

試析「韓國—輻射案」—以 SPS 協定第 5.6 及 2.3 條為中心

賴珮萱

摘要

今 (2018) 年 2 月 22 日，韓國輻射案 (DS495) 之爭端小組報告出爐，日本主張韓國之措施違反食品安全檢驗與動植物檢疫協定 (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS 協定) 第 2.3、5.6、7、8 條及附件 B、C。其中，小組認定韓國之日本特定食品進口禁令，以及其他放射性核種檢驗，因對日本食品造成專斷及不正當歧視，且措施之適用超過必要的貿易限制，因此違反 SPS 協定第 2.3 條和第 5.6 條。回顧上開條文之案例法發展雖訂立有各項審理要件，但對於各要件的適用與解釋上仍有相當的模糊空間，本案於解釋及適用此兩項 SPS 協定下之重要條文時，是否有不同於過往之案例法的見解，本文將試圖分析之。

世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 爭端解決小組於今 (2018) 年 2 月 22 日公布韓國輻射案 (DS495) 之小組報告。於 2011 年福島電廠事故後，韓國分別採取進口禁令、相關放射性核種檢測程序，後遭日本政府主張違反食品安全檢驗與動植物檢疫協定 (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS 協定) 第 2.3、5.6、7、8 條及附件 B、C。小組認為韓國針對日本漁產品之進口禁令，以及放射性核種檢測程序 (除銫以外) 使得日本食品進口至韓國，無法與其他會員國享有相同的市場競爭優勢，因此造成專斷及不正當之歧視，違反 SPS 協定第 2.3 條。日本所提出之替代措施，經小組分析後，得以達到韓國政府所欲保護之食品安全檢驗水準，也降低不必要之貿易限制，因此判定韓國措施違反 SPS 協定第 5.6 條。另外，由於韓國措施發佈之新聞稿及設立之「查詢點 (enquiry point)」未提供日本足夠資訊，因此小組認為韓國措施違反 SPS 協定第 7 條和附件 B 第 1 和 3 項。然而，日本未能證明，放射性核種檢測程序 (除銫以外) 之適用超出「合理必要」範圍，以及確實限制日本食品市場進入之機會，因而小組認為韓國未違反 SPS 協定第 8 條和附件 C 第 1 項第 a、c、e 和 g 款。

「韓國—輻射案」為首件針對輻射污染食品所做成的小組報告，其判定結果將影響其他仍對核災食品保有進口禁令之國家，例如台灣、中國及菲律賓等國，未來法規發展趨勢。尤其我國對日本核災食品所為禁令與本案系爭措施多有雷同，故本案相關判決亦可作為我國日後規範檢討之借鏡。此外，本案的小組報告

處理的 SPS 協定實體規範，除了涉及暫時性措施的 SPS 協定第 5.7 條之外，僅聚焦於 SPS 協定第 5.6 條與第 2.3 條，有異於過往涉及 SPS 協定之案例往往包含有關科學依據與風險評估的實體規範，突顯出本案就這兩條涉及 SPS 措施的貿易面之規範，有其重要性。再者，回顧此兩條文之案例法發展，雖訂立有各項審理要件，但對於各要件的適用與解釋上，尚有相當的模糊空間。故，本文挑選本案例中涉及 SPS 協定第 5.6 條與第 2.3 條之解釋與適用，作為分析的對象。據此，本文先於第壹與第貳部分分別點出本案之背景與共計四項之系爭措施；接著於第參與第肆部分針對 SPS 協定第 5.6 條與第 2.3 條進行分析，主要將整理第 5.6 條和第 2.3 條於 SPS 協定之定位和適用標準，再介紹本案小組判決之意見，以評析本案與對此兩項條文，於法條分析上之意涵與影響；第伍部分則為結論以及本案對我國可能帶來的啟示。

壹、本案背景

2011 年 3 月 11 日日本近海發生規模 9.0 地震，引發巨大海嘯襲擊日本東北沿海地區，日本東京電力公司（以下簡稱「東電」）旗下之福島核電廠也受到波及，反應爐故障以及放射性污水的排放，導致大量的放射性物質釋放至大氣層、陸地及海洋¹。日本政府緊急撤離發電廠周圍 20 公里內之居民²，隨後採取一系列應變措施，包括：限制受影響地區之產品流通、調高食品中銫（Caesium）與碘（Iodine）含量之上限³、修改食品和海水監控系統、禁止於發電廠周圍 20 公里內進行捕魚活動，並於同年 6 月實施食品出口檢測系統（certification system）⁴。2012 年 4 月 1 日，日本食品安全委員會（the Food Safety Commission）重建一套放射性核種含量標準，除了符合國際食品法典委員會（Codex Alimentarius Commission, Codex）所定之標準：「人體於各種曝露情境下之年有效劑量少於每年 1 毫西弗（1 mSv/year）」，同時設立 4 項不同食物種類（飲用水、嬰兒食品、牛奶和其他食品）之含量門檻⁵。若食品中放射性核種含量超過法定門檻，則限制其流通於市場上，另外，針對「高風險性食品⁶」每週進行樣本檢測，同時以

¹ Panel Report, *Korea — Import Bans, and Testing and Certification Requirements for Radionuclides*, ¶¶ 2.40, 2.41, 2.44., WTO Doc. WT/DS495/R (appealed Apr. 9, 2018).

² *Id.* ¶ 2.41.

³ *Id.* ¶ 2.66；食品中銫含量不得超過 5 毫西弗/年、碘含量不得超過 50 毫西弗/年。

⁴ *Id.* ¶¶ 2.65, 2.67.

⁵ *Id.* ¶ 2.68；飲用水：10 貝克/公斤、嬰兒食品：50 貝克/公斤、牛奶：50 貝克/公斤、其他食品：100 貝克/公斤。

⁶ *Id.* ¶ 2.74；福島、青森、茨城、岩手等 17 縣皆受到檢測，其中產品包含：穀物、青菜、水果、魚類產品（淡水及非淡水）、可食用蕈類等等。

「平均個人攝取量」為基礎進行市場放射性核種含量調查⁷。

2011 年 4 月至 2015 年 9 月間，日本承認至少發生有 70 起放射性污水排放事件。日本於 2011 年 10 月採用海洋區域監測計畫，並於 2013 年 4 月發佈特定實行規則，將發電廠周圍之海域分為 5 區，監測海水中的銫、碘、銣 (Strontium) 和鈾 (Plutonium)⁸。若是偵測到放射性污水流至海洋，東電則與中央政府合作以相關樣本調查和監測海洋環境⁹。2013 年 8 月，媒體爆料，根據官方數據每天約有 300 噸以上放射性污水，以不同的路徑流至海洋，東電則表示僅是猜測，並提出自 2011 年 3 月起其定時監測海洋中放射性核種含量，而日本政府堅稱東電已採取措施，防止放射性污水排放至海洋，包括：建造海邊堤防、淨化儲存槽中之放射性污水、使用無污染水質進行冷卻等等¹⁰。

由於本案牽涉複雜的科學問題，日韓雙方希望爭端小組得依照 SPS 協定第 11.2 條之規定，參考相關國際組織或專家意見¹¹。小組最終決定向「食品法典委員會 (Codex Alimentarius Commission, Codex)¹²」、「聯合國糧食及農業組織 (Food and Agricultural Organization of the United Nations, FAO)¹³」、「國際原子能總署 (International Atomic Energy Agency, IAEA)¹⁴」、「國際輻射防護委員會 (International Commission on Radiological Protection, ICRP)¹⁵」、「聯合國原子輻射效應科學委員會 (United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation, UNSCEAR)¹⁶」、「世界衛生組織 (World Health Organization, WHO)

⁷ *Id.* ¶¶ 2.74, 2.76.

⁸ *Id.* ¶¶ 2.77, 2.79.

⁹ *Id.* ¶¶ 2.58, 2.79, 2.80.

¹⁰ *Id.* ¶¶ 2.59, 2.60, 2.61.

¹¹ *Id.* ¶ 1.18.

¹² 食品法典委員會 (Codex Alimentarius Commission, Codex) 由 FAO 和 WHO 於 1963 年創建，主要負責 FAO 和 WHO 下食品標準、建議相關的制定和協調工作。See *Codex Alimentarius Commission (CAC)*, CODEX ALIMENTARIUS COMMISSION, <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/committees/cac/about/en/> (last visited Apr. 19, 2018).

¹³ 聯合國糧食及農業組織 (Food and Agricultural Organization of the United Nations, FAO) 是聯合國體制下專門機構，負責世界糧食及農業政策，致力於減緩飢荒之加劇，其宗旨以追求食物安全為人類首要目標，以及確保人類得透過正常管道取得高品質食品，以達到健康的生活。FAO 目前活躍於超過 130 個國家。See *About FAO*, FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS, <http://www.fao.org/about/en/> (last visited Apr. 19, 2018).

¹⁴ 國際原子能總署 (International Atomic Energy Agency, IAEA) 是聯合國下為了「原子能和平」所成立的組織，其致力於原子能技術的安全性以及和平使用。See *About us*, INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY, <https://www.iaea.org/about> (last visited Apr. 19, 2018).

¹⁵ 國際輻射防護委員會 (International Commission on Radiological Protection, ICRP) 宗旨為防止與放射性核種有關之癌症、相關疾病和其他影響發生，並致力於環境之保護。See *INTERNATIONAL COMMISSION ON RADIOLOGICAL PROTECTION*, <http://www.icrp.org> (last visited Apr. 19, 2018).

¹⁶ 聯合國原子輻射效應科學委員會 (United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation, UNSCEAR) 於 1955 年由聯合國大會成立，宗旨為評估輻射源對人類健康及環境之

¹⁷」等相關國際組織徵詢意見，請求該等組織提供小組一些專家的建議名單，並於徵詢日韓之意見後，決定邀請五位專家提供本案相關科學和技術性之建議¹⁸。

貳、系爭措施介紹

自 2011 年 3 月福島電廠事故後，韓國分別針對不同的時間點以及事件，採取漸進式或不同措施，而日本僅針對其中 4 項進口禁令及其他放射性核種檢測標準提起控訴，以下則詳細介紹 4 項措施。

一、2011 年採取的其他放射性核種檢測標準（以下簡稱「2011 檢測標準」）

2011 年 3 月福島電廠事故導致大量放射性物質外洩，韓國「食品和藥品監督管理局（Korea Food and Drug Administration, KFDA）」¹⁹於同年 5 月要求，一旦在來自日本所有非漁產品（除了家禽類）中檢測出含有銫或碘，即需再檢測銳和鈾等其他放射性核種含量，並應由日本官方實驗室或日本政府指定之實驗室提供額外證明²⁰。根據韓國食品暨農林漁業部（Ministry for Food, Agriculture, Forestry and Fisheries of Korea, MIFAFF）發佈之文件中，漁產品和家禽類應檢附原產地證明以及出口前銫含量檢測證明，並提到若其他放射性核種檢測於未來具可行性，則有適用此檢測的必要性²¹。

二、2013 年採取的其他放射性核種檢測標準（以下簡稱「2013 檢測標準」）

2013 年 9 月，韓國總理辦公室（Prime Minister's Office）發佈日本出口之所有漁產品及家禽類，一旦檢測出「微量（trace amount）」²²銫或碘含量，則應接

影響。UNSCEAR 所發佈的統計數據或資料，多為各國政府及組織評估輻射風險及建立保護措施之基礎。See *About Us*, UNITED NATIONS SCIENTIFIC COMMITTEE ON THE EFFECTS OF ATOMIC RADIATION, http://www.unscear.org/unscear/en/about_us.html (last visited Apr. 19, 2018).

¹⁷ 世界衛生組織（World Health Organization, WHO）為聯合國體系內負責衛生事務之國際組織，成立於 1948 年，目前有 194 個會員國與 2 個準會員，「世界衛生大會（World Health Assembly, WHA）」每年在瑞士日內瓦舉行。WHO 宗旨是為是就各地的人們創造一個更美好、更健康的未來，與各國政府與其他非營利組織共同努力，防治疾病，確保所有人都享有最高的健康水平。See *About WHO*, WORLD HEALTH ORGANIZATION, <http://www.who.int/about/en/> (last visited Apr. 19, 2018).

¹⁸ 專家包括以下 5 位：Professor Lynn ANSPAUGH, Ms Joanne BROWN, Professor Rolf MICHEL, Dr Lavrans SKUTERUD, and Dr Patsy THOMPSON.

¹⁹ 食品和藥品監督管理局（Korea Food and Drug Administration, KFDA）於 2013 年 3 月由韓國食品藥物管理部（Ministry of Food and Drug Safety of Korea, MFDS）取代；Panel Report, *Korea — Radionuclides (Japan)*, at 16.

²⁰ *Id.* ¶ 2.98.

²¹ *Id.* ¶ 2.99.

²² *Id.* ¶ 7.55；小組依證據判定，自 2014 年起，微量得定義為 0.5 貝克/公斤

受銻和鈾等其他放射性核種之檢測並提供輻射證明²³。其他會員國和韓國國內則於不同階段採取不同標準，大致分為兩種階段：首先，為產品上市前（邊境及生產階段），針對進口貨運，隨機選擇並進行銻和碘含量檢測。如，韓國國內即隨機選擇前 100 項國人經常攝取之農產品和漁產品檢測，兩者之共同點為皆無其他放射性核種之檢測²⁴。接著，為於銷售點（Point-of-Sale）進行之檢測，韓國及其他會員國則與日本食品採取相同標準，若銻或碘含量超過 0.5 貝克/公斤時，至少須額外檢測銻和鈾含量²⁵。（表一與表二分別彙整於本案中涉及之放射性核種以及韓國之檢測標準）

表一、本案涉及相關放射性核種

	英文全名	化學符號
銻 134	Caesium	Cs-134
銻 137	Caesium	Cs-137
銻 90	Strontium	Sr-90
鈾 239	Plutonium	Pu-239
鈾 240	Plutonium	Pu-240
碘 131	Radioactive Iodine	I-131

附註：本文將銻 134 和 137 統稱為「銻」；鈾 239 和 240 統稱為「鈾」。

表二、韓國檢測標準列表²⁶

產品出口前檢測		
日本	其他會員國	韓國國內
來自 13 郡縣之非漁產品與 來自 8 郡縣之漁產品須檢附 銻和碘檢測證明	無	無

²³ *Id.* ¶ 2.101.

²⁴ *Id.* ¶ 7.66.

²⁵ *Id.* ¶¶ 7.48-7.49.

²⁶ *Id.* ¶ 7.66

邊境措施			生產階段
	日本	其他會員國	韓國國內
原產地證明	須附證	須附證	無
銫和碘含量樣本 檢測方式	每一貨運逐批檢測	隨機選擇進口貨運之 樣本進行檢測，並針 對特定產品 ²⁷ 提高檢 測頻率	隨機選擇國人前 100 項經常攝取之 農產品和漁產品 進行檢測
放射性核種檢測 含量標準	銫或碘含量超過 0.5 貝克/ 公斤時，至少須額外檢測 銾和釷含量 銫或碘含量超過 100 貝克/ 公斤時，該貨物禁止輸入	銫或碘含量超過 100 貝克/公斤時，該貨 物禁止輸入	銫或碘含量超過 100 貝克/公斤 時，該貨物禁止 輸入

銷售點檢測			
	日本	其他會員國	韓國國內
銫和碘含量樣本 檢測方式	隨機選擇國人前 150 樣經常攝取之食品進 行檢測	隨機選擇國人前 150 樣經 常攝取之食品進行檢測	隨機選擇國人前 150 樣經常攝取之 食品進行檢測
額外放射性核種 檢測標準	銫或碘含量超過 0.5 貝克/公斤時，至少須 額外檢測銾和釷含量	銫或碘含量超過 0.5 貝克/ 公斤時，至少須額外檢測 銾和釷含量	銫或碘含量超過 0.5 貝克/公斤時， 至少須額外檢測銾 和釷含量

三、特定產品進口禁令 (以下簡稱「2012 特定產品禁令」)

2011 年 4 月 20 日至 2013 年 8 月 8 日，MIFAFF 參考日本國內特定產品配
送禁令，逐步針對來自 8 個郡縣之 50 項漁產品實施進口禁令²⁸。其中，日本僅
針對兩項 2012 年實行之漁產品進口禁令提起控訴，分別為來自福島的阿拉斯加

²⁷ 特定產品包含：任一來自烏克蘭、法國、丹麥和瑞典的藍莓產品貨運，以及特定產品來自 40 個其他會員國。

²⁸ 青森、福島、茨城、岩手、千葉、群馬、栃木和宮城；Panel Report, Korea — Radionuclides (Japan), footnote 276.

鱈魚，及來自青森、福島、茨城、岩手和宮城的太平洋鱈魚²⁹。僅針對此兩項產品提起控訴，乃是因日本國內已於 2012 年 10 月至 2015 年 2 月期間，移除來自這些特定區域之阿拉斯加鱈魚和太平洋鱈魚，然而目前韓國仍維持禁令³⁰。

四、全面性進口禁令（以下簡稱「2013 全面性禁令」）

2013 年 9 月，韓國為因應日本於 8 月爆出之放射性污水事件³¹，總理辦公室發佈針對來自 8 個郡縣之所有漁產品實施進口禁令。日本將此全面性進口禁令與 2012 特定產品禁令，視為不同之進口禁令，此次日本針對其中之 28 項漁產品提起控訴³²。（表三與表四分別整理日本所控訴之韓國措施、以及該些措施與在日本境內發生放射性物質污染事件的時間序列表）

表三、韓國受控訴措施表

原本措施	措施簡稱	措施內容	日本提訴之部分
2011 年其他放射性核種檢測標準	2011 檢測標準	來自日本所有非產品（除家禽類）若檢測出銫或碘含量，須檢測鋇和鈾等其他放射性核種含量，並提供額外的輻射證明	日本認為此措施無存在之必要
特定產品進口禁令	2012 特定產品禁令	MIFAFF 逐步針對來自 8 個郡縣之 50 項漁產品實施進口禁令	僅針對兩項漁產品： ● 福島的阿拉斯加鱈魚 ● 青森、福島、茨城、岩手和宮城的太平洋鱈魚
2013 年其他放射性核種檢測標準	2013 檢測標準	日本出口之所有漁產品及家禽類，一旦檢測出「微量」銫或碘含量，須檢測鋇和鈾等其他放射性核種之含量並提供輻射證明	日本認為此措施無存在之必要

²⁹ *Id.* ¶ 2.105.

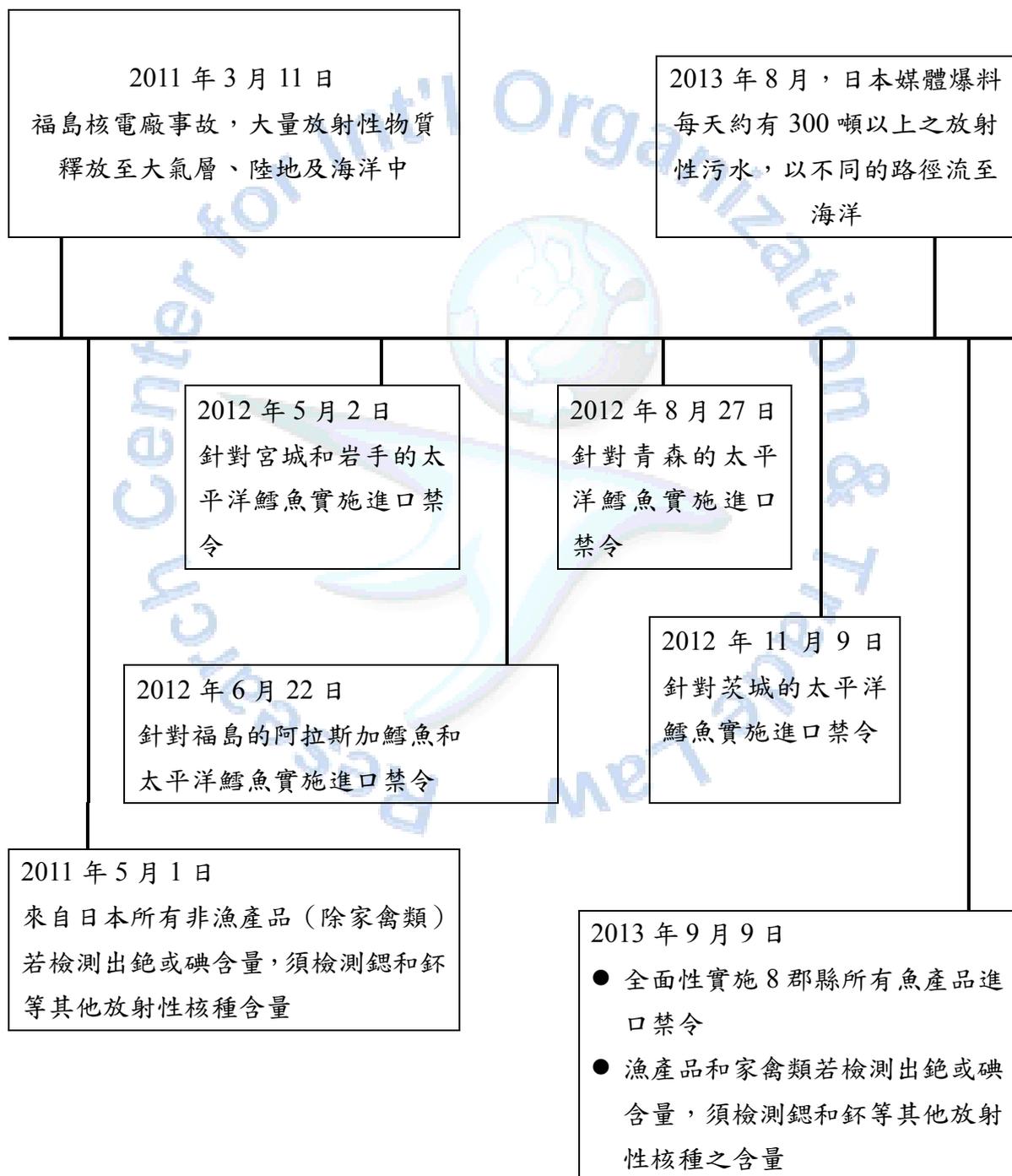
³⁰ *Id.* ¶ 2.106.

³¹ Justin McCurry, *South Korea bans fish imports from Japan's Fukushima region*, THE GUARDIAN (Sept. 6, 2013), <https://www.theguardian.com/world/2013/sep/06/south-korea-fish-japan-fukushima>.

³² *Id.* ¶ 2.107.

全面性進口禁令	2013 全面性禁令	針對來自 8 個郡縣之所有漁產品實施進口禁令	日本針對其中之 28 項漁產品提起控訴
---------	------------	------------------------	---------------------

表四、日本重大事件與韓國受控訴措施實施之時間表³³



附註：上方為日本重大事件，下方為韓國本案受控訴措施

³³ See *Id.* ¶ 2.116.

(按時間序由左而右)

參、SPS 協定第 5.6 條——措施造成超過必要的貿易限制

目前 SPS 協定相關爭端案件數量雖明顯下降，然而近年來的案件幾乎都曾涉及 SPS 協定第 5.6 條，顯示該條之重要性已逐漸提升³⁴。本段先介紹 SPS 協定第 5.6 條於國際貿易下之定位，以及條文本身代表的意義，並回顧參考文獻與過往案例對於各個構成要件之看法與評論。接著整理韓國輻射案中小組針對本條之判定，進而分析本案小組於本條之解釋與適用，與過往案例是否相同，藉此評析第 5.6 條之審查標準，是否有因本案而有進一步的改善。

一、SPS 協定第 5.6 條之意義與相關構成要件

SPS 協定成立目的，主要是為了於自由貿易與會員國採取相關措施之管制主權間取得「具有正當性的平衡」³⁵。WTO 准許會員國採行 SPS 措施，然而多樣化的 SPS 措施限制自由貿易的發展，因此 SPS 協定限制會員國實施相關措施之自由，而 SPS 協定第 5.6 條乃是為了確保 SPS 措施在達到適當保護水準 (appropriate level of protection, ALOP) 時，並未造成必要範圍外之貿易限制。不同且獨立於第 2.2 條所規定之必要性審查，第 5.6 條為一「平衡性手段 (trade-off device)」以防止過當 (excessive) 的貿易限制存在，此一「過當性」的測試，被學者認為食品安全的管制必須考慮貿易優先性 (trade optimization)，也隱含著完全是出於貿易自由化的考量³⁶。至於有關本條之適用，「澳洲—鮭魚案 (Australia—Salmon)」小組及上訴機構，依 SPS 協定第 5.6 條註解 3 認為³⁷，控訴國在主張系爭措施違反第 5.6 條義務時，應提出「替代措施」且該措施必須符合以下三項要件：(1) 此替代措施為「合理可得」，且技術上及經濟上皆具可行性；(2) 此替代措施達成進口國的 ALOP，以及；(3) 相較原措施，此替代措施對貿易形成較低限制³⁸。以下將對三項要件分別進行解釋。

³⁴ Hanna Schebesta & Dominique Sinopoli, *The Potency of the SPS Agreement's Excessivity Test: The Impact of Article 5.6 on Trade Liberalization and the Regulatory Power of WTO Members to take Sanitary and Phytosanitary Measures*, 21(1) J. OF INT'L ECONOMIC LAW, 123, 123 (2018).

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.* at 124.

³⁷ Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, art. 5.6, footnote 3 [hereinafter SPS agreement], (providing that: "For purposes of paragraph 6 of Article 5, a measure is not more trade-restrictive than required unless there is another measure, reasonably available taking into account technical and economic feasibility, that achieves the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection and is significantly less restrictive to trade.").

³⁸ Appellate Body Report, *Australia — Measures Affecting Importation of Salmon*, ¶ 194, WTO Doc. WT/DS18/R (adopted Nov. 6, 1998).

針對「技術及經濟上可行性」此一要件，目前所有的 SPS 案例中所提出之替代措施，均被認定符合本要件³⁹。若是該替代措施已於政府報告中作為政策選項，或是其已實行於控訴方或被控訴方境內，一般即認定滿足此要件⁴⁰。SPS 協定第 5.6 條與關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Trade and Tariff, GATT) 第 20 條第 b 款之必要性分析，表面上相當類似，皆應確認替代措施措施是否「合理可得」，然而相較後者，SPS 協定第 5.6 條「合理可得性」解釋上較為寬鬆，僅「預估 (in an abstract sense)」該替代措施是否具實行之可能性⁴¹，且應根據不同案例事實進行認定，例如所適用 SPS 措施之特性、替代措施的風險評估、技術及經濟上的可行性考慮在內⁴²。

針對「達成被控訴國之保護水準」此一要件，即是關於該替代措施是否符合進口國之 ALOP，其中有關如何認定 ALOP 之達成標準為長期研究及最難舉證之處。本要件的判斷流程有可細分為三項：判定該進口國的 ALOP、判定控訴方之替代措施所能達到的保護水準、該替代措施的保護水準是否能滿足該進口國之 ALOP⁴³。SPS 協定附件 A 第 5 項，將 ALOP 定義為會員為了保護國民與動植物之生命安全與健康，訂定 ALOP 作為檢疫或檢驗標準之建立依據。因此，ALOP 與所採用之 SPS 措施兩者並不相同，SPS 措施為一達到 ALOP 之方法，且兩者間應具有合理關係⁴⁴，換句話說，ALOP 如同係立法目的，SPS 措施則為實現或滿足該目的之手段⁴⁵。「澳洲—鮭魚案」上訴機構報告提到，會員國負有義務訂定符合 SPS 協定之 ALOP，表達該會員可接受數量、程度及範圍之門檻，使控訴方清楚其欲達到的食品安全及動物檢疫保護水準⁴⁶。即便如此，仍有許多案例之爭議肇因於會員 ALOP 模糊且無清楚定義⁴⁷。小組審查時，將會預期透過被控訴國提出之 ALOP 進行判斷，惟小組審查並非受該 ALOP 拘束，仍應根據所有的證據及爭點查明系爭措施所隱含的 ALOP⁴⁸。若是該進口國未定義其 ALOP，則可藉由其所採取之 SPS 措施進行推論，以防止該會員國逃避其在 SPS 協定第 5.5 條

³⁹ Hanna Schebesta & Dominique Sinopoli, *supra* note 34, at 131.

⁴⁰ *Id.* at 132.

⁴¹ *Id.* at 133.

⁴² PETER VAN DEN BOSSCHE & WERNER ZDOUC, *THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION: TEXT, CASES AND MATERIALS* 965 (4d ed. 2017).

⁴³ Appellate Body Report, *Australia – Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand*, ¶ 368, WTO Doc. WT/DS367/R (adopted Dec. 17, 2010).

⁴⁴ Kevin C. Kennedy, *Resolving International Sanitary and Phytosanitary Disputes in the WTO: Lessons and Future Directions*, 55 *FOOD & DRUG L.J.* 81, 97 (2000).

⁴⁵ Appellate Body Report, *Australia – Salmon*, ¶ 200.

⁴⁶ Appellate Body Report, *Australia – Salmon*, ¶ 199; Panel Report, *India – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, ¶ 7.562, WTO Doc. WT/DS430/R (adopted June 19, 2015).

⁴⁷ Hanna Schebesta & Dominique Sinopoli, *supra* note 34, at 134.

⁴⁸ Panel Report, *India – Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*, ¶ 5.221, WTO Doc. WT/DS430/R (adopted June 19, 2015).

及第 5.6 條之義務⁴⁹。

針對「較低貿易限制效果」此一要件，係在檢驗替代措施是否對貿易具有足夠的正面影響。SPS 協定第 5.6 條註腳 3 明定，相較於原措施，替代措施需「明顯地 (significantly)」造成較少貿易限制，「明顯地」意味著「重要地、明顯地、具因果關係地」⁵⁰。故，替代措施所造成的明顯貿易改善，須符合「微量 (*de minimis*)」貿易限制門檻，並非任何貿易增加情況皆符合此要件，而是須超越特定門檻⁵¹。「澳洲—鮭魚履行審查案 (Australia—Salmon Article 21.5)」及「日本—農產品案 (Japan—Agricultural Products)」之解釋，均認為此要件乃是確定該替代措施之實施，確實使市場進入之機會實質地提升，如前案小組則是判斷該替代措施，是否明顯地導致鮭魚產品大量地進入市場⁵²。

二、本案小組針對措施是否造成不必要貿易限制之判定

本案之小組於進行第 5.6 條之審查，以「澳洲—鮭魚案」所提到的三要件為主軸，並輔以「澳洲—蘋果案 (Australia—Apples)」針對 ALOP 之判定基準⁵³。日本主張韓國 4 項受控訴之措施違反 SPS 協定第 5.6 條，並針對韓國現行措施提出「僅檢測銻和碘含量是否超過韓國之標準 100 貝克/公斤⁵⁴，若有超標之情形則不得輸入」之替代措施⁵⁵。韓國則提出程序性抗辯，其認為銻含量之檢測已實施於日本食品之進口，日本提出之替代措施不得與韓國原措施具有相同之處，因此不應視為另一措施⁵⁶。然小組卻認為應視日本之替代措施是否得「替代 (substitute)」原措施，且符合 SPS 第 5.6 條之三項要件，若皆滿足則得視為「另一措施」⁵⁷。

首先，針對「技術及經濟上可行性」此一要件，小組認為韓國已對日本食品採取銻和碘含量之邊境檢測，而日本並未對韓國此措施提出抗辯，因此小組認定日本已證明該替代措施於技術及經濟上可行⁵⁸。其次，小組先針對「較低貿易限制效果」此一要件進行分析，小組提到，依「印度—農產品案」見解，任何對於

⁴⁹ Appellate Body Report, *Australia—Salmon*, ¶ 207.

⁵⁰ Panel Report, *Australia—Apples*, ¶¶ VII.1261, VII.1264.

⁵¹ Hanna Schebesta & Dominique Sinopoli, *supra* note 34, at 138.

⁵² PETER VAN DEN BOSSCHE & WERNER ZDOUC, *supra* note 42, at 967.

⁵³ Panel Report, *Korea — Radionuclides (Japan)*, ¶¶ 7.116, 7.119.

⁵⁴ 針對放射性核種含量之標準，日韓雙方皆參照 Codex 「放射性核種含量限值標準 (Guideline Levels for Radionuclides in Foods Contaminated Following a Nuclear or Radiological Emergency, Codex Radionuclide GLs)」並以貝克/公斤 (Bq/kg) 計量；Panel Report, *Korea — Radionuclides (Japan)*, ¶ 2.28.

⁵⁵ *Id.* ¶ 7.123.

⁵⁶ *Id.* ¶ 7.125.

⁵⁷ *Id.* ¶ 7.126.

⁵⁸ *Id.* ¶ 7.149.

進口設立條件的替代措施，縱使該條件相當嚴苛，其貿易限制效果仍明顯低於進口禁令⁵⁹。韓國僅抗辯該替代措施相較於「其他放射性核種檢測程序」並未具有「明顯較低貿易限制效果」，其未對進口禁令進行相同抗辯⁶⁰。相較其所提出的替代措施，日本認為韓國所採行的「其他放射性核種檢測程序」須花費多餘的時間和金錢，且無存在之必要性⁶¹。韓國則表示時間成本乃是受限於現行科技與設備，並非出於貿易限制之理由。然小組認為韓國境內檢測機構非常少，無法確定其得否有符合商業規模下之運作效率以及檢驗程序是否能趕上易腐爛食品之嚐鮮時間限制。由於韓國並未針對此進行抗辯，因此小組認為日本所提之替代措施確實造成較少之貿易限制⁶²。

針對「達成被控訴國之保護水準」此一要件，韓國主張其 ALOP 是在「每年 1 毫西弗」上限標準之下，追求對人體健康更高的保護，並非「每年 1 毫西弗」本身⁶³。然而，經小組觀察，除了受控訴措施外，韓國對大部分之食品，皆以「每年 1 毫西弗」作為放射性核種含量之上限，小組因此認定「每年 1 毫西弗」即為韓國之 ALOP⁶⁴。

小組接下來針對日本提出之替代措施進行分析，其中韓國與日本對放射性核種之檢測標準相同，針對放射性核種之檢測標準皆遵守 Codex，僅有銫之含量皆採用 100 貝克/公斤（比 Codex 之標準低 10 倍）⁶⁵。由日本所提供之測試結果顯示，漁產品與農產品若銫含量低於 100 貝克/公斤，同樣代表著其他放射性核種也低於 Codex 標準，許多專家也對此表示認同⁶⁶。關於小組提出「每年 1 毫西弗」的 ALOP，依照專家見解，除了食用極大量高污染食品之外，若僅是食用一定量之低污染漁產品，甚至一年內皆食用來自日本之食品，銫 137 之年平均值仍不會超過「一年 0.5 毫西弗」，小組由此充分推定，食品銫含量低於 100 貝克/公斤得以達到「每年 1 毫西弗」之年平均值，甚至更低⁶⁷。

且依日本提出之數據，日韓人民食品種類攝取量原則上相似，因此日本得以國內飲食之輻射劑量調查，衡量韓國消費者之潛在輻射劑量。日本提出其產品於福島電廠事故發生前，僅佔韓國市場百分之 0.37，經專家表示，即使日本出口產

⁵⁹ Panel Report, *India—Agricultural Products*, ¶ 7.590.

⁶⁰ Panel Report, *Korea — Radionuclides (Japan)*, ¶ 7.150.

⁶¹ *Id.* ¶ 7.151.

⁶² *Id.* ¶¶ 7.155-7.156.

⁶³ *Id.* ¶ 7.163.

⁶⁴ *Id.* ¶¶ 7.163, 7.172, 7.173.

⁶⁵ *Id.* ¶ 7.198.

⁶⁶ *Id.* ¶ 7.225.

⁶⁷ *Id.* ¶ 7.236.

品增加，如韓國市場上所有漁產品皆來自日本，這些產品之輻射劑量仍不會超過「每年 1 毫西弗」之標準⁶⁸。最後，韓國適用 ALOP「每年 1 毫西弗」時，乃參照 Codex 20 項放射性核種含量之標準（除了銫之外），反映若低於這些標準，則代表該食品對人體吸收並非有害⁶⁹。由此推知，日本所提出之替代措施得達到韓國之 ALOP。

雖然日本替代措施已被證明可滿足第 5.6 條之三項要件，然而涉及不同之系爭措施之適用上，仍有不相同的狀況。如針對 2011 年檢測標準，由於措施實施當下處於緊急情況，故行政機關無法確定事故波及範圍，以及被釋放之放射性核種種類⁷⁰。針對 2012 年特定產品禁令，日本亦無法提出來自特定地區的阿拉斯加鱈魚和太平洋鱈魚之放射性核種含量。據此，由於缺乏相關數據，故小組認為日本無法證明，替代措施能達到上述兩項措施之保護水準，並認定此兩項措施於採用當時並無違反 SPS 協定第 5.6 條⁷¹。自 2013 年起的數據即充分確認銫含量持續地低於 100 貝克/公斤，且銨和鈾皆未被偵測接近 Codex 標準，甚至可以說，在替代措施實行之下，即便食用百分之百來自日本之食品，對人體之年劑量也少於 1 毫西弗，而日本食品於韓國市佔率不大，對韓國消費者之影響便更小⁷²。綜上所述，小組認為 2013 檢測標準、全面性禁令（除了來自福島和茨城之太平洋鱈魚之外，因日本當時認為其有風險，仍設有禁令）於採用當時違反 SPS 協定第 5.6 條⁷³。該 4 項措施目前仍維持至今，然因 2013 年起，日本之替代措施經科學證據顯示，得取代受控訴之 4 項措施，因此 4 項措施的持續施行，皆因替代措施之存在而違反 SPS 協定第 5.6 條⁷⁴。

三、評析

SPS 協定第 5.6 條雖作為必要性把關條文，然而其制定目的更偏向「純粹的」貿易自由化。有學者批評，在「技術及經濟上可行性」判斷上，小組常未對替代措施進行成本效益分析或考量比例原則（proportionality），例如被控訴會員採取替代措施可能花費的成本，與其貿易獲利之衡量性判斷⁷⁵，而可能僅考量替代措施之「實施可能性」而忽略其「合理可得性」。然本案中，日本所提出之替代措

⁶⁸ *Id.* ¶¶ 7.233, 7.237.

⁶⁹ *Id.* ¶ 7.240.

⁷⁰ *Id.* ¶¶ 7.84, 7.242.

⁷¹ *Id.* ¶ 7.254.

⁷² *Id.* ¶¶ 7.243, 7.244.

⁷³ *Id.* ¶¶ 7.251, 7.253.

⁷⁴ *Id.* ¶¶ 7.254, 7.256.

⁷⁵ Hanna Schebesta & Dominique Sinopoli, *supra* note 34, at 144-145.

施與韓國原措施部分相同，因此應無此問題存在。

針對「較低貿易限制效果」中何謂「明顯的」較低貿易限制，應代表替代措施帶來重大的貿易利益，若是替代措施未清楚表明「極大的 (excessive)」較低貿易限制，或是僅少量地減少貿易限制，則於比例原則判斷之下，皆無法通過必要性之檢驗⁷⁶。然而針對過往案例與本案，小組或上訴機構多以時間、花費或勞力成本以及市場進入機會作為貿易限制判斷依據⁷⁷，並未將比例原則納入考量範圍，僅表示貿易限制之減少判斷應超過「微量」門檻，也未精準地定義，此有可能會需要依據個案來判斷，但我們也可以對此議題持續觀察於後續的案件中，小組或上訴機構是否會發展出判斷之新依據，使得減少不必要貿易障礙之要件更趨完整。

於 SPS 協定第 5.6 條要件中，替代措施之辨識及有效性常依個案判斷，並缺少法律適用上之可預見性。案例法中的原告所提出的替代措施，一般可分為四種類型：依據國際標準而定、依據現行已實施之法規、科學及技術上解決方法、以及私部門的措施⁷⁸。於「美國—家禽案 (US-Poultry (China))」，因美國將中國之家禽產品排除於進口名單外，中國因此以美國適用於其他會員國之進口核可程序為替代措施，然而該案小組以中國之產品具有不確定風險，因此無法僅以推理方式審理 SPS 協定第 5.6 條，應輔以相關科學評估證據⁷⁹。本案與「美國—家禽案」相同，皆以現行已實施之法規作為替代措施，然而日本所提出的替代措施，除了修改韓國現行措施，同時提出科學證據以及 Codex 標準，證明其漁產品和農產品於符合該替代措施之標準下，其他放射性核種風險皆大幅度降低，因此該替代措施確實消除韓國針對其他放射性核種風險之疑慮，並代表韓國原措施確實得以貿易限制較低之替代措施所取代。由於替代措施判斷具高度多樣性及不確定性，且常為上訴之理由，並引起許多爭端，因此有學者建議，應將「替代措施之辨識及有效性」獨立於 SPS 協定第 5.6 條審查要件之外⁸⁰，建立完整的審查機制。

由於本案小組基本上均參考過往案例進行第 5.6 條之解釋與適用，故上述所提涉及本條各構成要件的一些疑慮，似乎沒有得到進一步的澄清。

⁷⁶ *Id.* at 145.

⁷⁷ *Id.* at 140.

⁷⁸ *Id.* at 142-143.

⁷⁹ Panel Report, *United States — Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China*, WTO Doc. WT/DS392/R, ¶ 7.321.

⁸⁰ Hanna Schebesta & Dominique Sinopoli, *supra* note 34, at 144.

肆、SPS 協定第 2.3 條——造成專斷及不正當歧視，並構成隱藏性貿易限制

本段先簡介 SPS 協定第 2.3 條於該協定中之定位，並整理參考文獻與過往案例中對本條所賦予之意義與檢驗要件，接著介紹本案小組針對本條所做出之認定，最後分析本案小組於本條的解釋與適用上，與過往案例是否相同，以及據此提出適用本條時應特別注意之處。

一、SPS 協定第 2.3 條之意義與構成要件

SPS 協定第 2.3 條規定，會員須確保 SPS 措施，未於相同或相似條件會員間（包括於措施實施國與其他國家間）造成專斷及不正當歧視，該措施亦不得造成隱藏性貿易限制⁸¹。值得注意的是，SPS 第 5.5 條係在要求會員應避免對「不同情況」之國家，以專斷或不正當之方式區隔保護水準⁸²。由於第 5.5 條義務與第 2.3 條之要件有所重疊，故一般定義其為第 2.3 條之子條文，當違反第 5.5 條也同時推定違反第 2.3 條⁸³。

SPS 協定第 2.3 條包含兩項不同的義務，第一句為不歧視原則，第二句則要求 SPS 措施的適用不得造成隱藏性貿易限制。本條基本原理即分成兩個層次，除在防止措施以保護主義為由而非正當理由實施外，亦期待國家間若遇到相同或相似的風險，得以適用具一致性的法規⁸⁴。與 GATT 的不歧視原則認定不同，SPS 協定第 2.3 條基於 SPS 措施之特性，分析的重點在於進口會員國之 SPS 措施實行情況，而非以產品為核心。因此，第 2.3 條第一句的不歧視原則並不適用 GATT 下之不歧視原則中有關同類產品的要件，其比較的對象包含具有同樣健康風險之

⁸¹ SPS Agreement art. 2.3, (providing that: “Members shall ensure that their sanitary and phytosanitary measures do not arbitrarily or unjustifiably discriminate between Members where identical or similar conditions prevail, including between their own territory and that of other Members. Sanitary and phytosanitary measures shall not be applied in a manner which would constitute a disguised restriction on international trade.”).

⁸² SPS Agreement art. 5.5, (providing that: “With the objective of achieving consistency in the application of the concept of appropriate level of sanitary or phytosanitary protection against risks to human life or health, or to animal and plant life or health, each Member shall avoid arbitrary or unjustifiable distinctions in the levels it considers to be appropriate in different situations, if such distinctions result in discrimination or a disguised restriction on international trade. Members shall cooperate in the Committee, in accordance with paragraphs 1, 2 and 3 of Article 12, to develop guidelines to further the practical implementation of this provision. In developing the guidelines, the Committee shall take into account all relevant factors, including the exceptional character of human health risks to which people voluntarily expose themselves.”).

⁸³ Julia Ya Qin, *Defining Nondiscrimination Under the Law of the World Trade Organization*, 23 B.U. INT'L L.J. 215, 274 (2005).

⁸⁴ LUKASZ GRUSZCZYNSKI, REGULATING HEALTH AND ENVIRONMENTAL RISKS UNDER WTO LAW: A CRITICAL ANALYSIS OF THE SPS AGREEMENT 247 (2010).

不同產品在 SPS 措施下所受到的待遇是否一致⁸⁵。

SPS 協定第 2.3 條之案例法較為有限，僅說明原則性事項。於「澳洲—鮭魚履行審查案」中，確立 SPS 協定第 2.3 條審查上的三項累積要件，分別為：(1) 措施針對不同會員國間（排除採取措施之會員國）、或採取措施之會員國與其他會員國間造成歧視；(2) 該歧視具專斷或不正當歧視之情形；(3) 相比較之會員國間具有相同或相似狀況⁸⁶。誠如上段所述，第 2.3 條下「造成歧視」之定義較為廣泛，故在判斷上要符合第一個要件比較容易，因此須繼續判斷其餘兩項要件。針對「歧視為專斷或不正當」之要件，解釋上須符合 GATT 第 20 條前言之意義⁸⁷，而「歧視」此一要件的分析著重於該措施是否損害來自不同來源地產品之競爭關係，故在適用上看似公平與公正的措施，也可能因其施行上的細節規範（the detailed operating provision）而構成專斷或不正當歧視⁸⁸。針對「會員情況相同或相似」之要件，「相似」意味著「同類或同質的內容和架構、具有相似處、為相同種類或本質」⁸⁹。然而，目前尚未有案例法針對判斷會員間具相似情況之要件進行說明，而使此要件在判斷上常因個案而定⁹⁰。

二、本案小組針對措施是否造成不正當、專斷歧視之判斷

本案小組同樣提到，依據例如「澳洲—鮭魚案履行審查案」等過往案例，SPS 協定第 2.3 條得以三項累積性要件作為是否違反之判定標準，根據先前案例之判斷流程，本案小組先針對「會員情況相同或相似」進行分析⁹¹。就日韓雙方針對「會員情況相同或相似」之抗辯，日本認為其出口至韓國之食品與其他會員之食品具相同之輻射風險，卻於韓國邊境適用不同之標準和禁令，因此認為韓國之相關措施違反 SPS 協定第 2.3 條，造成專斷及不正當之歧視，並構成隱藏性貿易限制。韓國則回應，應以產品來源地作為是否「具相同或相似情況」之判斷，而非產品本身之條件，且援引印度—農產品案限縮判斷之相關條件僅限於生態及環境有關⁹²。小組不同意韓國之意見，其回歸 SPS 協定第 2.3 條之條文及管制目的，認為不歧視原則為 SPS 協定中最基本的義務與權利之一，因此適用各式各樣之

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Panel Report, *Australia – Salmon (Article 21.5 – Canada)*, ¶ 7.111.

⁸⁷ Panel Report, *India–Agricultural Products*, ¶ 7.400.

⁸⁸ Panel Report, *Russian Federation – Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union*, ¶ 7.1318, WTO Doc. WTO/DS475/R (adopted Aug. 19, 2016).

⁸⁹ Panel Report, *Measures Affecting the Importation of Animals, Meat and Other Animal Products from Argentina*, ¶ 7.572, WTO Doc. WTO/DS443/R (adopted Aug. 31, 2015); Panel Report, *Russia–Pigs (EU)*, ¶ 7.1302.

⁹⁰ LUKASZ GRUSZCZYNSKI, *supra* note 84, at 249.

⁹¹ Panel Report, *Korea – Radionuclides (Japan)*, ¶¶ 7.258-7.259; Panel Report, *Australia – Salmon (Article 21.5 – Canada)*, ¶ 7.111.

⁹² *Id.* ¶¶ 7.264, 7.271.

SPS 措施，並依個案進行不同的解釋，然韓國將 SPS 協定第 2.3 條之適用範圍解釋為措施僅限於與環境有關，甚為不妥，另外，印度—農產品案中確實承認一國之疾病風險，得視為本條判斷要件之一，然而產品來源地之特性並為唯一的要件，因此小組認為「會員情況相同或相似」此一要件，未將「產品風險」排除於相關情況之認定⁹³。

就「會員情況相同或相似」之要件而言，日本認為因過去曾發生大量放射性核種釋放至大氣層中，因此其食品與其他會員國之放射性核種含量相同，小組認為「相關情況」應比較日本與其他會員國之食品間，是否有類似可能性受到鈾、碘、銻和鈾之污染，且該污染值低於韓國之標準⁹⁴。小組承認福島電廠事故排放至海洋之污水確實無法忽視其影響，然而在此事故前，已有許多放射性核種釋放至大氣層中，也具有污染全球其他食品之潛在性⁹⁵。日本除了針對 4 項措施提出控訴外，也認為 4 項措施仍持續實施甚為不妥，因此小組將先探討個別 4 項措施是否具相似情況，再審查至 2015 年 9 月 28 日小組成立時，這 4 項措施之維持是否具相似情況⁹⁶。

針對 2011 檢測標準，因事故發生後，日本受影響地區之食品相較於其他會員國之食品，鈾含量確實大幅度增加⁹⁷，因此無法認定兩者間具「相似情況」；針對 2012 特定產品禁令，因日本國內當時採取同樣的市場流通禁令，表示日本官方認為該禁令涵括之產品具高風險，另外，日本並未抗辯特定產品禁令實施的時間點，反而強調 2013 年 10 月後食品抽樣已低於 100 貝克/公斤，因此小組認為日本未對這些產品於 2012 年是否符合韓國標準盡其舉證責任⁹⁸。針對 2013 全面性禁令⁹⁹，依據日本提供之樣本數據顯示，日本食品於措施實施時，除了來自福島和茨城的太平洋鱈魚之外，其他漁產品之鈾含量確實低於 100 貝克/公斤。針對 2013 檢測標準，因其適用於所有來自日本的產品，小組便針對所有日本產品以及不同種類的產品進行分析，數據顯示當時僅有約百分之 1 之產品不符合鈾含量 100 貝克/公斤之標準¹⁰⁰，因此整體上所有來自日本的產品皆符合鈾含量 100 貝克/公斤之標準。因此，小組判定 2013 檢測標準和全面性禁令實施當下，日本

⁹³ *Id.* ¶¶ 7.274, 7.267-7.271, 7.267.

⁹⁴ *Id.* ¶ 7.283.

⁹⁵ *Id.* ¶ 7.291-7.292.

⁹⁶ *Id.* ¶ 7.300.

⁹⁷ *Id.* ¶ 7.301.

⁹⁸ *Id.* ¶ 7.302.

⁹⁹ 原全面性禁令包含來自 8 縣的 28 項產品，然日本未對來自福島和茨城的大西洋鱈魚盡舉證責任，因此在第三部分之「2013 全面性禁令」僅包含 27 項產品。

¹⁰⁰ Panel Report, *Korea — Radionuclides (Japan)*, ¶¶ 7.303, 7.305.

與其他會員國之食品具「相似之情況」。

針對 2011 至 2013 全面性禁令及輻射檢測標準仍維持至今，日本提出 2015 年國內食品銻含量之報告，顯示其含量已持續地下滑，甚至低於韓國銻含量標準 100 貝克/公斤¹⁰¹。由此，小組認定日本針對 2013 全面性禁令和檢測標準與 4 項措施之維持¹⁰²，確實證明其超過銻含量 100 貝克/公斤之可能性較低¹⁰³。針對其他會員國之產品，因核彈測試失敗以及 1986 年車諾比核災排放至大氣層中之銻含量，儘管微量，卻仍可能移轉至食品中，數據顯示非日本之漁產品銻含量約為 0.23 至 16 貝克/公斤，專家將其與日本產品比較，認為兩者之銻含量皆有低於 100 貝克/公斤之可能性，而針對特定高風險性產品，尤其是野生動植物產品，日本及其他會員國皆有超標之可能性，又專家認為福島核電廠事故排放之銻和鈾皆為少量¹⁰⁴。因此，小組判定 4 項措施維持之情況下，日本與其他會員國之食品具「相似之情況」，並再個別分析是否造成專斷及不正當歧視。

根據「措施造成歧視」之要件，由於 2012 特定產品禁令及 2013 全面性禁令之限制，使得日本無法出口和販賣相關產品於韓國市場上¹⁰⁵，而 2011 和 2013 檢測標準也僅適用於日本食品，造成其進口時之高花費及時間拖延¹⁰⁶。雖然韓國提出國內和其他會員國之食品採用銷售點進行檢驗，但其無法證明兩者間之效果具同等性¹⁰⁷，因此小組認定 2013 全面性禁令和檢測標準與 4 項措施之維持確實對日本食品造成歧視。

針對「歧視為專斷或不正當」之要件，應視其與措施目的是否具合理關聯性，小組認為進口禁令之適用，乃根據漁貨捕撈地、食品加工地或包裝地進行規範，若是一項產品之生產涉及多個縣市，將會比原產地之規範更具貿易限制性，而專家也同意僅食品加工地或包裝地為高風險郡縣，並不會影響該產品之放射性核種含量¹⁰⁸。另外，日本提出其國內漁船若於主要海域捕抓後，於該 8 郡縣加工或製造，則不得輸入至韓國，然而韓國籍或其他會員國船籍之漁船於相同海域捕魚，卻仍得流通於韓國市場，小組認為韓國此措施之原產地認定方式，與其管制目的不合¹⁰⁹。因此，小組認為以上兩項措施規範方式並無法達到該措施目的，即無法

¹⁰¹ *Id.* ¶ 7.309.

¹⁰² 4 項措施之維持是指，2011 檢測標準、2012 特定產品禁令、2013 檢測標準和全面性禁令仍維持至今。

¹⁰³ *Id.* ¶ 7.311.

¹⁰⁴ *Id.* ¶¶ 7.314, 7.319.

¹⁰⁵ *Id.* ¶ 7.324.

¹⁰⁶ *Id.* ¶ 7.326.

¹⁰⁷ Panel Report, *Korea — Radionuclides (Japan)*, ¶ 7.331.

¹⁰⁸ *Id.* ¶ 7.344.

¹⁰⁹ *Id.* ¶ 7.345.

真正防範高輻射風險食品輸入。由此，小組認定 2013 全面性禁令和檢測標準與 4 項措施之維持，確實對日本食品造成專斷及不正當之歧視和隱藏性貿易限制。

(三) 評析

首先，關於 SPS 協定第 2.3 條第二句：「禁止 SPS 措施之適用對其他會員國產生隱藏性貿易限制」，目前並未有案例法對此要件設有獨立的審查要件。「美國—家禽案」、「印度—農產品案」與本案小組均認為 SPS 協定第 2.3 條「隱藏性貿易限制」與「專斷、不正當歧視」應與 GATT 第 20 條解釋上相符，前者定義上較後者廣義，因此「隱藏性貿易限制」中涵括「專斷、不正當歧視」¹¹⁰，因此，若證明一措施造成「專斷、不正當歧視」則同時構成「隱藏性貿易限制」。本案中，日本仍對此要件提出相關證據，認為韓國政府實施銻含量和其他放射性核種檢測標準，本意為阻止日本產品之進口，而非在避免健康風險¹¹¹，惟上述主張與其「專斷、不正當歧視」抗辯和證據具重複性。儘管日本提出上述主張，小組仍未針對「隱藏性貿易限制」進行額外審查，僅以韓國相關措施違反 SPS 協定第 2.3 條第一句，而直接認定同時構成「隱藏性貿易限制」¹¹²。故，小組於此一議題上，採取與過往案例相同的作法，亦即是沒有針對「隱藏性貿易限制」單獨提出一套審查的要件。

其次，基於 SPS 措施之特性，SPS 協定第 2.3 條判斷之主要核心，並非僅限於一種產品，而是著重出口國之食品安全檢驗與動植物檢疫情況，因此第 2.3 條所規定的「歧視」涵括「不同產品」間之歧視，考量非同類產品仍可能產生相同或相似的健康風險，與 GATT 下應嚴格遵從的「同類產品」4 項判斷要件不同，由此得知 SPS 協定第 2.3 條針對目標產品判斷所採取之範圍較廣¹¹³。因此，會員國於採行 SPS 措施時，若其措施具有限制進口之效果，應將所有會導致相同健康風險之產品，一併納入科學證據搜集、法規實施評估等範圍內，並於必要時一併採行相同的 SPS 措施，由此符合 SPS 協定第 2.3 條之目的。本案小組於進行此一要件的判斷上，同樣沒有背離過往之案例對此所發展出的判準，因此，再度強化了第 2.3 條下之不歧視原則，不同於 GATT 之不歧視原則所適用的情形，於涉及所適用之產品類別時，需要考慮的不是同類性的問題，而是 SPS 措施所欲

¹¹⁰ Panel Report, *Korea — Radionuclides (Japan)*, ¶ 7.356; Panel Report, *US — Animals*, ¶ 7.575; Panel Report, *India — Agricultural Products*, ¶ 7.476.

¹¹¹ Panel Report, *Korea — Radionuclides (Japan)*, ¶ 7.357.

¹¹² *Id.* ¶ 7.359.

¹¹³ LUKASZ GRUSZCZYNSKI, *supra* note 84, at 247; Panel Report, *Australia — Salmon (Article 21.5 — Canada)*, ¶ 7.112.

處理的健康風險問題。

伍、結論

本案小組分析 SPS 協定第 2.3 條及第 5.6 條兩大爭點時，均依循過往案例針對此兩條文所發展出之構成要件，進行此兩條文的解釋與適用，再次確立過往案例法之見解，然而卻也代表既有框架某些存有的問題，仍未被解決。第一、第 5.6 條針對「明顯較低貿易限制效果」之認定，過往的案例法中僅表示須超過「微量」門檻，但未給予較為明確的定義，而關於「替代措施之檢驗及有效性」仍缺乏完整的審查基準，須待後續案件對相關爭議進行處理。第二、第 2.3 條第二句所提及之「隱藏性貿易障礙」，同樣於本案中沒有予以獨立審查。除此之外，WTO 會員於訂定或施行 SPS 措施時，需留意第 2.3 條之不歧視原則所涵括的產品範圍，並非限於「同類產品」或「直接競爭及可替代之產品」，而是著重「造成相同 SPS 風險之產品」。目前韓國已於 2018 年 4 月 9 日針對本案提起上訴，上訴機構是否進一步闡述上述爭議仍有待後續觀察。但本案對我國來說更具另一層意義，因我國與韓國皆因 2011 年福島電廠事故，對日本核災區食品實施相似措施，於時空背景和相關事實存有一定的相似性及對照性，因此本案針對韓國措施之建議以及看法，將可能得以作為我國相關措施是否需要調整之借鏡。