

## 論全面性經濟貿易協定金融服務專章投資爭端解決程序

### ——以「審慎例外前階段審查機制」為中心

郝晏緯

#### 摘要

加拿大與歐盟於去 (2016) 年正式簽署全面性經濟貿易協定 (The Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)。在 CETA 之下，投資人可針對地主國影響金融服務措施之爭端，提交「投資人與地主國爭端解決程序 (Investor-State Dispute Settlement Mechanism, ISDS)」<sup>1</sup>。然而，為避免投資人對其金融監管相關措施進行浮濫提出控訴主張 (frivolous claim)，CETA 金融服務專章進一步規定，在涉及審慎例外 (prudential carve-out) 條款之金融服務投資爭端程序中納入「審慎例外前階段審查機制」。即當金融服務投資爭端發生且地主國援引審慎例外條款作為抗辯時，地主國得在仲裁庭規定提交答辯書 (counter-memorial) 之截止日前，將該案提付由雙方金融主管機關代表組成的 CETA 金融服務委員會並暫停投資爭端解決程序，並由雙方主管機關進行協商。若雙方就措施構成審慎例外達成共識，則投資爭端解決程序應終止。透過該審查機制能過濾投資人之控訴，並防止地主國金融監管之權利受投資人控訴之影響。觀察該審查機制的設計及審慎例外條款之法律要件，本文認為審慎例外之法律要件較為嚴格，且其意涵有待進一步釐清。故當爭端發生時，雙方主管機關恐難以達成共識，而未必能使該審查機制阻擋投資人濫訴的功能奏效。

加拿大與歐盟於去 (2016) 年正式簽署全面性經濟貿易協定 (The Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)。值得注意的是，歐加雙方於過去進行 CETA 金融服務談判時，一度因金融服務之投資爭端解決議題僵持不下。由於歐盟主張外國投資人有權就涉及 CETA 金融服務專章之措施訴諸投資人對地主國爭端解決機制 (Investor-to-State Dispute Settlement Mechanism, ISDS)<sup>1</sup>，各界憂慮若加拿大接受歐盟該等要求，恐導致其金融監管權利因投資人之控

<sup>1</sup> CETA 底下的投資爭端解決程序有別於傳統之機制，為常設之仲裁法庭，並增設上訴機制，故學者特將之稱作「國際投資法庭制度 (Investment Court System, ICS)」；關於國際投資法庭制度之介紹與評析可參考：黃詩晴、李旺達，「試析國際投資法庭制度與發展——以歐盟加拿大全面經濟和貿易協定為例」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，206 期，網址：

訴而受到威脅<sup>2</sup>。加拿大金融主管機關於CETA談判時亦曾警告，若賦予投資人該等權利，恐影響地主國之金融監管權力，導致該地主國之整體經濟受到負面影響<sup>3</sup>。此外亦有論者質疑，當緊急性的金融危機發生時，加拿大在可能面臨投資人控訴之情況下，恐難以迅速、果斷地採取因應金融危機之措施<sup>4</sup>。

為降低其金融監管措施遭投資人控訴之可能性，加拿大於 CETA 談判時主張涉及金融服務之投資爭端解決程序應納入「審慎例外前階段審查機制」，即當會員國之投資人控訴地主國措施，且地主國欲援引 CETA 金融服務專章第 13.16 條之「審慎例外 (prudential carve-out) 條款<sup>5</sup>」作為抗辯時，地主國得在仲裁庭規定提交答辯書 (counter-memorial) 之截止日前就該案提付由雙方金融主管機關代表組成的 CETA 金融服務委員會，要求先由雙方主管機關進行協商，共同決定系爭措施是否得以藉由 CETA 金融服務專章之審慎例外條款正當化。投資爭端解決程序會在地主國提付金融服務委員會後暫停。若雙方就措施構成審慎例外達成共識，則投資爭端解決程序應終止。最終該審查機制成功被納入 CETA 金融服務專章，本文擬進一步分析該審查機制是否能如加拿大談判時所願，使該審查機制發揮阻擋投資人浮濫控訴的功效，以化解各界對 CETA 金融服務專章及投資人地主國爭端解決機制之疑慮。為了解該審查機制於 CETA 金融服務投資爭端程序之特殊性，本文擬於第一段概述 CETA 金融服務投資爭端程序，並詳細介紹該程序下之「審慎例外前階段審查機制」；第二段介紹 CETA 「審慎例外前階段審查

---

<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no206/3.pdf> (最後瀏覽日：2017 年 6 月 26 日)；宋柏霆，「歐盟與加拿大修改貿易協定中之投資保護條款」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，194 期，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no194/3.pdf> (最後瀏覽日：2017 年 6 月 26 日)。

<sup>2</sup> Les Whittington, *EU trade pact could weaken Ottawa's power to regulate banks*, THESTAR.COM, Sept. 7, 2014,

[https://www.thestar.com/news/canada/2014/09/07/eu\\_trade\\_pact\\_could\\_weaken\\_ottawas\\_power\\_to\\_regulate\\_banks.html](https://www.thestar.com/news/canada/2014/09/07/eu_trade_pact_could_weaken_ottawas_power_to_regulate_banks.html) (last visited May 16, 2017).

<sup>3</sup> Heather Scofield, *EU, Canada's differences over financial services holding up free trade pact: documents*, FINANCIAL POST, May 29, 2013,

<http://business.financialpost.com/news/economy/eu-canadas-differences-over-financial-services-holding-up-free-trade-pact-documents> (last visited May 16, 2017).

<sup>4</sup> Les Whittington, *supra* note 2.

<sup>5</sup> 投資協定之審慎例外條款旨在確保地主國採取金融審慎措施之權利，使地主國金融審慎措施在面臨投資人控訴時，得主張該措施係基於維持金融體系穩定或保護存款人、投資人等審慎理由，正當化其違反投資協定義務的措施。例如一地主國與投資人之母國簽有投資保障協定，該地主國在金融危機發生時為維持金融體系之穩定，直接對地主國本國之金融機構提供流動性援助或存款擔保，或對外國金融機構實施較嚴格的資本適足率要求，使外國投資人被賦予較差之待遇。若投資人就該案件訴諸投資人與地主國爭端解決機制，地主國得援引審慎例外條款作為抗辯；See Andrew D. Mitchell, Jennifer K. Hawkins & Neha Mishra, *Dear Prudence: Allowances under International Trade and Investment Law for Prudential Regulation in the Financial Services Sector*, 19(4) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 787, 788 (2016); Anne van Aaken & Jürgen Kurtz, *Prudence or Discrimination? Emergency Measures, the Global Financial Crisis and International Economic Law*, 12(4) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 859, 863 (2009).

機制」之審理標準，即 CETA 審慎例外條款之法律要件，以判斷該審理標準是否可能影響 CETA 審慎例外前階段審查機制之運作；第三段則評析 CETA 「審慎例外前階段審查機制」之功效，並作一結論。

## 壹、CETA 涉及金融服務之投資爭端程序及「審慎例外前階段審查機制」介紹

CETA 金融服務專章中納入若干 CETA 投資專章之實體義務與程序要求條款，其中包括投資專章第 F 部分所規定之「投資人與地主國爭端解決程序」<sup>6</sup>。換言之，CETA 允許投資人在若干情況下得就涉及 CETA 金融服務專章規範之措施訴諸 CETA 「投資人與地主國爭端解決程序」。由於本文旨在分析 CETA 金融服務投資爭端程序之特殊性，因此以下討論擬聚焦於 CETA 金融服務專章所納入之「投資人與地主國爭端解決程序」規範。

### 一、CETA 金融服務投資爭端程序要求

依據 CETA 第 13.21.1 條，在投資人主張金融服務措施違反 CETA 第 8.10 條之「投資人及投資待遇 (Treatment of investors and of covered investments)」、第 8.11 條之「損害補償 (Compensation for losses)」規範、第 8.12 條之「徵收 (Expropriation)」規範、第 8.13 條之「資金移轉 (Transfers)」規範、第 8.16 條「拒絕利益 (Denial of benefits)」規範、金融服務專章第 13.3 條「國民待遇原則 (National treatment)」、第 13.4 條「最惠國待遇原則 (Most-favoured-nation treatment)」時，或地主國於投資爭端中援引 CETA 第 13.16.1 條審慎例外條款作為抗辯時<sup>7</sup>，可適用第 8 章投資專章 F 部分之「投資人與地主國投資爭端解決程序」。惟該程序與一般投資爭端解決程序不同，並依金融服務專章第 13.21 條及其附件 B 而有其他程序規範。

在該等程序下，投資人展開控訴前應先向地主國提出諮商請求。若諮商未果，即可訴諸 CETA 底下的投資爭端解決程序。關於仲裁員選任，仲裁庭主席會在控訴方提付爭端的 90 天內從仲裁員名單中選出 3 名仲裁員組成第一審法庭<sup>8</sup>。CETA

<sup>6</sup> 除了投資專章第 F 部分所規定之「投資人與地主國爭端解決程序」，金融服務專章也將第 8.10 條「投資人與投資待遇 (Treatment of investors and of covered investments)」、第 8.11 條「損害補償 (Compensation for losses)」、第 8.12 條「徵收 (Expropriation)」、第 8.13 條「資金移轉 (Transfers)」、第 8.14 條「代位權 (Subrogation)」、第 8.16 條「拒絕利益 (Denial of benefits)」、第 8.17 條「形式要求 (Formal requirements)」納入其規範；The Comprehensive Economic and Trade Agreement, art. 13.2.3 & 13.2.4 [hereinafter CETA].

<sup>7</sup> CETA, art. 13.21.1.

<sup>8</sup> CETA, art. 8.27.7；中文翻譯參考：黃詩晴、李旺達，「試析國際投資法庭制度與發展—以歐盟加拿大全面經濟和貿易協定為例」，政治大學國際經貿組織暨法律研究中心經貿法訊，206 期，

亦規定，若被控訴方於仲裁庭組成的 30 日內，針對無法律實益之請求 (claims manifestly without legal merit) 提出異議，或是在被告提交答辯書前，就無法律根據之請求提出異議 (claims unfounded as a matter of law)，仲裁庭應先就該等異議進行審理<sup>9</sup>。此外，地主國面對控訴時若援引審慎例外作為抗辯，則會在審理程序之前階段進行特殊程序 (詳見下節之介紹)。

## 二、涉及審慎例外條款之金融服務投資爭端之特殊程序要求

如前所述，當地主國於投資爭端中援引 CETA 第 13.16.1 之審慎例外條款作為抗辯時，亦適用依 CETA 第 13.21 條及其附件 B 所定的「投資人與地主國爭端解決程序」。其中，CETA 第 13.21.2 條、第 13.21.3 條對涉及審慎例外條款之投資爭端，更設有特殊之程序要求。即在上述情況下，CETA 會員國之金融主管機關應於投資爭端解決程序前階段先進行協商，共同決定審慎例外條款是否可作為提出控訴之有效抗辯，亦即本文所謂之「審慎例外前階段審查機制」。

設立該等特殊機制之目的在於：由於投資人在 CETA 之下可直接就地主國影響金融服務之措施訴諸「投資人與地主國爭端解決程序」，然而投資人若對地主國金融審慎措施浮濫提出控訴主張 (frivolous claim)，或是仲裁庭在未充分了解地主國之金融監管目的之下擅自解釋投資協定規範並做出判決，均有可能影響地主國進行金融監管之權利或導致管制寒蟬效應，使地主國金融體系之安全受到威脅<sup>10</sup>。因此加拿大於 CETA 金融服務談判時，便主張應在涉及審慎例外條款之金融服務投資爭端程序中納入該審查機制，盼能在金融服務投資爭端涉及審慎例外條款的情況下，先由雙方金融主管機關就措施是否構成審慎例外進行協商，並共同決定仲裁庭是否應繼續審理該案，而非任由未充分了解地主國金融監管目的之仲裁庭就措施之適法性進行裁決。最終，加拿大成功將「審慎例外前階段審查機制」納入 CETA 金融服務專章規範，以下詳細介紹該等機制之規範。

CETA 第 13.21.3 條規定，若被控訴國欲援引 CETA 第 13.16.1 條的審慎例外作為抗辯，則被控訴國最遲應於仲裁庭規定提交答辯書之截止日前就該投資爭端提付由雙方金融主管機關代表組成的 CETA 金融服務委員會，投資爭端解決程

---

頁 19，網址：<http://www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no206/3.pdf> (最後瀏覽日：2017 年 6 月 11 日)。

<sup>9</sup> CETA, art. 8.32 & 8.33.

<sup>10</sup> 陳欣，「論國際投資條約中的金融審慎例外安排」，現代法學，35 卷 4 期，頁 131，135 (2013 年)；Heather Scofield, *supra* note 3; Patrick Leblond, *CETA and Financial Services: What to Expect?*, 91 CIGI PAPERS 1, 6 (2016).

序會在被控訴國就該案提付金融服務委員會後暫停<sup>11</sup>。若金融服務委員會沒能於收到爭端當事國立場說明之 60 天內就涉及審慎例外條款之金融服務投資爭端共同作成決議，應將該爭端提付由加拿大及歐盟之代表所組成的 CETA 聯合委員會<sup>12</sup>。金融服務委員會或 CETA 聯合委員會在作成認定後，必須將其共同決議之影本遞交給投資人及仲裁庭<sup>13</sup>。若其共同決議認定第 13.16.1 條之審慎例外條款得以作為有效抗辯，則應視為投資人撤銷其控訴，投資爭端解決程序終止<sup>14</sup>。若共同決議認定第 13.16.1 條之審慎例外條款僅得作為部分控訴之有效抗辯，共同決議關於該部分控訴之認定對仲裁庭具有拘束力，投資爭端解決程序將繼續進行，投資人得就其餘部分之主張進行控訴<sup>15</sup>。若 CETA 聯合委員會並未在金融服務委員會提付案件後之 3 個月內作成共同決議，投資爭端解決程序將繼續進行，投資人得就其主張進行控訴<sup>16</sup>。換言之，在該審查機制運作之下，被控訴國必須成功說服投資人母國，證明措施構成審慎例外，方能使投資爭端解決程序終止。

綜上所述，「審慎例外條款前審查機制」可謂阻擋濫訴並提高爭訟門檻的審查機制，其中，審慎例外條款更是「審慎例外條款前審查機制」決定是否可進入訴訟程序的依循標準，以下介紹之。

## 貳、審慎例外前階段審查機制之審理標準—審慎例外條款

在 CETA 規範之下，「審慎例外前階段審查機制」之審理標準為 CETA 第 13.16.1 條之審慎例外條款，雙方主管機關必須就系爭措施是否構成審慎例外進行協商。在雙方均認為措施構成審慎例外之情況下，方能終止投資爭端解決程序，而使該審查機制發揮阻擋投資人控訴的功效。因此措施是否構成審慎例外之難易度將會影響該審查機制的運作，如果審慎例外的法律要件過於嚴格，或是該法律要件有待進一步釐清，雙方主管機關就措施之審慎性達成共識之難度將隨之提升，使阻擋投資人控訴的功能難以奏效。因此本段擬進一步分析 CETA 審慎例外條款之法律要件，以判斷法律要件之設計是否影響該審查機制運作之可能。

為使讀者了解 CETA 審慎例外條款內容是否較嚴格或有其特殊性，以下擬先介紹過往貿易與投資協定中審慎例外條款之類型，並介紹 CETA 第 13.16 條審慎例外條款，進而分析 CETA 審慎例外條款之特殊性，以判斷當投資爭端發生時，

<sup>11</sup> CETA, art. 13.21.2 & 13.21.3.

<sup>12</sup> CETA, Annex 13-B, ¶ 5.

<sup>13</sup> CETA, art. 13.21.4.

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> CETA, art. 13.21.5.

CETA 會員國於該審查機制下就措施構成審慎例外達成共識之難易度。

## 一、貿易與投資協定審慎例外條款之類型

審慎例外條款源於服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services, GATS) 金融附件第 2 段第 1 句之規定，該規定敘明本協定不應影響 WTO 會員國基於審慎理由而採行 (taking) 相關措施，審慎理由包括：一、為保護投資人、存款人、保單持有人、或金融服務提供者對之負有忠實義務 (fiduciary duty) 的人，二、為維持金融體系之健全或穩定<sup>17</sup>。換言之，任何金融管制係為上述審慎理由而採行者，無論 GATS 之其他規定如何限制或禁止，會員皆得予以維持<sup>18</sup>。由此可知，該條款擁有寬廣之適用範圍，使會員國之金融主管機關保有相當之管制空間。值得注意的是，為防止會員國過度濫用審慎例外條款，該條款第 2 句設有「反規避」之要件，規定「當審慎措施不符其他規定時，不得以之作為規避協定之承諾或義務之手段」<sup>19</sup>，防止會員藉由審慎例外條款之濫用而達到行使貿易保護主義之目的。

此後，各國簽訂之貿易與投資協定陸續採納審慎例外條款<sup>20</sup>。大部分協定中的審慎例外條款不論是用字、法律意旨與架構方面均和 GATS 之審慎例外條款極為相仿，擁有寬廣的適用範圍。然而，亦有少部分協定之審慎例外條款設有較嚴格的法律要件，限縮該條款之適用範圍。故有學者將貿易與投資協定中的審慎例外條款分類為較寬鬆、較嚴格兩種類型<sup>21</sup>。以下分別介紹此兩種類型之審慎例外條款。

### (一) 法律要件較寬鬆之審慎例外條款

此類型之審慎例外和 GATS 審慎例外條款極為相仿，擁有寬廣的適用範圍，最大的不同在於該條款列舉之審慎理由，除了包括保護投資人、存款人、金融市場參與者、保單持有人、或金融服務提供者對之負有忠實義務的人和確保金融體系之健全與穩定之外，亦可能將「維護個別金融機構之安全、穩健、健全、或其

<sup>17</sup> GATS 金融附件審慎例外條款係以例示之方式列舉審慎理由；General Agreement on Trade in Services, Annex on Financial Services, ¶ 2 [hereinafter GATS AFS].

<sup>18</sup> 楊光華，「金融海嘯與世貿組織之金融服務規範」，收錄於：第十屆國際經貿法學發展學術研討會論文集，頁 574 (2010 年)。

<sup>19</sup> GATS AFS, *supra* note 17.

<sup>20</sup> 李思儀，「國際貿易與投資下審慎例外原則」，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 59 (2015 年)。

<sup>21</sup> Samuel Trujillo, *Demystifying the Prudential Carve-out: A proposal*, 43 REVISTA CONTEXTO 157, 162 (2016).

財務責任」納入之審慎理由例示清單<sup>22</sup>。綜上所述，此種類型的審慎例外條款與 GATS 十分類似，擁有寬廣之適用範圍，對被告來說較容易主張，使會員國對金融管制有較寬廣之裁量空間。加拿大、美國或日本等國家對外簽訂貿易與投資協定較偏好採納此種類型之審慎例外條款，如加拿大與韓國自由貿易協定 (Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea)<sup>23</sup>。

## (二) 法律要件較嚴格之審慎例外條款

此種類型之審慎例外納入若干較嚴格的法律要件，使其適用範圍受到限縮。首先，條款可能規定基於審慎理由採取之措施必須「合理 (reasonable)」，因此判斷措施是否構成審慎例外時，除了考量該措施是否基於審慎理由，亦須評估措施之合理性，此要件在 GATS 金融附件之審慎例外條款中並未出現<sup>24</sup>。其次，此種類型之審慎例外條款亦可能納入「必要性原則」之要件，即規定若採用措施之負擔超過達到其目的所必要之負擔 (more burdensome than necessary to achieve its purpose) 時，則無法構成審慎例外<sup>25</sup>。最後，此種類型之審慎例外條款甚至可能規定，相較於本國同類金融服務或服務提供者，會員國實施之審慎措施不得歧視其他會員之服務或服務提供者，或是不得構成專斷或不正當之歧視<sup>26</sup>。GATS 金融附件之審慎例外條款中未設有上述之法律要件。

綜上所述，此種類型之審慎例外條款更強調措施之合理性、必要性或者公平、公正，使其適用範圍較為限縮，強化防止會員國濫用審慎例外條款之功能。此種類型之審慎例外條款較常被歐盟對外簽訂的貿易與投資協定所採納，如歐盟與墨西哥自由貿易協定 (Free Trade Agreement between the EFTA States and the United Mexican) 第 36 條<sup>27</sup>。

<sup>22</sup> 值得注意的是，GATS 審慎例外條款雖未列舉該要件，但並不代表其適用未擴及至個別金融機構健全之考量；*Id.* at 163-164.

<sup>23</sup> Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Korea, art. 10.10.1 (providing that: “This Chapter, ..., are not to be construed to prevent a Party 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 supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. If such measures do not conform to the provisions of this Agreement referred to in this paragraph, they shall not be used as a means of avoiding the Party’s commitments or obligations under such provisions.”).

<sup>24</sup> GATS 金融服務談判進行協商時，曾考慮將該等要件納入審慎例外條款，然而最後未被採行；*See Samuel Trujillo, supra* note 21, at 181.

<sup>25</sup> *Id.* at 164.

<sup>26</sup> *Id.* at 165.

<sup>27</sup> Free Trade Agreement between the EFTA States and the United Mexican, art 36.1 (providing that: “Nothing in this Section shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, such as: (a) the protection of investors, depositors, policy-holders,

## 二、CETA 審慎例外之法律要件

相較於大部分投資或貿易協定的審慎例外條款，CETA 的審慎例外條款設有更多法律要件。CETA 金融服務專章第 13.16.1 條規定，本協定不影響會員基於審慎理由，採取或維持「合理 (reasonable)」之措施。該條列舉之審慎理由包括：一、保護投資人、存款人、保單持有人、或金融機構、跨境金融服務提供者或金融服務提供者對之負有忠實義務的人；二、維護金融機構、跨境金融服務提供者或金融服務提供者之安全、穩健、健全、或其財務責任；三、確保金融體系之健全與穩定外<sup>28</sup>。

此外，會員國及仲裁庭應參照附件 13-B「審慎例外條款及金融服務投資爭議適用瞭解書 (Understanding on the Application of Articles 13.16.1)」以檢視第 13.16.1 條審慎例外規定。附件 13-B 第 8 段第 a 項規定，會員得決定其審慎規範之適當水準 (appropriate level)<sup>29</sup>。同段第 d 項第 i 款則規定措施在「有審慎目的、且措施實現其目的不成比例之情形不嚴重 (is not so severe in light of its purpose that it is manifestly disproportionate to the attainment of its objective)」時，才能構成第 13.16.1 條審慎例外之要件<sup>30</sup>。

同項第 ii 款則規定，一滿足附件 13-B 第 8 段第 d 項第 i 款規定之措施若對外國投資造成隱藏性限制，或在相同情況下在投資人之間造成「專斷或不正當之歧視」，將無法構成審慎例外<sup>31</sup>。附件 13-B 第 8 段第 e 項也規定，在不構成專斷或不正當之歧視或隱藏性貿易限制的情況下，如果措施符合締約方共同的國際審慎承諾；或係為對無法運作或可能無法運作的金融機構進行倒閉清算；或係為金融機構之復甦，或在不利經濟環境下對金融機構進行管理；或係為因應系統性

---

policy-claimants, persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or any similar financial market participants; or (b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial service suppliers; or (c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system.”); Free Trade Agreement between the EFTA States and the United Mexican, art 36.2 (providing that: “These measures shall not be more burdensome than necessary to achieve their aim, and shall not discriminate against financial service suppliers of another Party in comparison to its own like financial service suppliers.”); 不過並非每個歐盟對外簽訂的 FTA 均有將此些要件納入審慎例外條款；Samuel Trujillo, *supra* note 21, 165.

<sup>28</sup> CETA, art. 13.16.1.

<sup>29</sup> CETA, Annex 13-B, ¶ 8 (a).

<sup>30</sup> CETA, Annex 13-B, ¶ 8 (d) (i).

<sup>31</sup> CETA, Annex 13-B, ¶ 8 (d) (ii).



金融危機 (system-wide preservation)，以維持或恢復金融之穩定性，則可被認定構成第 13.16.1 條之審慎例外<sup>32</sup>。

綜上所述，CETA 審慎例外條款不僅設有「合理性」之要件，並將「措施實現其審慎目的不成比例之情形不嚴重」及「措施不得構成專斷或不正當歧視」等防止審慎例外條款濫用的法律要件納入其規範，屬於「法律要件較為嚴格之審慎例外條款」。以下擬評析在審慎例外之法律要件如此嚴格之下，是否可能影響 CETA 審慎例外前階段審查機制之運作。

### 參、CETA「審慎例外前階段審查機制」效果評析

CETA「審慎例外前階段審查機制」設立之目的係為防止投資人浮濫控訴，使地主國進行金融監管之權利受到影響。然而當投資爭端發生時，該審查機制僅會在雙方金融主管機關就措施構成審慎例外達成共識之情況下，才有辦法發揮阻擋投資人控訴的功效，因此雙方是否容易就措施之審慎性達成共識，將會成為該審查機制奏效的關鍵。觀察該審查機制之設計及其審查標準，本文認為該審查機制未必能如加拿大所願，有效阻擋歐盟投資人對其金融監管措施之浮濫控訴，理由如下。

#### 一、審查標準嚴格恐較難達成協議

如前所述，CETA 審慎例外前階段審查機制僅在會員國金融主管機關皆認同措施構成審慎例外的情況下，方能停止投資爭端解決程序。然而，在審慎例外條款納入多項較嚴格的法律要件的情況下，當投資爭端發生時，其金融主管機關必須說服投資人母國之金融主管機關，證明系爭措施具有審慎理由，並滿足 CETA 審慎例外的法律要件，如措施具有「合理性」、「實現其審慎目的不成比例之情形不嚴重」、「未構成專斷或不正當之歧視」等，才能避免爭端進入投資爭端解決程序，或防止投資人浮濫提出控訴。如前所述，此等要件屬於較嚴格的審慎例外構成要件，因此在該審查機制下運作下可能加諸加拿大金融主管機關更多負擔<sup>33</sup>。在雙方所要討論的審慎例外構成要件數量較多的情況下，本文合理推測其要

<sup>32</sup> CETA, Annex 13-B, ¶ 8 (e).

<sup>33</sup> Access, *Access' Submission to the European Commission's Consultation on the Investor to State Dispute Settlement Mechanism* 12, [https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/archive/docs/Access\\_response\\_to\\_the\\_ISDS\\_consultation.pdf](https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/archive/docs/Access_response_to_the_ISDS_consultation.pdf) (last visited June 2, 2017)；該參考資料係針對 TTIP 之「審慎例外前階段審查機制」評論，由於 TTIP 之「審慎例外前階段審查機制」之運作與 CETA 雷同，故該參考資料所提及之情形於 CETA 下亦可能發生。

達成協議的難度也將因此提高。

## 二、審慎例外法律要件之內涵有待進一步釐清

CETA 第 13.16.1 條及附件 13-B 中設有多項審慎例外之法律要件，然而 CETA 並未進一步闡釋該等條款之意涵，若啟動審慎例外前階段審查機制，雙方於協商時亦須一一釐清 CETA 審慎例外之法律要件。例如附件 13-B 中規定會員國因應系統性金融危機之政策應被視為構成審慎例外，然而有論者認為，該條文似乎未就「系統性金融危機」設有明確定義，從條文中無法得知「系統性」指的是於國內、區域還是國際金融系統內發生的金融危機，有待仲裁庭進一步釐清其明確定義<sup>34</sup>。此外，附件 13-B 第 8 段第 d 項第 i 款亦規定措施在有審慎目的、且措施實現其目的不成比例之情形不嚴重之下才能構成第 13.16.1 條審慎例外之要件，然而，該條並未進一步說明何謂「措施實現審慎目的不成比例之情形不嚴重」之意義為何，因此尚無法得知其標準是否如同貿易與投資協定例外條款常見的「必要性原則」，須衡量措施對達到其目標之貢獻程度、對貿易與投資之限制性以及是否具有合理可得之替代措施。

在相關法律要件明確定義不確定之情況下，當該等措施引發投資爭端發生時，雙方主管機關必須共同釐清該法律要件之意涵，否則雙方將難以共同決定系爭措施是否構成審慎例外。上述問題為該審查機制「阻擋投資人控訴」之功效投下變數。

## 三、控訴方母國協商意願之不確定

由於 CETA 審慎例外前階段審查機制係由雙方金融主管機關共同決定仲裁庭是否應繼續審理案件，因此控訴方母國金融主管機關是否有意願與被控訴方進行協商，也將影響該審查機制的運作。有論者認為，在該等機制運作下，由於控訴方有可能對其母國施壓，要求其母國拒絕同意被控訴國之抗辯，或是要求母國在該審查機制運作過程中完全不回應地主國金融主管機關之抗辯，使投資人得以持續控訴地主國之措施，而無法使該審查機制發揮阻擋投資人控訴之功效<sup>35</sup>。

<sup>34</sup> Todd N. Tucker, *Ejusdem regs*, TODD N. TUCKER: UNDER TWO CEILINGS, Aug. 26, 2014, <https://toddtucker.com/2014/08/26/ejusdem-your-regs/> (last visited May 16, 2017).

<sup>35</sup> Public Citizen, *TPP Financial Stability Threats Unveiled: It's Worse than We Thought 5*, <https://www.citizen.org/sites/default/files/analysis-tpp-financial-services-chapter-november-2015.pdf> (last visited June 2, 2017); 該參考資料係針對 TPP 之「審慎例外前階段審查機制」評論，由於 TPP 之「審慎例外前階段審查機制」之運作與 CETA 十分雷同，故該參考資料所提及之情形於 CETA

#### 肆、結論

由於 CETA 金融服務專章允許投資人與地主國間的爭端可訴諸爭端解決程序，可能使地主國因憂慮其金融監管措施遭投資人控訴而導致管制寒蟬效應，因此加拿大於 CETA 談判時主張應在涉及審慎例外條款之金融服務投資爭端程序中，納入審慎例外前階段審查機制，盼能藉此阻擋歐盟投資人控訴其影響金融服務之措施，以防止仲裁庭在未充分了解地主國之金融監管目的之下，擅自解釋投資協定規範並作出裁決，使地主國金融體系之安全受到影響。然而該審查機制是否得以發揮阻擋投資人控訴之功效，將取決於雙方金融主管機關在該審查機制中能否就措施構成審慎例外達成共識。

本文認為，由於 CETA 審慎例外之法律要件較為嚴格，且其要件之意涵有待進一步釐清，因此可能於尋求共識的過程中投下變數。此外，控訴方母國金融主管機關與被控訴方就討論措施審慎性之意願，也將影響該審查機制的運作。若雙方在有限時間內遲遲無法就措施是否構成審慎例外達成共識，則審查機制將難以發揮其阻擋投資人控訴之功效。