

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การดำเนินการของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่ออนาคตประเทศไทย
กรณีโครงการโครงสร้างพื้นฐานของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจได้มีหนังสือ ส่วนที่ กค ๐๘๐๕.๑/๕๕๗๖ ลงวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๕๙ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๕๘ เห็นชอบหลักการการจัดตั้งกองทุนโครงสร้างพื้นฐานเพื่ออนาคตประเทศไทย (Thailand Future Fund) และมอบหมายให้กระทรวงคมนาคม พิจารณาคัดเลือกโครงการโครงสร้างพื้นฐานที่มีศักยภาพเพื่อสนับสนุนการจัดตั้งกองทุนฯ รวมทั้ง แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อเตรียมการจัดตั้งและกำกับการดำเนินงานของกองทุนฯ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการจัดตั้งและการดำเนินการอื่นใดเพื่อให้การจัดตั้งกองทุนฯ แล้วเสร็จ และต่อมาได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๕๙ เห็นชอบให้ปรับปรุงหลักเกณฑ์การจัดตั้งกองทุนฯ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลักษณะที่สำคัญของกองทุนฯ ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ และให้กระทรวงการคลัง เป็นหน่วยงานหลักร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกำหนดระยะเวลาการดำเนินการตามแผนการจัดตั้งกองทุนฯ โดยคำนึงถึงความพร้อมและความเป็นไปได้ในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะกรอบระยะเวลาในการ พิจารณาคัดเลือกโครงการที่จะเข้ามาอยู่ในกองทุนฯ ซึ่งอาจต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย และระเบียบที่เกี่ยวข้อง มีการกำหนดมูลค่าที่แท้จริงของโครงการ และมีการกำหนดเงื่อนไขการแบ่ง ผลประโยชน์ระหว่างหน่วยงานเจ้าของโครงการและกองทุนฯ เพื่อให้การดำเนินการออกขาย หน่วยลงทุนให้แก่บุคคลทั่วไปสามารถดำเนินการได้ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม

คณะกรรมการกำกับตลาดทุนได้ออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน. ๘/๒๕๕๙ เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่ออนาคตประเทศไทย เพื่อบริหารจัดการจัดตั้งกองทุนฯ โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๖ พฤษภาคม ๒๕๕๙ และต่อมาได้มีการคัดเลือกโครงการโครงสร้างพื้นฐานที่มีศักยภาพเพื่อนำมาเข้าสู่กองทุนฯ โดยคณะกรรมการเพื่อเตรียมการจัดตั้งฯ ได้ขอสรุปว่า การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) เป็นหน่วยงานที่มีความพร้อมและสามารถนำโครงการโครงสร้างพื้นฐานเข้าสู่กองทุนฯ ได้ก่อน เนื่องจากเป็นโครงการที่มีอยู่เดิม (Brownfield Project) มีศักยภาพ ไม่ติดสัญญาสัมปทานกับ ภาคเอกชน และสามารถนำเข้าสู่กองทุนฯ ในระยะแรก มีจำนวนสามโครงการ คือ โครงการทางพิเศษ สายฉลองรัช (รามอินทรา – อารมณ์รักษ์) โครงการทางพิเศษบูรพาวิถี (บางนา – ชลบุรี) และโครงการ ทางพิเศษกาญจนาภิเษก (บางพลี – สุขสวัสดิ์) โดยคณะกรรมการเพื่อเตรียมการจัดตั้งฯ ได้มีการ ประชุมเมื่อวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๕๙ มีมติรับทราบประเด็นด้านกฎหมายของ กทพ. ที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของกองทุนฯ และมอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (สคร.) ในฐานะฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการเพื่อเตรียมการจัดตั้งฯ และเป็นหน่วยงานรับผิดชอบหลัก ในการดำเนินงานเกี่ยวกับกองทุนฯ มีหนังสือหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เพื่อพิจารณาประเด็นข้อกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ กทพ. ต่อไป ซึ่ง สคร. ได้เสนอภาพรวมและหลักการของการจัดตั้งและระดมทุนผ่านกองทุนฯ รวมทั้งโครงสร้างการระดมทุน ตลอดจนประเด็นหรือข้อกฎหมายในกรณีของ กทพ. โดยสรุปได้ดังนี้

๑. ภาพรวมและหลักการของการจัดตั้งกองทุนฯ

กองทุนฯ มีสถานะเป็นกองทุนรวม จัดตั้งภายใต้ประกาศและหลักเกณฑ์ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) และจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เป็นกองทุนปิด (ไม่กำหนดอายุโครงการ) และมีมูลค่าการระดมทุนประมาณ ๑๐๐,๐๐๐ ล้านบาท โดยมีบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนฯ เป็นผู้ดำเนินการจัดตั้ง ซึ่งในระยะแรกกระทรวงการคลังเป็นผู้ลงทุนในกองทุนฯ รายเดียว วงเงินประมาณ ๑๐,๐๐๐ ล้านบาท และในระยะที่สองกองทุนฯ จะระดมทุนจากนักลงทุนสถาบันทั้งในและต่างประเทศ รัฐวิสาหกิจ รวมทั้งนักลงทุนรายย่อย ผ่านการจำหน่ายหน่วยลงทุนของกองทุนฯ โดยกองทุนฯ จะนำเงินที่ได้มาทำธุรกรรมที่เหมาะสมกับหน่วยงานเจ้าของโครงการโครงสร้างพื้นฐาน เช่น การทำสัญญาโอนรายได้ของโครงการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคตของหน่วยงานเจ้าของโครงการให้กองทุนฯ และเมื่อหน่วยงานเจ้าของโครงการได้รับเงินจากกองทุนฯ ภายใต้การทำธุรกรรมแล้วสามารถนำเงินไปใช้ประโยชน์ต่าง ๆ เช่น การลงทุนเพื่อพัฒนา ปรับปรุง หรือขยายกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ต่อไป

ในส่วนของการลงทุน กองทุนฯ สามารถลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐที่มีอยู่เดิม (Brownfield Project) โครงการโครงสร้างพื้นฐานใหม่ (Greenfield Project) และหลักทรัพย์อื่นได้ ซึ่งจะต้องมีกลไกในการคุ้มครองผลตอบแทนในระดับที่เหมาะสมให้แก่ผู้ถือหน่วยลงทุน โดยในหลักการได้กำหนดให้มีกองทุนหมุนเวียนเพื่อรับประกันผลตอบแทนขั้นต่ำให้แก่ผู้ถือหน่วยลงทุนและได้ยกเว้นเป็นกฎหมายเฉพาะ คือ ร่างพระราชบัญญัติกองทุนเพื่อการสนับสนุนกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่ออนาคตประเทศไทย พ.ศ. ซึ่งอยู่ระหว่างกระทรวงการคลังเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา

๒. การระดมทุนในรูปแบบของกองทุนฯ

บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนฯ ได้ดำเนินการจัดตั้งกองทุนฯ และจะระดมทุนจากนักลงทุน โดยมีข้อกำหนดสิทธิระหว่างกองทุนฯ และผู้ถือหน่วยลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการเพื่อเตรียมการจัดตั้งฯ และกระทรวงการคลัง และจดทะเบียนกับสำนักงาน ก.ล.ต. ภายใต้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยกองทุนฯ จะนำเงินที่ได้จากการขายหน่วยลงทุนไปชำระให้แก่ กทพ. เพื่อเป็นค่าตอบแทนสำหรับการเข้าทำธุรกรรมในรูปแบบสัญญาโอนกระแสรายได้ในอนาคตของโครงการโครงสร้างพื้นฐานของ กทพ. (Revenue Transfer Agreement : RTA) ซึ่ง กทพ. สัญญาที่จะให้ผลตอบแทนเป็นเงินที่ได้จากผลประกอบการของโครงการทางพิเศษที่นำเข้ามาสู่กองทุนฯ (Brownfield Project) ให้แก่กองทุนฯ ตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกันและ กทพ. จะนำเงินที่ได้รับจากกองทุนฯ มาใช้ในการก่อสร้างและดำเนินการเกี่ยวกับทางพิเศษโครงการอื่นให้เสร็จสิ้นภายในเวลาที่กำหนด โดย กทพ. จะเป็นเจ้าของและบริหารจัดการโครงการทางพิเศษที่นำเข้ามาสู่กองทุนฯ มีการจัดเก็บค่าผ่านทาง และนำส่งเงินให้กองทุนฯ เป็นรายวันตามจำนวนและระยะเวลาที่ตกลงกันในสัญญา โดยเมื่อกองทุนฯ ได้รับเงินจาก กทพ. แล้วจะนำเงินดังกล่าวมาชำระเป็นผลตอบแทนให้แก่ผู้ถือหน่วยลงทุนต่อไป

๓. สรุปความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่าง กทพ. กับกองทุนฯ

ในส่วนของ กทพ. ให้ กทพ. มีหน้าที่จัดเก็บค่าผ่านทางพิเศษในโครงการที่นำเข้ามาสู่กองทุนฯ (Brownfield Project) และนำเงินส่งให้แก่กองทุนฯ โดย กทพ. จะให้ผลตอบแทนเป็นอัตราคงที่ (Fixed Percentage) ของรายได้ที่เกิดขึ้นจริงให้แก่กองทุนฯ เป็นรายวันตลอดอายุสัญญา และให้ กทพ. มีอำนาจและหน้าที่ในการบริหารจัดการทางพิเศษดังกล่าวตามแนวทางที่ได้ตกลงไว้กับกองทุนฯ รวมทั้งรายงานผลการดำเนินงานทางพิเศษให้แก่กองทุนฯ นอกจากนี้ กทพ. จะต้องบริหาร บำรุงรักษา และซ่อมแซมทางพิเศษให้อยู่ในสภาพดี พร้อมใช้งานตามที่กำหนดในสัญญา รวมทั้งรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุง ดูแลรักษา และซ่อมแซมทางพิเศษดังกล่าว

ในส่วนของกองทุนฯ ให้กองทุนฯ มีหน้าที่ส่งเงินให้แก่ กทพ. ตามจำนวนที่ตกลงกันในสัญญา โดยกองทุนฯ สามารถแต่งตั้งวิศวกร ผู้ประเมินโครงการอิสระ หรือบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เข้าตรวจสอบการบริหารจัดการทางพิเศษของ กทพ. เพื่อสอบถามความพร้อมของการดำเนินงานทางพิเศษและความถูกต้องของการคำนวณผลตอบแทนให้แก่กองทุนฯ ทั้งนี้ กองทุนฯ ไม่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุง ดูแลรักษา และซ่อมแซมทรัพย์สิน เนื่องจาก กทพ. ได้นำส่งเงินให้แก่กองทุนฯ เป็นอัตราคงที่ของรายได้แล้ว กทพ. จึงต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เอง

๔. ประเด็นหารือข้อกฎหมาย

๔.๑ การทำสัญญาระหว่าง กทพ. กับกองทุนฯ โดย กทพ. จะโอนขายกระแสรายได้ในอนาคต (RTA) ในโครงการโครงสร้างพื้นฐานที่นำเข้ามาสู่กองทุนฯ ของ กทพ. (Brownfield Project) ให้แก่กองทุนฯ รวมทั้งนำส่งเงินรายได้ให้แก่กองทุนฯ เป็นสัดส่วนคงที่ของรายได้ที่เกิดขึ้นจริง และให้กองทุนฯ จ่ายเงินที่ได้จากการระดมทุนให้แก่ กทพ. เป็นการดำเนินการที่อยู่ภายใต้วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กทพ. ตามพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ หรือไม่

ความเห็นเบื้องต้นของ สศร.

มาตรา ๘ และมาตรา ๑๐ (๒) และ (๑๔) แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของ กทพ. ในการดำเนินงานหรือธุรกิจเกี่ยวกับทางพิเศษ และธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องกับทางพิเศษหรือเป็นประโยชน์แก่ กทพ. และให้อำนาจแก่ กทพ. ในการทำนิติกรรมใด ๆ ทั้งในและนอกราชอาณาจักร และกระทำการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของ กทพ. เมื่อการระดมทุนผ่านกองทุนฯ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ กทพ. นำเงินที่ได้จากการระดมทุนดังกล่าวไปสร้าง บำรุง ดูแลรักษา และซ่อมแซมทางพิเศษ ดังนั้น จึงเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กทพ. แต่หากการดำเนินการดังกล่าวไม่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กทพ. ก็จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายจัดตั้งของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยให้รองรับต่อไป

๔.๒ ในกรณีที่ กทพ. ไม่สามารถจัดเก็บค่าผ่านทางในช่วงวันหยุดเทศกาลหรือตามเงื่อนไขที่ตกลงกันในสัญญาโอนขายกระแสรายได้ในอนาคต กทพ. จะสามารถรับเงินประมาณสนับสนุนโดยถือว่าเป็นทุนของ กทพ. ตามพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ ได้หรือไม่

ความเห็นเบื้องต้นของ สศร.

การที่ กทพ. ไม่สามารถจัดเก็บเงินในช่วงวันหยุดเทศกาลเนื่องจากนโยบายของรัฐบาล ย่อมส่งผลกระทบต่ออัตราผลตอบแทนที่ผู้ถือหุ้นของกองทุนฯ จะได้รับ และอาจไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่ระบุไว้ในหนังสือชี้ชวน ดังนั้น รัฐบาลจึงสามารถจัดสรรเงินประมาณ

ให้แก่ กทพ. เพื่อชดเชยความเสียหายดังกล่าว โดยเงินงบประมาณที่ได้รับถือเป็นทุนของ กทพ. ประเภทเงินที่รัฐบาลจัดสรรเพิ่มเติมให้เป็นคราว ๆ เพื่อดำเนินงานหรือขยายกิจการตามมาตรา ๑๑ (๒) แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย

๔.๓ กทพ. จะนำเงินที่เหลือจากการลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐาน ไปลงทุนต่อโดยการถือหุ้นหน่วยลงทุนของกองทุนฯ ที่ออกและเสนอขาย ทั้งกรณีที่กองทุนฯ ลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานของ กทพ. เท่านั้น และกรณีที่กองทุนฯ ลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานอื่นที่ไม่ใช่ของ กทพ. หรือลงทุนในกิจการอื่นโดยที่ไม่มีโครงการของ กทพ. อยู่แล้ว โดยถือว่าเป็นการลงทุนในกิจการที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องกับ กทพ. ตามมาตรา ๑๐ (๘) แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ได้หรือไม่

ความเห็นเบื้องต้นของ สคร.

การที่ กทพ. เข้าถือหุ้นหน่วยลงทุนของกองทุนฯ ในกรณีที่กองทุนฯ ลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานของ กทพ. แต่เพียงอย่างเดียว เป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กทพ. ตามพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย แต่ในกรณีที่กองทุนฯ ลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานอื่นที่ไม่ใช่ของ กทพ. หรือลงทุนในกิจการอื่นโดยไม่มีโครงการของ กทพ. อยู่แล้ว ยังไม่มีความชัดเจนว่า อยู่ในขอบวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ของ กทพ. หรือไม่

เนื่องจากรัฐบาลมีนโยบายที่จะจัดตั้งและระดมทุนผ่านกองทุนฯ ภายในปี ๒๕๕๔ และมีความเร่งด่วนในการนำโครงการโครงสร้างพื้นฐานของ กทพ. มาระดมทุนผ่านกองทุนฯ เพื่อให้การดำเนินการเป็นไปตามเป้าหมายที่รัฐบาลกำหนด และเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๕๔ และวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๕๔ สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจจึงขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาข้อหาหรือทั้งสามประเด็นดังกล่าว

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) ได้พิจารณาข้อหาหรือของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ โดยมีผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ) และผู้แทนการทางพิเศษแห่งประเทศไทย เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า เนื่องจากรัฐบาลมีนโยบายที่จะลดภาระทางการคลังของประเทศในการจัดทำโครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ จึงมีแนวคิดที่จะใช้เงินที่ได้จากการระดมทุนจากผู้ลงทุน คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๕๔ เห็นชอบหลักการการจัดตั้งกองทุนโครงสร้างพื้นฐานเพื่ออนาคตประเทศไทย และต่อมาได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๕๔ เห็นชอบให้ปรับปรุงหลักเกณฑ์การจัดตั้งกองทุนดังกล่าว โดยให้กระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานหลักร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกำหนดระยะเวลาการดำเนินการตามแผนการจัดตั้งกองทุนฯ รวมทั้งการพิจารณาคัดเลือกโครงการที่จะเข้ามาอยู่ในกองทุนฯ ซึ่งขณะนี้ได้รับอนุญาตให้จัดตั้งเป็นกองทุนรวมตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์แล้ว โดยในช่วงแรกกระทรวงการคลังจะเป็นผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุนจำนวน ๑,๐๐๐ ล้านบาท โดยกระทรวงการคลังอาจชำระเงินเพิ่มทุนในส่วนนี้ภายหลังจากการจดทะเบียนเป็นกองทุนรวมก่อนเสนอขายหน่วยลงทุนส่วนเพิ่มทุนเพิ่มเติม จากนั้นในระยะที่สองจะมีการเสนอขายหน่วยลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนอื่นต่อไป โดยจะมีกลไกในการรับประกันผลตอบแทนขั้นต่ำให้แก่ผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุนด้วย

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๒) พิจารณาแล้วมีความเห็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การทำสัญญาโอนขายกระแสรายได้ในอนาคต (RTA) ของ กทพ. ให้แก่กองทุนฯ เป็นการดำเนินการที่อยู่ภายใต้วัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ของ กทพ. ตามพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ หรือไม่ เห็นว่า การทางพิเศษแห่งประเทศไทย (กทพ.) จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างหรือจัดให้มีทางพิเศษด้วยวิธีใด ๆ ตลอดจนบำรุงและรักษาทางพิเศษ และดำเนินงานหรือธุรกิจเกี่ยวกับทางพิเศษ และธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องกับทางพิเศษหรือที่เป็นประโยชน์แก่ กทพ. ทั้งนี้ ตามมาตรา ๘^๖ แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ เมื่อการทำสัญญาโอนขายกระแสรายได้ในอนาคตของโครงการทางพิเศษที่นำเข้ามาสู่กองทุนฯ (Brownfield Project) ระหว่าง กทพ. กับกองทุนฯ ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยกองทุนฯ จะนำเงินที่ได้จากการขายหน่วยลงทุนมาชำระให้แก่ กทพ. และ กทพ. จะนำเงินที่ได้รับไปใช้ในการก่อสร้างและดำเนินการเกี่ยวกับทางพิเศษโครงการอื่นต่อไป โดย กทพ. จะเป็นเจ้าของและบริหารจัดการโครงการทางพิเศษที่นำเข้ามาสู่กองทุนฯ เอง และเมื่อจัดเก็บค่าผ่านทางพิเศษแล้ว กทพ. จะนำเงินส่งให้แก่กองทุนฯ ในลักษณะที่เป็นผลตอบแทนในอัตราคงที่ของรายได้ที่เกิดขึ้นจริง เพื่อให้กองทุนฯ นำไปชำระให้แก่ผู้ถือหน่วยลงทุนต่อไป เป็นกรณีปัญหาที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้เคยให้ความเห็นไว้แล้วปรากฏตามเรื่องเสร็จที่ ๓๘๕/๒๕๕๓^๗ สรุปความได้ว่า การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของ กทพ. ย่อมต้องมีเงินทุนในการดำเนินกิจการ ซึ่งอาจมีการจัดหาเงินทุนได้หลายรูปแบบ การทำสัญญาโอนขายกระแสรายได้ในอนาคตจึงเป็นรูปแบบในการจัดหาเงินอย่างหนึ่งเพื่อนำมาใช้จ่ายในการสร้าง บำรุงและรักษาทางพิเศษอันเป็นกิจการที่อยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของ กทพ. กทพ. จึงมีอำนาจทำสัญญาดังกล่าวกับกองทุนฯ โดยถือเป็นการกระทำการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของ กทพ. ตามมาตรา ๑๐ (๑๔)^๘ แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม การให้ความเห็นดังกล่าวเป็นการให้ความเห็นตามหลักการที่ สคร. หรือมาในเบื้องต้นเท่านั้น หากข้อเท็จจริงในการดำเนินการและเงื่อนไขในสัญญาที่ กทพ. จะกระทำกับกองทุนฯ มีรายละเอียดเพิ่มเติมหรือแตกต่างจากหลักการที่ได้หารือก็จะต้องพิจารณาเงื่อนไขของสัญญาในแต่ละสัญญาเป็นกรณีไป

ประเด็นที่สอง ในกรณีที่ กทพ. ไม่สามารถจัดเก็บค่าผ่านทางในช่วงวันหยุดเทศกาลหรือตามเงื่อนไขในสัญญาฯ กทพ. สามารถรับเงินงบประมาณสนับสนุนและถือว่าเงินงบประมาณดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของทุนของ กทพ. ตามพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ หรือไม่

^๖ มาตรา ๘ ให้ กทพ. เป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

(๑) สร้างหรือจัดให้มีทางพิเศษด้วยวิธีใด ๆ ตลอดจนบำรุงและรักษาทางพิเศษ

(๒) ดำเนินงานหรือธุรกิจเกี่ยวกับทางพิเศษ และธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องกับทางพิเศษ หรือที่เป็นประโยชน์แก่ กทพ.

^๗ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจัดตั้งกองทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานไทย ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๔๐๑/๐๕๕๕ ลงวันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๕๓ ถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (เรื่องเสร็จที่ ๓๘๕/๒๕๕๓)

^๘ มาตรา ๑๐ ให้ กทพ. มีอำนาจหน้าที่กระทำการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๘ และอำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง

ฯลฯ

ฯลฯ

(๑๔) กระทำการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวกับหรือเนื่องในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของ กทพ.

อย่างไร นั้น เห็นว่า มาตรา ๑๑ (๒)^๔ แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ ได้บัญญัติให้
ทุนของ กทพ. ประกอบด้วยเงินที่รัฐบาลจัดสรรเพิ่มเติมให้เป็นคราว ๆ เพื่อดำเนินงานหรือขยาย
กิจการ และมาตรา ๔๗^๕ แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ ได้บัญญัติให้รายได้ที่
กทพ. ได้รับจากการดำเนินการในปีหนึ่ง ๆ ตกเป็นของ กทพ. สำหรับเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน
แต่หากรายได้ไม่เพียงพอและ กทพ. ไม่สามารถหาเงินที่อื่นได้ รัฐพึงจ่ายเงินให้แก่ กทพ. เท่าจำนวน
ที่จำเป็นต่อการดำเนินงานของ กทพ. แสดงให้เห็นว่าส่วนหนึ่งในทุนของ กทพ. ประกอบไปด้วย
เงินที่รัฐบาลจัดสรรเพิ่มเติมให้เป็นคราว ๆ และหากรายได้ของ กทพ. ไม่เพียงพอกับรายจ่าย
รัฐพึงจ่ายเงินแก่ กทพ. ได้เท่าที่จำเป็น แต่โดยที่ยังมิได้มีการทำสัญญาโอนขายกระแสรายได้
ในอนาคตระหว่าง กทพ. กับกองทุนฯ ข้อเท็จจริงจึงยังไม่เพียงพอที่จะพิจารณาให้ความเห็นได้

ประเด็นที่สาม กทพ. จะนำเงินบางส่วนที่เหลือจากการลงทุนในโครงการโครงสร้าง
พื้นฐานไปลงทุนต่อโดยการถือหุ้นหน่วยลงทุนของกองทุนฯ ทั้งกรณีที่กองทุนฯ ลงทุนในโครงการ
โครงสร้างพื้นฐานของ กทพ. เท่านั้น และกรณีที่กองทุนฯ ลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานอื่น
ที่ไม่ใช่ของ กทพ. หรือลงทุนในกิจการอื่นโดยที่ไม่มีโครงการของ กทพ. อยู่แล้ว โดยถือว่าเป็นการ
ลงทุนในกิจการที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องกับ กทพ. ตามมาตรา ๑๐ (๘) แห่ง
พระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ ได้หรือไม่ เห็นว่า กทพ. เป็นนิติบุคคล
มีวัตถุประสงค์ในการสร้างหรือจัดให้มีทางพิเศษด้วยวิธีการใด ๆ ตลอดจนบำรุงรักษาทางพิเศษ และ
สามารถดำเนินงานหรือธุรกิจเกี่ยวกับทางพิเศษ และธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องกับทางพิเศษได้ ซึ่งรวมไป
ถึงการลงทุนหรือเข้าร่วมกิจการกับบุคคลอื่นด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา ๘^๖ และมาตรา ๑๐ (๘)^๗
แห่งพระราชบัญญัติการทางพิเศษแห่งประเทศไทยฯ การถือหุ้นหน่วยลงทุนของกองทุนฯ ถือเป็นการ
ลงทุนในรูปแบบหนึ่ง ซึ่ง กทพ. สามารถกระทำได้หากอยู่ภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ และอำนาจหน้าที่

^๔ มาตรา ๑๑ ทุนของ กทพ. ประกอบด้วย

(๑) เงินและทรัพย์สินที่ได้รับโอนมาตามมาตรา ๖๔

(๒) เงินที่รัฐบาลจัดสรรเพิ่มเติมให้เป็นคราว ๆ เพื่อดำเนินงานหรือขยายกิจการ

(๓) เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้ทูลให้

(๔) เงินหรือทรัพย์สินอื่นที่รับโอนจากทางราชการ องค์การของรัฐ หรือที่ได้รับจากรัฐบาล
ต่างประเทศ หรือจากองค์การระหว่างประเทศ เมื่อได้หักหนี้สินออกแล้ว

^๕ มาตรา ๔๗ รายได้ที่ กทพ. ได้รับจากการดำเนินการในปีหนึ่ง ๆ ให้ตกเป็นของ กทพ. สำหรับ
เป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน และเมื่อได้หักรายจ่ายสำหรับการดำเนินงาน ค่าภาระต่าง ๆ ที่เหมาะสม รวมตลอดถึง
ค่าบำรุงรักษา ค่าเสื่อมราคา เงินสำรองตามมาตรา ๑๒ และเงินสมทบกองทุนสงเคราะห์หรือการสงเคราะห์อื่นตาม
มาตรา ๔๕ และเงินลงทุนตามที่ได้ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว เหลือเท่าใดให้นำส่งเป็นรายได้ของรัฐ

ในกรณีที่รายได้ไม่เพียงพอสำหรับกรณีตามวรรคหนึ่ง นอกจากเงินสำรองตามมาตรา ๑๒ และ
กทพ. ไม่สามารถหาเงินที่อื่นได้ รัฐพึงจ่ายเงินให้แก่ กทพ. เท่าจำนวนที่จำเป็นต่อการดำเนินงานของ กทพ.

^๖ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

^๗ มาตรา ๑๐ ให้ กทพ. มีอำนาจหน้าที่กระทำการกิจการภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๘
และอำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง

๑) ๒) ๓) ๔) ๕) ๖) ๗) ๘) ๙) ๑๐) ๑๑) ๑๒) ๑๓) ๑๔) ๑๕) ๑๖) ๑๗) ๑๘) ๑๙) ๒๐)

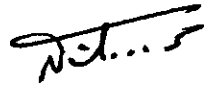
๑) ๒) ๓) ๔) ๕) ๖) ๗) ๘) ๙) ๑๐) ๑๑) ๑๒) ๑๓) ๑๔) ๑๕) ๑๖) ๑๗) ๑๘) ๑๙) ๒๐)

(๘) ลงทุนหรือเข้าร่วมกิจการกับบุคคลอื่นเพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการ
ของ กทพ.

๑) ๒) ๓) ๔) ๕) ๖) ๗) ๘) ๙) ๑๐) ๑๑) ๑๒) ๑๓) ๑๔) ๑๕) ๑๖) ๑๗) ๑๘) ๑๙) ๒๐)

๑) ๒) ๓) ๔) ๕) ๖) ๗) ๘) ๙) ๑๐) ๑๑) ๑๒) ๑๓) ๑๔) ๑๕) ๑๖) ๑๗) ๑๘) ๑๙) ๒๐)

ตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงยังไม่ปรากฏชัดเจนว่ากองทุนฯ จะลงทุนในโครงการ
โครงสร้างพื้นฐานใดบ้างนั้น จึงยังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่า กทพ. จะลงทุนโดยการถือหน่วยลงทุนของ
กองทุนฯ ได้หรือไม่ อย่างไร



(นายดิสทัต โหตระกิตย์)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
พฤศจิกายน ๒๕๕๙