

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า ในสหรัฐอเมริกา ศาลได้พัฒนา BJR เพื่อรักษาอำนาจในการบริหารกิจการของกรรมการ โดยสันนิษฐานว่า การตัดสินใจที่เกิดขึ้นจากกรรมการที่ไม่มีส่วนได้เสียด้วยความสุจริต ระวังระมัดระวัง และสมเหตุสมผล ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง และศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาความถูกต้องเหมาะสม (merit) ของการตัดสินใจ BJR จึงเป็นโล่ป้องกันความรับผิดของกรรมการจากการตัดสินใจทางธุรกิจ เช่น ในคดี *Shlensky v. Wrigley*¹ ในออสเตรเลียได้นำแนวทาง BJR ของสหรัฐอเมริกามาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตามที่ปรากฏใน Corporations Act 2001 ส่วน 2D.1 หมวด 1 มาตรา 180(2)² บัญญัติว่า

“(2) A director or other officer of a corporation who makes a business judgment is taken to meet the requirements of subsection (1) and their equivalent duties at common law and in equity, in respect of the judgment if they:

- (a) Make the judgment in good faith for a proper purpose; and
- (b) Do not have a material personal interest in the subject matter of the judgment; and
- (c) Inform themselves about the subject matter of the judgment to the extent they reasonably believe to be appropriate; and
- (d) Rationally believe that the judgment is in the best interests of the corporation.”

ตั้งแต่วันที่ 5 มีนาคม 2551 ประเทศไทยยอมรับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ BJR อย่างแข็งขัน โดยนำบทบัญญัติของออสเตรเลียมาเป็นต้นแบบในการตรากฎหมาย ดังปรากฏใน มาตรา 89/8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551) ซึ่งบัญญัติว่า

¹ ดูบทที่ 3 ข้อ 3.2.1.1.

² ดูบทที่ 3 ข้อ 3.2.1.2.

“การใดที่กรรมการหรือผู้บริหารพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว การตัดสินใจของตนมีลักษณะครบถ้วนดังต่อไปนี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้บริหารนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวังตามวรรคหนึ่งแล้ว

(1) การตัดสินใจได้กระทำไปด้วยความเชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และสมเหตุสมผลว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัทเป็นสำคัญ

(2) การตัดสินใจได้กระทำบนพื้นฐานข้อมูลที่เชื่อโดยสุจริตว่าเพียงพอ และ

(3) การตัดสินใจได้กระทำไปโดยตนไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมในเรื่องที่ตัดสินใจนั้น”³

บทบัญญัติข้างต้นใช้บังคับกับบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้น กลุ่มบุคคลที่ได้รับประโยชน์ คือ กรรมการในบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

การกำหนดหน้าที่ในการพิสูจน์เพื่อได้รับความคุ้มครองจาก BJR ตามกฎหมายไทย แตกต่างจากสหรัฐอเมริกา กฎหมายไทยกำหนดให้ กรรมการมีหน้าที่พิสูจน์เพื่ออ้างประโยชน์จากข้อสันนิษฐานว่าตนได้ปฏิบัติตามองค์ประกอบข้างต้นครบถ้วนแล้ว แต่ในสหรัฐอเมริกา ศาลสันนิษฐานไว้ก่อนว่า กรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามองค์ประกอบของ BJR แล้ว ผู้ฟ้องคดี (ผู้ถือหุ้นหรือบริษัท) จึงมีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่ากรรมการมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามองค์ประกอบ BJR

ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้กรรมการมีหน้าที่ในการพิสูจน์ น่าจะเหมาะสมกับสภาพการประกอบธุรกิจในประเทศไทย และให้ความเป็นธรรมกับผู้ถือหุ้นและบริษัทได้ เนื่องจากกรรมการเป็นผู้ที่มีข้อมูล เอกสาร และรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตัดสินใจที่ดีที่สุด กรรมการจึงควรเป็นผู้พิสูจน์ว่าตนเองได้ปฏิบัติหน้าที่ครบถ้วนตามองค์ประกอบ BJR เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ต่อมา ในวันที่ 23 กรกฎาคม 2552 ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ประกาศกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในสถาบันการเงิน ดังปรากฏใน ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 15/2552 เรื่อง อำนาจหน้าที่ของกรรมการของสถาบันการเงินที่ธนาคารแห่งประเทศไทยให้ความสำคัญสูงสุด⁴ ที่กำหนดว่า

“5.3 การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการของสถาบันการเงิน

³ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 42 ก วันที่ 4 มีนาคม 2551, น. 16 คู่มือที่ 3

ขอ 3.3.1 ประกอบ.

⁴ประกาศนี้ออกตาม พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551.

ในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ทั้ง 4 ประการข้างต้น คณะกรรมการจะต้องมีความสุจริตและกระทำการด้วยความระมัดระวัง ภายใต้กรอบและแนวทางของหลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (Business Judgment Rule) ดังนี้

5.3.1 กรรมการของสถาบันการเงินจะต้องไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัว (no conflict of interest and no self-dealing) หรือไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ในเรื่องที่ต้องตัดสินใจหรือลงมติ ถ้ามีผลประโยชน์เกี่ยวข้องจะมีเหตุให้ถือเป็นเบื้องต้นว่าเป็นการกระทำที่ขาดความสุจริต เว้นแต่มีข้ออธิบายที่สมเหตุสมผลได้

5.3.2 ต้องเป็นการตัดสินใจหรือลงมติบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ (informed decision) คณะกรรมการพึงมีข้อมูลที่เพียงพอ เพื่อประกอบการตัดสินใจที่สมเหตุสมผลทางธุรกิจในระดับที่ผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพึงมี ก่อนการตัดสินใจหรือลงมตินั้น

5.3.3 การตัดสินใจหรือลงมติต้องสมเหตุสมผล (rational decision) ในการตัดสินใจหรือลงมติ คณะกรรมการต้องมีเหตุผลสนับสนุนในระดับที่ผู้มีวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพึงมี ในการตัดสินใจหรือลงมติแต่ละเรื่องอาจมีทางเลือกหลายทาง (range of decision) ที่ถือว่าสมเหตุสมผลได้ อย่างไรก็ตาม การตัดสินใจหรือการลงมติที่อยู่นอกขอบเขตของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารโดยสิ้นเชิง ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการตัดสินใจหรือลงมติที่สมเหตุสมผลตามข้อนี้⁵

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างหลักเกณฑ์ของ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ และประกาศ ธปท. พบว่า ประกาศ ธปท. มิได้กำหนด “หลักเกณฑ์” เพิ่มเติมจาก พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ แต่กำหนดให้กรรมการในสถาบันการเงินมี “ระดับ” การใช้ความระมัดระวังที่สูงกว่าที่กำหนดใน พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ โดยการใช้มาตรฐานในการพิจารณาแบบภาวะวิสัย (Objective Test) แตกต่างจาก พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ ที่ใช้มาตรฐานแบบอัตวิสัย (Subjective Test)

มีข้อสังเกตว่า มาตรา 27 พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน บัญญัติว่า “ในการดำเนินการของสถาบันการเงิน กรรมการต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับบุคคลค้าขายผู้ประกอบการด้วยความระมัดระวัง และต้องรับผิดชอบร่วมกันในการบริหารงานสถาบันการเงินนั้น ซึ่งรวมถึงเรื่องดังต่อไปนี้” แสดงว่า กฎหมายประสงค์ให้กรรมการในสถาบันการเงินปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารอยู่แล้ว การที่ประกาศ ธปท. กำหนดให้ใช้มาตรฐาน

⁵ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126 ตอนพิเศษ 103 ง วันที่ 22 กรกฎาคม 2552, น. 77-78
ดูบทที่ 3 ข้อ 3.3.2 ประกอบ.

เดียวกันในการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการจึงเป็นการกำหนดให้สอดคล้องกับมาตรา 27 ข้างต้น

ดังนั้น กรรมการในสถาบันการเงินซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ และอยู่ในการกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยจะได้รับความคุ้มครองจากความรับผิด ในกรณีที่มีการกล่าวหาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ก็ต่อเมื่อกรรมการปฏิบัติหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศ ธปท. ดังต่อไปนี้

1. การตัดสินใจหรือลงมติต้องกระทำอย่างสมเหตุสมผล
2. มีข้อมูลที่เพียงพอก่อนการตัดสินใจหรือลงมติ และ
3. กรรมการต้องไม่มีส่วนได้เสีย และไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง

การใช้มาตรฐานแบบภาวะวิสัย (Objective Test) ตามประกาศ ธปท. แสดงให้เห็นถึงเจตนาในการกำหนดให้กรรมการในสถาบันการเงินต้องมี “ระดับ” การใช้ความระมัดระวังที่สูงกว่ากรรมการในบริษัทมหาชนซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ดังต่อไปนี้

1. กรรมการในสถาบันการเงินต้องตัดสินใจหรือลงมติอย่างสมเหตุสมผล และมีข้อมูลที่เพียงพอ เยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารพึงกระทำและพึงมีมิได้พิจารณาจากสถานะและปัจจัยของตัวกรรมการ แตกต่างจากกว่ามาตรฐานของ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ ที่ใช้แบบอัตวิสัย (Subjective Test) ในการพิจารณา กล่าวคือ หากกรรมการ “เชื่อโดยสุจริต” ว่าตนกระทำไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของบริษัท และมีข้อมูลเพียงพอแล้ว ก็ถือได้ว่ากรรมการได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานแล้ว นอกจากนี้ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ฯ ยังกำหนดให้พิจารณาปัจจัยของตัวกรรมการ คือ ตำแหน่งในบริษัท ขอบเขตความรับผิดชอบ คุณสมบัติ ความรู้ความสามารถ และประสบการณ์ของกรรมการผู้ตัดสินใจ

2. การไม่มีส่วนได้เสียของกรรมการในสถาบันการเงินรวมถึง “การไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง” ด้วย นอกจากกรรมการต้องไม่มีส่วนได้หรือส่วนเสียจากการตัดสินใจหรือลงมติของตนแล้ว ยังต้องไม่มีผลประโยชน์ใดๆ เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม เว้นแต่จะมีคำอธิบายที่สมเหตุสมผล แสดงให้เห็นว่าธปท. ประสงค์ให้กรรมการมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง และต้องไม่ถูกรบกวนจากปัจจัยภายนอกใดๆ เพราะคำว่า “มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง” มีความหมายกว้าง ซึ่งอาจรวมถึงผลประโยชน์ทางการเงิน หรือผลประโยชน์ที่กรรมการพึงได้รับตามปกติ และแม้ว่าจะมิใช่กรณีที่กรรมการมีผลประโยชน์ขัดกันกับสถาบันการเงิน แต่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง กรรมการจะต้องมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลมาอธิบายต่อ ธปท. มิฉะนั้นก็ถือว่ากรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต

มีข้อสังเกตเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของประกาศ ธปท. ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 84 และมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน⁶ ประกาศ ธปท. จึงมีศักดิ์เป็นกฎหมายลูกบทของพ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน อย่างไรก็ตาม มาตรา 84 แห่ง พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน บัญญัติว่า “เพื่อให้สถาบันการเงินมีระบบบริหารจัดการที่ดี ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจประกาศกำหนดให้สถาบันการเงินจัดตั้งคณะกรรมการชุดต่างๆ ตลอดจนมีอำนาจกำหนดองค์ประกอบ คุณสมบัติ และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ” อันเป็นการให้อำนาจแก่ ธปท. ในการกำหนดให้สถาบันการเงินจัดตั้งคณะกรรมการชุดต่างๆ กำหนดองค์ประกอบ คุณสมบัติ และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว แต่ไม่ได้ให้อำนาจแก่ ธปท. ในการกำหนดการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ จึงอาจมีการโต้แย้งถึงผลบังคับใช้ของประกาศ ธปท. ได้ เนื่องจากตามหลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายลูกบทจะตราออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ไม่ได้ ถ้าตราออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ ถือว่ากฎหมายลูกบทนั้นไม่มีผลบังคับ⁷

อย่างไรก็ตาม การนำ BJR มาเป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการในสถาบันการเงินในประกาศ ธปท. ไม่มีความชัดเจนหลายประการ ดังต่อไปนี้

1. ผลของการไม่ปฏิบัติตามแนวทางที่กำหนดในประกาศ ธปท. จะถือว่า กรรมการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามพ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน ซึ่งมีโทษทางอาญา⁸ หรือเพียงแต่ถือว่ากรรมการไม่ใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่⁹ ซึ่งไม่มีโทษทางอาญา

⁶พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 7 บัญญัติว่า “ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้” ดูราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126 ตอนพิเศษ 103 ง วันที่ 22 กรกฎาคม 2552, น. 77-78.

⁷ภูมิชัย สุวรรณดี, มานิตย์ จุ่มปลา, ชิตาพร พิศลยบุตร โต๊ะวิเศษกุล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2545), น. 45.

⁸เนื่องจากประกาศ ธปท. ออกโดยอาศัยอำนาจตามพ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 84 มีบทบัญญัติโทษตาม มาตรา 125 บัญญัติว่า “สถาบันการเงินใดฝ่าฝืน หรือปฏิบัติตามประกาศ ข้อกำหนด หรือหลักเกณฑ์ที่กำหนดตาม.....มาตรา 84 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกไม่เกินวันละห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ หรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง”.

2. ถ้อยคำที่ใช้ในประกาศดังกล่าวเป็นถ้อยคำอย่างกว้างๆ อันอาจเปิดโอกาสให้องค์กรหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเกิดความเกินกว่าเจตนาของการกำหนดแนวทางดังกล่าวได้ และอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการบังคับใช้ประกาศอย่างมีประสิทธิภาพ

3. บทบัญญัติของ พ.ร.บ. หลักทรัพย์ และประกาศ ธปท. ยังไม่มีความชัดเจนว่าในกรณีที่ กรรมการพิสูจน์ไม่ได้ว่าตนเองได้ปฏิบัติตาม BJR ครบถ้วนแล้ว จะถือว่ากรรมการนั้นปฏิบัติผิด พรบ. หลักทรัพย์ หรือ ประกาศ ธปท. หรือ พ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงินทันทีหรือไม่ (ซึ่งการตีความในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการตีความในลักษณะที่มอง BJR เป็นมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ) หรือการที่กรรมการมิได้ปฏิบัติตาม BJR จะมีผลเพียงแต่กรรมการมิได้รับความคุ้มครองจาก BJR เท่านั้น โดยกรรมการยังสามารถพิสูจน์ต่อไปได้ว่าตนเองได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต และระมัดระวังตามกฎหมายแล้วอีกชั้นหนึ่ง ความไม่ชัดเจนนี้อาจเป็นผลให้ในประเทศไทย BJR ถูกนำมาใช้เป็นมาตรวัดเพื่อวินิจฉัยความรับผิดของกรรมการ มากกว่าเป็นหลักเพื่อปกป้องกรรมการจากความรับผิดซึ่งเป็นเจตนารมณ์ที่สำคัญของ BJR

2. ข้อเสนอแนะ

1. กรรมการในสถาบันการเงินควรมีมาตรฐานความระมัดระวังสูงกว่ากรรมการในบริษัทมหาชนจำกัดและบริษัทจดทะเบียน ผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 27 เป็น “ในการดำเนินกิจการของสถาบันการเงิน กรรมการต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังในระดับผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคารในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน” เพื่อความชัดเจนว่า กรรมการในสถาบันการเงินต้องมีมาตรฐานความระมัดระวังในระดับ “ผู้ประกอบการวิชาชีพด้านการเงินและการธนาคาร” การบัญญัติถ้อยคำ “ในฐานะเช่นนั้นพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน” เพื่อให้คำนี้ถึงปัจจัยทางธุรกิจและข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องในขณะที่กรรมการตัดสินใจ เช่น สถานะของกรรมการ ลักษณะและความซับซ้อนของเรื่องที่ตัดสินใจ ขนาดและวิธีการดำเนินกิจการของสถาบันการเงิน ระยะเวลาที่กรรมการต้องตัดสินใจ

⁹ พ.ร.บ.ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 27 บัญญัติว่า “ในการดำเนินกิจการของสถาบันการเงิน กรรมการต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับบุคคลค้าขายผู้ประกอบการด้วยความระมัดระวัง และต้องรับผิดชอบร่วมกันในการบริหารงานสถาบันการเงินนั้น ซึ่งรวมถึงเรื่องดังต่อไปนี้

2. องค์การและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของควรรนำแนวทางในการพิจารณาองค์ประกอบต่างๆ ของ BJR ของสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียมาใช้ในการตีความการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังของกรรมการในสถาบันการเงิน เพื่อการบังคับมีประสิทธิภาพ และกรรมการเข้าใจและสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้อง สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ BJR ในเป็นหลักที่คุ้มครองกรรมการมิให้ต้องรับผิด หากได้ปฏิบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว โดยผู้เขียนเสนอให้นำองค์ประกอบ BJR โดยของออสเตรเลียในเรื่อง การตัดสินใจของกรรมการต้องกระทำตามวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม มาเพิ่มเติมในองค์ประกอบ BJR ของไทยที่กำหนดไว้ในประกาศ ธปท. เพื่อให้มั่นใจได้ว่า นอกจากการตัดสินใจหรือลงมติของกรรมการจะต้องสมเหตุสมผลแล้ว จะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่เหมาะสมด้วย

3. การกำหนดให้กรรมการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ตาม BJR ในประกาศ ธปท. อาจถูกโต้แย้งในเรื่องอำนาจและผลบังคับใช้ของประกาศ ธปท. ได้¹⁰ และด้วยเหตุผลที่ว่า BJR เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองอำนาจในการตัดสินใจของกรรมการ และคุ้มครองกรรมการจากความรับผิด การกำหนดให้ BJR เป็นหน้าที่ให้กรรมการจะต้องปฏิบัติโดยออกเป็นประกาศ ธปท. จึงอาจมีความไม่เหมาะสม เนื่องจาก BJR เป็นการให้สิทธิแก่กรรมการในการพิสูจน์ว่าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังแล้ว นอกจากนี้ มาตรา 84 (ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของประกาศ ธปท.) มีบทกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อกรรมการ เนื่องจาก ประกาศ ธปท. กำหนด BJR โดยใช้อ้อยคำอย่างกว้างๆ ไม่ชัดเจน อันเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายอาญาซึ่งจะต้องมีบทบัญญัติที่ชัดเจนแน่นอนปราศจากการคลุมเครือ เพื่อให้ผู้มีหน้าที่สามารถรู้ได้ว่าการกระทำหรือไม่กระทำการใดจะเป็นความผิด¹¹

¹⁰ประกาศ ธปท. ออกโดยอาศัยอำนาจตามพ.ร.บ. ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 84 บัญญัติว่า “เพื่อให้สถาบันการเงินมีระบบบริหารจัดการที่ดี ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจประกาศกำหนดให้สถาบันการเงินจัดตั้งคณะกรรมการชุดต่างๆ ตลอดจนมีอำนาจกำหนดองค์ประกอบ คุณสมบัติ และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ” อันเป็นการให้อำนาจแก่ ธปท. กำหนดหน้าที่ให้สถาบันการเงินจัดตั้งคณะกรรมการชุดต่างๆ กำหนดองค์ประกอบ คุณสมบัติ และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว แต่มิได้ให้อำนาจแก่ ธปท. ในการกำหนดวิธีการปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ จึงอาจมีการโต้แย้งถึงผลบังคับใช้ของประกาศ ธปท. ได้

¹¹เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 17

ผู้เขียนจึงเสนอให้บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.ธุรกิจสถาบันการเงิน มาตรา 27 โดยเพิ่มเติม BJR เป็น วรรคสองของมาตรา 27 ดังนี้

“กรรมการจะถือว่าได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามวรรคแรกแล้ว เมื่อกรรมการได้ปฏิบัติดังนี้

1. การตัดสินใจ หรือลงมติต้องสมเหตุสมผล และมีวัตถุประสงค์ที่เหมาะสม
2. ต้องเป็นการตัดสินใจหรือลงมติบนพื้นฐานข้อมูลที่เพียงพอ
3. กรรมการต้องไม่มีผลประโยชน์ส่วนตัว หรือไม่มีส่วนได้เสีย ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม ในเรื่องที่ต้องตัดสินใจหรือลงมติ”