

## บทที่ 4

### กรณีศึกษาฮอร์โมนเนื้อสัตว์ ( European Communities-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) Case )

#### 4.1 ที่มาแห่งคดี<sup>1</sup>

ภายในปีค.ศ. 1999 ได้มีคดีพิพาทเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศเกิดขึ้นและได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการพิจารณาคดีในคดี European Communities-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) Case. ขึ้นมาเพื่อตัดสินภายใต้องค์การการค้าโลก ซึ่งกรณีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับปัญหาสุขภาพและความปลอดภัยของมนุษย์ โดยก่อนที่สหภาพยุโรปจะนำข้อพิพาทมายังองค์การการค้าโลกในปี ค.ศ. 1996 นั้นปัญหาเรื่องความปลอดภัยต่อสุขภาพของเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตเป็นข้อพิพาทระหว่างสหภาพยุโรปกับสหรัฐอเมริกามาเป็นเวลาประมาณเกือบสิบปีแล้ว เนื่องจากว่าผู้บริโภคในประชาคมเศรษฐกิจยุโรปมีความกังวลต่อความปลอดภัยของเนื้อวัวที่เลี้ยงด้วยฮอร์โมน จนทำให้ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปห้ามนำเข้าวัวและเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยใช้ฮอร์โมน 6 ชนิดเพื่อกระตุ้นการเติบโต สามารถแบ่งเป็นฮอร์โมนธรรมชาติ 3 ชนิด คือ oestradiol-17 B ,progesterone ,testosterone และฮอร์โมนสังเคราะห์ 3 ชนิด คือ trenbolone acetate ,zeranol และ melengestrol acetate (MGA:ซึ่งเป็นฮอร์โมนสังเคราะห์ที่ลอกเลียนพฤติกรรมทางชีววิทยาของ progesterone ถูกนำมาใช้ผสมในอาหารสัตว์)<sup>2</sup> สาเหตุของการห้ามนำเข้านี้เกิดจากรายงานปี ค.ศ.1980 ที่ระบุว่ามนุษย์อาจมีลักษณะของเพศตรงข้ามได้ หากว่ามีการบริโภคฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตเข้าไป ประเทศต่างๆในสหภาพยุโรปมีความกังวลต่อความปลอดภัยของเนื้อวัวที่เลี้ยงด้วยฮอร์โมนอันส่งผลต่อผู้บริโภค จนมีการผลักดันให้มี

---

<sup>1</sup> ศักดา ธนิตกุลและพรพิมล ชินพัฒน์วานิช, “ความตกลงSPSกับการส่งออกสินค้าเกษตรแปรรูปของไทย”, บทบัญญัติ, เล่ม56 ตอน2 (2543), น.154-155.

<sup>2</sup> Report of Appellate Body, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WTO, WT/DS26/AB/R 16 January 1998, para.2, [www.wto.org/wto/dispute/distab/html](http://www.wto.org/wto/dispute/distab/html)

มาตรการห้ามมีการนำเข้าวัวและเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยใช้ฮอร์โมน 6 ชนิดดังกล่าว ซึ่งการห้ามนำเข้านี้ปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหภาพยุโรป(Directive of the Council of Ministers ) ดังนี้

Directive 81/ 602/EEC เป็นคำสั่งที่กำหนดห้ามใช้สารที่มีปฏิกิริยาทางฮอร์โมน และที่มีปฏิกิริยาต่อต่อมไทรอยด์กับสัตว์ในฟาร์มและห้ามวางขายเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อที่ทำจากสัตว์ในฟาร์มที่ใช้สารที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งที่ผลิตในสหภาพยุโรปเองและที่นำเข้าจากต่างประเทศ แต่มีข้อยกเว้น 2 ประการ คือ ประการแรกสำหรับสารที่มีปฏิกิริยา oestrogenic androgenic และ gestagenic ที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการบำบัดรักษาโรคและเพื่อปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ (therapeutic or zootechnical purpose) ซึ่งใช้โดยสัตวแพทย์และภายใต้ความรับผิดชอบของสัตวแพทย์ และประการที่สองสำหรับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติ 3 ชนิด คือ oestradiol-17 B ,progesterone ,testosterone และฮอร์โมนสังเคราะห์ 2 ชนิด คือ trenbolone acetate และ zeranol เพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต ซึ่งได้รับการอนุมัติภายใต้กฎระเบียบของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปจนกว่าผลการทดสอบในรายละเอียดของผลกระทบจากการใช้สารดังกล่าวจะออกมา และจนกว่าจะมีรายละเอียดผลกระทบจากผลการทดสอบ และจนกว่าสหภาพยุโรปจะสามารถตัดสินใจการใช้สารเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตเหล่านี้ได้<sup>3</sup>

ต่อมา สหภาพยุโรปมีการประกาศใช้ Directive 88/146/EEC ลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 1988 เป็นคำสั่งกำหนดห้ามใช้ฮอร์โมนสังเคราะห์ trenbolone acetate และ zeranol กับสัตว์ในฟาร์มไม่ว่าจะเพื่อวัตถุประสงค์ใดๆก็ตามและห้ามใช้ฮอร์โมนธรรมชาติ oestradiol-17 B ,progesterone และ testosterone เพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต แต่มีข้อยกเว้นหากใช้ฮอร์โมนธรรมชาติทั้งสามชนิดดังกล่าวเพื่อการบำบัดรักษาโรคและเพื่อการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ โดย Directive ดังกล่าวห้ามทั้งการค้าขายเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อจากสัตว์ที่ใช้สารดังกล่าวระหว่างรัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปเองและที่นำเข้าจากต่างประเทศด้วย ต่อมาสหภาพยุโรปมีคำสั่งที่ 88/299<sup>4</sup> วางเงื่อนไขสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการห้ามการค้าขายสัตว์หรือเนื้อสัตว์ ตามคำสั่งที่ 88/146 ดังกล่าวซึ่งการค้าขายสัตว์หรือผลิตภัณฑ์สัตว์ระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป จะ

<sup>3</sup> พรพิมล ชินพัฒนวานิช , "ข้อตกลงว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช 1994 กับระบบวิเคราะห์อันตรายและควบคุมจุดวิกฤต: การกีดกันทางการค้าในรูปแบบแฝงต่อสินค้าประมงไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2542),น. 84-85.

<sup>4</sup> ชาญวิทย์ ปราชญาพิพัฒน์, "หลักPRECAUTIONARY PRINCIPLE ในการค้าสินค้าเกษตรและอาหารระหว่างประเทศ,"(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2544) , น.48.

ได้รับอนุญาตให้ทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในคำสั่งนี้เท่านั้น โดยเฉพาะในเรื่องของระยะเวลาปลอดสารตกค้าง

ต่อมาสหภาพยุโรปได้ออก Directive 96/22/ECC ขึ้นเพื่อยกเลิกและแทนที่ Directive 81/602 และ 88/146 ซึ่ง Directive 96/22 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 โดยยังคงห้ามใช้สารที่มีปฏิกิริยาทางฮอร์โมน และที่มีผลต่อต่อมไทรอยด์กับสัตว์ในฟาร์มและห้ามวางตลาดหรือนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อจากสัตว์ที่ใช้สารดังกล่าว รวมทั้งที่ใช้ฮอร์โมนทั้ง 6 ชนิดตามข้อพิพาทนี้ด้วย แต่ Directive นี้ก็ยังอนุมัติให้รัฐสมาชิกใช้สารที่มีปฏิกิริยาทางฮอร์โมน และที่มีผลต่อต่อมไทรอยด์เพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคและเพื่อการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ต่อไป

มาตรการดังกล่าวทำให้สหภาพยุโรปห้ามการนำเข้าวัวและเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยใช้ฮอร์โมนหกชนิดเพื่อเร่งการเจริญเติบโตดังกล่าว สหรัฐอเมริกาพยายามประท้วงและหาทางเจรจานอกกรอบของแกตต์โดยการร้องเรียนต่อคณะกรรมการการค้าโลกในปี ค.ศ. 1986 แต่คณะกรรมการการปฏิเสศที่จะออกคำรับรองจึงมีการใช้กระบวนการปรึกษาหารือกับสหภาพยุโรปในการประชุมรอบโตเกียวตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barrier to Trade :TBT) เนื่องจากเป็นข้อพิพาทที่เป็นการใช้มาตรฐานสินค้าเป็นมาตรการกีดกันทางการค้า แต่การประชุมทวิภาคีดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขข้อพิพาทดังกล่าวได้ โดยมีการตั้งประเด็นข้อโต้แย้งที่สำคัญเรื่องมาตรการของสหภาพยุโรปไม่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์สนับสนุน สหรัฐอเมริกาได้ร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคต่อการค้าเพื่อตรวจสอบประเด็นดังกล่าวตามมาตรา 14.5 ของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า แต่คำร้องขอดังกล่าวได้รับการปฏิเสธจากสหภาพยุโรปซึ่งเห็นว่าการใช้สารเร่งการเจริญเติบโตเป็นกระบวนการ (process) หรือวิธีผลิตสินค้า (Product Production Method: PPM) แต่ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าใช้กับตัวสินค้าเท่านั้น สหภาพยุโรปจึงได้เสนอให้มีการจัดตั้งคณะพิจารณาขึ้นมาเพื่อประเมินสิทธิและพันธกรณีของคู่สัญญาที่เกิดจากมาตรา 14.5 ของความตกลงดังกล่าว ต่อมาสหรัฐอเมริกาจึงใช้มาตรการตอบโต้โดยการขึ้นภาษีตอบโต้ (Retaliatory measures) ถึง 100% ของอัตราภาษีศุลกากรต่อสินค้าที่นำเข้าจากสหภาพยุโรป<sup>5</sup> ซึ่งสหภาพยุโรปได้ร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะพิจารณา แต่สหรัฐอเมริกาปฏิเสธ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1989 คณะกรรมการร่วมของทั้งสองประเทศบรรลุข้อตกลงการนำเข้าเนื้อวัวที่รับรองว่าเลี้ยงโดยไม่ใช้ฮอร์โมน สหรัฐอเมริกาจึงยอมยกเลิกมาตรการขึ้นภาษีตอบโต้บางมาตรการ ต่อมาในปี

<sup>5</sup> ศักดา ธนิตกุลและพรพิมล ชินพัฒนวนิช, อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 1, น.1.

ค.ศ.1996 สหรัฐอเมริกาได้ร้องขอการปรึกษาหารือกับสหภาพยุโรปเกี่ยวกับของสหภาพยุโรปที่ห้ามใช้สารที่มีปฏิกริยาทางฮอร์โมน และมาตรการต่างๆที่เกี่ยวข้องกับฟาร์มปศุสัตว์อีกครั้ง แต่ก็ไม่ได้รับการแก้ไขในระดับที่พึงพอใจและได้ร้องขอต่อองค์กรระงับข้อพิพาท (The Dispute Settlement Body:DSB)ขอให้จัดตั้งคณะพิจารณาคดี

#### 4.2 ข้อเรียกร้องของคู่กรณี

##### 4.2.1 สหรัฐอเมริกาอ้างว่าสหภาพยุโรปใช้มาตรการผิดพลาดในการแสดงหลักฐานทางวิทยาศาสตร์แสดงให้เห็นว่าการใช้ฮอร์โมนไม่ปลอดภัย

ในประเด็นการอ้างหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้น สหภาพยุโรปโต้แย้งว่าตนได้ถือแนวทางวิทยาศาสตร์ที่แตกต่างไปจากสหรัฐอเมริกาโดยอาศัยวิธีการทางชีววิทยาเพื่อใช้ประเมินความเสี่ยงจากการใช้ฮอร์โมนเร่งการเจริญเติบโต และมีวิธีพิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ได้หลายวิธี โดยสหภาพยุโรปเห็นว่ารัฐสมาชิกไม่มีหน้าที่ต้องแสดงหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในส่วนของผลกระทบจากอันตรายจากการใช้ฮอร์โมน อีกทั้งประเทศผู้ออกมาตราการจะเป็นผู้ตัดสินใจเองเพื่อแสดงให้เห็นว่าการห้ามใช้ฮอร์โมนดังกล่าวเป็นมาตรการที่นำไปใช้เพื่อให้บรรลุถึงระดับความคุ้มครองของตน

##### 4.2.2 สหรัฐอเมริกาอ้างว่ามาตรการของสหภาพยุโรปไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานโคเด็กซ์

จากข้ออ้างดังกล่าวได้แก่ เรื่องข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการควบคุมการใช้ยาสำหรับสัตว์เพื่อเป็นวิธีการในการตรวจสอบสารพิษในอาหาร ทั้งนี้สหภาพยุโรปอ้างว่าคำสั่งเกี่ยวกับการใช้ฮอร์โมนของตนนำมาใช้ก่อนโคเด็กซ์จะมีผลใช้บังคับ และมาตรา 3.1 มิได้กำหนดพันธกรณีอย่างเด็ดขาดแก่รัฐสมาชิกที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศประกอบกับโคเด็กซ์ ส่วนระดับค่า ADI<sup>6</sup> (คือการประมาณจำนวนสารตกค้างที่อยู่ในร่างกายที่ไม่เกิดอันตรายแก่สุขภาพ) และ MRL (คือระดับสูงสุดในการตกค้างซึ่งเป็นผลมาจากการใช้ยาปฏิชีวนะ) ที่โคเด็กซ์กำหนดเป็นเพียงระดับการคุ้มครอง ไม่ใช่มาตรฐานตามคำจำกัดความในภาคผนวกเลขของข้อตกลง SPS นี้ที่จะนำมาใช้เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศได้

<sup>6</sup> ชาญวิทย์ ปราชญาพิพัฒน์,อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 4 ,น.50.

#### 4.2.3 สหรัฐอเมริกาอ้างว่ามาตรการสหภาพยุโรปไม่เข้าข่ายยกเว้นตามมาตรา 3.3

สหภาพยุโรปไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามาตรการที่ใช้อยู่นั้นสามารถบรรลุถึงระดับความคุ้มครองที่แตกต่างไปจากการใช้มาตรฐานโคเด็กซ์ เนื่องจากสหภาพยุโรปอ้างถึงการอนุญาตให้รัฐสมาชิกสามารถใช้มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชที่มีผลให้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชสูงกว่าที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้อง แต่ต้องมีความเหมาะสมและมาตรฐานโคเด็กซ์มีระดับการคุ้มครองที่ต่ำกว่าข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้ฮอริโมน สหภาพยุโรปจึงมีสิทธิตามมาตรา 3.3 ในอันที่จะเลือกมาตรการอื่นที่นอกเหนือไปจากโคเด็กซ์โดยมีข้อยกเว้น 2 ประการคือ

1. เมื่อมาตรฐานระหว่างประเทศไม่เพียงพอ ผิดพลาดหรือล้ำสมัยในทางวิทยาศาสตร์

2. ไม่ว่ากรณีใดๆ รัฐสมาชิกมีสิทธิใช้หรือคงไว้ซึ่งมาตรการที่มีเป้าหมายเพื่อบรรลุถึงระดับการคุ้มครองที่เหมาะสม และสอดคล้องกับมาตรา 5 ของข้อตกลงSPSนี้

#### 4.2.4 สหรัฐอเมริกาอ้างว่าสหภาพยุโรปไม่ได้ดำเนินการประเมินความเสี่ยงว่าอันตรายต่อสุขภาพมนุษย์อย่างไร

ในประเด็นนี้สหภาพยุโรปอ้างว่ามาตรฐานโคเด็กซ์ไม่มีการวางแนวทางเรื่องเทคนิคการประเมินความเสี่ยงทำให้ขาดแนวทางระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องกำหนดวิธีการด้วยตนเองโดยอาศัยรายงานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้น หรือจากคำสั่งหรือข้อมูลทางเทคนิคและข้อมูลทั่วไป ซึ่งความเห็นทางวิทยาศาสตร์บางส่วนแสดงให้เห็นว่ามีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดโรคมะเร็งได้

#### 4.2.5 สหรัฐอเมริกาอ้างว่าสหภาพยุโรปไม่สามารถให้เหตุผลต่อการห้ามใช้ฮอริโมนในกรณีที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอ

กรณีนี้สหภาพยุโรปอนุญาตให้สมาชิกนำมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชไปใช้ได้ชั่วคราว โดยสหภาพยุโรปไม่ได้เสนอข้อมูลที่มีอยู่เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวโดยอยู่บนพื้นฐานของ

ข้อมูลที่มีอยู่ตามบทบัญญัติมาตรา 5.7 ซึ่งสหภาพยุโรปเห็นว่ามาตรการของตนไม่อยู่ในขอบเขตมาตรา 5.7 เนื่องจากไม่ใช่มาตรการชั่วคราวและ การประเมินความเสี่ยงไม่ใช่การรวบรวมหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะนำมาตรา 5.7 มาพิจารณาพิจารณาของสหภาพยุโรป<sup>7</sup>

#### 4.3 คำตัดสินของคณะพิจารณา (Panel)

##### 4.3.1 ปัญหาการปรับใช้ระหว่างข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994<sup>8</sup>

คณะพิจารณาเห็นว่ามาตรการต่างๆของสหภาพยุโรปนี้เป็นมาตรการสุขอนามัยที่ใช้คุ้มครองชีวิตและสุขภาพของประชากรภายในอาณาเขตของสหภาพยุโรปจากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากสิ่งเจือปน กล่าวคือ การตกค้างของฮอร์โมนทั้ง 6 ชนิดในอาหาร ภายใต้คำจำกัดความมาตรา 1(b) ใน Annex A ของข้อตกลง SPS และเห็นว่ามาตรการต่างๆดังกล่าวอาจมีผลกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อการค้าระหว่างประเทศได้ตาม มาตรา 1.1 ของข้อตกลง SPS จึงสามารถใช้ข้อตกลง SPS ตัดสินได้

เนื่องจากข้อพิพาทนี้เป็นกรณีนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อซึ่งเกี่ยวกับการค้าในสินค้าด้วย ข้อพิพาทนี้จึงตกอยู่ภายใต้ข้อตกลงแกตต์ 1994 ด้วยเช่นกัน ดังนั้นทั้งข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994 สามารถนำไปใช้กับข้อพิพาทนี้ได้ ซึ่งข้อตกลง SPS นั้นมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1995 ซึ่งเป็นวันที่ข้อตกลง WTO มีผลบังคับใช้และโดยที่ข้อตกลง SPS เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง WTO ด้วยแต่มาตรการต่างๆของสหภาพยุโรปตั้งขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1995 กล่าวคือ วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.1981 และวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ.1988 ซึ่งมีประเด็นว่าควรจะใช้ข้อตกลงใดพิจารณาก่อน

สหรัฐอเมริกาฟ้องร้องว่ามาตรการสหภาพยุโรปขัดกับมาตรา 1 และมาตรา 3 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 ด้วย คณะพิจารณากล่าวอีกว่าแม้คณะพิจารณาจะดำเนินการตรวจสอบและพบว่ามีการไม่สอดคล้องกับมาตรา 1 และมาตรา 3 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 คณะ

<sup>7</sup> เฟิงอ้าง , น.56.

<sup>8</sup> Panel Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WTO, WT/DS26/R/USA 18 August 1997, para. XXXIX-L, [www.wto.org/wto/dispute/distab/html](http://www.wto.org/wto/dispute/distab/html)

พิจารณาก็ต้องตรวจสอบต่อไปว่ามาตรการดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 20 (b) หรือไม่ และเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 20 (b) ก็จะต้องกลับมาใช้ข้อตกลง SPS อยู่ดี ซึ่ง คณะพิจารณา ก็ได้พิจารณาไปแล้วว่ามาตรการของประชาคมยุโรปไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS ฉะนั้นจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามาตรการตามข้อพิพาทสอดคล้องกับมาตรา 1 และมาตรา 3 ของ ข้อตกลงแกตต์ 1994 หรือไม่<sup>9</sup>

คณะพิจารณาเห็นว่าเมื่อพิจารณาตามมาตรา 1.1 ข้อตกลง SPS หากต้องการจะใช้ ข้อตกลง SPS จะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการเท่านั้น คือมาตรการในข้อพิพาทนั้น จะต้องเป็น มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืช และมาตรการนั้นอาจจะมีผลกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อม ต่อการค้าระหว่างประเทศในข้อตกลง SPS ซึ่งมีได้กำหนดว่าจะต้องมีการละเมิดบทบัญญัติตาม ข้อตกลงแกตต์ 1994 เสียก่อนแต่ประการใด นอกจากนั้น เมื่อพิจารณามาตรา 20 (b) ข้อตกลง แกตต์ 1994 ในส่วนสุดท้ายของอารัมภบทที่กำหนดไว้ว่า รัฐสมาชิกปรารถนาที่จะออกกฎต่างๆของ การใช้บทบัญญัติของข้อตกลงแกตต์ 1994 ที่เกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการสุขอนามัยและ สุขอนามัยพืชไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 20 (b) หรือจะเป็นกรณีของมาตรา 2 ของข้อตกลง SPS ก็ ได้ระบุหน้าที่บางอย่างตามข้อตกลงแกตต์ไว้เหมือนกัน

ฉะนั้นการใช้มาตรา 20(b) ของข้อตกลงแกตต์ 1994 จึงแตกต่างไปจากข้อตกลง SPS มาตรา 20(b) กำหนดขึ้นเพื่อเป็นข้อยกเว้นการกระทำการละเมิดบทบัญญัติอื่นๆของข้อตกลง แกตต์ 1994 โดยไม่ได้จำกัดเฉพาะมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชเท่านั้น ส่วนข้อตกลง SPS นั้นได้กำหนดหน้าที่เฉพาะสำหรับรัฐสมาชิกที่ตราหรือคงไว้ซึ่งมาตรการที่เฉพาะเจาะจงซึ่งก็คือ มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืช ดังนั้นเมื่อพิจารณาความหมายธรรมดาของคำต่างๆที่ ปรากฏในบริบท เป้าหมายและวัตถุประสงค์ของข้อตกลง SPS ตามมาตรา 31 ของอนุสัญญากรุง เวียนนา สรุปได้ว่าไม่มีเงื่อนไขที่ปรากฏในข้อตกลง SPS ที่ระบุว่าจะต้องมีการละเมิดบทบัญญัติ ของข้อตกลงแกตต์ 1994 เสียก่อนจึงจะนำมาใช้ข้อตกลง SPS ได้ คณะพิจารณาจึงเห็นว่าควรใช้ ข้อตกลง SPS ตัดสินข้อพิพาทนี้ก่อน เพราะถ้าหากใช้ข้อตกลงแกตต์ 1994 มาพิจารณาข้อพิพาท ก่อน คณะพิจารณา ก็ต้องกลับไปใช้ข้อตกลง SPS พิจารณาต่อ เนื่องจากว่าเมื่อมีการละเมิด ข้อตกลงแกตต์ 1994 คณะพิจารณา ก็จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าการละเมิดดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นตาม มาตรา 20(b) หรือไม่ และจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบตามข้อตกลง SPS ด้วยต่อไป ทั้งนี้เพราะ ข้อตกลง SPS ขยายเพิ่มเติมรายละเอียดการใช้มาตรา 20(b) หรือในทางกลับกัน แม้ไม่มีการ ละเมิดข้อตกลงแกตต์ 1994 คณะพิจารณา ก็ยังคงจำเป็นที่จะต้องตรวจสอบว่ามาตรการนั้น

<sup>9</sup> *Ibid.*, paras. CCLXXX-CCLXXXI

สอดคล้องกับข้อตกลง SPS หรือไม่ เนื่องจากในข้อตกลงแกตต์ 1994 ไม่มีการสันนิษฐานไว้ว่าหากว่ามาตรการสอดคล้องกับข้อตกลงแกตต์ 1994 แล้วให้ถือว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS ด้วย

ประเด็นนี้คณะพิจารณาเห็นว่า มาตรา 3.2 ของความเข้าใจว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes : DSU) ให้นำอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา มาตรา 28 ซึ่งเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญามาใช้ ที่ระบุว่าหากว่าไม่ปรากฏเจตนารมณ์ที่แตกต่างกันในสนธิสัญญาหรือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ข้อกำหนดต่างๆของสนธิสัญญานี้จะไม่ผูกพันรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ใดๆซึ่งยุติลงก่อนวันที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ ดังนั้นคณะพิจารณาเห็นว่า แม้ว่ามาตรการต่างๆของสหภาพยุโรป ตั้งขึ้นก่อนที่ข้อตกลง SPS จะมีผลบังคับใช้แต่ก็ไม่ได้ยุติลงหลังจากที่มีผลใช้บังคับแล้ว ฉะนั้น ข้อตกลง SPS จึงนำมาใช้กับมาตรการต่างๆของสหภาพยุโรปได้ เว้นเสียแต่มีเจตนารมณ์เป็นอย่างอื่น

#### 4.3.2 ประเด็นการพิจารณาพิสูจน์

สหรัฐอเมริกาอ้างว่าสหภาพยุโรปมีภาระการพิสูจน์ข้อเรียกร้องต่างๆภายใต้ข้อตกลง SPS เพราะข้อตกลง SPS ต้องการให้สหภาพยุโรปวางมาตรการสุขอนามัยของตนนั้นอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงและจะไม่คงมาตรการดังกล่าวไว้หากปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ดังนั้น สหภาพยุโรปจะต้องจัดหาหลักฐานว่ามีความเสี่ยงเกิดขึ้นและมาตรการของตนนั้นอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง สหภาพยุโรปโต้แย้งว่าภาระการพิสูจน์ควรจะตกอยู่กับรัฐที่ฟ้องคดีเกี่ยวกับความสอดคล้องของมาตรการสุขอนามัยภายใต้ข้อตกลง SPS กล่าวคือ จะต้องเป็นหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาที่จะต้องจัดหาหลักฐานว่าการใช้ฮอริโมนตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตนั้นปลอดภัยและปราศจากความเสี่ยง คณะพิจารณาเห็นว่า ภาระการพิสูจน์ตกเป็นของรัฐที่ฟ้องคดี ซึ่งจะต้องพิสูจน์ให้เห็นก่อนว่าคดีมีมูลพึงได้ว่าการปฏิบัติของรัฐที่ถูกฟ้องหรือมาตรการของรัฐนั้นๆไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของข้อตกลง SPS และเมื่อพบว่าคดีมีมูลแล้ว ภาระการพิสูจน์จะเปลี่ยนไปยังรัฐที่ถูกฟ้องซึ่งจะต้องคัดค้านหรือนำสืบหักล้างต่อไป<sup>10</sup>

<sup>10</sup> *Ibid.*, paras LVII-LIX

#### 4.3.3 ประเด็นมาตรการของสหภาพยุโรปไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ

ในการใช้มาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้ฮอร์โมนทั้งหกชนิดนั้น คณะพิจารณาเห็นว่ามีความเหมาะสมที่จะนำมาตรฐานโคเด็กซ์มาใช้กับกรณีพิพาทภายใต้ข้อตกลง SPS ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือมาตรการของสหภาพยุโรปอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานโคเด็กซ์ ตามมาตรา 3.1 หรือไม่ หากมีระดับการคุ้มครองที่แตกต่างออกไป แสดงว่ามาตรการนั้นไม่อยู่บนพื้นฐานตามมาตรฐานระหว่างประเทศ

สำหรับมาตรฐานโคเด็กซ์เกี่ยวกับฮอร์โมนนั้น มีการกำหนดการใช้ฮอร์โมนห้าชนิดจากหกชนิด ไม่รวมฮอร์โมน MGA ซึ่งสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปต่างเป็นสมาชิกโครงการนี้ ซึ่งมีการตั้งคณะกรรมการวิชาการสาขาสารตกค้างจากยาสัตว์ในอาหาร โดยมีการกำหนดมาตรฐานสากลของปริมาณยาดังกล่าวเฉพาะฮอร์โมนสังเคราะห์เท่านั้น ส่วนฮอร์โมนธรรมชาติ โคเด็กซ์เห็นว่าปริมาณที่ถูกฉีดเข้าไปเพื่อเร่งการเจริญเติบโตมีระดับต่ำมากเมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนที่ร่างกายมนุษย์ผลิตขึ้นในแต่ละวัน จึงไม่ต้องควบคุมเนื่องจากไม่ก่อให้เกิดอันตราย มาตรการของสหภาพยุโรปไม่อนุญาตให้มีสารตกค้างอยู่ของฮอร์โมนหกชนิดทั้งฮอร์โมนสังเคราะห์ และฮอร์โมนธรรมชาติ ดังนั้นจึงไม่อยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศตามมาตรา 3.1

เมื่อพิจารณามาตรการของสหภาพยุโรปซึ่งไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานมาตรฐานระหว่างประเทศ เพราะมีระดับการคุ้มครองสูงกว่าโคเด็กซ์ ทำให้เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 3.3 นั่นคือ

1. ต้องมีการให้เหตุผลทางวิทยาศาสตร์เพื่อรองรับการออกมาตรการ หรือ
2. เป็นผลของระดับการคุ้มครองของสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืช ซึ่งรัฐ

สมาชิกเห็นว่าเหมาะสมตามมาตรา 5.1-5.8

นอกจากนั้น ประเด็นที่คณะพิจารณาวินิจฉัย มีดังนี้

#### 1. ประเด็นมาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ

ข้อตกลง SPS ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” ที่ใช้ในมาตรา 3.1 ไว้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 3.2 ได้ตั้งข้อสันนิษฐานว่ามาตรการสุขอนามัยที่ “เป็นไปตาม” (conform) มาตรฐานระหว่างประเทศถือว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS และข้อตกลงแอดด์ 1994 ดังนั้น คณะพิจารณาเห็นว่า มาตรการที่วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศจึงเท่ากับ มาตรการที่เป็นไปตาม (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศนั้น ส่วนมาตรา 3.3 นั้น

กำหนดเงื่อนไขสำหรับรัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยแตกต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศ โดยเน้นเฉพาะการใช้มาตรการที่มีระดับความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศกรณีตามข้อพิพาท สิ่งแรกที่คณะพิจารณาพิจารณาก็คือ มีมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางหรือคำแนะนำที่เกี่ยวข้องกับการใช้ฮอร์โมนทั้ง 6 ชนิดเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตตามข้อพิพาทนี้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องความปลอดภัยของอาหาร ข้อ 3 (a) ใน Annex A ของข้อตกลง SPS กำหนดให้ดูมาตรฐาน แนวทาง และคำแนะนำของคณะกรรมการมาตรฐานระหว่างประเทศ (Codex Alimentarius Commission) หรือ Codex ฉะนั้นถ้าหากว่า Codex มีมาตรฐานเกี่ยวกับการใช้ฮอร์โมนทั้ง 6 ชนิดเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตนี้อยู่ มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกใช้ก็ควร (should) จะวางอยู่บนมาตรฐานเหล่านั้น หรือถ้าไม่วางอยู่บนมาตรฐานนั้นก็จะต้องพิสูจน์ได้ว่าอยู่ภายใต้มาตรา 3.3

คณะพิจารณาพบว่า มาตรฐานระหว่างประเทศของ Codex ที่เกี่ยวกับการใช้ฮอร์โมนตามข้อพิพาทมีอยู่ทั้งหมด 5 ชนิด ยกเว้น MGA และเห็นว่าปัจจัยที่จะตัดสินว่ามาตรการตามข้อพิพาทนี้วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศของ Codex หรือไม่ ก็คือ ระดับความคุ้มครองที่มาตรการนั้นใช้ (level of protection that measure achieves) ดังนั้น หากว่ามาตรการนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ มาตรการที่ใช้และมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่จะต้องมีระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่เหมือนกัน (same level of sanitary protection) คณะพิจารณาจึงจำเป็นต้องเปรียบเทียบระดับความคุ้มครองตามมาตรการตามข้อพิพาทของสหภาพยุโรปกับของ Codex ที่เกี่ยวกับฮอร์โมนแต่ละชนิดจำนวนทั้งหมด 5 ชนิด ซึ่ง คณะพิจารณาตรวจสอบแล้ว พบว่า มาตรการของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับฮอร์โมนทั้ง 5 ชนิดนั้นไม่วางอยู่บนมาตรฐานระหว่างประเทศ Codex ที่มีอยู่ จึงต้องการตรวจสอบต่อไปว่าจะเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 3.3 หรือไม่<sup>11</sup>

## 2. ประเด็นมาตรการสุขอนามัยไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่

มาตรการสุขอนามัยที่จะได้รับการพิจารณาภายใต้มาตรา 3.3 นี้ ก่อนอื่นนั้น มาตรการนั้นจะต้องมีระดับความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐาน แนวทาง หรือคำแนะนำระหว่างประเทศที่มีอยู่ คณะพิจารณาอนุมาน (assume) ว่ามาตรการสหภาพยุโรปใช้มีระดับความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานของ Codex และสหภาพยุโรปมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า

<sup>11</sup> *Ibid.*, paras.LXXX-LXXXI and LXXXV-LXXXVI

มาตรการของตนนั้นถูกต้องตามมาตรา 3.3 ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่จะเข้าข่ายของมาตรา 3.3 ได้นั้น จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้<sup>12</sup>

(1) มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ (scientific justification) ในการกำหนด มาตรการขึ้นมา กล่าวคือ รัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยขึ้นมาได้พิจารณาตัดสินบน พื้นฐานของการตรวจสอบและการประเมินข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่แล้วเห็นว่ามาตรฐาน ระหว่างประเทศ แนวทาง และคำแนะนำที่เกี่ยวข้องนั้น ไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองสุขอนามัยได้ หรือ

(2) มาตรการสุขอนามัยนั้นเป็นผลของระดับความคุ้มครองสุขอนามัยซึ่ง รัฐสมาชิกเห็นว่าเหมาะสมสอดคล้องกับบทบัญญัติของมาตรา 5 เรื่องการประเมินความเสี่ยง

คณะพิจารณาเห็นว่ามาตรา 3.1 กำหนดหน้าที่ (obligation) ให้รัฐสมาชิกว่ามาตรการ สุขอนามัยตามมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นโดยเฉพาะใน มาตรา 3.3 ฉะนั้นมาตรา 3.3 จึงเป็นข้อยกเว้น (exception) ของหน้าที่โดยทั่วไปตามมาตรา 3.1 อย่างไรก็ตามมาตรา 3.3 มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นก็ยังคงต้องสอดคล้อง กับบทบัญญัติอื่น ๆ ของข้อตกลง SPS ด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่นมาตรา 2 และมาตรา 5 เป็นต้น คณะพิจารณาจึงต้องพิจารณาต่อไปว่ามาตรการสหภาพยุโรปขัดกับ มาตรา 5 หรือไม่ ถ้าไม่ ขัด มาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปก็จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 3.3<sup>13</sup>

#### 4.3.4 ประเด็นการประเมินความเสี่ยงที่เป็นกระบวนการ

พิจารณาเรื่องการประเมินความเสี่ยงต่อสุขภาพหรือชีวิตของมนุษย์ สัตว์หรือพืชเพื่อ กำหนดระดับความคุ้มครองสุขอนามัยจากการตัดสินของรัฐสมาชิกเอง โดยคณะพิจารณาเห็นว่า Article 5 แยกเป็น 2 ลักษณะใหญ่ คือ<sup>14</sup>

ลักษณะที่ 1 : การประเมินความเสี่ยง (risk assessment) มาตรา 5.1- 5.3 เป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงที่มีต่อชีวิตและสุขภาพ ของมนุษย์ สัตว์ พืช ของมาตรการสุขอนามัยที่กำหนดขึ้นมาเพื่อคุ้มครอง ตามมาตรา 5.1 กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องประกันว่ามาตรการสุขอนามัยที่ตนกำหนดขึ้นนั้นวางอยู่บนพื้นฐาน

<sup>12</sup> *Ibid.*, para. LXXXVIII

<sup>13</sup> *Ibid.*, paras. LXXXIX-XCI

<sup>14</sup> *Ibid.*, para. XCIX-CIV

ของการประเมินความเสี่ยง ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้ คณะพิจารณาเห็นว่าเป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่พื้นฐานตามมาตรา 2.2 ที่ระบุให้รัฐสมาชิกจะต้องวางมาตรการไว้หากว่าปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ

ดังนั้นตามความเห็นของคณะพิจารณา การประเมินความเสี่ยง คือ การพิจารณาตรวจสอบข้อมูลและรายงานทางวิทยาศาสตร์ และการประเมินความเสี่ยงควรจะ<sup>15</sup>

(1) ระบุผลเสีย (adverse effects) ที่มีต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์

(2) ประเมินความเป็นไปได้ (potential) หรือ ความน่าจะเป็น (probability)

ของผลเสียนั้นด้วย

กรณีข้อพิพาท สหภาพยุโรปได้ยื่นรายงานทางวิทยาศาสตร์ ที่เป็นการประเมินความเสี่ยงต่อคณะพิจารณา คณะพิจารณาพิจารณาแล้วเห็นว่า ภายใต้ข้อตกลง SPS รายงานทางวิทยาศาสตร์ที่สหภาพยุโรปอ้างว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงนั้นควรที่จะกำหนดผลเสียที่จะเกิดกับชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ที่เกิดจากการใช้ฮอร์โมนเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตตามข้อพิพาทที่มีอยู่ในเนื้อวัวหรือผลิตภัณฑ์เนื้อวัว และจะต้องประเมินความเป็นไปได้หรือความน่าจะเป็นของผลเสียนั้นด้วยแต่รายงานที่อ้างมานั้น คณะพิจารณาพบว่าไม่เป็นรายงานทางวิทยาศาสตร์ เป็นเพียงรายงานทั่วไปซึ่งแสดงการมีอยู่ของความเสี่ยงโดยทั่วไปของโรคมะเร็งเท่านั้นแต่ไม่ใช่ความเสี่ยงเฉพาะ (identified risk) ที่เกิดจากฮอร์โมนที่ใช้กระตุ้นการเจริญเติบโตตามข้อพิพาทที่มีอยู่ในเนื้อวัวและผลิตภัณฑ์เนื้อวัว จึงไม่ถือว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5.1<sup>16</sup>

นอกจากนี้ คณะพิจารณาเห็นว่าการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5.1 ยังต้องเป็นไปตาม

(1) กฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ (minimum procedural requirement) กล่าวคือ ในขณะที่รัฐสมาชิกหรือกำหนดมาตรการสุขอนามัย รัฐสมาชิกจะต้องมีหลักฐานซึ่งอย่างน้อยที่สุดเป็นการคำนึงถึงการประเมินความเสี่ยงด้วยเพื่อแสดงให้เห็นว่ามาตรการนั้นอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง<sup>17</sup>

<sup>15</sup> *Ibid.*, para. CVI

<sup>16</sup> *Ibid.*, para CXX

<sup>17</sup> *Ibid.*, para CXXI

ปรากฏว่าสหภาพยุโรปซึ่งมีหน้าที่พิสูจน์ว่ามาตรการของตนนั้นว่าอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงไม่ได้จัดหาหลักฐานใด ๆ ที่แสดงว่า ณ ขณะที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยขั้นใช้นั้น สหภาพยุโรปได้มีการคำนึงถึงการประเมินความเสี่ยง<sup>18</sup>

(2) กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการมีอยู่จริงของการประเมินความเสี่ยง (substantive requirement) กล่าวคือ ข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ในมาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปจะต้องเป็นไปตามข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ตามรายงานทางวิทยาศาสตร์ที่สหภาพยุโรปอ้างมาว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงของตน<sup>19</sup>

ฉะนั้น เมื่อการประเมินความเสี่ยงไม่ได้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ (minimum procedural requirement) และสหภาพยุโรปไม่ได้พิสูจน์ให้เห็นว่ามาตรการที่ตนใช้ห้ามนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อที่ใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตนี้วางอยู่บนกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการมีอยู่จริงของการประเมินความเสี่ยง (substantive requirement) มาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปจึงไม่สอดคล้องกับมาตรา 5.1 และจากการที่มาตรการตามข้อพิพาทนั้นขัดกับมาตรา 5.1 มาตรการนี้จึงขัดกับมาตรา 3.1 ด้วย เพราะไม่เข้าใจข้อยกเว้นตามมาตรา 3.3<sup>20</sup>

มาตรา 5.2 กำหนดปัจจัยที่รัฐสมาชิกจะต้องคำนึงถึงในการประเมินความเสี่ยง ตัวอย่างเช่น หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ วิธีการผลิตและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง การตรวจสอบ การสุ่มตัวอย่าง และการทดสอบ เป็นต้น ซึ่งตามข้อพิพาท ปัจจัยในการประเมินความเสี่ยงที่ควรคำนึงถึง คือ หลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ วิธีการผลิตและกระบวนการผลิตที่เกี่ยวข้อง การตรวจสอบ การทดสอบ และการสุ่มตัวอย่างที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ สังเกต และทดลองในห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์หรือห้องแล็บเท่านั้น<sup>21</sup>

มาตรา 5.3 เพิ่มปัจจัยด้านเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องเข้าไปในการพิจารณาการประเมินความเสี่ยงที่มีต่อชีวิตและสุขภาพของสัตว์และพืช แต่เนื่องจากขอบเขตของข้อพิพาทนี้จำกัดเฉพาะชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ จึงไม่ต้องพิจารณามาตรา 5.3<sup>22</sup>

<sup>18</sup> *Ibid.*, para. CXXII

<sup>19</sup> *Ibid.*, para CXXV

<sup>20</sup> *Ibid.*, para CXX

<sup>21</sup> *Ibid.*, para CXIII

<sup>22</sup> *Ibid.*, para CXIV

ลักษณะที่ 2 : เป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดและการใช้ระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยต่อความเสี่ยงที่เกิดขึ้นกับมนุษย์ สัตว์ หรือพืชที่เป็นการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5.1 – 5.6 เรียกว่า การจัดการความเสี่ยง (risk management) ซึ่งปรากฏอยู่ใน มาตรา 5.4 – 5.6

คณะพิจารณาเห็นว่ามาตรา 5.4 - 5.6 อาจเป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่พื้นฐานที่กำหนดไว้ในมาตรา 2.2 ในส่วนที่กำหนดให้รัฐสมาชิกใช้มาตรการสุขอนามัยเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช และเป็นการใช้เฉพาะหน้าที่พื้นฐานตามมาตรา 2.3 ที่กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องทำให้เกิดมั่นใจว่ามาตรการสุขอนามัยจะต้องไม่เลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุผลระหว่างรัฐสมาชิกที่มีเงื่อนไขเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน และจะต้องไม่ใช่มาตรการสุขอนามัยในลักษณะที่ก่อให้เกิดการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงด้วย

คณะพิจารณาเห็นว่าในการกำหนดระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัยถือว่าเป็นสิทธิอธิปไตย (sovereign right) ของรัฐสมาชิกที่จะกำหนดระดับความคุ้มครองที่ตนเห็นว่าเหมาะสมดังที่ paragraph 5 ของ Annex A บัญญัติไว้ แต่ระดับที่เหมาะสมของความคุ้มครองสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นมานั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 5.4 - 5.6 ด้วยกล่าวคือ

มาตรา 5.4 กำหนดว่าเมื่อรัฐสมาชิกกำหนดระดับความเหมาะสมในการความคุ้มครองสุขอนามัย รัฐสมาชิกควรจะ (should) คำนึงถึงการที่จะทำให้เกิดผลกระทบต่อการค้าให้น้อยที่สุด คณะพิจารณาเห็นว่าบทบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดเป็นหน้าที่ให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามเพราะใช้คำว่า “ควรจะ (should)” ไม่ได้ใช้คำว่า “ต้อง (shall)” อย่างไรก็ตามมาตรานี้จะต้องคำนึงถึงการตีความข้อกำหนดอื่น ๆ ของข้อตกลง SPS ด้วย<sup>23</sup>

มาตรา 5.5 กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องหลีกเลี่ยงการทำให้เกิดการแตกต่างในระดับความคุ้มครองที่ตนเห็นว่าเหมาะสมโดยไม่สมเหตุผลหรือตามอำเภอใจในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน หากว่าการแตงต่างนั้นก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง คณะพิจารณาเห็นว่ามาตรา 5.5 นี้ประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้<sup>24</sup>

1. รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน

<sup>23</sup> *Ibid.*, para. CLXXIV

<sup>24</sup> *Ibid.*, para. CLXXXII

ในองค์ประกอบแรกนี้ คณะพิจารณาเห็นว่า คำว่า “สถานการณ์ที่แตกต่างกัน” (different situation) เป็นการเปรียบเทียบสถานการณ์ที่มีสาระหรือที่มีผลกระทบต่อสุขภาพเหมือนกัน และสถานการณ์ที่เรียกว่า “สถานการณ์ที่เปรียบเทียบกัน” (comparable situation) ได้ด้วย<sup>25</sup>

2. ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้น เป็นไปโดยไม่สมเหตุสมผลหรือตามอำเภอใจ

3. ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

คณะพิจารณาเห็นว่าในการตรวจสอบว่าจะมีการละเมิด มาตรา 5.5 หรือไม่นั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบทั้งสามประการ และเห็นว่ามาตรา 5.5 ต้องอ่านควบคู่กับ มาตรา 2.3 และ มาตรา 5.5 จะเป็นหนทางนำไปสู่จุดหมายเดียวกันที่กำหนดไว้ใน มาตรา 2.3

คณะพิจารณาตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์ประกอบที่ 3 ของ Article 5.5 นี้กับหน้าที่พื้นฐานที่กำหนดไว้ใน Article 2.3 และกับบทนำของ Article 20 (b) ของข้อตกลงแกตต์ 1994 ซึ่งทั้งสาม Article นี้ล้วนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติและการกีดกันการค้าระหว่างประเทศในรูปแบบแอบแฝงเหมือนกัน ดังนี้<sup>26</sup>

คณะพิจารณาเห็นว่า ประเด็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “การเลือกปฏิบัติและการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง” ต้องนำทศรูปขององค์กรอุทธรณ์ในคดี “United States–Standard for Reformulated and Conventional Gasoline” ที่กล่าวถึง คำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่สมเหตุหรือตามอำเภอใจ” และ “การกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง” ที่มีอยู่ในมาตรา 20 ของข้อตกลงแกตต์ 1994 มาใช้กับคดีนี้ ดังต่อไปนี้

องค์กรอุทธรณ์ในคดีดังกล่าวเห็นว่าการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือโดยไม่สมเหตุสมผลและการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงอาจอ่านรวมกันได้ และสามารถให้ความหมายรวมกันได้ กล่าวคือ การกีดกันโดยแอบแฝงรวมถึงการเลือกปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงด้วย และคำว่ากีดกันหรือการเลือกปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศที่ไม่ได้ประกาศออกมาหรือปิดบังไว้ก็มีความหมายเหมือนกับคำว่ากีดกันโดยแอบแฝง ดังนั้น คำว่ากีดกันโดยแอบแฝงจึงมีความหมายรวมไปถึงการเลือกปฏิบัติในการค้าระหว่างประเทศโดย

<sup>25</sup> *Ibid.*, para CLXXXIII and CLXXXIV

<sup>26</sup> *Ibid.*, para CLXXXIX-CXCIII

อำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลด้วย มาตรการใดจะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลหรือไม่นั้นก็ต้องคำนึงถึงว่ามีการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงหรือไม่ด้วย ฉะนั้น การที่จะฝ่าฝืน มาตรา 20 หรือไม่นั้น ควรดูที่วัตถุประสงค์และเป้าหมายที่จะหลีกเลี่ยงไม่ทำการละเมิดหรือกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายของข้อกำหนดต่าง ๆ ที่มีอยู่ในมาตรา 20 หรือไม่

คณะพิจารณาได้ทำการตรวจสอบความแตกต่างในระดับความคุ้มครองสุขภาพของสหภาพยุโรปโดยการเปรียบเทียบการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อการกระตุ้นการเจริญเติบโตกับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อวัวและที่อยู่ในอาหารอื่น ๆ และรับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคและการปฏิบัติทางเทคนิคในสัตว์ โดยพิจารณาภายใต้องค์ประกอบทั้ง 3 ประการของมาตรา 5.5 ดังนี้

(1) รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขภาพที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน<sup>27</sup>

คณะพิจารณาได้เปรียบเทียบการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต (oestradiol - 17 B, testosterone และ progesterone) กับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อวัว และที่อยู่ในอาหารอื่น ๆ และกับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคและการปฏิบัติทางเทคนิคสัตว์ และพบว่าการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตแตกต่างจากการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อวัวและที่อยู่ในอาหารอื่น ๆ และแตกต่างกับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อวัตถุประสงค์ในการบำบัดรักษาโรคและการปฏิบัติทางเทคนิคสัตว์ด้วยเช่นกัน แม้ว่าฮอร์โมนเหล่านี้จะไม่ได้เหมือนกันทุกประการก็ตามแต่พบว่าส่งผลกระทบต่อสุขภาพเหมือนกัน จึงพิจารณาได้ว่าเป็นสถานการณ์ที่แตกต่างกัน/สถานการณ์ที่เปรียบเทียบได้ตามนัยขององค์ประกอบข้อแรก

จากนั้น คณะพิจารณาทำการตรวจสอบว่า สหภาพยุโรปใช้ระดับความคุ้มครองที่แตกต่างกันสำหรับสถานการณ์ที่แตกต่างกัน/สถานการณ์ที่เปรียบเทียบเหล่านี้หรือไม่ คณะพิจารณา พบว่าระดับความคุ้มครองที่เหมาะสมกำหนดขึ้นโดยสหภาพยุโรปสำหรับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นในเนื้อวัวและในอาหารอื่น ๆ หรือเพื่อใช้บำบัดรักษาโรคและการปฏิบัติรักษาทางเทคนิคสัตว์นั้น เป็น “ระดับที่ให้สารตกค้างได้โดยไม่จำกัดปริมาณ” สำหรับการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตนั้นเป็น “ระดับที่ไม่มีสารตกค้างได้

<sup>27</sup> Ibid., paras . CXCIV-CXCIX

เลย” ดังนั้น เห็นได้ว่ามีการใช้ความคุ้มครองสุขอนามัยแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน หรือสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันตามนัยขององค์ประกอบข้อแรกของมาตรา 5.5

(2) ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้น เป็นไปโดยไม่สมเหตุสมผลหรือตามอำเภอใจหรือไม่<sup>28</sup>

คณะพิจารณาพบว่า ระดับความคุ้มครองของการใช้ฮอริโมนธรรมชาติตามข้อพิพาท เพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตมีความแตกต่างเป็นอย่างมากกับการใช้ฮอริโมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเอง ในเนื้อวัวและในอาหารอื่น ๆ กล่าวคือระหว่างระดับที่ให้สารตกค้างโดยไม่จำกัดปริมาณและระดับที่ไม่มีสารตกค้างเลย และสหภาพยุโรปเองก็ไม่ได้ให้เหตุผลว่าทำไมตนจึงใช้ระดับที่แตกต่างกันในการคุ้มครองสำหรับสารตกค้างที่อยู่ในฮอริโมนธรรมชาติทั้งสองประเภทนี้ และไม่ได้จัดหาหลักฐานใด ๆ ที่แสดงความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการใช้ฮอริโมนธรรมชาติเพื่อการกระตุ้นการเจริญเติบโตว่ามีความเสี่ยงสูงกว่าความเสี่ยงที่เกิดจากการใช้ฮอริโมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อ และในอาหารอื่นๆ นอกจากนี้ ผู้เชี่ยวชาญยังให้คำแนะนำต่อคณะพิจารณาว่า การใช้ฮอริโมนทั้งสองประเภทนี้มีท่าทางว่าจะส่งผลกระทบต่อความเป็นไปได้เหมือนกัน คณะพิจารณาเห็นว่า

สหภาพยุโรปไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นว่าความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของการใช้ฮอริโมนทั้งสองประเภทนี้สมเหตุสมผลแล้ว ฉะนั้นความแตกต่างในระดับความคุ้มครองดังกล่าว จึงเป็นไปโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผลตามนัยขององค์ประกอบที่ 2 ของ Article 5.5 และไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าความแตกต่างในการคุ้มครองสุขอนามัยระหว่างการใช้ฮอริโมนธรรมชาติเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตและเพื่อการบำบัดรักษาโรคหรือปฏิบัติทางเทคนิค สัตว์จะสมเหตุสมผลหรือเป็นไปโดยอำเภอใจหรือไม่

(3) ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง

คณะพิจารณาได้พิจารณาแล้วเห็นว่า<sup>29</sup>

ประการแรก พบว่ามีความแตกต่างในระดับความคุ้มครองระหว่างการใช้ฮอริโมนธรรมชาติเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตและการใช้ฮอริโมนธรรมชาติที่เกิดขึ้นเองในเนื้อและในอาหารอื่น ๆ กล่าวคือระดับที่ไม่มีสารตกค้างเลยกับระดับที่ให้สารตกค้างโดยไม่จำกัด

ประการที่สอง ประชาคมยุโรปเองก็ได้จัดหาเหตุผลในความแตกต่างของระดับความคุ้มครองดังกล่าว ฉะนั้น ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองจึงส่งผลให้เกิดการห้าม

<sup>28</sup> *Ibid.*, para.CCI

<sup>29</sup> *Ibid.*, paras.CCXI-CCXIII

นำเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อต่าง ๆ ที่ได้มาจากการใช้ฮอร์โมนธรรมชาติเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตตามข้อพิพาทนี้เป็นการเลือกปฏิบัติหรือเป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝงตามนัยขององค์ประกอบข้อ 3 ของมาตรา 5.5

เนื่องจากปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่จะแสดงให้เห็นถึงความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากการใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโต ทางคณะผู้ตัดสินเห็นว่า สหภาพยุโรป ไม่สามารถจะอ้างความตกลง SPS เพื่อใช้มาตรการห้ามนำเข้าเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยใช้ฮอร์โมนได้และแม้ว่าจะมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนก็ตาม มาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรป เป็นมาตรการที่ไปตามอำเภอใจ ปราศจากเหตุผลที่จะอธิบายได้ อีกทั้ง มาตรการสุขอนามัยของ EC จึงเป็นการกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงในความสัมพันธ์กับฮอร์โมนโดยธรรมชาติ นั่นคือ สหภาพยุโรปได้เลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าซึ่งมีฮอร์โมนธรรมชาติตกค้างอยู่ เช่น ไข่และน้ำมันตัวเหลือง กับเนื้อวัวและสินค้าจากเนื้อวัว ซึ่งมีฮอร์โมนสังเคราะห์มาตรฐาน มาตรการสุขอนามัยของ EC ห้ามมิให้ฮอร์โมนสังเคราะห์ตกค้างได้เลย (no residue level) แต่กลับยอมให้มีฮอร์โมนธรรมชาติตกค้างได้โดยไม่จำกัด (unlimited residue level) และเนื่องจากสหภาพยุโรปไม่สามารถอธิบายได้ว่าทำไมจึงมีการปฏิบัติแตกต่างกันอย่างมาก คณะผู้ตัดสินจึงสรุปว่ามาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปเป็นมาตรการตามอำเภอใจ ไม่มีเหตุผลอธิบายได้ และเลือกปฏิบัติ<sup>30</sup>

มาตรา 5.6 : รัฐสมาชิกต้องประกันว่ามาตรการสุขอนามัยที่รัฐกำหนดขึ้นนั้นจะต้องไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปจนเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุถึงระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยโดยคำนึงถึงปัจจัยทางเทคนิคและเศรษฐกิจ

Footnote ของมาตรา 5.6 กล่าวว่า มาตรการสุขอนามัยจะไม่เป็นการกีดกันการค้ามากเกินไปจนเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุถึงระดับที่เหมาะสมการคุ้มครองสุขอนามัย เว้นเสียว่ามีมาตรการอื่นอยู่และมาตรการนั้นบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัย และเป็นการกีดกันการค้าน้อยกว่ามาก

ในคดีนี้ คณะพิจารณาเห็นว่ามาตรการของสหภาพยุโรปขัดกับมาตรา 5.5 แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องตรวจสอบว่าขัดกับมาตรา 5.6 หรือไม่<sup>31</sup>

คณะพิจารณาจึงได้มีข้อตัดสินข้อพิพาทนี้ ดังนี้<sup>32</sup>

<sup>30</sup> *Ibid*, paras CCXI.

<sup>31</sup> *Ibid.*, para.CCLV

<sup>32</sup> *Ibid.*, para. CCLXXXIII

1) สหภาพยุโรปกระทำการสอดคล้องกับข้อกำหนดต่าง ๆ ที่ระบุไว้ใน มาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS โดยการคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่ไม่มีพื้นฐานอยู่บนการ ประเมินความเสี่ยง

2) สหภาพยุโรปกระทำการไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดต่าง ๆ ที่ระบุไว้ใน มาตรา 5.5 ของข้อตกลง SPS โดยใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยซึ่งตนพิจารณาเห็นว่า เหมาะสมในสถานการณ์ที่แตกต่างกันโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือเป็นไปโดยตาม อำเภอใจ (arbitrary or unjustifiable) อันเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้า ระหว่างประเทศโดยแอบแฝงขึ้น

3) สหภาพยุโรปกระทำการไม่สอดคล้องกับข้อกำหนดต่าง ๆ ของมาตรา 3.1 ของข้อตกลง SPS โดยคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยที่ไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่าง ประเทศที่มีอยู่โดยปราศจากการให้เหตุผลทางวิทยาศาสตร์ การพิสูจน์ และการตรวจสอบตาม มาตรา 3.3 ของข้อตกลง SPS

คณะพิจารณาจึงแนะนำให้องค์การระงับข้อพิพาทร้องขอให้สหภาพยุโรปกระทำการให้ มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทของตนเป็นไปตามข้อผูกพันต่าง ๆ ภายใต้ข้อตกลง SPS ด้วย

#### 4.4 คำตัดสินขององค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body)<sup>33</sup>

##### 4.4.1 ปัญหาการปรับใช้ระหว่างข้อตกลง SPS และข้อตกลงแอกต์ 1994

สหภาพยุโรปอุทธรณ์ว่าตามเจตนารมณ์ของข้อตกลง SPS นั้น แสดงให้เห็นว่า ข้อตกลงนี้จะใช้กับมาตรการสุขอนามัยที่ตราขึ้นหลังจากที่ข้อตกลง SPS มีผลให้บังคับแล้วเท่านั้น ประเด็นนี้ องค์การอุทธรณ์ได้ยกคำตัดสินของตนในคดี Brazil - Measures Affecting Desiccated Coconut ซึ่งได้สรุปถึงพื้นฐานของ Article 28 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาว่า เมื่อไม่มีเจตนารมณ์เป็นอย่างอื่นสนธิสัญญาจะไม่ใช้กับการกระทำต่าง ๆ หรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่ เกิดขึ้นก่อนที่สนธิสัญญามีผลบังคับใช้ หรือสถานการณ์ใด ๆ ที่หยุดลงก่อนวันที่สนธิสัญญามีผล บังคับขององค์กรอุทธรณ์ จึงเห็นด้วยกับคณะพิจารณาว่า ข้อตกลง SPS จะใช้กับสถานการณ์หรือ

---

<sup>33</sup> Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) ,WTO,WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R 16 January 1998, [www.wto.org/wto/dispute/distab/html](http://www.wto.org/wto/dispute/distab/html) : INTERNET

มาตรการที่ไม่ได้หยุดลงก่อนวันที่ข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับ ฉะนั้นข้อตกลงนี้จึงใช้กับมาตรการ  
สุขอนามัยของสหภาพยุโรปได้<sup>34</sup>

#### 4.4.2 ประเด็นการพิจารณาพิสูจน

องค์กรอุทธรณ์ได้ตัดสินกลับคำตัดสินของคณะพิจารณาโดยเห็นว่า การตีความของ  
คณะพิจารณาทำให้พื้นฐานของข้อตกลง SPS เสียไป เพราะมาตรา 5.8 ของข้อตกลง SPS ไม่ได้  
กำหนดถึงภาระการพิสูจน์ แต่เป็นเรื่องการใช้สิทธิในการขอรับข้อมูลก่อนเกิดข้อพิพาท ข้อมูลและ  
คำอธิบายเหล่านั้นอาจนำไปสู่กระบวนการพิจารณาคดีภายหลังได้ รวมถึงภาระการพิสูจน์ตาม  
พื้นฐานคดีมีมูล (prima facie) ว่ามาตรการที่เกี่ยวข้องนั้นไม่สอดคล้องกับข้อตกลงนี้ แม้ว่า  
มาตรการของสมาชิกจะไม่ใช่ไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศก็ไม่ได้ก่อให้เกิดภาระการพิสูจน์  
ต่อรัฐสมาชิกผู้ออกมาตรการไม่ว่าจะโดยทั่วไปหรือกรณีพิเศษ คู่กรณีฝ่ายผู้ร้องจะต้องเป็นผู้พิสูจน์  
ถึงความมีมูลแห่งคดีนั้น องค์กรอุทธรณ์เห็นว่ามาตรา 3.1 จะไม่ถูกนำมาใช้หากเป็นกรณีที่เข้า  
มาตรา 3.3 เมื่อสหรัฐอเมริกาเรียกร้องว่ามาตรการของสหภาพยุโรปมีระดับการคุ้มครองที่แตกต่าง  
ไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศตามมาตรา 3.3 สหรัฐอเมริกาก็ย่อมต้องเป็นผู้พิสูจน์ถึงความไม่  
สอดคล้องกับข้อตกลง SPS ที่มีการกล่าวอ้าง

#### 4.4.3 มาตรการของสหภาพยุโรปไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ

องค์กรอุทธรณ์เน้นไปที่การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 3.2 และมาตรา 3.3 โดย  
พิจารณาจากคำตัดสินของคณะพิจารณา โดยเห็นว่า มาตรการของสหภาพยุโรปไม่ได้ตั้งอยู่บน  
พื้นฐานมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือข้อเสนอแนะที่นำมาตราฐานโคเด็กซ์เป็นแนวทาง  
สหภาพยุโรปไม่ได้ให้เหตุผล ตามมาตรา 3.3 องค์กรอุทธรณ์เห็นว่ามาตรการของสหภาพยุโรปต้อง  
เป็นไปตามมาตรา 3.3 ซึ่งให้ใช้มาตรการที่สอดคล้องกับมาตรา 5.1 ซึ่งเห็นพ้องกับคำตัดสินของ  
คณะพิจารณา

1. ความหมายของคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ที่ใช้ในมาตรา 3.1  
สหภาพยุโรปอุทธรณ์ว่าการตัดสินของคณะพิจารณา ที่ว่ามาตรการสุขอนามัยของตนไม่วางอยู่  
บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ และไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 3.3 ที่กำหนดให้

<sup>34</sup> *Ibid.*, paras.126-130

มาตรการสุขอนามัยไม่จำเป็นต้องอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศได้หากเป็นไปตามข้อกำหนดเรื่องการประเมินความเสี่ยงในมาตรา 5 จึงไม่สอดคล้องกับมาตรา 3.1 และมาตรา 3.3 นั้นไม่ถูกต้อง<sup>35</sup>

องค์การอุทธรณ์ได้ยกเอาการตีความของคณะพิจารณา ที่ว่ามาตรา 3.2 ซึ่งตั้งข้อสันนิษฐานว่ามาตรการสุขอนามัยที่ “เป็นไปตาม” (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศถือว่าสอดคล้องกับทั้งข้อตกลง SPS แลกข้อตกลงแกตต์ 1994 ทำให้มาตรการที่ “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ของมาตรฐานระหว่างประเทศมีความหมายเท่ากับมาตรการ “ที่เป็นไปตาม” (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศนั้น กล่าวคือ คณะพิจารณาตีความคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) กับคำว่า “เป็นไปตาม” (conform to) ว่ามีความหมายเหมือนกัน ซึ่งองค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับการตีความดังกล่าว โดยให้เหตุผล 3 ประการ กล่าวคือ<sup>36</sup>

(1). เห็นว่า ตามความหมายธรรมดาของคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ก็ค่อนข้างแตกต่างกับคำว่า “เป็นไปตาม” (conform to) อยู่แล้ว การที่จะพูดว่าสิ่งหนึ่ง “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ของอีกสิ่งหนึ่งนั้น ก็ต่อเมื่อสิ่งที่มาทีหลังนั้นได้รับการสนับสนุนบางประการกับสิ่งที่มาก่อน ซึ่งตรงกันข้ามกับการจะพูดถึงการที่สิ่งหนึ่ง “เป็นไปตาม” อีกสิ่งหนึ่ง เท่ากับสิ่งที่มาทีหลังนั้นจะต้องสอดคล้องกับสิ่งที่มาก่อนทุกประการ องค์การอุทธรณ์เห็นว่าความแตกต่างของภาษาที่ใช้ในไม่ใช่วิธีบังเอิญ ดังนั้น มาตรการที่วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ (based on) ก็อาจจะเบี่ยงเบนจากมาตรฐานระหว่างประเทศนั้นไปบ้าง แต่ในขณะที่มาตรการจะต้องเป็นไปตาม (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศก็ต้องให้มาตรการสุขอนามัยภายในประเทศเป็นกระจกของมาตรฐานระหว่างประเทศ นั่นคือ จะต้องเหมือนกันทุกประการ ซึ่งองค์การอุทธรณ์ยอมรับว่าการทำให้เกิดความกลมกลืนซึ่งการกำหนดมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชดังกล่าว ถูกกำหนดว่าให้อยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศนั้น ให้เป็นเป้าหมายของข้อตกลง SPS ซึ่งจะทำให้เกิดเป็นจริงหรือสำเร็จลุล่วงในอนาคตข้างหน้า ข้อตกลง SPS ไม่ได้กำหนดหน้าที่ที่เป็นการบังคับรัฐสมาชิกให้กำหนดมาตรการให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศโดยทันที

(2) นอกจากนี้ ทั้งสองคำนี้ก็ใช้ในมาตราต่าง ๆ แตกต่างกันไปและยังพบว่าในมาตราเดียวกันก็มีการใช้คำทั้งสองนี้ในแต่ละวรรคแตกต่างกันไป ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 2.2 ใช้คำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” ในขณะที่มาตรา 2.4 ใช้คำว่า “เป็นไปตาม” หรือกรณีมาตรา

<sup>35</sup> *Ibid.*, para. 158

<sup>36</sup> *Ibid.*, paras. 162-168.

3.1 ต้องการให้รัฐสมาชิกวางมาตรการของตน“อยู่บนพื้นฐาน” ของมาตรฐานระหว่างประเทศ แต่มาตรา 3.2 กลับใช้คำมาตรการซึ่ง “เป็นไปตาม” มาตรฐานระหว่างประเทศ และมาตรา 3.3 ก็อ้างถึงมาตรการที่ “วางอยู่บนพื้นฐาน” ของมาตรฐานระหว่างประเทศอีกครั้ง ฉะนั้นการใช้คำที่แตกต่างกันไปเช่นนี้ได้รับพิจารณาไตร่ตรองมาอย่างดี และต้องการให้ความหมายที่แตกต่างกันด้วย อีกทั้งการใช้คำที่แตกต่างกันนี้คงไม่ใช่เพื่อความบังเอิญหรือความไม่ตั้งใจของรัฐสมาชิกที่เจรจาหรือเขียนข้อตกลงอย่างแน่นอน

(3) จากวัตถุประสงค์และเป้าหมายของมาตรา 3 นั้นคือ การทำให้เกิดความกลมกลืนในมาตรการสุขอนามัยมากเท่าที่จะทำได้ นอกจากนี้ในอาร์ัมภบทข้อตกลง SPS ระบุไว้ว่าปรารถนาที่จะให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการสุขอนามัยของรัฐสมาชิกต่าง ๆ โดยการวางมาตรการไว้บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางและคำแนะนำต่าง ๆ ที่พัฒนาขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ในมาตรา 12 ก็เช่นเดียวกันกำหนดหน้าที่ให้คณะกรรมการมาตรการสุขอนามัยต้องสนับสนุนการก่อให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการสุขอนามัยของรัฐสมาชิกต่าง ๆ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าการทำให้เกิดความกลมกลืนขึ้นกับมาตรการสุขอนามัยของรัฐสมาชิกโดยการวางมาตรการอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศนี้เป็นเป้าหมายที่ต้องการให้เสร็จในอนาคต ฉะนั้นการตีความมาตรา 3.1 โดยให้รัฐสมาชิกทำให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการของตนโดยการทำให้มาตรการของตนนั้นเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศโดยปัจจุบันทันทีจึงไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ การตีความของคณะพิจารณาที่ว่า มาตรการสุขอนามัยที่วางอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศนั้น มาตรการนั้นจะต้องมีระดับความคุ้มครองเหมือนกับมาตรฐานระหว่างประเทศนั้นด้วยการตีความมาตรา 3 ดังกล่าวของคณะพิจารณา องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วย แต่ไม่สามารถที่จะปฏิเสธได้การแก้ไขการตีความของคณะพิจารณา ให้ถูกต้องก็คงต้องรอในคดีอื่น ๆ ต่อไป

## 2. ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 3.1 , 3.2 และ 3.3 ของข้อตกลง SPS

คณะพิจารณา ตีความมาตรา 3.1 และมาตรา 3.2 ว่าเป็นหน้าที่โดยทั่วไป (general obligation) ของรัฐสมาชิกที่จะต้องวางมาตรการสุขอนามัยของตนอยู่บนพื้นฐานของมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่แต่จะวางมาตรการสุขอนามัยของตนสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศก็ได้ หากว่ามาตรการนั้นเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 3.3 โดยกำหนดให้มาตรา 3.3 เป็นข้อยกเว้น (exception) ของมาตรา 3.1 องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับการตีความดังกล่าวแต่เห็นว่าการที่รัฐจะไม่กำหนดมาตรการของตนตามมาตรฐานระหว่างประเทศเป็นสิทธิของรัฐนั่นเอง

(autonomous right) ไม่ใช่เป็นข้อยกเว้น (exception) จากหน้าที่โดยทั่วไป (general obligation) ตามมาตรา 3.1 ตามที่คณะพิจารณากล่าวไว้

นอกจากนี้องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับการตีความของคณะพิจารณาที่สรุปให้สหภาพยุโรปต้องมีภาระการพิสูจน์ให้เห็นว่ามาตรการของตนนั้นถูกต้องตามมาตรา 3.3 องค์การอุทธรณ์จึงกลับคำตัดสินของคณะพิจารณา โดยให้ความเห็นว่า การตัดสินของรัฐสมาชิกที่จะกำหนดมาตรการของตนไม่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศนี้ไม่ใช่เป็นผลที่จะเปลี่ยนภาระการพิสูจน์ซึ่งโดยปกติธรรมดาเป็นหน้าที่ของฝ่ายรัฐที่ฟ้องคดีไปเป็นรัฐที่ถูกฟ้อง องค์การอุทธรณ์จึงสรุปว่าสหรัฐอเมริกาจะต้องพิสูจน์ว่าคดีมีมูลในเรื่องการไม่สอดคล้องเสียก่อน จากนั้นภาระการพิสูจน์ถึงจะตกไปที่สหภาพยุโรปเพื่อพิสูจน์เหตุผลในหารห้ามนำเข้าเนื้อวัวที่ใช้ฮอร์โมนกระตุ้นการเจริญเติบโตต่อไป<sup>37</sup>

3. เงื่อนไขของมาตรา 3.3 ตามข้อตกลง SPS ภายใต้มาตรา 3.3 รัฐสมาชิกจะกำหนดมาตรการสุขอนามัยให้มีระดับความคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศได้ หากว่า

- (1) มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ หรือ
- (2) ไปเป็นตามเงื่อนไขการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5.1 - 5.8

คณะพิจารณาเห็นว่าแม้ว่ามาตรการสุขอนามัยจะเป็นไปตามเงื่อนไขไม่ว่าจะข้อหนึ่งข้อใดของมาตรา 3.3 แล้วก็ตาม แต่มาตรการนั้นจะต้องสอดคล้อง กับมาตราอื่นๆ ด้วยเช่นมาตรา 2 และมาตรา 5

องค์การอุทธรณ์ให้ข้อสังเกตว่า แม้ว่าเงื่อนไขข้อ (1) จะไม่ได้พูดถึงมาตรา 5.1- 5.8 ก็ตาม แต่ในประโยคสุดท้าย ของมาตรา 3.3 กำหนด ให้มาตรการทั้งหมดที่มีระดับความคุ้มครองแตกต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือคำแนะนำ ต่างๆ นั้นจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นๆ ของข้อตกลง SPS นี้ด้วย ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นมาตรการที่เข้าตามเงื่อนไขข้อ (1) หรือ ข้อ (2) ก็ตาม ก็จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นๆ ของข้อตกลง SPS ด้วยซึ่งรวมถึงมาตรา 5 ด้วย นอกจากนี้ จาก FOOTNOTE ของมาตรา 3.3 ที่ระบุว่า การที่จะมีเหตุผลทาง วิทยาศาสตร์ ได้นั้นก็ต่อเมื่อจากการตรวจสอบและการประเมินข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่พบว่ามาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือคำแนะนำต่างๆ นั้นมีระดับความคุ้มครองสุขอนามัยไม่เพียงพอ ซึ่งการตรวจสอบและการประเมินนี้ถือว่าเป็นลักษณะของการประเมิน ความเสี่ยงตามมาตรา 5.1 และตามคำจำกัดความของการประเมินความเสี่ยงในวรรค 4 ของ ANNEX A นั่นเอง ดังนั้นองค์การอุทธรณ์จึงเห็นด้วยกับการตัดสินของคณะพิจารณาว่า แม้ว่าสหภาพยุโรปจะกำหนดมาตรการของ

<sup>37</sup> *Ibid.*, paras. 169-172.

ตนสูงกว่าของมาตรฐานของ CODEX ก็ตาม มาตรการของ สหภาพยุโรปก็ยังคงสอดคล้องกับ มาตรการ 5 ด้วย<sup>38</sup>

องค์กรอุทธรณ์จึงสรุปว่า เป้าหมายของมาตรา 3 นั้นต้องการสนับสนุนให้เกิดความ กลมกลืนขึ้นในมาตรการสุขอนามัยต่างๆ ของรัฐสมาชิก แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องการป้องกันสิทธิ และหน้าที่ของ รัฐสมาชิกในการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของประชากรในประเทศของตน ซึ่ง เป้าหมายของการทำให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการสุขอนามัยนั้นก็เพื่อที่จะป้องกันการใช้ มาตรการดังกล่าว เพื่อเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างรัฐสมาชิกโดยอำเภอใจหรือไม่สมเหตุสมผล หรือเพื่อเป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ทั้งนี้โดยไม่ต้องการขัดขวาง รัฐสมาชิก ในการใช้บังคับมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ และมาตรการที่วางอยู่ บนหลักการของวิทยาศาสตร์ และไม่ต้องการให้รัฐสมาชิกเปลี่ยนระดับที่เหมาะสมของความ คุ้มครองของตนด้วย<sup>39</sup>

#### 4.4.4 ประเด็นการประเมินความเสี่ยงที่เป็นกระบวนการ

องค์กรอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะพิจารณา ที่ว่ามาตรา 5.1 เป็นการใช้เฉพาะของหน้าที่ ทั่วไปตาม มาตรา 2.2 ของข้อตกลง SPS และเห็นว่ามาตรา 2.2 และมาตรา 5.1 ควรอ่านด้วยกัน และมาตรา 2.2 มีความหมายร่วมกันกับมาตรา 5.1<sup>40</sup>

อย่างไรก็ดี การที่ คณะพิจารณา แยก มาตรา 5 เป็นการประเมินความเสี่ยง (RISK ASSESSMENT) และการจัดการความเสี่ยง (RISK MANAGEMENT) องค์กรอุทธรณ์ไม่เห็นด้วย เพราะใน มาตรา 5 และในวรรค 4 ของ ANNEX A ของข้อตกลง SPS พูดถึงการประเมินความ เสี่ยง (RISK ASSESSMENT) เท่านั้น การจัดการความเสี่ยง (RISK MANAGEMENT) ไม่ ปรากฏอยู่ในมาตรา 5 หรือ ในบทบัญญัติอื่นใดของข้อตกลง SPS เลย ดังนั้นการตีความดังกล่าว ของคณะพิจารณา จึงไม่มีบทบัญญัติใดมารองรับ และกฎที่สำคัญในการตีความสนธิสัญญานั้นก็ ต้องการให้ผู้ตีความสนธิสัญญาอ่านและตีความคำต่างๆ ที่ใช้ในข้อตกลงอย่างตรงไปตรงมา และ ตามตัวอักษร ไม่ใช่ตีความตามความรู้สึกที่ผู้ตีความเห็นว่าควรจะเป็น<sup>41</sup>

<sup>38</sup> *Ibid.*, para.175.

<sup>39</sup> *Ibid.*, para. 177.

<sup>40</sup> *Ibid.*, para. 180.

<sup>41</sup> *Ibid.*, para. 181.

จากคำจำกัดความของการประเมินความเสี่ยง (PARAGRAPH 4 ของ ANNEX A) ที่กล่าวว่า การประเมินความเสี่ยง คือ การประเมินความเป็นไปได้ (POTENTIAL) ของผลเสียที่จะเกิดขึ้นกับชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ที่เกิดจากการมีอยู่ของสิ่งปลอมปน สารปนเปื้อน สารพิษหรือเชื้อโรคในอาหารต่างๆ แต่การตีความการประเมินเสี่ยงของคณะพิจารณา คณะพิจารณา ได้กำหนดให้การประเมินความเสี่ยงมี 2 ขั้นตอน กล่าวคือ การระบุความเสี่ยงต่างๆ และการประเมินความเป็นไปได้ (POTENTIAL) หรือความน่าจะเป็น (PROBABILITY) ของความเสี่ยงนั้น เห็นได้ว่า คณะพิจารณาได้ใช้คำว่าความน่าจะเป็น (PROBABILITY) เป็นตัวเลือกขึ้นมาด้วยองค์กรอุทธรณ์เห็นว่า ความหมายของความเป็นไปได้ (POTENTIAL) มีความหมายต่างกับคำว่าความน่าจะเป็น (PROBABILITY) จะมีขอบเขตความเป็นไปได้สูงกว่าคำว่าความเป็นไปได้ (POTENTIAL) ดังนั้นเห็นได้ว่าคณะพิจารณากำหนดขนาดปริมาณของการคำนึงถึงความเสี่ยง<sup>42</sup>

นอกจากนี้ การที่คณะพิจารณา ตัดสินว่าการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5.1 จะไม่รวมถึงการกระทำใด ๆ ที่ไม่ได้ผ่านการวิเคราะห์โดยการสังเกตหรือการทดลองในห้องแล็บ องค์กรอุทธรณ์ไม่เห็นด้วย องค์กรอุทธรณ์กล่าวว่าปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงในการประเมินความเสี่ยงตาม มาตรา 5.2 บางปัจจัย เช่น วิธีการและกระบวนการที่เกี่ยวข้อง การตรวจสอบ การสุ่มตัวอย่าง และแม้กระทั่งวิธีการทดสอบ ไม่จำเป็นต้องเป็นการทดลองในห้องแล็บทั้งหมด นอกจากนี้ก็ไม่มีบทบัญญัติใดชี้ว่าปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงในการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5.2 จำกัดเพียงเท่าที่ระบุไว้ในมาตรา 5.2 ไม่ได้หมายความเฉพาะความเสี่ยงที่แน่นอนที่จะต้องทดลองในห้องปฏิบัติการทางวิทยาศาสตร์ หรือห้องแล็บเท่านั้นแต่หมายความรวมถึงความเสี่ยงที่มีอยู่ในสังคมมนุษย์ หรือผลกระทบที่อาจจะเกิดกับสุขภาพของมนุษย์ที่อยู่ในโลกซึ่งเป็นที่ซึ่งมนุษย์อาศัยอยู่<sup>43</sup>

กรณีเงื่อนไขเกี่ยวกับกฎเกณฑ์เป็นกระบวนการขั้นต่ำ (minimum procedural requirement) ในงานประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5 ที่กำหนดว่าการประเมินความเสี่ยงต้องมีกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ องค์กรอุทธรณ์คิดว่าการที่ข้อตกลง SPS กำหนดให้มาตรการสุขอนามัยวางอยู่บนพื้นฐาน (based on) ของการประเมินความเสี่ยงนั้น เป็นการอ้างถึงความสัมพันธ์ที่สำคัญระหว่างองค์ประกอบ 2 อย่าง คือ สถานการณ์ที่ยังคงดำเนินต่อไปและเห็นได้ชัดระหว่างมาตรการสุขอนามัยและการประเมินความเสี่ยงมาตรา 5.1 ไม่ได้ต้องการให้รัฐสมาชิกที่กำหนดมาตรการสุขอนามัยกระทำการประเมินความเสี่ยงให้สำเร็จลุล่วงไป ต้องการ

<sup>42</sup> *Ibid.*, paras. 183-184.

<sup>43</sup> *Ibid.*, para. 187

เพียงแค่นี้มาตรการสุขอนามัยนั้นมาวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงที่เหมาะสมกับสถานการณ์ มาตรการสุขอนามัยอาจจะพิสูจน์ถึงการประเมินความเสี่ยงที่กระทำโดยรัฐสมาชิกอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศก็ได้ ดังนั้น องค์การอุทธรณ์จึงไม่เห็นด้วยกับกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการขั้นต่ำ (minimum procedural requirement) ที่กำหนดโดย คณะพิจารณาเพราะจะนำไปสู่การจำกัดหลักฐานวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่ที่ใช้สนับสนุนมาตรการสุขอนามัยได้<sup>44</sup>

ส่วนกรณีเงื่อนไขเกี่ยวกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการมีอยู่จริงของการประเมินความเสี่ยง (substantive requirement) องค์การอุทธรณ์พิจารณาเห็นว่าการตรวจสอบของคณะพิจารณาเกี่ยวกับข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ ที่ใช้ในมาตรการสุขอนามัยและข้อสรุปทางวิทยาศาสตร์ตามที่สหภาพยุโรปยื่นมาเป็นหลักฐานว่าเป็นการประเมินความเสี่ยงนั้นเป็นการกระทำที่มีประโยชน์ เพราะความสัมพันธ์ระหว่างข้อสรุปทั้งสองนั้นจะต้องมีความเกี่ยวข้องกัน และองค์การอุทธรณ์ เชื่อว่ามาตรา 5.1 เมื่ออ่านประกอบกันกับมาตรา 2.2 แล้วมาตรา 5.1 ต้องการสรุปของการประเมินความเสี่ยงว่าต้องมีหลักประกันที่เพียงพอที่จะสนับสนุนมาตรการสุขอนามัยที่ใช้กันอย่างมีเหตุผล ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่ว่ามาตรการสุขอนามัยจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยงนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องการให้มีความสัมพันธ์ที่มีเหตุผลระหว่างมาตรการสุขอนามัยและการประเมินความเสี่ยง แต่โดยส่วนใหญ่แล้วรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ จะวางมาตรการของตนไว้ ความเห็นทางวิทยาศาสตร์ที่มีแนวโน้มอย่างเดียวกัน แต่ในบางกรณีรัฐบาลอาจกระทำตามความเห็นที่แตกต่างไปซึ่งมีข้อมูลที่น่าเชื่อถือและมีคุณภาพมาสนับสนุนได้เหมือนกัน ดังนั้นการตัดสินเกี่ยวกับการมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการสุขอนามัยและการประเมินความเสี่ยง จึงต้องแล้วแต่กรณีไป โดยจะต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาทั้งหมดที่เกี่ยวกับการเป็นไปได้ของผลเสียที่จะเกิดขึ้นกับสุขภาพของมนุษย์<sup>45</sup>

รายงานทางวิทยาศาสตร์ที่สหภาพยุโรปอ้างว่าเกี่ยวข้องกับฮอริโมนตามข้อพิพาทและเป็นการประเมินความเสี่ยงของตนนั้น ซึ่งคณะพิจารณาพบว่าข้อสรุปของรายงานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้ฮอริโมนตามข้อพิพาทเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโตนี้ปลอดภัย ทำให้รายงานทางวิทยาศาสตร์นี้จึงไม่มีเหตุผลที่จะสนับสนุนการห้ามนำเข้าของสหภาพยุโรปได้ องค์การอุทธรณ์ก็เห็นด้วย รายงานทั่วไปนั้นไม่บังเฉพาะเพียงพอที่จะทำให้สหภาพยุโรปห้ามการนำเข้าเนื้อวัวและ

<sup>44</sup> *Ibid.*, para. 188-191.

<sup>45</sup> *Ibid.*, paras. 192-194.

ผลิตภัณฑ์เนื้อได้ ฉะนั้น องค์การอุทธรณ์จึงเห็นว่าการตัดสินของคณะพิจารณาเป็นการสมควรแล้ว<sup>46</sup>

#### 4.4.5 ปัญหาการตีความระดับความคุ้มครองของมาตรการสุขอนามัย

องค์การอุทธรณ์ เห็นด้วยเช่นเดียวกับคณะพิจารณา ว่ามาตรา 5.5 ควรอ่านด้วยกันกับหน้าที่พื้นฐานตามมาตรา 2.3 และเห็นด้วยกับคณะพิจารณา อีกว่าในการตรวจสอบว่าจะมีการละเมิดมาตรา 5.5 หรือไม่นั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบทั้งสามประการ กล่าวคือ

องค์ประกอบที่ 1 : รัฐสมาชิกได้ใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมแตกต่างกันในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน

องค์ประกอบที่ 2 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสถานการณ์ที่แตกต่างกันนั้นเป็นไปโดยไม่สมเหตุสมผลหรือตามอำเภอใจ

องค์ประกอบที่ 3 : ความแตกต่างในระดับความคุ้มครองเป็นผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง องค์การอุทธรณ์ได้พิจารณาตามองค์ประกอบสามประการ ประเด็นที่องค์การอุทธรณ์ ไม่เห็นด้วยกับการตัดสินของคณะพิจารณา คือ องค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคณะพิจารณา ที่นำเอาคำตัดสินในคดี US - Gasoline มาใช้ตัดสินว่ามาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปเลือกปฏิบัติหรือเป็นการกีดกันการค้าระหว่างประเทศหรือไม่<sup>47</sup> และเห็นว่าความแตกต่างในระดับความคุ้มครองของสุขอนามัยที่ไม่สมเหตุสมผลหรือเป็นไปโดยอำเภอใจเป็นสิ่งเดียวที่จะพิสูจน์ได้ว่าได้กระทำการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันการค้าระหว่างประเทศ โดยแอบแฝงหรือไม่<sup>48</sup> ดังนั้น องค์การอุทธรณ์จึงไม่เห็นด้วยกับเหตุผลที่คณะพิจารณา ตัดสินว่ามาตรการของสหภาพยุโรปเป็นการเลือกปฏิบัติและกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง และกลับคำตัดสินว่าสหภาพยุโรปได้ปฏิบัติสอดคล้องกับมาตรา 5.5 แล้ว<sup>49</sup>

สรุปได้ว่า องค์การอุทธรณ์ยืนตามคำตัดสินของ คณะพิจารณา ที่ว่า สหภาพยุโรปกระทำการไม่สอดคล้องกับมาตรา 5.1 ของข้อตกลง SPS โดยการคงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัย

<sup>46</sup> *Ibid.*, paras. 212-214

<sup>47</sup> *Ibid.*, para. 239

<sup>48</sup> *Ibid.*, para. 240

<sup>49</sup> *Ibid.*, para. 246

ที่ไม่มีพื้นฐานอยู่บนการประเมินความเสี่ยง และถือว่าเป็นมาตรการสุขอนามัยที่ไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน จึงไม่สอดคล้องกับมาตรา 2.2 ด้วย อย่างไรก็ตาม องค์การอุทธรณ์ได้เห็นด้วยกับกล่าวคำตัดสินของ คณะพิจารณาว่าสหภาพยุโรปได้กระทำการสอดคล้องกับมาตรา 5.5 ของข้อตกลง SPS โดยกำหนดมาตรการสุขอนามัยที่ไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ดังนั้น องค์การอุทธรณ์จึงแนะนำให้องค์การระงับข้อพิพาทร้องขอให้สหภาพยุโรปกระทำการให้มาตรการสุขอนามัยตามข้อพิพาทของตนเป็นไปตามรายงานคำตัดสินของ องค์การอุทธรณ์นี้และรายงานคำตัดสินของคณะพิจารณา ซึ่งได้แก้ไขโดยรายงานคำตัดสินนี้เพื่อให้สอดคล้องกับข้อผูกพันต่าง ๆ ที่สหภาพยุโรปมีอยู่ภายใต้ข้อตกลง SPS

#### 4.5 บทวิจารณ์

##### 4.5.1 ประเด็นปัญหาการปรับใช้ระหว่างข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994

ตามที่ข้อเท็จจริงในข้อพิพาทนี้เป็นกรณีนำเข้าเนื้อและผลิตภัณฑ์เนื้อซึ่งเป็นกรณีเกี่ยวกับการค้าในสินค้าด้วย ข้อพิพาทนี้จึงตกอยู่ภายใต้ข้อตกลงแกตต์ 1994 ด้วยเช่นกัน ดังนั้น ทั้งข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกตต์ 1994 จึงสามารถนำไปใช้กับข้อพิพาทนี้ได้ ซึ่งข้อตกลง SPS นั้นมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1995 ซึ่งเป็นวันที่ข้อตกลง WTO มีผลบังคับใช้และโดยที่ข้อตกลง SPS เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลง WTO ด้วยแต่มาตรการต่างๆของสหภาพยุโรปตั้งขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1995 กล่าวคือ วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.1981 และวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ.1988 จึงเกิดปัญหาว่าจะต้องปรับใช้ข้อตกลงใดกับมาตรการของสหภาพยุโรปที่มีการฟ้องคดีขึ้น ทั้งนี้ คณะพิจารณานำหลักการตีความตามสนธิสัญญาในอนุสัญญากรุงเวียนนา มาตรา 31 มาใช้ ที่ระบุว่า สนธิสัญญานั้นต้องตีความด้วยความสุจริตตามความหมายธรรมดาของคำ ตามบริบทและตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในสนธิสัญญานั้น ซึ่งสรุปได้ว่าไม่มีเงื่อนไขที่ปรากฏในข้อตกลง SPS ที่ระบุว่าจะต้องมีการละเมิดบทบัญญัติของข้อตกลงแกตต์ 1994 เสียก่อนจึงจะนำมาใช้ข้อตกลง SPS ได้ คณะพิจารณาจึงเห็นว่าควรใช้ข้อตกลง SPS ตัดสินข้อพิพาทนี้ก่อน เพราะถ้าหากใช้ข้อตกลงแกตต์ 1994 มาพิจารณาข้อพิพาทก่อน คณะพิจารณาก็ต้องกลับไปใช้ข้อตกลง SPS พิจารณาต่อ เนื่องจากว่าเมื่อมีการละเมิดข้อตกลงแกตต์ 1994

ส่วนขององค์การอุทธรณ์เห็นว่าใน Article 28 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญาว่า เมื่อไม่มีเจตนารมณ์เป็นอย่างอื่น สนธิสัญญาจะไม่ใช้กับการกระทำต่าง ๆ หรือ

ข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับใช้ หรือสถานการณ์ใด ๆ ที่หยุดลงก่อนวันที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับ องค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะพิจารณาว่า ข้อตกลง SPS จะใช้กับสถานการณ์หรือมาตรการที่ไม่ได้หยุดลงก่อนวันที่ข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับ ฉะนั้นข้อตกลงนี้จึงใช้กับมาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรป ซึ่งหากพิจารณาในประเด็นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการตัดสินของคณะพิจารณาและองค์การอุทธรณ์นั้นถูกต้องแล้วที่พิจารณาให้ปรับใช้ข้อตกลง SPS กับมาตรการของสหภาพยุโรป โดยไม่ต้องย้อนกลับใช้ข้อตกลงแกตต์ 1994 แต่มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าเนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนี้สหภาพยุโรปได้ออกมาตรการสุขอนามัยห้ามสหรัฐอเมริกาใช้สารฮอร์โมนเพื่อเร่งการเจริญเติบโตดังกล่าวจนกระทั่งในวันที่สหรัฐอเมริกาฟ้องคดี มาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งในวันที่ฟ้องคดีเป็นวันที่ข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับแล้ว ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเมื่อข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับแล้วโดยรัฐสมาชิกที่เป็นภาคีมีพันธกรณีต้องปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวโดยทันที ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าในวันที่ฟ้องคดีซึ่งเป็นเวลาที่ข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับแล้วนั้น สหภาพยุโรปยังคงใช้มาตรการสุขอนามัยอันเป็นการละเมิดต่อสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนจึงเห็นว่าคณะพิจารณาสามารถนำข้อตกลง SPS ปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ อีกทั้งในข้อตกลง SPS ก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดห้ามมิให้สามารถปรับใช้ข้อตกลงนี้กับมาตรการสุขอนามัยของรัฐสมาชิกที่เกิดขึ้นก่อนที่ข้อตกลง SPS ในส่วนของถ้อยคำในบทบัญญัติส่วนใหญ่ อีกทั้ง ผู้เขียนเห็นว่าไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่าบทบัญญัติทั้งหลายในข้อตกลง SPS เช่นมาตรา 5.1 และมาตรา 5.5 นั้นไม่สามารถใช้กับมาตรการสุขอนามัยที่เกิดขึ้นก่อนข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับ แล้วต่อมามาตรการนั้นยังคงใช้อยู่จนถึงเวลาที่ข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับแล้ว เนื่องจากไม่มีถ้อยคำใดในบทบัญญัติดังกล่าวระบุถึงความแตกต่างระหว่างมาตรการที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ข้อตกลง SPS บังคับใช้กับมาตรการที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ข้อตกลง SPS มีผลใช้บังคับ

#### 4.5.2 ประเด็นการพิจารณาพิสูจน์

คณะพิจารณาได้พิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติที่ระบุถึงการพิจารณาพิสูจน์ที่กำหนดในข้อตกลงและกระบวนการทางกฎหมายส่วนใหญ่ ซึ่งกำหนดให้การพิจารณาพิสูจน์เบื้องต้นตกแก่คู่กรณีฝ่ายผู้ร้องขอที่จะต้องพิสูจน์ในเบื้องต้นว่าคดีมีมูล ( prima facie ) นั่นคือ การพิสูจน์ว่ามาตรการของสหภาพยุโรปไม่สอดคล้องกับข้อตกลงนี้ จึงตกเป็นหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาที่จะต้องแสดงให้เห็นในประเด็นนี้ เมื่อมีการพิสูจน์ตามนั้นแล้วการพิจารณาพิสูจน์ก็จะตกแก่สหภาพยุโรป

ในการทำหน้าที่พิสูจน์หักล้างข้อกล่าวหาว่ามาตรการของสหภาพยุโรปไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS ดังกล่าว ส่วนองค์การอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยบางส่วนกับคณะพิจารณา โดยเห็นว่าคณะพิจารณา ยังไม่เข้าใจความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 3.1 และมาตรา 3.3 ทำให้เกิดความผิดพลาดในการ กำหนดภาระพิสูจน์ เนื่องจากมาตรา 3.1 จะไม่ถูกนำมาใช้หากเป็นสถานการณ์ที่เข้าตามมาตรา 3.3 สำหรับหลักการทั่วไปในการกำหนดภาระการพิสูจน์ในกรณีการเกิดข้อพิพาทนั้น คู่กรณีฝ่ายผู้ ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของข้อตกลง SPS ก่อนที่ภาระการ พิสูจน์จะโอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อพิสูจน์หักล้างว่ามีความสอดคล้องและเพื่อหักล้างข้อ เรียกร้องของคู่กรณีผู้ร้องเรียน ซึ่งในคดีนี้ เมื่อสหรัฐอเมริกาพิสูจน์ว่ามาตรการของสหภาพยุโรปมี ระดับการคุ้มครองต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศตามมาตรา 3.3 โดยพิสูจน์ว่าไม่สอดคล้อง กับข้อตกลง SPS แล้วภาระการพิสูจน์ย่อมโอนไปยังสหภาพยุโรป ทั้งนี้ องค์การอุทธรณ์เห็นว่า โดย ตัวของบทบัญญัติเองไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นภาระการพิสูจน์ว่าตกอยู่กับฝ่ายสหภาพยุโรปผู้ถูก ฟ้อง ซึ่งการกำหนดข้อยกเว้นนี้จะถูกตีความให้อยู่ในความครอบคลุมของบทบัญญัติทั่วไป ซึ่ง การพิสูจน์จะตกเป็นภาระของฝ่ายผู้ฟ้องตามหลักผู้กล่าวอ้างต้องมีหน้าที่เป็นผู้นำสืบ

ส่วนผู้เขียนเห็นด้วยกับคำตัดสินของคณะพิจารณาที่ว่าสหรัฐอเมริกามีหน้าที่นำสืบ ว่ามาตรการของสหภาพยุโรปไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS ดังกล่าวเนื่องจากว่าข้อตกลง SPS มิได้กำหนดหน้าที่นำสืบแก่ผู้ใดเป็นกรณีเฉพาะดังนั้นในการพิจารณาเรื่องภาระการพิสูจน์จึง ต้องพิจารณาตามหลักทั่วไป กล่าวคือ ฝ่ายผู้อ้างข้อเท็จจริงใดจะต้องแสดงให้เห็นเบื้องต้น ว่าคดีมีมูลเช่นนั้นจริง แล้วภาระการพิสูจน์ก็จะตกไปยังฝ่ายตรงข้ามเพื่อสืบหักล้างข้อกล่าวหา นั้น ในกรณีของข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยก็เช่นกัน ประเทศที่ฟ้องคดีว่ามาตรการ สุขอนามัยของประเทศสมาชิกอื่นไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS จะต้องพิสูจน์ให้เห็นเป็น เบื้องต้นให้ได้ว่าประเทศผู้กำหนดมาตรการกระทำไม่สอดคล้องกับข้อตกลง SPS ดังที่ระบุข้อ สันนิษฐานไว้ว่า หากประเทศสมาชิกกำหนดมาตรการสุขอนามัยเป็นไปตามมาตรฐานระหว่าง ประเทศจะได้รับการสันนิษฐานว่ามาตรการนั้นสอดคล้องกับข้อตกลง SPS ซึ่งทำให้ประเทศผู้ ได้แย้งมีภาระในการพิสูจน์มากกว่าในกรณีทั่วไป ต้องการให้ประเทศสมาชิกกำหนดมาตรการ ของตนบนพื้นฐานมาตรฐานระหว่างประเทศให้มากที่สุดเพื่อให้มาตรการสุขอนามัยของประเทศ สมาชิกมีความสอดคล้องกัน หากผู้ฟ้องคดีสามารถพิสูจน์ให้คณะพิจารณาเห็นได้ว่า ข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง หรือข้อต่อสู้นั้นถูกต้อง ภาระการพิสูจน์ก็จะตกไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ที่จะต้องหักล้างข้อพิสูจน์เบื้องต้นนั้นให้ได้ ทั้งนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหากเป็นกรณีที่มาตรการ สุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทาง หรือ

ข้อเสนอแนะตั้งถ้อยคำว่าเป็นในการคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ พืช และได้รับการสนับสนุนว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในข้อตกลง SPS และข้อตกลงแกดด์ 1994 ตามมาตรา 3.2 นั้น ต้องถือว่าเป็นข้อสันนิษฐานที่เป็นประโยชน์แก่ประเทศผู้ออกมาตรการสุขอนามัย ส่วนภาระในการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามข้อตกลง SPS คงทำได้ยากลำบากมากขึ้นเพราะจะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้เห็นว่ามาตรการสุขอนามัยที่ออกมานั้นไม่สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศตามมาตรา 3.2 ให้ได้เพื่อแสดงให้เห็นว่าไม่เข้าองค์ประกอบของมาตราดังกล่าว อีกฝ่ายจึงจะไม่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามมาตราดังกล่าว นอกจากนี้ ภาระการพิสูจน์ว่ามาตรการสุขอนามัยที่มีระดับการคุ้มครองสูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์รองรับหรือไม่จะตกอยู่กับประเทศผู้ถูกฟ้องเช่นกัน

#### 4.5.3 ประเด็นมาตรการของสหภาพยุโรปไม่ตั้งอยู่บนมาตรฐานระหว่างประเทศ

คณะพิจารณาตีความว่ามาตรา 3.1 กำหนดเป็นหน้าที่บังคับให้สหภาพยุโรปจะต้องวางมาตรการสุขอนามัยตามมาตรฐานระหว่างประเทศที่มีอยู่ เว้นแต่จะกำหนดเป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะมาตรา 3.3 ฉะนั้น มาตรา 3.1 จึงเป็นข้อยกเว้น (exception) ของหน้าที่โดยทั่วไปตามมาตรา 3.1

อย่างไรก็ตาม ในชั้นอุทธรณ์ องค์การอุทธรณ์กลับคำตัดสินของคณะพิจารณาโดยเห็นว่ามาตรา 3.3 เป็นการให้อิสระแก่รัฐสมาชิกในการเลือกใช้มาตรฐานการคุ้มครองที่แตกต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศ และเห็นว่า การที่สหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดมาตรการสุขอนามัยตามมาตรฐานระหว่างประเทศ(Codex)ที่มีอยู่เป็นสิทธิของสหภาพยุโรปเองที่สามารถทำได้ แต่สหภาพยุโรปจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ หรือมีการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5 ดังนั้นมาตรา 3.3 จึงไม่ใช่ข้อยกเว้นของมาตรา 3.1 อย่างไรก็ตามองค์การอุทธรณ์ก็ไม่ได้ตีความว่ามาตรา 3.1 กำหนดเป็นหน้าที่บังคับให้รัฐสมาชิกจะต้องทำหรือไม่ องค์การอุทธรณ์เห็นว่า คำว่า “พื้นฐาน”( Based on )ในมาตรา 3.1 และ 3.3 มีความหมายเดียวกับคำว่า “เป็นไปตาม”(Conform to) ในมาตรา 3.2 ของข้อตกลง SPS

เมื่อพิจารณาในมาตรา 3.1-3.3 ของข้อตกลง SPS นั้นจะพบว่าอยู่ในเรื่องความกลมกลืน (Harmonization) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามาตรา 3.1-3.3 มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ดังนั้นการปรับใช้ข้อตกลง SPS สำหรับการกำหนดมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชจึงต้องเป็นไป

ตามเจตนารมณ์ของข้อตกลง SPS ที่นำไปเพื่อความกลมกลืนกัน กล่าวคือ ควรพิจารณาใช้ทั้ง มาตราประกอบกัน โดยมาตรา 3.1ได้กำหนดว่า มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชต้อง ก่อให้เกิดความกลมกลืนโดยแพร่หลายบนพื้นฐานที่เป็นไปได้ รัฐสมาชิกต้องกำหนดมาตรการ สุขอนามัย(shall base on)บนพื้นฐานมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางหรือข้อเสนอแนะ เว้นแต่ ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นและในรายละเอียดในมาตรา 3 วรรค 3

ส่วนมาตรา 3.2 ได้กำหนดว่า มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชซึ่งเป็นไปตาม(conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางหรือข้อเสนอแนะ นั้นต้องถือว่า(shall be deemed)จำเป็นเพื่อ คุ่มครองชีวิตหรือสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ หรือพืชและสันนิษฐานว่า(presumed to )สอดคล้องกับ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของข้อตกลงSPSและข้อตกลงแอกต์ 1994

ส่วนมาตรา 3.3 ได้กำหนดไว้ว่า รัฐสมาชิกอาจ(may)กำหนดหรือคงไว้ซึ่งมาตรการ สุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชที่มีระดับความคุ้มครองสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชสูงกว่ามาตรฐาน ระหว่างประเทศ แนวทางหรือข้อเสนอแนะต่างๆที่เกี่ยวข้องได้ หากว่ามีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ (scientific justification) หรือผลของระดับของความคุ้มครองสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชที่รัฐ สมาชิกเห็นว่าเหมาะสมเป็นไปตามมาตรา 5.1-5.8 ทั้งนี้ มาตรการทั้งหมดซึ่งเป็นกรณีใช้ระดับ ความคุ้มครองสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชแตกต่างจากมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางหรือ ข้อเสนอแนะต่างๆ จะต้องไม่ขัด(shall not be inconsistent)กับบทบัญญัติอื่นๆของข้อตกลงSPS

อนึ่ง ผู้เขียนไม่เห็นด้วยบางประการกับความเห็นของคณะพิจารณาที่ว่ามาตรา 3.1 กำหนดเป็นหน้าที่บังคับให้สหภาพยุโรปจะต้องวางมาตรการสุขอนามัยตามมาตรฐานระหว่าง ประเทศที่มีอยู่ เว้นแต่จะกำหนดเป็นอย่างอื่น โดยเฉพาะมาตรา 3.3 ฉะนั้น มาตรา 3.1 จึงเป็น ข้อยกเว้น (exception)ของหน้าที่โดยทั่วไปตามมาตรา 3.1 โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตเห็นว่าเป็นการ ตีความที่แคบเกินไป กล่าวคือแม้ว่าในมาตรา 3.1จะระบุไว้ว่า”ต้อง” อันมีลักษณะเป็นการบังคับให้ รัฐต้องผูกพันต้องปฏิบัติตาม และคำว่า “เว้นแต่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 3.3”อันเป็นคำที่แสดงว่า มาตรา 3.3เป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งของมาตรา 3.1ก็ตาม ผู้เขียนเห็นด้วยในประเด็นที่ว่า ลักษณะถ้อยคำในมาตรา 3.1นั้นถือว่ามีลักษณะบังคับให้มีผลผูกพันรัฐสมาชิกและมาตรา 3.3เป็น ข้อยกเว้นประการหนึ่งของมาตรา 3.1 แต่การตีความตามกฎหมายนั้นต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ ของกฎหมายนั้นๆประกอบด้วย การตีความที่แคบเกินไปย่อมเป็นข้อด้อยที่ทำให้การบรรลุ วัตถุประสงค์ของการปรับใช้ข้อตกลงSPS เป็นไปได้ยากขึ้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าหากพิจารณาถึง ส่วนท้ายของตัวบทมาตรา 3.1ที่กำหนดไว้เป็นข้อยกเว้น ที่ระบุว่าเว้นแต่ข้อตกลงSPSและมาตรา 3.3 จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น จะเห็นได้ว่าการปรับใช้บทบัญญัติในข้อตกลงSPS ต้องมีการ

พิจารณาถึงมาตราอื่นๆของข้อตกลงSPS ประกอบพร้อมกันด้วยหากว่าได้มีการกำหนดไว้เป็นกรณียกเว้น

อย่างไรก็ตามในทางกลับกัน ผู้เขียนกลับเห็นด้วยกับความเห็นขององค์การอุทธรณ์ ที่เห็นว่ามาตรา 3.3 เป็นการให้อิสระแก่รัฐสมาชิกในการเลือกใช้มาตรฐานการคุ้มครองที่แตกต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศ เนื่องจากในถ้อยคำมาตรา3.3 ใช้คำว่า “อาจ”ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ไม่มีลักษณะผูกพันเป็นพันธกรณีให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตาม แต่มีลักษณะเป็นทางเลือกแก่รัฐสมาชิกที่สามารถเลือกใช้หรือไม่ก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ กล่าวคือ ต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์(scientific justification) หรือผลของระดับของความคุ้มครองสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชที่รัฐสมาชิกเห็นว่าเหมาะสมต้องเป็นไปตามมาตรา 5.1-5.8 ทั้งนี้ มาตรการทั้งหมดซึ่งเป็นกรณีใช้ระดับความคุ้มครองสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชแตกต่างจากมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางหรือข้อเสนอแนะต่างๆ จะต้องไม่ขัด(shall not be inconsistent)กับบทบัญญัติอื่นๆของข้อตกลงSPS และผู้เขียนเห็นด้วยขององค์การอุทธรณ์ที่เห็นว่า การที่สหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดมาตรการสุขอนามัยตามมาตรฐานระหว่างประเทศ(Codex)ที่มีอยู่เป็นสิทธิของสหภาพยุโรปเองที่สามารถทำได้ แต่สหภาพยุโรปจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่ามีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ หรือมีการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5 ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 3.3ส่วนความเห็นขององค์การอุทธรณ์ที่ว่ามาตรา 3.3 ไม่ใช่ข้อยกเว้นของมาตรา 3.1ผู้เขียนไม่เห็นด้วยในส่วนนี้เนื่องจากขัดต่อถ้อยคำในบทบัญญัติในมาตรา 3.1อย่างชัดเจนดังเหตุผลข้างต้น

กรณีมาตรา 3.1 พรพิมลเห็นว่ามาตรา 3.1ไม่น่าจะเป็นหน้าที่บังคับให้รัฐสมาชิกจะต้องกระทำ แม้ว่าในมาตรา 3.1จะใช้คำว่า “ต้อง”(shall) เนื่องจากวัตถุประสงค์ของข้อตกลงSPS นั้นต้องการให้มีการใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่มีความกลมกลืนกันในระหว่างรัฐสมาชิกโดยไม่ต้องทำให้รัฐสมาชิกเปลี่ยนระดับความคุ้มครองสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชของตนตามอารัมภบทของข้อตกลงSPS กำหนดไว้ ฉะนั้นหากตีความว่ามาตรา 3.1เป็นหน้าที่ซึ่งรัฐจะต้องทำแล้วก็จะขัดกับบทบัญญัติข้างต้น นอกจากนี้คณะพิจารณาได้ตัดสินใจเกี่ยวกับมาตรา 3.1 โดยเห็นว่าถ้าหากว่าCodex มีมาตรฐานเกี่ยวกับการใช้ฮอร์โมนทั้ง6 ชนิดเพื่อกระตุ้นการเจริญเติบโต มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกใช้ก็“ควร”(should)จะวางอยู่บนมาตรฐานเหล่านั้น การที่คณะพิจารณาใช้คำว่า “ควร” ไม่ใช่คำว่า “ต้อง” เท่ากับว่ามาตรา 3.1ไม่ได้เป็นบทบัญญัติบังคับให้รัฐสมาชิกต้องกระทำ ข้อตกลงSPS จึงเป็นข้อตกลงที่สนับสนุนให้เกิดความกลมกลืนขึ้นในมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชโดยการให้ข้อได้เปรียบกับมาตรการที่เป็นไปตาม

มาตรฐานระหว่างประเทศว่าจะเป็นมาตรการที่สอดคล้องกับข้อตกลงSPS และข้อตกลงแกตต์ 1994

พรพิมลมีความเห็นว่า มาตรา 3.1 น่าจะใช้คำว่า “should” แทนคำว่า “shall” และตัดประโยค “except as otherwise provided for in this Agreement , and in particular in Paragraph 3” ออกไป จึงจะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของข้อตกลงSPS<sup>50</sup>

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำที่ว่า “ต้อง” ในมาตรา 3.1 เหมาะสมแล้ว เนื่องจากในส่วนอารัมภบทของข้อตกลงSPS ยอมรับการสนับสนุนที่สำคัญจากมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางหรือ ข้อเสนอแนะที่เกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช การใช้คำว่า “ต้องใช้ มาตรการสุขอนามัยบนพื้นฐานมาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางหรือข้อเสนอแนะ” ย่อมสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของข้อตกลง SPS หากเปลี่ยนไปใช้คำว่า “ควร” ย่อมส่งผลให้มาตรา 3.1 ไม่มีลักษณะผูกพันให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแต่เป็นไปในลักษณะเลือกปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรเป็นเช่นนั้น ประกอบกับความเห็นของชาญวิทย์ที่ให้ความเห็นว่าในคำว่า “ควร” จะส่งผลให้ อาจตีความได้ว่าเป็นเพียงการเสนอแนะให้รัฐเลือกที่จะใช้หรือเป็นแนวทางให้รัฐพิจารณาถึงความเหมาะสมกับความพร้อมของแต่ละรัฐ แต่หากใช้คำว่า “ต้อง” ก็จะทำให้มีสภาพบังคับให้รัฐปฏิบัติตามได้มากกว่า<sup>51</sup>

JAN McDONALD<sup>52</sup> ตั้งข้อสังเกตว่าในเรื่องความปลอดภัยของอาหารซึ่งข้อตกลงSPS กำหนดให้ใช้มาตรฐาน แนวทาง หรือข้อเสนอแนะของCodex ซึ่งCodex นั้นมีหน้าที่กำหนดมาตรฐานอาหารเกี่ยวกับการตรวจสอบอาหาร มาตรฐานของยาฆ่าแมลง ฮอริโมนในสัตว์ สารตกค้างในยา สารปรุงแต่ง การประเมินความเสี่ยง วิธีการวิเคราะห์ต่างๆ เป็นต้น ในการประชุมคณะกรรมการช่วงปีค.ศ.1989-1991 พบว่าผู้เข้าร่วมประชุมส่วนมากประมาณ81%เป็นตัวแทนจากบริษัทเอกชน ไม่ใช่จากภาครัฐบาล นอกจากนี้ยังพบว่า มีข้อบกพร่องหลายประการเช่น ไม่มีข้อมูลที่สมบูรณ์ที่จะเป็นพื้นฐานสำหรับจำนวนที่ตกค้างของยาฆ่าแมลง ซึ่งการที่ข้อตกลงSPS กำหนดให้ใช้มาตรฐานของCodexจึงไม่ใช่เหตุผลที่ดี

<sup>50</sup> พรพิมล ชินพัฒนวานิช, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 3* , น.162.

<sup>51</sup> ชาญวิทย์ ปราชญาพิพัฒน์, *อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 4* , น.128.

<sup>52</sup> JAN McDONALD, “Big beef up or consumer health Treat ? : the WTO food safety agreement , Bovine Growth Hormone and the Precautionary Principle ”, *Environment and Planning Law Journal* 15 (April 1998):p.122-123.

อย่างไรก็ตาม พรพิมลเห็นว่าการที่ข้อตกลงSPS กำหนดให้ใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ แนวทางและข้อเสนอแนะของCodexนั้น จุดประสงค์หลักคือต้องการให้มีแม่แบบให้รัฐสมาชิกได้ปฏิบัติตาม หรือนำมาใช้เพื่อความกลมกลืนในมาตรการสุขอนามัย การตั้งCodex เป็นแม่แบบในเรื่องความปลอดภัยของอาหารนี้ได้รับการพิจารณาและตัดสินใจมาเป็นอย่างดีในระหว่างรัฐสมาชิก รัฐสมาชิกสามารถให้ความเห็นต่างๆก่อนที่จะมีการประกาศใช้มาตรฐานต่างๆของโคเด็กซ์ มาตรฐานโคเด็กซ์ จึงเป็นมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับจากประเทศส่วนมาก การที่ข้อตกลง SPS กำหนดให้เรื่องความปลอดภัยอาหารใช้มาตรฐานของโคเด็กซ์จึงสมควรแล้ว<sup>53</sup>

คณะพิจารณาและองค์การอุทธรณ์ ยอมรับว่าเงื่อนไข 2 ประการที่ทำให้รัฐสมาชิกสามารถใช้มาตรการสุขอนามัยที่สูงกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศจะต้องพิจารณาไปตามมาตรา 3.3 กล่าวคือ จะต้องมีความเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ หรือ มีการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5 และคณะพิจารณาเห็นว่า แม้ว่ามาตรการสุขอนามัยจะเป็นไปตามเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งข้างต้นแล้วก็ตาม มาตรการนั้นจะต้องสอดคล้องกับมาตราอื่นๆด้วย เช่น มาตรา 2 และมาตรา 5

ในชั้นอุทธรณ์ องค์การอุทธรณ์ตั้งข้อสังเกตว่าแม้ว่าเงื่อนไขข้อแรกจะไม่ได้กล่าวถึงการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5 แต่ประโยคสุดท้ายของมาตรา 3.3 กำหนดให้มาตรการทั้งหมดที่มีระดับความคุ้มครองแตกต่างไปจากมาตรฐานระหว่างประเทศ จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นๆของข้อตกลงSPS ด้วย ดังนั้นไม่ว่ามาตรการที่เข้าเงื่อนไขข้อแรกหรือข้อสอง ก็จะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติอื่นที่รวมถึงมาตรา 5 ด้วย นอกจากนี้ในเชิงอรรถของมาตรา 3.3 ยังระบุว่า การที่จะมีความเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ได้นั้นก็ต่อเมื่อการตรวจสอบและการประเมินข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่พบว่ามาตรฐานระหว่างประเทศนั้นมีระดับความคุ้มครองสุขอนามัยที่ไม่เพียงพอ ซึ่งการตรวจสอบและการประเมินดังกล่าวถือว่าเป็นลักษณะของการประเมินความเสี่ยงตามมาตรา 5 นั้นเอง การมีความเหตุผลทางวิทยาศาสตร์เท่ากับว่ามีการประเมินความเสี่ยงด้วย

องค์การอุทธรณ์ตีความมาตรา 3.2 ว่ามาตรการสุขอนามัยที่จะได้รับการสนับสนุนว่าสอดคล้องกับข้อตกลงSPS และถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองชีวิต และสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช จะต้องเป็นมาตรการที่“เป็นไปตาม”(conform to)มาตรฐานระหว่างประเทศ ซึ่งหมายความว่ามาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นจะต้องเป็นกระจกของมาตรฐานระหว่างประเทศ แต่ในขณะที่มาตรการจะต้องเป็นไปตาม (conform to) มาตรฐานระหว่างประเทศก็ต้องให้มาตรการสุขอนามัยภายในประเทศเป็นกระจกของมาตรฐานระหว่างประเทศ กล่าวคือ ต้องเหมือนกันทุกประการ คำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ก็ค่อนข้างแตกต่าง

<sup>53</sup> พรพิมล ชินพัฒนวานิช, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 3 , น.163.

กับคำว่า “เป็นไปตาม” (conform to) อยู่แล้ว การที่จะพูดว่าสิ่งหนึ่ง “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) ของอีกสิ่งหนึ่งนั้น ก็ต่อเมื่อสิ่งที่มาทีหลังนั้นได้รับการสนับสนุนบางประการกับสิ่งที่มาก่อน ซึ่งตรงกันข้ามกับการจะพูดถึงสิ่งที่สิ่งหนึ่ง “เป็นไปตาม” อีกสิ่งหนึ่ง เท่ากับสิ่งที่มาทีหลังนั้นจะต้องสอดคล้องกับสิ่งที่มาก่อนทุกประการ องค์การอุทธรณ์เห็นว่าความแตกต่างของภาษาที่ใช้ที่นี่ไม่ใช่เรื่องบังเอิญ ดังนั้นการตีความของคณะพิจารณาที่ว่ามาตรการสุขอนามัยที่วางอยู่บนพื้นฐาน ของมาตรฐานระหว่างประเทศตามมาตรา 3.1 หมายถึงมาตรการสุขอนามัยที่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ จึงไม่ถูกต้อง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นขององค์การอุทธรณ์ โดยเห็นว่าคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” (based on) มีความแตกต่างกับคำว่า “เป็นไปตาม” (conform to) ซึ่งคำว่า “วางอยู่บนพื้นฐาน” นั้น มีลักษณะแสดงถึงการกำหนดสิ่งหนึ่งต้องอยู่ภายใต้กรอบกฎเกณฑ์พื้นฐานของสิ่งหนึ่งซึ่งจะมีความสอดคล้องเกิดขึ้นในภายหลัง ส่วนคำว่า “เป็นไปตาม” แสดงถึงสิ่งหนึ่งที่ได้มีส่วนสอดคล้องกับอีกสิ่งหนึ่งแล้ว ดังนั้นคำทั้งสองจึงใช้ในความหมายที่ต่างกัน

John J. Barcelo III<sup>54</sup> เห็นว่า มาตรา 3.2 ของข้อตกลง SPS จะเป็นแรงผลักดันให้รัฐสมาชิกใช้มาตรฐานระหว่างประเทศ เนื่องจากในมาตรานี้กำหนดว่า มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น และได้รับการสนับสนุนว่าสอดคล้องกับข้อตกลง SPS อย่างไรก็ตามก็เห็นว่าการใช้คำว่า “ถือว่า และ ได้รับการสนับสนุน” ไม่ชัดเจนเพราะถ้อยคำ “ถือว่า” จะหมายความว่าไม่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ต่อไป ซึ่งจะทำให้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชที่รัฐสมาชิกใช้นั้นสอดคล้องกับมาตรา 5.6 กล่าวคือ เป็นมาตรการที่ไม่กีดกันการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช ดังนั้นถ้ารัฐสมาชิกได้ใช้มาตรฐานระหว่างประเทศรัฐอื่นไม่สามารถเรียกร้องว่ามาตรการที่รัฐนั้นใช้เป็นกีดกันการค้ามากเกินไปที่จำเป็นเพื่อบรรลุระดับที่เหมาะสมของการคุ้มครองได้อีก

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าข้อตกลง SPS ให้สิทธิแก่รัฐสมาชิกในการกำหนดระดับความคุ้มครองด้วยตนเองทั้งนี้เนื่องจากว่าข้อตกลง SPS ยังคงไว้ซึ่งอธิปไตยของรัฐสมาชิกนั่นเอง อย่างไรก็ตามทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่า การกำหนดระดับความคุ้มครองดังกล่าว นั้น รัฐสมาชิกจะสามารถกำหนดได้ตามอำเภอใจทุกประการ แต่ยังคงพิจารณาเป้าหมายของข้อตกลง SPS

<sup>54</sup> 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):pp.764-765.

ประกอบด้วย ซึ่งโดยทั่วไปแล้ววัตถุประสงค์และเป้าหมายของข้อตกลงSPS คือสนับสนุนให้เกิดความกลมกลืนกันของมาตรการสุขอนามัยในแต่ละประเทศให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในขณะที่เดียวกันก็ยอมรับและคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของรัฐสมาชิกในการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของประชาชนของตน โดยเป้าหมายสูงสุดคือการป้องกันการใช้มาตรการสุขอนามัยในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจและไม่มีเหตุผลในระหว่างรัฐสมาชิกด้วยกันเองหรือเป็นการจำกัดทางการค้าโดยแอบแฝง โดยปราศจากการขัดขวางการยอมรับบังคับใช้มาตรการที่จำเป็นต่อการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ที่อยู่บนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์ และไม่ต้องการให้รัฐสมาชิกต้องเปลี่ยนระดับการคุ้มครองของตนเอง<sup>55</sup>

#### 4.5.4 ประเด็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ

คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ไม่ได้ใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าในการตีความข้อพิพาท คณะพิจารณาสรุปแต่เพียงว่ามาตรา 5.7 ของข้อตกลงSPS เป็นสิ่งที่สะท้อนถึงการใช้หลักการป้องกันล่วงหน้าที่อนุญาตให้รัฐสมาชิกกำหนดมาตรการที่หลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนไม่เพียงพอในลักษณะชั่วคราวได้ แต่คณะพิจารณาไม่สามารถมองข้ามคำที่ใช้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 5 ซึ่งต้องการให้มาตรการสุขอนามัยของรัฐสมาชิกจะต้องมีการประเมินความเสี่ยงไปได้ ส่วนองค์กรอุทธรณ์ตั้งข้อสังเกตว่าในข้อตกลง SPS ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดการใช้หลักป้องกันล่วงหน้าเพื่อพิสูจน์มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช นอกจากนี้ในมาตรา 5.7 ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้มาตรการชั่วคราวเท่านั้น

ในกรณีประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีพิพาท เนื่องจากมีการกำหนดมาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปห้ามใช้ฮอร์โมนในเนื้อสัตว์เป็นเวลานาน ต่อเนื่องกว่าสิบปี จึงมิใช่การตั้งมาตรการชั่วคราวตามมาตรา 5.7 คณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์จึงไม่จำเป็นต้องมีการพิจารณาถึงหลักป้องกันล่วงหน้า การวินิจฉัยของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์นั้นถูกต้องแล้ว

---

<sup>55</sup> น้ำฝน ลิ้มปเจต, “ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชภายใต้องค์การการค้าโลก : ศึกษากรณีมาตรการการนำเข้าไก่ต้มสุกของประเทศออสเตรเลีย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), น.31.

สำหรับหลักป้องกันล่วงหน้า นั้น พรพิมลมีความเห็นว่าการนำหลักป้องกันล่วงหน้ามาใช้ในการตัดสินใจมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชจะทำให้การจัดทำข้อตกลง SPS ขึ้นมาไม่มีความหมาย<sup>56</sup>

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่าข้อตกลง SPS มีเป้าหมายให้การกำหนดมาตรการสุขอนามัยต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างเพียงพอเป็นหลัก ส่วนหลักป้องกันล่วงหน้า นั้นควรใช้ในกรณีพิเศษซึ่งเป็นไปตามมาตรา 5.7 เท่านั้น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 5.7 ประกอบจะพบว่ามาตราดังกล่าวเป็นกรณีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องไม่เพียงพอ รัฐสมาชิกอาจรับเอามาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชมาใช้ชั่วคราวบนพื้นฐานของข้อมูลที่เกี่ยวข้องที่มีอยู่ รวมทั้งที่มาจากองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องเท่าเทียมกับ (as well as) ที่มาจากมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชที่ออกโดยรัฐสมาชิก ในกรณีเช่นว่านี้ รัฐสมาชิกต้องค้นหาเพื่อรับเอาข้อมูลอันจำเป็นเพิ่มเติมสำหรับการประเมินความเสี่ยงตามเป้าหมายมากขึ้นและต้องทบทวนมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชนั้นภายในระยะเวลาตามสมควร ซึ่งมาตรา 5.7 ดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงหลักป้องกันล่วงหน้าไว้แต่อย่างใด หลักการป้องกันล่วงหน้าจึงมาจากการตีความของคณะพิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ นอกจากนั้นการใช้มาตรา 5.7 ต้องใช้ในลักษณะที่จำกัดเฉพาะกรณีที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อยู่บางส่วนแต่ไม่เพียงพอต่อการประเมินความเสี่ยงและการใช้มาตราดังกล่าวเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวเท่านั้น หากรัฐสมาชิกกำหนดมาตรการสุขอนามัยโดยอาศัยแต่หลักป้องกันล่วงหน้าเพียงอย่างเดียวโดยปราศจากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ ย่อมขัดต่อเป้าหมายของข้อตกลง SPS ที่ประสงค์ให้มีการรับหรือบังคับใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองร่างกายหรือชีวิตของมนุษย์ สัตว์หรือพืช โดยต้องไม่ใช่มาตรการสุขอนามัยในลักษณะที่เป็นเครื่องมือในการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันทางการค้าโดยแอบแฝงภายใต้เงื่อนไขเรื่องหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ ซึ่งมาตรการที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้นต้องมีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลกับหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ โดยจะต้องประกอบด้วยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอสำหรับสนับสนุนการใช้มาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชใดๆที่รัฐสมาชิกกำหนดขึ้น ทั้งนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับปริมาณหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ว่าจะต้องมีปริมาณน้อยหรือมากเท่าใด แม้ว่ามีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพียงขึ้นเดียวแสดงได้ว่ามีเหตุผลสนับสนุนมาตรการสุขอนามัยดังกล่าวก็ถือว่าเพียงพอแล้ว อีกทั้งข้อตกลง SPS ก็มีได้กำหนดไว้ว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์นั้นต้องมีปริมาณเท่าใดเป็นที่แน่นอน และมีได้กำหนดว่าจะต้องเป็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ดีที่สุดที่ได้รับการรับรองจากนักวิทยาศาสตร์ส่วนใหญ่

<sup>56</sup> พรพิมล ชินพัฒนาวณิช, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 3 , น.169.

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำในข้อตกลง SPS ในส่วนของคำว่า“เพียงพอ”นั้นเป็นถ้อยคำที่คลุมเครือ ไม่ชัดเจน เนื่องจากว่าการวินิจฉัยว่าหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ปริมาณเท่าไรจึงจะเพียงพอที่จะสนับสนุนว่ามาตรการสุขอนามัยนั้นเหมาะสมแล้วโดยไม่ขัดต่อข้อตกลงSPS ย่อมขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคล

John J.Barcelo III<sup>57</sup> เห็นว่ามาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชตามข้อตกลงSPS นี้สามารถใช้ได้ถ้าหากว่าวางอยู่บนพื้นฐานของกระบวนการประเมินความเสี่ยง ดังนั้นจึงต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวกับความเสี่ยงที่มีต่อชีวิตหรือสุขภาพของคน สัตว์หรือพืชซึ่งมาตรการสุขอนามัยหรือสุขอนามัยพืชต้องการคุ้มครอง แต่ข้อตกลงSPS ไม่ได้กำหนดประเภทของการประเมินความเสี่ยงหรือกำหนดปริมาณของการประเมินความเสี่ยงเอาไว้ ดังนั้นจึงควรให้ความสำคัญแก่สิทธิของรัฐสมาชิกในการใช้มาตรการสุขอนามัยคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพมากกว่ามองที่ปริมาณความเสี่ยง

#### 4.5.5 ประเด็นการประเมินความเสี่ยงที่เป็นกระบวนการ

การที่คณะพิจารณาตัดสินประเด็นการประเมินความเสี่ยงว่า การประเมินความเสี่ยงจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการ( procedural requirements ) กล่าวคือ มาตรการสุขอนามัยที่รัฐสมาชิกใช้นั้นจะต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ในขณะที่บัญญัติมาตรการขึ้นมาโดยคณะพิจารณาตัดสินให้ต้องมีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ณ ขณะที่เริ่มใช้มาตรการจะทำให้มาตรการที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ขณะที่ฟ้องร้องใช้การไม่ได้ เพราะขณะเริ่มใช้มาตรการนั้นมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนน้อยมาก และรัฐสมาชิกอื่นสามารถใช้มาตรการนั้นได้อย่างง่ายดาย เพราะปรากฏในภายหลังว่ามีหลักฐานที่แน่นอนและใหม่กว่าสนับสนุนทำให้สามารถกำหนดมาตรการได้

ส่วนของกรอุทธรณ์ได้จำแนกมาตรา 5 ของข้อตกลงSPS ออกเป็นสองส่วนคือการประเมินความเสี่ยง(มาตรา 5.1-5.3) และการจัดการความเสี่ยง(มาตรา 5.4-5.7) โดยองค์กรอุทธรณ์กลับไม่เห็นด้วยกับคณะพิจารณาเกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงที่เป็นกระบวนการเนื่องจากเห็นว่าข้อตกลงSPS ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อจำแนกเรื่องการประเมินความเสี่ยงและการจัดการความเสี่ยงแต่อย่างใดและ ไม่มีข้อความใดในมาตรา 5 กำหนดว่าการประเมินความเสี่ยงต้องเป็นไปกฎเกณฑ์ที่เป็นกระบวนการ และการตัดสินของคณะพิจารณาเช่นนี้จะนำไปสู่จะนำไปสู่

<sup>57</sup> Ibid.,p.767

การจำกัดหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่มีอยู่จริงของการประเมินความเสี่ยง โดยข้อสรุปวิทยาศาสตร์ของการประเมินความเสี่ยงจะต้องมีหลักประกันเพียงพอที่จะสนับสนุนมาตรการสุขอนามัยที่ใช้ได้ได้อย่างมีเหตุผล เมื่อมาตรการสุขอนามัยของสหภาพยุโรปไม่สอดคล้องกับมาตรา 5.1 เกี่ยวกับการประเมินความเสี่ยงที่ต้องอาศัยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ ย่อมโยงไปยังการพิจารณาตามมาตรา 2.2 ซึ่งเป็นพันธกรณีของความตกลงนี้ที่สมาชิกใช้มาตรการสุขอนามัยบนพื้นฐานของหลักการทางวิทยาศาสตร์จึงเป็นไปได้ว่ามาตรา 2.2 จะถูกละเมิดด้วยเช่นกัน ทั้งนี้องค์การอุทธรณ์เห็นว่ารัฐสมาชิกไม่จำเป็นต้องทำการประเมินความเสี่ยงซึ่งอาจกระทำโดยรัฐสมาชิกอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศก็ได้ ซึ่งเท่ากับว่าองค์การอุทธรณ์เห็นด้วยกับคณะพิจารณาที่ว่ารัฐสมาชิกที่คงไว้ซึ่งมาตรการสุขอนามัยจะต้องสามารถจัดหารายงานต่างๆ ที่สมบูรณ์ซึ่งจะแสดงให้เห็นว่ามีการประเมินความเสี่ยงที่เพียงพอ

จากการวินิจฉัยในคดีนี้ทำให้มีการเริ่มพิจารณาถึงเรื่องการจัดการความเสี่ยง เนื่องจากในทางการค้าย่อมมีโอกาสที่จะเกิดความเสี่ยงขึ้นได้ และแต่ละประเทศย่อมต้องมีการจัดการความเสี่ยง โดยระบุถึงระดับและประเภทของความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น โดยพิจารณาถึงภาระในทางสังคมและการเมืองมาประกอบด้วย ซึ่งตามพื้นฐานของข้อตกลง SPS มีลักษณะของการควบคุมรัฐต่างๆ รวมถึงการนำเรื่องจัดการความเสี่ยงมาใช้เพื่อไม่ให้เกิดการจำกัดทางการค้าหรือวัตถุประสงค์ในการปกป้องทางการค้า<sup>58</sup>

ผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักการทางวิทยาศาสตร์มาใช้ในการจัดการความเสี่ยงในทุกรัฐสมาชิกเพื่อให้มีการยอมรับผลสรุปทางวิทยาศาสตร์ไปในแนวทางเดียวกันทั่วโลก เมื่อมีการเลือกใช้เกณฑ์ทางวิทยาศาสตร์เดียวกันย่อมเกิดบรรทัดฐานเดียวกัน ในขณะที่เดียวกันย่อมส่งผลไม่ให้รัฐสมาชิกสามารถตั้งมาตรการสุขอนามัยตามอำเภอใจที่ขาดเหตุผล ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นพ้องกับเหตุผลของแนวคิดของชาญวิทย์ ปราชาญาพิพัฒน์ ที่ว่าในเรื่องการจัดการความเสี่ยงนั้น หากมีการระบุเรื่องระดับความไม่แน่นอนเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เช่นความน่าจะเป็นของความเสี่ยงที่มีอยู่ ความไม่แน่นอนเหล่านี้ย่อมขึ้นอยู่กับการเปลี่ยนแปลงแนวทางการตัดสินใจเพื่อสนองต่อปัจจัยทาง

<sup>58</sup> Katheen A.Ambrose, "Review of Key Substantive Agreement : Panel II

D:Agreement on Technical Barrier to Trade (TBT) and Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS) : Science and the WTO", Law & Policy in International Business 2000, available from <http://www.lexis.nexis.com>

การเมือง เศรษฐกิจ และสังคมซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของวัฒนธรรม ประเพณี ระบบการค้า และสถานะทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ<sup>59</sup>

#### 4.5.6 ข้อพิจารณาในคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ

เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1998 องค์การระงับข้อพิพาทได้รับเอารายงานขององค์กรอุทธรณ์และรายงานของคณะผู้ตัดสินในคดีนี้ไว้<sup>60</sup> ซึ่งโดยหลักการแล้ว แม้สมาชิกที่แพ้คดีไม่มีสิทธิคัดค้านการตอบโต้ แต่หากสมาชิกที่แพ้คดีไม่เห็นด้วยกับปริมาณหรือระดับของการตอบโต้ ก็อาจใช้สิทธิตามมาตรา 22 วรรคหกของ DSU ขอให้มีการจัดตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาข้อขัดแย้งดังกล่าวภายในเวลา 60 วัน หากเป็นไปได้ก็ควรเป็น Panel ที่เคยพิจารณาข้อพิพาทดั้งเดิมหรือเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจากผู้อำนวยการใหญ่ของ WTO และถือให้คำตัดสินเป็นที่สุด ซึ่งข้อเท็จจริงต่อมา สหภาพยุโรปได้ร้องขอให้มีการกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมที่แน่นอนสำหรับการปฏิบัติตามคำตัดสินของ DSB โดยอนุญาโตตุลาการซึ่งขัดตามมาตรา 21.3 (c)<sup>61</sup> ซึ่งโดยหลักตามมาตรา 21.3 (c) ของ DSU นั้นก็ได้กำหนดถึงแนวการวินิจฉัยว่าเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมแล้วแต่กรณีดังนี้

(1). กรณีที่รัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องนั้นได้เสนอระยะเวลาแล้วภายหลังองค์กรระงับข้อพิพาทเห็นชอบด้วยกับข้อเสนอนั้น หรือ

(2). กรณีที่รัฐสมาชิกผู้ร้องขอและรัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องตกลงกันที่จะปฏิบัติตามคำตัดสินนั้นภายในระยะเวลา 45 วันนับแต่วันที่ได้รับเอารายงาน ,ถ้าแนวทางที่สองนี้มิได้เกิดขึ้นก่อน หรือ

(3). กรณีที่ระยะเวลานั้นถูกกำหนดให้ต้องผูกพันโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะได้ถูกทำให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลา 90 วันนับแต่วันที่ได้รับรายงานนั้น

อย่างไรก็ตาม คำนิยามของคำว่า “ระยะเวลาที่เหมาะสม” ที่ปรากฏในความตกลง DSU นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นถ้อยคำที่ค่อนข้างมีความคลุมเครือทำให้มีปัญหาในการตีความอันถือได้ว่าเป็นข้อบกพร่องที่เด่นชัดในทางกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามมาตรา 21

<sup>59</sup> ชาญวิทย์ ปราชญาพิพัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4* , น.144.

<sup>60</sup> World Trade Organization, “Report of the Arbitrator, “ EC Measure Concerning Meat and Meat Product (Hormone)”, WT/DS26/15,(29 May 1998).paras.II.

<sup>61</sup> *Ibid*, paras III.

ของDSU นั้นจะปรากฏคำแนะนำไว้ว่าระยะเวลาที่เหมาะสมนั้นไม่ควรที่จะเกิน 15 เดือนนับแต่วันที่ได้รับรายงานคำตัดสิน และระยะเวลานั้นอาจจะสั้นกว่าหรือยาวกว่าก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพการณ์แต่ละกรณีไป<sup>62</sup> ซึ่งถ้อยคำเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าระยะเวลาที่เหมาะสมนั้นไม่มีความชัดเจนแน่นอน โดยในคดีนี้ได้มีการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการและอนุญาโตตุลาการได้มีการพิจารณาตามมาตรฐานของมาตรา 21.3(c) ซึ่งมีได้ผิดแปลกไปจากคำแนะนำ(guideline)ในมาตรา 21 ที่กำหนดไว้ที่ระยะเวลา 15 เดือน<sup>63</sup> โดยอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาถึงประเด็นของระยะเวลาที่เหมาะสมโดยเห็นว่าคำแนะนำให้ใช้เกณฑ์ระยะเวลา 15 เดือนนั้นอยู่ในส่วนที่นอกเหนือจากขอบเขตหรือระยะเวลาขั้นมากที่สุดในคดีปกติทั่วไป ซึ่งระยะเวลาโดยเฉลี่ยในการดำเนินการเพื่อให้มีผลต่อการปฏิบัติตามพันธกรณีซึ่งระยะเวลาที่เหมาะสมนั้นควรพิจารณาที่ระยะเวลาที่สั้นกว่า 15 เดือน<sup>64</sup> ระยะเวลาที่ได้รับการพิจารณานั้นควรที่จะเป็นระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่เป็นไปได้เพื่อให้อยู่ภายในระบบกฎเกณฑ์ที่รัฐสมาชิกที่ต้องปฏิบัติตามคำตัดสินและกฎเกณฑ์ขององค์การระงับข้อพิพาท ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงเห็นว่าระยะเวลาที่เหมาะสมก็คือ 15 เดือนนับจากวันที่ได้รับรายงานคำตัดสิน ซึ่งกระบวนการพิจารณาของWTOในช่วงปัจจุบันก็มีแนวโน้มไปใช้มาตรฐานของระยะเวลาที่สั้นที่สุดเท่าที่เป็นไปได้เช่นเดียวกับในคดีนี้<sup>65</sup>

แต่มีข้อสังเกตว่าแม้ว่ามาตรา 21 ได้มีคำแนะนำให้ใช้ระยะเวลาที่ไม่ยาวกว่า 15 เดือนและคำแนะนำ(guideline) ดังกล่าวใช้ระยะเวลา 15 เดือนเป็นระยะเวลาปกติพร้อมกับต้องปรับใช้กับถ้อยคำในมาตราดังกล่าวที่ว่า “แล้วแต่สภาพการณ์แต่ละกรณี” แต่มีหลายคดีใน WTO ที่การกำหนดระยะเวลาที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นเป็นกรณีที่คู่กรณีมีการตกลงกันได้ เช่น มีการกำหนดระยะเวลาที่สั้นกว่า 15 เดือน<sup>66</sup> เป็นต้น ดังนั้น การที่อนุญาโตตุลาการได้สร้างมาตรฐานในเรื่องของระยะเวลานี้ขึ้นมาแต่ก็อาจไม่สามารถใช้ได้ในทุกคดี

ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรมีการกำหนดช่วงระยะเวลาเป็นไม่เกิน 15 เดือนนับแต่วันที่ได้รับรายงานคำตัดสินเป็นระยะเวลายาตราฐานทั่วไป เพื่อให้มีผลผูกพันรัฐสมาชิกผู้แพ้คดีให้

<sup>62</sup> Yang Guohua ,Bryan Mercurio and Li Yongjie, WTO Dispute Settlement Understanding : A Detailed Interpretation ,(Kluwer Law International),2005,p.236.

<sup>63</sup> *Ibid*,p.238.

<sup>64</sup> David Palmer and Petros C.Mavroidis,Dispute Settlement in the World Trade Organization:practice and procedure ,(Kluwer Law International),1999,p.157.

<sup>65</sup> Yang Guohua ,Bryan Mercurio and Li Yongjie, *supra note* 63, p.240.

<sup>66</sup> *Ibid*, p.241.

ต้องปฏิบัติตามคำตัดสินและกฎเกณฑ์ขององค์กรระดับข้อพิพาทโดยเร็วที่สุดในการเยียวยาแก่รัฐที่เสียหายได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรมแก่อีกฝ่ายที่ชนะคดีพิพาทนั่นเอง

#### 4.5.7 ประเด็นมาตรการตอบโต้

การที่สหภาพยุโรปตั้งมาตรการห้ามการนำเข้าวัวและเนื้อวัวที่เลี้ยงโดยใช้ฮอร์โมนหนักชนิดเพื่อเร่งการเจริญเติบโตดังกล่าว ภายหลังจากสหรัฐอเมริกาพยายามประท้วง และใช้มาตรการตอบโต้โดยการขึ้นภาษีตอบโต้(Retaliatory measures)ถึง100% ของอัตราภาษีศุลกากรต่อสินค้าที่นำเข้าจากสหภาพยุโรป ซึ่งสหภาพยุโรปได้ร้องขอให้มีการจัดตั้งคณะพิจารณา แต่สหรัฐอเมริกาปฏิเสธ จนกระทั่งในปีค.ศ. 1989 คณะกรรมการร่วมของทั้งสองประเทศบรรลุข้อตกลงการนำเข้าเนื้อวัวที่รับรองว่าเลี้ยงโดยไม่ใช้ฮอร์โมน สหรัฐอเมริกาจึงยอมยกเลิกมาตรการขึ้นภาษีตอบโต้บางมาตรการ

สหภาพยุโรปก็ยังคงไม่ยอมยกเลิกการห้ามนำเข้าเนื้อวัวที่มีต่อสหรัฐอเมริกาในเดือนกรกฎาคม 1999 ทางองค์กรการค้าโลกจึงอนุญาตให้สหรัฐอเมริกาทำการเก็บภาษีตอบโต้ (Retaliatory Measures ) ถึง100% ของ ad valorem ต่อการนำเข้าสินค้าเนื้อวัวและเนื้อหมูจากสหภาพยุโรปเป็นมูลค่า 124.5 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นไปตามหลักการชดใช้ค่าเสียหายและการระงับข้อพิพาทของDSU ที่ว่ารัฐที่ร้องเรียนสามารถร้องขอต่อองค์กรระดับข้อพิพาทเพื่อให้อำนาจในการระงับข้อพิพาทและพันธกรณีต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตาม โดยการตอบโต้จะทำได้ในระดับที่เท่าเทียมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น และDSUอนุญาตให้มีการตอบโต้ข้ามสาขา(Sector)ได้ หรือความตกลงฉบับอื่นได้ กล่าวคือ รัฐคู่กรณีพิพาทต้องพยายามตอบโต้ในสาขาของความตกลงเดียวกับที่มีการละเมิดหรือมีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเสียก่อน แต่อาจทำข้ามสาขาหรือความตกลงได้ถ้าการตอบโต้ในสาขาเดียวกันของความตกลงนั้นไม่อาจกระทำได้และเป็นสถานการณ์ที่รุนแรงพอ(Serious circumstance) แต่ทั้งนี้ต้องกระทำอย่างรอบคอบโดยต้องพิจารณาถึงความสำคัญทางการค้าและเศรษฐกิจประกอบกันด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักแล้ว การชดใช้ค่าเสียหายและการตอบโต้จำเป็นต้องพิจารณาตามมาตรา 22ของ DSU ที่กำหนดในกรณีที่ว่า หากรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถชดใช้ค่าเสียหายได้ใน 20 วันนับจากที่สิ้นกำหนดระยะเวลาอันสมควรแล้ว รัฐสมาชิกผู้ร้องอาจขออนุญาตองค์กรระดับข้อพิพาทให้ระงับการให้ประโยชน์หรืองดการปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อตกลงกับรัฐที่ไม่ยอมปฏิบัติตามคำเสนอแนะหรือคำสั่งขององค์กรระดับข้อพิพาทได้ ซึ่งเป็นมาตรการ

ตอบโต้ (RETALIATION) ที่รัฐสมาชิกสามารถกระทำได้โดยชอบ เพียงแต่การกำหนดมาตรการตอบโต้จะต้องเป็นไปตามที่ DSU กำหนด กล่าวคือ ในกรณีเช่นนี้ รัฐสมาชิกจะต้องเลือกเรื่องที่จะตอบโต้ต่อการละเมิดพันธกรณี โดยต้องตอบโต้ในระดับเท่ากับระดับของความเสียหายเสียก่อน หมายความว่า ต้องพยายามตอบโต้ในสาขาของความตกลงเดียวกับที่มีการละเมิดหรือมีการทำให้เสียไปหรือเสียหายเกิดขึ้นก่อน แต่การตอบโต้อาจทำข้ามสาขาหรือข้ามความตกลงได้ตามมาตรา 22 วรรคสาม ถ้าการตอบโต้ในสาขาเดียวกันของความตกลงนั้นไม่อาจกระทำได้และเป็นสถานการณ์รุนแรงเพียงพอ โดยรัฐที่ชนะคดีเห็นว่าไม่ได้ผลหรือไม่สามารถกระทำได้ง่าย รัฐผู้ร้องก็อาจเลือกตอบโต้ในเรื่องอื่นภายใต้ข้อตกลงเดียวกันซึ่งไม่เกี่ยวข้องกันกับการละเมิดพันธกรณี ประเทศผู้ร้องสามารถขอตอบโต้ข้ามสาขาได้ซึ่งในกรณีนี้เรียกว่าเป็นการตอบโต้ไขว้ หรือ cross retaliation นั่นเอง โดยต้องคำนึงถึงความสำคัญทางการค้าและเศรษฐกิจประกอบด้วย และต้องชี้แจงถึงเหตุผลในความจำเป็นที่จะต้องมีการโต้ตอบข้ามสาขานั้นต่อองค์การระงับข้อพิพาทด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีคดีพิพาทที่สหภาพยุโรปห้ามใช้ฮอริโมนในเนื้อสัตว์นี้ โดยสหภาพยุโรปได้ออกมาตรการสุขอนามัยดังกล่าวอันขัดต่อข้อตกลง SPS ภายหลังจากสหภาพยุโรปมิได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่สหรัฐอเมริกาเพื่อให้เป็นไปตามตามคำวินิจฉัยขององค์กรอุทธรณ์ ดังนั้น การกระทำที่สหรัฐอเมริกาทำการตอบโต้สหภาพยุโรปโดยการเก็บภาษีตอบโต้ 100 รายการ จึงถือว่าเป็นสิทธิอันชอบธรรมของสหรัฐอเมริกาในฐานะรัฐสมาชิกที่สามารถกระทำได้ตามบทบัญญัติมาตรา 22 ของ DSU ไม่ถือว่าเป็นการทำละเมิดต่อสหภาพยุโรปแม้ว่าเป็นการตอบโต้ในเรื่องการเก็บภาษีสินค้ารายการอื่นนอกเหนือจากเนื้อวัวหรือผลิตภัณฑ์จากเนื้อวัว ซึ่งเป็นการตอบโต้ตามข้อตกลงอื่น อันถือเป็นการตอบโต้ข้ามสาขาก็ตาม อย่างไรก็ตามหลักการของ DSU หากเกิดปัญหาเกี่ยวกับการตอบโต้ว่าทำเกินระดับของการเสียสิทธิหรือเกินระดับของความเสียหายหรือไม่เกิดขึ้น รัฐสมาชิกผู้มีส่วนได้เสียกับระดับของการตอบโต้ที่มีการโต้แย้งว่าเกินขนาดไปนั้นสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ด้วยการร้องขอให้คณะพิจารณาชุดเดิมที่เคยพิจารณาข้อพิพาทพิจารณาหรือตกลงกันขอให้ผู้อำนวยการการค้าโลกแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นตัดสินชี้ขาดใน 60 วันต่อจากกำหนดเวลาอันสมควรเพื่อการดำเนินการตามคำเสนอแนะ ในกรณีเช่นนี้รัฐสมาชิกที่เกี่ยวข้องจะทำการตอบโต้ในระหว่างที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีอยู่ไม่ได้ และรัฐคู่พิพาทจะต้องยอมรับว่าคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นที่สิ้นสุดตามตรา 22

อนึ่งการตอบโต้นี้จะต้องถือว่าเป็นมาตรการชั่วคราว เมื่อมาตรการที่ฝ่าฝืนคำสั่งเสนอแนะได้หมดไปแล้ว หรือได้มีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทลุล่วงไปแล้วหรือได้มีการตกลงแก้ไขปัญหานั้นเป็นที่พอใจกันแล้วก็จะต้องยกเลิกมาตรการตอบโต้ที่เสีย วัตถุประสงค์หลักของกลไกยุติข้อพิพาทว่าเป็นการหาทางไกล่เกลี่ยและยุติข้อพิพาทให้เร็วที่สุด