

ปัญหาความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน



นางสาวสุณัฐฐา สุขท้ววงษ์

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2560
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Legal problems on civil liabilities of investment advisors

Miss Sunattha Sukthurwong



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2017

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน
โดย นางสาวสุนันฐา สุขท้วงษ์
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(นาย ชาญชัย บุญฤทธิไชยศรี)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(นาย ศักรินทร์ ร่วมรังษี)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

CHULALONGKORN UNIVERSITY

5786033034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: INVESTMENT ADVISOR / ROBO-ADVISOR

SUNATTHA SUKTHURWONG: Legal problems on civil liabilities of investment advisors. ADVISOR: PROF. DR. JUR. SANUNKORN SOTTHIBANDHU, 171 pp.

This thesis aims to study about civil liability of investment advisors in providing investment advisory services which include investment companies, traditional investment advisors, and Robo- advisors which fall into two types of liabilities: Contractual Liability and Tort Liability. Although, the investors may claim the investment advisors for breach of contract but due to the contract has the limitation or exclusion clauses for investment advisors' liabilities. Instead, the investors may claim for tort of negligence which need to meet the requirements of elements under tort law. Hence, the author mainly focus on Thai law and study on English and American law for exemplary purposes.

From the study, the author found that, in providing negligent investment advice under English law, namely, Negligent Misstatement requires the special relationship and reliance of investors. However, in English law, the reasonableness test is applied in unfair contract terms. Meanwhile, American law, the unconscionability doctrine is applied. Furthermore, Res Ipsa Loquitur is applied to shift the burden of proof in English and American law. The damages arise from providing investment advice is pure economic loss.

Therefore, the author proposes that the investment advisory services contract should be controlled by Consumer Protection Act (No.2) B.E. 2541. Moreover, the right of pure economic loss should be included in Section 420 of Civil and Commercial Code. In addition, shifting the burden of proof in contract claim can be implemented by Section 84/1 of Thai Civil Procedure Code and in tort claim can be implemented by Section 422 of Civil and Commercial Code. Finally, damages for contract claim should be compensated in case of usual circumstances or foreseeable special circumstances whilst tort claim shall be determined by the Court's discretion.

Field of Study: Laws

Student's Signature

Academic Year: 2017

Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ศันท์ กรณ์ โสทธิพันธ์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่เสียสละเวลาอันมีค่าที่รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านได้ให้คำแนะนำต่าง ๆ แก่ผู้เขียน เพื่อนำไปปรับใช้กับการเขียนวิทยานิพนธ์ รวมถึงคอยให้กำลังใจและเป็นแรงผลักดันตลอดการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วง รวมทั้งกราบขอบพระคุณ อาจารย์ชาญชัย บุญฤทธิ์ไชยศรีเป็นอย่างสูง ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อาจารย์ศักรินทร์ ร่วมรังษี และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ อีกทั้งได้ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์เพื่อปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้ดียิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อธนวิษณุ สุขทั่ววงษ์ คุณแม่สุขุมาลัย ปฎิมาประกร ที่ได้อบรมเลี้ยงดู ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจตลอดระยะเวลาที่ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งคุณณัฐนนท์ ฉัตรพัฒนะกิจ และพี่ ๆ เพื่อน ๆ น้อง ๆ ทุกท่านที่ได้คอยช่วยเหลือและเป็นกำลังใจกับผู้เขียนตลอดระยะเวลาที่ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมีประโยชน์อยู่บ้างไม่มากก็น้อย แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนต้องขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	2
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	2
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	4
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย	5
1.7 ทบทวนวรรณกรรม.....	5
บทที่ 2 ความคิดพื้นฐานของการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน.....	6
2.1 ลักษณะและความหมายของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน.....	6
2.2 คุณสมบัติการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ...	9
2.3 หน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน	13
2.4 มาตรฐานการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์.....	16
2.5 แนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน	26
2.6 กฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน	31
บทที่ 3 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	35
3.1 ความรับผิดชอบตามสัญญา.....	35
3.1.1 นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุน.....	38

3.1.1.1 สัญญาจ้างทำของ.....	39
3.1.1.2 สัญญาไม่มีชื่อ.....	40
3.1.2 ลักษณะการผิดสัญญา.....	42
3.2 ความรับผิดเพื่อละเมิด	43
3.2.1 ความรับผิดในการกระทำละเมิดของตนเอง.....	44
3.2.2 ความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น	53
3.2.2.1 นายจ้างร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง.....	54
3.2.2.2 ตัวการร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของตัวแทน	57
3.2.2.3 นิติบุคคลรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการ แทนนิติบุคคล	59
3.2.2.4 ความรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้ว่าจ้างทำของ	61
3.3 ข้อจำกัดและยกเว้นความรับผิด.....	63
3.4 ภาระการพิสูจน์.....	68
3.4.1 ภาระการพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง	68
3.4.2 ภาระการพิสูจน์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551	71
3.5 การกำหนดค่าเสียหาย	72
3.5.1 ค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญา.....	72
3.5.1.1 ค่าเสียหายปกติ	73
3.5.1.2 ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ.....	74
3.5.2 ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด	76
บทที่ 4 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตามกฎหมายต่างประเทศ.....	79
4.1 ประเทศอังกฤษ.....	79
4.1.1 หลักเกณฑ์ เจื่อนใจเกี่ยวกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตาม Financial Services and Market Act 2000.....	81

4.1.2 ความรับผิดตามสัญญา.....	87
4.1.3 ความรับผิดเพื่อละเมิด	91
4.1.4 ข้อจำกัดและยกเว้นความรับผิด	99
4.1.5 ภาระการพิสูจน์.....	105
4.1.6 การกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุน.....	108
4.2 สหรัฐอเมริกา	114
4.2.1 หลักเกณฑ์ เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตาม Investment Advisers Act 1940	114
4.2.2 ความรับผิดตามสัญญา.....	121
4.2.3 ความรับผิดเพื่อละเมิด.....	130
4.2.4 ข้อจำกัดและยกเว้นความรับผิด	134
4.2.5 ภาระการพิสูจน์.....	137
4.2.6 การกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุน.....	140
บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน	142
5.1 ปัญหาการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการ ลงทุน.....	142
5.2 ปัญหาการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน.....	147
5.3 ปัญหาภาระการพิสูจน์ความผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน.....	149
5.4 ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการได้รับปรึกษาการ ลงทุน.....	151
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	154
6.1 บทสรุป	154
6.2 ข้อเสนอแนะ	157
รายการอ้างอิง	160

ญ

หน้า

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ 171



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทนิยาม

ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน (Investment Advisor) หมายถึง บริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่ปฏิบัติหน้าที่เยี่ยงผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา รวมตลอดถึง Robo-advisor

การให้คำปรึกษาการลงทุน (Provide Investment Advice) หมายถึง การให้คำแนะนำแก่ประชาชนเกี่ยวกับการลงทุนในหลักทรัพย์

Robo-Advisor หมายถึง เทคโนโลยีการให้คำปรึกษาการลงทุนผ่านระบบออนไลน์ที่อาศัย Algorithm ในการประมวลผลข้อมูล



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทที่ 1 บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันประชาชนให้ความสนใจในการลงทุนเพิ่มมากขึ้นโดยการวางแผนทางการเงินที่จะเตรียมความพร้อมสำหรับอนาคต ซึ่งจำเป็นต้องอาศัยคำปรึกษาในการลงทุนจากผู้ที่มีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการลงทุนมาช่วยในการบริหารจัดการทรัพย์สินของตนเองอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางการเงินที่ตนเองตั้งไว้ โดยปัจจุบันการประกอบธุรกิจประเภทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์นั้นมีบทบาทและความสำคัญมากขึ้น ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่ได้รับการศึกษาและอบรมเฉพาะด้านเกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ทั้งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนดังกล่าวเป็นผู้ให้บริการในตลาดทุนที่ให้คำปรึกษาด้านการลงทุน และการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น ในฐานะที่เป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญจะต้องทำหน้าที่ของตนตามความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญที่ตนมีในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพ และต้องทำหน้าที่นั้นด้วยความระมัดระวัง ตามมาตรฐานทางวิชาชีพ เพื่อรักษามาตรฐานและความเชื่อถือของวิชาชีพที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งการทำธุรกรรมในตลาดทุนนั้น ส่งผลต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ ซึ่งเมื่อการให้คำปรึกษาการลงทุนของบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่ทำหน้าที่แทนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนดังกล่าว ในบางครั้งอาจให้คำปรึกษาการลงทุนที่ไม่เหมาะสมกับผู้ลงทุนหรือไม่ได้มาตรฐานทางวิชาชีพจนทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย ซึ่งเมื่อผู้ลงทุนได้รับความเสียหายที่อาจเกิดจากการให้คำปรึกษาการลงทุนของบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนดังกล่าวเพราะไม่มีบทบัญญัติกำหนดถึงความรับผิดชอบของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนโดยเฉพาะ ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้ลงทุนไม่ได้รับการคุ้มครองจากความเสียหายที่เกิดขึ้น อันจะส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อภาพลักษณ์ ความมั่นใจ บรรยากาศและความน่าเชื่อถือในการลงทุนของผู้ลงทุนและระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนดังกล่าวนำมาสู่ปัญหาทางกฎหมาย 4 ประการ ได้แก่

1. ปัญหาการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน บุคลากรในธุรกิจตลาดทุน และผู้ลงทุนนั้น เป็นกรณีที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นคู่สัญญากับผู้ลงทุน โดยมีบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนทำหน้าที่ติดต่อหรือให้บริการกับผู้ลงทุน ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นมีนิติสัมพันธ์กันตามสัญญา การที่บุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งทำหน้าที่ติดต่อหรือให้บริการกับผู้ลงทุนในนามของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไม่ได้ปฏิบัติตามภาระนี้ในการให้คำปรึกษาการลงทุนด้วยความระมัดระวังตามมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน ซึ่งแม้ผู้ลงทุนจะสามารถเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดชอบตามสัญญานั้นอาจมีข้อจำกัดบางประการ เช่น การมีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด

ในสัญญา ทำให้ผู้ลงทุนอาจเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายโดยอาศัยฐานละเมิดแทน แต่ในทางปฏิบัติอาจมีปัญหาว่าผู้ลงทุนจะเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนได้หรือไม่เพียงใด จะได้ทำการศึกษาต่อไป

2. ปัญหาการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

ในการทำสัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุน สัญญาที่ทำขึ้นมักเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือสัญญามาตรฐานที่มีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนหรือบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนไว้มีลักษณะเอาเปรียบผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้บริโภค โดยข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดดังกล่าวนั้นเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ซึ่งในประเด็นข้อตกลงในเรื่องการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้นจะบังคับใช้กับผู้สัญญาได้เพียงใด ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าจะสามารถนำพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาปรับใช้เพื่อคุ้มครองผู้ลงทุนได้หรือไม่เพียงใด

3. ปัญหาการพิจารณาพิสูจน์ความผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

การให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญในการให้คำปรึกษาการลงทุน ซึ่งผู้ลงทุนอาจไม่ได้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการลงทุนต่าง ๆ ในตลาดทุนอย่างเช่นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เมื่อเกิดประเด็นข้อพิพาทขึ้นนั้นคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ หรือหลักผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบ ซึ่งประเด็นปัญหาจึงมีอยู่ว่าภาระการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ลงทุนนั้นควรที่จะอยู่กับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเองหรือผู้ลงทุนควรที่จะต้องรับภาระการพิสูจน์นั้นตามหลักภาระการพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งการนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้จะทำให้ผู้ลงทุนต้องรับภาระมากเกินไปที่จะต้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ เนื่องจากพยานหลักฐานนั้นเป็นสิ่งที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนทราบและอยู่ในความรู้เห็นของตน และแม้ว่าจะมีข้อยกเว้นภาระการพิสูจน์ในมาตรา 84/1 ตอนท้ายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้พิจารณาเรื่องข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย คู่ความฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแล้วเท่านั้น ซึ่งนำมาสู่ประเด็นปัญหาที่ว่าสามารถนำข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้ได้หรือไม่ เพียงใด

4. ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายของผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการได้รับคำปรึกษาการลงทุน

การที่ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการได้รับคำปรึกษาการลงทุนนั้น ผู้ลงทุนจะสามารถเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาได้หรือไม่ เพียงใด เนื่องจากผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นผู้สัญญาไม่ปฏิบัติหน้าที่ต่อกันตามสัญญาอันทำให้ผู้ลงทุน

ได้รับความเสียหายนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นความเสียหายตามปกติที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ หรืออาจเป็นกรณีความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษซึ่งเป็นค่าเสียหายที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนคาดหมายหรือควรจะคาดหมายได้ ซึ่งต้องพิจารณาต่อไปว่าลักษณะความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับนั้น สามารถนำหลักเรื่องความเสียหายตามปกติและความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 มาปรับใช้เพื่อเยียวยาผู้ลงทุนได้หรือไม่ เพียงใด และในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นไปตามหลักละเมิด สิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันนั้นจะเพียงพอในการคุ้มครองผู้ลงทุนหรือไม่

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาเรื่องการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน
2. เพื่อศึกษาเรื่องข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน
3. เพื่อศึกษาเรื่องภาระการพิสูจน์ความผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน
4. เพื่อศึกษาหลักการกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการได้รับคำปรึกษาการลงทุน
5. เพื่อศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองผู้ลงทุน

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งเน้นที่จะศึกษาความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดทางละเมิดของผู้ให้คำปรึกษาการลงทุน ซึ่งได้แก่ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่ปฏิบัติหน้าที่เยี่ยงผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา อันได้แก่ ผู้ให้คำแนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และนักวิเคราะห์การลงทุน อันเป็นบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ให้ความเห็นชอบ รวมถึงรวมถึง Robo-advisor ซึ่งเป็นการให้คำแนะนำการลงทุนเพื่อประโยชน์แก่ผู้ลงทุนโดยตรง แต่ไม่รวมถึงการให้คำปรึกษาการลงทุนที่เป็นสื่อสาธารณะและการลงทุนเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ทั้งนี้ โดยศึกษาจากกฎหมายไทย กฎหมายอังกฤษและกฎหมายสหรัฐอเมริกา

1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

การศึกษาวินิจฉัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร โดยค้นคว้าจากตำรา หนังสือ บทความ หลักกฎหมาย และคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายสัญญาและละเมิดของประเทศไทย ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ โดยจะนำข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์และประมวลผล เพื่อนำมาเป็นข้อเสนอแนะและพิสูจน์ตามสมมติฐานที่ตั้งขึ้น

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวินิจฉัย

1. ได้ทราบถึงการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เพื่อนำมาปรับใช้กับปัญหาตามสมมติฐาน
2. ได้ทราบถึงเรื่องข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน
3. ได้ทราบถึงเรื่องภาระการพิสูจน์ความผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน
4. ได้ทราบถึงหลักการกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการได้รับคำปรึกษาการลงทุน
5. ได้ทราบถึงแนวทางแก้ไขปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

1.7 ทบทวนวรรณกรรม

จากการตรวจสอบการทบทวนวรรณกรรมพบลักษณะวิทยานิพนธ์ที่ใกล้เคียงกัน ดังนี้

1. นางสาวปวรา โพธิพิพิธ หัวข้อ “ความรับผิดทางละเมิดในการในการให้คำแนะนำโดยประมาท” ได้มุ่งเน้นศึกษาความรับผิดกรณีการให้คำแนะนำโดยทั่วไป ทั้งผู้ไม่มีวิชาชีพ กึ่งวิชาชีพ หรือวิชาชีพ ซึ่งไม่ได้ศึกษาเฉพาะเจาะจงถึงวิชาชีพผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน
2. นางสาวดวงพร ปิยวิทย์ หัวข้อ “แนวคิดในการให้ค่าเสียหายที่เป็นความสูญเสียทางเศรษฐกิจอันปราศจากความเสียหายทางกายภาพ (Pure Economic Loss) ตามกฎหมายเรื่องความรับผิดทางแพ่งของไทย” ได้มุ่งเน้นศึกษาเกี่ยวกับความเสียหายทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำละเมิดต่าง ๆ โดยไม่ได้ศึกษาเฉพาะเจาะจงถึงวิชาชีพผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

บทที่ 2 ความคิดพื้นฐานของการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

ในการลงทุนนั้น ผู้ลงทุนสามารถเลือกที่จะวางแผนการลงทุนเองหรือเลือกขอรับคำปรึกษาจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการลงทุน เพื่อให้การบริหารจัดการทรัพย์สินของตนเองตอบโจทยความต้องการของตนเองมากที่สุด ซึ่งหากว่าผู้ลงทุนเลือกที่จะให้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการลงทุนมาให้คำแนะนำการลงทุนแก่ตนนั้น จะทำให้การเลือกลงทุนของผู้ลงทุนนั้นมีความเหมาะสมกับผู้ลงทุนมากขึ้น ทั้งนี้ โดยอาศัยข้อมูลส่วนตัวของผู้ลงทุน เช่น สถานะทางการเงิน ความสามารถในการรับความเสี่ยง เป็นต้น ซึ่งธุรกิจที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการให้คำปรึกษาการลงทุน ได้แก่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน และบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน อันได้แก่ ผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และนักวิเคราะห์การลงทุน

2.1 ลักษณะและความหมายของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน

ตามความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม) ที่ปรึกษาการลงทุนเป็นนิติบุคคลในรูปแบบบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งเป็นบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนหรือใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ที่อนุญาตให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้หลายประเภทธุรกิจหลักทรัพย์ รวมทั้งการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนนั้น จะต้องเป็นการให้คำแนะนำแก่ประชาชนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม เกี่ยวกับคุณค่าของหลักทรัพย์ หรือความเหมาะสมในการลงทุนที่เกี่ยวกับหลักทรัพย์นั้น หรือที่เกี่ยวกับการซื้อหรือขายหลักทรัพย์ใด ๆ เป็นทางคำปкти ทั้งนี้ โดยได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่น แต่ไม่รวมถึงการให้คำแนะนำแก่ประชาชนในลักษณะที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (คณะกรรมการ ก.ล.ต.) ประกาศกำหนด¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ประกอบด้วย 3 องค์ประกอบได้แก่

1. การให้คำแนะนำแก่ประชาชนเกี่ยวกับการลงทุนในหลักทรัพย์
2. ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการลงทุนเกี่ยวกับหลักทรัพย์เป็นปกติทางการค้า
3. ได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่นจากการให้คำแนะนำนั้น²

โดยปัจจุบันมีบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนตามกฎหมายกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551 และ

¹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

² สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. "ที่ปรึกษาการลงทุนด้านหลักทรัพย์." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา <https://www.sec.or.th/TH/MarketProfessionals/Intermediaries/Pages/link-laws-regulations/link-regulated-entities/Brokerage/pagelink%20securities/preface.aspx> [11 ตุลาคม 2559]

บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนก่อนที่กฎกระทรวงดังกล่าวมีผลใช้บังคับทั้งสิ้น 48 บริษัท³ ได้แก่

1. บริษัทหลักทรัพย์ กรุงศรี จำกัด (มหาชน)
2. บริษัทหลักทรัพย์ กสิกรไทย จำกัด (มหาชน)
3. บริษัทหลักทรัพย์ โกลเบล็ก จำกัด
4. บริษัทหลักทรัพย์ คันทรี กรุ๊ป จำกัด (มหาชน)
5. บริษัทหลักทรัพย์ เคจีไอ (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน)
6. บริษัทหลักทรัพย์ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เครฟเวลลิง แอนด์ เครฟเวลลิง จำกัด
7. บริษัทหลักทรัพย์ เจพีมอร์แกน (ประเทศไทย) จำกัด
8. บริษัทหลักทรัพย์ ซิตีคอร์ป (ประเทศไทย) จำกัด
9. บริษัทหลักทรัพย์ ซี แอล เอส เอ (ประเทศไทย) จำกัด
10. บริษัทหลักทรัพย์ ซีมีโก้ จำกัด (มหาชน)
11. บริษัทหลักทรัพย์ ซีไอเอ็มบี (ประเทศไทย) จำกัด
12. บริษัทหลักทรัพย์ ซีไอเอ็มบี-พริ้นซิเพิล จำกัด
13. บริษัทหลักทรัพย์ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ดอยซ์ ทิสโก้ จำกัด
14. บริษัทหลักทรัพย์ ดีบีเอส วิคเคอร์ส (ประเทศไทย) จำกัด
15. บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน เดนาลี เพรสทีจ จำกัด
16. บริษัทหลักทรัพย์ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ต้นธารคอร์ปอเรชั่น จำกัด
17. บริษัทหลักทรัพย์ ทรินิตี้ จำกัด
18. บริษัทหลักทรัพย์ ทิสโก้
19. บริษัทหลักทรัพย์ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ยูแคป จำกัด
20. ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน)
21. บริษัทหลักทรัพย์ ไทยพาณิชย์ จำกัด
22. บริษัทหลักทรัพย์ ธนชาติ จำกัด
23. บริษัทหลักทรัพย์ ธนชาติ จำกัด (มหาชน)
24. บริษัทหลักทรัพย์ โนมูระ พัฒนสิน จำกัด (มหาชน)
25. บริษัทหลักทรัพย์นายหน้าซื้อขายหน่วยลงทุน บรอดเกต (ประเทศไทย) จำกัด
26. บริษัทหลักทรัพย์ บัวหลวง จำกัด (มหาชน)
27. บริษัทหลักทรัพย์ ฟินันซ่า จำกัด
28. บริษัทหลักทรัพย์ ฟินันเซีย ไซรัส จำกัด (มหาชน)
29. บริษัทหลักทรัพย์ ฟิลลิป (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน)

³ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. “รายชื่อบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน.” [ออนไลน์]. แหล่งที่มา http://capital.sec.or.th/webapp/th/infocenter/intermed/comprofile/resultt.php?lic_no=3 [11 ตุลาคม 2559]

30. บริษัทหลักทรัพย์ ภัทร จำกัด (มหาชน)
31. บริษัทหลักทรัพย์ เมย์แบงก์ กิมเอ็ง (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน)
32. บริษัทหลักทรัพย์ เมอร์ซัน พาร์ทเนอร์ จำกัด (มหาชน)
33. บริษัทหลักทรัพย์ เมอร์ริล ลินช์ (ประเทศไทย) จำกัด
34. บริษัทหลักทรัพย์ แมคควอรี (ประเทศไทย) จำกัด
35. บริษัทหลักทรัพย์ ยูบีเอส (ประเทศไทย) จำกัด
36. บริษัทหลักทรัพย์ ยูโอบี เคย์เฮียน (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน)
37. บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม วรณ จำกัด
38. บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนสยามไนท์ ฟินด์แมนเนจเม้นท์ จำกัด
39. บริษัทหลักทรัพย์หยวนต้า (ประเทศไทย) จำกัด
40. บริษัทหลักทรัพย์ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน อาแซม พลัส จำกัด
41. บริษัทหลักทรัพย์ อาร์เอชบี (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน)
42. บริษัทหลักทรัพย์ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เอกการลงทุน จำกัด
43. บริษัทหลักทรัพย์ เอเชีย พลัส จำกัด
44. บริษัทหลักทรัพย์ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เอฟเอสเอส อินเตอร์เนชั่นแนล จำกัด
45. บริษัทหลักทรัพย์ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เอ็มบีเอ็มจี จำกัด
46. บริษัทหลักทรัพย์ เออีซี จำกัด (มหาชน)
47. บริษัทหลักทรัพย์ ไอ วี โกลบอล จำกัด (มหาชน)
48. บริษัทหลักทรัพย์ ไอร่า จำกัด (มหาชน)

บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนข้างต้นนี้ เป็นนิติบุคคลซึ่งไม่มีชีวิตจิตใจ จึงต้องอาศัยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นบุคลากรที่อยู่ในตลาดทุน เช่น ผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และนักวิเคราะห์การลงทุน โดยแต่ละประเภทนั้น ทำหน้าที่แตกต่างกัน โดยผู้แนะนำการลงทุน เป็นผู้แนะนำการซื้อขายหลักทรัพย์ ว่าหลักทรัพย์ใดที่เหมาะสมหรือไม่เหมาะสมแก่การลงทุน ซึ่งเป็นการเสนอขายหลักทรัพย์แก่ผู้ลงทุน โดยอาศัยข้อมูลที่ได้จากนักวิเคราะห์การลงทุนมาประกอบการให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุน สำหรับผู้วางแผนการลงทุนนั้น ผู้วางแผนการลงทุนจะพิจารณาพอร์ตการลงทุนทั้งในระยะสั้นและระยะยาวของผู้ลงทุน โดยพิจารณาถึงว่าผู้ลงทุนมีสถานะการเงินเป็นอย่างไร ควรลงทุนในหลักทรัพย์เป็นสัดส่วนเท่าใด ในหุ้นกี่เท่าใด ซึ่งการทำหน้าที่ของผู้วางแผนการลงทุนจะมีอิทธิพลต่อการจัดการทรัพย์สินของผู้ลงทุนมากกว่าผู้แนะนำการลงทุน และไม่ได้มีการเสนอขายผลิตภัณฑ์ทางการเงินต่อผู้ลงทุน และสำหรับนักวิเคราะห์การลงทุน จะทำหน้าที่ติดตามเคลื่อนไหวของตราสารและหลักทรัพย์ต่าง ๆ เพื่อใช้เป็นข้อมูลให้แก่ผู้แนะนำการลงทุน ซึ่งนักวิเคราะห์การลงทุนนี้ จึงไม่ได้เข้ามาติดต่อกับผู้ลงทุนโดยตรง

2.2 คุณสมบัติการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติม) จะพบว่า ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนจะอยู่ในรูปแบบนิติบุคคลเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนดังกล่าวจะมีบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่ได้รับความเห็นชอบจาก สำนักงาน ก.ล.ต. ให้เป็นผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และ/หรือ นักวิเคราะห์การลงทุนแล้วแต่กรณี ทำหน้าที่ให้คำแนะนำแก่ผู้ลงทุน

บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่จะได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้จะต้องขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์จากสำนักงาน ก.ล.ต. ซึ่งใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์สำหรับการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนนั้นมีหลายประเภท ได้แก่ ใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ก ใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ข ใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ค และใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน

ก) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ก นั้น เป็นใบอนุญาตที่ให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้ 8 ประเภท ได้แก่ การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าหลักทรัพย์ การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน การจัดการกองทุนรวม การจัดการกองทุนส่วนบุคคล กิจการการยืมและให้ยืมหลักทรัพย์ และการจัดการเงินร่วมลงทุน โดยผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ก นี้ จะต้องเป็นบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ แต่ไม่รวมถึงบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์อันเป็นตราสารแห่งหนึ่ง หรือการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ที่เป็นหน่วยลงทุน บริษัทหลักทรัพย์นอกเหนือจากบริษัทหลักทรัพย์ข้างต้น แต่ไม่รวมถึงสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น ซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ภายหลังจากมีสถานะเป็นสถาบันการเงินแล้ว ธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงินอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด หรือบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ก⁴

ข) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภท ข นั้น เป็นใบอนุญาตที่ให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้ 5 ประเภท ได้แก่ การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์อันเป็นตราสารแห่งหนึ่ง การค้าหลักทรัพย์อันเป็นตราสารแห่งหนึ่ง การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน และกิจการการยืมและให้ยืมหลักทรัพย์ โดยผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ข นี้ จะต้องเป็นบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการค้าหลักทรัพย์หรือการจำหน่ายหลักทรัพย์อันเป็นตราสารแห่งหนึ่ง ธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงินอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด หรือบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ข⁵

⁴ ข้อ 4 กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551

⁵ ข้อ 5 กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551

ค) ใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภท ค นั้น เป็นใบอนุญาตที่ให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้ 7 ประเภท ได้แก่ การจัดการกองทุนรวม การจัดการกองทุนส่วนบุคคล การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ที่เป็นหน่วยลงทุน การค้าหลักทรัพย์ที่เป็นหน่วยลงทุน การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ที่เป็นหน่วยลงทุน การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน และการจัดการเงินร่วมลงทุน โดยผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ค นี้ จะต้องเป็นบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการจัดการกองทุนรวม ซึ่งไม่รวมถึงสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นซึ่งได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ภายหลังจากมีสถานะเป็นสถาบันการเงินแล้ว ธนาคารพาณิชย์ บริษัทประกันชีวิต สถาบันการเงินอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ค โดยมีผู้ถือหุ้นรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด หรือบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แบบ ค⁶

ง) สำหรับผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนนั้น จะต้องเป็นบริษัทหลักทรัพย์ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทประกันชีวิต สถาบันการเงินอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด หรือบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน⁷ ซึ่งนิติบุคคลที่จะขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์นั้น จะต้องมีความสมบูรณ์โดยมีทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วไม่น้อยกว่าจำนวนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีฐานะทางการเงินที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย หรือมีพฤติการณ์อื่นที่แสดงให้เห็นว่าอยู่ในระหว่างประสบปัญหาทางการเงินที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย หรือมีพฤติการณ์อื่นที่แสดงให้เห็นว่าอยู่ในระหว่างประสบปัญหาทางการเงินรวมทั้งไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีข้อบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมและการปฏิบัติงานอันดีของธุรกิจ สามารถดำรงเงินกองทุนและกันเงินสำรองได้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้นหรือกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลนั้น จะต้องแสดงให้เห็นว่าบุคคลที่เป็นหรือจะเป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ของผู้ที่ได้รับใบอนุญาต มีความสมบูรณ์และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 103 และประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามอย่างอื่นของผู้บริหารของบริษัทหลักทรัพย์ และแสดงได้ว่าบุคคลที่เป็นหรือจะเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามประกาศกระทรวงการคลังว่าด้วยการกำหนดเงื่อนไขให้บริษัทหลักทรัพย์ต้องขอรับความเห็นชอบบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่

นอกจากนี้ ผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องแสดงให้เห็นสำนักงาน ก.ล.ต. เห็นได้ว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตมีการบริหารงานที่ดีและมีประสิทธิภาพ มีนโยบายและมาตรการในการป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์การป้องกันการล่อลวงข้อมูลภายในระหว่างหน่วยงานและบุคลากร การควบคุมภายใน

⁶ ข้อ 6 กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551

⁷ ข้อ 8 กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551

⁸ ข้อ 11 กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551

และการบริหารความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ตามประเภทที่ขอเริ่มประกอบธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ รวมทั้งมีมาตรการในการควบคุมและติดตามให้มีการดำเนินงานตามนโยบายและมาตรการที่วางไว้ มีระบบงานที่มีความพร้อมในการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ตามประเภทที่ขอเริ่มประกอบธุรกิจ และมีความพร้อมด้านบุคลากรเพื่อรับผิดชอบงานด้านธุรกิจหลักทรัพย์ตามประเภทที่ขอเริ่มประกอบธุรกิจ⁹

สำหรับบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์เป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ได้แก่ ผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และนักวิเคราะห์การลงทุน ซึ่งเป็นบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน¹⁰ กฎหมายกำหนดให้บุคคลดังกล่าวจะต้องมีคุณสมบัติที่เกี่ยวกับความสามารถ ประสบการณ์การทำงาน ผ่านการอบรม หรือการทดสอบหลักสูตรของสำนักงาน ก.ล.ต. หรือหน่วยงานที่สำนักงาน ก.ล.ต. ยอมรับ และไม่มีลักษณะต้องห้าม 3 กลุ่ม¹¹ ดังนี้

1. มีความบกพร่องในด้านความสามารถตามกฎหมายหรืออยู่ระหว่างถูกดำเนินการตามกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลตลาดทุน หรือมีลักษณะขาดความน่าไว้วางใจ ซึ่งเป็นลักษณะต้องห้ามกลุ่มที่ 1

2. มีประวัติการถูกดำเนินการหรือถูกลงโทษที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานที่มีลักษณะหลอกลวง ฉ้อโกง หรือทุจริตเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งเป็นลักษณะต้องห้ามกลุ่มที่ 2

3. มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในการปฏิบัติต่อผู้ลงทุน ผู้ลงทุน บริษัท หรือผู้ถือหุ้นโดยรวม หรือตลาดเงินหรือตลาดทุนโดยรวม ในเรื่องที่มีนัยสำคัญ ซึ่งเป็นลักษณะต้องห้ามกลุ่มที่ 3

กรณีความรับผิดของบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนอันเนื่องมาจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นจะเกี่ยวข้องกับลักษณะต้องห้ามกลุ่มที่ 3 กล่าวคือ กรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีพฤติกรรมนั้นมีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้¹²

1. มีเหตุอันควรเชื่อว่ามีหรือเคยมีพฤติกรรมประพฤติผิดต่อหน้าที่หรือการให้บริการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและเป็นธรรม ขาดความรับผิดชอบหรือความรอบคอบเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพ หรือมี หรือเคยมีส่วนร่วม หรือสนับสนุนการกระทำดังกล่าวของบุคคลอื่น

2. มีเหตุอันควรเชื่อว่ามี หรือเคยมีพฤติกรรมที่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม หรือการเอาเปรียบผู้ลงทุน ในการซื้อขายผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน หรือมี หรือเคยมีส่วนร่วม หรือสนับสนุนการกระทำดังกล่าวของบุคคลอื่น

⁹ ข้อ 16 กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551

¹⁰ ข้อ 9 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน

¹¹ ข้อ 28 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน

¹² ข้อ 31 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน

3. มีเหตุอันควรเชื่อว่ามี หรือเคยมีพฤติกรรมในการเปิดเผย หรือเผยแพร่ข้อมูลหรือเอกสารอันเป็นเท็จที่อาจทำให้สำคัญผิด หรือโดยปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อการตัดสินใจของผู้ลงทุน ผู้ถือหุ้น หรือผู้ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลหรือเอกสารที่ยื่นหรือจัดส่งต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับตลาดทุน คณะกรรมการ ก.ล.ต. หน่วยงานที่กำกับดูแลสถาบันการเงิน หรือผู้ลงทุน หรือมี หรือเคยมีส่วนร่วมหรือสนับสนุนการกระทำดังกล่าวของบุคคลอื่น

4. มีเหตุอันควรเชื่อว่ามี หรือเคยมีพฤติกรรมที่เป็นการขาดจรรยาบรรณ หรือมาตรฐานในการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ หรือธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งกำหนดโดยสมาคม หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ หรือธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ที่สำนักงานยอมรับ หรือมี หรือเคยมีส่วนร่วม หรือสนับสนุนการกระทำดังกล่าวของบุคคลอื่น

ในเรื่องของคุณสมบัติเกี่ยวกับความสามารถ ประสบการณ์การทำงาน ผ่านการอบรม หรือการทดสอบหลักสูตรของสำนักงาน ก.ล.ต. หรือหน่วยงานที่สำนักงาน ก.ล.ต. ยอมรับ¹³ของผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และนักวิเคราะห์การลงทุน จะต้องมีคุณสมบัติดังนี้

1) ผู้แนะนำการลงทุน จะต้องจบการศึกษาระดับปริญญาตรีขึ้นไป โดยจบปริญญาตรีสาขาใดก็ได้ และจะต้องผ่านหลักสูตรทดสอบ แบบ Module-based ประกอบด้วย 3 หมวด ได้แก่ วิชาความรู้พื้นฐาน วิชาความรู้ด้านกฎระเบียบพื้นฐานที่เกี่ยวข้องและการให้คำแนะนำการลงทุนที่เหมาะสม และวิชาความรู้เกี่ยวกับหลักทรัพย์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้าและความรู้ด้านกฎระเบียบเฉพาะและมาตรฐานการปฏิบัติงานเกี่ยวกับหลักทรัพย์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ซึ่งสองวิชาแรกเป็นเนื้อหาบังคับเพื่อขึ้นทะเบียนใบอนุญาตเป็นผู้แนะนำการลงทุน และวิชาที่สามเป็นเนื้อหาเฉพาะเจาะจง ขึ้นกับการเลือกประเภทของผู้แนะนำการลงทุน ซึ่งประกอบด้วย 7 ประเภท ได้แก่ ด้านตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์ ตราสารหนี้ กองทุน ตราสารทุน สัญญา และโลหะมีค่า เมื่อสอบผ่านแล้ว สามารถยื่นคำขอเพื่อขึ้นทะเบียนเป็นผู้แนะนำการลงทุนกับสำนักงาน ก.ล.ต. ได้¹⁴

2) ผู้วางแผนการลงทุนจะต้องเข้าอบรมและสอบผ่านหลักสูตรใบอนุญาตผู้แนะนำการลงทุนด้านหลักทรัพย์ (Securities Investment Consultant : SIC ซึ่งเดิมเรียกว่า Single License)¹⁵ หลักสูตรใบอนุญาตผู้แนะนำการลงทุนด้านสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (Derivatives License) และหลักสูตรนักวางแผนการเงิน (Certified Financial Planner : CFP) เฉพาะฉบับที่ 1 เรื่อง พื้นฐานการวางแผนการเงิน ภาษี และจรรยาบรรณ และ ฉบับที่ 2 เรื่อง การวางแผนการลงทุน และจบปริญญาตรีสาขาใดก็ได้ จึงจะสามารถยื่นคำขอเพื่อขึ้นทะเบียนเป็นผู้วางแผนการลงทุนกับสำนักงาน ก.ล.ต.ได้ แต่อย่างไรก็ดี หากว่าในช่วง 10 ปี มีประสบการณ์การทำงานด้านการวางแผนการลงทุน น้อยกว่า 5 ปี

¹³ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลธ. 5/2560 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน (ฉบับที่ 6)

¹⁴ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. "เส้นทางวิชาชีพธุรกิจหลักทรัพย์." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา https://www.set.or.th/professional/Download/career/prof_book.pdf [11 ตุลาคม 2559]

¹⁵ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. "เส้นทางวิชาชีพธุรกิจหลักทรัพย์." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา https://www.set.or.th/professional/Download/career/prof_book.pdf [11 ตุลาคม 2559]

จะต้องเข้าอบรมหลักสูตรผู้วางแผนการลงทุน ภายใน 1 ปี และ ต้องผ่านการทดสอบภายใน 2 ปี แต่ถ้าหากว่า ในช่วง 10 ปี มีประสบการณ์การทำงานด้านการวางแผนการลงทุน มากกว่า 5 ปี จะต้องเข้าอบรมหลักสูตรการวางแผนการลงทุน ภายใน 2 ปี

3) นักวิเคราะห์การลงทุน มี 2 ประเภท ประเภทแรก นักวิเคราะห์การลงทุน ปัจจัยพื้นฐาน จะต้องจบปริญญาตรีและมีประสบการณ์การทำงานที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์ หรือ สัญญาซื้อขายล่วงหน้า ในกรณีที่จะเป็นนักวิเคราะห์ด้านตลาดทุนและด้านหลักทรัพย์จะต้องมีประสบการณ์ไม่น้อยกว่า 1 ปี และนักวิเคราะห์การลงทุนด้านสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจะต้องมีประสบการณ์ไม่น้อยกว่า 2 ปี รวมถึงสอบผ่านหลักสูตรทดสอบเพื่อขึ้นทะเบียนใบอนุญาต

สำหรับนักวิเคราะห์การลงทุนปัจจัยทางเทคนิค จะต้องจบปริญญาตรีและมีประสบการณ์การทำงานที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์ หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ไม่น้อยกว่า 1 ปี รวมถึงสอบผ่านหลักสูตรทดสอบเพื่อขึ้นทะเบียนใบอนุญาต

ทั้งนี้ นอกจากผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน หรือนักวิเคราะห์การลงทุน จะต้องมีความซื่อสัตย์และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนกำหนดแล้ว บุคลากรดังกล่าวก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อนปฏิบัติงาน ซึ่งหากพบว่าบุคลากรดังกล่าวมีลักษณะต้องห้าม สำนักงานอาจปฏิเสธการให้ความเห็นชอบบุคคลดังกล่าวก่อนปฏิบัติงานก็ได้ แต่หากบุคคลดังกล่าวปฏิบัติงานไปแล้วปรากฏในภายหลังว่ามีลักษณะต้องห้ามตามกลุ่มที่ 3 สำนักงาน ก.ล.ต. อาจสั่งพัก หรือเพิกถอนการให้ความเห็นชอบได้ตามสมควรแก่กรณี

2.3 หน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

ในการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดทำข้อมูลผู้ลงทุนและจัดให้มีการให้คำแนะนำที่เหมาะสมโดยการพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการลงทุน ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการลงทุน ความเสี่ยงที่ยอมรับได้ และปัจจัยอื่น ๆ ของผู้ลงทุนโดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องขอข้อมูลดังกล่าวจากผู้ลงทุนเพื่อประกอบการพิจารณา

ในสัญญาให้บริการแนะนำการลงทุนต้องระบุสิทธิของผู้ลงทุนในการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการให้บริการแนะนำการลงทุนที่ชัดเจนเพียงพอ และการกำหนดข้อตกลงในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างผู้ลงทุนกับบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนดจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ลงทุนด้วย

นอกจากนี้ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยหรือดำเนินการเปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจลงทุนอย่างเพียงพอ และภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ทั้งนี้ ข้อมูลดังกล่าวต้องมีความถูกต้องเป็นปัจจุบัน ไม่มีลักษณะที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือเป็นการบิดเบือนข้อเท็จจริง¹⁶

¹⁶ ข้อ 8 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทช. 3/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเป็นผู้ให้คำปรึกษาการลงทุน (ประมวล)

อย่างไรก็ตาม บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องจัดให้มีระบบงานที่แสดงความพร้อมในการประกอบธุรกิจการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ซึ่งรวมถึงระบบการควบคุมภายในในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้คำแนะนำและระบบการควบคุมดูแลการลงทุนของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและพนักงาน รวมถึงจัดให้มีผู้ดูแลการปฏิบัติงานของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเพื่อรับผิดชอบในการออกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์ การควบคุมภายในของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น รวมทั้งดูแลให้ผู้ติดต่อกับผู้ลงทุนปฏิบัติตามกฎหมาย ประกาศที่เกี่ยวข้อง และมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ¹⁷

นอกจากนี้ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องมีหลักประกันหรือสินทรัพย์สภาพคล่องอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างรวมกันให้มีมูลค่าเพียงพอตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด และคำนวณและรายงานการดำรงหลักประกันหรือสินทรัพย์สภาพคล่องให้เพียงพอ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ซึ่งหลักประกันนี้ กำหนดขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายของผู้ลงทุนที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่ครบถ้วนของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งได้แก่ ธรรมเนียมประกันภัยของบริษัทประกันภัย หนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุนหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น และหลักประกันอื่นใดตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด สำหรับสินทรัพย์สภาพคล่องนั้น จะต้องเป็นสินทรัพย์ที่ปราศจากภาระผูกพัน ได้แก่ เงินสดและเงินฝากธนาคาร บัตรเงินฝากหรือตั๋วสัญญาใช้เงินที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์ ธนาคารที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น บริษัทเงินทุน หรือบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ ตั๋วเงินคลัง พันธบัตรรัฐบาล พันธบัตรรัฐวิสาหกิจ พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตรกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน และพันธบัตรหรือตราสารแห่งหนึ่งที่กระทรวงการคลังเป็นผู้ออก และสินทรัพย์สภาพคล่องอื่นใดตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด¹⁸

แต่กรณีข้างต้น ไม่ใช้บังคับกับบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทอื่นอยู่แล้วก่อนวันที่ยื่นขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทที่ปรึกษาการลงทุน และไม่ใช้บังคับกับธนาคารพาณิชย์ หรือบริษัทเงินทุน ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน บริษัทประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต และสถาบันการเงินที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่จัดเก็บเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้คำแนะนำการลงทุนในหลักทรัพย์ ดังนี้

1) จัดเก็บเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้คำแนะนำในการลงทุนในหลักทรัพย์ไว้อย่างน้อยเป็นระยะเวลาสองปีนับแต่วันที่เผยแพร่เอกสารหลักฐานดังกล่าวให้แก่ผู้ลงทุนในลักษณะที่พร้อมให้สำนักงานเรียกดูหรือตรวจสอบได้ทันที ทั้งนี้ ในกรณีที่เป็นการจัด

¹⁷ ข้อ 3 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทช. 3/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน (ประมวล)

¹⁸ ข้อ 4 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทช. 3/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน (ประมวล)

ให้มีการให้คำแนะนำของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ต่างประเทศ ให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจัดเก็บเอกสารเกี่ยวกับการให้คำแนะนำ ไม่ว่าจะเป็นบทวิเคราะห์หรือเอกสารประกอบการให้คำแนะนำอื่นใดไว้อย่างน้อยเป็นระยะเวลาสองปีนับแต่วันที่มีการให้คำแนะนำดังกล่าวในประเทศไทย

2) จัดเก็บทะเบียนที่กึ่งเสียงหรือสิ่งบันทึกข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในการให้คำแนะนำไว้อย่างน้อยเป็นระยะเวลาสามเดือนนับแต่วันที่ให้คำแนะนำ ทั้งนี้ หากมีข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการให้คำแนะนำและการดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องร้องเรียนยังไม่เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจัดเก็บทะเบียนที่กึ่งเสียงหรือสิ่งบันทึกข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับการดำเนินการดังกล่าวไว้ต่อไปจนกว่าการดำเนินการเกี่ยวกับข้อร้องเรียนจะแล้วเสร็จ¹⁹

ในการดำเนินงานของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนดังกล่าว จะมีบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ซึ่งเป็นบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนดังกล่าว ทำหน้าที่ดังนี้

1) ผู้แนะนำการลงทุน (Investment Consultant : IC) ทำหน้าที่ติดต่อและชักชวนให้ลงทุน รวมถึงการให้คำแนะนำในการลงทุนในผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ ในตลาดทุนแก่ผู้ลงทุน ซึ่งผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน ได้แก่ หลักทรัพย์ (เช่น หุ้น พันธบัตร กองทุนรวม เป็นต้น) และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า แต่จะไม่ได้ทำหน้าที่วางแผนหรือวิเคราะห์การลงทุนประกอบการให้คำแนะนำ²⁰ ซึ่งผู้แนะนำการลงทุนนั้นสามารถแบ่งเป็น 2 ประเภท²¹ (ก) ผู้แนะนำการลงทุนตราสารทั่วไป สามารถให้คำแนะนำแก่ผู้ลงทุนได้เฉพาะผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่ไม่มีความซับซ้อน (ข) ผู้แนะนำการลงทุนตราสารซับซ้อน สามารถให้คำแนะนำแก่ผู้ลงทุนได้ทั้งในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่ไม่มีความซับซ้อนและผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่มีความเสี่ยงหรือมีความซับซ้อนได้เพิ่มเติมด้วย และสำหรับผู้แนะนำการลงทุนตราสารซับซ้อนนั้น ยังสามารถแยกย่อยได้อีก 3 ประเภท ได้แก่ (ก) ผู้แนะนำการลงทุนตราสารซับซ้อนประเภท 1 สามารถแนะนำผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่มีความเสี่ยงสูงหรือมีความซับซ้อนได้ทุกประเภท (ข) ผู้แนะนำการลงทุนตราสารซับซ้อนประเภท 2 สามารถแนะนำผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่มีความเสี่ยงสูงหรือมีความซับซ้อนได้เฉพาะที่เป็นหน่วยลงทุนที่มีความเสี่ยงสูงหรือมีความซับซ้อน และตราสารหนี้ที่มีความเสี่ยงสูงหรือมีความซับซ้อน (ค) ผู้แนะนำการลงทุนตราสารซับซ้อนประเภท 3 สามารถแนะนำผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่มีความเสี่ยงสูงหรือมีความซับซ้อนได้เฉพาะที่เป็นสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

2) ผู้วางแผนการลงทุน (Investment Planner : IP) ทำหน้าที่ให้คำแนะนำการลงทุนแก่ผู้ลงทุนซึ่งสามารถวางแผนการลงทุนประกอบการให้คำแนะนำได้ ซึ่งได้แก่การใช้ข้อมูลของ

¹⁹ ข้อ 10 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลช. 3/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน (ประมวล)

²⁰ ศิริพงษ์ ไพศาลคงทวี. “แนวทางการสนับสนุนทุนอบรมและสอบเพื่อเป็นผู้วางแผนการลงทุน (Investment Planner) สำหรับธนาคารพาณิชย์ [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา:

”[https://www.set.or.th/professional/Download/career/Investment%20Planner\(IP\)%20license_info..pdf](https://www.set.or.th/professional/Download/career/Investment%20Planner(IP)%20license_info..pdf) [31 ธันวาคม 2558]

²¹ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลช. 5/2560 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน (ฉบับที่ 6)

ผู้ลงทุนแต่ละรายเชิงลึก เพื่อนำมาประกอบการวางแผนและให้คำแนะนำการลงทุนในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนแบบเฉพาะเจาะจง ซึ่งสอดคล้องกับความเสี่ยงที่ยอมรับได้และวัตถุประสงค์การลงทุนของผู้ลงทุนแต่ละราย ซึ่งเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2557 คณะกรรมการกำกับตลาดทุนได้ประกาศให้ผู้วางแผนการลงทุนเป็นวิชาชีพใหม่ ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน

3) นักวิเคราะห์การลงทุน (Investment Analyst : IA) ทำหน้าที่ให้คำแนะนำการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ซึ่งสามารถวิเคราะห์การลงทุนประกอบการให้คำแนะนำได้ อันได้แก่การวิเคราะห์หรือการให้คำแนะนำเกี่ยวกับคุณค่าหรือความเหมาะสมในการซื้อขายหรือลงทุนในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน ไม่ว่าจะเป็น (ก) การวิเคราะห์ด้วยปัจจัยพื้นฐาน ซึ่งเป็นการวิเคราะห์เพื่อหามูลค่าที่เหมาะสมของผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน โดยพิจารณาจากปัจจัยที่มีผลกระทบต่อผลการดำเนินงานในอนาคต เช่น ภาวะเศรษฐกิจ การเงิน การเมือง ภาวะอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง แนวทางการบริหารงานของผู้ออกผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน รวมถึงความเสี่ยงต่าง ๆ ทางธุรกิจ เป็นต้น โดยมีการนำข้อมูลการดำเนินงานในอดีตและปัจจุบันมาร่วมคาดการณ์แนวโน้มผลการดำเนินงานในอนาคต หรือ (ข) การวิเคราะห์ด้วยปัจจัยทางเทคนิค ซึ่งเป็นการวิเคราะห์โดยพฤติกรรมของราคาและปริมาณการซื้อขายของผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน หรือพฤติกรรมของตลาดในอดีต โดยมีการจัดทำกราฟและใช้ทฤษฎีวิเคราะห์ทางเทคนิค ประกอบกับผลการทดสอบวิจัยมาคาดการณ์พฤติกรรมราคาเคลื่อนไหวของราคาหลักทรัพย์ สัญญาซื้อขายล่วงหน้า หรือพฤติกรรมราคาเคลื่อนไหวของตลาดในอนาคต ทั้งนี้ นักวิเคราะห์การลงทุนจะทำหน้าที่ประมวลข้อมูลด้านการลงทุน ประกอบการให้คำแนะนำผู้ลงทุนเกี่ยวกับคุณค่าหรือความเหมาะสมในการซื้อขายหรือลงทุนในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน

เนื่องจากผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และนักวิเคราะห์การลงทุนเป็นบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน²² ที่ทำหน้าที่แนะนำ วางแผนหรือวิเคราะห์การลงทุนให้กับผู้ลงทุน (แล้วแต่กรณี) ผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และนักวิเคราะห์การลงทุนจึงต้องมีคุณสมบัติ ไม่มีลักษณะต้องห้าม และได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต.²³

2.4 มาตรฐานการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์

การกำหนดมาตรฐานการดำเนินงานของที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นธุรกิจหลักทรัพย์นั้น เป็นการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจ เพื่อปกป้องประโยชน์และเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของผู้ลงทุน อีกทั้งเป็นการสร้างภาพลักษณ์ที่ดีให้กับตลาดทุน โดยการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์นั้น เป็นการประกอบธุรกิจในฐานะผู้มีวิชาชีพ จึงต้องประกอบธุรกิจและให้บริการแก่ผู้ลงทุนด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และใช้ความรู้ ความสามารถ และความชำนาญ ด้วยความเอาใจใส่และระมัดระวังตามมาตรฐานหรือเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพในลักษณะเดียวกันพึงกระทำ ดำเนินธุรกิจโดยรักษาภาพลักษณ์ และชื่อเสียงของผู้ประกอบธุรกิจ รวมทั้งรักษาความน่าเชื่อถือของตลาดทุนเป็นสิ่งสำคัญ ตลอดจน

²² ข้อ 9 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน

²³ ข้อ 4 (5) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทลธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน

ดำเนินธุรกิจด้วยความสมเหตุสมผลซึ่งเหมาะสมกับเวลา ลักษณะหรือสภาพของธุรกิจและการให้บริการ ให้บริการอย่างมีคุณภาพและปฏิบัติต่อผู้ลงทุนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกันโดยคำนึงถึงประเภท ลักษณะและเงื่อนไขของผู้ลงทุน ไม่กระทำการใดที่จะเป็นผลให้ผู้ลงทุนฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อจำกัดหรือหน้าที่ตามกฎหมาย (ตามที่ผู้ลงทุนแจ้ง) หรือการไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือที่จะทำให้การทำธุรกิจไม่เป็นไปตามมาตรฐานหรือเยี่ยงผู้ประกอบวิชาชีพในลักษณะเดียวกันจะพึงกระทำ ไม่รับหรือให้คำตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใดไม่ว่าในรูปแบบเงิน สิ่งของ หรือบริการยิ่งกว่าคำตอบแทนหรือประโยชน์ปกติที่พึงได้รับหรือให้เนื่องจากการประกอบธุรกิจ และดูแลไม่ให้มีการนำทรัพยากรของผู้ประกอบธุรกิจเข้าไปมีส่วนร่วมหรือถูกใช้ไปในทางที่ไม่ชอบ²⁴

ในเรื่องความขัดแย้งทางผลประโยชน์นั้น หมายความว่าถึงทั้งผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ลงทุนกับผู้ประกอบธุรกิจ และระหว่างผู้ลงทุนด้วยกันเองของผู้ประกอบธุรกิจ²⁵ ซึ่งการกระทำที่มีความขัดแย้งทางผลประโยชน์นั้น ได้แก่ การแสวงหาประโยชน์โดยให้ผู้ลงทุนเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่าย ทำธุรกรรมโดยอาศัยข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคลากรของผู้ประกอบธุรกิจล่วงรู้มาจากการประกอบธุรกิจและข้อมูลดังกล่าวไม่ได้เปิดเผยเป็นการทั่วไป ได้รับหรือจะรับคำตอบแทนหรือประโยชน์อื่นใด ไม่ว่าในรูปแบบเงิน สิ่งของ หรือบริการจากบุคคลใด ๆ มากไปกว่าประโยชน์ที่ได้รับปกติจากการประกอบธุรกิจ ได้รับหรือจะรับคำตอบแทน โดยเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ลงทุนรายใด ๆ ยิ่งกว่าประโยชน์ของผู้ลงทุนอีกรายหนึ่ง ซึ่งทำให้มีการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อผู้ลงทุนอีกรายหนึ่งที่อยู่ในกลุ่มผู้ลงทุนประเภทเดียวกันซึ่งควรได้รับบริการที่เท่าเทียมกัน ไม่สามารถให้บริการแก่ผู้ลงทุนในแต่ละประเภทหรือลักษณะธุรกิจให้ได้รับประโยชน์ที่พึงได้รับอย่างเหมาะสม เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจได้รับประโยชน์จากผลของการให้บริการแก่ผู้ลงทุน หรือการทำธุรกรรมเพื่อผู้ลงทุน ซึ่งไม่สอดคล้องกับประโยชน์ที่ผู้ลงทุนพึงได้รับ หรือเนื่องจากมีประโยชน์ที่ขัดกันเองระหว่างผู้ลงทุน และทำธุรกรรมเพื่อผู้ลงทุนกับผู้ประกอบธุรกิจนั่นเองหรือกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง²⁶ ซึ่งในกรณีที่กรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคลากรฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามระบบงานหรือมาตรการที่กำหนดไว้ จะมีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ไว้ ได้แก่ การลงโทษกรรมการ ผู้บริหาร หรือบุคลากร ซึ่งเกี่ยวข้องกับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามความเหมาะสม เยียวยาความเสียหายหรือชดเชยผลประโยชน์แก่ผู้ลงทุน (ถ้ามี) ทบทวนระบบงานและมาตรการ รวมทั้งเสนอการปรับปรุงแก้ไขเพื่อป้องกันการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามระบบงานและมาตรการที่กำหนดไว้ และจะต้องรายงานการ

²⁴ ข้อ 7 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

²⁵ ข้อ 15 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

²⁶ ข้อ 16 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

ดำเนินการลงโทษ การเยียวยาความเสียหาย การทบทวนระบบงานและมาตรการให้สำนักงาน ก.ล.ต. ทราบโดยไม่ชักช้า²⁷

นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจต้องไม่กระทำการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีลักษณะเอาเปรียบผู้ลงทุนหรือผู้ลงทุนทั่วไป โดยการใช้ข้อมูลหรือโอกาสจากการให้บริการ ในลักษณะที่การทำธุรกรรมนั้นทำเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่นก่อนดำเนินการเพื่อผู้ลงทุนโดยอาศัยข้อมูลการสั่งซื้อ ขาย หรือเข้าทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนของผู้ลงทุนหรือการตัดสินใจลงทุนเพื่อผู้ลงทุน หรือลักษณะที่อาศัยข้อมูลเกี่ยวกับการวิเคราะห์การลงทุนที่ตนเองจัดทำหรือได้รับมาเพื่อจะเผยแพร่ ก่อนมีการเผยแพร่การวิเคราะห์ดังกล่าว เพื่อซื้อขายผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น หรือลักษณะที่มีการซื้อขายหรือเข้าทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนโดยใช้ข้อมูลภายในที่น่าจะเป็นการเอาเปรียบต่อผู้ลงทุนทั่วไป หรือเปิดเผยข้อมูลภายในนั้นให้บุคคลอื่นได้ใช้ประโยชน์ ซึ่งข้อมูลภายในนั้น เป็นข้อมูลหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เป็นสาระสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงราคาของผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่ยังไม่ได้เปิดเผยเป็นการทั่วไป²⁸ และไม่ใช้บัญชีซื้อขายหรือบัญชีเพื่อการทำธุรกรรมเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนของผู้ลงทุน เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น²⁹

ในการติดต่อหรือให้บริการแก่ผู้ลงทุนรายใหม่ ผู้ประกอบธุรกิจต้องเปิดเผยข้อมูลให้ผู้ลงทุนทราบ 6 เรื่อง ได้แก่

- 1) ข้อมูลทั่วไปของผู้ประกอบธุรกิจ
- 2) ลักษณะ ขอบเขต และเงื่อนไขการให้บริการที่เสนอต่อผู้ลงทุน
- 3) ช่องทางการให้บริการและการติดต่อสื่อสาร
- 4) สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบและเงื่อนไขที่ผู้ลงทุนมีหรือต้องปฏิบัติเมื่อใช้บริการ
- 5) ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (ถ้ามี)
- 6) วิธีปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้ลงทุน ไม่ว่าจะจะเป็นไปตามกฎหมายประกาศที่เกี่ยวข้อง และวิธีปฏิบัติที่ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดขึ้น³⁰

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีการประกอบธุรกิจอื่นหรือให้บริการอื่น นอกเหนือจากการให้บริการเกี่ยวกับการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนด้วย ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดให้มีการแบ่งแยกพื้นที่ในการติดต่อหรือให้บริการผู้ลงทุนออกจากพื้นที่การประกอบธุรกิจอื่นหรือ

²⁷ ข้อ 17 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

²⁸ ข้อ 20 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

²⁹ ข้อ 21 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

³⁰ ข้อ 26 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

ให้บริการอื่นเป็นส่วนและจัดให้มีป้ายหรือสัญลักษณ์ให้ผู้ลงทุนเห็นได้ชัดเจน และจัดให้บุคคลที่ทำหน้าที่ติดต่อหรือให้บริการแก่ผู้ลงทุนแสดงตนต่อผู้ลงทุนว่าเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้ประกอบธุรกิจให้ทำหน้าที่ให้บริการเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน³¹

ขั้นตอนแรก ก่อนเริ่มให้บริการแก่ผู้ลงทุน ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรวบรวมและประเมินข้อมูลของผู้ลงทุน โดยทำความรู้จักผู้ลงทุน จัดประเภทผู้ลงทุน ประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนและพิจารณาความสามารถของผู้ลงทุนในการปฏิบัติตามข้อตกลงในการใช้บริการ³² ซึ่งในการรวบรวมข้อมูลของผู้ลงทุนนั้น จะต้องมีข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ลงทุนหรือผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงและข้อมูลของผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้ลงทุน (ถ้ามี) ข้อมูลเกี่ยวกับความสามารถและแหล่งที่มาของรายได้ที่นำมาใช้ในการชำระหนี้และวางหลักประกันของผู้ลงทุน ข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น ได้แก่ ฐานะทางการเงิน ประสบการณ์ในการลงทุน ความรู้เกี่ยวกับการลงทุน วัตถุประสงค์ในการลงทุน และความเสี่ยงที่ยอมรับได้ แต่ถ้าหากว่าผู้ลงทุนปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลหรือข้อมูลที่รับจากผู้ลงทุนนั้นไม่เพียงพอ ให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดประเภทผู้ลงทุนเป็นประเภทผู้ลงทุนทั่วไป³³

ขั้นตอนต่อมา เมื่อจัดประเภทผู้ลงทุนได้แล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งให้ผู้ลงทุนทราบถึงผลการจัดประเภทของผู้ลงทุน และแจ้งให้ทราบถึงสิทธิ ข้อจำกัดสิทธิ และระดับความเสี่ยงของผู้ลงทุนแต่ละประเภทด้วย รวมทั้งสิทธิที่จะขอเปลี่ยนประเภทเพื่อรับบริการเช่นเดียวกับประเภทผู้ลงทุนทั่วไป³⁴

ในการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องนำเสนอการบริการการลงทุนหรือการทำธุรกรรมที่มีความเสี่ยงสอดคล้องกับระดับความเสี่ยงที่ผู้ลงทุนยอมรับได้ เมื่อได้ทำการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งผลการประเมินความเหมาะสมรวมถึงให้คำแนะนำเบื้องต้นเพื่อให้ผู้ลงทุนเข้าใจถึงความสำคัญของการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่เหมาะสม ซึ่งคำแนะนำเบื้องต้นเกี่ยวกับการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุนจะต้องทำโดยบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ และเป็นไปตามหลัก

³¹ ข้อ 29 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

³² ข้อ 30 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

³³ ข้อ 31 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

³⁴ ข้อ 33 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

วิชาการอันเป็นที่ยอมรับ³⁵ แต่ถ้าหากว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมของผู้ลงทุนได้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องปฏิเสธการให้บริการ³⁶ เพราะการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนนั้น เพื่อประเมินว่าผู้ลงทุนสามารถยอมรับความเสี่ยงได้ในระดับใด เช่น รับความเสี่ยงได้ต่ำ ปานกลาง หรือสูง ประกอบการให้คำปรึกษาในการกำหนดประเภทและวงเงินในการลงทุนของผู้ลงทุน

นอกจากนี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดูแลให้ผู้ลงทุนลงทุนหรือทำธุรกรรมเป็นไปตามผลการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือคำแนะนำเกี่ยวกับการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุน แต่ถ้าหากว่าผู้ลงทุนประสงค์ที่จะลงทุนหรือทำธุรกรรมโดยไม่เป็นไปตามผลการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือคำแนะนำเกี่ยวกับการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุน ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ผู้ลงทุนตระหนักถึงความเสี่ยงจากการลงทุนหรือทำธุรกรรมดังกล่าว

กรณีที่ไม่สามารถประเมินหรือพบข้อจำกัดเกี่ยวกับความสามารถของผู้ลงทุนในการปฏิบัติตามข้อตกลงในการใช้บริการไม่ว่าในขณะใด ๆ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องปฏิเสธการให้บริการหรือขอขเขตการให้บริการ³⁷

อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจต้องทบทวนและปรับปรุงข้อมูลของผู้ลงทุนให้เป็นปัจจุบันในระยะเวลาที่เหมาะสม เช่น ทบทวนการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมของผู้ลงทุน (Suitability Test) อย่างน้อยทุก 2 ปี ซึ่งเป็นการตรวจสอบว่าข้อมูลของผู้ลงทุนเคยให้มาในตอนต้นยังเหมือนเดิมหรือมีการเปลี่ยนแปลงในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือไม่ เช่น อาชีพ สถานะทางการลงทุน เพราะข้อมูลดังกล่าว เป็นปัจจัยที่นำมาประกอบการประเมินและวิเคราะห์ความเหมาะสมในการลงทุนของผู้ลงทุน โดยอาจดำเนินการพร้อมกับการทบทวนข้อมูลการทำความรู้จักผู้ลงทุน (Know your client : KYC) หรือเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ข้อมูลที่มีอยู่นั้นไม่ถูกต้องหรือมีความคลาดเคลื่อนไปจากความเป็นจริง³⁸

กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมีความประสงค์จะทำการวิเคราะห์และแนะนำการลงทุนให้กับผู้ลงทุน ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดให้มีบุคลากรที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. เป็นผู้ทำการวิเคราะห์และแนะนำการลงทุนให้กับผู้ลงทุน หรือให้ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีบุคลากรที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. เป็นผู้ดำเนินการแทน หรือจัดให้มีช่องทางที่ผู้ลงทุนสามารถ

³⁵ ข้อ 34 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

³⁶ ข้อ 35 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

³⁷ ข้อ 36 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

³⁸ ข้อ 37 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

ติดต่อกับบุคลากรที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ให้ทำหน้าที่วิเคราะห์และแนะนำ การลงทุนกับผู้ลงทุน ซึ่งบุคลากรที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจ จะต้องจัดให้มีอย่างเพียงพอในการประกอบธุรกิจ และบุคลากรจะต้องมีความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์การทำงานที่เหมาะสม มีความซื่อสัตย์สุจริตและไม่มีประวัติในทางที่เสื่อมเสีย³⁹ ผู้ประกอบการจะต้องพิจารณาความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนของผู้ลงทุนตามข้อมูลที่ได้จากการจัดประเภทผู้ลงทุนและการประเมินความเหมาะสมในการลงทุน หรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่จะแนะนำ ให้แก่ผู้ลงทุนหรือที่ผู้ลงทุนสนใจลงทุน โดยมีข้อมูลเพียงพอ ไม่บิดเบือน และไม่ทำให้สำคัญผิด แจกจ่ายหนังสือชี้ชวนหรือข้อมูลเกี่ยวกับการเสนอขายผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน เอกสารสรุปข้อมูลสำคัญของผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน (fact sheet) ให้แก่ผู้ลงทุน ดูแลให้บริการเกี่ยวกับการลงทุนหรือการทำ ธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนตามความประสงค์ของผู้ลงทุน โดยให้คำแนะนำเกี่ยวกับบริการหรือ ผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนแก่ผู้ลงทุนอย่างถูกต้องครบถ้วน สมเหตุสมผล และไม่ทำให้สำคัญผิด ทำให้ ผู้ลงทุนเข้าใจลักษณะของความเสี่ยงและผลตอบแทนของบริการหรือผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนเป็นอย่างดี ก่อนตัดสินใจใช้บริการ และไม่เร่งรัดให้ผู้ลงทุนตัดสินใจลงทุน โดยใช้เวลาผู้ลงทุนอย่างเพียงพอ ในการศึกษาข้อมูลและตัดสินใจใช้บริการ⁴⁰

ในการนำเสนอการให้บริการเกี่ยวกับการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ ตลาดทุนใดให้แก่ผู้ลงทุน ผู้ประกอบธุรกิจต้องนำเสนอเฉพาะบริการที่มีความเหมาะสมกับผู้ลงทุน โดยจะต้องคำนึงผลการจัดประเภทผู้ลงทุน ผลการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำ ธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน คำแนะนำเบื้องต้นเพื่อให้ผู้ลงทุนเข้าใจความสำคัญในการจัดสรร และกำหนดสัดส่วนการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่เหมาะสม บทวิเคราะห์ การลงทุนที่ผู้ประกอบการจัดทำขึ้นเอง และการได้รับข้อมูลหรือบริการที่เกี่ยวข้องหลังการลงทุนหรือ การทำธุรกรรมของผู้ลงทุน⁴¹

เมื่อผู้ลงทุนตัดสินใจที่จะใช้บริการแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการด้วยความ รวดเร็วตามสภาพและดูแลตรวจสอบให้การบริการเป็นไปตามความประสงค์ของผู้ลงทุน ให้บริการ เกี่ยวกับการลงทุนหรือการทำธุรกรรมให้เป็นไปตามกลไกตลาดและได้รับเงื่อนไขที่ดีที่สุดตามสภาพ ตลาด (Duty of best execution) รายงานหรือแจ้งผลการดำเนินการให้ผู้ลงทุนทราบโดยมี รายละเอียดเพียงพอและภายในระยะเวลาที่เหมาะสม⁴²

³⁹ ข้อ 13 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁴⁰ ข้อ 48 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁴¹ ข้อ 40 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁴² ข้อ 43 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

อย่างไรก็ตาม ในการให้บริการที่ต้องมีการทำข้อตกลงก่อนเริ่มให้บริการ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงที่ทำกับผู้ลงทุนจะต้องมีการใช้ภาษาและขนาดตัวอักษรที่ผู้ลงทุนสามารถอ่านเนื้อหาได้ง่าย ชัดเจน เหมาะสมกับรูปแบบเอกสาร และมีการเน้นตัวอักษรเมื่อเป็นข้อความสำคัญ เช่น คำเตือนเกี่ยวกับความเสี่ยง เป็นต้น เลือกใช้ข้อความที่ไม่ทำให้เข้าใจผิดหรือเป็นการบิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้ลงทุนหรือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ครอบคลุมลักษณะขอบเขต เงื่อนไขและช่องทางในการติดต่อการให้บริการ มีข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจและผู้ลงทุน มีข้อมูล คำเตือน ข้อจำกัด ข้อห้าม หรือความเสี่ยงใด ๆ ที่เกิดจากการใช้บริการ จัดให้ผู้ลงทุนรับทราบและยอมรับเงื่อนไขหรือข้อจำกัดการให้บริการที่ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดขึ้น เช่น การให้ผู้ลงทุนจัดหาข้อมูลเพิ่มเติม การงดให้บริการ เป็นต้น และมีข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการให้บริการ⁴³

สำหรับการวิเคราะห์การลงทุนในผลิตภัณฑ์ตลาดทุน ผู้ประกอบการจะต้องจัดให้มีระบบงานและมาตรการป้องกันไม่ให้บุคลากรที่ทำหน้าที่วิเคราะห์การลงทุนนำข้อมูลที่มีนัยสำคัญและยังไม่มีเปิดเผยต่อสาธารณชนไปหาประโยชน์หรือเปิดเผยต่อบุคคลอื่น มาตรการป้องกันไม่ให้บุคลากรที่ทำหน้าที่วิเคราะห์การลงทุนรับค่าตอบแทนจากบุคคลอื่นที่มีส่วนได้เสียกับการวิเคราะห์การลงทุนนั้น ระบบควบคุมดูแลให้บุคลากรที่ทำหน้าที่วิเคราะห์การลงทุนมีความเป็นอิสระในการทำหน้าที่ โดยไม่ถูกครอบงำหรือได้รับอิทธิพลจากผู้ออกผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนหรือบุคคลที่มีส่วนได้เสียในการจัดทำการวิเคราะห์การลงทุน ระบบควบคุมดูแลให้บุคลากรที่ทำหน้าที่วิเคราะห์การลงทุนปฏิบัติตามหน้าที่ของตนเองให้เป็นไปตามประเภทหรือขอบเขตการวิเคราะห์การลงทุนตามที่ได้รับมอบหมาย⁴⁴

ในการวิเคราะห์การลงทุนโดยใช้ข้อมูลของบุคคลอื่นนั้น ผู้ประกอบธุรกิจต้องพิจารณาคัดเลือกข้อมูลที่มีความน่าเชื่อถือและเป็นปัจจุบัน ตรวจสอบและระบุแหล่งที่มาของข้อมูลเพื่อการสืบค้นเพิ่มเติมได้ ดูแลการใช้ข้อมูลเป็นไปตามกฎหมายและไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูล⁴⁵

การวิเคราะห์การลงทุนที่จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องมีการกำหนดลักษณะความเสี่ยงและความเหมาะสมในการลงทุนอย่างครบถ้วน มีการแสดงข้อมูลที่ใช้ในการวิเคราะห์อย่างชัดเจน โดยข้อมูลดังกล่าวต้องเป็นปัจจุบันไม่มีลักษณะที่อาจทำให้สำคัญผิด และมีแหล่งที่มาที่น่าเชื่อถือ ไม่อ้างอิงกับข้อมูลที่ไม่มีแหล่งที่มาหรือที่มีการปฏิเสธว่าเป็นข้อมูลที่ไม่ถูกต้องจากผู้

⁴³ ข้อ 44 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ พ.ศ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁴⁴ ข้อ 49 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ พ.ศ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁴⁵ ข้อ 50 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ พ.ศ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

เกี่ยวข้อง ไม่มีลักษณะเป็นการกระตุ้นหรือยุยงให้ผู้ลงทุนใช้บริการเพื่อลงทุนหรือทำธุรกรรมบ่อยครั้ง หรือเร่งรัดให้มีการใช้บริการเพื่อการลงทุนหรือเข้าทำธุรกรรม จัดทำโดยอาศัยหลักวิชาอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป และในสาระที่เป็นการตีความ คาดการณ์ ประเมิน หรือความเห็น จะต้องมีการระบุ ลักษณะต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน และต้องแสดงเหตุผลหรือที่มาของการตีความ คาดการณ์ ประเมิน หรือความเห็นนั้น⁴⁶

นอกจากนี้ คณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้วางหลักการในการดำเนินธุรกิจหลักทรัพย์ของผู้ประกอบธุรกิจไว้ 13 ประการ ดังนี้⁴⁷

1. ให้มีความซื่อสัตย์ ยุติธรรม และมีคุณธรรม (honesty, fairness and integrity) โดยจะต้องให้ความสำคัญกับความน่าเชื่อถือของตลาดทุนโดยรวม (Market integrity)
2. มีการใช้ทักษะ ความเอาใจใส่ และความระมัดระวัง (skill, care and diligence) โดยจะต้องใช้ความรู้ ความสามารถ และความชำนาญ ด้วยความเอาใจใส่และระมัดระวัง
3. มีการบริหารจัดการและการควบคุม (management and control) โดยจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสมเหตุสมผลเพื่อบริหารจัดการและควบคุมดูแลการดำเนินธุรกิจอย่างมีประสิทธิภาพและมีความรับผิดชอบต่อผู้มีระบบการบริหารและจัดการความเสี่ยงที่รัดกุมเพียงพอ
4. มีความมั่นคงทางการเงิน (financial prudence) โดยจะต้องมีฐานะทางการเงินที่มั่นคงและเพียงพอต่อการดำเนินธุรกิจได้อย่างต่อเนื่อง
5. มีการปฏิบัติตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพ (market conduct) โดยจะต้องดำเนินธุรกิจให้เป็นไปตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพในลักษณะเดียวกันนั้นพึงกระทำ
6. มีความพร้อมของบุคลากร (competent staff readiness) โดยต้องจัดให้มีบุคลากรที่มีความสามารถและเหมาะสมในจำนวนที่เพียงพอต่อการดำเนินธุรกิจ รวมทั้งต้องกำกับดูแลบุคลากรให้ปฏิบัติหน้าที่ให้อยู่ในกรอบและเป็นไปตามกฎหมาย กฎเกณฑ์ จรรยาบรรณ และมาตรฐานการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง
7. มีการจัดการความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) โดยต้องจัดการความขัดแย้งทางผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม ทั้งความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหรือบุคลากรของผู้ประกอบธุรกิจกับผู้ลงทุนหรือระหว่างผู้ลงทุนด้วยกันเอง เช่น การเปิดเผยให้ผู้ลงทุนทราบถึงลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ เมื่อให้คำแนะนำหรือ

⁴⁶ ข้อ 51 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁴⁷ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 18/2554 เรื่อง หลักการดำเนินธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

ปรึกษาเกี่ยวกับการลงทุนในหลักทรัพย์ดังกล่าว หรืออาจเป็นการเปิดเผยลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ไว้ในรายงานหรือบทความการวิเคราะห์การลงทุนในหลักทรัพย์ เมื่อมีการจัดทำและเผยแพร่รายงานวิเคราะห์เกี่ยวกับหลักทรัพย์ดังกล่าว⁴⁸

8. มีการคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ลงทุน (clients' interest) โดยต้องดำเนินธุรกิจโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของผู้ลงทุนเป็นสำคัญและปฏิบัติต่อผู้ลงทุนทุกรายอย่างเป็นธรรม เช่น การแนะนำให้ผู้ลงทุนลงทุนหรือทำธุรกรรมที่ทำให้ตนได้รับค่านายหน้ามากขึ้น โดยที่ผู้ลงทุนไม่เหมาะสมกับการลงทุนประเภทนั้น

9. มีการทำความรู้จักผู้ลงทุน (know your clients) โดยต้องจัดให้มีข้อมูลเกี่ยวกับผู้ลงทุนอย่างเพียงพอเพื่อให้ทราบถึงตัวตนที่แท้จริง และข้อมูลอื่นเพื่อประกอบการให้บริการได้อย่างเหมาะสม เช่น ชื่อ วันเดือนปีเกิด เลขประจำตัวประชาชน อาชีพ ข้อมูลการติดต่อ ที่อยู่ตามทะเบียนบ้านที่อยู่ปัจจุบัน สถานที่ทำงาน ลายมือชื่อ สถานะทางการลงทุน วัตถุประสงค์การลงทุน และความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการลงทุน เป็นต้น เพื่อที่จะทราบข้อมูลและนำมาประกอบการประเมินและวิเคราะห์ความเหมาะสมของผู้ลงทุนในการเลือกลงทุน

10. มีการติดต่อสื่อสารกับผู้ลงทุน (communication with clients) โดยจะต้องให้ความสำคัญกับข้อมูลที่จำเป็นต่อการตัดสินใจของผู้ลงทุน และต้องสื่อสารข้อมูลดังกล่าวให้กับผู้ลงทุนอย่างชัดเจน โดยไม่บิดเบือน และไม่ทำให้เข้าใจผิดในสาระสำคัญ

11. มีความสัมพันธ์กับผู้ลงทุนบนพื้นฐานแห่งความไว้วางใจ (clients' relationships of trust) โดยจะต้องใช้ความรอบคอบและระมัดระวังอย่างสมเหตุสมผล เพื่อให้มั่นใจได้ว่า ได้ให้คำแนะนำหรือตัดสินใจลงทุนเพื่อผู้ลงทุนอย่างเหมาะสม ตามที่ผู้ลงทุนมีสิทธิที่จะได้รับบริการดังกล่าวจากผู้ประกอบธุรกิจ

12. มีการดูแลรักษาทรัพย์สินของผู้ลงทุน (clients' asset) โดยต้องมีระบบการจัดการอย่างเพียงพอในการคุ้มครองทรัพย์สินของผู้ลงทุนที่อยู่ภายใต้การดูแลรักษาของผู้ประกอบธุรกิจ

13. มีการให้ความร่วมมือกับหน่วยงานกำกับดูแล (relations with regulators) โดยต้องให้ความร่วมมือกับหน่วยงานกำกับดูแลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจอย่างเต็มที่ และต้องแจ้งหรือเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นประโยชน์หรือจำเป็นต่อการกำกับดูแลผู้ประกอบธุรกิจหรือตลาดทุนโดยรวมต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

⁴⁸ ประกาศสมาคมบริษัทหลักทรัพย์ไทย ที่ กส. 2/2556 เรื่อง การซื้อขายหลักทรัพย์ของสมาชิกหรือบริษัทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสมาชิกในฐานะนายหน้าหรือตัวแทนของผู้ลงทุน

นอกจากนี้ สำนักงาน ก.ล.ต. ยังได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของนักวิเคราะห์ การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุน ว่าจะต้องปฏิบัติหน้าที่หรือให้บริการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ปฏิบัติ หน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและรอบคอบเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพ และปฏิบัติต่อผู้ลงทุนทุกรายอย่าง เป็นธรรม ด้วยความเอาใจใส่ ระมัดระวัง รอบคอบ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ลงทุนเป็นสำคัญ ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กฎหมายว่าด้วยสัญญา ซื้อขายล่วงหน้า และหลักเกณฑ์ที่ออกตามกฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการ ติดต่อ ชักชวน ให้คำแนะนำ วางแผน หรือการวิเคราะห์คุณค่าหรือเหมาะสมในการซื้อขายหรือ การลงทุนในหลักทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ทั้งนี้ ไม่ว่าในส่วนที่ใช้บังคับกับตนเอง หรือ ผู้ประกอบธุรกิจ ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามจรรยาบรรณและมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพที่ กำหนดโดยสมาคม หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจตลาดทุนที่สำนักงานยอมรับ และต้องไม่มี พฤติกรรมที่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม หรือการเอาเปรียบผู้ลงทุนในการซื้อขายหลักทรัพย์หรือ สัญญาซื้อขายล่วงหน้า หรือมี หรือเคยมีส่วนร่วม หรือสนับสนุนการกระทำความผิดกล่าวของบุคคลอื่น⁴⁹

นอกจากนี้ ก.ล.ต. ยังได้กำหนดข้อปฏิบัติที่พึงกระทำและไม่พึงกระทำของผู้แนะนำ การลงทุน (Do&Don't Checklist) ใน 4 ประเด็น⁵⁰ คือ

1. การเปิดบัญชี

ผู้แนะนำการลงทุนจะต้องแสดงตนและแนะนำตัวว่าเป็นผู้แนะนำการลงทุนที่ได้รับ มอบหมายให้ดูแลบัญชีผู้ลงทุน โดยอาจแจ้งหมายเลขทะเบียนผู้แนะนำการลงทุนหรือแสดงบัตร พนักงานที่ต้นสังกัดจัดทำทำให้ให้ผู้ลงทุนกรอกข้อมูลในแบบคำขอเปิดบัญชีให้ครบถ้วนและตรงตามจริง มีเอกสารหลักฐานที่เป็นปัจจุบันเพื่อยืนยันข้อมูลของผู้ลงทุน และให้ผู้ลงทุนลงนามในเอกสารต่อหน้า ให้ผู้ลงทุนทำแบบประเมินความเสี่ยงเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ลงทุนเข้าใจความเสี่ยงในการลงทุน อธิบายให้ ผู้ลงทุนทราบขอบเขตหน้าที่ของผู้แนะนำการลงทุนเพื่อให้ผู้ลงทุนเข้าใจว่าผู้แนะนำการลงทุนไม่มี หน้าที่บริหารพอร์ตให้ผู้ลงทุน อธิบายให้ผู้ลงทุนเข้าใจถึงความแตกต่างของบัญชี cash, cash balance, credit balance การวางและการถอนหลักประกัน การบังคับขาย เอกสารยืนยันการซื้อขาย เอกสารการชำระราคา และเอกสารแสดงยอดทรัพย์สินโดยเน้นย้ำให้ผู้ลงทุนตรวจดูรายงานที่บริษัทส่ง ให้อย่างสม่ำเสมอ อธิบายเกี่ยวกับคำสั่งประเภทต่าง ๆ คำสั่งที่มีลักษณะไม่เหมาะสม ความจำเป็นใน การมีหลักฐานแสดงที่มาของคำสั่ง รวมทั้งแจ้งให้ทราบเกี่ยวกับสิทธิของผู้ลงทุนกรณีมีเรื่องร้องเรียน กำชับให้ผู้ลงทุนรักษาความลับของ username และ password ในการส่งคำสั่งทางอินเทอร์เน็ต

⁴⁹ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทลธ. 3/2555 เรื่อง การให้ความเห็นชอบบุคลากรของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อปฏิบัติ หน้าที่วิเคราะห์การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุน

⁵⁰ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ฝ่ายใบอนุญาตธุรกิจหลักทรัพย์. "ข้อปฏิบัติที่พึงกระทำและไม่พึง กระทำของผู้แนะนำการลงทุน." [ออนไลน์]. แหล่งที่มา http://www.sec.or.th/TH/Documents/do_dont.pdf [20 กุมภาพันธ์ 2560]

2. การให้คำแนะนำและการรับคำสั่งซื้อขาย

ผู้แนะนำการลงทุนจะต้องรับคำสั่งซื้อขายจากผู้ลงทุนเจ้าของบัญชี หรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้ลงทุนเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ให้คำแนะนำที่ถูกต้องครบถ้วน โดยอ้างอิงบทวิเคราะห์ของบริษัทที่ตนสังกัด รับคำสั่งซื้อหรือขายจากผู้ลงทุนผ่านระบบที่มีการจัดเก็บหลักฐานแสดงที่มาของคำสั่งเท่านั้น รับคำสั่งซื้อหรือขายจากผู้ลงทุนโดยมีรายละเอียดชัดเจน ได้แก่ ชื่อหุ้น ราคา และจำนวน และทวนคำสั่งเพื่อป้องกันความผิดพลาดทุกครั้ง ส่งคำสั่งให้ผู้ลงทุนตามลำดับก่อนหลัง กรณีส่งคำสั่งผิดพลาดต้องแก้ไขตามวิธีปฏิบัติของบริษัทเท่านั้น

3. การดำเนินการหลังการซื้อขาย

แนะนำการลงทุนจะต้องยืนยันรายการซื้อขายให้ผู้ลงทุนทราบทันทีทางโทรศัพท์ที่มีการบันทึกเทปทุกครั้ง กรณีเป็นบัญชีซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ต้องรายงานสถานะของหลักประกันด้วย ให้ผู้ลงทุนที่มาส่งคำสั่งที่ห้องค้าลงนามรับทราบรายการในใบแทนใบคำสั่งซื้อขายทุกสิ้นวัน ทบทวนและเสนอปรับวงเงินการซื้อขายหลักทรัพย์ของผู้ลงทุนเป็นระยะ ๆ ให้สอดคล้องกับสภาพการซื้อขายและฐานะทางการเงินของผู้ลงทุน และแจ้งข่าวสารเกี่ยวกับหลักทรัพย์ที่ผู้ลงทุนมีอยู่ในบัญชีให้ผู้ลงทุนทราบ

4. การปฏิบัติตนที่เหมาะสมในฐานะพนักงานของบริษัทหลักทรัพย์

ผู้แนะนำการลงทุนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต ตามขอบเขตที่บริษัทมอบหมาย ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และระเบียบปฏิบัติของบริษัทในเรื่องการซื้อขายหลักทรัพย์ของพนักงาน ปฏิบัติตนในฐานะบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนที่ดีโดยสนับสนุนให้ตลาดทุนมีการพัฒนาอย่างยั่งยืนและต่อเนื่อง ให้ความร่วมมือแก่เจ้าหน้าที่สำนักงาน ก.ล.ต. โดยให้ข้อมูลและข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์ต่อการตรวจสอบทุกครั้ง ให้คำแนะนำผู้ลงทุนแก้ไขพฤติกรรมกรรมการส่งคำสั่งที่ไม่เหมาะสมทันทีที่ตลาดหลักทรัพย์แจ้งเตือนและคอยระมัดระวังไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวอีก และรายงานผู้บังคับบัญชาทันทีที่พบความผิดปกติในเรื่องปริมาณ หรือราคาซื้อขาย

เมื่อผู้แนะนำการลงทุนได้รับอนุญาตให้เป็นผู้แนะนำการลงทุนแล้ว และต่อมาใบอนุญาตประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้หมดอายุลง ก.ล.ต. ได้กำหนดแนวทางปฏิบัติในการต่ออายุการให้ความเห็นชอบเป็นนักวิเคราะห์การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุน ผู้แนะนำการลงทุนจะต้องเข้าร่วมกิจกรรมอบรมหลักสูตรต่าง ๆ และศึกษาเพิ่มเติม เพื่อผู้แนะนำการลงทุนจะได้พัฒนาความรู้ความสามารถอย่างต่อเนื่อง

2.5 แนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

สำหรับประเทศไทย สำนักงาน ก.ล.ต. ได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของนักวิเคราะห์การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุน ว่าจะต้องปฏิบัติหน้าที่หรือให้บริการด้วยความซื่อสัตย์

สุจริต ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและรอบคอบเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพ และปฏิบัติต่อผู้ลงทุนทุกรายอย่างเป็นธรรม ด้วยความเอาใจใส่ ระมัดระวัง รอบคอบ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ลงทุนเป็นสำคัญ ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และหลักเกณฑ์ที่ออกตามกฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการติดต่อ ชักชวน ให้คำแนะนำ วางแผน หรือการวิเคราะห์คุณค่าหรือเหมาะสมในการซื้อขายหรือการลงทุนในหลักทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ทั้งนี้ ไม่ว่าในส่วนตัวที่ใช้บังคับกับตนเองหรือผู้ประกอบการธุรกิจ ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามจรรยาบรรณและมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพที่กำหนดโดยสมาคม หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจตลาดทุนที่สำนักงานยอมรับ และต้องไม่มีพฤติกรรมที่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม หรือการเอาเปรียบผู้ลงทุนในการซื้อขายหลักทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า หรือมี หรือเคยมีส่วนร่วม หรือสนับสนุนการกระทำความผิดดังกล่าวของบุคคลอื่น

อย่างไรก็ตามสำนักงาน ก.ล.ต. ได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของนักวิเคราะห์การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุนไว้ 5 ประการ⁵¹ ได้แก่

ประการที่ 1 ต้องปฏิบัติหน้าที่หรือให้บริการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เช่น

1. การไม่กระทำการหรือให้การสนับสนุน ช่วยเหลือในการหรือทำการโดยมิชอบต่อทรัพย์สินของผู้ลงทุน เช่น ยักยอก หลอกหลวง หรือฉ้อโกง ทรัพย์สินของผู้ลงทุน ไม่ปกปิดข้อมูลหรือยื่นเอกสารอันเป็นเท็จ ในการขอความเห็นชอบเป็นบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนต่อสำนักงาน ไม่ปกปิดข้อมูลหรือยื่นเอกสารอันเป็นเท็จต่อบริษัทหลักทรัพย์เพื่อช่วยเหลือผู้ลงทุน เช่น ปกปิด ตกแต่งข้อมูลเพื่อเปิดบัญชีหรือเพื่อให้ได้รับอนุมัติวงเงินเพิ่ม

2. ซื่อสัตย์สุจริตต่อการประกอบวิชาชีพ โดยไม่กระทำการในลักษณะเอาเปรียบผู้ลงทุน หรือแสวงประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือบุคคลอื่น เช่น ไม่วิเคราะห์ ชักชวน หรือให้คำแนะนำในลักษณะที่เป็นการกระตุ้น ยุยงหรือสนับสนุนให้ผู้ลงทุนทำธุรกรรมบ่อยครั้ง (Churning) ไม่นำทรัพย์สินอื่นของบริษัทหลักทรัพย์ที่ไม่ใช่ทรัพย์สินทั่วไป เช่น คู่มือปฏิบัติงาน หรือระบบงาน หรือข้อมูลของผู้ลงทุน ไปใช้ประโยชน์ ไม่เบียดบังหรือไม่แสวงหาผลประโยชน์จากผู้ลงทุนโดยอาศัยโอกาสในการปฏิบัติงาน ไม่ซื้อหรือขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าไม่ว่าเพื่อตนเอง บริษัทหลักทรัพย์หรือบุคคลอื่น ก่อนที่จะซื้อหรือขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าเดียวกันนั้นเพื่อผู้ลงทุน (Front running) ไม่ใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าของผู้ลงทุน ซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าเพื่อตนเองหรือบุคคลอื่น ไม่ว่าเจ้าของบัญชีจะรู้เห็นยินยอมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งรวมถึงการตัดสินใจซื้อขายหลักทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้าในบัญชีผู้ลงทุนเพื่อประโยชน์ของผู้ลงทุน โดยที่ผู้ลงทุนไม่ได้สั่ง ไม่ว่าผู้แนะนำการลงทุนจะได้รับประโยชน์จากการจัดการเช่นว่านั้นหรือไม่ และไม่ว่าผู้ลงทุนจะรับรู้หรือไม่รับรู้เรื่องดังกล่าวด้วยก็ตาม ไม่กระทำการในลักษณะเอาเปรียบผู้ลงทุนหรือ

⁵¹ ข้อ 23 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทลธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน

แสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนเอง เช่น ไม่นำข้อมูลเกี่ยวกับการวิเคราะห์การลงทุนที่อยู่ระหว่างการจัดทำ
บทวิเคราะห์การลงทุนไปแสวงหาประโยชน์ต่อตนเองหรือบุคคลอื่น ก่อนที่จะมีการเผยแพร่บท
วิเคราะห์ให้กับผู้ลงทุน เป็นต้น

ประการที่ 2 ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและรอบคอบเยี่ยงผู้ประกอบการ
วิชาชีพ และปฏิบัติต่อผู้ลงทุนทุกรายอย่างเป็นธรรม ด้วยความเอาใจใส่ ระมัดระวัง รอบคอบ โดย
คำนึงถึงประโยชน์ของผู้ลงทุน เป็นสำคัญ เช่น

1. การให้คำแนะนำและการให้ข้อมูลแก่ผู้ลงทุน เช่น เปิดเผยชื่อและบริษัทที่ตน
สังกัดหรือดำเนินการแทน เมื่อมีการติดต่อกับผู้ลงทุน เว้นแต่ผู้ลงทุนทราบอยู่แล้ว ต้องให้คำแนะนำ
อย่างเป็นกลางและอิสระตามหลักวิชาชีพอันเป็นที่ยอมรับ และมีเอกสารสนับสนุนที่ใช้อ้างอิงได้
รวมทั้งชี้แจงให้ผู้ลงทุนทราบว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อคิดเห็น อย่างไรก็ดี ในการให้
ความเห็นหรือคำแนะนำควรเป็นไปตามแนวทางที่บริษัทต้นสังกัดกำหนด (house opinion) เพื่อให้
สามารถนำเสนอความเห็นหรือคำแนะนำเป็นไปในแนวทางเดียวกันได้ก่อนเป็นหลัก นอกจากนี้ ต้อง
ให้ข้อมูลหรือคำแนะนำที่เหมาะสม (suitability) แก่ผู้ลงทุนอย่างครบถ้วนถูกต้อง และเป็นปัจจุบัน
รวมทั้งต้องเปิดเผยหรือให้ข้อมูลที่มีความสำคัญและเกี่ยวข้องอย่างเพียงพอต่อการตัดสินใจลงทุนของ
ผู้ลงทุน โดยไม่ปกปิดข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญซึ่งอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดหรือบิดเบือนข้อเท็จจริง
เช่น เปิดเผยหรือแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยงเฉพาะของหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าหรือ
ข้อจำกัดเกี่ยวกับหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้า เช่น ใบสำคัญแสดงสิทธิที่กำลังครบกำหนดอายุ
ใบสำคัญแสดงสิทธิที่ให้ผู้ลงทุนไถ่ถอนคืนก่อนครบกำหนดได้ หน่วยลงทุนของกองทุนรวมที่อยู่
ระหว่างการควมรวมกองทุน หน่วยลงทุนประเภทที่รับซื้อคืนแบบมีกำหนดระยะเวลา เป็นต้น เปิดเผย
หรือแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับบริษัทผู้ออกหลักทรัพย์ เช่น อยู่ระหว่างการเพิ่มทุนหรือลดทุน การเปลี่ยนแปลง
ผู้ถือหุ้นใหญ่ และการควมรวมกิจการ เป็นต้น เปิดเผย แจ้งข้อมูล หรือคำเตือนต่าง ๆ อันเป็นสาระสำคัญ
ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของผู้ลงทุน เช่น ข้อมูลความเสี่ยงของกองทุน ให้คำแนะนำ
เพิ่มเติมหากผู้ลงทุนจะลงทุนในกองทุนที่มีความเสี่ยงสูงกว่าที่ผู้ลงทุนจะรับได้ เป็นต้น และหากเป็น
กรณีการขายหน่วยลงทุน ต้องแจกหนังสือชี้ชวนให้แก่ผู้ลงทุน และต้องให้ข้อมูลหรือคำแนะนำที่
เหมาะสมกับข้อมูลผู้ลงทุนตาม customer profile ที่ update รวมทั้งให้ข้อมูลหรือคำแนะนำอย่าง
ต่อเนื่องภายหลังจากที่ได้ลงทุนในหน่วยลงทุนนั้นแล้ว ต้องใช้วิจารณญาณในการให้คำแนะนำ หากเป็น
การให้คำแนะนำซึ่งเป็นผลมาจากการวิเคราะห์ข่าวที่อาจมีผลกระทบต่อการลงทุนในหลักทรัพย์/
สัญญาซื้อขายล่วงหน้าต้องแจ้งให้ผู้ลงทุนทราบถึงที่มาของข่าวดังกล่าวด้วย รวมทั้งไม่ทำการใด ๆ
ที่เป็นการเผยแพร่หรือบอกต่อข่าวลือหรือข้อมูลที่อาจมีผลกระทบต่อราคาหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขาย
ล่วงหน้าที่ยังไม่ได้รับการยืนยันความถูกต้องจากผู้ที่เกี่ยวข้อง และจะต้องไม่เร่งรัดให้ผู้ลงทุนตัดสินใจ
ในการลงทุน สำหรับการจัดทำบทวิเคราะห์การลงทุนเพื่อเผยแพร่ต่อผู้ลงทุน และวิเคราะห์การลงทุน
ผ่านสื่อ ต้องเปิดเผยว่าได้รับความเห็นชอบเป็นนักวิเคราะห์การลงทุนประเภทปัจจัยพื้นฐานด้านใด
หรือปัจจัยทางเทคนิค โดยต้องจัดทำบทวิเคราะห์การลงทุน/ให้ข้อมูลตามขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ที่
ได้รับมอบหมายจากบริษัทต้นสังกัด (ประเภทปัจจัยพื้นฐานด้านใดหรือปัจจัยทางเทคนิค) ทั้งนี้ ต้องไม่
ปฏิบัตินอกขอบเขตของประเภทที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน

2. ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ลงทุน สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ผู้แนะนำการลงทุน ต้องไม่รับมอบหมายจากผู้ลงทุนในการตัดสินใจซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าแทนผู้ลงทุน ต้องให้บริการซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าแก่ผู้ลงทุนตามคำสั่งของผู้ลงทุนที่เป็นเจ้าของบัญชีหรือตามคำสั่งของผู้รับมอบอำนาจเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ลงทุน ต้องดำเนินการซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าให้ผู้ลงทุนตามลำดับก่อนหลัง เว้นแต่ผู้ลงทุนได้กำหนดเงื่อนไขการซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าไว้เป็นอย่างอื่นอย่างชัดเจน ต้องไม่ยุ่งเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้ลงทุน เช่น รับมอบหมายจากผู้ลงทุนในการจัดการเกี่ยวกับการชำระราคาซื้อขายหลักทรัพย์ หรือการเบิกถอนโอนย้ายหลักทรัพย์ เป็นต้น

3. ให้ความช่วยเหลือผู้ลงทุนให้ซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่ไม่เหมาะสมกับฐานะการเงิน สำหรับผู้แนะนำการลงทุนนั้นต้องไม่สนับสนุนหรือร่วมมือกับผู้ลงทุนในการซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าที่ไม่เหมาะสมกับฐานะทางการเงิน ความสามารถในการชำระหนี้ หรือข้อจำกัดการลงทุนของผู้ลงทุน เช่น ชำระค่าซื้อหลักทรัพย์แทนผู้ลงทุน เป็นต้น ต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้เงินกู้ยืมนอกระบบเพื่อการใช้ซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้า เช่น ใช้หรือจัดหาแหล่งเงินกู้ยืมนอกระบบ ให้การสนับสนุนหรือช่วยเหลือหรือรู้เห็นว่ามีการใช้เงินกู้ยืมนอกระบบในการซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้า เป็นต้น

4. ปฏิบัติงานด้วยความระมัดระวังไม่ให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) เช่น หลีกเลี่ยงการติดต่อ ชักชวน หรือให้คำแนะนำการลงทุน ที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ เว้นแต่จะเปิดเผยถึงส่วนได้เสียหรือความขัดแย้งทางผลประโยชน์นั้นให้ผู้ลงทุนทราบ เช่น บริษัทหลักทรัพย์ ผู้บริหารของบริษัทหลักทรัพย์ หรือนักวิเคราะห์การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุนถือหุ้นในบริษัทผู้ออกหลักทรัพย์เกินกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทผู้ออกหลักทรัพย์ ทั้งนี้ ให้นับรวมหุ้นของคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของบุคคลดังกล่าวด้วย บริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ออกหลักทรัพย์นั้น ผู้บริหารของบริษัทหลักทรัพย์หรือนักวิเคราะห์การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุนเป็นกรรมการในบริษัทผู้ออกหลักทรัพย์นั้น บริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทที่เกี่ยวข้องอยู่ระหว่างทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาทางการเงินตามประกาศว่าด้วยการให้ความเห็นชอบที่ปรึกษาทางการเงินและขอบเขตการดำเนินงาน ผู้แนะนำการลงทุนได้รับค่าธรรมเนียมในการติดต่อ ชักชวน หรือให้คำแนะนำแก่ผู้ลงทุนในอัตราที่แตกต่างกัน เช่น ได้รับค่าธรรมเนียมจากการขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมหนึ่งมากกว่าอีกกองทุนรวมหนึ่ง เป็นต้น ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ ในกรณีที่นักวิเคราะห์การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุนทำหน้าที่ชักชวน แนะนำให้ผู้ลงทุนซื้อขายหลักทรัพย์ หรือเผยแพร่บทความหรืองานวิจัยเกี่ยวกับหลักทรัพย์ ในกรณีที่บริษัทหลักทรัพย์เป็นผู้จัดจำหน่ายหลักทรัพย์ตามประกาศดังกล่าว แจ้งให้ผู้ลงทุนทราบถึงการเป็นคู่สัญญากับผู้ลงทุน ในกรณีที่บริษัทหลักทรัพย์เข้าเป็นคู่สัญญาซื้อขายหลักทรัพย์กับผู้ลงทุน เว้นแต่กรณีที่บริษัทหลักทรัพย์เป็นผู้ดูแลสภาพคล่อง (market maker) หรือผู้ค้าหลักทรัพย์ (dealer) และแจ้งให้ผู้ลงทุนทราบว่าบริษัทหลักทรัพย์ทำรายการซื้อขายหลักทรัพย์กับผู้ลงทุนในฐานะใด ในกรณีที่บริษัทเป็นทั้งนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์และผู้ค้าหลักทรัพย์นั้น

นอกจากนี้จะต้องไม่ซื้อหรือขายหลักทรัพย์ก่อนที่บทวิเคราะห์การลงทุนในหลักทรัพย์ดังกล่าวได้ถูกเผยแพร่แก่ผู้ลงทุนทั่วไปแล้วไม่น้อยกว่าสามวันทำการ

5. ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และระเบียบปฏิบัติของบริษัทที่สังกัด เช่น ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามประเภทหรือขอบเขตที่ได้รับมอบหมายจากบริษัทที่ตนสังกัดหรือดำเนินการแทน เช่น ทำหน้าที่ภายในขอบเขตความรับผิดชอบที่บริษัทมอบหมาย ไม่จัดการหรือยุ่งเกี่ยวกับเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าของผู้ลงทุนที่อยู่ในความรับผิดชอบของสายงานด้านปฏิบัติการ (back office) เป็นต้น ปฏิบัติตามระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้าของพนักงาน ต้องไม่เรียกเก็บหรือรับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนจากผู้ลงทุนนอกเหนือจากที่ต้องชำระต่อบริษัทหลักทรัพย์ และสำหรับการปฏิบัติงานอื่น เช่น รักษาความลับของผู้ลงทุน เช่น การไม่นำข้อมูลส่วนบุคคล ข้อมูลการลงทุนในหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้า และข้อมูลทางการเงินของผู้ลงทุนไปเปิดเผย เว้นแต่เป็นการเปิดเผยตามหน้าที่ เป็นต้น ไม่รับประกันต่อผู้ลงทุนเกี่ยวกับผลตอบแทน ผลประโยชน์ ผลขาดทุน หรือความเสียหาย ที่อาจเกิดจากการซื้อขายหลักทรัพย์/สัญญาซื้อขายล่วงหน้า

ประการที่ 3 ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และหลักเกณฑ์ที่ออกตามกฎหมายดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการติดต่อ ชักชวน ให้คำแนะนำ วางแผน หรือการวิเคราะห์คุณค่าหรือความเหมาะสมในการซื้อขายหรือการลงทุนในหลักทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ทั้งนี้ไม่ว่าในส่วนที่ใช้บังคับกับตนเอง หรือผู้ประกอบการธุรกิจ เช่น ใช้ระบบการบันทึกการให้คำแนะนำ การรับคำสั่งซื้อขาย และการเจรจาตกลงเกี่ยวกับการลงทุนกับผู้ลงทุน ที่บริษัทจัดไว้ และจัดเก็บบทวิเคราะห์ไว้ตามระยะเวลาที่หลักเกณฑ์กำหนด ให้คำแนะนำและข้อมูลแก่ผู้ลงทุนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อย่างชัดเจนและถูกต้อง เช่น การวางหลักประกัน การคำนวณ Excess Equity การบังคับขาย เป็นต้น

ประการที่ 4 ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามจรรยาบรรณและมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพที่กำหนดโดยสมาคม หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจตลาดทุนที่สำนักงานยอมรับ เช่น ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานที่สมาคมบริษัทหลักทรัพย์ไทยกำหนด เช่น เรื่องการจัดให้มีที่มาของคำสั่งจากเทปบันทึกเสียงหรือการจัดทำ ticket order มาตรฐานการประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า เกณฑ์การรักษาและพัฒนาคุณภาพนักวิเคราะห์หลักทรัพย์และบทวิเคราะห์หลักทรัพย์ เป็นต้น ในกรณีที่นักวิเคราะห์การลงทุนและผู้แนะนำการลงทุนเป็นผู้ที่ขึ้นทะเบียนกับตลาดหลักทรัพย์หรือศูนย์ซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าเพื่อเป็นตัวแทนของสมาชิกในการซื้อขายด้วยระบบการซื้อขาย ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ตลาดหลักทรัพย์หรือศูนย์ซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้ากำหนด เช่น การส่งคำสั่งที่มีลักษณะไม่เหมาะสม การ rebate การใช้และเปิดเผย trader ID เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีแนวทางปฏิบัติเพิ่มเติมสำหรับผู้แนะนำการลงทุน ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานที่สมาคมบริษัทจัดการลงทุนกำหนด เช่น แนวทางการปฏิบัติงานเกี่ยวกับการรู้จักผู้ลงทุนและตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้ลงทุน (Know Your Customer/ Customer

Due Diligence : KYC/CDD) และแนวทางปฏิบัติเพิ่มเติมสำหรับนักวิเคราะห์การลงทุน ที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การจัดทำบทวิเคราะห์ที่มีคุณภาพของสมาคมนักวิเคราะห์การลงทุน

ประการที่ 5 ต้องไม่มีพฤติกรรมที่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม หรือการเอาเปรียบผู้ลงทุนในการซื้อขายหลักทรัพย์หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า หรือมีหรือเคยมีส่วนร่วมหรือสนับสนุนการกระทำความผิดของบุคคลอื่น เช่น การทุจริต การไม่ซื่อสัตย์ต่อการประกอบวิชาชีพในลักษณะเอาเปรียบผู้ลงทุนหรือแสวงหาประโยชน์ให้ตนเอง ฝ่าฝืนกฎหมายหรือมีส่วนร่วมให้บุคคลอื่นปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ฯ ในเรื่องการกระทำอันไม่เป็นธรรม ฝ่าฝืนหรือมีส่วนร่วมให้บุคคลอื่นปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายฟอกเงิน ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่ตลาดหลักทรัพย์กำหนดในเรื่องการส่งคำสั่งไม่เหมาะสม หรือไม่ถึงเกณฑ์ที่ตลาดหลักทรัพย์ลงโทษ แต่มีพฤติกรรมการส่งคำสั่งไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง ฝ่าฝืนกฎหมายที่ใช้บังคับกับบริษัทหลักทรัพย์ จรรยาบรรณและมาตรฐานวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ การไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานการปฏิบัติงานเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพ หรือขาดความระมัดระวังหรือความรอบคอบเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพ

2.6 กฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

2.6.1 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 4 ได้เข้ามานิยามความหมายของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน และมาตรา 115 ได้กำหนดให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในฐานะบริษัทหลักทรัพย์ จะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด และคณะกรรมการกำกับตลาดทุนจะกำหนดค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการที่บริษัทหลักทรัพย์อาจเรียกจากผู้ลงทุนในการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนด้วยก็ได้ ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กล่าวคือ ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ยังไม่ได้ทำให้ถูกต้อง ตามมาตรา 282 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังกำหนดให้ผู้บริหารของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในฐานะบริษัทหลักทรัพย์ อันได้แก่ กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดที่ต้องรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทหลักทรัพย์ที่เป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ทั้งนี้ ผู้บริหารของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นอาจไม่ต้องรับผิด หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้นด้วย ตามมาตรา 283 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

2.6.2 กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551 บัญญัติถึงประเภทใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ โดยแบ่งประเภทใบอนุญาตออกเป็นหลายประเภท เพื่อความเป็นอิสระในการจัดโครงสร้างการประกอบธุรกิจ คุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ การขอรับและออกใบอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ โดยผู้ประกอบการ

ธุรกิจจะต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าวก่อน จึงจะสามารถเริ่มประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้

2.6.3 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล) ที่กำหนดถึงการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ นั้นเป็นผู้มีวิชาชีพ โครงสร้างการบริหารจัดการ ระบบงาน และบุคลากร การป้องกันและการจัดการ ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ การติดต่อและให้บริการแก่ผู้ลงทุน ข้อกำหนดตามลักษณะเฉพาะของการให้บริการ ทั้งในการให้คำแนะนำการลงทุนและวิเคราะห์การลงทุน

2.6.4 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทช. 69/2552 เรื่อง การกำหนดลักษณะของการให้คำแนะนำแก่ประชาชนที่บริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะกระทำมิได้ บัญญัติถึงการให้คำแนะนำแก่ประชาชนในลักษณะของการจัดอันดับความน่าเชื่อถือนั้น บริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่สามารถกระทำมิได้ เพราะการจัดอันดับความน่าเชื่อถือนั้น ไม่ถือเป็นธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

2.6.5 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทช. 3/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2553⁵² ได้กำหนดเรื่อง (ก) การมีระบบการควบคุมภายในเกี่ยวกับการให้คำแนะนำและระบบการควบคุมดูแลการลงทุนของบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและพนักงานในบริษัท รวมถึงดูแลให้ผู้ที่ทำหน้าที่ติดต่อกับนักลงทุน ปฏิบัติตามกฎหมาย ประกาศ และมาตรฐานทางวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง (ข) การมีหลักประกันหรือสินทรัพย์ที่มีสภาพตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด เพื่อเป็นหลักประกันในการชดเชยความเสียหายของผู้ลงทุนที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนของบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน และ (ค) การกำหนดให้จัดทำข้อมูลผู้ลงทุนและมีการให้คำแนะนำที่เหมาะสม และ (ง) การกำหนดข้อตกลงในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างผู้ลงทุนกับบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด

2.6.6 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน ลงวันที่ 3 มิถุนายน 2557 ได้กำหนดหน้าที่ของบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน ซึ่งรวมไปถึงบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน หรือ นักวิเคราะห์การลงทุน โดยต้องทำหน้าที่หรือให้บริการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ข้อ 23 ของประกาศดังกล่าว ได้แก่ การปฏิบัติหน้าที่หรือให้บริการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต การปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและรอบคอบเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพ และปฏิบัติต่อผู้ลงทุนทุกรายอย่างเป็นธรรม ด้วยความเอาใจใส่ ระมัดระวัง รอบคอบ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ลงทุนเป็นสำคัญ การปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

⁵² ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทช. 3/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2553

พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และประกาศที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของตน การปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามจรรยาบรรณและมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพที่กำหนดโดยสมาคมที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจตลาดทุนที่สำนักงาน ก.ล.ต. ยอมรับ และการไม่มีพฤติกรรมที่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม หรือการเอาเปรียบผู้ลงทุนในการซื้อขายหรือลงทุนในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน หรือมีส่วนร่วมหรือสนับสนุนการกระทำความผิดดังกล่าวของบุคคลอื่น

หากบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนดังกล่าวฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ดังกล่าว ให้สำนักงาน ก.ล.ต. พิจารณาและดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้สำหรับการมีลักษณะต้องห้ามในกลุ่มที่ 3 ของหมวด 7 ของประกาศนี้ กล่าวคือ อาจส่งผลสำนักงาน ก.ล.ต. สั่งพักหรือเพิกถอนการให้ความเห็นชอบการเป็นบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน ตามข้อ 33 (3) ของประกาศนี้

จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนข้างต้น ประกอบกับประกาศต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็น (ก) กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551 หรือ (ข) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงาน และการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ค) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงาน ระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ง) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทข. 69/2552 เรื่อง การกำหนดลักษณะของการให้คำแนะนำแก่ประชาชนที่บริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะกระทำมิได้ (จ) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทข. 3/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน (ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม) เป็นต้น ต่างก็เข้ามากำกับดูแลหลักเกณฑ์การเป็นบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและกำหนดแนวปฏิบัติในการเป็นบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน โดยไม่มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงหรือกำหนดความรับผิดชอบของบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ลงทุนที่เสียหายจากการคำปรึกษาที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้ และ (ฉ) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทธ. 8/2557 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน ที่เข้ามากำกับดูแลบุคลากรในธุรกิจตลาดทุนนั้น ก็ได้กำหนดความรับผิดชอบไว้เช่นกัน จะมีก็เพียงแต่บทลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และบทลงโทษทางปกครอง (เช่น เพิกถอนใบอนุญาตตามกฎหมายกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ พ.ศ. 2551 เป็นต้น) ซึ่งเป็นเพียงการเข้ามากำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอที่จะนำมาคุ้มครองผู้ลงทุนได้อย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ จึงต้องพิจารณาหลักความรับผิดชอบของบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่อไป

ว่าการพิจารณาให้บริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและบุคคลที่สังกัดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนรับผิดชอบทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเพียงพอที่จะสามารถคุ้มครองผู้ลงทุนที่ต้องเสียหายจากการให้คำปรึกษาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนหรือไม่อย่างไร ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป



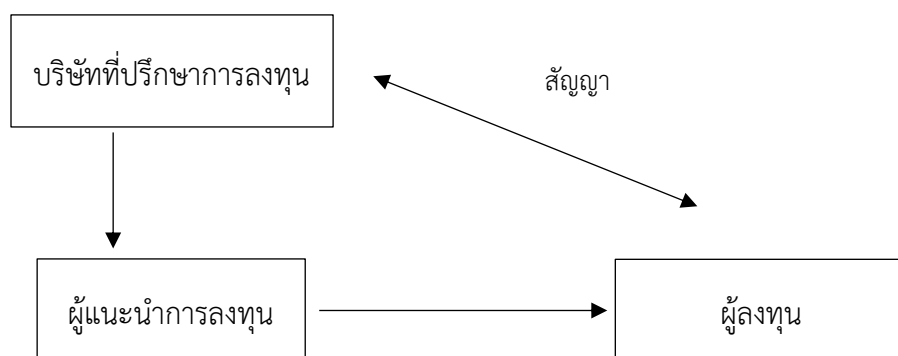
บทที่ 3 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนว่ามีความสัมพันธ์กันอย่างไร รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นบุคลากรในตลาดทุน เนื่องจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับผู้ลงทุน โดยบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นเพียงบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น ซึ่งเมื่อการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยไม่ว่าจงใจหรือประมาทเลินเล่อนั้น ส่งผลให้เกิดความเสียหายขึ้นกับผู้ลงทุน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจต้องมีความรับผิดชอบทางแพ่ง ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด โดยความรับผิดตามสัญญาและละเมิดอยู่บนฐานของกฎหมายคนละฐาน

3.1 ความรับผิดตามสัญญา

เนื่องจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้น หมายถึงบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน หรือใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ที่อนุญาตให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้หลายประเภทธุรกิจหลักทรัพย์ รวมทั้งการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน และเนื่องจากบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนข้างต้นนี้ เป็นนิติบุคคลซึ่งไม่มีชีวิตจิตใจ จึงต้องอาศัยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งเป็นบุคลากรที่อยู่ในตลาดทุน อันแบ่งได้ 3 ประเภท ได้แก่ ผู้แนะนำการลงทุน ผู้วางแผนการลงทุน และนักวิเคราะห์การลงทุน และรวมตลอดถึง Robo-advisor ที่อาศัยปัญญาประดิษฐ์ในการให้คำปรึกษา นิติสัมพันธ์ที่สามารถเกิดขึ้นได้จากความสัมพันธ์ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นมีรูปแบบดังนี้

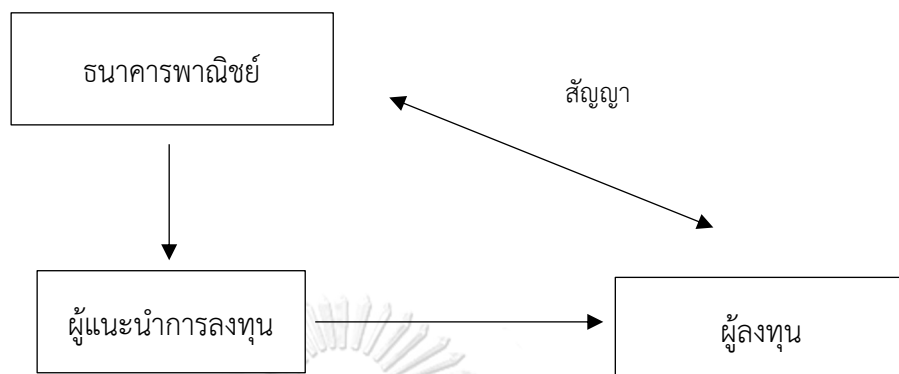
ความสัมพันธ์รูปแบบที่ 1



ความสัมพันธ์รูปแบบที่ 1 นั้น เป็นกรณีที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นที่ปรึกษาการลงทุนโดยเฉพาะและมีสถานประกอบการของตนเอง ที่ไม่ใช่ธนาคาร

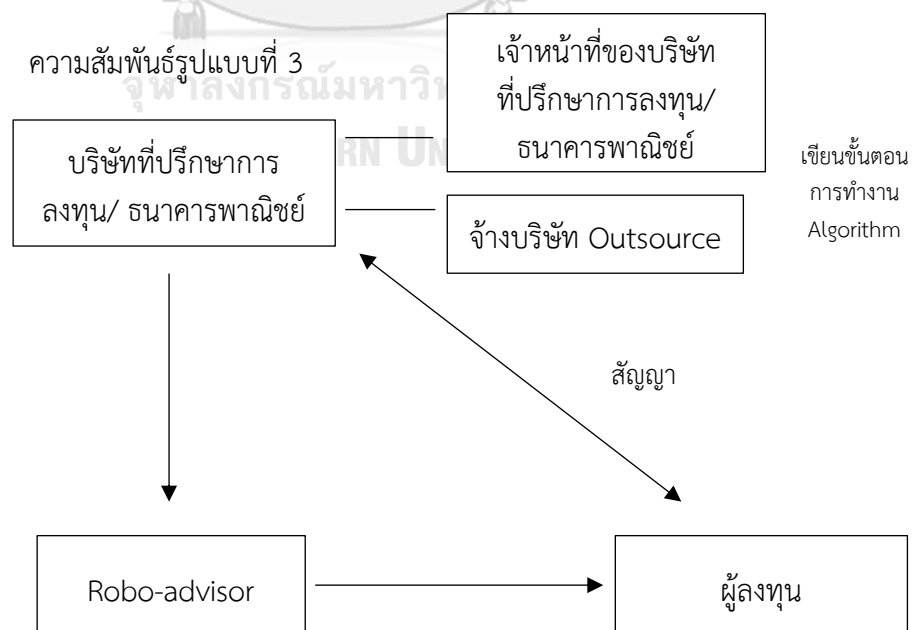
พาณิชย์ โดยมีผู้แนะนำการลงทุน เป็นพนักงานของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน

ความสัมพันธ์รูปแบบที่ 2



ความสัมพันธ์รูปแบบที่ 2 นั้น เป็นกรณีที่ธนาคารพาณิชย์ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นที่ปรึกษาการลงทุนด้วย ซึ่งธนาคารพาณิชย์นั้นมีผู้แนะนำการลงทุนเป็นพนักงานของธนาคาร และใช้ธนาคารเป็นสถานประกอบการ และผลิตภัณฑ์การลงทุนที่แนะนำนั้นอยู่ในขอบข่ายที่จำกัดเฉพาะของธนาคาร สาเหตุที่ต้องแยกความสัมพันธ์ออกจากความสัมพันธ์รูปแบบที่ 1 นั้น เนื่องจากมีกรณีที่ผู้แนะนำการลงทุนที่เป็นพนักงานของธนาคารพาณิชย์ และกรณีที่ผู้แนะนำการลงทุนที่เป็นพนักงานของบริษัทหลักทรัพย์ที่เป็นบริษัทย่อยจากธนาคารพาณิชย์ มาอาศัยพื้นที่ของธนาคารพาณิชย์ในการให้คำปรึกษาการลงทุนด้วย

ความสัมพันธ์รูปแบบที่ 3



ความสัมพันธ์รูปแบบที่ 3 เป็นกรณีที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุน หรือธนาคารพาณิชย์ ได้นำ Robo-advisor เข้ามาให้บริการแก่ผู้ลงทุนในการให้คำปรึกษาการลงทุนหรือจัดการการลงทุนให้แก่ผู้ลงทุน ซึ่ง Robo-advisor นั้น เป็นเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่อยู่ในความครอบครองของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนหรือของธนาคารพาณิชย์ โดย Robo-advisor นั้น ทำงานโดย Algorithm ที่อาศัยการเขียนขั้นตอนการทำงานต่าง ๆ เพื่อให้ Algorithm ทำงาน โดยการเขียนขั้นตอนการทำงานของ Algorithm นั้น อาจเขียนโดยพนักงานที่มีความเชี่ยวชาญด้านสารสนเทศของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนหรือธนาคารพาณิชย์ หรืออาจว่าจ้างให้บริษัทข้างนอกที่จัดทำ Algorithm โดยเฉพาะ เพื่อเขียนขั้นตอนการทำงานของ Algorithm โดยผู้ลงทุนจะต้องกรอกข้อมูลต่าง ๆ ของผู้ลงทุน เพื่อให้ Robo-advisor ประมวลผลโดย Algorithm

โดยทั่วไปแล้ว ในการทำสัญญานั้น ผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีอิสระที่จะตกลงเงื่อนไขในสัญญาระหว่างกันอย่างไรก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบที่แน่นอนของสัญญาลักษณะนี้ไว้โดยเฉพาะ คู่สัญญาจึงสามารถทำสัญญาระหว่างกันอย่างอิสระ เช่น จะทำสัญญาด้วยวาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษรหรือจะทำสัญญากันโดยปริยายก็ได้ ซึ่งแตกต่างจากสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาจำนอง เป็นต้น เพราะในกรณีดังกล่าว หากคู่สัญญาไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว สัญญานั้นก็จะเป็นโมฆะไปโดยผลของกฎหมาย⁵³ กล่าวคือ จะไม่มีผลทางกฎหมายเลย สำหรับกรณีสัญญาระหว่างผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น การทำสัญญาระหว่างผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อความชัดเจนในสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

การเข้าทำสัญญาของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น เนื่องจากนิติบุคคลเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดขึ้น โดยสภาพของนิติบุคคลแล้ว นิติบุคคลไม่สามารถที่จะแสดงเจตนาด้วยตนเองได้เนื่องจากไม่มีชีวิต แต่นิติบุคคลจะต้องแสดงเจตนาผ่านบุคคลธรรมดา ที่เรียกว่า “ผู้แทนนิติบุคคล” หรือ “ผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล” ซึ่งผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนี้ กระทำการแทนนิติบุคคลภายใต้ขอบวัตถุประสงค์การจัดตั้งนิติบุคคลแล้ว การกระทำที่ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลทำไปนั้น ย่อมผูกพันนิติบุคคลซึ่งเป็นบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนด้วย⁵⁴

เมื่อผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้เข้าทำสัญญาให้ปรึกษาหรือเข้าลงทุนในผลิตภัณฑ์ใดแล้ว บริษัทที่ปรึกษาในการลงทุนก็มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญา แต่ถ้าหากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไม่ได้ทำหน้าที่ของตนตามเงื่อนไขในสัญญาที่เกิดจากการตกลงระหว่างกันนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็ต้องรับผิดชอบเพราะไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาหรืออาจเรียกได้ว่า บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ชำระหนี้อันเป็นหนี้กระทำการ ที่มีสัญญา

⁵³ มาตรา 152 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), หน้า 61

เป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่ง⁵⁵ ทำให้ผู้ลงทุนในฐานะคู่สัญญาที่มีสิทธิตามสัญญาที่จะเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญา หากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามสัญญาของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ลงทุน ผู้ลงทุนอาจเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ ตามมาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับ เพราะการที่ผู้ลงทุนเสียหายนั้น เกิดจากการที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ปฏิบัติตามหน้าที่หรือปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา⁵⁶ ซึ่งความรับผิดชอบตามสัญญานั้น จะต้องพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ว่าเป็นความสัมพันธ์กันในรูปแบบใด

หน้าที่ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนตามสัญญานั้น จะเป็นไปตามที่ระบุไว้ในสัญญา เช่น ในสัญญามีการกำหนดหน้าที่ไว้ให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญต่อผู้ลงทุน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็มีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญทั้งหมดเกี่ยวกับการลงทุนแก่ผู้ลงทุน เช่น การเปิดเผยข้อมูลเรื่องความเสี่ยงของการลงทุน ซึ่งการไม่เปิดเผยข้อมูลนั้นเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญา และหากว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ให้ข้อมูลเรื่องความเสี่ยงในการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ผู้ลงทุนอาจได้รับความเสียหายเพราะไม่ได้หลีกเลี่ยงความเสี่ยงจากการลงทุน หรือกรณีที่สัญญาระบุไว้ให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนสามารถลงทุนแทนผู้ลงทุนได้ โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ลงทุนก่อน แต่ปรากฏว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนตัดสินใจลงทุนโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ลงทุน เป็นต้น

ในความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนอาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาได้หลากหลายรูปแบบ ซึ่งนิติสัมพันธ์ในแต่ละรูปแบบนำมาสู่สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของคู่สัญญาที่แตกต่างกัน จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าความสัมพันธ์ในแต่ละรูปแบบนั้น มีลักษณะอย่างไรได้บ้าง และจะสามารถจัดเป็นสัญญาประเภทใด

3.1.1 นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุน

ในการทำสัญญาให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย ได้แก่ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุน ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นผู้ที่เข้าผูกพันตามสัญญากับผู้ลงทุนโดยตรง ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนนั้น อาจเข้าลักษณะของสัญญาที่มีชื่อ ได้แก่ สัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือสัญญาไม่มีชื่ออื่น ๆ นอกเหนือจากเอกเทศสัญญา โดยอาจพิจารณาลักษณะการทำงานให้ปรึกษาการลงทุน จากหลักเกณฑ์ของประเภทสัญญาได้ ดังนี้

⁵⁵ ศนันท์กรรณ์ ไสดีพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 14.

⁵⁶ มุนินทร์ พงศาปาน, "หลักความรับผิดในกฎหมายลักษณะสัญญาของไทย," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 43 เล่มที่ 2 (มิถุนายน 2557): 289.

3.1.1.1 สัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของเป็นเอกเทศสัญญาที่บัญญัติไว้ในบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ซึ่งบัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” จากบทบัญญัติดังกล่าวสัญญาจ้างทำของมีลักษณะสำคัญ⁵⁷ ดังนี้

1. สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่าย โดยฝ่ายแรกเป็นผู้ว่าจ้าง ที่จะตกลงให้ผู้รับจ้างทำการงานใด ๆ ให้แก่ตน และจะจ่ายสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับจ้าง ได้ตกลงที่จะทำการงานจนสำเร็จแก่ผู้ว่าจ้าง และจะได้รับสินจ้างเป็นค่าตอบแทนจากผู้ว่าจ้าง

2. สัญญาจ้างทำของมีวัตถุประสงค์ให้ผู้รับจ้างทำการงานจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง ซึ่งผู้ว่าจ้างไม่ได้ต้องการแรงงานในการทำงานจ้างเหมือนสัญญาจ้างแรงงาน เช่น การทำงานจ้างให้เกิดวัตถุขึ้นมา การซ่อมแซมตัดแปลง หรือต่อเติมวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือการทำงานโดยไม่ว่าก่อให้เกิดวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ เช่น การจ้างให้คำปรึกษา เป็นต้น ทั้งนี้ ผลสำเร็จของงานดังกล่าวก็เพื่อประโยชน์ของผู้ว่าจ้าง⁵⁸

3. ผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จในการทำงานนั้น เพราะเมื่อผู้รับจ้างได้ทำการงานจนสำเร็จแล้วนั้น ผู้ว่าจ้างจะให้สินจ้างซึ่งอาจจะเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นเป็นการตอบแทน เพราะสัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาต่างตอบแทน ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต่อกัน

สัญญาจ้างทำของจึงมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน ที่คู่สัญญาสองฝ่ายมีหน้าที่ต่อกัน โดยสัญญาจ้างทำของอาศัยเพียงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการเข้าทำสัญญาก็สมบูรณ์แล้ว ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งสัญญาจ้างทำของมีวัตถุประสงค์ที่มุ่งผลสำเร็จของงาน ซึ่งผลสำเร็จของงานนี้อาจออกมาไม่เป็นที่ถูกใจของผู้ว่าจ้าง อย่างไรก็ตาม สัญญาจ้างทำของนั้นไม่ได้กำหนดให้ผู้รับจ้างต้องทำงานให้เกิดเป็นรูปร่างหรือวัตถุใหม่ขึ้น แต่อาจจะหมายถึงการทำงานที่ไม่มีรูปร่าง⁵⁹ และ ผู้ว่าจ้างไม่สามารถเข้ามาควบคุมการทำงานของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้⁶⁰ ผู้รับจ้างจึงมีอิสระในการทำงานจ้าง เพียงแต่จะต้องอยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ที่ตกลงไว้กับผู้ว่าจ้างเท่านั้น⁶¹

⁵⁷ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับชน, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 139.

⁵⁸ นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธ์, หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะจ้างแรงงาน-จ้างทำของ-รับชน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 30.

⁵⁹ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับชน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2553), หน้า 103

⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1176/2510

⁶¹ วิจิตรา (ทุ่งลัดดา) วิเชียรชม, กฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพ : วิญญูชน, 2559), หน้า 136

อย่างไรก็ตาม จากลักษณะของสัญญาจ้างทำของที่มีการกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาไว้ชัดเจน นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนนั้น จะเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของหรือไม่ อย่างไร ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

3.1.1.2 สัญญาไม่มีชื่อ

กรณีสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนนั้น อาจไม่ได้เป็นไปตามลักษณะของสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากสัญญาจ้างทำของซึ่งเป็นเอกเทศสัญญานั้น กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์และวัตถุประสงค์ของสัญญาไว้อย่างชัดเจน โดยมุ่งที่ผลสำเร็จของงาน แต่นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นอาจเป็นสัญญาไม่มีชื่อหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากสัญญาไม่มีชื่อนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสิทธิและหน้าที่ไว้ โดยเฉพาะ สัญญาไม่มีชื่อดังกล่าวจึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยหนี้และหลักทั่วไปของสัญญา มาปรับใช้⁶² ซึ่งหลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญา ได้แก่การบังคับตามข้อสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันไว้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา⁶³ ซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจตกลงเรื่องสิทธิหน้าที่ไว้กันเป็นพิเศษ⁶⁴ ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนจึงอาจไม่ใช่สัญญาที่มีอยู่ตามบรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา เช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4680/2545 มีการจ้างที่ปรึกษาทางธุรกิจ โดยให้เป็นผู้ให้คำปรึกษาวางแผนงาน จัดระบบบริหารงานทั้งหมดทั้งในกิจการของบริษัทให้ได้ผลก้าวหน้าและตามที่ได้รับมอบหมายจากบริษัทในการบริหารงานบุคคล การบริหารเงิน การบริหารการตลาด การบริหารการผลิต มีข้อตกลงจ่ายค่าตอบแทนเป็นรายเดือน โดยการให้คำปรึกษาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนส่วนใหญ่เป็นการให้คำปรึกษาทางวาจา ซึ่งการให้คำปรึกษาในแต่ละครั้งไม่ได้ทำให้งานสำเร็จไปตามที่บริษัทกำหนดไว้ กรณีจึงไม่ใช่สัญญาที่กำหนดจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น แม้สัญญาดังกล่าวจะกำหนดระยะเวลาการจ้างไว้ 5 ปี แต่การให้คำปรึกษาก็ได้ผูกพันให้บริษัทต้องปฏิบัติตามอันจะมีผลให้เกิดผลงานตามที่ที่ปรึกษาให้คำปรึกษาเสมอไป สัญญาจ้างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงมีใช้สัญญาจ้างทำของ แต่อาจเป็นสัญญาไม่มีชื่อ เพราะสัญญามีลักษณะของเอกเทศสัญญาหลายประเภท เพราะไม่มีสัญญาใดสัญญาหนึ่งที่เด่นชัดโดยเฉพาะ⁶⁵

การนำหลักทั่วไปในเรื่องหนี้และสัญญา มาปรับใช้กับลักษณะของสัญญาไม่มีชื่อ ที่มีลักษณะพิเศษที่สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเกิดจากการตกลงของคู่สัญญา ซึ่งอาจอยู่ใน

⁶² จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 284.

⁶³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 311

⁶⁴ เสนีย์ ปราวโมช ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559), หน้า 343.

⁶⁵ ดาราวพร ธิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 118.

ลักษณะสัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป ที่ทำขึ้นตามลักษณะพิเศษของธุรกิจ ซึ่งเป็นไปตามปกติ ประเพณีของธุรกิจประเภทนั้น⁶⁶ ตามมาตรา 368 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁷

อย่างไรก็ตาม การให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น เป็นการให้บริการอย่างหนึ่ง ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้นิยามคำว่า “บริการ” หมายถึงการรับจัดทำ การงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้ หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทน เป็นเงิน หรือประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งศาสตราจารย์สุชม ศุภนิธย์ ได้ให้ความเห็นว่า คำว่า “บริการ” มีความหมายกว้างกว่า “จ้างทำกรงาน”⁶⁸

สัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนจึงอาจเป็นสัญญา ให้บริการอย่างที่เป็นสัญญาไม่มีชื่อ เพราะไม่ได้กำหนดแยกประเภทและไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไว้โดยเฉพาะ โดยคู่สัญญาอาจตกลงเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดอย่างไรก็ได้ภายใต้กรอบของกฎหมายพิเศษ ตามหลักเสรีภาพ ในการทำสัญญา ซึ่งสัญญาที่คู่สัญญาตกลงให้อีกฝ่ายหนึ่งให้บริการใด ๆ แก่ตนนั้น สามารถทำได้ โดยลักษณะที่จะถือได้ว่าเป็นการบริการนั้น มี 5 ประการ⁶⁹ ได้แก่ การบริการไม่สามารถจับต้องได้ การ บริการไม่สามารถแบ่งแยกได้ การบริการมีความไม่แน่นอน การบริการจัดทำมาตรฐานได้ยาก และการ บริการไม่สามารถเก็บไว้ได้

การให้คำปรึกษาการลงทุนจึงอาจเข้าลักษณะการบริการทั้ง 5 ประการ ข้างต้น เมื่อสัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนนั้นอาจเป็นสัญญาบริการ และสัญญา เป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ หนี้ที่เกิดจากการให้คำปรึกษาการลงทุน จึงเป็นหนี้กระทำกรอย่างหนึ่ง ซึ่งบริษัท ที่ปรึกษาการลงทุนมีหนี้ที่จะต้องให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน โดยประเภทของหนี้ตามสัญญา ที่เป็นหนี้กระทำกรนั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท⁷⁰ ได้แก่

1. หนี้ให้กระทำจนถึงผลสำเร็จ ได้แก่หนี้ที่มีการกำหนดไว้แน่นอน ว่าลูกหนี้ มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำตามหน้าที่จนถึงผลสำเร็จของกิจการนั้น

2. หนี้ให้กระทำถึงผลในระบอบอันสมควร ได้แก่ หนี้ที่จะต้องใช้ความ ระมัดระวังและความเอาใจใส่ในการทำกิจการใดกิจการหนึ่งด้วยความระมัดระวังและเอาใจใส่ตาม ความรู้ความสามารถของตนในวิชาชีพนั้น

⁶⁶ ดาราวพร ธิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 118

⁶⁷ มาตรา 368 สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย

⁶⁸ สุชม ศุภนิธย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 29.

⁶⁹ อานนท์ เพ็งเจริญ, "สัญญาจ้างบริการ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), 7.

⁷⁰ ดาราวพร ธิระวัฒน์, กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 20.

การให้คำปรึกษาในการลงทุนของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงมีหน้าที่จะต้องให้คำปรึกษาในการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ซึ่งผลสำเร็จของการให้คำปรึกษานั้น คือการที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนเรียบร้อยแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม จากการดำเนินการตามคำปรึกษาในการลงทุนนั้น ผลตอบแทนที่ได้รับอาจไม่ได้เป็นไปตามคาดหวังของผู้ลงทุนเสมอไป เนื่องจากการลงทุนมีความเสี่ยง การทำหน้าที่ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงมีลักษณะเป็นหน้าที่ให้กระทำถึงผลในระดับอันสมควร โดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องใช้ความระมัดระวังและความเอาใจใส่ในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนอย่างผู้มีวิชาชีพ

การแบ่งแยกประเภทหน้าที่กระทำทั้งสองประเภทเป็นประโยชน์ในการพิจารณาความรับผิดชอบของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นลูกหนี้ในการให้คำปรึกษาการลงทุนว่าเกิดขึ้นเมื่อใด เนื่องจากการให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นเป็นหน้าที่ให้กระทำถึงผลในระดับอันสมควร เช่น ก่อนการเริ่มให้บริการแก่ผู้ลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรวบรวมและประเมินข้อมูลของผู้ลงทุน โดยทำความรู้จักผู้ลงทุน ประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนและพิจารณาความสามารถของผู้ลงทุนในการปฏิบัติตามข้อตกลงในการใช้บริการ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดชอบต่อการให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรของการทำหน้าที่ตามวิชาชีพในการให้คำปรึกษาในการลงทุน แต่ถ้าหากว่าการให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ได้ใช้ความระมัดระวังและเอาใจใส่ตามสมควรอย่างผู้มีวิชาชีพแล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงได้ปฏิบัติภาระหน้าที่ตามสัญญาแล้ว

แม้ว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ให้คำปรึกษาในการลงทุนแก่ผู้ลงทุนตามสัญญาแล้ว แต่หากว่าการให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดชอบต่อผู้ลงทุนหรือไม่ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนของกฎหมายสัญญานั้น ไม่ได้มีการบัญญัติถึงมาตรฐานความระมัดระวังของการให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้โดยเฉพาะ ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป

3.1.2 ลักษณะการผิดสัญญา

เนื่องจากสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งประเภทหนึ่ง บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันตามสัญญา ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ชำระหนี้ตามสัญญา โดยการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยเป็นหน้าที่ให้กระทำ เนื่องจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้มีวิชาชีพ การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นผู้สัญญาไม่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ตามสัญญานั้น ถือว่าเป็นการผิดสัญญา ได้แก่ การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนให้คำแนะนำที่ไม่เหมาะสมแก่ผู้ลงทุน เช่น การแนะนำให้ผู้ลงทุนลงทุนที่มีความเสี่ยงมากเกินไป ไม่ว่าจะเกิดจากการไม่ศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับผู้ลงทุน การละเว้นหน้าที่ในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์การลงทุน เป็นต้น โดยการให้คำปรึกษาจะต้องให้จากข้อมูลที่ได้รับจากผู้ลงทุนเป็นพื้นฐาน ได้แก่ วัตถุประสงค์ในการลงทุน ความสามารถในการรับความเสี่ยง สถานะทางการลงทุน อาชีพการงาน ความรู้และประสบการณ์ในการลงทุนของผู้ลงทุน

โดยในการทำหน้าที่ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องทำด้วยความระมัดระวัง รอบคอบ และหากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ไม่ได้ให้คำปรึกษาบนพื้นฐานของข้อมูลที่ผู้ลงทุนให้มา บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็ต้องรับผิดชอบเพราะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่ตนจะต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังตามสัญญา เนื่องจากทำให้คำปรึกษาควรจะต้องใช้ความระมัดระวังและทักษะอย่างเพียงพอ (reasonable care and skill)

แม้ว่าทั้งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นจะมีความสัมพันธ์กันตามสัญญา เมื่อบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ปฏิบัติตามที่ตามสัญญาหรือหลักเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพตามที่กฎหมายกำหนดนั้นย่อมเป็นการผิดสัญญา แต่การผิดสัญญาแล้วจะต้องรับผิดชอบหรือไม่นั้น เป็นอีกเรื่องหนึ่ง เนื่องจากอาจมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

จากลักษณะของการผิดสัญญาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนดังกล่าวนี้ เมื่อเป็นเรื่องของสัญญา สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนเท่านั้น ซึ่งบริษัทได้มอบหมายให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนอันเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งตามกฎหมายถือเสมือนว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้กระทำด้วยตนเอง ตามมาตรา 220 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยความผิดพลาดใด ๆ ที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น เป็นความรับผิดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นนิติบุคคลต่อผู้ลงทุนเท่านั้นโดยอาศัยฐานจากสัญญาเป็นสำคัญ

แม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นในด้านหนึ่งอาจเห็นว่ามี ความเกี่ยวข้องกับบุคคลในสังกัดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ก็ไม่เปลี่ยนแปลงความรับผิดที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีต่อผู้ลงทุนบนฐานของสัญญา การศึกษานิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับบุคลากรในสังกัดที่ปฏิบัติหน้าที่ผิดพลาดจึงไม่เกี่ยวข้องกับความรับผิดต่อผู้ลงทุนบนฐานของสัญญา แต่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องในกรณีของความรับผิดเพื่อละเมิด ดังนั้น การศึกษานิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับบุคลากรในสังกัดว่าเป็นนายจ้างลูกจ้าง หรือเป็นตัวการตัวแทน หรือเป็นทั้งนายจ้างและตัวการนั้น จึงเป็นการศึกษาว่าผู้ใดควรมีความรับผิดเพื่อละเมิดบ้างหรือไม่เพียงใด ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

3.2 ความรับผิดเพื่อละเมิด

บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนแม้ว่าจะมีความสัมพันธ์ตามสัญญาต่อกัน และสามารถเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดชอบตามสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสัญญาที่ทำขึ้นนั้นมักมีข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิด ทำให้ผู้ลงทุนอาจมีข้อจำกัดในการเรียกร้อง ซึ่งนอกจากการเรียกร้องตามสัญญาเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาหรือชำระหนี้บกพร่องแล้ว ซึ่งได้แก่การให้คำปรึกษาการลงทุนโดยไม่ใช้ความระมัดระวังที่ควรต้องใช้อย่างผู้มีวิชาชีพ การกระทำโดยประมาทเลินเล่อนั้นก็อาจเข้าลักษณะการกระทำละเมิดได้ด้วย หากว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบของละเมิด

ความรับผิดเพื่อละเมิด แบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

1. ความรับผิดในการกระทำของตนเอง (fault-based liability) คือ การที่บุคคลได้ทำละเมิดด้วยตนเองนั้น จะต้องรับผิดในการกระทำละเมิดที่ตนได้ทำลงไปด้วยตนเอง ซึ่งจะเป็นกรณีของมาตรา 420 ตามที่ได้อธิบายไปแล้วในข้างต้น

2. ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (vicarious liability) คือ การที่บุคคลไม่ได้กระทำละเมิดด้วยตนเอง แต่เนื่องจากตนมีความสัมพันธ์บางอย่างกับผู้ที่กระทำละเมิด ทำให้ตนจะต้องร่วมรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย แม้ว่าตนจะไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดเองก็ตาม ซึ่งอาจเป็นเพราะผู้กระทำละเมิดนั้นไม่อาจที่จะเยียวยาผู้เสียหายได้ กฎหมายจึงกำหนดให้บุคคลมีความรับผิดในการกระทำของผู้อื่นเพื่อเยียวยาผู้เสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม เสมือนว่าความเสียหายนั้นไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน เช่น ในกรณีของมาตรา 425 นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง ที่ได้ทำไปในทางการที่จ้าง มาตรา 427 ตัวการต้องร่วมรับผิดในการกระทำของตัวแทน ซึ่งการนำมาตรา 425 มาปรับใช้กับมาตรา 427 เพราะความสัมพันธ์ระหว่างตัวการกับตัวแทนนั้น คล้ายกับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง เป็นต้น

3.2.1 ความรับผิดในการกระทำละเมิดของตนเอง

มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. มีการกระทำของบุคคลใดบุคคลหนึ่งต่อบุคคลอื่น

การเกิดขึ้นของการกระทำนั้นจะต้องปรากฏว่ามีผู้ใดเป็นผู้กระทำละเมิด ซึ่งบุคคลนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ โดยสภาพแล้วบุคคลธรรมดาจะต้องมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย คือจะต้องยังมีชีวิตอยู่ เพราะหากบุคคลนั้นสิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว ก็จะไม่มีความสามารถสำหรับนิติบุคคล กฎหมายกำหนดให้นิติบุคคลมีสภาพบุคคลขึ้นมา ซึ่งนิติบุคคลไม่สามารถกระทำการต่าง ๆ ด้วยตนเองได้ แต่การกระทำใด ๆ ของนิติบุคคล ก็จะต้องกระทำผ่านผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งการที่ผู้แทนของนิติบุคคลเป็นผู้กระทำการใด ๆ แทนนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลก็ต้องผูกพันต่อการกระทำที่ผู้แทนได้ทำไปในนามของนิติบุคคลเอง นอกจากนี้ ยังรวมถึงบุคคลที่ต้องรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น เพราะมีกฎหมายกำหนดให้บุคคลนั้นต้องรับผิดเพราะบุคคลที่กระทำละเมิด เนื่องจากมีความสัมพันธ์กับตนเอง เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ หรือตัวการกับตัวแทนในสัญญาตัวแทน เป็นต้น สำหรับผู้อื่น ได้แก่ บุคคลที่ถูกกระทำที่ยังมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ซึ่งในกรณีนี้คือผู้ลงทุน

การกระทำโดยรู้สำนึก เช่น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนให้คำปรึกษาในการลงทุนแก่ผู้ลงทุน การให้ผู้ลงทุนทำแบบประเมินความสามารถในการรับความเสี่ยง การบันทึกข้อมูลสำคัญของผู้ลงทุนที่มีการเปลี่ยนแปลงทุกครั้ง การตรวจสอบโดยสม่ำเสมอว่าผู้ลงทุนมีการ

เปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ในการลงทุน หรือความเปลี่ยนแปลงในความสามารถในการรับความเสี่ยงหรือไม่ เป็นต้น

การงดเว้นการกระทำกรณีมีหน้าที่ เช่น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ให้ผู้ลงทุนทำแบบประเมินความสามารถในการรับความเสี่ยง การไม่แจ้งเตือนผู้ลงทุนถึงความเสี่ยงในผลิตภัณฑ์การลงทุน เป็นต้น การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนงดเว้นการกระทำดังกล่าว แล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

2. กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การที่บุคคลจะมีความรับผิดชอบได้ จะต้องปรากฏว่ามีความผิดเกิดขึ้นก่อน โดยพิจารณาจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยจงใจ หมายถึง การกระทำโดยรู้สำนึก ที่รับรู้ข้อเท็จจริงว่าการกระทำของตนเองนั้นอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งไม่ได้จำเป็นที่จะต้องเกิดความเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง รวมถึงกรณีที่ แม้ว่าผู้กระทำจะเข้าใจว่าการกระทำนั้น อาจไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ในความเป็นจริงแล้ว เกิดความเสียหายขึ้น⁷¹ หากว่าการกระทำของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดยมีความมุ่งหมายที่จะกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดผลบางอย่างขึ้น โดยผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนซึ่งอาจจะสังเกตเห็นผลได้โดยตรง หรือคาดเห็นผลถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ก็เป็นการกระทำโดยจงใจแล้ว และเมื่อการกระทำหรืองดเว้นการกระทำดังกล่าว ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ลงทุน เช่น จงใจไม่ให้คำปรึกษาการลงทุนในผลิตภัณฑ์การลงทุนให้หลากหลาย การให้คำปรึกษาให้ผู้ลงทุนลงทุนในผลิตภัณฑ์ในตลาดหุ้นที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีผลประโยชน์ขัดกับผู้ลงทุน เป็นต้น

ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น หมายถึง การกระทำโดยไม่ได้ตั้งใจ แต่การกระทำนั้นเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังตามที่บุคคลเช่นนั้นจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ โดยสามารถที่จะใช้ความระมัดระวังเท่ากับบุคคลที่อยู่ในภาวะที่เหมือนกันกับผู้กระทำ แต่ผู้กระทำไม่ได้ใช้ความระมัดระวังให้เพียงพอ⁷² การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น พิจารณาได้ 2 ด้าน ได้แก่

1) ด้านอัตวิสัย เป็นความประมาทเลินเล่อที่เกิดจากความไม่รอบคอบ การขาดความละเอียดถี่ถ้วน การขาดความรู้ความเชี่ยวชาญ เป็นต้น ซึ่งเป็นเรื่องของผู้กระทำโดยตรง

การพิจารณาความประมาทเลินเล่อในทางอัตวิสัยนั้น ไม่สามารถนำเกณฑ์มาตรฐานของวิญญูชนมาใช้ในการพิจารณาได้ เนื่องจากการพิจารณาความประมาทเลินเล่อในทางละเมียดนั้น หากว่าผู้ไร้ความสามารถ เช่น ผู้เยาว์ คนวิกลจริต เป็นผู้กระทำความเสียหาย ระดับ

⁷¹ จิตติ ดิงศภัทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 178

⁷² สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2555), หน้า 17.

ความคิดและสติปัญญาของมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังอาจต่ำกว่าบุคคลทั่วไปหรือวิญญูชน หรือกรณีและผู้กระทำความเสียหายนั้นเป็นผู้มีวิชาชีพ ระดับความรู้และสติปัญญาของมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังย่อมสูงกว่าบุคคลทั่วไป การที่จะนำมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังของวิญญูชนมาใช้ในการพิจารณานั้นอาจไม่เหมาะสม เนื่องจากผู้ใดมีความสามารถเมื่อเทียบกับวิญญูชนนั้นจะถือว่าผู้ใดมีความสามารถประมาทเลินเล่อเสมอ ในขณะที่หากเป็นผู้มีวิชาชีพมีมาตรฐานความระมัดระวังมากกว่าวิญญูชน ผู้มีวิชาชีพจึงไม่ได้ประมาทเลินเล่อเสมอ

การพิจารณาเรื่องประมาทเลินเล่อ นั้น นำหลักเกณฑ์เรื่องการกระทำโดยประมาท ตามมาตรา 59 วรรคสี่ ประมวลกฎหมายอาญามาเทียบเคียง ที่บัญญัติว่า “กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่” โดยสมมติบุคคลขึ้นมา เพื่อเปรียบเทียบกับบุคคลที่กระทำความเสียหาย แล้วพิจารณาว่า หากบุคคลที่สมมติขึ้นมานั้น อยู่สถานการณ์เดียวกันนั้น บุคคลที่สมมติขึ้นมาจะกระทำเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหายหรือไม่ หากกระทำเช่นเดียวกัน ถือว่าผู้กระทำความเสียหายไม่ประมาทเลินเล่อ

การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น เช่น การแนะนำผลิตภัณฑ์การลงทุนที่ไม่เหมาะสมกับผู้ลงทุนให้กับผู้ลงทุน การไม่แจ้งถึงความเสี่ยงของผลิตภัณฑ์การลงทุน เป็นต้น ซึ่งการให้คำปรึกษาการลงทุนของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นในฐานะเป็นผู้มีวิชาชีพ การให้คำปรึกษานั้นควรเป็นไปตามมาตรฐานทางวิชาชีพ เนื่องจากบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีความรู้ความเชี่ยวชาญในการลงทุนดีกว่าบุคคลทั่วไป และบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ผ่านการอบรมหลักสูตรต่าง ๆ ที่เป็นหลักสูตรเฉพาะสำหรับการให้คำปรึกษาการลงทุน การใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน จึงต้องใช้ความระมัดระวังระดับเดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกัน

การที่จะพิจารณาว่าการให้คำปรึกษาการลงทุนของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นใช้ความระมัดระวังแล้วหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากบุคคลสมมติที่เป็นบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนว่า หากเกิดสภาพเหตุการณ์ลักษณะเดียวกัน บุคคลที่สมมตินั้นจะทำอย่างไร ซึ่งหากบุคคลสมมตินั้นกระทำเช่นเดียวกันกับบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไม่ได้ประมาทเลินเล่อ

การที่ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทุนของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่ให้คำปรึกษาการลงทุนไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นั้น และการที่ผู้ลงทุนจะสามารถเรียกร้องให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบได้นั้น จะต้องปรากฏว่าผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย โดยความเสียหายที่ได้รับนั้นเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และความเสียหายนั้นมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลของการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น

แต่หากว่าการให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนนั้น บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดชอบผู้ลงทุนหรือไม่

เนื่องจากมาตรฐานความระมัดระวังของผู้มีวิชาชีพนั้นย่อมสูงกว่ามาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลทั่วไป ซึ่งการไม่ใช้ความระมัดระวังเพียงเล็กน้อยของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น อาจเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้ เนื่องจากคติระหว่างบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนไม่ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างการกระทำของผู้มีวิชาชีพอื่นที่ศาลเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6092/2552 จำเลยที่ 3 มิได้ตรวจดูอาการของโจทก์ ตั้งแต่แรกเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลพนมสารคามด้วยตนเอง แต่วินิจฉัยโรคและสั่งการรักษาอาการของโจทก์ตามที่ได้รับรายงานทางโทรศัพท์จากพยาบาลแทนโดยไม่ได้ตรวจสอบประวัติการรักษาของโจทก์ด้วยตนเอง ก็ไม่ใช่วิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพเป็นแพทย์จะพึงกระทำไม่ ทั้งห้องแพทย์เวรกับห้องฉุกเฉินที่โจทก์อยู่ห่างกันเพียง 20 เมตร ไม่ปรากฏว่ามีเหตุสุดวิสัยอันทำให้จำเลยที่ 3 ไม่สามารถมาตรวจวินิจฉัยอาการของโจทก์ได้ด้วยตนเองแต่อย่างใด ถือได้ว่าจำเลยที่ 3 ประมาทเลินเล่อ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12498/2558 แพทย์ ฐ. แพทย์ของจำเลย ไม่ได้ทำการตรวจรักษาให้ถูกต้องครบถ้วนในเวลาอันควรตามหลักวิชาการแพทย์และตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายของโจทก์ซึ่งเป็นผลโดยตรงต่อความประมาทเลินเล่อของแพทย์อันเป็นการละเมิดต่อโจทก์ ข้อสังเกต การกระทำ หมายถึง การที่จะต้องกระทำตามหน้าที่ ซึ่งจะต้องกระทำเพื่อป้องกันผลนั้นด้วย ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวอาจเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายจากสัญญา รวมถึงหน้าที่ซึ่งเกิดจากวิชาชีพด้วย ซึ่งในแต่ละวิชาชีพนั้น จะมีหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานตามหลักวิชาชีพ หากว่าผู้มีวิชาชีพไปปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้น ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด

แต่ในกรณีของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นที่เป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อเนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังตามวิชาชีพนั้น เช่น บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไม่ได้ให้ผู้ลงทุนทำแบบประเมินความเสี่ยง หรือไม่ได้จัดประเภทผู้ลงทุน ไม่ได้แจ้งผลการจัดประเภทของผู้ลงทุน ไม่ได้แจ้งให้ทราบถึงสิทธิ ข้อจำกัดสิทธิ และระดับความเสี่ยงของผู้ลงทุน ความเสี่ยงของผลิตภัณฑ์การลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนได้ทราบ ให้คำแนะนำเบื้องต้นเพื่อให้ผู้ลงทุนเข้าใจถึงความสำคัญของการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่เหมาะสม ซึ่งลักษณะของการกระทำโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิชาชีพของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ได้แก่ การให้คำแนะนำที่ไม่เหมาะสมกับผู้ลงทุน ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น ไม่ได้ศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับผู้ลงทุน เช่น สถานะทางการเงินของผู้ลงทุน วัตถุประสงค์และเป้าหมายการลงทุนของผู้ลงทุน ความสามารถในการรับความเสี่ยงจากผลของการลงทุนของผู้ลงทุน หรือการแนะนำให้ผู้ลงทุน ลงทุนในผลิตภัณฑ์การลงทุนที่มีความเสี่ยงมากเกินไป จากความสามารถในการรับความเสี่ยงได้ของผู้ลงทุน เช่น ผู้ลงทุนรับความเสี่ยงในการลงทุนได้ต่ำ เช่น

ควรลงทุนได้พันธบัตร แต่กลับแนะนำให้ผู้ลงทุนลงทุนในผลิตภัณฑ์การลงทุนที่มีความเสี่ยงสูง เช่น การลงทุนในทองคำ ซึ่งมีความผันผวนสูง เป็นต้น หรือแม้กระทั่งการละเว้นหน้าที่ในการให้ข้อมูล เช่น การไม่อธิบายถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการซื้อหุ้นเก็งกำไร หรือการไม่ให้ข้อมูลที่ครบถ้วน เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์การลงทุนหรือเกี่ยวกับการลงทุนเพื่อประกอบการตัดสินใจในการลงทุน

2) ด้านภาวะวิสัย เป็นเรื่องของสภาวะหรือสิ่งที่เกิดขึ้นจากภายนอกตัวผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เช่น การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือกฎระเบียบต่าง ๆ เช่น ประกาศต่าง ๆ ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และประกาศของคณะกรรมการกำกับตลาดทุน เช่น

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 18/2554 เรื่อง หลักการดำเนินธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ที่กำหนดให้ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องทำธุรกิจด้วยความซื่อสัตย์ ยุติธรรมและมีคุณธรรม และจะต้องใช้ความรู้ ความสามารถ และความชำนาญด้วยความเอาใจใส่และระมัดระวัง จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ลงทุน มีการทำความรู้จักผู้ลงทุน มีการติดต่อสื่อสารกับผู้ลงทุน เป็นต้น

ประกาศคณะกรรมการตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงาน ที่กำหนดให้ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นจะต้องประกอบธุรกิจในฐานะผู้มีวิชาชีพ โดยประกอบธุรกิจและให้บริการแก่ผู้ลงทุนด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และใช้ความรู้ ความสามารถ และความชำนาญ ด้วยความเอาใจใส่และระมัดระวังตามมาตรฐานหรือเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพในลักษณะเดียวกันพึงกระทำ หรือการไม่กระทำการใดที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์หรือที่จะทำให้การทำธุรกิจไม่เป็นไปตามมาตรฐานหรือเยี่ยงผู้ประกอบการวิชาชีพในลักษณะเดียวกันจะพึงกระทำ

ก่อนการเริ่มให้บริการแก่ผู้ลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรวบรวมและประเมินข้อมูลของผู้ลงทุน โดยทำความรู้จักผู้ลงทุน จัดประเภทผู้ลงทุน ประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนและพิจารณาความสามารถของผู้ลงทุนในการปฏิบัติตามข้อตกลงในการใช้บริการ⁷³ ซึ่งในการรวบรวมข้อมูลของผู้ลงทุนนั้น จะต้องมีการสอบถามข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ลงทุนหรือผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงและข้อมูลของผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้ลงทุน (ถ้ามี) ข้อมูลเกี่ยวกับความสามารถและแหล่งที่มาของรายได้ที่นำมาใช้ในการชำระหนี้และวางหลักประกันของผู้ลงทุน ข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น ได้แก่ ฐานะทางการเงิน ประสบการณ์ในการลงทุน ความรู้เกี่ยวกับการลงทุน วัตถุประสงค์ในการลงทุน และความเสี่ยงที่ยอมรับได้ แต่ถ้าหากว่าผู้ลงทุนปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลหรือข้อมูลที่ได้รับจากผู้ลงทุนนั้นไม่เพียงพอ ให้ผู้ประกอบการจัดประเภทผู้ลงทุนเป็นประเภทผู้ลงทุนทั่วไป⁷⁴

⁷³ ข้อ 30 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁷⁴ ข้อ 31 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

เมื่อจัดประเภทผู้ลงทุนได้แล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องแจ้งให้ผู้ลงทุนทราบถึงผลการจัดประเภทของผู้ลงทุน และแจ้งให้ทราบถึงสิทธิ ข้อจำกัดสิทธิ และระดับความเสี่ยงของผู้ลงทุนแต่ละประเภทด้วย รวมทั้งสิทธิที่จะขอเปลี่ยนประเภทเพื่อรับบริการเช่นเดียวกับประเภทผู้ลงทุนทั่วไปได้⁷⁵

ในการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องนำเสนอการบริการการลงทุนหรือการทำธุรกรรมที่มีความเสี่ยงสอดคล้องกับระดับความเสี่ยงที่ผู้ลงทุนยอมรับได้ เมื่อได้ทำการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนแล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องแจ้งผลการประเมินความเหมาะสม รวมถึงให้คำแนะนำเบื้องต้นเพื่อให้ผู้ลงทุนเข้าใจถึงความสำคัญของการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุนหรือการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนที่เหมาะสม ซึ่งคำแนะนำเบื้องต้นเกี่ยวกับการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุนจะต้องทำโดยบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญ และเป็นไปตามหลักวิชาการอันเป็นที่ยอมรับ⁷⁶ แต่ถ้าหากว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่สามารถประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือการทำธุรกรรมของผู้ลงทุนได้ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องปฏิเสธการให้บริการ⁷⁷ เพราะการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนนั้น เพื่อประเมินว่าผู้ลงทุนสามารถยอมรับความเสี่ยงได้ในระดับใด เช่น รับความเสี่ยงได้ต่ำ ปานกลาง หรือสูง ประกอบการให้คำปรึกษาในการกำหนดประเภทและวงเงินในการลงทุนของผู้ลงทุน

นอกจากนี้ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องดูแลให้ผู้ลงทุนลงทุนหรือทำธุรกรรมเป็นไปตามผลการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือคำแนะนำเกี่ยวกับการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุน แต่ถ้าหากว่าผู้ลงทุนประสงค์ที่จะลงทุนหรือทำธุรกรรมโดยไม่เป็นไปตามผลการประเมินความเหมาะสมในการลงทุนหรือคำแนะนำเกี่ยวกับการจัดสรรและกำหนดสัดส่วนการลงทุน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ผู้ลงทุนตระหนักถึงความเสี่ยงจากการลงทุนหรือทำธุรกรรมดังกล่าว และกรณีที่ไม่สามารถประเมินหรือพบข้อจำกัดเกี่ยวกับความสามารถของผู้ลงทุนในการปฏิบัติตามข้อตกลงในการใช้บริการไม่ว่าในขณะใด ๆ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องปฏิเสธการให้บริการหรือขอขเขตการให้บริการ⁷⁸ ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานการประกอบธุรกิจและมาตรฐานตามวิชาชีพ

⁷⁵ ข้อ 33 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁷⁶ ข้อ 34 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁷⁷ ข้อ 35 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁷⁸ ข้อ 36 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทธ. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

3. มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย

การกระทำโดยผิดกฎหมาย หมายถึง การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นั้น ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง ซึ่งคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” บทบัญญัติที่เป็นภาษาอังกฤษนั้นใช้คำว่า “unlawfully” ซึ่งถอดความได้ว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” โดยมีความหมายกว้างกว่าคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ซึ่งความหมายของคำว่า “ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น” อาจรวมถึงได้สามกรณี⁷⁹ ดังนี้

1) กฎหมายกำหนดชัดเจนว่าเป็นความผิด เช่น กฎหมายอาญา ที่บัญญัติถึงเรื่อง การทำร้ายร่างกาย การลักทรัพย์ การทำให้เสียทรัพย์ ถือเป็น การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด

2) กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้โดยชัดเจน แต่การทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดที่บัญญัติคุ้มครองไว้ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งสิทธิเด็ดขาดนี้ เป็นสิทธิที่ทุกคนต้องเคารพ โดยสิทธิเด็ดขาดของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลนั้นมีความแตกต่างกัน เนื่องจากนิติบุคคลมีสิทธิเด็ดขาดได้เฉพาะสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด เนื่องจากนิติบุคคลนั้นไม่มีชีวิตจิตใจเช่นบุคคลธรรมดา

3) การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามมาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย” เป็นการที่บุคคลมีสิทธิตั้งแต่แรก แต่ว่าเมื่อได้ใช้สิทธิ การกระทำนั้นเกินกว่าสิทธิที่ตนเองมี ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายนั้น กฎหมายจึงไม่สามารถเข้ามารับรองและคุ้มครองการใช้สิทธิได้อีก ซึ่งการใช้สิทธิที่มีแต่จะให้เกิดความเสียหายนั้น ที่ส่งผลให้เป็น การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีหลักเกณฑ์ดังนี้

ก) ผู้กระทำโดยรู้สึคนั้น มีสิทธิตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้

ข) ผู้กระทำใช้สิทธิของตนเอง

ค) ผู้ที่ใช้สิทธิของตนเองนั้น ประสงค์บุคคลอื่นได้รับความเสียหายจากการใช้สิทธิของตนเอง โดยผู้ที่ใช้สิทธินั้นอาจได้รับประโยชน์บางส่วนหรือไม่ได้รับประโยชน์จากการใช้สิทธิของตน แต่ว่าการใช้สิทธินั้น ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายเกินสมควร

การปรับใช้มาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งออกเป็นสองความเห็น ดังนี้

⁷⁹ ศนันท์ภรณ์ ไชยดิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรรได้ (มูลหนี้ 2), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), หน้า 84

ความเห็นแรก มาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถปรับใช้ได้เพียงลำพัง โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณามาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบ

ความเห็นที่สอง การนำมาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้นั้น จะต้องนำมาตรา 420 มาพิจารณาประกอบด้วย โดยมาตรา 421 นั้น เป็นเพียงบทบัญญัติที่ขยายความจากมาตรา 420 ในองค์ประกอบเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการให้คำปรึกษาในการลงทุน และการให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนก็ตาม แต่จะต้องปรากฏด้วยว่าการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น จะได้กล่าวถึงต่อไป

4. ก่อให้เกิดความเสียหาย

แม้ว่าการกระทำที่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะเป็นองค์ประกอบของละเมิดอย่างหนึ่ง แต่จะต้องปรากฏด้วยว่าการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นด้วย โดยวัตถุประสงค์ของการให้ผู้กระทำความเสียหายต้องรับผิดชอบตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็เพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนว่าไม่เคยมีความเสียหายเกิดขึ้น⁸⁰

ความเสียหายนั้นหมายถึง การที่ทรัพย์สินมีจำนวนลดน้อยลงเนื่องจากสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนั้นได้รับผลกระทบจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเยียวยาได้ โดยจะต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอนที่อาจคำนวณเป็นจำนวนเงินได้หรือไม่อาจคำนวณเป็นจำนวนเงินได้และอาจเป็นความเสียหายในปัจจุบันหรือในอนาคต อีกทั้งต้องเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองหรือคุ้มครองไว้ เช่น ความเสียหายต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งสิทธินั้นเป็นสิทธิเด็ดขาด

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นเรื่องของความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ที่เป็นความเสียหายในรูปของตัวเงิน ไม่ใช่ความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากความเสียหายในชีวิต ร่างกาย อนามัย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ซึ่งความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้เป็นความเสียหายต่อสิทธิตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

⁸⁰ พระโณมล โพรภิมุข, "การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาและค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิด," หลักสูตร "ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น" รุ่นที่ 10 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม (2555): 4.

5. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล

การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นละเมิดหรือไม่ นอกจากจะต้องพิจารณาเรื่องการกระทำไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายและจะต้องเกิดความเสียหายขึ้นด้วยนั้น ยังจะต้องพิจารณาถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลด้วย โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นผลมาจากกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งหากไม่มีการกระทำ นั้นแล้ว ผลในความเสียหายนั้นก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าหากว่าผลในความเสียหายที่เกิดขึ้น ไม่ได้มาจากการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน การกระทำดังกล่าว จึงไม่มีความสัมพันธ์กับผลเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็ไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด เนื่องจากไม่ครบองค์ประกอบของละเมิด ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลที่นำมาพิจารณานั้น มี 2 ทฤษฎี ดังนี้

1) ทฤษฎีเงื่อนไข หรือทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ หรือทฤษฎีผลโดยตรง ทฤษฎีนี้กรณีเหตุที่เกิดขึ้นหากมีหลายเหตุ ซึ่งแต่ละเหตุไม่สามารถแยกออกจากกันได้ เพราะทุกเหตุต่างเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดผลเสียหายขึ้น หรือเรียกได้ว่าทุกเหตุมีน้ำหนักเท่ากัน ถ้าไม่มีการกระทำอันใดอันหนึ่ง ผลก็จะไม่เกิดขึ้น และไม่ว่าการกระทำอันเดียว จะเกิดผลขึ้นมาน้อยเท่าใด ก็ถือว่าเป็นผลจากเหตุเดียวกัน ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในผลของการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น⁸¹ ซึ่งข้อดีคือเป็นไปตามความเป็นจริงตามธรรมชาติแต่ก็มีข้อเสียที่ว่า ผู้กระทำอาจจะต้องรับผิดชอบเกินกว่าความจริงที่ตนได้กระทำไป⁸²

2) ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำนั้น จะต้องเกิดจากเหตุปกติที่จะก่อให้เกิดผลเช่นนั้นได้ โดยจะต้องเป็นเหตุที่บุคคลธรรมดาสามารถคาดเห็นได้จากการกระทำดังกล่าว ซึ่งผู้กระทำความผิดก็จะรับผิดชอบตามผลปกติที่ตนเองได้กระทำไป ซึ่งมีข้อดีคือการวินิจฉัยความผิดของผู้กระทำเป็นไปตามพฤติการณ์ที่ผู้กระทำควรทราบ แต่ข้อเสียคือการกระทำของผู้กระทำนั้นอาจเป็นผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ทำให้ผู้กระทำรับผิดชอบน้อยกว่าที่ตนเองควรจะต้องรับผิดชอบ⁸³ และในบางครั้ง ศาลใช้ทั้งสองทฤษฎีร่วมกัน ซึ่งศาลไทยปรับใช้ไปในทางที่ความเสียหายต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำและจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ โดยศาลจะนำทฤษฎีเงื่อนไขมาพิจารณาก่อน ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนหรือไม่ แล้วจึงพิจารณาต่อว่ามีเหตุแทรกแซงหรือไม่ หากปรากฏว่ามีเหตุแทรกแซงที่บุคคลทั่วไปหรือวิญญูชนคาดหมายได้หรือไม่ หากสามารถคาดหมายได้ ผลแห่งความเสียหายนั้นจึงเป็นผลธรรมดาหรือผลปกติ บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้แนะนำให้ผู้ลงทุนลงทุนในหลักทรัพย์และแจ้ง

⁸¹ ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2551), หน้า 38.

⁸² สุชม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2555), หน้า 55

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55

ผู้ลงทุนว่าจากแนวโน้มราคาของหลักทรัพย์นั้นมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้น ทำให้ผู้ลงทุนยังไม่ได้ตัดสินใจที่จะขายหลักทรัพย์นั้น แต่ปรากฏว่าวันรุ่งขึ้นหลักทรัพย์นั้นราคาตกต่ำลง หากเหตุที่ทำให้ราคาหลักทรัพย์ตกต่ำลงนั้นอยู่ในวิสัยที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนสามารถคาดเห็นได้ บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้ลงทุนจะได้รับ ความเสียหายจากการได้รับคำปรึกษาการลงทุนก็ตาม แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิที่ได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมาย ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาด โดยสิทธิเด็ดขาดนั้น เป็นเรื่องของสิทธิที่ทุกคนจะต้องเคารพ โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยผิดพลาดนั้น เป็นเรื่องของความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ซึ่งแตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สิน เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สิน เป็นเรื่องสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินสิทธิ ซึ่งได้แก่ 1) กรรมสิทธิ์ เช่น สิทธิในความเป็นเจ้าของที่มีอำนาจเหนือทรัพย์สิน เป็นต้น 2) ทรัพย์สินสิทธิในการได้ใช้ทรัพย์สิน เช่น สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน ภาระจำยอม เป็นต้น 3) ทรัพย์สินสิทธิในการประกัน ได้แก่ จำนอง จำนำ⁸⁴ เมื่อความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ไม่ใช่สิทธิที่ได้มีการรับรองไว้ในกฎหมาย แม้ว่าผู้ลงทุนจะได้รับ ความเสียหาย แต่การเรียกร้องโดยอาศัยฐานละเมิดนั้น จะต้องครบองค์ประกอบของละเมิด จึงจะสามารถเรียกร้องได้ ซึ่งการที่หลักเกณฑ์ไม่ครบองค์ประกอบของละเมิดนั้น ย่อมไม่อาจเป็นละเมิดได้ ดังนั้น การเรียกร้องโดยอาศัยฐานละเมิดจึงไม่อาจที่จะกระทำได้ เมื่อไม่สามารถเรียกร้องให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมารับผิดเพื่อละเมิดได้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้บุคคลอื่นต้องรับผิดชอบด้วยอีก แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้ลงทุนสามารถเรียกร้องความเสียหายต่อบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้โดยอาศัยฐานละเมิด จะต้องพิจารณาต่อไปว่า บุคคลใดที่อาจต้องเข้ามาร่วมรับผิดชอบด้วย ดังนี้

3.2.2 ความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น

โดยปกติแล้ว การที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของตนเองจะต้องเป็นการกระทำและความรับผิดชอบนั้นจะต้องเป็นของบุคคลเดียวกัน แต่เนื่องจากผู้กระทำความผิดนั้นอาจไม่มีความสามารถในการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้ ทำให้ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับการเยียวยาซึ่งทำให้ผู้ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควรตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิด กฎหมายจึงมีหลักความรับผิดชอบโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมาย โดยให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้กระทำละเมิดมารับผิดแทนหรือร่วมรับผิดชอบ

ในการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีบุคลากรที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นบุคลากรในธุรกิจตลาดทุน เพื่อทำหน้าที่ติดต่อกับผู้ลงทุน เช่น ผู้แนะนำการลงทุน นักวิเคราะห์การลงทุน เป็นต้น ซึ่งการที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นมีบุคคลที่ทำหน้าที่ติดต่อกับผู้ลงทุนแทนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องจัดให้บุคคลที่ทำหน้าที่

⁸⁴ ศนันท์ภรณ์ ไชยทิพพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรรได้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 99.

ติดต่อหรือให้บริการแก่ผู้ลงทุนดังกล่าว แสดงตนต่อผู้ลงทุนว่าเป็นบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนให้ทำหน้าที่ให้บริการเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน⁸⁵ ซึ่งการให้คำปรึกษาในการลงทุนของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนนั้น หากกระทำโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ ซึ่งจะต้องนำเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของบุคคลอื่นมาพิจารณาในกรณีของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนด้วย

3.2.2.1 นายจ้างร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 ได้บัญญัติถึงกรณีที่นายจ้างจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้าง โดยบัญญัติว่า “นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น”

หลักเกณฑ์ที่จะนำมาพิจารณาให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้น มีดังนี้

1) มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน

สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามความหมายในมาตรา 575 ประมวลแพ่งและพาณิชย์ “อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้” โดยลูกจ้างตกลงที่จะทำงานและได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานจ้างให้นายจ้าง และนายจ้างได้รับประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้าง โดยที่นายจ้างนั้นมิอาจบังคับบัญชาในการทำงานของลูกจ้างด้วย

2) ลูกจ้างกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น

การที่นายจ้างจะต้องร่วมรับผิดชอบนั้น จะต้องปรากฏว่าการกระทำของลูกจ้างนั้นเป็นการกระทำละเมิดที่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 420 ได้แก่ การที่ลูกจ้างกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล ซึ่งหากการกระทำของลูกจ้างไม่เป็นละเมิดแล้ว นายจ้างก็ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบ

3) ลูกจ้างกระทำละเมิดในทางการที่จ้าง

ในทางการที่จ้างนั้น หมายถึง คำสั่งหรืองานที่นายจ้างมอบหมายให้แก่ลูกจ้างปฏิบัติ ไม่ว่าคำสั่งที่มอบหมายนั้นจะให้ลูกจ้างปฏิบัติเป็นประจำหรือนอกเหนือจากงานประจำก็ตาม โดยการกระทำละเมิดของลูกจ้างนั้นจะอยู่ในระหว่างเวลางานหรือนอกเวลางาน⁸⁶ และการปฏิบัติงานของ

⁸⁵ ข้อ 29 ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทค. 35/2556 เรื่อง มาตรฐานการประกอบธุรกิจ โครงสร้างการบริหารงานระบบงานและการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์และผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฉบับประมวล)

⁸⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 3757/2553

ลูกจ้างนั้นทำไปเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง⁸⁷ ไม่ว่านายจ้างจะรู้เห็นในการกระทำของลูกจ้างหรือไม่ก็ตาม⁸⁸ ในทางการที่จ้าง ยังรวมตลอดจนถึงงานที่ต้องปฏิบัติให้สำเร็จลุล่วงตามที่ได้รับมอบหมาย ไม่ได้จำกัดเฉพาะงานตามที่มีการตกลงตามสัญญาจ้าง แต่รวมถึงกรณีที่นายจ้างสั่งให้ลูกจ้างทำงานอื่นใดนอกเหนือไปจากที่ได้ตกลงตามสัญญา และลูกจ้างยินยอมด้วย⁸⁹

แต่อย่างไรก็ตาม การตีความ คำว่า “ในทางการที่จ้าง” มีความเห็นแบ่งออกเป็นสองแนวทาง

ก) ความเห็นกรณีที่เป็นในทางการที่จ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18118/2557 จำเลยประกอบกิจการให้บริการรักษาความปลอดภัยในสถานที่ที่โจทก์ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างกำหนดในช่วงเวลาที่ตกลงกัน จำเลยมีหน้าที่คัดเลือกลูกจ้างของตนที่มีความสามารถและซื่อสัตย์สุจริตส่งไปปฏิบัติงานยังสถานที่ที่โจทก์กำหนด การที่จำเลยส่ง อ. ไปปฏิบัติหน้าที่เข้าเวรเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยให้แก่ทรัพย์สินของโจทก์ เมื่อ อ. และพวกฉวยโอกาสที่ อ. เข้าไปปฏิบัติหน้าที่ ได้ร่วมกันทำให้ทรัพย์สินของโจทก์เสียหายแล้วลักทรัพย์ของโจทก์ไป จึงเป็นการกระทำละเมิดในทางการที่จ้างของจำเลย จำเลยซึ่งเป็นนายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบ อ. ตามมาตรา 425

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5367/2538 นายจ้างยินยอมให้ลูกจ้างนำรถยนต์บรรทุกคันเกิดเหตุและกุญแจรถไปเก็บไว้ที่บ้านของลูกจ้าง ถือได้ว่าจำเลยยินยอมให้ลูกจ้างนำรถยนต์บรรทุกออกไปใช้ได้ตลอดเวลาตราบใดที่รถยนต์บรรทุกยังไม่กลับมาอยู่กับนายจ้างย่อมต้องถือว่าลูกจ้างขับรถยนต์บรรทุกไปในทางการที่จ้าง

ข) ความเห็นกรณีที่ไม่ใช่ในทางการที่จ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4191/2533 ลูกจ้างของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติดขับรถยนต์ไปปฏิบัติงานจนเสร็จและกลับมายังสำนักงานฯ เรียบร้อยแล้วฉวยโอกาสขับรถไปใช้ในกิจการส่วนตัว โดยสำนักงานฯ ไม่ได้ยินยอม แล้วก่อเหตุละเมิดขึ้น ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จะถือว่าลูกจ้างกระทำในทางการที่จ้างไม่ได้ เนื่องจากการที่จะให้นายจ้างเฝ้าจับตามองลูกจ้างคนขับรถของตนอยู่ตลอดเวลา เป็นเรื่องที่ไม่อาจกระทำได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4044/2548 การที่ชาวบ้านซึ่งไม่ใช่คนงานหรือลูกจ้างของพนักงานสวนป่าไม้มาขอความช่วยเหลือจากพนักงานสวนป่าไม้ เนื่องจากมีอาการท้องร่วงให้นำตัวส่งโรงพยาบาล พนักงานสวนป่าไม้จึงขับรถยนต์บรรทุกซึ่งเป็นรถที่ใช้ในกิจการของสวนป่าไม้ไปส่งชาวบ้าน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้บังคับบัญชาแล้วไปเกิดเหตุชนกับรถบรรทุก เป็นเรื่องที่พนักงาน

⁸⁷ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรไต้ (มุลหนึ่ 2), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), หน้า 187

⁸⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10408/2555

⁸⁹ พจนั ปุชปาคม, ละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2530), หน้า 275-277

สวนป่าไม้กระทำไปโดยความเอื้อเพื่อส่วนตัวของตนเอง และกระทำไปโดยพลการนอกเหนือขอบเขตกิจการงานของสวนป่าไม้ จึงไม่ใช่การกระทำในทางการที่จ้างของสวนป่าไม้

ในความเห็นของผู้เขียนนั้น กรณีการทำหน้าที่ของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนนั้น ได้ให้คำปรึกษาการลงทูนแก่ผู้ลงทูนแล้ว เช่น ผู้แนะนำการลงทูนทำหน้าที่ติดต่อและให้คำปรึกษาการลงทูนแก่ผู้ลงทูน เพื่อให้มีการซื้อขายหรือลงทูนในผลิตภัณฑ์ตลาดทูน ผู้แนะนำการลงทูนนั้นก็ทำหน้าที่ไปในทางการที่จ้างแล้ว แต่ถ้าหากว่าผู้แนะนำการลงทูนให้คำแนะนำการลงทูนและวิเคราะห์การลงทูนประกอบด้วย ซึ่งการวิเคราะห์การลงทูนนั้นเป็นหน้าที่ของนักวิเคราะห์การลงทูน การกระทำของผู้แนะนำการลงทูนนั้นก็อาจไม่ได้กระทำไปในการที่จ้าง

หากว่าการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนซึ่งเป็นลูกจ้างเป็นการกระทำผิดต่อบุคคลภายนอกหรือบุคคลอื่นจากการทำงานหรือในการที่จ้าง เช่น การที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนทำให้ผู้ลงทูนได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทูนซึ่งเป็นการทำงานจ้างให้แก่บริษัทที่ปรึกษาการลงทูน เช่น การให้คำปรึกษาโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง โดยแนะนำให้ผู้ลงทูนลงทูนในผลิตภัณฑ์ที่มีความเสี่ยงสูงกว่าระดับความสามารถในการรับความเสี่ยงบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนในฐานะนายจ้างก็ต้องรับผิดชอบร่วมกับบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนในฐานะลูกจ้างในการกระทำละเมิดในการที่จ้าง ตามมาตรา 425 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งความรับผิดของนายจ้างตามมาตรา 425 นี้ เป็นความรับผิดแบบเด็ดขาด (strict liability) นายจ้างไม่สามารถปฏิเสธความรับผิดได้ หากว่าละเมิดที่ลูกจ้างได้กระทำนั้น ได้กระทำไปในการที่จ้าง ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับความคุ้มครอง⁹⁰ ผู้ลงทูนอาจฟ้องเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนได้โดยตรง ซึ่งมาตรา 426 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติว่า “นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้ทำนั้น” หากว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ลงทูนแล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทูนก็มีสิทธิที่จะเรียกให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนชดใช้คืนได้เต็มจำนวนตามที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทูนได้ชดใช้ไป⁹¹

ดังนั้น หากว่าการกระทำละเมิดของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทูนซึ่งเป็นลูกจ้างกระทำละเมิดในการที่จ้าง บริษัทที่ปรึกษาการลงทูนจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 425 แต่ถ้าหากว่าการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของลูกจ้างนั้น ไม่เป็นไปในการที่จ้าง ทำให้ลูกจ้างอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตนเองตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะให้ลูกจ้างต้องรับผิดชอบนั้น ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับการชดใช้ความเสียหาย เนื่องจากลูกจ้างอาจไม่มีสถานะทางเศรษฐกิจดีเท่ากับนายจ้าง การให้นายจ้างเข้ามารับผิดชอบนั้น ย่อมเป็นประโยชน์กับผู้เสียหายมากกว่า โดยอาจอาศัยหลักเรื่องของการตัวแทนเข้ามาพิจารณา

⁹⁰ วารีนาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กฤษสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), หน้า 169.

⁹¹ วิจิตรา (พุ่มถัดดา) วิเชียรชม, คำอธิบายกฎหมายแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), หน้า 98

3.2.2.2 ตัวการร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตัวแทน

การที่ตัวการจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตัวแทนนั้น มาตรา 427 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้น ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วยโดยอนุโลม” ซึ่งการที่ตัวการจะต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตัวแทนนั้น มีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) ตัวการและตัวแทนมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน

ความสัมพันธ์นั้นจะต้องเป็นไปตามสัญญาตัวแทน ตามมาตรา 797 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า

“อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดังนี้

อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

สัญญาที่เกิดขึ้นนั้นเป็นการที่ตัวการมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแทนตัวการ และตัวแทนตกลงที่จะทำการตามที่ได้รับมอบหมายจากตัวการ เช่น การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนแสดงตัวต่อผู้ลงทุนว่าบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นได้รับมอบหมายจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนในการติดต่อและให้บริการแก่ผู้ลงทุน เป็นต้น

2) ตัวแทนได้กระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น

เมื่อทั้งตัวการและตัวแทนมีความสัมพันธ์กันแล้ว ปรากฏว่าตัวแทนนั้นได้กระทำละเมิดต่อบุคคลอื่น โดยการกระทำนั้นจะต้องครบองค์ประกอบเป็นละเมิด โดยจะต้องมีการกระทำของตัวแทนไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อซึ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันก่อให้เกิดความเสียหายที่เกิดขึ้นและความเสียหายนั้นมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลจากการกระทำของตัวแทน ซึ่งการที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นได้กระทำละเมิดต่อผู้ลงทุน เช่น การให้คำปรึกษาการลงทุนของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่กระทำโดยประมาทเลินเล่อทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย เป็นต้น

3) การกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นขณะที่ตัวแทนทำงานตามที่ได้รับมอบหมายจากตัวการ

กิจการที่ตัวแทนกระทำไปแทนตัวการในกิจการที่ตัวการมอบหมายให้ตัวแทนทำนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลภายนอก ซึ่งกิจการที่ตัวแทนทำนั้นจะต้องอยู่ภายในขอบเขตอำนาจที่ตนเองได้รับจากตัวการ เช่น การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นตัวการมอบหมายให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นตัวแทนติดต่อและให้บริการกับผู้ลงทุน เพื่อชักชวนผู้ลงทุนให้

ลงทุน เป็นต้น การที่ตัวแทนได้ทำในกิจการที่ได้รับมอบหมายจากตัวการนั้น ตัวการต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะตัวการด้วย⁹²

การที่ตัวแทนได้ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายนั้น ตัวแทนจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นในการกระทำละเมิดของตนเอง ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากว่าการกระทำของตัวแทนนั้นครบองค์ประกอบของละเมิด

แต่อย่างไรก็ตาม ตัวการอาจต้องร่วมรับผิดชอบกับตัวแทนด้วย หากว่าการกระทำของตัวแทนนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เนื่องจากกิจการที่ตัวแทนได้กระทำไปนั้นเป็นงานของตัวการ ตัวการจึงอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทน⁹³ และแม้หากว่ากิจการที่ตัวแทนทำนั้น เกินขอบเขตอำนาจที่ตนเองได้รับ แต่ตัวการให้สัตยาบัน ตัวการก็ต้องรับผิดชอบเพราะกิจการที่ตัวแทนทำแทนตัวการนั้น ก็เพื่อประโยชน์ของตัวการเอง⁹⁴ ซึ่งความรับผิดชอบของตัวการในการกระทำของตัวแทน มาตรา 427 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้นำบทบัญญัติที่นายจ้างต้องรับผิดชอบร่วมกับลูกจ้างในละเมิด ตามมาตรา 425 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยอนุโลม โดยการที่กฎหมายให้ตัวการรับผิดชอบแม้ว่าตัวการจะไม่ได้เป็นคนกระทำละเมิดเองก็ตามนั้น เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ตัวการต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทนเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก⁹⁵ การที่กฎหมายกำหนดให้ตัวการรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพราะตัวการมักจะมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าตัวแทน ทำให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้มากกว่าตัวแทน เมื่อตัวการได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ตัวการสามารถไปไล่เบี้ยเอากับตัวแทนได้

ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นนอกจากจะเป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงานแล้ว การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนให้ผู้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไปติดต่อและให้บริการแก่ผู้ลงทุนและให้แสดงตนต่อผู้ลงทุนว่าเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น เป็นการแสดงออกว่าบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นตัวแทนของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนด้วยนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน จึงมีความสัมพันธ์แบบตัวแทนด้วย หากบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้กระทำตามที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมอบหมายแล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย ตามมาตรา 427 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกรณีที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นได้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ลงทุนแล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นตัวการสามารถไล่เบี้ยเอากับบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่เป็นตัวแทนได้ ตามมาตรา 426 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากแม้ว่าในการเข้าทำสัญญานั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นตัวการจะเป็นผู้เข้าผูกพันตามสัญญาที่ตัวแทนทำกับ

⁹² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18118/2557, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12372/2558

⁹³ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, คำอธิบายกฎหมายละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 121.

⁹⁴ ประสิทธิ์ ไขวี่ไขกุล, "ความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้อื่น ตัวการ-ตัวแทน," วารสารกฎหมายจุฬา ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2520): หน้า 65.

⁹⁵ ไมทชิต เอกจริยกร, ตัวแทน-นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), หน้า 227

ผู้ลงทุนซึ่งเป็นบุคคลภายนอก โดยที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นตัวแทนหลุดพ้นไม่ต้องผูกพันตามสัญญาก็ตาม แต่ในทางละเมิด หากบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้กระทำละเมิดต่อผู้ลงทุน บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็ยังคงต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของตนเองอยู่ แม้ว่ามาตรา 427 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นตัวการมาร่วมรับผิดชอบด้วย ซึ่งเป็นการรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของบุคคลอื่นก็ตาม ก็ไม่สามารถปลดเปลื้องความรับผิดชอบของตัวแทนได้⁹⁶

3.2.2.3 นิติบุคคลรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล

มาตรา 76 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนของนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น แต่ไม่สูญเสียสิทธิที่จะไล่เบี้ยเอาแก่ผู้ก่อความเสียหาย

ถ้าความเสียหายแก่บุคคลอื่นเกิดจากการกระทำที่ไม่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของนิติบุคคล บรรดาบุคคลดังกล่าวตามวรรคหนึ่งที่ได้เห็นชอบให้กระทำการนั้นหรือได้เป็นผู้กระทำการดังกล่าว ต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้น”

ความรับผิดชอบของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นนิติบุคคลจะเกิดขึ้นได้นั้น ต้องปรากฏว่าผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล ได้กระทำละเมิดครบองค์ประกอบตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ โดยจะต้องปรากฏว่ามีการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิใด ๆ ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาดของบุคคลอื่น และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลด้วย และผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลจะต้องกระทำไปภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องความรับผิดชอบของนิติบุคคลและผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนั้น ได้มีความเห็นเป็นสามแนวทาง ดังนี้

ศาสตราจารย์ศักดิ์ สนองชาติ เห็นว่า ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิดของตนเองก่อน เนื่องจากผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลเป็นผู้กระทำละเมิด⁹⁷ และความรับผิดชอบนั้นควรเป็นความรับผิดชอบแบบลูกหนี้ร่วม ซึ่งผู้เสียหายอาจเรียกร้องให้นิติบุคคลหรือผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล รับผิดชอบเต็มจำนวนได้

⁹⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2556), หน้า 145

⁹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 145

ศาสตราจารย์ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์ เห็นว่า การที่ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลกระทำในนามและการกระทำนั้นยังอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล และเป็นผู้แสดงเจตนาของนิติบุคคล ซึ่งการที่ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลกระทำละเมิด ย่อมเหมือนว่านิติบุคคลกระทำละเมิดด้วยตนเอง⁹⁸

แนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้น จะพิจารณาโดยใช้คำว่า รับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งเมื่อนิติบุคคลรับผิดชอบและชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายแล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะไล่เบี้ยกับผู้แทนที่กระทำละเมิดได้

ในความเห็นของผู้เขียนนั้น หากว่าการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลทำไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลและการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนั้นยังอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ที่จัดตั้งนิติบุคคลขึ้นนั้น นิติบุคคลควรที่จะต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล ที่ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลได้กระทำแทนนิติบุคคล แต่ถ้าหากว่าผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนั้นไม่ได้ทำการแทนนิติบุคคลโดยสุจริต แม้ว่าการกระทำนั้นจะอยู่ในขอบวัตถุประสงค์การจัดตั้งนิติบุคคลก็ตาม ซึ่งการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนั้นควรที่จะต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลด้วย

อย่างไรก็ตาม หากว่ากรณีที่ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลกระทำไปนอกขอบวัตถุประสงค์ ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง และนิติบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลที่เป็นการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์การจัดตั้งนิติบุคคลนั้น

บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้นย่อมมีผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคล ที่ไม่ใช่ตัวแทนหรือไม่ใช่ลูกจ้างของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งกิจการใด ๆ ที่ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลได้ทำภายในขอบวัตถุประสงค์การจัดตั้งนิติบุคคล ย่อมเหมือนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นได้กระทำด้วยตนเอง

การที่ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้กระทำละเมิดต่อผู้ลงทุนซึ่งเป็นบุคคลภายนอก จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าบุคคลใดจะต้องเข้ามารับผิดชอบบ้าง⁹⁹ หากว่าผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นได้กระทำหน้าที่ภายในขอบวัตถุประสงค์การจัดตั้งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งได้แก่การให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนนั้น ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ผู้แทนได้กระทำไปในนามของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน แต่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนเสมือนว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นได้กระทำไปด้วยตนเอง แต่ถ้าหากว่าเป็นกรณีที่ผู้แทนนิติบุคคลได้ทำการไปนอกขอบวัตถุประสงค์การจัดตั้งบริษัท

⁹⁸ ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 7

(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 136

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135

ที่ปรึกษาการลงทุนแล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของผู้แทน หรือผู้มีอำนาจทำการแทน และผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนั้นจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง

3.2.2.4 ความรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้ว่าจ้างทำของ

ความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างทำของนั้น มาตรา 428 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติว่า “ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในระหว่างทำการงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง”

โดยหลักแล้วผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอก อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้รับจ้างทำของ แต่หากว่าผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดในเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบ

หลักเกณฑ์ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบเพราะผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดนั้น มีสามประการ ดังนี้

1) มีส่วนผิดในงานที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ผู้รับจ้างทำ ผู้ว่าจ้างได้สั่งให้ผู้รับจ้างทำงานที่โดยสภาพแล้วเป็นละเมิดอยู่ในตัวเอง เช่น การสั่งให้ผู้รับจ้างฝังเสาเข็มโดยวิธีการตอก แทนวิธีการเจาะ เนื่องจากเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า ทำให้อาคารที่อยู่ใกล้เคียงได้รับความเสียหาย¹⁰⁰

2) มีส่วนผิดในคำสั่งที่ผู้ว่าจ้างให้ไว้แก่ผู้รับจ้าง คำสั่งของผู้ว่าจ้างที่สั่งให้ผู้รับจ้างทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ถึงแม้ว่าสภาพของงานจะไม่ใช้ละเมิดโดยตัวเอง เช่น จ้างและควบคุมการตอกเสาเข็มให้ถูกต้องตามจำนวนและตรงจุดที่กำหนดให้ตอก ทำให้บ้านข้างเคียงได้รับความเสียหาย¹⁰¹

3) มีส่วนผิดในการเลือกหาผู้รับจ้าง ผู้ว่าจ้างเลือกผู้รับจ้างที่ไม่มีความสามารถหรือไม่มีความเหมาะสมกับลักษณะงานที่มอบหมายหรือสั่งให้ทำ เช่น ผู้รับจ้างรับเหมาก่อสร้างโดยผู้รับจ้างตอกเสาเข็ม โดยที่ผู้รับจ้างไม่ได้เรียนวิชาช่างมาโดยตรง และรับเหมาก่อสร้างเป็นงานแรก เห็นได้ว่าผู้รับจ้างขาดความรู้ความสามารถ ทำให้บ้านของบุคคลภายนอกเป็นรอยร้าวได้รับความเสียหาย¹⁰²

หากว่านอกเหนือจากสามกรณีที่ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดชอบแล้ว ผู้ว่าจ้างไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ผู้รับจ้างกระทำต่อบุคคลภายนอกอีก เนื่องจากผู้ว่าจ้างไม่ได้มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการทำงานของผู้รับจ้าง และผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกจากการกระทำของผู้รับจ้างเอง ส่วนในกรณีที่ผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกอันเนื่องมาจากผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดในงาน ในคำสั่ง หรือในการเลือกหาผู้รับจ้างนั้น

¹⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 984/2531

¹⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2134/2532

¹⁰² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2835/2552

หากว่าผู้ว่าจ้างได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอกแล้ว ผู้ว่าจ้างไม่มีสิทธิที่จะมาไล่เบี้ยเอา กับผู้รับจ้าง เนื่องจากความรับผิดของผู้ว่าจ้างนั้นเกิดจากข้อสันนิษฐานของกฎหมาย¹⁰³

อย่างไรก็ตาม ลักษณะความรับผิดของผู้ว่าจ้างทำของนั้นอาจแบ่งออกเป็นสี่ความเห็น¹⁰⁴ ได้แก่

ความเห็นแรก ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่น เนื่องจากผู้รับจ้างเป็นผู้ทำให้เกิดความเสียหาย แต่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการทำงานจ้าง ผู้ว่าจ้างจึงควรต้องรับผิด

ความเห็นที่สอง ผู้ว่าจ้างต้องรับผิดเพื่อละเมิดของตนเอง หากเป็นกรณีผู้ว่าจ้างมีส่วนผิดในการทำงานที่มอบหมายให้ผู้รับจ้างทำ หรือผิดในคำสั่งที่ให้แก่ผู้รับจ้าง หรือผิดในการเลือกหาผู้รับจ้าง

ความเห็นที่สาม ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างต้องรับผิดร่วมกัน หากว่าการที่ผู้ว่าจ้างนั้นผิดในการทำงานที่มอบหมาย หรือผิดในคำสั่งที่ให้แก่ผู้รับจ้าง หรือผิดในการเลือกหาผู้รับจ้างแล้ว หากผู้รับจ้างทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว ยังคงกระทำตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างแล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ผู้รับจ้างควรที่จะต้องรับผิดด้วย

ความเห็นที่สี่ ผู้ว่าจ้างทำของต้องรับผิดผู้เดียว แม้ว่าผู้ว่าจ้างทำของจะไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดเองโดยตรง ส่งผลให้ไม่มีองค์ประกอบของละเมิดเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล ซึ่งผู้รับจ้างอาจจะได้ทำหรือยังไม่ได้ทำละเมิดนั้นก็ได้

ผู้เขียนเห็นว่า หากผู้รับจ้างทราบหรือควรจะทราบอยู่แล้วว่า ผู้ว่าจ้างผิดในการทำงานหรือคำสั่งที่มอบหมายให้ผู้รับจ้างทำนั้น ผู้รับจ้างควรที่จะต้องแจ้งหรือเตือนผู้ว่าจ้างถึงความผิดในคำสั่งนั้น หากผู้รับจ้างทราบแล้วแต่เพิกเฉยและยังคงปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ว่าจ้างนั้น ผู้รับจ้างควรที่จะต้องมีความรับผิดกับผู้ว่าจ้างด้วย แม้ว่าหลักของสัญญาจ้าง ผู้รับจ้างจะไม่ต้องรับผิดเว้นเสียแต่ว่าผู้ว่าจ้างผิดในการทำงานหรือคำสั่งที่สั่งให้ผู้รับจ้างทำ แต่กรณีที่ว่านั้น น่าจะหมายถึง การที่ผู้รับจ้างไม่ทราบถึงข้อเท็จจริงในความผิดของการมอบหมายหรือคำสั่งที่ผู้ว่าจ้างสั่งให้ตนทำ

การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นได้นำ Robo-advisor มาบริการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจต้องจ้างบริษัทภายนอก ซึ่งเป็นบริษัท Outsource เพื่อเขียนขั้นตอนการทำงานของ Algorithm เพื่อให้ Robo-advisor สามารถประมวลผลจากการใส่ข้อมูลของผู้ลงทุนนั้น โดยการให้คำปรึกษาการลงทุน หรือการจัดพอร์ตการลงทุนซึ่งเกิดจากการประมวลผลของ Robo-advisor นั้นอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ ซึ่งโดยสภาพของ Robo-advisor นั้น ไม่สามารถกระทำละเมิดเองได้ ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นจึงอาจเกิดจากการเขียนขั้นตอนการทำงานของ Algorithm ของบริษัท Outsource ที่ได้เป็นคู่สัญญากับบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนตาม

¹⁰³ ศนันท์ภรณ์ ไสตติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 7

(กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 263

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 253

สัญญาจ้างทำของ หากว่าความผิดพลาดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนซึ่งอาศัย Robo-advisor ในการให้คำปรึกษาการลงทุนหรือจัดพอร์ตการลงทุนนั้น หากว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้มีส่วนผิดในงาน หรือในคำสั่งในการเขียนขั้นตอนการทำงาน Algorithm หรือในการเลือกหาบริษัท Outsource นั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการทำงานของบริษัท Outsource เนื่องจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้มีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาการทำงานของบริษัท Outsource

ดังนั้น การที่ผู้ลงทุนจะเรียกร้องโดยอาศัยฐานสัญญาหรือละเมิดนั้น ควรจะต้องพิจารณาถึงข้อจำกัดของสัญญาที่มีเรื่องข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด ที่อาจส่งผลให้ผู้ลงทุนไม่อาจเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดตามสัญญา ในขณะที่ละเมิดจะต้องปรากฏว่าการกระทำนั้นครบองค์ประกอบเป็นละเมิดแล้วหรือไม่ ซึ่งหากว่าการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นละเมิด ผู้ลงทุนย่อมไม่อาจที่จะเรียกร้องให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดได้ อีกทั้งยังไม่สามารถให้บุคคลอื่นเข้ามาร่วมรับผิดด้วยได้ นอกจากนี้ ความรับผิดตามสัญญาและละเมิดนั้นมีความแตกต่างกัน โดยส่งผลถึงเรื่องความรับผิด การระงับการฟ้อง การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน รวมถึงสิทธิไล่เบียด แต่อย่างไรก็ดี การที่บุคคลอื่นจะมาร่วมรับผิดในความเสียหายที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกระทำแทนในนามของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องทำละเมิดครบองค์ประกอบเสียก่อนจนถึงขั้นที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดหรือร่วมรับผิดบนฐานของมาตราใดนั้น แล้วแต่การพิจารณานิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น แต่หากไม่เป็นละเมิดเพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่ความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาด เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงไม่เป็นละเมิด ความรับผิดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนในฐานะที่เป็นนิติบุคคล นายจ้าง ตัวการ หรือผู้ว่าจ้างทำของก็จะไม่เกิดขึ้น ดังนั้น การเรียกร้องเพื่อให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดจากฐานตามสัญญาหรือการให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคคลอื่นเข้ามาร่วมรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะสามารถทำได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในบทวิเคราะห์

3.3 ข้อจำกัดและยกเว้นความรับผิด

โดยหลักแล้ว การทำสัญญาจะอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะตกลงกันเรื่องใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานที่ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต่อผู้ลงทุนก็ได้ แต่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นมักจะกำหนดข้อความจำกัดความรับผิดของตนไว้ในสัญญา เพื่อที่จะจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในการให้คำปรึกษาการลงทุนที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนได้

เนื่องจากการจำกัดความรับผิด หมายถึงข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่ได้ปฏิบัติการชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญา ต้องรับผิดอย่างจำกัดตามเงื่อนไขที่ได้

ระบุไว้ในสัญญา ซึ่งยังต้องมีความรับผิดชอบ แต่อาจจะต้องรับผิดชอบเพียงบางส่วนของความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด แต่ถ้าหากว่าไม่มีข้อความจำกัดความรับผิดชอบนั้น คู่สัญญาอาจจะต้องรับผิดชอบเต็มตามกฎหมายลักษณะนี้

สำหรับการยกเว้นความรับผิดชอบ หมายถึงการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ต้องรับผิดชอบในความผิดใด ๆ เลย หากว่าตนไม่ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญา ซึ่งหากว่าไม่มีข้อความยกเว้นความรับผิดชอบนี้ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นคู่สัญญาจะต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะนี้ เช่น การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เป็นต้น โดยตัวอย่างข้อความยกเว้นความรับผิดชอบที่ระบุในสัญญาบริการที่ปรึกษาการลงทุนนั้น เช่น บริษัทไม่ต้องรับผิดชอบในทุกกรณีสำหรับความเสียหายหรือความเสียหายที่เกิดแก่ลูกค้าหรือที่ลูกค้าถือหุ้น อันเนื่องมาจากการที่ลูกค้านำข้อมูลคำแนะนำ การวางแผน หรือกลยุทธ์จากบริษัทไปใช้ หรือเนื่องมาจากการที่บริษัทดำเนินการตามคำสั่งของลูกค้า เว้นแต่ความเสียหายหรือเสียหายดังกล่าวนั้นเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของบริษัท หรือ ลูกค้ายอมรับว่าจะไม่ได้รับค่าชดเชยความเสียหายหรือค่าเสียโอกาสใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากข้อขัดข้องของระบบการให้บริการที่ปรึกษาการลงทุน เป็นต้น

การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้มีหน้าที่ให้คำปรึกษาการลงทุนตามสัญญา แต่ในสัญญามีการทำความตกลงล่วงหน้าจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบในความเสียหายที่จะเกิดขึ้น หากพิจารณาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแล้ว หากผู้ลงทุนยินยอมตามข้อกำหนดจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนดังกล่าว ผู้ลงทุนก็อาจจะต้องผูกพันตามสัญญาที่ตนได้แสดงเจตนาเข้าผูกพัน แต่ทั้งนี้ ข้อสัญญาที่กำหนดในสัญญาระหว่างผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่มีเนื้อหาทำให้ผู้ประกอบการวิชาชีพได้เปรียบผู้ลงทุนเกินสมควรนั้น ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น การมีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบ เป็นต้น

การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในสัญญานั้น เดิม มาตรา 373 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติให้ความตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นไม่ให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบจากความจงใจหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น เป็นการบัญญัติถึงเฉพาะกรณีประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น แต่ไม่ได้กล่าวถึงการยกเว้นความรับผิดชอบกรณีประมาทเลินเล่อธรรมดาไว้ก็ตาม

ปัจจุบันพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้เข้ามาคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า เนื่องจากข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง โดยในบริบทของการให้คำปรึกษาการลงทุน ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าจะเป็นผู้ลงทุน เนื่องจากผู้ลงทุนมีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเรื่องการลงทุนน้อยกว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมักจะกำหนดเนื้อหาในสัญญาเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบตามสัญญาหรือละเมิด ทำให้ผู้ลงทุนไม่ได้รับการคุ้มครองกรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญด้านการลงทุน โดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนสามารถนำข้อตกลงในสัญญามากล่าวอ้างเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบได้ โดยมีนักกฎหมายได้ให้ความเห็นว่า มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ครอบคลุม

ถึงข้อยกเว้นความรับผิดในการจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว¹⁰⁵ เพิ่มเติมจากจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งหากผู้ลงทุนและผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ได้ตกลงยกเว้นในเรื่องความรับผิด เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลอาจใช้ดุลพินิจปรับลดข้อตกลงดังกล่าวให้เป็นธรรมแก่คู่กรณีก็ได้

มาตรา 8 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

จากบทบัญญัติดังกล่าว การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น แบ่งออกเป็นสองกรณี ดังนี้

1. การตกลงยกเว้นหรือจำกัดในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัย นั้น ไม่สามารถทำได้ โดยผลของการมีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในชีวิต ร่างกาย อนามัยนั้น เป็นโมฆะ

2. การตกลงยกเว้นหรือจำกัดในความเสียหายอื่น ๆ นอกจากชีวิตร่างกาย หรืออนามัย ซึ่งได้แก่ความเสียหายเกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยสามารถทำได้ และไม่มีผลเป็นโมฆะ แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจให้ข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น บังคับใช้ได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย¹⁰⁶

ลักษณะของสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เช่น จะต้องเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ สัญญาสำเร็จรูป หรือความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำในคดีละเมิด¹⁰⁷

สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เป็นสัญญาที่ฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพนั้น มีอำนาจทางเศรษฐกิจมากกว่าผู้บริโภค อีกทั้งมีความรู้ความเชี่ยวชาญในการทำสัญญา ซึ่งข้อความตกลงจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้นอาจเป็นการเอาเปรียบ

¹⁰⁵ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 249.

¹⁰⁶ ศันนัทภรณ์ โสติพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 536.

¹⁰⁷ มาตรา 9 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

ผู้บริโภครที่ไม่ได้เชี่ยวชาญในการทำสัญญา ซึ่งศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจปรับลดข้อสัญญาและให้ใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

สัญญาสำเร็จรูป เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าได้กำหนดข้อความในสัญญาไว้ล่วงหน้าเรียบร้อยแล้ว และคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งเป็นผู้บริโภครไม่ได้ต่อรองเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญา

สัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนมักเป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งอาจมีข้อความที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจได้เปรียบผู้ลงทุน เพราะผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขในสัญญาเพียงฝ่ายเดียว อันขัดต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญา¹⁰⁸ โดยสัญญาสำเร็จรูปนี้ จะต้องประกอบไปด้วยลักษณะ 3 ประการ ได้แก่ สัญญาทำเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญามีการกำหนดข้อความที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า และสัญญานั้นจะต้องนำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่กำหนดข้อสัญญา¹⁰⁹ ซึ่งข้อตกลงที่เป็นการเอาเปรียบเกินสมควร เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา เป็นต้น ซึ่งลักษณะดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 วรรคสาม ของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น เป็นกฎหมายที่เข้ามาคุ้มครองคู่สัญญาเมื่อมีการทำสัญญาเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ซึ่งศาลจะใช้ดุลพินิจในการปรับลดข้อสัญญาและบังคับใช้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่คู่สัญญา

การคุ้มครองคู่สัญญาตั้งแต่ขั้นตอนก่อนการทำสัญญานั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มีการบัญญัติถึงการคุ้มครองผู้บริโภครด้านสัญญา เพื่อคุ้มครองผู้บริโภครจากข้อสัญญาที่มีลักษณะเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ มีหน้าที่กำหนดให้ธุรกิจใดที่จะต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ และให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา โดยการควบคุมสัญญานั้นเป็นการควบคุมในด้านเนื้อหาของสัญญา¹¹⁰ ได้แก่

¹⁰⁸ อรรถยา สิงห์สงบ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), หน้า 221.

¹⁰⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2557), หน้า 730.

¹¹⁰ มาตรา 35 ทวิ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภครจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภครเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

1) การใช้ข้อสัญญาที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

ธุรกิจที่ควบคุมสัญญาจะต้องเป็นธุรกิจที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งได้แก่ ธุรกิจให้บริการบัตรเครดิต ธุรกิจให้เช่ารถยนต์และรถจักรยานยนต์ ธุรกิจให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ธุรกิจให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงิน จะเห็นได้ว่าธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ไม่ได้กำหนดถึงสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุน จึงไม่มีการควบคุมสัญญาที่สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุน ผู้ลงทุนจึงไม่ได้รับการคุ้มครองจากการควบคุมสัญญาตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

โดยทั่วไปแล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจจะเป็นผู้กำหนดข้อความในสัญญาซึ่งนำมาใช้ในการประกอบวิชาชีพเป็นบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน เนื่องจากเป็นฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าผู้ลงทุน โดยในการกำหนดข้อตกลงในลักษณะนี้ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทช. 3/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน (ประมวล) ข้อ 8 (1) วรรค 2 การกำหนดข้อตกลงที่อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างผู้ลงทุนและบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ลงทุนด้วย กรณีนี้แม้ผู้ลงทุนจะตกลงยินยอมตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็ตาม แต่หากว่าข้อตกลงนั้นเป็นข้อตกลงที่เอาเปรียบผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้บริโภคเกินสมควร ศาลก็อาจที่จะบังคับใช้ข้อสัญญาได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร แต่โดยปกติแล้วหากว่าข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด แล้วมีข้อความให้คู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นผู้รับภาระนั้น คู่สัญญาฝ่ายนั้นก็จะเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายรับผิดไม่ได้¹¹¹

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าดุลพินิจของศาลในการปรับลดข้อตกลงให้เป็นธรรมแก่คู่กรณีนั้น จะสามารถทำให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเข้าต้องรับผิดตามกฎหมายปกติได้ แต่ตราบไต่ที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนยังเป็นผู้กำหนดข้อตกลงในสัญญาที่มีการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของตนจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือระบุให้ผู้ลงทุนเป็นผู้รับผิดเพียงฝ่ายเดียวก็ตาม ซึ่งจะต้องพิจารณาต่อไปว่าหลักกฎหมายไทยในปัจจุบันเกี่ยวกับข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้น ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองเพียงพอแล้วหรือไม่ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทวิเคราะห์

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2521/2556

3.4 ภาระการพิสูจน์

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนนั้น คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงขึ้นสู่ศาลนั้น จะต้องหาพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตน เพื่อให้ศาลใช้ประกอบการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทระหว่างคู่ความ

3.4.1 ภาระการพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ภาระการพิสูจน์ หมายถึง การที่คู่ความฝ่ายหนึ่งจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาล เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การโดยให้ศาลเห็นเป็นไปตามที่คู่ความได้กล่าวอ้าง หรือที่เรียกว่าหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นนำสืบ” ตามมาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่ส่งผลถึงผลแพ้หรือชนะคดีโดยตรง

เมื่อบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ทำผิดเงื่อนไขในสัญญา อันทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายนั้น เมื่อผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย ผู้ลงทุนมักเป็นผู้นำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล โดยการฟ้องร้องระหว่างผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นการฟ้องร้องคดีทางแพ่งซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดให้ผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงในคดีเพื่อสนับสนุนคำฟ้องของตนเอง เป็นผู้มีภาระการพิสูจน์¹¹² การที่ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายนั้น ผู้ลงทุนจึงเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงว่าตนได้รับความเสียหายจากการกระทำของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน เพื่อให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับ เช่น การกล่าวอ้างว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญา บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการให้คำปรึกษาการลงทุน อันเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ เป็นต้น ซึ่งการที่ผู้ลงทุนเป็นผู้กล่าวอ้างข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้น ผู้ลงทุนจึงมีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบถึงประเด็นดังกล่าวตามที่ตนกล่าวอ้าง ตามหลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ โดยการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาหรือการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยประมาทเลินเล่อบริษัทที่ปรึกษาเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน การกระทำหน้าที่ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนย่อมที่จะทราบดีที่สุด ซึ่งการให้ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้รับคำปรึกษาเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในประเด็นว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนทำหน้าที่ได้ถูกต้องตามมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์หรือไม่นั้น จึงเป็นภาระที่ยากลำบากของผู้ลงทุนในการที่จะต้องหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ เนื่องจากเอกสารและพยานหลักฐานอยู่ในความครอบครองของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน และเมื่อบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้ที่ทราบดีที่สุดถึงการทำหน้าที่ของตนเองนั้น จึงเป็นข้อยกเว้นในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างภาระการพิสูจน์และการกล่าวอ้างข้อเท็จจริงในคดี โดยผู้ลงทุนเป็นผู้กล่าวอ้าง แต่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่นำสืบ¹¹³ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงควรมีภาระการพิสูจน์ในเรื่องที่ตนทราบดี โดยพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาหรือไม่ได้ประมาทเลินเล่อเนื่องจากตนได้ทำหน้าที่ถูกต้องตามมาตรฐานทางวิชาชีพของตนแล้ว

¹¹² สมชาย ปรึกษาศิลปะกุล, นิติศาสตร์ไทยเชิงวิพากษ์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2549), หน้า 171

¹¹³ วรรณชัย บุญบำรุง ธนกฤต วรรณชชากุล และคณะ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2554), หน้า 77.

การฟ้องร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 นั้น จะต้องมียุติเหตุที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ได้แก่ หน้าที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ลงทุนและผู้มีภาระการพิสูจน์ตามหลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ¹¹⁴ เช่น หากว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกล่าวอ้างว่าตนไม่ได้ผิดสัญญา และตนได้ปฏิบัติตามสัญญาถูกต้องครบถ้วนแล้ว ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์¹¹⁵ แต่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะมีภาระการพิสูจน์ต่อเมื่อตนได้ยกข้อกล่าวอ้างขึ้นใหม่¹¹⁶ ว่าตนในฐานะที่มีหน้าที่กระทำการนั้น จะต้องพิสูจน์ข้อแก้ตัวให้พ้นผิด ว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาแล้ว

อย่างไรก็ตาม หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ ได้มีข้อยกเว้นหลักดังกล่าว มี 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ต้องด้วยบทสันนิษฐานตามกฎหมายและกรณีที่ต้องด้วยบทสันนิษฐานตามความเป็นจริง เป็นกรณีที่กฎหมายมีข้อสันนิษฐานที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง¹¹⁷ ซึ่งเป็นการผลักระการพิสูจน์ได้ ตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ตอนท้ายว่า “...แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวอาจนำมาใช้ในการผลักระการพิสูจน์ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายไปให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็ได้ โดยข้อสันนิษฐานที่เป็นคุณนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานของกฎหมายนั้น โดยอาจพิจารณาจากประเด็นข้อพิพาทในคดี เช่น การมีข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่เป็นคุณแก่โจทก์ เช่น ความเสียหายที่เกิดจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 437 และจำเลยได้รับแล้วว่ายานพาหนะดังกล่าว เป็นของตนหรืออยู่ในความควบคุมดูแลของตน หน้าที่นำสืบจึงตกอยู่กับจำเลย¹¹⁸ เว้นเสียแต่ว่า ผู้ครอบครองนั้นจะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากตัวผู้เสียหายเอง กรณีนี้มีกฎหมายสันนิษฐานให้เป็นประโยชน์แก่ผู้เสียหายแล้ว คู่ความฝ่ายที่ได้ประโยชน์มีหน้าที่เพียงแต่ว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นแล้ว ผู้เสียหายจึงมีหน้าที่นำสืบว่าอีกฝ่ายเป็นผู้ครอบครองยานพาหนะที่เดินด้วยเครื่องจักรกล ซึ่งกฎหมายสันนิษฐานไว้ว่าอีกฝ่ายจะต้องรับผิดชอบหากว่าฝ่ายจำเลยสามารถพิสูจน์ได้ ภาระการพิสูจน์ก็จะเป็นผู้เสียหาย¹¹⁹ หรือ มาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติว่า “ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์

¹¹⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 5024/2540

¹¹⁵ ธีรวิมล โศภิตจตุกุล, กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (ละเจียงเทรา: เอ็มเอ็นคอมพิวออฟเซ็ท, 2550), หน้า 37.

¹¹⁶ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2557), หน้า 78

¹¹⁷ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557), หน้า 94.

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 559/2500

¹¹⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), หน้า 162.

เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กฎหมายสันนิษฐานความผิดเบื้องต้น โดยผู้กระทำละเมิดสามารถที่จะพิสูจน์หักล้างตามที่กฎหมายสันนิษฐานได้¹²⁰ เป็นต้น และในเรื่องค่าเสียหาย ผู้เสียหายยังมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนเสียหายเท่าใด ถึงแม้ว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะยอมรับว่าตนผิดสัญญาก็ตาม¹²¹ ซึ่งสิ่งที่จะนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์พิสูจน์ความเสียหาย ได้แก่ พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด¹²²

ข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย เป็นหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังข้อเท็จจริง โดยศาลจะรับฟังว่าข้อเท็จจริงมีอยู่ จนกว่าจะมีการหักล้างหรือพิสูจน์ให้เป็นอย่างอื่น ซึ่งข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท ได้แก่ ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Irrebuttable presumption) เป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่สามารถสู้หักล้างได้ ซึ่งส่วนใหญ่จะพบได้กฎหมายสารบัญญัติ เช่น ข้อสันนิษฐานว่า บุคคลทุกคนต้องรู้กฎหมาย เป็นต้น และข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด (Rebuttable presumption) เป็นข้อสันนิษฐานที่สามารถนำพยานมาสู้หักล้างได้ ว่าความจริง ไม่ได้เป็นไปตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย โดยมักจะพบข้อความ เช่น “ให้สันนิษฐานว่า” เป็นต้น ซึ่งผลของข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาดนั้น คือการที่ฝ่ายที่ข้อสันนิษฐานนั้นเป็นคุณ มีหน้าที่เพียงสู้ให้ได้ว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแล้วเท่านั้น จากนั้นอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่สู้หักล้างข้อสันนิษฐานนั้น

ในต่างประเทศจะใช้ข้อสันนิษฐานตามความเป็นจริง ตามหลัก Res ipsa loquitur (Things speak for itself) ซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นนั้นสามารถพิสูจน์ได้ด้วยตัวมันเองอยู่แล้ว ซึ่งหลักนี้มักจะนำมาปรับใช้กับละเมิด เช่น ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้เสียหายอ้างว่าจำเลยกระทำโดยประมาท ทำให้ตนได้รับความเสียหาย โจทก์เป็นฝ่ายกล่าวอ้างมีหน้าที่นำสืบตามหลักทั่วไป แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงในบางครั้ง บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจจะประมาทที่ไม่ตรวจสอบข้อมูลของผู้ลงทุนให้ดี ทำให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจต้องพิสูจน์หักล้างเพื่อพิสูจน์ว่าตนทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังเพียงพอและไม่ได้ประมาทเลินเล่อ

นอกจากนี้ ยังมีเรื่องข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะ เป็นหลักกฎหมายของอังกฤษที่ว่า ถ้าผู้ใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอยู่ในความรู้เห็นของอีกฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะกล่าวอ้างในทางใด ฝ่ายนั้นจะต้องรับภาระในการพิสูจน์หักล้าง¹²³ หรือที่เรียกว่า Res Ipsa Loquitur (The thing speaks for itself) เพราะการที่จะให้อีกฝ่ายซึ่งไม่มีข้อมูล

¹²⁰ ศนันท์กรณีย์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่งและละเมิด (มูลหนี้ 2), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2561), หน้า 80

¹²¹ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), หน้า 239.

¹²² ประสิทธิ์ จงวิจิต, "การพิสูจน์ค่าเสียหายในทางละเมิด," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 25 (พฤศจิกายน 2549) ฉบับที่ 3: 88.

¹²³ ประมูล สุวรรณศร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์, 2526), หน้า 47.

นั้นต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงก็จะกระทำได้ยากหรือพันวิสัยที่จะทำได้ เนื่องจากปกติแล้วในการพิสูจน์ตามละเมิด โจทก์มีหน้าที่ที่จะต้องนำสืบว่าจำเลยกระทำโดยประมาท แต่ในบางครั้งข้อเท็จจริงนั้นอยู่ในอำนาจหรือความรู้ของอีกฝ่ายซึ่งเป็นจำเลยทั้งหมด โจทก์ก็จะไม่ได้รับการบรรเทาความเดือดร้อน

3.4.2 ภาระการพิสูจน์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

นอกจากมาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ได้เข้ามากำหนดเรื่องภาระการพิสูจน์แล้ว การให้คำปรึกษาการลงทุนเป็นการให้บริการอย่างหนึ่งโดยผู้ประกอบการธุรกิจจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้บริโภคด้วย ดังนั้น ประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับผู้บริโภคนั้น ยังได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 ซึ่งกำหนดให้ประเด็นข้อพิพาทใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าว ตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจนั้น ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจตามตามมาตรา 3 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 นั้น หมายถึง ผู้ประกอบการตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคและหมายความรวมถึงผู้ประกอบการตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย โดยมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้กำหนดนิยามของผู้ประกอบการ หมายถึง ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขายหรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการกิจการโฆษณาด้วย ซึ่งการบริการตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 นั้น หมายถึง การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้ หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

เมื่อการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นการให้บริการอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นคดีผู้บริโภคได้ ประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ที่ให้ผู้ประกอบการเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 จึงอาจเป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้บริโภค เนื่องจากตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้บริโภคตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคและรวมถึงผู้เสียหายตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กำหนดนิยามของผู้บริโภค หมายถึง ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบการหรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบการเพื่อให้ซื้อสินค้าหรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้า หรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบการโดยชอบ แม้ว่าจะไม่ได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตาม ยังจำเป็นต้องพิจารณาว่าประโยชน์ในเรื่องข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง จะนำมาปรับใช้กับหลักกฎหมายซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งจะได้กล่าวถึงในบทวิเคราะห์ต่อไป

3.5 การกำหนดค่าเสียหาย

ในการที่จะให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบต่อผู้ลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจต้องรับผิดชอบตามสัญญาหรือเพื่อละเมิด เพื่อให้ผู้ลงทุนได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน

3.5.1 ค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญา

การที่ลูกหนี้มีหนี้ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ แต่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือปฏิบัติตามชำระหนี้ไม่ถูกต้องนั้น ไม่ว่าจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งการไม่ชำระหนี้โดยจงใจนั้น เป็นการที่ลูกหนี้ตั้งใจไม่ชำระหนี้ แต่การไม่ชำระหนี้โดยประมาทเลินเล่อ เป็นการที่ลูกหนี้ไม่ได้ตั้งใจที่จะไม่ชำระหนี้ แต่อาจประมาทเลินเล่อโดยการหลงลืม การกระทำของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่จะต้องรับผิดชอบต่อผู้ลงทุนนั้น จะต้องเกิดจากการกระทำโดยจงใจ เช่น การกระทำที่มีความสำคัญในการกระทำของตนหรือกระทำหรือโดยประมาทเลินเล่อ ได้แก่ การไม่ใช้ความระมัดระวังในการกระทำ ในระดับซึ่งบุคคลควรมีตามวิสัยและพฤติการณ์ เช่น การไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน หรือการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพ¹²⁴

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามสัญญา มาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“การเรียกเอาค่าเสียหาย ได้แก่ การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้”

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

อย่างไรก็ตาม ความหมายของคำว่า “ความเสียหาย” หมายถึง ความสูญเสีย หรือผลร้ายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด เมื่อบุคคลใดได้รับความเสียหายแล้วนั้น บุคคลที่ทำให้บุคคล เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น จึงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ ความเสียหายจึงมีความหมายกว้างกว่าค่าเสียหาย¹²⁵

“ค่าเสียหาย” หมายถึง จำนวนเงินที่ศาลสั่งให้ลูกหนี้ชำระแก่เจ้าหนี้เพื่อชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใด ซึ่งศาลจะดุลพินิจที่จะกำหนดให้ตามพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งเป็นการชดใช้ด้วยเงิน

¹²⁴ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2557), หน้า 101.

¹²⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: กฤษฎาม พับลิชชิ่ง, 2559), หน้า 231.

“ค่าสินไหมทดแทน” หมายถึง การทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ เนื่องจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา หรือมีการละเมิด เพื่อให้เจ้าหนี้กลับสู่ฐานะเดิม โดยจะมีการชดใช้เป็นตัวเงิน การคืนทรัพย์สิน หรือวิธีการอื่นใดก็ได้ ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะตัวเงินเพียงอย่างเดียว

126

เมื่อบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีความสัมพันธ์ตามสัญญากับผู้ลงทุน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมปกติที่อาจเกิดขึ้นได้จากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ตามมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดเรื่องค่าเสียหายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็เพื่อเยียวยาความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการผิดสัญญาในรูปแบบของค่าสินไหมทดแทน¹²⁷ให้แก่ การเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติจะเกิดขึ้นได้จากการไม่ชำระหนี้หนี้ เพราะเมื่อบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ลงทุน ซึ่งสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เมื่อบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญา อันเป็นการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญา และหาว่าการปฏิบัติหน้าที่ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้ลงทุนอาจฟ้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนชำระหนี้ให้ถูกต้อง เช่น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ให้คำปรึกษาในการลงทุนโดยใช้ความระมัดระวัง แต่ปรากฏว่าบริษัทที่ปรึกษาไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งผู้ลงทุนอาจเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนชำระหนี้ตามสัญญาด้วยการให้คำปรึกษาก็ได้ ซึ่งเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง ตามมาตรา 213 แต่การที่จะให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนย้อนเวลากลับให้คำปรึกษาโดยใช้ความระมัดระวังนั้น สภาพแห่งนี้อาจไม่เปิดช่องให้กระทำได้ ผู้ลงทุนอาจเรียกร้องค่าเสียหาย ตามมาตรา 215 การชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้นเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสม เช่น การให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น ถ้าช้าเกินกำหนดระยะเวลาที่จะเป็นประโยชน์กับผู้ลงทุนแล้ว หรือเลิกสัญญา โดยผู้ลงทุนอาจบอกเลิกสัญญาต่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนด้วยก็ได้ และการบอกเลิกสัญญานั้น ไม่ได้กระทบถึงสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหาย ตามมาตรา 391 วรรคท้าย ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องรับผิดชอบอย่างน้อยเพียงใด จะรับผิดชอบขอบเขตที่ระบุไว้ในสัญญา หรือจะรับผิดชอบตามที่คู่สัญญาได้รับความเสียหายตามความเป็นจริง และตามความเป็นจริงนั้นมีขอบเขตกว้างเพียงใด ซึ่งค่าเสียหายที่จะเรียกได้นั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ค่าเสียหายปกติและค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ

3.5.1.1 ค่าเสียหายปกติ

ความเสียหายที่ลูกหนี้หรือผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องชดใช้ให้แก่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือเกิดจากการ

¹²⁶ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2557), หน้า 166-167

¹²⁷ อนันต์ จันทร์โอภากร, "การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากสัญญาอัตราในเชิงเปรียบเทียบ," วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 17 ฉบับที่ 2 (2530): 3-4.

ไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งความเสียหายดังกล่าวจะต้องเป็นผลโดยตรงจากไม่ปฏิบัติตามสัญญา ที่ค่าเสียหายที่ผู้ลงทุน อาจเรียกร้องจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เพราะเหตุที่ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การไม่ให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น ค่าเสียหายตามปกติเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นปกติจากการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนผิดสัญญา ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ลงทุนมีความใกล้ชิดกับเหตุที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนผิดสัญญา หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นผลธรรมดาหรือผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ในกรณีที่ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย¹²⁸ ซึ่งเป็นการขอใช้ความเสียหายให้แก่ผู้ลงทุน เสมือนว่าผู้ลงทุนได้รับชำระหนี้แล้ว เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 47/2489 ผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย ค่าเสียหายที่เรียกได้ ได้แก่ ราคาที่ผู้ซื้อต้องจ่ายสูงขึ้นในการไปซื้อทรัพย์สินจากที่อื่น รวมทั้งค่าใช้จ่ายด้วย เป็นต้น แต่ทั้งนี้ ต้องพิจารณาด้วยความความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นใกล้เคียงไปหรือไม่ ตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล

3.5.1.2 ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ

ความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ เป็นความเสียหายที่จะต้องเป็นผลโดยตรง และต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลด้วย และเป็นกรณีที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องจะต้องได้คาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นพฤติการณ์นั้นล่วงหน้าแล้ว โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นผิดไปจากปกติที่ควรจะเป็น โดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดชอบเมื่อสามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ว่า หากตนเองผิดสัญญาแล้ว จะก่อความเสียหาย

การคาดเห็นล่วงหน้าได้เองหรือคาดเห็นได้จากการที่ผู้ลงทุนชี้แจงนั้น ไม่ว่าจะคาดเห็นได้ก่อนทำสัญญา หลังจากทำสัญญาแล้วก็ได้ และความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นก็ต้องสัมพันธ์กับการกระทำนั้นด้วย ซึ่งในกรณีของการให้คำปรึกษาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น หากว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนสามารถคาดเห็นหรือควรคาดเห็นถึงความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษแล้ว ก็จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุน ดังนั้น หากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ อันทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องขอใช้ค่าเสียหายทั้งตามปกติและพฤติการณ์พิเศษหากว่าคาดเห็นได้

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของความคาดเห็นได้ แบ่งออกเป็นสองความเห็น

ความเห็นแรก ความคาดเห็นได้หรือควรจะคาดเห็นได้นั้นจะต้องเกิดขึ้นก่อนการทำสัญญา การที่คู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษนั้น ต้องปรากฏว่าคู่สัญญาสามารถคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษก่อนการทำสัญญา

ความเห็นที่สอง ความคาดเห็นได้นั้นจะเกิดเมื่อใดก็ได้ไม่ว่าก่อนหรือขณะทำสัญญา คู่สัญญาอาจจะคาดเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากพฤติการณ์พิเศษนั้น ไม่ว่าจะก่อนเข้าทำ

¹²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2147/2551

สัญญา หรือทำสัญญาไปแล้วก็ตาม ซึ่งการคาดเห็นนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นในขณะที่ทำสัญญา แต่จะเกิดขึ้นเมื่อใดก็ได้ก่อนที่จะเกิดการผิดสัญญา (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 552/2525)¹²⁹

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงถึงความคาดเห็นของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 903/2519 ค่าขนส่งสินค้าจากกรุงเทพมหานครไปยังที่ทำการของโจทก์ในต่างประเทศ ค่าประกันภัยสินค้า ค่าภาษีขาเข้า และค่านำสินค้าดังกล่าวออกจากด่านศุลกากร เป็นค่าเสียหายพิเศษ ซึ่งจำเลยควรจะคาดคิดล่วงหน้าได้ว่าโจทก์จำเป็นต้องเสีย (จำเลยส่งสินค้าที่มีคุณภาพชำรุดบกพร่องถึงขนาดที่โจทก์ไม่อาจนำไปขายต่อได้ เป็นการผิดสัญญา จำเลยต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องดังกล่าว โจทก์มีสิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215, 287, 391 และ 472)

อย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่เกิดขึ้นในลักษณะการขาดประโยชน์ในอนาคต ซึ่งอาจเป็นกำไรหรือขาดทุน จะต้องพิจารณาด้วยว่าหนี้นั้นมีวัตถุประสงค์ในการทำให้เกิดกำไรหรือไม่ แม้กำไรดังกล่าวเป็นเพียงการคาดคะเน ไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 699/2545)¹³⁰

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2339/2517 โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยฐานผิดสัญญาไม่ขายที่ดินให้โจทก์ โดยคำนวณจากผลกำไรทั้งหมดซึ่งโจทก์คาดว่าจะขายที่ดินได้ในราคาสูงกว่าราคาซื้อจากจำเลย แต่ความเสียหายที่โจทก์เรียกร้องนั้นเป็นเพียงความหวังของโจทก์ โจทก์จะขายที่ดินได้ในราคานี้หรือไม่ ไม่เป็นที่แน่นอน ยังฟังไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ แต่ที่ดินที่จะซื้อขายมีทางหลวงตัดผ่านไป พอคาดหมายได้ว่าต้องมีราคาเพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นได้จากการไม่ชำระหนี้ของจำเลย ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายให้ตามที่เห็นสมควร เป็นต้น และการคาดเห็นนั้น แค่คาดเห็นถึงความเสียหายเพียงพอแล้ว ไม่ใช่คาดเห็นค่าเสียหายที่จะต้องชดใช้แก่ความเสียหายนั้น¹³¹

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ไม่สามารถคาดเห็นถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6511/2538 เงินมัดจำที่โจทก์จะต้องคืนให้แก่ ว. ผู้จะซื้อที่ดินพิพาทต่อจากโจทก์นั้น เป็นเงินที่ ว. ออกเป็นค้ำมัดจำไว้แก่โจทก์ เมื่อโจทก์ไม่สามารถโอนขายที่ดินพิพาทให้แก่ ว. ตามสัญญาที่ทำกันไว้ได้ โจทก์ก็ต้องคืนเงินที่รับไว้ให้แก่ ว. และหากโจทก์ไม่ผิดสัญญาโดยสามารถโอนขายที่ดินพิพาทให้แก่ ว. ได้ เงินมัดจำนี้โจทก์ก็ต้องหักเป็นเงินค่าที่ดินที่ ว. จะต้องชำระให้แก่โจทก์ ดังนั้น การที่โจทก์ต้องคืนเงินจำนวนนี้ให้แก่ ว. จึงถือไม่ได้ว่าเป็นค่าเสียหายที่จำเลยที่ 1 จะต้องรับผิดชอบชดใช้ให้แก่โจทก์ เงินค่าขาดกำไรที่โจทก์จะได้รับจากการขายที่ดินพิพาท

¹²⁹ คาราวร ธีระวัฒน์ กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 5 2560 กรุงเทพฯ วิญญูชน หน้า 87-88

¹³⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานคร พิมพ์ครั้งที่ 2559), หน้า 241

¹³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 247

ให้แก่ ว. เป็นค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคสอง เมื่อไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 1 ได้รู้หรือควรจะรู้ว่าโจทก์ซื้อที่ดินพิพาทแล้วไปขายต่อให้ ว. จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นความเสียหายดังกล่าว จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายส่วนนี้ให้แก่โจทก์

ลักษณะของความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้นั้น อาจมีได้สองลักษณะ ได้แก่ ลักษณะการขาดทุนและการขาดกำไร และลักษณะความสูญเสียที่คาดหวังและความสูญเสียที่เชื่อถือ

การขาดทุน เป็นความสูญเสียที่เจ้าหน้าที่ได้เสียไปจริง (Actual loss) ซึ่งเป็นการขาดสิ่งที่มีอยู่ในขณะนี้หรือเป็นความเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้¹³² เป็นความเสียหายในแง่ลบ ในขณะที่ความเสียหายซึ่งเป็นการขาดกำไรนั้น เป็นความสูญเสียที่คาดว่าจะได้รับ (Lost gain) เป็นการขาดสิ่งที่จะได้ในอนาคตหรือรายได้ที่ควรได้จากการชำระหนี้ ซึ่งเป็นความเสียหายในแง่บวก

ความสูญเสียที่คาดหวัง (Expectation loss) เป็นการขาดผลประโยชน์ที่เจ้าหน้าที่จะได้รับหากมีการชำระหนี้ และความสูญเสียที่เชื่อถือ (Reliance loss) เป็นการสูญเสียของเจ้าหน้าที่ที่เกิดจากความเชื่อว่าจะมีการชำระหนี้ของลูกหนี้

การที่จะพิจารณาว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามสัญญากับผู้ลงทุนนั้นจะต้องอาศัยการคาดเห็นหรือควรจะได้ของบริษัที่ปรึกษาการลงทุนนั้น ว่าคาดเห็นถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้นได้หรือไม่

อย่างไรก็ตาม ความเสียหายตามมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และความเสียหายที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษใช้กับกรณีของสัญญาเท่านั้น ซึ่งต่างจากกรณีของละเมิดที่จะต้องนำมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และนำหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลมาพิจารณา ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

3.5.2 ค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด

ความเสียหายจากการกระทำละเมิดนั้น ไม่สามารถคาดเห็นความเสียหายได้ เหมือนกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสัญญานั้นที่คู่สัญญาสามารถคาดเห็นได้ หากว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นปกติจากการไม่ชำระหนี้ การที่จะจำกัดความรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดจากการกระทำละเมิดให้เหมือนการรับผิดชอบในหนี้ตามสัญญานั้น ก็จะไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย และผู้เสียหายจะไม่สามารถควบคุมครองเท่าที่ควร¹³³ และการชดใช้ค่าเสียหายนั้น ก็จะชดใช้ตามค่าเสียหายตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

¹³² ศนันทกรธร โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2560), หน้า 344

¹³³ สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2555), หน้า 213

ในการรับผิดชอบตามละเมิด ไม่สามารถนำมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้ เพราะก่อนเกิดความเสียหายขึ้น เจ้าหนี้และลูกหนี้จะต้องมีความสัมพันธ์กันตามสัญญา ซึ่งผลของการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบจากการที่ตนไม่ชำระหนี้ ตามมาตรา 213 และลูกหนี้ต้องชดใช้ค่าเสียหายตามพฤติการณ์ปกติและพฤติการณ์พิเศษหากว่าสามารถคาดเห็นได้ โดยการรับผิดชอบตามละเมิดนั้น ทั้งสองฝ่ายไม่ได้มีความสัมพันธ์ใด ๆ กันมาก่อน ซึ่งผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบในผลโดยตรงจากการกระทำของตนเอง และชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น¹³⁴ และไม่สามารถเรียกค่าเสียหายได้เหมือนกับค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญา เนื่องจากจะเรียกค่าเสียหายได้ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงเท่านั้น

เมื่อผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทุนของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนแล้ว บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ตามสัญญาในการที่จะชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้ลงทุน ซึ่งการชดใช้ความเสียหายในกรณีนี้ อาจเป็นตัวเงินที่จะต้องชดใช้ให้แก่ผู้ลงทุน เนื่องจากความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ลงทุนก็คือความเสียหายในจำนวนเงินที่มีจำนวนลดน้อยลง ซึ่งเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ซึ่งเป็นความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษตามมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะต้องอาศัยการคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น

ในกรณีของละเมิดการกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย”

การกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามละเมิดนั้น การที่จะชดใช้ค่าเสียหายเพียงใดนั้น ศาลจะเป็นผู้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด คือการพิจารณาจากความข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และพิจารณาว่าเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยวัตถุประสงค์ของค่าสินไหมทดแทนก็เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายและให้ผู้เสียหายนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม เสมือนว่าไม่เคยเกิดความเสียหายนั้นขึ้นมาก่อน โดยศาลอาจให้เป็นการคืนทรัพย์สินหรือชดใช้เป็นค่าเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นอย่างไรก็ตาม ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น ส่วนใหญ่เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามหลักละเมิดที่มีการให้ค่าเสียหายในความเสียหายทางเศรษฐกิจ มีบัญญัติอยู่ในมาตรา 443 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องค่าชดใช้รูปการ

¹³⁴ จิตติ ติงศกัทธิย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 217

ค่าขาดประโยชน์นำมาหาได้ ซึ่งการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากสัญญาและการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากละเมิดนั้น แสดงให้เห็นถึงขอบเขตการเยียวยาที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาการกำหนดค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่ง จะสามารถคุ้มครองผู้ลงทุนได้ไม่น้อยเพียงใดนั้น จะได้กล่าวถึงต่อไปในบทวิเคราะห์



บทที่ 4 ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตามกฎหมายต่างประเทศ

ในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา นั้น ตลาดการเงินการลงทุนมีการเจริญเติบโต และประชาชนให้ความสนใจในการลงทุนเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ทั้งอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้นจึงมีธุรกิจผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจำนวนมาก เพื่อตอบสนองความต้องการในการลงทุนของประชาชน ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาหลักกฎหมายแพ่งที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางแพ่งซึ่งเป็นความรับผิดชอบตามสัญญาหรือความรับผิดเพื่อละเมิด หรือเป็นความรับผิดทั้งตามสัญญาและความรับผิดเพื่อละเมิด ข้อจำกัดและยกเว้นความรับผิด ภาระการพิสูจน์ และการให้ค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เพื่อศึกษาเป็นตัวอย่างในการพิจารณาประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต่อไป

4.1 ประเทศอังกฤษ

การกำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการลงทุนในประเทศอังกฤษ เดิมมีหน่วยงานชื่อว่า Financial Services Authority (FSA) ทำหน้าที่กำกับดูแลผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับการลงทุน ตาม The Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000) แต่ต่อมาได้มีการปรับโครงสร้างการกำกับดูแลใหม่ โดยยกเลิก Financial Services Authority (FSA) และจัดตั้งหน่วยงานชื่อว่า Financial Conduct Authority (FCA) และ Prudential Regulation Authority (PRA) ขึ้นตาม Financial Services Act 2012 (FSA 2012) โดย Financial Services Authority (FSA) เปลี่ยนชื่อเป็น Financial Conduct Authority (FCA)¹³⁵ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เพิ่มจริยธรรมและส่งเสริมการแข่งขันในตลาด¹³⁶ อันเป็นการสร้างความมั่นคงของตลาดการเงินการลงทุน ในขณะที่ Prudential Regulation Authority (PRA) นั้น เปลี่ยนชื่อจากเดิม Prudential Authority Limited ที่เข้ามากำกับดูแลผู้ประกอบการประกันวินาศภัย โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2556 ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวในรายละเอียดเฉพาะ FCA เท่านั้น เนื่องจาก FCA เข้ามากำกับดูแลการประกอบธุรกิจและการปฏิบัติตามกฎระเบียบต่าง ๆ ของผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบ

¹³⁵ Part 2 Section 6 Section 1A (1) Financial Services Act 2012

(1) The body corporate previously known as the Financial Services Authority is renamed as the Financial Conduct Authority.

¹³⁶ Part 2 Section 6 Section 1B (3) (a)-(c) Financial Services Act 2012

(3) The FCA's operational objectives are—

- (a) the consumer protection objective (see section 1C);
- (b) the integrity objective (see section 1D);
- (c) the competition objective (see section 1E)

ธุรกิจเกี่ยวกับการลงทุน โดย FCA สามารถกำหนดแนวปฏิบัติผ่าน Conduct of Business Source Book¹³⁷ เพื่อคุ้มครองผู้ลงทุน¹³⁸ ซึ่งเป็นผู้บริโภค¹³⁹ มากขึ้น

¹³⁷ Section 64 (2) (3) The Financial Services and Market Act 2000

(2) If the Authority issues a statement of principle under subsection (1), it must also issue a code of practice for the purpose of helping to determine whether or not a person's conduct complies with the statement of principle.

(3) A code issued under subsection (2) may specify—

- (a) descriptions of conduct which, in the opinion of the Authority, comply with a statement of principle;
- (b) descriptions of conduct which, in the opinion of the Authority, do not comply with a statement of principle;

(c) factors which, in the opinion of the Authority, are to be taken into account in determining whether or not a person's conduct complies with a statement of principle.

¹³⁸ Part 2 Section 6 Section 1B (3) (a) Financial Services Act 2012

(3) The FCA's operational objectives are—

- (a) the consumer protection objective (see section 1C);

¹³⁹ Part 2 Section 6 Section 1G Financial Services Act 2012

(1) In sections 1B to 1E "consumers" means persons who—

- (a) use, have used or may use—

- (i) regulated financial services, or

- (ii) services that are provided by persons other than authorised persons but are provided in carrying on regulated activities,

- (b) have relevant rights or interests in relation to any of those services,

- (c) have invested, or may invest, in financial instruments, or

- (d) have relevant rights or interests in relation to financial instruments.

(2) A person ("P") has a "relevant right or interest" in relation to any services within subsection (1)(a) if P has a right or interest—

- (a) which is derived from, or is otherwise attributable to, the use of the services by others, or

- (b) which may be adversely affected by the use of the services by persons acting on P's behalf or in a fiduciary capacity in relation to P.

(3) If a person is providing a service within subsection (1)(a) as trustee, the persons who are, have been or may be beneficiaries of the trust are to be treated as persons who use, have used or may use the service.

(4) A person who deals with another person ("B") in the course of B providing a service within subsection (1)(a) is to be treated as using the service.

(5) A person ("P") has a "relevant right or interest" in relation to any financial instrument if P has—

- (a) a right or interest which is derived from, or is otherwise attributable to, investment in the instrument by others, or

การให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในอังกฤษมีหน้าที่ตาม The Financial Services and Market Act 2000 ซึ่งเป็นการให้คำปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนโดยอาศัยความสัมพันธ์ตามสัญญา ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดและหน้าที่ที่เกิดจากความสัมพันธ์ตามสัญญา

4.1.1 หลักเกณฑ์ เจื่อนไขเกี่ยวกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตาม Financial Services and Market Act 2000

The Financial Services and Market Act 2000 เกิดขึ้นจากเหตุการณ์ Mis-selling scandal¹⁴⁰ ที่มีการให้คำปรึกษาแก่ผู้ประกอบการอาชีพต่าง ๆ ให้นำเงินไปลงทุนใน Personal Pension Plan แทนการนำเงินเข้าไปลงทุนใน Occupational Pension Scheme ทำให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายมากกว่า 10,000 ล้านปอนด์¹⁴¹ โดยวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติฉบับนี้¹⁴² ได้แก่

1. รักษาความเชื่อมั่นของตลาด (Market Confidence) โดยรักษาความเชื่อมั่นของระบบการเงินอันเป็นปัจจัยพื้นฐานของระบบการเงินและการลงทุน เพื่อสร้างความเชื่อมั่นและแรงจูงใจให้ผู้ลงทุนเข้ามาลงทุน ซึ่งมีสาเหตุมาจากความล้มเหลวในการดำเนินการของผู้ประกอบการในตลาดทุน ดังนั้น หน่วยงาน Financial Conduct Authority (FCA) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลบริษัทที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการลงทุน จึงได้กำหนดกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันความล้มเหลวในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการ

2. ให้ความรู้แก่ผู้ลงทุน (Public Awareness) ได้แก่ การส่งเสริมให้ผู้ลงทุนมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับระบบการเงิน โดยเน้นเรื่องผลประโยชน์และความเสี่ยงของแต่ละประเภทการลงทุน ซึ่ง FCA ได้กำหนดแนวทางพัฒนาความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการแนะนำการลงทุน อันเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนทางหนึ่ง เนื่องจากผู้ลงทุนจำนวนมากยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการลงทุน

3. คุ้มครองผู้ลงทุน (Protection of Consumer) เนื่องจากการลงทุนในแต่ละประเภทมีความเสี่ยง ผู้ลงทุนควรได้รับความคุ้มครองจากการทำธุรกรรมเกี่ยวกับการลงทุน ที่อาจได้รับความเสียหายจากการดำเนินงานของผู้ประกอบการ ซึ่งอาจเกี่ยวกับเรื่องความมั่นคงของผู้ประกอบการ เพราะขาดการจัดการที่ดี หรือเรื่องความไม่น่าเชื่อถือในการลงทุน จากการไม่เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน หรือเกิดการฉ้อฉล หรือเรื่องความซับซ้อนและความไม่เหมาะสมของผลิตภัณฑ์การลงทุนต่อผู้ลงทุน เนื่องจากผู้ลงทุนขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการลงทุนและ

(b) a right or interest which may be adversely affected by the investment in the instrument by persons acting on P's behalf or in a fiduciary capacity in relation to P

¹⁴⁰ Gerard McMeel & John Virgo, *Financial Advice and Financial Products Law and Liability* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p.40.

¹⁴¹ Ibid., p.46

¹⁴² Ibid., p. 98

ผลิตภัณฑ์การลงทุน ซึ่งบางครั้งการลงทุนที่ผู้ลงทุนเลือกนั้น ไม่เหมาะสมกับตนเอง หรือเรื่องผลตอบแทนที่ได้รับไม่เป็นไปตามความคาดหวังของผู้ลงทุน เพราะผู้ลงทุนไม่มีความรู้เกี่ยวกับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุน โดย FCA จะส่งเสริมให้ผู้ลงทุนทราบถึงระดับความเสี่ยงในแต่ละประเภทการลงทุน ประเภทระดับประสบการณ์และความชำนาญในการลงทุนของผู้ลงทุน และความจำเป็นของผู้บริโภคในการได้รับคำแนะนำและข้อมูลที่ถูกต้อง รวมถึงหลักทั่วไปที่ผู้ลงทุนต้องรับผิดชอบการตัดสินใจในการลงทุนของตนเอง

4. ลดอาชญากรรมทางการเงิน (Reduction of Financial Crime) โดย FCA ได้เข้ามากำหนดแนวทางป้องกันการฟอกเงิน การฉ้อฉล การใช้ข้อมูลเกี่ยวกับตลาดการเงินไม่เหมาะสม เช่น การใช้ข้อมูลภายใน เป็นต้น การควบคุมและปราบปรามอาชญากรรม หรือการกระทำโดยทุจริตใด ๆ ที่เป็นการกระทำความผิดทางอาชญากรรม ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจจะต้องตระหนักถึงความเสี่ยงของธุรกิจที่อาจเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่กระทำผิดเกี่ยวกับการเงินและจัดให้มีมาตรการป้องกันที่เหมาะสม

5. การกำกับดูแลกิจการที่ดี (Corporate Governance) โดย FCA ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจ บริษัทต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การกำกับดูแลกิจการที่ดีตามที่กฎหมายกำหนด โดยจะต้องได้สัดส่วนกับทั้งผู้ประกอบการธุรกิจและผู้ลงทุน

ธุรกิจการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการลงทุนนั้นเป็นกิจการที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงาน Financial Conduct Authority (FCA) ที่กำกับดูแลเรื่องกฎหมายและการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการเงิน โดยการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการลงทุนนั้น หมายถึง การให้ เสนอ หรือตกลงว่าจะให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการซื้อ ขาย ผลิตภัณฑ์การลงทุน หรือใช้สิทธิที่ได้มาจากการลงทุน โดยขอบเขตในการประกอบธุรกิจให้คำปรึกษาการลงทุน ที่ให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนไม่ว่าจะมีความเชี่ยวชาญหรือไม่ ซึ่งคำปรึกษานั้นเป็นการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับคุณค่าของหลักทรัพย์หรือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ตาม The Financial Services and Market Act 2000¹⁴³ โดยหน้าที่หลักของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ได้แก่ ให้คำปรึกษาทางการลงทุน ให้บริการวางแผนการลงทุน การบริการจัดการการลงทุน รวมถึงการแนะนำผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน ซึ่งบุคคลที่จะเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้จะต้องได้รับอนุญาตเพื่อให้บริการแก่ผู้ลงทุนรายย่อยและผู้ลงทุนกลุ่ม และจะต้องขึ้นทะเบียนหรือเป็นผู้ได้รับการยกเว้นการขึ้นทะเบียน หรือเป็นผู้ที่เป็นสมาชิกของบริษัทการลงทุน

¹⁴³ Section 22 The Financial Services and Market Act 2000

(1) An activity is a regulated activity for the purposes of this Act if it is an activity of a specified kind which is carried on by way of business and—

(a) relates to an investment of a specified kind; or

(b) in the case of an activity of a kind which is also specified for the purposes of this paragraph, is carried on in relation to property of any kind.

(2) Schedule 2 makes provision supplementing this section.

(3) Nothing in Schedule 2 limits the powers conferred by subsection (1).

(4) "Investment" includes any asset, right or interest.

(5) "Specified" means specified in an order made by the Treasury.

การให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นต้องเป็นการให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุนในฐานะที่ตนเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน หรือ การเสนอ หรือตกลงจะให้คำแนะนำแก่บุคคลที่ทำการเองในฐานะผู้ลงทุนหรือผู้มีศักยภาพที่จะเป็นผู้ลงทุน และให้คำแนะนำ เกี่ยวกับความเหมาะสมในการซื้อ ขาย เข้าจองซื้อ การประกันการจำหน่ายการลงทุน หรือการใช้สิทธิที่ได้รับจากการลงทุนเพื่อได้มา จำหน่าย ประกันการจำหน่าย หรือแปลงสภาพการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบตัวแทนหรือนายหน้า¹⁴⁴

ทั้งนี้ การดำเนินกิจกรรมบางประเภทที่ไม่ถือว่าเป็นการดำเนินกิจการการลงทุน ประเภทการให้คำแนะนำการลงทุน ได้แก่ การให้คำแนะนำผ่านหนังสือพิมพ์ วารสาร นิตยสาร หรือ สิ่งตีพิมพ์อื่น ๆ และถ้าหากว่าวัตถุประสงค์ของสิ่งตีพิมพ์ไม่ได้มีขึ้นเพื่อเป็นการให้คำปรึกษาตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น หรือ นำไปสู่การซื้อ ขาย เข้าจองซื้อ การประกันการจำหน่ายการลงทุน รวมถึงการให้คำแนะนำการลงทุนผ่านรายการโทรทัศน์หรือการกระจายเสียง โดยเจ้าของสื่อสิ่งพิมพ์อาจยื่นคำร้องขอให้หน่วยงานออกหนังสือรับรองให้ว่าสื่อสิ่งพิมพ์ดังกล่าวได้รับการยกเว้น และหนังสือรับรองที่หน่วยงานออกให้และยังไม่ถูกยกเลิกสามารถนำมาใช้เป็นหลักฐานได้ว่าการตีพิมพ์ดังกล่าว ไม่เป็นการดำเนินกิจการเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาการลงทุน¹⁴⁵

¹⁴⁴ Article 53 The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001

Advising a person is a specified kind of activity if the advice is—

(a) given to the person in his capacity as an investor or potential investor, or in his capacity as agent for an investor or a potential investor; and

(b) advice on the merits of his doing any of the following (whether as principal or agent)—

(i) buying, selling, subscribing for or underwriting a particular investment which is a security or a contractually based investment, or

(ii) exercising any right conferred by such an investment to buy, sell, subscribe for or underwrite such an investment.

¹⁴⁵ Article 54 The Financial Services and Market Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001

1) There is excluded from article 53 the giving of advice in writing or other legible form if the advice is contained in a newspaper, journal, magazine, or other periodical publication, or is given by way of a service comprising regularly updated news or information, if the principal purpose of the publication or service, taken as a whole and including any advertisements or other promotional material contained in it, is neither—

(a) that of giving advice of a kind mentioned in article 53; nor

(b) that of leading or enabling persons to buy, sell, subscribe for or underwrite securities or contractually based investments.

(2) There is also excluded from article 53 the giving of advice in any service consisting of the broadcast or transmission of television or radio programmes, if the principal purpose of the service, taken as a whole and including any advertisements or other promotional material contained in it, is neither of those mentioned in paragraph (1)(a) and (b).

อย่างไรก็ตาม FCA ได้เข้ามากำหนดหลักเกณฑ์และหน้าที่ในการประกอบธุรกิจของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้ทั้งหมด 11 ประการ ดังนี้

- 1) ประกอบธุรกิจด้วยความซื่อสัตย์สุจริต
- 2) ใช้ทักษะ ความระมัดระวังและเอาใจใส่อย่างเพียงพอ
- 3) ใช้ความระมัดระวังในการดำเนินการอย่างเพียงพอและควบคุมการดำเนินธุรกิจให้มีประสิทธิภาพ โดยจัดให้มีระบบการบริหารความเสี่ยงที่เหมาะสม
- 4) ดำรงเงินกองทุนให้เพียงพอ
- 5) ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์มาตรฐานของตลาด
- 6) ให้ความสำคัญเรื่องผลประโยชน์ของผู้ลงทุนและปฏิบัติต่อผู้ลงทุนอย่างเป็นธรรม
- 7) ให้ความสำคัญในการให้ข้อมูลแก่ผู้ลงทุน โดยต้องกระทำด้วยความชัดเจน เป็นธรรมและไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด
- 8) จัดเรื่องผลประโยชน์ขัดแย้งระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุน และระหว่างผู้ลงทุนด้วยกันเอง
- 9) ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการให้คำแนะนำแก่ผู้ลงทุน
- 10) รักษาทรัพย์สินของผู้ลงทุนที่อยู่ในความดูแลของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน
- 11) ให้ความร่วมมือและเปิดเผยข้อมูลต่อ FCA

นอกจาก FCA สามารถออกหลักเกณฑ์เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติตามแล้ว FCA จะต้องกำหนดแนวทางเพื่อพิจารณาว่าผู้ประกอบการได้ปฏิบัติตามแล้วหรือไม่¹⁴⁶ ซึ่ง FCA ได้กำหนดแนวทางดังกล่าวไว้ใน Conduct of Business Sourcebook¹⁴⁷ ดังนี้

(3) The Authority may, on the application of the proprietor of any such publication or service as is mentioned in paragraph (1) or (2), certify that it is of the nature described in that paragraph, and may revoke any such certificate if it considers that it is no longer justified.

(4) A certificate given under paragraph (3) and not revoked is conclusive evidence of the matters certified.

¹⁴⁶ Section 64 (2) The Financial Services and Market Act 2000

(2) If the Authority issues a statement of principle under subsection (1), it must also issue a code of practice for the purpose of helping to determine whether or not a person's conduct complies with the statement of principle

¹⁴⁷ Financial Conduct Authority. FCA Handbook. [Online]. Available from : www.fca.org.uk [2017, April 2]

1. การปฏิบัติหน้าที่จะต้องกระทำโดยซื่อสัตย์สุจริต เป็นธรรม และเป็นมืออาชีพ และการปฏิบัติหน้าที่ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ลงทุนเป็นสำคัญ (ข้อ 2.1)

2. การเปิดเผยข้อมูล ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและขอบเขตการให้บริการ แนะนำแนวทางการลงทุนที่เหมาะสมกับผู้ลงทุนโดยต้องแจ้งให้ผู้ลงทุนทราบถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้จากการลงทุน สถานที่ทำการของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เพื่อผู้ลงทุนจะสามารถตัดสินใจลงทุนได้ตามข้อมูลที่ได้รับ (ข้อ 2.2)

3. ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องแน่ใจว่าการสื่อสารต่าง ๆ ระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนนั้นเป็นธรรม ชัดเจน และไม่ทำให้เข้าใจผิด (ข้อ 4.2)

4. การให้คำปรึกษาจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมของผู้ลงทุนโดยจะต้องแนะนำผลิตภัณฑ์การลงทุนที่เหมาะสมกับสถานะและความสามารถในการรับความเสี่ยงของผู้ลงทุนด้วย ซึ่งต้องพิจารณาถึงข้อมูลส่วนตัว ความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับการลงทุน สถานะทางการเงิน และวัตถุประสงค์ของการลงทุนของผู้ลงทุน และปรับปรุงข้อมูลของผู้ลงทุนให้เป็นปัจจุบัน ตามหลักรู้จักผู้ลงทุน (Know you client) และหากว่าข้อมูลที่ได้รับจากผู้ลงทุนนั้น ไม่เพียงพอ หรือไม่ปัจจุบัน หรือไม่ถูกต้อง ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ควรที่จะให้คำแนะนำใด ๆ แก่ผู้ลงทุน รวมถึงการทำธุรกรรมแทนผู้ลงทุน ทั้งนี้ รวมถึงกรณีโดยสภาพของการลงทุนที่ต้องมีการทำธุรกรรมบ่อยครั้งซึ่งการทำธุรกรรมแต่ละครั้งมีค่าใช้จ่าย ผู้ลงทุนจะต้องเห็นด้วยกับการลงทุนที่ต้องมีการทำธุรกรรมบ่อยครั้ง (ข้อ 9.2)

5. ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจจะต้องเพิ่มความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาและผลิตภัณฑ์การลงทุนแก่ผู้ลงทุนให้มากขึ้น ซึ่งจะต้องพิจารณาลักษณะและความซับซ้อนของข้อมูลประกอบกับระดับความรู้ความเข้าใจของผู้ลงทุน (ข้อ 10.2)

6. หากว่าผลิตภัณฑ์การลงทุนที่ผู้ลงทุนเลือกที่จะลงทุนนั้น ไม่เหมาะสมกับผู้ลงทุน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องเตือนผู้ลงทุนถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุน เพื่อให้ผู้ลงทุนตระหนักและเข้าใจถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุน โดยทำตามแบบมาตรฐานที่กำหนด และในกรณีที่ผู้ลงทุนเลือกที่จะไม่ให้ข้อมูล หรือให้ข้อมูลไม่เพียงพอกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในการประเมินความเหมาะสมของผู้ลงทุนในการลงทุนนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องแจ้งผู้ลงทุนว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะไม่สามารถประเมินได้ว่าการลงทุนในผลิตภัณฑ์การลงทุนนั้น ๆ จะเหมาะสมกับผู้ลงทุนหรือไม่ (ข้อ 10.3)

7. ในการทำธุรกรรมให้กับผู้ลงทุน จะต้องทำดีที่สุดสำหรับผู้ลงทุน (Best execution) (ข้อ 11.2)

หน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน มี 3 หลัก คือ รู้จักผู้ลงทุน (Know your client) ให้คำแนะนำที่เหมาะสม (Suitable recommendation) และให้ผู้ลงทุนเข้าใจความเสี่ยง (Risk understanding) เพราะการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนรู้จักและเข้าใจรายละเอียดส่วนตัวของผู้ลงทุนดีแล้ว ก็จะนำมาสู่การให้คำปรึกษาที่ดีและเหมาะสมกับผู้ลงทุนต่อไป¹⁴⁸

เมื่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม The Financial Services and Markets Act 2000 อันส่งผลให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย เช่น การฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายบัญญัติห้าม หรือการฝ่าฝืน Conduct of Business Sourcebook เป็นต้น การที่ผู้ลงทุนจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่จะสามารถเรียกร้องให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนรับผิดชอบได้¹⁴⁹ จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ 5 ประการ ได้แก่ ผลประโยชน์ของผู้ลงทุนได้รับผลกระทบ กฎหมายได้ระบุหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้อย่างชัดเจน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมาย ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย ซึ่งส่วนใหญ่แล้วความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับนั้นจะเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure Economic Loss)¹⁵⁰ และ ผู้ลงทุนต้องแสดงให้เห็นว่าการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน ตามหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล¹⁵¹

¹⁴⁸ Gerard McMeel & John Virgo. Financial Advice and financial products law and liability, (Oxford : Oxford, 2001), p.349

¹⁴⁹ Section 150 The Financial Services and Market Act 2000

Actions for damages

(1) A contravention by an authorised person of a rule is actionable at the suit of a private person who suffers loss as a result of the contravention, subject to the defences and other incidents applying to actions for breach of statutory duty.

(2) If rules so provide, subsection (1) does not apply to contravention of a specified provision of those rules.

(3) In prescribed cases, a contravention of a rule which would be actionable at the suit of a private person is actionable at the suit of a person who is not a private person, subject to the defences and other incidents applying to actions for breach of statutory duty.

(4) In subsections (1) and (3) "rule" does not include—

(a) listing rules; or

(b) a rule requiring an authorised person to have or maintain financial resources.

(5) "Private person" has such meaning as may be prescribed.

¹⁵⁰ Economic Loss เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ ที่ไม่ใช่ความเสียหายในร่างกาย อนามัย สิทธิ เสรีภาพ เช่น ความเสียหายจากการขาดกำไร เป็นต้น

¹⁵¹ Gerard McMeel & John Virgo. Financial Advice and financial products law and liability, (Oxford : Oxford, 2001), p.188-189

แต่อย่างไรก็ตาม การให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่ส่งผลให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจมีความรับผิดชอบทางแพ่ง อันได้แก่ ความรับผิดตามสัญญาหรือความรับผิดเพื่อละเมิด

นอกจากนี้ การเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ลงทุนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ลงทุนจะได้รับอาจเป็นไปตามที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกันหรือศาลอาจเป็นผู้กำหนดให้ก็ได้¹⁵² และหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาโดยประมาท ผู้ลงทุนสามารถเรียกค่าใช้จ่ายในการรับคำปรึกษาคืนและค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาที่ไม่ดีได้ และ Section 150 The Financial Services and Market Act 2000 ครอบคลุมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การฝ่าฝืนหน้าที่นั้นจะต้องคำนึงถึงหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล ความเสียหายที่ห่างไกล (Remoteness of damage) อายุความของละเมิด และหลักเรื่องความยินยอม ซึ่งขอบเขตของการคุ้มครองผู้ลงทุนนั้นศาลจะเป็นผู้กำหนด ซึ่งอาจจะเป็นตามสัญญาโดยอาศัยฐานจากหลักสัญญาผูกพันคู่สัญญา (Doctrine of privity of contract) หรือตามละเมิด ซึ่งอาศัยหลักคาดเห็นได้ (Doctrine of foreseeability) ในเรื่องประมาทเส้นเลือด¹⁵³ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

4.1.2 ความรับผิดตามสัญญา

กฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักที่เกิดขึ้นจากคอมมอนลอว์ ที่นำคำพิพากษาของศาลมาเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ซึ่งองค์ประกอบของการเกิดขึ้นของสัญญาในกฎหมายอังกฤษนั้น เกิดได้จากการทำคำเสนอคำสนองต้องตรงกัน โดยมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ และจะต้องมีค่าตอบแทนจากการทำสัญญา ซึ่งสัญญานั้นจะต้องมีผลสมบูรณ์ และเจตนาในการทำสัญญานั้นจะต้องไม่บกพร่อง เช่น การทำสัญญานั้นไม่ได้เกิดจากการแกล้งข้อความอันเป็นเท็จ การข่มขู่ หรือการสำคัญผิด เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในอังกฤษกับผู้ลงทุนนั้น เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญา ที่เกิดจากการที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีคำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน กล่าวคือ ผู้ลงทุนตกลงกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่จะให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นแก่ผู้ลงทุน โดยผู้ลงทุนตกลงที่จะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เพื่อตอบแทนการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษานั้น โดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยตรงกับผู้ลงทุน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงอาจมีความรับผิดต่อผู้ลงทุน หากว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญา

¹⁵² Ibid., p.414

¹⁵³ Ibid., p.200

ความรับผิดชอบตามสัญญาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ที่ระบุไว้ในสัญญา โดยหน้าที่ตามสัญญาแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ หน้าที่โดยชัดแจ้งและหน้าที่โดยปริยาย

ความรับผิดชอบหน้าที่โดยชัดแจ้งนั้น เป็นการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นทำสัญญาและได้กำหนดหน้าที่ของคู่สัญญาไว้ชัดแจ้งตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญา ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ซึ่งหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจจะสิ้นสุดลงเมื่อระยะเวลาของสัญญาสิ้นสุดลง หรือการบอกเลิกสัญญา หรือเหตุอื่น ๆ ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนฝ่าฝืนหน้าที่ที่ตกลงกันไว้ตามสัญญา ผู้ลงทุนอาจให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนชดเชยค่าเสียหายตามสัญญา หรือบอกเลิกสัญญาก็ได้

สำหรับหน้าที่โดยปริยายนั้น แม้ว่าเงื่อนไขบางอย่างคู่สัญญาไม่ได้ระบุไว้ในสัญญา แต่อาจเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่กำหนดให้คู่สัญญามีหน้าที่ปฏิบัติต่อกัน ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติหรือตามหลักคอมมอนลอว์¹⁵⁴ เช่น การมีหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) ระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุน เนื่องจากผู้ลงทุนได้ให้ความไว้วางใจกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่จะทำหน้าที่ให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ตน ซึ่งแม้ว่าในสัญญาให้บริการของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นจะไม่ได้ระบุเรื่องหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจเอาไว้โดยเฉพาะ แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนยังคงมีหน้าที่ของการเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจต่อผู้ลงทุนต่อไป หรือการต้องทำหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต รวมถึงการใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการให้คำปรึกษาการลงทุน

4.1.2.1 หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty)

เมื่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนมีความสัมพันธ์กันตามสัญญา ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้สัญญาได้ให้ความไว้วางใจ (Fiduciary Duty) กับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในการให้คำปรึกษาการลงทุน ซึ่งการไว้วางใจเชื่อใจดังกล่าวเกิดจากการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้มีความรู้ความสามารถความเชี่ยวชาญ โดยหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ หมายถึง บุคคลซึ่งมีหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต ความไว้วางใจเชื่อใจ การเปิดเผยตรงไปตรงมาต่อบุคคลอีกคนหนึ่ง และต้องใช้มาตรฐานความระมัดระวังอย่างสูงในการจัดการเงินหรือทรัพย์สินของอีกบุคคลหนึ่ง ดังนั้นความสัมพันธ์ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ เป็นความสัมพันธ์ที่บุคคลหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่งภายในขอบเขตความสัมพันธ์ โดยจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมาก ซึ่งความสัมพันธ์ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจนั้น อาจเกิดขึ้นได้จาก 4 ลักษณะความสัมพันธ์ ได้แก่ (1) บุคคลหนึ่งให้ความไว้วางใจเพราะเชื่อถือในตัวบุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งบุคคลนั้นมีอำนาจเหนือหรือมีอิทธิพลต่อบุคคลฝ่ายแรก (2) บุคคลหนึ่งสามารถควบคุมหรือมีความรับผิดชอบมากกว่าอีกบุคคลหนึ่ง

¹⁵⁴ Pauline Sadler, "Liability for Negligent Misrepresentation in the Finance Industry," *The Finance Industry* Vol.11 (2009): 18.

(3) บุคคลหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำเพื่อหรือให้คำแนะนำแก่บุคคลอีกคนหนึ่งภายในขอบเขตความสัมพันธ์ (4) บุคคลมีความสัมพันธ์กันโดยเฉพาะซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวข้องกับหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ¹⁵⁵

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนนั้น เป็นเรื่องที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องให้คำแนะนำแก่ผู้ลงทุน และผู้ลงทุนนั้นให้ความเชื่อถือและความไว้วางใจผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน คอมมอนลอว์กำหนดหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจในกรณีที่คุณสัญญามีอำนาจต่อรองแตกต่างกัน¹⁵⁶ โดยคุณสัญญาจะต้องปฏิบัติหน้าที่ต่อกันด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ของอีกฝ่ายหนึ่ง¹⁵⁷ ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้จากการได้รับความไว้วางใจซึ่งเป็นการผิดสัญญานั้น เช่น การไม่เปิดเผยข้อมูล (Non-Disclosure) หรือการชักจูงโดยมิชอบ (Undue Influence) โดยลักษณะของการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาอันส่งผลให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญานั้น มีดังนี้

- 1) การไม่เปิดเผยข้อมูลแก่ผู้ลงทุน (Non-Disclosure)
- 2) การทำให้ผู้ลงทุนเข้าใจผิด (Misleading)
- 3) การแนะนำให้ผู้ลงทุนทำธุรกรรมบ่อยครั้ง (Churning)

ระหว่างผู้ลงทุนกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เนื่องจากผู้ลงทุนไว้วางใจและมั่นใจในตัวของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ทำให้บางครั้งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีอิทธิพลทางความคิดต่อผู้ลงทุน และชักจูงผู้ลงทุนเข้าทำธุรกรรมต่าง ๆ ซึ่งการเยียวยาการทำธุรกรรมที่เกิดจากการชักจูงโดยมิชอบนั้น จะเป็นการเพิกถอนธุรกรรม แทนการชดเชยค่าเสียหาย เช่น

คดี Investor Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society ที่ผู้ร้องมีความรู้ความเข้าใจในธุรกรรมง่าย ๆ เช่น การยืมเงินและการจ่ายดอกเบี้ย แต่ไม่ได้มีความรู้ความเชี่ยวชาญถึงกับประเมินความเสี่ยงในธุรกรรมที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเสนอ โดยผู้ร้องได้เชื่อและมั่นใจในตัวผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ซึ่งเพียงพอที่จะถือว่าเป็นการชักจูงโดยมิชอบ เพราะอาศัยความเชื่อใจและมั่นใจในอีกฝ่ายหนึ่งที่จะปกป้องประโยชน์ของตน ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนทราบถึงสถานะของผู้ลงทุนและสถานการณ์เศรษฐกิจในขณะที่ผู้ลงทุนเข้าทำธุรกรรม ซึ่งผู้ให้

¹⁵⁵ (1) when one person places trust in the faithful integrity of another, who as a result gains superiority or influence over the first,

(2) when one person assumes control and responsibility over another,

(3) when one person has a duty to act for or give advice to another on matter falling within the scope of the relationship, or

(4) when there is a specific relationship that has traditionally been recognized as involving fiduciary duties.

¹⁵⁶ *Burdett v. Miller* (1992)

¹⁵⁷ *Brown v. Wells Fargo Bank* (2008)

คำปรึกษาในการลงทุน ต้องทราบอยู่แล้วว่า Home Income Plan¹⁵⁸ ที่ตนเสนอให้ผู้ลงทุนไปนั้นจะตกไปอย่างรวดเร็ว¹⁵⁹ โดยหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ รวมถึงการทำหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตด้วย ซึ่งเป็นเรื่องของการทำเพื่อประโยชน์ของผู้ลงทุน (Best interest) แต่ถ้าหากว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นทำเพื่อประโยชน์ของตนเองมากกว่าผู้ลงทุน เช่น การทำธุรกรรมเพื่อให้ตนได้รับเงินหรือประโยชน์เพิ่มมากขึ้น หรือการให้ผู้ลงทุนลงทุนในผลิตภัณฑ์การลงทุนที่มีความเสี่ยงมากเพื่อที่ตนจะได้รับค่าคอมมิชชั่นเพิ่มขึ้น หรือการเลือกให้ข้อมูลเฉพาะด้านดีแก่ผู้ลงทุน หรือการให้ผู้ลงทุนทำธุรกรรมบ่อยครั้งเพื่อที่ตนจะได้รับค่าคอมมิชชั่นบ่อยครั้งมากขึ้น การกระทำลักษณะนี้ถือเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ

4.1.2.1.1 หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริต (Duty of Loyalty) หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตนั้นแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท¹⁶⁰ ได้แก่

1) การไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง (No conflict) ได้แก่ การไม่ปฏิบัติตนอยู่ในสถานะที่จะมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับตัวการ

2) การไม่มีมุ่งหวังผลกำไร (No profit) ได้แก่ การไม่ได้ผลกำไรจากค่าใช้จ่ายของตัวการ คือการที่หน้าที่ที่จะต้องหลีกเลี่ยงผลประโยชน์ลับ แม้ว่าตัวแทนและตัวการไม่ได้มีผลประโยชน์ขัดแย้งกัน¹⁶¹ รวมถึงแม้ว่าตัวการจะไม่ได้เสียประโยชน์ก็ตาม¹⁶² เช่น ค่าคอมมิชชั่นลับ (Secret commission) เพราะหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตไม่ให้ประโยชน์ของตนขัดแย้งกับผู้ลงทุน โดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดซึ่งหากว่าไม่เปิดเผย ผู้ลงทุนอาจเพิกถอนธุรกรรมนั้นได้ แต่หากว่าไม่สามารถเพิกถอนธุรกรรมนั้นได้แล้ว ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องรับผิดชอบที่ตนได้รับจากการเกิดธุรกรรมนั้น¹⁶³

3) การไม่แบ่งแยกความซื่อสัตย์ (Undivided loyalty) ได้แก่ การไม่ทำให้ตัวการเสียประโยชน์เพราะตนมีหน้าที่ต่อตัวการอีกคนหนึ่ง และ

4) การรักษาความลับ (Duty of confidentiality) ได้แก่ การไม่นำความลับของตัวการมาแสวงหาผลประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือผู้อื่น ซึ่ง Lord Justice Millet ในคดี Bristol and West Building Society v Mothew [1998] เห็นว่า ตัวแทนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความ

¹⁵⁸ Home Income Plan means equity is released through a lifetime mortgage or a home reversion plan and is automatically invested into an annuity that is built into the plan, to generate an income for life. A cash lump sum may be available in addition to an income, but the amount may be restricted.

¹⁵⁹ Gerard McMeel & John Virgo. Financial Advice and financial products law and liability, (Oxford : Oxford, 2001), Page 288

¹⁶⁰ Fiduciary Duties and Regulatory Rules (1992) Law Commission Consultation Paper No 124 para 2.4.9

¹⁶¹ Boardman v Phipps [1966] 3 All ER 721

¹⁶² Regal (Hastings) Ltd v Gulliver [1967] 2 AC 134

¹⁶³ Gerard McMeel & John Virgo. Financial Advice and financial products law and liability, (Oxford : Oxford, 2001), p.292

ชื่อเสียงสุจริต จะต้องไม่ได้ผลกำไรจากการที่ตัวการไว้ใจ จะต้องไม่ปฏิบัติตนให้อยู่ในสถานะที่จะมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับตัวการ และจะต้องไม่ทำการใด ๆ เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น เว้นแต่ว่าจะได้รับความยินยอมจากตัวการ

ในการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องหน้าที่ของบุคคล ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Obligation) เพราะเป็นเรื่องที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของผู้ลงทุน ซึ่งหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับไว้วางใจนั้น มีทั้งหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและทักษะอย่างเพียงพอ (Duty of care and skill) และหน้าที่ชื่อเสียงสุจริต (Duty of loyalty) ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ใช้ความไว้วางใจอย่างแท้จริง เพราะความสัมพันธ์นั้นเกิดจากความเชื่อใจและไว้วางใจต่อกัน ซึ่งจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงต่อกัน แต่หน้าที่ตามสัญญาทั่วไปแล้ว ไม่ได้มีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงและเมื่อธุรกรรมที่ผู้ลงทุนเลือกทำนั้นมีความเสี่ยง แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่เตือนถึงความเสี่ยงในการเข้าทำธุรกรรมนั้น ผู้ลงทุนทำได้เพียงได้รับชดเชยความเสียหาย (Equity Compensation) แต่ไม่สามารถเพิกถอนธุรกรรมที่ทำไปแล้วได้¹⁶⁴

นอกจากนี้ Lord Devlin ได้กล่าวไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนมีความสัมพันธ์พิเศษต่อกัน ไม่ว่าจะเกิดจากความสัมพันธ์ตามสัญญาหรือการมีหน้าที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty) และ Lord Shaw ในคดี Nocton v Lord Ashburton ได้ให้ความเห็นว่ารวมถึงความสัมพันธ์ใด ๆ ที่เทียบเท่ากับสัญญา ก็สามารถทำให้เกิดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังได้เช่นกัน¹⁶⁵

อย่างไรก็ตาม หากว่าการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่ทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายนั้น อาจไม่ได้เกิดจากการกระทำผิดหน้าที่ตามสัญญาระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนเนื่องจากในสัญญาไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่เกี่ยวกับการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงอาจมีความรับผิดชอบตามละเมิดก็ได้ ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

4.1.3 ความรับผิดเพื่อละเมิด

ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุน นอกจากความรับผิดตามสัญญาแล้ว อาจมีความรับผิดเพื่อละเมิดด้วย เนื่องจากการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นวิชาชีพที่จะต้องใช้ความรู้ ความสามารถ และความเชี่ยวชาญในการให้คำปรึกษาการลงทุนตามมาตรฐานวิชาชีพของตน ซึ่งการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนนั้นจะต้องใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับบุคคลที่ประกอบวิชาชีพเดียวกัน ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาการลงทุนโดยไม่ใช้ความระมัดระวังทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายนั้น อาจส่งผลให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องรับผิดเพื่อละเมิดด้วย

¹⁶⁴ Ibid., P.279-282

¹⁶⁵ Ibid., p.256-257

อย่างไรก็ตาม ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นมักจะเกิดจากการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นผู้มีวิชาชีพนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงอาจมีความรับผิดชอบสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพ เนื่องจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกับบุคคลที่ประกอบวิชาชีพเดียวกัน ซึ่งเป็นการใช้ความระมัดระวังมากกว่าปกติ

เนื่องจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่ผู้ลงทุนเกี่ยวกับการลงทุนในหลักทรัพย์ โดยจะต้องอาศัยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ลงทุน เช่น อายุ อาชีพ สถานะทางการเงิน วัตถุประสงค์ของการลงทุน ความรู้เกี่ยวกับการลงทุน ความสามารถในการรับความเสี่ยงในการลงทุนของผู้ลงทุน เป็นต้น ดังนั้น ลักษณะการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่เป็นการกระทำละเมิด ได้แก่ การให้คำปรึกษาโดยผิดพลาด (Negligent Misstatement) ดังนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจให้คำปรึกษาการลงทุนที่ผิดพลาด ซึ่งอาจเกิดจากการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้สอบถามข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เช่น สถานะทางการเงิน ความรู้เกี่ยวกับการลงทุน หรือไม่ได้ให้ผู้ลงทุนทำแบบสอบถามประเมินความสามารถในการรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุนนั้น ทำให้ผู้ลงทุนต้องลงทุนในผลิตภัณฑ์การลงทุนที่มีความเสี่ยงมากเกินไปกว่าระดับความเสี่ยงที่เหมาะสมกับผู้ลงทุน¹⁶⁶

การพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

การที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาการลงทุนอันส่งผลให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายนั้น อาจเกิดจากการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามมาตรฐานทางวิชาชีพ ซึ่งอาจเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด โดยการพิจารณาว่าการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นละเมิดหรือไม่นั้น มี 4 องค์ประกอบ ได้แก่

1) มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care)

ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเมื่อมีหน้าที่ที่จะต้องให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนโดยอาศัยฐานของสัญญาแล้วนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรถึงการใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนก็ตาม แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นมีความสัมพันธ์พิเศษกับผู้ลงทุน เนื่องจากผู้ลงทุนได้ให้ความไว้วางใจผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในการให้คำแนะนำแก่ตน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน และจะต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้นั้นในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนด้วย¹⁶⁷ ซึ่งหน้าที่ใช้ความระมัดระวังนั้น เห็นได้ว่า

¹⁶⁶ Worthing and another v Lloyds Bank plc [2015] EWHC 2836 (QB)

¹⁶⁷ David Anderson v Openwork Ltd [2015] EW Misc B14 (18 June 2015)

ต้องเกิดจากการมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดระหว่างกัน ซึ่งผู้พิพากษา Lord Atkin¹⁶⁸ ได้กล่าวไว้ว่า “บุคคลจะต้องใช้ความระมัดระวังในการหลีกเลี่ยงที่จะกระทำหรือละเว้นการกระทำอันคาดเห็นได้ว่าเพื่อนบ้านจะได้รับความเสียหาย ซึ่งในทางกฎหมาย เพื่อนบ้านหมายถึง บุคคลที่ใกล้ชิดและได้รับผลโดยตรงจากการกระทำที่ผู้กระทำได้คาดเห็นได้ว่าบุคคลดังกล่าวจะได้รับผลจากการกระทำนั้น”

การที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถ และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเกี่ยวกับการลงทุนนั้น ซึ่งจำเป็นต้องใช้ความรู้ ต้องมีการเข้ารับและผ่านการฝึกอบรม ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องมีจรรยาบรรณในการปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องมีความซื่อสัตย์ สุจริต และปฏิบัติหน้าที่ไม่ต่ำกว่าที่มาตรฐานกำหนดไว้ ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีการรวมตัวกันเป็นกลุ่มอาชีพ และเป็นงานที่มีสถานภาพสูงในสังคม ซึ่งลักษณะทั้งหมดนั้น เป็นลักษณะของงานที่เป็นวิชาชีพ¹⁶⁹ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงไม่สามารถใช้ระดับความระมัดระวังเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปได้ แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นผู้มีวิชาชีพนั้น มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ระดับความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนเช่นเดียวกับบุคคลที่ประกอบวิชาชีพเดียวกัน ได้แก่การให้คำปรึกษาการลงทุนเป็นไปตามมาตรฐานทางวิชาชีพ ซึ่งจะต้องคำนึงถึงปัจจัยสภาพแวดล้อมประกอบกันไป เช่น

คดี Hedley Byrne v Heller & Partners¹⁷⁰ ที่เป็นคดีบรรทัดฐานในความรับผิดชอบละเมิดของบุคคลที่มีหน้าที่ในการให้ข้อมูลใด ๆ ที่จะต้องให้ข้อมูลด้วยความระมัดระวัง ซึ่งหากบุคคลนั้นทำหน้าที่ให้ข้อมูลโดยประมาทเลินเล่อ บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีวิชาชีพที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ จึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ทำถูกต้องตามมาตรฐานทางวิชาชีพแล้ว ถือว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว¹⁷¹

คดี Caparo Industries v Dickman¹⁷² รายงานการทำบัญชีของผู้ตรวจสอบบัญชีไม่ถูกต้อง ทำให้ผู้ลงทุนที่ตัดสินใจลงทุนโดยอาศัยข้อมูลจากรายงานการทำบัญชีนั้น ได้รับความเสียหาย ศาลตัดสินว่าผู้ตรวจสอบบัญชีไม่มีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้ลงทุนที่เข้ามาลงทุนในอนาคต แต่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อผู้ถือหุ้นเท่านั้น

การทำหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อที่ผู้ลงทุนจะได้รับคำปรึกษาจากผู้มีวิชาชีพที่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพ ซึ่งหากผู้ลงทุนได้รับการบริการของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต่ำกว่ามาตรฐานวิชาชีพที่

¹⁶⁸ Donogue v Stevenson (1932) AC 562

¹⁶⁹ Rupert Jackson and John Powell, *Jackson & Powell on Professional Negligence*, 4th Ed. (London: Sweet & Maxwell, 1997), p.1-2.

¹⁷⁰ [1964] AC 465

¹⁷¹ David Anderson v Openwork Ltd [2015] EW Misc B14 (18 June 2015)

¹⁷² [1990] 2 AC 605

กำหนด เช่น หลักรู้จักผู้ลงทุน (Know your client) ผู้ลงทุนอาจเรียกร้องทางละเมิด ซึ่งนอกจากจะต้องมีหน้าที่ที่รู้จักผู้ลงทุนและหลีกเลี่ยงการให้คำแนะนำที่ไม่เหมาะสมแล้ว จะต้องปรากฏว่าผู้ลงทุนเชื่อในคำแนะนำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนด้วย¹⁷³ และผู้ลงทุนต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุน แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง อันส่งผลให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย

สำหรับมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังนั้น ในการทำหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้มีวิชาชีพ การทำหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน โดยปกติแล้ว การใช้ความระมัดระวังนั้นจะต้องใช้ความระมัดระวังเช่นวิญญูชน คือบุคคลทั่วไปที่มีสถานะและพฤติการณ์ใกล้เคียงกัน แต่สำหรับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ไม่สามารถใช้ระดับความระมัดระวังเช่นวิญญูชนได้ แต่จะต้องใช้ระดับความระมัดระวังสูงกว่าบุคคลทั่วไป โดยใช้ระดับความระมัดระวังเช่นเดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกัน ซึ่งในการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ซึ่งอาจเป็นไปตามกฎหมายหรือหลักปฏิบัติวิชาชีพ เช่น กฎหมาย Financial Services and Market Act 2000 (FSMA 2000) หรือหลักปฏิบัติวิชาชีพ Conduct of Business Sourcebook (COBs) ที่กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ โดยหน่วยงาน Financial Conduct Authority (FCA) เกี่ยวกับการให้คำปรึกษาการลงทุน ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ใน FSMA 2000 หรือ COBs ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงอาจไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร เช่น หน้าที่เปิดเผยข้อมูล (Disclosure) ในการให้คำปรึกษาและให้ข้อมูลแก่ผู้ลงทุน¹⁷⁴ เช่น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีความเกี่ยวข้องกับบริษัทอย่างไร ค่าใช้จ่ายและค่านายหน้าของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะได้รับ ผลกระทบต่อการลงทุนต่าง ๆ ของบริษัท เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หลักที่ศาลนำมาใช้พิจารณาในการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนว่าได้ใช้ความระมัดระวังแล้วหรือไม่นั้น ได้แก่ หลัก The Bolam Test โดยกล่าวถึงมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังของบุคคลผู้มีวิชาชีพซึ่งมีความชำนาญเป็นพิเศษ ไม่จำเป็นต้องทักษะความชำนาญเป็นเลิศที่สุด แต่จะต้องใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาของผู้ที่มีวิชาชีพเดียวกันพียงมี¹⁷⁵ ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนรายอื่น ใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกันในสถานการณ์เดียวกันนั้น ถือได้ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว

¹⁷³ R.H. Deacon & Co. Ltd. v. Varga (1972), 30 D.L.R. (3d) 653 (Ont. C.A.), affirmed (1973), 41 D.L.R. (3d) 767 (S.C.C.).

¹⁷⁴ Gerard McMeel & John Virgo. Financial Advice and financial products law and liability, (Oxford : Oxford, 2001), p.30-31

¹⁷⁵ Bolam v. Friern Hospital Management Committee (1957) 1 WLR 582

2) ฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวัง

การให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ตามที่กฎหมายหรือหลักปฏิบัติวิชาชีพกำหนดไว้ ซึ่งหากว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือหลักปฏิบัติวิชาชีพกำหนดแล้ว การให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นย่อมเป็นขาดการใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นผู้มีวิชาชีพ เช่น การไม่เปิดเผยข้อมูลข้อมูลที่ต้องแจ้งแก่ผู้ลงทุน การไม่ให้ผู้ลงทุนทำแบบประเมินความสามารถในการรับความเสี่ยงของผู้ลงทุน เป็นต้น ซึ่งการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยไม่ใช้ความระมัดระวังนั้น ส่งผลให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุนผิดพลาด

3) การฝ่าฝืนหน้าที่ทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย

การให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นมุ่งหมายโดยตรงต่อกลุ่มเป้าหมายซึ่งได้แก่ผู้ลงทุน เมื่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนแล้วนั้น ผู้ลงทุนจะต้องได้รับความเสียหาย ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ลงทุนจากการให้คำปรึกษาการลงทุนที่ผิดพลาดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ¹⁷⁶ ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่ได้เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน ซึ่งในคดี Hedley Byrne v Heller & Partners เป็นคดีบรรทัดฐานเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อ ที่มีการเรียกร้องค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ ซึ่งการเรียกร้องค่าเสียหายทางเศรษฐกิจได้นั้น จะต้องปรากฏว่าผู้ลงทุนเชื่อข้อความที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำแนะนำและผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติตามให้คำปรึกษานั้น¹⁷⁷ ทำให้เป็นเหตุให้ผู้ลงทุนเรียกร้องค่าเสียหายได้¹⁷⁸

4) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล

การที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องรับผิดชอบนั้น นอกจากมีการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยประมาทเลินเล่อและมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้วนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องสัมพันธ์กับการไม่ใช้ความระมัดระวังของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอันเป็นการกระทำประมาทเลินเล่อตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล ซึ่งเป็นเรื่องของความเป็นเหตุเป็นผลกันระหว่างการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผลในความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลในการกระทำละเมิดนั้น ประกอบด้วยหลักทั่วไปที่ใช้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลนั้น มี 2 ประการ ได้แก่ หลัก But for Test และหลักเหตุใกล้ชิด

¹⁷⁶ John Lewthwaite & John S. Hodgson, *Law of Torts : Learning Text*, 3rd Ed. (London: Blackstone, 2001), p.121.

¹⁷⁷ Ibid., p.125

¹⁷⁸ Gerard McMeel & John Virgo. *Financial Advice and financial products law and liability*, (Oxford : Oxford, 2001), p.36-37

ประการแรก พิจารณาจากเหตุตามข้อเท็จจริงตามหลัก But for Test ซึ่งพิจารณาจากการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ หากความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงต้องรับผิด ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ประมาทเลินเล่อแล้ว ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น

ประการที่สอง พิจารณาจากเหตุใกล้ชิด (Proximate Cause) ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ใกล้ชิดกับเหตุที่เกิดขึ้นหรือไม่ โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นความเสียหายทางการเงินอันเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ¹⁷⁹ ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและความเสียหายนั้นจะต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ โดยอาศัยหลักจากการคาดเห็นได้มาพิจารณา เพราะความรับผิดชอบตามละเมิดในกฎหมายอังกฤษนั้น จะต้องพิจารณาถึงเหตุใกล้ชิด (Proximate Cause) หรือไม่ไกลเกินกว่าเหตุ (Remoteness) ด้วย

ดังนั้น การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลนั้น ผู้ลงทุนจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้รับความเสียหาย และความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับนั้นจะต้องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล เพื่อพิจารณาว่าผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำนั้นหรือไม่ และหากว่าเพราะการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น หรือหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ประมาทเลินเล่อแล้ว ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น ถือได้ว่าการกระทำและผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีความสัมพันธ์กับการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนนั้น

แต่ถ้าความเสียหายจะยังคงเกิดขึ้นอยู่ แม้ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะไม่ได้ให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อ การกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงไม่ใช่ต้นเหตุแห่งความเสียหาย และการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ส่งผลให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายใช่หรือไม่ ซึ่งผู้ลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ลงทุนนั้นจะต้องคาดเห็นได้ ซึ่งหากไม่สามารถคาดเห็นได้ ถือว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไกลเกินกว่าเหตุ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็จะต้องรับผิดในความเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุ

นอกจากนี้ การให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น กฎหมายอังกฤษมีหลักเรื่องการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาด (Negligent Misstatement) ที่สามารถนำมาปรับใช้กับกรณีการกระทำละเมิดโดยการให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อได้เช่นกัน โดยจะต้อง

¹⁷⁹ Pauline Sadler, Liability for Negligent Misrepresentation in the Finance Industry, The Finance Industry, Vol.11, (2009), 23

มีข้อเท็จจริง 4 ประการ ได้แก่ แต่ละฝ่ายมีความสัมพันธ์พิเศษต่อกัน มีการให้คำปรึกษาแก่กัน ผู้ลงทุน เชื่อในคำปรึกษาที่ได้รับจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน และความเชื่อถือในคำปรึกษาที่ได้รับนั้น จะต้องสมเหตุสมผลด้วย¹⁸⁰ เมื่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้รับความไว้วางใจจากผู้ลงทุนแล้ว ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอันเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น¹⁸¹

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบนั้นอาจเป็นได้ทั้งตามสัญญาและละเมิด และในคดีของการให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นนำหลักสันนิษฐานความรับผิดชอบ (Assumption of responsibility test) มาใช้กับหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในเรื่องประมาทตามละเมิด ซึ่งเห็นได้จากคดี Hedley Byrne v Heller & Partners ที่ตั้งหลักสันนิษฐานความรับผิดชอบขึ้น¹⁸² ความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด (Concurrent liability) ความรับผิดชอบที่จะเกิดขึ้นตามสัญญาได้นั้น จะต้องเป็นกรณี ที่ผู้ลงทุนและผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้กำหนดหน้าที่ไว้ในสัญญา ซึ่งเป็นไปตามความประสงค์ของ คู่สัญญา ในขณะที่ความรับผิดชอบตามละเมิดนั้นเป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากกฎหมายกำหนดว่าการกระทำ นั้นเป็นความผิด ซึ่งในบางครั้งผู้ลงทุนและผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็อาจตกลงกันยกเว้นความรับผิดชอบก็ได้ โดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกำหนดข้อความจำกัดความรับผิดชอบของตนเอง (Disclaimer) เช่น

คดี Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society นั้น Evan Lombe J เห็นว่าผู้ให้คำแนะนำในการลงทุนมีหน้าที่ทั้งตามกฎหมายและหน้าที่ ตามสัญญาที่จะต้องใช้ความระมัดระวังและอย่างผู้มีวิชาชีพ (care and professional skill) ที่จะต้อง ให้คำปรึกษาอย่างอิสระ ไม่ขัดแย้งผลประโยชน์ของตนเอง¹⁸³

คดี O'Hare and another v Couetts & Co [2016] EWHC 2224 (QB) ผู้ลงทุนเลือกที่จะลงทุน ใน Novus Investment ซึ่งเป็นการลงทุนที่มีความเสี่ยง เพราะเป็นการลงทุน ประเภทไม่คุ้มครองเงินต้น และต่อมาผู้ลงทุนเลือกที่จะลงทุนใน RBSI Investment ซึ่งมีความเสี่ยง น้อยเพราะเป็นการลงทุนประเภทคุ้มครองเงินต้น ซึ่งการลงทุนประเภทหลัง ผู้ลงทุนอ้างว่าผู้ให้ คำปรึกษาในการลงทุนให้ตนลงทุนใน RBSI เพียงอย่างเดียว ไม่กระจายการลงทุนไปที่อื่น ศาลสูงได้ วางหลักในหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุน จะต้องมีการสื่อสารและการสนทนากับผู้ลงทุนเกี่ยวกับการ ประเภทการลงทุนที่จะลงทุน เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ลงทุนเข้าใจคำแนะนำและความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น

¹⁸⁰ John Lewthwaite & John S. Hodgson, Law of Torts : Learning Text, 3rd Ed. (London : Blackstone, 2001), p. 115-122

¹⁸¹ JP Morgan Chase Bank v Springwell Navigation Corporation [2008] EWHC 1186

¹⁸² Gerard McMeel & John Virgo. Financial Advice and financial products law and liability, (Oxford : Oxford, 2001), p.258-260

¹⁸³ Ibid., p.265-266

จากการลงทุน และประเภทการลงทุนนั้นเหมาะสมกับผู้ลงทุน และการให้คำปรึกษาการลงทุนจะต้องใช้ ความระมัดระวัง ดังเช่นที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนรายอื่นพึงกระทำ ซึ่งศาลได้ยกคดี Bolam v Friern Barnett Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 583 ที่ศาลเห็นว่าหน้าที่ในการอธิบายความเสี่ยงที่คนไข้จะได้รับเป็นเรื่องสำคัญ ซึ่งเป็นคดีที่สร้างหลัก Bolam Test ขึ้น

คดี Montgomery v Lanarkshire Health Board [2015] UKSC 11 ที่ศาลฎีกาเห็นว่าเรื่องความเสี่ยงเป็นเรื่องสำคัญ หากว่าเป็นกรณี คนปกติอยู่ในฐานะเช่นคนไข้เห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ หรือแพทย์ตระหนักได้ว่าเรื่องเช่นนั้นคนไข้จะเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ

อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องปฏิบัติหน้าที่ตาม Conduct of Business Sourcebook (COBS) ซึ่งเป็นกฎระเบียบนั้น ศาลเห็นว่าการปฏิบัติหน้าที่ตาม COBS นั้น สามารถเทียบได้กับหน้าที่ในการแจ้งให้ทราบ (Duty to inform) ตามคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการใช้ความระมัดระวัง (Duty to exercise reasonable skill and care) ในคดีนี้ศาลเห็นว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ฝ่าฝืนหน้าที่ตาม COBS เพราะผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ทำหน้าที่อธิบายความเสี่ยงในการลงทุน และการลงทุนที่ผู้ลงทุนเลือกนั้นเหมาะสมกับผู้ลงทุนแล้ว ตามหลัก Bolam test ศาลจึงเห็นว่าผู้ลงทุนจะต้องรับผิดชอบต่อการตัดสินใจลงทุนของตนเอง และเมื่อประเด็นพิพาทเป็นเรื่องของสัญญาและละเมิด การพิจารณาค่าเสียหายต้องพิจารณาหลักไกลต่อเหตุ (Test of remoteness) ตามกฎหมายสัญญา ซึ่งอายุความของสัญญานั้นมีระยะเวลา 6 ปี ซึ่งในกรณีนี้ ผู้ลงทุนไม่ได้ยื่นฟ้องโดยอาศัยฐานของสัญญาภายในกำหนดอายุความตามหลักสัญญา แต่ผู้ลงทุนยังสามารถยื่นฟ้องโดยอาศัยฐานของละเมิดได้ โดยศาลได้ยกคดี Wellesley Partners LLP v Withers LLP [2015] EWCA Civ 1146 ที่ศาลอุทธรณ์เห็นว่า ในกรณีของความรับผิดชอบตามสัญญา และละเมิดนั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายไม่ใช่บุคคลแปลกหน้า จึงต้องพิจารณาเรื่องค่าเสียหายตามความสัมพันธ์ตามสัญญา

นอกจากนี้ ศาลมีหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคจากการทำงานของผู้มีวิชาชีพ ซึ่งผู้มีวิชาชีพจะต้องทำหน้าที่ด้วยความสามารถพื้นฐาน (Minimum degree of competence) และจะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ (Reasonable care) ในการทำหน้าที่ เช่น

คดี Lanphier v. Phipos Tindal C.J. เห็นว่า “บุคคลที่ศึกษาสายวิชาชีพ มาจะต้องใช้ความระมัดระวังและทักษะอย่างเพียงพอ”¹⁸⁴ โดยสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ลงทุนและผู้มีวิชาชีพอาจไม่ได้กำหนดข้อความระบุไว้ในสัญญาชัดเจนว่าจะต้องใช้ความระมัดระวังและทักษะอย่างเพียงพอ เช่น การให้คำปรึกษาการลงทุน แต่สามารถเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด (Implied by law) ได้ว่าผู้มีวิชาชีพจะใช้ความระมัดระวังและทักษะอย่างเพียงพอ

¹⁸⁴ Rupert Jackson and John Powell, Jackson & Powell on Professional Negligence, 4th Ed., London Sweet&Maxwell 1997, p.5-6

4.1.4 ข้อจำกัดและยกเว้นความรับผิด

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนเกิดขึ้นจากฐานตามสัญญา ซึ่งในสัญญาซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้ประกอบธุรกิจนั้น สัญญาที่สร้างขึ้นโดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงอาจมีข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดจากการให้คำปรึกษาการลงทุนที่ผิดพลาด เพื่อไม่ให้ตนต้องมีความรับผิดหรือมีความรับผิดน้อยลงจากที่ตนจะต้องรับผิด ซึ่งการทำสัญญาระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้สัญญา นั้น มีอิสระในการทำสัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งในสัญญานั้นอาจมีข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดให้ตนไม่ต้องรับผิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตนเอง¹⁸⁵ ซึ่งการที่คู่สัญญาตกลงเข้าทำสัญญาอาจเป็นเพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีอำนาจต่อรองในการปรับเปลี่ยนเนื้อหาในสัญญา จึงต้องตกลงเข้าทำสัญญาด้วย ข้อตกลงจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดดังกล่าวนี้ จึงมีลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์มากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในอังกฤษ ศาลได้สร้างหลักควบคุมข้อความยกเว้นความรับผิดเพื่อให้ข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้นยกขึ้นอ้างได้ยากขึ้น เนื่องจากศาลไม่สามารถยกเลิกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมระหว่างคู่สัญญานั้นได้¹⁸⁶ โดยจะต้องผ่าน 2 เงื่อนไข¹⁸⁷ ได้แก่ ข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดจะต้องเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและผ่านการตีความสัญญา

1) ข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดต้องเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

ในสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนนั้น จะต้องมีส่วนใดส่วนหนึ่งของสัญญาที่ระบุข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด ไม่ว่าจะเป็นส่วนต้นของสัญญาหรือผนวกของสัญญา ข้อความลักษณะดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาแล้ว¹⁸⁸ แม้ว่าคู่สัญญาอาจไม่เข้าใจหรือไม่ได้อ่านเนื้อหาในสัญญาทั้งหมด แต่คู่สัญญาจะต้องมีการลงนามในสัญญาด้วยอันเป็นการแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาเข้าผูกพันกันตามสัญญาแล้ว

นอกจากนี้ ข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้น คู่สัญญาจะแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด โดยการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบนั้น เอกสารที่แจ้งจะต้องเป็นสัญญาหรือผนวกของสัญญา และช่วงเวลาที่จะแจ้งคู่สัญญานั้นจะต้องแจ้งก่อนหรือขณะทำสัญญา อีกทั้งการแจ้งนั้นจะต้องสมเหตุสมผลด้วย

ในกรณีที่คู่สัญญาเคยทำสัญญากันมาก่อนแล้ว สัญญาที่มีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้น คู่สัญญาอาจไม่ได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างสมเหตุสมผลหรือลงนามในสัญญากัน

¹⁸⁵ Roger Halson, *Contract Law* (Harlow: Longman, 2001), p.300.

¹⁸⁶ Robert Duxbury, *Contract Law*, 1st Ed. (London: Sweet&Maxwell, 2008), p.139.

¹⁸⁷ Ryan Murray, *Contract Law: The Fundamentals* (London: Sweet&Maxwell, 2008), p.100.

¹⁸⁸ Stefan Fafinski and Emily Finch, *Contract Law* (Harlow: Pearson, 2009), p.89.

เหมือนครั้งแรกที่ทำสัญญา¹⁸⁹ โดยอาจอาศัยข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดที่ได้ตกลงกันในสัญญาครั้งก่อนมาใช้กับสัญญาปัจจุบัน

2) การผ่านการตีความสัญญา

เนื่องจากการทำสัญญาในตามกฎหมายอังกฤษ เป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ศาลจึงได้อาศัยการตีความสัญญาที่มีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดเพื่อควบคุมสัญญา ซึ่งศาลจะใช้หลักการตีความ 2 หลัก ได้แก่

2.1) หลัก The Contra Proferentem Rule ในการตีความข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด โดยจะตีความให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่อ้างข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดตามสัญญานั้นน้อยที่สุด¹⁹⁰

2.2) หลัก Fundamental Breach การกระทำผิดเงื่อนไขซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา หากคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายกำหนดข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้นเป็นฝ่ายผิดสัญญาในข้อซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา คู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดให้เป็นประโยชน์แก่ตนได้ โดย Lord Denning L.J ได้วางหลักในคดี Karsales (Harrow) v Wallis ไว้ว่า “คู่สัญญายังคงต้องรับผิดจากการที่ตนฝ่าฝืนหน้าที่ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา แม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นได้กำหนดข้อความยกเว้นความรับผิดไว้แล้วก็ตาม”¹⁹¹

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการตีความของศาลในเรื่องข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้นสามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่สัญญาได้บ้าง แต่เนื่องจากคู่สัญญาพยายามปรับเปลี่ยนเงื่อนไขของสัญญามากขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการตีความในอดีตของศาล ต่อมาประเทศอังกฤษจึงได้มีการตรา Unfair Contract Terms Act 1977 ขึ้น เพื่อใช้ในกรณีที่สัญญามีข้อความที่มีลักษณะจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด¹⁹² ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำขึ้นโดยฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองสูงกว่าหรือสัญญาที่มีลักษณะสำเร็จรูป ให้ไม่สามารถใช้บังคับกับคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าได้

1. Unfair Contract Terms Act 1977

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศอังกฤษ มี Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA) ที่ได้เข้ามากำหนดเรื่องการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดไว้ด้วย โดยการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในสัญญาจะสามารถใช้ได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่าข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้นมีผลตามหลักคอมมอนลอว์หรือไม่ จากนั้นให้พิจารณาตาม Unfair Contract Terms Act 1977 (พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977) และ Unfair Term in

¹⁸⁹ Robert Duxbury, *Contract Law*, 1st Ed. (London: Sweet&Maxwell, 2008), p.147

¹⁹⁰ Ryan Murray, *Contract Law: The Fundamentals*. (London: Sweet&Maxwell, 2008), p.108

¹⁹¹ “The defendant could still be held liable for the consequences of its “fundamental” breach even if the parties had excluded liability by clear and express language”

¹⁹² J. Beatson, *Anson’s Law of Contract*, 28th Ed (New York: Oxford University Press, 2002), p.185.

Consumer Contract Regulations 1999 (ข้อบังคับเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค ค.ศ. 1999)¹⁹³

ในกรณีที่มีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในสัญญานั้น การนำ Unfair Contract Terms Act 1977 นั้น จะต้องพิจารณาว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคหรือไม่ ซึ่งหากเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคแล้ว ข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้นอาจไม่มีผลใช้บังคับเลย หรือสามารถใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น ซึ่งรวมถึงการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อด้วย¹⁹⁴ โดยการบังคับใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตีความสัญญาให้ใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การยกเว้นความรับผิดในความประมาทเลินเล่อตาม Unfair Contract Terms Act 1977¹⁹⁵ สามารถปรับใช้ได้ทั้งกรณีที่มีสัญญาและไม่มีสัญญาต่อกัน โดยการบังคับใช้ข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้นมี 2 ระดับ ได้แก่

1) ข้อความจำกัดความรับผิดนั้นอาจไม่มีผลใช้บังคับเลย หรือสามารถใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น โดยข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดที่ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้เลย หรือการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ห้ามอย่างเด็ดขาด ได้แก่ ข้อความที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายในชีวิต ร่างกาย ซึ่งการกำหนดข้อความดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้เป็นโมฆะ¹⁹⁶

2) ข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดที่อาจใช้บังคับได้บางส่วน จะต้องผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผลของข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (The Reasonableness Test) และข้อความในสัญญาจะต้องชัดเจนและเข้าใจง่าย¹⁹⁷ ซึ่งการกำหนดข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

¹⁹³ Cathering Elliott and Frances Quinn, *Contract Law*, 5th Ed. (Harlow, England: Longman, 2005), p.141.

¹⁹⁴ Section 2 (2) Unfair Contract Terms Act 1977

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.

¹⁹⁵ Section 2 Unfair Contract Terms Act 1977

Avoidance of liability for negligence, breach of contract, etc.

Negligence liability.

(1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.

¹⁹⁶ Section 2 (1) Unfair Contract Terms Act 1977

(1) A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence.

¹⁹⁷ Section 7 Terms in Consumer Contracts Regulation 1999

Written contracts

ในความเสียหายอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ความเสียหายในชีวิต ร่างกาย¹⁹⁸ เช่น ความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Economic Loss) ซึ่งหากว่าไม่ผ่านการทดสอบความสมเหตุสมผล ข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดซึ่งเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ข้อความดังกล่าวไม่มีผลผูกพันผู้ลงทุน¹⁹⁹ เช่น

คดี Smith v Eric Bush and Harris V Wyre Forest DC [1990] 1 AC 831 ที่โจทก์ได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ เนื่องจากจำเลยถูกจ้างผู้ให้กู้ยืมเงินสำหรับซื้อบ้าน ประเมินราคาบ้านโดยประมาณเกินแล้ว ซึ่งจำเลยอ้างข้อความจำกัดความรับผิดว่าตนไม่ต้องรับผิดนั้น ศาลเห็นว่าจำเลยมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อโจทก์เนื่องจากมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดและการประเมินราคานั้นกระทำอย่างผู้ประกอบการธุรกิจ ศาลเห็นว่าข้อความจำกัดความรับผิดนั้นไม่สมเหตุสมผล ตามหลัก The reasonableness test.

2. Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

ประเทศอังกฤษได้บัญญัติ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 ขึ้น ตาม Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts (93/13/EEC) เนื่องจากอังกฤษได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจ²⁰⁰ ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดห้ามไม่ให้ผู้ให้บริการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค และหากว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค สัญญานั้นจะบังคับใช้ได้เฉพาะส่วนที่เป็นธรรมกับผู้บริโภคเท่านั้น²⁰¹ ซึ่งศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการบังคับใช้สัญญาเฉพาะส่วนที่เป็นธรรมกับผู้บริโภค โดย Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจาก Unfair Contract Terms

(1) A seller or supplier shall ensure that any written term of a contract is expressed in plain, intelligible language.

(2) If there is doubt about the meaning of a written term, the interpretation which is most favourable to the consumer shall prevail but this rule shall not apply in proceedings brought under regulation 12.

¹⁹⁸ Section 2 (2) Unfair Contract Terms Act 1977

(2) In the case of other loss or damage, a person cannot so exclude or restrict his liability for negligence except in so far as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness.

¹⁹⁹ Section 8 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999

Effect of unfair term

(1) An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer.

(2) The contract shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair term.

²⁰⁰ Section 3 (1) Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999

Interpretation

(1) In these Regulations–

“consumer” means any natural person who, in contracts covered by these Regulations, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession;

²⁰¹ Section 8 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999

Act 1977 ที่คุ้มครองทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล และเมื่อการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นการประกอบธุรกิจที่ให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจนั้นจึงเป็นผู้บริโภคตามนิยามของ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UTCCR)²⁰² เช่น

คดี Standard Bank London Ltd v Apostolakis²⁰³ ผู้ลงทุนลงทุนซื้อขายอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินจำนวนมากและผู้ลงทุนยังมีความรู้เกี่ยวกับการลงทุนเป็นอย่างดี แต่เนื่องจากผู้ลงทุนลงทุนโดยคาดหวังที่จะได้รับผลกำไรตอบแทนและเป็นการลงทุนเพื่อตนเองเช่นบุคคลธรรมดาไม่ได้ลงทุนในลักษณะการประกอบธุรกิจในรูปแบบนิติบุคคล ผู้ลงทุนยังถือว่าเป็นผู้บริโภคตาม Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 มี 5 ลักษณะ²⁰⁴ ได้แก่

1) ข้อความในสัญญาที่คู่สัญญาไม่ได้เจรจาต่อรองนั้น ถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากว่าไม่ได้ปฏิบัติตามหลักสุจริต ซึ่งส่งผลให้สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาไม่สมดุล ทำให้ผู้บริโภครับภาระเพิ่มมากขึ้น

2) ข้อความในสัญญาที่คู่สัญญาไม่ได้เจรจาต่อรองสัญญาที่ได้ร่างไว้ล่วงหน้าและ ผู้บริโภคไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญา

²⁰²Section 3 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

(1) In these Regulations–

“consumer” means any natural person who, in contracts covered by these Regulations, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession

²⁰³ [2002] CLC 33

²⁰⁴ Section 5 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999

Unfair Terms

(1) A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

(2) A term shall always be regarded as not having been individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term.

(3) Notwithstanding that a specific term or certain aspects of it in a contract has been individually negotiated, these Regulations shall apply to the rest of a contract if an overall assessment of it indicates that it is a pre-formulated standard contract.

(4) It shall be for any seller or supplier who claims that a term was individually negotiated to show that it was.

(5) Schedule 2 to these Regulations contains an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair

- 3) ข้อความในสัญญามาตรฐานที่ได้มีการต่อรองกันระหว่างคู่สัญญาแล้ว
- 4) หากคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ให้บริการกล่าวอ้างว่าข้อตกลงในสัญญานั้นได้มีการเจรจาต่อรองแล้ว ผู้ให้บริการเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์
- 5) ตารางที่ 2 ของ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 ได้ยกตัวอย่างลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่
 - 1) ข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการกรณีที่ผู้บริโภคเสียชีวิตหรือได้รับบาดเจ็บจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำจากผู้ให้บริการ
 - 2) ข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นสิทธิของผู้บริโภคที่ไม่เหมาะสม กรณีที่ผู้ให้บริการไม่ชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนตามสัญญา รวมถึงการหักกลบลบหนี้ระหว่างคู่สัญญา
 - 3) ข้อสัญญาที่ผูกพันผู้บริโภค แม้ว่าผู้ให้บริการมีหน้าที่ต่อผู้บริโภคเพียงฝ่ายเดียว
 - 4) ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการมีสิทธิริบเงินที่ผู้บริโภค กรณีที่ผู้บริโภคไม่เข้าทำสัญญา แต่หากว่าผู้ให้บริการเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญา ผู้บริโภคไม่มีสิทธิได้รับเงินชดเชย
 - 5) ข้อสัญญาที่ผู้บริโภคต้องชำระค่าเสียหายมากเกินสมควรจากการที่ผู้บริโภคไม่ได้ชำระหนี้ตามสัญญา
 - 6) ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการบอกเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว หรือริบเงินของผู้บริโภค โดยที่ผู้ให้บริการไม่ได้ให้บริการตามสัญญาและผู้ให้บริการเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญานั้น
 - 7) ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการบอกเลิกสัญญาที่ไม่มีกำหนดเวลาแน่นอน โดยไม่ได้บอกกล่าวถึงเหตุผลแก่ผู้บริโภค เว้นแต่มีพฤติการณ์เกิดขึ้นร้ายแรง
 - 8) ข้อสัญญาที่ขยายระยะเวลาของสัญญาที่กำหนดไว้แน่นอนอัตโนมัติโดยที่ผู้บริโภคไม่ได้ให้ความยินยอม โดยที่ไม่ได้แจ้งผู้บริโภคล่วงหน้าตามสมควร
 - 9) ข้อสัญญาที่ผู้บริโภคต้องผูกพันตามสัญญาโดยที่ไม่มีโอกาสทำความเข้าใจของเนื้อหาในสัญญา
 - 10) ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการสามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว โดยไม่มีเหตุตามที่ระบุไว้ในสัญญา
 - 11) ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการสามารถเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการได้เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีเหตุอันสมควร
 - 12) ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการสามารถกำหนดราคาสินค้าได้ ณ เวลาส่งมอบ หรือยินยอมให้ขึ้นราคาสินค้าโดยที่ผู้บริโภคไม่มีสิทธิเลิกสัญญากรณีที่ราคานั้นเพิ่มขึ้นมากกว่าที่ได้ตกลงกันไว้ขณะทำสัญญา
 - 13) ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการมีสิทธิตัดสินว่าบริการที่ให้นั้นตรงตามสัญญาหรือไม่ หรือผู้ให้บริการมีสิทธิเพียงฝ่ายเดียวในการตีความเงื่อนไขในสัญญา

14) ข้อสัญญาที่จำกัดหน้าที่ของผู้ให้บริการเนื่องจากตัวแทนของผู้ให้บริการได้ทำ ความตกลงกับผู้บริโภค

15) ข้อสัญญาที่ผู้บริโภคต้องชำระหนี้ให้ครบถ้วน แม้ว่าผู้ให้บริการไม่ได้ชำระหนี้ได้ ส่วนของตน

16) ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการสามารถโอนสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งอาจส่งผลให้ หลักประกันของผู้บริโภคลดน้อยลง โดยไม่ได้ทำสัญญากันเป็นลายลักษณ์อักษรในภายหลัง

17) ข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือขัดขวางการใช้สิทธิในการดำเนินคดีหรือการเยียวยา ความเสียหาย โดยให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเท่านั้น รวมถึงการจำกัดการแสดง พยานหลักฐานที่ผู้บริโภคเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่นำสืบ

อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ให้บริการนั้นจะต้องไม่ซับซ้อนและ เข้าใจได้ง่าย ซึ่งหากข้อสัญญานั้นคลุมเครือหรือเข้าใจได้ยาก ถือว่าผู้ให้บริการนั้นไม่สุจริต และในการ ตีความสัญญานั้น จะต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภค²⁰⁵ ตามหลัก The Contra Proferentem Rule

ผลของการมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้บริโภคและผู้ให้บริการนั้น ข้อสัญญา ดังกล่าวจะไม่มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญา แต่จะผูกพันเฉพาะข้อสัญญาส่วนที่ยังเป็นธรรมเท่านั้น²⁰⁶

ดังนั้น หากข้อความในสัญญามีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น Unfair Contract Terms Act 1977 ศาลจะใช้หลักความสมเหตุสมผลมาพิจารณาถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม นั้น โดยจะบังคับใช้สัญญาเท่าที่เป็นธรรม ในขณะที่ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 ข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนั้น ไม่มีผลใช้บังคับ และให้ใช้ บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น

4.1.5 ภาระการพิสูจน์

การฟ้องคดีผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน และผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติตามคำแนะนำนั้น ฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้นมีหน้าที่ นำสืบ โดยผู้ลงทุนซึ่งเป็นฝ่ายกล่าวอ้างข้อเท็จจริงนั้น มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายและความเสียหายนั้นเกิดจากการให้คำปรึกษาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและการ

²⁰⁵ Section 7 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

(1) A seller or supplier shall ensure that any written term of a contract is expressed in plain, intelligible language.

(2) If there is doubt about the meaning of a written term, the interpretation which is most favourable to the consumer shall prevail but this rule shall not apply in proceedings brought under regulation 12.

²⁰⁶ Section 8 Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

(1) An unfair term in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall not be binding on the consumer.

(2) The contract shall continue to bind the parties if it is capable of continuing in existence without the unfair term.

ให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่ส่งผลให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายนั้นมาจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อจากการทำหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ นั้น เป็นสิ่งที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนทราบถึงหน้าที่และการกระทำของตนเป็นอย่างดี ว่าหน้าที่ของตนเป็นอย่างไร และต้องปฏิบัติขั้นตอนใดบ้าง ซึ่งหน้าที่และขั้นตอนในการให้คำปรึกษาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะอยู่ในความรู้เห็นของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเพียงฝ่ายเดียว โดยผู้ลงทุนไม่รู้ถึงขั้นตอนและการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญโดยเฉพาะ ซึ่งการที่ผู้ลงทุนจะต้องหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น คงจะทำได้ยาก และเป็นภาระของผู้ลงทุนที่จะต้องพิสูจน์การกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น

ความยากลำบากของผู้ลงทุนที่ต้องมีภาระในการพิสูจน์ถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน กฎหมายอังกฤษจึงได้สร้างหลักกฎหมายที่ชื่อว่า Res Ipsa Loquitur (Thing speaks for itself) หรือเหตุการณ์บอกทุกอย่างในตัวมันเอง ซึ่งหลัก Res Ipsa Loquitur เป็นข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น โดยจะต้องพิจารณาตามการเกิดขึ้นโดยปกติของเหตุการณ์ มีวัตถุประสงค์เพื่อผลักภาระการพิสูจน์ไปให้อีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

คดี Byrne v Boadle (1863) จำเลยเป็นเจ้าของของคลังสินค้า โดยถังแป้งที่อยู่ใต้อาคารคลังสินค้าของจำเลยตกลงมาจากชั้นเก็บสินค้า ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ ซึ่งจำเลยที่เป็นเจ้าของคลังสินค้าต้องรับผิด เนื่องจากการเกิดขึ้นของเหตุการณ์เห็นได้ชัดในตัวเองอยู่แล้วว่า หากจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังในการเก็บถังแป้ง โจทก์จะไม่ได้บาดเจ็บ

คดี Scott V. London & St. Katherine's Docks Co. (1865)²⁰⁷ โจทก์ได้รับบาดเจ็บจากกระสอบน้ำตาลที่จำเลยเก็บไว้ในคลังสินค้าหล่นทับ หากจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังในการเก็บกระสอบน้ำตาล โจทก์จะไม่ได้บาดเจ็บ ทั้งนี้ Sir William Erle C.J. ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำใดที่จะเป็นประมาทเลินเล่อจะต้องมีหลักฐานที่สมเหตุสมผล แต่สิ่งที่แสดงนั้นจะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าความประมาทเลินเล่อที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นภายใต้การควบคุมของจำเลย ลูกจ้างของจำเลย ซึ่งโดยปกติแล้วอุบัติเหตุเช่นนั้นจะไม่เกิดขึ้น หากว่าผู้ที่ควบคุมนั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร และพยานหลักฐานนั้นแสดงให้เห็นได้ว่าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นเกิดจากการต้องใช้ความระมัดระวัง”²⁰⁸

²⁰⁷ R.F.V. Heuston and R.S. Chambers. Salmond on the Law of Torts. 18th Ed. (London : Sweet & Maxwell, 1983), Page 225

²⁰⁸ “There must be reasonable evidence of negligence, but, where the thing is shown to be under the management of the defendant, or his servants, and the accident is such as, in the ordinary course of things, does not happen if those who have the management of the machinery use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendant, that the accident arose from want of care”

ในการให้คำปรึกษาการลงทุนที่ผิดพลาดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่มีข้อเท็จจริงและข้อมูลต่าง ๆ อยู่ในความรู้เห็นของตนเอง อันเป็นประโยชน์กับผู้ลงทุนในการพิสูจน์ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่าในตอนแรกนั้นผู้ลงทุนมีภาระการพิสูจน์ก็ตาม เพราะผู้ลงทุนอาจพิสูจน์ได้แต่เพียงว่าตนได้รับความเสียหาย แต่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ²⁰⁹ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ลงทุนนั้น ไม่ได้มาจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการให้คำปรึกษาการลงทุนของตน

หลัก Res Ipsa Loquitur นี้ มีเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ เหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้กระทำความเสียหาย และโดยปกติแล้วเหตุการณ์นั้นจะไม่เกิดขึ้นหากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร²¹⁰

1) เหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้กระทำความเสียหาย

การที่ผู้ลงทุนจะให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องรับผิดชอบในการให้คำปรึกษาการลงทุนของตนนั้นจะต้องพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เกิดจากการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นต้นเหตุของความเสียหายที่อยู่ในการควบคุมของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เช่น คดี Scott V. London & St. Katherine's Docks Co. (1865) ที่โจทก์ถูกกระสอบบรรจุน้ำตาลที่อยู่ในคลังสินค้าของจำเลยหล่นทับ ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ

2) เหตุการณ์นั้นตามธรรมดาจะไม่เกิดขึ้น หากผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปทราบโดยประสบการณ์ตามธรรมชาติว่าสิ่งที่เกิดขึ้นนั้น เกิดจากการขาดความระมัดระวัง แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่ข้อเท็จจริงนั้นไม่ใช่เรื่องที่บุคคลทั่วไปจะสามารถทราบและเข้าใจได้จากประสบการณ์ตามธรรมชาติ เพราะเหตุที่เป็นเรื่องเฉพาะด้าน ไม่ใช่สิ่งปกติธรรมดาทั่วไป เช่น ในคดี Mahon V. Osborne (1939) ที่ ศัลยแพทย์ล้มผ้าซบเลือดไว้ในท้องของคนไข้ โดยผู้พิพากษา Scott L.J. เห็นว่า “ถ้าความรู้ของบุคคลทั่วไปไม่สามารถให้ความเห็นว่าเรื่องใดประมาทเลินเล่อ ก็จะไม่สามารถนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้ได้” เพราะข้อเท็จจริงนั้นเป็นเรื่องเฉพาะของบุคคลผู้มีวิชาชีพ โจทก์จึงควรที่จะต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญมาอธิบายถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนั้น เป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่

เมื่อมีการนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้ โดยโจทก์สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้กระทำความเสียหาย และโดย

²⁰⁹ Sidney Lovell Phipson, *Phipson on Evidence*, 13th Ed. (London: Sweet & Maxwell, 1982), p.58.

²¹⁰ ประสิทธิ์ จงวิฑิต, "การพิสูจน์ในคดีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527), 188.

ปกติแล้วเหตุการณ์นั้นจะไม่เกิดขึ้นหากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรนั้น โจทก์จึงหมดภาระการพิสูจน์ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ²¹¹ เพราะรับฟังได้ว่าการกระทำของจำเลยนั้นเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ และจำเลยมีหน้าที่พิสูจน์หักล้างพยานหลักฐานของโจทก์ให้ได้ว่า ตนได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว และหากผู้กระทำละเมิดไม่สามารถนำหลักฐานมาแสดงต่อศาล ศาลอาจตัดสินให้ผู้กระทำละเมิดแพ็คดี²¹² แต่ถ้าหากว่าผู้กระทำละเมิดพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ ผู้กระทำละเมิดก็หมดภาระการพิสูจน์²¹³

4.1.6 การกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุน

เมื่อการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นกระทำโดยผิดพลาดซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้รับคำปรึกษานั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ โดยการให้ค่าเสียหายนั้นจะพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามปกติและความเสียหายที่เกิดขึ้นตามพฤติการณ์พิเศษ

1) ประเภทของความเสียหายแก่ผู้ลงทุน

การให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนที่เกิดจากความผิดพลาดจากการทำหน้าที่โดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเช่นผู้มีวิชาชีพ อันส่งผลให้ผู้ลงทุนเชื่อและเลือกทำธุรกรรมตามที่ได้รับคำแนะนำ ทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายนั้น ลักษณะความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure Economic Loss)²¹⁴ ซึ่งความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ไม่ใช่ความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ²¹⁵ ซึ่งเป็นการทำให้ความมั่งคั่งน้อยลง ซึ่งลดลงของความมั่งคั่งนั้นไม่กระทบต่อความเสียหายทางทรัพย์สิน²¹⁶ และไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองโดยเด็ดขาด²¹⁷ เช่น

คดี Hedley Byrne & Co. Ltd. V. Heller & Partners Ltd. (1964) AC 465 เป็นคดีแรกที่ศาลให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการให้คำปรึกษาที่ผิดพลาดได้แม้ว่าไม่ได้มีความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างกันก็ตาม โดยโจทก์ได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่จำเลยรับรองสถานะทางการเงินของผู้ลงทุนโดยประมาทเลินเล่อ

²¹¹ Jolowicz J.A. ; Lewis, T.Ellis; Harris, *Winfield and Jolowicz on Tort* 9th Ed. (London: Sweet & Maxwell, 1971), p.76.

²¹² Ibid., p.77

²¹³ R.F.V. Heuston and R.S. Chambers, *Salmond on the Law of Torts*, 18 Ed. (London: Sweet & Maxwell, 1983), p.225.

²¹⁴ Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 2nd Ed. (London: Butterworths, 1994).

²¹⁵ Robby Bernstein, *Economic Loss*, 3 ed., Vol.1 Ed.3 (London: Sweet & Maxwell, 1998), p.15.

²¹⁶ Emil J. Hayek, "Economic Loss," *James Cook University Review* (1994): 21.

²¹⁷ Helmut Koziol, "Recovery for Economic Loss in the European Union," *Arizona Law Review* (2006): 872.

ซึ่งความเสียหายที่โจทก์ได้รับไม่ใช่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย แต่เป็นความเสียหายของสถานะทางการเงิน ซึ่งเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจของโจทก์ แต่คดีนี้ โจทก์ถูกยกฟ้องเนื่องจากมีข้อความจำกัดความรับผิดไว้ในสัญญา ทำให้จำเลยไม่ต้องรับผิดต่อโจทก์ และแม้ว่าคดีนี้ศาลได้ยกฟ้อง แต่ศาลได้วางหลักเกี่ยวกับการเรียกค่าเสียหายกรณีให้คำปรึกษาโดยผิดพลาดว่า หากว่าในสัญญา จำเลยไม่ได้ระบุข้อความปฏิเสธความรับผิดไว้ ความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยที่เป็นธนาคารมีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับสถานะทางการเงินนั้น มีความสัมพันธ์พิเศษที่ใกล้ชิดเพียงพอระหว่างทั้งสองฝ่าย ซึ่ง Lord Morris ได้กล่าวว่า “กรณีที่บุคคลมีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษและต้องใช้ความเชี่ยวชาญนั้น เข้าช่วยเหลือบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเชื่อถือในความเชี่ยวชาญนั้น บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำ”²¹⁸ สาเหตุที่ศาลอังกฤษพิจารณาเรื่องค่าเสียหายทางเศรษฐกิจเนื่องจากจำนวนผู้ที่ได้รับผลกระทบคือได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษานั้นมีเป็นจำนวนมากที่อาจได้รับผลกระทบจากการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาด ซึ่งส่งผลให้ผู้ให้คำปรึกษาจะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษา

นอกจากนี้ Lord Reid ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าว ได้กล่าวถึงเรื่องข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ว่า หากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ จำเลยจะถูกสันนิษฐานว่ามีความรับผิดชอบในการที่โจทก์เชื่อถือการให้คำปรึกษาของจำเลย ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายจากการได้รับคำปรึกษาโดยผิดพลาดนั้น ซึ่งเมื่อบุคคลทราบว่าเป็นตนเองได้รับความไว้วางใจในการให้คำปรึกษานั้นแล้ว ผู้ที่ให้คำปรึกษานั้น มีแนวทางปฏิบัติได้ 3 แนวทาง ได้แก่ ปฏิเสธไม่ให้คำแนะนำ ให้คำแนะนำโดยระบุข้อความจำกัดความรับผิดของตนเอง หรือให้คำแนะนำโดยไม่มีข้อความจำกัดความรับผิด ซึ่งกรณีหลังสุดนี้ ผู้ให้คำปรึกษานั้นจะต้องรับผิดในการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาดของตนเอง ผู้ให้คำปรึกษาจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาของตนเอง²¹⁹

ความเสียหายทางเศรษฐกิจในกฎหมายอังกฤษ บุคคลที่ได้รับความเสียหาย อาจได้รับการเยียวยาหากว่ากฎหมายได้กำหนดถึงสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย หรืออาจค่าเสียหายจากคู่สัญญาได้หากว่ามีสัญญาต่อกัน แต่ถ้าหากว่าไม่มีสัญญาต่อกันแล้ว ก็ไม่อาจเรียกค่าเสียหายทางเศรษฐกิจได้ เพราะกฎหมายอังกฤษให้ความสำคัญกับเรื่องที่ว่าสัญญาจะมีผลผูกพันกันเฉพาะคู่สัญญา จึงได้นำเรื่องละเมิดมาปรับใช้เพื่อฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ สำหรับกรณีละเมิด กฎหมายอังกฤษได้วางหลักไว้ว่า ในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ บุคคลมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ซึ่งไม่ได้ครอบคลุมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจ ซึ่งความเสียหายทางเศรษฐกิจจะฟ้องร้องกันได้ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาเท่านั้น

เมื่อมีเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นที่ฟ้องร้องเรื่องความเสียหายทางเศรษฐกิจระหว่างกันได้ ซึ่งบุคคลที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ตามสัญญาไม่สามารถฟ้องร้องได้ จึงมีการนำหลักละเมิด

²¹⁸ John Cooke, *Law of Torts*, 12th Ed. (Harlow: Pearson Education Limited, 2015), p.88.

²¹⁹ *Ibid.*, p.109

มาปรับใช้กับการเรียกค่าเสียหายในความเสียหายทางเศรษฐกิจ ซึ่งในกรณีของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ความผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนส่วนใหญ่เป็นการให้คำปรึกษาที่ผิดพลาด ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ ซึ่งศาลอังกฤษมีแนวทางในการพิจารณาการเยียวยาให้กับผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาที่ผิดพลาดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นความให้ค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ ว่าความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนมีความสัมพันธ์พิเศษต่อกันที่สามารถนำมาใช้ในการฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้²²⁰ ซึ่งการให้คำปรึกษาที่ผิดพลาดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนแตกต่างจากกรณีสินค้าชำรุดบกพร่อง เพราะการขายสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องความเสียหายเกิดขึ้นกับบุคคลกลุ่มหนึ่งและภายในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น ในขณะที่การให้คำปรึกษาการลงทุนที่ผิดพลาดจะมีบุคคลที่ได้รับความเสียหายเป็นวงกว้าง และความเสียหายนั้นเกิดขึ้นเป็นระยะเวลาที่ยาวนานกว่า²²¹ เช่น

คดี *Candler v. Crane Christmas and Co.* (1951) 2 KB 164 ศาลได้วางหลักการให้ค่าเสียหายจากการให้คำปรึกษาที่ผิดพลาด โดยคดีนี้ศาลเห็นว่า โจทก์และจำเลยไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกันเลย ไม่ว่าจะมีความสัมพันธ์ตามสัญญา ความสัมพันธ์ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ ศาลจำไม่ได้ตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ เพราะหากศาลตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์แล้ว ความรับผิดชอบของจำเลยจะไม่มีขอบเขต โดย Lord Denning ได้มีความเห็นแย้งในคดีดังกล่าวว่า ถ้าหากว่ามีบุคคลอื่นที่เชื่อถือในคำปรึกษาที่ตนได้ให้ไปนั้น บุคคลที่ให้คำปรึกษานั้นมีหน้าที่ที่จะต้องให้คำปรึกษาด้วยความระมัดระวังตามกฎหมายละเมิด²²²

คดี *Caparo Industries Plc. v. Dickman* (1990) 2 AC 605 ผู้สอบบัญชีได้จัดทำงบการเงินของบริษัทตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่การจัดทำงบการเงินนั้นผิดพลาดและทำให้บุคคลเกิดความเสียหายกับผู้ลงทุนที่ซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการโดยอาศัยข้อมูลจากงบการเงินดังกล่าว เพราะสถานะทางการเงินที่แท้จริงของบริษัทนั้นขาดทุน ทำให้โจทก์ซื้อหุ้นในราคาที่สูงกว่าความเป็นจริง โจทก์ได้รับความเสียหายทางการเงินจึงฟ้องร้องให้จำเลยรับผิดชอบจากการทำรายงานทางบัญชีโดยผิดพลาด กรณีนี้ศาลได้ยกฟ้องโจทก์ เพราะผู้สอบบัญชีนั้นมีความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทเท่านั้น เพราะเอกสารรายงานทางบัญชีนั้นทำขึ้นเพื่อให้ผู้ถือหุ้นตรวจสอบการประกอบการและการบริหารบริษัทของกรรมการเท่านั้น ซึ่งจากคำพิพากษาคดีนี้ ทำให้เห็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความรับผิดชอบจากการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาดของผู้มีวิชาชีพ ซึ่งในคดีนี้การจัดทำเอกสารรายงานทางการเงินนั้นเป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดขึ้น (Statutory Duty) ซึ่งการฝ่าฝืนหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายสามารถฟ้องได้ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง²²³ ซึ่งในคดีนี้ กฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นของบริษัทให้สามารถตรวจสอบการบริหาร

²²⁰ Richard Kidner, *Casebook on Torts*, 8th Ed. (New York: Oxford University Press, 2014), p.156.

²²¹ John Cooke, *Law of Torts*, 12th Ed. (Harlow : Pearson Education Limited, 2015), p.88

²²² *Ibid.*, p.86-87

²²³ *Ibid.*, p.96

บริษัทของกรรมการได้ การกระทำของโจทก์เป็นการกระทำของผู้ลงทุน ไม่ใช่ผู้ถือหุ้น เพราะโจทก์ซื้อหุ้นเพื่อเข้าครอบงำกิจการ โจทก์จึงไม่ได้รับความคุ้มครอง แม้ว่าโจทก์จะได้รับความเสียหายก็ตาม อีกทั้งความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยไม่ได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเพียงพอ ทำให้จำเลยไม่ต้องมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวังต่อโจทก์ จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบในการให้คำปรึกษาดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าการนำหลักเรื่องความสัมพันธ์ใกล้ชิดมาปรับใช้ด้วยนั้น เป็นการขยายหลัก Hedley Byrne ซึ่งสามารถนำหลักนี้ไปปรับใช้กับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้บริการ

2) การให้ค่าเสียหายตามหลักสัญญา

ศาลอังกฤษได้วางหลักเรื่องการให้ค่าเสียหายไว้ว่าจะเรียกได้นั้นจะต้องเป็นธรรมและสมเหตุสมผล โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นปกติของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งการให้ค่าเสียหายเป็นไปตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงซึ่งได้แก่ค่าเสียหายตามปกติ ซึ่งคาดเห็นได้ นอกจากนี้ค่าเสียหายตามปกติแล้ว ยังมีค่าเสียหายพฤติการณ์พิเศษ เช่น การขาดกำไร การไม่ได้รับประโยชน์ตามสัญญา ซึ่งศาลอาจให้มีการชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายได้ โดยศาลได้วางหลักเกณฑ์ลักษณะของความเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้ เช่น

คดี Hadley v. Baxendale (1854) 156 ER 145 โจทก์ได้ฟ้องร้องให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายจากการขาดกำไร เพราะจำเลยจัดส่งเครื่องมือให้แก่โจทก์ล่าช้า ทำให้กิจการของโจทก์ได้รับความเสียหาย ซึ่งศาลพิพากษาไม่ให้จำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการขาดกำไร เพราะจำเลยไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าการที่จำเลยส่งเครื่องมือล่าช้าทำให้กิจการของโจทก์ได้รับความเสียหายจากการขาดกำไร ซึ่งจำเลยจะสามารถคาดเห็นความเสียหายดังกล่าวได้ต่อเมื่อโจทก์ได้แสดงให้จำเลยถึงพฤติการณ์พิเศษโดยการแจ้งให้จำเลยทราบว่า หากจำเลยส่งเครื่องมือล่าช้า จะทำให้กิจการของโจทก์ได้รับความเสียหาย ซึ่งหลักที่ศาลได้วางไว้ ได้แก่ กรณีที่มีความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษเกิดขึ้นสืบเนื่องมาจากการผิดสัญญา ลักษณะความเสียหายที่ผู้เสียหายจะสามารถเรียกร้องได้ต้องมีลักษณะเป็นความเสียหายตามปกติที่เกิดขึ้นได้จากการผิดสัญญา และคู่สัญญาจะต้องคาดเห็นได้ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นนั้น และในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นพฤติการณ์พิเศษ คู่สัญญาจะต้องทราบในขณะเวลาที่ทำสัญญาถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งจากคดีดังกล่าวเป็นเรื่องของการขาดกำไรซึ่งเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ กฎหมายอังกฤษกำหนดให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ แต่ความเสียหายนั้นคู่สัญญาจะต้องคาดเห็นได้ขณะทำสัญญา

คดี Cattle v Stockton Waterworks²²⁴ ศาลได้สร้างหลักการให้ค่าเสียหายโดย Lord Blackburn J เห็นว่า “การให้ค่าเสียหายนั้น ควรพิจารณาถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิด และความเป็นผลโดยตรงจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

²²⁴ (1875) LR 10 QB 453

3) การให้ค่าเสียหายตามหลักละเมิด

เนื่องจากกฎหมายละเมิดของอังกฤษไม่ได้มาจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งละเมิดเป็นการกระทำของบุคคลที่กระทบสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองของบุคคลอื่น และการกระทำนั้น ก่อให้เกิดความเสียหาย โดยสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ได้แก่

1. สิทธิของบุคคล หมายถึง ชีวิต ร่างกาย อนามัย ชื่อเสียง ซึ่งการกระทำละเมิดในสิทธิของบุคคลดังกล่าว อาจเป็นการทำร้ายร่างกาย การหน่วงเหนี่ยวร่างกาย การหมิ่นประมาท เป็นต้น

2. สิทธิในทรัพย์สิน ได้แก่ สंहारิมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินนั้นอาจเป็นเรื่องของการก่อความเดือดร้อนรำคาญ การบุกรุกพื้นที่ การทำให้ทรัพย์สินได้รับความเสียหาย

3. สิทธิทางเศรษฐกิจ การกระทำละเมิดดังกล่าวเป็นเรื่องการละเมิดในทางเศรษฐกิจ (Economic torts) ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ²²⁵

เมื่อที่ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อแล้วนั้น การที่ผู้ลงทุนจะฟ้องร้องผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจากการให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อแล้วนั้น ผู้ลงทุนจะต้องพิสูจน์ 3 ประเด็น²²⁶ ได้แก่

1. ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้ลงทุน โดยจะต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนสามารถคาดหมายได้ว่าผู้ลงทุนจะได้รับความเสียหายจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของตน ซึ่งทั้งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนจะต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด และผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเป็นธรรม เทียบตรง และสมเหตุสมผล

2. ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่ได้ปฏิบัติตามหลักวิชาชีพของตนต่อผู้ลงทุน

3. การกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ส่งผลให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย ซึ่งเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล

การพิสูจน์การกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ผู้ลงทุนจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้ลงทุน ซึ่งการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนคาดหมายได้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความ

²²⁵ John Cooke, Law of Torts, 12th Ed. (Harlow : Pearson Education Limited, 2015), p.5

²²⁶ Ibid., p.33

เสียหาย หลักละเมิดในกฎหมายอังกฤษ ได้เข้ามาคุ้มครองสิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิทางเศรษฐกิจด้วย

4) การให้ค่าเสียหายจากการจัดตั้งกองทุน

กรณีที่ผู้ลงทุนมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน ผู้ลงทุนอาจไม่ต้องฟ้องร้องเป็นคดีความต่อศาล โดยอาศัยการเยียวยาความเสียหายจาก The Financial Ombudsman Service (FOS) ซึ่งทำหน้าที่รับข้อร้องเรียนจากผู้ลงทุนเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน โดยพิจารณาว่าคำปรึกษาที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนนั้นเหมาะสมหรือไม่ โดยมีอำนาจชี้ขาดให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนชดใช้เงินให้แก่ผู้ลงทุน สูงสุดไม่เกิน 150,000 ปอนด์ ซึ่งเมื่อผู้ลงทุนเลือกที่จะรับการชดใช้ความเสียหายจากเงินจำนวนดังกล่าว ผู้ลงทุนจะไม่สามารถเรียกร้องความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นได้อีก แต่ถ้าหากว่าผู้ลงทุนไม่พอใจกับคำวินิจฉัยของ FOS ผู้ลงทุนสามารถที่จะนำข้อพิพาทดังกล่าวขึ้นฟ้องศาลได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ลงทุนจะต้องยื่นข้อร้องเรียนไปยังบริษัทผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก่อน

อีกทั้ง กรณีที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอังกฤษยังมีหน่วยงานอิสระที่จัดตั้งกองทุนชื่อว่า กองทุนเพื่อชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุน (The Financial Services Compensation Scheme (FSCS)) ที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ The Financial Services & Markets Act 2000²²⁷ เพื่อคุ้มครองผู้ลงทุนจากการได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทุน โดยเงื่อนไขในการได้รับเงิน คือผู้ลงทุนจะต้องเป็นผู้เสียหายและได้ยื่นคำร้อง และต้องเป็นกรณีที่ได้รับ ความคุ้มครอง ซึ่งได้แก่ กรณีการให้คำปรึกษาที่ไม่ดีหรือทำให้หลงผิด การจัดการโดยประมาทเลินเล่อ และการฉ้อโกงหรือ แฉลงข้อความอันเป็นเท็จ²²⁸ เช่น ผู้ลงทุนทำแบบประเมินความเสี่ยง โดยผู้ลงทุนไม่เหมาะสมกับการลงทุนที่มีความเสี่ยงสูง แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนแนะนำให้ผู้ลงทุนลงทุนในผลิตภัณฑ์ที่มีความเสี่ยงสูง เพื่อที่ตนจะได้รับค่าตอบแทนสูงขึ้น และคำร้องดังกล่าวเกี่ยวข้องกับบุคคลที่กำหนดไว้ ซึ่งได้แก่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน และผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นได้กระทำความผิด²²⁹ โดยเงินนั้นมาจากการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องจ่ายเป็นรายปีให้แก่ FSCS โดยเงินที่ได้รับจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นจะนำมาใช้จ่ายในการดำเนินการของ FSCS และเป็นค่าเสียหายที่ใช้เยียวยาผู้เสียหาย²³⁰

²²⁷ Financial Services Compensation Scheme. "Questions and Answers." [Online]. Available from: <https://www.fscs.org.uk/industry/about-fscs/questions-and-answers/> [2017, Jun 30]

²²⁸ Financial Services Compensation Scheme. "Protecting your money." [Online]. Available from: https://www.fscs.org.uk/uploaded_files/Publications/fscs_consumer_booklet_2013.pdf [2017, Jun 30], p.7

²²⁹ Gerard McMeel & John Virgo. Financial Advice and financial products law and liability, (Oxford : Oxford, 2001), p.512

²³⁰ Financial Conduct Authority, "Financial Advice Market Review-Final Report." [Online]. Available from: <https://www.fca.org.uk/publication/corporate/famr-final-report.pdf> [2017, March 30], p.52

4.2 สหรัฐอเมริกา

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะศึกษาหลักเกณฑ์ เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ที่เป็นการกำกับดูแลผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเฉพาะ Investment Advisers Act 1940 และแนวความรับผิดชอบทางแพ่งได้แก่ความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิดเท่านั้น

4.2.1 หลักเกณฑ์ เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตาม Investment Advisers Act 1940

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการเงินการลงทุนนั้น มีการแบ่งแยกหน่วยงานที่เข้ามากำกับดูแล โดยการประกอบธุรกิจผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นอยู่ภายใต้ Investment Advisers Act 1940 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1940²³¹ ซึ่งมี U.S. Securities and Exchange Commission (S.E.C.) เข้ามากำกับดูแล ซึ่งตามนิยามของ Investment Advisers Act 1940 Section 202 (a)(11)²³² ว่า registered investment

²³¹ Section 221 Investment Advisers Act 1940

Effective Date

This subchapter shall become effective on November 1, 1940.

²³² (11) "Investment adviser" means any person who, for compensation, engages in the business of advising others, either directly or through publications or writings, as to the value of securities or as to the advisability of investing in, purchasing, or selling securities, or who, for compensation and as part of a regular business, issues or promulgates analyses or reports concerning securities; but does not include:

(A) a bank, or any bank holding company as defined in the Bank Holding Company Act of 1956, which is not an investment company, except that the term "investment adviser" includes any bank or bank holding company to the extent that such bank or bank holding company serves or acts as an investment adviser to a registered investment company, but if, in the case of a bank, such services or actions are performed through a separately identifiable department or division, the department or division, and not the bank itself, shall be deemed to be the investment adviser;

(B) any lawyer, accountant, engineer, or teacher whose performance of such services is solely incidental to the practice of his profession;

(C) any broker or dealer whose performance of such services is solely incidental to the conduct of his business as a broker or dealer and who receives no special compensation therefor;

(D) the publisher of any bona fide newspaper, news magazine or business or financial publication of general and regular circulation;

(E) any person whose advice, analyses, or reports relate to no securities other than securities which are direct obligations of or obligations guaranteed as to principal or interest by the United States, or securities issued or guaranteed by corporations in which the United States has a direct or indirect interest which shall have been

advisers จะเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่บุคคลจะต้องทำธุรกิจเกี่ยวกับให้คำแนะนำแก่บุคคลอื่นเกี่ยวกับคุณค่าของหลักทรัพย์หรือความเหมาะสมในการลงทุน การซื้อขายหลักทรัพย์ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยผ่านสิ่งพิมพ์หรือรายงาน และได้ค่าตอบแทน ไม่ว่าจะในรูปแบบใด เช่น ค่าปรึกษา ค่าธรรมเนียมในการซื้อขายหลักทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งตามปกติของธุรกิจ จากการวิเคราะห์หลักทรัพย์หรือทำรายงานเกี่ยวกับหลักทรัพย์²³³ จะเห็นได้ว่าการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น จะต้องประกอบด้วย 3 ประการ ได้แก่

1. บุคคลนั้นจะต้องทำหน้าที่ให้คำปรึกษาหรือจัดทำรายงานหรือวิเคราะห์หลักทรัพย์แก่บุคคลอื่น ซึ่งเป็นการเลือกให้ความเห็นหรือการตัดสินใจเป็นของบุคคลที่ให้คำปรึกษานั้นเอง ซึ่งหลักทรัพย์นั้น หมายรวมถึง ตราสารหนี้ (debt instrument) เช่น ธนบัตร (notes) พันธบัตร (bonds) หุ้นกู้ (debentures) เป็นต้น หุ้นสามัญ (common stock) หุ้นบุริมสิทธิ (preferred stock) ตราสารอนุพันธ์ (derivative instrument) สัญญาการลงทุน (investment contract) หรือตราสารอื่นใดที่เป็นหลักทรัพย์

2. บุคคลนั้นอยู่ในธุรกิจที่ให้บริการให้คำปรึกษา (in business) ไม่ว่าจะธุรกิจที่ทำนั้น การให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นหลัก หรือเป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจก็ตาม โดยอาจดูจากความถี่และความสม่ำเสมอในการให้คำปรึกษาการลงทุน โดยประกาศ No. 1092 ได้กำหนดว่าการที่จะถือว่าอยู่ในความหมายของ “ในธุรกิจ” (in business) จะต้องมี 3 เงื่อนไข ได้แก่

1) บุคคลนั้นได้แสดงว่าตนเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนหรือให้คำปรึกษาการลงทุน

2) บุคคลนั้นได้รับค่าตอบแทนซึ่งแยกต่างหากหรือเพิ่มเติมที่ได้จากการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับหลักทรัพย์หรือค่าตอบแทนที่รวมอยู่ในค่าตอบแทนต่าง ๆ ซึ่งบางครั้งอาจมาในรูปแบบของการให้บริการเหมารวม (package of service) ที่รวมถึงการให้คำปรึกษาการลงทุน

designated by the Secretary of the Treasury, pursuant to section 3(a)(12) of the Securities Exchange Act of 1934, as exempted securities for the purposes of that Act;

(F) any nationally recognized statistical rating organization, as that term is defined in section 3(a)(62) of the Securities Exchange Act of 1934, unless such organization engages in issuing recommendations as to purchasing, selling, or holding securities or in managing assets, consisting in whole or in part of securities, on behalf of others;

(G) any family office, as defined by rule, regulation, or order of the Commission, in accordance with the purposes of this title; or (H) such other persons not within the intent of this paragraph, as the Commission may designate by rules and regulations or order.

²³³ Cheryl Toman-Cubbage J.D., *Cfp Professional Liability Pitfalls for Financial Planners* (Englewood Cliffs N.U.J, 1988), p.30.

3) บุคคลนั้นให้คำปรึกษาการลงทุนโดยเฉพาะเจาะจงซึ่งจะต้องทำอย่างสม่ำเสมอ (regularity) ซึ่งหากไม่ได้มีการให้คำปรึกษาอย่างสม่ำเสมอแล้วก็จะไม่เข้าเงื่อนไขข้อที่สามของการอยู่ในธุรกิจของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

3. บุคคลนั้นให้คำปรึกษาโดยได้รับค่าตอบแทนโดย Investment Advisers Act 1940 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนปฏิบัติหน้าที่ในทางที่ขัดแย้งผลประโยชน์กับผู้ลงทุน ซึ่งกำหนดให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ต้องจดทะเบียนต่อ S.E.C. กำหนดให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนทำหน้าที่ด้วยความสุจริตและเพื่อป้องกันการฉ้อฉล และกำหนดให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจัดเก็บบันทึก และให้รายงานข้อมูลต่าง ๆ ตามที่กำหนด และผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องจดทะเบียนกับ S.E.C. และในกรณีของผู้วางแผนการลงทุน (financial planner) ที่ทำหน้าที่วางแผนทางการเงินกับผู้ลงทุน หากว่าการทำหน้าที่นั้นครอบคลุมถึงการให้คำแนะนำเกี่ยวกับหลักทรัพย์ ผู้วางแผนการลงทุนก็ต้องจดทะเบียนเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนด้วย

แต่ทั้งนี้ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ไม่รวมถึง ธนาคารหรือบริษัทผู้ถือหุ้นในกิจการ เครือธนาคาร ซึ่งไม่ใช่บริษัทจัดการกองทุนรวม ทนายความ นักบัญชี วิศวกร หรือครู นายหน้าหรือผู้ค้าหลักทรัพย์ ผู้พิมพ์โฆษณาของหนังสือพิมพ์ นิตยสาร หรือสิ่งตีพิมพ์ทางธุรกิจหรือการเงินในทางสุจริตที่เผยแพร่เป็นการทั่วไปอย่างสม่ำเสมอและไม่ได้ทำขึ้นเพื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่ให้คำแนะนำเฉพาะหลักทรัพย์ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาหรือหลักทรัพย์ที่มีการค้าประกันทางอ้อมของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา และบุคคลอื่น ๆ ที่ S.E.C. กำหนด

นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่ได้รับการยกเว้นที่จะต้องจดทะเบียนกับ S.E.C. ตาม Section 203 (b) Investment Advisers Act 1940²³⁴ ได้แก่ Interstate Advisers ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่ผู้ลงทุนทั้งหมดมีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่มีสำนักงานใหญ่และสถานประกอบการของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตั้งอยู่ ที่ปรึกษาที่ให้คำปรึกษาเฉพาะบริษัทประกันภัยเท่านั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต่างชาติที่ไม่ได้มีสถานประกอบการในสหรัฐอเมริกา และมีผู้ลงทุนในสหรัฐอเมริกาที่ให้คำปรึกษา น้อยกว่า 15 ราย ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่เป็นองค์กรการกุศล ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในการซื้อขาย Commodity ที่ปรึกษากองทุนส่วนบุคคล ที่ปรึกษากองทุนร่วมลงทุน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในบริษัทการลงทุนขนาดย่อม²³⁵

ในเรื่องคุณสมบัติของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น Investment Advisers Act 1940 ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติที่ไว้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการศึกษา จำนวนบุคคลในสังกัดผู้ให้คำปรึกษาใน

²³⁴ Section 203 Investment Advisers Act 1940 - Registration of Investment Advisers

(a) Except as provided in subsection (b) and section 203A, it shall be unlawful for any investment adviser, unless registered under this section, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in connection with his or its business as an investment adviser.

²³⁵ U.S. Securities and Exchange Commission. "Regulation of Investment Advisers." [Online] Available from: https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_investman/rplaze-042012.pdf, [2017, Apr 14], p.11-17

การลงทุนที่ผ่านการสอบ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องเปิดเผยข้อมูลเหล่านี้แก่ผู้ลงทุน²³⁶

นอกจากนี้ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการฉ้อฉล ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ไม่ว่าจะเป็นการใช้เครื่องมือ แผนลวง หรือกลอุบายใด ๆ เพื่อฉ้อฉลผู้ลงทุน²³⁷ รวมถึงการมีส่วนในการทำธุรกรรมใด ๆ ที่เป็นการฉ้อฉลหรือฉ้อโกงผู้ลงทุน²³⁸ เป็นตัวการหรือนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์เพื่อประโยชน์ของตนเอง อันทำให้เกิดการซื้อขายหลักทรัพย์ของผู้ลงทุน โดยไม่ได้เปิดเผยข้อมูลให้กับผู้ลงทุนทราบเป็นลายลักษณ์อักษรถึงการกระทำของตนและไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ลงทุนก่อนการดำเนินการเสร็จสิ้น²³⁹ มีส่วนในการดำเนินการใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการฉ้อฉล ฉ้อโกง หรือการลวงให้หลงผิด²⁴⁰ เช่น ในคดี SEC v. Capital Gains Research Bureau ที่เป็นคดีแรกที่ศาลสูงที่มีการตีความ Investment Advisers Act 1940 โดยได้กล่าวถึง Fiduciary Duty ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน²⁴¹ โดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ใช้ประโยชน์จากคำแนะนำของตนเองเพื่อประโยชน์ส่วนตัว โดยการซื้อหลักทรัพย์ล่วงหน้า ก่อนที่ตนจะให้คำแนะนำผู้ลงทุน โดยรู้ว่าเมื่อตนได้ให้คำแนะนำดังกล่าวแล้ว หลักทรัพย์ที่ซื้อไว้จะมีราคาสูงขึ้น เมื่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ให้คำแนะนำแล้ว ราคาหลักทรัพย์สูงขึ้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึง

²³⁶ Ibid., p.19-20

²³⁷ Section 206 (1) Investment Advisers Act 1940

It shall be unlawful for any investment adviser by use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, directly or indirectly—

(1) to employ any device, scheme, or artifice to defraud any client or prospective client;

²³⁸ Section 206 (2) Investment Advisers Act 1940

(2) to engage in any transaction, practice, or course of business which operates as a fraud or deceit upon any client or prospective client;

²³⁹ Section 206 (3) Investment Advisers Act 1940

(3) acting as principal for his own account, knowingly to sell any security to or purchase any security from a client, or acting as broker for a person other than such client, knowingly to effect any sale or purchase of any security for the account of such client, without disclosing to such client in writing before the completion of such transaction the capacity in which he is acting and obtaining the consent of the client to such transaction. The prohibitions of this paragraph shall not apply to any transaction with a customer of a broker or dealer if such broker or dealer is not acting as an investment adviser in relation to such transaction; or

²⁴⁰ Section 206 (4) Investment Advisers Act 1940

(4) to engage in any act, practice, or course of business which is fraudulent, deceptive, or manipulative. The Commission shall, for the purposes of this paragraph (4) by rules and regulations define, and prescribe means reasonably designed to prevent, such acts, practices, and courses of business as are fraudulent, deceptive, or manipulative.

²⁴¹ Arthur B. Laby, "Current Issues in Fiduciary Law," *Boston University Law Review* Vol.91: 1052.

ได้ขายหลักทรัพย์นั้นไป ทำให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้รับกำไรจากการขายหลักทรัพย์นั้น การกระทำดังกล่าวของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นการฉ้อฉลและฉ้อโกงผู้ลงทุน โดยศาลเห็นว่าแนวคิดเกี่ยวกับการฉ้อฉลและการฉ้อโกงตาม Section 206 Investment Advisers Act 1940 ไม่ได้จำกัดเฉพาะเรื่องการแถลงข้อความอันเป็นเท็จ แต่รวมถึงการละเว้นไม่เปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ โดยศาลสูงได้อธิบายว่า “มาตรฐานของจริยธรรมทางธุรกิจที่กำหนดไว้สูงโดยกฎหมายหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา นั้น ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนแสวงหาประโยชน์ด้วยการซื้อขายหลักทรัพย์บนความเปลี่ยนแปลงของราคาในตลาดหลักทรัพย์ อันเป็นผลมาจากคำแนะนำของตน โดยที่ตนไม่ได้เปิดเผยถึงส่วนได้เสียของตนจากการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนทราบอย่างครบถ้วนและเป็นธรรม” โดยวัตถุประสงค์ของหน้าที่ได้รับความไว้วางใจก็เพื่อขจัดความขัดกันของผลประโยชน์และป้องกันไม่ให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเอาเปรียบผู้ลงทุนโดยอาศัยความไว้วางใจของผู้ลงทุนที่มีต่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องทำหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ของผู้ลงทุนและต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดอย่างครบถ้วนและเป็นธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีผลประโยชน์ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนขัดแย้งกับผู้ลงทุน ทั้งนี้ S.E.C. ได้ให้ความเห็นเรื่องหน้าที่ได้รับความไว้วางใจว่า เป็นหน้าที่ที่ต้องใช้หลักความสมเหตุสมผลและความเป็นอิสระในการให้คำปรึกษาการลงทุน หน้าที่ที่จะซื้อหรือขายหลักทรัพย์ในราคาที่ดีที่สุดให้ผู้ลงทุนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอยู่ในฐานะที่สามารถกำกับธุรกรรมการซื้อขายผ่านนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ได้ หน้าที่ที่จะต้องสร้างความมั่นใจว่าคำปรึกษาของตนเหมาะสมตามความต้องการและวัตถุประสงค์ของผู้ลงทุน หน้าที่ที่จะละเว้นการซื้อขายหลักทรัพย์ที่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผู้ลงทุน และหน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตต่อผู้ลงทุน

ในกรณีที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ปฏิบัติตาม Investment Advisers Act 1940 หรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง หรือจงใจช่วยเหลือ สนับสนุน หรือให้คำปรึกษา หรือสั่งการ หรือชักนำ หรือดำเนินการให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว หรือ จงใจให้ข้อความอันเป็นเท็จ หรืออาจทำให้สำคัญผิดในสาระสำคัญ หรือละเว้นการแจ้งข้อความอันเป็นสาระสำคัญในแบบคำขอจดทะเบียนหรือรายงานที่ต้องยื่นต่อ S.E.C. หรือ ละเลยการกำกับไม่ให้บุคคลที่อยู่ในสังกัดของตนกระทำการใด ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติตาม Investment Advisers Act 1940 มีโทษปรับทางแพ่งดังนี้

1) กรณีทั่วไป มีโทษปรับ 5,000 เหรียญสหรัฐสำหรับบุคคลธรรมดา และ 50,000 เหรียญสหรัฐสำหรับบุคคลประเภทอื่น²⁴²

²⁴² Section 209 (e)(2)(A) Investment Advisers Act 1940

Enforcement of Title

(e) Money penalties in civil actions

(2) Amount of penalty

(A) First tier

2) กรณีที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกระทำหรือละเว้นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการฉ้อฉล ฉ้อโกง ลวงให้หลงผิด หรือตั้งใจ ประมาท ละเลยบทบัญญัติใด ๆ มีโทษปรับ 50,000 เหรียญสหรัฐสำหรับบุคคลธรรมดา และ 250,000 เหรียญสหรัฐสำหรับบุคคลประเภทอื่น²⁴³

3) กรณีที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกระทำหรือละเว้นการกระทำอันมีลักษณะเป็นการฉ้อฉล ฉ้อโกง ลวงให้หลงผิด หรือตั้งใจ ประมาทละเลยบทบัญญัติใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือทำให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นได้ประโยชน์ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม มีโทษปรับ 100,000 เหรียญสหรัฐสำหรับบุคคลธรรมดา และ 500,000 เหรียญสหรัฐสำหรับบุคคลประเภทอื่น²⁴⁴

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจต้องรับโทษทางอาญาด้วย หากว่าฝ่าฝืนบทบัญญัติใด ๆ ตาม Investment Advisers Act 1940 โดยมีโทษปรับทางอาญาไม่เกิน 10,000 เหรียญสหรัฐ หรือโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁴⁵

The amount of the penalty shall be determined by the court in light of the facts and circumstances. For each violation, the amount of the penalty shall not exceed the greater of:

- (i) \$5,000 for a natural person or \$50,000 for any other person, or
- (ii) the gross amount of pecuniary gain to such defendant as a result of the violation.

²⁴³ Section 209 (e)(2)(B) Investment Advisers Act 1940

(B) Second tier

Notwithstanding subparagraph (A), the amount of penalty for each such violation shall not exceed the greater of:

- (i) \$50,000 for a natural person or \$250,000 for any other person, or
- (ii) the gross amount of pecuniary gain to such defendant as a result of the violation, if the violation described in paragraph (1) involved fraud, deceit, manipulation, or deliberate or reckless disregard of a regulatory requirement.

²⁴⁴ Section 209 (e)(2)(C) Investment Advisers Act 1940

(C) Third tier

Notwithstanding subparagraphs (A) and (B), the amount of penalty for each such violation shall not exceed the greater of:

- (i) \$100,000 for a natural person or \$500,000 for any other person, or
- (ii) the gross amount of pecuniary gain to such defendant as a result of the violation, if— (I) the violation described in paragraph (1) involved fraud, deceit, manipulation, or deliberate or reckless disregard of a regulatory requirement; and
- (II) such violation directly or indirectly resulted in substantial losses or created a significant risk of substantial losses to other persons.

²⁴⁵ Section 217 Investment Advisers Act 1940

Penalties

แม้ว่า Investment Advisers Act 1940 ได้บัญญัติถึงบทลงโทษผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้เป็นโทษปรับนั้น แต่ไม่ได้ให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในการเรียกค่าเสียหายจากการฝ่าฝืน Section 206 Investment Advisers Act 1940 ได้ ตามคำพิพากษาของศาลสูงสหรัฐอเมริกา ในคดี Transamerica Mortgage Advisors, Inc. (TAMA), et al, v. Lewis 444 U.S. 11, 17 (1979) แต่สามารถอ้างถึงการที่สัญญาเป็นโมฆะและให้ศาลสั่งให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนคืนเงินให้กับผู้ลงทุน โดยหักการบริการที่ได้รับจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน อันเป็นการทำให้ผู้ลงทุนกลับคืนสู่ฐานะเดิม แต่ไม่รวมถึงค่าชดเชยมูลค่าของสินทรัพย์ของผู้ลงทุนที่ลดลงจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

อย่างไรก็ตาม กฎหมายหลักทรัพย์ (U.S federal securities law) ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติหรือประสบการณ์ขั้นต่ำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้ โดยผู้ลงทุนจะต้องรับผิดชอบในการเลือกผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนของตนเองบนฐานของข้อมูลที่ตนได้รับจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

นอกจากนี้ Investment Advisers Act 1940 ได้เข้ามากำหนดหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจไว้ ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องซื่อสัตย์สุจริตโดยจะต้องทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ลงทุน และไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผู้ลงทุน เช่น

1. การเปิดเผยข้อมูลซึ่งรวมถึงการไม่ทำให้ผู้ลงทุนหลงผิด โดยเปิดเผยเรื่องให้ผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนมีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผู้ลงทุน²⁴⁶ เพื่อที่จะให้ผู้ลงทุนตัดสินใจว่าจะยังให้ผู้ให้

Any person who willfully violates any provision of this subchapter, or any rule, regulation, or order promulgated by the Commission under authority thereof, shall, upon conviction, be fined not more than \$10,000, imprisoned for not more than five years, or both.

²⁴⁶ Section 206 Investment Advisers Act 1940

Prohibited Transactions by Investment Advisers

It shall be unlawful for any investment adviser by use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, directly or indirectly—

- (1) to employ any device, scheme, or artifice to defraud any client or prospective client;
- (2) to engage in any transaction, practice, or course of business which operates as a fraud or deceit upon any client or prospective client;
- (3) acting as principal for his own account, knowingly to sell any security to or purchase any security from a client, or acting as broker for a person other than such client, knowingly to effect any sale or purchase of any security for the account of such client, without disclosing to such client in writing before the completion of such transaction the capacity in which he is acting and obtaining the consent of the client to such transaction. The prohibitions of this paragraph shall not apply to any transaction with a customer of a broker or dealer if such broker or dealer is not acting as an investment adviser in relation to such transaction; or

คำปรึกษาการลงทุนเป็นผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนของตนต่อไปหรือไม่ เช่น การที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนแนะนำหน้าค่าหลักทรัพย์ที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้รับประโยชน์ด้วย เช่น ได้ประโยชน์จากการทำคำสั่งซื้อขายหลักทรัพย์ของผู้ลงทุน หรือการรับผลประโยชน์ตอบแทนใด ๆ ที่ไม่ใช่ตัวเงิน (soft dollar) เช่น การที่นายหน้าค่าหลักทรัพย์นำรายงานผลการศึกษาลักษณะหลักทรัพย์ให้แก่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเพื่อใช้เป็นข้อมูลให้ผู้ลงทุนซื้อหลักทรัพย์กับนายค้าขายหลักทรัพย์นั้น²⁴⁷

2. การให้คำปรึกษาที่เหมาะสม โดยพิจารณาถึงข้อมูลเกี่ยวกับฐานะทางการเงินของผู้ลงทุน ประสบการณ์การลงทุนของผู้ลงทุน และวัตถุประสงค์การลงทุนของผู้ลงทุน เพื่อให้คำปรึกษาในการลงทุนที่เหมาะสมกับผู้ลงทุน ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องสอบถามข้อมูลต่างๆ ของผู้ลงทุน และจะต้องปรับปรุงข้อมูลของผู้ลงทุนให้เป็นปัจจุบันเสมอ เพื่อปรับการให้คำปรึกษาให้เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน²⁴⁸

3. การให้คำแนะนำที่สมเหตุสมผล โดยการให้คำปรึกษาการลงทุนอย่างเป็นอิสระ

4. การดำเนินการที่ดีที่สุด โดยการทำธุรกรรมเกี่ยวกับหลักทรัพย์ ไม่จำเป็นต้องเลือกจากค่าบริการที่ต่ำที่สุด แต่จะต้องเลือกคุณภาพที่ดีที่สุดรวมถึงค่าใช้จ่ายหรือค่าดำเนินการใด ๆ ในการทำธุรกรรมดีที่สุดในสถานการณ์นั้น²⁴⁹

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจนั้น Rule 204A- Investment Advisers Codes of Ethics²⁵⁰ ยังกำหนดให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่จดทะเบียนกับ S.E.C. จะต้องมีการประพฤติ (Code of ethics) เพื่อกำหนดหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่มีต่อผู้ลงทุนให้เป็นไปตามมาตรฐานจริยธรรม (Standard of conduct) ไว้อีกด้วย

4.2.2 ความรับผิดชอบตามสัญญา

กฎหมายสัญญาในสหรัฐอเมริกามาจากทั้งที่เกิดจากกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและคอมมอนลอว์ ซึ่งกฎหมายสัญญาที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ Uniform

(4) to engage in any act, practice, or course of business which is fraudulent, deceptive, or manipulative. The Commission shall, for the purposes of this paragraph (4) by rules and regulations define, and prescribe means reasonably designed to prevent, such acts, practices, and courses of business as are fraudulent, deceptive, or manipulative.

²⁴⁷ Jeffrey J. Haas and Steven R. Howard, *Investment Adviser Regulation* (United States of America Thomson/West, 2008), p.23.

²⁴⁸ Ibid., p.232-233

²⁴⁹ Ibid., p.234-235

²⁵⁰ Rule 204A-1 Investment Advisers Codes of Ethics.

Commercial Code (U.C.C.) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้เป็นแม่แบบให้กับมลรัฐต่าง ๆ และในส่วนของกฎหมายสัญญาที่มาจากหลักคอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล โดยแต่ละมลรัฐจะมีศาลของตนเอง โดยสถาบันกฎหมายอเมริกาได้มีการรวบรวมหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาในมลรัฐต่าง ๆ เป็นลายลักษณ์อักษร The First Restatement of Contracts 1932 และต่อมาได้มีการปรับปรุงแก้ไขเป็น Restatement (Second) of Contracts ซึ่งใช้เป็นคำอธิบายและไม่ได้เป็นกฎหมายที่บังคับให้ศาลจะต้องตัดสินตาม แต่ศาลอาจนำไปปรับใช้ในการตัดสินคดีได้ โดย Section 17 Restatement (Second) of Contracts ได้วางหลักไว้ว่า สัญญาจะเกิดขึ้นต่อเมื่อได้มีการตกลงกัน ซึ่งแสดงออกถึงความยินยอมร่วมกันและมีประโยชน์ต่างตอบแทน²⁵¹ ซึ่งการแสดงออกถึงความยินยอมร่วมกันนั้นอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำด้วยวาจา หรือเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ก็ได้ โดยมีเจตนาที่จะเข้าผูกพันตามที่ได้แสดงออกมา และรู้หรือควรจะได้ว่า คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนา²⁵²

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนมีความสัมพันธ์กันตามสัญญา โดยผู้ลงทุนตกลงให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมาเป็นผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ตนเอง โดยผู้ลงทุนจ่ายค่าตอบแทนการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษานั้น และในบางกรณี ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องดำเนินการแทนที่ผู้ลงทุน ทำให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจมีความสัมพันธ์กับผู้ลงทุนในฐานะตัวแทน ซึ่งในการทำสัญญาระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนนั้น ไม่มีแบบ เห็นได้จาก Investment Advisers Act 1940 ไม่ได้กำหนดไว้ว่าการทำสัญญาระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่สัญญาที่ทำขึ้นนั้นจะต้องกำหนดเรื่องต่าง ๆ ตาม Section 205 Investment Advisers Act 1940²⁵³ ได้แก่ สัญญาผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องไม่กำหนดเงื่อนไขการเก็บค่าตอบแทนการเป็นที่ปรึกษาโดยการแบ่ง

²⁵¹ § 17. Requirement Of A Bargain

(1) Except as stated in Subsection (2), the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration.

(2) Whether or not there is a bargain a contract may be formed under special rules applicable to formal contracts or under the rules stated in §§ 82- 94.

²⁵² § 19. Conduct As Manifestation Of Assent

(1) The manifestation of assent may be made wholly or partly by written or spoken words or by other acts or by failure to act.

(2) The conduct of a party is not effective as a manifestation of his assent unless he intends to engage in the conduct and knows or has reason to know that the other party may infer from his conduct that he assents.

(3) The conduct of a party may manifest assent even though he does not in fact assent. In such cases a resulting contract may be voidable because of fraud, duress, mistake, or other invalidating cause.

²⁵³ U.S. Securities and Exchange Commission. "Regulations of Investment Advisers by the U.S. Securities and Exchange Commission." [Online]. Available from: https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_investman/rplaze-042012.pdf [2016, Oct 11]

จากผลกำไรส่วนต่างจากราคาหลักทรัพย์ (share of capital gains) หรือเพิ่มมูลค่าของเงินทุน (capital appreciation)²⁵⁴ สัญญาจะต้องระบุถึงการห้ามจ้างช่วงในการให้คำปรึกษาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ลงทุน²⁵⁵ สัญญาผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องกำหนดเรื่องการเปิดเผยการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนภายในระยะเวลาอันสมควรภายหลังการเปลี่ยนแปลงโครงสร้าง²⁵⁶

ทั้งนี้ ในสัญญาผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่สามารถกำหนดให้ผู้ลงทุนยินยอมให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติใน Investment Advisers Act 1940 หรือหลักเกณฑ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องไม่ได้ หากว่ามีข้อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะต้องเป็นโมฆะ สัญญาผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบเกี่ยวกับข้อมูลที่ให้คำปรึกษาไม่ได้

นอกจากนี้ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ผ่านเอกสารที่ชื่อว่า Brochure ล่วงหน้าก่อนที่จะเข้าทำสัญญาผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน 48 ชั่วโมง หรือ ณ เวลาที่เข้าทำสัญญา หากว่าผู้ลงทุนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่เสียค่าปรับภายในระยะเวลา 5 วัน ซึ่งข้อมูลของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนี้อาจอยู่ในรูปแบบคำขอจดทะเบียนส่วนที่ 2 (Part II of Form ADV)²⁵⁷ กรณีที่ที่ปรึกษามีอำนาจจัดการการลงทุนในกองทุนหรือหลักทรัพย์ของผู้ลงทุน หรือมีการกำหนดให้ผู้ลงทุนชำระค่าที่ปรึกษาเป็นเงินมากกว่า 500 เหรียญสหรัฐล่วงหน้าไม่ต่ำกว่าหกเดือน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องเปิดเผยข้อมูลเรื่องสถานะทางการเงินของตนเองที่อาจส่งผลกระทบต่อการใช้คำปรึกษาการลงทุนต่อผู้ลงทุน หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องการดำเนินการทางกฎหมายหรือทางวินัยของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่แสดงให้เห็นว่าผู้ให้

²⁵⁴ Section 205 (a)(1) Investment Advisers Act 1940

Investment Advisory Contracts

(a) Compensation, assignment, and partnership-membership provisions

No investment adviser registered or required to be registered with the Commission shall enter into, extend, or renew any investment advisory contract, or in any way perform any investment advisory contract entered into, extended, or renewed on or after November 1, 1940, if such contract—

(1) provides for compensation to the investment adviser on the basis of a share of capital gains upon or capital appreciation of the funds or any portion of the funds of the client;

²⁵⁵ Section 205 (a)(2) Investment Advisers Act 1940

(2) fails to provide, in substance, that no assignment of such contract shall be made by the investment adviser without the consent of the other party to the contract; or

²⁵⁶ Section 205 (a)(3) Investment Advisers Act 1940

(2) fails to provide, in substance, that no assignment of such contract shall be made by the investment adviser without the consent of the other party to the contract; or

²⁵⁷ Investment Management Practice. "SEC adopts New Brochure Requirement for Registered Advisers."

[Online]. Available from: <https://www.paulhastings.com/docs/default-source/PDFs/1706.pdf> [2017, Apr 14], p.16

คำปรึกษาในการลงทุนทำหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์และสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาให้แก่ผู้ลงทุนได้²⁵⁸

ในการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจต้องมีความสัมพันธ์ในลักษณะตัวแทนของผู้ลงทุนนั้น ตัวแทนจะต้องกระทำในนามของตัวการและตัวแทนจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมและคำสั่งของตัวการ โดยกฎหมายสหรัฐอเมริกา ตัวแทนแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ตัวแทนเฉพาะการและตัวแทนทั่วไป เมื่อสัญญาตัวแทนเกิดขึ้นแล้ว ตัวแทนมีหน้าที่ที่จะต้องเชื่อฟังคำสั่งของตัวการและทำหน้าที่ในฐานะตัวแทนด้วยความระมัดระวัง และทำหน้าที่จากการที่ได้รับความไว้วางใจ ที่จะต้องทำหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

ความรับผิดตามสัญญาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตามกฎหมายอเมริกานั้น คล้ายกับกฎหมายอังกฤษ โดยความรับผิดนั้นมีทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย เพราะในสัญญาทุกประเภทก่อให้เกิดหน้าที่ได้ใน 2 ลักษณะ คือ หน้าที่ที่เกิดจากข้อตกลงและเจตนาของคู่สัญญา และหน้าที่ที่เกิดจากการอนุমানการปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา

ความรับผิดโดยชัดแจ้ง เกิดจากการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนตกลงกันด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรว่าจะให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้กับตน โดยผู้ลงทุนตกลงที่จะจ่ายค่าตอบแทนการให้คำปรึกษาของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงมีหน้าที่ที่จะต้องผูกพันตามสัญญา ซึ่งหากว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในสัญญา ผู้ลงทุนสามารถฟ้องร้องให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนรับผิดตามสัญญาได้ โดยผู้ลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ในสัญญาอย่างไรบ้าง

ความรับผิดโดยปริยาย กฎหมายสหรัฐอเมริกาใช้หลักสัญญาโดยปริยายเช่นเดียวกับกฎหมายอังกฤษ โดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังและความชำนาญในการให้คำปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุน โดยการใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญที่มีในฐานะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพมาให้คำปรึกษากับผู้ลงทุน ซึ่งการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษานั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจได้ให้คำปรึกษาโดยประมาท ซึ่งผู้ลงทุนอาจฟ้องร้องให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องรับผิดได้ทั้งตามสัญญาและละเมิด เพราะกฎหมายสหรัฐอเมริกายอมรับความรับผิดร่วมกันทั้งสัญญาและละเมิด เพราะทั้งความรับผิดตามสัญญาโดยชัดแจ้งและโดยปริยายนั้น เป็นเรื่องที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพของตนเอง

1. หน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน มีดังต่อไปนี้

1) หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง ในเรื่องความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพตามกฎหมายอเมริกานั้นคล้ายกับกฎหมายอังกฤษ ที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องใช้ความระมัดระวัง

²⁵⁸ Rule 206 (4)-4 Investment Advisers Codes of Ethics

ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง โดยการใช้ความระมัดระวังตามสัญญาโดยปริยายนั้น เป็นหน้าที่ที่ผูกพันกันตามสัญญา ในขณะที่การใช้ความระมัดระวังตามละเมียดนั้น เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนใช้ความระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน ซึ่งมูลคดีที่จะนำมาฟ้องร้องความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพกับความประมาทเลินเล่อทั่วไปนั้นเหมือนกัน โดยจะต้องพิจารณา 3 องค์ประกอบ ได้แก่ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ตามสัญญาหรือหน้าที่ตามกฎหมายกับผู้ลงทุน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญตามปกติที่ต้องใช้ และความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุใกล้ชิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

2) มาตรฐานความระมัดระวัง สหรัฐอเมริกาถือว่ามาตรฐานความระมัดระวังเป็นสิ่งที่นำมากำหนดความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพ เช่นเดียวกับสหราชอาณาจักร มาตรฐานความระมัดระวังนั้น เป็นเรื่องของการใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญและความระมัดระวัง โดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาเช่นเดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกัน ซึ่งเป็นบุคคลที่สมมติขึ้นมา เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีสถานะเช่นเดียวกันกับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน และได้อยู่ในสถานการณ์อย่างเดียวกันแล้ว จะปฏิบัติเช่นไร ซึ่งสาเหตุที่ต้องใช้บุคคลสมมติที่เป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเช่นเดียวกันนั้น เนื่องจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้มีวิชาชีพที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งเรื่องความระมัดระวังนั้น สามารถนำมาเป็นเหตุฟ้องร้องเรื่องความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพได้

3) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล เป็นเรื่องของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการกระทำว่ามีความสัมพันธ์กันหรือไม่ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลในละเมียดนี้ ใช้หลักเดียวกับหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลในความประมาทเลินเล่อทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม ผลในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องเป็นไปตามหลักใกล้ชิด (proximate cause) ซึ่งเหมือนกับหลัก But for ของกฎหมายอังกฤษ โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นผลโดยตรงจากความประมาทเลินเล่อ โดยหากไม่มีการกระทำนั้น ผลในความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น แต่ถ้าหากแม้ว่า ผลในความเสียหายนั้นจะยังเกิดขึ้นอยู่ดี แม้ว่าจะไม่มีการกระทำดังกล่าวก็ตาม ก็ถือว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล และหากว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ทำหน้าที่แล้ว ผลที่ผู้ลงทุนได้รับจะแตกต่างจากเดิมหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบไปกว่าการกระทำของตนที่กระทำโดยประมาทเลินเล่อ และแม้ว่าการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นเพียงเหตุหนึ่งในหลายเหตุที่เป็นปัจจัยสำคัญทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายแล้ว ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องคาดเห็นได้

ในคดีความรับผิดทางวิชาชีพนั้น ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้เสียหายอาจฟ้องผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ 2 ทาง คือตามสัญญา และตามละเมียด หรือทั้งสองอย่าง ซึ่งหากเป็นการฟ้องผิดสัญญา ก็จะพิจารณาสัญญาว่าระบุสิทธิหน้าที่ของแต่ละฝ่ายในสัญญาไว้ว่าอย่างไร หากมีการกำหนดไว้ แต่ไม่ได้ปฏิบัติตามสัญญา ก็จะเป็นผิดสัญญา ซึ่งส่วนใหญ่ในทางปฏิบัติ สัญญาจะไม่ได้ระบุไว้ครอบคลุมกรณีต่าง ๆ ทั้งหมด

กรณีที่ไม่มีการทำสัญญากันไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลอาจถือว่าความตกลงนั้นเสมือนเป็นสัญญา²⁵⁹ เช่น ศาลอาจพิจารณาว่าสัญญาเกิดเมื่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตกลงที่จะนำเงินของผู้ลงทุนไปลงทุนและผู้ลงทุนตกลงว่าจะจ่ายเงินค่าจ้าง ผู้ลงทุนจะอ้างว่า ตนเสียหายจากการลงทุน และจะไม่ยอมจ่ายค่าจ้าง โดยยกเหตุว่าไม่ได้ทำสัญญาไม่ได้

กรณีความตกลงนั้นอาจเกิดจากการสันนิษฐานของกฎหมาย²⁶⁰ ซึ่งจะต้องพิจารณาความสัมพันธ์ที่มีอยู่ในลักษณะของผู้ที่อยู่ในฐานะได้รับความไว้วางใจ กรณีที่ไม่ได้มีสัญญาใดๆ เลย ซึ่งกรณีอาจเป็นการละเมิด²⁶¹ เช่น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นเพื่อนของผู้ลงทุน โดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้คำปรึกษาการลงทุนกับเพื่อนในฐานะเพื่อน และผู้ลงทุนซึ่งเป็นเพื่อนนั้นเชื่อถือในคำแนะนำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นเพื่อนของตน

ความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นความรับผิดทางวิชาชีพที่ดีจะเกิดขึ้นเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว ซึ่งการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่อาจเกิดความรับผิดทางวิชาชีพขึ้นได้ ได้แก่

1. การละเว้นหน้าที่ในการให้ข้อมูลหรือคำปรึกษา เช่น ไม่ได้อธิบายถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการซื้อหุ้นเก็งกำไร
2. ไม่ป้องกันปัญหาในอนาคต เช่น ไม่ให้ข้อมูลที่ครบถ้วนแก่ผู้ลงทุนในการตัดสินใจลงทุน ซึ่งอาจเกิดจากการขาดความเชี่ยวชาญ
3. ให้คำปรึกษาหรือคำแนะนำไม่เหมาะสม กรณีนี้เกิดขึ้นบ่อยที่สุด เช่น ผู้ลงทุนเลือกการลงทุนที่มีความเสี่ยง ทั้ง ๆ ที่สถานะของผู้ลงทุนไม่เหมาะสมที่จะเลือกลงทุนที่มีความเสี่ยง
4. ไม่เปิดเผยข้อมูลที่อาจก่อให้เกิดผลประโยชน์ขัดกัน เช่น ค่านายหน้าที่ได้รับ ค่าธรรมเนียมที่ได้รับ ความสัมพันธ์กับบริษัทผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน
5. คำแนะนำการลงทุนนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน เช่น ผู้ลงทุนได้หย่ากับภรรยาเก่าและได้ระบุท้ายทะเบียนหย่าให้ภรรยาเก่าเป็นผู้รับผลประโยชน์ในประกันชีวิตของผู้ลงทุนหากว่าผู้ลงทุนเสียชีวิต ต่อมาผู้ลงทุนแต่งงานกับภรรยาใหม่ และต้องการซื้อประกันชีวิตเพิ่มเติมเพื่อให้ภรรยาใหม่เป็นผู้รับผลประโยชน์เมื่อตนเสียชีวิต แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ให้ข้อมูลว่า ตามกฎหมายหย่านั้น ระบุว่าประกันชีวิตใด ๆ ที่ซื้อในภายหลังก็ต้องซื้อภรรยาเก่า ต่อมาผู้ลงทุนเสียชีวิต ภรรยาใหม่จึงฟ้องผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนว่าไม่แนะนำให้สามีของตนซื้อประกันชีวิต ทำให้ตนไม่ได้รับเงินใด ๆ จากสามีที่เสียชีวิต ซึ่งกรณีนี้ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ทำเอกสาร

²⁵⁹ Cheryl Toman-Cubbage, J.D., CFP, Professional liability pitfalls for financial planners, (Englewood Cliffs : N.U.J, 1988), p.69-70

²⁶⁰ Ibid., p.71

²⁶¹ Ibid., p.72-76

ต่าง ๆ ไว้ชัดเจน และตัวผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็ไม่สามารถซื้อประกันชีวิตให้แก่ผู้ลงทุนได้ทราบใดที่ยังไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ลงทุน ซึ่งกรณีนี้ผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนก็มีการป้องกันเบื้องต้นไม่ให้ตนถูกฟ้องร้องได้ แต่ในอีกกรณี หากผู้ลงทุนต้องการลงทุนในพันธบัตรรัฐบาล โดยสนใจแต่เรื่องสิทธิประโยชน์ทางภาษี แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเห็นว่าการลงทุนในพันธบัตรรัฐบาลมีความเสี่ยงเรื่องอัตราดอกเบี้ย จึงได้นัดผู้ลงทุนเพื่ออธิบายรายละเอียดเรื่องความเสี่ยงต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้จากการลงทุนในพันธบัตรรัฐบาล แต่ระหว่างที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอธิบาย ผู้ลงทุนก็ไม่ได้สนใจฟัง แต่สุดท้าย ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็ซื้อพันธบัตรรัฐบาลให้ผู้ลงทุน ต่อมาอัตราดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นทำให้ราคาพันธบัตรลดลง ผู้ลงทุนจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน กรณีนี้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ทำเอกสารใด ๆ เพื่อป้องกันตัวเองจากการถูกฟ้องร้องเลย ซึ่งมาตรการหรือแนวทางที่อาจนำมาใช้ได้เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิด ได้แก่ การให้คำปรึกษาเป็นหนังสือ ซึ่งจะต้องระมัดระวังในการใช้ถ้อยคำ เพื่อให้ผู้ลงทุนเข้าใจง่าย ไม่สับสน และให้อธิบายรายละเอียดต่าง ๆ ให้ชัดเจน การเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับผู้ลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนให้ครบถ้วน เช่น อธิบายถึงความเสี่ยงที่ผู้ลงทุนจะได้รับจากการเลือกลงทุนในประเภทต่าง ๆ ความซับซ้อนของสิทธิที่ได้รับในการหักลดหย่อนภาษี และการทำประกันภัยความรับผิดทางวิชาชีพ เป็นต้น²⁶²

ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ทั้งตามกฎหมายและสัญญา หน้าที่ได้รับความไว้วางใจและการใช้ความระมัดระวังโดยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะมีเรื่องของ trade error (การซื้อขายผิดพลาด) ซึ่งก็คือการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซื้อหรือขายตราสารทางการเงิน (financial instrument) ของผู้ลงทุนที่ผิดพลาด อันส่งผลให้เกิดการได้รับหรือสูญเสียประโยชน์ในรูปตัวเงิน ซึ่งความผิดพลาดนั้น อาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี เช่น การซื้อขายผิดประเภท หรือผิดจำนวนซื้อขายผิดบัญชี ซื้อขายโดยไม่มีอำนาจกระทำได้ เช่น ผู้ลงทุนไม่ได้อนุญาต คู่มือหรือกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ให้ทำได้ หรือสั่งซื้อแทนการขาย จัดสรรการซื้อขายผิดพลาด ซึ่งทั้งหมดผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องพิจารณาว่า ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นนั้น จริง ๆ แล้ว เกิดจากการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจริงหรือไม่ เพราะเป็นไปได้ที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากสถานะที่เปลี่ยนแปลงของตลาด เหตุสุดวิสัย หรือเหตุอื่นใด และความเสียหายที่เกิดขึ้นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องรับผิดชอบเพียงผู้เดียวหรือมีบุคคลอื่นต้องร่วมรับผิดชอบด้วย ซึ่งการกระทำที่ฝ่าฝืนหน้าที่นั้นหนึ่งในหน้าที่นั้นคือ หน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary duty) ซึ่งเป็นหน้าที่ตามมาตรา 206 ของ Investment Advisers Act 1940 ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ลงทุนเป็นอันดับแรก (client's best interest) และจะต้องเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดให้กับผู้ลงทุนทราบ (fair and full disclosure) แต่ Investment Advisers Act 1940 ไม่ได้กำหนดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังไว้ Investment Advisers Act 1940 ไม่ได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่ทำให้การลงทุนผิดพลาด ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมี fiduciary duty ซึ่งหากว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ทำหน้าที่ตามมาตรฐานความระมัดระวังและทำให้เกิดความผิดพลาดขึ้นนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษานั้นแก่ผู้ลงทุน

²⁶² Ibid., p.44-49

ศาลได้กำหนดระดับการปฏิบัติตามสัญญาไว้ 3 ระดับ²⁶³ คือ 1. ปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วน แต่ผู้ลงทุนไม่พอใจในผลที่ได้รับ (ไม่เป็นไปตามความคาดหวังและความพึงพอใจของผู้ลงทุน) 2. ไม่ปฏิบัติตามสัญญาเพียงเล็กน้อย ซึ่งศาลอาจถือว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนปฏิบัติหน้าที่ครบถ้วนแล้วก็ได้ 3. ไม่ปฏิบัติตามสัญญาในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ

ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายผิดพลาดซึ่งเป็นความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากสัญญา ในเรื่องของมาตรฐานความระมัดระวังนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนอาจตกลงกันเอง เช่น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำหรือละเว้นการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับการให้บริการตามสัญญา

ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์และใช้ความระมัดระวัง ทั้งตามกฎหมายและสัญญา ซึ่งในบางครั้งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจทำคำสั่งซื้อขายแทนผู้ลงทุนผิดพลาดทั้งในแง่ของผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนหรือผลิตภัณฑ์ซื้อขาย การซื้อขายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ลงทุนก่อน เป็นต้น ซึ่ง Section 206 Investment Advisers Act 1940 กำหนดให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจและจะต้องทำหน้าที่เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ลงทุน (Best Interest) รวมถึงเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด แต่อย่างไรก็ตามใน Investment Advisers Act 1940 ไม่ได้กำหนดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังไว้ (Duty of care) ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ได้รับความไว้วางใจต่อผู้ลงทุน²⁶⁴ แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนยังคงมีหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ลงทุนอยู่

การที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ให้คำปรึกษาอย่างเป็นกลาง (impartial investment advice) เป็นการทำให้หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ อย่างหนึ่งซึ่งเป็นการฉ้อฉลอย่างหนึ่ง²⁶⁵ ซึ่ง Section 206 Investment Advisers Act 1940 บัญญัติห้ามถึงการกระทำที่เป็นการฉ้อฉล (fraudulent conduct)²⁶⁶ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยให้ผู้ลงทุนสามารถนำเรื่องการฉ้อฉลนี้มาเป็นเหตุฟ้องร้องผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้²⁶⁷ หรือการอาศัยโอกาสการลงทุนแทนผู้ลงทุน ไม่ให้คำปรึกษาที่เป็นกลางเพราะตนมีส่วนได้เสีย ไม่ทำหน้าที่ซื้อขายหลักทรัพย์ให้ผู้ลงทุนอย่างดีที่สุด จัดสรรธุรกรรมการซื้อขายหลักทรัพย์ของผู้ลงทุนไม่เหมาะสม การเลือกจังหวะในการลงทุน (Market

²⁶³ Cheryl Toman-Cubbage, J.D., CFP, Professional liability pitfalls for financial planners, (Englewood Cliffs : N.U.J, 1988), p.67-68

²⁶⁴ Lorna A. Schnas. " An investment adviser's fiduciary duty." [Online]. Available from: <http://www.thefiduciaryinstitute.org/wp-content/uploads/2013/02/lornaschnaseFiduciary-Duty-Paper.pdf> [2017, Feb 9]

²⁶⁵ Barry P. Barbash Jai Massari, "The Investment Advisers Act of 1940: Regulation by Accretion," Rutgers law journal Vol.39:627: 632.

²⁶⁶ Ibid., 629

²⁶⁷ Transamerica Mtg. Advisors, Inc. v. Lewis 444 U.S. 11 (1979)

Timing) ของหุ้นกองทุนรวม²⁶⁸ ซึ่งในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุนนั้น มีหน้าที่กระทำหน้าที่ด้วยความสุจริตอย่างยิ่ง (Affirmative duty of utmost good faith) คือจะต้องทำหน้าที่ด้วยความสุจริตและเปิดเผยข้อมูลทั้งหมด รวมถึงใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาไม่ให้ผู้ลงทุนหลงผิด (Misleading)

การเปิดเผยข้อมูลนั้นเป็นหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจซึ่งหากเปิดเผยข้อมูลจะเป็นการลดเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน (Conflict of interest)²⁶⁹ หลักของหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจและมาตรฐานความระมัดระวังตามสัญญา และการคำนวณค่าเสียหายของกฎหมายสหรัฐนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตน เช่น การซื้อขายผิดพลาด (trade error) ซึ่งเป็นการผิดหน้าที่ตามสัญญา และในบางครั้งทั้งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนอาจตกลงกันเรื่องมาตรฐานความระมัดระวังไว้ในสัญญาให้คำปรึกษา เช่น การกำหนดให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ในการให้คำปรึกษาไม่ว่าจะกระทำโดยจงใจ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือขาดความระมัดระวัง ซึ่งจริง ๆ แล้ว ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นควรจะต้องมีความรับผิดชอบเพราะฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง

เมื่อผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องใช้หน้าที่ในการรักษาประโยชน์ของผู้ลงทุนอย่างผู้มีความสุจริตรอบคอบ (prudent person) ที่จะต้องทำเพื่อปกป้องและรักษาทรัพย์สินของผู้ลงทุน ซึ่งการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนฝ่าฝืนหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ลงทุน เพื่อให้ผู้ลงทุนกลับคืนสู่ฐานะเดิม เสมือนว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นไม่ได้ทำผิดใด ๆ มาก่อน เช่น

คดี *Noggle v Bank of America* ศาลตัดสินว่าการลงทุนในพันธบัตรทั้งหมดของพอร์ตการลงทุนนั้นไม่เหมาะสม และควรที่จะมีการลงทุนใน equity ด้วย 50%

คดี *First National Bank of Boston v Truesdale Hospital* ที่ศาลตัดสินว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้ลงทุนโต้แย้งว่า Bank trustee ควรจะต้องกระจายการลงทุนไปยังหน่วยการลงทุนต่าง ๆ ไม่ใช่เพียงลงทุนในหุ้นสามัญเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนเรียกร้องให้ Bank trustee ต้องรับผิดชอบที่ตนต้องถือหุ้นไว้ในขณะที่ราคาหุ้นต่ำลง แต่ในคดีนี้ศาลตัดสินว่าการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้กระจายการลงทุนนั้นไม่ได้เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่และไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน²⁷⁰

²⁶⁸ Barry P. Barbash, Jai Massari, The Investment Advisers Act of 1940: Regulation by Accretion, Rutgers law journal, Vol.39:627, 631

²⁶⁹ Ibid., 634

²⁷⁰ Robert W. Helm and Megan C. Johnson, "Dealing with Investment Errors," Vol.20 No.3 (March 2013): 4-7.

4.2.3 ความรับผิดชอบเพื่อละเมิด

ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ การละเมิดโดยจงใจ การละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ และการละเมิดซึ่งเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด

ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา การละเมิดโดยจงใจนั้น เป็นการกระทำที่ผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลในการกระทำของตนเอง หรือเรียกว่าความผิด อันเป็นเรื่องของสภาพทางจิตใจ ซึ่งการละเมิดโดยจงใจนั้น รวมถึงการทำร้ายร่างกาย การชู้ชู้ยู่ยู่ประทุษร้าย การบุกรุกที่ดิน เป็นต้น ซึ่งคล้ายกับกฎหมายอังกฤษ โดยการกระทำละเมิดโดยจงใจนั้นเป็นการที่ผู้กระทำตั้งใจละเมิดสิทธิที่กฎหมายคุ้มครองอันทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ซึ่งผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องไม่ทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย โดยศาลจะนำเรื่องการคาดเห็นมาใช้พิจารณาการกระทำของจำเลยว่าเป็นการกระทำโดยจงใจ

ในขณะที่การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ก็เป็นส่วนหนึ่งของความผิดที่เป็นสภาพทางจิตใจที่ผู้กระทำไม่ได้ประสงค์ต่อการกระทำของตน ซึ่งเป็นการละเลยไม่เอาใจใส่ที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานการกระทำ ซึ่งส่วนใหญ่ความรับผิดชอบตามละเมิดมาจากความประมาทเลินเล่อมากที่สุด โดยบุคคลสามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายจากผลของประกันภัยแทนการฟ้องคดี ซึ่งในสหรัฐอเมริกา การประกันภัยนั้นมีบทบาทคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งความรับผิดชอบตามละเมิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ผู้กระทำมีหน้าที่ที่จะต้องหลีกเลี่ยงไม่ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย เหตุในการฟ้องคดีละเมิดในการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น มี 4 ประเด็น²⁷¹ ได้แก่

1. หน้าที่ระมัดระวัง จำเลยมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อโจทก์ (Duty of care) ที่จะไม่ทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ซึ่งการกระทำของจำเลยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้นศาลจะเป็นผู้ตัดสิน โดยการเปรียบเทียบการกระทำของจำเลยกับการกระทำของบุคคลที่สมมติขึ้น “วิญญูชน” ที่มีสถานะและอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับจำเลย เช่นเดียวกับกฎหมายไทยที่พิจารณาถึงบุคคลที่อยู่ในสภาพการณ์เดียวกัน

2. จำเลยกระทำการใด ๆ ที่ฝ่าฝืนหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (Break duty of care) ซึ่งพิจารณาจากปัจจัยได้ 3 ประการ ได้แก่ ความรู้ ซึ่งกฎหมายสันนิษฐานว่าทุกคนต้องรู้กฎหมาย การตรวจสอบผลที่จะเกิดขึ้น ว่าการกระทำของตนจะกระทบต่อสิทธิของผู้อื่นหรือไม่ และการตัดสินใจ เมื่อบุคคลได้รู้และตรวจสอบผลที่จะเกิดขึ้นแล้ว ก็จะพิจารณาและตัดสินใจว่าจะกระทำการดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งหากการกระทำของบุคคลครบ 3 ประการแล้ว ก็เป็นการกระทำของวิญญูชน ซึ่งหากการกระทำของจำเลยต่ำกว่ามาตรฐานของวิญญูชนแล้ว จำเลยต้องรับผิดชอบ เพราะจำเลยฝ่าฝืนหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง

²⁷¹ Robert N. Corley and others, *The Legal and Regulatory Environment of Business*, 10th Ed. (New York McGraw-Hill, 1996), p.305.

3. โจทก์ได้รับความเสียหายอันเป็นผลจากการฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังนั้น (damage as consequence of the breach) ตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล (Causation) ซึ่งการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ นั้น มี 2 ขั้นตอน ขั้นตอนแรกจะพิจารณาความสัมพันธ์ของเหตุและผลตามข้อเท็จจริงว่า การกระทำของจำเลยก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์หรือไม่ กรณีที่เป็นเหตุตามความเป็นจริงหรือเหตุของข้อเท็จจริงนั้น ถ้าไม่มีเหตุแห่งข้อเท็จจริง ความเสียหายก็จะไม่เกิดขึ้น โดยอาจทดสอบผ่าน But for Test ซึ่งศาลจะพิจารณาว่า การกระทำของจำเลยเป็นเหตุของข้อเท็จจริงในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับโจทก์หรือไม่ ถ้าจำเลยไม่ได้กระทำ โจทก์ก็จะไม่ได้รับความเสียหาย²⁷² ส่วนขั้นตอนที่สองนั้น ศาลจะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ว่ามีเหตุใกล้ชิดเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบจากการกระทำโดยประมาท ซึ่งขั้นตอนนี้ ศาลมีวัตถุประสงค์เพื่อวางหลักเกณฑ์และข้อจำกัดความรับผิดชอบของจำเลยที่อยู่บนพื้นฐานของตรรกศาสตร์สามัญสำนึก ความยุติธรรม และเป็นไปตามบรรทัดฐานที่ศาลกำหนด โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวิเคราะห์เหตุใกล้ชิด จะต้องพิจารณาจาก 3 แนวทาง ได้แก่ ความมากน้อยของโอกาสที่การกระทำนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลอื่น ระดับความรุนแรงของความเสียหายที่จะเกิดขึ้น และผลประโยชน์ที่จำเลยจะเสียจากการหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายนั้น นอกจากการนำเรื่องเหตุใกล้ชิดมาพิจารณาแล้ว ศาลก็จะนำหลักความคาดเห็นได้มาปรับใช้ด้วย

4. ความเสียหายที่เกิดขึ้น จะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นจริง ซึ่งผู้เสียหายจะต้องได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของบุคคลที่กระทำละเมิด ซึ่งบุคคลที่กระทำละเมิดนั้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนกระทำให้เกิดขึ้น

ความรับผิดชอบเด็ดขาด เป็นการกำหนดความรับผิดชอบตามละเมิดโดยไม่พิจารณาถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำ ซึ่งเป็นการความรับผิดชอบที่ไม่อยู่บนพื้นฐานของความผิดและความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด ผู้กระทำมีหน้าที่หลีกเลี่ยงการกระทำใด ๆ ที่จะทำให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหายโดยเคร่งครัด

โดยปกติแล้วผู้มีวิชาชีพจะเป็นงานที่ให้บริการและการที่บุคคลให้บริการและแสดงตนว่าเป็นผู้มีความรู้ ได้รับการอบรม และมีทักษะพิเศษ ซึ่งจะต้องมีทักษะที่สูง และระดับมาตรฐานใช้ความระมัดระวัง²⁷³

²⁷² Steven Emanuel, Torts, 2 ed. (New York : Emanuel Law Outlines, Inc., 1985), p.112

²⁷³ ศาลอเมริกันเห็นว่าผู้มีวิชาชีพต้องรู้หลักพื้นฐานซึ่งเป็นที่รู้ทั่วไปในวิชาชีพของตนเอง และการทำหน้าที่นั้นต้องทำด้วยความสุจริตและใช้ความระมัดระวังอย่างบุคคลอื่นใช้ในวิชาชีพเดียวกัน ซึ่งหากว่าการกระทำใดที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ทำไปโดยสุจริตและใช้ความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพแล้ว แม้จะเกิดความผิดพลาดขึ้น ก็ไม่เป็นประมาทเลินเล่อ แต่หากว่าความผิดพลาดที่เกิดขึ้นนั้น เกิดจากการขาดความรู้ ความสามารถที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอื่นพึงมี ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการที่ตนประมาทเลินเล่อ

ในการทำหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังให้เป็นไปตามมาตรฐานความระมัดระวังทางวิชาชีพของการเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน เช่น ในคดี Securities and Exchange Commission v. Blavin ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนควรทำหน้าที่ให้เป็นไปตามมาตรฐานความระมัดระวังตามหลักสุจริตอย่างยิ่ง และเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดอย่างเป็นธรรม เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ลงทุนเข้าใจผิด ซึ่งในคดีนี้ แสดงให้เห็นว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามมาตรฐานความระมัดระวัง ซึ่งแม้ว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ก็เพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนรับผิดชอบได้ และอย่างในคดี Levine v. Futransky ซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้ฟ้องร้องเอง ต่างจากคดีอื่นที่ Securities and Exchange Commission เป็นผู้ฟ้องร้อง ซึ่งศาลพิพากษาให้จำเลยต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ แม้ว่าโจทก์จะไม่ได้ได้รับความเสียหายใด ๆ เลยก็ตาม ซึ่งในคดีนี้ โจทก์เป็นผู้จัดการทรัสต์และผู้รับผลประโยชน์ตามทรัสต์ต่าง ๆ ส่วนจำเลยเป็นผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่จัดการพอร์ตการลงทุนให้กับโจทก์ ซึ่งจำเลยเลือกที่จะลงทุนที่มีความเสี่ยงมากกว่าปกติและไม่ได้ลงทุนอย่างหลากหลาย ซึ่งทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย แต่จำเลยต่อสู้ว่า โจทก์ไม่ได้เสียหายแต่อย่างใด เพราะผลโดยรวมแล้วโจทก์มีกำไรสุทธิ โดยศาลให้เหตุผลว่า โจทก์ควรที่จะต้องได้รับส่วนต่างจากความเสียหายที่ได้ซื้อหุ้นเก็งกำไรและส่วนต่างที่โจทก์ควรจะได้รับหากว่าโจทก์ไม่ได้ถูกหลอกลวงให้ซื้อหุ้นที่มีผลตอบแทนน้อย ซึ่งจริง ๆ แล้วผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน มีหน้าที่เหมือนผู้วางแผนการลงทุน แต่เพียงผู้วางแผนการลงทุนสามารถทำหน้าที่ได้หลากหลายมากกว่า²⁷⁴ ซึ่งคดีนี้ศาลแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของมาตรฐานความระมัดระวังและผู้ดูแลผลประโยชน์จัดการเงินของผู้ลงทุนไม่ถูกต้อง²⁷⁵ และการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นได้ให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ผู้ลงทุนสามารถฟ้องร้องฐานให้คำปรึกษาโดยผิดพลาด (negligent misstatement) ได้ด้วย

นอกจากการมีผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนในรูปแบบบุคคลแล้ว (Traditional Investment Adviser) ปัจจุบันยังมี Robo-advisor ที่ทำงานด้วย Algorithm โดยอาศัยข้อมูลที่ได้รับจากผู้ลงทุนประมวลผลในการให้คำแนะนำ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวอาจได้จากการให้ผู้ลงทุนตอบแบบสอบถามซึ่งอาจมีคำถามจำนวนมากเพื่อทราบข้อมูลของผู้ลงทุน หรือในบางครั้งอาจเป็นการติดต่อกับผู้ลงทุนโดยตรงเพื่อให้ผู้ลงทุนให้ข้อมูลดังกล่าว ซึ่ง Robo-advisor นี้ มีหน้าที่เหมือนผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่เป็นบุคคล (Traditional Investment Adviser) โดยมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม Investment Advisers Act 1940 และกฎระเบียบอื่นที่เกี่ยวข้อง เพราะ Robo-advisor ให้คำแนะนำผ่านระบบอินเทอร์เน็ตโดยใช้ Algorithm²⁷⁶ ซึ่งผู้ที่ดูแลระบบจะต้องมีความรับผิดชอบในการป้อนข้อมูลต่าง ๆ รวมถึงความผิดพลาดที่เกิดจากการทำงานของระบบ Algorithm

²⁷⁴ Cheryl Toman-Cubbage, J.D., CFP, Professional liability pitfalls for financial planners, (Englewood Cliffs : N.U.J, 1988), p.31

²⁷⁵ Ibid., p.32

²⁷⁶ U.S. Securities and Exchange Commission. "Guidance Update : Robo-advisers." [Online]. Available from: <https://www.sec.gov/investment/im-guidance-2017-02.pdf> [2017, Apr 22], p.1-8

เนื่องจาก Robo-advisor มีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ จึงมีหน้าที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องและใช้ความระมัดระวังไม่ให้ผู้ลงทุนเข้าใจผิด ซึ่งข้อมูลให้แก่ผู้ลงทุนนั้นจะต้องเพียงพอที่จะให้ผู้ลงทุนทำความเข้าใจเรื่องแนวปฏิบัติทางธุรกิจและการชดกันซึ่งผลประโยชน์ และทำให้ผู้ลงทุนสามารถอ่านได้ง่าย ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลนั้น อาจเป็นการส่งผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ เว็บไซต์ โปรแกรมบนมือถือ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังต้องเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ ที่จำเป็น เช่น ความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้และการทำงานของระบบ เช่น การแจ้งว่าการบริหารพอร์ตการลงทุนของผู้ลงทุนทำด้วย Algorithm รายละเอียดหน้าที่ของ Algorithm ข้อจำกัดของ Algorithm ความเสี่ยงที่อาจเกิดจาก Algorithm นั้น เหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ Robo-advisor ทำงานเกินกว่า (override) Algorithm ในการจัดการบัญชีผู้ลงทุน รายละเอียดเกี่ยวกับบุคคลภายนอกที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับ การพัฒนา จัดการ หรือเป็นเจ้าของ Algorithm ที่ใช้ในการจัดการบัญชีผู้ลงทุน รวมถึงความขัดแย้งของผลประโยชน์ที่อาจเกี่ยวกับบุคคลภายนอกนั้น รายละเอียดเรื่องค่าธรรมเนียมที่เกิดจากการรับคำปรึกษาจาก Robo-advisor หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่ผู้ลงทุนต้องรับภาระไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เช่น ค่าธรรมเนียมการทำธุรกรรม เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีเรื่องรายละเอียดของความเกี่ยวข้องของบุคคลที่เข้ามาควบคุมดูแล Algorithm รายละเอียดการทำงานของ Robo-advisor ว่ามีการใช้ข้อมูลของผู้ลงทุนที่ได้มาประมวลผลและให้คำปรึกษาได้หรือไม่ และมีข้อจำกัดเรื่องใดหรือไม่ หรือรายละเอียดว่าผู้ลงทุนจะต้องปรับปรุงข้อมูลของตนเองให้เป็นปัจจุบันเมื่อใด โดยการเปิดเผยข้อมูลนั้น จะต้องทำให้ผู้ลงทุนเห็นได้อย่างชัดเจน เช่น เน้นข้อความโดยทำเป็นตัวเข้ม ตัวเอน และข้อความนั้นผู้ลงทุนจะต้องเข้าใจได้ง่าย โดยให้ผู้ลงทุนอ่านก่อนที่จะสมัครรับคำปรึกษา หรืออาจเพิ่มเติมข้อมูลที่ผู้ลงทุนอาจจะอยากทราบ เช่น คำถามที่อาจพบบ่อย (Frequently Asked Questions : FAQ) อย่างไรก็ตาม Robo-advisor ยังมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังไม่ให้ผู้ลงทุนเกิดความเข้าใจผิดด้วย

นอกจากนี้ Robo-advisor ยังมีหน้าที่ที่ได้รับความไว้วางใจและจะต้องทำเพื่อประโยชน์ของผู้ลงทุนและให้คำปรึกษาที่เหมาะสมกับผู้ลงทุนโดยอาศัยข้อมูลของผู้ลงทุน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสถานะทางการเงินหรือวัตถุประสงค์ในการลงทุน หรือบางครั้งอาจจะอาศัยข้อมูลเรื่องความสามารถในการรับความเสี่ยง ค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวันและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ของผู้ลงทุน ซึ่งการให้ผู้ลงทุนทำแบบสอบถามนั้น จะต้องคำนึงด้วยว่าแบบสอบถามเพื่อให้ได้ข้อมูลของผู้ลงทุนนั้นครอบคลุมหรือไม่ และการแบบสอบถามที่ให้ผู้ลงทุนทำนั้นมีความชัดเจนหรือมีคำอธิบายเพิ่มเติมหรือยกตัวอย่างเพื่อให้ผู้ลงทุนเข้าใจแบบสอบถามและให้ข้อมูลได้ถูกต้องครบถ้วน

อย่างไรก็ตาม Rule 206(4)-7 Investment Advisers Codes of Ethics นั้นได้กำหนดให้ Registered Investment Adviser จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและปฏิบัติตามกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับ Investment Advisers Act 1940 ด้วย ซึ่ง Robo-advisor ก็เช่นกัน โดยอาจต้องนำนโยบายและกระบวนการที่ปรับปรุงเป็นประจำทุกปี มาปฏิบัติในการดำเนินงาน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันการฝ่าฝืน Investment Advisers Act 1940 เช่น เรื่องการพัฒนาทดสอบ ทดสอบย้อนหลัง ของรหัส Algorithm และการตรวจสอบการทำงานของ Algorithm หลังจากนำไปใช้งานแล้ว เรื่องแบบสอบถามที่สามารถได้ข้อมูลของผู้ลงทุนที่ครอบคลุม เรื่องการ

เปิดเผยข้อมูลเมื่อมีการเปลี่ยนรหัส Algorithm เรื่องการตรวจสอบการพัฒนา การจัดการ หรือการเป็นเจ้าของรหัส Algorithm หรือซอฟต์แวร์ ของบุคคลภายนอกที่เหมาะสม เรื่องการป้องกันและการตรวจหาภัยคุกคามไซเบอร์ เรื่องการใช้สื่อสังคม หรืออิเล็กทรอนิกส์ใด ๆ ในการทำการตลาดการให้คำปรึกษาการลงทุน เรื่องการป้องกันบัญชีของผู้ลงทุน เป็นต้น²⁷⁷ ซึ่งการที่ Robo-advisor มีหน้าที่ตาม Investment Advisers Act 1940 ซึ่งมีหน้าที่ของผู้ที่ได้รับความไว้วางใจและหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุน และยังเป็นการอำนวยความสะดวกในการพัฒนา Robo-advisor

ยกตัวอย่างเช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย Section 3372 (a) ของ California Civil Code ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รวบรวมกฎหมายแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไว้ นั่น ได้บัญญัติถึงเรื่องความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้โดยเฉพาะ โดยบัญญัติว่า “บุคคลใด ๆ ที่ทำธุรกิจเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาแก่บุคคลอื่นโดยได้รับค่าตอบแทนจากการให้คำปรึกษาในการซื้อ ถือ หรือขายทรัพย์สินสำหรับเพื่อลงทุนและบุคคลนั้นได้แสดงตนว่าเป็นมีความเชี่ยวชาญในการตัดสินใจในการลงทุนในทรัพย์สินนั้น ๆ หรือทรัพย์สินประเภทใด ๆ ซึ่งบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายต่อบุคคลที่ตนได้ให้คำปรึกษาไปเพื่อให้ได้รับค่าตอบแทน โดยบุคคลที่ได้รับคำปรึกษานั้นได้รับความเสียหายจากการเชื่อถือคำแนะนำนั้น เว้นเสียแต่ว่าบุคคลที่ให้คำปรึกษานั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังและทักษะตามสมควรตามที่บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญพึงกระทำ”²⁷⁸

ดังนั้น การให้คำปรึกษาการลงทุนหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนย่อมมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ลงทุน

4.2.4 ข้อจำกัดและยกเว้นความรับผิด

ข้อความที่จำกัดความรับผิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้นเป็นโมฆะตาม Section 215 (a) Investment Advisers Act 1940²⁷⁹

²⁷⁷ U.S. Securities and Exchange Commission. “Study on Investment Advisers and Broker-Dealers As Required by Section 913 of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.” [Online]. Available from: <https://www.sec.gov/investment/im-guidance-2017-02.pdf> [2017, Apr 22]

²⁷⁸ “Any person engaged in the business of advising others for compensation as to the advisability of purchasing, holding or selling property for investment and who represents himself or herself to be an expert with respect to investment decisions in such property, or any class of such property, shall be liable to any person to whom such advisory services are furnished for compensation and who is damaged by reason of such person’s reliance upon such services, for the amount of such compensation and for such damages, unless the person rendering such services proves that such services were performed with the due care and skill reasonably to be expected of a person who is such an expert.”

²⁷⁹ Section 215 (a) Investment Advisers Act 1940

เนื่องจากการกำหนดข้อความลักษณะนี้ไว้ในสัญญาทำให้ผู้ลงทุนอาจเข้าใจได้ว่าตนได้สละสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้ใน Investment Company Act 1940 Section 17 (i) ได้กำหนดมาตรฐานของความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนไว้ด้วย ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนสามารถกำหนดข้อความจำกัดความรับผิดชอบได้ หากว่าการจำกัดความรับผิดชอบนั้นไม่ใช่การกระทำโดยไม่สุจริตหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง²⁸⁰ ซึ่งหากว่าการกำหนดข้อความนั้นเป็นไปในลักษณะการตัดสินใจที่ผิดพลาด (error of judgment) การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (mistake of law) หรือความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ได้ทำไปโดยสุจริตและเชื่อโดยสมเหตุสมผล ที่ซึ่งไม่ขัดแย้งกับประโยชน์ของผู้ลงทุน และความเสียหายไม่ได้เกิดจากการฉ้อฉลหรือการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง²⁸¹

โดยในการทำสัญญาระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุน ได้มีข้อความจำกัดความรับผิดชอบไว้ (Hedge Clause หรือ Disclaimer) ซึ่งเป็นการฝ่าฝืน Section 206 เพราะเหตุที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจงใจ (Willful misconduct) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross negligence) แต่อย่างไรก็ตาม Section 215 (a) ได้กำหนดให้การกำหนดข้อความจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นโมฆะ เพราะข้อความจำกัดความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ทำให้ผู้ลงทุนเข้าใจว่าตนไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ กับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนแล้ว แม้ Investment Advisers Act 1940 ไม่ได้กำหนดเรื่องหน้าที่ใช้ความระมัดระวังไว้ แต่ Investment Company Act 1940 Section 17 (i)²⁸² ได้กำหนดมาตรฐานความระมัดระวังขั้นต่ำไว้แล้ว

VALIDITY OF CONTRACTS SEC. 215. [80b-15]

(a) Any condition, stipulation, or provision binding any person to waive compliance with any provision of this title or with any rule, regulation, or order thereunder shall be void.

(b) Every contract made in violation of any provision of this title and every contract heretofore or hereafter made, the performance of which involves the violation of, or the continuance of any relationship or practice in violation of any provision of this title, or any rule, regulation, or order thereunder, shall be void

(1) as regards the rights of any person who, in violation of any such provision, rule, regulation, or order, shall have made or engaged in the performance of any such contract, and

(2) as regards the rights of any person who, not being a party to such contract, shall have acquired any right thereunder with actual knowledge of the facts by reason of which the making or performance of such contract was in violation of any such provision.

²⁸⁰ Robert W. Helm and Megan C. Johnson, Dealing with Investment Errors, Vol.20 No.3, (March 2013), 2-3

²⁸¹ Jeffrey J. Haas and Steven R. Howard, Investment Adviser Regulation, (United States of America : Thomson/West, 2008), p.199

²⁸² Section 17 (a) It shall be unlawful for any affiliated person or promoter of or principal underwriter for a registered investment company (other than a company of the character described in section 12(d)(3) (A) and (B)), or any affiliated person of such a person, promoter, or principal underwriter, acting as principal—

ข้อกำหนดยกเว้นความรับผิด (Exculpatory clauses) Investment Advisers Act 1940 มีบทบัญญัติเพื่อป้องกันการจำกัดความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน 3 ทาง ได้แก่ 1. บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการห้ามสละสิทธิ (anti-waiver clause) 2. บทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการฉ้อโกง (anti-fraud) 3. บทบัญญัติจำกัดการจ่ายค่าชดเชยของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน โดยบริษัทเพื่อการลงทุนจดทะเบียน (registered investment companies) โดยคดี Hsu v. UBS Financial Services, Inc. 2011, No. 3:2011cv02076 เป็นคดีแรกที่กล่าวถึงผลของการมีข้อกำหนดยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุน

การที่สัญญามีข้อกำหนดยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้นั้น เป็นการจำกัดความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนที่ประมาทเลินเล่อหรือกระทำโดยมิชอบ โดยอาจใช้คำว่า “ร้ายแรง” หรือ “จงใจ” ทำให้ผู้ลงทุนเข้าใจว่าตนได้สละสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งข้อกำหนดยกเว้นความรับผิดดังกล่าวฝ่าฝืน Section 206 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการฉ้อโกง เพราะทำให้ผู้ลงทุนเข้าใจว่าตนได้สละสิทธิแล้ว²⁸³ ซึ่ง S.E.C. ปฏิเสธไม่ให้มีการสละสิทธิในเรื่องความรับผิดในความประมาทเลินเล่อธรรมดา ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จงใจประพฤติดังโดยมิชอบ และการกระทำที่ไม่สุจริต ซึ่งใน no-action letter ของ Robert D. Brown Investment Counsel, Inc., นั้น S.E.C. เห็นว่า การที่มีข้อกำหนดที่ให้ผู้ลงทุนบอกเลิกสัญญาได้ปีต่อปี ซึ่งเป็นปีละหนึ่งครั้งนั้น เป็นการ fraudulent และ deceptive ตาม Investment Advisers Act 1940 โดยในการเขียนข้อความจำกัดความรับผิดนั้น จะต้องพิจารณาถึงรูปแบบและเนื้อหาของข้อจำกัดความรับผิด การสื่อสารระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนเกี่ยวกับข้อความจำกัดความรับผิด และพฤติการณ์โดยเฉพาะของผู้ลงทุน หากว่าผู้ลงทุนเป็นผู้ที่ไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายหรือการลงทุน จะต้องพิจารณาด้วยว่าข้อความจำกัดความรับผิดนั้นเขียนด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย ปรากฏเด่นชัด และได้อธิบายให้ผู้ลงทุนทราบถึงข้อจำกัดความรับผิดดังกล่าวเมื่อพบผู้ลงทุน และแจ้งให้ผู้ลงทุนทราบว่าผู้ลงทุนยังคงมีสิทธิที่จะฟ้องร้องผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้

(i) After one year from the effective date of this title no contract or agreement under which any person undertakes to act as investment adviser of, or principal underwriter for, a registered investment company shall contain any provision which protects or purports to protect such person against any liability to such company or its security holders to which he would otherwise be subject by reason of willful misfeasance, bad faith, or gross negligence, in the performance of his duties, or by reason of his reckless disregard of his obligations and duties under such contract or agreement

²⁸³ Francis J. Facciolo and Leland S. Solon. “Exculpatory Hedge Clauses in Investment Advisory Contracts: Developments since Heitman Capital.” [Online]. Available from: <https://stjlawfaculty.files.wordpress.com/2014/02/exculpatory-clauses.pdf> [2017, Jun 30], p.4-7

นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกามีการควบคุมข้อสัญญาที่มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ผ่าน Section 2-302 Uniform Commercial Code²⁸⁴ ซึ่งเป็นเรื่องของหลักความไม่มีโนธรรม (Unconscionability) ซึ่งใช้ในสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ แต่ศาลได้นำหลักนี้ไปปรับใช้กับสัญญาประเภทอื่นด้วย โดย Section 2-302 Uniform Commercial Code มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลพิจารณาได้ว่าสัญญาที่มีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้ทั้งหมดหรือเฉพาะส่วนที่มีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้เท่านั้น เป็นการรวมหลักการ Equity มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย และเป็นการป้องกันการเอาเปรียบจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งหลักที่ศาลอเมริกานำมาใช้ควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ หลักไม่มีความยินยอมร่วมกัน หลักไม่มีค่าตอบแทน หลักความล้มเหลวของการต่างตอบแทน ข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา หลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน หลักการตีความสัญญา

ตาม Section 2-302 Uniform Commercial Code หากศาลเห็นว่าข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรมกับคู่สัญญาในขณะที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะใช้บังคับสัญญา หรืออาจบังคับใช้สัญญาเฉพาะส่วนที่ไม่ขัดกับหลักความไม่มีโนธรรม และกรณีที่มีการร้องขอหรือแสดงให้ศาลเห็นว่าข้อสัญญานั้นไม่มีโนธรรม คู่สัญญาจะต้องมีโอกาสในการนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลเพื่อประกอบการวินิจฉัย

ดังนั้น ข้อสัญญาที่มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่สามารถใช้ได้จะต้องไม่ขัดกับหลักความไม่มีโนธรรม ซึ่งหลักความไม่มีโนธรรมของสัญญา ศาลจะนำพยานหลักฐานจากคู่สัญญามาพิจารณาว่าข้อสัญญาใดสามารถบังคับใช้ได้

4.2.5 ภาระการพิสูจน์

กฎหมายอเมริกา คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริง เป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ และมีบางข้อสันนิษฐานที่อาจผลักภาระการพิสูจน์ไปให้จำเลยโดยปกติแล้ว ศาลอเมริกาเห็นว่าหลัก Res Ipsa Loquitur เป็นหนึ่งในบรรดาพยานหลักฐานแวดล้อม เช่น ในคดี Griffen V. Manice (1901) ที่ว่า “เมื่อมีข้อเท็จจริงและพยานแวดล้อมซึ่งคณะลูกขุนลงความเห็นเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อโดยพิจารณาจากเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นโดยตรง หลักนั้นเรียกว่า Res Ipsa Loquitur แต่หาก

²⁸⁴ § 2-302. Unconscionable contract or Clause.

(1) If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

ไม่ได้พิจารณาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยตรง จะเรียกว่า circumstantial evidence”²⁸⁵ โดยกฎหมายอเมริกาได้หลัก Res Ipsa Loquitur มาจากกฎหมายอังกฤษ ผ่านคดี Scott V. London & Katherine Docks Co. (1865) ซึ่งหลัก Res Ipsa Loquitur นี้ แตกต่างจากหลักทั่วไป เพราะมีแต่หลักที่อาศัยประสบการณ์ทั่วไป ไม่ได้มีพยานหลักฐานแวดล้อมที่แสดงถึงความประมาทเลินเล่อ และหลักนี้เป็นเรื่องที่ว่าโดยธรรมดาแล้ว เหตุการณ์จะไม่เกิดขึ้น หากไม่มีความประมาทเลินเล่อเกิดขึ้น²⁸⁶

การที่จะนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้นั้น มีเงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่ ปกติแล้วเหตุการณ์นั้นจะไม่เกิดขึ้น โดยปราศจากความระมัดระวังของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นจากตัวแทนหรือเครื่องมือที่อยู่ในความครอบครองของจำเลย และโจทก์ไม่ได้สมัครใจหรือมีส่วนประมาท

ประการแรก ปกติแล้วเหตุการณ์นั้นจะไม่เกิดขึ้น โดยปราศจากความระมัดระวังของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง (the event must be of a kind which ordinarily does not occur in the absence of someone’s negligence) โดยเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นบุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจได้ว่าเกิดจากความประมาทเลินเล่อ โดยเหตุการณ์ในลักษณะนี้เป็นส่วนหนึ่งของพยานหลักฐานแวดล้อม เช่น การพบจิ้งจกในกล่องนม เป็นต้น ซึ่งผู้กระทำนั้นไม่สามารถอ้างได้ว่าไม่ได้ประมาทเลินเล่อ ที่อาศัยความรู้ของบุคคลทั่วไปในการวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความประมาทเลินเล่อหรือไม่ ซึ่งหากว่าข้อเท็จจริงนั้นไม่สามารถอาศัยความรู้ของบุคคลทั่วไปที่จะวินิจฉัยได้ เพราะเป็นเรื่องเฉพาะด้าน จึงต้องใช้พยานผู้เชี่ยวชาญมาอธิบายข้อเท็จจริงดังกล่าวเพื่อประกอบการวินิจฉัยของศาล

ประการที่สอง เหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นจากตัวแทนหรือเครื่องมือที่อยู่ในความครอบครองของจำเลย (it must be caused by an agency or instrumentality within the exclusive control of the defendant) โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนอกจากจะเกิดจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้ว โจทก์ก็ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายขึ้นนั้นเกิดขึ้นจากเหตุการณ์ที่อยู่ในความควบคุมของจำเลยเอง ซึ่งจำเลยต้องรับผิดชอบ และหากอยู่ในการควบคุมของบุคคลอื่น ทำให้เหตุการณ์ไม่ได้อยู่ในความควบคุมของจำเลย เช่น การที่พบจิ้งจกในกล่องนม อาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อในกระบวนการผลิตนมของบริษัทผลิตนม เป็นต้น ซึ่งไม่อาจนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้ได้

เหตุผลที่จำเลยต้องเป็นผู้พิสูจน์ เมื่อเหตุการณ์นั้นอยู่ในการควบคุมของจำเลย ซึ่งเป็นเงื่อนไขของหลัก Res Ipsa Loquitur นั้น อันเป็นการผ่อนปรนข้อกำหนดการพิสูจน์ที่เป็นภาระอย่างหนักของโจทก์ และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเกิดจากเครื่องมือที่อยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลย ซึ่งเชื่อได้ว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในความประมาทเลินเล่อ²⁸⁷ เช่น ในการที่ผู้โดยสารในรถบัสได้รับอันตรายจากก๊าซคาร์บอนมอนอกไซด์ ศาลได้นำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้ เพราะเห็นว่า

²⁸⁵ William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, Ed.4 (Minnesota West Pub. Co., 1978), p.231.

²⁸⁶ Fowler V. Harper and Fleming James, *The Law of Torts V.2* (Boston: Little Brown, 1956), p.1076.

²⁸⁷ Ibid., p.1085-1086

บริษัทรถบัสมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลรักษารถบัสที่อยู่ในความควบคุมของตนให้มีความปลอดภัยต่อผู้โดยสาร²⁸⁸

ประการที่สาม โจทก์ไม่ได้สมัครใจหรือมีส่วนประมาทในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น (it must not have been due to any voluntary action or contribution on the part of the plaintiff) การที่จะนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้ได้นั้น นอกจากเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้นจากตัวแทนหรือเครื่องมือที่อยู่ในความครอบครองของจำเลยแล้ว โจทก์จะต้องไม่มีส่วนประมาทหรือมีส่วนผิดอยู่ด้วย ซึ่งหากโจทก์มีส่วนประมาทอยู่ด้วยแล้ว แม้เพียงโจทก์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง ก็จะไม่ได้นำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้ นอกจากนี้ ยังมีเงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คือ หลักฐานที่ใช้อธิบายเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น จำเลยสามารถเข้าถึงได้ง่ายกว่าโจทก์ (evidence of the true explanation of the event must be more readily accessible to the defendant than to the plaintiff) เช่นคดี Jones v. Porretta 428 Mich. 132 (1987) ได้วางหลักของหลัก Res Ipsa Loquitur ไว้สี่เงื่อนไข²⁸⁹ แต่ศาลอเมริกาเห็นว่าเพียงแค่เข้าสามเงื่อนไขที่กล่าวไปข้างต้นก็เพียงพอที่จะใช้หลัก Res Ipsa Loquitur แล้ว

การนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้ ทำให้ลดภาระในการที่โจทก์ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำของจำเลย ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อโจทก์ เพราะจำเลยจะเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ในเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิด ซึ่งผลจากการนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ ศาลสหรัฐอเมริกา ได้กล่าวในคดี Sweeney V. Erving (1913) ว่า “ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น ทำให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่อ โดยใช้เป็นพยานหลักฐานแวดล้อมของความประมาทเลินเล่อ เมื่อไม่มีพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นได้โดยตรง แต่เป็นพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักเมื่อนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานให้กับฝ่ายโจทก์”²⁹⁰ โดยในคดี Bond V. St. Louis San-Francisco R. Co. (1926) ศาลอเมริกาวินิจฉัยว่า “หลัก Res Ipsa Loquitur ส่งผลต่อวิธีพิจารณา ที่นำมาปรับใช้ในรูปแบบของข้อสันนิษฐานหรือเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลย” และเมื่อโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยแล้ว จำเลยจึงมีหน้าที่พิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว และความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ได้เกิดจากการกระทำของจำเลย²⁹¹ เช่น ในคดี Bischoff V. Newby's Tire Service (333 Pac. 2d 44 (California)) ศาลวินิจฉัยว่า “โจทก์จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าคดีมีมูล และพิสูจน์ได้ว่าโจทก์ได้รับบาดเจ็บจากเหตุการณ์นั้น จากนั้นให้จำเลยมีหน้าที่พิสูจน์ว่าเหตุการณ์นั้นไม่ได้เกิดจากความประมาทเลินเล่อของตนเอง หรือเป็นผลที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ หรือมีเหตุบางอย่างที่วิญญูชนไม่อาจป้องกันได้ เมื่อจำเลยพิสูจน์ได้ จำเลยก็หลุดพ้นจากความรับผิด”²⁹²

²⁸⁸ James H. Donaldson, *Casualty Claim Practice*, 3rd Ed. (Illinois: Irwin, 1976), p.416.

²⁸⁹ Thomas C. Galligan, *Tort Law : Cases, Perspectives, and Problems*, Rev. 4th Ed. (New Jersey: LexisNexis, 2007), p.500.

²⁹⁰ Fowler V. Harper and Fleming James. *The law of torts*. V.2. Boston : Little Brown. 1956, p.1100

²⁹¹ *Ibid.*, p.1104-1105

²⁹² James H. Donaldson. *Casualty claim practice*. 3rd Ed. (Illinois : Irwin. 1976), p.417

ผู้ลงทุนสามารถฟ้องผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจากการประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพ เพราะส่วนใหญ่แล้วการกระทำที่ผิดมาตรฐานทางวิชาชีพจะเป็นคดีละเมิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ ซึ่งความเสียหายตามละเมิดนั้น ผู้เสียหายจะต้องได้รับความเสียหายจริง ซึ่งในบางครั้งผู้ลงทุนไม่สามารถพิสูจน์ความเสียหายได้ จึงมีการนำหลัก Res ipsa loquitur หรือ the thing speaks for itself ที่จะอนุมานได้ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนประมาทเลินเล่อ เพราะผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้ที่มีรู้ในข้อเท็จจริงต่าง ๆ มากกว่าผู้ลงทุน ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็มีสิทธิที่จะโต้แย้งและพิสูจน์หักล้างได้

นอกจากนี้ ผู้ลงทุนอาจนำหลักเรื่อง res ipsa loquitur หรือใช้พยานผู้เชี่ยวชาญในการพิสูจน์แล้ว ผู้ลงทุนยังอาจพิสูจน์ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพ โดยแสดงให้เห็นว่าการกระทำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนฝ่าฝืนกฎหมาย ส่งผลให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย ก็อาจจะอนุมานได้ว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดจากการประมาทเลินเล่อของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ทำให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องพิสูจน์หักล้างว่าตนไม่ได้ประมาทเลินเล่อ ในคดี Brown v. Skyne การทำฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอาจเป็นหลักฐานที่แสดงถึงการประมาทเลินเล่อได้ หากว่าการฝ่าฝืนกฎหมายและความประมาทเลินเล่อมีความสัมพันธ์กัน เช่น บริษัทนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ไม่ได้เปิดเผยข้อมูลถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับหุ้นที่จะออกใหม่ ซึ่งเป็นการฝ่าฝืน Securities Act 1933 ซึ่งกำหนดให้เปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการขายหลักทรัพย์ หากต่อมาบริษัทดังกล่าวล้มละลาย ผู้ลงทุนที่ตัดสินใจซื้อหุ้นได้รับความเสียหายจากการสูญเสียเงินซื้อหุ้นไป ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็อาจมีความผิดประมาทเลินเล่อ นอกจากนี้ ผู้ลงทุนอาจพิสูจน์ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนประพฤติผิดมาตรฐานทางวิชาชีพตามประมวลจริยธรรม เช่น นำเงินผู้ลงทุนลงทุนในหุ้นบริษัทที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นเจ้าของ ทั้ง ๆ ที่บริษัทนั้นไม่มีความมั่นคง แล้วต่อมาผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็ผิดที่ผลประโยชน์ของตนเองขัดกับผู้ลงทุน ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรม อีกทั้งยังเป็นละเมิดด้วย

4.2.6 การกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุน

สหรัฐอเมริกาเป็นระบบคอมมอนลอว์ที่ไม่ได้มีบทบัญญัติเรื่องการให้ค่าเสียหายไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม การให้คำปรึกษาการลงทุนโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายดังกล่าวอาจได้รับความเสียหายจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ซึ่งความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับนั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ เช่น

คดี Ultramares Corp. v Touche (1931) 255 NY 171, 179 ศาลได้ตัดสินเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาด ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้สอบบัญชีจัดทำเอกสารรายงานทางการเงินโดยผิดพลาด ทำให้โจทก์เชื่อถือในข้อความตามเอกสารรายงานทางการเงินของบริษัทที่โจทก์ให้ตรวจสอบซึ่งผู้สอบบัญชีได้จัดทำขึ้นและโจทก์ได้ให้บริษัทดังกล่าวกู้ยืมเงิน ปรากฏว่าต่อมาบริษัทล้มละลาย ไม่สามารถชำระหนี้เงินกู้ได้ ซึ่งในคดีนี้ โจทก์ได้ฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาด (misstatement) ตามละเมิด โดยศาลไม่ได้ตัดสินให้ค่าเสียหายแก่โจทก์ เพราะแม้ว่าผู้สอบบัญชีประมาทเลินเล่อจริง แต่เนื่องจากโจทก์และผู้สอบบัญชีไม่ได้มีความสัมพันธ์

ใกล้ชิด ทำให้ผู้สอบบัญชีไม่มีหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อโจทก์ ผู้สอบบัญชีจึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ โดยผู้พิพากษา Cardozo CJ เห็นว่า “การที่จะให้บุคคลใดได้รับการเยียวยาในความเสียหายทางเศรษฐกิจหรือทางการเงิน ที่ไม่ใช่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทำให้ผู้ที่ทำความเสียหายนั้นไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าต้องรับผิดเพียงใด จนถึงเมื่อใด และความรับผิดจะมีอย่างน้อยเพียงใด²⁹³ และก่อให้เกิดการฟ้องคดีเพื่อเรียกค่าเสียหายมาก”²⁹⁴

โดยจากคดีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการให้ค่าเสียหายจากการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาดนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องคาดเห็นได้ และจะต้องมีเหตุใกล้ชิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้น



²⁹³ “Pure economic loss is a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class.”

²⁹⁴ Herbert Bernstein, "Civil Liability for Pure Economic Loss under American Tort Law," *The American Journal of Comparative Law* Vol.46 (1998): p.115.

บทที่ 5 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

ในบทนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาทางการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน โดยจะกล่าวถึงปัญหาการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ปัญหาการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ปัญหาภาระการพิสูจน์และปัญหาการให้ค่าเสียหายตามกฎหมายไทยเท่านั้น เนื่องจากในต่างประเทศไม่มีประเด็นปัญหาที่สามารถเปรียบเทียบได้ จึงศึกษากฎหมายต่างประเทศเพื่อใช้เป็นตัวอย่าง ดังนี้

5.1 ปัญหาการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ไม่ได้บัญญัติถึงความรับผิดชอบทางแพ่งของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน เพื่อเยียวยาผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทุนไว้ โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักทั่วไปของสัญญาและละเมิดมาปรับใช้

ความรับผิดชอบของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น อาจเป็นความรับผิดตามสัญญา หรือความรับผิดทางละเมิดก็ได้ โดยขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ลงทุนและผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นไปในลักษณะใด โดยปกติแล้ว ผู้ที่เข้าผูกพันตามสัญญากับผู้ลงทุนได้แก่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนจึงเป็นคู่สัญญากัน บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงมีหน้าที่ต่อผู้ลงทุนตามสัญญา ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่โดยชัดแจ้ง หรือหน้าที่โดยปริยาย ซึ่งหน้าที่โดยชัดแจ้งนั้นเป็นหน้าที่ที่กำหนดขอบเขตไว้ในสัญญา คือ การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจัดให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน เช่น ผู้แนะนำการลงทุนซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ทำหน้าที่ติดต่อและให้บริการกับผู้ลงทุนในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ซึ่งถือได้ว่าเป็นตัวแทนของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนในการชำระหนี้ในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนแทนตามสัญญา หรือการมีหน้าที่โดยปริยาย โดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นผู้มีวิชาชีพ ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ลงทุน ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องทำหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต คำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ลงทุนและไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผู้ลงทุน ได้แก่ การไม่ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เช่น การยกยอกหรือฉ้อโกงทรัพย์สินของผู้ลงทุนโดยมีเจตนาปิดบังและสร้างหลักฐานเท็จ ใช้บัญชีหลักทรัพย์ของผู้ลงทุนซื้อขายหลักทรัพย์เพื่อตนเอง หลอกให้ผู้ลงทุนโอนเงินและนำเงินดังกล่าวไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเอง เป็นต้น การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบต่อผู้ลงทุนจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญาด้วย ความรับผิดในกรณีดังกล่าวนี้เป็นความรับผิดตามสัญญา หรือปกติตามกฎหมายไทยเรียกว่าความรับผิดเพราะการไม่ชำระหนี้

การที่จะพิจารณาว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ทำหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจหรือไม่นั้น กฎหมายอังกฤษได้นำหลักคอมมอนลอว์เรื่องความซื่อสัตย์สุจริตมาพิจารณาว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นได้ทำหน้าที่โดยไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ลงทุน

การพิจารณามาตรฐานการใช้ความระมัดระวังตามหลักทั่วไปของสัญญาตามกฎหมายไทยนั้น จะต้องพิจารณาตามมาตรฐานความระมัดระวังในระดับของวิญญูชน ได้แก่ ระดับความระมัดระวังของบุคคลทั่วไปที่มีความรู้ความคิดสติปัญญาปานกลาง²⁹⁵ แต่สำหรับสัญญาที่ผู้ลงทุนทำกับที่ปรึกษาการลงทุนนั้น เป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ของที่ปรึกษาการลงทุนในฐานะที่เป็นผู้มีวิชาชีพ การพิจารณาตามมาตรฐานความระมัดระวังของที่ปรึกษาการลงทุนจึงแตกต่างจากสัญญาทั่วไป เพราะผู้มีวิชาชีพจะต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่สูงกว่าบุคคลทั่วไป

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากปัจจุบันเทคโนโลยีทางการเงินได้เข้ามามีบทบาทเพิ่มมากขึ้น มีการนำ Robo-advisor ซึ่งเป็นการทำงานโดยปัญญาประดิษฐ์ด้วยการใช้ Algorithm มาประมวลผล ซึ่งสำหรับกฎหมายอเมริกัน นอกจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาจะต้องมีหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจแล้ว สำหรับ Robo-advisor ก็จะต้องมีหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจเช่นกัน เนื่องจาก Robo-advisor ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องให้คำปรึกษาหรือจัดการการลงทุนให้มีความเหมาะสมกับผู้ลงทุนและตามความสามารถในการรับความเสี่ยงในการลงทุนของผู้ลงทุน Robo-advisor จึงมีหน้าที่ที่จะต้องเปิดเผยข้อมูล หน้าที่พิจารณาความเหมาะสมของการลงทุนสำหรับผู้ลงทุน หน้าที่ซื่อสัตย์สุจริตและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ลงทุน โดยจะต้องไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผู้ลงทุน และยังคงมีหน้าที่ตาม Investment Advisers Act 1940 เช่นเดียวกับผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งหาก Robo-advisor ผ่าฝืนหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา Robo-advisor ก็ยังคงมีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ให้คำแนะนำการลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา

สำหรับประเด็นว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนใช้ความระมัดระวังเพียงพอหรือไม่ในการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น กฎหมายอังกฤษได้นำหลักคอมมอนลอว์เรื่องหน้าที่ใช้ความระมัดระวังของผู้มีวิชาชีพมาพิจารณา โดยมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น จะต้องใช้ความระมัดระวังเช่นเดียวกันกับบุคคลในวิชาชีพเดียวกันพึงกระทำ ซึ่งการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาด เนื่องจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังและไม่ได้ปฏิบัติตามหลักวิชาชีพในการให้คำปรึกษานั้น แม้ว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนจะมีความสัมพันธ์ตามสัญญาก็ตาม แต่การไม่ใช้ความระมัดระวังในฐานะที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้มีวิชาชีพนั้น เป็นเรื่องของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ซึ่งเป็นได้ทั้งความรับผิดชอบตามสัญญาและละเมิด

²⁹⁵ ศนันท์กรณ ใสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้) พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน)

แต่อย่างไรก็ตาม การเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบตามสัญญานั้น สัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนนั้น มักมีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด ซึ่งการให้ผู้ลงทุนเรียกร้องบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนให้รับผิดชอบตามสัญญานั้น อาจทำให้ผู้ลงทุนไม่สามารถเรียกร้องความเสียหายได้ ซึ่งเป็นข้อจำกัดของการเรียกร้องความเสียหายตามสัญญา ผู้ลงทุนจึงอาจจะต้องมาพิจารณาถึงการเรียกร้องความเสียหายโดยอาศัยฐานความรับผิดเพื่อละเมิดแทน

การที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งได้รับมอบหมายจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ได้ให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนโดยผิดพลาด ไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออันเกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวัง ซึ่งการที่ผู้ลงทุนจะเรียกร้องโดยอาศัยฐานละเมิดได้นั้น การกระทำดังกล่าวนั้น จะต้องครบองค์ประกอบของละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อน ดังนั้น ในการพิจารณาความรับผิดของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนในความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น จะพิจารณาจากห้าองค์ประกอบ ได้แก่

1) มีการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ได้แก่การที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนโดยรู้สำนึก ซึ่งการกระทำนี้หมายรวมถึงการงดเว้นกรณีที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นมีหน้าที่ด้วย

2) มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การที่บุคคลที่สังกัดที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องให้คำปรึกษาการลงทุนโดยใช้ความระมัดระวัง แต่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังนั้น โดยมาตรฐานความระมัดระวังของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นไม่ใช่การใช้มาตรฐานความระมัดระวังอย่างเช่นวิญญูชน เนื่องจากบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้มีวิชาชีพที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการลงทุน จึงต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ ซึ่งบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความระมัดระวังของผู้มีวิชาชีพให้คำปรึกษาการลงทุน ซึ่งได้แก่ การทำตามหลักเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพแล้ว และจะต้องใช้ระดับความระมัดระวังเช่นเดียวกันกับผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกัน ซึ่งอาจเป็นไปตามกฎหมายหรือหลักปฏิบัติวิชาชีพ ที่กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการให้คำปรึกษาการลงทุน ซึ่งหากบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงถือได้ว่าไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร แต่หากว่าบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์มาตรฐานทางวิชาชีพแล้วถือว่าบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ใช้ความระมัดระวังแล้ว

3) กระทำโดยผิดกฎหมาย โดยการทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดที่บัญญัติคุ้มครองไว้ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาด โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้

4) ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย เมื่อบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนแล้วนั้น ผู้ลงทุนจะต้องได้รับความเสียหายต่อ

สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยจะต้องปรากฏว่า ผู้ลงทุนเชื่อข้อความที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนให้คำแนะนำและผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติตามให้คำปรึกษานั้น ทำให้เป็นเหตุให้ผู้ลงทุนเรียกร้องค่าเสียหายได้

5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องมาจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล ซึ่งหากไม่มีการกระทำของโดยประมาทเลินเล่อของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนแล้ว ผู้ลงทุนก็จะไม่ได้รับความเสียหาย แต่หากว่าความเสียหายก็จะมีเกิดขึ้นอยู่ดีแม้ว่าจะไม่มีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล

เมื่อบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ให้คำปรึกษาโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังซึ่งเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ลงทุน โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนตาม หลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลก็ตาม แต่เนื่องจากองค์ประกอบของละเมิดนั้นจะต้องพิจารณาถึงสิทธิที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

แม้มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติประเภทของสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองหากได้รับความเสียหาย ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสิทธิเด็ดขาด แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure economic loss) ซึ่งมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ อันเป็นความเสียหายที่กระทบต่อสถานะทางการเงินของผู้ลงทุนซึ่งอาจเกิดจากการให้คำปรึกษาของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเอาไว้โดยตรง และแม้ว่ามาตรา 420 ดังกล่าวจะบัญญัติคุ้มครองถึงสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 ได้วางหลักไว้ว่า “สิทธิ หมายถึง ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นต้องเคารพหรือได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย” ซึ่งเป็นการตีความอย่างกว้างเพื่อให้บุคคลได้สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ความเสียหายทางเศรษฐกิจไม่ได้ถูกบัญญัติรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายใด ๆ หรือเป็นประโยชน์ที่บุคคลอื่นต้องเคารพ จึงทำให้มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ที่จะเข้ามาคุ้มครองความเสียหายที่ผู้ลงทุนอาจได้รับจากการให้คำปรึกษาการลงทุนที่ผิดพลาดของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น เนื่องจากสิทธิที่กฎหมายคุ้มครอง ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สินนั้น รวมถึงสิทธิอื่นใดที่กฎหมายได้บัญญัติรับรองไว้ ตามมาตรา 420 เป็นสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายคุ้มครองและบุคคลอื่นจะต้องเคารพสิทธินั้น

อย่างไรก็ตาม ความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้นั้น เป็นคนละประเภทกับความเสียหายต่อสิทธิในทรัพย์สิน เนื่องจากสิทธิในทรัพย์สินนั้น เป็นสิทธิเด็ดขาดในทรัพย์สินอันหมายถึงทรัพย์สิน ได้แก่ กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินในการได้ใช้ทรัพย์สิน และทรัพย์สินในการประกัน ส่วนสิทธิอื่น ๆ นั้น ได้แก่ สิทธิในชื่อ สิทธิในความเป็นส่วนตัว ดังนั้น สิทธิทางเศรษฐกิจโดยแท้นั้น จึงไม่ใช่สิทธิที่ได้รับความ

ความคุ้มครองตามมาตรา 420 เมื่อความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ลักษณะละเมิด การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นจึงไม่เป็นละเมิด เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้

ในขณะที่กฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นคอมมอนลอว์ได้วางหลักเรื่องการพิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดในกรณีให้คำปรึกษาโดยผิดพลาดไว้ (Negligent Misstatement) การที่ผู้ลงทุนจะสามารถเรียกร้องจากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้กรณีที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้ปรึกษาโดยผิดพลาดได้นั้น ต้องปรากฏว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนต้องมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวัง ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนมีความสัมพันธ์พิเศษระหว่างกัน และผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ลงทุน ผู้ลงทุนจึงเชื่อในคำแนะนำนั้น ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงต้องใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น เมื่อการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนจึงมีความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยประมาทเลินเล่อของตนแก่ผู้ลงทุน

ความแตกต่างของ ละเมิดตามกฎหมายไทยซึ่งเป็นซีวิลลอว์กับกฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นคอมมอนลอว์เป็นเรื่องของการปรับใช้กฎหมาย โดยกฎหมายไทยนั้นศาลจะต้องพิพากษาไปตามหลักกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่กฎหมายอังกฤษนั้นเป็นเรื่องคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานซึ่งศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายได้กว้างกว่าศาลไทย

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า แม้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ลงทุนจะมีสิทธิเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดได้โดยอาศัยฐานสัญญาก็ตาม แต่เนื่องจากในการทำสัญญานั้น มักมีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด ซึ่งผู้ลงทุนอาจเรียกร้องโดยอาศัยฐานละเมิดแทน แต่การเรียกร้องโดยอาศัยฐานของละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาจะต้องครบองค์ประกอบของละเมิดเสียก่อน ซึ่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 นั้น เป็นสิทธิเด็ดขาดนั้น ไม่ได้ครอบคลุมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ซึ่งเป็นความเสียหายที่เกิดจากการให้คำปรึกษาโดยผิดพลาด จึงไม่ใช่ความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาด ทำให้การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ครบองค์ประกอบของละเมิด จึงไม่เป็นละเมิด เมื่อการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่เป็นละเมิดแล้วนั้น การที่จะเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดไม่ว่าจะในฐานะนายจ้าง หรือตัวการ หรือนิติบุคคล หรือผู้ว่าจ้างทำของ ก็จะไม่สามารถทำได้ เพราะการที่บุคคลอื่นจะมาร่วมรับผิดในความเสียหายที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกระทำแทนในนามของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องทำละเมิดครบองค์ประกอบเสียก่อนจนถึงขั้นที่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดหรือร่วมรับผิดบนฐานของมาตราใดนั้น แล้วแต่การพิจารณาตีสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น แต่หากไม่เป็นละเมิดเพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ใช่ความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาด เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงไม่เป็นละเมิด การบัญญัติเรื่องสิทธิความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ไว้ท้ายมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงจำเป็นและเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ลงทุน

ที่ได้รับความสะดวกสบายทางเศรษฐกิจโดยแท้จากการให้คำปรึกษาการลงทุนของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน

การเพิ่มบทบัญญัติเรื่องสิทธิความเสียหายทางเศรษฐกิจไว้ท้ายมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ทำให้สามารถนำหลักเรื่องละเมิดมาปรับใช้กับความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ได้ ส่งผลให้การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนครบองค์ประกอบของละเมิด ซึ่งเมื่อบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นการกระทำละเมิดแล้ว การที่จะให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเข้ามารับผิดหรือร่วมรับผิดด้วยบนฐานของนิติบุคคล นายจ้าง ตัวการ หรือผู้ว่าจ้างทำของตามนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนั้นสามารถทำได้และย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนเนื่องจากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน

5.2 ปัญหาการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

การทำสัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุน แม้ว่าจะเป็นไปตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา อย่างไรก็ตาม สัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุน เป็นสัญญาที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งในสัญญาอาจมีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนด้วย

ประเด็นปัญหาของการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการตกลงจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดจากการละเมิด ซึ่งในบางครั้งการตกลงจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดดังกล่าวอาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีต่อประชาชน ส่งผลให้สัญญาตกเป็นโมฆะได้ตามมาตรา 151 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัญหาของการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น มีอยู่ว่าข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดดังกล่าวจะสามารถใช้บังคับได้เพียงใด

ปัจจุบันประเทศไทยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่บัญญัติที่กำหนดเรื่องการกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้ ซึ่งการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยนั้นเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่เนื่องจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น ความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับ ไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยที่จะอยู่ในขอบข่ายของมาตรา 8 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญา ที่ไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยอันไม่มีผลเป็นโมฆะ จะบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น ตามมาตรา 8 วรรคสอง เนื่องจากความเสียหายที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนั้น เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้

แต่อย่างไรก็ดี สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนนั้น มักจะอยู่ในรูปของสัญญาสำเร็จรูปที่ฝ่ายบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกำหนดขึ้น ซึ่งมาตรา 4 วรรคสอง พระราชบัญญัติ

ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น ได้บัญญัติไว้ว่า กรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับการตีความสัญญาสำเร็จรูป ให้ตีความไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น ในกรณีนี้ผู้ลงทุนซึ่งไม่ใช่ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป จึงได้รับประโยชน์จากการตีความสัญญาสำเร็จรูปนั้น แต่การตีความนั้นจะต้องอาศัยการตีความของศาลซึ่งเป็นขั้นตอนหลังจากที่เกิดสัญญาขึ้นแล้ว

นอกจากนี้ แม้ว่าประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ที่เข้ามาควบคุมประเภทสัญญาต่าง ๆ แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เข้ามาควบคุมสัญญาในธุรกิจที่ปรึกษาการลงทุน ทำให้สัญญาที่ใช้ในธุรกิจที่ปรึกษาการลงทุน เช่น สัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนยังไม่ได้มีการกำกับดูแล ซึ่งส่งผลให้สัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนยังมีข้อสัญญาที่มีลักษณะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบ ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อันอาจทำให้ผู้ลงทุนไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการทำสัญญา

ในขณะที่กฎหมายอังกฤษนำ Unfair Contract Terms 1977 และ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 (UTCCRs) โดย UTCCRs ได้นำ Unfair Terms in Consumer Contract Directive (93/13/EC) มาปรับใช้กรณีที่เกิดข้อสัญญาไม่เป็นธรรมขึ้นระหว่างผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกับผู้ลงทุน โดย Unfair Contract Terms Act 1977 ศาลจะใช้หลักความสมเหตุสมผลมาพิจารณาถึงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น โดยจะบังคับใช้สัญญาเท่าที่เป็นธรรม ได้แก่ หลัก The Contra Proferentem Rule ในการตีความข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบ โดยจะตีความให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่อ้างข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญานั้นน้อยที่สุด และหลัก Fundamental Breach ที่ศาลจะพิจารณาจากการกระทำผิดเงื่อนไขซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา หากคู่สัญญาที่เป็นฝ่ายกำหนดข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบนั้นเป็นฝ่ายผิดสัญญาในข้อซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา คู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่สามารถกล่าวอ้างข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบให้เป็นประโยชน์แก่ตนได้ ในขณะที่ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 ข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมนั้น ไม่มีผลใช้บังคับ และให้ใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น โดยอาศัยการตีความให้เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญา ตามหลัก The Contra Proferentem Rule

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการตีความข้อสัญญาที่มีลักษณะจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบ ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น การที่ศาลตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้บริโภค โดยข้อสัญญาใดที่ไม่เป็นธรรม ให้ไม่มีผลบังคับใช้ และคงใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมกับผู้ลงทุนเท่านั้น ตามมาตรา 8 วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยศาลเป็นผู้ตีความการบังคับใช้ข้อสัญญาเท่าที่เป็นธรรม สามารถช่วยให้ผู้ลงทุนได้รับความคุ้มครองในการทำสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมได้บ้าง และการที่ศาลจะตีความสัญญาสำเร็จรูปตามมาตรา 4 วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้นสามารถช่วยให้ผู้ลงทุนได้รับความคุ้มครองในการทำสัญญาที่เป็นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งมีข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบก็จริง แต่การตีความนั้นเป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุ เนื่องจากเป็นขั้นตอนหลังจากที่ทำสัญญาเรียบร้อยแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าเมื่อกฎหมายไทย มีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 แล้ว

นั้น ควรกำหนดให้ธุรกิจที่ปรึกษาการลงทุนเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาไว้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 โดยให้มีสัญญามาตรฐานซึ่งกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไว้อย่างชัดเจน เพื่อจะได้ลดปัญหาในการตีความสัญญาที่เป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

5.3 ปัญหาการพิสูจน์ความผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน

ในการพิสูจน์ความรับผิดตามกฎหมายไทยนั้น นำมาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาปรับใช้โดยให้ผู้กล่าวอ้างเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบ และแม้ว่าปัจจุบัน หลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ ได้มีข้อยกเว้นหลักดังกล่าว ได้แก่ กรณีที่ต้องด้วยบทสันนิษฐานตามกฎหมายและกรณีที่ต้องด้วยบทสันนิษฐานตามความเป็นจริง เป็นกรณีที่กฎหมายมีข้อสันนิษฐานที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ตอนท้าย ก็ตาม แต่ข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามมาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่จะนำมาปรับใช้กับหลักกฎหมายซึ่งเป็นข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะต้องพิจารณาบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบด้วย

ในการพิสูจน์ความรับผิดของบุคคลในกฎหมายอังกฤษ คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่เป็นมูลพิพาทขึ้นมา คู่ความฝ่ายนั้นมีหน้าที่นำสืบ ซึ่งโจทก์ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ ซึ่งการที่จะให้ผู้ได้รับความเสียหายอันได้แก่ผู้ลงทุนต้องมีหน้าที่พิสูจน์ในการทำหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ค่อนข้างยากและเป็นภาระแก่ผู้ลงทุนเกินสมควร เพราะข้อเท็จจริงต่าง ๆ อยู่ในความรู้เห็นของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงฝ่ายเดียว ศาลจึงได้กำหนดหลัก *Res Ipsa Loquitur* (The thing speaks for itself) โดยการให้ผู้มีวิชาชีพซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ในฐานะที่เป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญและได้รับการฝึกอบรมมาเฉพาะด้าน ทำให้ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นผู้ทราบข้อเท็จจริงที่อยู่แล้วว่าหลักเกณฑ์ในการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นจะต้องทำอะไรและมีขั้นตอนใดบ้าง ซึ่งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวทั้งหมดมากกว่าผู้ลงทุน ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจึงควรมีภาระการพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาหรือได้ปฏิบัติหน้าที่ในการให้คำปรึกษาด้วยความระมัดระวังแล้ว ทั้งนี้ เพื่อบรรเทาภาระของโจทก์ผู้ลงทุนที่จะต้องพิสูจน์การกระทำของจำเลยผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน และผลักภาระการพิสูจน์ให้ไปตกอยู่กับผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุน ซึ่งหลักนี้ใช้ในคดี *Byrne v. Boadle* 2 H. & C. 722, 159 Eng. Rep. 299 (Exch. 1863) เป็นคดีแรก โดยศาลได้ตัดสินให้จำเลยเจ้าของโรงเก็บสินค้ารับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ที่เดินผ่านโรงเก็บสินค้าของจำเลยแล้วถูกแบริงสาลีได้หล่นทับโจทก์ ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ แม้ว่าไม่มีพยานหลักฐานว่าจำเลยประมาทเลินเล่อก็ตาม แต่เพราะแบริงสาลีหล่นมาจากโรงเก็บสินค้าของจำเลย ซึ่งเป็นไปไม่ได้ที่แบริงสาลีจะหล่นโดยที่ไม่ได้มีความประมาทเลินเล่ออยู่ด้วย

คดีที่นำมาใช้เป็นบรรทัดฐานของหลัก *Res Ipsa Loquitur* นั้นได้แก่ คดี *Scott V. London & St. Katherine's Docks Co.* (1865) โจทก์ถูกกระสอบบรรจุน้ำตาลที่อยู่บนคลังสินค้า

ของจำเลยหล่นทับ ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ ซึ่งผู้พิพากษา William Erle C.J. ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำใดที่จะเป็นประมาทเลินเล่อจะต้องมีหลักฐานที่สมเหตุสมผล แต่สิ่งที่แสดงนั้นจะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าความประมาทเลินเล่อที่เกิดขึ้นนั้นเกิดขึ้นภายใต้การควบคุมของจำเลย ลูกจ้างของจำเลย ซึ่งโดยปกติแล้วอุบัติเหตุเช่นนั้นจะไม่เกิดขึ้น หากว่าผู้ที่ควบคุมนั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร และพยานหลักฐานนั้นแสดงให้เห็นได้ว่าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นเกิดจากการต้องใช้ความระมัดระวัง” ซึ่งการที่ศาลนำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้นี้ เพื่อผลักภาระการพิสูจน์ไปให้แก่จำเลย ที่จำเลยจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการทำหน้าที่ของตนเองแล้ว ซึ่งแม้ว่าศาลจะได้นำหลัก Res Ipsa Loquitur มาปรับใช้กับคดีแล้ว โจทก์ยังคงสามารถนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาอธิบายได้ว่าการทำหน้าที่ปกติแล้วจะต้องทำอย่างไร การกระทำแบบจำเลยเป็นการใช้ความระมัดระวังหรือไม่อย่างไร จะเห็นได้ว่า หลัก Res Ipsa Loquitur มีเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ สิ่งที่เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของจำเลย และปกติแล้วเหตุการณ์จะไม่เกิดขึ้น หากจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ซึ่งกฎหมายอเมริกาได้ใช้ในหลัก Res Ipsa Loquitur ในการผลักภาระการพิสูจน์ให้จำเลยเช่นกัน

ในกฎหมายไทยนั้น กรณีที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นคู่สัญญากับผู้ลงทุน และบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนผิดสัญญาในการให้คำปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนนั้น ผู้ลงทุนอาจต้องมีการพิสูจน์ตามหลักผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 เนื่องจากผู้ลงทุนมักเป็นผู้กล่าวอ้างในคดีเนื่องจากได้รับความเสียหายจากการผิดสัญญาของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ทำให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้ลงทุน แต่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้ลงทุนเป็นการยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนทำหน้าที่บกพร่อง เพราะผู้ลงทุนย่อมคาดหวังตั้งแต่ก่อนที่จะเข้ารับคำปรึกษาแล้วว่า บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะให้ข้อมูลที่ถูกต้อง และวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้รับต่าง ๆ จากผู้ลงทุนอย่างถูกต้องครบถ้วนตามมาตรฐานทางวิชาชีพของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน โดยส่วนใหญ่แล้ว ผู้ลงทุนไม่ทราบมาตรฐานทางวิชาชีพ ลำดับขั้นตอนการวิเคราะห์ประมวลผลข้อมูลของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ดังนั้น ผู้ที่จะทราบถึงขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการให้คำปรึกษาให้เป็นไปตามมาตรฐานทางวิชาชีพ ก็คือบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเอง ซึ่งการที่จะให้ผู้ลงทุนเข้าไปพิสูจน์ความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนตามมาตรา 84/1 ดังกล่าวนั้น แทบจะเป็นไปไม่ได้ ผู้ลงทุนคงทำได้แต่พิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น ซึ่งหากผู้ลงทุนพิสูจน์ไม่ได้ ผู้ลงทุนก็จะไม่ได้รับการเยียวยา เมื่อไม่ได้รับการเยียวยา ผู้ลงทุนก็จะได้รับความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากมีผู้ลงทุนได้รับความเสียหายในลักษณะเดียวกันนี้หลายราย ก็อาจจะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมได้

แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ได้มีข้อยกเว้นตอนท้ายว่า “...แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว” โดยบทบัญญัติดังกล่าวอาจนำมาใช้ในการผลักภาระการพิสูจน์ตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายไปให้บริษัทที่ปรึกษา

การลงทุนก็ได้ในกรณีที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนผิดสัญญาได้ เพื่อให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาแล้ว

สำหรับภาระการพิสูจน์กรณีละเมิดนั้น มาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติว่า “ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด” ซึ่งมาตรา 422 นั้น เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าให้บุคคลนั้นมีความผิด ซึ่งเป็นการสันนิษฐานว่าบุคคลนั้นกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ที่สามารถนำมาใช้เพื่อเป็นการผลักระการพิสูจน์ได้ เนื่องจากมาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นข้อสันนิษฐานความผิดตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายได้สันนิษฐานไว้ก่อนแล้วว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีความผิด โดยบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานความผิด ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุนแล้ว

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กรณีที่ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทุนของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ควรให้ผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์โดยกรณีของสัญญา ให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีภาระการพิสูจน์โดยอาศัยมาตรา 84/1 ตอนท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในการผลักระการพิสูจน์ และสำหรับกรณีของละเมิดเมื่อกฎหมายละเมิดได้มีบทบัญญัติที่เป็นข้อสันนิษฐานความผิดไว้อยู่แล้วนั้น ควรให้นำมาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการผลักระการพิสูจน์ให้แก่บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน เพื่อให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนพิสูจน์หักล้างว่าตนได้ทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและถูกต้องตามขั้นตอนที่เป็นมาตรฐานทางวิชาชีพแล้ว ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดภาระการพิสูจน์ให้แก่ผู้ลงทุน

5.4 ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหายจากการได้รับปรึกษาการลงทุน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้มีการเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ อันได้แก่การไม่ปฏิบัติตามสัญญา และค่าเสียหายที่เกิดจากการละเมิด โดยค่าเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญา ได้แก่ ค่าเสียหายตามปกติและค่าเสียหายตามพฤติการณ์พิเศษ

หากพิจารณาแล้วว่า การที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหายจากการให้คำปรึกษาของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งทำหน้าที่ชำระหนี้ตามสัญญาแทนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นนั้น เกิดจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาหรือหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ เพราะโดยทั่วไปแล้ว สัญญาจ้างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน เป็นสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าในการกำหนดเนื้อหาในสัญญา ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ระบุข้อความที่ตนต้องชำระค่าเสียหาย หรือเบี้ยปรับ รวมถึงความรับผิดใด ๆ ไว้ และไม่ว่าการไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้น จะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความรับผิดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็จะไปตามความรับผิดตามสัญญา ซึ่งนำมาสู่การพิจารณาเรื่องความเสียหายว่าค่าเสียหาย

ที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดชอบผู้ลงทุนนั้น จะต้องรับผิดชอบอย่างน้อยเพียงใด ซึ่งหากเป็นความผิดตามสัญญาแล้ว การชดใช้ค่าเสียหาย ก็จะเป็นไปตามที่ระบุไว้ในสัญญา ซึ่งเป็นการกำหนดจำนวนได้แน่นอน แต่ถ้าหากว่าค่าเสียหายนั้นไม่สามารถกำหนดไว้ได้แน่นอน ในการฟ้องคดีก็จะนำหลักเรื่องหนี้มาปรับใช้ในเรื่องค่าเสียหาย รวมถึงกรณีที่แม้ว่าสัญญาจะไม่ได้กำหนดให้ต้องรับผิดชอบ แต่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบ ค่าเสียหายดังกล่าวก็จะมีทั้งค่าเสียหายตามปกติ ซึ่งเป็นค่าเสียหายจากการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ปฏิบัติหน้าที่ คือการปฏิบัติภาระหน้าที่ตามสัญญา และค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจะต้องรับผิดชอบเมื่อคาดเห็นได้หรือควรคาดเห็นได้ ตามมาตรา 222 และในบางครั้งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจจะอ้างว่าค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นค่าเสียหายที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่สามารถคาดเห็นได้

การที่จะพิจารณากรณีใดที่จะเป็นค่าเสียหายตามปกติ หรือกรณีใดที่เป็นค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษนั้น บุคคลทั่วไปรวมถึงผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะพึงรู้ได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ลงทุนนั้นเป็นเรื่องปกติที่อาจเกิดขึ้นได้และเป็นผลธรรมดาจากการที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ปฏิบัติหน้าที่ที่ตนมีตามสัญญา เช่น สูญเสียเงินที่ลงทุนไป ซึ่งหากบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ทำหน้าที่ตามสัญญาด้วยความระมัดระวัง ถูกต้องตามหลักวิชาชีพแล้ว การให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุนอาจจะไม่ก่อให้เกิดผู้ลงทุนได้รับความเสียหายก็ได้ ในทางกลับกัน ผู้ลงทุนอาจจะได้กำไรจากการที่ตนเลือกตัดสินใจลงทุนจากการให้คำปรึกษาที่ได้ใช้ความระมัดระวังของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนก็ได้ ซึ่งหากว่าผู้ลงทุนรู้ว่าการที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น ไม่ปฏิบัติตามสัญญา ผู้ลงทุนก็อาจจะเลือกที่จะไม่ลงทุน ผู้ลงทุนก็อาจจะไม่ต้องสูญเสียเงินที่นำไปลงทุน รวมถึงค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการลงทุนนั้น ซึ่งค่าเสียหายดังกล่าวบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนควรที่จะคาดเห็นได้ ว่าหากตนไม่ใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาแก่ผู้ลงทุน ผู้ลงทุนอาจได้รับความเสียหายในค่าใช้จ่ายดังกล่าว และในส่วนของกำไรที่ผู้ลงทุนอาจจะได้รับจากการลงทุนนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจจะคาดเห็นได้ หรือไม่สามารถคาดเห็นได้ก็ได้ ขึ้นอยู่กับประเภทของการลงทุน หากว่าการลงทุนในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนประเภทนั้น ๆ มีความเสี่ยงน้อยมากและผู้ลงทุนยอมที่จะได้กำไรอยู่แล้ว แต่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนกลับแนะนำให้ผู้ลงทุนไปลงทุนในผลิตภัณฑ์ในตลาดทุนอื่น ๆ ที่มีความเสี่ยงสูงกว่าและผู้ลงทุนอาจจะไม่ได้กำไร กรณีเช่นนี้ บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจจะคาดเห็นในค่าเสียหายดังกล่าวได้ หรือในกรณีที่หากผู้ลงทุนนำเงินมาลงทุนตามบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนแนะนำ และผู้ลงทุนก็เชื่อว่าการลงทุนนั้น อย่างน้อยตนก็จะไม่ขาดทุน แต่อาจจะได้กำไรมากหรือน้อย จึงตัดสินใจยืมเงินหรือกู้เงินจากบุคคลอื่น หรือสถาบันการลงทุนมา แล้วต่อมา การลงทุนตามคำแนะนำของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่ได้เป็นไปตามที่คาดหวังไว้ ทำให้ผู้ลงทุนขาดทุน เพราะเหตุที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนไม่ใช้ความระมัดระวัง ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนอาจจะไม่สามารถคาดเห็นถึงการที่ผู้ลงทุนของตนไปกู้ยืมเงินจากบุคคลอื่นมาลงทุนได้ กรณีดังกล่าว จึงอาจเป็นค่าเสียหายพฤติการณ์พิเศษที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่สามารถคาดเห็นได้ เว้นเสียแต่ว่า ผู้ลงทุนจะได้แจ้งกับบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนแล้วว่า ตนได้กู้ยืมเงินดังกล่าว เพื่อนำมาลงทุนตามคำแนะนำของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน กรณีเช่นนี้อาจจะเป็นค่าเสียหายที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนสามารถคาดเห็นได้ และในกรณีที่บริษัทที่ปรึกษา

การลงทุนจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากการผิดหน้าที่ตามสัญญาของตน อันทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย ซึ่งการคาดเห็นความเสียหายได้นั้น อาจจะสามารถเห็นได้ตั้งแต่ก่อนหรือขณะทำสัญญาก็ได้

อย่างไรก็ดี กรณีถ้าเป็นละเมิดนั้น หากบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้ผู้ลงทุนได้รับความเสียหาย ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีนี้การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องนำมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาพิจารณาเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้ลงทุน โดยบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนอาจต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ลงทุนด้วยวิธีใด จำนวนมากน้อยเท่าใดนั้น ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยพิจารณาจากความร้ายแรงของการกระทำละเมิด เช่น การกระทำนั้นกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ในขณะที่กฎหมายอังกฤษ มีหลักเรื่องความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้สามารถใช้ได้ทั้งในกรณีละเมิดโดยจงใจ และกรณีละเมิดโดยประมาทเลินเล่อเฉพาะกรณีของการให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อเท่านั้น ที่ให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ได้ ดังเช่นในคดี Hedley Byrne & Co. Ltd. V. Heller & Partners Ltd. (1964) AC 465 โดยจะต้องพิจารณาว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง และผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนฝ่าฝืนหน้าที่นั้น อีกทั้งต้องปรากฏว่าทั้งผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนมีความสัมพันธ์พิเศษต่อกัน และผู้ลงทุนเชื่อในคำปรึกษาที่ตนได้รับนั้น ซึ่งหากว่าการให้คำปรึกษาการลงทุนของผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเข้าเงื่อนไขข้างต้นแล้ว ผู้ลงทุนอาจเรียกร้องค่าเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ที่ตนได้รับจากการได้รับคำปรึกษาการลงทุนโดยประมาทเลินเล่อได้

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดค่าเสียหายนั้นหากเป็นกรณีของการผิดสัญญา ควรที่จะต้องนำหลักทั่วไปเรื่องนี้ ตามมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้เพื่อพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นค่าเสียหายตามปกติหรือพฤติการณ์พิเศษ และสำหรับละเมิดนั้น การพิจารณาค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ลงทุนนั้น จะต้องนำมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาปรับใช้โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน อย่างไรก็ตาม การเรียกร้องโดยอาศัยฐานละเมิดน่าจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนมากกว่า เนื่องจากการเรียกร้องค่าเสียหายตามสัญญานั้นจะสามารถเรียกร้องได้เฉพาะความเสียหายที่คู่สัญญาคาดเห็นหรือควรคาดเห็นได้เท่านั้น แต่หากเป็นการเรียกร้องตามละเมิดนั้น ไม่ได้มีการจำกัดเฉพาะความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยอาศัยการคาดเห็นหรือควรคาดเห็นได้เช่นเดียวกับการเรียกร้องตามสัญญา

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น มีได้ทั้งความรับผิดชอบตามสัญญาและความรับผิดชอบเพื่อละเมิด โดยจากการศึกษาสรุปได้ดังนี้

1. บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนกับผู้ลงทุนที่มีความสัมพันธ์กันตามสัญญา โดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ต่อผู้ลงทุนทั้งหน้าที่โดยชัดแจ้งตามสัญญาและหน้าที่โดยปริยายที่เป็นหน้าที่ตามกฎหมาย โดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุน ซึ่งในการดำเนินการอาจมอบหมายให้บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นผู้ชำระหนี้ในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนแทนบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน และหากบุคคลในสังกัดให้คำปรึกษาโดยไม่ระมัดระวังหรือปฏิบัติผิดหน้าที่ในการให้คำปรึกษาถือเท่ากับบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นฝ่าฝืนหน้าที่ตามสัญญา บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญา แต่เนื่องจากสัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและผู้ลงทุนมักจะมีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด ทำให้ในบางครั้งหรือบ่อยครั้งผู้ลงทุนไม่อาจเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นคู่สัญญารับผิดชอบต่อสัญญาได้ ผู้ลงทุนจึงอาจไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งนับเป็นข้อจำกัดของผู้ลงทุนในการเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดชอบต่อสัญญาประการสำคัญ

การที่ผู้ลงทุนมีข้อจำกัดในการเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบต่อสัญญานั้น ผู้ลงทุนจึงอาจต้องไปเรียกร้องโดยอาศัยฐานความรับผิดเพื่อละเมิดแทน แต่การเรียกร้องโดยอาศัยฐานละเมิดจะต้องพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่ให้คำปรึกษาโดยผิดพลาดจากการกระทำไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นละเมิดหรือไม่ การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นละเมิดหรือไม่ การกระทำที่เป็นละเมิดจะตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิด ได้แก่ มีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ มีความเสียหายซึ่งกระทบสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่กฎหมายรับรองเกิดขึ้น และการกระทำกับผลในเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กันตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล โดยการพิจารณาว่าการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนประมาทเลินเล่อหรือไม่ หากพิจารณาความประมาทเลินเล่อทางอัตวิสัยจะต้องพิจารณาจากมาตรฐานของบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้นซึ่งก็คือมาตรฐานทางวิชาชีพและจะต้องนำบุคคลสมมติซึ่งมีวิชาชีพเดียวกันมาพิจารณาประกอบ เนื่องจากบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้มีวิชาชีพจึงต้องปฏิบัติตามมาตรฐานทางวิชาชีพตามที่กฎหมายหรือหลักเกณฑ์ทางวิชาชีพกำหนดไว้ นอกจากนี้ ในเรื่องสิทธิที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการคุ้มครองสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดที่กฎหมายรับรองเอาไว้เท่านั้น ซึ่งสิทธิตามมาตรา 420 นั้นเป็นสิทธิเด็ดขาด แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ที่ไม่ได้รวมถึงในมาตรา 420 จึงไม่ได้เป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นไม่ครอบคลุมองค์ประกอบของละเมิด การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงไม่เป็นละเมิด

เมื่อการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไม่เป็นละเมิด จึงไม่ต้องพิจารณาความรับผิดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนในฐานะนายจ้าง ตัวการ นิติบุคคล หรือผู้ว่าจ้างทำของอีก

ในขณะที่กฎหมายอังกฤษมีหลักเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดในกรณีให้คำปรึกษาที่ผิดพลาดไว้ (Negligent Misstatement) มาใช้กับการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยประมาณเส้นเลือด โดยต้องพิจารณาว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้ลงทุนหรือไม่ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ฝ่าฝืนหน้าที่ใช้ความระมัดระวังหรือไม่ อีกทั้งต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนนั้นมีความสัมพันธ์พิเศษหรือไม่ ซึ่งหากผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนได้ให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนแล้ว ผู้ลงทุนเชื่อในคำปรึกษาที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนให้มา และปฏิบัติตามคำปรึกษาที่ได้รับ ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนก็จะมี ความรับผิดจากการให้คำปรึกษาการลงทุนโดยผิดพลาดของตน

2. การจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ส่วนใหญ่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ หรือการละเว้นการกระทำของตน เพื่อที่จะไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยกฎหมายไทยมีมาตรา 8 วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติถึงข้อสัญญาที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในกรณีใด ๆ ที่ไม่ใช่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ข้อสัญญาดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมเท่านั้น โดยศาลจะเป็นผู้ตีความการบังคับใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ซึ่งเป็นขั้นตอนที่เกิดขึ้นหลังจากที่คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญาแล้ว โดยในส่วนของละเมิด หากไม่เป็นละเมิดแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 8 วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 อีก

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่มีบทบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาไว้ โดยได้กำหนดธุรกิจบางประเภทที่ต้องควบคุมสัญญาไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 แต่ปัจจุบันยังไม่ได้มีการกำหนดธุรกิจที่ปรึกษาการลงทุนเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาไว้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ซึ่งการควบคุมสัญญานั้นเป็นขั้นตอนการควบคุมเนื้อหาของสัญญาก่อนที่คู่สัญญาจะเข้าทำสัญญา

ในขณะที่กฎหมายอังกฤษใช้หลัก The Contra Proferentem Rule ในการตีความข้อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด โดยจะตีความให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่ไม่ได้อ้างข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดตามสัญญานั้น และหลัก Fundamental Breach ที่ศาลจะพิจารณาจากการกระทำผิดเงื่อนไขซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา โดยอังกฤษยังได้นำมาตรา 2 (2) Unfair Contract Terms 1977 ที่ศาลจะใช้หลักความสมเหตุสมผลมาพิจารณาข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นความรับผิด โดยจะตีความให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่ไม่ได้กำหนดข้อสัญญาขึ้น และในการนำ Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 มาปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ศาลจะใช้การตีความตามหลัก The Contra Proferentem Rule เพื่อตีความสัญญาให้ใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรม

เท่านั้น ส่วนอเมริกาใช้หลักความไม่โมฆกรรม ตามมาตรา 2-302 Uniform Commercial Code มาพิจารณา สัญญาที่มีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น ไม่สามารถใช้บังคับได้ทั้งหมดหรือเฉพาะส่วนที่มีข้อความยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไว้เท่านั้น เพื่อควบคุมและแก้ไขปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

3. การกำหนดภาระการพิสูจน์ตามกฎหมายไทยนั้น มาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้วางหลักไว้ให้ฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตนให้ฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ ตามหลัก ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 84/1 ตอนท้าย ยังได้วางข้อยกเว้นของหลักดังกล่าวไว้ โดยหากว่ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ ที่เป็นประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นจะต้องพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขครบถ้วนแล้ว ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน โดยในกรณีของสัญญานั้น ผู้ลงทุนสามารถนำมาตรา 84/1 ตอนท้าย เป็นหลักในการผลักภาระการพิสูจน์ให้แก่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนที่เป็นคู่สัญญาได้ โดยบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่พิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติตามสัญญาแล้ว สำหรับกรณีของละเมิด มาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้เฉพาะแล้ว บุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีหน้าที่ในการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการให้คำปรึกษาการลงทุนแก่ผู้ลงทุนอย่างผู้มีวิชาชีพโดยได้ปฏิบัติตามมาตรฐานทางวิชาชีพแล้ว

ในขณะที่อังกฤษและอเมริกาใช้หลัก Res Ipsa Loquitur หรือที่เรียกว่า Thing speaks for itself ซึ่งหลัก Res Ipsa Loquitur เป็นข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น มีวัตถุประสงค์เพื่อผลักภาระการพิสูจน์ไปให้อีกฝ่ายหนึ่ง โดยหลัก Res Ipsa Loquitur นี้ มีเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ เหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้กระทำความเสียหาย และเหตุการณ์นั้นตามธรรมดาจะไม่เกิดขึ้น หากผู้กระทำได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรโดยปกติแล้ว เหตุการณ์นั้นจะไม่เกิดขึ้นหากได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ซึ่งเงื่อนไขทั้ง 2 ประการนี้ นำมาใช้ในการผลักภาระการพิสูจน์ในคดี

4. การกำหนดค่าเสียหายของผู้ลงทุนจากการที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนผิดสัญญานั้น แบ่งเป็นสองกรณี ได้แก่ ค่าเสียหายตามปกติและค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ ตามมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ความเสียหายที่เกิดจากพฤติการณ์พิเศษจะต้องเป็นกรณีที่คู่กรณีสามารถคาดเห็นได้หรือควรจะคาดเห็นได้ล่วงหน้าถึงความเสียหายดังกล่าว ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นตามพฤติการณ์พิเศษ ซึ่งหากผู้ลงทุนเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดตามสัญญานั้น จะมีข้อจำกัดในการเรียกร้องค่าเสียหายเนื่องจากผู้ลงทุนจะเรียกได้เฉพาะความเสียหายตามพฤติการณ์พิเศษที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนคาดเห็นได้หรือควรจะคาดเห็นได้เท่านั้น สำหรับกรณีของละเมิดนั้น การกำหนดค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ลงทุนนั้น จะต้องนำมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาพิจารณาในการกำหนด

ค่าสินไหมทดแทนโดยศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาวิธีการและจำนวนค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุน

ในขณะที่การกำหนดค่าเสียหายแก่ผู้ลงทุนจากการที่ผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนผิดสัญญาของอังกฤษนั้น เนื่องจากความเสียหายจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้นเป็นพฤติการณ์พิเศษที่เกิดขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นที่ปรึกษาการลงทุนจึงต้องคาดเห็นได้ และผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องมีความสัมพันธ์กันตามสัญญากับผู้ลงทุน และสำหรับการให้ค่าเสียหายกรณีละเมิดซึ่งผู้ให้คำปรึกษาการลงทุนให้คำปรึกษาโดยประมาทเลินเล่อ นั้น จะต้องปรากฏว่าผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนและผู้ลงทุนจะต้องมีความสัมพันธ์พิเศษต่อกัน และผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนจะต้องมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อผู้ลงทุน และผู้ลงทุนเชื่อในคำปรึกษาที่ได้รับและนำไปปฏิบัติตาม

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนมานั้น จะเห็นว่าผู้ลงทุนที่ตัดสินใจลงทุนตามคำแนะนำของผู้ให้คำปรึกษาในการลงทุนนั้น ยังไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร ดังนั้น เพื่อให้ผู้ลงทุนได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะ ดังนี้

6.2.1 แม้ว่าผู้ลงทุนจะมีสิทธิเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนรับผิดชอบตามสัญญา แต่เนื่องจากสัญญาระหว่างบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนมีข้อความจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด ทำให้ผู้ลงทุนอาจเลือกที่เรียกร้องความเสียหายโดยอาศัยฐานของละเมิดแทน โดยมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติคุ้มครองเฉพาะสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งเป็นสิทธิเด็ดขาด แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาในการลงทุนเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ซึ่งสิทธิที่มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คุ้มครองและคุ้มครองนั้น ไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ซึ่งเมื่อมาตรา 420 ไม่ได้รวมถึงสิทธิในความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ทำให้ความเสียหายที่ผู้ลงทุนได้รับไม่ครบองค์ประกอบของละเมิด การกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงไม่เป็นละเมิด และเมื่อบุคคลที่สังกัดบริษัทฯ ไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อละเมิด บริษัทฯ จึงไม่ต้องมารับผิดหรือร่วมรับผิดในฐานะนิติบุคคล นายจ้าง ตัวการหรือผู้ว่าจ้างทำของ อันจะส่งผลให้ผู้ลงทุนไม่ได้รับการเยียวยา

ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่า ควรเพิ่มสิทธิในความเสียหายทางเศรษฐกิจเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติการคุ้มครองสิทธิ ไว้ในมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิของผู้ลงทุนครอบคลุมถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ และมีความชัดเจนโดยไม่ต้องอาศัยการตีความทางกฎหมายในประเด็นเรื่องสิทธิอื่นใดอีก ย่อมจะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองผู้ลงทุนในการที่จะเรียกร้องในความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ที่อาจเกิดขึ้นได้ ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และแม้มีการบัญญัติกฎหมายในส่วนนี้เพิ่มเติมก็ไม่ได้ทำให้บุคคลในสังกัดหรือบริษัทฯ ต้องรับผิดชอบเคร่งครัดเกินไป เนื่องจากตามกฎหมายลักษณะละเมิด ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดอยู่แล้ว การบัญญัติกฎหมายในส่วนนี้นอกจากเป็นผลดีในการคุ้มครองผู้ลงทุนแล้วยังเป็นประโยชน์ในการเตือนบุคคลใน

สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนให้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาและตามกฎหมายด้วยความระมัดระวังในฐานะผู้มีวิชาชีพอีกด้วย

6.2.2 แม้ว่ากฎหมายไทยจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่เข้ามาคุ้มครองข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม อันได้แก่ข้อสัญญาที่มีการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 8 วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยอาศัยการตีความของศาลให้ใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรม แล้วก็ตาม แต่การที่จะต้องมีการตีความสัญญาที่มีบทบัญญัติที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ลงทุนทุกครั้งนั้น เป็นการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุเนื่องจากเป็นการตีความเมื่อคู่สัญญาได้ทำสัญญากันเรียบร้อยแล้วและสร้างความยุ่งยากในการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ศาลตีความ อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้บริโภคตามนิยามของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ด้วย ซึ่งบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้นถือเป็นผู้ให้บริการด้านการปรึกษาการลงทุนซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามนิยาม มาตรา 3 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา ซึ่งได้มีการกำหนดประเภทธุรกิจที่ต้องควบคุมสัญญา ไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ยังไม่ได้มีการควบคุมสัญญาประเภทธุรกิจที่ปรึกษาการลงทุน

ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่า หากพระราชบัญญัติดังกล่าวมีการเพิ่มประเภทธุรกิจที่ปรึกษาการลงทุนให้เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา โดยกำหนดให้มีสัญญามาตรฐานซึ่งกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนไว้อย่างชัดเจนตั้งแต่ก่อนที่คู่สัญญาจะเข้าทำสัญญา โดยไม่ต้องอาศัยการตีความสัญญาของศาล ย่อมทำให้ผู้ลงทุนได้รับประโยชน์จากข้อสัญญาที่เป็นธรรมในการเข้าทำสัญญากับบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน และทำให้บุคคลในสังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนและบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนตระหนักถึงการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้มีวิชาชีพของตนมากยิ่งขึ้น

6.2.3 หลักการพิจารณาพิสูจน์ตาม มาตรา 84/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้กำหนดหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 84/1 ตอนท้าย ได้กำหนดหลักยกเว้นผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ ไว้ในกรณีที่มิใช่ข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือข้อสันนิษฐานตามสภาพปกติธรรมดาที่เหตุการณ์เป็นคุณแก่ฝ่ายใด ให้ฝ่ายนั้นมีหน้าที่เพียงพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตนได้รับจากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายครบถ้วนแล้ว ซึ่งการนำหลักข้อสันนิษฐานของกฎหมายมาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดภาระการพิสูจน์นั้น ย่อมมีประโยชน์ในการผลักระการพิสูจน์ไปให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งในกรณีของสัญญา ผู้ลงทุนอาจอาศัยมาตรา 84/1 ตอนท้ายในการผลักระการพิสูจน์ให้แก่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนได้ โดยให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเป็นผู้มีภาระการพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาแล้ว สำหรับกรณีของละเมิดนั้น การที่มาตรา 84/1 ตอนท้ายให้สามารถนำข้อสันนิษฐานที่มีตามกฎหมายมาใช้ในการผลักระการพิสูจน์ได้นั้น ในเรื่องละเมิดมาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงข้อสันนิษฐานความรับผิดไว้แล้ว ซึ่งบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนจึงมีหน้าที่ต้องพิสูจน์หักล้างว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามวิชาชีพและได้ทำถูกต้องตามขั้นตอนที่เป็นมาตรฐานทางวิชาชีพแล้ว

ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า กรณีของสัญญาฉบับนั้น ผู้ลงทุนควรนำบทบัญญัติมาตรา 84/1 ตอนท้าย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในการผลัดภาระการพิสูจน์ของบริษัทที่ปรึกษา การลงทุน และกรณีของละเมิดนั้น เนื่องจาก มาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงข้อสันนิษฐานความผิดไว้โดยเฉพาะแล้ว ผู้ลงทุนจึงอาจอาศัยข้อสันนิษฐานตามมาตรา 422 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการผลัดภาระการพิสูจน์ให้กับบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน ซึ่งการผลัดภาระการพิสูจน์ว่าบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนนั้น ได้ใช้ความระมัดระวังแล้วหรือไม่นั้น ย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนที่ไม่ต้องรับภาระในความยากลำบากที่จะต้องพิสูจน์ถึงการไม่ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน อันเป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็นของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนเอง

6.2.4 การกำหนดค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาฉบับนั้น มาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้ให้ค่าเสียหายใน 2 กรณี ได้แก่ ค่าเสียหายตามปกติ และค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ แต่อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้คำปรึกษาการลงทุนนั้น เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ที่เป็นค่าเสียหายทางในพฤติการณ์พิเศษที่ต้องอาศัยความคาดเห็นหรือควรจะคาดเห็นได้ของบริษัทที่ปรึกษาการลงทุนถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ซึ่งผู้ลงทุนอาจเรียกร้องให้บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนต้องรับผิดชอบในความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ที่เกิดขึ้นได้ หากว่าค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในพฤติการณ์พิเศษนั้น บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนสามารถคาดเห็นหรือควรคาดเห็นได้ซึ่งเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการให้ค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ สำหรับกรณีละเมิดนั้น การกำหนดค่าสินไหมทดแทน อาศัยการพิจารณาตามมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ลงทุนที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งความร้ายแรงของการกระทำละเมิดนั้นเป็นปัจจัยที่ศาลนำมาพิจารณาคำสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ลงทุน

ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า กรณีของสัญญาฉบับนั้น การกำหนดค่าเสียหายกรณีผิดสัญญาควรนำหลักเรื่องเรื่องหนี้ ตามมาตรา 222 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่บริษัทที่ปรึกษาการลงทุนผิดสัญญาโดยเป็นประโยชน์แก่ผู้ลงทุนแม้ว่าจะมีเงื่อนไขในเรื่องของความคาดเห็นได้หรือควรคาดเห็นได้ก็ตาม และสำหรับกรณีของละเมิด การกำหนดค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ลงทุนนั้น ควรนำมาตรา 438 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยพิจารณาจากลักษณะการกระทำของบุคคลที่สังกัดบริษัทที่ปรึกษาการลงทุน

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เข็มชัย ชูติวงศ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557.

จรัญ ภักดีธนากุล. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

———. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ดารารพร ธีระวัฒน์. กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

———. กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ธนภุต วรรณชชากุล และคณะ, วรรณชัย บุญบำรุง. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

ธีรวุฒิ โสภิชฎิกุล. กฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. ฉะเชิงเทรา: เอ็มเอ็นคอมพิวออฟเซ็ท, 2550.

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธ์. หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะจ้างแรงงาน-จ้างทำของ-รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

ประมุข สุวรรณศร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2526.

ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล. "ความรับผิดในการทำละเมิดของผู้อื่น ตัวการ-ตัวแทน." วารสารกฎหมายจุฬา ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2520).

ประสิทธิ์ จงวิจิต. "การพิสูจน์ค่าเสียหายในทางละเมิด." วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 25 (พฤศจิกายน 2549) ฉบับที่ 3.

———. "การพิสูจน์ในคดีละเมิดโดยประมาทเล็กน้อย." วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2527.

ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560.

พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.

- Andrew Burrows. *Remedies for Torts and Breach of Contract*. 2nd Ed. London: Butterworths, 1994.
- Arthur B. Laby. "Current Issues in Fiduciary Law." *Boston University Law Review* Vol.91.
- Beatson, J. *Anson's Law of Contract*. 28th Ed. New York: Oxford University Press, 2002.
- Bernstein, Herbert. "Civil Liability for Pure Economic Loss under American Tort Law." *The American Journal of Comparative Law* Vol.46 (1998).
- Cathering Elliott and Frances Quinn. *Contract Law*. 5th Ed. . Harlow, England: Longman, 2005.
- Cooke, John. *Law of Torts*. 12th Ed. . Harlow: Pearson Education Limited, 2015.
- Emil J. Hayek. "Economic Loss." *James Cook University Review* (1994).
- Helmut Koziol. "Recovery for Economic Loss in the European Union." *Arizona Law Review* (2006).
- Hodgson, John Lewthwaite & John S. *Law of Torts : Learning Text*. 3rd Ed. London: Blackstone, 2001.
- Howard, Jeffrey J. Haas and Steven R. *Investment Adviser Regulation*. United States of America Thomson/West, 2008.
- J. A, Jolowicz , ; Lewis, T. Ellis; Harris. *Winfield and Jolowicz on Tort* 9th Ed. London: Sweet & Maxwell, 1971.
- J.D., Cheryl Toman-Cubbage. *Cfp Professional Liability Pitfalls for Financial Planners*. Englewood Cliffs N.UJ, 1988.
- Jai Massari, Barry P. Barbash. "The Investment Advisers Act of 1940: Regulation by Accretion." *Rutgers law journal* Vol.39:627.
- James, Fowler V. Harper and Fleming. *The Law of Torts V.2*. Boston: Little Brown, 1956.
- James H. Donaldson. *Casualty Claim Practice*. 3rd Ed. Illinois: Irwin, 1976.
- others, Robert N. Corley and. *The Legal and Regulatory Environment of Business*. 10th Ed. . New York McGraw-Hill, 1996.
- R.F.V. Heuston and R.S. Chambers. *Salmond on the Law of Torts*. 18 Ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
- Richard Kidner. *Casebook on Torts*. 8th Ed. New York: Oxford University Press, 2014.
- Robby Bernstein. *Economic Loss*. Vol.1 Ed.3. 3 ed. London: Sweet & Maxwell, 1998.
- Robert Duxbury. *Contract Law*. 1st Ed. London: Sweet&Maxwell, 2008.

- Robert W. Helm and Megan C. Johnson. "Dealing with Investment Errors." Vol.20 No.3 (March 2013).
- Roger Halson. *Contract Law*. Harlow: Longman, 2001.
- Rupert Jackson and John Powell. *Jackson & Powell on Professional Negligence*. 4th Ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Ryan Murray. *Contract Law: The Fundamentals*. London: Sweet&Maxwell, 2008.
- Sadler, Pauline. "Liability for Negligent Misrepresentation in the Finance Industry." *The Finance Industry* Vol.11 (2009).
- Sidney Lovell Phipson. *Phipson on Evidence*. 13th Ed. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- Stefan Fafinski and Emily Finch. *Contract Law*. Harlow: Pearson, 2009.
- Thomas C. Galligan. *Tort Law : Cases, Perspectives, and Problems*. Rev. 4th Ed. New Jersey: LexisNexis, 2007.
- Virgo, Gerard McMeel & John. *Financial Advice and Financial Products Law and Liability*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- William L. Prosser. *Handbook of the Law of Torts*. Ed.4. Minnesota West Pub. Co., 1978.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY



ถูกต้องประเภทบุคคลธรรมดา

ผู้รับบริการที่ปรึกษา
 Bualuang iProgramTrade : Stock Accumulation Plan บัญชีเลขที่ _____
 ผู้ติดต่อผู้ลงทุน Mkt. ID _____ ทีมสาขา _____

แบบคำขอใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Bualuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan

วันที่ _____

ข้าพเจ้า _____ (“ลูกค้า”) มีความประสงค์จะขอใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Bualuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan กับบริษัทหลักทรัพย์ บิวหลวง จำกัด (มหาชน) (“บริษัท”) สำนักงานใหญ่ตั้งอยู่เลขที่ 191 อาคารสีลมคอมเพล็กซ์ ชั้น 10, 12, 19, 23, 29-32 ถนนสีลม แขวงสีลม เขตบางรัก กรุงเทพมหานคร

- กลยุทธ์ที่ขอใช้บริการ Bualuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan: โปรดระบุรหัสกลยุทธ์ _____
- การขอเปิดเพิ่มบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์

ข้าพเจ้ามีความประสงค์จะ () เปิดบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ประเภทบัญชี Cash Balance (กรณีไม่มีบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์กับบริษัท)
 () เพิ่มบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ประเภทบัญชี Cash Balance (กรณีมีบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์กับบริษัทอยู่แล้ว)
 () ใช้บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ประเภทบัญชี Cash Balance ปัจจุบันของข้าพเจ้า เลขที่บัญชี _____

- การชำระเงินค่าซื้อและการรับเงินค่าขาย (ต้องเป็นบัญชีธนาคารกรุงเทพเท่านั้น)

() ข้าพเจ้าตกลงใช้บริการหักบัญชีเงินฝากอัตโนมัติ (ATS) ตามฐานข้อมูลล่าสุดที่ข้าพเจ้ามีอยู่ร่วมกับบริษัท
 () ข้าพเจ้ายังไม่ขอใช้บริการหักบัญชีเงินฝากอัตโนมัติ (ATS) ในบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ใดๆ ของข้าพเจ้าที่มีอยู่ร่วมกับบริษัท ข้าพเจ้าขอแจ้งรายละเอียดบัญชีเงินฝากอัตโนมัติ (ATS) ดังนี้

ธนาคาร _____ สาขา _____ ประเภทบัญชี ออมทรัพย์ กระแสรายวัน

เลขที่บัญชี

หมายเหตุ: 1. ชื่อบัญชีเงินฝากจะต้องเป็นชื่อเดียวกับที่ใช้เปิดบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์กับบริษัท และ ไม่เป็นบัญชีร่วม
 2. ข้าพเจ้าได้มอบหมายสิทธิให้กับบัญชีเงินฝากและส่วนยอดสวามนุษย์ในการซื้อและขายที่มีบัญชีรวมกัน

- การรับเงินปันผลเข้าบัญชีเงินฝากธนาคาร

ข้าพเจ้ามีความประสงค์ที่จะรับเงินปันผล รวมถึงสิทธิอื่นใดที่เป็นตัวเงินเข้าบัญชีเงินฝากธนาคาร (e-Dividend) ตามรายละเอียดด้านล่าง (เลือกเพียงข้อใดข้อหนึ่ง) ทั้งนี้ ข้าพเจ้ารับทราบดีว่า การรับเงินปันผลเข้าบัญชีเงินฝากธนาคารนี้ มีผลเฉพาะหลักทรัพย์ที่ฝากไว้กับบริษัทเท่านั้น

() ตามฐานข้อมูลล่าสุดที่ข้าพเจ้ามีอยู่ร่วมกับบริษัท
 () ตามฐานข้อมูลบัญชีเงินฝากธนาคารที่ข้าพเจ้าได้แจ้งต่อบริษัทในหัวข้อ “การชำระเงินค่าซื้อและการรับเงินค่าขาย” ข้างต้น

หมายเหตุ: 1. ชื่อบัญชีเงินฝากจะต้องเป็นชื่อเดียวกับที่ใช้เปิดบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์กับบริษัท และ ไม่เป็นบัญชีร่วม
 2. ข้าพเจ้าได้มอบหมายสิทธิให้กับบัญชีเงินฝากและส่วนยอดสวามนุษย์ในการซื้อและขายที่มีบัญชีรวมกัน

- การใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Bualuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan

ข้าพเจ้ามีความประสงค์ใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Bualuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan โดยต้องการลงทุนเป็นจำนวนเงินแต่ละงวดเท่ากับ

จำนวนเงินงวดละ (บาท)	จำนวนเงินงวดละ (เป็นคำอักษร)

หมายเหตุ: จำนวนเงินลงทุนขั้นต่ำเป็นไปตามที่ระบุใน Strategy Fact Sheet ของแต่ละกลยุทธ์
 ทั้งนี้ ข้าพเจ้าตกลงให้บริษัทหักเงินลงทุนแต่ละงวดจากบัญชีธนาคารของข้าพเจ้า ผ่านบริการหักบัญชีเงินฝากอัตโนมัติ (ATS) ที่ได้ตกลงไว้กับบริษัท

- การคิดค่าธรรมเนียมและการหักเงินลงทุนในกลยุทธ์

(1) ข้าพเจ้าตกลงชำระค่าธรรมเนียมรายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์จากการใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Bualuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan ในอัตราร้อยละ 0.30 ของมูลค่าการซื้อขายหลักทรัพย์ โดยข้าพเจ้าตกลงชำระในวันทำการที่ 3 (สาม) นับถัดจากวันที่ทำการซื้อขาย (T+3)

ค่าธรรมเนียมตาม (1) นี้ ยังไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม ค่าธรรมเนียมตลาดหลักทรัพย์ ค่าธรรมเนียมการชำระราคาและส่งมอบหลักทรัพย์ ค่าธรรมเนียมการกำกับดูแล และค่าธรรมเนียมอื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. กำหนดไว้หรือเทียบ รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นและเกี่ยวข้องกับการใช้บริการดังกล่าว โดยข้าพเจ้าตกลงเป็นผู้รับผิดชอบในค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายดังกล่าว

- ในการนี้ ข้าพเจ้ายินยอมให้บริษัทหักชำระค่าธรรมเนียม (1) จากเงินหลักประกันคงเหลือในบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ หรือทำการขายหลักทรัพย์ ตามจำนวนของค่าธรรมเนียมสัญญาที่ข้าพเจ้าถูกเรียกเก็บจากบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ที่ข้าพเจ้าเปิดไว้กับบริษัท
- (2) ข้าพเจ้าตกลงให้บริษัทจะทำการหักเงินลงทุนแต่ละงวดจากบัญชีธนาคารของข้าพเจ้า ผ่านบริการหักบัญชีเงินฝากอัตโนมัติ (ATS) ที่ได้ตกลงไว้กับบริษัท ทุกวันที่ 1 ของแต่ละงวด โดยจะเริ่มหักงวดแรกหลังจากที่บริษัทได้ส่งอีเมลยืนยันและตกลงให้ใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Buabuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan จาก iprogramtrade@buabuang.co.th (หรืออีเมลอื่นใดที่บริษัทได้แจ้งให้ข้าพเจ้าทราบ) หากภายหลังจากที่บริษัทได้ส่งอีเมลดังกล่าวแล้ว บริษัทไม่สามารถหักเงินจากบัญชีธนาคารของข้าพเจ้าได้ครบถ้วน บริษัทจะทำการหักเงินทั้งหมดดังกล่าวอีกครั้งในรอบงวดถัดไป ซึ่งหากข้าพเจ้าไม่มีเงินเพียงพอที่จะหักได้ติดต่อกัน 2 ครั้งดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น
- หากงวดใดข้าพเจ้ามีเงินในบัญชีเงินฝากธนาคารสำหรับบริการหักบัญชีอัตโนมัติ (ATS) ไม่ครบตามจำนวนเงินลงทุนในงวดนั้นๆ จะไม่มีการหักเงินในรอบการการลงทุนของงวดนั้นๆ โดยจะไม่มีการหักเงินย้อนหลัง และถ้าข้าพเจ้าไม่มีเงินเพียงพอที่จะหักได้ติดต่อกัน 2 งวด ให้ถือว่าสัญญาเป็นอันสิ้นสุด ทั้งนี้ ข้าพเจ้ายินยอมให้บริษัทมีสิทธิวินิจฉัยใหญ่ ที่อยู่ในบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ที่ข้าพเจ้าเปิดไว้กับบริษัท นางลงทุนโดยผ่านบริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Buabuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan ได้ทั้งสิ้น
- (3) ข้าพเจ้าตกลงชำระค่าธรรมเนียมในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน เป็นจำนวนเงินงวดละ 1,070 บาท (อัตราดังกล่าวรวมภาษีมูลค่าเพิ่มแล้ว) โดยชำระด้วยวิธีการหักผ่านบริการหักบัญชีเงินฝากธนาคารอัตโนมัติ (ATS) ซึ่งจะชำระงวดแรกในวันที่หักเงินลงทุนในงวดแรก (อนึ่ง สำหรับการหักชำระหนี้ บริษัทจะหักชำระค่าธรรมเนียมในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนหรือเงินลงทุนในงวดถัดมา (2) หากไม่สามารถหักเงินได้ทั้งหมด บริษัทจะทำการหักเงินทั้งหมดดังกล่าวอีกครั้งในรอบงวดถัดไป ซึ่งหากข้าพเจ้าไม่มีเงินเพียงพอที่จะหักได้ติดต่อกัน 2 ครั้งดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญาไม่เกิดขึ้น)
- สำหรับค่าธรรมเนียมในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนงวดต่อไป ข้าพเจ้าจะทำการชำระค่าธรรมเนียมในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน งวดต่อไปทุก 2 ปี ในกรณีที่บริษัทไม่สามารถหักค่าธรรมเนียมในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนสำหรับงวดใดได้ บริษัทจะทำการหักค่าธรรมเนียมในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนอีกครั้งในรอบงวดถัดไป ซึ่งหากข้าพเจ้าไม่มีเงินเพียงพอที่จะหักได้ติดต่อกัน 2 ครั้งดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญาเป็นอันสิ้นสุด
- นอกจากนี้ หากข้าพเจ้ายกเลิกสัญญาก่อนครบระยะเวลาทุก 2 ปี หรือกรณีที่มีสัญญาสิ้นสุดด้วยเหตุตาม (2) หรือ (3) ข้าพเจ้ารับทราบ ว่า บริษัทจะไม่คืนค่าธรรมเนียมในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนที่ได้ชำระไว้แล้วดังกล่าวให้แก่ข้าพเจ้า
- อนึ่ง ข้าพเจ้าต้องกรณเปลี่ยนแปลงเงินลงทุนในกลยุทธ์ ข้าพเจ้าตกลงที่จะแจ้งให้บริษัททราบตามวิธีการที่บริษัทกำหนด และให้การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลเมื่อรับบริษัทได้ส่งอีเมลอนุมัติการเปลี่ยนแปลงให้แก่ข้าพเจ้า (ทั้งนี้ บริษัทจะส่งอีเมลจาก iprogramtrade@buabuang.co.th (หรืออีเมลอื่นใดที่บริษัทได้แจ้งให้ข้าพเจ้าทราบ) ไปยังอีเมลของข้าพเจ้าตามที่ข้าพเจ้าแจ้งไว้กับบริษัท อย่างไรก็ตาม ข้าพเจ้าตกลงว่า บริษัทมีสิทธิที่จะไม่อนุมัติการเปลี่ยนแปลงเงินลงทุนในกลยุทธ์ดังกล่าวตามที่บริษัทเห็นสมควร

คำรับรองและข้อตกลงของลูกค้า

ข้าพเจ้าขอรับรองว่า รายละเอียดและข้อมูลข้างต้นที่ข้าพเจ้าได้ให้ไว้ต่อบริษัทเป็นความจริง ถูกต้อง และครบถ้วนทุกประการ ทั้งนี้ หากมีการเปลี่ยนแปลงข้อมูลใดๆ ในภายหลัง ข้าพเจ้าตกลงว่า ข้าพเจ้าจะแจ้งให้บริษัททราบเป็นลายลักษณ์อักษรทันที

ข้าพเจ้าตกลงที่จะผูกพันและปฏิบัติตามสัญญาบริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Buabuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan (ต่อไปจะเรียกว่า "สัญญาแนบท้าย") ที่แนบท้ายแบบคำขอลงบัญชี

ทั้งนี้ ในส่วนของสัญญาแนบท้าย (ฉบับอื่น Strategy Fact Sheet) ข้าพเจ้ารับทราบว่าบริษัทได้มีการประกาศในเว็บไซต์ของบริษัทเพื่อให้ลูกค้าได้อ่านและทำความเข้าใจอีกช่องทางหนึ่งด้วย ซึ่งสัญญาแนบท้ายดังกล่าว ถือเป็นส่วนหนึ่งของแบบคำขอลงบัญชี และหากข้อความใดในแบบคำขอลงบัญชียุติหรือแย้งกับสัญญาแนบท้าย ข้าพเจ้าตกลงให้ข้อความในแบบคำขอลงบัญชียุติหรือแย้งกับสัญญาแนบท้าย

อนึ่ง ในกรณีที่บริษัทต้องปฏิบัติตามกฎหมาย คำสั่ง คำพิพากษา พันธะสัญญา หรือข้อตกลงใดๆ หรือในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ไม่ว่าจะเกิดขึ้นแล้วในขณะนี้ หรือจะเกิดขึ้นในอนาคต ข้าพเจ้าตกลงยินยอมให้บริษัทสามารถเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับ (1) ความมีตัวตนที่แท้จริงของข้าพเจ้า และ/หรือผู้รับประโยชน์จากกร ใช้บริการหรือทำธุรกรรมกับบริษัท (2) การใช้บริการหรือทำธุรกรรมกับบริษัทตามแบบคำขอลงบัญชี (3) วัตถุประสงค์ในการทำธุรกรรมตามแบบคำขอลงบัญชี (4) ข้อมูลเครดิตของข้าพเจ้า และ (5) ข้อมูลหรือเอกสารใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมตามแบบคำขอลงบัญชี นี้ให้แก่ (ก) รัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ ทั้งในและต่างประเทศ (ข) หน่วยงานกำกับดูแล (ค) ผู้สัญญาของบริษัท (ง) บุคคลหรือบริษัทที่เกี่ยวข้อง (Affiliates) (จ) พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้รับจ้างของบริษัทและบริษัทที่เกี่ยวข้อง (ฉ) สถาบัน องค์กร หรือบุคคลอื่นใดที่ประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต หรือ (ง) ผู้แนะนำลูกค้า (Introducing Broker Agent: IBA) ได้ รวมถึงยินยอมให้บริษัทตรวจสอบข้อมูลของข้าพเจ้า หรือดำเนินการใดๆ แก่ที่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติตามกฎหมาย คำสั่ง คำพิพากษา พันธะสัญญา หรือข้อตกลงใดๆ ดังกล่าว

นอกจากนี้ ในกรณีที่บริษัทมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ในแบบคำขอลงบัญชี หรือสัญญาแนบท้าย บริษัทจะแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยติดต่อประกาศไว้โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการของบริษัท หรือโดยประกาศในเว็บไซต์ของบริษัทเป็นคราวๆ ไป และข้าพเจ้าตกลงยินยอมผูกพันตนที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นทุกประการ

แบบคำขอลงบัญชี และสัญญาแนบท้ายให้มีผลใช้บังคับตามที่บริษัทจะ ได้แจ้งให้ข้าพเจ้าทราบเป็นลายลักษณ์อักษร โดยส่งไปรษณีย์ไปยังที่อยู่ซึ่งข้าพเจ้าได้ให้ไว้แก่บริษัท ในกรณีที่ข้าพเจ้าได้แจ้งที่อยู่เดิมแก่บริษัทด้วย บริษัทจะแจ้งให้ข้าพเจ้าทราบทางอีเมลเพิ่มเติมอีกช่องทางหนึ่ง โดยบริษัทจะส่งจากที่อยู่เดิมที่ระบุในสัญญาแนบท้าย

X _____ ลูกค้า
(_____)

_____ ผู้แนะนำการลงทุน (พยาน)
(_____)

สัญญาบริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Bualuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan

สัญญานี้ทำขึ้นระหว่าง บริษัทหลักทรัพย์ บัวหลวง จำกัด (มหาชน) สำนักงานใหญ่ ตั้งอยู่เลขที่ 191 อาคารสิมคอมเพล็กซ์ ชั้น 10, 12, 19, 23, 29-32 ถนนสีลม แขวงสีลม เขตบางรัก กรุงเทพมหานคร (ซึ่งต่อไปในสัญญานี้จะเรียกว่า "บริษัท") ฝ่ายหนึ่ง กับ ลูกค้า อีกฝ่ายหนึ่ง

- โดยที่ (1) ลูกค้ามีความประสงค์จะ
- (1.1) ใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุนจากบริษัท เพื่อให้คำแนะนำ วางแผน หรือวางแผนกลยุทธ์เกี่ยวกับการซื้อขายหรือการลงทุนในหลักทรัพย์ให้แก่ลูกค้า ซึ่งบริษัทตกลงรับที่จะเป็นที่ปรึกษาการลงทุนแก่ลูกค้าตามความประสงค์ดังกล่าว
 - (1.2) ใช้บริการ Bualuang iProgramTrade ประเภท Stock Accumulation Plan (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า "Bualuang iProgramTrade") จากบริษัท โดยเป็นบริการการส่งคำสั่งซื้อขายหลักทรัพย์ โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการควบคุมการส่งคำสั่งซื้อขายอัตโนมัติผ่านโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของลูกค้าที่ลูกค้ากำหนด ซึ่งบริษัทตกลงรับที่จะให้บริการแก่ลูกค้าตามความประสงค์ดังกล่าว
- ทั้งนี้ กำหนดให้ทั้งสองบริการข้างต้นมาใช้ในการซื้อขายกับบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ ตามที่ปรากฏในคำจำกัดความข้อ 1. ที่ลูกค้ามีไว้กับบริษัท

(2) ลูกค้าตกลงว่า สัญญาที่จะมีผลใช้บังคับที่ต่อเนื่องกันนี้ที่ผู้ลงนามยินยอมต่อการตกลงใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Bualuang iProgramTrade แก่ลูกค้า หรือทั้งบริษัทได้ทำขึ้นเพื่อชำระค่าธรรมเนียมในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน รวมถึงค่าธรรมเนียมของระบบเทคโนโลยีหรือระบบอื่น ทั้งนี้ บริษัทจะส่งอีเมลจาก programtrade@bualuang.co.th (หรืออีเมลอื่นใดที่บริษัทได้แจ้งให้ลูกค้าทราบ) ไปยังอีเมลที่ลูกค้าได้ไว้ไว้กับบริษัท

ดังนั้น ลูกค้าจึงตกลงทำสัญญาโดยมีเงื่อนไขและรายละเอียดดังต่อไปนี้

คำจำกัดความ

ข้อ 1. ในสัญญานี้ คำว่า

- "หลักทรัพย์" หมายความว่า ความรวมถึง หลักทรัพย์ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย
- "บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์" หมายความว่า บัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ ตามสัญญาแต่งตั้งตัวแทนนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ที่ลูกค้ามีไว้กับบริษัท
- "ตลาดหลักทรัพย์" หมายความว่า ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย
- "สำนักงาน ก.ล.ด." หมายความว่า สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ คณะกรรมการกำกับตลาดทุน และหรือคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- "บริษัท" หมายความว่า บริษัทมหาชนโดยทั่วไปเปิดทำการในประเทศไทย ซึ่งมีใช้วันเสาร์หรือวันอาทิตย์ หรือวันที่ไม่ทำการแห่งประเทศไทย
- "ข้อมูลลับ" หมายความว่า ข้อมูลทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นต้นฉบับ สำเนา รวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้จากการประมวลผลข้อมูลไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด ที่สัญญาซื้อขายโดยฝ่ายหนึ่งเปิดเผยให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้ประกอบการดำเนินงานที่ตนสัญญาไว้ แต่ไม่ว่ารวมถึงข้อมูลดังต่อไปนี้
 - (1) ข้อมูลที่สัญญาซื้อขายโดยฝ่ายหนึ่งต้องเปิดเผยตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่งของศาลหรือหน่วยงานราชการเฉพาะที่มีอำนาจหน้าที่และเกี่ยวข้องกัน ข้อมูลลับโดยรอบ
 - (2) ข้อมูลที่เป็นที่รู้กันทั่วไปอยู่แล้วในขณะหรือหลังที่ข้อตกลงฉบับนี้
 - (3) ข้อมูลที่สัญญาซื้อขายโดยฝ่ายหนึ่งแสดงได้ว่าตนเองมีอยู่ก่อนทำสัญญาดังฉบับนี้
 - (4) ข้อมูลที่สัญญาซื้อขายโดยฝ่ายหนึ่งแสดงได้ว่าได้รับจากบุคคลภายนอกซึ่งเป็นบุคคลที่มีสิทธิให้ข้อมูลและไม่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแก่ตน
- "Strategy Fact Sheet" หมายความว่า ข้อมูลสรุปของกลยุทธ์การลงทุน (ซึ่งหมายความรวมถึง การกำหนดกลยุทธ์ การคัดเลือกหลักทรัพย์ การกระจายการลงทุน การจัดการความเสี่ยง สำหรับการลงทุนในหลักทรัพย์) โดยบริษัทจะส่ง Strategy Fact Sheet ให้ลูกค้าทราบทางอีเมลเป็นประจำ ไป โดยจะมีผลผูกพันลูกค้าและถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาฉบับนี้
- "เว็บไซต์" (Website) หมายความว่า www.bualuang.co.th หรือเว็บไซต์อื่นๆ ที่บริษัทจะแจ้งให้ลูกค้าทราบ

ขอบเขตและเงื่อนไขการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน

- ข้อ 2. บริษัทได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ด. ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นที่ปรึกษาการลงทุน และมีความพร้อมในเรื่องระบบงาน ในการเป็นที่ปรึกษาการลงทุนดังกล่าว
- ข้อ 3. ลูกค้าตกลงจะใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุนจากบริษัท เพื่อให้คำแนะนำ วางแผนหรือวางแผนกลยุทธ์เกี่ยวกับการซื้อขายหรือการลงทุนในหลักทรัพย์ตาม Strategy Fact Sheet ให้แก่ลูกค้า ซึ่งลูกค้าเข้าใจถึงความเกี่ยวข้องของกลยุทธ์การลงทุนตามข้อมูลที่เป็นต้นฉบับใน Strategy Fact Sheet เป็นอย่างดี
- ข้อ 4. ลูกค้าตกลงให้บริษัทส่งคำแนะนำ แผน หรือกลยุทธ์จากบริการที่ปรึกษาการลงทุน ไปยังโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้บริการ Bualuang iProgramTrade และให้ยึดเป็นคำสั่งของลูกค้าที่ใช้ประโยชน์ในการส่งคำสั่งซื้อขายหลักทรัพย์โดยอัตโนมัติสำหรับบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ที่ได้กำหนดข้างต้น
- ข้อ 5. ในกรณีที่ลูกค้าประสงค์จะใช้บริการอื่นใดที่เกี่ยวข้องหรือเกี่ยวข้องกับการบริการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน หรือบริการ Bualuang iProgramTrade ของบริษัท บริษัทอาจเรียกร้องให้ลูกค้าลงนามในเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับบริการอื่นนั้น ได้ โดยลูกค้าตกลงที่จะลงนามในเอกสารเพิ่มเติมตามที่บริษัทเรียกร้อง (ถ้ามี) ในกรณีนี้ ลูกค้ายอมรับว่า บริษัทอาจคิดค่าบริการเพิ่มเติมจากการให้บริการอื่นดังกล่าว

ขอบเขตและเงื่อนไขการบริการ Bualuang iProgramTrade

ข้อ 6. การให้บริการ Bualuang iProgramTrade โดยบริษัท เป็นบริการนายหน้าในการซื้อขายหลักทรัพย์ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการควบคุมการส่งคำสั่งซื้อขายภายใต้เงื่อนไขและกลยุทธ์การลงทุน รวมทั้งลักษณะคำสั่งที่ลูกค้ากำหนด การส่งคำสั่งซื้อขายในลักษณะดังกล่าวเป็นเครื่องมือช่วยในการส่งคำสั่งซื้อขายหลักทรัพย์เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและปราศจากการคาดเดาหรืออคติซึ่งเกิดจากความผันผวนในตลาดหลักทรัพย์ ส่งผลให้การลงทุนมีประสิทธิผลมากขึ้น อย่างไรก็ตาม Bualuang iProgramTrade ไม่ได้ออกแบบมาเพื่อให้ลูกค้าจะถอดการพิจารณาปัจจัยต่างๆ ที่ใช้ประกอบการตัดสินใจในการลงทุน ลูกค้าหรือผู้รับมอบอำนาจของลูกค้าต้องมีความรู้และความเข้าใจว่ามีหลายปัจจัยที่อาจเป็นสาเหตุให้การส่งคำสั่งซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่สามารถส่งคำสั่งที่ลูกค้าต้องการได้ เช่น เกิดจากข้อจำกัดกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่งของหน่วยงานกำกับดูแลหรือภาครัฐ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน รวมถึงทั้งมีเหตุใช้บังคับในอนาคต การขัดข้องของระบบการสื่อสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานระบบการส่งคำสั่งซื้อขายหลักทรัพย์โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ การขัดข้องของระบบไฟฟ้า ขัดข้องของเครื่องคอมพิวเตอร์ของระบบและข้อมูลของระบบ หรือข้อผิดพลาดอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่อาจคาดการณ์ ลูกค้าที่ใช้บริการ Bualuang iProgramTrade รับทราบและเข้าใจถึงความเกี่ยวข้องต่างๆ ที่เกิดขึ้น ทั้งที่สามารถคาดการณ์ได้และไม่สามารถคาดการณ์ได้

ค่าธรรมเนียม

- ข้อ 7. ลูกค้าตกลงจะชำระค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ ตามสัญญาที่ ตามที่ระบุในแบบคำขอใช้บริการที่ปรึกษาการลงทุน และบริการ Bualuang iProgramTrade ที่ได้ทำไว้กับบริษัท
- ข้อ 8. บริษัทสงวนสิทธิ์ที่จะเปลี่ยนแปลงค่าธรรมเนียมของบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ได้ โดยไม่ต้องเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาฉบับนี้ แต่ทั้งนี้ บริษัทจะดำเนินการดังต่อไปนี้

- ข้อ 29. ความเข้าใจของบริษัทในการบังคับใช้สิทธิใดๆ ตามสัญญานี้ หรือการใช้สิทธิเพียงครั้งเดียวหรือทั้งสองส่วน ไม่ถือว่าเป็นการกระโดดสิทธิ หรือคัดสิทธิของบริษัทที่จะบังคับใช้สิทธิใดๆ ตามสัญญานี้ และในกรณีที่บริษัทได้ก่อนดำเนินการปฏิบัติตามสัญญานี้ให้แก่ลูกค้า หรือกระทำการใช้สิทธิในคราวใด ให้ถือว่ากระก่อนดำเนินการกระเว้นดังกล่าวเป็นการก่อนดำเนินการเฉพาะคราวเท่านั้น
- ข้อ 30. สัญญาฉบับนี้ ให้อู่ลูกค้าได้มีแจ้งกับคณะกรรมการความคุ้มครองผู้บริโภคแห่งราชอาณาจักรไทย คู่สัญญาตกลงว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทตามสัญญาฉบับนี้ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีคือ ศาลที่มีเขตอำนาจในประเทศไทย นอกจากนี้ บริษัทมีสิทธิที่จะดำเนินคดีกับลูกค้าหรือศาลอื่นใดที่มีเขตอำนาจเหนือลูกค้าหรือทรัพย์สินของลูกค้า
-

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวสุณัฐฐา สุขท้าววงศ์ เกิดเมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน พ.ศ. 2531 กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนอัสสัมชัญศึกษา ปีการศึกษา 2550 สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิตจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2554 โดยได้รับประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 42 จากสภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์ และเข้ารับการศึกษาคณะนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2557

