

บทที่ 5

วิเคราะห์ประเด็นปัญหาจากการใช้มาตรการจำกัดปริมาณสินค้า :
ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ในคดี
*JAPAN - Measures Affecting The Importation of Apples*¹

1. ความเป็นมาของคดี, หลักเกณฑ์ทางข้อเท็จจริงแห่งคดี และมาตรการทางการค้าของญี่ปุ่น

1.1 ความเป็นมาของคดี²

เมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2002 สหรัฐอเมริกาได้ร้องขอปรึกษาหารือกับญี่ปุ่นตาม มาตรา 1 และมาตรา 4 ของบันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการ ระวังข้อพิพาท, มาตรา XXIII ของข้อตกลง GATT, มาตรา 11 ของข้อตกลงว่าด้วยการบังคับใช้ มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และมาตรา 19 ของข้อตกลงว่าด้วยการเกษตร ในเรื่อง ข้อจำกัดเกี่ยวกับการนำเข้าแอปเปิ้ลที่กำหนดโดยญี่ปุ่น

สหรัฐอเมริกากล่าวว่า ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 ญี่ปุ่นได้นำข้อจำกัดด้านการกักกัน (Quarantine Restrictions) มาใช้บังคับกับแอปเปิ้ลของสหรัฐอเมริกาที่นำเข้าไปยังญี่ปุ่นเพื่อ ป้องกันการเข้ามาของเชื้อแบคทีเรีย Fire blight ข้อจำกัดเหล่านี้ครอบคลุมถึงการห้ามนำเข้า แอปเปิ้ลจากสวนผลไม้ซึ่งตรวจพบเชื้อแบคทีเรีย Fire blight, ข้อกำหนดให้สวนผลไม้ที่ส่งออกต้อง ได้รับการตรวจสอบปีละ 3 ครั้งถึงความมีอยู่ของเชื้อแบคทีเรีย, การตัดสิทธิสวนผลไม้จากการ ส่งออกไปยังญี่ปุ่น ถ้าตรวจพบเชื้อ Fire blight ภายใน 500 เมตร ของเขตป้องกัน และแอปเปิ้ลที่ จะส่งออกต้องมีการปฏิบัติรักษาหลังจากการเก็บเกี่ยวด้วยคลอรีน

¹ JAPAN - Measures Affecting The Importation of Apples Report of the Panel, (WT/DS245/R) 15 July 2003 and Report of the Appellate Body, (WT/DS245/AB/R) 26 November 2003.

² Report of the Panel, JAPAN - Measures Affecting The Importation of Apples, (WT/DS245/R) 15 July 2003, paras. 1.1 - 1.4.

สหรัฐอเมริกาอ้างว่า มาตรการของญี่ปุ่นไม่สอดคล้องกับมาตรา XI ของข้อตกลง GATT, มาตรา 2.2, 2.3, 5.1, 5.2, 5.3, 5.6, 6.1, 6.2, และมาตรา 7 และ ภาคผนวก B ของข้อตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช³ และมาตรา 14 ของข้อตกลงว่าด้วยการเกษตร การปรึกษาหารือได้มีขึ้นในวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 2002 แต่ไม่ประสบความสำเร็จในการเจรจาตกลง วันที่ 7 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 สหรัฐอเมริกาได้ร้องขอต่อองค์กรระงับข้อพิพาทเพื่อจัดตั้งคณะพิจารณา และองค์กรระงับข้อพิพาทได้จัดตั้งคณะพิจารณาขึ้นเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 2002

1.2 หลักเกณฑ์ทางข้อเท็จจริงแห่งคดี

1.2.1 เชื้อโรคที่เป็นปัญหา⁴

Fire blight หรือชื่อในทางวิทยาศาสตร์ว่า *Erwinia amylovora* (*E. amylovora*) เป็นโรคแบคทีเรียชนิดหนึ่งของต้นแพร่หรือต้นแอปเปิ้ล ปรากฏครั้งแรกใน Hudson River Valley of New York States ในสหรัฐอเมริกา เมื่อปี ค.ศ. 1793 อาการของพืชที่ติดเชื้อจะขึ้นอยู่กับส่วนที่ติดเชื้อ ดอกที่ติดเชื้อจะหุบลง เหี่ยวและร่วงหล่นเป็นดอกแห้งๆและมีสีดำ, ใบที่ติดเชื้อจะมีลักษณะหงิกงอและไหม้เกรียม, ผลที่ติดเชื้อจะไม่เจริญเติบโตและกลายเป็นสีน้ำตาลหรือสีดำเหี่ยวและแห้งลงแต่ยังคงติดอยู่กับกิ่งของลำต้น, กิ่งก้านและลำต้นอาจเป็นแหล่งเจริญเติบโตของตัวเพลี้ยซึ่งจะทำให้ต้นพืชตายได้ถ้ามีการเจริญเติบโตของเชื้อโรคที่รุนแรงมาก

การติดเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ที่รุนแรงมากที่สุดที่สำคัญในระยะแรก คือ ในช่วงผ่านฤดูหนาวตัวเพลี้ยจะเจริญเติบโตมากกว่าในช่วงฤดูก่อนหน้า เชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** จะติดเชื้อไปยังต้นพืช การปรากฏของตัวหนอน สภาพอากาศที่เปียกชื้นในฤดูใบไม้ผลิ วงจรชีวิตของเชื้อโรคเริ่มต้นเมื่อตัวเพลี้ยซึ่งติดเชื้อปรสิติดได้กระจายแบคทีเรียเข้าไป การเข้าไปนี้โดยถูกแพร่เชื้อโดยปัจจัยสำคัญจากลมหรือฝน แมลงหรือนก ดอกที่บานในพืชต้นเดิมหรือพืชที่มีปรสิติดต้นใหม่แบคทีเรียจะเพิ่มจำนวนมากขึ้น ณ จุดที่ดอกไม้บานและเข้าสู่ต้นพืชโดยผ่านช่องที่ผิวของใบที่เปิด

³ ข้อตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช หรือ Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures ต่อไปผู้เขียนจะเรียกว่าข้อตกลง SPS

⁴ Report of the Panel, *supra note 2*, paras. 2.1 - 2.4.

ออกโดยผ่านการหายใจของพืช หรืออวัยวะที่สร้างน้ำหวาน แบคทีเรียอาจจะแพร่กระจายเข้าไปในบริเวณต้นพืชที่มีปรสิตอาศัยอยู่ ทำให้เกิดเชื้อโรคในขณะที่ดอกกำลังบานและขณะที่กำลังออกผล หรือบริเวณกิ่ง, กิ่งอ่อน หรือใบ ตัวเพลี้ยตัวใหม่สามารถก่อรูปร่างขึ้นบนกิ่งก้านหรือกิ่งอ่อนๆ ที่ติดเชื้อได้ เมื่อแบคทีเรียก่อตัวเป็นตัวเพลี้ยบนกิ่งก้านสาขา ตัวเพลี้ยจะคงอยู่ได้ถึงต้นปีต่อไป ตัวเพลี้ยจะหยุดการกระจายตัวไปยังผลผลิตในช่วงฤดูร้อนและยังไม่เกิดปฏิกริยาใดๆ จนถึงฤดูใบไม้ผลิ เมื่อได้ถูกกระตุ้นและเริ่มวงจรชีวิตใหม่อีกครั้ง

การติดเชื้อในระยะที่ 2 สามารถเกิดขึ้นได้ในระหว่างฤดูการเจริญเติบโต แหล่งกำเนิดของการเพาะเชื้อโรค คือ การไหลซึมของแบคทีเรียโดยกระจายจากรอยแยกไปยัง ใบ ผลหรือกิ่งก้านสาขาและแพร่กระจายออกไปโดยลม, ฝน, แมลงหรือนก

แอปเปิ้ลที่ยังไม่ถึงกำหนดเก็บสามารถติดเชื้อโรคได้โดยผ่านรอยเปิดตามธรรมชาติในบริเวณพื้นผิวหรือโดยกิ่งก้านที่ติดเชื้อ การติดเชื้อที่ผลโดยทั่วไปย่อมเกิดขึ้นหลังจากพายุลูกเห็บในเดือนฤดูร้อน ผลไม้ที่ติดเชื้อจะกระจายแบคทีเรียไปทั่ว กลายเป็นแห้ง ไม้เน่าและยังคงอยู่บนกิ่งก้าน

1.2.2 การกระจายทางภูมิศาสตร์ของเชื้อแบคทีเรีย *Fire blight*⁵

เชื่อกันว่าแบคทีเรีย *Fire blight* ถือกำเนิดขึ้นในอเมริกาเหนือ โดยในเริ่มแรกของช่วงปี ค.ศ. 1900-1909 ได้รับการรายงานในแคนาดาจากออนทาริโอไปยังบริติชโคลัมเบีย ในแมกซิโกเหนือ และสหรัฐอเมริกาจากชายฝั่งทางตะวันออกไปยังแคลิฟอร์เนียและทางตะวันตกเฉียงเหนือของมหาสมุทรแปซิฟิก นอกจากนี้ในประเทศนิวซีแลนด์ได้รับการรายงานในปี ค.ศ. 1919, Great Britain ในปี ค.ศ. 1957 และอียิปต์ในปี ค.ศ. 1964 เชื้อโรคได้แพร่กระจายข้ามไปยังยุโรปเหนือและยุโรปตะวันตกและยังคงจำกัดอยู่ในฝรั่งเศสและสวิตเซอร์แลนด์และถูกจำกัดในสเปน, อิตาลีและออสเตรเลีย

สำหรับประเทศนอร์เวย์ได้รายงานถึงการจำกัดแบคทีเรีย *Fire blight* นอกจากนี้แบคทีเรียได้แพร่กระจายข้ามไปยังภูมิภาคเมดิเตอร์เรเนียนรวมทั้งกรีซ, ตุรกี, อิสราเอล, เลบานอน, อิหร่าน และหลายประเทศในยุโรปกลาง ส่วนในประเทศกลุ่มลาตินอเมริกาและส่วนหลักๆ ของทวีปแอฟริกาและเอเชียยังคงปลอดเชื้อแบคทีเรีย *Fire blight*

⁵ *Ibid.* para. 2.6.

ในปี ค.ศ. 1997 ออสเตรเลียได้รายงานถึงการปรากฏแบคทีเรีย **Fire blight** ในเมือง แอดดิเลดและสวนพฤกษชาติเมลเบิร์นแต่ความพยายามในการจำกัดเชื้อได้ประสบความสำเร็จและไม่ได้รับรายงานการระบาดเพิ่มเติม

1.3 มาตรการทางการค้าของญี่ปุ่น (Japan's Fire blight measures)⁶

ภายใต้ข้อ 25 ของภาคผนวกตามตาราง 2 ใน **The Plant Protection Law and the Enforcement Regulation** ได้กำหนดเงื่อนไขซึ่งแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกาอาจจะนำเข้าเข้ามาในประเทศญี่ปุ่นว่าต้องเป็นแอปเปิ้ลที่ส่งออกจากสหรัฐอเมริกาไปยังญี่ปุ่นโดยตรงและสอดคล้องกับมาตรฐานที่กำหนดโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรป่าไม้และประมง (**Ministry of Agriculture Forestry and Fisheries**) โดยมีหลักเกณฑ์ คือ

1) ผลไม้ต้องถูกผลิตขึ้นในสวนผลไม้ที่ได้รับอนุญาตปลอดจากแบคทีเรีย **Fire blight** การระบุถึงพื้นที่ที่ปลอดเชื้อแบคทีเรียในฐานะเป็นสวนผลไม้ที่ส่งออกกระทำโดยกระทรวงเกษตรของสหรัฐอเมริกา (**The United States Department : USDA**) เมื่อมีการร้องขอจากเจ้าของสวนผลไม้ การตรวจพบต้นพืชที่ติดเชื้อแบคทีเรียในบริเวณนี้จะขาดคุณสมบัติในการส่งออก ซึ่งในปัจจุบันนี้มีการกำหนดสวนผลไม้ที่ส่งออกเฉพาะสวนผลไม้ในรัฐวอชิงตันและรัฐออริกอน

2) สวนผลไม้ที่ส่งออกต้องปลอดจากต้นพืชที่ติดเชื้อแบคทีเรีย และต้นพืชอื่น ๆ นอกจากต้นแอปเปิ้ลต้องปลอดจากการอาศัยของเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** โดยไม่คำนึงว่าจะมีการติดเชื้อหรือไม่

3) สวนผลไม้ที่ปลอดเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ต้องปลอดเชื้อในบริเวณโดยรอบ 500 เมตรของเขตป้องกัน (**Buffer zone**) การตรวจพบต้นพืชที่ติดเชื้อในบริเวณนี้จะขาดคุณสมบัติในการส่งออก

4) สวนผลไม้ที่ปลอดเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** และบริเวณรอบเขตป้องกันต้องได้รับการตรวจสอบอย่างน้อย 3 ครั้งต่อปี โดยทางการของสหรัฐอเมริกาจะตรวจสอบ 2 ครั้ง ในขณะที่ดอกกำลังบานและในระยะออกผล บริเวณพื้นที่ที่ส่งออกและเขตป้องกันเกี่ยวกับความมีอยู่ของอาการติดเชื้อแบคทีเรีย และทางการญี่ปุ่นกับทางการสหรัฐจะดำเนินการร่วมกันตรวจสอบสถานที่

⁶ *Ibid.* para. 2.19.

ดังกล่าว ณ เวลาเก็บเกี่ยว การตรวจสอบที่เพิ่มขึ้นจะได้รับการกำหนดขึ้นตามพายุมรสุมที่รุนแรง เช่น พายุลูกเห็บ

- 5) แอปเปิ้ลที่เก็บเกี่ยวแล้วต้องได้รับการรักษาด้วยการใช้สารฆ่าเชื้อโรคบริเวณพื้นผิวโดยการทำให้เปียกชุ่มในสารละลายโซเดียมไฮโปคลอไรท์ เป็นเวลา 1 นาทีหรือนานกว่านั้น
- 6) ภาชนะบรรจุสำหรับเก็บเกี่ยวต้องได้รับการฆ่าเชื้อด้วยคลอรีน
- 7) ภายในของหีบห่อต้องได้รับการฆ่าเชื้อโรคด้วยคลอรีน
- 8) ผลไม้ที่ได้กำหนดไว้สำหรับการส่งออกไปยังญี่ปุ่นต้องได้รับการเก็บรักษาแยกจากผลไม้อื่นๆ
- 9) US plant protection officials ต้องรับรองหรือประกาศว่าผลไม้ปลอดจากแมลงศัตรูพืช ไม่ได้ติดเชื้อแบคทีเรียภายในหรือภายนอกและต้องได้รับการรักษาด้วยคลอรีน และ
- 10) ทางการญี่ปุ่นต้องยืนยันว่าทางการสหรัฐได้กระทำการรับรองที่สำคัญและการปฏิบัติรักษาด้วยคลอรีนและการระบุถึงสวนผลไม้ว่าเป็นสิ่งที่ได้กระทำอย่างถูกต้องเหมาะสม ทางการญี่ปุ่นต้องตรวจสอบทั้งการฆ่าเชื้อโรคและการบรรจุหีบห่อ

2. ข้อกล่าวอ้างและข้อเท็จจริงของคุณภาพที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าแอปเปิ้ล

2.1 ข้อกล่าวอ้างของสหรัฐอเมริกา

ข้อกล่าวอ้างที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าแอปเปิ้ลของญี่ปุ่นที่สหรัฐอเมริกายกขึ้นกล่าวอ้าง มีดังนี้⁷

- 1) มาตรการทางการค้าของญี่ปุ่นที่นำมาใช้กับแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS เพราะมาตรการเหล่านั้นดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ
- 2) มาตรการทางการค้าของญี่ปุ่นไม่สอดคล้องกับมาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS เพราะไม่ได้ตั้งอยู่บนฐานการประเมินความเสี่ยง

⁷ *Ibid.* para. 8.1.

3) ญี่ปุ่นกระทำการที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 5.2 ของข้อตกลง SPS โดยล้มเหลวในการพิจารณาถึงข้อมูลที่ชัดเจนแน่นอนในการประเมินความเสี่ยง

4) การฝ่าฝืนมาตรา XI ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดภาษีศุลกากรและการค้า 1994 และ มาตรา 4.2 ของข้อตกลงว่าด้วยการเกษตร ซึ่งปรากฏในการประชุมกับคณะพิจารณา ทั้งนี้ข้อกล่าวอ้างทั้งสองประการปรากฏในคำร้องเพื่อจัดตั้งคณะพิจารณา แต่ไม่ได้ปรากฏในการเสนอให้พิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษร

2.2 ข้อเถียงของญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นได้ดำเนินการตอบโต้ข้อกล่าวอ้าง ดังนี้⁸

1) ข้อกล่าวอ้างที่ประกอบอยู่ในคำร้องเพื่อจัดตั้งคณะพิจารณา แต่ไม่ได้เกิดขึ้นในการเจรจาหรือไม่ได้ปรากฏชัดเจนในการเสนอให้พิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษรของสหรัฐอเมริกา ย่อมเป็นสิ่งที่ถูกขจัดออกไปจากกระบวนการพิจารณาของคณะพิจารณา

2) มาตรการทางการค้าของญี่ปุ่นไม่ได้ดำรงอยู่ได้โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอและสอดคล้องกับมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS ซึ่งในอีกทางเลือกหนึ่ง มาตรการของญี่ปุ่นอ้างเหตุผลสนับสนุนได้ในฐานะที่เป็นมาตรการสุขอนามัยพืชชั่วคราวภายใต้มาตรา 5.7 ของข้อตกลง SPS

3) ญี่ปุ่นได้ดำเนินการประเมินความเสี่ยง (Pest Risk Analysis : PRA) ที่สอดคล้องกับมาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS

4) Japan's PRA สอดคล้องกับข้อกำหนดในมาตรา 5.2 ของข้อตกลง SPS

⁸ *Ibid.* para. 8.2.

3. การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นคณะพิจารณา

3.1 ประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการทางการค้าที่เป็นปัญหาและสินค้าที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรการ

(1) มาตรการทางการค้าที่เป็นปัญหา

ประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการทางการค้าที่เป็นปัญหา สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่า ญีปุ่นยังคงใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกาที่เชื่อมโยงกับแบคทีเรีย **Fire Blight** หรือสิ่งมีชีวิตที่เป็นพาหะทำให้เกิดแบคทีเรีย **Fire blight** สหรัฐอเมริกาได้ระบุถึงข้อกำหนด 9 ประการที่เป็นการห้ามหรือข้อกำหนดต่างๆตามที่ญี่ปุ่นได้กำหนด กล่าวคือ⁹

1) การห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกา นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ผลิตในพื้นที่ที่กำหนดไว้ในรัฐออริกอนหรือรัฐวอชิงตัน

2) การห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลจากสวนผลไม้ซึ่งตรวจพบแบคทีเรีย **Fire blight** ในต้นพืชหรือการพบแบคทีเรีย **Fire blight** ในพืชอื่นๆ นอกจากแอปเปิ้ลโดยไม่คำนึงว่าจะมีการติดเชื้อหรือไม่

3) การห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลจากสวนผลไม้ที่ตรวจพบเชื้อแบคทีเรียในบริเวณ 500 เมตรของเขตป้องกัน

4) ข้อกำหนดว่าสวนผลไม้ที่ส่งออกจะต้องได้รับการตรวจสอบ 3 ครั้งต่อปี กล่าวคือ ระยะกำลังออกดอก ระยะออกผล และระยะเก็บเกี่ยว เพื่อตรวจสอบความมีอยู่ของแบคทีเรีย **Fire blight** เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้มาตรการห้ามการนำเข้าดังที่ได้กล่าวมาในข้อ 1) - 3)

5) การรักษาพื้นผิวของแอปเปิ้ลสำหรับการส่งออกหลังจากที่เก็บเกี่ยวแล้วด้วยคลอรีน

6) ข้อกำหนดทางการผลิต เช่น การรักษาภาชนะที่ใช้สำหรับการเก็บเกี่ยวและการบรรจุหีบห่อด้วยคลอรีน

7) การแบ่งแยกแอปเปิ้ลหลังการเก็บเกี่ยวสำหรับการส่งออกไปยังญี่ปุ่นออกจากผลไม้ที่ส่งไปยังตลาดอื่น

⁹ *Ibid.* para. 8.5.

8) การรับรองโดย US plant protection officials ว่า ผลไม้ปลอดจากแบคทีเรีย Fire blight และได้รับการรักษาหลังการเก็บเกี่ยวด้วยคลอรีน และ

9) การยืนยันโดยทางการญี่ปุ่นถึงการรับรองของ US plant protection officials และการตรวจสอบโดยทางการญี่ปุ่นในเรื่องการฆ่าเชื้อโรคและการบรรจุหีบห่อ

ทางด้านญี่ปุ่นไม่ได้โต้แย้งถึงข้อกำหนดที่เป็นปัญหาที่สหรัฐอเมริกาได้กล่าวอ้าง แต่ญี่ปุ่นเห็นว่าข้อกำหนดในข้อที่ 8) และ 9) ไม่ได้ครอบคลุมอยู่ในการกำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับแบคทีเรีย Fire blight ของญี่ปุ่น เนื่องจากการรับรองหรือการประกาศโดยทางการของประเทศผู้ส่งออกและการยืนยันโดยทางการญี่ปุ่นเป็นเพียงขั้นตอนเพื่อประกันความสอดคล้องกับข้อกำหนดหลักและเป็นเรื่องปกติสำหรับมาตรการสุขอนามัย¹⁰

ในประเด็นเกี่ยวกับมาตรการทางการค้าที่เป็นปัญหานี้สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า การห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกา เว้นแต่การนำเข้าได้ทำให้สอดคล้องกับข้อกำหนดทั้งหมดในข้างต้นขัดแย้งกับข้อตกลง SPS สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่าในข้อกำหนดทั้ง 9 ประการที่กำหนดไว้สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นมาตรการสุขอนามัยพืชและแต่ละมาตรการนั้นไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของญี่ปุ่นภายใต้มาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS เพราะมาตรการเหล่านั้นได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ

ญี่ปุ่นไม่ได้โต้เถียงในประเด็นที่ว่ามาตรการต่าง ๆ นั้นอยู่ภายใต้ข้อตกลง SPS แต่ได้โต้แย้งว่าข้อกำหนดประกอบด้วยระบบวิธีการซึ่งระบบดังกล่าวประกอบด้วย การรับรองแอปเปิ้ลที่ผลิตขึ้นในเงื่อนไขทางสิ่งแวดล้อมที่ไม่อนุญาตให้มีแบคทีเรีย Fire blight ปრაภฏทั้งด้านนอกและด้านในของผลแอปเปิ้ล ตลอดจนระยะเจริญเติบโต ระยะเก็บเกี่ยวและในการขนส่ง ซึ่งญี่ปุ่นเห็นว่าข้อกำหนดต่าง ๆ นี้แบ่งแยกออกจากกันไม่ได้และเป็นส่วนประกอบทั้งหมดของมาตรการเดียว¹¹

ในการวิเคราะห์ของคณะพิจารณา คณะพิจารณาค้นพบว่าคำว่า “มาตรการ” (Measure) ไม่ได้มีการให้คำอธิบายไว้ในบันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท การอธิบายความหมายของ “มาตรการ” มาจากผลทางปฏิบัติของคณะพิจารณาและองค์การอุทธรณ์ภายใต้ GATT และ WTO เพื่อวัตถุประสงค์ในการระงับข้อพิพาทภายใต้ GATT และ WTO ซึ่ง “มาตรการ” (Measures) เป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่า หมายถึง การกระทำซึ่งมีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่าตามภาคผนวก A

¹⁰ *Ibid.* para. 8.6.

¹¹ *Ibid.* paras. 8.8 – 8.9.

ข้อ 1 ของข้อตกลง SPS ที่กำหนดความหมายของมาตรการสุขอนามัยพืช องค์การอุทธรณ์ในคดี **Australia-Salmon** เห็นว่าการอ้างถึงมาตรการสุขอนามัยแสดงให้เห็นว่า มาตรการต้องได้กำหนดตามนิยามของมาตรการสุขอนามัยพืชในข้อตกลง SPS ซึ่งข้อตกลง SPS ให้ความหมายของ "มาตรการสุขอนามัย" ว่า คือ "มาตรการทั้งหลายที่นำมาใช้เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของสัตว์หรือพืชภายใต้ดินแดนของประเทศสมาชิกจากความเสียหายอันเป็นผลจากการเข้ามา, การก่อดัวหรือการแพร่กระจายของแมลงศัตรูพืชต่างๆ, เชื้อโรค, สิ่งมีชีวิตที่เป็นพาหะของเชื้อโรคหรือสิ่งมีชีวิตที่ทำให้เกิดเชื้อโรค" อย่างไรก็ตาม คณะพิจารณาเห็นว่าคำนิยามนี้ได้กำหนดเพียงแนวทางในการตัดสินว่าคณะพิจารณาต้องพิจารณาข้อกำหนดต่างๆในลักษณะเป็นมาตรการเดียวหรือเป็นมาตรการที่แบ่งแยกออกจากกันแต่ละมาตรการหรือไม่¹²

คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตในคดีนี้ว่า สหรัฐอเมริกาไม่ได้เสนอให้พิจารณาว่าจะเป็นการไม่เหมาะสมสำหรับคณะพิจารณาในการพิจารณาข้อกำหนดทั้ง 9 ประการในลักษณะที่เป็นมาตรการเดียว โดยสหรัฐอเมริกาเห็นว่าไม่มีข้อกำหนดที่มีเหตุผลอันสมควร ตรวจจับที่สินค้าที่ส่งออก คือ แอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ ในทางตรงข้าม ญี่ปุ่นได้คัดค้านการพิจารณาของคณะพิจารณาที่ว่าแต่ละมาตรการเป็นข้อกำหนดที่แยกออกจากกัน ญี่ปุ่นเห็นว่า ข้อกำหนดต่าง ๆ นั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นของระบบวิธีการ

นอกจากนี้ คณะพิจารณาได้ให้ข้อสังเกตอีกว่าข้อกำหนดนั้นได้กำหนดมาตรการที่นำไปใช้ตามความเป็นจริงโดยญี่ปุ่น ในการนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกาเพื่อป้องกันการเข้ามาการก่อดัว หรือการแพร่กระจายของแบคทีเรีย **Fire blight** ภายในดินแดนของญี่ปุ่น ข้อกำหนดต่างๆเหล่านี้มีความเกี่ยวข้องกัน และเป็นข้อกำหนดทั้งหมดที่ต้องทำให้บรรลุผล สำหรับแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกาที่ส่งออกไปยังญี่ปุ่น คณะพิจารณาตระหนักว่าในประเด็นนี้ องค์การอุทธรณ์ในคดี **Australia-Salmon** ได้กล่าวว่า มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่เป็นปัญหาสามารถเป็นมาตรการซึ่งได้นำไปใช้ตามความเป็นจริงกับสินค้าที่เป็นปัญหาเท่านั้น และในประเด็นนี้ คณะพิจารณาเห็นว่าไม่มีอุปสรรคต่อการดำเนินการตามข้อกำหนดต่างๆในลักษณะเป็นมาตรการสุขอนามัยมาตรการเดียวตามความหมายในข้อตกลง SPS

คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่า ในคดีนี้สหรัฐอเมริกาไม่ได้กล่าวอ้างว่าส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของข้อกำหนดไม่ใช่สิ่งจำเป็นภายในความหมายของมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS ในทางตรงข้าม สหรัฐอเมริกาอ้างว่าไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ

¹² *Ibid.* paras. 8.11 – 8.13.

เพื่อสนับสนุนข้อกำหนดเหล่านั้น ดังนั้น การพิจารณาข้อกำหนดทั้ง 9 ประการที่เป็นปัญหาในลักษณะที่เป็นมาตรการเดียวจึงเป็นเรื่องที่เหมาะสมแล้วโดยเฉพาะในบริบทของมาตรา 2.2 โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ามาตรการทั้งหมดนั้นสอดคล้องกับข้อตกลง SPS หรือไม่¹³

ในการวิเคราะห์ของคณะพิจารณาภายใต้มาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS คณะพิจารณาอาจได้รับการแนะนำหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สนับสนุนหลักเกณฑ์ของมาตรการและหลักฐานอื่นที่ไม่ได้สนับสนุน ในประเด็นนี้คณะพิจารณาได้รับคำแนะนำจากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญซึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นที่ปรึกษาทางวิทยาศาสตร์และทางเทคนิค คณะพิจารณาตระหนักว่าทั้งสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นต่างก็ไม่ได้ให้ความเห็นว่ามาตรการสุขอนามัยพืชที่เป็นปัญหาสามารถพิสูจน์ได้ว่าถูกต้องเพียงบางส่วนภายใต้ข้อตกลง SPS

แม้ว่าผู้ฟ้องคดีได้อ้างว่ามาตรการทั้งหมดจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่คณะพิจารณาอาจจะสรุปว่าหลักเกณฑ์ของมาตรการอาจจะเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายและไม่ผิดกฎหมายในส่วนอื่นก็ได้ เนื่องจากข้อตกลง SPS ได้กำหนดสิทธิและพันธกรณีที่แตกต่างกันโดยขึ้นกับบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งอาจเป็นสิ่งที่เหมาะสมเพื่อพิจารณาข้อกำหนดแต่ละประการ ดังนั้น ในประเด็นนี้คณะพิจารณาเห็นว่าควรพิจารณาข้อกำหนดต่างๆไปพร้อมกันในลักษณะที่เป็นมาตรการสุขอนามัยพืชที่เป็นปัญหาของการโต้แย้งนี้¹⁴

ประเด็นเรื่ององค์ประกอบของมาตรการ

สำหรับในประเด็นเรื่ององค์ประกอบของมาตรการ ญี่ปุ่นได้โต้แย้งข้อกำหนด 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง การรับรองโดย US plant protection officials ว่า ผลไม้ที่เก็บเกี่ยวปลอดภัยจากแบคทีเรีย Fire blight และได้รับการรักษาหลังจากการเก็บเกี่ยวด้วยคลอรีน ในประเด็นนี้ คณะพิจารณาเห็นด้วยกับญี่ปุ่นที่ว่าเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการและการรับรองทางด้านสุขอนามัยที่จำเป็นซึ่งเป็นทางปฏิบัติอันเป็นปกติในทางการค้าระหว่างประเทศ อีกทั้งหน่วยงานที่กำหนดมาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้ยอมรับมาตรฐานการรับรองดังกล่าว นอกจากนี้ US Apple Export Act ได้กำหนดขึ้นสำหรับการออกคำสั่งรับรองแอปเปิ้ลที่ส่งออกจากสหรัฐอเมริกาว่าเป็นประเภทและคุณภาพตามที่กำหนด และข้อกำหนดประการที่สอง คือ การยืนยันรับรองทางการของสหรัฐอเมริกาโดยประเทศญี่ปุ่นและการตรวจสอบอย่างละเอียด

¹³ *Ibid.* paras. 8.15 – 8.17.

¹⁴ *Ibid.* paras. 8.18 – 8.20.

โดยทางการญี่ปุ่นในเรื่องการฆ่าเชื้อโรคและการบรรจุสินค้าซึ่งปรากฏว่าไม่ได้นำมาซึ่งพันธกรณีที่เพิ่มขึ้นแก่สหรัฐอเมริกาเมื่อเปรียบเทียบกับข้อกำหนดอื่นๆ¹⁵

คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่า ข้อกำหนดทั้งสองประการอยู่ภายใต้คำนิยามของมาตรการทางสุขอนามัยที่ประกอบอยู่ในภาคผนวก A ข้อ 1 ของข้อตกลง SPS ซึ่งครอบคลุมถึงการตรวจสอบอย่างละเอียด, การรับรอง, และกระบวนการอนุญาต ตามคำนิยามตามนี้ไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบในการทางการค้าของการกำหนดมาตรการในลักษณะเป็นองค์ประกอบเพื่อตัดสินว่ามาตรการทางการค้านั้นเป็นมาตรการด้านสุขอนามัยพืชหรือไม่ ทั้งนี้แม้ว่าข้อกำหนดของมาตรการนั้นเป็นทางปฏิบัติปกติในทางการค้าและไม่อาจจะแสดงผลสนับสนุนในการป้องกันของประเทศสหรัฐอเมริกา คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่า ข้อกำหนดต่าง ๆ นี้เป็นส่วนหนึ่งของมาตรการทั้งหมดและอาจจะส่งเสริมให้เกิดผลที่มีลักษณะจำกัดของมาตรการทางการค้าได้¹⁶

(2) สินค้าที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรการ

สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่าสินค้าที่อยู่ภายใต้มาตรการที่เป็นปัญหา คือ แอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ

จากข้อมูลที่ผ่านมาคณะพิจารณาเข้าใจว่า สิ่งที่ญี่ปุ่นให้ความสนใจ คือ เชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** สามารถเข้าสู่ดินแดนของญี่ปุ่นได้โดยผ่านแอปเปิ้ลที่นำเข้ามาจากสหรัฐอเมริกาและภาชนะบรรจุสินค้า ซึ่งญี่ปุ่นได้โต้แย้งว่าแบคทีเรีย **Fire blight** สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้เป็นระยะเวลานานบริเวณข้างในหรือบริเวณพื้นผิวของแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ ทั้งนี้แอปเปิ้ลสามารถเจริญเติบโตด้วยอาการ **Fire blight** ในระยะเวลาใดเวลาหนึ่งหลังจากการคัดเลือกและบรรจุหีบห่อเพื่อการส่งออก ดังนั้น ผลแอปเปิ้ลสามารถถูกเจือปนด้วยเชื้อแบคทีเรีย แต่ก็ยังพบว่าเหมาะสมสำหรับการส่งออก เมื่อแอปเปิ้ลได้นำเข้ามาในญี่ปุ่น เชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** จะมีศักยภาพเพียงพอในการเจริญเติบโตและมีการติดเชื้อ ตลอดจนมีความเสี่ยงอย่างมากของการเจือปนโดยบังเอิญหรือการแบ่งประเภทที่ไม่ถูกต้องซึ่งสามารถนำไปสู่การติดเชื้อหรือการเข้าไปรบกวนผลแอปเปิ้ล ในการขนส่งแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการไปยังญี่ปุ่น หรือการเจือปนในลังไม้ เพราะฉะนั้น ในกรณีที่ไม่ปรากฏถึงวิธีการตรวจสอบการกักกันที่เหมาะสมหรือเทคนิคปฏิบัติเพื่อรักษาแอปเปิ้ลไม่ให้ติดเชื้อ ญี่ปุ่นเห็นวาระบบวิธีการเดียวเป็นทางเลือกที่ปฏิบัติได้เพียงทางเดียว (กล่าวคือ การขัดขวางโดยการห้าม

¹⁵ *Ibid.* paras. 8.21 – 8.23.

¹⁶ *Ibid.* para. 8.24.

นำเข้า) เพื่อให้แน่ใจว่าไม่มีแบคทีเรียปรากฏ **Fire blight** ทั้งภายในและภายนอกของผลแอปเปิ้ลที่ขนส่งไปยังญี่ปุ่น¹⁷

ตามข้อกล่าวอ้างและข้อโต้แย้งของคุณความ คณะพิจารณาเห็นถึงความจำเป็นในการจำแนกสินค้าที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรการที่เป็นปัญหา ในประเด็นนี้ คณะพิจารณาให้ความเห็นว่า ถ้าคณะพิจารณาได้พิจารณาเฉพาะแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการตามข้อกล่าวอ้างของสหรัฐอเมริกา หลายๆ หลักเกณฑ์ของมาตรการที่เป็นปัญหาอาจจะไม่มีเหตุผลและอาจกลายเป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS ในทางตรงข้าม ถ้าคณะพิจารณาสรุปว่าสินค้าที่เป็นปัญหา คือ แอปเปิ้ลทุกชนิดที่ถูกส่งจากสหรัฐอเมริกาไปยังญี่ปุ่น ถ้าเป็นเช่นนั้น คณะพิจารณาจึงจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนดต่างๆ ที่กำหนดโดยญี่ปุ่นทั้งหมด คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่า ข้อกำหนดบางมาตรการอาจเกี่ยวข้องกับแอปเปิ้ลที่ไม่สามารถส่งออกได้ (การห้ามส่งออก) ในขณะที่บางข้อกำหนดอื่นๆ สามารถใช้ได้กับแอปเปิ้ลที่ส่งออกได้เท่านั้น¹⁸

คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตด้วยว่า คำร้องขอเพื่อจัดตั้งคณะพิจารณา PANEL ตามที่เสนอให้พิจารณาโดยสหรัฐอเมริกาได้อ้างถึงเฉพาะ “US Apples” ซึ่งเป็นสิ่งเฉพาะเจาะจงน้อยกว่าแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ คำร้องขอเพื่อจัดตั้งคณะพิจารณาเป็น เอกสารที่กำหนดอำนาจที่ได้รับมอบหมายของคณะพิจารณา แต่ไม่ใช่ข้อจำกัดอย่างเด็ดขาดในขอบเขตอำนาจ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าสหรัฐอเมริกามีเจตนาระบุเพียงแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ ในการเสนอให้พิจารณาเช่นนั้น ไม่มีผลกระทบต่ออำนาจของคณะพิจารณา

อีกทั้งคณะพิจารณาตระหนักถึงการโต้แย้งของคุณความและผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับข้อคิดเห็นเรื่อง “แอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บ” และ “แอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ” และข้อเท็จจริงที่ว่า การถูกระงับได้ง่ายต่ออันนำไปสู่การถูกระงับหรือการติดเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** เกี่ยวข้องกับความสมบูรณ์ของแอปเปิ้ล ในประเด็นนี้ผู้เชี่ยวชาญสามารถให้คำอธิบายและความแตกต่างระหว่างความสมบูรณ์ที่เป็นปกติ (**physiological maturity**) และความสมบูรณ์เพื่อหวังผลกำไร

¹⁷ *Ibid.* paras. 8.27 – 8.28.

¹⁸ *Ibid.* paras. 8.30 – 8.31.

ในทางการค้า (commercial maturity) ได้ นอกจากนั้น ผู้เชี่ยวชาญได้ยืนยันว่ามีการใช้และการยอมรับอย่างแพร่หลายถึงวิธีการในการตัดสินเรื่องความสมบูรณ์ของแอปเปิ้ล¹⁹

ดังนั้น คณะพิจารณาจึงสรุปว่า คณะพิจารณาจะพิจารณาถึงมาตรการที่เป็นปัญหาที่นำไปใช้กับผลแอปเปิ้ลที่ผลิตในสหรัฐอเมริกาเพื่อการส่งออกไปยังญี่ปุ่น²⁰

3.2 ประเด็นพิจารณามาตรา 2.2 และ 5.7 ของข้อตกลง SPS

3.2.1 ข้อกล่าวอ้างและข้อเถียงของคู่ความ

สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่ามาตรการ Fire blight ของญี่ปุ่นไม่สอดคล้องกับมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS เพราะว่าได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ อีกทั้งในคดี Japan-Agriculture Products II องค์การอุทธรณ์ได้อธิบายส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรา 2.2 ตามความหมายทั่วไปของ "ความเพียงพอ" (Sufficient) และในบริบทของมาตรา 5.1, 3.3 และ 5.7 ซึ่งองค์การอุทธรณ์เห็นพ้องด้วยการสรุปของคณะพิจารณาว่าพันธกรณีในมาตรา 2.2 กำหนดถึงความเกี่ยวข้องที่มีเหตุผลระหว่างมาตรการสุขอนามัยและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอซึ่งเป็นการตัดสินเป็นกรณีๆ ไปและขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะของคดีรวมทั้งลักษณะเฉพาะของมาตรการตลอดจนคุณภาพและปริมาณของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

นอกจากนี้สหรัฐอเมริกาได้กล่าวอ้างอีกว่าไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่าแอปเปิ้ลที่ส่งออกจากสหรัฐอเมริกาได้แพร่กระจายหรือจะแพร่กระจายแบคทีเรีย Fire blight ไปยังญี่ปุ่น หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ทั้งหมดได้แสดงให้เห็นว่าแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการไม่ใช่เส้นทางผ่านของเชื้อโรค โดยสหรัฐอเมริกาได้เพิ่มเติมว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ได้รับการสนับสนุนโดยประสบการณ์จริงๆ มากกว่า 35 ปีที่ผ่านมาไม่ได้เป็นตัวอย่างของการแพร่กระจายเชื้อแบคทีเรียโดยผ่านการส่งออกแอปเปิ้ลของสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ไม่มีความเกี่ยวข้องที่มีเหตุผลระหว่างหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และมาตรการ Fire blight ของญี่ปุ่น²¹

ญี่ปุ่นได้เถียงว่าแต่ละข้อกำหนดเรื่องการนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกามีขึ้นเพื่อป้องกันการเข้ามาของแบคทีเรีย Fire blight ได้รับการสนับสนุนอย่างมีเหตุผลโดยหลักฐานทาง

¹⁹ *Ibid.* para. 8.32.

²⁰ *Ibid.* para. 8.34.

²¹ *Ibid.* paras. 8.67 – 8.70.

วิทยาศาสตร์ เป็นมาตรการแบบเดียวกันที่ได้รับการปฏิบัติโดยประเทศอื่นๆและเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศ ญี่ปุ่นต่อสู้ว่ามีความเกี่ยวข้องที่มีเหตุผลระหว่างมาตรการทางการค้าและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

ญี่ปุ่นโต้เถียงว่าสิ่งตีพิมพ์ทั้งทางด้านนิเวศวิทยา ลักษณะต่างๆและการรอดชีวิตของแบคทีเรีย **Fire blight** ยอมรับว่าแบคทีเรียสามารถมีชีวิตอยู่รอดได้อย่างยืนยาวภายในผลแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บหรือแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการหรือบนพื้นผิวของแอปเปิ้ลชนิดดังกล่าว ข้อเท็จจริงที่ว่าแบคทีเรียสามารถดำรงอยู่และอยู่รอดในแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ หมายความว่า ผลแอปเปิ้ลสามารถก่อให้เกิดอาการของโรค **Fire blight** ขึ้นได้ในเวลาต่อมา ซึ่งผลแอปเปิ้ลสามารถถูกเจือปนและพบว่าจะยังเหมาะสมสำหรับการส่งออกได้ การนำเข้าแอปเปิ้ลมายังญี่ปุ่นของแบคทีเรีย **Fire blight** ยังมีศักยภาพพอสำหรับการเจริญเติบโตและติดเชื้อและเข้าสู่ภาวะร้ายแรงได้

ญี่ปุ่นโต้แย้งออกไปอีกว่าหลักเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกาเรื่องผลแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและผลที่ไม่ปรากฏอาการว่ามีความคลุมเครือ โดยการถึงกำหนดเก็บและการไม่ถึงกำหนดเก็บของผลแอปเปิ้ลไม่ได้แบ่งแยกออกจากกันทางข้อเท็จจริงอย่างชัดเจน ญี่ปุ่นต่อสู้ว่าความสมบูรณ์เป็นกระบวนการที่ต่อเนื่อง ดังนั้น ในความเห็นของญี่ปุ่นความคิดที่คลุมเครือเป็นสิ่งที่ใช้ไม่ได้²²

3.2.2 ประเด็นพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการจำกัดการนำเข้าแอปเปิ้ลกับมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS

ข้อตกลง SPS มาตรา 2.2 วางหลักว่า “ประเทศสมาชิกต้องรับรองว่ามาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชที่นำมาใช้ต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์, สัตว์ และพืช โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์และไม่ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ เว้นแต่เป็นมาตรการที่กำหนดตามมาตรา 5.7”

คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่าสหรัฐอเมริกาไม่ได้อ้างว่าทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของข้อกำหนดไม่ใช่สิ่งจำเป็นภายในความหมายของมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS แต่กล่าวอ้างว่าไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอเพื่อสนับสนุนข้อกำหนดเหล่านั้น

จากข้อกล่าวอ้างและข้อเถียงของคู่ความคณะพิจารณาได้กำหนดการประเมินตามกรณีต่างๆ ดังนี้²³

²² *Ibid.* paras. 8.72 -8.75.

²³ *Ibid.* para 8.89.

- 1) ความเห็นเรื่องผลแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและผลแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการได้รับการสนับสนุนทางวิทยาศาสตร์หรือไม่และเหมาะสมสำหรับการจำกัดการตรวจสอบของคณะพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการที่เป็นปัญหาในการนำไปใช้กับผลแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและผลแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการหรือไม่
- 2) แอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บสามารถติดเชื้อได้หรือไม่
- 3) แบคทีเรียที่ไม่ได้ทำให้เกิดโรคในต้นพืชอาจค้นพบในผลแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บได้หรือไม่
- 4) ผลแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บอาจแฝงด้วยแบคทีเรียที่ไม่ได้ทำให้เกิดโรคในบริเวณพื้นผิวภายนอกได้หรือไม่
- 5) ผลแอปเปิ้ลที่ถูกกรบกรวนด้วยเชื้อแบคทีเรียแต่ไม่ได้ติดเชื้อและผลแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อซึ่งแฝงด้วยแบคทีเรียบริเวณพื้นผิวหรือภายในผลสามารถเป็นเส้นทางการแพร่กระจายเชื้อ **Fire blight** ที่สมบูรณ์หรือไม่ กล่าวคือ แบคทีเรียสามารถมีชีวิตรอดจากการจัดการทางการค้า, การเก็บรักษา, และการขนส่งหรือไม่ และถ้าได้เข้ามาในญี่ปุ่นแล้วสามารถแพร่กระจายแบคทีเรียไปยังพืชต่างๆในระยะสัมผัสได้หรือไม่

(1) ประเด็นเรื่องความเพียงพอของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตในเบื้องต้นว่า ความหมายของ “ความเพียงพอ” ในถ้อยคำที่ว่า “หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ” (Sufficient Scientific Evidence) ของศักรอุทธรณ์ในคดี Japan - Agricultural Products II ได้ระบุไว้ดังนี้

“ความหมายโดยทั่วไปของความเพียงพอ คือ คุณภาพ, การประเมินค่าหรือขอบเขตที่เหมาะสมเพียงพอกับความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้”

จากคำกล่าวนี้ คณะพิจารณาจึงสรุปว่าความเพียงพอ (Sufficiency) เป็นข้อคิดเห็นที่มีความเกี่ยวข้องกัน “ความเพียงพอ” กำหนดถึงการมีอยู่ของความเพียงพอหรือความเหมาะสมระหว่างมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

ในคดีนี้ขอบเขตของความเกี่ยวข้องระหว่างมาตรการด้านสุขอนามัยพืชที่เป็นปัญหาและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับความเสี่ยง คือ ความเกี่ยวข้องกันอย่างเพียงพอระหว่างการจำกัดการนำเข้าที่นำมาใช้โดยญี่ปุ่นและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง²⁴

²⁴ *Ibid.* paras. 8.101 - 8.102.

การพิจารณาตามมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS คณะพิจารณาจะพิจารณารั้งข้อโต้แย้งของคู่สัญญาที่มีขึ้น 2 ประเด็น ดังนี้²⁵

ประเด็นที่ 1 คือ ข้อคิดเห็นเรื่องแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการกับความเสี่ยงในการแพร่กระจายเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight**

ประเด็นที่ 2 คือ ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับแอปเปิ้ลอื่นๆที่นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ เช่น แอปเปิ้ลที่ไม่ถึงกำหนดเก็บหรือแอปเปิ้ลที่เสียหาย

ในการวินิจฉัยความแตกต่างระหว่างแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ถึงกำหนดเก็บ คณะพิจารณาได้ขอความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญต่างๆ และได้ผลสรุปความแตกต่างระหว่างแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ถึงกำหนดเก็บ คือ ความเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงจากภาวะการเจ็บป่วยด้วยเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ในผลแอปเปิ้ล²⁶ และในส่วนของแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการพบว่าเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับทางวิทยาศาสตร์และการติดเชื้อแบคทีเรียเป็นไปเรื่องที่ยากแก่การระบุไว้อย่างชัดเจน ถ้าไม่มีพยานหลักฐานว่ามีการแฝงตัวของเชื้อแบคทีเรีย²⁷ ดังนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังนี้

ประเด็นที่ 1 ข้อคิดเห็นเรื่องแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการกับความเสี่ยงในการแพร่กระจายเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight**

จากข้อมูลที่ให้ไว้แก่คณะพิจารณา คณะพิจารณาได้สรุปว่า ไม่มีพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอเพื่อสรุปว่าแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการจะถูกปนด้วยเชื้อแบคทีเรียที่ไม่ก่อให้เกิดโรคร้ายในหรือบริเวณพื้นผิวของผลแอปเปิ้ล และไม่มีความเป็นไปได้ที่แอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บจะได้รับเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ถ้าไม่ได้แสดงให้เห็นถึงอาการต่างๆ²⁸ และจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ปรากฏต่อคณะพิจารณาเกี่ยวกับแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ คณะพิจารณาค้นพบว่าความเสี่ยงในการส่งผ่านหรือการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรียมีเพียงเล็กน้อย ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เชี่ยวชาญให้คำแนะนำว่าแอปเปิ้ลจากสวนผลไม้ที่ประสบปัญหาจากเชื้อโรคอย่างรุนแรงไม่ควรส่งออก²⁹

²⁵ *Ibid.* para. 8.111.

²⁶ *Ibid.* paras. 8.113 - 8.115.

²⁷ *Ibid.* para. 8.118.

²⁸ *Ibid.* paras. 8.128 - 8.139.

²⁹ *Ibid.* para. 8.153.

ประเด็นที่ 2 ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับแอปเปิ้ลอื่นๆที่นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ

คณะพิจารณาค้นพบว่าแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อสามารถเป็นที่ซุกซ่อนของแบคทีเรียโดยผ่านขั้นตอนต่างๆของการจัดการทางการค้า, การจัดเก็บและการขนส่ง³⁰ สำหรับความเสี่ยงในการแพร่กระจายเชื้อแบคทีเรีย คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตในประเด็นนี้ว่า ญีปุ่นไม่ได้เสนอหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอต่อการพิจารณาเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างที่ว่าขั้นตอนสุดท้ายของเส้นทางได้กระทำขึ้นโดยสมบูรณ์หรือเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ที่จะทำให้สมบูรณ์ หลักฐานที่เสนอให้พิจารณาโดยญี่ปุ่นเป็นไปตามสถานการณ์ที่จำเป็นหรือผู้เชี่ยวชาญได้ลงความเห็นที่ไม่อาจทำให้เชื่อมั่นได้ ดังนั้น ตามพยานหลักฐานที่ได้เสนอให้คณะพิจารณานั้น คณะพิจารณาสรุปว่าไม่สามารถพิสูจน์ได้ถึงพยานหลักฐานที่เพียงพอว่าขั้นตอนสุดท้ายของเส้นทาง กล่าวคือ การแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ไปยังต้นพืชเป็นไปได้ที่จะถูกทำให้สมบูรณ์³¹

(2) ความสอดคล้องของมาตรการทางสุขอนามัยที่เป็นปัญหา กับมาตรา 2.2

จากที่คณะพิจารณาได้วินิจฉัยว่า ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอเพื่อสนับสนุนความเห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่แอปเปิ้ลจะสนับสนุนในลักษณะเป็นเส้นทางสำหรับการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อ **Fire blight** ในญี่ปุ่น ความเสี่ยงภัยเพียงเล็กน้อยที่ระบุบนพื้นฐานของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และลักษณะของปัจจัยต่างๆที่ประกอบกับมาตรการทางสุขอนามัยที่เป็นปัญหา อีกทั้งมาตรการยังไม่ได้สัดส่วนกับความเสี่ยงภัย ยิ่งไปกว่านั้น คณะพิจารณา ได้ค้นพบว่า มีข้อกำหนดที่เป็นตัวอย่างองค์ประกอบของมาตรการที่ได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ กล่าวคือ

การห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลจากสวนผลไม้ที่ถูกตรวจพบเชื้อ **Fire blight** ในระยะ 500 เมตรของเขตป้องกัน

สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า เนื่องจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการไม่ใช่เส้นทางการเข้ามาของแบคทีเรีย **Fire blight** แม้ว่าจะได้ถูกเก็บเกี่ยวจากต้นที่ติดเชื้อ ดังนั้นเขตป้องกันจึงไม่สัมพันธ์กับส่วนนี้

³⁰ *Ibid.* para. 8.157.

³¹ *Ibid.* paras. 8.167 – 8.168.

ญี่ปุ่นกล่าวอ้างว่า ทางปฏิบัติของเขตป้องกันได้รับการยอมรับจาก The IPPC³² สำหรับการกำหนดสถานที่ผลิตและเขตการผลิตที่ปลอดภัยต่อโรคพืชซึ่งเขตป้องกัน 500 เมตรนี้ได้รับการสนับสนุนจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ว่าแบคทีเรียสามารถถูกค้นพบในระยะทางจากจุดที่แบคทีเรียได้เข้ามา ยิ่งไปกว่านั้น เขตป้องกันเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อให้เกิดความแน่ใจว่าต้นพืชได้เจริญเติบโตในสิ่งแวดล้อมที่ปราศจากเชื้อโรค ญี่ปุ่นได้เสนอให้พิจารณาถึงปัจจัยที่พิสูจน์ได้ว่าเขตป้องกัน 500 เมตร เป็นเรื่องที่ถูกตั้ง³³

ในประเด็นนี้คณะพิจารณามีความเห็นว่าการห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลจากสวนผลไม้ที่ตรวจพบเชื้อแบคทีเรียในระยะ 500 เมตร ของเขตป้องกัน ไม่ได้ได้รับการสนับสนุนโดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ และได้ให้ข้อสังเกตว่า วัตถุประสงค์ของเขตป้องกัน คือ การหลีกเลี่ยงภาวะการเจ็บป่วยของสวนผลไม้ที่ได้รับเชื้อแบคทีเรียจากภายนอก โดยการกำหนดพื้นที่ที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้ามาของเชื้อแบคทีเรีย คณะพิจารณาพิเคราะห์ถึงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ให้ข้อสังเกตว่าเขตป้องกันมีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการกำจัดเชื้อโรค แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการสำหรับการกำจัดเชื้อโรคไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นเหมือนกับข้อกำหนดเพื่อลดความเสี่ยงในการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรียโดยผ่านการนำเข้าแอปเปิ้ล คณะพิจารณาไม่อาจอนุมานได้ว่าการนำเสนอถึงการศึกษาต่างๆของญี่ปุ่นเป็นพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของเขตป้องกันเพื่อประกันว่าแอปเปิ้ลที่นำเข้าปลอดจากเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** อื่นทั้งในเขตป้องกัน 500 เมตร ยังคงไม่มีการสนับสนุนทางวิทยาศาสตร์ นอกจากนี้ผู้เชี่ยวชาญยังมีความสงสัยเกี่ยวกับประโยชน์ของเขตป้องกันเพื่อการปกป้องสวนผลไม้จากเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ดังนั้น คณะพิจารณาสรุปว่า ข้อกำหนดของญี่ปุ่นเรื่องเขตป้องกัน 500 เมตร เพื่อป้องกันการเจ็บป่วยด้วยเชื้อ

³² The International Plant Protection Convention (IPPC) หรืออนุสัญญาว่าด้วยการอารักขาพืชระหว่างประเทศ เป็นอนุสัญญาที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบขององค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) มีบทบาท คือ การสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการควบคุมและการป้องกันการแพร่ระบาดของศัตรูพืช การกำหนดมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยพืช (International Standards Phytosanitary Measures : ISPM) เพื่อให้การใช้มาตรการสุขอนามัยพืชของประเทศต่างๆมีความสอดคล้องกัน ข้อตกลง SPS ได้ให้การยอมรับ IPPC โดยกำหนดให้การใช้มาตรการสุขอนามัยพืชของประเทศสมาชิกต้องสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศที่กำหนดโดย IPPC

³³ Report of the Panel, *supra note 2*, paras. 8.183 – 8.184.

Fire blight จากแอปเปิ้ลของสหรัฐอเมริกาไม่ปรากฏความเกี่ยวข้องที่มีเหตุผลกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้ นอกจากนี้ คณะพิจารณาได้พิจารณาเห็นว่า แม้ว่าเขตป้องกันได้รับการพิสูจน์ความถูกต้องทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอเพื่อหลีกเลี่ยงการเจ็บของแอปเปิ้ล แต่ถ้าได้นำไปใช้เพิ่มเติมกับมาตรการอื่นซึ่งมีเจตนาทำให้มั่นใจได้ว่าผลแอปเปิ้ลปลอดจากเชื้อ **Fire blight** เมื่อได้ถูกส่งออก เช่น ข้อกำหนดการปฏิบัติต่อพื้นผิวแอปเปิ้ลหรือการตรวจสอบสวนผลไม้อย่างละเอียด ในบริบทนั้นข้อกำหนดเรื่องเขตป้องกันย่อมเป็นเรื่องที่มากเกินไป³⁴

ข้อกำหนดที่ว่าสวนผลไม้ที่ส่งออกต้องได้รับการตรวจสอบอย่างน้อย 3 ครั้งต่อปี ในช่วงออกดอก, ออกผล และระยะเก็บเกี่ยวถึงการมีอยู่ของเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight**

คณะพิจารณาค้นพบในข้างต้นว่า ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอในการสนับสนุนความเห็นที่ว่าแอปเปิ้ลที่ถูกควบคุมด้วยเชื้อแบคทีเรียแต่ไม่มีการติดเชื้อหรือแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อมีความเป็นไปได้ที่สนับสนุนเส้นทางการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ในญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม คณะพิจารณาเห็นว่า ข้อกำหนดว่าสวนผลไม้ที่ส่งออกต้องได้รับการตรวจสอบอย่างน้อย 3 ครั้งต่อปีเพื่อการตรวจสอบความมีอยู่ของ **Fire blight** ไม่ได้ได้รับการสนับสนุนโดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ขณะที่ผู้เชี่ยวชาญพิจารณาเกี่ยวกับการตรวจสอบว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อระบุถึงสถานะที่ปลอดภัยจากเชื้อโรคของสวนผลไม้ ผู้เชี่ยวชาญเห็นว่า การตรวจสอบถึง 3 ช่วงเวลามากเกินกว่าความจำเป็นเพื่อตรวจสอบถึงการติดเชื้อ **Fire blight** หรือไม่ แม้ไม่มีการตรวจสอบสวนผลไม้ ผู้เชี่ยวชาญคิดว่าความเสี่ยงในการเข้ามา การก่อตัว หรือการแพร่กระจายไปสู่ญี่ปุ่นเป็นความเสี่ยงที่ต่ำมาก อีกทั้งบริเวณพื้นผิวของแอปเปิ้ลเป็นสิ่งที่พบได้เชื้อแบคทีเรียได้ยากมาก แม้ว่าจะมาจากสวนที่ติดเชื้ออย่างรุนแรง ดังนั้นข้อกำหนดของญี่ปุ่นจึงไม่ได้สนับสนุนความเกี่ยวข้องอย่างมีเหตุผลกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้³⁵

ท้ายที่สุด คณะพิจารณาสรุปว่ามาตรการสุขอนามัยพืชที่เป็นปัญหาไม่ได้สัดส่วนกับความเสี่ยงภัยที่ได้ระบุตามหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบางข้อกำหนดที่นำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งของมาตรการที่เป็นปัญหาไม่ได้รับการสนับสนุนโดยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอในความหมายของมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS³⁶

³⁴ *Ibid.* paras. 8.185 – 8.192.

³⁵ *Ibid.* paras. 8.195 – 8.197.

³⁶ *Ibid.* para. 8.198.

ก่อนที่จะสรุปความสอดคล้องของมาตรการทางการค้าของญี่ปุ่นกับมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่า มาตรา 2.2 กำหนดว่า "ประเทศสมาชิกต้องประกันว่า มาตรการสุขอนามัยพืชไม่ได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ เว้นแต่เป็นกรณีตามมาตรา 5.7 คณะพิจารณาคำหนึ่งในคดี *Japan - Agricultural Products II* คณะพิจารณาในคดีดังกล่าวได้สรุปว่าต้องตรวจสอบต่อไปว่า ส่วนใดของมาตรการสอดคล้องกับข้อกำหนดของมาตรา 5.7 ถ้ามาตรการสุขอนามัยที่เป็นปัญหาเป็นไปตามข้อกำหนดเหล่านี้ย่อมไม่ฝ่าฝืนต่อมาตรา 2.2³⁷ ดังนั้น คณะพิจารณาจึงละเว้นจากการทำความค้นหาในสวนความสอดคล้องของมาตรการกับมาตรา 2.2 จนกว่าคณะพิจารณาได้ทำการค้นหามาตรา 5.7 เสร็จสมบูรณ์

3.2.3 ประเด็นพิจารณาลักษณะของมาตรการชั่วคราวตามมาตรา 5.7 ของข้อตกลง SPS

ญี่ปุ่นกล่าวอ้างว่า คณะพิจารณาควรค้นหาถึงความไม่เพียงพอของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพื่อสนับสนุนมาตรการของญี่ปุ่นภายใต้มาตรา 2.2 โดยมาตรการทางการค้าของญี่ปุ่นสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นมาตรการชั่วคราวในบริบทของมาตรา 5.7 ตั้งแต่วันที่ข้อตกลง SPS มีผลบังคับใช้ สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า การวิเคราะห์ของคณะพิจารณาถึงการต่อสู้อันเป็นทางเลือกของญี่ปุ่นภายใต้มาตรา 5.7 สามารถเริ่มต้นและสิ้นสุดลงด้วยข้อกำหนดแรกของมาตรการซึ่งมาตรการชั่วคราวได้ถูกกำหนดในกรณีที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอเท่านั้น สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่าญี่ปุ่นไม่ได้พิสูจน์ว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอ สหรัฐอเมริกาเห็นว่าไม่เคยมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ว่าแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บสามารถแพร่กระจายเชื้อแบคทีเรีย *Fire blight* ได้³⁸

ในกรณีนี้ คณะพิจารณาค้นพบในเบื้องต้นว่า มาตรการของญี่ปุ่นได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอในความมุ่งหมายของมาตรา 2.2 ซึ่งญี่ปุ่นได้ยกมาตรา 5.7 ขึ้นอ้างว่าเป็นมาตรการที่เป็นทางเลือกและเป็นมาตรการชั่วคราวที่กำหนดขึ้นตั้งแต่วันที่ข้อตกลง SPS มีผลบังคับใช้ ดังนั้น จึงเป็นสิ่งที่คณะพิจารณาต้องพิจารณาว่า มาตรการที่เป็นปัญหาสามารถพิสูจน์ได้ว่าถูกต้องในลักษณะที่เป็นมาตรการชั่วคราวในความหมายของมาตรา

³⁷ Report of the Panel in *Japan - Agricultural Products II*, para 8.48, อ้างถึงใน Report of the Panel, *JAPAN - Measures Affecting The Importation of Apples*, (WT/DS245/R) 15 July 2003, para. 8.200.

³⁸ Report of the Panel, *supra note 2*, paras. 8.203 - 8.204.

5.7 หรือไม³⁹ ซึ่งคณะพิจารณาตระหนักว่าภาวะการพิสูจน์ตกแก่ประเทศญี่ปุ่นในการพิจารณาสนับสนุนข้อสมมติฐาน

คณะพิจารณาคำนี้ว่า องค์การอุทธรณ์ในคดี *Japan-Agricultural Products II* ได้ให้ข้อสังเกตว่า มาตรา 5.7 ได้ระบุถึงข้อกำหนด 4 ประการซึ่งต้องทำให้บรรลุผลสำหรับการพิสูจน์ว่ามาตรการชั่วคราว กล่าวคือ

- 1) มาตรการได้รับการกำหนดในสถานการณ์ที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องยังไม่เพียงพอ
- 2) มาตรการที่ได้รับการยอมรับบนพื้นฐานของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่หามาได้
- 3) ประเทศสมาชิกผู้ใช้มาตรการพยายามเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่เพิ่มเติมที่จำเป็นสำหรับการประเมินค่าความเสี่ยงอย่างมีเหตุผลมากขึ้น และ
- 4) ประเทศสมาชิกผู้ให้การทบทวนมาตรการภายในระยะเวลาอันสมควร

นอกจากนี้ องค์การอุทธรณ์ได้เพิ่มเติมอีกว่า เมื่อใดก็ตามที่ข้อกำหนดประการหนึ่งประการใดใน 4 ประการนี้ไม่บรรลุผล มาตรการนั้นย่อมไม่สอดคล้องกับมาตรา 5.7⁴⁰

คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่า ญี่ปุ่นได้แย้งว่าพยานหลักฐานไม่เพียงพอเกี่ยวกับการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรีย เช่น มีหลักฐานที่จำกัดถึงการปรากฏของแบคทีเรีย *Fire blight* ภายในแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการที่ประกันได้ว่าจะไม่มีค้นพบในแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บ คณะพิจารณาตระหนักว่า ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มีความเชื่อมโยงกับความไม่เพียงพอของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งองค์การอุทธรณ์ในคดี *Japan-Agricultural Products II* อธิบายในลักษณะสถานการณ์และมาตรา 5.7 ในลักษณะเป็นกรณีทั่วไป จากการชี้แจงเหล่านี้ คณะพิจารณาจึงสรุปว่า หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอ หมายถึง การอ้างอิงพยานหลักฐานทั่วไปของปัญหาสุขอนามัยพืช ในกรณีนี้ คือ ความเสี่ยงภัยของการแพร่กระจายเชื้อ *Fire blight* โดยผ่านผลแอปเปิ้ล ทั้งนี้สถานการณ์ในคดีนี้ การศึกษาทางวิทยาศาสตร์และประสบการณ์ในทางปฏิบัติไม่เป็นที่ชัดเจนตามที่ระบุไว้ในมาตรา 5.7 ซึ่งได้กำหนดถึงการร้องขอในสถานการณ์ที่พยานหลักฐานที่จัดหามาได้มีน้อยหรือ

³⁹ *Ibid.* paras. 8.211 – 8.212.

⁴⁰ Report of the Appellate Body in *Japan - Agricultural Products II*, para 89, อ้างถึงใน Report of the Panel, *JAPAN - Measures Affecting The Importation of Apples*, (WT/DS245/R) 15 July 2003, para. 8.213.

พยานหลักฐานที่จัดหามาได้ไม่น่าเชื่อถือ ในประเด็นเรื่องเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ทั้งจำนวนหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และคุณภาพของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกิดขึ้นมากกว่าหลายปี แสดงให้เห็นว่าความเสี่ยงของการแพร่เชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** โดยผ่านผลแอปเปิ้ลมีเพียงเล็กน้อย ยิ่งไปกว่านั้น สิ่งนี้เป็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ผู้เชี่ยวชาญต่างแสดงความเชื่อมั่นเพิ่มขึ้น⁴¹ ด้วยเหตุนี้ คณะจึงพิจารณาสรุปว่า สถานการณ์ในคดีนี้เป็นกรณีที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องอันสามารถหามาได้ ดังนั้น จึงไม่เป็นไปตามเงื่อนไขข้อที่ 1 ของมาตรา 5.7⁴²

3.2.4 คำวินิจฉัยของคณะพิจารณา

ทางพิจารณาได้ความว่า มาตรการทางสุขอนามัยที่เป็นปัญหาคำร้องอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอในความมุ่งหมายของมาตรา 2.2 และมาตรการที่เป็นปัญหาไม่ใช่มาตรการชั่วคราวตามข้อกำหนดของมาตรา 5.7 ผลที่ตามมา คณะพิจารณาสรุปว่า สหรัฐอเมริกาได้ทำให้คดีมีมูลว่า ญี่ปุ่นฝ่าฝืนพันธกรณีตามมาตรา 2.2 โดยการดำรงอยู่ของมาตรการที่เป็นปัญหานั้นปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอ ญี่ปุ่นล้มเหลวในการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว นอกจากนี้ คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตในประเด็นนี้ว่า การสรุปของคณะพิจารณาตั้งอยู่บนหลักฐานที่ได้เสนอให้พิจารณาโดยคู่ความและความเห็นต่างๆของผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับขอปรึกษาหารือโดยคณะพิจารณา⁴³

3.3 ประเด็นพิจารณาและคำวินิจฉัยเรื่องการประเมินความเสี่ยงและความสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศตามมาตรา 5.1 และประเด็นพิจารณาตามมาตรา 5.2 ของข้อตกลง SPS

สหรัฐอเมริกาได้เสนอให้พิจารณาว่า มาตรการที่เป็นปัญหานั้นไม่สอดคล้องกับมาตรา 5.1 และมาตรา 5.2 ของข้อตกลง SPS เพราะไม่ได้อยู่บนฐานของการประเมินความเสี่ยงตามที่กำหนด ซึ่งภาคผนวก A ข้อ 4 ของข้อตกลง SPS ได้อธิบายว่า "การประเมินความเสี่ยง" คือ การประเมินความเป็นไปได้ของการเข้ามา การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของแมลงศัตรูพืช หรือโรคภายในดินแดนของประเทศสมาชิกผู้นำเข้าสอดคล้องกับมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชซึ่ง

⁴¹ Report of the Panel, *supra* note 2, paras. 8.217 – 8.219.

⁴² *Ibid.* para. 8.221.

⁴³ *Ibid.* paras. 8.223 – 8.225.

อาจนำมาใช้ และการประเมินผลที่อาจเกิดขึ้นและตามมาทางด้านเศรษฐกิจและชีววิทยาซึ่งเกี่ยวข้องกับ การเข้ามา การกักตัว หรือการแพร่กระจาย หรือการประเมินความเป็นไปได้สำหรับผลเสียหายต่อสุขภาพของมนุษย์หรือสัตว์ ซึ่งเกิดจากการมีสารปรุงแต่ง สิ่งเจือปน สารพิษหรือสิ่งมีชีวิตที่ทำให้เกิดโรคในอาหาร เครื่องดื่ม หรืออาหารสัตว์

การประเมินความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางการค้าของญี่ปุ่นในคดีนี้เป็นการประเมินค่าในเรื่อง

1) ความเป็นไปได้ในการเข้ามา, การกักตัว หรือการแพร่กระจายของแมลงศัตรูพืชหรือเชื้อโรคภายในดินแดนของประเทศผู้นำเข้าซึ่งสอดคล้องกับมาตรการทางสุขอนามัยที่อาจนำมาใช้ และผลที่อาจเกิดขึ้นทางชีววิทยาและผลทางด้านเศรษฐกิจ

2) การประเมินความเสี่ยงว่าเหมาะสมกับสถานการณ์หรือไม่

3) การประเมินความเสี่ยงได้พิจารณาถึงเทคนิคการประเมินความเสี่ยงที่พัฒนาขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องหรือไม่

ในคดีนี้มาตรการที่เป็นปัญหา คือ มาตรการสุขอนามัยพืชโดยความเสี่ยงภัยในคดีเป็น ความเสี่ยงภัยที่เกี่ยวข้องกับชีวิต และสุขภาพของพืช ในความเห็นของคณะพิจารณา สถานการณ์ที่เกี่ยวข้องในคดีนี้ คือ ข้อเท็จจริงที่ว่าประเทศญี่ปุ่นได้พิจารณาว่าต้องปลอดจากการเข้ามาของเชื้อแบคทีเรียและสภาวะอากาศที่เป็นอันตรายสนับสนุนการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight**⁴⁴ และองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง คือ อนุสัญญาว่าด้วยการอารักขาพืชระหว่างประเทศ หรือ IPPC โดยคู่ความได้อ้างถึงเทคนิคการประเมินความเสี่ยงที่พัฒนาขึ้นโดย IPPC ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ สหรัฐอเมริกาอ้างถึงมาตรฐานระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยพืช (**International Standard for Phytosanitary Measure : ISPM**) หมายเลข ISPM 11 ว่าด้วยการวิเคราะห์ความเสี่ยงของแมลงศัตรูพืชเพื่อการกักกัน

สำหรับญี่ปุ่นได้ให้ข้อสังเกตว่ามาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในเวลาของการดำเนินการวิเคราะห์ความเสี่ยง คือ ISPM 2 ว่าด้วยแนวทางสำหรับการวิเคราะห์ความเสี่ยง⁴⁵ ทั้งนี้ คู่ความทั้งสองฝ่ายเห็นว่าเทคนิคการประเมินความเสี่ยงทั้งสองประการวางอยู่บนโครงสร้างที่เหมือนกันเพียงแต่แตกต่างกันในรายละเอียด ซึ่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่น (**Japan's PRA**) ไม่เป็นไปตามมาตรฐานของเทคนิคทั้งสองประการ ดังนั้น คณะพิจารณาจึง

⁴⁴ *Ibid.* paras. 8.238 – 8.240.

⁴⁵ *Ibid.* para. 8.242.

ยังไม่ค้นหาความแตกต่างระหว่างแนวทางทั้งสองกรณี แต่จะเน้นไปที่ประเด็นสำคัญที่ว่า การประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่นได้กำหนดและประเมินค่าอย่างเพียงพอภายใต้มาตรฐานของ ISPM ทั้งสองฉบับหรือไม่เกี่ยวกับความเป็นไปได้สำหรับการเข้ามาและการแพร่กระจายของแบคทีเรีย **Fire blight** โดยผ่านผลแอปเปิ้ล⁴⁶

สำหรับการประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่นตามข้อกำหนดภายใต้ภาคผนวก A ข้อ 4 ของข้อตกลง SPS องค์การอุทธรณ์ในคดีต่างๆที่ผ่านมาได้อธิบายว่า การประเมินความเสี่ยงภายในความหมายของมาตรา 5.1 ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบต่างๆ ดังนี้

1) ระบุถึงเชื้อโรคซึ่งเข้ามา, ก่อตัว หรือแพร่กระจาย ที่ประเทศสมาชิกต้องการขีดขวางภายในดินแดนของตนและผลที่อาจเกิดขึ้นทางชีววิทยาและทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคเหล่านั้น

2) การประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคเหล่านั้นและผลที่อาจเกิดขึ้นทางชีววิทยาและทางเศรษฐกิจ และ

3) การประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคเหล่านี้ตามมาตรการสุขอนามัยหรือมาตรการสุขอนามัยพืชซึ่งอาจนำมาใช้⁴⁷

(1) ความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรค

สหรัฐอเมริกาเห็นว่า ญี่ปุ่นล้มเหลวต่อการบรรลุถึงข้อกำหนดภายใต้มาตรา 5.1 กล่าวคือ การประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคเหล่านั้นและผลที่อาจเกิดขึ้นทางชีววิทยาและทางเศรษฐกิจ และการประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคตามมาตรการสุขอนามัยหรือมาตรการสุขอนามัยพืชซึ่งอาจนำมาใช้ ในความเห็นของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นล้มเหลวในเรื่องการอ้างหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าแอปเปิ้ล ทำให้เป็นการกล่าวถึงความเป็นไปได้มากกว่าการประเมินค่าโอกาสที่น่าเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรค⁴⁸

ในการประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรค สหรัฐอเมริกาได้แย้งว่า ไม่มีหลักฐานในการแพร่กระจายจากแอปเปิ้ลที่ผ่านมา และไม่มี

⁴⁶ *Ibid.* para. 8.244.

⁴⁷ *Ibid.* para. 8.250.

⁴⁸ *Ibid.* paras. 8.253 – 8.254.

หลักฐานว่าสมมติฐานของการแพร่กระจายของแบคทีเรีย **Fire blight** สามารถทำให้สมบูรณได้ และ **Japan's PRA** ได้ละเลยขั้นตอนสำคัญในการประเมินค่าและล้มเหลวในการประเมินค่าความน่าจะเป็นของการเข้ามา, การกักตัว และการแพร่กระจายของเชื้อโรค⁴⁹

ในประเด็นนี้ญี่ปุ่นได้ต่อสู้ว่า **PRA 1999** ระบุถึงขั้นตอนอันเป็นเส้นทางจำเป็นสำหรับแบคทีเรีย **Fire blight** ที่ได้แพร่กระจายโดยผ่านแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่มีสุขภาพสมบูรณ์ ที่นำเข้ามาจากสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นให้ข้อสังเกตว่าวัตถุประสงค์ของการประเมินค่าใน **PRA 1999** เป็นการประเมินค่าผลแอปเปิ้ลของสหรัฐอเมริกาในลักษณะเป็นเส้นทางที่น่าเป็นไปได้ยิ่งไปกว่านั้น **PRA 1999** เป็นการประเมินค่าเกี่ยวกับคุณภาพที่มีความเป็นไปได้⁵⁰

ในการประเมินค่าความเสี่ยงของญี่ปุ่น คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตในประเด็นนี้ว่าได้มีการยอมรับในคดีก่อนถึงการประเมินความเสี่ยงที่กระทำภายใต้มาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS ควรจะระบุถึงประเด็นที่เป็นความเสี่ยงอย่างเพียงพอ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณะพิจารณาได้ระลึกถึงการค้นหาของคณะพิจารณาที่ได้รับการวินิจฉัยยื่นจากองค์การอุทธรณ์ในคดี *EC - Hormones* ว่า การศึกษาที่เกี่ยวข้องกับสารที่ทำให้เกิดมะเร็งของฮอร์โมน ไม่มีการประเมินค่าของสิ่งที่เป็นไปได้สำหรับการผลของสารที่ก่อมะเร็งที่เป็นผลจากการปรากฏของฮอร์โมนในอาหารหรือเนื้อสัตว์ ไม่เพียงพอสำหรับการสนับสนุนมาตรการที่เป็นปัญหา⁵¹

จากการพิจารณาพบว่า ไม่มีการบ่งชี้อย่างชัดเจนในเอกสารว่าเส้นทางความเป็นไปได้อื่นๆที่อาจจะเกี่ยวข้องกับการประเมินความน่าจะเป็นของการเข้ามา, การกักตัว หรือการแพร่กระจายโดยผ่านผลแอปเปิ้ลเป็นอย่างไร การสรุปของ **PRA** ไม่ได้อ้างถึงความเกี่ยวข้องกับการเข้ามาของเชื้อโรคโดยผ่านผลแอปเปิ้ลเพียงอย่างเดียว แต่เป็นการอ้างทั่วไปที่เป็นการผ่านพาหะที่อ่อนไหวต่อการติดเชื้อ อีกทั้งหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ได้เสนอให้พิจารณาโดยคู่ความทั้งสองฝ่ายไม่ได้ทำให้คลายความสงสัยได้ว่า ความเสี่ยงภัยในการเข้ามาและการแพร่กระจายของเชื้อโรคเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ดังนั้น คณะพิจารณาสรุปว่า **PRA 1999** ไม่ได้ระบุอย่างเพียงพอถึงเนื้อหาที่เป็นประเด็นในการกำหนดการประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสมภายใต้มาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS⁵²

⁴⁹ *Ibid.* para. 8.259.

⁵⁰ *Ibid.* para. 8.260.

⁵¹ *Ibid.* para. 8.267.

⁵² *Ibid.* para. 8.271.

การประเมินค่าความเป็นไปได้

ในประเด็นเกี่ยวกับการประเมินค่าความเป็นไปได้และโอกาสที่น่าเป็นไปได้นั้น คณะพิจารณาตระหนักถึงการโต้แย้งของสหรัฐอเมริกาว่า การประเมินค่าความเสี่ยงของญี่ปุ่นไม่บรรลุถึงข้อกำหนดตามมาตรา 5.1 ซึ่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การประเมินค่าความเสี่ยงของญี่ปุ่นได้ระบุเพียงความเป็นไปได้มากกว่าโอกาสที่น่าเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5.1 คณะพิจารณาได้พิจารณาในประเด็นนี้โดยคำนึงว่าการประเมินความเสี่ยงประกอบด้วย การประเมินค่าของความเป็นไปได้ในการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรค ดังที่องค์การอุทธรณ์ในคดี EC – Hormones ได้อธิบายว่า การประเมินค่าความเป็นไปได้ตามภาคผนวก A ข้อ 4 ของข้อตกลง SPS ครอบคลุมมากกว่าการระบุเพียงความเป็นไปได้ ซึ่งข้อกำหนดนี้ได้กำหนดการประเมินค่าโอกาสที่น่าเป็นไปได้ของการเข้ามา และบอกเป็นนัยได้ว่าเป็นระดับที่สูงกว่าสิ่งที่เป็นไปได้หรือความเป็นไปได้⁵³ แม้ว่าเงื่อนไขของโอกาสที่น่าเป็นไปได้นั้นได้นำมาใช้ได้อธิบายจากการศึกษาที่อ้างอิงแต่ไม่ได้สะท้อนการประเมินค่าโดยเฉพาะเรื่องระดับความจริงของความเป็นไปได้ของเหตุการณ์ ทั้งนี้โอกาสที่น่าเป็นไปได้ไม่ต้องการเงื่อนไขด้านปริมาณแต่เป็นเงื่อนไขด้านคุณภาพ⁵⁴

จากหลักฐานต่างๆ และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่น่าเสนอต่อคณะพิจารณา Japan's PRA ไม่ได้ประเมินค่าความได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อ Fire blight โดยผ่านการนำเข้าแอปเปิ้ล ตามที่อาจคาดเห็นได้ล่วงหน้าตามมาตรา 5.1 และ ภาคผนวก A ย่อหน้าที 4 ของข้อตกลง SPS⁵⁵

(2) มาตรการสุขอนามัยที่อาจนำมาใช้

ในประเด็นนี้ สหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่า การประเมินค่าความเสี่ยงของญี่ปุ่นไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขตามมาตรา 5.1 และภาคผนวก A ข้อ 4 เพราะไม่ได้ระบุถึงวิธีการที่สำคัญ, การประเมินค่าผลลัพธ์ของมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชในการลดความเสี่ยงภัยต่างๆตามที่กำหนดในมาตรา 5.1 สหรัฐอเมริกาให้ข้อสังเกตว่า ญี่ปุ่นไม่ประสบความสำเร็จในการพิจารณาถึงมาตรการอันเป็นทางเลือกเพื่อการนำมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ได้พิจารณามาตรการอันเป็นทางเลือกที่น่าเสนอโดยสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1997

⁵³ *Ibid.* paras. 8.272 – 8.273.

⁵⁴ *Ibid.* para. 8.275.

⁵⁵ *Ibid.* para. 8.280.

ญี่ปุ่นให้ข้อสังเกตว่ามาตรการที่นำมาใช้ในปัจุบันของญี่ปุ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อจำกัดของการนำเข้าแอปเปิ้ลจากรัฐออริกอนและรัฐวอชิงตันได้กำหนดขึ้นตามข้อเสนอของสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ ญี่ปุ่นได้ให้ข้อสังเกตอีกว่าหลักเกณฑ์แอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการได้อ้างถึงในปัจุบันของสหรัฐอเมริกานั้นไม่ได้เสนอในช่วงเวลาก่อนการเจรจาในเดือนเมษายน ค.ศ. 2002⁵⁶

ในประเด็นเกี่ยวกับข้อกำหนดที่ว่า "การประเมินค่าได้ดำเนินการตามมาตรการทางสุขอนามัยหรือมาตรการทางสุขอนามัยพืชซึ่งอาจถูกนำมาใช้นั้น" คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่า ถ้อยคำนี้ได้อ้างถึงมาตรการซึ่ง "อาจ" ถูกนำมาใช้ด้วย ไม่เฉพาะกับมาตรการที่ได้นำมาใช้ ซึ่งได้แนะนำแก่คณะพิจารณาว่า ภายใต้บทบัญญัตินี้ไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่าเป็นการเพียงพอต่อการพิจารณาว่ามาตรการที่ระบุไว้เป็นมาตรการที่เหมาะสมแล้วเพื่อแยกออกจากทางเลือกที่เป็นไปได้อื่น ๆ⁵⁷

ในกรณีนี้เป็นที่ชัดเจนว่า Japan's PRA มีจุดมุ่งหมายโดยเฉพาะเพื่อการประเมินความเสี่ยงโดยไม่คำนึงถึงว่ามาตรการกักกันพันธุ์พืชซึ่งต่อต้านแบคทีเรีย *Fire blight* อันเกี่ยวข้องกับแอปเปิ้ลที่นำเข้าจากรัฐอเมริกาเป็นมาตรการที่เหมาะสมหรือไม่⁵⁸

ในประเด็นนี้ คณะพิจารณาให้ข้อสังเกตว่า ญี่ปุ่นไม่ได้พิจารณาถึงมาตรการอันเป็นทางเลือกนอกเหนือจากมาตรการที่ปรากฏ สถานการณ์ต่างๆของการประเมินความเสี่ยงที่ระบุไว้ โดยเฉพาะนี้เป็นข้อเท็จจริงที่ว่า โครงการของญี่ปุ่นทั้งหมดเกี่ยวข้องกับการห้ามนำเข้าและการประเมินความเสี่ยงได้ดำเนินการโดยเฉพาะเพื่อค้นหาความจริงของการกำหนดมาตรการต่างๆ เงื่อนไขของบทบัญญัตินี้ได้เสนอแนะคณะพิจารณาว่า การพิจารณาไม่ควรกระทำเฉพาะในมาตรการที่ได้ระบุไว้ซึ่งได้นำมาใช้ในปัจุบัน แต่อย่างน้อยที่สุดควรพิจารณาระดับความเป็นไปได้ของมาตรการที่เกี่ยวข้อง ในกรณีนี้ญี่ปุ่นไม่ได้พยายามบ่งชี้ถึงมาตรการเพื่อบรรเทาความเสี่ยงนอกเหนือจากการใช้ตามความเป็นจริง ซึ่งคณะพิจารณาเห็นในประเด็นนี้ว่า ญี่ปุ่นไม่ได้ประเมินค่าอย่างเหมาะสมเรื่องความเป็นไปได้ของการเข้ามาตามมาตรการสุขอนามัยพืชที่อาจนำมาใช้⁵⁹

⁵⁶ *Ibid.* paras. 8.281 – 8.282.

⁵⁷ *Ibid.* para. 8.283.

⁵⁸ *Ibid.* para. 8.284.

⁵⁹ *Ibid.* para. 8.285.

จากการค้นหาของคณะพิจารณาข้างต้น Japan's PRA ไม่ได้ครอบคลุมการประเมินความเสี่ยงในความมุ่งหมายของมาตรา 5.1 ดังนั้น คณะพิจารณาจึงสรุปว่า มาตรการของญี่ปุ่นจึงไม่ได้อยู่บนฐานการประเมินความเสี่ยง ดังนั้น คณะพิจารณาจึงไม่ต้องตรวจสอบในประเด็นนี้ต่อไป⁶⁰

สำหรับในประเด็นพิจารณาตามมาตรา 5.2 คณะพิจารณาค้นพบว่า สหรัฐอเมริกาทำให้คดีมีมูลว่า ญี่ปุ่นฝ่าฝืนต่อมาตรา 5.1 โดยญี่ปุ่นไม่อาจพิสูจน์หักล้างได้ตามการค้นหานี้ คณะพิจารณาไม่ต้องค้นหาถึงมาตรการที่เป็นปัญหานั้นฝ่าฝืนต่อมาตรา 5.2 หรือไม่⁶¹

3.4 ประเด็นพิจารณาและคำวินิจฉัยความสอดคล้องกับมาตรา XI ของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วย พิกัดภาษีศุลกากรและการค้า

คณะพิจารณาค้นพบในเบื้องต้นว่า มาตรการด้านสุขอนามัยที่เป็นปัญหาฝ่าฝืนต่อมาตรา 2.2, 5.7, 5.1 ของข้อตกลง SPS

คณะพิจารณาได้ค้นหาเกี่ยวกับการตัดสินคดีที่เหมาะสมตามที่คณะพิจารณาในคดีก่อนๆ ได้กระทำในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันกับการค้นหว่าฝ่าฝืนบทบัญญัติแกตต์ 1994 เนื่องจากคณะพิจารณาค้นพบว่า มาตรการทางสุขอนามัยที่เป็นปัญหาไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดของข้อตกลง SPS คณะพิจารณาจึงเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องตรวจสอบว่า มาตรการนี้ไม่สอดคล้องกับมาตรา XI ของข้อตกลง GATT ด้วยหรือไม่⁶²

⁶⁰ *Ibid.* para. 8.291.

⁶¹ *Ibid.* para. 8.292.

⁶² *Ibid.* paras. 8.328 – 8.329.

4. การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ขององค์การอุทธรณ์ ในประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าแอปเปิ้ล

การดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์ ญี่ปุ่นได้อุทธรณ์เกี่ยวกับการใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าแอปเปิ้ลโดยได้ยกข้อกล่าวอ้างว่า คณะพิจารณาได้กระทำไม่ถูกต้องในกรณี ดังต่อไปนี้⁶³

- 1) ทำผิดพลาดในการค้นหาว่ามาตรการสุขอนามัยพืชได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอและไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของญี่ปุ่นภายใต้มาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS
- 2) ทำผิดพลาดในการค้นหาว่ามาตรการสุขอนามัยพืชไม่ใช่มาตรการชั่วคราวภายใต้มาตรา 5.7 เพราะไม่ได้กำหนดขึ้นในกรณีที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอ
- 3) ทำผิดพลาดในการค้นหาว่ามาตรการสุขอนามัยพืชไม่ได้ตั้งอยู่บนฐานของการประเมินความเสี่ยงตามที่อธิบายในภาคผนวก A ของข้อตกลง SPS และตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5.1

4.1. ประเด็นพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการกับมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS

ญี่ปุ่นได้แสดงข้อคิดเห็นที่ขัดแย้งกับการสรุปของคณะพิจารณาโดยญี่ปุ่นกล่าวอ้างว่า แอปเปิ้ลที่ติดเชื้อไม่ใช่เส้นทางในการเข้ามาของแบคทีเรีย **Fire blight** ไม่ได้รับการดำเนินการโดยสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นต่อสู้ว่าในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าคดีมีมูลคดีนั้นก็จะมีกรณีเริ่มต้นเพื่อค้นหาถึงการฝ่าฝืนต่อมาตรา 2.2 อีกทั้งได้โต้แย้งว่า คณะพิจารณาได้กระทำไม่ถูกต้องที่ค้นพบว่า สหรัฐอเมริกาได้ทำให้คดีมีมูลในเรื่องแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ ญี่ปุ่นเห็นว่าความผิดพลาดนี้เป็นผลมาจากวิธีการอันไม่เหมาะสมของคณะพิจารณาต่อการประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่นที่ตีความมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS ผิดพลาด

ญี่ปุ่นได้เสนอให้พิจารณาเกี่ยวกับประเด็นแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อภายในว่าเป็นการพิสูจน์มูลคดีเป็นของสหรัฐอเมริกาที่ต้องพิสูจน์ว่าไม่มีความเสี่ยงเกี่ยวกับแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อว่าสามารถเป็นพาหะสำหรับการเข้ามาของแบคทีเรีย **Fire blight** ในญี่ปุ่น ซึ่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้กระทำเช่นว่า

⁶³ Report of the Appellate Body, Japan – Measures Affecting The Importation of Apples (WT/DS245/AB/R) 26 November 2003. Para. 129.

นั้น เพราะปรากฏเพียงการโต้แย้งและพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการเท่านั้น การไม่ปรากฏการพิสูจน์มูลคดีโดยสหรัฐอเมริกาว่ามีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอในการประเมินความเสี่ยงกับแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อภายในนั้น ญี่ปุ่นเห็นว่า คณะพิจารณาควรต้องชี้ขาดเพื่อสนับสนุนญี่ปุ่นและค้นหาว่าแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อสามารถเป็นเส้นทางสำหรับการเข้ามาของเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** ได้ นอกจากนี้ ญี่ปุ่นเสนอให้พิจารณาในประเด็นที่ว่าญี่ปุ่นไม่ได้เสนอพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอในการสนับสนุนข้อกล่าวอ้างถึงการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรียในญี่ปุ่นที่ได้ถูกทำให้สมบูรณ์ คณะพิจารณาได้ ผลักภาระการพิสูจน์ไปยังญี่ปุ่นก่อนการพิสูจน์มูลคดีของสหรัฐอเมริกา ท้ายที่สุด ญี่ปุ่นโต้แย้งว่า คณะพิจารณาไม่ได้รับสิทธิในการใช้อำนาจตรวจสอบเพื่อค้นหาความจริงเรื่องความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อเพราะว่าสหรัฐอเมริกาได้ปฏิเสธการพิสูจน์มูลคดีในประเด็นนี้⁶⁴

องค์กรอุทธรณ์จะตรวจสอบข้อโต้แย้งใน 2 ประการ คือ ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับแอปเปิ้ลอื่นที่นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ และข้อโต้แย้งเกี่ยวกับแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ⁶⁵

(1) ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับแอปเปิ้ลอื่นที่นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ

ในคดีนี้ สหรัฐอเมริกากล่าวอ้างข้อเท็จจริงเกี่ยวกับแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการในลักษณะที่เป็นเส้นทางสำหรับแบคทีเรีย **Fire blight** และพยายามยืนยันข้อกล่าวอ้างเหล่านั้น ญี่ปุ่นต่อสู้โดยโต้แย้งว่า ญี่ปุ่นต้องปกป้องตัวเองในการควบคุมระบบของประเทศผู้ส่งออกที่อาจจะส่งผลในการนำเข้าแอปเปิ้ลอื่นๆที่นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ ซึ่งมีความเป็นไปได้ว่าแอปเปิ้ลอื่นที่นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ (กล่าวคือ แอปเปิ้ลที่ยังไม่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บแต่เป็นผลที่เสียหาย) สามารถได้รับเชื้อ **Fire blight** ได้ และผลแอปเปิ้ลที่ติดเชื้อเป็นผลที่สนับสนุนการเข้ามาของเชื้อแบคทีเรียได้ ดังนั้น ญี่ปุ่นจึงมีภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวอ้างในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับแอปเปิ้ลประเภทอื่นที่ได้นำเข้ามาในประเทศญี่ปุ่น ในประเด็นนี้ องค์กรอุทธรณ์จึงไม่เห็นด้วยกับข้อต่อสู้ของญี่ปุ่นที่ว่า คณะพิจารณาได้ทำไม่ถูกต้อง

⁶⁴ *Ibid.* paras.148 - 149.

⁶⁵ *Ibid.* para.151.

ที่ปิดการพิจารณาพิสูจน์ไปยังญี่ปุ่นเนื่องจากสหรัฐอเมริกาผู้ฟ้องคดีได้ปฏิเสธในการพิสูจน์หรือการปิดการพิจารณาพิสูจน์ได้กระทำก่อนที่จะได้พิสูจน์มูลคดีของสหรัฐอเมริกา⁶⁶

การพิจารณาพิสูจน์มูลคดีว่ามาตรการของญี่ปุ่นได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอขึ้นกับฝ่ายสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นพยายามตอบโต้โดยเสนอการโต้เถียงในส่วนของแอปเปิ้ลที่นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการที่ได้ส่งออกไปยังญี่ปุ่นเป็นผลมาจากความผิดพลาดในการจัดการหรือการกระทำที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น ญี่ปุ่นจึงต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างเหล่านั้น ไม่ใช่การพิจารณาพิสูจน์ของสหรัฐอเมริกาถึงข้อเท็จจริงที่ญี่ปุ่นกล่าวอ้าง ในประเด็นนี้องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของญี่ปุ่นว่าการปิดการพิจารณาพิสูจน์ไปยังญี่ปุ่นได้กระทำก่อนกำหนดเวลาก่อนการพิสูจน์ว่าคดีมีมูลโดยสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นมีการพิจารณาพิสูจน์แต่เพียงผู้เดียวในข้อเท็จจริงที่ตนได้กล่าวอ้าง⁶⁷

ญี่ปุ่นได้ต่อสู้ด้วยว่า คณะพิจารณาไม่มีอำนาจในการกำหนดการค้นหาข้อเท็จจริงให้ชัดเจนขึ้นและในการสนับสนุนข้อต่อสู้นี้ ญี่ปุ่นได้อ้างถึงคำพูดขององค์การอุทธรณ์ในคดี **Japan-Agricultural Products II** : มาตรา 13 ของบันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท และมาตรา 11.2 ของข้อตกลง SPS ได้เสนอแนะว่า คณะพิจารณาไม่มีอำนาจในการสืบสวน แต่อำนาจในการสืบสวนนี้ไม่สามารถนำมาใช้เพื่อชี้ขาดสนับสนุนผู้ฟ้องคดีซึ่งไม่ได้พิสูจน์ถึงความไม่สอดคล้องของข้อกล่าวที่ตนได้อ้างไว้กับบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งองค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับญี่ปุ่น องค์การอุทธรณ์ให้ข้อสังเกตว่า การค้นหาขององค์การอุทธรณ์ในคดี **Japan - Agricultural Products II** ไม่ได้สนับสนุนข้อโต้แย้งของญี่ปุ่นว่า คณะพิจารณาได้ถูกห้ามในการทำการค้นหาความจริงที่เชื่อมโยงกับแอปเปิ้ลที่นอกเหนือจากแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ การค้นหาเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับข้อกล่าวอ้างของสหรัฐอเมริกาภายใต้มาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS และเป็นการตอบโต้การกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่ได้เสนอโดยฝ่ายญี่ปุ่น คณะพิจารณาได้กระทำภายในขอบเขตของขอบอำนาจการสืบสวนของคณะพิจารณาแล้ว⁶⁸

นอกจากนี้ ญี่ปุ่นได้เสนอให้พิจารณาว่าเพื่อการพิสูจน์ถึงมูลคดีในกรณีซึ่งพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอภายใต้มาตรา 2.2 ฝ่ายผู้ฟ้องคดีต้องพิสูจน์

⁶⁶ *Ibid.* paras. 155 – 156.

⁶⁷ *Ibid.* para. 157.

⁶⁸ *Ibid.* para. 158.

ว่าไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอสำหรับความเสี่ยงภายใต้มาตรการ ซึ่งญี่ปุ่นเห็นว่า คณะพิจารณาไม่ควรสรุปว่าได้มีการพิสูจน์ว่าคดีมีมูลแล้ว เว้นแต่สหรัฐอเมริกาได้ระบุไว้ถึง สมมติฐานความเป็นไปได้ทั้งหมดและได้แสดงให้เห็นในแต่ละสมมติฐานว่าความเสี่ยงภัยจากการ แพร่เชื้อ **Fire blight** เป็นเรื่องเล็กน้อย

องค์กรอุทธรณ์เห็นว่าไม่มีพื้นฐานของวิธีการที่มาสสนับสนุนข้อเสนอของญี่ปุ่น ตามที่ องค์กรอุทธรณ์ในคดี **EC-Hormones** ได้กล่าวไว้ว่า “ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่าการพิสูจน์หักล้างโดยผู้ ถูกฟ้องกำหนดให้คณะพิจารณาวินิจฉัยสนับสนุนฝ่ายผู้ฟ้องคดีที่ได้แสดงให้เห็นว่าคดีมีมูล”⁶⁹ ใน คดีนี้ตามที่คณะพิจารณาสรุปว่าเพื่อการพิสูจน์มูลคดีว่ามาตรการของญี่ปุ่นได้ดำรงอยู่โดย ปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอเป็นสิ่งที่พอเพียงสำหรับสหรัฐอเมริกาเพื่อ ระบุถึงปัญหาของแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการสามารถสนับสนุน เส้นทางการ **Fire blight** ได้หรือไม่เท่านั้น ดังนั้น องค์กรอุทธรณ์ค้นพบว่าไม่มีข้อผิดพลาดในวิธีการ ของคณะพิจารณาที่ว่า สหรัฐอเมริกาสามารถพิสูจน์มูลคดีเรื่องความไม่สอดคล้องกับมาตรา 2.2 ที่เกี่ยวข้องกับแอปเปิ้ลที่ส่งออกจากสหรัฐอเมริกาไปยังญี่ปุ่น⁷⁰

(2) ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับแอปเปิ้ลที่ถึงกำหนดเก็บและแอปเปิ้ลที่ไม่ปรากฏอาการ

ในประเด็นนี้ ญี่ปุ่นกล่าวอ้างว่าคณะพิจารณากระทำไม่ถูกต้องในการตีความ มาตรา 2.2 ของข้อตกลง **SPS** เพราะได้ล้มเหลวในการพิจารณาความสอดคล้องในการเลือก หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ การชั่งน้ำหนักและการประเมินค่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งญี่ปุ่น เสนอให้พิจารณาว่า คณะพิจารณาไม่ควรจะมุ่งไปที่ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ แต่ควรจะประเมิน ค่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ตามวิธีการของญี่ปุ่น ซึ่งได้สะท้อนความเป็นจริงในทางประวัติศาสตร์ เรื่องการแพร่กระจายข้ามมหาสมุทรของเชื้อแบคทีเรียและการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วในทาง การค้าระหว่างประเทศ ดังนั้นในประเด็นนี้ ญี่ปุ่นเห็นว่าคณะพิจารณากระทำไม่ถูกต้องในการใช้ มาตรา 2.2 ของข้อตกลง **SPS** การประเมินค่าว่าสหรัฐอเมริกาได้พิสูจน์ว่าคดีมีมูลเกี่ยวกับความ

⁶⁹ Report of the Appellate Body in EC – Hormones, para. 104. อ้างถึงใน Report of the Appellate Body, Japan – Measures Affecting The Importation of Apples, para.159.

⁷⁰ Report of the Appellate Body, *supra note* 53, paras. 159 - 160.

เพียงพอของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์หรือไม่ ควรเป็นไปตามวิธีการทางด้านหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ของญี่ปุ่นไม่ใช่มาจากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ⁷¹

องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับญี่ปุ่น คณะพิจารณาไม่ได้กระทำผิดพลาดแต่อย่างใด ในการอ้างอิงการตีความมาตรา 2.2 และในการประเมินหลักฐานวิทยาศาสตร์ซึ่งเป็นไปตามการอธิบายขององค์การอุทธรณ์ในคดี *Japan - Agricultural Product II* โดยคณะพิจารณาได้ตรวจสอบพยานหลักฐานที่ได้อ้างถึงโดยคู่ความและพิจารณาความเห็นของผู้เชี่ยวชาญต่างๆ ซึ่งคณะพิจารณาได้สรุปเนื้อหาทางข้อเท็จจริงว่าไม่น่าเป็นไปได้ที่ผลแอปเปิ้ลจะได้นับสนุนเส้นทางในการเข้ามา, การกีดกัน หรือการแพร่กระจายแบคทีเรีย *Fire blight* ในญี่ปุ่น หลังจากนั้น คณะพิจารณาได้เปรียบเทียบความแตกต่างในขอบเขตของความเสียหายและลักษณะของปัจจัยสำคัญ ประกอบมาตรการ และสรุปว่ามาตรการไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจนกับความเสี่ยงที่ได้ระบุบนพื้นฐานของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้⁷²

ในเรื่องการโต้แย้งของญี่ปุ่นที่ว่า คณะพิจารณาควรทำการประเมินความเสี่ยงภายใต้มาตรา 2.2 ตามวิธีการของญี่ปุ่นด้านความเสี่ยงและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ องค์การอุทธรณ์ คำนึงว่าในคดี *EC-Hormones* องค์การอุทธรณ์ได้ระบุถึงปัญหาของมาตรฐานการทบทวนซึ่งคณะพิจารณาต้องใช้ในการประเมินหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ภายใต้ข้อตกลง *SPS* โดยบันทึกความเข้าใจว่าด้วยกฎเกณฑ์และวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทได้กำหนดมาตรฐานการทบทวน การกำหนดให้คณะพิจารณาทำการประเมินวัตถุประสงค์ของข้อเท็จจริง⁷³ ในความเห็นขององค์การอุทธรณ์ ข้อเสนอของญี่ปุ่นที่ว่าคณะพิจารณาได้ถูกผูกมัดกับวิธีการของญี่ปุ่นเกี่ยวกับความเสี่ยงและหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เหนือกว่าความเห็นของผู้เชี่ยวชาญขัดแย้งกับมาตรฐานการประเมินค่าทางวัตถุประสงค์ขององค์การอุทธรณ์⁷⁴

ในการประเมินค่าว่า สหรัฐอเมริกาพิสูจน์ว่าคดีมีมูลหรือไม่ คณะพิจารณาได้รับสิทธิในการพิจารณาถึงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ในคดี *India-Quantitative Restrictions* องค์การอุทธรณ์ได้บ่งชี้ว่า อาจเป็นสิ่งที่มิประโยชน์สำหรับคณะพิจารณาในการพิจารณาถึงความเห็นของ

⁷¹ *Ibid.* para. 161.

⁷² *Ibid.* paras. 162 - 163.

⁷³ Report of the Appellate Body in *EC - Hormones*, para. 117, อ้างถึงใน Report of the Appellate Body, *Japan - Measures Affecting The Importation of Apples*, para.155.

⁷⁴ Report of the Appellate Body, *supra note* 53, para. 165.

ผู้เชี่ยวชาญเพื่อตัดสินว่าคดีมีพยานหลักฐานประกอบอย่างเพียงพอหรือไม่⁷⁵ ในการโต้แย้งเกี่ยวกับการประเมินค่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ องค์การอุทธรณ์ได้กล่าวว่า คณะพิจารณาได้รับสิทธิพิจารณาไตร่ตรองในฐานะเป็นผู้ทดสอบข้อเท็จจริง ในขอบเขตของการพิจารณาไตร่ตรองประเมินค่าของหลักฐานและการชั่งน้ำหนักเพื่อลงความเห็นตามพยานหลักฐานนั้น⁷⁶

องค์การอุทธรณ์จึงปฏิเสธการต่อสู้ภายใต้มาตรา 2.2 ที่ว่า คณะพิจารณาได้ถูกผูกมัดในการกำหนดความสำคัญไปยังวิธีการทางด้านหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และความเสี่ยงของฝ่ายประเทศผู้นำเข้า และยืนตามการค้นหาคณะพิจารณาว่า มาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นที่เป็นปัญหาได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอในความมุ่งหมายตามมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS⁷⁷

4.2 ประเด็นพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการกับมาตรา 5.7 ของข้อตกลง SPS

จากมาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS ที่กำหนดว่า ประเทศสมาชิกจะไม่ดำรงไว้ซึ่งมาตรการทางสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชโดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ เว้นแต่เป็นไปตามข้อกำหนดในมาตรา 5.7 ซึ่งญี่ปุ่นได้ต่อสู้ว่า ถ้ามาตรการทางสุขอนามัยพืชของตนได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอตามมาตรา 2.2 มาตรการสุขอนามัยนั้นก็เป็นมาตรการชั่วคราวที่สอดคล้องกับมาตรา 5.7⁷⁸ คณะพิจารณาได้ค้นพบว่า มาตรการทางการค้าของญี่ปุ่นไม่ใช่มาตรการชั่วคราวที่พิสูจน์ได้ว่าถูกต้องตามมาตรา 5.7 เพราะว่มาตรการของญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดขึ้นโดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอ⁷⁹

⁷⁵ Report of the Appellate Body in India – Quantitative Restriction, para. 142, อ้างถึงใน Report of the Appellate Body, Japan – Measures Affecting The Importation of Apples, para. 166.

⁷⁶ Report of the Appellate Body, *supra* note 53, para. 166.

⁷⁷ *Ibid.* paras. 167 - 168.

⁷⁸ *Ibid.* para. 170.

⁷⁹ *Ibid.* para. 172.

ญี่ปุ่นได้แสดงข้อคิดเห็นที่ขัดแย้งกับการค้นหาของคณะพิจารณาที่ว่ามาตรการไม่ได้กำหนดในส่วนของการที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอตามความมุ่งหมายมาตรา 5.7 ของข้อตกลง SPS นอกจากนี้ ญี่ปุ่นได้เสนอให้พิจารณาว่ามาตรการของญี่ปุ่นนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดอื่นๆของมาตรา 5.7 โดยร้องขอให้องค์การอุทธรณ์กลับการค้นหาของคณะพิจารณาและทำให้เสร็จสมบูรณ์เกี่ยวกับการวิเคราะห์ความสอดคล้องของมาตรการกับข้อกำหนดอื่นที่ปรากฏในมาตรา 5.7⁸⁰

การอุทธรณ์ของญี่ปุ่นมุ่งไปที่ข้อกำหนดแรกของมาตรา 5.7 ญี่ปุ่นต่อสู้ว่า การประเมินค่าเกี่ยวกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องมีความเพียงพอหรือไม่นั้น ไม่ควรจำกัดเฉพาะพยานหลักฐานทั่วไปในปัญหาสุขอนามัยพืชที่เป็นปัญหา แต่ควรจะครอบคลุมถึงสถานการณ์เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับมาตรการเฉพาะหรือความเสี่ยงเฉพาะ ดังนั้น ญี่ปุ่นเสนอให้พิจารณาในกรณีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอตามมาตรา 5.7 ควรจะตีความที่สัมพันธ์กับสถานการณ์เฉพาะในส่วนของการเฉพาะซึ่งมาตรา 2.2 ได้นำมาใช้ แต่ไม่ใช่เฉพาะพยานหลักฐานทั่วไปญี่ปุ่นเห็นว่าคณะพิจารณาได้กระทำไม่ถูกต้องโดยการตีความการใช้มาตรา 5.7 ที่แคบและเข้มงวดเกินไป⁸¹

ญี่ปุ่นเห็นว่าข้อกำหนดตามมาตรา 5.7 ว่าต้องเป็นเรื่องความไม่เพียงพอของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ เมื่อคณะพิจารณาได้ทบทวนมาตรการที่ประเทศสมาชิกกล่าวอ้างว่าเป็นมาตรการชั่วคราว คณะพิจารณาต้องประเมินว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอใช่หรือไม่ การประเมินค่านี้ต้องกระทำให้สำเร็จตามการตรวจสอบเฉพาะ

“ความเกี่ยวข้องกัน” (Relevant) และ “ความไม่เพียงพอ” (Insufficiency) ตามมาตรา 5.7 แสดงถึงความเกี่ยวข้องระหว่างหลักฐานทางวิทยาศาสตร์และลักษณะเฉพาะบางประการ

องค์การอุทธรณ์ให้ข้อสังเกตว่า มาตรา 5.7 ได้อ้างถึงการประเมินความเสี่ยงอย่างมีเหตุผลที่เพิ่มขึ้น องค์ประกอบต่างๆในบริบทนี้ได้ยืนยันความเกี่ยวข้องกันระหว่างข้อกำหนดแรกภายใต้มาตรา 5.7 และพันธกรณีในการดำเนินการประเมินความเสี่ยงภายใต้มาตรา 5.1 : กล่าวคือ

⁸⁰ *Ibid.* para. 174.

⁸¹ *Ibid.* para. 178.

“หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง” จะเพียงพอตามความมุ่งหมายของมาตรา 5.7 ถ้าส่วนของพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้ ไม่ยอมรับถึงการประเมินความเสี่ยงอย่างเพียงพอตามที่กำหนดภายใต้มาตรา 5.1 และตามที่กำหนดในภาคผนวก A ของข้อตกลง SPS”

ดังนั้น ปัญหาจึงไม่ใช่ว่ามีหลักฐานอย่างเพียงพอในสถานการณ์ทั่วไปหรือไม่หรือมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่สัมพันธ์กับหลักเกณฑ์พิเศษของปัญหาทางด้านสุขอนามัยพืชหรือไม่ ปัญหาคือว่า หลักฐานที่สัมพันธ์กันในสถานการณ์ทั่วไปหรือสถานการณ์เฉพาะมีความเพียงพอเพื่อการอนุญาตให้ประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การกักตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรีย *Fire blight* ในญี่ปุ่นหรือไม่⁸²

คณะพิจารณาเห็นว่าในประเด็นเกี่ยวกับความเสี่ยงในการเข้ามาของเชื้อแบคทีเรีย *Fire blight* โดยผ่านผลแอปเปิ้ลที่ส่งจากสหรัฐอเมริกา นั้น หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ได้ระบุว่า ความเสี่ยงของการแพร่กระจายของแบคทีเรีย *Fire blight* โดยผ่านผลแอปเปิ้ลเป็นสิ่งที่เล็กน้อย และสิ่งนี้เป็นพยานหลักฐานซึ่งผู้เชี่ยวชาญทั้งหลายได้แสดงความคิดเห็นอย่างเชื่อมั่น⁸³

การทำการค้นหาโดยคณะพิจารณาแสดงให้เห็นว่า ส่วนของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่จัดหามาได้เป็นที่ยอมรับตามที่กำหนดภายใต้มาตรา 5.1 และตามที่อธิบายในภาคผนวก A ของข้อตกลง SPS ในเรื่องความเสี่ยงภัยในการแพร่กระจายเชื้อแบคทีเรีย *Fire blight* โดยผ่านผลแอปเปิ้ลที่ส่งออกไปยังญี่ปุ่น ตามการค้นหาข้อเท็จจริงที่ดำเนินการโดยคณะพิจารณา ส่วนของพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้เป็นที่ยอมรับในประเมินค่าของความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การกักตัว หรือการแพร่กระจายของแบคทีเรีย *Fire blight* ในญี่ปุ่นโดยผ่านผลแอปเปิ้ลที่ถูกส่งออกจากสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ตามการค้นหาข้อเท็จจริงที่กระทำโดยคณะพิจารณา องค์การอุทธรณ์สรุปว่าในเรื่องของการแพร่กระจายเชื้อ *Fire blight* โดยผ่านผลแอปเปิ้ลที่ส่งออกจากสหรัฐอเมริกาไปยังญี่ปุ่นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่ใช่กรณีที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอในความหมายของมาตรา 5.7⁸⁴

ความคลุมเครือของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์

ญี่ปุ่นได้แสดงความเห็นแย้งกับคำกล่าวของคณะพิจารณาที่ว่ามาตรา 5.7 มีความมุ่งหมายเพื่อระบุถึงสถานการณ์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้มีเพียงเล็กน้อยหรือไม่มีความ

⁸² *Ibid.* para. 179.

⁸³ *Ibid.* para. 180.

⁸⁴ *Ibid.* para. 182.

น่าเชื่อถือในกรณีที่เป็นประเด็นปัญหาเท่านั้น เพราะไม่ได้กำหนดสำหรับสถานการณ์ที่ความคลุมเครือยังไม่ยุติ ซึ่งญี่ปุ่นได้โต้แย้งว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้มีเพียงเล็กน้อยหรือหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้ไม่มีความน่าเชื่อถือนั้นเกี่ยวข้องกับสถานการณ์ของความคลุมเครือที่เกิดขึ้นใหม่ ในข้อโต้แย้งนี้องค์การอุทธรณ์เข้าใจว่า ญี่ปุ่นอธิบายถึงความคลุมเครือที่ยังไม่ยุติว่าเป็นความไม่ชัดเจนเนื่องจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้

ญี่ปุ่นเห็นว่า ความเสี่ยงภัยของการแพร่กระจายเชื้อ **Fire blight** โดยผ่านผลแอปเปิ้ลเกี่ยวข้องกับความคลุมเครือที่ยังไม่ยุติ ดังนั้น ญี่ปุ่นยืนยันว่ายังคงมีความคลุมเครือเกี่ยวกับการแพร่กระจายเชื้อ **Fire blight** โดยไม่คำนึงถึงการพิจารณาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับ **Fire blight** ญี่ปุ่นต่อสู้ว่า การให้เหตุผลของคณะพิจารณาเท่ากับเป็นการจำกัดการใช้มาตรา 5.7 ในสถานการณ์ของความคลุมเครือใหม่ๆและเป็นการแยกออกจากสถานการณ์ที่ความคลุมเครือของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ยังไม่ยุติ ซึ่งการกระทำเช่นนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁵

ในประเด็นนี้องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับญี่ปุ่น การใช้มาตรา 5.7 ไม่ใช่การดำรงอยู่ของความคลุมเครือทางวิทยาศาสตร์ แต่เป็นความไม่เพียงพอของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งบริบทของมาตรา 5.7 เป็นที่ชัดเจนว่าได้อ้างถึง “กรณีที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอ” ไม่ใช่เรื่องความคลุมเครือทางวิทยาศาสตร์ ดังนั้น องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับวิธีการแปลความมาตรา 5.7 ของญี่ปุ่นไปที่ความคลุมเครือทางวิทยาศาสตร์ นอกจากนี้ องค์การอุทธรณ์ค้นพบด้วยว่า ไม่มีพื้นฐานการโต้แย้งของญี่ปุ่นที่ว่าการศึกษาของคณะพิจารณาแคบเกินไปสำหรับเหตุผลที่คณะพิจารณาได้แยกกรณีที่มีปริมาณหลักฐานเรื่องปัญหาทางสุขอนามัยพืชที่น้อยเกินไป แต่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้ไม่สามารถตัดสินปัญหาได้ คำกล่าวของคณะพิจารณาตามมาตรา 5.7 มีความมุ่งหมายเพื่อระบุถึงสถานการณ์หลักฐานที่น่าเชื่อถือมีเพียงเล็กน้อยหรือไม่มีเลยที่จัดหามาได้ในกรณีปัญหาที่เป็นประเด็นได้อ้างถึงความสามารถในการจัดหาหลักฐานที่น่าเชื่อถือได้⁸⁶

องค์การอุทธรณ์ยืนตามการค้นหาคณะพิจารณาว่า มาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดขึ้นในสถานการณ์ที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอ ดังนั้น จึงไม่ใช่มาตรการชั่วคราวตามความหมายของมาตรา 5.7 องค์การอุทธรณ์ให้ข้อสังเกตว่า ญี่ปุ่นได้ร้องขอให้องค์การอุทธรณ์ทำการวิเคราะห์ให้เสร็จสมบูรณ์ในส่วนขอข้อกำหนดอื่นๆที่ปรากฏในมาตรา 5.7

⁸⁵ *Ibid.* para. 183.

⁸⁶ *Ibid.* paras. 184 – 185.

ของข้อตกลง SPS ในกรณีที่องค์การอุทธรณ์ได้กลับการค้นหามาตรา 5.7 ของคณะพิจารณา ซึ่งการสรุปผลขององค์การอุทธรณ์ไม่มีความจำเป็นที่ต้องกระทำเช่นนั้น⁸⁷

4.3 ประเด็นพิจารณาความสอดคล้องของมาตรการกับมาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS

ญี่ปุ่นได้แสดงข้อคิดเห็นขัดแย้งกับหลักเกณฑ์เฉพาะ 3 ประการตามการวิเคราะห์ของคณะพิจารณาภายใต้มาตรา 5.1

(1) ญี่ปุ่นโต้แย้งถึงการค้นหาของคณะพิจารณาที่ว่า การประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่น PRA 1999 ไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดของมาตรา 5.1 เพราะไม่ได้มุ่งไปที่การวิเคราะห์ความเสี่ยงของ Fire blight ที่เข้ามาโดยผ่านผลแอปเปิ้ลไว้โดยเฉพาะ ญี่ปุ่นต่อสู้ว่าคณะพิจารณาตีความมาตรา 5.1 ผิดพลาดและเข้าใจผิดในคำชี้ขาดขององค์การอุทธรณ์ในคดี EC-Hormones ในส่วนของข้อกำหนดเรื่องการระบุถึงการประเมินความเสี่ยง

(2) ญี่ปุ่นโต้แย้งว่ามาตรา 5.1 ไม่ได้กำหนดถึงการพิจารณามาตรการที่เป็นทางเลือก นอกเหนือจากมาตรการที่มีอยู่

(3) ญี่ปุ่นอ้างว่า การประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่น ควรได้รับการประเมินตามพยานหลักฐานที่หามาได้ ณ เวลาของการประเมิน ไม่ใช่พยานหลักฐานที่หาได้ในภายหลัง⁸⁸

(1) การประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การกักตัว หรือการแพร่กระจายของแบคทีเรีย Fire blight

ญี่ปุ่นแสดงข้อคิดเห็นขัดแย้งกับการค้นหาของคณะพิจารณาที่ว่า PRA 1999 ไม่ได้ระบุไว้อย่างเพียงพอเพื่อกำหนดการประเมินความเสี่ยงภายใต้ข้อตกลง SPS เพราะไม่ได้ประเมินความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับผลแอปเปิ้ลไว้โดยเฉพาะ

ในคดี EC-Hormones ในบริบทที่เกี่ยวข้องกับการประเมินมาตรการว่าได้ตั้งอยู่บนฐานการประเมินความเสี่ยงหรือไม่ องค์การอุทธรณ์ได้ตรวจสอบการระบุถึงการประเมินความเสี่ยงที่อ้างถึงโดยประเทศผู้นำเข้า ในคดีนั้นประเทศผู้นำเข้าได้อ้างถึงการศึกษาวិเคราะห์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนและบทความด้านการประเมินความเสี่ยงภายใต้มาตรการของตน ในรายงานขององค์การอุทธรณ์ องค์การอุทธรณ์ได้อธิบายการค้นหาของคณะพิจารณาในความเป็นไปได้เกี่ยวกับการ

⁸⁷ *Ibid.* paras. 188.

⁸⁸ *Ibid.* para. 195.

ก่อให้เกิดมะเร็งในกลุ่มของฮอร์โมนทั้งหมดหรือฮอร์โมนที่มีปัญหาว่า ประเทศผู้นำเข้าไม่ได้ประเมินค่าความเป็นไปได้เกี่ยวกับการก่อให้เกิดมะเร็งของฮอร์โมนเหล่านั้น เมื่อได้ใช้โดยเฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์สนับสนุนการเจริญเติบโต ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศผู้นำเข้าไม่ได้ประเมินค่าความเป็นไปได้เฉพาะสำหรับผลกระทบเกี่ยวกับการก่อให้เกิดมะเร็งที่ปรากฏในอาหาร, เนื้อสัตว์ หรือผลิตภัณฑ์จากเนื้อสัตว์ส่วนที่ตกค้างของฮอร์โมน⁸⁹ คณะพิจารณาในคดี EC-Hormones สรุปว่าการศึกษาที่กล่าวอ้างโดยประเทศผู้นำเข้าไม่เพียงพอในการสนับสนุนมาตรการที่เป็นปัญหาองค์กรอุทธรณ์ยื่นตามการค้นหาโดยกล่าวว่า แม้ว่าการศึกษาที่กล่าวอ้างโดยประเทศผู้นำเข้าแสดงให้เห็นถึงการปรากฏความเสี่ยงภัยโดยทั่วไปจากมะเร็ง.....แต่ประเทศผู้นำเข้าไม่ได้มุ่งและระบุไปที่ประเภทเฉพาะของความเสี่ยงภัยในประเด็นนี้ กล่าวคือ ความเป็นไปได้ในการก่อให้เกิดมะเร็งจากสิ่งที่ตกค้างของฮอร์โมนที่พบในเนื้อสัตว์ ตามที่ได้กำหนดโดยภาคผนวก A ย่อหน้าที 4 ของข้อตกลง SPS เพราะฉะนั้นองค์กรอุทธรณ์สรุปว่าการประเมินค่าความเสี่ยงสำหรับคดีไม่ได้ระบุอย่างเพียงพอ⁹⁰

ในคดีนี้ คณะพิจารณาเชื่อในการค้นหาขององค์กรอุทธรณ์ในคดี EC-Hormones และสรุปว่า PRA 1999 ไม่ได้ระบุไว้อย่างเพียงพอเพื่อกำหนดการประเมินความเสี่ยงตามข้อตกลง SPS คณะพิจารณาได้สรุปบนพื้นฐานการค้นหาว่า แม้ PRA 1999 มีข้อกำหนดในเรื่องการตัดสินใจเกี่ยวกับการเข้ามา, การกักตัว และการแพร่กระจายของแบคทีเรีย **Fire blight** โดยผ่านพาหะต่างๆ รวมถึงผลแอปเปิ้ล แต่ก็ล้มเหลวต่อการประเมินค่าการเข้ามา, การกักตัว หรือการแพร่กระจายของแบคทีเรีย **Fire blight** โดยผ่านผลแอปเปิ้ลในลักษณะที่เป็นพาหะที่แบ่งแยกออกชัดเจน ญี่ปุ่นไม่ได้โต้แย้งในประเด็นเรื่องการประเมินความเสี่ยงของคณะพิจารณา แต่ได้กล่าวอ้างว่าการให้เหตุผลของคณะพิจารณาเกี่ยวข้องกับวิธีการซึ่งกำหนดได้ในการพิจารณาของประเทศผู้นำเข้า

⁸⁹ Report of Appellate Body, EC - Hormones, para. 199. อ้างถึงใน Report of the Appellate Body, Japan - Measures Affecting The Importation of Apples (WT/DS245/AB/R) 26 November 2003, para.198.

⁹⁰ Report of Appellate Body, EC - Hormones, para. 200. อ้างถึงใน Report of the Appellate Body, Japan - Measures Affecting The Importation of Apples (WT/DS245/AB/R) 26 November 2003, para.199.

โดยญี่ปุ่นได้กล่าวอ้างว่าข้อกำหนดที่อธิบายไว้ในคดี **EC - Hormones** ได้อ้างถึงลักษณะของการประเมินความเสี่ยงแต่ไม่ได้อ้างถึงวิธีการประเมินความเสี่ยงแต่อย่างใด⁹¹

องค์กรอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับญี่ปุ่น โดยภายใต้ข้อตกลง **SPS** พันธกรณีที่ดำเนินการเพื่อการประเมินความเสี่ยงไม่ใช่การทำให้บรรลุโดยการโต้แย้งเพื่อพยายามหลีกเลี่ยงเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** โดยการกำหนดมาตรการสุขอนามัยพืชเท่านั้น

องค์กรอุทธรณ์ในคดี **EC-Hormones** ค้นพบว่าการประเมินความเสี่ยงไม่ได้ระบุไว้ อย่างเพียงพอ แม้ว่าบทความทางวิทยาศาสตร์ที่กล่าวอ้างโดยประเทศผู้นำเข้าได้ประเมินค่าความเป็นไปได้ที่ทำให้เกิดมะเร็งของกลุ่มฮอร์โมนทั้งหมดหรือฮอร์โมนที่เป็นปัญหาโดยทั่วไปก็ตาม

เพื่อกำหนดการประเมินความเสี่ยงตามที่กำหนดในข้อตกลง **SPS** องค์กรอุทธรณ์สรุปว่า การประเมินความเสี่ยงต้องทบทวนถึงความเป็นไปได้ที่ทำให้เกิดมะเร็งไม่เฉพาะฮอร์โมนที่เกี่ยวข้องโดยทั่วไป แต่รวมถึงสิ่งตกค้างจากฮอร์โมนเหล่านั้นที่พบในเนื้อสัตว์ซึ่งฮอร์โมนได้รับการส่งเสริมการเจริญเติบโต เพราะฉะนั้นเมื่อมีการโต้แย้งเรื่องความเสี่ยงตามที่ได้รับการระบุไว้ใน การประเมินความเสี่ยงในคดี **EC-Hormones** นั้น องค์กรอุทธรณ์ได้อ้างถึงอันตรายโดยทั่วไปที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ มะเร็งหรือการทำลายทางพันธุกรรมรวมทั้งตัวแทนที่อาจเป็นไปได้ที่ทำให้เกิดอันตราย ในคดีนี้ คณะพิจารณาค้นพบว่า บทสรุปของ **PRA 1999** ในส่วนของแบคทีเรีย **Fire blight** ตั้งอยู่บนฐานการประเมินวิธีการเจือปนที่มีความเป็นไปได้ทั้งหมดที่ผลแอปเปิ้ลเป็นเพียงหนึ่งในพาหะที่สามารถเป็นไปได้ที่นำมาพิจารณาเท่านั้น อีกทั้งคณะพิจารณาค้นพบว่า บนพื้นฐานของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ความเสี่ยงภัยในการเข้ามา การกักตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคยอมเปลี่ยนแปลงได้โดยขึ้นกับพาหะหรือพืชที่ประเมินความเสี่ยง การกำหนดว่ามาตรการที่เป็นปัญหาเกี่ยวข้องกับความเสี่ยงภัยในการแพร่กระจายเชื้อแบคทีเรีย **Fire blight** โดยผ่านผลแอปเปิ้ลนั้น ลักษณะของความเสี่ยงภัยที่ระบุไว้โดยมาตรการที่เป็นปัญหาเป็นปัจจัยสำคัญนำมาพิจารณา

ตามการพิจารณาเหล่านั้น องค์กรอุทธรณ์เห็นว่า คณะพิจารณาได้ตัดสินอย่างถูกต้องแล้วว่า การประเมินความเสี่ยงตาม **PRA 1999** ที่เกี่ยวข้องกับพาหะที่เป็นไปได้ทั้งหมดที่กระทำไปพร้อมๆกัน โดยไม่ได้ระบุสำหรับการประเมินความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การกักตัว หรือ

⁹¹ Report of the Appellate Body, *supra* note 53, paras. 200 - 201.

การแพร่กระจาย **Fire blight** ในญี่ปุ่นโดยผ่านผลแอปเปิ้ลอย่างเพียงพอตามการประเมินความเสี่ยงภายใต้ข้อตกลง SPS⁹²

ญี่ปุ่นต่อสู้ว่า วิธีการประเมินความเสี่ยงไม่ได้มีการระบุไว้โดยตรงโดยข้อตกลง SPS ญี่ปุ่นเสนอแนะว่า การวิเคราะห์ความเสี่ยงบนฐานของแมลงศัตรูพืชหรือเชื้อโรคต่างๆหรือสินค้าที่เกี่ยวข้องเป็นเนื้อหาทางด้านวิธีการที่ไม่ได้ระบุไว้โดยตรงในข้อตกลง ซึ่งองค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้ของญี่ปุ่นในประเด็นนี้

อย่างไรก็ตามองค์การอุทธรณ์เห็นว่าในคดี **EC-Hormones** ไม่ได้แสดงให้เห็นว่า มีพันธกรณีที่ต้องดำเนินการตามวิธีการสำหรับการประเมินความเสี่ยง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้ว่าการประเมินความเสี่ยงต้องพิจารณาเส้นทางเฉพาะที่การเจือปนอาจเกิดขึ้นได้ แต่ประเทศสมาชิกก็ไม่ได้สันนิษฐานโอกาสใช้การจักระบบการประเมินความเสี่ยงของตนในระหว่างเส้นทางของเชื้อโรคหรือสิ่งรบกวนที่เป็นปัญหาหรือสินค้าที่นำเข้า ดังนั้น สมาชิกมีอิสระในการพิจารณาวิเคราะห์ความเสี่ยงของตน ภายใต้เงื่อนไขว่าการประเมินความเสี่ยงต้องประเมินถึงความเป็นไปได้ของการเข้ามา การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคตามที่ระบุไว้⁹³

มาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องได้ยอมรับทั้งด้านวิธีการและการตรวจสอบที่เกี่ยวข้องกับเส้นทางที่ได้ระบุไว้ เมื่อการวิเคราะห์ความเสี่ยงได้เริ่มต้นขึ้นมาตรฐานระหว่างประเทศเหล่านั้นจำเป็นต้องได้ตรวจสอบโดยเฉพาะถึงการประเมินค่าความเป็นไปได้ของการก่อตัว, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของแบคทีเรีย **Fire blight** เพราะฉะนั้น องค์การอุทธรณ์เห็นว่าคณะพิจารณาได้ค้นหาอย่างถูกต้องถึงการประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่นไม่ได้ระบุไว้เพียงพอสอดคล้องกับการอธิบายการประเมินความเสี่ยงในภาคผนวก **A** ข้อ **4** ของข้อตกลง SPS

องค์การอุทธรณ์จึงถือตามการค้นหาคณะพิจารณาว่า **1999 Pest Risk Analysis** ของญี่ปุ่นไม่ได้บรรลุเงื่อนไขการประเมินความเสี่ยง เพราะว่ามันล้มเหลวในการประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อ **Fire blight** โดยเฉพาะโดยผ่านทางผลแอปเปิ้ล⁹⁴

⁹² *Ibid.* paras.202 - 203.

⁹³ *Ibid.* para. 204.

⁹⁴ *Ibid.* paras. 205 - 206.

(2) การประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อดำ หรือการแพร่กระจายของเชื้อ Fire blight ตามมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชซึ่งอาจนำมาใช้

องค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะพิจารณาเกี่ยวกับการเข้ามา, การก่อดำ หรือการแพร่กระจายของเชื้อ Fire blight ตามมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชซึ่งอาจนำมาใช้ ตามที่กำหนดในภาคผนวก A ข้อ 4 ของข้อตกลง SPS ว่าเป็นการอ้างถึงมาตรการสุขอนามัยซึ่งอาจจะนำมาใช้ด้วยไม่เพียงแต่มาตรการซึ่งกำลังนำมาใช้⁹⁵

ในคดีนี้ คณะพิจารณาค้นพบว่า PRA 1999 ได้ดำเนินการเฉพาะในเรื่อง "มาตรการกักกันพันธุ์พืชโดยต่อต้านแบคทีเรีย Fire blight ที่เกี่ยวข้องกับผลแอปเปิ้ลที่นำเข้ามาจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้รับการปฏิบัติโดยญี่ปุ่นบนพื้นฐานข้อเสนอของสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 คณะพิจารณาค้นพบว่า PRA 1999 ไม่ได้พยายามเพื่อประเมินค่าความมีประสิทธิภาพที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดแต่ละข้อที่ได้นำมาใช้และไม่ได้วิเคราะห์ถึงความมีประสิทธิภาพที่เกี่ยวข้องที่กำหนดเพื่อลดหรือขจัดความเป็นไปได้ในการเข้ามา, การก่อดำ หรือการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรีย Fire blight ทั้งคณะพิจารณาได้อ้างถึงความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญว่า PRA 1999 ได้ปรากฏการวินิจฉัยไว้ล่วงหน้าถึงผลของการประเมินค่าความเสี่ยงว่าเป็นส่วนต้องสนใจอันแสดงให้เห็นว่าแต่ละมาตรการมีประสิทธิภาพแล้วและสรุปว่าต้องนำมาใช้

ในความเห็นขององค์การอุทธรณ์ การค้นหาข้อเท็จจริงเหล่านี้ไม่ได้ทำให้หมดความสงสัยว่า PRA 1999 ได้กำหนดและดำเนินการในลักษณะวิธีการที่ไม่มีนโยบายด้านสุขอนามัยพืช นอกเหนือจากโครงการควบคุมที่อยู่ในฐานะที่เหมาะสมที่ได้นำมาพิจารณา ดังนั้น องค์การอุทธรณ์ถือตามการค้นหาคณะพิจารณาค้นว่า ญี่ปุ่นไม่ได้ประเมินค่าอย่างเหมาะสมถึงความเป็นไปได้ของการเข้ามามาตรการ SPS ที่อาจจะนำมาใช้⁹⁶

(3) การพิจารณาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกิดขึ้นภายหลังการประเมินความเสี่ยงที่เป็นปัญหา

ในประเด็นนี้ญี่ปุ่นโต้แย้งว่า Japan's PRA สอดคล้องกับมาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS ณ เวลาที่ดำเนินการวิเคราะห์ความเสี่ยง เพราะความสอดคล้องของการประเมินความเสี่ยงกับมาตรา 5.1 ควรจะประเมินค่าข้อมูลทั้งหมดที่หาได้ ณ เวลาของการประเมินความเสี่ยง ญี่ปุ่นเห็นว่าการประเมินความเสี่ยงควรพิจารณาแต่เพียงอย่างเดียวในพยานหลักฐานที่หาได้ ณ เวลา

⁹⁵ *Ibid.* para. 208.

⁹⁶ *Ibid.* para. 209.

ของการประเมินความเสี่ยง ในกรณีเช่นนั้นประเทศสมาชิกย่อมบรรลุถึงข้อกำหนดของการประเมินความเสี่ยง เมื่อมาตรการที่นำมาใช้ไม่ถือว่าการทำอันตรายไม่สอดคล้องกับมาตรา 5.1 ในเวลาที่มีการค้นพบของหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ตีพิมพ์ในภายหลัง⁹⁷

ญี่ปุ่นไม่ได้กล่าวอ้างว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ภายใต้การสรุปในประเด็นมาตรา 5.1 ของคณะพิจารณาไม่สามารถจัดหามาได้ไปยังญี่ปุ่น ณ เวลาของการประเมินความเสี่ยง อีกทั้งได้ล้มเหลวในการพิสูจน์ว่า คณะพิจารณาได้ใช้ประโยชน์ในหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีมาภายหลังในการประเมินความเสี่ยงที่เป็นปัญหา ดังนั้น จึงไม่ใช่เรื่องจำเป็นสำหรับองค์การอุทธรณ์ในการแสดงความคิดเห็นในประเด็นนี้ถึงความสอดคล้องของการประเมินความเสี่ยงกับมาตรา 5.1 ว่าต้องประเมินค่าเฉพาะหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่หามาได้ ณ เวลาของการประเมินความเสี่ยงหรือไม่⁹⁸

4.4 คำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์

1) องค์การอุทธรณ์ยืนตามการค้นหาคณะพิจารณาว่ามาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นได้ดำรงอยู่โดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอในความมุ่งหมายของมาตรา 2.2

2) องค์การอุทธรณ์ยืนตามการค้นหาคณะพิจารณาว่ามาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดขึ้นในสถานการณ์ที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องมีไม่เพียงพอ เพราะฉะนั้นจึงไม่ใช่มาตรการชั่วคราวที่สอดคล้องมาตรา 5.7 ของข้อตกลง SPS

3) องค์การอุทธรณ์ยืนตามการค้นหาคณะพิจารณาว่า มาตรการประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่นไม่ได้บรรลุถึงการกำหนดเรื่องการประเมินความเสี่ยงตามที่กำหนดในภาคผนวก A ข้อ 4 ของข้อตกลง SPS เพราะ (1) ได้ล้มเหลวในการประเมินค่าความเป็นได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรคในพันธุ์พืช และ (2) ได้ล้มเหลวในการดำเนินการประเมินค่าตามมาตรการสุขอนามัยพืชซึ่งอาจนำมาใช้ องค์การอุทธรณ์จึงยืนตามการค้นหาคณะพิจารณาว่ามาตรการสุขอนามัยพืชของญี่ปุ่นไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานการประเมินความเสี่ยงตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS

⁹⁷ *Ibid.* para. 210.

⁹⁸ *Ibid.* paras. 214 – 215.

5. วิเคราะห์คำวินิจฉัยของคณะพิจารณาและองค์การอุทธรณ์

จากกรณีพิพาทในคดี JAPAN – Measures Affecting The Importation of Apples ที่ได้ศึกษามาข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดมาตรการที่สหรัฐอเมริกาต้องดำเนินการเพื่อการส่งออกแอปเปิ้ลไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ข้อกำหนดที่ว่าแอปเปิ้ลต้องส่งออกมาจากสวนผลไม้ที่ได้รับอนุญาตให้ส่งออกไปยังประเทศญี่ปุ่น และสวนผลไม้ต้องปลอดจากเชื้อแบคทีเรียในเขตที่กำหนด หรือข้อกำหนดการห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลที่ตรวจพบเชื้อแบคทีเรีย

ในประเด็นการวิเคราะห์ความหมายของ “มาตรการ” คณะพิจารณาได้อาศัยการอธิบายอันมีที่มาจากทางปฏิบัติของคณะพิจารณาและองค์การอุทธรณ์ในองค์การการค้าโลก ซึ่งได้มีการอธิบายไว้ว่า หมายถึง การกระทำซึ่งมีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกระทำซึ่งมีรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ กรณีที่รัฐเป็นผู้กำหนดมาตรการหรือเป็นผู้บังคับใช้มาตรการ เช่น ประเทศสมาชิกผู้นำเข้ากำหนดมาตรการเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าจากประเทศสมาชิกอื่น ทั้งนี้ มาตรการที่นำมาใช้บังคับนั้นต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก มิฉะนั้นอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทขึ้นและนำมาสู่การฟ้องคดีต่อองค์กรระงับข้อพิพาทโดยประเทศผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการได้ ดังเช่นกรณีพิพาทในคดีนี้ที่ประเทศญี่ปุ่นบัญญัติกฎหมายกำหนดเงื่อนไขห้ามการนำเข้าแอปเปิ้ลที่มาจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งสหรัฐอเมริกาผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการเห็นว่ามาตรการนั้นไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติขององค์การการค้าโลก อย่างไรก็ตาม ถ้ามาตรการจำกัดปริมาณสินค้าที่กำหนดไม่มีการกระทำของรัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ เป็นการกระทำของภาคเอกชน เช่น ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดนโยบายทางการค้าของบริษัทจำกัดการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ การกระทำเช่นนี้ย่อมไม่ใช่ “มาตรการ” ในความหมายขององค์การการค้าโลก

สำหรับข้อกำหนดต่างๆที่ประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดขึ้นสำหรับการนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกานั้น สหรัฐอเมริกาเห็นว่าเป็นมาตรการสุขอนามัยภายใต้ข้อตกลง SPS ซึ่งญี่ปุ่นไม่ได้แสดงความคิดเห็นโต้แย้งในประเด็นนี้ คณะพิจารณาได้วิเคราะห์โดยอ้างถึงคำวินิจฉัยขององค์การอุทธรณ์ในคดีก่อนๆว่า มาตรการสุขอนามัยต้องเป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นตามลักษณะที่ข้อตกลง SPS กำหนด⁹⁹ นอกจากนี้ คณะพิจารณาได้ให้ข้อสังเกตว่า ลักษณะของมาตรการสุขอนามัยตามที่

⁹⁹ ดูรายละเอียดตาม Agreement on The Application of Sanitary and Phytosanitary Measures Annex A paragraph 1 ในภาคผนวก ค.

กำหนดไว้ในข้อตกลง SPS นั้น ไม่ต้องคำนึงถึงผลกระทบในทางการค้า กล่าวคือผลกระทบในทางการค้านั้นไม่ใช่องค์ประกอบในการตัดสินว่ามาตรการเป็นสุขอนามัยหรือไม่ใช่มาตรการสุขอนามัย

อนึ่ง ในประเด็นนี้ ถ้าหากทางพิจารณาได้ความว่าข้อกำหนดต่างๆที่ญี่ปุ่นกำหนดนั้นไม่ใช่มาตรการสุขอนามัยพืชภายใต้ข้อตกลง SPS แต่เนื่องจากมาตรการทางการค้าที่นำมาใช้กับการนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกา โดยลักษณะการใช้มาตรการนั้นเป็นการห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกา เว้นแต่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ในกรณีนี้มาตรการทางการค้าของญี่ปุ่นย่อมไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา XI:1 ของข้อตกลง GATT ซึ่งกำหนดห้ามประเทศสมาชิกในการจำกัดปริมาณการนำเข้าสินค้าจากประเทศสมาชิกอื่นและการส่งออกสินค้าไปยังประเทศสมาชิกอื่นโดยใช้มาตรการทางการค้าที่มีใช้ภาษี ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการฟ้องร้องคดีประเทศผู้ฟ้องคดีซึ่งโดยหลักแล้วเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการอันส่งผลให้เกิดการจำกัดปริมาณสินค้าควรยกข้อกล่าวอ้างเพิ่มเติมในประเด็นว่า มาตรการที่นำมาใช้กับการนำเข้าสินค้านั้นขัดกับมาตรา XI:1 ของข้อตกลง GATT ดังเช่นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยกข้อกล่าวอ้างไว้ในคดีนี้

ประเด็นพิพาทในคดีนี้เกิดขึ้นจากการที่ญี่ปุ่นใช้มาตรการจำกัดปริมาณสินค้าด้วยห้ามการนำเข้าแอปเปิ้ลจากสหรัฐอเมริกาที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขกำหนดไว้โดยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยพืช ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรการสุขอนามัยเพื่อการจำกัดปริมาณสินค้าในคดีนี้ คือ การใช้มาตรการสุขอนามัยพืชไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติในข้อตกลง SPS หลายประการ ดังที่ คณะพิจารณาวินิจฉัยและองค์การอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยยืนตามคณะพิจารณา กล่าวคือ การใช้มาตรการสุขอนามัยพืชไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนอย่างเพียงพอและมาตรการที่นำมาใช้ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าเป็นมาตรการชั่วคราวที่กำหนดขึ้นในสถานการณ์ที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์มีไม่เพียงพอ นอกจากนี้ ประเทศญี่ปุ่นผู้นำเข้าสินค้าได้ล้มเหลวในการประเมินความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การกักตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรียภายในอาณาเขตของประเทศตนกับมาตรการสุขอนามัยที่อาจนำมาใช้บังคับอีกด้วย ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงการตีความของคณะพิจารณาและองค์การอุทธรณ์เกี่ยวกับการใช้มาตรการสุขอนามัยเพื่อการจำกัดปริมาณสินค้าและความสอดคล้องกับบทบัญญัติของข้อตกลง SPS ในประเด็นต่างๆ เพื่อเป็นแนวทางในการใช้มาตรการด้านสุขอนามัยกับการจำกัดปริมาณสินค้าสำหรับประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศผู้นำเข้าสินค้าและเป็นแนวทางในการพิสูจน์ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของมาตรการสุขอนามัยในกรณีที่ประเทศไทยเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชเพื่อการจำกัดปริมาณสินค้าของประเทศสมาชิกอื่น ดังนี้

1) การใช้มาตรการสุขอนามัยพืชกับการมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนอย่างเพียงพอตามมาตรา 2.2 ในประเด็นนี้คณะพิจารณาได้พิจารณาจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่คู่ความทั้งสองฝ่ายนำเสนอต่อคณะพิจารณาและความเห็นของผู้เชี่ยวชาญซึ่งคณะพิจารณาร้องขอปรึกษาหารือ ดังนั้น การมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนอย่างเพียงพอหรือไม่ ประเทศผู้ใช้มาตรการนั้นต้องแสดงหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพื่อสนับสนุนมาตรการของตนแก่คณะพิจารณาและองค์การอุทธรณ์เพื่อการวินิจฉัยอย่างเพียงพอ กล่าวคือ มีความเหมาะสมระหว่างการใช้มาตรการจำกัดปริมาณการนำเข้ากับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง สำหรับในส่วนของประเทศผู้ฟ้องคดีก็มีหน้าที่นำเสนอพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์พิสูจน์หักล้างว่าการกำหนดมาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) การกล่าวอ้างว่ามาตรการสุขอนามัยพืชที่ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนอย่างเพียงพอ นั้นเป็นมาตรการชั่วคราวตามมาตรา 5.7 การพิสูจน์ว่ามาตรการสุขอนามัยพืชนั้นเป็นมาตรการชั่วคราว คือ มาตรการนั้นได้รับการกำหนดขึ้นในสถานการณ์ที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอ ซึ่งหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอในความหมายของการกำหนดมาตรการชั่วคราวนั้น หมายถึง การกำหนดมาตรการสุขอนามัยขึ้นในสถานการณ์ที่มีพยานหลักฐานที่จัดหามาได้มีจำนวนน้อยหรือไม่มีความน่าเชื่อถือ กล่าวคือ หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องนั้นไม่เพียงพอในการประเมินความเสี่ยงในความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อโรค ซึ่งแตกต่างจากการไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุนอย่างเพียงพอตามมาตรา 2.2 ที่เป็นการนำเสนอหลักฐานเพื่อสนับสนุนการใช้มาตรการสุขอนามัยของประเทศผู้นำเข้า

3) มาตรการสุขอนามัยพืชนำมาใช้เพื่อการจำกัดปริมาณการนำเข้าแอปเปิ้ลกับสอดคล้องกับการประเมินความเสี่ยง การประเมินความเสี่ยงเป็นการประเมินค่าความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว หรือการแพร่กระจายของเชื้อแบคทีเรียในประเทศผู้นำเข้าโดยผ่านสินค้าที่นำเข้า ในกรณีนี้ คือ ผลแอปเปิ้ล ซึ่งในประเด็นนี้คณะพิจารณาได้เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะพิจารณาและองค์การอุทธรณ์ในคดีก่อนๆ ว่า การประเมินความเสี่ยงนั้นต้องมีการระบุถึงประเด็นที่เป็นความเสี่ยงอย่างเพียงพอ ประเด็นที่เป็นความเสี่ยงในคดีนี้ คือ ความเสี่ยงในการเข้ามาของแบคทีเรีย **Fire blight** โดยผ่านผลแอปเปิ้ล ซึ่งการพิจารณาได้ความว่าการประเมินความเสี่ยงของญี่ปุ่นนั้นไม่สามารถระบุได้อย่างเพียงพอว่าแบคทีเรียสามารถเข้ามาในดินแดนของญี่ปุ่นได้โดยผ่านผลแอปเปิ้ลที่นำเข้า เนื่องจากการประเมินความเสี่ยงไม่ได้ระบุไว้อย่างแน่ชัดเกี่ยวกับการเข้ามาของแบคทีเรียโดยผ่านผลแอปเปิ้ลเพียงอย่างเดียวแต่เป็นการประเมินความเสี่ยงไว้อย่าง

กว้างๆ นอกจากนี้ มาตรการที่นำมาใช้นั้นยังครอบคลุมถึงมาตรการที่อาจนำมาใช้บังคับด้วย โดยประเทศผู้ใช้มาตรการควรพิจารณาความเหมาะสมของการบังคับใช้มาตรการ เช่น การพิจารณา มาตรการบรรเทาความเสี่ยงอื่นที่อาจนำมาใช้อันนอกเหนือจากการห้ามนำเข้า ในคดีนี้ญี่ปุ่นบังคับ ใช้มาตรการโดยการห้ามนำเข้าแอปเปิ้ลโดยไม่คำนึงถึงมาตรการเพื่อบรรเทาความเสี่ยงอื่นๆ คณะ พิเคราะห์จึงเห็นว่า ญี่ปุ่นไม่ได้ประเมินค่าอย่างเหมาะสมในความเป็นไปได้ของการเข้ามา, การก่อตัว, หรือการแพร่กระจายของแบคทีเรียที่เรียกว่ามาตรการสุขอนามัยที่อาจนำมาใช้

