของหลักการให้ใบอนุญาตและสภาวะ /เงื่อนไขของใบอนุญาตแต่ละรายให้สาธารณะชนได้รับรู้ รวมทั้งต้องมีการแสดงผลในการที่ปฏิเสธผู้สมัครรายหนึ่งรายใดด้วย ตาม

5. ผู้กำกับดูแลที่เป็นอิสระ (Independent regulators)

สมาชิกที่ลงนามในข้อตกลงทุกรัฐจะต้องจัดตั้งหน่วยงานกำกับดูแลที่เป็นอิสระ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่จะป้องกันความประพฤติที่มีลักษณะเป็นการกีดกันการแข่งขันได้ ใน Reference Paper นั้น รัฐได้ระบุตารางข้อผูกพันที่จะต้องมีการแบ่งแยกหน้าที่ระหว่างผู้กำกับดูแล กับ ผู้ให้บริการโทรคมนาคมออกจากกัน นอกจากนี้ กระบวนการตัดสินใจของผู้กำกับดูแลจะต้องมีความเป็นกลางต่อผู้มีส่วนร่วมในตลาดทุกคน

6. การจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด (Allocation and use of scarce resources)

ตามข้อตกลง GATS ไม่ได้วางกรอบเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน แต่ Reference Paper, para 6 ระบุให้รัฐสมาชิกต้องมีวิธีการที่โปร่งใส และไม่เลือกปฏิบัติ ในการจัดสรรและใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด อย่างไรก็ตาม ในกรอบของการกำกับดูแลไม่ได้มีข้อห้ามในเรื่องการจำกัดจำนวนผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาต⁷

ประเทศไทยได้ลงนามในความตกลงที่จะเปิดตลาดการค้าบริการโทรคมนาคม ในส่วนของโทรคมนาคมพื้นฐาน ที่ประเทศไทยมีข้อผูกพันที่จะเปิดตลาด 4 บริการ คือ โทรศัพท์พื้นฐาน (Voice Telephony) โทรเลข (Telegraph) โทรสาร (Facumile) และ เทเล็กซ์ (Telex) ทั้งนี้ คำว่าบริการโทรศัพท์พื้นฐานดังกล่าว รวมถึงบริการโทรศัพท์ในท้องถิ่นเดียวกัน โทรศัพท์ทางไกลภายในประเทศ และโทรศัพท์ทางไกลระหว่างประเทศ แต่ไม่รวมบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (cellular)

3.2.2 ข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการแพร่ภาพและกระจายเสียง

บริการแพร่ภาพและกระจายเสียง ปรากฏอยู่ในประเภทบริการด้านโสตทัศน (Audiovisual Services) สืบเนื่องจากเทคโนโลยีใหม่ที่เกิดขึ้นได้กระตุ้นให้เกิดการอภิปรายในเรื่องบริการด้านโสตทัศนในการเจรจารอบอุรุกวัย ซึ่งการมุ่งประเด็นไปที่ลักษณะพิเศษทางวัฒนธรรม ของอุตสาหกรรมภาพยนตร์และโทรทัศน์เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ไม่มีการจำแนกรายการนี้ไว้เป็นการเฉพาะในความตกลง GATS แต่เมื่อสิ้นสุดรอบการเจรจา มีเพียง 13 ประเทศที่ได้ทำข้อผูกพัน (Commitments) ในภาคธุรกิจนี้ พร้อมกับการทำข้อยกเว้นข้อจำกัดต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN Exemptions) อีกมากมายหลายข้อ และด้วยผลของการทำภาคยานุวัติ (Accessions) ในเวลาต่อมา จำนวนประเทศสมาชิกที่เข้าทำ Commitments ได้เพิ่มขึ้นเป็น 19 ประเทศ ในปี 1998 และ ณ ปี 2002 มีประเทศที่เข้าทำ Commitments ในภาคบริการนี้ ประมาณ 25 ประเทศ ประเทศส่วนใหญ่ที่เข้าทำ Commitments ในภาคบริการนี้ ได้ใช้การจัดประเภทภาคธุรกิจตาม Services Sectoral Classification List พร้อมทั้งทำข้อยกเว้น (Modifications) หรือข้อยกเว้น (Exemptions) อย่างไรก็ตาม บางกรณีได้มีการใช้คำจำกัดความเฉพาะประเทศ (National Definitions) รวมถึงกรณีหนึ่งซึ่ง Commitments ถูกทำขึ้นภายใต้ Telecommunication Services แต่ Sub - Categories ที่เกี่ยวข้อง (ได้แก่ Television Broadcast Transmission Services และ Radio Broadcast

⁷ อรดา เทพยายน , “กรอบแนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับองค์กรกำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคม” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 91-93.

Transmission Services) กลับถูกจัดประเภทเป็น Audiovisual Services ภายใต้ Services Sectoral Classification List และ Provision Central Product Classification (CPC) กรณีบริการถ่ายทอดสัญญาณวิทยุและโทรทัศน์ หรือ Radio and Television Transmission Services ได้ถูกรวมอยู่ภายใต้ Commitments ด้าน Audiovisual Services แต่กำหนดว่าเป็นบริการวิทยุโทรทัศน์ทางสายเคเบิล (Radio and Television Cable)⁸

Commitments ส่วนใหญ่ในแต่ละ Mode of Supply ได้อยู่ภายใต้ข้อจำกัด (Limitation) ในอุตสาหกรรมเหล่านี้ ที่มีการปฏิบัติงานนอกประเทศเป็นการชั่วคราวบ่อยครั้งมาก ระดับข้อจำกัดของข้อผูกพันในการเข้าสู่ตลาด (Market Access Commitments) สำหรับการเข้ามาให้บริการแรงงานโดยบุคคลธรรมดา อาจจะทำให้ถึงข้อจำกัดทางการค้าที่สำคัญได้ นอกเหนือจากข้อจำกัด (Restrictions) ที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดา ข้อจำกัดทั่วไปที่มีมากที่สุดซึ่งปรากฏในตารางข้อผูกพันได้รวมไปถึงขีดจำกัดด้านการถือหุ้นของต่างชาติ ข้อจำกัดเรื่องสัดส่วนของเวลาการแพร่ภาพที่แบ่งสรรให้ผลิตผลจากต่างชาติ และข้อละเว้นจากหลักปฏิบัติอย่างคนชาติ National Treatment) ในด้านการให้เงินอุดหนุนภายในประเทศ (Domestic Subsidies) สำหรับกรณีของการเข้าสู่ตลาดในเรื่องการเข้ามาให้บริการแรงงานโดยบุคคลธรรมดานั้น ส่วนมากจะกำหนดว่า “Unbound” หรือไม่ผูกพัน เช่นเดียวกับ Sectors ส่วนใหญ่ที่ได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน ของความตกลง GATS

ในการเจรจารอบอุรุกวัย ผู้แทนจากภาคอุตสาหกรรม Audiovisual ของประเทศสมาชิกจำนวนหนึ่งได้แนะนำว่าภาคธุรกิจภาพยนตร์และการแพร่ภาพควรถูกแยกออกจากความตกลง GATS เพื่อปกป้องอุตสาหกรรมและวัฒนธรรมของชาติจากการถูกรอบงำโดยสินค้าของต่างชาติ อีกแนวทางหนึ่งคือ แนะนำให้มีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัด จากข้อวินัยทั่วไป (Certain Disciplines) ในการยอมรับลักษณะเฉพาะทางวัฒนธรรมของอุตสาหกรรมเหล่านี้ อย่างไรก็ตาม ไม่มีการบรรลุข้อตกลงตามแนวทางดังกล่าวข้างต้น

ข้อยกเว้น/ข้อจำกัด ต่อหลัก MFN จำนวนมากได้ถูกจัดทำขึ้นในส่วนของ การให้บริการด้าน Audiovisual นี้ หากนับรวมประชาคมยุโรป (Europe Community) เป็น 1 เดียว (1 entity) จะมี MFN Exemptions ทั้งหมด 33 ข้อ โดยอ้างว่า เหมาะกับภาค ทั้งนี้ ยังไม่ได้นับรวม MFN Exemptions อีก 8 ข้อบังคับที่ใช้กับภาคบริการ ทุกประเภท รวมถึง audiovisual ด้วย ทั้งนี้ ตามธรรมดาโดยส่วนใหญ่แล้ว Exemptions จะครอบคลุมข้อตกลงร่วมผลิตผลงาน

⁸ WTO Secretariat, Guide to the GATS: An Overview of Issues for Further Liberalization of Trade in Services, (Netherlands: Kluwer Law International, P.O. Box 85889, 2508 CN The Hague, 2000), p.140.

ภาพยนตร์ และโทรทัศน์ (Co-production Arrangements for Film and Television) ด้วย ยกตัวอย่างเช่น การยอมรับสถานะการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ในเรื่องการมีสิทธิเข้ารับเลือกเพื่อได้รับความช่วยเหลือด้านการเงิน ผลประโยชน์ทางด้านภาษี และระเบียบปฏิบัติการเข้ามาในประเทศที่ง่ายตายสำหรับบุคคลธรรมดา

ข้อตกลงต่างๆ ที่ถูกกล่าวถึงใน MFN Exemptions รวมถึงกรณีเพื่อการสนับสนุนผลงาน Audiovisual ของยุโรป ลาตินอเมริกา และอาหรับ นอกจากนี้ยังมีการปฏิบัติแบบเอเนียง (Preferential Treatment) ให้สิทธิพิเศษกรณีการให้เข้าใช้เวลาฉายหรือแพร่ภาพในบางกรณีด้วย MFN Exemptions ของประชาคมยุโรปถือว่ามีขอบเขตกว้างที่สุด นอกจากนั้น MFN Exemptions บางข้อยังกำหนดมาตรการที่มีศักยภาพในเชิงแก้แค้นต่อมาตรการฝ่ายเดียว (Unilateral Measures) ที่กำหนดโดยประเทศคู่ค้าอีกด้วย⁹

ปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีข้อผูกพันในการเปิดตลาดบริการวิทยุโทรทัศน์ไปแล้ว 1 สาขา คือ บริการผลิตรายการวิทยุโทรทัศน์ แต่ยังไม่ตกลงผูกพันในการเปิดตลาดบริการแพร่ภาพและกระจายเสียง

3.3 ความสำคัญของพันธกรณี GATS ที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์ข้อห้ามการอุดหนุนไขว้

3.3.1 หลักการเบื้องต้น (Preamble)

1) หลักการเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization)

ตามอารัมภบท (Preamble) ของ GATS ในวรรค 3 กำหนดหลักการว่าประเทศสมาชิกมีความต้องการที่จะบรรลุถึงความก้าวหน้าที่สูงขึ้นของการแข่งขันเสรีทางการค้า โดยการผ่านรอบเจรจาพหุภาคีที่ต่อเนื่องโดยมุ่งที่จะส่งเสริมผลประโยชน์ของผู้เข้าร่วมความตกลงทั้งหมดบนพื้นฐานแห่งประโยชน์ร่วมกัน และ มุ่งที่รักษาไว้ซึ่งสมดุลทั้งปวงแห่งสิทธิและพันธกรณี ในขณะที่ยังให้ความเคารพต่อวัตถุประสงค์ทางนโยบายแห่งชาติ* ซึ่งหลักการนี้

⁹ Ibid., pp.141-142

* GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES

Members,...

..Desiring the early achievement of progressively higher levels of liberalization of trade in services through successive rounds of multilateral negotiations aimed at promoting the interests of all participants on a mutually advantageous basis and at securing an

กำหนดให้รัฐสมาชิกจำเป็นต้องสร้างกฎเกณฑ์ รูปแบบ และวิธีการที่มีผลบังคับได้จริง โดยคำนึงถึงเป้าหมายนโยบายแห่งชาติของรัฐที่เกี่ยวข้องด้วย และมีวัตถุประสงค์สำคัญที่ให้แต่ละประเทศร่วมกันพัฒนาหลักเกณฑ์กำกับดูแลการค้าบริการให้สอดคล้องกับนโยบายการแข่งขันของแต่ละประเทศ ให้เป็นหลักการที่ยอมรับร่วมกัน

2) หลักการกำหนดมาตรการกฎระเบียบ (Right to Regulate)

GATS ยอมรับสิทธิของสมาชิกที่จะกำหนดมาตรการกฎระเบียบภายในใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อกำกับดูแลธุรกิจบริการในประเทศของตนได้ หรือเรียกว่า right to regulate ซึ่งในอาร์มบทในวรรค 4 ได้กำหนดว่าประเทศสมาชิกยอมรับถึงสิทธิของตนที่จะออกข้อบังคับ และนำเสนอข้อบังคับใหม่ๆ ว่าด้วยการให้บริการภายในประเทศ เพื่อที่จะให้รับกับวัตถุประสงค์ทางนโยบายแห่งชาติ และความจำเป็นโดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาที่จะใช้สิทธินี้ แม้จะมีความไม่ได้สัดส่วนเกี่ยวกับระดับของการพัฒนาข้อบังคับทางบริการในประเทศต่างๆ อยู่ก็ตาม* ซึ่งแสดงว่ากฎเกณฑ์ รูปแบบ และวิธีการบังคับใช้ต้องมีความยืดหยุ่นปรับเข้าได้กับประเทศกำลังพัฒนาด้วย

จากเงื่อนไขที่กำหนดใน GATS ดังกล่าว จึงพิจารณาได้ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอุดหนุนไขว้ระหว่างบริการที่มีข้อผูกพันตาม GATS จึงต้องสอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าว ทั้งนี้ ภายใต้หลักการเปิดเสรีตามลำดับ และการมีสิทธิที่จะกำหนดกฎหมายภายในประเทศตามนโยบายของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา เช่นประเทศไทย ที่สามารถใช้สิทธิในกำหนดหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับนโยบายการแข่งขันของไทย ตามข้อนี้ได้

overall balance of rights and obligations, while giving due respect to national policy objectives;

...

* GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES

Members,...

...Recognizing the right of Members to regulate, and to introduce new regulations, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives and, given asymmetries existing with respect to the degree of development of services regulations in different countries, the particular need of developing countries to exercise this right;

...

3.3.2 พันธกรณี เรื่อง การรวมกันเป็นหนึ่งเดียวทางเศรษฐกิจ (Economic Integrations) (Article V)

ใน Article 5 ของ GATS กำหนดเรื่อง การรวมตัวกันทางเศรษฐกิจไว้ว่า “ บทบัญญัติของข้อตกลงนี้จะไม่เป็นการขัดขวางต่อกฎกติกาใด ที่จะเข้ามารวมในข้อตกลงระหว่างกัน เพื่อทำให้เกิดระดับการขยายตัวของการค้าเสรีในด้านการค้าบริการ” ในขณะที่เดียวกันประเทศกำลังพัฒนาสามารถเป็นภาคีในข้อตกลงประเภทเดียวกันนี้ได้ โดยคำนึงถึงระดับการพัฒนาของประเทศดังกล่าวด้วย (Article V:2) * ซึ่งการรวมตัวทางเศรษฐกิจมีผลทำให้ประเทศสมาชิกของการรวมตัวกันนั้นมีสถานะที่เข้มแข็งขึ้นในตลาดโลก และมีอำนาจในการต่อรอง เช่น ประชาคมยุโรป (EC) หรือ อาเซียน ซึ่งเป็นการรวมตัวทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาค การรวมตัวกันทางเศรษฐกิจ ทำให้เกิดกลุ่มการค้า ต่างๆ ในโลก ซึ่งประเทศที่เข้าร่วมกลุ่มกันมักมีสภาพทางเศรษฐกิจคล้ายกัน และอยู่ในอาณาเขตพื้นที่เดียวกันในภูมิภาคต่างๆ ของโลก จึงได้มีการ

* GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES

Article V

Economic Integration

1. This Agreement shall not prevent any of its Members from being a party to or entering into an agreement liberalizing trade in services between or among the parties to such an agreement, provided that such an agreement:

(a) has substantial sectoral coverage¹, and

(b) provides for the absence or elimination of substantially all discrimination, in the sense of Article XVII, between or among the parties, in the sectors covered under subparagraph (a), through:

(i) elimination of existing discriminatory measures, and/or

(ii) prohibition of new or more discriminatory measures, either at the entry into force of that agreement or on the basis of a reasonable time-frame, except for measures permitted under Articles XI, XII, XIV and XIV bis.

2. In evaluating whether the conditions under paragraph 1(b) are met, consideration may be given to the relationship of the agreement to a wider process of economic integration or trade liberalization among the countries concerned.

...

กำหนดเงื่อนไขยอมรับการรวมตัวทางเศรษฐกิจดังกล่าว ซึ่งการรวมตัวนั้นอาจจะทำให้เกิดกลุ่มการค้าที่แตกต่างกันได้ ระหว่างกลุ่มของประเทศพัฒนาแล้ว และกลุ่มของประเทศกำลังพัฒนา

จากเงื่อนไขของ GATS ข้อนี้เห็นได้ว่า มีการเปิดโอกาสประเทศสมาชิกสามารถทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องที่เป็นการขยายตัวของการค้าเสรีด้านบริการ กับประเทศที่ตนสนใจได้ เพื่อเสนอข้อเสนอกับครอบคลุมกิจกรรมที่เป็นประโยชน์และที่ความต้องการมากที่สุดได้

ตัวอย่างของการทำความตกลงรวมตัวทางเศรษฐกิจ ที่มีอยู่ในขณะนี้ คือ การเจรจาการค้าบริการภายใต้ความตกลงเขตการค้าเสรี หรือ FTA (Free Trade Area) ที่เป็นการร่วมมือระหว่างประเทศอย่างหนึ่งที่ในขณะนี้ประเทศต่างๆ ได้แสดงความสนใจในการเจรจาเพื่อความร่วมมือในการทางการค้าธุรกิจภาคต่างๆ ซึ่งรวมถึงการค้าบริการโทรคมนาคม ซึ่งประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่กำลังอยู่ระหว่างการเจรจาจัดทำความตกลง FTA กับ 8 ประเทศ ได้แก่ จีน (อาเซียน-จีน) ญี่ปุ่น อินเดีย บาเรนห์ สหรัฐ เปรู ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และ 1 กลุ่มประเทศ คือ BIMST - EC

การเจรจาการค้าในกรอบ FTA ส่วนใหญ่เป็นไปตามแนวทางที่ใช้ในการเจรจาในกรอบ WTO โดยมีประเด็นที่เหมือนกันคือ การเจรจา FTA จะแบ่งเป็นการเจรจาข้อบท (Chapters) และข้อผูกพันการเปิดตลาด (Schedules of Commitments) เช่นเดียวกับที่ใน WTO มีความตกลง GATS และมีตารางข้อผูกพันรายประเทศ ส่วนข้อแตกต่างที่สำคัญมี 2 ประการ คือ

1) รูปแบบการเจรจา

รูปแบบการเจรจา FTA ไม่แยกเป็น Mode และมีบทบัญญัติต่างกันสำหรับการให้บริการแต่ละรูปแบบ ซึ่งการเจรจาการค้าบริการภายใต้ WTO จะแบ่งเป็น Mode of Supply ที่ชัดเจน โดยที่สมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขการเปิดตลาด ทั้งด้าน Market Access และ National Treatment (ซึ่งจะกล่าวในต่อไป) แยกออกจากกันได้ตาม Mode โดยข้อผูกพันทั่วไปทั้งหมดจะเป็นไปตามพันธกรณีที่ปรากฏในข้อบทฉบับเดียวกันคือ ความตกลง GATS กล่าวคือ ในแง่ของหลักเกณฑ์ จะใช้บทบัญญัติเดียวกันครอบคลุมทุก Mode* แต่การเจรจา FTA ส่วน

* Mode of Supply ประกอบด้วย

- การให้บริการข้ามพรมแดน (Mode 1: Cross-border Services)
- การบริโภคบริการข้ามพรมแดน (Mode 2: Consumption abroad)
- การเข้ามาลงทุนเพื่อจัดตั้งบริษัทหรือองค์กรให้บริการภายในประเทศ (Mode 3: Commercial Presence)

ใหญ่ จะไม่มีการแยก Mode เหมือน WTO และจะมีข้อบทที่อาจมีพันธกรณีต่างกันไป ข้อบท ภายใต้ความตกลง FTA ที่เกี่ยวข้องกับบริการ จะแยกเป็น Chapter หลัก ๆ คือ

- Cross – border Services (ครอบคลุม Mode 1&2)
- Investment (ครอบคลุม Mode 3 ของการบริการ แต่จะรวมการลงทุนอื่นๆ นอกเหนือจากการบริการด้วย เช่น Manufacturing)
- Movement of Business Persons (ครอบคลุม Mode 4 และอาจมี มาตรการที่เกี่ยวกับการเข้าเมืองที่ปกติไม่อยู่ในขอบเขตความตกลง GATS เช่น Facilitation of Entry)¹⁰

2) รูปแบบของข้อผูกพัน (Commitments)

การเจรจาในรอบ WTO ใช้วิธีเปิดตลาดแบบ positive- list approach กล่าวคือ เปิดตลาดเฉพาะสาขาหรือกิจกรรมที่ต้องการเปิดพร้อมกำหนดเงื่อนไข ซึ่งการเจรจาในรอบ FTA กับหลายประเทศ คาดว่าจะใช้วิธีการนี้ แต่มีความเป็นไปได้สูงว่าการเจรจากับสหรัฐฯ อาจจะถูกกดดันโดยฝ่ายสหรัฐฯ ให้ใช้วิธีเปิดตลาดแบบ negative – list approach กล่าวคือ ให้ถือว่า เปิดตลาดหมด เว้นแต่สาขา/กิจกรรม/มาตรการ ที่ประเทศคู่เจรจาขอยกเว้นไว้ ซึ่งรายการ ที่แต่ละประเทศขอยกเว้นนั้น เรียกว่า “Non-conforming measures” ซึ่งแนวทางนี้ สหรัฐฯ ใช้ในการเจรจา FTA ของตนทุกฉบับทั้งที่ผ่านมาและกำลังดำเนินอยู่ เพราะเห็นว่าเป็นแนวทางที่มีความชัดเจนสำหรับประเทศที่ต้องการให้มีการเปิดตลาดมากๆ อย่างสหรัฐฯ

สำหรับ Non – Conforming measures ในความตกลงของสหรัฐนั้น มีได้ 2 แนวทาง คือ

- (1) การขอยกเว้นสาขา
- (2) การขอยกเว้นมาตรการ

-
- การที่ผู้ให้บริการที่เป็นบุคคลข้ามไปให้บริการในประเทศอื่น (Mode 4: Movement of natural persons)

¹⁰ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, “ประเด็นด้านสวัสดิการที่ไทยควรพิจารณา”, เอกสารประกอบระเบียบวาระที่ 4.2 (3) รายงานการประชุม คณะกรรมการการค้า บริการสาขาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ครั้งที่ 7/2546.

ทั้งนี้ การยกเว้นทั้ง 2 กรณี สามารถยกเว้นได้ทั้งเป็นการชั่วคราว (โดยกำหนด Transitional period หรือระยะเวลาที่จะ phase –out ข้อจำกัดนั้น) หรือยกเว้นเป็นการถาวรจากพันธกรณีในความตกลง FTA (carve – out)

จากข้อกำหนดของ GATS มาตรฐานนี้ จึงมีข้อสังเกตว่า หลักเกณฑ์ใดที่มีความเกี่ยวข้องกับการค้าบริการที่ยังไม่ได้กำหนดชัดเจนภายใต้ GATS เช่นเรื่องการอุดหนุนไขว้ระหว่างบริการโทรคมนาคมกับบริการแพร่ภาพและกระจายเสียง ประเทศสมาชิกย่อมมีสิทธิที่จะเสนอเงื่อนไขที่เป็นข้อปฏิบัติเพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการกีดกันการแข่งขันทางการค้า ที่ประเทศต้องการให้มีผลบังคับกับประเทศคู่ค้า โดยใช้สิทธิตามหลักการใน Article VI นี้ได้ ซึ่งอาจจะมีการนำไปกำหนดในความตกลง FTA ดังกล่าวได้ด้วยเช่นกัน*

3.3.3 พันธกรณี เรื่อง ข้อบังคับภายในประเทศ (Domestic Regulation) (Article VI)

Article VI ของ GATS กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic Regulation) ซึ่ง GATS เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดมาตรการใดๆ ที่เห็นว่าจำเป็นในการกำกับดูแลธุรกิจบริการในประเทศของตนได้ แต่การใช้มาตรการต่างๆ ในสาขาที่เสนอข้อผูกพันเปิดตลาดแล้ว จะต้องให้หลักประกันว่าต้องดำเนินไปในลักษณะที่มี

* ตัวอย่างที่มีการกำหนดใน FTA เช่น ใน Chapter 9: Telecommunication ของความตกลงเขตการค้าเสรีระหว่าง สหรัฐฯ กับ สิงคโปร์ ที่กำหนดว่า

“...Competitive Safeguards

2. (a) Each party shall maintain appropriate measures for the purpose of preventing suppliers of public telecommunications service who, alone or together, are a major supplier suppliers in its territory from engagement in or continuing anti-competitive practices.

(b) For the purposes of subparagraph (a) anti-competition practices include:

(i) engaging in anti – competitive cross – subsidization; ...

เหตุผล มีหลักเกณฑ์และไม่ลำเอียง โดยโครงสร้างข้อผูกพันตาม Article VI ของ GATS ที่เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สรุปได้ดังนี้

(1) โครงสร้างของพันธกรณี

1) ข้อกำหนดเบื้องต้น

ระบุถึงรูปแบบที่แตกต่างกันของภาระผูกพัน ซึ่งบางกรณีบังคับใช้เป็น การทั่วไปในทิศทางที่รัฐถูกบังคับให้ปฏิบัติในทุกภาคของบริการ ไม่ว่าจะได้ระบุไว้ในข้อผูกพัน เฉพาะหรือไม่ และกรณีอื่นใด ที่บังคับเฉพาะเรื่องที่รัฐสมาชิกได้ระบุความผูกพันไว้ในตารางข้อ ผูกพัน Article นี้เรียกให้มีการเจรจาถึงระเบียบวินัยที่ละเอียดซับซ้อนมากขึ้นเกี่ยวกับ คุณสมบัติ เทคนิค และ การออกใบอนุญาต¹¹

2) การกำหนดหลักเกณฑ์อย่างสมเหตุสมผล เป็นกลาง และไม่ลำเอียง

ในภาคบริการที่รัฐสมาชิกให้ความผูกพันในตารางข้อผูกพันเฉพาะไว้ รัฐ ต้องรับประกันว่ากฎหมายต่างๆ หลักเกณฑ์ แนวทางการบริหารจัดการ หรือมาตรการใดๆ ของ การบังคับใช้เป็น การทั่วไปที่กระทบต่อการค้าบริการ ต้องดำเนินการอย่างมีสมเหตุสมผล เป็น กลาง และไม่ลำเอียง ภาระผูกพันนี้ให้ความสำคัญที่มาตรการบริหารจัดการ ไม่ใช่ที่เนื้อหา และมีจุดประสงค์หลักที่ประกันว่าผู้ให้บริการต่างชาติต้องไม่ถูกกระทำอย่างเลือกปฏิบัติหรือถูกกีด กันอย่างไม่เหมาะสมในการดำเนินการของพวกเขา โดยการบริหารจัดการที่มีอคติ หรือ ไร้ เหตุผล¹² ข้อกำหนด Article VI (1) ดังกล่าวนั้น หมายความว่า รัฐสมาชิกภายใต้ GATS ที่ได้ทำ ข้อผูกพันเฉพาะ (Specific commitment) เอาไว้นั้น จะต้องดำเนินการโดยสุจริตในการใช้ มาตรการอันได้แก่ กฎหมาย ข้อบังคับ กฎ การดำเนินการทางบริหาร ฯลฯ ที่ออกโดยรัฐหรือ หน่วยงานของรัฐภายใต้การมอบหมายจากผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้อง ต่อผู้ให้บริการจากรัฐสมาชิก อื่น ในลักษณะที่ไม่เลือกปฏิบัติ ดังนั้น รัฐสมาชิกทุกรัฐภายใต้ GATS ซึ่งได้ทำข้อผูกพันเฉพาะ ในสาขาบริการต่างๆ ต้องใช้มาตรการทางกฎหมายใดๆ ต่อผู้ให้บริการจากรัฐสมาชิกอื่น ให้มี สิทธิและหน้าที่โดยเสมอภาคและเท่าเทียมกัน

3) การกำหนดหลักเกณฑ์ให้สอดคล้องกับข้อบังคับของคณะมนตรีว่าด้วย การบริการ (Council for Trade in Service)

¹¹ Service (GATS), Chapter 19, p.19.9.

¹² Ibid., p.19.10.

ตามที่กำหนดไว้ใน Article VI (4)* ซึ่งพิจารณาจากข้อกำหนดดังกล่าวแล้วเห็นว่า รัฐสมาชิกมีพันธกรณีที่จะต้องออกกฎหมายภายในเกี่ยวกับการให้บริการให้สอดคล้องกับข้อบังคับเกี่ยวกับการให้บริการของคณะมนตรีฯ ซึ่งข้อบังคับเกี่ยวกับการดังกล่าว ได้แก่ เงื่อนไขและวิธีการด้านคุณสมบัติ มาตรฐานทางเทคนิค และเงื่อนไขด้านการออกใบอนุญาต โดยข้อบังคับของคณะมนตรีฯว่าด้วยการค้าบริการจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใส มีหลักเกณฑ์ และไม่เพิ่มอุปสรรค ให้มากขึ้นในเรื่องของการประกันคุณภาพการบริการและวิธีการออกใบอนุญาต

นอกจากนี้ ในระหว่างที่คณะมนตรีฯ ออกข้อบังคับเกี่ยวกับการบริการ รัฐสมาชิกทุกรัฐมีพันธกรณีและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม Article VI (5) (A)** ที่กำหนดให้รัฐ

* General Agreement on Trade in Services

"Article VI

...4. With a view to ensuring that measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements do not constitute unnecessary barriers to trade in services, the Council for Trade in Services shall, through appropriate bodies it may establish, develop any necessary disciplines. Such disciplines shall aim to ensure that such requirements are, *inter alia*:

- (a) based on objective and transparent criteria, such as competence and the ability to supply the service;
- (b) not more burdensome than necessary to ensure the quality of the service;
- (c) in the case of licensing procedures, not in themselves a restriction on the supply of the service.

...

** General Agreement on Trade in Services

"Article VI

...5. (a) In sectors in which a Member has undertaken specific commitments, pending the entry into force of disciplines developed in these sectors pursuant to paragraph 4, the Member shall not apply licensing and qualification requirements and technical standards that nullify or impair such specific commitments in a manner which:

- (i) does not comply with the criteria outlined in subparagraphs 4(a), (b) or (c);
- and

สมาชิกจะต้องไม่ใช่เงื่อนไขด้านคุณสมบัติ ออกใบอนุญาต มาตรฐานทางเทคนิค ที่เกี่ยวกับบริการในลักษณะที่คลุมเครือ ขาดความโปร่งใส กีดกันการแข่งขันการให้บริการ ด้วยการเพิ่มภาระเกี่ยวกับการประกันคุณภาพ และก่อให้เกิดการดำเนินการออกใบอนุญาตที่มีขั้นตอนยุ่งยาก และในการที่รัฐสมาชิกได้ออกกฎข้อบังคับให้สอดคล้องกับระเบียบวินัยของคณะมนตรีฯ นั้น จะต้องมีการคำนึงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับบริการขององค์การระหว่างประเทศ (เช่น สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน) ด้วย

4) การพัฒนาข้อบังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การกำกับดูแลภายในประเทศ

Article VI (4) ของ GATS เรียกร้องให้คณะมนตรีฯ ทำการพัฒนาข้อบังคับที่เป็นการประกันว่ามาตรการที่เกี่ยวกับข้อบังคับในเงื่อนไขด้านคุณสมบัติ มาตรฐานทางเทคนิค ข้อบังคับเรื่องการออกใบอนุญาต และวิธีการดำเนินการ ต้องไม่บัญญัติโดยเป็นการกีดกันทางการค้าโดยไม่จำเป็น แต่ละมาตรการต้องตั้งอยู่บนหลักของความเป็นธรรมและโปร่งใส ซึ่งมาตรการเหล่านั้นต้องไม่ก่อให้เกิดภาระเกินกว่าความจำเป็น เพื่อเป็นการประกันคุณภาพการให้บริการและข้อจำกัดในการให้บริการ ซึ่งในส่วนของ การปรับใช้เงื่อนไข คณะทำงานด้านการบริการที่เกี่ยวกับความเชี่ยวชาญ ได้มีการจัดตั้งขึ้นเพื่อพัฒนาระเบียบวินัยดังกล่าวในส่วนของการบริการที่เกี่ยวกับความเชี่ยวชาญ โดยจัดขึ้นสำหรับบริการทางบัญชี เป็นลำดับแรก¹³

5) ขั้นตอนการอุทธรณ์

เพื่อที่จะให้มีการทบทวนกฎหมาย ข้อบังคับ การดำเนินการงานทางการบริหารภายในของรัฐสมาชิกว่าจะเป็นการอุปสรรคต่อการค้าบริการหรือไม่ รัฐสมาชิกทุกรัฐมีพันธกรณีและ หน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม Article VI (2) (A)* ของ GATS ซึ่งกำหนดว่า รัฐ

(ii) could not reasonably have been expected of that Member at the time the specific commitments in those sectors were made.

(b) In determining whether a Member is in conformity with the obligation under paragraph 5(a), account shall be taken of international standards of relevant international organizations....

¹³ Ibid., p.19.10.

* General Agreement on Trade in Services

"Article VI

สมาชิกจะคงไว้หรือจัดตั้งระบบศาล อนุญาโตตุลาการ หรือศาลทางปกครอง หรือวิธีพิจารณาอื่นใด เพื่อตรวจสอบ ตัดสิน หรือ หาแนวทางแก้ไขที่เหมาะสม โดยเร็ว ต่อคำวินิจฉัยในทางบริหารที่กระทบต่อการค้าบริการ เมื่อมีการร้องขอจากผู้ให้บริการที่ได้รับผลกระทบ

เนื่องจาก Article VI เรื่อง ข้อบังคับภายในประเทศนี้เป็นข้อที่สำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์ข้อบังคับภายในประเทศ ให้สอดคล้อง หลักการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ความตกลง GATS ดังนั้น จึงได้ทำการศึกษาถึงหลักการและเหตุผลของการกำหนดข้อบังคับดังกล่าว เพื่อประกอบการพิจารณาออกกฎหมายภายในของประเทศไทยเกี่ยวกับข้อห้ามการอุดหนุนชั่วคราวระหว่างกิจการโทรคมนาคมกับกิจการแพรรภาพและกระจายเสียง ที่อาจจะมีขึ้นในอนาคตต่อไป โดยสรุปหลักการและเหตุผล ของ Article VI ได้ดังนี้

(2) หลักการและเหตุผลของพันธกรณี

คำจำกัดความของการค้าระหว่างประเทศภายใต้ GATS นั้น มีขอบเขตขยายถึงการทำให้บรรลุผลต่อการเคลื่อนไหวในภาคของการผลิตและผู้ให้บริการ ซึ่งหมายความว่า GATS ครอบคลุมขอบเขตนโยบายที่กว้างกว่า GATT ยกตัวอย่างเช่น หน้าที่ตามหลัก National Treatment ใน GATS ให้ความสำคัญ ไม่เฉพาะเพียงการปฏิบัติต่อบริการเท่านั้น แต่ให้ปฏิบัติต่อธุรกิจ และ บุคคลผู้ใช้และให้บริการธุรกิจด้วย ดังนั้น หลักการของชาติเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อการลงทุนต่างชาติ และชาวต่างชาติในการกระทำเกี่ยวกับการให้บริการมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับหน้าที่ของรัฐสมาชิกภายใต้ GATS ซึ่ง GATS เป็นความตกลงระหว่างประเทศหลายฝ่าย

...2. (a) Each Member shall maintain or institute as soon as practicable judicial, arbitral or administrative tribunals or procedures which provide, at the request of an affected service supplier,

for the prompt review of, and where justified, appropriate remedies for, administrative decisions affecting trade in services. Where such procedures are not independent of the agency entrusted with the administrative decision concerned, the Member shall ensure that the procedures in fact provide for an objective and impartial review.

(b) The provisions of subparagraph (a) shall not be construed to require a Member to institute such tribunals or procedures where this would be inconsistent with its constitutional structure or the nature of its legal system.

...

ฉบับแรกที่กำหนดกรอบหน้าที่ในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน ซึ่งโดยเนื้อแท้แล้วไม่ครอบคลุมถึงนโยบายการลงทุน แต่ กระทบต่อตลาดการบริการ¹⁴

1) แนวความคิดของประเทศภาคีสมาชิกเกี่ยวกับเรื่อง ข้อบังคับภายในประเทศ

การเจรจา GATS ของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับเรื่อง ข้อบังคับภายในประเทศ ในขั้นตอนของการเจรจาถึง เดือน กรกฎาคม 1990 นั้น มีการเจรจาเกี่ยวกับเรื่องสถานะแวดล้อมของการกำกับดูแล ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกทั้งหมดตกลงว่าประเทศต่างๆ ควรจะได้รับอนุญาตในการคงไว้ซึ่งการกำกับดูแลการบริการ โดยตัวอย่างข้อเสนอของประเทศสมาชิก มีดังนี้

- ประเทศสหรัฐอเมริกา เสนอว่า การให้อนุญาตและมาตรการในการออกใบรับรองต้องไม่เลือกปฏิบัติ และขึ้นอยู่กับความสามารถ

- ประเทศในกลุ่มละตินอเมริกา เสนอว่า ภาคีสมาชิกของ GATS โดยเฉพาะประเทศด้อยพัฒนา (Least – Developed countries หรือ LDCs) ควรมีสหิทธิในการกำกับดูแลเงื่อนไขการบริการภายในอาณาเขตของตนเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนโยบายแห่งชาติ รวมทั้งการแนะนำกฎเกณฑ์ใหม่ๆ ที่สอดคล้องกับ GATS¹⁵ และในการจัดทำร่างกรอบความตกลงได้มีการสรุปเงื่อนไขหลักที่เป็นผลของการเจรจา ซึ่งในเรื่องข้อบังคับภายในประเทศ ได้ระบุนรวมถึงสิทธิของภาคีสมาชิกในการกำกับดูแลเงื่อนไขของบริการเป็นส่วนหนึ่งของกรอบความตกลง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นไปตามข้อเสนอของภาคีสมาชิก¹⁶

ต่อมา การเจรจาในปี 1991 เรื่อง ข้อบังคับภายในประเทศ ที่กำหนดเป็น Article VI ของความตกลง ซึ่งกำหนดเป็นพิเศษสำหรับบริการ เพื่อมุ่งหมายที่จะให้มั่นใจว่าการกำกับดูแลภายในประเทศถูกรักษาไว้โดยภาคีสมาชิกที่จะปรับใช้บนหลักการของความเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ Article นี้เป็นสิ่งสำคัญของการให้ซึ่ง อุปสรรคทางการค้าในการค้าบริการที่ไม่ใช่การกำหนดอัตรา แต่เป็นการคงไว้ซึ่งการกำกับดูแลโดยภาคีสมาชิกในบริการที่อยู่ในเขตปกครองของรัฐบาลในแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม Article V นี้ ปรับใช้เฉพาะข้อผูกพันเฉพาะที่

¹⁴ Ibid., p.19.4.

¹⁵ Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round: A Negotiation History (1986-1992), p.2381.

¹⁶ Ibid., p. 2384.

ยอมรับ ซึ่งหมายความว่าเงื่อนไขใน Article อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นที่เป็นผลจากการเจรจาข้อผูกพันเฉพาะ¹⁷

2) หลักการที่ใช้ในการพิจารณา

2.1) หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ

ตามร่างข้อตกลงทั่วไปเกี่ยวกับการค้าบริการ ที่พัฒนามาจากกรอบการเจรจาการค้าพหุภาคี ซึ่งหลักการและข้อกฎหมายในร่างข้อตกลงฯ ในหมวดที่ 2 เป็นเรื่องที่ว่าด้วยพันธกรณีทั่วไปและข้อบังคับทางวินัย (General Obligation and Disciplines) ซึ่งมี Article VI ว่าด้วยกฎระเบียบภายในประเทศ (Domestic Regulation) ปรากฏอยู่ในหมวดนี้ กล่าวคือ โดยหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยภายในรัฐของตน จากการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย โดยทำให้เกิดการใช้อำนาจรัฐเหนือดินแดน (territorial jurisdiction) และอำนาจรัฐเหนือบุคคล (personal jurisdiction) การใช้อำนาจรัฐเหนือดินแดน ทำให้รัฐสามารถออกกฎหมายใดๆ ก็ได้ ภายในอาณาเขตของตน ซึ่ง Article VI ก็ได้บัญญัติรับกับข้อกฎหมายระหว่างประเทศข้างต้น โดยให้อำนาจรัฐในการออกกฎหมายภายในดินแดนของตนเพื่อตอบสนองต่อเป้าหมายนโยบายของชาติ สิทธิดังกล่าวนี้ ยังรวมไปถึงการให้สิทธิแต่ผู้เดียว (exclusive rights) ในบางสาขาบริการเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการ เพื่อบรรลุเป้าหมายนโยบายแห่งชาติ การที่รัฐสามารถออกกฎหมายภายในได้เอง ถ้าพิจารณาในส่วนของการค้าบริการคงจะเกี่ยวเนื่องกับกฎระเบียบของการกำหนดมาตรฐานหรือคุณภาพของสินค้า ซึ่งรัฐยังคงสามารถกระทำได้ ภายใต้เงื่อนไขว่ากฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติระหว่างคู่ภาคี (means of discrimination between parties)¹⁸

2.2) หลักข้อจำกัดในทางปฏิบัติของธุรกิจและความสัมพันธ์ของเศรษฐกิจศาสตร์ระหว่างประเทศ

ในการปฏิบัติทางธุรกิจ มีปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่เป็นอยู่และหลักการกำกับดูแลในอดีตสำหรับความสัมพันธ์ในทางการค้าระหว่างประเทศ จึงเกิดภาพรวมของนโยบายการแข่งขันและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เนื่องจากกฎหมายต่อต้านการผูกขาดธุรกิจการค้า และการแข่งขันแต่ละประเทศ มีความหลากหลายอย่างมากในการดูแล

¹⁷ Ibid., p. 2414.

¹⁸ สุธรรม อยู่ในธรรม, "การเจรจาเรื่องโทรคมนาคม ภายใต้การเจรจาออร์ดูวัย," หน้า

พฤติกรรมทางธุรกิจต่างๆ ของประเทศ และ ยิ่งกว่านั้นแม้ว่ากฎหมายจะคล้ายกัน แต่อาจจะถูกทำให้ปฏิบัติตามที่แตกต่างกันได้

จากการศึกษาของ OECD เกี่ยวกับนโยบายการค้า ได้กล่าวไว้ว่า ข้อจำกัดในทางปฏิบัติธุรกิจทำให้เกิดผลกระทบอย่างมากต่อหน้าที่การแข่งขันของตลาดระหว่างประเทศ และยอมเกี่ยวข้องกับนโยบายการค้าที่สามารถส่งเสริมอย่างเป็นผล หรือ หน่วงเหนี่ยวเป็นอย่างยิ่งในเป้าหมายทางเศรษฐศาสตร์ของนโยบายการแข่งขัน ด้วยเหตุที่เศรษฐกิจแห่งชาติถูกประสานมากขึ้น และ ขึ้นอยู่กับระหว่างประเทศมากขึ้น นโยบายการเปิดเสรีทางการค้า จึงรักษาไว้ซึ่งแนวโน้มทั่วไปของสังคมอันมีส่วนช่วยให้การทำหน้าที่ของการแข่งขันในชาติ และตลาดระหว่างประเทศเกิดผล¹⁹

หลักเกณฑ์เรื่องข้อบังคับภายในประเทศกำหนดให้แต่ละรัฐสมาชิก ประกันว่ามาตรการที่ใช้บังคับทั่วไป ต้องเป็นไปในลักษณะสมเหตุสมผล เป็นกลาง และไม่ลำเอียง หลักเกณฑ์ข้อนี้ถูกกำหนดขึ้นโดยให้ความสำคัญต่อการกำกับดูแล เนื่องจากในบางรัฐ ยังมีได้มีการแบ่งแยกระหว่างผู้กำกับดูแล (regulator) และผู้ให้บริการ (operator) ออกจากกัน จึงทำให้เกิดการขัดกันของผลประโยชน์ ดังนั้น ในการเจรจาโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ได้ระบุว่า รัฐที่ได้ให้ข้อผูกพันในตารางข้อผูกพันจะต้องมีการแบ่งแยกหน้าที่ระหว่างผู้กำกับดูแลและผู้ให้บริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานออกจากกัน และกระบวนการตัดสินใจของผู้กำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคม จะต้องมีความเป็นกลางต่อผู้มีส่วนร่วมในตลาดทุกคน "impartial with respect to all market participants"

2.3) หลักความเป็นธรรม (Fairness)

ตาม GATS Article VI (2) กำหนดให้รัฐสมาชิกจัดตั้งคณะตุลาการ คณะบริหารหรือ คณะอนุญาโตตุลาการ หรือมาตรการในการพิจารณา เพื่อให้ผู้ให้บริการสามารถได้รับการทบทวนคำสั่ง หรือการเยียวยาที่เหมาะสม นอกจากนี้ พิเคราะห์ได้ว่า เงื่อนไขตาม Article VI ดังกล่าว กำหนดให้การตั้งกฎกติกาในประเทศต้องไม่ขัดแย้งกับเสรีทางการค้า บริการ กล่าวคือ ต้องมีความเป็นกลาง (ไม่เป็นการกีดกันธุรกิจ) จะต้องมีแผนงาน (Work Program) วางระเบียบ เพื่อให้การตั้งมาตรฐานและการให้ใบอนุญาตที่ไม่เป็นอุปสรรคทางการค้า ไม่เป็นภาระเกินความจำเป็นที่จะรักษาคุณภาพของการบริการ

¹⁹ Terence P. Stewart, The GATT Uruguay Round: A Negotiation History (1986-1992), p.1066.

ภายใต้ความตกลง GATT ความอิสระของการควบคุม เปรียบเทียบ จาก 3 ต้นกำเนิดที่มาของกฎเกณฑ์ภายใต้ WTO เกี่ยวกับการค้าสินค้า กับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าบริการ (GATS) ด้วยจุดประสงค์ของความก้าวหน้าอย่างเป็นลำดับของข้อเสนอการเจรจาการค้าบริการ และการแนะนำวิธีเจรจาที่อาจจะเลือกปฏิบัติระหว่างเงื่อนไขเหล่านั้น ไม่ใช่เป็นการทั่วไปที่จะมีกฎสำหรับควบคุมการค้าบริการทั้งหมด ซึ่งแตกต่างจากการควบคุมสินค้า ซึ่งอาจจะเป็นไปได้ว่าขอบเขตที่แน่นอนของการควบคุมบริการเหมาะสำหรับบริการชนิดใดชนิดหนึ่งมากกว่า เพราะฉะนั้น การประเมินในข้อปฏิบัติที่เสนอโดยข้อตกลง GATT สามารถสำเร็จได้ในเบื้องต้น ในการคัดเลือกรูปแบบบนมาตรฐานของ "ความจำเป็น" หรือ "ได้สัดส่วน" ที่ต้องการให้ใช้ในภาษาเดียวกัน เว้นเสียแต่ว่า ความหมายแตกต่างกันถูกกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม เหตุผลอย่างน้อยที่สุดคือ ใช้ระบบวิธีที่แตกต่างกันบนหลักการเดียวกัน สิ่งนี้จะปรากฏเพื่อใช้กับขอบเขต เช่น การเลือกปฏิบัติ, ความจำเป็น, ความได้สัดส่วน, การปฏิบัติการควบคุม มากกว่าการออกแบบการควบคุม, ความจำเป็นของการยอมรับ, อ้างอิงถึงมาตรฐานระหว่างประเทศและวินัยทั่วไปอื่นๆ นอกเหนือจากหลักเกณฑ์เฉพาะ²⁰

ในความสัมพันธ์ระหว่างการเปิดเสรีการค้าระหว่างประเทศ กับ เอกกราช ในการกำกับดูแลภายในประเทศ มีประเด็นกระทบต่อจุดประสงค์ในการเปิดเสรีทางการค้า มีข้อเปรียบเทียบระหว่างการค้าสินค้า กับการค้าบริการ ซึ่งมีความแตกต่างกันระหว่าง สินค้ากับบริการ และ ระหว่างบริการด้วยกันเอง แต่มีความเหมือนกัน ที่ทำให้มีการศึกษาปัญหากันอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับเอกกราชในการกำกับดูแลภายในประเทศในเรื่องของสินค้า ที่เกี่ยวกับข้อโต้แย้งของวิธีการในการกำกับดูแลภายในประเทศในเรื่องของบริการ *

²⁰ Joel P. Trachtman, "Lessons for GATS Article VI from the SPS, TBT and GATT Treatment of Domestic Regulation". Available from <http://papers.ssrn.com> [2002, January 29]

* See Note by the WTO Secretariat, "The Relevance of the Disciplines of the Agreements on Technical Barriers to trade (TBT) and on Import Licensing Procedures to Article VI:4 of the General Agreement on Trade in Services", SWPPS/W/9 (11 September 1996) [hereinafter, "Secretariat Note on Disciplines"].

(3) ข้อเปรียบเทียบหลักการกำกับดูแลภายในประเทศระหว่างการค้า สินค้าและบริการ

ประเด็นที่สำคัญของการค้าระหว่างประเทศ คือความสัมพันธ์ระหว่างการเปิดเสรีการค้าระหว่างประเทศ กับ ความอิสระของการกำกับดูแลภายใน ที่ยังคงมีการหาคำตอบที่สอดคล้องกับกระบวนการของการเปลี่ยนแปลงของเนื้อหาและการจัดการที่ยังไม่หยุดนิ่ง ขณะที่จำเป็นต้องอนุญาตให้การกำกับดูแลภายในที่จะตอบสนองเงื่อนไขภายใน มีหลายครั้งเมื่อความอิสระในการกำกับดูแลถูกใช้ในทางผิดโดยหลบซ่อนระบบการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายใน หรือไม่ได้ถูกกระตุ้นอย่างเพียงพอในการจัดให้มีกฎที่มีประสิทธิภาพ ในขณะที่ความโปร่งใสสามารถช่วยลดการหลบซ่อนระบบการคุ้มครองอุตสาหกรรมภายใน แต่ก็ไม่สามารถกำจัดความไม่มีประสิทธิภาพที่เกิดขึ้นและยังฝังลึกลงไปมากยิ่งขึ้นได้

ในความสัมพันธ์ระหว่างการเปิดเสรีทางการค้า และความอิสระของการกำกับดูแลภายใน เป็นเรื่องที่มีการค้าบริการเปรียบเทียบกับการค้าสินค้า ซึ่งแม้ว่าระหว่างการค้าสินค้า กับการค้าบริการ และท่ามกลางการค้าบริการ มีความแตกต่างกันที่สำคัญ แต่ก็มีมีความคล้ายคลึงกันพอที่จะได้มีการพิจารณาศึกษาในประเด็นของควมมีอิสระในการควบคุมสินค้าเกี่ยวกับข้อตัดสินใจในการกำหนดแนวทางของความอิสระในการควบคุมการค้าบริการ

หลักการสำคัญที่เป็นการศึกษาข้อเปรียบเทียบ คือ

1) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination: National Treatment and MFN)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติในการกำกับดูแลภายในประเทศ รวมทั้งการบังคับใช้หลักการนี้ในเวทีระหว่างประเทศ ซึ่งเคยมีปรากฏอยู่แล้วใน GATT, SPS* and TBT Agreements* แม้ว่าสัญญาแต่ละฉบับนั้นมีระบบวิธีที่แตกต่างกัน หลักการข้อกำหนดนี้

* Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, Apr. 15, 1994, WTO Agreement, Annex 1A, Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: The Legal Texts, at 69 [hereinafter SPS Agreement].

* 3 Agreements on Technical Barriers to Trade, Apr. 15, 1994, WTO Agreement, Annex 1A, Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations: The Legal Texts, at 138; 1994 WL 761483 [hereinafter TBT Agreement].

ค่อนข้างไม่ได้ทดสอบกับบริการ ในขณะที่มีความสำคัญต่อการค้าบริการด้วย ซึ่งอาจจะอ้างได้ว่า การไม่เลือกปฏิบัตินั้นได้กำหนดไว้อย่างเหมาะสมภายใต้ Article XVII of GATS และไม่จำเป็นต้องมีการประเมินต่อไป ซึ่งขอบเขตของ Article VI ในด้านหนึ่ง กับ Article XVI และ Article XVII อีกด้านหนึ่ง ถูกคาดหมายว่าจะอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงที่ Article VI ทำการเกี่ยวข้องกับมาตรการการกำกับดูแลที่สุจริต เท่าที่เห็น คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัตินั้น ไม่ทดสอบถึงการปรับใช้ได้โดยง่ายด้วยตัวของมันเอง และเป็นข้อเรียกร้องสำหรับพื้นฐานการบังคับใช้ในการประเมิน เกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นและความเหมาะสม รวมทั้งเจตนาที่จะกำกับดูแลโดยใช้หลักสุจริต

2) หลักความจำเป็น หรือทางเลือกข้อจำกัดทางการค้าให้น้อยที่สุด หรือ ความเหมาะสม Necessity/ Least Trade Restrictive Alternative/ Proportionality

กล่าวคือ ระเบียบวินัยทั่วไปที่สำคัญที่สุดสำหรับการกำกับดูแลภายในประเทศ ตามข้อบังคับของ WTO คือ การพิสูจน์ถึงความจำเป็น ซึ่งแปลความหมายโดยทั่วไปได้ว่า เป็นการกำหนดให้การกำกับดูแลภายในประเทศต้องเป็นระบบทางเลือกที่เป็นข้อจำกัดทางการค้าอย่างน้อยที่สุด ต่อการที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายที่วางไว้ และความเหมาะสม ในเรื่องนี้ ภายใต้ GATS นั้นมีการวิเคราะห์ว่า แม้ว่ารัฐจะฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับเรื่องปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามทีระบุไว้ใน Article XVII ซึ่งมีความสำคัญ หรือใน Article อื่น เช่น Article VI (5) กฎเกณฑ์การกำกับดูแลอาจจะยังคงได้รับการอนุญาตภายใต้ข้อยกเว้นของ Article XIV ซึ่ง Article XIV ใช้บังคับเพียงกรณีที่มีการฝ่าฝืนเดิมของข้อบังคับข้ออื่นของ GATS ในเรื่องการกำกับดูแลที่เป็นทางเลือกปฏิบัติ ซึ่งมีความเป็นไปได้น้อยที่จะค้นหากการฝ่าฝืนเดิม Article XIV นั้นเทียบเท่ากับ Article XX ของ GATT ที่ให้ข้อยกเว้นแก่นโยบายภายในประเทศอย่างแนบแน่น จากการบังคับใช้ข้อกำหนดของ GATT ที่เป็นอย่างอื่น²¹

3) หลักการทำให้เสียไป หรือ ไม่มีผล (Nullification or Impairment) และการพิสูจน์ความจำเป็น (the Necessity Test) ภายใต้ GATS VI (5)²²

ใน GATS Article VI (5) อธิบายอย่างชัดเจนถึงข้อผูกมัดทั่วไปสำหรับภาคการบริการที่คู่สัญญาได้รวมไว้ในตารางข้อผูกพัน ยกเว้นมาตรการที่ครอบคลุมถึงการสงวนสิทธิในตารางข้อผูกพันภายใต้ Article XVII (การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ) และ Article XVI (การเข้าตลาด) แต่ในด้านที่คลุมเครือ Article VI (1) กำหนดให้หลักเกณฑ์การกำกับดูแลภายในประเทศ ปรับใช้ในเรื่องที่สมาชิกได้ตกลงไว้ในข้อผูกพันการเปิดเสรีอย่างเป็นทางการเฉพาะ โดยจะต้อง

²¹ Ibid., p.11.

²² Ibid., p.14.

ดำเนินการ "อย่างสมเหตุสมผล เป็นกลาง และไม่ลำเอียง" ซึ่งเป็นไปได้ที่ข้อเรียกร้องเฉพาะนี้ มีเหตุผลที่อาจจะถูกใช้และพัฒนาจากการระงับข้อโต้แย้งใน WTO เพื่อกำหนดข้อผูกพันที่เหมาะสมในการกำกับดูแลภายในประเทศ นอกจากนี้ Article VI ยังรวมถึงแนวทางการปฏิบัติที่กำหนดว่าการตัดสินในกรณีที่มีการจัดหาบริการใดต้องการการอนุญาตในประเทศเจ้าของบ้านจำเป็นต้องถูกประกาศ "ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม" และ ให้การจัดตั้งศาลยุติธรรมและขั้นตอนการปฏิบัติ ให้ดำเนินการร้องทุกข์ที่สามารถทำได้โดยผู้ให้บริการต่างชาติ และใน Article VI (4) ที่เรียกร้องให้ คณะมนตรีเพื่อการค้าบริการ (the Council for Trade in Service) พัฒนาระเบียบวินัยที่จำเป็นใดๆ เพื่อที่จะทำให้มั่นใจว่ามาตรการเกี่ยวกับข้อกำหนดด้านคุณสมบัติ วิธีพิจารณา มาตรฐานทางเทคนิค และข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาต* ไม่เป็นการกีดกันการค้าบริการโดยไม่จำเป็น โดยก่อนที่จะบังคับตามสัญญาและผูกพันในหลักเกณฑ์ที่มีความผูกพัน โดยเฉพาะยิ่งกว่าภายใต้ Article VI (4) นั้น การควบคุมมาตรการของชาติอยู่ภายใต้ Article VI(5) ในภาคบริการที่สมาชิกผู้นำเข้าบริการได้จัดทำข้อผูกพันเฉพาะไว้ เพื่อที่จะให้ระเบียบวินัยข้อนี้ถูกบังคับใช้ได้ โดยมีข้อกำหนดหลักการขึ้น 2 หลักการต้องถูกทำให้เป็นที่แน่ใจดังต่อไปนี้

- ข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาต และ มาตรฐานทางเทคนิค ต้องเป็นการทำให้ข้อผูกพันเฉพาะไม่มีผล หรือเสียไปในลักษณะที่ไม่สามารถคาดหมายได้ตามสมควรในขณะที่ทำข้อผูกพันเฉพาะ
- มาตรการที่ใช้ต้องไม่ได้ใช้ หลักการ สมเหตุสมผล และเป็นกลางหรือ เป็นภาระเกินความจำเป็น เพื่อประกันคุณภาพการบริการ หรือ ในขั้นตอนการให้อุญาตเป็นข้อจำกัดในตัวของมันเองในการให้บริการ

ใน GATS Article VI (5) ได้รวมแนวคิดข้อห้ามการฝ่าฝืนหลักการทำให้เสียไปหรือไม่มีผลเอาไว้ด้วย การนำวิธีการนี้เข้าไปในเนื้อหาของ GATS มีความชัดเจนคู่สัญญาที่เรียกร้องต้องแสดงว่ามาตรการที่ถูกลงมือทำนั้นทำนั้นไม่อาจคาดหมายได้อย่างมีเหตุผล ดังนั้นทางปฏิบัติของการกำกับดูแลหรือสภาพการณ์ที่มีมายาวนานได้รับการคุ้มครอง หมายความว่าสภาพการณ์ภายในประเทศ เช่น การที่ประเทศทั้งหลายมีรูปแบบภูมิหลังในการให้สัมปทานทั้งหมด ซึ่งเป็นเรื่องของกลยุทธ์ในการเจรจา สมาชิกของ GATS ต้องยอมรับสิ่งนี้ และรับภาระในการเจรจายกเลิกมาตรการที่เป็นอยู่ ที่เป็นการลดคุณประโยชน์ของประเทศในการเจรจา

* See WTO Working Party on Domestic Regulation, Informal Note by the Secretariat, *Examples of Measures to be Addressed by Disciplines Under GATS Article VI:4*, Job (01)/62, 10 May 2001.

ต่อรอง อีกทั้งยังมีความชัดเจนตามที่บรรยายไว้ด้านล่าง ซึ่ง Article VI (5) ไม่ได้กำหนดระเบียบวินัยภายในประเทศที่มีอยู่ แต่ได้แทนที่ภาระที่มากกว่าไว้ใน Article VI (4) เป็นต้นกำเนิดของระเบียบวินัย

ในเนื้อหาของ Article VI (5) ของ GATS การที่ไม่มีหลักการทำให้เสียไป หรือไม่มีผล ไม่มีการฝ่าฝืน ผลที่สุดก็คือเป็นสิ่งที่ประเทศผู้เรียกร้องต้องแสดงถึงการทำให้เสียไป หรือไม่มีผล สิ่งนี้จะเป็นการทำให้ยากขึ้นสำหรับการกำกับดูแลภายในประเทศที่ระบุไว้ใน Article VI (5) อาจพิจารณาได้ว่าเหตุผลที่ GATS พึงพาหลักการทำให้เสียไป หรือไม่มีผล เป็นอย่างมาก ในเนื้อหานี้ หลักทำให้เสียไป หรือ ไม่มีผล คือ มาตรฐานที่คลุมเครือเป็นอย่างมาก แต่เป็นสิ่งที่ยากที่จะพบได้โดยตัวของมัน ดังนั้น การขาดซึ่งความสามารถในการเจรจาระเบียบวินัย เฉพาะยิ่งกว่าในการกำกับดูแลภายในประเทศ หลักทำให้เสียไปหรือไม่มีผลได้ให้ระเบียบวินัย ทั่วไปยิ่งกว่า เพียงเล็กน้อย ซึ่งมันอาจจะถูกมองว่าเป็น “ผู้มีส่วนแบ่งธรรมดาอย่างน้อยที่สุด” เนื่องจากว่าประเทศสมาชิก สามารถตกลงไม่กระทำทำให้เสียไป หรือ ไม่มีผลซึ่งการให้สัมปทานที่ ให้ไว้อย่างตั้งใจ แต่ไม่สามารถตกลงได้ในกรณีที่เกิดเงื่อนไขไปมากกว่าอันเป็นการครอบงำอำนาจ อธิปไตยในการกำกับดูแลของชาติ ดังนั้น Article VI (5) เป็นสิ่งแรกและสำคัญที่สุด ที่ ข้อปฏิบัติต้องหยุดอยู่เพียงแค่นั้น กล่าวคือ มีเพียงแต่มาตรการกำกับดูแลใหม่ที่ถูกกำหนดเป็น ระเบียบวินัย นอกจากนี้ Article VI (4) ของ GATS ให้ความสะดวกในการทำให้เกิดความ กลมกลืนกันแต่ไม่ได้ถึงกับเรียกร้อง ยิ่งกว่านั้น เนื่องจากการรวมเข้าด้วยกันที่เป็นข้อต่อ ยภายใต้ Article VI (5) of GATS มีสิ่งกระตุ้นสำหรับการทำให้เกิดความกลมกลืนกันภายใต้ GATS น้อยกว่าภายใต้ ความตกลง SPS หรือ TBT ตามที่ได้มีการโต้เถียงกันอย่างมา ก Article VI (5) (b) ของ GATS ต้องการซึ่งวินัยของ Article VI (5) (a) ถูกนำไปใช้อย่าง เดียวกับ มาตรฐานขององค์กรระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ที่ถูกใช้โดยรัฐ สมาชิกที่เกี่ยวข้อง ตามที่ Article VI (5) ของ GATS กำหนดว่า “ในกรณีที่เหมาะสม สมาชิกจะทำงานโดยความ ร่วมมือ กับ องค์กรรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง และ องค์กรที่ไม่ใช่รัฐบาล ในการกำหนด และรับเอาซึ่ง มาตรฐานระหว่างประเทศทั่วไป และ กฎเกณฑ์สำหรับการรับรองและมาตรฐานระหว่างประเทศ ทั่วไปสำหรับการค้าบริการและอาชีพที่เกี่ยวข้อง”²³

GATS เหมือนกับ GATT ที่ไม่ได้กำหนดโดยเฉพาะว่าต้องใช้มาตรฐานระหว่าง ประเทศ และกำหนดเรื่องผลประโยชน์การใช้มาตรฐานระหว่างประเทศไว้น้อยกว่า SPS Agreement หรือ TBT Agreement ด้วยเหตุดังกล่าว Article VI (5) (b) กำหนดให้ การปฏิบัติ ตาม Article VI (5)(b) ของประเทศสมาชิก ต้องพิจารณาถึงมาตรฐานระหว่างประเทศ ที่รัฐ สมาชิกใช้อยู่ This is a nod toward a safe harbor for states that comply with

²³ Ibid., p.17

international standards, สิ่งนี้เป็นการกำหนดอย่างกลายๆ ว่ารัฐต้องใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ แม้ว่าจะให้เพียงผลที่เป็นประโยชน์พอประมาณเท่านั้น ซึ่งข้อนี้ถือเป็นความอ่อนแอของข้อกำหนดในArticleนี้ ที่ควรได้รับการแก้ไขปรับปรุง²⁴

จากข้อกำหนดใน Article VI ที่กล่าวมาข้างต้น ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการอุดหนุนไขว้ระหว่างบริการ หากมีการกระทำที่เป็นการอุดหนุนไขว้เกิดขึ้นในรัฐสมาชิก โดยไม่มีข้อบังคับภายในประเทศที่สอดคล้องกับข้อกำหนดดังกล่าว อาจจะถูกพิจารณาได้ว่ารัฐสมาชิกมีการกระทำผิดต่อเงื่อนไขดังกล่าว ซึ่งมีการพิจารณาเรื่องนี้เกิดขึ้นแล้วใน WTO ตามเอกสารที่เปิดเผยต่อสาธารณะของ WTO²⁵ เมื่อปี ค.ศ. 2003 (พ.ศ. 2546) กล่าวถึงกรณีเกิดข้อผิดพลาดประการหนึ่งว่า “เนื่องจาก Article VI (4) ของ GATS เป็นความมุ่งหมายของการเรียกร้องให้รัฐสมาชิกใช้นโยบายข้อห้ามการแข่งขันอย่างน้อยที่สุด มีข้อพิสูจน์ทางกฎหมายที่เห็นว่ามีการใช้กลไกทางการตลาดโดยไม่มีกฎหมายบังคับ เช่น การอุดหนุนไขว้ ซึ่งถือเป็นการกีดกันการแข่งขัน และเป็นข้อจำกัดทางการค้า” แสดงให้เห็นว่า เป็นการกระทำที่ผิดในเรื่องของข้อบังคับภายในประเทศ ที่เป็นการมองข้ามประเด็นที่สำคัญมากใน 3 ประการ คือ

1. ไม่มีข้อกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องเสนอกฎเกณฑ์ให้ WTO อนุมัติ หรือแสดงว่ารัฐสมาชิกได้จัดให้มีวิธีการจำกัดการแข่งขันอย่างน้อยที่สุด แม้ว่าจะมีการตัดสินกฎเกณฑ์เฉพาะในกรณีที่มีข้อพิพาทกับรัฐอื่น

2. ไม่เคยมีการพิจารณา หรือ กล่าวถึงในการเจรจาข้อบังคับตาม Article VI (4) ของ GATS ว่า มาตรการใดที่อาจจะกล่าวได้ว่าเป็นความเสี่ยงในการกระทำที่ผิดกฎหมาย แต่ไม่ใช่เรื่องที่น่าประหลาดเพราะการเจรจาArticle VI (4) ของ GATS นั้น ให้ความไว้วางใจในข้อกำหนดด้านคุณสมบัติและวิธีพิจารณา มาตรฐานทางเทคนิค และข้อกำหนดเกี่ยวกับการอนุญาตของรัฐสมาชิก ข้อพิสูจน์ทางกฎหมายในเรื่องนี้คือ มาตรการดังกล่าวควรขึ้นอยู่กับบรรทัดฐานของวัตถุประสงค์ และความโปร่งใส ไม่ควรจะกำหนดให้มากเกินไปจนความจำเป็นในอันที่จะทำให้แน่ใจในคุณภาพของบริการ ซึ่งไม่ควรเป็นข้อจำกัดในตัวเองในการให้บริการ ซึ่งไม่มีการนำเรื่องนี้ปรับใช้กับมาตรการที่กล่าวอ้าง และไม่มีการรักษากฎระเบียบตาม GATS ในเรื่องของการอุดหนุน

²⁴ Ibid., p.14.

²⁵ World trade Organization, “GATS: Fact and Fiction: Misunderstanding and scare stories: The GATS and domestic regulation”. Available from: www.wto.org, [2003, March]

3. การให้บริการโดยหน่วยงานรัฐ ในกรณีต่างๆ นอกเหนือจากขอบเขตของความตกลง ไม่รักษากฎระเบียบที่ควรต้องพัฒนาข้อบังคับภายในประเทศสำหรับบริการ

ดังนั้น มีข้อสังเกตว่า ประเทศสมาชิกมีข้อผูกพันที่ต้องกำหนดกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับ Article VI ดังกล่าว หากผู้ให้บริการภาคที่รัฐสมาชิกผูกพันตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ มีการปฏิบัติในทางธุรกิจที่เป็นการอุดหนุนไขว้ ที่ส่งผลต่อการกีดกันการแข่งขันทางการค้า หากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะ รัฐสมาชิกอาจจะไม่เข้าข่ายว่ากระทำผิดต่อพันธกรณีดังกล่าวได้ ถ้ากฎเกณฑ์ที่มีอยู่นั้นสอดคล้องกับแนวนโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขัน เนื่องจาก ตามหลักการของ GATS กำหนดว่ารัฐมีสิทธิกำหนดกฎเกณฑ์ภายใต้แนวนโยบายของรัฐได้ โดยหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อ Article VI นี้ คือ ต้องมีความเป็นธรรมต่อประเทศคู่สัญญา

3.3.4 พันธกรณี เรื่อง การผูกขาดและการให้บริการแต่เพียงผู้เดียว (Monopolies and Exclusive Service Suppliers) (Article VIII)

ใน Article VIII* กำหนดหน้าที่ให้ประเทศสมาชิกรับรองว่าผู้ให้บริการที่เป็นผู้ผูกขาดต้องไม่กระทำการในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของประเทศสมาชิกภายใต้หลัก MFN และข้อ

* Article VIII

Monopolies and Exclusive Service Suppliers

1. Each Member shall ensure that any monopoly supplier of a service in its territory does not, in the supply of the monopoly service in the relevant market, act in a manner inconsistent with that Member's obligations under Article II and specific commitments.
2. Where a Member's monopoly supplier competes, either directly or through an affiliated company, in the supply of a service outside the scope of its monopoly rights and which is subject to that Member's specific commitments, the Member shall ensure that such a supplier does not abuse its monopoly position to act in its territory in a manner inconsistent with such commitments.
3. The Council for Trade in Services may, at the request of a Member which has a reason to believe that a monopoly supplier of a service of any other Member is acting in a manner inconsistent with paragraph 1 or 2, request the Member establishing, maintaining or authorizing such supplier to provide specific information concerning the relevant operations.

ผูกพันเฉพาะที่ได้เจรจาไว้ ในขณะที่มีเงื่อนไขของ Article VIII ทำให้มีความเป็นไปได้สำหรับประเทศสมาชิกในการอ้างไว้ซึ่งการผูกขาด การทำร่างนี้ได้มีการชี้แจงไว้ใน footnote ว่า “ในสัญญาฉบับนี้ไม่มีการตัดสินว่าผิดหรือไม่เอาผิดต่อการสร้างหรือการอ้างไว้ซึ่งผู้ให้บริการที่ผูกขาด”²⁶ ในกรณีการผูกขาดการให้บริการ ประเทศสมาชิกต้องไม่ให้ผู้ที่มีการผูกขาดด้านการบริการ (monopoly service suppliers) ทำธุรกิจที่ขัดแย้งกับหลักการ MFN หรือการผูกพันตามตารางข้อผูกพัน นอกจากนี้จะต้องไม่ใช้การผูกขาดในกิจการที่ตนมีอยู่มาขัดขวางการแข่งขันในกิจการอื่น ประเทศสมาชิกมีสิทธิที่จะขอข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่มีการผูกขาดเมื่อมีความสงสัยจะมีการกระทำที่เป็นการกีดกันทางการค้า

จากข้อกำหนดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า โดยหลักการแล้วรัฐย่อมสามารถที่จะผูกขาดกิจการบางอย่างที่มีความสำคัญ หรือมอบอำนาจในการให้บริการแต่ผู้เดียวแก่ใครก็ได้ Article VIII ได้บัญญัติรับเอาสิทธิอันนี้ไว้ กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าการกระทำดังกล่าวต้องไม่เป็นการเสื่อมสิทธิประโยชน์แก่ผู้ให้บริการของรัฐภาคีอื่นภายใต้ Article III* ซึ่งเกี่ยวกับหลักการโปร่งใส

4. If, after the date of entry into force of the WTO Agreement, a Member grants monopoly rights

regarding the supply of a service covered by its specific commitments, that Member shall notify the

Council for Trade in Services no later than three months before the intended implementation of the grant of monopoly rights and the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of Article XXI shall apply.

5. The provisions of this Article shall also apply to cases of exclusive service suppliers, where a Member, formally or in effect, (a) authorizes or establishes a small number of service suppliers and (b) substantially prevents competition among those suppliers in its territory.

²⁶ Terence P. Stewart, “The GATT Uruguay Round A Negotiation History”, p.2414.

* มาตรา 3 ของข้อตกลงฯ กล่าวถึงหลักความโปร่งใส หลักการนี้มุ่งที่จะทำให้เกิดความกระจ่างแจ้งเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมายภายใน และแนวทางปฏิบัติภายในที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการ ซึ่งได้กำหนดให้รัฐภาคีทำการพิมพ์ออกแจกจ่ายสาร ตอบข้อซักถามแก่รัฐคู่ภาคีเกี่ยวกับกฎหมาย ข้อบังคับ แนวทางปฏิบัติ และมาตรการใดๆ ของภาครัฐบาลและภาคอื่นที่มีใช้รัฐบาล กรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎข้อบังคับใดๆ หรือคำมั่นเฉพาะใดๆ (Specific

ที่กล่าวในตอนต้นของบทนี้ Article XVI เกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด และ Article XVII เกี่ยวกับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ²⁷ (ที่จะกล่าวในรายละเอียดต่อไป)

สิทธิของรัฐสมาชิกตาม Article VIII อาจเกี่ยวข้องกับกรณีของการกระทำการอุดหนุนไขว้ระหว่างบริการ ที่ผู้กระทำเป็นผู้มีอำนาจผูกขาดโดยการอนุญาตจากรัฐ ซึ่งอาจจะกระทำได้ โดยไม่ขัดต่อข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องภายใต้ GATS แต่ การอุดหนุนไขว้ดังกล่าว ต้องไม่เกิดผลให้เป็นการเสื่อมสิทธิประโยชน์แก่ผู้ให้บริการของรัฐภาคีอื่น

3.3.5 พันธกรณี เรื่อง เงินอุดหนุน (Subsidies) (Article XV)

การอุดหนุนถือว่าเป็นเรื่องต้องห้ามตาม GATT ค.ศ.1947 เป็นต้นมา ซึ่งทำให้ภาคีสมาชิกของ GATT สามารถใช้มาตรการป้องกันการทุ่มตลาดกีดกัน หรือการใช้ภาษีตอบโต้ (Countervailing Duty หรือ CVD) กีดกัน มาเป็นมาตรการเยียวยาได้ ในการเจรจารอบโตเกียว ปรากฏว่าสามารถตกลงกันได้ว่า หากมีการอุดหนุนที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมาก (material injury) ต่อผู้ผลิตในประเทศแล้ว ภาคีที่ได้รับ ความเสียหายสามารถใช้ CVD เป็นมาตรการตอบโต้ได้ แต่เมื่อถึงการเจรจารอบอุรุกวัย ปรากฏว่าได้ยอมรับให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการอุดหนุนได้ หากการอุดหนุนนั้น เกี่ยวเนื่องกับแผนพัฒนาของประเทศกำลังพัฒนา และความจำเป็นของภาคีนั้นๆ²⁸ ดังที่ปรากฏใน Article XV* ของความตกลง GATS

commitment) จะต้องแจ้งให้คู่กรณีภาคีอื่นๆ ทราบ หากมีข้อซักถาม อาจร้องขอให้ผู้ให้บริการแจ้งข้อสนเทศที่จำเป็นให้ทราบเกี่ยวกับการบังคับใช้ของกฎหมายภายในเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ เว้นเสียแต่ว่าจะเป็นข้อสนเทศที่เป็นความลับอันก่อให้เกิดผลเสียหายแก่การบังคับใช้กฎหมาย และผลประโยชน์ทางการค้า

²⁷ สุธรรม อยู่ในธรรม, “การเจรจาเรื่องโทรคมนาคม ภายใต้การเจรจารอบอุรุกวัย”, หน้า 55.

²⁸ พรชัย ด่านวิวัฒน์, “พันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่ผูกพันองค์กรธุรกิจที่เข้าประกอบการเกี่ยวกับการโทรคมนาคมในประเทศไทย,” วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ 27,1 (กันยายน 2540) : 855.

* General Agreement on Trade in Services
Article XV Subsidies

1. Members recognize that, in certain circumstances, subsidies may have distortive effects on trade in services. Members shall enter into negotiations with a view to developing the necessary multilateral disciplines to avoid such trade-distortive

ในการเจรจาความตกลง GATS เรื่องการอุดหนุน นั้น ตามร่างข้อตกลงฯ ได้พยายามสร้างความสมดุลย์ของพันธกรณีของรัฐภาคี กับ สิทธิของรัฐภาคีเอาไว้ โดย Article XV ได้บัญญัติไว้กว้างๆ ว่า “คู่ภาคียอมรับว่าในพฤติการณ์บางอย่าง การอุดหนุนอาจทำให้เกิดการบิดเบือนทางการค้าบริการได้ กฎหมายใช้คำว่า “อาจ” เท่านั้น ซึ่งมีความหมายที่ไม่หนักแน่นนัก หากคู่กรณีใดพึงพิจารณาเห็นว่ามาตรการอุดหนุนใดกระทบต่อการค้าบริการของตนก็อาจร้องขอให้พิจารณา โดยคำร้องนั้นจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างผ่อนปรนซึ่งกันและกัน Article XV เพียงแต่วางหลักกว้างๆ เอาไว้เท่านั้น ในเรื่องการอุดหนุน แต่ยังไม่มียรายละเอียดอะไรเกี่ยวกับมาตรการตอบโต้ (Countervailing Procedures)²⁹

นอกจากนี้ในร่างความตกลงฯ ที่เกี่ยวกับเรื่อง การอุดหนุน โดยกำหนดให้ประเทศภาคีทั้งหมดต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการอุดหนุน (subsidies) ผู้ให้บริการ (service providers) ในประเทศของตน ในร่างฯ ต้องการให้ภาคีเข้ามาเจรจาเพื่อพัฒนากฎระเบียบเพื่อ “หลีกเลี่ยง” การบิดเบือนผลกระทบจากการอุดหนุน ซึ่งความร่วมมือของประเทศสมาชิกเป็นสิ่งจำเป็นในการพัฒนาหลักการนี้ โดยหลักการของประเทศด้อยพัฒนาเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นและสามารถปฏิบัติได้ ส่วนประเภทของการอุดหนุน ไม่ว่าจะเป็นภาคบริการหรือภาคการผลิต จะเป็นลักษณะเดียวกัน จากการศึกษาขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) อุตสาหกรรมส่วนใหญ่ได้รับประโยชน์จากการอุดหนุน ยกตัวอย่างการขนส่งทางรถไฟ กับการขนส่งทางทะเล ซึ่งเป็นอุตสาหกรรมที่ได้รับการอุดหนุนกันเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ การอุดหนุนในภาคบริการและภาคการผลิตจะมีลักษณะโดยทั่วไปเหมือนกัน แต่แตกต่างกันที่หลักใหญ่ๆ คือ

effects.⁷ The negotiations shall also address the appropriateness of countervailing procedures. Such negotiations shall recognize the role of subsidies in relation to the development programmes of developing countries and take into account the needs of Members, particularly developing country Members, for flexibility in this area. For the purpose of such negotiations, Members shall exchange information concerning all subsidies related to trade in services that they provide to their domestic service suppliers.

2. Any Member which considers that it is adversely affected by a subsidy of another Member may request consultations with that Member on such matters. Such requests shall be accorded sympathetic consideration.

²⁹ สุธรรม อยู่ในธรรม, “การเจรจาเรื่องโทรคมนาคม ภายใต้การเจรจาอูรุกวัย”, หน้า 64.

1. การแทรกแซงของภาครัฐในภาคอุตสาหกรรมบริการก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ให้บริการมากกว่าภาคอุตสาหกรรมสินค้าที่ไม่มีการผลัดภาระไปยังผู้บริโภค การสนับสนุนนี้ทำให้เกิดประเด็นว่าการอุดหนุนเช่นนี้ จำเป็นต้องตอบโต้หรือไม่ แล้วถ้าต้องตอบโต้ จะประเมินมูลค่าความเสียหายเพื่อเรียกร้องอย่างไร

2. ความเสียหายที่สำคัญ คือ ความเสียหายที่มาจากการอุดหนุนระหว่างประเทศ (cross-border) ซึ่งความเสียหายนี้จะเกิดในระดับระหว่างประเทศ มากกว่าระดับในประเทศ

ประเทศภาคีหลาย ๆ ประเทศได้ยื่นข้อเสนอ (proposals) ที่ค่อนข้างหนักแน่นเกี่ยวกับการอุดหนุน ซึ่งข้อเสนอเหล่านั้นไม่ได้พูดถึงไว้ในร่างฯ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกาเสนอให้ประเทศพัฒนาแล้วผูกพันตนที่จะไม่ให้การอุดหนุนเพิ่มเติมหรือแก้ไขหรือถอดถอนการอุดหนุนที่มีอยู่แล้วก่อนหน้านั้น ในทางกลับกัน ประเทศด้อยพัฒนาต้องการสงวนสิทธิที่ต้องการให้คงไว้ซึ่งสิทธิในการอุดหนุนผู้ให้บริการ เพื่อให้มีการพัฒนาเท่าที่จำเป็น ในทางตรงกันข้าม ประเทศอเมริกาเสนอห้ามการอุดหนุน ถ้าการอุดหนุนหรือช่วยเหลือนั้นสร้างความเสียหายต่อผลประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้อง³⁰

นอกเหนือจากอำนาจในการเจรจาขั้นพื้นฐานในเรื่องการอุดหนุน ใน Article XV เรียกร้องให้ภาคีสมาชิก แลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการอุดหนุนทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการ และ ให้จัดให้มีรายการของงานในอนาคต ที่จะกำหนดว่าจะดำเนินการอย่างไร และ กรอบของเวลา ในการเจรจาหลักการของความตกลงหลายฝ่ายที่จะใช้บังคับ การพิจารณาของคณะทำงานในประเด็นของการอุดหนุน มีเท่าที่มีอยู่ในเบื้องต้น ประเทศสมาชิกหลายประเทศตั้งข้อสังเกตในความยืดหยุ่นโดยธรรมชาติของบริการ และ กระตุ้นความเอาใจใส่และการนำไปสู่แผนการเจรจาต่อรองเลขานุการได้จัดทำข้อสังเกตต่างๆ เกี่ยวกับ คำนิยาม กฎหมาย และ หลักการ ปัญหาแนวคิด และข้อถกเถียง ไว้ใน เอกสาร SWPGR/W/9 เกี่ยวกับเรื่องการอุดหนุน ที่เรียกร้องให้มีขึ้นภายใต้การเจรจา³¹

สรุปได้ว่า หลักการอุดหนุนที่มีการบัญญัติไว้ใน ความตกลง GATS ที่เป็นหลักการอุดหนุนโดยรัฐ ที่กำหนดขึ้นจากแนวคิดของประเทศต่างๆ ที่มีเหตุผลและเป็นที่ยอมรับ ในการใช้เป็นกฎระเบียบในทางการค้าระหว่างประเทศ และมีการพิจารณาภายใต้เงื่อนไขความสามารถในการแข่งขันด้านการค้าระหว่างประเทศของภาคีสมาชิก ซึ่งรวมทั้งประเทศพัฒนาแล้ว และ

³⁰ Terence P. Stewart, "The GATT Uruguay Round A Negotiation History (1986-1992), p. 2385.

³¹ Service (GATS), Chapter 19, p.19.9.

ประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งในประเด็นของการอุดหนุนไขว้ในการให้บริการโทรคมนาคมกับ บริการแพร่ภาพและกระจายเสียง ซึ่งเป็นสาขาบริการหนึ่งที่อยู่ภายใต้ความตกลง GATS จึง อาจจะใช้หลักการดังกล่าวในการพิจารณาแนวทางกฎเกณฑ์ ได้ ซึ่งวิเคราะห์ได้ว่าประเทศกำลัง พัฒนายังมีความจำเป็นที่ต้องได้รับการอุดหนุน เพื่อช่วยเหลือผู้ให้บริการภายในประเทศของตน ให้สามารถแข่งขันกับต่างประเทศได้ ในขณะที่สถานะของเอกชนในประเทศของตนยังไม่พร้อม ที่จะเข้าแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มีความสามารถในการแข่งขันที่เหนือกว่า

3.3.6 พันธกรณี เรื่อง การเข้าสู่ตลาด (Market Access) (Article XVI)

Article XVI ของ GATS กำหนดเรื่องหลักการเข้าสู่ตลาด (Market Access) ใน Article XVI (1) กำหนดว่า

การเข้าสู่ตลาดโดยรูปแบบการให้บริการตามที่กำหนดไว้ใน Article 1 สมาชิก แต่ละประเทศจะปฏิบัติแก่การบริการของสมาชิกอื่นใด ซึ่งเป็นการอนุเคราะห์ที่ไม่ด้อยไปกว่าที่ ได้เสนอไว้ภายใต้ข้อกำหนด ข้อจำกัด และเงื่อนไขที่ตกลง และระบุอยู่ในตารางข้อผูกพันของตน

หมายความว่า รัฐสมาชิกแต่ละรัฐมีพันธกรณีที่จะต้องกำหนดหลักการเข้าสู่ ตลาดไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะของแต่ละรัฐสมาชิกเอง และโดยหลักการแล้ว การเข้าสู่ตลาด หมายถึง การที่รัฐสมาชิกอนุญาตให้บริการและผู้ให้บริการจากรัฐสมาชิกอื่นเข้ามาให้บริการใน อาณาเขตของตน และรัฐสมาชิกจะปฏิบัติต่อบริการและผู้ให้บริการของรัฐสมาชิกใดๆ ไม่ด้อยไป กว่าข้อกำหนด ข้อจำกัด หรือเงื่อนไขที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะที่รัฐสมาชิกได้ทำขึ้น โดยผู้ให้บริการจากรัฐสมาชิกอื่น สามารถเข้ามาให้บริการได้ 4 รูปแบบ (Mode of Supply) ตามที่กล่าวไว้ก่อนหน้านี้

ตามข้อกำหนดใน Article XVI (2) ของ GATS กำหนดถึงกรณีของภาคบริการที่ มีพันธผูกพันการเข้าสู่ตลาด มาตรการที่รัฐสมาชิกแต่ละรัฐจะต้องไม่คงไว้หรือรับเอา เว้นแต่ว่า ได้กำหนดในตารางข้อผูกพันของตน มีดังนี้

1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของการกำหนดจำนวน ของโควตา การผูกขาด หรือการให้สิทธิแก่ผู้ให้บริการแต่เพียงผู้เดียว หรือมีการวางข้อจำกัด เฉพาะแสดงเหตุแห่งความจำเป็นในเรื่องทางเศรษฐกิจ

2) ข้อจำกัดของจำนวนมูลค่างรวมของธุรกิจของการค้าบริการ หรือ ทรัพย์สินใน รูปแบบการกำหนดจำนวนโควตา หรือมีการวางข้อจำกัดเพราะแสดงเหตุแห่งความจำเป็นใน เรื่องทางเศรษฐกิจ

3) ข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนธุรกิจของการค้าบริการ หรือจำนวนรวมปริมาณของการบริการที่แสดงออกในรูปของการกำหนดโควตา หรือมีการวางข้อจำกัด เพราะแสดงเหตุแห่งความจำเป็น ในเรื่องทางเศรษฐกิจ

4) ข้อจำกัดในเรื่องของจำนวนรวมของผู้ประกอบการที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งอาจจะถูกจ้างในภาคการบริการเฉพาะ หรือผู้ให้บริการอาจว่าจ้าง หรือเป็นบุคคลที่มีความชำนาญในการประกอบการค้าบริการสาขาใดสาขาหนึ่งเฉพาะเจาะจง หรือมีการวางข้อจำกัด เพราะเพราะแสดงเหตุแห่งความจำเป็น ในเรื่องทางเศรษฐกิจ

5) มาตรการที่จำกัดหรือกำหนดรูปแบบพิเศษอื่นใดของหน่วยงานที่ก่อตั้งขึ้น ตามกฎหมาย หรือ การร่วมลงทุนผ่านการให้บริการผ่านหน่วยงานดังกล่าว

6) ข้อจำกัดในเรื่องการมีส่วนร่วมของผู้ลงทุนต่างชาติในแง่ของข้อจำกัดอัตราส่วนอย่างสูงของการลงทุนที่อนุญาต ซึ่งจะเข้ามาถือหุ้น หรือจำกัดมูลค่าของการลงทุนดังกล่าว

หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในกรอบการเจรจาการค้าบริการ ที่ต้องปรับใช้ได้กับสาขาบริการทุกสาขา ซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องมีการให้เข้าสู่ตลาดได้อย่างเสรีภายใต้บทบัญญัติพหุภาคี และโดยสอดคล้องกับคำจำกัดความเรื่องการค้าบริการ³²

ดังนั้น กรณีที่มีการกระทำอันเป็นการอุดหนุนไว้ในบริการภายในประเทศของ รัฐสมาชิกที่ให้ความผูกพันในการเปิดตลาด โดยเฉพาะการอุดหนุนไว้ของผู้มีอำนาจเหนือตลาด อันจะส่งผลมีผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผูกขาดในรัฐ ที่ขัดต่อหลักการแข่งขันเสรีภายใต้ความตกลง GATS หากรัฐสมาชิกมีนโยบายที่จะอนุญาตให้มีการผูกขาดดังกล่าว ต้องมีการกำหนดเงื่อนไขของการเปิดตลาดในประเด็นดังกล่าวไว้ในตารางข้อผูกพัน มิฉะนั้น รัฐสมาชิกอาจจะถูกกล่าวหาว่ากระทำขัดต่อ Article XVI (2) (a) ได้

3.3.7 พันธกรณี เรื่อง การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) (Article XVII)

Article XVII * กำหนดให้รัฐสมาชิกให้การปฏิบัติต่อการค้าบริการของรัฐสมาชิกอื่นที่ผูกพันการเปิดตลาดไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการปฏิบัติที่ให้ต่อการบริการภายในที่มีลักษณะ

³² สุธรรม อยู่ในธรรม, “การเจรจาเรื่องโทรคมนาคม ภายใต้การเจรจาอปรุควัย”, หน้า 57.

คล้ายคลึงกัน และผู้ให้บริการที่มีลักษณะคล้ายกัน ซึ่งข้อกำหนดใน Article XVII นี้ ในกรณีที่
ไม่สามารถให้ National Treatment ได้ อนุญาตให้มีการกำหนดเงื่อนไขในตารางข้อผูกพันให้
ชัดเจนได้

กรณีของการอุดหนุนชั่วคราวระหว่างบริการที่ผูกพันในการเปิดตลาดไว้ อันเป็นการ
กระทำที่ส่งผลให้ผู้ประกอบการบางรายมีอำนาจในการแข่งขันในตลาดหรือผู้อื่น หากรัฐยินยอม
ให้มีการกระทำได้เพื่อให้โอกาสผู้ประกอบการภายในประเทศมีความพร้อมในการเข้าแข่งขัน เป็น
การให้ความอนุเคราะห์เฉพาะผู้ให้บริการภายในประเทศ โดยไม่สามารถให้ National
Treatment แก่รัฐอื่นได้ รัฐสมาชิกนั้นต้องกำหนดเงื่อนไขในตารางข้อผูกพันให้ชัดเจน

3.3.8 พันธกรณี เรื่อง ข้อผูกพันเพิ่มเติม (Additional Commitments) (Article XVIII)

Article XVIII ของ GATS กำหนดว่าสมาชิกอาจเจรจาข้อผูกพันเพิ่มเติม
เกี่ยวกับมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อการค้าบริการที่มีได้ตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดตาม Article
XVI และ XVII รวมทั้งข้อผูกพันเกี่ยวกับคุณสมบัติ มาตรฐาน หรือ เรื่องของการให้อนุญาต โดย
ข้อผูกพันนั้นให้ระบุไว้ในตารางของสมาชิก

* General Agreement on Trade in Services

Article XVII; National Treatment

1. In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers.
2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.
3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.

ข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการ เกือบทุกสาขาของประเทศต่างๆ ผูกพันเปิดเสรีผูกพันเปิดเสรีเฉพาะ เรื่องการเข้าสู่ตลาด และการประติบัติเยี่ยงคนชาติ เท่านั้น แต่สำหรับสาขาด้านโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน เป็นสาขาหนึ่งที่ประเทศต่างๆ เห็นควรให้มีการจัดทำข้อผูกพันเพิ่มเติม ซึ่งการผูกพันดังกล่าวไม่มีการเสนอข้อผูกพันตามรูปแบบการให้บริการ (Mode of Supply) ซึ่งกรณีโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ได้มีการทำข้อผูกพันเพิ่มเติม ที่จะปฏิบัติตามเกี่ยวกับการตรากฎหมาย/กฎระเบียบควบคุมการให้บริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ซึ่งระบุไว้ใน Reference Paper ตามที่กลุ่มเจรจาโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานได้ตกลงกันไว้ เช่นจะตรากฎหมายแยกอำนาจหน่วยงานที่เป็นผู้วางกฎระเบียบเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ออกจากหน่วยงานซึ่งเป็นผู้ให้บริการโดยตรง ออกกฎหมายปกป้องผู้ประกอบการธุรกิจโทรคมนาคมขั้นพื้นฐานให้สามารถแข่งขันกับผู้ให้บริการด้วยกันด้วยความเป็นธรรม ออกกฎระเบียบให้ผู้ให้บริการสามารถเชื่อมโยงโครงข่ายสาธารณะ เพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถติดต่อถึงกันได้ เป็นต้น³³ ดังนั้น กรณีที่ประเทศสมาชิกมีข้อจำกัดใดๆ ของการประกอบกิจการภายในประเทศ ที่ต้องดำเนินการให้เป็นที่ชัดเจนก่อนที่จะมีการเปิดตลาดให้มีการแข่งขันที่สอดคล้องกับหลักการภายใต้ GATS เช่น การที่ประเทศสมาชิกยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการอุดหนุนไขว้ระหว่างบริการ ซึ่งอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อการค้าบริการที่มีได้ตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดตาม Article XVI และ XVII ที่อาจจะถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อการแข่งขันเสรีอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อป้องกันมิให้ประเทศสมาชิกเข้าข่ายกระทำการขัดต่อพันธกรณี ประเทศสมาชิกสามารถระบุข้อจำกัดดังกล่าวในข้อผูกพันเพิ่มเติมในการเจรจาเปิดตลาดได้ ข้อผูกพันการเปิดตลาดนั้น ประเทศสมาชิกต้องจัดทำตารางผูกพันการเปิดตลาด ในสาขา/กิจกรรม ที่ตนพร้อมและได้เจรจาไว้ เมื่อผูกพันไปแล้ว ประเทศสมาชิกจะต้องไม่ออกหรือใช้มาตรการใดนอกเหนือจากหรือเข้มงวดกว่าที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน ซึ่งในการเจรจาข้อผูกพันดังกล่าว กฎหมายระหว่างประเทศ ให้ความยืดหยุ่นอย่างเหมาะสมสำหรับประเทศกำลังพัฒนาในการที่จะเปิดตลาดบริการในบางสาขา และบางกิจกรรมให้สอดคล้องกับระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศสมาชิก

3.3.9 พันธกรณีตาม Basic Telecommunications Service Agreement Reference Paper

ใน Basic Telecommunications Service Agreement Reference Paper³⁴ มีข้อกำหนดที่ห้ามทำการอุดหนุนไขว้ที่มีลักษณะกีดกันการแข่งขัน เพื่อเป็นการคุ้มครองการ

³³ สารระสำคัญของ GATS และการเจรจาการค้าบริการภายใต้ WTO, แหล่งที่มา: <http://www.dtn.moc.go.th> [มีนาคม 2548]

³⁴ ดูเพิ่มเติมที่ภาคผนวก ข, หน้า 241.

แข่งขันสำหรับโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน และกำหนดมาตรการต่างๆ ที่เหมาะสมในการป้องกันมิให้ผู้ให้บริการรายเดียวหรือหลายรายที่มีฐานะเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ มีพฤติกรรมที่กีดกันการแข่งขัน ข้อกำหนดดังกล่าวทำให้กรอบของการพัฒนาธุรกิจภาคโทรคมนาคมมีความมั่นคงและชัดเจนยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในทางเศรษฐกิจ และก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในโครงสร้างของอุตสาหกรรมโทรคมนาคมระดับโลก ซึ่งการจะเกิดการแข่งขันขึ้นภายในรัฐ และการให้ผู้ให้บริการต่างชาติสามารถเข้าสู่ตลาดได้นั้น รัฐจำเป็นต้องปฏิรูปหลักเกณฑ์การกำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคมภายในรัฐของตนใหม่ ซึ่งมาตรการที่กำหนดบนหลักการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม กรณีของข้อห้ามการอุดหนุนชั่วคราวที่มีลักษณะเป็นการกีดกันการแข่งขันนี้ ถือเป็น การคุ้มครองการแข่งขัน (Competitive safeguard) ซึ่งการกระทำที่ถือเป็นการขัดขวางการแข่งขันได้ระบุไว้ใน Reference Paper, para 1. 2

ผู้ให้บริการรายใหญ่ ได้มีการให้คำจำกัดความใน Basic Telecommunications Service Agreement Reference Paper ไว้ คือ “ผู้ให้บริการรายใหญ่ (Major Supplier) หมายถึง ผู้ให้บริการที่สามารถกำหนดเงื่อนไขของการบริการ (ด้านราคาหรือปริมาณการผลิต) ในตลาดบริการโทรคมนาคมขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นผลมาจากการกระทำดังต่อไปนี้

1) ควบคุมโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็น (หมายถึง โครงสร้างพื้นฐานที่เป็นโครงข่ายสำหรับการขนส่งสัญญาณ (Transport Network) ของบริการโทรคมนาคมสาธารณะ ซึ่ง (i) มีผู้ให้บริการรายเดียวหรือน้อยราย โดยผู้ให้บริการมีอำนาจผูกขาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด และ (ii) ไม่สามารถทดแทนได้ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือเหตุผลทางเทคนิค)

2) ใช้สถานะ (position) ของตนเองในตลาด

นอกเหนือจากข้อบังคับเรื่องมาตรการป้องกันการแข่งขันแล้ว ใน Basic Telecommunications Service Agreement Reference Paper มีการกำหนดเงื่อนไขอื่นๆ ให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม ซึ่ง มีกรณีที่เป็นคดีฟ้องร้องต่อ WTO จากการที่ประเทศสมาชิกไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับดังกล่าว เช่น คดี Mexican Telecom ที่ WTO ได้ออกคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2004 กรณีข้อพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศเม็กซิโก ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ร้องเรียนว่าประเทศเม็กซิโกได้ตั้งข้อกีดกันที่ไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการประกอบบริการโทรคมนาคมของชาวต่างชาติในตลาดเม็กซิโก คณะพิจารณาเห็นด้วยกับสหรัฐอเมริกาว่าเม็กซิโกละเมิดกฎ WTO โดยไม่กำกับให้ Telephonos ซึ่งเป็นของรัฐให้บริการเชื่อมต่อโครงข่ายในอัตราต้นทุน และไม่จำกัดอำนาจผูกขาดของ Telmex ในการเจรจาอัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ประกอบการต่างชาติ และคณะพิจารณาเห็นด้วยกับสหรัฐอเมริกาว่า เม็กซิโกไม่คุ้มครองให้ผู้ให้บริการต่างชาติสามารถใช้โครงข่ายโทรคมนาคมสาธารณะและบริการในพื้นฐานที่สมเหตุสมผลและไม่แบ่งแยก ทั้งยังไม่กำกับให้ผู้ประกอบการต่างชาติสามารถใช้วงจรเช่า (Private leased circuits) ทั้งภายในประเทศเม็กซิโกและระหว่างประเทศ

และสามารถเชื่อมต่อโครงข่ายวงจรเหล่านั้นกับโครงข่ายสาธารณะเพื่อให้บริการช่วง (Resale services) แต่คณะพิจารณากลับเห็นด้วยกับรัฐบาลของเม็กซิโกว่าเม็กซิโกได้ทำข้อผูกพันภายใต้ WTO ที่เป็นผู้ประกอบการที่มีโครงข่าย (Facilities-based operator) เท่านั้น ซึ่งก็คือผู้ให้บริการโทรคมนาคมพื้นฐานผ่านโครงข่ายที่ตนเป็นเจ้าของ ผลก็คือคณะพิจารณายกคำร้องของสหรัฐอเมริกาที่กล่าวหาว่าเม็กซิโกละเมิดกฎ WTO ว่าด้วยเรื่องอัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายที่ต้นทุน การเข้าถึงโครงข่ายสาธารณะ และการเชื่อมต่อโครงข่ายสำหรับวงจรเช่าสำหรับผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง เช่นผู้ที่ให้บริการโทรคมนาคมบนวงจรเช่า (หรือที่รู้จักกันว่าบริการช่วง "resale") คณะพิจารณากล่าวว่าเม็กซิโกอาจห้ามผู้ให้บริการโครงข่ายของสหรัฐอเมริกาไม่ให้ใช้วงจรเช่าในเม็กซิโกเพื่อทำให้การเรียกสำเร็จสำหรับการเรียกที่กำเนิดจากสหรัฐอเมริกา หรือในทางปฏิบัติเรียกว่า bypass ซึ่ง Telmex อ้างว่า bypass นี้ทำให้เขาสูญเสียรายได้ปีละเป็นร้อยล้านเหรียญ ผลตัดสินหลักดังกล่าวคล้ายกับที่ได้เคยมีการพิจารณาเบื้องต้นแล้วเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน ปีที่แล้ว ทั้งเม็กซิโกและอเมริกาสามารถอุทธรณ์คำตัดสินได้ภายใน 60 วันนับจากวันที่ได้มีการประกาศคำตัดสินออกสู่สาธารณะ คำตัดสินจะถูกเวียนไปยังสมาชิก WTO ทุกฝ่ายและจะถูกประกาศสู่สาธารณะในอาทิตย์แรกของเดือนเมษายน คำตัดสินในเรื่องค่าเชื่อมต่อโครงข่ายที่ต้นทุนอาจมีผลกระทบต่อสำคัญสำหรับ Telmex ที่พึ่งพาการเรียกออกไปยังสหรัฐอเมริกาอย่างมาก เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวในระหว่างการพิจารณาของคณะพิจารณาว่าประมาณร้อยละ 80 ของกราฟฟิกระหว่างประเทศของเม็กซิโกได้ถูกแลกเปลี่ยนกับสหรัฐอเมริกาและผู้ให้บริการของสหรัฐอเมริกาต้องจ่ายเงินให้ผู้ให้บริการเม็กซิกันถึงเกือบห้าร้อยล้านเหรียญในปี 2001 การเชื่อมต่อโครงข่ายหมายถึงการเชื่อมโยงกันระหว่างผู้ให้บริการผ่านโครงข่ายโทรคมนาคมสาธารณะเพื่อให้ผู้ใช้บริการของผู้ให้บริการรายหนึ่งสามารถสื่อสารกับผู้ให้บริการของผู้ให้บริการอีกรายหนึ่งได้ และเพื่อให้สามารถเข้าใช้บริการของผู้ให้บริการอีกรายหนึ่งได้ สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าอัตราค่าเชื่อมต่อโครงข่ายของเม็กซิโกสำหรับผู้ให้บริการของสหรัฐอเมริกานั้นแพงกว่าต้นทุนการเชื่อมต่อโครงข่ายของ Telmex เป็นอย่างมาก ในคำแถลงที่วอชิงตัน สหรัฐอเมริกา นาย Robert Zoellick ผู้แทนการค้าของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวถึงคำตัดสินของคณะพิจารณาว่าเป็นชัยชนะที่สำคัญของผู้บริโภคชาวอเมริกันและอุตสาหกรรมโทรคมนาคม การนำคำตัดสินดังกล่าวมาใช้บังคับจะนำไปสู่ภาระต้นทุนที่ถูกลงสำหรับครอบครัวชาวอเมริกันและเม็กซิกันและประเทศต่างๆ และยังคงเป็นการทำลายต้นทุนที่ไม่จำเป็นสำหรับธุรกิจของผู้ให้บริการโทรคมนาคม ประเด็นในข้อโต้แย้งคือข้อตกลงบริการโทรคมนาคมพื้นฐาน ของ WTO (WTO's 1997 basic telecommunications agreement) และเอกสารอ้างอิง (Reference Paper) ซึ่งเป็นบันทึกแยกและได้ถูกลงนามโดยสมาชิกของ WTO กว่าครึ่ง (รวมถึงเม็กซิโก) ซึ่งได้วางหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลโทรคมนาคม และข้อผูกพันของเม็กซิโกภายใต้ข้อตกลงนี้ใน schedule of services commitments Reference Paper ได้วางระเบียบเกี่ยวกับมาตรการทางด้านการแข่งขันทางโทรคมนาคม การต้องมีการเชื่อมต่อโครงข่าย การออกใบอนุญาตที่โปร่งใส ผู้กำกับดูแลที่เป็น

กลางและไม่ขึ้นกับผู้ประกอบการ และการจัดสรรทรัพยากรเช่น คลื่นความถี่ เลขหมายและ สิทธิการใช้พื้นที่ (Rights of way)

คณะพิจารณาเห็นด้วยกับสหรัฐอเมริกาที่ได้โต้แย้งว่าเม็กซิโกละเมิดมาตรา 1.1 ของ Reference Paper โดยการให้สิทธิพิเศษแก่ Telmex ในการเจรจาอัตราซึ่งผู้ให้บริการของ เม็กซิโกทุกรายคิดกับบริษัทของสหรัฐอเมริกาเพื่อให้การเรียกที่มาจากสหรัฐอเมริกาสำเร็จ มาตรา 1.1 กำหนดให้ผู้ลงนามจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันผู้ให้บริการรายใหญ่จาก การกระทำที่เป็นการกีดกันการแข่งขัน คณะพิจารณาเห็นด้วยกับสหรัฐอเมริกาว่าเม็กซิโก ละเมิดมาตรา 2.2 (b) ของ Reference Paper โดยการไม่ดำเนินการให้ Telmex คิดอัตราการ เชื่อมต่อโครงข่ายที่ต้นทุน แต่กล่าวว่าเม็กซิโกผูกพันแค่สำหรับผู้ให้บริการที่มีโครงข่ายเป็นของ ตนเองเท่านั้น มาตรา 2.2 (b) กำหนดให้การเชื่อมต่อโครงข่ายกับผู้ให้บริการรายใหญ่จะต้องมี ภายใต้อายุเวลาที่สมควร บนเงื่อนไข ข้อกำหนด และอัตราต้นทุนที่โปร่งใส สมเหตุสมผล มีความ เป็นไปได้ในเชิงเศรษฐศาสตร์และมีการแยกแยะเป็นส่วน (Unbundled) อย่างเพียงพอ เพื่อให้ผู้ ให้บริการไม่ต้องจ่ายค่าใช้โครงข่ายในส่วนที่เขาไม่จำเป็นต้องใช้ในการให้บริการ และคณะ พิจารณาเห็นด้วยกับสหรัฐอเมริกาว่าเม็กซิโกละเมิดมาตรา 5 (a) และ 5 (b) ของข้อตกลง บริการโทรคมนาคมพื้นฐาน ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเองเท่านั้น มาตรา 5(a) กำหนดให้รัฐบาลต้องยินยอมให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมของประเทศสมาชิก WTO สามารถเข้าถึงและใช้โครงข่ายโทรคมนาคมสาธารณะและบริการบนพื้นฐานของความ สมเหตุสมผลและบนข้อกำหนดและเงื่อนไขที่ไม่แบ่งแยก มาตรา 5 (b) กำหนดให้รัฐบาลต้องจัด ให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมของประเทศสมาชิก WTO สามารถเข้าถึงและใช้โครงข่าย โทรคมนาคมสาธารณะใดๆ หรือบริการใดๆ ที่มีอยู่ในประเทศหรือระหว่างประเทศ รวมทั้งวงจร เช้า ในกรณีนี้ผู้ให้บริการต่างชาติสามารถที่จะซื้อหรือเช่าและสามารถติดตั้งอุปกรณ์ที่เชื่อมโยง กับโครงข่ายเพื่อให้บริการได้ สามารถเชื่อมต่อดวงจรเช่าหรือวงจรของตนเข้ากับโครงข่าย โทรคมนาคมสาธารณะได้ และสามารถใช้ operating protocols ตามที่ตนเลือกในการให้บริการ ใดๆ ได้³⁵

ดังนั้น ประเทศสมาชิกที่ผูกพันตาม Basic Telecommunications Service Agreement Reference Paper ในบริการโทรคมนาคมพื้นฐาน จึงต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับที่ต้อง มีมาตรการดังกล่าว ทั้งนี้ จากพัฒนาการของเทคโนโลยีที่ทำให้บริการโทรคมนาคมกับบริการ แพร่ภาพและกระจายเสียง ที่มีลักษณะของการให้บริการผ่านโครงสร้างพื้นฐานเดียวกัน อาจมี

³⁵ "WTO Panel Final Ruling Sides With U.S. In Case Against Mexican Telecom Barriers", International Trade Daily, Monday, March 15, 2004, ISSN 1533-1350. Available from: <http://www.librarianactivist.org/WTO280304.doc>

การพิจารณาได้ว่าเข้าข่ายเป็นบริการโทรคมนาคมที่ต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับระหว่างประเทศ ดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้บริการโทรคมนาคม และ การให้บริการ Internet และการบังคับใช้ความตกลงหลายฝ่ายสำหรับบริการใหม่ๆที่เกิดขึ้น ที่เกิดจากการรวมกันทางเทคโนโลยี ซึ่งมีความเห็นที่หลากหลายเกี่ยวกับการนำความตกลงเฉพาะ เช่น Reference Paper มาบังคับใช้กับบริการเหล่านั้น สิ่งหนึ่งที่มีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาคือการกำหนดนโยบายว่าจะบังคับใช้ความตกลงหลายฝ่ายกับเทคโนโลยีใหม่ๆ อย่างไร และจะเป็นการตอบรับต่อแนวโน้มของตลาดหรือไม่³⁶

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ สรุปได้ว่า นอกเหนือจากหลักแนวคิดทางกฎหมาย เช่น หลักการกำกับดูแลอัตราค่าบริการ ทฤษฎีกฎหมายแข่งขันทางการค้า หลักการเรื่องนโยบายการแข่งขันที่มีความสำคัญต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ข้อห้ามการอุดหนุนไขว้ระหว่างบริการ ตามที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2 แล้ว บทบัญญัติในความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ มีข้อกำหนดในเชิงสาระบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องข้อห้ามการอุดหนุนไขว้ระหว่างบริการ ซึ่งหลักการต่างๆ ที่กำหนดขึ้นเพื่อเป็นกรอบแนวทางที่ภาคีทุกประเทศจะต้องถือปฏิบัติ กล่าวคือ การเปิดตลาดการค้าบริการในสาขาและกิจกรรมที่แต่ละประเทศเห็นว่าสามารถเปิดให้ต่างประเทศเข้ามาทำการค้าได้ สำหรับบริการโทรคมนาคมกับบริการแพรรูปภาพและกระจายเสียงที่มีการพัฒนาของเทคโนโลยีจนอาจเรียกได้ว่าเป็นบริการประเภทเดียวกันนั้น อยู่ภายใต้ข้อบังคับที่เป็นหลักทั่วไปของความตกลง GATS ที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแข่งขันในการให้บริการ ปรากฏอยู่ใน Article ต่างๆ ตามที่ได้อธิบายถึงหลักการความเป็นมาและความสำคัญของพันธกรณีต่างๆ ไว้ข้างต้น ซึ่งสามารถใช้เป็นเหตุผลทางกฎหมายที่แต่ละประเทศสามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ข้อห้ามการอุดหนุนไขว้ที่เหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของหลักการระหว่างประเทศในเรื่องดังกล่าวได้ ดังนั้น เพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ข้อห้ามการอุดหนุนไขว้ที่เป็นระบบกฎหมายของต่างประเทศ จึงได้ทำการศึกษาระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นประเทศที่มีบทบาทสำคัญในด้านการพัฒนาเทคโนโลยี และการกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลธุรกิจด้านโทรคมนาคมและแพรรูปภาพกระจายเสียง

³⁶ Working Group on Internet Governance (WGIG), "Draft WGIG Issue Paper on competition policy, Liberalization, privatization and Regulation", (2004, July), p.1. Available from: <http://www.wgig.org>