

(ลับ)

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง โครงการจัดซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าอิสระ : กรณีโรงไฟฟ้าบ่อนอก
และโรงไฟฟ้าหินกรูด ที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๒๐๕/ว(ล) ๑๔๘๘ ลงวันที่ ๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๕ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า คณะรัฐมนตรี ได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๙ มกราคม ๒๕๔๕ มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจ พิจารณารายละเอียดของสัญญาโครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอกและโครงการโรงไฟฟ้าหินกรูด ที่จังหวัด ประจวบคีรีขันธ์ โครงการวางท่อก๊าซธรรมชาติไทย-มาเลเซีย และโครงการโรงแยกก๊าซ ที่จังหวัด สงขลา ในประเด็นว่า หากรัฐในฐานะคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาต่าง ๆ นั้นจะมีผลอย่างไร รวมทั้งพิจารณาว่าหากรัฐในฐานะคู่สัญญาประสงค์จะเพิ่มเติมเงื่อนไขในสัญญาอีกข้อหนึ่งว่าเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ได้ตกลงหรือประกาศไว้ เช่น ข้อตกลงเรื่องปริมาณสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ หากปรากฏว่าเมื่อโครงการได้ดำเนินการไปแล้ว และมีได้เป็นไปตามข้อตกลง ทางฝ่ายรัฐมีสิทธิสั่งปิดกิจการได้โดยไม่มีการเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ จะกระทำได้หรือไม่ เพียงใด

คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ^๑ ได้ตรวจพิจารณาสัญญาของโครงการดังกล่าวและเอกสารที่เกี่ยวข้องแล้วมีมติว่า สมควรพิจารณาสัญญาโครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอกและโครงการโรงไฟฟ้าหินกรูดที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ก่อน เนื่องจากสัญญาทั้งสองฉบับมีเนื้อหาใกล้เคียงกันอันจะสามารถพิจารณาให้เสร็จได้โดยเร็ว หลังจากนั้นจึงจะพิจารณาสัญญาโครงการวางท่อก๊าซธรรมชาติไทย-มาเลเซีย และโครงการโรงแยกก๊าซที่จังหวัดสงขลา โดยจะส่งผลการพิจารณาให้ทราบตามลำดับ

บัดนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ ได้พิจารณาสัญญาโครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอกและสัญญาโครงการโรงไฟฟ้าหินกรูดเสร็จเรียบร้อยแล้ว โดยได้พิจารณาเอกสารที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ก . Contract No. IPP/4 0 - 1 0 3 Power Purchase Agreement between Electricity Generating Authority of Thailand and Union Power Development Company Limited signed on June 30th 1997

^๑ คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ ประกอบด้วย นายวัฒนา รัตนวิจิตร นายโสภณ รัตนากร นายอำนาจ คัลยสังข์ นายพิชัยศักดิ์ ทรายางกูร และนายกมลชัย รัตนสากววงศ์

ข. Contract No. IPP/41-107 Power Purchase Agreement between Gulf Power Generation Company Limited and Electricity Generating Authority of Thailand signed on December 22nd 1997

ค. ข้อมูลประกอบการตัดสินใจโครงการโรงไฟฟ้าถ่านหิน โดยสำนักงานคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ วันที่ ๒๑ มกราคม ๒๕๔๕

ง. รายงานการชี้แจงเกี่ยวกับโครงการโรงไฟฟ้าถ่านหินบ่อนอก-หินกรูดโดยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย วันที่ ๒๑ มกราคม ๒๕๔๕

จ. ข้อชี้แจงโครงการก่อสร้างโรงไฟฟ้าถ่านหินที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์(บ่อนอก-หินกรูด) โดยสำนักงานคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ สำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อม และการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย วันที่ ๕ มีนาคม ๒๕๔๕

ฉ. รายงานผลการประชาสัมพันธ์โครงการก่อสร้างโรงไฟฟ้าบ่อนอกของบริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจเนอเรชั่น จำกัด โดยคณะกรรมการประชาสัมพันธ์โครงการก่อสร้างโรงไฟฟ้าที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ วันที่ ๑๐-๑๑ กันยายน ๒๕๔๒ ณ ห้องประชุมองค์การบริหารส่วนจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการประชาสัมพันธ์ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พฤศจิกายน ๒๕๔๒

ช. รายงานผลการประชาสัมพันธ์โครงการก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังความร้อนถ่านหิน "หินกรูด" ของบริษัท ยูเนี่ยน เพาเวอร์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด โดยคณะกรรมการประชาสัมพันธ์โครงการก่อสร้างโรงไฟฟ้าที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ วันที่ ๒๔-๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๓ ณ ห้องประชุมองค์การบริหารส่วนจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการประชาสัมพันธ์ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เมษายน ๒๕๔๓

ซ. รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment Report) โครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอก เฉพาะในส่วนของผลกระทบและมาตรการป้องกันด้านสิ่งแวดล้อม

ฌ. รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment Report) โครงการโรงไฟฟ้าหินกรูด เฉพาะในส่วนของแผนปฏิบัติการป้องกันแก้ไขผลกระทบด้านคุณภาพอากาศ

ญ. บันทึกข้อตกลงการจัดตั้งกองทุนประกันผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและกองทุนเพื่อการพัฒนาชุมชน

ฎ. การดำเนินงานของบริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจเนอเรชั่น จำกัด หลังการจัดทำประชาพิจารณ์

ฏ. การดำเนินงานของบริษัท ยูเนี่ยน เพาเวอร์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด หลังการจัดทำประชาพิจารณ์พร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงจากผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี(สำนักงานคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ) และผู้แทนการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย แล้วปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้

๑. ความเป็นมา

๑.๑ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๓๗ อนุมัติตามมติ คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ (กพช.) เรื่องแนวนโยบายในการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิต ไฟฟ้าอิสระ (Independent Power Producer (IPP)) โดยมติดังกล่าวกำหนดให้การไฟฟ้าฝ่าย ผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) และสำนักงานคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ (สพช.) ร่วมกันร่างประกาศรับซื้อไฟฟ้าจาก IPP

๑.๒ กฟผ. ได้ออกประกาศเชิญชวนเพื่อรับซื้อไฟฟ้าจาก IPP ในเดือน ธันวาคม ๒๕๓๗ โดยประกาศดังกล่าวกำหนดลักษณะโครงการว่า ต้องเป็นโรงไฟฟ้าที่เดินเครื่อง ในลักษณะต่อเนื่องและสม่ำเสมอ (Base Load) โดยผู้ผลิตเอกชนเป็นผู้สร้างและเป็นเจ้าของ โรงไฟฟ้า โดย กฟผ. เป็นผู้สั่งการให้ผู้ผลิตเอกชนเดินเครื่องเพื่อผลิตไฟฟ้าให้กับ กฟผ. เพียงรายเดียว ทั้งนี้ อัตราค่าไฟฟ้าแบ่งออกเป็น ๒ ส่วน คือ “ค่าความพร้อมจ่ายไฟฟ้า” (Availability Payments)^๒ ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายรายเดือนสำหรับความพร้อมของโรงไฟฟ้าที่จะ เดินเครื่องผลิตไฟฟ้าให้กับ กฟผ. ตามที่ กฟผ. สั่งการ โดยไม่คำนึงว่า กฟผ. จะซื้อพลังงานไฟฟ้า จากผู้ผลิตหรือไม่ และ “ค่าพลังงานไฟฟ้า” (Energy Payments)^๓ ซึ่งเป็นค่าตอบแทนตาม ปริมาณพลังงานไฟฟ้าที่ส่งมอบจริง

๑.๓ การดำเนินการเพื่อจัดซื้อไฟฟ้าจาก IPP ใช้วิธีการคัดเลือกโดยการ ประกวดราคา ดังนั้น ผลตอบแทนการลงทุนจึงกำหนดขึ้นโดย IPP แต่ละรายซึ่งรวมอยู่ในค่า ความพร้อมจ่ายไฟฟ้าที่เสนอมาให้ กฟผ. พิจารณา ทั้งนี้ IPP แต่ละรายก็จะพยายามเสนอราคา ให้ต่ำกว่ารายอื่น

๑.๔ เดือนมิถุนายน ๒๕๓๘ – เดือนมีนาคม ๒๕๓๙ กฟผ. ทำการประเมิน และคัดเลือกข้อเสนอของ IPP แต่ละราย โดยพิจารณาจากปัจจัยด้านราคาและปัจจัยอื่น ๆ ตาม หลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศรับซื้อไฟฟ้า ภายใต้การกำกับดูแลของ “คณะกรรมการประเมิน และคัดเลือกข้อเสนอจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน”^๔ และคณะกรรมการฯ ได้แจ้งผลการประเมินเมื่อ เดือนเมษายน ๒๕๓๙

^๒ ค่าความพร้อมจ่ายไฟฟ้าจะครอบคลุมต้นทุนเงินลงทุนในโรงไฟฟ้า รวมถึงการชำระคืนเงิน ต้นและดอกเบี้ย ค่าใช้จ่ายคงที่ในการผลิตและบำรุงรักษา ค่าอะไหล่ในการบำรุงรักษาหลัก ค่าประกันภัย ผลตอบแทนสำหรับส่วนของผู้ถือหุ้น IPP จะไม่ได้รับค่าความพร้อมจ่ายไฟฟ้าเต็มจำนวน หากมีความบกพร่อง เกี่ยวกับความพร้อมจ่ายไฟฟ้าของโรงไฟฟ้าเกิดขึ้น

^๓ ค่าพลังงานไฟฟ้าจะครอบคลุมค่าใช้จ่ายผันแปรในการผลิต และจะเปลี่ยนแปลงได้ตาม ราคาเชื้อเพลิงและปัจจัยอื่น ๆ ตามสูตรที่จะตกลงกันเป็นราย ๆ

^๔ แต่งตั้งโดยคำสั่งคณะกรรมการพิจารณานโยบายพลังงาน ที่ ๒/๒๕๓๘ เรื่อง แต่งตั้ง คณะอนุกรรมการประเมินและคัดเลือกข้อเสนอการรับซื้อไฟฟ้าจากผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชน ลงวันที่ ๒๓ มกราคม ๒๕๓๘ ซึ่งประกอบด้วย ผู้ว่าการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตเป็นประธานอนุกรรมการ เลขานุการคณะกรรมการนโยบาย พลังงานแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และผู้แทนสำนักงาน เศรษฐกิจการค้า เป็นอนุกรรมการ โดยมีผู้ช่วยผู้ว่าการการไฟฟ้าฝ่ายผลิต เป็นอนุกรรมการและเลขานุการ

๑.๕ เดือนธันวาคม ๒๕๔๐ เสร็จสิ้นการเจรจาและได้ทำสัญญากับ IPP ที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน ๗ ราย รวมกำลังการผลิตไฟฟ้าทั้งสิ้น ๕,๙๔๓.๕ เมกะวัตต์ โดยแบ่งการซื้อไฟฟ้าออกเป็น ๒ ระยะ ได้แก่

- ระยะที่ ๑ จำนวน ๑,๗๕๐ เมกะวัตต์ ในช่วงปี ๒๕๓๙-๒๕๔๓ มี IPP จำนวน ๓ ราย ได้แก่ บริษัท ผลิตไฟฟ้าอิสระ (ประเทศไทย) จำกัด บริษัท ไตรเอ็นเนอจีจำกัด และบริษัท อีสเทิร์น เพาเวอร์ แอน อิเลกทริค จำกัด

- ระยะที่ ๒ จำนวน ๔,๑๙๓.๕ เมกะวัตต์ ในช่วงปี ๒๕๔๔-๒๕๔๕ มี IPP จำนวน ๔ ราย ได้แก่ บริษัท ยูเนียน เพาเวอร์ ดีเวลลอปเม้นต์ จำกัด บริษัท บ่อวินเพาเวอร์ จำกัด บริษัท บีแอลซีพี เพาเวอร์ จำกัด และบริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจเนอเรชั่น จำกัด

- การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้ลงนามในสัญญาจัดซื้อพลังงานกับ IPP ซึ่งได้รับการคัดเลือกทั้ง ๗ ราย โดยได้ลงนามกับบริษัท ยูเนียน เพาเวอร์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ในสัญญา No. IPP/40-103 เมื่อวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๔๐ และได้ลงนามกับบริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจเนอเรชั่น จำกัด ในสัญญา No. IPP/41-107 เมื่อวันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๔๐

๑.๖ เนื่องจากในปี ๒๕๔๐ ประเทศไทยเกิดวิกฤตเศรษฐกิจส่งผลให้ปริมาณความต้องการใช้ไฟฟ้าในประเทศลดน้อยลงจากค่าที่ได้มีการพยากรณ์ไว้มาก มีผลกระทบต่อ กฟผ. โดยค่ากำลังผลิตสำรองของระบบสูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานมาก และเกิดภาวะทางการเงินในการจ่ายค่าความพร้อมจ่ายไฟฟ้า(Availability Payments) ตามข้อผูกพันในสัญญาซื้อขายไฟฟ้า หากผู้ผลิตเอกชนดำเนินโครงการตามกำหนดวันในสัญญา คณะกรรมการ กฟผ. จึงกำหนดแนวทางในการแก้ปัญหาโดยให้ฝ่ายบริหาร กฟผ. เจรจาเลื่อนโครงการกับ IPP แต่ละรายออกไป

๑.๗ ในระหว่างการดำเนินการเจรจาขอเลื่อนโครงการได้มีการประท้วงคัดค้านการก่อสร้างโรงไฟฟ้าบ่อนอกและโรงไฟฟ้าหินกรูดใน ๓ ประเด็น คือ (๑) ระบบนิเวศทางทะเลและการประมง (๒) มลพิษทางอากาศ และ (๓) ผลกระทบต่อสังคม การเมือง ความมั่นคง และผลได้เสียต่อสาธารณะ คณะรัฐมนตรีจึงมีมติเมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๔๑ ให้ทำประชาพิจารณ์โครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอกและโครงการโรงไฟฟ้าหินกรูด

๑.๘ วันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๓ คณะรัฐมนตรีรับทราบรายงานผลการจัดทำประชาพิจารณ์โครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอกและโครงการโรงไฟฟ้าหินกรูด และมีมติให้คงนโยบายการรับซื้อไฟฟ้าจากเอกชนตามข้อผูกพันเดิม

๑.๙ ด้วยเหตุของวิกฤตเศรษฐกิจตาม ๑.๖ และการทำประชาพิจารณ์ตาม ๑.๗ ทำให้มีการแก้ไขสัญญาโครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอกและโครงการโรงไฟฟ้าหินกรูด ดังนี้

โครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอก มีการแก้ไขสัญญารวม ๓ ครั้ง

ครั้งที่ ๑ วันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๔๒ เนื่องจากความต้องการไฟฟ้าชะลอตัวลง กฟผ. จึงขอแก้ไขสัญญา เพื่อปรับเลื่อนโครงการออกไปเป็นระยะเวลา ๑๒ เดือน จากกำหนดแล้วเสร็จเดิม หน่วยผลิตที่ ๑ วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๔ เป็นวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๕ หน่วยผลิตที่ ๒ วันที่ ๑ เมษายน ๒๕๔๕ เป็นวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๔๖

ครั้งที่ ๒ วันที่ ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๓ เนื่องจากการทำประชาพิจารณ์ทำให้บริษัทฯ ไม่สามารถดำเนินโครงการตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ได้ บริษัทฯ จึงขอแก้ไขสัญญาเพื่อปรับเลื่อนโครงการออกไปอีก ๑๒ เดือน จากกำหนดแล้วเสร็จเดิม หน่วยผลิตที่ ๑ วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๕ เป็นวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๖ หน่วยผลิตที่ ๒ วันที่ ๑ เมษายน ๒๕๔๖ เป็นวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๔๗

ครั้งที่ ๓ วันที่ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ เนื่องจากการทำประชาพิจารณ์ทำให้บริษัทฯ ไม่สามารถดำเนินโครงการตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ได้ บริษัทฯ จึงขอแก้ไขสัญญาเพื่อปรับเลื่อนโครงการออกไปอีก ๑๒ เดือน จากกำหนดแล้วเสร็จเดิม หน่วยผลิตที่ ๑ วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๖ เป็นวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๗ หน่วยผลิตที่ ๒ วันที่ ๑ เมษายน ๒๕๔๗ เป็นวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๔๘

โครงการโรงไฟฟ้าหินกรูด มีการแก้ไขสัญญารวม ๔ ครั้ง ดังนี้

ครั้งที่ ๑ วันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๔๐ บริษัทฯ ได้ขอแก้ไขสัญญาเพื่อปรับเลื่อนโครงการหน่วยผลิตที่ ๑ ออกไปเป็นระยะเวลา ๒ เดือน จากเดิมวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๔๔ เป็นวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๔๔ และปรับเลื่อนโครงการในหน่วยผลิตที่ ๒ ออกไปเป็นระยะเวลา ๓ เดือน หลังจากหน่วยผลิตที่ ๑ จ่ายไฟฟ้าแล้ว เนื่องจากได้รับผลกระทบจากประกาศกระทรวงการคลังเปลี่ยนแปลงอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศเป็นแบบลอยตัวเมื่อวันที่ ๒ กรกฎาคม ๒๕๔๐ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือถึง กพฟ. เมื่อวันที่ ๓ ตุลาคม ๒๕๔๐ ให้ความเห็นว่า การประกาศอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศเป็นแบบลอยตัวถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมาย (change-in-law) อันเป็นเหตุสุดวิสัย (force majeure) ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในสัญญา

ครั้งที่ ๒ วันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๔๑ ได้มีการปรับเลื่อนโครงการออกไปจากกำหนดแล้วเสร็จเดิม หน่วยผลิตที่ ๑ วันที่ ๑ กันยายน ๒๕๔๔ เป็นวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๕ และหน่วยผลิตที่ ๒ วันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๔๔ เป็นวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๔๖ เพื่อปรับแผนพัฒนากำลังผลิตไฟฟ้าใหม่ในการบรรเทาปัญหาด้านกำลังผลิตสำรองที่สูงกว่าเกณฑ์มาตรฐานและบริษัทฯ ประสบปัญหาความล่าช้าในการดำเนินโครงการอันเนื่องมาจากการพิจารณาออกใบอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ ซึ่งบริษัทฯ อ้างว่าเป็นเหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ (governmental force majeure) ที่บริษัทฯ มีสิทธิได้รับการขยายเวลา

ครั้งที่ ๓ วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๔๒ ได้มีการลงนามแก้ไขสัญญาปรับเลื่อนโครงการออกไปอีก ๑๒ เดือนจากกำหนดแล้วเสร็จเดิม หน่วยผลิตที่ ๑ วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๕ เป็นวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๖ หน่วยผลิตที่ ๒ วันที่ ๑ มกราคม ๒๕๔๖ เป็นวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๔๗ เนื่องจากโครงการประสบความล่าช้าจากการขอใบอนุญาตสัมปทานประกอบกิจการไฟฟ้าจากกระทรวงมหาดไทย ซึ่งบริษัทฯ อ้างว่าเป็นเหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ ที่บริษัทฯ มีสิทธิได้รับการขยายเวลา

ครั้งที่ ๔ วันที่ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๔๔ ได้มีการลงนามแก้ไขสัญญาปรับเลื่อนโครงการออกไปอีก ๒๔ เดือน จากกำหนดแล้วเสร็จเดิม หน่วยผลิตที่ ๑ วันที่ ๑ ตุลาคม

๒๕๔๖ เป็นวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๘ หน่วยผลิตที่ ๒ วันที่ ๑ มกราคม ๒๕๔๗ เป็นวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๔๙ เนื่องจากโครงการประสบความล่าช้าจากการทำประชาพิจารณ์ ซึ่งบริษัทฯ อ้างว่าเป็นเหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐที่บริษัทฯ มีสิทธิได้รับการขยายเวลา

๑.๑๐ ผู้ดำเนินการโครงการโรงไฟฟ้าจำต้องได้ใบอนุญาต จดทะเบียนหรือทำการอย่างอื่นตามข้อกำหนดของทางราชการจำนวน ๑๕^๔ รายการ และบริษัทฯ ทั้งสองยังไม่ได้รับอนุญาตบางรายการ ดังนี้

(ก) บริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจนเนอเรชั่น จำกัด ยังไม่ได้รับใบอนุญาต๓ ฉบับ ได้แก่ ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานจากกรมโรงงานอุตสาหกรรม ใบอนุญาตหรือสัมปทานประกอบกิจการไฟฟ้าตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ จากกระทรวงมหาดไทย และใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารจากองค์การบริหารส่วนตำบลบ่อนอก

(ข) บริษัท ยูเนี่ยน เพาเวอร์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ยังไม่ได้รับใบอนุญาต ๒ ฉบับ ได้แก่ ใบอนุญาตการเข้าใช้ที่สาธารณะจากกรมที่ดิน และใบอนุญาตสัมปทานประกอบกิจการไฟฟ้าตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๕๘ จากกระทรวงมหาดไทย

๒. สารสำคัญของสัญญาโครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอก No. IPP/41-107

๒.๑ คู่สัญญาและวัตถุประสงค์ของสัญญา สัญญาจัดซื้อพลังงาน (Power Purchase Agreement) No. IPP/41-107 ทำขึ้นระหว่างบริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจนเนอเรชั่น จำกัด กับ กฟผ. โดยลงนามเมื่อวันที่ ๒๒ ธันวาคม ๒๕๔๐ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัทฯ

๔๑. หนังสืออนุญาตให้ผลิตพลังงานควบคุม จากกรมพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน ๒. ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน จากกรมโรงงานอุตสาหกรรม ๓. หนังสืออนุญาตให้ขนานเครื่องเข้ากับระบบไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิต การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค หรือการไฟฟ้านครหลวง จาก กฟผ. กฟภ. หรือ กฟน. ใบยื่นความประสงค์ขอใช้ไฟฟ้าจาก กฟภ. ในเขตที่ตั้งขอใช้ และสัญญาไฟฟ้าสำรองจากกองเศรษฐกิจ กฟภ. ๔. หนังสืออนุญาตหรือสัมปทานประกอบกิจการไฟฟ้า จากกระทรวงมหาดไทย ๕. ใบอนุญาตจ่ายไฟฟ้าจากกรมโยธาธิการ ๖. รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) จากสำนักงานนโยบายและแผนสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ๗. การขึ้นทะเบียนเป็นผู้ควบคุมระบบป้องกันสิ่งแวดล้อมเป็นพิษ จากกรมโรงงานอุตสาหกรรม ๘. การขึ้นทะเบียนเป็นผู้ควบคุมหม้อไอน้ำ จากกรมโรงงานอุตสาหกรรม ๙. การขึ้นทะเบียนวิศวกรควบคุมและอำนวยความสะดวกใช้น้ำ จากกรมโรงงานอุตสาหกรรม ๑๐. ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารจากองค์การบริหารส่วนตำบลและสำนักงานโยธาธิการจังหวัด ๑๑. ใบอนุญาตก่อสร้างสิ่งล่วงล้ำลำน้ำ จากกรมเจ้าท่า (ถ้ามี) ๑๒. การส่งเสริมการลงทุน จากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ๑๓. ใบอนุญาตจัดเก็บน้ำมันเชื้อเพลิง จากสำนักงานโยธาธิการจังหวัด ๑๔. ใบอนุญาตประกอบการค้า ซึ่งเป็นที่น่ารังเกียจหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ จากสำนักงานเทศบาลตำบล ๑๕. ใบอนุญาตครอบครองซึ่งยุทธภัณฑ์ จากกองควบคุมยุทธภัณฑ์ กระทรวงกลาโหม

ดำเนินการก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังความร้อนขนาดกำลังผลิต ๗๓๔ เมกะวัตต์^๖ โดยใช้ถ่านหินเป็นเชื้อเพลิง ที่ตำบลบ่อนอก อำเภอกุยบุรี จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ เพื่อผลิตไฟฟ้าขายให้แก่ กฟผ. เพียงรายเดียว

๒.๒ หน้าที่ของคู่สัญญา สัญญากำหนดให้บริษัทฯ สร้างและดำเนินการโรงไฟฟ้าและสายส่งเชื่อมโยงใหม่(เพื่อเชื่อมโยงกับสายส่งหลักใหม่ที่ กฟผ. จะเป็นผู้สร้าง) โดยสายส่งเชื่อมโยงใหม่และลานโกไฟฟ้า(Facility Switchyard) ต้องแล้วเสร็จก่อนหรือในวันทดลองจ่ายไฟฟ้า และต้องดำเนินการให้หน่วยผลิตที่ ๑ และหน่วยผลิตที่ ๒ พร้อมทั้งจะรับคำสั่งให้จ่ายไฟฟ้าจาก กฟผ. ก่อนหรือในวันกำหนดจ่ายไฟฟ้าในเชิงพาณิชย์ โดย กฟผ. จะดำเนินการวางระบบสายส่งหลักใหม่ เพื่อให้พร้อมสำหรับการส่งจ่ายไฟฟ้าตามกำหนดวันจ่ายไฟฟ้าในเชิงพาณิชย์ทั้งหน่วยผลิตที่ ๑ และหน่วยผลิตที่ ๒ (สัญญาข้อ ๒.๑) และเพื่อประโยชน์ในการเข้าทำสัญญา กฟผ. จะเสียค่าความพร้อมจ่ายไฟฟ้า(AP)^๗ และค่าพลังงานไฟฟ้า(EP)^๘ ให้แก่บริษัทฯ โดยบริษัทฯจะดำเนินการเกี่ยวกับโรงไฟฟ้าให้เป็นไปตาม Grid Code ตามวิธีปฏิบัติที่ยอมรับทั่วไปของอุตสาหกรรมไฟฟ้า

๒.๓ อายุของสัญญา สัญญามีผลนับแต่วันที่คู่สัญญาลงนามในสัญญาและให้มีผลไป ๒๕ ปี นับแต่วันจ่ายไฟฟ้าเชิงพาณิชย์ในหน่วยผลิตที่ ๒ (สัญญาข้อ ๑๐.๑) อย่างไรก็ตามคู่สัญญาอาจร่วมกันตกลงขยายอายุของสัญญาออกไปได้อีก(สัญญาข้อ ๑๐ .๓)

๒.๔ ภาษาที่ใช้ในสัญญา ให้ใช้ภาษาอังกฤษ (สัญญาข้อ ๒๕.๙)

๒.๕ การบอกเลิกสัญญาและค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย

สัญญาได้กำหนดเหตุของการบอกเลิกสัญญาไว้ ๒ กรณี และได้กำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายของแต่ละกรณีไว้ดังนี้ คือ

๒.๕.๑ การเลิกสัญญากรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา(default) (สัญญาข้อ ๑๒)

การบอกเลิกสัญญาทำได้โดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (สัญญาข้อ ๑๒.๑.๑ เป็นกรณีบริษัทฯเป็นผู้บอกเลิกสัญญา และสัญญาข้อ ๑๒.๒.๑ เป็นกรณี กฟผ. เป็นผู้บอกเลิกสัญญา) สำหรับเหตุของการบอกเลิกสัญญานั้นสัญญาได้กำหนดไว้หลายเหตุ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ กฟผ. ไม่ปฏิบัติตามสิ่งที่ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสัญญา(สัญญา ข้อ ๑๒.๑.๑ (f))

สำหรับค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย(compensation) สัญญากำหนดไว้เช่นกัน ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะเป็นผู้บอกเลิกสัญญา ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามลิติตามกฎหมายได้ (สัญญาข้อ ๑๒.๑.๓ กรณีที่บริษัทฯเป็นผู้บอกเลิกสัญญา และสัญญาข้อ ๑๒.๒.๓ กรณีที่ กฟผ. เป็นผู้บอกเลิกสัญญา)

^๖ โดยแบ่งเป็นสองหน่วยผลิต หน่วยละ ๓๖๗ เมกะวัตต์ หน่วยผลิตที่หนึ่งในวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๗ และหน่วยผลิตที่สองในวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๔๘

^๗ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓, ข้างต้น

^๘ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓, ข้างต้น

๒.๕.๒ การเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากเหตุสุดวิสัย^๔ (force majeure) (สัญญาข้อ ๑๔) ในการเลิกสัญญากรณี กฟผ.ประสบเหตุสุดวิสัย แบ่งได้เป็น ๒ กรณี คือ

(ก) เหตุสุดวิสัยที่มีได้เกิดจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของหน่วยงานรัฐและทำให้ กฟผ.ไม่สามารถปฏิบัติตามภาระผูกพันตามสัญญาต่อไปได้ กฟผ. จะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

- หากเหตุสุดวิสัยส่งผลกระทบต่อบริษัทฯ ก่อนหรือหลังจากวันจ่ายไฟฟ้าในเชิงพาณิชย์ของหน่วยผลิตที่ ๒ เป็นระยะเวลาเกินกว่า ๑ ปี กฟผ. อาจเลิกสัญญาได้โดยการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้า ๓๐ วัน (สัญญาข้อ ๑๔.๖.๑)

- หากเหตุสุดวิสัยนั้นส่งผลกระทบต่อระบบสายส่งเชื่อมโยงแห่งใหม่และระบบสายส่งหลักของ กฟผ. ที่สร้างใหม่ และเหตุนี้เกิดก่อนวันจ่ายไฟฟ้าในเชิงพาณิชย์หน่วยผลิตที่ ๑ เป็นระยะเวลา ๒๔ เดือน กฟผ. อาจเลิกสัญญาได้โดยแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้า ๓๐ วัน และกรณีเหตุสุดวิสัยนี้กระทบต่อ กฟผ. ต่อเนื่องเป็นเวลา ๑๒ เดือน กฟผ. จะต้องรับผิดชอบในการซื้อโรงไฟฟ้าและทรัพย์สินต่าง ๆ ของบริษัทฯ (สัญญาข้อ ๑๔.๖.๒)

(ข) เหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ^๕ (governmental force majeure) และทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญา

^๔ เหตุสุดวิสัย(force majeure) ตามสัญญานี้ (ข้อ ๑๔.๖.๑) หมายถึง เหตุการณ์ สภาวะ หรือสถานการณ์ใด ซึ่งรวมถึงผลกระทบของเหตุการณ์ สภาวะ หรือสถานการณ์ดังกล่าวที่อยู่เหนือการควบคุมและไม่ได้เกิดจากความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของคู่สัญญาฝ่ายที่อ้างเหตุสุดวิสัยถึงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายดังกล่าวได้กระทำการใด ๆ ที่สมควรแก่เหตุเพื่อป้องกันและบรรเทาผลกระทบแล้ว เหตุสุดวิสัยเช่นว่านี้ก่อให้เกิดความล่าช้าหรือขัดขวางการปฏิบัติตามพันธกรณีดังที่จะกล่าวต่อไป ทั้งนี้ เว้นแต่ว่าทบทวนข้อขัดแย้งกันจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้เหตุสุดวิสัยหมายความรวมถึง (a) สภาพอากาศที่รุนแรงผิดปกติ (b) การระบาดของเชื้อโรคหรือโรคร้ายที่ทำให้คนตายจำนวนมาก (c) การทำสงคราม(ไม่ว่าจะมีการประกาศหรือไม่) การใช้กำลังโดยต่างชาติหรือการคว่ำบาตร (d) การนัดหยุดงานหรือการหยุดงาน (เว้นแต่การหยุดงานส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาที่อ้างถึงเหตุสุดวิสัยอย่างเดียวกันเพียงฝ่ายเดียว) การจราจรหรือการกระทำของผู้ก่อการร้าย (e) การเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (f) การไม่ได้รับอนุญาตหรือต่ออายุการอนุญาตจากรัฐบาล (ยกเว้นกรณีที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือละเว้นกระทำของผู้ผลิตเอง) เกี่ยวกับการมีกรรมสิทธิ์ การก่อสร้าง การเงิน การดำเนินการ หรือการบำรุงรักษาโรงไฟฟ้า หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้สัญญานี้ (g) อุบัติภัย แผ่นดินไหว อัคคีภัย หรือการระเบิด (h) การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ หรือการบังคับซื้อโรงไฟฟ้า ทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ หุ่น หรือผลประโยชน์ของผู้ผลิตหรือการกระทำหรือการละเว้นการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐ (แต่ไม่รวมถึง (๑) การกระทำหรือละเว้นกระทำโดยชอบของผู้ผลิต หรือผู้รับเหมาของผู้ผลิตที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือ (๒) การบังคับใช้ข้อความในสัญญานี้หรือสัญญาโครงการ ตามวิธีการระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ในสัญญา) ที่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้ผลิต หรือสิทธิใด ๆ ของผู้ผลิตหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสัญญานี้ หรือสัญญาโครงการใดเกี่ยวกับโรงไฟฟ้าที่ผู้ผลิตเป็นคู่สัญญา และ (i) เหตุสุดวิสัยที่ส่งผลกระทบต่อปฏิบัติการของคู่สัญญาในสัญญาการบำรุงรักษา สัญญาการก่อสร้าง สัญญาการให้บริการ สัญญาการจัดหาเชื้อเพลิง หรือสัญญาอื่น ๆ ระหว่างผู้ผลิตและบุคคลดังกล่าวที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการมีกรรมสิทธิ์ การก่อสร้าง การดำเนินการ หรือการบำรุงรักษาโรงไฟฟ้า

ต่อไปได้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ก็ต่อเมื่อเหตุสุดวิสัยนั้นเกิดขึ้นเป็นระยะเวลา นานเกินกว่า ๑ ปี และหาก กฟผ. เป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญา กฟผ. จะต้องจ่ายค่าเสียหายตาม สัญญาข้อ ๑๔.๖.๓

๒.๖ การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา ไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่คู่สัญญาจะตกลง แก้ไขเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการลงนามของคู่สัญญา(สัญญาข้อ ๒๕.๑)

๒.๗ กฎหมายที่ใช้บังคับ ใช้กฎหมายไทยบังคับแก่สัญญานี้(สัญญาข้อ ๒๖.๑)

๒.๘ การระงับข้อพิพาท ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นภายใต้หรือเกี่ยวเนื่อง กับสัญญานี้ คู่สัญญาจะต้องใช้ความพยายามอย่างสุจริตในการยุติข้อพิพาทโดยการตั้งผู้แทนของ แต่ละฝ่ายเพื่อตกลงเจรจาหาข้อยุติและหากไม่อาจหาข้อยุติได้ภายใน ๖๐ วัน ให้คู่สัญญาสองฝ่าย ตั้งผู้เชี่ยวชาญอิสระ (independent expert) หรือเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณา ระงับข้อพิพาทดังกล่าว (สัญญาข้อ ๑๕)

การดำเนินการของอนุญาโตตุลาการให้ใช้กฎของสภาหอการค้าระหว่างชาติ เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ (Rules of Arbitration and Conciliation of the International Chamber of Commerce)^{๙๐} (สัญญาข้อ ๑๕.๒.๒) และให้กระทำในประเทศไทย โดยใช้ภาษาอังกฤษในการพิจารณา ค่าชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการให้ใช้เสียงข้างมากขององค์คณะอนุญาโตตุลาการ(สัญญาข้อ ๑๕.๒.๕) ซึ่งคำชี้ ขาดดังกล่าวถือเป็นที่สุดและผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยคู่สัญญาสละสิทธิในการอุทธรณ์หรือ ให้มีการทบทวนคำชี้ขาดอีกไม่ว่าโดยศาลหรือองค์คณะใด ๆ แต่ไม่รวมถึงข้อต่อสู้ตามกฎหมาย หรือสิทธิในการอุทธรณ์ที่เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ หรือที่ จะมีการแก้ไขต่อไป (สัญญาข้อ ๑๕.๒.๖) ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการของ อนุญาโตตุลาการให้เป็นไปตามที่กำหนดในคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (สัญญาข้อ ๑๕.๒.๗)

๓. สำคัญของสัญญาโครงการโรงไฟฟ้าหินกรูด No. IPP/40-103

๓.๑ คู่สัญญาและวัตถุประสงค์ของสัญญา สัญญาจัดซื้อพลังงาน(Power Purchase Agreement) No. IPP/40-103 ทำขึ้นระหว่างบริษัท ยูเนียน เพาเวอร์ ดีเวลลอป เม้นท์ จำกัด กับ กฟผ. โดยลงนามเมื่อวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๔๐ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัทฯ

^{๙๐} เหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ (สัญญาข้อ ๑๔.๑.๒) หมายถึง เหตุสุดวิสัยตามข้อ ๑๔.๑.๑ (c) ภาวะสงคราม (e) การเปลี่ยนกฎหมาย (f) การไม่ได้รับความ เห็นชอบจากรัฐบาลในการได้กรรมสิทธิ์ การก่อสร้าง การเงิน การดำเนินการหรือการรักษาไว้ซึ่งโรงไฟฟ้า (Facility) หรือการละเลยไม่ชำระหนี้ภายใต้สัญญานี้โดยมิใช่การกระทำหรือการงดเว้นกระทำของบริษัทฯ และ (h) การที่รัฐบาลบังคับเวนคืนโรงไฟฟ้า (ข้อ ๑๔.๑.๒)

^{๙๑} จากการตรวจสอบข้อกฎหมายของสภาหอการค้าระหว่างชาติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ปรากฏ ว่า แบ่งออกเป็น ๒ กฎ คือ Rules of Arbitration และ Rules of Conciliation ซึ่งเมื่อพิจารณาสัญญาโครงการ โรงไฟฟ้าบ่อนอกแล้ว กฎที่นำมาใช้กับสัญญานี้คือ Rules of Arbitration เท่านั้น เนื่องจากไม่มีกรณีเรื่องการ ไกล่เกลี่ยโดยอนุญาโตตุลาการ

ดำเนินการก่อสร้างโรงไฟฟ้าพลังความร้อนขนาดกำลังผลิต ๑,๔๐๐ เมกะวัตต์^{๑๒} โดยใช้เชื้อเพลิงจากถ่านหินเป็นหลัก ที่บ้านโคกตาหอม ตำบลธงชัย อำเภอบางสะพาน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ เพื่อผลิตไฟฟ้าขายให้แก่ กฟผ. เพียงรายเดียว

๓.๒ อายุของสัญญา ภาษาที่ใช้ในสัญญา การบอกเลิกสัญญาและค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา กฎหมายที่ใช้บังคับ และการระงับข้อพิพาท มีเนื้อหาและสาระสำคัญเช่นเดียวกันกับสัญญาโครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอก สัญญาเลขที่ IPP/41-107 รวมทั้งการใช้เลขข้อของสัญญาก็เป็นเลขข้อเดียวกัน สำหรับหน้าที่ของคู่สัญญานั้นมีความแตกต่างจากสัญญา No. IPP/41-107 ในเรื่องการสร้างสายส่งเชื่อมโยงใหม่ ซึ่งในสัญญาดังกล่าวกำหนดให้บริษัทฯ เป็นผู้สร้างและดำเนินการ แต่สัญญานี้กำหนดให้ กฟผ. เป็นผู้สร้างสายส่งเชื่อมโยงใหม่

๔. คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ ได้พิจารณาสัญญาจัดซื้อพลังงาน No. IPP/41-107 (โครงการโรงไฟฟ้าบ่อนอก) สัญญาจัดซื้อพลังงาน No. IPP/40-103 (โครงการโรงไฟฟ้าหินกรูด) เอกสารต่าง ๆ ข้างต้น และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งรับฟังคำชี้แจงของผู้แทนหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแล้ว มีความเห็นดังนี้

๔.๑ ประเด็นที่หนึ่ง รัฐในฐานะคู่สัญญาจัดซื้อพลังงาน No. IPP/41-107 และ No. IPP/40-103 หากไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะมีผลประการใด ซึ่งเมื่อพิจารณาสัญญานี้แล้ว เห็นว่า คู่สัญญาของบริษัทเอกชนคือ กฟผ. ดังนั้น ประเด็นที่หารือจึงหมายถึงว่า หาก กฟผ. ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะมีผลเป็นประการใด

ส่วนการที่จะพิจารณาต่อไปว่า หาก กฟผ. ไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะมีผลเป็นประการใดนั้น เนื่องจากเนื้อหาของสัญญากำหนดผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาไว้หลายระดับขึ้นอยู่กับเรื่องที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งได้แก่ การไม่ปฏิบัติตามสัญญาบางส่วนซึ่งไม่ใช่สาระสำคัญของสัญญา ซึ่งสามารถแก้ไขเยียวยาได้ แต่ไม่สามารถบอกเลิกสัญญาได้ และการไม่ปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญซึ่งสามารถนำไปสู่การเลิกสัญญาได้ ดังนั้น การตอบข้อหารือจึงอยู่ในประเด็นว่า การไม่ปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญอันนำไปสู่การบอกเลิกสัญญาได้ และอยู่บนข้อเท็จจริงว่าตัวโรงไฟฟ้ายังไม่ได้มีการก่อสร้างมีแต่เพียงการรวบรวมแปลงที่ดิน การบริหารโครงการ และการขออนุญาตและการได้รับอนุญาตหรือจดทะเบียนในเรื่องต่าง ๆ

การเลิกสัญญา สัญญานี้กำหนดเหตุแห่งการเลิกสัญญาไว้ ๒ กรณี คือ การเลิกสัญญากรณีทั่วไป (default) (สัญญาข้อ ๑๒.๑ และข้อ ๑๒.๒) และการเลิกสัญญาเนื่องจากเหตุสุดวิสัย (สัญญาข้อ ๑๔.๖)

(ก) การเลิกสัญญากรณีทั่วไป ข้อ ๑๒.๑ และข้อ ๑๒.๒ ของสัญญาได้กำหนดเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสัญญาไว้หลายกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่

^{๑๒} โดยแบ่งเป็นสองหน่วยผลิต หน่วยละ ๗๐๐ เมกะวัตต์ หน่วยผลิตที่หนึ่งในวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๘ และหน่วยผลิตที่สองในวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๔๙

บริษัทหรือ กฟผ. ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ดังนั้น ในกรณีที่ กฟผ. ระบุโครงการโรงไฟฟ้านี้ ก็ย่อมถือได้แล้วว่า กฟผ. ไม่ปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ อันก่อให้เกิดสิทธิแก่บริษัทที่จะบอกเลิกสัญญาได้ตามสัญญาข้อ ๑๒.๑.๑(f)

ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่บริษัทมีสิทธิจะได้รับ

ในกรณีที่บริษัทได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาตามข้อ ๑๒.๑.๑(f) นี้ จะทำให้บริษัทมีสิทธิตามสัญญาข้อ ๑๒.๑.๓ ที่จะเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งรวมถึงการขอให้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย การบังคับให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ ซึ่งค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่บริษัทอาจเรียกร้องได้ในเหตุการณ์เช่นนี้ก็อาจจะได้แก่ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ได้ลงทุนเพื่อการดำเนินการโครงการ ค่าปรับที่บริษัทจะต้องชดเชยให้แก่คู่สัญญาตามสัญญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการที่บริษัทได้ทำข้อตกลงไว้ ค่าสูญเสียโอกาสจากการขาดรายได้และอื่น ๆ

สำหรับจำนวนเงินค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น กฟผ. ได้เคยประมาณการเงินลงทุนโครงการของบริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจนเนอเรชั่น จำกัด วัที่ ๒,๗๓๘ ล้านบาท และบริษัท ยูเนียน เพาเวอร์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ๓,๖๖๔ ล้านบาท (ประมาณการจากข้อมูลของบริษัทเมื่อเดือนมีนาคม ๒๕๕๔) โดยมีรายละเอียดปรากฏตามเอกสารที่แนบมาพร้อมนี้

(ข) การเลิกสัญญาโดยเหตุสุดวิสัย ซึ่งได้กล่าวมาแล้ว ในบันทึกข้อ ๒.๕.๒ สำหรับเหตุการณ์ที่เมื่อเกิดขึ้นแล้วจะอ้างเหตุสุดวิสัยได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่อาจแตกต่างกันได้หลายกรณี เช่น

กรณีที่หนึ่ง รัฐบาล(ซึ่งมิใช่ กฟผ.)ให้ยกเลิกโครงการโรงไฟฟ้าซึ่งเป็นไปตามความหมายของคำว่าเหตุสุดวิสัย(force majeure) ตามสัญญาข้อ ๑๔.๑.๑ (h) ที่ให้ความหมายว่า เหตุสุดวิสัยย่อมรวมถึงการกระทำหรือการละเว้นไม่กระทำของรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐด้วย(governmental authority)^{๑๑}

กรณีที่สอง หน่วยงานของรัฐปฏิเสธการออกใบอนุญาตต่าง ๆ (โดยไม่ใช่เนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นกระทำของบริษัทฯ) ทำให้บริษัทฯ ไม่สามารถสร้างโรงงานไฟฟ้าได้ ซึ่งก็เป็นกรณีตามความหมายของคำว่าเหตุสุดวิสัย(force majeure) ตามสัญญาข้อ ๑๔.๑.๑(f)

ขั้นตอนการบอกเลิกสัญญา เมื่อเกิดเหตุสุดวิสัยทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้น คู่สัญญาจะบอกเลิกสัญญาโดยทันทีไม่ได้ แต่ต้องรอรยะเวลามากกว่าหนึ่งปี จึงจะบอกเลิกสัญญาได้ เนื่องจากเป็นกรณีการบอกเลิกสัญญาตามสัญญาข้อ ๑๔.๖.๓ ซึ่งกำหนดว่า ก่อนวันจ่ายไฟฟ้า

^{๑๑} ในข้อ ๑.๑ ของสัญญาได้นิยาม คำว่า Governmental Authority ไว้ว่าหมายถึง The Government of Thailand and any ministry, department, political subdivision, instrumentality, agency, authority (excluding EGAT or any successor to EGAT's interests under this Agreement), corporation or commission under the direct or indirect control of the Government of Thailand, or the Parliament of Thailand, or any court or tribunal in Thailand.

ในเชิงพาณิชย์ในหน่วยผลิตที่ ๒ (Commercial Operation Date of the Second Unit) (ซึ่งย่อมหมายถึงนับแต่วันที่ลงนามในสัญญาจนถึงวันดังกล่าว) หากเกิดเหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ (governmental force majeure) ต่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต่อเนื่องมาเป็นระยะเวลาเกินกว่า ๑ ปี คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ โดยมีหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาล่วงหน้าเป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน

การชดใช้ความเสียหาย ในกรณีที่ กฟผ. ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยอ้างเหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ (governmental force majeure) ตามสัญญาข้อ ๑๔.๖.๓ (a) นั้น กฟผ. จะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนความเสียหายซึ่งมีจำนวนเท่ากับ $(a + b + c - d) +$ ร้อยละ ๑๕ ของค่าตอบแทนของ b ซึ่งเริ่มคำนวณจากวันที่บริษัทฯ เริ่มลงทุนจนถึงวันที่ กฟผ. ชื้อโรงไฟฟ้า

a = จำนวนรวมของหนี้ค้างชำระ ณ วันที่มีการซื้อโรงไฟฟ้า
ตามสัญญาเงินกู้ รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการยกเลิกสัญญา
ตามสัญญาเงินกู้ระหว่างบริษัทฯ กับผู้ให้สินเชื่อ และ
ตามสัญญาเงินกู้ใดๆ ระหว่างบริษัทฯ กับผู้ถือหุ้น
ตามสมควร

b = จำนวนรวมของทุนเรือนหุ้นของบริษัทฯ ที่จดทะเบียน และที่ชำระแล้ว
กับเงินส่วนเกินมูลค่าของราคาหุ้น ที่บริษัทฯ ได้รับไว้แล้ว

c = รายได้ที่บริษัทฯ ก้นไว้ (รวมทั้งเงินสำรองตามกฎหมาย)

d = จำนวนเงินที่บริษัทฯ ได้รับจากบริษัทประกันภัย

อันเนื่องมาจากผลของเหตุสุดวิสัยดังกล่าว

ค่าซื้อโรงไฟฟ้านั้นขึ้นอยู่กับราคาสินค้าและการประเมินราคา ซึ่งจะประเมินได้ใกล้เคียงความเป็นจริงก็ต่อเมื่อได้มีการบอกเลิกสัญญา เพราะเมื่อเกิดกรณีดังกล่าวบริษัทก็จะมีคำขอให้ กฟผ. ชดใช้ค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม กฟผ. ได้เคยประมาณการเงินลงทุนโครงการ (มีมูลค่าเท่ากับ $a + b$) ของบริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจเนอเรชั่น จำกัด ไว้ที่ ๒,๗๓๘ ล้านบาท และบริษัท ยูเนี่ยน เพาเวอร์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด ๓,๖๖๔ ล้านบาท (ประมาณการจากข้อมูลของบริษัทฯ เมื่อเดือนมีนาคม ๒๕๔๔) ส่วนสำนักงานคณะกรรมการนโยบายและพลังงานแห่งชาติได้เคยประมาณการเงินลงทุนของทั้งสองโครงการบวกกับร้อยละสิบห้าของค่าตอบแทนของผู้ถือหุ้น (คือ $a + b +$ ร้อยละสิบห้าของค่าตอบแทนของ b) ไว้ ตามลำดับดังนี้ คือ ๓,๙๗๐ ล้านบาท และ ๕,๓๑๓ ล้านบาท (ประมาณการจากข้อมูลเมื่อวันที่ ๒๑ มกราคม ๒๕๔๕) โดยมีรายละเอียดปรากฏตามเอกสารที่แนบมาพร้อมนี้ (ส่วนจำนวนของ c และ d นั้นมิได้นำมารวมคำนวณเพราะปัจจุบันยังไม่เกิด)

อย่างไรก็ตาม หาก กฟผ. บอกเลิกสัญญาโดยอ้างเหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ (governmental force majeure) บริษัทฯ อาจโต้แย้งได้ว่ากรณีนี้ไม่ใช่เหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐก็ได้ เนื่องจากเหตุดังกล่าวนี้ไม่ใช่

เหตุสุดวิสัยตามข้อ ๑๔.๑.๑^{๑๔} เพราะ กฟผ. เป็นรัฐวิสาหกิจซึ่งดำเนินงานภายใต้นโยบายและการกำกับดูแลของรัฐบาล ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเหตุที่รัฐบาลอ้างให้ กฟผ. บอกเลิกสัญญา และบริษัทจะได้แย้งได้เพียงใดหรือไม่ ขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

๔.๒ ประเด็นที่สอง หากคู่สัญญาฝ่ายรัฐประสงค์จะเพิ่มเติมเงื่อนไขในสัญญาอีกข้อหนึ่ง เรื่องใดเรื่องหนึ่งที่ได้ตกลงหรือประกาศไว้ เช่น ข้อตกลงในเรื่องปริมาณสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ หากปรากฏว่าเมื่อโครงการได้ดำเนินไปแล้ว หากมิได้เป็นไปตามข้อตกลงทางฝ่ายรัฐมีสิทธิสั่งปิดกิจการได้โดยไม่มีการเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ จะกระทำได้เพียงใด หรือไม่

๔.๒.๑ การเพิ่มเติมเงื่อนไขของสัญญาจะกระทำได้อีกโดย กฟผ. และบริษัททำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรและมีการลงนามของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องตามสัญญาข้อ ๒๕.๑ โดยระบุเป็นเงื่อนไขว่า หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ตกลงกัน กฟผ. สามารถเลิกสัญญาได้

๔.๒.๒ ในกรณีที่ไม่มี การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา หากโรงไฟฟ้าปล่อยสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์หรือสารมีพิษอื่น เช่น ออกไซด์ของไนโตรเจนหรือฝุ่นละอองในปริมาณที่กระทบต่อสิ่งแวดล้อมและประชาชน รัฐก็มีอำนาจจะดำเนินการกับโรงไฟฟ้าได้ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง ข้อกำหนดในสัญญาได้กำหนดให้มีการควบคุมคุณภาพสิ่งแวดล้อมไว้ โดยกำหนดปริมาณสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ ออกไซด์ของไนโตรเจนและฝุ่นละอองไว้ตามตารางใน Schedule ๘ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา สอดคล้องกับมาตรฐานที่กำหนดอยู่ในประกาศกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดมาตรฐานควบคุมการปล่อยทิ้งอากาศเสียจากโรงไฟฟ้า ลงวันที่ ๒๕ ธันวาคม ๒๕๓๘ ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยปริมาณสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ที่ปล่อยออกมาจากโรงไฟฟ้าต้องไม่เกิน ๓๒๐ ppm ออกไซด์ของไนโตรเจนต้องไม่เกิน ๓๕๐ ppm และฝุ่นละอองต้องไม่เกิน ๑๒๐ mg/m๓ ดังนั้น หากบริษัท ไม่สามารถควบคุมปริมาณสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ได้ตามปริมาณที่ตกลงกันก็ถือว่าบริษัท ไม่ปฏิบัติตามสัญญาซึ่งจะนำไปสู่การเลิกสัญญาได้หากถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของสัญญา (ข้อ ๑๒.๒.๑ (g)) แต่ถ้าเป็นการปล่อยสารทั้งสามชนิดเกินมาตรฐานไปเพียงเล็กน้อยในระยะเวลาไม่ยาวนานที่สามารถแก้ไขปรับปรุงได้ โดยไม่มีผลกระทบต่อสำคัญก็ย่อมมิใช่สาระสำคัญที่จะเลิกสัญญาได้

กรณีที่สอง ในกรณีที่บริษัทผิดสัญญาในเรื่องการปล่อยสารเจือปนในอากาศเกินปริมาณที่กำหนด รัฐก็มีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ผู้ประกอบกิจการโรงไฟฟ้าแก้ไข หรือสั่งปิดโรงไฟฟ้าหรือเพิกถอนใบอนุญาตเกี่ยวกับกิจการโรงไฟฟ้าได้ และหากผู้ประกอบการโรงไฟฟ้าฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง กฎหมายก็ได้กำหนดโทษอาญาสำหรับกรณี

^{๑๔} เหตุการณ์ที่จะเป็นเหตุสุดวิสัยอันเนื่องมาจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐได้นั้น จะต้องเป็นเหตุการณ์ที่ตรงกับความหมายของคำว่า “เหตุสุดวิสัย” ตามข้อ ๑๔.๑.๑ ก่อน (โปรดดูเชิงอรรถที่ ๙ และ ๑๐ หน้า ๘-๙)

ดังกล่าวไว้ด้วย นอกจากนี้ รัฐยังสามารถกำหนดให้การปล่อยสารเจือปนออกสู่อากาศเป็นเงื่อนไขประกอบใบอนุญาตต่างๆ ที่โรงไฟฟ้าจะต้องมีได้อีกด้วย คือ

พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๓๕ ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม ฉบับที่ ๑ (พ.ศ. ๒๕๔๐) ออกตามความในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๓๕ เรื่อง กำหนดค่าปริมาณของสารเจือปนในอากาศที่ระบายออกจากโรงงานผลิต ส่ง หรือจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า ลงวันที่ ๑๑ มกราคม ๒๕๔๐ ได้กำหนดให้โรงไฟฟ้าที่ใช้ถ่านหินเป็นเชื้อเพลิงและมีกำลังผลิตกระแสไฟฟ้าเกิน ๕๐๐ เมกะวัตต์ คือ กรณีของบริษัท กัลฟ์ เพาเวอร์ เจนเนอเรชั่น จำกัด (๗๓๔ เมกะวัตต์) และกรณีของบริษัท ยูเนียน เพาเวอร์ ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด (๑,๔๐๐ เมกะวัตต์) จะปล่อยสารเจือปนในอากาศได้ดังนี้

- สารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ไม่เกิน ๓๒๐ ppm
- ออกไซด์ของไนโตรเจนไม่เกิน ๓๕๐ ppm
- ฝุ่นละอองไม่เกิน ๑๒๐ มิลลิกรัมต่อลูกบาศก์เมตร

ดังนั้น ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่พบว่าโรงไฟฟ้าของบริษัทฯ ปล่อยสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ ออกไซด์ของไนโตรเจน หรือฝุ่นละอองเกินปริมาณที่กฎหมายกำหนดข้างต้น (และเป็นปริมาณเดียวกับที่กำหนดใน Schedule ๘ ของสัญญาทั้งสองฉบับ) พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือสั่งให้แก้ไขหรือปรับปรุงหรือปฏิบัติให้เหมาะสมในระยะเวลาที่กำหนดได้ (มาตรา ๓๗)^{๑๔} นอกจากนี้ แม้ว่าสารซัลเฟอร์ไดออกไซด์ ออกไซด์ของไนโตรเจน หรือฝุ่นละออง ไม่เกินมาตรฐานตามประกาศของกระทรวงอุตสาหกรรมก็ตาม พนักงานเจ้าหน้าที่ก็มีอำนาจตามมาตรา ๓๗ นี้เช่นกันที่จะสั่งระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือแก้ไข หรือปรับปรุงโรงไฟฟ้าให้เหมาะสมได้ หากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้ามีสภาพที่อาจก่อให้เกิดอันตราย ความเสียหาย หรือความเดือดร้อนแก่บุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในโรงไฟฟ้า หรือใกล้เคียงกับโรงไฟฟ้า

ในกรณีที่โรงไฟฟ้าไม่ปฏิบัติตามคำสั่งที่ออกตามมาตรา ๓๗ โดยไม่มีเหตุอันควร ปลัดกระทรวงอุตสาหกรรมหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายก็มีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบกิจการโรงไฟฟ้าหยุดประกอบกิจการบางส่วนหรือทั้งหมดชั่วคราว และปรับปรุงแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนด และหากผู้ประกอบกิจการโรงไฟฟ้าไม่ปรับปรุงแก้ไขหรือไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนด ปลัดกระทรวงหรือผู้ที่ปลัดกระทรวงมอบหมายมี

^{๑๔} มาตรา ๓๗ ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่พบว่า ผู้ประกอบกิจการโรงงานผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือการประกอบกิจการโรงงานมีสภาพที่อาจก่อให้เกิดอันตราย ความเสียหายหรือความเดือดร้อนแก่บุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในโรงงานหรือที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงาน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือแก้ไขหรือปรับปรุงหรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนดได้

ในกรณีที่เห็นสมควร เมื่อได้รับอนุมัติจากปลัดกระทรวง หรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมาย ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจผูกมัดประทับตราเครื่องจักร เพื่อมิให้เครื่องจักรทำงานได้ในระหว่างการปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง

อำนาจสั่งปิดโรงไฟฟ้าได้ อันมีผลเป็นการเพิกถอนใบอนุญาตได้ (มาตรา ๓๙)^{๑๖} และในการนี้ กฟผ. ไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายแต่ประการใด

ในกรณีที่บริษัทฯ ฝ่าฝืน คือยังประกอบกิจการโรงไฟฟ้าต่อหลังจากมีคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการ กฎหมายโรงงานก็ได้กำหนดโทษอาญาไว้ คือ จำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับและปรับรายวันอีกวันละห้าพันบาท(มาตรา ๕๕)^{๑๗} หรือกรณีที่มิมีคำสั่งให้แก้ไขให้ถูกต้องแต่โรงงานไม่ยอมแก้ไขก็มีโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับรายวันอีกวันละไม่เกินห้าพันบาท(มาตรา ๕๗)^{๑๘}

ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของรัฐในการดำเนินการกับโรงไฟฟ้าที่ปล่อยสารเจือปนออกสู่อากาศในปริมาณที่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดนั้น เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีหน้าที่แจ้งเป็นหนังสือไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานให้ออกคำสั่งปรับผู้ประกอบการโรงไฟฟ้าและหากเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานไม่ออกคำสั่งปรับในระยะเวลาอันสมควร เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษก็มีอำนาจสั่งปรับผู้ประกอบการโรงไฟฟ้าได้(มาตรา ๘๒

^{๑๖} มาตรา ๓๙ ในกรณีที่ผู้ประกอบการโรงงานใดจงใจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๓๗ โดยไม่มีเหตุอันควรหรือในกรณีที่ปรากฏว่าการประกอบกิจการของโรงงานใดอาจจะก่อให้เกิดอันตราย ความเสียหายหรือความเดือดร้อนอย่างร้ายแรงแก่บุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่ในโรงงาน หรือที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงาน ให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายมีอำนาจสั่งให้ผู้ประกอบการโรงงานนั้นหยุดประกอบกิจการโรงงานทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว และปรับปรุงแก้ไขโรงงานนั้นเสียใหม่หรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนด

ถ้าผู้ประกอบการโรงงานได้ปรับปรุงแก้ไขโรงงานหรือปฏิบัติให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว ให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายสั่งให้ประกอบกิจการโรงงานต่อไปได้

ถ้าผู้ประกอบการโรงงานไม่ปรับปรุงแก้ไขโรงงานหรือไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนด ให้ปลัดกระทรวงหรือผู้ซึ่งปลัดกระทรวงมอบหมายมีอำนาจสั่งปิดโรงงานได้ และในกรณีที่ปิดโรงงานจำพวกที่ ๓ ให้คำสั่งปิดโรงงานดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนใบอนุญาตด้วย

^{๑๗} มาตรา ๕๕ ผู้ใดประกอบกิจการโรงงานในระหว่างที่ได้มีคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการโรงงานหรือภายหลังที่มีคำสั่งให้ปิดโรงงาน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ปรับอีกวันละห้าพันบาทจนกว่าจะหยุดประกอบกิจการ

สถาปนิกหรือวิศวกรผู้ใดยังฝ่าฝืนทำงานในโรงงานเฉพาะส่วนที่มีคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการหรือยังฝ่าฝืนทำงานในโรงงานที่มีคำสั่งปิดโรงงานแล้วเพื่อให้โรงงานประกอบกิจการต่อไป ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้ประกอบการโรงงานตามวรรคหนึ่ง

ผู้ที่ทำงานในโรงงานหรือคนงานผู้ใดยังฝ่าฝืนทำงานในโรงงานเฉพาะส่วนที่มีคำสั่งให้หยุดประกอบกิจการหรือยังฝ่าฝืนทำงานในโรงงานที่มีคำสั่งปิดโรงงานแล้วให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้ร่วมกระทำหรือสนับสนุนการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี แต่ศาลจะลงโทษน้อยเพียงใดก็ได้โดยคำนึงถึงฐานะ ความรับผิดชอบต่อครอบครัว ความจงใจฝ่าฝืนกฎหมาย และความมีส่วนสำคัญในการกระทำ

^{๑๘} มาตรา ๕๗ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งสั่งตามมาตรา ๓๗วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ปรับอีกวันละไม่เกินห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติให้ถูกต้อง

(๓))^{๑๙} หรือเสนอแนะการสั่งปิดหรือพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือการสั่งให้หยุดใช้หรือทำประโยชน์ด้วยประการใด ๆ เกี่ยวกับโรงไฟฟ้าได้ (มาตรา ๘๓ (๑))^{๒๐}

การกำหนดเงื่อนไขประกอบการอนุญาต มาตรา ๓๙^{๒๑} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติให้อำนาจผู้อนุญาตที่จะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ประกอบการอนุญาตได้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกใบอนุญาตต่าง ๆ ที่กิจการโรงไฟฟ้าจะต้องมีก็มีอำนาจที่จะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับปริมาณของสารเจือปนที่ปล่อยสู่อากาศไว้ได้ด้วย ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจน

^{๑๙} มาตรา ๘๒ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษมีอำนาจดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๓) ออกคำสั่งเป็นหนังสือสั่งปรับเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษซึ่งมิใช่โรงงานอุตสาหกรรมตามมาตรา ๙๐ มาตรา ๙๑ หรือมาตรา ๙๒ ในกรณีแหล่งกำเนิดมลพิษนั้นเป็นโรงงานอุตสาหกรรม ให้มีหนังสือแจ้งไปยังเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานให้ออกคำสั่งปรับเจ้าของหรือผู้ครอบครองโรงงานอุตสาหกรรมนั้นโดยให้ถือว่าเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานเป็นเจ้าพนักงานควบคุมมลพิษตามพระราชบัญญัตินี้ หากเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานไม่ดำเนินการออกคำสั่งปรับภายในระยะเวลาอันสมควร ให้เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษมีอำนาจออกคำสั่งปรับเจ้าของ หรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษที่เป็นโรงงานอุตสาหกรรมนั้นได้

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๒๐} มาตรา ๘๓ ในกรณีที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการประสานการปฏิบัติราชการระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษอาจดำเนินการดังนี้

(๑) เสนอแนะการสั่งปิดหรือพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือการสั่งให้หยุดใช้หรือทำประโยชน์ด้วยประการใด ๆ เกี่ยวกับแหล่งกำเนิดมลพิษตามมาตรา ๖๘ มาตรา ๖๙ หรือมาตรา ๗๔ ที่จึงใจไม่ทำการบำบัดอากาศเสีย น้ำเสีย หรือของเสียอย่างอื่นและลักลอบปล่อยทั้งอากาศเสีย น้ำเสียหรือของเสียที่ยังไม่ได้ทำการบำบัดออกสู่สิ่งแวดล้อมภายนอกเขตที่ตั้งแหล่งกำเนิดมลพิษต่อเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจควบคุมดูแลแหล่งกำเนิดมลพิษนั้นตามกฎหมาย

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๒๑} มาตรา ๓๙ การออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น

การกำหนดเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในกรณีดังต่อไปนี้ตามความเหมาะสมแก่กรณีด้วย

(๑) การกำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือสิ้นสุด ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง

(๒) การกำหนดให้การเริ่มมีผลหรือสิ้นสุดของสิทธิหรือภาระหน้าที่ต้องขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ในอนาคตที่ไม่แน่นอน

(๓) ข้อสงวนสิทธิที่จะยกเลิกคำสั่งทางปกครอง

(๔) การกำหนดให้ผู้ได้รับประโยชน์ต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำหรือต้องมีภาระหน้าที่หรือยอมรับภาระหน้าที่หรือความรับผิดชอบบางประการ หรือการกำหนดข้อความในการจัดให้มี เปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มข้อกำหนดดังกล่าว

ว่าหากโรงไฟฟ้ากระทำผิดเงื่อนไขดังกล่าว ผู้ออกใบอนุญาตมีอำนาจที่จะเพิกถอนใบอนุญาตนั้นได้ ซึ่งจะทำให้การประกอบกิจการนี้ดำเนินไปไม่ได้เพราะไม่มีใบอนุญาตเสียแล้ว โดยรัฐไม่ต้องใช้ค่าทดแทน



(ศาสตราจารย์พิเศษ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มีนาคม ๒๕๕๕