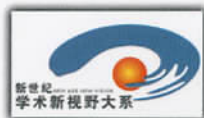
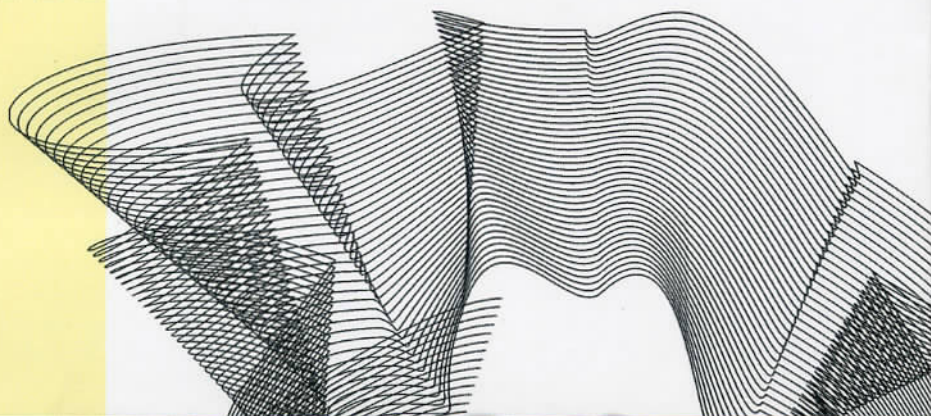


厦门大学
国际经济法
文库



主编 / 陈 安



论WTO法中的 比例原则

韩秀丽 著



厦门大学出版社
www.xmupress.com

International Economic Law Library
of Xiamen University

厦门大学国际经济法文库

论 WTO 法中的 比例原则

韩秀丽 著

厦
门
大
学
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

论 WTO 法中的比例原则/韩秀丽著. —厦门:厦门大学出版社,2007. 4
(厦门大学国际经济法文库)
ISBN 978-7-5615-2750-4

I. 论… II. 韩… III. 世界贸易组织-法律-研究 IV. D996. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 053457 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

厦门昕嘉莹印刷有限公司印刷

2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷

开本:890×1240 1/32 印张:11.5 插页:2

字数:306 千字 印数:0001~3000 册

定价:24.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

序 言

国际经济法是发展中的边缘性法学学科。在世界范围,国际经济法作为独立的法学学科,已有近 60 年的发展史。在中国,经过 20 多年的发展,国际经济法已成为法学各学科中理论研究最活跃、实践性最强的学科之一。当前,在经济全球化和中国加入世界贸易组织的新形势下,国际经济法更呈现其鲜明的时代性和蓬勃的生命力。

得改革开放风气之先,厦门大学在我国较早开展国际经济法的教学和研究。经原国家教委批准,厦门大学于 1981 年和 1985 年在全国率先招收国际经济法专业硕士生和本科生,1986 年开始招收国际经济法专业(1997 年后调整扩大为国际法专业)博士生。1987 年成立厦门大学国际经济法研究所。1995 年,厦门大学“国际经济法及台港澳法研究”学科点被列为全国高校“211”工程重点建设项目。2002 年,厦门大学国际法专业由教育部批准为国家重点学科。长期以来,厦门大学国际法专业学术群体秉承“自强不息,止于至善”的校训,囊萤映雪,开展了一系列国家急需的国际经济法理论和实务研究工作,为我国的法治建设和学科发展作出了应有的贡献。同时,经过不断探索,本专业逐渐形成“出人才”和“创成果”相互促进、相辅相成的研究生培养模式,培养了大批“懂法律、懂经济、懂外语”的国际经济法专门人才。

把本专业建成我国国际法领域的重要研究基地和人才培养基地是我们的奋斗目标。“厦门大学国际经济法文库”的编辑出版,是本专业学科建设和发展的长期性工作。“文库”的宗旨是以系列学术专著的形式,集中展现国际经济法领域的专题研究成果,促进学术和社会发展。“文库”立足出版厦门大学学者、校友在国际经济法领域的研究成果,更欢迎海内外国际经济法学者惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,崇尚严谨治学,鼓励学术创新和争鸣。在出版国际经济法专家学者力作的同时,尤其关注国际经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上发展的学术专著。我们期望“文库”成为国际经济法专家学者辛勤耕耘的园地,源源不断地产出智慧之果,启迪思想,弘扬学术。同时,更希望“文库”发挥国际经济法“智库”的功能,为我国的国际经济条约实践、涉外经贸立法以及涉外经贸实务提供有益的理论指导或参考。

“厦门大学国际经济法文库”编辑委员会

2003年6月2日

目 录

绪论	(1)
一、论题的缘起、确定及重要意义	(1)
二、比例原则研究的学术史回顾	(5)
三、本书研究范围、拟研究的主要问题及研究方法	(24)
第一章 不同法制中的比例原则	(29)
第一节 比例原则的语义分析与解读	(29)
一、比例原则的语义分析	(29)
二、比例原则的多视角解读	(34)
第二节 国内法中的比例原则	(44)
一、国内法中比例原则的内容及相关原则	(44)
二、国内法中比例原则的实证考察	(59)
第三节 欧共体法中的比例原则	(73)
一、欧共体法中比例原则的内容及适用	(73)
二、欧共体法中比例原则与相关原则的关系	(86)
第四节 国际法中的比例原则	(91)
一、自卫与报复中的比例原则	(91)
二、反措施中的比例原则	(94)
三、国际人道主义法中的比例原则	(102)
四、国际人权法中的比例原则	(103)
五、海洋划界法中的比例原则	(105)
六、条约法中的比例原则	(106)

本章小结	(108)
第二章 WTO 法中的比例原则	
——法律文本规定与司法实践分析	(112)
第一节 《马拉喀什建立世界贸易组织协定》中 的比例原则精神	(113)
第二节 货物贸易多边协定中的比例原则	(115)
一、《关税与贸易总协定》中的比例原则	(115)
二、《技术性贸易壁垒协定》中的比例原则	(140)
三、《实施卫生与植物卫生措施协定》中的比例原则	(146)
四、《保障措施协定》与《纺织品与服装协定》中的 比例原则	(152)
五、《反倾销协定》中的比例原则	(157)
六、《补贴与反补贴措施协定》中的比例原则	(160)
第三节 《服务贸易总协定》中的比例原则	(163)
一、法律文本规定	(163)
二、司法实践分析	(165)
第四节 《与贸易有关的知识产权协定》中的比例原则	(171)
一、法律文本规定	(171)
二、司法实践分析	(172)
第五节 《关于争端解决规则与程序的谅解》中 的比例原则	(173)
一、法律文本规定	(173)
二、司法实践分析	(177)
本章小结	(179)
第三章 比例原则在 WTO 法中的作用	(183)
第一节 比例原则在 WTO 立法中的作用	(184)
一、比例原则与 WTO 的立法发展	(187)
二、比例原则与 WTO 立法困境之克服	(203)
第二节 比例原则在 WTO 司法中的作用	(216)

一、比例原则与 WTO 的司法发展	(217)
二、比例原则与 DSB 司法评审标准的发展	(231)
三、比例原则在 WTO 司法中的具体作用	(235)
第三节 比例原则在 WTO 报复机制中的作用	(244)
一、WTO 报复机制作用的加强及不足	(244)
二、WTO 报复机制不足问题的解决方案	(247)
三、WTO 报复机制的应然发展	(253)
本章小结	(256)
第四章 比例原则在 WTO 法中的地位及发展前景	(260)
第一节 比例原则在 WTO 法中的地位	(261)
一、国际法原则理论分析	(261)
二、WTO 法中比例原则地位的确认	(271)
三、WTO 法中比例原则与相关原则的关系	(280)
第二节 比例原则在 WTO 法中的发展前景	(288)
一、比例原则之倡导与适用	(288)
二、比例原则发展障碍分析	(297)
三、比例原则发展及地位变迁之展望	(303)
本章小结	(319)
结论	(321)
缩略语表	(326)
主要案例表	(328)
参考文献	(336)

绪论

一、论题的缘起、确定及重要意义

在法理学上,任何一部成熟的法律都应该是由原则、规则和范畴三个基本要素相互作用构成的有机整体。也就是说,如果一门法律要成体系的话,背后必然要有原则这一承载价值的东西,否则该法律只能支离破碎。因此,对法律原则的研究也成为法学理论研究的重中之重。如果只对具体规则和制度进行研究,而不研究原则,会发生“只见树木不见森林”的问题,而且,不研究法律原则,对法律规则及法律精神的理解也不会深刻。

在《法律的原则——一个规范的分析》一书的译后记中,译者指出该书所提出和探讨的问题具有重大的理论和实践意义,“第一,在法律体系的构成和法律制度的运行过程中,法律原则有着特殊的地位和作用;第二,在现代西方法学中,原则问题是争论的焦点问题”。^① 作为比较成熟的国际法分支——WTO法也不应例外,原则应该是WTO法律体系的重要组成部分,也应是WTO法中需要研

^① [美] 迈克尔·D·贝勒斯著:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第468页。需要做一点解释的是,在大陆法中,法律原则是从具体规则中抽象出来的。但在普通法中,“法律原则是指大量法律推理所凭借的前提,在较为特定和具体的规范不能解决或不能完全彻底地解决待决案件之时,可以正当地适用于案件的一般原则。就理解和解释许多具体规则和特殊判决而言,这些原则具有重要作用。法庭从无数的具体判决中归纳出普通法制度中的原则,或是由法学研究者总结拟定。有人可能反对这些原则或这些原则本身存在相互冲突,此时可以依赖更一般的原则或较高的理想和道德标准来解决这种冲突”。参见[美]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第898页。

究的重要理论问题之一。国外有学者提出了原则在研究 WTO 法中的地位,认为:“研究二战以来错综复杂且不断发展的世界贸易制度及其法律规则,要求以它们的原则和基本结构为出发点。这些原则和结构必须考虑到经济现实和理论的要求,它们对解释具体的法律规范具有较大意义”。^① 这段论述指出了研究 WTO 法的方法及原则在研究 WTO 法中的重要地位,即原则应该是研究 WTO 法的出发点。

在我国要求“复关”及“入世”的过程中,WTO 法的基本原则就是学者们研究的对象,但 WTO 法中的比例原则却并未引起学者们注意,国外学者对 WTO 法中的这一原则研究也不多。

作为研究 GATT/WTO 法的开创性人物,厄恩斯特—乌尔里克·彼德斯曼(Ernst-Ulrich Petersmann)和约翰·H·杰克逊(John H. Jackson)是研究 WTO 法无法绕过的。虽然彼德斯曼并没有对比例原则进行详细论述,但其特别强调比例原则在 WTO 法中的作用。杰克逊与彼德斯曼在某些问题上的观点有相似之处,例如,与彼德斯曼强调国际经济法的宪法功能一样,杰克逊也论述到自由的市

^① [德]彼得—托比亚斯·施托尔,弗兰克·朔尔科普夫著:《世界贸易制度和世界贸易法》,南京大学中德法学研究所译,法律出版社 2004 年版,第 38 页。实际上,现在,我国的学者们也开始对法律原则在 WTO 争端解决中的重要作用给予重视。例如,韩立余在 2005 年国际经济法学年会提交的论文《善意原则在 WTO 争端解决中的适用》。根据该文,世界贸易组织争端解决程序中,善意原则得到了一定程度的适用。善意推定,善意解释条约,善意履行义务,善意行使权利,构成了善意原则的主要内容。善意原则虽规范世界贸易组织协定,其本身却不能产生独立的义务,也不能替代现有的义务。合理、客观、公正、禁止滥用权利、正当程序等,都在一定程度上体现着善意要求。并且做出结论认为,从适用的情况看,在世界贸易组织争端解决中,善意原则的适用情况比国际法院更多。(参见韩立余:《善意原则在 WTO 争端解决中的适用》,载于中国国际经济法学会,湖南师范大学法学院:《2005 年中国国际经济法学会年会及学术研讨会论文集》(下册),第 724~738 页。)。贺小勇在《分歧与和谐:析 WTO 争端解决机制的法律适用》一文中提到“在 WTO 争端解决实践中,专家组和上诉机构有时也适用一般法律原则来支持其裁决理由。例如‘例外规则从严解释’、‘善意原则’等一般法律原则被专家组和上诉机构多次引用。”(参见贺小勇:《分歧与和谐:析 WTO 争端解决机制的法律适用》,载于中国国际经济法学会,湖南师范大学法学院:《2005 年中国国际经济法学会年会及学术研讨会论文集》(下册),第 755 页。)

场经济存在市场失灵,因而需要政府管理;但政府也存在失败,因此需要国际经济规制。^① 但与彼德斯曼不同的是,杰克逊并没有对比例原则进行专门论述,且几乎没有直接提及比例原则,他甚至反对将 GATT 第 20 条中“必需的”一词解释为“贸易限制措施要具有较小贸易限制性”,而这是 WTO 法中比例原则的重要内容。^② 那么,比例原则在 WTO 法中的地位到底如何?这就需要对比例原则进行深入研究。涉及比例原则的法律范围广泛,除 WTO 法外,还包括国内法、国际法、区域国际法(尤其是欧共体法),^③ 因此,研究 WTO 法中的比例原则必须首先研究国内法、国际法及区域国际法(尤其是欧共体法)中的比例原则,这是进一步研究 WTO 法中比例原则的文本规定和司法实践及比例原则在 WTO 法中的作用、地位及发展前景等问题的基础。总之,比例原则——这一处理目的与手段关系的原则引起了笔者的兴趣。有学者提出法学研究是否有质量主要有以下 4 方面的衡量指标,包括:真实性、意义性、创新性和前沿性。^④ 以下笔者就对“WTO 法中的比例原则”这一论题进行相应考察。

所谓真实性是指这个问题是否存在、真实还是虚假,如果是已经被别人解决了而自己还没有涉猎到,则该问题是假问题。笔者通过在

① Jane Kelsey, *International Economic Regulation*, Dartmouth Publishing Company, 2002, pp. 54~62; John H. Jackson, *Reflections on Constitutional Changes to the Global Trading System*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 72, 1996, pp. 511~520.

② 详见本书第二章。

③ 欧共体(European Community)是由 1993 年生效的《欧洲联盟条约》,即《马斯特里赫特条约》创立的一个法律实体,以取代欧洲经济共同体。欧洲联盟(European Union)也由《马斯特里赫特条约》创立,欧盟包括三部分:欧洲共同体;共同的外交和安全政策;在司法及国内事务领域的合作。只有欧共体具有法人资格并可签署国际协定。(参见沃尔特·古德著:《贸易政策术语辞典》,王晓东、刘芳、傅琳等译,法律出版社 2003 年版,第 116、118 页。)
“欧洲联盟”并没有取代“欧洲共同体”,由于“欧洲联盟”的核心是“欧洲共同体”,所以“欧洲联盟法”的核心和主体部分就是“欧洲共同体法”。(参见戴炳然译:《欧洲共同体条约集》,复旦大学出版社 1993 年版,第 388 页。)有关经济一体化的欧共体法仍然是欧洲联盟法的核心。(参见[英]弗兰西斯·斯奈德著:《欧洲联盟法概论》,宋英编译,北京大学出版社 1996 年版,第 2 页。)

④ 参见张文显 2005 年 9 月 29 日在厦门大学法学院的学术发言《法学研究要有前沿问题意识》。

国内外期刊、图书及 LEXIS-NEXIS, Westlaw, HeinOnline 等数据库进行的检索发现,对于比例原则,目前尚没有从国内法到区域法(尤其是欧共体法)再到国际法的系统考察,涉及对国际法中比例原则进行研究的文章和著作不多,而对于 WTO 法中的比例原则,彼德斯曼虽然在《国际经济法的宪法功能与宪法问题》一书中多次强调其重要性,但该书似乎将比例原则作为已知问题,没有对其进行详细论述。除阿克塞尔·德斯麦特(Axel Desmedt)外,其他学者也没有对 WTO 法中的比例原则进行专门研究,所以,对 WTO 法中的比例原则进行研究并不是一个假问题。

所谓意义性是指要研究有价值的问题,具有目的性。本书研究 WTO 法中的比例原则,一方面是为了系统地阐述比例原则,另一方面是希望确证 WTO 法中比例原则的存在,并将比例原则与 WTO 法的发展联系起来,针对 WTO 法的发展困境,提出解决思路,澄清比例原则在 WTO 法中的地位,预测比例原则在 WTO 法中的发展前景。实际上,随着世界经济一体化的加强,贸易利益与各种经济利益及社会利益的冲突越来越激烈,如何处理这些冲突是 WTO 法发展面临的最大挑战之一,如何解决这种冲突是我们应该思考的重要问题。WTO 法的发展所面临的和所要解决的最大问题还是贸易保护主义问题,无论发达国家和发展中国家之间存在多少争议,表面上都是围绕着自由贸易与保护贸易的矛盾展开的,而其所具有的对权利进行平衡的功能及对导致贸易限制的国家权力的不适当行使进行限制的功能正好有其用处。比例原则对 WTO 法中发展中国家执行能力不足问题的解决也能给予理论上的启示和支撑。

本书的创新之处在于:第一,对比例原则全面的语义分析及对比例原则进行了哲学、经济学及法学解读,加深了对比例原则的理解;第二,对比例原则进行了从国内法、欧共体法、国际法到 WTO 法的全面考察;第三,对比例原则所包含的适当性原则予以强调,并将此原则作为解决发展中国家报复能力不足,改革 WTO 报复机制的理论依据;第四,指出了 WTO 法中比例原则所具有和应该具有的作用

和地位。

关于本书论题的前沿性问题,首先,在我国国内关于比例原则的研究主要见于行政法与宪法领域,其他大陆法系国家学者对比例原则进行研究的主要是德国及法国学者,但主要限于对欧共同体法中比例原则的研究,虽然有一些涉及 WTO 法中比例原则的研究,但并未将其与 WTO 法的发展相联系。^① 其次,在国际范围内,目前,英美学者中惟一一篇对 WTO 法中的比例原则进行专门研究并以“WTO 法中的比例原则”为题的文章最后的结论还是不赞成在 WTO 法中引入比例原则。^②

总之,本书论题具有真实性、意义性、创新性和前沿性,是对 WTO 法的重要理论问题——原则问题进行的研究。但鉴于本论题涉及范围广泛,难度较大,笔者学识积淀有限,对 WTO 法中比例原则的研究还只能处于初步探索阶段。

二、比例原则研究的学术史回顾

虽然本书研究的是 WTO 法中的比例原则,但 WTO 法中的比例原则与国内法中的比例原则不能全然分开,国内法中的比例原则是理解 WTO 法中比例原则的基础。欧共同体法中的比例原则与 WTO 法中的比例原则有诸多相似之处,对研究 WTO 法中的比例原则有诸多可资借鉴之处。WTO 法是公认的国际法,研究国际法中的比例原则也是理解 WTO 法中比例原则必不可少的一环。所

① See e. g. Jan Neumann & Elisabeth Türk, Necessity Revisited, Proportionality in World Trade Organization law after Korea—Beef, EC—Asbestos and EC—Sardines, *Journal of World Trade*, Vol. 37, No. 1, 2003, pp. 199 ~ 233; Massimiliano Montini, The Nature and Function of the Necessity and Proportionality Principles in the Trade and Environment Context, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 6, No. 2, 1997, pp. 121 ~ 130; Deborah Akoth Osiro, GATT/WTO Necessity Analysis: Evolutionary Interpretation and its Impact on the Autonomy of Domestic Regulation, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 29, No. 2, 2002, pp. 123 ~ 141.

② Axel Desmedt, Proportionality in WTO Law, *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, No. 3, 2001, p. 441.

以,以笔者阅读范围为限,现对中外学者对比例原则的学术研究情况加以总结。

(一)国内法中的比例原则研究

对国内法中比例原则的研究主要见于行政法与宪法,涉及对德国、法国、英国、美国等国法律中比例原则的研究。

1. 论文中的比例原则研究

我国最早一篇发表在核心期刊上的题名中涉及比例原则的文章是范剑虹的《欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用与在中国的借鉴》,^①该文认为,比例原则是宪法与行政法的核心原则,它甚至还部分地被运用在私法领域中,它是通过考察目的与手段的关系,尤其是考察目标的实现不能过分损害公民的基本人身财产权利这一方面来防止超限度地破坏利益与价值的均衡。欧盟与德国的比例原则对我国具有参考与借鉴的意义。此外,全国中文期刊数据库中题名内包含比例原则的论文中还有十余篇文章涉及比例原则的各个方面,包括:比例原则的起源、含义及发展,比例原则在行政诉讼、行政强制及税法中的适用,比例原则与合理原则的比较,对台湾地区比例原则的研究,对德国法中比例原则的研究,还有从宪政视角对比例原则的研究。^②

其中,江必新对比例原则的理解是比较严格的,他提到比例原则要求所采取的行政行为应当是符合授予自由裁量权目的的、成本最低的行为,成本应当是低于效益的,对当事人的权利所造成的不利影

^① 范剑虹:《欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用与在中国的借鉴》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2000年第5期。

^② 席作立:《比例原则的起源、含义及其发展》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2002年第4期;张坤世:《比例原则及其在行政诉讼中的适用——由一个具体案例引发的思考》,载《行政法学研究》2002年第2期;赵娟:《合理性原则与比例原则的比较研究——一个以判例为基础的思考》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2002年第1期,第47~54页;施正文:《论税法的比例原则》,载《涉外税务》2002年第2期;黄海华:《我国台湾地区的比例原则研究》,载《福建政法管理干部学院学报》2002年第1期;郝银钟、席作立:《宪政视角下的比例原则》,载《法商研究》2004年第6期。

响是最小的。^① 杨伟东探讨行政裁量问题时也提及比例原则。^② 何海波在《通过判决发展法律》一文中将比例原则也称为平衡原则、均衡原则,认为其是通过目的—手段、公共利益—私人利益等实体范畴的衡量,以求行政自由裁量权的行使符合人们对公正合理的一般期待。^③ 李洪雷对在英国法中引入比例原则问题进行了探讨。^④ 在台湾学者城仲模主编的《行政法上一般法律原则》一书中也有好几篇文章与比例原则有关,后文中会有所涉及。王桂源认为,在法国法中,行政法院面对自由裁量权,运用损害—得益平衡、目的—手段相称等平衡方法,努力在公共秩序、社会利益与个人权利之间寻求合理界限,并通过判例,确立了均衡原则。^⑤

在外国学者中,乔治·A·伯曼(George A. Bermann)对美国法中的比例原则进行了比较详细地考察。他认为,美国成文法中虽然没有直接使用“比例原则”的措辞,但在成文法和判例中却大量存在着比例原则的思想和比例原则的适用。许多授予行政官员及机构自由裁量权的成文法明确规定其行为应当“合理”(reasonable),其他类似术语还有,“充分的”(adequate)、“必要的”(necessary)、“可行的”(practicable)、“可行的”(feasible)或“适当的”(suitable),或使用这些词语的组合。当成文法提到“公共利益”(the public interest)时,可能被认为意指同样的事情,有时也使用“过分的”(excessive)一词。^⑥ 所以,“美国法中宽松的比例思想与德国、法国法律中较严格

① 江必新、张明杰:《关于行政自由裁量问题的对话》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(3),法律出版社2000年版,第342页。

② 杨伟东:《行政裁量问题探讨》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(3),法律出版社2000年版,第343页。

③ 何海波:《通过判决发展法律》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(3),法律出版社2000年版,第444页。

④ 李洪雷:《英国法上对行政裁量权的司法审查—兼与德国法比较》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(6),法律出版社2000年版,第370页。

⑤ 王桂源:《论法国行政法中的均衡原则》,《法学研究》1994年第3期。

⑥ George A. Bermann, The Principle of Proportionality, *American Journal of Comparative Law* (supp.), Vol. 26, 1977—1978, pp. 416~417.

的比例思想的差别可能被夸大了。事实是,德国和法国的法官也并不愿意轻易推翻行政决定”。^①

格雷格(D. W. Greig)研究的也是普通法中的比例原则,他认为法律在促进社会健康方面的一个重要作用是利益平衡,而在确立和维持平衡方面互惠和比例的概念扮演着突出的角色。比例问题主要发生在因违反义务而引起的救济领域,受害者的反应或法院授予的损害赔偿必须与违反法律或合同及其后果成比例。因此,如果违约的性质非常严重或遭到背弃的合同条款十分重要,守法的当事方对于遭到背弃的合同可以加以终止。相应的,对违约授予的损害赔偿要基于适当履行的价值与实际所得到的履行价值之间的差异程度。^②

2. 著作中的比例原则研究

国内法中,德国法中的比例原则最为典型,因此,涉及比例原则的中文著作也主要见于有关德国行政法的著作。于安在《德国行政法》一书中详细论述了德国行政法中的比例原则。^③ 陈新民的《德国公法学基础理论》对比例原则的论述更为清楚和集中,其关于比例原则的权威学说得到了大量援引,本书中也有多处援引。

在《欧共同体法中的比例原则——比较研究》一书中,尼古拉斯·埃米利奥(Nicholas Emiliou)认为比例原则主要来自大陆法中的宪法与行政法原则。由于比例原则是德国公法的主要原则,具有宪法地位,所以他对德国公法中的比例原则进行了详细考察。同时,他认为,比例原则在法国法中的地位也得到了确立。在考察德国法中的比例原则时,他认为比例原则包含三个彼此紧密联系并互相重叠的

① George A. Bermann, The Principle of Proportionality, *American Journal of Comparative Law* (supp.), Vol. 26, 1977—1978, p. 422.

② D. W. Greig, Reciprocity, Proportionality, and the Law of Treaties, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 34, 1993—1994, pp. 295~403. 与后文条约法中的比例原则相比较,可以推论,条约法中的比例原则来自国内合同法。

③ 于安著:《德国行政法》,清华大学出版社1999年版,第29~32页。

条件,每个条件必须都得到满足,公共机构采取的行为才会被认为是有效的,这些条件是适当性原则、必要性原则和狭义比例原则。可见,埃米利奥坚持严格的三分法说,因为其主张比例原则的三个子原则累积适用。首先,适当性原则要求,公共机构用适当的手段促进公共利益,并且这些手段本身不能无法实施或不合法。其次,必要性原则要求,当对于要实现的特定目标存在几个合理可得的手段时,必须选择具有最小损害性的手段。因此,德国法要求公共机构只能追求那些对个人或共同体造成最小损害的规制措施。最后,狭义比例原则要求,在公共措施对个人权利的损害与相应的社会收益间进行平衡。^①

3. 学位论文中的比例原则研究

我国关于公法,尤其是行政法中比例原则的硕士学位论文很多,表明比例原则在我国行政法研究中已经成为一个热点问题。^② 现仅举一博士学位论文《公法上比例原则研究》予以说明,该论文对公法上的比例原则进行了比较全面的阐述。

该文认为,比例原则作为一个法律原则的概念产生于19世纪的德国,但是其得以存在发展的基础——合比例性思想,却历史悠久,普见于世界各国。公法上比例原则的作用就在于规制公权力行使的手段与方法,引导国家机关妥善、审慎地行使国家权力,除必须是能

^① Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996, pp. 266~267.

^② 如喻文光:《论行政法上的比例原则》(硕士学位论文),中国政法大学,2001年;张保静:《行政法上比例原则研究》(硕士学位论文),吉林大学,2005年;张鹏飞:《行政法上的比例原则研究》(硕士学位论文),郑州大学,2005年;魏厚玲:《论行政法中的比例原则》(硕士学位论文),西南政法大学,2004年;张建新:《论行政法上的比例原则》(硕士学位论文),郑州大学,2004年;李军:《行政法上的比例原则研究》(硕士学位论文),湘潭大学,2005年;吴超云:《论比例原则——兼论比例原则的引入》(硕士学位论文),山东大学,2003年;吴超云:《比例原则:人权保障的法原则》,载徐显明:《人权研究》(3),山东人民出版社2003年版;余涛:《比例原则在行政诉讼中的运用》(硕士学位论文),武汉大学,2003年;席作立:《论刑事拘留的比例原则》(硕士学位论文),南京师范大学,2003年;许玉镇:《比例原则的法理研究》(博士学位论文),吉林大学,2002年。