

บทที่ 3

ข้อพิพาทคดีต่าง ๆ และการตีความตามข้อตกลงว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและ สุขอนามัยพืช

ข้อตกลงว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช หรือข้อตกลง SPS เป็นข้อตกลงที่ค่อนข้างใหม่ คำตัดสินของคณะผู้พิจารณา (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า "Panel" และ "Appellate Body") จะทำให้ทราบถึงแนวทางการใช้และการตีความข้อตกลง SPS ได้เป็นอย่างดี ดังนั้นในบทนี้จะกล่าวถึงข้อพิพาทคดีต่าง ๆ ที่ขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body : DSB) ของ WTO ซึ่งใช้ข้อตกลง SPS ในการตัดสิน เพื่อเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ในบทถัดไปว่ากรณีที่สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปออกกฎหมายภายในให้นำระบบ HACCP มาใช้กับการผลิตสินค้าประมงที่จะนำเข้าไปจำหน่ายในประเทศทั้งสองเพื่อเป็นการประกันคุณภาพของสินค้านั้นจะขัดกับข้อตกลง SPS หรือไม่ ปัจจุบันมีคดีเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่ขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรระงับข้อพิพาททั้งสิ้น 3 คดี กล่าวคือ

1. คดี EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)
2. คดี Australia - Measures Affecting Importation of Salmon
3. คดี Japan - Measures Affecting Agricultural Products

1. คดี EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)

1.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี

ข้อพิพาทคดีนี้เกิดขึ้นจากการที่สหภาพยุโรปห้ามนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อที่ทำจากวัว (cattle) ที่ใช้ฮอร์โมนทั้งสิ้น 6 ชนิดเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต โดยฮอร์โมน 6 ชนิดนี้ แบ่งเป็นฮอร์โมนธรรมชาติ (natural hormones) 3 ชนิด คือ oestradiol-17 B, progesterone, testosterone และฮอร์โมนสังเคราะห์ (synthetic hormones) 3 ชนิด คือ trenbolone acetate,

zeranol และ melengestrol acetate (MGA) ¹ สาเหตุของการห้ามนำเข้านี้เกิดจากรายงานปี ค.ศ. 1980 ที่ระบุว่ามนุษย์อาจจะมีลักษณะของเพศตรงข้ามได้ (secondary sexual characteristics) เช่น ผู้หญิงอาจมีขนขึ้นที่หน้า และผู้ชายอาจมีหน้าอก หากว่าบริโภคออร์โมน กระตุ้นการเจริญเติบโตเข้าไป ประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปต่างกังวลถึงผู้บริโภคในประเทศของตน จึงได้ดำเนินการผลักดันให้มีมาตรการห้ามใช้ฮอร์โมนในหลาย ๆ ระดับด้วยกันรวมถึงการห้ามนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่ใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตด้วย ² ซึ่งการห้ามนำเข้านี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหภาพยุโรป (Directives of the Council of Ministers) ดังนี้ ³

1. Council Directive 81/602/EEC ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1981
2. Council Directive 88/146/EEC ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 1988
3. Council Directive 88/299/EEC ลงวันที่ 17 พฤษภาคม ค.ศ. 1988

แต่ละ Directive มีเนื้อหาโดยย่อ ดังนี้

Directive 81/602 : ห้ามใช้สารที่มีปฏิกิริยาทางฮอร์โมน (hormonal action) และที่มีปฏิกิริยาต่อต่อมไทรอยด์ (thyrostatic action) กับสัตว์ในฟาร์มและห้ามวางขายเนื้อและผลิตภัณฑ์

¹ Report of Appellate Body, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WTO, WT/DS26/AB/R WT/DS48/AB/R 16 January 1998 , para. 2, www.wto.org/wto/dispute/distab/htm : INTERNET

² JAN McDonald. "Big beef up or consumer health Threat ? : the WTO food safety agreement, Bovine Growth Hormone and the Precautionary Principle", *Environmental and Planning Law Journal* 15 (April 1998) : 116

³ Panel Report , EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WTO, WT/DS26/R/USA and WT/DS48/R/CAN 18 August 1997, paras.II.2-II.5 www.wto.org/wto/dispute/distab/htm : INTERNET

เนื้อที่ทำจากสัตว์ในฟาร์มที่ใช้สารที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งที่ผลิตในสหภาพยุโรปเองและที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ แต่มีข้อยกเว้น 2 ประการคือ ประการแรกสำหรับสารที่มีปฏิริยา oestrogenic androgenic และ gestagenic ที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการบำบัดรักษาโรคและเพื่อการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ (therapeutic or zootechnical purposes) ซึ่งใช้โดยสัตวแพทย์และภายใต้ความรับผิดชอบของสัตวแพทย์ และประการที่สองสำหรับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติ 3 ชนิด คือ oestradiol-17B progesterone testosterone และฮอร์โมนสังเคราะห์ 2 ชนิด คือ trenbolone acetate และ zeranol เพื่อใช้กระตุ้นการเจริญเติบโต ซึ่งได้รับการอนุมัติภายใต้กฎระเบียบของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปจนกว่าผลการทดสอบในรายละเอียดของผลกระทบจากการใช้สารดังกล่าวจะออกมา และจนกว่าสหภาพยุโรปจะสามารถตัดสินใจการใช้สารเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตเหล่านี้ได้

เจ็ดปีต่อมา มีการประกาศใช้ Directive 88/146 เพื่อนำมาใช้ฮอร์โมนสังเคราะห์ trenbolone acetate และ zeranol กับสัตว์ในฟาร์มไม่ว่าเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆ ก็ตามและห้ามใช้ฮอร์โมนธรรมชาติ oestradiol-17 B, progesterone และ testosterone เพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต แต่มีข้อยกเว้นหากใช้ฮอร์โมนธรรมชาติทั้งสามชนิดดังกล่าวเพื่อการบำบัดรักษาโรคและเพื่อการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ โดย Directive นี้ห้ามทั้งการค้าขายเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อจากสัตว์ที่ใช้สารดังกล่าวระหว่างรัฐสมาชิกของประเทศสหภาพยุโรปเองและที่นำเข้ามาจากต่างประเทศด้วย แต่ทั้งนี้การค้าขายเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อจากสัตว์ที่ใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อบำบัดรักษาโรคและเพื่อการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขด้วย ซึ่งเงื่อนไขต่าง ๆ นั้นได้กำหนดไว้ใน Directive 88/299 ต่อมาได้เกิด Directive 96/22 EEC ขึ้นมาเพื่อยกเลิกและแทนที่ Directive 81/602, 88/146 และ 88/299 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 เป็นต้นมา Directive 96/22 นี้ ยังคงห้ามใช้สารที่มีปฏิริยาทางฮอร์โมน และที่มีผลต่อต่อมไทรอยด์กับสัตว์ในฟาร์มและห้ามวางตลาดหรือนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อจากสัตว์ที่ใช้สารดังกล่าวข้างต้น รวมทั้งที่ใช้ฮอร์โมนทั้ง 6 ชนิดตามข้อพิพาทนี้ด้วย แต่ Directive นี้ก็ยังอนุมัติให้รัฐสมาชิกใช้สารที่มีปฏิริยาทางฮอร์โมนและที่มีผลต่อต่อมไทรอยด์เพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคและเพื่อการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ต่อไป

เมื่อวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1996 สหรัฐอเมริกาได้ร้องขอการปรึกษาหารือกับสหภาพยุโรปเกี่ยวกับกฎหมายของสหภาพยุโรป (Council Directive ต่าง ๆ ข้างต้น) ที่ห้ามใช้สารที่มีปฏิริยาทางฮอร์โมน และมาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับฟาร์มปศุสัตว์ ซึ่งต่อมาออสเตรเลีย

นิวซีแลนด์ และ แคนาดา ก็ขอเข้าร่วมการปรึกษาหารือในเรื่องดังกล่าวด้วยเช่นกัน แต่ประเทศเหล่านี้ก็ไม่ได้รับการแก้ไขที่พึงพอใจ ดังนั้นในวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 1996 สหรัฐอเมริกาจึงตัดสินใจร้องขอให้องค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body : DSB) จัดตั้ง Panel ขึ้นพิจารณา ส่วนแคนาดาก็ได้ตัดสินใจร้องขอให้จัดตั้ง Panel ขึ้นด้วยเมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1996 จากนั้นเมื่อวันที่ 17-18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1997 Panel ได้พิจารณาให้รวมข้อพิพาทของสหรัฐอเมริกาและแคนาดาเข้าด้วยกัน ซึ่งรายชื่อ Panel ที่ทำการพิจารณาข้อพิพาทของสองประเทศมีดังนี้

Mr.Thomas Cottier	- ประธาน
Mr.Peter Palecka	- ผู้ร่วมพิจารณา
Mr.Jun Yokata	- ผู้ร่วมพิจารณา

1.2 ข้อเรียกร้องของคู่กรณี

สหรัฐอเมริกาและแคนาดา ได้ฟ้องสหภาพยุโรปในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้⁴

1) มาตรการต่าง ๆ ของสหภาพยุโรป ขัดกับ

- (i) ข้อตกลง SPS โดยเฉพาะ Article 2, 3 และ 5
- (ii) ข้อตกลงแกตต์ 1994 โดยเฉพาะ Article 3 และ 11
- (iii) ข้อตกลงว่าด้วยมาตรฐานที่เป็นอุปสรรคต่อการค้า Article 2 (ในคำฟ้องของแคนาดาจะระบุ Article 5 เข้ามาด้วย)
- (iv) ข้อตกลงว่าด้วยเกษตร Article 4

2) การใช้มาตรการต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปกระทบต่อผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับสหรัฐอเมริกาทั้งโดยตรงและโดยอ้อมภายใต้ข้อตกลงต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น และต่อผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับแคนาดาภายใต้ข้อตกลงจัดตั้ง WTO

สหภาพยุโรปได้แย้งว่ามาตรการของตนนั้นสอดคล้องกับข้อตกลง SPS และขอให้ Panel พิจารณาตามนั้น

⁴ US Panel Report, para. X ; Canada Panel Report, para. I.3

1.3 การตัดสินของ Panel และ Appellate Body

1.3.1 การตัดสินของ Panel

ก. การตีความทั่วไป

1) ขอบเขตของมาตรการในข้อพิพาทนี้⁵

Panel พิจารณาข้อพิพาทแล้วพบว่า การห้ามนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อของ สหภาพยุโรปนั้น เป็นการห้ามนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อที่ทำจากวัว (cattle) เท่านั้น ไม่รวมถึง สัตว์ชนิดอื่น ๆ และเป็นเนื้อหรือผลิตภัณฑ์เนื้อที่ใช้ฮอร์โมนเฉพาะ 6 ชนิดที่เท่านั้นคือ oestradiol – 17 B, testosterone, progesterone, zeranol, trenbolone และ MGA นอกจากนี้ยังเป็นการใช้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการกระตุ้นการเจริญเติบโตเท่านั้นด้วย

2) การใช้ข้อตกลง SPS ข้อตกลงแกตต์ 1994 และข้อตกลงว่าด้วยมาตรฐาน ที่เป็นอุปสรรคต่อการค้า⁶

จากข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาและแคนาดา Panel เห็นว่าข้อพิพาทนี้เกี่ยวข้องกับ 3 ข้อตกลง กล่าวคือ ข้อตกลง SPS ข้อตกลงแกตต์ 1994 และข้อตกลงว่าด้วยมาตรฐาน ที่เป็นอุปสรรคต่อการค้า ฉะนั้น Panel จะใช้ข้อตกลงไหนมาพิจารณาข้อพิพาทนี้

Panel เห็นว่ามาตรการต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปนี้เป็นมาตรการสุขอนามัยที่ใช้คุ้มครองชีวิตและสุขภาพของประชากรภายในอาณาเขตของสหภาพยุโรปจากความเสี่ยงที่เกิดขึ้น จากสิ่งเจือปน กล่าวคือ การตกค้างของฮอร์โมนทั้ง 6 ชนิดในอาหาร ภายใต้คำจำกัดความ paragraph 1 (b) ใน Annex A. ของข้อตกลง SPS และเห็นว่ามาตรการต่าง ๆ ดังกล่าวอาจ จะมีผลกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อการค้าระหว่างประเทศได้ตาม Article 1.1 ของข้อตกลง SPS จึงสามารถใช้ข้อตกลง SPS ตัดสินได้

⁵ US Panel Report, paras. XXIV-XXVII

⁶ Ibid., paras XXXVIII-XXXVIII

อย่างไรก็ดี ปัญหาที่มีอยู่ว่า ข้อตกลง SPS นั้นมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1995 ซึ่งเป็นวันที่ข้อตกลง WTO มีผลบังคับใช้ และโดยที่ข้อตกลง SPS เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง WTO ด้วย แต่มาตรการต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปตั้งขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1995 กล่าวคือ วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1981 และวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 1988 เมื่อเป็นเช่นนี้จะใช้ข้อตกลง SPS ตัดสินข้อพิพาทนี้ได้อย่างไร ประเด็นนี้ Panel เห็นว่า Article 3.2 ของความเข้าใจว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes : DSU) ให้นำอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention) Article 28 ซึ่งเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญามาใช้ ที่ระบุว่าหากว่าไม่ปรากฏเจตนารมณ์ที่แตกต่างกันในสนธิสัญญาหรือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ข้อกำหนดต่าง ๆ ของสนธิสัญญานี้จะไม่ผูกพันรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ใด ๆ ซึ่งยุติลงก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ ดังนั้น Panel เห็นว่า แม้ว่ามาตรการต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปตั้งขึ้นก่อนที่ข้อตกลง SPS จะมีผลบังคับใช้ แต่ก็ไม่ได้ยุติลงหลังจากที่มีผลใช้บังคับแล้ว ฉะนั้น ข้อตกลง SPS จึงนำมาใช้กับมาตรการต่าง ๆ ของสหภาพยุโรปได้ เว้นเสียแต่มีเจตนารมณ์เป็นอย่างอื่น

ส่วนข้อตกลงว่าด้วยมาตรฐานที่เป็นอุปสรรคต่อการค้านั้น Panel เห็นว่าไม่สามารถนำมาใช้กับข้อพิพาทนี้ได้เพราะ Article 1.5 ของข้อตกลงนี้กำหนดไว้เลยว่าข้อตกลงว่าด้วยมาตรฐานที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าจะไม่ใช้กับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่กำหนดไว้ใน Annex A ของข้อตกลง SPS นอกจากนี้ Article 1.4 ของข้อตกลง SPS ก็กำหนดไว้ทำนองเดียวกัน

3) ความสัมพันธ์ระหว่างข้อตกลง SPS และ ข้อตกลงแกตต์ 1994 ⁷

เนื่องจากข้อพิพาทนี้เกี่ยวข้องกับการค้าในสินค้า (goods) ด้วย (กรณีนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อ) ข้อพิพาทนี้จึงตกอยู่ภายใต้ข้อตกลงแกตต์ 1994 ด้วยเช่นกันดังนั้นทั้งข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994 สามารถนำมาใช้กับข้อพิพาทนี้ได้ คำถามที่ตามมาก็คือ ควรจะใช้ข้อตกลงไหนพิจารณาก่อน

⁷ Ibid., paras XXXIX-L

ประเด็นนี้ Panel นำกฎการตีความสนธิสัญญาในอนุสัญญากรุงเวียนนา Article 31 มาใช้ ที่ระบุว่าสนธิสัญญานั้นต้องตีความด้วยความสุจริตตามความหมายธรรมดาของคำ ตามบริบทและตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในสนธิสัญญานั้น ดังนั้นเมื่อพิจารณา Article 1.1 ของข้อตกลง SPS Panel เห็นว่า หากต้องการจะใช้ข้อตกลง SPS จะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ เท่านั้น คือ มาตรการในข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืช และ มาตรการตามข้อพิพาทนั้นอาจจะมีผลกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อการค้าระหว่างประเทศ ในข้อตกลง SPS ไม่ได้ระบุเงื่อนไขไว้ว่า หากจะใช้ข้อตกลง SPS ได้นั้นจะต้องมีการละเมิด บทบัญญัติของข้อตกลงแกตต์ 1994 เกิดขึ้นก่อน นอกจากนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในข้อตกลง SPS แล้ว จะพบว่าบทบัญญัติบางข้อของข้อตกลงนี้ได้นำบทบัญญัติของข้อตกลงแกตต์ 1994 มา บัญญัติไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Article 20 (b) ซึ่งเห็นได้จากในย่อหน้าสุดท้ายของอารัมภบทระบุ ไว้ว่ารัฐสมาชิกปรารถนาที่ตรากฎต่าง ๆ ของการใช้บทบัญญัติของข้อตกลงแกตต์ 1994 ที่เกี่ยวข้อง กับการใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชโดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของ Article 20 (b) หรือจะเป็นกรณีของ Article 2 ของข้อตกลง SPS ก็ได้ระบุหน้าที่ (obligations) บางอย่าง ตามข้อตกลงแกตต์ 1994 ไว้เหมือนกัน

ฉะนั้น การใช้ Article 20 (b) ของข้อตกลงแกตต์ 1994 จึงแตกต่างไปจาก ข้อตกลง SPS กล่าวคือ Article 20 (b) กำหนดขึ้นเพื่อเป็นข้อยกเว้นการกระทำการละเมิด บทบัญญัติอื่น ๆ ของข้อตกลงแกตต์ 1994 โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะมาตรการสุขอนามัยหรือ สุขอนามัยพืชเท่านั้น ส่วนข้อตกลง SPS นั้นได้กำหนดหน้าที่เฉพาะสำหรับรัฐสมาชิกที่ตราหรือคง ไว้ซึ่งมาตรการที่เฉพาะเจาะจงซึ่งก็คือมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช ดังนั้นเมื่อพิจารณา ความหมายธรรมดาของคำต่าง ๆ ที่ปรากฏในบริบท เป้าหมายและวัตถุประสงค์ของข้อตกลง SPS ตาม Article 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาแล้ว สรุปได้ว่าไม่มีเงื่อนไขที่ปรากฏในข้อตกลง SPS ที่ระบุว่าจะต้องมีการละเมิดบทบัญญัติของข้อตกลงแกตต์ 1994 เกิดขึ้นเสียก่อนจึงจะใช้ ข้อตกลง SPS ได้ Panel จึงเห็นว่าควรใช้ข้อตกลง SPS ตัดสินข้อพิพาทนี้ก่อน เพราะถ้าหากใช้ ข้อตกลงแกตต์ 1994 มาพิจารณาข้อพิพาทนี้ก่อน Panel ก็จะต้องกลับไปใช้ข้อตกลง SPS พิจารณาต่อ เนื่องจากว่าเมื่อมีการละเมิดข้อตกลงแกตต์ 1994 Panel ก็จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าการ ละเมิดดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นตาม Article 20 (b) หรือไม่ และจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบตาม ข้อตกลง SPS ด้วยต่อไป ทั้งนี้เพราะข้อตกลง SPS ขยายเพิ่มเติมรายละเอียดการใช้ Article 20 (b) หรือในทางกลับกัน แม้ไม่มีการละเมิดข้อตกลงแกตต์ 1994 Panel ก็ยังคงจำเป็นที่จะต้อง

ตรวจสอบพิจารณาว่ามาตรการนั้นสอดคล้องกับข้อตกลง SPS หรือไม่ ทั้งนี้เพราะในข้อตกลง
 แกดต์ 1994 ไม่มีการสันนิษฐานไว้ว่าหากว่ามาตรการสอดคล้องกับข้อตกลงแกดต์ 1994 แล้วให้
 ถือว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS ด้วย

ข. การตีความภายใต้ข้อตกลง SPS

1) ภาระการพิสูจน์

สหรัฐอเมริกาอ้างว่าสหภาพยุโรปมีภาระการพิสูจน์ข้อเรียกร้องต่าง ๆ ภายใต้
 ข้อตกลง SPS เพราะข้อตกลง SPS ต้องการให้สหภาพยุโรปวางมาตรการสุขอนามัยของตนนั้นอยู่
 บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงและจะไม่คงมาตรการนั้นไว้หากว่าปราศจากหลักฐานทาง
 วิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ดังนั้นสหภาพยุโรปจะต้องจัดหาหลักฐานว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นและ
 มาตรการของตนนั้นอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง สหภาพยุโรปโต้แย้งว่าภาระการ
 พิสูจน์ควรจะตกอยู่กับรัฐที่ฟ้องคดีเกี่ยวกับความสอดคล้องของมาตรการสุขอนามัยภายใต้
 ข้อตกลง SPS กล่าวคือ จะต้องเป็นหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาที่จะต้องจัดหาหลักฐานว่าการใช้
 ฮอริโมนตามข้อพิพาทเพื่อการกระตุ้นการเจริญเติบโตนั้นปลอดภัยและปราศจากความเสี่ยง

Panel พิจารณาแล้วเห็นว่า ภาระการพิสูจน์ตกเป็นของรัฐที่ฟ้องคดีซึ่งจะต้อง
 พิสูจน์ให้เห็นก่อนว่าคดีมีมูลฟังได้ว่าการปฏิบัติของรัฐที่ถูกฟ้องหรือมาตรการของรัฐนั้น ๆ ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของข้อตกลง SPS และเมื่อพบว่าคดีมีมูลแล้ว ภาระการพิสูจน์จะเปลี่ยนไปยัง
 รัฐที่ถูกฟ้องซึ่งจะต้องคัดค้านหรือสืบหักล้างต่อไป⁸

2) Article 3.1 : มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่าง
 ประเทศ (sanitary measures based on international standards)

Article 3.1 กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้อง (shall) วาง (based on) มาตรการ

⁸ Ibid., paras LVII-LIX

สุขอนามัยและสุขอนามัยพืชอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง และคำแนะนำ ที่มีอยู่เพื่อทำให้เกิดความกลมกลืนกับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นอกเสียจากว่าในข้อตกลง SPS จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะตาม Article 3.3

ข้อตกลง SPS ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "วางอยู่บนพื้นฐาน" (based on) ที่ใช้ใน Article 3.1 ไว้ อย่างไรก็ตาม Article 3.2 ได้ตั้งข้อสันนิษฐานว่ามาตรการสุขอนามัยที่ "เป็นไปตาม" (conform) มาตรฐานระหว่างประเทศถือว่าสอดคล้องกับทั้งข้อตกลง SPS และ ข้อตกลงแกตต์ 1994 ดังนั้น Panel เห็นว่ามาตรการที่วางอยู่บนพื้นฐาน (based on) ของ มาตรฐานระหว่างประเทศจึงเท่ากับมาตรการที่เป็นไปตาม (conform to) มาตรฐานระหว่าง ประเทศนั้น ส่วน Article 3.3 นั้นกำหนดเงื่อนไขสำหรับรัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัย แตกต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศ โดยเน้นเฉพาะการใช้มาตรการที่มีระดับความคุ้มครอง สูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศ กรณีตามข้อพิพาท สิ่งแรกที่ Panel พิจารณาก็คือ มีมาตรฐาน ระหว่างประเทศ แนวทาง หรือคำแนะนำที่เกี่ยวข้องกับการใช้ฮอริโมนทั้ง 6 ชนิดเพื่อการเจริญเติบโตตามข้อพิพาทนี้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องความปลอดภัยของอาหาร paragraph 3 (a) ใน Annex A ของข้อตกลง SPS กำหนดให้ดูมาตรฐาน แนวทาง และคำแนะนำของคณะกรรมการ การโครงการมาตรฐานอาหารระหว่างประเทศ (Codex Alimentarius Commission) หรือ Codex ฉะนั้นถ้าหากว่า Codex มีมาตรฐานเกี่ยวกับการใช้ฮอริโมนทั้ง 6 ชนิดเพื่อการเจริญเติบโต นี้้อยู่ มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกใช้ก็ควร (should) จะวางอยู่บนมาตรฐานเหล่านั้น หรือถ้า ไม่วางอยู่บนมาตรฐานนั้นก็จะต้องพิสูจน์ได้ว่าอยู่ภายใต้ Article 3.3

Panel พบว่า มาตรฐานระหว่างประเทศของ Codex ที่เกี่ยวกับการใช้ฮอริโมน ตามข้อพิพาทมีอยู่ทั้งหมด 5 ชนิด ยกเว้น MGA และเห็นว่าปัจจัยที่จะตัดสินว่ามาตรการตาม ข้อพิพาทนี้วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศของ Codex หรือไม่ ก็คือ ระดับความ คุ้มครองที่มาตรการนั้นใช้ (level of protection that measure achieves) ดังนั้น หากว่ามาตรการ นั้นวางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ มาตรการที่ใช้และมาตรฐานระหว่าง ประเทศที่มีอยู่จะต้องมีระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่เหมือนกัน (same level of sanitary protection) Panel จึงจำเป็นต้องเปรียบเทียบระดับความคุ้มครองของมาตรการตามข้อ พิพาทของสหภาพยุโรปกับของ Codex ที่เกี่ยวกับฮอริโมนแต่ละชนิดจำนวนทั้งหมด 5 ชนิด ซึ่ง Panel ตรวจสอบแล้ว พบว่า มาตรการของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวกับฮอริโมนทั้ง 5 ชนิดนั้นไม่วางอยู่

บนมาตรฐานระหว่างประเทศของ Codex ที่มีอยู่ จึงต้องตรวจสอบต่อไปว่าจะเข้าเงื่อนไขตาม Article 3.3 หรือไม่⁹

3) Article 3.3 : มาตรการสุขอนามัยไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ (sanitary measures not based on international standards)

มาตรการสุขอนามัยที่จะได้รับการพิจารณาภายใต้ Article 3.3 นี้ ก่อนอื่นนั้น มาตรการนั้นจะต้องมีระดับความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐาน แนวทาง หรือคำแนะนำระหว่างประเทศที่มีอยู่ Panel อนุมาน (assume) ว่ามาตรการที่สหภาพยุโรปใช้มีระดับความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานของ Codex และสหภาพยุโรปมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามาตรการของตนนั้นถูกต้องตาม Article 3.3 ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่จะเข้าข่ายของ Article 3.3 ได้นั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้¹⁰

(1) มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ (scientific justification) ในการกำหนดมาตรการขึ้นมา กล่าวคือ รัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยขึ้นมาได้พิจารณาตัดสินบนพื้นฐานของการตรวจสอบและการประเมินข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่แล้วเห็นว่ามาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง และคำแนะนำที่เกี่ยวข้องนั้น ไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสุขอนามัยได้ หรือ

(2) มาตรการสุขอนามัยนั้นเป็นผลของระดับความคุ้มครองสุขอนามัยซึ่งรัฐสมาชิกเห็นว่าเหมาะสมสอดคล้องกับบทบัญญัติของ Article 5 เรื่องการประเมินความเสี่ยง

Panel เห็นว่า Article 3.1 กำหนดหน้าที่ (obligation) ให้รัฐสมาชิกวางมาตรการสุขอนามัยตามมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะใน Article 3.3 ฉะนั้น Article 3.3 จึงเป็นข้อยกเว้น (exception) ของหน้าที่โดยทั่วไปตาม Article 3.1 อย่างไรก็ตาม Panel เห็นว่า แม้ว่ามาตรการสุขอนามัยจะเข้าเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งของข้อยกเว้นตาม Article 3.3 มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นก็ยังคงต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติ

⁹ Ibid., paras. LXXX-LXXXI and LXXXV-LXXXVI

¹⁰ Ibid., para. LXXXVIII

อื่น ๆ ของข้อตกลง SPS ด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น Article 2 และ Article 5 เป็นต้น Panel จึงต้องพิจารณาต่อไปว่ามาตรการของสหภาพยุโรปขัดกับ Article 5 หรือไม่ ถ้าไม่ขัด มาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปก็จะเข้าข่ายยกเว้นตาม Article 3.3¹¹

4) Article 5 : การประเมินความเสี่ยงและการกำหนดระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัย (assessment of risk and determination of the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection)

Panel เห็นว่า Article 5 แยกเป็น 2 ลักษณะใหญ่ คือ¹²

ลักษณะที่ 1 : การประเมินความเสี่ยง (risk assessment) : Article 5.1-5.3

ลักษณะที่ 2 : การจัดการความเสี่ยง (risk management) : Article 5.4 - 5.6

ลักษณะที่ 1 : การประเมินความเสี่ยง (risk assessment) : Article 5.1-5.3

เป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงที่มีต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช ของมาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้นมาเพื่อคุ้มครอง

ตาม Article 5.1 กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องประกันว่ามาตรการสุขอนามัยที่ตนกำหนดขึ้นนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้ Panel เห็นว่าเป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่พื้นฐานตาม Article 2.2 ที่ระบุให้รัฐสมาชิกจะต้องวางมาตรการสุขอนามัยของตนบนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์และจะไม่คงมาตรการไว้หากว่าปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ

ดังนั้นตามความเห็นของ Panel การประเมินความเสี่ยง คือ การพิจารณาตรวจสอบข้อมูลและรายงานทางวิทยาศาสตร์ และการประเมินความเสี่ยงควรจะ¹³

¹¹ Ibid., paras. LXXXIX-XCI

¹² Ibid., paras. XCIX-CIV

¹³ Ibid., para. CVI

- (1) ระบุผลเสีย (adverse effects) ที่มีต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์
- (2) ประเมินความเป็นไปได้ (potential) หรือ ความน่าจะเป็น (probability) ของผลเสียนั้นด้วย

กรณีข้อพิพาท สหภาพยุโรปได้ยื่นรายงานทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นการประเมินความเสี่ยงต่อ Panel Panel พิจารณาแล้วเห็นว่า ภายใต้ข้อตกลง SPS รายงานทางวิทยาศาสตร์ที่สหภาพยุโรปอ้างว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงนั้นควรที่จะกำหนดผลเสียที่จะเกิดกับชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ที่เกิดจากการใช้ฮอร์โมนที่ใช้เพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตตามข้อพิพาทที่มีอยู่ในเนื้อวัวหรือผลิตภัณฑ์เนื้อวัว และจะต้องประเมินความเป็นไปได้หรือความน่าจะเป็นของผลเสียนั้นด้วย แต่รายงานที่อ้างมานั้น Panel พบว่าไม่เป็นรายงานทางวิทยาศาสตร์ เป็นเพียงรายงานทั่วไปซึ่งแสดงถึงการมีอยู่ของความเสี่ยงโดยทั่วไปของโรคมาเร็งเท่านั้นแต่ไม่ใช่ความเสี่ยงเฉพาะ (identified risk) ที่เกิดจากฮอร์โมนที่ใช้กระตุ้นการเจริญเติบโตตามข้อพิพาทที่มีอยู่ในเนื้อวัวและผลิตภัณฑ์เนื้อวัว จึงไม่ถือว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1¹⁴

นอกจากนี้ Panel เห็นว่าการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 ยังต้องเป็นไปตาม

- (1) กฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ (minimum procedural requirement) กล่าวคือ ในขณะที่รัฐสมาชิกตราหรือกำหนดมาตรการสุขอนามัย รัฐสมาชิกจะต้องมีหลักฐานซึ่งอย่างน้อยที่สุดเป็นการคำนึงถึงการประเมินความเสี่ยงด้วยเพื่อแสดงให้เห็นว่า มาตรการนั้นอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง¹⁵

ปรากฏว่าสหภาพยุโรปซึ่งมีหน้าที่พิสูจน์ว่ามาตรการของตนนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงไม่ได้จัดหาหลักฐานใด ๆ ที่แสดงว่า ณ ขณะที่กำหนด มาตรการสุขอนามัยขึ้นใช้นั้น สหภาพยุโรปได้มีการคำนึงถึงการประเมินความเสี่ยง¹⁶

¹⁴ Ibid., paras. CXX

¹⁵ Ibid., para. CXXI

¹⁶ Ibid., para. CXXII

(2) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการมีอยู่จริงของการประเมินความเสี่ยง

(substantive requirement) กล่าวคือ ข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ในมาตรการสุชนอนามัยของสหภาพยุโรปจะต้องเป็นไปตามข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ตามรายงานทางวิทยาศาสตร์ที่สหภาพยุโรปอ้างมาว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงของตน¹⁷

Panel พิจารณาแล้ว เห็นว่า ข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ในมาตรการสุชนอนามัยของสหภาพยุโรปไม่เป็นไปตามข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ตามรายงานทางวิทยาศาสตร์ที่สหภาพยุโรปอ้างมาว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงของตน

ฉะนั้น เมื่อการประเมินความเสี่ยงไม่ได้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ (minimum procedural requirement) และสหภาพยุโรปไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นว่ามาตรการที่ตนใช้ห้ามนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อที่ใช้ฮอริโมนกระตุ้นการเจริญเติบโตนี้วางอยู่บนกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการมีอยู่จริงของการประเมินความเสี่ยง (substantive requirement) มาตรการสุชนอนามัยของสหภาพยุโรปจึงไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 และจากการที่มาตรการตามข้อพิพาทนี้ขัดกับ Article 5.1 มาตรการนี้จึงขัดกับ Article 3.1 ด้วย เพราะไม่เข้าข้อยกเว้นตาม Article 3.3¹⁸

Article 5.2 กำหนดปัจจัยที่รัฐสมาชิกจะต้องคำนึงถึงในการประเมินความเสี่ยง ตัวอย่างเช่น หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ วิธีการผลิตและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง การตรวจสอบ การสุ่มตัวอย่าง และการทดสอบ เป็นต้น ซึ่งตามข้อพิพาท ปัจจัยในการประเมินความเสี่ยงที่ควรคำนึงถึง คือ หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ วิธีการผลิตและกระบวนการผลิตที่เกี่ยวข้อง การตรวจสอบ การทดสอบ และการสุ่มตัวอย่างที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ สังเกต และทดลองในห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์หรือห้องแล็บเท่านั้น¹⁹

¹⁷ Ibid., para. CXXV

¹⁸ Ibid., para. CXX

¹⁹ Ibid., para. CXIII

Article 5.3 เพิ่มปัจจัยด้านเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องเข้าไปในการพิจารณาการประเมินความเสี่ยงที่มีต่อชีวิตและสุขภาพของสัตว์และพืช แต่เนื่องจากขอบเขตของข้อพิพาทนี้จำกัดเฉพาะชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ จึงไม่ต้องพิจารณา Article 5.3 ²⁰

ลักษณะที่ 2 : เป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดและการใช้ระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยต่อความเสี่ยงที่เกิดขึ้นกับมนุษย์ สัตว์ หรือพืชที่เป็นการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 - 5.3 เรียกว่า การจัดการความเสี่ยง (risk management) ซึ่งปรากฏอยู่ใน Article 5.4 - 5.6

Article 5.4 - 5.6 เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจเกี่ยวกับการจัดการความเสี่ยง Article 5.4 กำหนดวัตถุประสงค์ในการตัดสินใจของรัฐสมาชิกเกี่ยวกับระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองนั้นว่ารัฐสมาชิกควรจะทำให้มีผลกระทบต่อการค้าอย่างน้อยที่สุด Article 5.5 เกี่ยวกับการบรรลุซึ่งระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัย ส่วน Article 5.6 กำหนดให้มาตรการสุขอนามัยจะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครอง Panel เห็นว่า Article 5.4 - 5.6 อาจเป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่พื้นฐานที่กำหนดไว้ใน Article 2.2 ในส่วนที่กำหนดให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการสุขอนามัยเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือ พืช และเป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่พื้นฐานตาม Article 2.3 ที่กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องทำให้เกิดมั่นใจว่ามาตรการสุขอนามัยจะต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลระหว่างรัฐสมาชิกที่มีเงื่อนไขเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน และจะต้องไม่ใช้มาตรการสุขอนามัยในลักษณะที่ก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงด้วย

Panel เห็นว่าในการกำหนดระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัยถือเป็นสิทธิอธิปไตย (sovereign right) ของรัฐสมาชิกที่จะกำหนดระดับความคุ้มครองที่ตนเห็นว่าเหมาะสมดังที่ paragraph 5 ของ Annex A บัญญัติไว้ แต่ระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นมานั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของ Article 5.4 - 5.6 ด้วย กล่าวคือ

²⁰ Ibid., para. CXIV

Article 5.4 กำหนดว่าเมื่อรัฐสมาชิกกำหนดระดับความเหมาะสมในการควบคุมครองสุขอนามัย รัฐสมาชิกควรจะ (should) ดำเนินการที่จะทำให้เกิดผลกระทบต่อการค้าให้น้อยที่สุด Panel เห็นว่าบทบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดเป็นหน้าที่ให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม เพราะใช้คำว่าควรจะ (should) ไม่ได้ใช้คำว่าต้อง (shall) อย่างไรก็ตาม Article นี้จะต้องคำนึงถึงการตีความข้อกำหนดอื่น ๆ ของข้อตกลง SPS ด้วย²¹

Article 5.5 กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องหลีกเลี่ยงการทำให้เกิดความแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมโดยไม่สมเหตุผลหรือตามอำเภอใจในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน หากว่าความแตกต่างนั้นก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง Panel เห็นว่า Article นี้ประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้²²

องค์ประกอบที่ 1 : รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน (member adopts different appropriate levels of protection in different situations)

ในองค์ประกอบแรกนี้ Panel เห็นว่า คำว่า “สถานการณ์ที่แตกต่างกัน” (different situation) เป็นการเปรียบเทียบสถานการณ์ที่มีสาระหรือที่มีผลกระทบต่อสุขภาพเหมือนกัน และสามารถเรียกว่า “สถานการณ์ที่เปรียบเทียบกัน” (comparable situation) ได้ด้วย²³

องค์ประกอบที่ 2 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปโดยไม่สมเหตุผลหรือตามอำเภอใจ (the distinction in levels of protection for the different situations is arbitrary or unjustifiable)

²¹ Ibid., para. CLXXIV

²² Ibid., para. CLXXXII

²³ Ibid., paras. CLXXXIII and CLXXXIV

องค์ประกอบที่ 3 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง (the distinction in levels of protection results in discrimination or a disguised restriction on international trade)

Panel เห็นว่าในการตรวจสอบว่าจะมีการละเมิด Article 5.5 หรือไม่นั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบทั้งสามประการ และเห็นว่า Article 5.5 ต้องอ่านควบคู่กับ Article 2.3 และ Article 5.5 จะเป็นหนทางนำไปสู่จุดหมายเดียวกันที่กำหนดไว้ใน Article 2.3

Panel ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์ประกอบที่ 3 ของ Article 5.5 นี้กับหน้าที่พื้นฐานที่กำหนดไว้ใน Article 2.3 และกับบทนำของ Article 20 (b) ของข้อตกลงแกตต์ 1994 ซึ่งทั้งสาม Article นี้ล้วนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและการกีดกันการค้าระหว่างประเทศในรูปแอบแฝงเหมือนกัน ดังนี้²⁴

Panel เห็นว่า เกี่ยวกับความหมายของคำว่า “การเลือกปฏิบัติและการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง” Panel ขอนำบทสรุปของ Appellate Body ในคดี “United States – Standard for Reformulated and Conventional Gasoline” ที่กล่าวถึง คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่สมเหตุสมผลหรือตามอำเภอใจ” และ “การกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง” ที่มีอยู่ในบทนำ Article 20 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 มาใช้กับคดีนี้ ดังต่อไปนี้

Appellate Body ในคดีดังกล่าวเห็นว่า การเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือโดยไม่สมเหตุสมผลและการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงอาจอ่านรวมกันได้ และสามารถให้ความหมายรวมกันได้ กล่าวคือ การกีดกันโดยแอบแฝงรวมถึงการเลือกปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงด้วย และคำว่า การกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศที่ไม่ได้ประกาศออกมาหรือปิดบังไว้ก็มีความหมายเหมือนกับคำว่า การกีดกันโดยแอบแฝง ดังนั้น คำว่า การกีดกันโดยแฝงจึงมีความหมายรวมไปถึงการเลือกปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลด้วย มาตรการใดจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลหรือไม่นั้นก็ต้องคำนึงถึงว่ามีการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงหรือไม่ด้วย ฉะนั้น การที่จะฝ่าฝืน Article 20 หรือไม่นั้น ควรดูที่วัตถุประสงค์และเป้าหมายที่จะหลีกเลี่ยงไม่ทำการละเมิดหรือกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนดต่าง ๆ ที่มีอยู่ใน Article 20 หรือไม่

²⁴ Ibid., paras. CLXXXIX - CXCIII

Panel ได้ทำการตรวจสอบความแตกต่างในระดับความคุ้มครองสุขภาพของ สหภาพยุโรปโดยการเปรียบเทียบการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตกับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อวัวและที่มีอยู่ในอาหารอื่น ๆ และกับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคและการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ โดยพิจารณาภายใต้องค์ประกอบทั้ง 3 ประการของ Article 5.5 ดังนี้

(1) รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขภาพที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน²⁵

Panel ได้เปรียบเทียบการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต (oestradiol – 17 B, testosterone และ progesterone) กับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อวัว และที่มีอยู่ในอาหารอื่น ๆ และกับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคและการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ พบว่าการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตแตกต่างกับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อวัวและที่มีอยู่ในอาหารอื่น ๆ และแตกต่างกับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคและการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ด้วยเช่นกัน แม้ว่าฮอร์โมนเหล่านี้จะไม่ได้เหมือนกันทุกประการก็ตามแต่พบว่าส่งผลกระทบต่อสุขภาพเหมือนกัน จึงพิจารณาได้ว่าเป็นสถานการณ์ที่แตกต่างกัน/สถานการณ์ที่เปรียบเทียบได้ตามนัยขององค์ประกอบข้อแรก

จากนั้น Panel ทำการตรวจสอบว่า สหภาพยุโรปใช้ระดับความคุ้มครองที่แตกต่างกันสำหรับสถานการณ์ที่แตกต่างกัน/สถานการณ์ที่เปรียบเทียบเหล่านี้หรือไม่ Panel พบว่าระดับความคุ้มครองที่เหมาะสมที่กำหนดขึ้นโดยสหภาพยุโรปสำหรับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อและในอาหารอื่น ๆ หรือที่ใช้เพื่อการบำบัดรักษาโรคและการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์นั้น เป็น “ระดับที่ให้สารตกค้างได้โดยไม่จำกัดปริมาณ” แต่สำหรับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตนั้นเป็น “ระดับที่ไม่ให้มีสารตกค้างได้เลย” ดังนั้น เห็นได้ว่ามีการใช้ระดับความคุ้มครองสุขภาพที่แตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกันหรือสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันตามนัยขององค์ประกอบข้อแรกของ Article 5.5

²⁵ Ibid., paras. CXCIV-CXCIX

(2) ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปได้โดยไม่สมเหตุสมผลหรือตามอำเภอใจหรือไม่²⁶

Panel พบว่า ระดับความคุ้มครองของการใช้ฮอริโมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตมีความแตกต่างเป็นอย่างมากกับการใช้ฮอริโมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อและในอาหารอื่น ๆ กล่าวคือระหว่างระดับที่ให้สารตกค้างได้โดยไม่จำกัดปริมาณและระดับที่ไม่ให้สารตกค้างเลย และสหภาพยุโรปเองก็ไม่ได้ให้เหตุผลว่าทำไมตนจึงใช้ระดับที่แตกต่างกันในการคุ้มครองสำหรับสารตกค้างที่อยู่ในฮอริโมนธรรมชาติทั้งสองประเภทนี้ และไม่ได้จัดหาหลักฐานใด ๆ ที่แสดงถึงความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการใช้ฮอริโมนธรรมชาติเพื่อการกระตุ้นการเจริญเติบโตว่ามีความเสี่ยงสูงกว่าความเสี่ยงที่เกิดจากการใช้ฮอริโมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อและในอาหารอื่น ๆ นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญยังให้คำแนะนำต่อ Panel ว่า การใช้ฮอริโมนทั้งสองประเภทนี้มีท่าทางว่าจะส่งผลกระทบต่อเป็นไปได้อย่างเหมือน ๆ กัน Panel เห็นว่าเมื่อสหภาพยุโรปไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของการใช้ฮอริโมนทั้งสองประเภทนี้สมเหตุสมผลแล้ว ฉะนั้นความแตกต่างในระดับความคุ้มครองดังกล่าวจึงเป็นไปได้โดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลตามนัยขององค์ประกอบที่ 2 ของ Article 5.5 และไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าความแตกต่างในการคุ้มครองสุขอนามัยระหว่างการใช้ฮอริโมนธรรมชาติเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตและเพื่อการบำบัดรักษาโรคหรือการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์จะสมเหตุสมผลหรือเป็นไปได้โดยอำเภอใจหรือไม่

(3) ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

Panel พิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้²⁷

ประการแรก พบว่ามีความแตกต่างในระดับความคุ้มครองระหว่างการใช้ฮอริโมนธรรมชาติเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตและการใช้ฮอริโมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อและในอาหารอื่น ๆ กล่าวคือระดับที่ไม่ให้สารตกค้างเลยกับระดับที่ให้สารตกค้างได้โดยไม่จำกัด

²⁶ Ibid., para. CCI

²⁷ Ibid., paras. CCXI-CCXIII

ประการที่สอง ประชาคมยุโรปเองก็มิได้จัดหาเหตุผลในความแตกต่างของระดับความคุ้มครองดังกล่าว ฉะนั้น ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองจึงส่งผลให้การห้ามนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อต่าง ๆ ที่ได้มาจากการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตตามข้อพิพาทนี้เป็นการเลือกปฏิบัติหรือเป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงตามนัยขององค์ประกอบข้อ 3 ของ Article 5.5

คำตัดสินดังกล่าวของ Panel อาศัยปัจจัยเพิ่มเติมสนับสนุนอีก 2 ประการ คือ

ประการแรก Panel ดึงเอาวัตถุประสงค์บางประการที่นอกเหนือจากการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์ซึ่งสหภาพยุโรปได้ตระหนักถึงขณะทำการตรามาตรการห้ามนำเข้าฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต ซึ่งระบุอยู่ในบทนำของมาตรการตามข้อพิพาท และในรายงานของ European Parliament กล่าวคือ การทำให้กฎระเบียบแบบแผนต่าง ๆ ที่แตกต่างกันของประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรปเกิดความกลมกลืนกันได้นั้น กระทำได้โดยการจัดการปิดเบี่ยงการแข่งขันและอุปสรรคต่าง ๆ ที่มีต่อการค้าเนื้อภายในสหภาพยุโรปออกไปให้สิ้น และทำการลดจำนวนส่วนเกินของเนื้อภายใน และทำให้เกิดการปฏิบัติที่ดีต่อผู้ผลิตภายในประเทศสหภาพยุโรปให้มากยิ่งขึ้น Panel เห็นว่าเป็นการสื่อถึงเจตนารมณ์ในการเลือกปฏิบัติและกีดกันการค้า

ประการที่สอง ก่อนที่การห้ามนำเข้าเนื้อของสหภาพยุโรปจะบังคับใช้จำนวนเปอร์เซ็นต์ของสัตว์ที่ใช้ฮอร์โมนต่าง ๆ ตามข้อพิพาทนี้ต่ำกว่าในสหรัฐอเมริกา และในขณะนั้น รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปก็อนุญาตให้ใช้ฮอร์โมนเหล่านี้บางชนิดได้ หนึ่งในสมาชิกสหภาพยุโรป (สหราชอาณาจักร) ได้ตอบข้อร้องขอต่อสหภาพยุโรปเกี่ยวกับข้อมูลในประเด็นนี้ซึ่งชี้ถึงหลักฐานว่าอาจมีการใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตกับสัตว์ในสหราชอาณาจักรถึง 40 เปอร์เซ็นต์ ก่อนที่จะมีการห้ามนำเข้า นอกจากนี้ จากตารางที่จัดทำโดยสหรัฐอเมริกาพบว่า โดยเฉลี่ยแล้ว 70 เปอร์เซ็นต์ของสัตว์ในสหรัฐอเมริกาทั้งหมดในขณะนั้นใช้ฮอร์โมนเหล่านี้ การห้ามขายภายในประเทศและการห้ามนำเข้าเนื้อที่ใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตซึ่งสัดส่วนของเนื้อในสหรัฐอเมริกาที่ใช้ฮอร์โมนนี้มีมากกว่าเนื้อของสหภาพยุโรป แต่กลับอนุญาตให้มีระดับการตกค้างของฮอร์โมนที่เกิดขึ้นเองในเนื้อได้ ฉะนั้น จึงถือว่าสหภาพยุโรปได้อนุเคราะห์การบริโภคเนื้อภายในประเทศมากกว่าและเลือกปฏิบัติต่อเนื้อของสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสหภาพยุโรประหว่างการนำเข้าฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อและใน

อาหารอื่น ๆ และการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตสามารถกล่าวได้ว่าเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง มาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปจึงขัดกับ Article 5.5

Article 5.6 : รัฐสมาชิกจะต้องประกันว่ามาตรการสุขอนามัยที่รัฐกำหนดขึ้นนั้นจะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุถึงระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัย โดยคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและเศรษฐกิจ

footnote ของ Article 5.6 กล่าวว่า มาตรการสุขอนามัยจะไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุถึงระดับที่เหมาะสมการคุ้มครองสุขอนามัย เว้นเสียว่ามีมาตรการอื่นอยู่และมาตรการนั้นบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัย และเป็นการกีดกันการค้าน้อยกว่ามาก

ในคดีนี้ Panel เห็นว่ามาตรการของสหภาพยุโรปขัดกับ Article 5.5 แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องตรวจสอบว่าขัดกับ Article 5.6 หรือไม่²⁸

ค. การตีความภายใต้ข้อตกลงแกตต์ 1994

สหรัฐอเมริกาฟ้องร้องว่ามาตรการของสหภาพยุโรปขัดกับ Article 1 และ Article 3 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 ด้วย Panel เห็นว่าเมื่อมาตรการของสหภาพยุโรปไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องตรวจสอบต่อไปว่ามาตรการของสหภาพยุโรปขัดกับ Article 1 และ Article 3 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 หรือไม่ Panel กล่าวอีกว่า แม้ Panel จะดำเนินการตรวจสอบและพบว่ามีกรณีไม่สอดคล้องกับ Article 1 และ Article 3 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 Panel ก็ต้องตรวจสอบต่อไปว่ามาตรการดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นตาม Article 20 (b) หรือไม่ และถ้าเข้าข้อยกเว้นตาม Article 20 (b) ก็จะต้องหันกลับมาใช้ข้อตกลง SPS อยู่ดี ซึ่ง Panel ก็ได้พิจารณาไปแล้วว่ามาตรการของประชาคมยุโรปไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS ฉะนั้นจึงไม่จำเป็น

²⁸ Ibid., para. CCLV

ต้องพิจารณาว่ามาตรการตามข้อพิพาทสอดคล้องกับตาม Article 1 และ Article 3 ของข้อตกลง
 แกดต์ 1994 หรือไม่²⁹

Panel จึงได้มีคำตัดสินข้อพิพาทนี้ ดังนี้³⁰

1) สหภาพยุโรปกระทำการไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดต่าง ๆ ที่ระบุไว้ใน Article
 5.1 ของข้อตกลง SPS โดยการคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่ไม่มีพื้นฐานอยู่บนการประเมินความ
 เสี่ยง

2) สหภาพยุโรปกระทำการไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดต่าง ๆ ที่ระบุไว้ใน Article
 5.5 ของข้อตกลง SPS โดยการใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยซึ่งตนพิจารณาเห็นว่าเหมาะสมใน
 สถานการณ์ที่แตกต่างกันโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือเป็นไปโดยตามอำเภอใจ (arbitrary
 or unjustifiable) อันเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบ
 แฝงขึ้น

3) สหภาพยุโรปกระทำการไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดต่าง ๆ ของ Article 3.1
 ของข้อตกลง SPS โดยการคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่ไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่าง
 ประเทศที่มีอยู่โดยปราศจากการให้เหตุผลทางวิทยาศาสตร์ การพิสูจน์ และการตรวจสอบตาม
 Article 3.3 ของข้อตกลง SPS

Panel จึงแนะนำให้องค์กรระงับข้อพิพาทร้องขอให้สหภาพยุโรปกระทำการให้
 มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทของตนเป็นไปตามข้อผูกพันต่าง ๆ ภายใต้ข้อตกลง SPS ด้วย

²⁹ Ibid., paras. CCLXXX-CCLXXXI

³⁰ Ibid., para. CCLXXXIII



1.3.2 การตัดสินของ Appellate Body³¹

ก. ประเด็นสำคัญที่ยกขึ้นอุทธรณ์

- 1) บทบัญญัติของข้อตกลง SPS สามารถใช้กับมาตรการที่ตราขึ้นก่อนวันที่ข้อตกลงแกตต์ 1994 มีผลใช้บังคับได้หรือไม่
- 2) Panel ตีความ Article 3.1 และ Article 3.3 ของข้อตกลง SPS ถูกต้องหรือไม่
- 3) มาตรการของสหภาพยุโรปวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงภายใต้ Article 5.1 ของข้อตกลง SPS หรือไม่
- 4) Panel ตีความและใช้ Article 5.5 ของข้อตกลง SPS ถูกต้องหรือไม่

ข. การตีความเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยที่ตราขึ้นก่อนข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับ

สหภาพยุโรปอุทธรณ์ว่าตามเจตนารมณ์ของข้อตกลง SPS นั้น แสดงให้เห็นว่าข้อตกลงนี้จะใช้กับมาตรการสุขอนามัยที่ตราขึ้นหลังจากที่ข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น ประเด็นนี้ Appellate Body ได้ยกคำตัดสินของตนในคดี Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut ซึ่งได้สรุปถึงพื้นฐานของ Article 28 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาว่า เมื่อไม่มีเจตนารมณ์เป็นอย่างอื่น สนธิสัญญาจะไม่ใช้กับการกระทำต่าง ๆ หรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ หรือสถานการณ์ใด ๆ ที่หยุดลงก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับ Appellate Body จึงเห็นด้วยกับ Panel ว่า ข้อตกลง SPS จะใช้กับ

³¹ Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) , WTO , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R 16January1998.
www.wto.org/wto/dispute/distab/btm : INTERNET

สถานการณ์หรือมาตรการที่ไม่ได้หยุดลงก่อนวันที่ข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับ ฉะนั้นข้อตกลงนี้ จึงใช้กับมาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปได้³²

ค. การตีความเกี่ยวกับ Article 3 : มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐานของ มาตรฐานระหว่างประเทศ

1) ความหมายของคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ที่ใช้ใน Article 3.1 สหภาพยุโรปอุทธรณ์ว่าการตัดสินของ Panel ที่ว่ามาตรการสุขอนามัยของตนไม่ วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ และไม่เข้าเงื่อนไขตาม Article 3.3 ที่ กำหนดให้มาตรการสุขอนามัยไม่ต้องวางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศได้หากเป็น ไปตามข้อกำหนดเรื่องการประเมินความเสี่ยงใน Article 5 จึงไม่สอดคล้องกับ Article 3.1 และ Article 3.3 นั้นไม่ถูกต้อง³³

Appellate Body ได้ยกเอาการตีความของ Panel ที่ว่า Article 3.2 ซึ่งตั้ง ข้อสันนิษฐานว่ามาตรการสุขอนามัยที่ “เป็นไปตาม” (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศ ถือว่า สอดคล้องกับทั้งข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994 ทำให้มาตรการที่ “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ของมาตรฐานระหว่างประเทศมีความหมายเท่ากับมาตรการ “ที่เป็นไปตาม” (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศนั้น กล่าวคือ Panel ตีความคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) กับคำว่า “เป็นไปตาม” (conform to) ว่ามีความหมายเหมือนกัน ซึ่ง Appellate Body ไม่เห็นด้วยกับการตีความดังกล่าว โดยให้เหตุผล 3 ประการ กล่าวคือ³⁴

(1) เห็นว่า ตามความหมายธรรมดาของคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ก็ค่อนข้างแตกต่างกับคำว่า “เป็นไปตาม” (conform to) อยู่แล้ว การที่จะพูดว่าสิ่ง หนึ่ง “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ของอีกสิ่งหนึ่งนั้น ก็ต่อเมื่อสิ่งที่มาที่หลังนั้นได้รับการ

³² Ibid., paras. 126-130

³³ Ibid., para. 158

³⁴ Ibid., paras. 162-168

สนับสนุนบางประการจากสิ่งที่มีมาก่อน ซึ่งตรงกันข้ามกับการจะพูดถึงการที่สิ่งหนึ่ง "เป็นไปตาม" อีกสิ่งหนึ่ง เท่ากับว่าสิ่งที่มาทีหลังนั้นจะต้องสอดคล้องกับสิ่งที่มาก่อนทุกประการ Appellate Body เห็นว่าความแตกต่างของภาษาที่ใช้ในไม่ใช่ว่าเรื่องบังเอิญ ดังนั้น มาตรการที่วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ (based on) ก็อาจจะเบี่ยงเบนจากมาตรฐานระหว่างประเทศนั้นไปบ้าง แต่ในขณะที่มาตรการที่จะต้องเป็นไปตาม (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศก็ต้องการให้มาตรการสุชนาภัยภายในประเทศเป็นกระจกของมาตรฐานระหว่างประเทศ นั่นคือ จะต้องเหมือนกันทุกประการ ซึ่ง Appellate Body ยอมรับว่าการทำให้เกิดความกลมกลืนซึ่งมาตรการสุชนาภัยและสุชนาภัยพิชโดยการวางมาตรการดังกล่าวให้อยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศนั้นเป็นเป้าหมายของข้อตกลง SPS ซึ่งจะต้องทำให้เกิดเป็นจริงหรือสำเร็จลุล่วงในอนาคตข้างหน้า ข้อตกลง SPS ไม่ได้กำหนดหน้าที่ที่เป็นการบังคับรัฐสมาชิกให้กำหนดมาตรการให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศโดยทันที

(2) นอกจากนี้ ทั้งสองคำนี้ก็ใช้ใน Article ต่าง ๆ แตกต่างกันไปและยังพบว่าใน Article เดียวกันก็มีการใช้คำทั้งสองนี้ในแต่ละ paragraph แตกต่างกันไป ตัวอย่างเช่น ใน Article 2.2 ใช้คำว่า "วางอยู่บนพื้นฐาน" ในขณะที่ Article 2.4 ใช้คำว่า "เป็นไปตาม" หรือกรณี Article 3.1 ต้องการให้รัฐสมาชิก "วาง" มาตรการของตน "อยู่บนพื้นฐาน" ของมาตรฐานระหว่างประเทศ แต่ Article 3.2 กลับใช้คำว่ามาตรการซึ่ง "เป็นไปตาม" มาตรฐานระหว่างประเทศ และ Article 3.3 ก็อ้างถึงมาตรการที่ "วางอยู่บนพื้นฐาน" ของมาตรฐานระหว่างประเทศอีกครั้ง ฉะนั้นการใช้คำที่แตกต่างกันไปเช่นนี้ได้รับการพิจารณาไตร่ตรองมาอย่างดี และต้องการให้มีความหมายที่แตกต่างกันด้วย อีกทั้งการใช้คำที่แตกต่างกันนี้คงไม่ใช่เป็นความบังเอิญหรือความไม่ตั้งใจของรัฐสมาชิกที่เจรจาหรือเขียนข้อตกลงอย่างแน่นอน

(3) จากวัตถุประสงค์และเป้าหมายของ Article 3 ก็คือ การทำให้เกิดความกลมกลืนในมาตรการสุชนาภัยมากเท่าที่จะทำได้ นอกจากนี้ในอารัมภบทของข้อตกลง SPS ระบุไว้ว่าปรารถนาที่จะให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการสุชนาภัยของรัฐสมาชิกต่าง ๆ โดยการวางมาตรการไว้บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางและคำแนะนำต่าง ๆ ที่พัฒนาขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ใน Article 12 ก็เช่นเดียวกันกำหนดหน้าที่ให้คณะกรรมการมาตรการสุชนาภัยต้องสนับสนุนการก่อให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการสุชนาภัยของรัฐสมาชิกต่าง ๆ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าการทำให้เกิดความกลมกลืนขึ้นกับมาตรการสุชนาภัยของรัฐสมาชิกโดยการวางมาตรการอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศนี้เป็น

เป้าหมายที่ต้องการให้สำเร็จในอนาคต ฉะนั้นการที่ตีความ Article 3.1 โดยให้รัฐสมาชิกทำให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการของตนโดยการทำให้มาตรการของตนนั้นเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศโดยปัจจุบันทันทีจึงไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ การตีความของ Panel ที่ว่ามาตรการสุขอนามัยที่วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศนั้น มาตรการนั้นจะต้องมีระดับความคุ้มครองเหมือนกับมาตรฐานระหว่างประเทศนั้นด้วย การตีความ Article 3 ดังกล่าวของ Panel Appellate Body ไม่เห็นด้วย แต่ไม่สามารถที่จะปฏิเสธได้ การแก้ไขการตีความของ Panel ให้อ้างอิงถึงองค์ประกอบในคดีอื่น ๆ ต่อไป

2) ความสัมพันธ์ระหว่าง Article 3.1, 3.2 และ 3.3 ของข้อตกลง SPS

Panel ตีความ Article 3.1 และ Article 3.2 ว่าเป็นหน้าที่โดยทั่วไป (general obligation) ของรัฐสมาชิกที่จะต้องวางมาตรการสุขอนามัยของตนอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ แต่จะวางมาตรการสุขอนามัยของตนสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศก็ได้ หากว่ามาตรการนั้นเข้าเงื่อนไขตาม Article 3.3 โดยกำหนดให้ Article 3.3 เป็นข้อยกเว้น (exception) ของ Article 3.1 Appellate Body ไม่เห็นด้วยกับการตีความดังกล่าว แต่เห็นว่าการที่รัฐจะไม่กำหนดมาตรการของตนตามมาตรฐานระหว่างประเทศนั้นเป็นสิทธิของรัฐนั่นเอง (autonomous right) ไม่ใช่เป็นข้อยกเว้น (exception) จากหน้าที่โดยทั่วไป (general obligation) ตาม Article 3.1 ตามที่ Panel กล่าวไว้

นอกจากนี้ Appellate Body ไม่เห็นด้วยกับการตีความของ Panel ที่สรุปให้สหภาพยุโรปต้องมีภาระการพิสูจน์ให้เห็นว่ามาตรการของตนนั้นถูกต้องต้องตาม Article 3.3 Appellate Body จึงกลับคำตัดสินของ Panel โดยให้ความเห็นว่า การตัดสินของรัฐสมาชิกที่จะกำหนดมาตรการของตนไม่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศนี้ไม่ใช่เหตุผลที่จะเปลี่ยนภาระการพิสูจน์ซึ่งโดยปกติธรรมดาเป็นหน้าที่ของรัฐฝ่ายที่ฟ้องคดีไปเป็นรัฐที่ถูกฟ้อง Appellate Body จึงสรุปว่าสหรัฐอเมริกาและแคนาดาจะต้องพิสูจน์ว่าคดีมีมูลการไม่สอดคล้องเสียก่อน จากนั้นภาระการพิสูจน์ถึงจะตกไปที่สหภาพยุโรปเพื่อพิสูจน์เหตุผลในการห้ามนำเข้าเนื้อวัวที่ใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตต่อไป³⁵

³⁵ Ibid., paras. 169-172

3) เงื่อนไขของ Article 3.3 ตามข้อตกลง SPS

ภายใต้ Article 3.3 รัฐสมาชิกจะกำหนดมาตรการสุขอนามัยให้มีระดับความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศได้ หากว่า

- (1) มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ หรือ
- (2) ไปเป็นตามเงื่อนไขการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 – 5.8

Panel เห็นว่าแม้ว่ามาตรการสุขอนามัยจะเป็นไปตามเงื่อนไขไม่ว่าจะข้อหนึ่งข้อใดของ Article 3.3 แล้วก็ตาม แต่มาตรการนั้นจะต้องสอดคล้องกับ Article อื่น ๆ ด้วย เช่น Article 2 และ Article 5

Appellate Body ให้ข้อสังเกตว่าแม้ว่าเงื่อนไขข้อ (1) จะไม่ได้พูดถึง Article 5.1 – 5.8 ก็ตาม แต่ไปประโยคสุดท้ายของ Article 3.3 กำหนดให้มาตรการทั้งหมดที่มีระดับความคุ้มครองแตกต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือคำแนะนำต่าง ๆ นั้น จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของข้อตกลง SPS นี้ด้วย ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นมาตรการที่เข้าตามเงื่อนไข ข้อ (1) หรือ ข้อ (2) ก็ตาม ก็จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของข้อตกลง SPS ด้วย ซึ่งรวมถึง Article 5 ด้วย นอกจากนี้ จาก footnote ของ Article 3.3 ที่ระบุว่าการที่จะมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ได้นั้นก็ต่อเมื่อจากการตรวจสอบและการประเมินข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่พบว่ามาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือคำแนะนำต่าง ๆ นั้น มีระดับความคุ้มครองสุขอนามัยไม่เพียงพอ ซึ่งการตรวจสอบและการประเมินนี้ถือว่าเป็นลักษณะของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และตามคำจำกัดความของการประเมินความเสี่ยงใน paragraph 4 ของ Annex A นั่นเอง ดังนั้น Appellate Body จึงเห็นด้วยกับการตัดสินของ Panel ว่า แม้ว่าสหภาพยุโรปจะกำหนดมาตรการของตนสูงกว่าของมาตรฐานของ Codex ก็ตาม มาตรการของสหภาพยุโรปก็ยังคงสอดคล้องกับ Article 5 ด้วย³⁶

Appellate Body จึงสรุปว่า เป้าหมายของ Article 3 นั้นต้องการสนับสนุนให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการสุขอนามัยต่าง ๆ ของรัฐสมาชิก แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องการ

³⁶ Ibid., para. 175

ป้องกันสิทธิและหน้าที่ของรัฐสมาชิกในการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของประชากรในประเทศของตน ซึ่งเป้าหมายของการทำให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการสุขอนามัยนั้นก็เพื่อที่จะป้องกันการใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างรัฐสมาชิกโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุผล หรือเพื่อเป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ทั้งนี้โดยไม่ต้องการขัดขวางรัฐสมาชิกในการใช้บังคับมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ และมาตรการที่วางอยู่บนหลักการของวิทยาศาสตร์ และไม่ต้องการให้รัฐสมาชิกเปลี่ยนระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองของตนด้วย³⁷

ง. การตีความเกี่ยวกับ Article 5.1 : การประเมินความเสี่ยง

Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ที่ว่า Article 5.1 เป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่ทั่วไปตาม Article 2.2 ของข้อตกลง SPS และเห็นว่า Article 2.2 และ Article 5.1 ควรอ่านด้วยกันและ Article 2.2 มีความหมายร่วมกันกับ Article 5.1³⁸

อย่างไรก็ดี การที่ Panel แยก Article 5 เป็นการประเมินความเสี่ยง (risk assessment) และการจัดการความเสี่ยง (risk management) Appellate Body ไม่เห็นด้วย เพราะใน Article 5 และใน paragraph 4 ของ Annex A ของข้อตกลง SPS พูดถึงการประเมินความเสี่ยง (risk assessment) เท่านั้น การจัดการความเสี่ยง (risk management) ไม่ปรากฏอยู่ใน Article 5 หรือในบทบัญญัติอื่นใดของข้อตกลง SPS เลย ดังนั้นการตีความดังกล่าวของ Panel จึงไม่มีบทบัญญัติใดมารองรับ และกฎที่สำคัญในการตีความสนธิสัญญานั้นก็ต้องการให้ผู้ตีความสนธิสัญญาอ่านและตีความคำต่าง ๆ ที่ใช้ในข้อตกลงอย่างตรงไปตรงมา และตามตัวอักษร ไม่ใช่ตีความตามความรู้สึกที่ผู้ตีความเห็นว่าควรจะเป็น³⁹

จากคำจำกัดความของการประเมินความเสี่ยง (paragraph 4 ของ Annex A) ที่กล่าวว่า การประเมินความเสี่ยง คือ การประเมินความเป็นไปได้ (potential) ของผลเสียที่จะเกิด

³⁷ Ibid., para. 177

³⁸ Ibid., para. 180

³⁹ Ibid., para. 181

ขึ้นกับชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ที่เกิดจากการมีอยู่ของสิ่งปลอมปน สารปนเปื้อน สารพิษ หรือเชื้อโรคในอาหารต่าง ๆ แต่การตีความการประเมินความเสี่ยงของ Panel Panel ได้กำหนดให้ การประเมินความเสี่ยงมี 2 ขั้นตอน กล่าวคือ การระบุความเสี่ยงต่าง ๆ และการประเมินความเป็นไปได้ (potential) หรือความน่าจะเป็น (probability) ของความเสี่ยงนั้น เห็นได้ว่า Panel ได้ใช้ คำว่าความน่าจะเป็น (probability) เป็นตัวเลือกขึ้นมาด้วย Appellate Body เห็นว่า ความหมาย ของความเป็นไปได้ (potential) มีความหมายต่างกับคำว่าความน่าจะเป็น (probability) ความน่าจะเป็น (probability) จะมีขอบเขตความเป็นไปได้สูงกว่าคำว่าความเป็นไปได้ (potential) ดังนั้น เห็นได้ว่า Panel กำหนดขนาดปริมาณของการคำนึงถึงความเสี่ยง⁴⁰

Appellate Body ไม่ทราบว่าเหตุใด Panel จึงใช้คำว่าความเสี่ยงเฉพาะ (identifiable risk) และ Panel ก็มีได้ให้คำจำกัดความไว้ด้วยแต่ Appellate Body คิดว่า Panel ใช้ คำนี้เพื่อที่จะอ้างถึง “ความเสี่ยงที่มีความแน่นอนชัดเจน” เพราะถ้าความเสี่ยงไม่แน่นอน รัฐสมาชิกจะรู้ได้อย่างไรว่าความเสี่ยงนั้นมีอยู่หรือไม่ แต่ Panel ได้ปฏิเสธคัดค้านความไม่แน่นอนทางทฤษฎีที่มักจะมีอยู่เสมอทั้งนี้เพราะวิทยาศาสตร์ไม่สามารถให้ผลที่แน่นอนเสมอไปซึ่ง Appellate Body ก็เห็นด้วยกับ Panel ว่าความไม่แน่นอนทางทฤษฎีไม่ใช่ชนิดความเสี่ยงที่จะ ประเมินตาม Article 5.1 แต่อย่างไรก็ตาม การที่ Panel ใช้คำว่า identifiable risk เท่ากับว่าเป็น การกำหนดจำนวนที่แน่นอน หรือระดับขอบเขตของความเสี่ยงในการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 การที่ Panel ต้องการให้การประเมินความเสี่ยงมีจำนวนต่ำสุดของความเสี่ยงนั้น Appellate Body เห็นว่าการกำหนดเงื่อนไขเรื่องปริมาณเอาไว้เช่นนี้ในข้อตกลง SPS ไม่ได้ บัญญัติไว้เลย Panel ได้รับความน่าเชื่อถือเพียงแค่ว่ามาตรฐานสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐานของ การประเมินความเสี่ยงหรือไม่เท่านั้น หรือตัดสินเพียงว่ามาตรฐานสุขอนามัยได้รับการสนับสนุน อย่างเพียงพอหรือได้รับการประกันโดยการประเมินความเสี่ยงอย่างมีเหตุผลหรือไม่⁴¹

นอกจากนี้ การที่ Panel ตัดสินว่าการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 จะไม่ รวมถึงการกระทำใด ๆ ที่ไม่ได้ผ่านการวิเคราะห์โดยการสังเกตหรือการทดลองในห้องแล็บ Appellate Body ไม่เห็นด้วย Appellate Body กล่าวว่าปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงในการประเมิน

⁴⁰ Ibid., paras. 183-184

⁴¹ Ibid., para. 186

ความเสี่ยงตาม Article 5.2 บางปัจจัย เช่น วิธีการและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง การตรวจสอบ การสุ่มตัวอย่าง และแม้กระทั่งวิธีการทดสอบ ไม่จำเป็นต้องเป็นการทดลองในห้องแล็บทั้งหมด นอกจากนี้ก็ไม่มีบทบัญญัติใดชี้ว่าปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงในการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.2 จำกัดเพียงเท่าที่ระบุไว้ใน Article 5.2 เท่านั้น ดังนั้น ความเสี่ยงที่จะประเมินในการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.2 ไม่ได้หมายความเฉพาะความเสี่ยงที่แน่นอนที่จะต้องทดลองในห้องปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์หรือห้องแล็บเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงความเสี่ยงที่มีอยู่ในสังคมมนุษย์ หรือผลกระทบที่อาจจะเกิดกับสุขภาพของมนุษย์ที่อยู่ในโลกซึ่งเป็นที่ซึ่งมนุษย์ได้อาศัยอยู่⁴²

กรณีเงื่อนไขเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ (minimum procedural requirement) ในการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 Appellate Body เห็นว่าไม่มีข้อความใดใน Article 5 ที่กำหนดว่าการประเมินความเสี่ยงต้องมีกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ Appellate Body คิดว่าการที่ข้อตกลง SPS กำหนดให้มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐาน (based on) ของการประเมินความเสี่ยงนั้น เป็นการอ้างถึงความสัมพันธ์ที่สำคัญระหว่างองค์ประกอบ 2 อย่าง คือ สถานการณ์ที่ยังคงดำเนินต่อไปและเห็นได้ชัดระหว่างมาตรการสุขอนามัยและการประเมินความเสี่ยง Article 5.1 ไม่ได้ต้องการให้รัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยกระทำการประเมินความเสี่ยงให้สำเร็จลุล่วงไป ต้องการเพียงแค่ว่ามาตรการสุขอนามัยนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสมกับสถานการณ์ มาตรการสุขอนามัยอาจจะพิสูจน์ถึงการประเมินความเสี่ยงที่กระทำโดยรัฐสมาชิกอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศก็ได้ ดังนั้น Appellate Body จึงไม่เห็นด้วยกับกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ (minimum procedural requirement) ที่กำหนดโดย Panel เพราะจะนำไปสู่การจำกัดหลักฐานวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ที่ใช้สนับสนุนมาตรการสุขอนามัยได้⁴³

ส่วนกรณีเงื่อนไขเกี่ยวกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการมีอยู่จริงของการประเมินความเสี่ยง (substantive requirement) Appellate Body พิจารณาเห็นว่าการตรวจสอบของ Panel เกี่ยวกับข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ในมาตรการสุขอนามัยและข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ตามที่สหภาพยุโรปยื่นมาเป็นหลักฐานว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงนั้นเป็นการกระทำที่มีประโยชน์

⁴² Ibid., para. 187

⁴³ Ibid., paras. 188-191

เพราะความสัมพันธ์ระหว่างข้อสรุปทั้งสองนั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกัน และ Appellate Body เชื่อว่า Article 5.1 เมื่ออ่านด้วยกันกับ Article 2.2 แล้ว Article 5.1 ต้องการผลสรุปของการประเมินความเสี่ยงว่าต้องมีหลักประกันที่เพียงพอที่จะสนับสนุนมาตรการสุขอนามัยที่ใช้นั้นอย่างมีเหตุผล ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่ว่ามาตรการสุขอนามัยจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องการให้มีความสัมพันธ์ที่มีเหตุผลระหว่างมาตรการสุขอนามัยและการประเมินความเสี่ยง อย่างไรก็ตาม Appellate Body ไม่เชื่อว่าการประเมินความเสี่ยงจะต้องเป็นข้อสรุปเดียวกันหรือพ้องกับข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ในมาตรการสุขอนามัยเสมอ การประเมินความเสี่ยงอาจเป็นได้ทั้งความเห็นที่พ้องกันที่แสดงให้เห็นถึงความคิดเห็นทางวิทยาศาสตร์ที่มีแนวโน้มอย่างเดียวกัน หรืออาจจะเป็นความเห็นของนักวิทยาศาสตร์ที่มีความเห็นแตกต่างกันก็ได้ Article 5.1 ไม่ได้ต้องการว่าการประเมินความเสี่ยงจะต้องเป็นความเห็นส่วนใหญ่ขององค์กรทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง แต่โดยส่วนใหญ่แล้วรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ จะวางมาตรการของตนไว้กับความเห็นทางวิทยาศาสตร์ที่มีแนวโน้มอย่างเดียวกัน แต่ในบางกรณีรัฐบาลอาจกระทำตามความเห็นที่แตกต่างไปซึ่งมีข้อมูลที่น่าเชื่อถือและมีคุณภาพมาสนับสนุนก็ได้เหมือนกัน ดังนั้นการตัดสินใจเกี่ยวกับการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการสุขอนามัยและการประเมินความเสี่ยง จึงต้องแล้วแต่กรณีไป โดยจะต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาทั้งหมดที่เกี่ยวกับความเป็นไปได้ของผลเสียที่จะเกิดขึ้นกับสุขภาพของมนุษย์⁴⁴

รายงานทางวิทยาศาสตร์ที่สหภาพยุโรปอ้างว่าเกี่ยวข้องกับฮอริโมนตามข้อพิพาทและเป็นการประเมินความเสี่ยงของตนนั้น ซึ่ง Panel พิจารณาพบว่าข้อสรุปของรายงานวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ฮอริโมนตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตนี้ปลอดภัย ทำให้รายงานทางวิทยาศาสตร์นี้จึงไม่มีเหตุผลที่จะสนับสนุนการห้ามนำเข้าของสหภาพยุโรปได้ Appellate Body ก็เห็นด้วย แต่มีความเห็นของนักวิทยาศาสตร์ท่านหนึ่ง คือ Dr. Lucier ได้เห็นแตกต่างกัน Dr. Lucier เห็นว่าผู้ฉีดยาที่เป็นมะเร็งที่เต้านม หนึ่งในสาเหตุที่ทำให้เป็นก็สืบเนื่องมาจากการกินเนื้อที่มีสาร oestrogens ในการกระตุ้นการเจริญเติบโต อย่างไรก็ตาม Appellate Body เห็นว่าความเห็นที่แตกต่างประการเดียวของ Dr. Lucier ไม่สมเหตุผลเพียงพอที่จะกลับข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ในรายงานวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับการใช้ฮอริโมนที่แสดงว่าปลอดภัยได้

⁴⁴ Ibid., paras. 192-194

เพราะเป็นรายงานทั่วไปซึ่งแสดงให้เห็นถึงการมีอยู่ของความเสี่ยงโดยทั่วไปของโรคมะเร็ง แต่ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ของฮอริโมนในเนื้อวัวที่ใช้เพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตที่จะก่อให้เกิดโรคมะเร็งหรือเป็นพิษต่อพันธุกรรม รายงานทั่วไปนั้นไม่บังเฉพาะเพียงพอที่จะทำให้สหภาพยุโรปห้ามการนำเข้าเนื้อวัวและผลิตภัณฑ์เนื้อได้ ฉะนั้น Appellate Body จึงเห็นว่าการตัดสินของ Panel เป็นการสมควรแล้ว⁴⁵

จ. การตีความเกี่ยวกับ Article 5.5 : ระดับความคุ้มครองของมาตรการ
สุขอนามัย

Appellate Body เห็นด้วยเช่นเดียวกับ Panel ว่า Article 5.5 ควรอ่านด้วยกันกับหน้าที่พื้นฐานตาม Article 2.3 และเห็นด้วยกับ Panel อีกว่าในการตรวจสอบว่าจะมีการละเมิด Article 5.5 หรือไม่นั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบทั้งสามประการ กล่าวคือ องค์ประกอบที่ 1 : รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน องค์ประกอบที่ 2 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปโดยไม่สมเหตุผลหรือตามอำเภอใจ องค์ประกอบที่ 3 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง⁴⁶ Appellate Body ได้พิจารณาตามองค์ประกอบสามประการ ประเด็นที่ Appellate Body ไม่เห็นด้วยกับการตัดสินของ Panel คือ Appellate Body ไม่เห็นด้วยกับ Panel ที่นำเอาคำตัดสินในคดี US – Gasoline มาใช้ตัดสินว่ามาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปเลือกปฏิบัติหรือเป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศหรือไม่⁴⁷ และเห็นว่าความแตกต่างในระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ไม่สมเหตุผลหรือเป็นไปโดยอำเภอใจเป็นสิ่งเดียวที่จะพิสูจน์ว่ารัฐสมาชิกได้กระทำการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงหรือไม่⁴⁸ ดังนั้น

⁴⁵ Ibid., paras. 196-200

⁴⁶ Ibid., paras. 212-214

⁴⁷ Ibid., para. 239

⁴⁸ Ibid., para. 240

Appellate Body จึงไม่เห็นด้วยกับเหตุผลที่ Panel ตัดสินว่ามาตรการของสหภาพยุโรปเป็นการเลือกปฏิบัติและกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง (โปรดอ่านหน้า 100-102) และกลับคำตัดสินว่าสหภาพยุโรปได้ปฏิบัติสอดคล้องกับ Article 5.5 แล้ว⁴⁹

สรุปได้ว่า Appellate Body ยืนตามคำตัดสินของ Panel ที่ว่า สหภาพยุโรปกระทำการไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 ของข้อตกลง SPS โดยการคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่ไม่มีพื้นฐานอยู่บนการประเมินความเสี่ยง และถือว่าเป็นมาตรการสุขอนามัยที่ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน จึงไม่สอดคล้องกับ Article 2.2 ด้วย อย่างไรก็ตาม Appellate Body ได้กลับคำตัดสินของ Panel ว่าสหภาพยุโรปได้กระทำการสอดคล้องกับ Article 5.5 ของข้อตกลง SPS โดยการกำหนดมาตรการสุขอนามัยที่ไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ดังนั้น Appellate Body จึงแนะนำให้องค์การระงับข้อพิพาทร้องขอให้สหภาพยุโรปกระทำการให้มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทของตนเป็นไปตามรายงานคำตัดสินของ Appellate Body นี้และรายงานคำตัดสินของ Panel ซึ่งได้แก้ไขโดยรายงานคำตัดสินนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อผูกพันต่าง ๆ ที่สหภาพยุโรปมีอยู่ภายใต้ข้อตกลง SPS

2. คดี Australia – Measures Affecting Importation of Salmon

2.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี⁵⁰

เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1995 แคนาดาขอการปรึกษาหารือกับออสเตรเลียเกี่ยวกับการที่รัฐบาลของออสเตรเลียห้ามนำเข้าปลาแซลมอนสด แช่เย็น และแช่แข็งจากแคนาดาโดยอาศัย Australian Quarantine Proclamations No. 86A : QP 86A ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 รัฐบาลแคนาดาเห็นว่าห้ามนำเข้าของรัฐบาลออสเตรเลียดังกล่าวนั้นไม่สอดคล้องกับข้อตกลงแกตต์ 1994 และข้อตกลง SPS การเจรจาปรึกษาได้จัดขึ้นเมื่อวันที่ 23 และ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1995 ที่กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ แต่ไม่ประสบความสำเร็จ

⁴⁹ Ibid., para. 246

⁵⁰ Panel Report , Australia-Measures Affecting Importation of Salmon, WTO, WT/DS18/R 12 June 1998 , paras.11-16 www.wto.org/wto/dispute/distab.htm : IN: ERNET

ต่อมา วันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 1997 แคนาดาได้ร้องขอให้องค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body : DSB) จัดตั้ง Panel ขึ้นมาเพื่อทำการพิจารณาว่ามาตรการของออสเตรเลียไม่สอดคล้องกับ

1. ข้อตกลง SPS โดยเฉพาะ Article 2, 3 และ 5
2. ข้อตกลงแกตต์ 1994 โดยเฉพาะ Article 11 และ Article 13
3. การใช้มาตรการของออสเตรเลียดังกล่าวกระทบผลประโยชน์ของแคนาดาตามข้อตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO Agreement)

วันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1997 DSB ได้จัดตั้ง Panel มีรายชื่อดังนี้

Mr. Michael Cartand	- ประธาน
Mr. Kari Bergholm	- ผู้ร่วมพิจารณา
Ms. Claudia Orozco	- ผู้ร่วมพิจารณา

2.1.1 ข้อเท็จจริงทั่วไป

สินค้าตามข้อพิพาทคือ ปลาแซลมอนสด แช่เย็น และแช่แข็ง ที่ใช้สำหรับมนุษย์บริโภค และเป็นปลาแซลมอนที่ไม่ได้ผ่านความร้อนภายในระยะเวลาและอุณหภูมิที่กำหนดไว้ก่อนที่จะนำเข้ามาในออสเตรเลีย หรือเป็นปลาแซลมอนที่ไม่ได้ทำให้สุก (uncooked salmon)⁵¹ ซึ่งตามข้อพิพาทออสเตรเลียระบุว่ามียุงตัวก่อเชื้อโรค (disease agent) ทั้งหมด 24 ชนิดอยู่ในปลาแซลมอนที่นำเข้ามาจากแคนาดา โดยออสเตรเลียอาศัยข้อมูลจากเอกสาร "Australian Salmon Import Risk Analysis of December 1996 : 1996 Final Report" (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า "1996 Final Report") ซึ่งศึกษาเกี่ยวกับการนำเข้าปลาแซลมอนที่ไม่ได้ทำให้สุกประเภท "adult, wild, ocean-caught Pacific" จากสหรัฐอเมริกาและแคนาดา⁵²

จากข้อมูลขององค์การโรคระบาดสัตว์แห่งโลก (International Office of Epizootics : OIE) ตัวก่อเชื้อโรค หมายถึง สิ่งมีชีวิตที่ก่อให้เกิดเชื้อโรคและตามข้อพิพาทนี้ตัวก่อเชื้อโรคไม่เกี่ยวกับสุขภาพของมนุษย์⁵³

⁵¹ Ibid., para. 2.1

⁵² Ibid., para. 2.11

⁵³ Ibid., para. 2.13

2.1.2 มาตรการของออสเตรเลียที่ห้ามนำเข้าสินค้าปลาแชลมอน คือ Australian Quarantine Proclamations No. 86A : QP 86A (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “QP 86A”) ซึ่งกำหนดการนำเข้าปลาแชลมอนที่ตายแล้วว่า ห้ามนำเข้าปลาแชลมอนที่ตายแล้วและ ส่วนใดส่วนหนึ่งของปลาไม่ว่าจะรูปแบบใดก็ตามเข้ามาในออสเตรเลีย เว้นแต่⁵⁴

1) ก่อนนำเข้ามาในออสเตรเลีย ปลาหรือส่วนใดของปลาได้ผ่านการปฏิบัติตามความเห็นของ Director of Quarantine เพื่อเป็นการป้องกันเชื้อโรคติดต่อหรือเชื้อโรคที่เป็นพาหะนำโรค หรือ แมลง ที่จะมีผลกระทบต่อคน สัตว์ หรือพืช และ

2) Director of Quarantine หรือ บุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจาก Director of Quarantine ยินยอมให้นำเข้าได้ โดยทำเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษร และเอกสารดังกล่าวจะต้องส่งมอบให้เจ้าหน้าที่ด้วย

ดังนั้น QP 86A จึงให้อำนาจแก่ Director of Quarantine ทำการตัดสินใจเกี่ยวกับเงื่อนไขการนำเข้าปลาแชลมอน ซึ่ง Director of Quarantine ได้ออกกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสินค้าปลาแชลมอน ดังต่อไปนี้⁵⁵

1) Guidelines for the Importation of Smoked and Trout into Australia : 1983 Guidelines (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “1983 Guidelines”) ออกไว้ ณ เดือน กรกฎาคม ค.ศ. 1983 โดย Australian Department of Primary Industries and Energy ซึ่ง Guidelines ฉบับนี้ใช้บังคับได้ไม่นานก็ถูกยกเลิกไป ฉะนั้นในข้อพิพาทนี้ Panel จึงไม่ขออ้างถึง

2) Conditions for the Importation of Salmonid Meat and Roe into Australia : 1988 Conditions (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “1988 Conditions”) ออกเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 1988 โดยหน่วยงานเดิมที่กล่าวไว้ในข้อ 1) และเป็นการออกมาแทนที่ 1983 Guidelines ข้างต้น

3) Requirements for the importation of individual consignments of smoked salmon meat : 1996 Requirements (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “ 1996

⁵⁴ Ibid., para. 2.14

⁵⁵ Ibid., paras 2-16 and 2.17

Requirements) ออกโดย Australian Quarantine and Inspection Service (AQIS) เมื่อวันที่ 24 มกราคม ค.ศ. 1996

4) Decision of Director of Quarantine : 1996 Decision (ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “1996 Decision”) ลงวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1996 ซึ่งไม่อนุญาตให้นำเข้าสินค้าปลาแชลมอนที่ไม่ได้ทำให้สุกประเภท adult, wild, ocean-caught Pacific

2.2 ข้อเรียกร้องของคู่กรณี⁵⁶

1) แคนาดาเรียกร้องว่ามาตรการของออสเตรเลียที่ห้ามนำเข้าสินค้าปลาแชลมอนนั้นขัดกับ Article 11 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 และไม่พบว่าออสเตรเลียจะมีอำนาจทำได้ตาม Article 11.2 หรือ Article 20 ของข้อตกลงแกตต์ 1994

2) มาตรการของออสเตรเลียตกอยู่ภายใต้คำจำกัดความของมาตรการสุขอนามัยตาม Article 1 ของข้อตกลง SPS และ Annex A 1(a) แคนาดาจึงเรียกร้องว่ามาตรการของออสเตรเลียไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของข้อตกลง SPS ดังต่อไปนี้

(1) มาตรการดังกล่าวขัดกับ Article 3.1 กล่าวคือ ไม่วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือข้อเสนอแนะที่มีอยู่และไม่เข้าเงื่อนไขตาม Article 3.3

(2) มาตรการดังกล่าวไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงที่มีต่อชีวิต หรือสุขภาพของปลาแชลมอน ดังนั้นจึงไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ของ Article 5.1

(3) มาตรการดังกล่าวไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงซึ่งจะต้องคำนึงถึงหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ จึงขัดกับ Article 5.2

(4) มาตรการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของออสเตรเลียที่จะต้องหลีกเลี่ยงการปฏิบัติที่แตกต่างโดยไม่สมเหตุผลหรือเป็นไปโดยอำเภอใจในระดับความคุ้มครองที่ตนพิจารณาว่าเหมาะสมในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน และการปฏิบัติดังกล่าวเป็นผลให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ซึ่งขัดกับ Article 5.5

⁵⁶ Ibid., paras. 3.2-3.3 and 8.1

(5) มาตรการดังกล่าวเป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อ บรรลุนโยบายที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขภาพของออสเตรเลีย จึงขัดกับ Article 5.6

(6) มาตรการดังกล่าวขัดกับ Article 2.2 เพราะมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนไม่เพียงพอ

(7) มาตรการดังกล่าวเลือกปฏิบัติต่อรัฐสมาชิกอย่างไม่สมเหตุผลและเป็นไปโดยอำเภอใจ โดยเฉพาะระหว่างออสเตรเลียและแคนาดา จึงขัดกับ Article 2.3

3) มาตรการของออสเตรเลียกระทบต่อผลประโยชน์ของแคนาดาภายใต้ข้อตกลง ขององค์การการค้าโลก และภายใต้ Article 23.1 (a) หรือ (b) ข้อตกลงแกตต์ 1994

ออสเตรเลียปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าวทั้งหมดและอ้างว่ามาตรการของตนนั้นไม่ขัดกับ ข้อตกลงแกตต์ 1994 และข้อตกลง SPS

2.3 การตัดสินของ Panel และ Appellate Body

2.3.1 การตัดสินของ Panel

ก. การตีความทั่วไป

1) ขอบเขตของมาตรการของออสเตรเลีย⁵⁷

แคนาดาอ้างว่ามาตรการของออสเตรเลียตามข้อพิพาท คือ QP 86A และ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ออกตาม QP 86A กล่าวคือ 1983 Guidelines, 1988 Conditions, 1996 Requirements และ 1996 Decision ซึ่งกำหนดให้สินค้าปลาแซลมอนต้องผ่านความร้อนภายใน เวลาและอุณหภูมิที่กำหนดไว้หรือทำให้สุกก่อนที่จะนำเข้ามาในออสเตรเลีย

⁵⁷ Ibid., paras. 8.6-8.21

ออสเตรเลียโต้แย้งว่า มาตรการตามข้อพิพาทคือ 1996 Decision เท่านั้น เพราะสำหรับออสเตรเลียแล้ว เห็นว่า QP 86A ไม่ได้กำหนดการห้ามนำเข้า แต่กำหนดเพียงเงื่อนไขการนำเข้าปลาแซลมอนที่จะต้องได้ผ่านความร่อนเสียก่อน

Panel พิจารณาแล้วเห็นว่า ประเด็นดังกล่าวนี้ขึ้นอยู่กับการตีความอำนาจหน้าที่ (terms of reference) ของ Panel ใน Panel Request ซึ่งระบุอำนาจหน้าที่ของ Panel ในการกำหนดข้อเรียกร้องตามข้อพิพาทและวัตถุประสงค์ที่สำคัญของกระบวนการพิจารณาไว้ Panel ตั้งข้อสังเกตว่า ออสเตรเลียไม่ได้โต้แย้งว่า QP 86A หรือ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่แคนาดาอ้างมานั้นอยู่นอกอำนาจหน้าที่ของ Panel เพราะไม่ได้ระบุไว้ใน Panel Request ออสเตรเลียเพียงแต่โต้แย้งว่า 1996 Decision เท่านั้นที่เป็นการห้ามนำเข้าปลาแซลมอน ดังนั้น Panel จึงเห็นว่า เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของ Panel นั้นกำหนดอยู่ใน Panel Request และใน Panel Request ก็ระบุถึง QP 86A ไว้อย่างชัดแจ้ง ดังนั้น QP 86A จึงตกอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของ Panel

ส่วนกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ออกตาม QP 86A นั้น Panel ตรวจสอบแล้วเห็นว่า QP 86A ได้รับการปฏิบัติโดย 1988 Conditions, 1996 Requirements และ 1996 Decision ซึ่งห้ามการนำเข้าสินค้าปลาแซลมอนสด แช่เย็น หรือแช่แข็ง ที่ไม่ได้ผ่านความร่อนก่อนนำเข้ามาในออสเตรเลียที่ใช้สำหรับมนุษย์บริโภค ดังนั้น จึงถือว่าเป็นมาตรการตามข้อพิพาทด้วย

สรุปได้ว่า มาตรการตามข้อพิพาท คือ QP 86A, 1988 Conditions, 1996 Requirements และ 1996 Decision

2) การใช้ข้อตกลงแกตต์ 1994 และข้อตกลง SPS

แคนาดาเรียกร้องว่ามาตรการตามข้อพิพาทขัดกับข้อตกลงแกตต์ 1994 Panel พิจารณาแล้วเห็นว่าข้อพิพาทนี้เกี่ยวข้องกับการค้าสินค้า (goods) กล่าวคือ ปลาแซลมอนสด แช่เย็น หรือแช่แข็ง จึงต้องนำข้อตกลงแกตต์ 1994 มาใช้พิจารณาข้อพิพาท⁵⁸

นอกจากนี้ แคนาดายังเห็นว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการสุขอนามัยตามคำจำกัดความของ paragraph 1 (a) Annex A ตามข้อตกลง SPS ด้วย กล่าวคือ เป็นมาตรการที่

⁵⁸ Ibid., para. 8.29

ใช้เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของสัตว์จากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือ การแพร่ขยายของเชื้อโรค หรือเชื้อโรคที่เป็นพาหะของโรค โดยให้เหตุผล 3 ประการ คือ⁵⁹

(1) QP 86A กำหนดว่า ห้ามนำเข้าสินค้าปลาแชลมอน เว้นเสียแต่ว่าได้ ปฏิบัติตามความเห็นของ Director of Quarantine เพื่อป้องกันเชื้อโรคติดต่อ หรือเชื้อโรคที่เป็น พาหะนำโรค หรือแมลงที่มีผลกระทบต่อคน สัตว์ และพืช

(2) ใน 1996 Decision กำหนดด้วยเช่นกันว่า ความเสี่ยงที่จำเป็นต้อง ป้องกัน คือ ความน่าจะเป็นของการเกิดขึ้นของเชื้อโรค

(3) ใน 1996 Final Report ก็เช่นกัน ซึ่งออสเตรเลียอ้างว่าเป็นการ ประเมินความเสี่ยงของตนนั้น ก็กำหนดว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการเข้ามา และ การเกิดขึ้นของเชื้อโรค และผลที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้ามา และการเกิดขึ้นของเชื้อโรคนั้น

ดังนั้น Panel จึงเห็นว่ามาตรการของออสเตรเลียเป็นมาตรการสุขอนามัยตาม ข้อตกลง SPS ด้วย⁶⁰

3) ความสัมพันธ์ระหว่างข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994⁶¹

Panel พิจารณาแล้วเห็นว่าทั้งข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994 สามารถ ใช้กับมาตรการตามข้อพิพาทได้ คำถามที่ตามมา ก็คือ จะนำข้อตกลงใดมาพิจารณาก่อน

Panel ตัดสินให้พิจารณาข้อพิพาทนี้ภายใต้ข้อตกลง SPS ก่อน โดยให้เหตุผล 2 ประการ คือ

(1) ข้อตกลง SPS กำหนดประเภทของมาตรการไว้โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ เป็นมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช ซึ่งมาตรการตามข้อพิพาทก็เป็นมาตรการ สุขอนามัย

(2) Panel จำเป็นต้องใช้ข้อตกลง SPS ตัดสินไม่ว่าในคดีใดก็ตาม และ ไม่ว่าจะมีการละเมิดข้อตกลงแกตต์ 1994 หรือไม่ ทั้งนี้เพราะไม่มีบทบัญญัติใดสันนิษฐานว่า หากมาตรการสอดคล้องกับข้อตกลงแกตต์ 1994 แล้ว ให้ถือว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS ด้วย

⁵⁹ Ibid., para. 8.35

⁶⁰ Ibid., para. 8.37

⁶¹ Ibid., paras 8.38 and 8.39

ข. การตีความภายใต้ข้อตกลง SPS

1) ภาระการพิสูจน์⁶²

Panel ยกเอาคำตัดสินของ Appellate Body ในคดี EC – Hormones ที่กล่าวว่า ภาระการพิสูจน์ตกเป็นของรัฐที่ฟ้องคดีซึ่งจะต้องพิสูจน์ให้เห็นก่อนว่าคดีมีมูลฟังได้ว่าการปฏิบัติของรัฐที่ถูกฟ้องหรือมาตรการของรัฐนั้น ๆ ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของข้อตกลง SPS และเมื่อพบว่าคดีมีมูลแล้ว ภาระการพิสูจน์จะเปลี่ยนไปยังรัฐที่ถูกฟ้องซึ่งจะต้องคัดค้านหรือสืบหักล้างต่อไป ดังนั้นในคดีนี้ Panel เห็นว่า แคนาดา เป็นรัฐที่ฟ้องคดีจะต้องพิสูจน์ก่อนว่าคดีมีมูลฟังได้ว่ามาตรการของออสเตรเลียนั้นขัดกับแต่ละ Article ของข้อตกลง SPS ที่แคนาดาได้เรียกร้องมา และถ้าหากว่าแคนาดานำเสนอหลักฐานเพียงพอที่สันนิษฐานได้ว่าข้อเรียกร้องของตนนั้นถูกต้อง ภาระการพิสูจน์ก็จะตกไปยังออสเตรเลียทันที โดยในการพิจารณาเกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงหรือเกี่ยวกับประเด็นทางวิทยาศาสตร์นั้น Panel จะทำการตรวจสอบและประเมินหลักฐานข้อมูลตามที่ Panel ได้รับมาจากคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญ (expert) ให้แก่ Panel เท่านั้น และ Panel จะทำคำตัดสินจากหลักฐานต่าง ๆ และข้อโต้แย้งที่นำเสนอต่อ Panel เท่านั้น

2) ลำดับการพิจารณาข้อเรียกร้อง⁶³

แคนาดาได้เรียกร้องให้พิจารณาการปฏิบัติไม่สอดคล้องตามข้อตกลง SPS ตามลำดับดังนี้ คือ Article 3.1, Article 3.3, Article 5.1, Article 5.2, Article 5.4, Article 5.6, Article 2.2 และ Article 2.3 ส่วนออสเตรเลีย เรียกร้องแตกต่างออกไป โดยเรียกร้องให้พิจารณาข้อโต้แย้งภายใต้ Article 2 ของข้อตกลง SPS ก่อนมาตราอื่น

คำถามสำหรับ Panel คือ จะพิจารณามาตราใดก่อน

Panel พิจารณาแล้วเห็นว่า ตาม Article 3 หากมาตรการเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือข้อเสนอแนะที่มีอยู่ มาตรการนั้นก็จะได้รับการสันนิษฐานว่าสอดคล้องกับทั้งข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994 ซึ่งจะทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะพิจารณาบทบัญญัติอื่น ๆ ของข้อตกลง SPS เช่น Article 2 หรือ Article 5 อีกต่อไป นอกจาก

⁶² Ibid., paras. 8.40 and 8.41

⁶³ Ibid., paras. 8.42-8.48

พิจารณา Article 3 เท่านั้น แต่ในคดีนี้ Panel เห็นว่าไม่ควรพิจารณาภายใต้ Article 3 ก่อน โดยให้เหตุผลดังนี้

(1) ออสเตรเลีย ซึ่งกำหนดมาตรการสุขอนามัยขึ้นมาไม่ได้เรียกร้องว่า มาตรการของตนนั้นเป็นไปตามมาตรฐานแนวทางระหว่างประเทศ แต่เรียกร้องว่าไม่มีมาตรฐานระหว่างประเทศเกี่ยวกับเชื้อโรคต่าง ๆ ดังนั้นคดีนี้จึงไม่ใช่ Article 3 พิจารณาก่อน

(2) มาตรการของออสเตรเลียซึ่งห้ามนำเข้าสินค้าปลาแชลมอนเนื่องจาก ปลาแชลมอนมีเชื้อโรค 24 ชนิดปะปนอยู่ เป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของสัตว์ซึ่งตาม paragraph 3 (b) Annex A กำหนดให้ใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางขององค์การโรคระบาดสัตว์แห่งโลก (International Office of Epizootics : OIE) ซึ่งปัจจุบัน OIE ก็ยังไม่มีมาตรฐานเกี่ยวกับเชื้อโรคทั้งหมด 24 ชนิด มีเพียงแค่ International Aquatic Animal Health Code 1995 ซึ่งวางแนวทางสำหรับเชื้อโรคบางชนิดเท่านั้น ดังนั้น แม้ว่า Panel จะตรวจสอบว่าแนวทางระหว่างประเทศอะไรบ้างที่มีอยู่ และพิจารณาต่อไปว่ามาตรการของออสเตรเลียเบี่ยงเบนไปจากแนวทางเหล่านั้นหรือไม่ Panel ก็ยังจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบมาตรการของออสเตรเลียในส่วนที่ไม่มีมาตรฐานระหว่างประเทศต่อไปอีกว่าสอดคล้องกับ Article อื่น ๆ ของข้อตกลง SPS หรือไม่ เช่น สอดคล้องกับ Article 5 หรือ Article 2 หรือไม่ด้วยเช่นกัน

ดังนั้น แม้ว่า Panel จะเริ่มพิจารณาข้อพิพาทด้วย Article 3 Panel ก็ยังคงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาข้อพิพาทตาม Article 2 และ Article 5 อยู่ดี ฉะนั้นเพื่อให้การพิจารณาข้อพิพาทนี้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด Panel จะพิจารณามาตรการตามข้อพิพาทภายใต้ Article 2 และ Article 5 ก่อน

Article 2 กำหนดสิทธิและหน้าที่พื้นฐานของรัฐสมาชิกภายใต้ข้อตกลง SPS ส่วน Article 5 กำหนดรายละเอียดของหน้าที่เกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยง การก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าให้น้อยที่สุด การกำหนดระดับความคุ้มครองที่เหมาะสม และการกำหนดให้มาตรการสุขอนามัยจะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพอนามัย ซึ่ง Appellate Body ในคดี EC-Hormones ได้เน้นความสัมพันธ์อันใกล้ชิดระหว่าง Article 2 และ Article 5 ว่า Article 2 มีความหมายรวมกันกับ Article 5 และเป็นส่วนหนึ่งของ Article 5 และควรอ่านร่วมกัน อย่างไรก็ตาม Panel ในคดีนี้ เห็นว่า ในทางปฏิบัตินั้น จะต้องดูว่าแคนาดาฟ้องร้อง Article ไหนก่อน ซึ่งปรากฏว่าแคนาดาฟ้องตาม Article 5 ก่อน Article 2 และตามข้อเรียกร้องของแคนาดาก็ปรากฏการเรียกร้องตาม

Article 5 (เช่น Article 5.1, 5.2, 5.5 และ 5.6 ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่มากกว่าสิทธิและหน้าที่โดยทั่วไปตาม Article 2) มากกว่า Article 2 Panel จึงพิจารณาข้อพิพาทภายใต้ Article 5 ก่อน

3) การตัดสินภายใต้ Article 5.1 และ 5.2 : มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง⁶⁴

แคนาดาเรียกร้องว่ามาตรการตามข้อพิพาทไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 และ Article 5.2

Panel เห็นด้วยว่า Article 5.1 และ Article 5.2 เป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่โดยทั่วไปตาม Article 2.2 ดังที่ Appellate Body คดี EC-Hormones ตัดสินไว้ กล่าวคือ Article 2.2 และ Article 5.1 ควรอ่านด้วยกัน Article 2.2 แจ่มให้ทราบถึง Article 5.1 ซึ่งเป็นองค์ประกอบของหน้าที่ทั่วไปที่กำหนดไว้ใน Article 2.2 และมีความหมายร่วมกับ Article 5.1

ด้วยเหตุผลดังกล่าว Panel จึงเห็นว่า Article 5.1 และ Article 5.2 เป็นหนทางที่จะนำไปสู่จุดหมายเดียวกันที่กำหนดไว้ใน Article 2.2 ฉะนั้น เมื่อมาตรการสุขอนามัยไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และ Article 5.2 มาตรการนั้นก็สันนิษฐานได้ว่าไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์ หรือคงไว้โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ จึงสรุปได้ว่า หาก Panel พบว่ามาตรการสุขอนามัยละเมิดบทบัญญัติเฉพาะตาม Article 5.1 และ Article 5.2 ก็สันนิษฐานได้ว่าละเมิดบทบัญญัติทั่วไปตาม Article 2.2 ด้วย แต่มาตรการที่ขัดกับ Article 2.2 ไม่ได้หมายความว่ากระทำที่ขัดกับ Article 5.1 และ Article 5.2 เท่านั้น

ข้อสังเกต เป็นการเปิดช่องไว้เพื่อในอนาคตจะมีเหตุการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องตามมา ซึ่งสามารถจะตัดสินให้เข้า Article นี้ได้

Panel พิจารณาการประเมินความเสี่ยงของสินค้าปลาแซลมอนตามข้อพิพาท ซึ่งเป็นปลาแซลมอนประเภท adult, wild, ocean-caught Pacific salmon ภายใต้ Article 5.1 และ Article 5.2 ดังนี้

⁶⁴ Ibid., paras. 8.49-8.52

(1) ข้อโต้แย้งของคู่กรณี

แคนาดาโต้แย้งว่า 1996 Final Report ที่ออสเตรเลียอ้างว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงที่ใช้เป็นพื้นฐานในการกำหนดมาตรการของออสเตรเลียนั้น เป็นการประเมินความเสี่ยงที่ไม่เหมาะสมตามนัยของ Article 5.1⁶⁵

(2) คำจำกัดความที่ใช้กับการประเมินความเสี่ยงตามข้อพิพาท

Panel เห็นว่าในคดีนี้ มาตรการตามข้อพิพาทเป็นมาตรการสุขอนามัยตามนัยของ paragraph 1 (a) Annex A ดังนั้นการประเมินความเสี่ยงจึงต้องเป็นไปตามนัยของคำจำกัดความแรกของ paragraph 4 Annex A กล่าวคือ เป็นการประเมินความเป็นไปได้ของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของแมลง เชื้อโรค หรือเชื้อโรคที่เป็นพาหะของโรค⁶⁶

(3) 1996 Final Report เป็นการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และ Article 5.2 หรือไม่

ในการตอบคำถามดังกล่าว Panel จำเป็นต้องตรวจสอบการใช้ Article 5.1, Article 5.2 คำจำกัดความของการประเมินความเสี่ยงที่ใช้ในคดีนี้ และเทคนิคการประเมินความเสี่ยงที่พัฒนาโดยองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในคดีนี้คือ เทคนิคของ OIE⁶⁷

ตาม Article 5.1 กำหนดให้การประเมินความเสี่ยงจะต้องเหมาะสมกับสถานการณ์ต่าง ๆ ซึ่งคำว่า “เหมาะสมกับสถานการณ์ต่าง ๆ” นี้ Panel เห็นว่า หมายถึง ชนิดของความเสี่ยง ผู้ที่ต้องเผชิญกับความเสี่ยง สิทธิและหน้าที่ของรัฐสมาชิกของ WTO ในการประเมินความเสี่ยงซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละคดี ๆ ไป นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงเทคนิคการประเมินความเสี่ยงของ OIE และความเห็นทางวิทยาศาสตร์ด้วย ซึ่งปัจจัยเหล่านี้จะเป็นตัวชี้ให้เห็นถึงการประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสมกับสถานการณ์ตามที่ Article 5.1 กำหนดไว้⁶⁸

⁶⁵ Ibid., para. 8.61

⁶⁶ Ibid., paras. 8.68 and 8.61

⁶⁷ Ibid., para. 8.70

⁶⁸ Ibid., para. 8.71

ตามความเห็นของ Panel การประเมินความเสี่ยงตามคำจำกัดความแรกของ paragraph 4 Annex A ประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้⁶⁹

ก. รัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยจะต้องระบุเชื้อโรคต่าง ๆ ที่จะเข้ามา ที่จะเกิดขึ้น หรือที่จะแพร่ขยายภายในอาณาเขตของรัฐสมาชิก ซึ่งรัฐสมาชิกต้องการจะป้องกัน รวมถึงผลทางเศรษฐกิจและชีววิทยาที่ตามมา

ข. ประเมินความน่าจะเป็น (likelihood) ของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคเหล่านั้น และผลทางเศรษฐกิจและทางชีววิทยาที่จะตามมา

ค. ประเมินความน่าจะเป็น (likelihood) ของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคที่เกี่ยวข้องตามที่มาตรการสุขอนามัยอาจจะใช้

ก. รัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยจะต้องระบุเชื้อโรคต่าง ๆ ที่จะเข้ามา ที่จะเกิดขึ้น หรือที่จะแพร่ขยายภายในอาณาเขตของรัฐสมาชิก ซึ่งรัฐสมาชิกต้องการจะป้องกัน รวมถึงผลทางเศรษฐกิจและชีววิทยาที่ตามมา

1996 Final Report ระบุถึงเชื้อโรคทั้งหมด 24 ชนิดที่จะเข้ามา ซึ่งอันตรายร้ายต้องการจะป้องกัน และผลที่ตามมาของเชื้อโรคทั้ง 24 ชนิด ดังนั้น Panel จึงเห็นว่า 1996 Final Report เป็นไปตามเงื่อนไขข้อ ก. ของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1⁷⁰

ข. ประเมินความน่าจะเป็น (likelihood) ของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคเหล่านั้น และผลทางเศรษฐกิจและทางชีววิทยาที่จะตามมา

Panel ได้ยกเอาคำตัดสินของ Appellate Body คดี EC-Hormones เกี่ยวกับความหมายของคำว่า "ความเป็นไปได้" (potential) ว่าตรงกันข้ามกับคำว่า "ความน่าจะเป็น" (probability) และ Panel เห็นว่า คำว่า "likelihood" ที่ใช้ในคดีนี้มี ความหมายเหมือนกับ คำว่า "probability" กล่าวคือหมายถึง "ความน่าจะเป็น"⁷¹

⁶⁹ Ibid., para. 8.72

⁷⁰ Ibid., para. 8.73

⁷¹ Ibid., para. 8.77

นอกจากนี้ Panel ยังนำเอาความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ให้แก่ Panel เกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงมาพิจารณา กล่าวคือความเห็นที่ว่า การประเมินความเสี่ยง ควรจะเป็นการประเมินและการแสดงถึงความน่าจะเป็น (probability หรือ likelihood) ของผลเสีย ที่จะเกิดขึ้น ไม่ว่าจะ เป็นในเชิงปริมาณ (quantitatively) หรือคุณภาพ (qualitatively) เพราะเป็น สิ่งที่ใช้ตัดสินชี้ขาดเกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยง ฉะนั้นการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และ paragraph 4 Annex A และการคำนึงถึงเทคนิคการประเมินความเสี่ยงที่พัฒนาโดย OIE ไม่ เพียงแต่จะต้องมีความเป็นไปได้ของเชื้อโรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องที่จะเกิดขึ้นในออสเตรเลียเมื่อนำ สิ้นค้าปลาแชลมอนเข้ามาแต่ยังต้องประเมินความน่าจะเป็นที่แสดงให้เห็นถึงคุณสมบัติหรือ ปริมาณของเชื้อโรคเหล่านั้น และผลทางเศรษฐกิจและทางชีววิทยาที่ตามมา อย่างไรก็ตาม Panel ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวของผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากตามข้อตกลง SPS กฎเกณฑ์ที่ เกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 ไม่ได้กำหนดให้ต้องแสดงถึงขนาดหรือระดับที่ แน่นนอนของความเสี่ยงไม่ว่าจะในเชิงคุณภาพหรือปริมาณก็ตาม⁷²

ฉะนั้น Panel พบว่า กรณีมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาท การประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และ Article 5.2 และตาม paragraph 4 Annex A และ ตามการคำนึงถึงเทคนิคการประเมินความเสี่ยงที่พัฒนาโดย OIE จะต้องเป็นการประเมิน ความน่าจะเป็น (likelihood) ของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคต่าง ๆ และ เมื่อ Panel พิจารณาตามหลักฐานที่ยื่นเข้ามา ก็พบว่า 1996 Final Report แสดงถึงความน่าจะเป็น ของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคต่าง ๆ ดังนั้น 1996 Final Report ซึ่ง เป็น การประเมินความเสี่ยงของออสเตรเลียจึงเข้าเงื่อนไขตามข้อ ข.⁷³

ค. ประเมินความน่าจะเป็น (likelihood) ของการเข้า การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคที่เกี่ยวข้องตามที่มาตรการสุขอนามัยอาจจะใช้

ตามมาตรการสุขอนามัยของออสเตรเลียได้กำหนดถึงปัจจัยใน การลดความเสี่ยงของเชื้อโรคไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว Panel พบว่า ใน 1996 Final Report ก็

⁷² Ibid., paras. 8.79-8.80

⁷³ Ibid., para. 8.83

กำหนดปัจจัยเกี่ยวกับการลดความเสี่ยงของเชื้อโรคแต่ละชนิดไว้เช่นเดียวกัน ดังนั้น 1996 Final Report จึงเป็นไปตามเงื่อนไขของข้อ ค.⁷⁴

สรุปได้ว่า เมื่อ 1996 Final Report ระบุเชื้อโรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และยังคงแสดงให้เห็นถึงความน่าจะเป็นของการเกิดขึ้นของความเสี่ยง และวิเคราะห์ปัจจัยที่ลดความเสี่ยงที่เกิดจากเชื้อโรคแต่ละชนิด ดังนั้น Panel จึงสันนิษฐานว่า 1996 Final Report เข้าเงื่อนไขเป็นการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และ Article 5.2⁷⁵

(4) มาตรการตามข้อพิพาทวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 หรือไม่

Panel สันนิษฐานว่า 1996 Final Report วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง อย่างไรก็ตาม Article 5.1 กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องประกันว่ามาตรการสุขอนามัยของตนนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงด้วย ดังนั้น ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ QP 86A ซึ่งมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทที่ห้ามนำเข้าสินค้าปลาแซลมอนนี้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม 1996 Final Report หรือไม่⁷⁶

Panel ยกเอาคำตัดสินของ Appellate Body ในคดี EC-Hormones เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ตาม Article 5.1 มาพิจารณา กล่าวคือ Appellate Body เห็นว่า Article 5.1 จะต้องอ่านร่วมกับ Article 2.2 ซึ่งทำให้การประเมินความเสี่ยงจะต้องสนับสนุนมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชอย่างสมเหตุผล หรือต้องมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่างมาตรการและการประเมินความเสี่ยง และจะถือว่าไม่มีการประเมินความเสี่ยงหากพบว่ารายงานทางวิทยาศาสตร์ไม่เกี่ยวข้องับลักษณะของความเสี่ยงที่เกิดขึ้น⁷⁷

แคนาดาอ้างว่าไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการของออสเตรเลีย (QP 86A) และการประเมินความเสี่ยงตาม 1996 Final Report ซึ่งเป็นการประเมินความเสี่ยงอย่างเดียวกับออสเตรเลียขึ้นมา ดังนั้นแคนาดาจึงสรุปว่าไม่มีการประเมินความเสี่ยงที่จะประกัน

⁷⁴ Ibid., para. 8.91

⁷⁵ Ibid., para. 8.92

⁷⁶ Ibid., para. 8.93

⁷⁷ Ibid., para. 8.94

หรือสนับสนุนมาตรการตามข้อพิพาทที่สมเหตุสมผล Panel พิจารณาแล้วก็เห็นด้วยเช่นเดียวกับแคนาดา เพราะออสเตรเลียมีได้จัดหาหลักฐานมาได้แย้งข้ออ้างดังกล่าว ดังนั้น Panel จึงสรุปว่า มาตรการตามข้อพิพาทที่ใช้กับสินค้าปลาแซลมอนไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 ดังนั้นการที่ออสเตรเลียใช้มาตรการตามข้อพิพาทจึงเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 และสันนิษฐานได้ว่าขัดกับบทบัญญัติทั่วไปของ Article 2.2 ด้วย⁷⁸

4) การตัดสินภายใต้ Article 5.5 : ระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัย

(1) การกำหนดระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัย

แคนาดาอ้างว่าออสเตรเลียกำหนดระดับความคุ้มครองสุขอนามัยไม่เหมาะสมเกี่ยวกับมาตรการห้ามนำเข้าสินค้าปลาแซลมอน ฉะนั้นจึงไม่สอดคล้องกับ Article 5.5 ออสเตรเลียโต้แย้งว่าตามข้อตกลง SPS การตัดสินใจเกี่ยวกับระดับความคุ้มครองที่เหมาะสมเป็นสิทธิอธิปไตยของรัฐสมาชิกที่จะกำหนดต่ำสุดหรือสูงสุดเพียงใดก็ได้ ซึ่งสำหรับออสเตรเลียนั้นระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองปลาแซลมอนขึ้นอยู่กับความเสี่ยงของเชื้อโรคต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องและผลที่ตามมาของเชื้อโรคดังกล่าว⁷⁹

Panel กล่าวว่า paragraph 5 Annex A ให้คำจำกัดความของคำว่า “ระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช” คือระดับที่รัฐสมาชิกเห็นว่าเหมาะสม และนอกจาก Article 5.5 บทบัญญัติในข้อตกลง SPS ก็มีการระบุถึงแนวความคิดของระดับที่เหมาะสมของมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม ไม่มีที่ใดในข้อตกลง SPS ที่กำหนดอย่างชัดเจนถึงหน้าที่ของรัฐสมาชิกที่จะต้องกำหนดปริมาณระดับความคุ้มครองสุขอนามัย ดังนั้น Panel จึงเห็นว่ามาตรการสุขอนามัยใดก็ตามที่ใช้กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นและมีระดับความคุ้มครองที่เหมาะสมกับสถานการณ์นั้น ๆ และรัฐสมาชิกเป็นผู้เลือกระดับความคุ้มครองดังกล่าวที่ใช้ในมาตรการสุขอนามัยนั่นเอง ก็ถือว่าระดับความคุ้มครองนั้นเหมาะสมโดยรัฐสมาชิกแล้ว สำหรับคดีนี้มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทมีระดับความคุ้มครอง

⁷⁸ Ibid., para. 8.99

⁷⁹ Ibid., paras. 8.105 and 8.106

ที่ออสเตรียกำหนดขึ้นเองเพื่อคุ้มครองสินค้าปลาแซลมอน ดังนั้น Panel จึงสันนิษฐานว่าระดับความคุ้มครองที่ใช้นี้เป็นระดับความคุ้มครองที่ออสเตรียพิจารณาแล้วว่าเหมาะสมตาม Article 5.5⁸⁰

(2) การปฏิบัติที่แตกต่างที่เป็นไปโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุผลในระดับความคุ้มครองสุขอนามัยซึ่งเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

Article 5.5 กำหนดหน้าที่ให้แก่รัฐสมาชิกในการที่จะต้องหลีกเลี่ยงการปฏิบัติที่แตกต่างที่เป็นไปโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุผลในระดับความคุ้มครองที่รัฐสมาชิกเห็นว่าเหมาะสมในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ถ้าหากว่าการปฏิบัติที่แตกต่างนั้นเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

Panel เห็นว่า Article 5.5 จะต้องอ่านควบคู่กับ Article 2.3 ดังที่ Appellate Body ในคดี EC-Hormones ได้กล่าวไว้ คือ เมื่ออ่าน Article 2.3 ควบคู่กับ Article 5.5 Article 5.5 จะเป็นหนทางนำไปสู่จุดหมายเดียวกันที่กำหนดไว้ใน Article 2.3 นั้นเอง แต่ Panel เสริมว่ามาตรการที่ขัดกับ Article 2.3 ไม่ได้หมายความเฉพาะถึงการกระทำที่ขัดกับ Article 5.5 เท่านั้น⁸¹

นอกจากนี้ Panel ได้ยกเอาคำตัดสินของ Appellate Body ในคดี EC-Hormones ที่ว่าในการตรวจสอบว่าจะมีการละเมิด Article 5.5 หรือไม่นั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบทั้งสามประการ กล่าวคือ องค์ประกอบที่ 1 : รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน องค์ประกอบที่ 2 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปโดยไม่สมเหตุผลหรือตามอำเภอใจ องค์ประกอบที่ 3 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงซึ่ง Panel เห็นด้วย

⁸⁰ Ibid., para. 8.107

⁸¹ Ibid., para. 8.109

กับ Appellate Body ในคดีดังกล่าว และได้ทำการพิจารณามาตรการตามข้อพิพาทนี้ภายใต้ องค์ประกอบ 3 ประการ ของ Article 5.5 ดังนี้⁸²

องค์ประกอบที่ 1 : รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ตน เห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน

ก. สถานการณ์ที่แตกต่างกัน (different situation) : ในการกำหนด ขอบเขตของคำว่า “สถานการณ์ที่แตกต่างกัน” ภายใต้ Article 5.5 Panel ยกเอาคำตัดสินของ Appellate Body ในคดี EC-Hormones มาพิจารณา กล่าวคือ สถานการณ์ที่แตกต่างกันที่กำหนด ไว้ใน Article 5.5 หมายความว่าถึง สถานการณ์ต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสารชนิดเดียวกัน และ สถานการณ์ต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวกับผลกระทบที่มีต่อสุขภาพเหมือน ๆ กัน ดังนั้น สถานการณ์ที่แตกต่าง กันตามนัยของ Article 5.5 ก็คือ การที่เราสามารถเปรียบเทียบสถานการณ์ซึ่งมีสารชนิดเดียวกัน หรือมีผลกระทบต่อสุขภาพเหมือน ๆ กัน ฉะนั้นสถานการณ์ต่าง ๆ ที่มีระดับความคุ้มครองที่ แตกต่างกันนั้นจะไม่สามารถเปรียบเทียบกันได้ เว้นเสียแต่ว่าสถานการณ์เหล่านั้นจะมี องค์ประกอบโดยทั่วไปบางประการที่เหมือนกันหรือมีองค์ประกอบที่เพียงพอที่จะเปรียบเทียบได้ และหากว่าสถานการณ์ที่ทำการพิจารณานั้นมีความแตกต่างโดยสิ้นเชิงกับสถานการณ์อื่น สถานการณ์นั้นก็สมควรที่จะนำมาเปรียบเทียบและความแตกต่างในระดับความคุ้มครองนั้นก็ จะพิจารณาไม่ได้ว่าเป็นไปโดยความอำเภอใจหรือไม่สมเหตุผล⁸³

ในคดี EC-Hormones นั้น มาตรการตามข้อพิพาทเป็นมาตรการที่ กำหนดขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่จะคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์จากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการปน เปื้อนในอาหารต่าง ๆ ซึ่งตกอยู่ภายใต้คำจำกัดความของมาตรการสุขอนามัยตาม paragraph 1 (b) Annex A และการประเมินความเสี่ยงก็เป็นไปตามนัยของคำจำกัดความที่สองของ paragraph 4 Annex A กล่าวคือ พิจารณาถึงความน่าจะเป็นของผลเสียหรือผลกระทบที่มีต่อสุขภาพมนุษย์ แต่ในคดีนี้มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสัตว์ซึ่งเป็นมาตรการ สุขอนามัยตามที่กำหนดใน paragraph 1 (a) Annex A และเป็นการประเมินประเมินความเสี่ยง

⁸² Ibid., para. 8.111

⁸³ Ibid., para. 8.115

ตามนัยของคำจำกัดความแรกของ paragraph 4 Annex A ดังนั้นการประเมินความเสี่ยงของมาตรการตามข้อพิพาทนี้จะต้องคำนึงถึงความเสี่ยงต่าง ๆ ที่ไม่เพียงแต่เกิดจากการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเสี่ยงที่เกิดจากผลทางเศรษฐกิจหรือทางชีววิทยาที่ตามมาด้วย⁸⁴

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา Panel พบว่า ตามสภาพแวดล้อมของคดีนี้ Panel สามารถเปรียบเทียบสถานการณ์ต่าง ๆ ภายใต้ Article 5.5 ได้ ถ้าหากว่าสถานการณ์เหล่านั้นเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคที่เหมือนกันหรือที่คล้ายคลึงกัน หรืออาจเป็นความเสี่ยงของผลทางเศรษฐกิจหรือทางชีววิทยาที่จะตามมาเหมือน ๆ กัน และจะไม่คำนึงว่าความเสี่ยงเหล่านั้นเกิดจากสินค้าเดียวกันหรือสินค้าอื่น ๆ กล่าวคือ สามารถเปรียบเทียบสินค้าปลาแซลมอนตามข้อพิพาทกับสินค้าปลาแซลมอนอื่น ๆ หรือกับ สินค้าที่ไม่ใช่ปลาแซลมอนก็ได้ซึ่งมีความเสี่ยงจากการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคเหมือน ๆ กัน หรือคล้าย ๆ กัน หรือมีความเสี่ยงของผลทางเศรษฐกิจหรือชีววิทยาที่ตามมาเหมือน ๆ กันหรือคล้ายคลึงกัน⁸⁵

ดังนั้น Panel ในคดีนี้ จึงทำการเปรียบเทียบสินค้าปลาแซลมอนตามมาตรการข้อพิพาท ซึ่งเป็นประเภท adult, wild, ocean-caught Pacific salmon กับสินค้าปลาอื่น ๆ โดยในการเปรียบเทียบแต่ละจำพวกนั้น จะมีเชื้อโรคอย่างน้อย 1 ชนิด หรือสินค้าปลาแซลมอน และผลที่ตามมาของเชื้อโรคที่เหมือน ๆ กันมาเปรียบเทียบกัน ดังนั้น Panel จึงเห็นว่าการเปรียบเทียบนี้ ถือเป็น “สถานการณ์ที่แตกต่างกัน” หรือ “สถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้” ภายใต้ Article 5.5⁸⁶

ข. ความแตกต่างในระดับความคุ้มครอง (different in level of protection)

ขั้นตอนนี้ Panel จะวินิจฉัยว่ามีความแตกต่างในระดับความคุ้มครองสำหรับแต่ละสถานการณ์ที่ต่างกัน/สถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันหรือไม่

⁸⁴ Ibid., para. 8.116

⁸⁵ Ibid., para. 8.117

⁸⁶ Ibid., para. 8.121

Panel เห็นว่าระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัยโดยปกติจะเป็นสิ่งที่สะท้อนจากมาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้น โดยระดับความคุ้มครองของมาตรการสุขอนามัยนั้นจะขึ้นอยู่กับระดับของความเสี่ยงที่มาตรการนั้นต้องการจะคุ้มครอง ดังนั้นในการตัดสินว่าออสเตรเลียได้ทำการปฏิบัติที่แตกต่างในระดับความคุ้มครองที่ตนพิจารณาเห็นว่าเหมาะสมสำหรับสถานการณ์ที่แตกต่างกันหรือไม่นั้น Panel จำเป็นต้องวินิจฉัยมาตรการสุขอนามัยที่ออสเตรเลียกำหนดขึ้นสำหรับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่แตกต่างกันสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันนั้น⁸⁷

จากข้อมูลการเปรียบเทียบ Panel พบว่าสินค้าปลาอื่น ๆ ที่นำมาเปรียบเทียบับสินค้าปลาแซลมอน ออสเตรเลียนุญาตให้นำเข้ามาในออสเตรเลียได้ แต่สินค้าปลาแซลมอนกลับห้ามนำเข้า เห็นได้ว่าจึงมีความแตกต่างในมาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้น ฉะนั้นการวินิจฉัยองค์ประกอบแรกของ Article 5.5 Panel พบว่า ความแตกต่างในมาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้นสำหรับสถานการณ์ที่แตกต่างกันที่ได้เปรียบเทียบกันนั้นสะท้อนให้เห็นถึงความแตกต่างในระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครอง ดังนั้น ในคดีนี้ Panel จึงเห็นว่า มีความแตกต่างในมาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้นใช้กับสินค้าปลาแซลมอน กล่าวคือ การห้ามนำเข้า ซึ่งขัดแย้งกับ มาตรการที่กำหนดขึ้นสำหรับปลาอื่น ๆ ที่อนุญาตให้นำเข้าได้โดยปราศจากการควบคุมใด ๆ จึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นว่า มีความแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่ออสเตรเลียพิจารณาเห็นว่าเหมาะสมสำหรับแต่ละสถานการณ์ที่แตกต่างกัน/สถานการณ์ที่เปรียบเทียบกัน ฉะนั้นจึงเข้าเงื่อนไขตามนัยขององค์ประกอบแรกของ Article 5.5⁸⁸

องค์ประกอบที่ 2 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองไม่สมเหตุผลหรือเป็นไปโดยอำเภอใจ

เนื่องจาก Panel ได้รับหลักฐานที่เกี่ยวกับการเปรียบเทียบปลาแฮร์ริ่งและครีบบลอสตมามากมาย Panel จึงทำการวินิจฉัยการเปรียบเทียบทั้งสองจำพวกดังกล่าว กล่าวคือ การห้ามนำเข้าสินค้าปลาแซลมอนเปรียบเทียบกับ การอนุญาตให้นำเข้าปลาแฮร์ริ่ง

⁸⁷ Ibid., paras. 8.123 and 8.124

⁸⁸ Ibid., para. 8.129

แต่แข็งที่ใช้สำหรับรับประทานและเปรียบเทียบกับกรอนุญาตให้นำเข้าครีปปลาสด⁸⁹ ซึ่งพบว่าจากรายงานและความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ รวมทั้งข้อโต้แย้ง ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องที่ส่งมาให้กับ Panel นั้น ชี้ให้เห็นว่าสินค้าทั้งสองจำพวกข้างต้นมีความเสี่ยงของเชื้อโรคมามากกว่าสินค้าปลาแชลมอน แต่ออสเตรเลียกลับกำหนดมาตรการสุขอนามัยสำหรับสินค้าปลาแชลมอนเข้มงวดกว่า กล่าวคือห้ามนำเข้าสินค้าปลาแชลมอนแต่อนุญาตให้นำเข้าสินค้าปลาแฮร์ริงแช่แข็งและครีปปลาสดได้⁹⁰ นอกจากนี้ ออสเตรเลียก็ไม่ได้ยื่นหลักฐานเข้ามาหักล้างหลักฐานของแคนาดาหรือยื่นหลักฐานที่สนับสนุนการใช้ระดับความคุ้มครองที่แตกต่างของตน⁹¹ ฉะนั้น Panel จึงเห็นว่าความแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่กำหนดโดยออสเตรเลียสำหรับสินค้าปลาแชลมอนกับสินค้าปลาแฮร์ริงและครีปปลาสดนี้เป็นไปโดยไม่สมเหตุผลหรืออำภอใจตามนัยขององค์ประกอบที่ 2 ของ Article 5.5

องค์ประกอบที่ 3 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

Panel แบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 ประการ

ประการแรก : Panel เห็นว่า เมื่อออสเตรเลียกำหนดระดับความคุ้มครองแตกต่างโดยอำภอใจในสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้น/สถานการณ์ที่เปรียบเทียบ กล่าวคือกำหนดห้ามนำเข้า ปลาแชลมอนแต่กำหนดให้นำเข้าปลาแฮร์ริงและครีปปลาสดได้ ซึ่ง Appellate Body ในคดี EC-Hormones ได้พิจารณาว่าลักษณะของความอำภอใจหรือไม่สมเหตุผลของความแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่รัฐสมาชิกพิจารณาเห็นว่าเหมาะสมในสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้นเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรืออาจก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ดังนั้นในคดีนี้ Panel จึงพิจารณาได้ว่าลักษณะความแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่เป็นไปโดยอำภอใจดังกล่าว จึงเป็น "สัญญาณเตือน" ว่ามาตรการตามข้อพิพาทเป็นผลก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือเป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง⁹²

⁸⁹ Ibid., para. 8.134

⁹⁰ Ibid., para. 8.137

⁹¹ Ibid., para. 8.139

⁹² Ibid., para. 8.146

ประการที่สอง : Panel เห็นว่าความแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่เป็นไปโดยอำเภอใจของสถานการณ์ที่แตกต่างกัน/สถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันซึ่งกำหนดโดยออสเตรเลียนั้นเป็นความแตกต่างที่ค่อนข้างมาก กล่าวคือ ห้ามนำเข้าสินค้าปลาแชลมอนแต่กลับอนุญาตให้นำเข้าปลาแฮร์ริ่งและครีบปลาสดได้ ฉะนั้น Panel จึงเห็นว่าระดับความแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่ค่อนข้างจะแตกต่างกันมากนี้ถือว่าเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะนำมาใช้ตัดสินว่ามาตรการตามข้อพิพาทจะเป็น ผลก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศหรือไม่⁹³

ประการที่สาม : Panel ได้พิจารณาว่า ความไม่สอดคล้องตาม Article 5.1 กล่าวคือ มาตรการไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง และความไม่สอดคล้องกับ Article 2.2 กล่าวคือ มาตรการสุขอนามัยไม่วางอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์ และมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอ อาจเป็นสัญญาณเตือนอีกประการหนึ่งที่น่าไปสู่ข้อสรุปที่ว่ามาตรการตามข้อพิพาทเป็นผลก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงได้ แต่เมื่อ Panel วินิจฉัยมาตรการตามข้อพิพาทแล้ว เห็นว่าไม่เพียงพอที่จะสรุปว่ามาตรการตามข้อพิพาทซึ่งขัดกับ Article 5.1 และ Article 2.2 เป็นผลก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง⁹⁴

นอกจากนี้ Panel พบว่ายังมีปัจจัยอื่น ๆ อีก 3 ประการ ที่สามารถนำมาพิจารณาเพิ่มเติมว่าความแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่เป็นไปโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุผลนั้นจะเป็นผลก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงตาม Article 5.5 หรือไม่ ดังนี้⁹⁵

ประการแรก : ข้อเท็จจริงที่ว่าออสเตรเลียใช้มาตรการที่มีความแตกต่างกันค่อนข้างมากกับสินค้าที่มีความเสี่ยงเหมือน ๆ กัน กล่าวคือ ห้ามนำเข้าปลาแชลมอนในขณะที่อนุญาตให้นำเข้าปลาแฮร์ริ่งและครีบปลาสดได้ ดังนั้น Panel จึงเห็นว่าการกีดกันการค้าระหว่าง

⁹³ Ibid., para. 8.150

⁹⁴ Ibid., para. 8.151

⁹⁵ Ibid., para. 8.152

ประเทศโดยแอบแฝงตาม Article 5.5 นั้น หมายความว่ารวมถึงการกีดกันที่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติที่เป็นไปโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุผลในระหว่างสินค้านั้น ๆ โดยเฉพาะในกรณีที่การเลือกปฏิบัติเกิดจากมาตรการที่กำหนดขึ้น หรือการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับการนำเข้าของสินค้านั้น ๆ ตัวอย่างเช่น การห้ามนำเข้ากับการอนุญาตให้นำเข้าได้ ดังนั้น Panel จึงพิจารณาว่า ปัจจัยในข้อนี้สามารถใช้เป็นสิ่งที่วินิจฉัยว่ามาตรการตามข้อพิพาทเป็นผลก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงหรือไม่⁹⁶

ประการที่สอง : องค์ประกอบต่าง ๆ ของการคุ้มครองภายในประเทศ ตามความเห็นของ Panel 1995 Draft Report และ 1996 Final Report เป็นส่วนสำคัญของโครงสร้างของมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาท กล่าวคือมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทกำหนดขึ้นเป็นผลโดยตรงของข้อสรุปตาม 1996 Final Report ซึ่ง 1996 Final Report วางอยู่บนพื้นฐานของร่างก่อน ๆ ที่ผ่านมาโดยเฉพาะ 1995 Draft Report ซึ่งใน 1995 Draft Report สรุปว่า ควรจะอนุญาตให้นำเข้าปลาแซลมอนประเภท wild, ocean-caught Pacific salmon แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ แต่ใน 1996 Final Report สรุปแตกต่างไปจาก 1995 Draft Report กล่าวคือ แนะนำให้มียกข้อกีดกันสินค้าปลาแซลมอนที่ไม่ได้ทำให้สูง การแนะนำเช่นนี้หมายความว่าควรจะห้ามนำเข้าปลาแซลมอนประเภท wild, ocean-caught Pacific salmon ซึ่งเป็นปลาแซลมอนตามข้อพิพาท การเปลี่ยนแปลงข้อแนะนำระหว่าง 1995 Draft Report และ 1996 Final Report จากอนุญาตให้นำเข้าสินค้าปลาแซลมอนได้ไปเป็นการห้ามนำเข้าสินค้านี้ดังกล่าวหรือนำเข้าได้แต่ต้องทำให้สูงเสียก่อนโดยที่ออสเตรเลียไม่ได้จัดหาหลักฐานมาสนับสนุนหรือมาอธิบายการเปลี่ยนแปลงข้อแนะนำที่ให้ไว้ใน 1996 Final Report และออสเตรเลียอ้างว่าการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครอง แต่การกระทำการเปลี่ยนแปลงข้อแนะนำดังกล่าวเป็นเพราะมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ใหม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม จากคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญที่ให้แก่ Panel ต่างก็กล่าวว่า ใน 1995 Draft Report และ 1996 Final Report ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ใหม่หรือเทคนิคใหม่เกิดขึ้น ดังนั้น Panel พิจารณาว่า เมื่อใน 1996 Final Report ไม่ปรากฏเหตุผลที่จะ

⁹⁶ Ibid., para. 8.153

กลับข้อสรุปใน 1995 Draft Report ที่อนุญาตให้นำเข้าสินค้าปลาแชลมอนเข้ามาในออสเตรเลีย ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ จึงถือว่าการที่ออสเตรเลียห้ามนำเข้าสินค้าปลาแชลมอนเป็นการคุ้มครองอุตสาหกรรมปลาแชลมอนของชาวออสเตรเลียจากการแข่งขันที่เกิดจากการนำเข้า แต่ Panel ยอมรับว่าปัจจัยข้อนี้โดยตัวของมันเองไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ถึงมาตรการที่ก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงได้ อย่างไรก็ตามก็สามารถที่จะใช้เป็นปัจจัยที่ควรจะคำนึงถึงเพิ่มเติมจากปัจจัยอื่น ๆ ที่ Panel ได้กล่าวไว้แล้ว⁹⁷

ประการที่สาม : Panel เห็นว่า การที่ออสเตรเลียห้ามนำเข้าสินค้าปลาแชลมอนเพราะมีความเป็นไปได้ที่ปลาแชลมอนก่อให้เกิดเชื้อโรค 24 ชนิด ซึ่งจริง ๆ แล้ว มีเชื้อโรคเพียง 5 ชนิดเท่านั้นที่พบในปลาแชลมอน จึงถือได้ว่าออสเตรเลียกำหนดมาตรการสุขอนามัยเข้มงวดมากเพื่อยกระดับความคุ้มครองสินค้าปลาของตน แต่ออสเตรเลียกลับไม่ได้กำหนดข้อจำกัดใด ๆ ต่อสินค้าปลาภายในประเทศตน ฉะนั้น ปัจจัยนี้จึงเป็นปัจจัยเพิ่มเติมจากปัจจัยอื่น ๆ ที่สามารถจะคำนึงถึงในการตัดสินว่ามาตรการตามข้อพิพาทเป็นผลก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงหรือไม่⁹⁸

เมื่อ Panel พิจารณาสัญญาณเตือน 3 ประการ และปัจจัย 3 ประการข้างต้นประกอบกัน Panel เห็นว่า มาตรการตามข้อพิพาทโดยลักษณะการใช้นั้นเป็นผลก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงตามนัยขององค์ประกอบข้อที่ 3 ของ Article 5.5 และเมื่อออสเตรเลียไม่สามารถจัดหาหลักฐานมาโต้แย้งข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ มาตรการสุขอนามัยของออสเตรเลียจึงขัดกับองค์ประกอบที่ 3 ของ Article 5.5⁹⁹

สรุปได้ว่า

- ออสเตรเลียกำหนดระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่เหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกันจากการเปรียบเทียบสินค้าปลาแชลมอนกับสินค้าปลาอื่น ๆ

⁹⁷ Ibid., para. 8.154

⁹⁸ Ibid., para. 8.155

⁹⁹ Ibid., para. 8.159

- ระดับความคุ้มครองที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุผล กล่าวคือ ห้ามนำเข้าสินค้าปลาแซลมอนตามข้อพิพาทแต่อนุญาตให้นำเข้าปลาแฮร์ริ่งและครีบบลอสต์ได้ และ

- ในการใช้มาตรการตามข้อพิพาทที่มีความคุ้มครองที่แตกต่างกันโดยไม่สมเหตุผลหรือโดยอำเภอใจเป็นผลให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

เมื่อมาตรการสุขอนามัยของออสเตรเลียเข้าองค์ประกอบทั้ง 3 ประการของ Article 5.5 Panel จึงสรุปว่า ออสเตรเลียโดยการคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทได้กระทำการขัดกับหน้าที่ภายใต้ Article 5.5 และถือว่าเป็นการละเมิดทบัญญัติทั่วไปตาม Article 2.3 ด้วย ¹⁰⁰

5) การตัดสินภายใต้ Article 5.6 : มาตรการสุขอนามัยจะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัย

แคนาดาอ้างว่าออสเตรเลียกระทำการละเมิดหน้าที่ภายใต้ Article 5.6 โดยกำหนดมาตรการสุขอนามัยที่ใช้กับสินค้าปลาอื่น ๆ เป็นการกีดกันการค้าน้อยกว่ามาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้นสำหรับสินค้าปลาแซลมอนเป็นอย่างมาก

Article 5.6 กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องประกันว่ามาตรการสุขอนามัยของตนจะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองโดยคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและทางเศรษฐกิจ และใน footnote ได้ขยายความว่า มาตรการจะไม่ใช่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็น เว้นเสียแต่ว่ามีมาตรการอื่นที่กำหนดขึ้นอย่างมีเหตุผลเมื่อคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและทางเศรษฐกิจ และบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยตามมาตรการที่พิพาท และเป็นการกีดกันทางการค้าน้อยกว่ามาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทเป็นอย่างมาก

¹⁰⁰ Ibid., para. 8.160

การพิจารณา Article 5.6 Panel เห็นว่า Article 5.6 จะต้องอ่านควบคู่กับ Article 2.2 ในส่วนที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ รัฐสมาชิกจะต้องประกันว่าจะใช้มาตรการสุขอนามัยภายในขอบเขตเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองสุขภาพหรือชีวิตของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช¹⁰¹

จาก footnote ของ Article 5.6 Panel เห็นว่า มาตรการตามข้อพิพาทจะเป็น มาตรการที่กีดกันการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครอง สุขอนามัย ถ้าหากว่ามีมาตรการอื่น ซึ่ง¹⁰²

- (1) กำหนดขึ้นอย่างมีเหตุผลเมื่อคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและทาง เศรษฐกิจ
- (2) บรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยตามมาตรการ ที่พิพาท และ
- (3) เป็นการกีดกันทางการค้าน้อยกว่ามาตรการสุขอนามัยตาม ข้อพิพาทเป็นอย่างมาก

การพิจารณาตามองค์ประกอบทั้งสามประการข้างต้น Panel ได้ยกเอา 1996 Final Report ซึ่งกำหนดทางเลือกไว้ กล่าวคือ อนุญาตให้นำเข้าสินค้าปลาแชลมอนได้ แต่จะต้อง เป็นไปตามเงื่อนไขพิเศษด้วย เช่น สินค้าปลาแชลมอนนั้นจะต้องหั่นเป็นชิ้น ๆ จะต้องเอา เครื่องในออกให้หมด และจะต้องตัดหัวออกด้วย¹⁰³ Panel พิจารณาแล้วเห็นว่าทางเลือกดังกล่าว กำหนดขึ้นอย่างมีเหตุผลเมื่อคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและทางเศรษฐกิจ¹⁰⁴ และบรรลุระดับที่ เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยของออสเตรเลีย¹⁰⁵ อีกทั้งยังเป็นการกีดกันทางค้าน้อยกว่า มาตรการตามข้อพิพาทเป็นอย่างมากด้วยเพราะอนุญาตให้นำเข้าสินค้าปลาแชลมอนได้แม้ว่าจะ ต้องทำตามเงื่อนไขพิเศษก็ตาม (เช่น สินค้าปลาแชลมอนนั้นจะต้องหั่นเป็นชิ้น ๆ ต้องเอา

¹⁰¹ Ibid., para. 8.165

¹⁰² Ibid., para. 8.167

¹⁰³ Ibid., para. 8.168

¹⁰⁴ Ibid., para. 8.171

¹⁰⁵ Ibid., para. 8.181

เครื่องในออกให้หมด และต้องตัดหัวออก) ¹⁰⁶ ฉะนั้นมาตรการสุขอนามัยของออสเตรเลียเสียงตามข้อพิพาทจึงไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติ Article 5.6 ของข้อตกลง SPS ¹⁰⁷

6) การเรียกร้องภายใต้ Article 2 และ 3 : สิทธิและหน้าที่ทั่วไป และการทำให้เกิดความกลมกลืนในมาตรการสุขอนามัย

Panel เห็นว่าในเมื่อมาตรการตามข้อพิพาทไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขต่าง ๆ ของ Article 5.1, 5.5, 5.6 และทำให้ไม่สอดคล้องกับ Article 2.2 และ 2.3 ด้วยนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องวินิจฉัยข้อเรียกร้องอื่น ๆ ภายใต้ Article 2 หรือ Article 3 อีกต่อไป ¹⁰⁸

7) การเรียกร้องภายใต้ Article 11 ของข้อตกลงแอกต์ 1994

Panel เห็นว่าในเมื่อมาตรการตามข้อพิพาทไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขต่าง ๆ ของข้อตกลง SPS แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องตรวจสอบว่าไม่สอดคล้องกับ Article 11 ของข้อตกลงแอกต์ 1994 หรือไม่ ¹⁰⁹

สรุปได้ว่า ออสเตรเลียกระทำการไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติต่าง ๆ ของข้อตกลง SPS ดังต่อไปนี้

1. มาตรการสุขอนามัยของออสเตรเลียไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และสันนิษฐานได้ว่าเป็นมาตรการที่ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน จึงขัดกับบทบัญญัติทั่วไปของ Article 2.2 ด้วย

2. ออสเตรเลียคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่ไม่สมเหตุผลเป็นผลก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง จึงขัดกับ Article 5.5 และถือว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติทั่วไปที่กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องไม่เลือกปฏิบัติหรือก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศตาม Article 2.3 ด้วย

¹⁰⁶ Ibid., para. 8.182

¹⁰⁷ Ibid., para. 8.183

¹⁰⁸ Ibid., para. 8.184

¹⁰⁹ Ibid., para. 8.185

3. มาตรการสุขอนามัยของออสเตรเลียเป็นมาตรการที่กีดกันทางการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัย จึงขัดกับ Article 5.6

Panel จึงแนะนำให้องค์การระงับข้อพิพาทร้องขอให้ออสเตรเลียกระทำการให้มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทของตนเป็นไปตามข้อผูกพันต่าง ๆ ภายใต้ข้อตกลง SPS ด้วย

2.3.2 การตัดสินของ Appellate Body

ก. ประเด็นสำคัญที่ยกขึ้นอุทธรณ์¹¹⁰

1) Panel ตีความเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนในเรื่องมาตรการและสินค้าตามข้อพิพาทผิดไปหรือไม่

2) Panel ตัดสินผิดไปหรือไม่ว่ามาตรการตามข้อพิพาทซึ่งใช้กับสินค้าปลาแซลมอนไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง ทำให้ออสเตรเลียปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 และ Article 2.2 ของข้อตกลง SPS

3) Panel ตัดสินผิดไปหรือไม่ว่า ออสเตรเลียปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 5.5 และ Article 2.3 ของข้อตกลง SPS

4) Panel ตัดสินผิดไปหรือไม่ว่าออสเตรเลียปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 5.6 ของข้อตกลง SPS

ข. การตีความเกี่ยวกับมาตรการและสินค้าตามข้อพิพาท

ออสเตรเลียอุทธรณ์ต่อ Appellate Body ว่า Panel ตีความเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนเกี่ยวกับเรื่องมาตรการและสินค้าตามข้อพิพาทผิดไป ตาม Panel มาตรการตามข้อพิพาทคือ QP 86A, 1988 Conditions, 1996 Requirements และ 1996 Decision ซึ่งห้ามนำสินค้าปลาแซลมอนสด แช่เย็น หรือแช่แข็ง ที่ไม่ได้ทำให้สุกก่อนนำเข้ามาในออสเตรเลีย ออสเตรเลียอ้างว่า 1988 Conditions และ 1996 Requirements ไม่ใช่มาตรการตามข้อพิพาท เพราะเป็นเงื่อนไข

¹¹⁰ Appellate Body Report, Australia-Measures Affecting Importation of Salmon, WTO, WT/DS18/Appellate Body/R 20 October 1998, www.wto.org/wto/dispute.htm; INTERNET

เกี่ยวกับการทำให้ปลาแซลมอนสุกก่อนนำเข้าแต่ไม่ใช่เป็นมาตรการที่ห้ามนำเข้า นอกจากนี้ยังใช้กับปลาแซลมอนรมควันแต่ไม่ได้ใช้กับปลาแซลมอนสด แชนเย็น หรือแซ่แซ็ง¹¹¹

Appellate Body เห็นว่า มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทจะต้องเป็นมาตรการที่ใช้กับสินค้าตามข้อพิพาทเท่านั้น ดังนั้นเมื่อสินค้าตามข้อพิพาทคือปลาแซลมอนสด แชนเย็น หรือแซ่แซ็ง และมาตรการสุขอนามัยที่ใช้กับสินค้าปลาแซลมอนดังกล่าวคือการห้ามนำเข้าตามที่กำหนดไว้ใน QP 86A ฉะนั้น 1988 Conditions และ 1996 Requirements ซึ่งเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำให้ปลาแซลมอนสุกก่อนนำเข้าและใช้กับปลาแซลมอนรมควันเท่านั้น จึงไม่ใช่มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาท¹¹²

Appellate Body จึงกลับคำตัดสินเดิมของ Panel ที่ว่า 1988 Conditions และ 1996 Requirements ตกอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของ Panel และสรุปว่ามาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาท คือการห้ามนำเข้าปลาแซลมอนสด แชนเย็น หรือแซ่แซ็ง ซึ่งกำหนดไว้ใน QP 86A ซึ่งได้รับการยืนยันโดย 1996 Decision เท่านั้น มิใช่ 1988 Conditions และ 1996 Requirements ซึ่งเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำให้ปลาแซลมอนสุกก่อนนำเข้าออสเตรเลีย¹¹³

ค. การตีความเกี่ยวกับ Article 5.1 ของข้อตกลง SPS

ออสเตรเลียอุทธรณ์ว่า Panel ตัดสินผิดว่ามาตรการตามข้อพิพาทซึ่งใช้กับปลาแซลมอนไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง ดังนั้นออสเตรเลียจึงปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 และ Article 2.2 ของข้อตกลง SPS ตามความเห็นของออสเตรเลีย คำตัดสินของ Panel ดังกล่าวสรุปจากมาตรการสุขอนามัยที่เป็นเงื่อนไขการทำให้ปลาแซลมอนสุกไม่ใช่จากมาตรการการห้ามนำเข้าปลาแซลมอน¹¹⁴

Appellate Body พิจารณาว่า เมื่อมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาท คือ การห้ามนำเข้าปลาแซลมอนสด แชนเย็น หรือแซ่แซ็ง ดังนั้น การห้ามนำเข้าจึงเป็นมาตรการซึ่งจะต้องได้รับการวินิจฉัยหรือพิจารณาภายใต้ข้อตกลง SPS โดยเฉพาะภายใต้ Article 5.1 ซึ่ง Panel

¹¹¹ Ibid., paras. 90-94, 96 and 101

¹¹² Ibid., para. 103

¹¹³ Ibid., para. 105

¹¹⁴ Ibid., para. 114

ควรจะพิจารณาว่าการห้ามนำเข้าปลาแซลมอนสด แชนเียน หรือแช่แข็ง วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงหรือไม่แทนที่จะพิจารณาว่าเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำให้ปลาแซลมอนสุกก่อนนำเข้าออสเตรเลียเป็นการประเมินความเสี่ยงหรือไม่ Appellate Body จึงกลับคำตัดสินของ Panel ที่ว่ามาตรการสุขอนามัยที่ใช้กับสินค้าปลาแซลมอนไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง ออสเตรเลียจึงปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 และ Article 2.2 ของข้อตกลง SPS ¹¹⁵

เนื่องจาก Panel ไม่ได้ทำการพิจารณาว่าการห้ามนำเข้าปลาแซลมอนสด แชนเียน หรือแช่แข็ง ซึ่งเป็นมาตรการสุขอนามัยที่เหมาะสมตามข้อพิพาทว่าวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงหรือไม่ และไม่ปรากฏการตัดสินประเด็นดังกล่าวใน Panel Report ซึ่งตามบทบัญญัติ Article 17.6 ของความเข้าใจว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute : DSU) ได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของ Appellate Body ไว้ว่า การอุทธรณ์นั้นจะอุทธรณ์ได้เฉพาะประเด็นข้อกฎหมายที่มีอยู่ใน Panel Report เท่านั้น และตีความเกี่ยวกับข้อกฎหมายซึ่งกระทำโดย Panel เท่านั้น นอกจากนี้ ใน Article 17.13 ของ DSU ก็กล่าวไว้ว่า Appellate Body อาจะยืนตาม ขยายความ หรือกลับคำตัดสินหรือข้อสรุปที่เกี่ยวกับประเด็นข้อกฎหมายของ Panel ก็ได้ ซึ่งเมื่อ Appellate Body กลับคำตัดสินเกี่ยวกับประเด็นข้อกฎหมายของ Panel Appellate Body ก็อาจจะวินิจฉัยตัดสินในประเด็นที่ Panel ไม่ได้ทำการพิจารณา ทั้งนี้เพื่อทำให้การวิเคราะห์เกี่ยวกับประเด็นข้อกฎหมายสมบูรณ์และจะได้แก้ไขข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีได้ ดังนั้นเมื่อ Appellate Body กลับคำตัดสินของ Panel ที่ว่า มาตรการตามข้อพิพาทที่กำหนดเงื่อนไขให้ปลาแซลมอนต้องทำให้สุกก่อนนำเข้าไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง Appellate Body ก็เห็นควรที่จะวิเคราะห์ประเด็นข้อกฎหมายและตัดสินว่ามาตรการสุขอนามัยที่ถูกต้อง กล่าวคือ การห้ามนำเข้าปลาแซลมอนสด แชนเียน หรือแช่แข็งนี้วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 หรือไม่ ¹¹⁶

Appellate Body จึงทำการวินิจฉัยใหม่ว่า 1996 Final Report ที่ออสเตรเลียอ้างมาเป็นการประเมินความเสี่ยงหรือไม่ ซึ่ง Appellate Body ก็เห็นด้วยกับ Panel ว่าการประเมิน

¹¹⁵ Ibid., para. 115

¹¹⁶ Ibid., paras. 116-117

ความเสี่ยงตามข้อพิพาทเป็นไปตามคำจำกัดความส่วนแรกของ paragraph 4 Annex A กล่าวคือ การประเมินความเป็นไปได้ของการเข้ามา การเกิดขึ้น การแพร่ขยายของแมลงหรือเชื้อโรคและผลทางเศรษฐกิจและทางชีววิทยาที่ตามมาภายในอาณาเขตของรัฐสมาชิกผู้นำเข้า และตามคำจำกัดความดังกล่าว Appellate Body เห็นเช่นเดียวกับ Panel ว่า การประเมินความเสี่ยงตามความหมายของ Article 5.1 แบ่งออกได้สามประการ และได้ทำการพิจารณาตามองค์ประกอบดังนี้¹¹⁷

(1) ระบุเชื้อโรคที่จะเข้ามา เกิดขึ้น หรือแพร่ขยาย ซึ่งรัฐสมาชิกต้องการจะป้องกันภายในอาณาเขตของรัฐตน และผลทางเศรษฐกิจและทางชีววิทยาที่ตามมาของเชื้อโรคเหล่านั้น

Appellate Body พิจารณาพบว่า 1996 Final Report ระบุถึงเชื้อโรคต่าง ๆ ที่จะเข้ามา เกิดขึ้น หรือแพร่ขยายในออสเตรเลียซึ่งออสเตรเลียต้องการจะป้องกัน รวมทั้งได้ระบุถึงผลทางเศรษฐกิจหรือทางชีววิทยาที่จะตามมาของเชื้อโรคต่าง ๆ นั้นด้วย ดังนั้น 1996 Final Report จึงเป็นไปตามองค์ประกอบข้อแรกของการประเมินความเสี่ยง¹¹⁸

(2) ประเมินความน่าจะเป็น (likelihood) ของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคต่าง ๆ และผลทางเศรษฐกิจและทางชีววิทยาที่ตามมาของเชื้อโรคดังกล่าว

Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ว่า คำว่า “likelihood” มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “probability” ซึ่งแปลว่าความน่าจะเป็น และเห็นด้วยว่าตามข้อตกลง SPS นั้นไม่ต้องการให้การประเมินความเสี่ยงต้องระบุถึงปริมาณหรือระดับของความเสี่ยง Appellate Body จึงตัดสินว่า 1996 Final Report ไม่เป็นไปตามองค์ประกอบข้อสองของการประเมินความเสี่ยง โดยยกเอาคำตัดสินของ Panel ที่ให้ไว้ว่า 1996 Final Report มีน้ำหนักขององค์ประกอบการประเมินความเสี่ยงที่ไม่แน่นอน และเป็นที่ยอมรับน้อยกว่า 1995 Draft Report นอกจากนี้จากคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญที่ได้ให้ไว้ต่อ Panel ก็สรุปว่า 1996 Final Report ไม่ได้ประเมินความน่าจะเป็นของความเสี่ยงที่เข้ามาอย่างเหมาะสม และประเมินความเสี่ยงของเชื้อโรคบางชนิดเท่านั้น และไม่ได้เป็นไปตามองค์ประกอบที่จำเป็นของการประเมินความเสี่ยง¹¹⁹

¹¹⁷ Ibid., paras. 119-121

¹¹⁸ Ibid., para. 126

¹¹⁹ Ibid., paras. 127-131

(3) การประเมินความน่าจะเป็นของการเข้ามา การเกิดขึ้น หรือการแพร่ขยายของเชื้อโรคต่าง ๆ ตามที่มาตรการสุขอนามัยอาจจะนำมาใช้

Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ว่ามาตรการที่อาจนำมาใช้ คือ มาตรการที่ลดความเสี่ยงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งได้อ้างไว้ใน 1996 Final Report ซึ่งใน 1996 Final Report ได้ประเมินปัจจัยที่ลดความเสี่ยงบางตัวเท่านั้นไม่ได้ประเมินทั้งหมด Appellate Body เห็นว่าการประเมินความเป็นไปได้ของความเสี่ยงบางตัวนั้นไม่เพียงพอ ดังนั้น 1996 Final Report จึงไม่ผ่านองค์ประกอบที่สามของการประเมินความเสี่ยง¹²⁰

Appellate Body จึงตัดสินใจว่า 1996 Final Report ไม่ใช้การประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสมตาม Article 5.1 และสรุปว่ามาตรการตามข้อพิพาทที่ห้ามนำเข้าสินค้าปลาแซลมอนสด แช่เย็น หรือแช่แข็ง ไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 ดังนั้นออสเตรเลียจึงปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 ของข้อตกลง SPS และถือว่าการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 2.2 ของข้อตกลง SPS ด้วย¹²¹

ง. การตีความเกี่ยวกับ Article 5.5 ของข้อตกลง SPS

ออสเตรเลียอุทธรณ์ว่า Panel ตีความตาม Article 5.5 เกินอำนาจหน้าที่ของตน Appellate Body จึงพิจารณากำไรองค์ประกอบสามประการของ Article 5.5 ใหม่

องค์ประกอบที่ 1 : รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน

Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ที่ว่า สถานการณ์ที่จะเป็นสถานการณ์ที่แตกต่างกันหรือสถานการณ์ที่เปรียบเทียบได้ตาม Article 5.5 ได้นั้น คือสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับความเสี่ยงที่จะเข้ามา เกิดขึ้น หรือที่แพร่ขยายของเชื้อโรคที่เหมือน ๆ กัน หรือที่คล้ายคลึงกัน หรือเป็นความเสี่ยงที่เหมือนกันหรือที่คล้ายคลึงกันของผลที่ตามมาทางเศรษฐกิจหรือทางเทคนิค และ

¹²⁰ Ibid., para. 132

¹²¹ Ibid., paras. 134-135

เมื่อพิจารณาแล้ว Appellate Body เห็นว่ามาตรการของออสเตรเลียผ่านองค์ประกอบข้อแรกของ Article 5.5¹²²

องค์ประกอบที่ 2 ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองไม่สมเหตุผลหรือเป็นไปโดยอำเภอใจ

Appellate Body ยืนยันตามคำตัดสินของ Panel ว่ามาตรการของออสเตรเลียเป็นไปโดยอำเภอใจและไม่สมเหตุผล¹²³

องค์ประกอบที่ 3 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ว่า สัญญาเดิม 3 ประการ และปัจจัยเสริมประการที่สองและสามสามารถที่จะนำไปใช้ตัดสินว่ามาตรการตามข้อพิพาทนั้นก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง (รายละเอียดโปรดอ่านหน้า 133-136) อย่างไรก็ตาม Appellate Body ไม่เห็นด้วยกับปัจจัยเสริมประการแรกที่ว่ามาตรการสุขอนามัยที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงที่ออสเตรเลียใช้นั้น (การห้ามนำเข้ากับการอนุญาตให้นำเข้าได้) ก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างสินค้าปลาแซลมอนกับสินค้าปลาแฮร์ริงและครีปปลาสด (รายละเอียดโปรดอ่านหน้า 135) เพราะเห็นว่าเหมือนกับสัญญาเดิมประการที่สอง จึงไม่ต้องแยกออกมาเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่จะใช้ในการตัดสินว่ามาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชเป็นผลให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงหรือไม่¹²⁴ Appellate Body จึงยืนตามคำตัดสินของ Panel ว่า มาตรการสุขอนามัยของออสเตรเลียเป็นมาตรการที่ไม่สมเหตุผล และก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง จึงขัดกับ Article 5.5 และ Article 2.3

จ. การตีความเกี่ยวกับ Article 5.6 : มาตรการสุขอนามัยจะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินกว่าที่จำเป็น

¹²² Ibid., para. 146

¹²³ Ibid., para. 158

¹²⁴ Ibid., para. 177

ออสเตรเลียอุทธรณ์การตัดสิน Article 5.6 ของ Panel แต่เนื่องจากมาตรการ
 สุขอนามัยตามข้อพิพาทไม่ใช่เงื่อนไขการทำให้ปลาแซลมอนสุก แต่เป็นมาตรการการห้ามนำเข้า
 ปลาแซลมอนสด แช่เย็น หรือแช่แข็ง ซึ่ง Panel ก็จะต้องวินิจฉัยว่ามาตรการสุขอนามัยที่เป็นการ
 ห้ามนำเข้าปลาแซลมอนดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับ Article 5.6 หรือไม่ ดังนั้นการที่ Panel
 วินิจฉัยว่าเงื่อนไขการทำให้ปลาแซลมอนสุกไม่สอดคล้องกับ Article 5.6 จึงไม่ถูกต้อง Appellate
 Body จึงกลับคำตัดสินของ Panel ที่ว่าออสเตรเลียปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 5.6 แต่
 เนื่องจากว่า Panel ไม่ได้ทำการพิจารณาว่าการห้ามนำเข้าปลาแซลมอนสด แช่เย็น หรือแช่แข็ง ซึ่ง
 เป็นมาตรการสุขอนามัยที่เหมาะสมตามข้อพิพาทนี้เป็นมาตรการที่กีดกันการค้ามากเกินไปที่
 จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัยของออสเตรเลียหรือไม่ จึงไม่
 สามารถวินิจฉัยในประเด็นนี้ได้ อย่างไรก็ตาม Appellate Body เห็นว่ากรณีนี้เหมือนกับการ
 ตัดสินภายใต้ Article 5.1 (โปรดอ่านหน้า 141-142) จึงเห็นควรที่จะวิเคราะห์ว่ามาตรการ
 สุขอนามัยที่ถูกต้อง กล่าวคือ การห้ามนำเข้าปลาแซลมอนสด แช่เย็น หรือแช่แข็งนี้เป็นมาตรการที่
 กีดกันการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัยของ
 ออสเตรเลียตาม Article 5.6 หรือไม่¹²⁵

Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ว่า ตาม Article 5.6 และ footnote ของ
 Article นี้ มาตรการตามข้อพิพาทจะเป็นมาตรการที่กีดกันการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุ
 ระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัย ถ้าหากว่ามีมาตรการอื่นซึ่ง¹²⁶

- (1) กำหนดขึ้นอย่างมีเหตุผลเมื่อคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและทาง
 เศรษฐกิจ
- (2) บรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยตามมาตรการ
 ที่พิพาท และ
- (3) เป็นการกีดกันทางการค้าน้อยกว่ามาตรการสุขอนามัยตาม
 ข้อพิพาทเป็นอย่างมาก

Appellate Body พิจารณามาตรการตามข้อพิพาทตามองค์ประกอบดังกล่าว
 โดยได้ยกเอาคำตัดสินของ Panel ที่สรุปว่า 1996 Final Report กำหนดทางเลือกไว้ กล่าวคือ

¹²⁵ Ibid., para. 179

¹²⁶ Ibid., para. 180

อนุญาตให้นำเข้าสินค้าปลาแซลมอนได้ แต่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขพิเศษด้วย เช่น สินค้าปลาแซลมอนนั้นจะต้องหันเป็นชิ้น ๆ จะต้องเอาเครื่องในออกให้หมด และจะต้องตัดหัวออกด้วย จึงถือว่ามีมาตรการอื่นอยู่ และ Appellate Body ก็เห็นด้วยว่าทางเลือกดังกล่าวนี้กำหนดขึ้นอย่างมีเหตุผลเมื่อคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและทางเศรษฐกิจจึงผ่านองค์ประกอบข้อ (1) ¹²⁷ แต่จากการวินิจฉัยภายใต้ Article 5.1 การประเมินความเสี่ยงพบว่า 1996 Final Report ไม่ได้ประเมินความเสี่ยงของทางเลือกต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ ดังนั้นจึงไม่สามารถที่จะตรวจสอบได้ว่าทางเลือกซึ่งเป็นมาตรการอื่นนี้บรรลุระดับที่เหมาะสมของควบคุมความเสี่ยงของออสเตรเลียหรือไม่ และ Appellate Body ก็ไม่อยู่ในตำแหน่งที่จะวินิจฉัยได้ว่ามาตรการอื่นหรือทางเลือกที่อยู่ใน 1996 Final Report นี้บรรลุระดับที่เหมาะสมของควบคุมความเสี่ยงภายใต้ Article 5.6 หรือไม่ เพราะประเด็นนี้ไม่ได้ขึ้นสู่การพิจารณาของ Panel และไม่ใช่วิธีการที่ถกเถียงกันระหว่างคู่กรณี ¹²⁸

Appellate Body มีคำตัดสินข้อพิพาทนี้ ดังนี้

1. Appellate Body กลับคำตัดสินของ Panel ที่ว่ามาตรการตามข้อพิพาทนี้ไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 ออสเตรเลียจึงกระทำการไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 และ Article 2.2 ทั้งนี้เพราะ Panel ทำคำตัดสินจากข้อสนับสนุนที่ผิด กล่าวคือ ตัดสินจากมาตรการสุขอนามัยที่เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำให้ปลาแซลมอนสุกก่อนนำเข้า แต่ไม่ได้ตัดสินจากมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทซึ่งเป็นการห้ามนำเข้าปลาแซลมอนที่มีการประเมินความเสี่ยงหรือไม่

2. Appellate Body พบว่าออสเตรเลียกำหนดมาตรการที่ไม่มีการประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสม จึงเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับ Article 5.1 และ Article 2.2 ของข้อตกลง SPS

3. Appellate Body ยืนตามคำตัดสินของ Panel ที่ว่าออสเตรเลียกระทำการไม่สอดคล้องกับ Article 5.5 และ Article 2.3 ของข้อตกลง SPS โดยการคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่ไม่สมเหตุผล และก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

4. Appellate Body กลับคำตัดสินของ Panel ที่ว่ามาตรการตามข้อพิพาทนี้เป็นมาตรการที่กีดกันทางการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของควบคุมความเสี่ยง

¹²⁷ Ibid., para. 195

¹²⁸ Ibid., paras. 211-213

ของออสเตรเลีย ออสเตรเลียจึงปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 5.6 ทั้งนี้เพราะ Panel ทำคำตัดสินจากข้อสันนิษฐานที่ผิด กล่าวคือ ตัดสินจากมาตรการสุขอนามัยที่เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำให้ปลาแซลมอนสุกก่อนนำเข้า แต่ไม่ได้ตัดสินจากมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทซึ่งเป็นการห้ามนำเข้าปลาแซลมอนว่ามีการประเมินความเสี่ยงหรือไม่ และ Appellate Body ไม่สามารถสรุปได้ว่ามาตรการตามข้อพิพาทนี้สอดคล้องกับ Article 5.6 หรือไม่ เนื่องจากมีข้อเท็จจริงไม่เพียงพอ และเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ได้โต้แย้งกันในรายงานของ Panel

ดังนั้น Appellate Body จึงแนะนำให้องค์การระงับข้อพิพาทร้องขอให้ออสเตรเลียกระทำการให้มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทของตนเป็นไปตามรายงานคำตัดสินของ Appellate Body นี้และรายงานคำตัดสินของ Panel ซึ่งได้แก้ไขโดยรายงานคำตัดสินนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อผูกพันต่าง ๆ ที่ออสเตรเลียมีอยู่ภายใต้ข้อตกลง SPS

3. คดี Japan – Measures Affecting Agricultural Products

เมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1997 สหรัฐอเมริการ้องขอการปรึกษาหารือเกี่ยวกับการที่ญี่ปุ่นห้ามนำเข้าสินค้าเกษตรที่มีแมลงปนอยู่ สหรัฐอเมริกาเรียกร้องว่าการห้ามนำเข้าของญี่ปุ่นกระทบต่อการส่งออกสินค้าเกษตรกรรมของสหรัฐอเมริกา และมาตรการห้ามนำเข้าดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหน้าที่ต่าง ๆ ของญี่ปุ่นภายใต้ Article 2, 4, 5 และ 8 ของข้อตกลง SPS Article 11 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 และ Article 4 ของข้อตกลงว่าด้วยเกษตร และมาตรการดังกล่าวยังกระทบต่อผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกาทั้งโดยตรงและโดยอ้อมภายใต้ข้อตกลงต่าง ๆ ข้างต้นที่กล่าวมา การปรึกษาหารือได้จัดขึ้นเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 1997 แต่ไม่ประสบความสำเร็จ สหรัฐอเมริกาจึงร้องขอต่อองค์การระงับข้อพิพาท (Dispute Settlement Body : DSB) ให้จัดตั้ง Panel ขึ้นมา DSB ได้จัดตั้ง Panel ขึ้นเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1997 ซึ่งมีรายชื่อดังนี้¹²⁹

Mr. Kari Bergholm	- ประธาน
Mr. Germain Denis	- ผู้ร่วมพิจารณา
Mr. Eirkur Einarsson	- ผู้ร่วมพิจารณา

¹²⁹ Panel Report, Japan – Measures Affecting Agricultural Products , WTO, WT/DS76/R27 October 1998 , www.wto.org/wto/dispute/distab.htm : INTERNET

3.1 ข้อเท็จจริงแห่งคดี¹³⁰

เมื่อปี ค.ศ. 1950 ญี่ปุ่นได้ตรากฎหมายคุ้มครองพืช (the Plant Protection Law) และกฎเกณฑ์การบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองพืช (the Plant Protection Law Enforcement Regulation) ขึ้น วัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองพืชนี้ต้องการทำให้เกิดความมั่นใจในผลผลิตทางการเกษตรที่ปลอดภัยโดยได้กำหนดให้ตรวจสอบพืชที่ส่งออก พืชที่นำเข้าและพืชภายในประเทศญี่ปุ่นเอง และควบคุมสัตว์และพืชที่เป็นอันตรายตลอดจนป้องกันการระบาดหรือการแพร่ขยายของสัตว์และพืชที่เป็นอันตรายด้วย

กฎหมายคุ้มครองพืชได้กำหนดแมลงที่ถูกกักกันและวิธีการตรวจสอบพืชและสินค้าพืชต่าง ๆ ที่จะนำเข้ามาในญี่ปุ่น ดังนี้¹³¹

- พืชและสินค้าพืชทั้งหมดจะต้องได้รับประกาศนียบัตรเกี่ยวกับสุขอนามัยซึ่งระบุว่าพืชและสินค้าพืชนั้นปราศจากแมลงที่ถูกกักกัน

- เมื่อนำพืชหรือสินค้าพืชเข้ามาในญี่ปุ่น พืชหรือสินค้าพืชนั้นจะต้องได้รับการตรวจโดยเจ้าหน้าที่กักพืชซึ่งประจำอยู่ ณ ท่าเรือหรือสนามบินต่าง ๆ และ

- พืชที่ได้รับการตรวจสอบหลังจากนำเข้ามาแล้วอาจจะต้องตรวจสอบไวรัสหรือแมลงอื่น ๆ ซึ่งไม่สามารถตรวจได้ด้วยการมองเห็น ณ ท่าเรือที่นำเข้ามา

และถ้าพืชไม่ผ่านการตรวจสอบก็จะถูกทำลาย และเพื่อที่จะป้องกันอันตรายที่เกิดจากแมลง กฎหมายคุ้มครองพืชได้มอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีว่าการเกษตร ป่าไม้ และประมง (Ministry of Agriculture Forest and Fisheries of Japan : MAFF) ให้นำเข้าพืชจากประเทศต่าง ๆ หรือจากพื้นที่ที่ถูกแมลงรังควาญ ซึ่งรัฐมนตรีดังกล่าวก็ได้กำหนดรายชื่อสินค้าพืชต้องห้ามนำเข้าและแมลงที่เป็นสาเหตุของการห้ามนำเข้าซึ่งรวมถึงแมลง codling moth ด้วย ดังนั้นกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดห้ามนำเข้าพืชและสินค้าพืชต่าง ๆ ที่อาจจะมีแมลง codling moth ปนอยู่เข้ามาในญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการห้ามนำเข้าด้วยเช่นกัน โดยการกำหนดให้ผู้ส่งออกทำตามกฎเกณฑ์การทดสอบต่าง ๆ ที่ใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพการใช้ยาฆ่าแมลง methyl bromide (MB) หรือ ยาฆ่าแมลง methyl bromide ควบคู่กับการใช้ความเย็นในการกำจัดแมลง codling moth เพื่อประสิทธิภาพในการ

¹³⁰ Ibid., paras. 2.18-2.19

¹³¹ Ibid., para. 2.20

กำจัดแมลง รัฐมนตรีว่าการเกษตร ปาไม และประมงของญี่ปุ่น ได้ออกแนวทางเพื่อกำจัดแมลง ดังนี้

- Experimental Guideline for Lifting Import Ban - Fumigation
- Experimental Guide for Cultivar Comparison Test on Insect Mortality -

Fumigation

แนวทางทั้งสองนี้ได้จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1987 และมีได้ประกาศใช้โดยทั่วไป¹³²

3.2 ข้อเรียกร้องของคู่กรณี

สหรัฐอเมริกาเรียกร้องว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทดสอบต่าง ๆ ที่ใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพการใช้อยาฆ่าแมลง methyl bromide (MB) หรือ ยาฆ่าแมลง methyl bromide ควบคู่กับการใช้ความเย็นในการกำจัดแมลง codling moth ซึ่งญี่ปุ่นได้กำหนดขึ้นเพื่อเป็นข้อยกเว้นการห้ามนำเข้าสินค้าเกษตรต่าง ๆ ซึ่งอาจจะมีแมลง codling moth ปนอยู่นั้นเป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับ Article 2, 5, 7 และ 8 ของข้อตกลง SPS ญี่ปุ่นโต้แย้งว่ามาตรการของตนนั้นสอดคล้องกับข้อตกลง SPS และร้องขอให้ Panel พิจารณาตามนั้น¹³³

3.3 การตัดสินของ Panel และ Appellate Body

3.3.1 การตัดสินของ Panel

1) ขอบเขตของมาตรการตามข้อพิพาท¹³⁴

มาตรการตามข้อพิพาท คือ กฎเกณฑ์การทดสอบต่าง ๆ ซึ่งกำหนดโดยญี่ปุ่นสำหรับเป็นข้อยกเว้นการห้ามนำเข้าสินค้าเกษตรต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกาซึ่งอาจจะมีแมลง codling moth ปนอยู่ และ Panel จะทำการพิจารณาตรวจสอบเฉพาะส่วนที่ใช้เพื่อแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพของการใช้อยาฆ่าแมลง Methyl bromide หรือ การใช้อยาฆ่าแมลง Methyl bromide ควบคู่กับการใช้ความเย็นที่ใช้เพื่อกำจัดแมลง codling moth เท่านั้น

¹³² Ibid., paras. 2.21-2.24

¹³³ Ibid., para. 8.1

¹³⁴ Ibid., paras. 8.5-8.7

2) การตีความเกี่ยวกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และการประเมินความเสี่ยงตาม Article 2.2, Article 5.1, Article 5.2 และ Article 5.7 ¹³⁵

สหรัฐอเมริกาอ้างว่าญี่ปุ่นกำหนดมาตรการสุขอนามัยพืช กล่าวคือ กฎเกณฑ์การทดสอบต่าง ๆ โดยปราศจากหลักการและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ จึงขัดกับ Article 2.2 และมาตรการสุขอนามัยพืชรดังกล่าวไม่วางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1-5.2

Panel พิจารณาข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาภายใต้ Article 2.2 และ Article 5.1 และ 5.2 ดังนี้

Panel เห็นว่าควรอ่าน Article 2.2 และ Article 5.1 ร่วมกัน ดังที่ Appellate Body ในคดี EC- Hormones กล่าวไว้ ซึ่งตามเงื่อนไขของ Article 2.2 ญี่ปุ่นจะต้องประกันว่ามาตรการสุขอนามัยพืชรของตนนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์และมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนที่เพียงพอ แต่ Article 2.2 ก็กำหนดทางเลือกให้ว่ามาตรการสุขอนามัยพืชรที่รัฐใช้นั้นอาจจะปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนก็ได้หากว่าเป็นมาตรการชั่วคราวภายใต้ Article 5.7 Panel ได้แยกพิจารณาดังนี้

(1) ความหมายของมาตรการที่คงไว้โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ¹³⁶

Panel เห็นว่าเมื่อหน้าที่โดยทั่วไปตาม Article 2.2 จะต้องอ่านร่วมกับหน้าที่เฉพาะตาม Article 5.1 Panel จึงยกเอาคำตัดสินของ Appellate Body ในคดี EC-Hormones ซึ่งได้กำหนดความหมายของคำว่า "วางอยู่บนพื้นฐาน" (based on) ที่อยู่ใน Article 5.1 ไว้ว่าคำว่า "วางอยู่บนพื้นฐาน" เป็นการอ้างถึงความสัมพันธ์ที่สำคัญระหว่างองค์ประกอบสองประการ กล่าวคือ จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชรและการประเมินความเสี่ยง ดังนั้นเมื่ออ่าน Article 5.1 ควบคู่กับ Article 2.2 จะมีผลทำให้การประเมินความเสี่ยงนั้นจะต้องประกันหรือสนับสนุนมาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทอย่างสมเหตุสมผล ดังนั้นเงื่อนไขที่ว่ามาตรการสุขอนามัยจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมิน

¹³⁵ Ibid., paras. 8.14-8.16

¹³⁶ Ibid., paras. 8.28-8.31

ความเสี่ยงนั้นหมายถึงต้องการให้มีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลระหว่างมาตรการและการประเมินความเสี่ยง

Panel เห็นว่า การตัดสิน Article 5.1 ของ Appellate Body ในคดีดังกล่าวสามารถใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยว่ามาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทกำหนดขึ้นโดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอตามนัยของ Article 2.2 หรือไม่ ดังนั้นตามความเห็นของ Panel มาตรการสุขอนามัยพืชที่คงไว้โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ก็คือ มาตรการที่ปราศจากความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลหรือที่สำคัญระหว่างมาตรการสุขอนามัยพืชกับหลักฐานวิทยาศาสตร์ที่ยื่นเข้ามาให้แก่ Panel

(2) ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์ที่ให้คำแนะนำแก่ Panel ¹³⁷

ในการตัดสินว่ามาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นคงไว้โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอหรือไม่โดยดูว่าปราศจากความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลระหว่างมาตรการตามข้อพิพาทกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์หรือไม่นั้น Panel จำเป็นจะต้องอ้างความเห็นที่ผู้เชี่ยวชาญให้ไว้กับ Panel ซึ่งตามคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญ ผู้เชี่ยวชาญเห็นว่ามาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ยื่นเข้ามา Panel จึงพิจารณาได้ว่าไม่มีความสัมพันธ์ที่สำคัญหรือที่สมเหตุสมผลระหว่างมาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ยื่นให้แก่ Panel จึงสรุปได้ว่า ญี่ปุ่นคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยพืชโดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ไม่เพียงพอตามนัยของ Article 2.2

(3) อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก Article 2.2 กำหนดไว้ว่ามาตรการสุขอนามัยพืชอาจจะคงไว้โดยไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอก็ได้ แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของ Article 5.7 Panel จึงต้องพิจารณาต่อไปว่ามาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทสอดคล้องกับ Article 5.7 หรือไม่

¹³⁷ Ibid., paras. 8.32 and 8.42-8.43

Article 5.7 ระบุว่า ในกรณีที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอ รัฐสมาชิกก็อาจจะใช้มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชชั่วคราวก่อนได้โดยอาศัยข้อมูลในเรื่องนั้น ๆ ที่มีอยู่ รวมทั้งข้อมูลจากองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องและข้อมูลจากมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชที่รัฐสมาชิกอื่น ๆ ใช้อยู่ ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้ รัฐสมาชิกจะต้องค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นสำหรับการประเมินความเสี่ยงเพิ่มขึ้นและทบทวนมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชภายในระยะเวลาอันสมควร

Panel เห็นว่า ตาม Article 5.7 นั้นอนุญาตให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการสุขอนามัยพืชได้ชั่วคราวถ้าหากว่าเข้าองค์ประกอบ ดังนี้¹³⁸

1. มาตรการที่กำหนดขึ้นนั้นมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องสนับสนุนไม่เพียงพอ และ
2. มาตรการนั้นกำหนดขึ้นโดยอาศัยข้อมูลในเรื่องนั้น ๆ ที่มีอยู่

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ามาตรการนั้นจะเข้าองค์ประกอบทั้ง 2 ประการที่กล่าวมาข้างต้น Article 5.7 ได้กำหนดหน้าที่เพิ่มเติมขึ้นมาสำหรับรัฐสมาชิกที่จะใช้มาตรการชั่วคราวได้ กล่าวคือ

1. ค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นสำหรับการประเมินความเสี่ยงเพิ่มขึ้น
2. ทบทวนมาตรการสุขอนามัยพืชนั้นภายในระยะเวลาอันสมควร

ดังนั้น แม้ว่า Panel จะสันนิษฐานว่ามาตรการตามข้อพิพาทมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอและมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้นอยู่ ซึ่งทำให้ญี่ปุ่นสามารถใช้มาตรการตามข้อพิพาทได้ชั่วคราวก็ตาม แต่ญี่ปุ่นมีหน้าที่เพิ่มเติมที่จะต้องค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นสำหรับการประเมินความเสี่ยงเพิ่มขึ้นและทบทวนมาตรการสุขอนามัยพืชนั้นภายในระยะเวลาอันสมควรด้วย ญี่ปุ่นอ้างว่าข้อมูลต่าง ๆ ที่รัฐผู้ส่งออกต่าง ๆ ยื่นเข้ามาเป็นหลักฐานนั้นถือว่าการค้นหารวบรวมข้อมูลภายใต้ Article 5.7 แล้ว แต่ Panel ไม่เห็นด้วยว่าวิธีการรวบรวมข้อมูลเช่นนี้ไม่ได้เป็นการจัดหาข้อมูลที่จำเป็นเพื่อประเมินความเสี่ยงเพิ่มขึ้น และไม่มีกรทบทวน

¹³⁸ Ibid., para. 8.54

มาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทภายในระยะเวลาอันสมควร ฉะนั้น Panel พบว่ามาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทนี้กำหนดขึ้นโดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอตามนัยของ Article 2.2 และไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขสำหรับมาตรการสุขอนามัยพืชชั่วคราวตาม Article 5.7 ดังนั้นการที่ญี่ปุ่นคงมาตรการสุขอนามัยพืชไว้จึงไม่สอดคล้องกับ Article 2.2¹³⁹

Panel เห็นว่าเมื่อมาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทไม่สอดคล้องกับ Article 2.2 แล้ว จึงไม่จำเป็นอีกต่อไปที่จะตรวจสอบว่ามาตรการนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และ 5.2 หรือไม่¹⁴⁰

3) การตีความเกี่ยวกับ Article 5.6 : มาตรการจะต้องไม่เป็นการกีดกันทางการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็น

สหรัฐอเมริกาเรียกร้องว่ามาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นไม่สอดคล้องกับ Article 5.6 เพราะเป็นการกีดกันทางการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่น

Panel เห็นว่า Article 5.6 จะต้องอ่านบริบทประกอบด้วย กล่าวคือ Panel เห็นว่า Article 5.6 และ Article 2.2 นั้นสัมพันธ์กัน โดย Article 2.2 จะใช้ภาษาทั่วไป แต่ Article 5.6 จะใช้ภาษาที่บ่งเฉพาะกว่า ดังนั้น ควรอ่าน Article 5.6 คู่กับ Article 2.2 ที่กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องประกันว่าจะใช้มาตรการสุขอนามัยภายในขอบเขตเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครอง ชีวิต หรือสุขภาพของคน สัตว์ หรือพืชเท่านั้น

นอกจากนี้ยังเห็นว่า Article 5.6 ต้องการให้มาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทจะต้องไม่เป็นการกีดกันทางการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นโดยคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและทางเศรษฐกิจ และจาก footnote ของ Article 5.6 มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทจะถูกพิจารณาว่าเป็นการกีดกันทางการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็น ถ้าหากว่ามีมาตรการพืชอื่น ซึ่ง

¹³⁹ Ibid., para. 8.61

¹⁴⁰ Ibid., para. 8.63

- (1) กำหนดขึ้นอย่างมีเหตุผลเมื่อคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและทางเศรษฐกิจ
- (2) บรรลุนiveauที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยตามมาตรการที่พิพาท และ
- (3) เป็นการกีดกันทางการค้าน้อยกว่ามาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทเป็นอย่างมาก

จากหลักฐานที่ Panel มีอยู่และจากคำแนะนำที่ผู้เชี่ยวชาญได้ให้ไว้แก่ Panel พบว่ามีมาตรการอื่นซึ่งสอดคล้องเป็นไปตามองค์ประกอบ 3 ประการข้างต้นของ Article 5.6 จึงสรุปได้ว่ามาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นเป็นมาตรการที่กีดกันการค้ามากเกินไปจนจำเป็นเพื่อ บรรลุนiveauที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยตามความหมายของ Article 5.6 ¹⁴¹

4) การตีความ Article 7 และ Annex B : ความโปร่งใสของมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช ¹⁴²

สหรัฐอเมริกาฟ้องร้องว่ามาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทไม่ได้ประกาศโฆษณาจึงขัดกับ Article 7 ของข้อตกลง SPS

Article 7 กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชตามที่บัญญัติไว้ใน Annex B

Paragraph 1 Annex B กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องประกันว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชทั้งหมดที่รัฐใช้นั้น รัฐจะต้องประกาศออกมาโดยทันทีเพื่อที่ทำให้รัฐที่มีความสนใจจะได้คุ้นเคยกับกฎเกณฑ์เหล่านั้นและ footnote ใน paragraph นี้กำหนดว่า มาตรการสุขอนามัยและมาตรการสุขอนามัยพืช ได้แก่ กฎหมาย พระราชกฤษฎีกา ซึ่งใช้โดยทั่วไปแล้ว

Panel เห็นว่า มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่จะต้องประกาศโฆษณาตาม Annex B นี้ประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ประการ คือ (1) มาตรการนั้นได้รับการรับรองแล้ว

¹⁴¹ Ibid., paras. 8.71-8.72 and 8.104

¹⁴² Ibid., paras. 8.105-8.116

(2) มาตรการนั้นต้องเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืช เช่น กฎหมาย พระราชกฤษฎีกา ที่ซึ่ง (3) ใช้โดยทั่วไป

กรณีตามข้อพิพาท มาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นได้รับการรับรองและนำมาใช้โดยทั่วไปแล้ว Panel จึงวินิจฉัยแต่เพียงว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสุขอนามัยพืชตามนัยของ paragraph 1 Annex B หรือไม่

Panel เห็นว่ากฎเกณฑ์เกี่ยวกับสุขอนามัยที่จะต้องประกาศนั้น ตาม paragraph 1 Annex B ใช้คำว่า “เช่น” กฎหมาย พระราชกฤษฎีกา ฉะนั้นกฎเกณฑ์สุขอนามัยที่ต้องประกาศโฆษณาจึงไม่จำเป็นจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายเท่านั้น และนอกจากนี้ตาม paragraph 1 Annex A ของข้อตกลง SPS ก็กำหนดว่ามาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชรวมถึงกฎหมาย พระราชกฤษฎีกา กฎเกณฑ์ ข้อกำหนดและวิธีการ ต่าง ๆ ด้วย หากว่ามีสิ่งทีกระตุ้นเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการปฏิบัติได้ก็จะถือว่าเป็นกฎระเบียบเกี่ยวกับสุขอนามัยแล้ว

Panel จึงสรุปว่า มาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทเป็นไปตามเงื่อนไขการประกาศโฆษณาภายใต้ paragraph 1 Annex B อย่างไรก็ดีตาม Article 7 กำหนดเงื่อนไขให้ประกาศกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสุขอนามัยนั้นโดยทันทีเพื่อให้รัฐสมาชิกอื่นที่สนใจจะได้คุ้นเคยกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวซึ่งญี่ปุ่นไม่ได้ประกาศมาตรการสุขอนามัยพืชของตนเพียงแค่ว่าแจกจ่ายให้ในจำนวนจำกัดเท่านั้นและการที่กระทรวงเกษตร ป่าไม้ และประมงเป็นองค์กรในการตอบข้อซักถามต่าง ๆ นั้นไม่ถือว่าเป็นการประกาศโดยทันที ดังนั้น ญี่ปุ่นจึงปฏิบัติไม่สอดคล้องกับหน้าที่ภายใต้ Article 7

Panel เห็นว่าเมื่อมาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติต่าง ๆ ของ Article 2.2, 5.6 และ Article 7 แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวขัดกับ Article 8 และ Annex C หรือไม่¹⁴³

ดังนั้น สรุปได้ว่า มาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติต่าง ๆ ของข้อตกลง SPS ดังต่อไปนี้

¹⁴³ Ibid., para. 8.117

1. มาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนเพียงพอ และไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขสำหรับการใช้มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืช (ที่ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนเพียงพอ) ชั่วคราว มาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นจึงไม่สอดคล้องกับ Article 2.2 และ Article 5.7
2. มาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นเป็นมาตรการที่กีดกันการค้ามากเกินไปกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัย จึงไม่สอดคล้องกับ Article 5.6
3. ญี่ปุ่นไม่ได้ประกาศมาตรการสุขอนามัยพืชของตนโดยทันทีที่กำหนดใช้มาตรการนั้น ญี่ปุ่นจึงปฏิบัติไม่สอดคล้องกับหน้าที่ภายใต้ Article 7 และ paragraph 1 Annex B

3.3.2 การตัดสินของ Appellate Body

ก. ประเด็นสำคัญที่ยกขึ้นอุทธรณ์¹⁴⁴

- 1) Panel ตัดสินผิดไปหรือไม่ว่ากฎเกณฑ์การทดสอบต่าง ๆ ที่เป็นมาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทของญี่ปุ่นปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอตาม Article 2.2
- 2) Panel ตัดสินการใช้ Article 5.7 ผิดหรือไม่
- 3) Panel ตีความขอบเขตการใช้เงื่อนไขเกี่ยวกับการประกาศโฆษณาตาม paragraph 1 Annex B ผิดไปหรือไม่

¹⁴⁴ Appellate Body Report, Japan – Measures Affecting Agricultural Products , WTO, WT/DS76/AB/R 22 February 1999, www.wto.org/wto/whatis/dispute/dispute.htm : INTERNET

ข. การตีความเกี่ยวกับ Article 2.2 ¹⁴⁵

ญี่ปุ่นอุทธรณ์ว่า Panel ตัดสินผิดไปว่ามาตรการสุขนามัยพีชของตนปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ จึงขัดกับ Article 2.2

ญี่ปุ่นขอให้พิจารณาเกี่ยวกับความหมายของประโยคที่ว่า “คงไว้โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ” ความหมายของคำว่า “เพียงพอ” (sufficient) ที่อยู่ใน Article 2.2 Appellate Body เห็นว่าคำว่า “เพียงพอ” นั้น จะต้องมีความสัมพันธ์ที่เพียงพอระหว่างองค์ประกอบ 2 ประการ กล่าวคือ ระหว่างมาตรการสุขนามัยหรือมาตรการสุขนามัยพีชกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ เนื่องจากเห็นด้วยกับการตีความของ Panel ที่ว่า Article 2.2 และ Article 5.1 ควรจะอ่านร่วมกัน Article 2.2 แจ่มให้ทราบถึง Article 5.1 หน้าที่โดยทั่วไปที่กำหนดขึ้นใน Article 2.2 มีความหมายร่วมกับ Article 5.1 ดังนั้น เมื่ออ่าน Article 5.1 และ Article 2.2 ร่วมกันจะมีผลทำให้การประเมินความเสี่ยงจะต้องประกันมาตรการสุขนามัยและสุขนามัยพีชอย่างมีประสิทธิภาพ หรือสนับสนุนมาตรการสุขนามัยและสุขนามัยพีชอย่างสมเหตุสมผล ดังนั้นเงื่อนไขที่ว่ามาตรการสุขนามัยและสุขนามัยพีชจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานการประเมินความเสี่ยงก็จะต้องมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่างมาตรการและการประเมินความเสี่ยง การตีความดังกล่าว Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ว่าสามารถใช้เป็นแนวทางในการตีความ Article 2.2 ที่ห้ามคงมาตรการสุขนามัยไว้หากปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ โดยเฉพาะการตีความความหมายของคำว่า “เพียงพอ” (sufficient) ได้

ดังนั้น Appellate Body จึงเห็นด้วยกับ Panel ว่า หน้าที่ตาม Article 2.2 ซึ่งกำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องไม่คงไว้ซึ่งมาตรการสุขนามัยและสุขนามัยพีชที่ปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอนั้น จะต้องมีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลระหว่างมาตรการสุขนามัยหรือสุขนามัยพีชกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ แต่จะมีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลระหว่างมาตรการสุขนามัยหรือสุขนามัยพีชกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์หรือไม่จะต้องทำการตัดสินในแต่คดีไปและขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะคดี รวมทั้งลักษณะของมาตรการตามข้อข้อพิพาท และคุณลักษณะหรือปริมาณของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ด้วย

¹⁴⁵ Ibid., paras. 72-85

Appellate Body จึงปฏิเสธการอุทธรณ์ของญี่ปุ่นในประเด็นนี้ และยืนยัน คำตัดสินของ Panel ว่ามาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทคงไว้โดยปราศจากหลักฐานทาง วิทยาศาสตร์ที่เพียงพอจึงขัดกับ Article 2.2 ของข้อตกลง SPS อย่างไรก็ตาม Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ที่ว่า Article 5.1 เป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่ทั่วไปตาม Article 2.2 แต่ ก็ไม่ได้หมายความว่าขอบเขตของ Article 2.2 จะหมายถึง Article 5.1 เท่านั้น

นอกจากนี้ Appellate Body เห็นว่า ความหมายของคำว่า “เพียงพอ” หรือ ประโยคที่ว่า “คงไว้โดยปราศจากหลักฐานที่เพียงพอ” ใน Article 2.2 นั้นสามารถนำไปใช้กับ Article 5.1 Article 3.3 และ Article 5.7 ได้ด้วย

ข. การตีความเกี่ยวกับ Article 5.7¹⁴⁶

ญี่ปุ่นอุทธรณ์ว่า Panel ตัดสินการใช้ Article 5.7 ผิดไป

Article 5.7 ของข้อตกลง SPS กำหนดเงื่อนไขเพื่อให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการ สุขอนามัยและสุขอนามัยพืชชั่วคราวได้ ถ้าหากว่ามาตรการนั้น

- 1) กำหนดขึ้นโดยมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอและ
- 2) ใช้มาตรการโดยอาศัยข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ ที่มีอยู่

นอกจากนี้ Article 5.7 ยังกำหนดว่ามาตรการชั่วคราวดังกล่าวจะใช้ไม่ได้ เว้นเสีย แต่ว่ารรัฐสมาชิกจะทำการ

- 1) ค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นเพื่อประเมินความเสี่ยงเพิ่มขึ้น
- 2) ทบทวนมาตรการภายในระยะเวลาอันสมควร

องค์ประกอบทั้ง 4 ประการดังกล่าวมีความสำคัญเท่ากัน ในกรณีที่ขาดองค์ ประกอบข้อใดในหนึ่งไปมาตรการนั้นก็จะไม่สอดคล้องกับ Article 5.7 ดังนั้นเมื่อ Panel ตัดสิน ไว้แล้วว่าญี่ปุ่นไม่ปฏิบัติการค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมและไม่ได้ทบทวนมาตรการภายในระยะเวลา อันควรแล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่ามาตรการของญี่ปุ่นกำหนดขึ้นโดยมีข้อมูลทางวิทยา ศาสตร์ไม่เพียงพอหรือไม่ หรือได้ใช้มาตรการโดยอาศัยข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ ที่มีอยู่หรือไม่

¹⁴⁶ Ibid., para. 88-94

Appellate Body ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับการค้นคว้าข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นเพื่อการประเมินความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นว่า Article 5.7 หรือบทบัญญัติอื่นของข้อตกลง SPS ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ของข้อมูลที่จะต้องค้นหาไม่ว่าจะเป็นวิธีการรวบรวมที่ธรรมดาหรือพิเศษก็ตาม อย่างไรก็ตาม Article 5.7 กล่าวว่าข้อมูลเพิ่มเติมนั้นค้นมาาก็เพื่อรัฐสมาชิกจะได้ใช้ทำการประเมินความเสี่ยงให้เพิ่มขึ้น ดังนั้นข้อมูลที่ค้นมาจะต้องเกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงด้วย แต่ Panel ได้พบว่าข้อมูลที่ญี่ปุ่นรวบรวมมานั้นไม่ได้ตรวจสอบถึงความเหมาะสมของมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาท ดังนั้น Appellate Body จึงเห็นด้วยกับ Panel ว่า ญี่ปุ่นไม่ได้ค้นหาข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นเพื่อประเมินความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้น ส่วนการทบทวนมาตรการในเวลาอันสมควรนั้น Appellate Body เห็นว่าขึ้นอยู่กับแต่ละคดีไป และขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะคดีด้วย รวมถึงความยากลำบากในการรับข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นเพื่อทำการทบทวนและลักษณะของมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชชั่วคราวที่ใช้ด้วย ซึ่งในคดีนี้ Panel พบว่า การรวบรวมข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นกระทำได้ง่าย Appellate Body จึงเห็นด้วยกับ Panel ว่า ญี่ปุ่นไม่ได้ทบทวนมาตรการสุขอนามัยพืชของตนภายในระยะเวลาอันสมควร Appellate Body จึงยืนตามการตัดสินของของ Panel ว่า ญี่ปุ่นไม่ได้ทำตามเงื่อนไขภายใต้ Article 5.7

ง. Article 7 และ paragraph 1 ของ Annex B ¹⁴⁷

ญี่ปุ่นอุทธรณ์ว่า กฎเกณฑ์ที่อ้างใน paragraph 1 ของ Annex B หมายถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มีผลบังคับใช้ทางกฎหมายเท่านั้น ญี่ปุ่นจึงกล่าวว่ามาตรการสุขอนามัยพืชตามข้อพิพาทไม่ใช่กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ได้ตามกฎหมาย จึงไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของเงื่อนไขการประกาศโฆษณาตาม paragraph 1 Annex B

Appellate Body เห็นว่า รายการที่กำหนดใน footnote ของ paragraph 1 Annex B ใช้คำว่า “เช่น” (Such as) เท่ากับว่าขอบเขตของการใช้เงื่อนไขการประกาศโฆษณาไม่ได้จำกัดเฉพาะกฎหมาย พระราชกฤษฎีกา เท่านั้น แต่รวมถึงกฎเกณฑ์อื่นที่ใช้โดยทั่วไปและมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎเกณฑ์ที่เขียนไว้ใน footnote ของ paragraph 1 Annex B ด้วย

¹⁴⁷ Ibid., paras. 102-108

วัตถุประสงค์ของ paragraph 1 Annex B ก็คือทำให้สมาชิกที่สนใจได้คุ้นเคยกับ กฎเกณฑ์สุขนามัยและสุขนามัยพืชต่าง ๆ ที่รัฐอื่นใช้ และทำให้มาตรการเกิดความโปร่งใส ดังนั้นตามความเห็นของ Appellate Body ขอบเขตการใช้เงื่อนไขเกี่ยวกับการประกาศโฆษณา ตาม paragraph 1 Annex B ควรตีความตามนัยของวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้ ซึ่งมาตรการสุขนามัย และสุขนามัยพืชตามข้อพิพาทก็ได้ใช้โดยทั่วไปอยู่แล้ว ยิ่งกว่านั้นมาตรการสุขนามัย พืชตามข้อพิพาทยังมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมาย พระราชกฤษฎีกา ด้วยเหตุผลดังนี้ Appellate Body จึงเห็นด้วยกับ Panel ว่ามาตรการพืชตามข้อพิพาทเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ สุขนามัยพืชภายใต้ความหมายของ paragraph 1 Annex B ซึ่งจะต้องประกาศโฆษณา Appellate Body จึงยืนตามคำตัดสินของ Panel ว่าญี่ปุ่นปฏิบัติไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของ paragraph 1 Annex B และ Article 7 ของข้อตกลง SPS

สรุปได้ว่า

1. Appellate Body ยืนยันคำตัดสินของ Panel ว่าญี่ปุ่นกำหนดมาตรการสุขนามัยพืชโดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ จึงขัดกับ Article 2.2
2. Appellate Body ยืนยันคำตัดสินของ Panel ว่าญี่ปุ่นไม่ได้ทำตามเงื่อนไข สำหรับการใช้มาตรการสุขนามัยหรือสุขนามัยพืช (ที่ปราศจากหลักฐานวิทยาศาสตร์) ชั่วคราว ภายใต้ Article 5.7
3. Appellate Body ยืนยันคำตัดสินของ Panel ว่าญี่ปุ่นปฏิบัติไม่สอดคล้องกับ Article 7 และ paragraph 1 Annex B โดยการไม่ได้ประกาศมาตรการสุขนามัยพืชของตนโดยทันทีที่กำหนดใช้มาตรการนั้น

Appellate Body จึงแนะนำให้องค์การระงับข้อพิพาทร้องขอให้ญี่ปุ่นกระทำการให้ มาตรการสุขนามัยพืชตามข้อพิพาทของตนเป็นไปตามข้อผูกพันต่าง ๆ ภายใต้ข้อตกลง SPS ด้วย

4. ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับคดีและข้อตกลง SPS

4.1 ประเด็นมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชวางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ (Article 3.1)

Panel ในคดี EC-Hormones ตีความว่า Article 3.1 กำหนดเป็นหน้าที่ (obligation) บังคับให้สหภาพยุโรปจะต้องวางมาตรการสุขอนามัยตามมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะใน Article 3.3 ฉะนั้น Article 3.3 จึงเป็นข้อยกเว้น (exception) ของหน้าที่โดยทั่วไปตาม Article 3.1 อย่างไรก็ตาม ในชั้นอุทธรณ์ Appellate Body กลับคำตัดสินว่าการที่สหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดมาตรการสุขอนามัยตามมาตรฐานระหว่างประเทศ (มาตรฐานของ Codex) ที่มีอยู่เป็นสิทธิของสหภาพยุโรปเองที่สามารถทำได้แต่สหภาพยุโรปจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ หรือมีการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5 ดังนั้น Article 3.3 จึงไม่ใช่ข้อยกเว้นของ Article 3.1 อย่างไรก็ตาม Appellate Body ก็ไม่ได้ตีความว่า Article 3.1 กำหนดเป็นหน้าที่บังคับให้รัฐสมาชิกจะต้องทำหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า Article 3.1 ไม่น่าจะเป็นหน้าที่บังคับให้รัฐสมาชิกจะต้องกระทำ แม้ว่าใน Article 3.1 จะใช้คำว่า “ต้อง” (shall) เนื่องจากวัตถุประสงค์ของข้อตกลง SPS นั้นต้องการให้มีการใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่มีความกลมกลืนกันในระหว่างรัฐสมาชิกโดยไม่ต้องการให้รัฐสมาชิกเปลี่ยนระดับความคุ้มครองสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชของตนดังที่อารัมภบทของข้อตกลง SPS กำหนดไว้ ฉะนั้นหากตีความว่า Article 3.1 เป็นหน้าที่ซึ่งรัฐจะต้องทำแล้วก็จะขัดกับบทบัญญัติข้างต้น นอกจากนี้ใน Panel Report คดี EC-Hormones Panel ได้ตัดสินเกี่ยวกับ Article 3.1 ว่า “ถ้าหากว่า Codex มีมาตรฐานเกี่ยวกับการใช้ฮอร์โมนทั้ง 6 ชนิดเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกใช้ก็ “ควร” (should) จะวางอยู่บนมาตรฐานเหล่านั้น” การที่ Panel ใช้คำว่า “ควร” ไม่ใช่คำว่า “ต้อง” เท่ากับว่า Article 3.1 ไม่ได้เป็นบทบัญญัติที่บังคับให้รัฐสมาชิกต้องกระทำ ข้อตกลง SPS จึงเป็นข้อตกลงที่สนับสนุนให้เกิดความกลมกลืนขึ้นใน มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชโดยการให้ข้อได้เปรียบกับมาตรการที่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศว่าจะเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS และ ข้อตกลงแอกต์ 1994 ผู้เขียนเห็นว่า Article 3.1 น่าจะใช้คำว่า should แทนคำว่า shall และตัดประโยคที่ว่า “except as otherwise provided for in this Agreement, and in particular in Paragraph 3” ออกไป ถึงจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของข้อตกลง SPS

JAN McDONALD ¹⁴⁸ ตั้งข้อสังเกตว่า ในเรื่องความปลอดภัยของอาหารซึ่งข้อตกลง SPS กำหนดให้ใช้มาตรฐาน แนวทาง หรือข้อเสนอแนะของ Codex ซึ่ง Codex นั้นตั้งขึ้นมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1963 เป็นองค์การระหว่างประเทศภายใต้การอุปถัมภ์ขององค์การอาหารและเกษตรและองค์การอนามัยโลก (FAO/WHO) Codex มีหน้าที่ในการกำหนดมาตรฐานอาหารเกี่ยวกับการตรวจสอบอาหาร มาตรฐานของยาฆ่าแมลง ฮอริโมนในสัตว์ สารตกค้างในยา สีสผสมอาหาร สารปรุงแต่ง การประเมินความเสี่ยง วิธีการวิเคราะห์ต่าง ๆ เป็นต้น แม้ว่า Codex จะเป็นองค์การระหว่างประเทศ แต่ในการประชุมคณะกรรมการช่วงปี ค.ศ. 1989-1991 พบว่า 81% ของผู้เข้าร่วมประชุมเป็นตัวแทนจากบริษัทเอกชนไม่ใช่จากภาครัฐบาล เช่น นักวิทยาศาสตร์จากบริษัทเนสเล่เข้าร่วมประชุม 38 คน หรือกรณีการประชุมคณะกรรมการเกี่ยวกับมาตรฐานสำหรับสิ่งเจือปนที่มีอยู่ในอาหาร ผู้เข้าร่วมประชุม 41 % มาจากภาคอุตสาหกรรม ดังนั้น เห็นได้ว่าตัวแทนจากบริษัทอุตสาหกรรมเอกชนเข้าร่วมประชุมมากกว่าตัวแทนที่มาจากภาครัฐบาล นอกจากนี้ยังพบว่า Codex มีข้อบกพร่องหลายประการ เช่น ไม่มีข้อมูลที่สมบูรณ์ที่จะเป็นพื้นฐานสำหรับจำนวนที่ตกค้างของยาฆ่าแมลง ซึ่งในปี ค.ศ. 1991 US General Accounting Office ได้เปรียบเทียบมาตรฐานยาฆ่าแมลงของ Codex กับยาฆ่าแมลงที่ใช้ในสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่า 55 % สหรัฐอเมริกากำหนดมาตรฐานที่เข้มงวดกว่า ในขณะที่ Codex กำหนดกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดกว่าเพียง 27 % ฉะนั้นการปฏิบัติตามมาตรฐานของ Codex จะมีผลเป็นการลดระดับมาตรฐานความปลอดภัยของอาหารลงมา การที่ข้อตกลง SPS กำหนดให้ใช้มาตรฐานของ Codex จึงไม่ใช่เหตุผลที่ดี

ผู้เขียนเห็นว่าการที่ข้อตกลง SPS กำหนดให้ใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง และข้อเสนอแนะของ Codex นั้น จุดประสงค์หลักนั้นต้องการให้มีแม่แบบเพื่อเป็นแบบให้รัฐสมาชิกได้ปฏิบัติตามหรือนำมาใช้เพื่อความกลมกลืนในมาตรการสุขอนามัย การตั้ง Codex เป็นแม่แบบในเรื่องความปลอดภัยของอาหารนี้ได้รับการพิจารณาและตัดสินใจมาเป็นอย่างดีในระหว่างรัฐสมาชิก รัฐสมาชิกสามารถให้ความเห็นต่าง ๆ ก่อนที่จะมีการประกาศใช้มาตรฐานต่าง ๆ ของ Codex มาตรฐานของ Codex จึงเป็นมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับจากประเทศส่วนมาก การที่ข้อตกลง SPS กำหนดให้เรื่องความปลอดภัยอาหารใช้มาตรฐานของ Codex จึงสมควรแล้ว

¹⁴⁸ JAN McDonald, "Big beef up or consumer health Threat? : the WTO food safety agreement, Bovine Growth Hormone and the Precautionary Principle", *Environmental and Planning Law Journal* 15 (April 1998) : 122-123.

4.2 ประเด็นมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ (Article 3.3)

Panel และ Appellate Body ในคดี EC-Hormones ยอมรับว่าเงื่อนไข 2 ประการที่ทำให้รัฐสมาชิกสามารถใช้มาตรการสุขอนามัยที่สูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาไปตาม Article 3.3 กล่าวคือ 1) จะต้องมีความเสี่ยงทางวิทยาศาสตร์ หรือ 2) มีการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5 และ Panel เห็นว่า แม้ว่ามาตรการสุขอนามัยจะเป็นไปตามเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งข้างต้นแล้วก็ตาม มาตรการนั้นจะต้องสอดคล้องกับ Article อื่น ๆ ด้วย เช่น Article 2 และ Article 5 ในชั้นอุทธรณ์ Appellate Body ให้ข้อสังเกตว่าแม้ว่าเงื่อนไขข้อ 1) จะไม่ได้พูดถึงการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5 แต่ประโยคสุดท้ายของ Article 3.3 กำหนดให้มาตรการทั้งหมดที่มีระดับความคุ้มครองแตกต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของข้อตกลง SPS ด้วย ฉะนั้นไม่ว่าจะเป็นมาตรการที่เข้าเงื่อนไขข้อ 1) หรือ ข้อ 2) ก็จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ซึ่งรวมถึง Article 5 ด้วย นอกจากนี้ Appellate Body ยังนำเหตุผลมาสนับสนุนอีกว่า เนื่องจาก footnote ของ Article 3.3 ระบุว่ากรณีที่จะมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ได้นั้นก็ต่อเมื่อจากการตรวจสอบและการประเมินข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่พบว่ามาตรฐานระหว่างประเทศนั้นมีระดับความคุ้มครองสุขอนามัยไม่เพียงพอ ซึ่งการตรวจสอบและการประเมินนี้ถือว่าเป็นลักษณะของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5 นั่นเอง การมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์เท่ากับว่ามีการประเมินความเสี่ยงด้วย

JAN McDONALD¹⁴⁹ ไม่เห็นด้วยว่าเงื่อนไข 2 ประการข้างต้นจะต้องทำตาม Article 5 ด้วย ทั้งนี้เพราะตามตัวบทของ Article 3.3 ไม่มีเครื่องหมาย “,” หลังคำว่าเหมาะสม (appropriate) ที่จะทำให้เกิดความได้เช่นนั้น การเขียนประโยคต่อไปเลยเช่นนั้นเป็นเรื่องที่ตั้งใจไม่ใช้ความบังเอิญ

ผู้เขียนเห็นว่าการตัดสินของ Panel และ Appellate Body เช่นนี้ เพื่อต้องการให้มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นมานั้นมีทั้งการประเมินความเสี่ยงและมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน และโยงการประเมินความเสี่ยงให้มีความสัมพันธ์กับการมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ดังที่ได้ตัดสินให้การประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 และ การมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ตาม Article 2.2 อ่านร่วมกันและมีความหมายร่วมกัน ทั้งนี้เงื่อนไขตาม Article 5.1

¹⁴⁹ Ibid., p.119

และ Article 2.2 นี้จะช่วยป้องกันไม่ให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชเป็นเครื่องมือในการกีดกันการค้าระหว่างประเทศได้

4.3 ประเด็นมาตรการสุขอนามัยที่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ (Article 3.2)

Appellate Body ในคดี EC-Hormones ตีความ Article 3.2 ว่า มาตรการสุขอนามัยที่จะได้รับการสนับสนุนว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS และถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของคน สัตว์ และพืช จะต้องเป็นมาตรการที่ “เป็นไปตาม” (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศ ซึ่งหมายความว่ามาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นจะต้องเป็นกระจกของมาตรฐานระหว่างประเทศ กล่าวคือ จะต้องเหมือนกันทุกประการ ดังนั้นการตีความของ Panel ที่ว่า มาตรการสุขอนามัยที่ “วางอยู่บนพื้นฐาน” ของมาตรฐานระหว่างประเทศตาม Article 3.1 หมายถึงมาตรการสุขอนามัยที่ “เป็นไปตาม” มาตรฐานระหว่างประเทศ จึงไม่ถูกต้อง เพราะเห็นว่าการใช้คำที่แตกต่างกันในระหว่าง Article 3.1 และ Article 3.2 ไม่ใช่เรื่องความบังเอิญ

ผู้เขียนเห็นว่าการตีความดังกล่าวของ Appellate Body สืบเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า หากมาตรการที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นสอดคล้องกับ Article 3.2 มาตรการนั้นจะถือว่าเป็นมาตรการสุขอนามัยที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของคน สัตว์ และพืช และได้รับการสนับสนุนว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS ด้วย ดังนั้นมาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกใช้ควรจะต้องเหมือนกับหรือเป็นไปตามที่มาตรฐานระหว่างประเทศกำหนดไว้ทุกประการมิใช่เพียงแต่วางอยู่บนพื้นฐานหรือสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศเพียงบางประการเท่านั้น

John J. Barcelo III¹⁵⁰ ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ด้านกฎหมาย มหาวิทยาลัยคอร์เนล เห็นว่า Article 3.2 ของข้อตกลง SPS จะเป็นแรงผลักดันให้รัฐสมาชิกใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะใน Article นี้กำหนดว่า “มาตรการสุขอนามัยและอนามัยพืชที่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น และได้รับการสนับสนุนว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS”

¹⁵⁰ John J. Barcelo III, “Product Standards to Protect the Local Environment – the GATT and the Uruguay Round Sanitary and Phytosanitary Agreement, *Cornell International Law Journal*. (Vol. 27, No. 3 1994) : 764-765

แต่ ศาสตราจารย์ John เห็นว่าการใช้คำว่า “ถือว่า” และ “ได้รับการสันนิษฐาน” ไม่ชัดเจนเพราะ คำว่า “ถือว่า” จะหมายความว่าไม่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ต่อไปซึ่งจะทำให้มาตรการสุขอนามัย และ สุขอนามัยพืชที่รัฐสมาชิกใช้นั้นสอดคล้องกับ Article 5.6 กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ไม่กีดกัน การค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยและสุขอนามัย พืช ดังนั้นถ้ารัฐสมาชิกได้ใช้มาตรฐานระหว่างประเทศรัฐอื่นไม่สามารถเรียกร้องว่ามาตรการที่ รัฐนั้นใช้เป็นกีดกันการค้ามากกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองได้อีก

ผู้เขียนเห็นว่าการใช้คำว่า “ได้รับการสันนิษฐาน” ว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS เป็นการ เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกสืบพิสูจน์หักล้างได้ ทั้งนี้เพราะแม้ว่ารัฐสมาชิกจะกำหนดมาตรการ สุขอนามัยและสุขอนามัยพืชของตนสอดคล้องตามมาตรฐานระหว่างประเทศแล้วก็ตาม แต่ไม่ได้ เป็นการพิสูจน์ว่ารัฐสมาชิกได้ใช้มาตรการนั้นสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่น ๆ ของข้อตกลง SPS ด้วย ตัวอย่างเช่น รัฐสมาชิกใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชเป็นการเลือกปฏิบัติหรือ ก่อให้เกิดการกีดกันทางการค้า ระหว่างประเทศตาม Article 5.5 หรือไม่ เป็นต้น

4.4 ประเด็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ปริมาณการตรวจสอบ และ หลักการป้องกันล่วงหน้า

John J. Barcelo III¹⁵¹ เห็นว่ามาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชตามข้อตกลง SPS นี้ สามารถใช้ได้ถ้าหากว่าวางอยู่บนพื้นฐานของกระบวนการการประเมินความเสี่ยง ดังนั้นจึงต้องมี หลักฐานทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับความเสี่ยงที่มีต่อชีวิตหรือสุขภาพของคน สัตว์ หรือพืชซึ่ง มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชต้องการจะคุ้มครอง แต่ข้อตกลง SPS ไม่ได้กำหนดประเภท ของการประเมินความเสี่ยงหรือกำหนดปริมาณของการประเมินความเสี่ยงเอาไว้ ดังนั้นจึงควร จะให้ความสำคัญแก่สิทธิของรัฐสมาชิกในการใช้มาตรการสุขอนามัยคุ้มครองชีวิตและสุขภาพมากกว่าจะดูที่ปริมาณของความเสี่ยง

¹⁵¹ Ibid., p. 767

JAN McDONALD ¹⁵² เห็นว่าการตัดสินว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพียงพอหรือไม่ควรดูที่คุณภาพของกระบวนการทางวิทยาศาสตร์โดยดูจากผลที่บรรลุ ไม่ใช่ดูจากสิ่งที่สนับสนุนหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ว่ามีจำนวนมากเพียงใดและเห็นว่าบทบาทของ Panel เกี่ยวกับประเด็นทางวิทยาศาสตร์ควรจำกัดเพียงการตัดสินว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้นมีลักษณะของการค้นหาทางวิทยาศาสตร์หรือไม่มากกว่าที่จะพิจารณาว่าวิทยาศาสตร์นั้นถูกต้องหรือแม่นยำหรือไม่ และข้อตกลง SPS ก็ไม่ได้ให้อำนาจกับ Panel ทำหน้าที่ตัดสินเกี่ยวกับวิทยาศาสตร์แทนรัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยของตน ข้อตกลง SPS ต้องการให้มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐานหลักการทางวิทยาศาสตร์มากกว่าต้องการให้มาตรการวางอยู่บนหลักการวิทยาศาสตร์ที่ดีที่สุด และจะไม่คงมาตรการไว้หากปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอมากกว่าที่จะตรวจสอบน้ำหนักของหลักฐาน ทั้งนี้เนื่องจากข้อตกลง SPS ยอมรับข้อเท็จจริงที่ว่าความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์นั้นหายากหรือเป็นไปได้ค่อนข้างยาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องป้องกันอันตรายไว้ล่วงหน้าซึ่งเป็นผลของหลักการป้องกันล่วงหน้า

อย่างไรก็ดี Panel และ Appellate Body ในคดี EC-Hormones ไม่ได้ใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในการตีความข้อพิพาท Panel สรุปเพียงว่า Article 5.7 ของข้อตกลง SPS เป็นสิ่งที่สะท้อนถึงการใช้นโยบายป้องกันล่วงหน้าที่อนุญาตให้รัฐสมาชิกกำหนดมาตรการที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนไม่เพียงพอในลักษณะชั่วคราวได้ แต่ Panel ไม่สามารถมองข้ามคำที่ใช้อย่างชัดแจ้งใน Article 5 ซึ่งต้องการให้มาตรการสุขอนามัยของรัฐสมาชิกจะต้องมีการประเมินความเสี่ยงไปได้ ส่วน Appellate Body ให้ข้อสังเกตว่าในข้อตกลง SPS ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดการใช้นโยบายป้องกันล่วงหน้าเพื่อพิสูจน์มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช นอกจากนี้ใน Article 5.7 ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้มาตรการชั่วคราวเท่านั้น

JAN McDONALD ¹⁵³ เห็นว่าการปฏิเสธการใช้นโยบายป้องกันล่วงหน้าของ Panel และ Appellate Body ดังกล่าว และให้ความสำคัญอย่างมากกับกระบวนการประเมินความเสี่ยงอาจจะเป็นการขัดขวางรัฐสมาชิกที่จะใช้มาตรฐานสุขอนามัยที่สูงในอนาคตได้

¹⁵² JAN McDonald, "Big beef up or consumer health Threat ? : the WTO food safety agreement, Bovine Growth Hormone and the Precautionary Principle", *Environmental and Planning Law Journal* : p. 124.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 116

J. Martin Wagner และ Patti Goldman ¹⁵⁴ เห็นด้วยกับหลักการป้องกันล่วงหน้า โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าข้อตกลง SPS จะต้องการให้มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์ แต่ก็ไม่ได้ต้องการว่าหลักการนั้นจะต้องเป็นหลักการที่ดีที่สุด หรือได้รับการยอมรับจากองค์กรทางวิทยาศาสตร์ เจกเช่นเดียวกันเมื่อข้อตกลงต้องการเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ข้อตกลงก็ต้องการเฉพาะเหตุผลเท่านั้นไม่ใช่เหตุผลที่ดีที่สุดหรือเหตุผลที่ได้รับการยอมรับจากนักวิทยาศาสตร์ส่วนใหญ่ ดังนั้นข้อตกลงจึงต้องการให้รัฐสมาชิกตรวจสอบและประเมินข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เท่านั้น และการที่จะใช้มาตรการต่อไปนั้นจะต้องได้รับการสนับสนุนจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีประสิทธิภาพ ข้อตกลงไม่ได้ต้องการให้มาตรการนั้นได้รับการสนับสนุนโดยการซึ่งนำหนักของหลักฐานวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่

นอกจากนี้ J. Martin Wagner และ Patti Gold ยังเห็นว่าทบทวนมติของข้อตกลง SPS สะท้อนให้เห็นการยอมรับที่ว่าความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์นั้นมีความเป็นไปได้ยาก ดังนั้นหากว่าข้อตกลงต้องการให้รัฐสมาชิกวางมาตรการสุขอนามัยของตนอยู่บนหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งได้รับการยอมรับว่าดีที่สุดจากนักวิทยาศาสตร์ส่วนใหญ่หรือได้รับการสนับสนุนโดยหลักฐานวิทยาศาสตร์ส่วนใหญ่แล้วละก็ รัฐสมาชิกก็ไม่สามารถใช้มาตรการป้องกันล่วงหน้าเพื่อป้องกันความเสี่ยงต่าง ๆ ที่เกิดจากหลักฐานวิทยาศาสตร์ใหม่ ๆ หรือที่ยังมีการโต้เถียงกันอยู่ ด้วยเหตุนี้ J. Martin Wagner และ Patti Gold จึงเห็นว่าข้อตกลง SPS ได้ทิ้งให้เป็นหน้าที่ของรัฐสมาชิกที่จะตัดสินใจใด ๆ หรือกำหนดบังคับใช้มาตรการต่อหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่อาจยังขัดแย้งกันอยู่ ฉะนั้น ถ้า Panel ตัดสินเฉพาะสิ่งที่เป็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ถูกต้อง หรือดีที่สุด หรือได้รับการยอมรับจากคนส่วนใหญ่แล้ว ก็แสดงว่า Panel ได้แทรกแซงเสรีภาพของรัฐสมาชิกในการเลือกระดับความคุ้มครองของตนเอง ดังนั้นบทบาทของ Panel เกี่ยวกับประเด็นเรื่องหลักฐานวิทยาศาสตร์ควรจะจำกัดเพียงแค่การตัดสินว่าวิทยาศาสตร์ที่มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนนั้นมี

¹⁵⁴ J. Martin Wagner and Patti Goldman, "Comments to The Appellate Body of The World Trade Organization Concerning European Communities-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)", October 31 1997, Available from www.citizen.org/public-citizen/petrade/gattwto/meat.htm : INTERNET

คุณลักษณะอย่างน้อยเป็นการสืบสวนหรือค้นหาทางวิทยาศาสตร์หรือไม่เท่านั้น ไม่ควรรวมไปถึง การตัดสินว่าวิทยาศาสตร์นั้นถูกต้องแน่นอนหรือไม่เพียงใด

ต่อมา Panel ในคดี Japan-Agricultural Products ตัดสินว่ามาตรการสุขอนามัยพืชที่คงไว้โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ คือ มาตรการที่ปราศจากความสัมพันธ์ที่มีเหตุผลหรือที่สำคัญระหว่างมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ยื่นเข้ามาให้แก่ Panel และในชั้นอุทธรณ์ Appellate Body ก็เห็นด้วยกับการตัดสินของ Panel และให้ข้อคิดเห็นเสริมเข้ามาว่า การที่จะพิจารณาว่ามีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลระหว่างมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์หรือไม่ จะต้องทำการตัดสินในแต่ละคดีไป และขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะคดี รวมทั้งลักษณะของมาตรการตามข้อพิพาทและคุณลักษณะหรือปริมาณของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ด้วย การตัดสินดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ทั้งในเชิงคุณลักษณะและปริมาณจะเป็นตัวตัดสินว่ามาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นนั้นมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนเพียงพอหรือไม่และเป็นการปฏิเสธการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าเช่นเดิม

ผู้เขียนเห็นว่าการนำหลักการป้องกันล่วงหน้ามาใช้ในการตัดสินมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชจะทำให้การจัดทำข้อตกลง SPS ขึ้นมาไม่มีความหมาย ทั้งนี้เพราะเป้าหมายหลักของข้อตกลง SPS นั้นต้องการป้องกันการอ้างมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชที่จำเป็นมาใช้เป็นเครื่องมือในการเลือกปฏิบัติและกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงโดยการกำหนดเงื่อนไขเรื่องหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอขึ้นมาให้รัฐสมาชิกปฏิบัติ ดังนั้นมาตรการที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นควรจะต้องมีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ กล่าวคือ หลักฐานทางวิทยาศาสตร์จะต้องมีเหตุผลที่เพียงพอที่จะสนับสนุนการใช้มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืช โดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่นำมาสนับสนุนมาตรการนี้จะมีปริมาณมากน้อยเพียงใดไม่ใช่สาระสำคัญ แม้ว่าจะเป็หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ชั้นเดียวที่มีอยู่ แต่ถ้าหากว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะสนับสนุนมาตรการ มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชนั้นก็ถือว่ามีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนที่เพียงพอแล้ว นอกจากนี้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์นี้ก็ไม่จำเป็นต้องเป็นหลักฐานที่ดีที่สุดที่ได้รับการยอมรับจากนักวิทยาศาสตร์ส่วนใหญ่ ทั้งนี้เพราะความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์นั้นมีความเป็นไปได้ยากและจะทำให้รัฐสมาชิกไม่สามารถกำหนดใช้มาตรการสุขอนามัยได้ทันทั่วถึง ฉะนั้นบทบาทของ Panel และ Appellate Body ควรจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

ศาสตร์ว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะสนับสนุนการใช้มาตรการหรือไม่ การจำกัดบทบาทของ Panel และ Appellate Body ไว้เพียงพิจารณาว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มีลักษณะของการค้นหาทางวิทยาศาสตร์หรือไม่ จะทำให้รัฐสมาชิกสามารถใช้มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชเป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าได้ง่ายยิ่งขึ้น กรณีตาม Article 5.7 ที่กำหนดอนุญาตให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชได้แม้ว่าจะมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอ นั้น ผู้เขียนคิดว่าเป็นกรณีที่รัฐสมาชิกมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อยู่บ้างแล้วและเป็นหลักฐานที่มีความสัมพันธ์กับมาตรการที่ใช้อยู่แต่อาจจะไม่ชัดเจนนัก แต่รัฐสมาชิกจำเป็นต้องใช้มาตรการเพื่อป้องกันความเสี่ยงหรืออันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้ แต่ข้อตกลงกำหนดให้รัฐสมาชิกสามารถใช้มาตรการนั้นได้ชั่วคราวเท่านั้น โดยในระหว่างนั้นรัฐสมาชิกจะต้องหาข้อมูลเพิ่มเติมที่จำเป็นและจะต้องทบทวนมาตรการด้วย การสร้างเงื่อนไขดังกล่าวเป็นการประกันว่ามาตรการที่รัฐใช้นั้นจะต้องมีเหตุผลมาสนับสนุนการใช้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

4.5 ประเด็นการประเมินความเสี่ยงที่เป็นกระบวนการ

กรณีที่ Panel คดี EC-Hormones ตัดสินประเด็นการประเมินความเสี่ยงว่า การประเมินความเสี่ยงจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการ (procedural requirements) กล่าวคือ มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกใช้นั้นจะต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ณ ขณะที่บัญญัติมาตรการขึ้นมา J. Martin Wagner และ Patti Gold¹⁵⁵ เห็นว่า Panel ได้ยกระดับรูปแบบของการประเมินความเสี่ยงนอกเหนือจากเนื้อหาวัตถุประสงค์และภาษาที่ใช้ในข้อตกลง SPS รวมทั้งยกระดับความเป็นจริงของกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ด้วยซึ่งจะทำให้เหตุผลทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ใช้การไม่ได้ โดยกล่าวว่าเนื่องจากข้อตกลง SPS ต้องการพิจารณาเพียงว่ามาตรการที่รัฐสมาชิกใช้นั้นมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์หรือไม่ ดังนั้นเมื่อมีการฟ้องร้องมาตรการนั้นการมีอยู่ของเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ณ เวลาที่มีการฟ้องร้องจะเป็นตัวตัดสินว่ามาตรการนั้นว่าสามารถใช้ได้หรือไม่ แต่ถ้าเน้นว่าจะต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ณ ขณะที่เริ่มใช้มาตรการนั้นก็คงไม่มีความจำเป็นที่ข้อตกลง SPS จะกำหนดว่าการที่จะคงมาตรการสุขอนามัยได้จะต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ด้วย นอกจากนี้การวิจัยทางวิทยาศาสตร์เป็นกระบวนการต่อเนื่องที่มีความคืบหน้า

¹⁵⁵ Ibid.

และมักจะมีรายงาน ใหม่ ๆ ออกมาเรื่อย ๆ การที่ Panel ตัดสินให้ต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ขณะที่เริ่มใช้มาตรการจะทำให้มาตรการที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ขณะฟ้องร้องใช้การไม่ได้ เพราะขณะเริ่มใช้มาตรการนั้นมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนน้อยมาก และรัฐสมาชิกอื่นก็จะสามารถเข้ามาตราการนั้นได้อย่างง่ายดาย ทั้งนี้เพราะปรากฏในภายหลังว่ามีหลักฐานที่แน่นอน และใหม่กว่าสนับสนุนทำให้สามารถกำหนดมาตรการได้ จากเหตุผลที่กล่าวมา J. Martin Wagner และ Patti Gold จึงเห็นว่าการที่จะทำให้ง่ายไปของข้อตกลง SPS ซึ่งอนุญาตให้รัฐสมาชิกป้องกันความเสี่ยงที่มีต่อสุขภาพบรรลุลดได้ นั้น การวิเคราะห์พิจารณาของ Panel ควรจะจำกัดอยู่แค่การมีอยู่ของเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ณ เวลาที่มีการฟ้องร้องเท่านั้น

อย่างไรก็ตามในชั้นอุทธรณ์ Appellate Body ตัดสินไม่ด้วยกับ Panel เกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงที่เป็นกระบวนการ โดยให้เหตุผลว่าไม่มีข้อความใดใน Article 5 กำหนดให้การประเมินความเสี่ยงต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการ และเห็นว่าการตัดสินของ Panel เช่นนี้จะนำไปสู่การจำกัดหลักฐานวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ที่ใช้สนับสนุนมาตรการสุขอนามัยได้ แต่ Appellate Body ยังคงเห็นด้วยกับ Panel เกี่ยวกับกฎเกณฑ์การมีอยู่จริงของการประเมินความเสี่ยง กล่าวคือ ข้อสรุปวิทยาศาสตร์ของการประเมินความเสี่ยงจะต้องมีความสัมพันธ์กับข้อสรุปวิทยาศาสตร์ของมาตรการสุขอนามัย โดยข้อสรุปวิทยาศาสตร์ของการประเมินความเสี่ยงจะต้องมีหลักประกันเพียงพอที่จะสนับสนุนมาตรการสุขอนามัยที่ใช้ได้อย่างมีเหตุผล

Vern R. Walker¹⁵⁶ ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย มหาวิทยาลัยฮอฟสตรีท เห็นว่าการที่ Panel ในคดี EC-Hormones ตีความมาตรการสุขอนามัยซึ่งต้องวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงตาม Article 5.1 ให้รวมถึงกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ กล่าวคือ รัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยจะต้องยื่นหลักฐานเข้ามาว่าเมื่อขณะที่รัฐบัญญัติมาตรการสุขอนามัยนั้นรัฐได้มีการคำนึงถึงการประเมินความเสี่ยง การวางกฎเกณฑ์เช่นนี้ทำให้สหภาพยุโรปต้องมีเอกสารประเมินความเสี่ยงที่ผ่านมาที่แสดงถึงว่าตนมีการประเมินความเสี่ยงในขณะที่ยกหนดหรือคงไว้ซึ่งมาตรการนั้น นั่นคือ Panel ต้องการเอกสารซึ่งแสดงถึงการประเมิน

¹⁵⁶ Vern R. Walker, "Keeping the WTO from Becoming the "World Trans-science Organization" : Scientific Uncertainty, Science Policy, and Factfinding in the Growth Hormones Dispute, (Volume 31, No. 2 1998) : 279-300

ความเสี่ยงที่มีขึ้นก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของ Panel ต่อมาในชั้นอุทธรณ์ Appellate Body ไม่เห็นด้วยกับเงื่อนไขดังกล่าวที่ Panel สร้างขึ้น โดยให้เหตุผลว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่มีอยู่ใน ข้อตกลง SPS อย่างไรก็ตาม Appellate Body เห็นว่า รัฐสมาชิกไม่จำเป็นต้องทำการประเมินความเสี่ยงด้วยตนเอง แต่จะต้องวางมาตรการสุขอนามัยของตนอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงซึ่งอาจจะกระทำโดยรัฐสมาชิกอื่น ๆ หรือองค์การระหว่างประเทศก็ได้ การตัดสินเช่นนี้เท่ากับว่า Appellate Body เห็นด้วยกับ Panel ว่า รัฐสมาชิกที่คงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยจะต้องสามารถจัดหารายงานต่าง ๆ ที่สมบูรณ์ที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการประเมินความเสี่ยงที่เพียงพอ ดังนั้น แม้ว่า Appellate Body ไม่ต้องการหลักฐานการประเมินความเสี่ยงที่ผ่านมาที่มีอยู่ก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท แต่ Appellate Body ก็ยังต้องการรายงานที่อยู่ในขณะดำเนินกระบวนการพิจารณาข้อพิพาท แสดงให้เห็นว่า Appellate Body ก็เห็นด้วยกับกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการที่ Panel กำหนดขึ้น กล่าวคือ รัฐสมาชิกจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีรายงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงที่เพียงพอก่อนที่ Panel จะร้องขอ ซึ่ง Vern R. Walker ไม่เห็นด้วย Vern R. Walker เห็นว่า Article 5.1 ของข้อตกลง SPS ไม่ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกมีภาระที่จะต้องมียางานทางวิทยาศาสตร์ที่สมบูรณ์แต่อย่างใด Article 5.1 ต้องการเพียงให้มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสมกับสถานการณ์เท่านั้น ดังนั้นจึงไม่ควรตีความ Article 5.1 ว่าประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการใด ๆ หรือแม้แต่กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดทำรายงานการประเมินความเสี่ยงต่าง ๆ และเห็นว่า เงื่อนไขเดียวที่ควรจะมีอยู่ คือ ดูว่ามาตรการสุขอนามัยนั้นมีการประเมินความเสี่ยงหรือไม่เท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่าการปฏิเสธกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการของการประเมินความเสี่ยงแสดงให้เห็นว่า Appellate Body ปฏิเสธเรื่องเวลาในการทำการประเมินความเสี่ยง แต่การที่ Appellate Body ตัดสินสนับสนุนกฎเกณฑ์การมีอยู่จริงของการประเมินของประเมินความเสี่ยงเท่ากับว่า Appellate Body ลงไปตัดสินพิจารณาลักษณะของการประเมินความเสี่ยงว่าเป็นอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับการพิจารณาในประเด็นนี้ เพราะหากว่า Appellate Body ไม่พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการประเมินความเสี่ยงกับมาตรการสุขอนามัยที่ใช้แล้ว เป้าหมายของการจัดทำข้อตกลง SPS ขึ้นมาเพื่อป้องกันการใช้มาตรการสุขอนามัยออกจากการเป็นเครื่องมือกีดกันทางการค้าคงจะไม่สำเร็จลุล่วงเพราะการประเมินความเสี่ยงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะพิสูจน์ถึงความบริสุทธิ์ในการใช้มาตรการสุขอนามัยของรัฐสมาชิก