
审慎例外条款实证分析 ——以中国自贸协定为例

葛 辉 彭 岳

(南京大学法学院, 江苏 南京 210093)

摘 要: 金融服务自由化是 WTO 成员实现服务贸易自由化的重要组成部分, 中国政府一直通过自贸区战略积极稳妥推动金融服务自由化。为保证缔约方拥有足够规制主权防范金融风险和维护金融稳定, 此类自贸协定大多含有审慎例外条款。WTO 阿根廷金融服务案的相关裁决有助于澄清审慎例外条款的抽象模糊之处, 中国自贸协定应当以此为鉴, 优化审慎例外条款, 以增强金融市场开放承诺的可信度和法律适用的稳定性。

关键词: 自贸协定; 审慎例外; 金融开放; 规制主权

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2019) 03-0069-10

高效金融服务构成一国比较优势不可或缺的要素。为提高本国金融服务业的国际竞争力, 中国政府一直通过自贸区战略积极稳妥推动金融服务自由化, 力图实现以对外开放的主动赢得经济发展的主动、赢得国际竞争的主动。但金融业的高度复杂性、脆弱性和外部性决定了金融风险无时无刻不在, 金融市场的开放无疑会增加金融风险发生的几率、规模和破坏程度。缔约方越是就金融市场开放做出承诺, 就越有必要保留足够的规制主权, 以防范未来的金融风险和维护金融稳定。这意味着, 自贸协定中专门为规制主权预留空间的审慎例外条款将愈发重要。

在 WTO 体系下, 审慎例外条款特指 GATS《关于金融服务的附件》(“GATS 金融附件”)第 2(a) 条。该条专门针对金融服务贸易设立, 构成对 GATS 项下金融服务承诺或义务的例外 (Yokoi-Arai, 2008)。与 GATS 第 14 条项下一般例外条款相比, 审慎例外条款的规定更为抽象和模糊, 极易引发法律适用上的不确定性, 并有被滥用的风险。由于审慎例外条款可以限制乃至排除其他实体条款的适用, 进而影响到金融服务自由化承诺的实施, 自然成为自贸协定中最有争议性的条款之一。迄今为止, 阿根廷金融服务案是唯一一起对第 2(a) 条进行深入分析的案件, 专家组和上诉机构的观点对于如何解读、改进自贸协定中的审慎例外条款具有重要启示意义。

作者简介: 葛辉, 南京大学法学院博士研究生, 研究方向: 国际经济法; 彭岳, 南京大学法学院教授, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 国家社会科学基金项目“数字贸易规则变革及中国方案研究”(项目编号: 18BFX211)。

一、阿根廷金融服务案对 GATS 审慎例外条款的解读及启示

由于 GATS 中审慎例外条款的规定抽象模糊，对于其确定的含义和如何适用长期以来存在很大的争议。阿根廷金融服务案涉及该条款的含义和适用等问题。

（一）阿根廷金融服务案所涉条款及双方观点

在阿根廷金融服务案中，为促进税收情报交换，阿根廷将相关国家分为合作国家和非合作国家。其中，合作国家包括与阿根廷签订协议并进行税收情报交换的国家以及官方认定的尚未缔结税收情报交换协定或尚未进行税收情报交换但与阿根廷就此进行磋商的国家；非合作国家指所有其他国家。对于来自非合作国家的金融服务和服务提供者，阿根廷采取“防御性措施”，施加较为严格的要求。非合作国家巴拿马认为，^①阿根廷的两项措施——再保险服务要求以及阿根廷资本市场准入要求，违反了 GATS 第 2.1 条（最惠国待遇）和第 16 条（市场准入）义务。阿根廷则主张，即使该两项措施违反 GATS 项下义务，仍符合“GATS 金融附件”第 2(a) 条，因而可获义务豁免。^②

“GATS 金融附件”第 2 条标题为“国内法规”，包含两个条款。其中，第 2(a) 条第一句旨在确认成员的规制主权，第二句旨在限制成员滥用该规制主权。对于如何解读第 2(a) 条，阿根廷认为，首先，“GATS 金融附件”第 5(a) 条明确规定，“再保险和转分保”以及“可转让证券”属于金融服务，本案相关措施构成“影响金融服务提供的措施”。其次，第 2(a) 条第一句并未穷尽列举所有审慎原因，如果某一措施旨在预防一结果发生，而该结果违背了相关权威机构事先客观确定的或预见的目标，可能造成不利或有害后果，则构成“为审慎原因”而采取的措施。最后，第 2(a) 条第二句在功能上类似于 GATS 第 14 条的导言，“旨在确定相关措施是否以与审慎目标相一致的方式被完整实施”。本案措施针对非合作国家交易所带来的系统风险，符合比例性，不存在逃避 GATS 项下的承诺或义务的目的。^③

巴拿马在阿根廷分析的基础上加入一个新的步骤——审查相关措施是否属于“国内法规”。巴拿马认为，“GATS 金融附件”第 2 条的标题是“国内法规”，其含义与 GATS 第 6 条的标题“国内法规”相同。这意味着，只有那些构成 GATS 第 6 条项下“国内法规”的措施才能援引“GATS 金融附件”第 2(a) 条寻求例外，而不属于 GATS 第 6 条的非“国内法规”措施，可寻求其他例外。^④巴拿马认为，第 2(a) 条第二句的目的在于限制成员为审慎原因而自由采取措施，以防止损害其他成员在 GATS 项下的实体性权

① 在争端解决过程中，尽管巴拿马并未基于税收情报交换与阿根廷签订协议或开启相关谈判，但阿根廷还是将巴拿马更新为合作国家。

② Panel Report, Argentina—Financial Services (2015), paras.7.97, 7.781.

③ Panel Report, Argentina—Financial Services (2015), paras.7.783~7.785, 7.791~7.792.

④ Panel Report, Argentina—Financial Services (2015), para.7.796.

利。为此,专家组应当审查相关措施的设计、结构和架构或其适用是否符合其宣称的审慎原因,即在措施和其宣称目标之间应存在着真实的手段与目的联系。^①

(二) 专家组和上诉机构的法律分析

专家组认为巴拿马和阿根廷关于第 2(a) 条的法律争议涉及两大事项:一是对第 2(a) 条法律性质的认定,涉及证明责任的分担;二是对第 2(a) 条构成要件的认定,涉及“措施”、“为审慎原因”等关键用语的解释。

就第一项争议,专家组认为,第 2(a) 条构成例外,由阿根廷承担举证责任,证明相关措施适用并符合第 2(a) 条的规定。^②就第二项争议,专家组先是分析第 2(a) 条“国内法规”在范围上是否等同于 GATS 第 6 条的“国内法规”,以确定措施的性质。基于 WTO 案例所确立的有效解释原则,专家组认为,不能因为两个条款均采用“国内法规”作为标题而推定两者范围必然等同,第 2(a) 条项下的措施无须是 GATS 第 6 条意义上的“国内法规”。在此基础上,专家组继续分析阿根廷是否“为审慎原因”而采取措施。

首先,就“审慎原因”的含义,专家组注意到,巴拿马和阿根廷均将“为审慎原因而采取的措施”等同于“审慎措施”。专家组指出,第 2(a) 条采用“为审慎原因而采取措施”这一概念有其特有含义,它既不专指那些被巴塞尔银行监管委员会(BCBS)界定的审慎措施,也无需参照国际标准加以确定。申言之,第 2(a) 条关注的是“审慎原因”,而非措施的类型。因此,WTO 成员应有足够空间来界定支撑措施的审慎原因。^③

其次,就“为”(for)的含义,专家组基本赞同阿根廷的观点,即措施与审慎目标之间应存在“合理联系”。专家组认为,采取措施的成员应证明措施与审慎原因之间存在着合理的因果联系。该合理因果联系的核心方面体现为措施之于审慎原因的充分性,即通过其设计、结构和架构,相关措施应有助于达成预期效果,而这只能通过个案最终确定。^④

在确定“措施”、“为审慎原因”等关键用语的含义之后,专家组将之适用于本案两项措施。专家组认为,阿根廷两项措施均构成“GATS 金融附件”第 2(a) 条项下的“措施”,并且相关理由在本质上是“审慎”的。但是,由于阿根廷并未要求那些名为合作国家但实际上未能与阿根廷签订情报交换协定或进行有效交换的 WTO 成员提供情报,或对来自这些国家的证券市场从业者施加特别要求,因而此类措施与阿根廷界定的审慎原因之间缺乏合理的因果联系。^⑤据此,专家组认为,阿根廷的

① Panel Report, Argentina—Financial Services (2015), paras.7.803–805.

② Panel Report, Argentina—Financial Services (2015), para.7.816.

③ Panel Report, Argentina—Financial Services (2015), paras. 7.861, 7.871.

④ Panel Report, Argentina—Financial Services (2015), para.7.891.

⑤ Panel Report, Argentina—Financial Services (2015), para.7.919.

两项措施未能满足第 2(a) 条第一句的要求，因为它们并非为审慎原因而采取的。基于司法经济原则，专家组不再继续审查阿根廷的措施是否符合第 2(a) 条第二句。

由于不满专家组的裁决，巴拿马要求上诉机构审查第 2(a) 条是否“涵盖所有第 1(a) 条项下影响金融服务提供的措施”，其真实意图仍然是要将第 2(a) 条的措施限定在第 6 条“国内法规”所辖范围之内。对此，上诉机构基本认可专家组的分析和裁定，认为应采取阿根廷建议的分析法确定第 2(a) 条的含义。然而，囿于权限，上诉机构未能进一步审查专家组关于第 2(a) 条的裁决。在此情况下，阿根廷金融服务案得以结案。

阿根廷金融服务案的法律意义不仅在于解决了个案争端，更涉及体系性法律问题。鉴于一个法律条款非经司法审查，其含义难以确定，研究此案例，对于澄清模糊不清的 GATS 审慎例外条款具有重要价值，对于理解现有的自贸协议相关规定具有指导意义。

二、中国自贸协定关于审慎例外条款的规定

GATS 中规定的审慎例外条款在中国签订的自贸协定中也同样予以复制，因此中国的自贸协定审慎例外条款同样面临 GATS 所面临的问题。

（一）中国自贸协定审慎例外条款的一般规定

2002 年 11 月，中国与东盟 10 国签署了《中国与东盟全面经济合作框架协议》，决定到 2010 年建成中国—东盟自由贸易区，此为中国第一个自贸协定。此后，中国陆续与智利、巴基斯坦、新西兰、新加坡、秘鲁、哥斯达黎加、冰岛、瑞士、韩国、澳大利亚、格鲁吉亚、马尔代夫等国签署自贸协定，内地与港澳达成更紧密经贸关系安排，由此形成一个涉及 24 个国家和地区，总数达到 15 个的自贸协定网络。这些自贸协定直接或间接涉及金融服务自由化事项，为在促进金融市场开放的同时，保留缔约方的规制主权，协定中大多并入或复制了 GATS 审慎例外条款（表 1）。

表 1 中国自贸协定与审慎例外条款

是否规定审慎例外条款	相关协定
排除审慎例外条款	《中国—智利自由贸易协定关于服务贸易的补充协定》第 1.2(a) 条；《中国—哥斯达黎加自由贸易协定》第 91.3(c) 条
默示规定审慎例外条款	《中国—东盟全面经济合作框架协议服务贸易协议》第 28.1 条；《中国—巴基斯坦自由贸易区服务贸易协定》第 22.1 条；《中国—新加坡自由贸易协定》第 76 条；《中国—冰岛自由贸易协定》第 79 条
明确规定审慎例外条款	《中国—新西兰自由贸易协定》第 203 条；《中国—秘鲁自由贸易协定》第 197 条；《中国—瑞士自由贸易协定》附件 6（服务贸易）第 11 条；《中国—韩国自由贸易协定》第 9.5 条；《中国—澳大利亚自由贸易协定》第 8 章附件 2（金融服务）第 3 条；《中国—格鲁吉亚自由贸易协定》附件 8-A（金融服务）第 3 条；《〈内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排〉服务贸易协议》第 6.1 条；《〈内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排〉关于内地在广东与香港基本事项服务贸易自由化的协议》第 5.1 条

（二）中国自贸协定审慎例外条款的类型

与“GATS 金融附件”第 2(a) 条相对比，中国自贸协定审慎例外条款可分为两类。

第一类审慎例外条款的内容与第 2(a) 条的规定完全一致，只不过在表现形式上有所不同。其中，有的自贸协定以并入的方式原封不动地引入第 2(a) 条的规定，即“《服务贸易总协定》的《关于金融服务附件》被纳入本协定并成为本协定的一部分”。^①有的自贸协定具体列明了审慎例外条款，基本复制第 2(a) 条的表述。^②

第二类审慎例外条款的内容与第 2(a) 条的规定有所出入，有的差异较为模糊，有的差异较为明显。前者指的是在并入“GATS 金融附件”时，自贸协定规定，该附件“经必要调整后，适用于本协议（定）”。^③然而，就如何进行“必要调整”，自贸协定没有明确。后者指的是自贸协定列明了审慎例外条款，但与“GATS 金融附件”第 2(a) 条的规定相比，或是放宽了构成要件，或是施加了额外限制。

宽松型规定主要出现在内地与港澳自贸协定中。此类自贸协定仅采用了第 2(a) 条第一句内容，并将之拆分为两句：“尽管本协议有其他规定，一方不应被阻止出于审慎原因而采取或维持与金融服务有关的措施。这些审慎原因包括保护投资者、存款人、投保人或金融服务提供者对其负有信托义务的人或确保金融系统的完整与稳定”。限制权力滥用的第 2(a) 条第二句未被列明。

限制型规定主要出现在新近签署的自贸协定之中。^④此类自贸协定将第 2(a) 条第一句分解为前言和子项两部分，在形式上更类似于 GATS 第 14 条的一般例外。另外，相关条款还在“措施”（measure）之前加入了“合理”（reasonable）一词。与宽松型规定不同，限制型规定不仅列明第 2(a) 条第二句，还施加了额外限制，即“此类措施不得构成对服务贸易的变相限制，与一方国内的同类金融服务和金融服务提供者相比，不得歧视另一方的金融服务和金融服务提供者”。

中国自贸协定关于审慎例外条款的多样化表述给法律适用带来了难题。考虑到协定各方均为 WTO 成员，问题将更为复杂。根据《维也纳条约法公约》第 31.3(c) 条确立的体系化解释原则，即“适用于当事国之间关系之任何有关国际法规则”应与上下文一并考虑，无论自贸协定以何种方式引入、复制或修改“GATS 金融附件”第 2(a) 条，澄清第 2(a) 条的含义无疑有助于解释自贸协定中的审慎例外条款。

三、中国自贸协定审慎例外条款的澄清

阿根廷金融服务案关于“GATS 金融附件”第 2(a) 条的法律分析影响深远，以

① 如《中国—冰岛自由贸易协定》第 79 条。

② 如《中国—新西兰自由贸易协定》第 203 条、《中国—秘鲁自由贸易协定》第 197 条、《中国—韩国自由贸易协定》第 9.5 条。

③ 如《中国—东盟全面经济合作框架协议服务贸易协议》第 28.1 条、《中国—巴基斯坦自由贸易区服务贸易协定》第 22.1 条、《中国—新加坡自由贸易协定》第 76 条。

④ 一个显著的例外是《中国—韩国自由贸易协定》第 9.5 条。该条照抄 GATS 《关于金融服务的附件》第 2(a) 条，内容未加变动，只是在形式上分别列明权力保留和防止滥用两个子项。

该案为参照，中国自贸协定审慎例外条款在如下3个方面需要进一步澄清。

（一）审慎例外条款的适用范围

审慎例外构成要件比GATT 1994第20条、GATS第14条的一般例外构成要件更为宽松，其适用范围越大，意味着WTO成员自主规制的空间就越大。对于审慎例外条款的适用范围，需要进一步明确两个问题：一是审慎例外条款是否可适用于为审慎原因而采取的、针对非金融部门的措施，而此类措施的确满足第1(a)条的要求，即“影响金融服务提供”？二是审慎例外条款是否可以保护那些针对金融部门采取的但同时会影响其他部门的措施？

阿根廷金融服务案专家组注意到，“GATS金融附件”第1(a)条将其适用范围限定在“影响金融服务提供的措施”，所谓“影响”并不必然要求直接“管理”或“规制”服务贸易。^①因此，有观点认为，一项措施是否可以寻求审慎例外条款保护，其关键不在于是否“影响金融服务提供”，而在于是否“为审慎原因而采取”（Mitchell, 2016）。尽管如此，“影响金融服务提供的措施”仍有其法律意义，毕竟相关措施必须首先与金融服务提供存在某种合理关系，方可继续寻求审慎例外条款的保护。

中国自贸协定关于审慎例外的规定，其章节安排并不必然限于金融服务领域，它们或是出现在特定章节之中，或是作为附件列在服务贸易协定之后，或是被规定在整个自贸协定的例外一章之中。由此导致在某些情况下，即使某项措施并非“影响金融服务提供的措施”，依然可主张审慎例外。

以《中国—新西兰自由贸易协定》为例，该协定第9章（服务贸易）没有专设金融服务一节；然而，协定第17章（例外）却将审慎例外与一般例外、安全例外、保障国际收支平衡措施、税收措施等并列。其中，第203条完全复制“GATS金融附件”第2(a)条，即“本协定的任何其他规定不得阻止一方为审慎原因而采取措施……”。不同的是，第2(a)条中的“本协定”显然意指GATS协定，并且相关措施以“影响金融服务提供”为限。但是，《中国—新西兰自由贸易协定》第203条中的“本协定”不仅包括服务贸易，还包括货物贸易和投资等，其范围显然更大。鉴于审慎例外构成要件相较于一般例外更为宽松，如此不加限制地在例外章节中列入审慎例外是否妥当？这是中国在议定和修改自贸协定时需要考量的一个问题。

（二）为审慎原因而采取措施的构成要件

对于为审慎原因而采取措施的构成要件，中国各自贸协定的表述不完全一致。有的自贸协定基本复制“GATS金融附件”第2(a)条第一句，有的则加以修改。理论上，就前者而言，可借鉴阿根廷金融服务案的裁决进行分析，就后者而言，则要特别注意修改之处。以修改效果为标准，中国自贸协定可分为两种：一种是宽松型修改，

^① Panel Report. Argentina—Financial Services (2015), para.7.100.

另一种是限制型修改。

宽松型修改的目的在于放宽构成要件，或将处于边缘地带的情形纳入审慎原因之列。相关协定之所以坚持将之明文列出，一个非常重要的原因是它涉及对特定金融机构的保护问题。2008年世界金融危机揭示出，系统重要性金融机构（SIFI）具有非常大的网络关联性，为维护整个金融体系的稳定，有必要首先保证位于该体系中心的重要金融机构的安全（海尔·史科特，2012）。

当前，大部分中国自贸协定仍参照第2(a)条，仅列举了两类审慎理由，与上述“经贸安排”中的规定存在差别，这种形式上的差别很可能引发法律适用上的不确定。为增强法律的可预期性，中国政府可在议定新的或修改旧的自贸协定时考虑是否列明额外的审慎原因。

限制性修改往往在措施之前加入“合理”一词。如《中国—澳大利亚自由贸易协定》第8章（服务贸易）附件2（金融服务）第3.1条规定，“尽管有本章的任何其他规定，但不得阻止一方为审慎原因而采取或维持合理措施”。从字面上看，“合理措施”应比“措施”更为严格。在阿根廷金融服务案中，专家组对于一国基于何种审慎理由采取措施给予了充分的遵从，认为“GATS并不寻求将措施本身认定为具有特殊的审慎性质”。同时，通过对“为”（for）一词的解读，专家组认为，在措施与审慎原因之间应有“合理联系”，^①这在相当大的程度上消除了“合理措施”与“措施”之间可能存在的法律含义差异。因此，此类限制性修改的法律价值有限。

（三）相关措施的滥用禁止

就如何防止滥用审慎例外，中国自贸协定的规定不尽相同。有的自贸协定基本复制“GATS金融附件”第2(a)条第二句，有的自贸协定作出了特别修改。按其效果，相关修改也可分为宽松型和限制型两种。

宽松型修改以内地与港澳之间的自贸协定最为典型。比如，《内地与澳门建立更紧密的经贸关系的安排》第6条（金融审慎原则）在复制第2(a)条第一句之后，删除了第二句。这一做法也出现在其他自贸协定之中。^②有理论认为，第2(a)条第二句的功能相当于GATS第16条的前言，即用于限制相关措施构成对贸易的变相限制，或构成武断的或不合理的歧视（Thang，2007）。据此，删除第2(a)条第二句意味着只要某一措施为审慎原因而采取，则可以不受服务贸易中其他条款的约束。在此情况下，一国规制主权得到最大限度的维护。

限制型修改主要出现在新近签订的自贸协定中。比如，《中国—澳大利亚自由贸易协定》第8章附件2（金融服务）第3.2条规定：“如此类措施不符合本章的规定，

^① Panel Report. Argentina—Financial Services (2015), paras. 7.861, 7.891.

^② 如《北美自由贸易协定》（NAFTA）第1410条（例外）和《加拿大外国投资保护协定示范法》（Canadian Model FIPA）第10条（一般例外）在列举3个审慎理由后，没有类似于第2(a)条第二句的表述。

则不得用作逃避该方在本章项下的承诺或义务的手段。此类措施不得构成对服务贸易的变相限制，与一方国内的同类金融服务和金融服务提供者相比，不得歧视另一方的金融服务和金融服务提供者。”在“GATS 金融附件”第 2(a) 条第二句之上额外附加限制条款并非孤例，但是中国自贸区的规定更为严格。尽管一致性标准可否构成判断歧视与否的合理标准仍存在理论争议（Lydgate, 2017），但实践中，对于是否存在对贸易的变相限制或对同类情形的武断或不合理的歧视，专家组一般通过相关措施的实施缺乏一致性来推定，并允许采取措施的一方提取反证。^①而中国自贸协定未在歧视之前加入“武断”或“不合理”等限定性术语，这意味着，只要相关措施的实施缺乏一致性，就应当认定构成歧视。

尽管在阿根廷金融服务案中，专家组基于司法经济，上诉机构囿于职权范围，均未对第 2(a) 条第二句进行详细分析，但争议双方均强调措施与目标之间的关系问题，只不过除一致性要求外，巴拿马还额外施加了相关措施应具有实际效果的要求。如果说仅就第 2(a) 条第二句就已存在诸多争议，那么当自贸协定在原有规定的基础上又增添额外条款时，则相关争议可能更为复杂。特别是相关中国自贸协定所增添的内容与 GATS 第 16 条前言的规定并不一致，这必然会引发此类不同规定是否具有特殊含义以及相关特殊含义应当为何的法律问题，由此可能影响到缔约方能否成功援引自贸协定中的审慎例外条款。

四、中国自贸协定审慎例外条款的改进

阿根廷金融服务案就“GATS 金融附件”第 2(a) 条做出的分析和裁决极具启示意义，它能使我们澄清中国自贸协定中相关审慎例外条款的含义，也有助于我们理解审慎条款特殊规定的潜在法律意义。但是，对现有条款的实证分析解决不了价值判断问题，唯有首先明确中国加快实施自贸区战略的内涵，我们才能理性探讨中国自贸协定审慎例外条款的改进问题。

中国自贸协定中形式多样、内容不同的审慎例外条款本身没有绝对的优劣之分，关键要看中国对金融服务业的发展及开放持有何种预期。中国自贸协定之所以引入审慎例外条款，最重要的原因是它能在维护国家金融规制主权的同时促进金融服务的自由化。因此，任何激进的改进方案均可能打破现有的平衡。实际上，中国在签署自贸协定的过程中也一直在寻求适当的平衡点。一个明显的趋势是中国自贸协定关于审慎例外的规定越来越趋于严格。比如，在近期签订的 4 项自贸协定中，有 3 项自贸协定对“GATS 金融附件”第 2(a) 条的表述作出修改，主要表现为两点：一是在原第 2(a) 条第一句的措施之前加入“合理”一词；二是在原第 2(a) 条第二句之后

^① Panel Report. US-Gambling (2005), para.6.584.

加入“此类措施不得构成对服务贸易的变相限制，与一方国内的同类金融服务和金融服务提供者相比，不得歧视另一方的金融服务和金融服务提供者。”与第2(a)条相比，修改后的审慎例外条款更为清晰，也更为严格，并且契合中国当前通过实施自贸区战略、构建开放型经济新体制的主旨。

总体上，修改后的审慎例外条款与1991年加拿大、日本、瑞典和瑞士向GATS贸易谈判委员会提交的审慎例外草案十分接近，但是与该4国建议稿相比，中国自贸协定的规定似乎更为严格。这主要体现在中国自贸协定审慎例外条款严格禁止一方违反国民待遇标准，而根据4国建议稿，只要相关歧视不是“武断”或“不合理”的，一国仍可采取违反国民待遇的措施。根据金融的法律理论，金融是一个由法律体系建构的等级化混合体。与之相对应，一项事前的承诺并不必然会在未来得到法律的执行。一般情况下，在金融体系的顶端，法律富有弹性，在其外围部分，则趋于僵化。当发生金融风险时，位于金融体系边缘的违约会承担相应法律责任，但是，当违约越接近于金融体系的顶端，相关金融法律就越具有弹性，以避免僵化执行法律导致金融体系的崩溃。这意味着，相关金融服务和金融服务提供者在金融等级体系中的地位将影响到危机时期的法律待遇（Pistor, 2013）。有鉴于此，1991年的4国建议稿并不绝对禁止成员采取违反国民待遇的措施有其合理性（Barbee and Lester, 2014）。历次金融危机表明，如果一国拥有相对独立的金融体系，则在危机期间优先维护本国金融服务和金融服务提供者的利益无疑最能保证本国金融体系的稳固，而处于边缘地带的外国金融服务和金融服务提供者往往会沦为此类金融救助措施的“牺牲品”。如果考虑到金融体系的层级性，合理的金融规制理论应当容忍危机期间监管者暂时性地偏离国民待遇标准，并且这种做法理应得到自贸协定中审慎例外条款的认可。

因此，如果中国意图在自贸协定中实现推进金融服务业的自由化、限制缔约方滥用规制主权，最佳方案是采用1991年4国建议稿的内容，次之则引入或复制“GATS金融附件”第2(a)条。而现有自贸协定对第2(a)条的修改不是过于宽松就是过于严格，难以成为中国利用自贸协定输出本国法律的范本。

五、结论

通过自贸协定实施自由贸易区战略是适应经济全球化新趋势，构建开放型经济新体制的必然选择。中国应从参与和引领国际规则制定的高度重视审慎例外条款的制定工作。问题是，中国自贸协定审慎例外条款无论在章节安排上还是在内容表述上均缺乏逻辑一致性和内容规范性，这就使相关自贸协定的规定具有浓厚的契约性特征，很难成为可推广的国际立法范本。由于审慎例外条款可能阻碍乃至排除整个自贸协定实体条款的适用，切断最惠国待遇条款的体系整合功能，这种不一致性必会增加中国自贸协定“碎片化”的程度。在此情况下，通过自贸协定“积极参与国

际经贸规则制定、争取全球经济治理制度性权力”的目标必然受到影响。为在金融贸易自由化和维护金融规制主权之间寻求妥当平衡，自贸协定各缔约方理应借鉴阿根廷金融服务案揭示出来的法律争议，在“GATS 金融附件”第 2(a) 条的基础上改进审慎例外条款，以符合缔结自贸协定的初衷。

总而言之，中国通过自贸协定积极参与国际经贸规则的制定、争取全球经济治理权力的努力值得肯定，但是，在具体法律技术细节的处理方面仍有很大改进空间。关于自贸协定审慎例外条款的分析表明，针对不同的价值诉求，对应着不同的法律方案。当务之急是根据中国实施自由贸易区战略、构建开放型经济新体制的总体方案，借助 WTO 相关案例，逐一审视自贸协定相关条款的合理性和确切法律含义，适时推出和改进中国版自贸协定范本，以提升法律的稳定性和可预期性，并渐次获取全球经济治理的话语权。

参考文献：

- [1] [美] 海爾·史科特. 二〇〇八年全球金融危机 [M]. 刘俊译, 北京: 法律出版社, 2012.
- [2] Barbee, Inu, Lester, Simon. Financial Services in the TTIP: Making the Prudential Exception Work[J]. Georgetown Journal of International Law, 2014, 45.
- [3] Lydgate, Emily. Is It Rational and Consistent? The WTO's Surprising Role in Shaping Domestic Public Policy[J]. Journal of International Economic Law, 2017, 20.
- [4] Mitchell, Andrew D., Hawkins, Jennifer K., Mishra, Neha. Dear Prudence: Allowances under International Trade and Investment Law for Prudential Regulation in the Financial Services Sector[J]. Journal of International Economic Law, 2016, 19.
- [5] Pistor, Katharina. A Legal Theory of Finance[J]. Journal Comparative Economics, 2013, 41.
- [6] Thang, Vu Nhu. Applicability of GATS Prudential Exception to Insurance Services: Some Interpretative Issues[J]. Manchester Journal of International Economic Law, 2007, 4.
- [7] Yokoi-Arai, Mamiko. GATS Prudential Carve Out in Financial Services and Its Relation with Prudential Regulation[J]. International and Comparative Law Quarterly, 2008, 57.

An Empirical Analysis of Prudential Exception Clause: Taking China's FTA as an Example

GE Hui PENG Yue

Abstract: The liberalization of financial services is an important part of WTO members' liberalization of services trade. The Chinese government has been actively and steadily promoting the liberalization of financial services through the free trade zone strategy. In order to ensure that parties have sufficient regulatory sovereignty to prevent financial risks and maintain financial stability, most of these FTAs contain prudential exceptions. The relevant rulings of the WTO Argentine Financial Services case help to clarify the abstract ambiguity of the prudent exception clause. The China free trade agreements should be used as a guide to optimize the prudential exception clause to enhance the credibility of the financial market opening commitment and the law applicable stability.

Keywords: free trade agreement; prudential exception; financial openness; regulatory sovereignty

(责任编辑: 金孝柏)