

金融服務貿易下審慎例外之解釋、 適用與發展

李思儀*、陳在方**

綱 要

- | | |
|----------------------------|----------------------------|
| 壹、GATS 金融服務附件之審慎例外之規範內容與適用 | 參、TiSA |
| 一、前提問題：適用審慎例外之措施 | 一、審慎措施之標題用語 |
| 二、金融服務附件第 2 條(a)項前段 | 二、基於審慎例外而「採取」或「採行或維持」措施之爭議 |
| 三、在金融服務附件第 2 條(a)項後段 | 肆、CPTPP |
| 貳、U.S. Model BIT | 一、正當化範圍 |
| | 二、審慎例外實體規定 |
| | 三、爭端解決 |
| | 伍、結 論 |

服務貿易的開放，可能限制國家對於特定領域的規制權限，因此於部分敏感的領域，存在保留特定的政策空間之必要性。審慎例外即屬於金融服務領域下的重大保留，國家金融主管機關得依據此一保留，基於審慎之理由而採取管制措施。此議題屬於貿易、投資和金融三者交錯之問題，並牽涉全球貿易、區域議題和內國管制等領域。當跨國經濟行為以貿易和投資兩種形態

* 禾同國際法律事務所法務專員。

** 國立交通大學科技法律學院助理教授。

與內國金融服務法規互動時，由於不同法規範間的核心立法精神有所不同，其解釋與適用如何取得其平衡點，即屬於極為重要的問題。是以，考量審慎例外的採行及解釋對往後政策的影響，如何在既有的貿易與投資法規框架下和諧適用審慎例外勢必成為談判之重點。易言之，在貿易、投資、金融法規三者互相重疊的領域中，決策者更需要依賴體現法律秩序價值之例外條款來調整既有框架規範對於國內管制空間之限制（註一）。

審慎例外如何在跨國金融服務業規範和投資框架下確立國家之管制空間，乃近二十年來越來越受到重視的核心問題。審慎例外於世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）下之「服務貿易總協定（General Agreements on Trade in Services, GATS）」中之解釋與適用，係極具關鍵性之議題。而審慎例外此一保留架構經由自由貿易協定所採納之情形與發展亦值得關注。近年來，國際貿易的整合與發展面對諸多挑戰（註二），以「跨太平洋夥伴協定（Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP）」為例，其談判過程凸顯重大轉折與動盪（註三）。該協定在經歷 2017 年年初美國退場後，轉型為「跨太平洋夥伴全面進展協定（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP）」，成員國並於越南岷港達成一致見解，除凍結部分條款外，將持續 CPTPP 的談判，並將繼續左右國際經濟法的發

註一：Martti Koskeniemi, *The Lady Doth Protest Too Much-Kosovo, and the Turn to Ethics in International Law*, THE MODERN L. REV. 159, 159-75 (2002).

註二：Every Silver Lining Has A Cloud, THE ECONOMIST (2015/10/10), available at <http://www.economist.com/news/leaders/21672214-sealing-pacific-trade-deal-welcome-spare-cheers-every-silver-lining-has> (last visited Oct. 15, 2015).

註三：「跨太平洋夥伴協定」（Trans-Pacific Partnership），為涵蓋亞洲及太平洋地區 12 國的大型自由貿易協定。其前身為智利、紐西蘭、新加坡、汶萊四國（Pacific 4, P4）所簽屬的「跨太平洋戰略經濟夥伴協定」（Trans-Pacific Strategic Economic Partnership Agreement, TPSEP）。其後在 2008 年，美國宣布加入談判。後又有澳洲、秘魯、越南、馬來西亞、墨西哥、加拿大與日本等國陸續加入，使得 TPP 原本預定成為涵蓋全球人口總數 11.41%、全球 GDP 總值 38.96%（以 2012 年為基準）的超大型自由貿易協定。惟美國退出後，其未來發展即屬於極高不確定性之狀態。

展(註四)。此外，審慎例外於「國際服務貿易協定(Trade in Services Agreement, TiSA)」下之談判進展情形，亦顯現目前服務貿易談判下之問題。

為了提出有效立法建議及達到貿易投資法框架之諮詢作用，本文嘗試自審慎例外的發展、解釋與適用探討其規範意義。本文於第壹章觀察審慎例外於 GATS 下之發源、解釋與適用。其後並於第貳章、第參章與第肆章分別討論審慎例外於在美國雙邊投資協定範本 (U.S. Model Bilateral Investment Treaty, U.S. Model BIT) (註五) 下之演進過程、於 TiSA 中之談判爭議以及於 CPTPP 中的規範，以整理出此一議題的發展脈絡。第五章為結論。

壹、GATS 金融服務附件之審慎例外之 規範內容與適用

GATS 金融服務附件 (Annex on Financial Services) 第 2 條係就國內規章 (Domestic Regulation) 加以規定，此規定係基於金融服務涉及存款人與投資者利益之保障，與社會與政治穩定有重大關連，各國因此均設有規定以要求金融機構遵守一定之規範，以確保存款大眾或投資人的利益，然而類此國內規章，常構成對於金融機構運作或服務提供之限制，而必須加以規定以明確化主管機關的管制空間及其與 GATS 相關義務間的關係 (註六)。本章首先分析 GATS 下之審慎例外規範，對於審慎例外之原始架構有所認識，並以投資法之角度分析制訂審慎例外的其他可能和解釋的切入角度。

註四：「TPP 起死回生 11 國達成協議改名 CPTPP」，聯合新聞網，<https://udn.com/news/story/11311/2813359> (最後瀏覽日：2017/11/18)。

註五：美國貿易代表署網站 <https://ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties> (最後瀏覽日：2015 年 08 月 26 日)。U.S. Model BIT 本身實際上並不具有國際法上拘束之效力，其作用乃在設立美國對外進行雙邊投資協定談判之框架基礎，使其得共同與夥伴國家運作市場導向之政策。

註六：羅昌發，國際貿易法，頁 490-491 (2010)。

各國政府對於金融服務業之干預與管制型態眾多（註七），確有違反各國於 GATS 下義務之可能性，但政府對金融產業之管制實有其必要性。為了保留各國對於金融服務的管制空間，GATS 提供審慎例外之規定，此係貿易規範中於特定情況下容許金融服務之干預的條款，係屬於 GATS 下義務之例外規定（註八）。這項足以正當化對於金融服務干預之例外條款，體現 WTO 會員對金融活動管制的重視。貿易法下的審慎例外乃專門處理金融管制下審慎規範概念之例外條款，亦即各個 WTO 會員對金融業實施之審慎規範若有牴觸貿易法之情事時，則由貿易法上之審慎例外正當化其違法性。

GATS 金融服務附件第 2 條(a)項即係就審慎例外加以規定，此乃貿易法體系中首次納入審慎例外之規定。其規定為「不論本協定其他規定如何，會員均不應被禁止基於審慎理由而採取措施，其包括為保護投資人、存款人、保單持有人、或金融服務提供者對其負有忠實義務的人而採取的措施，或為確保金融體系之健全與穩定而採取的措施。如此類措施不符合本協定的規定時，不得以之作為規避該會員於本協定下之承諾或義務的手段（註九）。」

此一規定成為「審慎例外」在貿易法下之主要規範模式，即前段透過審慎理由允許違反貿易法義務之措施，後段則設有要件以控制系爭措施，以避免審慎措施之濫用。此架構亦陸續現身於近年之投資條約中，故本文以下亦

註七：Council for Trade in Services, Background Note by the Secretariat: Financial Services, S/FIN/W/72 (02 Dec., 1998).

註八：Armin von Bogdandy & Joseph Windsor, Annex on Financial Services, in *WTO – Trade in Services* (Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 6) 618, 634 (Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Clemens Feinäugle eds., 2008).

註九：GATS Annex on Financial Services art. 2(a): “Notwithstanding any other provisions of the Agreement, a Member shall not be prevented from taking measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Member's commitments or obligations under the Agreement.”

將以 GATS 之規範模式作為審慎例外討論之主要架構（註十）。

對於審慎例外之具體適用的理解，應就 WTO 之案例具體觀察之。WTO 爭端解決機制首次處理此一議題，係於巴拿馬所提出控訴之阿根廷金融服務案（*Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services*）（註十一）。該案涉及甚多阿根廷之稅法及金融服務措施，其中兩項措施涉及是否構成 GATS 第 2 條（最惠國待遇義務）或第 16 條（市場通路）之義務違反。阿根廷於本案除主張其措施並未違反該等義務外，如小組認定有義務之違反情形時，並主張依據 GATS 金融服務附件第 2 條(a)項下之審慎例外作為抗辯。巴拿馬則主張審慎例外並不適用於此二措施。就此而言，該案小組提出三項審慎例外之判斷基準：(1)系爭措施影響金融服務之提供（measures affecting the supply of financial services）（註十二），(2)系爭措施之採行係基於審慎理由，以及(3)系爭措施非用以規避本協定之義務或承諾之手段（註十三）。其中第一個要件係屬審慎例外適用之前提問題，第二個要件係基於金融服務附件第 2 條(a)項前段之規定，第三個要件係基於本條項後段之規定。本文以下依序分述之。

一、前提問題：適用審慎例外之措施

審慎例外適用的第一個前提要件，係關於何種措施得以適用審慎例外加以正當化之問題。在阿根廷金融服務案中，涉及此一範圍是否應受金融服務

註十： Anne Von Aaken & Jurgen Kurtz, Can International Economic Law Constrain Protectionism?, in *EFFECTIVE CRISIS RESPONSE AND OPENNESS: IMPLICATIONS FOR THE TRADING SYSTEM*, 63 (Evenett, S., Hoekman, B. & O. Cattaneo ed., Center for Economic Policy Research 2009).

註十一： Appellate Body Report, *Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/AB/R, (adopted 14 Apr. 2016). [Hereinafter AB Report, *Argentina-Financial Services*]; Panel Report, *Argentina-Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/R, (30 Sep. 2015). [Hereinafter Panel Report, *Argentina-Financial Services*].

註十二： Panel Report, *Argentina-Financial Services*, supra note 11, ¶ 7.825.

註十三： Id. ¶ 7.821.

附件第 2 條(a)項標題（國內規章）之限制，進而限縮得以援引審慎例外正當化義務違反之措施範圍的爭論。

有關係爭措施是否屬於「影響金融服務提供」，巴拿馬主張檢驗標準應以金融服務附件 2(a)之標題「國內規章（Domestic Regulation）」判斷之。亦即，系爭措施必須符合 GATS 第 6 條「國內規章」之意義方得落入審慎例外之範疇。其主要理由為金融服務附件所涵蓋之議題較 GATS 為限縮，且二者多對條文採取相同標題，在解釋上應互相呼應。再者，因標題與內文具有直接關係，除非條文對於國內規章另有定義，否則同一名詞應採取相同之解釋，以避免造成條文之衝突適用。是故，巴拿馬強調審慎例外正當化之範疇，應主要依據 GATS 第 6 條國內規章規定以認定適用措施之種類（註 十四）。巴拿馬進而主張，在本案中，系爭措施所違反之義務，並非 GATS 第 6 條之國內規章，因此阿根廷之措施即不得援引審慎例外加以正當化其義務之違反。

對於巴拿馬的主張，小組以及上訴機構皆持否定見解。其依據主要為金融服務附件第 2 條(a)項係屬例外之性質，其所得正當化之條文違反，規定非常廣泛，並無特殊限制。得以依據審慎例外正當化之條文違反，係指「本協定任何其他規定（any other provisions of the Agreement）」而言，其得以涵蓋之措施並無限制（註 十五），而應包括違反 GATS 下任何義務之措施而言（註 十六）。得以適用審慎例外之措施採取廣泛之解釋，亦得以受到金融服務附件第 1 條(a)項之支持。該條項規定金融服務附件適用於「影響金融服務提供之措施（This Annex applies to measures affecting the supply of financial services.）」而言，並無任何種類之限制（註 十七）。易言之，巴拿馬之主張，

註十四：Id. ¶ 6.247.

註十五：Id. ¶ 6.254.

註十六：Id. ¶ 6.255.

註十七：Id. ¶ 6.253.

將架空審慎例外前段開頭之規定（註 十八）。縱使觀察 GATS 第 6 條各款，因為 GATS 第 6 條明文所舉之國內規章類型非常廣泛。是以，審慎例外所採用之國內規章標題，不應具備限制適用措施型態之功能（註 十九）。因此，上訴機構認為就此處審慎例外所得以正當化之措施種類，應包括任何對於附件第 1 條(a)項意義下之金融服務之提供有所影響之措施在內，而不必限於特定之 GATS 條文下之義務或承諾（註 二十）。

二、金融服務附件第 2 條(a)項前段

金融服務附件第 2 條(a)項前段規定「不論本協定任何其他規定如何，會員均不應被禁止基於審慎理由而採取措施，其包括為保護投資人、存款人、保單持有人、或金融服務提供者對其負有忠實義務的人而採取的措施，或為確保金融體系之健全與穩定而採取的措施。」此處規範明示審慎例外之性質，亦即得以正當化 WTO 會員採取相關措施違反 GATS 協定其他規定之功能。條文採用「包括」之用語，表示其相關具體理由，其性質屬於例示，以表明屬於審慎例外正當化範圍之措施目的（註 二十一）。

值得討論者，為就構成審慎例外措施之判斷，是否須以符合國際金融監管相關標準以及良好實務者為限，有所爭議。易言之，即判斷審慎例外得否適用應否繫於國際金融監管之相關標準（註 二十二）。有主張就系爭措施是否符合審慎例外前段之判斷，應以如巴塞爾銀行監理委員會（Basel Committee on Banking Supervision）、國際證券管理機構組織（International Organization of Securities Commissions, IOSCO）等國際金融監理組織相關規

註十八：Id. ¶ 6.256.

註十九：Id. ¶ 6.258.

註二十：Appellate Body Report, Argentina—Financial Services, ¶ 6.262.

註二十一：Panel Report, Argentina-Financial Services, supra note 11, ¶ 7.868.

註二十二：BART DE MEESTER, LIBERALIZATION IN BANKING SERVICES: AN INTERNATIONAL AND EUROPEAN PERSPECTIVE 201 (Cambridge University Press 2014).

範中所定義之「審慎」作為指引者（註二十三）。並有主張認為此一見解可以避免審慎例外淪作會員國逃避其義務並且嘉惠私人機構之手段，亦可同時解決杜哈回合後會員鮮少作出自由化承諾之困境（註二十四）。蓋多數發展中國家即因無法確定其審慎理由之範圍何在，而多不願作出初期之承諾。若可就條文規定之審慎理由提供一明確判定標準，則他會員國即可在預見審慎例外成立之情形下評估其承諾所帶來之風險。惟此一見解似不可採，原因有二：第一，此一見解忽略國際金融監管標準制訂機構的代表性（註二十五）。參與國際金融監管標準制訂之成員國不僅與 WTO 不同，其制訂程序亦與 WTO 之規則有所差異（註二十六）。將國際金融監管機構所採標準，直接作為貿易措施正當化事由之判準，是否適宜，即有所疑問。

第二，此一見解欠缺適當的條文文義支持。若比較 GATS 第 6 條 5 項(b)款和金融服務附件第 2 條(a)項審慎例外之規定（註二十七），可知金融服務附件下之審慎例外規範並無意強制採用國際金融標準作為其要件成立之判準。GATS 第 6 條第 5 項(b)款雖規定於決定會員是否遵守 GATS 第 6 條第 5 項之義務時，應考量國際相關標準，實則此規定係屬一安全港條款，並非以遵守國際標準作為會員之 GATS 下義務（註二十八）。相較而言，金融服務附件第 2 條(a)項前段審慎例外之規定，既然完全未提及國際組織標準，自然更不能將之解為採取審慎措施時，必須符合金融監理相關國際組織之標準

註二十三：Bogdandy & Windsor, *supra* note 8, at 634-35.

註二十四：BART DE MEESTER, *supra* note 22, at 209.

註二十五：WTO, CTFS, Communications from Antigua, and Barbuda, Belize, Fiji Islands, Guyana, Papua New Guinea, The Maldives, Solomon Islands, and St. Kitts and Nevis, the Gats and the Annex on Financial Services, International Regulations and Financial Services, S/FIN/W/29, (04 Aug., 2003).

註二十六：Id.

註二十七：GATS 第 6 條 5 項(b)款：「評估會員是否履行第 5 項(a)款義務者，應考量該會員所適用相關國際組織之國際標準。」

註二十八：楊光華，「金融海嘯與世貿組織之金融服務貿易規範——兼論「審慎例外」」，政大法學評論，第一一九期，頁 299（2011）。

(註二十九)。因此，審慎例外前段之解釋無須符合國際金融機構的相關標準，因此保留較大的施政空間，以兼顧各國金融監理與貿易治理之需求(註三十)。

與此相關者，為在阿根廷金融服務案中，爭端解決小組即指出，金融服務附件之審慎例外條文中，並未採用具備國際金融監管意義下之「審慎措施(prudential measures)」用語，而是採用「基於審慎理由而採取措施(measures for prudential reasons)」之用語，此具備重要之意義(註三十一)。小組指出，GATS 採用基於審慎理由而採取措施之用語，代表其要求採取措施需基於審慎理由，但措施本身則並未要求必須屬於所謂審慎措施(註三十二)。GATS 不採用審慎措施用語，係避免要求如同在國際金融監管機構相關標準中所提及的特定具備審慎性格之措施(“[T]he GATS does not seek to identify measures that could be characterized as *specifically* prudential, such as those usually cited in the context of the standards defined by the Basel Committee on Banking Supervision.”)(註三十三)。換言之，審慎理由之解釋與判斷，需根據 GATS 下條文本身加以解釋，不得僅因審慎之用語，即引進國際金融監理之標準。小組亦強調，審慎理由的概念，應隨著時間的演進，有所變化，其解釋亦應有所彈性(註三十四)，並應允許會員隨著需要的變化採取新型態的管制內容(註三十五)。

審慎措施之定義，是否應更為具體化，WTO 會員間亦有所討論。惟會

註二十九：Id.

註三十：Apostolos Gkoutzinis, *International trade in Banking Services and the Role of the WTO: Discussing the Legal Framework and the Policy Objectives of the General Agreement on Trade in Services and Current State of Play in the Doha Round of Trade Negotiations*, 39 INT'L LAW 877, 902 (2005).

註三十一：Panel Report, *Argentina-Financial Services*, supra note 11, ¶ 7.861.

註三十二：Id.

註三十三：Id.

註三十四：Id. ¶ 7.873.

註三十五：Id. ¶ 7.872.

員就試圖定義審慎理由之提案曾多次受到否定(註 三十六)。由此可以顯示，WTO 會員的基本態度仍是盡量降低審慎例外的適用障礙，減低 WTO 以外機構之參與，減少適用上之具體標準之引進，以保持 GATS 相關措施對於政府金融管制的較低限制程度。

審慎理由的認定，雖不用受到國際金融監理機構所採標準之限制，但並非表示完全欠缺審查的機制與具體標準。在 WTO 爭端解決案例上，對於有關於系爭措施是否符合「基於審慎理由而採取措施」之要件，亦於阿根廷金融服務案中經小組判斷。該案爭端解決小組基本上將「基於審慎理由而採取措施」此一要件進一步區分為「審慎理由」以及措施之採取必須係「基於」審慎理由兩部分進行分析(註 三十七)。

就審慎理由之部分，原告巴拿馬主張，必須存在實際的風險，且該等風險必須有實現的可能性，且如果不即刻採取該等措施，該風險立即可能會實現者始足當之(註 三十八)。此一主張非常嚴格，而不為爭端解決小組所採，爭端解決小組並認為此一主張混淆「審慎措施」與「基於審慎理由而採取之措施」之差異(註 三十九)。因系統問題具有長期醞釀以及瞬間爆發之特質，故事前的預防措施實為必要(註 四十)，並無必要限於風險將會立即發生之情形。因此，爭端解決小組將審慎理由定義為促使金融管制者採取行動以預防風險、損害或危險的原因或理由，而不問該危險是否立即發生(註 四十一)。以本案系爭措施之一(措施五，針對再保險服務市場的要求)為例，爭端解決小組認為阿根廷採取系爭措施之原因，包括保護被保險人、確保保險人與再保險人的財務狀態、避免相關業者破產所導致的系統性風險的

註三十六：Special Session of the Council for Trade in Financial Services, Report for the Meeting held on 3-6 Dec. 2001, S/CSS/M/13, (Feb. 26, 2002).

註三十七：Panel Report, Argentina-Financial Services, supra note 11, ¶ 7.863.

註三十八：Id., ¶ 7.876.

註三十九：Id., ¶ 7.876.

註四十：Id., ¶ 7.878.

註四十一：Id., ¶ 7.879.

可能性等理由，符合金融服務附件下審慎例外之審慎理由要件（註 四十二）。在此一部分之判斷上，爭端解決小組基本上係直接依據阿根廷所提出的審慎理由加以審查，認定相對寬鬆。

就審慎措施是否基於審慎理由之判斷部分，爭端解決小組強調系爭措施與審慎理由間雖不要求必要性條件，惟仍應具備合理性關連性（“rational relationship of cause and effect”）（註 四十三）。滿足此一合理關連性之存在，所採用之措施必須足以達成相關審慎理由之目的（“the adequacy of the measure to the prudential reason”）（註 四十四）。換言之，該措施必須藉由其設計、結構與構造（“design, structure and architecture”）對於達成其所欲達到的效果有所貢獻（“contributes to achieving the desired effect”）（註 四十五）。此一判斷需要參考具體情況與爭議的特性，個案判斷之（註 四十六）。就本案而言，以措施五為例，小組認定本案措施之目的係取得足夠與具時效性的資訊以避免系統性風險，然而系爭措施之設計並不足以確保此一目的，而在相類似的情形有不同的要求，因而存在很大的漏洞（註 四十七），據此小組認定系爭措施並不滿足合理關連性之要件（註 四十八）。

在本案中值得重視者，為爭端解決小組對於採取措施之會員所提出之審慎理由雖然認定寬鬆，但對於系爭措施與審慎理由間的關連性，採取實質的認定，對於差別待遇或措施中設計的漏洞嚴格審視。此一認定標準相當嚴格，與一般認為審慎例外採取寬鬆的適用要件的看法（註 四十九）有所不同。此一判斷標準是否符合審慎例外提供 WTO 會員充分管制空間的目的，可能

註四十二：Id., ¶ 7.904.

註四十三：Id., ¶ 7.891.

註四十四：Id.

註四十五：Id.

註四十六：Id.

註四十七：Id. ¶¶ 7.906-918.

註四十八：Id. ¶ 7.919-920.

註四十九：楊光華，supra note 28, 頁 300-301.

有所疑問。此標準所隱含的非歧視性義務，是否超越條文文義之外，並有研求之空間。此外，此一標準並可能造成採取相關措施之會員必須採用較為嚴格的措施，始能符合審慎例外之要求，而此處牽涉審慎例外的適用，如何考量該等措施對於市場競爭影響的問題，但未經本案爭端解決小組深入探討。而此一判斷，是否較適合在金融服務附件第 2 條(a)項後段進行處理更為適切，亦應加以考慮。惟此一判斷標準未經上訴機構審認，WTO 上訴機構並不需要處理此一議題，但其未來發展值得重視。

三、金融服務附件第 2 條(a)項後段

如前所述，在金融服務附件第 2 條(a)項前段之規範架構下，並未提供具體的判斷標準，因此為了避免例外的濫用，進而架空各國在金融服務部門之承諾，似須有例外要件之規範，此應為本條款後段之規範目的。雖然如此，值得注意者，審慎例外規定本身雖為正當化義務違反行為之基礎，卻未包括例外規定所通常具備之諸如必要性、合理性、非歧視性等要件，以作為例外適用之條件，是以審慎例外後段之作用實有澄清之必要。

審慎例外後段規定「如此類措施不符合本協定的規定時，不得以之作為規避該會員於本協定下之承諾或義務的手段。」此係屬於反規避之條款，若此類措施於本例外適用之範圍內不符合本協定之規定時，這些措施當不可被用作逃避該會員在本協定下之承諾或是義務之手段。因為前段的目的是賦予締約方充分之金融管制空間，避免因協定義務而限縮會員既有應當受到尊重之管制空間（註 五十）。此一反規避之設計，係為使條約中義務不被架空（註 五十一）。

註五十： Wei Wang, Chapter Sixteen: The Prudential Carve-Out, in THE WORLD TRADE ORGANIZATION AND TRADE IN SERVICES 601, 601 (Kern Alexander & Mads Andenas eds., 2008).

註五十一： Carlo Maria Cantor, *Shelter from The Storm: Exploring The Scope Of Application And Legal Function Of The GATS Prudential Carve Out*, 48 J. WORLD TRADE 1223, 1246

此處另有兩點值得進一步探討其立法目的與規避濫用禁止之功能。首先，審慎例外採用「規避（avoiding）」一詞，其目的在於阻止會員國表面上援用審慎例外規定，卻於事實上進行貿易保護措施。故縱使審慎例外後段明文欠缺諸如一般例外之前言構造，仍應亦解釋作為防止會員國實行貿易保護主義之條款（註五十二）。

第二，縱將後段解釋作為禁止貿易保護措施之展現，以確保 WTO 會員義務和承諾，但該條款仍欠缺控制之具體手段規定。故而，檢驗系爭措施應以其是否單純地或是主要地具有保護主義效果（purely or primarily protectionist effect）為判斷（註五十三），亦即審慎例外後段乃在體現「誠信原則（good faith）」（註五十四）。是以，此處就會員措施之控制方式，主要是透過國際法上誠信原則之闡釋（註五十五）。

GATS 之審慎例外除了前段之審慎理由認定不受國際金融監理規定限制，採以開放認定之外，其後段對於措施實行方式之要求亦僅止於貿易保護效果防止之程度。易言之，審慎例外要求相當寬鬆，並不限縮義務違反國證明其正當性之方式，亦不強制系爭手段該如何施行。惟爭端解決小組對於基於審慎理由之措施之審查密度如何，是否會在具體個案中壓縮管制空間之情形，仍應密切加以觀察。

貳、U.S. Model BIT

除 GATS 外，審慎例外亦成為投資保障協定中的重要條款，反映投資條

(2014).

註五十二：BART DE MEESTER, *supra* note 22, at 213.

註五十三：Council for Trade in Services & Committee on Trade in Financial Services, Background Note by the Secretariat: Financial Services, ¶ 30, S/C/W/312, S/FIN/W/73 (3 Feb. 2010).

註五十四：Id.

註五十五：楊光華，*supra* note 28, 頁 301.

約締約國對於投資保護及管制立場之轉變，此一轉變是投資協定制訂中不可忽視之背景，本文認為有必要就投資協定下之審慎例外進行研究。考量美國作為世界投資大國，其雙邊投資協定範本（U.S. Model BIT）對其投資談判具有指標性之作用，故本文選擇觀察 U.S. Model BIT，研究其金融政策立場之改變如何呼應審慎例外之演進，檢視審慎例外如何呼應內國管制之需求，藉此了解審慎例外反映投資政策之處。

U.S. Model BIT 歷年來共有 1994 年、2004 年和 2012 年等三個版本，審慎例外於其間之發展脈絡呈現了美國的投資政策下對於金融監理之重視程度之變化。起初，或許是由於並未認知有特別規定之必要，U.S. Model BIT 1994 並無就審慎例外有所規定。而在 1994 年至 2004 年間美國經歷過多次國際投資仲裁案件，即使是一般認為具有優良法律環境的美國仍無法避免投資仲裁程序所造成之巨大訴訟成本（註 五十六），是以美國必須由地主國之角度考量撰擬對於投資仲裁中有利之實體規範。針對此一狀況，為了提升金融措施實行之主權空間，以避免投資協定規範義務過度侵蝕金融活動之管制，2004 年的 U.S. Model BIT 第 20 條針對金融服務規範列出兩種例外，即審慎例外以及金融與匯兌措施例外。二者分別源自 GATS 金融服務業附件第 2 條 a 款和第 1 條 b 款第 1 項（註 五十七），提供地主國政府金融管制所需之廣闊規範空間。

此一規範也延續到 U.S. Model BIT 2012（註 五十八），並進一步加以發

註五十六：Kenneth J. Vandeveld, *Model Bilateral Investment Treaties: The Way Forward*, 18 Sw. J. INT'L LAW 307, 308 (2011).

註五十七：GATS 金融服務業附則第 1 條 b 款 1 項：「協定第一條第 3 項第(b)款所稱之『履行政府功能而提供之服務』，係指中央銀行或貨幣主管機關或其他執行貨幣或匯率政策之政府機關為執行貨幣或匯兌率政策所從事之活動……。」

註五十八：U.S. Model BIT 2012, art. 20.1: “Notwithstanding any other provision of this Treaty, a Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures relating to financial services for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial services supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. Where such

展（註五十九）。自 2008 年金融海嘯後，面對美國國內不斷產生之金融監理改革法案，為了因應國內管制主權要求的金融管制空間，U.S. Model BIT 2012 修訂註腳 18 時將審慎理由之範圍擴張，除針對個別金融機構之維持外，尚包括對「支付和清算系統之安全以及財務與經營健全之維護（the maintenance of the safety and financial and operational integrity of payment and clearing systems）」之措施在內（註六十）。由於 U.S. Model BIT 2004 註腳 14 並無此項安排（註六十一），此處透過此項註解明示審慎目的之作法，顯示美國經國際投資仲裁之法律風險評估後，已肯認此處對支付和清算系統財務之管制空間的重要性。在美國實務上，在此之前，已實踐在美國一盧安達 2008 雙邊投資條約（註六十二），顯現美國的政策方向。

綜上所論，美國在國際投資協定上，亦利用審慎例外加強對管制權之保留，使投資保護不致成金融管制之障礙，審慎例外之制訂實係回應內國政策之需要。美國以審慎例外輔助國內金融產業和投資行為的政策操作立場值得參考（註六十三）。

measures do not conform with the provisions of this Treaty, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under this Treaty.”

註五十九：Vandeveld, supra note 56.

註六十：U.S. Model BIT 2012, footnote 18: “It is understood that the term ‘prudential reasons’ includes the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of individual financial institutions, as well as the maintenance of the safety and financial and operational integrity of payment and clearing systems.”

註六十一：U.S. Model BIT 2004, footnote 14: “It is understood that the term ‘prudential reasons’ includes the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of individual financial institutions.”

註六十二：CHESTER BROWN, COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES 818 (Chester Brown ed., Oxford University Press 2013) (2014).

註六十三：Karl P. Sauvart, Foreign Direct Investment Protectionism Is on the Rise, in EFFECTIVE CRISIS RESPONSE AND OPENNESS: IMPLICATIONS FOR THE TRADING SYSTEM 197, 200.

參、TiSA

TiSA 之誕生背景來自於 WTO 杜哈回合談判中「真正之友 (Really Good Friends of Services, RGF)」非正式談判團體，以 WTO 服務貿易總協議內容為進一步的談判基礎（註 六十四）。在這一基礎之上，TiSA 的談判內容架構乃植基於服務貿易相關之新貿易規則，故可期待其更促進全球服務業進一步自由化。

TiSA 文本並未對外公開，相關研究則以維基解密所揭露的版本為對象，而在 2015 年 6 月 3 日與 2016 年 5 月 25 日所公布的版本中，於有關金融服務措施之部分，包括談判方對於審慎例外規定相關之提案（註 六十五），談判係以 GATS 金融服務附件之規定為談判基礎。根據 2015 年 6 月 3 日所揭露之談判文件版本（簡稱 2015 年 TiSA），談判成員之相關提案針對審慎例外條文的標題有不同之意見（註 六十六），亦對前段原所使用的「基於審慎理由而『採取』措施（“taking” measures for prudential reasons）」此一句中之「採取」用語有不同提案（註 六十七）。此外，是否仿照 U.S. Model BIT 註腳定義規定審慎理由包括對支付和清算系統之安全以及財務與經營健全之維護（註 六十八），談判成員間亦有不同見解。

註六十四：真正之友係由美國、歐盟、澳洲、瑞士、挪威、紐西蘭、加拿大、日本、韓國、香港、墨西哥、智利、巴基斯坦、哥倫比亞、新加坡及台灣等 16 個會員共同組成，目的係力倡服務貿易進一步自由化。

註六十五：Trade in Service Agreement, WikiLeaks, available at <https://wikileaks.org/tisa/> (last visited 21 Nov. 2017.)

註六十六：談判成員間就標題應為審慎措施 (Prudential Measures) 或國內審慎規章 (Domestic Prudential Regulation) 有不同見解。

註六十七：談判成員間就應規定為基於審慎理由而「採取(taking)」措施或「採行或維持(adopting or maintaining)」措施有不同見解。

註六十八：相關提案文字為：“It is understood that the term “prudential reasons” includes the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of individual

而在維基解密於 2016 年 5 月 25 日所揭露之談判文件版本中（以下簡稱 2016 年 TiSA），審慎例外條文當時之草案係以審慎措施(Prudential Measures) 為標題，而其內容為（註 六十九）：「1.不論本協定其他規定如何，締約方均不應被禁止基於審慎理由而採取措施，其包括(a)為保護投資人、存款人、保單持有人、或金融服務提供者對其負有忠實義務的人而採取的措施，或(b)為確保締約方之金融體系健全與穩定而採取的措施。2.如此類措施不符合本協定的規定時，不得以之作為規避該會員於本協定下之承諾或義務的手段。」（註 七十）

TiSA 下就審慎例外的談判，與 GATS 金融服務附件中的相關規定差距不大。而就談判過程中所產生的爭議，以及其間的差距，似仍可看出談判成員有意就 GATS 金融服務附件下的規範有所變化之處，以下本文將分兩點加以分析。

一、審慎措施（Prudential Measures）之標題用語

協定條文之標題，對於條文的解釋有重要作用，因此對於標題的爭議，可以顯現相關談判成員對於規範目的方向的認知。如前所述，GATS 金融服

financial service suppliers as well as the safety and financial and operational integrity of payment and clearing systems.”本案係由秘魯、哥斯大黎加、哥倫比亞所提案，而為歐盟、澳洲、智利、日本、挪威、以色列所反對。墨西哥則表示會加以考量。

註六十九：Trade In Service Agreement, WikiLeaks, available at

https://wikileaks.org/tisa/document/20150925_Annex-on-Financial-Services/20150925_Annex-on-Financial-Services.pdf (last visited 21 Nov. 2017.)

註七十：TiSA draft, art. X. 16 (Prudential Measures): “Notwithstanding any other provisions of this Agreement, a Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of a Party's financial system. Where such measures do not conform with the provisions of this Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitment or obligations under the Agreement.”

務附件的標題為國內規章 (Domestic Regulation)，係以明確化主管機關以國內規章對金融服務加以管制的空間為目的，而明訂國內規章與 GATS 相關義務間的關係。其規定係以 GATS 下之義務作為出發點。此外，金融服務附件下的審慎例外，並無明確採用金融監理上之「審慎措施」一詞，而是較為概括性的描述「基於審慎理由而採取措施」，亦係採取由貿易法角度出發進行規範。此亦係就金融服務附件下之審慎例外加以解釋之時，無須受國際金融監管機構所採標準或準則拘束之背景原因之一。

相較之下，TiSA 草案就審慎例外之標題，似乎些微顯現將審慎例外所規範之對象加以限縮之意，以將其聚焦為具有金融監理意義之措施的方向。首先，現有版本之標題採用「審慎措施 (Prudential Measures)」，此與 GATS 金融服務附件採用的國內規章有別，亦未採用談判成員提案之國內審慎規章 (Domestic Prudential Regulation) 之用語。因為 TiSA 現有版本採用金融監理上專有之「審慎措施 (prudential measure)」一詞，而有別於 GATS 強調「審慎理由 (prudential reasons)」，故可知 TiSA 版本似乎存有較為傾向於採納國際金融監理下意義之可能性存在。參見巴塞爾銀行監管核心規定三 (註七十一)，其用詞即為「審慎措施 (prudential measures)」，亦即此一用語有其金融監理上之意義。不採取較為廣泛，且具備貿易法角度的國內規章用語，而採用具備金融監理上意義之審慎措施用語，或許在未來的解釋適用上，即存在著進一步限縮審慎理由方向之可能性。惟此一方向並不明確，在條文用語沒有明確納入相關國際金融監理機構或標準之情形下，尚不會發生具體的變化。

註七十一：Bank of International Settlements, Basel Committee on Banking Supervision, Basel III: A Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems (Rev. June 2011), available at http://www.bis.org/publ/bcbs189_dec2010.htm (last visited Oct. 01, 2015).

二、基於審慎例外而「採取 (taking)」或「採行 (adopting) 或維持 (maintaining)」措施之爭議

GATS 金融服務附件審慎例外規定「會員不應被禁止基於審慎理由而採取措施 (a Member shall not be prevented from taking measures for prudential reasons)」。「採取 (taking)」一詞牽涉此一正當化事由的適用，其重要性不言可喻。此一用語是否繼續在 TiSA 維持，在談判上則產生爭議。一方面如智利之主張為繼續維持，另一方面則有談判成員主張採用與 NAFTA 第 1410(1)條 (註 七十二)、U.S. BIT 2012 相同並且受到多數談判成員支持之「採行 (adopting) 或維持 (maintaining)」之用語。

以文意解釋來看，在措施之前所使用之「採取 (taking)」一詞，其原意為製造 (make)、進行 (undertake)、或履行 (perform) 一項行動 (action) 或任務 (task) (註 七十三)。而「採行 (adopting)」表示採納、同意或開始進行某一特定事務 (to accept, consent to, and put into effective operation) (註 七十四)。「維持 (maintaining)」則為繼續或支持某項事務 (to continue something) (註 七十五)。「採行或維持」與「採取」之範圍有所不同。「採行或維持」包含維持現有之措施以及採取一全新之措施在內，而「採取」

註七十二：NAFTA art. 1410 (1): “Nothing in this Part shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, such as: (a) the protection of investors, depositors, financial market participants, policyholders, policy claimants, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution or cross-border financial service provider; (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions or cross-border financial service providers; and (c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.”

註七十三：Oxford Dictionaries, available at <https://en.oxforddictionaries.com/definition/take>.

註七十四：Black's Law Dictionary Free Online Dictionary, available at <http://thelawdictionary.org/adopt/> title="ADOPT">ADOPT (last visited Oct. 01, 2015).

註七十五：Id.

的範圍相對下可能比較狹窄，是否包括現有措施之維持可能產生爭議。

由目前的 TiSA 草案版本而言，談判成員似已就「採行或維持」之用語取得共識，而不再沿用 GATS 下的「採取」。由此可見，審慎例外之演進到了 TiSA 之談判，進一步將得以適用審慎例外之措施的時間範圍加以向前擴張，明確包括既有措施之維持在內。

肆、CPTPP

「跨太平洋夥伴全面進展協定 (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)」為 2017 年 11 月 16 號由原「跨太平洋夥伴協定 (Trans-Pacific Partnership, TPP)」之 11 個成員國在越南宣布，以 TPP 為基礎繼續談判之協議。根據該 11 個成員國之宣言可知 CPTPP 含納了原 TPP 之談判條文，且成員國間已就核心要素達成共識，並凍結部分 TPP 之條款。受凍結之部分包含智慧財產權及國際投資人仲裁機制（註七十六）。審慎例外本身尚非被凍結的條款，因此應會繼續由 CPTPP 所援用。因為 CPTPP 以 TPP 之既有協議內容為談判基礎，故如下將先簡介 TPP 之背景，並再以原 TPP 談判下所公布之審慎例外為研究之討論。

TPP 為涵蓋亞洲及太平洋地區 12 國的大型自由貿易協定。其談判標榜之目標為達成一「高品質、二十一世紀 (High quality, 21 century)」的自由貿易協定（註七十七），目的在達成高自由化程度以及囊括舊有自由貿易協定

註七十六：Trans-Pacific Partnership Ministerial Statement, available at

<http://dfat.gov.au/trade/agreements/tpp/news/Pages/trans-pacific-partnership-ministerial-statement.aspx> (last visited Nov. 19, 2017).

註七十七：See C.L.Lim et.al., What is "high-quality, twenty-first century" anyway?, in THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP 3 (C.L.Lim et.al., eds., 2012); see also Trans-Pacific Partnership: Summary of U.S. Objectives, THE OFFICE OF THE U.S. TRADE REPRESENTATIVE, available at

<https://ustr.gov/tpp/Summary-of-US-objectives#> (last visited Aug. 5, 2015).

所未處理的新興議題如環境或勞工議題等（註七十八）。其重大貢獻不僅在打破 WTO 談判停滯之困境（註七十九），更在於其為因應新型態商業環境所作出之應對。值得注意的是，也因為如此，TPP 條文對於審慎例外之反映也將代表著談判成員國對於金融服務業和金融管制空間二者互動之態度和立場（註八十）。

TPP 協定文本金融服務章（Financial Services）之下，針對審慎措施與審慎理由有所規範，例如第 11.6 條跨境金融服務之註冊或授權規定、第 11.7 條拒絕對新金融服務之授權，就具體之審慎措施加以規範、第 11.12 條對於他締約方審慎措施之認可（recognition）。審慎例外本身則係規定於第 11.11 條「例外（exceptions）」之第 1 項。其內容係以 GATS 金融服務附件審慎例外規定為基礎。其主要內容為除了本協定第二章至第八章之規定外，本協定之任何部分皆不得禁止一締約方基於審慎理由而採用或維持措施，包括為保障投資人、存款人、保單持有人或是跨境金融服務提供者或金融機構對其負有忠實義務的人而採取的措施，或為確保金融體系之健全與穩定而採取的措施。如該等措施不符合本例外所適用之本協定的規定時，不得以之作為規避該締約方於該等規定下之承諾或義務的手段（註八十一）。TPP 下之審慎例

註七十八：Id.; see also Trans-Pacific Partnership: Summary of U.S. Objectives, THE OFFICE OF THE U.S. TRADE REPRESENTATIVE, available at <https://ustr.gov/tpp/Summary-of-US-objectives#> (last visited Aug. 5, 2015).

註七十九：THE ECONOMIST, supra note 1.

註八十：Shawn Donnan, EU-US Trade Talks Hit Roadblock Over Banks, FINANCIAL TIMES (2014, Jun 17), <http://www.ft.com/cms/s/0/caf1573c-f539-11e3-91a8-00144feabdc0.html> (last visited Oct. 08, 2015).

註八十一：TPP art.11.11: “Notwithstanding any other provisions of this Chapter and Agreement except for Chapter 2 (National Treatment and Market Access for Goods), Chapter 3 (Rules of Origin and Origin Procedures), Chapter 4 (Textiles and Apparel), Chapter 5 (Customs Administration and Trade Facilitation), Chapter 6 (Trade Remedies), Chapter 7 (Sanitary and Phytosanitary Measures) and Chapter 8 (Technical Barriers to Trade), a Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution or cross-border financial service

外構造基本上與 GATS 下之雛形無太大之出入，但其註腳 10 則沿用 U.S. Model BIT，提供較為具體之審慎理由的定義（註 八十二）。在審慎例外之實體要件來說，細節上仍有與 GATS 不同之處。而在審慎例外適用之程序面向來說，更因為 CPTPP 凍結了國際投資人仲裁機制之相關條款而有更多值得深入探討之處。以下將分別討論之。

一、正當化範圍

TPP 下之審慎例外正當化之範圍原則上包含整部協定。協定中，僅有協定之第二（貨品之國民待遇與市場進入）、三（原產地規則和程序）、四（紡織與衣物）、五（關稅運作與貿易運作）、六（貿易救濟）、七（食物安全檢驗與動植物防疫簡易措施）、八章（貿易技術障礙）等貨品貿易規範無法援用審慎例外。

此一設計結構使審慎例外得以正當化除排除章節以外之整部協定之義務違反行為，亦即相關義務不僅限於服務貿易章或投資章中所直接規定者。此一設計似可擴大審慎例外適用之範圍，增加援用審慎例外之空間。

二、審慎例外實體規定

TPP 金融服務就審慎例外之規定，對於 GATS、U.S. Model BIT 與 TiSA 之設計有所援用之處。首先，TPP 的審慎理由因談判成員間對於「支付和清

supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. If these measures do not conform with the provisions of this Agreement to which this exception applies, they shall not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under those provisions.”

註八十二：TPP Chapter 11, footnote 10: “The Parties understand that the term ‘prudential reasons’ includes the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of individual financial institutions or cross-border financial service suppliers as well as the safety, and financial and operational integrity of payment and clearing systems.”

算系統之安全以及財務與經營健全之維護」取得之共識，故在註腳 10 就審慎理由之定義包括此一規定。

再者，TPP 第 11.11 條的前段規定本協定之任何部分皆不得禁止一締約方基於審慎理由而「採用」或「維持」措施（Party shall not be prevented from adopting or maintaining measures for prudential reasons），此與 TiSA 受多數支持的審慎例外版本相同，而與 GATS 金融服務附件所用之「採取」有所不同。可見在趨勢上，談判的方向在措施之「採取」抑或「採用或維持」間已逐漸作出取捨。

此外，值得注意者，為審慎例外條文之第 11.11 條標題為「例外（Exceptions）」，且條文中並未明示「審慎措施」之用語。惟在金融服務章之其他條文中，則有明示「審慎規範（prudential regulation）」（註 八十三）或「審慎措施（prudential measure）」（註 八十四）。如前所述，審慎措施一詞在解釋上可能具備國際金融監管之意義，而審慎規範亦為國際金融合作組織所採用以表達其規範之客體（註 八十五），其在解釋上之作用亦值得關注。

註八十三：TPP art.11.6.3: “Without prejudice to other means of prudential regulation of cross-border trade in financial services, a Party may require the registration or authorisation of cross-border financial service suppliers of another Party and of financial instruments”; 註腳 32: “For greater certainty, this requirement is without prejudice to other means of prudential regulation.”

註八十四：TPP art. 11.15: “A Party may recognise prudential measures of another Party or a non-Party in the application of measures covered by this Chapter”; TPP Chapter 11, footnote 12: “For greater certainty, nothing in Article 11.4 (Most-Favoured-Nation Treatment) shall be construed to require a Party to accord recognition to prudential measures of any other Party.”

註八十五：DIEMO DIETRICH ET AL., LIBERALIZATION AND RULES ON REGULATIONS IN THE FIELD OF FINANCIAL SERVICES IN BILATERAL TRADE AND REGIONAL INTEGRATION AGREEMENT, 22 (Martin-Luther-Universital Services in BilateralInstitut für Wirtschaftsrecht 2010).

三、爭端解決

TPP 之金融服務章除了審慎例外之實體條文外，亦對援用此一正當化事由之爭端解決程序加以特別規定，包括以 TPP 下第 28 章之爭端解決程序(第 11.21 條)與第 9 章下投資人地主國爭端解決(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)程序之爭端在內。就 TPP 第 28 章之爭端解決而言，TPP 第 11.21 條 2 項(b)款(ii)目規定，於 TPP 協定第 28 章之爭端解決程序，如締約方援引審慎例外，除非爭端當事方同意，至少爭端解決之小組主席需具備本條第 3 項就金融服務法律或實務之專業或經驗。根據第 11.21 條 4 項，爭端解決之進行，當事締約方可以依據第 11.22 條 2 項(c)款另行成立小組以檢視審慎例外之援引以及適用範圍。

就第 9 章投資章中所規定之投資人地主國爭端解決而言，應注意金融服務章對 ISDS 之爭端解決，本即設有限制，僅限於納入本章範圍內之條文，始有適用(註八十六)，亦即對於投資人所得提出之控訴主張有所限制(註八十七)，亦不適用於跨境金融服務之提供(註八十八)。而在 TPP 所允許提出 ISDS 之情形下，第 11.11 條一項之註腳 11 則規定，在投資人和地主國的投資爭端中，若系爭措施被指控違反第九章(投資)之條文，但如依據第 11.22 條之程序認定被告國乃出於審慎理由而採取或維持系爭措施，仲裁庭

註八十六：TPP art. 11.2.2: “Chapter 9 (Investment) and Chapter 10 (Cross-Border Trade in Services) shall apply to measures described in paragraph 1 only to the extent that those Chapters or Articles of those Chapters are incorporated into this Chapter.”

註八十七：TPP art. 11.2.2.(b): “Section B of Chapter 9 (Investment) is hereby incorporated into and made a part of this Chapter² solely for claims that a Party has breached Article 9.6 (Minimum Standard of Treatment)³, Article 9.7 (Treatment in the Case of Armed Conflict or Civil Strife), Article 9.8 (Expropriation and Compensation), Article 9.9 (Transfers), Article 9.14 (Special Formalities and Information Requirements) and Article 9.15 (Denial of Benefits) incorporated into this Chapter under subparagraph (a).”

註八十八：TPP Chapter 11, footnote 2: “For greater certainty, Section B of Chapter 9 (Investment) shall not apply to cross-border trade in financial services.”

即應宣告系爭措施不違反本協定（註 八十九）。第 11.22 條 2 項則針對援引審慎例外之 ISDS 程序訂有特別程序，規定就審慎例外之援引得否作為系爭措施之正當化事由及其範圍（the issue of whether and to what extent Article 11.11 (Exceptions) is a valid defence to the claim），被告得於一定期間內請求由被告以及原告所屬締約方之金融服務主管機關（authorities responsible for financial services）共同決定之（a joint determination）（註 九十），其決定對仲裁庭有拘束力（註 九十一）。如主管機關未能及時作出決定，被告或原告所屬締約方則得請求依據爭端解決章之規定成立小組針對該問題加以判斷（註 九十二），小組報告對仲裁庭同具拘束力（註 九十三）。於一定期間內

註八十九：TPP Chapter 11, footnote 11: “For greater certainty, if a measure challenged under Section B of Chapter 9 (Investment) is determined to have been adopted or maintained by a Party for prudential reasons in accordance with procedures in Article 11.22 (Investment Disputes in Financial Services), a tribunal shall find that the measure is not inconsistent with the Party's obligations in the Agreement and accordingly shall not award any damages with respect to that measure.”

註九十：TPP art. 11.22.2.(a): “If an investor of a Party submits a claim to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment), and the respondent invokes Article 11.11 (Exceptions) as a defence, the following provisions of this Article shall apply. (a) The respondent shall, no later than the date the tribunal fixes for the respondent to submit its counter-memorial, or in the case of an amendment to the notice of arbitration, the date the tribunal fixes for the respondent to submit its response to the amendment, submit in writing to the authorities responsible for financial services of the Party of the claimant, as set out in Annex 11-D (Authorities Responsible for Financial Services), a request for a joint determination by the authorities of the respondent and the Party of the claimant on the issue of whether and to what extent Article 11.11 (Exceptions) is a valid defence to the claim. The respondent shall promptly provide the tribunal, if constituted, and the non-disputing Parties a copy of the request. The arbitration may proceed with respect to the claim only as provided in paragraph 4.”

註九十一：TPP art. 11.22.2.(b): “The authorities of the respondent and the Party of the claimant shall attempt in good faith to make a determination as described in subparagraph (a). Any such determination shall be transmitted promptly to the disputing parties, the Committee and, if constituted, to the tribunal. The determination shall be binding on the tribunal and any decision or award issued by the tribunal must be consistent with that determination.”

註九十二：TPP art. 11.22.2.(c): “If the authorities referred to in subparagraphs (a) and (b) have not made a determination within 120 days of the date of receipt of the respondent's written

無前述要求提出的前提下，始由仲裁庭對於審慎例外進行判斷（註九十四），此時原告所屬締約方並得向仲裁庭遞交對於審慎例外之抗辯是否有效及其有效程度之主張（whether and to what extent Article 11.11 (Exception) is a valid defence to the claim）（註九十五）。如原告所屬締約方未提出此一意見，應推定其意見與被告之意見係屬一致（the Party of the claimant shall be presumed . . . to take a position on Article 11.11 that is not inconsistent with that of the respondent）（註九十六）。

綜合而言，TPP 就金融服務所生審慎例外之相關爭端解決程序之特別規定，強化雙方金融服務主管機關協商機制的決定性影響力，係屬體認審慎例外之援引係屬重要政治問題，並需金融專業始能妥善處理此一議題的務實作法。

進入 CPTPP 之後，值得注意者為 CPTPP 對於特定條文暫停適用

request for a determination under subparagraph (a), the respondent or the Party of the claimant may request the establishment of a panel under Chapter 28 (Dispute Settlement) to consider whether and to what extent Article 11.11 (Exceptions) is a valid defence to the claim. The panel established under Article 28.7 (Establishment of a Panel) shall be constituted in accordance with Article 11.21 (Dispute Settlement). Further to Article 28.18 (Final Report), the panel shall transmit its final report to the disputing Parties and to the tribunal.”

註九十三：TPP art. 11.22.3: “The final report of a panel referred to in paragraph 2(c) shall be binding on the tribunal, and any decision or award issued by the tribunal must be consistent with the final report.”

註九十四：TPP art. 11.22.4: “If no request for the establishment of a panel pursuant to paragraph 2(c) has been made within 10 days of the expiration of the 120 day period referred to in paragraph 2(c), the tribunal established under Article 9.19 (Submission of a Claim to Arbitration) may proceed with respect to the claim.”

註九十五：TPP art. 11.22.4.(b): “The Party of the claimant may make oral and written submissions to the tribunal regarding the issue of whether and to what extent Article 11.11 (Exceptions) is a valid defence to the claim. Unless it makes such a submission, the Party of the claimant shall be presumed, for the purposes of the arbitration, to take a position on Article 11.11 that is not inconsistent with that of the respondent.”

註九十六：Id.

(suspend)，而其中亦對於金融服務與 ISDS 產生影響。根據 CPTPP 談判成員之宣言所指（註九十七），暫停適用之條文，與金融服務有關者，主要為 ISDS 中針對最低待遇標準（Minimum Standard of Treatment）之控訴主張（註九十八）。此外，對於投資協議（investment agreement）與投資授權（investment authorization）之暫停適用 ISDS 部分（註九十九），亦會對金融服務貿易章下所得提出之控訴主張取得限縮之效果。由於審慎例外屬於義務違反之正當化事由，因此如 ISDS 適用之範圍受到限縮，相關部分適用審慎例外的必要性亦會隨之減少。除此之外，由目前可得之文件，尚無對審慎例外之規範有直接影響者。

綜合言之，因為審慎例外的成立樣態與其範圍，於 TPP 之爭端解決或投資仲裁程序均將受到特殊的爭端解決程序加以處理，故 CPTPP 協定施行後，應深入觀察爭端解決程序或 ISDS 之程序進行和國家金融管制之主權互相影響之情況，以進一步了解 CPTPP 下之審慎例外之適用。

伍、結 論

審慎例外之演進乃各國金融管制需求反映於國際談判之寫照。自 GATS 之審慎例外至 TiSA 與 TPP 的不同版本觀察，審慎例外得以正當化之措施、其適用範圍以及適用要件與標準皆經過甚多之爭論。經過金融風暴以及 ISDS 對於國家管制空間的衝擊，審慎例外作為保障政府金融管制權之工具，更形重要，亦為各國專注的焦點。

對於 GATS 下之金融服務附件下之審慎例外而言，其規範提供 WTO 會

註九十七：Trans-Pacific Partnership Ministerial Statement, *supra* note 76.

註九十八：Id., Annex II - List of Suspended Provisions, ¶ 4 ("Minimum Standard of Treatment in Article 11.2 – suspend sub-paragraph 2(b); footnote 3 and Annex 11-E.")

註九十九：Id., Annex II - List of Suspended Provisions, ¶ 2.

員相當大的管制空間。然而阿根廷金融服務案爭端小組之判斷，對於審慎例外所採用之審查基準，尤其是審慎理由與系爭措施之合理關連性，採取相對嚴格的標準。此一標準是否會經其他案件沿用，並影響會員金融主管機關採取審慎措施加以管制金融服務業之空間，值得密切觀察。

綜合言之，審慎例外不僅鞏固國家之金融主權在國際貿易投資法框架下之地位，但亦打開國家濫用審慎例外之機會。是故，對於審慎例外之適用，是否有必要加以具體化，則係談判上必須處理的議題。在目前協定之趨勢下，雖有逐漸將金融監管用語納入條文用語之情形，但整體而言仍係逐步將審慎例外之適用放寬，並在程序上引入政治性的特殊爭端解決管道，此以 CPTPP 條文規定最值得注意。因之，CPTPP 中之審慎例外規定將對往後之審慎例外適用產生重要影響。再加上目前 TiSA 談判所顯現之可能變革，應更密切追蹤 TiSA 之發展以掌握服務貿易領域下金融服務監理與各國於金融服務貿易下承諾之互動關係。