

บทที่ 4

ผลกระทบของกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน ต่อกฎหมายเกี่ยวกับสาขาการเงินต่อกฎหมายของประเทศไทย

ความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าบริการเป็นรูปแบบหนึ่งของการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นความตกลงหลายฝ่าย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการที่ความตกลงระหว่างรัฐจะอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาของรัฐซึ่งทำความตกลงเช่นนั้นด้วยไม่ว่าจะเป็นเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายก็ตาม¹ ผลกระทบที่เกิดขึ้นก็คือ การที่รัฐเข้าผูกพันในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศหลายฝ่าย รัฐมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ปรากฏในสนธิสัญญานั้น หากไม่ปฏิบัติตามก็ต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศซึ่งเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ ในการที่จะต้องอนุวัติการให้เป็นไปตามข้อตกลงต่างๆ ที่เป็นผลมาจากการเจรจานั้น หากไม่มีกฎหมายภายในหรือด้วยเหตุผลประการใดทำให้รัฐไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงได้ รัฐจะอ้างสาเหตุความบกพร่องหรือเหตุขัดข้องตามกฎหมายภายในเพื่ออ้างให้พ้นผิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศไม่ได้² รวมทั้งต้องทำหน้าที่ที่จะให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งแก่บรรดารัฐคู่ภาคีทั้งหลาย ต้องเคารพหลักการโปร่งใส ต้องให้หลักประกันว่าข้อบังคับภายในประเทศสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่กระทำการผูกขาดและให้ผู้ใช้บริการได้รับสิทธิผู้เดียว ต้องยอมรับมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาต หรือการรับรองผู้ให้บริการ จะต้องไม่ให้มีการปฏิบัติทางธุรกิจบางรูปแบบของผู้ให้บริการไปจำกัดการแข่งขัน และไม่ทำการอุดหนุนแก่ผู้ให้บริการรายหนึ่งรายใดอันเป็นการปิดกั้นการค้าบริการแบบเสรี ดังนั้นรัฐผู้เข้าร่วมเจรจาและให้สัตยาบันจะต้อง

¹ ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร, "กฎหมายระหว่างประเทศ", โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2539, หน้า 496.

² รองศาสตราจารย์ ดร.ชุมพร บัจจสานนท์, "ข้อคิดเกี่ยวกับผลกระทบของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการรอบอุรุกวัยต่อกฎหมายไทย", วารสารกฎหมายสำนักงานกฤษฎีกาครบรอบ 60 ปี, หน้า 369.

ทบทวนว่ามีกฎหมายภายในที่ยังไม่เป็นไปตามพันธกรณีดังกล่าวและจะต้องปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ

เช่นเดียวกับกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนซึ่งเป็นความร่วมมือในการกำหนด Framework ของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ กลุ่มประเทศอาเซียนที่เข้าร่วมผูกพันในกรอบความตกลงนี้ก็มีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องพิจารณาว่ามีข้อผูกพันใดที่ประเทศในอาเซียนยังไม่ได้นำไปออกเป็นกฎหมายภายในหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายใน ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์และข้อผูกพันต่างๆ และพิจารณาว่ามีกฎหมายภายในของประเทศไทยใดที่ขัดต่อกรอบความตกลงนี้ อันจะนำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยให้มีความสอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการค้าบริการ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบของกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนในสาขาการเงินซึ่งเป็นการศึกษาหลักการโครงสร้างเพื่อทำให้เกิดความเข้าใจว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวจะกระทบต่อกฎหมายของประเทศไทยอย่างไรบ้าง แต่ไม่ได้มุ่งเน้นการวัดระดับการเปิดเสรีภาคการค้าบริการในเชิงเศรษฐศาสตร์

เพื่อให้สามารถพิจารณาว่ากฎหมายไทยใดขัดหรือแย้ง หรือไม่สอดคล้องกับกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนในสาขาการเงิน จำเป็นจะต้องศึกษาถึงระบบการเงินของไทยและการกำกับดูแลกิจการในด้านการบริการในสาขานี้ในประเทศไทยก่อน เนื่องจากระบบการเงินและการกำกับดูแลการบริการสาขาการเงินนี้จะเป็นโครงสร้างที่มีกฎหมายฉบับต่างๆ มาควบคุมและให้อำนาจกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบังคับใช้กฎหมาย การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจสาขาการเงินของประเทศไทย

4.1 การกำกับดูแลสถาบันการเงินในประเทศไทย

สถาบันการเงินในประเทศไทย ประกอบด้วยสถาบันการเงินประเภทธนาคาร และสถาบันการเงินอื่น ๆ ที่มีธนาคาร สถาบันการเงินที่เป็นธนาคาร ได้แก่ ธนาคารแห่งประเทศไทย ธนาคารพาณิชย์ กิจการวิเทศธนกิจ และธนาคารที่ตั้งโดยกฎหมายพิเศษหรือธนาคารที่ดำเนินการเฉพาะอย่าง ได้แก่ ธนาคารออมสิน ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ธนาคารอาคารสงเคราะห์ และธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย สำหรับสถาบันการเงินอื่นที่มีธนาคาร ได้แก่ บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ บริษัทหลักทรัพย์ บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ บริษัทประกันชีวิต สหกรณ์การเกษตร สหกรณ์ออมทรัพย์ โรงรับจำนำ กองทุนสำรองเลี้ยงชีพและกองทุนประกันสังคม นอกจากนี้ยังมีสถาบันการเงินอื่นที่มีธนาคาร

อีกหลายประเภทซึ่งมีลักษณะการก่อตั้งเป็นกรณีพิเศษ เช่น บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมขนาดย่อม บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรมขนาดย่อม สหกรณ์การเกษตร สหกรณ์ออมทรัพย์ โรงเรียนำนำ หรือก่อตั้งเพื่อแก้ปัญหาวิกฤตการณ์ทางการเงินของประเทศไทยหลังจากปี พ.ศ.2540 เช่น องค์การบริหารสินเชื่อสังหาริมทรัพย์ (อบส.) บริษัทบริหารสินทรัพย์สถาบันการเงิน (บบส.) บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย (บตท.) องค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ปรส.) เป็นต้น

หัวใจสำคัญของการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศในเรื่องการเปิดเสรีการค้าบริการก็คือการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจสาขาการบริการต่างๆภายในประเทศ เพราะการกำกับดูแลนี้จะเป็นภาพสะท้อนว่ากฎหมายภายในของรัฐที่เข้าร่วมเป็นภาคีในความตกลงหรือกรอบความตกลงหลายฝ่ายว่าด้วยการค้าบริการมีลักษณะเป็นการกีดกัน หรือเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดและการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติหรือไม่ อีกทั้งยังสามารถพิจารณาได้ว่าการลดข้อจำกัดในการปิดกั้นการเปิดเสรีการค้าบริการหรือไม่เพียงใด สำหรับในเรื่องการเปิดเสรีการค้าบริการสาขาการเงินในประเทศไทยนั้นจะขอพิจารณาเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้คือ

4.1.1 การกำกับดูแลกิจการธนาคารพาณิชย์

ธนาคารพาณิชย์ถือว่าเป็นตัวกลางทางการเงินที่มีความสำคัญที่สุด เนื่องจากมีหน้าที่ในการรวบรวมเงินฝากจากประชาชนได้ในลักษณะทั่วไปมากกว่าหน่วยทางการเงินอื่นๆ และทำหน้าที่ในการกระจายการลงทุนไปยังนักลงทุนในสาขาต่างๆ หากไม่มีการควบคุมการรวบรวมเงินและกระจายเงินทุนในระดับภาพรวมแล้ว จะทำให้เกิดผลกระทบอย่างมากมายต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม ดังเช่นที่เกิดเป็นวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศไทยเมื่อปี พ.ศ.2540 ที่ผ่านมา ดังนั้นการกำกับดูแลการประกอบกิจการของธนาคารพาณิชย์จึงต้องมีอำนาจ หน้าที่และบทบาทที่เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก และได้ยื่นข้อผูกพันในการเปิดเสรีการค้าบริการสาขาการเงิน โดยมีการระบุข้อจำกัดและเงื่อนไขการเปิดเสรีการค้าบริการสาขาธนาคารพาณิชย์ ทำให้ธนาคารพาณิชย์ของประเทศไทยต้องเผชิญกับการปรับตัวเพื่อรองรับการแข่งขันของธนาคารต่างชาติมากขึ้น ในขณะที่เดียวกันก็ต้องกำกับดูแลโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะของประเทศชาติเป็นสำคัญ

หน่วยงานภาครัฐที่ควบคุมดูแลการดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์ต่อการเปิดเสรีทางการเงินได้แก่ กระทรวงการคลัง กระทรวงต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ และธนาคารแห่งประเทศไทย โดยที่ธนาคารแห่งประเทศไทยจะเป็นหน่วยงานที่มีความสำคัญและเกี่ยวพันกับ

การดำเนินงานของธนาคารพาณิชย์มากที่สุด โดยทำหน้าที่เป็นธนาคารกลางของประเทศทำหน้าที่ในการกำกับ และควบคุมสถาบันการเงินอย่างใกล้ชิด โดยดูแลให้สถาบันการเงินดำเนินธุรกิจไปตามมาตรฐานเดียวกัน และไม่ให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการกระจายเงินลงทุนไปในสาขาใด หรือกิจกรรมใดเป็นพิเศษดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งนี้โดยอาศัยบทบัญญัติแห่ง พระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 เป็นหลัก ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 พ.ศ.2528 และพระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535

จนกระทั่งในช่วงปี 2540 ได้เกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างรุนแรง โดยเฉพาะในช่วงครึ่งหลังของปี เกิดปัญหาความไม่เชื่อมั่นต่อระบบสถาบันการเงิน แม้ว่าทางการได้มีนโยบายในการเสริมสร้างความมั่นคงให้แก่ระบบการเงิน โดยให้สถาบันการเงินได้รวมและควบกิจการเข้าด้วยกัน ออกมาตรการแบ่งแยกตลาดเงินตราต่างประเทศเพื่อสกัดกั้นการเก็งกำไร ตลอดจนให้ธนาคารพาณิชย์กันเงินสำรองสำหรับสินทรัพย์จัดชั้นต่ำกว่ามาตรฐานในอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละ 15 ของยอดคงค้างสินทรัพย์จัดชั้นต่ำกว่ามาตรฐานตั้งแต่ช่วงต้นปีแล้วก็ตาม แต่ภายหลังที่ทางการได้ให้บริษัทเงินทุนจำนวน 58 แห่งระงับการดำเนินกิจการ เพื่อยื่นแผนแก้ไขฐานะและฟื้นฟูกิจการต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบสถาบันการเงินได้ส่งผลกระทบต่อธุรกิจธนาคารพาณิชย์ขนาดเล็ก มีการย้ายเงินฝากจากธนาคารพาณิชย์ขนาดเล็กไปยังธนาคารพาณิชย์ขนาดใหญ่และสาขาของธนาคารต่างประเทศ ทำให้ทางการจำเป็นต้องเร่งดำเนินการแก้ไขปัญหา โดยได้ออกพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ 2 ฉบับ เพื่อขจัดอุปสรรคในการแก้ไขปัญหา ได้แก่พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540

การกำกับดูแลกิจการธนาคารพาณิชย์นั้นธนาคารแห่งประเทศไทยจะมีบทบาทสำคัญโดยตรงซึ่งมีสองรูปแบบคือ³

4.1.1.1 การตรวจสอบกิจการของธนาคารพาณิชย์

ธนาคารแห่งประเทศไทยโดยฝ่ายกำกับและตรวจสอบธนาคารพาณิชย์จะทำหน้าที่ตรวจสอบและกำกับธนาคารพาณิชย์โดยวิธีการออกกฎหมายเพื่อใช้เป็น

³ รั้งสรรพค์ นิตย์เสรี, "การกำกับดูแลสถาบันการเงินในไทย", วารสารบริหารธุรกิจ 71 (เมษายน-มิถุนายน 2539), หน้า 7.

กฎหมายที่ใช้ในการควบคุมธนาคารพาณิชย์ เพื่อให้ธนาคารปฏิบัติตาม นอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้ธนาคารจัดส่งรายงานที่เกี่ยวกับการแสดงภาระหนี้สินและสินทรัพย์ รายงานการดำรงเงินสดสำรอง รายงานฐานะการเงิน รายงานการให้สินเชื่อและภาระผูกพันแก่ลูกหนี้ รายงานได้รายจ่ายและความเคลื่อนไหวทางบัญชีระหว่างสถาบันการเงิน รายงานเงินฝาก และสินทรัพย์จัดชั้น ทั้งนี้เพื่อให้มีการติดตามตรวจสอบพฤติกรรมของธนาคารพาณิชย์ว่าได้ทำธุรกรรมภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ นอกจากนี้ยังทำให้ฝ่ายกำกับและตรวจสอบธนาคารพาณิชย์สามารถทราบถึงพฤติกรรมและแนวโน้มของแต่ละธนาคารที่ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ ซึ่งที่สำคัญที่สุดจะเป็นการช่วยให้กิจการธนาคารพาณิชย์สามารถแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ให้กลับคืนสู่สภาพปกติได้โดยเร็ว

4.1.1.2 การเข้าควบคุมกิจการของธนาคารพาณิชย์

การประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยนั้น หากมีกรณีที่ธนาคารพาณิชย์ใดดำเนินงานโดยปราศจากความระมัดระวัง กระทำผิดกฎหมาย หรือ ดำเนินกิจการงานใดไปในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานหรือประชาชน หน่วยงานของรัฐก็มีความจำเป็นต้องเข้ามาให้ความช่วยเหลือ ตามปกติธนาคารแห่งประเทศไทยจะให้อำนาจในการอนุมัติสินเชื่อในระดับผู้บริหารของธนาคารอยู่แล้ว แต่หากผู้บริหารธนาคารพาณิชย์นั้นได้กระทำผิดตามระเบียบของธนาคารแห่งประเทศไทยโดยทำการอนุมัติสินเชื่อเกินอำนาจหรือไปในทางที่ฉ้อฉล อันทำให้เกิดความเสียหายแล้วทำให้ไม่ได้รับชำระหนี้คืน หรือหากหนี้รายนั้นไม่มีหลักประกันที่จะให้ผลตอบแทนที่คุ้มค้ำกับเงินกู้ยืมเงินที่ได้อนุมัติให้สินเชื่อไป ทำให้เกิดเป็นหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ เป็นผลให้เกิดความเสียหายในระดับภาพรวมทางเศรษฐกิจของประเทศ ธนาคารแห่งประเทศไทยก็มีอำนาจเข้าควบคุมกิจการของธนาคารพาณิชย์นั้น ตามอำนาจที่กำหนดให้ตาม พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2485 และพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2522 พ.ศ.2535 และ พ.ศ.2540 ซึ่งในชั้นแรกอาจเป็นการให้กู้ยืมเงินแหล่งสุดท้ายแก่ธนาคารพาณิชย์นั้น แต่เมื่อไม่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ต้องอาศัยมาตรการที่รุนแรงมากขึ้น ซึ่งในปี พ.ศ.2528 ประเทศไทยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งส่งผลให้มีการจัดตั้งกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาสถาบันการเงินที่ประสบปัญหาการขาดสภาพคล่อง เมื่อธนาคารพาณิชย์ประสบปัญหาไม่มีเงินทุนสำรองและสินทรัพย์จัดชั้นสงสัยจะสูญมาก มีหนี้เสียมากและเป็นหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ ธนาคารแห่งประเทศไทยอาจจะต้องเข้าควบคุมกิจการโดยการจัดเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความรู้ความชำนาญในการบริหารงานเข้าทำหน้าที่บริหารธนาคารพาณิชย์นั้นแทนผู้บริหารชุดเดิม และมีการปรับเปลี่ยนผู้ถือหุ้นโดยอาจให้มีผู้ถือหุ้นของหน่วยงานภาครัฐ เช่น กองทุน

ฟื้นฟูและพัฒนาสถาบันการเงินเข้ามาถือหุ้นในธนาคารที่ประสบปัญหานั้น และอาจให้มีการเพิ่มทุนจดทะเบียนเพื่อให้เกิดสภาพคล่องมากขึ้น

นอกจากนี้ ในช่วงปี 2540 ได้เกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจและการเงินอย่างรุนแรง ได้มีการจัดตั้งวงเงินเสริมสภาพคล่องซึ่งดำเนินการโดยกองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ เพื่อเข้าช่วยเหลือสภาพคล่องแก่สถาบันการเงินที่มีปัญหา และเข้าถือหุ้นเพิ่มทุนในสถาบันการเงินที่ไม่สามารถหาผู้ร่วมทุนได้ ในช่วงปลายปีต่อต้นปี 2541 ธนาคารแห่งประเทศไทยได้มีการปรับเปลี่ยนกรรมการ กรรมการบริหาร และฝ่ายจัดการของธนาคารพาณิชย์บางแห่ง พร้อมทั้งให้ธนาคารพาณิชย์รวม 4 แห่งเพิ่มทุนหลังจาก ลดทุนแล้ว ซึ่งได้สร้างความเชื่อมั่นกลับคืนมาในระดับหนึ่ง ต่อมาทางการจึงได้ประกาศยกเลิกการแบ่งแยกตลาดเงินตราต่างประเทศออกมาตรการจำกัดการถือครองเงินตราต่างประเทศ ออกมาตรการแก้ไขปัญหาสถาบันการเงินให้มีการปรับปรุงโครงสร้างหนี้และการประนอมหนี้ ปรับปรุงมาตรฐานการกำกับดูแลในเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับการรับรู้ดอกเบี้ยค้างรับ และการพิจารณาจัดชั้นลูกหนี้ ตลอดจนช่วยเพิ่มสภาพคล่องให้แก่ธุรกิจการส่งออก⁴

4.1.2 การกำกับดูแลกิจการประกันภัย

การกำกับดูแลธุรกิจประกันภัยให้มีฐานะทางการเงินที่มั่นคงเพียงพอที่จะสามารถรับภาระหนี้สินที่มีอยู่ได้ทุกขณะอย่างทันท่วงที (solvency) เป็นบทบาทหลักของรัฐบาลในประเทศต่างๆ ในการคุ้มครองผู้เอาประกันภัย มาตรการในการกำกับดูแลความมั่นคงทางการเงินของธุรกิจประกันภัยที่สำคัญ ได้แก่ การกำหนดเงินสำรองขนาดเงินกองทุน การกำหนดหลักทรัพย์ค้ำประกัน และ การกำหนดเงื่อนไขการลงทุน การกำหนดหลักทรัพย์ค้ำประกัน และการกำหนดเงื่อนไขการลงทุน

4.1.2.1 การกำหนดเงินสำรองประกันภัย

เงินสำรองประกันภัยคือหนี้สินหรือภาระผูกพันที่บริษัทประกันภัยมีต่อผู้เอาประกันภัย จุดประสงค์ของการกำหนดให้บริษัทประกันภัยตั้งเงินสำรองดังกล่าวไว้ก็เพื่อให้บริษัทมีทรัพย์สินอย่างเพียงพอต่อความรับผิดชอบของกรรมกรรม โดยทั่วไปแล้ว ภาระผูกพันของ

⁴ ฝ่ายวิชาการ ธนาคารแห่งประเทศไทย, "ระบบการเงินไทย", พ.ศ.2541, หน้า 3.

บริษัทที่อยู่ในรูปของเงินสำรองประกันภัยจะมีสัดส่วนค่อนข้างสูงเมื่อเทียบกับทรัพย์สินรวมของบริษัท โดยเฉพาะในกรณีของธุรกิจประกันชีวิต เช่น เดือนมีนาคม 2540 มูลค่าเงินสำรองประกันชีวิตคิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 83.57 ของมูลค่าทรัพย์สินรวมของบริษัทประกันชีวิต และเงินสำรองประกันวินาศภัยคิดเป็นร้อยละ 40.7 ของมูลค่าทรัพย์สินรวมของบริษัทประกันวินาศภัย

การกำกับดูแลการดำรงเงินสำรองของบริษัทประกันภัยของประเทศไทยในปัจจุบันจะยึดตามข้อกำหนดในประกาศกระทรวงพาณิชย์สองฉบับ คือประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่องการจัดสรรเงินสำรองสำหรับเบี้ยประกันภัยที่ยังไม่ตกเป็นรายได้ของบริษัทและเงินสำรองสำหรับค่าสินไหมทดแทนรวมทั้งทรัพย์สินอื่นที่บริษัทต้องจัดสรรไว้ในกรณีของการประกันวินาศภัย และประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการจัดสรรเบี้ยประกันภัยที่ยังมีความผูกพันอยู่ในกรณีของการประกันชีวิต

ในกรณีของการประกันวินาศภัย บริษัทประกันภัยจะมีเงินสำรองสองประเภท คือ เงินสำรองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนที่อาจเกิดขึ้นสำหรับกรรมธรรม์ที่ยังไม่หมดอายุหรือเบี้ยประกันที่ยังไม่ได้ตกเป็นรายได้ของบริษัท (unearned premium reserves) และเงินสำรองสำหรับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนค้างจ่าย (loss reserves)

สำหรับธุรกิจประกันชีวิต บริษัทประกันชีวิตจะต้องวางเงินสำรองประกันภัยสำหรับกรรมธรรม์ที่ยังไม่หมดอายุตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดเช่นกัน แต่จะต้องวางเงินสำรองส่วนหนึ่งไว้กับนายทะเบียน โดยเงินส่วนนี้จะไม่อยู่ในการบังคับคดี ตามข้อกำหนดของประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่องการวางเงินสำรองประกันภัย พ.ศ.2538 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 24 ของ พ.ร.บ.ประกันชีวิต พ.ศ. 2535 ซึ่งกำหนดว่า บริษัทประกันภัยต้องวางเงินสำรองประกันภัยไว้กับนายทะเบียนเป็นมูลค่าร้อยละ 25 ของเงินสำรองประกันภัย

4.1.2.2 การกำหนดขนาดเงินกองทุน

เงินกองทุน (minimum required capital) หรือ “ ส่วนเหลือมทรัพย์สินเหนือหนี้สิน” (solvency margin) คือ ทรัพย์สินส่วนที่มากกว่าภาระผูกพันหรือหนี้สินที่บริษัทมีต่อบุคคลภายนอกที่บริษัทต้องสำรองไว้ตามกฎหมาย การกำหนดให้บริษัทประกันภัยมีเงินกองทุนเพิ่มเติมจากเงินสำรองประกันภัยก็เพื่อให้บริษัทประกันภัยมีความสามารถในการรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น เนื่องจากขนาดของเงินกองทุนจะเป็นสิ่งที่กำหนดขีดความสามารถในการรับเสี่ยงภัยของบริษัทประกันภัยที่สำคัญประการหนึ่ง การกำกับดูแลการรับเสี่ยงภัยของบริษัทจึงมักอ้างอิงกับ

ขนาดของกองทุนนี้ เช่น กฎหมายไทยได้จำกัดการรับเสี่ยงภัยเอง (retention limit per risk) ของบริษัทประกันวินาศภัยไว้ไม่เกินร้อยละ 10 ของเงินกองทุน เป็นต้น

ขนาดของเงินกองทุนตามกฎหมายได้มีการเปลี่ยนแปลงตลอดมา พ.ร.บ. ประกันชีวิต พ.ศ. 2510 บริษัทประกันชีวิตจะต้องดำรงเงินกองทุนไม่น้อยกว่า 5 ล้านบาท และตาม พ.ร.บ. ประกันวินาศภัย พ.ศ. 2510 บริษัทประกันวินาศภัยจะต้องดำรงเงินกองทุนไม่น้อยกว่า 3 ล้านบาทในกรณีที่บริษัทประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยประเภทใดประเภทหนึ่งโดยไม่รวมประกันวินาศภัยทางทะเลหรือขนส่ง ต่อมา พ.ร.บ.ประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และ พ.ร.บ.ประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 ได้ปรับเพิ่มขนาดเงินกองทุนที่บริษัทประกันชีวิตจะต้องดำรงไว้เป็น 50 ล้านบาท และไม่น้อยกว่าร้อยละ 2 ของเงินสำรองประกันชีวิต ส่วนบริษัทประกันวินาศภัยจะต้องดำรงเงินกองทุนไม่ต่ำกว่า 30 ล้านบาท หรือร้อยละ 10 ของเบี้ยประกันภัยสุทธิ (net premium)

4.1.2.3 การกำหนดหลักทรัพย์ประกัน

ตาม พ.ร.บ. ประกันวินาศภัย และ พ.ร.บ. ประกันชีวิต พ.ศ. 2535 บริษัทประกันชีวิตจะต้องมีหลักทรัพย์ประกันที่วางไว้กับอธิบดีกรมการประกันภัย ซึ่งทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนประกันภัย เพื่อเป็นหลักประกันหนี้สินที่บริษัทมีอยู่ต่อผู้เอาประกันภัย หลักทรัพย์นี้จะไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ใดๆ จะไม่สามารถฟ้องร้องเพื่อเรียกหลักทรัพย์นี้ไปชำระได้ ในกรณีที่บริษัทล้มละลายหรือเลิกกิจการ เจ้าหน้าที่เป็นผู้เอาประกันภัยมีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้จากหลักทรัพย์ประกันก่อนเจ้าหน้าที่อื่น

ตามกฎหมายกระทรวงซึ่งออกตาม พ.ร.บ. ประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และ พ.ร.บ. ประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 มูลค่าของหลักทรัพย์ประกันที่บริษัทต้องวางไว้กับนายทะเบียนจะต้องไม่น้อยกว่า 20 ล้านบาท สำหรับบริษัทประกันชีวิต และไม่น้อยกว่า 3.5 ล้านบาท ต่อประเภทของวินาศภัยสำหรับบริษัทประกันวินาศภัย

หลักทรัพย์ประกันที่บริษัทต้องวางไว้กับนายทะเบียนอาจอยู่ในรูปแบบของเงินสด พันธบัตรรัฐบาลไทย หุ้นกู้ของบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ตัวเงินคลังของกระทรวงการคลัง พันธบัตรองค์การหรือรัฐวิสาหกิจ ตัวแลกเงิน หรือ ตัวสัญญาใช้เงินที่มีระยะเวลาตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป ที่มีองค์การ หรือรัฐวิสาหกิจ ธนาคารในประเทศ หรือบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย เป็นผู้ส่งจ่าย โปรดสังเกตว่าหลักทรัพย์เหล่านี้เป็นการลงทุนในหน่วยงานของภาครัฐทั้งสิ้น

4.1.2.4 การกำหนดเงื่อนไขการลงทุน

การลงทุนของบริษัทประกันภัยเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่รัฐบาลของประเทศต่างๆ มักมีการกำกับดูแลโดยจะกำหนดข้อจำกัดในการลงทุนในลักษณะต่างๆ การกำกับดูแลคุณภาพการลงทุนเป็นสิ่งที่จำเป็นทั้งนี้เนื่องจากการเล็งลึกกิจกรรมของบริษัทประกันภัยในต่างประเทศมักมีสาเหตุมาจากปัญหาการไม่สามารถชำระหนี้อันเนื่องมาจากการการลงทุนที่ผิดพลาดมากกว่าปัญหาความขาดทุนที่เกิดจากการรับเสี่ยงภัย หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลคุณภาพการลงทุนธุรกิจประกันภัยของประเทศต่างๆ จะพิจารณาถึงความเสี่ยง สภาพคล่อง อัตราผลตอบแทนของการลงทุน และการกระจายการลงทุน โดยในธุรกิจประกันชีวิต ความเสี่ยงจะเป็นประเด็นที่สำคัญที่สุด ติดตามมาด้วยอัตราผลตอบแทนและสภาพคล่องตามลำดับ ในขณะที่ธุรกิจประกันวินาศภัยนั้น สภาพคล่องจะมีความสำคัญมากที่สุดเนื่องจากเป็นธุรกิจที่ต้องการเงินทุนหมุนเวียนในระยะสั้นมากกว่าในระยะยาว ประเด็นที่มีความสำคัญรองลงมาคือ ความเสี่ยง และอัตราผลตอบแทนตามลำดับ

การกำกับดูแลการลงทุนของธุรกิจประกันภัยของไทยในปัจจุบันยึดตาม พ.ร.บ. ประกันชีวิต พ.ศ. 2533 พ.ร.บ. ประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องคือ ประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่องการลงทุนประกอบธุรกิจอื่น ของบริษัทประกันชีวิตและประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่องการลงทุนประกอบธุรกิจอื่นของบริษัทประกันวินาศภัย

4.1.2.5 การควบคุมบำเหน็จนายหน้าหรือตัวแทนประกันภัย

ลักษณะเด่นของธุรกิจประกันภัยคือ การขายบริการผ่านตัวแทนและนายหน้า ค่าบำเหน็จนายหน้าหรือตัวแทนประกันภัยจึงเป็นค่าใช้จ่ายหลักของธุรกิจประกันภัยสำหรับธุรกิจประกันวินาศภัยนั้น มีข้อกำหนดอัตราสูงค่าบำเหน็จนายหน้าสูงสุด เพื่อควบคุมมิให้ต้นทุนในส่วนนี้สูงเกินไป อันจะมีผลกระทบต่อเบี้ยประกันภัย และป้องกันมิให้มีการถ่ายโอนเงินระหว่างบริษัทนายหน้าที่บริษัทประกันภัยจัดตั้งขึ้นเอง (in-house broker) และบริษัทนายหน้าประกันภัยในอาณัติ (captive broker) กับบริษัทแม่เพื่อผลประโยชน์ทางด้านภาษี

4.1.3 การกำกับดูแลกิจการหลักทรัพย์และกองทุนเงิน

4.1.3.1 กิจการเงินทุนและหลักทรัพย์

การประกอบธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ในประเทศไทยได้เริ่มดำเนินการมาตั้งแต่ปี 2512 และประสบความสำเร็จอย่างมากทั้งในด้านการระดมทุนและการอำนวยความสะดวกทั้งนี้ส่วนหนึ่งเนื่อง จากในช่วงนั้นการให้บริการทางการเงินของธนาคารพาณิชย์ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการ ประกอบกับบริษัทเงินทุนเสนอผลตอบแทนในรูปอัตราดอกเบี้ยที่สูงกว่าและมีการเสนอบริการทางการเงินใหม่ๆ อาทิ การให้เช่าซื้อหลักทรัพย์ การซื้อลดเช็ค เป็นต้น จนกระทั่งปี 2522 ทางการจึงได้ตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 ซึ่งต่อมาได้มีการออกพระราชกำหนดเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าว ในปี พ.ศ.2526 พ.ศ.2528 พ.ศ.2535 และ พ.ศ.2540 เพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงินดังกล่าวและคุ้มครองประโยชน์ของประชาชน ตลอดจนเพื่อรักษาเสถียรภาพทางการเงิน อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ได้มีการออกพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ การกำกับดูแลธุรกิจหลักทรัพย์ได้อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว แต่เพื่อป้องกันความเสี่ยงอันอาจจะเกิดแก่เงินออมของประชาชน ทางการได้มีนโยบายสนับสนุนให้แยกธุรกิจเงินทุนและธุรกิจหลักทรัพย์ออกจากกัน โดยได้ประกาศหลักเกณฑ์เมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2537⁵

ภายใต้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ในปัจจุบันต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามคำแนะนำของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ การดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงาน ก.ล.ต.

4.1.3.2 บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม

บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมเป็นผู้ลงทุนประเภทสถาบันประเภทหนึ่งซึ่งอยู่ใต้ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (ก.ล.ต.) กองทุนรวมของบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมสามารถแบ่งออกตามลักษณะโครงสร้างได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ 1) กองทุนปิด เป็นกองทุนที่กำหนดอายุ

⁵ ฝ่ายวิชาการ ธนาคารแห่งประเทศไทย, "ระบบการเงินไทย", พ.ศ.2541, หน้า 12.

กองทุนหลังจากขายหน่วยลงทุนครั้งแรกแล้วบริษัทฯ จะไม่รับซื้อคืนหน่วยลงทุนจนกว่าจะครบอายุกองทุน แต่ถ้าผู้ถือหน่วยลงทุนต้องการซื้อขายหน่วยลงทุนประเภทนี้ ทาง ก.ล.ต.ก็กำหนดให้กองทุนปิดจดทะเบียนกับตลาดหลักทรัพย์หรือศูนย์ซื้อขายเพื่อสร้างสภาพคล่องให้กับผู้ถือหน่วยลงทุน

2) กองทุนเปิด เป็นกองทุนที่ไม่มีการกำหนดอายุโครงการ

ในการจัดการกองทุนรวม บริษัทหลักทรัพย์จะจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมได้เมื่อคำขอจัดตั้งกองทุนรวมนั้นได้รับอนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ตาม พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 (มาตรา 117) บริษัทหลักทรัพย์ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 117 ต้องระวางโทษตามมาตรา 282 ซึ่งเปรียบเทียบได้ตามมาตรา 317 ส่วนข้อผูกพันตามมาตรา 119 และสัญญาแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวมต้องไม่มีข้อจำกัดความรับผิดชอบของบริษัทหลักทรัพย์และผู้ดูแลผลประโยชน์ที่มีลักษณะอันไม่เป็นธรรมต่อผู้ถือหน่วยลงทุน (มาตรา 120 วรรคหนึ่ง) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวมต้องเป็นธนาคารพาณิชย์ หรือสถาบันทางการเงิน ที่มีคุณสมบัติตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด (มาตรา 121 วรรคหนึ่ง)

เมื่อบริษัทหลักทรัพย์ได้รับอนุมัติให้จัดตั้งและจัดการกองทุนรวมตาม มาตรา 117 แล้วและก่อนการเสนอขายหน่วยลงทุนต่อประชาชน ให้บริษัทหลักทรัพย์จัดให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวม (มาตรา 122) การเสนอขายหน่วยลงทุนต่อประชาชนจะกระทำได้ต่อเมื่อบริษัทหลักทรัพย์ได้จัดส่งหรือแจกจ่ายหนังสือชี้ชวนพร้อมทั้งระบุนวันที่ที่ได้รับอนุมัติให้จัดตั้งและจัดการกองทุนรวมไว้ด้วย (มาตรา 123 วรรคหนึ่ง) หนังสือชี้ชวนต้องเป็นไปตามแบบที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด สำหรับราบการในหนังสือชี้ชวนที่ตรงกับรายการในโครงการจัดการกองทุนรวมต้องมีสาระสำคัญของข้อมูลไม่ต่างกัน (มาตรา 123 วรรคสอง) กองทุนรวมที่ได้จดทะเบียนแล้วให้เป็นนิติบุคคล ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัทหลักทรัพย์นำทรัพย์สินของกองทุนรวมไปลงทุนตามโครงการจัดการกองทุนรวมตามที่ได้รับอนุมัติ โดยให้บริษัทหลักทรัพย์เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของกองทุนรวม (มาตรา 282 ซึ่งเปรียบเทียบได้ตามมาตรา 317) ข้อห้ามมิให้บริษัทหลักทรัพย์กระทำการในการจัดการกองทุนรวม (มาตรา 126)

ในกรณีที่บริษัทหลักทรัพย์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทุนรวม หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนตามมาตรา 125 ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวมจัดทำรายงานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวโดยละเอียดและส่งให้แก่สำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ภายใน 5 วัน นับแต่วันที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวมรู้ถึงเหตุการณ์ดังกล่าว (มาตรา 128 วรรคหนึ่ง) หากสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้รับรายงานตามวรรคหนึ่ง และ พิจารณาเห็นว่าการกระทำของบริษัทหลักทรัพย์เป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความ

เสียหายแก่ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นลงทุนทั้งปวง ให้สำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจสั่งให้บริษัทหลักทรัพย์แก้ไขการกระทำหรืองดเว้นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของบริษัทหลักทรัพย์ตามมาตรา 125 (มาตรา 128 วรรคสอง) ในกรณีที่บริษัทหลักทรัพย์ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่สั่งตามวรรคสอง ให้สำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้ (มาตรา 128 วรรคสาม)

(1) สั่งเพิกถอนการเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของบริษัทหลักทรัพย์นั้น และแต่งตั้งให้บริษัทหลักทรัพย์อื่นเข้าเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการแทน ทั้งนี้ให้ถือว่าบริษัทหลักทรัพย์ที่สำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. แต่งตั้งได้รับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของบริษัทหลักทรัพย์ที่ถูกสั่งเพิกถอน

(2) สั่งให้บริษัทหลักทรัพย์เลิกกองทุนรวมนั้น

การจัดการกองทุนส่วนบุคคล (Private Fund Management) บริษัทหลักทรัพย์ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือกับบุคคลหรือคณะบุคคลที่มอบหมายให้จัดการกองทุนส่วนบุคคล และต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ในการนี้ให้คณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจกำหนดรายการอันเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญาดังกล่าวได้ (มาตรา 133)

4.1.3.3 ตลาดหลักทรัพย์ (Securities Exchange)

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (The Stock Exchange of Thailand ใช้ชื่อย่อ SET) มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการตลาดหลักทรัพย์ โดยไม่นำผลกำไรมาแบ่งปันกัน ดังนี้

(1) จัดให้มีการให้บริการเป็นศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์จดทะเบียนรวมตลอดถึงการจัดระบบและวิธีการซื้อขายหลักทรัพย์ในศูนย์ดังกล่าว

(2) ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับตลาดหลักทรัพย์ อันได้แก่ ธุรกิจให้บริการเกี่ยวกับหลักทรัพย์จดทะเบียนโดยเป็นสำนักหักบัญชี ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ นายทะเบียนหลักทรัพย์ ธุรกิจให้บริการด้านข้อมูลเกี่ยวกับหลักทรัพย์ หรือธุรกิจทำนองเดียวกัน

(3) ประกอบธุรกิจอื่นใดนอกจาก (1) และ (2) โดยได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ ก.ล.ต. (มาตรา 153 วรรคหนึ่ง)

ตลาดหลักทรัพย์ตามวรรคหนึ่งให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล (มาตรา 153 วรรคสอง) และหลักทรัพย์ที่จะซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ ต้องเป็นหลักทรัพย์ที่จดทะเบียน ตาม

ส่วนที่ 4 แห่งหมวด 5 (มาตรา 157) ส่วนบริษัทหลักทรัพย์ที่จะทำการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ ต้องเป็นสมาชิกของตลาดหลักทรัพย์ (มาตรา 158)

นอกจากนี้การกำกับดูแลตลาดหลักทรัพย์ พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ได้กำหนดให้มี คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ (Board of Directors of the Securities Exchange) โดยให้คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์มีอำนาจหน้าที่วางนโยบายควบคุมดูแลการดำเนินงานของตลาดหลักทรัพย์และปฏิบัติการอื่นใดเพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 170 วรรคหนึ่ง)

4.1.4 องค์การเฉพาะกิจเพื่อการแก้ไขปัญหาสถาบันการเงิน

จากปัญหาความชบเซาของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ตั้งแต่ปี 2539 ส่งผลให้สินทรัพย์ที่เป็นหลักประกันของสถาบันการเงินด้อยคุณภาพลง ทำให้ลูกหนี้ของสถาบันการเงินถูกจัดเป็นสินทรัพย์ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้เป็นจำนวนมาก และนำไปสู่วิกฤตการณ์การเงินในปี 2540 นั้น ทางเราได้ดำเนินมาตรการต่างๆ มาเป็นลำดับ เริ่มจากการจัดตั้งองค์กรเพื่อแก้ไขปัญหาด้านอสังหาริมทรัพย์ สั้งระงับการดำเนินงานของบริษัทเงินทุนในเดือนมิถุนายนและสิงหาคม 2540 รวมจำนวน 58 แห่ง เพื่อเปิดโอกาสให้ยื่นแผนฟื้นฟูและปรับโครงสร้างสถาบันการเงิน และต่อมาได้ประกาศปิดกิจการอย่างถาวรบริษัทเงินทุนทั้งสิ้น 56 แห่งนั้น การดำเนินการในด้านการจัดตั้งองค์การเฉพาะกิจเพื่อการแก้ไขปัญหาระบบสถาบันการเงิน มีดังนี้⁶

4.1.4.1 องค์การบริหารสินเชื่้อสังหาริมทรัพย์ (อบส.)

อบส. จัดตั้งขึ้นเมื่อเดือนเมษายน 2540 เพื่อช่วยแก้ไขปัญหาสภาพคล่องและฐานของสถาบันการเงินโดยการรับซื้อลูกหนี้อสังหาริมทรัพย์ที่มีศักยภาพแต่ขาดเงินทุนดำเนินการให้แล้วเสร็จ จากสถาบันเหล่านี้แล้วนำไปพัฒนาต่อให้แล้วเสร็จ โดย อบส. มีทุนดำเนินการจาก 3 แหล่งคือ ทุนประเดิมจากงบประมาณรัฐบาล 1 ล้านบาท เงินสมทบจากสถาบันการเงินผู้เข้าร่วมโครงการรายละเอียด 1 ล้านบาท จำนวน 35 ราย ซึ่งต่อมาเหลือเพียง 11 รายอันเนื่องจากการปิดกิจการสถาบันการเงิน และการออกพันธบัตร อบส. ซึ่งได้ออกไปแล้ว 1,000 ล้านบาทเมื่อเดือนพฤษภาคม 2540 จากวงเงินที่ได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีจำนวน 50,000 ล้านบาท สินเชื่

⁶ ฝ่ายวิชาการ ธนาคารแห่งประเทศไทย, "ระบบการเงินไทย", พ.ศ.2541, หน้า 28-30.

อสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในข่ายที่ อบส. จะรับซื้อนั้น จะต้องเป็นหลักประกัน และสถาบันการเงินจะต้องร่วมบริหารโครงการพร้อมทั้งค้ำประกันการโอนร้อยละ 50 และโดยจะต้องเป็นโครงการที่อยู่ระหว่างการพัฒนาและสามารถชำระคืนนี้ได้ภายใน 5 ปี

การดำเนินการในระยะแรกของ อบส. ไม่มีธุรกรรมมากเท่าที่ควร เนื่องจากข้อจำกัดหลายประการ โดยรับซื้ออสังหาริมทรัพย์จำนวนทั้งสิ้น 500 ล้านบาท คิดเป็น 3 โครงการ จากสถาบันการเงิน 3 แห่ง ต่อมาในเดือนกุมภาพันธ์ 2541 กรมฯ มีมติให้ศึกษาแนวทางเพื่อยกระดับองค์การฯ ให้เป็น "บริษัทบริหารสินเชื่อบริษัท" และกำหนดทุนเป็นจำนวน 1 พันล้านบาท โดยขยายบทบาทให้สามารถทำธุรกิจที่กว้างขวางครบวงจรขึ้นคือ การแปลงสินทรัพย์ให้เป็นตราสารทางการเงิน (securitization) และจัดตั้งและทำธุรกรรมกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งขยายขอบเขตการรับซื้อให้ครอบคลุมโครงการอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ระหว่างการพัฒนารอการพัฒนา และรับโอนหลักประกันอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถนำไปพัฒนาต่อได้นอกจากนั้น บริษัทฯ ยังได้รับอนุญาตให้ออกตราสารหนี้ระยะสั้น และพันธบัตรที่รัฐบาลค้ำประกัน เพื่อใช้แทนเงินสดในการรับโอนสินเชื่อบริษัทจากสถาบันการเงินหรือขายลดในตลาดตราสารหนี้ได้

ทั้งนี้ ทางกรมฯ มีนโยบายอนุญาตให้เอกชนตั้งบริษัทเพื่อบริหารหนี้ อสังหาริมทรัพย์ในลักษณะเดียวกับ อบส. ได้โดยสถาบันการเงินสามารถโอนลูกหนี้ให้บริษัทบริหารโครงการต่อไป ซึ่งจะทำให้ยอดหนี้ไม่เกิดรายได้ของสถาบันลดลง อนึ่ง บริษัท อบส. เอกชนนี้จะได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ และได้รับการลดหย่อนค่าธรรมเนียมการโอนและจำนอง เป็นร้อยละ 1 แต่ไม่เกิน 100,000 บาท ธนาคารที่ได้รับอนุญาตให้จัดตั้งบริษัทในลักษณะดังกล่าวได้แก่ ธ.กสิกรไทย (2 แห่ง) ธ.ไทยพาณิชย์ ธ.สหธนาคาร และ ธ.แหลมทอง บริษัทที่ได้รับอนุญาต ได้แก่ บงล.ธนาชาติ และ บงล.ภัทรธนกิจ

4.1.4.2 บริษัทตลาดรองสินเชื่อบริษัท (บตท.)

เนื่องจากปัญหาสินเชื่อบริษัทของสถาบันการเงินจำเป็นต้องได้รับการแก้ไขอย่างรวดเร็ว ดังนั้นในช่วงเตรียมการจัดตั้ง บตท. จึงได้มีการจัดตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นในธนาคารอาคารสงเคราะห์ (ธอส.) เรียกว่า สำนักงานตลาดรองสินเชื่อบริษัท (Secondary Mortgage Department) เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ 2540 มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจตลาดรองสินเชื่อบริษัทและกิจการอื่นที่ส่งเสริมและพัฒนาตลาดรองสินเชื่อบริษัท โดยการรับซื้อสินเชื่อบริษัทของลูกค้ารายย่อยจากสถาบันการเงิน โดยอาจซื้อเข้าพอร์ทของตนเอง เพื่อหารายได้จากส่วนต่างระหว่างดอกเบี้ยของสินเชื่อบริษัทกับ funding cost หรืออาจซื้อไว้เพื่อทำการ

securitize ต่อไปก็ได้ ซึ่งจะช่วยให้อัตราดอกเบี้ยสินเชื่อที่อยู่อาศัยมีแนวโน้มลดลง ส่งผลให้ประชาชนมีที่อยู่เป็นของตนเองมากขึ้น

ต่อมาในเดือนมิถุนายน 2540 ได้มีการจัดตั้งบริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย (บตท.) หรือ SMC ขึ้นใหม่ตาม พรก. บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย โดยได้รับทุนประเดิมจากธนาคารแห่งประเทศไทยจำนวน 1 พันล้านบาท ทั้งนี้ ต่อไป บตท. อาจจะมีระดมทุนโดยการออกพันธบัตร และการแปลงสินทรัพย์ให้เป็นหลักทรัพย์ (securitization) ซึ่งจะเป็นการระดมเงินออมระยะยาวจากนักลงทุนเพื่อซื้อลูกหนี้จำนองจากสถาบันการเงิน อันจะช่วยให้สถาบันเหล่านี้สามารถขยายสินเชื่อที่อยู่อาศัยให้กับประชาชนได้อีก เป็นการเพิ่มสภาพคล่องให้กับระบบ นอกจากนั้น บตท. ยังจะเพิ่มทุนโดยการกู้ยืม เปิดโอกาสให้เอกชนเข้าร่วมถือหุ้น

4.1.4.3 องค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ปรส.)

ปรส. จัดตั้งขึ้นเมื่อเดือนตุลาคม 2540 ด้วยเงินทุนจำนวน 500 ล้านบาท เพื่อพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการของบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ทั้ง 58 แห่งที่ถูกระงับการดำเนินการ ซึ่งเป็นหน้าที่ที่รับโอนมาจากคณะกรรมการกำกับการควบคุมหรือโอนกิจการของสถาบันการเงินที่แต่งตั้งเมื่อเดือน สิงหาคม 2540 โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแผนฟื้นฟูประกอบด้วย ความสามารถในการเพิ่มทุนแผนการชำระหนี้คืนแก่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน แหล่งเงินทุนที่เชื่อถือได้และคุณภาพการบริหาร ทั้งนี้ในวันที่ 8 ธันวาคม 2540 คณะกรรมการปรส. ได้ประกาศผลการพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการ โดยมีบริษัทที่ผ่านการพิจารณา 2 แห่ง คือ บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์เกียรตินาคิน และบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์บางกอกอินเวลเมนท์ โดยบริษัทที่เหลือ 56 แห่ง ปรส. จะได้ดำเนินการชำระบัญชีต่อไป ซึ่งเป็นหน้าที่หลักอีกประการหนึ่ง

ในการนี้ ปรส. ได้จัดตั้งผู้จัดการพิเศษเพื่อจัดการสินทรัพย์ของบริษัทที่ถูกปิดกิจการและนำออกประมูลขายต่อไปโดยความช่วยเหลือของบริษัทที่ปรึกษาต่างชาติ โดยเริ่มแรก ปรส. ได้จัดประชุมเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่ถูกปิดกิจการ เพื่อรายงานสถานะทางการเงินของบริษัททั้ง 56 แห่ง (core asset) เช่น ลูกหนี้หลักทรัพย์และลูกหนี้เงินทุน และสินทรัพย์อื่น (non-core asset) เช่น รถยนต์ อุปกรณ์สำนักงาน ที่ดินที่บังคับหลักประกัน จำนวนประมาณร้อยละ 10 ของสินทรัพย์ทั้งหมด ซึ่งสินทรัพย์เหล่านี้จะจัดแบ่งตามชนิดและนำออกขายเป็นกลุ่ม โดยในแต่ละกลุ่มจะมีคุณภาพแตกต่างกันไป

การเปิดประมูลสินทรัพย์ได้เริ่มต้นจากรถยนต์ในเดือนกุมภาพันธ์ และจะทยอยต่อด้วยสินทรัพย์อื่น คือ หลักทรัพย์ งานศิลปะ ลูกหนี้ ฯลฯ ในการนี้ ปรส. ได้จัดทำ

road show ในต่างประเทศ เพื่อเชิญชวนนักลงทุนให้ร่วมในการประมูลสินทรัพย์ดังกล่าว และการจำหน่ายสินทรัพย์มีกำหนดแล้วเสร็จภายในปี 2541

ในเดือนเมษายน 2541 คณะรัฐมนตรีได้แก้ไข พรก. องค์การเพื่อการปฏิรูปสถาบันการเงิน ซึ่งมีประเด็นสำคัญคือ ขยายวิธีการประมูลทรัพย์สินให้ขายในตลาดรองได้ในกรณีของหลักทรัพย์ ห้ามผู้ใดฟ้องล้มละลายสถาบันการเงิน 56 รายระหว่างที่ ปรส. ทำการขายทรัพย์สินอันจะเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้ และสร้างความมั่นใจว่าผู้ประมูลสินทรัพย์จะได้รับสินทรัพย์ที่ซื้อได้

หลังจากนั้นในปี 2542 ปรส. จะทำการเฉลี่ยผลได้คืนเจ้าหนี้ อันประกอบด้วยเจ้าหนี้บริษัทเงินทุน 16 แห่ง และ 40 แห่ง (ในส่วนของเลือกที่จะไม่เข้าโครงการแลกเปลี่ยนบัตรเงินฝากของธนาคารกรุงไทย) และกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน เมื่อการดำเนินงานเสร็จสิ้นแล้ว ปรส. จะได้นำเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเพื่อทำการเพิกถอนใบอนุญาต และเลิกกิจการ

4.1.4.4 บริษัทบริหารสินทรัพย์สถาบันการเงิน (บปส.)

บปส. ได้จัดตั้งขึ้นในเดือนพฤศจิกายน 2540 ด้วยทุนประเดิมทั้งสิ้น 1,000 ล้านบาท โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรับซื้อสินทรัพย์ด้อยคุณภาพ ทั้งนี้ จะมีบทบาทเป็นผู้ซื้อรายสุดท้ายและนำมาฟื้นฟูแล้วนำออกจำหน่าย ทั้งนี้ ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการบริหาร บปส. ขึ้นในวันที่ 2 ธันวาคม 2540

ในเดือนเมษายน 2541 คณะรัฐมนตรีได้แก้ไขร่าง พรก. บริษัทบริหารสินทรัพย์สถาบันการเงิน โดยมีประเด็นสำคัญคือ ให้ บปส. สามารถทำธุรกรรมด้านการให้กู้ยืมเงินแก่ลูกหนี้ของสถาบันการเงินที่ประสบปัญหาได้ และแก้ไขวิธีการซื้อหรือโอนสินทรัพย์ให้มีความคล่องตัวมากขึ้น ในกรณีนี้ ทางกรมมีแผนการที่จะเพิ่มทุน บปส. เป็นประมาณ 15,000 ล้านบาท โดยใช้เงินกู้จากธนาคารโลก/ธนาคารพัฒนาเอเชียเพื่อปรับโครงสร้างเศรษฐกิจ เพื่อเสริมสร้างความสามารถในการเข้าร่วมประมูลสินทรัพย์ในปริมาณที่สูงขึ้น การดำเนินงานของ บปส. จะต่อเนื่องประมาณ 4-5 ปี เพราะจะต้องทำหน้าที่จัดการลูกหนี้ที่ได้รับประมูลมา ซึ่งอาจจะเป็นการหาผู้ร่วมทุน ที่ปรึกษาทางการเงินหรือการตลาด หรือแหล่งเงินทุนให้กับลูกหนี้เหล่านี้

4.1.4.5 ธนาคารรัตนสิน

คณะรัฐมนตรีอนุมัติการจัดตั้ง "ธนาคารรัตนสิน" ตามข้อเสนอของกระทรวงการคลัง เมื่อวันที่ 21 มกราคม 2541 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรับซื้อสินทรัพย์คุณภาพดีของบริษัทเงินทุนที่ถูกปิดกิจการ เพื่อมิให้ราคาตกต่ำกว่าที่ควร อันเนื่องจากความจำเป็นในการขายสินทรัพย์ออกไปอย่างรวดเร็ว ธนาคารมีทุนประเดิม 4,000 ล้านบาท และได้เปิดดำเนินการในวันที่ 16 มีนาคม 2541 ซึ่งในระยะเริ่มแรกจะดำเนินการในลักษณะธนาคารของรัฐ ภายหลังจากจะขายหุ้นให้แก่ภาคเอกชน โดยธนาคารมีความได้เปรียบในด้านที่ไม่มีหนี้ในบัญชี ทั้งนี้ ธนาคารมีบริษัทในเครือ 2 แห่ง ได้แก่ บริษัทเงินทุนรัตนทุน และบริษัทหลักทรัพย์รัตนทรัพย์ ซึ่งมีทุนประเดิมแห่งละ 500 ล้านบาท และจะเข้าร่วมในประมูลหรือรับซื้อสินทรัพย์ในส่วนที่ธนาคารไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ เช่น ลูกหนี้เช่าซื้อ และลูกหนี้ธุรกิจหลักทรัพย์

ตารางที่ 7 เปรียบเทียบการกำกับดูแลสถาบันการเงินที่สำคัญของประเทศไทย

สถาบันการเงิน	ปีที่จัดตั้ง	กฎหมายที่ใช้บังคับ	หน่วยงานที่กำกับดูแล
ธนาคารแห่งประเทศไทย	2485	พรบ.ธนาคารแห่งประเทศไทย	กระทรวงการคลัง
ธนาคารพาณิชย์ไทย	2449	พรบ.ธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พรบ. การธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 และ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม พรบ.การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 พ.ศ.2528 และ พรบ. การธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535	ธนาคารแห่งประเทศไทย
สาขาธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ	2431		
กิจการวิเทศธนกิจ	2535		
กิจการวิเทศธนกิจสาขาต่างจังหวัด			
ธนาคารออมสิน	2489	พรบ.ธนาคารออมสิน พ.ศ.2489	กระทรวงการคลัง และธนาคารแห่งประเทศไทย
ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร	2509	พรบ.ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร พ.ศ.2509	กระทรวงการคลัง และธนาคารแห่งประเทศไทย
ธนาคารอาคารสงเคราะห์	2496	พรบ.ธนาคารอาคารสงเคราะห์ พ.ศ.2496	
ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย	2536	พรบ.ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าแห่งประเทศไทย พ.ศ.2536	

สถาบันการเงิน	ปีที่จัดตั้ง	กฎหมายที่ใช้บังคับ	หน่วยงานที่กำกับดูแล
บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ บริษัทเครดิตฟองซิเอร์	2512 2512	พรบ. การประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลัก ทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 และพรบ.แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2526 และ พ.ศ.2528 และพรบ.การประกอบธุรกิจเงิน ทุน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2535	ธนาคารแห่งประเทศไทย
บริษัทหลักทรัพย์	2512	พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535	คณะกรรมการกำกับหลัก ทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
บริษัทหลักทรัพย์กองทุนรวม บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน รวม	2518 2535	พรบ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535	ก.ล.ต.
บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่ง ประเทศไทย	2502	พรบ.เงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2502	กระทรวงการคลัง และ ธนาคารแห่งประเทศไทย
บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมขนาด ย่อม	2535	พรบ.เงินทุนอุตสาหกรรมขนาดย่อม พ.ศ.2534	กระทรวงการคลัง กระทรวงอุตสาหกรรมและ ธนาคารแห่งประเทศไทย
บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรม ขนาดย่อม	2534	พรบ.บริษัทประกันสินเชื่ออุตสาหกรรม ขนาดย่อม พ.ศ.2534	กระทรวงการคลัง และ ธนาคารแห่งประเทศไทย
บริษัทประกันชีวิต	2472	พรบ.ประกันชีวิต พ.ศ.2535แทนฉบับเดิม พ.ศ.2510	กระทรวงพาณิชย์
สหกรณ์การเกษตร	2459	พรบ.สหกรณ์ พ.ศ.2511 และฉบับแก้ไข เพิ่มเติม พ.ศ.2524	กรมส่งเสริมสหกรณ์และกรม ตรวจบัญชีสหกรณ์ กระทรวงเกษตรและ สหกรณ์
สหกรณ์ออมทรัพย์	2489	พรบ.สหกรณ์ พ.ศ.2511 และฉบับแก้ไข เพิ่มเติม พ.ศ.2524	กรมส่งเสริมสหกรณ์และกรม ตรวจบัญชีสหกรณ์ กระทรวงเกษตรและ สหกรณ์
โรงรับจำนำ	2409	พรบ.โรงรับจำนำ พ.ศ.2505 และแก้ไขเพิ่ม เติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517 (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2526 และ พรบ.โรงรับจำนำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2534	กระทรวงมหาดไทย
กองทุนสำรองเลี้ยงชีพ	2526	พรบ.กองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ.2530	กระทรวงการคลัง
กองทุนประกันสังคม	2533	พรบ.ประกันสังคม พ.ศ.2533	กระทรวงแรงงานและ สวัสดิ การสังคม
องค์การเพื่อการปฏิรูประบบ สถาบันการเงิน	2540	พระราชกำหนดองค์การเพื่อการปฏิรู ประบบสถาบันการเงิน	กระทรวงการคลัง และ ธนาคารแห่งประเทศไทย
บริษัทบริหารสินทรัพย์สถาบัน การเงิน	2540	พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ สถาบันการเงิน	กระทรวงการคลัง และ ธนาคารแห่งประเทศไทย
บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัย	2540	พระราชกำหนด บริษัทตลาดรองสินเชื่อที่ อยู่อาศัย	กระทรวงการคลัง และ ธนาคารแห่งประเทศไทย
องค์การบริหารสินทรัพย์สถาบัน การเงิน	2540	พระราชกำหนดองค์การบริหารสินทรัพย์ สถาบันการเงิน	กระทรวงการคลัง และ ธนาคารแห่งประเทศไทย

4.2 ผลกระทบทั่วไปทางกฎหมายในสาขาการเงินภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน

ประเทศสมาชิกอาเซียนที่ได้ลงนามและยื่นข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ AFAS ต่างต้องได้รับผลกระทบตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นจาก AFAS ซึ่งแม้ว่าบางประเทศจะไม่ได้เข้าร่วมเจรจาและยื่นข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ GATS และไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกก็ตาม แต่บทบัญญัติของ AFAS ได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ของ GATS ที่เกี่ยวข้องมาใช้ในกรณีที่บทบัญญัติของ AFAS ไม่ได้บัญญัติไว้ หมายความว่าประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศที่ผูกพันภายใต้ AFAS จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของ GATS ต่อกันและกัน ซึ่งหลักเกณฑ์สำคัญของ GATS ที่ต้องนำมาใช้กับประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกันได้แก่

(1) คำจำกัดความและขอบเขตของการค้าบริการ (Scope and Definition)

เป็นบทบัญญัติว่าด้วยขอบเขตและคำนิยามซึ่งจะอยู่ในหมวดที่ 1 เป็นการกำหนดขอบเขตการค้าบริการ

(2) พันธกรณีและระเบียบทั่วไป (General Obligations and Disciplines)

เป็นบทบัญญัติว่าด้วยพันธกรณีและระเบียบทั่วไป ซึ่งรัฐสมาชิกตามตกลงจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ เพื่อลดอุปสรรคการเปิดเสรีการค้าบริการให้ได้มากที่สุด ในส่วนนี้จะประกอบด้วยมาตรการที่สำคัญในการกำกับการเปิดเสรีการค้าบริการ คือ การประติบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (มาตรา 2) ซึ่งเป็นมาตรการที่ทำให้ประเทศที่เข้าร่วมผูกพันการค้าบริการจะต้องปฏิบัติต่อผู้ให้บริการของประเทศภาคีอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งจะรวมถึงหลักความโปร่งใส (มาตรา 3) หลักการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนา (มาตรา 4) หลักการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (มาตรา 5) หลักข้อบังคับภายในประเทศ (มาตรา 6) หลักการผูกขาดและผู้ให้บริการที่ได้รับสิทธิแต่ผู้เดียว (มาตรา 8) หลักการปฏิบัติทางธุรกิจ (มาตรา 9) หลักมาตรการป้องกันฉุกเฉิน (มาตรา 10) หลักการชำระและการโอนเงิน (มาตรา 11) หลักข้อจำกัดเพื่อป้องกันดุลการชำระเงิน (มาตรา 12) หลักการจัดซื้อจัดหาโดยรัฐ (มาตรา 13) ข้อยกเว้นทั่วไป (มาตรา 14) และการอุดหนุน (มาตรา 15)

(3) ข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments)

เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการเจรจาและการยื่นข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการ โดยให้รัฐสมาชิกกำหนดข้อผูกพันตนเองในการเปิดตลาดการค้าบริการ ไม่ว่าจะเปิดโดยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขอย่างใด เพียงใด ซึ่งมีมาตรการที่สำคัญสองมาตรการคือ หลักเกณฑ์การเข้าสู่ตลาด และการให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติ เพื่อกำหนดขอบเขตของการแสดงเจตนาของรัฐสมาชิก ส่วนรูปแบบการแสดงเจตนาเป็นข้อผูกพันและตารางแสดงข้อผูกพันได้กล่าวไว้หัวข้อ 2.2 แล้ว

(4) การเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization)

เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการเปิดเสรีการค้าบริการที่มีลักษณะให้ก้าวหน้ามากขึ้น เป็นการวางมาตรการของระบบการค้าบริการที่จะต้องมีการเจรจาและจัดทำข้อผูกพันต่อกันและกันเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากในช่วงแรกของการเจรจานั้น แต่ละประเทศอาจมีความไม่พร้อมที่จะเปิดเสรีการค้าบริการบางสาขาและในบางกรณี ทำให้ต้องมีการกำหนดให้มีการเจรจากันในรอบต่อไปเพื่อให้มีข้อผูกพันการเปิดเสรีกันมากขึ้น

(5) บทบัญญัติเกี่ยวกับสถาบัน (Institutional Provision)

เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามความตกลงหรือกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ โดยให้มีการเจรจาระงับข้อพิพาทต่อกันและกันและหาข้อสรุปเพื่อนำไปแก้ปัญหาคือ

(6) บทบัญญัติสุดท้าย (Final Provision)

เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิเสธและผลประโยชน์ของข้อตกลง (Denial of Benefits) หากผู้ให้บริการมีสัญชาติหรือมีการให้บริการมาจากรัฐอื่นที่ไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก และภาคผนวกต่างๆ

4.2.1 ผลกระทบในส่วนพันธกรณีและระเบียบทั่วไป

พันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (AFAS) ที่จะมีผลต่อกฎหมายของประเทศไทยในลักษณะทั่วไปคือ

(1) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Treatment: MFN)

เนื่องจากหลักการของ GATS นั้นต้องการให้มีการปฏิบัติต่อทุกประเทศที่เข้าร่วมผูกพันอย่างเท่าเทียมกันในการเปิดเสรีการค้าบริการ รัฐสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติแก่ผู้ให้บริการของรัฐสมาชิกอื่นที่เป็นการอนุเคราะห์ไม่ด้อยไปกว่าที่ตนให้กับผู้ให้บริการที่มีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยทันทีและไม่มีเงื่อนไข ซึ่งมีที่มาจากหลักพื้นฐานสำคัญในการค้าเสรีระหว่างประเทศ คือ การห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) และหลักการต่างตอบแทน (Reciprocity)

Principle)⁷ สำหรับหลักการ MFN ในเรื่องการค้าบริการนั้นแบ่งเป็นสองกรณีคือ หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ในการบริการ (MFN To Services) และ หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์สำหรับผู้ให้บริการ (MFN To Service Supplier) ในกรณีที่บางสาขาบริการที่รัฐสมาชิกอาจยังไม่สามารถให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติอื่นได้ จะต้องทำข้อตกลงพิเศษยกเว้นหลัก MFN ไว้ใน Final List of MFN ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อผูกพันที่แต่ละประเทศได้ยื่นไว้ภายใต้ GATS เช่นเดียวกับใน AFAS ประเทศได้ขอยกเว้นจากการที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี MFN สำหรับสาขาบริการที่ประเทศไทยได้มีสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐบาลประเทศต่างๆ ไว้ภายใต้กรอบระยะเวลาหนึ่งเพื่อรัฐบาลสามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันภายใต้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้นได้ ดังปรากฏตามตารางยกเว้น

สำหรับประเทศไทยได้ยื่นตารางยกเว้นหลักการ MFN ภายใต้ GATS ใน Final List of Article II MFN Exemptions ไว้ทั้งหมด 8 เรื่อง ซึ่งประกอบด้วยสาขาบริการ 7 สาขา และ สนธิสัญญาทางไมตรี และความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ.2511 โดยเฉพาะข้อ 4 และ 10 เนื่องจากสนธิสัญญานี้เป็นการให้สิทธิประโยชน์ระหว่างกันในเรื่องการประติบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง โดยอนุญาตให้คนชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจได้เกือบทุกประเภทในประเทศไทย ยกเว้น การคมนาคม การขนส่ง การรับดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น การธนาคารที่เกี่ยวกับการรับฝากเงิน การแสวงหาผลประโยชน์จากที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติ แต่มาตรการเหล่านั้นต้องเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นไว้ตั้งแต่ก่อนที่จะมีการใช้ความตกลงนี้ และจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขในภาคผนวกว่าด้วยข้อยกเว้นตามมาตรา 2 การขอยกเว้นหลัก MFN นี้ไม่ว่าจะอยู่ในลักษณะใดและครอบคลุมในสาขาบริการใดก็ตาม หากจะมีผลใช้บังคับมากกว่า 5 ปี แล้วจะต้องได้รับการทบทวนใหม่โดยคณะมนตรีการค้าบริการ (Council for Trade in Services) ซึ่งการพิจารณาทบทวนครั้งแรกจะต้องกระทำภายใน 5 ปีหลังจากที่ความตกลงนี้มีผลบังคับใช้⁸

ส่วนหลักการ MFN เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีการค้าบริการสาขาการเงิน ภายใต้ AFASหรือไม่นั้น ประเทศไทยได้ให้การประติบัติเยี่ยงคนชาติแก่คนชาติของประเทศ

⁷ GATT, Basic Instrument and Selected Document, Vol.IV, (1969) p.1.

⁸ ชุมพร บัจจุสานนท์, "การค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ." วารสารกฎหมาย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ธันวาคม 2537), หน้า 16.

สหรัฐอเมริกาภายใต้สนธิสัญญาทางไมตรีฯดังกล่าวซึ่งให้สัตยาบัน ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ.2511 ตามข้อ 4 ของสนธิสัญญานี้ระบุว่า

1) คนชาติและบริษัทของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะได้รับผลปฏิบัติอย่างคนชาติในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดตั้งตลอดจนการได้มาซึ่งผลประโยชน์ในวิสาหกิจทุกประเภทเพื่อประกอบกิจกรรมทางพาณิชย์อุตสาหกรรม การคลัง และธุรกิจอื่นๆ ภายในอาณาเขตของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง

2) ภาคีแต่ละฝ่ายสงวนสิทธิที่จะห้ามคนต่างด้าวมิให้จัดตั้งหรือได้มาซึ่งผลประโยชน์หรือที่จะจำกัดขอบเขตที่คนต่างด้าวจัดตั้งหรือได้มาซึ่งผลประโยชน์ในวิสาหกิจซึ่งประกอบกิจการภายในอาณาเขตของตน ในการคมนาคม การการรับดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น การธนาคารที่เกี่ยวกับการรับฝากเงิน การแสวงหาผลประโยชน์จากที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติ อื่นหรือในการค้าภายในเกี่ยวกับผลผลิตทางเกษตรพื้นเมืองโดยมีเงื่อนไขว่าภาคีนั้นจะต้องประสาทให้ผลปฏิบัติในเรื่องนี้แก่คนชาติ และบริษัทของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นการอนุเคราะห์ไม่น้อยกว่าที่ได้ประสาทให้แก่คนชาติและบริษัทของประเทศที่สามใดๆ

ซึ่งจะเห็นได้ว่า กิจการบริการสาขาการเงินซึ่งมีสองประเภทหลัก คือ การประกันภัย และ ตัวกลางทางการเงิน มีบางส่วนเกี่ยวข้องกับ การธนาคารที่เกี่ยวกับการรับฝากเงิน เท่านั้นที่ไม่อยู่ภายใต้สนธิสัญญาทางไมตรีฯ ซึ่งถือเป็นข้อสงวนของการยกเว้นหลัก MFN ที่ประเทศไทยยื่นข้อผูกพันไว้ใน GATS และ AFAS นอกจากการธนาคารที่เกี่ยวกับการรับฝากเงินแล้วต้องเป็นไปตาม สนธิสัญญาทางไมตรีฯ และข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้ยื่นไว้ภายใต้ GATS และ AFAS ดังนั้น คนสัญชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงยังคงได้รับประโยชน์จากสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ในการจัดตั้งกิจการสาขาการเงินอื่นๆ ยกเว้น การธนาคารที่เกี่ยวกับการรับฝากเงิน

นอกจากนี้ประเทศไทยยังได้ยื่นตารางยกเว้นหลักการ MFN ภายใต้ AFAS ใน Final List of MFN Exemptions ในทุกสาขาบริการ และ สนธิสัญญาทางไมตรีฯ และความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ.2511 เช่นเดียวกัน ซึ่งกรณีสนธิสัญญาทางไมตรีฯ และความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ.2511 นี้เป็นการให้สิทธิแก่รัฐใดรัฐหนึ่งโดยให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้ดุลพินิจในการอนุญาตให้คนของรัฐหนึ่งมีสิทธิพิเศษกว่าคนของรัฐอื่น คือ ทำให้คนสัญชาติอเมริกาสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจบริการในประเทศไทยได้โดยไม่ตกอยู่ภายใต้ การควบคุมของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นการขัดต่อหลัก MFN อย่างไรก็ดีตามประเทศไทยได้ทำช้อยยกเว้นสำหรับสนธิสัญญาทางไมตรีฯ นี้ไว้เป็นระยะเวลา 10 ปี ซึ่งต้อง

อนุโลมกฎเกณฑ์ของ GATS มาใช้บังคับในส่วนภาคผนวกว่าด้วยการยกเว้นจากข้อ II ข้อ 3 ที่ต้องมีการทบทวนข้อยกเว้นทั้งหมดที่ให้ในระยะเวลาเกินกว่า 5 ปี โดยครั้งแรกจะต้องทบทวนไม่เกินกว่า 5 ปีหลังจากการมีผลใช้บังคับของความตกลง WTO จึงทำให้ไม่ขัดต่อหลักการของ AFAS โดยรวม

แม้ว่า ประเทศไทยจะยื่นตารางข้อยกเว้น MFN ไว้ภายใต้ AFAS ที่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกอาเซียนตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ.2542 การนับระยะเวลาการทบทวน 5 ปี สำหรับข้อยกเว้น MFN ตามสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ก็ควรเป็นไปตามหลักการของ GATS ซึ่ง AFAS บัญญัติให้นำมาใช้ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ คือจะต้องทบทวนข้อยกเว้น MFN ภายในวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2547

(2) หลักความโปร่งใส (Transparency)

หลักการเปิดเสรีการค้าบริการอีกหลักคือ หลักความโปร่งใส ซึ่งรัฐที่เป็นภาคีจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีกฎหมายภายใน ข้อบังคับ หรือระเบียบเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายอย่างไร เพื่อให้ประเทศที่ตกลงเข้าผูกพันการค้าบริการทราบถึงสิทธิการจัดตั้งกิจการ และการทำงานของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาให้บริการในประเทศของตนเป็นอย่างไร หลักการนี้ปรากฏในบทบัญญัติของ GATS มาตรา III ซึ่ง AFAS ไม่ได้บัญญัติไว้ จึงต้องนำมาปรับใช้ แต่การแจ้งถึงสิทธิและหน้าที่ รวมทั้งกระบวนการในการบังคับใช้กฎหมายต่างๆ ในกลุ่มประเทศอาเซียนนั้น จะมีสำนักงานเลขาธิการของอาเซียนเป็นหน่วยงานประสานงาน โดยมี “ที่ประชุมเจ้าหน้าที่เศรษฐกิจอาวุโสของอาเซียน” หรือ Senior Economic Officials Meeting) เป็นศูนย์กลางการอำนวยความสะดวกต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ AFAS ตามมาตรา 11 ของ AFAS นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานที่จัดตั้งเพิ่มเติมคือ ASEAN Coordinating Committee on Services: ACCS เพื่อประสานงานในการเจรจาและจัดให้มีรายงานการประชุมของประเทศสมาชิกอาเซียนเผยแพร่แก่ประเทศสมาชิกทั่วไปอีกด้วย

สำหรับประเทศไทยนั้น หน่วยงานที่รับผิดชอบในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารการเปิดเสรีการค้าบริการในอาเซียน คือ กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์ เป็นหน่วยงานหลัก และประสานงานกับ ธนาคารแห่งประเทศไทย และ กระทรวงการคลัง

(3) หลักข้อบังคับภายในประเทศ (Domestic Regulation)

ในมาตรา 6 ของ GATS ได้บัญญัติให้รัฐที่เข้าร่วมผูกพันการค้าบริการต้องให้หลักประกันว่าข้อบังคับภายในประเทศสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศเรื่องการเปิดเสรี

การค้าบริการ และหลักนี้จะต้องนำมาปรับใช้บังคับกับประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้ กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนเช่นกัน โดยประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องแสดงให้เห็นชัดเจนว่า กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กฎกระทรวง และระเบียบปฏิบัติต่างๆ ในการควบคุมการประกอบธุรกิจและการทำงานของคนต่างด้าวเป็นอย่างไร

(4) หลักการยอมรับ

เนื่องจากมาตรฐานหรือองค์ประกอบในการกำหนดการอนุญาตการออกใบรับรองหรือการออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ให้บริการของรัฐสมาชิกต่าง ๆ นั้นแตกต่างกัน และการยอมรับในระดับการศึกษาและประสบการณ์ของแต่ละประเทศก็แตกต่างกันออกไปด้วย เพราะแม้แต่ในแต่ละประเทศเอง การศึกษาระดับเดียวกันแต่วิชาที่ศึกษารวมทั้งสถาบันศึกษา ยังไม่ได้รับการยอมรับที่แตกต่างกัน จึงเป็นการยากที่จะให้ยอมรับมาตรฐานของแต่ละประเทศอื่นโดยไม่ได้มีการทดสอบมาตรฐานความรู้ของผู้มีใบอนุญาตจากต่างชาติ

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการยอมรับมาตรฐานของใบอนุญาตหรือใบประกาศนียบัตรที่ออกโดยรัฐสมาชิกอื่น ซึ่งอาจทำได้โดยการวางข้อกำหนดเดียวกันหมดทุกรัฐสมาชิก โดยทำเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง หรืออาจจะทำการยอมรับกันเอง หรือโดยองค์การระหว่างประเทศก็ได้

(5) หลักข้อยกเว้นทั่วไป

เนื่องจากความตกลง GATS เป็นความตกลงเพื่อร่วมมือทางเศรษฐกิจ แต่ก็ไม่อาจก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นได้ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน การปกป้องความปลอดภัยและความมั่นคงของชาติ จึงมีความจำเป็นที่รัฐอาจจะตั้งข้อยกเว้นทั่วไปจากความผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการได้เท่าที่จำเป็น

4.2.2 ผลกระทบในส่วนของตารางข้อผูกพัน

ในส่วนของประเทศอาเซียนนั้น การตั้งข้อจำกัดใน Horizontal Commitments และ Specific Commitments เพื่อจำกัดระดับการเปิดเสรีการค้าบริการจะมีผลต่อการเข้าสู่ตลาด Market Access และ การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ National Treatment ในรูปแบบการให้บริการทั้ง 4 รูปแบบ ซึ่งจะมีบางมาตรการ 6 ประเภทที่ไม่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกรับนำมาใช้เว้นแต่จะได้ออกแถลงกับคู่เจรจาและได้มีการระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ คือ

- (1) การจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ
- (2) การจำกัดมูลค่ารวมของธุรกรรมหรือสินทรัพย์
- (3) การจำกัดจำนวนรวมของการให้บริการหรือจำนวนผลผลิตจากการบริการ
- (4) การจำกัดจำนวนของการว่าจ้างบุคลากร
- (5) การจำกัดประเภทหรือรูปแบบของนิติบุคคลที่ให้บริการ
- (6) การจำกัดขนาดการมีส่วนร่วมของทุนต่างชาติที่อนุญาต (ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสัดส่วนสูงสุดของผู้ถือหุ้นต่างชาติ หรือในรูปของมูลค่ารวมของการลงทุนโดยต่างชาติแต่ละราย หรือโดยรวม)

ส่วนเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้น ประเทศสมาชิกต้องให้การปฏิบัติต่อบริการและผู้ให้บริการต่างชาติ ในลักษณะที่ไม่ด้อยกว่าที่ให้แก่บริการและผู้ให้บริการในท้องถิ่น ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของภาษีกฎหมายและกฎระเบียบในประเทศ อย่างไรก็ตาม ประเทศสมาชิกอาจคงมาตรการที่ใช้บังคับกับผู้ให้บริการต่างชาติ แตกต่างจากผู้ให้บริการในท้องถิ่นได้ โดยต้องระบุมตรการดังกล่าวไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะได้แก่

- (1) ความเป็นเจ้าของของต่างชาติ ได้แก่การยินยอมให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในลักษณะการจัดตั้งเป็นบริษัทร่วมกับคนไทยและถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนและจำนวนผู้ถือหุ้นต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด
- (2) ประเภทและจำนวนของคนต่างชาติและระยะเวลาที่คนต่างชาติจะอยู่ในประเทศไทย
- (3) การถือครองที่ดิน
- (4) ข้อกำหนดที่ต้องให้ผู้มีถิ่นอาศัยในประเทศเป็นกรรมการของกิจการ

นอกจากนี้ตามพิธีสารเพื่อการปฏิบัติการตามพันธกรณีตามตารางข้อผูกพันชุดที่สองภายใต้กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (Protocol to Implement the Second Package of Commitments Under the ASEAN Framework Agreement on Services) ซึ่งทุกประเทศที่ยื่นข้อผูกพันไว้ได้ลงนามรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ.1998 ได้กำหนดให้แต่ละประเทศปฏิบัติตามพันธกรณีตามตารางข้อผูกพันเฉพาะที่ยื่นไว้ โดยจะมีผลต่อทุกประเทศแม้ว่าบางประเทศจะยังไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก เช่น ประเทศพม่า ประเทศลาว และเวียดนาม กล่าวคือ ตามข้อ 1 ของพิธีสารดังกล่าวกำหนดให้ ประเทศสมาชิกซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะต้องขยายความผูกพันตามข้อผูกพันเฉพาะในแต่ละสาขา

บริการที่ได้ยื่นไว้ภายใต้ GATS ให้แก่ประเทศสมาชิกที่ไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ด้วย ซึ่งหมายความว่าประเทศไทยจะต้องมีพันธกรณีที่จะต้องเปิดเสรีการค้าบริการให้แก่ประเทศพม่า ลาว และเวียดนาม ตามข้อผูกพันที่มีอยู่ภายใต้ GATS ด้วย นอกเหนือจากที่ยื่นผูกพันไว้ภายใต้ AFAS ดังที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 ทั้งนี้พิธีสารดังกล่าวจะมีผลเริ่มใช้บังคับเมื่อได้มีการส่งมอบตราสารเพื่อการให้สัตยาบันหรือการยอมรับต่อสำนักเลขาธิการอาเซียนซึ่งจะต้องไม่เกินกว่าวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ.2542

4.2.3 ผลกระทบในการเปิดเสรีแบบก้าวหน้า ตามลำดับ

ประเทศไทยมีพันธกรณีจะต้องเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการในกลุ่มประเทศอาเซียนตามกำหนดเพื่อให้มีการลดอุปสรรคการค้าเข้าสู่ตลาดและการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติมากขึ้น และให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ผูกพันไว้ตาม GATS ด้วย ซึ่งขณะนี้ประเทศในกลุ่มอาเซียนกำลังเตรียมการเจรจาเพื่อเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ AFAS ในรอบที่สอง โดยจะใช้วิธีการใหม่เพื่อเร่งรัดให้มีการเปิดเสรีการค้าบริการในภูมิภาคนี้มากขึ้นดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

4.3 ผลกระทบต่อกฎหมายเกี่ยวกับการเงินของประเทศไทยภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน

จากหัวข้อที่ศึกษาในเรื่องการเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาการเงินภายใต้กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS) ประเทศไทยมีพันธกรณีต่างประเทศที่ได้ผูกพันไว้จากการยื่นข้อผูกพันในสาขาการเงินทั้งในส่วนธนาคารและการประกันภัย ซึ่งในส่วนต่อไปจะต้องศึกษาว่าหลักการต่างๆ ที่มีอยู่ใน AFAS จะส่งผลกระทบต่อกฎหมายภายในของประเทศไทยหรือไม่อย่างไรตามหัวข้อดังจะกล่าวต่อไป

4.3.1 ผลกระทบต่อกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิในการตั้งกิจการของคนต่างด้าว (Right of Establishment) และการประกอบกิจการทั้งด้านการค้าและการบริการในประเทศไทย ซึ่งเดิมประเทศไทยมีกฎหมายที่บังคับใช้ในเรื่องการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตั้งแต่ ปี พ.ศ.2515 คือ

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 หรือ ปว.281 แต่เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าร่วมเจรจาและเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) เพื่อเปิดเสรีการค้าและการบริการตั้งแต่ พ.ศ.2525 และได้เข้าร่วมเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยเมื่อปี พ.ศ.2529 รวมทั้งได้เข้าร่วมเจรจาและทำข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการหรือ GATS จึงทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีระหว่างประเทศในการอนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงดังกล่าว

ต่อมาในปี พ.ศ.2538 ประเทศไทยในฐานะของสมาชิกอาเซียน หรือ (Association of Southeast Asian Nations : ASEAN) ได้ลงนามในปฏิญญากรุงเทพและร่วมเจรจาเสนอข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน หรือ AFAS ซึ่งมีข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการที่มีลักษณะเพิ่มเติมและมากกว่าที่ได้ยื่นข้อผูกพันไว้ใน GATS ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในประเทศเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว นั้นสอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าวหรือไม่

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้ประกาศเป็นกฎหมายในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 123ก. ลงวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ.2542 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อพ้น 90 วัน นับแต่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษากล่าวคือจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 4 มีนาคม พ.ศ.2543 เป็นต้นไป ในขณะที่ข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้กรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนจะมีผลผูกพันประเทศสมาชิกตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ.2542 ดังนั้นวิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งศึกษาว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้มีความสอดคล้องหรือขัดแย้งกับพันธกรณีตาม AFAS อย่างไร

4.3.1.1 หลักเกณฑ์สำคัญตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1) คำนิยาม

(1.1) ตามมาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

"คนต่างด้าว" หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้ เป็นอย่างอื่นจากคำนิยาม “คนต่างด้าว” จึงหมายถึงทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งหากเป็นกรณีนิติบุคคลย่อมหมายถึงนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยและนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่มีลักษณะตามที่กำหนดในมาตรา 4 (3) และ (4)

สำหรับนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ พ.ร.บ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 หมายถึง ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด นิติบุคคลตามกฎหมายอื่น เช่น บริษัทมหาชน จำกัด เป็นต้น

ตามมาตรา 4 (3) เป็นกรณีนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะ

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

ซึ่งหากเป็นบริษัทจำกัด หรือ บริษัทมหาชนจำกัด พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 นั้นถือเอาจำนวนทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

ส่วนมาตรา 4(4) เป็นกรณีนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น ถือเอาการเข้าถือหุ้นโดยนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่มีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของ

นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่มีลักษณะตามมาตรา 4(3) ซึ่งจะทำให้กลายเป็นหุ้นของบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งจะทำให้นิติบุคคลนั้นกลายเป็นนิติบุคคลต่างด้าวไป

(1.2) ทุน และ ทุนขั้นต่ำ

ส่วนคำว่า "ทุน" หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัดหรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกรับมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

"ทุนขั้นต่ำ" หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย

(1.1) ธุรกิจ

"ธุรกิจ" หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า

ซึ่งมีความหมายรวมถึงการประกอบธุรกิจในเชิงการค้า และการบริการทุกประเภทอันเป็นการมุ่งค้าหากำไร ส่วนการประกอบกิจการบริการที่ไม่ได้มุ่งค้าหากำไรนั้นจะไม่อยู่ภายใต้ พ.ร.บ. ฉบับนี้

(1.2) ความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายอื่น

ตาม พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 13 บัญญัติไว้ว่า "ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว" หมายความว่าหากมีกฎหมายของไทยฉบับอื่นได้ให้คำนิยามไว้แล้วว่าเป็นนิติบุคคลสำหรับกิจการประเภทนั้นก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนั้น เช่น พ.ร.บ. การเดินอากาศ พ.ศ.2497 มาตรา 31 กำหนดไว้ว่า

*ผู้ซึ่งขอจดทะเบียนอากาศยานจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม ต้องมีสัญชาติไทย ถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทยมีสำนักงานใหญ่ของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และ

(1) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย

(2) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยไม่จำกัดจำนวนต้องมีสัญชาติไทย และทุนของห้างหุ้นส่วนนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(3) ในกรณีที่เป็นบริษัทจำกัด บริษัทนั้นต้องมีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ของหุ้นทั้งหมดต้องเป็นของบุคคลประเภทต่อไปนี้แต่ละประเภทโดยลำพังหรือหลายประเภทรวมกัน

(ก) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(ข) กระทรวง ทบวง กรมในรัฐบาล

(ค) บริษัทจำกัดซึ่งกระทรวง ทบวง กรมใน

รัฐบาล ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่า ร้อยละ 70 ของหุ้นทั้งหมดซึ่งเมื่อมีกฎหมายพิเศษกำหนดความเป็นนิติบุคคลไทยและนิติบุคคลต่างด้าวไว้อยู่แล้วก็จะต้องเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะนั้นๆ

2) คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล และที่ได้รับสิทธิโดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ตามมาตรา 10 และ 12 ของกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดไม่ให้ บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 มาใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วยซึ่งหมายความว่า เป็นกรณีที่รัฐบาลไทยได้อนุญาตให้เข้ามาประกอบกิจการได้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายหรือเป็นกรณีที่ประเทศไทยได้เป็นภาคี หรือมีความผูกพันตามพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติการให้การยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติแห่ง พ.ร.บ.นี้บางมาตราก็จะต้องเป็นไปตามพันธกรณีนั้น ซึ่งอาจเป็นสนธิสัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน และอาจมีได้ในอนาคตด้วย แต่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์และเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้นเสียก่อน

อย่างไรก็ตามไม่ใช่ว่าคนต่างด้าวดังที่กล่าวมาข้างต้นจะใช้สิทธิในการตั้งกิจการได้ทันที แต่จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติใน มาตรา 11 ที่ว่า หากคนต่างด้าวตามมาตรา 10 หากประสงค์จะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้แจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อขอหนังสือรับรองและให้อธิบดีออกหนังสือรับรองให้คนต่างด้าวนั้นโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว เว้นแต่อธิบดีเห็นว่าการแจ้งมิให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือกรณีไม่เป็นไปตามมาตรา 10 ให้อธิบดีแจ้งแก่คนต่างด้าวนั้นทราบโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าวหนังสือรับรองต้องระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย

มาตรา 12 ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือตามกฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองเมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้น ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 39 มาตรา 40 และมาตรา 42 ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออก แล้วแต่กรณี

การออกหนังสือรับรองตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด

3) การควบคุมธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวทำใน

พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้กำหนดประเภทของธุรกิจไว้สามประเภท ตามบัญชี 1 2 และ 3 ซึ่งแต่ละประเภทมีกฎเกณฑ์การให้อนุญาตแก่คนต่างด้าวแตกต่างกัน ตามมาตรา 8 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

สามารถควบคุมธุรกิจบางประเภทที่อาจมีความสำคัญในอนาคตได้ อย่างไรก็ตามมาตรา 9 ได้บัญญัติถึงทางแก้ไขไว้ว่า หากมีธุรกิจใดที่ประเทศไทยต้องการคุ้มครองคนชาติแล้วก็สามารถประกาศเป็นพระราชกฤษฎีกาได้ เว้นแต่เป็นบัญชี 1 หรือ 2 ที่ต้องทำเป็นพระราชบัญญัติ รวมทั้งจะต้องมีการทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติทุกปีตามมาตรา 9 วรรคสอง

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นของคณะกรรมการ

ซึ่งการกำหนดเช่นนี้มีลักษณะเป็นการกำหนดห้าม (Negative List) โดยบางธุรกิจห้ามโดยเด็ดขาดหรือให้ประกอบกิจการบางอย่างได้ภายใต้การอนุญาตในระดับต่างๆ ซึ่งธุรกิจใดไม่ได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติก็ไม่ได้ห้ามคนต่างด้าวทำ ซึ่งลักษณะเช่นนี้ทำให้ไม่สามารถควบคุมธุรกิจบางประเภทที่อาจมีความสำคัญในอนาคตได้ อย่างไรก็ตามมาตรา 9 ได้บัญญัติถึงทางแก้ไขไว้ว่า หากมีธุรกิจใดที่ประเทศไทยต้องการคุ้มครองคนชาติแล้วก็สามารถประกาศเป็นพระราชกฤษฎีกาได้ เว้นแต่เป็นบัญชี 1 หรือ 2 ที่ต้องทำเป็นพระราชบัญญัติ รวมทั้งจะต้องมีการทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติทุกปีตามมาตรา 9 วรรคสอง

4) เงื่อนไขและกระบวนการขออนุญาตประกอบธุรกิจ

ภายใต้เงื่อนไขใน พระราชบัญญัติฉบับนี้ คนต่างด้าวที่จะเข้ามาจัดตั้งกิจการและประกอบธุรกิจในประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ซึ่งแบ่งแยกตามประเภทธุรกิจดังที่ได้กล่าวมาในข้อ 3) ซึ่งมีวิธีการให้อนุญาตที่แตกต่างกันไป สำหรับธุรกิจที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ระบุไว้ คนต่างด้าวก็สามารถประกอบกิจการได้โดยไม่ต้องใช้กฎเกณฑ์ในมาตรา 8 แต่ก็ต้องเป็นไปตามมาตรา 14 ซึ่งบัญญัติให้ ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในวรรคแรกเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

กฎกระทรวงที่ออกตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาทุนขั้นต่ำที่ต้องนำหรือส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้

จากบทบัญญัติในมาตรา 8 นี้เองทำให้ทราบว่า ธุรกิจตามบัญชี 1 ท้ายพระราชบัญญัตินี้ กฎหมายห้ามไม่ให้นักต่างด้าวทำโดยเด็ดขาด ส่วนบัญชีสองนั้นจะทำได้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ประกอบมาตรา 14 ในเรื่องทุนจดทะเบียนขั้นต่ำแรกเริ่ม ที่กำหนดไว้เป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 3 ล้านบาทและต้องเป็นไปตามมาตรา 15 ที่ว่า คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด

ส่วนบัญชี 3 เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวจึงห้ามไม่ให้นักต่างด้าวประกอบธุรกิจเหล่านี้ แต่อาจมีข้อยกเว้นให้ทำได้โดยได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และจะต้องยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดีตามระเบียบที่กำหนดในกฎกระทรวง นอกจากนี้ยังต้องมีทุนจดทะเบียนขั้นต่ำตามที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจและต้องไม่น้อยกว่า 3 ล้านบาท ตามมาตรา 14 วรรคสอง

ประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ได้แก่ บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บัญชีหนึ่ง

ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้นักต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

(1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์

(2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน

(3) การเลี้ยงสัตว์

(4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ

(5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย

(6) การสกัดสมุนไพรไทย

(7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(9) การค้าที่ดิน

บัญชีสอง

ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

(1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

ทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึง

กิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี

และทัศนกรรมพื้นบ้าน

(1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม ทัศนกรรม

ของไทย

(2) การผลิตเครื่องมือแกะสลัก

(3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือ

การพิมพ์ลวดลาย ผ้าไหมไทย

(4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

เครื่องเขิน

(5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือ

(6) การผลิตด้วยขามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

(1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย

(2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์

(3) การทำเกลือหิน

(4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน

(5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บัญชีสาม

ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการ

การกับคนต่างด้าว

(1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่

(2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ

(3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก

(4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด

(5) การผลิตปูนขาว

(6) การทำกิจการบริการทางบัญชี

(7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย

(8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม

(9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม

(10) การก่อสร้าง ยกเว้น

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้าน

การสาธารณสุขโรคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการ

ที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่าย หรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(12) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่าวัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม ทัศนกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลผลิตทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าต่ำกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(16) การทำกิจการโฆษณา

(17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

(18) การนำเที่ยว

(19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎ

กระทรวง

4.3.1.2 ผลกระทบทั่วไปจากกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

เนื่องจากกรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน AFAS ในมาตรา 14⁹ ได้บัญญัติให้นำ บทบัญญัติของ GATS มาใช้ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติใดใน AFAS กำหนดถึง ดังนั้นจึงต้องนำหลักการของ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ GATS ใน ส่วนพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไป (General Obligation and Disciplines) มาปรับใช้กับกรอบ ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนด้วย ย่อมหมายความว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนที่ ร่วมเจรจาและยื่นข้อผูกพันภายใต้ AFAS ทุกประเทศจะต้องได้รับผลกระทบตามพันธกรณีระหว่าง ประเทศภายใต้ AFAS เช่นกัน สำหรับประเทศไทยก็ต้องพิจารณาว่า พระราชบัญญัติการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้รับผลกระทบจาก AFAS มากน้อยเพียงใดกล่าวคือ

ในเรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ซึ่งมีเจตนารมณ์ให้มีการปฏิบัติต่อทุกประเทศอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน รัฐสมาชิกจะต้องให้ การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการของรัฐสมาชิกอื่นอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีเงื่อนไขดังที่ ได้กล่าวมาแล้ว แต่ใน มาตรา 10 ได้กำหนดไม่ให้ นำบทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 มาใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราช บัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาลหรือ เป็นกรณีคน ต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี หรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ ตาม ที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวม ถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่าง ด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วยซึ่งหมายความว่า เป็นกรณีที่รัฐบาลไทยได้อนุญาตให้เข้ามา ประกอบกิจการได้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายหรือเป็นกรณีที่ประเทศไทยได้เป็นภาคี หรือมีความ ผูกพันตามพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติการให้การยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติแห่ง พ.ร.บ.นี้บาง มาตราก็จะต้องเป็นไปตามพันธกรณีนั้น ซึ่งในกรณีนี้เป็นการยกเว้นไม่นำกฎหมายบางมาตรา มา ใช้บังคับกับคนต่างด้าวบางประเภทซึ่งทำให้ขัดต่อหลัก MFN

⁹ AFAS : Article XIV Final Provision.

4.3.1.3 ผลกระทบจากข้อผูกพันเฉพาะตามกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

เนื่องจากประเทศไทยได้ยื่นข้อผูกพันในสาขาการเงินไว้ ภายใต้ GATS และ AFAS เฉพาะ ในสาขาการประกันภัยทุกสาขาย่อยยกเว้น การประกันภัยต่อและการประกันภัยช่วง ส่วนสาขาการธนาคารไม่ได้ยื่นข้อผูกพันในด้าน การบริการการค้าเพื่อบัญชีส่วนตัวหรือบัญชีของลูกค้า (Trading for own account or for account of customers) บริการนายหน้าทางการเงิน (Money Broking) บริการประนอมหนี้และชำระหนี้ด้านทรัพย์สินทางการเงิน (Settlement and Clearing Services of Financial Assets) และไม่ได้ยื่นข้อผูกพันในด้านการจัดหาและโอนข้อมูลทางการเงิน (Provision and Transfer of Financial Information) แต่ใน AFAS ประเทศไทยได้ยื่นข้อผูกพันเพิ่มเติมในด้านหลักทรัพย์ คือ ลดเงื่อนไขด้านการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อผูกพันเฉพาะ คือ อนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาถือหุ้นในบริษัทหลักทรัพย์ได้เกินกว่ากึ่งหนึ่ง ซึ่งเดิมผูกพันร้อยละ 49 แต่เพิ่มอัตราส่วนให้ถึง ร้อยละ 100 และอนุญาตให้บริษัทหลักทรัพย์ที่มีคนต่างชาติถือหุ้นเกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว สามารถประกอบธุรกิจนายหน้าได้ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และลดข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดในสาขาย่อยด้านบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม (Asset Management)

ซึ่งเมื่อได้พิจารณาจากบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้แล้วพบว่า การบริการสาขาที่ประเทศไทยได้ยื่นข้อผูกพันไว้ภายใต้ AFAS ไม่ได้ถูกห้ามไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบัญชี 3 ที่เป็นธุรกิจที่คนต่างด้าวอาจประกอบการค้าแต่ต้องได้รับอนุญาต ก็มีข้อยกเว้นในสวนนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ ตาม ข้อ (11) ของบัญชียกตัวอย่างที่กำหนดยกเว้นไว้ดังนี้ คือ

(11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้จึงไม่ได้รับผลกระทบโดยตรงจาก AFAS ในลักษณะประเภทกิจการที่ห้ามไม่ให้คนต่างด้าวทำ เนื่องจากไม่มีประเภทธุรกิจที่ จะทำการเปิดเสรีของประเทศไทยภายใต้ AFAS ตรงกับธุรกิจที่พระราชบัญญัตินี้ห้ามไว้ แต่ไม่ได้หมายความว่า คนต่างด้าวที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิกอาเซียนและเข้าผูกพันตาม AFAS ที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในสาขาการเงินในประเทศไทย จะไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และกฎหมายทางการเงินของประเทศไทยอื่นๆ ที่กำหนดเงื่อนไขต่างๆ ไว้ดังจะกล่าวต่อไป

อย่างไรก็ตามตามมาตรา 9 ได้บัญญัติไว้ว่า หากมีธุรกิจใดที่ประเทศไทยต้องการคุ้มครองคนชาติแล้วก็สามารถประกาศเป็นพระราชกฤษฎีกาได้ เว้นแต่เป็นบัญชี 1 หรือ 2 ที่ต้องทำเป็นพระราชบัญญัติ รวมทั้งจะต้องมีการทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติทุกปีนั้น ถ้าหากมีการทบทวนและแก้ไขบัญชีดังกล่าวจริงและเป็นการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดและการ प्रतिบัตเยียงคนชาติในสาขาบริการที่เพิ่มขึ้นแล้วก็จะทำให้ พระราชบัญญัตินี้ขัดต่อหลักการสำคัญตามข้อผูกพันเฉพาะทันที ซึ่งผลกระทบประเภทนี้เป็นผลกระทบต่อกฎหมายไทยในอนาคต

4.3.2 ผลกระทบต่อกฎหมายว่าการทำงานของคนต่างด้าว ได้แก่ พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521

โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คนต่างด้าวย่อมไม่สามารถมีสิทธิได้เสมอกับคนชาติ สิทธิในการประกอบอาชีพ ก็เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่คนต่างด้าวสามารถที่จะกระทำได้แต่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย กฎหมายต่างประเทศก็มีบทบัญญัติในทำนองนี้ กล่าวคือคนต่างด้าวจะมาประกอบอาชีพเหมือนกับคนชาติทุกประการนั้นไม่ได้ การที่จะให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศก็ต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ อาทิเช่น การจ้างคนต่างด้าวเข้ามาทำงานเป็นประโยชน์แก่ประเทศเพราะหาคนชาติทำงานประเภทเดียวกันนี้ไม่ได้ การให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานเป็นประโยชน์ในการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่คนชาติ การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในบางครั้งคำนึงถึงผลในทางสังคมซึ่งก็แตกต่างกันไปตามมุมมองของรัฐต่างๆ เช่น บุคคลในครอบครัวเดียวกันควรมีสิทธิที่จะทำงานได้หากได้รับ "VISA" ให้

อยู่ในประเทศนั้นๆ ในบางครั้งการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าทำงานอาจมีเหตุผลด้านมนุษยธรรม เช่นคนต่างด้าวที่รอกการเนรเทศหรือคนไร้สัญชาติ หรือบุคคลที่ถูกถอนสัญชาติ ควรจะมีสิทธิในการทำมาหากินเพื่อเลี้ยงชีพได้

4.3.2.1 หลักเกณฑ์สำคัญตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521

ในการศึกษาระบบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยหลังจากที่ได้พิจารณาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 พอลจะจำแนกระบบการควบคุมได้ดังหัวข้อต่อไปนี้คือ

1. ลักษณะการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว
2. กระบวนการขอใบอนุญาตและกระบวนการออกใบอนุญาต
3. การบริหารจัดการและปฏิบัติตามกฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว

ต่างด้าว

1) ลักษณะการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว

ลักษณะการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยจะใช้รูปแบบของการกำหนดห้ามงานหรือวิชาชีพที่ไม่ประสงค์ให้คนต่างด้าวทำโดยอาศัยเหตุผลทางด้านศาสนา ภูมิปัญญาไทย ศิลปวัฒนธรรมและความจำเป็นทางเศรษฐกิจบางอย่าง ส่วนงานที่มีได้ต้องห้ามตามพระราชกฤษฎีกาแนบท้ายพระราชบัญญัติถือว่าทำได้ แต่คนต่างด้าวจะต้องได้รับใบอนุญาตสำหรับคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนก็จะได้รับใบอนุญาตสะดวกขึ้น เจ้าหน้าที่การทูตหรือเจ้าพนักงานในองค์การระหว่างประเทศก็จะอยู่นอกการบังคับใช้ของพระราชบัญญัตินี้หรือคนต่างด้าวบางประเภทโดยอาศัยเหตุผลทางมนุษยธรรมสามารถที่จะทำงานบางประเภทเท่าที่รัฐมนตรีกำหนดแต่จะต้องได้รับใบอนุญาต

ตามมาตรา 6 ได้กำหนดว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 12 งานใดที่ห้ามคนต่างด้าวทำในท้องที่ใดเมื่อใด ห้ามเด็ดขาดหรือห้ามโดยมีเงื่อนไขอย่างใดเพียงใด ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา" งานที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำนั้นจะปรากฏในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 การกำหนดงานที่ห้ามตามพระราชกฤษฎีกานี้เป็นงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อเป็นการค้าหรือหารายได้และเป็นการห้ามเด็ดขาดในทุกท้องที่

ในพระราชอาณาจักร งานทั้งหมดที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำมีอยู่ด้วยกัน 39 อาชีพ พอจำแนกออกได้เป็นลักษณะสำคัญ 4 กลุ่ม ได้แก่

1. งานบริการ
2. งานเกี่ยวกับภูมิปัญญาไทยและศิลปวัฒนธรรม
3. งานเกี่ยวกับศาสนา
4. งานอื่นๆ

ตารางที่ 8 แสดงประเภทงานที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522

งานบริการ	งานเกี่ยวกับภูมิปัญญาไทยและศิลปวัฒนธรรม	งานเกี่ยวกับศาสนา	งานอื่นๆ
1.งานกรรมกร 2.งานขายทอดตลาด 3.งานควบคุม ตรวจสอบหรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายในเป็นครั้งคราว 4.งานขับขี่ยานยนต์หรือขับขี่ยานพาหนะที่ไม่ใช่เครื่องจักรหรือเครื่องกล ยกเว้นงานขับขี่เครื่องบินระหว่างประเทศ 5.งานนายหน้าหรืองานตัวแทนในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ	1.งานแกะสลักไม้ 2.งานทอผ้าด้วยมือ 3.งานทอเสื่อหรืองานทำเครื่องใช้ด้วยกก หวาย ปอ ฟาง หรือเยื่อไม้ไผ่ 4.งานทำกระดาษสาด้วยมือ 5.งานทำเครื่องเงิน 6.งานทำเครื่องดนตรีไทย 7.งานทำเครื่องถม 8.งานทำเครื่องทอง เครื่องเงินหรือเครื่องนาก 9.งานทำเครื่องลงหิน	1.งานทำบาตร 2.งานทำพระพุทธรูป	1.งานกสิกรรม งานเลี้ยงสัตว์ หรืองานประมง ยกเว้นงานที่ใช้ความชำนาญเฉพาะสาขาหรืองานควบคุมดูแลฟาร์ม 2.งานก่อสร้าง งานช่างไม้ หรืองานก่อสร้างอื่นๆ 3.งานขายของหน้าร้าน 4.งานเจียรไนหรือขัดเพชรพลอย 5.งานทำที่นอนหรือผ้าหม่นวม 6.งานทำรองเท้า

งานบริการ	งานเกี่ยวกับภูมิปัญญาไทย และศิลปวัฒนธรรม	งานเกี่ยวกับศาสนา	งานอื่นๆ
6.งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธา งาน เกี่ยวกับการออกแบบและ คำนวณ จัดระบบ วิจัย โครง การทดสอบ ควบคุมการก่อสร้างหรือให้คำแนะนำไม่รวม งานที่ต้องใช้ความชำนาญ พิเศษ 7.งานวิชาชีพสถาปัตยกรรม 8.งานมัคคุเทศก์หรืองานจัด นำเที่ยว 9.งานเสมียนหรืองานเลขานุ การ 10.งานให้บริการทาง กฎหมายหรืออรรถคดี 11.งานตัดผม งานตัดผมหรือ งานเสริมสวย	10.งานทำตุ๊กตาไทย 11.งานทำผลิตภัณฑ์ทอผ้า ใหม่ด้วยมือ 12.งานทำมิด 13.งานทำร่มกระดาษหรือ ผ้า 14.งานประดิษฐ์เครื่องแต่ง กาย 15.งานปั้นหรือทำเครื่องปั้น ดินเผา 16.งานมวนบุหรี่ด้วยมือ 17.งานสาวและบิดเกลียว ใหม่ด้วยมือ		7.งานทำหมวก 8.งานเร่ขายสินค้า 9.งานเรียงตัวพิมพ์ อักษรไทยด้วยมือ

ดังนั้นงานที่จะมีผลกระทบจาก AFAS ได้แก่งานบริการตามประเภทที่ 1 ดังกล่าว ซึ่งเป็นงานที่คนต่างด้าวไม่สามารถทำได้ ส่วนงานอื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้คนต่างด้าวสามารถขออนุญาตทำได้ตามระเบียบและกฎเกณฑ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ตามมาตรา 7 มาตรา 8

มาตรา 7 เป็นเรื่องเกี่ยวกับคนต่างด้าวประสงค์จะมาขอรับใบอนุญาตการทำงาน มาตรา 8 เป็นเรื่องที่นายจ้างได้ยื่นขอรับใบอนุญาตแทนคนต่างด้าว ส่วนมาตรา 11 เป็นเรื่องคนต่างด้าวประเภทที่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวมายื่นขอรับใบอนุญาต กล่าวคือ มาตรา 7 บัญญัติไว้ว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 10 งานใดที่มีได้ห้ามไว้ในพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในมาตรา 6 คนต่างด้าวจะทำได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมาย เว้นแต่คนต่าง

ตัวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 50 วันแต่คนต่างด้าวนั้นจะทำงานนั้นได้เมื่อได้มีหนังสือแจ้งให้อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายทราบ ตามแบบที่อธิบดีกำหนด”

มาตรา 8 “ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง บุคคลใดประสงค์จะให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในกิจการของตนในราชอาณาจักรจะยื่นคำขอรับใบอนุญาตแทนคนต่างด้าวนั้นต่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายก็ได้

อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายจะออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวตามวรรค 1 ได้ต่อเมื่อ คนต่างด้าวนั้นได้เข้ามาในราชอาณาจักรแล้ว”

กล่าวโดยสรุปกฎหมายไทยห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานบางประเภท หรือ ทำได้โดยมีเงื่อนไขตาม พระราชกฤษฎีกาการห้ามคนต่างด้าวทำงาน พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นการห้ามคนต่างด้าวทำงานใน 39 อาชีพดังกล่าวข้างต้น ส่วนงานที่ไม่ได้ห้ามไว้คนต่างด้าวต้องขออนุญาตทำงานตามระเบียบกรมการจัดหางาน ซึ่งจะกล่าวต่อไป

2) กระบวนการขอใบอนุญาตและกระบวนการออกใบอนุญาต

การขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าวนั้นจะอยู่ภายใต้ มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 11 กล่าวคือ มาตรา 11 “คนต่างด้าวที่จะขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 7 ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร หรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน

(2) ไม่เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติหรือต้องห้ามตามเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา”

กรณีตามมาตรา 11 เป็นลักษณะของคนต่างด้าวที่จะขอใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 7 โดยมาตรา 11 ระบุว่า คนต่างด้าวนั้นต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายคนเข้าเมือง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ จะต้องเป็นคนต่างด้าวประเภทที่ได้รับ Immigrant VISA หรือ Non-immigrant VISA แต่หากได้รับอนุญาตเข้าเมืองในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านก็ไม่สามารถมาขออนุญาต

ทำงานได้นอกจากนั้น คนต่างด้าวที่มาขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 7 จะต้องไม่เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติหรือต้องห้ามตามเงื่อนไขที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจจะพิจารณาออกใบอนุญาตหรือไม่ จะต้องอาศัยระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2537

ในการพิจารณาคำขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวนั้น กรมการจัดหางานได้กำหนดระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2537 ระเบียบของกรมดังกล่าวเป็นการกำหนดแนวปฏิบัติให้แก่เจ้าหน้าที่เพื่อใช้ในการพิจารณา การออกใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวตาม มาตรา 7 มาตรา 8 และ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 ระเบียบกรมการจัดหางานในเรื่องพิจารณาคำขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณากว้างๆ เอาไว้ 4 ข้อด้วยกัน

1. หลักเกณฑ์ความจำเป็นโดยคำนึงถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจ
2. หลักเกณฑ์เรื่องการแข่งขันคนไทย
3. หลักเกณฑ์เรื่องความมั่นคงของชาติ
4. หลักเกณฑ์เรื่องหลักมนุษยธรรม

อย่างไรก็ตามระเบียบดังกล่าวใน ข้อ 8 กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในตำแหน่งกรรมการผู้จัดการ หรือตำแหน่งบริหารหรือที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันตามบัญชี ก. ท้าย ปว.281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ.2515 เฉพาะหมวด 2(2) การค้าที่ดิน เป็นข้อสังเกตว่า ตำแหน่งผู้บริหารในบริษัทต่างด้าวมักอนุญาตให้คนต่างด้าวทำ ถ้าพิจารณาตาม Schedule of Commitment ใน GATS และ AFAS (ปัจจุบันนี้ ปว.281 ได้ถูกยกเลิกได้มีพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 แทน)

3) การบริหารจัดการและปฏิบัติตามกฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว

การบริหารจัดการตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ในขณะเดียวกันกฎหมายก็

กำหนดให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่าคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว คณะกรรมการนี้มีหน้าที่วินิจฉัยให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแก่รัฐมนตรีในเรื่องต่างๆ ดังนี้คือ

- 1.) การออกพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 4(6) และมาตรา 6
- 2.) การกำหนดงานที่รัฐมนตรีประกาศตามมาตรา 12
- 3.) การออกกฎกระทรวงตามมาตรา 16
- 4.) การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 17
- 5.) เรื่องอื่นที่รัฐมนตรีมอบหมาย

คณะกรรมการนี้ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงมหาดไทย หรือผู้ซึ่ง ปลัดกระทรวงมหาดไทยมอบหมายเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวง อุตสาหกรรม ผู้แทนกรมการปกครอง ผู้แทนกรมตำรวจ ผู้แทนกรมประชาสัมพันธ์ ผู้แทนกรม อัยการ ผู้แทนกรมทะเบียนการค้า ผู้แทนกรมการค้าภายใน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริม การลงทุน ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และกรรมการอื่นซึ่ง รัฐมนตรีแต่งตั้งไม่เกิน 3 คนเป็นกรรมการ และผู้แทนกรมแรงงานเป็นกรรมการและเลขานุการ

นอกจากนั้นเป็นที่น่าสังเกตว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราช บัญญัตินี้ อธิบดี หรือเจ้าพนักงาน ซึ่งอธิบดีมอบหมาย นายทะเบียน หรือพนักงานเจ้าหน้าที่มี อำนาจที่จะ

- มีหนังสือสอบถาม หรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐาน
- เข้าไปในสถานที่ใดที่มีเหตุอันสมควรสงสัยว่ามีคนต่างด้าว ทำงานในระหว่างเวลาที่เชื่อได้ว่ามีการทำงาน เมื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ในการนี้ให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริง หรือเรียกเอกสารหรือหลักฐานใดๆ จากบุคคลที่รับผิดชอบ หรือเกี่ยวข้องซึ่งอยู่ในสถานที่ดังกล่าวได้ ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ในประการนี้ (เจ้าของหรือผู้ครอบ ครองสถานที่ดังกล่าว หรือบุคคลผู้รับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องกับสถานที่ดังกล่าวต้องให้การอำนวยความสะดวกตามสมควรด้วย)

4.3.2.2 ผลกระทบทั่วไปจากกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ ของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521

เงื่อนไขทั่วไปตาม Horizontal Commitments มีข้อผูกพันตาม แนวนอนในทุกสาขาการบริการ ที่ประเทศไทยยื่นไว้ภายใต้ AFAS มีเฉพาะในเรื่องข้อจำกัดการเข้า

สู่ตลาด คือ ต้องจัดตั้งเป็นบริษัทร่วมกับคนไทยและถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และจำนวนผู้ถือหุ้นต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด

ส่วนในด้านการทำงานของคนต่างด้าว กำหนดให้การเข้ามาทำงาน ประกอบอาชีพเป็นการชั่วคราวในประเทศไทยอนุญาตให้เฉพาะการโอนย้ายภายในองค์กรเพื่อเข้ามาทำงานในตำแหน่งผู้จัดการ นักบริหาร หรือผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ในสาขาบริการนั้น ซึ่งมีใช่เป็นงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522

ซึ่งจะเห็นได้ว่าตารางข้อผูกพันในแนวนอนนี้มีผลกระทบต่อ พระราชบัญญัติ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 เนื่องจากหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายฉบับนี้จะต้องให้คนต่างด้าวขออนุญาตทำงานต่อรัฐบาลไทย และอยู่ภายใต้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม โดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณาจากระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักของ GATS ซึ่ง AFAS ให้นำมาบังคับใช้ในเรื่อง ข้อบังคับภายในประเทศ (Domestic regulation) ที่ห้ามมิให้รัฐก่อให้เกิดอุปสรรคในการบริการเกินแก่ความจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อ 8 ที่กำหนดว่า จะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในตำแหน่งกรรมการผู้จัดการ หรือตำแหน่งบริหารหรือที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันตามบัญชี ก. ท้าย ปว.281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ.2515 เฉพาะหมวด 2(2) การค้าที่ดิน (ปัจจุบันนี้ ปว.281 ได้ถูก ยกเลิกได้มีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 แทน) แต่ตารางข้อผูกพันแนวนอนของประเทศไทยได้ผูกพันให้ประเทศไทยต้องอนุญาตให้มีการโอนย้ายภายในองค์กรเพื่อเข้ามาทำงานในตำแหน่งผู้จัดการ นักบริหาร หรือผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ในสาขาบริการนั้น ซึ่งมีใช่เป็นงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522

ดังนั้นในส่วนการทำงานของผู้จัดการหรือนักบริหารของคนชาติประเทศสมาชิกอาเซียนที่ร่วมเจรจาและยื่นข้อผูกพันภายใต้ AFAS ทุกประเทศที่มีกิจการประกอบอยู่ในประเทศไทยจึงต้องได้รับการอนุญาตให้ทำงานได้โดยไม่มีเงื่อนไข ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขระเบียบดังกล่าวให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศลักษณะนี้ด้วย

4.3.2.3 ผลกระทบจากข้อผูกพันเฉพาะตามกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติการดำเนินงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521

การเปิดเสรีสาขาการเงินของประเทศไทยในกลุ่มประเทศอาเซียนนั้น ประเทศไทยได้ยื่นตารางข้อผูกพันเฉพาะในด้านบริษัทหลักทรัพย์และบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม กล่าวคือ

(ก) สาขาบริษัทหลักทรัพย์ (Securities Companies) ประเทศไทยยื่นเฉพาะข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด(Market access)ในหมวดการจัดตั้งกิจการ (Commercial Presence) โดย

1. ไม่มีข้อจำกัดสำหรับสำนักงานตัวแทน (None for representative offices)

2. การเข้าสู่ตลาดทำได้ในกรณีเข้าถือหุ้นในบริษัทเดิมที่มีอยู่แล้วเท่านั้นและไม่ผูกพัน ในการออกใบอนุญาตใหม่

3. อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 100 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว(เดิมผูกพันใน GATS ร้อยละ 49) อย่างไรก็ตามบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวน ร้อยละ 50 หรือมากกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้วจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง

4. สำหรับบริษัทหลักทรัพย์ที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว จะต้องมีการที่บุคคลสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง

5. สำหรับบริษัทหลักทรัพย์ที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวนร้อยละ 50 หรือเกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว จะต้องมีการผู้จัดการและกรรมการบริหารที่เป็นคนสัญชาติอื่นจะต้องอยู่ในประเทศไทยไม่น้อยกว่า 60 วันต่อปี

ส่วนหมวดการทำงานของบุคคลธรรมดาในสำนักงานตัวแทน จะมีคนต่างด้าวได้ไม่เกิน 2 คน ถ้าเป็นบริษัทหลักทรัพย์จะต้องเป็นไปตามข้อผูกพันในแนวนอนหรือ Horizontal Commitment

(ข) สาขาบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม (Asset management companies-Collective investment schemes)

ประเทศไทยยื่นตารางข้อผูกพันเฉพาะในสาขาย่อยนี้เกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด(Market access) ในหมวดการจัดตั้งกิจการ (Commercial Presence) โดย

1. ไม่มีข้อจำกัดสำหรับการจัดตั้งสำนักงานตัวแทน

2. การเข้าสู่ตลาดทำได้ในกรณีเข้าถือหุ้นในบริษัทเดิมที่มีอยู่แล้วเท่านั้นและไม่ผูกพัน ในการออกไปอนุญาตใหม่

3. อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 100 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว(เดิมผูกพันใน GATS ร้อยละ 49) อย่างไรก็ตามบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวน ร้อยละ 50หรือมากกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้วจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง

4. สำหรับบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว จะต้องมีการที่บุคคลสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง

5. สำหรับบริษัทหลักทรัพย์ซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวนร้อยละ 50 หรือเกินร้อยละ 50ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว จะต้องมีการผู้จัดการและกรรมการบริหารที่เป็นคนสัญชาติอื่นจะต้องอยู่ในประเทศไทยไม่น้อยกว่า 60 วันต่อปี

ส่วนหมวดการทำงานของบุคคลธรรมดาในสำนักงานตัวแทน จะมีคนต่างด้าวได้ไม่เกิน 2 คน ถ้าเป็นบริษัทหลักทรัพย์จะต้องเป็นไปตามข้อผูกพันในแนวนอนหรือ Horizontal Commitment

ซึ่งจะเห็นได้ว่า การตั้งกิจการและการทำงานของบุคคลธรรมดาของธุรกิจของคนสัญชาติในประเทศสมาชิกอาเซียนภายใต้ AFAS จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวดังที่กล่าวมา แม้จะเป็นการทำงานของบุคคลธรรมดาในสำนักงานตัวแทน หรือ เป็นผู้จัดการ หรือ กรรมการ หรือ นักบริหารก็จะต้องได้รับอนุญาตโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลไทยก่อน และหากเป็นผู้มีวิชาชีพในด้าน ตัวแทนนายหน้าในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศไม่ว่าจะเกี่ยวกับเรื่องการเงินหรือไม่ ประเทศไทยจะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าทำงานได้เลยตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการของ AFAS

4.3.3 ผลกระทบต่อกฎหมายธนาคารพาณิชย์ ตาม พ.ร.บ.การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505

นับแต่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีแกตต์เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ.1982 ซึ่งปัจจุบันคือ องค์การการค้าโลก ที่ประเทศไทยได้ร่วมลงนามความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก

ตาม ความตกลงมาร์ราเกช เมื่อวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1994 ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องปฏิบัติตามความตกลงต่างๆ โดยเฉพาะ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ และ ได้เข้าร่วมเจรจาขึ้นข้อผูกพันการเปิดเสรีการค้าบริการต่อประเทศสมาชิกอาเซียนอันที่เป็นที่มาของกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน ประเทศไทยได้ทำการเปิดเสรีด้านบริการทางการเงินสาขาธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศในประเทศไทย แต่เป็นไปในลักษณะที่สอดคล้องกับกฎหมายในระดับปัจจุบันโดยไม่กำหนดเงื่อนไขกฎเกณฑ์เพิ่มเติมหรือออกกฎหมายใหม่ที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติต่อผู้ให้บริการต่างชาติ ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการธนาคารพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องได้แก่ พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่2) พ.ศ.2522 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 พ.ศ.2528 พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 ตลอดจนประกาศกระทรวงการคลังและประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยที่เกี่ยวข้อง

4.3.3.1 หลักเกณฑ์สำคัญตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505

ตาม พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ได้กำหนดค่านิยามของธนาคารพาณิชย์ไว้ดังนี้ คือมาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

"การธนาคารพาณิชย์" หมายความว่า การประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามหรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และ ใช้ประโยชน์เงินนั้นในทางหนึ่งหรือหลายทาง เช่น (ก) ให้สินเชื่อ (ข) ซื้อขายตั๋วแลกเงินหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด (ค) ซื้อขายเงินปรีวรรตต่างประเทศ

"ธนาคารพาณิชย์" หมายความว่า ธนาคารที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบการธนาคารพาณิชย์ และหมายความรวมถึงสาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบการธนาคารพาณิชย์ด้วย

จึงเห็นได้ว่า ธนาคารพาณิชย์ นอกจากจะหมายถึงธนาคารพาณิชย์ที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยแล้ว ยังหมายความรวมถึงสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการจัดตั้งในรูปกิจการของธนาคารพาณิชย์ด้วย ประกอบกับ มาตรา 5 เบญจ ได้กำหนดไว้ว่าธนาคารพาณิชย์ต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมกรรมกรเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสาม

ในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินการของธนาคารพาณิชย์ใด รัฐมนตรีด้วยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นได้ ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้ [มาตรา 5 เบญจ เพิ่มความโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2)พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540] ซึ่งมีลักษณะเป็นการจำกัดสัดส่วนจำนวนหุ้นที่คนต่างชาติเป็นผู้ถือและจำนวนคนต่างชาติที่ถือหุ้นในธุรกิจดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวถือหุ้นในกิจการด้านธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทยมากเกินไปแต่ก็มีข้อยืดหยุ่นได้บางกรณีที่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจเมื่อ ปี พ.ศ.2540 ที่ผ่านมาโดยผ่านการอนุมัติของรัฐมนตรี

นอกจากนี้ภายใต้ บทบัญญัติของพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพรบ.การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2540 ก็ได้กำหนดให้การเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาการธนาคารพาณิชย์นั้นสามารถกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นขึ้นอยู่กับความจำเป็นของเศรษฐกิจภายในประเทศ กล่าวคือ ตามพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 ในมาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 5 เบญจ แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 5 เบญจ ธนาคารพาณิชย์ต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่า สามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินการของธนาคารพาณิชย์ใด รัฐมนตรีด้วยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นได้ ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้” ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องผูกพันไว้ภายใต้ GATS แล้ว

ส่วนการควบคุมสาขาของธนาคารต่างประเทศนั้น มาตรา 6* การประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์โดยตั้งเป็นสาขาของธนาคารที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศจะกระทำได้ที่ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี ในการอนุญาตรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตามกติกาสถาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการพาณิชย์ต้องดำรงสินทรัพย์ไว้ในประเทศไทยตามจำนวน ชนิด วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

สินทรัพย์ที่ต้องดำรงตามวรรคสองต้องจัดหาด้วย (1) เงินที่นำเข้ามาจากสำนักงานใหญ่และหรือสาขาอื่นนอกประเทศไทยของธนาคารต่างประเทศนั้น (2) เงินสำรองต่างๆ แต่ไม่รวมถึงเงินสำรองสำหรับการลดค่าของสินทรัพย์และเงินสำรองเพื่อการชำระหนี้ หรือ (3) เงินกำไรสุทธิแต่ละงวดการบัญชีของสาขาอันได้ออนเป็นส่วนหนึ่งของสำนักงานใหญ่แล้ว และไม่ต้องส่งออก ทั้งนี้ เมื่อหักผลขาดทุนที่เกิดขึ้นในทุกงวดการบัญชีออกแล้ว

ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าสินทรัพย์ตามวรรคสองเป็นเงินกองทุน* [มาตรา 6 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522]

มาตรา 7 ธนาคารพาณิชย์นอกจากสาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์อาจเปิดสาขาได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามที่มีรายการตามที่รัฐมนตรีกำหนด ในการนี้รัฐมนตรีจะอนุญาตโดยมีเงื่อนไขก็ได้

มาตรา 7 ทวิ* ผู้ใดจะกระทำการแทนธนาคารต่างประเทศโดยมีสำนักงานติดต่อกับบุคคลทั่วไปในราชอาณาจักร หรือธนาคารพาณิชย์ใดนอกจากสาขาของธนาคารต่างประเทศจะตั้งสำนักงานเพื่อกระทำการแทนธนาคารพาณิชย์ไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักร ต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย ในการอนุญาตธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตามก็ได้ * [มาตรา 7 ทวิ เพิ่มความโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522]

มาตรา 8 ห้ามมิให้บุคคลใดนอกจากธนาคารพาณิชย์ประกอบการธนาคารพาณิชย์

มาตรา 9 ห้ามมิให้บุคคลใดนอกจากธนาคารพาณิชย์ใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อในธุรกิจว่า "ธนาคาร" หรือคำอื่นใดที่มีความหมายเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณามาตรา 7 มาตรา 7 ทวิ มาตรา 8 และ 9 แล้วพบว่า กฎหมายการธนาคารพาณิชย์ควบคุมการประกอบกิจการธนาคารภายในประเทศโดยการออกใบอนุญาตจากรัฐบาลไทยเท่านั้นและไม่มียกเว้นให้มีการออกใบอนุญาตให้แก่ธนาคารต่างชาติ เว้นแต่เป็นการอนุญาตให้จัดตั้งสาขา

ส่วนในเรื่องกิจการที่ธนาคารพาณิชย์สามารถดำเนินการได้ปรากฏอยู่ใน มาตรา 9 ทวิ มาตรา 9 ตริ และมาตรา 12 กล่าวคือ

มาตรา 9 ทวิ นอกจากการธนาคารพาณิชย์แล้ว ธนาคารพาณิชย์ อาจกระทำธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์หรือธุรกิจอันเป็นประเพณีที่ธนาคารพาณิชย์พึงกระทำเช่นการเรียกเก็บเงินตามตั๋วเงิน การรับอาวัลตั๋วเงิน การรับรองตั๋วเงิน การออก เล็ตเตอร์ออฟเครดิต หรือการค้าประกัน หรือธุรกิจทำนองเดียวกันด้วยก็ได้ เมื่อได้รับอนุญาตจาก ธนาคารแห่งประเทศไทย แต่จะประกอบการค้าหรือธุรกิจอื่นใดมิได้[มาตรา 9 ทวิ เพิ่มความโดย พระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522]

มาตรา 9 ตริ* ธนาคารพาณิชย์จะรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อสิ้น ระยะเวลาอันกำหนดไว้ โดยวิธีออกบัตรเงินฝากก็ได้

มาตรา 12* ห้ามมิให้ธนาคารพาณิชย์กระทำการดังต่อไปนี้

- (1) ลดทุนโดยมิได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี
- (2) ให้สินเชื่อแก่กรรมการ หรือประกันหนี้ใดๆ ของกรรมการหรือ รับรอง รับอาวัล หรือสอดเข้าแก้หน้าในตั๋วเงินที่กรรมการเป็นผู้สั่งจ่ายหรือผู้ออกตั๋วหรือ ผู้สละหลัง
 - (1) รับหุ้นของธนาคารพาณิชย์นั้นเป็นประกัน หรือรับหุ้นของ ธนาคารพาณิชย์ จากธนาคารพาณิชย์อื่นเป็นประกัน
 - (4) ชื้อหรือมีไว้เป็นประจำซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่
 - (ก) เพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับดำเนินธุรกิจ หรือสำหรับพนักงานและ ลูกจ้างของธนาคารพาณิชย์นั้น โดยได้รับความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทยในการให้ ความเห็นชอบนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ไปด้วยก็ได้
 - (ข) เป็นการได้มาจากการชำระหนี้หรือจากการประกันการให้สินเชื่อ หรือจากการซื้อ อสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้แก่ธนาคารพาณิชย์นั้นจากการขายทอดตลาดโดยคำ สั่งหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์
 - (5) ชื้อหรือมีหุ้นในบริษัทจำกัดใดเกินร้อยละสิบของจำนวนหุ้นที่ จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทจำกัดนั้น หรือซื้อหรือมีหุ้นมีมูลค่าหุ้นรวมกันทั้งสิ้นเกินอัตราส่วน กับเงินกองทุนทั้งหมดหรือเงินกองทุนชนิดหนึ่งชนิดใดหรือหลายชนิด ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย ในการอนุญาตนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไปด้วยก็ได้
 - (6) ชื้อหรือมีหุ้นธนาคารพาณิชย์อื่น เว้นแต่เป็นการได้มาจากการ ชำระหนี้หรือการประกันการให้สินเชื่อแต่ต้องจำหน่ายภายในเวลาหกเดือนนับแต่วันที่ได้มา หรือ เป็นการได้มาโดยได้รับผ่อนผันจากรัฐมนตรีด้วยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย ในการ ผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไปด้วยก็ได้

(7) จ่ายเงินหรือทรัพย์สินอื่นให้แก่กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างของธนาคารพาณิชย์นั้น เป็นค่านายหน้าหรือค่าตอบแทนสำหรับหรือเนื่องจากกระทำการหรือการประกอบธุรกิจใดๆ ของธนาคารพาณิชย์ ทั้งนี้ นอกจากบำเหน็จ เงินเดือน เงินรางวัล และเงินเพิ่มอย่างอื่นบรรดาที่พึงจ่ายตามปกติ

(8) ขายหรือให้อสังหาริมทรัพย์ใดๆ หรือสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่ารวมกันสูงกว่าที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดแก่กรรมการหรือซื้อทรัพย์สินจากกรรมการ ทั้งนี้ รวมถึงถึงบุคคลหรือห้างหุ้นส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรรมการตามมาตรา 12 ทวิ ด้วย เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทย

(9) กระทำการใด ๆ อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจของประเทศหรือแก่ประโยชน์ของประชาชน หรือเป็นการเอาเปรียบลูกค้าหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างไม่เป็นธรรม หรือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาหรือต่อการแข่งขันในระบบสถาบันการเงิน หรือเป็นการผูกขาดหรือจำกัดตัดตอนทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษา

4.3.3.2 ผลกระทบทั่วไปจากกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ข้อผูกพันตามแนวนอนในทุกสาขาการบริการ ที่ประเทศไทยยื่นไว้ภายใต้ AFAS มีเฉพาะในเรื่องข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด คือ ต้องจัดตั้งเป็นบริษัทร่วมกับคนไทยและถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และจำนวนผู้ถือหุ้นต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด ส่วนในด้านการทำงานของคนต่างด้าว กำหนดให้การเข้ามาทำงานประกอบอาชีพเป็นการชั่วคราวในประเทศไทยอนุญาตให้เฉพาะการโอนย้ายภายในองค์กรเพื่อเข้ามาทำงานในตำแหน่งผู้จัดการ นักบริหาร หรือผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ในสาขาบริการนั้น ซึ่งมีใช่เป็นงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522

นอกจากนี้ประเทศไทยได้ขอยกเว้นจากการที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี MFN สำหรับสาขาบริการที่ประเทศไทยได้มีสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐบาลประเทศต่างๆไว้ภายใต้กรอบเวลาหนึ่งเพื่อรัฐบาลสามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันภายใต้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้นๆ ได้

และสำหรับกรณีการบริการสาขาธนาคารพาณิชย์และบริการทางการเงินอื่นๆ ประเทศไทยได้ขอยกเว้นการปฏิบัติตามพันธกรณีของ AFAS ต่อทุกๆ ประเทศสมาชิกที่ลงนามในกรอบความตกลงโดยจะไม่นำหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) มาใช้ในสาขาที่ว่า มาตรการใดที่จะมีผลต่อการให้บริการด้านการธนาคารและบริการทางการเงินอื่นๆ จะเป็นไปตามหลักการให้การปฏิบัติเป็นพิเศษต่อประเทศที่ให้การปฏิบัติเป็นพิเศษต่อประเทศไทยด้วย ดังปรากฏใน ตารางแสดงข้อยกเว้นหลัก MFN (Thailand – Final List of MFN Exemption - - The application of future measures affecting the supply of banking and other financial services would be accorded on a favourable basis to the services providers of countries which accord favourable treatment to Thai financial service providers) ซึ่งหมายความว่าในสาขาการธนาคารและบริการทางการเงินนั้นประเทศไทยไม่ผูกพันต่อประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกันที่จะต้องทำการเปิดเสรีการบริการด้านนี้ ภายใต้ AFAS เว้นแต่จะเป็นดุลพินิจของรัฐบาลไทย และต้องเป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับการเงินการธนาคารของประเทศไทยด้วย

ดังนั้นประเทศไทยจึงไม่ได้รับผลกระทบต่อกฎหมายการธนาคารพาณิชย์ จากกรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน จะมีก็แต่ผลกระทบที่จะเกิดจากการออกกฎระเบียบ หรือกฎกระทรวง หรือประกาศต่างๆ จากหน่วยงานที่กำกับดูแลการธนาคารพาณิชย์ซึ่งจะเป็นการสร้างอุปสรรคเพิ่มขึ้น

4.3.3.3 ผลกระทบจากข้อผูกพันเฉพาะตามกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การธนาคารพาณิชย์และบริการทางการเงินที่เกี่ยวข้องภายใต้ AFAS จึงทำให้ไม่ได้รับผลกระทบโดยตรงในส่วนตารางข้อผูกพันเฉพาะต่อ พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 แต่จะได้รับผลกระทบจาก ข้อผูกพันตามพิธีสารภายใต้ AFAS ที่ประเทศไทยต้องเปิดเสรีการค้าบริการสาขาการเงินให้กับประเทศสมาชิกอาเซียนที่ไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ตามที่ผูกพันไว้ภายใต้ GATS ซึ่งประเทศไทยได้แก้ไขกฎหมายการธนาคารพาณิชย์ให้สอดคล้องกับพันธกรณีตาม GATS แล้วดังปรากฏใน พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2540 ในมาตรา 3 ซึ่งให้แก้ไข มาตรา 5 เบญจ ของพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 กล่าวคือ มาตรา 5 เบญจ ธนาคารพาณิชย์ต้องมี

จำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่า สามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินการของธนาคารพาณิชย์ใด รัฐมนตรีด้วยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นได้ ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆไว้ด้วยก็ได้” ซึ่งบทบัญญัติในมาตรานี้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องผูกพันไว้ภายใต้ GATS แล้ว

4.3.4 ผลกระทบต่อกฎหมายการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ.2522 และ พ.ร.บ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535

ปัจจุบันแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้บริษัทเงินทุนสามารถประกอบธุรกิจเงินทุนได้ 4 ประเภท คือ กิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์ กิจการเงินทุนเพื่อการพัฒนา กิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภค และกิจการเงินทุนเพื่อการเคหะ แต่หลังจากที่ทางการได้ขยายขอบเขตการประกอบธุรกิจของบริษัทเงินทุนให้กว้างขวางขึ้นตามแนวทางการพัฒนาระบบการเงินของประเทศ โดยเฉพาะธุรกิจเงินตราต่างประเทศ และธุรกิจพาณิชย์ ทำให้การดำเนินธุรกิจของบริษัทเงินทุนกว้างขวางและคล้ายคลึงกับธนาคารพาณิชย์มากขึ้น อย่างไรก็ตาม การรับฝากเงินโดยใช้สมุดเงินฝาก และการรับเงินฝากกระแสรายวันยังคงสงวนไว้ให้กิจการธนาคารพาณิชย์เท่านั้น บริษัทเงินทุนไม่สามารถทำธุรกิจด้านนี้ได้ แหล่งเงินทุนที่สำคัญของบริษัทเงินทุนมาจากการออกตั๋วสัญญาใช้เงินให้แก่ประชาชน และการกู้ยืมจากตลาดเงินในประเทศและต่างประเทศเป็นสำคัญ สินเชื่อที่ปล่อยโดยบริษัทเงินทุนส่วนใหญ่เป็นสินเชื่อเพื่อการอุปโภคบริโภค

เพื่อป้องกันความเสี่ยงอันอาจเกิดแก่เงินออมของประชาชน ทางการได้มีนโยบายสนับสนุนให้แยกธุรกิจเงินทุนและธุรกิจหลักทรัพย์ออกจากกัน โดยได้ประกาศหลักเกณฑ์เมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2537 ทำให้มีบริษัทเงินทุนแยกการประกอบธุรกิจออกจากบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์แล้วเป็นจำนวน 4 แห่ง เมื่อสิ้นปี 2540 นอกจากนี้ ทางการยังได้อนุญาตให้บริษัทเงินทุนที่มีคุณสมบัติและความพร้อมจัดตั้งสำนักงานอำนวยการซื้อขายเงินเชื่อในต่างจังหวัด ณ สิ้นปี 2540 สำนักงานอำนวยการซื้อขายเปิดดำเนินการจำนวน 83 แห่ง

ในปี 2540 ได้เกิดวิกฤตการณ์อย่างรุนแรงในระบบสถาบันการเงิน เนื่องจากเศรษฐกิจชะลอตัว มีหนี้ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ในระดับสูง ทำให้การดำเนินงานของบริษัทเงินทุนประสบปัญหาขาดสภาพคล่องอย่างรุนแรง ประชาชนขาดความเชื่อมั่นในระบบสถาบันการเงินมีการถอนเงินและทวงหนี้จากบริษัทเงินทุน ทางกรมได้เข้าดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้บริษัทเงินทุนจำนวน 58 แห่งระงับการดำเนินกิจการชั่วคราว และให้ยื่นแผนฟื้นฟูกิจการต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน ในขณะเดียวกันได้ประกาศค้ำประกันผู้ฝากและเจ้าหน้าที่ของบริษัทเงินทุนที่เหลือ ตลอดจนให้ผู้ฝากเงินสามารถนำตัวสัญญาใช้เงินที่ฝากไว้กับบริษัทดังกล่าวไปแลกเปลี่ยนตัวฯ ใหม่ได้ที่บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์กรุงไทยธนกิจ (สำหรับบริษัทเงินทุน 16 แห่งแรกที่ถูกระงับกิจการ) และที่ธนาคารกรุงไทย (สำหรับบริษัทเงินทุน 42 แห่งที่ถูกระงับกิจการ) ต่อมาเมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2540 คณะกรรมการปฏิรูประบบสถาบันการเงินได้ประกาศให้บริษัทเงินทุน 2 แห่งเปิดดำเนินการได้ ณ สิ้นปี 2540 จึงมีจำนวนบริษัทเงินทุนฯ ลดลงมากเหลือเพียง 35 แห่ง แยกเป็นบริษัทเงินทุน 9 แห่ง และบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ 26 แห่ง¹⁰

4.3.4.1 หลักเกณฑ์สำคัญตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522

หลังจากที่ประเทศไทยได้ออกกฎหมายแบ่งแยกธุรกิจเงินทุนออกจากธุรกิจหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจเงินทุนฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 4 ทำให้ บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์(บงล.) มีขอบเขตจำกัดในการประกอบกิจการเฉพาะ ด้านกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์ กิจการเงินทุนเพื่อการพัฒนา กิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและบริโภค และกิจการเงินทุนเพื่อการเคหะ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522 ซึ่งในมาตรา 4 กำหนดว่า

"ธุรกิจเงินทุน" หมายความว่า ธุรกิจการจัดหามาซึ่งเงินทุนและใช้เงินนั้นในการประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งจำแนกประเภทได้ดังต่อไปนี้

- (1) กิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์
- (2) กิจการเงินทุนเพื่อการพัฒนา
- (3) กิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภค
- (4) กิจการเงินทุนเพื่อการเคหะ

¹⁰ ฝ่ายวิชาการ ธนาคารแห่งประเทศไทย, "ระบบการเงินไทย". พ.ศ.2541, หน้า 13.

(5) กิจการเงินทุนอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

"กิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์" หมายความว่า กิจการจัดหาเงินทุนจากประชาชน และให้กู้ยืมเงินระยะสั้น รวมทั้งการเป็นผู้รับรอง ผู้รับอาวัล หรือผู้สอดเข้าแก้หน้าในตัวเงินเป็นทางค้ำปกติ

"กิจการเงินทุนเพื่อการพัฒนา" หมายความว่า กิจการจัดหาเงินทุนจากประชาชน และให้กู้ยืมเงินระยะปานกลาง หรือระยะยาวแก่กิจการอุตสาหกรรม เกษตรกรรม หรือพาณิชย์กรรมเป็นทางค้ำปกติ

(1) ให้กู้ยืมเงินแก่ประชาชนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินและหรือบ้านที่อยู่อาศัย

(2) ให้กู้ยืมเงินเพื่อใช้ในการจัดหาที่ดินและหรือบ้านที่อยู่อาศัยสำหรับจำหน่ายแก่ ประชาชนหรือให้ประชาชนเช่าซื้อ หรือ

(3) จัดหาที่ดินและหรือบ้านที่อยู่อาศัยมาจำหน่ายแก่ประชาชนรวมทั้งให้ประชาชนเช่าซื้อ

สำหรับความหมายของคำว่า "หลักทรัพย์" หมายความว่า

(1) ตัวเงินคลัง

(2) พันธบัตร

(3) หุ้นหรือหุ้นกู้ ใบสำคัญแสดงสิทธิในหุ้นหรือหุ้นกู้ ใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นหรือหุ้นกู้ หรือใบสำคัญแสดงการเข้าซื้อซื้อหุ้นหรือหุ้นกู้

(4) ใบสำคัญแสดงสิทธิในเงินปันผลหรือดอกเบี้ยจากหลักทรัพย์

(5) ตราสารหรือหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สินของโครงการลงทุนซึ่งผู้ประกอบการจัดการลงทุนไม่ว่าในหรือนอกประเทศเป็นผู้ออก

(6) ตราสารอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

[นิยามคำว่า "หลักทรัพย์" แก้ไขโดยพระราชกำหนดฯ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ พ.ศ. 2526]

ส่วนธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์" หมายความว่า ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ประเภท ดังต่อไปนี้

(1) กิจการเครดิตฟองซิเอร์

(2) กิจการรับซื้อฝาก

(3) กิจการอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

"กิจการเครดิตฟองซิเออร์" หมายความว่า กิจการให้กู้ยืมเงินโดยวิธีรับ
จำนองอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้ำปกติ

"กิจการรับซื้อฝาก" หมายความว่า กิจการรับซื้ออสังหาริมทรัพย์ตาม
สัญญาขายฝากเป็นทางค้ำปกติ

ส่วนเงื่อนไขตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติในการประกอบธุรกิจเงิน
ทุนคือ มาตรา 8 เรื่อง การประกอบธุรกิจเงินทุน หรือการประกอบธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ จะกระทำ
ได้ต่อเมื่อได้จัดตั้งในรูปบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด และโดยได้รับ
ใบอนุญาตจากรัฐมนตรี

การจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด หรือบริษัทจำกัด ตามวรรคหนึ่งและ
วรรคสองจะดำเนินการได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีในการให้ความเห็นชอบ รัฐมนตรี
จะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ก็ได้ และการควบบริษัทเข้ากันให้ถือว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัด

การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาต ให้เป็นไปตามหลัก
เกณฑ์และวิธีการ และเสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

นอกจากนี้กฎหมายยังควบคุมการเปิดสำนักงานผู้แทนด้วยว่าจะ
ต้องได้รับอนุญาตเช่นเดียวกับธนาคารพาณิชย์ ดังปรากฏใน มาตรา 10 ทวิ ที่ว่า ผู้ใดจะกระทำ
การแทนบริษัทซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศโดยมีสำนักงานติดต่อกับบุคคลทั่วไปในราชอาณาจักรต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย ในการอนุญาตนั้นจะกำหนดเงื่อนไข
ใด ๆ ไรด้วยก็ได้

ส่วนเรื่องข้อกำหนดสถานะการถือหุ้นในบริษัทเงินทุนของคน
สัญชาติไทยและคนต่างด้าว จะปรากฏในมาตรา 14 และ มาตรา 17

มาตรา 14 บริษัทเงินทุนต้องมีทุนจดทะเบียนและทุนซึ่งชำระแล้ว
ตามจำนวนที่รัฐมนตรีกำหนดซึ่งต้องไม่ต่ำกว่าหกสิบล้านบาท

*บุคคลใดจะถือหุ้นบริษัทเงินทุนใดเกินอัตราร้อยละสิบของจำนวน
หุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทเงินทุนนั้นมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นส่วนราชการ
รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบัน
การเงินตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารแห่งประเทศไทยหรือนิติบุคคลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น
แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานของบริษัทเงินทุนนั้น ธนาคารแห่ง
ประเทศไทยด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีมีอำนาจผ่อนผันให้มีการถือหุ้นเป็นอย่างอื่นได้ในการ
ผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ไรด้วยก็ได้

มาตรา 17 บริษัทเงินทุนต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถือ
อยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มี

สัญญาซื้อขายไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานของบริษัทเงินทุนนั้น รัฐมนตรีด้วยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนผู้ถือหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นได้ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้

นอกจากนี้กฎหมายยังควบคุมการโอนหุ้นให้แก่บุคคลใดเกินกำหนดในมาตรา 17 ตาม มาตรา 18 เมื่อปรากฏว่าการได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทเงินทุนเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดถือหุ้นเกินจำนวนที่จะถือได้ตามมาตรา 14 บุคคลนั้นจะยกเอาการถือหุ้นในส่วนที่เกินจำนวนดังกล่าวขึ้นให้ยื่นต่อบริษัทเงินทุนนั้นมิได้ และบริษัทเงินทุนนั้นจะจ่ายเงินปันผลหรือเงินตอบแทนอย่างอื่นให้แก่บุคคลนั้นหรือให้บุคคลนั้นออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของผู้ถือหุ้นตามจำนวนหุ้นในส่วน ที่เกินมิได้

ส่วนการกำกับดูแล บริษัทเงินทุนและบริษัทเครดิตฟองซิเอร์จะปรากฏในมาตรา 57 ที่บัญญัติว่า

เมื่อปรากฏหลักฐานต่อธนาคารแห่งประเทศไทยว่าบริษัทใดมีฐานะหรือการดำเนินงานอยู่ในลักษณะอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจสั่งให้บริษัทนั้นแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด ในการนี้จะสั่งให้เพิ่มทุนหรือลดทุนด้วยก็ได้

4.3.4.2 พ.ร.บ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535

ขอบเขตของธุรกิจหลักทรัพย์นั้นมีการกำหนดใน มาตรา 4 ในส่วนคำนิยาม ซึ่งได้กำหนด บริษัทหลักทรัพย์และธุรกิจหลักทรัพย์ไว้ดังนี้

"บริษัทหลักทรัพย์" หมายความว่า บริษัทหรือสถาบันการเงินที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้

"ธุรกิจหลักทรัพย์" หมายความว่า ธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทดังต่อไปนี้

- (1) การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์
- (2) การค้าหลักทรัพย์
- (3) การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน
- (4) การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์
- (5) การจัดการกองทุนรวม
- (6) การจัดการกองทุนส่วนบุคคล

(7) กิจการอื่นที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์ตามที่รัฐมนตรีกำหนดตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

"การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์" หมายความว่า การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนเพื่อซื้อ ขาย หรือแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ให้แก่บุคคลอื่นเป็นทางค้าปกติ โดยได้รับค่านายหน้า ค่าธรรมเนียม หรือค่าตอบแทนอื่น

"การค้าหลักทรัพย์" หมายความว่า การซื้อ ขาย หรือแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ในนามของตนเองเป็นทางค้าปกติ โดยกระทำนอกตลาดหลักทรัพย์หรือศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์

"การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน" หมายความว่า การให้คำแนะนำแก่ประชาชนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม เกี่ยวกับคุณค่าของหลักทรัพย์หรือความเหมาะสมในการลงทุนที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์นั้น หรือที่เกี่ยวกับการซื้อหรือขายหลักทรัพย์ใด ๆ เป็นทางค้าปกติ ทั้งนี้ โดยได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่น แต่ไม่รวมถึงการให้คำแนะนำแก่ประชาชนในลักษณะที่คณะกรรมการ ก.ล.ต.ประกาศกำหนด

"การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์" หมายความว่า การรับหลักทรัพย์ทั้งหมดหรือบางส่วนจากบริษัทหรือเจ้าของหลักทรัพย์ไปเสนอขายต่อประชาชน โดยได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีส่วนใดอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่ก็ตาม

"การจัดการกองทุนรวม" หมายความว่า การจัดการลงทุนตามโครงการจัดการกองทุนรวมโดยการออกหน่วยลงทุนของแต่ละโครงการจำหน่ายแก่ประชาชนเพื่อนำเงินที่ได้จากการจำหน่ายหน่วยลงทุนนั้นไปลงทุนในหลักทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นหรือไปหาผลตอบแทนโดยวิธีอื่น

"การจัดการกองทุนส่วนบุคคล" หมายความว่า การจัดการเงินทุนของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ได้มอบหมายให้จัดการลงทุนเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากหลักทรัพย์ ไม่ว่าจะมีการลงทุนในทรัพย์สินอื่นด้วยหรือไม่ก็ตาม ซึ่งกระทำเป็นทางค้าปกติโดยได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่น แต่ไม่รวมถึงการจัดการลงทุนตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

ในส่วนเรื่องข้อกำหนดสถานะการถือหุ้นและความเป็นนิติบุคคลไทย พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจน แต่ได้กำหนดในลักษณะที่ให้อำนาจ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง โดยกฎกระทรวงสามารถมีผลใช้บังคับได้ทันทีเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ดังปรากฏตามมาตรา 7 ประกอบมาตรา 90 และ มาตรา 96 กล่าวคือ

มาตรา 90 การประกอบธุรกิจหลักทรัพย์จะกระทำต่อเมื่อได้จัดตั้งในรูปบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดหรือเมื่อเป็นสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น ทั้งนี้ โดยได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

การจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อประกอบธุรกิจตามวรรคหนึ่งจะกระทำต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

การควบบริษัทหลักทรัพย์เข้ากันให้ถือว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด แล้วแต่กรณี

การขอรับใบอนุญาต การขอความเห็นชอบ การออกใบอนุญาต และการให้ความเห็นชอบตามมาตรา 91 ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการ ตลอดจนจรรยาบรรณที่กำหนดในกฎกระทรวง

โดยการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์กฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่จะให้ใบอนุญาตและมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขที่ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติในการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้ ตามมาตรา 91

และแม้แต่การตั้งสำนักงานสาขาก็จะต้องได้รับอนุญาตตามมาตรา 92

นอกจากนี้พระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้ว ต้องไม่น้อยกว่า 100 ล้านบาท ตามมาตรา 96

สำหรับการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ จะปรากฏในมาตรา 112 และ 113 กล่าวคือ บริษัทหลักทรัพย์จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการตามที่คณะกรรมการหลักทรัพย์กำหนดแต่ไม่ต้องได้รับใบอนุญาตเป็นรายการณี เช่นเดียวกับการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ ตามมาตรา 114-116

ส่วนการจัดการกองทุนรวมบริษัทหลักทรัพย์ บริษัทหลักทรัพย์จะต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงาน ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด ตามมาตรา 117 แต่การจัดการกองทุนส่วนบุคคล บริษัทหลักทรัพย์ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือกับผู้ที่ได้รับมอบหมายให้จัดการกองทุนส่วนบุคคลนั้น แต่ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด ตามมาตรา 133

นอกจากนี้ยังมีกฎกระทรวงที่ควบคุมการจัดตั้งกิจการและประกอบธุรกิจหลักทรัพย์อีกหลายฉบับเช่น กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 พ.ศ.2541 ข้อ 1 ที่กำหนดให้การจัดตั้งบริษัทหลักทรัพย์เพื่อประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็น นายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าหลักทรัพย์ การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน และการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ต้องขอรับความเห็นชอบ

การจัดตั้งกิจการต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้โดยยื่นผ่าน คณะกรรมการ ก.ล.ต. เพื่อให้คณะกรรมการ ก.ล.ต. พิจารณาเสนอแนะต่อรัฐมนตรีในการให้ความเห็นชอบ ส่วนข้อ 2 จะต้องให้กระทรวงการคลังเป็นผู้ถือหุ้นในระยะแรกในอัตราไม่น้อยกว่าร้อยละเก้าสิบห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วของบริษัทนั้น และต้องขออนุญาตการประกอบธุรกิจต่อ คณะกรรมการ ก.ล.ต. อีกด้วยและยังจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการเข้าประมูลหรือแข่งขันราคาหรือรับซื้อหรือรับโอนสินทรัพย์ของบรรดาบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ถูกระงับการดำเนินกิจการและไม่อาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะหรือดำเนินงานไว้ด้วย และในข้อ 4(2) การเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นบริษัทหลักทรัพย์ทำให้เป็นผู้ถือหุ้นบริษัทหลักทรัพย์ไม่ว่าทางตรงหรืออ้อมตั้งแต่ ร้อยละ 10 ขึ้นไปของจำนวนหุ้นทั้งหมด ต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

ส่วนการจัดตั้งกิจการบริษัทหลักทรัพย์ประเภทการจัดการกองทุนรวม มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2538) ออกตามความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อ 2 (3) กำหนดสถานะ ผู้ถือหุ้นและกรรมการ ต้องจัดตั้งและจดทะเบียนในประเทศไทยและมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมดและต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด

สำหรับบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตอยู่แล้วต้องการประกอบธุรกิจเพิ่มเติมจะต้องขอรับใบอนุญาตเพิ่มขึ้นโดยจะต้องไม่มีผู้ถือหุ้นรายหนึ่งรายใดเป็นบริษัทหลักทรัพย์ที่ถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 99 ขึ้นไปของทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2539 ออกตามความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ส่วนการกำกับดูแลบริษัทหลักทรัพย์จะเป็นไปตาม มาตรา 141-149 โดยคณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจสั่งให้บริษัทหลักทรัพย์ที่มีฐานะหรือมีการดำเนินงานที่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนแก้ไขความไม่ถูกต้องและหากไม่ปฏิบัติตามมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของบริษัทหลักทรัพย์นั้นได้

4.3.4.3 ผลกระทบทั่วไปจากกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ ของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจ เครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522 และ พ.ร.บ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535

แม้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 จะไม่มีข้อกำหนดห้ามการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ของคนต่างด้าว และไม่มีข้อจำกัดอัตราการถือหุ้นของคนต่างด้าวอย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติฉบับนี้โดยตรง แต่หากพิจารณาจากกฎกระทรวงฉบับที่ 10 พ.ศ. 2541 กฎกระทรวง ฉบับที่ 4 พ.ศ.2538 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 พ.ศ.2539 จะพบลักษณะการตั้งข้อจำกัดในการจัดตั้งกิจการและการออกใบอนุญาตประกอบกิจการค้าหลักทรัพย์ หรือ จัดการกองทุนรวมโดยให้อยู่ภายใต้ดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและคณะกรรมการ ก.ล.ต. และเป็นกรณีที่ไม่อาจกำหนดได้โดยชัดเจนว่าประเทศไทยมีเจตนารมณ์ในการให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจประเภทนี้อย่างไรในอัตราส่วนการถือหุ้นเท่าไร เพียงแต่กำหนดเงื่อนไขให้อำนาจที่จะออกกฎกระทรวงเป็นกรณีไป

ด้วยเหตุนี้จึงอาจถือว่ากฎกระทรวงดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลักการของ AFAS ที่ให้ใช้กฎเกณฑ์ของ GATS นำมาปรับใช้หากไม่มีกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง และในกรณีนี้ตามข้อ VI ของบทบัญญัติ GATS ในส่วนของพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไป ว่าด้วยเรื่องข้อบังคับภายในประเทศ (Domestic regulation) ที่ว่า “เพื่อประกันว่ามาตรการที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและวิธีการดำเนินการด้านคุณสมบัติ มาตรฐานทางเทคนิคและเงื่อนไขด้านการออกใบอนุญาตจะไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการค้าบริการโดยไม่จำเป็น” ทั้งนี้เนื่องจากกฎกระทรวงต่างๆดังกล่าวทำให้ไม่สามารถตีความได้ว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้เท่าใด และจะได้รับใบอนุญาตโดยอาศัยเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร ซึ่งความจริงอาจเป็นผลดีในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายควบคุมกิจการและการลงทุนของคนต่างด้าวได้ง่ายกว่าการออกเป็นพระราชบัญญัติ แต่ก็ควรมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพต่อการเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาธุรกิจหลักทรัพย์นี้

นอกจากนี้ประเทศไทยยังมีพันธกรณีที่จะต้องไม่แก้ไขกฎระเบียบภายในใดๆ ที่เป็นการสร้างอุปสรรคให้เพิ่มไปกว่าเดิม แต่จะต้องดำเนินการแก้ไขกฎระเบียบเหล่า

นั้นให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศ เช่น GATS หรือ AFAS โดยจะต้องนำไปสู่การเปิดเสรีการค้าบริการที่กำหนดตามลำดับตามหลัก Standstill and Rollback¹¹

และยังเป็นที่น่าสังเกตว่า ย่อหน้า 4 ของข้อ VI ในเรื่องการกำหนดมาตรฐานของใบอนุญาตในการค้าหลักทรัพย์ ต้องยึดหลักความโปร่งใส (Transparency) และมีหลักเกณฑ์ มิฉะนั้นอาจจะถูกร้องเรียนไปยังสำนักงานเลขาธิการอาเซียนและ SEOM อันนำไปสู่กระบวนการเรียกร้องและเจรจาบังคับข้อพิพาทตามมาตรา 7 แห่งบทบัญญัติของ AFAS ได้

4.3.4.4 ผลกระทบจากข้อผูกพันเฉพาะตามกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ.2522 และ พ.ร.บ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535

ประเทศไทยได้ยื่นข้อผูกพันเพิ่มเติมภายใต้ AFAS ในด้านหลักทรัพย์ คือ ลดเงื่อนไขด้านการเข้าสู่ตลาดและการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติในข้อผูกพันเฉพาะ คือ อนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาถือหุ้นในบริษัทหลักทรัพย์ได้เกินกว่ากึ่งหนึ่ง ซึ่งเดิมผูกพันร้อยละ 49 แต่เพิ่มอัตราส่วนให้ถึง ร้อยละ 100 และอนุญาตให้บริษัทหลักทรัพย์ที่มีคนต่างชาติถือหุ้นเกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว สามารถประกอบธุรกิจนายหน้าหลักทรัพย์ ผู้ค้าหลักทรัพย์ ที่ปรึกษาด้านการลงทุนและการซื้อขายหลักทรัพย์ Securities Companies (i.e. securities brokerage, securities dealing, investment advisory service and securities underwriting) ได้ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และลดข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดในสาขาย่อยด้านบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม (Asset management companies)

เมื่อพิจารณาจากการเปิดเสรีการค้าบริการในสาขาที่ได้ยื่นไว้ ภายใต้ AFAS แล้วพบว่า เป็นการยื่นข้อผูกพันตามขอบเขตธุรกิจหลักทรัพย์ ตาม พระราชบัญญัติ

¹¹ ศูนย์เศรษฐกิจระหว่างประเทศ คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, "การเปิดเสรีการค้าภาคบริการ : ผลกระทบที่มีต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวไทย (กรณีศึกษาพันธกรณีของแอกต์ อาเซียน และเอเปค)," พ.ศ.2541, หน้า 1-21.

หลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้ให้คำจำกัดความว่า "ธุรกิจหลักทรัพย์" หมายความว่า ธุรกิจหลักทรัพย์ ประเภทดังต่อไปนี้

- (1) การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์
- (2) การค้าหลักทรัพย์
- (3) การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน
- (4) การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์
- (5) การจัดการกองทุนรวม
- (6) การจัดการกองทุนส่วนบุคคล
- (7) กิจการอื่นที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์ตามที่รัฐมนตรีกำหนดตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

ซึ่งผลกระทบที่มีในด้านสาขานั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความครอบคลุมในทุกสาขาบริการที่ยื่นตารางข้อมูลพันธเฉพาะไว้ตามที่กล่าวแล้ว

ส่วนผลกระทบในตารางข้อมูลพันธเฉพาะจะพิจารณาเป็นสองกรณี คือ ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด กับ ข้อจำกัดในการ प्रतिบัติเยี่ยงคนชาติ กล่าวคือ

- 1) สาขาบริษัทหลักทรัพย์ (Securities Companies)

ประเทศไทยยื่นเฉพาะข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด (Market access)

ในหมวดการจัดตั้งกิจการ (Commercial Presence) โดย

1. ไม่มีข้อจำกัดสำหรับสำนักงานตัวแทน (None for representative offices)

- มาตรา 93 ของพระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ได้กำหนดว่า "ผู้ใดจะกระทำการแทนบริษัทซึ่งจัดตั้งและประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ตามกฎหมายต่างประเทศ โดยมีสำนักงานติดต่อกับบุคคลทั่วไปในราชอาณาจักรต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานฯ และให้ผู้กระทำการแทนดังกล่าวต้องทำกิจการได้เฉพาะที่ระบุไว้ในการอนุญาตเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะไม่สอดคล้องกับข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดในสาขานี้ เนื่องจากในตารางข้อมูลพันธเฉพาะระบุว่า "ไม่มีข้อจำกัด" แต่มาตรการตามมาตรา 93 กลับกำหนดให้มีการขออนุญาตโดยการพิจารณาจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ จึงต้องมีการแก้ไขมาตรา 93 นี้ต่อไป

2. การเข้าสู่ตลาดทำได้ในกรณีเข้าถือหุ้นในบริษัทเดิมที่มีอยู่แล้วเท่านั้นและไม่ผูกพัน ในการออกใบอนุญาตใหม่

- พระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ไม่มีกำหนดเรื่องการออกใบอนุญาตใหม่ให้คนต่างด้าว จึงมีความสอดคล้องกัน

3. อนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาถือหุ้นในบริษัทหลักทรัพย์ได้เกินกว่ากึ่งหนึ่ง และอนุญาตให้บริษัทหลักทรัพย์ที่มีต่างชาติถือหุ้นเกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้วสามารถประกอบธุรกิจนายหน้าค้าหลักทรัพย์ในสาขาย่อยนี้ได้ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ตามบัญชี ก. ท้ายประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281พ.ศ.2515 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ.2541(ปัจจุบันให้ใช้ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542) และระเบียบข้อบังคับอื่นๆ

- พระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ไม่ได้กำหนดอัตราส่วนหรือสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวอันจะระบุถึงสถานะหรือ ความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวไว้ และไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามมิให้นิติบุคคลต่างด้าวประกอบกิจการธุรกิจหลักทรัพย์ แต่ มาตรา 90 กำหนดว่า นิติบุคคลที่จะค้าหลักทรัพย์ได้จะต้องเป็น บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดหรือเมื่อเป็นสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นทั้งนี้ โดยได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

มาตรา 90 การประกอบธุรกิจหลักทรัพย์จะกระทำต่อเมื่อได้จัดตั้งในรูปบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดหรือเมื่อเป็นสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น ทั้งนี้ โดยได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

การจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อประกอบธุรกิจตามวรรคหนึ่งจะกระทำต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.

การควบบริษัทหลักทรัพย์เข้ากันให้ถือว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด แล้วแต่กรณี

การขอรับใบอนุญาต การขอความเห็นชอบ การออกใบอนุญาต และการให้ความเห็นชอบตามมาตรา 91 ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการตลอด จนเสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ กฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่จะให้ใบอนุญาตและมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขที่ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติในการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้ ตามมาตรา 91 ซึ่ง

มาตรการตามพระราชบัญญัตินี้มีความสอดคล้องกับตารางข้อผูกพันของประเทศไทยอยู่แล้ว จึงไม่มีผลกระทบโดยตรง แต่จะมีผลกระทบต่อสำหรับบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตอยู่แล้ว ต้องการประกอบธุรกิจเพิ่มเติมจะต้องขอรับใบอนุญาตเพิ่มขึ้นโดยจะต้องไม่มีผู้ถือหุ้นรายหนึ่งรายใดเป็นบริษัทหลักทรัพย์ที่ถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 99 ขึ้นไปของทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2539 ออกตามความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีลักษณะที่ต้องขออนุญาตและอยู่ในดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งยังมีข้อจำกัดที่เกี่ยวกับการถือหุ้นที่เกิน ร้อยละ 99 อีกด้วย ซึ่งเป็นการขัดต่อตารางข้อผูกพันเฉพาะในส่วนนี้

4. สำหรับบริษัทหลักทรัพย์ที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว จะต้องมีการที่บุคคลสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง

- พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ไม่ได้กำหนดอัตราส่วนของกรรมการคนต่างด้าว และคนสัญชาติไทยไว้จึงไม่มีผลกระทบจากข้อผูกพันนี้

5. สำหรับบริษัทหลักทรัพย์ที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวนร้อยละ 50 หรือเกินร้อยละ 50ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว จะต้องมีการผู้จัดการและกรรมการบริหารที่เป็นคนสัญชาติอื่นจะต้องอยู่ในประเทศไทยไม่น้อยกว่า 60 วันต่อปี

- พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ไม่ได้กำหนดอัตราส่วนของกรรมการคนต่างด้าวและคนสัญชาติไทยไว้จึงไม่มีผลกระทบจากข้อผูกพันนี้

ส่วนหมวดการทำงานของบุคคลธรรมดาในสำนักงานตัวแทน จะมีคนต่างด้าวได้ไม่เกิน 2 คน ถ้าเป็นบริษัทหลักทรัพย์จะต้องเป็นไปตามข้อผูกพันในแนวนอนหรือ Horizontal Commitment กล่าวคือ ส่วนในด้านการทำงานของคนต่างด้าว กำหนดให้การเข้ามาทำงานประกอบอาชีพเป็นการชั่วคราวในประเทศไทยอนุญาตให้เฉพาะการโอนย้ายภายในองค์กรเพื่อเข้ามาทำงานในตำแหน่งผู้จัดการ นักบริหาร หรือผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ในสาขาบริการนั้น ซึ่งมีใช่เป็นงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติไว้จึงไม่มีผลกระทบในส่วนนี้

2) สาขาบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม (Asset management companies—Collective investment schemes)

ประเทศไทยยื่นตารางข้อผูกพันเฉพาะในสาขาย่อยนี้เกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด (Market access) ในหมวดการจัดตั้งกิจการ (Commercial Presence) โดย

1. ไม่มีข้อจำกัดสำหรับการจัดตั้งสำนักงานตัวแทน

- เช่นเดียวกับบริษัทหลักทรัพย์ทั่วไป ที่ มาตรา 93 ของพระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ได้กำหนดว่า "ผู้ใดจะกระทำการแทนบริษัทซึ่งจัดตั้งและประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ตามกฎหมายต่างประเทศ โดยมีสำนักงานติดต่อกับบุคคลทั่วไปในราชอาณาจักรต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานฯ และให้ผู้กระทำการแทนดังกล่าวต้องทำกิจการได้เฉพาะที่ระบุไว้ในการอนุญาตเท่านั้น ซึ่งมีลักษณะไม่สอดคล้องกับข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดในสาขานี้ เนื่องจากในตารางข้อผูกพันเฉพาะระบุว่า "ไม่มีข้อจำกัด" แต่มาตรการตามมาตรา 93 กลับกำหนดให้มีการขออนุญาตโดยการพิจารณาจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ จึงต้องมีการแก้ไขมาตรา 93 นี้ต่อไป

2. การเข้าสู่ตลาดทำได้ในกรณีเข้าถือหุ้นในบริษัทเดิมที่มีอยู่แล้วเท่านั้นและไม่ผูกพัน ในการออกใบอนุญาตใหม่

- พระราชบัญญัติ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ไม่มีกำหนดเรื่องการออกใบอนุญาตใหม่ให้คนต่างด้าว จึงมีความสอดคล้องกัน

3. อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 100 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว) อย่างไรก็ตามบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวนร้อยละ 50หรือมากกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้วจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง

- ตามพระราชบัญญัตินี้ การจัดการกองทุนรวมบริษัทหลักทรัพย์บริษัทหลักทรัพย์จะต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงาน ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด ตามมาตรา 117 แต่การจัดการกองทุนรวมส่วนบุคคล บริษัทหลักทรัพย์ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือกับผู้ที่ได้รับมอบหมายให้จัดการกองทุนส่วนบุคคลนั้น แต่ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนด ตามมาตรา 133 ซึ่งมาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับตารางข้อผูกพันเฉพาะในส่วนนี้แล้ว จึงไม่ได้รับผลกระทบ อย่างไรก็ตามการจัดตั้งกิจการบริษัทหลักทรัพย์ประเภทการจัดการกองทุนรวม มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2538) ออกตาม

ความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อ 2 (3) กำหนดสถานะ ผู้ถือหุ้นและกรรมการ ต้องจัดตั้งและจดทะเบียนในประเทศไทยและมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ ไม่ต่ำกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมด ซึ่งกฎกระทรวงนี้มีลักษณะเป็นการสร้างอุปสรรคที่ขัดต่อหลักการและข้อผูกพันในตารางข้อผูกพันเฉพาะนี้จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขต่อไป

4. สำหรับบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว จะต้องมีการกรรมการที่เป็นคนสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง

- การจัดตั้งกิจการบริษัทหลักทรัพย์ประเภทการจัดการกองทุนรวม มีกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ.2538) ออกตามความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้อ 2(3) กำหนดกรรมการ ต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนกรรมการทั้งหมดซึ่งมีลักษณะที่ขัดกับข้อผูกพันข้างต้นเพราะหากมีกรณีที่คนต่างด้าวเข้าถือหุ้นในอัตราที่น้อยกว่าร้อยละ 50 แล้ว จะต้องหากรรมการที่เป็นคนสัญชาติไทยให้ได้อัตราส่วนถึงร้อยละ 75

5. สำหรับบริษัทหลักทรัพย์ที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวนร้อยละ 50 หรือเกินร้อยละ 50ของทุนจดทะเบียนที่ชำระแล้ว จะต้องมีการกรรมการผู้จัดการและกรรมการบริหารที่เป็นคนสัญชาติอื่นจะต้องอยู่ในประเทศไทยไม่น้อยกว่า 60 วันต่อปี

- พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดหนึ่งการอยู่ในประเทศของกรรมการ จึงไม่มีผลกระทบในส่วนนี้

ส่วนหมวดการทำงานของบุคคลธรรมดาในสำนักงานตัวแทน จะมีคนต่างด้าวได้ไม่เกิน 2 คน ถ้าเป็นบริษัทหลักทรัพย์จะต้องเป็นไปตามข้อผูกพันในแนวนอนหรือ Horizontal Commitment กล่าวคือ กำหนดให้การเข้ามาทำงานประกอบอาชีพเป็นการชั่วคราวในประเทศไทยอนุญาตให้เฉพาะการโอนย้ายภายในองค์กรเพื่อเข้ามาทำงานในตำแหน่งผู้จัดการ นักบริหาร หรือผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ในสาขาบริการนั้น ซึ่งมีใช่เป็นงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ พ.ศ.2522 ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

4.3.5 ผลกระทบต่อกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัย ได้แก่ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2533 และ พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535

การลงทุนของบริษัทประกันภัยเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่รัฐบาลของประเทศต่างๆ มักมีการกำกับดูแลโดยจะกำหนดข้อจำกัดในการลงทุนในลักษณะต่างๆ การกำกับดูแลคุณภาพการลงทุนเป็นสิ่งจำเป็นทั้งนี้เนื่องจากการเล็งลึกกิจการของบริษัทประกันภัยในต่างประเทศมักมีสาเหตุมาจากปัญหาการไม่สามารถชำระหนี้อันเนื่องมาจากการลงทุนที่ผิดพลาดมากกว่าปัญหาความขาดทุนที่เกิดจากการรับเสี่ยงภัย หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลคุณภาพการลงทุนธุรกิจประกันภัยของประเทศต่างๆ จะพิจารณาถึงความเสี่ยง สภาพคล่อง อัตราผลตอบแทนของการลงทุน และการกระจายการลงทุน โดยในธุรกิจประกันชีวิต ความเสี่ยงจะเป็นประเด็นที่สำคัญที่สุด ติดตามมาด้วยอัตราผลตอบแทนและสภาพคล่องตามลำดับ ในขณะที่ธุรกิจประกันวินาศภัยนั้น สภาพคล่องจะมีความสำคัญมากที่สุดเนื่องจากเป็นธุรกิจที่ต้องการเงินทุนหมุนเวียนในระยะสั้นมากกว่าในระยะยาว ประเด็นที่มีความสำคัญรองลงมาคือ ความเสี่ยง และอัตราผลตอบแทนตามลำดับ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกันภัยได้แก่ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2533 พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535

4.3.5.1 หลักเกณฑ์สำคัญตามพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2533 และ พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535

เนื่องจากกิจการประกันภัยเป็นกิจการประเภทหนึ่งที่มีการระดมเงินทุนจากประชาชนและสามารถเป็นแหล่งเงินทุนที่จะกระจายไปตามกิจการต่างๆ ของเอกชนได้ด้วยเหตุนี้จึงจัดให้กิจการประกันภัยอยู่ในสาขาการบริการด้านการเงินเช่นกัน กฎหมายไทยได้ออกมาตรการควบคุมการจัดตั้งกิจการและการถือหุ้นของคนต่างด้าวดังปรากฏใน พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2533 และ พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535

1) พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2533

ในสวนคำนิยามได้กำหนดไว้ว่า "การประกอบธุรกิจประกันชีวิต" หมายความว่ารวมถึงการประกอบธุรกิจประกันต่อด้วย

"เงินกองทุน" หมายความว่า ทรัพย์สินส่วนที่เกินกว่าหนี้สินของบริษัทตามราคาประเมินทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทที่ประเมินตามพระราชบัญญัตินี้

"ตัวแทนประกันชีวิต" หมายความว่า ผู้ซึ่งบริษัทมอบหมายให้ทำการชักชวนให้บุคคลทำสัญญาประกันชีวิตกับบริษัท

"นายหน้าประกันชีวิต" หมายความว่า ผู้ซึ่งช่องหรือจัดการให้บุคคลทำสัญญาประกันชีวิตกับบริษัท โดยกระทำเพื่อบำเหน็จเนื่องจากการนั้น

มาตรา 7 ภายใต้บังคับมาตรา 8 การประกอบธุรกิจประกันชีวิตจะกระทำได้เมื่อได้จัดตั้งขึ้นในรูปบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด และโดยได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตจากรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี

การจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดตามวรรคหนึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ในการนี้จะกำหนดเงื่อนไขให้ปฏิบัติก่อนให้ความเห็นชอบก็ได้

เมื่อได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดและได้วางหลักทรัพย์ประกันตามมาตรา 20 กับทั้งได้ดำรงไว้ซึ่งเงินกองทุนตามมาตรา 27 แล้ว จึงให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตต่อรัฐมนตรีภายในระยะเวลาที่รัฐมนตรีกำหนด แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เกินหกเดือนนับแต่วันที่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว

การขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตและการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และในการอนุญาตรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้

มาตรา 8 บริษัทประกันชีวิตต่างประเทศจะตั้งสาขาของบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้ได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ในการนี้รัฐมนตรีจะอนุญาตโดยมีเงื่อนไขก็ได้

การขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตและการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตโดยตั้งเป็นสาขาของบริษัทประกันชีวิตต่างประเทศตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

สาขาของบริษัทประกันชีวิตต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต ต้องดำรงทรัพย์สินไว้ในประเทศไทยตามจำนวน ชนิด วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด จำนวนทรัพย์สินที่รัฐมนตรีกำหนดต้องไม่ต่ำกว่าจำนวนเงินกองทุนที่บริษัทต้องดำรงตามมาตรา 27 รัฐมนตรีจะออกใบอนุญาตตามความในวรรคหนึ่งก็ต่อเมื่อบริษัทได้วางหลักทรัพย์ประกันตามมาตรา 20 และดำรงไว้ซึ่งทรัพย์สินในประเทศไทยตามวรรคสามแล้ว

บริษัทที่เป็นสาขาของบริษัทประกันชีวิตต่างประเทศจะเปิดสาขา ณ
ที่ใด ๆ มิได้

สาขาให้หมายความรวมถึงสำนักงานที่แยกออกจากสำนักงานใหญ่
ของบริษัทไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร และได้รับเงินค่าใช้จ่ายจากบริษัทไม่ว่าโดยทางตรงหรือทาง
อ้อมก็ตาม แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงสถานที่ที่ได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนให้ใช้เป็นที่ตั้งหน่วย
ปฏิบัติการข้อมูล สถานที่เก็บเอกสารและสถานที่ฝึกอบรมที่เกี่ยวกับกิจการของบริษัท

มาตรา 9 หุ้นของบริษัทจะต้องเป็นหุ้นสามัญชนิดระบุชื่อผู้ถือ มี
มูลค่าของหุ้นไม่เกินหุ้นละหนึ่งร้อยบาท และข้อบังคับของบริษัทต้องไม่มีข้อจำกัดในการโอนหุ้น

มาตรา 10 บริษัทต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่
ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มี
สัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด

มาตรา 11 บุคคลใดได้หุ้นของบริษัทใดมา และการได้มานั้นเป็น
เหตุให้จำนวนหุ้นหรือบุคคลผู้ถือหุ้นอยู่เป็นไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 10 และไม่ปฏิบัติตามมาตรา 12
บุคคลนั้นจะยกเอาการถือหุ้นในส่วนที่เกินจำนวนที่ถือไว้ขึ้นใช้ยื่นต่อบริษัทนั้นมิได้ และบริษัทจะ
จ่ายเงินปันผลหรือเงินตอบแทนอื่นใดให้แก่บุคคลนั้น หรือให้บุคคลนั้นออกเสียงลงคะแนนในที่
ประชุมของผู้ถือหุ้นตามจำนวนหุ้นส่วนที่เกินมิได้

อย่างไรก็ตาม มาตรา 13 กำหนดว่า บทบัญญัติมาตรา 9 มาตรา
10 มาตรา 11 และมาตรา 12 มิให้นำมาใช้บังคับแก่บริษัทที่เป็นสาขาของบริษัทประกันชีวิตต่าง
ประเทศตามมาตรา 8

ในส่วนการควบคุมใบอนุญาตและการประกอบกิจการตามใบ
อนุญาต ในมาตรา 18 ห้ามมิให้ผู้ใดทำการเป็นผู้รับประกันภัยโดยทำสัญญาประกันชีวิตกับบุคคล
ใด ๆ เว้นแต่จะเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้

2) พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535

ในบทค่านียามตาม มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

"วินาศภัย" หมายความว่า ความเสียหายอย่างใด ๆ บรรดาที่จะพึง
ประมาณเป็นเงินได้ และหมายความรวมถึงความสูญเสียในสิทธิ ผลประโยชน์หรือรายได้ด้วย

"บริษัท" หมายความว่า บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามพระราชบัญญัตินี้ และหมายความรวมถึงสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

"สำนักงานใหญ่" หมายความว่า รวมถึง สำนักงานสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย

"การประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย" หมายความว่า รวมถึงการประกอบธุรกิจประกันต่อด้วย

"ตัวแทนประกันวินาศภัย" หมายความว่า ผู้ซึ่งบริษัทมอบหมายให้ทำการชักชวนให้บุคคลทำสัญญาประกันภัยกับบริษัท

"นายหน้าประกันวินาศภัย" หมายความว่า ผู้ซึ่งช่องหรือจัดการให้บุคคลทำสัญญาประกันภัยกับบริษัท โดยกระทำเพื่อบำเหน็จเนื่องจากการนั้น

ในเรื่องรูปแบบกิจการ ตาม มาตรา 6 บัญญัติว่า ภายใต้บังคับมาตรา 7 การประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยจะกระทำได้เมื่อได้จัดตั้งขึ้นในรูปบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด และโดยได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยจากรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี

การจัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดตามวรรคหนึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ในการนี้จะกำหนดเงื่อนไขให้ปฏิบัติก่อนให้ความเห็นชอบก็ได้ เมื่อได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดและได้วางหลักทรัพย์ประกันตามมาตรา 19 กับทั้งได้ดำรงไว้ซึ่งเงินกองทุนตามมาตรา 27 แล้ว จึงให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยต่อรัฐมนตรีภายในระยะเวลาที่รัฐมนตรีกำหนด แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินหกเดือนนับแต่วันที่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดแล้วการขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยและการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และในการอนุญาตรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้

มาตรา 7 บริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศจะตั้งสาขาของบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามพระราชบัญญัตินี้ได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ในการนี้ รัฐมนตรีจะอนุญาตโดยมีเงื่อนไขก็ได้

การขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยและการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยโดยตั้งเป็นสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศ ตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

สาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยต้องดำรงทรัพย์สินไว้ในประเทศไทยตามจำนวน ชนิดวิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด จำนวนทรัพย์สินที่รัฐมนตรีกำหนดต้องไม่ต่ำกว่าจำนวนเงินกองทุนที่บริษัทต้องดำรงตามมาตรา 27 รัฐมนตรีจะออกใบอนุญาตตามความในวรรคหนึ่งก็ต่อเมื่อบริษัทได้วางหลักทรัพย์ประกันตามมาตรา 19 และดำรงไว้ซึ่งทรัพย์สินในประเทศไทยตามวรรคสามแล้ว

บริษัทที่เป็นสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศจะเปิดสาขา ณ ที่ใด ๆ มิได้

สาขาให้หมายความรวมถึงสำนักงานที่แยกออกจากสำนักงานใหญ่ของบริษัทไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร และได้รับเงินค่าใช้จ่าจากบริษัทไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงสถานที่ที่ได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนให้ใช้เป็นที่ตั้งหน่วยปฏิบัติการข้อมูล สถานที่เก็บเอกสารและสถานที่ฝึกอบรมที่เกี่ยวข้องกับกิจการของบริษัท

มาตรา 8 หุ่นของบริษัทจะต้องเป็นหุ้นสามัญชนิดระบุชื่อผู้ถือ มีมูลค่าของหุ้นไม่เกินหุ้นละหนึ่งร้อยบาท และข้อบังคับของบริษัทต้องไม่มีข้อจำกัดในการโอนหุ้น

มาตรา 9 บริษัทต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด

มาตรา 10 บุคคลใดได้หุ้นของบริษัทใดมา และการได้มานั้นเป็นเหตุให้จำนวนหุ้นหรือบุคคลผู้ถือหุ้นอยู่เป็นไปโดยฝ่าฝืนมาตรา 9 และไม่ปฏิบัติตามมาตรา 11 บุคคลนั้นจะยกเอาการถือหุ้นในส่วนที่เกินจำนวนที่ถือไว้ขึ้นใช้ยื่นต่อบริษัทนั้นมิได้ และบริษัทจะจ่ายเงินปันผลหรือเงินตอบแทนอื่นใดให้แก่บุคคลนั้น หรือให้บุคคลนั้นออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมของผู้ถือหุ้นตามจำนวนหุ้นส่วนที่เกินมิได้

มาตรา 11 เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามมาตรา 9 และมาตรา 10 ให้บริษัทตรวจสอบทะเบียนผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าสามเดือนก่อนการประชุมผู้ถือหุ้นทุกครั้ง และแจ้งผลการตรวจสอบต่อนายทะเบียนตามรายการและภายในเวลาที่นายทะเบียนกำหนดในกรณีที่พบว่ามีจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นถือโดยฝ่าฝืนมาตรา 9 ให้บริษัทแจ้งให้ผู้นั้นทราบภายในสิบห้าวัน นับแต่วันที่ตรวจพบ และให้ผู้นั้นดำเนินการแก้ไขภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันรับแจ้ง

มาตรา 12 บทบัญญัติมาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 มิให้นำมาใช้บังคับแก่บริษัทที่เป็นสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศตามมาตรา 7

ส่วนเรื่องการขอใบอนุญาตสาขานั้น มาตรา 16 กำหนดให้ บริษัท ตามมาตรา 6 ที่จะเปิดสาขาหรือย้ายที่ตั้งสำนักงานใหญ่หรือสำนักงานสาขา ต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน และให้นำความในมาตรา 7 วรคหก มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การขออนุญาตและการอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

มาตรา 17 ห้ามมิให้ผู้ใดทำการเป็นผู้รับประกันภัยโดยทำสัญญาประกันภัยกับบุคคลใดๆ เว้นแต่จะเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยตามพระราชบัญญัตินี้

3) การกำกับดูแลกิจการประกันภัยตามกฎหมายไทย

การกำกับดูแลการลงทุนของธุรกิจประกันภัยของไทยในปัจจุบันยึดตาม พ.ร.บ. ประกันชีวิต พ.ศ. 2533 พ.ร.บ. ประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 และกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องคือ ประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่องการลงทุนประกอบธุรกิจอื่น ของบริษัทประกันชีวิตและประกาศกระทรวงพาณิชย์เรื่องการลงทุนประกอบธุรกิจอื่นของบริษัทประกันวินาศภัย เงื่อนไขการลงทุนตามกฎหมาย ประกอบด้วยมาตรการที่สำคัญใน 3 รูปแบบคือ

1. การกำหนดอัตราส่วนขั้นสูงในการลงทุนในหุ้น หรือ หุ้นกู้ ของบริษัทประกันภัยอื่น ซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดการถือหุ้นไขว้ (cross-holding) ระหว่างบริษัทประกันภัยต่างๆ

2. การกำหนดอัตราส่วนขั้นสูงในการลงทุนในสินทรัพย์ที่มีความเสี่ยงสูง หรือสินทรัพย์ที่มีสภาพคล่องต่ำ โดยมีการกำหนดเงื่อนไขและจำแนกอัตราส่วนขั้นสูงของการลงทุนในสินทรัพย์เสี่ยงแต่ละประเภทอย่างละเอียด ทั้งหุ้น หุ้นกู้ หรือ หน่วยลงทุนของบริษัทอื่นที่มีใช้บริษัทประกันภัย ตัวเงิน การให้กู้ยืม การซื้อหรือซื้อลดพันธบัตรรองค้ำประกันหรือรัฐวิสาหกิจการฝากเงินกับบริษัทเงินทุน และการลงทุนนอกราชอาณาจักร เป็นต้น การกำกับดูแลในส่วนนี้มีจุดประสงค์เพื่อให้บริษัทประกันภัยมีความมั่นคง

3. การควบคุมอัตราดอกเบี้ยขั้นต่ำสุดในการลงทุนทั้งการซื้อตัวเงิน และการให้เช่าทรัพย์สินแบบลิสซิง ซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อป้องกันการโอนถ่ายผลกำไรจากธุรกิจประกันภัยไปสู่ธุรกิจอื่นโดยใช้การลงทุนบังหน้า

4.3.5.2 ผลกระทบทั่วไปจากกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2533 และพระราชบัญญัติ ประกันวินาศภัย พ.ศ.2535

จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยได้สร้างกฎเกณฑ์การจัดตั้งกิจการในธุรกิจประกันภัยไว้สองระดับคือ สัดส่วนการถือหุ้นและการออกใบอนุญาตประกอบกิจการซึ่งไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังนั้นการจัดตั้งกิจการของคนต่างด้าวจะต้องเป็นไปตามกฎหมายภายในทุกประการ กล่าวคือ ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ใน มาตรา มาตรา 10 ของ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2533 ที่กำหนดว่า บริษัทต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด และ มาตรา 9 ของพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติว่า บริษัทต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด

อีกทั้งในกรณีที่บริษัทต่างด้าว หรือนิติบุคคลต่างด้าว หรือ นิติบุคคลไทยจะเปิดสาขาของธุรกิจประกันภัยก็ต้องได้รับใบอนุญาตอีกชั้นหนึ่ง จึงทำให้มีลักษณะเป็นการควบคุมอย่างเข้มงวด และไม่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาตั้งกิจการได้เลย

ซึ่งตามความผูกพันภายใต้ AFAS แล้ว ประเทศไทยไม่ได้ยื่นข้อผูกพันในสาขานี้ แต่ภายใต้ GATS ประเทศไทยได้ยื่นข้อผูกพันให้ต่างชาติเข้าร่วมหุ้นกับบริษัทประกันภัยที่มีอยู่แล้วในประเทศโดยต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน ส่วนผู้ประกอบการรายใหม่ต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

ดังนั้นพระราชบัญญัติประกันชีวิตและประกันวินาศภัยจึงไม่ได้รับผลกระทบจากกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน หรือ AFAS

4.3.5.3 ผลกระทบจากข้อผูกพันเฉพาะตามกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียนต่อพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2533 และพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ.2535

เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้ยื่นข้อผูกพันเฉพาะในสาขาการประกันภัยในตารางข้อผูกพันเฉพาะภายใต้ AFAS จึงทำให้ พระราชบัญญัติประกันชีวิตและประกันวินาศภัยจึงไม่ได้รับผลกระทบจากกรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน หรือ AFAS